

一橋大学 法科大学院

一橋ローレビュー

創刊号 2015年3月

一橋ローレビューの刊行に寄せて……………法科大学院長 阪口正二郎 (1)

論説

厚木基地訴訟の検討……………辻村慶太 (2)

行為の違法確認訴訟の可能性……………村松暁 (25)

支配権の異動を伴う第三者割当増資……………早乙女明弘 (43)

情報システム障害・事故におけるIT事業者の責任

—東京地判平 26.1.23 判時 2221 号 71 頁—……………伊藤雅浩 (67)

コラム

ようこそ、刑事弁護の世界へ……………佐野綾子 (77)

編集後記…………… (82)

執筆者・編集委員一覧…………… (83)

一橋ローレビューの刊行に寄せて

一橋大学 法科大学院長
阪口 正二郎

法科大学院制度の発足と同時に 2004 年 4 月に開校した一橋大学法科大学院は、本年 4 月に創立 11 年を迎える。

一橋大学法科大学院の特徴の一つは、学生や修了生たちが自主的、主体的に法科大学院を創造しようとする気風を有している点にある。たとえば、現在では多くの法科大学院において OB・OG の若手弁護士が後輩たちの学習に指導にあたっているが、一橋では他の法科大学院に先駆けて OB・OG たちが自主的に学習アドバイザーとして後輩たちの指導にあたってくれた。当初、OB・OG たちの文字通り手弁当でスタートしたこの取組みは、現在では大学の戦略推進経費などの財政的援助を得て継続しているが、現在でも少なからぬ OB・OG たちが手弁当でアドバイザーを快く引き受けてくれている。

現役の学生たちもこうした気風を受け継いでおり、本ローレビューを創刊しようとの提案も学生たちからなされた。私の手元には、2012 年 1 月 19 日付の「『一橋大学法科大学院ローレビュー(仮称)』に関する企画書」がある。これは、当時の 2 年生有志が作成し、橋本正博法科大学院長(当時)に提出されたものである。学生主体で、他にない独自のローレビューを創刊したいので、協力してほしいとの学生たちの熱い想いを、わたしたちは感じ、大変嬉しく思った。その後、2013 年 8 月に新たな企画書が学生たちによって提案され、どのようなローレビューとするか、どのような編集体制をとるか、どのような形で継続的に刊行するかといった点を詰めて、ようやく今回ローレビューの創刊号を世に送り出すこととなった。

現在、法科大学院制度も、また一橋大学法科大学院も大変厳しい環境の中に置かれている。法科大学院はまさにその存在意義を問われているといっても過言ではない。こうした状況において、一橋大学法科大学院は、魅力的な法科大学院であることを示すことにチャレンジし続けてゆきたいと考えている。本ローレビューは、法律学の理論や法律実務の発展、法科大学院における教育の充実に貢献することを目的として創刊され、法科大学院の学生たちが中心となって編集作業を行うものである。

本ローレビューの刊行も、学生や修了生たちが自主的、主体的に法科大学院を創造しようとする一橋法科大学院の新たなチャレンジである。創刊に際し、お一人お一人お名前を挙げて感謝の意をお伝えすることはできないものの、多くの法科大学院関係者や大学関係者のご協力を得ることができた。本ローレビューを世に送り出して下さったみなさんには厚く御礼申し上げたい。

2015 年 3 月吉日

厚木基地訴訟の検討

一橋大学法科大学院

辻村慶太

目次

はじめに

I 自衛隊機の運航と防衛大臣の権限行使

II 自衛隊機の騒音発生

III 防衛大臣の周辺住民への配慮義務

IV 航空機騒音の特殊性

おわりに

【はじめに】

第1, 厚木基地訴訟上告審判決と現状

厚木基地訴訟上告審判決(最判平成5年2月25日民集47巻2号643頁)では, 自衛隊機の離着陸の差止を求める民事訴訟は不適法とされた。しかし, この結論には, 従来の行政法学の理解, 判例と相いれないとの批判が多い。一方で, 最高裁判決が下されたので, 現実としては判例変更の可能性は低い。さらに, 現在, 行政訴訟も含めた第4次厚木基地訴訟が, 提起されている。

第2, 本論文のねらい

従来から, 有効な行政訴訟の種類の考察は行われてきた。しかし, 判旨の論理構造が曖昧なため, 結論は, 論者により様々である。そのため本論文では, まず厚木基地判決の論理の解明を行う。

1, 判旨の論理構造は, ①「防衛庁長官は, 自衛隊に課せられた我が国の防衛等の任務の遂行のため自衛隊機の運航を統括し, その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限を有するものとされているのであって, 自衛隊機の運航は, このような防衛庁長官の権限の下において行われるものである。」②「自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うものである」③「防衛庁長官は, 右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し, 統括すべきものである。」④「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」ことを理由として, 「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使は, その運航に必然的に伴う騒音等について周辺住民の受忍を義務づける」としている。そのうえで騒音規制を民事上

の請求として自衛隊機の運航を差止めることになると、公権力の行使の変更ないしその発動を求める請求を包含することになるとして民事訴訟を不適法としている。

2, 前述のとおり, 判旨は, 防衛庁長官の自衛隊機の運航に関する権限の行使が周辺住民に受忍義務を賦課することの理由としては①防衛庁長官には自衛隊機の運航を統括する権限を有すること②この権限を行使するにあたっては周辺住民に対する配慮義務があること③自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うこと④この騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であることの4つの理由を挙げている。そこで, まず, ①～④の4つの理由が根拠あるものであるのかについて検討を行う。すなわち, ①自衛隊機の運航を行う防衛庁長官の権限とは何か②判旨が自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うとしている理由は何か③防衛庁長官の周辺住民に対する配慮義務は存在するのか④自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は, 飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるといえる理由を検討する。本論文では, この理由を検討したい。

3, 受忍義務の意義や民事訴訟を不適法とする理由, これからの行政訴訟のありかたについては, 別の論文で考察したい。なお, 米軍機の離発着の差止めについては, 独自の論点を含むので, この論文の考察の対象とはしない。

【I 自衛隊機の運航と防衛大臣の権限行使】

判旨は, 自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が, 周辺住民に受忍義務を課すことの1つ目の理由として, 自衛隊機の運航が防衛庁長官の権限の下において行われるものであることを理由としている。しかし, 本判決は, 公権力の行使に当たるとされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を明示的には, 特定していない¹。この「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」は何であるかについては①防衛庁長官の命令を公権力の行使と捉える, ②公権力の行使に当たる事実行為が存在すると捉える, ③飛行場の設置, 離着陸の規制を含めた防衛庁長官の権限行使の総体を公権力の行使として捉えるなどの考え方がありうる。判決の論理を解明するためには, まず, 自衛隊法が防衛庁長官, 防衛大臣の行為をいかにして規定しているのかを把握し, 「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が何であるのかを理解する必要がある。

第1, 自衛隊法の指揮命令系統

まず, 自衛隊法がいかなる形で, 自衛隊の指揮命令系統を規定しているのか検討を行う。なお, 防衛庁は, 平成19年に防衛省に移行したので, 厚木基地最判が下された時点と現在では, 指揮命令系統が異なる。その点は, 適宜指摘する。

¹ 大内俊身「判解」法曹時報47巻10号157頁。また塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕行政救済法』（有斐閣, 2013年）116頁も「ただ, 公権力の所在を自衛隊機の運航それ自体にみるのか, 騒音を発生する自衛隊機を運航させるという先行行為にみるのかも判然としにくい」と指摘する。

1, 内閣総理大臣の権限

自衛隊法 7 条は、「内閣総理大臣は、内閣を代表して自衛隊の最高の指揮監督権を有する。」と規定する。これは、憲法 72 条の行政各部指揮監督権を確認したにとどまり、これとは別個の軍隊統帥権創設規定ではないと解するのが通説である。²自衛隊に対する指揮監督権の主体は、行政の最高機関たる内閣であり、その首長たる内閣総理大臣が内閣を代表してこれを行行使する。その際、他の行政各部に対する指揮監督と同様に、自衛隊の指揮監督も、閣議にかけて決定した方針に基づいてなされる(内閣法 6 条)。内閣総理大臣に専権的に自衛隊の指揮監督権を与えたものではない。内閣総理大臣は、その職務を行うに当たっては、閣議にかけて決定した方針に基づいて行うこととされているので、内閣総理大臣が閣議によらず、独自に自衛隊を指揮監督することはできない。さらに、内閣総理大臣の指揮監督権は、防衛長官に対して行使されるものであって、直接自衛隊の部隊及び機関に対して行使されるものでない。³

2, 防衛庁長官の権限

内閣総理大臣の指揮監督権は、総理府の長たる総理大臣を経由し、その外局である防衛庁の長官に及ぶ。そして長官は、総理府の長たる内閣総理大臣の指揮監督を受け、自衛隊の隊務を総括する(自衛隊法 8 条前段)。⁴この自衛隊法は、国家行政組織法 10 条を確認したものと見える。

3, 幕僚長の権限

陸・海・空各幕僚長の監督を受ける部隊および機関に対する長官の指揮監督は、当該幕僚長を通じて行われる(自衛隊法 8 条後段)。各幕僚長は、それぞれの隊務について「最高の専門的助言者」として長官を補佐することを職務とし、各々の部隊等に対する長官の命令を執行し、長官の指揮監督を受け、それぞれ自衛隊の「隊務及び所部の隊員のサービスを監督する」(自衛隊法 9 条)。幕僚長の職務を規定する自衛隊法 9 条において「指揮監督」の語ではなく、単に隊務および隊員のサービスの「監督」という語句が用いられているのは、幕僚長の職務が、「専門的助言者」として、隊務総括者である長官の「補佐」に当たる役割を担うにとどまり、長官の命令を「執行」する権限は持つが、主体的命令権を有するものでないことを強調する点で、文民統制上も重要な意義を有する。⁵

4, まとめ

以上の点から、自衛隊部隊、機関に対して直接指揮監督を行うのは、防衛庁長官であるとすることが通説的な理解であるといえよう。⁶

² 安田寛監修『平和・安全保障と法』(内外出版, 1996 年) 84 頁

³ 現在でも同様である。

⁴ 現在は、防衛大臣が「主任の大臣」(内閣法 3 条 1 項)として内閣総理大臣の指揮監督を受け、防衛省設置法に基づき自衛隊の隊務を統括する(自衛隊法 8 条前段)。

⁵ 安田・前掲注 2 85 頁

⁶ 現在でも同様に防衛大臣が部隊及び機関に対し直接指揮監督することになる。以下、防衛省が設置されたとことを前提に論を進める。

第2, 自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限の行使

自衛隊法上は、上述のように防衛大臣が自衛隊の部隊・機関を直接指揮監督する。以下、自衛隊法上、防衛大臣の権限がいかんにして規定されているかを参照しながら、判決が指摘する公権力の行使とされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が何であるか検討する。

1, 自衛隊法8条, 107条5項

自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限を規定しているものとして、自衛隊法8条と同法107条5項が挙げられる。自衛隊法8条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところに従い、自衛隊の隊務を統括する。」と規定する。また、自衛隊法107条5項は、「防衛大臣は、第1項及び前項の規定にかかわらず、自衛隊が使用する航空機の安全性及び運航に関する基準、その航空機に乗り組んで運航に従事する者の技能に関する基準並びに自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準を定め、その他航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じなければならない。」と規定する。自衛隊法は、特にこれ以外の規定を置いていない。

2, 学説

以下、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」の解釈に関する学説を紹介する。

(1) 命令説

まず、①の防衛庁長官の命令を公権力の行使と捉える説について検討する。この説は、橋元裁判官の補足意見(味村裁判官が同調)が採用している。補足意見は、以下のように述べる。

「右の行政訴訟の形態としては、防衛庁長官が特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航を個別的又は包括的に命じていて、その命令による自衛隊機の運航に伴う騒音等により周辺住民が著しい被害を受ける場合には、その命令の全部又は一部の取消しを求める訴訟が考えられる。」

しかし、命令を公権力の行使と捉えることに対しては、批判が多い。

ア まず、命令は、国民との関係では法的効果はないので処分とはなりえないと学説は批判する。⁷処分性拡大の議論のなかでも、法的効果の外部性の要素を緩やかに解して処分性を肯定する最高裁判例は見当たらない。⁸

イ もう1つの問題点は、外部への周知困難性である。須藤教授は、「部外者である住民が自衛隊内部における命令の発令を知り得ないこと」を問題視する。教授は続けて、「外部に表示することのないもの、外部から知り得ないものに対して外部的な法効果、外部への受忍効果を認めることが可能であるのか、甚だ疑問である」とする。⁹補足意見自身も、「事柄

⁷ 畠山武道「判比」環境法百選[第2版](2011年, 初出2004年)96頁

⁸ 下井康史「「処分性」拡張と処分性概念の変容」法時58巻10号15頁

⁹ 須藤陽子「判比」行政判例百選I[第6版]329頁

の性質上、自衛隊機の運航に関する命令は自衛隊内部におけるもので、部外者がその内容を知ることはほとんど不可能と考えられる」として、命令の取消訴訟は、「實際上適切な争訟手段にはなり得ないといわざるを得ない」ことを認めている。¹⁰

ウ そして、さらに根本的な問題であるが、自衛隊法上、防衛庁長官は、自衛隊機の運航を個別的に命じるのか、包括的に命じるのかについては明らかでない。補足意見自身も「防衛庁長官が特定の飛行場における離着陸を伴う自衛隊機の運航を個別的又は包括的に命じていて」と述べている。例えば自衛隊機が3機で編隊を組んで飛行する場合には、命令は1個なのか3個なのかという問題が生じる。また、目的地まで移動する場合に途中で基地に立ち寄り一回着陸してからまた離陸し目的地に向かう場合には、命令はいくつあるのかという問題が生じる。

エ 以上のとおり問題点が多数あるので、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を防衛庁長官の命令と捉えることには反対である。

(2) 公権力の行使に当たる事実行為説

次に公権力の行使に当たる事実行為が存在するという説を検討する。¹¹この説には問題点が多い。

ア 高木教授は、事実行為として騒音自体を把握するのか個々の自衛隊機の運航を把握するのかという問題があると指摘する。¹²そして、教授は、「事実行為」という概念に関して「騒音、臭気、排気ガスなどの事実行為」という形で事実的な侵害自体を「行為」概念によって捉えるのは、航空機の運航、ごみ焼却場の操業、原子炉の運転という形で捉えるのとはやや趣が異なると指摘している。¹³したがって、仮に公権力の行使に当たる事実行為があるとして論じる場合には、自衛隊機の運航を公権力の行使に当たる事実行為として捉えることができるかという問題設定をしたほうがよい。

イ また、公権力の行使にあたる事実行為は、即時強制や強制執行といったものを中心に論じられてきた。この二つは、行政上の目的を達成するために国民の身体または財産に対して加えられる行政主体による実力行使である点において、共通する。¹⁴一方で、自衛隊機の運航は、必然的に騒音等の影響を与えるとしてもこれを「実力」と評価できるのか疑問である。典型的に想定されていたのは、行政による人民に対する有形力の行使ではないかと思われる。

ウ また、仮に自衛隊機の運航や騒音自体を公権力の行使たる事実行為と評価できるとしても、命令と同様に自衛隊機の運航の個数をどう数えるのかという問題が生ずる。

(3) 以上のとおり問題点が多数あるので、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の

¹⁰ 大内前掲注1 305頁

¹¹ 事実行為の意味については、高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、1988年)1頁以下、森田寛二『行政機関と内閣府』(良書普及会、2000年)133頁以下に詳しい。

¹² 高木光『行政訴訟論』(有斐閣、2006年)343頁。

¹³ 高木・前掲注12 325頁

¹⁴ 藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)319頁

行使」を事実行為としての自衛隊機の運航と捉えることには反対である。

3 防衛大臣の基地供用行為総体説

最後に、防衛大臣の基地供用行為総体を公権力の行使として捉える説の検討を行う。

(1) この説については、大阪空港事件判決(最大判昭和 56 年 12 月 16 日民集 35 卷 10 号 1369 頁)の伊藤裁判官補足意見が想起される。そこで、まずは、伊藤裁判官補足意見の検討を行う。

ア 伊藤裁判官補足意見においては、空港の設置及び事業者に対する規制等の権限の行使については、航空事業活動による第三者の法益侵害の可能性の有無及びその程度を考慮してその許否を判断すべきものとされているので、これによりなお避けざる不利益はこれらの者において受忍すべき義務を課しているものと解するのが相当であり、これらの行政処分や空港設置行為は、空港と利用関係に立たない一般第三者との間においても公権力の行使に当たる、とされていた。

イ そして伊藤裁判官の補足意見に対する批判は、多くのものが挙げられる。¹⁵そのひとつが、伊藤裁判官補足意見が空港の設置、離着陸の規制を含めた運輸大臣の権限行使の総体をとらえて、周辺住民にも受忍義務を課す「公権力の行使」としており、公権力の行使を「一体的ないし包括的」に把握している点である。¹⁶

(2) 学説も指摘するとおり、厚木基地判決の受忍義務の論理は、伊藤裁判官補足意見に基本的に依拠したものである。¹⁷「公権力の行使」とされる「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」を防衛大臣の権限行使の総体として捉えるならば、伊藤裁判官補足意見の「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しているとの問題点が厚木基地判決にも生じてしまうようにも思える。¹⁸そこで、この問題点が、本判決でも生じてしまうのか検討する。

ア まず、注意しなければならないのは、伊藤裁判官補足意見は、公権力の行使として「一体的ないし包括的」に把握する運輸大臣の権限行使の総体は、本来個々の行為に分解可能であるとの前提をとっていることである。¹⁹

(ア) このことは、伊藤裁判官補足意見が以下のように述べているところからわかる。

¹⁵ 高橋滋「包括的公権力観の終焉? - 判例の展開と改正行訴法の応答」論究ジュリスト 2012 年/秋号(3 号)(有斐閣, 2012 年)89 頁参照

¹⁶ 高木・前掲注 11 82 頁

¹⁷ 高橋・前掲注 15 89 頁

¹⁸ 高橋・前掲注 15 89 頁

¹⁹ 国立歩道橋判決(東京地裁昭和 45 年 10 月 14 日行集 21 卷 10 号 1187 頁) も以下のように歩道橋の設置は、個々の行為に分解できるとしながらも、起工決定と私法行為との複合した一体的行為として観念することが可能であるとしている。「したがって、横断歩道橋の設置自体は、もとより、地元住民を名宛人としてなされる行為ではなく、これを構成する個々の行為もまた、行政庁の内部的な手続上の行為および行政庁が私人との間に対等の立場にたつて締結する私法上の行為ないしは私人の右契約の履行行為にほかならず、いずれの点からみても、行政庁の住民に対するいわゆる高権的権力の行使に当たる行為といえないことは明らかである。」(下線部筆者)

「このようにして、国営空港の総合的な供用行為は、これを個々に分解すれば、一般第三者に対する関係においても公権力の行使に当たる行為としての性格を有するものあるいはそのような性格を有しないものなど様々であるが、全体としては、これら航空行政権の行使によって支えられそれを基盤とする複合的な行政作用とみるべきものである。」(下線部筆者)

(イ) 伊藤裁判官補足意見が、多数意見を参照して「個々の行為」として言及するものには以下のようなものが挙げられる(当時の航空法に従う)。まず航空行政権の主管者としての運輸大臣の権限の行使としては、i 航空法 55 条の 2, 38 条 3 項, 39 条 2 項及び 40 条の規定により所定の手続を経て国営空港の設置を決定すること ii 同法 100 条, 101 条及び 121 条の規定により航空運送事業を営もうとする者に対し事業計画等を審査しうえ免許を与えること iii 同法 108 条 2 項及び 122 条 1 項の規定により航空運送事業者に対し事業計画に従い業務を行うべきことを命ずること iv 同法 109 条及び 122 条 1 項の規定により事業計画の変更を認可すること v 同法 112 条及び 122 条 1 項の規定により航空運送事業者に対し事業計画の変更等事業改善を命ずること vi 公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律 3 条の規定により離着陸の経路又は時間その他航行の方法等を指定することが挙げられる。また、空港管理者としての運輸大臣の権限の行使としては、i 航空法 55 条の 2 第 2 項及び 54 条の 2 第 1 項の規定及び空港管理規則(昭和 27 年運輸省令第 44 号)の定めるところにより、運輸大臣の設置、管理する公共用飛行場の施設の管理、構内営業の規制その他飛行場の能率的運営とその秩序維持のため必要な事項を行うこと ii 同法 55 条の 2 第 2 項, 47 条 1 項の規定により同法施行規則 92 条所定の保安上の基準に従って飛行場を管理すること iii 空港整備法 6 条及び 10 条の規定により運輸大臣が設置、管理する第二種空港において滑走路等の新設、改良又は災害復旧の工事を施行しようとするときはあらかじめ費用の分担者である都道府県と協議し、又はこれに通知しなければならないことが挙げられる。

イ このように、大阪空港事件判決は、航空法の個々の規定に言及しながら運輸大臣の権限を個々に分解している。運輸大臣の権限を規定する航空法の条文は、運輸大臣の行為を規定するとともに、要件を定め、運輸大臣の行為規範として機能している。権力は、法律により付与される(法律の留保原則)。したがって、公権力の行使とされる行為が何であるかを探求する場合には、根拠法がいかなる行為をひとまとまりとしてとらえ、その行為にいかなる効果を付与しているのかを問題とすべきである。行政の行為を、根拠法を離れて、自然的社会的に観察するのは妥当ではない。本件では、根拠法たる自衛隊法が、防衛庁長官のいかなる行為を 1 個の行為としてとらえているのかを探求することが重要である。

(ア) まず、自衛隊法は、自衛隊機の運航に関する権限の行使については、前述のとおり自衛隊法 8 条と同法 107 条 5 項で規定されているのみである。これは、前述のように航空法が、明文で運輸大臣の行為を明確に規定して要件を定めているのとは大きく異なる。

(イ) 次に、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限行使は、航空法上の個々の行為の概念

を前提としているのではないか問題となる。後述するとおり、航空機の運航に関しては、自衛隊法は航空法の特別法の関係にある。すると、自衛隊法 8 条と同法 107 条 5 項が防衛大臣の行為を明確に規定して要件を定めていなくとも、大阪空港事件判決が言及するとおり航空法上は運輸大臣の権限が個々の行為に分解できるのであるから、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限の行使についても、航空法と同様に個々の行為に分解できるとの考え方も成り立ちうる。もっとも、多くの学説が指摘するとおり、航空行政権に対応する「防衛行政権」なるものは存在せず、「航空行政権の主管者」に対応する防衛大臣の権限は存在しない。²⁰一方で、「空港管理者」に対応する防衛大臣の権限については、自衛隊法 107 条 1 項で航空法 38 条 1 項の規定が適用除外とされ、防衛大臣は、国土交通大臣の許可を得なくとも空港等又は航空保安施設の設置ができる。そして、この場合防衛大臣は、「空港等の設置者」(航空法 41 条 1 項)、「航空保安施設の設置者」(航空法 42 条 1 項)や「空港の設置者」(航空法 44 条 1 項)ではない。したがって、防衛大臣が設置した飛行場については、これらの者を対象とした航空法の空港等の設置管理運営の規定は、適用されないことになる。また、当然、防衛大臣は、国土交通大臣ではないので、国土交通大臣みずから空港等を設置した場合の規定も適用されない。さらに、防衛大臣の設置する飛行場は、「空港」(空港法 2 条)ではないので、空港法の適用対象にもならない(航空法 56 条の 5)。²¹つまり、防衛大臣が飛行場等を設置する場合には、防衛大臣は航空法の規定を前提とせずに、飛行場を管理運営することができる。このように、「空港管理者」に対応する防衛大臣の権限は、航空法のように細分化して規定されておらず、後述のように自衛隊法 107 条 5 項の適用があるのみである。以上のように、大阪空港判決が指摘するように航空法は、運輸大臣の個々の行為を明確に規定し、要件を格別に定めていた。しかし、自衛隊法上は、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限は、航空法上の個々の行為の概念を前提としない。

(ウ) そして、自衛隊法は、107 条 1 項 4 項で航空法の適用除外を定める一方で、107 条 5 項で防衛大臣が様々な基準を定めるべきことや必要な措置を講じることを規定している。たしかに、自衛隊法 107 条 5 項は、①自衛隊が使用する航空機の安全性及び運航に関する基準、その航空機に乗り組んで運航に従事する者の技能に関する基準を定めること、②自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準を定めること、③航

²⁰ 大塚直「厚木基地第 1 次、横田基地第 1 次、2 次訴訟最高裁判決について」ジュリ 1026 号(1993)56 頁、大内・前掲注 1 295 頁

²¹ 「飛行場」の定義づけは、法律上で明確にされていないが、国際民間航空条約附属書第 14 で「航空機の到着、出発、移動のために全部又は一部を使用する目的をもった陸上又は水上の一定区域(建物、施設及び機材等の付帯物を含む)」と定義される。このような「飛行場」は、飛行場は公共用飛行場と非公共用飛行場に区別される。公共用飛行場は「公共の用に供する飛行場」(航空法 3 条、4 条、9 条、38 条 2 項 3 項参照)である。公共用飛行場も明確な定義はないが、公共用飛行場は、「不特定多数の航空機の利用を対象とする飛行場」で、非公共用飛行場は、「公共の用に供する飛行場以外の飛行場」(航空法 41 条 2 項)である。公共用飛行場の中に「空港」(空港法 2 条)が含まれる。(土屋正興『明解航空法解説』(鳳文書院出版販売 1988 年)135 頁)。

空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じること、を要求している。すると、航空法の適用除外があっても、自衛隊法は、防衛大臣の権限を「航空機の安全確保」「航空機の運航」「自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理」「航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じる」といった形で防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限を細分化しているようにも思える。もっとも、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣の権限の範囲をきわめてあいまいにしか規定していない。また、要件、効果といったものを全く規定していない。また、後述のとおり、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣に特定の基準を設定することまでも要求するものでない。すると、自衛隊法 107 条 5 項は、上記のような形で、防衛大臣の自衛隊機の運航に関する権限を細分化して規定しているわけではないと考えることができる。

