

# 東北ローレビュー

Vol.13 2024. November

## 論 説 Articles

現代義務論の超越論的基礎 —— H.アーレントの時間論を端緒として  
..... 樺島 博志  
Transcendental Foundation of Contemporary Deontology  
—— on the Basis of Time Theory in Hannah Arendt's "The Life of the Mind"  
..... KABASHIMA Hiroshi

刑法 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義（1）  
..... 成瀬 幸典  
The Meaning of "the Greatest Punishment" in § 54 (1) of the Japanese Penal Code (I)  
..... NARUSE Yukinori

司法試験から探る環境法教育—令和 6 年司法試験環境法〔設問 1〕を素材として  
..... 兼重 直樹  
How to Teach Environmental Law for Bar Examination  
..... KANESHIGE Naoki

## 判例研究 Case Study

酒気帯び運転を理由に懲戒免職処分を受けた公立学校教員に対する退職手当全部  
支給制限処分の適法性  
—— 最三小判令和 5 年 6 月 27 日民集 77 卷 5 号 1049 頁 ——  
..... 宗像 優  
Legality on a Whole Non-payment Disposition of a Retirement Allowance toward a  
Public-School Teacher who was Dismissed for a Disciplinary Reason of Drunk-driving  
..... MUNAKATA Masaru

# — 目 次 —

## 論 説 Articles

---

現代義務論の超越論的基礎 — H.アーレントの時間論を端緒として

樺島 博志 2

Transcendental Foundation of Contemporary Deontology

— on the Basis of Time Theory in Hannah Arendt's "The Life of the Mind"

KABASHIMA Hiroshi 2

刑法 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義（1）

成瀬 幸典 16

The Meaning of "the Greatest Punishment" in § 54 (1) of the Japanese Penal Code (I)

NARUSE Yukinori 16

司法試験から探る環境法教育－令和 6 年司法試験環境法〔設問 1〕を素材として

兼重 直樹 47

How to Teach Environmental Law for Bar Examination

KANESHIGE Naoki 47

## 判例研究 Case Study

---

酒気帯び運転を理由に懲戒免職処分を受けた公立学校教員に対する  
退職手当全部支給制限処分の適法性

— 最三小判令和 5 年 6 月 27 日民集 77 卷 5 号 1049 頁 —

宗像 優 67

Legality on a Whole Non-payment Disposition of a Retirement Allowance toward a Public-School Teacher who was Dismissed for a Disciplinary Reason of Drunk-driving

MUNAKATA Masaru 67

# 現代義務論の超越論的基礎

—H.アーレントの時間論を端緒として

東北大学大学院法学研究科 教授 樺島 博志

## [要旨]

本稿の目的は、科学技術の発達に伴う人間疎外と意味喪失が亢進する現代社会において、人間存在の意味と人間共存の可能性の条件を、義務論の超越論的基礎として、改めて問い直すことに存する。そのために、疎外という人間の条件をふまえながら、古典哲学の伝統に立脚しつつ、ドイツ観念論と実存論を踏襲した H. アーレントの哲学的企図に着目する。アーレントは、存在一般の意味を真理と同定したハイデガーの存在論を克服し、思考における真理と意味の区別を新たな認識論的カテゴリーとして提示する。そのうえで、人間に備わる共通感覚、知性、理性という能力を、人間が他者と世界に共存する前提条件として捉える。しかし、世界から疎外された人間にとって、他者との対話が可能であるためには、赦しと愛が不可欠である。良心の働きで赦しと愛を実現する現在とは、同時に永遠に開かれている。この現在の内包する永遠という時間的次元が、義務論の可能性の条件となる。

## [Abstract]

In the current intellectual-historical context of human existence, characterized by alienation and meaninglessness, we must seek a foundation for deontology in the transcendental dimension that makes human coexistence possible. H. Arendt's philosophical project is significant in this regard. Emerging from the human condition of alienation, it builds on classical philosophy and further develops German idealism and existentialism. Arendt attempts to replace Heidegger's concept of truth as the sense of being (Sinn von Sein) with the epistemological category of meaning in intellectual thinking, distinct from sensory cognition. Additionally, faculties such as common sense, intellect, and reason are essential for human beings to coexist in a shared world. For an alienated individual, however, it is necessary to forgive and be forgiven, to love and be loved, in order to communicate meaningfully with others. The faculty of conscience, which forgives and loves both oneself and others in the present, enables perpetual coexistence. This dimension of time, namely infinity within the present, is the condition for the possibility of contemporary deontology.

## 1 序論

### 1-1 問題構成

19世紀以降の精神史において、疎外感と孤独、その反面としての人間存在の意味への探究は、哲学と文学の中心課題の一つであり続けてきた。F.ドストエフスキー「地下室の手記」(1864)の語り手、A.カミュ「異邦人」(1942)のムルソー、A.ミラー「セールスマンの死」(1949)のウィリー・ローマンに表現されているように、人生は幸せを探究する場所ではなく、世界と人間社会は疑念の対象である以上の意味を見出すことができなくなってしまった。21世紀におけるコンピューター技術の発展は、暗黙裡にではあれ、疎外と意味喪失を亢進している。感染症の脅威をきっかけに、人々はますます接触を避けるようになり、近い将来、サイバー空間でのアバター同士の疑似社会、疑似人間関係が、現実の摩擦の多い人間社会にとって代わるかもしれない(拙稿2018:210)。このような現代社会の状況において、法や道徳といった人間の行為規範ないし当為が、科学により解明される事実や存在と異なる範疇において、有意義に成立しうるのであろうか。

今日の法哲学において、こうした法・倫理の規範的基礎は、「正義論」として論じられているが、これに対し、本稿においては、「義務論(deontology)」の概念を用いることにより、カントの構想(Kant AA04:387)を手がかりに、人間の実践的思考力(praktische Vernunft)に依拠して、先験的(apriori)、範疇的(kategorisch)な規範の妥当性の基礎の解明を試みたい。このような超越論的義務論の構想において、20世紀の正義論のうち、とりわけ、

K.-O.アーペルの解明による「超越論的語用論(transcendental pragmatic of language)」

(Apel 1975:246)による認識の間主観的妥当性、および、この認識論的基礎を規範形成過程に応用したJ.ハーバーマスの「対話的合理性(kommunikative Rationalität)」(Habermas 1988:9)の観念が、重要な理論的貢献をもたらした。この両者の議論を通じて、現代の立憲民主制における規範形成過程が、理性的人間の言語遂行能力による間主観的行為規範の形成過程として、理論的基礎を与えられた。

しかしながら、この両者の議論に欠けているのは、生活世界に参画する人間は、必ずしも、理性的合意に到達する用意があるわけではない、という現実の認識である。とりわけ上述のとおり、社会からの疎外と孤独にさいなまれる現代人は、そもそも他者とコミュニケーションを遂行することにすら、強い精神的問題を抱えている。

このような問題意識から、本稿では、義務論の可能性の条件を探究するために、20世紀最大の哲学者の一人であるH.アーレントの議論を手がかりとしたい。周知のとおり、アーレントは、「世界からの疎外(world alienation)」(Arendt 1998:248)に規定された現代社会のなかで、改めて、「活動的生(vita activa)」から「制作者(homo faber)」,「労働する生き物(animal laborans)」へと、人間の存在形態が変化していることを見て取り(Arendt 1998:294)、このことが、人間存在の状況であると同時に、人間存在の可能性の条件(Human Condition)ともなっていることを、明らかにした。この現状認識を前提に、アーレントは、思考における意味(Arendt 1978:P1)と、意思における自由の可能性(Arendt 1978:P2)を探究した。

この問題系において、アーレントは、ハイデガーによる「死への存在 (Sein zum Tode)」としての存在論の時間的構造の解明 (Heidegger GA2: 314) を端緒として、「永遠の今 (nunc aeternitatis)」 (Arendt 1978: P1-210) としての認識論の時間的構造の解明を試みたものと思われる。この観点に立って、本稿は、アーレントによる時間論を手がかりに、人間の有意味な共同存在の可能性の条件として、義務論の超越論的基礎を明らかにしてみたい。

## 1-2 先行研究の概観と本稿の方法論

日本のアーレント研究において、その政治思想の側面については、『全体主義の起源』を中心とした川崎修の研究 (川崎 2005), 『人間の条件』における出生 (natality) 概念からアーレントの政治思想の再構築を試みた森川輝一の研究 (森川 2010) が代表的である。これらの代表的論考に比して、本稿では、ハイデガーとヤスパーズの哲学的偉業を承継する *The Life of the Mind* に現れたアーレントの哲学的側面について、考察の焦点を合わせることにしたい。*The Life of the Mind* に関する先行研究としては、日本のアーレント研究の集成と言える『アーレント読本』 (2020) において、思考 (thinking), 意思 (willing), および断筆となったカントの判断力 (judging) にかんするアーレントの哲学的構想について詳述している。これに対し本稿では、時間論、および義務論の中心課題となる良心の問題について、焦点を当てることにしたい。

本稿においては、議論の前提として、20 世紀後半以降の哲学の主潮流を、哲学の古典研究のほか、現象学・解釈学、科学哲学・分析哲学、プラグマティズム・

語用論、批判理論、ポスト・モダン思想に大別したうえで、アーレントの哲学的立脚点を、古典研究を軸としながら、師であるハイデガーとヤスパーズの影響のもとで、実存哲学、現象学に深く傾注したものとして位置づけたい。したがって、アーレントの時間論を手掛かりとして、規範の成立可能性の条件を探求する際に、本稿においても、アーレント自身の方法に倣い、テキストの内在的解釈を試みながら、人間存在の意味と人間の共同存在の可能性という、事象それ自体を探求するために、アーレントの構想を自由に解釈し再構成するという方法論を採用することとした。このために、二次文献における先行研究の参照は最小限にとどめ、また、批判理論やポスト・モダン思想を中心に活発に論じられているアーレント論についても、考察から除外することとしたい。

## 2 本論

### 2-1 認識主体の世界からの疎外

人間存在の世界からの疎外は、自己存在の意味喪失という、現代人の深刻な精神的負担の原因となっている。アーレントは、この疎外感の起源を、近代人が認識主体として世界から距離を取り始めたことに求めている。認識主体の世界からの疎外は、2つの要素からなる。

一つには、物理学の発展の中で、ガリレオ・ガリレイが、望遠鏡を用いて、木星にも月があることを発見したことにある (Arendt 1998: 257)。このことが意味するのは、人間の感覚知覚ではなく、観察装置こそが、真理と神の摂理の確証を与えてくれる、ということである。同時に

またガリレオは、地球はもはや宇宙の中心ではなく、多くの天体の一つに過ぎず、太陽の周りを回っていることを証明した。こうした物理学上の発見により、人々は、自己自身に対する信頼とともに、世界に対する信頼をも失ってしまった。

もう一つは、デカルトの形而上学である。デカルトは、方法的懐疑を形而上学に導入することにより、思考する自己以外の一切を、疑念の対象とした。このことにより、思考する自己が、確実な主観としての基盤を与えられた一方で、世界は常に疑念にさらされつつ、客体として認識主体の目の前にたち現れることとなる。この主体-客体関係において、人間は世界から切り離され、自らが世界の中で異質な存在として感じられるようになる (Arendt 1998: 265)。

アーレントはここに、近代における人間の条件の変化を見て取っている。すなわち、古典期以来、人間は、他者と共存する「ポリスの生き物 (zoon politikon)」 (Arendt 1998: 23) と捉えられ、近代化の過程に至るまで、永続的なものを産み出す「制作者 (homo faber)」 (Arendt 1998: 294) でありつづけたものが、近代化の発展拡張とともに徐々に、自らの生命を維持することにのみ関心を払う「労働する生き物 (animal laborans)」 (Arendt 1998: 313) へと変容し、もはや共存する他者への配慮を失いつつある。これは現代の我々にとって、否定し得ない人間存在の条件である。そして、こうした現代人の置かれた条件の下では、相互に討議し、一定の合意に到達することは、ますます困難となっている。

## 2-2 ハイデガーの存在の現象学

主観-客観二元論の克服は、とりわけハイデガーによる「事実性の解釈学 (Hermeneutik der Faktizität)」ないし「現存在の現象学 (Phänomenologie des Daseins)」の提唱 (Heidegger GA63: 14) とともに、哲学の中心課題として捉えられるようになった。

ハイデガーにとって、人間相互のコミュニケーションは、「個性なき人 (das Man)」が「無駄話 (das Gerede)」に駆り立てられる「頹落 (das Verfallen)」の兆候でしかない (Heidegger GA2: 221)。人間は、自らの「本来的存在 (das eigentliche Sein)」を自覚するために、無駄話をやめ、「沈黙 (schweigen)」の中で、自らが「死に向かう存在 (das Sein zum Tode)」であることを「決意 (entschließen)」しなければならない (Idem: 218, 314, 355)。人間存在が死とともに終焉を迎える限りで、人間の存在は「一時的なもの (Temporalität)」、すなわち、今・ここに在る、というものととどまる (Idem: 26)。このようなものとして、人間存在は、「現存在 (das Dasein)」、すなわち、「今・ここに現に (Da)」在る、という仕方で捉えられる。そして、人間存在の「今・ここ (Da)」は、死とともに閉じられる一方で、存在している限りにおいて、世界が開かれる場所でもある。それゆえ、現存在は、「世界内存在 (das In-der-Welt-Sein)」としても捉えられる (Idem: 21, 71, 178)。そして、「今・ここ」に開かれた世界の中で、人間は、他者の「共現存在 (das Mitdasein)」とともに、他者によって制作された道具の「手元存在 (das Zuhandensein)」とも出会われるのである (Idem: 108, 157)。

このように、ハイデガーによる現存在の現象学は、人間存在の基本構造、すな

わち、ハイデガーのいう実存囁 (Existentialen) (Idem: 60) の解明を通じて、人間の存在と世界の経験のあり方を、主客二元論とは異なる仕方で提示している。しかしその一方で、ハイデガーによる解明は、人間がどのようにして他者の共存在と共通の世界を共有し、そのなかでコミュニケーションが可能となるのか、世界と他者の経験の可能性の条件 (das Transzendente) を提示するものではない。言い換えれば、ハイデガーの現存在の現象学は、実存囁の全体化を通じた唯我論 (Solipsismus) に陥る契機を孕んでいるのではないだろうか。

## 2-3 アーレントの認識論的アプローチ

アーレントは、ハイデガーに示された人間存在の現象学的解釈を受け継ぎながら、ハイデガーの現存在と世界内存在の構想に反して、世界から距離をおいた観察者の視点から、世界と人間存在の明証性を獲得しようとしているように思われる。そしてそのために、アーレントは、人間の認識枠組、すなわち認識の範疇 (Kategorien) を、カントによる主客二元論とは異なる仕方で再構成しているものと、解することができる。ここで導入される認識枠組が、感覚知覚 (sentient perception) と理性により把握される意味 (meaning) というカテゴリー上の区別である。すなわち、真理は、感覚知覚によって得られる明証性にかかわるものであるのに対し、哲学の論ずる抽象的な思考対象は、感覚知覚に直接与えられた与件から切り離された、理性的に把握される意味なのである (Arendt 1978: P1-21, 53)。そしてこの点において、アーレントは、

ハイデガーによる存在一般の意味と存在の真理との同定 (Heidegger GA2: 3, 44) を、カテゴリーカル・ミステイクと見ているようである。

真理は、人間の五感と、その延長としての実験装置を用いて、事物の現象を知覚することにより得られる。そしてその際、人間は、感覚器官を備えている限りにおいて、知覚するとともに知覚される状態にもある。それゆえ人間は、観察対象に対峙した認識主体ではなく、自己自身の中に主客関係を内包したものとして存在している (Arendt 1978: P1-19)。人間は、世界を見ると同時に、自己と他者を含む世界から見られている。このように、人間が世界において主客の結節点であるということが、人間が他者と世界を共有し、世界において他者と出会うための条件を形作っている。このことを前提に、アーレントは次のように述べる。「人は単数ではなく、複数でこの星に生息している。多元性は地球の法則である」 (Ibidem)。アーレントにとって、世界とは、ハイデガーのこのような頽落の場所ではなくて、さまざまな人間に満たされた所与なのである。

このような認識の基本構造を前提とすれば、アーレントは、「顕わになること、隠されていないこと (a-letheia)」としてのハイデガーの真理論 (Heidegger GA2: 291) に対して、批判的立場をとっているように思われる。ハイデガーによれば、存在それ自体は、頽落した個性なき人間の世界において、「差当りまた大抵 (zunächst und zumeist)」は隠されている。そのために、沈黙した良心に顕わにされた存在と、頽落した日常の隠された存在、すなわち「本来性と非本来性 (Eigentlichkeit und Uneigentlichkeit)」 (Idem: 57) という2つの存在様式が区

別されることとなる。

アーレントの認識論的アプローチは、ハイデガーによる本来的存在と非本来的存在の二元論を採用せず、むしろ、真理を、非本来的な「差当りまた大抵」の現象世界における感覚知覚によって明証性を獲得するものとして、同定しているように思われる。すなわち、真理を感覚知覚における明証性と捉えてはじめて、真理が科学技術として生成発展するという事態が、説明可能となり、同時にまた、真理が感覚知覚によって同定される限りで、誤謬や錯覚に陥る可能性が残され、それゆえに、絶対かつ究極の真理に到達することはできない、ということも理解可能となる (Arendt 1978: P1-24)。

現象界における感覚知覚とは異なり、人間の思考における精神作用は、概念や理念といった非物質的な事象を言語化する。そして、思考作用を遂行する過程は、直接の感覚知覚からは離れている。このような仕方では、思考作用は、感覚知覚と精神作用との架橋を行っているのである (Idem: P1-77)。

## 2-4 共通感覚 (common sense)・知性と理性 (Verstand und Vernunft)

ここで改めて、人間は、他者と共有する世界に、いかにして参画することができるのか、という問題に立ち返ることとなる。その際アーレントは、フッサールによる意識の現象学に含まれた唯我論的傾向にたいして批判的立場をとっているように思われる (Idem: P1-46)。フッサールは、現象学的還元という認識論的アプローチを通じて、意識の構造を、「ノエシス (noesis)」から「ノエマ (noema)」に向かう「志向性 (Intentionalität)」として

捉える (Husserl 1913: 179)。しかしながら、このフッサールの認識論的立場は、次の問題を孕んでいるように思われる。すなわち、志向性において成立する認識の客観性は、主観-客観関係において客体の側に成立する客観性ではなくて、客体なき意識の志向性の内部で成立する明証性に過ぎないのではないか。アーレントは、フッサールの認識論的立場の孕む唯我論的傾向に対して、次の問題を指摘している。すなわち、唯我的認識主体の志向性は、我々人間が現象世界に実際に存在しているという根源的経験すら、確認することができない。なぜなら、人間の世界における存在という根元事象は、他者の存在を通じてはじめて、確認できるものだからである (Idem: P1-46)。

人間存在が思考と身体の一部として捉えられるのに対し、世界に存在する一切の存在物は、人間がそのことについて思考するか否かにかかわらず、物質的・物的に現に存在している。このように、世界が人間の思考と無関係に現実存在していることは、自己意識を備えた人間が、他者とともに世界を共有し、共有された世界に参加するための、可能性の条件となる。そして、人間が与件として存在する世界を経験するための感覚器官は、二重の意味で、共通感覚としての性格を持っている。ひとつには、人間には、相異なる五つの感覚を統合するという意味での、第六の感覚、すなわち内覚ないし統覚が備わっており、この第六の感覚が、五感のばらばらな知覚を統合することによって、世界を一つのものとして経験する。もう一つには、すべての人間が、同じ種類の動物として、これら六つの感覚を、等しく、身体的に、備えている。人間がこの二重の意味での共通感覚を備えていることこそが、人間が共通の世界に

参画するための可能性の条件なのである (Arendt 1978: P1-50)。

ここで、知性 (Verstand) と理性 (Vernunft) の区別と関係が問題となる。アーレントによれば、知性とは、感覚器官を通じて現象世界を知覚する能力であり、これに対し、理性とは、感覚的に知覚された世界の意味を、概念的に把握する能力である (Idem: 57)。「知覚する (Wahrnehmen)」とは同時に、「真実を得る (Wahrheit zu nehmen)」ことでもある。これに対し、「意味 (Bedeutung)」とは、思考の「函数 (Funktion)」、ないしは思考過程から生ずる帰結であって、感覚知覚の対象ではない (ibidem)。知性と理性の区別をこのように捉えるならば、因果的必然性としての真理の反対概念は、偶然性ではなく、思考・意思・行為の自由ということになる。

共通感覚、知性、理性の関係は、次のように捉えられる。人間は、統覚としての第六感を備えている限り、知性において現象世界の真理を同定することができる。他方また、他者との共通感覚を備えている限りにおいて、他者と同一の世界に、理性を用いて有意味にかつ自由に、参画することができる。精神作用としての思考が、感覚知覚によって得られた真理と経験世界の意味とを架橋し、つまり知性と理性を架橋することができる。別の言い方をすれば、思考の交換としてのコミュニケーションは、真理と意味に関して、相異なる人間を架橋する媒介となるのである。

## 2-5 世界への嫌悪

しかしながら、アーレントは、アーペルやハーバーマスとは異なり、“神の死ん

だ” (Nietzsche KSA 4: 14) 世界に生きる人間においてコミュニケーションが可能であるのか、楽観的には見ていない。

アーレントは、この問題系において、シェリングにより立てられた哲学の根本問題を手掛かりに考察している。すなわちシェリングの問いとは、世界が無ではないという確信を持ちうるためには、神が依然として存在していなければならないのではないか、という問題である (Arendt 1978: P1-146)。シェリングいわく、「なにゆえに無ではなくて、何かが存在するのか？無限の深淵に揺れる知性に投げかけられたこの問いに対して、この何かが答えを与えてくれることはないのだとしたら、万物ないし神のみが、完全に確かな答えとなるのである (Auf die Frage, die der am Abgrund der Unendlichkeit schwindelnde Verstand aufwirft: Warum ist nicht nichts, warum ist überhaupt etwas? Ist nicht das Etwas, sondern nur das All oder Gott die vollgültige Antwort)」(Schelling 1860: 174)。

シェリングによる神の存在という究極の答えに対し、アーレントは次の問いを投げかける。「いったん、この信仰がきっぱりと拒絶され、人間の理性がその能力だけをもって完全に一人ぼっちになってしまったら、この〔シェリングの〕思考の“究極の問い”にとって、何が起こるのだろうか？」(Arendt 1978: P1-147)。アーレントは、この理性だけの一人ぼっちの存在を、サルトルの小説『嘔吐』の主人公たる語り手に見出す。そしてこの小説の主人公にとっては、もはや、世界も、世界の中の自らの存在も、不潔で耐え難いものとなっている。主人公は叫んだ：「“不潔だ。何て腐った汚物なんだ！”そして私はこのネバネバした汚物から逃れるために、汚物を振り払おうとした。

しかし汚物はしっかりこびりついており、しかも、あまりにもたくさんの、何トンも何トンもの実存 (existence) が無限に存在していた」(Sartre 1959: 181)。嘔吐する主人公にとって、実存に満たされた世界は、腐った汚物の塊にすぎない。

世界の中で吐き気のする人生を送る人間にとって、他者と意味のあるコミュニケーションを行うことは、できるであろうか？このサルトルを端緒とする問いかけに対して、ここでは、次のような角度から、捉え直すことができるであろう。すなわち、アーレントがコミュニケーションの可能性の条件として解明した人間の共通感覚 (sensus communis) は、人間が他者と世界を共有するための必要条件ではあるものの、十分条件ではない、ということである。ここで我々は、人間の世界における共存のための十分条件は何であるのか、考察を進めなければならない。

## 2-6 良心の審級

人間存在の十分条件を解明するために、アーレントは、ソクラテスによる問いを手がかりに、倫理の探究に着手する (Arendt 1978: P1-180)。その問いとは、不正を受けることと、不正を働くことでは、いずれがより害悪なのか、という問題である (Plato Gorgias: 474b)。これに対するソクラテスの答えは、不正を働くよりも、不正を受けるほうがより善い、と言う。アーレントは、ソクラテスの立場を、次のように解釈している。カリクレスが、不正を受けて悪事に苦しむのは奴隷に属することである、と言ったのに対して、ソクラテスは、不正を受けることは、他者との争い、他者との不調和を意

味する、と答える。そして逆に、もし他人に対して不正をなすならば、自己自身と争い、自己自身の中で不調和を生じてしまうことになる。それゆえソクラテスは、自己自身の中で不調和をきたすよりも、他者と不調和を起こしたほうが、まだましだと考えたのである。なぜなら、ソクラテスにとっては、「内部での調和 (harmony with itself)」(Arendt 1978: P1-183)こそが正義だからである。

人は、他者から不正を受け、他者との不調和をきたすとしても、他者に不正を働かず、正しく振る舞わなければならない。これが「良心 (conscience)」(Idem: P1-190)という審級である。良心とは、自らが正しく振る舞っているかどうか、言い換えれば、自己自身との調和、あるいは誠実さを失っていないかどうか、判断を下すところである。そして、自分が自己自身と調和しているためには、逆説的ではあるが、自己という一者のなかに、もう一人の自己、すなわち「自己意識 (consciousness)」(Idem: P1-183)、自己自身を知るということが、確立されていなければならない。一般に、一切の地球上の存在者は、多元性 (plurality) をその本質とし、すなわちそれ自身の中に差異を内包する。ことに人間存在は、自己自身という一者の中に、自己と自己を知る自己意識との差異を内包し、それゆえ「一者の中の二者 (The two-in-one)」(Idem: P1-179)を本質とする。そして、良心とは、この同一性と差異を本質とする人間存在が、同一性を失わないように調和を保つための、精神の能力として捉えることができる (Idem: P1-184)。

ここで、地球の法則としての多元性という上述の問題系 (2-3) に関して、次の点を指摘しておきたい。すなわち、調和 (harmony) としての正義というソクラ

テス・プラトンの構想は、単音よりも、複数の音からなる和音 (harmony) のほうが、美しく奏でることができる、という経験的事実に支えられている。別の言い方をすれば、良心とは、自分自身のかかえる葛藤にせよ、世界に属する葛藤にせよ、差異を調和させ、より美しい統一性をもたらすことのできる、精神的能力である。それゆえ正義とは、自己自身との調和としての誠実性、および、世界における相異なる他者との調和と統一性、として理解することができる。

他方、自己という一者の中に自己と自己意識の二者を持つことは、良心を持つための条件であるが、それと同時に、世界からの疎外の原因でもある。人間は、思考することにおいて、現実世界を離れて、普遍妥当性を獲得する。普遍妥当性とは、世界のどこにおいても妥当すると同時に、いかなる特殊的部分をも持たない。すなわち、現実世界を離れて思考する自我は、現実世界のどこにも場所を持たない。こうして、自己意識に目覚めた自我は、世界からの疎外と、あわせて自己自身からの疎外も、同時に内包することとなる。そしてまた、思考する自我が場所を持たないということは、哲学者がコスモポリタンであるということをも意味している (Idem: P1-199)。

## 2 - 7 孤独と一人でいること (loneliness and solitary)

このように、良心の審級を持つためには、世界から離れて一人でいなければならない。それでは、世界から疎外された「孤独な (lonely)」存在と、良心の声に耳を傾ける「一人でいる (solitude)」 (Idem: P1-185) 存在とは、どのように区

別されるのであろうか。アーレントによれば、孤独であるとは、自己自身と対話できない状態を指すのに対し、一人でいるとは、現象世界から離れて思考するための条件を指し示している (ibidem)。

ここで、アーレントは、これ以上、コミュニケーション概念の考察を進めていない。それゆえここで、アーレントの考察を一旦離れて、人間の共存と義務論の可能性の条件としてのコミュニケーションについて、検討を加えることとしたい。そもそも、コミュニケーションとは、他者と対話することだけを意味するのではなく、むしろ、一者の中の二者を前提として、自己自身と対話すること、自己自身を対話の相手として選ぶことをも含む (Brea 2004: 182)。別の言葉では、精神と良心の対話、理性と魂の対話、と言えるかもしれない。人間は、孤独であるときには、コミュニケーションできないが、一人でいなければ、良心を通じて、他者との対話を討議へと発展させることもできない。この意味においてはじめて、ヤスパースの言うコミュニケーションの哲学的意義を理解することができるであろう。ヤスパースいわく「哲学の基本的態度は、...コミュニケーションのないことに狼狽し、真のコミュニケーションに駆り立てられることに根差している。このような哲学的態度は、愛しながら闘争することが可能であるということをも意味している。そしてこの愛する闘争こそが、自己存在と自己存在とを深いレベルで結びつけるのである」 (Jaspers 1997: 44)。人間は、孤独に狼狽して、コミュニケーションに駆り立てられる。そこでは、差異を認めながらも調和を探究することが可能であり、また、差異ある調和こそが、統一性を生み出す。このことは、自己自身との対話であれ、人間相互のコミュニ

ケーションであれ、人間の自己存在と他者との共存のための、可能性の条件となっている。アーレントは、ヤスパースに提示されたこのような倫理を共有しているものと、解することができる。

改めてコミュニケーションと良心の問題に立ち返ると、次のように捉えることができよう。コミュニケーションは、自己との対話であれ、他者との対話であれ、差異があること、あるいはむしろ、矛盾をはらんでいることさえも、前提としている。そして人間の思考能力は、こうした差異や矛盾を意識する可能性を開くものである。この能力が、良心の審級である。人間存在は、孤独と一人であること、差異と統合、世界からの疎外と自己存在、といった存在論的矛盾を抱えているが、良心を通じて、この矛盾を自覚し、これを克服する可能性を開くことができるならば、自分自身を信頼し、他者をも信頼すること、最終的には、自己自身を含めた人間存在の超越論的次元を経験することが、可能となる。

## 2-8 今・ここに在ること、どこにもないこと、現在と永遠

ここに人間存在の超越論的次元という言葉を用いたが、アーレント自身がこれをどのように理解しているのか、規範の成立の可能性の条件という観点から、アーレントによる時間論の検討を通じて、明らかにしてみたい。

自明のことながら、現在、過去と未来の間に位置し、過去はもはやなく、そして未来は未だない。上述のとおり(2-2)ハイデガーは、「今・ここ」を、人間存在が世界に開かれる「現(Da)」と捉えた。これに対し、アーレントは、「今・こ

こ」としての現在を、過去と未来が押し合う闘いの場として捉える。このことを表現するために、アーレントは、カフカの「彼(He)」という箴言を取り上げる(Arendt 1978: P1-203)。「彼(He)には二人の敵対者がいる。一人は、彼を後ろから、つまり彼の誕生から押してくる。もう一人は、彼の目の前で道を塞いでいる。彼はこの両者と闘っている。実際には、前者は、彼を後者との闘いにおいて支援している。なぜなら前者は彼を前に押し進めたいからだ。そして同時に、後者は、彼を前者との闘いで支援している。というのも、後者は彼を後ろへと押し戻そうとしているからだ。しかしこれは、理論の上だけのことだ。なぜなら、そこにいるのは二人の主役だけではなく、彼自身もそこに存在しているからだ。そして誰が本当に彼の意図を知っているというのだろうか？」(Kafka 1946: 141)。ここで、「彼の意図(his intentions)」とは、現象世界を離れた立場から、過去と未来の闘いに審判を下すこと、を意味する。すなわち、彼の居る「今・ここ」としての現在は、審判を下す良心の審級のことである。

ニーチェも同様に、時間は過去から現在を経て未来へと流れるものではなく、過去と未来から現在へと押し寄せてくることを、次のように表現している。「ここで、誰も終わりまで行かなかった二つの道が出会っている。こちらの長い路地は、永遠に遡っている。そして、あちらの長い路地は、別の永遠へと続いている。この二つの道は互いに反駁しあっている。両者は、まさに角を突き合わせて闘っている。そしてここ、この門は、二つの道がぶつかる場所である。この門の名は門の上に掲げてある：“瞬間(Augenblick)”と」(Nietzsche KSA4: 199)。

ニーチェの「瞬間」、すなわちハイデガーの「今・ここ」、という門は、カフカの「彼」、すなわち、自分自身が立脚している視点を示している。現象世界を離れた観察者としての主体にとっては、時間は過去から現在を経て未来へと流れる。しかし、「今・ここ」に「現」にある「現存在」にとっては、時間は、今この瞬間において、過去と未来がぶつかり合う場所なのである。人間が今ここに現に存在する限りにおいて、現在という闘いの場は、限りなく続く。その闘いとは、人間が、希望をもって過去の重みと闘う、ということであり、また、憧憬をもって未来への恐れと闘う、ということでもある (Arendt 1978: P1-205)。

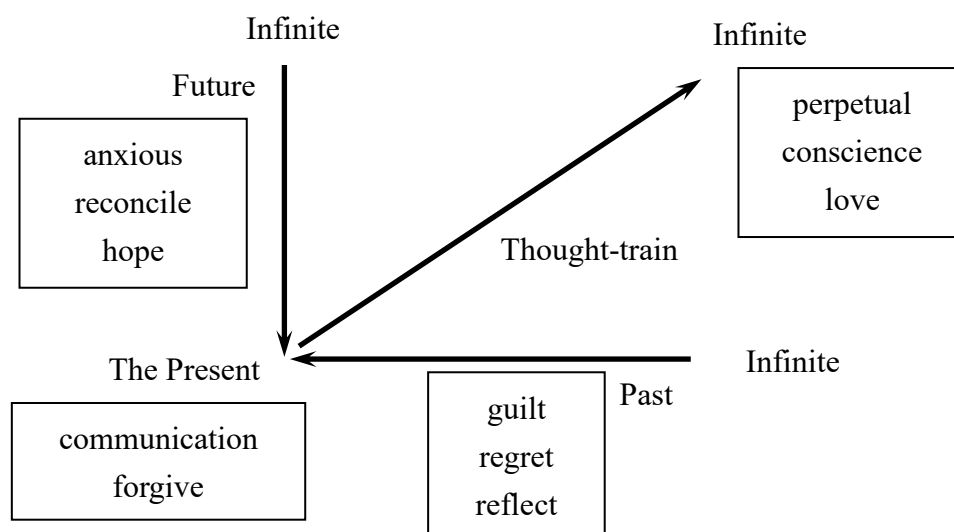
そしてこの闘いは、現象世界に埋没する日常の人間存在ではなく、現象世界を離れて一人で思考する自我によってのみ、遂行される。というのも、過去と未来の断絶は、反省においてのみ明らかとなるからである。言い換えれば、反省する自我にとってのみ、過ぎ去った過去の重みに押され、未だない未来の恐れに引き戻されることを、自覚することができるのである。こうして、反省する自我は、現象世界の中で活動する自己から区別される。すなわちそれは、時間・年齢もなく、場所も持たない。今・ここ (Now-here) とは、どこにもない (No-where) という

ことでもある。こうしてまた、“今・ここ”において、過去と未来が具体的内容から解放されて、時の動きが止まる。「彼」の闘いが終わり、静寂が世界を支配する。

「永続する今 (nunc stans)」 (Idem: P1-207) とは、このような意味で解することができるであろう。もし、永続する今に立つ戦士・審判としての「彼」がいなければ、過去と未来の力は相互に打ち消し合い、過去と未来の区別なく永遠に続く変化だけが残る。ニーチェの言う「永劫回帰 (die ewige Wiederkunft)」 (Nietzsche KSA: 275) である。永劫回帰における永劫・永遠とは、“今・ここ”という戦場において、戦士が力尽きたときに、休む場所である。それは、過去と未来の間で思考する自我の居場所でもある。すなわち、思考する自我にとって、“今・ここ”は永遠でもある。

## 2-9 コミュニケーション、赦し、愛

これまで、アーレントによる存在論、認識論そして時間論を中心に考察を進めてきた。さいごに、本稿の目指す現代義務論の超越論的基礎の解明に向けて、アーレントの議論に本稿独自の解釈を加えてみたい。



上の図は、アーレントによる時間構造の四辺形（Arendt 1978: P1-208）をもとに、枠囲みの中に、本稿独自の解釈を加えたものである。アーレントの四辺形は、無限の過去と、無限の未来が、現在に押し寄せてきて、現象世界を離れた思考の連鎖により、現在が無限に開かれていることを示している。この時間構造の枠組のなかに、規範的・倫理的観点を加えるならば、枠囲みで示した各要素を考えることができるであろう。

まず、自己の存在にとって、生まれてこの方、過去は重たく、後悔の念に苛まれ、反省の対象でしかないであろう。他方、死に至る未来は、不安に満ちたものに他ならない。このような現在の在り方において、孤独と嫌悪を離れて、自らの現実存在に意味を見出し、有意味な生を営むためには、過去を反省し、自らを赦し、自らと和解し、将来に希望を見出さなければならない（拙稿 2004: 139）。この良心の営む作用が、一者の中の二者のコミュニケーションであり、自分自身を愛するということでもある。こうして、良心の審級において、思考する自我は、“今・ここ”

の現象世界を離れ、すなわち自由であり、“今・ここ”において永遠を経験する。この“今・ここ”の内包する無限性が、良心を備えた思考する自我にとって、超越論的次元を形作っている。

同様の仕方で、人間の他者との共同存在についても考えることができる。他者に対して過去に犯した罪は、責任を自覚するよりほかない。共通の世界で他者と平和的に共存するためには、すなわち、社会のなかで他者とルールを共有し遵守するためには、赦しを請い、将来に向けて和解し、将来の世界に希望を見出さなければならない。このことを可能にするのが、コミュニケーションという共通に備わった人間の精神的能力である。コミュニケーションを通じて、相互に赦しあうことは、愛し合うことでもある。こうして人間は相互に自由となり、世界は永遠に開かれることとなる。

### 3 結語

上に見たように、無限の未来が永遠なのではなく、現在が自由であるという点において、永遠を内包している。言い換えれば、現在における過去の赦しと、未来への希望は、永遠の愛と、同じことである。赦し・希望・愛の自由において、現在は、永遠という現在を超えた時間的次元を内包している。このことが、現在における存在経験の可能性の条件、つまり超越論ということの意味である。すなわち、良心とコミュニケーション、赦し・希望と愛が、義務論の超越論的基礎とすることができるであろう。このようにして、アーレントは、カントによる「定言命法（der kategorische Imperativ）」（Kant AA04: 421）とは別の、義務論の超越論的基礎を提示したものと、捉えることができる。

さいごに、残された課題を提示することにより、本稿の考察を閉じることとしたい。良心とコミュニケーションは、現在、我々が、いかに、何を為すべきか、呈示してくれる。しかしながら、良心の自由は、同時に、悪への自由をも内包している。赦し・希望と愛は、他者と共存するための可能性の条件として、超越論的規範的義務とは言えるが、他方、人間は、不寛容と憎悪への自由も有している。こうした意思の自由と判断の善し悪しの問題系について、さらにアーレントの議論を手がかりに検討を深めたい。

#### [Primary Sources]

Arendt, Hannah (1978): *The Life of the Mind*, San Diego, New York: Harcourt.

