

◇ 学位論文審査要旨 ◇

佐 竹 宏 章

詐欺罪における構成要件的结果の意義
及び判断方法

審査委員 主査 安 達 光 治
副査 嘉 門 優
副査 中 谷 崇

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、詐欺罪に関する近時の最高裁判例に対する疑問を出発点とし、法制史的検討から得られた知見を踏まえて詐欺罪の本質を明らかにするとともに、詐欺罪における構成要件結果の意義を明確にしたうえで、その判断方法を改めて定式化しようとするものである。

本論文は、「はじめに」と「おわりに」のほか、4章で構成される。「はじめに」では、詐欺罪における構成要件の結果や財産損害の意味内容を明らかにすることが、同罪の成立範囲を限界付け、同時に欺罔行為の精緻化につながるという本研究の意義が示される。

第一章では、財産損害をめぐるわが国の判例・学説が検討され、現在の議論においては、財産損害の構成要件上の位置付けやその判断方法につき、いまだ説得的な論証がなされていないことが指摘される。第二章では、わが国の旧刑法の詐欺取財罪および現行刑法の詐欺罪の制定過程が検討され、①わが国の現行刑法246条の財物詐欺罪（1項）と利益詐欺罪（2項）の関係につき、通説的な見方とは異なり、後者が基本類型であって前者はそれが財物騙取に特殊化したものであること、②財物騙取・利益取得と財産損害には、同じ現象を行為者側・被害者側のそれぞれの視点で捉えたものであるという対応性があること、③「財産上不法の利益」という構成要件の結果には、被害者側の「実質的損害」を検討する意義があることが主張される。第三章では、ドイツの詐欺罪の法制史的検討として、各領邦刑法典の詐欺

罪関連規定と、プロイセン刑法典(1851年)からドイツ帝国刑法典(1871年)に至るまでの詐欺罪規定の制定過程が跡付けられ、①ドイツでは「純粹財産犯」として詐欺罪を捉える立場が採用されたこと、②それに対応して、詐欺罪の要件として利得意思と財産損害が規定されたこと、③詐欺罪は財産移転犯として理解されるべきことが明らかにされる。第四章では、以上の検討結果を踏まえ、財産損害及び利得と損害の素材の同一性に関するドイツの議論を分析し、わが国の詐欺罪における構成要件的结果の判断方法に関する私見、及び関連する事例についての本論文の立場からの解決が示される。

「おわりに」において、わが国の詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取/財産上の利益取得」は、①行為者が財物又は財産上の利益を得たこと、②行為者が財物または財産上の利益を得たことが不法であることの2段階に私見の判断枠組が改めて整理される。その上で、上記①については、(a)「財物/財産上の利益」該当性、(b)財物取得/財産上の利益取得、(c)財物取得/財産上の利益取得と被害者の財産喪失の対応関係の3つを検討する必要がある、上記②については、ドイツの議論を参考に、「法的財産概念」及び「自由理論的・人格的財産概念」に基づく財産損害の判断方法をとるべきことが確認される。最後に、残された課題として、①詐欺罪の構成要件的结果である「財物騙取/財産上不法の利益取得」における「不法」性についての判断準則の精緻化、②「欺罔」「錯誤」「処分」といった、構成要件的结果以外の構成要件要素の意義と判断方法や相互関係を明らかにすること、③補助金適正化法29条の不正受給罪や生活保護法85条の不正受保護罪など、他の法領域における財物・財産利益の不正取得に関する罪との関係性の検討があることが示される。

2 本論文の構成

本論文の構成は以下のとおりである(「節」より下位の細目次は省略した)。

はじめに

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

第一節 本章の検討対象及び検討順序

第二節 詐欺罪の法益としての「財産」の意義

第三節 「財産損害」の構成要件上の位置付けに関する学説の検討

第四節 「財産損害」の判断方法に関する学説の検討

- 第五節 本章から得られた帰結及び課題
 - 第二章 わが国の詐欺罪の法制史的検討
 - 第一節 先行研究の到達点とそれに対する疑問
 - 第二節 旧刑法典の詐欺取財罪の法制史的検討
 - 第三節 現行刑法典の詐欺罪の法制史的検討
 - 第四節 詐欺罪の構成要件的结果の判断枠組に関する試論
 - 第三章 ドイツの詐欺罪の法制史的検討
 - 第一節 本章の課題及び検討順序
 - 第二節 領邦刑法典における詐欺罪の法制史的検討
 - 第三節 プロイセンにおける詐欺罪の歴史的展開
 - 第四節 北ドイツ連邦刑法典及びドイツ帝国刑法典における詐欺罪
 - 第五節 詐欺罪の法制史的検討によって得られた帰結
 - 第四章 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法について
 - 第一節 本章の課題及び検討順序
 - 第二節 ドイツの詐欺罪の構成要件的结果としての「財産損害」に関する議論
 - 第三節 ドイツの詐欺罪における「素材の同一性」に関する議論
 - 第四節 わが国の詐欺罪の構成要件的结果の判断方法に関する私見
- おわりに

なお、本論文のもととなった論文は、「詐欺罪における構成要件的结果の意義及び判断方法について（1）～（6・完）——詐欺罪の法制史的検討を踏まえて——」立命館法学374号145～195頁、377号198～246頁、378号26～79頁、379号81～130頁、380号43～86頁（以上、2018年）、及び381・382号127～184頁（2019年）として公表されている。

3 本論文の内容

はじめに

本論文の狙いは、近時の詐欺罪に関する最高裁判例への疑問を手がかりに、法制史的検討を踏まえて詐欺罪の本質を明らかにし、そこで得られた知見を基礎に、詐欺罪における構成要件的结果の判断方法を改めて定式化することにある。

近時、最高裁は「暴力団員ゴルフ場利用長野事件」（最決平成26年3月28日刑集68巻3号646頁一積極）、「暴力団員ゴルフ場利用宮崎事件」（最判平成26年3月28日

刑集68巻3号582頁一消極)をはじめ、詐欺罪に関する重要な判例を出している。両事件では有罪・無罪の結論が分かれたが、その相違は欺罔行為の判断による。近時の最高裁判例は、欺罔行為の検討を中心に詐欺罪の成否を判断しており、構成要件の結果や「財産損害」という観点には触れていない。そのような傾向が一般化すると、これまで詐欺罪に問われるとは考えられてこなかった事案についても、被欺罔者にとって交付／処分の基礎となる重要な事項を行為者が偽ったと評価される場合には、たとえ実質的な損害が生じていなかったとしても、詐欺罪の成立を認める可能性が生じる。

欺罔行為のみに着目する判断については、以下のような問題が指摘できる。まず、未成年者等が煙草などを年齢を偽って購入する行為が、詐欺罪で処罰される可能性がある。一般にこの種の事案について、購入につき詐欺罪が成立するとは考えられていない。それは、対価が現実に支払われており、詐欺罪を基礎付ける実質的な損害が生じていないからである。次に、催し事等のチケットを第三者に転売する目的で購入するという、近時社会問題となりつつある行為にも、詐欺罪の成立を認めることになり得る。従来、この種の事案は迷惑防止条例などで対応されてきたが、詐欺罪の成立を認めた下級審裁判例もある(神戸地判平成29年9月22日LEX/DB 25547424)。しかし、ここでも、正規のチケットの対価が支払われていることから、チケット販売者に何ら損害は生じていない。詐欺罪の成立を認めてしまうと、正規価格よりも相当な高額でチケットを購入させられ、本来、被害者の立場にあると考えられる転売を受けた者(前掲・神戸地判もそのようにみていると解される)が、盗品罪に問われるおそれが生じる。この種の事案については、チケット販売者側の対応や2018年末に成立したチケット不正転売禁止法のような特別法の規制で対応すべきである。そもそも、近時の最高裁判例には、個人の財産権の保護とは異なる目的で(行政法規の遵守、治安維持、取引秩序の維持の手段として)詐欺罪が拡張的に用いられる可能性が内在している。これに歯止めをかけるため、欺罔行為とは異なる観点から詐欺罪の射程を限界付ける理論を構築することが喫緊の課題である。

本論文は、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組の再定式化及び具体的判断基準の定立を全体的な課題とするが、その際、法制史的検討を中核に位置付ける。それは立法者意思を過度に重視するという立場ではなく、何の基準も示さずに条文解釈を客観的に行うというわけでもない。当該犯罪規定の趣旨・目的といった解釈指針を、客観的資料(当該犯罪規定の文言、その法典における位置付けや他の犯罪規定との関係性、沿革など)から明らかにして、当該犯罪規定の射程を導き出す解釈方

法論をとる。保護法益論については、解釈指針としての法益概念が争いの余地のないほど一義的なものである場合には、それを指針にするが、争いがある場合には、上記の客観的資料に基づいて解釈指針を確定するという立場に立っている。その際に、法制史的検討が重要となる。

第一章 詐欺罪における「財産損害」に関するわが国の議論

わが国の財産損害に関する議論では、保護法益としての財産の意義（個別財産か、全体財産か）、財産損害の構成要件上の位置付けや財産損害の判断方法が截然と区別されずにいた。しかし、保護法益が財産損害の構成要件上の位置付けとその判断方法の指針となり得るかを、まず明らかにする必要がある、問題は段階的に区別して検討される必要がある。

このような視点から、「財産」の意義に関するわが国の議論が検討される。財産を「個別財産」と理解する場合（個別財産モデル）、個別の財物・財産上の利益の喪失だけが犯罪の成立において考慮されると理解されてきた。これに対し、「全体財産」と理解される場合（全体財産モデル）、それは法益主体の財産状態全体を意味し、財産の喪失とそれに伴う取得とを併せて評価し、全体としてみて財産状態が減少している場合に損害が認められる。しかし、いずれも、本来論証すべき事柄である構成要件的结果に関する帰結を論拠に保護法益を導き出し、それに基づいて構成要件的结果の解釈を行うという意味で、論点先取の疑いをはじめとする問題点がある。

次に、財産損害の構成要件上の位置付けに関する学説を検討する。これには、(a) 個別財産の喪失自体を財産損害と捉える立場（個別財産喪失説）、(b) 書かれざる構成要件要素として財産損害を要求する立場、(c) 欺罔行為の判断において財産損害を考慮する立場（欺罔行為還元説）、(d) 錯誤の判断において財産損害を考慮する立場（法益関係的錯誤説）、(e) 財物騙取・財産上の利益取得の判断において財物・利益の移転を超えた財産損害を考慮する立場（利得・損害関連説）がある。各説とも、財産損害の詐欺罪の構成要件上の位置付けについて、主として個別財産モデルないしは全体財産モデルに依拠した説明となっており、それらの論拠の不十分さに鑑みると、自説を十分には基礎付けられていない。

