

7

No.538
MAGAZINE FOR
LAW STUDENTS
<https://www.yuhikaku.co.jp/hougaku>
JULY 2025

法学教室



SPECIAL FEATURE

刑法解釈に おける判例 と学説

刑法における判例と学説／業務行為の正当性の判断／事実の錯誤
誤振込み／財産犯の保護法益／背任罪における事務処理者の意義

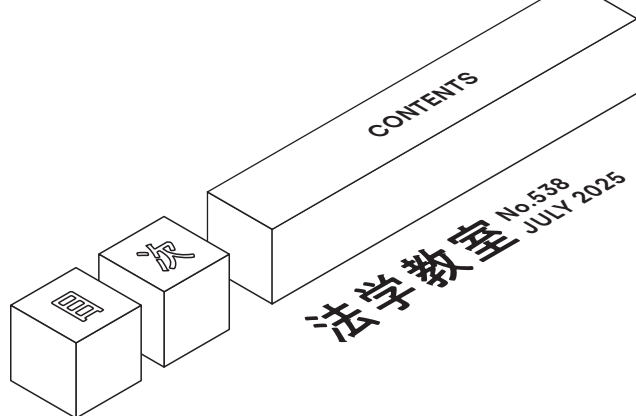
判例クローズアップ

ネットワーク関連発明の
越境利用と属地主義(最判令和7・3・3)

時の問題

インサイダー取引規制の
現代的課題と未然防止策のあり方

OTHERS



SPECIAL FEATURE 〈特集〉

004 刑法解釈における 判例と学説

006	I 刑法における判例と学説	山口 厚
010	II 業務行為の正当性の判断 ——外務省機密漏洩事件最高裁決定の再検討	遠藤聡太
016	III 事実の錯誤	石井徹哉
021	IV 誤振込み	松宮孝明
026	V 財産犯の保護法益	上髙一高
032	VI 背任罪における事務処理者の意義	品田智史

INTRODUCTION

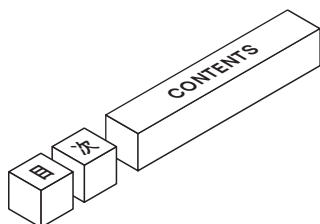
001	■ 巻頭言 主権と統治	小島慎司
-----	----------------------	------

REGULAR ARTICLES 〈記事〉

- 002 ■法学のアントレ〈第100回〉
憲法記念日に未来を不安に思う 片桐直人
- 038 ■判例クローズアップ
ネットワーク関連発明の越境利用と属地主義(最判令和7・3・3) 駒田泰士
- 044 ■時の問題
インサイダー取引規制の現代的課題と未然防止策のあり方 宮崎裕介

LECTURE 〈講座〉

- 050 ■憲法の基本原理から見る統治〈第15回〉
国会・議院の権能(1) 高田 篤
- 057 ■最新判例に学ぶ行政法解釈〈第4回〉
公務員関係処分の裁量審査
——退職手当全部不支給処分(最判令和5・6・27民集77巻5号1049頁) 大江裕幸
- 066 ■法と経済学から見た民法判例〈第4回〉
契約の解釈のやり方
——最判平成28・1・12民集70巻1号1頁(百選I・22事件),
最判平成28・12・19判時2327号21頁(百選I・22事件解説中) 西内康人
- 074 ■ちよつとだけ寄り道、会社法〈第4回〉
取締役の競業——利益の吐き出し 小宮靖毅
- 082 ■刑法総論の秘密、刑法各論の秘訣。〈第4回〉
暴行罪と傷害罪の微妙な関係について 和田俊憲



EXERCISE 〈演習〉

090	憲法	大林啓吾
092	行政法	齋藤健一郎
094	民法	藤澤治奈
096	商法	森 まどか
098	民事訴訟法	村上正子
100	刑法	松尾誠紀
102	刑事訴訟法	宮木康博
104	労働法	天野晋介

〈判例セレクトMonthly〉

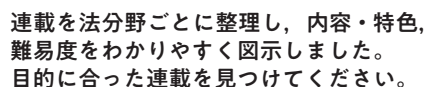
106 憲法・行政法・民法・民訴法・刑法・刑訴法／計7件

115 「変わっていく時間」に希望を持って

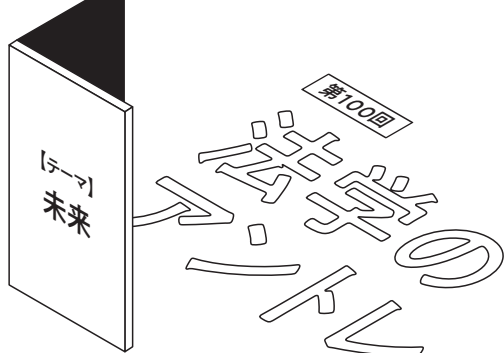
——第75回“社会を明るくする運動”に寄せて 法務省保護局更生保護振興課

BOOK INFORMATION 〈新刊案内〉

089 木目田 裕 監修・執筆,西村あさひ法律事務所・外国法共同事業 危機管理グループ 編
『法律実務家のためのコンプライアンスと危機管理の基礎知識』



		内容・特色						難易度		
		体系を学ぶ	論点を深める	判例から学ぶ	実務を知る	一息入れつつ学ぶ	問題で力試し	初級	中級	上級
公法	憲法の基本原理から見る統治 〔単著〕高田 篤 → p.050	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	最新判例に学ぶ行政法解釈 〔共著〕大江裕幸 → p.057	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
民事法	法と経済学から見た民法判例 〔単著〕西内康人 → p.066	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	ちょっとだけ寄り道、会社法 〔共著〕小宮靖毅 → p.074	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
	民事執行・保全法の考え方 〔単著〕青木 哲 → (休載)	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
刑事法	刑法総論の秘密、刑法各論の秘訣。 〔単著〕和田俊憲 → p.082	✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
演習 → p.090		✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★
判例セレクトMonthly → p.106		✓	✓	✓	✓	✓	✓	★	★	★



憲法記念日に 未来を不安に思う

大阪大学教授
片桐直人
KATAGIRI Naoto

未来の憲法

編集部からの依頼は「100年後、1000年後の法学について書いてほしい」というなんとも言えないものだった。ほとんど困り果てた私は、憲法記念日の夜に、ChatGPTに手を出してしまった。

上手に使いこなしている方もいらっしゃるようだが、私は研究や執筆に生成AIを活用することには気が引けるタイプで、普段は、学生が生成AIを活用する未来に備えてお試し程度に触るくらいである。にもかかわらず、生成AIの返してくる、表面的には正しそうにみえて、少し考えたらおかしい回答をきっかけに、自分の思考が刺激されるのを期待したのだった。

ChatGPTはほんの十数秒でとんでもないエッセイを書き上げた (<https://x.gd/J3Ch6>)。このまま編集部に送信しようか。一瞬、悪魔が耳元で囁く。もちろん、ダメだ。

でも、正直、このエッセイ以上のものが書ける気もしなかった。もちろん、私はエッセイストではないので、AIよりも下手だとしても、致命傷とはならない。しかし、この様子だと遅かれ早かれ、AIは、研究や講義においても、私よりもはるかに丁寧に調査をして、私が思い付かないような斬新な知見を、私には到底書けない素晴らしい文章や語り口で提示するようになるのではないかと。「あの先生の論文を読むくらいなら、AIに聞いた方が早い」とか、「あの先生の授業を聴くくらいなら、AIの方がマシ」などと後ろ指をさされる未来が想像される。いや、ひょっとすると、もうすでにそうなってい

るのかもしれない。

私はひどく不安になった。そうだとすれば、私はこの社会でどうやって生きていけば良いのだろう。法学の研究者・教員などという職業は今後も存在するのか。仮に仕事が無くなったなら、家族や猫の暮らしを支えていけるのか。いや、家族や猫は、何もできない私と一緒にいてくれるのか。より切実な問題として、私は今後、一体、何をすべきなのだろう。大学を出て二十数年、私がやってきたことといえば、研究して論文を書き、教材を作って、授業をすることだけである。それが無意味になるのだとすれば、私の存在価値はあるのか。

不安

この不安な気持ちは、父から教わり、そして私自身も学生の頃に味わった感じとよく似ていた。

父は裁判官だった。その父は、私が高校3年のとき、大病を患った。一命は取り留めたものの、家族とのコミュニケーションにも難をきたすほどの重い障害が残って、当然のことながら、仕事への復帰は叶わなかった。にもかかわらず、父はそのことを理解せず、時折、「仕事に行く」と言い出しては家族を困らせた。その状態では仕事などできないだろうと懇々と諭すと、ようやく最後に、寂しそうに、「このまま休んでいたのでは、再任されず、司法試験を受け直さなければならなくなる」とつぶやいて諦める。そんなやりとりが毎日のように繰り返された。

父が訴えていたのは、剥き出しの不安だった。仕事ができなければ、どうやって暮らしていくのか。お前たち家族はそんな私を見捨てるのではないかと。そもそも、仕事一筋の私は今後、どうやって生きていけば良いのか。私の存在価値は、生きる意味はどこにあるのか。父はそういう恐怖と闘っていたのだと思う。

私もまた、学部生の頃に、同じような不安に苛まれたことがある。父が倒れたとき、私は、父がそういう状態になったという境遇から、ただ逃れたかった。元々、バブル時代の雰囲気の色濃く残った時代に育った中高生だったから、大学生になれば自由にどこまでも羽ばたきたいという希望があった。そこに加えて、父のことがあって、「少なくとも大学生のときくらい自由にさせてくれ」という強い思いが生まれた。そして私は、1年の浪人の末、「自由の学風」を誇る、親元から遠く離れた大学に進学を決め