Idem (1998): *The Human Condition*, introduced by M. Canovan, 2nd ed. Chicago: Chicago

UP (originally published in 1958).

#### [Secondary Literature]

Apel, Karl-Otto (1975): "The problem of philosophical fundamental-grounding in light of a transcendental pragmatic of language", *Man and World*, vol. 8, pp. 239-275.

Brea, Gerson (2004): *Wahrheit in Kommunikation, zum Ursprung der Existenzphilosophie bei Karl Jaspers*, Würzburg: Ergon.

Habermas, Jürgen (1988): *Theorie des kommunikativen Handelns, Bd.2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, 4. durchgesehenen Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Heidegger, Martin (GA 2): *Sein und Zeit*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1977.

Idem (GA 63): *Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1988 (Frühe Freiburger Vorlesung SS 1923).

Husserl, Edmund (1913): *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie, Erstes Buch: Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie*, Halle a.d.S.: Max Niemeyer.

Jaspers, Karl (1997): *Was ist Philosophie? Ein Lesebuch*, hrsg. v. H. Saner, 2. Aufl., München: Piper.

Kafka, Franz (1946): *The Great Wall of China, and other pieces*, London: Secker and Warburg.

Kant, Immanuel (AA04): *Kant's gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, Bd 4, Berlin:

- Georg Reimer 1903 (SS. 385-463: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten 1785).
- Nietzsche, Friedrich (KSA 4): *Also sprach Zarathustra*, I-IV, Kritische Studienausgabe, 3. Aufl. München: dtv/de Gruyter, 1993.
- Plato: *Gorgias*, London: Penguin Classics, 2004.
- Sartre, Jean-Paul (1959): *Nausea*, translated by L. Alexander, Norfolk: New Directions.
- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph von (1860): *Sämtliche Werke*, 1. Abt. 7. Bd., Stuttgart u. Augsburg: Cotta'scher Verl.
- 樺島博志 (2004)「現代正義論のパラダイム・チェインジ—9. 11 テロの投げかける法哲学的問題について」日本法哲学会編『ジェンダー，セクシュアリティと法』法哲学年報 2003, 133-140 頁.
- 樺島博志 (2018)「人工知能技術の人間存在への倫理的影響について」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望—初宿正則先生古希祝賀』成文堂, 201-213 頁.
- 川崎修 (2005)『アレント・公共性の復権』東京：講談社.
- 日本アレント研究会 (編) (2020)『アレント読本』東京：法政大学出版局.
- 森川輝一 (2010)『始まりのアレント・出生の思想の誕生』東京：岩波書店.

※本研究は JSPS 科研費令和 4 年度～6 年度助成，研究課題「現代義務論の可能性の条件」(基盤研究(C) (一般) 22K01109) の成果の一部である。

# 刑法 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義（1）

東北大学大学院法学研究科教授 成瀬 幸典

序——刑法 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義に関する議論状況

第 1 章 54 条 1 項の成立過程

第 1 節 はじめに

第 2 節 現行刑法典制定過程における科刑上一罪に関する規定

第 3 節 小括

第 2 章 旧刑法下における「想像上の数罪俱発」と「相牽連する犯罪」に関する議論

第 1 節 旧刑法における「数罪俱発」規定とその問題性

第 2 節 「想像上の数罪俱発」と「相牽連する犯罪」に関する旧刑法下の議論

第 3 節 小括——現行刑法典下の学説・判例に引き継がれた課題

序——刑法 54 条 1 項<sup>(1)</sup>の「その最も重い刑」の意義に関する議論状況

## 1 法定刑主義を基礎にした重点的対照主義と全体的対照主義

54 条 1 項は、科刑上一罪（観念的競合及び牽連犯）について「その最も重い刑により処断する」と規定する。一人が複数の罪を犯した場合の処断のあり方については、併科主義（2 個以上の罪に対して、それぞれの刑を併科する主義）、吸収主義（2 個以上の罪のうち最も重い罪の刑によって処断する主義）及び加重主義（最も重い犯罪について定められた刑に

一定の加重を施して処断する主義）があるが<sup>(2)</sup>、54 条 1 項は、一般に、科刑上一罪について吸収主義に拠るべきことを明らかにしたものとされている。したがって、同項を適用するためには、科刑上一罪の關係に立つ複数の罪の刑を比較対照して、「最も重い刑」を確定する必要があるが、その方法に関して、学説上、見解は一致しておらず、特に、対象となる罪の法定刑として併科刑や選択刑が定められている場合について、古くから議論が行われてきた。刑の輕重について定めた 10 条はこの場合の比較対照の方法を直接的には定めていないためである。

この点に関し、現在の判例実務は、最

<sup>(1)</sup> 以下では、刑法の条文を引用する場合「刑法」は省略する。

<sup>(2)</sup> 各主義の説明は、莊子邦雄『刑法総論（第 3 版）』（1996 年）507 頁に依拠したが、各主義の内容の理解は論者によって微妙に異なり、統一的な理解が形成されているとは言い難い（例えば、本文に示した莊子博士の説明と福田平『全訂刑法総論（第 5 版）』（2011 年）318 頁の各主義の説明を比較されたい）。なお、吸収主義や加重主義については、それらをさらに類型化するものもある。例えば、中野次雄「併合罪」日本刑法学会編『刑事法講座第 7 卷補卷』（1953 年）1371 頁以下は、吸収主義を①最も重い罪についてだけ刑を科し、他の罪を不問に付すもの（犯罪の吸収）、②数罪の 1 つについて言い渡す刑が重いため、他の罪の刑を言い渡さないもの（宣告刑の吸収）、③数罪に対する処断刑の範圍を最も重い罪の法定刑の限度にとどめるもの（法定刑の吸収）に分け、加重主義を①数罪について別々に刑を量定し、その中の最も重い刑を一定の制限内で加重して 1 つの併合刑を作り出すもの（宣告刑の加重）と、②数罪の法定刑に一定の修正を施して 1 つの処断刑を作り出すもの（法定刑の加重）に分けている。

判昭和 23・4・8 刑集 2 巻 4 号 307 頁(以下「昭和 23 年判決」という。)以来、重点的対照主義を基本として理解されている<sup>(3)</sup>。重点的対照主義とは、法定刑として併科刑又は選択刑が規定されている場合につき、その中の重い刑罰(主刑)だけを対象として、各罪の法定刑を比較対照して重い罪を特定し、その重い罪の法定刑を 54 条 1 項の「最も重い刑」とする考え方のものであり、刑種全体を対象として、各罪の法定刑を比較対照して重い罪を特定し、その重い罪の法定刑を 54 条 1 項の「最も重い刑」とする考え方である全体的対照主義と対置されるものである。54 条 1 項の「最も重い刑」に関して、法定刑を基礎に確定しようとする考え方を法定刑主義と呼ぶことができるが<sup>(4)</sup>、法定刑主義は、重い刑種だけを対象として比較対照すべきだとする重点的対照主義と、刑種全体を対象として比較対照すべきだとする全体的対照主義に分けられ、判例実務は、昭和 23 年判決以

来、前者を基本にしているのである。

## 2 重点的対照主義に対する批判

もつとも、昭和 23 年判決が現れた直後から現在に至るまで、重点的対照主義に対しては、それを形式的に適用した場合、不当な結論に至ることが指摘され続けてきた<sup>(5)</sup>。近年、科刑上一罪の処断の在り方に関して詳細な検討を加えた田中教授は、具体的な例を挙げながら、それらを重点的対照主義の問題点として、以下の 4 つに整理している<sup>(6)</sup>。

### ① 刑の下限の問題

重い A 罪の刑の下限が、軽い B 罪の下限よりも軽い場合、B 罪の下限未満で処断することも可能になる<sup>(7)</sup>。

### ② 併科刑の問題

軽い B 罪にのみ併科刑がある場合、それを科すことが不可能になる<sup>(8)</sup>。

### ③ 選択刑の上限の問題

重い A 罪にも、軽い B 罪にも、軽い刑種(例えば、罰金刑)の選択刑があり、

<sup>(3)</sup> 研究者によるものとして、例えば、西田典之ほか編『注釈刑法第 1 巻』(2010 年) 771 頁以下(鎮目征樹)、田中優輝「科刑上一罪の処断」法と政治 72 巻 3 号(2021 年) 51 頁、只木誠「科刑上一罪の処断の在り方」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』(2023 年) 883 頁等。実務家によるものとして、例えば、川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法第 1 巻』(2006 年) 505 頁以下(木山暢郎)(以下では『裁判例コンメンタール』として引用する。)、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 4 巻(第 3 版)』(2013 年) 403 頁以下(中谷雄二郎)(以下では『大コメ 4 巻』として引用する。)

<sup>(4)</sup> 法定刑主義という言葉は、最判昭和 28・4・14 刑集 7 巻 4 号 850 頁(以下「昭和 28 年判決」という。)に関する「上告受理申立の理由」(以下「申立理由」という。)において用いられていた(刑集 7 巻 4 号 855 頁以下参照)。最判昭和 32・2・14 刑集 11 巻 2 号 715 頁(以下「昭和 32 年判決」という。)に関する評釈である田口邦雄「判批」法学新法 65 巻 9 号 75 頁においても、法定刑主義という言葉が使用されている。

<sup>(5)</sup> 特に重要であるのが、中野・前掲注 2) 1390 頁である。昭和 23 年判決に関する評釈類では、田藤重光「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第 8 巻(昭和 23 年度・上)』(1950 年) 182 頁(同「判批」判タ 4 号 16 頁も)、平野龍一「判批」東京大学判例研究会『判例研究』第 2 巻 157 頁。

<sup>(6)</sup> 田中・前掲注 3) 54 頁以下。以下の 4 つの問題に関する具体例については、田中教授の論文を直接参照されたい。なお、①から③に相当する事案に関し(④に関する裁判例は存在しないようである)、判例・裁判例は、重点的対照主義の形式的適用を回避し、同主義に修正・調整を加えていることから(この点につき、拙稿「判批」判例評論 785 号 3 頁参照)、問題意識は実務上も共有されているといっていよいであろう。

<sup>(7)</sup> 田中・前掲注 3) 54 頁以下。軽い B 罪のみを犯した場合には科すことができない軽い刑を、重い A 罪をも犯したことにより科すことができることになるのは不当であろう。

<sup>(8)</sup> 田中・前掲注 3) 56 頁以下。軽い B 罪のみを犯した場合には科すことができる併科刑を、重い A 罪を犯したことにより科すことができなくなるのは不当であろう。特に、併科刑として予定されている罰金刑について、自由刑とは異なる機能があると考えられる場合には、その不当性はより大きくなる。

選択刑についてはB罪の方が重い場合、軽い刑種を選択したときに、B罪の上限の範囲内であっても、A罪の上限を超える刑を言い渡すことができなくなる<sup>(9)</sup>。

#### ④法律上の減軽事由がある場合の問題

重いA罪に法律上の減軽事由がある場合、減軽を施すことにより、軽いB罪との軽重の逆転が生じることがある<sup>(10)</sup>。

これら4つの問題は、重点的対照主義が54条1項の「最も重い刑」を「重い罪の法定刑」と解すること、つまり、法定刑主義に由来するものといえる。すなわち、同主義は、科刑上一罪の関係に立つ各罪の「法定刑」の比較対照によって重い罪を特定し、その「重い罪の法定刑」を54条1項の「最も重い刑」とするが、①は「重い罪の法定刑」の下限の相対的な低さに、②は「重い罪の法定刑」に併科刑が規定されていないことに、③は「重い罪の法定刑」の選択刑の下限の相対的な低さに起因するものであり、また、④は54条1項の「最も重い刑」の特定を、各罪の「(刑種選択及び再犯加重・法律上の減軽を行った後の)処断刑」ではなく、「(刑種選択及び再犯加重・法律上の減軽を行う前の)法定刑」を基礎にして行うことに由来するものだからである<sup>(11)</sup>。

なお、上記の重点的対照主義の諸問題は、法定刑主義に由来するものであるもので、同じく法定刑主義を前提にする全体的対照主義をとることによっては、完全には解決できない<sup>(12)</sup>。全体的対照主義と重点的対照主義の差異は、重い刑種に軽重がない場合に、10条3項に基づき、直

ちに犯情の比較に移るのか(重点的対照主義)、併科刑又は選択刑として規定された軽い刑種を対象とした比較を行うのか(全体的対照主義)という点にあるにすぎないからである。例えば、161条1項の偽造有印私文書行使罪(法定刑は3月以上5年以下の懲役)と246条1項の詐欺罪(法定刑は10年以下の懲役)の牽連犯が問題になる場合、重点的対照主義であれ、全体的対照主義であれ、懲役刑の長期の比較によって詐欺罪が重い罪とされ、その法定刑が「最も重い刑」とされるので、偽造有印私文書行使罪の懲役刑の下限である3月未満の懲役刑を言い渡すことも可能になり、①の問題が生じることになる。

### 3 処断刑主義を基礎にした統一処断刑形成説及び修正された統一処断刑形成説

このような法定刑主義(重点的対照主義及び全体的対照主義)の問題性に鑑み、学説上は、統一処断刑形成説(科刑上一罪を構成する各罪について、まずは刑種の選択を行い、その後、再犯加重及び法律上の減軽を行った上で、その最上限及び最下限は、いずれも各罪中の最も重いものに従い、ある罪に併科刑があれば、その罪が最重のものであると否とを問わずこれを併科することにして、一つの新たな処断刑を形成し、それを54条1項の「最も重い刑」と解すべきであるとする見解)が有力に主張されている<sup>(13)</sup>。

また、統一的処断刑形成説では、結論

<sup>(9)</sup> 田中・前掲注3)58頁以下。軽いB罪のみを犯した場合には科すことができる刑(罰金額)を、重いA罪を犯したことにより科すことができなくなるのは不当であろう。ただし、この場合、A罪の罰金刑の上限を超える刑を科すことが相当と判断したときには、重い刑種を選択すればよいとの反論はありうる。

<sup>(10)</sup> 田中・前掲注3)60頁。軽いB罪のみを犯した場合には科すことができる刑を、法律上の減軽事由がある重いA罪をも犯したことにより科すことができなくなるのは不当であろう。

<sup>(11)</sup> 田中・前掲注3)60頁以下も参照。

<sup>(12)</sup> この点につき、田中・前掲注3)60頁以下も参照。

<sup>(13)</sup> その創唱者は中野博士である(中野・前掲注2)1390頁)。後掲注17)に挙げた文献参照。

の妥当性を確保することができないとして、それを修正する見解も主張されている。平野博士は、大要、以下のように述べる<sup>(14)</sup>。

統一処断刑形成説によると、法定刑が2年以下の懲役又は10万円以下の罰金であるA罪と、法定刑が1年以下の懲役又は20万円以下の罰金であるB罪が科刑上一罪の関係にある場合、A罪について罰金を、B罪について懲役を選択すると、軽いB罪の懲役刑だけで処断されることになってしまう。妥当な結論を得るためには、刑種を選択しないで、各刑について加重減軽をした後、刑種ごとに重い刑を選び、そのいずれかで処断すべきである。

この見解は、処断刑の最上限及び最下限はいずれも各罪中の最も重いものに従い、ある罪に併科刑があれば、その罪が最重のものであると否とを問わずこれを併科するという点では、統一処断刑形成説と

同一であるが、同説が最上限及び最下限を確定するにあたり、「刑種選択→累犯加重→法律上の減軽→科刑上一罪の処理→併合罪」の処理の順によるべきであるとする点について、結論の妥当性を図るために、「累犯加重→法律上の減軽→科刑上一罪の処理→刑種選択→併合罪」の処理の順に修正すべきだとするものであり、修正された統一処断刑形成説<sup>(15)</sup>と名付けることができよう。54条1項の「最も重い刑」につき、処断刑を基礎に確定しようとする考え方を処断刑主義と呼ぶことができるが<sup>(16)</sup>、処断刑主義は、刑種の選択の時期によって、統一処断刑形成説と修正された統一処断刑形成説に分けることができるのである。

近時の学説上は、統一処断刑形成説が有力である<sup>(17)</sup>と言えるが<sup>(18)</sup>、同説に対しては、実務上は、刑種の選択を行う前の段階で科刑上一罪の処理をするということとで確立しているので、重点的対照主

<sup>(14)</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）420頁以下。莊子・前掲注2）508頁も「選択刑または併科刑が規定されている場合には、刑の加重・減軽事由がある時には、各罪における法定刑に再犯加重・法律上の減軽を施して得られたもの（刑72条参照）のうちで上限も下限も最も重いものを選んで後に、選択刑または併科刑のすべてにわたって対比し、刑種ごとに重い刑を選び、全体のうちで最も重い刑の範囲内で処断すべきである。」とし、同509頁注3で、「たとえば、甲罪が2年以下の懲役または3万円以下の罰金であり、乙罪が1年以下の懲役または20万円以下の罰金である時に、刑種を選択せずに、甲・乙罪に再犯加重、法律上の減軽を施し（たとえば甲罪に減軽を施して1年以下の懲役または1万5千円以下の罰金）、その後、刑種ごとに重い刑（たとえば甲罪の1年以下の懲役、乙罪の20万円以下の罰金）を選び、その範囲内で処断すべきである。」とする（下線は引用者。なお、莊子・前掲注2）509頁注3は、同旨の見解として、団藤博士、大塚博士、平野博士等の見解を挙げるが疑問がある）。また、鈴木茂嗣「罪数論」中山研一ほか編『現代刑法講座第3巻』（1979年）305頁以下も「数個の罪の処断刑の最大公約数的なもの」をもって処断刑とすべきであるとした上で、「具体的には、刑種の選択前に各刑につき再犯加重および法律上の減軽を行ったうえで、その上限、下限とも各罪中の最も重いものに従って一つの新たな処断刑を形成するのが妥当であろう」とする（鈴木博士は、同趣旨の見解として、平野・前掲書422頁を引用し、中野博士の見解については、まず刑種の選択をすべきものとする点で自説と異なるとしている）。

<sup>(15)</sup> 前掲注3）・『大コメ4巻』402頁（中谷）は、妥当性優先説と名付けている。

<sup>(16)</sup> 申立理由は、法定刑主義に対して、選択刑主義（各罪の刑種を選択した上で比較すべきだとする考え方）を対置しているが、法定刑主義に由来する①から④の問題をすべて解決するためには、刑種の選択のみならず、加重減軽まで行った後の処断刑の比較が必要である。したがって、法定刑主義に対置されるべきは処断刑主義というべきであろう。

<sup>(17)</sup> 統一処断刑形成説を理論的に妥当とするものとして、前掲注3）・『大コメ4巻』403頁（中谷）、大久保隆志「判批」刑ジャ12号94頁、秋山紘範「判批」法学新法128巻1＝2号200頁、只木・前掲注3）900頁。前掲注3）・『裁判例コンメンタール』506頁（木山）は、統一処断刑形成説が「多くの支持を得ている」としている。

<sup>(18)</sup> なお、併合罪規定準用説と呼ばれる見解を通説とするものもあるが（山中敬一『刑法総論（第3版）』（2015年）1065頁等）、後に検討するように、同説は実質的には、統一処断刑形成説と同一内容であると考えられる。

義を基本にしつつ、妥当な結論に至りうるように、事案ごとに、同主義の修正・調整を図れば足りるとの主張が、実務家を中心に有力に展開されており、実際、同様の発想を基礎にしたと考えられる判例・裁判例は多い<sup>(19)</sup>。

このように 54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義に関する学説は、法定刑主義を基礎にした見解（重点的対照主義及び全体的対照主義）と、処断刑主義を基礎にした見解（統一処断刑形成説及び修正された統一処断刑形成説）に分けることができるが、各説の理論的基礎づけが十分に行われているとはいいがたい。54 条 1 項の「その最も重い刑」という文言の適切な解釈を導くためには、上記諸見解が拠って立つ理論的根拠を明らかにし、その当否を 54 条 1 項の趣旨や科刑上一罪の本質に照らして検討することが必要であると考えられる。特に、重点的対照主義を基本としつつ、妥当な結論を得るために、それを修正・調整すべきだとする見解をとる場合、そのような修正・調整を加えることの当否、加えるべき修正・

調整の内容を明らかにするためには、上記作業が不可欠であるといえるであろう。そこで、以下では、まず、54 条 1 項の成立過程及び当時（旧刑法下）の学説の検討を通じて、現行刑法典制定時に想定されていた 54 条 1 項の趣旨及び「その最も重い刑（現行刑法典制定当時は「其最モ重キ刑）」という文言が用いられた理由を明らかにし<sup>(20)</sup>、その後、それを踏まえつつ、現行刑法典下の判例・学説の展開を検討し、最後に、54 条 1 項の「その最も重い刑」の意義に関する私見を述べることにしたい。

## 第 1 章 54 条 1 項の成立過程<sup>(21)</sup>

### 第 1 節 はじめに

明治 40 年 2 月 2 日、政府は第 23 回帝国議会に刑法改正案（以下「40 年改正案」という。）を提出した。その 54 条 1 項の文言は「一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若くは結果たる行為にして他の罪名に触れるときは其最も重き刑を以て処断す」<sup>(22)</sup>というものであり、

<sup>(19)</sup> 前掲注 3)・『大コメ 4 巻』403 頁(中谷)、龍岡資晃「判批」判例秘書ジャーナル文献番号 HJ200034 (2021 年) 10 頁等。判例については、拙稿・前掲注 6) 3 頁等参照。

<sup>(20)</sup> なお、法定刑主義の淵源については、判例を主たる素材とした専田教授の労作がある（専田泰孝「刑法 54 条 1 項における『法定刑』の比較と明治期の判例（1）～（6・完）」千葉大学法学論集 35 巻 1・2 号（2020 年）1 頁、35 巻 3・4 号（2021 年）41 頁、37 巻 1 号（2022 年）39 頁、37 巻 4 号（2023 年）1 頁、38 巻 3 号（2024 年）59 頁、38 巻 4 号（2024 年）51 頁。これらは、以下では「専田（数字）●頁」として引用する）。専田教授は「法定刑の比較という立場の理由を理解することは、なかなか難しい」とし（専田（1）6 頁）、文献上も、この点について十分な説明がなされていないとする（専田（1）6 頁注 8)）。的確な指摘であるといえよう。

<sup>(21)</sup> 54 条 1 項を含む刑法典第 1 編第 9 章「併合罪」の成立過程については、山火正則「現行併合罪規定の成立過程」阿部純二編集代表『莊子邦雄先生古稀祝賀 刑事法の思想と理論』（1991 年）215 頁以下が簡潔にまとめている。

<sup>(22)</sup> 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『日本立法資料全集 26 刑法（明治 40 年）（6）』（1995 年）264 頁。内田博士ら 3 名を編著者として、信山社から公刊された、現行刑法典制定過程に関する貴重な立法資料の集成であるこのシリーズは以下の全 10 巻からなる。これらは、以下では「内田ほか『刑法（巻数）』●頁」という形で引用する。

『日本立法資料全集 20 刑法（明治 40 年）（1）-I』（1999 年）

『日本立法資料全集 20-2 刑法（明治 40 年）（1）-II』（2009 年）

『日本立法資料全集 20-3 刑法（明治 40 年）（1）-III』（2009 年）

『日本立法資料全集 21 刑法（明治 40 年）（2）』（1993 年）

『日本立法資料全集 22 刑法（明治 40 年）（3）-I』（1994 年）

『日本立法資料全集 23 刑法（明治 40 年）（3）-II』（1994 年）

『日本立法資料全集 24 刑法（明治 40 年）（4）』（1995 年）

成立した刑法(現行刑法典)<sup>(23)</sup>54条1項の文言と同一であった。40年改正案は、帝国議会において活発な議論の対象となり、貴族院及び衆議院それぞれで修正を受け、最終的には両院協議会により決議された成案を経て新刑法として結実したが<sup>(24)</sup>、54条1項に関しては、特に注目に値する議論がなされることはなかったためである<sup>(25)</sup>。また、40年改正案の理由書に当たる「刑法改正案参考書」(以下「40年改正案参考書」<sup>(26)</sup>という。)の54条に関する説明の全文は以下のとおりの簡潔なもので<sup>(27)</sup>、そこから54条1項の「其最も重き刑を以て処断す」という文言を立法者がいかなる意味で理解していたかを読み取ることは難しい。

本條は學說に所謂想像上の數罪俱發と稱する場合及び相牽連する犯罪に関する規定なり。現行法に於ては本條の規定を欠く爲めに解釈上頗る疑義を生ずることあるを以て改正案に於ては新に本條を設けて以て其趣旨を明にせり。本條は一個の行為にして數個の罪名に触る場合及び或罪が他の罪の手段若くは結果に過ぎざる場合に在ては、其罪名中最も重き刑を科することとし特に吸収主義を採りたるものなり。

もともと、その最後の文章からは、立法者が「其最も重き刑を以て処断す」という文言を「其罪名中最も重き刑を科す」という意味で使用し、それにより「特に吸収主義を」採用したことを示す意図であったことは分かる<sup>(28)</sup>。そして、40年改

『日本立法資料全集 25 刑法(明治40年)(5)』(1995年)

『日本立法資料全集 26 刑法(明治40年)(6)』(1995年)

『日本立法資料全集 27 刑法(明治40年)(7)』(1996年)

なお、本稿では、戦前の条文・学説・判例については、漢字は新字体を使用し、片仮名は平仮名に改め、また、適宜、濁点や句読点を補って引用する。本稿は法制史的論稿ではなく、54条1項の解釈論に関するものであり、読みやすさを優先させようと考えたためである。

<sup>(23)</sup> その成文は、内田ほか『刑法(7)』387頁以下に掲載されている。

<sup>(24)</sup> 40年改正案は、①まず貴族院の審議に付され、同院で修正された後、修正案(貴族院修正案。同案については、内田ほか『刑法(7)』29頁以下)が衆議院に送付され、その後、②衆議院において、貴族院修正案がさらに修正され、その修正案(衆議院修正案。同案については、内田ほか『刑法(7)』329頁以下)が貴族院に回付された。これを受けた貴族院は衆議院修正案について不同意としたため、③両院協議会が開催され、そこで成案が決議され(内田ほか『刑法(7)』361頁以下〔特に、380頁以下〕参照)、同案が貴族院、続いて衆議院において可決され、改正刑法(現行刑法典)が成立した(この経緯について、内田ほか『刑法(6)』11頁以下〔吉井〕及び内田ほか『刑法(7)』5頁以下〔吉井〕参照)。

<sup>(25)</sup> すなわち、①明治40年2月6日の貴族院刑法改正案特別委員会においては、形式的な誤字・脱字の指摘があっただけで、質問はなく(内田ほか『刑法(6)』391頁以下)、明治40年2月8日の貴族院刑法改正案特別委員会においては、修正意見なく、原案どおりと決している(内田ほか『刑法(6)』432頁)。また、②明治40年2月27日の衆議院刑法改正案委員会(特別調査委員会)においては、花井卓蔵委員が、54条1項の「数個の罪名に触れ」「他の罪名に触れ」という文言につき、「数個の罪を成し」「他の罪を成す」とした方が、表現上はよいと思う旨を発言した程度で(しかも、花井委員自身、原案でも意味は通るので、「文字の甚だきたないこと」を述べたうえで、本案に賛成するとした)、他に質問はなく(内田ほか『刑法(7)』124頁以下)、明治40年3月11日の衆議院刑法改正案委員会(内田ほか『刑法(7)』258頁以下)及び明治40年3月15日の衆議院本会議(内田ほか『刑法(7)』321頁以下)においても、特に異議は出されなかった。

<sup>(26)</sup> 現行刑法典の制定過程においては、複数の改正案とその理由書に当たる改正案参考書が作成された。以下では、各改正案の参考書については「●年改正案参考書」と表記する。

<sup>(27)</sup> 内田ほか『刑法(6)』310頁。

<sup>(28)</sup> なお、ここで「特に」とあるのは、54条1項が、同項が置かれている併合罪の章(第1編第9章)の中で、例外的な位置を占めているからである。40年改正案参考書の併合罪の章の「前注」は大要以下のように述べている(内田ほか『刑法(6)』307頁)。

併合罪の章は、旧刑法の数罪俱発の章(第1編第7章)を修正したものであるが、旧刑法の数罪俱発の章は吸収主義を採用していたために不当な結論に至ることがあった。そこで、40年改正案は併科主義を原則としつつ、死刑又は無期刑に当たる罪と他の罪が併発した場合に関しては、例

正案参考書の併合罪の章の冒頭に記された「理由」(以下「併合罪の章の『前注』」という。)において「現行法は数罪併発の場合に於て違警罪を除く外は所謂吸収主義に依り数個の犯罪中一の重に従て処断する主義を採れり」と説明されていることから<sup>(29)</sup>、立法者は吸収主義という言葉、複数の犯罪の中の最も重いものに従って処断する主義を指すものとして使用していたと考えられることを併せ考えると、54条1項の「其最も重き刑を以て処断す」とは、「其罪名中最も重き刑を科す」＝「複数の犯罪の中の最も重いものに従って処断する」という意味であるとはいえよう。しかし、40年改正案参考書の記述から導き得るのはこの限度であり、立法者が「其最も重き刑」の具体的な判断方法をどのように考えていたか等については、明らかでないと言わざるを得ない。

また、54条に関する40年改正案参考書の説明からは、①現在の観念的競合は「想像上の数罪併発」と、現在の牽連犯は「相牽連する犯罪」と表記されていること、②旧刑法には両者に関する規定がなかったために、解釈上の疑義が生じていたこと、③改正案は本条を新設し、それらに関して、「其罪名中最も重き刑を科す」という意味での「吸収主義」を採用することでその疑義を解消しようとしたことは分かるが、「想像上の数罪併発」及び「相牽連する犯罪」に関する規定が存

在しなかったことにより、解釈論上、どのような疑義が生じていたのか、また、吸収主義を採用することで、それがどのように解決されることになるのかは明らかでない<sup>(30)</sup>。さらに、旧刑法が数罪併発に関して吸収主義を採用していたことが問題視されていたことから、40年改正案は併合罪について併科主義を原則とする方向に舵を切ったが、54条1項に関しては、例外として、吸収主義を採用した理由についても、40年改正案参考書からは全く読み取ることができないのである。

このように、54条に関する40年改正案参考書の説明は簡潔に過ぎ、これだけでは、立法者が同条1項に関して吸収主義を採用した理由も、同項の「其最も重き刑」という文言の内容をどのように考えていたのかも判然としない。そこで、節を改めて、40年改正案以前の、現行刑法典の制定過程において現れた種々の刑法改正案及び改正案参考書、種々の改正案に係る各種の委員会等の記録などを参考にして、54条1項のより詳しい成立経緯を明らかにし、上記の疑問を解き明かす手掛かりがないかを探求することにしよう。

## 第2節 現行刑法典制定過程における科刑上一罪に関する規定<sup>(31)</sup>

外として吸収主義を、有期自由刑に当たる罪が併発した場合については、例外として制限併科主義をとることにした。

つまり、40年改正案(ひいては現行刑法典)は併合罪の章について、併科主義を原則としたが、吸収主義をとった54条1項はその例外(の一つ)だったのである。

<sup>(29)</sup> 内田ほか『刑法(6)』307頁。ちなみに、「一の重に従て処断する」という言葉は、旧刑法100条1項(「重罪軽罪を犯し未だ判決を経ず二罪以上俱に発したる時は一の重きに従て処断す」)で用いられていたものである(厳密には「重」の後の「き」が落ちている)。

<sup>(30)</sup> この点に付き、山火・前掲注21)232頁は、磯部四郎『改正刑法正解』(明治40年)112頁以下を引用して、「観念的競合・牽連犯が一罪か数罪か不明であり、数罪併発に関する規定の適用に難点があったということのようである」とする。