最後に、財産損害の判断方法に関する学説である。これには、① 個別財産の喪失に着目する見解、② 処分の自由の侵害に着目する見解、③ 取引目的に着目する見解、④ 経済的財産減少に着目する見解、⑤ 当事者間で想定されていた内容などを客観的・分析的に判断する見解が主張される。これらのうち、近時の最高裁判例

に内在している詐欺罪の拡張の運用に歯止めをかけることが意識されているのは、③の見解の一部や④の見解の一部のみである。また、以前に主張されていた⑥の見解(佐伯(千)、宮本、瀧川)からも、歯止めとなる理論を構築する可能性はある。

いずれにせよ、わが国の詐欺罪における財産損害の構成要件上の位置付け及び財産損害の判断基準に関する諸学説は、十分な論拠のある解釈指針によって展開されてきたわけではなく、財産損害の構成要件上の位置付けに関する論証も十分になされていない。

第二章 わが国の詐欺罪の法制史的検討

本章では、わが国の詐欺罪に関する法制史的検討が行われる。ここでは、詐欺罪の歴史的展開(前史、旧刑法典、現行刑法典)に関する先行研究を跡付けてその到達点を確認し、これに対する疑問点を提起して検討が行われる。

先行研究の到達点は、以下のように整理される。前史について、「詐欺取財」という概念は、フランス法やドイツ法の議論を参照して作出されたものではなく、奈良時代の大宝律令(701年)や養老律令(718年)の時代から存在しており、養老律令や江戸時代の御定書百箇条(1742年)では詐欺に相当する規定が偽造犯罪の隣接規定として位置付けられていた。旧刑法典については、まず、旧刑法典の詐欺取財罪は、ボワソナードによる1810年フランス刑法典405条を参照した案がもととなっており、フランス刑法典の影響を受けて成立した。旧刑法典にある証書類を取得客体とする詐欺罪は、無形的権利の保護を図ったものとして、現行刑法典の利益詐欺罪の原型とされる。現行刑法典における詐欺罪について、現行刑法典の財物詐欺罪は、旧刑法典の詐欺取財罪に由来し、さらに利益詐欺罪も旧刑法典の証書類を客体とする詐欺取財罪の発展として同一線上に成立したものであり、これはフランス刑法典ないしはボワソナードの影響による。この到達点から、わが国では、財物詐欺罪も利益詐欺罪も個別財産侵害モデルを採用するものとの主張がなされている。

先行研究の到達点に対して、以下の疑問が提起できる。第1に、詐欺取財の文言は、すでに大宝律令からみられるのに、なぜ旧刑法の詐欺取財罪はフランス刑法に由来するといえるのか。第2に、現行刑法の利益詐欺罪は、旧刑法典の証書類を取得客体とする詐欺取財罪ないしは明治23年草案を原型とするといえるのか、利益詐欺罪はフランス刑法典の影響の下で成立したといえるのか。第3に、現行刑法典の詐欺罪がフランス刑法典の影響を多少なり受けているとしても、これを個別財産侵害モデルに基づく規定と捉える必然性はあるのか。以上のような疑問から、旧刑法典の詐欺取財罪および現行刑法典の詐欺罪の制定過程が検討される。そこで重視さ

れるのは、まず、明治23年草案が構成要件の結果を「不正ノ利益ヲ得タル」としたことである。これは、旧刑法の改正作業において現れたそれまでの草案と規定形式として異なっていながら、理由について、同草案の説明書からは必ずしも明らかでない。これにつき、旧刑法典の詐欺取財罪（とりわけ、証書類を取得客体とするもの）は、無形的利益一般を保護する趣旨であり、明治23年草案をその流れをくむものとして、詐欺取財罪の延長上に位置付けられるとする見解がある。しかしながら、証書類を保護客体とすることから無形的財産一般の保護まで導き出すことには無理があり、また、この見解が前提とするボワソナードの影響についても、ボワソナード自身、構成要件の結果の抽象化・簡略化に慎重であったことが窺え、そもそも明治23年草案の起草に彼が直接関与したかも定かではない。むしろ、明治23年草案のドイツ帝国刑法典263条との類似性などからみると、これを参照した可能性が高い。その際、鍵になるのは、オットー・ルードルフの意見書である。そこでは、旧刑法典の詐欺取財罪の取得客体は、物又は証書類としているにすぎず、権利やその他の利益を対象としていないので、狭隘であると指摘されている。意見書の作成時期からみて、影響を与えた可能性が指摘できる。その背景には、ドイツ法の影響力の増大もあつたであろう。もっとも、ドイツ帝国刑法との比較では、詐欺罪の構成要件の結果の相違（「不正ノ利益ヲ得タル」と「他人の財産に損害を与えた」）を説明する必要がある。これについては、前者は行為者の側からみた結果であり、後者は被害者の側からみた結果であつて、同じ事象を別の表現で示したものと捉えることで説明可能である。

また、明治40年草案において、「不法ニ財産上ノ利益ヲ得…」から、現在のよう
に「財産上不法ノ利益ヲ得…」へと修正された経緯も重要である。これは、明治39
年草案を審議する法律取調委員会における岡松参太郎の提案に係る。彼によると、
「不法ニ」という文言は、それが単に違法であることを示すだけでは蛇足であるこ
とから、この文言は、行為者がその行為が違法であることを自覚していることを要
求する趣旨とされ、かかる文言の修正は、この解釈を条文の文言に反映させたもの
と推測され得る。それゆえ、利益詐欺罪における「不法」とは、手段の不法を意味
するのではなく、行為者が財産上の利益を得る権利を有していないこと、及び行為
者にその自覚があることを意味すると解することができる。

以上の法制史的検討に基づき、詐欺罪の構成要件の結果の判断枠組に関し、試論
が示される（内容については、「1 本論文の概要」を参照）。

第三章 ドイツの詐欺罪の法制史的検討

本章では、わが国の詐欺罪に関する前章の分析をさらに検証するために、ドイツにおける詐欺罪の法制史的検討が行われる。

まず、前史として、ローマ法及びドイツ普通法の詐欺に関する規定が概観される。ローマ法における偽罪(falsum)及び卑劣罪(sutellionatus)は注釈学派によるローマ法継受を経て、ドイツ法に継受された。また、カロリーナ刑典(1532年)では、偽造犯罪等についてカズイスティッシュに規定されており、処罰の間隙を埋めるために、ローマ法の偽罪及び卑劣罪が補充的に用いられてきた。

次に、18～19世紀前半の領邦刑典が跡付けられる。特に19世紀前半に成立した領邦刑典(検討されたのは、バイエルン、ザクセン、ヴェルテンベルク、ブラウンシュヴァイク、ハノーファー、ヘッセン、バーデン、チューリンゲン)を全体としてみると、詐欺罪と虚偽的行為の関係については、(a)「詐欺」を欺罔行為による権利侵害と捉え、偽造行為や財産権以外の権利侵害も詐欺罪として把握するもの、(b)「詐欺」又は「詐欺的行為」を欺罔行為による権利侵害と捉えるが、偽造行為を詐欺とは区別するもの、(c)「詐欺」を欺罔行為による財産権侵害と捉え、偽造行為は詐欺罪の一類型ないしは加重類型とするものがある。詐欺罪の構成要件の結果については、(a)財産損害又は財産上の利得を要求するもの、(b)損害又は利得を要求するもの、(c)財産損害を要求するもの、(d)損害を要求するもの、(e)既に損害を与えることを要求する場合と結果発生を不要とする場合を併記するもの、(f)欺罔行為のみで詐欺罪が成立するとするものがある。詐欺罪の主観的要素については、(a)他人に損害を与える意思又は利益を獲得する意思を要求するもの、(b)他人の権利を侵害する意思ないしは他人に損害を加える意思のみを要求するもの、(c)主観的要素を明瞭には規定しないものがある。

1851年のプロイセン刑典の詐欺罪規定(241条)では、主観的要素として利得意思を要求し、行為態様については、虚偽の事実を述べること、真実を伝えないこと、又は真実を隠蔽することのいずれかによって錯誤を惹起することを要件とし、構成要件の結果として財産損害を要求している。その経緯として、プロイセン一般ラント法(1794年。以下、一般ラント法)及びプロイセン刑典の諸草案の起草過程が検討される。まず、一般ラント法では、詐欺に関する規定は一般詐欺、重大詐欺、加重詐欺に分けられていた。一般ラント法については、刑法部分の規定が膨大であり、公布直後から近代的な法典として再整理する必要性が認識されていた。1851年プロイセン刑典に直接つながる修正作業は1825年以降に着手された。その後の諸草案の起草過程や詐欺罪規定の内容に関しては、以下の点が重要とされる。

第1に、プロイセン刑法典でも詐欺罪と偽造罪が分離されるが、それは1843年草案でなされた（それは、意識的になされたものではなく、立法上の偶然による）。第2に、プロイセン刑法典が構成要件の結果として財産損害を要求しているのは、1845年草案に関する直属委員会の審議に起因する（詐欺罪の射程を限定するためである）。ここから1851年プロイセン刑法典のような形式となった。第3に、主観的要素として利得意思を要求しているのも、上記の直属委員会での審議による。詐欺罪は、公民権喪失を伴う重い犯罪であることから、欺罔により所有権者が財物を侵害する事案は財産毀損罪（器物損壊罪）で扱えば足りるとされた。これも、1851年刑法典の規定に結実した。さらに、北ドイツ連邦刑法典（1870年）の起草過程で、主観的要素に、他者に利益を獲得させる意思が付け加えられ、行為態様として、錯誤を維持することが挿入されて、1871年ドイツ帝国刑法典263条1項となった。この規定は、現行ドイツ刑法263条1項にそのまま受け継がれた。

以上のような検討から、ドイツ刑法の詐欺罪が純粹財産犯として位置付けられ、構成要件の結果としての財産損害、主観的要素としての利得意思が要求されるに至った経緯が明らかとなった。詐欺罪を純粹財産犯と理解する場合、被欺罔者自身の財産処分による財産移転が必要であり、そこから、行為者側の財産取得と被害者側の財産喪失（及びそれによる財産侵害）が対応関係にあるという帰結に至る。