(エ) また、防衛大臣は、自衛隊法の規定する指揮命令系統に従って部隊や機関に対して命令し自衛隊機を運航することになる。しかし、自衛隊法上は、個々の自衛隊機を運航する際の命令の要件や方法を定めるといった形式にはなっていない。自衛隊法 8 条は、「防衛大臣は、この法律の定めるところに従い、自衛隊の隊務を統括する。」と極めて概括的な規定をしているのみである。

(オ) 以上のようなことから、自衛隊法は、防衛大臣の基地供用行為総体を一個の行為と捉えているものと思われる。²²先では、自衛隊法の規定方法という形式面からこのような結論を導いた。実質的な理由としては、自衛隊機の運航は、判例も指摘するとおり、防衛政策全般にわたる判断の下におこなわれるべきものであり、航空法や自衛隊法で防衛大臣の権限を個々の行為に分解して、個別に要件を課す立法政策は妥当ではないということが挙げられる。多くの学説が指摘するとおり、一見したところでは、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」が具体的に何であるのかが特定できなかつた。そして、命令や自衛隊機の運航、騒音それ自体といったように個々の行為(前述のとおり騒音それ自体を行為と把握することには反対である)に分解しようとする、命令が特定できないといった問題や、自衛隊機の運航行為の個数をどのように把握するのかといった問題が生じてしまった。この理由は、そもそも自衛隊法が防衛大臣の基地供用行為の総体を 1 個の行為として把握しており、これよりも小さな単位で行為を規定し要件を定めていなかったということに求められよう。上記の問題は、生じて当然の問題だったのである。

(3) このように、大阪空港事件判決が指摘するような土交通大臣の権限は、航空法上個々の行為に分解して把握することが可能であった。しかし、伊藤裁判官は、それにもかかわ

²² 「航空機の運航」とは、人が航空機を合目的的に使用することに着目したもので、主として航空従事者が航空機を操縦する全ての行為をいう(土屋・前掲注 21 247 頁)。また、航空法は、明らかに「航空機の運航」と「空港等の設置、管理」を区別して規定している。すると、「航空機の運航」には、「空港等の設置、管理」は含まれないことになる。もっとも、判例が公権力の行使としている行為は、「自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使」(下線部筆者)である。したがって、私見のように、飛行場の設置管理も含めた基地供用行為の総体を公権力の行使と捉える解釈も判例と矛盾しないといえる。

らず、「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しようとしたことに問題があった。しかし、厚木基地判決の場合には、そもそも、自衛隊法が防衛庁大臣の基地供用行為総体を1個の行為として規定している。したがって、「一体的ないし包括的」に公権力の行使を把握しているとの批判²³は、厚木基地判決においては妥当しない。むしろ、厚木基地判決は、自衛隊法が1個の行為として把握している行為について公権力の行使か否かを検討していると考えべきである。私見は、たしかに権限総体を公権力の行使とみる点では、伊藤裁判官と共通する。しかし、根拠法上分解可能な個々の行為として規定されている行為を全体として再構成し把握する伊藤裁判官の方法とは異なり、私見は、根拠法上もともと個々の行為に分解できない行為を1個の行為として公権力性を把握する。この私見では、厚木基地最判の判断枠組みは、法が1個の行為と定めているものを基準に公権力性を判断するという、ごみ処理場判決²⁴以来の伝統と軌を一にするものであるということになる。

【Ⅱ 自衛隊機の騒音発生】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの2つ目の理由として、「自衛隊機の運航にはその性質上必然的に騒音等の発生を伴うものである」ことを挙げている。以下この理由を検討する。

第1、航空法体系における騒音規制

1、航空法の規定

(1) まず、航空法1条は、「航空機の航行に基因する障害の防止」を航空法の目的に掲げる。そして、新潟空港事件判決²⁵は、この文言に航空機の騒音による障害が含まれることは明らかであるとしている。

(2) 次に、耐空証明制度が挙げられる。²⁶原則として、航空機は、有効な耐空証明を受けているものでなければ、航空の用に供してはならない(航空法11条1項)。耐空証明は、申請に基づき国土交通大臣が行う(航空法10条1項)。国土交通大臣が「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」に耐空証明を行う場合には、騒音基準に適合することが必要とされる(航空法10条4項2号)。耐空証明には、有効期間が存在し(航空法14条)、耐空証明のある航空機が騒音基準に適合しないとき等には、国土交通大臣は、整備改造命令を発したり耐空証明の効力の停止等の措置をとったりすることができる(航空法14条の2)。また、騒音基準が適用される航空機は、国土交通省令の定める事由に該当すれば、耐空証明が自動的に失効する(航空法15条2号)。耐空証明のある航空機は、修理又は改造を行う場合は、所定の検査を受けなければならないとしている(航空法16条)。航空運送事業の用に供する国土交通省令で

²³ 塩野・前掲注1 116頁

²⁴ 最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809頁

²⁵ 最判平成元年2月17日民集43巻2号56頁

²⁶ 旧航空法の騒音基準適合証明制度は、耐空証明制度に一本化された。

定める航空機も整備又は改造する場合には、規制が存在する(航空法 19 条 1 項)。さらに、耐空証明を受けない航空機の使用等の罪が規定され 3 年以下の懲役若しくは 10 万円以下の罰金、またはこれを併科して処罰される(航空法 143 条)。さらに両罰規定もある(159 条)。

(3) そして、空港等又は航空保安施設の設置に関する国土交通大臣の許可制度が挙げられる。空港等(航空法 2 条 6 項)を設置する場合には、原則として国土交通大臣の許可が必要である(航空法 38 条 1 項)。空港等設置許可申請があった場合には、航空法 39 条に基づき、申請を審査しなければならない。そして、航空法 39 条 1 項 2 号では、「他人の利益を著しく害することとならないものであること」を要求している。以前、新潟空港判決²⁷は、航空法 1 条の目的規定を重視して、定期航空運送事業免許処分に航空機の騒音により著しい障害をうける周辺住民の取消訴訟の原告適格を認めた。このことに鑑みると、39 条 1 項 2 号の文言にも、周辺住民の騒音被害に対する配慮を読み込むことはできるだろう。²⁸

(4) さらに、航空法 85 条は、粗暴な操縦の禁止として、航空機は、運航上の必要がないのに低空で飛行を行い、高調音を発し、又は急降下し、その他他人に迷惑を及ぼすような方法で操縦してはならない旨規定する。これも、航空法 1 条の目的とあわせて考えれば、騒音障害防止のための規定と解釈することができる。

(5) 曲技飛行等の禁止原則規定もある(航空法 91 条 1 項)。同条は、航空機が曲技飛行等を実施する際の一定の空域と気象条件を定めた。曲技飛行等は、著しい高速の飛行を含み、航空機の有する最大性能を駆使し、発生する騒音も大きくなる。そして、一定の空域には、「人又は家屋の密集している地域の上空」が含まれる(航空法 91 条 1 項 1 号)。航空法 1 条も併せて考えると、航空法は、曲技飛行等を原則として禁止することにより騒音障害を防止しようとしているといえる。

2. 航空機騒音障害防止法の規定

航空機騒音障害防止法には、国土交通大臣の航行方法の指定がある(同法 3 条 1 項)。もっとも、この航行方法の指定は、公共用飛行場に離着陸する航空機が対象である。

第 2. 自衛隊法の規定

以上では、航空法体系における騒音規制について言及した。以下では、このような航空法体系における騒音規制が自衛隊法上どのようなになっているのかについて検討する。

1. 航空法と自衛隊法の関係

まず両法の関係につき検討を加える。

(1) 航空法は、1 条で、「国際民間航空条約の規定並びに同条約の附属書として採択された標準、方式及び手続に準拠して」いることを明記している。そして国際民間航空条約は、その名のとおり、民間航空機を対象にしているものである。シカゴ条約では、民間航空機

²⁷ 最判平成 4 年 9 月 22 日民集 46 卷 6 号 571 頁

²⁸ 東京地判平成 23 年 6 月 9 日 LLI/DB は、「『他人の利益』には、例えば、設置しようとする当該飛行場周辺に居住する者が航空機の騒音によって障害を受けないという利益が含まれると解する余地は十分にあるといえること(最高裁昭和 57 年(行ツ)第 46 号平成元年 2 月 17 日第二小法廷判決・民集 43 卷 2 号 56 頁参照)」と述べている。

のみが適用対象とされ、国の航空機は適用範囲外とされている(同条約 3 条)。すると、同条約に準拠して制定された航空法は、自衛隊機については、適用されないことが前提とされているようにも思える。

(2) もっとも、直ちに、航空法が民間航空機のみ適用されるということにはならない。なぜならば、航空法には、シカゴ条約のように民間航空機にのみ適用されるということは、明記されていない。また、航空法の「航空機」概念(航空法 2 条 1 項)も民間航空機に限定するものではない。したがって、航空法は、日本の国籍を有する航空機に対しては、国の航空機であるとないに係らず、全てを法の適用対象としている²⁹。そして判旨も指摘するとおり、自衛隊法 107 条 1 項 4 項は、航空法の規定の適用除外を定める。自衛隊機にも航空法の適用があることが前提となっているからこそ、自衛隊法がわざわざ航空法の適用除外を明記しているのではないか。したがって、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあるといえる。³⁰

2. 適用関係

次に、上記の航空法体系上の騒音規制が自衛隊機の場合にはどのように変更されるか検討する。

(1) 判旨が言及する自衛隊法 107 条 1 項につき検討する。この規定は、自衛隊法 107 条 4 項とは異なり自衛隊が特定の行動をする場合に限定せずに、航空法の規定を除外する。同条が定める航空法の適用除外の中には、前述した、航空法 11 条、同法 38 条 1 項が含まれる。すなわち、自衛隊機は有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供することができる。また自衛隊が飛行場を設置する場合には、国土交通大臣の許可を受けることなく飛行場や航空保安施設を設置することができ、「空港等の設置者」(航空法 41 条 1 項)、「航空保安施設の設置者」(航空法 42 条 1 項)、「空港の設置者」(航空法 44 条 1 項)に課される規制が課せられない。

(2) さらに判旨は、自衛隊法 107 条 4 項にも言及する。同項は、1 項とは異なり、自衛隊が特定の行動をする場合の、航空法の適用除外を定めている。この中で、自衛隊法 76 条の規定に基づき防衛出動が行われた場合には、航空法 91 条の規定が適用除外となる。すなわち、自衛隊機は自由に曲技飛行等ができるようになる。

(3) また、航空機騒音障害防止法は、「公共用飛行場」においてのみ適用される。自衛隊

²⁹ 土屋・前掲注 21 2 頁

³⁰ 自衛隊法 107 条 1 項 4 項は、航空法の規定が自衛隊機についても適用されることを前提に適用除外を定める。同条 3 項も航空法第 6 章の規定が自衛隊機についても適用されることを前提としている。もっとも、同条 2 項は、航空法の規定を「準用」するとしており、航空法の規定が、自衛隊機には本来適用されないことを前提としているかのようである。しかし、2 項で「準用」の対象となる航空法の規定は「公共の用に供する飛行場」に関する規定である。「自衛隊が設置する飛行場」(自衛隊法 107 条 2 項)は「公共の用に供する飛行場」ではない。このために、本来適用とならず、「準用」の語が用いられているに過ぎない。あくまで、自衛隊法は、航空法の規定が適用されることを前提としていると理解すべきである。

の設置する飛行場は、「公共用飛行場」に該当しないので、航空機騒音障害防止法の適用はない。

第3、私見

以上のような航空法、航空機騒音障害防止法や自衛隊法の規定からどのようなことがいえるのか検討する。

1、「航空機」の性質

まず、「航空機」が自衛隊法上いかなる存在であるか検討する。

(1) 航空法1条は、航空機騒音障害防止を航空法の直接の目的として規定している。したがって、航空法は、何らの規制も行わず航空機が運航されれば、必然的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音が発生するため、これを禁圧するために様々な規制を用意していると理解できる。つまり、航空法は、「航空機」(航空法2条1号)を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

(2) また、航空機騒音障害防止法は、「航空機」の定義を何ら規定しない。航空機騒音障害防止法は、航空法上の「航空機」の定義を前提にしているといえる。そして、同法は、航空機の「種類」で限定せず、公共用飛行場という「場所」に注目して国土交通大臣に騒音規制の権限を付与している。したがって、航空機騒音障害防止法も航空法と同様に全ての「航空機」を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

(3) そして、自衛隊法は、前述したように航空法の特別法であり、航空法2条1号を適用除外としていないので自衛隊法も航空法の「航空機」の定義を前提にしているといえる。したがって、自衛隊法も「航空機」を本来的に受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと認識している。

2、耐空証明制度の適用除外

次に、耐空証明制度が自衛隊法上適用除外となることにつき検討する。

(1) 前述したとおり、航空法は目的として「航空機の航行に起因する障害の防止を図る」という文言を挿入し、原則として有効な耐空証明を受けるのでなければ、航空の用に供することができないという強力な効果を付与した。そして、「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」については、騒音基準を満たさなければ耐空証明を受けることができない。そして、耐空証明の有効期間の制限、国土交通大臣による停止の制度、法律上当然に効果が発生する失効制度、修理改造の際の規制等の制度を定めて騒音基準適合証明制度の実効性を確保しようとしている。また、違反者に対しては、刑事罰の制裁及び両罰規定まで用意している。このように、航空法で規定される耐空証明制度は非常に厳格な制度である。航空法がこのような厳格な耐空証明制度を規定した趣旨は、何らの規制も行わず「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」を運航すれば甚大な騒音が発生するため、これを禁圧することにあると考えられる。

したがって、航空法は、有効な耐空証明を受けない「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」の運航に伴い必然的に甚大な騒音が発生すると理解しているといえる。

(2) 一方で、「航空機の種類、装備する発動機の種類、最大離陸重量の範囲その他の事項が国土交通省令で定めるものである航空機」以外の航空機は、耐空証明を受ける際に騒音基準への適合が要求されない。また、「国土交通省令で定める滑空機」(航空法 10 条 1 項)は、そもそも、耐空証明制度の範囲外である。すると、航空法は、これらの航空機を騒音が発生しないものとして理解しているようにも思える。もっとも、前述のように航空法は、すべての「航空機」を、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在であることを前提としている。したがって、耐空証明の騒音規制を受けない航空機は、甚大な騒音を発生させないだけであり、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生する存在であることには変わらない。

(3) 自衛隊法は、あえて耐空証明の規定を適用除外とする。したがって、非常に大きな騒音を発生させる存在である「航空機」に含まれる自衛隊機はすべて、耐空証明の騒音規制を受けることなく運航される。

3, 飛行場や航空保安施設設置における許可制度の適用除外

次に、自衛隊が国土交通大臣の許可を得ることなく飛行場や航空保安施設を設置できることにつき検討する。

(1) 航空法は、個々の航空機の構造に着目した耐空証明制度だけでなく、航空機が離発着する空港等の設置段階から騒音規制を行っていた。しかし、この騒音規制は、自衛隊法 107 条 1 項により排除されてしまう。

(2) そして、この国土交通大臣の許可制による空港等の設置段階での騒音規制が行われていない自衛隊が設置する飛行場には、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生する存在である「航空機」たる自衛隊機が耐空証明の騒音規制を受けないことなく航空の用に供され離発着する。

4, その他の騒音規制

さらに、航空機騒音障害防止法の国土交通大臣の航行方法の指定については、自衛隊の設置する飛行場に適用はない。したがって、この点からも騒音規制は行われない。また、防衛出動が行われれば、曲技飛行も解禁され騒音は一層大きくなる。

5, 結論

このように、非常に大きな騒音を発生させる存在である「航空機」に含まれる自衛隊機の運航に対して、上記の種々の騒音規制は適用されない。たしかに、後述のとおり防衛大臣には、周辺住民に対する配慮義務が課せられている。もっとも、この配慮義務は、防衛大臣に特定の方法に従い騒音等を軽減させるものではなく、あくまで防衛大臣の広い裁量に基づき防衛政策全般の判断の下での騒音規制を行わせるものにすぎない。上記の航空法などが規定する種々の強力な騒音規制方法に比べるとかなり脆弱な騒音規制方法である。

また、常に航空法 85 条が自衛隊機の運航にも適用され、粗暴な操縦が禁止されるが、この程度の規制では、騒音の発生を防止することは不可能である。したがって、自衛隊法は、自衛隊機の運航に伴う騒音等の発生を禁圧することを放棄し、受忍限度を超えるような非常に大きな騒音等の発生を容認しているといえる。³¹

【Ⅲ 防衛大臣の周辺住民への配慮義務】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの 3 つ目の理由として、「防衛庁長官は、右騒音等による周辺住民への影響にも配慮して自衛隊機の運航を規制し、統括すべきものである。」ことを挙げている。以下では、防衛大臣の周辺住民に対する配慮義務がいかなるものか検討する。

第 1、配慮義務の根拠

私見では、配慮義務は、航空法 1 条の規定と自衛隊法 107 条 5 項から導くことができると考える。

(1) 前述したように、自衛隊機の運航に関しては、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあり、自衛隊機の運航に関しても、原則的に航空法の規定が適用される。航空法 1 条は、「航空機の航行に基因する障害の防止」と規定し、「航空機」(航空法 2 条 1 項)に自衛隊機が含まれることも明らかである。したがって、自衛隊機の運航に関しては、航空法 1 条が適用され、防衛庁長官の配慮義務を肯定することはできる。³²

(2) また、前述のとおり航空法は様々な騒音規制の手段を規定していた。そして、これらの騒音規制は、自衛隊法 107 条 1 項 4 項によって除外される。しかし、自衛隊法 107 条 5 項は、「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」列挙された基準を策定すべきこととしている。自衛隊法 107 条 1 項 4 項により適用が排除された航空法上の騒音規制方法の代わりに 107 条 5 項の規定が置かれていることを示している。自衛隊法 107 条 5 項は、排除された航空法の騒音規定と無関係に存在しているわけではないということがこの「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との文言によって示されている。したがって航空法上の個別具体的な騒音規制が自衛隊法上排除されていても、自衛隊法 107 条 5 項は、防衛大臣の配慮義務までも免除しているとはいえない。このように考えると、防衛大臣の周辺住民に対する配慮義務の存在は肯定できる。判旨が、自衛隊法 107 条 1 項、4 項、5 項について言及しているのはこの趣旨であろう。

(3) 上記のように 107 条 5 項だけからでも配慮義務は導き出させる。しかし、107 条 6 項

³¹ 大内前掲注 1 303 頁も「自衛隊の任務の性質及び右任務に由来する自衛隊機の運航の特殊性から、自衛隊機の運航により空港の周辺住民に騒音等の影響が及ぶことは内在的に予定されている」と述べる。ただし、後述のとおり、私は、自衛隊機の運航に必然的に騒音等の発生が伴うことに加えて、航空機騒音の特殊性があってはじめて「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」と論証できると考える。

³² もっとも、航空法 1 条が自衛隊機の運航の場合に適用されたとしても、特別法である自衛隊法の下での配慮義務が肯定されるに過ぎない。

は基準を制定する際には、国土交通大臣と協議するものとしている。そして、国土交通省は、「航空機の航行に起因する障害の防止」を所掌事務としている(国土交通省設置法 4 条 106 号)。このことから配慮義務が存在することが肯定できるだろう。

(5) なお、私見によれば、自衛隊法は、自衛隊機の運航に伴い受忍限度を超えるような非常に大きい騒音が発生することを許容しているが、このことは、直ちに配慮義務を否定することにつながらないと考える。航空機から航空機騒音が必然的に発生するとしても、防衛大臣に配慮義務を課すことで、周辺住民に及ぶ騒音等の影響を軽減することはできる。例えば、運航に伴い騒音が発生するとしても、配慮義務を適切に履行し、航空路を変更したり、離着陸の時間帯を限定したりすれば、周辺住民が受ける騒音等の影響は、軽減されるはずである(もっとも、後述のとおり、配慮義務の履行方法は、防衛大臣に一任されていると考える。)

第 2、防衛大臣の配慮義務と基準制定の関係

私見では、上記の根拠に基づき配慮義務を肯定することができる。もっとも、自衛隊法の訓令には、騒音防止に関する基準は見当たらない。³³そこで、防衛大臣の配慮義務と基準制定の関係が問題となる。

(1) まず、注意しなければならないのは、配慮義務が存在すれば、直ちに防衛大臣は自衛隊 107 条 5 項に基づき騒音規制の基準を定めなければならないというわけではないということである。同条同項が防衛大臣に要求しているのは、①自衛隊が使用する航空機の安全性及び運航に関する基準を定めること、②その航空機に乗り組んで運航に従事する者の技能に関する基準を定めること、③自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準を定めること、④航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置を講じること、である。³⁴後述のように「運航に関する基準」や「自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準」に騒音防止の基準を読みこむことができたとしても、自衛隊法 107 条 5 項は、騒音障害防止の基準を制定することまでは明文で定めていない。

(2) 防衛大臣に配慮義務を履行させるには、次のような立法政策が考えうる。①自衛隊法で騒音障害防止の方法を明記し防衛大臣に履行させる、②防衛大臣に騒音防止に関する基準を定めさせた上でその基準に従い配慮義務を履行させる、③防衛大臣に騒音防止に関する基準を定めさせずに防衛大臣に配慮義務を履行させるといった方法である。自衛隊法が①の方法を採用していないことは明らかである。そして私は、自衛隊法は、最後の③の立法政策を採用していると考える。理由は、以下のとおりである。

ア まず、形式的な理由として、前述のとおり、自衛隊法 107 条 5 項は、明文で防衛大臣

³³岡田正則「公共事業の公権力性と差止訴訟」法時 70 卷 6 号 98 頁

³⁴ 「その他」とは、前にあることばと後のことばと並列の関係になっていることを表す。例示を表す「その他の」とは区別して考えなければならない。法制執務用語研究会『条文の読み方』(有斐閣 2012 年)36 頁参照。

に対し騒音障害防止の基準制定を要求していないことが挙げられる。自衛隊法は、107条1項4項で航空法上の個々の騒音障害防止の規定の適用を排除していた。この上で②の立法政策を採用し、防衛大臣に騒音障害防止の基準を制定させた上で配慮義務を履行させるのであれば、明文でこのような規定を設けることが自然であろう。例えば、自衛隊法107条5項のように航空法の個々の騒音障害防止の規定との対応関係を曖昧に定めるのではなく、「防衛大臣は、耐空証明制度に代わる騒音防止のための基準を定めなければならない」といった規定ぶりにするはずである。自衛隊法が、107条5項に騒音障害防止の基準制定を明記していないということは、自衛隊法が③の立法政策を採用していると考えることが妥当である。

イ 次に、実質的な理由として、配慮義務は、防衛政策全般にわたる判断の下に行われるべきものであることが挙げられる。自衛隊法は、自衛隊の任務を3条で定め、防衛大臣は、自衛隊法の規定に基づき、自衛隊の隊務を統括するとしている(8条柱書本文)。そして、判旨も指摘するとおり、安全保障の特質上、自衛隊機の運航は、このような自衛隊の任務、特にその主たる任務である国の防衛を確実、かつ、効果的に遂行するため、防衛政策全般にわたる判断の下に行われなければならない。①の方法のように、自衛隊法で一方的に騒音防止に関する方法を定めたり、②の方法のように防衛大臣に特定の騒音防止に関する基準を制定させこれに従い配慮義務を履行させたりすると、自衛隊機の運航を柔軟に行うことができなくなり、国の防衛を確実、かつ、効果的に遂行するという自衛隊の主たる任務が遂行できなくなってしまう。自衛隊の主たる任務を遂行させることと、配慮義務を履行させることを両立するためには、防衛大臣が基準で定めることに適すると判断した事項は、基準を定めさせこれに従い配慮義務を履行させ、防衛大臣が基準で定めるには適さないと判断した事項は、基準を定めさせないで配慮義務を履行させる方法が妥当であるといえる。(3) このことに鑑みると、自衛隊法は、防衛大臣が配慮義務を②の方法により履行すべきことまでを要求せずに、③の方法により履行すべきことを許容したというべきである。³⁵もっとも、自衛隊法は、防衛大臣が、②の方法により配慮義務を履行することを否定するものではない。自衛隊法107条5項が、防衛庁大臣に要求している事項は、前述の4つの事項である。将来防衛大臣が騒音防止のための基準を制定することになる場合には、「運航に関する基準」³⁶や「自衛隊が設置する飛行場及び航空保安施設の設置及び管理に関する基準」に読み込むことになろう。

³⁵ 大内前掲注21 302頁も「自衛隊機の運航を規制する権限は、いわば一元的に防衛庁長官に集約されているのである。」と述べている。

³⁶ 土屋前掲注21 247頁によれば、「航空機の運航」とは、人が航空機を合目的に使用することに着目したもので、主として航空従事者が航空機を操縦するすべての行為をいう。また、「航行」とは、航空機が地上滑走を開始しその後地上を滑走終了するまでのことをいう。そして「飛行」とは、航空機の離陸から着陸までをいう。「運航」は「航行」を含む概念である。航空法は、「航空機航行に起因する障害の防止」としているので、「運航に関する基準」に騒音防止の基準を読み込めるだろう。

第3, 学説

一方で、防衛庁長官には配慮義務がないとする学説も存在する。以下これらの学説の検討を行う。

1, まず畠山教授の説について検討する。教授は、以下のように指摘する。³⁷

(1) 航空法1条は「航空機の航行に起因する障害の防止を図る」ことを法目的のひとつに掲げる。この「航空に起因する障害の防止」という文言は、昭和50年に騒音基準適合証明制度が導入された際に航空法1条に追加されたものである。その後、この騒音基準適合制度は耐空証明制度に一本化された。しかし、自衛隊法は、107条1項が航空法11条の定める耐空証明制度を自衛隊機につき適用除外としている。したがって、配慮義務なるものは存在しない。

(2) 民間航空機の場合には、航空機騒音障害防止法3条が適用され、国土交通大臣に、航空機の騒音による障害の防止・軽減のために航行方法を指定する権限を与えている。一方で、防衛施設周辺環境整備法にはこのような規定は見当たらないことに言及する。

(3) 教授は、自衛隊法107条5項の「その他航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置」の中に、その趣旨を読み込むことができるにすぎないと指摘する。そして、この規定はせいぜい防衛庁長官の周辺住民への影響に配慮すべき一般的な「責務」を定めたものにすぎず³⁸、それを権限規定に見立て、さらにそこから周辺住民の騒音等に対する受忍義務を引き出すのは論理の飛躍であるとする。³⁹

