



Title	討論. 消費者法における公私の協働 (1) : 実定法学のクロスロード
Citation	北大法学論集, 57(5), 220-239
Issue Date	2007-01-31
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/20526">http://hdl.handle.net/2115/20526</a>
Type	bulletin (article)
Note	シンポジウム「消費者法における公私の協働」(札幌, 2006年2月5日, 「市場環境・生活環境の秩序形成における公私の協働 《公共圏》の実定法学的構造」プロジェクト主催, 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター共催)
File Information	57(5)_220-239.pdf



[Instructions for use](#)

## 〈討論〉(午前の部)

司会(曾野裕夫・北海道大学教授) ありがとうございます。それでは、ただいまの吉田先生のコメントに対して、潮見先生と佐伯先生から一言ずついただければと思います。

潮見 吉田先生、どうもありがとうございます。コメントをうかがっていて、あらためて気づかせられる点が多々ございました。

コメントをいただいた点のうち、貸金業規制法四三条については、私の方から特に付け加えることはありません。

コメントの第一点ですが、業法のところでは市場における行為者に対して国家があるルールを策定して業者をそれに従わせ、その行動の自由を規制するところがあるというのは、その通りだと思います。先生は、コメントの中で、業者側に対して行為規制をかけてその権利や自由を制限すると、その逆に、相手方の自由の領域あるいは権利の領分がプラスになるということをおっしゃられましたけれども、私には、業者側に対して行為規制をかけると両方の権利・自由とも下がるといった場合も

あるように思われます。たとえば、証券取引の領域で適合性原則とか不招請介入が問題となる場面を考えると、Ⅲ型ではなくて、Ⅰ型のような場合もあり得るのではないのでしょうか。事業者の行為を規制することにより、いわゆる相手方である市民・消費者の権利や自由も制約を受け、結果的にその取引が否定されるという場面を、モデルとして想定したところですか。

それから、Ⅱ型というのは、事業者に対して業法が一定の利益を与えているのだという事業者保護タイプのもので、よく業者側の意見にあらわれてくるものでして、消費者契約法をつくるときにも、これに似た話が出ておりました。これに対しては、いろいろな評価ができると思いますが、本日報告した問題については、最高裁の判例も固まり、万事休すかというような感じがいたします。

それから、第三点目ですが、これについては意見が分かれるところではないかと思えます。今日の報告の対象からは外したのですが、かつて、割賦販売法がまだ改正されていなかった時

代の抗弁の接続条項について、それをいわゆる立替払契約に限定するのか、つまり、権利創設的なのか、それともそれ以外の消費者取引、ローン提携販売などにも妥当させるべきではないのかという議論がありました。また、これも報告の対象からは外したのですが、私がジュリスト一三〇二号八八頁以下に書いた「特定継続的役務提供契約の中途解約と提供済み役務の対価確定法理」の論稿でとりあげたNOVAの約款中の返金条項、途中で解約した場合にポイントの評価が替わって、お金がちよっとしか返ってこないという返金条項の問題についても、特商法の規定を厳格に解すべきだという立場と、そうではなくて、その規定の中には市民の権利保護についての一般原理・一般思想が入っているんだから、それを拡張すべきであって、特別法の適用あるいは類推に躊躇すべきではないという立場があります。このように、Ⅲ型については、評価者の依拠する立場により、意見は分かれてくると思います。Ⅲ型の規定が問題となる場面で、特別私法が妥当することを極力認めるべきだということになるのは、そこではもうすでに一つの先行的な態度決定をしているわけですね。一般市民の権利を強化するものについては、それは緩やかに解すべきである、そして事業者は受忍すべきであるという態度決定です。しかし、この先行的な判

断の背後にあるものはいったい何かを明らかにする必要があるのでないでしょうか。最後は、再コメントにもならないようなことを申し上げ、失礼しました。

**司会** では、佐伯先生、お願いいたします。

**佐伯** どうもありがとうございます。いずれも非常に重要で、かつ大きな問題でうまくお答えできるか自信がないんですけども、まず刑法の謙抑性と言うけれども、いったいどういう場合に刑罰の発動が正当化されるのか、刑罰規定を置くのが正当化されるのかという質問については、一つの考え方としては、刑法における詐欺罪のような明確な損害が想定される、個人に対して損害が生じている場合に刑罰は限られるべきであるという考えがございます。このような考えは、ドイツでは刑罰を参考にして主張されることが多いのですが、ドイツでは刑罰の他に行政罰としてゲルトブツセ (Geldbuße) という制度があります。例えば道路交通法の違反に対しては、日本では基本的に刑罰が科されているわけですが、ドイツでは生命身体に対して重大な危険がある場合は刑罰が科されていますが、それ以外は行政罰の対象になっています。両者はどこが違うのかというと、違いは名前だけであってレットテル詐欺ではないのかということ、私な指摘もなされていますが、一応二本立てになっています。私

も先ほど申し上げましたように、日本は行政制裁制度が充実していないので、今後は行政制裁制度を充実させていくべきだと思います。そういふ制度になれば刑罰が引つ込んで、個々の消費者に被害が生じるような場合に刑罰の使用を限って、それ以外の場合については行政制裁を用いるというような制度も十分考えられるでしょうし、理想的かもしれないと思います。

しかし、現在の状況の下で刑罰の使用を限定いたしますと、制裁が用意されていない分野があまりにも多くなり過ぎますので、ちょっと現実性がないという気がいたします。したがって、現状を前提とすれば、抽象的な、例えば市場の公平性ということを保つためにも刑罰を用いざるを得ないと思います。そういう意味では、刑法の謙抑性といっても、現状では、ある程度刑法が積極的な役割を果たさざるを得ないのではないかと思います。