第四章 詐欺罪の構成要件的结果の判断方法について

本章では、これまでの検討を踏まえ、ドイツにおける詐欺罪の解釈論を参照しつつ、わが国の詐欺罪の判断枠組に関する具体的基準が提示される。

まず、財産概念に関する学説が検討される。かつては、公法上・私法上の権利に着目する法的財産概念が支配的であった。これに対し、経済的価値に着目する経済的財産概念が主張されたが、法秩序に反するものまで保護されてしまうという批判を受け、これを修正した法的・経済的財産概念が広く受け入れられている。しかしながら、いずれの立場も、なぜそれに着目するかについて説得的に論証できていない。これに関し、自由理論的・人格的財産概念を主張する見解がある。これは、法的人格の自由を保障するために財産を保障する必要があることを前提に、財産を、他の法的人格との相互行為におけるアイデンティティ獲得の具象的ポテンシャルないしは法的に承認された自己表現の自由（人格性）の現れと捉える。これは、他の財産概念と比較して、緻密な論証がなされていると評価される。

次に、財産損害の判断方法が検討される。法的財産概念に関しては、財産放棄と同時に得た利益を考慮する余地がないという批判などが取り上げられる。経済的財

産概念及び法的・経済的財産概念の客観的損害算定に対しては、次の疑問が提起される。第1に、反対給付が一般的には価値があるが、それを受け取った者には全く無価値である場合には、財産損害を被っているのではないか。第2に、欺罔によって片面的給付をさせた場合には、常に財産損害が認められることになるが、財産対象の喪失だけで財産損害を判断するのは不合理ではないか。前者の疑問に対しては、個別的損害加味 (der individuelle Schadeneinschlag) による修正が提起されるが、結論が不合理な場合だけ、物や給付の価値に当事者ごとに異なるとの修正をするのは許されない。後者の疑問に対しては、社会的目的不達成の理論をもって広えているが、経済的財産概念に当事者の目的を考慮する余地があるのか。経済的財産概念及び法的・経済的財産概念による財産損害の判断には、前提となる財産概念と同様に疑問がある。自由理論的・人的財産概念では、財産損害は、十分には埋め合わせられない法的に承認され具象化された行為ポテンシャルの放棄と捉えられる。ここでは、財産損害は、被害者に提供された給付と被害者が有している刑法上の請求権を比較して、被害者によって放棄された財産対象に埋め合わせがされているかにより判断される。

さらに、素材の同一性に関する議論が検討される。ドイツでは、主観的要素としての利得意思から、利益と損害の素材の同一性 (以下、素材の同一性) が導かれることが、広く共有されている。損害と利得の関係性に関する議論を「素材の同一性」という用語によってはじめて示したのはベンディングとされるが、彼はその際、メルケルの論稿を参照している。もっとも、両者が同一の主張をしていたかについては議論がある。素材の同一性をめぐる現在の議論では、一致性の理論、財産移転の理論、損害と利益の表裏性の理論、利益の被害者負担性の理論、直接性の理論が主張されているが、一致性の理論を除き、これらの理論を併用して説明するものも多い。判例で特に重要なのは、注文書作成に係る手数料を得るために、雇い主に顧客のねつ造された注文書を提出し、それに基づいて商品が送付され、被告人の貸方に手数料相当額が記入された事案で、損害 (商品の喪失) と利得 (注文書作成の手数料の取得) の対応性を否定した BGHSt 6, 115 である。学説では、本判決は素材の同一性に関する判例として取り扱われている。素材の同一性の概念内容は多様であるが、その要因は、この概念にどのような事例類型 (第三者から得る外部的利益や間接損害・後続損害など) を詐欺罪から排除する機能を持たせようとしているかによる。

これらの検討を踏まえ、私見の枠組が提示される。前提として、第2章で示したように、行為者側の財物騙取・財産上不法の利益取得と被害者側の財産損害は対応

関係にあり、第3章でみたように、判断枠組としては、行為者が財物又は財産上の利益を得たこと（財物取得／財産上の利益取得）と、行為者が財物を騙取したこと又は財産上不法の利益を得たこと（財物騙取／財産上不法の利益取得）の2段階で検討される。まず、財物・財産上利益の該当性については、法的観点から出発し、自由理論的・人格的財産概念に依拠する。これによると、不適法な占有は財産に該当せず、窃盗犯人から欺罔によって盗品を取り返すことは詐欺罪の対象とならない。その他、単なる情報や事実上の地位も財産から排除される。例えば、一身専属的な法的地位、身体（の構成部分）、性的奉仕などである。次に、財物／財産上の利益の取得であるが、被害者側の財産喪失との対応関係から、取得と財産喪失は同一の財産処分から直接に生じるもので、財産上の利益は被害者の財産から直接にもたらされなければならない。財物騙取／財産上の利益取得における不法の判断については、法的観点からアプローチし、当事者間の法的関係性を基礎付ける事実を基に、公平な判断者の視点から正当化し得るかを判断する。これが正当化できない場合には、当該取得に不法性が認められ、詐欺罪の構成要件の結果が存在する。

最後に、関連する具体的事案の検討がなされる。暴力団ゴルフ場利用長野事件であるが、被告人によるゴルフ場の利用につき、財産上の利益とその取得を認めることができ、ゴルフ場側の財産喪失は、ゴルフ場の施設利用権限に対応する役務の提供と解される。利益取得の不法性に関しては、当該契約では、施設利用権限の付与に伴い利用料金を支払うことが両者の合意内容であり、この合意に基づいて被告人は料金を支払っている。これは公平な判断者の視点からみて正当である。その際、約款で暴力団員の入場や使用を禁じていたことなどは、ゴルフ場の施設利用契約自体の給付とは言えず、構成要件の結果の判断において問題にならない。したがって、財産上不法の利益取得は否定される。ドルバイブレータ事件については、合意と異なる反対給付がなされているものとして、構成要件の結果が認められる。これに対し、医師免許詐称売薬事件、未成年者煙草購入事案、第三者転売目的チケット購入事件では、反対給付が合意どおりに提供されていることから、構成要件の結果が否定される。贈与等の片務契約に関し、例えば、家族を装って金銭の給付を要求するオレオレ詐欺、物乞い詐欺や募金目的を偽る募金活動などは、給付を行う客観的条件に違背があり、詐欺罪の構成要件の結果が肯定される。それに対し、隣人が多額の寄付を行ったと申し向けて寄付をさせる場合、給付の客観的状況そのものに違背してはいないことから、構成要件の結果は否定される。給付システムの不正利用について、給付条件自体は満たしているが、それを奇貨として水増し請求などを行う場合、適法な申請と不適法なそれを分離して給付額の算定を行うことが可能で

あれば、正当な給付の部分に関しては、給付条件に違背がないものとして、構成要件の結果を否定する可能性がある。その他の類型として、第1に、暴力団員通帳受交付事件がある。預金通帳は、預金契約に派生して交付される証拠証券であり、キャッシュカードも含め預金口座の名義人に付随的に発行されるものといえることから、詐欺罪において問題とされる財産対象とならない。ただし、欺罔により、預金の預入れや払い戻しを受けることができる地位を取得したとして、利益詐欺罪が成立する可能性は残る（特に、借り入れの可能な総合口座の場合）。第2に、搭乗券受交付事件である。預金通帳と同様、搭乗券は、航空券又は航空引換証に対して便宜上発行されるものであり、独自の財産対象とはならない。したがって、財物詐欺罪は否定される。

なお、詐欺罪の構成要件の結果が否定された場合に、未遂の可罰性が残ることに関しては、欺罔行為を行う時点で構成要件の結果を実現する故意がないといえることから、詐欺の未遂罪も否定されると解される。

おわりに

本論文の帰結と残された課題については、「1 本論文の概要」に記載のとおりである。

〔論文審査の結果の要旨〕

1 本論文の特徴

本論文は、近年の最高裁判例を主たる契機に議論されている詐欺罪における財産損害に、詐欺罪の適用範囲の拡大傾向という問題意識から焦点を当て、日独の詐欺罪規定の制定過程を詳細に検討し、財産損害等にかかわる日独の議論を分析しながら、財産損害を構成要件の結果の問題と捉え、独自の解決を試みる。現在の議論において等閑視されがちな、規定の制定過程からみた詐欺罪の本質を明らかにしようとしている点が、本論文の特徴をなす。

2 本論文の評価

法学研究所所定のルーブリックに照らし、本論文は以下のように評価される。**【1】** 研究課題とその意義の明確性については、財産損害をめぐるわが国の議論状況を詳細に検討した上で問題提起が具体的になされており、本論文の課題設定には明確性と説得性が認められる。**【2】** 研究方法の適切性については、法制史的検討という手堅い手法がとられ、論証過程では関連する日独の文献が適切に引用されている

ことから、方法論上の不備や不適切な点は見当たらない。【3】叙述内容の論理性及び体系性については、日独の立法例、学説等を順に検討する構成は刑法解釈学の手法からみてオーソドックスで適切なものであり、各章の叙述も論理的で説得力がある。【4】研究内容の独創性については、先行業績の問題点を的確に指摘し、上述のように詐欺罪規定の制定過程を極めて詳細に検討した上で独自の見解に到達していることから、高い独創性が認められ、学界において代表的研究として評価されることが期待できる。【5】研究内容の国際性については、ドイツ刑法の関連文献が豊富に引用され、日独に共通し得る詐欺罪の基本問題が検討されており、その点で詐欺罪に関する基礎的研究としてアジアの近隣諸国の研究者等からも注目される可能性がある。

もとより本論文には、法制史的検討からの詐欺罪の本質に関する推論（246条2項を詐欺罪の原型と解すること）の的確性、財産的損害の基礎となる行為者と被害者の合意の指定（どのような下位基準を用いるのか）、本論文で提起された事例解決のうちのいくつかについての説得性などに、なお検討を要すべき課題も認められる。しかしながら、これらの課題は、本論文が示す理論枠組の明確さに由来するともいえ、今後の研究を通じて解決が期待できることから、上記の傑出した評価を揺るがすものではない。先述のとおり、本論文のもととなった『立命館法学』における公表論文は、連載を完結しており、すでにいくつかの論文で引用されていることなども、本論文の学術的価値を示す事実といえる。

以上より、公聴会での口頭試問結果を踏まえ、本論文は法学研究科の博士学位論文審査基準を満たしており、博士学位を授与するに相応しいものと判断した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2019年1月31日15時から17時30分まで立命館大学衣笠キャンパス学而館内の研究会室において行われた。質疑では、(1) 現行刑法における財物詐欺と利益詐欺の関係、(2) わが国の現行詐欺罪規定のドイツ刑法からの影響関係に関する推論の妥当性、(3) ドイツ以外の立法例の参照の必要性、(4) 寄付金詐欺ないしは募金詐欺の解決（寄付目的そのものを偽る場合と隣人の寄付の有無や寄付金額を偽る場合との異同）、(5) 「金の斧」事例（仕事道具である斧を失くした木こりに、鉄の斧を売ると偽って鉄の斧の相当額で金の斧を売る事例）において詐欺罪の成立を肯定する理由、(6) 転売目的で催し事の主催者から正規料金を支払ってチケットを購入する事例の解決（2018年末に成立したチケット不正転売禁止法との関係も含めて）、(7) 預金通帳や搭乗券の財物性（窃盗罪との比較で）、(8) 本論文で展

