

## 時際法の判例（平成27年から平成29年）

齋 藤 健一郎

1. 手続法の即時適用——公訴時効期間を延長する新法をその施行時において時効の完成していない罪に対して適用することは遡及適用には当たらないとされた事例（最判平成27年12月3日刑集69巻8号815頁）
2. 刑事法の即時適用——児童ポルノ禁止法の施行前に18歳未満であった児童（施行時点では18歳以上）を描写した場合に同法を適用して児童ポルノ製造罪の成立を認めることが法律の遡及適用には当たらないとされた事例（東京高判平成29年1月24日判時2363号110頁）
3. 改正通達の遡及適用の可否——判決等を理由として通達が改正された場合について更正の請求の期間制限の特例が認められないことが国税通則法の委任の範囲を超えるものではないとされた事例（大阪地判平成28年8月26日判時2329号30頁）
4. 法律改正と判例変更——新法下においても旧法下で下された判例が維持された事例（名古屋地判平成28年9月26日判時2332号44頁）
5. 係争中の事案に対する新法（未施行）の影響——新法の公布後・施行前に下された判決において新法の趣旨が考慮されなかった事例（東京高判平成29年1月31日判時2335号28頁）
6. 契約の遡及効？——NHK受信契約の成立時期と受信料債権の範囲（最大判平成29年12月6日民集71巻10号1817頁）

時際法とは、法律の時間的適用範囲に関する法分野あるいは学問領域である。ここには、法律の公布・施行や廃止、新法と旧法の時間的適用関係（時間的抵

触)、経過措置、裁判判決や判例の時間的射程などをめぐる問題が含まれる。

本稿は、平成27年から平成29年に下された裁判例の中から、時際法に関連するものを紹介し、時際法の緒論点を示すとともに、若干の検討をするものである(3の中では、標記の判決とともに平成27年の最高裁判決も取り上げている。なお、6は判決の紹介のみである)。取り上げた裁判例には、時際法の論点が、(明示的または潜在的に)当該事案の解決に関わりがあるものもあれば、解釈論というよりも立法論の次元での対応の余地を示唆するもの、当該事案の紛争の背景事情の一つに過ぎないものもある。何れにしても、本稿は、時際法の緒論点を確認するにとどまる。

## 1. 手続法の即時適用——公訴時効期間を延長する新法をその施行時において時効の完成していない罪に対して適用することは遡及適用には当たらないとされた事例(最判平成27年12月3日刑集69巻8号815頁)

被告人は平成9年4月13日に強盗殺人を行い、約16年後の平成25年2月22日に起訴された。被告人の犯行時の刑事訴訟法(平成16年12月8日法律第156号による改正前のもの)では、公訴時効の期間は15年であった(250条1号)。しかし、被告人の犯行から約13年後、平成22年4月27日法律第26号(公布即日施行)はこれを改正し、「時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの(死刑に当たるものを除く。))については、次に掲げる期間を経過することによつて完成する。」(250条1項)と定めることにより、法定刑に死刑が定められている罪については公訴時効を廃止した。そして、平成22年法の附則3条には、「経過措置」として、「……改正後の刑事訴訟法(次項において「新法」という。)第250条の規定は、この法律の施行の際既にその公訴の時効が完成している罪については、適用しない。」(1項)、「新法第250条第1項の規定は、刑法等の一部を改正する法律(平成16年法律第156号)附則第3条第2項の規定にかかわらず、同法の施行前に犯した人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもので、この法律の施行の際その公訴の時効が完成していないものにつ

いても、適用する。』（2項）という規定が置かれた<sup>1)</sup>。本件の被告人については、平成22年改正法の施行時には強盗殺人罪の公訴時効が完成していなかったため、起訴されるに至ったのである。

本判決（最判平成27年12月3日刑集69巻8号815頁）は、以下のとおり、平成22年法の上記附則規定は遡及適用を認めるものではなく、憲法違反もないと判断した（以下の〔 〕は本稿筆者による）。

1) 立案担当者によると、「公訴時効に係る規定は訴訟法規であるところ、訴訟法規が改正された場合には、特段の経過規定がない限り、新法が適用される」（吉田雅之「『刑法及び刑事訴訟法の一部を改正する法律』の概要」ジュリ1404号（2010年）44頁以下（48頁））。ここで述べられている訴訟法規（手続法）の即時適用の原則は、本文後述のとおり、最高裁判例でもある。もっとも、吉田・同上が解説しているとおり、平成22年改正法の附則3条2項はこの原則を確認したのではなく、「刑法等の一部を改正する法律（平成16年法律第156号）附則第3条第2項の規定にかかわらず」との文言があるように、直接的には、平成16年法の附則規定の適用を排除することを定めたものである。というのも、平成16年法は、刑法を改正して一定の罪について刑期を引き上げるとともに、刑事訴訟法を改正して公訴時効の期間を延長したものであるが、その「経過措置」は、本文上記の平成22年法とは異なり、「この法律の施行前に犯した罪の公訴時効の期間については、……改正後の刑事訴訟法第250条の規定にかかわらず、なお従前の例による。」（附則3条2項）としていた。附則の規定も改正されない限りは効力を有し続けるため、もし平成22年法に附則3条2項がなければ、平成16年法の施行日（平成17年1月1日）前に犯した罪の公訴時効期間については、前者の施行後においてもこれは適用されず、後者に従い「なお従前の例による」こととなるはずであった。平成22年改正法は、附則3条2項により、法定刑に死刑が定められている罪については、平成17年1月1日以前に犯されたものであっても、同法を直ちに適用することとしたのである。平成17年1月1日以後に犯された罪については、この附則規定に拠ることなく、訴訟法規の即時適用の原則により平成22年改正法が適用される。

なお、平成16年法がその施行前に犯した罪については「なお従前の例による」としたことの理由について、立案担当者は次のように説明している。「公訴時効は、訴訟手続を規制する訴訟条件であるから、裁判時の手続法によるべきものとも考えられるが、公訴時効の制度趣旨については、実体法説の考え方も有力に主張されていることに加え、過去に行われた犯罪行為について、事後的に公訴時効期間を延長することは、被告人に不利益であることから、今回の改正による公訴時効期間の延長に係る新規定については、改正法の施行後に行われた犯罪行為についてのみ適用することとし、施行前に行われた犯罪行為については適用しないこととするのが相当と考えた……」（松本裕＝佐藤弘規「刑法等の一部を改正する法律について」法曹時報57巻4号（2005年）31頁以下（77頁））。

「公訴時効制度の趣旨は、時の経過に応じて公訴権を制限する訴訟法規を通じて処罰の必要性和法的安定性の調和を図ることにある。〔①〕本法は、その趣旨を実現するため、人を死亡させた罪であって、死刑に当たるものについて公訴時効を廃止し、懲役又は禁錮の刑に当たるものについて公訴時効期間を延長したにすぎず、行為時点における違法性の評価や責任の重さを遡って変更するものではない。そして、〔②〕本法附則3条2項は、本法施行の際公訴時効が完成していない罪について本法による改正後の刑罰法250条1項を適用するとしたものであるから、被疑者・被告人となり得る者につき既に生じていた法律上の地位を著しく不安定にするようなものでもない」。したがって、平成22年改正法の附則3条2項は「憲法39条、31条に違反せず、それらの趣旨に反するとも認められない。このように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁昭和23年 第2124号同25年4月26日大法廷判決・刑集4巻4号700頁、最高裁昭和29年(あ)第215号同30年6月1日大法廷判決・刑集9巻7号1103頁）の趣旨に徴して明らかであるから、所論は理由がない」。

この判示は、次のことを説くものとして理解することができる<sup>2)</sup>。すなわち、上記〔①〕の部分では、公訴時効の廃止・延長が、刑の新設や加重を伴わない点で憲法39条が禁止する遡及処罰には当たらないことを、上記〔②〕の部分では、平成22年改正法による公訴時効の廃止等をその施行前に罪を犯したが施行時には公訴時効が完成していなかった者に対して適用することが、憲法39条・31条の趣旨には反しないと解すべきことを判示したのである。平成22年法の立案過程においても、「公訴時効制度を見直す場合、見直し方策に遡及適用を認め、現に時効が進行中の事件にも及ぼすことが可能か否かという問題」が検討課題の一つとされていたところ、上記①・②と同旨の理解が示されていた<sup>3)</sup>。学説

2) 参照、池田公博「判批」重判解平成28年度194頁以下（195頁）。

3) 法務省「凶悪・重大犯罪の公訴時効の在り方について——制度見直しの方向性」（平成21年7月15日）5頁，19頁。なお、同20頁では、「既に時効が完成した事件につき、事後的に時効が完成していないものとして扱うことは、一旦国家刑罰権が行使できなくなり処罰を免れた行為について、改めて処罰することができることとするものであって、被告人に対する不意打ちとなり、その地位を著しく不安