次に、業法の保護法益についてですが、例えば、特定商取引法の目的は消費者保護にあって、刑罰規定の保護法益も消費者の利益ということになります。個別の消費者を保護しているかという点、もう少し広い、より抽象化された消費者を保護していると考えられます。この点は刑法の解釈論で言えば、罪数論のところの問題になりまして、詐欺罪と特定商取引法の

罪、例えば、重要事項虚偽告知罪が成立する場合、罪数はどうなるのか。もしまったく同じ法益ですと重い詐欺罪に吸収されるということになるわけですが、実務的には吸収されない、両罪成立して併合罪になると解されています。それは法益が少し違うというふうに考えられているということです。他の業法における消費者保護を目的とした刑罰規定についてもだいたい同じようなことがいえるかと思えます。

それから、刑事司法における被害者救済というのは、本来、刑事司法というのはそうあるべきなのだと思えるような性格のものなのか、他の方がきちんと機能していないので代替的に使われているだけなのかというご質問についてですが、これは考え方が分かれております。刑事司法制度の本来の目的として位置付けるべきであるという考え方もございます。修復的司法の考え方などはそうです。私自身は、やはり刑事司法制度には固有の目的があるわけで、刑事司法制度は被害者救済を目的とするものではないと考えています。だから被害者救済をしなくてよいかという点、刑事司法制度の固有の目的を阻害しない限度では被害者の救済もできるに越したことはないですし、効率性の観点からいっても刑事司法制度の中でできることはやった方がいいかと思っております。ただ、それが行き過ぎて刑事司法制度

固有の目的を阻害するようになると、例えば先ほどの損害賠償命令制度で被告人がとてもしないような損害賠償を命令して、その結果、被告人の更生が阻害されるということになると本来転倒ではないかと思えます。あるいは、すべての事件を起訴する必要は刑事法の観点から言うとないに、起訴しておかないと被害者が救済されないのですべて起訴するというようなことになるのも、やはり望ましくないのではないかと思つています。

関連して、なぜ刑事司法制度の中で被害者の救済を図ることが必要なか、あるいはそれが有効なのかということですが、一つは、せつかく裁判をするのだからその結果をうまく利用しよう、二度手間を省こうという効率性の考慮があると思えますが、もう一つの大きな理由としては、警察、検察というのは非常に大きな捜査権限が与えられているので、それを事案の解明のために、ひいては被害者救済のために用いようということがあると思えます。先ほど行政の処分等が後追いついていくということを申し上げましたが、行政には強力な調査権限が与えられておりませんので、警察が動いて資料を捜索押収して、それに基づいて行政処分を行う、あるいは被害者の救済を行うということになりがちなのは仕方のない面もあるかと思えます。

しかし、そのような警察や検察の強力な権限は、被害者の損害を回復するために与えられているわけではないわけですから、被害者の救済を目的として刑事の観点からは本来必要のない、どういふ場合が本来必要のない場合なのか難しいところですが、本来必要のない場合に被害者の救済を目的として捜査権限を発動するということがもしあるとすると、それは望ましくないことだろうと思えます。しかし、本来刑事でやるべき事件で捜査が行われて、そこで資料が得られ、それが被害者の救済に役立つのであれば、刑事と民事は別であるという理由によつてその資料の利用を妨げることは、これまた望ましくないだろうと思ふわけです。

損害賠償命令につきましても、そこまで国が面倒を見てあげる必要はないのではないか、それは行き過ぎたパターナリズムではないかということはありうる批判かと思えます。没収追徴制度の今回の改正などについても同様の問題はあつたわけですが、没収追徴制度に關しましては、損害賠償請求権行使が困難な場合という限定が入つておりますので、その点では被害者、私人は権利の行使が困難であるわけですから、行き過ぎたパターナリズムということにはならないだろうと思ふます。損害賠償についても、確かに自分の権利は自分で守ることが

理想なわけですが、現実には、午後のお話にも関連するかもしれませんが、少額の被害を受けている被害者などは民事で自ら救済を求めるといことはなかなか難しい面もあると思いますので、国が一定の範囲で手助けするということは考えられると思います。特に詐欺の被害者が高齢者の場合などはその必要が大きいかもしれません。アメリカでは、高齢者に対する詐欺をどうするかということが非常に大きな問題になっておりまして、特別に刑罰を加重する規定、あるいは損害賠償命令に関しては、原則は被告人の資力を考慮することになっていくのですが、考慮しないとする制度にするとか、特別の法律を作って高齢の被害者を特に保護するということが行われています。それは自らを守ることのできない弱者については積極的に、刑事固有の分野だけではなく、民事に関連した分野についても国が出ていきたいと思います。一つの現れかもしれません。

それから刑事調停ですが、これから自分の量刑を行う裁判官の勧告等がいったい中立的な立場からの勧告なのかということ、これはもちろん非常に大きな権限を背景にしたもので、強制的な要素があることは否定できないと思います。そこで、全然関係のない裁判官や調停委員が関与する制度にすることも当然考

えられるわけですが、あまり手間の掛かる制度にすると、それなら通常の民事手続の方がいいということになって動かないことになる可能性があると思います。現実には、先ほど申し上げましたように示談が量刑で大きな要素を占めているということは疑いのないところで、そういう現状を前提とすれば、それを少し制度化するということは、理念的には大きな問題なんではないけれども、現実の問題としてはそれほど大きな変革ではないのかげんさの現れかもしれません。この問題については、ある場所です実務家の方と議論したことがあるのですが、かなり抵抗が強かったように思います。