開される私見と目的不達成説との異同および双務契約の場合の合意内容の措定, (9) 私見のように構成要件の結果を否定する解決では未遂の可罰性が残るが, その結論の妥当性と詐欺罪を否定するとした場合の理論構成如何, などについて質問ないしは指摘がなされた。申請者は, これらの質問ないしは指摘に対し, 本論文の趣旨に基づいて的確に回答し, さらなる検討を要する部分は今後の課題とするなど, 適切に対応した。

本論文の主査は, 本学大学院法学研究科博士課程後期課程における研究指導や研究会活動等を通じて, 学位申請者と日常的に研究討論を行ってきた。また, 主査および副査は, 上記の公聴会の質疑応答を通して学位申請者が博士学位に相応しい能力を有していることを確認した。

したがって, 本学学位規程第18条第1項に基づいて, 博士(法学 立命館大学)の学位を授与することが適当であると判断する。

湊 二郎

都市計画の裁判的統制
——ドイツ行政裁判所による
地区詳細計画の審査に関する研究

審査委員 主査 須藤 陽子
副査 駒林 良則
副査 植松 健一

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

本論文は、都市計画争訟制度を欠く日本法における立法論に寄与すべく、ドイツの行政裁判所による地区詳細計画の適法性・有効性に関する審査に注目し、その特色および問題点を明らかにするとともに、その結果得られた知見に基づいて、日本における都市計画を争う訴訟の現状および改革課題について分析および評価を行うものである。

ドイツでは、各州の上級行政裁判所が、市町村の条例として議決される都市計画である地区詳細計画の有効性に関して裁断する規範統制の制度がある（連邦行政裁判所への上告も可能である）。本論文の第一部では、地区詳細計画の規範統制に固有の論点（特に申立適格、仮命令、団体訴訟）を取り上げている。第二部は、一定の瑕疵を地区詳細計画の効力にとって顧慮されないものとする計画維持規定に着目する。計画維持規定が置かれた経緯、計画維持規定によっても地区詳細計画の効力が維持できないとされた例の有無、計画維持規定の問題点を明らかにしようとする。

そして最終章では、日本法においては行政上の不服申立てではなく、都市計画決定の適法性・有効性を争う特別の訴訟を導入することが望ましいことを結論づける。出訴資格、都市計画の違法性の判断の方法について、ドイツ法における発展を参照・検討することがなお有益であると述べている。

2 本論文の構成

本論文は、以下のように構成されている。

まえがき

第一部 地区詳細計画の規範統制の発展

序章 規範統制の制度概要

I 規範統制の申立ての適法要件

II 規範統制の審理・判決およびその他の手続

III 序章のまとめ

第一章 自然人・法人の申立適格

I 1996年改正前の状況——申立適格を根拠づける「不利益」とは

II 1996年改正後の自然人・法人の申立適格——権利侵害の主張要件

III 第一章のまとめ

第二章 規範統制手続における仮命令

I 制度の概要

II 理由具備性の判断基準（一般論）

III 裁判例における具体的判断

IV 第二章のまとめ

第三章 環境保護団体による規範統制の申立て

I 環境・法的救済法の制定

II 環境・法的救済法の問題点

III 裁判例の展開

IV 2017年の環境・法的救済法の改正

V 第三章のまとめ

第一部のまとめ

第二部 計画維持規定の形成と展開

第一章 行政裁判所による衡量統制とその制限

I 伝統的な衡量瑕疵論

II 連邦建設法155b条2項2文とその合憲性

III 建設法典と衡量統制（2004年改正前）

IV 建設法典と衡量統制（2004年改正後）

- V 第一章のまとめ
- 第二章 手続・形式規定の違反の効果
 - I 建設管理計画の策定手続
 - II 手続・形式規定の違反の効果（概観）
 - III 参加に関する規定の違反
 - IV 理由書に関する規定の違反
 - V 第二章のまとめ
- 第三章 地区詳細計画と土地利用計画の関係に関する規定の違反の効果
 - I 建設法典制定前の状況
 - II 建設法典における地区詳細計画と土地利用計画の関係
 - III 建設法典214条2項に関する裁判例
 - IV 第三章のまとめ
- 第四章 内部開発の地区詳細計画と瑕疵の効果
 - I 内部開発の地区詳細計画と迅速化された手続
 - II 迅速化された手続と計画維持規定
 - III 建設法典214条2a項旧1号と法改正
 - IV 建設法典214条2a項2号～4号に関する問題
 - V 2017年の改正による変更点
 - VI 第四章のまとめ
- 第五章 補完手続による瑕疵の除去
 - I 1997年建設法典改正以前
 - II 建設法典215a条
 - III 建設法典214条4項
 - IV 第五章のまとめ
- 第二部のまとめ
- 最終章 日本における都市計画を争う訴訟の現状と課題
 - I 都市計画決定の処分性と訴訟選択
 - II 都市計画決定の違法性審査
 - III 立法論（特に都市計画争訟制度）の検討
 - IV 最終章のまとめ

なお、本論文は、2018年11月に日本評論社から『都市計画の裁判的統制 —— ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審査に関する研究』として公刊されている。

3 本論文の内容

本論文の第一部は「地区詳細計画の規範統制の発展」と題するもので、地区詳細計画の規範統制に固有の論点、特に訴訟法上の論点を取り上げている。

第一部序章は「規範統制の制度概要」となっている。1960年制定時の行政裁判所法47条は、上級行政裁判所による規範統制を導入するかどうかを州の立法に委ねていたが、1976年の改正で、地区詳細計画の有効性が連邦全域で規範統制手続において審査されることになった。改正法案(政府案)の理由書では、実効的な権利保護のほか、法状況を適時に明らかにする必要性が指摘されている。規範統制は、申立人である自然人・法人の権利保護に資する面を有するが、行政庁にも申立適格が認められるという点や、権利侵害が申立ての理由具備性の要件とされていないという点では、客観的な法統制の仕組みとすることができる。また、法規定が効力を有しないとする上級行政裁判所の宣言が一般的拘束力を有する点は、訴訟経済に資すると説明されている。

他方で、規範統制の申立てを退ける判決・決定に一般的拘束力は認められず、行政行為の取消訴訟等における前提問題として付随的に法規定の有効性を審査すること(付随統制)も禁止されていない。第二部でも取り上げるように、計画維持規定である建設法典214条・215条が、建設法典の規定の違反のうち一定のものは地区詳細計画等の法的効力にとって顧慮されない旨定めていることには注意を要するという。

第一部第一章は申立適格に関する「自然人・法人の申立適格」である。

自然人・法人の申立適格に関しては、1996年の行政裁判所法改正前においては、「不利益」を受けるかどうかを基準となっていたが、同年の改正で、「権利を侵害されている又は近いうちに侵害されると主張する」ことが必要になった。この改正は、権利侵害を主張することのできない自然人・法人の申立適格を否定しようとするものであった。

連邦行政裁判所は、まず、土地所有者である申立人が自己所有地に適用される地区詳細計画を争う場合には、基本法14条によって保護された土地所有権の侵害可能性を主張することにより、申立適格が認められるものとした(所有権侵害の可能性を理由とする申立適格)。さらに連邦行政裁判所1998年9月24日判決は、建設管理計画の策定に当たっては公的・私的利益が相互に適正に衡量されなければならないとする衡量要請(当時の建設法典1条6項。2004年改正後の建設法典1条7項)

が、衡量上有意な自己の私的利益の適正な衡量を求める権利を根拠づけることを承認し、当該権利の侵害可能性を主張する者にも申立適格が認められるものとした（適正な衡量を求める権利の侵害可能性を理由とする申立適格）。

その結果、自然人・法人の申立適格が認められる範囲は従前と大きく変わらないという状況になっている。適正な衡量を求める権利の侵害が主張されるケースにおいては、騒音防止が問題になる場合が多いところ、被害の程度としては僅少を超える程度で足りるものとされていること、さらに騒音防止以外の利益が衡量上有意な利益に該当しうることも認められていることが注目される。

次に、第一部第二章は「規範統制手続における仮命令」を扱っている。

行政裁判所法47条6項は、規範統制手続における仮の権利保護の制度として、裁判所が申立てに基づいて仮命令を発することができることを認めており、これは実質的に法規定の執行停止制度として運用されている。同項によれば、仮命令の発付が「重大な不利益の防除のために又はその他の重要な理由から緊急に必要である」場合に、仮命令を発することができる。連邦行政裁判所2015年2月25日決定は、地区詳細計画の場合、簡略な審理により本案における規範統制の申立てに理由があることが予測されるか否かを判断し、本案の帰趨が不明であるときには、仮命令が発付されたが本案における申立てが退けられた場合に生ずる結果と、仮命令は発付されなかったが本案における申立てが認容される場合に生ずる結果を衡量する（結果の衡量）という立場を明らかにした。

同決定は、本案における申立てに理由があることが予測されることは地区詳細計画の執行を停止しなければならないことを示す本質的徴候である旨述べ一方、その場合でも諸利益の考慮および不利益の重大性を要するという立場をとっている。本案における申立てに理由があることが予測される場合で、かつ既成事実の発生の危険が認められるときには、地区詳細計画の執行が停止されるものと考えられる。それに対して、既成事実の発生の危険を問うことなく、効力を有しないことが予測される地区詳細計画の執行を停止することができるかという点は、今後も論点になると思われる。

第一部の最後は団体訴訟を扱う章であり、「環境保護団体による規範統制の申立て」となっている。

2006年に制定された環境・法的救済法により、環境保護団体が、自己の権利侵害を主張することなく、環境適合性審査を実施する義務が成立しうる事業案の許容性に関する地区詳細計画に対して、規範統制の申立てをすることができるようになった。他方で同法による法的救済に関しては、①個人の権利を根拠づける法規定の

違反（の主張）が要件となる，②環境保護に奉仕する法規定の違反（の主張）が要件となる，③決定手続において主張することができたにもかかわらず主張しなかった異議を法的救済手続において主張することはできない，④法的救済の対象となる計画が，環境適合性審査を実施する義務が成立しうる事業案の許容性に関するものに限定されているといった問題点があった。