2, 以下畠山教授の説に対する私見を述べる。

(1) 教授が、自衛隊機については、騒音基準適合証明制度、耐空証明制度が適用除外とされていることから、配慮義務がないとするのであれば、この論理は妥当ではない。なぜならば、騒音基準適合証明制度、耐空証明制度を適用除外としても、このような制度に基づかない配慮義務を肯定することは可能だからである。すなわち、これらの制度が配慮義務の唯一の論理的前提であるわけではない。前述のとおり、耐空証明以外にも様々な騒音規制の方法を航空法などは用意している。また、教授が、自衛隊機には騒音基準適合証明制度、耐空証明制度の適用がないから、航空法1条の「航行に起因する障害の防止」の部分が自衛隊機については適用されないとするのであれば、この論理にも賛同できない。たしかに、立法の経緯は教授の指摘するとおりであるし、航空機の騒音規制において両制度が要を占めていることは疑いない。しかし、国土交通省令で定める滑空機については、航空法第3章の「航空機」の範囲からは除外されるので(航空法10条1項)、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供すること(航空法11条1項)ができる。また、試験飛行等を行うため国土交通大臣の許可を受けた場合も、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供す

³⁷ 畠山・前掲注7 96, 97頁

³⁸ 高木・前掲注12 340頁,

³⁹ 宇賀克也,『行政法Ⅱ』[第3版](有斐閣, 2011年)178頁

ることができる(航空法 11 条 1 項但書)。⁴⁰一方で、航空法 1 条の「航空機」は、有効な耐空証明を受けなくとも航空の用に供することができる航空機をも含む概念として機能している。「航行に起因する障害の防止」と騒音基準適合証明制度や耐空証明制度とは大いに関係があるが、両制度が適用されないからといって、「航行に起因する障害の防止」の部分が適用されなくなるわけではない。また、有効な耐空証明を受けず航空の用に供される航空機であっても、前述のとおり、空港等の設置の段階で飛行場周辺に騒音等の影響が及ばないように配慮されている。有効な耐空証明を受けていない航空機であっても配慮された空港等を利用し航空の用に供される場合には、やはり騒音等への配慮が行われているといえる。そして、有効な耐空証明を受けずに航空の用に供される航空機であっても、公共用飛行場に離着陸する場合には、航空機騒音障害防止法が適用される。最後にすべての航空機には、航空法 85 条が適用され防衛大臣は、粗暴な操縦をするような自衛隊機の運航に関する権限を行使することはできない。この点からも騒音規制は行われ配慮義務は肯定できる。

(2) また、たしかに、教授の指摘するとおり、防衛施設周辺環境整備法には、航空機騒音障害防止法 3 条のような規定は存在しない。しかし、航空法体系の騒音規制の手段は、航行方法の指定以外にも存在する。したがって、航行方法の指定といった規定が防衛施設周辺環境整備法にないことを理由として直ちに防衛大臣の配慮義務を否定することはできない。

(3) 次に、教授が防衛大臣の配慮義務を自衛隊法 107 条 5 項の「その他航空機に因る災害を防止し、公共の安全を確保するため必要な措置」の中に読み込めるとすることにも反対である。私見で述べたとおり、配慮義務自体は、航空法 1 条と自衛隊法 107 条 5 項の「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との部分に読みこむべきだと考える。航空法 1 条は、「航空機の航行の安全及び航空機の航行に起因する障害の防止を図るための方法を定め」と規定し、「安全」と「障害の防止」を区別して規定している。「安全」の中に「障害」を読みこむことは妥当ではない。⁴¹「災害」の文言に「騒音」を読み込むことも困難である。

(4) 最後に、教授は、配慮義務が存在していることから受忍義務が導かれるとの理解に基づいて判例を批判している。たしかに、判旨がこのような論理を展開しているのであれば、批判は免れないであろう。しかし、判旨が配慮義務から受忍義務を導いているとの理解は適切でないように思われる。後述のとおり、受忍義務が課される根拠は、「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」の部分に求められるべ

⁴⁰ 旧航空法下の騒音基準適合証明制度の下でもほぼ同様の構造になっている。

⁴¹ 厚木基地判決の判旨では、「そのため、自衛隊機の運航については、自衛隊法 107 条 1 項、4 項の規定により、航空機の航行の安全又は航空機の航行に起因する障害の防止を図るための航空法の規定の適用が大幅に除外され、」「このことは、自衛隊機の運航の特殊性に於いて、その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るための規制を行う権限が、防衛庁長官に与えられていることを示すものである。」「その航行の安全及び航行に起因する障害の防止を図るため必要な規制を行う権限を有するものとされているのであって」と述べている部分がある(下線部筆者)。最高裁も「安全」と「障害の防止」を区別していることがわかる。

きである。一方で、配慮義務は、公権力性を基礎づけるために言及されていると理解すべきである。なぜならば、配慮義務を履行するという防衛大臣の判断が介在した上で周辺住民に騒音等の影響が及ぼされるという関係にあるからである。私見に基づけば、教授らが、自衛隊法 107 条 5 項が防衛大臣の「責務」を規定するのみで、ここから受忍義務を導くのは論理の飛躍だとする点については、賛成できる。しかし、判旨がそのような論理構成を採用しているとの点については、反対である。

2, 次に岡田教授の説について検討する。⁴²

(1) 教授は、自衛隊法 107 条 5 項が防衛大臣に定めるよう要求する訓令にも言及したうえで、すべての法令を通覧しても、騒音に関して長官が配慮すべき旨を定めた規定を見出すことはできないとしている。

(2) しかし、岡田教授は、航空法と自衛隊法との関係に着目せずに、自衛隊法の規定のみに着目して防衛庁大臣の配慮義務の存否を検討している。前述のとおり、自衛隊機に関しては、航空法と自衛隊法は、一般法と特別法の関係にあるので、航空法の規定も参照したうえで、防衛庁大臣の配慮義務の存否について論じなければならないはずである。そして、前述のとおり、航空法の規定も視野に入れて検討すれば、防衛大臣の配慮義務は肯定できると考える。

3, 最後に大塚教授の説について検討する。⁴³

(1) 教授は以下のように述べる。「しかし、自衛隊法 107 条 1, 4 項が航空法の諸規定の適用を除外していることから、法律はこの点の配慮を特に長官に求めている(そして、107 条 5 項は災害防止、公共の安全に関する定めはしているが、騒音防止措置を講ずべきことは含んでいない)と解する余地も十分にあると思われる。」

(2) 教授は、自衛隊法 107 条 1 項 4 条が航空法の規定を適用除外としていても、航空法 1 条については、適用除外としていないことや、自衛隊法 107 条 5 項の「第 1 項及び前項の規定にかかわらず」との文言を見落としているように思える。また、前述したとおり、災害防止、公共の安全に関する定めには配慮義務を読み込むことは不可能であり、この点については教授に賛成できる。しかし、この点をもって配慮義務がないとすることには賛成できない。

4, 以上の学説の批判の根底には、周辺住民への配慮義務を肯定するためには、配慮義務が明確に見出せなければならないとの傾向が強いように思われる。これは、判旨が、配慮義務が存在していることから受忍義務が導かれるとの論理を採用しているという理解に基づいているものと思われる。⁴⁴しかし、前述のとおり、受忍義務が課される根拠は、「自衛

⁴² 岡田・前掲注 33 95 頁

⁴³ 大塚・前掲注 20 53 頁

⁴⁴ 深澤龍一郎教授は、現在の判例によれば、「生命、身体の安全や健康」に対する利益といった重要なものであればあるほど、配慮義務が肯定されるので民事差止訴訟が不適法になると指摘する(「行政関係紛争における事実行為と民事訴訟」法時 85 卷 10 号 45 頁)。これには、論理の飛躍があると思われる。厚木基地判決の民事訴訟排除の構造では、周辺住民

隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」という点に求められるべきである。配慮義務は、この受忍義務が、自衛隊機の運航に関する防衛大臣の権限の行使により周辺住民に賦課されることを導くものである。上記学説の主張するところによれば、自衛隊法は、防衛大臣が全く配慮義務を履行せずに周辺住民に騒音等の影響を及ぼし受忍義務を課すことを認めているということになる。このような立法政策では、不必要に周辺住民を騒音等の影響を及ぼすことになり、違憲の疑いが生じ得る。しかし、上記学説の中に自衛隊法の違憲無効を主張する者はない。非常に奇異である。結局上記学説のように自衛隊法が合憲であることを前提とするならば、配慮義務の存在を厳格に解釈することは妥当ではなく、私見のように緩やかに解釈することが妥当である。

【IV 自衛隊機騒音の特殊性】

判旨は、自衛隊機の運航に関する防衛庁長官の権限の行使が、周辺住民に受忍義務を課すことの4つ目の理由として、「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」ことを挙げている。判旨は、①「自衛隊機の運航に伴い必然的に騒音等が発生すること」と、②「騒音等の影響が飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であること」を区別し両者を受忍義務賦課の根拠としている。最高裁は、騒音等が必然的に発生すれば直ちに周辺住民に受忍義務が賦課されるとは理解していない。また、判旨は、「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避であるから」（下線部筆者）と述べ、全ての騒音等の影響が周辺に広く及ぶことが不可避とまでは言及していない。「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響」と述べ、自衛隊機の運航に伴う騒音等のみに言及した判示となっている。そこで、航空法や自衛隊法が、航空機騒音の特質をどのように理解しているかを検討すべきである。

第1、航空機騒音の程度

まず、航空機騒音の特殊性として騒音が大きいことが挙げられる。

1、上述のとおり航空法体系は、「航空機」を何らの規制を行わなければ受忍限度を超えるような非常に大きな騒音を発生させる存在だと理解していた。その上で、民間航空機に対しては、種々の強力な騒音規制が行われていた。

2、しかし、自衛隊法では、このような航空機騒音障害防止を図るための手厚い対処は、排除されてしまったり、航空機騒音障害防止法のようにそもそも適用がなかったりする。一方で、自衛隊法107条5項の配慮義務や航空法85条の粗暴な操縦の禁止といった自衛隊機にも適用される騒音規制は存在するが、脆弱なものである。したがって、自衛隊機の運航に伴って必然的に発生する騒音等は、受忍限度を超えるような非常に大きなものであるといえる。このような解釈は、航空法体系の「航空機」の理解や航空法の適用を排除して

に必然的に不利益が及ぶことが前提となっている。また、必然的に不利益が及んでも配慮義務が直ちに肯定されることにはならない。したがって、配慮義務の存在から直ちに民事訴訟が排除されるとの論理には賛成できない。

いる自衛隊法 107 条 1 項 4 項の解釈により導ける。

第 2, 航空機騒音の周辺住民への影響

次に航空機騒音の特殊性として騒音が到達しやすいことが挙げられる。

1, 騒音とは, 騒がしくて不快と感じる音である。音は, 物体を伝わり人に達する。発生源と人との間に遮蔽物があれば, 騒音の影響は大きく変わる。

2, このうち, 航空機騒音は特殊であるといえる。航空機騒音は, 航空機の運航に伴い発生する。「航空機」とは, 航空法上, 「人が乗って航空の用に供することができる飛行機, 回転翼航空機, 滑空機及び飛行船その他政令で定める航空の用に供することができる機器」と定義され, 航空の用に供することが前提となっている。航空機騒音は, 航空機の運航に伴い発生するので, 航空機騒音は, 空中から発生するものといえよう。そして, 一度空中で発生すれば, 遮蔽物に遮られることなく地上に到達してしまう。

3, 私見

以上を総合すると, 航空法や自衛隊法は, 自衛隊機の運航に伴い必然的に発生する航空機騒音を, ①受忍限度を超えるような非常に大きなものであり, ②空中で発生し遮蔽物に阻止なく地上に到達してしまうという特性を持っているものと理解しているといえる。したがって, 判旨は, 「自衛隊機の運航に伴う騒音等の影響は飛行場周辺に広く及ぶことが不可避である」と述べているのだろう。この解釈は, 航空法 2 条 1 項の航空の用に供することを前提としている「航空機」自体の定義や, 判旨の指摘する航空法体系の種々の手厚い航空機騒音障害防止規定を排除している自衛隊法 107 条 1 項 4 項から導ける。⁴⁵

⁴⁵新潟空港事件判決(前掲平成 5 年判決)は「飛行場に航空機が発着する場合に常にある程度の騒音が伴うことはやむをえないところであり, また, 航空交通による利便が政治, 経済, 文化等の面において今日の社会に多大の効用をもたらしていることにかんがみれば, 飛行場周辺に居住する者は, ある程度の航空機騒音については, 不可避のものとしてこれを甘受すべきであるといわざるをえず」(下線部筆者)と言及している。自衛隊機とは異なり, 民間航空機の場合には, 前述のような航空法体系の手厚い騒音防止規制が存在する。判旨は, この手厚い騒音防止規制があっても航空機の離発着の際に完全に騒音を防止することは不可能なので「常に」との文言を用いているのであろう。一方で離発着につき必然的にすなわち「常に」騒音が発生するとしても, この騒音は, 上述の手厚い騒音防止規制によってかなり軽減されたものである。すると, この「常に」発生する民間航空機の騒音は, 自衛隊機の場合とは異なり程度が甚大であるとはいえない。したがって判例は, 「ある程度」との文言を用いているのだろう。さらに, 民間航空機の騒音の程度は, 甚大ではなく「ある程度」のものであるが, 空中で発生し遮蔽物に阻止されにくく地上に到達してしまうというという特性は, 自衛隊機と同様であるから「不可避」との文言を用いているのだろう。なお, 後述のとおり, 民間航空機の場合には, 周辺住民に不可避免的に与える騒音等の影響は, 「ある程度」のもので甚大なものではないので, 常に受忍限度を超える騒音等の影響を与えることにはならない。したがって, 民間航空機の場合には, 厚木基地判決の論理を利用することはできない。一方で, 小田急高架化事業認可取消訴訟(最大判平成 17 年 12 月 7 日民集 59 卷 10 号 2645 頁)でも高架化事業から生ずる騒音が問題となっているが, 上記新潟空港事件判決のような説示は見当たらない。これは, 都市計画法等が事業から生じる騒音を必然的に発生するものとして理解していないことや, 事業から生ずる騒音は, 地上で発生するので必ずしも周辺住民に影響を及ぼすことにはならないことが理由として挙げら

【おわりに】

以上では、航空法と自衛隊法の関係に着目して判決の受忍義務論の理由の解明の参考にすることを試みた。受忍義務の意義や民事訴訟を不適法とする理由、これからの行政訴訟のありかたについては、また機会があれば、別の論文で考察したい。

以上

行為の違法確認訴訟の可能性

一橋大学法科大学院修了

村松暁

目次

- I はじめに
- II 事例
- III 行為の違法確認訴訟の意義
- IV 行為の違法確認訴訟の適法性
- V 終わりに

I はじめに

本稿では、行為の違法確認訴訟の可能性をテーマとする。行為の違法確認訴訟は、行政上の行為の違法を確認する訴訟である。

行為の違法確認訴訟は議論が深まっていない訴訟類型である。当該訴訟について論じた代表的な論文としては、山下義昭教授の『行為の違法』確認の訴えについて¹が挙げられる¹。本稿では、これまでの論文であまり論じられてこなかった行為の違法確認訴訟の有する意義を明らかにしたい。

また、行為の違法確認訴訟が許容されるかについて肯定説²と否定説³とに分かれているが、肯定説が多数を占めるようである。肯定説と否定説の対立は、行為の違法確認訴訟に、確認の利益を肯定することができるか、という問題に帰着する⁴。実務では、行為の違法確認訴訟が提起された場合、確認の利益を始め、何かしらの訴訟要件を欠く不適法な訴えとして処理される事が多く⁵、否定説が多勢であろう。しかし、いくつかの事例においては、行為の違法確認訴訟を提起することが、行政上の法律関係における国民の実効的な権利救済手段たりうることを示したい。具体的には、まず、問題となりうる事例を紹介し、その後、

¹ 山下義昭『行為の違法』確認の訴えについて」公法研究 71号 227頁（2009年）。その他の論文として、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト——」民商 130巻 6号 976頁（2004年）が挙げられる。

² 前掲注1・山下 227頁以下。高木光『行政訴訟論』79頁（有斐閣，2005年）など。

³ 行政事件訴訟法実務研究会編『行政訴訟の実務』114頁（ぎょうせい，2007年）。

⁴ 前掲注1・山下 228頁。

⁵ 実際に提起された訴訟として、東京高判平成 17・12・19判時 1927号 27頁（地区計画及び条例の無効確認訴訟）、東京地判平成 20・12・19判タ 1296号 155頁（地区計画の変更決定及び第一種市街地再開発事業に係る都市計画決定の違法確認訴訟）、高松高判平成 19・11・29最高裁判所 HP（介護保険法に基づく指定居宅サービス事業者の指定に係る行政指導および勧告の違法確認訴訟）など。村上裕章「公法上の法律関係の適法要件」阿部泰隆先生古稀記念「行政法学の未来に向けて」738頁以下（有斐閣，2012年）。

行為の違法確認訴訟の持つ理論的な意義ないし機能を検討した上で、具体的な事例において当該訴訟を提起したならば訴訟要件を充足するか等について検討する。

II 事例

行為の違法確認訴訟を提起する意義がある事例として、以下の 7 つが挙げられる。比較的最近の事例の中から恣意的に選択したものである。そのため、事例を網羅的に検討していないことから、理論的に詰め切れていない部分もある。この点は今後の課題としたい。

以下の事例では、実際に行為の違法確認訴訟が提起されたものもあるが、ほとんどの訴訟が行為の違法確認訴訟以外の争訟方法によって争われたものである。

①運転免許停止処分取消等請求事件(最判昭和 55・11・25 民集 34 卷 6 号 781 頁)

被告福井県警察本部長の処分によって免許停止処分となった原告が、被告本部長が行った本件処分は何らの違反行為がない行為を違反行為と認定した上でなされたものであり、また、被告福井県公安委員会が原告の審査請求を棄却する旨の裁決をなしたのは違法があるとして、被告らに対して本件裁決及び処分の取消などを請求した事案である。

裁判所は、自動車運転免許の効力停止処分を受けた者は、免許の効力停止期間を経過し、かつ、右処分の日から無違反・無処分で 1 年を経過したときは、右処分の取消によって回復すべき法律上の利益を有しないと判断し、本件訴えを却下した。

②都市計画変更決定取消等請求事件(東京地判平成 20・12・19 判タ 1296 号 155 頁)

原告らが、被告がした地区計画を変更する決定及び第 1 種市街地再開発事業に関する都市計画の決定について、主位的にこれらの取消しを、予備的にこれらの違法確認をそれぞれ求めた事案である。

裁判所は、都市計画法 12 条の 4 第 1 項 1 号の規定に基づく地区計画の決定及び都市計画法 21 条の規定に基づくその変更決定は、区域内の個人の権利義務に対して具体的な変動を与えるという法律上の効果を伴うものではなく、抗告訴訟の対象となる処分には当たらず、また、本件各決定の違法確認の訴えについては、確認の利益を認めることができないと判断し、本件訴えをいずれも却下した。

③裁決取消等請求事件(名古屋地判平成 18・11・30 判例地方自治 292 号 9 頁)

市立小学校に勤務する原告が、市教育委員会が「市立小中学校教職員等の学校施設等における通勤用自動車の駐車に関する要綱」を制定したことに関し、本件要綱によれば通勤用自動車を小学校校地内に駐車する場合は使用料を納入しなければならないとして、地方公務員法 8 条 2 項 3 号の規定に基づき苦情を申し立てたところ、受理できない旨の裁決がなされたことから、その取消しと本件要綱の無効確認等を求めた事案である。

裁判所は、苦情処理の申出を受理しないとする市公平委員会の行為は、抗告訴訟としての取消訴訟の対象となるべき行政処分に当たらず、また、本件要綱の制定行為も抗告訴訟の対象となる行政処分に当たると解することはできないなどとして、原告の訴えを却下ないし請求を棄却した。

④不作為の違法確認等請求事件（最判平成 7・3・23 民集 49 卷 3 号 1006 頁）

被上告人は開発行為をするために都市計画法 29 条所定の開発行為許可申請の事前準備として、上告人市長及び組合消防長に対して同意及び協議を求めたが不同意回答を受けたため、上告人らに対し 1 次的に不同意回答は処分に当たらないとして不作為の違法確認を求め、2 次的に不同意回答が処分に当たるとしてその取消を求め、3 次的に同意及び協議が義務であるとして履行を求めた事案である。

第 1 審判決は処分性を否定し、原判決は処分性を肯定したところ、上告人市に対して国家賠償請求した裁判の上告審は、同法 32 条所定の同意を拒否する行為は抗告訴訟の対象となる処分には当たらないとして、原判決中、上告人敗訴部分を破棄した。

⑤助成金支給決定等請求事件（東京地判平成 18・9・12 LLI/DB28131740）

原告が、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律等の規定に基づく本件助成金の支給申請に対する不支給決定の取消しと当該支給申請に係る本件助成金の支給決定の義務付けを求める〔1〕とともに、当該支給申請に係る本件助成金の支給を受けられる地位を有することの確認を求めた〔2〕事案である。

裁判所は、本件助成金の支給・不支給決定は抗告訴訟の対象となる「処分」に当たらないとして〔1〕に係る訴えを却下した上で、原告は同法 7 条 1 項各号に係る業務の実施についての実施要領 78 条 3 号の要件に該当するとして、〔2〕に係る請求を認容した。

⑥行政処分取消等請求事件（最判平成 23・6・14 裁判所時報 1533 号 24 頁）

被告（被控訴人、上告人）が設置し管理する老人福祉施設の運営を引き継ぐ事業者の公募に、社会福祉法人が応募したが、提案について決定に至らなかった旨の通知を受けたことから、上記法人の理事等である原告ら（控訴人、被上告人）が、その取消しを求めたところ、本件通知の取消請求が認容されたため、被告が上告した事案である。

裁判所は、市長がした本件通知は、上告人が、契約の相手方となる事業者を選考するための手法として法令の定めに基づかずに行った事業者の募集に応募した者に対し、その者を相手方として当該契約を締結しないこととした事実を告知するものにすぎず、公権力の行使に当たる行為としての性質を有するものではないと解するのが相当であり、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとし、原判決中、被告敗訴部分を破棄し、同部分に

つき原告らの控訴を棄却した。

⑦給水条例無効確認等請求事件（最判平成 18・7・14 民集 60 卷 6 号 2369 頁）

被上告人らが、上告人の簡易水道事業給水条例の別表 1 は別荘給水契約者を不当に差別するものであると主張して、本件別表が無効であることの確認を求めるとともに、未払水道料金につき債務不存在確認を求めるとしたところ、原判決が、請求を棄却した一審判決を変更し、請求を一部認容したため、上告人が上告した事案である。

裁判所は、本件改正条例は、町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであって、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもって行政庁が法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないとし、別表第 1 の無効確認請求に関する部分を破棄し、被上告人らの訴えを却下した。

Ⅲ 行為の違法確認訴訟の意義

1 行為の違法確認訴訟の性質

行為の違法確認訴訟の意義を論ずる前提として、行為の違法確認訴訟はどのような性質を持つかについて検討する。

行為の違法確認訴訟は、行為訴訟と位置づけることができる。行為訴訟とは、行政の行為を争う訴訟である⁶。それに対する訴訟類型は法律関係訴訟⁷であり、それは行政に関する法律関係（または権利義務）の存否などを争う訴訟である⁸。行為の違法確認訴訟が行為訴訟であることから、法律関係訴訟との対比を念頭に置きつつ、どのような性質を持つかを検討する。ここでポイントとなるのは、行為の違法確認訴訟と法律関係訴訟における審査の対象・範囲の違いである。

行為の違法確認訴訟は、「行政庁の当該行為が違法であることを確認する」旨の判決を得ることを目的とするものであり、訴訟の対象となるのは行政庁の行った行為である。ここで、行政庁の行為が違法であることを導く審査方法は多数考えられる。中でも、行為の違法確認訴訟においては、法律関係訴訟と異なり行政庁の裁量統制を行う事ができるため、本稿では裁量統制、とりわけ判断過程統制⁹に着目して検討したい。

⁶ 芝池義一「抗告訴訟と法律関係訴訟」磯部力ら編『行政法の新構想Ⅲ——行政救済法』31 頁（有斐閣，2008 年）。

⁷ 本稿では、法律関係訴訟は、行為の違法確認訴訟を含まないものとして考える。

⁸ 前掲注 6・芝池 31 頁。

⁹ 塩野宏『行政法 I ——行政法総論 [第 5 版]』136 頁（有斐閣，2009 年）は、判断過程の統制の方式として、最判平成 18・11・2 民集 60 卷 9 号 3249 頁の判示「その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、

判断過程統制審査は、第三者的立場から行政庁の判断過程を審査するものであるが、その具体的な下位基準として、重視すべきでない考慮要素の重視（他事考慮）、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠くこと（評価の明白な合理性欠如）、当然考慮すべき事項を十分に考慮しないこと（考慮不尽）等が挙げられる¹⁰。このように、当該審査は、判断過程において考慮された事項、考慮されなかった事項、及び当該事項についての評価に着目して判断することができる。したがって、行為の違法確認訴訟において、判断過程統制審査によって裁量逸脱・濫用を導くにあたって、当該行政庁の判断過程において考慮された、あるいは考慮されなかった、原告らの実体法上の利益ないし手続的利益等に着眼して審査することができるのである。この手法により、原告らは、実体法上の利益や手続的利益等を、司法審査の範囲に含めることができる。

それに対して、法律関係訴訟はどうか。法律関係訴訟の訴訟物は、当該個人と行政主体の間における公法上の法律関係である。訴訟物は特定されることが要求されるから、原告が主張する法律関係は、個別具体的なものでなければならない。そうすると、当該訴訟における審査の対象は、原告が特定した個別具体的な権利利益に限られ、原告が有する他の実体的な権利利益や手続上の地位等は、当該訴訟においては審理の対象外である。行政庁は、ある決定を下すにあたって、原告の他の実体的な権利利益及び手続上の地位等を考慮したとしても、当該法律関係訴訟では、行政庁が当該行為を行うと判断するにあたって考慮した事項全てを審査することはできない。