SPECIAL
FEATURE

刑法判例と学説

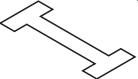
本年度の特集の共通テーマは、「学説の役割、判例・実務との関係」である。私が法学部の学生の頃（もう30年以上前だが……）は、刑法の解釈論では、学説が判例を厳しく批判することが多く、学生の感覚としては、判例と学説は対立するものだというイメージがあった。しかし最近では、法科大学院で判例の立場を前提とする教育の機会が増えたこともあり、むしろ判例の立場を正当化しつつ、議論を進める学説が増えていく傾向がある。もっとも、判例の立場を前提とするといっても、判例を内在的に分析し、その理論的な基礎を抽出しようとする議論と、判例の立場を論者の立場から論拠付けようとする議論は明確に区別されるべきである（もちろん後者に意味がないわけではないが、それは判例の解釈ではなく、独自の学説である）。さらに、判例の立場がそもそも理論的に正当化できるかについて、批判的に検討する作業も不可欠である。判例といっても、判例変更の可能性もあるし、また、その射程や影響力は、その後の議論に委ねられるところもあるから、このような批判的検討は、学術的な意義を有するだけでなく、実務的にも重要

なものといえる。当然のことではあるが、現在においても、刑法学説の意義・役割は多様なかたちで認められるべきである。

このような問題意識から、刑法における判例と学説の関係、学説の役割について考えていただく契機となるべく、本年度の刑法の特集では、「刑法における判例と学説」に関する総論的な論稿に引き続き、判例と学説の対立が厳しい5つの論点を取り上げることにした。これらの論点は、いずれも刑法の学修において重要性の高い論点でもある。判例と学説の状況を学ぶことによって、さらに理解を深めていただきたい。

ご執筆の先生方には、大変お忙しい中、企画の趣旨をご理解いただき、充実した内容の論稿をお寄せいただいた。とりわけ山口厚先生には、373号（2011年10月号）以来、14年ぶりに本誌にご執筆いただいた。刑法の判例と学説について特集を組むのであれば、まさに余人をもって代えがたく、無理を申してご執筆をお願いした次第である。山口先生はもちろん、ご執筆いただいた全ての先生方に厚く御礼を申し上げたい。

（橋爪 隆）



刑法における 判例と学説

東京大学・早稲田大学名誉教授
山口厚



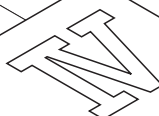
業務行為の 正当性の判断

早稲田大学教授
遠藤聡太



事実の錯誤

明治大学教授
石井徹哉



誤振込み

立命館大学教授
松宮孝明



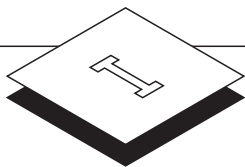
財産犯の保護法益

関西学院大学教授
上嶋一高



背任罪における 業務処理者の意義

大阪大学准教授
品田智史



刑法における 判例と学説

東京大学・早稲田大学名誉教授

山口 厚

YAMAGUCHI Atsushi

はじめに

本稿では、刑法の分野を前提に、まず判例の趣旨・意義を確認し、その上で、判例に対する学説の対応の在り方について検討を試みることにしたい。判例と学説の共働の在り方について、判例及び学説の双方の側面からそれぞれ検討することになるものと思われる。

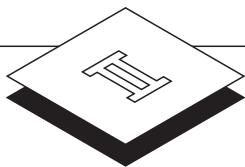
判例とは何か

まず、判例の意義について確認しておくことにしよう。判例とは、最高裁の判決・決定における「**法廷意見**」（全員一致の判断の場合）又は「**多数意見**」（反対意見がある場合）をいう。多数意見の結論に反対する個別意見である「**反対意見**」、法廷意見・多数意見の結論には賛成だが、それを支える法理には賛成しない個別意見である「**意見**」が判例でないことは明らかである。これらの意見は、将来判例になるかもしれないが、裁判の時点ではいまだ判例ではない。また、法廷意見・多数意見の結論、それを支える法理に賛成だが、さらに付加的に表明される補足的な個別意見である「**補足意見**」も厳密に言えば判例ではないであろう。なお、補足意見にはその内容に幅がありうるように思われる。すなわち、法廷意見・多数意見の趣旨を敷衍するもの（これは、内容的には判例と同視することも

できるであろう）から、法廷意見・多数意見の結論を支える法理と補足意見で表明される法理の内容が同じなのか相違があるのかが微妙なため、意見との区別がはっきりしないものまであるといえるのである。

判例は、一人で執筆する論文とは異なるものであり、全員一致の法廷意見であっても、関与する裁判官が合意した範囲で書かれるものである。したがって、一種の妥協の産物であり、また当該事件の解決に必要な限度で判断を示すものであり、その判断内容・法理を書き尽くすものでもないから、学説から見てその内容に何らかの不満が残ることは当然だといえる。それゆえ、判例を解釈して、その内容・意義を確定することが必要であり、そのために判例研究・判例評釈が重要となる。判例研究・判例評釈は、第一次的には、このような目的のためになされるべきものであり、判例で問題となる論点について、端的に自説を展開するためのものではない。これは、判例を契機として書かれた論説・論文であり、判例研究・判例評釈にまずは求められる趣旨とは異なったものであるといえよう。勿論、判例研究・判例評釈において、自説を展開することがあっても当然よい（むしろ、刑法研究者はこれに最大の関心があるともいえる）が、これは判例の内容・意義の確定の次に来るべきことである。

判例について忘れてはならない視点は、判例は、学説に並ぶ「もう一つの見解」に過ぎないものではないということである。判例は、実定法規についての公権的解釈を示すものであり、いわば準実定法ともいえるものであって、実定法規が裁判所で現実に適用される姿を示すものである。したがって、このような意味でも、判例に対する賛否の表明の前に、その内容の確定がぜひとも必要であり、判例研究が重要になるのである。そして、判例の趣旨を明らかにするためにも、さらに、その規範的正当化ないし規範の評価が必要となる。後述するように、判例は事案の解決、その結論を示すために必要な限度で判断を示すものであり、特定の論点について検討を加える論説・論文ではない。それゆえ判断内容・法理を書き尽くすものではなく、学説に委ねている部分があると解される。つまり、結論に関わりのないような理論構成の細部等についてまでは踏み込まず、それは学説の任



業務行為の 正当性の判断

——外務省機密漏洩事件最高裁決定の
再検討

早稲田大学教授
遠藤聡太
ENDO Sota

はじめに

「正当な業務による行為」の不処罰を定める刑法 35 条後段は、伝統的にはスポーツや医療行為、最近では電気通信事業者によるサイバー攻撃への対処措置¹⁾や警察官による仮装身分捜査²⁾など、様々な業務行為の正当化根拠として実務上重要な役割を果たしており、また業務行為を離れた正当行為の一般規定として、実質的違法性阻却判断の受け皿の役割も与えられている³⁾。その意味で、業務行為の正当性の判断は、理論的にも実務的にも重要な論点といえよう。

この点に関する重要判例が、毎日新聞記者であった被告人が外務省職員 A をそそのかし機密資料（沖縄返還に伴う米軍用地の復旧補償費 400 万ドルを日本政府が肩代わりする密約を内容とする電文等）を持ち出させた行為につき、「正当な取材活動の範囲を逸脱している」として（当時の）国家公務員法 111 条（109 条 12 号、100 条 1 項）の秘密漏示そそのかし罪の成立を認めた、最決昭和 53・5・31 刑集 32 巻 3 号 457 頁（外務省機密漏洩事件最高裁決定）である。本決

定は、実質的違法性阻却の判断枠組みに関する先例と位置付けられる一方で⁴⁾、その判示内容に対しては学説から厳しい批判が向けられてきた。本稿は、刑法学説による代表的な批判の内容を改めて確認したうえで（Ⅲ）、本決定の意義を再検討してみたい（Ⅳ）。

最決昭和53・5・31
刑集32巻3号457頁

1. 取材行為の正当性の判断枠組み

「報道機関の国政に関する取材行為は、国家秘密の探知という点で公務員の守秘義務と対立拮抗するものであり、時としては誘導・唆誘的性質を伴うものであるから、報道機関が取材の目的で公務員に対し秘密を漏示するようにそそのかしたからといって、そのことだけで、直ちに当該行為の違法性が推定されるものと解するのは相当ではなく、報道機関が公務員に対し根気強く執拗に説得ないし要請を続けることは、それが真に報道の目的からでたものであり、その手段・方法が法秩序全体の精神に照らし相当なものとして社会観念上是認されるものである限りは、実質的に違法性を欠き正当な業務行為というべきである。しかしながら、報道機関といえども、取材に関し他人の権利・自由を不当に侵害することのできる特権を有するものでないことはいうまでもなく、取材の手段・方法が贈賄、脅迫、強要等の一般の刑罰法令に触れる行為を伴う場合は勿論、その手段・方法が一般の刑罰法令に触れないものであっても、取材対象者の個人としての人格の尊厳を著しく蹂躪する等法秩序全体の精神に照らし社会観念上是認することのできない態様のものである場合にも、正当な取材活動の範囲を逸脱し違法性を帯びるものといわなければならない。」

2. 本件取材行為の評価

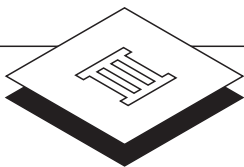
「これを本件についてみると原判決及び記録

1) 電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会「第4次とりまとめ」（令和3年11月）9-12頁等参照。サイバーセキュリティ維持活動と正当業務行為の関係については、差し当たり、鎮目征樹ほか編『情報刑法Ⅰ』（弘文堂、2022年）76-79頁「遠藤聡太」参照。

2) 星周一郎「仮装身分捜査の意義と課題」刑ジャ 84号（2025年）7頁参照。

3) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）282-283頁等参照。

4) 野村賢「判解」最判解刑事篇令和2年度 98-99頁等。



事実の錯誤

明治大学教授
石井徹哉
ISHII Tetsuya

はじめに

事実の錯誤に関する判例・実務の動向は、方法の錯誤に関する最判昭和53・7・28刑集32巻5号1068頁（以下「53年判決」とする）及び抽象的事実の錯誤に関する最決昭和54・3・27刑集33巻2号140頁（以下「54年決定」とする）によって、従来の判例における符合の基準が構成要件に基づくものであるということが明確となった。しかし、学説上、理論的な枠組みないし基礎づけについても、判例の理解についても完全に一致しているわけではない。