①および③については欧州司法裁判所がEU法違反を認定し，②および④に関してはオース条約締約国会合が是正を勧告した。①は2013年の改正で削除され，2017年改正後の同法では，環境適合性審査を実施する義務が成立しうる事業案の許容性に関する決定を争う場合には，②および③も妥当しない。さらに，戦略的環境審査を実施する義務が成立しうる計画・プログラム（特に建設管理計画）の採用に関する決定も，同法による法的救済の対象になるものとされたが，この場合には，環境関連法規定の違反（の主張）が要件となり，地区詳細計画を除いて，③が引き続き妥当する。学位申請者は，環境適合性審査の義務のある計画と，戦略的環境審査の義務のある計画との間で，法的救済のあり方に差異を設けることは望ましいとはいえないのではないかと指摘する。

第二部は，「計画維持規定の形成と展開」と題するものである。建設法典の計画維持規定およびその前身となる規定について，そのような規定がいかなる理由から設けられ，正当化されているのか，地区詳細計画の効力が維持された例や，反対に計画維持規定によっても地区詳細計画の効力が維持できないものとされた例としてのどのようなものがあるのか，計画維持規定につきなお改善可能と考えられる部分はあるか，という問題意識に基づき展開されている。

第二部第一章は連邦法改正と行政裁判所による統制が扱われた「行政裁判所による衡量統制とその制限」である。1979年の連邦建設法改正で，衡量過程における瑕疵は，それらが明白でありかつ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り有意であるとす規定が追加された（155b条2項2文）。当時においてはこの規定が違憲であると主張する学説もみられたが，連邦行政裁判所1981年8月21日判決は当該規定の憲法適合的解釈を行った。それによると，議事録・理由書その他の客観的に確認可能な状況から判明する瑕疵は明白であり，衡量結果に影響を及ぼしたというのは，瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性があることを意味する。

2004年改正後の建設法典においては，衡量にとって意味がある利益（衡量素材）が調査・評価されなければならないとする手続規定（2条3項）が新設されるとともに，計画維持規定として，衡量素材の調査・評価に関する瑕疵は，当該瑕疵が明

白でありかつ手続の結果に影響を及ぼした場合に限り顧慮されるとする規定が置かれた（214条1項1文1号）。また、その他の衡量過程における瑕疵は、それらが明白でありかつ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り有意であるとする規定も残された（建設法典214条3項2文後段）。連邦行政裁判所は、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵とその他の衡量過程における瑕疵の厳密な区別を行わず、いずれにしても客観的に確認可能な状況から判明する瑕疵は明白であり、瑕疵がなければ異なる結果になったであろうという具体的な可能性が存在する場合には当該瑕疵は結果に影響を及ぼしたと解する立場に立っている。その点では、従来の判例法理が維持されている。

他方で、近時建設法典214条1項1文1号ないし同項3項2文後段のEU法適合性を批判的に検討する学説がある。手続の瑕疵と結果との因果関係の存在について原告側に証明責任を課してはならないとする欧州司法裁判所の判決も出されており、部門計画法の領域では、衡量の瑕疵を不顧慮とすることが許されるのは、同じ決定がなされた具体的な手がかりが証明可能である場合に限り得るとする連邦憲法裁判所の決定が出されている。これらは、瑕疵と結果との因果関係が否定される場合を限定しようとする判例の新傾向といえることができる。建設法典214条1項1文1号の解釈に関しても、上級行政裁判所の裁判例においては、連邦憲法裁判所の判示に従うものがみられるようになっている。

第二部第二章は「手続・形式規定の違反の効果」に関する章である。

建設法典214条1項1文は、建設法典の手続・形式規定の違反が顧慮される場合を列挙しており、衡量素材の調査・評価に関する瑕疵（1号）のほか、参加に関する規定の違反（2号）、理由書についての規定の違反（3号）、議決・認可・公示に関する瑕疵（4号）を挙げている。参加に関する規定の違反のうち、早期の公衆・行政庁参加に関する規定の違反は顧慮されず（建設法典214条1項1文2号前段）、個々の人や行政庁が参加させられなかったことは、その利益が有意でなかった場合や決定において考慮された場合には、顧慮されない（同号後段）。理由書に関する規定の違反のうち、理由書が不完全であること、環境報告書が非本質的な点で不完全であることは顧慮されない（建設法典214条1項1文3号中段・後段）。さらに建設法典215条1項1文1号は、建設法典214条1項1文1号～3号により顧慮される規定の違反であっても、土地利用計画または条例の公示から1年以内に市町村に対して主張されなかった場合には、顧慮されなくなる旨定めている。

手続・形式規定の違反に関しては、1976年の連邦建設法改正以来、①常に顧慮されないもの、②一定期間内に市町村に対する主張があった場合に限り顧慮され

るもの、③常に顧慮されるものが存在している。建設法典214条1項1文は、各号に掲げられていない手続・形式規定の違反は顧慮されないものとしており、①に該当するものが少なくない。また、参加および理由書に関する規定の違反は、それがいかに重大なものであったとしても、②に該当しうるにとどまるという点も問題となる。連邦行政裁判所2017年3月14日決定は、建設法典215条1項1文1号がEU指令に適合的であるか否かという問題を欧州司法裁判所に提出したが、この事件は取下げにより終了した。

第二部第三章は「地区詳細計画と土地利用計画の関係に関する規定の違反の効果」が扱われている。

1979年の連邦建設法改正で、地区詳細計画と土地利用計画の関係に関する規定の違反のうち一定のものを不顧慮とする規定が設けられた(155b条1項1文5号～8号)。立法資料では、裁判例が展開要請(地区詳細計画が土地利用計画から展開されなければならないという原則。同法8条2項1文)に関して厳格な基準を採用していることが指摘されており、展開要請違反を理由として裁判所が地区詳細計画を無効とすることを制限しようとする意図を読み取ることができる。

ただし、展開要請の違反が「当該土地利用計画から生ずる秩序ある都市建設上の発展」を侵害する場合、当該違反は顧慮される(同法155b条1項1文6号)。展開要請に関する裁判所による統制を制限する一方、秩序ある都市建設上の発展は守られなければならないとするものである。建設法典214条2項1号～4号は、地区詳細計画と土地利用計画の関係に関する規定の違反のうち一定のものを不顧慮としており、その内容は基本的に連邦建設法155b条1項1文5号～8号に対応したものになっている。建設法典214条2項2号によれば、展開要請(建設法典8条2項1文)の違反が「当該土地利用計画から生ずる秩序ある都市建設上の発展」を侵害する場合、当該違反は顧慮される。近時においても、展開要請の違反および秩序ある都市建設上の発展の侵害を肯定し、地区詳細計画が効力を有しないことを宣言した裁判例が複数存在している。同号に関しては、必要かつ合理的な範囲内で計画の維持が図られていると評価することができる。

第二部第四章は「内部開発の地区詳細計画と瑕疵の効果」に関する章である。

2006年の建設法典改正で、内部開発の地区詳細計画および迅速化された手続が導入され、これらに特有の計画維持規定である建設法典214条2a項が追加された。2013年改正前の同項1号は、内部開発の地区詳細計画に該当しない地区詳細計画を市町村が誤ってこれに該当すると判断して迅速化された手続を選択し、環境審査を実施しなかったとしても、当該瑕疵が顧慮されないという状況をもたらしていた。

欧州司法裁判所は、この規定が指令2001/42/EG（戦略的環境審査指令）に違反することを認定し、同年の改正で当該規定は削除された。

他方で建設法典214条2a項2号～4号については、その後の法改正においても変更は加えられていない。もっとも、同項2号が環境審査の不実施に関する指示の欠如を不顧慮としていることに対しては、別の方法で環境審査の不実施の理由が公衆にとって認識可能であることを要求する学説があり、EU法適合的解釈の必要性を指摘する裁判例も存在している。本論文は、法律上義務づけられている手続ないし措置の不実施を、いかなる事実関係の下においても不顧慮とすることには問題ありと指摘している。

「瑕疵」に関する章が続いた後、第二部第五章には「補完手続による瑕疵の除去」の章が置かれている。

1979年の連邦建設法改正では、市町村は土地利用計画または条例が有する手続・形式の瑕疵を除去して、これらを遡及的に施行することができる旨の規定（155a条5項）が設けられた。2004年の建設法典改正では、「土地利用計画又は条例は、瑕疵の除去のための補完手続によって遡及的に施行することもできる」との規定が設けられた（214条4項）。この改正によって、実体的瑕疵を有する地区詳細計画を遡及的に施行する可能性が開かれた。

他方で建設法典214条4項は、その規定内容がきわめて簡潔であるために、いくつかの解釈問題を発生させている。計画修正の限界に関して、連邦行政裁判所は、計画策定をその基本的特質において修正することは認められないという立場をとっているが、学説においては、計画策定をその基本的特質において修正することも可能とする説も少なくない。補完手続の実施に当たっては、基本的には、瑕疵が生じた手続段階およびそれに続く手続を再実施すべきであると考えられるが、補完手続において行われる内容上の変更から不利益な影響が生ずる場合には、縦覧手続を再実施しなければならないとする判例も登場している。補完手続によってその内容が変更された地区詳細計画を遡及的に施行することが許されるかという点に関しては、学説の意見が分かれている。地区詳細計画が効力を失っている間に建築許可を得た建築主が保護されるかという問題も残されており、そのような建築主が保護される可能性を認める説もあるという。

そして最終章は「日本における都市計画を争う訴訟の現状と課題」である。

日本においては、都市計画法に基づく都市計画決定の処分性はほぼ認められていない。他方で、都市計画決定の違法・無効を争点とする当事者訴訟としての確認訴訟が活用されているともいいがたい。

2006年8月付け都市計画争訟研究会報告書は、不服審査(裁決主義)制度を提案している。裁判所が都市計画決定の違法性を判断することに消極的な立場に基づくものである。これまでのところ、都市計画決定を違法とした裁判例があまりないという現状にかんがみると、不服審査制度を拡充することによって問題解決を図るという方向性をとることも考え得る。その場合、不服審査(裁決主義)制度では裁決庁ないし裁決に関与する機関として想定されている専門的第三者機関が、期待された役割を果たすことができるかどうか重要なポイントになるという。

2009年3月付け国土交通省報告書は、都市計画違法確認訴訟を提案する。これはドイツの規範統制に近い仕組みになっているが、規範統制との大きな違いとして、違法とされた都市計画が原則として遡及的に無効となることはなく、その効力が停止しない場合も想定されているという点を本論文は挙げている。提案されている都市計画違法確認訴訟では行政不服審査制度を介在させず地方公共団体のコストを削減するとされているが、反対に裁判所の負担が増加する可能性もある。本論文は、この負担について、裁判所の負担が過重となることを防ぐための方策も必要ではないかという、立法論として、都市計画決定の適法性・有効性を争う特別の訴訟を導入することが望ましいと結論づけている。以上が、本論文の結語である。