たとえば、都市計画における制限区域内に原告の所有する土地がある場合において、原告の所有する土地が建築制限等の制限にかからないことの確認の訴えを提起した場合を想定する¹¹。行政庁は、当該都市計画の決定にあたっては、制限区域内に係る住民の所有する土地等の状況に加え、住民の手続保障をも考慮することが求められる。しかし、この訴訟の審理対象は、当該土地が制限にかかるか否かであって、原告の公聴会等による意見を述べられる地位といった、手続上の地位について審理することはできないのである。

以上より、法律関係訴訟との対比によって、行為の違法確認訴訟の性質を見て取ることができる。即ち、提起された訴訟において審査される範囲が異なるのである。

まとめると、行為の違法確認訴訟は、当該訴訟において争点となるものを当該訴訟に集積する性質を持つと言える。争点となるのは、たとえば、実体法上の利益、手続的利益等

判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法とならすべきものと解するのが相当である。」を挙げている。

¹⁰ 櫻井敬子＝橋本博之『行政法 [第3版]』127頁（弘文堂，2011年）。

¹¹ 確認の利益が肯定されたと考える。

が挙げられる。

2 行為の違法確認訴訟の意義

(1) 行為の違法確認訴訟の機能

以上の性質を踏まえた上で、行為の違法確認訴訟にいかなる機能が認められるか。行為の違法確認訴訟は、行政庁の行為について審査する「行為訴訟」という側面と、対象物の確認という争訟方法である「確認訴訟」という側面を持つ。したがって、行為の違法確認訴訟の機能は、「行為訴訟」としての機能と「確認訴訟」としての機能とに分類できる。

ア 「行為訴訟」としての機能

行為訴訟としての機能を分析するにあたって、取消訴訟がいかなる機能を有しているかが参考になる。たしかに、取消訴訟は形成訴訟であり、行為の違法確認訴訟は確認訴訟であることから、性質に違いがある。しかし、両者は、行政庁の行為を直接攻撃することによって、原告の権利救済を図ることを目的とする行為訴訟としての側面を有する。ゆえに、取消訴訟の機能が行為の違法確認訴訟においても妥当するケースがあると考えられる。

では、取消訴訟の機能はいかなるものか。塩野教授は、取消訴訟の機能として、原状回復機能、適法性維持機能、法律関係合一確定機能、差止機能、再度考慮機能、反復防止機能を挙げている¹²。

原状回復機能とは、勝訴判決によって、行政行為のなかった状態に復帰させるという機能である。

適法性維持機能とは、違法な処分を取り消す等違法状態を排除することにより、客観的な法秩序の維持に奉仕する機能である。

法律関係合一確定機能とは、取消判決の効力を第三者にも及ぼすことにより（行訴法 32 条 1 項）、判決の効果が原告以外の利害関係人にも及ばなければ意味がなくなるといった不都合¹³を防ぐ機能である。

差止機能とは、行政過程において処分の執行や予定されている次の処分に進むことを差し止める機能である¹⁴。

¹² 塩野宏『行政法Ⅱ——行政救済法 [第 5 版]』84 頁以下（有斐閣，2010 年）。

¹³ 前掲注 12・塩野 86 頁は、自作農創設特別措置法を例に挙げる。即ち、自作農創設特別措置法に基づく農地買収処分・売渡処分があったときに、旧所有者が取消訴訟の排他的管轄に即して買収処分の取消判決を求めても、その判決の効果が売渡しを受けた者にも及ばなければ、売渡しを受けた者は、「自分は、なお、国から農地の売渡しを受けた状態をそのまま維持している」と主張できてしまうのである。

¹⁴ 前掲注 12・塩野 86 頁は、以下の例を挙げる。違法建築物の除却命令の取消訴訟で取消判決があると、行政庁としては、もはや処分の執行を進めることができなくなることや、国税通則法に基づく税金の更正処分に対して取消訴訟が提起され、これについて勝訴判決があると、次の滞納処分に進むことが許されな

再度考慮機能は、取消判決が関係行政庁を拘束するという行訴法 33 条を根拠に、申請拒否処分、取消判決により行政庁は申請について判決の趣旨に従いながら再度考慮しなければならないという機能である。

反復防止機能は、同じ処分を同じ理由で繰り返されることにより訴訟をした意味がなくなる事態を防ぐため、同一理由に基づく同一処分の反復を禁止する機能である。塩野教授は反復防止機能を既判力の観点から説明する¹⁵。しかし、通説・判例によれば、反復防止機能は拘束力によって根拠付けられるものである¹⁶。ゆえに、反復防止機能は、再度考慮機能に包含されていると言える。また、行政側に再度考慮させるにあたって、同一理由による同一処分を下すことを許すのでは、再度考慮させた意味が無いということも根拠となろう。

以上が、取消訴訟の機能である。では、行為の違法確認訴訟に引き直したとき、行為の違法確認訴訟は、上記の機能を有すると言えるか。

第 1 に、原状回復機能について。原状回復機能は、取消訴訟の取消判決が持つ効果によるものであるところ、行為の違法確認訴訟は、確認訴訟であって行為を取り消す形成訴訟としての性質は有さない。したがって、原状回復機能を有しない。

第 2 に、適法性維持機能について。まず、行為の違法確認訴訟は、違法を確認するにすぎず処分を取り消すものではない。そのため、違法状態を直接排除するものではない。しかし、取消訴訟の事情判決（行訴法 31 条）の場合、違法な行政処分であっても取り消されないが、処分が違法であることが判決主文で宣言されるため、間接的に、適法性維持機能を持つとされる¹⁷。事情判決における判決主文と、行為の違法確認訴訟における判決主文は、当該行為が違法であることを確認するという点で同じであって、両訴訟における判決の持つ影響は同質である。したがって、行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能を有する¹⁸。

第 3 に、法律関係合一確定機能について。合一確定機能は、第三者効（行訴法 32 条 1 項）を有することから導かれるものであるが、同法 41 条は同法 32 条 1 項を準用していない。ゆえに、行為の違法を確認しても、その効果は当事者間にしか及ばない。したがって、合一確定機能を有しない。

第 4 に、差止機能について。まず、差し止める対象が行政庁の処分であれば、差止訴訟を提起することになる。そうすると、行政庁の処分を差し止めるという意味での差止機能

くなることである。

¹⁵ 前掲注 12・塩野 190 頁。

¹⁶ 田中二郎『行政法上巻 [全訂第 2 版]』354 頁（弘文堂、1974 年）、芝池義一『行政救済法講義 [第 3 版]』89 頁（有斐閣、2006 年）など。

¹⁷ 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法 [第 3 版]』127 頁（有斐閣、2011 年）。宇賀教授は、法治国原理担保機能と称する。しかし、その内実は、取消訴訟により違法な行政処分を排除し適法な状態を還元する機能としていることから、塩野教授の適法性維持機能と同視できる。

¹⁸ 山田健吾「行政関係紛争と確認訴訟」法律時報 85 卷 10 号 25 頁（2013 年）は、「実質的当事者訴訟としての確認訴訟についても、行政決定を確認の対象とすることが認められる場合には、違法確認機能を備えることになる」としているが、これは、本稿でいう適法性維持機能と同旨のものと思われる。

は有しない。それに対して、行政庁の処分以外の行為を攻撃対象にして将来予想される不利益を未然に防止するという機能は、後述する予防的救済機能に吸収されると思われる¹⁹。その理由は次の通りである。まず、予防的救済機能は、将来予想される不利益を未然に防ぐ広い概念である。ここで、差止機能は、行政庁の処分を攻撃対象とすることで、上記不利益のうち行政庁の処分に端を発する不利益を未然に防ぐものである。このように、行政庁の処分以外の行為を差し止めるという意味での差止機能は、予防的救済機能に含まれる関係にあるのである。以上からすると、行為の違法確認訴訟は、行政庁の処分以外の行為を差し止めるという意味での差止機能を有するが、それは後述する予防的救済機能のところで考えれば良く、別途取り上げて考える必要はないということになる。

第5に、再度考慮機能について。再度考慮機能は行訴法33条を根拠とする。行訴法43条1項は行訴法33条1項を準用するものであるから、行為の違法確認訴訟は、再度考慮機能を有する。

以上より、「行為訴訟」としての行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能を有するということになる。

イ 「確認訴訟」としての機能

私法上の法律関係に関する確認訴訟は、どのような機能を有するか。南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法 [第3版補訂版]』767頁 [竹下守夫] (弘文堂, 2009年)によれば、予防的救済機能、包括的救済機能、規制的救済機能を有するとされる²⁰。

予防的救済機能とは、権利侵害が発生しまたは権利侵害の危険が現在化する以前に、当事者間の実体的権利関係を確定し、確定された実体的権利関係に適合した行動を取ることが当事者に期待して、権利侵害ないし紛争を防止するという機能である。

包括的救済機能とは、その物権や包括的法律関係自体を対象とし、その存否を確定することで、紛争を包括的に解決するという機能である。相手方が判決の判断内容を尊重することを期待できることが条件となる。

規制的救済機能とは、団体関係等にあつては、その団体関係上の原告の権利・利益が守

¹⁹ 後述するが、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有することが前提である。

²⁰ その他の民事訴訟の機能・類型を論じたものとしては、ハンス・シュトル「民法の観点からの確認の利益の諸型」(佐上善和紹介) 法学論叢 93巻2号 87頁 (昭和48年) や、伊藤眞「確認訴訟の機能」判例タイムズ 339頁 28号が挙げられる。ハンス教授の分類によれば、確認の訴えには、先取の確認の訴え、保全の確認の訴え、妨害排除の確認の訴えの3種に分けられる。伊藤教授は、紛争の根本的解決(優越的地位の確保を含む)を目的とした訴訟(中間確認訴訟など)、給付訴訟の代替的目的を持つ訴訟、確認訴訟によって紛争が全面的に解決することが法制度上保障されている場合(行政訴訟など)、裁判の波及的效果を求めて提起される場合、予防的目的を持つ確認訴訟、包括的解決を目的とする確認訴訟(身分関係訴訟など)、個人的利益よりも社会的利益の実現を目的とする確認訴訟、団体の内部紛争を目的とする訴訟の8種に分類する。このように、別の類型を論じた論文や確認訴訟の持つ機能と確認の利益を結びつけて論ずる論文があるが、詰めて検討していないため、今後の課題としたい。

られるには、取締役・株主等の内部関係者全員が一定の準則に従って行動する必要があるところ、判決の効力の拡張を伴って、全員に対し行動準則を設定し行動を規律するという機能である。

以上が、私法上の法律関係に関する確認訴訟が有する機能である。次に、行為の違法確認訴訟は上記確認訴訟の機能を有するか。

第 1 に、予防的救済機能について。行為の違法確認訴訟が民事訴訟と異なる重要な要素は、私人ではなく、行政主体が当事者となることである。行政主体は、民事訴訟における私人に比して、適法性の維持を期待できる。理由は次のとおりである。まず、法律による行政の原理により、行政活動が法律に基づき、法律に従って行われることが義務づけられ、実際に行われた行政活動が法律に違反した場合には、事後的に裁判所が法律違反と宣言することで適法性を回復する仕組みを整備することを要請されている²¹。したがって、行政側は、自身の行為が違法であると確認されると、当該行為を是正することが要請され、また、当該行為に基づく行為を行うことができなくなるのである。以上より、判決の効果に直接基づくものではなく、行政側に対する事実上の期待に基づくものではあるが、行為の違法確認訴訟は予防的救済機能を有する。

第 2 に、包括的救済機能について。行政庁の行う一つの行為が、一個人との法律関係を複数回形成あるいは変化させることがあり、場合によっては当該個人に対して複数の義務を課すことがある²²。このとき、たとえば、支払義務がないことを理由として、既払金の不当利得返還請求といった給付請求を起こすことも考えられる。しかし、給付訴訟では、請求権の基礎にある物権や包括的法律関係の帰属や存在に争う事案でも、当該請求権の内容に取り込まれた限度での不利益が救済されるにとどまる。それに対して、当該個人に対して複数の義務を課した行政庁の行為の違法を直接確認すれば、判決の内容を尊重することが期待できるから、当該行為から生じた個人の不利益について包括的に解決することができる。したがって、行為の違法確認訴訟は、包括的救済機能を有する。

第 3 に、規制的救済機能について、当該機能が発揮される場面として想定されているのは、団体内部における規律が求められる状況である。しかし、行為の違法確認訴訟は、一般に行政庁の行為が違法であることを確認するものであって、当該行為が違法であるとの判決が出されても、行政主体内部において規律される効果は持たない。たとえば、土地区画整理事業の土地区画整理組合を例に挙げてみる。当該組合の行為の違法を確認した場合を想定する。このような確認をしたところで、会社法 838 条のように判決の効力を伴う規定はないため、当該組合に属する住民に対して何らかの規律をすることはできない。このように、行政主体に対して行為の違法確認訴訟を提起したところで、団体内部を規律する

²¹ 前掲注 10・櫻井＝橋本 13 頁。

²² 具体例は後述する。

ものではないから、行為の違法確認訴訟は、規制的救済機能を有しない。

したがって、「確認訴訟」としての行為の違法確認訴訟は、予防的救済機能、包括的救済機能を有することになる。

以上をまとめると、行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能、予防的救済機能、包括的救済機能を有することになる。

(2) それぞれの機能が発揮されうる具体的場面の例示

以上の通り、行為の違法確認訴訟が有すると思われる機能を整理した。次に、それぞれの機能がいかなる場面で発揮されうるのかを、事案①～⑦に照らして検討する。

ア 適法性維持機能

この機能が発揮されうる場面としては、①～⑦の事例全てが考えられる。行為の違法確認訴訟が行政庁の行為の適法性を審理する訴訟という性質を持つため、その適法性維持機能は、すべての事案において認められると思われるからである。ただ、適法性維持機能を単独で検討するために、(イ)～(エ)の機能が発揮されないと思われる①運転免許停止処分取消等請求事件を検討したい。

①の事例において、訴訟要件を充足したとするならば、福井県公安委員会指揮下の福井県警本部長が行った運転免許停止処分についての適法性が審査されることになる。この審査により違法を確認する判決がされれば、当該訴訟は、行政庁の行為の適法性を間接的に維持することになる。

イ 再度考慮機能

この機能が発揮されうる場面としては、たとえば、④不作為の違法確認等請求事件、⑤助成金支給決定等請求事件、⑥行政処分取消等請求事件の事例が挙げられる。

④について。原告は、盛岡市の市街化調整区域の開発を計画し、都市計画法 32 条に基づき、既存の道路や下水道等の管理者である被告盛岡市長に同条所定の同意を求めたところ、被告は県の方針や計画に適合しないなどの理由で同意できないと回答した。このような事案において、原告は、被告の行った不同意行為の違法確認訴訟を提起する事が考えられる。当該行為の違法確認判決がされることにより、被告は、その拘束力から、再度同意するか否かについて考慮することが求められるのである。

⑤について。まず、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進のための情報の提供、相談その他の援助等実施要領にて、助成金の支給要件に関する定めがある。原告は、支給不許可とされた決定を不服としているため、支給不許可を取り消したいが、当該支給不許可は処分性を有しない。そこで、原告は、支

給不許可決定の違法確認訴訟を提起することが考えられる。違法確認判決がされることにより、被告は、その拘束力から、再度同意するか否かについて考慮することが求められるのである。

⑥について。この事案では、原告が、老人福祉施設の運営を引き継ぐ事業者の公募に応募したが、紋別市長から提案について決定に至らなかった旨の通知を受けた。この事案において、原告は、提案について決定に至らなかった旨の通知の違法確認訴訟を提起する事が考えられる。当該行為の違法確認判決を下されることにより、市長は、原告が行った応募に対して、契約を締結するかどうかについて再度考慮することになる。

ウ 予防的救済機能

この機能が発揮されうる場面としては、たとえば②都市計画変更決定取消等請求事件、③裁決取消等請求事件の事例が挙げられる。

②について。この事案では、原告は、処分性を有しない都市計画変更決定が違法であることの確認を求めることになる。この違法確認判決によって、その後に予定された計画決定に沿った具体的な処分が行われることを防ぐことができる。ここに、紛争を防止するとともに、当該不利益を未然に予防する機能を見て取ることができる。

③について。この事案では、要綱が制定されることにより、原告は駐車場を使用するにあたって使用料を支払わなければならなくなる。そこで、原告としては、当該要綱制定行為の違法確認判決を求めることになる。当該判決が下されることにより、当該要綱に沿った使用料の支払いを拒むことができる。ここに、紛争を防止するとともに、使用料の支払という不利益を未然に防止する機能を見出すことができる。

エ 包括的救済機能

この機能が発揮されうる場面としては、⑦給水条例無効確認等請求事件の事例が挙げられる。この事案では、簡易水道事業給水条例が改正されたことにより、原告らに対する水道料金が値上げされた。当該水道料金は月ごとに発生するものであるから、原告らは、月ごとに水道料金値上げ分の債務を負うことになる。そこで、原告としては、水道料金の値上げの発端となった給水条例の制定行為の違法確認を求めることになる。当該判決が下されると、条例制定行為から発生する個々の水道料金値上げ分の債務については、正当な根拠がなくなることになる。ここに、原告の負う多数の債務という不利益に関して、包括的に救済する機能が見て取ることができる。

IV 行為の違法確認訴訟の適法性

上記3の検討を通じて、行為の違法確認訴訟の有する機能が発揮されうる場面を検討し

た。しかし、前述の通り、実務では行為の違法確認訴訟が否定されることが多い。また、現実においても行為の違法確認訴訟の提起が許容されなければ、行為の違法確認訴訟の機能は発揮されない。したがって、上記3で紹介した事案において行為の違法確認訴訟を提起した場合、確認の利益が肯定されるかを検討する必要がある。

1 確認の利益

民事訴訟では、確認の利益の有無は、次の3つの観点から判断される²³。(a) 解決手段として確認の訴えを選ぶことの適否（方法選択の適否）、(b) 確認対象としてどのようなものを選択するか²⁴の適否（確認対象の適否）、(c) 解決すべき紛争の成熟性の観点（即時確定の利益）である。

(a) 方法選択の適否について。

確認訴訟以外の紛争解決形態が存在する場合には、原則として確認の利益は否定される。その意味で、確認の訴えは補充的（他の手段がない時に用いられる）と言われる²⁴。ゆえに、給付の訴えが可能な請求権について、その請求権自体の確認を求める利益はなく、本案判断の前提をなす手続問題の確認を別訴で求める利益も原則として存在しないとされている。

(b) 確認対象の適否について。

どのような対象を訴訟物に据えて確認判決をすると紛争解決の実効性を高めることができるか、という観点のものである。この観点に関しては、①事実の確認は許されず、法律関係の確認を求めべき、②過去の（事実はもちろん）法律関係の確認は許されず、現在の法律関係の確認を求めべき、③何々でないことの確認という消極的確認よりも何々であることの確認という積極的確認を求めべき、という3つの原則がある。この3つの原則は、事実の確認よりも法律関係の確認をする方が、過去の法律関係を確認するよりも現在の法律関係を確認する方が、消極的確認よりも積極的確認をする方が、それぞれ紛争解決の実効性が高いことを根拠とする。しかし、高橋教授が「ドグマ」²⁵と表現している通り、それぞれの原則は一応の筋は通っていても、いずれも一応のものにすぎず、絶対的なものと考えべきではない²⁶。ゆえに、事実の確認、過去の確認及び消極的確認は、各事案において、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である場合、確認の利益を肯定して良いと思われる²⁷。

(c) 即時確定の利益について。

²³ 以下、確認の利益の検討にあたっては、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上[第2版]』358頁以下（有斐閣、2011年）を参照した。

²⁴ 前掲23・高橋360頁。

²⁵ 前掲23・高橋362頁。

²⁶ 前掲23・高橋368頁。

²⁷ 前掲23・高橋362頁以下参照。

確認の利益が認められるためには、原告の権利・地位に不安・危険が生じていなければならず、かつ、その不安・危険は現実的なものでなければならない。原告の権利・地位に不安・危険がないのであれば訴訟をさせる意味がなく、不安・危険が抽象的ないし想像的なものに過ぎないのであれば具体化ないし現実化した段階で訴訟をさせれば足りるからである²⁸。

2 事例分析

3つの観点を中心に、確認の利益の有無について判断する。この判断にあたっては、それぞれの機能が確認の利益に結びつくかは問わない。結びつかなくとも、確認の利益が肯定されれば、実際の事案において、当該機能が発揮される事になると考えられるからである。

①運転免許停止処分取消等請求事件(最判昭和 55・11・25 民集 34 卷 6 号 781 頁)

この事案で、運転免許停止処分の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

即時確定の利益はどうか。この事案では、運転免許の停止処分が下されることに起因する名誉、感情、信用等を損なう可能性の存在が、原告の不利益として捉えられていた。しかし、これは事実上の効果であることから、原告らが本件裁決取消訴訟によって回復すべき法律上の利益を有しないとされた。そうすると、原告の権利・地位に不安・危険が生じていないことになる。したがって、上記名誉等の不利益では即時確定の利益が認められず、結果として確認の利益がないと判断されると思われる。

では、適法性維持機能から何かアプローチできないか。上述の通り、理論的には適法性維持機能が認められるが、この適法性維持機能は、第一次的には行政庁の行為の適法性を担保するという公益的性質を有する。このことから、適法性維持機能をもって、原告が自身の私的利益であると主張することは困難である。ゆえに、行政庁の行為の適法性を維持するという公益を、原告の権利・地位に含めることはできないため、結局即時確定の利益は認められない。つまり、適法性維持機能は、確認の利益を肯定する要素としては働かないということが分かる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が適法性維持機能を有していても、①の事例においては、当該機能は発揮されない。また、上述の通り、適法性維持機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

②都市計画変更決定取消等請求事件(東京地判平成 20・12・19 判タ 1296 号 155 頁)

この事案で、都市計画変更決定の違法確認訴訟を提起したと仮定する²⁹。

²⁸ 前掲 23・高橋 373 頁。

²⁹ ②の事例では実際に提起されている。

まず、即時確定の利益はどうか。実際の事案において、変更決定の法的効果は一般的抽象的なものである。そうすると、本件の行為の違法確認訴訟を提起したとしても、不安・危険が抽象的ないし想像的なものに過ぎないとされ、即時確定の利益がないと判示されるように思われる。

しかし、具体的に計画の変更に伴い土地が売れにくくなる等といった具体的な事情によっては、現に原告の権利利益が不安にさらされ、即時確定の利益が認められる場合も想定される。ただ、この場合、原告の所有する土地に制限がかからないことの確認の訴えを提起することもできるように思われる。当該法律関係確認訴訟も確認訴訟であることから、予防的救済機能を有する。このような事例では、当該法律関係を確認することが紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であることになり、行為の違法を確認することは紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるとはいえない。したがって、確認対象の適切性の観点から、確認の利益が否定されることになる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有していても、②の事例においては、当該機能は発揮されない。また、当該機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

③ 裁判取消等請求事件（名古屋地判平成 18・11・30 判例地方自治 292 号 9 頁）

この事案で、本件要綱制定行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

まず、即時確定の利益はどうか。本件要綱によれば、江南市立小中学校教職員等が通勤に自家用車を利用し、これを学校施設内に駐車する場合は使用料を納入しなければならない（地方自治法 225 条）。しかし、本件要綱は一般的な規定であって、特定の者に対してのみ適用されるものではない。したがって、原告の有する不安・危険は抽象的なものにすぎないことから、即時確定の利益がないと判示されるように思われる。

また、仮に、権利利益に対する具体的な不安・危険を肯定した場合を想定する。この事案では、要綱が制定されることにより、原告が駐車場を使用するにあたって使用料を支払わなければならない。したがって、原告としては、当該要綱制定行為の違法確認を求め、当該要綱に沿った使用料の支払いを拒むことができる。ここに、実際に原告が駐車場を使用して使用料を請求される等の紛争が起きる前に、未然に予防することができる。そのため、行為の違法確認訴訟は、事前に無益な争いを産まないようにする手段として適切に思われる。しかし、このような効果は、自家用自動車の駐車にあたって使用料を支払う義務がないことの確認の訴えなど、法律関係確認訴訟を提起することによっても導くことができる。そうすると、行為の違法を確認することは紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるとはいえないから、②と同様、確認対象の適切性の観点から、確認の利益が否定されることになると思われる。

以上より、訴訟要件を充足しない。したがって、行為の違法確認訴訟が予防的救済機能を有していても、③の事例においては、当該機能は発揮されない。また、②と同様、当該機能は確認の利益を肯定する要素としては働かないことから、当該機能は本件事案の確認の利益の肯定に結びつかないと言える。

④不作為の違法確認等請求事件（最判平成 7・3・23 民集 49 卷 3 号 1006 頁）

この事案で、不同意行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性の観点からどうか。この事案における紛争の発端は、都市計画法 32 条所定の同意を拒否したことに求められる³⁰。仮に不同意行為の違法確認の判決が出た場合、公共施設の管理者である盛岡市長に、当該同意をするかどうかについて、再度考慮させることができる。これは、紛争の発端である不同意行為について再度考慮させることを意味する。そうすることで、当該不同意行為に起因する、適法に開発許可の申請ができないといった不利益³¹が解消することになる。そのため、当該不同意行為の違法確認は、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。したがって、対象の適切性は充足する。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、④の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑤助成金支給決定等請求事件（東京地判平成 18・9・12 LLI/DB28131740）

この事案で、助成金支給決定の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性はどうか。本件助成金支給決定の可否が一番の争点であり、紛争の発端である。そして、当該訴訟に勝訴することができれば、当該争点につき、行政庁に再度考慮させることを求めることができる。このことから、行為の違法確認訴訟は、紛争の根本的原因を取り除く作用を有する。したがって、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑤の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑥行政処分取消等請求事件（最判平成 23・6・14 裁判所時報 1533 号 24 頁）

この事案で、市長が原告に対して行った、原告の提案について決定に至らなかった旨の通知の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

対象の適切性はどうか。この事案において、原告の提案を拒否したことの是非が、⑥における一番の争点であり、紛争の発端である。その後、原告の提案を拒否したことを前提

³⁰ 都市計画法 30 条 2 項より、開発許可の申請書に、当該同意を得たことを証する書面の添付が要求されているため、同意が得られないと、原告が開発行為の許可申請をしても不許可とされる蓋然性が高かった。