は、本件を遡及適用が問題となったものと位置づけつつ、主に憲法39条との適合性を論じている<sup>4)</sup>。

遡及の有無という点に限るならば、本判決の判示①は、従来の最高裁判例に従ったものと言える。本判決が参照する先例<sup>5)</sup>が判示しているとおおり、手続法はその施行前に生じた事実・行為に対してであっても原則として即時に適用され、そうしても遡及適用ではないと解されてきたからである。ただし、実体法と手続法の区別に依拠するとしても、時効が完成している場合には、手続的に一定の法効果が生じているため、それに新法を適用するならば遡及であると解されることとなろう。

これに対して、本判決の調査官解説は、「訴訟時効制度の法的性格論〔すなわち実体法的性格と訴訟法的性格の区別〕によって、公訴時効制度の改正に際して、新法を立法前の行為に適用することが憲法39条に触れるかどうか、あるいはその趣旨に反するかどうか、直ちに導かれるものではないと考えられる」と述べている。調査官によると、公訴時効制度は、処罰の必要性和法的安定性の調和という「比較衡量をふまえた総合的判断に基づく立法政策に委ねられていると解される」ようである<sup>6)</sup>。確かに、訴訟法（手続法）であることから一律

---

定にし、適法となった行為を遡って処罰するに等しく、遡及処罰の禁止を定めた憲法第39条の趣旨からして相当でないものと考えられる」と述べている。

- 4) 参照、大日方信春「判批」速報判例解説19号（2016年）15頁以下、松宮孝明「判批」法セミ735号（2016年）113頁、松本和彦「判批」法教430号（2016年）128頁、榎本雅記「判批」同154頁。同旨、白鳥祐司「公訴時効制度『見直し』法案への疑問」法律時報82巻5号（2010年）1頁以下（3頁）、松宮孝明「刑事時効見直しの動きと問題点」季刊刑事弁護62号（2010年）8頁以下（11頁）。なお、池田・前掲注(2)は遡及か否かの問題には関心を向けていない。
- 5) 日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律（昭和22年4月19日法律第76号）13条2項が上告理由を制限したところ、これを同法の施行前になされた行為に適用することについて、最判昭和25年4月26日刑集4巻4号700頁は、「たといそれが行為時の手続法よりも多少被告人に不利益であるとしても、憲法39条……の趣旨を類推すべき場合と認むべきではない」と判示した。補足意見は、実体法と手続法を区別すべきことを明確に述べている。
- 6) 馬渡香津子「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成27年度272頁以下（291頁、292頁）。

に結論を引き出すべきではない場合があり得るかもしれない。しかし、刑罰法規の時間的適用範囲の問題を立法政策に委ねることや、またそれにより憲法39条の外延を曖昧にってしまうことは、妥当とは思われない。最高裁も、この問題を立法裁量に委ねるかのような判示はしていない。

なお、憲法39条による遡及処罰の禁止との関係について、「問題とすべきは、遡及処罰の禁止の趣旨が国民の予測可能性の保護にあるとした場合、公訴時効期間が事後に延長されることによって、犯人が行為時に予想していなかった不利益が生じること」をどう評価すれば良いかである、との指摘がある<sup>7)</sup>。この点、政府は、「罪となることを知りながら、時間が経過すれば刑罰から逃れられると考えてあえて犯罪行為に及ぶような者に、憲法第39条前段前半による保護に値する予測可能性はないのではないかと考えられる」との立場から平成22年法の上記附則規定を正当化しており<sup>8)</sup>、予測可能性ということの問題とする限りは、この説明は適切であると思われる。ただし留意すべきは、本判決において、最高裁は予測可能性については言及しておらず、「既に生じていた法律上の地位」への影響を考慮していることである。最高裁（最判平成23年9月22日民集65巻6号2756頁）は、新たな租税法規をその施行前の暦年当初から適用したことが問題となった事例においても、「納税者の租税法規上の地位」の制約の合理性という観点から憲法84条違反の有無を検討しており、しかも、旧法に基づき「租税負担の軽減を図ることを納税者が期待し得る地位」の事後の変更にとどまる場合には新法上の正当な政策目的が優先され得ることを認めたのであった（結論は合憲）。旧法下で生じた事実上の期待的地位を新法が損なうことの評価という点に関する限り、この判決と本判決とで、最高裁の判断には共通性が見られるであろう。

---

7) 川出敏裕「公訴時効制度の見直し論について」刑事法ジャーナル18号（2009年）15頁以下（20頁）。

8) 前掲注(3)19頁。川出・前掲注(7)も同旨。

## 2. 刑事法の即時適用——児童ポルノ禁止法の施行前に18歳未満であった児童（施行時点では18歳以上）を描写した場合に同法を適用して児童ポルノ製造罪の成立を認めることが法律の遡及適用には当たらないとされた事例（東京高判平成29年1月24日判時2363号110頁）

本件は、児童ポルノ禁止法が制定されていなかったときに児童であった女性の裸体の画像を素材として、約25年から27年後にコンピュータグラフィックス（CG）によって児童ポルノの画像データを作成したことにつき、児童ポルノ製造罪の成立（児童ポルノ禁止法2条3項の「児童の姿態」に該当すること）が認められた事例である。争点の一つとして、児童ポルノ製造罪の成立には、被写体の児童が、児童ポルノ製造時や児童ポルノ禁止法の施行時において18歳未満であることを要するかが問題となった。この点については、これまで明示的に判断した裁判例はなく、本判決（東京高判平成29年1月24日判時2363号110頁－原審の東京地判平成28年3月15日判時2335号105頁も理由づけは簡潔ながら同旨である）が初めてのようである<sup>9)</sup>。結論としては、以下(ウ)のとおり、上記何れの時点でも18歳未満である必要はないと判断された。

〔ア〕所論は、まず、①の点〔製造の時点で18歳未満であることを要するか〕について、児童ポルノ法が純然たる児童の個人的法益を保護することを目的とする法律であることを前提に、同法の『児童の姿態』という文言に、『大人の、児童であった時の姿態』を含むと解釈するのは無理であり、罪刑法定主義に反する上、同法7条3項の製造罪は、行為者が児童に当該姿態をとらせて児童ポルノを製造した場合を規定しているから、製造の時点で被写体が18歳未満であることを要するのは明らかである、原判決のように、製造の時点で18歳未満であることを要しないと解すると、製造時においては既に実在しない児童を『児童』に含めて保護し、実質的には大人の名誉、プライバシーを保護していることにはかならない旨主張する。また、②の

9) 参照、判時解説112頁の匿名解説。

点〔法施行の時点で18歳未満であることを要するか〕について、児童ポルノの製造等を禁止する児童ポルノ法が施行された時点で、既にその被写体が児童でなくなっていた以上、そのような者についてまで『児童』に当たるとして、その製造行為等を処罰することは、刑罰規定不遡及の原則に反して相当でなく、条文解釈上も、法施行時に既に大人であったものを『児童』に含むと解釈することには無理がある、などと主張する。

(イ)記録によれば、本件三画像の素材画像となった写真については、昭和57年から昭和59年にかけて初版本が出版されたものと認められ、その頃撮影されたものと推認され、本件三画像は、これらを基にCGとして描かれたことが明らかである。

児童ポルノの製造行為については、法文上、いつの時点で18歳未満であることを要するかについて、何ら規定がなく、法の目的及び趣旨に照らし、合理的に解釈するほかない。そこで、児童ポルノ法の目的及び趣旨について検討すると、同法1条は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする旨規定しており、平成26年法律第79号による改正後の児童ポルノ法（以下「現行法」という。）3条は、児童に対する性的搾取及び性的虐待から児童を保護しその権利を擁護するとの本来の目的を逸脱して他の目的のために濫用してはならないと規定していることに鑑みると、児童ポルノ法は、直接的には、児童の権利保護を目的として制定されたものといえることができる。このような見地から、同法7条は、児童ポルノの製造行為を、児童に対する一種の性的搾取ないし性的虐待とみなして、規制の対象としているが、同法は、18歳未満の者について、同法2条3号に該当する物について、同法3条の留保はあるものの、一律に児童ポルノとして、規制を及ぼしている。また、児童ポルノに該当する場合には、被写体となった児童の承諾がある場合であっても、児童ポルノの製造罪が成立すると解されている。

このような同法の児童ポルノに対する規制の在り方に鑑みると、同法が保護法益とする児童の権利は、児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性