<sup>(31)</sup> 現行刑法典制定過程(及び旧刑法下の学説)において、54条1項に当たる場合を科刑上一罪とする理解は一般的ではなかったため、各改正案における54条1項に対応する規定については、40年改正案参考書の記載に従い、「想像上の数罪併発及び相牽連する犯罪に関する規定」と表記する

## 第1款 法律取調委員会における刑法改正作業と科刑上一罪に関する規定

現行刑法典の併合罪の章（第1編第9章）は、旧刑法の数罪俱発の章（第1編第7章）を修正したものであるが<sup>(32)</sup>、54条に関する40年改正案参考書に記載されていたように、旧刑法の数罪俱発の章には科刑上一罪に関する規定はなかった。また、明治23年に法律取調委員会が作成し、明治24年の第1回帝国議会議に提出された刑法改正案<sup>(33)</sup>の数罪俱発の章（「第1編第6章」）においても、科刑上一罪に関する規定は設けられていなかった<sup>(34)</sup>。

## 第2款 刑法改正審査委員会における刑法改正作業と科刑上一罪に関する規定

明治25年に司法省が刑法改正作業のために設けた刑法改正審査委員会は、明治26年7月5日から同年11月1日にかけて開催された第44回から第48回及び

明治27年9月13日と同19日に開催された第56回・第57回の同委員会において、数罪俱発について審議しているが<sup>(35)</sup>、同委員会の議決録（決議録）を見る限り、科刑上一罪に相当する場合に関する議論は行われなかったようである<sup>(36)</sup>。しかし、明治28年に刑法改正審査委員会が作成した刑法草案（以下「28年改正案」という。）においては、71条1項に科刑上一罪に関する規定が設けられた<sup>(37)</sup>。その後、司法大臣は大審院・大審院検事局・控訴院・控訴院検事局・地方裁判所・地方裁判所検事局から、28年改正案に関する意見を徴し、それを踏まえて、刑法改正審査委員会は明治30年に新たな刑法草案（以下「30年改正案」という。）<sup>(38)</sup>を作成したが、上記28年改正案71条1項は、ほぼそのまま、30年改正案70条1項に継承された<sup>(39)</sup>。30年改正案70条1項は以下のとおりである。

一個の行為又は牽連したる行為にして  
数個の罪名に触れたるものは其最も重  
き刑を以て処断す

のが正確であるが煩雑であるので、本章においては「54条1項に対応する規定」を「科刑上一罪に関する規定」と表記する。

<sup>(32)</sup> 注28) 参照。

<sup>(33)</sup> 内田ほか『刑法（1）-Ⅲ』158頁以下。なお、同改正案は、田中正身『改正刑法釈義上巻』（明治40年）において、第1案とされているものである。

<sup>(34)</sup> もっとも、牽連犯の沿革に関する労作である江藤隆之「牽連犯の来歴」桃山法学33号（2020年）57頁以下は、牽連犯（及び観念的競合）に当たる場合に関する規定が、明治18年のボアソナードの刑法改正案、さらには、明治9年の刑法編纂会議ボアソナード案に見出せることを指摘している。

<sup>(35)</sup> 内田ほか『刑法（2）』93頁以下及び99頁以下の「刑法改正審査委員会議決録（決議録）」参照。また、杉山晴康=吉井蒼生夫編『刑法改正審査委員会決議録、刑法草案（明治28年・同30年）』（1989年）120頁以下及び132頁以下も参照。

<sup>(36)</sup> ただし、内田ほか『刑法（2）』24頁以下（吉井）、杉山=吉井・前掲注35）273頁以下の解説によると、刑法改正審査委員会における審議については、それに関する資料を含め、未解明な部分があるようであり、今後、同委員会に関する新資料が現れる可能性がなくはないようにも思われる。

<sup>(37)</sup> 28年改正案71条1項は以下のとおりである。

一個又は牽連したる行為にして数個の罪名に触れたるものは其最も重き刑を以て処断す  
28年改正案については、内田ほか『刑法（2）』126頁以下。なお、28年改正案は倉富勇三郎、古賀廉造、石渡敏一が中心となって起草したとされる（内田ほか『刑法（2）』9頁〔吉井〕参照）。

<sup>(38)</sup> 内田ほか『刑法（2）』126頁以下。なお、内田ほか『刑法（2）』126頁以下及び杉山=吉井・前掲注35）187頁以下では、28年改正案と30年改正案が、同一頁の上下に掲載されている。なお、両草案の関係等については不明確な部分が残っているようである（内田ほか『刑法（2）』25頁以下〔吉井〕参照）。

<sup>(39)</sup> なお、28年改正案71条及び30年改正案70条は、いずれも「第1編 総則」中の「第5章 併合罪」の下に規定されている。

このうち「一個の行為…にして数個の罪名に触れたるもの」が、現在の54条1項前段の「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」という文言の、「牽連したる行為にして数個の罪名に触れたるもの」が、現在の54条1項後段の「犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるとき」という文言の原型であることは明らかであろう。もっとも、上記のとおり、両改正案を作成した刑法改正審査委員会の議決録（決議録）上は、科刑上一罪に相当する場合に関する議論が行われたことは確認できず、当該条文がいかなる経緯で導入されるに至ったのかは不明である。ただ、刑法改正審査委員会の委員の一人であり、28年改正案の起草の中心人物の一人であった石渡敏一博士が校閲者の一人となっている中島晋治＝大澤唯治郎著（石渡敏一＝勝本勘三郎校閲）『現行刑法対比改正刑法草案理由（総則編之部）』（明治31年）（以下「中島＝大澤『対比』」）として引用する。）の「校閲者評」<sup>(40)</sup>からその一端を伺うことはできる<sup>(41)</sup>。

すなわち、上記書籍の著者である中島氏と大澤氏は、30年改正案70条1項に関して、匈牙利（ハンガリー）刑法95条の立法例に倣ったものであるとした上で<sup>(42)</sup>、「一個の行為にして数個の罪名に触

れたる場合」と「牽連したる行為にして数個の罪名に触れたる場合」という2つの類型に関する具体例を挙げた後、これらの場合は、「各個の行為に付き各別の犯罪を以て擬すべきものにあらざして、其最も重き刑を科すべき一個の犯罪を以て之を擬すべきものたり。而して其实体的併合罪の処分と異なる処は、一は数個の独立なる犯罪に対し科すべき刑を定めるのみなれども、一は単に一個の犯罪として処断すると云ふにあり」<sup>(43)</sup>と述べ、同項は上記2つの類型を「一個の犯罪」つまり「一罪」として処断することを定めたものであると説明したが、これに対して、（校閲者評）は70条の説明において種々の「適例」が示されていると評価しつつも<sup>(44)</sup>、「繁雑に流れて其意を盡さず」とし、「本条は現行刑法（旧刑法のこと；引用者注）第2編以下の各條に於て『重きに從て処断す』との規定を抽象したるに過ぎず」と評したのである<sup>(45)</sup>。

下線部分からは、30年改正案70条1項が、数罪俱発規定の適用の可否に関して議論があった各則の個別規定<sup>(46)</sup>を抽象化した上で、条文化したものであることが読み取れるが、後述するように、そこで指摘されている各則の規定は同項の「牽連したる行為」に関するもので、「一

<sup>(40)</sup> 中島＝大澤『対比』215頁。もちろん、当該箇所を石渡氏が執筆したことは確認できないため、過度に重視することはできない。

<sup>(41)</sup> 30年改正案は、明治30年12月28日に「刑法草案」として公表された（内田ほか『刑法（2）』26頁以下）。中島＝大澤『対比』はそれを受けて出版されたものであることが、同書の「例言」に記載されている。なお、30年改正案に関する書籍として、溝淵正気＝藤田次郎著（亀山貞義校閲）『新旧対照刑法草案理由書』（明治31年）もあるが、同書には30年改正案70条1項に関する説明はない。

<sup>(42)</sup> （校閲者評）は、本条がハンガリー刑法に倣ったものであるとの説明について言及していない（山火・前掲注21）233頁はハンガリー刑法に倣ったことについて否定的である）。本条の起草に際し参照された（と考えられる）外国の立法例については、山火・前掲注21）233頁及び234頁注9及び注10、江藤・前掲注34）77頁以下参照。

<sup>(43)</sup> 中島＝大澤『対比』212頁以下。

<sup>(44)</sup> なお、同書において取り上げられている例は、現在の理解では観念的競合や牽連犯に当たらないものを含んでいるが、（校閲者評）はそれらを含めて「適例」としている。

<sup>(45)</sup> 江藤・前掲注34）58頁以下は、ボアソナード草案の牽連犯に相当する規定につき、旧刑法296条を総則規定へと展開したものと評している。旧刑法296条は本文に挙げた「重きに從て処断す」とした規定ではないが、各則の規定を抽象化するという方法は同一であり、興味深い。

<sup>(46)</sup> この点に関して、第2章第2節第3款2参照。

個の行為にして…数個の罪名に触れたる」場合を含まないため、(校閲者評)の説明は、この限りでは不正確かつ不十分であるように思える。しかし、おそらく、校閲者が真に述べたかったのは、下線部分ではなく、その直前の「(著者の説明は)繁雑に流れて其意を盡さず」という部分であったと思われる。すなわち、中島＝大澤『対比』は30年改正案70条1項に当たる場合について、「其最も重き刑を科すべき一個の犯罪を以て之を擬すべきもの」で、「一個の犯罪として処断」されるとして、一罪性を前提にした説明を行っていたが、校閲者はこれを否定的に評価することによって、同項に当たる場合が一罪であるとの理解を打ち消そうとしたものと考えられるのである。次章で詳しく確認するように、当時(から現行刑法典の制定に至るまでの時期において)は、30年改正案70条1項に該当する事案(想像上の数罪俱発事案及び相牽連する犯罪事案)について、それを一罪とする立場(一罪説)と数罪とする立場(数罪説)が鋭く対立していた。校閲者は、この学説状況を踏まえ、同項に関する(校閲者評)において、一罪説を前提とした著者の説明を消極的に評価すると同時に、同項は関係する旧刑法の規定を抽象化して、条文化したものに過ぎないとして、数罪説を前提にしたものであるとも明示しないことにより、同項が特定の立場を前提にしたものではないことを示そうとしたものと推測される。

そして、この(校閲者評)と同様の姿勢は、30年改正案70条1項の「其最も重き刑」という文言からも看取できる。

すなわち、併合罪の場合の有期自由刑の加重に関する同改正案62条1項では「其最も重き罪に付き科す可き刑」という文言が用いられたが、これでは複数の罪(数罪)の成立が前提になってしまう(そして、通常の併合罪の場合は、複数の罪が成立していることは前提であるので、それで問題はない)。そこで、「実際に成立することになる最も重い罪の刑」として、一罪説的に解釈することも、「成立する複数の罪の刑のうち最も重いもの」として、数罪説的に解釈することも可能な「其最も重き刑」という文言が用いられたと考えられるのである。

### 第3款 法典調査会第3部における刑法改正作業と科刑上一罪に関する規定

#### 1 第15回帝国議会への刑法改正案の提出

(1)明治32年3月に法典調査会規則が改正され、同会の第3部が刑法・刑事訴訟法の起案審議を担当することになった。同部は、30年改正案を原案として、旧刑法の根本改正を行うという方針<sup>(47)</sup>に則って作業を行うことになり、明治32年11月22日の第20回会議と、同年11月29日の第22回会議において、併合罪の章に係る審議を行ったが、科刑上一罪に関する30年改正案70条1項に関しては、石渡委員から、連続犯を含めることが提案されたのみで<sup>(48)</sup>、実質的な議論は行われなかった。しかし、明治33年初頭に法典調査会第3部が作成した刑法改正案(以下「33年改正案」<sup>(49)</sup>)という。)に

<sup>(47)</sup> この方針は、明治32年5月31日の法典調査会刑法連合会によって決定された。「刑法連合会第1回議事速記録」(内田ほか『刑法(2)』272頁以下〔特に300頁以下〕、内田ほか『刑法(2)』11頁(吉井)参照。

<sup>(48)</sup> 内田ほか『刑法(2)』188頁以下。江藤・前掲注34)56頁も参照。

<sup>(49)</sup> 内田ほか『刑法(2)』467頁以下。

おける科刑上一罪に関する 69 条 1 項の文言は、下記のとおり、30 年改正案 70 条 1 項を修正したものとなっていた。

### 33 年改正案 69 条 1 項

一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若くは結果たる行為にして他の罪名に触れるときは其最も重き刑を以て処断す

この 69 条 1 項に関する 33 年改正案参考書の説明は、以下のとおりである<sup>(50)</sup>。

本條は学説に所謂想像上の数罪俱発と称する場合及び相牽連する犯罪に関する規定なり。現行法に於ては本條の規定を欠くが為めに解釈上頗る疑義を生ずることあるを以て修正案に於ては新に本條を設け以て之を明にせり。本條は一個の行為にして数個の罪名に触れる場合及び或罪が他の罪の手段若くは結果に過ぎざる場合に在ては、其刑を併科するの必要なきを以て、其罪名中最も重き刑を科することとし特に吸収主義を採りたるものなり。

(2) その後、法典調査会第 3 部は、33 年改正案をさらに修正した「刑法改正案」を作成し、翌明治 34 年 2 月 8 日、政府はそれを第 15 回帝国議会に「刑法改正案(以下「34 年改正案」<sup>(51)</sup>という。)」として提出すると同時に、「刑法改正ノ要旨」

<sup>(52)</sup>と「刑法改正案参考書」<sup>(53)</sup>を議会に配布した。34 年改正案における科刑上一罪に関する規定である 66 条 1 項の文言は、33 年改正案 69 条 1 項と全く同一であり、それに関する 34 年改正案参考書の内容も、33 年改正案参考書のそれと全く同一であった。そして、34 年改正案 66 条 1 項(及び 33 年改正案 69 条 1 項)の文言は、成立した刑法典 54 条 1 項(及びその元になった 40 年改正案 54 条 1 項)の文言と同一であり、また、それに関する 34 年改正案参考書(及び 33 年改正案参考書)の内容も、40 年改正案参考書のそれと「ほぼ同一」であった。つまり、現在の 54 条 1 項の内容は、33 年改正案の段階でほぼ定まったのである<sup>(54)</sup>。

したがって、現在の 54 条 1 項の内容を沿革的観点から検討するに当たっては、33 年改正案 69 条 1 項の起草段階における議論(特に、30 年改正案 70 条 1 項の文言を変更した理由)が重要になるが、上記のとおり、法典調査会会議日誌の記載からは、科刑上一罪に関する議論が行われた形跡は見出せず、それらは不明であると言わざるを得ない<sup>(55)</sup>。また、34 年改正案の検討を付託された貴族院刑法改正案特別委員会における審議においては、その第 2 回目に、倉富勇三郎政府委員か

<sup>(50)</sup> 内田ほか『刑法(2)』524 頁。

<sup>(51)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』33 頁以下。田中・前掲注 33)において、第 2 案とされているものである。

<sup>(52)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』60 頁以下。なお、「刑法改正ノ要旨」には、34 年改正案における、旧刑法の主たる改正点として 9 つが列挙されているが、その「第 3」に「数罪俱発の規定に変更を加へたこと」が挙げられている(内田ほか『刑法(3)-I』62 頁)。詳細は、第 2 章第 1 節参照。

<sup>(53)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』65 頁以下。

<sup>(54)</sup> また、現行刑法典の併合罪の章に規定されたその他の条文も、公権剥奪及び監視の削除や形式的な表現の修正はあったものの、34 年改正案とほぼ同一である(これに対し、33 年改正案とは異なる部分が複数ある)。

<sup>(55)</sup> なお、内田ほか『刑法(3)-I』8 頁には、明治 34 年 3 月 16 日に衆議院において、花井卓蔵ら 6 名が政府に対して提出した「刑法改正案に関する質問主意書」が掲載されているが、その 4 番目で、花井氏らは、刑法改正案の確定草案の成立に際し、法典調査会刑法部の会議に付さず、整理委員 2, 3 名に修正・校訂させて、直ちに議会に提出したと問い質している。この主意書に対して、政府は「質問書に掲げたる如き事実なし」と答えている(内田ほか『刑法(3)-I』10 頁)が、33 年改正案の作成に当たり、30 年改正案 70 条 1 項の文言が変更されているにもかかわらず、記録上、法典調査会第 3 部での議論が見出せない事実を鑑みると、花井氏らの指摘は全く根拠のないものであったとは言えないようにも思われる。

ら、旧刑法の数罪俱発に関する規定は吸収主義を原則としている点で「不適當」であることから、34年改正案では併科主義を原則とする方針(「数罪を犯せば其数罪に付て刑を加へると云ふ方針」)を採用しつつも、それを極端に貫くと酷に過ぎる結果になるので、適當の制限を設けた旨の説明があったものの<sup>(56)</sup>、34年改正案 66 条 1 項に関する具体的な説明は行われなかった。そして、同委員会の審議中に会期は尽き、第 15 回帝国議會は閉会となったのである。

## 2 第 16 回帝国議會への刑法改正案の提出

(1) 第 15 回帝国議會閉会后、司法大臣は、明治 34 年 8 月 31 日までに、34 年改正案に関する意見書を提出するように、裁判所・検事局・弁護士会に依頼し、それにより寄せられた意見が「刑法及び刑事訴訟法意見書」<sup>(57)</sup>及び「意見書追加」<sup>(58)</sup>としてまとめられた。これらをも踏まえ、明治 34 年 11 月、法典調査会第 3 部は「刑法再整理案」<sup>(59)</sup>を作成し、それについてさらに修正・整理を行い、刑法改正案を作成した。それが第 16 回帝国議會に提出された「刑法改正案(以下「35 年改正案(第 16 回帝国議會提出版)」という。)<sup>(60)</sup>であり、同時に、同改正案に関する「刑法改正案参考書」も作成された<sup>(61)</sup>。

34 年改正案 66 条 1 項については、裁判所等から特に意見は寄せられず、刑法

再整理案においても修正されていない。その結果、35 年改正案(第 16 回帝国議會提出版) 66 条 1 項の文言は、以下のとおり、34 年改正案と全く同一のものとなっている。

35 年改正案(第 16 回帝国議會提出版) 66 条 1 項

一個の行為にして数個の罪名に触れ又は犯罪の手段若くは結果たる行為にして他の罪名に触るときは其最も重き刑を以て処断す

(2) もっとも、35 年改正案(第 16 回帝国議會提出版) 参考書は、34 年改正案参考書に対して、以下のとおり、若干の修正を加えている(下線が修正部分である)<sup>(62)</sup>。

本條は學說に所謂想像上の数罪俱発と稱する場合及び相牽連する犯罪に関する規定なり。現行法に於ては本條の規定を欠く爲めに解釈上頗る疑義を生ずることあるを以て改正案に於ては新に本條を設けて以て其趣旨を明にせり。本條は一個の行為にして数個の罪名に触る場合及び或罪が他の罪の手段若くは結果に過ぎざる場合に在ては、①其罪名中最も重き刑を科することとし特に吸収主義を採りたるものなり。

下線部について 2 つの改正案参考書を比較対照して見ると、多くは、形式的で輕微な修正に過ぎないように思える。ただ、その中で、34 年改正案参考書では存在した下線①の「其刑を併科するの必要なき

<sup>(56)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』183 頁以下。

<sup>(57)</sup> 内田ほか『刑法(3)-II』17 頁以下。

<sup>(58)</sup> 内田ほか『刑法(3)-II』187 頁以下。

<sup>(59)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』377 頁以下。

<sup>(60)</sup> 内田ほか『刑法(4)』31 頁以下。田中・前掲注 33)において第 3 案とされているものである。山火教授は「(28 年改正案に)適宜修正を施した、その集積の結果が本草案」とあるとし(内田ほか『刑法(4)』15 頁〔山火〕)、「現行刑法の基礎は名実ともに本草案によって確立されたといっても良いであろう。」という(内田ほか『刑法(4)』21 頁〔山火〕)。

<sup>(61)</sup> 内田ほか『刑法(4)』58 頁以下。

<sup>(62)</sup> 内田ほか『刑法(4)』91 頁。

を以て」という記載が、35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）参考書では削除されているのが目につく。この部分が削除された理由は、記録上は不明と言わざるをえず、後半の「吸収主義を採りたるもの」という説明だけで十分に意味が通じると判断されたためと見ることも可能である。しかし、他方で、「併科する必要がない」という表現は「数罪が成立し、その各刑を併科することが可能である」ことを前提にするもので、同項所定の場合について数罪説を前提にしていると解する余地を開くものであることには注意が必要である。35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）参考書が「併科する必要がない」という文言を削除し、「其罪名中最も重き刑を科することとし特に吸収主義を採りたるもの」と表現したのは、数罪が成立するが、科刑上は、その中の最も重い刑を科すことにしたものと解すること（数罪説）も、重い罪のみが成立し、その重い罪の刑を科すことにしたものと解すること（一罪説）も可能にするためであったように思われる<sup>(63)</sup>。30 年改正案に関する中島＝大澤『対比』の（校閲者評）

と同じく、起草担当者は<sup>(64)</sup>、35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）66 条 1 項が、当時学説上の対立があった一罪と数罪の区別に関係するものであることを踏まえ、特定の立場（一罪説又は数罪説）を示すことになる表現を避けようとしたと見るのが妥当であろう<sup>(65)</sup>。

（3）35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）は、貴族院刑法改正案特別委員会及び貴族院本会議で審議され、修正の上、衆議院に送付されたが、同案 66 条 1 項については、貴族院刑法改正案特別委員会及び貴族院本会議のいずれにおいても格別の議論はなかったため<sup>(66)</sup>、貴族院による修正可決案 66 条 1 項も<sup>(67)</sup>、35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）66 条 1 項と全く同一の文言となっている。貴族院の修正可決案の送付を受けた衆議院は、刑法改正案委員会に検討を付託し、同委員会は、さらにその調査を調査委員会に付託した。それを受けて、調査委員会は 3 回開催され、その審議経過を刑法改正案委員会に報告したが、同委員会は、会期切迫に付き、審査を終わることができない旨を本会議義に報告することと決

<sup>(63)</sup> 34 年改正案 66 条 1 項の文言が、数罪説を前提にしたことが明らかなものであれば、当時の学説・判例の状況からして、34 年改正案に関する意見照会を受けた裁判所等から意見が寄せられたはずであるが、実際には、意見照会を受けた裁判所・検事局・弁護士会のいずれからとも、本条に関する意見は寄せられなかった。なお、想像上の数罪俱発や相牽連する犯罪に当たる場合について、当時、一罪説と数罪説が対立していたことにつき、第 2 章第 2 節参照。

<sup>(64)</sup> なお、法典調査会第 3 部における起草委員は、28 年改正案の起草の中心メンバーであった倉富勇三郎、古賀廉造、石渡敏一である（内田ほか『刑法（3）-I』5 頁〔吉井〕）。

<sup>(65)</sup> なお、34 年改正案参考書及び 35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）参考書では「特に吸収主義を採りたるものなり」とされているが、吸収主義は数罪が成立していることを前提にするものではないかとの疑問があろう。たしかに、吸収主義のうち吸刑主義の立場（重い罪も軽い罪も成立するが、軽い罪の刑は執行しないとする立場）からはそのように言えるが、吸罪主義の立場（重い罪が軽い罪を吸収し、軽い罪は成立しないとする立場）によれば、実質的に成立するのは一罪のみとなるため、一罪説の立場から吸収主義という言葉を用いることも不自然ではないように思われる。その場合、吸収主義とは「成立するように見える複数の罪のうち実際に成立する重い罪の刑のみを科す主義」ということになる。吸刑主義と吸罪主義については、大室・後掲注 84) 503 頁、江木・後掲注 84) 238 頁以下、野中・後掲注 84) 379 頁、亀山・後掲注 84) 381 頁以下等参照。

<sup>(66)</sup> 貴族院刑法改正案特別委員会では、「第 62 条より第 67 条まで原案の通り可決と見て宜しうございませうか」「異議なし」とのやり取りがあったのみであり（内田ほか『刑法（4）』366 頁）、貴族院本会議では、「62 条より 67 条まで、御異議がなくば原案に決します」「異議なし」とのやり取りがあったのみである（内田ほか『刑法（4）』641 頁）。

<sup>(67)</sup> 貴族院による修正可決案は、内田ほか『刑法（5）』25 頁以下。貴族院による修正の内容については、内田ほか『刑法（5）』11 頁以下（山火）に簡潔にまとめられている。

定した。その後、明治 35 年 3 月 9 日、衆議院本会議において、上記の報告がなされて審議未了となり、35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）は可決されるに至らなかった<sup>(68)</sup>。

### 3 第 17 回帝国議会への刑法改正案の提出

第 16 回帝国議会閉会後、政府は法典調査会第 3 部に貴族院・衆議院での議論を参考にした改正案の修正整理作業に当たらしめ、それを受けた法典調査会第 3 部は 35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）に修正を加え、新たに刑法改正案を作成した<sup>(69)</sup>。明治 35 年 12 月 28 日、政府は第 17 回帝国議会にこの改正案（以下「35 年改正案（第 17 回帝国議会提出版）」という。）を提出し<sup>(70)</sup>、同時に、刑法改正案参考書<sup>(71)</sup>も配布した。35 年改正案（第 17 回帝国議会提出版）は、科刑上一罪に関する規定を 65 条 1 項に規定しているが、条文は 1 条繰り上がっているものの、その文言は 35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）66 条 1 項のそれと全く同一であり、同項に関する改正案参考書の記述も、35 年改正案（第 16 回帝国議会提出版）参考書の記述と全く同一であった。もっとも、この改正案が提出された同日、衆議院が解散され、同案が成立することはなかった。そして、この後、3 年間にわたり、刑法改正作業は中断し、明治 36 年には法典調査会第 3 部も廃止された<sup>(72)</sup>。

### 第 4 款 法律取調委員会における刑法改正作業と科刑上一罪に関する規定

中断していた刑法改正作業が再開するのは、明治 39 年 6 月 8 日に司法省内に法律取調委員会が設置されてからである。法律取調委員会は、既成の刑法改正案を基礎に、主査委員に修正範囲・修正事項を調査させ、その結果を本会議の議事に付すこととした。それを受けた刑法主査委員会は作業を行い、議決項目を確定し、法律取調委員会委員総会がそれを審議した。その審議結果を受け、明治 39 年 7 月 24 日、12 名からなる起草委員会が改正案の起草に着手し、刑法改正案（以下「39 年改正案（法律取調委員会起草委員会案）」という。）を作成した<sup>(73)</sup>。同案では現在の 54 条 1 項に対応する規定は 58 条 1 項に設けられており、7 条繰り上がっているものの、その文言は 35 年改正案（第 17 回帝国議会提出版）と全く同一である。39 年改正案（法律取調委員会起草委員会案）は、法律取調委員会委員総会における逐条審議にかけられ、58 条は、明治 39 年 11 月 28 日に開催された第 14 回の同総会で審議されたが<sup>(74)</sup>、花井委員から 58 条の「罪名」という表記につき、「名」を削除し、「罪を成し」と修正したいと提案があり、勝本委員が賛成したものの、結果的には否決されたことがあった程度で、注目すべき議論はなかった。

その後、法律取調委員会委員総会は審議を続け、12 月 29 日の第 28 回の同委員総会において、刑法改正案を完成させた。

<sup>(68)</sup> 本文に述べた衆議院での審議経過につき、内田ほか『刑法（5）』6 頁以下（吉井）参照。

<sup>(69)</sup> 内田ほか『刑法（5）』9 頁以下（吉井）参照。

<sup>(70)</sup> 内田ほか『刑法（5）』321 頁以下。田中・前掲注 33）において第 4 案とされているものである。

<sup>(71)</sup> 内田ほか『刑法（5）』349 頁以下。

<sup>(72)</sup> 内田ほか『刑法（6）』6 頁以下（吉井）参照。

<sup>(73)</sup> 39 年改正案（法律取調委員会起草委員会案）については、内田ほか『刑法（6）』123 頁以下。この間の経緯については、内田ほか『刑法（6）』8 頁以下（吉井）参照。

<sup>(74)</sup> 内田ほか『刑法（6）』185 頁（併合罪の章全体については 184 頁以下）。

これが本章の冒頭に挙げた、明治 40 年 2 月 2 日に第 23 回帝国議会議に提出された 40 年改正案であり、同議会議における審議を経て現行刑法典が成立するに至るまでの経緯は第 1 節に記載したとおりである。

### 第 3 節 小括

1 以上、40 年改正案に至るまでの各改正案の起草作業及びそれらの帝国議会議等での審議における科刑上一罪に関する規定を巡る議論を辿ってきたが、残念ながら、54 条 1 項の「其最も重き刑を以て処断す」という文言の意味・内容について積極的・明示的に述べているものは確認できず、この点に関する立法者の意図は、40 年改正案参考書の説明から看取できること、すなわち、54 条 1 項は併合罪の章に規定されているものの、例外的に吸収主義を採用したものであること、同項の「其最も重き刑を以て処断す」とは「其罪名中最も重き刑を科す」＝「複数の犯罪の中の最も重いものに従って処断する」という意味であると考えられることにとどまると言わざるを得ない。

2 そして、科刑上一罪に関する規定に関して、33 年改正案参考書（及び 34 年改正案参考書）が「(想像上の数罪俱発又は相牽連する犯罪に当たる場合) 其刑を併科するの必要なきを以て、其罪名中最も重き刑を科することとし」としていたのに対し、35 年改正案参考書が「其刑を併科するの必要なきを以て」という部分を削除し、「(想像上の数罪俱発又は相牽連する犯罪に当たる場合) 其罪名中最も重き刑を科することとし」と修正したこ

とからは、むしろ、立法者は当時の想像上の数罪俱発や相牽連する犯罪に関する学説の対立状況に配慮し、特定の理論的立場（特に、想像上の数罪俱発等に関する一罪説と数罪説のいずれか）に依拠したことを示すこととなる表現を避けようとしていたと考えられることが明らかになった（本章第 2 節第 3 款 2（2））。本章第 1 節で確認したように、40 年改正案参考書の記載からは、旧刑法に 54 条 1 項に相当する規定が存在しなかったことにより、解釈上、どのような疑義が生じていたのか、また、それが 54 条 1 項を設けることでどのように解決されることになるのかを読み取ることはできないが、そのような記載にとどまった理由も、この点について、踏み込んだ説明を行えば、想像上の数罪俱発や相牽連する犯罪に関する特定の立場を前提にすることにならざるを得ないことに求められるように思われる。

3 このような理解に対しては、現行刑法典は 54 条 1 項を「併合罪」の章に規定しているのであるから、同項に該当する場合につき、「これを数罪とし、これに対する吸収主義を定めた」と解するのが素直であり<sup>(75)</sup>、上記の私見は穿ちすぎているのではないかとの疑問を覚えるものもあるだろう。しかし、現行刑法典が制定された直後に公刊された新刑法(現行刑法典)に関する文献を繙けば、実務家を含む数多くの論者が、観念的競合や牽連犯を数罪ではなく、一罪と解していたことが分かる。例えば、一罪と数罪の区別について行為説をとる大脇判事は<sup>(76)</sup>、一個の行為であることを前提とする観念的競合

<sup>(75)</sup> 山火・前掲注 21) 232 頁。また、その根拠として、54 条 1 項前段に相当する規定を設ける意義は数罪説を採った場合にのみ認められることも指摘できるであろうが、これについては、第 2 章第 2 節第 1 款 2 参照。なお、「吸収主義」という言葉が数罪の成立を前提にするものであるとは必ずしも言い切れないことにつき、前掲注 65) 参照。

<sup>(76)</sup> 大脇熊雄『刑法精義（総則之部）』（明治 40 年）174 頁以下（特に、180 頁、184 頁）。なお、174 頁では、一罪と数罪の区別の基準につき、行為説が多数説であるとしている。

についてはもちろん、牽連犯についても、数行為数罪の例外として「実体上の一罪」に当たると解し、54条1項はこの旨を定めたものであるとしている<sup>(77)</sup>。54条1項に該当する事案の一罪性・数罪性について、現行刑法典制定後も争いがあったのは、立法者が、54条1項に関して、いずれの立場からも理解可能な文言を用い、その趣旨に関する実質的な説明を意図的に避けた結果といえよう。

4 なお、このような立法者の慎重な態度は、54条1項が47条（有期の懲役及び禁錮の加重）の「其最も重き罪に付き定めたる刑（現在は「その最も重い罪について定めた刑）」という文言を用いず、「其最も重き刑（現在は「その最も重い刑）」という文言を用いていることにも表れている<sup>(78)</sup>。「其最も重き罪に付き定めたる刑」という文言は、「成立する複数の罪の中で最も重い罪について定められた刑」を意味するもので、数罪説を前提にするものといえるが、「其最も重き刑」という文言は、一罪説の立場から、「（成立が問題になる複数の罪のうち）実際に成立する最も重い罪の刑」と解すること、数罪説の立場から、「実際に成立する複数の罪の刑の中で最も重い刑」と解することも可能なものといえるからである<sup>(79)</sup>。この点に関しては、現行刑法典制定直後に出版された著書において、山田氏<sup>(80)</sup>が大要以下のように述べていること

が参考になろう（下線は引用者）。

54条1項の「最も重き刑を以て処断す」とは「最も重き罪に付き定めたる刑を以て処断す」という意味であるが、51条後段（現在の51条2項）のように「最も重き罪に付き定めたる刑」という表現をとらず、「単に其最も重き刑を以てと規定した」のは、「他の罪名に触るるも一罪にして数罪たらざる場合あるを以てなり」。

山田氏は、観念的競合に当たる場合は数罪であるが、牽連犯に当たる場合は一罪（の場合がある）との見解を主張しており<sup>(81)</sup>、上記の記述は自説を前提にした54条1項の文言の説明という意味合いが強いが、同時に、51条後段（現在の51条2項）の「最も重き罪に付き定めたる刑」という文言は数罪が成立することを前提にしたものであるのに対し、54条1項の「最も重き刑を以て処断す」との文言は、成立するのが一罪の場合にも、数罪の場合にも使用できるものであることを示しているのである。なお、54条1項の「その最も重い刑」の意義に関して、統一処断刑形成説を支持する論者や、事案に応じた、重点的対照主義の修正・調整の必要性を説く論者が、その根拠として、54条1項では47条の「その最も重い罪について定めた刑」という文言ではなく、「その最も重い刑」という文言が用いられていることを挙げることもあるが<sup>(82)</sup>、解釈

<sup>(77)</sup> 54条1項について一罪説を前提に理解している、現行刑法典制定直後の文献として、奥村政雄『新刑法正義』（明治40年）172頁以下、牧野英一『改正刑法通義』（明治40年）107頁以下、森雅太郎『改正刑法講義総論』（明治41年）90頁以下（特に、97頁以下）、泉二新熊『改正日本刑法論（訂正第4版）』（明治41年）324頁以下等。また、宇都宮地方裁判所検事局編『刑法要旨』（明治41年）55頁以下も参照。

<sup>(78)</sup> このことは、すでに30年改正案62条1項と70条1項の文言の相違として現れていたことにつき、本章第2節第2款参照。

<sup>(79)</sup> 30年改正案の「其最も重き刑を以て処断す」という文言につき、中島＝大澤・「対比」214頁は「其最も重き刑を科すべき一の犯罪を以て之を擬すべきもの」と解していた。