事実の錯誤について、学説上は、犯罪の実体としての故意があるかという視点で説明することが通例である¹⁾。符合の問題は、主観面と客観面でどの程度一致があれば故意の処罰の根拠

1) 安田拓人『基礎から考える刑法総論』（有斐閣、2024年）48頁以下参照。

2) 行為者の認識事実と客観的に実現された事実とが具体的な事実のレベルで符合している場合にのみ、故意犯の成立を認める見解（浅田和茂『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2024年）319頁・323頁以下参照）は、主観と客観それぞれの構成要件該当事実の実体が同一である場合にのみ故意犯としての処罰の実体があり、これに該当する刑罰法規が適用可能であるとしているものとみることができる。

3) 「法律要件としての犯罪」論の問題ということもできる。

4) 事実の錯誤に関するいわゆる抽象的符合説（内藤謙『刑法講義総論（下）I』（有斐閣、1991年）967頁以下参照）は、行為者の認識内容が特定の犯罪の事実認識があ

を充たすのかということになる²⁾。しかし、抽象的符合説に関して扱われる事例、隣の家の飼い犬を射殺しようとして弓を射ったところ、隣人に命中し、死に至らせた場合、少なくとも行為者に「罪を犯す意思」（刑38条1項）がある。この場合、刑法38条2項の文言も踏まえ、まず刑罰法規を適用し、犯罪の成立を認めることが可能であるのか、可能であるとしてどの刑罰法規を適用することができるのかが問題³⁾となる⁴⁾。

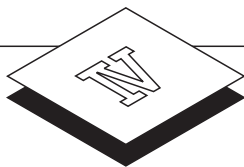
このように、事実の錯誤論は、故意の実質の問題なのか、刑罰法規の適用の問題なのかという二つの次元に跨がって議論されているように思われる。そこで、抽象的事実の錯誤に関する判例を分析し、判例をどのような次元の問題として捉えているのかを分析し、学説の理解との異同を示すことにしたい。

構成要件の重なり合いと「実質的」重なり合い ——判例の状況

最高裁は、54年決定において、覚せい剤を輸入する意思をもって麻薬であるヘロインを輸入した事案について、麻薬取締法（当時）違反である麻薬輸入罪と覚せい剤取締法（当時）違反である覚せい剤輸入罪のそれぞれの構成要件が「実質的に全く重なり合っている」⁵⁾として麻薬輸入罪の故意を認め、同罪が成立するとした。さらには最決昭和61・6・9刑集40巻4号269頁は、軽い罪の限度において「実質的に重なり合っている」とした。これらの判例を契機として、抽象的事実の錯誤における符合の基準を「構成要件の実質的重なり合い」とする見解

り、故意として処罰できる実体を備えていることを前提に、客観面と主観面とでその処罰の実体が異なってもなお故意犯として処罰可能とする。それは、故意犯の処罰根拠を行為者の認識内容に基づく行為者自身の犯罪の性格ないし犯罪の危険性（牧野英一『刑法総論（下）（全訂15版）』（有斐閣、1959年）579頁参照）に求める考えや、違法性の意識が「故意と過失を分かち分水嶺」（中野次雄『刑法総論概要〔第3版〕』（成文堂、1992年）41頁）として違法性の意識を故意の本質とし、事実認識に故意の実質を認めない立場によるものといえる（中野・前掲120頁以下参照）。

5) 「全く」重なり合っているとしているのは、客観的な犯罪事実と認識した犯罪事実のそれぞれの罪が同一の法定刑であることによる。



誤振込み

立命館大学教授
松宮孝明
MATSUMIYA Takaaki

本稿では、「誤振込み」を素材に、「刑法における判例と学説の関係、学説の役割」を考察する。そこでは、Ⅰ「誤振込み」の定義とこれに関する裁判例を紹介し、Ⅱ「誤振込み」をめぐる民事・刑事の学説を概観した上で、Ⅲこの問題での学説と判例・実務の比較法として、誤振込みされた金員の返還拒否に対する罰則を作ったスイスおよび、それを参照しつつ現行法での財産犯の成立を否定したドイツの裁判例を紹介し、Ⅳ「誤振込み」をめぐる学説の役割を考察する。

なお、本稿にいう「学説」とは、個別の事例における法の適否ばかりでなく、不文法も含む「実定法」を体系的に整理し、現代の課題を踏まえて法改正を含む立法論にまで至る「理論」である。それは、現行法の解釈の限界も明らかにし、それでは賅えない現代の課題に対する解決策を、現行法の歴史や類似の問題についての類似の法体系を持つ国々の方策と比較することにまで及ぶ。しかも、その担い手には、学問をする限りで、裁判・検察・弁護の実務家も、また学生も含まれる。

1) 普通預金規定（個人用）〔参考例〕3条2項参照。

2) 最判平成12・3・9金法1586号96頁。以下、「平成12年民事判決」と呼ぶ。

3) 最判平成8・4・26民集50巻5号1267頁。以下、「平成8年民事判決」と呼ぶ。

4) 札幌高判昭和51・11・11刑月8巻11=12号453



「誤振込み」とは何か ——定義と裁判例

1. 「誤振込み」の意味

「誤振込み」とは、広義では、銀行口座間の送金手続きにおいて、本来なされるべきではない振込送金がなされた場合をいう。その中には、自分の預金口座から他人の預金口座に送金しようとした「振込依頼人」が、相手の銀行口座番号を間違えるなどした狭義の誤振込み（以下、断りなき限り「誤振込み」はこの意味で用いる。）と、送金口座のある銀行（これを仕向銀行という。）の係員による発信ミスである「誤発信」、および入金口座のある銀行（これを被仕向銀行という。）の係員の記帳ミスである「誤記帳」とに大別される。このうち、「誤発信」の場合は、銀行側に入金を一方的に取り消す権利が認められており¹⁾、明文はないが「誤記帳」の場合にも同じ取扱いがされている。他方、誤振込みの場合には、被仕向銀行は受取人の承諾を得ないと、仕向銀行口座への反対方向の振込送金である「相戻し」をすることができない²⁾。

2. 裁判例

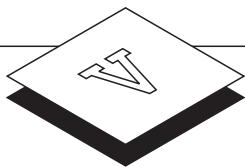
(1) 「平成8年民事判決」の前後

誤振込みについては、1996（平成8）年の最高裁判決³⁾が、受取人と被仕向銀行との間に預金債権が成立し、振込依頼人は受取人に対して不当利得返還請求権という債権を有するだけだと判示するまでは、「預金債権は成立する由がない」と述べて窓口での払戻しに詐欺罪を認め⁴⁾、また、誤発信について「被告人に右預金について正当な払戻し権限のない場合」であるとして、受取人がキャッシュカードでATMから預金を引き出した行為に窃盗罪を認める下級審裁判例があり⁵⁾、他方で、誤振込みについて、遺失物等横領罪としたものもあった⁶⁾。

頁。

5) 東京高判平成6・9・12判時1545号113頁。

6) 東京地判昭和47・10・19判例集未登載。これについては、原田國男「誤って振り込まれた預金の払戻しと占有離脱物横領罪の成否」研修337号（1976年）110頁参照。



財産犯の保護法益

関西学院大学教授
上 高 一 高
UESHIMA Kazutaka

はじめに

財産犯は、体系性を有し、財産犯の保護法益に関する問題は、広がりに関連性を有する。ある学説は、それまであまり関心が払われてこなかった、問題相互の理論的関係の検討の必要を指摘し、本権説と占有説、不法原因給付と詐欺罪・横領罪、そして、財産犯における財産的損害の可否の問題等の諸問題の根底にある主要な理論的問題を、財産犯の保護法益は、民事法との関係ではどのように理解されるべきかにあるとしている¹⁾。

本稿では、学説の判例との関係に留意し、財産犯の保護法益に関する若干の問題を取り上げて、検討を行うこととする。

窃盗罪の保護法益

1. 本権説と占有説

窃盗罪の保護法益は何かという問題（窃盗罪のほか強盗罪等について適用される刑法 242 条は、251 条によって詐欺罪、恐喝罪等について準用される。財物奪取罪の保護法益の問題などともいわれる）について、従来、所有権その他の本権（質権、賃借権、留置権等）であるとする本権説と、

財物の占有それ自体であるとする占有説（所持説）が対立し、前者が通説、後者が少数説であった。後者によれば、他人が不法に所持する自己の所有物を奪取する行為は、自救行為等として適法でない限り、窃盗罪等が成立するとされる²⁾。

2. 判例の変化

大判大正 7・9・25 刑録 24 輯 1219 頁（大正 7 年判決）は、恩給年金の証書の占有を回復しても窃盗罪または詐欺罪は成立しないとし、戦前の判例は、本権説に立っていたが、戦後は、占有説に移行したとされる。①最判昭和 34・8・28 刑集 13 巻 10 号 2906 頁は、受給権を担保に供することが禁止されていた国鉄公傷年金の証書を交付させたことについて、「右証書の所持そのものは保護されなければならない」として詐欺罪の成立を肯定し、大正 7 年判決は変更を免れないとした。さらに、②最判昭和 35・4・26 刑集 14 巻 6 号 748 頁は、正当な権利（あるいは、法律上正当な権限）を有しない者の所持をも保護することを認めた(a)最判昭和 24・2・8 刑集 3 巻 2 号 83 頁、(b)最判昭和 24・2・15 刑集 3 巻 2 号 175 頁、(c)最判昭和 25・4・11 刑集 4 巻 4 号 528 頁（それぞれ、盗品、隠匿物資である元軍用アルコール、連合国占領軍物資について恐喝罪ないし詐欺罪の成立を肯定した）と判例①を挙げて、この判決によって大正 7 年判決は変更されたとし、債務者である会社から譲渡担保によって所有権を得た者が、会社更生手続決定により管財人が管理する貨物自動車を無断で運び去った行為について、「他人の事実上の支配内にある」自動車を無断で運び去ったとして、窃盗罪の成立を肯定した。