³¹ 綿引万里子「判解」最判解刑事篇平成 7 年度（上）395 頁（1998 年）。

として法律関係が進行したため、当該判断は現在に至るまで続く紛争を生じさせるものからである。このような事例において、行為の違法を確認する判決が出された場合、市長は再度当該判断をしなければならない。これは、市長が、本件の一連の紛争発生の本来的原因について考えなおす機会が与えられることを意味する。ゆえに、当該行為の違法確認訴訟は、紛争の本来的原因を取り除く作用を有すると言える。したがって、市長の当該行為の違法を確認することは、紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要であるため、対象の適切性の観点から、確認の利益は肯定される。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑥の事例において、再度考慮機能は発揮される。また、再度考慮機能は、確認の利益の肯定に結びついていると言える。

⑦給水条例無効確認等請求事件（最判平成 18・7・14 民集 60 卷 6 号 2369 頁）

この事案で、給水条例の制定行為の違法確認訴訟を提起したと仮定する。

まず、対象の適切性かどうか。当該水道料金は月ごとに発生するものであるから、給水条例制定行為は、原告らに対して、多数の水道料金値上げ分の債務を負わせることになる。条例制定行為が違法であるとするれば、無効であることを前提に、支払い分の債務に関して不当利得返還請求、また、未払い分の債務に関して債務不存在確認請求を提起する方法も考えられる。しかし、債務が複数考えられることから、それぞれ複数の訴訟を提起しなければならない、当該権利義務が多数になるにつれて、紛争を抜本的に解決することが困難となる。それに対して、給水条例の制定行為の違法を確認すれば、当該行為から発生する個々の水道料金値上げ分の債務については、正当な根拠を欠くことになる。行政庁は、違法確認判決を尊重するため、給水条例の制定行為から派生した不利益に関する紛争を抜本的に解決することができる。したがって、対象の適切性は認められる³²。

即時確定の利益の有無も問題となるが、既に当該水道料金値上げによって、原告らに具体的な財産侵害が発生しているため、即時確定の利益も認められる。

したがって、訴訟要件を充足する。そのため、⑦の事例において、包括的救済機能が発揮されることになる。また、包括的救済機能は、確認の利益の肯定に結びつくものといえる。

3 まとめ

以上より、①～⑦の事案において、行為の違法確認訴訟を提起した場合、訴訟要件を充足するのは、④⑤⑥⑦だと思われる。

³² 山田洋「判批」自治研究 81 卷 1 号 137 頁（2005 年）は、「二審判決は、『給水契約という継続的供給契約においては、日々料金債務が発生しているのであるから、個々の水道料金について債務不存在確認を求めることは迂遠であり、より抜本的な紛争解決のためには、約款的性格を有する供給規程自体の無効確認を求めることも許される』とし、一審判決も、ほぼ同旨を述べている……本件紛争の解決のためには、直截に条例の効力を争うことが最も適切であることについても、異論は少ないのではないか。」と指摘する。

①の事例分析からすると、適法性維持機能は確認の利益の肯定に結びつくことはないように思われる。しかし、①は、原告の名誉等の侵害は事実上の利益であるから確認の利益が肯定されない事例であったが、行為の違法確認訴訟は、行政庁の行為の違法を確認する訴訟である以上、他の事例においても発揮される。ゆえに、訴訟要件を充足すると思われる④～⑦においては、適法性維持機能が発揮されている。ただし、適法性維持機能は公益を保護するものであるから、他の機能とは異なり、原告らに対して直接利益をもたらすものではない。すなわち、適法性維持機能は、訴訟を考えている個人に対して、行為の違法確認訴訟を選択する動機付けを持たない。結局、適法性維持機能は、行為の違法確認訴訟が提起されたことによる副次的な産物でしかなく、訴訟を考えている個人にとって実際上の意義を有しない。

②③は、確認の利益がないと判断される可能性が高い。これには2つの理由が考えられる。1つ目は、紛争がまだ起きていない段階で提起するものであるから、紛争の成熟性に欠けるという判断がされやすいことにある。これは、確認訴訟一般において問題になるものであるが、本稿では検討を省略する。2つ目は、個別具体的な権利義務を確認するといった法律関係訴訟を提起できるため、対象の適切性の観点から否定されることにある。これは、予防的救済機能が行為の違法確認訴訟固有の機能ではないことを示すものである。

④⑤⑥では、確認の利益が肯定されると判断しうる。これらの事案において、原告の実体的利益・地位に引き直したところで、勝訴することは難しいように思われる³³。このことは何を意味するのか。まず、このような場合においては、法律関係訴訟の提起を求めることは困難であって、行為の違法を確認することが紛争の抜本的解決のため最も適切かつ必要である。ゆえに、対象の適切性の観点からも確認の利益を肯定でき、行為の違法確認訴訟の訴訟要件を充足するのである。このことから、行為の違法確認訴訟は、原告の実体上の権利・利益の肯定が難しい事案においても、手続の違法等諸般の事由を理由に違法判決を下すことで、行政庁に再度考慮させることができることが分かる。つまり、実体法上の地位の存在等を直接確認することまではできない事例でも、再度考慮させることにより、行政庁の判断を変更しうるのである。ここに、行為の違法確認訴訟の固有の意義が認められる。このような機能は、紛争の受け皿という当事者訴訟の在り方と整合する。まとめると、裁量が広く認められる事案において、原告の救済に向けて、最低限、行政庁の行為に影響を与えうるという点において、行為の違法確認訴訟固有の意義がある。

⑦について。行為の違法確認訴訟以外の救済方法として、たとえば、個別具体的に不当利得の返還を求める訴えを提起する方法も考えられる。しかし、行為の違法を確認する方法によれば、原告の不利益について包括的に救済することができる。ゆえに、行為の違法

³³ ⑤の事例では、判示中に「原告が確認を求める「支給を受けられる地位」なるものが本件助成金に係る具体的な給付請求権を意味するものであるとすれば、存在しないことの明らかな権利の存在確認を求めるものとして、確認の利益ないし確認の対象の適格性を欠く不適法な訴えと扱われるか、そうでないとしても請求棄却を免れない。」という指摘がされている。

確認訴訟は、現在の法律関係訴訟では達成できない紛争の抜本的解決を可能にする。これは、現在の法律関係訴訟を提起することが可能なケースにおいても、行為の違法確認訴訟が、現在の法律関係訴訟が有しない機能を発揮しようということを意味する。ここに、行為の違法確認訴訟の固有の意義を見て取ることができる。

V 終わりに

行為の違法確認訴訟は、適法性維持機能、再度考慮機能、予防的救済機能、包括的救済機能を有する。具体的な事案に照らして検討すると、再度考慮機能、包括的救済機能は、確認の利益を肯定付ける要素となる。適法性維持機能はその他の事情により確認の利益が肯定されたときに当該機能を発揮するが、確認の利益を肯定付ける要素とはならない。予防的救済機能は、確認の利益を肯定付ける要素とならず、同機能が発揮されうる場面にて行為の違法確認訴訟を提起しても当該訴えは不適法となると思われる。したがって、行為の違法確認訴訟の存在意義は、再度考慮機能及び包括的救済機能を有することに求められる。また、再度考慮機能及び包括的救済機能が発揮されうる場面では、法律関係訴訟は同機能を有しないことが多いように思われる。このことから、行為の違法確認訴訟は、そもそも法律関係訴訟を提起できない場面で同機能を発揮できることは勿論、法律関係訴訟を提起できる場面でも法律関係訴訟が有しない同機能を発揮できることが分かる。これらは、行為の違法確認訴訟が有する固有の意義である。

以上の通り、本稿では、取消訴訟や私法上の法律関係に関する確認訴訟の性質を参考に、行為の違法確認訴訟の意義を検討し、事例分析により当該機能を具体的に明らかにした。加えて、行為の違法確認訴訟を適法に提起できる可能性を、多少なりとも示すことができたように思う。しかし、事例検討を十分に行えていないため、行為の違法確認訴訟の意義や可能性について今後の裁判例の集積と議論の発展に期待したい。

以上

※本稿の執筆に際して、一橋大学法学研究科薄井一成准教授には終始ご指導いただき、大変お世話になった。この場をお借りし、心よりお礼申し上げます。

支配権の異動を伴う第三者割当増資規制について

一橋大学法科大学院修了生 早乙女明弘

目次

- I 第三者割当増資の現状および本論文の問題意識
- II 第三者割当増資をめぐる近時の展開と東証の自主規制
- III 第三者割当増資の新たな方向性
- IV 立法論および解釈論に基づく検討
- V おわりに

I 第三者割当増資の現状および本論文の問題意識

本論文は、上場会社が行う第三者割当増資についての規制のあり方を検討するものである。これについては、平成 26 年 6 月 20 日、会社法の一部を改正する法律¹（以下、「改正法」という。）が参議院本会議で可決され成立したところであるが、本論文の結論の一部を先に述べれば、現行法および改正法における第三者割当増資規制は、株主からみてやや不十分なものであるといわざるをえない。この問題を論ずる前提として、本章では、第三者割当増資の現状を概観したうえで、どのような第三者割当増資を検討対象とすべきかについて述べることにする。

日本では、歴史的に、第三者割当増資は資金調達的手段として広く活用されている。日本証券業協会の資料²によれば、たとえば、上場会社において 2013 年に行われた第三者割当増資は 271 件、調達額は 5891 億 5800 万円であり、これは、株主割当増資の 2 件、11 億 6300 万円と比べてはもちろんのこと、公募増資の 104 件、1 兆 671 億 5900 万円と比べてみても第三者割当増資が広く利用されているのが分かるところである。

持株比率に与える影響がなく、新株主から旧株主への株式の経済的価値の移転も起こることもないという意味では、株主割当てが多く活用されるべきとも思われ、現に昭和 40 年代半ば頃までは、株主に、当時存在した額面株式の券面額を払込金額として株式の募集を行う例が多かったが、この方法は、時価発行に比し発行会社にとり資本コストが高くなること、および、株主からみれば、その権利を行使して株式を引き受けないと持株の値下が

¹ 平成 26 年 6 月 27 日公布（法律第 90 号）、公布の日から 1 年 6 月を超えない範囲において政令で定める日において施行とされている。

² 日本証券業協会 HP（<http://www.jsda.or.jp/shiryo/toukei/finance/>【最終アクセス：平成 26 年 8 月 31 日】）「全国上場企業のエクイティファイナンス」参照。

りによって損をするため経済的に払込みを強制されること等の事情から、上場会社等では行われることが稀になっている³。

このように、実務上広く第三者割当増資は行われているのであるが、日本において伝統的に見かけられるのは、大量の募集株式を第三者に割り当て、親子会社関係を作るなどして事業提携を行うケースである。たとえば、古くは業績不振のアイワがソニーに第三者割当増資を行い親子会社が形成されたケース、最近ではコジマがビックカメラに第三者割当増資を行い、親子会社が形成されたケース⁴などがある。

これらのケースは何が問題なのか。まず、取締役会決議のみで支配株主を作りだせるという事実は、株主が取締役の選解任権（会社法 329 条⁵）を通じて会社経営にコントロールを効かせる、という会社法の基本理念に反するおそれがある。判例も、「商法上、取締役の選任・解任は株主総会の専決事項であり（改正前商法 254 条 1 項、257 条 1 項）、取締役は株主の資本多数決によって選任される執行機関といわざるをえないから、被選任者たる取締役は、選任者たる株主構成の変更を主要な目的とする新株等の発行をすることを一般に許容することは、商法が機関権限の分配を定めた法意に明らかに反するものである。」と判示している⁶。

次に、事業提携の手段として、たとえば株式交換を使えば株主総会決議が必要となる（子会社において、783 条 1 項、309 条 2 項 11 号）にも関わらず、第三者割当増資を使えば株主総会決議が不要である（201 条 1 項、199 条 2 項）という規制のアンバランスも問題と考えることができる。

また、第三者割当増資によって親子会社が形成された後に、子会社と親会社の利害が相反する取引により子会社少数株主等に損害が生じるなど、親会社はその支配的地位を利用して子会社から搾取することも十分に起こりうる。親会社の子会社を搾取した場合におけ

³ 江頭憲治郎『株式会社法（第 5 版）』（有斐閣、2014 年）（注 4）706 頁（3）。株主割当てによる資金調達と第三者割当てと比較して株主に対する弊害が少ない手法であることに鑑み、ライツ・オフリングが従来から検討されてきたが、各種の規制による実務上の弊害があり、実現は難しかった。しかし、2009 年 12 月 30 日に施行された東京証券取引所の上場規定の改定や 2011 年の金商法の改正により、上場企業がライツ・オフリングを実施しやすくするための環境整備が着々と進んできている。太田洋・柴田寛子「ライツ・オフリングの規制緩和と第三者割当増資に関する規律」商事法務 1951 号 20 頁（2011 年）。

⁴ http://www.biccamera.co.jp/ir/news/pdf2012/20120511_2news.pdf【最終アクセス：平成 26 年 8 月 31 日】参照。

⁵ 以下、本論文において条数のみの記載があるときは会社法の条数とする。

⁶ 東京高決平成 17 年 3 月 23 日高民集 58 卷 1 号 39 頁（ニッポン放送事件）。有事に導入した買収防衛策に基づく取締役会決議による新株予約権発行の差止めの可否が争われた事案である。このニッポン放送事件で述べられた機関権限分配法理が、IV で検討する改正法の基礎となっている。

る親会社（支配株主）の責任の問題は、現行会社法では解釈に委ねられており⁷、子会社少数株主保護を図るいくつかの方法が主張されているがどれも不十分と解されている⁸。そうすると、現行法の解釈として、親子会社間の不当な利益相反取引が行われた場合に、株主を事後的に救済することは容易ではない。したがって、第三者割当増資によって親子会社が形成される場面においては、支配権の異動を伴う第三者割当増資が行われる時点での対処が重要となる。

支配権の異動を伴う第三者割当増資が行われる時点での規制として典型的なものには、不公正発行を理由とした、株主による新株発行差止請求（210条2号）がある⁹。しかし、不公正発行とされるのは、判例上、支配権争いがある場合において、現経営者が支配権維持目的で募集株式を発行しようとする場合であり¹⁰、支配権争いがない場合や支配権維持目的とはいえない場合（たとえば、友好的 M&A の局面）にはかかる規制を使うことはできない。

そこで、本論文では、株主の関与なく行われうる支配権の異動等を伴う第三者割当増資¹¹に関する近時の動きを概説し、どのような規制があるべき姿なのかを明らかにすることとしたい。具体的には、Ⅱにおいて、東証が近時支配権の異動等を伴う第三者割当増資に対してどのような規制を及ぼすこととしたのか、そしてそれは十分なものかを検討し、Ⅲでは、支配権の異動等を伴う第三者割当増資について株主総会を要求すべきではないとする立場についても批判的検討を加え、株主総会決議導入の理論的根拠について検討する。そして、Ⅳでは、中間試案および改正法を紹介した後、規制のあり方についての立法論的検討を行い、さらに、改正法の解釈論上の問題を考察することとする。

⁷ 子会社少数株主の保護の問題について、法務省民事局参事官室が公表した「会社法制の見直しに関する中間試案」（平成23年12月発表、<http://www.moj.go.jp/content/000082647.pdf>【最終アクセス：平成26年8月31日】、以下本論文において「中間試案」と呼ぶ。）では、株式会社と親会社との間の利益相反取引により、当該取引がなかったと仮定した場合と比較して当該株式会社が不利益を受けた場合には、当該親会社は、当該株式会社に対して、当該不利益に相当する額を支払う義務を負うものとする旨の規定を置くことも提案されたが、結局見送られることになった（岩原紳作「会社法制の見直しに関する要綱案の解説【Ⅲ】」商事法務1977号11頁（2012年）以下。）

⁸ 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』（有斐閣、1995年）101頁（注10）参照。

⁹ その他、「量」に着目した規制としていわゆる4倍ルール（113条3項）がある。

¹⁰ いわゆる主要目的ルール。主要目的ルールを採用したとみられる裁判例を総合的に検討したものとして、松中学「主要目的ルールの検討（一）（二）」阪大法学57巻6号（2008年）135頁、同58巻1号（2008年）87頁。

¹¹ この論文で支配権の異動等とは、支配株主がいる場合に第三者割当増資によって支配権が異動する場合と、支配株主がいない場合に第三者割当増資によって支配株主が出現する場合を指す。

II 第三者割当増資をめぐる近時の展開と東証の自主規制

本章では、改正法に至るまでの第三者割当増資に関する一連の動きを概観したうえで、東証の自主規制の実効性について検討する。

1 会社法改正の議論に至るまでの近時の状況

支配権の異動等を伴う第三者割当増資を含めた様々な第三者割当増資の問題点についてどう対処するかについて、証券取引所や省庁は報告書を取りまとめている。2009年4月に東京証券取引所上場制度整備懇談会がとりまとめた「安心して投資できる市場環境等の整備に向けて」¹²では、その4頁以下において第三者割当では、多かれ少なかれ株主権の希釈化が生じることになるし、支配権の異動を生じる場合があるとされ¹³、会社経営の権限の根源である株主権の安易な希釈化や株主の選択は、株主・投資家の保護及び市場の信頼性の維持という流通市場の観点からは望ましいものではなく、株主の納得性を増すための手続を経ることが必要という提案がなされた。

同年6月には、金融審議会金融分科会の下に設置されたスタディ・グループから、「我が国金融・資本市場の国際化に関するスタディ・グループ報告～上場会社等のコーポレート・ガバナンスの強化に向けて～」が提出されている¹⁴。これによれば、近年、資本市場においては、既存株主の株式の大幅な支配比率の希釈化や支配権の異動を伴うような大規模な第三者割当増資が行われる例が頻繁に見られるとしたうえで、これに対する対応策として、発行会社の経営陣による株主に対する説明責任を一層向上させていくことが述べられている。また特に、支配権の移動を伴うような大規模な第三者割当増資への対応として、取引所において、十分な透明性を確保するとともに、資金調達を第三者割当てで行う必要性等について、経営陣から独立した者からの意見聴取や株主総会決議などによる株主意思の確認など、希釈化の程度等に応じて適正手続を確保するための措置が講じられるべきであるとされている。

¹² <http://www.tse.or.jp/listing/seibi/b7gje60000005zc9-att/seibi.pdf> 【最終アクセス：平成26年8月31日】

¹³ その他の第三者割当ての問題点として、(注12)4頁以下では、当該割当先との間で行われる取引の健全性に疑義が生じる可能性があること、有利発行(199条3項)に該当するかどうか不明確な事例があること、また、資金的な裏づけが明確でない第三者割当実施の情報は、時に市場を混乱させ、市場に対する信頼を著しく損なわせるおそれがあるほか、故意に株価を操作するために悪用されるおそれがあることがあげられている。

¹⁴ http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20090617-1/01.pdf 【最終アクセス：平成26年8月31日】

そして、同年同月、経済産業省経済産業政策局長の研究会として設置された企業統治研究会も、企業統治研究会報告書で同様の内容の報告をしている¹⁵。

これらの報告書を受けて、平成 21 年 8 月、東京証券取引所の上場規則の改正が行われた¹⁶。第三者割当増資により 25%以上の希薄化を伴う場合¹⁷や、優先株式や新株予約権の転換または行使などにより支配株主が異動する見込みがある場合、一定の手続を実施することを求めることとした（有価証券上場規程（以下「規程」とする。）432 条、規程施行規則 435 条の 2）。この一定の手続とは、経営者から一定程度独立した者による第三者割当の必要性および相当性に関する意見の入手（同条 1 号）、または第三者割当てに係る株主総会決議などによる株主の意思確認（同条 2 号）のいずれかの手続である。1 号の「経営者から一定程度独立した者」には、第三者委員会、社外取締役、社外監査役などが想定されている。また、「必要性及び相当性に関する意見」については、資金調達を行う必要があるか、他の資金調達手段との比較で当該第三者割当てを選択することが適当であるか、会社の置かれた状況に照らして各種の発行等の条件の内容が相当であるかなどに言及することが求められる。

また、希薄化率が 300%を超える第三者割当てに係る決議または決定を行った場合には、株主および投資者の利益を侵害するおそれが少ないと東証が認めるときを除き、上場は廃止される（規程 601 条 1 項 17 号、施行規則 601 条 13 項 6 号）。この他、第三者割当てにより支配株主が異動した場合において、3 年以内に支配株主との取引に関する健全性が著しく毀損されていると東証が認めるときにも、上場は廃止される（規程 601 条 1 項 9 号の 2）¹⁸。

このように、上場会社においては、東証による有価証券上場規程等の改定によって一定程度支配権の異動等を伴う第三者割当増資について規制がなされている。しかし、問題は、この東証の自主ルールのみで足りるのかということである。東証の上場規程の目的はどこにあり、また、その実効性は真に担保されているのかを検証しなければならない。

¹⁵ <http://www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g90617b01j.pdf> 【最終アクセス：平成 26 年 8 月 31 日】

¹⁶ 概要については、伊藤昌夫「有価証券上場規程等の一部改正の概要」商事法務 1878 号（2009 年）21 頁参照。

¹⁷ 上場会社が第三者割当を短期間（6 ヶ月程度）に複数回実施する場合は、それらの第三者割当てによる募集株式等に係る議決権の数を通算して希薄化率を計算することを想定している。

¹⁸ その他の改正内容も簡潔に示したものとして、中東正文「募集株式の発行等」江頭憲治郎編『株式会社法体系』（有斐閣、2013 年）411 頁表参照。

2 東証の自主規制とその実効性

何よりもまず始めに、東証の自主規制が、どの程度問題のある支配権の異動等を伴う第三者割当増資に対して対処できているかを検討しておく必要がある。現状、東証の自主規制で十分対応できている、というのであれば、法の改正によって、硬直的に規制を行うよりも、東証に規制を任せの方が事案に応じた柔軟な対応が可能であるため、現状のままの方が望ましい。

まず考えるべきは、規程自体が有効なものとなっているかである。規程 432 条 2 号は、株主総会のコストに鑑み、事実上あまり利用されていない¹⁹。そこで問題は規程 432 条 1 号についてである。1 号の「経営者から一定程度独立した者」には、第三者委員会、社外取締役、社外監査役などが想定されている。しかし、それらの独立第三者とされる者は、当該会社から報酬を受け取って意見書等を書く以上、当該第三者割当増資は公正妥当なものと書くことが推測されるし、会社としても、そのような意見を書いてくれそうな人に意見書等を頼むであろう²⁰。すなわち、依頼者と報酬を渡す者が一致している点に問題がある。また、後にも述べるように、社外取締役らの意見は株主総会決議に代替できるとはいえないから、彼らによる意見を入手するだけでは、大規模第三者割当増資規制としての実効性は低いとも思える。

より大きな問題は、この自主規制を無視して第三者割当増資がなされた場合の効力である。会社法に違反してなされた新株発行の効力についても、取引の安全に配慮して、有効なものとなる場合がある²¹ことを考えると、東証の自主規制に違反してなされた第三者割当増資が無効になるとはいいたくない。また、会社法では損害賠償請求や 210 条の差止請求等で株主の救済ができる場合があるが、東証の自主規制はそのような規定を置くには適しておらず、株主の救済が難しい。

第三者割当増資が有効である一方で、東証の自主規制に違反したため、当該会社が上場廃止、ということになれば、一番被害を受けるのは、自己の株式の売却が困難になった株主である。会社としては、上場廃止もやむを得ないとの認識の下に自主規制を無視して第三者割当増資を行っているのであるから、唯一の被害者は株主ということにもなる。この

¹⁹ 岩原ほか「上場会社をめぐるルール改正とわが国のコーポレート・ガバナンス【中】」商事法務 1879 号 (2009 年) 16 頁も同旨。具体的数字については、渡邊浩司「東証による 2009 年 8 月制度改正後の第三者割当の開示状況」商事法務 1906 号 (2010 年) 72 頁。

²⁰ 洲崎博史「公開会社（上場会社）における資金調達法制」大阪金融商品取引法研究会平成 22 年 7 月 23 日報告 (2010 年) 19 頁参照。

²¹ 例えば、著しく不公正な方法によりなされた新株発行の効力について、最判平成 6 年 7 月 14 日判時 1512 号 178 頁は、著しく不公正な方法で発行されたことは無効原因とならないとしている。

ように考えると、制裁としての上場廃止等の手段を設けたとしても、有効性に欠けることになろう²²。

Ⅲ 第三者割当増資規制の新たな方向性

1 第三者割当増資の性質

Ⅱでは、東証の自主規制があまり機能していないのではないかという指摘を行った。改正法においては、第三者割当増資を行うに際して、支配権の異動等を伴う場合²³には株主総会普通決議が要求されることになっている。機関権限分配秩序論から考えれば、これはごく自然な考えのように思える²⁴。しかし、そもそも、第三者割当増資に株主の関与を要求するのが発想として正しいといえるかは議論の余地がある。すなわち、友好的に支配権を移すような取引は業務執行行為の一種であり、経営判断の問題とも考えられる²⁵から、株主の関与は基本的に必要ないし妥当でもないという考えもありうる。この考えに立てば、大規模第三者割当増資も取締役会の決議でもって行うことが可能であり、そもそも、株主総会決議は不要となろう。また、機関権限分配秩序論という抽象的、理念的概念のみから、支配権の異動等を伴うような大規模第三者割当増資は株主総会決議事項であると結論付けることはやや乱暴とも思える²⁶。

以下では、まず、2、3において、第三者割当増資を原則として業務執行の一環と考える立場にたって検討を行い、これらでは支配権の異動を伴う第三者割当増資規制の実効性が十分でないことを指摘した後、4で株主総会決議導入の理論的根拠を検討することとする²⁷。

2 210条再考

支配権の異動等を伴う第三者割当増資について、業務執行の一環として取締役がこれを行うことができるとの見解にたった場合、「抑止されるべき第三者割当増資」を防ぐための

²² 平成23年2月23日開催法制審議会会社法制部会第10回会議

(<http://www.moj.go.jp/content/000072741.pdf>【最終アクセス：平成26年8月31日】)

26頁〔中東幹事意見〕も同旨。

²³ 詳細は次章で述べる。

²⁴ たとえば(注22)22頁〔静委員意見〕、25頁〔奈須野幹事意見〕も同旨。

²⁵ (注22)27頁〔藤田幹事意見〕を参照。

²⁶ 大杉謙一「大規模第三者割当増資」岩原紳作・小松岳志編『会社法施行5年理論と実務の現状と課題』(有斐閣、2011年)87頁も同旨。

²⁷ 次章で示すように、中間試案の段階では、A案とB案が、何らかの形で株主総会決議を必要とし、C案は、従来どおり取締役会決議で足りるとする案が示されていた。本章は、C案には賛成できないことを示すものである。

