

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第5号 2009年2月



## 目次

### 【論説】

- 刑事医療事件と刑事訴訟手続 ..... 5  
上田正和
- 組織再編行為無効の訴えにおける株主の原告適格 ..... 35  
土田 亮
- 文書の管理と法 ..... 57  
早川和宏
- スペイン年次有給休暇制度の基本構造について ..... 97  
岡部史信
- 米国反トラスト法における当然違法の原則の適用 ..... 125  
に関する考察 — 事業提携を中心として  
隅田浩司

### 【研究ノート】

- 再審請求と訴訟能力— 袴田事件第2次再審請求意見書 ..... 137  
新屋達之

### 【実践報告】

- ロースクールにおける刑事臨床教育実施報告 ..... 163  
丸山輝久

【判例研究】

- 会計監査人の被監査会社に対する損害賠償責任 ..... 177  
— 大手監査法人の責任が認められた事例  
北沢義博

【資料】

- 刑法総論(1) ..... 191  
花井哲也

【雑報】

- 2008年の主な研究活動 ..... 205

# 刑事医療事件と刑事訴訟手続

上田正和

---

|      |                        |    |
|------|------------------------|----|
| I    | はじめに.....              | 6  |
| II   | 刑事医療事件の特徴.....         | 7  |
| III  | 民事医療事件における主な論点.....    | 9  |
| IV   | 捜査手続.....              | 12 |
| V    | 起訴.....                | 16 |
| VI   | 起訴後の手続.....            | 19 |
| VII  | 有罪判決.....              | 24 |
| VIII | 医療事件における刑事訴訟手続の役割..... | 26 |
| IX   | おわりに.....              | 28 |

---

## I はじめに

医療過誤事件に関するマスコミ報道をテレビや新聞あるいは週刊誌等で目にすることは、もはや珍しくない。著名な大病院や地域の基幹病院が登場してくることも稀ではない。むしろ、そのような著名な医療機関で起きた事件の方が、よりセンセーショナルな報道価値を持って取り上げられる。テレビドラマや小説においても、医療過誤事件やそれに関連する病院の(閉鎖的・排他的な)体制が取り上げられ、それなりの人気を博している。

民事の医事関係訴訟事件数はこの10年で約2倍近くに増加したが<sup>(1)</sup>、現在では、医療過誤訴訟事件は、民事の損害賠償請求事件として立派に1つの事件類型(訴訟類型)ともなっている。そこでは、他の民事訴訟事件とは異なった審理方式が工夫され<sup>(2)</sup>、専門訴訟への対応を内容として含んでいる最近の民事訴訟法の改正問題をリードしてきた。これらを通して、「専門性・密室性・封建性という3つの壁」<sup>(3)</sup>があるとされてきた医療過誤事件は、以前に比べるとやや早期の解決が実現されるようになっており、医療過誤事件に対する社会一般の興味や関心も相俟って、医療機関ないし医師側にとっては訴訟リスクを抱えることにもなり、社会的には医療危機や医療崩壊と言われる現象にもつながりつつある<sup>(4)</sup>。

そして、最近では、医療過誤事件は損害賠償請求としての民事事件にとどまらず、医療過誤を中心とする医療関係事件が刑事事件となることも、少しずつではあるが増えつつあるようである<sup>(5)</sup>。この中には、無罪判決が確定したものの、帝王切開手術による出産後の大量出血により妊婦が死亡したケースについて産婦人科医師が逮捕された、という多くの医師にとって衝撃的とも言える事件がある<sup>(6)</sup>。

今後、医療過誤を中心とする医療事件が刑事事件として捜査され起訴の対象となるケースが増えていく可能性があるが、刑事手続法上どのような問題点(検討されるべき手続法上の問題点)があり得るのかについての検討は、これまで必ずしも十分には行われてこなかったようである<sup>(7)</sup>。他方で、実体刑法上の議論については、過失犯論として掘り下げた検討が積み重ねられてきた<sup>(8)</sup>。

民事事件の領域における審理方式の工夫や法律改正が民事医療過誤事件の趨勢に影響を与えたことを考えると、刑事医療事件についても、手続上の問題点の検討や手続上の工夫あるいは法律改正についての検討が今後期待されるが、本稿は、このような問題意識の下、これまで民事医療過誤事件に代理人として多少なりとも関わってきた経験を踏まえながら、刑事医療事件における刑事訴訟手続上の問題点を考えてみようとするものである。もとより未だ本格的な研究段階に至る前であり、限られた何点か

の問題点の指摘程度に止まるに過ぎないが、これを機にさらに検討を深めていきたい。また、本稿は「刑事訴訟手続」において問題となり得る点を指摘するとは言っても、実体刑法における構成要件該当性や違法性に関する法解釈論が「刑事訴訟手続」の中で段階的に展開され形成されていくことになるので<sup>9)</sup>、実体刑法上の議論についても、必要な範囲で言及していきたい。

## II 刑事医療事件の特徴

### 1 民事医療事件との違い

医療過誤を中心とする医療事件(以下、本稿においては「医療事件」という用語を用いる。)を刑事事件として進める場合の特徴、特に、民事医療事件との違いを最初に踏まえておく必要がある。1つの社会的な出来事に対する法的関与形態としての民事事件と刑事事件の違い、特にそれぞれの手続が目指している目標の違いが、刑事医療事件の手続上の問題点を考えるに当たって与える影響は少なくない。

そして、民事と刑事の違いは、敢えて言うまでもないことであるが、民事においては関係当事者間(私人間)の利益の調整が目指されることにあり、民事医療事件においては、損害賠償金の支払いの有無やその具体的な内容(金額)が紛争解決の中心である。これに加えて、医療事件においては、医療機関(医師)による経過の説明やそれに伴う真相の究明、謝罪、再発防止策等が関係当事者間の利益の調整方法として登場してくる。他方、刑事においては、犯罪が成立した場合に、当該犯罪行為者に対して国家が国家権力の発動として否定的な評価を表明し制裁を加えるということになる<sup>10)</sup>。国家が否定的な価値判断を示し、強烈な制裁(重要な利益を侵害する行為)を合法的に行うのであるから、事件関係当事者間での話し合いによる柔軟な解決というものではなく、国家が営む厳格な手続の中で厳格な証拠法則に従って厳正に誤りなく判断される、というのが特徴となる。このことは、刑事医療事件においても変わりはない。そこでは、医療機関と患者(遺族)との間の利益の調整という問題は表面には登場してこない。

このような両手続の目標の違い、さらに言えば、民事医療事件においては、医療機関と患者(遺族)との間の利益の調整方法として、和解による解決が少なくなく、和解が当事者間の紛争解決(利益の調整)に果たしている役割が非常に大きい、という実情<sup>11)</sup>は、刑事医療事件の訴訟手続上の問題点を考えるに当たっても、意識しておく必要がある。

もっとも、いずれの手続も社会的な出来事として実は同一の事件を対象とするものであり、①過失や因果関係等の実体法上の要件、②手続法上は、専門的な知見を必要とする専門事件であることに伴う困難性、という点では、民事と刑事に共通する部分が多

いので、民事に関してこれまで行われてきた実体法上・手続法上の議論(判例・学説の動向や実務上の工夫等)は刑事医療事件においても大いに参考にされるべきであろう。

## 2 主な犯罪類型

刑事においては罪刑法定主義の大原則がある以上、特定の行為者の行為が必ず何らかの犯罪構成要件に該当することが必要である。

刑事医療事件において問題となるであろう犯罪類型(構成要件)の中で圧倒的に重要なものは、医療過誤についての業務上過失致死致傷罪(刑法211条1項前段)である。同罪に関しては、過失(注意義務違反)行為や因果関係という構成要件要素をめぐっての解釈が問題となる。

他に、犯人隠避罪(刑法103条)や証拠隠滅罪(刑法104条)<sup>(12)</sup>、虚偽公文書作成・同行使罪(刑法156条・158条)等も想定される。また、説明義務違反や自己決定権の侵害との関係では傷害罪(刑法204条)が問題となり<sup>(13)</sup>、生命維持装置の取外し等の医療処置の中止については殺人罪(刑法199条)が問題となる。また、秘密漏示罪(刑法134条1項)も医療行為をめぐって考え得る犯罪類型である。さらに、これらの個々の犯罪構成要件該当性と合わせて、作為義務の有無、被害者の承諾(同意)、治療行為等も問題となる<sup>(14)</sup>。

これらに加えて、最近、薬剤取違えについての都立広尾病院事件<sup>(15)</sup>を契機に注目を浴びているのが、医師法21条が定める異状死体の届出義務違反(罰則は医師法33条の2により50万円以下の罰金)である。

なお、医師の医療行為に関連して、医師の患者や関係者に対する暴行罪(刑法208条)や傷害罪(刑法204条)、さらには強制わいせつ罪(刑法176条)や強姦罪(刑法177条)もあり得るが、これらは刑事医療事件の検討対象の犯罪類型からは除外してよいであろう。

以上の中で、刑事医療事件の中心となるのは(今後も、捜査や起訴の対象の中心となっていくであろうと考えられるのは)業務上過失致死致傷罪であり、そこでは、①過失行為(注意義務違反行為)をどのようにとらえるのか、②(過失行為を前提として)死傷結果との因果関係の判断をどのように行っていくのか、の両者について、医療という高度の専門性を備えた領域の中で、刑法上の観点、つまり国家による刑事処罰に値するか否か、という観点から、犯罪行為を特定して起訴し、起訴事実について合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証<sup>(16)</sup>がなされる必要がある。



### III 民事医療事件における主な論点

これまで医療事件は主に民事の損害賠償請求事件として取り扱われてきたが、その中で、実体法上及び手続法上の様々な論点についての検討が、判例・学説によって積み重ねられてきた。そして、ここで培われてきた議論は、これから増えていくであろうことが予想される刑事医療事件の進め方にも影響を及ぼし得るので、民事医療事件における主な論点について、実体法上の論点を含めて改めて確認しておきたい。実体法上の要件は、捜査活動や公判における証明の対象であるので、その内容を十分に踏まえておく必要がある。

#### 1 実体法上の論点

実体法上の論点(問題点)とされているのは、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求権としての要件に他ならないが、それは、①過失(注意義務違反)、②因果関係、③損害、である。

①の過失については、未熟児網膜症訴訟事件を通して、医療水準論が民事の判例・実務において確立している。その要点を述べると、「注意義務の基準となるべきものは、診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である」<sup>(17)</sup>、「診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない」<sup>(18)</sup>、「医療水準は、医師の注意義務の基準(規範)となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」<sup>(19)</sup>というものである<sup>(20)</sup>。

②の因果関係については、従来、患者側(原告側)にとって立証が非常に難しい要件であるとされてきたが、最近では、民事の損害賠償請求権の要件としては、やや薄めて理解しようとするのが最高裁判例の傾向であり、①過失又は③損害の要件に実質的には相当程度吸収されつつある要件であると言っても過言でない。最高裁は、「医師が注意義務を尽くして診療行為を行っていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうことを是認し得る高度の蓋然性が証明されれば、医師の右不作為と患者の死亡との間の因果関係は肯定されるものと解すべきである。患者が右時点の後いかほどの期間生存し得たかは、主に得べかりし利益その他の損害の額の算定に当たって考慮されるべき事由であり、前記因果関係の存否に関する判断を直ちに左右

するものではない。』<sup>(21)</sup>とし、さらに「医師の医療行為が、その過失により、当時の医療水準にかなったものでなかった場合において、右医療行為と患者の死亡との間の因果関係の存在は証明されないけれども、医療水準にかなった医療が行われていたならば患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在が証明されるときは、医師は、患者に対し、不法行為による損害を賠償する責任を負うものと解するのが相当である。けだし、生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって、右の可能性は法によって保護されるべき利益であり、医師が過失により医療水準にかなった医療を行わないことによって患者の法益が侵害されたものということが出来るからである。』<sup>(22)</sup>ともされている。従って、民事においては、患者側は、過失の主張・立証に重点を置きながら損害賠償金を請求することになる。

もっとも、民事において、因果関係の要件が相当な程度において①過失や③損害に吸収されて解釈されつつあるというのは、民事事件の役割が、損害賠償金というものによって当事者間の利益の調整を実現することにある、ということと無関係ではないであろう。損害賠償金という金銭の支払いは0円から1億円あるいはそれ以上に至るまで連続的なものであり、その点で、刑事における刑事罰という法的効果とは大きく異なっている。ところが、最近の刑事判例においては、(相当)因果関係論の役割ないし意義は相当程度変化しているとも言われており、そこでは、実行行為あるいは実行行為が有する危険の現実化という要素が実質的にはかなり大きな役割を果たしている<sup>(23)</sup>。

③の損害は、民事の損害賠償請求事件においては、現実的には(とりわけ原告である患者側にとっては)重要な要件である。そして、発生した損害の内容を確定させてそれが現実には填補されることは、当事者間の利益の調整を実現する民事の紛争解決における本質的な事柄である。そして、損害の理解については、民事上は加害行為の前後の利益状態の差を問題とする差額説が採られている(判例・通説)。もっとも、医療事件においては、他の損害賠償請求事件(代表的なものとして、交通事故による損害賠償請求事件)とは異なった種類の損害が判例・学説によって認められてきた。例えば、治療に対する期待権の侵害や延命利益の侵害、あるいは、説明義務違反(自己決定権侵害)を理由とする慰謝料等である。このような③損害の要素は、刑事事件においても、当該の医療事件によって発生した損害の内容・程度の問題として、法益侵害の内容・程度、つまり違法性判断に影響する要素であり、犯罪事実に属する情状(犯情)として重要な意味を有することになる。

## 2 手続法上の論点

手続法上の論点(問題点)とされているのは、①審理の進め方、②①における主張・立証活動、③集中証拠調べ、④鑑定の方法、⑤和解による解決、等である。

①の審理の進め方及び②の主張・立証活動であるが、第1回口頭弁論期日が開かれると、その次の期日からは、争点及び証拠の整理手続としての弁論準備手続(民事訴訟法168条以下)によって進められる。弁論準備手続においては、当事者が主導的な役割を果たしながら事実経過について説明を行い事案を解明していく、という作業が徹底的に行われる。そして、民事訴訟法上の主張・立証責任の原則とは異なるが、専門性を有しており医療行為の経過についての情報をほぼ独占している医療機関側(被告)が、医療記録に基づきながら可能な限り詳しく事実の経過について説明することが期待されている。

このようにして当該事案の経過を十分に把握し争点が絞られると、人証の取調べ(尋問)が行われるが、同一期日に複数の人証について主尋問と反対尋問を合わせて実施する③集中証拠調べが行われる(民事訴訟法182条)。裁判所は、集中証拠調べの方が一気に心証形成できる(むしろ、それまでに形成されつつあった心証を確認できる、と言う方が実情に合っているであろう。)と考えている。そして、④の鑑定については、以前は、医療事件は専門訴訟事件であるということで、多くの事件では鑑定が実施されてきたが、最近では、鑑定を実施する事件は非常に少ない。仮に鑑定を実施することになったとしても、複数の鑑定人が事前に簡単な書面を提出した上で、裁判所において所見をお互いに述べ合う方式のカンファレンス鑑定(口頭による鑑定)が実施され、かつてのように詳細な鑑定書が裁判所に提出される、ということは極めて少なくなっている(医療事件集中部においては、ほとんどないと言ってよい)。そして、⑤和解による解決がかなり行われている。事件当事者とりわけ患者側にとって、医療事件は、和解による解決が望まれる紛争類型であると言われている。医療事故被害者の思いとしては、金銭賠償のみによっては損害が回復され得ないことから、和解条項の内容に、例えば当該医療機関からの謝罪の表明や再発防止に向けた医療機関の取組み等が盛り込まれることもある。和解という柔軟性を兼ね備えた方法によって医療事件紛争を解決することは、患者側(原告)と医療機関側(被告)の双方にとって好ましい紛争解決方法であることは、否定できないであろう。

## IV 捜査手続

### 1 捜査の端緒

医療事件が刑事事件として捜査が開始されるきっかけとしては、医療過誤の被害者側(患者側)からの被害届や告訴(刑事訴訟法230条以下)がまずは考えられる。そして、告訴は、犯罪事実を申告して加害者の訴追を求める行為であるが、医療事件の場合には、医療機関ないし担当医師が誠意をもった対応を示そうとせず真相が明らかにされないことへの不満から、患者側が警察に相談して刑事告訴に至る、というものが少なくないと言われている。つまり、刑事告訴という方法が、医療機関の対応に不信感を抱いた患者側にとっての1つの手段として用いられているのである。

そして、これに加えて、薬剤取違えについての都立広尾病院事件に関する最高裁判例(最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁)<sup>24)</sup>が出たことによって捜査の端緒として注目されているのが、医師法21条の異状死体の届出義務による届出である。最高裁は、同判決において「本件届出義務は、警察官が犯罪捜査の端緒を得ることを容易にする」と正面から述べている。異状死体の届出義務を課すことについては、憲法38条1項の自己負罪拒否特権(黙秘権)を侵害するという主張もあるが、最高裁は、「医師が、同義務の履行により、捜査機関に対し自己の犯罪が発覚する端緒を与えることにもなり得るなどの点で、一定の不利益を負う可能性があっても、それは、医師免許に付随する合理的根拠のある負担として許容される」として、憲法38条1項に違反しないとしている。なお、医師法21条については、異状死の意味内容をめぐって様々な議論が展開されており、未だ一致を見ていない。

また、捜査の端緒としては、様々な経緯がきっかけとなっている各種のマスコミ報道やインターネットによる匿名での情報提供や、福島県立大野病院事件のように、外部の専門家によって構成される県の医療事故調査委員会の報告書というケースもあり得る。

### 2 対物的捜査

犯罪捜査における対物的な捜査手段としては、任意捜査の例として、任意提出された物の領置(刑事訴訟法221条)や実況見分、特別の専門知識を必要とする場合の鑑定嘱託(刑事訴訟法223条1項)等があり、強制捜査としては、搜索・差押えや検証(刑事訴訟法218条1項)が典型例である。

刑事医療事件においては、医療機関から各種の医療記録が捜査機関に任意提出されそれが領置される、ということが多いようであるが、それが真に任意に行われている限りは捜査方法としては特段の問題はない。従って、ここでは、強制捜査において問

題となり得る点を指摘しておくに止める。

なお、民事医療事件においては、主張・立証責任を負担する患者側にはもとより強制的に資料を入手する権限はないが、刑事医療事件においては、起訴して立証責任を負担する検察官側は、捜査段階において強制的な捜査権限を有している、という違いがある。

#### ① 搜索差押許可状の記載事項

医療事件における証拠としては、診療録(カルテ)・検査記録・手術記録・看護記録等の各種の医療記録(これらを総称したものを「カルテ」と呼ぶことも多い。)が重要であり、入院や手術を伴う医療行為については、これらの資料が相当の大部になることもある。ただ、捜査機関としては、どのような医療記録がどの程度あるのかを事前に正確に知ることはできない。刑事医療事件に限らず、多くの関係資料が証拠となり得るような刑事事件(例えば、贈収賄事件、経済事犯等)においては、搜索・差押えという強制捜査手段を犯罪捜査の初期の段階で行うことが極めて有用であることは否定できない。

ここで問題となるのは、差押対象物の特定ということであるが、これについては、地方公務員法違反事件に関する最決昭和33年7月29日刑集12巻12号2776頁が、搜索差押許可状における差押対象物の記載について、「本件許可状に記載された『本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件』とは、『会議議事録、斗争日誌、指令、通達類、連絡文書、報告書、メモ』と記載された具体的な例示に附加されたものであつて、同許可状に記載された地方公務員法違反被疑事件に関係があり、且つ右例示の物件に準じられるような闘争関係の文書、物件を指すことが明らかであるから、同許可状が物の明示に欠くところがあるということもできない。」としているのが参考になる<sup>(25)</sup>。

② 搜索・差押えの執行については、搜索・差押えの執行についての「必要な処分」(刑事訴訟法222条1項・111条1項)や令状の事前呈示(刑事訴訟法222条1項・110条)が問題となり得る。執行時の「必要な処分」や令状の事前呈示については、証拠物の廃棄や隠匿が疑われる類型の事件である覚せい剤事犯のケースに関する最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁が、「警察官らは、被疑者に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、被疑者が宿泊しているホテル客室に対する搜索差押許可状を被疑者在室時に執行することとしたが、搜索差押許可状執行の動きを察知されれば、覚せい剤事犯の前科もある被疑者において、直ちに覚せい剤を洗面所に流すなど短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受けた上、来意を告げることなく、施錠された上記客室のドアをマスターキーで開けて室内に入り、その後直ちに被疑者に搜索差押許可状を呈示して搜索及び差押えを実施したことが認められる。以上のような事実関係の下においては、搜索差

押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑訴法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。また、同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」と述べているが<sup>26)</sup>、刑事医療事件においても、(可能性は少なくなったと言われているが)抽象的には医療記録の改ざんや廃棄等の可能性が否定し得ない以上、ほぼ同様の取扱いが許されることになるであろう。

また、医療行為の記録及び保管の方法として現在では電子カルテが普及しているが<sup>27)</sup>、可視性や可読性がない電磁的記録が証拠である場合には、データの改変や消去への備えが必要となる。この点で、電磁的公正証書原本不実記録・同供用罪事件において、フロッピーディスク108枚等を現場で内容を確認することなく包括的に差し押さえたケースに関する最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁が、「令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。」と述べて包括的な差押えを認めていることが<sup>28)</sup>、医療機関に対する搜索・差押えの執行についても同様に当てはまるであろう。

③犯罪捜査活動として、裁判官の鑑定処分許可状を得て死体を解剖するいわゆる司法解剖が実施されることがある(刑事訴訟法225条1項、168条1項)。司法解剖の実施は、病理解剖と異なり、遺族の同意は不要である。

もっとも、司法解剖結果の詳細は公判請求されない限り明らかにされず、患者側遺族にも簡単な口頭での報告がなされるに止まっているのが実情である。

### 3 对人的捜査

对人的捜査としては、任意の捜査手段として、被疑者取調べ(刑事訴訟法198条1項)や参考人取調べ(刑事訴訟法223条1項)が考えられる。通常の刑事事件においても、最近は、目撃者がいなかったり目撃者の協力を得られなかったりということが少なくな

く、被疑者取調べの有用性が言われている。

医療事件においては、医療行為の対象は生身の人間であり、そこで行われている医療行為の経過や患者の様子の変化等は、全て逐一正確に医療記録に反映され保存され得るものではない。実際に医療行為に携わった関係者(医師や看護師等)からの事情聴取、すなわち取調べが非常に重要であることは疑いを容れない。従って、取調べの適正性の確保や可視化が図られる必要性は非常に高い。取調べの場所や時間帯について配慮すると共に、警察署に同行を求めて取調べを行う際には、供述の任意性が十分に確保される必要がある。また、通常の刑事事件と異なり、被疑者や参考人の供述内容は高度の専門性を含んでいるので、供述内容が調書に正しく記載されていることが十分に確認されなければならない。取調べ捜査官の誘導や誤導がなされないようにする必要もある。他方で、専門性が高く取調べに時間を要するからといって、長時間にわたる取調べにならないように配慮する必要がある。仮に被疑者であるとしても、警察の取調べには一般的に不慣れであり、法的責任とは関係なく患者(遺族)に申し訳なさを感じていることが多いと思われる医師(あるいはその他の医療従事者)に対する取調べであることへの留意が必要である。

对人的捜査として強制的に行われる捜査手段としては、逮捕や勾留という身体の拘束がある。福島県立大野病院の産婦人科医師が逮捕されたというケースは記憶に新しいところであるが、逮捕の実体要件としては、①「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(刑事訴訟法199条1項)と、②逮捕の必要性としての被疑者の逃亡のおそれ又は罪証隠滅のおそれ(刑事訴訟規則143条の3)が必要である。

もともと、医療事件において、医師その他の医療従事者について、①「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無を判断することは極めて難しい。死亡や後遺症という悪い結果が発生したことをもって、直ちにこの要件を肯定することはできない。刑事医療事件の代表例である業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)の要件である①業務上の注意義務違反及び②死傷結果との因果関係のいずれも、その有無の判断は非常に困難であり、民事事件においてすらその判断をめぐっては専門的な知見を基に相当の長期間にわたって審理が続けられるのであるから、民事よりもさらに要件としてのハードルが高いと考えられる①刑事上の過失や②因果関係(死傷結果の医療行為への客観的帰責)の客観的な存在可能性を捜査の初期の段階で肯定できる場合は極めて限られてくる。加えて、逮捕の必要性について言えば、医師を初めとする医療従事者に逃亡のおそれを肯定できる場合は少ないであろうことや、罪証隠滅のおそれがあるというのであれば、搜索・差押えにより医療記録を確保すればよいのではな

いか、という点を指摘し得るであろう。

#### 4 弁護人の立場

医療事件が刑事事件として取り扱われ、捜査の対象とされる場合(捜査の可能性がある場合を含む。)には、相談を受けた弁護人の役割も重要である。

弁護人は、弁護人の選任を行ったその特定の被疑者(起訴されれば被告人)のために活動を行うべき立場にあるが、弁護人として選任されるきっかけが、被疑者である医師や医療従事者個人からの要請でなく、所属している医療機関からの相談や依頼等であった場合には、被疑者である医師等本人と所属する医療機関及びその他の医師等との間の利害関係に注意を要する。チーム医療が一般となっている現在の医療状況からすれば、特に注意すべき点であろう。当該医師等の就業(休職等)をめぐる問題やマスク対応もある。言うまでもないが、弁護士の職業倫理の問題である。

### V 起訴

#### 1 訴追裁量と略式命令請求

我が国では起訴便宜主義が採用されており(刑事訴訟法248条)、検察官による具体的妥当性を踏まえた適正な訴追裁量権の行使が期待されている<sup>(29)</sup>。ただ、従来は医療事件について起訴されること自体が少なく、不起訴になった実質的な理由が、嫌疑不十分(証拠不十分)であるのか、それとも起訴猶予(訴追裁量権の行使)であるのか、必ずしも明確でなかったと言えるであろう。告訴人に対する処分結果の通知(刑事訴訟法260条)や不起訴理由の告知(刑事訴訟法261条)の制度のみによっては、告訴を行った被害者(遺族)に対する実質的な情報提供としては不十分であろう。また、そもそも、医療事件については、検察官の事件処理(終局処分)に至るまでの時間に非常に長期間を要している。従って、医療事件について刑事告訴を行うことは、現実には必ずしも有効な方法とはなっていない。

刑事医療事件としての業務上過失致死傷罪については、嫌疑不十分(証拠不十分)と起訴猶予処分の明確な区別は実はほとんど不可能であると言ってもよい。他の多くの刑法犯については、嫌疑不十分(証拠不十分)であることと、例えば被害弁償がなされていること等の諸事情による起訴猶予処分との違いを一応は明確にし得るのとは、状況が大きく異なっている。もっとも、刑事医療事件においても、捜査機関は民事上の解決の帰趨には関心を持っており、民事での被害回復(損害賠償金の支払い等による示談成立)や医療機関側からの謝罪がなされていること等の諸事情を、犯罪捜査や起訴・



不起訴の判断に当たって考慮しているようである。

医療行為について刑事責任を追及する傾向が次第に増えつつあるとはいえ、略式命令請求事件(刑事訴訟法461条以下)が増えているのが実情である。略式手続によることについて異議がないことを前提に100万円以下の罰金又は科料の刑が科される<sup>(30)</sup>。刑事罰が科されるとはいえ、この場合の刑事罰の感銘力はやや疑問であり、そもそも刑事責任の対象となる行為の実質的な解明も十分には行われない。刑事制裁のあり方や意義にも関わるが、医療事件に対する刑事制裁の役割という問題でもある。

## 2 誰を起訴するのか

訴追裁量権の問題でもあるが、問題となる医療行為に関わった者の内、一体誰を(誰と誰を)起訴するのか(起訴しないのか)、という問題がある<sup>(31)</sup>。現在の医療行為、とりわけ医療過誤の発生可能性を含んでいる高度の先端的医療分野においては、チーム医療が一般的である。そこでは、医師だけでなく、看護師や検査技師その他の医療従事者を含めて数多くの行為者が様々や役割を持って関わっている。そして、医療チームの中心をなす医師についてだけ見ても、主治医だけでなく、指導医、主治医と共に医療行為に当たる研修医の存在、手術に関わる麻酔医、さらに拮げると、緊急時の初期対応を行った当直医等、実に様々な立場で数多くの者が関与している。民事責任の追及であれば、当該医療行為を行った医療機関の設置主体である法人を相手方(被告)とすればよいが、刑事責任の追及は、法人の責任を追及し得る両罰規定がない限り、特定の個人を相手(被告人)とせざるを得ず、特定の者の特定の過失行為を明らかにする必要がある。

医療行為に対する刑事責任追及の代表的な犯罪類型は業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)であるが、刑事手続を進めるに当たっても、同罪の实体刑法上の要件に関する諸議論を踏まえる必要がある。後に述べる過失の主張・立証についても問題となるが、チーム医療をめぐる刑法解釈論上の問題点として、信頼の原則や監督過失という考え方があり、これが個々の医師の(業務上の)過失責任の成否に影響を与え、従って、結果として訴追裁量権の行使に影響することになる。

また、誰を起訴して誰を起訴しないのかという判断は、当該事件における刑事責任追及に当たっての立証政策的な諸要素(被告人か証人かという刑事訴訟手続上の役割の違いによる立証政策上の考慮)のみならず、社会的な影響等の考慮という要素を含んでいることは否めない。

### 3 不起訴に対する検察審査会の議決

不当な不起訴に対する抑制手段の1つとして、検察審査会の制度がある。もともと、従来は検察審査会の議決には拘束力がなかったため、その役割に対する期待は大きくなかったが、今般の一連の刑事司法制度改革に伴う法律改正により、再度の審査における検察審査員8人以上の多数による起訴すべき旨の議決に拘束力が与えられることになった(検察審査会法41条の6以下)<sup>32)</sup>。これによって、制度上、例えば社会的に大きな注目を浴びるような事件であれば、当該事件の外形的な側面や一般人の関心に引きづられて起訴すべきであるという議決がなされ、起訴されることもあり得ることになる。改正された検察審査会制度の具体的な動きに注目していきたい。

### 4 起訴状の訴因の記載

起訴に際しては、起訴状における公訴事實は「訴因を明示してこれを記載しなければならない。」とされ、「訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定」することが求められている(刑事訴訟法256条3項)。

民事訴訟においては、訴状提出の段階ではある程度の幅を含んだ事実の記載や複数の考え得る過失を並列して記載することが一般的に行われている。また、先端的医療行為が問題となる事案については、説明義務違反が過失の1つとして合わせて記載されることが少なくないが、これは、実質的には後の損害賠償金に向けてのものである。そして、争点及び証拠の整理手続である弁論準備手続において、医療機関側から医療行為の詳細な経過が医療記録と合わせて示され、当事者及び裁判所の間で争点を段階的に整理していく中で、問題となり得る過失行為が次第に限定され特定されていく。ただ、訴訟の相手方、つまり損害賠償という金銭賠償請求の相手方である被告は医療機関の開設者である法人であるので(なお、個人開業医の場合には、当該医師個人が被告となる)、当該医療機関の「一連の医療行為全体についての過失」という側面は否定できず、従って、過失の構成や記載が必ずしも厳格に特定されているとは言えない。そしてさらに言えば、民事の医療事件は、過失が肯定されるような場合、つまり損害賠償請求が多少なりとも認められる可能性が高い事案は和解によって解決されることが多いので、和解条項中で仮に過失内容が示される場合であっても(これが示されない事案の方が多いと思われる)、その内容は、抽象的で曖昧な記載に止まり、金額(名目は、損害賠償金であったり和解金や解決金であったり、様々である)の大小によって、被告である医療機関側の過失責任の大小を推し量ることになる。また、和解条項の中で、医療機関側が非公表条項を求めてくることも少なくなく、事案の解明と紛争解決

内容の詳細が明らかにされないことは少なくない。

これに対して、刑事責任の追及はもっぱら国家が運営する刑事訴訟手続という厳格な手続を通して行うことだけが予定されている。そこでは、厳格な証拠ルールの下、訴因事実について「合理的な疑いを容れない(合理的な疑いを超える)程度の証明」がなされたとの心証が裁判所によって形成されて、初めて起訴された特定の被告人に一定の刑事責任(例えば、禁錮〇年執行猶予△年)が科されるのである。従って、起訴状における訴因の記載も事実を具体的に特定して行う必要がある。

業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)のような過失犯における訴因の記載(訴因の特定の程度)は、①注意義務が発生する根拠となる具体的な事実、②注意義務の内容、③注意義務に違反する事実、によって構成されと考えられるが(防御権説)<sup>33)</sup>、これらのいずれについても、刑事医療事件には、他の過失犯には見られない記載の困難性がある。また、訴因による事実の記載の内容や程度によっては、予断排除の原則に抵触することにもなり得る。個々の刑事医療事件の起訴において、どの程度の公訴事実の記載(訴因の特定)が求められるのかは、今後の個別事例の集積を待つことになるであろう。さらに、これまで実務上はあまり活用されてこなかった訴因の予備的又は択一的な記載という方法(刑事訴訟法256条5項)<sup>34)</sup>も、今後は医療事件においては積極的に検討されてよいであろう。

## VI 起訴後の手続

### 1 公判前整理手続

刑事訴訟法は、平成16年の法律改正により、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため必要があるときと認めるときは…第1回公判期日前に…事件の争点及び証拠を整理するための公判準備」としての「公判前整理手続」の制度を設けた(刑事訴訟法316条の2以下。さらに同様の制度として、期日間整理手続(刑事訴訟法316条の28)も設けられた)。この制度によって、公判での充実した審理を行うことが期待され、公判前整理手続においては、公判で主張を予定する事実を明らかにし、証拠調べ請求を行い、証拠開示も十分に行われることが想定されている。ちなみに、平成21年5月に開始する裁判員が参加する裁判においては、公判前整理手続は必要的である。

これまで公判前整理手続が行われてきた事案は、多くの争点や証拠が存在する重大事件が多かったが、医療事件についても大いにその利用が考えられるべきであり<sup>35)</sup>、その中で、運用上の工夫も考えられていくことになるであろう。

公判前整理手続は、事件の争点と証拠を公判前にあらかじめ明らかにしておき、公

判における審理計画を事前に立てておくというものであるが、このような制度趣旨は、民事訴訟手続における争点及び証拠の整理手続と共通している。そして、既に述べたように、民事の医療事件においては、第1回口頭弁論期日が開かれた後は直ちに争点及び証拠の整理手続である弁論準備手続が開かれ、事件の終結に至るまでの裁判所手続の中心となっている。

従って、過失の構成や特定、さらには因果関係等、多くの専門的で複雑な主張・立証事項が予想される刑事医療事件においても公判前整理手続の活用が行われるべきであり、実際にもそのように運用されつつあるようである。その中で刑事医療事件特有の問題点が生じ、また、運用上の工夫や改善が生まれてくるであろう。民事事件においては、パソコンソフトを利用したデータ(診療経過一覧表や主張要約書面等)を期日外に当事者双方と裁判所の三者間でやり取りすることによって充実した争点整理が行われているが、これらは刑事医療事件においても参考になる。

## 2 立証の対象事項

刑事医療事件の代表的な犯罪類型である業務上過失致死傷罪(刑法211条1項前段)においては、具体的な医療行為の経過を踏まえた上での、①(業務上の)過失つまり注意義務違反と②過失行為と結果との因果関係が主な立証対象である。これらの実体刑法上の要件、つまり立証の対象事項について、刑事法上の問題となり得る点をいくつかあげてみたい。

①過失つまり注意義務違反については、民事よりも刑事の方がより高いハードルが求められるべきである。そして、過失(注意義務違反)の理解の仕方については、結果予見義務違反に重点をおくのか(旧過失論)、結果回避義務違反に重点をおくのか(新過失論)、という議論があるが、いずれにしても、結果の予見可能性が前提として備わっていなければならないと考えられている<sup>(36)</sup>。もっとも、医療事件においては、この予見可能性の「具体性」としてどの程度のものが求められるべきかは困難な問題である。医学の進歩に伴い高度の先端的な医療行為が次々と生まれているが、それは同時に避けることができない(あるいは、避けることが著しく困難な)合併症の可能性を常に含んでおり、医師がそれを事前に予見し得た(予見していた)ことを強調することは、過失責任の拡大につながり得る。他方で、許された危険の法理による過失責任の限定化という考え方がある。また、高度の先端的な医療行為に限らず、臨床現場で日常一般的に行われている「医療慣行」と「あるべき医療水準」との違いを「刑事上の過失」としてどのように考えていくのかという

また、過失犯の成否に影響を与える要素として、信頼の原則や監督過失(安全体制確立義務違反を含む。)という考え方があり、当該のチーム医療において、他者の役割ないし行為を信頼できる基盤が備わっていたといえるのか、それとも他者の役割ないし行為を監督すべき義務を果たしていなかったのではないかと、ということを検討する必要がある。さらには、「共同の注意義務に共同して違反した」場合に過失犯の共同正犯を認めてよいという見解が裁判例や学説においては有力であるが<sup>39)</sup>、その内容を個々の事案毎に具体的に明らかにしていく作業が求められる。これは、過失犯の共同正犯と過失単独犯の同時犯(過失犯の競合)の限界の問題である。

もともと、最近の因果関係に関する刑事判例の事案の多くは、当初の実行行為(特にその危険性)が比較的明確であるものが多いのに対して<sup>(41)</sup>、刑事医療過誤においては、そもそもどの時点のいかなる行為に過失犯の実行行為を求めてよいのかが判然としないケースが多く予想される。この点、過失の実行行為を全体的に把握しようとする過失併存説<sup>(42)</sup>を採ると、過失行為を具体的に特定した上での因果関係の立証という負担は軽減されるであろうが、刑事責任の問い方としてそれでよいのかという問題がある。

他には、複数の医療従事者が関与する今日の医療現場においては、問題を含んだ医療行為に関わった者がその医療行為の場面から離れた後、残された他の関与者あるいは業務を引き継いだ他の者の過失行為によって具体的な結果が発生するということがあり、この場合には、過失犯(過失の共同正犯)からの離脱という問題にもなり得る<sup>(43)</sup>。さらに、高度の先端性を有する医療行為については、その有用性の反面として危険性を伴っていることが少なくないが、事前の説明によって患者がどの程度理解して納得の上で当該医療行為を選択したのかについて、危険の引受け(あるいは、過失犯における被害者の同意)による違法性の減少ないし阻却という問題もあろう<sup>(44)</sup>。

### 3 立証方法(証拠法)

それでは、2で述べた過失行為(さらには、因果関係その他の実体刑法上の諸要件)を具体的に立証する手段(証拠)として、どのようなものが考えられ、刑事訴訟法の証拠法則との関係ではどのような点が問題となるのであろうか。今後、公判請求される刑事事件が増えてくれば、検察官・弁護人の双方(さらに、裁判所)にとって、実務的にも重要な問題となり、これが延いては起訴するか否か(さらには公判請求か略式命令請求か)、そして、その前提としての捜査活動のあり方に影響を与えることになる。

過失や因果関係の立証に当たって、前提として、具体的な医療行為の経過(「検査→診断→治療→その後の経過」という一連の医療行為の経過全般)を明らかにする必要がある。そのための証拠方法として最初に考えられるのは証拠書類(書証)であり、患者の具体的な容態ないし症状、バイタルサイン、各種の検査結果、そして患者に対して具体的に行った医療行為(手術等の侵襲行為)やその後の状況(結果)等が逐一詳細に記載された各種の医療記録(いわゆるカルテ類)が最重要の証拠である。これらは書面の記載内容が問題となる伝聞証拠であるが、刑事訴訟法326条1項の同意が得られれば端的に証拠能力が与えられる。仮に同意が得られなくても、医師が作成する診療録(カルテ)の原本は刑事訴訟法323条2号の「業務の通常の過程において作成された書面」に該当し(なお、診療録(カルテ)の写しは同条3号の書面に該当する)、それ以外の医療記録は(性格や内容にもよるであろうが)同条3号の「特に信用すべき状況の下に作成された書面」、あるいは刑事訴訟法321条4項の鑑定書に準じる(準用)として、証拠能力を認めることが可能である。もっとも、患者の状態や医療行為について記載されたその他の書面、例えば患者本人や付き添っていた患者家族が経過を記載したノートや医師や看護師の報告書等は、当事者間で同意が得られない限り、刑事訴訟法321条1項3号の厳格な要件を充たして初めて証拠能力が認められることになるであろう。患者や家族の手術同意書については、心の状態を述べた供述であるので伝聞法則の適用がないと説明することが可能であろうが、なお検討を要する。

そして、これらの医療行為をめぐる一連の経過を踏まえて、過失(注意義務違反)や因果関係という規範的な要件を明らかにしていく必要があるが、そのために必要不可欠であるのが専門性の高い医学的な知見を明らかにする医学文献である。民事医療事件においては、過失つまり医療水準をめぐる多数の医学文献が原告・被告の双方から証拠として提出されるが、刑事事件においても同様に立証手段として重要なはずである。ところが、刑事訴訟手続においては書面の証拠能力を原則として認めないという伝聞法則(刑事訴訟法320条1項)による制約があり、相手方当事者が同意しなけれ

ば、有用な医学文献を証拠として提出することができなくなってしまう。これは検察側に限ったことでなく、弁護人が過失を争う際に医学文献を証拠として提出する際にも同様に問題となる。たとえ、捜査機関から嘱託を受けた鑑定受託者(刑事訴訟法223条1項)作成の鑑定書や私的な鑑定意見書について刑事訴訟法321条4項の準用が認められたとしても<sup>(45)</sup>、医学文献の提出が阻まれるのであれば、裁判所にとって、当該具体的な事案の判断に必要な医学的な知見や医療水準が十分には明らかにされないことになる。当事者としては、鑑定書や鑑定意見書の添付資料として医学文献の一部を付ける方法によって対応することになるであろう。

他にも、被告人の供述録取書(刑事訴訟法322条1項)の「その供述が被告人に不利益な事実の承認を内容とするものであるとき」や「特に信用すべき状況の下にされたものであるとき」、検察官面前調書(刑事訴訟法321条1項2号)の「前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述」や「前の供述を信用すべき特別の状況の存するとき」の具体的な判断等が、時として困難な問題となるであろう。

刑事事件全般において實際上大きな役割を果たしている自白についても、いくつかの問題点を指摘できる。業務上過失致死傷罪の構成要件要素であり要証事実である過失は、事実と高度の規範的評価が不可分一体である。被告人である医師の自白の有無、さらに自白の任意性や信用性については、通常の刑事事件と異なり、刑事医療事件特有の慎重な判断が求められる。そして、自白の補強法則(憲法38条3項、刑事訴訟法319条2項)に関する諸問題や、チーム医療における他の医師や看護師のようないわば共犯者の供述の取扱いをめぐる諸問題についても検討される必要がある。

また、証拠書類(書証)に限らず、証人尋問や被告人質問においては、高度の専門性を備えた人証に対する尋問ないし質問の工夫、さらに、先端的で危険性をはらんだ医療行為によって重大な結果が発生した場合の事前説明の方法や説明内容に関する立証活動等、医療事件特有の場面を想定しうる。

#### 4 鑑定

医療事件が有している高度の専門性に対処するために、裁判所が専門家に鑑定を命じることが考えられる(刑事訴訟法165条)。

民事医療事件においては、以前は鑑定が非常に多用されていたが(これが医療裁判の著しい長期化の大きな要因であった)、医療事件集中部が発足し審理方式の工夫がなされるのに従い、鑑定実施率は非常に低くなっている。そして、仮に鑑定を実施するとなっても、例えば東京地方裁判所においては、簡易な方法として口頭でのカンファレ

ンス鑑定の方式が採用されている。具体的には、東京都内の13の大学病院から選ばれた3名の鑑定人は、事前に簡単な意見書を裁判所に提出し、それを踏まえながら、裁判所の法廷において口頭で意見を述べ合い議論し、裁判所や当事者(代理人)からの質問に答える、という方法が行われている。費用も従来の本格的な鑑定よりは低額である。

民事医療事件において鑑定があまり行われなくなっており、実施する場合にも簡易な方法が用いられているというのは、手続の制度目的や紛争解決方法としての役割と無縁ではないであろう。争点及び証拠の整理手続としての弁論準備手続において、当事者主導で事案の解明や資料の開示が徹底的に行われ、医療機関が有責であるとの心証が形成された場合にも判決ではなく和解による解決が積極的に図られ、判決(金額の支払い)を超えた紛争解決がもたらされる、という形で当事者間の利益を調整する民事の紛争解決機能がそこにある。

これに対して、刑事手続は、犯罪が成立した場合に当該犯罪行為者に対して国家が国家権力の発動として否定的な評価を表明し合法的に制裁を加えるものであるから、国家が営む厳格な手続の中で厳格な証拠法則に従って厳正に誤りなく判断されなければならない、という特徴を有する。とすれば、裁判所が最終的な判断を行うに当たって鑑定を実施することの意義は、依然として少なくないであろう。

もっとも、刑事事件においても、中立性を備えた適正な専門家による適正で迅速な鑑定の実施が求められることは言うまでもないので、鑑定人の選任方法、鑑定事項、具体的な鑑定実施方法等について、民事医療事件において実施されている方法を参考にしながら、改善や工夫(必要があれば、法律改正や新たな立法)を行っていく必要があるであろう。そして、刑事においては、前提とすべき事実関係や、鑑定資料の範囲(証拠能力を有しない資料の取扱い)について、民事とは異なった厳格な考慮が必要である。

## VII 有罪判決

### 1 証明の程度

犯罪事実、つまり起訴した訴因事実について、検察官は「合理的な疑いを超える(容れない)程度の証明」を果たさなければならない。これは従来から一般的に承認されてきた考え方であるが、最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁は、「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要である。ここに合理的な疑いを差し挟む余地がないというのは、反対事実が存在する疑いを全く残さない場合をいうものではなく、抽象的な可能性としては反対事実が存在するとの疑いをいれる余地があっても、健全な社会常識に照らして、その疑いに合



理性がないと一般的に判断される場合には、有罪認定を可能とする趣旨である。そして、このことは、直接証拠によって事実認定をすべき場合と、状況証拠によって事実認定をすべき場合とで、何ら異なるところはないというべきである。」と述べて、その内容をさらに明らかにした<sup>(46)</sup>。

もっとも、刑事医療事件においては、具体的な医療行為の経過を踏まえた上で、それが民事責任における医療水準に対する不足の程度よりも一層大きく逸脱していることが「合理的な疑いを差し挟む余地のない程度」に立証されなければならない、抽象的な言い方をすれば、有罪判決に至るのは極めて限られてくるであろう。

このことは、同一事件について、民事訴訟手続上は請求認容判決又は(勝訴的な)和解によって終了したとしても(医療機関が何らかの意味で有責とされたとしても)、刑事裁判所の判決としては、起訴された被告人について「犯罪の証明がないとき」として「無罪」ということになる(刑事訴訟法336条)。もっとも、真相の究明という点では、刑事訴訟手続を経たことが患者側にとって一定の効果を持つことはあり得る。

## 2 罪となるべき事実の記載

1と関係するが、有罪判決を言い渡す際の「罪となるべき事実」の認定及び記載(刑事訴訟法335条1項)について、概括的認定や択一的認定が許されるのかという議論がある。

概括的認定とは、同一の構成要件内における事実の認定について、日時や行為態様等に幅があったとしても、特定の構成要件に該当する事実の存在が合理的な疑いを超える(容れない)程度に立証されていれば、幅のある認定を行うことは許される、という考え方であり、判例によっても認められている<sup>(47)</sup>。

医療事件においては、医療行為の具体的な経過を逐一明らかにすることには限界があるので、このような概括的認定による有罪判決も十分に考え得るし、許容されてよい。

他方、択一的認定とは、一般的には異なる構成要件間での択一的な事実の認定を意味し、多数説によると、「合理的な疑いを超える(容れない)程度の証明」や「疑わしきは被告人の利益に」という刑事裁判上の基本原則に違反する等を理由に、否定的に考えられている<sup>(48)</sup>。

もっとも、択一的認定の1つの類型である「単独犯か共同正犯か」というケースについては最近の下級審裁判例の考え方が分かれており、ここで詳述することはできないが、複数の関与者が存在する刑事医療事件においても、i「単独犯又は共同正犯」(但し、量刑は軽い共同正犯の事実を基礎とする)、ii(他に刑事責任を負担する関与者がいるという意味で被告人に有利な)「共同正犯」、あるいは、iii(明らかに証明された範囲

での)「単独正犯」、という3種類の形の「罪となるべき事実」の認定が考えられる<sup>(49)</sup>。

### 3 量刑と量刑理由

医療事件が刑事事件として起訴された事案が従来は必ずしも多くなく、しかも、公判請求でなく略式命令請求事件が多いということから、刑事医療事件の量刑のあり方や量刑理由についての検討は、これまで十分には行われてこなかったようである。

今後は、公判請求された事件についての有罪判決中の量刑理由の記載内容を通して、刑事医療事件についての具体的な量刑の動向やあるべき量刑についての検討が行われることが期待される。その中で、例えばカルテ類の改ざんや廃棄処分、そこまでいかなくとも医療機関側の事後の対応の著しい不誠実さ、あるいは、捜査活動が適正なものであったのか、逮捕・勾留という強制捜査に及んだことの妥当性等の諸事情がどのように具体的な量刑資料として考慮されているのかが問題となるであろう。民事医療事件においては、医療事故後の諸事情を損害賠償金額の算定に当たって考慮に入れることが裁判例においても認められている<sup>(50)</sup>。

## VIII 医療事件における刑事訴訟手続の役割

### 1 刑事訴訟手続の目的と医療事件

刑事訴訟手続は、刑罰法令を適正迅速に適用実現するところに目的があり(刑事訴訟法1条参照)、それ以上のものではない。そして、刑法を代表とする刑罰法令によって「法的効果として予定されている刑事罰」の目的をめぐっては、刑事法学ないし刑罰理論の根本に関わる問題として、これまで様々な議論がなされてきたが、現在では、少なくとも「国民生活の安全やよりよき社会の実現に向けての1つの手段である」という目的的な要素を否定することはできないであろう。犯罪行為者を処罰することもあくまでも1つの手段として考えられるのである。

医療事件とりわけ医療過誤事件に現実接してみると、被害者(患者本人や遺族)が望んでいることは、原状回復という実現不可能な希望を別にしても、真実を知りたい、間違いがあったのであれば謝罪してもらいたい、同様の被害が今後は出ないようにして欲しい、ということが非常に多い。民事上の損害賠償(金銭賠償)、さらには医師を刑事処罰するということは、必ずしも医療事件の被害者側が真に希望していることの最上位にくるものではない。ちなみに、アメリカ合衆国では、医療過誤は原則として刑事事件にはならないとされているようである<sup>(51)</sup>。

つまり、他の多くの社会的な事件ないし紛争に比較すると、医療事件においては、

事件当事者と法的制裁とのミスマッチの度合いが少なくない。従って、医療事件を法的に解決することには、その対象が高度の専門性を有していることも相俟って、手続法上も数多くの問題点や困難な点が存在することは、むしろ当然であるとも言える。民事医療事件において、医療事件集中部を創設し運用上の工夫を図ってきたことや、専門訴訟対応ということで民事訴訟法の改正が行われてきたこと等は、ミスマッチを小さくしていくための手段であった。

従って、これまで行われてきた刑事訴訟手続が具体的な刑事医療事件を前にしたときに、数多くの不都合な点や問題点が露見したとしても全く不思議ではなく、大切なことは、それらの問題点を正面から受け止め、運用の工夫で対応できるものなのか、それとも何らかの法律改正や新たな立法が必要であるのか、を具体的に検討しようとする姿勢であろう。もとより、対象事項の専門性や特殊性から、捜査ないし検察官の事件処理の著しい長期化のように、解決が困難な問題もある。

本稿は、内容的にも検討の深さにおいても不十分なものであろうが、このような問題意識を有しながら、想定される刑事訴訟手続上の問題点の指摘と若干の解決の方策を示してみようと試みたものである。

## 2 医療安全調査委員会その他の制度、行政処分との関係

近年の医療事件の表面化や社会的関心という状況、特に、都立広尾病院の薬剤取違え事件を契機として、医療行為によって患者が死亡した場合にその原因を究明し再発を防止するための新しいシステムである「医療安全調査委員会(仮称)」の設置が検討され、法案化へ向けて作業が進められていることに代表される新しい動きがある。

「医療安全調査委員会(仮称)」制度の概略は、医療事故死が起きた場合に、遺族又は病院から第三者機関である「医療安全調査委員会」に死亡が届けられると、調査チームが当該事案の調査及び検討を行い、その結果を公表すると共に、医療機関の行為に悪質性があつた場合には捜査機関への通知を行う、というものである<sup>(52)</sup>。医療機関から医療安全調査委員会への届出義務の範囲(医師法21条との関係を含む。)や、調査チームの構成メンバーのあり方等、さらに検討を要する点はあるものの、医療事件に対処する1つの有力な手段である。

他にも、産科医療についての無過失補償制度の具体化等、法的手続以外の新しい諸制度の動向にも注目していきたい。

また、医療事件を起こした医業従事者に対する法的な処分として、民事の損害賠償責任や刑事処罰の他に、行政処分が存在する。医師法7条2項は、同法4条各号の事由

(例として、3号「罰金以上の刑に処せられた者」)に該当した場合には、厚生労働大臣によって免許の取消しや3年以内の医業の停止等の処分を行うことができることを規定している。もっとも、従来はこのような行政処分は残念ながらそれほど機能していなかったようであるが、今後は、民事や刑事の処分とは別に(従って、民事や刑事の処分に追従することなく)、医師法1条の「医師は、医療及び保健指導を掌ることによつて公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする。」を踏まえた適正な処分が期待される。

## IX おわりに

本稿は、近時、法律実務上のみならず社会的にも関心を集めている医療事件について、従来行われてきた民事責任の追及に止まらず、刑事責任が問われるケースが増えつつある(今後、さらに増えていく可能性がある)という状況、それも、行為の違法性や医療行為者の過失が必ずしも明確でないケースが刑事事件として登場しつつあるという状況を踏まえて、これまで正面から取り上げられることが少なかった刑事手続上の問題点を素描しようとするものである。

医療事件であっても、刑事事件として事件処理が行われ手続が進められるからには、我が国の実定法が定める厳格な刑事手続に則って手続が進められるのは当然のことである。ただ、対象である事件の性質ないし特殊性に照らすと、現行の刑事手続が医療事件に対して果たして相応しい手続と言えるのか、運用や法律改正による改善・工夫が求められるのではないか、という感を全く否定することはできない。民事の手続においても、医療事件については、この数余年の間に相当な変化がもたらされた。従って、刑事の手続についても、事件数の増加に伴い、手続上の工夫や変化が予想される。そこでは、「手続の対象である医療事件に対する刑事処罰の関わり方(あり方)」という根本的な問題も、合わせて検討される必要がある。事件の中味が手続のあり方に影響を及ぼすことは否定できないからである。そして、医療事件が刑事事件化することに対する医療界からの反発、それに由来すると言われる萎縮医療や医療危機という現象や、第三者機関である「医療安全調査委員会(仮称)」制度の創設に向けた動き等を見ると、「医療事件に対する刑事処罰の関わり方(あり方)」という問題については、現状の刑事手続の発動に積極的であればよいと軽々に言うことはできない。

ただ、現実には、捜査機関や刑事司法さらには医療事件の被害者が医療事件に対して刑事手続を積極的に活用しようとする傾向がそれなりに見られる以上は、取り敢えずは、現行の刑事手続上生じ得る問題点について、一通りの問題点の指摘を行っておく

ことは必要であろう。そこで、これまで医療事件に代理人弁護士として多少なりとも関わってきた経験を踏まえながら、刑事手続の流れに沿って、代表的な問題点についていくつかの指摘と若干の検討を行ってみた。

もとより、本稿の内容は、刑事手続上の問題点の指摘や分析・検討において、項目の面でも内容の面でも不十分かつ拙いものであり、私自身の誤解があるかもしれないが、今後さらに登場してくるであろう具体的な刑事医療事件の動向にも目を向けながら、引き続き検討を行っていきたいと考えている。また、社会や制度の違いがあるとしても、「人間の生命・身体と医療の関わりから生じた事態」という万国に共通する問題であるので、比較法的な検討を行うことにも大きな意義がある。そして、常に忘れてはならない重要な視点は、医療を利用する国民全体((潜在的な)患者のみならず医療従事者も含まれる。)の利益ということである。

---

**【註】**(1) 最高裁判所がホームページにより公表する毎年の医事関係訴訟統計によると、平成9年の新受件数(提訴件数)が597件であったのに対して、平成19年は944件であり、ピークは平成16年の1110件である。

(2) 医事関係訴訟の審理について医療事件集中部の裁判官が詳細な解説を行ったものとして、佐々木茂美『〔新版〕医事関係訴訟の実務』(平成17年)。

(3) 患者側代理人弁護士が医療過誤事件に取り組む際に直面する困難性を示すものとして一般的に言われている事柄である。加藤良夫＝増田聖子『患者側弁護士のための実践医療過誤訴訟』(平成16年)4頁以下。