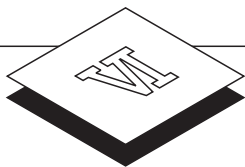
3. 学説の変化

昭和 30 年代における判例の変化を受けて学説も変化した。

ある学説は、刑法 242 条の占有は、「権原による占有、即ち適法な原由に基いてその物を占有する権利のある者の占有」であり、窃盗罪は、所有権その他の本権を保護するものとしていた³⁾。しかし、2 に掲げた判例②の後、早い

1) 林幹人『財産犯の保護法益』（東京大学出版会、1984 年）1 頁以下。

2) 牧野英一『刑法各論(下)』（有斐閣、1951 年）598 頁、木村亀二『刑法各論』（法文社、1957 年）106 頁以下。



背任罪における 事務処理者の意義

大阪大学准教授
品田智史
SHINADA Satoshi

はじめに

背任罪の事務処理者要件が問題となる典型例が二重抵当¹⁾である。講義などでこの事例について出題すると、最近、次のように答える学生が増えてきている印象を持つ。すなわち、「抵当権設定者は抵当権設定登記に関し、これを完了するまでは、抵当権者に協力する任務を有し、その任務は主として他人である抵当権者のために負うものといえる。したがって、抵当権設定者は背任罪の事務処理者に当たる」という趣旨の文章である。後述する二重抵当についての最判昭和31・12・7刑集10巻12号1592頁を参考にしたと思われるこの文章について、筆者は、「最高裁ならいいかもしれませんが、皆さんはこれで十分だとは評価してもらえないと思います」とコメントしている。これはもちろん最高裁判所に対する皮肉や当てこすりではなく、真実その言葉通りの意味であり、このことは、今回の特集のテーマである「判例と学

説の関係、学説の役割」に関わる。

最高裁判所は、とりわけ刑法の判例²⁾において、関連する諸事実を示して法的な結論を導くだけの事例判断という形をとることが少なくない。もっとも、最高裁判所を含む裁判所の判断は、審理の対象となっている具体的事件の解決のためにあるので、それに必要な範囲を超えた一般的・抽象的な判断を示すことは必ずしも必要ではない。一方で、最高裁の判断は、同事件の下級審のそれと比べて色々削ぎ落とされていることも多く、法解釈の統一をはかるというその機能から疑問を抱かれるかもしれないが、逆に、そのような機能を持つからこそ、具体的事件を超えて一般化することによって、類似事案の判断に不都合が生じることや判例変更の必要が生じるのを避けるために、あえて慎重な態度を示していると評価される³⁾。

前掲最判昭和31・12・7もその一例といっただいであろう。もっとも、具体的事件の解決のみを志向することによる帰結として、判例のテキストのみでは、その依拠する理屈を容易に読み取ることができないという事態が生じる⁴⁾。「学説」の役割（の一つ）は、判例の依拠する理論や解釈を明らかにし、それによって将来の展望を議論すること、あるいは、それを批判的に検討することにある。本稿は、背任罪の事務処理者について、学説が上記役割を具体的にどのように果たしてきたのかを示すことを目的とする。

背任罪の事務処理者要件の概観

1. 問題の所在

背任罪（刑247条）は、「他人のためにその事務を処理する者」（事務処理者）のみが主体となり得る真正身分犯である。この主体の要件

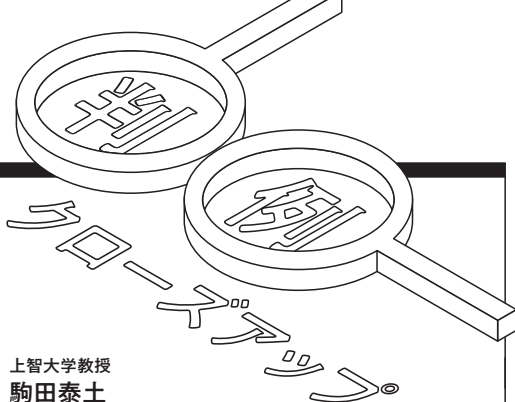
1) 融資を受けた者が、債権者に自己の所有する不動産について抵当権を設定しておきながら、その抵当権が未登記であることに乗じて、第三者に抵当権を設定し登記を了するという類型である。

2) 「判例」の語は多義的であるが、本稿では、説明の便宜上、最高裁判所判例集に掲載されている個々の判決・決定のことを「判例」と呼称し、下級審の個々の判断を「裁判例」とする。「判例」の意義について詳しく知りたい場合は、中野次雄編『判例とその読み方』〔3訂版〕（有斐

閣、2009年）などを読んでみてほしい。

3) 藤井敏明「刑法の『通説』と判例」仲道祐樹＝樋口亮介編『刑法の「通説」』（日本評論社、2025年）243頁以下参照。

4) 本文では事例判断の判例をことさらに取り上げているが、より詳細な規範・考慮事情を示している判例においても、程度の差はあれ同じ問題はあろう。なお、テキストの読み方は必ずしも一つとは限らず、むしろ複数の説明が可能なことの方が多い。



上智大学教授
駒田泰士
KOMADA Yasuto

ネットワーク関連発明の 越境利用と属地主義

最高裁令和7年3月3日第二小法廷判決
令和5年(受)第14号・第15号特許権侵害差止等請求
事件(以下「第1事件」)／令和5年(受)第2028号特
許権侵害差止等請求事件(以下「第2事件」)
裁判所 Web

I. はじめに

標記の判決は、基本的に当事者を同じくする2件の訴訟において言い渡されたものである¹⁾。第1事件の判決(以下「最判Ⅰ」)は、プログラムと表示装置の発明に係る我が国の特許権(以下「本件特許権1」)についての判決であり、第2事件の判決(以下「最判Ⅱ」)は、ネットワーク型システムの発明に係る我が国の特許権(以下「本件特許権2」)についての判決である(以下、両判決をまとめて「2最判」)。それらの発明はいずれも、インターネット上で再生される動画に対してユーザが書き込んだコメントの表示機能に関わるものである。2最判は、米国法人Y(被告・被控訴人・上诉人)が我が国所在のユーザに向けて提供している動画共有サービス²⁾(以下「本件各サービス」)において、それらの発明の利用が外形的には一部国外で行われているとしても、当該利用は日本法人X(原告・控訴人・被上告人)の保有するそれらの特許権を侵害すると結論づけた。

2最判の画期的な特徴は、属地主義が緩和されることを明示的に肯定した点にある。属地主義とは、特許権の効力はそれを付与した国の領域内に限定されるとする原則であり、従前の

判例は、我が国の特許法がこの原則に従うことを明らかにしている。以下では、各事件において属地主義との関係で具体的に問題となった点を簡単に紹介し、2最判において同原則がどのように緩和されたか、また今後の課題について考察してみたい。

II. 属地主義との関係で具体的に どのような点が問題となったか

1. 第1事件

最判Ⅰが「原審の適法に確定した事実関係等の概要」として示すところをさらに要約すると、以下の通りである。

本件各サービスでは、ユーザが動画を視聴しようとして本件各サービスに係るウェブページ(以下「本件各ページ」)にアクセスすると、米国所在のサーバから特定のプログラム(以下「本件各プログラム」)が当該ユーザの端末に自動的に送信され(以下「本件配信1」)、インストールされる仕組みになっていた。

また本件各プログラムは、本件特許権1によって保護されるプログラムの発明(以下「本件各プログラム発明」)の技術的範囲に属し、それらがインストールされたユーザの端末は、同特許権によって保護される表示装置の発明(以下「本件各装置発明」)の技術的範囲に属するものであった。

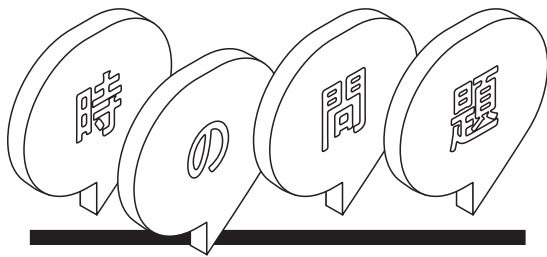
この事件において属地主義との関係で具体的に問題となったのは、次の点である、すなわち、本件配信1をもって、特許法2条3項1号にいうプログラムの発明の「電気通信回線を通じた提供」があったといえるか否かである。また、本件各プログラムが上記表示装置の「生産にのみ用いる物」に該当することを前提として、本件配信1により特許法101条1号の間接侵害が成立するか否か(換言すれば、同号にいう「譲渡等」があったといえるか否か)も問題となった。

2. 第2事件

最判Ⅱが「原審の適法に確定した事実関係の

1) Yが我が国における業務代行拠点として設立した日本法人は、両事件の被告・被控訴人及び第1事件の上诉人であるが、当該会社は第2事件の上诉人となっていない。

2) その一部に係る事業は、事実審の口頭弁論終結前に第三者に譲渡されたが、その点は2最判の論旨に影響しない。



インサイダー取引規制の 現代的課題と 未然防止策のあり方

日本大学教授
宮崎裕介
MIYAZAKI Yusuke

I. はじめに

金融庁に出向していた元裁判官（以下「金融庁事案」という）、東京証券取引所の元職員（以下「東証事案」という）、そして信託銀行の証券代行部門の元従業員（以下「信託銀行事案」という）らがインサイダー取引を行い、摘発されたことは読者の多くも報道などを通じて知っているのではないだろうか。これらの事案が注目を集めたのは、インサイダー取引が違法であることを当然に知っているはずの立場にある者らが、違法行為に手を染めてしまったからである。例えば、上記の元裁判官は、「違法性の認識が薄れていった」と自らの刑事裁判の公判における被告人質問で答えたが、これは法律の専門家であるにもかかわらず、インサイダー取引によって利益を得たいという誘惑が、当人の規範意識を上回ってしまったことの表れでもある。

本稿では、まさに「時の問題」となっているインサイダー取引について、そもそもインサイダー取引とは何か、なぜ違法行為として金融商品取引法（以下「金商法」という）が刑事罰等をもって禁止しているのか、法はインサイダー取引の未然防止策をどのように講じているのか、