何らかの手当てを用意しておく必要がある。そこで、現行法でいえば、会社法 210 条の活用を検討する。

判例および通説は、支配権争いがある場合において、支配権維持目的の第三者割当増資をすることは、「著しく不公正」(210 条 2 号)であり、抑止されるべき第三者割当増資であると考えているといえる。しかし、支配権争いがない局面において、第三者割当増資が会社間の株式の相互の持合いや業務提携、子会社化に用いられる場合、「著しく不公正」といえるもの、すなわち抑止されるべき第三者割当増資といえるものがあるのか。

株主総会決議の導入に対して消極的な見解の一つとして、大杉教授の見解²⁸がある。大杉教授は、現行法には、有利発行・不公正発行に関する規制が既存株主の利益を害する新株発行を漏れなく捕捉できているかどうかについて疑問があるとして、その一つに、新株発行時には会社支配権をめぐる具体的な争いは生じていないが、新株発行により将来の敵対的買収の可能性が大きく減少させられるという問題があるとする。すなわち、友好的 M&A により株主が買収プレミアムを得る機会を失うことを問題とするものである。

この大杉教授の問題意識を参考にすれば、現に支配権争いが生じていない場合において、友好的 M&A を行う場合、株主が将来の買収プレミアムを得る機会を失うため、「著しく不公正な方法」にあたる、すなわち、抑止されるべき第三者割当増資にあたる場合があると考えられる。

確かに、支配権争いがない場合において不公正発行の問題が生じる場合があることは判例上も認められている²⁹。しかし、事業提携においては、友好的 M&A の結果として敵対的買収の可能性が失われるものの、買収防衛策の導入と異なり、直接的に株主が買収プレミアムを得る機会を喪失したとはいいがたいため、これを一般に不公正発行とすることは難しい。そして、どのような友好的 M&A が抑止されるべきかを決定する機関として、何ら会社に対して最終的責任を負わない裁判所はふさわしいものとはいえないし、友好的 M&A は高度な事業経営上の専門的判断であり、裁判所がどれだけ実効的に不公正発行該当性を審査することができるかは疑問である。そうすると、誰に判断させるのが適切かという観点からは、残りは取締役か株主か、という選択になる。では次に取締役に決定させるのが適切という観点から、社外取締役の活用について検討する。

²⁸ 大杉・前掲(注 26) 84 頁以下参照。

²⁹ 東京高決平成 17 年 6 月 15 日判タ 1186 号 254 頁(ニレコ事件抗告審決定)。本決定は、平時に導入した買収防衛策に基づく新株予約権の発行の差止めの可否が争われた事例である。東京高裁は、新株予約権の発行が買収とは無関係の株主に不測の損害を与えることを理由に、不公正発行該当性を肯定した。

3 社外取締役の活用等

取締役が問題のある支配権の異動等を伴う第三者割当増資を行なうことを防止する手段として次に考えられるのは、社外取締役の活用等である。

東証は、一般株主保護の観点から、独立役員（一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役または社外取締役をいう）の選任を義務付けているが、会社法は、株式会社に社外取締役の設置を義務付けていない³⁰。

社外取締役設置の義務化により、その監督機能が十分に果たされ、真に適切な第三者割当増資のみがなされるのであれば、株主総会の関与は不要とも思われる。他方で、社外取締役にそのような監督機能が期待できないのであれば、株主総会決議を必要とする方向に向かっていく。そこで、社外取締役が選任されている場合の監督機能の実効性の問題を検討する。

そもそも社外取締役に期待される機能³¹は様々であるものの、その主たる役割は会社の業務執行者の業績評価と利益相反性に関する判断を外部者（第三者）が客観的に行うことでお手盛りを防止することにあると解されている³²³³。

大規模第三者割当増資を利用した事業提携等の場面でも、取締役が割当先を決定する際に、増資後の役職の保証や、退職金の額等の個人的利益を最も多く図ってくれるかどうかを重視してしまい、真に株主の利益になるか否かを考慮しないまま割当先を決定するおそれがあるという点で、取締役と株主の間に利益相反が認められる³⁴。このような利益相反は、意識的に株主の利益よりも自らの利益を優先させる不忠実な取締役にのみ認められるのではない³⁵。後述するように、事業提携を含む企業買収の場面において、割当先を決定する取

³⁰ 改正法は、社外取締役の設置は義務付けないこととしたが、公開会社かつ大会社である監査役会設置会社のうち、金商法 24 条第 1 項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を提出しなければならない株式会社において、社外取締役が存しない場合には、社外取締役を置くことが相当でない理由を定時株主総会で説明するものとするとした（改正法 327 条の 2）。なお、改正法附則 25 条では、法律施行後 2 年を経過した場合において、社外取締役を義務付けるかどうかを再度検討するとしている。

³¹ 以下の説明について、神作裕之「取締役会の実態とコーポレート・ガバナンスのあり方」商事法務 1873 号（2009 年）17 頁参照。

³² 行澤一人「公開会社法制の検討・社外取締役制度の強化について」大証金融商品取引法研究会平成 22 年 6 月 25 日報告（2010 年）参照。

³³ 中間試案の補足説明（<http://www.moj.go.jp/content/000082648.pdf>【最終アクセス：平成 26 年 8 月 31 日】）においても、社外取締役の機能として、①経営全般の監督機能と②利益相反の監督機能を期待するとされている。

³⁴ 大規模第三者割当増資だけではなく、友好的買収一般に買収対象会社の株主と取締役の潜在的な利益相反関係を問題視するものとして、白井正和『友好的買収の場面における取締役に対する規律』（商事法務、2013 年）、特に 34 頁以下参照。

³⁵ 白井・前掲（注 34）38 頁。

締役は、株主の利益を追求して行動を行っているつもりでも、実際には株主の利益を害する行動をとる可能性がある。

株主総会決議を要求することに反対し、社外取締役の積極的活用によって不当な第三者割当増資を防止しようとする見解の一つ³⁶は、社外取締役に、以上のような利益が相反する第三者割当増資であったり、支配権維持目的が主要な目的とはいえない（したがって、210条の差止めの対象とならない）けれども、第三者割当増資を行う時点において資金調達の必要性が低いような第三者割当増資を監督することを期待し、また、社外取締役に差止請求権を付与することで十分抑止されるべき第三者割当増資は規制されると主張する。

この見解についてはいくつかの観点から検討を加える余地がある。

1つは、社外取締役に機能させるために不可欠な、善管注意義務違反の中身が不明確であるということである。何をしたら善管注意義務違反になるのかが明確でなければ、社外取締役の行為規範は不明確なままであるし、任務懈怠責任が制裁として機能し得ない。

大規模第三者割当増資を含む、友好的買収の場面において、買収対象会社の取締役の善管注意義務・忠実義務違反の有無について判断した公表裁判例はほとんど存在しない。また、我が国の学説上も、これまでのところは、友好的買収の場面における取締役の善管注意義務・忠実義務違反の有無を判断する際の審査基準について、具体的な議論はほとんどされてこなかったといえる³⁷。

これは、主に立証の困難性に起因するものといえよう。すなわち、取締役の任務懈怠責任を追及する場合、会社（代表訴訟であれば株主）側が取締役の善管注意義務違反を立証しなければいけないところ、「この会社ではなく、別の会社と事業提携していれば、現状これだけ利益が出ていたはずだ」と立証することが難しい点にあると考えられる。そして、事業提携の時点で、会社にどのような選択肢があったのか（どの会社と事業提携をする選択肢があったのか）を事後的に株主が知ることは困難であるし、特に、第三者割当増資については、割当自由の原則が認められてきた以上、取締役の責任が認められる可能性は一層低いため、このような問題を扱った裁判例はなかったものと考えられ、また、学説も議論が不十分であったといえる。このように訴訟提起されるリスクが事実上ない以上、行為規範としては機能しにくい。従来まで、適切な第三者割当増資と不適切な第三者割当増資の境目は曖昧であったといえる。

³⁶ 平成 22 年 9 月 29 日開催法制審議会会社法制部会第 5 回会議議事録
（<http://www.moj.go.jp/content/000056163.pdf>【最終アクセス平成 26 年 8 月 31 日】） 27 頁 [荒谷委員意見] 参照。

³⁷ 白井・前掲（注 34） 100 頁。

特に、社外取締役の義務は、監督義務であるところ、通常の業務執行行為の善管注意義務違反が作為を問題とするのに対し、監督義務違反は不作為を問題とするから、会社内部の情報をあまり有していない株主等にとっては、立証が困難になる。このように、社外取締役は、業務執行取締役と比べても、任務懈怠責任が行為規範として機能しづらい状態にある。

また、後にも述べるように、友好的買収の場面において、取締役は、株主の利益になると考えて行動しているにもかかわらず、誤って株主の利益を害する行動をとってしまうという認知上のバイアスが存在する以上、大規模第三者割当増資による事業提携が問題となっている場面において、第三者割当増資の判断あるいは監督を社外取締役の判断に委ねることは妥当とはいえない。

なお、一般に取締役会設置会社では、利益相反取引を行う場合には、取締役会決議で足り株主総会決議は要求されていない（365条1項、356条）が、これと同様に、大規模第三者割当増資の場合においても取締役会で審議すれば足りると考えることはできない。通常、利益相反取引は、利益を受ける者が単独、あるいは少数の取締役であるから、利害関係を有しない他の取締役で十分その公正性を判断できると考えることには合理的理由がある。しかし、大規模第三者割当増資は、前述のように、取締役全員が認知上のバイアスから適正な判断を行えないおそれがあるのである。そして、より重要な点は、利益の性質が異なるということである。利益相反取引では、当該取締役が得られる利益は、基本的には、一回の取引において、公正な額から実際の取引価額を引いた部分の経済的利益である。しかし、第三者割当増資の場合、報酬という経済的利益のみならず、会社を支配できる、取締役という「地位」それ自体の保証もされる場合もあることから、多大な権限、社会的地位、名声などを有することになるという点で、得られる利益の性質が異なり、取締役の判断の公正を害するおそれが高い。そうすると、その規律を単純に利益相反取引規制と同様に考えることはできず、株主総会決議を何らかの形で必要とすることにも妥当性がある。

次に、社外取締役の立場についての問題がある。

前に述べたような社外取締役の二面性は、トレードオフの関係にある。業務執行を客観的な立場から監督するには、社内取締役とはある程度距離を保たなければならない。他方で、真に実効的な監査をするには、社内取締役との緊密な連携が不可欠である。独立性があり、かつ情報を有している者が真に実効性ある監督機能を果たせるのであって、そのような地位にない社外取締役に抑止されるべき第三者割当増資か否かの判断を委ねることは適切とはいえない。

最後に、社外取締役の要件自体にも問題がある。現行会社法では、社外取締役とは、「株

株式会社取締役であって、当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人でなく、かつ、過去に当該株式会社又はその子会社の業務執行取締役若しくは執行役又は支配人その他の使用人となつたことがない者」と定義されている（2条15号）ため、取引先の人間や支配株主が社外取締役になることも可能であり、社外取締役の独立性には疑問がある。改正法において、社外取締役になれない者の範囲を拡大することが提示されており、これによれば、親会社取締役や取締役の配偶者などは社外取締役になれないことになっている³⁸が、このような形式的基準のみでは、実質的独立性を確保するのは難しいであろう。

加えて、公開会社においては、社外取締役の任期は、選任後2年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとされており（332条2項）、再任が可能であることからすれば、かなり長期にわたり社外取締役の地位に就いている者もいるであろう。そして、一般的には、任期が長期になればなるほど、会社外部の人間というよりも内部の人間としての意識が強まり、独立性を保つことが難しくなってくる。そして、社外取締役が仮に義務化されたとしても、社外取締役制度の活用には消極的な企業は、監査の能力と意欲のあふれた人物よりも、社内の経営に口を出さないような人物を探すことに固執するであろう。そうすると、社外取締役選任を義務化しても、監督機能が強化されるとはいいがたい。

したがって、社外取締役制度の活用では取締役の行為に対する有効な抑止力とはならないと考える。

4 株主総会決議導入の理論的根拠

支配権争いがない場合においても、支配権が異動するような大規模第三者割当増資を行なうには株主総会決議が必要であるとする立場から、主な論拠として挙げられるのは、①大規模第三者割当増資は、会社の構造、株主構成、経営計画、会社資産の状況等大きく変わることになる会社の基礎的変更であるから、組織再編と同様、株主総会（特別）決議が必要であり³⁹、支配権の異動を伴う第三者割当増資に株主総会決議を要求しないことは規制のバランスを欠くというもの、②大規模第三者割当増資は、取締役が株主を選ぶことになる点で、会社法上の基本的権限分配秩序に反するというもの⁴⁰である。もちろんこれらは相

³⁸ 改正法2条15号参照。

³⁹ 明田川昌幸「公開会社における株式および新株予約権の発行規制について」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（上）』（商事法務、2007年）363頁、（注36）21頁〔前田意見〕。

⁴⁰ 森本滋「新株の発行と株主の地位」京都大学法学論業104巻2号1頁、20-22頁（1978

互に排他的な論拠ではないが、この論拠に説得力があるか、そして現行法が資金調達機の機動性に配慮し新株発行を取締役会の権限としていることとの整合性が保てるかどうかを検討してみる。

まず、企業買収の手段という観点から考えてみる。買収者側からみた企業買収の手法としては、買収者による買収対象会社の株式の取得、買収者と買収対象会社との間の事業譲渡、あるいは、組織再編といった 3 通りの方法が考えられる。このうち、事業譲渡および組織再編は株主総会決議が必要である（309 条 2 項 11 号 12 号）⁴¹。また、買収対象会社の株式の取得には、公開買付け（金商法 27 条の 2 以下）や大規模第三者割当増資があるが、公開買付けでは、株主総会決議はないものの、株主が公開買付けに応募するかどうかを決定できる点で株主の関与が予定されている⁴²⁴³。しかし、大規模第三者割当増資は、株主の何らの関与もなく、取締役会決議のみで行いうる。これを支配株主の立場から述べれば、会社が組織再編の手段をとれば事実上これに対する拒否権を持つことが出来るのに対し、第三者割当増資の手段をとれば自身の関与なく支配権が失われうる。このアンバランスを考えれば、大規模第三者割当増資についても株主総会決議を要求するのが妥当と考えられる。

もっとも、第三者割当増資は、基本的には公募、株主割当てと並んだ新株発行による資金調達の手段である。この機能において、組織再編の各手段とは異なる点がある。

また、第三者割当増資は、小規模のものであれば取締役会の権限の範囲内であるが、組織再編と同様な規模の場合であれば、株主の権限に変わるのだ、と性質の転換を説明することは難しい。大規模なものであっても、真に資金需要があるのであれば、資金調達の迅速性に配慮し取締役会の権限としておく必要があろう。

加えて、本論文冒頭で述べたように、我が国においては、第三者割当増資が資金調達の主要な手段の一つとして使われてきたという歴史的背景が存在する。この第三者割当増資について、大規模なものについては、一律に株主総会決議を要するとなると、会社は事実

年)、洲崎博史「不公正な新株発行とその規制(二・完)」民商 94 卷 6 号 721 頁, 731-733 頁(1986 年)など。

⁴¹ 事業譲渡について 467 条 1 項 1 号, 株式交換について 783 条 1 項など。

⁴² なお, 公開買付けには強圧性が存在するため, 株主の自由な意思決定が常に保障されているかは問題とする余地があるが, これは本論文では扱わない。

⁴³ これに関連して, 金商法 27 条の 2 第 1 項 2 号が支配権の異動が生じる際の少数株主保護の観点から設けられている規制であることに鑑み, 第三者割当増資の場合にも割当先が 3 分の 1 の議決権を有することになる場合には, 株主総会決議を要求することも考えられる。しかし, 個々の株主が自己の株式を売り渡す機会を与えられる公開買付けと, 多数決が支配する株主総会決議とを同じに考えられるかは疑問もある。

上重要な資金調達手段を失う可能性があり、日本経済の国際競争力を損なうおそれもある。

このように考えると、確かに大規模第三者割当増資と組織再編とはその効果において類似性が認められるものの、そこから直接に株主総会決議を要求すべきと結論付けるのは妥当でない。

次に、支配権の異動等を伴う第三者割当増資は、取締役が支配株主を選ぶことにつながり、事実上取締役の選任と同視できるから、株主総会決議を要求すべき（329条1項参照）という論拠を検討する。

ここで、取締役が支配株主を選ぶこととなる、というのは、取締役が自己を支持してくれる者に第三者割当増資を行うことで、その者が当該会社の支配的株主となり、株主総会でまたその取締役を選ぶ、という点で、結果的に取締役が株主を選んでいるのと同じ状況になるということである。

問題の本質は、機関権限分配秩序というものをどれだけ重視するかにある。機関権限分配秩序は、株式会社制度を維持、発展させていくうえで本質的なものと考えられるため、会社法の様々な規定に具体化されているものである。他方、会社法は公開会社の新株発行において取締役の裁量および資金調達の機動性を重視しており、どれだけの量を誰にどの程度の価額で割当てるとのかという点については、基本的に取締役の裁量の範囲であるため、その間接的な結果として支配権の異動が生じることも、会社法自体が容認しているものとも考えられる。

ではどう考えるべきか。機関権限分配秩序の観点は否定されるべきでないことは明らかであるが、これを全面に押し出して、株主総会決議を一律に要求し、現実にある投資機会、ビジネスチャンスを逃すことが、株主の利益になるとは思えない。そもそも、法が株主総会で選任した取締役に事業経営を行わせている趣旨は、効率的な事業経営が可能となるからである。多数の株主が全員で事業を行うということになれば、意思決定のスピードは格段に遅くなるだろう。専門的知識、ノウハウを有する少数の取締役が迅速な意思決定によって事業を遂行することは、通常会社の利益につながる。すなわち、機関権限分配秩序も究極的には、会社の利益、株主共同の利益のために存在するものと考えられる。そうすると、両者は矛盾するものではなく、株主共同の利益の確保の手段という観点から、どちらを優先させるかを調整していけばよいことになろう。つまり、一律に株主総会決議を要求すべきとか、株主の関与は一切不要というような硬直的な考え方は妥当とはいえない。

以上を踏まえたうえで、なお、何らかの形で株主の最終的な判断権限を行使する機会を

確保することは、次の 2 点において、潜在的には株主と利益相反関係⁴⁴に立つ取締役の行為を是正する効果が期待できる⁴⁵。

第 1 に、取締役としては、株主に十分に納得してもらえよう形で自らの権限を適切に行使する必要が生ずる。第 2 に、近年の認知心理学の分野の研究の進展によって、人は自らの利益に合致する立場を無意識のうちに正しいものとして支持してしまう傾向が存在することが広く認識されるようになってきているところ、友好的買収の場面においては、取締役は、自らの利益を追求する行為が株主の利益になると信じ込んでしまうことによって、株主の利益を積極的に害する意図はないにもかかわらず、誤って株主の利益を害する行動をとっている可能性も存在するが、このような認知上のバイアスとは無縁の株主による判断機会を確保することは、取締役の誤った認識を是正する機会を与えるものであると評価できる。

このように考えれば、株主は、裁判所と同様、十分な判断能力を有していないし、また、取締役と比べて情報も不十分であるから、取締役の方が結果として望ましい判断ができるのではないかという反論は説得的でないことが分かる。すなわち、株主総会決議にかけられうるという事実自体が、取締役に対する適切な規律付けになるのであり、取締役と株主の情報の格差についても、取締役が本当に望ましいと考えている買収であれば、進んでそのような情報を提供するであろうから、情報が公開されない場合には、その事実を踏まえて、株主が判断を行なえばよいと考える。

そして、前節で述べた社外取締役や裁判所に規律を委ねるべきであるとする見解と比べても、インセンティブの観点から、この見解は正当化される。株主は、会社の実質的所有者であり、剰余請求権者である。会社の利益が株主の利益につながる以上、株主としては自己の利益を確保するため、正しい判断を行うインセンティブを有している。そして、一次的に取締役会に委ねていた新株発行権限について、特定の場合に、株主のイニシアチブにより、自ら株主総会において新株発行あるいは不発行を決定した場合に、仮にこの判断が間違っていたとしても、それは自己責任として正当化される。他方、社外取締役は、自己の利益が会社の利益と必ずしも一致しない。裁判所にはより一層、これが当てはまる。そうすると、誰に最終的な判断権限を与えておくべきかは明らかである。

以上、組織再編との類似性および機関権限分配秩序の観点から、直接的に株主総会決議を一律に要求すべきとは考えられないが、他方、現状のままでもよいとはいえず、資金調達の必要と取締役の判断の公正のトレードオフを十分に考慮したうえ、取締役の判断の公

⁴⁴ 利益相反取引規制と同様に考えられる性質のものでないことは III 3 で述べた。

⁴⁵ 以下の記述につき、白井・前掲（注 34）462 頁。

正性を担保するという見地から必要な限りにおいて、最終的な判断権限を株主に付与しておくことが重要であろう。

V 立法論および解釈論に基づく検討

本章では、今までの議論を踏まえ、支配権の異動等を伴う第三者割当増資について、中間試案および改正法の概要をまず示す。そして、改正法の立法論的問題点および解釈論としてあるべき方向性を検討することにした。

1 中間試案

中間試案の段階では、「第 3 資金調達の場合における企業統治の在り方の 1 支配権の異動を伴う第三者割当てによる募集株式の発行等」において、以下のような複数の案が示された。

A 案は、支配株主の異動を伴う第三者割当てによる募集株式の発行等については、原則として株主総会の普通決議を要するものとしたうえで、取締役会が当該募集株式の発行等による資金調達の必要性、緊急性等を勘案して特に必要と認めるときは、株主総会の決議を省略できる旨を定款で定めることができるとするものである。公開会社は、このような定款の定めに基づいて株主総会決議を省略しようとする場合は、異議があれば一定の期間内に異議を述べるべき旨を株主に通知又は公告しなければならず、総株主の議決権の 100 分の 3 以上の議決権を有する株主がこの期間に異議を述べた場合、株主総会決議の省略は認められない。これは、426 条の規律を参考にしたものである。また、株主総会の決議は普通決議とされている。これは、支配株主の異動を伴う第三者割当てによる募集株式の発行等に関する決議は、会社の経営を支配する者を決定するという点で、取締役の選任の決議と類似する面があることによる⁴⁶。

B 案は、原則として取締役会決議で支配権の異動等を伴う第三者割当増資が可能であるが、総株主の議決権の 4 分の 1 を超える数の議決権を有する株主が一定期間内に当該募集株式の発行等に反対する旨を通知した場合には、株主総会決議を要するものである。これは、簡易組織再編の要件を満たす組織再編について、一定数以上の議決権を有する株主が反対通知をした場合は、株主総会が開催されれば議案が否決される可能性があるため、株主総会決議を要するものとされている（796 条 4 項）ことと同様の趣旨に基づく規律を設

⁴⁶ ただし、この理由付けから直接に株主総会決議を要求することは疑問であることは前の章で述べた通りである。

けるものである。

C案は、従来の規定を変更しないものとするものである。

前章で述べたように、取締役の判断の公正性を担保するという考え方からは、C案では不十分であることは明らかであり、何らかの株主の関与がなされることが望ましい。そして、B案は、基本的に支配権の異動を伴う第三者割当増資を取締役の権限としており、これについては賛成であるが、4分の1の異議という要件は要件が厳しすぎ、取締役に対する有効な規律とはなりえない点で問題がある。そこで私は基本的にA案が妥当と考えるが、私見についての詳細は、改正法の内容を示した後、その検討の中で論ずることとする。

2 改正法

改正法は、A案とB案の折衷案ともいえる内容になっている。

改正法については、以下の通りである。

(公開会社における募集株式の割当て等の特則)

第206条の2 公開会社は、募集株式の引受人について、第1号に掲げる数の第2号に掲げる数に対する割合が2分の1を超える場合には、第199条第1項第4号の期日（同号の期間を定めた場合にあつては、その期間の初日）の2週間前までに、株主に対し、当該引受人（以下この項及び第4項において「特定引受人」という。）の氏名又は名称及び住所、当該特定引受人についての第1号に掲げる数その他の法務省令で定める事項を通知しなければならないものとする。ただし、当該特定引受人が当該公開会社の親会社等である場合又は第202条の規定により株主に株式の割当てを受ける権利を与えた場合は、この限りでないものとする。

一 当該引受人（その子会社等を含む。）がその引き受けた募集株式の株主となった場合に有することとなる議決権の数

二 当該募集株式の引受人の全員がその引き受けた募集株式の株主となった場合における総株主の議決権の数

2 前項の規定による通知は、公告をもってこれに代えることができる。

3 第1項の規定にかかわらず、株式会社が同項の事項について同項に規定する期日の2週間前までに金融商品取引法第4条第1項から第3項までの届出をしている場合その他の株主の保護に欠けるおそれがないものとして法務省令で定める場合には、第1項による通知は、することを要しない。

4 総株主（この項の株主総会において議決権を行使することができない株主を除く。）の議決権の10分の1（これを下回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合）以上の

議決権を有する株主が第1項の規定による通知又は第2項の公告の日（前項の場合にあっては、法務省令で定める日）から2週間以内に特定引受人（その子会社等を含む。以下この項において同じ。）による募集株式の引受けに反対する旨を公開会社に対し通知したときは、当該公開会社は、第1項に規定する期日の前日までに、株主総会の決議によって、当該特定引受人に対する募集株式の割当てまたは当該特定引受人との間の第205条第1項の契約の承認を受けなければならない。ただし、当該公開会社の財産の状況が著しく悪化している場合において、当該公開会社の事業の継続のため緊急の必要があるときは、この限りでないものとする。

5 第309条第1項の規定にかかわらず、前項の株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（3分の1以上の割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）をもって行わなければならないものとする。