(4) 言葉がやや過度に先行している面があるが、医師がリスクを抱えた医療行為を控えたり産婦人科医の減少により出産に支障が出ていること等が、マスコミ報道や各種の特集記事等によって大きく取り上げられている。

(5) 最近の刑事医療過誤事件全般について詳細な分析・検討を行った大著として、飯田英男『刑事医療過誤Ⅱ〔増補版〕』(平成19年)があり、本稿も大きな示唆を受けた。なお、医療関係事件の中心となるのは言うまでもなく医療過誤事件であるが、本来の「医療過誤」とは言い難いものであっても医療に関係する事件として刑事事件の対象となり得る。例えば、患者の同意なしに行われる専断的治療行為がある。

(6) 福島県立大野病院事件。福島地裁は、平成20年8月20日の判決において、産婦人科医師の業務上過失致死及び医師法違反について無罪とし、検察側の控訴断念により、確定した。同判決については、医療判例解説2008年10月号8頁以下。

(7) 医療機関側の弁護士の立場から問題提起を行ったものとして、第37回日本医事法学会(平成19年11月25日)のシンポジウム「医療事故と刑事責任」における棚瀬慎治の報告「弁護人からみた刑事医療過誤事件」(日本医事法学会『年報医事法学23』(平成20年)111頁以下に所収)。

(8) 医療と刑事法に関するこれまでの研究の歴史をまとめたものとして、甲斐克典「医療と刑法 — 医事刑法の回顧と展望」ジュリスト1348号「特集 刑法典の百年」(平成20年)130頁以下。

(9) ある行為者の具体的な行為が構成要件該当性や違法性を備えているか否かについては、刑事手続の中で、収集された証拠に基づいて次第に内容が明らかにされ、公判手続においては証拠によって認定されることになるので、法解釈論は手続上の諸問題と密接な関係にある。

(10) 刑事責任の内容について本稿で詳論することはできないが、民事責任は私人間の「ヨコの問題」であるのに対して、刑事責任は国家と個人の間の「タテの問題」である。また、犯罪防止のための「最後の手段(ultima ratio)」でもある。

(11) 最高裁判所の前掲(1)の統計によると、平成19年の既済事件の終局区分別の比率は、判決が35.5パーセント、和解が52.2パーセントとなっており、通常事件に比べると和解の比率が高くなっている。原告である患者側は、判決による金銭賠償のみでなく、真相究明や謝罪、再発防止等をも解決内容として期待しており、和解によってこれらを(完全ではないにせよ)実現させることが可能となる。

(12) 自己の事件について証拠を隠滅等しても犯罪にはならないが、医師が医療事故を隠蔽しようとして他の医師や看護師等に記録の書き直し等を指示する場合には、証拠隠滅罪が成立し得る。

(13) 患者の同意なしに行われる専断的治療行為について、多数説は、傷害罪の違法性を阻却しないと考えている。

(14) 構成要件や違法性に関する多くの問題が登場してくる。特に、違法性論については、個人の自己決定権の位置付けや重要性についての理解が大きく影響してくる。

(15) 東京都立広尾病院において、看護師が入院患者に対して誤って消毒液を点滴し患者が死亡した、という事件。最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁は、病院長に対して、医師法21条違反による有罪判決を行った。

(16) このことを改めて確認した最近の判例として、最決平成19年10月16日刑集61巻7号677頁。

(17) 最判昭和57年3月30日判時1039号66頁(高山日赤病院事件)。

(18) 最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁(姫路日赤病院事件)。

(19) 最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁(腰椎麻酔剤ペルカミンS事件)。

(20) 医療水準(論)の内容と展開をまとめたものとして、加藤良夫『実務医事法講義』(平成17年)104頁以下〔上田正和執筆〕。過失論全般について解説したものとして、塩谷國昭＝鈴木利廣＝山下洋一郎『専門訴訟体系 第1巻 医療訴訟』(平成19年)17頁以下〔石井麦生執筆〕。

(21) 最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁。

(22) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁。

(23) 例として、最決平成2年11月20日刑集44巻8号837頁(大阪南港事件)や最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁(高速道路侵入事件)等。これらの判例の状況について、山口厚「因果関係(2)」『刑法の争点』(平成19年)22頁以下。

(24) 本判決に対する一般的な解説として、小川佳樹「異状死体の届出義務と自己負罪拒否特権」『ジュリスト平成16年度重要判例解説』(平成17年)187頁以下。

(25) 本決定に対する一般的な解説として、『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)217頁A3。本決定を前提とするものとして、最判昭和51年11月18日判時837号104頁。

(26) 本決定に対する一般的な解説として、加藤克佳「令状による搜索(2) — 令状呈示前の立入り」『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)50頁以下。

(27) 電子カルテは、中規模以上の医療機関において相当程度に普及している。電子カルテについては、厚生労働省がガイドラインを設けている。

(28) 本決定に対する一般的な解説として、村瀬均「令状による差押え(2) — フロッピーディスクの差押え」『刑事訴訟法判例百選[第八版]』(平成17年)54頁以下。

(29) 訴追裁量権の逸脱(公訴権の濫用)について、最決昭和55年12月17日刑集34巻7号672頁(チッソ川本事件)は、「検察官の裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合のありうることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られるものというべきである。」としている。

(30) 従来は50万円以下の罰金又は科料であったが、平成18年の法律改正によって100万円以下の罰金又は科料とされた。

(31) 刑事医療事件においては、起訴されるか否かの違いは大きいであろう。刑事手続に対応することによる諸々の負担のみならず、起訴に伴う就業への影響(休職その他)もある。また、チーム医療の場合には、起訴された者が他の起訴されなかった関与者の刑事責任まで事実上負わされる可能性を否定できない。看護師の引継ぎ作業についてこの点が問題となり得るものとして、大阪高判平成16年7月7日判例集未登載(京都大学病院エタノール取り違い事件)。

(32) 平成21年5月21日に施行される。

(33) 現在の実務の運用でもある。もっとも、最決昭和63年10月24日刑集42巻8号1079頁は、「過失犯に関し、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実については、たとえそれが公訴事実中に記載されたとしても、訴因としての拘束力が認められるものではないから、右事実が公訴事実中に一旦は記載されながらその後訴因変更の手続を経て撤回されたとしても、被告人の防禦権を不当に侵害するものでない限り、右事実を認定することに違法はないものと解される。」としている。

(34) これまでの実務では、公判での状況に応じて、訴因の追加、撤回又は変更(刑事訴訟法312条1項)による対応が行われてきた。

(35) 平成20年8月20日に無罪判決が出された福島県立大野病院事件においても、公判前整理手続が実施されている。

(36) 具体的予見可能性説が多数説であり、危惧感(不安感)で足りるとする見解は少数である。危惧感説を否定した代表的な裁判例として、札幌高判昭和51年3月18日高刑集29巻1号78頁(北大電気メス事件)。

(37) 民事においては、医療慣行と医療水準は異なることが最高裁によって明らかにされている(前掲(19)判例)。

(38) 不作為と因果関係に関して、最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁は、「直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く(当時13年)、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前2時15分ころから午前4時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。」としている。

(39) 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁。大塚仁『刑法概説(総論)〔第四版〕』(平成20年)296頁、大谷實『刑法講義総論[新版第2版]』(平成19年)417頁。

(40) 前掲(23)の判例参照。山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』(平成20年)8頁、井田良「未遂犯と既遂犯」法学教室337号(平成20年)33頁。

(41) 過失犯に関するものとして、最決昭和63年5月11日刑集42巻5号807頁(柔道整復師事件)は、「被告人の行為は、それ自体が被害者の病状を悪化させ、ひいては死亡の結果をも引き起こしかねない危険性を有していたものである」とし、最決平成4年12月17日刑集46巻9号683頁(スキューバダイビング事件)は、「被告人が、夜間潜水の講習指導中、受講生らの動向に注意することなく不用意に移動して受講生らのそばから離れ、同人らを見失うに至った行為は、それ自体が、指導者らの適切な指示、誘導がなければ事態に適切した措置を講ずることができないおそれがあった被害者をして、海中で空気を使い果たし、ひいては適切な措置を講ずることもできないままに、でき死させる結果を引き起こしかねない危険性を持つ」としている。

(42) 過失併存説に立つものとして、大塚仁・前掲(39)169頁、曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』178頁。これに対して、結果から遡って直近の1個の過失行為をとらえる過失段階説(直近過失説)に立つものとして、大谷實・前掲(39)207頁、川端博『刑法総論講義第2版』(平成18年)214頁。

(43) 横浜市大病院患者取違え事件に関する最高裁決定(最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁)を題材に「過失犯からの離脱論」を問題提起するものとして、甲斐克典「医療事故と過失の競合 — 横浜市大患者取違え事件最高裁決定を契機として —」刑事法ジャーナル第12号(2008年)53頁以下。

(44) 危険の引受けについて、社会的相当性の考え方を合わせることによって違法性の阻却を認めたものとして、千葉地判平成7年12月13日判時1565号144頁。

(45) 鑑定受託者作成の鑑定書について刑事訴訟法321条4項の準用を認めたものとして、最判昭和28年10月15日刑集7巻10号1934頁。実務では、私人の依頼によって作成された各種鑑定書についても同項は準用されている(『条解 刑事訴訟法〔第3版増補版〕』(平成18年)708頁)。



(46) 本判決に対する一般的な解説として、木谷明「有罪認定に必要とされる立証の程度としての『合理的な疑いを差し挟む余地がない』の意義」『ジュリスト平成19年度重要判例解説』(平成20年) 211頁以下。

(47) 最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁、最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。

(48) 田口守一『刑事訴訟法〔第4版補正版〕』(平成18年) 435頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義[第2版]』(平成18年) 429頁、白取祐司『刑事訴訟法[第5版]』(平成20年) 415頁。

(49) 単独犯か共同正犯かという類型について、代表的な裁判例を紹介しながら検討を行ったものとして、大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」廣瀬健二＝多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(平成15年) 481頁以下。

(50) 民事の裁判例の状況について、鈴木利廣「診療録の改ざん」『医事法判例百選』(平成18年) 34頁以下。

(51) アメリカ合衆国の状況を紹介するものとして、佐伯仁志「医療過誤に対する法的対応のあり方について — アメリカ合衆国の例 —」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻』(平成18年) 227頁以下。

(52) 「医療安全調査委員会(仮称)」の概要を紹介するものとして、加藤良夫「医療安全調査委員会」法学教室2008年8月号2頁以下。



# 組織再編行為無効の訴えにおける 株主の原告適格

土田 亮

---

|     |                    |    |
|-----|--------------------|----|
| I   | はじめに.....          | 36 |
| II  | 原告適格に関する規程と学説..... | 38 |
| III | 検討.....            | 43 |
| IV  | おわりに.....          | 51 |

---

## I はじめに

組織再編行為の手続、内容に瑕疵がある場合には、株主および、取締役、監査役等は、組織再編行為の無効を求める訴えを提起することができる(会社法828条)。合併において消滅会社株主が存続会社に収容される場合のように、組織再編行為の当事会社の株主の地位が変動したときに、当該株主がどのような資格で組織再編行為の効力を争う訴えの原告適格を有するののかという点については従来から学説の対立が存在していた。しかし、現行会社法の制定以前においては、組織再編行為によって地位の変動を受ける株主のほとんどは、相手方当事会社(合併であれば存続会社・新設会社、株式交換・株式移転であれば完全親会社)に収容されることから、各学説の結論における実質的差異はそれほど大きくはなく、その対立はどちらかといえば純理論的なものであったといえることができる。

新会社法は、いわゆる対価の柔軟化を行うとともに、組織再編無効の訴えの原告適格に関する規定の整備を行い、組織再編行為に際して株式買取請求権を行使したり、金銭、社債等の対価を受領したりして株主の地位を離れた者にも明文で原告適格を認めた(会社法828条2項7号8号)。

株主がいわゆる監督是正権を行使するについては、行使される権限に応じて株主要件が定められている。この株主要件については行使の時点でこれを満たしていることが必要とされるだけでなく、明文の規定はないものの、訴訟の場面においては口頭弁論終結時もしくは判決確定時まで株主要件が維持されなければならないと一般に解されている<sup>(1)</sup>。会社法828条は、組織再編行為の効力発生日の時点で株主であった者については、その地位を離れてもなお原告適格が維持されることを規定しており、従来の株主の監督是正権の規定には見られなかった規定となっている。また、この会社法828条の規定については、立案担当者から、効力発生日現在の当事会社株主については、爾後に任意に第三者に株式を譲渡したような場合であっても原告適格は失われないとの見解が示されている。株主が監督是正権を行使するにあたって、新株発行や組織再編行為などもつばら会社側の事情によって株主要件が満たされない状態に至った場合に、なお原告適格を維持すべきかどうかについては議論があり、会社法制定前には株主代表訴訟の係属中になされた株式交換・株式移転によって株主が原告適格を失うかどうか<sup>(2)</sup>が争われたり<sup>(2)</sup>、検査役選任請求(商法294条)後に新株予約権の行使によって持株比率が低下した場合の請求の帰趨が争われたりしている<sup>(3)</sup>。しかし、株主が任意に株式を譲渡した場合にも原告適格が維持されるとの見解は、株主の監督是正権について従来示されたことの無いものである。

会社法828条7号ないし12号が商法の規定をそのまま引き継がずにこのような規定となった理由が、対価柔軟化にともない組織再編行為の対価として金銭等の交付を受けて会社から離脱した元株主に原告適格を認める点にあることは疑いがなく、この点からは妥当な改正であるといえることができる。しかし他方で、同条の規定は組織再編行為の効力を争うことについて正当な利害関係を有する株主・元株主を、必ずしも適切にカバーしていないように思える。すなわちこの規定は、組織再編行為無効の訴えを起こすことについて、利害関係をすでに喪失した者に原告適格を与える一方で、無効の主張をすることについて利害関係を有する者すべてに原告適格を与えてはいないのではないかとと思われるのである。

新会社法においては、組織再編行為と株主の監督是正権に関してもうひとつ規定が置かれることとなった。合併および株式交換・株式移転によって株主が存続会社、完全親会社に移転したとしても、係属中の株主代表訴訟についての原告適格は失われまいと規定する会社法851条である。この点については会社法制定前に、判例が相次いで株主が原告適格を喪失したとして訴えを却下したのに対し、原告適格は失われまいと解すべきであるとの学説が圧倒的多数を占めていた。本条の新設は、商法下の判例の結論とは異なる取扱いを明文化したものと考えることができ、学説上異論はほとんどないものと思われる。ただし、本条の適用範囲が株主代表訴訟に限られるのか、それとも株主による他の監督是正権の行使場面にも類推適用が可能なのか——本稿との関係でいえば、たとえば株主による合併無効の訴えの係属中に存続会社が株式移転を行って当該株主が完全親会社に収容された場合に、係属中の合併無効の訴えの原告適格が維持されるのかどうか——という点についてはいまだ確たる議論はなされていない。

本稿では、以上のような問題意識に基づき、会社法828条2項7号以下の組織再編行為無効の訴えの原告適格を定める規定の検討を通じて、組織再編無効の訴えの原告適格をどのような株主(元株主)に与え、原告適格を維持するためにはどの時点までその地位にある必要があるのかについての検討を行う。

なお以下では、会社法制定前(平成17年改正前)の商法については単に改正前商法と記載するとともに、組織再編に関係する株主について、組織再編行為の当事会社の株主であった者(会社法828条2項にいう効力発生日に株主であった者)を「当事会社株主」、組織再編行為後に新たに株主の地位に就いた者を「新株主」と呼称する。また、本稿で論じる問題の性質上、組織再編行為のうち、主として株主の移転が生じうる合併および株式交換・株式移転を取り上げること<sup>(4)</sup>、株式会社間の組織再編行為を念頭に置いた検討であることをお断りしておく。

## II 原告適格に関する規程と学説

### 1 規定の変遷

(1) 改正前商法は、長い間、組織再編行為については合併の規定を持つのみであったが、平成11年改正で株式交換・株式移転制度が、平成12年改正で会社分割制度が導入された。

これらの組織再編行為の無効を求める訴えについては、改正前商法104条以下に合名会社に関する合併無効の訴えの規定が置かれ、株式会社の組織再編行為については、個別の規定を設けるほか、共通する手続等に関する部分は商法105条以下を準用することとしていた。原告適格については、合併無効につき改正前商法415条2項が「各会社ノ株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人又ハ合併ヲ承認セザル債権者」と定めたほか、新設分割につき改正前商法374条ノ12が「各会社ノ株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人又ハ分割ヲ承認セザル債権者」と規定し(同377条ノ28第3項で吸収分割に準用)、株式交換につき改正前商法363条2項が「各会社ノ株主、取締役、監査役又ハ清算人」と規定していた(同372条2項で株式移転に準用)。

(2) 会社法は、組織再編無効の訴えの原告適格について、従来の規定を改め、以下のような規定(会社法828条2項7号~12号)を置くこととした。

- ① 吸収合併 効力発生日に各当事会社の株主等<sup>5)</sup>であった者、  
存続会社の株主等、破産管財人、合併を承認しなかった債権者。
- ② 新設合併 効力発生日に各当事会社の株主等であった者、  
新設会社の株主等、破産管財人、合併を承認しなかった債権者。
- ③ 吸収分割 効力発生日に当事会社の株主等であった者、  
当事会社の株主等、破産管財人、分割を承認しなかった債権者。
- ④ 新設分割 効力発生日に分割会社の株主等であった者、  
分割会社・新設会社の株主等、破産管財人、  
分割を承認しなかった債権者。
- ⑤ 株式交換 効力発生日に当事会社の株主等であった者、  
当事会社の株主等、破産管財人、株式交換を承認しなかった債権者。
- ⑥ 株式移転 効力発生日に株式移転会社の株主等だった者、  
新設会社の株主等。

それぞれの規定から明らかなように、基本的には組織再編行為の効力発生日の時点で組織再編行為の当事会社の株主等であった者、および効力発生後の会社の株主等で

ある者に原告適格が付与されている。

会社法がこのような明確な形で原告適格を規定した理由は、対価が柔軟化された点にある。後述するように、改正前商法下においては組織再編行為を機に株主が会社から離脱する場面はきわめて例外的であり、前記各学説のいずれによったとしても、結論に大きな差は生じなかった<sup>(6)</sup>。しかし、会社法の下では、組織再編の対価は存続会社、完全親会社に限定されず、結果として株主が組織再編の当事会社から完全に離脱することが想定されている。これらの当事会社株主は、組織再編行為について「株主総会の承認決議等の… 手続に関与」したものであり、また「自己の保有株式について… 権利関係の変動を直接に受けた者である」ことから、組織再編行為で株主の地位を失ったか否かにかかわらず、「自己の固有の利益として」組織再編無効の訴えの原告適格が与えられるべきことになり<sup>(7)</sup>、会社法328条2項はこのことを明文で定めたものである。

## 2 学説

(1) 改正前商法下においては、組織再編に際して交付される対価は株式が原則であり(改正前商法409条2号、410条2号、374条2項2号、374条の17第2項2号、353条2項2号、365条2号)、組織再編行為の結果として株主が組織再編行為後の存続会社・新設会社の株主の地位から離脱することは例外的な者であり、株主が株式買取請求権行使した場合、または組織再編比率(株式の交換比率)の関係で持株が1株未満となる場合に限られていた。そのため、組織再編無効の訴えについても、組織再編前の株主が組織再編行為によって原告適格を有しなくなるという事態は例外的であった。そのこともあり、組織再編無効の訴えの原告適格についての議論は、もっぱら「各会社ノ」という文言の解釈をめぐるものであった。

合併無効の訴えに関する議論において、商法104条および415条の「各会社ノ」という文言の意義については、以下の3つの見解が示されていた。

(イ) 合併当事会社であるとする説 この見解は、合併の主体が各当事会社であるとするならば合併無効も当事会社のみが主張しうるものであり、法が与えた提訴権についても合併以前の株主としての資格であると解する<sup>(8)</sup>。この見解によれば、合併期日の時点で合併当事会社の株主であったことが株主要件になり合併後の会社の株主であるかどうかは問われない。逆に、合併後に新たに株式を取得した株主は合併の効力を争うことはできない。取締役についても同様に解することになる。本稿では当事会社説と呼称する。

(ロ) 合併後の存続会社・新設会社であるとする説 合併無効の訴えの被告適格は合

併後の存続会社または新設会社にあること<sup>(9)</sup>、また合併無効判決には遡及効がないことから、消滅会社株主に原告適格を与えることは適切でないとする。また、合併の無効は一面では存続会社の増資または新設会社の設立を争う者であるから、当該存続会社・新設会社の株主に原告適格が与えられているとも説明される<sup>(10)</sup>。この説によれば、合併無効の訴え提起時点で合併後の会社の株主である者のみが原告適格を有することになる。また、当該株主は訴訟終結まで株主要件を満たしていることが必要となる<sup>(11)</sup>。本稿では存続会社説と呼ぶ。

(Ⅱ) 合併当事会社と合併後の会社のすべてを含むとする説 (Ⅱ)の存続会社説と同様に合併後の会社の株主に原告適格を与えるほか、(Ⅰ)と同じく合併当事会社株主にも原告適格を与える。その理由としては、「各会社」には合併当事会社も含む(合併後の会社は当然含まれる)と解しないと、合併当事会社の株主、取締役等、会社債権者で、合併後の会社の株主、取締役等、債権者とならなかった者の救済が図れないこと<sup>(12)</sup>、合併を承認しない債権者についてはこのように解しないと実益がないこと、商法104条2項の文理解釈、等をあげる<sup>(13)</sup>。現在の会社法828条2項はこの見解に基づいた規定であると考えることができる。本稿では包含説と呼ぶ。

(2) 以上の学説を比較検討してみると、改正前商法下の学説としては包含説の立場が妥当であるように思われる。すなわち、改正前商法下においても、例外的とはいえ株式買取請求権を行使した株主や、合併比率の関係で持株数が1を割った株主等が存在しうるのであり、存続会社説に立つとこれら株主の救済手段が確保されないことになる。他方、当事会社説に立つと、合併後に株式を取得した株主については合併の無効を主張し得ないという不都合が生じる。合併後に株主の地位に就いた者については合併の効力を争わせる必要はないとの立場もあり得ようが、仮に株主についてはそのような立場が正当であるとしても、改正前商法415条2項の規定構造から、原告適格を合併当事会社の関係者に限定すると、合併後に就任した取締役、監査役についても合併無効の訴えの原告適格が付与されないことになるのであり、これは妥当であるとはいえないであろう。

(3) 上記の議論は、いつの時点の株主に原告適格を与えるかという、いわば原告適格を基礎づける地位の始期に関する議論であった。他方、合併無効の訴え提起後いつの時点まで株主の地位についている必要があるか、すなわち地位の終期に関する議論はどのようであったかを整理をしてみる。上記の議論に比してこちらの点に関する議論は概して低調である。



当事会社説はかならずしもこの点を明確にしないが、同説は当事会社の株主だったことのみを要件としていることから、理論的帰結としては、訴えの提起・追行の時点でどのような地位にあるかは問われないことになるはずである。よって、組織再編によって存続会社・新設会社に収容された株主が、その後さらに株式併合、合併、株式交換等がなされて当該会社の株主の地位を失ったとしても、最初の組織再編行為に関する無効の訴えの原告適格は失われないことになる。他方、組織再編後に同人が任意で株式を譲渡した場合であっても、(すでに株主としての地位を失ったにもかかわらず)組織再編無効の訴えの原告適格が維持され、株式の譲受人は株主であっても組織再編無効の訴えを起こすことはできないことになるように思われる。

存続会社説では、合併後の存続会社・新設会社の株主であることが要求されるから、訴え提起の時点はもちろんのこと、その後の訴訟追行の場面でも常に株主要件を満たしていることが必要となる。株主が任意に株式を譲渡した場合には当然に原告適格は失われる。爾後の株式併合、合併、株式交換等などの株主の事情に基づかない株主の地位からの離脱に関しては特段の議論はなされていない。おそらく株主代表訴訟と同様の解決を模索することになるのであろう。

包含説の見解によると、当事会社株主であってかつ合併後にいおいても存続会社・新設会社株主の地位にある者は、合併前の当事会社株主と合併後の会社の株主という二つの地位を兼ねることになるが、この見解の趣旨が、合併に際して離脱した株主や、合併によって退任した取締役等の訴権を確保する点にあることからすれば<sup>14)</sup>、合併後の会社において引き続き株主、取締役等の地位にある者は、合併後の会社の株主、取締役等の地位に基づいて訴えを起こすことしかできないと解するのが自然であろう。すなわち、包含説の見解に立つ場合、合併によって会社から離脱した者については当事会社説、それ以外の者については存続会社説と結論を同じくすることになるものと思われる。

### 3 会社法下の議論

(1) 組織再編の効力を争う訴えの原告適格の維持するために、いつの時点まで株主要件を満たしておく必要があるかという点については、会社法の制定に際して明文の規定は置かれず、改正前商法と同様に依然として解釈にゆだねられていると解される。この点については、会社法制の現代化に関する要綱試案、会社法制の現代化に関する要綱案のいずれの段階においても特段の言及はなされていなかったが、要綱案段階の解説において、「組織再編行為後も原告株主の会社に対する利害関係が継続し、かつ組

組織再編行為によって当該訴訟の訴えの利益が消滅することがない限り、当該株主は原告適格を喪失しないと解すべきである」との見解が示されていた<sup>(15)</sup>。

(2) 他方、会社法成立後になされた立案担当者の解説では、従来の学説とは大きく異なった解釈が提示された。すなわち、株主が持株要件を満たさない状態になった場合、当該株主が当事会社株主であるか、組織再編行為後の株主であるかによって取扱いを分け、前者については持株要件を満たさなくなってもなお原告適格が維持される一方、後者については原告適格が失われるとする。

(i) 当事会社株主 立案担当者によれば、当事会社株主は、「その株主が訴訟係属中に当該会社の株主でなくなったとしても、原告適格を失わ」ず、「訴訟継続前に株主でなくなった」場合であっても、組織再編行為の「無効を主張し、株主である地位を回復するために、原告適格が認められる」。このように解すべき理由として立案担当者は、前述のように、当事会社株主は合併手続に関与し、かつ、自己の保有株式について、合併による権利関係の変動の影響を直接に受けた者であるから、その後、株主としての地位を失ったかどうかにかかわらず、自己の固有の利益として、合併の瑕疵を主張する利益を有する、との点をあげる<sup>(16)</sup>。この立案担当者の見解によれば、当事会社株主は、①組織再編行為時に、存続会社・新設会社、または完全親会社株式以外の対価を交付されて当事会社から離脱した場合、②組織再編において存続会社・新設会社、または完全親会社株式を交付されたが、その後さらに組織再編行為等が行われて、非自発的に最初の組織再編における存続会社・新設会社、または完全親会社の株主の地位を失った場合、③組織再編において存続会社・新設会社、または完全親会社株式を交付されたがその後株式を自発的に譲渡して株主の地位を離れた場合、のいずれであっても原告適格が維持されることになる。

このような立案担当者の見解は、会社法828条7号以下の文言に忠実な解釈であるといえるが、従来の商法学説にはない考え方であるのはもちろん<sup>(17)</sup>、要綱案段階で検討の俎上に上っていた気配もない。よって、立案担当者がこのような見解を持つに至った理由については推測するほかないが、その根底には対価の柔軟化があるものと考えられる。すなわち、会社法の下では組織再編の対価は相手方会社の株式に限られず、相手方会社の新株予約権・社債はもちろんのこと、金銭や無関係の会社の株式等の財産でもかまわないこととなった。当事会社株主が組織再編に際して金銭を交付された場合を例にとると、株主が交付された金銭を費消したからといって当該株主の組織再編無効の訴えの原告適格が失われるわけではない。相手方会社株式は、会社法下で認

められているさまざまな対価のなかのひとつなのであって、金銭やその他の対価と区別して取り扱う必要性はないから、たとえば当該株主が株式を売却した場合であっても原告適格が失われることはない。このように考えているのではないか。

(ロ)新株主 組織再編後に株主となった者の原告適格については、株主の地位を離れば原告適格は失われる。その理由は、組織再編後の株主に組織再編無効の訴えが認められているのは、「株主による経営監督機能が期待」されたものであるからとされている。この見解によれば、組織再編後の株主は、①再度の組織再編等がなされて非自発的に株主の地位を失った場合、②株主が自発的に株式を譲渡した場合、のいずれにおいても組織再編無効の訴えの原告適格を喪失することになる。

後述するように、会社側の事情によって非自発的に株主でなくなった者の原告適格の帰趨については、他の株主の監督是正権行使の場面で多く問題になっているが、少なくとも株主が自発的に株式を譲渡した場合に原告適格が失われる点については従来の商法学説と異なるところはない。ただしその理由付けは従来の学説とは異なったものであるように思われる。改正前商法下では、当事会社株主、組織再編後の株主のいずれについても、もっぱら組織再編の効力を争う実質的利益の有無が問題とされており、経営監督機能という視点から組織再編の効力を争う権限を跡づけてはいなかったからである。

### III 検討

#### 1 当事会社株主の原告適格

(1) 上述のように立案担当者によれば、当事会社株主は、理由の如何を問わず、株主としての地位を離れてもなお組織再編無効の訴えの原告適格を維持することになる。このような解釈は、従来の商法学説からしても、改正の過程の議論からしても唐突なものに思えるが、それ以上にその内容においても問題のあるものであるように思われる。当事会社株主が組織再編後に任意に株式を譲渡したような場合には、立案担当者がいのように株主の地位を離れてもなお原告適格が維持できるとの考え方には疑問があり、むしろこのような場合には原告適格が失われると解すべきなのではないだろうか<sup>18)</sup>。

(2) 当事会社株主が組織再編に際して金銭などの対価を交付されて離脱した場合、もしくは株式買取請求権を行使して会社から離脱した場合、これらの者は組織再編無効の訴えを提起する時点ですでに消滅会社、存続会社いずれの株主でもないことになるが、これらの者に組織再編の効力を争わせることについては問題はない。立案担当

者が述べるように、これらの者は組織再編による権利の変動を直接に受けた者であるし、仮に組織再編行為に瑕疵がある場合には、これを無効にすることによってこれらの者は組織再編前の当事会社株主の地位に復帰することになるからである。なおこの場合、これらの者が交付された対価を費消したかどうかは原告適格を与えるべきであるかどうかには直接は関連しないと考えるべきであろう<sup>(19)</sup>。

他方、当事会社株主が存続会社等の株式を対価として交付された場合には、当事会社株主が対価として交付された株式を保有している場合に原告適格が維持されることは疑いが無いが、当該株式を第三者に譲渡したような場合に、株主の地位を離れた後にもなお原告適格が維持されるとの結論は妥当であるとは思われない。仮に、組織再編行為が無効とされた場合であっても判決には遡及効がなく(会社法839条)、株式譲渡の効力には影響しないから、組織再編前の各当事会社の株主の地位に就くのは、組織再編後に当該株式を譲り受けた者であって、株式を譲渡した当事会社株主ではないのだから、このような者に組織再編の効力を争わせる意味はない。当事会社株主が一般的に、立案担当者のいう「自己の保有株式について…権利関係の変動の影響を直接に受けた者」に該当するとしても、株式を第三者に譲渡した以上、当該株式についての「権利関係の変動の影響」は譲受人に承継されるのであって、譲渡の時点で当事会社株主は、「影響を直接に受けた者」ではなくなるというべきである。

このことは会社分割の場面ではさらに顕著になる。いわゆる分社型分割が行われた後に分割会社株主が株式を第三者に譲渡した場合を考えると、当該株主は分割の「効力発生日に株主であった者」であるから、株式譲渡後もなお会社分割無効の訴えを提起できることになるが、はたしてこのような解釈が妥当だと言えるであろうか。分割無効判決が確定すると分割は将来に向かって無効になり、分割会社は交付された株式を承継会社に返還し、承継会社からは分割された事業が分割会社に返還されることになるが、これは原告には何らの法的、経済的な変動を生じさせるものではない。にもかかわらず効力発生日に株主だったことのみをもって分割無効の訴えの提起・追行を認めるとの解釈は明らかに妥当ではない。このような場合には、株式を譲渡した時点で分割無効の訴えについての原告適格は失われると解するべきである。

結局、株式を第三者に譲渡した当事会社株主にはもはや組織再編行為の効力を争うべき利益は存在しないのであるから、当事会社株主が対価として存続会社等の株式を交付された場合には、当該株主は組織再編後に株式を取得した新株主と同様に扱う方が妥当であるということになる。

ただし、たとえば当事会社株主が第三者に株式を譲渡した後に組織再編行為の瑕疵

を知り、株式譲渡について錯誤無効を主張するような場合には、例外的に当該当事会社株主に組織再編無効の訴えの原告適格を認めるべきである。組織再編の無効は訴えによって主張することが必要であるから(会社法828条)、錯誤を理由として株式譲渡の無効を主張する訴訟の中で組織再編の効力を争うことはできず、あらかじめ別訴で組織再編行為の無効判決を得なければならないからである。この場合には、仮に組織再編行為が無効とされれば株式譲渡も錯誤で無効となる可能性があり、譲渡人である当事会社株主が株主の地位に復帰することとなるから、このような者が組織再編の効力を争うことは認めるべきであろう。

(3) 以上の議論から、会社法828条7号ないし12号の「効力発生日に株主であった者」という要件は、原告適格が認められるための必要条件に過ぎず、十分条件ではないことがわかる。当事会社株主が株主としての地位を離れた後に組織再編の効力を争うためには、効力発生日に株主であったことに加え、組織再編無効の結果が自らに帰属すること、換言すれば組織再編が無効とされた結果として自らが組織再編行為前の当事会社の株主の地位に復帰しうることが必要とされると解すべきことになる<sup>(20)</sup>。

## 2 組織再編後の新株主の原告適格

(1) 新株主の組織再編無効の訴えの原告適格については、前述のように立案担当者の解説によれば、組織再編後に存続会社・新設会社または完全親会社株式を取得して株主となったものは、株主の地位を離れると組織再編無効の訴えの原告適格を失うと説明されている。よって当事会社株主の場合のように、株式譲渡後もなお原告適格が維持されるかどうかという問題は生じない。しかし一方では、本来は組織再編の効力を争わせるべきではないかとの疑問が生ずるシチュエーションも考えられる。たとえば、組織再編後の新株主の提起した組織再編無効の訴えの係属中にさらに合併、株式交換・株式移転が行われた場合、当該株主は係争中の会社の「株主」ではなくなるが、このような場合に原告適格が失われて組織再編無効の訴えが却下されることが妥当かどうかは疑問である。

ここで問題になるのは、株主が監督是正権を行使するに際して、主として会社側の事情で株主要件を満たすことができなくなった場合に、なお当該人物が監督是正権を行使することができるかどうかという問題であり、組織再編無効の訴えに限ったものではなく、さまざまな監督是正権の場面で従来から議論されてきた問題である。改正前商法下を含め、権利行使と株主要件の維持に関する主要な議論を列挙すると以下のようになる。

(イ)総会招集請求権(会社法297条) 株主要件は議決権の100分の3(公開会社は6ヶ月間保有要件)。株主要件の維持については、当該総会の終結までとする学説と、裁判上行使する場合には裁判確定のときまでとする学説がある<sup>(21)</sup>。

(ロ)株主提案権(会社法303条、305条) 持株要件は議決権の100分の1以上または300議決権以上(公開会社は6ヶ月間保有要件)。株主要件の維持については、基準日までとする見解、取締役会が招集通知の記載内容たる議事日程を決定するまで、総会終結時点まで、提案内容によって基準日あるいは総会終結時まで、とする見解がある<sup>(22)</sup>。

(ハ)検査役選任請求(会社法358条) 株主要件は総議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上。株主要件は裁判確定時まで維持されなければならない。請求後に会社側の事情によって持株比率が低下した場合については、学説には請求は適法なまま維持されるとする見解があるが、判例は反対の見解を示す<sup>(23)</sup>。

(ニ)帳簿閲覧権(会社法433条) 持株要件は議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上。株主要件は閲覧・謄写のときまで維持されていなければならない<sup>(24)</sup>。

(ホ)組織に関する行為の無効の訴え(会社法828条) 設立無効、募集株式発行無効、新株予約権発行無効、減資無効、組織変更・組織再編無効の訴えである。株主要件は単独株主権であり、判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。

(ヘ)株主総会決議取消訴訟(会社法831条) 単独株主権。判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。

(ト)株主代表訴訟(会社法847条) 持株要件は単独株主権(公開会社は6か月保有)で、判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。ただし、会社法851条によって、訴訟提起後に会社が合併、株式交換・株式移転を行って原告株主が存続会社または完全親会社に収容された場合には原告適格は失われない。

(チ)取締役解任の訴え(会社法854条) 株主要件は議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上(公開会社は6か月保有要件)。株主要件の維持については判決確定時まで必要とされるが、新株発行によって所定の割合を割った場合には影響を受けないとの見解が有力である<sup>(25)</sup>。

(2) これらの監督是正権のうち近時問題となったのは、(ト)の株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われて株主が親会社に収容された場合、および(ハ)の検査役選任請求の訴訟係属中に新株予約権の行使がなされて持株比率が低下した場合である。

前者については、改正前商法下において株式交換・株式移転制度が導入された後に頭

在化した問題であり、株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われて原告株主が親会社株主となった場合に、係属中の株主代表訴訟について従前の株主がそのまま訴訟を追行できるかどうかが問題となったが、判例はいずれもこのような場合には従前の原告株主は原告適格を失い、訴訟は不適法なものとして却下されるべきであると判示した<sup>(26)</sup>。これに対して学説は判例の結論を強く批判し、原告適格は維持されるべきであると主張した<sup>(27)</sup>。結果的にこの問題は会社法に明文の規定を設けることにより解決したが(会社法851条)、会社側の事情によって株主要件が満たされなくなった場合における、株主の監督是正権の行使について、判例と学説の考え方の違いが明らかになった。

後者は、原々審が裁判確定時まで持株比率を維持する必要があると判示したのに対して原告が、株主が何ら関与しない事情によって検査役選任請求権の帰趨が左右されるのは不合理であり、少数株主権を認めた法の趣旨に沿わないとして原告適格を認めたところ、最高裁は原審の判断を覆し、持株比率の変動原因が会社にあるかどうかを問わず、「当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的で新株を発行した何度の特段の事情がない限り、上記申請は、申請人の適格を欠くものとして不適法」と判示し、特段の事情の有無を判断させるために原審に差し戻した<sup>(28)</sup>。学説は本件決定についても批判的なものが多い<sup>(29)</sup>。

後者の最高裁決定については、事由の如何を問わずに形式的に持株比率が要件を割り込めば原告適格失われる理由が示されていないこと、特段の事情の範囲が明らかでないことなど疑問点も多いが、詳細な検討については別の機会に譲ることにしたい。仮に本件決定が正当なものであるとしても、その射程は少数株主権(単独株主権を含む)として行使される監督是正権一般をカバーするものではなく、一部の少数株主権に限定され则认为るからである。

(3) 上記(2)で列举した株主の監督是正権についてみると、ほぼすべてにおいて、裁判外の行使の場合は実際に権限行使が実現した時点(たとえば株主による総会招集請求の場合、請求時点ではなく実際に総会が開かれて終結した時点)、訴訟の場合には判決確定時または口頭弁論終結時まで株主要件が維持されていることが要求されている。ただし、募集株式の発行や組織再編行為などの会社側の事情によって株主要件を満たさなくなった場合のことが、必ずしも各論として意識されているわけではない。これは、株主要件の維持の要求の理由が必ずしもひとつではなく、各権利の行使の効果との関連で<sup>(30)</sup>複合的に考察すべきものであることを示すのではないかと考えられる。上に列举した監督是正権を、行使の効果という観点から整理することを試みてみると、

ラフな分類ではあるが、以下のような整理が可能ではないだろうか。

(イ) 会社に義務のない作為を求めるもの 株主総会招集請求、株主提案権、検査役選任請求、帳簿閲覧権等が該当する。これらの監督是正権は、会社が本来義務を負わない行為について、少数株主に、会社に対する作為請求を認めるものである。本来であれば、これらの行為を行うかどうかは会社経営陣の裁量に任されているが、少数株主の請求によって経営陣の判断にかかわらず請求された業務執行を行う義務が会社に生じることになる。

(ロ) 会社の違法状態を直接に是正するもの 会社法828条1項各号に規定される組織に関する無効の訴え、株主総会決議取消の訴え(会社法831条)が該当する。これらの監督是正権は、会社意思決定、業務執行が手続的、内容的に違法・不当である場合に、株主が裁判を通じてその是正を図るものである。これらに規定されている瑕疵ある会社の行為は強行法規違反として無効な行為であり、本来は利害関係のあるものは誰でもその無効を主張することが許されるはずであるが<sup>31)</sup>、法律関係の安定、濫用的な訴訟の防止等の目的から、訴えによってのみ主張することができることとし、提訴権者、提訴期間等を定めて、無効、取消の主張を制限しているものである<sup>32)</sup>。

(ハ) 不当な多数決の結果を修正するもの 取締役解任訴訟および株主代表訴訟が該当する。前者は株主総会における解任議案否決という意思決定を少数株主によって覆すことを認めるものであり、後者は役員等に対する責任追及(損害賠償請求)を行わないという経営陣の意思決定を覆すものである。いずれの制度も、本来は多数決原理にしたがって決定されるべき意思決定について、取締役の責任追及における特殊性、すなわち取締役解任の場面では多数派に選任された取締役を多数派が庇う、株主代表訴訟の場面では同僚である経営陣が責任追及を懈怠するという構造的な危険性に対応する制度である<sup>33)</sup>。

**(4) (i)** このように株主の監督是正権を分類してみると、検査役選任請求についての原告適格を否定した前掲最高裁決定は、少なくとも一般論としては必ずしも不当であるとはいえないように思われる。すなわち、上記(イ)の類型における株主要件の最大の意義が株主による濫用的な請求を抑制するとの点にあること疑いないが、検査役の選任などの場面では、それ以外にも、誰に結果を帰属させるのが妥当であるのかという別途の考慮が働くのではないが<sup>34)</sup>。たとえば帳簿閲覧権についてみれば、会計帳簿という企業の内部情報を閲覧できるのは一定以上の利害関係を会社に対して有する株主に制限することが妥当であり、請求の時点ではなく、実際に会計帳簿を閲覧する時点で



100分の3の株主要件を満たしていることが必要と解するのが正当であって、たとえ会社側の事情で持株比率が低下したとしても、そのことを理由に持株比率を割り込んだ株主に会計帳簿の閲覧を認めることは原則として(会社側が会計帳簿の閲覧を妨害するために持株比率を低下させたというような事情のない限り)許すべきではないことになる<sup>(35)</sup>。株主総会招集請求、株主提案権についても、総会が招集され、自分の提案が審議されることの利益はもっぱら請求株主に帰属するものであるから、これについても請求の時点ではなく、実際に利益が現実化する株主総会の時点まで株主要件を維持することを強く求めることも肯定されよう。このような視点からすると、検査役選任請求について学説に異論が多いのは、検査役選任という行為によってもたらされる利益が、請求した株主のみならず広く一般の株主にも帰属しうるものであることに起因するのではないと思われる。すなわち、検査役選任請求に際しては「会社の業務執行に関する不正の行為」の存在が要求されていることから(会社法358条1項)、仮に裁判所が請求を認めるべきであると判断すべき事情があるとすれば、それは会社に是正されるべき違法が存在する蓋然性のあることを示すのであり、検査役が事態を明らかにすることによって、結果的に会社に存在する違法が是正される道が開かれることになる。そうすると検査役選任請求に理由がある場合には、選任請求は上記(ロ)の各監督是正権もしくは取締役解任訴訟と類似の性質を有することになるから、必ずしも検査役選任請求という利益が生じる時点まで厳格に株主要件の維持を求める必要はなく、単に請求の時点で株主要件を課すことで濫用を防げば足りるということも可能であろう。

(ii) 一方、上記(ロ)の類型については、株主要件は法的関係の安定、利害関係人の保護のために主張権者を制限する意味しか持たないものであるから、基本的には、訴えの提起時に株主要件を満たしていれば、株主要件を定めた目的は達成されることになる。その後については、株主が任意に株式を第三者に譲渡したような場合については、株主要件の潜脱であるからこれを許す必要はないが、主に会社側の事情で株主要件を満たさなくなった場合についても、利害関係が継続している限りは、帳簿閲覧権の場合のように原告適格を否定すべきであるという結論には直ちには至らないということになる。

(iii) (ハ)であるが、これは上記(イ)と(ロ)の中間に位置する監督是正権と位置づけることができる。取締役解任訴訟および株主代表訴訟が提起される場面では、多数は株主と少数派株主の意向が対立する状態にある。解任訴訟についていえば、多数派は取締役には解任すべき事由は存在しないと考える総会で解任提案を否決するが、少数派は解任すべき重大な理由があると考えている。この場合に一定の要件の下で多数決原理

を修正して少数派株主の意思を優先させる制度が取締役解任訴訟の制度だと考えられる。解任という効果が生じた場合にその利益はもっぱら原告株主に帰属するから、上記(イ)の類型に近いともいえる。しかし会社法854条所定の事由が存在し、当該取締役は職を解かれるべきであるにもかかわらず総会で解任決議が否決されるというのは、多数決が濫用された結果、是正すべき違法な状態が会社に生じていると考えることもでき、そのような場合には当該決議は修正されてしかるべきであり、株主による解任訴訟は違法な状態の是正を求める監督是正権の発動と考えることもできる。学説が解任訴訟に総会決議の修正という性質を見いだしたうえで会社側の事情による持株比率の低下が原告適格に影響しないと解しているのは、そもそも解任を否決した総会決議は修正されてしかるべきであるとの考えが背後にあるのではなかろうか。

株主代表訴訟については、解任訴訟における取締役の行為の違法性といったような要件は定められておらず、会社に対する提訴請求後60日が経過すれば訴訟を提起することができる。そのため解任訴訟に比べると違法状態の是正という色彩は薄いということもできる。前述の、株式交換による原告適格の帰趨に関する各判例<sup>(36)</sup>は形式的に株主資格を失ったことで原告適格を喪失するとしたことから、株主要件を満たさなくなった者に訴訟追行を継続させることが妥当であるかどうかということについての実質的な判断は裁判の場ではなされず、最終的には会社法851条によって立法的解決が図られることになった<sup>(37)</sup>。同条は、株主代表訴訟という場面において、会社側の事情によって株主要件が満たされなくなった場合に、実質的な利害の継続があればなお係属中の訴訟についての原告適格が維持されることを規定する。本条があることによって、株主代表訴訟については、少なくとも組織再編によって生じる株主要件喪失の場面では、検査役選任請求に関する前掲最高裁決定のような結論は導かれないことになる。株主の監督是正権としての株主代表訴訟制度の位置づけが、義務のない作為を求める監督是正権と、違法状態を是正し本来あるべき状態への復帰を求める監督是正権の中間にあるという本稿の立場からみると、会社法851条は、検査役選任請求に関する前掲最高裁決定の射程の限界を画する働きをするということができよう。すなわち、会社法851条が存在する以上、少なくとも上記(ロ)に分類される監督是正権については、結果が確定するまで理由の如何を問わず株主要件を維持すべきであるとの結論はおおよそ導かれることはなく、同条の趣旨により、会社側の事情で株主要件を満たすことができなくなった場合であっても、原告株主に訴訟を継続することについての利益が存在する限り原告適格は失われないと解すべきことになる。

会社法851条のカバーする範囲については、株主代表訴訟に限定されとの見解が

示される一方<sup>38)</sup>、同条は株主代表訴訟の他に、株主であることが原告としての要件である他の訴訟に類推適用されるとの見解も主張されている<sup>39)</sup>。本稿の立場からすれば後者が正当であることになる。加えて、同条は合併および株式交換・株式移転の結果として株主要件を満たさなくなった場合の規程であるが、それにとどまらず、株式併合によって持株数が1を割り、その結果として株主要件を満たさなくなった場合についても、同条を類推適用して原告適格の維持を認めるべきであると考ええる。

(5) 以上の検討から、組織再編無効の訴えの係属中に会社側の事情によって株主要件を満たさなくなった場合については、会社法851条を類推適用して原告適格はなお維持されると解すべきである。ただし株主代表訴訟における場合と同じく、原告株主が訴訟を継続することについての利益を失ったような場合には原告適格は失われることになる<sup>40)</sup>。

#### IV おわりに

組織再編の効力を争う訴えの原告適格に関する規程は、改正前商法の「各会社ノ株主」という漠然とした規程から、当事会社株主と新株主それぞれについて別個に規程を設けるというかたちで一新された。しかしながら、改正の検討過程においても、改正後においても、規程のそのものについても、規程の解釈について十分な検討がなされてきたとはいえないように思われる。少なくとも立案担当者のいう、当事会社株主であって組織再編後に引き続き存続会社等の株主の地位にある者について、たとえ任意に株式を第三者に譲渡したとしても依然として組織再編の行為を争うことが可能であるとの解釈については妥当性を欠くものであるといわざるを得ない。立案担当者の考え方にしたがえば、たとえば合併に際して消滅会社株主に存続会社株式を交付する場合には、合併前の消滅会社株主の地位と合併後の存続会社株主との地位には継続性があるのであって、合併を争う際に、合併前の消滅会社株主としての資格と合併後の存続会社株主としての資格と2つの株主資格を有することになり、株主が株式を譲渡した場合には、2つの資格が譲渡人と譲受人に分属することになるが、このような構成が本当に妥当なのかどうかは疑問である。

むしろ、本稿で検討したように当事会社株主であることに基づいて組織再編の効力を争えるのは、組織再編が無効となった場合に当事会社株主の地位に復帰できる者であると単純に考える方が結論としてはより妥当である。この基準によれば、訴え提起の時点で株主の地位にない者が原告適格を認められるのは、組織再編に際して株式以外の対価を交付されたり株式買取請求権を行使した者に限られ、ごくごく例外的に、

組織再編無効を原因として株式譲渡の無効を主張するような場合にのみ対価として株式を交付された後に任意に株主の地位を離れた者の原告適格が認められることになる。

本来であれば、組織再編行為の効力を争う訴えについては、株主のほかに取締役、監査役等の原告適格についても検討すべきであるし、合併の存続会社、分割における各会社、株式交換における完全親会社の株主についてもさらに深い考察をすべきであるが、残念ながらこれらの点については十分な検討をすることができなかった。これらの点については他日を期したい。

---

【註】(1) 口頭弁論終結時とするものとして、上柳克郎ほか『新版注釈会社法(1)』(有斐閣、昭和60年)437頁〔小橋一郎〕、江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系4』(青林書院、平成20年)270頁〔山口和宏〕。判決確定時とするものとして、上柳克郎ほか『新版注釈会社法(5)』(有斐閣、昭和61年)328頁〔岩原紳作〕(株主総会決議取消訴訟)等。

(2) 東京地判平成13年3月29日判例時報1748号171頁ほか。

(3) 最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁。

(4) 会社分割の場合、株式買取請求権を行使する場合を除けば、当事会社株主が金銭等の対価を受領して株主の地位を離脱することはない。

(5) 株主等とは、株主、取締役、監査役、執行役、清算人を指す(会社法828条2項1号)。

(6) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(13)』〔小橋一郎〕(有斐閣、平成2年)247頁。

(7) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』〔別冊商事法務295号〕(商事法務、平成18年)214頁。

(8) 田中耕太郎『改訂会社法概論 下巻』(岩波書店、昭和30年)560頁。

(9) この点については、合併においては自明のことであるが(消滅会社は合併無効の訴えの場面では存在しない)、株式交換・株式移転や会社分割の場合にも同様に解してよいと直ちにいうことができたかどうかは疑問が残るところである。ただし、新会社法は被告適格を明文で規定しており、この問題は立法的に解決済みである(会社法834条7号~12号)。

(10) 小野木常＝小橋一郎「合併無効の訴え」商事法務174号26頁。設立無効の訴えにおいては、設立後の株式取得者に原告適格があり、設立時株主であっても設立後にその地位を離れた者には原告適格が与えられないことを示し、合併無効も同様の性格を持つとする。なお、同じ見解に立つものとして、石井照久「株主総会決議の瑕疵」田中耕太郎編『株式会社法講座III』(東京大学出版会、昭和31年)965頁以下、早川登「株式会社法上の訴(1)」名城法学8巻3号20頁。

(11) 上柳ほか・前掲注(1)『新版注釈会社法(1)』〔小橋〕437頁。

(12) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣、平成6年)521頁、竹内昭夫編(弥永真生補訂)『株式会社法講義』(有斐閣、平成13年)723頁、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第3版〕』(有斐閣、平成16年)682頁等。

(13) 上柳ほか・前掲注(1)『新版註釈会社法(1)』〔小橋〕437頁。

(14) 鈴木＝竹内・前掲注(12)521頁。

(15) 江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説〔Ⅲ〕』商事法務1723号9頁。株主代表訴訟における会社法851条は、この見解にそった条文であるといえることができる。なお江頭教授は同条につき、同様の状況にある場合に広く類推適用するべきであるとされる(江頭憲治郎『株式会社法(第2版)』(有斐閣、平成20年)452頁)。

(16) 相澤哲編『一問一答 新会社法』(商事法務、平成17年)248頁。

(17) 前述のように、当事会社株主に原告適格を認める学説も、当事会社株主が存続会社・新設会社に収容されたのちに、自発的に株式を譲渡したような場合にまで原告適格の維持を認めてきたとは解されない。

(18) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ〔第2版〕』(判例タイムズ社、平成20年)708頁は、このような場合にも原告適格を与えるべきかどうかは検討の余地があると述べる。

(19) ただし、当事会社株主が金銭でない対価を交付されてこれを費消した後に組織再編が無効となった場合に、当該当事会社株主が株主の地位に復帰できるかどうかについては別途の検討が必要になろう。たとえば当事会社株主が相手方会社の社債を交付されこれを売却した場合に、組織再編無効の結果、当事会社株式を再度交付されるにあたり、交付された社債を返却しなければ株式を交付されないのか、それとも相当額を支払うことによって株式の交付を受けることができるのか、現状では明らかではないのではないのか。

(20) 要件としては効力発生日に株主であったことで足り、株式の譲渡等の事情がある場合には訴えの利益がないとして当事会社株主の請求を排斥すれば足りるとの考え方もあり得るかもしれないが、①当事会社株主が存続会社・新設会社または完全親会社株式を対価として受領した後に株主の地位を離れた場合には原則として組織再編の効力を争わせるべきではないから、原告適格を認めた上で訴えの利益を問題にするよりは原告適格を認めない方が自然であること、②形成の訴えについては法の規定に基づいて訴えを提起すれば原則として訴えの利益は認められ、訴訟係属中の訴訟外の事実の変動によって権利関係が過去のものとなった場合に訴えの利益が失われると解されていることからすれば(伊藤眞『民事訴訟法 第3版3訂版』(有斐閣、平成20年)152頁)、訴訟提起前に株式を譲渡したような場合にはそもそも法の規定としてそのような者に形成の訴えを起こさせるべきではないこと、などからすれば原告適格として組織再編無効という結果の帰属を要求する方が妥当である。なお、たとえば株主総会決議取消訴訟に関して、総会決議によって解任された(元)取締役は会社法831条の規定にかかわらず決議取消訴訟の原告適格を有すると考えられているが、この場合も元取締役一般に原告適格を認めるのではなくて、解任という、決議の結果の影響を直接被る場合にのみ特に原告適格を認めている。江頭・前掲注(15)340頁。

- (21) 上柳ほか・前掲注(1)『新版注釈会社法(5)』〔河本一郎〕110頁。  
 (22) 上柳ほか・前掲注(1)『新版註釈会社法(5)』〔前田庸〕79頁。  
 (23) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(9)』〔森本滋〕(有斐閣、昭和63年)229頁。  
 (24) 上柳ほか・前掲注(23)〔和座一清〕208頁。  
 (25) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(6)』〔今井宏〕(有斐閣、昭和60年)75頁。  
 (26) ①東京地判平成13年3月29日判例時報1748号171頁、②名古屋地判平成14年8月8日判例時報1800号150頁、③東京地判平成15年2月6日判例時報1812号143頁、④東京高判平成15年7月24日判例時報1858号154頁(①事件の控訴審)。