<sup>(80)</sup> 山田正賢『改正刑法講義』（明治41年）382頁以下。

<sup>(81)</sup> 山田・前掲注80）381頁以下。

<sup>(82)</sup> 中野・前掲注2）1390頁、田口・前掲注4）79頁等。『最判解（平成19年度）』473頁（入江猛）、大久保・前掲注17）93頁等も参照。

論としては傾聴に値するものの、立法者は論者が説くような意図を有していたとはいえないように思われる。

5 ここまでの検討から明らかになったように、54条1項の成立過程における議論からは、「其最も重き刑を以て処断す」という文言の意義に関する立法者の理解を確認することはできない。この点に関して説明しようとする場合、同項に該当する事案が一罪であるのか、数罪であるのかという問題に踏み込まざるを得ないが、立法者はこのことを慎重に回避し、一罪説からも、数罪説からも受け入れ可能なものとして、「其最も重き刑を以て処断す」という文言（表現）を用いたと考えられるのである。

他方で、40年改正案参考書（及びそれ以前の改正案参考書）は、旧刑法には、現在の観念的競合に当たる「想像上の数罪俱発」と、現在の牽連犯に当たる「相牽連する犯罪」に関する規定が設けられていなかったことから解釈上の疑義が生じていたので、54条1項（に相当する規定）を設け、「其罪名中最も重き刑を科す」という意味での「吸収主義」を採用することでそれを解消しようとしたと述べている。そこで、章を改めて、旧刑法下における想像上の数罪俱発と相牽連する犯罪に関する議論状況を確認し、当時、これらに関して、どのような解釈上の疑義が生じていたのか、又、「其罪名中最も重き刑を科す」という意味での「吸収主義」を採用することによって、それがどのように解決されることになるのかを検討することにしよう。このことは、54条1項の「其最も重き刑を以て処断す」という文言の実質的意義の解明にも資するであろう。

## 第2章 旧刑法下における「想像上の数罪俱発」と「相牽連する犯罪」に関する議論

### 第1節 旧刑法における「数罪俱発」規定とその問題性

既述のように、54条1項が規定されている現行刑法典の「併合罪」の章（第1編第9章）は、旧刑法の「数罪俱発」の章（第1編第7章）を修正したものであるが<sup>(83)</sup>、そこには54条1項に相当する規定は存在しなかった。「数罪俱発」の章の内容は以下のとおりである。

#### 100条

- ①重罪軽罪を犯し未だ判決を経ず二罪以上俱に発したる時は一の重きに從て処断す
- ②重罪の刑は刑期の長き者を以て重と為し刑期の等しき者は定役ある者を以て重と為す
- ③軽罪の刑は其所犯情状最重き者に從て処断す

#### 101条

違警罪二罪以上俱に発したる時は各其刑を科す若し重罪又は軽罪と俱に発したる時は一の重きに從ふ

#### 102条

- ①一罪前に發し已に判決を経て余罪後に發し其軽く若くは等しき者は之を論ぜず其重き者は更に之を論じ前發の刑を以て後發の刑に通算す但前發の刑罰金科料に該り已に納完したる者は第27条の例に照し折算して後發の刑期に通算す
- ②若し前發の罪を判決する時未だ發せざる罪再犯の罪と俱に發したる者は其再犯と比較し一の重きに從ひ前發の刑を通算せず

<sup>(83)</sup> 第1章第2節第1款参照。なお、旧刑法の条文は、我妻栄編集代表『旧法令集』（1968年）に依拠した。

## 103 条

数罪俱に発し一の重きに従ふ時と雖も  
其没収及び徴償の処分は各本法に従ふ

このうち、旧刑法下の学説<sup>(84)</sup>の大多数が特に問題視していたのは、旧刑法 100 条 1 項が数罪俱発に関して「一の重きに従て処断す」と規定して、吸収主義を原則としていた点であった<sup>(85)</sup>。そして、この点の改正は、刑法改正作業においても重点項目の 1 つとされることになった。そのことを明確に示しているのが、34 年改正案<sup>(86)</sup>が第 15 回帝国議会議に提出された際に配布された「刑法改正の要旨」<sup>(87)</sup>である。そこでは「刑法の根本に係る改正の重要な部分」として、全部で 9 つの項目が挙げられているが、その第 3 が

「数罪俱発の規定に変更を加へたること」であった。その大要は以下のとおりであり、そこでは、旧刑法の数罪俱発規定が吸収主義を原則としていることは問題であるため、34 年改正案では併科主義を原則としたと明言されている<sup>(88)</sup>。

現行法は数罪俱発の場合に、一つの重い犯罪にしたがって処断する旨の規定を設けている。したがって、一罪を犯そうが、数罪を犯そうが、受ける刑罰は同じであることになってしまい、数罪を犯す方向に誘導してしまう嫌いがある。刑法の目的は犯罪を防止することにあるのに、犯罪を奨励する傾向をもつ規定を設けることが刑法の本旨に適合するといえるであろうか。そこで、改正案は原則として併科主義を採用し、

<sup>(84)</sup> 以下の検討で使用する旧刑法下の文献をここで列挙しておく。これらの出版年については、刑法改正作業や判例との対比を容易にするため、元号で表記する。

大室傳『刑法決疑録』(明治 15 年)、立野胤政『刑法註解(改正増補再版)』(明治 15 年)、高木豊三『校訂刑法義解』(明治 15 年)(以下『義解』とする。)、同『刑法講義録』(明治 19 年)(以下『講義録』とする。)、堀田正忠『刑法積義第一篇』(明治 17 年)、千阪彦四郎編『日本刑法実用』(明治 21 年)、富井政章『刑法論綱』(明治 22 年)、薩埵正邦『刑法講義上巻』(明治 22 年)、林正太郎＝水内喜治＝平松福三郎＝豊田鉦三郎『日本刑法博議』(明治 22 年)、城数馬『刑法原理』(明治 23 年)、井上正一『訂正日本刑法講義(再版)』(明治 26 年)、宮城浩藏『刑法正義』(明治 26 年)(ただし、引用は『明治大学創立百周年記念学術叢書 第 4 巻』(1984 年)の復刻版によることとした)、江木衷『現行刑法原論(再版)』(明治 27 年)、北嶋傳四郎『刑法新論』(明治 27 年)、岡田朝太郎『日本刑法論総則之部(訂正増補第三版)』(明治 28 年)(以下『刑法論』とする。)、岡田朝太郎『刑法講義総論』(明治大学出版部発行)(明治 39 年)(以下『講義』とする。)、野中勝良『刑法集論総則之部』(明治 30 年)、亀山貞義『刑法講義卷之一』(明治 31 年)、石田氏幹『最新刑法要義総則之部上巻』(明治 34 年)、藤澤茂十郎『改正草案刑法評論』(明治 34 年)、山口慶一編・岡田朝太郎校閲『新旧対照刑法蒐論』(明治 35 年)、古賀廉造『刑法新論総論之部(改版第 6 版)』(明治 36 年)、松原一雄『新刑法論』(明治 37 年)、平沼騏一郎『刑法総論』(明治 38 年か。日本大学 38 年度法律科講義録との記載がある)、小疇傳『日本刑法論総則之部(訂正増補第 2 版)』(明治 39 年)、法典質疑会編『法典質疑問答第 8 編』(明治 40 年)。

<sup>(85)</sup> 注 84) に挙げた明治 20 年代以降の文献を参照。もともと、旧刑法施行後間もない明治 10 年代の文献においては、最初の罪を犯した後、速やかに処罰できなかったこと(処罰していれば、その後の罪を犯さなかった可能性があったこと)に関して政府や社会に責任があることを指摘して、吸収主義の妥当性を説くものもあった(立野・前掲注 84) 115 頁。また、高木・前掲注 84)『義解』291 頁以下は、併科主義を「至当」としつつも、吸収主義にも理由があるとしていた。ただし、その後の高木・前掲注 84)『講義録』403 頁では吸収主義を不当としている。これに対し、すでに堀田・前掲注 84) 789 頁以下は、ボアソナードの刑法草案注解を長文に亘って引用しつつ、吸収主義の不当性と旧刑法の規定の改正の必要性を述べている。なお、吸収主義の論拠とそれに対する反論については、古賀・前掲注 84) 468 頁以下も参照。

<sup>(86)</sup> 33 年改正案の段階で 54 条 1 項の文言及びその立法趣旨が定まったといえることについて、第 1 章第 2 節第 3 款 1 (2) 参照。

<sup>(87)</sup> その全文は、内田ほか『刑法(3)-I』60 頁以下に掲載されている。

<sup>(88)</sup> 内田ほか『刑法(3)-I』62 頁以下。また、34 年改正案に関する貴族院刑法改正案特別委員会における審議において倉富勇三郎政府委員が、数罪俱発に関する規定が吸収主義を原則としている点を「不適當」と説明していたことにつき、第 1 章第 2 節第 3 款 1 (2) 参照。

例外として、多少の制限を設けることにした。

また、34 年改正案参考書の併合罪の章<sup>(89)</sup>の「前注」においては、吸収主義の問題性について、以下のように、より詳しく説明されている<sup>(90)</sup>。

現行刑法は違警罪の場合を除き、いわゆる吸収主義を採用し、「数個の犯罪中一の重（き）に従て処断する主義」をとっているが、その結果、一度罪を犯すと、その裁判が確定するまでは、当該犯罪と同等か又はそれよりも軽い罪については、何回犯したとしても、その刑は最初の犯罪に対する刑に吸収され、後で行われた犯罪は処罰されないことになってしまう。また、一罪を犯した者と数罪を犯した者が「常に同一の刑を以て処断」されることにもなる。このような「頗る不当の結果を来たす」ので、「修正案は此主義を排斥し所謂併科主義を採り一罪毎に各々其刑を科することを原則」とした。ただし、死刑や無期刑の場合には、刑の併科が事実上困難であるので、例外的に、一部の刑を除き、吸収主義をとった。また、有期自由刑について、単純に併科すると、「遂には其刑期数十年の長きに至るの虞あるを以て此場合にも例外として制限併科の主義」を採用した。

このように旧刑法の数罪俱発に関する規定が吸収主義を採用していたことが問題視され、現行刑法典においては、章の名称が「数罪俱発」から「併合罪」に改められるとともに、併科主義が原則とされ、

ただ、結論の妥当性の観点から、吸収主義や制限併科主義（加重〔単一刑〕主義）が部分的に採用されたのである。

なお、34 年改正案参考書の併合罪の章の「前注」においては、併科主義の例外として吸収主義を採用した 34 年改正案 66 条 1 項（その後成立した新刑法典 54 条 1 項と同一の文言）に関する言及がない。これは、改正案が同項に関して、数罪説を前提にしていると解されることを回避するためであったと考えられる。すなわち、34 年改正案参考書の併合罪の章の「前注」では、併合罪の章が数罪俱発の章を修正したものであり、章の名称は数罪俱発から併合罪に改められたものの<sup>(91)</sup>、「（併合罪の関係に立つ）各罪を合併して新に一罪となす」ことにしたわけではなく、「（併合罪の関係に立つ）各罪は尚ほ独立して存在」し、「唯之を併合して処断する」ことにしたとして、併合罪が（旧刑法の数罪俱発と同じく）「数罪」が存在する場合に関するものであると説明されていたため<sup>(92)</sup>、仮に、この前注において、34 年改正案 66 条 1 項に言及した場合、改正案は同項が予定する場合（想像上の数罪俱発〔観念的競合〕と相牽連する犯罪〔牽連犯〕）について数罪説を前提にしていると解される可能性が生じる。そこで、立法者は、この虞を回避するために、34 年改正案参考書の併合罪の章の「前注」において、同改正案 66 条 1 項に言及することを避けたと考えられるので

<sup>(89)</sup> 34 年改正案第 1 編第 5 章が併合罪の章である（内田ほか『刑法（3）-I』40 頁以下）。

<sup>(90)</sup> 内田ほか『刑法（3）-I』92 頁。

<sup>(91)</sup> なお、34 年改正案参考書は章の名称を「併合罪」に変更した理由について、大要、以下のよう

に説明している（内田ほか『刑法（3）-I』92 頁）。  
数罪俱発に当たるとするためには、数罪が「俱に発覚すること」は必ずしも必要とされないの

で、数罪俱発という名称は「稍穏当を欠く嫌い」がある。また、「確定裁判前の数罪は其発覚時期の前後如何を問はず常に併合して之を処断する」ので「寧ろ併合罪と」名付けるほうが優れてい

る。  
<sup>(92)</sup> 内田ほか『刑法（3）-I』92 頁。

ある<sup>(93)</sup>。このことは、条文上、一罪であることが明記された連続犯に関する 34 年改正案 67 条(その後成立した新刑法典 55 条と同一の文言)についても、併合罪の章の「前注」において言及されていないことから推知できよう。

## 第2節 「想像上の数罪俱発」と「相牽連する犯罪」に関する旧刑法下の議論

このように旧刑法の数罪俱発の章が吸収主義を原則としていたことには批判が強く、現行刑法典の併合罪の章においては併科主義を原則とする立場がとられたが、54 条 1 項では、その例外として吸収主義が採用された。しかし、40 年改正案参考書(及びそれ以前の改正案参考書)には、同項について吸収主義を採用した実質的理由に関する記述は見出せず、ただ、旧刑法にはなかった同項を新設することで、旧刑法下において生じていた「想像上の数罪俱発」(54 条 1 項前段)と「相牽連する犯罪」(54 条 1 項後段)に関する解釈上の疑義を解消することにしたとの説明がなされているのみであった<sup>(94)</sup>。そこで、以下では、当時、両者について、どのような解釈論上の疑義が生じていたのかを確認した上で、54 条 1 項を設ける

ことで、それがどのように解決されることになるのかを検討することにしよう。

## 第1款 数罪俱発の一種としての「想像上の数罪俱発」？——一罪説と数罪説

1 明治 20 年代以降の旧刑法に関する文献の多くは<sup>(95)</sup>、数罪俱発を①複数の所為がそれぞれ犯罪を構成する「実体上の数罪俱発」と、②一個の所為が複数の犯罪を構成する「想像上の数罪俱発」に分けている<sup>(96)</sup>。54 条 1 項前段(及びそれに先行する各種改正案の対応する条項)の「一個の行為にして数個の罪名に触れ」という文言が、想像上の数罪俱発を想定したものであることは、上記の定義から明らかであろう。そして、33 年改正案参考書以降の各改正案参考書が指摘するとおり、想像上の数罪俱発については、当時、解釈論上の疑義が生じていた。すなわち、実体上の数罪俱発が数罪俱発に当たること(数罪俱発規定が適用されること)については、ほとんど異論がなかったのに対し、想像上の数罪俱発については、数罪俱発に当たるか否か、つまり、想像上の数罪俱発に当たる事案は、数罪である(数罪俱発規定の適用がある)のか、それとも一罪である(数罪俱発規定

<sup>(93)</sup> 40 年改正案参考書の 54 条に関する記載(及びそれ以前の改正案参考書の 54 条に対応する規定に関する記載)において、特定の立場を示すことになる表現が慎重に避けられていると考えられることについて、第 1 章第 3 節参照。

<sup>(94)</sup> この点につき、第 1 章第 1 節参照。

<sup>(95)</sup> 前掲注 84) に挙げた明治 10 年代の文献には、実体上の数罪俱発と想像上の数罪俱発の区別に関する記述はない。

<sup>(96)</sup> 林＝水内＝平松＝豊田・前掲注 84) 489 頁、富井・前掲注 84) 414 頁、城・前掲注 84) 226 頁以下、宮城・前掲注 84) 293 頁以下、江木・前掲注 84) 236 頁、岡田・前掲注 84) 『刑法論』985 頁以下、野中・前掲注 84) 375 頁、亀山・前掲注 84) 378 頁以下、石田・前掲注 84) 50 頁、古賀・前掲注 84) 476 頁以下、松原・前掲注 84) 190 頁以下。

なお、明治 20 年代には、無形的数罪俱発という言葉を用いるものも多かった(林＝水内＝平松＝豊田・前掲注 84) 489 頁、城・前掲注 84) 227 頁。宮城・前掲注 84) 294 頁は「無形的罪の集合(或は無形的数罪俱発と云ふ)」としている)。また、明治 20 年代から 30 年代初めにかけては、想像上の数罪俱発という概念の内容(定義)について統一的な理解があったとはいえない状況にあった。例えば、林＝水内＝平松＝豊田・前掲注 84) 489 頁は、一つの所為が数罪を構成する場合に加え、複数の所為が主観面で同一の場合をもそこに含めている。また、後述のように、ある犯罪が他の犯罪の手段として行われた場合についても、想像上の数罪俱発として論じるものがあった。後述注 132) 参照。

の適用がない) のかが論じられていたのである。例えば、岡田博士は「無形想像上の数罪俱発は数多の罪名に触るるも成立する所は一罪に過ぎざるを以て其实数罪俱発に非ざるなり」として(下線は引用者)、想像上の数罪俱発の場合は、一罪が成立するのみであるとの理解(一罪説)を示していたのに対し<sup>(97)</sup>、古賀博士は「一所為にして数法律に触るるがために数罪を構成する場合に於ては数罪俱発の例を適用し、其法律中、重き刑を定めたる法律に照して之を罰す可きのみ」<sup>(98)</sup>として、想像上の数罪俱発の場合にも、数罪が成立するので、数罪俱発規定を適用すべきだ(数罪説)と主張していたのである。

2 この争いは、旧刑法のように、数罪俱発(併合罪)一般に関して、吸収主義の立場をとる場合、科し得る刑の点では、結論上の大きな差をもたらさない。想像上の数罪俱発に関し、一罪説に立つ場合、成立することになるのは、最も重い一罪のみであり、その罪の刑が科されることになるが、これは、数罪説を支持し、旧刑法100条1項によって「一の重きに従て処断す」る場合と結論的には同一にな

るからである。両者の違いは、100条1項を適用するか否かにあるにすぎない<sup>(99)</sup>。旧刑法下においては、両者の対立は、結論の差を生じさせるものではなく、同一の結論についての説明に関するもの(及び一罪と数罪の区別に関する理論的対立に関するもの)であったと言える。

しかし、現行刑法典のように、併合罪に関して、併科主義(あるいは加重[単一刑]主義)を原則とする場合には、この対立は大きな意味を持つことになる。すなわち、一罪説を前提にした場合、54条1項前段に相当する規定の有無にかかわらず、成立する最も重い罪の刑で処断されることに変わりはないが、数罪説をとる場合、54条1項前段に相当する規定がなければ、原則に従い、刑が併科される(あるいは加重した刑が科される)ことになるからである。54条1項前段が設けられた理由の一つは、想像上の数罪俱発の事案について、数罪説を前提にした場合であっても、刑を併科(あるいは加重)することなく、旧刑法下と同様に、「最も重き刑を以て処断す」ること(吸収主義の立場をとること)を示す点にあったと考えられる<sup>(100)</sup>。なお、このことは、

<sup>(97)</sup> 岡田・前掲注84)『刑法論』985頁(なお、同書985頁以下は、法律の規定上、ある罪が他の罪に吸収される場合等も想像上の数罪俱発に含めている)、同・前掲注84)『講義』351頁。一罪説を採る論者として、宮城・前掲注84)293頁、中島・大澤・214頁、野中・前掲注84)375頁、亀山・前掲注84)378頁、石田・前掲注84)50頁、平沼・前掲注84)241頁(なお、同頁では、想像上の数罪俱発に対応する概念として「観念的競合」という言葉が使用されている。注84)に挙げた文献の中で、この言葉を使用している唯一のものである)。一罪説に近い理解をとる論者として、富井・前掲注84)414頁、江木・前掲注84)238頁。ただし、注96)で述べたように、明治20年代から30年代初めの文献における「想像上の数罪俱発」という概念の内容には不明確な部分があり、想定している事例が現在の観念的競合に当たるものか確言できない論者もある。

<sup>(98)</sup> 古賀・前掲注84)478頁(なお、同書の初版〔古賀廉造『刑法新論』(明治31年)642頁以下〕においても、想像上の数罪俱発について、数罪が成立することが明記されている)。数罪説をとるものとして、松原・前掲注84)200頁以下(松原氏は、フランクの影響を強く受けているようであり、法条競合と観念的競合の区別に相当する説明など、現在のわが国の学説に通じる部分が多数見られる)。

<sup>(99)</sup> この点につき岡田・前掲注84)『講義』351頁以下参照(なお、『講義』の叙述は『刑法論』に比べて精密なものになっており、『刑法論』が公刊されてから『講義』が著されるまでの10数年間における学説の発展をうかがわせる点で興味深い)。

<sup>(100)</sup> このことを踏まえれば、33年改正案参考書(及び34年改正案参考書)が「(想像上の数罪俱発又は相牽連する犯罪に当たる場合)其刑を併科するの必要なきを以て、其罪名中最も重き刑を科することとし」としていたのに対し、35年改正案(第16回帝国議会提出版)参考書が「其刑を併科するの必要なきを以て」という部分を削除し、「(想像上の数罪俱発又は相牽連する犯罪に当たる

立法者が数罪説を前提にしていたことを意味するものではない。たしかに、一罪説を前提にする場合、54条1項前段を設ける必要性はないが<sup>(101)</sup>、想像上の数罪俱発に関して、数罪説が主張されている以上、当該規定を設けておかなければ、想像上の数罪俱発の事案について、数罪であるので併科処罰（又は加重処罰）を行うべきだとする見解と、一罪であるので、成立する重い罪の刑によって処断すべきだとする見解の対立が生じてしまうため、それを回避しようとしたと解することも十分に可能だからである。併合罪に関して、併科主義を原則とすることにした結果、想像上の数罪俱発の事案に関して、一罪説による場合と、数罪説による場合とで結論が異なることになるという問題に直面した立法者は、54条1項前段を設け、当該事案を（併科処罰や加重処罰は行わないという意味での）吸収主義によって解決することにしたが、その際、47条（及び51条）で用いられた「其最も重き罪に付き定めたる刑」で処断するという、数罪説に親和的な表現ではなく<sup>(102)</sup>、いずれの説からも受け入れ可能

な「其最も重き刑」で処断するという表現を採用した<sup>(103)</sup>と考えられる。

## 第2款 一罪と数罪の区別<sup>(104)</sup>と行為説

このように、旧刑法下においては想像上の数罪俱発に関する一罪説と数罪説の対立があったが、想像上の数罪俱発に当たる観念的競合について科刑上一罪とする理解が一般化している現在から見ると、このような対立があったこと、特に一罪説が主張されていたことに違和感を覚えるものがあるかもしれない。そこで、この点に関係する学説状況を簡単に確認するとともに、それを通じて、次款で取り上げる「相牽連する犯罪」の問題の基礎を明らかにしておこう。

1 旧刑法100条1項は「重罪軽罪を犯し未だ判決を経ず二罪以上俱に発したる時」について「一の重きに從て処断す」としていた。ここから、当時の学説は、数罪俱発と認めるための要件の1つ<sup>(105)</sup>として「一人の者が二個以上の罪を犯したことを」挙げていた<sup>(106)</sup>。それを受け、

場合）其罪名中最も重き刑を科することとし」と修正した理由が改めて確認できるであろう。立法者が数罪説を前提にしていたのであれば、削除した部分は、想像上の数罪俱発に関して、例外である吸収主義を採用した理由を表す重要な意味を持つものといえる（だからこそ、33年改正案参考書〔及び34年改正案参考書〕にはその記載があった）。にもかかわらず、それを削除することにしたのは、「併科する」という表現が、複数の罪の成立を前提にするもので、一罪説からは受け入れがたいものだったからだと考えられるのである。

<sup>(101)</sup> 一罪説によると、想像上の数罪俱発に当たる場合は、そもそも併合罪の章の対象ではなく、重い罪のみが成立することになるので、その刑（最も重い刑）で処断されることは当然である。

<sup>(102)</sup> もっとも、35年改正案（第16回帝国議会提出版）参考書において削除された「併科するの必要なき」という部分が33年改正案参考書（及び34年改正案参考書）には存在していたこと、吸収主義という言葉は、本来、数罪俱発に当たる場合の処断の方法に関するものであることに鑑みると、立法者は、当初は、数罪説を前提に条文を起草しようとしたとはいえるであろう（起草委員であった古賀博士は数罪説である）。しかし、当時の学説状況に鑑み、最終的には、一罪説・数罪説のいずれの立場からも受け入れ可能な文言を用いることにした（この意味で、数罪説を徹底することを放棄した）と見るべきように思われる。

<sup>(103)</sup> このことにつき、第1章第3節3参照。

<sup>(104)</sup> 一罪と数罪の区別が困難な問題であることを指摘するものとして、薩埵・前掲注84）412頁、北嶋・前掲注84）281頁、古賀・前掲注84）470頁等。

<sup>(105)</sup> もう1つの要件として、102条1項をも踏まえ、「二個以上の罪がいずれも確定判決を経ないか、または、一罪が他の罪の確定判決前に犯されたものであること」が挙げられていた。岡田・前掲注84）『刑法論』982頁以下等。

<sup>(106)</sup> 例えば、薩埵・前掲注84）411頁、井上・前掲注84）525頁、岡田・前掲注84）『刑法論』983

学説上、いかなる場合に数罪（2 個以上の罪）と認められるか、つまり、一罪と数罪の区別の基準が論じられていたが<sup>(107)</sup>、この点に関して、明治 20 年代以降は、所為（行為）の個数を重視する立場（行為説）から「一所為一罪」・「数所為数罪」という理解を基礎にする見解が有力になっていた<sup>(108)</sup>。このような所為の個数を重視する姿勢は、当時の多くの学説が、数罪俱発を①複数の所為がそれぞれ犯罪を構成する「実体上の数罪俱発」と、②一個の所為が複数の犯罪を構成する「想像上の数罪俱発」に分け、所為が一個である後者について、数罪性を否定し、数罪俱発規定の適用を否定していたことから推知される<sup>(109)</sup>。行為説による場合、一個の所為であることを前提とする想像上の数罪俱発については、複数の犯罪が成立するよう見えるものの、所為が一個である以上、一罪と解すべきである（数罪俱発規定の適用はない）と考えられるからである。そして、このような行為説と一罪説の関係を裏返すように、想像上の数罪俱発に関して数罪説を支持する論者は、行為説を批判し、一罪と数罪の区別に関する他の説に依拠して

いた。例えば、数罪説の主要な主張者である古賀博士は、行為説に依拠すべきではないとした上で、法益侵害性<sup>(110)</sup>と犯人の意思<sup>(111)</sup>を併せ考慮する法令違反説の立場<sup>(112)</sup>から「法律違反の数、単一なる場合を一罪と為し、数個なる場合を数罪と為す」とし<sup>(113)</sup>、また、（明治 30 年代後半の文献ではあるが）同じく数罪説を支持していた松原氏も、想像上の数罪俱発につき数罪俱発の適用は認められないとする見解に対して、行為説を前提にして、一所為である以上、常に、犯罪も一個であるとするもので不当であるとした上で、想像上の数罪俱発は、複数の罪名（法文）に触れる場合であるので数罪が成立するとし、異種の想像上の数罪俱発の場合、数罪俱発規定にしたがって「一の重きに從ふ」べきことは当然であり、同種の想像上の数罪俱発の場合も、100 条を準用し、併科を否定すべきだとしたのである<sup>(114)</sup>。上記のような対立はあったものの、当時の学説の状況としては、一罪と数罪の区別の基準に関する行為説（的な発想）を基礎に、想像上の数罪俱発に関して一罪とする見解（＝数罪俱発規定の適用を認めない見解）が有力であったといえる。

頁、野中・前掲注 84）374 頁、石田・前掲注 84）49 頁、平沼・前掲注 84）244 頁等。

<sup>(107)</sup> 一罪と数罪の区別について独立に論じているものとして、薩埵・前掲注 84）412 頁以下、江木・前掲注 84）235 頁以下、北嶋・前掲注 84）280 頁以下、古賀・前掲注 84）470 頁以下、松原・前掲注 84）190 頁以下、平沼・前掲注 84）233 頁以下、小疇・前掲注 84）411 頁以下、法典質疑会編・前掲注 84）33 頁以下（豊島直通）等。特に、明治 30 年代半ば以降は、独立の項目として論じるものが増え、議論も精緻化している。

<sup>(108)</sup> 行為説を明確に主張しているのは、平沼・前掲注 84）233 頁以下、小疇・前掲注 84）411 頁等、明治 30 年代半ば以降のものが多いが、本文に述べたように、所為の個数を重視する姿勢は、それ以前の多くの論者にも見られる。

<sup>(109)</sup> 実際、一罪と数罪に関して、意思の個数と結果の個数を基準として区別すべきだとした北嶋判事は、所為の個数を基準とした想像上の数罪俱発という範疇を設けず、決意の数を主たる基準にして数罪俱発の事例を分類している（北嶋・前掲注 84）282 頁以下。なお、北嶋判事の見解は、実質的には意思説といってよい内容である）。

<sup>(110)</sup> ここから、共有物の窃取は常に数罪になる（所有権侵害ごとに禁制違反がある）という（古賀・前掲注 84）471 頁）。

<sup>(111)</sup> ここから、大きな傷害を与えるために、数回殴打した場合は一罪であるが、数回殴って、数回の傷害を負わせようとした場合は数罪であるという（古賀・前掲注 84）472 頁）。

<sup>(112)</sup> 平沼・前掲注 84）234 頁は、大審院はこの説に従っているとする。

<sup>(113)</sup> 古賀・前掲注 84）470 頁以下。

<sup>(114)</sup> 松原・前掲注 84）200 頁以下。

2 一罪と数罪の区別に関して行為説を前提にする場合、数個の所為があれば、数罪が成立することになるはずである。しかし、一所為である想像上の数罪俱発事例について数罪性（数罪俱発規定の適用の可否）が議論されていたことと対をなすように、「数所為ではあるが、一罪が成立するに過ぎない（数罪俱発規定を適用すべきではない）場合」があるのではないかという議論が展開され<sup>(115)</sup>、例えば、継続犯<sup>(116)</sup>や連続犯について、行為説の支持者を含む多くの論者が、数所為である（ように見える）にもかかわらず、一罪しか成立しないとしていた<sup>(117)</sup>。特に、連続犯については、明治20年代以降、多くの論者が、一定の要件を満たせば、数個の所為が全体として一罪となることを認めていた<sup>(118)</sup>。もっとも、連続犯と認めるための要件については、学説上、争いが

あったため、新刑法典（現行刑法典）は55条に連続犯に関する規定（「連続したる数個の行為にして同一の罪名に触るときは一罪として之を処断す」〔下線は引用者〕）を設け、連続犯に当たる場合が一罪であることを示すとともに、連続した数個の行為が同一の罪名に触れることをその要件<sup>(119)</sup>として明記した<sup>(120)</sup>。

### 第3款 相牽連する犯罪に関する規定（54条1項後段）制定の背景

このように、当時は、複数の所為がある（ように見える）にもかかわらず、一罪と解すべき場合（数所為一罪の場合）について、様々な形で議論されていたが、そのうち、54条1項後段の新設に影響を及ぼしたと考えられるものとして、①加重情状に関する議論、②実質上の一罪に

<sup>(115)</sup> なお、継続犯、連続犯、慣行犯等のように、数所為ではあるが一罪と解すべきではないかが問題になっていた諸類型について、「それらは一罪であり、一人の者が二個以上の罪を犯した」という数罪俱発規定の適用要件を満たさない」という結論を述べるだけで、一罪と解すべき理由を述べていないものも少なくない（井上・前掲注84）525頁、野中・前掲注84）375頁、石田・前掲注84）49頁等）。

<sup>(116)</sup> 継続犯について一罪と説明しているものとして、薩埵・前掲注84）415頁、宮城・前掲注84）294頁、岡田・前掲注84）『刑法論』984頁、古賀・前掲注84）465頁、松原・前掲注84）196頁、平沼・前掲注84）236頁、小嶋・前掲注84）428頁等。なお、宮城・前掲注84）294頁は、継続犯を、性質上の継続犯と方法上の継続犯に分け（性質上の継続犯と方法上の継続犯という概念については、宮城・前掲注84）39頁以下も参照）、連続犯に相当するものを後者の中で論じている（宮城氏の見解に対する批判として、北嶋・前掲注84）288頁以下）。

<sup>(117)</sup> なお、連続犯については、規範的観点から、一所為と解すべき場合であるとし、それを一罪性の根拠にするものもあった（宮城・前掲注84）293頁以下。藤澤・前掲注84）219頁等も参照）。所為の個数について、規範的観点からの考察が必要であることを強調するものとして、法典質疑会編・前掲注84）33頁（豊島直通）。これに対し、平沼・前掲注84）237頁は、連続犯に関して単一の行為と解する見解を「誤謬」とする。

<sup>(118)</sup> 富井・前掲注84）415頁、江木・前掲注84）249頁（ここでは「反覆罪」として論じられている。同251頁では、反覆罪を構成する複数の行為が「時日を隔つときは往々之を連続犯と称す」と説明されている。）、岡田・前掲注84）『刑法論』984頁、松原・前掲注84）196頁以下、平沼・前掲注84）236頁以下、小嶋・前掲注84）430頁以下、法典質疑会編・前掲注84）37頁（豊島直通）等。

<sup>(119)</sup> もっとも、この規定では主観的連続性や被害者の同一性の要否は明らかでなく、実際、連続犯の成立要件については現行刑法典制定後も議論されることになった。

<sup>(120)</sup> 55条に関する40年改正案理由書の全文は以下のとおりである（内田ほか『刑法（6）』310頁。下線は引用者）。

本条は所謂連続犯と称する場合の規定にして、亦、現行法に規定なき為め往往争議を生じたるものなり。本條は連続したる数個の行為が同一の罪名に触るときは之を数罪として処断する必要なしと認め、一罪として処断することを明にし従来の疑義を避けたるものとす。

ここでは、54条に関する説明とは異なり、「数罪として処断する必要なしと認め」と明記されている。これは、連続犯については、要件については争いがあったものの、一罪と解すべき場合があることが広く認められていたためだと推測される。

関する議論、③ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合一般に関する議論を挙げることができる。

## 1 加重情状に関する議論

加重情状に関する議論とは、それ自体が独立の犯罪とされている行為を加重情状としている規定の理解をめぐるものであり、その典型が旧刑法 368 条の加重家宅侵入窃盗罪であった。同条は「門戸牆壁を踰越損壊し若くは鎖鑰を開き邸宅倉庫に入り窃盗を犯したる者は亦前條<sup>(121)</sup>に同じ」というものであり、旧刑法 366 条の窃盗罪<sup>(122)</sup>と旧刑法 171 条 2 項 1 号・171 条 2 項の加重家宅侵入罪<sup>(123)</sup>を合わせて一罪としたものである。このうちの加重家宅侵入行為が窃盗罪の加重情状であるが、加重家宅侵入窃盗罪が成立する場合、加重家宅侵入行為が独立の犯罪として成立するかということが問題になり、多くの論者は加重家宅侵入窃盗罪一罪が成立するのみで、数罪併発規定の適用はないとしていた<sup>(124)</sup>。これは、それ自体犯罪を構成する行為が、別の犯罪の手段として行われた場合に、全体を合わせて一罪と

するという理解を前提にしたものであり、牽連犯規定の淵源の一つとみることができよう。なお、旧刑法は数罪併発事例について吸収主義を採用していたため（旧刑法 100 条 1 項）、加重情状類型を設ける必要性は高かったといえる。すなわち、旧刑法 368 条がなければ、これに当たる事案は窃盗罪と加重家宅侵入罪の併発事案となり、「重きに從て処断す」る（窃盗罪の刑で処断する）ことしかできない。それ自体犯罪を構成する悪質な行為を手段とした犯罪について、加重処罰を行うためには、手段である犯罪を加重情状とする、各罪の法定刑よりも重い法定刑を定めた特別の規定を設ける必要があったのである。