* 本稿の執筆に当たっては、湯原心一教授および藤林大地教授より貴重な示唆を賜った。ここに記して厚く御礼申し上げる。なお、本稿は、石井記念証券研究振興財団2024年度研究助成およびJSPS科研費25K04869の研究成果の一部である。

1) 金商法は上場有価証券等のひとつとして「株券」の用語を用いているが、本稿では上場会社において株券が廃止されたことに鑑み、金商法等の条文の説明の際は「株券」とするが、それ以外は「株式」と表記する。この点に

そして未然防止策はどうあるべきかを中心に検討する。

II. インサイダー取引とは何か、 なぜ規制する必要があるのか

1. インサイダー取引とは何か

金商法の体系書では、インサイダー取引とは、上場会社等の未公表の重要な事実を知った会社関係者等が、その事実の公表前に、有価証券等¹⁾を売買する行為であると説明されることが一般的である²⁾。

いかなる行為がインサイダー取引に該当するのか、まずは以下の設例からイメージを掴んでもらいたい（本稿では①～③の設例を繰り返し参照する）。

- ① 上場会社³⁾である A 社において新製品が開発され、近く商品化されることが取締役会で決定されたところ、その情報が公表される前に、開発担当の取締役 B が A 社株を購入した。
- ② P 社が上場会社である Q 社を買収することとし、買収のための公開買付けの実施が公表される前に、Q 社の買収を担当していた P 社の取締役 R が Q 社株を購入した。
- ③ 上場会社である X 社において、主要な取引先が経営破綻したため営業利益が40%減少したとの情報を取締役会で知った取締役 Y が、その情報が公表される前に自己が保有する X 社株を売却した。

2. なぜインサイダー取引を規制する 必要があるのか

読者は、株価の変動をもたらす（投資判断に影響を与える）情報を立場上知っている一部の者が、これを奇貨として利益を獲得し（→設例①②⁴⁾）、あるいは損失を免れる（→設例③⁵⁾）

については、川口恭弘『金融商品取引法への誘い』（有斐閣、2018年）22-23頁参照。

2) 飯田秀総『金融商品取引法』（新世社、2023年）287頁等。

3) 本稿では、金融商品取引所（証券取引所）にその発行する株券を上場している株式会社（上場会社）にフォーカス当てるが、金商法上はこれに限られない（金商163条1項、金商令27条の2）。この点については、飯田・前掲注2）288頁参照。

国会・議院の権能(1)

追手門学院大学教授

高田 篤

TAKADA Atsushi

I. はじめに

本連載では、統治機構を構成する各部分が、権力分立の基本型（interな権力分立）に即して、順番に叙述される¹⁾。これまで、国会については、まず国会の主たる権限である立法が説明され²⁾、次に国会の組織について二院制・参議院と国会議員が検討された³⁾。本号と次号では、国会・議院の権能を検討する。その際、権力分立の基本型における機関間の抑制・均衡の関係という側面に留意し、国会・議院と他機関との関係を示すということで、検討される。

国会の権能として（Ⅱ）、多くの教科書で取り上げられる条約の承認権（1）、財政についての権限（2）を取り扱い、併せて近年の統治をめぐる状況に対応して議論・導入された権限（3）に関して論究する。それに続いて、議院の権能として（Ⅲ）、多くの教科書で多くの紙数が割かれる国政調査権を分析し（1）、国会の臨時会の召集について論じつつ、議院をめぐる権能の論じ方を省察する（2）。

Ⅱ. 国会の権能

国会には、立法に関する権限（憲法改正の発議・提案権〔憲96条1項〕、立法権〔41条〕）以外に、財政に関する権限（83条以下）、実質的

意味での司法に該当する権限⁴⁾、その他一般国務に関する権限⁵⁾などの権能がある⁶⁾⁷⁾。それらの中で、教科書で特に詳述されるのが、国会が内閣を統制する上で重要な、条約の承認権と財政についての権限である。

1. 条約の承認権

(1) 条約の承認権の成立

18世紀ごろまでは、外交は君主の専権とされ、条約は君主に代表される⁸⁾それぞれの国家間の約束であり、国際法は国家によって国家を拘束するものであった。条約は、国民に対しては間接的なルールにとどまったのである。したがって、立憲主義が成立し、議会の立法権や予算議決権が不可欠のものとなっても、外交事項は君主・元首（・政府）の手の中に残され、議会の統制はなかなか及ぶことがなかった。

しかしながら、19世紀以降、条約が国民の権利・利益に関わることで認識されるようになっていった。そして、民主化の進展、選挙権の拡大とともに議会の力が大きくなり、遂には政府が議会に立脚するようになると、議会の条約承認権が認められるようになった。

日本においては、日本国憲法制定によって、条約の締結権が内閣にあるとされるとともに、国会にその承認権が与えられた（73条3号⁹⁾。

述するように、国会にではなく各院に与えられた権限や専ら衆議院に付与された権限もある。

7) 日本国憲法は、国会に、その主要権限である立法権を与え（41条）、その他の憲法に列举された諸権限を付与している。また、裁判所に、その主要権限である司法権を与え（76条）、その他の憲法に列举された諸権限を付与している。そのような憲法の権限配分的方式は、内閣、行政権を把握する上で重要な意味を持つことになるが、それについては、行政権を検討する際に詳述することになる。

8) 高田・前掲注1)54-55頁。

1) 高田篤「統治機構の導入——各論の組み立てと『代表者』・『代表』」法教532号（2025年）52頁。

2) 高田篤『『最高機関』、『立法』、『唯一』(1)・(2)』法教535号90頁・536号38頁（いずれも2025年）。

3) 高田篤「国会の組織」法教537号（2025年）69頁。

4) 罷免の訴追を受けた裁判官の弾劾裁判（憲64条）。

5) 内閣総理大臣の指名（憲67条）、国務大臣の答弁又は説明の要求（63条）など。

6) 組織・運営に関する権限（「国会行政権」と呼び得るかもしれない）、その他一般国務に関する権限には、後

公務員関係処分の裁量審査 ——退職手当全部不支給処分 (最判令和5・6・27民集77巻5号1049頁)

東北大学教授
大江裕幸
OE Hiroyuki

I. はじめに

今回は、地方公務員に対する退職手当全部不支給処分に係る最判令和5・6・27民集77巻5号1049頁を素材に、公務員関係処分の裁量審査について検討を加える。

公務員の退職手当支給制限処分は懲戒処分と密接な関係にある。国の場合には前者は国家公務員退職手当法、後者は国家公務員法、地方公共団体の場合には前者は各地方公共団体の条例、後者は地方公務員法により規律されている。国について、かつては懲戒免職処分を受けた者については一律に一般の退職手当を支給しないこととされていたが、平成20年の国家公務員退職手当法改正により、同法12条1項、同法施行令17条に基づき所定の諸事情を考慮して全部または一部を支給しないこととする取扱いが可能とされた。総務省の通知(技術的助言)を受け、地方公共団体の条例でも同様の規定整備が行われた¹⁾。

国家公務員の懲戒処分については神戸税関事件最高裁判決(最判昭和52・12・20民集31巻7号1101頁)がリーディングケースとされているが、退職手当支給制限処分については地方公共団体の事例を中心に下級審の裁判例が蓄積されていた²⁾。本判決は、地方公共団体の退職手当支給制限処分の適法性についての初めての最

高裁判決である。本件と同様の規定に基づく国や地方公共団体の支給制限処分との関係でも参考になるものと指摘されており³⁾、本判決を前提にした下級審、最高裁判決も登場している。

以下、懲戒処分と退職手当支給制限処分を対象に、公務員関係処分の裁量審査についての理解を深めることを目的として、本判決に検討を加える。

II. 事案と判旨

1. 事案の概要

Y県職員の退職手当に関する条例12条1項は、懲戒免職等処分を受けた場合等の退職手当の支給制限について、「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〔本件では県教育委員会〕は、当該退職をした者……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。」と規定し、同項1号で「懲戒免

1) 以上について、佐藤政達「判解」曹時76巻4号(2024年)1116頁以下〔1120頁以下〕参照。

2) 本判決までの下級審の判断の傾向を把握するために、懲戒処分とともに退職手当支給制限処分に係る多くの事例を素材に検討を加える三好規正「公務員懲戒処分と退職手当制限処分をめぐる裁量統制に関する考察」山梨学院ロー・ジャーナル12号(2017年)83頁以下、令和移行後の下級審裁判例35件を素材に検討を加える石森久広「退

職手当支給制限処分の裁量審査」行政法研究56号(2024年)81頁以下が特に参考になる。

3) 佐藤・前掲注1)1124頁。そこでは、本判決で示されたのは「飽くまでも公務員についてのいわゆる退職手当条例の解釈であって、私企業労働者に関する退職金不支給の当否の判断への影響が直ちに生ずることは想定し難い」とも指摘されている。本稿でも専ら公務員を念頭に検討を進める。

契約の解釈のやり方

——最判平成28・1・12民集70巻1号1頁(百選I・22事件),
最判平成28・12・19判時2327号21頁(百選I・22事件解説中)

京都大学教授
西内康人
NISHIUCHI Yasuhito

I. はじめに

ここまで第1回から第3回では、契約法における強行法規と任意法規の意義、ならびに、利益と意思の関係という、契約内容を確定する上で重要な因子について考察してきた。これらを考慮してこの第4回で考察するのは、契約の解釈はどのようにして行うべきか、という問題である。

この問題を考えるために、民法95条1項2号における基礎事情錯誤の原型となった、改正前民法95条の動機錯誤で有力説により主張されてきた、動機錯誤の内容とするためには契約内容化が必要だという立場を採用した上で、この動機錯誤について判示した最判平成28・1・12民集70巻1号1頁(以下、平成28年判決①)と最判平成28・12・19判時2327号21頁(以下、平成28年判決②)を取り扱う。