(27) 上記各判決に批判的な論稿は非常に数が多い。①判例に関するものとして、鳥山恭一「判批」法学セミナー561号114頁、周劍龍「判批」金融・商事判例1127号61頁、吉本健一「判批」判例評論516号〔判例時報1767号〕182頁、南隅基秀「判批」札幌学院法学18巻2号121頁、佐合美佳「判批」名古屋大学法政論集191号245頁、山本忠弘「判批」私法判例リマークス25号〈2002年〔下〕〉94頁、村上裕「判批」法学〔東北大学〕66巻4号95頁、高橋英治「判批」商事法務1719号131、②判例について、鳥山恭一「判批」法学セミナー577号118頁、古川朋子「判批」早稲田法学79巻2号233頁、田邊宏康「判批」会社法制の現代化構想の再検討〔判例タイムズ臨時増刊1158号〕174頁、③判決につき、坂倉充信「判批」平成15年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊1154号〕196頁、南隅基秀「判批」法学研究〔慶應義塾大学〕78巻8号55頁、④判決につき、西本強「判批」銀行法務21第48巻10号54頁、荒谷裕子「判批」判例評論555号〔判例時報1885号〕213頁。またこれらの裁判についての評釈以外にも株式交換・株式移転によって株主代表訴訟の原告適格は失われないことを述べるものが多かった(拙稿「多重株主代表訴訟の法構造についての一考察」名城法学53巻1号73頁注(64)記載の文献参照)。逆に原告適格は失われると解するものとして、大山浩世「判批」法学研究〔慶應義塾大学〕75巻10号111頁、藤井正夫「判批」平成13年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊1096号〕134頁、(①判例の評釈)、小原将照「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)77巻11号119頁(④判決の評釈)があるほか、立案担当者からも同様の見解が示されていた。江頭憲治郎=武井一浩=川西 行=原田晃治〔座談会〕「株式交換・株式移転—制度の活用について」ジュリスト1168号115頁〔原田晃治発言〕。

(28) 最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁。

(29) 大塚和成「判批」銀行法務21第51巻2号47頁、鳥山恭一「判批」法学セミナー627号118頁、周劍龍「判批」金融・商事判例1265号51頁、絹川泰毅「判批」ジュリスト1336号108頁、黒沼悦郎「判批」金融・商事判例1268号14頁、高木康衣「判批」法学論集(九州国際大学法学会)14巻3号166頁、根本伸一「判批」明治大学法科大学院論集2号131頁、小出篤「判批」判例評論584号〔判例時報〕1974号207頁。決定を妥当とするものとして、来住野究「判批」信州大学法学論集9号331頁。

(30) 黒沼・前掲注(29)17頁。

(31) 取締役会決議の瑕疵については特段の規程がないことから事由の如何を問わず無効であり、主張権者、主張期間、主張方法には制限がないと一般に解されている。上柳ほか・前掲注(25)『新版注釈会社法(6)』〔堀口亘〕116頁。また、決議無効・不存在確認の訴え、新株発行不存在確認の訴えについても主張権者、主張期間、主張方法の制限はない。

(32) 江頭・前掲注(15) 111頁(設立無効の訴え)。

(33) 解任訴訟が総会決議の修正としての性格をもつことにつき、上柳ほか・前掲注(25)『新版注釈会社法(6)』〔今井宏〕76頁、株主代表訴訟の本質が責任追及をしないという意味決定を覆す点にあるとする見解につき、拙稿「株主権としての株主代表訴訟(二・完)」上智法学論集41巻3号229頁以下参照。

(34) 来住野・前掲注(29) 338頁も同様の趣旨か。

(35) 上柳ほか・前掲注(23)〔和座〕208頁。ただし請求から相当の後に会社が閲覧を許容した場合には、その間の新株発行等会社側の事情で株主要件を満たさなくなった場合であっても閲覧・謄写を認めるべきであるとされる。会社は株主から閲覧・謄写請求があった場合には拒絶理由がない限り遅滞なく閲覧・謄写をさせなければならないはずで、当該株主は持株比率が低下する前に閲覧できたはずであるとの理由による。また閲覧請求が裁判で争われる場合も同様の考慮から判決確定時に株主要件を満たしていれば足りるとされる。

(36) 前掲注(26)参照。

(37) 前掲注(26)の各判示は株主でなくなったことから機械的に原告適格を否定する。また来住野・前掲注(29) 337頁も、当事者適格は本案判決を求めることができる資格であり、法定の持株要件を下回った場合に明文の規定なくして原告適格の継続を認めることはできないとする。しかしながら、株主代表訴訟提起権も、裁判所に対する検査役選任請求権も、訴権であると同時に実体法上の株主権を構成するものでもある。会社法上の解釈として、条文に明示されていない者にも監督は正権の行使を認めるべきであるとの結論が得られるのであれば、明文の規定がないことを理由に原告適格を否定することは妥当ではないように思われる。たとえば株主総会決議で解任された取締役は、取締役としての地位を失ってもなお当該決議の取消訴訟の原告適格を有すると解されているが(東京地判昭和31年12月28日下民集7巻12号3095頁等)、これは決議取消訴訟を形成訴訟であると構成することによって生じる不都合を回避するために、解釈によって解任後の取締役を取締役に含めるとの解釈の結果である。

(38) 平成20年度日本民事訴訟法学会シンポジウムにおいて笠井正俊教授がこのような趣旨の報告をされている。

(39) 江頭・前掲注(15) 452頁。

(40) 江頭・前掲注(15) 452頁。同頁では、株主代表訴訟係属中に株式交換があり原告株主が親会社社債を交付された場合には、利害が継続しなくなるため原告適格が失われるとされる。株主代表訴訟の場面ではこのように解することが妥当であるが、組織再編無効訴訟については別途の考慮が必要な場面もあるように思われる。たとえば、合併無効の訴えの係属中に株式交換が行われて原告株主が完全親会社の社債を交付された場合、原告株主としては無効な合併を前提として行われた株式交換にも瑕疵があると考えるはずであり、前提となる合併の無効を瑕疵として株式交換無効の訴えを提起する

ことはあり得ると考えるべきである。その場合には、株式交換無効の訴えのなかで先行の合併の無効を主張することはできないから、この者にはなお原告適格があると解すべきではないか。



# 文書の管理と法

早川和宏

---

|     |                   |    |
|-----|-------------------|----|
| I   | はじめに — 文書概念の多様性 — | 58 |
| II  | 法律によって管理すべき文書の範囲  | 69 |
| III | 法律によらない文書管理の問題点   | 78 |
| IV  | 地方公共団体の取組からの示唆    | 87 |
| V   | おわりに              | 94 |

---

## I はじめに — 文書概念の多様性 —

### 1 問題の所在

文書を法律により管理する方策が検討されている。

2008(平成20)年1月18日、福田康夫内閣総理大臣(当時)は、第169回国会の施政方針演説において、「行政文書の管理のあり方を基本から見直し、法制化を検討するとともに、国立公文書館制度の拡充を含め、公文書の保存に向けた体制を整備します。」と述べ<sup>(1)</sup>、同年2月29日、我が国初となる公文書管理担当大臣を任命した。そして同日付の内閣官房長官決定<sup>(2)</sup>「公文書管理の在り方等に関する有識者会議の開催について」に基づき設置された「公文書管理の在り方等に関する有識者会議」(以下「有識者会議」という。)は、同年3月12日の第1回会議以来、精力的に会議を重ね、同年7月1日に中間報告『「時を貫く記録としての公文書管理の在り方」— 今、国家事業として取り組む —』(以下「中間報告」という。)を取りまとめ、公文書管理担当大臣に提出している<sup>(3)</sup>。今後、有識者会議の最終報告を経て、「遅くとも次期の通常国会までには間に合わせる」<sup>(4)</sup>方向で公文書の管理の法制化が進められていくこととなる<sup>(5)</sup>。

「情報公開法と行政文書の管理は車の両輪」<sup>(6)</sup>であるとの認識が示されていながら、

<sup>(1)</sup>第169回国会、衆議院会議録第一号(一)(2008(平成20)年1月18日)3頁(参照2008(平成20)年9月18日)。以下に挙げる国会における発言は、国会会議録検索システム(<http://kokkai.ndl.go.jp/>)より入手した。同検索システムにより、第1回国会以降の歴代内閣総理大臣の施政方針演説を概観したところ、公文書の管理体制について言及したのは、これが初めてのようである。なお、この発言に類するものとして、小泉内閣総理大臣(当時)の施政方針演説「政府の活動の記録や歴史の事実を後世に伝えるため、公文書館における適切な保存や利用のための体制整備を図ります」との発言がある。第159回国会、衆議院会議録第一号(一)(2004(平成16)年1月19日)5頁(参照2008(平成20)年9月18日)。

<sup>(2)</sup>同決定は、内閣官房HP(<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/koubun/konkyo.pdf>)で入手できる(参照2008(平成20)年9月18日)。

<sup>(3)</sup>中間報告は、内閣官房HP(<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/koubun/chukan.pdf>)より入手できる(参照2008(平成20)年9月18日)。

<sup>(4)</sup>第169回国会、衆議院国土交通委員会議事録第三号(2008(平成20)年2月22日)21頁の福田内閣総理大臣(当時)の発言より(参照2008(平成20)年9月18日)。

<sup>(5)</sup>中間報告以前から、公文書の管理の法制化に関する検討は精力的になされてきた。その成果として、ジュリ1316号(2006(平成18)年)46頁以下の「特集 公文書管理のための法整備」に掲載されている諸論文や、総合研究開発機構・高橋滋編『政策提言 — 公文書管理の法整備に向けて』(商事法務・2007(平成19)年)がある。

<sup>(6)</sup>行政改革委員会「情報公開法制の確立に関する意見」の「II 情報公開法要綱案の考え方」二(3)より。「情報公開法制の確立に関する意見」は、総務省行政管理局編『詳解 情報公開法』(財務省印刷局・2001(平成13)年)437頁以下のほか、総務省行政管理局HP([http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/a\\_06.htm](http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/a_06.htm))等でも

行政文書・公文書に関する統一的な法制度を欠いている我が国の状況は、両輪で走るべきところを片輪のまま不安定に走っているようなものである。その意味では、文書管理法が検討されているという現在の状況は、(遅きに失した感はあるにせよ)本来あるべき両輪走行へ向けた大きな一歩であるといえよう。

ところで、ここで一つの疑問が生じる。総理の発言では「行政文書」、「公文書」という言葉が用いられているのに対し、大臣の名称、有識者会議の名称にあつては「公文書」という言葉しか用いられていない。「行政文書」と「公文書」とは、異なる概念なのであろうか。この点について検討するに先立ち、文書の性質について確認しておくことにする。

文書である以上、何らかの形でその内容を認識できるものでなければならないはずである。したがって、少なくとも文書には、行政機関の保有する情報の公開に関する法律(以下「行政機関情報公開法」という。)2条2項にいうところの「文書、図画及び電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られた記録)」(以下「文書」という。)であることが求められると解されよう<sup>(7)</sup>。

また、文書として存在する以上、何らかの主体によって作成されなければならない。文書を作成する主体としては、国・公共団体といった公の主体と、自然人・法人を問わない民間の主体を想定することができよう。そして、公の主体や民間の主体によって作成された文書は、そのまま作成主体の下で保持される文書(以下「作成文書」という。)もあれば、作成主体とは異なる主体によって取得される文書(以下「取得文書」という。)もあろう。後者の取得文書にあつては、文書の作成主体と、現実に当該文書を保持している主体とが異なることになる。すると、文書を作成する主体には、「作成文書の作成主体」と「取得文書の作成主体」という2種類を観念することができよう。

さらに、作成又は取得により何らかの主体において保持されている文書は、今まさに使用されている文書(以下「現用文書」という。)と、文書の作成・取得の目的を達したため、もはや使用されず単に保持されているに過ぎない文書(以下「非現用文書」

入手することができる(参照2008(平成20)年9月21日)。

<sup>(7)</sup>なお、欧米においては文書(document)と記録(records)という用語は使い分けられている。世界初の記録管理(Records Management)に関する国際標準であるISO15489-1においても、文書は3.10で、記録は3.15でそれぞれ異なる定義を与えられている。これに対し、我が国において両者は使い分けられておらず、「すべてを『文書』一本でくくっているといった方が正確かも知れない」と理解されている(小谷允志「記録管理の国際標準ISO15489」情報管理48巻5号(2005(平成17)年)277頁参照)。ここでは、我が国における用法に習い、記録(records)を含む概念として、文書という用語を使うことにしたい。この点については、本稿IIIも参照されたい。

という。)とに分けることもできよう<sup>(8)</sup>。

では、このような性質を有する「文書」に、いかなる要件が加味されれば、「行政文書」や「公文書」になるのであろうか。

周知のように、「行政文書」という文言は、行政機関情報公開法や、各地方公共団体が定める情報公開条例<sup>(9)</sup>において用いられる概念である。情報公開条例にあつては、基本的に行政機関情報公開法と平仄を合わせ「行政文書」という概念を用いるものも多いとはいえ、あえて「公文書」という文言を用いるなど、独自の工夫を凝らしているケースも多数存在する<sup>(10)</sup>。本稿では、個々の情報公開条例の定める文書概念について検討を加えることができないため、行政機関情報公開法の定める行政文書概念を基に論を進めたい。

さて、行政機関情報公開法2条2項によれば、行政文書とは、①行政機関の職員<sup>(11)</sup>が職務上作成又は取得した、②文書(文書、図画及び電磁的記録)であつて、③当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして、④当該行政機関が保有しているもの、という4つの要件を満たしているものを指すとされている。したがって、先に述べた文書の性質から見れば、次の事項を指摘することができよう。

まず、①の要件からは、作成文書の作成主体及び取得文書の取得主体については、公の主体のうち行政機関の職員に限定していること、取得文書については、当該取得文書の作成主体のいかんを問わないことが読み取れよう。また、③の要件からは当該文書が現用文書であることが要求されているといえよう。

では、「公文書」という文言はどうであろうか。

## 2 公文書

一般に、公文書とは「公務所(国又は地方公共団体などの機関)又は公務員が職務上作成する文書のこと」と理解されている<sup>(12)</sup>。この一般的理解は、刑法155条(公文書偽

<sup>(8)</sup>なお、法律上用いられる「現用」という文言については、本稿14において検討を加える。

<sup>(9)</sup>地方公共団体が制定する情報公開に関する条例の名称には様々なものがあるが、本稿では、便宜上、「情報公開条例」と呼ぶことにする。

<sup>(10)</sup>なお、情報公開条例が定める「公文書」の解釈が、行政機関情報公開法の「行政文書」の解釈にも影響を与えるものであることを指摘するものとして、宇賀克也『新・情報公開法の逐条解説〔第4版〕』(有斐閣・2008(平成20)年)30頁参照。

<sup>(11)</sup>以下、「行政機関の職員」という文言は、行政機関情報公開法2条2項と同じ意味で用いることにする。

<sup>(12)</sup>金子宏・新堂幸司・平井宜雄ほか編『法律学小辞典[第4版]』(有斐閣・2004(平成16)年)360頁。なお、法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典[第3版]』(有斐閣・2006(平成18)年)448頁、坂山勇・作山宗久『文書管

造等)、156条(虚偽公文書作成等)、158条(虚偽公文書行使等)、民事訴訟法228条2項等を念頭に置いたものであると思われる。

このような一般的理解の下では、作成文書の作成主体が公の主体である文書のみが「公文書」に該当することになる。具体的にいえば、一般的に理解されている公文書概念の下では一作成文書の作成主体を「行政機関の職員」に限定する行政文書とは異なり一国会・裁判所・地方公共団体の議会等の作成する文書も「公文書」に含まれることになる。例えば、民事執行法181条3項は、「裁判の謄本その他の公文書」という表現を用いているが、これは、裁判所の文書も公文書の中に含まれているという理解であろう。その意味では、一般的に理解されている公文書概念は、行政文書よりも広い文書を含む概念であると考えることができよう。

また、取得文書に関しては特に触れられていないことも指摘できよう。一般的に理解されている公文書概念においては、作成主体が公の主体であることのみが重視されることからすると、取得文書であっても、その作成主体が公の主体であれば、ここでの「公文書」に含まれることになる。例えば、行政機関の職員が作成し、国会や裁判所が取得した文書も、ここでの「公文書」になると考えられよう。さらに、公の主体が作成し、民間の主体が取得した文書も、ここでの「公文書」に該当することになる。すなわち、取得文書の取得主体については、民間の主体であっても構わないことになる。逆に、一般的に理解されている公文書概念は、公の主体による「作成」を要件とするが故に、民間の主体によって作成され、公の主体が取得した文書(例えば、民間の主体が作成した許認可の申請書を公務員等が取得した場合)を公文書概念から排除してしまうことになる。しかし、民間の主体が作成した文書であっても、それが公の主体によって取得された後は、当該文書を基礎として公の主体の意思決定等がなされているという現状に鑑みると、公文書概念に関する一般的な理解は、先に挙げた条項を解釈する上では一定の意義が認められようが、現実の行政活動における「公文書」の理解としては、不十分と解されよう。なお、現用・非現用という観点は、ここでの公文書概念には含まれていない。

では、一般的な理解ではなく、現行法上「公文書」とはいかなる概念として位置づけられているのであろうか。

現在のところ、行政機関情報公開法2条2項が行政文書を定義しているような形で、「公文書」を直接定義する法律は存在していないようである。e-Gov(電子政府の総合

---

理と法務 ― アカウンタビリティへの対応 ―』(ぎょうせい・1997(平成9)年)35頁も同様の表現となっている。

窓口)の法令検索を用い、「公文書」という文言を含む法律を検索したところ<sup>(13)</sup>、該当件数は16件であったが、定義に関する規定は見当たらない。「公文書等」の定義として、「国又は地方公共団体が保管する公文書その他の記録(現用のものを除く。)」(公文書館法2条)とか、「公文書その他の記録(国の機関において現用のものを除く。)」(国立公文書館法2条)といった定めを置くものは存在するが、「公文書」の意義を明らかにするものではない。

### 3 公文書類

このように、公文書の意義について現行法上明確な定義は存在しないと思われるが、同時に、現行法令は、国・地方公共団体等の機関の所掌事務に関する規定において、公文書に関する定めを置いている。「公文書類の接受、発送、編集及び保存に関すること」を警察庁長官官房の所掌事務とする警察法21条3号、「証書及び公文書類を保管すること」を普通地方公共団体の長の所掌事務とする地方自治法149条8号、「法令案その他の公文書類の審査に関すること」や「公文書類の接受、発送、編集及び保存に関すること」を各府省の大臣官房の所掌事務とするもの(内閣府本府組織令2条4号、10号、総務省組織令3条5号、6号、法務省組織令3条3号、4号ほか)など、その例は枚挙にいとまがない(傍点は筆者による。以下同じ)。これらの規定からは、次の事項を指摘できよう。

まず、法令上の「公文書類」という文言においては、作成文書の作成主体について何ら限定は置かれていない。しかし、国・地方公共団体等の機関の所掌事務に関して規定する条文において「公文書類」という文言が使われていることに鑑みると、少なくとも、作成文書の作成主体に民間の主体を入れることは、適切ではあるまい。また、同様の理由から、取得文書の取得主体についても、民間の主体を入れることは不適切と解されよう。

次に、取得文書の作成主体については、公の主体・民間の主体を問わず、双方を含むと解されよう。これらの条文で挙げられている「接受」「保存」「保管」「審査」の対象となる文書には、当然にして、民間の主体の作成にかかるもの(各種申請書、請願法3条により官公署に提出された請願書、地方自治法124条により普通地方公共団体の議会に提出された請願書、同法125条により普通地方公共団体の議会から当該普通地方公共団体の長等に送付された請願書等)も、公の主体の作成にかかるもの(国と普通地方

<sup>(13)</sup>e-Gov (<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>)を用い、2008(平成20)年9月19日に検索を試みた。

公共団体との間で取り交わされる文書等) も含まれていると解されるからである。

また、現用・非現用という観点からは、「公文書類」概念においては、現用文書のみならず、非現用文書を含んでいると解される。この意味において、「公文書類」概念は、行政文書概念よりも広い概念であるといえよう。

非現用文書が「公文書類」概念に含まれることを示唆するのが、情報公開審査会が2001(平成13)年9月26日になした答申<sup>(14)</sup>及び情報公開・個人情報保護審査会が2008(平成20)年2月29日になした答申<sup>(15)</sup>である。前者が行政機関情報公開法に基づく不開示決定を、後者が「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」(以下「行政機関個人情報保護法」という。)に基づく不開示決定を対象としているが、いずれの事案においても京都地方法務局が保管する明治5年式戸籍(いわゆる壬申戸籍)の行政文書該当性が争点となっている<sup>(16)</sup>。

両答申とも、京都地方法務局が明治5年式戸籍を保管していることは、昭和43年3月29日付け民事甲第777号民事局長通達に基づく同法務局の業務であることを肯定する。これは、法務局及び地方法務局組織規則35条1号により、地方法務局の総務課の事務とされている事項の中に「公文書類の接受、発送、編集及び保存に関すること」(同規則8条2号)が含まれており、明治5年式戸籍がここでいう「公文書類」に該当するという解釈を当然の前提とするものと解されよう。そして、両答申は、次のような理由で明治5年式戸籍が非現用文書であることを肯定する。すなわち、明治5年式戸籍については、「既に30年以上の間にわたり、戸籍事務その他の同法務局の業務のために利用された事実がない」こと、「およそ何人の利用にも供された事実がないこと」、「今後も、同戸籍が同法務局の業務に必要な文書として利用される可能性は全くない」こと、「近い将来においてこれを開封開示し他の利用に供することは想定されず、引き続き何人の目にも触れないよう厳封保管をすべき状況にあること」等の事情が認められることから、「同法務局においてその業務に用いる文書として保有しているものとは言

<sup>(14)</sup>情報公開審査会平成13年度答申第8号。同答申は、情報公開・個人情報保護審査会HP(<http://www8.cao.go.jp/jyohou/tousin/001-h13/008.pdf>)より入手できる(参照2008(平成20)年9月20日)。

<sup>(15)</sup>行政機関・情報公開審査会平成19年度(行個)答申第118号。同答申は、情報公開・個人情報保護審査会HP(<http://www8.cao.go.jp/jyohou/tousin/h19-k03/k118.pdf>)より入手できる(参照2008(平成20)年9月20日)。

<sup>(16)</sup>厳密に言えば、情報公開・個人情報保護審査会の答申では、行政機関個人情報保護法2条3項の定める「保有個人情報」に該当するか否かが争点となっている。もっとも、同項ただし書は保有個人情報該当性につき、行政機関情報公開法2条2項に規定されている行政文書に記録されているものに限る旨の定めを置いていることから、結局、明治5年式戸籍の行政文書該当性が問題となっていると解されよう。

えず」、結果として、現用文書であることを要件とする行政文書には該当しないと結論付けているのである。行政機関情報公開法が行政文書の要件として③(当該行政機関の職員が組織的に用いる)を挙げている以上、明治5年式戸籍のように、行政機関内に現存していても組織的に用いていないと解される文書は、行政文書から除外されると解さざるを得ないであろう<sup>(17)</sup>。

なお、両答申ともに、明治5年式戸籍が京都地方法務局内に現存する状態を「保管」とし、「保有」とは述べていない。この点に着目すると、行政文書の要件④(当該行政機関が保有している)とは異なる概念を用いていると解する余地もありそうではあるが、これは否定的に解されよう。なぜならば、行政機関情報公開法2条2項が行政文書の定義において④の要件を挙げたのは、「請求時点において保有していない行政文書を開示請求に応ずるために作成する必要はないことを意味」し、これは「開示請求時点において、存在する記録があるがままの状態で開示すれば足りるという認識に基づく」ものであると解されるからである<sup>(18)</sup>。換言すれば、④の要件は、開示請求時点において当該文書が当該行政機関内に存在すること、すなわち「現存」することを求めているのであり、その意味では「保管」と「保有」を別異に解する必要は無いのである。

#### 4 公文書等

次に、公文書館法及び国立公文書館法に見られた「公文書等」という概念について検討を加えることとする。既に述べたように、公文書館法2条は「この法律において『公文書等』とは、国又は地方公共団体が保管する公文書その他の記録(現用のものを除く。)をいう」という形で、国立公文書館法2条は「この法律において『公文書等』とは、公文書その他の記録(国の機関において現用のものを除く。)をいう」という形で「公文書等」を定義している。この定義からは、両法ともに「公文書その他の記録」という文言を用いているものの、その前に付されている文言や括弧書きの文言が異なることから、「公文書等」概念には2種類あると考えられる。以下、各々について検討を加える。

<sup>(17)</sup>なお、明治5年式戸籍を情報公開ではなく、公文書館のシステムにおいて公開することは可能であるとする。  
拙稿「神奈川県立公文書館の諸問題にかかる法的検討」高岡法科大学紀要18号(2007(平成19)年)40頁以下参照。

<sup>(18)</sup>宇賀・前掲注(10)31頁参照。



### (1) 公文書館法2条の「公文書等」

先ず、「公文書その他の記録」という部分については、次のように解されよう。

「その他の」という文言は、『その他の』の前にある字句が『その他の』の後にあり、より内容の広い意味を有する字句の例示として、その一部を成している場合に用いられるものである<sup>(19)</sup>。したがって、「公文書記録」と理解すべきことになる。そして、「公文書その他の記録」の具体的内容については、『公文書』とは、公務員がその職務を遂行する過程で作成する記録を、『その他の記録』とは、公文書以外のすべての記録をいい、記録媒体のいかなを問わないものであることから、『その他の記録』には古書・古文書その他私文書も含まれることになる」と解されている<sup>(20)</sup>。すると、「公文書その他の記録」という文言全体としては、その概念の中で例示として用いられる「公文書」という文言の部分では、公の主体が作成した文書に限定しているものの、「その他の記録」の中に「古書・古文書その他私文書」(以下「私文書」という<sup>(21)</sup>)を含むことから、結果として、作成文書の作成主体を行政機関の職員や公の主体といった具合に限定してはならず、民間の主体も含んでいることになる。

もっとも、ここで述べたことは「公文書その他の記録」という文言のみを解釈した場合の結論である。公文書館法2条には「国又は地方公共団体が保管する<sup>(22)</sup>」との限定が付されていることからすると、同条にいう作成文書の作成主体からは、国又は地方公共団体以外の主体は排除されることになる。

次に、取得文書の作成主体については、何ら限定が付されていないことから、行政機関の職員のみならず、国(立法・司法・行政)、地方公共団体等の公の主体であると民間の主体であるとを問わないことになる。このことは、現に公文書館において保存・公開されている公文書等に、民間の主体の作成にかかる各種申請書等が含まれている

<sup>(19)</sup> 法制執務研究会編『新訂 ワークブック法制執務』(ぎょうせい・2007(平成19)年)709頁。

<sup>(20)</sup> 総理府「公文書館法解釈の要旨」(1988(昭和63)年6月1日付「公文書館法の施行について(通達)」(総総第366号)添付書類)2条該当部分。小川順雄「公文書館法概説」国立公文書館編『北の丸 — 国立公文書館報 —』21号(国立公文書館・1989(平成元)年)64頁以下所収。

<sup>(21)</sup> したがって、本稿で用いる私文書という言葉は、刑法159条にいう私文書よりも広い範囲の「民間の主体が作成・取得した文書全般」を指すことになる。

<sup>(22)</sup> 既に述べたように、「保管」という文言については、何らかの主体の下に文書が現存する状態を指すと解して差し支えないと考える。以下、公文書館法及び国立公文書館法に関する記述については、法文に従い「保管」という文言を用いることにする。

という実態とも合致する<sup>(23)</sup>。

また、取得文書の取得主体については、「国又は地方公共団体が保管する」との文言から、民間の主体を含まないことは明らかであろう。

最後に、括弧内で示されている「現用のものを除く」という部分については、次のように解されよう。「現用」という文言は、公文書館法において初めて法律上の概念として採用されることとなったものであり、「国又は地方公共団体の機関がその事務を処理する上で利用している状態にあることをいい、頻度が低い場合でも本来の使用がなされていれば、これに該当する」と理解されている<sup>(24)</sup>。したがって、「現用のもの」とは、少なくとも、行政文書に関する③(当該行政機関の職員が組織的に用いるものとして)の要件に該当するものを含むことになる。このことから、行政文書が公文書館法2条の公文書等と重なり合うことは、論理的に有り得ないといえる。

## (2) 国立公文書館法2条の公文書等

先ず、「公文書その他の記録」という部分については、公文書館法2条において述べたことがそのまま妥当する。ただ、公文書館法2条のように「国又は地方公共団体が保管する」との限定が付されていないことから、国立公文書館法2条においては、作成文書の作成主体は限定されていないということになる<sup>(25)</sup>。

次に、取得文書の作成主体についても、何ら限定は付されていない。したがって、取得文書の作成主体については、行政機関の職員のみならず、国(立法・司法・行政)、地方公共団体等の公の主体であると民間の主体であると問わないことになる<sup>(26)</sup>。このことは、国立公文書館法が、民事判決原本という司法の文書を、同法成立当時は総理府の施設等機関であった国立公文書館において保存できるようにすることを主たる

<sup>(23)</sup> 試みに、神奈川県立公文書館の資料検索(<http://www.pref.kanagawa.jp/osirase/02/0219/search/search.html>)を用い、資料名「許可申請書」にて検索したところ、「歴史的公文書目録の検索」では7931件、「古文書・私文書の検索」では9件がヒットした。その中には、「温泉掘さく許可申請書」、「酒類製造業許可申請書」や農地法3条~5条に関する申請書等が存在している(2008(平成20)年10月6日検索時点)。

<sup>(24)</sup> 総理府・前掲注(20)、2条該当部分より。

<sup>(25)</sup> もっとも、国立公文書館法は、1条(目的)、4条(国立公文書館の目的)、11条(業務の範囲)等において「国立公文書館又は国の機関の保管に係る歴史資料として重要な公文書等」という表現を用いている。したがって、それらの条文を解釈するに際しては、作成文書の作成主体が限定されていることになる。

<sup>(26)</sup> ちなみに、国立公文書館デジタルアーカイブ・システム(<http://www.digital.archives.go.jp/>)にて「許可申請書」というキーワードで検索すると、2205件がヒットする(2008(平成20)年9月20日検索時点)。その中には、私立大学が大学・学部・学科の設置許可を申請した文書も散見される。

目的として制定されたという歴史的経緯にも合致しよう<sup>(27)</sup>。

また、取得文書の取得主体については、公文書館法2条が保管主体を「国又は地方公共団体」に特定しているのに対し、国立公文書館法2条には保管主体に関する言及が無い点で差異が認められる。ここで挙げた国立公文書館法2条は、1999(平成11)年12月22日法律第161号による改正後のものであり、それまでの同条は「国が保管する公文書その他の記録(現用のものを除く。)」との定義であった。すなわち、「国が保管する」という文言を削除したのが、現行の国立公文書館法2条なのである。このことから、国立公文書館法2条にあつては、保管主体をあえて特定していないと解される<sup>(28)</sup>。したがって、国・地方公共団体はもとより、その他の主体において保管されているものも、同条にいう「公文書等」に含まれることとなろう。

最後に、国立公文書館法2条の括弧書きで示されている「国の機関において現用のものを除く」という部分については、基本的には公文書館法2条について述べた「現用」という用語と同義と解して差し支えあるまい。もっとも、国立公文書館法2条の「公文書等」の定義においては、文書の保管主体に関して「国の機関において現用のもの」だけを除いていることから、地方公共団体や民間の主体が保管する文書については、現用・非現用を問わず「公文書等」に含んでいることになるだろう。

## 5 小括

以上に検討してきた事項をまとめると、次のようになろう。

### (1) 行政機関情報公開法の「行政文書」概念

- 作成文書の作成主体については、行政機関の職員に限定される
- 取得文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 取得文書の取得主体については、行政機関の職員に限定される
- 文書が現用の状態にあるものに限定される

<sup>(27)</sup> 国立公文書館法制定の経緯については、亀谷博昭「国立公文書館法の成立と今後の課題」アーカイブズ創刊号(国立公文書館・1999(平成11)年)2頁、川口啓「国立公文書館法」法令解説資料総覧214号(1999(平成11)年)17頁を参照されたい。なお、後者の文献は、国立公文書館法を「従来国の行政に関する公文書その他の記録のみを保存することを所掌事務としていた総理府の施設等機関である国立公文書館に、立法及び司法に関する公文書等をも保存する権能を与える法律」とであると述べている。

<sup>(28)</sup> 先に述べたように、国立公文書館法は、1条(目的)、4条(国立公文書館の目的)、11条(業務の範囲)等において「国立公文書館又は国の機関の保管に係る歴史資料として重要な公文書等」という表現を用いている。したがって、それらの条文を解釈するに際しては、保管主体の特定がなされているといえる。

(2) 一般的に理解されている「公文書」概念

- 作成文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体であれば良い
- 取得文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体に限定され、民間の主体を含まない
- 取得文書の取得主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 概念上、現用・非現用という観点是用いられていない

(3) 現行法令上の「公文書類」概念

- 作成文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体に限定されると解される
- 取得文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 取得文書の取得主体については、行政機関の職員・公の主体に限定され、民間の主体を含まない
- 現用のみならず非現用の状態にある文書も含む

(4) 公文書館法2条のいう「公文書等」概念

- 作成文書の作成主体については、国又は地方公共団体に限る
- 取得文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 取得文書の取得主体については、国又は地方公共団体に限る
- 国又は地方公共団体が保管するもののうち、非現用文書に限る(民間の主体が保管する文書は含まない)

(5) 国立公文書館法2条のいう「公文書等」概念

- 作成文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 取得文書の作成主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 取得文書の取得主体については、行政機関の職員・公の主体・民間の主体を問わない
- 国の機関においては、非現用文書に限る(国の機関以外については、現用・非現用を問わない)

ここで明らかとなった各文書概念を、表の形で示せば、次のようになろう。

|           |         | 行政文書 | 一般的に理解されている公文書 | 公文書類 | 公文書等    |           | 私文書 |
|-----------|---------|------|----------------|------|---------|-----------|-----|
|           |         |      |                |      | 公文書館法2条 | 国立公文書館法2条 |     |
| 作成文書の作成主体 | 行政機関の職員 | ○    | ○              | ○    | ○(注1)   | ○         | ×   |
|           | 公の主体    | ×    | ○              | ○    | ○(注1)   | ○         | ×   |
|           | 民間の主体   | ×    | ×              | ×    | ×       | ○         | ○   |
| 取得文書の作成主体 | 行政機関の職員 | ○    | ○              | ○    | ○       | ○         | ○   |
|           | 公の主体    | ○    | ○              | ○    | ○       | ○         | ○   |
|           | 民間の主体   | ○    | ×              | ○    | ○       | ○         | ○   |
| 取得文書の取得主体 | 行政機関の職員 | ○    | ○              | ○    | ○(注1)   | ○         | ×   |
|           | 公の主体    | ×    | ○              | ○    | ○(注1)   | ○         | ×   |
|           | 民間の主体   | ×    | ○              | ×    | ×       | ○         | ○   |
| 現用        |         | ○    | 不明             | ○    | ×       | ×(注3)     | ○   |
| 非現用       |         | ×    | 不明             | ○    | ○(注2)   | ○         | ○   |

(注1) 国又は地方公共団体に限る。

(注2) 国又は地方公共団体が保管するものに限る。

(注3) 国の機関以外については○。

## II 法律によって管理すべき文書の範囲

### 1 文書管理の効果

前項において明らかになったように、我が国においては、文書に関する様々な概念が存在する。では、法律による管理が求められる文書とは、いかなる範囲のものであろうか。これを確定するには、①文書を管理することによって、いかなる効果が得られるのか、②それを法律により管理する必要性がどこに求められるか、という2点について検討する必要がある。

現在、我が国に存在する文書管理に関する定めのうち最も広範なものは、日本工業規格たる JIS X 0902-1<sup>(29)</sup> であると思われる。なぜならば、同規格は、記録の形式及び媒体を問わず、「すべての公的又は民間の組織が、業務活動遂行の過程で作成・受領する記録、又は記録の作成・維持の義務をもつ個人が作成又は受領する記録の管理に適用する」ものとして定められているからである(同規格1.)。

<sup>(29)</sup> 以下、同規格については、島弘志編『JIS X 0902-1 (ISO 15489-1) 情報及びドキュメンテーション — 記録管理 — 第1部：総説』(日本規格協会・2005(平成17)年)を参照した。

なお、JIS X 0902-1は、国際標準化機構(International Organization for Standardization)が2001(平成13)年9月15日に発行した国際規格ISO 15489-1 (Information and documentation — Records management — Part 1 : General)を基礎として制定されたものである<sup>(30)</sup>。そのため、JIS X 0902-1における「文書(document)」は、「一つの単位として取り扱われる記録された情報、又はオブジェクト」(同規格3.10)と定義され、「記録(records)」は、「法的な責任の履行、又は業務処理における、証拠及び情報として、組織、又は個人が作成、取得及び維持する情報」(同規格3.15)と定義されている。つまり、各々に別個の定義が与えられているのである。しかし、同規格は、「記録管理(records management)の管理対象は、記録(records)であるが、我が国で一般に使われている文書管理は、記録(records)のほかに文書(documents)をも管理対象としており、その範囲が広い」としていることから<sup>(31)</sup>、同規格にいう「記録(records)」は、本稿でいう「文書」に含まれていると解してよからう。

同規格は「4.記録管理の利点」において、「記録管理システムは、現在及び将来の利害関係者に対する説明責任を確かなものにするとともに、後の活動及び意思決定に役立つ、業務活動に関する情報源となる」と述べた後に、具体的には以下の13の事項が可能になるとしている。

- 効果① 規則正しく、効率的で、説明責任が果たせる方法で業務を管理する
- 効果② 一貫して公平な方法でサービスを提供する
- 効果③ 方針策定及び経営の意思決定を支援し、文書化する
- 効果④ 経営及び管理における一貫性、継続性及び生産性を提供する
- 効果⑤ 組織全体の活動の効果的な遂行を促進する
- 効果⑥ 災害発生時の業務の継続性を保つ
- 効果⑦ (文書(記録)の)長期保存、監査及び監督等の活動に関する法律や行政規則上の要求を満たす<sup>(32)</sup>
- 効果⑧ 組織活動における証拠の有無又は欠如に関係したリスクの管理を含む訴訟時の防御及び支援を提供する
- 効果⑨ 組織の利益並びに従業員、顧客、現在及び将来の利害関係者の権利を保護する

<sup>(30)</sup> 島・前掲注(29)「まえがき」より。

<sup>(31)</sup> 島・前掲注(29)3頁。

<sup>(32)</sup> 島・前掲注(29)。3頁では、「長期保存、監査及び監督の活動を含む法令・規制要件を満たす」と表現されているが、原文が「meet legislative and regulatory requirements including archival, audit and oversight activities」であることから、このように訳した。

効果⑩ 歴史的な調査とともに、現在及び将来の研究開発の活動、展開及び遂行を支援し、文書化する

効果⑪ 業務、個人及び文化の活動の証拠を提供する

効果⑫ 業務、個人及び文化のアイデンティティを確立する

効果⑬ 組織、個人、又は集団の記憶を維持する

一般論としては、文書を管理せず、ただ散逸するに任せていると、以上のような効果が得られないであろうことは、想像に難くない。このような文書管理の効果を享受できない組織は、いずれ混乱に陥り、組織を維持できなくなっていくであろうこともまた然りである。また、このような文書管理の効果は、JIS X 0902-1が対象とする「公的又は民間の組織」に関する文書のみならず、(特に効果⑫⑬などは) 一個人や家庭においても必要とされていると考えられよう。

しかし、民間の文書を法律により管理することは、基本的に不必要であり、かつ、それを正当化する合理的な理由が無い限り、なすべきではないであろう。なぜならば、法人であれ自然人であれ、作成文書の作成主体が民間の主体であるもの、取得文書の取得主体が民間の主体であるものは、民間の主体の所有物(財産)に他ならないため、憲法29条により保護されていると解されるからである。また、いかなる文書であれ、民間の主体が文書を作成するかしないかという事項は、思想・良心の自由や表現の自由といった精神的自由権にかかわるものであると解し得ることも、この見解の妥当性を裏付けよう。

以上より、作成文書の作成主体が民間の主体であり、かつ、取得文書の取得主体が民間の主体である文書、つまり、Iで分類した私文書については、文書管理の効果が認められるものの、基本的に民間の主体の自由意思に委ねるのが妥当であると考えられることから、法律によってその管理を規定する必要性は基本的に無いと解されよう<sup>(33)</sup>。よって、法律によって管理すべき文書の候補としては、Iで分類した行政文書、一般的に理解されている公文書、公文書類、公文書等の4つが残ったことになる。

<sup>(33)</sup> 現行法上、民間の主体に対して文書の作成や保存を義務づける法律は多数存在するが、先に述べた理由から例外的なものと解するべきと考える。自然人に文書の作成及び保存を義務付ける法律として、行政書士法9条、税理士法41条、獣医師法21条、医師法24条、歯科医師法23条、保健師助産師看護師法42条等が、法人に文書の作成及び保存を義務づけるものとして、会社法432条、435条、494条、615条、617条等がある。また、私文書であっても、それが重要文化財や登録有形文化財に該当する場合には、文化財保護法等に基づく管理をしなければならない。各々における法律による管理の必要性及びその合理的な理由の存在については、いずれも肯定的に解されよう。

## 2 法律によって管理すべき文書

それでは、4つの概念のうち、どれが法律によって管理すべき文書といえるのであろうか。

まず、文書管理の効果を確保する必要の無い文書であれば、文書管理に関する法律を定める必要はあるまい。逆にいえば、文書管理の効果を確保する必要性の認められる文書こそが、法律によって管理すべき文書ということになる。また、法律によって文書を管理すべきといえるためには、文書管理を法律以外の手段によってなすのでは不十分であることが求められよう。すると、法律によって文書を管理する必要性についても検討しなければなるまい。

以下、文書管理の効果を確保という視点、文書管理を法律で定める必要性という視点から検討を加える。

### (1) 文書管理の効果を確保という視点からの検討

まず、文書の作成主体をいかに画するべきかが問題となる。行政文書、一般的に理解されている公文書、公文書類、公文書等という4つの概念は、文書の作成主体に着目すると、①作成文書の作成主体をいかに画するか、②取得文書の作成主体に民間の主体を含むべきか否かという点で差異が生じている。

①の点について、作成文書の作成主体が民間の主体であるものについては、先に私文書を法律による管理の対象から除外した理由が妥当するため、除くべきであろう。すると、作成文書の作成主体については、これを行政機関の職員に限定すべきか否かが問題となる。この点については、行政機関の職員のみならず公の主体を含むと解すべきであろう。もちろん、行政機関情報公開法の範囲内においては、作成文書の作成主体を行政機関の職員に限定することについては、その立法目的との関係から合理性が認められる。しかし、国会・裁判所・地方公共団体等が作成する文書にあっても、文書管理の効果①～③が確保されている必要があることは否定できまい。このことは、国会の会議録、裁判所の判決、地方公共団体の議会の会議録、市町村長の作成する住民基本台帳等の具体的な文書を想起すれば明らかであろう。

②の点については、取得文書の作成主体を行政機関の職員や、公の主体に限定する必要は無いであろう。なぜならば、取得文書の作成主体が民間の主体であっても、それが公の主体(行政機関の職員を含む。以下同じ。)によって取得された場合には、少なくとも、文書管理の効果①②④⑦⑧⑨が確保されている必要があると考えられるからである。具体的には、民間の主体が作成し、公の主体に提出した許認可等の申請書が適



切に管理されていなければ、許認可に際しての説明責任を果たすことが困難となり(効果①)、内容が同一である申請に対する対応がばらばらなものとなり(効果②④)、法律等の要求を満たすことができず(効果⑦)、当該許認可に係る訴訟が提起された場合の資料に欠け(効果⑧)、申請者の権利保護に欠ける(効果⑨)ことになると考えられよう。

次に、取得文書の取得主体については、これが民間の主体である場合には先に述べた私文書に該当することになるため、文書管理の対象に含めるべきではあるまい。また、取得文書の取得主体を行政機関の職員に限るべきか否かという点については、行政機関の職員以外の公の主体が取得した文書であっても、文書管理の効果①~③が確保されている必要があると考えられよう。このことは、地方公共団体の長に提出された許認可等の申請書、行政機関の職員から他の公の主体に対して交付された各種文書を想起すれば明らかであろう。

次に問題となるのは、文書管理の対象を現用文書に限るか、非現用文書に限るか、それとも両者を含むべきか、という点である。

現用文書につき、文書管理の効果を確保する必要性が存することについて異論はあるまい。現用文書は、公の主体において組織的に用いられている状態にあるもの、すなわち、公の主体の現在及び将来の活動のために利用されているものだからである。現用文書の管理なくして、公の主体による適法・適正な活動は有り得まい。

一方、非現用文書は、公の主体において組織的に用いられていない状態にあるものである。換言すれば、公の主体が作成・取得したことにより当該公の主体の下に現存している文書ではあるが、既にその任を終えた過去の文書ともいえる。このような性質を有する非現用文書を管理することには、どのような効果が認められるのであろうか。

非現用文書の性質上、それを管理しても文書管理の効果①~③の確保に資する余地は大きくないかもしれない。既に、意思決定や業務の実施が終了しているからである。一方、それ以外の事項については、非現用文書であっても、文書管理の効果を確保する必要性があろう。確かに、文書が非現用となった時点において、当該文書は、それを作成・取得した公の主体にとっては、用済みのものであるかもしれない。しかし、当該文書を作成・取得することによってなした事務事業は、その効果の面において継続的な性質を有していることを忘れてはなるまい。

例えば、公の主体が作成した計画に関する文書であり、その計画期間が満了したとしても、当該計画により実施された事項の効果は、計画期間満了後も持続している<sup>(34)</sup>。ま

<sup>(34)</sup> 東京都都市計画公園事業(公園の区域内に民有地を含む)の認可の取消しが求められた事案において、認可の前提となる建設大臣のなした都市計画決定の違法性が争点となったが、最高裁判所は「建設大臣が本件都市計

た、私人に対する許認可等に関する文書については、許認可等自体は終了していても、許認可等を受けた私人の活動は継続している。このように、非現用文書であっても、その効果が持続している以上、これを管理することにより文書管理の効果(④~⑬)を確保する必要性は高いと考えられよう。具体的には、非現用文書を管理しなければ、事務事業の一貫性を確保できず(効果④)、過去の例に学ぶことができず(効果⑤⑥⑩⑪⑬)、過去において適法・妥当であったことを説明できず(効果⑦⑧⑨)、組織改変・合併等の後に自らのアイデンティティを確立することもできなくなるであろう(効果⑫)。

以上の検討の結果をまとめると、次のようになる。

- 作成文書の作成主体については、行政機関の職員を含む公の主体とし、民間の主体は除外すべきである
- 取得文書の作成主体については、すべての主体を含むべきである
- 取得文書の取得主体については、行政機関の職員を含む公の主体とし、民間の主体は除外すべきである
- 現用・非現用の別については、現用・非現用を問わないものとするべきである

このことから、文書管理の効果の確保という視点からすれば、Iで分類した行政文書、一般的に理解されている公文書、公文書類、公文書等の4つの概念のうち、その必要性が認められるのは、公文書類ということになるだろう。

## (2) 文書管理を法律で定める必要性という視点からの検討

文書管理の効果を確認するという視点からは、公文書類について管理の必要性が認められるという結論が得られた。もっとも、文書管理の必要性があるということは、それを法律によってなすべきであるという結論を必然的に導くものではない。先に述べたように、法律以外の手段によっても同様の効果が得られるのであれば、あえて法律を定める必要性は認められないとも考えられるからである。現在、我が国において文書管理について定める法律が存在しないという状況は、これまで、それを法律によって定める必要性が認識されていなかったことを意味しよう。以下、文書管理を法律で定める必要性につき検討を加える。

---

画決定において本件民有地を本件公園の区域と定めた理由は、これを直接明らかにする資料はない」と述べている(最判2006(平成18)年9月4日判時1948号28頁)。都市計画決定の告示が1957(昭和32)年であり、事業認可が1996(平成8)年であることから、都市計画決定に係る資料が既に廃棄されていた可能性が考えられよう。当該資料の存在無くして、建設大臣の判断の合理性を立証することは不可能に近いことに鑑みれば、適切な資料(文書)管理の必要性を示す事案であるともいえよう。

先に概観した文書管理の効果は、その目的において大きく2種類に分けられよう。その1は、文書を管理する主体内部における効果(以下「内部的効果」という。)の発生を目的とするものであり、その2は、文書を管理する主体の外部における効果(以下「外部的効果」という。)の発生を目的とするものである。例えば、「規則正しく、効率的」な業務管理の実現(効果①)、「方針策定及び経営の意思決定を支援」(効果②)、「経営及び管理における一貫性、継続性及び生産性を提供」(効果④)、「組織全体の活動の効果的な遂行を促進」(効果⑤)、「災害発生時の業務の継続性」(効果⑥)といった事項は、主として内部的効果の発生を目的としているといえよう。一方、「説明責任が果たせる方法で業務を管理」(効果⑦)、「法律や行政規則による要求を満たす」(効果⑦)、「訴訟時の防御及び支援」(効果⑧)「顧客、現在及び将来の利害関係者の権利を保護」(効果⑨)といった事項は、内部的な効果ではなく、主に外部的効果の発生を目的としているといえよう。

内部的な効果のみを文書管理の目的とするのであれば、それをあえて法律によって定める必要性は低いとも考えられる。もちろん、不適切な文書の作成・廃棄、文書の紛失・改ざんといった問題が生ずることは予想されるが、それは、文書管理の内部的な効果を得ることができなかったという問題にとどまり、内部において処理すれば足りるとも考えられるからである<sup>(35)</sup>。一方、外部的な効果の発生を文書管理の目的とするのであれば、そこで生じる問題を内部において処理することは適当ではないと考えられるため、法律によって定める必要性が高いと解することができよう。

我が国における旧来の文書管理は、内部的効果の発生のみを目的としてきたといっても過言ではあるまい。すなわち、多くの文書管理規程・規則(いずれも法律ではない)において、当該規程・規則の目的として掲げられていたのは、「事務能率の向上に資すること(経済産業省行政文書管理規程1条)」、「事務処理の適正化及び能率化を図ること(環境省文書管理規程1条)」、「行政の能率的な遂行」に寄与すること(外務省文書管理規則1条)、「事務の適正かつ能率的な遂行」に資すること(人事院行政文書管理規程1条)等のみであったのである<sup>(36)</sup>。もっとも、現在のこれらの規定は、行政機関情報公開

<sup>(35)</sup> 文書管理につき法規(法令)の形で定められることがほとんど無かったことの原因として「文書の扱いがそれ自身としては行政内部的な問題であり、私人の権利義務に直接の影響を及ぼすものではないということを背景としていた」とする見解も、これと同旨であろう。多賀谷一照「文書管理 検索しやすい管理を」法セ538号(1999(平成11)年)40頁。

<sup>(36)</sup> 松村雅生「情報公開と文書管理 ― 行政情報の総合的利用の観点から ―」ジュリ742号(1981(昭和56)年)66頁は、当時の行政管理庁文書管理規則の目的は「事務の能率的、適切な遂行にあるのであり、部内職員に対し

法の成立・施行を受けて、同法の「適正かつ円滑な運用に資するため」といったような文言が加えられ、外部的な効果の発生をも、その目的に含むようになっている<sup>(37)</sup>。この傾向は、情報公開条例を制定した地方公共団体の文書管理規則・規定についても基本的に当てはまる<sup>(38)</sup>。つまり、行政機関情報公開法、情報公開条例といった情報公開法制の確立前と確立以降とは、文書管理の目的に変化が生じているのである。

また、情報公開法制の適用を受けない裁判所や国会においても、行政機関情報公開法の趣旨を踏まえ、当該組織が保有している文書の開示等に関するルールが定められている。裁判所については、「最高裁判所の保有する司法行政文書の開示等に関する事務の取扱要綱」及び「裁判所の保有する司法行政文書の開示に関する事務の基本的取扱いについて(依命通達)(最高裁総一第82号(庶いー4)平成13年3月29日)」が、2001(平成13年)4月1日から実施されているし<sup>(39)</sup>、国会については、「衆議院事務局の保有する議院行政文書の開示等に関する事務取扱規程(平成20年2月6日庁訓第1号)」が2008(平成20)年4月1日から施行されている<sup>(40)</sup>。すると、法律によるものではないにせよ、開示に応えるという外部的効果の発生が、裁判所や国会における文書管理の目的に含まれるようになったと解することができよう。

そもそも、公の主体によって作成・取得された公文書類は、「国または地方公共団体

---

て、職務執行の一環としての文書管理の手続を拘束するものと考えられる」とし、さらに、「他省庁においてもほぼ同様の規定となっている」と述べている。

<sup>(37)</sup>理論的には、このような文言を付加することなく、行政機関情報公開法等の施行により、旧来の文書管理規程・規則にいう「事務」や「行政」の中に情報公開に関する事項が含まれるようになったと解釈することも可能であろう。しかし、あえてこのような文言を付加したということは、そのような解釈が困難であったことを意味するのではあるまいか。

<sup>(38)</sup>もっとも、情報公開条例を定めながらも、それと併せて文書管理規程・規則の改正を行わなかった一部地方公共団体においては、未だに内部的な効果の発生のみを目的とする文書管理規程・規則のままとなっているケースも見受けられる。

<sup>(39)</sup>現在の同要綱及び同通達は、2006(平成18)年1月1日から実施されているものである。いずれも、裁判所HP(<http://www.courts.go.jp/about/siryo/johokokai/index.html>)より入手できる(参照2008(平成20)年10月3日)。

<sup>(40)</sup>同規程は、衆議院HP([http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_annai.nsf/html/statics/osirase/jyouthoukoukaijimutoriatukaikitei.pdf/\\$File/jyouthoukoukaijimutoriatukaikitei.pdf](http://www.shugiin.go.jp/itdb_annai.nsf/html/statics/osirase/jyouthoukoukaijimutoriatukaikitei.pdf/$File/jyouthoukoukaijimutoriatukaikitei.pdf))より入手できる(参照2008(平成20)年10月3日)。なお、参議院事務局庶務部文書課企画係に電話にて問い合わせたところ、2008(平成20)年10月3日現在、参議院には、衆議院におけるような議院行政文書の開示等に関する規程は存在せず、現在検討中であるとのことであった。

により一定の公の目的に供されている有体物」<sup>(41)</sup>に該当する。その意味では、これを、いわゆる公物の一種と考えることができよう。周知のように、公物には公用物と公共用物の区別がある。公文書類についての文書管理の効果を内部的なものにのみ限定するのであれば、公文書類は公用物に分類されよう。しかし、行政機関情報公開法や情報公開条例に基づく開示請求等の対象となる公文書類(行政機関情報公開法についていえば行政文書)については、不開示情報に該当しない限り、開示請求者に対して開示しなければならないことから、これを公共用物と捉えることができると解されている<sup>(42)</sup>。公文書類を公用物と解するのであれば、内部的な効果の発生のみを目的とした文書管理で足りると解する余地も有り得るかもしれないが、これを公共用物と解するのであれば、外部的な効果の発生をも目的とした文書管理をなさなければならないことになろう。もっとも、このような考え方の下では、公共用物と解されるもの、すなわち、行政機関情報公開法や情報公開条例に基づいて情報公開が求められる公文書類のみが外部的な効果の発生を必要とすることになり、これに該当する文書のみを法律によって管理すべきとの結論になりそうである<sup>(43)</sup>。

しかし、ここで考察の対象となっているのは、単なる文書ではなく公文書類である点に注意が必要である。それは、公の主体によって作成・取得され、現用・非現用の別を問わない文書であった。

公の主体が作成・取得したものである以上、公文書類は何らかの形で公の目的を実現するという使命を担っていることになる。公の目的の実現に資さない公文書類を作成・取得することは、公の主体のレゾンデートルに反することになるため許されるべきではないであろう。公の目的を実現することは、主権者である国民や住民から公の主体に信託された任務であることから、公文書類の究極の所有者は信託者である国民

<sup>(41)</sup> 小早川光郎『行政法 上』(弘文堂・1999(平成11)年)37頁。

<sup>(42)</sup> 行政機関情報公開法や情報公開条例に基づく開示請求の対象となる文書が公共用物としての性格を持ち得ることを指摘するものとして、宇賀克也『情報公開法の理論(新版)』(有斐閣・2000(平成12)年)211頁、塩野宏『行政法III[第3版] 行政組織法』(有斐閣・2006(平成18)年)321頁、宇賀克也『行政法概説III 行政組織法/公務員法/公物法』(有斐閣・2008(平成20)年)391頁等がある。

<sup>(43)</sup> 例えば「住民は、自らがもつ開示請求権を保証されるよう、その客体である文書の適正管理を行政に請求する権利があると考えられ、行政は、自らがもつ開示義務を全うするために、その客体である文書を適正に管理する義務があると解せられ」、「住民と行政との間に、文書の適正管理に関する権利と義務が構成される以上、行政文書の適正管理は法律、いわゆる行政文書管理法でもって律せられるのが適切と考えられる」との見解は、このような結論を導こう。廣田傳一郎『自治体のための文書管理ガイドライン ― 情報公開対応の文書管理の在り方 ―』(第一法規・2001(平成13)年)4頁。