## 2 実質上の一罪に関する議論

実質上の一罪とは、それ自体独立の犯罪とされている行為を、他の犯罪を行うための手段・方法とした場合について、「各本条に照し重きに從て処断す」という特別の規定が設けられているときに、その特別の規定に含まれた複数の犯罪を全体して一罪とすることである<sup>(125)</sup>。実

<sup>(121)</sup> この前条に当たる旧刑法 367 条（加重窃盗罪）は以下のとおりである。

水火震災其他の変に乗じて窃盗を犯したる者は 6 月以上 5 年以下の重禁錮に処す

<sup>(122)</sup> 旧刑法 366 条（窃盗罪）は以下のとおりである。

人の所有物を窃取したる者は窃盗の罪と為し 2 月以上 4 年以下の重禁錮に処す

<sup>(123)</sup> 旧刑法 171 条 1 項（昼間家宅侵入罪）及び同条 2 項 1 号（加重昼間家宅侵入罪）は以下のとおりである。

昼間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は 11 日以上 6 月以下の重禁錮に処す

2 若し左に記載したる所為ある時は一等を加ふ

一 門戸牆壁を踰越損壊し又は鎖鑰を開きて入りたる時

旧刑法 172 条 1 項（夜間家宅侵入罪）及び同条 2 項（加重夜間家宅侵入罪）は以下のとおりである。

夜間故なく人の住居したる邸宅又は人の看守したる建造物に入りたる者は 1 月以上 1 年以下の重禁錮に処す

2 若し前條に記載したる加重す可き所為ある時は一等を加ふ

<sup>(124)</sup> 井上・前掲注 84) 525 頁、岡田・前掲注 84) 『刑法論』985 頁以下、平沼・前掲注 84) 238 頁等。古賀・前掲注 84) 465 頁も参照。なお、この場合に、一罪である（加重情状は独立の犯罪として成立しない）という結論は明らかであるように思われるが、一罪と解するか、数罪と解するかにより、旧刑法 102 条に関する問題、加重減輕事由の適用の在り方、訴訟法上の問題等が生じうるために、この点が議論になったものと思われる。当時は、強盗罪等の結合犯に関しても、一罪か数罪かが議論されたが（一罪説が通説的見解であった）、それも同一の理由によるものと思われる。

<sup>(125)</sup> 古賀・前掲注 84) 473 頁以下。なお、古賀・前掲注 84) 473 頁は、本文に挙げた旧刑法 390 条 2 項以外に、旧刑法 206 条、同 280 条 2 項、同 282 条 2 項、同 351 条、同 417 条を挙げている。

質上の一罪の場合、それ自体独立の犯罪を構成する行為が、別の犯罪の手段として行われた場合につき、全体を合わせて一罪とするという点では、上記の加重情状の場合と共通しているが、加重処罰がなされるわけではなく、実質上の一罪を構成する各行為のうちの重いものに従って処断されるという点で異なる。そして、まさにこの点で加重情状の場合以上に、現在の牽連犯に近いものといえる。ただ、加重情状に関する場合が一罪であることについて争いがなかったのに対し、実質上の一罪については、その場合を扱った規定で用いられている「重きに従て処断す」という文言が、数罪俱発に関する旧刑法 100 条 1 項でも用いられていたことから、当該関係規定は数罪俱発に当たる場合を注意的に規定したものであって、そこに含まれる複数の罪が成立するという見解と、当該関係規定に定められた独立の犯罪一罪が成立するという見解の対立が生じることになった<sup>(126)</sup>。その議論の主たる対象となり、多くの判例で問題になったのが詐欺取財罪に関する旧刑法 390 条 2 項である。

旧刑法 390 条 2 項は「因て官私の文書を偽造し又は増減変換したる者は偽造の各本条に照し重きに従て処断す」というものであり、それは、それ自体独立の犯罪とされている官文書偽造罪等（旧刑法 203 条 1 項等）を、詐欺取財罪（旧刑法 390 条 1 項）を行うための手段・方法と

した場合に関する特別の規定であるが、同項に関して、判例は、詐欺取財の手段として文書を偽造した者については旧刑法 390 条 2 項によって処断すべきであって、数罪俱発規定を適用すべきではないとして一罪説に立っていた。例えば、大判明治 29・10・9 刑録 2 輯 9 卷 31 頁は次のように述べている（下線は引用者）

<sup>(127)</sup>。

「刑法第 390 条第 2 項は詐欺取財を為すに因る文書偽造の所為は其實質上に於て一罪なるが故に、総則に依ることなく重きに従ひ一罪として処断すべきことを特に規定したるに在りて、総則を適用すへき為めの注意法にあらず。」

「故に原院が刑法第 100 条を適用せず、同第 390 条第 2 項、同第 206 条を適用して処断したるは相当にして擬律錯誤にあらず。而して此説明に依り詐欺取財の所為は官文書偽造の所為に吸収せられて一罪となり独立せざることを了解したる以上は論旨後段の理由なきことも自ら了解すべきに付特に説明せず」これに対し、学説上は、①旧刑法 390 条 2 項の文言を素直に解釈すれば、それは独立の一罪と解されること、②2 罪であるなら「重きに従て処断する」のは旧刑法 100 条 1 項に照らし当然のことであり、旧刑法 390 条 2 項において「各本条に照し重きに従て処断す」とされていることが理解できなくなること等を指摘して一罪説を支持するものがあつたが<sup>(128)</sup>、他

<sup>(126)</sup> なお、一罪説を前提にした場合でも、数罪説を前提にした場合でも「重きに従て処断す」ることに変わりはなく、ただ、旧刑法 100 条 1 項の適用の要否につき、前者の場合不要であるが、後者の場合必要であるという差が生じるに過ぎないので、この対立の意義は大きくないともいえる。しかし、訴訟法上の問題を含む、いくつかの点で一罪と解するか、数罪と解するかで差が生じることになる。この点につき、専田・前掲注 20)「明治期の判例(2)」82 頁以下参照。古賀・前掲注 84) 474 頁も参照。

<sup>(127)</sup> 大審院は、明治 29 年判決以前から実質的に同様の判断を示していたこと、また、同判決以後も実質上の一罪として扱う判断を示したことについて、専田・前掲注 20)「明治期の判例(2)」73 頁以下（特に注(127)、(130)）。専田教授の論稿は、旧刑法 390 条 2 項に関する当時の判例を詳細に分析しており有益である。

<sup>(128)</sup> 例えば、北嶋・前掲注 84) 296 頁以下（北嶋判事は旧刑法 390 条 2 項を「証書偽造詐欺取財」という独立の犯罪と解すべきだとした）。

方で、旧刑法 390 条 2 項のように、法律上、「各本条に照し重きに從て処断す」と規定している場合、重いものに従って処断するということは、軽いものがあるということ、つまり、重い犯罪と軽い犯罪の双方が成立している（数罪が成立している）ということである<sup>(129)</sup>から、この場合は数罪俱発に当たるとの見解<sup>(130)</sup>も主張され、対立が生じていたのである。54 条 1 項後段は、このような学説の対立状況を受け、実質上の一罪に当たる諸規定を一般化・抽象化し、それに該当する場合について、吸収主義の立場によって扱うことを示したものと見える。そして、上記のような一罪説と数罪説の対立があったため、いずれの立場からも受け入れ可能な「其最も重き刑を以て処断す」という文言が用いられたものと考えられる。

なお、中島＝大澤『対比』の（校閲者評）は、54 条 1 項の原型といえる 30 年改正案 70 条 1 項に関して、「現行刑法（旧刑法のこと：引用者注）第 2 編以下の各條に於て『重きに從て処断す』との規定を抽象したるに過ぎず」<sup>(131)</sup>と説明していたが、これが実質上の一罪を念頭に置いたものであることは明らかであろう。54 条 1 項後段に相当する規定を設けることにした当初の意図の一つは、実質上の一罪に当たる場合の処理について、立法的解決を示すことにあったと考えられるのである。

### 3 ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合一般に関する議論

1 及び 2 で検討した加重情状や実質上の一罪は、ある犯罪の手段として、他の犯罪が行われたことに加え、その場合を対象とした独立の規定が設けられていることに特徴がある。牽連犯の規定（54 条 1 項後段）が、それらに想を得ると同時に、実質上の一罪の場合について吸収主義の立場によって扱うことを、刑法典上明示することを目的としていたと考えられることは上記のとおりであるが、それだけで説明するには、54 条 1 項後段の文言は、一般的・抽象的にすぎる。このような一般的・抽象的な規定形式がとられたのは、ある犯罪の目的達成の手段として、他の犯罪が行われた場合一般に関して、目的である犯罪だけが成立し、手段である犯罪は成立しない（数所為一罪）と解すべきではないかという、当時の学説において議論になっていた問題を立法的に解決しようとしたためだと考えられる。当時の学説は、特に家宅侵入窃盗事例を素材にして、この問題を論じていた。

家宅侵入窃盗事例に関して、学説の多くは、目的である窃盗罪のみが成立するとする一罪説を支持していたが、その説明は様々であった。例えば、宮城氏は、この場合を、事件の性質による無形的罪の集合（無形的数罪俱発）の一つとし、家宅侵入は窃盗という目的達成のための必要な手段であり、「家宅侵入と窃盗とは

<sup>(129)</sup> なお、「重きに從て処断す」という文言は旧刑法 100 条 1 項で用いられていたものでもある。そして、同項に関しては、軽い罪が重い罪に吸収されるという吸罪主義ではなく、軽い罪も成立しているが、刑罰は重いものに従うという吸刑主義の立場から理解するものが有力であった。

<sup>(130)</sup> 古賀・前掲注 84) 473 頁以下（古賀博士は、実質上の一罪という考え方を厳しく批判し、判例は変更されるべきだとした）。なお、古賀博士は、2 つの罪を合わせて特に一罪としている場合（強盗罪等の結合犯が想定されている）、法律上、犯罪の実質は 1 個であり、これを「実質上の一罪」ということは問題ないとしていること（古賀・前掲注 84) 475 頁）、また、1 で見た加重情状の場合も一罪が成立するのみだとしている（古賀・前掲注 84) 465 頁）ことから、博士が旧刑法 390 条 2 項等の「各本条に照し重きに從て処断す」という文言が、各本条に定められた罪それぞれが成立することを前提にしたものと解されることを重視していることがうかがわれる。

<sup>(131)</sup> 中島＝大澤「対比」215 頁。第 1 章第 2 節第 2 款参照。

一個の所為にして唯無形に罪の集合したる者たるに過ぎず」として、家宅侵入行為と窃盗行為を、規範的観点から一個の所為として扱い、この場合を想像上の数罪俱発の一種であって、一罪に過ぎないとしたが<sup>(132)</sup>、野中判事は、ある罪が他の罪の目的達成の手段となっている場合を、法律の規定によって、ある罪が他の罪に吸収される場合の1つとした上で、家宅侵入窃盗事例について、家宅侵入は屋内窃盗の手段として後者に吸収されるとした<sup>(133)</sup>。また、(現行刑法典成立の直前の文献ではあるが)小嶋判事<sup>(134)</sup>は、ある犯罪行為が、他の犯罪行為の手段として行われた場合、①一方が他方の法律上の特徴とされているか、②一方が他方の行為が行われる場合の通常用いられる手段であると、立法者が暗黙裡に予見しているときには、複数の犯罪行為を一つに結びつけ、一罪とすることができるとした<sup>(135)</sup>。

これに対し、家宅侵入窃盗事例について、数罪説をとる論者も存在した。例えば、北嶋判事は、学説には、ある罪がある罪の手段となっているときは、目的である一罪だけが成立し、手段である犯罪は成立しないとするものがあるが、そのように解する場合、例えば、殺人の目的で、その手段として人の住む住居に放火したが、殺人は未遂に終わった場合、殺人未遂罪のみが成立し、未遂減軽を受けることになるのに対し、殺人の目的なく

放火した場合は、放火既遂となり死刑になるなど、不当な結論に至るので、このような場合も、数罪が成立すると解すべきであると主張したのである<sup>(136)</sup>。

このように明治20年代以降、ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合一般について、一罪と解すべきか、数罪と解すべきかが、学説上、争われていたために、立法者は、54条1項後段を設け、この場合について、吸収主義の立場によって扱うことを明示することにしたと考えられる。

#### 4 牽連犯規定(54条1項後段)制定の意図

①加重情状の場合及び②実質上の一罪の場合と、③ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合一般とは、複数の犯罪が手段と目的の関係にある場合に一罪とみるべきか、数罪とみるべきかが問われる点で共通性を有するが、前2者の場合、それらを対象とした特別の規定が存在するため、一罪説を支持する場合でも、数罪説を支持する場合でも、事案の処理に当たっては、当該規定を適用すれば足りることになる。また、③の場合についても、旧刑法のように、数罪俱発事例について吸収主義をとる場合、一罪説の立場から、目的である犯罪が成立すると解しても、数罪説の立場から、数罪俱発規定を適用し、「一の重きに從て処断す」と解しても、目的である犯罪の

<sup>(132)</sup> 宮城・前掲注84)294頁(同頁では、法律は無形的罪の集合の場合「之を一罪と為す」としてゐる)。亀山・前掲注84)379頁も、家宅侵入して窃盗を行った場合につき、想像的数罪の一つであり、一罪であるとしていた。

<sup>(133)</sup> 野中・前掲注84)376頁。なお、石田・前掲注84)50頁は、野中判事とほぼ同一の説明を行いつつ、家宅侵入窃盗事例を想像的数罪俱発の一種としている。

<sup>(134)</sup> 小嶋・前掲注84)441頁以下(①として加重情状の場合が、②として家宅侵入窃盗事例等が想定されている)。同旨の見解として、平沼・前掲注84)238頁。

<sup>(135)</sup> さらに、薩埵・前掲注84)415頁以下は、窃盗罪の他の類型との比較から、家宅侵入窃盗事例を一罪と解すべきだとした。

<sup>(136)</sup> 北嶋・前掲注84)301頁以下。数罪説をとる他の論者として、古賀・前掲注84)476頁以下(ただし、旧刑法368条の加重家宅侵入窃盗罪が存在することを基礎とした古賀博士の説明は説得的ではないように思われる)。

刑の方が重ければ、科し得る刑の点では、差が生じない。これに対し、③の場合について、現行刑法典のように併合罪に関して併科主義（又は加重主義）を採用するときには、数罪説をとるか、一罪説をとるかによって、併合罪規定を適用し、併科処罰（又は加重処罰）を行うか、成立することになる重い罪（あるいは、目的とされた犯罪）一罪として処罰するかという大きな差が生じることになる。牽連犯規定（54条1項後段）が設けられた実質的な理由は、併科主義を原則とすることにした現行刑法典において、加重情状の場合や実質上の一罪の場合を含め、ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合一般について、併科処罰（又は加重処罰）を行わず、吸収主義の立場によって扱うことを示すことにあったといえる。そして、②・③の場合について、学説上、一罪説と数罪説の対立があったことから、立法者は、吸収主義を表す文言として、いずれの立場からも受け入れ可能な「其最も重き刑を以て処断す」という表現を採用したと考えられるのである<sup>(137)</sup>。

る<sup>(137)</sup>。

### 第3節 小括——現行刑法典下の学説・判例に引き継がれた課題

1 以上、科刑上一罪に相当する場合に関する旧刑法下の議論を確認してきたが、そこからは①現行刑法典は、旧刑法の数罪俱発の章が原則としていた吸収主義の問題を踏まえ、併合罪の章において、併科主義を原則とすることにしたこと、②その結果、「想像上の数罪俱発の事案」及び「相牽連する犯罪（ある罪が他の罪の目的達成の手段として行われた場合）」に関して、当時対立していた一罪説と数罪説のいずれをとるかによって、併科処罰（又は加重処罰）の可否について結論上の相違が生じるという問題に直面することになったこと、③立法者は、この問題に関して吸収主義の立場を採る（＝併科処罰・加重処罰を行わない）ことを規定として明示することで解決することにしたこと、④その規定に当たる54条1項においては、上記両説の対立に鑑み、47条

<sup>(137)</sup> なお、牽連犯規定、特に、54条1項後段の「犯罪の…結果たる行為にして他の罪名に触るる」という文言に関する、旧刑法下の議論として「ある犯罪が他の犯罪の結果に当たる場合」を挙げることができる。この場合に関して、結果に当たる犯罪は成立しないと主張し、立法作業にも関与した論者が小疇判事である。彼は、法律取調委員会委員総会における逐条審議が進んでいた明治39年11月8日に「刑法改正案に対する修正意見」を提出したが（内田ほか『刑法（6）』108頁以下。この資料に関しては、内田ほか『刑法（6）』35頁（吉井）を参照）、その中の39年改正案（法律取調委員会起草委員会案）58条に関する部分で、自著である『日本刑法論（第2版）』の「一罪及数罪」の項目を参照するように指示しつつ、大要、以下のように述べている（丸数字は引用者が付けたもの）。

改正案58条は「犯罪の手段若しくは結果たる行為にして他の罪名に触るときは」と規定している。そこでは、①ある行為が特定の犯罪の手段として普通に用いられることが予想できる場合（家宅侵入と強窃盗罪の関係）と、②特定の犯罪の構成要件である行為者の目的の実行に属する行為（強窃盗の犯人が、他人の物を自己の物とする目的を実行するために、当該贓物を冒認して売却する場合）だけが想定されていると考えられるが、法文の文言上は、それ以外の場合も含むと解することができるものとなっている。その結果、例えば、殺人の手段として他人の刀剣を窃取する場合にも同条の適用があるのではないかと疑いが生じうる。したがって、この問題は、現行法のように、学説に一任したほうがよいのではないか。

上記の②が「ある犯罪が他の犯罪の結果に当たる場合」である。この場合は、現在の理解によれば、牽連犯には当たらないと考えられるため、本文では取り上げなかったが、②について同様の理解を示す論者はあったし（平沼・前掲注84）239頁）、また、現行刑法典制定直後の文献の中にも、54条1項後段につき、②を規定したものであるとの解釈を示すものがあった（草刈融『改正刑法註解』（明治40年）105頁、磯部・前掲注30）113頁以下等）。ちなみに、小疇判事の意見は、意見書提出の20日後の法律取調委員会委員総会における58条の審議において紹介されることはなく、その内容を顧慮した議論が行われることもなかった（内田ほか『刑法（6）』185頁参照）。

(及び 51 条) で用いられている「其最も重き罪に付き定めたる刑」で処断するという、数罪説に親和的な表現ではなく、いずれの説からも受け入れ可能な「其最も重き刑を以て処断す」という表現を採用したことが明らかになった。

2 そして、上記の④、すなわち、一罪説と数罪説の対立に配慮して、いずれの立場からも受け入れ可能なものとするために、54 条 1 項において「其最も重き刑を以て処断す」という表現を採用したことが、その後の当該文言の解釈の混乱の一因になったように思われる。

既述のように、「其最も重き刑」という表現は、一罪説の立場からは「(成立が問題になる複数の罪のうち) 実際に成立する最も重い罪の刑」と解することになるが、これを素朴に解すれば、「実際に成立する最も重い罪の『法定刑』」となるであろう<sup>(138)</sup>。現行刑法典制定直後に公刊された数多くの文献が、一罪と数罪の区別に関する行為説を支持し、54 条 1 項所定の場合(観念的競合や牽連犯)について一罪説を支持していたことを想起する

とき、その後、54 条 1 項の「其最も重き刑」の判断について法定刑主義の立場が主張されるようになったことには理由があるように思われる。他方で、当時から、数罪説も有力に主張されており<sup>(139)</sup>、それによれば、「其最も重き刑」という文言は「実際に成立する複数の罪の刑の中で最も重い刑」と解することになるが、現行刑法典は章の名称は数罪俱発から併合罪に改めたものの、併合罪の關係に立つ各罪を「合併して新に一罪と為す」ことにしたわけではなく、「各罪は尚ほ独立して存在」し、「唯之を併合して処断する」ことにしたのだという立法者の理解<sup>(140)</sup>を前提にすれば、併合罪の一種である観念的競合や牽連犯について、それらを構成する各罪を過不足なく処罰し、適正妥当な結論を導くために、「最も重い刑」は各罪の法定刑の比較によってではなく、処断刑の比較によって、その範囲を決定すべきであるとの考え(統一処断刑形成説の発想)に至るのは自然だと考えられる<sup>(141)</sup>。「其最も重き刑を以て処断す」という文言の意味は、54 条 1 項所定の場合

(138) もちろん、この場合でも、成立が問題になる複数の罪それぞれについて加重減軽を行った上で、それによって得られた刑を比較検討して「最も重い刑の罪」を決定することや、成立する罪を確定した後、成立が問題になった複数の罪それぞれについて加重減軽を行った上で、それらを比較して得られた「最も重い刑」を、その成立した罪の刑とすることも、理論的には不可能ではない。しかし、条文とは、個別の事案ではなく、一般的な事案を念頭に置いて規定されるものであることに照らすと、54 条 1 項の解釈としての「成立する罪の刑」は「成立する犯罪の『法定刑』」を意味すると解するのが自然であろう。

なお、この点に関して、旧刑法 390 条 2 項の「各本条に照し重きに從て処断す」という文言の意義につき、各罪の法定刑を基礎にするのではなく、加重減軽事由がある場合、加重減軽を行って、処断刑を定めてから比較するべきだとした大判明治 38・5・25 刑録 11 輯 11 卷 511 頁及び大判明治 38・11・13 刑録 11 輯 24 卷 1122 頁に対して、文書偽造行使罪の法定刑と詐欺取財罪の法定刑を比較し、重い法定刑を以て、(一罪としての)文書偽造詐欺取財罪の法定刑とすべきだとして、大審院の判断を厳しく批判した小嶋・前掲注 84) 469 頁以下(特に、473 頁)の主張を参照(なお、小嶋判事は行為説の代表的論者である)。これは後の重点的対照主義をめぐる問題を先取りしたものとして興味深い。なお、この点については、専田・前掲注 20)「明治期の判例(2)」75 頁以下の分析も参照されたい。

(139) 磯部・前掲注 30) 112 頁以下は、54 条 1 項に当たる場合のうち、一個の行為から数個の結果が生じた場合については「数罪なりとの説、最も恰く行はる」とする(ただし、そこまで言い切ることは疑問もある。本章第 2 節第 1 款参照)。なお、磯部博士は 54 条 1 項後段については「一罪なりと云ふを以て略定説なりとすべきも又総ての場合に於て多少疑なき能はず」と述べている(磯部・前掲注 30) 114 頁)。

(140) 40 年改正案参考書の併合罪の章の「前注」(内田ほか「刑法(6)」307 頁)参照。

(141) もちろん、数罪説を前提にしつつ、成立した各罪の法定刑の比較を基礎にすべきであるとの考えも、理論的には成り立ちうるし、54 条に関する 40 年改正案参考書の「其罪名中最も重き刑を科

（観念的競合又は牽連犯）を一罪と解するか、数罪と解するかによって——必然的ではないものの——影響を受けうるが、学説上、この点に争いがあり、また、立法者もこの点に関する疑義を解消する説明を行わなかったため、現行刑法典施行後、当該文言の解釈に疑義が生じたことはいわば必然であったと思われる。この疑義を解消するためには、一罪と数罪の区別に関する基準を定立し、それにしたがって、想像上の数罪俱発（観念的競合）や相牽連する犯罪（牽連犯）がいずれに当たるのかを明らかにした上で、それを踏まえつつ、さらに、それらの本質（＝それらを吸収主義によって扱うべき根拠）を解明し、適正妥当な処罰という観点をも加味して検討を行う必要がある<sup>（142）</sup>。しかし、これらは旧刑法下の学説及び立法作業において十分にはなされず、新刑法（現行刑法典）下の学説・判例に課題として残されたのである。

（未完）

---

する」（内田ほか「刑法（6）」310頁）という説明は、「成立する各罪の中で法定刑が最も重いものの刑を科す」と読むのが自然であるようにも思える。

<sup>（142）</sup> そして、その過程で、例えば、牽連犯については、犯罪の手段か否かの判断方法（行為者の主観によるべきか、客観的な基準によるべきか）等が、観念的競合については、行為の個数（一個の行為か否か）の判断方法等が明らかになるはずである

# 司法試験から探る環境法教育

— 令和 6 年司法試験環境法〔設問 1〕を素材として

兼重 直樹<sup>(1)</sup>

## I はじめに

## II 2024 年試験問題

## III 2024 年試験問題に対する実務的解説

### 1 はじめに— 温対法 2021 年改正の概要

### 2 〔設問 1〕・小問(1)について— 促進区域の指定と認定申請

### 3 〔設問 1〕・小問(2)について— ワンストップ特例

### 4 〔設問 2〕・小問(1)について— 算定・報告・公表制度

### 5 〔設問 2〕・小問(2)について— 排出枠取引制度

### 6 〔設問 3〕について— 二酸化炭素の排出による地球温暖化の「公害」該当性

## IV おわりに— 近時の環境法教育に何が求められているのか

## I はじめに

令和 6 年司法試験〔環境法〕では、『地球温暖化対策の推進に関する法律<sup>(2)</sup>』（以下、特に断りがない場合「温対法」又は「法」という。）に関する事例問題が出題された。

法科大学院協会が公表した司法試験に関する『アンケート回答付意見』において、「在学中受験を含めてより若い世代が受験するようになった。一般には、若い世代は環境により興味を持ち、敏感では

あるものの、彼らにとっては、60 年代、70 年代の公害は遠い過去の話であり、生まれてからの環境問題といえ、気候変動、生物多様性、循環資源、エネルギー・原子力問題などである。特にエネルギー分野は経済問題と直結しており、企業中心の法律に進む者にとっても重要な分野になっている。その意味で、環境 10 法という枠組みは時代にそぐわなくなっている。1 例だが自然公園法の損失補償などを問うよりは、企業にとっても重要なもう少し広い関連分野を取り上げる方が現代のニーズにこたえることになるので

<sup>(1)</sup> 環境省職員。環境法政策学会正会員。なお、本稿のうち意見・評価にわたる部分は筆者の個人的見解である。

<sup>(2)</sup> 立案担当者の見解として、南川秀樹＝熊倉基之「地球温暖化対策推進法（一）～（五）— 制定の経緯及び現状について」自治研究 85 巻 12 号 49-71 頁（2009）、86 巻 1 号 47-68 頁（2010）、3 号 44-67 頁（2010）、6 号 62-84 頁（2010）、7 号 51-69（2010）、平尾禎秀「【特集】第 154 回国会主要成立法律 地球温暖化対策推進法の一部改正」ジュリ 1231 号 78 頁（2002）、大川正人「【特集】京都議定書発効と温暖化対策 京都議定書目標達成計画と地球温暖化対策推進法改正について」ジュリ 1296 号 15 頁（2005）、芳野行気「【特集 1】第 164 回国会主要成立法律 地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律」ジュリ 1318 号 44 頁（2006）、森芳友「【特集 2】第 169 回国会主要成立法律 地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律」ジュリ 1364 号 66 頁（2008）などがある。

はないか。」との指摘があった<sup>(3)</sup>。この指摘は令和5年度の司法試験に関する意見であり、その後令和6年度に、温対法の地域脱炭素化促進事業<sup>(4)</sup>、算定・報告・公表制度、排出枠取引制度、気候変動訴訟<sup>(5)</sup>が取り上げられたというのであるから、偶然にしてもなかなか興味深い。

ところで、当方は、環境省地球環境局地球温暖化対策課<sup>(6)</sup>に2022年11月から2024年7月の間在籍し、企業や国民一般からの法令解釈に関する疑義照会対応などを担当していた。そこでの実務経験を踏まえ、行政官の視点で、実務的観点を踏まえ司法試験問題を解説することは、面白い試みではないかと思った次第である。

本稿では、まず、令和6年司法試験環境法の〔設問1〕を取り上げ、温対法の近時の改正や気候変動政策を織り込みながら実務的な見地で解説を試みたい。そのうえで、司法試験の出題から近時の環境法教育に何が求められているのか、法科大学院の環境法オフィスアワー担当として、改めて整理することとしたい。

<sup>(3)</sup> 法科大学院協会「令和5年度アンケート回答付記意見」([https://www.lskyokai.jp/wp/wp-content/uploads/2024/02/rp\\_2\\_202402.pdf](https://www.lskyokai.jp/wp/wp-content/uploads/2024/02/rp_2_202402.pdf))。

<sup>(4)</sup> 「地域脱炭素化促進事業」とは、太陽光、風力その他の再生可能エネルギーであって、地域の自然的社会的条件に適したものの利用による地域の脱炭素化（〔……〕脱炭素社会の実現に寄与することを旨として、地域の自然的社会的条件に応じて当該地域における社会経済活動その他の活動に伴って発生する温室効果ガスの排出の量の削減等を行うことをいう。〔……〕）のための施設として環境省令・農林水産省令・経済産業省令・国土交通省令で定めるもの（以下「地域脱炭素化促進施設」という。）の整備及びその他の地域の脱炭素化のための取組を一体的に行う事業であって、地域の環境の保全のための取組並びに地域の経済及び社会の持続的発展に資する取組を併せて行うものをいう（法2条6項）。

<sup>(5)</sup> 「気候変動訴訟」という語に一致した定義は存在しない。学説では、「気候変動の緩和や適応の在り方を争点として提示する訴訟」（後掲・土井論文）などと理解される。日本における気候変動訴訟の代表例として、石炭火力発電所に関する訴訟がその代表例として挙げられよう。なお、法務省公表の「平成28年司法試験採点実感等に関する意見（環境法）」では、「第1問は、石炭火力発電所を素材として、環境影響評価法の意見書提出手続に関する基本的な仕組み、大気汚染による健康被害の差止請求に関する法的論点、環境法政策の手法としての情報的手法に関する基礎的理解を問う問題であった。電力事業の規制緩和、パリ協定等気候変動に関する法政策のグローバルな展開など、発電所を巡って現在行われている法政策上の議論を背景として、事例を設定した。環境法を学ぶ際には、上記のような社会状況の変化や議論を踏まえて各論点を検討することにより、政策実現手段、権利保護の制度としての環境法の意義が、社会的文脈において確認できると考えている。」とされていた。

<sup>(6)</sup> 環境省組織令（平成12年政令第256号）

（地球温暖化対策課の所掌事務）

第二十七条 地球温暖化対策課は、次に掲げる事務をつかさどる。

- 一 環境の保全の観点からの温室効果ガスの排出の抑制に関する基準等の策定及び規制等に関すること（大臣官房及び水・大気環境局並びに国際連携課及び参事官の所掌に属するものを除く。）。
- 二 前号に掲げるもののほか、専ら地球温暖化（地球温暖化対策の推進に関する法律第二条第一項に規定する地球温暖化をいう。以下この号、次条第一号及び第二十九条において同じ。）の防止を目的とする事務及び事業に関すること並びにその目的及び機能の一部に地球温暖化の防止が含まれる事務及び事業に関する地球温暖化の防止の観点からの基準等の策定及び当該観点からの規制等に関すること（国際連携課及び参事官の所掌に属するものを除く。）。
- 三 環境の保全の観点からのオゾン層の保護に関する基準等の策定及び規制等に関すること。

## Ⅱ 2024 年試験問題

〔第1問〕（配点：50）

【資料】を参照しつつ、地球温暖化対策の推進に関する法律（以下「温対法」という。）及びその適用に関する以下の設問に答えよ。

### 〔設問1〕

A県にあるB町は、内陸部に位置しているという地理的な事情もあり、夏には国内最高気温を何度も記録するような状況にあった。こうしたことから、同町は、地球温暖化対策に熱心であり、2019年に、温対法に基づく地方公共団体実行計画を、県内の他の市町村に先駆けて策定した。

2020年に、内閣総理大臣が、2050年までに国家レベルでカーボンニュートラルの実現を目指すことを宣言した。それを受けて、2021年に、温対法は、一部改正された。B町は、町内において再生可能エネルギーのうち風力発電を促進するために、地域における合意形成を重視しつつ、この改正の内容を最大限活用しようとしている。

甲社は、B町にあるC国定公園内の甲社所有地において、自然公園法第33条第1項の届出を要する規模での鉄塔状の工作物による風力発電事業の実施を計画している（なお、計画地は普通地域内にある。）。当該風力発電事業を行うためには、その発電に必要な電気工作物（出力6万キロワット。以下「本件工作物」という。）の設置の工事について、電気事業法第47条第1項の認可が必要である。また、本件工作物を設置するには、森林法第5条に基づく地域森林計画の対象となっている民有林であり、かつ、温対法上の対象民有林でもある上記甲社所有地内にある森林を森林法第10条の2の許可を要する規模で伐採する必要がある。

- (1) 本件工作物の設置のために、温対法の下で、甲社はB町に対してどのような手続をとることが考えられるかを説明せよ。なお、B町は、同法に基づく計画策定市町村であり、本件工作物の設置予定地を含む地域を促進区域に指定している。また、B町に関して、同法に基づく地方公共団体実行計画協議会は組織されていないものとする。
- (2) 2021年の温対法の改正によって導入された仕組みは、再生可能エネルギーの利用による脱炭素化のための施設の円滑な整備を促進するためのものであり、その仕組みにおいては、関連法令により必要とされる規制が緩和されている。本件工作物の設置との関係で、その内容を説明せよ。

〔設問 2〕

温対法は、個別の事業者に対して、温室効果ガスの排出量の削減を直接に強制するといった伝統的な規制手法を採用していない。

- (1) 温対法の目的の実現のために、同法上の特定排出者との関係で同法が採用している排出量削減策とはどのような手法であり、伝統的な規制手法と比較してどのような特徴があるのか。温対法が採用している上記手法により期待されている効果にも留意しつつ説明せよ。
- (2) 国内のある地方公共団体の条例において制度化されているように、個別の事業者に対して温室効果ガスの排出量の削減を直接に求める手法があるが、それは何か。また、これは伝統的な規制手法を修正したものであるが、どのような特徴があるのかを説明せよ。

〔設問 3〕

地球温暖化は人為的な温室効果ガスの排出が原因となっているところ、大規模に温室効果ガスを排出しているとして、複数の企業に対し、二酸化炭素の排出の抑制を求める調停が公害紛争処理法に基づき申請されたことがある。公害等調整委員会は同申請を却下し、却下決定の取消しが請求された訴訟において、裁判所は同請求を棄却した。環境基本法の関係規定にも触れつつ、上記申請が公害紛争処理法上の調停の対象とならない理由を説明せよ。

【資料】

- 地球温暖化対策の推進に関する法律に基づく地域脱炭素化促進事業計画の認定等に関する省令（令和 4 年農林水産省、経済産業省、国土交通省、環境省令第 1 号）（抜粋）

（地域脱炭素化促進施設）

第 2 条 法第 2 条第 6 項の環境省令・農林水産省令・経済産業省令・国土交通省令で定める施設は、次に掲げるものとする。

- 一 再生可能エネルギー発電施設（中略）
- 二、三 （略）

- 環境影響評価法施行令（平成 9 年政令第 3 4 6 号）（抜粋）

（第一種事業）

第 1 条 環境影響評価法（以下「法」という。）第 2 条第 2 項の政令で定める事業は、別表第一の第一欄に掲げる事業の種類ごとにそれぞれ同表の第二欄に掲げる要件に該当する一の事業とする。