【下線部筆者】

3 改正法の検討

(1) 情報開示

206条の2第1項柱書および2項においては、特定引受人の氏名や住所を株主に通知するものと規定されている。IIで述べたように、従来は、上場会社についてのみ、金商法上、有価証券届出書および発行登録追補書類の「証券情報」の「第三者割当の場合の特記事項」欄の記載により、割当予定先の実態等が開示されることとなっていた⁴⁷。今回の改正は、上場会社にとどまらず、公開会社一般について、第三者割当増資についての情報開示の対象を拡大するものであり、株主が第三者の氏名・住所を割当前に知ることができるため、ある程度210条等の有効活用に資するものとして評価されると考える。なお、金商法上の情報開示の方が、改正法と比べてより詳細になっているが、金商法の適用会社は多数の利害関係人が存在するのであるから、金商法上の情報開示の方が詳細なことは当然であろう。

⁴⁷ 2009年12月11日の「連結財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則等の一部を改正する内閣府令」（平成21年内閣府令第73号）の公布・施行と、これと併行して行われた「企業内容等の開示に関する留意事項」等の関係ガイドラインの改正により、開示内容の充実が図られている（企業内容等の開示に関する開示府令第二号様式「第一部 証券情報」の「第3 第三者割当の場合の特記事項」、第十二号様式「第一部 証券情報」の「第3 第三者割当の場合の特記事項」、新開示府令19条2項1号ヲ・2号ホ）。谷口義幸＝宮下央＝小田望未「第三者割当に係る開示の充実等のための内閣府令等の改正」商事法務1888号（2010年）4頁参照。

(2) 実体要件

改正法は、①原則として取締役会決議で支配権の異動等を伴う第三者割当増資が出来るが、②例外的な場合に株主総会決議が必要⁴⁸であり、さらに、③例外の例外にあたる場合には、株主総会決議が不要、という3段階の構造になっている。

改正法は、株主総会決議が要求される基準として、当該第三者割当増資により、株主が議決権の過半数を取得する場合としており、発行株式の「量」自体に着目しているわけではない。すなわち、例えばX社がY社の株式を49%保有していたところ、X社がY社に第三者割当増資によって株式を発行した結果、X社がY社の株式の51%を保有することになった場合にも、改正法の規制が及ぶことになる。すなわち、法的に親子会社となる場合、もしくは、単独で取締役を選任できる過半数を超える株式取得を規律の基準としている。

また、改正法206条の2第5項においては、341条と同様の規律がなされていることから、機関権限分配秩序論を一部採用していることが分かる。改正法の基本的な考え方は、機関権限分配秩序や組織再編との類似性を考慮はするものの、基本的に、現行法と同様資金調達の機動性を重視し、取締役会による決定権限を広く認めているものといえるだろう。

改正法において株主総会決議が必要とされる場合とは、概要を述べれば、当該第三者割当増資によって親会社が出現する場合において、総株主の議決権の10分の1以上の反対がなされた場合である。そこで、以下この要件が資金調達の機動性と取締役の判断の公正性のトレードオフを十分に考慮した結果となっているかどうかを検討する。

まず、一律に株主総会決議を要求するのではなく、「異議」という形にしたことそれ自体については、繰り返し述べてきた、資金調達の機動性確保、第三者割当増資という手法の必要性等に鑑みれば、問題ではない。しかし、株主の10分の1以上の異議という要件は、株式所有の分散した大会社等においてはかなり重いものであり、関係会社や機関投資家等の有力な株主の間に強い反対がある場合でないと、この要件を満たすことは容易ではない。その意味では本当に濫用的な第三者割当増資のみをチェックする機能を持つことになる⁴⁹。そして、本当に濫用的なものしか規制されないのであれば、取締役の判断の公正性は、限定的にしか担保されないことになる。取締役の判断の公正性を担保するためには、不明瞭

⁴⁸ 昭和30年商法改正下においては、株主以外の者に新株引受権を与えるには、基本的には株主総会特別決議をもって取締役会に新株引受権に関する一定事項につき決定権限を与える旨を決議することが必要とされていたが、改正法はこの規制に戻ったものではないことは明らかである。

⁴⁹ 岩原紳作「会社法制の見直しに関する要綱案」の解説【Ⅱ】商事法務1976号7頁(2012年)。

な資金の活用法や収益率の見込み、割当先等が取締役から提示された場合に株主総会決議がいつでも発動されうる、という状況にしておかなければならない。そうすると、株主総会決議が要求される異議の要件は、もう少し緩やかなものにしておく必要がある。この点において、中間試案 A 案の 100 分の 3 以上の異議という要件がよかったのではないかと考える⁵⁰。

そして、会社の所有者である株主が自ら判断権限を行使したいというのであれば、それは株主の自己責任の下許容されるべきであり、株主総会にかかるコストはやむをえないものとして是認されるべきである⁵¹。

他方、新株発行による資金調達的手法として第三者割当増資以外の利用が増え、資金調達の迅速性が確保出来る状況になれば、改正法のように、一定数の株主の異議を要件とするのではなく、一般に株主総会決議を要求することも考えられる。たとえば、ライツ・オフリングの規制緩和がなされ、これを利用しやすくなる環境が整備されてきた今日において⁵²、将来、実際にライツ・オフリングが資金調達の手段として一般的になった時には、資金調達の機動性は充足されるのであるから、取締役の判断の公正性担保に重きをおき、一定数を超える規模の第三者割当増資については、一律に株主総会決議を要求するという立法的判断が望ましいと考える。

また、立法論ではあるが、会社法 200 条を参考に、1 年間に限り、募集事項の決定を取締役に委任できることとして、資金調達の機動性に配慮する規定を設ければ、株主総会決議を一律に要求しても、取締役の判断の公正性の担保と、資金調達の機動性を両立させるこ

⁵⁰ なお、白井・前掲（注 34）464 頁以下は、迅速な資金調達や資本提携を可能にするという利点と、取締役が株主の利益に十分配慮して行動するための規律付けを与えることによる利点との間のトレードオフ関係を考慮し、会社支配権の移転を伴う第三者割当増資について株主総会特別決議を要求することを提唱している。しかし、総会決議を一律に要求しなくても、本文で述べたような株主の異議制度を設けておけば、取締役に對する適切な規律付けになると考えられるし、事業提携のような場合では、一次的には専門的知見を有する取締役に第三者割当増資の権限を与えておいた方が結果的に株主の利益になる面もある。以上から、支配権の異動を伴う第三者割当増資について株主総会を一律に要求することは妥当ではないと考える。

⁵¹ 「会社法制の見直しに関する中間試案」に寄せられた意見の概要

（<http://www.moj.go.jp/content/000095492.pdf>【最終アクセス：平成 26 年 8 月 31 日】）
28 頁以下において、多くの団体により株主総会開催のコストの問題が指摘されているが、異議が出された場合に限り株主総会は開催されるのであるから、この問題は決定的な問題点とはいえない。

⁵² （注 3）参照。なお、上場会社にとって安定的な資金調達手法となりうるコミットメント型ライツ・オフリングについては、2013 年 4 月に株式会社 IRJAPAN が初めて行っており、今後の広まりが期待される場所である。

とができる⁵³だろう。この点において、株主総会決議を原則として必要とするものの、株主総会決議を省略することができる定款規定を定めることが出来るとする中間試案 A 案は一度定款に定めてしまえば、取締役会に広い裁量が認められる点で、やや不十分なものといえる。

次に、株主総会決議が必要とされる場合において、例外的に株主総会決議が不要とされる要件である「当該公開会社の財産の状況が著しく悪化している場合において、当該公開会社の事業の継続のため緊急の必要があるとき」の要件を検討することにしたい。

検討の指針となるのは、やはり、株主共同の利益の確保という目的を達成するため、資金調達の機動性と取締役の判断の公正性を担保することのバランスをどう図っていくかということである。そして、先に述べたように、改正法の 10 分の 1 以上の異議という要件が取締役の判断の公正性に対する規律として弱いものであることを前提とすれば、この要件は、限定的に解釈すべきであろう。

まず、この規定には、①財産状況の著しい悪化、②緊急の必要、という 2 つの要件が含まれている。条文の文言からみてとれるように、①が満たされれば、当然に②も満たされるという関係にはなく、①に加えて、②を要求することで、さらに要件に絞りをかけているといえよう。これは、上記解釈指針からも導かれる。

そして、①財産状況の著しい悪化とは、(i) 破産手続開始原因事実の生ずるおそれがあること、または、(ii) 事業の継続に著しい支障を来たすことなく弁済期にある債務を弁済できないこと（民事再生法 21 条 1 項）と解するのが妥当であろう。このような場合に限定することは、上記解釈指針に適合的であるし、破産原因が生じていないと要件を満たさないとするのは、逆に厳しすぎ、会社の再生を妨げるおそれがあるからである。

また、②緊急の必要であるが、当該第三者割当増資を行わなければ、事業再建の可能性が失われる場合、と限定的に解しておくべきである。そして、他の手段によって倒産を回避できるのであれば、その手段をとるべきであり、ここにいう緊急の必要にはあたらないと解する⁵⁴。例えば、金融機関から救済的融資を受けることによって資金調達が可能なのであれば、緊急の必要があるとはいえない。

最後に、この規定から派生する問題について検討する。

206 条の 2 第 1 項に該当する規模の第三者割当増資がなされる場合において、株主の 10

⁵³ 前掲・洲崎（注 20）20 頁。

⁵⁴ 前田雅弘ほか「[座談会]『会社法性の見直しに関する要綱』の考え方と今後の実務対応」商事法務 1978 号（2012 年）28 頁 [前田発言] も同旨。疎明資料としては、会社の代表者が状況を説明した書面や、会社の財政状況や資金繰りの状況を示す資料があげられる（同 29 頁 [石井発言]）。

分の 1 以上の異議があったにもかかわらず、取締役が事業の継続のため緊急の必要があると考えて第三者割当増資を行おうとしている場合、かかる緊急の必要がないと考えている株主がこれを法令違反として 210 条により差止めることができるのか。実際上は、差止請求権を被保全権利として、民事保全法 23 条 2 項の仮処分を申し立てることが考えられるが、この審理の最中に、会社が倒産してしまうことも考えられる。そうすると、当該第三者割当増資がなされれば、会社は倒産の危機を免れるという場合に、差止請求を認め、これを審理して増資の時期を遅らせることは、株主の共同の利益に反することとなりかねないため、これを認めるべきではないとの価値判断もありうる。

しかし、事後的な株主の救済は難しい。考えられるのは、任務懈怠に基づく損害賠償請求（423 条 1 項）であるが、任務懈怠責任を追及するために要求される「任務懈怠」「損害」および「因果関係」要件の立証は困難である。すなわち、財産状況が著しく悪化していることは、財務諸表等である程度客観的に明らかであるが、緊急の必要があったかどうかはなお経営判断に委ねられるものと考えられるところ、責任を追及する側としては、当該状況下で他の取りえた選択肢をあげなければ「任務懈怠」は認められない。また、当該第三者割当増資により株価が下がらなければ「損害」は認められないし、かかる損害が緊急の必要がないにも関わらず、第三者割当増資を行ったことに起因するものだ、と立証しなければ「因果関係」は認められないが、これらを立証するのは困難であろう。

加えて、株主総会決議が必要な場合⁵⁵であったにもかかわらず、これを経ないで新株発行がなされた場合には新株発行無効の訴え（828 条 1 項 2 号）の無効事由になるのかが問題となりうる。しかし、株主総会特別決議を経ないでなされた有利発行も無効事由にならないとの判例⁵⁶および「譲渡制限株式以外の株式の発行等に係る手続上の法令違反は、一般には無効事由と解すべきではない」⁵⁷と学説上解されていることからすると、無効事由にはならないと考えるのが従来の解釈からして整合的であると考え⁵⁸。このように、既存株主の事後的救済は困難である。

この点を勘案しても、206 条の 2 第 4 項ただし書違反の第三者割当増資は、210 条 1 号

⁵⁵ 改正法 206 条の 2 第 4 項本文に該当する場合である。

⁵⁶ 最判昭和 46 年 7 月 16 日判時 641 号 97 頁。

⁵⁷ 江頭・前掲（注 3）766 頁。

⁵⁸ これに対して、会社法上、株式会社は、反対通知が 10 分の 1 以上の議決権比率に達したことを開示する義務はなく、株主がそれを知る手段を有しないため、株主の差止めの機会が奪われていたことを理由に無効事由になりうるとする見解として、山下徹哉「支配株主の異動を伴う募集株式の発行等」法教 402 号（2014 年）16 頁。なお、改正法 206 条の 2 第 1 項違反の場合は、最判平成 9 年 1 月 28 日民集 51 卷 1 号 71 頁に照らしても十分に無効事由になりうると考える。

の法令違反として差止事由になると考えられる⁵⁹。しかし、会社側が倒産の危機に瀕していると主張してきた場合に、裁判所は積極的に要件該当性を審査し、差止請求を認めることを躊躇するであろうことは容易に予想され、結局、差止めが認められるケースはほとんどないと考えられる。そうすると、既存株主の救済が困難になることが危惧される。

V おわりに

本論文では、今日、第三者割当増資が資金調達的手段として広く利用されていることを踏まえたうえ、支配権の異動等を伴う第三者割当増資を取締役会決議のみで行うことができってしまう現状について分析・検討を加えてきた。まず、210条2号の不正発行は、主要目的ルールの下、主として支配権争いが生じている場合にのみ適用されるものであり、そうでない場合（たとえば友好的 M&A の局面）においては210条2号の不正発行として捉えることは難しいこと、また、社外取締役による監督機能は、本論文が問題とする局面では機能しにくいことを指摘した。そして、私見としては、一次的には取締役会に第三者割当増資を行う権限を与えて、資金調達の機動性を確保しておくことが、株主共同の利益という観点から望ましいが、取締役の判断の公正を担保するために、最終的な判断権限を株主に留保しておくことが必要であると考えた。この観点から改正法を検討すれば、株主総会決議が必要となる10%の異議という要件が重すぎることを指摘した。なお将来的にライツ・オファリングが一般的な資金調達手法になった場合には、第三者割当増資の様々な弊害に鑑み、支配権の異動等を伴う第三者割当増資について一律に株主総会決議を要求することも考えられるということも述べた。

上記のように立法により取締役の判断の公正が担保できないとすれば、改正法の「財産の状況が著しく悪化している場合」「事業の継続のため緊急の必要がある」の要件は、厳格に解すべきであるとともに、この要件に違反して第三者割当増資がなされるのであれば、210条1号の法令違反として差止事由になると解すべきである。このように考えなければ、取締役の判断の公正を確保できないし、事実上、従来のような株主総会決議を事実上不要とする規制と何ら変わらなくなってしまうからである。しかし、裁判所が、倒産の危険があると会社側から主張されている場合において、上記のような厳格な解釈を行い、差止めを認めるかは疑わしい面もあり、裁判所がどのような判断をするかは、今後の事例の蓄積、および実務での運用を見守るしかないが、株主保護の観点からは、裁判所の積極的な介入

⁵⁹ 同様の見解として、森本大介「第三者割当増資に関する規律および子会社株式等の譲渡に関する改正」商事法務1985号（2012年）23頁。

が期待されるところである。

情報システム障害・事故における IT 事業者の責任

東京地判平 26. 1. 23 判時 2221 号 71 頁

弁護士法人 内田・鮫島法律事務所
伊藤 雅 浩

I. 事案の概要等

原告は、インテリア商材の卸小売及び通信販売等を行う株式会社であり、被告は、情報処理システムの保守受託等を行う株式会社である。原告は、平成 21 年 2 月 4 日、被告に対し、原告のウェブサイト（本件ウェブサイト）における商品のウェブ受注システム（本件システム）の導入を委託した。被告は本件システムを完成させて納入し、原告は、平成 21 年 4 月 15 日、本件ウェブサイトの稼働を開始した。本件ウェブサイトでは、当初、顧客のクレジットカード情報を保存していなかったが、平成 22 年 1 月に被告は、原告の依頼を受けて本件システムを変更し、顧客のクレジットカード情報（カード会社名、カード番号、有効期限、名義人、支払回数及びセキュリティコード）が、本件システムのデータベースに保存される仕組みとなった。ただし、クレジットカード情報は暗号化されていなかった。原告と被告との間には、本件ウェブサイトの保守に関する契約が締結されていた。

平成 23 年 4 月、本件システムのサーバに不正アクセスがあり、顧客のクレジットカード情報を含む個人情報が流出した。セキュリティ会社の調査によると、SQL インジェクション攻撃という手段¹により、当時サーバ内に保有されていたクレジットカード情報 6975 件全件が漏えいした可能性があるということであった。

原告は、被告に対し、被告が適切なセキュリティ対策を執っていなかったなどと主張し、委託契約の債務不履行に基づき損害賠償金約 1.1 億円を請求した。

被告は、これに対し、債務不履行の有無や、損害の額を争うとともに、「契約金額の範囲内において」支払うという損害賠償責任制限規定の適用を主張した。

II. 判旨

原告の請求の一部である 2200 万円余りの損害賠償及び遅延損害金について認容した（確定）。

¹ セキュリティ上の不備を攻撃する手段の一つ。プログラムが想定しないデータベース操作命令 (SQL 文) を実行させることにより、データの改ざんや取り出しが可能になる。

1. 債務不履行の存否について

「被告は、平成21年2月4日に本件システム発注契約を締結して本件システムの発注を受けたのであるから、その当時の技術水準に沿ったセキュリティ対策を施したプログラムを提供することが黙示的に合意されていたと認められる。そして、本件システムでは、金種指定詳細化以前にも、顧客の個人情報を本件データベースに保存する設定となっていたことからすれば、被告は、当該個人情報の漏洩を防ぐために必要なセキュリティ対策を施したプログラムを提供すべき債務を負っていたと解すべきである。」

「経済産業省は、平成18年2月20日、「個人情報保護法に基づく個人データの安全管理措置の徹底に係る注意喚起」と題する文書において、SQLインジェクション攻撃によってデータベース内の大量の個人データが流出する事案が相次いで発生していることから、独立行政法人情報処理推進機構（以下「IPA」という。）が紹介するSQLインジェクション対策の措置を重点的に実施することを求める旨の注意喚起をしていたこと、IPAは、平成19年4月、「大企業・中堅企業の情報システムのセキュリティ対策～脅威と対策」と題する文書において、ウェブアプリケーションに対する代表的な攻撃手法としてSQLインジェクション攻撃を挙げ、SQL文の組み立てにバインド機構を使用し、又はSQL文を構成する全ての変数に対しエスケープ処理を行うこと等により、SQLインジェクション対策をすることが必要である旨を明示していたことが認められ、これらの事実に照らすと、被告は、平成21年2月4日の本件システム発注契約締結時点において、本件データベースから顧客の個人情報が漏洩することを防止するために、SQLインジェクション対策として、バインド機構の使用又はエスケープ処理を施したプログラムを提供すべき債務を負っていたといえることができる。

そうすると、本件ウェブアプリケーションにおいて、バインド機構の使用及びエスケープ処理のいずれも行われていなかった部分があることは前記2のとおりであるから、被告は上記債務を履行しなかったのであり、債務不履行1の責任を負うと認められる。」

2. 損害賠償責任制限の合意の成否等について

(1) 損害賠償責任制限の合意の成否

「被告は、本件基本契約は、25条で当事者双方が民法の原則どおり損害賠償義務を負うことを確認し、29条2項で被告が損害賠償義務を負う金額を制限したものであると主張する。

そこで検討するに、本件基本契約は、第9章で「損害賠償その他」について規定し、「第29条〔損害賠償〕」として、「乙（注：被告）が委託業務に関連して、乙又は乙の技術者の故意又は過失により、甲（注：原告）若しくは甲の顧客又はその他の第三者に損害を及ぼした時は、乙はその損害について、甲若しくは甲の顧客又はその他の第三者に対し賠償の責を負うものとする。」（1項）、「前項の場合、乙は個別契約に定める契約金額の範囲内において損害賠償を支払うものとする。」（2項）と定める一方で、第7章で「機

密保持」について規定し、「第19条〔秘密保持義務〕」として、「甲、乙は、「対象情報」を厳に秘匿し、相手方の事前の書面による承諾なく、これを第三者に開示若しくは漏洩してはならない。」(1項)、「第25条〔損害金〕」として、「甲若しくは乙が本契約内容に違反した場合には、その違反により相手方が被る全ての損害を賠償するものとする。」を定めている。

以上の規定を合理的に解釈すれば、本件基本契約は、29条2項で、被告の原告に対する損害賠償金額を原則として個別契約に定める契約金額の範囲内とし、25条は、29条2項の例外として、被告が対象情報を第三者に開示又は漏洩した場合の損害賠償金額については制限しないことを定めたものと解するのが相当である。」(下線は筆者。以下同じ。)

(2) 賠償額上限条項の適用

「原告は、被告に重過失がある場合には、本件基本契約29条2項は適用されないと主張するので検討する。

本件基本契約29条2項は、ソフトウェア開発に関連して生じる損害額は多額に上るおそれがあることから、被告が原告に対して負うべき損害賠償金額を個別契約に定める契約金額の範囲内に制限したものと解され、被告はそれを前提として個別契約の金額を低額に設定することができ、原告が支払うべき料金を低額にするという機能があり、特に原告が顧客の個人情報の管理について被告に注意を求める場合には、本件基本契約17条所定の「対象情報」とすることで厳格な責任を負わせることができるのであるから、一定の合理性があるといえる。しかしながら、上記のような本件基本契約29条2項の趣旨等に鑑みても、被告(略)が、権利・法益侵害の結果について故意を有する場合や重過失がある場合(その結果についての予見が可能かつ容易であり、その結果の回避も可能かつ容易であるといった故意に準ずる場合)にまで同条項によって被告の損害賠償義務の範囲が制限されるとすることは、著しく衡平を害するものであって、当事者の通常の意味に合致しないというべきである(売買契約又は請負契約において担保責任の免除特約を定めても、売主又は請負人が悪意の場合には担保責任を免れることができない旨を定めた民法572条、640条参照。)

したがって、本件基本契約29条2項は、被告に故意又は重過失がある場合には適用されないと解するのが相当である。

(3) 重過失の有無

「被告は、情報処理システムの企画、ホームページの制作、業務システムの開発等を行う会社として、プログラムに関する専門的知見を活用した事業を展開し、その事業の一環として本件ウェブアプリケーションを提供しており、原告もその専門的知見を信頼して本件システム発注契約を締結したと推認でき、被告に求められる注意義務の程度は

比較的高度なものと認められるところ、前記のとおり、SQLインジェクション対策がされていないならば、第三者がSQLインジェクション攻撃を行うことで本件データベースから個人情報が流出する事態が生じ得ることは被告において予見が可能であり、かつ、経済産業省及びIPAが、ウェブアプリケーションに対する代表的な攻撃手法としてSQLインジェクション攻撃を挙げ、バインド機構の使用又はSQL文を構成する全ての変数に対するエスケープ処理を行うこと等のSQLインジェクション対策をするように注意喚起をしていたことからすれば、その事態が生じ得ることを予見することは容易であったといえる。また、バインド機構の使用又はエスケープ処理を行うことで、本件流出という結果が回避できたところ、本件ウェブアプリケーションの全体にバインド機構の使用又はエスケープ処理を行うことに多大な労力や費用がかかることをうかがわせる証拠はなく、本件流出という結果を回避することは容易であったといえる。

そうすると、被告には重過失が認められるというべきである。」

上記のように述べて、本件基本契約29条2項（賠償額の制限規定）の適用はないとし、相当因果関係ある損害について賠償責任を認めた（ただし、過失相殺により3割減額）。

III. 検討

1. はじめに

2014年7月、ベネッセから数千万件の個人情報が流出したという事件は、大きく報道された。消費者庁「平成25年度個人情報の保護に関する法律施行状況の概要」²によれば、同年度中に事業者が公表した個人情報の漏えい事案は366件であり、そのうち、漏えいした人数が50,001人を超える件数が18件を占める。近時は、大規模な漏えい事故が多く発生しているが、こうした事故発生時の事業者の法的責任に関する裁判例はそれほど多くない。

この種の事故が発生した場合における紛争類型として、本人から個人情報取得事業者に対する不法行為（プライバシー侵害等）に基づく損害賠償請求類型³と、個人情報取扱事業者から委託先のIT事業者に対する債務不履行等に基づく損害賠償請求類型⁴がある。本件は、消費者から個人情報を集めた通信販売業者（原告）が、そのシステムの保守を委託していたIT事業者（被告）に対して損害賠償を求めたというものであり、後者の類型にあたる。

² <http://www.caa.go.jp/planning/kojin/pdf/25-sekou.pdf>

³ このような事例として、東京高判平19.8.28判タ1264号299頁（TBC事件）、大阪高判平19.6.21（平18(ネ)1704号。Yahoo!BB事件）、大阪高判平13.12.25平13(ネ)1165号（住民基本台帳事件）などがある。

⁴ このような事例として、本件のほか、東京地判平21.12.25（平20(ワ)19890号）などがある。なお、いずれの類型にも分類しがたいが、クレジットカード決済代行会社から、サイト運営事業者に対して、クレジットカード情報の漏えい責任を追及した事例として東京地判平25.3.19（平23(ワ)39121号）がある。

個人情報漏えい事故は、事案によって、発生原因・態様や、事故後の対応、発生した被害の状況や事業者の規模などが様々である上、IT 事業者と委託者との契約内容も様々であり、法的責任の判断に関する一般的な定式というものは存在しない。本件は、IT 事業者の負っていた義務の内容と違反の有無、損害の額、責任限定条項の解釈など、様々な争点について判断がなされているが、あくまで特定の状況下での事故についての判断に過ぎない。しかしながら、本判決の意義を検討することは、契約実務、紛争対応に意義があると思われるため、以下、順に検討していく。

2. セキュリティ対策と債務不履行

(1) 問題の所在

一般に、個人情報の取扱いを含むシステム保守にかかる契約は、事務の取扱委託を内容とするものであるから、準委任契約に分類される。そのため、IT 事業者は善管注意義務（民法 656 条、644 条）を負うことになるが、義務の違反が認められるか否かは、個人情報の取扱いの委託を受けた IT 事業者と委託者との合意内容次第である。ところが、委託者・IT 事業者間で、SLA⁵と呼ばれる具体的なサービスレベルの合意がなされているケースは必ずしも多くなく、事故が発生してはじめて専門家として負うべき義務の内容及びその程度が争われることになる⁶。