を備えている必要はあるものの、個別の児童の具体的な権利にとどまるものではなく、およそ児童一般の保護という社会的法益と排斥し合うものとは解されない。さらに、同法は、身体的、精神的に未熟で、判断能力が十分に備わっていない児童を性的搾取又は性的虐待から保護するという後見的な見地から、その権利を侵害する行為を規制することを予定しているものであり、児童の権利侵害を防ぐという同法の目的を達成するためには、現に児童の権利を侵害する行為のみならず、児童を性欲の対象としてとらえる社会的風潮が広がるのを防ぐことにより、将来にわたって児童に対する性的搾取ないし性的虐待を防ぐことが要請されるというべきである。この意味において、同法の規制の趣旨及び目的には、社会的法益の保護も含まれるといえるのであって、所論がいうように、純然たる児童の権利保護のみを目的とするものとみるのは相当でないといわざるを得ない。

このことは、児童ポルノ法の立法過程における議論とも整合的であり、また、現行法7条1項において、自己の性的欲望を満たす目的での児童ポルノの所持が処罰されることとなったことも整合的である。すなわち、同条1項の目的での児童ポルノの所持罪は、児童ポルノの市場が形成され、そこで児童ポルノが流通することを防止するなどの趣旨で設けられたものであるところ、このような規制は、将来にわたる性的搾取及び性的虐待を防止するという目的を達成するものといえるのに対し、児童の権利保護の観点からは、根拠づけることが困難であるというべきである。同条1項の罪は、国内外における法規制の要請の高まりを受けて、本件行為後の平成26年の法改正で新設されたものではあるが、上記改正によって児童ポルノ法の趣旨及び目的が変質したと考えるべきではなく、上記改正以前から、もともとあった同法の趣旨及び目的をより効果的に達成するために設けられたものと解すべきである。このように、同法が一種の社会的法益を保護する側面を有するとみることは、児童に対する性的搾取及び性的虐待を防ぐという、同法の本来の目的に沿うものであって、同法3条の趣旨に反するとの所論には理由がない（……）。

(ウ)このような観点を踏まえて、改めて前記①の点について検討すると、実在する児童の姿態を描いた画像等が、児童ポルノとしていったん成立した以上、その製造の時点で被写体等となった者が18歳以上になっていたとしても、児童の権利侵害が

行われた記録として、児童ポルノとしての性質が失われることはないと解すべきである。のみならず、被写体等となった者が18歳以上となつてから、上記のような画像等を製造する行為も、児童を性欲の対象とする風潮を助長し、児童の性的搾取及び性的虐待につながる危険性を有する行為といえるから、この点に関する限り、現に18歳未満である者を被写体等として製造する場合と変わりはないというべきである。

さらに、前記②の点についても、児童ポルノ法施行以前に実在した児童を描いた場合には、児童ポルノとして児童の権利が侵害されたことはないものの、児童を性欲の対象とする風潮を助長し、児童の性的搾取及び性的虐待につながる危険性を有するという点では、①の場合と同様であるから、やはり、児童ポルノとして処罰の対象となり得ると解すべきである。このような行為を処罰の対象とすることは、前記の児童ポルノ法の目的及び趣旨に沿うものというべきであり、当該画像の製造の時点、あるいは、児童ポルノ法施行の時点で、その被写体が18歳以上であることは、児童ポルノへの該当性を否定する事由となるものではない。

このように解しても、①について、前記のとおり、法文上制約がなく、法の趣旨にも沿うものである以上、何ら罪刑法定主義に反するとはいえず、②についても、被告人が本件CGを作成した時点で、児童ポルノ法が施行されており、児童ポルノの製造を禁止する法規範に直面し、規範意識が喚起されたと考えられるから、何ら刑罰不遡及の原則に反するものではない。

以上の本判決について、刑法学説では、保護法益の問題（個人的法益か社会的法益か、その両方か、又どちらを重視するのか）に関心が向けられている<sup>10)</sup>。しかし、本件では、時間の経過後の製造により被写体となった児童にはどのよう

---

10) 参照、岡田好史「判批」刑事法ジャーナル56号（2018年）149頁以下、鈴木一永「判批」刑事法ジャーナル55号（2018年）117頁以下、高良幸哉「判批」法学新報125巻1・2号（2018年）173頁以下、上田正基「判批」立命館法学372号（2017年）157頁以下。

な権利侵害が生じるのかという法益論の問題（上記判示の①）<sup>11)</sup>とともに、女児の画像作成時とCGの作成時とで児童ポルノ禁止法の施行の前後を跨いでいるという時際法の問題（上記判示の②）が加わり、複雑な問題が提起されていたと言える。

上記①の問題に関して、上田正基は、児童ポルノ禁止法の保護する個人的法益を「自己の性的表象をどの範囲で処分するか否かに関する性的自己決定権」と解することを前提に、「現在の自己（18歳以上の被写体）の意思によっても、児童であった当時の自己の性的表象は処分できない」という理解があり得るとする。すなわち、「18歳以上の被写体の意思に合致しているとしても、『児童の姿態を描写したもの』が生み出され、拡散されるという事態は、現在の自己を含む他者による過去の自己（=実在の「児童」）の性的表象の不同意処分として、過去の性的搾取及び性的虐待を利用した、新たな性的搾取及び性的虐待を構成し、現在において固定化・半永久化することを意味するのである」<sup>12)</sup>。このように、上田は、時間の経過の中で18歳未満と18歳以上の自己という異なる人格を想定して、被写体が18歳に達した以降であっても、児童ポルノにより児童であった18歳未満の自己の法益は侵害され続ける、と解するのである<sup>13)</sup>。

---

11) 仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号（2015年）63頁以下（68頁）は、「事後的な製造行為（複製や現像）自体によっては、被写体児童に対する直接的な性的被害は生じない」ことから、「製造の侵害性を、流通の危険性以外の、具体的な被写体児童の個人的法益侵害に求めるためには、事後的な製造行為が児童の個人的法益を侵害する機序を明らかにする必要がある」と指摘する。

12) 上田正基「判批（本件第一審判決）」立命館法学367号（2016年）208頁以下（224頁、225頁）。

13) 上田正基『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』（弘文堂、2016年）192-193頁は、本文と同旨を次のように説いている。「〔問題は、〕提供・所持の時点で、被写体である〈児童〉が存在しなくなっていると考えられる以上、その時点での行為を規制しても、児童の性的自己決定権保障という目的に役立たないのではないかということである。しかし、同意なく事物化され消費されている性の帰属主体は、あくまでも被写体とされた当時の児童であり、児童ポルノの性質上、この事態は固定化される。自己の性が事物化され、それが消費されるのは、〈児童〉であり続けるのである。そのように解すると、被写体が18歳に達したとしても、児童ポルノを介した〈児童〉（過去の自己）の性的自己決定権侵

もっとも、このように解するとしても、上記②の時際法の問題が解消するわけではない。本件でCGの素材とされた写真が作成された時点では児童ポルノ禁止法は施行されていないため、この写真は「児童に対する性的搾取及び性的虐待」を構成せず、したがって、本件のCGも同様であることになり得る。それにもかかわらず、本件のCGに児童ポルノ製造罪の成立を認めるためには、事後的に、上記写真が被写体の児童の権利を侵害するものと評価され直され、かつ、これが法施行前の児童にも妥当するものでなければならない。したがって、本判決において、児童ポルノ禁止法が過去の事実を考慮して適用されていることは確かである<sup>14)</sup>。

しかしながら、構成要件該当事実の一部が過去の行為・事実と関係しているとしても、本件で罪に問われたCGの作成行為自体は児童ポルノ禁止法の施行後である。この点を捉えて、本判決は「被告人が本件CGを作成した時点で、児童ポルノ法が施行されており、児童ポルノの製造を禁止する法規範に直面し、規範意識が喚起されたと考えられるから、何ら刑罰不遡及の原則に反するものではない」と判示したのである。継続的事実（本件でいえば過去に撮影された女児の写真の存在）に対する法令の適用においては過去の時点を参照しても遡及にはならない場合があることを考えると<sup>15)</sup>、上記判示は正当であると思われる。

---

害は存在し続けることになる。そして、過去の自己（児童）の自己決定を将来の自己（18歳以上の自己）が事後的に代理して行うことを認める（すなわち、18歳に達した後に同意すれば児童ポルノの存在が正当化されるということ認める）と、逆に児童ポルノ禁止法が目指す形での、その成長発達過程の保護をも含む児童の保護という目的の達成を阻害することになるから、児童ポルノ禁止法の解釈においては、児童であった被写体と18歳に達した被写体は別人格と構成しておく方がよい。つまり、18歳に達した被写体の同意を認めてしまうと、児童であった当時の被写体の成長過程を事後的に法が規制しようとした状態と同じ状態にすることを認めることになり、児童の性的自己決定権をパターンナリストティックに制約したことを事後的に無意味にしてしまうのである」。