II. 平成28年判決の概要と残される問題

ここではまず、順に平成28年判決①と平成28年判決②の概要を確認して、残される問題についてまとめておこう。

1. 平成28年判決①の概要

平成28年判決の事実関係の概要は、金融機関 X_1 が訴外 A_1 に対して有する貸付金債権を信用保証協会 Y_1 が保証し、 X_1 が Y_1 に対してこの保証債務の履行を請求したところ、 Y_1 が、 A_1 が反社会的勢力であったことが動機錯誤にあたるとして保証債務の無効を主張したものである。

平成28年判決①は、大要、次のように判示した。まず、一般論として、主債務者が反社会的勢力にあたることが動機錯誤にあたること、また、動機錯誤が錯誤無効を導くためには、動機が表示されて法律行為の内容となること(法律行為内容化)と、錯誤がなければ表意者は意思表示をしなかったこと(因果関係)が必要であるとする。その上であてはめとして、 A_1 が反社会的勢力であることがわかっていれば Y_1 は保証契約を締結しなかったことが確認される一方で、反社会的勢力性を法律行為の内容としていなかったとする。このような法律行為の内容に関するあてはめを導くために、 X_1 と Y_1 の特性上は主債務者が反社会的勢力であることを想定できるからこの不存在に対処する条項を置けたこと、反社会的勢力との関係断絶はすでに貸付が行われている状況では回収を急ぐべきであって保証契約の効力否定とは無関係であることが重視される。この結果、錯誤無効に該当しないことが導かれる。その後、 X_1 が A_1 の反社会的勢力性について調査義務を負っており、この違反がかりにあれば Y_1 が免責される可能性があったことも指摘される。

2. 平成28年判決②の概要

平成28年判決②の事実関係の概要は、訴外 A_2 の金融機関 Y_2 からの借入債務を保証した信用保証協会 X_2 が、 Y_2 に対して当該保証債務を履行したものの、 A_2 の中小企業者性とこの中小企業者性を前提とするセーフティネット保証制度(以下、本件制度)の利用適格が欠けていたことが事後的に判明し、これが保証契約の錯誤無効を導くと主張して X_2 が Y_2 に対して保証

取締役の競業 ——利益の吐き出し

中央大学教授
小宮靖毅
KOMIYA Yasutake

I. 山崎製パン事件

東京地裁昭和56・3・26判決¹⁾は「山崎製パン事件」判決として知られる、取締役の競業に関する重要判例です。平成17(2005)年商法改正前の裁判例ですが、以下では現行法により説明をしていきます。

取締役会設置会社Xの代表取締役Yは、Xの取締役会の承認を得ることなく、ひとつはXと同業のAの株式をXのものにせず自分のものにした、もうひとつは「Xの子会社B」を設立せず「YとYの関係者だけが株主である会社B」を設立してその代表取締役となり同業を営んだ、だから、Yの持つA社の株券もB社の株券もXに引き渡せとXがYに請求した、というのがありました²⁾。

Xの求める「株券の引渡し」は、取締役の忠実義務を善管注意義務と異なるとし、忠実義務違反をした取締役に対しては裁判所が「利益の吐き出し」を命じてよいとする立場³⁾(いわゆる異質説)からは説明しやすいですが、判決はこの立場をえらびません。

でも、というべきでしょうか、判決は株券の引渡しを命じました。株券の引渡しは「競業避止義務、善管注意義務及び忠実義務違反を理由

とする損害賠償請求よりもはるかに直接的でかつ根本的な救済を得る結果となる」とし、説明を「委任又はその類推」に求めます。さきほどのあらましに即していうと、Xの取締役会が「Aの株式をXのために取得せよ」および「Xの子会社Bを設立せよ」という事務を代表取締役Yに委任した、だからYはその委任事務を果たさねばならない、としたのです。

一方で判決は任務懈怠による損害賠償をYに命じません。判決は、Yが「株式会社の事業の部類に属する取引」(会社356条1項1号)をしたとし、また、YはXの市場を侵奪し、Xの機会を奪い、356条1項1号の取引をした、つまり「忠実義務、したがって善管注意義務に違背」した(いわゆる同質説)⁴⁾としています。であれば、Yがこの取引をしたことで会社が損害を被ったのなら、取締役の任務懈怠による対会社の賠償責任が生じるかもしれません(会社423条1項)。しかし判決は、株券の引渡しはXの救済として、より優れるとしたのです。

結論は優れているとしても、その結論に至る道の中には“難所”があります。寄り道会社法第4回は、裁判所の認定事実に周辺情報を加味して⁵⁾事件の経緯をたどり、「委任又はその類推」という判決の説明を整理します。そして、

1) 判タ441号73頁、判時1015号27頁、そして、井上健一・会社法判例百選〔第4版〕(2021年)110頁。

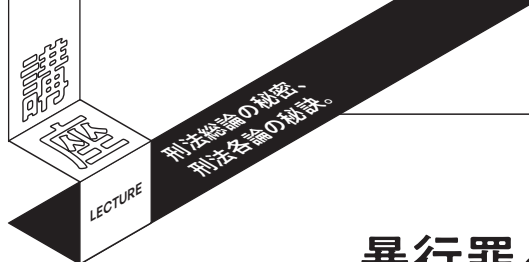
2) AもBも、そしてXも、現行法でいう株券発行会社(会社117条7項・214条)です。

3) たとえば、北沢正啓『会社法〔第6版〕』(青林書院、2001年)412頁には「忠実義務違反の責任の範囲は、ほんらい、善管注意義務違反の責任の場合と異なり、会社の被った損害額の賠償にとどまらず、取締役の得たすべての利得の会社に対する返還(提供)に及ぶべきである」とあります。

4) 会社法355条(419条2項)の忠実義務は、善管注意義務(330条〔402条3項〕、民644条)を「敷衍し、

かつ一層明確にしたにとどまるのであって、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものとは解することができない」とした最大判昭和45・6・24民集24巻6号625頁(川口恭弘・会社法判例百選〔第4版〕8頁)の立場に従ったと考えられます。

5) 裁判所の認定事実に加えて、当時の新聞や雑誌の記事、そして山崎製パン株式会社のウェブサイトを参照しました(<<https://www.yamazakipan.co.jp/company/enkaku/index.html>>(2025年3月16日閲覧))。そのような意味でこの第4回は判例評釈ではありません(評釈は、井上・前掲注1)110頁を参照してください)。



第4回

暴行罪と傷害罪の微妙な関係について

東京大学教授
和田俊憲
WADA Toshinori

I. あるカードゲームの話

「刑法ポーカー」¹⁾というカードゲームがある。トランプのような52枚(+2枚)のカードに、いろいろな犯罪類型において構成要件要素となっているもの(客観的な行為としての〈暴行〉〈窃取〉〈強盗〉や、〈傷害結果〉〈死亡結果〉〈因果関係〉、そして主観的要素としての〈〇〇の故意〉〈不法領得の意思〉など)が1つずつ書かれている。それが各プレイヤーにランダムに5枚ずつ配られる。各プレイヤーは、順番に、手札のうち不要なものを捨て、同数のカードを山札から取る。それを何回か繰り返し、役の強さ、すなわち、5枚の手札で構成できる犯罪類型の重さを競うというゲームである。

つくれる役=構成できる犯罪類型は、軽い方から、暴行罪、横領罪、窃盗罪、業務上横領罪、傷害罪、傷害致死罪、強盗罪、殺人未遂罪、殺人罪、強盗致死罪などとなっている。これをプレーすることは、いろいろな犯罪類型の構成要件要素を覚えることに資するうえ、各犯罪類型の相互の軽重関係も把握できるから、刑法(とくに刑法各論)の初学者向けの教材としてお薦めである。

また、最初の手札として、たとえば〈傷害結果〉と〈不法領得の意思〉が配られたときに、前者を中核にして粗暴犯系を狙っていくか、それとも後者を大事にして財産犯系を目指すか、

はたまた両方使う強盗致傷罪に賭けるか、といった各犯罪の性質に対する感覚も身につけられ、それが実生活上役立つ場面は想像できないが、稀有なゲームであることは間違いない。

さらに、上級者向けにも種が仕込まれている。たとえば、客観的要素としての〈横領〉のカードと、主観的要素としての〈横領の故意〉〈不法領得の意思〉のカードがあり、横領罪をつくるにはそれらが要求されるのであるが、不法領得の意思とは切り離された、純粋に客観的な行為としての横領とは一体何であるか、あるいは、横領罪における故意と不法領得の意思はどのような関係か、そしてまた、横領罪と窃盗罪とで同じ〈不法領得の意思〉のカードを使ってよいのか、といった疑問を生じさせてきたりもするのである²⁾。

さて、この刑法ポーカーを何度かプレーすると、通常のポーカーでいえばストレートフラッシュに匹敵する〈強盗致死罪〉(死刑または無期拘禁刑)のように、確率は低いが成功すれば圧倒的に強い役と、ワンペアに対応しそうな〈暴行罪〉(2年以下の拘禁刑、30万円以下の罰金、拘留、科料)のように、弱い役ではあるが簡単につくれるものの間で、意外につくりやすいわりに一定の強さがある役の存在に気づく。それは〈傷害罪〉である。客観的要素のカードとして〈暴行〉〈因果関係〉〈傷害結果〉、主観的要素のカードとして〈暴行の故意〉の4枚を揃えると

1) そらいと考案、つきのふね発行。刑法ポーカー公式サイト〈<https://keihopoker.amebaownd.com/>〉によれば、2025年6月現在、最新のものは拘禁刑に対応した第4版(2024年)である。また、2025年秋には「刑法ポーカー2」が発売されるようである。

2) 「刑法ポーカー2」には、「正当防衛」や「心神喪

失」といった、他のプレイヤーがつくった役を無効化する違法性阻却/責任阻却カードや、自分を他のプレイヤーと同じ重さに引き上げる共犯カードが入るようであるが、たとえば「正当防衛としての業務上横領」は具体的にどのような事例がそれに該当するのか、などといった思考の広がりも期待できる。