(2) 関連裁判例

システム保守業務の委託を受けた事業者が負うべき義務の内容として判断した事例として、前掲注 4 の東京地判平成 25 年判決がある。この事例は、何者かの不正アクセスによりクレジットカード情報が漏えいした事例であるが、決済代行業者（原告）と、クーポンサイト運営事業者（被告）との間に、「契約者は、会員のカード情報及びX社決済システム（略）を第三者に閲覧、改ざん又は破壊されないための措置を講じるとともに、契約者のサイトを第三者に改ざん又は破壊されないための措置を講じる」との定めがあった。原告告間に、取るべきセキュリティ対策の項目に争いがなかったものの、その程度については争いがあった。裁判所は、この点について、「いかなる程度のセキュリティ対策を取るかについては、当該セキュリティ対策を取るために必要となる費用や当該サイトで取り扱っている情報の内容とそれに応じた秘密保護の必要性等の程度を勘案して、適切な程度のセキュリティ対策を取ることが必要というべきである。そして、本件サイトは、クレジットカードの情報という機密性の高い情報を扱うサイトであるから、それ

⁵ Service Level Agreement の略。IT サービスの製品やサービス内容の機能、範囲、性質、性能などの合意をいう。一般社団法人電子情報技術産業協会(JEITA)では、「民間向け IT システムの SLA ガイドライン」を公表しており、日経 BP 社から第 4 版(2012)が出版されている。同ガイドラインにはセキュリティサービスの項目として、ウィルス対策、不正アクセス検出・防止等が挙げられている。

⁶ 善管注意義務は、受任者の職業・地位・知識等において一般的に要求される平均人の注意義務であり、各具体的場合の取引の通念に従い相当と認むべき人がなすべき注意義務をいうとされる（新版注釈民法(16)・225 頁（中川高男執筆））。

に応じた高度のセキュリティ対策が必要というべきであり、クレジットカードの情報という機密性の高い情報を扱わない通常のウェブサイトと比べると、費用を要する高度のセキュリティ対策を実施すべきものというべきである。」とした上で、特別なセキュリティ対策をとっていたという主張立証はないとして被告の債務不履行を認めた。

前掲注4の東京地判平成21年では、被告は、原告に対して「善良な管理者の注意をもって管理する義務を負っていた」としたうえで、P2Pファイル交換ソフト⁷がインストールされたパソコンがウイルスに感染したことによって流出したという事実を摘示し、債務不履行を認めた。

また、本人からの不法行為に基づく請求の事例ではあるが、前掲注3の東京高判平成19年では、被告の委託先（履行補助者）が、IT専門事業者であり、その技術的水準として、「個人情報を含む電子ファイルについては、一般のインターネット利用者からのアクセスが制限されるウェブサーバーの「非公開領域」に置くか、「公開領域」（ドキュメントルートディレクトリ）に置く場合であっても、アクセスを制限するための「アクセス権限の設定」か「パスワードの設定」の方法によって安全対策を講ずる注意義務があった」にもかかわらず、適切な対応がなかったことを理由に、履行補助者の過失を認めて不法行為責任を認定した。

以上のとおり、セキュリティ対策に関する義務内容及びその程度は、事案によって異なるため、一般化することは困難である。しかしながら、情報漏えいという結果が発生した場合において、結果的に事業者の義務違反を否定したという事例はなく、特にクレジットカード情報等の機密性の高い情報を取り扱う場合には、事故発生当時にとり得る範囲での高度なセキュリティ対策が求められるといえる。

（3） 本判決

本判決では、平成18年当時に経済産業省から「個人情報保護法に基づく個人データの安全管理措置の徹底に係る注意喚起」という文書において、SQLインジェクション攻撃について注意喚起をし、独立行政法人情報処理推進機構がこれを受けて具体的な対策を公表していたという状況に照らし、原被告間で契約が締結された平成21年2月の時点で、当時一般的に知られていたSQLインジェクション攻撃の対策措置を講じたプログラムを提供すべき義務を負っていたとした。

他方で、原告は、善管注意義務の内容として、被告がクレジットカード情報を暗号化する義務を怠ったとの主張もしていたが、平成19年当時の厚生労働省・経済産業省「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」において、暗号化等の措置については、いずれも「望ましい」という程度にとどまっていたことから、契約で特別に合意していない場合でも当然に義務を負っていたとは認められな

⁷ インターネットを介してサーバを経由することなく不特定多数の利用者とのファイルをやり取りするためのソフトウェアをいう。

いとした。

義務の内容、程度については、いずれも当時一般に知られていたガイドライン等の公的文書、客観的情報に基づいて一般的な IT 事業者が当然に有すべき義務の水準を認定したものであって、適切なものであったといえる。換言すれば、個人情報を取り扱う事業者は、業界内に一般的に知られているセキュリティ情報を収集し、必要な対策を取ることが求められる。

3. 責任制限規定の適用範囲

(1) 問題の所在

本件では、被告が負うべき賠償責任の範囲を巡って、原被告間で合意された下記の責任限定条項（2項）が適用されるべきかが争われた（下線は筆者）。

第29条〔損害賠償〕

- 1 乙が委託業務に関連して、乙又は乙の技術者の故意又は過失により、甲若しくは甲の顧客又はその他の第三者に損害を及ぼした時は、乙はその損害について、甲若しくは甲の顧客又はその他の第三者に対し賠償の責を負うものとする。
- 2 前項の場合、乙は個別契約に定める契約金額の範囲内において損害賠償を支払うものとする。

IT 事業者が締結する契約の多くには、このように契約金額を賠償額の上限とする責任限定契約が設けられている。ソフトウェアの不具合、情報漏えい、データ消失などの重大な障害が発生した場合には、委託者の事業に深刻な影響が生じかねないが、そのような損害すべてについて IT 事業者が賠償責任を負わせることになると、得られる報酬との均衡を失することにもなりかねない。経済産業省「情報システム・モデル取引・契約書」⁸の53条においても、このような趣旨のもとで損害賠償額の上限規定が置かれている。

この種の規定そのものの有効性は否定しがたいだろう⁹。しかし、消費者契約法8条1項2号及び4号では、事業者の故意又は重過失による場合の損害の一部を制限する条項を無効としている。事業者間の契約においても、故意又は重過失の場合（特に重過失の場合）に賠償の範囲を制限する規定が効力を有するかどうか問題になる。

(2) 関連裁判例等

ア. 重過失免責に関するもの

宝石会社の代表者がホテルに宝石入りバッグを預けたところ、何者かにバッグが盗難されたという事例において、ホテルの宿泊約款における責任限定条項について「故意又は重大な過失がある場合にまで責任制限規定が適用されるのは著しく衡平を害するもの

⁸平成19年4月に「情報システムの信頼性向上のための取引慣行・契約に関する研究会」から公表されたモデル契約書とその解説。

⁹（2）イで述べるように、東京地判平16.4.26も、責任限定条項自体の合理性は認めている。

の意思に合致しない」とした。その根拠として、担保責任の免除特約があっても悪意の場合には排除されるとする民法 572 条, 640 条を挙げている¹²。これらの条文は、「知らなから告げなかった」とあるように、故意の場合の免責を排除するのみであって、「重大な過失によって知らなかった場合も同様とする。」といった規定になっていたわけではない。裁判所が、売買、請負の一般的な規定を根拠に、重過失の場合における責任限定条項は適用されないという限定解釈を行った点に特徴がある。

4. 重過失の意義

(1) 問題の所在

上記のように、重過失の場合には責任限定条項が適用されないとすると、重過失と軽過失の区別が重要になってくる。同じ注意義務違反であっても、「重過失」と評価される場合には、相当因果関係ある損害全てについて賠償責任が生じ、「軽過失」の場合には、免責あるいは責任範囲が限定されるからである。

重過失とは、一般に、注意義務違反の程度が甚だしい過失をいい、各種の法令で多く使用されている用語であるが¹³、具体的にどの程度の注意義務違反があれば重過失と評価されるのかは明確ではない。

(2) 関連裁判例等

重過失の意義に関するリーディングケースとして、しばしば援用されるのが、失火責任法但書における「重大ナル過失」の意義について述べた最判昭和 32 年 7 月 9 日民集 11 卷 7 号 1203 頁である。裁判所は、「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解する」とした（下線部は筆者）。これによれば、故意と同視できる程度の限定的な場合のみを指すものと考えられる。

さらに、証券取引所のシステム障害等に伴う損害賠償請求事件¹⁴において、証券取引所への参加者契約における「重大な過失」の解釈について、裁判所は、前記最高裁判例を次のように敷衍して述べた。

「重過失（重大な過失）について、判例（最高裁昭和 32 年 7 月 9 日判決・民集 11 卷 7 号 1203 頁）では「ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」と表現し、「ほとんど故意に近い」とは「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかな注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた」のに「漫然とこれ

¹² 判決文ではあくまで「参照」として条文を挙げただけである（II.2.（2））。

¹³ 「重大な過失」という表現が用いられている例として、民法 95 条（錯誤）、商法 17 条（商号譲受人の責任）、会社法 429 条（役員等の第三者に対する損害賠償責任）、特許法 102 条（損害の推定）、消費者契約法 8 条（事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効）など。

¹⁴ 東京高判平 25.9.24 判タ 1394 号 93 頁

を見過ごした」場合としている。これは、結果の予見が可能であり、かつ、容易であるのに予見しないである行為をし、又はしなかったことが重過失であると理解するものである。これに対して、重過失に当たる「著しい注意欠如の状態」とは著しい注意義務違反、すなわち注意義務違反の程度が顕著である場合と解することも可能である。これは、行為者の負う注意義務の程度と実際に払われた注意との差を問題にするものである。前者のような理解は重過失を故意に近いものと、後者のような理解は重過失を故意と軽過失の中間にあるものと位置付けているようにも解される。」

前掲最判昭和 32 年は、「ほとんど故意に近い」と「著しい注意欠如の状態」とを特に分けて論じているわけではないので、上記のように2つの基準、類型に分けて論じることについて十分な説明がなされているとは言い難い。しかし、前掲最高裁判例が過失を主観的な側面で捉えていたのに対し、専門家や事業者にとっての過失とは客観的注意義務状態であるという近時の理解に基づいて、重過失の要件を、結果予見可能性・容易性があり、かつ、結果回避可能性・容易性がある場合であると解しているものと思われる。

(3) 本判決

本判決では、特段の説明もなく、重過失の意義について、「重過失がある場合（その結果についての予見が可能かつ容易であり、その結果の回避も可能かつ容易であるといった故意に準ずる場合）」とした。この点は、前掲東京高判と同様に解している。さらに、SQLインジェクション攻撃については、当時の技術常識に照らして予見可能かつ容易であり、これに対する対策は可能であり、困難だという事情もないことから容易であるとしたうえで、被告の重過失を認めた。

専門事業者である IT 事業者には客観的な基準に基づく注意義務が要求されると考えられる。したがって、重過失を、前掲東京高判平成 25 年と同様に客観的過失の考え方に基づいて解釈することが適切だといえる。

5. まとめ

本稿では、本判決を題材に、情報漏えい事故発生時における IT 事業者の債務不履行の有無と、責任限定条項の限定解釈、重過失の意義について取り上げた。本判決は、特定の事故における特定の契約条項の元での事例判断に過ぎない。しかし、IT 事業者が取るべきセキュリティ対策と法的義務の関係や、責任限定条項の有効性・限定解釈など、多くの事例において問題となり得る争点について裁判所の判断を示したものであって、今後の実務上の参考となる事例だといえる。なお、そのほかにも、損害の額・種類や、委託者側の落ち度（過失相殺の割合）について実務上関心が高いところである。本件でも多様な損害項目について、相当因果関係の有無等が、争われたが、紙幅の都合上、割愛した。

ようこそ、刑事弁護の世界へ

弁護士 佐野綾子¹

第1 本稿の目的

国選の場合、誰が弁護人となるかは巡り合わせとしか言いようがない。私選であっても、当事者や関係者が弁護人を探し始めるのは身体拘束された時やそれが差し迫っている時であることが多く、じっくりと探す時間的余裕をもちにくいのが実情だろう。

そこで本稿ではまず、弁護士のキャリアアップの観点から刑事弁護の魅力を語り²、現役のロースクール生の刑事弁護への関心を高めたい。有能でやる気にあふれた若手の多くが真摯に刑事弁護に取り組むことで刑事弁護人の層が厚くなり、適切な弁護活動が確保されやすくなると考えるからである。

そして、私が刑事弁護活動から得た教訓を後輩への応援メッセージとして記したい。

第2 刑事弁護活動の魅力(1) 法廷弁護のスキルアップができる

刑事であれ民事であれ、法廷弁護活動のコアとなるスキルは異ならない。これは、私が刑事弁護活動を通じて実感したことの1つである。根本的な活動（判断権者にこちらの意図する心証を抱いてもらうべく主張立証活動を展開すること）が共通であるから当然のこととはいえ、まずはこの点を指摘しておきたい。

つまり、質の高い刑事弁護を行えるようになれば民事弁護の質も上がり、逆も同様であると思われる。また、刑事弁護を手がけたほうが、全く手がけないよりも弁護士としてより早く成長できる場合もあるだろう。特に効果があると思う2点に絞って説明したい。

1 尋問スキルが向上する

刑事事件ではほぼ全件で被告人質問が行われ、大半のケースで証人尋問も行われる。そのため、とにかくにも弁護人は尋問の経験を積むことができる。

そのうえ、検察官が相手方となるからこそ学べることが多い。検察官は一般に、平均的な弁護士よりも尋問のスキルが上であると思う。私が直接見た限りでは、検察官は尋問の基本的な型と作法を身につけている。そのため、周囲の弁護士に目標となる尋問を見せて

¹ 普段は一般民事を中心に手がける弁護士で、これまでに手がけた刑事弁護の件数は寧ろ少なめである（最終項参照）。刑事弁護の魅力を語るにふさわしい立場かどうかやや心許ないが、その分、民事中心の弁護士にとっても刑事弁護は重要であるとのメッセージが後輩に伝わりやすくなると期待している。

² 本稿があえて刑事弁護を弁護士のキャリアアップという切り口で紹介しているのは、実務についてのことのない現役の学生の関心を引きやすい例を出すためである。滅して「弁護士がメリットを感じられない事件では手抜きをしてよい」などと主張するものでも推奨するものではない。私はそのような考えには全く与しないし、逆にそのような考えで事件を受任するような弁護士が生じにくくするためにこそ優秀な若手に刑事弁護に取り組んでほしいと考えている。

もらう機会のない弁護士であっても、刑事弁護を担当すれば、基本的な尋問の型を直に観察することができる。

検察官は、弁護人より刑事事件の担当する裁判の数が圧倒的に多く、尋問慣れしているのはもちろんのこと、裁判員裁判対応の成果か、特に若手の検事は基本的なテクニックが身につけており、発声が明瞭で、証人にうまく答えさせていると思うことが多い。弁護人からすると、自分が関与している（＝内容をよく把握している）事件において行われる尋問であるから、傍聴席では気づきにくいポイントにも気づき、研修よりも集中して観察することができるはずだ。

主尋問では、例えば一般的に検察官の尋問では一問一答が徹底されているし、時系列に混乱のないように構成されている。証人が身振りや説明した際にはすかさず言語に置き換えたり、数値や頻度を具体的に言わせようとしたりするのはいちばん（これらを怠って裁判官が口を挟む場面は民事裁判では散見される。）³、証人に書証を示す際には裁判官が書証の該当部分を開くのを待つなど間合いも十分に取り、立ち位置なども工夫している。参考になるところはどんどん取り入れるべきであると思う⁴。

反対尋問において、検察官は弁護人の尋問に躊躇なく異議を申し立てる。異議を出されて尋問のリズムが崩れないようにするためにも、証人に法廷で話してもらいたいことを証言し尽くさせるためにも、弁護人はできるだけ異議が出にくいように、そして異議が出されても対応できるように準備しておく必要がある⁵。

それに対抗すべく、弁護人も検察官の尋問に異議を出せるようにして尋問に臨む。私の場合、刑事弁護での尋問をこなすようになってから、民事裁判の証人尋問においても相手方代理人の尋問に異議を出すことが多くなった⁶。

もちろん、著名な刑事弁護のスペシャリストを講師とする尋問の研修も開催されるのでトレーニングの機会もある。積極的に参加してみたいだろうか。

³ 私はロースクール3年次の刑事模擬裁判の講評のおかげで在学中からこのポイントは意識することができ、現在も尋問時に実践している（実践例としては最終項で紹介するクレディ・スイス集団申告漏れ事件の公判を描いた法廷漫画のなかの被告人質問の回をご覧ください）。しかしながら、これを怠る代理人が多いということは、普段からこのような基本的ポイントを押さえるだけでも尋問のレベルを一段階上げることができるということだ。

⁴ ある民事裁判官経験者によれば、民事裁判の尋問では「代理人がごく基本的なポイントを抑えるだけで尋問のレベルは上位にくる」とのことである。これはごく一般的な入門書に出てくるものさえ身につけていない弁護士がそれなりにいることを示すのであろう。

⁵ この点については裁判官の意見を聞いてみたいが、異議が出しづらい尋問のほうが裁判所も心証を得やすいだろうか。例えば重要な争点となっている点を誘導して異議が出なかったとしても、事実認定者は証人の生の説明を聞かないことになるので、印象が薄まるのではないかとと思われる。

⁶ むしろ、刑事裁判では検察官は弁護人の異議を出しづらいように発問を工夫するためか、私自身は刑事裁判よりも民事裁判での尋問時のほうが1度の尋問時に異議を出す回数が多い。

2 膨大な証拠の精査に慣れる／証拠の出し方を工夫する

捜査機関は、民事の代理人弁護士では到底入手できないような膨大な証拠を確保することができる。そのため、証拠が膨大になることがある。そこで、弁護人は大量の資料を精査する経験を得やすい。開示された証拠の大半が検察の主張を裏付けるものであるが、それでも鉄壁というほどでもない。地道に証拠を精査しているうちに、こちらに有利な事情が記録されている証拠が見つかる。1つの事件で何度も精査を重ねることで、「相手方の書証の精査の仕方」のコツがつかめてくる。

また、刑事裁判では証拠能力が厳格に判断される。弁護人が「とりあえず出してみる」という姿勢では、到底、検察官の意見という関門を突破できない。弁護士として、検察官の同意を得やすい書証（不同意にすると裁判所から見識が疑われそうなもの。例えば、信用性が高いと窺われる書証や、事件の争点に強く関連し、裁判所が証拠として見てみたいと思えるようなもの）をいかに確保し、証拠等関係カードにまとめるかという視点で戦略を練る必要がある。民事裁判では要証事実との関連性の不明瞭な証拠やおおよそ信用性のなさそうな証拠でもとりあえず提出するという代理人がいるかもしれないが、刑事裁判では検察官がそのような証拠は容赦なく不同意にするため、少なくとも検討姿勢は身につけるをえない。

第3 刑事弁護活動の魅力(2) 若手にもチャンスがある

若手でも事件を受任して単独で成果をあげ、さらにその結果のみで周囲の信用を得ることができるチャンスがあるというのも、刑事弁護の魅力の1つである。

弁護人が手抜きして無罪判決がとれるほど日本の刑事司法は甘くない。私が過去に手かげた事件に照らすと、裁判官は「合理的な疑いが残る」では足りず、「被告人は無罪だ」と確信できてようやく無罪判決を言い渡すという実感がある。とにもかくにも有罪判決を書いておけばよいと思っているのではないかと言いたくなる裁判官がいまだに一定数いる一方で、民事裁判において「原告の請求はとにかく認容する」という裁判官は聞いたことがない。

他方でそれは、無罪判決は担当弁護人にとって大きな実績であるということである。特に国選は経験や実績を問わずに事件の配点があるのが原則であるから、若手にもベテランと同等の機会が確保されているといえる。

一方、民事（特に企業法務）の場合、世間に注目されるような事件の依頼を無名の新人が（しかも単独で）受けることは考えにくい。重鎮弁護士と共同受任し、実質的にその事件の主担当として活躍したとしても、その名が目立つことはなかなかない。また非常に困難な事件で勝訴したとしても、勝訴というだけではその困難さは伝わりにくい。

第4 私が刑事弁護から得た教訓～後輩達へのメッセージ

以上のとおり、弁護士のキャリアにとって、刑事弁護には少なくとも①スキル向上、②

実績獲得及び注目される機会の平等という魅力がある。実際、私は刑事弁護のおかげで法廷弁護におけるスキルを磨くことができたし、注目される事件に関与することもできた。

もっとも、これは、私が登録間のない頃に受けた事件に全力でぶつかり、かつ、その後受任した事件にも真剣に向き合っているからこそだと思う。

次項 1 は、初めて一人で手がけた公判弁護であったが、それが否認事件だったことで、その手間と労力は膨大であった。幸い「1つ1つの事件に丁寧に向き合うことが弁護士としての成長につながる」というボス弁の考えに基づく私の個人事件対応への理解と協力のもと、当該事件に最優先で時間を使える環境にあった。長い審理期間中は納得するまで記録を検討し、数人の証人尋問等を経て法廷対応にも慣れ、弁護士としての基礎力を身につけることができた。

同時に、この結果により「事件にまじめに取り組む一定の能力のある弁護士」との信頼を得ることもできた。その後に著名事件の弁護団に加わることもできるようになり、そこでさらに経験を積み、次の事件の結果につなげることができているという好循環となっている。

万が一、最初の事件で「国選だから」「報酬が少ないから」等という気持ちで少しでも手を抜いていたら、判決はであったと思う。そうすると、次につながらなかったのはもちろんのことだが、私は手抜きを覚え、中途半端な弁護活動をしてしまうような弁護士になっていたかもしれない。

この経験に基づき、私が後輩に伝えたいのは、将来法曹の一員となったときには、ぜひ、素直に目の前の1件1件に全力で向き合うようにしてほしいということである。そして、初心を忘れずに事件に邁進して行ってほしい。そうすることでしか身につかないものはあるし、その姿勢が弁護士としての信用・実績につながっていくからである。

なお、本稿は私の実体験に基づくエッセイのため、否認事件の弁護経験での感想が中心となっている。もちろん自白事件であっても難しい事件は多くあるし、簡明にみえる事件であっても弁護人が当事者のその後の人生に影響を与える責任のある立場にあることを付言したい。

第5 補足：これまでに関与した無罪事件等

1 初めての無罪判決

平成23年3月東京地裁立川支部。被告人は勤務先の現金を横領した等として業務上横領罪等で起訴されたが、被害があったとされる時期前後の総勘定元帳等に記録された仕訳を1件1件精査したところ、当方の主張を補強する仕訳が複数見つかった。概要は「帳簿の精査で発見した検察官主張の矛盾」（季刊刑事弁護71号80頁（現代人文社、季刊刑事弁護編集部・編）にまとめてある。国選弁護事件であったため私が受任したのは偶然ではあったが、ロースクール入学前に簿記・会計の基礎的な勉強をしていたことが大いに役立った。

2 2回目の無罪判決

平成 25 年 3 月東京地裁。いわゆる「クレディ・スイス集団申告漏れ事件」。当事者である八田氏が SNS 及び著作（「勝率ゼロへの挑戦」光文社）等で詳細な情報発信を行っているので参照されたい。<http://fugathegameplayer.blog51.fc2.com/>

田中周紀氏の「国税記者」（講談社）第 7 章「外—外の金を追え」は他の脱税事案との相違点が深掘りされており読み応えがある。

3 3 回目の無罪事件

平成 26 年 11 月東京高裁（原審東京地裁立川支部）。主任弁護人はロースクール同期の贄田健二郎弁護士（61 期、立川フォートレス法律事務所）。控訴審での事実調べ無しでの原判決破棄・無罪判決（自判）という珍しい事例となった。この事件の論考は別の機会に行う予定である。

以上

一橋ローレビュー 創刊号

編集後記

一橋ローレビュー創刊号編集委員会

本ローレビューは、我々の先輩である、ロースクール第8期生の方々の発案により、企画されたものである。刊行に至るまで、このように長い時間がかかってしまったものの、今回、無事に創刊号を刊行することができた。刊行にあたり、様々な相談にのっていただいた橋本教授、阪口教授、ならびに査読に携わっていただいた先生方、Web掲載の作業をしていただいた渡沼さんには、心から感謝したい。また、ローレビュー刊行の先輩である名古屋大学ローレビューの編集関係者の方々からも、数多くの貴重なご意見をいただくことができた。この場を借りて感謝の意を述べたい。

刊行の趣旨にもあるように、このローレビューは、多くの一橋大学法科大学院関係者の起点となり、学問のみならず、法曹実務の発展に寄与することを目的としている。この創刊号においても、実務家のOBOGの方々のご協力により、判例評釈とコラムを掲載することができ、刊行の趣旨に合致した誌面とすることができたように思う。一方、論説については、法科大学院の授業である「法学研究基礎」を受講した学生の論説が中心となったものであるが、今後は、法科大学院全体の取り組みとして、このローレビューが位置づけられるよう、学生による判例評釈等、より幅広い投稿を募っていくことを課題としたい。

法科大学院の廃止や司法試験の受験科目の変更など、法科大学院を取り巻く状況は、決して明るいとは言えない形で移り変わっている。このような中であって本創刊号を刊行できたことは、重ね重ね、多くの方々のご協力によるものであるが、この先も、本ローレビューを継続し、何らかの形で法曹業界を盛り立てていく一助とするため、より一層の改善のための努力を行うとともに、本号をご覧いただいた方々においては、論説やコラムの投稿により、是非、本ローレビューにご参加いただきたい。

執筆者・編集委員一覧

執筆者

辻村慶太	司法修習生（一橋大学法科大学院 2013 年度修了生）
村松暁	司法修習生（一橋大学法科大学院 2013 年度修了生）
早乙女明弘	司法修習生（一橋大学法科大学院 2013 年度修了生）
伊藤雅浩	弁護士（一橋大学法科大学院 2006 年度修了生）
佐野綾子	弁護士（一橋大学法科大学院 2006 年度修了生）

編集委員

原田亮，村島大輔，伏見宗弘

顧問

橋本正博	一橋大学法学研究科教授
杉山悦子	一橋大学法学研究科准教授
角田美穂子	一橋大学法学研究科教授

協力

名古屋ロー・レビュー編集委員会

『一橋ローレビュー』 創刊号

2015年3月31日発行

発行者 一橋ローレビュー編集委員会

本誌より引用される場合には、『一橋ローレビュー』
からの引用である旨明記してください。