刑事調停の制度には、現在非公式に見えないところで行われていることを表に出してある程度見えるようにするという側面もあると思います。話がそれますが、修復的司法の考え方を支持する学者の中には、例えば部族の中で刑事事件が起った際に、事件を公式の刑事司法制度に乗せないで、部族の長がみんなを呼んで話を聞いて、部族の中で問題を解決するというような伝統的問題解決方法を、非常に素晴らしい修復的司法の試みの例として挙げる人が多いのですが、そのような事件の解決の仕方というのは、内部社会において非公式の権力が行

使されていて、当事者は文句があっても文句を言えないような解決がなされている可能性もあると思います。公式の司法制度に乗せて問題を解決するということのメリットというものもあるわけです。

第三の道というのはあまり現行の制度を変えないで、しかし少し被害者に役立つ制度はないだろうかということから発想されておりますので、ある意味でいいかげんなどころがあることは否定できませんが、試してみる価値はあるのではないかと思っています。

**司会** ありがとうございます。それでは討論に移っていきたいと思います。一二時ぐらいまでをめぐりに、どこからでも自由に発言いただければと思います。

皆さん遠慮されているようですので、皮切りに細かいところからですが、私からよろしいでしょうか。民法を担当していませんが、裁判官による刑事調停の件について、質問というより感想です。民事でも同じ問題があるのではないかと、いうことを吉田先生が先ほどおっしゃいましたが、日本の仲裁のプラクティスにおいては、仲裁人が調停人の役割も果たしてしまっているといわれています。先ほどと同じ議論になります。調停人としては当事者からいろいろな情報を聞き出した上

で調停をする必要があるわけですから、仲裁人としては当事者が弁論の中で出してきたものだけで判断しなければならず、そこに役割の矛盾が生じます。しかし、日本はそのところを曖昧にしているということで、日本の仲裁プラクティスに對しては海外から非常に強い批判があります。それに対して日本側は反論をしているようですが、民事でさえそういう議論がある中で刑事調停というのはなかなか厳しいものがあるのかなという印象を持ちました。

ほかにどなたか。それでは、新堂先生お願いいたします

**新堂明子(北海道大学助教授)** 北海道大学で民法を勉強しております新堂と申します。よろしくお願ひします。

非常に素的な質問ですが、先ほど刑事裁判の結果を民事裁判、あるいは九〇条の公序良俗に利用するという話と、刑事裁判で警察や検察が押収してきた証拠を民事裁判などに利用するという話がありました。実際に今、証拠などは利用されているのかどうかということをうかがいます。それから捜査の段階で、例えば今回のライブドアの事件では警察も同時に、特捜と連携しないで捜査を進めていると聞いていますが、特捜も特捜で捜査を進めていて、さらに言えば、証券等監視委員会の方も捜査が進んで、おそらく独自に進んでいたのだと思うのです

れども、それから、今回は被害者というのは株主になるのかも  
しれないですが、消費者のような被害者も含めて、捜査の段階  
でそれぞれ独自にやっているという現状を打破できるような、  
連携のようなことができる、いろいろコストの面ではかなり  
切り下げることができると思うのですが、そういう方向も模索  
はされているのでしょうか。

**佐伯** まず最初のご質問の捜査で収集した証拠を民事で用い  
ることができるかという点ですが、これはできません。以前と比  
べるとずっと利用しやすくなっています。刑事の公判記録につ  
いては、損害賠償請求権の行使その他正当な理由がある場合に  
閲覧・謄写が法律で認められていますし、不起訴事件の記録に  
ついても、検察庁の運用として、一定の要件のもとで閲覧・謄  
写が認められるようになっていきます。

後者のコーディネートのようなことですが、する場合も当然  
あると思いますが、捜査の密行性がありますので、知らないう  
ちにそれぞれの機関が別個独立に調査ないし捜査をしていると  
いうこともあると思います。一般的には、例えば証券取引法違  
反の事件ですと証券取引等監視委員会と検察庁で、合同の捜査  
(調査)が行われたり、告発する際に協議がなされたりしてい  
るようですし、独禁法違反の事件でも、告発する際の協議が行

われているようです。独禁法の改正で独禁法違反事件について  
も犯則事件調査手続が導入されましたので、これからは合同の  
捜査(調査)が行われる場合も出てくると思います。また、公  
正取引委員会や証券取引等監視委員会には検察庁から検事が出  
向しているようですので、そういう人事交流を通じた非公式の  
連携というのみなされているのだらうと思います。

**新堂** 民事裁判の方まで、少し無理なような気もするのです  
が、消費者なども含めて民事裁判としての連携ということはな  
かなか考えられないですか。

**佐伯** 例えば国が代わって消費者のために民事訴訟を起こす  
というような制度をもし作った場合に、証券取引を管轄する行  
政機関が、行政規制の権限を持っているし、被害者に代わって  
民事訴訟を起こす権限も持っているということは、制度として  
は考えられると思います。さらに、刑事の権限も持たせれば一  
元的に法執行を行うことができますが、わが国では刑事追迫の  
権限は検察庁に集中しておりますので、そこまで行くのは難し  
いかもありません。