設問

「空活」

アメリカ政府はテロなど重大犯罪に関わるおそれのある人物を飛行機に乗せないようにするために「No Fly List」(搭乗拒否名簿)を作成していた。アメリカ政府はそのリストを航空会社に送り、航空会社に対してリスト上の人物を飛行機に乗せないように求めた。また、アメリカ政府は同盟国に対しても同様の措置をとるように求めることにし、日本政府にも搭乗拒否名簿を作成するように要求した。内閣総理大臣 A はそれを受けて内閣情報調査室にテロリストの疑いのある人物をリスト化した搭乗拒否名簿を作成するように命じ、さらに航空会社に対して該当事者の搭乗を行先にかかわらず全て拒否するように伝えるよう命じた。内閣情報調査室は指示通りに行動した。

大学 4 年生の X は、商社に勤める父親の仕事の関係で幼い頃にシリアやイラクに渡航したことがあり、大学ではアジア圏交流サークルに入り、中国や北朝鮮にも旅行に行って友人を作っていた。X は卒業旅行でアメリカに渡航しようとしたところ、B 航空会社に搭乗拒否名簿に掲載されていることを告げられ、運送約款に基づき搭乗させることができないと言われた。X は自分が犯罪に関わったことがないにもかかわらず搭乗拒否名簿に載せられていたことに憤りを感じている。

この事案における搭乗拒否名簿と海外渡航の自由に関する憲法問題について考えなさい。本問では航空会社の行為は問わず、行政法上の論点も問わない。なお、搭乗拒否名簿に関する法律の規定は存在しない。

ポイント

- ① 搭乗拒否名簿作成は海外渡航の自由を侵害しないか。
- ② 海外渡航の自由はどのような場合に制限されるか。

解説

① 本問のねらい

2001 年の同時多発テロ以降、アメリカでは搭乗拒否名簿が存在するのではないかと噂がまことしやかに流れていたが、確証はなかった。ところが、2024 年の FBI v. Fikre 連邦最高裁判決で No Fly List が存在することが明らかになり、それに掲載されると搭乗できないことが判明した。この事件では当該リストから削除されたかどうか争点となったため、このリスト自体の合憲性は判断されていないが、それを問うのが本問である。搭乗拒否名簿はそもそも飛行機への搭乗を許さないものであることから、飛行機に搭乗する権利——仮にあるとすれば——も問題になりそうであるが、当該名簿の狙いは海外渡航の禁止であるため、本問では搭乗拒否名簿と海外渡航の自由の関係を問うものとして設定してある。

② 海外渡航の自由

まずは海外渡航の自由について確認しておこう。憲法は海外渡航の自由を認めていると解されているが、その根拠条文については争いがある。すなわち、22 条 2 項説、22 条 1 項説、13 条説である。22 条 2 項説は、同条項が「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない」と定めていることから、これに海外渡航の自由も含まれると解する。帆足計事件判決(最大判昭和 33・9・10 民集 12 卷 13 号 1969 頁)は、22 条 2 項が外国へ一時旅行する自由を含むとしている。一方、22 条 1 項説は、22 条 1 項が一般的な移動の自由、22 条 2 項が外国移住を保障していると区分し、海外渡航は移住ではなく移動に含まれるので 22 条 1 項によって保障されると解する。旅券発給拒否理由付記事件判決(最判昭和 60・1・22 民集 39 卷 1 号 1 頁)における伊藤正己裁判官の補足意見はこの立場をとっている。一方、帆足計事件判決の田中耕太郎裁判官・下飯坂潤夫裁判官の共同補足意見は、海外渡航は旅行の自由に含まれるものであり、22 条 1 項や 2 項で保障されるものではなく、13 条の幸福追求権によって保障されるものであるとする。

いずれにしても海外渡航の自由が保障されることに変わりはないが、根拠条文次第で保障の程度が変わる可能性がある。前述の伊藤補足意見によれば、22 条 2 項の外国移住の自由は国際社会において強く保障を受けるので政策的考慮に基づく制約を受けず、公共の福祉による制限を予定していないという。そのため、22 条 2 項説に基づく、海外渡航の自由もきわめて強い権利として保障されることになってしまい、諸々の制限が難しくなってしまうおそれがあるとしている。

もっとも、22 条 1 項説を採用したからといって、その自由の制限が簡単に認められるようになるわけではない。伊藤補足意見は、海外渡航の自由は単なる経済的自由にとどまらず人身の自由、さらには他者との意見交換や情報交換を通じた人格形成に寄与するという精神的自由の側面をも併せ持つので、たやすく制限を合憲とすることはできないとしている。

学説上も、出国の自由に制限を加える法令は比例原則に従って憲法適合的に解釈・適用されなければならない。危険の存在を具体的に示し、また危険が存在する場合でも過度な制約にならないようにしなければならないとされる(小山剛「海外渡航の自由と旅券発給拒否——ドイツ法からの示唆」法時 96 卷 5 号 57 頁〔63 頁〕)。

③ 旅券発給拒否や旅券返納の先例

これまで、海外渡航の自由が裁判で問題となってきたのは、主に旅券発給拒否や旅券返納のケースであった。帆足計事件判決や旅券発給拒否理由付記事件判決、ジャーナリスト旅券発給拒否事件控訴審判決(東京高判令和 7・1・30 裁判所 Web)はいずれも旅券法 13 条 1 項 1 号に基づく外務大臣の旅券発給拒否処分(の合憲性が問われ、シリアへの渡航計画をしていたジャーナリストに対する旅券法 19 条 1 項 4 号に基づく旅券返納命令を受けた事件(シリア渡航旅券返納命令事件判決・東京地判平成 29・4・19 判タ 1461 号 183 頁)やイエメンの取材を計画していたジャーナリストが同条項に基づく旅券返納命令を受けた事件(イエメ

設問

林業を営むAは、多くの杉が生育する山林（甲土地）を所有していたところ、ある日、キャンプ場を営むために甲土地を購入したいというBが現れた。そろそろ仕事を引退しようと考えていたAは、甲土地をBに売却することとした。契約交渉の過程で、Bは一帯の杉を伐採して廃棄するつもりだと説明した。せっかく育った杉が捨てられてしまうのはもったいないと考えたAは、伐採対象となる杉については自身が順次伐採し木材として売却することとし、甲土地の売買契約に際して、甲土地上の杉の立木100本（乙）につき所有権を留保した。Aが所有権を留保した杉には、1本1本ワイヤーでAの名前を書いたタグを取り付けることで、明認方法が施された。

ところが、その後すぐにキャンプブームは終わりを告げ、キャンプ場の計画が頓挫してしまったため、BはCに甲土地を売却した。このときCは、明認方法を確認し、立木乙の所有権がAに留保されていることを知って、それを前提に甲土地を購入した。

一方、その頃Aは、病気の治療のため長期に入院することになり、立木乙を伐採することができなくなってしまった。Aの家族にも知人にも立木乙を引き取ってくれる者がいなかったため、Aはその所有権を放棄することとし、その旨をCに連絡した。ところが、Cは、「更地のつもりで甲土地を買った」、「立木乙はいらない」、「所有権の放棄は認められない」と述べた。このとき、立木乙の所有者は誰になるのか。

◆ポイント

①Cが甲土地を取得した時点で、立木の所有権は誰にあるか。②Aによる立木の所有権の放棄は認められるか。③放棄が認められた場合、立木の所有権はどうなるのか。

解説

① 立木の所有権

まずは、立木の所有権について順を追ってみていこう。立木とは、土地の上に生育する樹木のことである。民法によれば、土地とその定着物是不動産である（民86条1項）。立木は土地の定着物であり、不動産である。ただし、建物のように土地から独立した別個の不動産というわけではなく、土地の一部をなしているのが原則である。したがって、通常は、土地が売却されると、土地の所有権とともに立木も売主に移転する。

しかし、土地とは別個に、立木が取引の対象となることもある。「立木＝関スル法律」（立木法）にもとづいて、土地上の樹木の集団について登記（所有権保存登記）を備えると、土地とは別個の不動産として立木

を売買したり、抵当権を設定したりすることができるようになる（立木法1条1項・2条）。とはいえ、登記をするには費用も手間もかかることから、立木の登記をしない場合も少なくない。では、立木の取引はどのように行なわれているのであろうか。

まず、⑦土地の所有権は移転せずに、立木のみを売買等の目的とし、立木の所有権を移転することができる。このとき、立木の譲受人は、明認方法を施すことにより、立木の所有権が移転したことを第三者に対抗することができるようになる（大判大正9・2・19民録26輯142頁）。明認方法とは、木の皮を削って所有者名を書いたり、立て札を立てたりすることによって、立木の権利関係を明らかにする公示方法のことである。

また、④売買等によって土地の所有権を移転する際に、土地の譲渡人が立木の所有権を留保することもある。この場面では、立木の所有権は動いていない。しかし、上記のように、立木は土地の所有権とともに移転するのが原則であるところ、その原則とは異なる状態が生じることに着目して、立木に明認方法を施して公示しないと、その所有権の留保を第三者に対抗することができないとされている（最判昭和34・8・7民集13巻10号1223頁）。

本問では、売買によって甲土地の所有権がAからBに移転する際に、Aが立木の所有権を留保しているため、④の場面に該当する。つまり、AB間における甲土地の売買契約によって、甲土地の所有者はB、立木の所有者はA、という状態が生じた。その後、BC間の甲土地の売買契約により、甲土地の所有権がBからCに移転したが、立木の所有権の留保についてAが明認方法を施していたことから、それをCに対抗することができる。つまり、甲土地の所有者はC、立木の所有者はAとなる。このような状態において、Aは、立木の所有権を放棄すると主張している。

② 所有権の放棄

(1) 所有権の放棄の法的性質

所有権の放棄について、民法に明文の規定はない。そうすると、所有権を放棄することはできないと思われるかもしれないが、所有権も私法上の権利の1つなので、その他の権利と同様に、当然に放棄し得ることが前提となっている。

そして、放棄は、「単独行為」という法律行為の1つであると考えられている。単独行為とは、相手方の意思表示なくして、単独の意思表示のみで成立する法律行為のことである。つまり、所有者の一方的な意思表示によって所有権を放棄できるのが原則である（吉田克己『現代土地所有権論』257頁）。