や住民に他ならない。したがって、公の主体の下に現存する公文書類であるとしても、それは主権者の信託により保持が許されているに過ぎないものであると考えるべきであろう。そうすると、公文書類については、内部的な効果の発生のみを目的とする文書管理という考え方が入り込む余地は元来無く、主権者という公の主体以外の者に対する関係における効果、すなわち、外部的な効果を常に発生させなければならないと考えられよう。そうであれば、法律によって管理すべき文書の範囲は、行政機関情報公開法や情報公開条例に基づいて情報公開が求められる文書のみに限られるべきではなく、公文書類全般であると解されよう。

既に見たように、国の行政機関、裁判所、国会、地方公共団体という公の主体にあっては、内部的な効果のみならず、外部的な効果の発生をも含んだ文書管理が必要と解される。現在のところ、公の主体における文書管理は、後に取りあげる少数の地方公共団体を除き、規程・規則といった、いわゆる内規レベルでなされている。このことは、公の主体の意思により、外部的効果の範囲をいかようにでも画することを可能ならしめているといえる。換言すれば、公文書類の究極的所有者である国民や住民が、自らの所有物であるはずの公文書類に対してコントロールを及ぼすことが不可能となっていることを意味する。ここに、行政機関情報公開法や情報公開条例の対象となる文書のみならず、すべての公文書類の管理を法律によってなすことの、根源的必要性を見出すことができよう<sup>(44)</sup>。

### III 法律によらない文書管理の問題点

#### 1 現行の文書管理の問題点

現在、法律によってなされていない公文書類の管理は、様々な問題を引き起こしている。現在のところ、その問題は、情報公開法制との関係において顕在化しているものがほとんどである。そこで、ここでは、現行の情報公開法制下において指摘されている文書管理の問題点を概観することにした。考察の対象は、情報公開法制の適用を受けている文書に限定するが、その適用を受ける行政機関や実施機関以外の公の主体においても、同様の問題が発生する(若しくは、している)であろうことは想像に難くない。なぜならば、以下で取りあげる問題は、情報公開法制の適用を受ける行政機

<sup>(44)</sup> もっとも、法律という国法の一形式により地方公共団体の文書管理に関する詳細な定めを置くことは、憲法92条の「地方自治の本旨」との関係で問題を生じよう。そのため、これを法律で定めるとしても、行政手続法46条、行政機関情報公開法26条、個人情報の保護に関する法律5条等と同程度の規定にとどめ、詳細は条例に委ねるべきであろう。

関や実施機関の組織体質に内在するものではなく、法律による文書管理がなされていないことによるものであると考えられるからである。

行政機関情報公開法22条により、行政機関の長は同法の適正かつ円滑な運用に資するため、行政文書を適正に管理するものとされ(同条1項)、行政機関の長は、政令で定めるところにより行政文書の管理に関する定めを設けることとされている(同条2項)。これを受け、行政機関情報公開法施行令16条が「行政文書の管理に関する定め」を置いている。また、「行政機関における事務の適正かつ能率的な遂行及び法の適正かつ円滑な運用に資するため、各行政機関における行政文書の管理は、可能な限り統一性が確保される必要」があることから、各行政機関が行政文書の管理に関する定めを制定し、これを運用するに当たっては、「行政文書の管理方策に関するガイドライン」に沿って行うものとされている。このガイドラインは、2000(平成12)年2月25日に各省庁事務連絡会議申合せとして定められており<sup>(45)</sup>、行政機関情報公開法施行令16条を具体化するものとなっている。このガイドラインに沿って、各行政機関が大臣訓令等により文書管理規程・規則を定めている。以上が、行政機関における現在の文書管理の状況である。

本稿の冒頭で採り上げた有識者会議の中間報告は、「4.公文書管理のあるべき姿(ゴールド・モデル)に向けて」という部分で、文書の作成・整理・保存段階、文書保存期間の延長・国立公文書館への移管・文書の廃棄、移管後の利用、適正運用の確保という4項目を立て、それぞれの項目において主な問題点を指摘している(詳細については中間報告を参照されたい)。また、政令やガイドラインが存在し、それに沿った文書管理規程・規則が定められているにもかかわらず、①文書の作成・保存が各府省間で不統一、②保存状況が管理台帳と不一致、③国立公文書館への移管が進まない、④行政文書ファイル名の記載方法が不統一、⑤管理台帳の記載が実態と異なる、⑥点検・監査がルール化されていない、⑦不適切な文書管理による処分といった種々の問題が発生していることは、行政自身により認識されているようである<sup>(46)</sup>。行政機関情報公開法が制定される以前から、「文書の発生から廃棄までのルールによる管理の不徹底」

<sup>(45)</sup>同ガイドラインは、総務省行政管理局HP(<http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/gaido.htm>)より入手できる(参照2008(平成20)年10月6日)。

<sup>(46)</sup>ここで挙げた問題点は、国立公文書館が実施した平成20年度公文書保存管理講習会の講義資料である、総務省行政管理局情報公開推進室「文書管理に係る現状調査結果」(平成20年7月1日)から抜粋した。同資料は、国立公文書館HP([http://www.archives.go.jp/news/pdf/h20\\_kougi/kanbayashi.1.pdf](http://www.archives.go.jp/news/pdf/h20_kougi/kanbayashi.1.pdf))で入手できる(参照2008(平成20)年10月6日)。

は指摘されていたところではあるが<sup>(47)</sup>、現在においても状況が好転しているとはいいい難いと評価できよう<sup>(48)</sup>。

また、文書管理にかかわる問題は、行政機関内部にとどまらず、国民・住民との関係においても発生している。次に、裁判例から指摘することのできる文書管理の問題点を2つ取り上げてみたい。

## 2 裁判例に見る「法律によらない文書管理」の問題点

### (1) 文書管理規程・規則に違反した行為

現行法制下においては、文書管理規程・規則は、当該文書を保持する行政における内部的効果のみを目的としたものであるとの理解が一般的であろう。そのため、文書管理規程・規則に違反して文書が廃棄されたとしても、国民や住民がこれを法的に争う途は閉ざされている。このことを明らかにしているのが、東京地裁1994(平成6)年8月10日判決<sup>(49)</sup>である。

同判決は、世田谷区情報公開条例に基づく開示請求の対象文書たる世田谷区長の交際費に関する領収書が、それを5年間保存しておく旨定めている「財務事務の手引」の規定に違反して廃棄されたことから、原告(X)が、当該廃棄により、世田谷区の住民として精神的苦痛を被ったとして国家賠償法1条1項に基づく損害賠償請求を行ったという事案に関するものである。裁判所は、「本件領収書の破棄が、少なくとも、交際費に関する領収書につき五年間の保存を定めている財務事務の手引の規定に反する取扱いであることは明らかである」としながらも、「財務事務の手引、文書管理規程等は、当該自治体における職員による財務事務処理の適正な執行を確保するため、その事務処理の要領等を内部的に定めたいわゆる訓令であると解され、これにより直接私人の権

<sup>(47)</sup>北田祐幸「国の行政機関における文書管理の現状と課題」自治研究64巻1号(1988(昭和63)年)95頁。

<sup>(48)</sup>なお、2007(平成19)年12月14日に「行政文書の管理の徹底について」という文書が関係省庁連絡会議申合わせとして作成され、文書作成の徹底、誤廃棄防止の取組み、行政文書の管理台帳への正確な登載の徹底等を指示しているが、現状を鑑みるに、その実効性については疑問があろう。同文書は内閣官房HP(<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/gyouseibunshou/dail/pdf/siryou02.pdf>)で入手できる(参照2008(平成20)年10月6日)。

<sup>(49)</sup>判例自治133号25頁(LEX/DB28021345)。なお、文書管理規程・規則に違反した文書の廃棄が、刑法258条の定める公用文書等毀棄罪に該当するケースも想定されるが、同条に言う「公務所の用に供する文書」とは、「その作成者、作成の目的等にかかわらず、現に公務所において使用に供せられ、又は使用の目的をもつて保管されている文書」と解されていることから(最判1963(昭和38)年12月24日刑集17巻12号2485頁)、非現用文書がこれに含まれると解することは困難であると思われる。また、過失犯処罰規定が存在しないことから、適正な文書管理を実現する手段としては不十分とも考えられよう。



利利益の保護を図る趣旨のものではないというべきであるから、その規定に反する取扱いがあったとしても、職員が服務規律上の責任を問われることは格別、右規定違反をもって、直ちに国家賠償法上の違法な行為があったといえないことは明らかである」とする<sup>(50)</sup>。

判決文からは必ずしも明らかではないが、本件訴訟を提起する以前に、Xは世田谷区情報公開条例に基づき当該領収書の開示請求をし、文書不存在を理由とする不開示決定を受けているものと推測される。当該不開示決定の取消訴訟を提起しても、文書が廃棄されている以上、勝訴の可能性は無い。換言すれば、不開示決定の効力を争うことによって、文書廃棄の違法、すなわち、「財務事務の手引」という文書管理について定める訓令に違反した行為を、違法であるとして争うことはできないのである。そこで、Xは国家賠償という手段を用いたと思われるが、世田谷区の「職員による本件領収書の破棄は、服務規律違反の問題が生ずること、あるいは、会計事務処理のありかたについての非難がされることはあるとしても、未だ原告の私的な権利利益を侵害する国家賠償法上違法な行為であるということとはできない」として、本判決はXの請求を退けている。

本件の控訴審であると思われる東京高裁1994(平成6)年11月29日判決<sup>(51)</sup>においても、情報公開の回避を目的として領収書を破棄することが「許されないものであることはいうまでもない」としながらも、「しかし、そのような問題は区民全体の利益にかかわることで、一個人のみの問題ではないから、他の方法で解決するのはともかく、私人の利益の侵害として国家賠償請求により解決することの当否には問題があるところであり、国家賠償請求が成り立つ場合があるとしても、それは極めて限られた範囲にとどまる」とし、本件はそのような特別な場合でないため、本件請求は理由の無いものであると結論付けている。この東京高裁判決では、「他の方法で解決するのはともかく」とされているが、先に述べたように、本件の事案の下で不開示決定の取消しを

<sup>(50)</sup>もつとも、同判決は、世田谷区情報公開条例による「情報公開制度の趣旨にかんがみれば、現に具体的な情報公開請求の対象となっていない文書等についても、例えば、文書等の管理者が、将来における情報公開請求の可能性を考慮し、専らその公開を回避する目的で文書等の破棄を行ったような特別な事情がある場合には、文書等の破棄行為が、私人の情報公開に関する法的利益を侵害するものとして、国家賠償法上の違法な行為となり得る可能性があることは否定できないものというべきである」とも述べており、損害賠償請求の可能性を全面的に否定してはいない。しかしながら、ここでいう「特別な事情」は行政の内部において秘密裏になされると解されるため、その立証は事実上不可能であろう。

<sup>(51)</sup>情報公開実務研究会編『情報公開の実務 第2巻 判例編』(第一法規・1998(平成10)年・加除式)4703頁。

求めても意味は無いと考えられることからすると、これを司法の場で解決する方法は想定し難いであろう。

これらの判決を前提とすると、行政機関の職員等が、文書管理規程・規則等に反し、保存期間満了前に文書を廃棄したとしても、それは服務規律違反の問題として、地方公務員法や国家公務員法の定める懲戒事由に当たることはあるにせよ、それ以上の法的問題を発生させはしないということになる。ところで、懲戒責任は、基本的に、現職にある一般職の国家公務員・地方公務員についてしか発生しない。すると、行政機関の職員等としては、自らにとって都合の悪い文書は、保存期間の定めにかかわらず無く、早めに廃棄しておく方が望ましいし、自分が退職するまでに問題にならなければそれでいい、ということになりはすまいか。そこまでいかなくとも、文書管理規程・規則を守ろうとするモチベーションが高まらないことは確かであろう。

周知のように、1996(平成8)年1月には、厚生省(当時)においてHIV関連ファイルが「発見」されている<sup>(52)</sup>。2007(平成19)年12月26日付の防衛省「防衛省における文書管理の改善措置について」<sup>(53)</sup>では、補給艦「とわだ」を含む計6隻の船舶の文書が誤廃棄され、護衛艦「ありあけ」の航泊日誌を含む6件の文書が所在不明であったほか、防衛省文書管理規則等に違反した文書管理の実態が多数明らかにされている<sup>(54)</sup>。2008(平成20)年10月7日付の「年金記録問題への対応策の進捗状況」<sup>(55)</sup>では、基礎年金番号に未統合の記録が大量に存在すること、マイクロフィルムに存在しながらコンピュータに収録されていない記録が大量に存在すること、オンラインシステム上の記録が正確でないこと等が明らかにされている<sup>(56)</sup>。地方公共団体にあっても、2008(平

<sup>(52)</sup>「発見」とは、「HIV関連資料についてNO1 エイズ資料関係調査の経緯」旧厚生省HP(<http://www1.mhlw.go.jp/houdou/0806/24.html>)において使われている文言である(参照2008(平成20)年10月10日)。「発見」するまでは、無いことになっていたわけであろう。

<sup>(53)</sup>防衛省HP(<http://www.mod.go.jp/j/sankou/report/2007/pdf/1226.pdf>)より入手(参照2008(平成20)年10月10日)。

<sup>(54)</sup>「防衛省における文書管理の改善措置について」の別紙(※4)によれば、「航泊日誌の保存場所については、1年間は艦船内、その後3年間は在籍する地方総監部とされている」が、「就役船261隻のうち、就役1年未満のため地方総監部で保存すべきものがない6隻を除いた全ての船舶(255隻)がこの規則を遵守していない状態にあることが報告された」とのことである。規則遵守率0%の規則が存在する意味はあるのだろうか。

<sup>(55)</sup>社会保険庁HP(<http://www.sia.go.jp/top/kaikaku/kiroku/070831shintyoku.htm>)より入手(参照2008(平成20)年10月10日)。

<sup>(56)</sup>「V.年金記録問題の全体」社会保険庁HP(<http://www.sia.go.jp/top/kaikaku/kiroku/pdf/2.pdf>)より(参照2008(平成20)年10月10日)。

成20)年に発生した大分県教員採用選考試験等を巡る贈収賄事件について、「大分県教育委員会文書管理規程の文書の保存期間の定めに違反して、教員採用選考試験に係る文書を保存期間前に廃棄していた」との実態が報告されている<sup>(57)</sup>。また、大分県のみならず「地方公共団体における文書の管理が、常に当該地方公共団体の文書管理規程どおりに行われているという保証はな」く、地方公務員の法廷における供述が「この点において、経験則に反する不合理な供述ということはできない」と明快に述べる裁判例すら存在する<sup>(58)</sup>。文書管理規程に違反した文書管理がなされていることは、経験則上明らかということであろうか。

ここで取りあげた国・地方公共団体における文書管理の実態からすれば、文書管理規程・規則に違反した文書管理がなされていることは「経験則に反」していないとの先の裁判所の認定は、残念ながら説得力を有していよう。

これに対して、文書管理を法律や条例で定めていればどうなるであろうか。法律や条例によるのであれば、罰則を定めることが可能となる。法律や条例の定める罰則であれば、特別職であると一般職であることを問わず、現職者であると退職者であることを問わず、行政機関の職員であるとその他の公の主体の職員であることを問わず適用することが可能である。これにより、一般職の公務員に対してしかなされない懲戒処分によるよりも、文書管理に対する主権者の信頼を確保することができよう。

なお、文書管理を法律や条例で定め、その遵守を罰則により担保するという考え自体は、既に、行政機関個人情報保護法や個人情報保護条例において導入されていると考えることができよう。すなわち、行政機関個人情報保護法53条以下の規定は、個人の秘密に属する事項が記録された個人情報ファイルや保有個人情報といった「文書」の適法な管理を、罰則により担保していることに他ならないからである。

<sup>(57)</sup>大分県教育委員会教育行政改革プロジェクトチーム「調査結果報告書 ― 大分県教員採用選考試験等に係る贈収賄事件を受けて ―」(2008(平成20)年8月29日)11頁。なお、同報告書10頁では「答案用紙を悪意をもって廃棄した事実は確認できなかった」としている。同報告書は、大分県教育委員会HP(<http://edu.oita-ed.jp/080829houkokusyo.pdf>)で入手できる(参照2008(平成20)年10月7日)。

<sup>(58)</sup>東京地判1998(平成10)年12月10日判例自治190号36頁(LEX/DB28042254)。なお、同判決は、情報公開条例に基づく開示請求に対してなされた、文書不存在を理由とする不開示決定処分の取消しが争われたというものである。

## (2) 文書の保存期間に対するコントロール

現在、文書管理規程・規則は、訓令・規則といった公の主体の内規として定められている。そのため、その改正は基本的に当該公の主体が自由に行うことができる。もちろん、行政文書については、行政機関情報公開法22条により、同法施行令16条の定めるところによりその管理に関する定めを設けなければならないため、全くの自由というわけではない。例えば、保存期間については、同施行令16条1項4号により「当該行政機関の事務及び事業の性質、内容等に応じた行政文書の保存期間の基準を定めるものであること」と定めた上、行政文書の区分に応じた保存期間が別表第二として定められている。しかし、それにもかかわらず、「各府省に共通する文書について、府省により異なる保存期間を設定している場合がある」ことが報告されている<sup>(59)</sup>。これは、別表第二の運用により、保存期間が左右されていることを意味しよう。

情報公開法制の適用を受ける文書にあって保存期間が延長されるということは、当該文書が情報公開法制の適用下にあり続けることを意味する。そのような場合には、文書管理の効果(特に外部的効果)が確保され続けていることになるので、基本的に問題は生じないと考えられよう。もちろん、保存期間の延長は、当該文書が現用である期間が延長されることを意味するため、非現用となった文書、すなわち、保存期間満了後の文書の移管<sup>(60)</sup>を受ける国立公文書館における公文書等の利用という場面では大きな問題となる。なぜならば、国立公文書館における公文書等の公開の範囲は、行政機関情報公開法における行政文書の開示の範囲よりも広いと解されるからである<sup>(61)</sup>。しかし、保存期間が延長され現用機関のもとで保持されている行政文書であれ、国立公文書館等に移管された公文書等であれ、それが存在する限りにおいては、将来的に利用できる可能性が確保されている。文書の所有者である主権者から見れば、文書が存在している場所が現用機関であるのか公文書館等であるのかという点が問題なのではなく、廃棄処分等により文書を利用できなくなるこそが問題であると考えられ

<sup>(59)</sup> 有識者会議中間報告・前掲注(3) 6頁4.(1)ウ(ア)。

<sup>(60)</sup> 国立公文書館法15条により、同法2条にいう公文書等のうち「国の機関の保管に係る歴史資料として重要な公文書等」については、国の機関と内閣総理大臣との協議に基づき、国の機関から内閣総理大臣に移管され、内閣総理大臣から国立公文書館に移管されることになっている。地方公共団体の設置する公文書館については、その根拠が様々であるため一概に言えないが、何らかの根拠に基づき現用機関から文書の移管を受けているという点では、国立公文書館と同じである。

<sup>(61)</sup> この点につき、拙稿・前掲注(17) 13頁以下参照。

ることから、保存期間の延長自体が大きな問題とはなるわけではあるまい<sup>(62)</sup>。むしろ問題視すべきは、保存期間の短縮である<sup>(63)</sup>。

保存期間が満了した文書は、廃棄されるか公文書館等に移管されるかの道をたどることになる(行政機関情報公開法施行令16条1項8号参照)。文書が公文書館等に移管されるのであれば、公文書館制度における利用可能性が担保されていることになる。これに対して、文書が廃棄されるということは、文書の死を意味する。一度死んだ文書が蘇ることはない<sup>(64)</sup>。

先に述べたように、文書の保存期間は、規程・規則といった公の主体の内規として定められている。内規である以上、その改正に文書の所有者である主権者がかかわることはない。これは、公文書類の保存期間を主権者がコントロールできないことを意味している。このことを明らかにしているのが、東京地裁1999(平成11)年10月13日判決<sup>(65)</sup>である。同判決は、その全文が公表されていないため、事案の詳細は明らかでないが、大略、次のようなものであったと思われる。

渋谷区長により、文書の保存年限(期間)を定める規程<sup>(66)</sup>が改正された。これにより、交際費・食料費に関する文書の保存期間が従前より短縮された。渋谷区は、改正後の規程の定める保存期間満了後に同文書を廃棄した。これに対し、原告(X)は、旧規程のもとにおいて渋谷区情報公開条例に基づく公開請求をすれば公開されたはずの交際費・食料費に関する文書を、規程改正により保存期間を短縮することにより廃棄し、公開できなくしたことが違法であると主張し、損害賠償を求めた。

東京地裁は、次のように述べる。情報公開「条例においては、開示の対象となる情

<sup>(62)</sup>なお、有識者会議中間報告・前掲注(3)9頁は、4.(2)ア(ア)において、保存期間の延長を問題点として挙げているが、延長自体が問題ではなく、中間報告4.(1)オ(ア)が指摘しているように、延長によって現用機関において長期間保存されることになってしまうことによる紙の劣化や破損等が問題であると考えべきではなかろうか。ちなみに、紙の劣化要因としては、不適切な温湿度・埃・アルカリ・汚染物質・光等の環境因子、虫・微生物・動物・人等の生物による因子、火災・水害・震災・戦災等の災害因子のほか様々なものがある。大湾ゆかり「アーカイブズを保護するための予防措置」国文学研究資料館史料館編『アーカイブズの科学 下巻』(柏書房・2003(平成15)年)377頁参照。

<sup>(63)</sup>保存期間満了前の文書廃棄につき、行政機関情報公開法施行令16条1項9号参照。

<sup>(64)</sup>科学技術の進展により、ハードディスク等の電磁的記録の一部についてはデータの復元が可能なのであるが、消磁、破砕、溶解等の手段を用いて廃棄がなされれば復元不可能となる。

<sup>(65)</sup>同判決は、控訴審である東京高判2000(平成12)年3月1日、上告審である最決2000(平成12)年6月27日においても維持されている。各判決につき、情報公開実務研究会・前掲注(51)4704~4706頁参照。

<sup>(66)</sup>おそらく「渋谷区文書編さん保存規程」であると思われる。

報の保存年限について、何ら定めるところがない」ため、情報公開「条例は、開示の対象となる情報の保存年限をどのように定めるかについて、特段の明示的な規定を設けることなく、実施機関(区長、教育委員会、選挙管理委員会、監査委員及び議会をいう。)にゆだねることとしたものと解するほかはなく、情報公開の対象となる文書は、実施機関において定める文書管理に関する規程により保存されている文書を前提としているものと解される」。そして、「住民は、情報公開条例の定めた内容に従って、渋谷区の文書の閲覧等が可能となるものであって、住民の有する権利の具体的内容は、条例の規定によって定められたものを超えるものではない」し、文書の「保存年限を短縮することが禁止されているわけではないから、実施機関が保存期間を短縮したからといって、直ちに住民の条例上の権利が害されたということとはできない」。そのため、「本件規程改正及びその後における新規程に基づく文書廃棄の措置は、原告の有する何らかの権利を侵害する違法なものということとはできない」と結論付けた。

また、控訴審において、Xは「渋谷区が保存管理する文書や情報が区民の共有の財産である」と主張したようであるが、控訴審は「政治的、理念的な意味合いで、右の文書や情報が、区民の共有する財産であるということではできても、そこでいう共有が法的な意味での共有(所有権)でないことは明らか」であるとして、Xの主張を退けている。

以上の裁判所の判断を要約すると、次のようになろう。情報公開条例により保護されている権利は同条例の定める「公開を求める権利」だけであり、公開の対象となる文書を保存するか廃棄するかという点については、実施機関の定める文書管理に関する規程に全面的に委ねられていることから、結果として、公開請求の対象を実施機関は、いかようにでも定めることができる。

このような理解の下で、「区が区政に関し区民に説明する責務を全うするようにし、もって公正で開かれた区政の進展を図ること」(渋谷区情報公開条例1条)は実現できるのであろうか。

これに対して、保存期間を法律や条例で定めていればどうなるであろうか。この場合、文書を何年間保存する、どの文書については何年で廃棄するといった事項につき、主権者たる国民や住民がコントロールを及ぼすことができるようになる。ここでは、公の主体による恣意的な判断により保存期間を長短することは認められない。主権者たる国民や住民が、法律や条例を通じて文書を廃棄することに「お墨付き」を与えない限り、廃棄は許されない。公の主体は、国民や住民から信託を受けて公文書類を管理していると考えられる以上、その廃棄についても国民や住民のコントロールが及ぶと解することは当然であろう。文書管理を法律や条例で定めることにより、控訴審が

というような「政治的、理念的な意味合い」に過ぎなかった「文書は主権者の共有する財産である」という考え方は、法的なバックグラウンドを得ることになるのである。

もっとも、文書管理を法律や条例で定めたとしても、それに違反する文書の廃棄等の行為をいかにして争わせるべきかという点は、検討の余地があろう。情報公開法制下では、当該法制により認められた開示請求権等の「個人の権利」に対する侵害行為であると構成し、ここで取り上げた裁判例のように損害賠償請求訴訟として構成することも志向されていたが、これを認めると、理論的には、すべての国民や住民が賠償を求めることが可能になってしまうため、妥当ではあるまい。この点に関する検討は、他日を期したいと考える。法律上いかなる争訟手段を用いるべきか、そのために客観訴訟を創設するべきか、といった点はともかく、文書管理に関する法律や条例を制定するときには、その中に罰則規定を置き、保存期間を明示するのであれば、これまでの文書管理規程・規則と大差ない運用がなされるであろうことは想像に難くないであろう。

#### IV 地方公共団体の取組からの示唆

例えば、情報公開法制は山形県金山町という一地方公共団体が先鞭をつけ、法律の制定に至ったものであった<sup>(67)</sup>。このことから、行政機関情報公開法は、情報公開に関する「地方における関心の高まりを受けて」<sup>(68)</sup>制定されたと評価されている。

これに対して、文書管理法制に関する「地方における関心」は、それほど高まってはいる。しかしながら、いくつかの地方公共団体において、文書管理条例を制定したり、条例の制定までは至らなくても、文書管理の徹底を図るための施策を講じたりといった動きが見られる。ここでは、地方公共団体における先見的な取組みのいくつかを紹介したい。

##### 1 宇土市

我が国において、初めて条例の形で文書管理に関する事項を定めたのは、熊本県宇土市である。宇土市文書管理条例<sup>(69)</sup>は、同市の例規集上、「第6類 情報公開」の「第1章 文書管理」に置かれている点で注目される。これは、同条例が文書管理に求める第一の意義を情報公開制度に求めていることを、例規集の体系上明らかにしているといえよう。また、同条例は、「地方自治の本旨にのっとり、

<sup>(67)</sup> 金山町情報公開条例(1982(昭和57)年3月19日条例第1号。同年4月1日施行)。

<sup>(68)</sup> 南博方『行政法(第六版)』(有斐閣・2006(平成18)年)166頁。

<sup>(69)</sup> 2001(平成13)年3月23日条例第3号。

市が保有する情報は市民の財産であるという基本的立場に立ち、情報公開制度の目的の達成のため、及び行政機関の政策形成能力の向上のために必要な行政機関の文書の管理に関する基本的事項について定めることにより、市が保有する文書の適正な管理を図り、もって公正かつ民主的な市政の発展に寄与することを目的とする」と定めており(同条例1条)、文書管理が「行政機関の政策形成能力の向上」のためのみならず — むしろ、それより先に「情報公開制度の目的の達成」を掲げることにより — 情報公開制度のための文書管理という性格を明らかにしている。同条からは、「行政のための文書管理」ではなく、「主権者たる市民のための文書管理」を宇土市が志向していることが読み取れよう。

もっとも、宇土市情報公開条例2条2号<sup>(70)</sup>は、同条例による開示請求の対象となる「公文書」を、「当該実施機関の職員が組織的に用いるものとして」保有しているものに限定している。一方、宇土市文書管理条例2条2号は、文書管理の対象となる「文書」を現用文書に限定してはいない。この点に着目するならば、厳密に言えば、文書管理条例の対象でありながら情報公開条例の対象とはならない文書が存在することになる。宇土市文書管理条例1条のいう「市が保有する情報は市民の財産であるという基本的立場」を貫徹するのであれば、両条例の対象文書をそろえる必要があるのではあるまいか。

また、同条例は27条において毎月21日を「文書管理の日」と定め、その日には、文書管理に関する点検作業を行わなければならないとしている点でも注目される。文書管理の状況の定期的点検が条例により担保されていることにより、文書管理条例に反する行為の蔓延を防止することが期待できよう<sup>(71)</sup>。

## 2 ニセコ町

宇土市に続いて文書管理条例を制定したのは、北海道ニセコ町である。ニセコ町文書管理条例<sup>(72)</sup>は、ニセコ町まちづくり基本条例8条の「町は、まちづくりに関する情報を正確かつ適正に収集し、速やかにこれを提供できるよう統一された基準により整理し、保存しなければならない」という規定における「統一された基準」を定めるも

<sup>(70)</sup>1999(平成11)年4月1日条例第1号。

<sup>(71)</sup>なお、宇土市の次に制定されたのは、岡山県金光町文書管理条例(2003(平成15)年3月20日成立。同年4月1日施行)であった。しかし、2006(平成18)年3月21日、金光町が合併により浅口市となったことに伴い、同日以降は浅口市文書管理規程となっている。

<sup>(72)</sup>2004(平成16)年12月17日条例第25号。



のとして位置づけられている<sup>(73)</sup>。そして、ニセコ町文書管理条例は、6条において「何人も、実施機関が作成し、又は取得した文書等の公開を要求し、取得する権利を有する」と定め、町民のみならず何人に対しても公開請求権を認めている。

もちろん、ニセコ町はこの他にもニセコ町情報公開条例<sup>(74)</sup>を制定しており、その5条で町政情報の公開請求権を定めている。そうすると、文書に対する2種類の公開請求権が存在することになるが、文書管理条例にも公開請求権に関する規定を置くことにより、「町が保有する情報(以下「町政情報」という。)は町民の財産であるという考えに基づき、町政情報を正確かつ適正に収集・管理し、すみやかにこれを活用するための基本となる事項を定めることにより、自ら考え行動するという自治の理念の実現に向けて、公正で民主的な町政の推進に資することを目的とする」(同条例1条)という同条例の目的を、より一層明確にしていると解されよう。なお、ニセコ町情報公開条例2条4号は、公開請求の対象となる町政情報を現用文書に限定しておらず<sup>(75)</sup>、ニセコ町文書管理条例2条2号も、管理の対象となる「文書等」を現用文書に限定していないため、両者に相違は認められない<sup>(76)</sup>。

また、ニセコ町情報公開条例は、公開請求に係る町政情報が存在しないときの措置として、「当該公開請求に係る町政に関する文書等を新たに作成し、又は取得して、当該文書等を請求者に対して公開する旨の決定をすること」(13条1項2号)を定めている点で、文書作成に関する特別な規定を置いているものと解され興味深い。

さらに、ニセコ町文書管理条例の施行について必要な事項を定めているニセコ町文書管理規則<sup>(77)</sup> 21条は、ニセコ町情報公開条例「に基づき、次の各号に掲げる区分に従い、文書には『公開(開示)』、『公開(請求)』、『非公開(一部)』又は『非公開(全部)』の表示をしなければならない」としている。すなわち、文書作成段階において、公開・

<sup>(73)</sup>「ニセコ町まちづくり基本条例の手引き」7頁。同手引きはニセコ町 HP (<http://www.town.niseko.hokkaido.jp/kihon/kihonjyorei.tebiki200705.pdf>) より入手できる(参照2008(平成20)年10月10日)。

<sup>(74)</sup>1998(平成10)年9月25日条例第17号。

<sup>(75)</sup>他の点でも、ニセコ町情報公開条例における町政情報は、行政機関情報公開法における行政文書よりも広い概念であるといえる。この点につき、「ニセコ町情報公開条例の手引き」ニセコ町 HP (<http://www.town.niseko.hokkaido.jp/jyohokokai/koukaitebiki.htm>) 2条4号部分参照(参照2008(平成20)年10月13日)。

<sup>(76)</sup>厳密には、ニセコ町情報公開条例2条4号では「職務上作成し、又は取得した」とされているのに対し、ニセコ町文書管理条例2条2号では「職務に用いることを目的として作成し、又は取得した」とされていることから、若干の相違が存する。もともと、解釈上の差異は認められないであろう。

<sup>(77)</sup>2006(平成18)年3月31日規則第13号。

非公開の別が明らかになっているのである。一見すると、文書作成時の手間が増えていとも思えるが、そうではあるまい。いかなる文書も、いずれは公開される可能性があることを前提とするならば、文書作成時に公開・非公開の別を明らかにしておくことは、結果として事務作業量を削減することにつながると考えられよう。なぜならば、文書作成段階であれば、文書の内容につき熟知している者が公開・非公開を判断することができるのに対し、公開請求があってから公開担当窓口の者が判断したり、公開請求時に当該文書を作成した部署にいる者<sup>(78)</sup>が判断したりするのは、文書の内容を読み直し、熟知した上で判断しなければならないため、かえって手間になると考えられるからである。もちろん、文書作成段階で非公開とされたものであっても、公開請求時には非公開事由が消滅していることもあろう<sup>(79)</sup>。その場合には、公開段階での文書の読み直し等が必要となるが、非公開事由が予め明らかにされているため、それが明らかにされていない場合と比べれば、事務作業量は少なくなろう。

また、ニセコ町文書管理規則42条では、毎月1回ファイリングの日を定め、ファイリングシステムの維持管理に必要な点検及び指導が確保されていること、翌月の5日までにファイリングの日の実施報告書をニセコ町文書管理委員会に提出しなければならないとしていることから、文書管理条例違反行為を定期的にチェックすることが可能になっている。

### 3 大阪市

大阪府大阪市でも「市政運営に関する情報は市民の財産であるという基本的認識の下、公文書の管理責任を明確にし、公文書の作成、保存等に関する基本的な事項を定めることにより、公文書の適正な管理を図り、もって市政運営に対する市民の信頼の確保を図ることを目的」として、大阪市公文書管理条例<sup>(80)</sup>が制定されている(同条例1条)。同条例で注目されるのは、公文書の保存期間につき単に「〇年」といった種別を掲げるのみではなく、当該保存期間に該当する公文書の区分を明らかにしている点である。

既に取り上げた宇土市文書管理条例21条及びニセコ町文書管理条例20条は、文書の保存期間として30年から1年未満までの6種を定めるが、どのような文書が何年保存文

<sup>(78)</sup> 文書作成から公開請求までどの程度の期間が空いているかにもよるが、一般的に2～3年程度で人事異動がなされることに鑑みれば、公開請求時に文書作成者がいる可能性はそれほど高くあるまい。

<sup>(79)</sup> 例えば、行政機関情報公開法5条5号の定める不開示情報であれば、「審議、検討、討議」が終了した後、同条6号の定める不開示情報であれば、「事務又は事業」が終了した後が想定されよう。

<sup>(80)</sup> 2006(平成18)年3月31日条例第15号。

書に該当するかという点については、それぞれ宇土市文書管理規則<sup>(81)</sup>、ニセコ町文書管理規則<sup>(82)</sup>において定められている。その意味では、本稿III2(2)で指摘したのと同じように、文書の保存期間を主権者たる住民がコントロールすることはできていない。

これに対し、大阪市公文書管理条例6条2項は、公文書の保存期間につき「別表の左欄に掲げる公文書の区分に応じ、同表の右欄に定める期間とする」と定めている。これにより、文書の保存期間につき、主権者たる住民がコントロールを及ぼすことが可能となっている。換言すれば、大阪市においては、大阪市当局の恣意的な判断により文書の保存期間を長短することはできず、住民の代表者からなる議会の判断を仰がなければならないのである。

また、大阪市公文書管理条例は、9条以下において、地方独立行政法人等、出資等法人<sup>(83)</sup>、公の施設の指定管理者等についても、「この条例の趣旨にのっとり」当該主体における公文書・文書の管理を(一部は努力規定ではあるが)義務づけている。これは、公の主体全般における文書管理を志向するものとして、積極的に評価されよう。

#### 4 逗子市

以上の文書管理条例を定めている市町とは異なり、神奈川県逗子市の文書管理は、逗子市文書管理規則<sup>(84)</sup>によりなされている。その限りでは、本稿で特に取り上げるべき点はないようにも思えるが、逗子市情報公開条例<sup>(85)</sup>の中に注目すべき規定がある。それは、同条例5条2項各号の定める非公開情報が記録されていることを理由として非公開決定がされた「情報」(同条例3条1項)につき、当該非公開決定から一定期間が経過した後には、公開請求が無い場合であっても1年間公表する旨を定める同条例6条の2である。

一般的には、何らかの文書につき非公開決定がなされたとしても、文書管理規程・規則等の定める保存期間が経過すると、「公文書等」に該当しない限り、当該文書は廃

<sup>(81)</sup>同規則19条及び別表参照。

<sup>(82)</sup>同規則48条及び別表2参照。

<sup>(83)</sup>出資等法人とは、大阪市情報公開条例34条1項により「本市又は本市が設立した地方独立行政法人…中略…が資本金、基本金その他これらに準ずるものを出資し、又は職員の派遣等を行っている法人(本市が設立した地方独立行政法人等を除く。)であって、市長が定めるもの」と定義されているが、同条2項において「出資等法人のうち、本市等が行う事務又は事業と特に密接な関係にある法人であって、市長が定めるもの」という文言があることから、これに該当するものとそれ以外のものとの2種類が想定されていることになる。

<sup>(84)</sup>2007(平成19)年4月1日逗子市規則第15号。

<sup>(85)</sup>2001(平成13)年3月31日逗子市条例第3号。

棄されることになる。逗子市文書管理規則も、34条2項において30年から1年未満までの8種類の保存期間を定め、保存期間の満了をもって文書を廃棄することとしている(同規則39条)。そして、廃棄の対象となった文書のうち、歴史的・文化的資料として必要があると認める文書に限り、市史編さんの主管課長が収集できることにしている(同規則41条)<sup>(86)</sup>。

逗子市文書管理規則上は明言されていないが、逗子市情報公開条例が上位法に位置すると考えられることから、同条例6条の2の定めを実施するため、非公開決定がなされた「情報」が記録されている文書については、逗子市文書管理規則の定める保存期間とは異なり、別途の保存期間が進行するということになろう。このことは、「逗子市情報公開条例の解釈運用基準」<sup>(87)</sup>の6条の2関係2の(1)において、「一定期間経過後の公表後は、当該情報の保存年限に従い原本を廃棄することができる」とされていることから明らかであろう。

このような逗子市情報公開条例6条の2の規定は、一度非公開決定を経る必要があるとはいうものの、主権者である住民が「見たい」と思った文書につき、将来的には「見られる」ことを確保している。換言すれば、「見られる」状態になるまでの間、当該文書の保存を義務づける手段が、住民に与えられているのである。このような制度は、文書管理につき住民がイニシアチブを発揮することを可能ならしめるものとして、大いに評価されよう。

## 5 南砺市

逗子市同様、富山県南砺市の文書管理も条例ではなく、南砺市文書管理規程<sup>(88)</sup>として定められている。また、逗子市のように、情報公開条例上注目すべき規定があるわけでもない。しかし、南砺市は運用面において文書管理に資する取組みが行われている点で注目される。それは、開示請求を想定したシミュレーションの実施である<sup>(89)</sup>。

<sup>(86)</sup>なお、収集の対象となる文書の基準については「逗子市公文書等選別基準」([http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki\\_int/reiki\\_honbun/ag21008641.html](http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki_int/reiki_honbun/ag21008641.html))及び「逗子市公文書等選別のための細目基準」([http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki\\_int/reiki\\_honbun/ag21008651.html](http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki_int/reiki_honbun/ag21008651.html))が定めている。両基準とも2006(平成18)年4月1日から施行されているが、いわゆる要綱レベルのものであると思われる(参照 2008(平成20)年10月13日)。

<sup>(87)</sup>同基準は、逗子市 HP ([http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki\\_int/reiki\\_honbun/ag21000271.html](http://www.city.zushi.kanagawa.jp/second/reiki/reiki_int/reiki_honbun/ag21000271.html)) より入手できる(参照2008(平成20)年10月13日)。

<sup>(88)</sup>2004(平成16)年11月1日訓令第6号。

<sup>(89)</sup>以下の記述は、筆者が南砺市情報公開・個人情報保護審査会委員を務めていた折に得た知見に基づくものである。

同シミュレーションが実施されるようになったきっかけは、南砺市情報公開・個人情報保護審査会「南砺市における情報公開制度及び個人情報保護制度の運用に関する建議」(2007(平成19)年1月23日)である。同建議では、情報公開制度及び個人情報保護制度への理解及び認識を深め、両制度の運用能力を職員が身につけることができるようにするための研修の実施と併せて、開示請求を想定したシミュレーション(訓練)の実施を建議している。研修のみならずシミュレーションの実施を建議したのは、研修会等で習得した知識は、実務において応用できなければ意味が無いとの考え方に基づいている。同建議を受け、南砺市においては開示請求を想定したシミュレーションが実施されている。シミュレーションの概要は、次の通りである。

シミュレーションは、南砺市総務課情報公開窓口より、各部署宛に仮想事例(開示請求)をFAXで送信することにより開始される。なお、実施日及び実施部署について、事前に通知することはしていない。仮想事例の送信を受けた部署にあつては、実際に開示請求があつた場合と同様の事務手続をなすことが要求される。そして、シミュレーションにより、①必要な教示又は補正が行われたか、②文書の特定は適正だったか、③開示・非開示の判断は適正だったか、④請求に対する決定は期限内に行われたか、⑤起案書及び通知書の記載内容は適正だったか、⑥事務手順は適正だったか、⑦処理は迅速に行われたか、という7項目が確認されることになる。

この概要から明らかなように、シミュレーションは、情報公開制度及び個人情報保護制度の迅速かつ適正な事務処理を確保するためのものである。もっとも、両制度に基づく開示請求の対象は、「公文書」(南砺市情報公開条例2条2項)や「保有個人情報」(南砺市個人情報保護条例2条3号)である。この「公文書」や「保有個人情報」は、文書管理の対象となっていることから、シミュレーションの実施により、情報公開制度及び個人情報保護制度の適正な事務処理の確保のみならず、その前提となる適正文書管理をも確認することが可能となっている。このようなシミュレーションは、適正文書管理を内部的に確保するための手法として、大変有用であると考えられよう。

国においては、2007(平成19)年12月14日に「行政文書の管理の徹底について」<sup>(90)</sup>という文書が関係省庁連絡会議申合せとして作成され、その「4. 行政文書の管理体制」において、各府省庁の文書管理者に、その保有している行政文書の管理状況について、定期的に点検を行い、その結果を統括文書管理者に報告することとされている。しかしながら、国における文書管理に問題があることは、本稿III1で見たとおりである。

<sup>(90)</sup> 前掲注(48)参照。

また、国においては、各省庁統一文書管理改善週間が「文書管理の改善に対する職員の理解を深め、文書の作成から廃棄に至るライフサイクルを通じた文書管理の具体的な改善を推進することを目的として、昭和42年以降、毎年11月に実施」されてきたところであるにも拘らず、この状況なのである<sup>(91)</sup>。

南砺市におけるシミュレーションは、文書管理を具体的に改善する一手法として、参照に値するのではあるまいか。

## V おわりに

以上、文書の管理と法とのかかわりにつき、文書概念の整理、法律によって管理すべきと思われる文書の範囲の確定、法律によらない文書管理によって発生している諸問題の指摘、文書管理に関する地方公共団体の取組みといった順序で論を進めてきた。

現在の文書管理が様々な問題を抱えていることは、否定のできないところであろう。それを解決する手法の一つとして、法律(条例)による文書管理というアプローチは、間違いなく有用であると考えている。もっとも、単に法律や条例により文書管理に関する事項を定めれば良いというほど、問題は単純ではない。重要なのは、文書管理を定める法形式ではなく、文書管理の実効性をいかに確保するかという視点である。本稿では、罰則の導入、定期的な文書管理状況の点検、文書作成時における公開・非公開の区別の表示、文書の区分に応じた保存期間の明示、情報公開制度下で非公開とされた文書の保存、シミュレーションの実施による文書管理の徹底といった事項を取り上げ、その有用性を指摘してきた。罰則以外の事項については、法律や条例ではなく、規程・規則といったレベルで定めることも可能ではあるが、法律や条例のレベルで定めることによってしか、主権者による文書管理を実現することはできないと考える。

もとより、ここで指摘した内容は、あくまでも私見に基づくものであるため、その妥当性については更なる検討が必要であろう。しかし、少なくとも今の文書管理の状況が、決して望ましいものとはいえない以上、何らかの形でこれを改善する必要がある。今改善を試みなければ、不適切な文書管理により日々文書が失われ続け、そして、二度と戻ることは無い。

わずか3つの地方公共団体ではあるが、その文書管理条例において示されていた「公

<sup>(91)</sup>総務庁行政管理局「第34回各省庁統一文書管理改善週間の実施状況について(概要)」(2000(平成12)年12月)より。同文書は、総務省行政管理局HP(<http://www.soumu.go.jp/gyoukan/kanri/bun34.htm>)で入手できる(参照2008(平成20)年10月13日)。なお、同HPを見る限り、各省庁統一文書管理改善週間に関する情報は、第34回が最後のようなのである。

の主体が保有する文書は主権者の財産である」との認識は、国民主権・住民主権原理を採用している我が国にあっては、当然のことであろう。法律・条例によって主権者の手に文書管理を委ねることは、この当然のことを可能にするに過ぎない。また、法律・条例で文書管理を定めることは、現実に文書管理に当たる公務員等にとっては、自らの所属機関の長よりも上位に位置する「主権者」の同意の下での文書管理を可能ならしめることを意味する。これにより、所属組織の内部ではなく、主権者の方を向いた文書管理が実現できるのではあるまいか。

本稿が、文書管理法制を検討する上での議論の一素材となれば幸いである。

#### [附記]

本稿脱稿後の2008(平成20)年10月22日に、日本弁護士連合会「公文書管理法の早期制定と情報公開法の改正を求める意見書」<sup>(92)</sup>が、同年11月4日に、公文書管理の在り方等に関する有識者会議最終報告『『時を貫く記録としての公文書管理の在り方』—今、国家事業として取り組む—」<sup>(93)</sup>が、それぞれ公表された。

日本弁護士連合会の意見書、第2の1⑨においては、本稿と同じく、文書管理に関する法律を制定するに際し、罰則を規定すべきである旨述べられている。

有識者会議最終報告は、本稿で取り上げた中間報告のラインを基本的に維持しつつ、「IT化への対応」(同報告4.(2)オ)、「独立行政法人等、立法府、司法府、地方公共団体及び民間の文書」(同報告4.(3))、「公文書管理法制に盛り込むことを検討すべき事項について」(同報告6.)といった項目を追加するなど、より詳細なものになっている。もっとも、本稿で取り上げた中間報告との関係では、最終報告段階で章立てが変更されたことによる影響が若干あるにとどまり、内容的な影響はない。

<sup>(92)</sup>同意見書は、日本弁護士連合会HP (<http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/081022.pdf>) より入手できる(参照2009(平成21)年1月5日)。

<sup>(93)</sup>同報告書は、内閣官房HP (<http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/koubun/hokoku.pdf>) より入手できる(参照2009(平成21)年1月5日)。





# スペイン年次有給休暇制度の基本構造について

岡部史信

---

|     |                                      |     |
|-----|--------------------------------------|-----|
| I   | はじめに — スペインにおける年次有給休暇制度の法整備過程の視点から — | 98  |
| II  | 年次有給休暇の基本的概念                         | 102 |
| III | 年次有給休暇の決定および算定基準                     | 106 |
| IV  | 年次有給休暇期間中の報酬                         | 119 |
| V   | 消滅時効と年次有給休暇の買い上げ                     | 121 |
| VI  | 結びに代えて                               | 122 |

---

## I はじめに

### — スペインにおける年次有給休暇制度の法整備過程の視点から —

スペインで年次有給休暇について明記する最初の法律が制定された時期は、第二共和政が開始され、労働契約の自律性の確立を目指した労働法制の基盤整備とその強化が図られたときであった<sup>(1)</sup>。すなわち、1931年12月9日共和国憲法によって、労働者の品位ある生活を保障するための必要な措置を講じることが国の基本方針のひとつに位置づけられ、その一環として、「2. 共和国は、すべての労働者に品位ある生活のため

〔最初に〕訳語について、あらかじめ2つのことをお断りしておきたい。

ひとつは、‘Ley del Estatuto de los Trabajadores’ (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo. Aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm. 75, de 29 marzo [RCL 1995, 997]) の名称についてである。この法律について、スペイン研究各分野の多くの方々が「労働者憲章」と訳出しておられるのを承知の上で、あえて筆者は2007年までの論文などでは「労働者法」としてきた。この大きな理由は2つあった。ひとつは、現在のスペイン法源に「憲章」という特別な階層が存在しないことである。立法手続上その性格は「法律」であり、また ‘Estatuto’ が付された他の法律もある中でこの法律だけを特別に呼称することに抵抗があった。もうひとつの理由は、フランコ時代に制定された ‘Fuero del Trabajo’ には「憲章」が適訳であると思われることである。このような法律が過去に存在したにもかかわらず、‘Fuero’ と ‘Estatuto’ に同語をあてることに抵抗があったのである。もっとも、「労働者法」という直訳に筆者自身満足しているわけではなく、2008年度からの論文などではいちおう「労働者憲章法」と呼称している。

次に、Tribunal Superior de Justicia と Audiencia Nacional の2つの裁判所の名称についてである。前者については、「上級司法裁判所」「州最高裁判所」「高等裁判所」など、後者については「全国管区高等裁判所」その他と訳出されている文献などが多く見られる。確かに、例えば「欧州司法裁判所」(Court of Justice of the European Union) という訳語があるように、直訳すれば「上級司法裁判所」であろう。しかし、この訳語では「上級」の意味が直接的には伝わらない可能性がある。また機能面に注目すれば、この裁判所は各自治州との緊密性が高く、その点で必ずしも日本の「高等裁判所」と同じではないから、「州最高裁判所」の名称が付けられた理由もよく理解できる。しかし、このように訳せば実際の「最高裁判所」(Tribunal Supremo) と混乱する可能性もあろう。そこで、ここではいちおう前者については「自治州管区高等裁判所」と称し、後者については各「自治州管区高等裁判所」の管轄を超える範囲を管轄する控訴審であることに着目して、前者の用語との関係から「全国管区高等裁判所」を採用した。

今後こうした訳語の統一については、日本スペイン法研究会その他の専門家の方々のご意見を参考に決定したいと考えている。

<sup>(1)</sup> スペイン第二共和政期とは1931年から1936年までを指す。この時代の労働関係の特徴は、1931年12月9日に制定されたスペイン共和国憲法からも明らかである。同憲法には、スペインが「あらゆる種類の労働者の民主的共和国」(1条)であると宣言され、「国の法律に従って」の結社および労働組合の権利(39条)、労働立法(42条)および社会保障(46条)に関する憲法上の権利、労働者保護に対する共和国の責務(49条)が具体的に明記されていた。第二共和政期前の労働関係は主として一定の肉体労働者や手工業者を対象としたものであったが、この時代は、共和国憲法に基づき、賃金を受けて労働提供する全産業労働者を保護することが労働法の基本目的であるとする立場を初めて宣言し、スペインにおける各種労働権整備の先駆けとなったと位置づけてよいであろう。

の必要な条件を確保する。社会法は、(…)年次有給休暇(…)を規定する。」とする年次有給休暇権に関する原則(46条)が宣言されたことに始まる<sup>(2)</sup>。もっとも、1931年憲法のこの原則自体はプログラム規定としての曖昧な性格のものにすぎなかった。しかし、これに基づいて1931年11月21日に制定された労働契約法56条には、「1. 労働者は、当該労働契約が少なくとも1年間継続する場合には、連続7日の休暇権を有する。使用者は、労働者との合意に基づき、休暇の開始日を決定する。休暇の取得は、労働者が受領する賃金を減額させない。現物給与分は、通常または適切な補償をもって支払われる。2. 労働者が休暇期間中に当該休暇の目的に反するような自己または他人のための労働を行った場合は、報酬の権利を失う。3. 労働者の責めに帰し得る原因による解雇の場合、休暇の権利は消滅する。反対に、使用者の責めに帰し得る原因による場合、使用者は、労働者が取得し得るはずの休暇日数分に相当する賃金を、当該手続に関するその他一切の補償とは別に当該労働者に補償しなければならない。」とする具体的な規定が置かれたのである<sup>(3)</sup>。

年次有給休暇制度の整備はその後漸進的に進められ、1944年改正労働契約法では年次有給休暇中の労働自体が「契約上の誠実義務違反〔であること〕」(35条)が明記された<sup>(4)</sup>。続くフランコ時代には大きな制度改革は行われなかったが<sup>(5)</sup>、その後1975年11月20日にフランコが死亡してから急速な民主化改革の中で年次有給休暇に関する整備も急速に進められた。まず、改正労働契約法から約30年が経過した1976年4月8日に制定された労働関係法では、年次有給休暇日数が「21日」(27条)に拡大された<sup>(6)</sup>。

<sup>(2)</sup>Ley de 9 de diciembre de 1931: Constitución de la República (Gac. 10 diciembre), *La Legislación Social en la Historia de España de la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, pág. 690.

<sup>(3)</sup>1931年労働契約法とは、Ley de 21 de noviembre de 1931: Contrato de Trabajo (G. de 22 noviembre; rect. G. de 28 noviembre [RCL 1931, 1509]) のことである。なお、本文の翻訳原本には、Ley de 21 de noviembre de 1931: Contrato de Trabajo (Gac. 22 noviembre), *La Legislación Social en la Historia de España de la Revolución Liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, pág. 698. を使用した。

<sup>(4)</sup>1944年改正労働契約法とは、Decreto 26 enero 1944. Contrato de Trabajo. Texto Refundido de su Ley Reguladora; Deroga Ley 21 noviembre 1931 (BOE núm. 55, de 24 febrero [RCL 1944, 274]) のことである。

<sup>(5)</sup>フランコ時代には新国家における生産者の権利が宣揚されさまざまな労働制度改革が実施されたが、年次有給休暇制度については、1938年3月9日労働憲章(Fuero del Trabajo)に「すべての労働者は、その相当する休息を付与する年次有給休暇の権利を有する。」ことが明記されたものの(宣言2条5項)、意外にもその内容は従来と大差ないものであったことは非常に興味深い点である。

<sup>(6)</sup>労働関係法とは、Ley 16/1976, de abril: Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (BOE núm. 96, de 21 abril [RCL 1976, 766]) のことである。

そして1978年12月27日スペイン憲法では、新たに「公権力は、(…)労働時間の制限、報酬を受ける定期的な休暇(…)を通じて、必要な休息を保障する。」(40条2項)と明記され、年次有給休暇の取得を労働者の権利として確立することが労働経済政策の重要な柱のひとつと位置づけられた<sup>(7)</sup>。さらにこれを具体化する過程で、1980年3月10日労働者憲章法では、一般労働者には「23日」、18歳未満の年少労働者および60歳以上の高齢労働者には「1か月」(38条1項)と最初に整備され、3年後の1983年6月29日には労働時間および年次有給休暇の期間に関する労働者憲章法34条ならびに38条を修正する法律第4号により、年齢を問わず、すべての労働者に対して「30日を下回らない」とする現行制度の基盤が確立されたのである<sup>(8)</sup>。

この経過からもうかがえるように、スペインでは年次有給休暇権に関する法整備が国際比較的に見ても早い時期から行われたとあってよいであろう<sup>(9)</sup>。しかし、2008年7月現在においては、年次有給休暇権に関する国内法の規定はわずかに改正労働者憲章法、改正労働訴訟法、男女の実質的な平等を実現するための組織法、1998年7月24日政令第1659号、社会秩序における違反および制裁に関する立法的政令の中において簡潔に示されているにすぎず<sup>(10)</sup>、その具体的な内容は原則として主に国際条約(主とし

<sup>(7)</sup>1978年スペイン憲法とは、La Constitución Española de 27 de noviembre de 1978 (BOE núm. 311, 29 diciembre 1978 [RCL 1978, 2836]) のことである。なお、憲法40条とその他の憲法条項との関連については、Antonio V. Sempere Navarro y Pilar Charro Baena, *Las Vacaciones Laborales*, Cuadernos Aranzadi Social, 2003, págs. 32 a 34. で分析されている。

<sup>(8)</sup>1983年6月29日法律第4号とは、Ley 4/1983, de 29 de junio. Modifica los arts. 34 y 38 del Estatuto de los Trabajadores sobre la duración de la jornada laboral y las vacaciones (BOE núm. 155, de 30 junio [RCL 1983, 1368]) のことである。

<sup>(9)</sup>スペイン憲法および労働者憲章法が制定された時期前後までに出された国際条約で年次有給休暇について規定した文書には、例えば、1948年世界人権宣言24条〔定期的な有給休暇を含む休息の権利〕、1966年経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約7条d項〔定期的な有給休暇と公休日の報酬〕、ILO第132号、第54号、第91号、第146号、第101号の諸協定がある。また、欧州共同体から発せられた指令などの中には、1961年欧州社会憲章第2編2条〔ここでは、最低期間が15日とされている〕、1975年勧告第457号〔労働時間および4週間の年次有給休暇〕、1979年理事会決定決議〔労働時間整備〕、1993年11月23日欧州共同体指令第104号〔年次有給休暇の最低期間を4週間とする〕などがある。例えば、1993年欧州共同体指令第104号が発せられた時期に、スペインではすでにその内容に適合する国内法が独自に整備されていたことは注目に値する。

<sup>(10)</sup>改正労働者憲章法とは、Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 marzo 1995 [RCL 1995, 997])、改正労働訴訟法とは、Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 86, de 11 abril; rect. BOE núm 125, de 26 mayo 1995 [RCL 1995, 1144 y 1563])、男女の実質的な平等を実現する組織法とは、Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para

て、ILO第132号協定、第101号協定、第146号協定、欧州共同体第142号協約、1993年欧州共同体指令第104号)を基準とし<sup>(11)</sup>、むしろ「実際には労働協約その他の協定または労働契約において内容の充実を図り」<sup>(12)</sup>、労働者にとってより有利な条件を生み出すという考え方がとられている。この背景にはスペインの国際協調主義のあり方がうかがえるが<sup>(13)</sup>、しかし以下順次分析・検討するように、国際法規をスペインの国内事情に適合させ、また労働協約などの自主法規の効力を判断するためにも判例法理に頼らざるを得ない部分も少なくなく、年次有給休暇制度自体を複雑にしている側面がなきにしもあらずと思われる<sup>(14)</sup>。

そこで本稿では、現行の年次有給休暇制度に関する原則的な構造を整理・紹介することを主目的としつつ、その主要な論点に関しても、特に判例法理を中心に簡潔に分析しておくことにする。

la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE núm. 71, de 23 marzo 2007 [RCL 2007, 586])、社会秩序における違反および制裁に関する立法的政令とは、Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 8 agosto; rect. BOE núm. 228, de 22 septiembre 2000 [RCL 2000, 1804 y 2136])のことである。

<sup>(11)</sup> スペインが、ILO第101号条約〔農業従事労働者に適用〕を批准した日は1971年4月8日(BOE, de 23 de mayo de 1972)、第132号協定〔農業および船員関係以外の賃金労働者に適用〕の批准日は1972年6月16日(BOE, de 5 de julio de 1974)、第146号協定〔船員関係者に適用〕の批准日は1979年2月16日(BOE, de 20 de marzo de 1980)であった。最高裁判所は、ILO協定の基準を「スペインの正式な法秩序における包括的な規範であり、年次有給休暇期間の報酬に関する事項を体系化するものである」(Cfr. STS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3738]; STS 25 junio 1996 [RJ 1996, 5332])、「年次有給休暇取得権は、スペイン憲法40条2項に根拠をもつとともに、ILO第132号協定で承認されたものである。同協定は、スペインがこれを批准し、次いで官報で公表されたことによって、今日においてスペイン国内法規範の一部を構成するものである」(STS 25 febrero 2003 [RJ 2003, 3090]; José Manuel Moya Castilla, *Relaciones Laborales*, 3.ª ed., CISS, Valencia, 2006, pág. 623.)などと述べている。

<sup>(12)</sup> Cfr. Alfredo Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 28.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pág. 353.