**司会** 和田先生、お願いします。

**和田俊憲(北海道大学助教授)** 刑法を担当しております和  
田と申します。被害回復給付を受けた被害者が不足分をさらに、



あるいはそれに重ねて損害賠償請求をすることは可能なのでしょうか。

**佐伯** それはもちろん可能です。

**和田** まったくの不足分をといてではなく、重ねて可能なのでしょうか。

**佐伯** それは、当然不足分ということになるかと思いますが。

**和田** それは民法の方の話になっていくのですか。当然、不足分というのは、そこにしか存在がないということになるのでしょうか。

**佐伯** 民事でさらにどのような請求ができるかは、民事の問題ということになります。

**和田** 被害者というのはどうやって決めることになるのでしょうか。

**佐伯** それは、被害者が申し出て、検察官が裁定するという事になっていきます。検察官は、弁護士の方を管理人(被害回復事務管理人)に選任して、事務処理を任せることもできることになっています。倒産手続のようなイメージで、被害者の申し立てがあったら管理人が調べて、確定して、分配するというような感じの制度になっています。

**和田** 被害者であるかどうかの認定自体が、狭い意味での刑

事司法手続の中で行われるわけではないということですか。

**佐伯** 中か外かというのは、もちろん没収の分配ですので、

刑事司法制度の中と言えは中ですし、刑事裁判そのものではないという意味では、刑事司法制度の外ということになります。いずれにしても、行政手続になりますので、民事ではないです。

**和田** 印象の問題として、何となく被害者っぽければ被害者になる感じなのか、ものすごく厳格に認定されて初めて被害者とされるのでしょうか。

**佐伯** それはやってみないと分かりません。もちろん資料は出させるわけですので、私は被害者ですといえば被害者として扱われるというわけではもちろんないでしょうね。ただ、刑事の裁判での認定と同じような、あるいは正式の民事の裁判と同じような厳格な証拠に基づいて認定を行うのかというと、それはもともとずっと簡易な認定になるのだろうと思います。そういう意味でも、倒産手続のイメージに近いのでしょうか。当初、国が没収してそれを返す制度にするのか、それとも没収したものを何らかの形で、国に帰属させない形、宙ぶらりんな形で置いておいて、それを被害者の申し立てがあったら分配するのか、どちらの制度にするかとかいろいろな議論があって、私は何となく破産のイメージで、没収した財産を財団にして、管財人を

任命して、その管財人が被害者の申し出に基づいて財産を配分するというような制度はどうだろうかと思っていたのですが、それでは手続にお金が掛かって、五菱会の事件のように九七億円もあればうまくいくのかもしれないが、多くの場合はうまくいきませんよと言われて、それはそうかなということになっていたのです。しかし、今回の改正ではまあかなり似た制度にするということになっています。

**和田** 対象の犯罪はどのようなのでしょうか。

**佐伯** これは特に詐欺などの財産犯には限られていません。

もちろん、個人に被害があつて、損害賠償請求権があることが前提です。

**和田** 一般的な制度としてというわけですね。

**佐伯** そうです。

**和田** 給付を受ける側はかなり容易に被害者として認定されるところとしても、パイが小さいままだとあまり意味がないということだとすると、起訴する範囲をもっと広げるという圧力がかなり強くなっていく可能性があるのではないのでしょうか。

**佐伯** 可能性としてはあります。ただ、今回の五菱会の事件では、多くの被害者が名乗り出て損害賠償請求を起こしていれば、国が出ていく必要もないのかもしれないのですが、現実には

はそうではなくて、一生懸命弁護士の方が被害者を集めていらっしゃるわけですけれども、ごく一部の被害者しか名乗り出てこないということなので、事件によるということなのかもしれません。

**和田** 個別には請求しなくても、この制度が利用できるならという被害者もいるのではないのでしょうか。

**佐伯** 国がやってくれるならということとは、それはあるかもしれませんがね。ただ、弁護士の方が呼び掛けても来ないとすると、検察庁に俺の事件も起訴しろと言いくることも少ないかもしれません。

**和田** すでに請求している人が、ほかの人もばつと来られると自分の取り分が減っちゃうわけですから。

**佐伯** そうですね。保護の範囲を広げるというのは公平なようにも思えるのですが、起訴されている事件の被害者というのは例えば証人となる可能性もあるわけですし、そういう意味では負担を負っているのです、まずその人に返してあげるべきではないか、何もしていない被害者が同じように利益を得るのは不公平ではないかという考えもあるかもしれません。でも今回は、一連の犯行による被害者はみんな平等に扱うということになっています。

**和田** 申し出なければ入らないわけですね。

**佐伯** そうです。

**和田** そうすると、ちゃんと自分で請求できる人は民事でいってもらって、その人の分の被害は没収してもらった上でほかの人に回すということも出てきちゃうわけですか。

**佐伯** それは、まあ没収を先にしてしまうと、そうはならぬいかもありませんね。

**和田** 先にしてしまえばそうですね。

**佐伯** もし先に民事の方で判決が出て執行されれば、その分は没収できないということになるのでしょうね。

**吉田** 今の話に続けて少し発言させてください。没収を被害者救済のために用いるというアイデアはすごくよく分かるし、何とか実現できるとよいと思うのですが、その理論的根拠付けをどうするかが、なかなかしんどい。今お話を伺っているも、あり得るとすると二つの理論的根拠づけが考えられますが、その二つともうまくいかない感じがするのです(笑)。

一つは、先ほどコメントの中でも言ったことですが、没収制度を、被害者の損害賠償を国が代わって取ってやる、そういう制度として位置づけてしまうという根拠づけです。しかし、この方向ですと、没収金額を決める前提として私人の損害額がど