（中略）

別表第一（抜粋）

| 事業の種類                  | 第一種事業の要件                        | 第二種事業の要件                                   | 法律の規定                        |
|------------------------|---------------------------------|--------------------------------------------|------------------------------|
| 5 法第2条第2項第1号ホに掲げる事業の種類 | ワ 出力が5万キロワット以上である風力発電所の設置の工事の事業 | 出力が3万7500キロワット以上5万キロワット未満である風力発電所の設置の工事の事業 | 電気事業法第47条第1項若しくは第2項又は第48条第1項 |

○ 電気事業法（昭和39年法律第170号）（抜粋）

（工事計画）

第47条 事業用電気工作物の設置又は変更の工事（中略）をしようとする者は、その工事の計画について主務大臣の認可を受けなければならない。（中略）

2～5 （略）

○ 森林法（昭和26年法律第249号）（抜粋）

（地域森林計画）

第5条 都道府県知事は、全国森林計画に即して、森林計画区別に、その森林計画区に係る民有林（中略）につき、5年ごとに、その計画をたてる年の翌年4月1日以降10年を一期とする地域森林計画をたてなければならない。

2～5 （略）

（開発行為の許可）

第10条の2 地域森林計画の対象となつている民有林（中略）において開発行為（中略）をしようとする者は、農林水産省令で定める手続に従い、都道府県知事の許可を受けなければならない。

（以下、略）

○ 森林法施行令（昭和26年政令第276号）（抜粋）

（開発行為の規模）

第2条の3 法第10条の2第1項の政令で定める規模は、次の各号に掲げる行為の区分に応じ、それぞれ当該各号に定める規模とする。

- 一 専ら道路の新設又は改築を目的とする行為 当該行為に係る土地の面積1ヘクタールで、かつ、道路（中略）の幅員3メートル
- 二 太陽光発電設備の設置を目的とする行為 当該行為に係る土地の面積0.5ヘクタール
- 三 前二号に掲げる行為以外の行為 当該行為に係る土地の面積1ヘクタール

○ 公害紛争処理法（昭和45年法律第108号）（抜粋）

（定義）

第2条 この法律において「公害」とは、環境基本法（平成5年法律第91号）第2条第3項に規定する公害をいう。

（公害等調整委員会）

第3条 公害等調整委員会（以下「中央委員会」という。）は、この法律の定めるところにより公害に係る紛争についてあつせん、調停、仲裁及び裁定を行うとともに、地方公共団体の行う公害に関する苦情の処理について指導等を行う。

（管轄）

第24条 中央委員会は、次の各号に掲げる紛争に関するあつせん、調停及び仲裁について管轄する。

- 一 現に人の健康又は生活環境（環境基本法第2条第3項に規定する生活環境をいう。）に公害に係る著しい被害が生じ、かつ、当該被害が相当多数の者に及び、又は及ぶおそれのある場合における当該公害に係る紛争であつて政令で定めるもの
- 二 前号に掲げるもののほか、2以上の都道府県にわたる広域的な見地から解決する必要がある公害に係る紛争であつて政令で定めるもの
- 三 前二号に掲げるもののほか、事業活動その他の人の活動の行われた場所及び当該活動に伴う公害に係る被害の生じた場所が異なる都道府県の区域内にある場合又はこれらの場所の一方若しくは双方が2以上の都道府県の区域内にある場合における当該公害に係る紛争

2, 3 （略）

（申請）

第26条 公害に係る被害について、損害賠償に関する紛争その他の民事上の紛争が生じた場合においては、当事者の一方又は双方は、公害等調整委員会規則で定めるところにより中央委員会に対し、政令で定めるところにより審査会等に対し、書面をもつて、あつせん、調停又は仲裁の申請をすることができる。この場合において、審査会に対する申請は、都道府県知事を経由してしなければならない。

2 （略）

### Ⅲ 2024 年試験問題に対する実務的解説

#### 1 はじめに一温対法 2021 年改正の概要

問題文のとおり「2020 年に、内閣総理大臣が、2050 年までに国家レベルでカーボンニュートラルの実現を目指すことを宣言した」。すなわち、日本は、パリ協定<sup>(7)</sup>に定める目標（世界全体の気温上昇を 2℃より十分下回るよう、さらに 1.5℃までに制限する努力を継続）等を踏まえ、2020 年 10 月に当時の菅義偉内閣総理大臣は「2050 年カーボンニュートラル<sup>(8)</sup>」を宣言した。地域のレベルでは、この国の宣言に先立ち、2050 年カーボンニュートラルを目指す「ゼロカーボンシティー」を表明する自治体が増加していた。企業では、ESG 金融の進展に伴い、気候変動

に関する情報開示や目標設定など「脱炭素経営」に取り組む企業が増加しており、サプライチェーンを通じて、地域の企業にも波及していた。

これらを背景に、各種検討会を経て<sup>(9)</sup>、問題文にあるとおり「2021 年に、温対法は、一部改正された」（以下「2021 年改正<sup>(10)</sup>」という。）。

改正の大きな柱は次の 3 本である。

- ✓ パリ協定・2050 年カーボンニュートラル宣言等を踏まえた基本理念の新設
- ✓ 地域の脱炭素化に貢献する事業を促進するための計画・認定制度の創設
- ✓ 脱炭素経営の促進に向けた企業の排出量情報のデジタル化・オープンデータ化の推進等

このうち、2・3 点目は後掲のとおり、

<sup>(7)</sup> 2015 年にフランスのパリで開催された国連気候変動枠組条約第 21 回締約国会議（C O P 21）において採択された。

<sup>(8)</sup> 第 203 回国会における菅内閣総理大臣所信表明演説（令和 2 年 10 月 26 日）。「菅政権では、成長戦略の柱に経済と環境の好循環を掲げて、グリーン社会の実現に最大限注力してまいります。我が国は、二〇五〇年までに、温室効果ガスの排出を全体としてゼロにする、すなわち二〇五〇年カーボンニュートラル、脱炭素社会の実現を目指すことを、ここに宣言いたします。もはや、温暖化への対応は経済成長の制約ではありません。積極的に温暖化対策を行うことが、産業構造や経済社会の変革をもたらす、大きな成長につながるという発想の転換が必要です。鍵となるのは、次世代型太陽電池、カーボンリサイクルをはじめとした、革新的なイノベーションです。実用化を見据えた研究開発を加速度的に促進します。規制改革などの政策を総動員し、グリーン投資の更なる普及を進めるとともに、脱炭素社会の実現に向けて、国と地方で検討を行う新たな場を創設するなど、総力を挙げて取り組みます。環境関連分野のデジタル化により、効率的、効果的にグリーン化を進めていきます。世界のグリーン産業をけん引し、経済と環境の好循環をつくり出してまいります。省エネルギーを徹底し、再生可能エネルギーを最大限導入するとともに、安全最優先で原子力政策を進めることで、安定的なエネルギー供給を確立します。長年続けてきた石炭火力発電に対する政策を抜本的に転換します。」

（[https://www.kantei.go.jp/jp/99\\_suga/statement/2020/1026shoshinhyomei.html](https://www.kantei.go.jp/jp/99_suga/statement/2020/1026shoshinhyomei.html), 2024 年 9 月 30 日最終閲覧）。

<sup>(9)</sup> 温対法 2016 年改正では、附則 4 条で「政府は、平成 31 年までに、長期的展望に立ち、国際的に認められた知見を踏まえ、この法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて法制上の措置その他の必要な措置を講ずるものとする。」と規定されていた。これを受け、2019 年度に「地球温暖化対策推進法施行状況検討会」が開催された。その後、施行状況検討会での議論の内容や、気候変動等を巡る国内外の環境変化も踏まえ、今後の地球温暖化対策に関する法制上の措置を始めとする制度的対応の在り方について検討することを目的として、「地球温暖化対策の推進に関する制度検討会」（座長：大塚直・早稲田大学大学院法務研究科教授）が開催され、「地球温暖化対策の更なる推進に向けた今後の制度的対応の方向性について」（令和 2 年 12 月）がとりまとめられた（<https://www.env.go.jp/earth/torimatome.pdf>）。

<sup>(10)</sup> 「地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律」（令和 3 年法律第 54 号）。

設問の解説の中で触れる。ここでは、先んじて1点目の「基本理念を新設」について、その背景と改正内容について解説する。

2021年改正では、地球温暖化対策の基本理念として、「地球温暖化対策の推進は、パリ協定第二条1(a)において世界全体の平均気温の上昇を工業化以前よりも摂氏二度高い水準を十分に下回るものに抑えること及び世界全体の平均気温の上昇を工業化以前よりも摂氏一・五度<sup>(11)</sup>高い水準までのものに制限するための努力を継続することとされていることを踏まえ、環境の保全と経済及び社会の発展を統合的に推進しつつ、我が国における二千五十年までの脱炭素社会（人の活動に伴って発生する温室効果ガスの排出量と吸収作用の保全及び強化により吸収される温室効果ガスの吸収量との間の均衡が保たれた社会をいう。〔……〕）の実現を旨として、国民並びに国、地方公共団体、事業者及び民間の団体等の密接な連携の下に行われなければならない。」と規定された（法2条の2）。この趣旨は、法が2050年までの脱炭素社会の実現を牽引することを明確にし、事業者・地方公共団体・国民等のあらゆる主体の取組に予見可能性を与え、その取組とイノベーションを促進する点にある<sup>(12)</sup>。

なお、「国民」が先頭にある条文は前例がない。このことについて、小泉環境大臣（当時）は「基本理念を新設し、二〇五〇年までのカーボンニュートラルの実現を明記します。カーボンニュートラルの実現は、これまで温室効果ガスの排出を増加させてきた産業革命以降の人類の歴史を抜本的に転換するものです。そこで、国民の理解や協力なくしてカーボンニュートラルの実現なしとの考えから、関係者を規定する条文の先頭に国民を位置づける前例のない基本理念とします。」と答弁している<sup>(13)</sup>。

## 2 〔設問1〕・小問(1)について－促進区域の指定と認定申請

(1) ①市町村(指定都市等は除く。)は、地方公共団体実行計画において、その区域の自然的社会的条件に応じて再エネ利用促進等の施策と、施策の実施目標を定めるよう努める旨規定されている（法21条4項）。ここでいう施策のカテゴリーとしては、再エネの利用促進、事業者・住民の削減活動促進、地域環境の整備、循環型社会の形成が挙げられる。そして、②市町村は、上記の場合において、協議会も活用しつつ、地域脱炭素化促進事業の促進に関する事項として、促進区域、

(11) パリ協定第2条1(a)の規定において世界全体の平均気温の上昇を工業化以前よりも2℃高い水準を十分に下回ること及び1.5℃高い水準までのものに制限するための努力を継続するという目標。

(12) 第204回国会衆議院本会議会議録第21号2頁（令和3年4月15日）。小泉環境大臣（当時）は、「平成二十八年の法改正以降、パリ協定の締結、発効に加え、菅総理の所信表明演説における二〇五〇年カーボンニュートラル宣言など、地球温暖化対策を取り巻く環境は大きく変化し、地域や企業の脱炭素化の動きも加速しています。地域では、二〇五〇年までのCO<sub>2</sub>排出量実質ゼロを目指す地方自治体、ゼロカーボンシティが急増し、人口規模で一億人を超えました。また、企業の脱炭素経営の取組も広がっています。自治体、企業を後押しし、共にカーボンニュートラルの実現を成し遂げるためにも、電力供給量の約二倍のポテンシャルがある再生可能エネルギーをフル活用することを大前提に政策を進めていくことが不可欠です。

本法律案は、このような背景を踏まえ、二〇五〇年までのカーボンニュートラルの実現を法律に明記することで、政策の継続性、予見性を高め、脱炭素に向けた取組、投資やイノベーションを加速させる〔……〕ものであります。」と説明している。

(13) 第204回国会衆議院本会議会議録第21号2頁（令和3年4月15日）。

地域の環境の保全のための取り組み、地域の経済及び社会の持続的発展に資する取組等を定めるよう努めることとする旨が規定されている（法 21 条 5 項）。促進区域は、環境保全に支障を及ぼすおそれがないものとして環境省令で定める区域の設定に関する基準に従い、かつ、（都道府県が定めた場合にあっては）都道府県の促進区域の設定に関する環境配慮基準に基づき、定めることとなる（法 21 条 6 項及び 7 項）。上記の①及び②を定める場合は、地域の合意形成のプロセスとして、住民その他の利害関係者や関係地方公共団体の意見聴取（法 21 条 10 項及び 11 項）や（協議会が組織されているときは当該）協議会における協議が必要である（法 21 条 12 項）。なお、当該協議会は、関係する行政機関、地方公共団体、地域脱炭素化促進事業を行おうとする者等の事業者、住民等により構成される<sup>(14)</sup>。

(2) 以上を踏まえ本件を検討すると、「地域脱炭素化促進事業を行おうとする」甲社は、単独で、環境省令・農林水産省令・経済産業省令・国土交通省令で定めるところにより、当該地域脱炭素化促進事業の実施に関する計画（「地域脱炭素化促進事業計画<sup>(15)</sup>」）を作成し、地方公共団体実行計画を策定した B 町の認定を申請

することができる（法 22 条の 2）。

なお、「地方公共団体実行計画協議会が組織されているときは当該地方公共団体実行計画協議会における協議を経」る必要があるが、B 町に関して、同法に基づく地方公共団体実行計画協議会は組織されていない」といった事情があるから、同会との協議の必要はない（厳密には、存在しない組織とは協議できない）。

### 3 「設問 1」・小問(2)について－ワンストップ特例

(1) 上記のように、地域脱炭素化促進事業を行おうとする者は、事業計画を作成し、地方公共団体実行計画に適合すること等について市町村の認定を受けることができる旨が規定された（法 22 条の 2）。

認定を受けた認定事業者が認定事業計画に従って行う地域脱炭素化促進施設の整備に関しては、関係許可等の手続きのワンストップ化や、環境影響評価法に基づく事業計画の立案段階における配慮書手続の省略も可能といった特例を受けることができる旨が規定された（法 22 条の 5～22 条の 11）。ここでいう関係許可等の手続を整理すると、次のとおりである。

<sup>(14)</sup> なお、環境省「『地域脱炭素を推進するための地方公共団体実行計画制度等に関する検討会』とりまとめ」（令和 5 年 8 月）も参照（<https://www.env.go.jp/content/000156415.pdf>）。

<sup>(15)</sup> 地域脱炭素化促進事業計画においては、次に掲げる事項を記載しなければならない（法 22 条の 2 第 2 項）。

- 一 申請者の氏名又は名称及び住所並びに法人にあっては、その代表者の氏名
- 二 地域脱炭素化促進事業の目標（温室効果ガスの排出の量の削減等に関する目標を含む。）
- 三 地域脱炭素化促進事業の実施期間
- 四 整備をしようとする地域脱炭素化促進施設の種類及び規模その他の当該地域脱炭素化促進施設の整備の内容
- 五 前号の整備と一体的に行う地域の脱炭素化のための取組の内容
- 六 第四号の整備及び前号の取組の用に供する土地の所在、地番、地目及び面積又は水域の範囲
- 七 第四号の整備及び第五号の取組を実施するために必要な資金の額及びその調達方法
- 八 第四号の整備と併せて実施する次に掲げる取組に関する事項
  - イ 地域の環境の保全のための取組
  - ロ 地域の経済及び社会の持続的発展に資する取組
- 九 その他環境省令・農林水産省令・経済産業省令・国土交通省令で定める事項

|                        | 特例の対象となる許認可等手続の概要                    |                                                         |
|------------------------|--------------------------------------|---------------------------------------------------------|
|                        | 対象となる行為                              | 許可等権者                                                   |
| 温泉法<br>(法 22 条の 5)     | 温泉を湧出させる目的での土地の掘削，湧出路の増掘等            | 都道府県知事の許可                                               |
| 森林法<br>(法 22 条の 6)     | 民有林・保安林における土地形質変更等の開発                | 都道府県知事の許可                                               |
| 農地法<br>(法 22 条の 7)     | 農地の転用，農用地（農地，採草放牧地）の所有権等の移転          | 都道府県知事等の許可                                              |
| 自然公園法<br>(法 22 条の 8)   | 国立公園・国定公園内における工作物の新設，土地形質変更等の開発行為等   | 国立→環境大臣の許可<br>国定（特別地域）→都道府県知事の許可<br>国定（普通地域）→都道府県知事への届出 |
| 河川法<br>(法 22 条の 9)     | 水利使用のために取水した流水を利用する発電（従属発電）のための流水の占有 | 河川管理者※への登録<br>※国土交通大臣，都道府県知事または指定都市の長                   |
| 廃棄物処理法<br>(法 22 条の 10) | 廃棄物処理施設における熱回収施設の設置                  | 都道府県知事等の認定<br>※任意で熱回収認定を受けることができる                       |
|                        | 指定区域内（処分場跡地）における土地形質変更               | 都道府県知事等への届出                                             |

(2) 以上を踏まえ検討すると、まず、「B町は、同法に基づく計画策定市町村であり、本件工作物の設置予定地を含む地域を促進区域に指定している。」(小問(1))とされているので、これを踏まえた考察が必要である。

① 自然公園法 33 条 1 項の届出関係について

本件では、「甲社は、B町にあるC国定公園内の甲社所有地において、自然公園法第33条第1項の届出を要する規模での鉄塔状の工作物による風力発電事業の実施を計画している(なお、計画地は普通地域内にある。)」といった事情がある。

しかし、温対法は「認定地域脱炭素化促進事業者が認定地域脱炭素化促進事業計画に従って〔……〕国定公園の区域内において第二十二条の二第二項第四号の整備又は同項第五号の取組のため行う行為については、自然公園法第三十三条第一項及び第二項の規定は、適用しない。」とする(同法 22 条の 8 第 2 項)。

そうすると、本来、国定公園について都道府県知事に対し、環境省令で定めるところにより、行為の種類、場所、施行方法及び着手予定日その他環境省令で定める事項を届出が必要であるが、「認定地域脱炭素化促進事業者」である甲社においては不要である。

② 電気事業法 47 条 1 項認可関係について

本件では、「当該風力発電事業を行うためには、その発電に必要な電気工作物(出力6万キロワット。以下「本件工作物」という。)の設置の工事について、電気事業法第47条第1項の認可が必要である。」といった事情がある。そうすると、「出力が5万キロワット以上である風力発電所の設置の工事の事業」に該当する

ので、環境影響評価法の第一種事業の要件に該当する(環境影響評価法施行令 1 条、別表第 1)。

しかし、温対法は「環境影響評価法〔……〕第二章第一節の規定は、認定地域脱炭素化促進事業者が認定地域脱炭素化促進事業計画に従って行う第二十二条の二第二項第四号の整備(第二十一条第六項に規定する都道府県の基準が定められた都道府県の区域内において行うものに限る。)については、適用しない。」とする(同法 22 条の 11)。

そうすると、甲社において、配慮書の規定は適用されない。

③ 森林法 10 条の 2 の許可関係について

本件では、「本件工作物を設置するには、森林法第5条に基づく地域森林計画の対象となっている民有林であり、かつ、温対法上の対象民有林でもある上記甲社所有地内にある森林を森林法第10条の2の許可を要する規模で伐採する必要がある。」といった事情がある。

しかし、温対法は「認定地域脱炭素化促進事業者が認定地域脱炭素化促進事業計画に従って対象民有林において第二十二条の二第二項第四号の整備又は同項第五号の取組を行うため森林法第十条の二第一項の許可を受けなければならない行為を行う場合には、当該許可があったものとみなす。」とする(同法 22 条の 6 第 1 項)。

そうすると、甲社においては都道府県知事による開発行為の許可があったものとみなされる。

このように、本件甲社は、関係許可等の手続きのワンストップ化や、環境影響評価法に基づく事業計画の立案段階における配慮書手続の省略といったメリットを受けることができる。

#### 4 「設問2」・小問(1)について ー算定・報告・公表制度

温対法が採用している排出量削減策として、「算定・報告・公表制度」が挙げられる。本制度の概要は次のとおりである。

① 事業活動に伴い相当程度多い温室効果ガスの排出をする者（特定排出者。国又は地方公共団体を含む。）は、毎年度、事業者ごとに、温室効果ガスの排出量等の報告事項を事業所管大臣に報告しなければならない（法 26 条、温室効果ガス算定排出量の報告）。

② 事業所管大臣は、報告事項を環境大臣及び経済産業大臣に通知するとともに、報告された排出量を集計し、その結果を環境大臣及び経済産業大臣に通知する。その際、特定排出者の権利利益を適切に保護する（法 28 条、報告事項の通知等）<sup>(16)</sup>。

③ 環境大臣及び経済産業大臣は、事業所管大臣から通知された報告事項を電

子ファイルに記録するとともに、事業所管大臣から通知された排出量の集計結果を集計し、公表する（法 29 条、報告事項の公表等）。

④ 特定排出者は、公表される情報に対する理解の増進に資するため、排出量の報告に添えて、報告した排出量の増減の状況に関する情報その他の情報を提供することができる。この情報は、環境大臣及び経済産業大臣が電子ファイルに記録し、公表する（法 32 条、情報の提供等）。

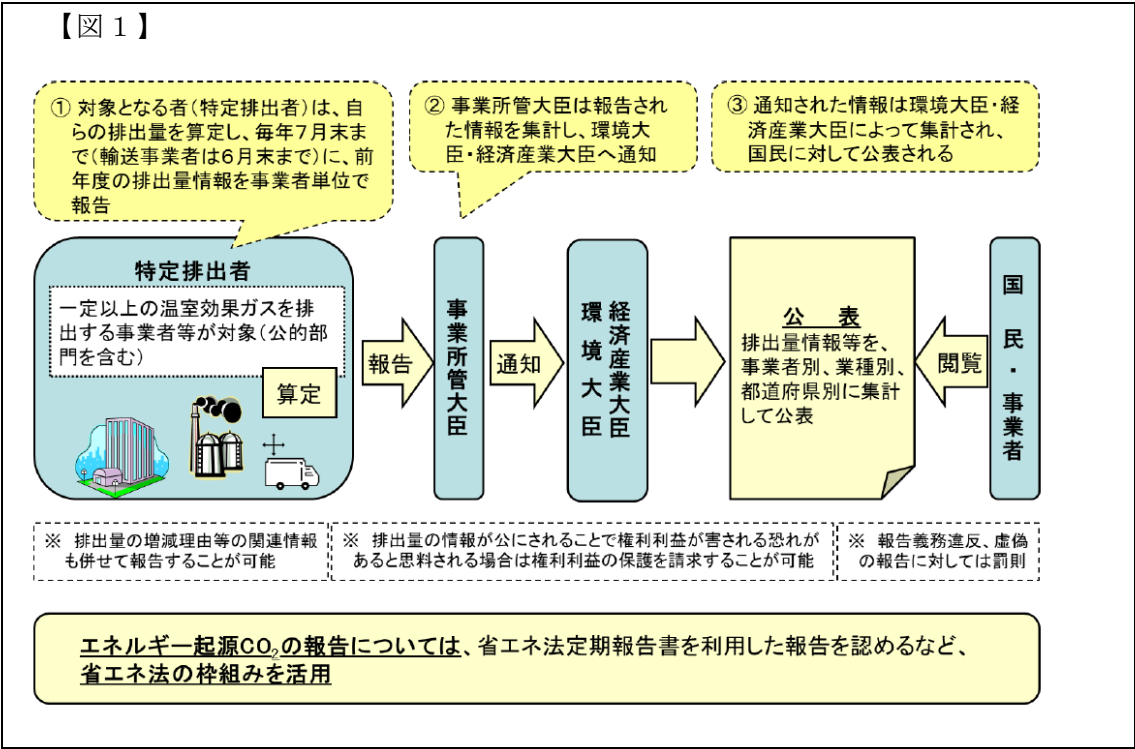
⑤ エネルギーの使用の合理化及び非化石エネルギーへの転換等に関する法律<sup>(17)</sup>に基づく定期報告における二酸化炭素の排出量の報告は、エネルギーの使用に伴って発生する二酸化炭素排出量についての温対法に基づく報告とみなす（法 34 条、エネルギーの使用の合理化及び非化石エネルギーへの転換等に関する法律との関係）<sup>(18)</sup>。

<sup>(16)</sup> 特定排出者は、報告した温室効果ガスの排出量の情報が公にされることにより、自らの権利利益が害されるおそれがあると考えるときは、権利利益を保護するよう、報告の際に請求することができる。事業所管大臣は、権利利益の侵害についての審査を行い、請求を認めた場合には、これが逆算されない形で環境大臣及び経済産業大臣に通知する（法 27 条、権利利益の保護に係る請求）。なお、行政手続法（平成 5 年法律第 88 号）5 条 1 項の審査基準が公開されている

（<https://www.env.go.jp/press/files/jp/9417.pdf>）。ただし、改正前の条文のものであり、いわゆる条ずれが生じている。もっとも、条文の文言（「権利利益（権利、競争上の地位その他正当な利益）」、「公にされることにより、権利利益が害されるおそれ」）には変動がないことから、現在も審査基準として実質上有効と解すべきであろう。

<sup>(17)</sup> いわゆる省エネ法。昭和 54 年法律第 49 号。

<sup>(18)</sup> 報告の対象となる「温室効果ガス」は、二酸化炭素（エネルギー起源 CO<sub>2</sub> 及び非エネルギー起源二酸化炭素）、メタン、一酸化二窒素及びいわゆる代替フロン等 4 ガス（ハイドロフルオロカーボン類、パーフルオロカーボン類、六ふっ化硫黄、三ふっ化窒素）である（法 2 条 3 項）。このうちエネルギー起源 CO<sub>2</sub> については、特定事業所排出者の場合、すべての事業所の事業活動に伴う原油換算エネルギー使用量の合計が年間 1,500kl 以上となる事業者が報告対象となっており、これは、省エネ法に基づきエネルギーの使用量等の定期報告を行う者同一の要件となっている。そこで、報告の負担に配慮して、省エネ法に基づく定期報告書を使用してエネルギー起源 CO<sub>2</sub> の排出量を報告した場合には、温対法に基づく報告とみなされている。なお、特定輸送排出者の場合も同様に、省エネ法に基づく定期報告書を使用してエネルギー起源 CO<sub>2</sub> の排出量を報告した場合には、温対法に基づく報告とみなされる。



出典：環境省・経済産業省「温室効果ガス排出量算定・報告マニュアル〔Ver5.0〕」  
(令和6年2月)

同制度は、環境手法のうち、「情報的手法」に分類されている<sup>(19)</sup>。情報的手法とは、「環境保全活動に積極的な事業者が環境負荷の少ない製品などを、投資や購入等に際して選択できるように、事業活動や製品・サービスに関して、環境負荷などに関する情報の開示と提供を進める手法」と定義される<sup>(20)</sup>。規制的手法との比較としては、長所として、①行政リソースの限界に対応できること、②各主体による柔軟な対策が可能、③科学的不確実性のある分野の場合、比例原則の問題が生じにくいことなどを挙げることができる。短所としては、①それ自体では強制力がないこと、②このため実効性を確保するためには他制度との組合せが必要であること<sup>(21)</sup>、③市場や国民による監視が必要であることなどを挙げることができる<sup>(22)</sup>。

同制度は、これらの特徴を通して、事業者自らが排出量を算定することによる自主的取組のための基盤整備や、情報の公表・可視化による事業者及び国民全般の自主的取組の促進・気運の醸成・理解

増進を期待していると考えられる。

なお、本問では直接問われていないものの、同制度についても2021年法改正で大きな変更があった。企業の温室効果ガス排出量に係る算定・報告・公表制度について、電子システムによる事業所管大臣への報告を原則とするとともに、環境大臣及び経済産業大臣は、事業所管大臣から通知された各企業の温室効果ガス算定排出量の情報について、事業所ごとの排出量情報等を含め、遅滞なく公表するものとされた。これに伴い、事業所ごとの排出量情報等に係る開示請求制度を廃止された。この趣旨は、これまで紙媒体中心の報告であり、報告から公表まで約2年を要し、また、企業単位の情報は公表されていたが、事業所単位の情報は、開示請求の手続を経なければ開示されない仕組みとなっていたところ、企業の脱炭素化に向けた取り組み状況の見える化のための措置をより迅速かつ透明性の高い形で提供することで、企業の脱炭素経営を促進することにある<sup>(23)</sup>。

(19) 大塚直『環境法 BASIC [第4版]』(有斐閣, 2023) 440頁。ただし、北村喜宣『環境法 [第6版]』(弘文堂, 2023) 605頁は、「手続規制と情報手法の組合せ施策」とし、「一種のポリシーミックス」と理解する。第六次環境基本計画では、「情報的手法」の例として、算定・報告・公表制度を掲げていないところ、このような理由によるものか。

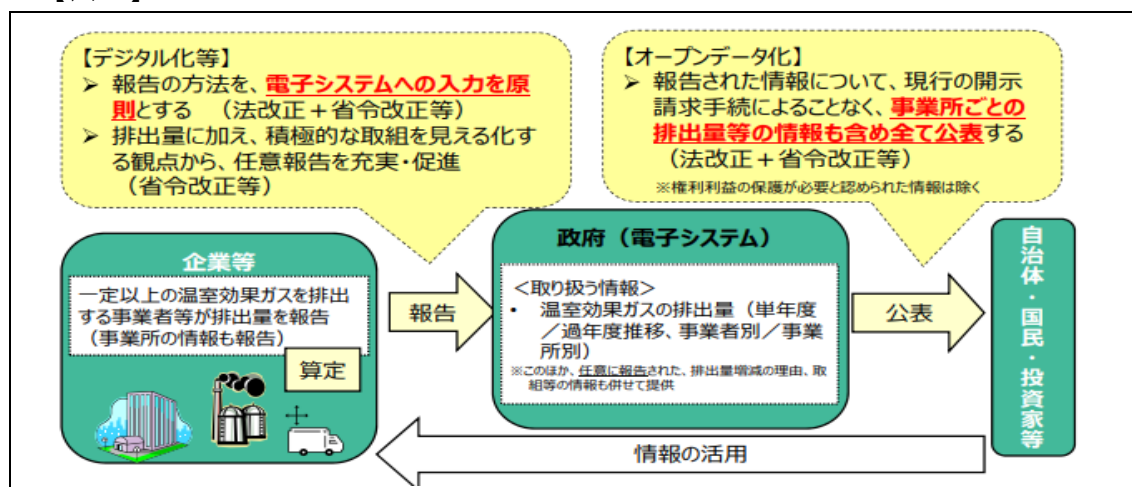
(20) 「第六次環境基本計画」50頁。

(21) したがって、ポリシーミックスの考え方が重要である。「第六次環境基本計画」50頁においても、「多様な政策手法の中から政策目的の性質や特性を勘案しつつ、適切なものを選択し、ポリシーミックスの観点から政策を適切に組み合わせて政策パッケージを形成し、相乗的な効果を発揮させていくことが不可欠である。」との記載がある。

(22) 法務省公表の「平成28年司法試験論文式試験出題の趣旨」30頁。

(23) 地球温暖化対策の推進に関する制度検討会・前掲注9) 12頁では、「国民全般の自主的取組の促進・気運の醸成・理解増進という観点からは、報告された情報が投資家、地方公共団体、消費者等・事業者等の関係者にできるだけ活用されるよう取り組むことが重要である。報告された情報は、公共性のある国民の共有財産ともいえる。事業者も含めこうした情報の活用が促進されることにより、事業者の自主的な脱炭素化の取組の促進も期待される。また、政府として行政手続のデジタル化に取り組む中、本制度についてもデジタル化を通じて、報告する側とデータを使う側双方の利便性向上を図っていく必要がある。こうしたことを踏まえ、報告から公表までの期間短縮により情報の活用可能性を向上するとともに、報告者の利便性向上や負担軽減にも資するよう、電子システムを活用して報告することを原則とすべきである。」とされていた。

【図 2】



出典：環境省地球環境局「改正地球温暖化対策推進法について」（令和 3 年 6 月）7 頁<sup>(24)</sup>

## 5 「設問 2」・小問(2)について－排出枠取引制度

問題文にいう「個別の事業者に対して温室効果ガスの排出量の削減を直接に求める手法」とは、キャップ・アンド・トレード型の排出枠取引制度をいうと考えられる。東京都の条例<sup>(25)</sup>において制度化されている。東京都は、2002 年 4 月、大規模事業所を対象に温室効果ガスの排出量の算定・報告、目標設定等を求める「地球温暖化対策計画書制度」を導入し、更

に 2005 年からは、削減対策への都の指導・助言及び評価・公表の仕組みを追加して、事業者の自主的かつ計画的な対策を求めてきた。こうした実績を踏まえ、対策レベルの底上げを図るとともに、都内の CO<sub>2</sub> 排出総量の削減を実現するため、都は、2008 年 7 月、条例を改正し、「温室効果ガス排出総量削減義務と排出量取引制度」を導入した。削減義務は、2010 年 4 月から開始された。この制度は、EU 等で導入が進むキャップ・アンド・トレードを我が国ではじめて実現したものであり<sup>(26)</sup>、オフィスビル等をも対象と

<sup>(24)</sup> <https://www.env.go.jp/content/900528187.pdf>.