(2) 放棄の可否

しかし、所有権の放棄は、所有者以外の誰かに負の影響を与えることがある。例えば、所有している犬の「所有権を放棄する」といって、その占有を解いて放置した場合、犬が周辺の住民に迷惑をかける可能性がある。そもそも、犬を捨てるのは法律（動物の愛護及び管理に関する法律〔動物愛護法〕44条3項）に違反している。このような場合には、所有権の放棄が認められないと考えられており、それを支える法的構成

刑法

設問

以下の〔事例1〕〔事例2〕について、各事例におけるXおよびYの罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く）。

〔事例1〕 1 キャバクラ店Pの店長であるXは、P店に勤めていた女性従業員Aが突然辞めたことに驚き、その理由を調べたところ、他のキャバクラ店Qの店長BがAを引き抜き、Q店で働かせていることを知った。Aは客からの人気も高く、Aの退職はP店の経営にとって痛手であったため、XはBに対する恨みを募らせた。そこで、Xは、Bを襲撃して痛めつけてやろうと考えた。Xは、P店の従業員Yに、それまでの事情とBへの強い恨みを話した上で、「木刀を使って、一緒にBをやってやろうじゃないか」と提案した。その提案の際、Xは、木刀でBの腕や足、背中などを叩くことで、傷害を負わせることになるかもしれないが、それによってBを怖がらせることで二度とP店の従業員に手を出さないようにすることを考えていた。ところが、Yは、日頃から暴力的な傾向を持つXがBに対する強い恨みを話している中で、XはBの殺害を考えており、その意味で「やってやろうじゃないか」と言っていると考えた。Aが辞めたことの経営的な痛手はY自身も感じていたので、Bを殺すしかないと思い、YはXに、「わかりました。やってやりましょう」と答えた。

2 某日深夜、人けのない道路を歩くBに対し、XとYがBに近づき、XがBの背後から右肩に向けて木刀を振り下ろした。Bは右肩を殴られてその場にうずくまっていたが、傷害は負わなかった。ただ、そのとき、Yが、故意をもって、Bの頭部を目掛けて思い切り木刀を振り下ろした。頭部を殴られたBは、意識を失った。驚いたXは、Yに「逃げよう」と声をかけ、XとYはその場を立ち去った。その後、Bは通行人に発見されて病院に搬送されたが、木刀で頭部を殴られたことによる急性硬膜下血腫のため死亡した。

〔事例2〕（〔事例1〕の2の事実が、以下の3の事実であったとする。）

3 某日深夜、人けのない道路を歩くBに対し、XとYがBに近づき、YがBの背後から木刀を振り下ろしたが、足音に気づいたBが咄嗟によけたことで、Yの攻撃は空振りとなった。そして、XがBに強く体当たりをした。それによりBは勢いよく倒れたため、頭部を道路に強く打ちつけて意識を失った。驚いたXは、Yに「逃げよう」と声をかけ、XとYはその場を立ち去った。その後、Bは通行人に発見されて病院に搬送されたが、頭部を道路に強く打ちつけたことによる急性硬膜下血腫のため死亡した。

ポイント

〔事例1〕〔事例2〕では、Bへの襲撃について、Xは傷害の故意を持つ一方、Yは殺人の故意を持つ。こ

の場合、両者の間に共同正犯は成立するか。また、〔事例1〕ではYの行為から死亡結果が生じている一方、〔事例2〕ではXの行為から死亡結果が生じている。このことは両者の罪責にどのように影響するか。

解説

① 異なる罪の間の共同正犯の成否

(1) 犯罪共同説と行為共同説

〔事例1〕〔事例2〕では、XとYが互いに異なる罪の故意を持つが、この場合、共同正犯は成立しうるのか。これについては、犯罪共同説と行為共同説という二つの見解が主張されている。

犯罪共同説は、共同正犯を、特定の犯罪を共同して実行するものと解する見解で、同じ犯罪（罪名）についての共同正犯しか認めない。この理解を徹底した見解が、完全犯罪共同説である。〔事例1〕でいえば、Xは傷害の故意、Yは殺人の故意を持つため共同正犯は成立しえず、それぞれ単独正犯となる。その結果、Yの行為から死亡結果が生じた〔事例1〕では、Yには殺人罪の単独正犯が成立するが、Xには、Xの行為から傷害結果が生じなかった以上、暴行罪の単独正犯が成立するにとどまる。仮にYが傷害の故意であったならば、YにもXにも傷害致死罪が成立しえたのに、Yが殺人の故意を持っていると、途端にXの罪責が軽くなってしまう点に、この見解の問題がある。

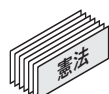
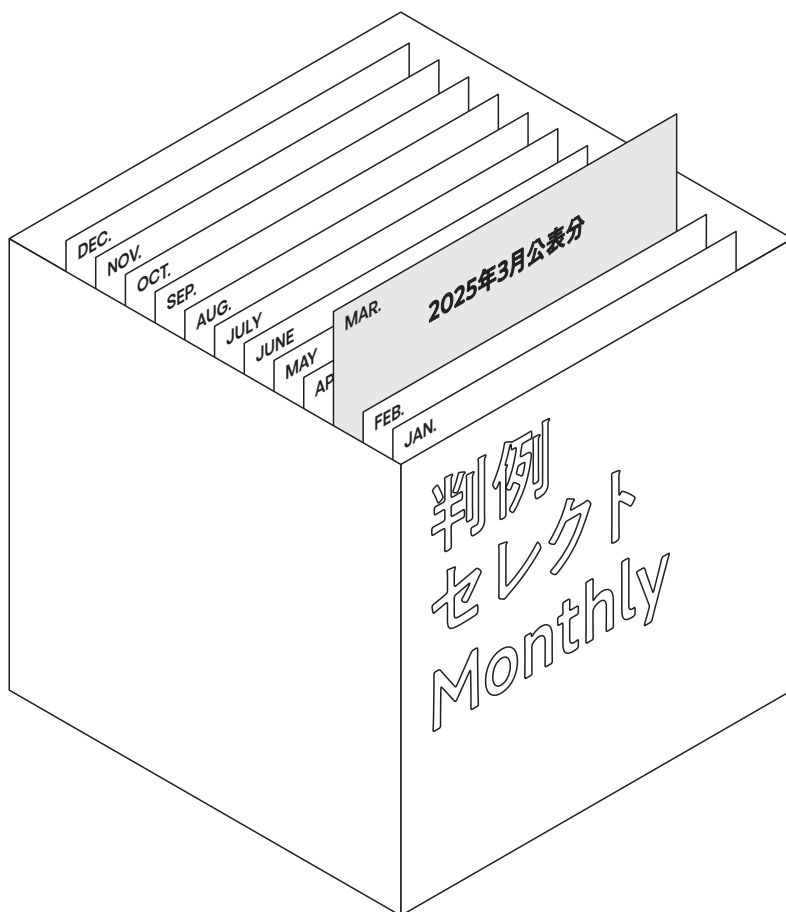
そこで、現在は、犯罪共同説の中でも、部分的犯罪共同説が有力である（井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』510頁以下など参照）。それは、各行為者が異なった故意を有する場合でも、それらの罪が重なり合う限度で共同正犯を認める見解である。〔事例1〕でいえば、両者の罪が重なり合う傷害致死罪の限度で共同正犯が成立する。重い罪であるYの殺人罪については単独正犯として成立が認められる。

これに対して、行為共同説では、共同正犯を、各行為者が行為を共同することにより各行為者の犯罪を実現するものと解するから、法益侵害の共同惹起が肯定される範囲で、各行為者の故意に対応した異なった罪の間の共同正犯が認められる（山口厚『刑法総論〔第3版〕』317頁以下など参照）。〔事例1〕では、Xには傷害致死罪の共同正犯、Yには殺人罪の共同正犯が成立する。

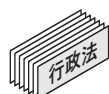
(2) 判例の立場

判例の立場は、部分的犯罪共同説にあるとされる。これに関し、二つの重要な判例がある。

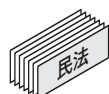
一つは、最決昭和54・4・13刑集33巻3号179頁（以下、「最決昭和54年」とする）である。事案は、暴行・傷害を共謀した7名の行為者のうち、1名が殺意をもって被害者に小刀を突き刺し、被害者を死亡させたものである。第1審（神戸地判昭和48・5・10刑集33巻3号204頁参照）は、7名の行為者に殺人罪の共同正犯を認めつつ、暴行・傷害の故意にとどまる6名については、38条2項に基づいて、傷害致死罪の刑で処断するとした（この見解も「完全犯罪共同説」として整理する学説もある一方、「かたい部分的犯罪共同説」として整理する学説もある。控訴審〔大阪高判昭和52・9・26刑集33巻3号215頁参照〕も是認）。これに対し、最決昭和54年は、上告した暴行・傷害の故意にとどまる行為者について、第1審が示した見解を明確に否定し、「殺意のなかった〔6名の行為者〕



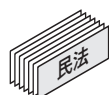
宗教法人への解散命令決定	西村枝美	p.107
(東京地決令和7・3・25)		



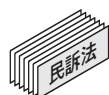
タクシー公定幅運賃設定の裁量権の逸脱濫用の有無	興津征雄	p.108
(最決令和7・2・26)		



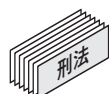
ドワンゴ対FC2事件最高裁判決	古谷貴之	p.109
(最判令和7・3・3)		



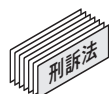
都道府県警察所属の警察官が過労自殺した場合における 都道府県の注意義務違反が認定された事例	加藤雅之	p.110
(最判令和7・3・7)		



損害賠償請求訴訟において、給付保持力の範囲を確認する旨の 一部認容判決が許容されたとした事例	伊東俊明	p.111
(名古屋地判令和6・3・6)		



福島第一原発事故上告審決定	齊藤彰子	p.112
(最決令和7・3・5)		



弁護活動と訴訟手続の法令違反	池亀尚之	p.113
(東京高判令和5・6・14)		