14) 参照、上田・前掲注12225-226頁。ここで上田は、「当該CG作成を児童ポルノ法によって処罰することは、児童の性的表象の適法な処分の結果である素材となった写真に対して、児童ポルノ法によるパターンナリストティックな制約が遡及的に及ぶということの意味する」と述べる。

15) 参照、拙稿「遡及立法における経過規定の解釈問題——裁判例の総合的分析」

なお、本判決とは関係ないことであるが、児童ポルノ禁止法の平成26年改正によって新設された所持罪については、この改正前に入手し、改正後も所持している場合、所持は「現在の状態」であるため改正法が当然に適用される<sup>16)</sup>。

### 3. 改正通達の遡及適用の可否——判決等を理由として通達が改正された場合について更正の請求の期間制限の特例が認められないことが国税通則法の委任の範囲を超えるものではないとされた事例（大阪地判平成28年8月26日判時2329号30頁）

本判決は、国税通則法71条1項2号の趣旨としてではあるが、事実状況の変更と法状況の変更（法令解釈の変更）を区別し、前者については更正の期間制限の特例が認められるにもかかわらず、後者についてはこれが認められない結果、改正通達の適用が制限されることを是認した点に、時際法上の意義がある。

本件では、平成18年11月8日、Xらは亡Aを相続し、平成19年9月10日にXらは相続税を申告した。ところが、平成25年2月28日、別訴の東京高裁判決（租税判例百選〔第6版〕161頁）が下され、これを受けて、平成25年5月27日、財産評価基本通達が改正された。この通達の改正時には、通例、改正通達を「平成●●年●月●日以後に相続、遺贈又は贈与により取得した財産の評価に適用することとしたから、これによらねたい。」と記されるところ、上記改正では、「相続、遺贈又は贈与により取得した財産の評価に適用することとしたから、

---

商学討究68巻2・3号（2017年）217頁以下（256-262頁）。

16) 参照、園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿＝曾我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）1頁以下（13頁）。同旨、渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制——改正の経緯と論点」刑事法ジャーナル43号（2015年）35頁以下（43頁）。坪井麻友美「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律について」法曹時報66巻11号（2014年）29以下（66頁）は、所持罪を定める7条1項には1年の適用猶予期間が置かれているため、「同条項適用開始後も引き続き自己の性的好奇心を満たす目的で所持等している場合には、同条項適用開始後の所持等の事実で処罰し得る」と説明している。

今後これによられたい」と記されていた。これは適用時期を区切っていないため、改正後に相続等により取得した財産を評価する場合のほか、それ以後に相続税等の申告をする者が改正前に相続等により取得した財産を評価する場合にも適用し得ることになる。そこで、平成25年7月25日 Xらは改正通達の適用を前提とする更正の請求をしたが、法定申告期限から5年を経過していることを理由に、拒否処分がなされた。

国税通則法23条は、平成23年12月2日法律第114号による改正前は更正の請求を法定申告期限から1年以内（現在は5年以内）に限定しつつも（1項）、この例外として、「その他当該国税の法定申告期限後に生じた前二号に類する政令で定めるやむを得ない理由があるとき」を挙げている（2項3号-当該理由が生じた日の翌日から起算して2か月の延長を認める）。そして、国税通則法施行令6条1項5号は、例外が認められる場合の一つに、「その申告、更正又は決定に係る課税標準等又は税額等の計算の基礎となつた事実に係る国税庁長官が発した通達に示されている法令の解釈その他の国税庁長官の法令の解釈が、更正又は決定に係る審査請求若しくは訴えについての裁決若しくは判決に伴つて変更され、変更後の解釈が国税庁長官により公表されたことにより、当該課税標準等又は税額等が異なることとなる取扱いを受けることとなつたことを知つたこと。」を挙げている。そのため、判決等を理由とする通達改正の場合、更正の請求の期限を過ぎていても例外的に2か月の間はなおも更正の請求をすることができる。しかし、法70条2項1号（現1項1号）は、更正自体の期間制限として5年間を定めている。71条1項はこの例外が認められる場合を幾つか定めているものの、2号の「政令で定める理由」についての規定である施行令30条・24条4項は、明確に、例外事由の中から6条1項5号に掲げる理由を除くとしている（本件除外規定）。こうしたことから、いわゆる後発的事由に基づく更正の請求のうち、施行令6条1項5号の規定による場合については、請求期限の延長は認められるものの、更正自体の期間制限（法定申告期限から5年以内）には例外が認められていないため、5年を超えると更正自体が許されなくなるのである。本件において、Xが上記のとおり更正の請求について拒否処

分を受けたのは、こうした理由に因る。そこで、Xは、施行令30条・24条4項が施行令6条1項5号を除外している点について、法71条1項2号の委任の範囲を逸脱する違法があると主張し、拒否処分取消訴訟を提起したのであった。

本判決（大阪地判平成28年8月26日判時2329号30頁）は、以下のように事実状況の変更と法状況の変更（法令解釈の変更）の区別を指摘し、Xの請求を棄却した。

「〔法71条1項2号〕は、申告納税方式による国税について法定申告期限後に課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に変動が生じたために上記の計算が異なることとなり納税すべき税額が減少する場合の減額更正について除斥期間の延長を認め、そのような場合に当たる更正の理由を政令に委任するものであるのに対し、施行令6条1項5号の理由は、国税庁長官の発した通達に示されている法令の解釈その他の国税庁長官の法令の解釈が変更されたことにより課税標準等又は税額等が異なることとなったというものであり、課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に変動は生じておらず、単に申告等の課税標準等又は税額等が正当な法令解釈を前提にした場合とは異なるものであったことが国税庁長官の法令解釈の変更を契機として明らかになったものにすぎない。そして、このような場合には、法定申告期限後に課税標準等又は税額等の計算の基礎となった事実に変動が生じた場合と異なり、納税者は、自ら正しいと考える申告をし、課税庁から増額の更正処分を受けた場合にはこれに対する取消訴訟を提起して自らの権利保護を求めることができるのであり、課税の適正を図る必要性において法71条1項2号が予定する場合とは異なるというべきである。以上のことに法71条が法70条（旧法70条）の期間制限の例外であってその範囲を緩やかに解すべきではないことを併せ考慮すると、施行令6条1項5号の理由が法71条1項2号のいう『その他これらに準ずる』理由に当たるとすることはできず、本件除外規定が同号の委任の範囲を逸脱するものということとはできない」。

このように通達改正の場合に更正の期間制限の特例的な延長を認めないこと

については、本判決が述べる理由に加えて、もし延長を認めるとすると、理論上は、無制限に遡及適用をして減額更正をすることが求められることになりかねず、そうした事態は租税法関係の安定を著しく害するし<sup>17)</sup>、事務的な負担も大きいため、この観点からも特例を認めるべきではないことになる。もっとも、国税通則法71条1項2号・施行令30条が、改正通達の時間的適用範囲につき、遡及適用を最長5年前までに制限し、逆に5年以内であれば遡及適用を認めることを明確に意図した規定であると言えるのかは疑問である<sup>18)</sup>。

これまでの裁判例をみると、第一に、通達の遡及適用は特段の事情がある場合にのみ認めるべきであり、通常は遡及させなくても違法にはならないと解されている。すなわち、名古屋地判昭和57年8月27日(行集33巻8号1725頁)<sup>19)</sup>は、

---

17) この指摘は、今本啓介「判批」ジュリスト1521号(2018年)146頁以下(149頁)が参照する、武昌昌輔監修『DHCコンメンタル 国税通則法』(第一法規)3797頁によるものである。

18) 佐藤孝一「判批」月刊税務事例49巻9号17頁以下(30頁)は、法71条1項2号の趣旨、および施行令6条1項の他の号の規定との均衡の観点から本判決を批判するとともに、改正通達の場合について更正の期間制限の特例を認めると租税法関係の安定を著しく害するのではないかという点に関して、「それは法律において手当されるべきものである」と述べる。

19) この事案においては、譲渡所得に対する課税に関して、借入金で取得した土地を譲渡した場合における譲渡所得の金額の計算上、借入金の利子を土地の取得費に含めることを国税庁は認めていなかったが、東京高判昭和54年6月26日行集30巻6号1167頁がこれを認めたため、国税庁はその取扱いを変更し、通達を改正した。しかし、当時、更正の請求期限は法定申告期限から1年以内であり、かつ、その例外的な延長が認められる後発の事由の中に、上記のような通達改正の場合は含まれていなかった。こうした状況の下で、名古屋地裁は本文のように判示し、当時の法令の正当性を追認したのである。したがって、この当時、更正の請求の期限(1年)を過ぎていた場合には、判決を受けて通達が改正されても請求期限の延長は認められていなかったため、更正をする法的義務はなかった(参照、京都地判昭和56年11月20日訴月28巻4号860頁)。当時の他の裁判例については、参照、品川芳宣『国税通則法の理論と実務』(ぎょうせい、2017年)68-69頁。