<sup>(25)</sup> 「都民の健康と安全を確保する環境に関する条例」（条例 215 号）

<sup>(26)</sup> その後、我が国では、2023 年に「脱炭素成長型経済構造への円滑な移行の推進に関する法律（令和 5 年法律第 32 号）」が成立した。その背景として「世界規模でグリーン・トランスフォーメーション（GX）実現に向けた投資競争が加速する中で、我が国でも 2050 年カーボンニュートラル等の国際公約と産業競争力強化・経済成長を同時に実現していくためには、今後 10 年間で 150 兆円を超える官民の GX 投資が必要」という立法目的が掲げられている。同法では、成長志向型カーボンプライシングとして、①炭素に対する賦課金（2028 年度（令和 10 年度）から、経済産業大臣は、化石燃料の輸入事業者等に対して、輸入等する化石燃料に由来する CO<sub>2</sub> の量に応じて、化石燃料賦課金を徴収する。）、②排出量取引制度（2033 年度から、経済産業大臣は、発電事業者に対して、一部有償で CO<sub>2</sub> の排出枠（量）を割り当て、その量に応じた特定事業者負担金を徴収する。具体的な有償の排出枠の割当てや単価は、入札方式（有償オークション）により決定する。）が規定された。この趣旨は、炭素排出に値付けをすることで、GX 関連製品・事業の付加価値を向上させることと説明されている

する世界初の都市型のキャップ・アンド・トレード制度である。排出量取引制度では、大規模事業所間の取引に加え、都内中小クレジット、再エネクレジット、都外クレジットを活用できる。対象事業所は、自らの削減対策に加え、排出量取引での削減量の調達により、経済合理的に対策を推進することが出来る仕組みとなっている<sup>(27)</sup>。

メカニズムとしては、「対象となる事業所（全体約 70 万の約 0.19%の約 1,300）について削減義務量（cap）を示し、その達成方法として、自己努力による削減のほか、他者が実施した削減措置により実現された削減量（クレジット）を購入するという排出量取引（trade）を認める仕組み（cap & trade）」と説明できる<sup>(28)</sup>。ただし、東京都の制度は、排出枠取引といっても削減量の取引であり（条例 5 条の 11 第 1 項）、かつ、削減量が期末に確定してから取引がなされるものであること

（事後精算方式）から、通常のキャップ・アンド・トレード型の排出枠取引制度とは異なっている<sup>(29)</sup>。

大塚直は、「総量規制と取引を結合したものであり、規制的手法と経済的手法の複合手法」としており、ここに伝統的な規制手法を修正した特徴があると考えられる<sup>(30)</sup>。

## 6 「設問 3」について—二酸化炭素の排出による地球温暖化の「公害」該当性

### (1) 事案の概要—シロクマ事件

まず、設問のいう「訴訟」とは、『シロクマ事件<sup>(31)</sup>』を指すと考えられる。日本国に住所を有する個人等及びツバルに住所を有する個人らが電力会社を被申請人として公害紛争処理法 26 条 1 項の規定に基づいてした二酸化炭素排出量の削減を求める調停の申請について、公害等調

(<https://www.meti.go.jp/press/2022/02/20230210004/20230210004-1.pdf>)。なお、高村ゆかり「気候変動法とエネルギー法の交錯」法教 521 号 42 頁（2024）も参照。

また、2024 年 5 月からは、環境省と経済産業省は共同して「GX 実現に向けた排出量取引制度の検討に資する法的課題研究会」（座長：高村ゆかり・東京大学未来ビジョン研究センター教授）を設置した。同研究会では、本格稼働以降の排出量取引制度の具体的な設計の前提として、様々な国・地域での排出量取引制度を我が国の法体系に当てはめた場合の法的論点を抽出し、学術的・実務的な観点から考え方を整理している（2024 年 9 月以降に、報告書がとりまとめられる予定である。）（[https://www.env.go.jp/earth/ondanka/page\\_01417.html](https://www.env.go.jp/earth/ondanka/page_01417.html), 2024 年 9 月 29 日最終閲覧）。

また、森・濱田松本法律事務所は、経済産業省より委託を受け、「令和 5 年度グリーン・トランスフォーメーションリーグ運営事業費（排出量取引制度等の法的論点調査事業）調査報告書」（2024 年 3 月 22 日）を公表している。上記法的課題検討会の報告書案とは異なるものの、排出量取引に関する法的論点につき詳細に検討が施されており、参考になる

([https://www.meti.go.jp/policy/energy\\_environment/global\\_warming/GX-league/legalissuesofets.pdf](https://www.meti.go.jp/policy/energy_environment/global_warming/GX-league/legalissuesofets.pdf))。

<sup>(27)</sup> 東京都ウェブサイト ([https://www.kankyo.metro.tokyo.lg.jp/climate/large\\_scale/overview](https://www.kankyo.metro.tokyo.lg.jp/climate/large_scale/overview), 最終閲覧 2024 年 9 月 30 日)、東京都環境局『大規模事業所への温室効果ガス排出総量削減義務と排出量取引制度（概要）』（2024 年 5 月現在）

(<https://www.kankyo.metro.tokyo.lg.jp/documents/d/kankyo/gaiyou24>, 最終閲覧 2024 年 9 月 30 日)、東京都環境局『大規模事業所に対する温室効果ガス排出総量削減義務と排出量取引制度（東京都キャップ&トレード制度）』（2020 年 4 月）

([https://www.kankyo.metro.tokyo.lg.jp/documents/d/kankyo/overview-movie\\_data-files-seidogaiyou\\_pamphlet\\_202104](https://www.kankyo.metro.tokyo.lg.jp/documents/d/kankyo/overview-movie_data-files-seidogaiyou_pamphlet_202104), 最終閲覧 2024 年 9 月 30 日)。

<sup>(28)</sup> 北村・前掲注 19) 616 頁。

<sup>(29)</sup> 大塚・前掲注 19) 464 頁。

<sup>(30)</sup> 大塚・前掲注 19) 76 頁。

<sup>(31)</sup> 大橋真由美「判批」大塚直＝北村喜宣『環境法』判例百選（第 3 版）212 頁以下参照。赤渕芳宏＝二見絵里子「各生活環境被害調停申請却下決定取消請求控訴事件（シロクマ訴訟）」環境法研究 42 号 158 頁。シロクマ事件については、気候ネットワークのウェブサイトが参考になる

(<https://kiconet.org/content/11929>, 2024 年 9 月 29 日最終閲覧)。

整委員会が、同項所定の「公害に係る被害について、損害賠償に関する紛争その他の民事上の紛争が生じた場合」に当たらない不適法なものであり、かつ、その欠陥は補正することはできないとしてこれらを却下する旨の決定をしたことの適法性が争われた事案である。

同訴訟では、原告らは、CO<sub>2</sub>の過剰排出によって引き起こされる地球温暖化による被害は、「公害」のうち、「大気汚染」、「水質汚濁」、「地盤沈下」にかかる被害に該当し、それによって、「人の健康または生活環境にかかる被害が生じていることは明らかであり、地球温暖化による被害が環境基本法2条3項の公害に当たることは明白である、などと主張した。

これに対し、公調委<sup>(32)</sup>は、本事件は「公害に係る被害について、……民事上の紛争が生じた場合」（公害紛争処理法26条1項）とはいえないので調停申請を却下する、との結論を示した。

そこで、原告らは、東京地裁<sup>(33)</sup>、控訴審の東京高裁<sup>(34)</sup>に訴訟を提起した。

## (2) 裁判例

東京高裁は、「公害紛争処理法26条1項の『公害』とは環境基本法2条3項に規定する『公害』をいうところ、同法は、『公害』とは別に、地球全体の温暖化の進行に係る環境の保全に関する施策等については、同条2項に規定する『地球環

境保全』に関する事項として位置付けているものと解されるから、公害等調整委員会が、我が国に住所を有する個人等及びツバルに住所を有する個人らが公害紛争処理法26条1項の規定に基づいてした電力会社を被申請人とする二酸化炭素の排出量の削減を求める調停の申請について、同項所定の『公害に係る被害について、損害賠償に関する紛争その他の民事上の紛争が生じた場合』に当たらない不適法なものであり、かつ、その欠陥は補正することはできないとしてこれらを却下する旨の決定をしたことは適法である。」と結論づけた。

東京高裁は、地球温暖化問題は、「公害<sup>(35)</sup>」ではなく、「地球環境保全<sup>(36)</sup>」（環境基本法2条2項）に関する課題であると整理したのである。

具体的には、まず、「大気汚染」に係る行為を、「いわゆる毒性等を含む物質又はそのような物質の生成の原因となる物質の排出等をして、当該排出等に係る物質等の影響が相当範囲にわたり大気の状態等を人の健康の保護又は生活環境の保全の観点から見て従前よりも悪化させるもの」と定義した。その理由として、環境基本法2条3項の「大気汚染」という文言、同法21条1項1号の「大気汚染…の原因となる物質の排出」の文言、同法の規定に対応して定められた大気汚染防止法において規制の対象とされているばい煙、揮発性有機化合物及び粉じん、

(32) 公調委平成23年11月28日決定、公調委平成24年3月26日決定。

(33) 東京地判平成26年9月10日裁判所HP参照。

(34) 東京高裁平成27年6月11日裁判所HP参照。

(35) 公害紛争処理法2条が準用する環境基本法2条3項により、「環境の保全上の支障のうち、事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気汚染、水質汚濁〔……〕、土壌汚染、騒音、振動、地盤沈下〔……〕及び悪臭によって、人の健康又は生活環境〔……〕に係る被害が生ずること」と定義されている。

(36) 環境基本法2条2項では、「人の活動による地球全体の温暖化又はオゾン層の破壊の進行、海洋汚染、野生生物の種の減少その他の地球の全体又はその広範な部分の環境に影響を及ぼす事態に係る環境の保全であって、人類の福祉に貢献するとともに国民の健康で文化的な生活の確保に寄与するもの」と定義されている。

有害大気汚染物質等は、いずれも毒性等を含む物質又はそのような物質の生成の原因となる物質そのものか、それが含まれること（法2条1項、4項、8項、9項、13項、14項）を挙げた。

また、「水質の汚濁」に係る行為を、「周囲のそれとは異なる温度の水の排出その他いわゆる毒性等を含む物質又はそのような物質の生成の原因となる物質の排出等をして、当該排出等に係る物質等の影響が相当範囲にわたり水の状態等を人の健康の保護又は生活環境の保全の観点から見て従前よりも悪化させるもの」と定義した。その理由として、環境基本法2条3項の「水質の汚濁（水質以外の水の状態又は水底の底質が悪化することを含む。）」は、本来、「水質の汚濁」には、水質以外の水の状態又は水底の底質が悪化することは含まれないものであるが、付加的にこのような状態も「水質の汚濁」に含ませる趣旨をいうものと解されること、同項の「水質の汚濁」という文言、同法21条1項1号の「水質の汚濁…の原因となる物質の排出」の文言、同法の規定に対応して定められた水質汚濁防止法において規制あるいは対策の対象とされている污水又は廃液、生活排水等は、いずれも毒性等を含む物質又はそのような物質の生成の原因となる物質そのものか、それが含まれること（同法2条2項、8項、9項）を挙げた。

このように、高裁判決は、環境基本法2条3項には規定されていない「毒性等」を付加して、地球温暖化は「公害」には当たらない旨判断した。

### (3) 学説の評価

学説においては、東京高裁判決に疑問が呈されている<sup>(37)</sup>。例えば、北村喜宣は、「文理に反する解釈をする合理性はない。生活環境保全上の支障を発生させる二酸化炭素濃度の増加を『大気汚染』に含めることとそれにどのような法的対応をするかは、別次元の問題」とし、毒性を判断基準とすることに疑問を呈する<sup>(38)</sup>。

さらに、土井翼は、「シロクマ訴訟は、地球温暖化は『公害』ではない、というやや不完全燃焼のようなかたちで終結することとなった。とはいえ、公害等調整委員会による調停という準司法手続の対象を『人の健康又は生活環境〔……〕に係る被害』に限定し、そこから地球温暖化のような拡散的利益の毀損に関する問題を排除することは、従来の通説的な司法権論と軌を一にするものと評しえよう」とした。さらに、実定法解釈論上の課題として、「シロクマ訴訟において、地球温暖化は『公害』、『大気汚染』（環境基本法2条3項）ではないことが公害等調整委員会や裁判所により指摘され、そのことが地球温暖化問題に関する主張を（準）司法手続から排除する根拠とされた。たしかに、日常的な日本語の用法からすれば、地球温暖化問題は『公害』ではないと理解する余地は十分にあり、また、裁判所が示した環境基本法解釈が直ちに不当ともいいがたい。しかし、そのように厳密に法律の文言を解釈する合理的な理由はあるのかは、なお問題としうる。むしろ、政治過程あるいは行政過程において調整すべき問題と司法過程において調整すべき問題とを仕分けするという観点から、より実質的な検討を踏まえた解釈が

<sup>(37)</sup> 松塚晋輔「二酸化炭素排出で不利益を受けるとする住民の法的利益を否定した事案（大阪高判令和4年4月26日）：ドイツ連邦憲法裁判所決定2021年3月24日との懸隔」京女法学24号8頁（2023）。

<sup>(38)</sup> 北村・前掲注19）258頁。

提示されるべきではないか。」とする<sup>(39)</sup>。

#### IV おわりに一近時の環境法教育に何が求められているのか

(1) 以上みてきたように、令和6年司法試験においては、温対法改正に関する内容、背景事情、立法趣旨を問う問題、適切な法文を参照する基本的能力のほか、教科書や判例集に必ず記述のある基本判例として、いわゆる「気候変動訴訟」の一例である「シロクマ事件」が真正面から取り上げられた。例年の司法試験採点実感では、「環境法令はしばしば改正されるので、法令の動向には常に目を向けておくことが望まれる。」と指摘されている<sup>(40)</sup>。今回の温対法に関する出題は、2021年改正<sup>(41)</sup>に関する出題であり、基本的な教科書には既に記載があった内容であるから、当然にフォローしておかなければならない範囲である。一方で、受験生に

としては、頻繁になされる法改正をつぶさにフォローすることは実際のところ難しいと思われる。そこで、比較的最新の法改正の内容を踏まえた出題をする場合には、各種検討会資料を参考資料として添付するなどして適切に誘導し、暗記ではなく、思考力・資料読解力を試す設問が期待される。

(2) 司法試験選択科目の選択にあたっては、実務家としても頻繁に使うと直感的に感じる法律科目（例えば労働法や経済法）の選択が目立つ<sup>(42)</sup>。今後の司法試験環境法においても、司法試験六法に記載のある伝統的な環境法に加え、『気候変動、生物多様性、循環資源<sup>(43)</sup>、エネルギー・原子力問題など』の先進的な法政策分野の出題は検討されるべきである。なぜなら、上記のような先進的な法政策分野は、実務上もホットトピックでニーズがあり<sup>(44)</sup>、受験生にとっても関心があるからである<sup>(45)</sup>。こういった出題を積み重

<sup>(39)</sup> 土井翼「日本における気候変動訴訟」『一橋法学』22巻2号（2023）。

<sup>(40)</sup> 一例として、法務省公表の「令和5年司法試験の採点実感（環境法）」42頁。

<sup>(41)</sup> 温対法は、2022年、2024年にも改正しているので、要点のみ軽く触れておく。2022年改正では、①出資制度の創設、監督等に関する規定の整備、②国の必要な財政上の措置等に関する規定の追加といった改正がされた。また、2024年改正では、①二国間クレジット制度（JCM）の実施体制強化等、②地域脱炭素化促進事業制度の拡充、③その他の改正がされた。今後も、必要に応じて、改正がされることになろう。地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律（令和六年法律第五十六号）附則第4条では、「政府は、令和十二年までに、長期的展望に立ち、国際的に認められた知見を踏まえ、この法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて法制上の措置その他の必要な措置を講ずるものとする。」とされている。このように将来の法制上の措置については、明文の規定をもって予め仕組まれている。

<sup>(42)</sup> 法務省公表の「令和6年司法試験受験状況」によれば、採点対象者（受験者数から途中欠席者を除いた人数。すなわち全科目を受験した者の数。）3,746人の内訳は、倒産法566人（15.1%）、租税法199人（5.3%）、経済法789人（21.1%）、知的財産法552人（14.7%）、労働法1,072人（28.6%）、環境法124人（3.3%）、国際関係法（公法系）71人（1.9%）、国際関係法（私法系）373人（10.0%）であった。

<sup>(43)</sup> 第213回通常国会で環境省が提出した法律としては、先に挙げた温対法2024年改正のほか、生物多様性については「地域における生物の多様性の増進のための活動の促進等に関する法律（令和6年4月19日法律第18号）」、資源循環については「資源循環の促進のための再資源化事業等の高度化に関する法律（令和6年5月29日法律第41号）」がある。

<sup>(44)</sup> 例えば、長島・大野・常松法律事務所ESGプラクティスチーム（編著）『ESG法務』（金融財政事情研究会、2023）は、企業経営や投資活動において考慮すべきE（環境）、S（社会）、G（ガバナンス）の各要素についてハードローとソフトローの双方をふまえて詳解している。

<sup>(45)</sup> 法科大学院協会・前掲注3）87頁。「環境分野の動きが大きく学生の関心も非常に高いです。このことを踏まえて、時機を踏まえた内容をカリキュラムに盛り込んでいくようにしております。」との指摘があった。一方で、「司法試験選択科目について。ロー2年次前期に一旦学び始め

ねることで、受験生に対し、環境法も“実務家になっても使える身近な法律”であることをアピールすることができると思う。

(3) ESG金融・GX時代においては、今や環境と経済は両輪である<sup>(46)</sup>。このことは、前述のとおり企業法務の意識にも浸透しつつある。しかし、この意識を必ずしも就労経験のない又は乏しい司法試験受験生にも認識してもらうことは容易なことではないだろう。

そこで、環境法のオフィスアワー担当である筆者の立場としては、まず、法科大学院の環境法教育においても、従来の公害問題等に加え、「気候変動、生物多様性、資源循環の問題も社会が直面する深刻な問題の一つであり、企業もその影響を免れることはできないこと」を修得させることが求められていることを意識する。そのうえで、自らのオフィスアワー対応時にも、単に法律面だけでなく、政策的な観点や最新の動向について提供する機会を取り入れるなどして、立体的な理解を促すことができるよう更に工夫していきたい。

法科大学院において環境法政策を学び、最新の知見を活かした高度なリーガル・サービスを依頼者に提供できる環境法曹

や行政官<sup>(47)</sup>が増えることが期待される。

※なお、本論文は、2024年9月30日に脱稿したものである。

---

た科目分野を後期から変更する、という柔軟な対応が学生にとって難しい。在学中受験資格要件を満たすため、2年次前期後期で連続履修することを想定した科目提供と指導になりがちためである。学部で開設されていないことが多い選択科目は「初体験」である学生が少なくないことも、ミスマッチの原因となろう。履修自由度という選択科目の利点が、在学中受験制度により失われたと感じる。また、地方のロースクールでは、これまで隔年開講していた環境法分野などは2年次に4単位分の科目を提供するのが困難で、受験生離れを招いているのではないだろうか。選択科目の履修自由度を拡大する改革が望まれる。」といった指摘もみられた。これは教育現場からの切実な指摘であると考えられる。

<sup>(46)</sup> 前掲注8) カーボンニュートラル宣言でも「もはや、温暖化への対応は経済成長の制約ではありません。積極的に温暖化対策を行うことが、産業構造や経済社会の変革をもたらし、大きな成長につながるという発想の転換が必要です。」と述べている。

<sup>(47)</sup> 人事院ウェブサイトによれば「法科大学院出身者は、将来、国の行政機関を含め、国家社会のあらゆる分野で幅広く活躍することが期待されています。[……] このように、法科大学院出身者には、多様な公務への道が開かれています。志が高く、強い使命感や気概をもった多くの方々のチャレンジをお待ちしています。」としている (<https://www.jinji.go.jp/saiyo/syokai/houka.html>, 2024年9月29日最終閲覧)。

# 酒気帯び運転を理由に懲戒免職処分を受けた公立学校 教員に対する退職手当全部支給制限処分の適法性

—最三小判令和5年6月27日民集77巻5号1049頁—

東北大学大学院法学研究科博士課程後期3年の課程 宗像 優

## 1. 事案の概要

## 2. 判旨

## 3. 評釈

### 一. 関係法令

### 二. 本判決の意義

### 三. 本件一審・二審判決の概要

### 四. 本判決における裁量審査

#### (1) 社会観念審査と過去の裁判例

#### (2) 判断過程審査（考慮要素着目型）的か？判断代置的か？

#### (3) 宇賀反対意見における判断枠組

#### (4) 退職手当の「給与の後払的な性格と生活保障的な性格」はどこで考慮されているのか？

#### (5) 本判決の判断を導いた具体的な考慮事項と比較較量について

### 五. 本判決の射程

### 六. 本件に関連する付随的な論点

## 1. 事案の概要

X(原告・控訴人＝被控訴人・被上告人)は昭和62年4月1日にY(宮城県。被告・被控訴人＝控訴人・上告人)の公立学校教員に任命され、高校教諭として勤務していた。Xは、宮城県A工業高校に在職中の平成29年4月28日、勤務先の歓迎会に参加して飲酒した後に帰宅のために自家用車を運転していたところ、交差点で物損事故を起こし、酒気帯び運転により逮捕された(平成29年10月30日、罰金35万円の略式命令を受けた)。

宮城県では飲酒運転根絶を目指して取り組みを強め、宮城県教育委員会(以下「県教委」という。)でも、資料を教職員に配布して教職員による飲酒運転には厳格な懲戒処分に対処する旨の注意喚起していた。また、Xの逮捕については、県高校教員が酒気帯び運転の罪で現行犯逮捕されたとして翌朝のテレビにおいて実名で報道され、A工業高校は全校集会を開いて生徒に説明するとともに、保護者会を開くといった対応をした。

県教委は、平成29年5月17日、Xに対し、地方公務員法29条1項1号及び3号の規定により懲戒免職処分をすると

もに、宮城県職員の退職手当に関する条例（以下「本件条例」という。）12条1項1号の規定（以下「本件規定」という。）により、退職手当1724万6467円の全額を支給しないこととする退職手当支給制限処分（以下「本件全部支給制限処分」という。）をした。

Xは上記懲戒免職処分及び本件全部支給制限処分の取消訴訟を提起した。

第一審（仙台地判令和3年12月2日判自504号38頁）は、懲戒免職処分についての訴えは棄却したが、本件全部支給制限処分については、裁量権の範囲を逸脱する違法なものであるとして取り消した。原審（仙台高判令和4年5月26日判自504号45頁）は、懲戒免職処分については第一審の結論を維持したが、本件全部支給制限処分については、退職手当の3割に相当する517万3940円を支給しないこととした部分につき、条例の規定の趣旨を超え、裁量権の範囲を逸脱した違法な処分であるとして取り消した。

## 2. 判旨

破棄自判（宇賀裁判官による反対意見あり）。

### 【多数意見】

#### I

i 「本件条例の規定により支給される一般の退職手当等は、勤続報償的な性格を中心としつつ、給与の後払的な性格や生活保障的な性格も有するものと解される。そして、本件規定は、個々の事案ごとに、退職者の功績の度合いや非違行為の内容及び程度等に関する諸般の事情を総合的に勘案し、給与の後払的な性格や生活保障的な性格を踏まえても、当該退職者の勤続の功を抹消し又は減殺するに足りる事情があったと評価することができる場合に、退職手当支給制限処分をす

ることができる旨を規定したものと解される。このような退職手当支給制限処分に係る判断については、平素から職員の職務等の実情に精通している者の裁量に委ねるものでなければ、適切な結果を期待することができない。」

ii 「そうすると、本件規定は、懲戒免職処分を受けた退職者の一般の退職手当等につき、退職手当支給制限処分をするか否か、これをするとした場合にどの程度支給しないこととするかの判断を、退職手当管理機関の裁量に委ねているものと解すべきである。したがって、裁判所が退職手当支給制限処分の適否を審査するに当たっては、退職手当管理機関と同一の立場に立って、処分をすべきであったかどうか又はどの程度支給しないこととすべきであったかについて判断し、その結果と実際にされた処分とを比較してその軽重を論ずべきではなく、退職手当支給制限処分が退職手当管理機関の裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、当該処分に係る判断が社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に違法であると判断すべきである。」

iii 「そして、本件規定は、退職手当支給制限処分に係る判断に当たり勘案すべき事情を列挙するのみであり、そのうち公務に対する信頼に及ぼす影響の程度等、公務員に固有の事情を他の事情に比して重視すべきでないとする趣旨を含むものとは解されない。また、本件規定の内容に加え、本件規定と趣旨を同じくするものと解される国家公務員退職手当法（令和元年法律第37号による改正前のもの）12条1項1号等の規定の内容及びその立法経緯を踏まえても、本件規定からは、一般の退職手当等の全部を支給しないこととする場合を含め、退職手当支給制限処分をする場合を例外的なものに限定す

る趣旨を読み取ることはできない。」

## II

i 「以上を踏まえて、本件全部支給制限処分の適否について検討すると、前記事実関係等によれば、被上告人は、自家用車で酒席に赴き、長時間にわたって相当量の飲酒をした直後に、同自家用車を運転して帰宅しようとしたものである。現に、被上告人が、運転開始から間もなく、過失により走行中の車両と衝突するという本件事故を起こしていることから、本件非違行為の態様は重大な危険を伴う悪質なものであるといわざるを得ない。」

ii 「しかも、被上告人は、公立学校の教諭の立場にありながら、酒気帯び運転という犯罪行為に及んだものであり、その生徒への影響も相応に大きかったものと考えられる。現に、本件高校は、本件非違行為の後、生徒やその保護者への説明のため、集会を開くなどの対応も余儀なくされたものである。このように、本件非違行為は、公立学校に係る公務に対する信頼やその遂行に重大な影響や支障を及ぼすものであったといえる。さらに、県教委が、本件非違行為の前年、教職員による飲酒運転が相次いでいたことを受けて、複数回にわたり服務規律の確保を求める旨の通知等を発出するなどし、飲酒運転に対する懲戒処分につきより厳格に対応するなどといった注意喚起をしていたとの事情は、非違行為の抑止を図るなどの観点からも軽視し難い。」

iii 「以上によれば、本件全部支給制限処分に係る県教委の判断は、被上告人が管理職ではなく、本件懲戒免職処分を除き懲戒処分歴がないこと、約 30 年間にわたって誠実に勤務してきており、反省の情を示していること等を勘案しても、社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものと

はいえない。」

## 【宇賀裁判官による反対意見】

「県教委が制定した「一般の退職手当等の支給制限処分等の運用について」では、停職以下の処分にとどめる余地がある場合に、特に厳しい措置として懲戒免職処分とされたときには、一般の退職手当等の一部を支給しないこととする処分にとどめることを検討することとし、その場合であっても、公務に対する信頼に及ぼす影響に留意して、慎重な検討を行うこととしている。しかるところ、同じく県教委が制定した「教職員に対する懲戒処分原案の基準」では、飲酒運転を行った場合は、免職又は 5 月以上の停職とされており、平成 27 年に 3 名の高校教員が酒気帯び運転で停職処分とされた例があるほか、上告人の職員の飲酒運転による非違行為で停職処分にとどめられた例は少なくない。しかも、飲酒運転を取り締まる立場にあり、その意味で教職員以上に飲酒運転を自制すべき立場にあるともいい得る警察官が、被上告人による本件非違行為より後の平成 30 年に酒気帯び運転を行った事案では、停職 3 月の懲戒処分にとどめられている。

したがって、被上告人については、停職以下の処分にとどめる余地がある場合に、特に厳しい措置として懲戒免職処分がされたといえ、一般の退職手当等の一部を支給しないこととする処分をすることを、公務に対する信頼に及ぼす影響に留意して慎重に検討すべきであったといえる。

本件では、被上告人が教諭として生徒に範を垂れる立場にあったにもかかわらず、安易に飲酒運転を行ったことは公務に対する信頼を損ねるものであり、一般の退職手当等の大幅な減額はやむを得ないと考える。

しかし、上記警察官の非違行為と本件

非違行為との間には、内容や態様の面で相違もあったとうかがわれるとはいえ、飲酒運転による公務に対する信頼の失墜という点では、飲酒運転を取り締まる立場にある警察官による酒気帯び運転の方が影響が大きいと思われるにもかかわらず、上記警察官は、停職3月の懲戒処分を受けたにとどまり、一般の退職手当等を減額されることはないものと考えられる。そのことに、被上告人が管理職ではなく、過去に懲戒処分を受けたことがなく、30年余り勤続してきたこと、本件事故による被害は物損にとどまり既に回復されていること、被上告人が反省の情を示していること等を考慮すると、一般の退職手当等の有する給与の後払いや退職後の生活保障の機能を完全に否定するのは酷に過ぎるなどとして、本件全部支給制限処分の取消請求を一部認容した原審の判断に違法があるとは考え難い。

以上の私見によれば、原審の判断は是認することができるから、本件上告は棄却されるべきである。」

### 3. 評釈

#### 一. 関係法令

・職員の退職手当に関する条例（昭和28年10月1日宮城県条例第70号）12条1項

（懲戒免職等処分を受けた場合等の退職手当の支給制限）

第12条 退職をした者が次の各号のいずれかに該当するときは、当該退職に係る退職手当管理機関は、当該退職をした者（当該退職をした者が死亡したときは、当該退職に係る一般の退職手当等の額の支払を受ける権利を承継した者）に対し、当該退職をした者が占めていた職の職務及び責任、当該退職をした者の勤

務の状況、当該退職をした者が行った非違の内容及び程度、当該非違に至った経緯、当該非違後における当該退職をした者の言動、当該非違が公務の遂行に及ぼす支障の程度並びに当該非違が公務に対する信頼に及ぼす影響を勘案して、当該一般の退職手当等の全部又は一部を支給しないこととする処分を行うことができる。

一 懲戒免職等処分を受けて退職をした者

二 （略）

・国家公務員退職手当法（令和元年法律第37号による改正前のもの）12条1項

（懲戒免職等処分を受けた場合等の退職手当の支給制限）

第12条 退職をした者が次の各号のいずれかに該当するときは、当該退職に係る退職手当管理機関は、当該退職をした者（当該退職をした者が死亡したときは、当該退職に係る一般の退職手当等の額の支払を受ける権利を承継した者）に対し、当該退職をした者が占めていた職の職務及び責任、当該退職をした者が行った非違の内容及び程度、当該非違が公務に対する国民の信頼に及ぼす影響その他の政令で定める事情を勘案して、当該一般の退職手当等の全部又は一部を支給しないこととする処分を行うことができる。

一 懲戒免職等処分を受けて退職をした者

二 （略）

#### 二. 本判決の意義

本判決は、退職手当支給制限処分に関する最高裁の具体的な判断が初めて示さ

れたものである<sup>(1)</sup>。本判決以前の直近のものでも、懲戒免職処分を受けた公務員の退職手当支給制限処分に関する下級審裁判例は、東京地判令和5年5月8日 LEX/DB25596639、大阪地判令和4年11月7日 LEX/DB25594054、広島高判令和4年6月22日 LEX/DB25593029、東京高判令和4年1月14日判自505号49頁などがあり、判断も分かれていた<sup>(2)</sup>。

また、本判決では退職手当支給制限処分の適法性を審査する上で判断枠組を示しており、以後の裁判に影響を及ぼす<sup>(3)</sup>と考えられる点で、本判決は大きな意義を有するといえる。

### 三．本件一審・二審判決の概要

一審における退職手当支給制限処分の審査では、本件規定「の内容に照らせば、退職手当の支給制限処分をするか、するとして支給制限の割合をどの程度とするかは、処分行政庁である県教委の裁量に委ねられており、退職手当の支給制限処分が違法となるのは、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかであるなど、退職手当管理機関に与えられた裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用した場合に限られる」と判断枠組を提示した。また、退職手当の法的性格を、「勤続報償としての性格に加えて、賃金後払いの性格や退職後の生活保障の性格が結合したもの」と解した上で、県教委が本件規定に基づく処分を選択する場合には「このような退職手当の法的性格を踏まえて、本件条

例12条1項が掲げる事項や、被処分者が受ける不利益の程度、非違行為との均衡等について個別に検討すべき」とした。そして、本件については、非違行為の悪質性を挙げて退職手当の大幅な減額はやむを得ないとした一方で、Xに懲戒処分歴がなく、約30年間誠実に勤務していたことや不支給となった退職手当の額が1724万6467円に上ること等Xに斟酌した事情を指摘した上で、退職手当が併せ持つ上記の性格を考慮すれば、退職手当の全額不支給は、本件非違行為の内容と比べて、原告が被る不利益があまりに大きいというべきであって社会通念上著しく妥当性を欠くと結論付けた。

二審では、本件規定の内容を踏まえつつ、条例が多面的に非違に関する事情を勘案すべきと定めた趣旨を「退職手当には、勤続報償としての性格のみならず、賃金後払いや退職後の生活保障の性格を持ち、長年働いた職員の権利としての性格にも配慮しなければならないことから、職員の権利保護のため退職手当管理機関の判断が恣意的にならないように、慎重な検討を求めたもの」と解した。さらに、「一般の退職手当等の支給制限処分等の運用について」という内規の規定（宇賀反対意見においても言及されたもの）に言及し、それを踏まえて類似事例をみるとXは停職処分にとどめる余地があったものの特に厳しい措置として懲戒免職処分とされたといえるため、本件が退職手当の一部を支給しない処分にとどめることを検討すべき場合であったと認めた。そして、本件非違行為の悪質性やXに斟

<sup>(1)</sup> 中原茂樹「判批」法教517号（2023年）130頁、小西康之「判批」ジュリ1590号（2023年）5頁、佐藤政達「判解」曹時76巻4号（2024年）149頁。

<sup>(2)</sup> ここに掲げる裁判例のうち、令和4年東京高判は原告の主張を認めた第一審判決（長野地判令和3年6月18日 LEX/DB25591817）を維持した。なお、公立学校教員の酒気帯び運転を理由とする退職手当全額不支給処分に関する下級審判例については、小西・前掲註1、5頁参照。

<sup>(3)</sup> 本判決以降の判例である横浜地判令和5年9月13日労経速2540号3頁や大分地判令和6年4月12日 LEX/DB25620001は、本判決の判断枠組を実際に引用している。

酌する事情を挙げ、それらの事情に加えて本件条例の趣旨を踏まえれば、本件非違行為につき退職手当全額不支給処分をすることは、「条例の規定の趣旨を超えて職員に著しい不利益を与えるものであり、県教委の裁量権の範囲を逸脱するものである」と結論付けた。その上で、退職手当支給制限処分をするにあたって県教委に裁量判断の余地があるとしても、本件規定の趣旨が上記の通り「長年勤続する職員の権利として面にも慎重な配慮を求めたものと解されるから、退職手当の支給制限処分の司法審査における県教委の裁量権の範囲についての判断は、条例の趣旨と規定の内容を踏まえた厳格な判断となるのは当然」と付け加えた。

#### 四．本判決における裁量審査

##### (1) 社会観念審査と過去の裁判例

本判決では、本件条例によって支給される退職手当の性格及び本件規定の趣旨を明らかにし、そのような退職手当の支

給に関する判断については、「平素から職員の職務等の実情に精通している者の裁量に委ねるのでなければ、適切な結果を期待することができない」とした上で(判旨Ⅰ－i)、本件規定は退職手当支給制限処分をするか否か、どの程度不支給とするのかという判断を退職手当管理機関の裁量に委ねており、したがって「退職手当支給制限処分が退職手当管理機関の裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、当該処分に係る判断が社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に違法であると判断すべきである」という判断枠組を示した(判旨Ⅰ－ii)。このような判断枠組は、神戸税関事件(最三小判昭和52年12月20日民集31巻7号1101頁)における判断枠組と類似しており<sup>(4)</sup>、本判決は神戸税関事件と同様に社会観念審査ないし最小限審査を採用したものといえるだろう<sup>(5)</sup>。神戸税関事件については、その裁量審査の方法に着目して、懲戒権者の広範な裁量を認めているとする見解があり<sup>(6)</sup>、本判決について

<sup>(4)</sup> 中原・前掲註1, 130頁。

<sup>(5)</sup> なお、深く立ち入ることはできないが、民間企業労働者の退職金支給制限に関する裁判例をみると、たとえば、小田急電鉄退職金事件(東京高判平成15年12月11日判時1853号145頁)は「退職金の支給制限規定は、一方で、退職金が功労報償的な性格を有することに由来するものである。しかし、他方、退職金は、賃金の後払い的な性格を有し、従業員の退職後の生活保障という意味合いをも有するもの」だとし、「このような賃金の後払い的要素の強い退職金について、その退職金全額を不支給とするには、それが当該労働者の永年の勤続の功を抹消してしまうほどの重大な不信行為があることが必要だ」とした。また、同業他社に就職した退職社員は退職金を半額にするという退職金の規定の効力が争われた三晃社事件(最二小判昭和52年8月9日労経速958号25頁)は、この退職金の規定は「制限違反の就職をしたことにより勤務中の功労に対する評価が減殺されて、退職金の権利そのものが一般の自己都合による退職の場合の半額の限度においてしか発生しないこととする趣旨であると解すべき」とし、退職金が過去の功労を抹消した限度に応じて減額されることを認めている。本判決の判旨を踏まえて大まかにいえば、本判決の考え方は、神戸税関事件の考え方と民間企業労働者の退職金支給制限に関するこれらの裁判例の考え方を足し合わせたものであると考えうるだろう。もっとも、上記小田急電鉄退職金事件の判旨も示すように、民間企業の場合、退職金の減額や不支給は過去の功労に対する評価をすべて抹消、あるいは減殺してしまうほどの「著しい不信行為」があった場合に限られる(菅野和夫ほか編『論点体系 判例労働法2』(第一法規, 2014年)64頁〔三上安雄〕)といわれており、本判決の判旨と比べると、民間企業の場合と公務員の場合とで退職手当の不支給を許容するハードルが異なっているようにも思われる。なお、佐藤・前掲註1, 149～150頁参照。