<sup>(13)</sup> スペイン憲法10条2項には、この憲法が保障する基本的権利および自由に関する規定については「世界人権宣言ならびにスペインが批准した人権に関する国際条約および国際協定に従って解釈する。」と明記されている。

<sup>(14)</sup> スペインの年次有給休暇制度に関して十分な規定が国内法で整備されておらず、むしろこうした判例法理の蓄積に頼らざるを得ない現状を、「基準が曖昧で深刻な問題である」とする指摘が学説上では早くからなされている(Cfr. Alfredo Montoya Melgar, en A. Montoya Melgar, Jesús María Galiana Moreno, Antonio V. Sempere Navarro, Bartolomé Ríos Salmerón, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 190; Antonio V. Sempere Navarro, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *ibid.*, 7.ª ed., 2007, pág. 357.)。

## II 年次有給休暇の基本的概念

### 1 年次有給休暇の趣旨と目的

年次有給休暇の本質的意義については、従来から、生存権理念に基づく休息権であるとみる考え方、経営の視点から労働力を回復させ労働の再生産を図るための制度であるとする考え方があるが、スペイン労働法の基本的な考え方は前者、すなわち法的な根拠に基づき、労働者が年間において賃金受領権を失わずに労働提供を停止して休息する期間であるということである<sup>(15)</sup>。この期間が労働者側の労働提供のみの停止であって、契約当事者双方の義務履行の停止でないこともまた当然のこととされている。その主たる理由は、現実問題として年次休暇期間が有給でなければ、労働者の年次休暇権の行使が実質的に不可能になるからであると把握されている<sup>(16)</sup>。したがって、使用者にはこの期間中も賃金支払いに関する基本義務が生じ、ゆえに年次休暇期間が当然に有給でなければならないと学説上では早くから考えられている<sup>(17)</sup>。このような考え方から、この制度の目的自体については法令に特に明記されていないが、早い時期から多くの裁判例では、すべての労働者に対して、日々の休憩または週の休日よりも延長された、余暇活動を行うための十分で継続した日数の期間を付与し、その労働活動から生じる身体的および精神的な消耗を回復し得るための必要な休息を実現することが目的であるという趣旨で一貫しているようである<sup>(18)</sup>。

このような視点から、例えば、ある女性労働者が6か月間の休暇を取得した後、企業が定める8月の年次有給休暇の取得を請求したことに対して企業側がこれを拒否した事件において、かつて最高裁判所は、「年次有給休暇権の目的は、労働者がその労働提供から生じる身体的および精神的な消耗を回復させ得る休息および自由時間を有給で付与しようとするものである。本件の場合、当該労働者は業務の提供を離れて他の有給休暇を受けていたのであるから、年次有給休暇を別に付与すべき特段の理由は認め

<sup>(15)</sup>Cfr. Alfredo Montoya Melgar, *op.cit.*, pág. 352.

<sup>(16)</sup>Cfr. Alfonso Vinuesa Aladro, *Derecho del Trabajo para Empresarios*, 2.ª ed., Carperi, 1998, Madrid, pág. 453.

<sup>(17)</sup>Cfr. Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Riós, *op.cit.*, 1.ª ed., pág. 191. こうした見方で、今日では判例および学説において特に目立った反対意見はみられないようである。

<sup>(18)</sup>Cfr. STS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3267]; STS 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]. なお、欧州司法裁判所の考え方が「年次有給休暇権は、すべての労働者に対して、その安全および健康を効果的に保護するために付与される」(Cfr. STJCE 18-3-04 [C-342/01]; STJCE 26-6-01 [C-173/99].) という包括的な目的観に立つものであることからすれば、スペインの裁判所ではかなり具体的な目標が立てられていることがうかがえる。

られない」との判断を示していた<sup>(19)</sup>。また学説でも、「年次有給休暇制度の目的は労働者に連続する数日の年間休息日を付与することであり、この権利は労働者の活力を回復させ、かつこのために必要な余暇時間を付与するために考案された権利である」<sup>(20)</sup>とか、「連続休暇権の目的は、労働者が長時間の労働で蓄積する身体的および精神的な消耗を回復し得る休息および自由時間を有給で付与することである」<sup>(21)</sup>という考え方が多数を占めているといつてよいであろう。こうした視点から、すなわち、年次有給休暇権は原則としてすべての労働者に「当然かつ自動的に付与される権利」であると考えられており<sup>(22)</sup>、年次有給休暇の利用が自由であることもまた当然であり、特に目的規定などは必要ないとされたようである。

## 2 年次有給休暇権の法的性格

年次有給休暇の実際の取得については、それが「実質的に」行われることを確保するために、ILO第132号協定12条の趣旨に従い、労働者憲章法38条1項において経済的代償による代替は認められないとされている。スペイン労働法秩序におけるこの意味は、例えば中央労働裁判所が「労働者憲章法38条1項の規定は、年次有給休暇を、労働者の健康の維持管理のための適切な休息と理解」しており、「したがって、この期間中に労働提供を行わないことが要求され、補足的な経済的代償による休息の代替は明確に禁止されている」と述べていたことからうかがうことができる<sup>(23)</sup>。すなわち、この裁判例が典型的に示しているように、スペイン労働法秩序においては年次有給休暇の実質性を確保する視点から、いかなる集団的もしくは個別的な取り決めであろうと、また使用者が一方的に労働提供を求めることはもちろん、労働者からの自由意思による申し出があっても年次有給休暇の経済的代替は許されないという厳格な態度が保た

<sup>(19)</sup>STS 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]; Damián Beneyto Calabuig, Víctor M. Herrero Guillem, José Miguel Prados de Solís, 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., CISS, Madrid, pág. 422.

<sup>(20)</sup>Alfredo Montoya Melgar, *op. cit.*, págs. 351 a 352.

<sup>(21)</sup>Juan Maria Ramírez Martínez, Jesús García Ortega, José María Goerlich Peset, Francisco Perés de los Cobos Orihuel, y Tomás Sala Franco, *Curso de Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., Tirant Lo Blanch, 2000, Valencia, pág. 358.

<sup>(22)</sup>例えば、超過労働時間の代休日年次有給休暇とすることができるか否かが争われた事件で、アンダルシア自治州管区高等裁判所グラナダ支部は、その判決理由の中で年次有給休暇権の法的性格について「[年次有給休暇は]すべての労働者に当然かつ自動的に付与される権利[である]」と言及している(Cfr. STSJ Andalucía/Granada 13 enero 2004 [RJ 2004, 415].)。

<sup>(23)</sup>STCT 15 marzo 1982.

れている<sup>(24)</sup>。さらに、年次有給休暇に関する諸規定に違反する行為は、社会秩序における違反および制裁に関する立法的政令7条5項によって「重大な違反」に位置づけられている<sup>(25)</sup>。要するに、労働者憲章法3条5項には労働者が法によって必要な権利として承認されている権利および労働協約によって処分が認められない権利を自由処分することができない旨が規定されているが、まさに年次有給休暇の権利義務に関しては、労使ともに放棄することが許されないこうした権利義務のひとつとみなされていることがうかがえるのである。

### (1) 年次有給休暇期間中の他所での就業または自営活動

ところで、確かに年次有給休暇自体を放棄することは許されないとしても、上記のように1931年労働契約法56条2項において明確に禁止されていた年次有給休暇取得中に他所などで労働者が自らの意思で労働することについて、今日ではどのように考えられているであろうか。この点については、ILO第132号協定13条では、従業員が年次有給休暇取得期間中、「この権利の目的と相いれない」報酬を伴うような活動を行うことはできず、こうした活動を防止する意味で、こうした行為があった場合には原則として年次有給休暇の報酬相当分を返還するものと規定されている。このため、この規定を根拠として、従来はスペインでも学説や裁判例において、年次有給休暇中に労働者が就労することを一切認めないとする考え方も存在していた<sup>(26)</sup>。例えば、ある企業の使用者が、年次有給休暇取得中のその企業の従業員が別の地域のホテルで働いて

<sup>(24)</sup>Cfr. 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., CISS, Madrid, pág. 416. なお、スペイン労働法令には、年次有給休暇の取得に関する使用者の実現配慮義務または妨害排除義務について明記されていないが、本文に述べたような考え方から敷衍すれば、このような義務は当然のことと考えられていると推測できるであろう。

<sup>(25)</sup>社会秩序における違反および制裁に関する立法的政令7条5項には、「労働者憲章法12条、23条および34条から38条までに規定されている労働時間および休息制度(労働時間、夜間労働、残業その他の超過時間、休憩、休暇、特別休暇その他)に関する各種の法規範および制限または協定に対する違反」が「重大な違反」とであると明記されている。

<sup>(26)</sup>初期の代表的な学説には、例えば、「年次有給休暇権は、一見して、使用者が労働者からの労働提供を受けず、しかしその賃金の支払いを免れないことを意味している。したがって、使用者には、労働者自身も休息を尊重し、その労働提供を再開する際に身体的にも精神的にも適した状態を確保することを要求し得る正当な権利がある(...)。労働者自身が休息を確保して一切の職業活動を行わないとする義務は、年次有給休暇による社会目的から派生するだけではなく、労働契約に固有の交換性の保持のためのものでもある。(…)立法者の意思は、労働者が『自己のため』だけではなく、『他人のため』にする労働のどちらも禁止していると理解する(...)。」と述べているものがある(Antonio V. Sempere Navarro, “Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas”, *Revista de Política Social*, núm. 131, pág. 38)。もっとも、センペレ教授のこの主張は、労働者の年次有給休暇の自由利用を軽視しての発言ではなく、当時の雇用情勢の中において休息する権利の重要性を述べられたものと考えられる。



いることを目撃したため、当該従業員に年次有給休暇期間分の賃金の払戻しを求めた事件で、ガリシア自治州管区高等裁判所は、「労働者が、年次有給休暇取得期間中、その制度の目的に反して他人の下で就労または自営業を行った場合には、年次有給休暇期間中の就労が禁止されているものである以上、年次有給休暇中の報酬の意味で受領した総額を企業に返還しなければならない」と判示している<sup>(27)</sup>。

しかし、こうした活動が一切認められず、むしろ報酬の返還などの制裁的な効果を生み出すとすれば、かえって年次有給休暇の意義を失わせるであろうし、年次有給休暇の自由利用との関係からも疑問があるとの指摘もできよう。このような視点から、例えば、ある労働者が年次有給休暇期間中に他の企業で就労していたことを理由として当該労働者を解雇した処分の正当性が争われた事件において、2003年に憲法裁判所は新たに、「スペイン憲法および労働者憲章法が本来的に年次有給休暇中の就労を一般的に禁止しているとは解釈できない。なぜなら、スペイン憲法には人格権および人格の自由な発展ならびに労働の自由および権利が明記されており<sup>(28)</sup>、また労働者憲章法21条〔1項〕では労働者が複数の企業で就労することを制限する場合として、不正競争を推定させるものであるとき、または他の企業と正社員契約を締結しようとするときとしているだけだからである。不正競争の要素となり得るようなその他の要素との競合がみられない限り、年次有給休暇中に就労し得ないとすべきではない。なぜなら、年次有給休暇の意義を単に労働者の活力の回復だけのものととらえるならば、労働者の人格を単なる生産要素とするに等しく、また当該労働者にとって年次有給休暇中に最も適切であると考えられる活動を行う自由を否定することにもなるからである。したがって、年次有給休暇中に他所での就労行為があったとしても、そのことが直ちに契約上の誠実義務違反であって懲戒解雇事由<sup>(29)</sup>となり得るといったような、労働者に不利な結果を導くものではない」との判断が示された<sup>(30)</sup>。

年次有給休暇中の労働提供が誠実義務違反であるとする規定自体は、スペインの法制度上では1994年法律第11号最終規定第4で廃止されるまで継続していた。その後、学説および裁判例では、この判決を契機として年次有給休暇中の就労がすべて禁止さ

<sup>(27)</sup> STSJ Galicia 3 noviembre 1993 [AS 1993, 4727].

<sup>(28)</sup> スペイン憲法10条1項には、人格の自由な発展が政治的秩序および社会平和の基礎であることが宣言されている。また労働権に関しては、スペイン憲法35条に規定されている。

<sup>(29)</sup> 労働者憲章法54条2項d号には、「契約上の誠実義務違反および業務遂行上における背信行為」が懲戒解雇事由になることが明記されている。

<sup>(30)</sup> STC 192/2003, de 27 de octubre [AS 2003, 192].

れるという考え方にはっきりとした変化が生じ、労働協約などでも労働者の年次有給休暇の自由利用の範囲を拡大する傾向がみられるようになってきている<sup>(31)</sup>。

## (2) 年次有給休暇権の縮奪を目的とする懲戒処分

なお、年次有給休暇を懲戒処分の対象として日数を削減または権利自体を剥奪するなどの行為は、上記のように年次有給休暇の放棄が労使ともに認められておらず、また年次有給休暇の実質的取得を確保する趣旨から、労働者憲章法58条3項で明確に禁止されている。現在までのところ、年次有給休暇権の目的および実質的取得の確保の観点からも、この規定を弾力化する裁判例や学説などは見当たらない<sup>(32)</sup>。むしろ例えば、労働者の度重なる欠勤などの職務懈怠行為に対して、使用者がその日数分に相当する年次休暇期間を削減するとした通知の効力について、労働者の懈怠行為に対して懲戒処分を科すこと自体は認められるが<sup>(33)</sup>、処分の対象として年次有給休暇日数を削減することは法律により禁止されているから認められないなどのように、年次有給休暇権を強く保護する考え方がとられている<sup>(34)</sup>。

## III 年次有給休暇の決定および算定基準

### 1 年次有給休暇の日数および期間

年次有給休暇の日数については、労働者憲章法38条1項により、原則として日単位で年間30日を下回らないことが唯一の条件であって<sup>(35)</sup>、労働協約または労働契約で自由に締結し得るとされている<sup>(36)</sup>。また、年次有給休暇取得期間の決定については、労

<sup>(31)</sup>私見であるが、従来の判例の考え方は休息の必要性の視点に重点が置かれすぎ、「休暇＝不就労」という単純な思考からかえって年次有給休暇の自由利用に縛りをかける結果となっていたように思われる。この意味で、2003年に出されたこの憲法裁判所の判断は極めて妥当であるといえよう。

<sup>(32)</sup>この考え方は、1980年に労働者憲章法が制定された当時から変化していないようである (Antonio V. Sempere Navarro, op. cit., pág. 8)。

<sup>(33)</sup>労働者憲章法54条2項a号には、懲戒解雇事由として「出勤または時間厳守に対する度重なるかつ正当な理由のない違反行為」が挙げられている。

<sup>(34)</sup>Cfr. 2000 Soluciones Laborales, 3.ª ed., págs. 417 a 418.

<sup>(35)</sup>「最低30日」は年次有給休暇日数の一般原則である。この期間は特別な関係では異なっていて、例えば船員の年次有給休暇最低日数は連続120日の航海ごとに「最低60日」とされている。

<sup>(36)</sup>労働者憲章法38条1項の規定では「年次有給休暇の期間は、(…)労働協約または労働契約で取り決められる。」となっているが、この趣旨は、例えばアンダルシア自治州管区高等裁判所グラナダ支部が「年次有給休暇の取得については、労使両当事者で同意された個別的な取り決めまたは労働協約で定められたところに従わなければならない」と判示しているように (STSJ Andalucía/Granada 29 marzo 2000 [AS 2000, 1995]; Relaciones

働者憲章法38条2項前段により、一般的に労働協約その他の労使協定による年次休暇計画(*la planificación anual de las vacaciones*)で定められたところに従い、労使間の合意で行われるとされている<sup>(37)</sup>。年次有給休暇の日数および期間に関する規定は現行制度上ではこの2つだけであり、基本的に労使間の集団的または個別的な交渉に多くが委ねられる仕組みになっている。

#### (1) 年次有給休暇請求権の発生時期と起算日算定基準

ところで、制度上の問題として、労働者憲章法には年次有給休暇取得の起算日に関する規定が存在していないため、最低30日分の年次有給休暇を取得する権利が発生する時期をいつと考えるかは議論の生じるところである。この点については、集団的または個別的な取り決めが存在しない場合には原則として1年間の労働提供後ということになると考えざるを得ないとするのが、今日の学説の支配的見解となっている<sup>(38)</sup>。

もっとも、このように考えるとすれば、付与日数にも直接影響する重要な問題であるその「1年間」の始期と終期の判断の仕方も問題となる。この点については、最高裁判所は例えば、5月に解雇通知を受けた労働者の年次有給休暇分相当報酬額の決定につ

---

*Laborales*, 3.ª ed., pág. 622.), もちろん年次有給休暇権に関する事項のすべてについて集団的または個別的な取り決めが可能ということである。しかし、この両者の関係について、例えばアストゥリアス自治州管区高等裁判所は、「〔労働者にとって〕より有利な条件が最初に個別的に締結された場合、当該条件は労働関係を拘束するものであって、当該労働契約関係が存続する間、〔その条件は〕確立された権利として尊重されなければならない。なお、このことは、その後に労働協約で当該条件と異なる取り決めがなされたときも同様である」と判示している(STSJ Asturias 16 junio 2000 [AS 2000, 1901]; *Relaciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 622.)。この見解は、スペイン労働法秩序にみられる「より好ましい規範を適用する原則」(*el principio de norma más favorable*)を意識してのものであろうと思われるが、筆者現時点では労働協約の規範的効力の視点からこの判断にはやや疑問をもっている。なお、スペイン労働法秩序における諸原則については、岡部史信「スペインにおける懲戒解雇正当原因としての常習的飲酒行為および薬物乱用」(創価大学法学会『創価法学』第38巻1号、2008年)の注5に列挙してある。

<sup>(37)</sup>この決定は、労働協約であらかじめ取り決めがない限り、労使どちらかに優先的決定権が与えられることはないとい一般的にみなされているようである。なお、ILO第132号協定10条2項に、年次有給休暇の取得時期を決定するときには労働者の要求および従業員が享受し得る休息ならびにリフレッシュの機会であることを考慮するようにしなければならないと規定されていることに従って、かつて労働者憲章法38条2項には、労働者からの休暇取得の請求に対して使用者が拒否し得る可能性は季節的に大掛かりな生産活動を実施することが必要な時期だけに限られる趣旨のことが規定されていたが、1994年の改正により削除され、今日では原則として労使の対等な話し合いで決定されなければならないとすることがより徹底されている。

<sup>(38)</sup>Cfr. Antonio V. Sempere Navarro, en Montoya, Galiana, Sempere y Ríos, *op. cit.*, 6.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 310; M.C. Palomeque y M. Alarez De La Rosa: *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed., Madrid, 2005, pág. 628.

き、当該年の1月から起算するかまたは前年の年次有給休暇取得日後から算定するかが争点とされた事件において、5月までに年次有給休暇を取得しなかった場合でも、年次有給休暇は前年の労働提供を基礎に算定されるから、通常の暦日を計算の基礎としても当該労働者が完全な年次有給休暇に相当する報酬を受けることになるという趣旨の判決を下し、すなわち毎年1月1日から12月31日までを基準とすると判断している<sup>(39)</sup>。

## (2) 労働提供期間が1年に満たない労働者の場合の取り扱い

「1年間」の算定の仕方については、基本的には最高裁判所のこの考え方が妥当であろうと思われるが、しかしこの考え方では、上記の原則論によれば労働提供期間が1年に満たない労働者には年次有給休暇権が発生しないということになるという初年度の例外の場合について合理的な理由を付すことが困難になることも事実である。もっとも、この場合には、ILO第132号協定4条1項が「完全な年次有給休暇権の行使のための要件とされる労働提供期間を下回る期間しかない労働者は、(…)当該年について労働提供した期間に比例した年次有給休暇の権利が付与される。」と規定していることを根拠として、裁判例では、就労した月数で比例配分した年次有給休暇が付与されるとする考え方が一般的となっているといつてよいようである<sup>(40)</sup>。例えば、1年間の期間経過途中で雇用関係が開始となった労働者の年次有給休暇期間が争点となった事件において、最高裁判所は、「そもそも雇用関係に参入する初年においては、すべての者が完全な年次有給休暇期間を取得する要件を欠いていることになる。しかしながら、ILO第132号協定4条1項を根拠として、当該年においてはその業務提供期間に比例した年次有給休暇を取得する権利があるものとする」と判示している<sup>(41)</sup>。

<sup>(39)</sup>STS 19 diciembre 2002 [RJ 2002, 10551].

<sup>(40)</sup>Cfr. STS 10 abril 1990 [RJ 1990, 3454]; STS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3627]; STS 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]. もっとも、この比例付与という考え方に疑問なしとしないとする意見もある。例えば、年次有給休暇とは1年間の中で連続する休暇期間であるから、この権利は1年間の労働提供を行った後に発生すると考えられ、ゆえに最初の年の労働提供期間に年次有給休暇の概念が一致しないと主張する見解がある(2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 422)。私見であるが、確かに当該年内で消化すべきとされる年次有給休暇を初年に認めるとすれば、1年間の労働提供を計算の基礎にするという原則と相いれないこと、未消化分が発生する可能性が高いこと、この場合に企業に経済的代償という過度の負担を課すことになることを考慮すれば、労働者憲章法の解釈の仕方としては、少なくとも労働者憲章法では比例付与を原則とすることは予定されていないが、ILO協定を根拠に労働協約でそうした取り決めが可能であり得ると解釈するのが妥当であると考えられるべきであろうと思われる。

<sup>(41)</sup>STS 10 abril 1990 [RJ 1990, 3454].

### (3) 年次有給休暇期間中の土日祝日の取り扱い

ところで、労働者憲章法その他には年次有給休暇期間中の計算方法自体についても何ら規定されていない。このため、特に年次有給休暇期間中の土日祝日の取り扱いが問題となり得るが、この点について裁判例では、労働協約や労働契約によって祝日や日曜日を除外すると定められていない限り、これらの日も年次有給休暇期間に含めると判示しているものがある<sup>(42)</sup>。また実務上でも、例えば労働協約において年次有給休暇日数が労働日の28日分と定められていたときの土曜日の取り扱いについて、労働日の概念が一般的に月曜日から金曜日と認識されているとしても、土曜日を労働日から除外する必要はないという考え方がとられている<sup>(43)</sup>。さらに例えば、労働協約で年次有給休暇開始日が特定されておらず単に8月に付与されるとだけ決められていた場合において、8月1日が日曜日であったときに、労働者が労働日である8月2日月曜日を開始日として主張し得るか、また8月15日はスペインでは祝日にあたるがこの日を除外できるかという点については、労働者憲章法38条1項で「通常の暦日」とされていることから、労働協約で取り決めがなされていない以上、開始日が日曜日または祝日であろうと否と、あるいは終了日がそうであろうと否とを問わないし、さらに祝日を除外しないと判断されている<sup>(44)</sup>。

### (4) 臨時労働者、季節労働者、被解雇者の年次有給休暇

なお、これらの取り扱いが1998年12月23日の最低賃金の取り決めに関する政令第2817号<sup>(45)</sup>によって、臨時労働者および季節労働者の労働関係でも同じとされている点は注目に値しよう。この政令では、同一企業において120日未満で労働提供する臨時労働者および季節労働者であって、その企業での活動期間が年次有給休暇の取得期間と一致せず、または年次有給休暇期間前に労働契約が終了するために法定の年次有給休暇を取得できない場合には、賃金とともに、最低年次有給休暇日数に比例した報酬を受ける権利が付与されると規定されている<sup>(46)</sup>。

<sup>(42)</sup>Cfr. STCT 3 julio 1987 [RJ 1987, 17681]; STCT 29 junio 1988 [RJ 1988, 318].

<sup>(43)</sup>Cfr. 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 419.

<sup>(44)</sup>ibid., pág. 419.

<sup>(45)</sup>政令第2817号とは、Real Decreto 2817/1998, de 23 diciembre. Fija el salario mínimo interprofesional para 1999 (BOE núm. 312, de 30 diciembre [RCL 1998, 3047])のことである。

<sup>(46)</sup>Miguel A. Ferrer López, *Casos Prácticos sobre el Contrato de Trabajo* 2007, 15.ª ed., Deusto, Barcelona, 2007, pág. 263. 臨時労働者などは本来的に継続的關係が予定されていない個々の業務に対する一時的な雇用にすぎないにもかかわらず、これらの労働者の年次有給休暇も完全保障しようとする意図がうかがえる。

また、こうした労働者が年次有給休暇を未消化のまま解雇された場合についても、裁判例では、上記のように年次有給休暇権が懲戒処分の対象となし得ないとされていることから、解雇処分の正当性にかかわらず、当該労働者に実際に労働提供した期間があればやはり年次有給休暇権が認められると解されている。例えば、企業の不当な解雇処分によって年次有給休暇を取得できなかった日数分について経済的代償を求めた事件において、カナリアス自治州管区高等裁判所は、「年次有給休暇を取得するときに労働者が解雇され、その後当該解雇に根拠がないとされた場合には、その期間中の賃金が支払われたことをもって代償がなされたと理解されてはならない。また、解雇が正当であったとしても、労働者は経済的代償を受ける権利を有するものとする」と判示している<sup>(47)</sup>。

## 2 労働提供期間の算定基準

年次有給休暇の付与日数の確定については、上記労働者憲章法38条2項前段によるほか、一般的には労使間で1年間の労働記録簿の出勤状況に基づいて決定されている。したがって、いうまでもなく労働提供が行われたとみなし得る期間の算定基準が重要になる。これについては、ILO第132号協定5条4項に準拠して、労働者の責めに帰し得る理由によらない欠勤期間、例えば、業務上の傷病治療のために欠勤する期間、母性保護を理由とする欠勤期間は原則として労働提供がなされた日数とされ、そのほか判例法理により、現に取得中の年次有給休暇を理由とする欠勤期間、雇用調整審査手続による解雇に関する調停手続期間<sup>(48)</sup>、および結果的な不当解雇の判決までに要した係争中の期間も同じ扱いとされている<sup>(49)</sup>。しかし反対に、正当な理由のない欠勤期間のほか、出勤停止の懲戒処分を受けている期間、違法な同盟罷業への参加期間、雇用調整審査において当局により認定された一時的停止期間は労働提供した期間から除外されるとする裁判例が多く出されている<sup>(50)</sup>。

<sup>(47)</sup> STSJ Canarias 14 enero 2000 [AS 2000, 1651].

<sup>(48)</sup> Cfr. STSJ Galicia 23 diciembre 2003 [AS 2003, 39].

<sup>(49)</sup> Cfr. STCT 10 de octubre 1988 [RJ 1988, 6143]; STS 10 abril 1990 [RJ 1990, 3454]; STSJ País Vasco 14 enero 1993 [AS 1993, 384]; STSJ Andalucía/Sevilla 31 mayo 1994 [AS 1994, 2238]; STSJ Madrid 14 julio 1994 [AS 1994, 3171].

<sup>(50)</sup> Cfr. STCT 5 noviembre 1984; 15 marzo 1988; 8 junio 1988, *Casos Prácticos sobre el Contrato de Trabajo* 2007, 15.ª ed., pág. 263.

### (1) 業務上の傷病治療の期間が長期に及ぶ場合の取り扱い

業務上の傷病による欠勤期間は、多くの裁判例でも原則として労働提供がなされた期間とみなされている。例えば、ある労働者が病気により1月から休職している場合に、当該労働者に30日間の年次有給休暇が付与されるべきか否かが争点とされたいくつかの裁判例で、この期間は年次有給休暇期間算定において労働提供した期間とみなされ、当該休暇月は年次有給休暇期間の算定部分となると判断されている<sup>(51)</sup>。

しかし、こうした理由による欠勤が相当長期に及ぶ場合については、最高裁判所は、例えば一時的就労不能状態で1989年6月7日から1990年5月1日までの約11か月間にわたり労働契約停止の合意のもとに欠勤した女性労働者に雇用継続打ち切りを通知した企業に対して、この女性労働者が1990年の年次有給休暇期間相当分の報酬を求めたところ当該企業から拒否された事件で、労働者憲章法45条1項c号が規定する一時的就労不能が相当長期にわたる場合には労使ともに労働提供義務および賃金支払い義務が免除され、ゆえに労働者には年次有給休暇取得権も生じないと判示している<sup>(52)</sup>。

### (2) 年次有給休暇期間と偶発的事情による一時的就労不能の期間が一致する場合の取り扱い

一時的就労不能が労働者の偶発的な事情から生じた場合で、かつその期間が年次有給休暇期間の一部または全部と一致したときの取り扱いについては、裁判所は慎重な態度を示している。例えば、かつて中央労働裁判所では「それぞれの場合の具体的な状況」ごとに「使用者が労働者憲章法20条4項で定める一時的就労不能の状態を確認できるか否か<sup>(53)</sup>、労働協約で取り決めた期間以外での年次有給休暇の付与が可能か否か、他の労働者の年次有給休暇期間に変更を及ぼすか否か」を考慮すべきとして、原則として「区別すべき」とするという考え方が一般的であった<sup>(54)</sup>。このような考え方については今日でも大きな変化は見られず、例えばカタルーニャ自治州管区高等裁判

<sup>(51)</sup>Cfr. STSJ Castilla y Leon/Valladolid 8 octubre 2001 [AS 2001, 4252]; STSJ Madrid 22 julio 2004 [AS 2004, 2818]; 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 422.

<sup>(52)</sup>STS 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]. 私見では、業務上の傷病による欠勤が長期間に及ぶ場合に、それを理由とした打ち切り解雇を行うこと自体は労働者憲章法48条2項および49条1項e号に基づいて可能であると思われるが、少なくともこの裁判例では、年次有給休暇相当の報酬額の支払い義務をなぜ使用者が免除されるのかという点についての法的根拠が十分ではないように思われる。

<sup>(53)</sup>労働者憲章法20条4項前段には、「使用者は、医師の検診を通じて、労働者が欠勤の正当性のために申し出た自己の病気または事故の状態を確認することができる。」と規定されている。

<sup>(54)</sup>Cfr. STCT 31 mayo 1985 [RJ 1985, 3662].

所の判決には、このような場合については総じて年次有給休暇取得日があらかじめ特定されていたか否かで区別され、「労働者が受忍すべき偶発的な状態であって、企業の負担とすべきではない」から、少なくとも労働者の新たな個別的取得請求権は認容されないと判示したものがある<sup>(55)</sup>。

具体的な例では、業務外の交通事故を原因とする欠勤の場合はいうまでもなく労働提供がなされていない期間であり、年次有給休暇の取得日数および期間に対する労働者の請求権は発生しないと考えられている。例えば、ある企業の労働協約に「年次有給休暇は、8月の全業務の停止をもって当月とする」と規定されていたところ、当該企業のある従業員が8月10日に交通事故による一時的就労不能の手続を開始し、この期間に相当する他日の年次有給休暇の取得を個別に申請したが当該企業に拒否された事件で、最高裁判所は上記カタルーニャ自治州管区高等裁判所の考え方と同じく、「あらかじめ取り決められた〔年次休暇日程表に基づく〕年次有給休暇期間と一時的就労不能状態の期間が一致する場合、新たな代替的年次休暇期間を〔企業側が〕設定することを求める権利は労働者に生じない」と判示している<sup>(56)</sup>。

また、婚姻休暇と年次有給休暇の期間が重なる場合も同様の取り扱いとされている。例えば、ある企業の労働協約において年次有給休暇期間が8月と取り決められていたところ、当該企業の従業員が8月に婚姻して婚姻休暇を申請した場合、この休暇期間が終了するまで年次有給休暇期間が停止するのか、またはこの休暇期間中も年次有給休暇期間として計算されるのかについて、実務的な取り扱いにおいても、「年次有給休暇期間は原則として停止しない性格のものである。また、年次有給休暇期間中は休業するための許可を必要としないことは当然である。そして、婚姻休暇は必ずしも婚姻直後に取得しなければならない性格のものではなく、合理的な期間まで取得を延期することが可能である。したがって、年次有給休暇と婚姻休暇の時期が一致する場合は、年次有給休暇期間が終了した後に改めて当該休暇を取得することができる」と考えられている<sup>(57)</sup>。

<sup>(55)</sup> STSJ Cataluña 15 junio 1993 [RJ 1993, 2980].

<sup>(56)</sup> STS 11 junio 2006, 2000 Soluciones Laborales, 3.ª ed., pág. 419. なお、この判決では、「2004年3月18日の欧州司法裁判所判決の法理は、〔産前産後休暇としての〕産後休暇の状況のときにのみ適用されるのであって、一時的就労不能の状態のすべてに適用されるのではない」という考え方を明らかにしている。これと同じ趣旨の判断は全国管区高等裁判所でも行われている (Cfr. SAN 17 abril 2006 [JUR 2006, 150947]; 19 junio 2006 [AS 2006, 1807]).

<sup>(57)</sup> Cfr. 2000 Soluciones Laborales, 3.ª ed., págs. 423 a 424.



### (3) 産前産後休暇の取り扱い

こうした一時的労働不能の取り扱いについての裁判例の考え方は、従来まで産前産後休暇の場合も同じとされ、例えば、産前産後休暇日と労働協約であらかじめ締結された年次有給休暇の取得日が一致した女性労働者が、産前産後休暇を取得した後に改めて個別的に年次有給休暇を請求し、かつ通常の年次有給休暇を取得できなかったことに対する損害賠償を求めた事件において、最高裁判所は、「いったん労働協約において年次有給休暇日が定められた場合には、産前産後休暇を取得している者のための新たな指定は実現不可能である。また、この理由で年次有給休暇を取得できなかったとしても、代替の報酬を求めることはできない」としていた<sup>(58)</sup>。

しかし、この考え方は2004年3月18日に欧州司法裁判所が通称メリノ・ゴメス事件判決において、「1993年指令第104号7条1項、1992年指令第85号11条2項a号および1976年指令第207号5条1項の各条項は、女性労働者が産前産後休暇期間とは異なる期間に年次有給休暇を取得し得るという意味に解釈しなければならない、このことは、(…)労使協定を通じて一般的に従業員全員の年次有給休暇を取り決めた場合にも同様としなければならない」<sup>(59)</sup>として、両方の期間が一致する場合には原則的に産前産後休暇日とは異なる日に年次有給休暇を取得し得るとすべきとする新たな法理を確立したことで、スペインの判例法理にも変化が生じることとなった。例えば、最高裁判所はこの指令が出された時期に発生した同様の事件で、妊娠や出産を理由とする権利の完全性および性の平等を踏みにじる差別的な一切の国内法規範の解釈に対する適切な配慮を保障する必要があることを述べて、欧州司法裁判所の当該法理および1992年指令第85号の規定するところに従い、産前産後休暇を取得する日とは別に年次有給休暇を取得することを認める判決を出し<sup>(60)</sup>、また憲法裁判所も年次休暇日程表(*el calendario de vacaciones*)で定められた年次有給休暇期間が妊娠、出産、哺乳期から

<sup>(58)</sup>Cfr. STS 30 noviembre 1995 [RJ 1995, 87781]; STS 27 junio 1996 [RJ 1996, 5389]; STS 2 febrero 1998 [RJ 1998, 2207].

<sup>(59)</sup>STJCE 18 marzo 2004 [AS 2004, 69]. メリノ・ゴメス事件とは、産前産後休暇を約3か月半にわたり取得した女性労働者がその直後に続けて年次有給休暇の申請をしたところ、企業側がこれを拒否したために出訴したというものである。この事件では、女性労働者が、その産前産後休暇期間の一部と企業側が作成した年次休暇計画とが重なる場合に、予定されていた年次有給休暇の期間を拒否して産前産後休暇直後に新たな期間の年次有給休暇を取得することができるのが争点のひとつとされた。

<sup>(60)</sup>STS 10 noviembre 2005 [RJ 2005, 10084].

派生する一時的不能または労働者憲章法48条4項<sup>(61)</sup>に規定された労働契約の停止期間と一致するときは、当該労働者は一時的不能の日と異なる日または正式な年を超えているとしても、当該停止期間の終了時にその相当する期間の年次有給休暇を取得する権利を有するという解釈<sup>(62)</sup>を打ち出した。

このメリノ・ゴメス事件判決、その後一連の国内の下級審判決<sup>(63)</sup> および上記の最高裁判所ならびに憲法裁判所の相次ぐ判決を契機として、2007年に男女の実質的な平等を実現する組織法追加規定11の6により、労働者憲章法38条3項に「前号(38条3項1号)に関して、企業の年次有給休暇日程表で定められた年次有給休暇期間が妊娠、出産もしくは哺乳期間から生じる一時的不能の時、または本法48条4項で規定する労働契約の停止期間と一致するときは、一時的不能の日程もしくは上記の規定の適用により停止期間を終了させるために付与される休暇取得の日程とは別の日に、相当する通常の年が経過していたとしても、年次有給休暇を取得する権利を有する。」とする新たな文言が追加されることになったのである<sup>(64)</sup>。

#### (4) 同盟罷業への参加を理由とする欠勤の取り扱い

同盟罷業への参加が年次有給休暇権の行使といえるか否かについては、多くの裁判例では同盟罷業が合法的なものか否かで区別されるとする立場で一貫しているようである。例えば最高裁判所は「同盟罷業権の行使による労働契約の停止は、1977年3月4日労働関係法令の改革に関する政令第17号<sup>(65)</sup>が明記しているように、〔当該権利の行使から派生する効果以外〕その他の効果を及ぼすものではない〔いから〕、労働していない日の割合に応じた年次有給休暇の削減は行われないと判断される。したがって、合法的な同盟罷業に参加した日数について、年次有給休暇の日数およびその期間中の報酬を削減されることはない。ただし、同盟罷業が違法である場合には、〔年次有給休

<sup>(61)</sup>労働者憲章法48条には労働ポストを保持した状態での労働契約の停止について規定されており、その4項には出産などの場合について詳細に定められている。

<sup>(62)</sup>STC 324/2006, de 20 de noviembre [RTC 2006, 324].

<sup>(63)</sup>Cfr. STSJ Andalucía/Sevilla 6 abril 1999 [AS 1999, 3271]; STSJ Aragón/Zaragoza 24 noviembre 2004 [AS 2004, 3874].

<sup>(64)</sup>Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: *Guía Laboral y de Asuntos Sociales*, BOE, Madrid, 2007, pág. 201.

<sup>(65)</sup>1977年3月4日労働関係法令の改革に関する政令第17号とは、Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Reforma la Normativa sobre Relaciones de Trabajo. (BOE núm. 58, de 9 marzo [RCL 1977, 1966]) のことである。

暇の日数や報酬を〕削減することは許される」と判示している<sup>(66)</sup>。

#### (5) 経済的・技術的・組織的・生産上の理由で労働契約が停止した場合の取り扱い

経営上の理由によって労働契約が停止した場合についての裁判例の考え方は、年次有給休暇の縮減が妥当性を欠くという判断と、正当な理由となり得るという見解で分かれているが<sup>(67)</sup>、近年では後者の考え方をとる裁判例が多くなってきているようである<sup>(68)</sup>。例えばマドリッド自治州管区高等裁判所は、この場合には「労働者自身(…)回復すべき労働の消耗もない」から、年次有給休暇の付与は必要ないと判示している<sup>(69)</sup>。

#### (6) 雇用調整審査による労働提供停止期間の取り扱い

企業が申請した雇用調整審査が当局によって認められ、これにより3か月間労働契約が停止したことをもって年次有給休暇の取得期間が短縮されるか否かが争点とされた事件で、最高裁判所は、「この場合の3か月の停止期間は、ILO第132号協定5条という関係者の意思に基づかない欠勤に該当するとはいえない。ただし、勤務が継続されていて単に時間が短縮されるにすぎない場合には、比例付与ではなく、完全な日数が付与される」と判示している<sup>(70)</sup>。

<sup>(66)</sup> 同盟罷業が違法と判断された裁判例としては、STS 1 octubre 1991 [RJ 1991, 7190]; STS 22 enero 1993 [RJ 1993, 257] など、正当と判断された裁判例には、STS 21 marzo 1980 [RJ 1980, 1972] などがある。同盟罷業が違法なものと認定されるならば、労働者の欠勤が労働提供義務違反になることは当然であろう。しかし、筆者現段階では、裁判例のこうした判断の仕方に反対であり、違法とされる同盟罷業に参加する/したことを理由として年次有給休暇日数を縮減することは、スペイン労働法秩序の下においては、本文で示したように年次有給休暇権の縮奪を目的とする懲戒処分を明確に禁止している労働者憲章法58条3項の趣旨に反するのではないかと考えている。少なくとも、労働者憲章法38条における正当な有給休暇を取得して違法な同盟罷業に参加したとしても、労働者の自由利用を保護する観点からも、その事実によって有給休暇の正当な行使が妨げられることはないと考えられるべきであろうと思われる。なお、違法な同盟罷業に参加した日数分を翌年の年次有給休暇日数の算定において欠勤として扱うことができるか否かという点についても、筆者現段階では、違法な同盟罷業を理由とする懲戒処分は当然許されるべきであろうが、その参加が年次有給休暇の正当な行使によって行われたものである以上、年次有給休暇の算定基礎としては出勤したものとみなすべきであろうと考えている。

<sup>(67)</sup> 前者の考え方の裁判例として、例えば、STCT 6 mayo 1981; STCT 5 marzo 1983 などがある。また、後者の裁判例には、下記(注69)のマドリッド自治州管区高等裁判所以外のものとして、例えば、STCT 17 noviembre 1983 などがある。この原因を考えるにあたって重要なことは、身体的な消耗だけではなく精神的なそれにも十分に配慮する視点であろう。

<sup>(68)</sup> Cfr. Alfonso Vinuesa Aldro, *op. cit.*, pág. 454.

<sup>(69)</sup> STS Madrid 26 febrero 1990 [RJ 1990, 668].

<sup>(70)</sup> STS 10 abril 1990 [RJ 1990, 3454].

### 3 年次休暇の付与形式・通知期間・不服申立手続

年次有給休暇の付与形式についても、労働者憲章法その他に特に規定されておらず、企業ごとに、労働協約、使用者と従業員代表の協定の範囲内で、かつ労働者の意思を尊重した上で、使用者の意思によって決定されているようである。もっとも、スペインでは一般的に計画年休が主流となっており、この場合には、計画年休の付与手続に瑕疵があるときまたは付与計画自体に対する不服が認められたとき、すなわち他の労働者の年次有給休暇の取得を妨げないときにのみ個別的な交渉での自由年休が認められているようである<sup>(71)</sup>。なお、スペインでは伝統的に一斉付与が慣行化しているが、企業状態に応じて特に労働協約によって、事業所単位、業種による交代などの形式での年休付与の形式も禁止されているわけではないと考えられている<sup>(72)</sup>。

年次有給休暇日の通知については、労働者憲章法38条3項では上記の年次休暇計画を通じて労働者の年次有給休暇期間が個別的に決定されることになっており、その年次休暇日程表が企業ごとに少なくとも年次有給休暇開始2か月前までに作成され、事業所での掲示を通じて労働者に知らされなければならないとされている<sup>(73)</sup>。個々の労働者が年次休暇計画で取り決められた期間に不満がある場合には、労働訴訟法125条により、その取り決めを知った日から20日以内に、またはその日が確定できないときには労働者が年次有給休暇を取得しようとする日の2か月前までに不服を示す書類を提出することができる。この書類が提出された場合、企業側は5日以内に結論を出さなければならないとされている。

この年次休暇計画の作成それ自体に関して労使間で合意に至らない場合には、労働者憲章法38条2項後段および労働訴訟法126条により、社会裁判所<sup>(74)</sup>が略式かつ優先的手続において、その申立てのあった日から3日以内に決定することになっている。なお、この決定に対する不服申立ては認められていない。例えば、土日祝日を年次有給休暇日の計算に含めるか否かで労使間で合意に至らなかった場合にも社会裁判所が決定し得るか否かが争点となった事件で、最高裁判所は、「年次有給休暇に関する当該特別

<sup>(71)</sup> スペインでは伝統的に8月を中心に夏季数か月において交替で連続した年次有給休暇を取得するか、または全労働者が一斉に休暇を取るのが一般的であるとのことである。(Cfr. Manuel Alonso Olea y Maria Emilla Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 286.)

<sup>(72)</sup> Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 192.

<sup>(73)</sup> Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *op. cit.*

<sup>(74)</sup> 社会裁判所 (*Juzgado de lo social*) は、労働関係、社会保障上の各種請求および国の労働立法責任について提起される各種要求に関する第一審または単独の裁判所である。

訴訟手続は、もっぱら年次有給休暇取得日に関する紛争のために規定されている。労働訴訟法125条および126条の特別規定が適用される訴訟の目的は、年次有給休暇の期間または日数ではなく、そうした休暇がすでに存在しており、その予定日を具体化するもの〔ということである〕。したがって、この目的を超える年次有給休暇に関する訴訟は通常の訴訟手続によらなければならない」と判断している<sup>(75)</sup>。

### (1) 年次有給休暇の分割付与の可能性

年次有給休暇を分割して付与することが可能か否かについては、従来、一括付与と考えるべきであるとの主張もあり、実際に多くの労働協約でも分割付与を否定する規定が置かれていた。しかし、労働者憲章法38条2項の規定の仕方は「年次有給休暇を取得する期間または複数の期間(*periodo o periodos de disfrute* …)」とされており、またILO第132号協定8条2項を根拠としても、分割する場合には一回分が2週間未満となることが禁止されているだけであるから、この条件に従う場合であれば理論上分割付与も認められていると考えられるであろう。こうした視点から、今日では学説上・実務上でも分割付与が可能であるとの考え方が一般的となってきた<sup>(76)</sup>。もちろん、分割付与を行うか否かは単なる形式の問題ではなく年次有給休暇の実質的な内容に関することであるから、労働協約または労使協定で決定されるべき事項であって、使用者側の都合で一方的に分割することが許されないことはいうまでもない<sup>(77)</sup>。

### (2) 労働者への口頭による通知および通知期間違反の通知の効力

労働者への通知については、「事業所での掲示」とされている以外は何も規定されていない。したがって、法律上は書面よることが原則であると考えられるが、労働者に周知させることが目的であることから、口頭での通知も許されると学説では一般的に解されている<sup>(78)</sup>。

また、2か月未満の期間で通知がなされた場合の効力についても規定されていないが、労働者が休暇の過ごし方を計画する必要性、また休暇日に対する不服書類を提出

<sup>(75)</sup> STS 29 marzo 1995 [RJ 1995, 2349].

<sup>(76)</sup> 最近の学説には、この考え方に反対するものはないようである (Cfr. Antonio V. Sempere Navarro, *op. cit.*, pág. 9; Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 194; Manuel Alonso Olea y Maria Emilla Casas Baamonde, *op. cit.*, pág. 286.). なお、‘vacaciones’ とは本来的に「長期連続休暇」のことであって、その他の「休暇」(*permiso*)とは明確に区別されている。したがって、そもそもスペインには年次有給休暇を単日単位または時間単位で分割し得るか否かという問題提起すらあり得ない。

<sup>(77)</sup> Ramírez Martínez, J. M. y otros, *op.cit.*, pág. 359.

<sup>(78)</sup> Alfonso Vinuena Aladro, *op. cit.*, págs.456 a 457.

する必要性から定められている期間であるから、原則として2か月未満の期間での通知は許されないと学説では判断されている<sup>(79)</sup>。

なお、労使間で年次休暇計画に基づく日程の合意に至った後には、多くの裁判例では生産状況に影響を及ぼす突発的な事態が発生したとしても、労働協約その他の取り決めにおいて予定されたもの以外では原則的に変更できないと考えられており<sup>(80)</sup>、使用者側が年次休暇計画に違反した場合には労働者に補償を行わなければならないと判示されている<sup>(81)</sup>。

### (3) 労使間合意に達しない状態での労働者の一方的な年次有給休暇の取得

労使間合意が成立しないまま労働者が一方的に年次有給休暇を取得した場合、例えば、ある広告代理店で勤務していた労働者が疾病休暇直後に年次有給休暇の申請をしたことに対して、企業側が当該申請にかかる時期における当該労働者の業務での必要性を説明し、この申請を認めないことを明確に示したにもかかわらず、これを無視して一方的に年次有給休暇を取得する旨の手紙を送付して欠勤した労働者を企業側が解雇した事件において、最高裁判所は、「[このような労働者の行為は]労働者憲章法54条b号およびd号が規定する職場秩序紊乱および不服従ならびに契約上の誠実義務違反および業務遂行における背信行為にあたる」<sup>(82)</sup>とし、労働者憲章法55条3項および4項という正当な解雇の原因となると判示している<sup>(83)</sup>。

<sup>(79)</sup> Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 195. もっとも、2か月未満の期間での通知であったとしても、労働者が取得日について後日に追認すれば当然その日に有効に年次有給休暇が発生することになる。この観点からすれば、2か月未満の期間での通知が行われた際にもその通知が直ちに無効ということではなく、労働者が不服を申し出た場合にのみ原則として使用者側が他の日に年次有給休暇を付与しなければならないことを推定させることになるといえよう。

<sup>(80)</sup> Cfr. STSJ Cataluña 19 noviembre 1996 [AS 1996, 4851]; STSJ Madrid 14 enero 1999 [AS 1999, 5102]; STSJ Madrid 28 enero 1999 [AS 1999, 5105]; STSJ Andalucía/Sevilla 9 octubre 1998 [AS 1998, 3839]; STSJ Aragón 12 junio 1999 [AS 1999, 2407].

<sup>(81)</sup> Cfr. STSJ Madrid 29 octubre 1996 [AS 1996, 1020]. この事件では、労働者が死亡した後に年次有給休暇相当分の報酬支払い手続が取られなかったことに対しても補償すべきであると判示された点も注目に値する。

<sup>(82)</sup> STS 17 junio 1986 [RJ 1986, 1339]. この事件の場合については最高裁判所の結論が妥当であると思うが、しかし使用者が業務上の都合を主張して労働者が申請した日にちの年次有給休暇を認めないことを正当とする基準(すなわち、わが国でいうところの「時季変更権の行使基準」)が明確でないように思われる。

<sup>(83)</sup> 労働者憲章法54条2項には懲戒解雇の正当原因が7項目にわたって列挙されており、55条には懲戒解雇の手続および効果について、特に同条3項および4項に正当な解雇の場合が規定されている。懲戒解雇制度の概要については、岡部史信「スペインの懲戒解雇制度の構造と若干の問題点について」(東京経済大学現代法学会誌『現代法学』第8号、2005年、73ページ以下)参照。

## IV 年次有給休暇期間中の報酬

### 1 年次有給休暇中の報酬の構成要素

年次有給休暇中の報酬額については、労働者憲章法38条1項には単にその期間中が「有給」であることが記されているにすぎないが、ILO第132号協定7条1項には労働者の「通常または平均賃金」が支給されるとされていることから、最高裁判所の考え方は一貫して、年次有給休暇中に支払われる報酬とは原則として労働者憲章法26条3項の規定に基づいて賃金を構成する要素、すなわち「基本給」と、「当該労働者の個人的条件」、「遂行された労働」、「企業状態」に関連する諸状況に応じて定められる「手当(補助賃金)」から構成されることを原則とし<sup>(84)</sup>、ただし労働者憲章法26条2項で定める「労働者がその労働活動の結果として生じた諸費用に対する補償金、社会保障の給付金および補償金、転勤ならびに労働契約の停止および解雇の際に支払われる補償金として受領する総額および例外的・臨時的に支給される手当」を除いたものであるとみなしている<sup>(85)</sup>。

#### (1) 毎月の報奨金、交代労働手当、管理者手当および夜間労働手当の取り扱い

労働者が労働協約による賃金と勤続年数手当以外にも、月ごとに報奨金、交代労働手当、管理者手当および夜間労働手当が支給されている場合については、例えば全国管区高等裁判所は、「労働者憲章法が〔上記のように〕規定する趣旨は、当該労働者の通常の労働時間によって受領し得るすべての賃金的要素を含めるということであって、その例外とされる若干の手当が〔限定的に〕列挙されているにすぎないと考えられるから、〔毎月支給される報奨金など〕の手当の平均額が当然に支給されることになる」と判示している<sup>(86)</sup>。

#### (2) 残業手当および特殊な手当の取り扱い

しかし、当該年度中に行われた残業時間分の手当の平均額を請求したいいくつかの事件においては、裁判例は一貫して、残業手当が労働者憲章法38条の解釈における典型的な例外項目であって支給されないという立場である<sup>(87)</sup>。例えば、ある労働者が年次有給休暇中に受領する報酬には土日祝日手当、深夜手当、午後勤務手当、クリスマス・イブ・クリスマス・新年手当その他の特殊な手当も含まれると主張して上告した事件

<sup>(84)</sup> STS 25 febrero 2003 [RJ 2003, 3090].

<sup>(85)</sup> Cfr. STS 7 julio 1999 [RJ 1999, 6797].

<sup>(86)</sup> SAN 10 octubre 1991 [AS 1991, 5918]; 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 418.

<sup>(87)</sup> Cfr. STSJ Madrid 5 diciembre 1989 [AS 1989, 182M]; STS 9 noviembre 1996 [RJ 1996, 8414].