〔論文審査の結果の要旨〕

1. 本論文の構成上の特色

学位論文として提出された湊二郎著『都市計画の裁判的統制——ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審査に関する研究』(日本評論社、2018年)は、近畿大学法学および立命館法学に掲載された9本の論文(2008年~2018年)からなる。二部にまとめられ、そして最終章において、ドイツ法研究の成果を反映させた日本法における立法論が展開されている。本論文の中心となるのは、「地区詳細計画」の根拠法規である建設法典の規定の仕方と行政裁判所法47条規範統制であるが、本論文の構成の仕方に特色が見られる。

二部構成となっている本論文は、まず第一部において訴訟法的な論点を扱い、第二部が実体法的な論点、すなわち都市計画の根拠法である建設法典に関する論点を扱っている。学位申請者によれば、この構成の仕方は、まず訴訟法上の論点を扱って訴訟法上の問題の答えを実定法の規定の仕方から導くために実定法上の論点を扱う、というドイツ行政裁判所の判決文の書き方に影響を受けたものであるという。

2. ドイツ行政裁判所における地区詳細計画の審理

本論文の目的は、都市計画の違法・適法を争う争訟の仕組みを欠く日本法における立法論に寄与することにある。その目的意識の下、ドイツ行政裁判所判例に現れる訴訟法上の論点と地区詳細計画の違法・適法に関する審理に係る論点を抽出する。

第一部では、ドイツにおける地区詳細計画の規範統制がドイツにおける都市計画を直接争う訴訟の例として紹介されている。そして、訴訟法上の論点、すなわち行政裁判所法47条規範統制に固有の論点を取り上げられている。

ドイツにおいて地区詳細計画を裁判で争うには、規範統制も付随統制も可能である。付随統制も排除されていないが、学位申請者が注目するのは都市計画の違法性を直接争うことができる規範統制である。本論文では、付随統制との訴訟要件の違いを明らかにしたうえで、出訴資格、執行停止の仕組み、団体訴訟（環境保護団体）の導入が詳述されている。

規範統制は、申立人である自然人・法人の権利保護に資することはもちろん、行政庁にも申立適格が与えられている。付随統制に属する取消訴訟では違法であることのみならず権利侵害が必要とされるが、規範統制においては違法であるならば無効である。また、規範統制においては権利侵害が申立ての理由具備性の要件とされていないことから、都市計画の客観的な法統制の仕組みであるといえる。

本論文が優れているのは、「規範統制」に関する訴訟法上の詳細な研究を含んでいる点である。わが国においては付随統制が主であるから、都市計画に関して限定的に導入するものであっても「規範統制」という訴訟類型が導入される意義は大きく、「規範統制」自体に注目が集まるであろう。

第二部は「計画維持規定の形成と展開」と題するものであり、実体法的な論点が多く取り扱われている。建設法典3章2部4節（214条～216条）には、地区詳細計画が違法とされても計画を維持することを可能とする規定がある。日本法における都市計画訴訟制度の構築を目指す学位申請者にとって、計画維持規定の設計は重要な関心事である。そのような規定がいかなる理由から設けられ正当化されるのかという立法理由の検討に始まり、上級行政裁判所判例から地区詳細計画の効力が維持された例、維持されなかった例を拾い上げ、その理由づけ・違いを検討している。違法であったとしても、手続的・形式的規定に違反した都市計画の効力を一律に否定することが望ましいとは限らないからである。

また、建設法典には土地利用計画または条例が有する手続・形式的瑕疵を除去して、これらを遡及的に施行することができる旨の規定もある。補完手続による瑕疵

の除去である。これは1979年連邦建設法改正によってもたらされたものであるが、さらに2004年建設法典改正により、実体的瑕疵を有する地区詳細計画を遡及的に施行する可能性が開かれている。

本論文の最大の特色は、都市計画を訴訟法と実体法の両面から扱おうとする点にある。本論文では第一部は訴訟法上の論点を、第二部は実体法的な問題を主に扱っているが、学位申請者は、訴訟法上の論点と実体法的な論点は切り離されるべきものではない、という考え方に立っていると思われる。たとえば、自己の利益に関係のない規範統制においてその出訴資格を基礎づけるのは、「衡量」を義務づける建設法典の規定から導かれる「衡量上有意な自己の私的利益の適正な衡量を求める権利」である。学位申請者は、上級行政裁判所が訴訟法上の問題を実定法である建設法典の規定を用いて解決しようとする姿勢を明らかにしている。

ドイツにおいて、行政裁判所は「積極的」に都市計画決定の適法性・有効性を判断する。立法者が行政裁判所のゆきすぎを抑えるべく、衡量過程における瑕疵を「それらが明白でありかつ衡量結果に影響を及ぼした場合に限り有意である」とする規定(155b条2項2文)を立法化したほどであった(1979年連邦建設法改正)。ドイツのような専門的特別裁判所のないわが国において、はたして裁判所が積極的に判断するであろうか。また、新たな訴訟制度は裁判所に負担をもたらさないだろうか。かように危惧しつつも、学位申請者は、ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審理のあり方を高く評価し、ドイツ法の仕組みに学んで都市計画決定の適法性・有効性を争う特別の訴訟を導入することが望ましいという見解を明らかにしている。

3. 研究方法に対する評価 —— ドイツ行政裁判所の判例研究 ——

本論文の最も評価されるべき点は、ドイツ行政裁判所の「判例研究」という研究方法をとったこと、そしてその「判例研究」が詳細かつ網羅的である点である。主要な裁判例を網羅し、紛争となった事案を詳細に読み込んだ研究内容となっている。学界においてドイツの都市計画法制に関する研究は多くあるが、訴訟法上の論点も含めた詳細な判例研究というものはこれまでに見られないものである。判例研究に対する高い評価とともに、課題を一つ挙げるとするならば、詳細かつ網羅的な判例研究であるがゆえに、学位申請者の主張の力点が見えにくい点であろう。

本審査委員会は、以上のような本論文の意義と課題を確認したうえで、本論文が博士学位を授与するに相応しい優れた研究であることを、全員一致で確認した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

公聴会は2019年1月23日16時30分より、学而館2階第2研究会室で行われた。1時間余りの報告、それに続く1時間弱の質疑を通じて、活発なやりとりが行われた。学位申請者はドイツの取消訴訟制度と規範統制の相違を語り、保護規範理論に立脚するドイツ行政裁判所の法解釈の方法を明らかにした。それは公聴会出席者が「規範統制」なるもの、学位論文『都市計画の裁判的統制——ドイツ行政裁判所による地区詳細計画の審査に関する研究』を理解するうえで、非常に有益なものであった。

本学位申請は、本学学位規程第18条第2項に基づいて行われたものだが、学位申請者は本学法科大学院及び学部において行政法・環境法の講義等を長年担当している。また、本論文に加え他の業績や学界での評価、公聴会における質疑に対する確かな応答を通じて、十分な専門知識を有することを確認した。外国語能力について、学位申請論文において用いられた外国語文献の質・量および公聴会における質疑応答から、外国語文献の読解においても十分な力量があることを確認した。これにより、本学学位規程第25条第1項により、学力試験を免除した。

以上をもって、審査委員会は全員一致で、本学学位規程第18条第2項に基づいて、博士（法学 立命館大学）の学位を授与することが適当であると判断した。

奥 谷 健

市場所得と応能負担原則

——応能負担原則の二元的構成——

審査委員 主査 望 月 爾

副査 安 井 栄 二

副査 倉 田 原 志

〔論文内容の要旨〕

1 本論文の概要

所得税は「所得」を課税対象として、税法の基本原則である応能負担原則に基づき、納税義務者の「担税力」に応じた課税をもっともよく実現しているといわれる。しかし、そもそも「担税力」や「所得」とは何を意味するのか定義はなく、その内容も多義的で必ずしも明らかではない。そのため、応能負担原則の内容が不明確になり、それを適切に実現できなくなる可能性がある。そこで、そのような問題を解消するために、まず「担税力」の指標である「所得」の意義について法的な観点から一定の制限を加えて明確にしたうえで、それに基づいて応能負担原則のあり方について改めて検討を加える必要がある。

このような問題意識から本論文では、「所得」を「市場における経済活動により稼得された利得」と定義する、ドイツにおける市場所得説の歴史やその理論的根拠を検証しつつ、「所得」の意義を法的に明らかにし、それに基づき応能負担原則に関する問題を検討している。まず、「所得」概念については、市場所得説に基づき、包括的所得概念を実現された経済的利得に限定するなど、その範囲を実行可能なものに制限することの必要性を主張している。また、市場所得説の立場から生存権をはじめとする納税義務者の主観的事情に基づく担税力の考慮を通じ、「所得」の限定の必要性を指摘している。それらによって、「所得」として現される「担税力」について、収入金額から必要経費を控除することで算出される総「所得」金額に客観的担税力、そこから納税者の人的事情を考慮する所得控除を控除した課税総「所

得」金額に主観的担税力が現されることを明らかにしている。

このように本論文は、ドイツの議論を参考に「担税力」を客観的担税力と主観的担税力という二元的構成で捉えることで、「所得」概念から必要経費や所得控除なども含めて、応能負担原則に基づく「簡素な所得税のあり方」について、その基本的考え方を示している。そして、このような考え方に基づき、市場所得説が「担税力」を示す「所得」概念として、わが国の所得税においても妥当性と有効性を有することを主張している。

2 本論文の構成

本論文は、序章と終章のほか以下の通り3部8章300頁より構成されている。第Ⅰ部と第Ⅱ部は、副題にもある通りドイツの応能負担原則の客観的純額主義と主観的純額主義の二元的構成に従い、それぞれに基づく所得課税の意義について述べ、第Ⅲ部ではその他の担税力をめぐる問題を論じている。

本論文の具体的な章立ては、以下の通りである。

序 章

第Ⅰ部 客観的純所得課税の意義

第1章 市場所得説の生成と展開

第2章 市場所得における控除概念——基因原則による必要経費——

第3章 必要経費控除の意義と範囲

第Ⅱ部 主観的純所得課税の意義

第4章 所得税における基礎控除と担税力

第5章 扶養にかかる人的控除と社会保険料負担——2005年1月11日連邦憲法裁判所判決の検討——

第6章 居宅介護サービスと医療費控除

第Ⅲ部 その他の担税力をめぐる問題

第7章 課税の負担と上限——ドイツ連邦憲法裁判所2006年1月18日決定を手がかりとして——

第8章 損害賠償金と非課税「所得」

終 章

なお、本論文は、学位申請者の所得税法に関するこれまで公表した論文を加筆・修正のうえ再構成し、2018年7月に株式会社成文堂から公刊したものである。

3 本論文の内容

本論文は、序章において、税法上の概念として多義性を有する「担税力」や「所得」の意義を明らかにすることによって、税法の基本原則である応能負担原則を再検討するという本論文全体の目的と問題意識を示している。