ようやく平成18年になり、通達改正の場合にも例外的な延長を認める国税通則法施行令6条1項5号が新設されたが、そのきっかけは以下の事例であった(参照、志場喜徳郎ほか共編『国税通則法精解[平成22年改訂]』(大蔵財務協会、2010年)340頁)。最判平成17年2月1日判時1893号17頁により、贈与により取得したゴルフ会員権を譲渡した場合のゴルフ会員権の名義書換に要した手数料につき、それまでの取扱いとは異なり、譲渡所得の計算上の取得費に当たるとの判断

改正通達が遡及適用を否定したことの合理性について、次のように判示している。「一般に租税法の規制の対象である経済現象は、きわめて複雑多様であり、しかも、絶えず流動するから、租税行政庁が的確に課税対象を捉え、適切に課税標準を算出し、担税力に応ずる公平課税の目的を達成するためには、法律が抽象的な規範を定立するに止まり、政令等により具体的な解釈基準を示していないような場合（所得税法38条1項にいう取得費はまさにこの適例である）には、租税行政庁として、法律の定める抽象的規範の意味内容を補充し、あるいは解釈し、併せて、下級行政庁の取扱方針を一律ならしめる目的をもって通達を発する必要性の存することは多言を要しないところであり、また一度発せられた通達についても経済状況の変動ないし租税判例の動向等をふまえて、改正する必要の生ずることも多言を要しないところである。〔中略〕通達の以上のような性質に鑑みると、通達が改正されたときはそれが全国的に下級行政庁の租税徴収事務ないし税務指導を画一的に規律する関係上、特段の事情なき限り、遡及適用を認めない方が、租税行政の円滑な推進に資するものと考えられる。したがって、改正通達が遡及適用を認めないことをもって違法視するわけにはいかない。

しかし第二に、通達を遡及適用することは可能であるとする次の裁判例（福岡地判平成17年3月31日税資255号105頁）がある（ただし、何らの制限もなく適法としている点については検討の余地がある）。「租税法規の遡及適用が原則として許されないとしても、通達は、行政内部の機関や職員に対する関係で拘束力を持つ行政規則にすぎず、法規としての性質を有するものではないから、通達を遡及適用することが租税法規の遡及適用となるものではない。したがって、新

---

が示された。これを受けて、国税庁は、贈与・相続の際に要した不動産登記費用等について、同月中に従前の取扱いを変更する方針を示し、また平成17年6月24日付けで所得税基本通達を改正し、これを「平成17年1月1日以後に取得する資産について適用する」とこととした。平成16年12月31日以前に取得した資産については、現在の施行令6条1項5号の規定がなかったため更正の請求期限の延長は認められていなかったが、運用上、減額更正の除斥期間である法定申告期限から5年を経過していない場合には、更正の請求の期限内であればこれにより、期限を過ぎていても嘆願を受けた後に職権更正を行うことにより、返還するという対応がとられた。

通達がその発遣された日より前に遡って適用することとされていることによって、これに従ってされた処分が租税法規の遡及適用となるものではなく、結局、新通達に従ってされた本件各処分の適法性を判断するに当たって、新通達の内容の合理性が問題となるにすぎないというべきである<sup>20)</sup>。

もっとも、これとは別に、平成17年12月26日に改正された新通達に基づき、それ以前の年度分の所得税に関して更正処分と過少申告加算税の賦課処分がなされたという事案において、最高裁（最判27年6月12日民集69巻4号1121頁）は、新通達の遡及適用という争点設定をしなかった。新通達に基づき増額更正をし得ることについて判断をしておらず、当然のこととして認められたようである。むしろ、この事例では、第一審から上告審まで、過小申告加算税の賦課処分をめぐって、納税者の信頼保護の観点から、過小申告が納税者の主観的な事情に基づく単なる法律解釈の誤りにすぎないものであったのか、それとも、真に納税者の責めに帰することのできない客観的な事情によるものであったのかが争われた。結論として、最高裁は、例外的に過少申告加算税が課されない場合として国税通則法65条4項が定める「正当な理由」があることを認めたのであるが、その判断の中では、新通達は法令の適切な解釈を示すものであるとされた一方で、旧通達と新通達とで「両者は取扱いの原則を異にするものということができ、また、……両者は本件を含む具体的な適用場面における帰結も異なるものということができる」という判示もなされた。後者の判示部分は、実質的には、青色申告に関連して租税法関係における信頼保護に関して判断を示し

---

20) 控訴審の福岡高判平成18年5月31日税資256号153頁は第1審の判断を支持して控訴棄却としたが、「通達は法規ではないから遡及適用が許されないものではないし、しかも、新通達を適用することが、……旧通達を適用した場合と比較し、控訴人らに不利益になるものでもなく……」と述べており、不利益となる場合について曖昧さを残している。

なお、事案は、相続財産の価額の評価（取得時の時価の算定方法）に関して、これを変更する新通達が平成11年7月19日に発布され、これが同年1月1日以降の相続によって取得した財産の評価について適用するとされたところ、同年6月1日に被相続人の死亡により不動産を相続した者が通達の効力を争ったというものである。この事案では、新通達のうち、土地の評価単位と不整形地の評価に関する部分の遡及適用が争われた。

た最判昭和62年10月30日判時1262号91頁を踏まえて、その要件の一つである公的見解の表示があり、納税者は当時の課税庁の公的見解に依拠して申告をしていたと言えるか（そして、平成17年通達改正がそれを変更したと言えるか）に関するものであり、そして、この点を判断したにとどまる。控訴審では、更正処分それ自体について、旧通達に基づく課税実務に対する信頼を裏切り新通達を遡って適用したのものとして、信義則違反が主張されていたが、この点に関して上記の昭和62年最高裁判決を踏まえた判断がなされており、遡及適用が問題とされることはなかった。そして、上述のとおり、上告審では新通達に基づき更正処分をなし得るか否かは争点とされず、これが当然に認められたのである。

このように、通達の遡及適用は許されており、あるいは、通達を改正することで法令解釈を変更したにとどまる場合は遡及適用とは観念されないか、もしくはそうした遡及適用は当然のことと解されるようである。ただ、何れにしても、それらは法律に反しない限りでのことであり、例えば、法定されている更正の期間以上に過去に遡って更正をすることは許されない。

複数のあり得る解釈の中から一定の解釈を採用して法執行に当たるという場合には、一般的に言えば、新たな法解釈（新通達）を遡及させて過去の処分等を変更することは必要ないであろう<sup>21)</sup>。これに対して、判決等を受けた通達改正（施行令6条1項5号）の場合については、遡及適用をすべき実質的理由があるのは確かであり、実際にも行政実務ではそうすることがある（前注19)の平成17年最高裁判決後の対応を参照）。そこで、立法論としては、更正の期間制限の特例を認めた上で、改正通達がその時間的適用範囲を自ら調整できるとすることが考えられるのではないだろうか。国税通則法71条1項2号は更正の期間

21) 参照、中里実「判批」自治研究60巻9号（1984年）132頁以下（135頁）。なお、行政判例で有名な、マイクロソフト日本法人ストックオプション事件に係る最判平成18年10月24日民集60巻8号3128頁は、課税庁が従来への取扱いを変更するには法令改正によるか、少なくとも通達を改正するとともに納税者にこれを周知させる必要があるとする。これは、法律の解釈適用にあたり民法1条の信義則や権利濫用禁止に相当する規範を溶け込ませている例と位置づけられる（参照、中川丈久「行政法における『信義則』と『権利濫用禁止』の概念」法律時報90巻8号（2018年）22頁以下（25頁））。

制限の特例を認めているため、施行令30条を改正すれば通達改正の場合にも特例が認められることになり、そうすることで、通達自身にその適用範囲の画定を委ねることは可能である。