で、最高裁判所は、「ILO第132号7条1項がいう通常の報酬とは、常態的に受領されるものである(…)。〔最高〕裁判所は、年次有給休暇の報酬とは常態的に支払われる賃金の平均額であって、この中に例外的な性格の賃金が含まれないことを〔繰り返し〕宣言してきた。したがって、例外とされる賃金には常態でない労働活動だけではなく、通常の労働活動が行われない時に支払われる手当も含まれる」という趣旨の判断を示している<sup>(88)</sup>。

### (3) 業務費用、日当の取り扱い

労働者が業務費の名目で毎月受領していた日当相当分を年次有給休暇報酬額に含めることを求めた事件で、全国管区高等裁判所は、年次有給休暇中の報酬総額から除外される対象となる手当について、「労働時間延長の補償としての超過勤務手当その他だけではなく、賃金としての法的性格を有しない社会保障給付、日当および補償も除外される。本件の日当についても、自宅で寝食できないときに、業務のために行わなければならない移動に際して従業員が負担する費用を補償するためのものである。ゆえに、年次有給休暇中の報酬には算入されない」と判示している<sup>(89)</sup>。

## 2 年次有給休暇の報酬の支払日および受取人

報酬の支払い時期についても労働者憲章法には規定がない。もっとも、賃金支払いに関する労働者憲章法26条の原則では労働提供後とされているが、年次有給休暇の報酬に関してはその時期について特に別段の取り決めがなされていない限り、ILO第132号協定7条2項に従って、年次有給休暇取得日前までに支払わなければならないとすることで早くから学説上は異論がないようである<sup>(90)</sup>。

年次有給休暇の報酬は賃金とみなされるから、その受取人はいうまでもなく労働者本人であることが原則である。ただし、労働者本人が年次有給休暇を取得する前または完全取得する前に死亡した場合については、学説上、相続人が当該部分の報酬を受領できるとしたものがある<sup>(91)</sup>。

<sup>(88)</sup>STS 21 octubre 1994 [RJ 1994,9061]. なお、この判決で裁判所が前例として引用している裁判例とは、STS 20 diciembre 1991 [RJ 1991, 9093]; STS 20 enero 1992 [RJ 1992,52] である。

<sup>(89)</sup>SAN 22 octubre 1991, 2000 *Soluciones Laborales*, 3.ª ed., pág. 418.

<sup>(90)</sup>Cfr. Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 192.; Alfredo Montoya Melgar, *op. cit.*, pág. 354.

<sup>(91)</sup>Ignacio Albiol Montesinos, Luis Miguel Camps Ruiz, Juan López Gandía y Tomás Sala Franco, *Derecho del Trabajo*, Tomo II. *Contrato Individual*, 7.ª ed., Tiranto lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 322.



## V 消滅時効と年次有給休暇の買い上げ

### 1 年次有給休暇権の時効

年次有給休暇権の時効期間についても、労働者憲章法その他に特段の規定は存在しない。しかし、労働者憲章法59条1項には、労働契約上の各種作用については特別な期間の指定がない限り「1年」で時効になると規定されていることから、従来から裁判例では「取得されなかった年次有給休暇権は1年で消滅する」として、年次有給休暇の請求も原則として1年以内と考えられている。例えば中央労働裁判所は、年次有給休暇が定期的な休息と同じ働きをする性格のものであることに着目して、「年次有給休暇は、相当する1年間の中で消化されなければならない、複数年にわたって累積し得ない」とした<sup>(92)</sup>。したがって、労働関係が終了する場合の年次有給休暇の清算の計算においても、最高裁判所は、「年次有給休暇期間の清算のために、前年においてすでに相当する期間が取得されているときには、それを取得しなければならない年の1月1日から計算しなければならない」と判断している<sup>(93)</sup>。

### 2 年次有給休暇日の買い上げ

前述のように、労働者憲章法38条1項は年次有給休暇の取得について原則として一切の経済的代償を認めていないことから、法律には明記されていないが、使用者が1年の期間終了前に年次有給休暇日を買上げることは認められないという考え方で裁判例および学説とも一致している<sup>(94)</sup>。例えば、労働者が年次有給休暇を故意に取得せず、その日数分について現金での代償を求めた事件において、最高裁判は、「労働者憲章法38条1項は、年次有給休暇を付与する義務と同時に、この期間に実労働を提供した場合と同じ形式と金額の報酬の支払いを義務として定めている。そして、この目的が形骸化しないように、実際の休暇の取得は現金による代償の余地がないとする規定も置いている。したがって、もし労働者が通常の暦日計算で1年以内に年次有給休暇権を行使しない場合には、翌年に取得する権利を失うだけでなく、未消化日数分について

<sup>(92)</sup>STCT 11 junio 1981.

<sup>(93)</sup>STS 17 septiembre 2002 [R] 2002, 10551]. もちろん、労働協約での取り決めまたは使用者の決定で時効期間の延長が確認される場合には、それは有効である。(Cfr. STSJ Andalucía/Sevilla 8 marzo 1994 [AS 1994, 1335]; STSJ Canarias 5 septiembre 1997 [AS 1997, 3430].)

<sup>(94)</sup>Cfr. STSJ Madrid 11 julio 1989 [AS 1989, 3117]; STSJ Andalucía/Sevilla 8 marzo 1994 [AS 1994, 1335]. その他、単に買い上げるだけでなく、例えば当該日に2倍の支払いを行うことで就労させることなども当然禁止される。(Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 192.)

代償として現金による補償を受け得る可能性もない」と判示している<sup>(95)</sup>。

もっとも、年次有給休暇を完全に消化する前に労働関係が終了する場合には、例外的にその部分についての経済的代償が許されることは1993年指令第104号7条2項にも明記されていることから、むしろ最高裁判所は1年間で消化し切れない年次有給休暇日数分を使用者は買い上げ補償しなければならないと判示している<sup>(96)</sup>。例えば、ある企業の労働協約には「年次有給休暇の取得期間は、7月1日から9月30日までの間とする。労働者が一時的就労不能状態となり当該期間中に年次有給休暇を取得することができない場合で、かつその後の年次有給休暇の取得が不可能なときは、現金での補償を受ける権利を有する」と規定されていたところ、ある従業員が4月2日から6月9日まで、また6月11日から9月29日まで一時的就労不能により休職し、9月30日に退社することになった場合の経済的代償について、最高裁判所は、「労働者憲章法38条の趣旨を損なうことなく、〔使用者が〕年次有給休暇を〔付与する〕義務およびそれを補償金で代償する余地がないことは明白である。唯一の例外は、労働者の責めに帰し得ない原因によって当該権利を行使する前に労働関係が終了するときであり、この場合は未消化分の年次有給休暇について経済的代償を認めなければならない」と判示している<sup>(97)</sup>。

## VI 結びに代えて

以上の分析から、スペインでは年次有給休暇制度の利用を実質的に確保する手段の構築に主眼をおいた法制度および理論の整備をなそうとしていることが明瞭にうかがえる。このため、年次有給休暇権を利用し得る環境を整備することが国など行政側の義務と強く認識されており、かつ労使双方にもその権利義務の完全履行が法によって

<sup>(95)</sup>STS 25 febrero 2003, [RJ 2003, 3090]; *Relaciones Laborales*, 3.ª ed., CISS, Valencia, 2006, pág. 623. なお、本文および注(71)で述べたように、スペインでは計画年休が原則的な形式とされているために、年次有給休暇の繰り越しの問題は一般的に大きな話題とはなっていないようである。しかし、個別的な自由年休も形式として認められている以上、年次有給休暇が種類債権であるのか選択債権であるのかという議論はスペインでも避けられないと思われる。この点については、この最高裁判所の見解に「労働者が<sup>4</sup>(…)1年以内に年次有給休暇権を行使しない場合には」とあることから、少なくとも裁判所の考え方では種類債権のようなものとみなされているといつてよいであろう。

<sup>(96)</sup>Cfr. STS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3627]. この考え方については、学説および実務上でも早くから今日に至るまで特に異論はないようである (Cfr. Alfredo Montoya Melgar, en Montoya, Galiana, Sempere, Ríos, *op. cit.*, 1.ª ed., pág. 192; Miguel A. Ferrer López, *op. cit.*, pág. 263.). なお、この判決でいう「1年間で消化し切れない年次有給休暇」とは、注(95)で取り上げた裁判例からも明らかなように、労働者の故意による年次有給休暇の不行使を含むものではなく、正当な理由により消化し切れなかった年次有給休暇であることはいうまでもない。

<sup>(97)</sup>STS 25 febrero 2003 [RJ 2003, 3090].

強く求められているのである。例えば、年次休暇である以上、休暇は1年間の期間以内に消化されることが当然の原則であり、そして労使ともに年次有給休暇(権)を自由処分・放棄することが許されないとする基本的な視点が確立されていることは注目に値する。したがって、例えば年次有給休暇の未消化日数分を残したまま労働者が退職する場合、使用者には、仮に労働者に退職帰責事由があろうとも、あるいは退職事由が懲戒処分であらうとも、その相当額の支払いが義務づけられるのである。このことは、他面において労働者の側も正当な理由もなく年次有給休暇権を行使しないことが許されないという極めて興味深い意味となるのである。このような考え方はいまだわが国の労働観になじまない点も指摘できるが、年次有給休暇の権利性を強力に保護する具体的な方策のひとつとして参考になるであろう。このような考え方の下では、少なくともわが国におけるような年次有給休暇の繰り越しといった問題は生じないし、年次有給休暇取得率の低さが社会問題となるような事態も生じないのである。また、年次有給休暇権の実質的確保の考え方が臨時労働者や季節労働者にも同様の基本的視座から配慮されている点も注目に値する。わが国において、短時間労働者の年次有給休暇制度の実効性を確保する手段を考える際のひとつの参考になり得るかもしれない。スペインの年次有給休暇制度のこうした基本思想は、労働者憲章法が整備されてから時期を置かずに発表されたセンペレ・ナバロ教授の初期の論文の中の「年次休暇の目的は、人的な側面に根ざすときに具体的に認識されるものである。(…)年次休暇は(…)人権としての権利である」<sup>(98)</sup> という明確な記述ですでにうかがうことができる。この思想がスペイン労働法の現時点での年次有給休暇制度の個別の諸問題にどのように影響を与えているかについては、他日の論文で順次展開する。

---

<sup>(98)</sup> Antonio V. Sempere Navarro; *op. cit.*, págs. 103 a 114.



# 米国反トラスト法における 当然違法の原則の適用に関する考察

— 事業提携を中心として

隅田浩司

---

|     |                        |     |
|-----|------------------------|-----|
| I   | はじめに.....              | 126 |
| II  | 分析手法の性質についての議論の整理..... | 126 |
| III | 当然違法の原則の今日的意義.....     | 129 |
| IV  | 結語.....                | 135 |

---

## I はじめに

本稿は、米国反トラスト法における当然違法の原則、合理の原則という米国反トラスト法の分析手法(analytical framework)が、米国反トラスト訴訟においてどのように機能しているのか、当然違法の原則を中心に検討する。すなわち、一見して明らかに当然違法の原則と見なされる談合、価格カルテルといったハードコアカルテルと、事業提携、共同研究開発、標準化活動といった非ハードコアカルテルとの境界線を明確にする基準として、この当然違法の原則がどの程度、明確な指針となり得ているのかを再検討することにした。というのも、これまで当然違法の原則は、揺るぎない原則として機能していると理解され、実際、ハードコアカルテルへの適用では、この当然違法の原則の存在故に、米国における強力な執行が担保されている。しかし、ここで問題としたいのは、一見すると当然違法の原則が適用されるかと思われる行為態様について、どのような基準をもって当然違法の原則から離脱し、合理の原則の分析に移行するのか、という基準である。これは、非ハードコアカルテルそれ自体を理解する上で、有益な分析である。そこで、本稿は、この問題に関して、当然違法の原則の今日的意義を探ることからその指針を得ようと試みる。そこで本稿では、IIにおいて分析手法としての当然違法の原則を巡る議論状況を整理し、その上で、同原則の今日的意義をIIIにおいて検証することとした。

## II 分析手法の性質についての議論の整理

当然違法の原則とは、経験則上、ほぼ間違いなく反競争的效果を有する場合、原告側からの詳細な立証は必要ない<sup>(1)</sup>という原則として知られる。共同行為を規制するシャーマン法1条の文言が、きわめて抽象的であることから、その解釈・適用に明確な基準を必要としていた米国では、この当然違法の原則の登場によって、反トラスト法による立証が大きく軽減されることになり、この原則が様々な行為類型に対して、適用されるようになった<sup>(2)</sup>。その後、この当然違法の原則は、シカゴ学派の登場により大きくその適用範囲が縮減されることになる<sup>(3)</sup>。

<sup>(1)</sup>U. S. v. Trenton Potteries, 273 U.S. 392 (1927), Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'ers v. U.S., 435 U.S. 679, 692 (1978). 初期の運用、当然違法の原則の拡大に関しては、See Thomas C. Arthur, A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for The Federal Courts, 68 ANTITRUST L. J. 337, 347-349 (2000).

<sup>(2)</sup>See e.g. U.S. v. Soccony? Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940); U.S. v. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967); U.S. v. Topco Associates Inc., 405 U.S. 596 (1972).

<sup>(3)</sup>この経緯は、隅田浩司『米国反トラスト訴訟における簡略化された合理の原則に関する一考察』法学政治学論究53巻137頁(2002)参照。

しかし、水平的な協調行為のうち価格に関する協定については今日まで当然違法の原則が適用されることについて異論はない。これは、価格カルテルや入札談合といった一見して明らかに反競争的と考えられるからである。しかし、経済活動の中で、競争者同士が協調行動をとることが必ずしも、反競争的と見なされない場合が発生することもある。

BMI事件<sup>(4)</sup>は、価格協定が例外なく反競争的と見なされるか否かが問題となった事件である。この事件では、テレビネットワークのCBSが、音楽著作権管理団体であるBMI (Broadcast Music Inc.) に対して、BMIが提供していた音楽著作権の包括ライセンス (blanket license) を価格協定であるとしてシャーマン法1条が適用されるかが問題となった。この事件に関し、連邦最高裁は、包括ライセンスは、むき出しの競争制限 (naked restraints) に該当するものではなく<sup>(5)</sup>、販売活動の統合、著作権の違法な利用に対する監視と対抗措置を講じることができ、それは個々の著作権者が行うことは困難なものであるとした。またBMIの存在により、著作権利用者は、個々の著作権者との交渉という取引費用を削減し、迅速かつ正当な手段で包括ライセンスを受けるという便益がある<sup>(6)</sup>と判断した。このBMI事件では、包括ライセンスが、いわゆる個別ライセンスとは異なる新たな商品として認識され、個々の著作権者によるカルテルに類似するものと考えられなかったことに注目が集まった。この判断基準を用いれば、共同事業や提携における価格・産出量に関する合意の正当化の余地が生じることになる。しかし、NCAA事件<sup>(7)</sup>では、大学スポーツ競技を管理するNCAAが設定した大学フットボールのテレビ放映権プランの中で、放映権の回数制限、放映権料の総額の決定について、厳しい判断を示した。ここで、連邦最高裁は、スポーツは本質

<sup>(4)</sup>Broadcast Music Inc., v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979). その後、被告の医療法人などが採用した診療料金システムが診療料金の最高額に関する協定に当たるかどうか問題となったArizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)においては、僅差ながら多数意見による当然違法の原則が採用された。少数意見は医療保険の問題などについてのより詳細な市場分析を必要とする合理の原則の採用を主張した。

<sup>(5)</sup>See White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253, 372 U.S. 263 (Citing BMI at 20)

<sup>(6)</sup>Id. at 16-24.

<sup>(7)</sup>National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85 (1984). See example Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 399, 415 (2002). 日本語解説として、田村次朗「NCAA事件に見る米国反トラスト法の簡略化された合理の原則」慶應義塾大学産業研究所編『正田退職 法と経済の基本問題』慶應義塾大学産業研究所 (1990年) 153頁参照。

的に、競技団体を必要とすること、特に大学フットボールにおけるNCAAの役割を高く評価しつつも、「事業提携において他の手段では達成し得ない効率性を実現しているか」という基準を定立した上でこれを厳しく解釈し<sup>(8)</sup>、NCAAによるテレビ放映権制限は、各大学に対してNCAAのプランとは別に、個別にネットワーク局と交渉することを禁止していたことなどBMIとは異なることを示し<sup>(9)</sup>、これをシャーマン法1条に違反すると結論づけた。この分析手法は、簡略化された合理の原則と呼ばれ定着することになる<sup>(10)</sup>。しかし、その後、歯科医師会の広告制限が簡略化された合理の原則で判断されるべきか否かが争点となったCalifornia Dental Associations事件(以下CDA)事件<sup>(11)</sup>では、情報の非対称性など歯科医師の診療サービスの特殊事情から歯科医師会として倫理規則として広告規制を行い、虚偽又は詐欺的な広告を規制することについて合理性を認めた上で<sup>(12)</sup>、最終的に、当該広告規制は、価格の上昇や診療サービスの提供の低下といった具体的な反競争的效果について十分に審議する必要があるとして原審に差し戻し<sup>(13)</sup>、その際、「反競争的效果が直感的に明白なかたちで推定できる規制とより詳細な取り扱いを要する規制との間に絶対的な基準を引くことは出来ない」<sup>(14)</sup>として、合理の原則そして簡略化された合理の原則は、異なるアプローチとして存在するのではなく、むしろ事案の性質に応じた分析の中でsliding-scaleなアプローチとして位置づけられるものであるとする<sup>(15)</sup>。議論の焦点は、その後、合理の原

<sup>(8)</sup> See also *U.S. v. Brown University*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

<sup>(9)</sup> *National Collegiate Athletic Assn.* 468 U.S. 113.

<sup>(10)</sup> *Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, *Chicago Professional Sports Ltd. Partnership v. NBA*, 961 F.2d 667 (7th Cir. 1992), *Law v. NCAA*, 134 F.3d 1010 (10th Cir. 1998), *American Ad Management, Inc. v. GTE Corp.*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

<sup>(11)</sup> *California Dental Ass'n, v. F. T. C.*, 526 U.S. 756 (1999). なお佐藤吾郎「歯科医師会による広告制限と簡略化された合理の原則 — カリフォルニア州歯科医師会事件連邦高裁判決を中心に」『正田古希 独占禁止法と競争政策の理論と展開』三省堂(1999年) 253頁参照。

<sup>(12)</sup> *Id.* at 771-772.

<sup>(13)</sup> *California Dental Ass'n v. FTC*, 224 F.3d 942 (9th Cir. 2000). See *In The Matter of California Dental Association*. F.T.C. Doc. No. 9259 (Feb. 15 2001).

<sup>(14)</sup> *California Dental Ass'n*, 526 U.S. 781.

<sup>(15)</sup> *California Dental Ass'n*, 526 U.S. 781.780 n.15. なお合理の原則の精緻化については、水平的協調行為に関する分類と分析手法の精緻化について See Thomas A. Piraino, Jr., *A Proposed Antitrust Approach to Collaborations Among Competitors*, 86 Iowa L. Rev. 1137 (2001); Willard K. Tom & Chil Pak, *Toward a Flexible Rule of Reason*, 68 ANTITRUST L.J. 391 (2000). See also William E. Cohen & Gary P. Zanfagna, *Inside the Competitor Collaboration Guidelines: The Forest Among the Tree*, 2000 U Chi Legal F 191 (2000).



則と簡略化された合理の原則の精緻化の方向に向かい事業提携ガイドライン<sup>(16)</sup>が策定されることになる。ところで、この中で、当然違法の原則の性質は、すでに自明のものとして議論されることは少ない。しかし、当然違法の原則もまた、合理の原則や簡略化された合理の原則と同様、反競争的效果を審査するためのアプローチである。従って、CDA判決以後、アプローチの当てはめと適用への批判の中で、当然違法の原則は、どのように取り扱われているのか検証する必要がある。そこでIIIにおいて当然違法の原則の今日的意義について検討したい。

### III 当然違法の原則の今日的意義

当然違法の原則は、米国における談合、価格カルテルといったハードコアカルテルに対する積極的な摘発・規制に重要な役割を果たしている。共謀の事実が立証もしくは、リニエンシーにより申告されることによって、シャーマン法1条違反にすることができるこの当然違法の原則は、訴追側からすれば非常に簡便である<sup>(17)</sup>。しかし、当然違法の原則が用いられる場合、その後、被告側が追うことになる法的責任は重大であることから、この当然違法の原則において、誤った適用が許されないことは論を待たない。では、この点について、最近の運用ではどのようなアプローチがなされているのか、検討したい。

まず、事業提携ガイドライン3.2では、当然違法の適用についておおむね次の様な基準を明示する。まず、価格・産出量制限をもたらすものであって、先例から価格協定、産出量制限、シェア協定や市場分割協定は、当然違法の原則が適用されるとする。しかし、事業提携の様に協定の中で経済活動が効率性を向上させる統合であって、その協定内容が当該統合によってもたらされる競争促進的な便益に合理的に関係しているものであれば、合理の原則に基づいて判断するとしている<sup>(18)</sup>。

<sup>(16)</sup> See United States Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors, 64 Fed Reg 54483 (1999), 日本語訳として、金子晃・佐藤潤翻訳「競争者間の提携に関する反トラスト・ガイドライン」法学研究75巻11号(2002年)33頁参照。

<sup>(17)</sup> これに対して、日本の独占禁止法では、2条6項において、不当な取引制限においても一定の取引分野における競争の実質的制限について、立証する必要がある。もちろん、これまでこの問題が顕在化する様な事例が乏しかったこともあり、ほとんど問題になることはなかったとはいえ、中央食品事件(公取委勧告審決昭和43年11月29日審決州15巻135頁)のように市場シェアが小さい場合には、競争を実質的に制限しうるか、という疑問を提起することが可能であることには注意する必要がある。

<sup>(18)</sup> 初期段階でのcharacterizationの問題である。この問題については、中川晶比兒「水平的協定における合理の原則と比較衡量」法学論叢155巻4号(2004)65-66頁参照。

従って、効率性を向上させる統合に合理的に関係していれば、価格に関する協定であっても当然違法の原則では訴追されないという意味では、BMI事件とほぼ同様の判断を行うことを示すものといえるだろう。しかし、問題は、何を持って効率性を向上させる統合と判断されるのか否か、という問題が残される。この点について、米国反トラスト法は整合的な説明原理を導き出しているといえるのかどうか、この点についてまず、Dagher事件<sup>(19)</sup>からみていこう。

本件は、競争関係にあったShellとTexacoが石油の精製から販売段階までを統合した事業提携(Joint Venture)を組成したところ、そのJVのひとつであり西海岸全域の石油事業を取り扱うEquilonがShellとTexaco両方のブランドの価格を同一に設定して販売したため、これが価格カルテルに該当するか否かが問題となった事件である<sup>(20)</sup>。

これに対して、第9巡回控訴裁判所<sup>(21)</sup>は、本件の重要な争点は、競争関係にあった両者が、それぞれ別なブランドで販売している製品について、JV結成後同一価格に設定したという経緯を重視し、競争者である2社がJVによって価格協定を行ったという文脈で評価した上で、TexacoとShellの製品価格をそろえることは、効率性を向上させる統合に合理的に関係しているブランドといえないと判断し、当該価格の統一は、JVの事業活動に付随的な(ancillary)ものではないと判示した<sup>(22)</sup>。これに対して、連邦最高裁は、TexacoとShellは、競争者同士として評価されるべきではなく、むしろJVであるEquilonが単一の事業体(a single entity)としてその価格を決めているものとして評価すべきと判示した。この結果、単一の事業者が、別なブランドとして売られている製品を統一価格で販売することは裁量の範囲内であるとしたうえで、この段階で付随的制限の法理は、単一の事業者の内部の意思決定には適用されないとして、本件行為は反トラスト法に違反しないと判断した。

<sup>(19)</sup>Texaco Inc. v. Dagher, 126 S. Ct. 1276 (2006). 事件の詳細は、隅田浩司「事業提携に対する競争法上の評価について」大宮ローレビュー(大宮法科大学院大学)第3号62頁(2007)以下を参照。

<sup>(20)</sup>このJVは、クレイトン法7条に基づいて審査され、条件付ながら承認されている。なおその際本件の様な価格設定を禁止する条件は付されていない。FTC Press Release, Shell, Texaco To Divest Assets To Settle FTC Charges (Dec. 19, 1997), available at <http://www.ftc.gov/opa/1997/12/shell.htm>. See W. Stephen Smith, *Can A Fully Integrated Joint Venture be Per Se Unlawful? The Ninth Circuit's Decision in Dagher*, 19 Antitrust ABA 52,53.(2005).

<sup>(21)</sup>Dagher v. Saudi Ref., Inc., 369 F.3d 1108, at 1110 (9th Cir. Cal. 2004)

<sup>(22)</sup>なお控訴審判決は、新製品を販売したり、商品を統合し単一のブランドにした場合の価格設定の場合はシャーマン法1条に違反しないとしており、また、TexacoとShellが独自の決定の結果、価格が同一になった場合も本件と同じ結論になるわけではないとしている。Id at 1124.

本件のように単一の事業体に対して、シャーマン法1条が適用されるかどうか、という議論はかつて、グループ会社、子会社同士の協定に対して反トラスト法が適用されるか、という文脈で議論されてきた<sup>(23)</sup>。この判断基準は、完全子会社に対して適用されるものと理解されていたが、このDagher事件をみると、この原則は、事業提携が単一事業体と見なしうる場合には、シャーマン法1条の適用はないという文脈において、事業提携に対する適用が問題となる<sup>(24)</sup>。この点、Dagher事件では、法的にも単一の事業体として成立していたことを重視している。また事業提携組成段階で反競争的效果についての十分な審査を経て成立した事業体の活動に対する安易な介入が控えられるべきといえる。しかし、連邦最高裁が、Dagher事件においてその目的の合理性を認める際に、BMI事件を引き合いにしてその合理性を認定したところについて、BMIのように包括ライセンスという新しい製品を作り出したことにその合理性を見いだしているのに対して、石油精製事業の統合ではそのような新しい製品の創出は存在していないことから、合法的な事業提携であれば、常に、当然違法の原則のカテゴリーから外されるのかという問題があるという指摘もある<sup>(25)</sup>。

また、単一の事業体として存在していなくても、事業提携をあたかも単一の事業体であるかのように見なしうるのか、という問題が次に発生する。この点、これまで反トラスト法では、価格や産出量制限を含む事業提携に対して厳しい姿勢を一貫して採用している。Maricopa事件<sup>(26)</sup>は、保険料高騰の防止のため、医師の診療報酬の最高額を決定する協定が問題となった。これによって、保険リスクの正確な算定を容易にすることから、医療コストの削減を目指していた<sup>(27)</sup>。しかし、最高裁は、この協定についても当然違法の原則が適用されると判断した<sup>(28)</sup>。そこでは、最高価格設定により、結果的に加盟する医師の競争が減殺される危険性を重視している<sup>(29)</sup>。このように本件

<sup>(23)</sup> *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.* 467 U.S. 752, 768 (1984).

<sup>(24)</sup> See ABA, *JOINT VENTURES: ANTITRUST ANALYSIS OF COLLABORATION AMONG COMPETITORS* (2006), at 54.

<sup>(25)</sup> See Mark A. Lemley & Christopher R. Leslie, *Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence*, 93 Iowa L.Rev. 1207 at 1227 (2008).

<sup>(26)</sup> *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332 (1982).

<sup>(27)</sup> *Id.* at 342.

<sup>(28)</sup> See *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211, *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145.

<sup>(29)</sup> *Maricopa* 457 U.S. 351 (citing *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S.5.). 裁判所は、価格協定は本質的に疑わしく、正当化事由を認める余地がほとんど存在しないという前提で検討している。*Id.* at 351 (citing *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 226, n. 59 (1940)). 保険会社よりも医師の方が、より効率

では、価格協定を当然違法の原則によって判断するという枠組みを維持し、「価格」に関する協定＝当然違法という思考方式を覆すことは非常に難しい。

NCAA 事件<sup>(30)</sup> も同様に、競技団体として NCAA の存在価値を認めつつも、テレビ放映権の制限が、産出量制限として シャーマン法 1 条違反となるという結論となった。NCAA 事件では、他の手段では達成し得ない効率性を伴うことで新商品を生み出しうる<sup>(31)</sup>可能性まで検討しているのだが、それでも実際の試合の選択及び放映権に関する交渉は、ネットワーク局と各チームの個別交渉で行われることから、BMI 事件の包括ライセンスとは異なることに着目している<sup>(32)</sup>。その際、各大学は個別にネットワーク局と交渉することが禁じられていた<sup>(33)</sup> こともその判断要素として重視されている。

このように Dagher 事件では、Equilon を単一の事業体として認めたことから、その内部の制限は単一の事業体としての意思決定として判断されるという一見すると当たり前の結論に至っている。ただし、もともと Texaco と Shell は競争者であること、そして Equilon は、生産・販売の統合による効率性をもたらすとしつつ、その帰結が価格引き上げであったことなどを見ると、控訴審が、あえてこれを 2 つの事業者同士の協定と見なしたわけである。ただし、単一の事業体としての意思決定は、共同行為を前提とする シャーマン法 1 条違反とはなりえない。しかし、事業提携における単一の事業体内部の制限については、水平合併ガイドラインの判断基準を用いて<sup>(34)</sup>、より詳細な分析、すなわち合理の原則に基づいた分析を行うという解釈の可能性も検討されて良

---

的な仕方では最高価格を設定するという主張は根拠がなく、保険プランに関する競争を促進する効果があるとはいえないと判示した。Id at 353–354. この判決の評価については、隅田浩司「事業提携における競争回避型合意に対する反トラスト法上の評価について — Polygram 事件の批判的検討」法学政治学論究 64 号 (2005) 35 頁を参照。Id at 360. なお、この最高価格設定について保険会社から反対なかったこともこの最高価格指定に関する正当化事由をより慎重に検討すべきではなかったのかという疑問が残る。Id at 361.

<sup>(30)</sup>National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla., 468 U.S. 85 (1984). See example Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 399, 415 (2002). See also William K. Tom, Chul Pak, *Toward a flexible rule of reason*, 68 ANTITRUST L.J. 391, 414 (2000).

<sup>(31)</sup>NCAA 468 U.S. 113 (citing *Maricopa* 457 U.S. 365.).

<sup>(32)</sup>Id at 113.

<sup>(33)</sup>Id at 114.

<sup>(34)</sup>See supra note 16 Appendix Example 1 (Competitor Collaboration/Merger) U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines* (1992, revised 1997), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13,104 (1997), available at <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

いののではないと思われる。

このことから、JVの主要な事業活動(core activities or venture activities)に合理的に関連する制限を付随的(ancillary)な制限として、その判断を合理の原則に基づいて判断するという付随的制限の法理を活用することも可能である。この付随的制限の法理は、コモンローにおける競争秘止義務を参照し<sup>(35)</sup>、これを反トラスト法に応用し、当該協定が「合法的な契約の主要な目的に単に付随するものであって、当事者が契約の成果を達成する上で必要な制限であり、他方当事者によって契約の成果を不当に利用される危険性を減じるために必要である場合には、当該制限は正当化される」<sup>(36)</sup>としたものである。この原則は、事業提携の分析において頻繁に用いられてきた。しかし、その適用は、ケース毎に微妙な相違があり、整合的な運用がなされていたとはいえない。さらに、事業提携が単一の事業体に対しては付随的制限の法理は一切適用されないというDagher判決により、問題はさらに複雑さを増したといえる。というのも、単一の事業体が否かという判断基準は、おもったほど明確なものではないからである。実際、事業提携ガイドライン3.2では、表面上ジョイントベンチャーと名乗ったとしても価格協定を正当化する理由とはならないとしている。ただし、Dagher事件判決では、この事業提携ガイドラインの姿勢以上に、単一の事業体としてEquilonを認定した。しかし、米国反トラスト訴訟では、これによって、原告側は合理の原則を支えるだけの証拠を提出していないことが通常であるから、結果は事実上、被告側の勝訴となる。従って、Dagher事件の場合は、単一の事業体と判断された段階で、本来検討すべき内容、特に控訴審が目にした事業提携前の親会社の競争状況や価格の統一の内容を精査することができる合理の原則に基づいた分析が行われるべきであったともいえる<sup>(37)</sup>。しかしながら原告は、当然違法の原則の適用を目指し訴訟提起する場合には、合理の原則に基づいた主張・立証を十分に行うことがないので、実際には、当然違法のカテゴリーの適用を否定されると実質的に訴訟はそこで終了となり、十分な内容の精査が行われない。これは、このカテゴリーの当てはめと適用の持つ限界といえるだろう。

他方、PolyGram事件<sup>(38)</sup>では、ほぼ同一内容の三大テナーによるコンサートCDの

<sup>(35)</sup> *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, at 281.

<sup>(36)</sup> *Id.* at 282.

<sup>(37)</sup> See *supra* note 25 at note 183 (ただしCopperweld法理の適用を受け、当然合法として処理されることになるとしている)。

<sup>(38)</sup> *PolyGram Holding, Inc.*, FTC Docket No.9298 (July 24, 2003) available at <http://www.ftc.gov/os/2003/07/polygramopinion.pdf>. *PolyGram Holdings, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29 (D.C.Cir.2005).

販売に際して、PolyGramとWarner Communications Inc.が新製品のマーケティングのため、それぞれが販売していた過去のCDの販売促進を自粛しようとしたことが問題となった。この協定(モラトリウム条項)について、ビジネス上の合理性から判断すれば、ほぼ同内容のCDのマーケティングのためには、過去に2社が販売したCDを同時期に低価格で販売することは、両者にとってきわめて不都合ということになる。実際、過去にその苦い経験を持つ両者によって定められたこのモラトリウム条項が、価格協定と見なしうるかが争点となった。この点、連邦取引委員会そして審決取消訴訟においても裁判所は、PolyGram側の主張を退け、このモラトリウム条項は本質的に疑わしい条項であるから詳細な市場分析は不要であること、また被審人(被控訴人)側に競争促進効果の立証が必要となることを認めている<sup>(39)</sup>。その上で、本件モラトリウム条項は、事業提携と関係のない各社の販売するCDに関するものであり、これは事業提携と合理的な関係性はなく、付随的制限であると判断している<sup>(40)</sup>。

さらに、PolyGramらが提起した審決取消訴訟<sup>(41)</sup>もまた、連邦取引委員会の審決を支持し、JVの外部で行われた広告制限は、通常、反競争的であり、当然違法の原則に基づいて違法とされると判断している<sup>(42)</sup>。同時に、フリーライダー問題についても、連邦取引委員会と同様、モラトリウム条項について、その制限が事業提携の外、すなわち3T3ではなくPolygramとWarnerがそれぞれ販売を継続していた3T1と3T2に対するものであることから、事業提携の効率性に合理的に関連しないと判断している。ここからDagher事件とPolyGram事件の相違点は、事業提携内部での制限ではなく、事業提携外に及んでいる制限であるか否か、という点にあるといえる。しかし、仮に、PolyGramら2社が、3枚のCD全てを管理するJVを設立し、そのJVにおいて新作の販売からしばらくの間は、過去の作品の販売を一切停止すると決定した場合には、今度は、Dagher事件の法理が適用され、正当化の余地が出てくるということになる。し

<sup>(39)</sup> *Id* at 40.

<sup>(40)</sup> Polygram at 42. ここで最終意見が引用する *Polk Bros Inc. v. Forest City Enterprises Inc.*, 776 F. 2d. 185 (7th Cir. 1985)では事業提携と関係ないストアーへの出荷制限は行っていない。

<sup>(41)</sup> *PolyGram Holdings, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005).

<sup>(42)</sup> 提携外での競争制限的合意それ自体が直ちに反トラスト法違反とはいえないと批判されている。William Kolasky & Richard Elliott, *The Federal Trade Commission's Three Tenors Decision: "Qual due fiori a un solo stello"*, ANTITRUST, Spring 2004 50 at 53.

かし、それはあまりにも機能主義的な判断ではないかと思われる<sup>(43)</sup>。むしろ問題とすべきは、事業提携において行われる各種の行動や合意の競争上の意味について、その合意によってもたらされる効率性の評価であるといえる。この点、事業提携ガイドラインは、3.3.6において効率性の評価に言及し、その提携によってもたらされる「効率性」について、「認識可能な効率性」を達成する上で提携が合理的に必要なものであるか否かという視点から当該協定内容を精査するとしている。しかし、現実には、どのような行為が付随的であり、俣どのような行為が本質的に疑わしいか、という判断を示す際に効率性が評価される場合として想定されるのは、フリーライダー問題<sup>(44)</sup>のように過去の先例で問題となったもの以上に具体的なものは示されていない。このように、事業提携の分析では、事業提携ガイドラインは、一定のフレームワークを示したことに意味があるとはいえ、実際には、その判断基準は、未だ確立されているとはいえない。

#### IV 結語

本稿では、当然違法の原則について、その確立された原則としての評価とともに、合理の原則との関係において、その分析手法としての意義には、いくつか議論すべき点があることを検討した。特に非ハードコアカルテルといわれる事業提携において当然違法の原則がその範疇としている価格・産出量制限という要素が含まれる場合では、米国では事実上、これを正当化することはきわめて困難である。この例外としてBMI事件が引き合いに出されることが多いが、実際音楽著作権集中管理団体という事業の特殊性に大きく依存している同判決で示された判断基準に従って正当化されうる事件はきわめてまれであり、その意味では、実際にBMI事件は、有名ではあるが、事業提携を正当化するもとしての機能は限定的であるといえる。また、価格・産出量制限が含まれる競争回避型の合意については、本質的に疑わしいという基準においてそれを違法としたPolyGram事件のように、価格が協定の中に含まれていることへの厳しい姿勢は、一貫している。しかし他方で、事業提携において単一の事業体であることが、当然合法として扱われることを示したDagher事件判決と比較する時、双方を統一的に説明する法理が明確にならないことも事実である。この点、提携内部の制限と提携の

<sup>(43)</sup>Ronald W. Davis, *Limitations on Competition and the Joint Venture Parents that Impose Them: A Fair and Balanced Look at Polygram*, 18 Antitrust ABA 56 at 61. もちろん、その種のJVの設立が競争法上、認められていることが前提となる。See also *Yamaha Motor Co. v. F.T.C.*, 657 F.2d 971 (8<sup>th</sup> Cir. 1981), *Blackburn v. Sweeney*, 53 F.3d 825 (7<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>(44)</sup>*Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 224 (D.C. Cir. 1986)

外に及ぶ制限を区別するということでの一応の整理が可能ではあるものの、それでもなお、なにをもって提携内部の制限とするのか、また提携の外に向かう協定であれば、直ちに本質的に疑わしいと言い得るのか、という問題は残され、これについて、付随的制限の法理は十分にこれらの問題を包摂する基準として機能しているとはいえない。このような視点から検討する時、事業提携ガイドラインが、水平合併ガイドラインに依拠しつつ、策定されているとはいえ、実際に、米国反トラスト法では、合併における判断基準と、シャーマン法1条を巡る議論との間に当初、事業提携ガイドラインが企図したほどには、現状では双方の合理的な関連性や、具体的な反競争的效果の判断基準としての統一的解釈の可能性を提示するまでに至っていないといえる<sup>(45)</sup>。

---

<sup>(45)</sup> 本稿脱稿後、中川晶比兒「非ハードコアカルテル規則の体系化(二) — 反競争効果の立証を中心に」法学論叢161巻2号に接した。非ハードコアカルテルの本質的意義について、包括的な整理を試みるものとして示唆に富む内容である。



# 再審請求と訴訟能力

— 袴田事件第2次再審請求意見書

新屋達之

---

|     |                        |     |
|-----|------------------------|-----|
| I   | はじめに.....              | 138 |
| II  | 本件再審請求に至る経緯と問題の所在..... | 138 |
| III | 訴訟能力の意義.....           | 141 |
| IV  | 再審における訴訟能力.....        | 145 |
| V   | 拘禁反応と訴訟能力.....         | 151 |
| VI  | 本件における訴訟能力に関する判断.....  | 157 |
| VII | 結論.....                | 160 |

---

## I はじめに

本稿は、いわゆる袴田事件(以下、本件ということがある)の第2次再審請求にあたり、再審請求と訴訟能力の問題について弁護団からの依頼に基づいて検討を加え、裁判所に提出した意見書である。但し、関係者名を伏せた他、記述の一部を適宜、加除修正している。このような意見書の起案が必要となった事情は、本稿で述べたとおりである。

訴訟能力の意義をめぐることは、なお検討を要すべき問題があるように思われるが、学界、実務界双方において、新たな動きが見られるようになってきた。判例においても、蓄積がみられつつある。ただ、それらはいずれも確定判決前の通常審段階でのものであり、本件のように再審請求段階での訴訟能力の問題がクローズアップされたものはこれまでなく、判例・学説の蓄積も存在していなかった。

しかし、判例・学説が存在してこなかったとはいえ、それは問題が存在しないことを意味するものでない。拘禁により精神障害(拘禁反応)を誘発する率が死刑囚ではきわめて高いとされている<sup>(1)</sup>。これに加え、「犯罪不安社会」を背景とする重罰化により死刑判決が増加する一方<sup>(2)</sup>、誤判救済は機能停止とさえいえる状態にあり<sup>(3)</sup>、誤判の可能性が指摘されているにもかかわらず長期の死刑囚生活を余儀なくされている者も少なくない。このような状況の下では、本件のような問題が、今後、別の事件で出現することも想定される。

本稿は、訴訟能力理論の本格的な検討に踏み込むものではない。しかし、再審請求と訴訟能力の関係は、再審のあり方、訴訟能力のあり方双方にまたがって、通常審にないいくつかの重要な理論的・実践的問題を有するよう思われる。

このような趣旨にかんがみ、弁護団の了解を得て、本稿を公にするものである。

## II 本件再審請求に至る経緯と問題の所在

### 1 本件再審請求に至る経緯

(1) 有罪判決の言渡しを受けた本人(以下、Xとする。)は、1966年6月30日に静岡県清水市(当時)において発生した住居侵入・強盗殺人・現住建造物等放火事件(いわゆる袴田事件)の被疑者として逮捕、その後起訴され、1968年9月11日、静岡地方裁判所において死刑判決を言渡された。これに対する控訴は1976年5月18日、東京高等裁判所において、上告は1980年11月19日、最高裁判所においてそれぞれ棄却された。この間、本人は、捜査段階で一時自白したものの、公判においては無実を主張していた。

第1次再審請求は、1981年4月20日、X自身により申し立てられたが、1994年8月9

日、静岡地方裁判所は請求を棄却した。これに対する即時抗告は2004年8月26日に東京高等裁判所において、特別抗告は2008年3月24日に最高裁判所において、それぞれ棄却された。第2次請求は、同年4月25日、Xの姉であるYを請求人として行なわれた<sup>(4)</sup>。

(2) Xは、逮捕(1966年8月18日)以来、今日に至るまで42年に及ぶ拘禁生活を強いられているが、第2次再審請求は、Yにより行なわれた。これは、Xの精神状態の変調のため、再審請求に必要な能力を喪失していると考えられたためである。

その具体的な状況は、第2次請求の際のYの陳述書、精神科医師Aの意見書、Xを対象とする成年後見請求事件における精神科医師Bの鑑定によれば、おおむね次のように推移している。

① 確定判決に至るまでは、Xに精神の異常をうかがわせる状況はなかったが、死刑判決確定の2週間位後から、食物への毒物混入、職員による電波発信といった不可解な言動が現われだした。

② 但し、この時期はなお再審請求に対する明確な意思があり、1981年に本件の支援要請が日弁連になされた際には、Xも申立書の作成に関与した。

③ 1984年12月頃には被害妄想的言動、翌年9月以降には架空人を対象とする記載が信書の内容に認められ、1987年7月以降に「電波」に関する妄想と思われる言動が認められるようになった。また、それまでは裁判のことしか話をしなかったのに、裁判の話は全くせず、意味不明な神の話や自分が所長である等というようになった。

④ 信書の記述の異常も1990年後半頃から顕著になり、同年10月頃には、裁判についての主張、拘置所職員に関する記述、支援者の通信への感想等が理解可能な形で記されているものも見られたが、被害妄想的内容を含むものも多く、次第に「再審」、「裁判」、「死刑」等の言葉が出てきても意味不明の記述が目立ちだした。文の記し方にも助詞の誤用、縦書きを左から書くなどの異常な書記法がみられ、その後、信書の発信はほぼ途絶状態となった。

⑤ 1992年3月以降、弁護士からの資料や信書、パンフレットを読まずに廃棄する等の行動が繰り返され、Yの請求に係る人身保護請求事件の請求書、同様の事件についての決定書は受け取ったが、読んだかどうかは不明で、同決定に係る特別抗告受理通知書は捨てている。また、この頃、拘置所職員がXの奇行を確認している。

⑥ 1995年6月頃から1999年2月10日まで面会拒否が続き、2002年12月5日には、面会の事実を秘してXを面会室まで連れてくる措置が取られた。この時には「全てに勝利したんだから。無罪で勝利した。」、「日本国家に対して5億円の損害賠償を取って

… ばい菌を殺す判決をとった。13年かかった。」等と発言した。

㉗ 2003年3月10日の面会時にも、面会の事実を秘してXを連れてくる措置が取られた。この時も、弁護人が再審請求を話題にすると「そんなことはない。最大のタカがみんな食っちゃう。死刑執行は出来ないんだ。」「ばい菌との闘い… 自分を殺すことは、自分ではできねー。監獄を廃止した。今は清算をしている。」「神の儀式で決まった。死刑囚はしょうがない。死刑も廃止した。監獄は廃止した。東京国家調査所で決まった。一番えらいのは私。所長だ。」等と発言している。

㉘ 2004年8月の即時抗告審棄却決定直後も、請求人らとの面会を拒否し、決定書の受取も、俺のことじゃないないと言って拒否した。

㉙ 2006年11月20日の面会でも、弁護人の「今、再審請求が最高裁にかかっていることを知っていますか。」との問に、「私じゃない。裁判もない。(自分は)ハワイの大王。」と述べ、更に「再審で無罪にならないとここからは出られない」と弁護人が言っても、「事件はない。事件は儀式で書いてあるだけ。問題… 殺されたひともいない。裁判もない。」等と発言した。

㊱ 2007年10月16日にA医師によるXの問診が実施された。A医師は、「基本的には誇大的で、自らは戦いに勝利し続けてきた結果世界の支配者になったと語る。質問に対して概ね答えるが、関連する事項を述べるのみであることもある。思考障害を認め、一見滅裂思考にもみえるが… 質問の意味を理解していることを示す所見もある。これらも含め、明細化を図る質問には最終的には話題をそらす。言語新作類似の、意味不明の言葉が多数出現する。」「裁判の話題にも乗り、裁判官、弁護人、検察官、被告人、再審、死刑といった言葉それ自体は利用可能である。『(ここは)東京拘置所』『(弁護士は)味方』『雑居』といった発言が自らの口から得られており、状況認識もある程度はある」と述べ、現在の精神状況を拘禁反応であると判断した。

㊲ 2007年10月23日、25日の両日、B医師による問診が実施された。B鑑定によれば、Xの精神障害は生活に影響する程度の拘禁反応であり、Xの大半の知的機能に障害はないが、妄想的な世界観や自己の位置づけにより発言の粉飾やはぐらかしが見られるとされている。

㊳ 2008年3月に第1次再審請求の特別抗告棄却決定がなされた際にも面会は叶わず、決定書を受領・閲読したかも定かでない。

㊴ 2008年6月28日、Xを対象とする成年後見請求事件につき、東京家裁は、申立てを却下する審判を言渡した。その理由は、おおむね、Xは拘禁反応の状態にあり、現在の自己の同一性や自己が拘置所に在監することに関連する話題では妄想的思考の粉飾

を受けやすいが、一般的な話題に対しては正常な反応、回答が可能であること、意思疎通、記憶力、見当識等の個別の精神的機能の一部は当該妄想により粉飾され事理弁識能力を欠いているが、それ以外の部分では正常に保たれていること、重要な財産行為は不可能でも日常生活に関する行為(例えば、日常的な買い物)には問題がないこと、Xの現在の症状は回復の期待があることを根拠に、Xは保佐開始の状態にあるものの、後見開始の程度にあるとまではいえないというにある。

## 2 本件の問題点

刑訴法439条1項4号は、有罪判決の言渡しを受けた者が心神喪失の状態にある場合、一定の親族に再審請求権を付与している。また、本人の法定代理人、保佐人にも再審請求権が認められる(同項3号)。

本件においては、有罪判決の言渡しを受けたXは、確定判決頃から拘禁反応を発症し、意味不明の発言を繰り返し、独特の世界観を形成し、親族等との面会、信書の発受も拒否するようになった。このため、Xは、上記の言動からみて、再審請求の状況はもとより、自己の置かれた地位(死刑確定者、再審請求人)についても認識しているとは思われない状況にあると考えられた。

そこで、このような状態が刑訴法439条1項4号にいう「心神喪失」にあたり、再審請求に必要な訴訟能力を欠いているといえるかどうかが問題となる。これが肯定されれば、Xの姉であるYを請求人とする本件再審請求は適法であり、さらに進んで再審請求理由の有無(刑訴法435条6号)に関する判断がなされるべきこととなる。

## III 訴訟能力の意義

### 1 判例

(1) 判例上、訴訟能力は、「一定の訴訟行為をなすに当り、その行為の意義を理解し、自己の権利を守る能力」<sup>(5)</sup>、あるいは「被告人としての重要な利害を弁別し、それに従って相当な防御をすることのできる能力」<sup>(6)</sup>を意味するものとされる。

他方、控訴取下げの有効性が問題となった事例においては、「被告人において上訴取下げの意義を理解し、自己の権利を守る能力」を意味するものとされた<sup>(7)</sup>。

(2) 判例の定義には微妙な相違があるが、1995年2月決定事例および1998年判決事例は聴覚・言語機能に障害のある者に対する公判手続の続行の可否が、1954年決定事例および1995年6月決定事例は控訴取下げの有効性が問題となった事例であり、事案自体に相違がみられる。

従って、一口に「訴訟能力」といっても、適用場面の相違においていくつかの様相があり、その適用場面いかんによって判断ならびに法的効果が異なった形で現われうることになると考えられる。

近時の裁判実務においては、「訴訟能力」の概念には、ある程度一般的な能力としての「公判手続続行能力」と個別的判断基準である「訴訟行為能力」の2つの概念があり、判例の意義づけの相違は、そのいずれが問題となる場面かにより現われたものと解されている<sup>(8)</sup>。

但し、公判手続続行能力と訴訟行為能力の関係については、①訴訟行為能力は具体的な訴訟行為における意思能力の問題、公判手続続行能力は意思能力の継続的な存在の問題であり、訴訟能力＝意思能力という立場を維持しつつ解釈すべき(統合説)か、あるいは、②公判手続続行能力は意思能力の問題だが、訴訟行為能力は1954年決定事例の判断手法に即して解釈すべき問題と考えるべき(分離説)か、といった問題がなお残されている<sup>(9)</sup>。

## 2 学説

**(1)ア** 学説においては、伝統的には、訴訟能力の意義を1954年決定事例とほぼ同様に理解してきた。すなわち、訴訟能力とは一般に訴訟行為能力を意味するものとされ、意思能力がその本質的要素であると解されてきた<sup>(10)</sup>。

このような通説的理解を前提としつつ、訴訟能力には、厳密には意思疎通能力、理解力、判断力の3つの要素があり、意思疎通能力の存在を前提に、自己に向けられたないし自己が主体としてなす訴訟行為の意味を理解する能力、それを踏まえて合理的・主体的に利害得失を衡量できる能力を具備していることを要するとの見解もある<sup>(11)</sup>。

イ もっとも、最近では、訴訟能力イコール訴訟行為能力という考え方に疑問を呈する見解も有力である。すなわち、防御上必要なコミュニケーションであるとする見解<sup>(12)</sup>、訴訟能力は意思能力とコミュニケーション能力の双方が問題となりうるとする見解<sup>(13)</sup>、訴訟主体として手続に関わりうる能力たる一般的訴訟能力と個々の訴訟行為の有効要件たる個別的訴訟能力を区別して検討する見解<sup>(14)</sup>等が現われている。

近時の学説は、論者によりその表現を異にするが、訴訟能力すなわち訴訟行為能力と一義的に捉えるのではなく、訴訟において必要とされる他者とのコミュニケーション能力と訴訟行為を行いうる能力を一応区分し、検討しようとするものである。裁判実務のいう公判手続続行能力の概念はどちらかといえば裁判所と被告人の関係を意識した立場と思われるのに対し、コミュニケーション能力概念は被告人・弁護人相互の

意思疎通可能性をも重視する側面が強く、同じ区分論といってもその理解するところが全く同一というわけではない。しかし、一口に訴訟行為といっても、それは訴訟の全ての局面で全く同一の概念および基準をもって判断されるわけではなく、場面に応じた判断が必要であるとする点においては、裁判実務・学説共に共通の認識を形成しつつあるものといえよう。

このような区分論は、日本と同様に当事者主義的刑事手続を採用するアメリカ、カナダ等においてもみられる<sup>(15)</sup>。職権主義的刑事手続を採用するドイツにおいても、ややあいまいながら、訴訟能力概念には訴訟条件としての訴訟能力(公判手続続行能力に相当)と訴訟行為能力としての訴訟能力の双方が想定されている。

**(3)** 訴訟能力を、訴訟におけるコミュニケーション能力と訴訟行為能力に区分して考察しようとする最近の流れは、次のような点に由来する<sup>(16)</sup>。

すなわち、訴訟能力をもつばら訴訟行為能力と位置づけ、意思能力をその本質的要素と捉える伝統的見解によれば、訴訟能力と刑法上の責任能力は、弁別の対象や問題となる時間的範囲を異にし、もとより区別されるべきものである(1954年決定事例参照)。だが、そうだとすると、意思決定能力という点では両者は比較的等質的な性格を有し、刑法上の責任能力も「精神ノ障碍ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力」または「此ノ弁識ニ従テ行動スル能力」と定義されているように<sup>(17)</sup>、訴訟能力の定義づけとの類似性が比較的強い<sup>(18)</sup>。

これに対し、コミュニケーション能力を訴訟能力の範疇に取り入れようとする見解は、訴訟能力は主体的な防御活動を尽くすべき被告人の法的地位を担う能力ないし適格を意味する点を重視する。特にその際には弁護人の援助を受けつつ、当事者主義的訴訟構造の下、弁護人や他の訴訟関係人とのコミュニケーションが可能かつ正常に行ないうるか否かが重要であるという点にある。いずれにせよ、「訴訟能力」は一義的ではなく、問題となる次元を考慮して判断されねばならない。

**(4)ア** 「訴訟能力」は、このようにいくつかの異なる次元を包括した概念であるが、このうち、公判手続続行能力ないしコミュニケーション能力は、当該被告人が公判手続やそこで必要なコミュニケーションに耐えうる肉体的・精神的属性を意味する。従って、この意味での「訴訟能力」は、一般的・抽象的判断で、かつ、それがあつかどうかという絶対的・画一的基準で定まることとなる。

これに対し、訴訟行為能力は、およそ訴訟行為の一切について一義的に定まるものではなく、相対的な概念であって<sup>(19)</sup>、訴訟行為 $\alpha$ との関係では当該訴訟行為が有効で

あっても、別の訴訟行為 $\beta$ との関係では訴訟無能力だという場合もありうる。この点で、問題は当該訴訟行為の有効性の判断基準ということとなる。

なお、伝統的理解に立つ学説からは、公判手続停止の問題を意識して「個々の訴訟行為ごとに訴訟能力を考えるのが妥当であるかどうかは疑問である」としつつ「訴訟無能力者のした行為の効果は、それぞれの行為ごとに考えられるべきである」といわれることもある<sup>(20)</sup>。もっとも、これは、公判手続続行能力ないしコミュニケーション能力と訴訟行為能力を区分しての立論ではないことに留意する必要がある。

イ 従って、たとえば拘禁反応の状態にある者が上訴や再審の申立てをする場合と、それを取り下げる場合とでは、同じ上訴や再審の訴訟係属に関する訴訟行為であるといっても、その有効性が別異に判断される余地がある。

そして、訴訟能力の概念も、主として被告人の保護を目的とした制度であるから、被告人側に有利な訴訟行為についてはこれを有効と認めてよいが、不利な訴訟行為については、それを直ちに無効とすべきでない場合であっても、慎重な判断を要することとなろう。ちなみにドイツには、訴訟無能力者の訴訟行為でも、本人に有利な方向である場合(たとえば有罪判決に対する上訴)には有効とみなしてよいとした判例がある<sup>(21)</sup>。

### 3 再審請求との関係

以上の「訴訟能力」に関する判例・学説は、いずれも確定前の通常審の公判手続段階、すなわちすでに訴訟係属中の段階におけるそれを念頭に置いたもので、本件のように、再審請求事件において、かつ、本人が再審請求という訴訟係属を生じさせる訴訟行為を行ないうるか否かが問題となる事例には、以上のような判例・学説の概念をそのままあてはめることはできない。

再審請求における訴訟能力を検討する上では、通常審における以上のような概念を参考としつつ、再審請求の特殊性並びに現行再審制度における特別な規定の存在を考慮して、再審請求段階にふさわしい訴訟能力の内容を検討する必要があるだろう。具体的には、次のような点が、訴訟能力の判断として問題となる。

① 再審請求は、再審請求審という訴訟係属を生じさせる手続であるから、訴訟行為能力、具体的には再審請求能力の有無が問題となることはいうまでもない。そして、再審請求は、訴訟係属を生じさせるための積極的・能動的な訴訟行為であるから、再審請求能力は、このような積極的・能動的訴訟行為が可能か否かという観点が重要となる。