<sup>(6)</sup> 岡村周一「判批」民商法雑誌82巻1号(1980年)95頁、田村悦一「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ』(有斐閣, 第4版, 1999年)175頁、村上裕章『行政訴訟の解釈理論』(弘文堂, 2019年)243頁〔初出: 2013年〕、塩野宏『行政法Ⅰ』(有斐閣, 第6版, 2020年)149頁、森稔樹「判批」齊藤誠＝山本隆司編『行政判例百選Ⅰ』(有斐閣, 第8版, 2022年)157頁など。

も同様のことがいえるかもしれない。ただ、本判決でも指摘されるように、退職手当は勤続報償的な性格や給与の後払い的な性格、生活保障的な性格をも有するという点で懲戒処分とは性質を異にし、退職手当の全部不支給と一部不支給とでは処分の性質上の差異があるため、本判決の裁量審査の方法が神戸税関事件以降採用されてきた社会観念審査と類似しているからという理由で、一概に退職手当支給制限処分についても退職手当管理機関の広範な裁量が認められるとすることはできないものと思われる<sup>(7)</sup>。

本判決は、裁量権の範囲の逸脱・濫用の有無を判断するにあたっての考慮事項に関して、本件規定は勘案すべき事情を列挙するのみであるため公務員に固有の事情を重視すべきでないとはいえず、また、全部不支給処分も含めて退職手当支給制限処分をする場合を例外的なものではないとした一方で、判断にあたって重視すべき事項などに言及することはなかった。東京都教職員国旗国歌訴訟（最一小判平成24年1月16日民集239号253頁）は、国歌斉唱の際における職務命令に反した不起立行為「に対する懲戒において戒告を超えてより重い減給以上の処分を選択することについては、本件事案の性質等を踏まえた慎重な考慮が必要となる」とし、戒告を超えた減給の処分が許容されるのは、「過去の非違行為による懲戒処分等の処分歴や不起立行為等の前

後における態度」に鑑み「学校の規律や秩序の保持等の必要性和処分による不利益の内容と権衡の観点から当該処分を選択することの相当性を基礎づける具体的な事情が認められる場合であることを要する」とした。戒告、減給、停職、免職と段階的な処分が定められている懲戒処分とは異なり、退職手当支給制限処分についてはそのように段階的な処分が明確に定められているわけではないものの、一部不支給処分と全部不支給処分とを比べれば全部不支給処分の方が「より重い」のだから、本件においても全部不支給処分をすることについては「慎重な考慮」が必要となるとも考えられるはずである<sup>(8)</sup>。しかし、本判決では原審<sup>(9)</sup>とは異なりそのような審査方法を明示的には採用せず、また、全額不支給となる退職手当の額に言及した本件下級審判決とは異なり、処分の重さについて考慮はされず、本件の退職手当全額不支給処分について「慎重な考慮」があったようにはみられない（判旨Ⅱ参照）。したがって本判決は、退職手当を全額不支給とする本件全部支給制限処分の重さを重視し、かつ、判断にあたって検討すべき考慮事項が存在するとは必ずしも考えていないようである。そして、そのような本判決の具体的なあてはめ箇所（判旨Ⅱ）をみると、単に諸事情を列挙してそれらを比較するという方法を用いているように思え、本判決は県教委の判断を追認しているという観が否め

<sup>(7)</sup> 森・前掲註6, 157頁参照。なお、佐藤・前掲註1, 150頁は「本判決は、裁量の広汎性を強調して大まかな司法審査をしているというより、飽くまでも個別具体的な事情を比較的詳細に取り上げた上で当てはめを行っているようにも見受けられる。」としている。

<sup>(8)</sup> 東京都教職員国旗国歌訴訟において「慎重な考慮」が必要とされた理由として、当該事件が憲法上の権利と関わるものであったためという説明がある（田中謙「判批」判自365号（2013年）52頁、原島啓之「判批」法政研究79巻4号（2013年）74～75頁）。ただ、当該判決を引用する判例の中には必ずしも憲法上の権利とは関わるものではないが、処分の重さ等に言及する判決も存在している（たとえば、最一小判平成30年11月6日判時2413＝2414号22頁、最一小判令和2年7月6日判時2472号3頁）。

<sup>(9)</sup> 原審と東京都教職員国旗国歌訴訟との関係につき、和泉田保一「判批」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊 速報判例解説 vol. 34）（2024年）59頁参照。

ないものであるように思われる。

ところで、本判決の判旨Ⅱにおいて挙げられている諸事情は、本件規定で列挙されている事項に関するものであるが、判旨Ⅱで挙げられた諸事情から、退職手当支給制限処分をすること自体を認めるという結論を導くことはできたとしても、全額を不支給とすることが認められるかまでは明らかではないように思われる。もちろん、判旨Ⅱを善解することで、そのような諸事情が「悪質」で「公務に対する信頼やその遂行に重大な影響や支障を及ぼすもの」だったために、「勤続の功を抹消」、すなわち退職手当の全額を不支給とするに足りるのだと理解できるのかもしれない。しかし、このように理解しようにも、判旨Ⅱにおける判断は結局のところ県教委の主張をそのまま引用してきたものにすぎず、全額不支給処分に合理性を認める裁判所の理由付けとしては欠ける部分があるようにも思える。つまり、本判決は退職手当支給制限処分をするとした場合にどの程度不支給とするかという判断についても退職手当管理機関の裁量に委ねているとしたものの、退職手当をいくら不支給とするかの判断に関して大して検討していないようにみえる。本件で争われている退職手当は、懲戒処分とは異なり、全額不支給か否かという点のみならず、量的な面でどの程度まで支給するか（あるいは、支給しないか）という点も判断されなければならないはずだが、その点に関する審査が適切になされていない本判決については、退職手当不支給の額の全額を不支給とすることを認めたところに疑問が残るだろう。

## （２）判断過程審査 （考慮要素着目型）的か？ 判断代置的か？

本判決は神戸税関事件と類似の審査方法を採用していることから社会観念審査を採用したと評価しうるといえるのはすでにみたとおりである。ただ、本判決での具体的な事実の摘示の方法に注目すると、本件非違行為の悪質性や公務への影響を摘示する一方で、X に斟酌する事情についてはあまり立ち入らず、それ以外に本件一審・二審で挙げられた事情については触れることなく判断しているため、考慮すべき事項や重視すべき事項を念頭に置いて判断しているという可能性も捨てきれず、本判決が考慮要素に着目した判断過程審査的な審査をしているとも考えられなくはないだろう。しかし、何を考慮すべきで何を重視すべきか、何を考慮してはならないかなどを本判決は明示的に指摘することなく、本件の具体的な事情を列挙するにとどめているという点で、考慮要素に着目して判断過程審査をする裁判例と大きく異なる。ただ、行政庁の判断を覆す場合であれば、何を考慮すべきかなどを指摘することによって行政庁による判断の瑕疵を明確にすることができ、行政庁の判断を覆さない場合には、何を考慮すべきかなどを指摘したところで結果的に行政庁の判断を追認することになるのであり、そのような指摘をする意味はあまりないように思われる<sup>(10)</sup>。また、本件では、退職手当支給制限処分の根拠となる本件規定において処分にあたっての考慮事項が列挙されており<sup>(11)</sup>、重視すべき考慮事項について指摘するこ

<sup>(10)</sup> 裁量処分につき裁判所が行政庁の判断を覆す場合には、判決の拘束力の観点からも、何が考慮すべき事項なのかなどを具体的に示すことになるのではないだろうか。

<sup>(11)</sup> たとえば、神戸税関事件をはじめとする懲戒処分の事例や呉市学校施設使用不許可事件（最三小判平成18年2月7日民集60巻2号401頁）の事例をみると、処分の根拠規定が処分にあって考慮すべき事項を規定しているわけではない。

とはできたとしても、考慮すべき事項や考慮してはならない事項を指摘する必要性は必ずしも高くなかったのではないかと考えられる。ゆえに、本判決のような社会観念審査の判断枠組を採用する場合であっても、考慮すべき事項などを具体的に指摘していないからといって考慮要素に着目した審査方法が必ずしも排除されるというわけではないのだろう。そうであれば、本判決は、一般に審査密度が低いとされる社会観念審査<sup>(12)</sup>の外観を呈しながらも審査密度を高めたものであるということが可能かもしれない<sup>(13)</sup>。しかし、たとえ本判決の裁判官が判断過程をたどった審査を試みていたのだとしても、少なくとも本判決の判旨における説明の仕方では、そのような判断過程の審査だと理解することや審査密度の高さを理解することは困難だろう。

上記において、本判決が考慮要素に着目した審査をしていたかもしれないという可能性を指摘した一方で、同じように本判決での具体的な事実の摘示の方法に注目すると、本判決が判断代置的な審査をしているとも考えられそう<sup>(14)</sup>。確かに、本判決は「退職手当管理機関と同一の立場に立って、処分をすべきであったかどうか又はどの程度支給しないこととすべきであったかについて判断し、その結果と実際にされた処分とを比較してその軽重を論ずべきではな」としている。

だが、本判決は、本件非違行為の態様を「重大な危険を伴う悪質なもの」、「公務に対する信頼やその遂行に重大な影響や支障を及ぼすもの」と評価したり、飲酒運転による懲戒処分に係る注意喚起といった事情を「軽視し難い」と評価したりしている。このことからすると、考慮要素に対する県教委による評価を裁判所が相当かどうか判断するなどして本件全部支給制限処分の相当性を審査したわけではなく、もはや裁判所が県教委に取って代わるかたちで考慮要素に対する評価を行いながら結論を導いているともいえるのである。このように裁判所が県教委による判断がなされていることをあまり前提とせず、その実「退職手当管理機関と同一の立場に立って」判断しているかのようにみえるのは、本当に退職手当支給制限処分に裁量が認められているのか疑問がわくものであり、このような意味で本判決は、実質的には判断代置に近いような審査がなされているとみることもできるのだろう。判断代置による審査は審査密度の高い審査方法とされ<sup>(15)</sup>、本件において一見すると行政庁の判断に対する司法審査をさらに進めたようにもみえるが、行政庁の裁量を認めている裁判所が行政庁に成り代わるかのようにふるまっていることには矛盾が生じているといえるのだろう<sup>(16)</sup>。

仮に本判決における審査方法を、考慮

<sup>(12)</sup> 土田信也「判批」別冊ジュリ 260 号 (2022 年) 142 頁、榊原秀訓『行政裁量と行政的正義』(日本評論社、2023 年) 3 頁〔初出：2012 年〕。

<sup>(13)</sup> たとえば、呉市学校施設使用不許可事件は社会観念審査と同じ判断枠組を用いる一方で、考慮事項に立ち入った審査を行っている。小早川光郎『行政法講義 下Ⅱ』(弘文堂、2005 年) 196 頁、土田・前掲註 12、142～143 頁も参照。本判決は呉市事件のような明示された考慮事項審査を採用してはいないものの、本判決と呉市事件は一般的な判断枠組のレベルにおいて共通しており、本判決の多数意見も、呉市事件に類似した、考慮事項に注目した審査をしていると考えうるだろう。

<sup>(14)</sup> 森・前掲註 6、157 頁は、神戸税関事件についても「判断代置型審査を完全に捨て去っていないとも考えられる」としている。越山安久「判解」最判解民事篇昭和 52 年度 (法曹会、1981 年) 430 頁も参照。

<sup>(15)</sup> 土田・前掲註 12、142 頁、榊原・前掲註 12、5 頁〔初出：2012 年〕。

<sup>(16)</sup> 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、2008 年) 374 頁参照。

要素に着目した判断過程審査的なものと捉えたり、あるいは判断代替的なものと捉えたりすることができたとしても、本判決が判断枠組として「社会観念」以上の基準を用いることなく単に事実を列挙するだけであるというのは、ただ裸の利益較量を行っているだけだという評価を免れず、また、退職手当管理機関の判断について深く検討することなく追認しているにすぎないと評価されるだろう。裁判所が退職手当管理機関の裁量を認めた以上、裁判所は退職手当管理機関の判断をたどりながら、その判断の合理性について検討すべきではないだろうか<sup>(17)</sup>。

### (3) 宇賀反対意見における判断枠組

宇賀裁判官は、県教委が制定した退職手当の支給制限処分に関する内規や懲戒処分に関する内規を参照しつつ、類似事案における懲戒（3名の高校教員と警察官の懲戒）との比較により、Xにつき「停職以下の処分にとどめる余地がある場合に、特に厳しい措置として懲戒免職処分がされたといえ、一般の退職手当等の一部を支給しないこととする処分をすることを、公務に対する信頼に及ぼす影響に留意して慎重に検討すべきであった」とした。そして、Xが生徒に範を垂れる立場でありながら安易に飲酒運転を行ったことは公務に対する信頼を損ねるものであり、退職手当の大幅な減額はやむを得ないが、飲酒運転による公務に対する信頼の失墜という点で影響がより大きいと思われる警察官は停職3月の懲戒処分を受けたにとどまり、退職手当の減額は無いものと考えられるとし、そのことに加

えて、Xは過去に懲戒処分を受けることなく約30年勤続していたこと、本件事故の被害が物損にとどまりすでに回復されていること、Xが反省の情を示していること等を考慮すれば、退職手当の有する給与の後払いや退職後の生活保障の機能を完全に否定するのは酷にすぎるとし、原審の判断に違法があるとは考え難いとした。

宇賀裁判官による反対意見で着目すべき点として、県教委の内規を参照しつつ本件にあてはめている点や、本件との比較のために警察官の懲戒処分に言及している点、そしてXに斟酌する事情を複数挙げている点が挙げられるだろう。これらの点と合わせて、宇賀反対意見が多数意見と異なり、社会観念審査の特徴を有する判断枠組を用いると明言していないことからすると、宇賀反対意見の判断は社会観念審査とは距離を置いた判断枠組を用いているといえるかもしれない。すなわち、宇賀反対意見の趣旨を、県教委は自ら制定した内規を参照しながら判断すべきであったのにそれをせず、これに加えて警察官の懲戒事例やXに有利になる事情を考慮せず、あるいは軽視していたということを指摘するものと捉えれば、宇賀反対意見は判断過程審査的な判断枠組を用いているといえそうである。また、処分基準等の行政規則は一般に行政内部において通用するものであって、裁判規範としては扱われないと考えられている<sup>(18)</sup>。仮に宇賀反対意見を、内規を適切に参照していないといった県教委の判断過程に瑕疵があったのではなく、内規に照らして本件を具体的に検討したところ県教委の結論とは異なる結論になったとして（これと趣旨を同じくする）

<sup>(17)</sup> 中原・前掲註1, 130頁, 中原茂樹「判批」法教484号(2021年)126頁参照。

<sup>(18)</sup> 宇賀克也『行政法概説I』(有斐閣, 第8版, 2023年)337頁, 大橋洋一『行政法I』(有斐閣, 第5版, 2023年)148頁など。なお、佐藤・前掲註1, 150～151頁参照。

原審の判断を維持したものとして捉えれば、宇賀反対意見の審査は多数意見の審査と比べて、裁量審査と呼ぶには距離を置いているように見え、実質的な判断代置審査の色彩をいっそう濃くしていると考えられるかもしれない<sup>(19)</sup>。一方で、宇賀反対意見は、県教委の判断自体について審査しているわけではなく原審の判断における瑕疵の有無を説明するために、原審の判断に補足をする形で、基本的には原審の判断をたどっているにすぎないという見方もできるだろう。すなわち、原審の判断の要点としては、県教委の内規を参照すると本件ではXは特に厳しい措置として懲戒免職処分を受けたのであって退職手当を全部不支給とするには慎重な検討が求められ、Xに斟酌する事情を考慮すれば退職手当を全部不支給とすることは違法であると判断した点にあり、宇賀反対意見はそのような原審の判断を補強している部分がほとんどであるとみえる。したがって、宇賀反対意見を原審の判断を補強したものと捉えれば、宇賀反対意見が本件につき判断代置的な審査をしているとは必ずしもいえず、ましてや原審の採った審査方法に賛同していると断言することもできないのだろう。なお、宇賀反対意見が本件における公務へ

の信頼の失墜について考えるにあたって警察官の懲戒事案に踏み込んで言及している点は原審の判断にないものである。これに言及した点についても、原審の判断を補足するためのものと捉えることができるのだろう。もっとも、他の類似事例と比較しながら検討することで平等原則との関係で処分の違法性が問題となるが、宇賀反対意見は本件全部支給制限処分につき平等原則違反を理由に違法とする考え方に立っているわけではないと考えられる。

(4) 退職手当の「給与の後払的な性格と生活保障的な性格」はどこで考慮されているのか？

退職手当に関する事例である本件が懲戒処分に関する事例にはない特徴を挙げるとすれば、退職手当に特有の性格にあると考えられる。本判決はこの退職手当の性格につき、「勤続報償的な性格を中心としつつ、給与の後払的な性格や生活保障的な性格も有する」と判断した。退職手当のこのような性格を踏まえて、本判決の多数意見は「本件規定は、個々の事案ごとに、退職者の功績の度合いや非違

(19) 判旨の文言上では、多数意見も宇賀反対意見も、公務に対する支障・信頼と「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」の両方を考慮しているといえる。ただ、多数意見においては、結果として「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」が結論を左右したわけではないようにみえるが、宇賀反対意見においては、「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」によって県教委とは異なる結論に至ったように見受けられる。この点に関して、公務に対する支障・信頼に関する事項を考慮しなければならないことは本件規定に明文で示されているが、「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」を考慮することについては、本件条例等に明文の規定はない。山本隆司は「行政処分等の行政作用を行う行政裁量が認められる場合も、当該行政作用により権利利益の重大な侵害を行う裁量は認められないから、こうした権利利益の侵害があるか否かについては、裁判所が比例原則により自ら判断しなければならない。」(山本隆司「行政裁量の判断過程審査—その意義、可能性と課題—」行政法研究14号(2016年)11頁)とした上で、「しかし、…憲法または法律により優越的に保護されていない範囲の権利利益にまで拡張して比例原則を適用し、当該権利利益を保護すると、行政裁量が認められる領域で裁判所が判断代置を行うことになる。」(同12頁)とする。宇賀反対意見をみると、本件規定に定められている事項と同程度、あるいはそれ以上に重視して「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」を考慮しているようにみえるが、このことからすれば、宇賀反対意見は法律(条例)により優越的に保護されていない範囲の権利利益にまで拡張して保護すべきと考えているようにみえるかもしれない。このような意味で、宇賀反対意見は判断代置審査を行っているものとして捉えることができるかもしれない。

行為の内容及び程度等に関する諸般の事情を総合的に勘案し、給与の後払的な性格や生活保障的な性格を踏まえても、当該退職者の勤続の功を抹消し又は減殺するに足りる事情があったと評価することができる場合に、退職手当支給制限処分をすることができる旨を規定したもの」とした上で、「このような退職手当支給制限処分に係る判断については、平素から職員の職務等の実情に精通している者の裁量に委ねるのでなければ、適切な結果を期待することができない。」とした。これをみる限りでは、多数意見の考え方として、退職手当の性格を考慮要素の一つとして扱っているのか、もしくは、退職手当の性格に重みづけをして評価するよう要求しているのか、(あるいは、それ以外のことを要求しているのか、)必ずしも判然としない。判旨Ⅱで退職手当の性格に言及がないことを踏まえれば、多数意見は退職手当の性格を考慮要素として扱っているわけではないのかもしれない。だからといって、多数意見は退職手当の性格に鑑みて重みづけしながら考慮しているとも断定し難いため、多数意見が退職手当の性格に言及した意味は何なのか疑問が残りそうである。退職手当の性格をどのようにして退職手当支給制限処分に係る判断に組み込むかという点に関する多数意見の考え方は不明であるにしても、いずれにせよ、多数意見が退職手当の性格を退職手当管理機関が行うべき判断の範囲に組み込んでいることは、判旨Ⅰの文言上間違いないといえる<sup>(20)</sup>。つまり、多数意見は本件規定が退職手当の性

格を踏まえた判断をすることを退職手当管理機関に求めていると解した<sup>(21)</sup>のであるが、そのような判断が退職手当管理機関に可能であるか疑問である。

なお、本件下級審判決と本判決の反対意見では、退職手当の性格を次の通り扱っていると考えられる。第一審は、県教委が本件規定に基づく処分を選択する場合には、「退職手当の法的性格を踏まえて、本件条例 12 条 1 項が掲げる事項や、被処分者が受ける不利益の程度、非違行為との均衡等について個別に検討すべき」とした上で、具体的な判断において、X に懲戒処分歴がないことなどの事情に、退職手当の性格を考慮すると、全額不支給は社会通念上著しく妥当性を欠くと判断した。このことから、第一審は退職手当の性格を(X に有利にはたらかせるための)考慮要素の一つとして扱っているものと思われる。他方、第二審は、具体的な判断をみる限りでは退職手当の性格を考慮要素の一つとしているようにもみえるが、退職手当の性格を踏まえて「司法審査における県教委の裁量権の範囲についての判断は、…厳格な判断となるのは当然」としており、退職手当の性格が審査密度をより厳密するものとしてはたっているものと思われる。また、宇賀反対意見は、「一般の退職手当等の有する給与の後払いや退職後の生活保障の機能を完全に否定するのは酷に過ぎる」としており、これをみると、退職手当の性格を裁判所による相当性判断の基準の一部として捉えているのではないと思われる。

本件規定につき退職手当の性格を踏ま

(20) 小西・前掲註 1, 5 頁。

(21) 山本・前掲註 19, 4 頁は「社会観念審査の考え方をあえて定式化するならば、公益ないし行政目的を実現するために適切な措置をとるべしという、行政機関が結論を導くために用いる行為規範・判断規準と、社会観念という裁判所の用いる裁量統制規範・判断規準とを、基本的に区別する点に特徴がある」としており、これは、本件規定につき退職手当の性格を踏まえて判断することを退職手当管理機関に求めていると多数意見が解したことと重なる部分が大きいのと思われる。

えた判断を退職手当管理機関にするよう求めていると多数意見は解しているものの、多数意見が退職手当の性格を踏まえた判断を行ったようには読み取ることはできず、これでは退職手当支給制限処分における退職手当の有する性格を不当に軽視することになり、固有の性格をもつ退職手当の不支給に係る処分の審査を、結局のところ通常の懲戒処分の審査と同じレベルのものにしてしまうと思われる。一方で、退職手当の性格を、審査密度を高めるものとして扱うという第二審や、裁判所による相当性判断の基準の一部として扱うという反対意見について考えると、審査密度を高めれば相当性判断のハードルを上げることでもでき、他方相当性判断のハードルが上がればそれは審査密度を高めているともいえる<sup>(22)</sup>ため、退職手当の性格を第二審や反対意見のように扱うことは、通常の懲戒処分の審査に比べて高次のレベルの審査を可能にしていると考えられる点で、裁判所が退職手当の性格を指摘した意味を明確にすることができる望ましいものと考えられる<sup>(23)</sup>。これを踏まえてみても、本判決の多数意見は退職手当の性格を踏まえた十分な審査ができていたといえるのかは疑問が残るだろう。

#### (5) 本判決の判断を導いた具体的な考慮事項と比較較量について

判断の基礎となった具体的な考慮事項に着目すると、本判決の多数意見と反対意見とで特徴的な違いがみられる。

多数意見における具体的な考慮事項を

列举すると、

「自家用車で酒席に赴き、長時間にわたって相当量の飲酒をした直後に、同自家用車を運転して帰宅しようとした」

「運転開始から間もなく、過失により走行中の車両と衝突するという本件事故を起こしている」

「公立学校の教諭の立場にありながら、酒気帯び運転という犯罪行為に及んだものであり、その生徒への影響も相応に大きかった」

「本件高校は、本件非違行為の後、生徒やその保護者への説明のため、集会を開くなどの対応も余儀なくされた」

「県教委が、本件非違行為の前年、教職員による飲酒運転が相次いでいたことを受けて、複数回にわたり服務規律の確保を求める旨の通知等を発出するなどし、飲酒運転に対する懲戒処分につきより厳格に対応するなどといった注意喚起をしていた」

「管理職ではなく、本件懲戒免職処分を除き懲戒処分歴がないこと」

「約 30 年間にわたって誠実に勤務してきており、反省の情を示していること」である。この考慮事項は本件規定に列記されている事項と同様のものと評価できるだろう<sup>(24)</sup>。多数意見の判旨で明示されてはいないものの、具体的なあてはめを行う際の考慮事項の抽出に際し、本件規定を参照したものと思われる。

宇賀反対意見における具体的な考慮事項を列举すると、

「教諭として生徒に範を垂れる立場にあった」

「安易に飲酒運転を行ったことは公務

<sup>(22)</sup> もっとも、審査密度を厳密にする方法としては考慮要素に重みづけをするなど、相当性判断のハードルを上げる以外の他の方法も考えられるだろう。

<sup>(23)</sup> もっとも、審査密度を高めるためとはいえ、処分の相手方の権利ないし利益をいたずらに拡張すべきではないだろう（山本・前掲註 19, 12～13 頁参照）。

<sup>(24)</sup> 石森久広「退職手当支給制限処分の裁量審査」行政法研究 56 号（2024 年）103～105 頁参照。

に対する信頼を損ねる」

「飲酒運転による公務に対する信頼の失墜という点では、飲酒運転を取り締まる立場にある警察官…は、停職3月の懲戒処分を受けた」

「管理職ではなく、過去に懲戒処分を受けたことがなく、30年余り勤続してきた」

「本件事故による被害は物損にとどまり既に回復されている」

「反省の情を示している」  
 である。これらの考慮事項の中には、飲酒運転を行った警察官の事例や本件事故の被害の程度という多数意見で摘示されていないものもあるが、宇賀反対意見がどのような事情を考慮したのかについて注目すると、評価の面で差こそあっても、大部分においては多数意見における考慮事項と大きな違いは見られない。したがって、本件について結論を導くための具体的なあてはめに際し、多数意見と宇賀反対意見とで判断の分かれ目となったのは、具体的な考慮事項それ自体に違いがあるというわけではなく、どの考慮事項に重きを置いて事案を評価するかという重みづけの違いにあるのではないかと考えられる。すなわち、宇賀反対意見は退職手当の「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」を多数意見以上に重視し、それゆえXの受ける不利益について相当程度の重みづけを行ったといえ<sup>(25)</sup>、これが多数意見と判断を分けたことにつながったのだと考えられる。

なお、宇賀反対意見が多数意見と判断を異にしたのは、県教委の内規を参照したか否かの違いによるためであると説明できるかもしれない。確かに多数意見が言及しなかった県教委の内規を、宇賀反

対意見が本件の判断にあたってあてはめている点は、判断の根底から違いが生じているようにもみえる。しかしながら、宇賀反対意見も県教委の内規を参照しつつ「一般の退職手当等の一部を支給しないこととする処分をすることを、公務に対する信頼に及ぼす影響に留意して慎重に検討すべきであった」としていることを踏まえれば、宇賀反対意見は「公務に対する信頼に及ぼす影響」を無視しているわけではないのだろう。つまり、宇賀反対意見が上告を棄却すべきとしたのは、「公務に対する信頼に及ぼす影響」よりもXの受ける不利益に重きを置き、それによって考慮事項に対する評価もXに有利なものとなったと考えられ、ここに多数意見と判断を分ける理由となった実質的な違いがみられるといえる。

ところで、多数意見と宇賀反対意見は考慮事項に対する評価も異にしている。特に、飲酒運転とそれに起因する本件事故に対する評価については、多数意見が「本件非違行為の態様は重大な危険を伴う悪質なものと」する一方で、宇賀反対意見は「安易に飲酒運転を行った」としつつ「本件事故による被害は物損にとどまり既に回復されている」としており、正反対の評価であるといえるかもしれない。多数意見は非違行為たる飲酒運転そのものの悪質性を特に捉えている一方で、宇賀反対意見は事故の軽重を特に捉えていると考えられるだろう。どのような程度のものであれ飲酒運転は悪質であるという評価が下され、事故の有無や程度、態様などは評価に入れたいとするのは比較的分かりやすいが、宇賀反対意見の評価を踏まえれば、ややもすると、飲酒運転をしても事故が軽ければ悪質性の程度

<sup>(25)</sup> 石森・前掲註24, 105～106頁。また、石森・前掲註24, 105頁は多数意見について、「処分を目指す公益（公務への信頼の確保等）の重要性のみに重みを組み込んだ秤で比例性をはかる」と指摘している。

が下がるといった見方ができてしまいかねない。もちろん宇賀反対意見の結論として、退職手当の大部分を不支給とし一部を支給すべしと判断した原審の判断を是認しているため、宇賀反対意見をそのように捉えるべきではないはずである。むしろ注意して考えるべきは、「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」を有する退職手当を不支給とするに際し、非違行為自体の悪質性はもとより、非違行為が直接及ぼした被害等の程度（軽重）を考慮すべきか否か、そして考慮するとしてどの程度考慮すべきかであると思われる。一つの考え方としては、悪質な非違行為そのものに基づく非難や責めを受けさせるという目的は懲戒処分で達成されたのだから、退職手当を支給する場面においては、懲戒処分を受けた公務員の受ける不利益にも目を向けつつ、非違行為自体の悪質性に加えて被害の程度やその回復についても考慮に入れられると考えることも無理ではなかろう<sup>(26)</sup>。宇賀反対意見をこのような趣旨を踏まえた判断であるとみることもできると思われる。多数意見は非違行為によって及ぼされた被害の程度を深く考慮しているようにはみえないが、退職手当が「給与の後払的な性格や生活保障的な性格」を有するのだとしたら、退職手当のそのような性格を踏まえて、考慮事項の抽出や考慮事項に対する評価に取り入れながら判断できたはずではないか疑問が残るものと思われる。

## 五．本判決の射程

本件全部支給制限処分は本件条例の規定に基づくものであり、本判決の直接の射程は本件条例の規定に基づく退職手当支給制限処分の事案に及ぶものと考えられるが、本件条例と趣旨を同じくする他の条例の規定に基づく退職手当支給制限処分の事案や国家公務員法 12 条 1 項の規定に基づく退職手当支給制限処分の事案にも射程が及ぶものと考えられる。また、本件は退職手当を全部不支給とする処分の事案ではあったが、本判決では全部不支給か一部不支給かが特に区別されて判断されたわけではないため、本判決の射程は不支給となる退職手当の額に関わらずすべての退職手当支給制限処分の事案に及ぶものと考えられる。

なお、一度支給された退職手当の返納を命じる場合には、本件の場合とは異なり、第三者機関による事前手続を経ることとされている<sup>(27)</sup>。このような場合における裁判所の審査においては、本判決が一般に審査密度が低いとされる社会観念審査をベースとしたものであることに鑑みれば、このような本判決の基本的な枠組みは維持されるのではないかと考えられる。もっとも、本件のような懲戒免職処分を受けた場合における退職手当の不支給の場合には行政手続法の適用は除外されている<sup>(28)</sup>一方で、一度支給された退職手当の返納を命じる場合には行政手続法所定のものに類似した事前手続が用意されているのであって、このことを考え

<sup>(26)</sup> 飲酒運転等を理由に懲戒免職処分を受けた地方公共団体職員に対する退職手当全部支給制限処分の適法性を審査した最一小判令和 6 年 6 月 27 日 LEX/DB25573610 における岡反対意見は、非違行為によって懲戒免職処分という重い制裁を受けて、公務員としての職と収入を絶たれたという事情を考慮した。なお、この令和 6 年最判の多数意見は当該全部支給制限処分の裁量権の逸脱・濫用を認めた原審の判断を違法と判断した。

<sup>(27)</sup> 国家公務員の場合には「退職手当審査会」による意見陳述の機会の付与等の事前手続（国家公務員退職手当法 18 条以下）が用意されている。地方自治体においても同様の事前手続が用意されている。

<sup>(28)</sup> 行政手続法 3 条 1 項 9 号参照。

れば、一度支給された退職手当の返納を命じる場合において退職手当を支給された者の権利ないし利益の保護の必要性が本件のような場合と比べて高まっているものといえるため、裁判所による審査も審査密度が本判決よりも高くなるとは考えられるだろう。

また、本件は退職手当の支給制限に関する事案であるため、公務員のみならず民間企業の労働者の事案にまで射程が及ぶかどうか、議論の余地があるだろう。特に私立学校教員の退職金については、教員であるという点で本件と事案が共通しているため、「生徒への影響」等を踏まえて、学校の職務に対する信頼やその遂行への影響や支障の有無を検討することになるだろう。すなわち、私立学校教員の退職金支給制限に係る事案においては、本判決の審査枠組自体が妥当するかどうかは定かでない<sup>(29)</sup>にしても、本判決で判断の基礎となった考慮事項については、その射程が及ぶものと考えられる。

## 六．本件に関連する付随的な論点

原審では、本件全部支給制限処分は裁量権の範囲を逸脱するものとして、本件全部支給制限処分のうち3割に相当する額を不支給とした部分のみを取り消し、その余の部分については取り消さなかった。一方、本判決は、本件全部支給制限処分に裁量権の範囲の逸脱・濫用はなかったと結論付け、原審が本件全部支給制限処分のうちの一部を取り消したことにについて判断することはなかった。

本判決では判断されなかったが、本件のような退職手当をはじめとする可分な

金銭を支給しないとする処分の取消しを求める訴えにおいて、そのうちの一部のみを取り消すと裁判所が判断することができるかどうかは問題となりうるだろう。この問題については一部取消判決を肯定しうると捉えられる考え<sup>(30)</sup>と否定する考え<sup>(31)</sup>の両方が存在している。本判決を参照すれば、退職手当をいくら不支給とするかは行政庁の裁量に委ねられているといえるのであり、退職手当の額の問題を裁判所が具体的に判断することはできないとする考え方は確かに説得的である。だからといって不支給処分の全部を取り消して再度行政庁にはじめから不支給の額を決定させるというのも、原告・被告双方に負担を強いるものになってしまうのではないだろうか。ただ、裁判所による一回的な解決を肯定するためには、裁量の問題を乗り越える必要があり、より説得的な理論が必要となると思われる。

※本評釈は、2024年3月19日の東北大学公法研究会における報告に、加筆修正を施したものである。研究会の参加者各位から、多くの温かいコメントとご教授をいただいたことに、この場を借りて深く御礼申し上げる。

※本評釈は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2114 の支援を受けたものである。

<sup>(29)</sup> 民間企業の事案については本判決以前に最高裁判例をはじめとする裁判例があるため、そのような事案における審査枠組にまで本判決が影響を及ぼしうるかどうかは疑問が残る。前掲註5参照。

<sup>(30)</sup> 中原茂樹「判批」法教508号(2023年)128頁。

<sup>(31)</sup> 佐藤・前掲註1, 151～152頁。

## 東北ローレビューVol.13 (2024, November)

---

2024 年 11 月 30 日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内 2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

---

© 2024 国立大学法人東北大学大学院法学研究科