とはいえ、時間的適用範囲の画定（特に遡及適用の有無・範囲）を行政機関の判断に委ねて良いかは別途問題となり得る。通達改正が納税者にとって不利益な場合だけでなく、利益的な場合であっても、遡及させる期間はどこかで区切らざるを得ず、通達改正前の納税者の取扱いについての公平性（「横」の公平性）や、旧通達に基づく取扱いを受ける納税者と新通達に基づく取扱いを受ける納税者との不公平性（「縦」の公平性が害されること）という問題が生じる<sup>22)</sup>。また、旧通達が違法であるために改正された場合であれば、新通達の遡及適用が必要になるとの指摘があり<sup>23)</sup>、そうだとすると、行政機関の裁量により遡及させないという判断をすることは許されなくなる。これらの複雑な考慮を、その都度、行政機関に行わせることは相当の負担になるであろうし、適切な考慮がなされず硬直的な運用となるおそれもある。このように考えると、法令解釈通達の改正（法状況の変更）の場合におけるその遡及適用の範囲に、法律上の一律の制限を設けることにも合理性が認められる。したがって、時際法の観点からも、現行法である更正の期間制限と、その特例が認められる場合に判決等を受けた通達改正を含めないことは、5年という長さの当否は別としても、合理性を有するものと言うことができる。もし5年を超えて改正通達に基づく更正を認めるべきであるならば、上述のとおり、通達改正の場合にも特例を認めた上で、改正通達がその時間的適用範囲を自ら調整できるようにしつつ、さらに、改正通達に基づく更正が認められる時間的範囲をあらかじめ制限する

---

22) 中里・前掲注②136頁。もっとも、中里実「判批（最判平成23年9月22日）」ジュリスト1444号（2012年）132頁以下（135頁）は、「時間軸を超えた水平的公平という観念は、基本的には認めるべきではなかろう。現代の人間を過去の人間と比較して公平性を語っても意味が無いからである。しかしながら、時間が接近している場合には、時間的にどの範囲で線引きをするかが大きな問題となりうる」と述べる。

23) 同上135頁。

法律規定を加えることが考えられるであろう（例えば、国税通則法71条1項に新たな号を付け加え、「通達の改正日が法定申告期限から●年以内の日である者に係る更正については、当該通達改正のなされた日から6月間は特例を認める」等とする）。

なお、本件の控訴審判決（大阪高判平成29年3月17日税資267号12997順号，最決平成29年9月7日により上告不受理）は，控訴を棄却したが，その中では，判決等を理由とする通達改正の場合に更生の期間制限の特例を認めないことの実質的理由が，以下のように述べられている。

第一に、「通達の改正の契機となった判決等の事案と同様の事案について過去にされた申告や課税処分は，事案によっては相当多数に上ることも予想され，租税法関係の早期安定の要請や減額更正の基礎となる事実に関する資料が期間の経過に伴って失われる可能性も考慮すると，判決等を契機とする通達の改正による過去の課税処分等の是正は，減額更正の期間（5年）内において行えば納税者の救済としては十分と考えられ，減額更正の期間制限の特例を設けて救済の範囲をさらに拡大するまでの必要があるとは認めがたい」。

第二に，減額更正の期間制限の特例が認められている施行令6条1項1号から4号所定の理由（いずれも課税標準の計算の基礎となった事実に変動が生じた場合）と，通達改正の場合との相違について，前者の場合には，「後発的な事由が発生して初めて更正の請求が可能になることから，更正の請求の期間制限の特例とすることが相当であり，また，当該後発的な事由が法定申告期限から相当期間経過後に発生し得ることを考慮すると，納税者の救済を図るため，減額更正の期間制限の特例とすることに合理性があると認められる。また，上記各理由は，いずれも，特定の納税者の特定の国税の納付義務について後発的な事由が生じたことを内容とするものであり，特例規定を適用することにより救済すべき事案は当該事案に限られるから，減額更正の期間制限の特例としても租税法関係の早期安定の要請に反するとはいえない。

一方，施行令6条1項5号の理由についてみると，通達によって示された国税庁長官の法令解釈がこれを違法とする判決等を契機として変更されたことは，通達に従った申告や課税処分によって国税の納付義務が確定した後に通達の変更が行われ

たという点で後発的な事由ではあるものの、……これによって課税標準の計算の基礎となった事実に変動が生じたため減額更正が必要になったということとはできない。また、通達の変更によって減額更正が必要となる同種事案の数は、減額更正の期間内に限っても相当多数に上る場合もあり得るところ、減額更正の期間制限の特例を設けてさらに対象を広げることは、租税法律関係の早期安定の要請に反するものというべきである」。

#### 4. 法律改正と判例変更——新法下においても旧法下で下された判例が維持された事例（名古屋地判平成28年9月26日判時2332号44頁）

本件では、最判平成13年4月20日民集55巻3号682頁（以下、「平成13年最高裁判決」という）が、平成20年に制定された「保険法」（平成20年6月6日法律第56号、平成22年4月1日施行）の下でも維持されるのかが争われた。そして、後述のとおり、本判決は、保険法の施行後においても、平成13年最高裁判決をなおも維持する判断を下したのである。

平成13年最高裁判決は、急激かつ偶然な外来の事故によって傷害を被ったことを保険給付事由とする傷害保険契約について、次のように判示し、その偶然性の立証責任を保険金請求者に負わせた。すなわち、「本件約款に基づき、保険者に対して災害割増特約〔注、傷害保険契約に分類される〕における災害死亡保険金の支払を請求する者は、発生した事故が偶発的な事故であることについて主張、立証すべき責任を負うものと解するのが相当である。けだし、本件約款中の災害割増特約に基づく災害死亡保険金の支払事由は、不慮の事故とされているのであるから、発生した事故が偶発的な事故であることが保険金請求権の成立要件であるというべきであるのみならず、そのように解さなければ、保険金の不正請求が容易となるおそれが増大する結果、保険制度の健全性を阻害し、ひいては誠実な保険加入者の利益を損なうおそれがあるからである。本件約款のうち、被保険者の故意により災害死亡保険金の支払事由に該当したときは災害死亡保険金を支払わない旨の定めは、災害死亡保険金が支払われない

場合を確認的注意的に規定したものとどまり、被保険者の故意により災害死亡保険金の支払事由に該当したことの主張立証責任を保険者に負わせたものではないと解すべきである」。

この最高裁判決は旧商法下におけるものであり、旧商法には傷害保険に関する規定が置かれておらず、約款に基づいて保険契約が結ばれていた。ところが、平成20年制定の保険法は、「傷害疾病定額保険契約」に関して次のような規定を置いた。第一に、この契約は「保険者が人の傷害疾病に基づき一定の保険給付を行うことを約するもの」と定義される（2条9号）。第二に、この保険契約の免責事由について、被保険者等が「故意又は重大な過失により給付事由を発生させたとき」には、「保険者は、……保険給付を行う責任を負わない」（80条）。

本件において原告は、こうした保険法80条の下では傷害保険における偶然性の要件の立証責任に関して平成13年最高裁判決の射程は及ばず、むしろ、立証責任に関する法律要件分類説に従い、事故が偶然ではなく故意によることは保険者の免責事由とされているため、これは保険者に立証責任があると解すべきであると主張したのである。

しかしながら、本判決（名古屋地判平成28年9月26日判時2332号44頁）<sup>24</sup>は、以下のとおり、保険法の施行後においても、平成13年最高裁判決をなおも維持する判断を下した。

「保険法では、損害保険契約については、『一定の偶然の事故によって生ずることのある損害』を填補することを約するものと定めているが、傷害疾病定額保険については上記のとおり『人の傷害疾病に基づき』一定の給付を行うものと定義するのみであるから、『人の傷害疾病』の意味内容は、当該傷害疾病定額保険契約の定めるところにより決定されることになる。したがって、『傷害』について、『急激かつ偶

---

24) 同旨、旭川地判平成26年1月20日自保ジャーナル1921号163頁、東京地判平成28年5月12日〔D1-Law判例ID：29018696〕、福岡高判平成29年6月28日金融・商事判例1540号51頁。

然な外来の事故による傷害』として、単なる傷害ではなく、限定を付して定義づける本件保険約款の定めは、保険法に反するものではない。〔中略〕そして、本件保険約款において、『傷害』について、急激かつ偶然な外来の事故によって被ったものであることを保険金給付事由、すなわち、保険金請求権の成立要件として定めている以上、保険金請求者の側で、発生した事故が急激かつ偶然な外来の事故であることの主張立証責任を負うものと解するのが相当である。不正請求をできるだけ防止し、保険制度の健全性を維持するためにかような約款の定めをおくことにも相当の合理性があるともいえる。この場合、保険法80条1号は確定的な規定と解さざるを得ないが、同条同号は任意規定とされているから、直ちにこれに反するわけではない。

確かに、保険法は「傷害」の定義規定を置いておらず、その施行後においても傷害保険の保険給付の対象が何であるかは約款の定め委ねられている。もっとも、立案段階の説明<sup>25)</sup>によると、保険法は「『傷害』を故意によらないものに限定しないこととした上で、……被保険者の故意を免責事由として掲げている。これにより、保険法の規律としては、保険者が被保険者の故意による事故であることの証明責任を負うことになると考えられる」とされており、立証責任の転換が意図されていた。ただし、これに続けて、平成13年最高裁判決に言及しつつ、「〔故意免責の規定を〕任意規定とする場合には、これに反する約定が直ちに無効となるわけではないため、証明責任の所在については、個々の契約の約款の解釈にゆだねられることになる」とも述べていた<sup>26)</sup>。そして、保険法82条は、同80条を強行規定とはしなかった。