次に、第1部ではドイツの応能負担原則の二元的構成のうち「客観的純所得課税」の意義として、市場所得説の立場から「所得」と「必要経費」概念に関する検討を行っている。

まず、第1章では、ドイツで有力に支持されている市場所得説について、19世紀以来の学説の歴史や理論的な根拠を述べたうえで、その意義についてドイツの議論を参考に検討し、市場所得説がわが国の所得税においても妥当性や有効性を有することを主張している。具体的には、現行の所得税が採用する包括的所得概念（純資産増加説）について、提唱者であるシャンツの理論を紹介し、同概念が制限的所得概念（所得源泉説）と比較して公平性という観点から支持を集めるようになったものの、その包括性ゆえに不明確性の問題が生じることを指摘している。そうした問題を克服するために、ドイツではノイマルクが国庫的所得概念を提唱し、それが市場所得概念へと展開していった。すなわち、ルッペが所得帰属論との関係で所得区分の共通要素として「市場への参加」を主張し、ランクが営利目的という主観的要件を導き出して、「市場における経済活動を通じて実現された経済的利得」に「所得」を限定することになった。そして、キルヒホフは、市場所得への課税の根拠などについて、憲法との関連から市場所得説の理論的な体系化を図った。このように第1章では、ドイツにおける市場所得説の生成と展開の歴史を紹介しつつ、「所得」の範囲を「市場」と「獲得（実現）」という形で制限し、法的に明確化を図る市場所得説の意義や、それがわが国の所得税にも一定の妥当性や有効性を有することを述べている。

次に、第2章では「所得」を算出するために収入から控除される「必要経費」について、ドイツの判例理論を紹介しながら、市場所得説から導かれる「基因原則」に基づき、広く必要経費等の控除を認めることの意義を指摘している。ドイツの所得税法においては、収入金額から控除されるものとして、必要経費と事業支出との2つがあり、これらは所得概念との関係でそれぞれ異なる範囲のものと解されてき

た。すなわち、必要経費は制限的所得概念（所得源泉税）と対応し、収入を得るためという目的に着目した目的的概念として、その範囲は所得と同様に制限的に考えられてきた。それに対して、事業支出は事業に基因する支出として広く捉えられ、包括的所得概念（純資産増加説）に対応するものとされてきた。しかし、同じ収入からの控除について、このような考え方の違いがあることは、平等原則の観点から問題があることから、収入を得るための活動に基因する支出を控除するという「基因原則」の考え方が、必要経費にも適用されるべきことが判例上求められるようになった。

他方、わが国においても、収入金額から控除される必要経費等は、従来から裁判例では、収入を得るために業務に「直接的な関連性」を有するものでなければならぬとされてきた。そのため、その範囲はドイツ法における必要経費と同様に目的により制限的に解されてきた。しかし、わが国の所得税法は、包括的所得概念を採用していることから、本来必要経費などの控除すべき支出も包括的に捉えられるべきである。この点について、収入と必要経費との間に、所得概念との関係における矛盾が存在する。このような矛盾を解消するためには、必要経費をドイツの判例理論と同様に「基因原則」に基づいて控除を認める必要がある。そして、ドイツにおいて、この「基因原則」の考え方を必要経費に適用するために、所得概念について必要経費と事業支出を包括する考え方として用いられたのが市場所得概念であった。つまり、市場所得概念を採用することによって、事業支出と同様に必要経費についても「基因原則」に基づいて控除することができる。そして、この考え方は、わが国の所得税法の必要経費の控除においても妥当する。このように第2章では、ドイツの判例理論から市場所得説の立場から、「基因原則」に基づいて必要経費を控除することの意義を明らかにし、それがわが国の所得税法でも同様に妥当することを主張している。

それを受けて、第3章では、近時のわが国の裁判例である東京高裁平成24年9月19日判決をふまえ、必要経費の意義や控除の根拠と家事費・家事関連費との関係から、その控除されるべき範囲について論じている。従来から必要経費について、わが国の課税実務や裁判例では、その要件として業務との「直接的な関連性」を求めてきた。それに対し、東京高裁判決は、弁護士会の役員の懇親会費用に関する事案について、業務との「直接的な関連性」の要件を否定し、必要経費の範囲を広く解釈すべきという判断を下した。この判断は、昭和38年税制調査会答申の必要経費を「純資産増加説的な考え方」に基づいて広く解するべきであるとした立法趣旨にそったものと評価できる。そして、この「純資産増加説的な考え方」こそが、第2

章で示した「基因原則」に対応している。また、必要経費の控除は、従来から応能負担原則との関係で憲法14条に基づき、投下資本部分への課税を回避し、純所得に対して課税すべきであることを根拠とするものと考えられてきた。それに加えて、課税が財産権に対する侵害行為であることから、財産権保障の観点からも必要経費控除が必要であることを指摘し、必要経費控除は憲法14条及び29条の要請であり、それは「基因原則」によって広く解されなければならないことを述べている。さらに、家事費・家事関連費との関係については、必要経費控除が憲法上の要請であることに鑑み、「基因原則」に基づいて家事関連費について、原則として控除を認める方向での解釈を行い、家事費との区分を行って控除を認めていくべきであると主張している。このように第3章では、東京高裁判決から必要経費が「基因原則」に基づきその範囲を広く解すべきことや必要経費控除の根拠が憲法14条の応能負担原則に加え、財産権保障の憲法29条の要請に基づくものであること、そのため家事費・家事関連費との関係でも家事関連費を家事費と区分して原則控除を認めるべきことを述べている。

以上のように、第I部では、ドイツの市場所得説から「所得」を市場所得概念の立場から考えることによって、実行可能な範囲に限定することの必要性や必要経費を「基因原則」に基づいて広く解釈すべきことを指摘している。これによって、収入金額から必要経費を控除するという、純所得の考え方が示され、それが納税者の人的事情を考慮しない、「総所得金額」として理解されることになる。これは納税者の客観的担税力を示しているが、その中には納税者の最低生活費など、主観的には担税力がないとされる部分が含まれている。そこで、次に第II部では、そのような納税者の人的事情を考慮する所得控除の意義やそのあり方を論じている。

第II部では、応能負担原則の二元的構成のうち、もう一方の「主観的純所得課税」の意義について、客観的に算出される「所得」では考慮し得ない主観的な担税力の減少要因として課税対象から除外する基礎控除や配偶者控除、扶養控除、医療費控除といった所得控除のあり方を検討している。

まず、第4章では「担税力」がないとされながらも「所得」に含まれる最低生活費に係る基礎控除について、そのあり方を市場所得説に基づき所得概念との関係から考察している。そもそも納税義務者の生存権を保障するための最低生活費部分には、「担税力」はないとされている。それにもかかわらず、客観的純所得課税の段階では、計算上その金額が「所得」に含まれている。本来、担税力を示す「所得」とは、「納税義務者が処分できる稼得所得部分のみ」であるということからすれば、所得税における「担税力」とは、「租税の支払のために処分可能な所得」部分に現

れる「経済的負担能力」である。そのように考えれば、最低生活費を保障する基礎控除部分は、本来は「所得」に含まれないことになる。また、わが国の所得税では基礎控除は、年間38万円と社会保障の給付水準を大きく下回っている。この点について、ドイツでは連邦憲法裁判所が、少なくとも社会保障の給付水準と同じでなければならないとの判断を示して、それに基づいて基礎控除が引き上げられた経緯がある。そして、このような要請は、わが国においても同様であると考えられ、最低生活費を保障する基礎控除は、本来社会保障の給付と同じ水準でなければならない。しかし、市場所得説によれば、それだけでは十分でないとも考えられる。なぜなら、市場に参加するための前提条件を整えるための支出についても、必要経費として控除される以前に所得から除外されていなければならないからである。つまり、本来的には、まず、最低限の生活があり、その後所得を得る目的からの資本の投下が必要となるはずである。そのため、これらの支出の余剰が課税対象としての「所得」になるものと考えられる。つまり、社会保障給付を上回る形で、税法上の基礎控除が定められるべきである。他方、基礎控除を所得控除として認めることは、累進税率との関係で、高所得者の税負担軽減が大きくなるといった逆進性の問題が指摘される。そのため、基礎控除は所得控除よりも税額控除の方が望ましいという議論がある。しかし、この点について所得概念との関係では、最低生活費部分にはそもそも「担税力」がないことから「所得」から除外されるべきであり、所得控除の方が望ましいことになる。このように第4章では、所得概念から最低生活費との関係において、基礎控除が社会保障給付と同一の水準であるべきことや、所得控除であることの意義を述べている。

次に第5章では、ドイツ連邦憲法裁判所の2005年1月11日判決を紹介し、扶養親族の最低生活費を考慮すべく、配偶者控除や扶養控除のあり方について検討している。わが国の親族の扶養に関する所得控除としては、配偶者控除と扶養控除とがある。このうち配偶者控除については、女性の社会進出の妨げになるとして、廃止論が根強く主張されているが、逆に廃止することにより扶養を受ける配偶者の生存権を保障できないことになる。そのため、配偶者控除は廃止すべきでないと考えられる。しかしながら、扶養親族の最低生活費を納税義務者において控除しようとする場合、現行法においては、扶養を受ける親族における基礎控除と納税義務者における配偶者控除または扶養控除の「二重の控除」の問題が生じる。この点について、ドイツ連邦憲法裁判所判決では、子供の扶養に対する子女控除の基準について、社会保険料などの強制的な負担を引いたうえで考慮する判断が示されている。また、そのような負担を考慮したうえで、控除適用の基準額を超えた場合に、控除の全額

の適用を排除するのではなく、段階的に減らしていく立法措置が必要とされる。わが国においても同様に、配偶者控除や扶養控除を、配偶者特別控除のように、控除対象となる扶養親族の「所得」に応じた消失控除方式にすべきであり、それによって「二重の控除」の問題も解消する。なお、扶養親族の最低生活費も、基礎控除と同様に、納税義務者にとっては「不可避的な支出」であることから、主観的担税力の減少要因として、やはり所得控除によって保障すべきである。さらに、このような考え方によれば、社会保険料のように法的に義務付けられた支出も「不可避的な支出」に当たり、社会保険料控除も担税力を減少させる要因として所得控除が望ましいといえる。このように第5章では、ドイツ連邦憲法裁判所判決の考え方から、扶養親族に関する所得控除の意義やそのあり方について論じている。