うなっているかがはっきりしないといけない。また、私人から申し出てくれとか、そのような話をしないとなかなか論理が完結しないということになってきます。しかし、それらをあまり厳格に考えますと、何のために没収制度を使うのかが分からなくなってしまう。現実には没収がうまく機能しないということになってしまふのだと思います。

もう一つは、没収するのは損害賠償とは関係なくやるのだ、国の犯罪抑止とかそのような観点から、つまり公益的な観点から没収するのだ、このように考える考え方です。しかし、この理論的根拠づけだと、どうして後になってから損害賠償を請求してきた人にこれを配分しなければいけないのか、これまたうまく理屈がつかないということになってしまいます。

ですから、やるなら二本立てというか、一方で没収は没収として、つまり従来型の没収を制度としては仕組んでおく。もう一つは、損害賠償を代わって代位的にやってあげる、そのようなサービスとしての制度を仕組んでおく。そして、この二つをどこかでリンクさせるというか、折衷というか、分かりませんが、そのような形にしないとうまくいかないのかなというのが、今議論を聞いていての印象です。

そのような方向を考えるにあたって、独禁法が改正されて課

徴金制度がかなり変わりましたね。これが参考になるかもしれない。間違ったことを言うかもしれないが、以前は、カルテル行為という違法行為を行った企業から、その違法行為に由来する利得を吐き出させるという位置づけがかなり強かったように思います。ただ実際には、得た利得を全部吐き出させるところまでいかないケースが圧倒的に多かったということでしょう。それについての改正が行われて、課徴金制度が強化されました。それは、この利益吐き出しをきちんとするという位置づけもあると思いますが、他方で、先に違法行為を申告すると課徴金が安くなるという制度（リニエンシー制度）が入りましたね。これは、不当な利益吐き出しということでは説明がうまくつかない。公平な競争を維持するという公益的な観点から、いかに効率的な制度を設計するか、実効的な制度を設計するか、そのような観点でないとうまく説明がつかないのだと思います。

没収についても、基本的にはそのような公益的観点を基礎とするほうがよいのでしょうか。そのように仕組んだ上で、プラスアルファというか、サービスとして私人の利益を上乗せする、そのような感じではないだろうかと思いました。これは、質問というより感想と受け取ってください。

**司会** ほかにありますか。今の流れで、私の方から一点よろしいでしょうか。

今の没収制度と損害賠償にかかわる質問ですが、没収したもの中から被害者にいくらか配当するということになってくると、気になるのは、ほかの一般債権者との関係がどうなるのかということですね。没収の場合には、没収した財産は犯罪と関連性が強いものだと思いますので、被害者が優先的に配当を受けることが正当化できるように思います。損害賠償ですと、ほかの一般債権者との優劣関係はどのように考えればよいのでしょうか。また、消費者に対する詐欺の場合ですと、明らかに犯罪だといえる場合が多いと思いますが、通常の商取引においては詐欺と債務不履行との境界線には非常に微妙な面もあるのではないかと思います。そうすると、詐欺の被害者についてだけ優先権を与えることをどう考えればよいのでしょうか。

**佐伯** それは常に問題になる点でして、制度としては優先させるという制度にすることもできるし、一般の債権と同じように扱うという制度にもできると思います。ちなみに、アメリカでは通常の債権と同じで、被害者が自ら執行することもできることとされていますので、優先関係というのは通常の債権と同じに扱われているのだらうと思います。

司会 分かりました、ありがとうございました。ほかにいかがでしょうか。

瀬川信久(北海道大学教授) 今の一番最後の点は、加害者が無資力の場合、とくに倒産の場面で一番問題になります。そこで不法行為の損害賠償債権が他の一般債権に対し優先させるかという問題について、伊藤眞先生や佐藤鉄男先生の論文があります(伊藤眞「不法行為にもとづく損害賠償債権と破産・会社更生」判例評論三三〇号一七四頁、佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」NBL七三三五号七八頁)。アメリカなどでも問題になっているようですが、一般的には特に優先効を認めていないのが比較法的な状況のようです。

それから、今、没収金、追徴金、課徴金に対する被害者の権利が問題になっていますが、これも、一般債権者との関係で優先的効力を認めるかという問題と、そもそも、被害者救済のための原資をどうやって確保するかという問題があるように思います。後の問題は、例えば森永砒素ミルクの場合の被害者救済は賠償金でひかり協会を設立して恒久的な救済を図りました。豊田商事事件の場合だと、たしか弁護士が「豊田商事の従業員の高額の給料から納めた税金はもとは被害者から詐取したもので、課税するのはおかしい」とかいう主張をして、その税金を

吐き出させて、これを破産手続きの中で分けたのだと思います。それから水俣病の場合だと、県が水俣病患者と認定すればチツソが補償金を払うという協定を締結し、その補償金の原資は、熊本県が県債で調達した資金をチツソに貸し付けるという形で援助したと思います。今度のライブドアでも、インターネットで被害者を二〇〇人まで集めて集団訴訟をすることで呼び集めるようです。

ですから、今までも大規模被害の事件では実はいろいろな形でやってきているのですが、今のは、被害者がばらばらの場合や、被害額が小さい場合にも何とかできないかという話しかと思います。ただ、これまでやっていることとうまいコーディネートションで考えてゆく方が良いように思います。あまり制度的にぎちぎち詰めても、たぶんあまりうまくいかないのです、手続的にはここに書いてあるような形でやっていくより仕方がないのかなと思います。佐伯先生のお話は、どこまで使えるものにするかというプラグマティックな問題として考えられていくしかないのではないかと、今の議論を聞いて思いました。