こうしたことから、学説によると、約款において急激かつ偶然な外来の事故

---

25) 法務省民事局参事官室「保険法の見直しに関する中間試案の補足説明」(平成19年8月)102頁。保険法の立案・審議過程における議論の流れについては、参照、神谷高保「保険事故の偶発性の立証責任(二・完)」民商法雑誌140巻2号(2009年)162頁以下(176-183頁)。

26) 立案担当者の解説においても、立証責任の問題は、「保険法の規定を踏まえつつ、約款の規定の解釈の中で判断されることになると考えられます」とされている(萩本修編著『一問一答 保険法』(商事法務, 2009年)194頁)。

が給付事由とされている場合には、保険法の施行後も、偶然性の立証責任についてはなおも約款規定の解釈問題になると解されるようである<sup>27)</sup>。

これに対して、一部の学説では、保険法の施行後においては傷害保険契約における偶然性の立証責任に関して平成13年最高裁判決の射程は及ばない、あるいは最高裁判決は変更されるべきという主張がなされていた。その主な論拠は、①平成13年最高裁判決が保険金請求者に立証責任を負わせていた中で、保険法は保険者の故意免責規定（80条）をあえて法定したこと、②こうした規定よりは損害保険契約・生命保険契約と同様であるところ、最高裁は、損害保険契約において偶然性の立証責任を負うのは保険者であると判断してきたことである<sup>28)</sup>。

保険法の立案過程では平成13年最高裁判決の変更が議論対象となっており、80条の規定が置かれるに至り、学説でも上記のように判例変更が主張されていたが、本判決を含む複数の下級審判決においては、結局は従来判例（傷害保険契約では保険金請求者に立証責任がある）が維持されている（なお、最高裁自身による判断は現時点では示されていない）。立法（新法の制定や改正）と判例の関係について、新法自身が附則等で定めることはなく、そもそも具体的な場面での法適用に際して新法をどのように解釈するかは裁判所に委ねられる。本判決は「保険法80条1号は確認的な規定と解さざるを得ない」と述べており、同条

---

27) 参照、山下典孝「判批」金融・商事判例1536号（2018年）104頁以下、北田康治「判批」法律のひろば71巻11号（2018年）56頁以下、中出哲「判批」損害保険研究80巻2号（2018年）219頁以下。ただし、土岐孝宏「判批」法セミ754号（2017年）107頁は、「法律規定と文言において同じ規定が置かれているにもかかわらず、それとは全く違うもの、とする解釈は、いかがなものであろうか」と述べて、本判決を批判する。なお、この問題に関しては、参照、山下友信＝米山高生編『保険法解説』（有斐閣、2010年）441-449頁、東京地方裁判所プラクティス委員会第一小委員会「保険金請求訴訟をめぐる諸問題（上）」判タ1397号（2014年）5頁以下。

28) 参照、土岐孝宏「傷害保険契約における偶然性の立証責任分配に関する将来展望」損害保険研究69巻4号（2008年）21頁以下（35-37頁）、神谷・前掲注(25)185頁、山下友信「保険法と判例法理への影響」自由と正義60巻1号（2009年）25頁以下。なお参照、林昭一「保険金請求訴訟における『人為性』または『非人為性』の証明構造に関する一考察（下）」判タ1313号（2010年）16頁以下（24-45頁）。

は任意規定であるため平成13年最高裁判決と抵触するものではないことを踏まえて、従来の判例を維持したのである。ただし、例えば行政事件訴訟法の平成16年改正のように、原告適格に関する9条2項（解釈規定）の新設によって新法がメッセージを発し、判例が変更されることもある。保険法の場合について言えば、80条が法定されたことの趣旨が保険法の施行後における同条の解釈に何らかの影響を与えるとしても、それもまた許容され得るところであろう。

### 5. 係争中の事案に対する新法（未施行）の影響——新法の公布後・施行前に下された判決において新法の趣旨が考慮されなかった事例（東京高判平成29年1月31日判時2335号28頁）

この事例は、時際法に関する何らかの判断が示されたものではないが、裁判所が公布後・施行前の法律を参照しその趣旨を係争事案に類推適用等を行うことはあり得ないのか、という問題を考える上で参考になるものである。もっとも、こうした問題設定自体がかなり特異ではある。

本件において、Xは、保育園・老人養護施設等を運営する社会福祉法人Yの理事に、平成26年3月の評議員会兼理事会において選任された。しかし、同年5月の同会において、この人事が撤回された。そこで、Xは、自身がYの理事の権利義務を有することの確認等を請求した。ところで、Xは、Yの代表理事であるAの夫Bと兄妹であり、YはX・Bの両親が設立したものである。本件は、X・Bの母親が平成25年9月に死亡したところ、同人はYに対して多額の財産を提供してきたためX・Bらの子の中で相続をめぐる紛争が生じたことに起因する。Bは平成26年9月に死亡したが、その後もAがYの理事長を続け、平成28年3月の評議員会兼理事会において理事長に再任されている。

本判決（東京高判平成29年1月31日判時2335号28頁）は、「Xは、平成26年4月1日Yの理事兼常務理事に就任したと認められるが、平成28年3月31日の経過により任期満了で理事兼常務理事を退任した」として、Xの請求を棄却した。つまり、社会福祉法（平成28年3月31日法律第21号による改正前の36条2項、改正

後の45条)は、役員(理事及び監事)の任期を2年以内としているため、本件訴訟の係属中に、Xは任期2年が過ぎてしまったということである。

もっとも、任期が満了したことは確かであるとしても、Xは、自身がなおも理事としての権利義務を有していると主張した。すなわち、Yにおいては現在に至るまで適宜な評議員会が開催されず後任の理事が選任されていないため、Yの定款で定めた理事の員数が欠けているから、Xは任期満了により理事を退任した後も、会社法346条1項又は一般法人法75条1項の規定の類推適用により、新たな理事が選任されるまで、理事兼常務理事としての権利義務を有するはずである。

これに対して、本判決は、次のように判示し、Xの上記主張を斥けた。時際法的に若干注目に値するのは、最後の判示部分である。

「Xが任期満了により理事を退任した当時の社会福祉法は、民法上の公益法人よりも公益性の高い特別法人である社会福祉法人において、定数の3分の1を超える理事が欠けたときは遅滞なくこれを補充しなければならず(37条)、理事が欠けた場合において、事務が遅滞することにより損害が生ずるおそれがあるときは、所轄庁が利害関係人の請求により又は職権で仮理事を選任しなければならない(39条の3)と規定するのみで、役員員数が欠けた場合には新たな役員が就任するまでの間退任した役員がなお役員としての権利義務を有する旨の規定(一般社団・財団法人法75条1項、会社法346条1項参照)は置いていない。また、社会福祉法は、一般社団・財団法人法78条等の規定を準用しているが(社会福祉法29条、35条)、一般社団・財団法人法75条1項の規定は準用していない。したがって、社会福祉法は、役員員数が欠けた場合であっても残りの役員によって社会福祉法人が管理されることを予定していると解される(社会福祉法37条、39条の3の適用があることは上記のとおりである。)。このような当時の社会福祉法の諸規定に鑑み、平成28年3月31日の経過により任期満了で理事を退任したXについて会社法346条1項又は一般社団・財団法人法75条1項の規定が類推適用されると解することはできない。

なお、社会福祉法等の一部を改正する法律(平成28年法律第21号〔注、平成29年

4月1日から施行))により社会福祉法人の役員について一般社団・財団法人法75条1項と同趣旨の規定が45条の6第1項<sup>29)</sup>として新設されたが、これはまだ施行されていない」。