続く第6章では、わが国の居宅介護サービス費用の医療費控除該当性が問題となった具体的な事例を素材に、社会的実情にそぐわなくなっている医療費控除の問題点を明らかにしている。具体的には、医療費控除の対象が法改正ではなく、いわゆる「緩和通達」によって範囲を広げられている問題がある。また、その通達による対応も十分ではなく、医療費控除が制度として社会の実情に適合しなくなってきた現状を指摘している。そして、医療費控除の趣旨は、主観的な担税力の減少を考慮することであり、社会的実情に合わせた法改正が必要であることを主張している。このように第6章では、居宅介護サービスの事例から医療費控除の問題点と法改正の必要性について述べている。

以上のように第Ⅱ部では、「所得」から除外される主観的担税力の減少要因について、ドイツ連邦憲法裁判所判決やわが国の所得控除の問題点を具体的にとりあげて、所得控除の意義とそのあり方を論じている。それによって、課税総「所得」金額に主観的担税力が現されることを明らかにしている。

第Ⅲ部では、応能負担原則に基づいて、その他の担税力をめぐる問題を検討している。まず、第7章では、ドイツ連邦憲法裁判所2006年1月18日決定をもとに、財産権を保障するための「課税の上限」について考察している。課税が財産権に対する侵害行為であるとすれば、担税力を超える課税は財産権の不当な侵害に当たる。そこで、応能負担原則との関係において、財産権を保障するための「課税の上限」について考える必要がある。この点について、ドイツ連邦憲法裁判所は、1995年に課税の上限を半分までとするいわゆる「五公五民原則」を示した。しかし、2006年1月18日決定は、この原則を財産税に限りて妥当するものと判断を修正したことから、現在「課税の上限」について明確な基準が存在していない。そのため、ドイツにおいて「課税の上限」に関する問題が、再び議論の俎上にあがることになった。

そもそも、「五公五民原則」は、基本法14条1項の「同時に」との文言を「同じに」と解釈し、課税と私有財産とが半分ずつであるという基準を示したものである。そして、これは財産権保障との関係で、ドイツにおいて過剰な負担あるいは絞殺的課税の禁止として示される原則を根拠とするものである。しかし、1995年決定が「同時に」を「同じに」と誤って解釈したことから、2006年決定では、「五公五民原則」の適用を財産税のみに限定し、その他については比例原則に基づいて判断すべきであると判断した。この決定は「課税の上限」について、「五公五民原則」との訣別を意味し、新たな問題を生じさせた。それについては、課税の目的と効果を区分して、それぞれ課税の負担効果と形成効果とに分けて議論する見解が示されている。すなわち、課税によって経済的負担を負うだけでなく、何らかの経済活動が誘導あるいは抑制される場合には、そのような経済活動への影響についての正当化が問題になる。それに対して、負担効果として、課税による介入は、その限界を考えなければならなくなる。このように、第7章ではドイツ連邦憲法裁判所の決定から、課税の目的と効果とを分けて、その負担効果に着目したうえで、「課税の上限」を考慮していく必要性を指摘している。

次に、第8章では、わが国の所得税法において非課税となる損害賠償金をめぐる「所得」概念の不明確さについて論じている。所得税法9条1項17号は、非課税所得として、損害賠償金を定めている。単純に考えれば、この規定は損害賠償金に担税力がないことの確認と解することができる。しかし、それは損害によって失われた原資の回復であるため、担税力がないとも考えられ、そうなると思えないものを「所得」とすることになる。この点については、原資の回復などを超える部分を課税しないという政策的な規定との評価もできる。また、心身の損害については、もともと経済的な損失が生じないため、そのような損害に対する賠償金を非課税にするという考え方もある。さらに、裁判例も、所得税法9条1項17号の性格について、損害賠償金に担税力がないことを確認しているものと判断している。しかし、「所得」は担税力の指標であり、「所得」には担税力があるとすれば、担税力のない「所得」というのは本来存在しないはずであり、所得税法9条1項17号は、何らかの政策的な理由によって、「所得」を非課税にしているものと考えられる。そうすると、本来「所得」ではない原資の回復部分は、このような規定がなくても課税されることはなく、課税されない「所得」が観念される。そして、このような損害賠償金の非課税に関する見解の対立が存在するのは、「所得」が正確に理解されず、「収入」と混同されていることに起因している。そこで、本論文では、そのような混同を解消し、「所得」となるものについて非課税にするという所得税

法9条1項17号の創設の規定としての位置づけを明確にすべきであることを指摘している。このように第7章では、損害賠償金の非課税規定の検討を通して、応能負担原則を実現するための「所得」概念の明確化を主張している。

以上のように第Ⅲ部では応能負担原則との関係から、その他の担税力をめぐる問題として、「課税の上限」と損害賠償金の非課税規定の法的性格について論じている。

最後に終章では、本論文全体の議論をふまえ、結論として応能負担原則を実現するための「所得」の意義の明確化や所得税のあり方についてまとめている。すなわち、客観的担税力を現す「所得」を法的に定義することによって明確化を図り、所得控除を主観的「担税力」を把握するためのものに限定する「簡素な所得税のあり方」にすることが、応能負担原則との関係では重要となることを主張している。また、そのために市場所得説がわが国の所得税にも妥当性や有効性を有し、重要な示唆を与えうるものであると結論づけている。

〔論文審査の結果の要旨〕

1. 本論文の特徴

本論文の特徴は、ドイツの応能負担原則や市場所得説の学説紹介にとどまらず、それらを体系的に再検討しつつ、比較法的観点から所得税における「所得」概念や必要経費の意義と範囲、所得控除のあり方などを体系的に論じている点にある。とくに、ドイツの応能負担原則の二元的構成から、「担税力」とそれを表す「所得」、そして所得税のあり方を論じる議論の展開は、他の先行研究にはない本論文独自のものと評価できる。

また、ノイマルクにはじまり、ルッペ、ラング、キルヒホフと展開してきたドイツの市場所得説の生成と展開を検証したうえで、「所得」を実行可能な範囲に限定する必要性から、「法学的所得概念」としての市場所得説のわが国の所得税への妥当性や有効性を主張している点も重要である。さらに、ドイツの応能負担原則の二元的構成に基づき、市場所得説から客観的な「所得」を法的に定義し、所得控除を主観的「担税力」を把握するものに限定する「簡素な所得税のあり方」を提示している点も、先行研究にない本論文の特徴として高く評価できる。

2. 本論文の評価

本審査委員会は、本研究科の博士学位審査方針に基づき、本論文を以下の審査項目ごとに評価した。

【1】研究課題とその意義の明確性

本論文では、ドイツの応能負担原則の二元的構成に基づき市場所得説から多義的で不明確な「担税力」や「所得」の法的な意義を明らかにし、応能負担原則を再検討するという研究課題とその意義が明確に示されているだけでなく、それによって所得税のあり方を提示するというその意義づけにも説得力がある。

【2】研究方法の適切性

本論文では、ドイツの学説の生成と展開の詳細な検討から市場所得説の理論的有効性を論証し、それに基づき「所得」の法的な意義を明確にすることによって、応能負担原則を再検討するという研究方法がとられている。この方法は、応能負担原則の実現に最も適した所得税の研究手法として適切なものと評価できる。さらにドイツの応能負担原則の二元的構成に基づき、客観的担税力と主観的担税力の両面から、「所得」概念や所得税のあり方まで議論を展開していることは、研究の方法論として高く評価すべきといえる。

【3】叙述内容の論理性および体系性

本論文のドイツの応能負担原則の二元的構成に基づいた章立ては、適切かつ明快であり、第1章から8章までの各章の叙述も論理性を有している。とくに、「担税力」と「所得」をキーワードに応能負担原則に従って、一貫した論旨で所得税に関する体系的な議論が展開できている点で優れている。

【4】研究内容の独創性

上述の通り、本論文はドイツの応能負担原則や市場所得説の議論を再検討し、比較法的観点から「所得」概念や必要経費控除、所得控除など「簡素な所得税のあり方」を論じており、先行研究に対し学術的な意味において独創性が認められ、税法とその関連分野の学界において、所得税に関する優れた研究業績として高い評価を得ることが予想される。

【5】研究内容の国際性

本論文には、ドイツ語の文献や判例・裁判例の引用が相当数みられ、比較法的観点から研究課題を国内外の議論の中から明らかにしようとしており、全ての箇所での引用の趣旨が明確である。また、ドイツの学説や判例・裁判例を詳細に分析検討しており、研究内容の国際性も認められる。

3. 残された課題

公聴会における質疑では、残された課題として、本論文の第3章の必要経費控除の法的根拠や第7章の「課税の上限」でふれられている応能負担原則と財産権の保障との関係について、憲法29条の解釈論としてさらに議論を深める必要性が指摘さ

れた。しかし、その点は、税法と憲法の接点に関するさまざまな論点からの検討も必要な研究テーマであり、本論文でも必要経費控除の法的根拠や憲法25条の生存権と最低生活費保障との関係から憲法上の要請について、一定の考え方が示されていることから、応能負担原則と比例原則との関係や結論で示された「簡素な所得税のあり方」の議論とともに、学位申請者の今後の研究のなかで立法論も含めた検討が進むことが期待される。

4. 結 論

以上のように本論文は、ドイツの応能負担原則の二元的構成に基づいて、市場所得説の立場から所得概念や必要経費、所得控除の意義やそのあり方を体系的に論じた所得税法に関する大変優れた研究業績として高く評価することができる。

本審査委員会は、このような本論文の特徴と評価、公聴会での口頭試問結果をふまえ、本論文が本研究科の博士学位論文審査基準を満たしており、博士学位を授与するに相応しい優れた研究であることを全員一致で確認した。

〔試験または学力確認の結果の要旨〕

本論文の公聴会は、2019年2月1日(金)午後3時から5時まで、末川記念会館第3会議室において開催された。公聴会では、学位申請者から本論文の概要に関する報告がなされ、その後、活発な質疑が交わされたが、申請者からは、本論文で示された知見に基づき的確な応答がなされ、本論文の研究上の意義があらためて確認されるとともに、申請者の優れた研究能力が示された。

本学位申請は、本学学位規程第18条第2項に基づくものであるが、申請者は長年にわたって大学の学部及び大学院において税法の講義や研究指導を担当してきた。また、本論文に加え、申請者の他の研究業績や学界での評価、さらには公聴会における質疑に対する的確な応答により、専門科目に関する十分な知識を有することが認められ、本論文のドイツ法研究より外国語文献の読解において、十分な外国語能力を有することが確認された。したがって、本審査委員会で検討した結果、本学学位規程第25条第1項により、これらに関わる試験の全部を免除した。

以上により総合的に判断して、本審査委員会は全員一致で、本学学位規程第18条第2項に基づいて、本学位申請者に対し、「博士(法学 立命館大学)」の学位を授与することが適当と判断した。