最後に、このシンポジウムのテーマは、公と私をどう協働させるかですが、その観点から教えていただきたいことです。いま話したのは、加害者の財産の中にいろいろなものがあるって、

没収金や罰金は被害者に優先的に払うべきでないかという、いわば救済執行の点ですが、お聞きしたいのは裁判手続のところでの公と私の連携、それから捜査の段階での公と私の連携という問題です。最初の吉田さんの質問の刑法の謙抑性に関連する問題ですが、確かに捜査の密行性とか捜査の中立性という要請はありますが、それがなぜ刑法の謙抑性ということになるのか、教えていただきたいのです。感覚としては分かるのですが、例えば英米法など他の国ではその辺は少しルーズに考えているのではないかと思うのです。これは一九世紀の半ばのドイツの名譽毀損罪の事件についてですが、有罪判決が出たことを新聞に載せるといふ附加刑がありました。それを参考にして、ボアソナードが旧刑法で、被害者がこの新聞広告を刑事手続きの中で申請すれば認めるとしました。これが今日の謝罪広告の実務につながっているのかもと思います。それから日本の場合で、改定律例など明治初めの刑罰規定では、裁判所が罰金を取ってそれを被害者の家に給付すると書いてあります（以上につき、瀬川信久「明治前期の名譽回復訴訟」林屋・石井・青山編『明治前期の法と裁判』一八四頁以下、一七二頁）。ですから、民事的な救済と刑事罰はいろいろな組み合わせがあり得るんだけれども、その中でなぜ刑罰は謙抑的でなければいけないのか。いけ

ないと思うのですが、もし、刑罰では一方が強大な権力を持っていることが理由であれば、捜査の段階と裁判手続の段階とではまた違って考えるべきでないかと思うのですが。

**佐伯** まず民刑の分離ということについては、最近では、それほどドグマティッシュに考える必要はない、プラグマティックに考えて効率的な制度をつくるべきであるという考え方が強くなっているように思います。

刑法の謙抑性などに関しては、刑法というときに一般にイメージされているのは、死刑とか懲役刑というものであって、罰金とか没収というものは確かに法律で刑罰として位置付けられているけれども、同じに考える必要はないという考え方はあるかもしれません。でもそこまでいくと、そもそも刑罰である必要もないので、行政制裁にしてしまえばいろいろな制約が外れてもっと利用しやすくなるのではないだろうか、という方向にもいくと思います。このへんは、刑罰であることの効果、特にステイグマ効果をどこまで重視するかということでしょう。

ただ、行政制裁にしてしまうと刑事手続きで保障されている被告人の利益が、もちろん行政手続にも適正手続きの保障はありますけれども、かなり切り下げられてしまうわけで、同じ制

裁を、名前を変えたら保障を低くするというのはいかがなものかという方向での批判もあり得るところです。いろいろ問題がありますが、できなくて恐縮ですけれども、両方の動きが今せめぎ合っているような状況にあるように感じます。

司会 それでは池田先生、どうぞ。

池田清治(北海道大学教授) 一般債権者問題に関する感想と、没収・追徴制度に関する佐伯先生に対する質問が三点左右ございます。

まず先ほどから議論になっている一般債権者との関係という問題ですが、もし被害者が一般債権者と同列ということになりますと、結局、一般債権者としては、だましてでもいいから財産を増やしてほしいということになりかねないわけで、これが望ましくないと考えるなら、やはり被害者を優先させた方がよいような気もいたします。これは単なる感想です。

次に没収・追徴制度ですが、これは二〇〇四年にドイツで不正競争防止法が改正されたさいに、新たに加えられた利益剥奪請求に非常に似ている面があるのではないかと感じました。午後の報告ないし討論において、この点に通じていらっしゃる田村先生も交え、議論になるのではないかと思います。これと

の関係で今般の没収・追徴制度の改正について佐伯先生に三質問させていただきます。

まず第一に、今回の改正では損害賠償請求権行使が困難な場合という要件が入っているようですが、そこで言う「困難」というのは、組織犯罪やマネーロンダリングというのは立証するのがかなり難しいという意味での「困難さ」なのか、それともたとえば少額訴訟のように、実際に取りにくいのが大変だという意味での「困難さ」も含まれているのかという質問です。「困難さ」の具体的なイメージをご教示いただけるなら幸いです。

次に第二の質問は、そもそもなぜ「困難」である必要があるかという点です。もちろん、立法政策としていろいろな選択肢があり得ると思うのですが、事実の問題として、なぜ困難な場合という要件が入ってきたのだろうかという感じがいたします。

三番目は、既に和田先生との議論でも取り上げられた点で、実はほとんど答えていただいているわけですが、個々の被害者も当然民事裁判を起こせるわけで、そうなる調整規定が必要になってくるのではないかとこの点です。例えば没収で、全部ではないにしても犯罪によって得た収益はほとんど没収されてしまいました。その後、ある被害者から損害賠償を請求され

て払いました。では、この場合、加害者は国に対してその分を返してくれと言えるのかという問題が当然出てくるわけです。

もちろん、被害者が国の方に被害回復給付を請求した場合、このような調整規定は不要でしょうが、しかし、とにかく事実の問題として、このような調整規定を置くということまで意識されているのかどうかをお伺いしたいと存じます。