② 実務上、再審請求手続は、職権主義的に運営され、請求人ならびにその弁護人の関与は想定されていない。また、請求人が直接・口頭主義に則って意見陳述をするこ



とも、実務上はきわめて稀である。従って、裁判所との関係では、コミュニケーション能力が問題となることはないかにみえる。しかし、そのような直接・口頭主義的な運用もありえないわけではない上、再審請求の提起時点では、訴訟係属が存在していない以上、裁判所の後見的機能も期待しえない。また、訴訟係属後も、確定判決を受けた者として拘禁されている場合、外部とのコミュニケーションの持つ意味が大きい。それなしには再審請求は不可能であるとさえいえる。そこで、コミュニケーション能力への配慮が、通常審の場合以上に重要であると考えられる。

③ なお、再審公判は、通常審と全く同一ではないにせよ公判手続ではあるから、公判手続続行能力が問題となること(刑訴法451条2、3項参照)、これに対し、再審請求審は公判でないから、請求審段階で公判手続続行能力が問題となりえないことは、いうまでもない。もっとも、再審請求審も相当の期間を要する手続である上、主張の提示、証拠提出などがありうるから、有罪判決の言渡しを受けた本人がそのような手続に耐えうるかという観点も、無視することはできないであろう。

## IV 再審における訴訟能力

### 1 総論

(1) 再審は誤った確定判決を是正するための制度であるが、現行刑訴法の規定する再審制度は、憲法39条の趣旨に従って旧刑訴法の不利益再審を廃止し、もっぱら有罪の確定判決を受けた者の利益のためのいわゆる利益再審制度として純化された。そこで、近時の学説<sup>22)</sup>によれば、それは実体的真実と法的安定性の調和のための制度<sup>23)</sup>というより、端的に無辜の救済の理念に基づくものとされる。この点で、再審は、確定判決の利益を考慮しつつも、誤った有罪判決の言渡しを受けた者の救済という観点が強く求められる。

この観点は、実体的には証拠の明白性判断における「疑わしいときは被告人の利益に」原則の適用<sup>24)</sup>という形で現われる。しかし、この原則は、実体判断のみならず訴訟法的事実の判断に対しても妥当するというべきであるから<sup>25)</sup>、訴訟能力に関する判断をはじめ、再審請求の適法性判断についても、その趣旨は尊重されなければならない。

(2) 有罪判決の言渡しを受けた者が心神喪失の状態にある場合、一定の親族等に再審請求権が付与されること(刑訴法439条1項4号。なお、3号)は先にみたとおりである。ここでいう「心神喪失」すなわち訴訟能力を否定する要因にいかなる事由が該当するかについては問題が残るとしても、再審請求審の段階では、一定の訴訟能力の欠如に

よって再審請求が妨げられない。すなわち、再審請求審においては、通常審におけると同様の訴訟能力の適用は、排除されていることとなる。

同条4号の趣旨は、有罪判決の言渡しを受けた者が心神喪失の状態にあることにより誤った確定判決からの救済が峻拒されることは、具体的正義という点でも無辜の救済を理念とする再審制度の目的という点でもおよそ正当化し得ないことにかんがみ、本人の意思をもっともよく代弁しうるのである者に再審請求権を認めることが適切であること、再審で確定判決が破棄された場合、判決の公示(刑訴法453条)や刑事補償(刑事補償法1、2条)といった法的利益が存在する上、本人の雪冤は近親者にも事実上の利益をもたらすこと等を考慮し、本人が再審請求に必要な訴訟能力を喪失している場合に、再審請求権を有する者の範囲を拡張する趣旨であると考えられる。

3号も、法定代理人、保佐人は、本人の意思決定の代行または援助を行なう者であることにかんがみ、民事上の意思決定等の代行・援助の必要がある者は刑事訴訟における訴訟能力との関係でも意思決定等の代行・援助の必要性が推認されるとの趣旨から、再審請求権を特に拡張したものと考えられる。

一般に、これらの者の再審請求権はいわゆる独立代理権であり、本人の意思に反しない限りにおいて行使しうるものと解されている<sup>(26)</sup>。

## 2 再審請求と訴訟行為能力

(1) 刑訴法439条1項4号にいう「心神喪失」の意義については、再審請求の段階では請求の実行自体が可能であるか否かがまず問題であるから、再審請求書を作成、提出して訴訟係属を求めるという訴訟行為能力が本人に備わっているかが、当然のことながらまず問題とならなければならない。A意見書はこれを「再審請求能力」と表現している。従来にはない概念ではあるが、訴訟行為能力は個々の具体的な訴訟行為との関係での判断であるから、適切な表現というべきであろう。法も、このことを当然の前提としているものと思われる。

もっとも、本人の心神喪失も、一時的なものから、永続的なもの、ある程度長期に渉るものまでのさまざまな段階がある。法は、本人の心神喪失の場合に独立代理権の行使として親族等が再審請求権を行使することを認めたものであるから、一時的・短期的に再審請求という訴訟行為をなしえない場合にまで請求権の代位行使を認める趣旨とまではいえず、ある程度継続的にこのような状態が存在する場合を想定した規定であろう。

但し、再審公判のように「回復の見込」(刑訴法451条2項)は要求されないから、ある程度の継続性があれば、回復の見込みが想定される場合であっても親族等が請求権

を代位することは許される。また、親族等による請求後に本人の精神状態が回復しても、手続維持の原則上、合理的判断に基づく反対意思が明示されない以上、親族等の請求の有効性は消滅しない。

また、法439条1項4号は「心神喪失」の表現を用いている。「喪失」なる表現を用いている以上、被告人ないし有罪判決の言渡しを受けた者が弁識能力ないし防御能力を有しないか、著しく制限された状態にあることを要求する趣旨と考えられなくもない。しかし他方で3号は、法定代理人のみならず保佐人をも請求権者として規定し、本人が弁識能力等を完全に喪失した場合のみならず、当該能力が制限されている場合にも代理を許容している。これは、先にみたとおり、民事上の意思決定等の代行・援助の必要がある者は刑事訴訟における訴訟能力との関係でも意思決定等の代行・援助の必要性が推認されとの趣旨に基づくものと考えられる。そうすると、3号との対比でいえば、文理上の難が残ることも事実ではあるが、4号の「心神喪失」概念も、能力の完全喪失を意味するものではなく、少なくとも、保佐開始に相当する程度のもので足りるとみるべきであろう。なお、この理は、コミュニケーション能力との関係でも妥当するであろう。

**(2) 次に、通常審と比較して、再審請求能力の特殊性が問題となる。**

通常審の場合、検察官の公訴の提起によって訴訟係属が生じることにより、被告人は応訴を強制される。しかし、その立場は受動的であり、公訴事実を争う場合といえども、あたかも民事訴訟における反訴原告のように積極的な主張・立証を要求されるわけではない。無罪推定原則の下、被告人は、一応は防御的な立場にあり、積極的な無罪立証は要求されない(はずである)。また、必要的弁護(刑訴法289条)や国選弁護(刑訴法290条、37条4号参照)を含む裁判所の後見的機能も期待しうる。

これに対し、再審では、有罪判決を受けた者の側が、確定判決の瑕疵を指摘して無罪を言渡すべき明らかな証拠を新たに発見して提出することを要求される。もちろん、再審請求の可否の判断の際にも「疑わしいときは被告人の利益に」という刑事裁判の鉄則が適用され(白鳥決定)、「確定判決の認定した犯罪事実の不存在が確実であるとの心証を得ることを必要とするものではな」<sup>い(27)</sup>が、それはあくまで再審開始の可否に関する最終判断についてであり、再審請求人は主張、証拠提出のいずれとの関係でも、いわば攻撃的地位に立つことを余儀なくされる。

そして、再審請求は、訴訟係属の存在しない状態から訴訟係属の状態を創出するものであるから、請求審が係属した後にはなお裁判所による一定の後見的機能を期待し

えても、係属以前にはそのような機能を期待し得ない。従って、それまでの段階では、有罪判決の言渡しを受けた本人が自ら再審請求手続に必要な書面の作成や新証拠の取得、あるいはこれらのための弁護人選任活動を自ら行なうことができないなければならない。

そうすると、再審請求段階では、通常審に勝るとも劣らない訴訟活動が不可欠なことが多いから、ある意味では、通常審以上に高度な訴訟行為能力が必要だとさえ考えられるのである。

### 3 再審請求とコミュニケーション能力

(1) 再審請求審においては、基本的に職権主義的な運営が想定され、また、直接・口頭・公開主義を採用する必然性が存在しているわけではない。直接・口頭・公開主義に基づく請求審審理の実施が好ましい場合があることは確かだとしても、再審請求審は新旧全証拠の総合評価に基づく確定判決の当否の審査の場であり、再度の事実認定を行なう場ではないから<sup>(28)</sup>、書面主義の要請が優位する場合も多い。

そうすると、法廷におけるコミュニケーション能力を要求する意味は、さしあたり存在しないかにみえる。

通常審の場合、公訴事実はおも未確定であり、被告人にとって有利な判断がなされるか否かは浮動状態にある。他方、被告人側には举证責任がないといっても、一定の主張責任、証拠提出責任は免れえないから、裁判所の後見的措置や弁護人の援助の存在を前提としても、被告人自身の主張や権利行使の機会を設けることが当然に要求される。従って、被告人に対する、あるいは被告人側による訴訟行為を、被告人が他の訴訟関係人に了解可能な状態で伝達できなければならない。

また、公判手続は、直接・口頭・公開主義に則って行なわれるのを原則とする。このうち口頭主義については、全ての弁論を統覚すること (Apperzeption aller Erörterungen) ができる身体的・精神的状態を基本的に有する被告人のみが口頭主義に基づく手続を実行しうるのであるから、訴訟能力の存在が必須の要求となる。従って、ドイツでは、被告人がこのような手続に堪え得ない状態にある場合は、訴訟障碍事由が存在することとなると解されている<sup>(29)</sup>。なお、「統覚」とは、注意作用によりはっきりと事物を知覚しうることをいう。

ちなみに日本でも、訴訟能力の欠如を非典型的訴訟条件と構成する見解は学説上有力であり、前記1995年2月決定の千種裁判官補足意見も、このことを示唆している。

直接主義との関係でも、被告人は訴訟主体であると同時に証拠方法でもあり、しかも、その地位は代替不可能である。従って、事実認定裁判所が法廷において被告人本

人の存在やその言動を覚知し、それを事実認定の基礎とすることは、やはり訴訟の本質的要素であることとなる。

訴訟能力と直接・口頭主義の間にこのような連関がある以上、通常審においては、被告人が公判手続に出廷し、そこで必要な法的コミュニケーションをなしうるという意味での訴訟能力の存在は、公判手続の本質的要請である。

これらの事情は、再審請求の段階では、公判手続続行能力という形ではもちろん、再審請求手続に耐えうる能力という形でこれが問題となることもないかもしれない。

(2) ところで、もともとコミュニケーション能力の概念を訴訟能力に取り入れようとする最近の有力な見解は、特に弁護人との法的コミュニケーションの可能性を念頭に置いたものであるが、この背景には、有効な弁護を受ける権利(憲法34条、37条3項、市民的及び政治的権利に関する国際規約14条3項(d)参照)を実質的に保障せんとする意図がある。この理は、再審請求においても、基本的に妥当しうる。

これに加え、上でみたような再審請求の能動的性格、ならびに有罪判決の言渡しを受けた本人は刑事施設に在監している場合も多いという事実(本件も、そうである。)への考慮も不可欠である。特に、再審は新たな訴訟係属を求める手続であり、裁判所の後見的機能も期待できないから、有罪判決を受けた本人が再審請求をするのであれば、弁護人選任も本人が1からやり直さなければならない。この点で、弁護人ならびに弁護人となろうとする者とのコミュニケーションのみならず、弁護人となろうとする者を検索・紹介するために本人と接触しうる人物(たとえば、親族や支援団体関係者)との間でも、一定の法的コミュニケーションが可能でなければならない。

その上、通常審であれば、コミュニケーション能力を喪失した場合、公判手続の停止(刑訴法314条1項)が可能であり、その期間を利用しての能力回復も期待しうる。これは、訴訟行為能力の回復という点でも妥当する。また、回復不能な能力の喪失であれば、手続打ち切りという究極の選択も考えられないではない(1995年2月決定の千種裁判官補足意見参照)。いずれの場合であっても、被告人の救済は可能である。しかし、再審請求段階でコミュニケーション能力が存在しないと、再審請求がおよそ不可能となり、救済手段自体が成り立たない。本人の能力いかんで救済手続の利用が左右されることは、現行再審制度の趣旨である「無辜の救済」の理念を軽視するものとのそりを免れないであろう。

#### 4 沿革的根拠

再審請求にあたっては、訴訟能力に関して通常審以上の能力が必要と考えられる。しかし、これを現実要求することは、誤判救済の障害となることから、逆に、法は再審請求に関する訴訟能力に関して寛大な姿勢を取った。このことは、再審法制の沿革からも裏付けられる。

(1)ア 再審法制は、治罪法、旧々刑訴法においては、利益再審のみを規定していたが、再審の要件については、限定列举主義が採用されていた。治罪法、旧々刑訴法における再審請求権者には現行刑訴法439条3、4号に該当する者は含まれておらず、検察官ないし検事の他、有罪判決の言渡しを受けた本人と、本人が死亡した場合に親族による再審請求権が規定されていた(治罪法440条、旧々刑訴法302条参照)。また、現行刑訴法451条2項に相当する規定も存在していなかった。

イ これに対し、旧刑訴法は、いわゆるドイツ主義を採用して不利益再審を認めたが、再審の要件については包括主義を採用した。再審請求権者も現行刑訴法とほぼ同様の規定に改められ(旧刑訴法492条1項参照)、法定代理人、保佐人、心神喪失者の親族等にも再審請求権が付与された。

これらの規定は、旧刑訴法が範としたドイツ刑訴法には存在せず、日本独自の判断で創設されたものである。ドイツ刑訴法は、死後再審については親族の請求権を規定しているが(§361 Abs.2 StPO)、訴訟能力を欠く(verhandlungsunfähig)者の再審請求については規定がない。もっとも、これでは誤判救済に支障が生じるため、ドイツの通説は、訴訟無能力者の再審請求には死後再審の規定を類推適用して解決を図っている。

この点で、旧刑訴法が母法にもない規定を置いて請求権者の拡張を行なったことは、賢明な立法であったというべきである。あるいは実体的真実主義の徹底という見地であったのかもしれないが、しかし注目すべきは、そのような立法を独自の判断で実施し、不合理を回避せんとした事実である。

ウ 他方、回復の見込みのない心神喪失者の再審公判に関する特例も旧刑訴法で設けられ、利益再審では、公判を開くことが不要とされ、検事および弁護人の意見を聞いて判決をするものとされていた(旧刑訴法512条1項)。

これは、死後再審に関する現行ドイツ刑訴法371条1項(旧刑訴法公布当時は411条1項)を参照しつつ、心神喪失者に関する修正を加えたものと思われるが、心神喪失者は「訊問スルヲ得ザル」こと(コミュニケーション能力の欠如を想定していたのであろう。)、ならびに速やかな判決こそが被告人の利益に適うことが、立法趣旨とされている<sup>(30)</sup>。

(2) 現行再審制度の手続に関する規定は、旧刑訴法に依拠しつつ適宜の修正を加えたにすぎない部分が少なくない。訴訟能力関係についても同様で、請求権者については、親族法の改正に関わる変更が加えられたのみであった。再審公判については、旧法の「公判ヲ開カス」が削除され、公判手続の停止に関する規定の不適用が盛り込まれたことの意義は小さくないが、規定自体が劇的に変動したわけではない。

しかし、憲法39条を受けて不利益再審が廃止され、再審は「誤った確定判決の是正のための手続」から「誤った有罪判決からの救済のための手続」に純化された。このことは、再審運用の根本的変革を迫るものであり、その趣旨は訴訟能力との関係にも及ぼされるべきである。

(3) このように、日本の再審法制は、当時の母法にも規定のない心神喪失者に対する再審に関してあえて明文を設け、請求権の存在を明確にした。さらに、現行刑訴法は、再審が誤った有罪判決からの救済にあることを明確に打ち出した。

立法者がそのような一連の選択をあえてした以上、有罪判決を受けた者の心神喪失に伴う訴訟無能力を理由とする親族等の再審請求も極力広く許容してゆくのが、法の精神に適うところというべきである。

## V 拘禁反応と訴訟能力

### 1 拘禁反応の意義と訴訟能力

(1) 拘禁反応は、拘禁を契機として発生した反応性の精神障害で、生活上の自由を制限されるというストレス環境への反応として引き起こされる精神面の異常全般をいう。その分類や症状は多岐にわたり、拘禁に対する一般的な心身反応から拘禁精神病といわれる重度な精神障害まで幅広い状態像を含み、幻覚、妄想、興奮、昏迷、的はずれ応答などを引き起こすものとされている。

この際の妄想には、被害妄想、無罪妄想、赦免妄想、好訴妄想などがある。死刑囚に本反応が現われる率はかなり高く、革命妄想すなわち革命や戦争の勃発で自分が解放されるとの妄想や、蘇生妄想すなわち処刑後息を吹き返すという考えも根強く、奇跡を信じる心理が存在するという。また、急性の不安定な反応を示し、ともに原始反応、慢性の被害妄想、赦免妄想、それに混合状態によって特徴付けられる劇的な気分障害、「限定された時間に対する恐怖」(時間の閉所恐怖症)といった現象が見られるともいう。

拘禁状態を契機とする精神障害であるから、環境の操作(たとえば釈放)や状況の操作(たとえば早急な判決)により、軽快が期待できる可能性も少なくない。なお、A意

見書によれば、Xは、投薬を含む治療的措置を要するものとされている。

拘禁は身体にも著しい変化を与え、例えば、収容時と釈放時の著しい体重変化、拘禁時の身体的違和感の増大、自律神経の異常な緊張等、様々な変調を引き起こすとされている<sup>(31)</sup>。

(2) 拘禁反応については、司法精神医学の実務上は訴訟能力を肯定するのが原則であり、それは法実務の観点とも合致するものであるといわれる。むしろ、拘禁反応に限らず、精神病であることが明らかな場合でも、訴訟無能力の判断は例外的であるべきだとされる<sup>(32)</sup>。そうであるとなると、本件においても、Xの訴訟能力を肯定するのが一般的な取扱いであるかのようにも思える。

拘禁反応はもちろん、精神病であることが明らかな場合にも訴訟無能力を認めるのが例外だとされる根拠としては、①精神病のほとんどは犯行当時すでにその状態にあり、責任無能力者として無罪の言渡しを受ける可能性もあり、訴訟無能力を理由に公判審理が停止されると、未決の長期化などでかえって不利益であること、②共犯事件では共犯者の審理にも影響すること、③被告人が無罪の場合、公判審理の遅延は真犯人による証拠隠滅のおそれがあること、④明らかな精神病患者でも実際に公判審理に追随し、自らを弁護する場合があること、などが挙げられている。

この他、拘禁反応との関係では、⑤たとえば訴訟遅延目的の詐病であることも多いこと(精神医学的には、拘禁反応は詐病と密接な関係があるとされ、その限界もあいまいであるという。但し、本件では、詐病の可能性はほぼ否定されている。)、⑥拘禁反応にみられる諸症状自体は公判維持を妨げるものでないこと、⑦迅速な審理が拘禁反応の治癒には有益で、審理の延期や勾留執行停止の措置を取ることのほうが病状を悪化させるおそれがあることなどが、示唆されている<sup>(33)</sup>。

(3) しかし、ここで挙げられている事情には、確かに訴訟の促進や刑罰逃れの阻止といった国家側の利益も存在するが、訴訟能力を肯定することが、かえって公平・迅速な裁判を受ける権利(憲法37条1項参照)や病状の改善ないし悪化防止に寄与するという本人の利益が大きく影響しているのである。

そして、拘禁反応は、無罪妄想、赦免妄想といった拘禁や刑事手続からの解放、しかも、正規の訴訟手続ではなく、神の儀式や至高の存在としての自己の決定(本件)、「世界で一番強い人」(1995年6月決定事例)、蘇生や拘置所の崩壊(1993年決定事例)といった不合理な原因に基づいて解放されるという妄想をしばしば伴う。従って、通常審との関係では、拘禁反応を訴訟無能力とみることが本人の利益、司法の利益いずれ



との関係でも不都合をもたらすことを考慮し、それに対して厳格な対応で望むことが求められる場合もありえない<sup>(34)</sup>。

しかも、上記の事情の多くは、刑罰権の存否が未確定である通常審の場合に問題となる事情、むしろ通常審であるからこそ問題となる事情であって、再審の場合にはそのままあてはまらない。先にも述べてきたとおり、現行の再審制度は利益再審で、誤った有罪判決からの救済を目的とするものである上、法自体が本人の訴訟無能力に対して一定の寛容な態度を取っている。再審の場合、通常審の論理を単純に適用し、訴訟能力の存在を根拠に有罪判決を受けた本人による訴訟追行を要求すると、かえって誤判救済が妨げられて早期の無罪の可能性が損なわれ、あるいは有罪判決の言渡しを受けた本人の裁判を受ける権利を侵害することにもなりうるのである。

なお、精神医学関係者が想定している「訴訟能力」の概念がコミュニケーション能力、公判手続続行能力、訴訟行為能力のいずれを意味するのか、必ずしも定かではないが、記述内容等からみて、特に公判手続続行能力を念頭に置いて論じているように思われる。そうであるとすれば、仮にコミュニケーション能力の問題をクリアしえても、訴訟行為能力については、別の観点から判断される必要がある。

## 2 裁判例

(1) 最高裁判例には、通常審段階に関するものであるが、拘禁反応を理由に訴訟能力を否定したと考えられる事例が2つある。

ア 第1は、1993年決定事例である。この事案は、一、二審で死刑判決を受けた被告人による上告取下げに対し、弁護人が上告取下げの無効を主張したところ、最高裁が、上告審にも刑訴法314条1項が準用されることを前提に、公判手続の停止を決定したものである。本件は、公判手続の停止の前提として、上告取下げが無効である旨の黙示の判断を含むものと考えられている<sup>(35)</sup>。

本件では、各審級を通じて3回の鑑定が行なわれ、2名の鑑定人は、「拘禁反応」の存在が、1名の鑑定人は「拘禁精神病」が、鑑定時の被告人の現在症であるとした。もっとも、控訴審段階の鑑定人は、拘禁反応が「受刑能力」や「受審能力」を低下させるものではないとしたが、上告審段階の鑑定人は、自己の意思を理性的に決定する精神能力を完全に欠いていたと判断した<sup>(36)</sup>。

本決定は上告審段階での鑑定を採用した結果と思われるが、同鑑定は、「被告人は、知能が境界域にあるてんかん素質者であるが、現在は拘禁精神病による幻覚妄想状態にあって、幻覚の影響を受け、無罪妄想、赦免妄想、再審妄想などを抱いている。さらに

気分は軽躁状態にあり、思考は支離滅裂かつ観念奔逸的で、通常の会話が成立しえない状態にある。したがって、自己の重大な利益を防御し、かつそれを他人に了解可能な形で表明する精神能力がまったく欠けた精神状態である。」という<sup>(37)</sup>。被告人が、元来、てんかん素質の持ち主で、かつ脳外傷を負った経歴があるという肉体的な負因に加え、死刑判決という限界状況がストレスとして重なったことを重視したのであろう<sup>(38)</sup>。

イ 第2は、1995年6月決定事例である。一審途中の段階から妄想を生じていた被告人が、死刑判決に対して控訴したものの、「電波」、「世界で一番強い人」からの影響といった妄想状態に支配されて強い死刑願望を生じ、控訴取下書を提出した事例に関するものである。もっとも、同人は後の法廷で、「一日も早く無罪になって出たいから、この控訴はやめないで裁判を続ける。」、「世界で一番強い人が控訴をやめるなど言っている。」などと供述し、控訴取下げの撤回の意思を表明している。この控訴取下げの有効性が問題となり、控訴取下げに基づく訴訟終了宣言に対する異議審に対してなされた特別抗告審が、控訴取下げの無効を認め、公判手続を停止したものである。

本件でも3回の鑑定が行なわれ、1名の鑑定人は、被告人(正確には申立人と呼ぶべきところ、便宜上、被告人と呼ぶ。)が境界例人格障害者で分裂病型と診断される妄想・幻覚状態にあるとし、控訴取下げの能力を否定した。これに対し、他の鑑定人は、被告人の現在症を拘禁反応と判断し、それに基づく妄想は存在するが、控訴取下げに関する理解と行為の能力には、多少問題がある、あるいは多少の低下が見られるとしても、失われている状態にはないとして、本件控訴取下げ時の訴訟能力を肯定していた。

本決定は、被告人の精神状態を拘禁反応であるとする2名の鑑定を採用したものと思われるが、以下のように述べて控訴取下げを無効とした。

「(1) 死刑判決に対する上訴取下げは、上訴による不服申立ての道を自ら閉ざして死刑判決を確定させるという重大な法律効果を伴うものであるから、死刑判決の言渡しを受けた被告人が、その判決に不服があるのに、死刑判決宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当である。けだし、被告人の上訴取下げが有効であるためには、被告人において上訴取下げの意義を理解し、自己の権利を守る能力を有することが必要であると解すべきところ(最高裁昭和29年(し)第41号同年7月30日第二小法廷決定・刑集8巻7号1231頁参照)、右のような状況の下で上訴を取り下げた場合、被告人は、自己の権利を守る能力を著しく制限されていたものというべきだからである。

(2) これを本件についてみるに、前記の経過に照らせば、申立人は、一審の死刑判決に不服があり、無罪となることを希望していたにもかかわらず、右判決の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛により、拘禁反応としての『世界で一番強い人』から魔法をかけられ苦しめられているという妄想様観念を生じ、その影響下において、いわば八方ふさがりの状態で、助かる見込みがないと思い詰め、その精神的苦痛から逃れることを目的として、本件控訴取下げに至ったものと認められるのであって、申立人は、本件控訴取下げ時において、自己の権利を守る能力を著しく制限されていたものというべきであるから、本件控訴取下げは無効と認めるのが相当である。」

(2) これらの判例、特に1995年6月決定事例の基礎には、次のような判断があったのでないかと推測されている。

ア 1995年6月決定事例は、第1に、「自己の権利を守る能力」を喪失している場合だけでなく、その能力が著しく制限されている場合にも、訴訟行為の無効がありうること、第2に、被告人の精神障害に加え、判決宣告の衝撃や公判審理の重圧など訴訟手続に必然的に伴う精神的苦痛(心理的ストレス)の訴訟行為への影響を考慮すべきことを前提としていると考えられる<sup>(39)</sup>。

これを踏まえ、訴訟行為能力とは、訴訟行為による法律効果を被告人に帰属させるための能力であるから、①その法律効果を被告人に帰属させるに足りるだけの正常な判断が行なわれたといえるか、すなわち、意思決定過程における瑕疵の有無・程度が問題となる。そして、②当該訴訟行為の法律効果が本人に重大な不利益をもたらすのであれば、③訴訟行為能力も、それに応じて自己の権利を守るに足りるだけの相応の能力が必要となり、また、意思決定過程の瑕疵については、④この過程に作用した精神障害の有無・程度のみならず、⑤当該精神障害の原因と訴訟手続との関係、⑥当該訴訟行為をした動機・目的などの事情についても検討が必要と考えられ、これらを総合考慮して、本人にその法律効果を帰属させるのが相当か否かという観点から判断されるべきだ、と解されることになる<sup>(40)</sup>。

イ かかる見地からみると、これらの2判例は、死刑事件に対する上訴取下げという重大な訴訟行為であるところ(②)、いずれの被告人も、刑事手続の目的達成のためになされる未決拘禁を契機として拘禁反応ないし拘禁精神病を発症し(④⑤)、それに基づく死刑願望ないし無罪妄想により(⑥)、上訴取下げの意義・効果に関する理解能力や意思決定能力を欠如ないし減弱したまま(①③)、上訴取下げを行なったものである。

拘禁反応ないし拘禁精神病の存在が、訴訟に関する正常な意思決定能力を阻害ない

し剥奪している点で、当該上訴取下げは無効であると判断されたのである。この点で、前記最高裁の2判例は、主に訴訟行為能力の欠如を根拠に、上訴取下げを無効としたのである。

### 3 再審請求との関係

以上の前提や判断基準は、精神障害と上訴取下げの関係に関するものであるが、再審請求との関係が問題となる場合、先に述べたことの繰り返しにもなるが、次のように考えられよう。

(1) 再審請求と訴訟無能力の場合、上訴取下げのように一定の作為が問題となるのではなく、本人が再審請求を行ないうるかという予測的判断ないし本人による再審請求権不行使という不作為が問題となること、再審は確定後手続であるが、制度上、訴訟無能力に一定の寛容的態度が取られていること、再審の性格上、利益な手続に関する能力が問題となることなどの特殊性が考慮される必要がある。

但し、修正が必要であるといっても、拘禁反応状態にある被告人の訴訟能力に疑問を投げかけた上記最高裁判例の趣旨は、再審の場合も、基本的に考慮されるべきであろう。

むしろ、控訴・上告の取下げは、既に発生・存在する上訴審への訴訟係属という効果を消滅させるもの(いわば、有 $\Rightarrow$ 無という関係)であるから、上訴取下げなる訴訟行為を行うことによる結果、すなわち、有罪判決の確定とそれに基づく受刑者ないし死刑確定者としての地位に移行・転落するという事実自体は、比較的容易に想像することができる。そして、現に係属中の上訴審を撤回させるという点では、上訴取下げは、比較的受動性の強い訴訟行為といえる。

(2) これに対し、再審請求の場合、有罪判決の確定により訴訟係属が消滅した状態から改めて訴訟係属を求める訴訟行為である点で(いわば、無 $\Rightarrow$ 有という関係)、より能動的な判断が求められるから、再審請求という訴訟行為の意味について、より深い理解が求められることになる。

具体的には、①自らが有罪の確定判決を受けたという事実、②当該確定判決により刑を執行され、またはその準備のため拘束を受けているという事実に対する認識が存在することを前提に、③当該確定判決が誤りである事実、④当該確定判決は正規の訴訟手続(再審)により破棄される必要がある事実、⑤再審請求の申立てのため一定の訴訟行為を行う必要がある事実等を認識していなければならない。

これを訴訟能力との関係でいえば、このいずれかの事実を認識し得ないときは再審請求に本人が踏み出すことはないのであるから、このいずれかの事実の認識能力に欠

けるところがあれば、少なくとも訴訟行為能力を欠くものといわざるを得ない。

さらに、再審請求には無罪を言い渡すべき新規・明白な証拠が必要であるところ、このような証拠を発見するためには、事実の認識能力が存在しているのみでは不十分で、より能動的な能力が求められる。再審の現状を前提とすれば、有罪判決の言渡しを受けた本人が当該新証拠を保有していたりそれを提供するということは、あるとしてもごく例外的であり、当該新証拠を保有ないし提供しうると考えられる者への何らかの働きかけが可能でなければならない。

そしてそのためには、弁護人の存在が不可欠となる。再審請求にあたっては、通常審のように裁判所の後見的機能も国選弁護も必要的弁護もありえない上、刑事施設に在監しているといった事情も多いから、自らの意思で弁護人を選任し、同人とコンタクトすることの必要性、あるいはそのために一定の関係者と接触することの意味は、通常審よりはるかに大きくなる。さらに著名事件の場合、いわゆる世論喚起や支援要請という点でも、より大きなコミュニケーション能力の存在が必要とされることとなろう。

## VI 本件における訴訟能力に関する判断

### 1 本人の現在症

以上を前提として、本件における有罪判決の言渡しを受けた本人である袴田巖の現在症について、A意見書、B鑑定は、いずれもXの現在の精神状態をいわゆる拘禁反応としているところ、このような状態が刑法439条1項4号の「心神喪失」にあたり、訴訟能力を欠くといえるか、以下、検討することとする。

(1) A意見書によれば、Xの現在の言動では、再審請求という行為の意味およびその効果に対する理解が減弱し、またその理解に基づく行動ができにくくなっているとされ、Xの再審請求能力に疑問を呈した。

すなわち、裁判に関連する表現が一応可能であっても、現在自らが死刑囚で死刑が執行される可能性にある立場にあることを否認し、自分は死なない、自分の処遇は自らに決定権があるとしている者と、再審の意味、効果、主張内容等の協議をすることはきわめて困難である。確かに、再審請求を行なうか否かには選択の余地があり、再審請求をしないことから即座に訴訟無能力と判断することは適切でなかろうが、少なくとも公判では一貫して無実を主張し、多くの弁護士や支援者もXのこうした言動を理解し、再審請求を準備している状況をみれば、発病前の本人であれば当然にこの第2次請求を行ったであろうと予想される。これを行うための行動をとらないのであれば、やはりその時点では再審請求能力は失われていると判断するべきであろう、というのである。

これによれば、Xは、再審請求に関する限り訴訟行為能力を有しておらず、他方、再審請求のために必要とされる弁護士等とのコミュニケーション能力にも疑義が存在していることとなる。

(2) B鑑定は、本人の大半の知的機能は障害されていないが、妄想的な世界観や自己の位置づけにより発言はしばしば粉飾され、あるいは具体的な回答を「言っても意味がない」といつてはぐらかされると判断し、その妄想的な思考はかなり体系化されているようで、妄想的な考え方の主題に触れやすい話題では、その粉飾を受けやすいとされる。もっとも、妄想に粉飾されがちな話題についても、中核にある現実的なものを失ってしまっているわけではないこと、むしろそういった現実の中核にナイーブな事柄として保たれているからこそ、その周囲の衣というべき妄想的な発言によって覆い隠されて、簡単には外部からの問いかけでは出てこないように置かれているとされる。

「一般的な話については、基本的にそうした妄想的な話題と関連付けることはなく、ごく正常な反応、回答をすることができるので、Xは、「妄想的発言を惹起するような心象や琴線」に触れない限り、会話は極めて良好に成立し、コミュニケーションの能力そのものは十分に機能が保持されている。としている。

これによれば、「妄想的発言を惹起するような心象や琴線」に触れない限り、一般的な生活や日常的なコミュニケーションは不可能ではないが、そのような心象や琴線にかかわる会話は成立しえないことになる。再審請求が「妄想的発言を惹起するような心象や琴線」に含まれるかについては、B鑑定の性質上、直接の言及がない。もっとも、拘置の事実はこのような心象や琴線にあたるとし、また、直接に妄想とは関連しないような事項の質問についても、発問者がたとえば裁判官、公証人、弁護士という肩書であるというだけで、たとえ客観的にそれらの人たちが本人の刑事裁判とは関係のない人であっても、本人の反応は強く妄想によって影響される可能性があるとも指摘している。

そうであるならば、B鑑定によっても、刑事事件や再審に関連する手続は、妄想的発言を惹起するような心象や琴線にあたる可能性が高いと考えられる。

なお、先の成年後見請求事件の審判によれば、Xは、後見を要するほどの状況にはないと判断されたが、保佐開始の相当性を認めている。先に指摘したように、保佐開始が相当であるとの事実、刑事訴訟における訴訟能力の存在にも疑いを差し挟む事実と解することができるのであるから、現実には保佐開始の審判がなされていないにせよ、その可能性が指摘されたことは、訴訟能力との関係でも、その存在に疑いを差し挟むべき事実ということとなろう。

## 2 本件訴訟能力について

(1) 先に見たように、再審請求については、通常審の場合に比べてより高度な認識とコミュニケーション能力の存在が必要と考えられる。

ところで、A意見書、B鑑定によれば、Xには一定の状況認識能力が備わり、知的機能にも障害がなく、一般的・日常的なコミュニケーション能力は喪失していないものとされている。そうすると、コミュニケーション能力としての訴訟能力の存在も肯定されてよいかの如くである。

しかし、ここで問題となるのは、日常的な会話や社会生活の可能性のみではなく、司法手続に関するコミュニケーションである。Xは拘禁反応により生活に影響する程度の妄想的世界観に支配され、その妄想的世界観に関わる話題として拘禁や司法に関する事実が挙げられている。この事実からすると、Xが司法関係者とコンタクトを取り、法的問題に関する協議を行うことは考えにくい。実際、弁護人らとの面会自体をXが拒否することが多く、拘置所側において面会の事実を伏せるなどしてようやく成り立つことさえあった。

また、面会が実現しても、その際には、再審、死刑、監獄等に関する意味不明の会話が交わされるといった状態にあり、死刑囚としての自己の地位や再審の意味について正確な認識を持ち、その認識に基づいて他者と協議することが可能な状態にあるとは考えられない。なお、Xが司法制度や法曹に関する一般的な知識をある程度保持していることはA意見書、B鑑定から窺われるが、当該知識を自己の問題にひきつけ、それを外部に理解可能な形で判断できない以上、訴訟能力としての法的コミュニケーション能力は存在し得ないというべきである。

(2) これに加え、人身保護請求事件や第1次再審請求に関する諸書面への無関心、また、自らの手で監獄や死刑を廃止した、自分は「東京国家調査所」の所長である、事件は儀式で被害者もない、などという発言をしている事実は、Xが自己の地位や刑事手続に関する正確な認識の欠如を示すものである。

他方、Xの精神状態に異常が窺われない時期には、他人に了解可能な形で無実の主張がなされ、発症のごく初期と思われる時期にもなお再審に関する支援要請を自らなしていた事実が存在することからすれば、Xが正常な精神状態にあるとすれば、第2次請求を行使する意思表示をし、それに基づく行動を取ったであろうと考えられる。

逆にいえば、再審請求のための行動をとらないという事実は、Xが自らの合理的判断により請求を断念したのではなく、再審制度等に関する知識の存在を前提に、Xが再

審請求に向けた意思を形成し、それに向けた訴訟行為を実行する能力を喪失していることに由来すると考えられるのである。

## VII 結論

以上、有罪判決を受けた本人Xは、拘禁反応を発症した結果、①再審請求に必要な訴訟行為を行なう能力を欠くに至り、②再審請求のために必要となる弁護士、その他外部関係者との法的コミュニケーションを行なう能力をも欠いていると考えられる。

すなわち、Xは刑法439条1項4号にいう「心神喪失」の状態にあり、Xの姉であるYが再審請求を行うことが許されるものと考えべきである。

付記 成年後見請求事件については、その後、2008年12月19日に、請求棄却とした原審判を取消し、東京家裁に差し戻す旨の決定が言い渡された。

---

【註】(1) 小木貞孝『死刑囚と無期囚の心理』(1974年、金剛出版社)、加賀乙彦(小木貞孝)『死刑囚の記録』(1980年、中公新書)参照。この事実を捉え、加賀は、執行までの拘禁に死刑の残虐さを見出している。

(2) 浜井浩一・芹沢一也『犯罪不安社会』(2006年、集英社新書)等参照。

(3) 無実を主張する死刑囚は少なくないというが、特に、本件や名張事件再審開始取消し決定(名古屋高決2006年12月26日判タ1235号94頁)は、誤判である可能性が際立っている事件であり、その救済を閉ざすことは、たとえ死刑の執行が行なわれなくとも、「司法殺人」(Justizmord)としての批判を免れないであろう。

名張事件では、確定一審無罪判決、再審開始決定の存在に示されるように、裁判所自身が被告人(請求人)の犯人性に2度も疑問を投げかけた事実がある。また、本件袴田事件でも、確定一審の左陪席(主任裁判官)が、合議の分裂と自分は無罪心証であったことを告白している。これらの事実が持つ重みは、やはり省みられなければならない。

(4) 本件を扱った論稿は少なくないが、単行書としては、袴田事件弁護団編『はけないズボンで死刑判決』(2003年、現代人文社)、浜田寿美男『自白が無実を証明する』(2006年、北大路書房)、山本徹美『袴田事件』(2004年、新風舎)参照。

第1次請求の地裁決定は判時1522号40頁、即時抗告決定は判時1879号3頁に掲載されている。特別抗告決定は未公開であるが、刑事法ジャーナル13号109頁以下の田中輝和評釈に、要旨が掲載されている。

なお、未公開の確定判決は、支援団体である「袴田巖さんの再審を求める会」のホームページ(<http://www.hakamada.net/hanketu.menu.html>)で見ることができる。



(5) 最決1954年7月30日刑集8巻7号1231頁。なお、以下で各判例を引用する場合、「何年(何月)判決(決定)事例」として引用する。

(6) 最決1995年2月28日刑集49巻2号481頁、最判1998年3月12日刑集52巻2号17頁。

(7) 最決1995年6月28日刑集49巻6号785頁。

(8) 中谷雄二郎『最高裁判所判例解説刑事編平成7年度』(1998年、法曹会) 267頁。川口政明・同書132頁も参照。

(9) 中谷・前掲注(8)書274頁。なお、白取祐司「訴訟能力とは何か」法と精神医療22号19頁も参照。

(10) 小野清一郎『刑事訴訟法概論』(1954年、法文社) 66頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(1990年改訂版、青林書院) 43頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』(1966年7訂版、創文社) 112頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1954年、有斐閣) 93頁、平野龍一『刑事訴訟法』(1958年、有斐閣) 72頁、福井厚『刑事訴訟法講義』(2007年第3版、法律文化社) 40頁等。平場安治ほか『注解刑事訴訟法』中(1982年全訂版、青林書院) 649頁〔高田卓爾執筆〕は、意思能力すなわち訴訟能力という。

(11) 後藤昭「被告人による控訴取下げの効力が争われた一事例」千葉大学法経学部法学論集7巻1号162頁。

(12) 松尾浩也『刑事訴訟法』上(1999年新版、弘文堂) 152、227、317頁。

(13) 田口守一『刑事訴訟法』(2005年第4版、弘文堂) 194頁、田宮裕『刑事訴訟法』(1996年新版、有斐閣) 29頁。

(14) 白取祐司『刑事訴訟法』(2008年第5版、日本評論社) 37頁。

(15) さしあたり松下正明総編集『司法精神医学2—刑事事件と精神鑑定』(2006年、中山書店) 271、286頁参照。

(16) 高田昭正「訴訟能力」季刊刑事弁護3号144頁、白取・前掲注(9)論文14頁参照。

(17) 大判1931年12月3日刑集10巻682頁。

(18) なお、内藤謙『刑法講義総論』(下)I(1991年、有斐閣) 790頁は、訴訟能力は、刑法上の責任無能力としての「心神喪失」の概念を前提とするが、それと厳密に一致するものではない、という。

(19) 白取・前掲注(14)書37頁、後藤・前掲注(11)論文163頁参照。

(20) 団藤・前掲注(10)書113頁注4。

(21) OLG Bayern NStZ 1989,S.131.

(22) 白取・前掲注(14)書466頁注40、鈴木・前掲注(8)書312頁、田宮・前掲注(10)書503頁、福井・前掲注(10)書431頁等。

(23) 団藤・前掲注(10)書589頁。

(24) 最決1975年5月20日刑集29巻5号177頁(白鳥決定)。

(25) 田淵浩二「訴訟法上の事実の証明における“in dubio pro reo”原則の適用可能性について」(2完)法学雑誌36巻2号、後藤・前掲注(11)論文165頁以下、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法』下(1987年、有斐閣) 156頁。

(26) 藤永幸治ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法』第7巻(2000年、青林書院)105頁〔高田昭正執筆〕、伊藤栄樹ほか編『新版注釈刑事訴訟法』第7巻(2000年、立花書房)147~8頁〔白井滋夫執筆・河村博補訂〕。

(27) 最決1976年10月12日刑集30巻9号1673頁(財田川決定)。

(28) 前掲注(24)の白鳥決定の他、同1997年1月28日刑集51巻1号1頁、同1998年10月27日刑集52巻7号363頁参照。

(29) E.Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil.1, 2. Aufl., 1964, S.101 u.S.247.

(30) 法律新聞社編纂『改正刑事訴訟法精義』(1922年、法律新聞社)1161頁。

(31) 拘禁反応については、A意見書、B鑑定、小木・前掲注(1)書229頁以下、大熊輝雄『現代臨床精神医学』(1995年改訂第6版、金原出版)350頁、福島章『犯罪心理学研究II』(1984年、金剛出版)239頁以下、懸田克躬編集代表『現代精神医学大系24・司法精神医学』(1976年、中山書店)403頁以下〔稲村博執筆〕、風祭元ほか責任編集『臨床精神医学講座19・司法精神医学・精神鑑定』(1998年、中山書店)361頁以下〔朴光則・山上皓執筆〕、松下正明編集代表・前掲注(15)書240頁〔阿部恵一郎執筆〕等による。

(32) 中田修『増補犯罪精神医学』(1987年、金剛出版)113頁以下、懸田編集代表・前掲注(30)書100頁〔中田修執筆〕参照。A意見書も、これらを引用する。

(33) 中田・前掲注(32)書113頁以下、懸田編集代表・前掲注(31)書100頁〔中田修執筆〕、福島・前掲注(31)書285頁。なお、中田の訴訟能力に関する研究は、司法精神医学の分野では、現在まで引用されている基本文献である。但し、そこで記述されている一連の「訴訟能力」概念は、ドイツにおいても相当の変容を来しており、改めて整理を要すると思われる。後日の課題としたい。なお、司法精神医学の立場から判例の訴訟能力概念を分析した最近の論稿として、中島直『犯罪と司法精神医学』(2008年、批評社)。

(34) 福島章『殺人という病』(2003年、金剛出版)161頁以下による1995(平成7)年6月決定への批判参照。

(35) 金谷暁『最高裁判所判例解説刑事編平成5年度』(1995年、法曹会)6頁、13頁注9。

(36) 金谷・前掲注(35)書1頁以下による。

(37) 福島・前掲注(34)書147頁。

(38) 福島・前掲注(34)書151頁、166頁参照。

(39) 中谷・前掲注(8)書274頁。

(40) 中谷・前掲注(8)書276頁。

# ロースクールにおける刑事臨床教育実施報告

丸山輝久

---

|     |                            |     |
|-----|----------------------------|-----|
| I   | ロースクールにおけるあるべき臨床教育と現状…………… | 164 |
| II  | 現状でもなしうる臨床教育……………          | 166 |
| III | 実践している刑事クリニック……………         | 167 |
| IV  | 公判前整理手続と模擬裁判の事例……………       | 168 |
| V   | 判決を基にした課題の起案と討論例……………      | 171 |
| VI  | おわりに……………                  | 176 |

---

## I ロースクールにおけるあるべき臨床教育と現状

アメリカにおける臨床法学教育とは、「典型的には、現実の実務を経験するプログラムを指すと考えられる」が、「ローヤリング、模擬裁判、法文書作成等の実務を扱わずにそれに模した状況を設定して専門技能等を養成するプログラム」を含めた広い概念と考えられている。そして、アメリカでも日本でも、前者には学内で実施するもの(「クリニック」又は「インハウスクリニック」と呼ぶ)と、学外で実施するもの(「エクスターンシップ」と呼ぶ)とがあり、後者を「シミュレーション(授業)」と呼んでいるとのことである。そして、クリニックはロースクールの教員の指導・監督の下に実施されるので、より教育効果が高く理想的な臨床プログラムの形態と評価されるとされている<sup>(1)</sup>。

上記考え方をとるなら、臨床法教育の外縁は広いとしても、現実の実務を経験するプログラムを含まない臨床教育というものは本来の意味で臨床教育とは言えないのではないかと考えられる。

次の問題は、ロースクールにおいて行うべき臨床教育の程度、あるいは到達点はどこか、という点である。

司法制度改革審議会意見書(平成13年6月12日)では、「法科大学院の教育理念」として冒頭に挙げられているのは『『法の支配』の直接の担い手であり、『国民の社会生活上の医師』としての役割を期待される法曹に共通して必要とされる専門的資質・能力の習得と、かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性の涵養、向上を図る』ことであり、3番目に挙げられていることは「先端的な法領域についての基本的な理解を得させ、また、社会に生起する様々な問題に対して広い関心を持たせ、人間や社会の在り方に関する思索や実地的な見聞、体験を基礎として、法曹としての責任感や倫理観が涵養されるよう努めるとともに、実際に社会への貢献を行うための機会を提供しうるものとする」ことである。そして、「教育内容」として「法理論教育を中心しつつ、実務教育の導入部分(例えば、要件事実や事実認定に関する基礎的部分)をも併せて実施することとし、実務との架橋を強く意識した教育を行うべきである」とされている。

これを受けた中央教育審議会答申(平成14年8月5日)によると、実務基礎科目群の中に、「法情報調査、要件事実と事実認定の基礎、法文書作成、模擬裁判、ローヤリング、クリニック、エクスターンシップ」などが列挙されている。そして、他と区別して

<sup>(1)</sup>現代人文社「ロースクール臨床教育の100年史」中の道あゆみ論文「法科大学院における臨床教育の有効性を探る」P167。三省堂「法学教育改革とプロフェッション」P231。

「クリニック」と記載されていることは、狭義のクリニックを含んでいることを意味すると考える。したがって、実務体験をも当然予定している。そして、上記意見書の教育理念の「かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性の涵養、向上を図」り、「人間や社会の在り方に関する思索や実際的な見聞、体験を基礎として、法曹としての責任感や倫理観が涵養されるよう努めるとともに、実際に社会への貢献を行うための機会を提供しうるものとする」ことを実現するためには、生の事件を体験させることが最も有効である。まさに実務を体験させて法曹実務家としての使命や倫理観を自覚させることであると解釈できるのであり、法科大学院では、学生に実務体験を通して学習させることを予定し、期待しているといえる。

問題は、実務体験をどの程度させるべきか、という点である。民事クリニックだと、法律相談のみでも、相談に対する回答を導き出すために、面接技法、法情報調査、要件事実と事実認定、法文書作成などを体験することは可能であり、まさに実務の導入部分の教育をイメージし易い。しかし、刑事クリニックはそうではない。刑事実務は捜査の着手から始まるが、捜査は密行性が強く、それに係わることは学生のみならず弁護士すら極めて制限されている。しかも、現状では、学生は接見及び記録閲覧などに制約があり、依頼者及び事件記録に接することすら困難で、実務体験をさせることが容易ではない。抑制的にクリニックを行おうと思えば、裁判傍聴と弁護士による事案説明・解説しかできないことになる。これでは実務を傍観するだけであって、実務を体験したとは言い難いと思う<sup>(2)</sup>。

ロースクール教育にはもう一つの制約がある。それは、ロースクールが法曹実務家の養成が主たる目的であり、法曹実務家になるには新司法試験を合格しなければならず、新司法試験合格者が3割前後という現実の下では、新司法試験を意識せざるを得ないということである。したがって、新司法試験に役立つ臨床教育とはなのかということを考えざるを得ない。

<sup>(2)</sup>現在の法曹界において、ロースクールにおいて生の事件を素材とした臨床教育を実施することは多くの障害があることは大宮ローレビュー第3号P105「ロースクールにおける刑事クリニックへの提言」で詳述した。

また、学生の記録閲覧については、研修696号P31以下の高崎秀雄「開示証拠の目的外使用の禁止と法科大学院における教育との関係」の否定的見解、自由と正義2006年12月号P108以下の村岡啓一「臨床教育における刑事事件記録の利用」の肯定的見解があるが、それ以降の進展はない。

## II 現状でもなしうる臨床教育

私は、刑事法における「実務教育の導入部分」の教育として、

- ① 刑法及び刑事訴訟法の基礎知識の確実化、
- ② 事実的及び法律的問題点の発見能力の向上、
- ③ 事実整理・分析能力の向上、
- ④ 法的文章作成能力の向上、
- ⑤ 話し言葉としての法的表現能力の向上を挙げた<sup>(3)</sup>。

上記①は、逮捕から判決までの刑事手続の実務の流れを理解し、検察官、弁護人、裁判官の使命と役割、刑事手続の適正な運用及び証拠論などを理解し、実際の手続について適正さを念頭におきながら初歩的な対応技術を修得することである。

上記②、③は、整理された事実ではなく、渾然とした事実や与えられた多数の証拠から事実を整理し、成立する犯罪を想定し、その成立を裏付ける事実と障害になる事実とを選別するという争点把握、事実の整理・分析能力を養うことである。

上記④、⑤は、上記結果を文章化するために、起案力及び相互討論の場で自分の考えを表現できる能力を養成することである。

そして、これらの目的を達成するためには、「一見は百聞に如かず」であり、裁判官、検察官、弁護人の指導を受けながら自らも主体的に実務の片鱗を体験することが最も有効である。しかし、現状は、裁判所及び検察庁は全く冷淡で、学生が裁判官や検察官に接することすらできない。そして、弁護活動に接する場合にも前記制約がある。

そのため、殆どのロースクールでは生の事件を素材にしたクリニックを行っていない。最も問題なのは、弁護士が刑事クリニックの必要性和有効性について殆ど認識していないという点である。多分、司法試験合格者こそが法曹実務家の卵であって、ロースクール学生は未だその対象者ではないとの認識が根底にあるのではないかと思う。これは、ロースクールを従来の法学部の延長あるいは司法試験予備校程度としか認識していないからではないかと思う。

私は、ロースクールでの刑事クリニックは、弁護人と一緒になって、生の事件を素材にし、被疑者・被告人に会って事情聴取し、捜査が適正に行われているかに注意を払いながら捜査手続を監視し、弁護方針を立て、そのための調査・証拠分析を行い、証拠意見や尋問事項の検討、弁論を始めとする各種書面の作成などは行わせることこそが、「実務の導入部分」的教育であると考えている。したがって、裁判官・検察官に

<sup>(3)</sup> 前掲大宮ローレビュー。

よる直接指導が不可能な現状においても、事件終了後に、担当裁判官や検察官と学生との面談が許され、学生との意見交換の場が設けられることを願っている。しかし、裁判所、検察庁の理解と協力が期待できない現状の下でのロースクールにおける刑事クリニックは、当面、主として弁護人の立場から、生の事件を素材にして、弁護人の補助者として活動することに限定せざるを得ない。

そして、新司法試験合格ということを念頭におくという意味で、実務的技術は初歩的な程度に止まらざるを得ないので、それほど多くの生の事件を体験させる必要はない。むしろ、一件だけであっても、逮捕から判決までの手続の流れをじっくり体験させることの方が重要だと思う。

また、実務に必要な知識や初歩的技術を修得させるためには、過去の事件記録を素材にしたシミュレーション、模擬裁判なども効率的で有効であるし、具体的な課題を基にした起案、討論なども有効である。

### III 実践している刑事クリニック

(1) 当校の刑事クリニックは、3年制の3年次、4年制の4年次に設定されており、刑事クリニック1、2があり同時並行的に開講される。期間は前期が2月から6月、後期が8月から12月の各5か月間の長期に及び、いずれも定員は9名で、1学年で延べ36名が受講可能である。重複受講も可能である。単位は4単位で、週7時間(期間合計140時間)以上の稼働と毎週一回のゼミ(合計20回)出席が義務付けられており、単位取得にはいずれもその4分の3以上を満たす必要がある。成績評価は合・否のみである。外に、民事クリニック1、2(単位及び定員は刑事クリニックと同じ)及び情報公開クリニック(2単位・定員10名)がある<sup>(4)</sup>。

(2) クリニックが始まったのは2006年度からであり、私が担当する刑事クリニック2の受講学生数及び稼働状況の概略は別表「刑事クリニック2の受講状況」の通りである。

2006年度の実施状況の詳細は既に報告している<sup>(5)</sup>。その経験を踏まえて、修正を加えながら行ってきた2007年以降の実施状況の概略を報告することとする。

(3) 最も大きな修正点は、生の事件を素材にすることを少なめにし、既済事件を素材にした、公判前整理手続や模擬裁判の実施、法律上の問題点を含む下級審の判決の事

<sup>(4)</sup> 詳細は前期大宮ローレビューP81以下の萩原猛「新たな法学教育モデルの黎明」を参照されたい。

<sup>(5)</sup> 2006年前期については、前記大宮ローレビューの私の論文、同年後期については2007年3月発行の大宮法科大学院大学クリニック・エクスターンシップ委員会編「新たな法学教育モデルの黎明」P60以降で報告。

## 刑事クリニック2の受講状況

| 年度・期    | 受講生数<br>( )内は聴講生 | 稼働時間    | 稼働時間   | 平均稼働    | 標準時間          |
|---------|------------------|---------|--------|---------|---------------|
|         |                  | 最長者(週)  | 最短者(週) | (週)     | 必要最低時間        |
| 2006年前期 | 4<br>昼間主のみ       | 192.75  | 140.25 | 162.75  | 144 (6)       |
|         |                  | (8.03)  | (5.84) | (6.78)  | 108 (4.5)     |
| 2006年後期 | 8 (1)<br>昼6、夜2   | 171.5   | 130    | 157.6   | 138 (6)       |
|         |                  | (7.45)  | (5.6)  | (6.85)  | 103.5 (4.5)   |
| 2007年前期 | 9<br>昼間主のみ       | 302     | 178    | 251.66  | 147 (7)       |
|         |                  | (14.38) | (8.4)  | (11.98) | 110.25 (5.25) |
| 2007年後期 | 9<br>昼4、夜5       | 310     | 149    | 227.7   | 140 (7)       |
|         |                  | (15.5)  | (7.45) | (11.38) | 105 (5.25)    |
| 2008年前期 | 3 (1)<br>昼間主のみ   | 249     | 193    | 224     | 140 (7)       |
|         |                  | (12.45) | (7.15) | (11.2)  | 105 (5.25)    |
| 2008年後期 | 8<br>昼7、夜1       | 執筆時進行中  |        |         | 140 (7)       |
|         |                  |         |        |         | 105 (5.25)    |