もともと会社法346条には、役員数が欠けた場合に退任した役員が一時的に役員の特権義務を有するとの規定がある。平成18年に制定された一般法人法(平成18年6月2日法律第48号、平成20年12月1日から施行)には、これと同様の規定が置かれた(75条1項)。社会福祉法が社会福祉法人についても同様の規定を置いたのは、上記判示にあるように、平成28年改正においてである。これ以前には、一般法人法の公布後だが施行前という時期に、最高裁判決(最判平成18年7月10日判時1948号69頁)<sup>30)</sup>が社会福祉法人の理事の一時的な任期伸長の可否について判断を示しており、一般法人法ではなく民法を参照しつつ、次のような基準で例外的な任期伸長を認めていた。すなわち、「社会福祉法は、……原則として、仮理事を選任し、在任する理事と仮理事とにおいて後任理事を選任することを予定しているものと解される。しかし、社会福祉法人と理事との関係は、基本的には、民法の委任に関する規定に従うものと解されるから、仮理事の選任を待つことができないような急迫の事情があり、かつ、退任した理事と当該社会福祉法人との間の信頼関係が維持されていて、退任した理事に後任理事の選任をゆだねても選任の適正が損なわれるおそれがない場合には、受任者は委任の終了後に急迫の事情があるときは必要な処分をしなければならない旨定めた民法654条の趣旨に照らし、退任した理事は、後任理事の選任をすることができるものと解するのが相当である」。

29) 「役員等に欠員を生じた場合の措置」について、45条の6第1項は次のように定める。「この法律又は定款で定めた役員の数に欠けた場合には、任期の満了又は辞任により退任した役員は、新たに選任された役員(次項の一時役員職務を行うべき者を含む。)が就任するまで、なお役員としての権利義務を有する。」。

30) 事案は、社会福祉法人の理事が後任理事を未選任のまま任期満了によって退任し、定款所定の理事の員数を欠くに至り、在任理事だけでは後任理事を選任するために必要な員数を満たさず後任理事を選任することができない場合において、退任理事が後任理事の選任をすることができるか否かが争われた。

本件においては、社会福祉法の平成28年改正法の施行前に、理事の任期伸長の可否が争われた。そして、上記の最高裁判決では民法に従って解決が図られており、会社法の類推適用は問題となっていなかったのに対して、本件では、すでに施行されていた一般法人法の類推適用が主張された点に特徴がある。この点、実は上記の最高裁判決が下された当時、学説の中に、一般法人法の施行後であれば同法75条1項を社会福祉法人に類推適用できると解する余地があると述べるものがあった。すなわち、後藤元伸<sup>31)</sup>は、一般法人法はその適用対象を限定してはいるが（非営利法人の一般法とは位置づけられていないが）、「同法が非営利法人の基本的法律であるがゆえに、同法の非営利法人（特に、社会福祉法人等の、規定の簡素な各種法律に基づく公益法人）への類推が可能であると考える」、なぜなら、「同法は非営利目的の団体・組織に対する受け皿の機能を有し、また、同法の諸規定は、各種の公益法人に関する法律に比して、詳細かつ充実した内容を有している」からである、と述べていた。

もっとも、社会福祉法の改正内容を考慮すると、少なくとも本件のような場合に類推適用は認めるべきではないとして、本判決を評価する見解がある。これは、時際法の観点からは、社会福祉法の改正法の一部を施行前に参照することの困難性を説くものとしても理解することができる。福田清明<sup>32)</sup>は、次のように述べている。

平成28年3月31日法律第21号による社会福祉法の改正では、「経営組織のガバナンスの強化が改正の一つの柱であり、平成18年の公益法人制度改革を参考にしながら、法律上必ず置かれるべき機関となった評議員会の理事及び理事会に対する牽制機能の強化……と財務会計の関わるチェック体制の整備……が図られた。一般法人法の諸規定の準用及び同法の諸規定と同様の規定の改正社会福祉法における新設が数多く行われ、その一つとして一般法人法75条1項と同様の規定が、社会福祉法45条の6第1項に新設されたのである。評議員会によ

---

31) 後藤元伸「判批」私法判例リマークス36号（2008年）6頁以下（9頁）。

32) 福田清明「判批」判例評論710号（判時2359号，2018年）18頁（24頁）。

る理事及び理事会の牽制機能を働かせることで、理事の任期を二年以内に厳格に守らせて理事の専制を防止することが不要となった。このような社会福祉法人の経営組織のガバナンスの強化とセットで社会福祉法に一般法人法75条1項と同様の規定が新設された。一般法人法75条1項の規定だけを、ガバナンス強化策と切り離して、平成29年4月1日の改正法施行前に、類推適用という方法で社会福祉法に取り込むべきではないのである。

では、新法・改正法の公布後に本件のような事件が係属した場合であれば、類推適用等により新法の趣旨を参照しても良いと言えるであろうか。「法律は、公布の日から起算して20日を経過した日から施行する」（法の適用に関する通則法2条）のが一応の原則であり、施行期日を延ばすことは周知や関係者及び行政機関の準備などのために政策的に決められる。施行期日はある程度包括的に定められる一方で、経過規定においては、個別事情を勘案して本則の特例を経過措置として認めることが多々ある。だが、施行後であれば新法に従って解決できるはずの紛争事例が公布後に生じ得ることを予め想定しておくこと（その上で新法の施行日を条項ごとに細かく分けて調整したり、経過措置を設けること）は、考え難い。そうすると、公布後の個別事情を勘案して新法の特定の条項の適用を早めることは、理論上、一概に否定すべきではない。ただし、これを認めるためには、新法の各条項の相互関連性を立法全体の趣旨目的の観点から考慮する必要があるように思われる。

## 6. 契約の遡及効？——NHK受信契約の成立時期と受信料債権の範囲（最大判平成29年12月6日民集71巻10号1817頁）

NHK受信契約をめぐる一連の訴訟のうち、初めての最高裁判決として有名な本判決では受信料の支払義務の発生時期についての判断が示されているが、これに関しては、放送法64条が契約を遡及的に成立させることを認めるものと解すべきなのか、という論点がある。具体的には、受信契約を締結していなかった者について、受信契約の承諾の意思表示を命ずる判決の確定によって受信契

約が成立した場合、支払義務が生じる受信料は、当該契約の成立時以降の分であるのか、それとも、受信設備の設置の月から受信契約成立時までの分も含まれるのかが争われた。そして、前者の立場は、その論拠として、受信契約の成立時期を受信設備設置時に遡らせることはできないと主張していたのである<sup>33)</sup>。

この点について、本判決（最大判平成29年12月6日民集71巻10号1817頁）は、次のように判示した。

「放送受信規約には、前記のとおり、受信契約を締結した者は受信設備の設置の月から定められた受信料を支払わなければならない旨の条項……がある。前記のとおり、受信料は、受信設備設置者から広く公平に徴収されるべきものであるところ、同じ時期に受信設備を設置しながら、放送法64条1項に従い設置後速やかに受信契約を締結した者と、その締結を遅延した者との間で、支払うべき受信料の範囲に差異が生ずるのは公平とはいえないから、受信契約の成立によって受信設備の設置の月からの受信料債権が生ずるものとする上記条項は、受信設備設置者間の公平を図る上で必要かつ合理的であり、放送法の目的に沿うものといえる。

したがって、上記条項を含む受信契約の申込みに対する承諾の意思表示を命ずる判決の確定により同契約が成立した場合、同契約に基づき、受信設備の設置の月以降の分の受信料債権が発生するというべきである」。

この最高裁判決に対する補足意見として、岡部喜代子は、次のように述べて、受信設備の設置の時から受信料を支払う義務を負うという内容の契約が判決確定時に成立すると解すべきとする。すなわち、「放送受信規約第4条1項は、受信契約は受信設備設置の日に成立するものとする旨を規定しているところ、その趣旨は、受信設備の設置の時から受信料を支払う義務を負うという内容の契約が、意思表示の合致の日に成立する旨を述べていると解すべきである。

---

33) 参照、判例時報2365号7頁の匿名解説。

また、放送法64条1項が、受信契約承諾請求権の発生要件として『受信設備を設置した者』と規定しているが、『受信している者』と規定していないことからすれば、受信設備を設置して受信することができる地位にあることによって受信料を支払う義務を負うことになるものといえる」。小池裕と菅野博之の補足意見も、これに同調しつつ、本判決は「受信設備の設置という過去の時点における承諾を命じたり、承諾の効力発生時期を遡及させたりするものではない」と述べている。

これに対して、木内道祥の反対意見は、明確に、契約の成立時期を遡及させることはできないと反論している。すなわち、「意思表示を命ずる判決によって意思表示が効力を生ずるのは、民事執行法174条1項により、その判決の確定時と定められている。承諾を命ずる判決は過去の時点における承諾を命ずることはできないのであり、承諾が効力を生じ契約が成立するのは判決の確定時である。したがって、放送受信規約第4条第1項にいう受信設備設置の時点での受信契約の成立はありえない」。「契約の成立時を遡及させることができない以上、判決が契約前の時期の受信料の支払義務を生じさせるとすれば、それは、承諾の意思表示を命ずるのではなく義務負担を命ずることになる。これは、放送法が契約締結の義務を定めたものではあるが受信料支払義務を定めたものではないことに矛盾するものである」。

\* 本研究はJSPS科研費JP17K13604の助成を受けたものである。