**佐伯** 困難さのイメージといたしましては、財産が隠匿されて私人では追求が難しいとか、相手が怖くて請求できないというような場合が主に想定されていたと思います。被害が少額で個人には請求が難しいというだけでは要件に当てはまらないのかもしれないですが、この点はよくわかりません。仮に当てはまらないとしても、詐欺で多数の被害者が生じているような場合には、組織的な詐欺の場合が多いでしょうから、そちらの方で当てはまることは多いと思います。

実はこの制度、困難な場合に認めるのだということを理念としては掲げているのですが、組織的な犯罪やマネーロンダリングの場合には、実際に困難であったかどうかを問わないでできるという制度にしております。そういう意味では、建前と本音みたいなところが少しあるかもしれません。

それは二番目の点ともかかわるのですが、私などは困難であ

るかどうかわらずに没収追徴して、その中から可能な限り被害者の救済を図ればいいのではないかという意見を持っていたのですが、やはり立案当局としては現行の制度を前提として、それを少し修正するという立場を、少なくとも今回の改正については維持しようということでした。国が被害者の救済を目的として、目的としてまでは言わなくても、積極的に没収追徴を行って被害者救済を図るところまでは、少なくとも今回の改正では踏み込まないということで、こういう要件が付いているわけです。

調整規定に関しまして、これまで私は被害者の方の調整ばかり、被害者が二重にもらうのを防ぐということばかり考えていました、加害者の方についてあまり考えていなかったのですが、先に被害者に被害回復給付金の支給がなされて被害がすべて回復されているのであれば、被害者はさらに損害賠償を請求することはできませんので、加害者が二重にとられるということはないと思います。しかし、没収はなされたが給付金の支給はなされていないという場合は、被害者の損害賠償請求権がなくならないわけではないので、二重にとられる可能性もありそうです。加害者側についても調整規定が必要なのかもしれませんが、法案には加害者の側の調整規程は存在しないようです。



司会 では、村上先生、お願いいたします。

村上裕章(北海道大学教授) 話が戻ってしまうのですが、刑法の謙抑性のところで、行政制裁とかその方がいいのではないかとという話もあり、私は行政法を専攻しておりますので、大変ありがたい話だと承りました(笑)。

まず感想としては、今日のテーマは公私の協働ということですが、公の方には刑事司法と行政、両方含まれるとすると、まず公と私との役割分担と、公の中の刑事と行政の役割分担とというのがあるかと思えます。謙抑性とおっしゃったのは、刑事司法固有の謙抑性のお話だという気がしましたが、他方で行政も、特に最近規制緩和とあまり関与するなという声も多いので、そういう点では若干問題となり得る可能性があるかと思えました。

ご質問ですが、そこで行政制裁等をもう少し活用すべきではないか、むしろ刑事制裁は謙抑的であるべきではないかというお話ですが、その際に考えていらっしゃる行政制裁というのはいったいどういうものなのか。行政制裁という概念自体あいまいですが、いわゆる不利益処分ですね、許可の取消し、あるいは営業停止といういわゆる行政処分もありますし、行政強制のような形でやるものもあるし、それから秩序罰のような刑事罰に

近いものもあるし、それから今日何回も出てきました利益はき出しのための課徴金等があると思えます。行政制裁を活用すべきだという場合に、何を考えていらっしゃるのか。特に利益はき出しの課徴金を念頭に置かれているのかということがまず一つ。

それから課徴金に関しては、古い議論ですが二重処罰ではないかという問題があつて、判例は一応そうではないということのようです。しかし、先ほどお話があつたようにやはり処罰的な要素がかなり強いと思いますが、そのあたりはあまり堅苦しく考えないでよろしいのか、もっと適用範囲を広げていっても特に問題ないとお考えなのか、その二点をお伺いしたいと思います。

佐伯 どうもありがとうございます。ご指摘の通り課徴金は利益剥奪の制度だとされていたのが、昔から私はその理由づけというのはあまり説得的ではないと思つていましたけれども、今回の独禁法の改正によって制裁であるということがはっきりしたように思います。今後は、制裁として財産的不利益を科す、仮に行政制裁金といいますと、行政制裁金として純化したような制裁と、利益のはき出しをさせる制度と二本立てにするのがよいのではないかと思っております。

現在の過料というのは、額も少ないですし、手続きも整備されておられませんので、それをもっと本格的な制度として広く行政手続の中で行政の執行、目的達成のために使うことができるようにするのがよいのではないかと、検査妨害なども別に刑罰でなくとも行政制裁金のような形で担保して機動的に発動する方が望ましいのではないかと気がしております。

二重処罰の問題につきましては、私自身は行政制裁と刑罰の併科というのは、トータルとして罪刑の均衡、あるいは行政法の言葉ですと比例原則に反していなければ憲法違反の問題はないのではないかと考えを以前から持っております。刑事法の分野でポピュラーな考えかどうかは分かりませんが、私自身はトータルとして罪刑均衡を失していなければ、行政と刑事とで二度に分けて科したからといって、直ちに憲法違反になるものではないと考えております。

**村上** それは法定の制裁の額等が均衡していればよろしいということですか。それとも、実際に科された制裁と罰が均衡していればよいということですか。

**佐伯** 実際に科された制裁と犯罪の均衡が問題だと思いません。従来から重加算税と刑罰の併科が憲法違反かという議論がございましたが、実務の運用としては重加算税を罰金の量刑に

おいて考慮するという形で、実態として加重な制裁を行えないような仕組みになっております。今回の独禁法改正においても、それから証券取引法の課徴金についても課徴金と罰金の調整規定が設けられていまして、二回に分けるけれども、トータルとしては過大にならないようにする仕組みが設けられています。私は憲法の問題としてはそれでよいのではないかと考えております。

**司会** ほかにございませんか。では、吉川先生、お願いいたします。

**吉川吉樹**（北海道大学助教授） 昨年の九月より北大で民法を担当させていただいております吉川と申します。よろしくお願ひ申し上げます。

少し話は戻ってしまうのですが、没収追徴制度について少しお伺いさせていただければと存じます。一連の犯行による被害者ということで、わりと大きな役割を果たしたところだと感ぜられたのですが、ただ要件として困難な場合というのがあつる。そのところで、私法的なものや役割分担が果たされているのかとも思っていたのですが、先ほどのお話ですと必ずしも困難な場合というのは、一応建前としては出しているけれども、実際はそれほど重要な要件にはなっていない。そうすると、こ

これは、今までの刑法の謙抑的な立場というものから一歩踏み出そうとしているのか、それともあくまで没収対象が拡大しているわけではないというところで縛りをかけて、謙抑的な立場をそのまま維持していいということになるのか、その辺の方向性というか位置付けを教えてくださいだけだと存じます。

**佐伯** 制度としては、従来の没収できるものを没収して、それを被害者に返してあげるといふ制度ですので、表向きは広がっているということにはなっていないし、立案当局としてもここで積極的に転換しますということではない、それはちょっと待つてほしいということだろうと思います。ただ現実の問題としては、今非常に被害者の声というのは刑事司法制度に大きな影響を与えておりますので、こういう制度ができれば、検察官の訴追裁量の行使等に影響を与える可能性というのは十分あり得ると思います。

**吉川** この要件をそもそも立てたというのは、謙抑的な立場を維持するためということなのでしょう。また特に、この要件自体が建前としてあっても実際は違うという話との関係はどうなのでしょう。

**佐伯** 立案者の説明では、謙抑的な立場を維持するために設けてあるということです。しかし、実際は違うのではないかと

いうのは、組織的な犯罪やマネー・ロンダリングの場合は、請求の困難さが法律で擬制されていて、個別に立証する必要がありませんので、実際には、多くの場合に没収追徴が認められることになるのではないかとということです。

**池田** 今の点で確認をさせていただきたいのですが、利益の剥奪とは刑法一九条一項三号の「犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物、または犯罪行為の報酬として得た物」に当たることになるのでしょうか。

**佐伯** ここで問題になっているのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定でして、刑法の没収追徴規定の特則になります。これもまた面白いというか、一般に受けるイメージと実態が齟齬しております、組織的犯罪処罰法だから組織犯罪に限って適用があるのかというと、刑罰の加重規定などはそうなのですが、没収追徴については別表に挙がっている犯罪から得た収益は組織犯罪かどうかを問わずすべて含まれることになっています。そして、別表の犯罪は非常に広い範囲で規定されております。もうかるものなら何でもやるというのが組織犯罪の特徴だとよく言われますが、組織犯罪がやりそうな犯罪をみんな挙げると非常に網羅的になってしまふわけです。その結果、刑法の没収追徴規定というのは組織的犯罪処罰法の没収追徴規定に重要な

部分で取って代わられています。現状でもそうなのですが、今度、国連の組織犯罪防止条約との関係で長期四年以上の犯罪についてはすべて対象としないといけないことになっておりまして、その旨の改正もされることになっておりますので、改正が実現すればほとんど取って代わられるということになると思います。

**司会** どうもありがとうございます。あとお一方ぐらいお時間があると思いますが、いかがでしょうか。

**永下泰之（北海道大学大学院）** 北海道大学で民法を勉強しております永下と申します。再度、没収追徴の関係について質問したいのですが、改正を目的としているのはどういうふうに考えられるのか。つまり、民法上訴訟と没収額との関係ですが、先ほど和田先生がご指摘されたように、没収と民法上の請求との整合関係というのはどのようになるのか。民法上の請求が先に行われてしまった結果、没収額が減ってしまうのか、あるいはそこで民法上の請求はあるとして、没収額というのは一般的に分配される。請求者は分配額だけ損害を填補されたということによって、残額についてはまた加害者の没収額の対象外の方に請求をすることになるのか、そのあたりはどのような方向で制度設計を予定しているのかという点についてご質

問させていただきます。

**佐伯** 先に民事訴訟が終わって、執行も終わっているということであれば、その分没収すべき財産がない状態になりますので、没収はできないと思いますが、訴訟が提起されているという状況で、提起されているからその分は控除するということになっていたかという点、なっていないかという点について。

実は、五菱会事件において、検察は、現行法の下で、没収追徴を請求しております。組織的犯罪処罰法の一三条二項は、前項各号に掲げる財産が犯罪被害財産であるときはこれを没収することはできないとなっておりますが、検察官は、被害者が請求していない場合には犯罪被害財産に当たらないという主張を認めまして、現に訴訟が起こされている部分については没収しないが、それ以外の部分については没収ないし追徴をするという判決を出しています。それなら今回の改正はいらなかったのではないかということにもなりかねないのですが。高裁判決と同じような調整規定が今回の改正案に入っているかという点、入っていないかと思いますが。おそらく、被害者が民事訴訟を提起していて、没収追徴の必要がない場合には、検察官は没収追徴を請求しないということになるのだと思います。

**司会** ほかの方はいかがでしょうか。なければ、このあたりで午前の部を終わることにしたいと思います。これは冒頭に申し上げるべきことでしたが、佐伯先生は昨日飛行機が飛ばず、JRではるばる東京からおいでくださいました。本当にどうもありがとうございました。（拍手）