- 2006年度は実施期間が6ヶ月(23ないし24週)で、標準稼働時間が合計138~144時間(週6時間)であったが、2007年度から実施期間が5ヶ月(20週)で、標準稼働時間が140時間(週7時間)に変更された。
- なお、上記稼働時間の外に、週1回のゼミ参加が課せられている。

実整理を基にして作成した課題に対する論告、弁論、判決(事実及び法律判断のみ)の起案と討論などを取り入れているという点である。

以下、前者の例1つを紹介し、後者の例は字数の関係で課題のみを2つ紹介することとする。

#### IV 公判前整理手続と模擬裁判の事例

##### 1 事案の概要

被告人は、認可を得ずに、未登記の会社名で、労働者を新聞・雑誌等で募集し、50名から60名の労働者を用意したアパートに住まわせ、工事現場に派遣する事業を行っており、労働者には被告人が決めた日給からアパート代等を差し引いて支払っていた。

被告人は、元暴力団員で、某暴力団組長との間で仕事等の関係で金を要求されているなどして、それに対抗するための拳銃を手に入れて所持していたが、幹部として重用していた労働者Aにそれを預けていた。会社内において絶対権者である被告人



はAに対し、労働者の派遣先(仕事先)の確保が足りないので会社の資金繰りが厳しいから、金を工面しろと厳しく命じた。

Aは、そのことを幹部Bに相談し、預かっていた拳銃を使用して強盗を働いて金を作ろうと計画した。そして、Aは、被告人に対し、拳銃を使うこと、会社の自動車を使うこと、運転手として労働者Cを使うことなどの了解を求め、被告人はこれを認めた。

Aらは、調達する金は100万円以上は必要だと考えて、パチンコの景品交換所などを下見して強盗の対象を探したが、なかなか実行に移せないでいた。Aらは、毎日、帰った際、被告人に対し、「今日もだめでした。」と報告していたが、被告人はことさら急がせるようなことはなかった。

1ヶ月くらい経過した某日、Aらはいつものように出かけたが帰って来ず、携帯電話も通じなくなった。被告人は、仕事のない労働者にAらの行方を捜すよう指示したが探し出せなかった。

Aらは、その直後、コンビニエンスストアに強盗に入り、上記拳銃を店員に突きつけ、レジの金6万8000円とパン4個を奪って逃走した。その後もAらから被告人に連絡はなく、奪った金は、Aら3人で分け、A及びBはそのまま行方をくらまし、Cのみが拳銃を持って自動車を運転して会社に戻った。被告人は、Cを厳しく叱り、罰として頭を坊主にし、不安を感じ拳銃を川に捨てたが、強盗の分け前を一切受け取っていない。

Aは、後日自首し、被告人の指示については述べず、A、B、Cの共同実行のみを自白し裁判で実刑判決を受け服役した。その後に、Bが逮捕され、強盗は被告人の指示であることを供述したため、服役中のAを取調べたところ、被告人の指示であったことを認めたため、被告人も逮捕・起訴された。

被告人は、勾留中、弁護人に対し、強盗など指示したことは絶対ない。金を作って来いとは言ったかも知れないが、それは仕事先を探して来いという意味で、そのために自動車を使用し運転手としてCを使うことは承知したが、拳銃を使うことなどを認めたことはない、Aらが強盗をしたことを知ったのはCが帰ってきて聞いた時である。Cを叱った。自分は関係ないと思っていたが、拳銃を使ったというのでそのことが発覚すると困るので、拳銃を捨てた、などと述べていた。なお、拳銃は発見されず、Cはその後被告人の元を去り行方不明となった。

しかし、起訴後に開示された被告人の供述調書によると、逮捕から10日目ころから、自白しており、そのことを弁護人に黙っていたことが判明した。

## 2 進行経過

① 全記録(約150丁)は、個人及び場所を特定できる記載部分を黒マジックで隠す作業をした後、検察官役(3名)には起訴状と捜査記録全てを交付。

弁護人役(3名)には、起訴状と捜査段階の弁護人接見で被告人から聴取した録取書、公判での被告人尋問調書を交付。

裁判官役(3名)には起訴状のみを交付。

② 検察官役は、証明予定事実記載書面、証拠請求書を作成し、請求証拠を弁護人に開示する。

③ 弁護人役は、上記を受けて、求釈明、証拠開示請求書を作成して検察官役に交付する。

④ 検察官役は、上記に対して回答し、開示請求に応じられる証拠の開示を行う(これは何回か遣り取りあり)。

⑤ 第一回公判前整理手続実施(裁判官役が主催し、手続調書を作成)。

⑥ 弁護人役が、主張予定事実記載書面、検察官請求証拠に対する意見書、弁護人証拠請求書などを提出し、請求証拠を検察官役に開示。

⑦ 第二回公判前整理手続実施(同上)。争点を確定し、Aの証人尋問をすることを決定。

争点は、共謀の存否(事実としては、被告人がA及びBに指示した状況及び内容、Aらが下見について被告人に報告していたか否か、犯行直前にAが被告人に携帯電話で犯行決行を知らせたか否か)と、被告人は資金繰りに困っていたか否か、自白の任意性などである。

この時点で、実際の裁判で取調べたB及び被告人の内妻の証人尋問調書を全員に、被告人尋問調書を裁判官役及び検察官役にも交付し、それらの取調べが行われたものとして扱うこととした。

⑧ 公判実施。公判前整理手続の結果を顕出し、双方の冒頭陳述、同意証拠の取調べ、A(私が担当)の証人調べ実施。

論告求刑と弁論。休憩後に判決言い渡し(有罪)。

以上の経過は、1か月にわたって実施し、教員である私の意見は、公判前整理手続時あるいは公判終了時に指摘事項として述べるにとどめた。そのため、全ての作業は、学生間の相互討論及び調査(他の教員への相談もあった)によって進められた。なお、公判はクリニック受講生以外の学生にも公開した。

### 3 実施結果に対する感想

① 証明予定事実記載書面の作成は、争点の明確化、争点となる事実の摘示(主張との区別)を目的としたものであるが、事実と意見の区別が混乱していた。

② 証拠請求に関する手続は、刑訴法316条の15以下を使いこなすことを目的としたものであるが、弁護人役は開示請求根拠的的確な指摘が不十分であったし、検察官役は、新開示分の証拠全てを請求しようとした。また、検察官役は開示義務があるのに開示を渋るなど、法律判断ではなく、勝敗に拘った感情的対立が見られた。

しかし、公判前整理手続における証拠手続を実際に適用する体験によって、理解が深まったことは事実である。

③ 証人尋問は争点に限定し、30分ずつという時間制限をしたため、比較的スムーズに進行したが、詰めの甘さが目立った。

④ 論告、弁論は、短時間の準備の割には比較的良好であった。しかし、双方とも、自己の主張を裏付ける事実の抽出・判断、自己の事実を否定する事実に対する反論が弱いと感じた。

⑤ 裁判官役に対する感想は、公判前整理手続の指揮については、迷走を極め、公判の証人尋問における異議に対する判断にも混乱があったが、これは学生としては当然であろう。

⑥ 学生は、擬似的にはあるが公開ということもあり、訴訟の当事者として相当の時間と労力を費やし、主体的にかつ戦闘的に取り組んだ。そして、実際の生の事件の公判傍聴で見聞した手続の意味に関する理解を深めたと思う。

## V 判決を基にした課題の起案と討論例

いずれも、5日程度の期間を与えて制約のない自宅起案をメールで提出させ、学生の同意の下に、各自の起案を全員にも配信させて他人の起案も読ませている。ゼミでは、それを前提に討論をし、終了時に私の論点メモ及び講評を配布する。

### 1 福岡高裁平成13年6月29日判決を基にした事実認定に関する課題

#### 記

下記事実経過を読んで、次の設問について起案せよ。

設問1 控訴趣意の要旨を述べよ。

設問2 検察官は、控訴審において、業務上過失致死に関して、その注意義務をA方での飲酒開始時の飲酒中止・抑制義務に求める予備的訴因を追加した。

- (1) 検察官の予備的訴因追加の意図及び意味を述べよ。
- (2) 控訴審裁判所は、検察官の訴因追加をどう扱うべきかを述べよ。

#### 事実の概要

(1) 被告人は、本件事故3か月前まで、アルコール依存症による入院や投薬を受けていて、記憶を欠いたまま自動車の運転をした経験もあった。

(2) 被告人は、平成17年8月17日の昼前ころから夕方にかけて、自宅で、500ml 缶入りビール5本くらいを飲んだ後、午後4時30分ころ、友人のAに会うために、普通乗用自動車(以下「自己車」という)を運転して、途中高速道路を経て、午後5時半ころ、A宅に到着した。

(3) Aは、丁度仕事から帰って来て一杯飲もうとしていたところであった。A宅に上がり込んだ被告人は、Aが「車で来ているが、飲んでも大丈夫か」と言ったので、「大丈夫だ。帰れる」と答えて、Aの勧めにしたがってビールを飲み出した。その後、話がはずみ、被告人は途中からの記憶が曖昧で寝込んでしまいその後のことは覚えていない。起こされたこと、自己車に乗ってA方を出たことはおぼろげながら覚えているが、その外の行動は全く記憶にない。

#### (4) Aの供述

飲食は午後9時ころまで続いたが、被告人は寝てしまった。Aはテレビを見ながらさらに少し飲んで時間を費やした後、午後11時30分ころ、眠くなったので、被告人を起こし、「明日が早いから寝る。お前、大丈夫か。泊まっていくか」と言った。すると、被告人が「大丈夫。大丈夫」と言って車を運転して帰って行った。A宅に来たとき、被告人は飲んでいようには感じなかったし、帰っていくときもふらついているようには見えなかった。被告人が飲んだ酒量は、500ml 入り缶ビール3本くらいと焼酎(水割り)を5、6杯飲である。

(5) 被告人は、泥酔状態で自己車を運転し、平成17年8月18日午前1時ころ、高速道路を逆行し、走行中の普通乗用自動車と正面衝突し、相手車は炎上し、運転手は焼死した。

(6) 鑑定結果によると、事故当時の被告人の体内のアルコール量は、少なくとも強度酩酊に近い中等度酩酊に相当する。また、飲酒実験によれば、被告人において運動失調が顕著となる程度の飲酒量に達していた。鑑定人は、このような状況下で、いかに被告人が本件のような運転行為が可能であったかは説明できないとしている。

#### (7) 検察官は、上記事実に対し、

「被告人は、酒気を帯び、正常な運転ができないおそれがある状態で、平成17年8月17日午前1時ころ、…(略)…普通乗用自動車を運転した」という酒酔い運転で道路交通法違反、及び本件事故については、高速道路を逆行した過失による業務上過失致死の罪で起訴した。

(8) 一審裁判所は、上記起訴事実に対し次のような事実認定をした。

道路交通法違反については、被告人は、平成17年8月17日の昼前ころから夕方にかけて、500ml缶入りビール5本位を飲み、さらに普通乗用自動車を運転し、同日午後5時半ころ、A方を訪れた時点で既に500ml缶入りビール5本位を飲んでいたうえ、A方でさらに飲んだ後は、自宅まで普通乗用自動車を運転して帰宅するつもりだったのであるから、それ以上酒を飲めば酩酊して帰宅の際に道路交通法の禁止する酒酔い運転をするかもしれないことを認識し、あるいは認識できたにもかかわらず、同月17日午後5時30分ころから同日午後9時ころまでの間、A方において、あえて500ml缶入りビールを3本位、水割り焼酎5、6杯を飲み、よって、翌18日午前1時ころ、…(略)…酒気を帯び、正常な運転が出来ない恐れがある状態で、普通乗用自動車を運転した、と認定した。業務上過失致死については、公訴事実通り認定し、心身耕弱状態での行為と判断し有罪とした。

## 2 福岡高裁平成13年6月29日判決を素材にした課題

### 記

課題 被告人Xは、下記事実内容で、否認のまま強姦・強盗事件で起訴され、一審は強盗、強姦とも有罪判決であった。

弁護人の控訴趣意の要点を述べよ。

### 事実の概要

#### (1) 被害者A子(19歳・専門学校生)の供述内容

① 私は、平成〇〇年〇月〇日午前2時過ころ、アルバイトを終えて1人住まいのアパートに帰宅したところ、ドアをノックする人がいたのでドアを開けたところ、一面識もないXが立っていて、「可愛かったので、交際したいと思って跡をつけてきた。」と言いました。

私は、不審に思いましたが、玄関を挟んで、玄関の外にいたXが次々と話をするので、ドアを閉める機会を失ってしまいました。Xが持っていたミカンをくれ、それを食べるように勧めたので私がそれを食べた。また、Xは、運転免許証を出して私に見せたり、Xの住所を紙に書いて私に渡したりしました。さらに、Xは、身の上話を始め、

過去に暴力団に入っていたことがあるとか、友だちは現役の暴力団員で、人知れず殺人を犯した者もいるなど一方的に話していました。

② Xは、20分くらい話した後、「便所を借りたい。」と言い出したので、私は室内に入ることを認めました。しかし、Xは、小用をした後も退室しないばかりか、開けたままにしておいた玄関のドアを閉めるように言って来ましたので、私はそれを拒み言い争いになりましたが、私は、深夜でもあるので、Xの求めに応じてドアを閉めました。

Xは、なかなか帰ろうとしないので、私が「もう帰って下さい。」と言うと、「ミカンを返せ。」などと難癖をつけてきました。私が「食べてしまったものは返せない。そんな無茶を言わないで帰って下さい。」と言うと、Xは怒った態度を示して、「おれは気分が悪くなった。おれの機嫌を直せ。」とか、「テレビを見たら帰る。テレビを見せろ。」などと言い出しました。私は、テレビがある6畳の部屋に敷いてあった布団をたたんで押入にしまい、Xをその部屋に通しました。するとXは、「俺はテレビを見るときは布団を敷いて見る。」と言うので、仕方なく布団を出して敷きました。Xは布団の上に寝そべってテレビを見ていました。

③ しかし、Xは、テレビを見終わっても帰ろうとしないので、私が帰るように催促すると、Xは私に対し、「裸になるか自分とセックスをするか。」などと言って性交を迫り、要求に応じなければ「お前の人生をめちゃめちゃにしてやる。」と脅してきました。

私は、玄関で聞いた暴力団の話の思い出し姦淫されてしまうのではないかと思いがちながら、服を脱ぎました。Xは、私の肩に手を載せて、私の身体を倒し、反抗できない状態にして私を姦淫しました。

④ Xとの性行為が終わったところには外は明るくなっていました。Xが「おれの車でドライブに行こう。」と言いだし、私はそれに従うしかなく、Xと一緒に外に出ました。ところが、外に止めてあったXの自動車が駐車違反でレッカー移動されてしまっていたので、Xは、私を連れて、タクシーでT警察に向かい、署内でXが自動車の返還を受ける手続をして、自動車を取り戻しました。私は、その間警察署の廊下で待たされ、友人であるB子やC子に携帯電話でメールを送信し、窮状を訴えるなどしていました。

⑤ その後、Xは、私を連れてXの自宅に行き2人で仮眠を取りました。目を覚ました時間は午前11時ころであったと思います。Xは、起きた後、2回私を姦淫し、私の裸体を写真に撮りました。

その後、Xは、私に両親、兄弟の氏名や住所などを教えろと迫り、私が教えると紙に書いて、「今日のことを人に話すとか親兄弟がどうなるかわからないぞ。」と言いました。そこで、私は、その紙片を返すよう頼んだところ、Xは現金を要求してきました。私は

断ることができず、手持ちのお金がなかったので、2人で私の預金通帳を取りに私のアパートに戻り、銀行へ行って3万円を引き出してXに渡しました。

その後、宅配便を受け取るために、私のアパートに一旦戻りました。

⑥ その日の午後7時30分ころ、Xは再度外出し、私もXの運転する自動車に乗車して行動を共にさせられました。その間、Xは、交際を迫ってきましたが、私は拒絶しました。すると、Xは怒り出し、私の裸体写真を学校に送りつけるとか、私を山中に捨てるなどと言って脅し、さらに金銭を要求してきました。私が拒否して押し問答になりましたが、結局18000円を支払うことで了解させられてしまいました。しかし、私は、お金を持っていなかったため、友人のD男に電話して借金することにし、D男に私のアパートまで持ってきてもらうことにし、Xの自動車で私のアパートに戻り、D男から2万円を借りてXに渡し、お釣りの2000円を返してもらいました。Xは、私からお金を取った後、ようやく帰っていきました。

⑦ その後、私は、友人のC子に電話して、Xにやられた事情を話して迎えに来てもらい、一緒にE子のところに行き、E子に友人らを集めてもらい、友人らの前で、被害状況を話しました。

## (2) 被害者A子の原審での公判供述で捜査段階の供述と異なる点

Xは、小用をした後も玄関に座り込んだので、私と性交をしたいのかなと思いました。玄関のドアを閉めるに際しては言い争ったものの、結局、私が閉めることになってしまいました。

私が、「まだ帰らないんですか。」と言うと、Xは怒った口調で、「ミカンを返せ。食べたのも返せ。」「自分の方が立場は上だろう。」などと言うので、Xのことを絶対ヤクザだと思い、殺されるかも知れないと思いました。しかし、私をなだめたり、私に良い印象を与えようとする言動もあり、想像していたヤクザとは少し違うかなとも思いました。

そして、Xは、「おれの機嫌を直せ。」と言い、更には「テレビ見たら帰る。」とも言い出しました。そこで、布団を敷いたままでは押し倒されるかも知れないと思い、布団を押入に片づけましたが、Xが「おれはテレビを寝てみるタイプだ。」と言うので、機嫌を直してもらうために、再び布団を敷き直しました。隣の部屋の人が、テレビの音がうるさいと言って怒鳴りましたので、Xは音を小さくして見ていました。

Xはテレビを見ても帰らないので、「まだ帰らないんですか。」と言うと、Xは、「おれの機嫌はもう治らない。」などと言い、裸になるか、さもなくば性交に応じるよう求めてきて、「選ばなかったら、友人を呼ぶ。」と言うので、「裸でということはエッチは

なしですね。」と尋ねると、「お前がなんで条件を出すんだ。」と言って、一層機嫌が悪くなり、「お前の返事はイエスだけだ。ノーと言った時点でお前の人生を滅茶苦茶にする。」などと言われたので、姦淫されると思いながらも服を脱ぎました。

すると、Xが肩に手を載せてきて、身体を倒されたので、姦淫されるものと諦めました。その後、Xに避妊具の使用を求めたところ、Xは、「何でお前がおれに指図するんだ。お前の返事はイエスだけだって言っただろう。」と言いながら、布団の上に仰臥している私の首を片手でグッと押さえてきました。5秒間くらいの出来事で、息が苦しくなったときに手が離れました。

警察署で友人に携帯電話でメールした内容は、毎日モーニングコールをかけてきて貰っている友人に対して「最悪。あした朝起こさなくていいよ。」というものと、学校の友人に「助けて、あした学校に行けないよ。」というものでした。

警察署で助けを求められなかったのは、Xが私の様子をうかがっていたからです。

### (3) 被告人の供述

強姦に関しては、一貫して暴行・脅迫は加えておらず、同意の下に行ったと主張。

強盗については、A子から金銭を受け取ったこと自体を否認しているが、A子に2000円を渡した事実は認めている。

\* なお、A子が3万円を銀行から引き出す前に、Xが実姉に電話して、駐車違反の反則金やレッカー移動代に充てる金銭の借用を申し込んでいたが、その日の晩には再度電話して、金策ができた旨伝えて、借金の申込みを撤回した事実がある。

## VI おわりに

生の事件を素材にする場合にも、各種の起案をさせ、それを添削して私の起案として裁判所や検察庁に提出している。したがって、日々が起案と討論の連続であり、学生にとって負荷感は大いようであるが、終了時点での感想は、刑事実務への関心が強まるだけでなく、基礎知識の深化、事実の整理・分析力及び起案力の向上に役立ったと述べている。私は、一人でも多くの受講生が法曹実務家になって、刑事裁判に携わってくれることを願って日々が試行錯誤を続けている。



# 会計監査人の被監査会社に対する 損害賠償責任

— 大手監査法人の責任が認められた事例

北沢義博

---

|     |                                  |     |
|-----|----------------------------------|-----|
| I   | はじめに.....                        | 178 |
| II  | 責任の法的根拠.....                     | 180 |
| III | 監査業務と監査人の責任(監査の基準と監査人の注意義務)..... | 181 |
| IV  | 本件における被告の過失.....                 | 183 |
| V   | 損害の算定と過失相殺の法理.....               | 185 |
| VI  | 判決の意義、影響.....                    | 186 |

---

## I はじめに

### 1 訴訟の概要

本件は、再生債務者ナナボシ(以下「ナナボシ」という。)管財人である原告が、ナナボシと監査契約をしていた被告(監査法人トーマツ)に対し、ナナボシにおいて平成10年3月期から平成13年3月期に行われた粉飾決算を看破できなかったことにつき、監査契約上の注意義務違反の債務不履行責任があり、これによって、違法配当金相当額1億8891万円及び粉飾実行に伴う社外流出金相当額8億3023万6317円の損害(合計10億1914万7152円)がナナボシに生じたとして、上記損害金及びこれに対する平成16年5月1日(本訴状送達の日)の翌日から支払済みまで商事法定利率年6分の割合による遅延損害金の支払を求めた事案である。

裁判所は、平成13年3月期における被告の監査に過失を認定し、平成13年3月期の配当8575万3896万円を被告の過失による損害とし、8割を過失相殺した金1715万779円及びこれに対する年6分の遅延損害金の支払いを被告に命じた<sup>(1)</sup>。

### 2 本事案の特徴、意義

ナナボシは、火力発電所等の補修・維持関連工事を行うメンテナンス事業及び発電所設備等の新設据付工事業務を行うプラント事業を主たる事業とする会社で、平成7年4月には株式を上場したが(大阪証券取引所2部)、平成13年11月26日には大阪地裁に民事再生手続開始を申立て、同年12月21日再生手続開始、平成14年11月21日には再生計画に従い解散している。

被告は、ナナボシと、平成4年10月に、商法特例法上及び証券取引法上(いずれも当時)の監査契約を締結し、平成5年3月期から平成13年3月期まで、監査を行い、いずれの期においても、証券取引法上の監査人としての無限定の適正意見、商法特例法上の会計監査人としての適法意見を表明している。

公認会計士、あるいは監査法人の行う会計監査は、資本市場を維持していくうえで、重要な役割と機能を果たしている。会計監査が適正に行われなかった場合、公認会計士、監査法人は民事・刑事・行政上様々な責任を負う。

本訴訟は、被監査会社が、監査人に対し、当該監査が適正でなかったことを理由として、損害賠償を求めた事例であり、裁判所は、一部ではあるが、監査人の損害賠償責任を認めた。監査人の被監査会社に対する損害賠償責任を認めた事例としては、「日

<sup>(1)</sup>大阪地判平成20年4月18日判例時報2007号104頁、金融・商事判例1294号10頁。

本コッパース事件」第一審判決<sup>(2)</sup>があるが、本件は、上場会社の会計監査人の被監査会社に対する損害賠償責任を認めた事案として注目される。

しかも、被告はわが国有数の監査法人であり<sup>(3)</sup>、その責任が認められたことも注目に値する。判決は、監査人としては、どのような注意義務をもって、監査を実施したらよいかという点について一定の基準を示している。

監査人が民事上の責任(損害賠償責任)を問われるケースとしては、第三者に対する責任があるが、本稿では主に被監査会社に対する責任の問題として検討する。

### 3 検討の視点

裁判所は、本件の争点として以下の5項目を設定し、それぞれ判断した結果、上記のとおり被告に一部損害賠償責任を認めた。

① 被告が、各監査契約に基づいて行うべき「通常実施すべき監査手続」の内容は何か。

② 被告は、売上高、売上原価、売掛金の各実在性の監査要点について、「通常実施すべき監査手続」を行ったか。

③ 原告は、被告に対し、監査契約の債務不履行責任を追及しうるのか。

④ 被告の債務不履行と相当因果関係のある損害及びその額。

⑤ 本件各監査契約についての詐欺取消し又は錯誤無効の成否。

被監査会社が行った粉飾を見逃した監査人の責任を考えるにあたっては、監査人の責任の法的根拠、会計監査の目的、監査人の注意義務の程度などが問題となる。

この点、本判決は、被告の責任を監査契約の債務不履行責任としたうえで、監査人の注意義務の程度については、基本的に企業会計審議会の監査基準に依拠している。また、粉飾決算の発見は、副次的な目的であるが、監査人は一定の状況では、被監査会社の不正のおそれも視野に入れて監査すべきで、これを怠ったことは損害賠償責任の根拠となるとする。

本判決は、会計監査人の責任論としては、監査人の責任を積極的に認める方向を示しているようにみえる。ただし、後述するように、裁判所は、原告の主張の一部を認

<sup>(2)</sup>東京地判平成3年3月19日判例時報1381号116頁。控訴審は、監査人の責任を否定した。東京高判平成7年9月28日判例時報1552号128頁。

<sup>(3)</sup>被告の監査法人トーマツ(所属公認会計士数2158名)のほか新日本(公認会計士数2295名)、あずさ監査法人(公認会計士数1788名)の3監査法人が日本の上場会社のかかなりの部分の監査を担当している(公認会計士数は2008年8月現在の各法人のウェブによる)。

めただけであって、認容された金額も請求額全体から見れば多いわけではない(率にして約1.7パーセント)。

本判決は、ナナボシの粉飾決算の手法、被告の会計監査の状況を詳細に認定したうえで、被告がなすべきであった監査を想定し、被告の責任を論じている。その結果、平成13年3月期に追加監査をすべき事態であったのに、これをしなかったことが直接の責任原因とされた。それまでは、被告の監査に問題はないとされたわけで、必ずしも監査人に厳しい判断というわけでもない。

本判決が実務上も参考になるのは、この過失の認定の部分である。従って、本稿も裁判所の過失の認定を中心に検討する。

粉飾を行った会社自身が、過失により粉飾を見逃した監査人に損害賠償請求ができるか、あるいは過失相殺はどのように適用されるか、という点も損害の認定と合わせて、興味深い問題であるが、判決は、一般の債務不履行と特に区別することなく判断している。また、本件は、被監査会社自身が原告となるのではなく、民事再生手続における管財人が原告となっているが、裁判所は、この点、ナナボシの過失を原告側の過失として過失相殺を認めている。

争点⑤も興味深い議論であるが、裁判所は、詐欺取消、錯誤を認められる事実はないとしている<sup>(4)</sup>。

## II 責任の法的根拠

本件の原告は、損害賠償請求の根拠として、被告にナナボシとの監査契約上の注意義務違反があったこととし、債務不履行責任としての損害賠償請求権を主張した。判決も法的構成としてはこれをそのまま認め、遅延損害金も商事法定利率の年6分を認めた。

被告は、ナナボシの会計監査人だったので、ナナボシに対する損害賠償責任の根拠としては、商法特例法9条(現在の会社法423条1項)の任務懈怠責任も考えられる。会計監査人と会社の関係は委任契約に関する規定に従うので(会社法330条)、任務懈怠の判断も準委任契約としての監査契約違反の判断と実質的に異なることはない<sup>(5)</sup>。

ただし、会計監査人の任務懈怠責任は、会社の機関としての責任の性質を有するので、会社側の落ち度との過失相殺の問題に関連することが考えられる<sup>(6)</sup>。この点は、

---

<sup>(4)</sup>原告の主張は監査契約の成立を前提としたものなので、本来、契約の存在についての主張は最初に判断されるべきであるが、被告のかなり無理な抗弁であり、裁判所もこの判断には比重をかけなかったものと思われる。

<sup>(5)</sup>畑知成「公認会計士の監査証明業務に関する損害賠償責任について」NBL879号48頁。

<sup>(6)</sup>龍田節「会計監査人の損害賠償責任」新版注釈会社法(6)(有斐閣、1987年)573頁。

後述する。

また、任務懈怠責任の場合、損害賠償債務の遅延損害金は、民法に基づく年5分となるはずであるが、判決は商事法定利率の年6分とした。

### III 監査業務と監査人の責任(監査の基準と監査人の注意義務)

#### 1 監査人の注意義務

監査契約上の債務不履行あるいは会計監査人としての任務懈怠を判断するにあたっては、会計監査人が果たすべき義務、任務は何かが問題となる。

公認会計士は、①財務書類の監査<sup>(7)</sup> または証明②財務書類の調製、財務に関する調査ないし立案、または財務に関する相談を業務とするが(公認会計士法2条)、証取法(金融商品取引法)に基づく財務書類の監査と商法特例法(会社法)に基づく計算書類の監査については、独占的に提供できることとなっている。

いずれの監査も、会計士・被監査会社間で監査契約が締結され<sup>(8)</sup>、これに基づいて行われる。監査契約は準委任契約と解されているので、会計士は善管注意義務を負い(民法644条)、一般に要求される程度の注意・技量をもって監査及び証明業務を行わなければならない、この注意義務に違反すると損害賠償責任を負うことになる<sup>(9)</sup>。

会計監査の主たる目的は、財務諸表が企業の財政状態及び経営成績を適正(適法)に表示しているか否かを検証して意見を表明するものであるが、財務諸表の適正(適法)性に影響を及ぼすような不正・誤謬を発見・防止することも監査の目的に含まれるとされる。監査人が発見・防止すべき不正・誤謬は、従業員レベルでの不正・誤謬ではなく、内部統制によって予防・摘発が不可能な経営者の経営判断に起因するようなものと解されている<sup>(10)</sup>。

監査の目的と監査人の損害賠償責任との関係については、「財務書類における不正の

<sup>(7)</sup> モントゴメリーの監査論「第2版」平成5年(中央経済社)中央監査法人訳6頁によれば、「監査とは、経済活動および経済事象に関する言明と設定された規準との合致の程度を確かめるために、これらの言明に関する証拠を客観的に入手し、評価し、さらにその結果を利害関係をもつ利用者に伝達する体系的なプロセスである。」

<sup>(8)</sup> 通常使用されている監査契約は、就任承諾書の性質を有していると考えられるが、監査約款を引用しており、その内容が監査契約の具体的な内容を示している。監査約款第4条(監査の限界)によれば、内部統制の固有の限界などの理由により、「不正及び誤謬によるすべての重要な虚偽の表示を発見できない」ことが了解されている。監査契約書の書式は、公認会計士協会のウェブで、会員に提供されている。

<sup>(9)</sup> 根田正樹「公認会計士の責任」新・裁判実務体系第8巻「専門家責任訴訟法」(青林書院2004年)99頁。

<sup>(10)</sup> 弥永真生「不正発見と会計監査人(上)」ジュリスト1115号92頁、松本祥尚「会計士の任務と責任」ジュリスト1235号40頁。

発見は公認会計士の監査業務の目的でないため、監査契約において不正の発見が責務とされない限り、公認会計士が不正を看過しても善管注意義務違反の問題は生じない」との見解もあるが<sup>(11)</sup>、本判決は、「監査人が監査上の危険性を的確に把握した上で、監査手続を尽くして、財務諸表を適法ないし適正なものとして監査意見を公表することで、初めて財務諸表に不正や誤謬のないことにつき合理的な保証がなされたといえる」ので、「監査の第一次目的が不正の発見でないとしても、そのことを理由に監査人が責任を免れるものとはいえない」、として不正発見ができなかったことは監査人の損害賠償責任となりうることを示した。

## 2 通常実施すべき監査

粉飾を見逃したことが、監査人の責任原因になるとしても監査人が注意義務を尽くしたことを立証すれば責任を免れる。公認会計士の監査証明業務の注意義務の判断基準は何かが問題となる。

この点、証取法(金商法)監査においては、企業会計審議会の監査基準・監査実施準則<sup>(12)</sup>に基づく監査がなされ、それを監査調書に記載していれば過失のないことが立証されると解されている<sup>(13)</sup>。商法(会社法)監査も、同様に考えられている。

本判決は、当然のごとく監査基準が監査人の注意義務の判断基準になるとして、被告の監査に適用されるべき監査基準、監査実施準則などを検討している。また、日本公認会計士協会の定めた指針も合わせて検討している。

## 3 リスク・アプローチ

監査人の監査は、監査基準に基づき、通常実施すべき監査手続により行われることが善管注意義務の内容であることは原被告も認めており、裁判所も、「通常実施すべき監査手続」とは、監査基準・一般基準に適合した職業監査人を前提として、監査人がその能力と実務経験に基づき十分な監査証拠を入手するために「正当な注意」をもって必要と判断して実施する監査手続をいうとし、善管注意義務を尽くしたかは「通常実施すべき監査手続」を具体的に実施したかにより判断されるとしている。

<sup>(11)</sup> 前出(2)日本コッパース控訴審判決。

<sup>(12)</sup> 2002年(平成14年)1月、企業会計審議会は、それまでの監査実施準則と監査報告準則を廃止して、監査基準を、監査の目的、一般基準、実施基準及び報告基準に整理し、監査基準を補足する具体的な指針を示す役割を日本公認会計士協会に委ねた。羽藤秀雄「改正公認会計士法」(同文社出版2004年)51頁。本件は、この改訂前の監査基準の適用が問題となった。

<sup>(13)</sup> 前出(9)100頁。

平成14年に改訂された監査基準は、リスク・アプローチ<sup>(14)</sup>に基づく監査の徹底を求めているが、本件(平成10年3月期から平成13年3月期)に適用のあった監査基準(平成3年改訂版)においては、「監査上の危険性」という概念はあったが、リスク・アプローチが明確に求められてはいなかった。そこで、被告は、平成14年1月の時点で、リスク・アプローチは、監査実務において定着したものではなく、被告にはリスク・アプローチに基づく監査を行うことは要求されていたわけではない、と主張した<sup>(15)</sup>。

これについて、判決は、被告の主張を取り入れず、平成3年の監査基準改訂から平成10年3月期までに7年間が経過しており、リスク・アプローチは、すでに実務で運用されていたので、相当浸透していたといえるし、被告自身、自己の監査マニュアルの作成にあたっては、リスク・アプローチを取り入れていたので、本件監査契約においても、被告は、リスク・アプローチを取り入れて監査をなすべきであった、としている。

また、リスク・アプローチは、監査の効率性を念頭に置いて、重点的に監査すべき部分と内部統制に依拠した監査でもよい部分とを区別して、不正や誤謬のないような監査を行うことを義務付ける概念であるから、監査の効率性を理由に必要な監査手続を実施できないということはいえないし、試査や内部統制に依拠した監査手続を前提とするから、本来行うべき追加監査手続は行えないこともないとした。

判決は、上記のような一般基準の下、被告の過失を判断している。

## IV 本件における被告の過失

### 1 本件における被告の粉飾

ナナボシは平成10年3月期から平成13年3月期までの各決算期において、架空決算による売上を計上する方法で粉飾決算を行ったが、その方法は、単なる会計帳簿の改ざんではなく、正規の会計処理に基づく資金移動を伴ったものであった。

資金移動は、主に下記の二つの方法で行われていた。

① 実在する顧客、工事について、追加売上が認められたという虚偽の事実を作り出し、追加売上进行し、当該顧客名で入金する。この方法は、平成10年3月期のみである。

② 御坊地区の組合名を利用して、これらの組合からナナボシが架空の土木工事等を

<sup>(14)</sup> リスク・アプローチとは、虚偽の表示の可能性が高い事項に対して重点的に監査の人員や時間を充てることによって、効果的で効率的な監査を実施するという監査の手法。前出(12)羽藤秀雄「改正公認会計士法」57頁。

<sup>(15)</sup> 被告の主張の根拠として、平成14年1月の監査基準の改訂の際に「平成3年の監査基準の改訂でリスク・アプローチの考え方を取り入れたところであるが、なおも我が国の監査実務に浸透するに至っていない」とされたことがある(監査基準の改訂について三三(1)リスクアプローチの意義)。

受注し、これを外注先に送金し、その外注先が組合を仮装して、ナナボシに振込み送金する。本件の中心となる粉飾行為で、ナナボシの取締役11名のうち、9名が共謀しており、取引業者も協力して行われた。この架空売上は、平成10年3月期から平成13年3月期まで計上され、平成12年3月期は33億6500万、平成13年3月期は25億3700万円と多額なものとなっている。架空の組合であることの発覚を避けるため、架空の組合の所在地にプレハブ小屋を建てて郵便受けを設置し、監査人である被告からの残高確認状を受領するなどの巧妙な方法をとっていたことが認定されている。

## 2 原告の主張

原告は、ナナボシは従来、電力会社、重機器メーカーを顧客にしていたのに、御坊地区の工事は公共工事であり、新規取引である、粉飾の協力事業者との取引が異常に多い、など取引の異常性を前提に、被告の過失を以下のように主張した。

① 御坊地区の工事の「売上及び売掛債権の実在性」について、注文書及び工事完了証明書の調査に留まったのは簡易すぎる。上記以外に存在するはずの書類の存在を確認すべきであった。

② 顧客の実在性については、内部統制に依拠することができず、監査人自らが実証した方がリスクが少なく効率的である。

③ 御坊地区の組合に対する売上、売掛債権は新規顧客に対するものであり、この売上の全体に対する割合も高かったので、監査上の危険性が高かったにもかかわらず、その危険性の検討が適切に行われていなかった。

④ 平成10年3月期から平成13年3月期においては、工事代金の支払い遅延など「売上及び売掛債権の実在性」を疑うべき不正の兆候が多数あった。

⑤ 被告は、ナナボシに不正の兆候が認められるにもかかわらず、当初の簡易な監査手続を変更せず、またより強い監査証拠を入手するなどの監査手続の追加も行わず、重要な虚偽記載を見逃した。

## 3 裁判所の判断

上記のような原告の主張に対し、裁判所の判断は次のようなものであった。

① ナナボシは、平成9年3月期に初の赤字を計上しており、請負業界は架空工事により売上を計上することは比較的容易な粉飾の手段なので、監査上の危険は相当程度高かった。

② 被告が行った御坊地区の工事の監査においては、工事の注文書、見積書、工事完



了証明書を入手し、確認し、工事残高確認状を送付して返信を受けること、そして残高確認状の数字と実際の入金額とを突合した。これらは、通常の請負工事代金の実在性の監査としては必要十分なものであり、リスク・アプローチを前提としても「通常実施すべき監査手続」に該当するといえる。

③ 御坊地区の工事が、ナナボシにとって経験の乏しい公共工事であったこと、ナナボシの工事売上における割合が高い等の事情があっても、入金がされている限り、問題点は見出し難く、御坊地区の工事が特別注視される事情はない。

④ (被告の過失)御坊地区の工事は、売上高が大きいにもかかわらず、平成11年3月期から支払い遅延が生じたが、平成12年3月期までは、監査意見が表明されるまでには、全ての工事の入金がなされたが、平成13年3月期においては、平成13年6月末ころ、証券取引法の監査意見を表明する段階になっても入金がなかった。被告は、平成13年3月期の決算までは、御坊地区の工事代金の支払い遅延を問題にしておらず、平成13年9月期において初めて問題視した。御坊地区の工事は公共工事であるので、支払い遅延は明らかに不自然であること、他の工事よりも明らかに高額な売上が上がっている工事なのに工期は非常に短く、それが常に期首の予算に計上されず、決算間近の期中に計上され、当初の全体の売上予想に近い数字になるように計上されているなど、極めて不自然であった。従って、被告としては、単に入金を確認するのみならず、契約の実在性についても監査手続を行うべきであった。しかし、被告が、入金遅れの理由を詳しく調査したのは、平成13年3月期の監査意見表明後であった。被告が、平成13年3月期において、御坊地区の工事の実在性について追加監査手続を実施しなかったのは、「通常実施すべき監査手続」を満たしているといえず、被告の監査手続には過失がある。

## V 損害の算定と過失相殺の法理

### 1 損害

原告が被告に請求した損害は、①違法配当金と②社外流出金である。違法配当金は、平成11年3月期から平成13年3月期の配当のうち違法部分1億8891万835円。社外流失金とは本件粉飾のために架空工事の外注費などとして、ナナボシから外部に支払いを装って支出された金員で、平成10年3月期から平成13年3月期までで、9億2117万8500円となる(ただし、原告は平成10年3月期の分として9024万2183円を請求から除外している)。

しかし、判決は被告が平成13年3月期の監査のみに過失があるとしたため①のうち

平成13年3月期の配当金8575万3896円を被告の行為と因果関係のある損害とし②については、被告が監査意見を差し控えることでその支出を阻止できる関係にあるとはいえないとして被告の過失との因果関係を否定し、損害と認定しなかった。

## 2 過失相殺の可否

判決は、粉飾がナナボシの役員らによって故意に行われたものであるから、8575万3896円の損害の8割を過失相殺し、被告には2割の責任を認めたにとどまった。原告は、被告の監査は、法定監査であって、公共的な意味合いを持つこと、商法監査における会計監査人の責任を取締役と不真正連帯にした商法特例法の趣旨、本件訴訟の主体が再生手続上の機関である管財人であること等から過失相殺は認められるべきではないと主張したが、原告の主張はここでは取り上げられなかった。

## VI 判決の意義、影響

### 1 監査人の責任についての考え方

会計監査人の被監査会社に対する責任が判断されたことは少なく、しかも本件は、被監査会社が上場企業であったので、裁判所の判断は注目された。前述のとおり、会計監査人の責任を監査契約の債務不履行責任と考えるか、会社法上の機関としての責任と考えるかの問題はあっても、公認会計士・監査法人の監査業務としてどの程度の注意義務が要求されているか、という観点からの判断である。

公認会計士は、会計監査に関する技能を有する唯一の職業専門家であり、その被監査会社に対する責任についての議論は、弁護士の依頼者に対する責任や医師の患者に対する責任と共通するところがある<sup>(16)</sup>。ただ、公認会計士の場合、業務が多様化している弁護士、医師に比べ、企業会計という目的の明確な分野における判断であるので、判断基準の設定は、弁護士・医師よりも容易であろう。

さらに会計監査の場合、「監査基準」が存するので、公認会計士の注意義務の程度は、この「監査基準」に依拠することができる。本件においても、原被告、裁判所とも、「一般に公正妥当と認められる監査に関する基準及び慣行」としての「監査基準」に基づく監査手続を実施することが、監査人の善管注意義務の内容であることに争いはない。争点は、被告が監査を担当していた時期において、監査基準には必ずしも明確に記述されていなかった、「リスク・アプローチ」の手法を取り入れるべきであったかどうかであった。判決は、平成3年の監査基準の改正に際し、リスク・アプローチは導入されて

<sup>(16)</sup> 専門家責任という観点から書かれたものとして、前出(9)根田正樹「公認会計士の責任」。

おり、被告自身も自己の監査マニュアルにリスク・アプローチを取り入れていたことを認定して、被告はリスク・アプローチを取り入れて監査すべきであったとしている。

経験則上、企業が作成する財務諸表には、一定の割合で虚偽の記載がありうることを認識するなら、会計監査においては、「通常行うべき監査手続」を行うだけでは注意義務を尽くしたといえず、監査対象企業の状況に応じ、リスクの高低を見極め、リスクの高いところには監査資源を集中させて監査すべきであることは当然である。リスク・アプローチという概念を用いなくとも専門家の注意義務として当然要求されるものである。本判決の会計監査人の注意義務の基準としては妥当なものと評価されている<sup>(17)</sup>。

## 2 善管注意義務の基準

会計監査人の注意義務を上記のように考えるとして、問題は、会計監査人の注意義務の程度をどのように考えるかである。

日本コッパース事件以後、被監査会社・団体の役員、従業員に不正があった場合の監査人の責任について判断した判例がいくつかあり、責任を認めたものと、認めなかったものがあり、参考になる。

責任を認めたものとしては、①労働組合から監査を依頼された公認会計士が、その組合の会計の職務にあった者の横領行為を発見できずに適正意見を表明した事案がある(以下①という)<sup>(18)</sup>。この事案では、公認会計士の監査において「預金の実在性」という監査要点につき、預金通帳の原本の実査を怠ったことが監査契約上の注意義務違反と認定された<sup>(19)</sup>。判例①の事案は、やはり預金の実在性の監査が問題となった日本コッパース事件と類似している面がある。

責任を認めなかった事例としては、②棚卸資産を偽ることによる粉飾決算を見抜けなかったとして会計監査人の責任を追及された事例<sup>(20)</sup>(以下②という)、③被監査会社と他社との架空取引を看過して適法意見を表明したことが注意義務違反に当たるとして会計監査人の責任を追及された事例<sup>(21)</sup>(以下③という)、などがある。

<sup>(17)</sup> 藤原俊雄「監査法人の過失による被監査会社に対する損害賠償が認められた事例」金融・商事判例1294号64頁。志谷匡史「監査人の義務と責任」月刊監査役545号56頁。

<sup>(18)</sup> 東京地判平成15年4月14日判例時報1826号97頁。

<sup>(19)</sup> 判決によれば、預金の実在性については、預金先に対し直接残高を確認するか、預金通帳の原本を実査することが、通常実施すべき監査手続として要求されており、本件では、依頼の時期から、預金通帳の実査をすべきとされた。

<sup>(20)</sup> 東京地判平成19年11月28日金融法務事情1835号39頁。

<sup>(21)</sup> 東京地判平成20年2月27日判例時報2010号131頁。

責任が認められた①の事例は、依頼者は労働組合であって、被告は個人の公認会計士であったのに比し、②③とも被監査会社は会社法(商法特例法)上の大会社であって、会計監査人は大手監査法人であり、本件と共通する点が多い。

特に③は架空取引を会計監査人が見抜けなかった点で、類似の事例といえる。③における架空取引は、事件当時、情報サービス産業において問題となっていた、架空循環取引であり、平成17年3月には日本公認会計士協会は、情報サービス産業を取り巻く監査上の諸問題について取りまとめ「異常な商社取引は、証憑等が形式的には整合している場合が多く、複数の情報サービス企業を介在しているため、取引実態が非常に判別しにくい。監査人としては、特に深度ある監査手続の実施が要求されるところである。」と指摘していた。

このような状況の中で、③の裁判所は、被告が、架空取引を発見できなかったのは、被監査会社と架空取引先が徹底した偽装工作を行ったためであり、被告の監査は、監査契約に則り、十分かつ適切な監査証拠を入手した上で、適切に行われたと認定し、善管注意義務違反を認めなかった。本件と③は、いずれも被監査会社の巧みな粉飾行為を見抜けなかったという点で、共通であるが<sup>(22)</sup>、責任の有無という点では判断は分かれた。

判例④で問題になった循環取引は、複雑な形態をとっていて、書類自体は整っており、架空であることを発見することは極めて困難であるのに対し、本件は、粉飾の方法としては単純なものであり、担当者にもう少し、立ち入って質問したり、現地調査を注意深く行えば、粉飾を発見できたであろうという評価の違いかと思われる。

### 3 損害と過失相殺

判決は、原告の請求が、監査契約の債務不履行に基づく損害賠償請求であることから、「監査契約の債務不履行において、ナナボシの旧経営陣に過失が認められる場合は、原告側の過失として、過失相殺を行うべきである」として、あっさり過失相殺を認め、ナナボシ側の過失を8割とし、被告には損害額の2割相当額の責任を認めた。

妥当な、賠償額を被告に負担させるという観点からはともかく、過失相殺の法理を適用した裁判所の考え方には問題があらう。

裁判所は、被告の債務不履行責任として判断しているのであるから、民法418条の適用があるのは当然としても、ナナボシ側の行為は、過失ではなく、故意による被告

<sup>(22)</sup> 本件は、管財人が原告として会計監査人の責任を追及したものであるが、③は、被監査会社そのものが原告である点に、違いはあるが、会計監査人の注意義務の程度の判断においては、原告の違いによって差異は生じないはずである。

の職務に対する妨害行為なのであるから、過失割合の認定には馴染まないのではないかと感じられる。

取締役の会社に対する責任については、過失相殺の法理を適用すべきかどうか議論がある。会計監査人を会社の機関と考えた場合、会計監査人の本来の任務については機関としての任務懈怠責任であるから、会計監査人と取締役が連帯して会社に対し責任を負うのであって、会社との関係で過失相殺を認めるのは妥当でないとも考えられる<sup>(23)</sup>。

取締役が、会社に対する責任を追及された事例では、過失相殺の法理を適用ないし類推適用して損害賠償額を減額したものは少なくない<sup>(24)</sup>。しかし、取締役の責任に過失相殺の法理を用いることには批判が強い<sup>(25)</sup>。上記、会計監査人の責任の場合と同様、会社の機関ないし機関の構成員としての違法行為がある場合に、会社の過失により責任が軽減されるのは疑問だとするのである。

これに対し、過失相殺の法理は、本来的な機能を超えて公平な賠償責任の実現を導く手段として類推適用などの名目で利用されることが少なくなく、実質的な理由があれば過失相殺の類推適用ということで根拠付けることも可能であるとする考え方もある<sup>(26)</sup>。

本件もまさに、被告の責任の程度を判断するにあたり実質的な考慮から、過失相殺の法理を拝借してきたと評価される事案である。会計監査人の責任を認めた日本コッパース事件第一審判決は8割、前記判例①の事案では7割の過失相殺により、最終的な損害賠償額が算出されており、このような事案においては、相当程度の過失相殺がなされるという裁判所の考え方が定着してきている、ともいえる。

<sup>(23)</sup> 会社法430条は、会計監査人を含めた役員等の連帯責任を規定する。商法特例法9条は、会計監査人間の連帯責任を規定するが、会計監査人の機関性から、取締役との連帯責任が認められると解される。新版注釈会社法6巻573頁。

<sup>(24)</sup> 福岡地判平成8年1月31日判例タイムズ944号247頁、東京地判平成2年9月28日判例時報1386号141頁。

<sup>(25)</sup> 山田純子「取締役の監視義務を会社に対する責任」甲南法学38巻3・4号314頁。近藤光男教授は、商法(会社法)が取締役の連帯責任を要求しているのに、他の取締役の過失を理由として自己の責任を軽減してもらう余地はないとするが、取締役と連帯責任を負わない任意監査人は、取締役の過失をもって過失相殺ができるとする。株式会社の会計監査人は取締役と連帯責任を負うので、やはり過失相殺は認められないことになろう。「取締役の会社に対する責任と過失相殺の法理の類する適用」私法判例リマックス1992年(下)119頁。

<sup>(26)</sup> 山下友信教授は、「同程度の注意義務違反を犯した複数の取締役のうち特定の者だけを狙い打ちに会社側が責任を追及するような場合は、商法(会社法)はいかに連帯責任を負わせているとはいえ公平性や信義則違反の点から責任軽減をすることは十分考えられよう」とする。ジュリスト1145号109頁「取締役の会社に対する責任を過失相殺の類推適用」。

#### 4 監査実務への影響

パプルの崩壊までは、上場企業が破綻することは稀であったが、現在はそうではない。会計監査人のリスクはすでに顕在化しており、本判決が出るまでもなく、会計監査人は被監査会社からの損害賠償請求を意識した監査を行っていると思われる。むしろ、本判決が出たことにより、裁判所の一定の判断基準が示されたことになり今後の対策を考えやすくなったのではなかろうか。

本件で認定された過失は、専門家責任における高度な注意義務に違反したというようなものではなく、うかつにも被監査会社の粉飾を見逃したというものであって、監査人に従来とは異なる高い注意義務を課したわけではない。そういう意味では、監査実務に大きな影響・変化を与えるものではない。

本判決は、概ね妥当なものとして評価されており<sup>(27)</sup>、会計監査人に対し、一定の警告と基準を示したという点で、意義ある判決である。

以上

---

<sup>(27)</sup>前出(17)藤原。志谷教授は、工事現場に案内され、残高確認がとれ、入金の実事が確認されれば、」工事の实在性を疑う必要はない、という裁判所の論法は、リスクアプローチを用いて被監査会社の実情に沿った慎重な監査を実施すべし、という説示と整合性がとれないのではないかと指摘する。62頁。

刑法総論(1)

花井哲也

|   |         |     |
|---|---------|-----|
| I | 序論      | 192 |
| 1 | 刑法の出発点  | 192 |
| 2 | 刑法の基本原理 | 194 |
| 3 | 刑罰の本質   | 198 |

## I 序論

### 1 刑法の出発点

#### (1) 刑法の意義

刑法とは何かというと、それは犯罪と刑罰との関係を規定したところの法である。まず、この点から考察を始めよう。ところで、犯罪は、自然現象ではなく、人間によって行われる社会侵害的な行為である。その人間行為は、個々人の人間の意思に根ざしたものであるが、また、それは、社会の側の問題性にも深く係わったものである。その意味において、犯罪は、一方では人間そのものの個人の意思行為の現れであり、他方では人間の社会秩序に対する脅威の発現でもある。

人類は、このような犯罪に対する具体的な方策として刑罰という制度を発展させてきた。その刑罰は、近代では、犯罪を根拠として、国家が原則として行為者に加えるところの法的制裁である。しかし、これまで、刑罰がどのような内容と任務を持つかは、人間そのものに対する内的平穏の観念の変遷により、また時と所によりさまざまに理解されてきた。もっとも、なぜ人は、人を罰することができるのか。人を罰するのは何のためであるのか。さらに、どのような行為を犯罪として処罰すべきであるのか。これらについて、いまだ刑法は、必ずしも自明の回答を持つものではなく、今なお継続した課題である(平野龍一・刑法1、3頁)。とはいえ、刑法はまた、その適用という実践的な場面で、「刑罰とは何か。」「犯罪とは何か。」そして、「犯罪と刑罰に関係する法全体は何か。」について、常に問題解決をもしていかなければならない使命を担っている。

#### (2) 刑法規範

刑法の対象は、刑法規範である。刑法規範は、法規範であって、後述するように、「罪刑法定主義の原則」によって、成文の法をもって表示されることを要し、その成文はすなわち条文である。しかし、条文が刑法規範であるのではなく、それは刑法規範を表示した命題である。刑法は、この条文に表示されたところの命題の意味内容を明らかにすることによって認識される。その方法として、刑法は「解釈」という方法を必要とする(木村亀二・刑法総論〔増補版〕17頁)。ここでいう解釈とは、自然科学のように経験的事実を観察し、実験し、その事実を支配する法則を発見するというのとは違って、刑法規範の意味の理解をすることである。このような意味において、刑法の理解は現行刑法の客観的な法規範の意味内容を解釈によって体系的に認識することにある。



### (3) 刑法総論

刑法規範の基本的形式は、たとえば刑法第199条に「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する。」と規定し、また、刑法第235条に「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。」と規定しているように、特定の犯罪に対して、特定の刑罰を科すことを規定した法規範の形式をとっている。このような特定の刑法規範を刑法各則といい、この刑法各則を研究対象とする学問を刑法各論という。ところが、刑法規範はこのような刑法各則ばかりではなく、個々の刑法各則に規定された、さきの第199条の殺人罪とか、第235条の窃盗罪とかが共通に備えなければならない一般的規範も含まれている。そうした、一般的規範を刑法総則といい、この刑法総則を研究対象とする学問を刑法総論という。本「資料」が、考察の対象とするのは、この刑法総論である。

刑法総論は、刑法論・犯罪論および刑罰論の3つの部門に区別され、それが刑法総論の内容である(木村亀二・犯罪論の新構造上5頁)。刑法論の中心問題は罪刑法定主義であり、また、刑罰論の中心問題は刑罰の本質論である。そして、犯罪論が刑法総論の中において、もっとも重要な理論的関心の対象となっている。とくに、犯罪論では、刑法の立場から見たすべての『犯罪』に共通する一般的要件が検討される。現在、この要件は、構成要件該当性、違法性、責任の3つの要件から構成されると一般に考えられている。私も、犯罪の一般的成立要件を、この3つの要件で検討するのが妥当であると考えている。

### (4) 犯罪論の体系

犯罪論の体系に、完結した、唯一絶対の体系があるわけではない。犯罪論の体系は、さまざまな体系が存在しうるし、現に存在している<sup>(1)</sup>。もともと、体系は、一定の原理に基づいて矛盾なく組織された知識の統一的全体を意味する。そして、犯罪論の体

<sup>(1)</sup>ドイツ刑法学型体系は、犯罪の客観的要素と主観的要素の区別を基本とするものがあり、また、「客観的要素」「主観的要素」及び両者を結合するものもある。さらには、「主観的要素」を「客観的要素」に先行させて主観主義的犯罪論を鮮明にするものもある。それに、行為と行為者との二元論的分類を基本とするもの等々さまざまである。ペーリング以来の構成要件概念を用いるドイツ刑法学型の犯罪論体系においても、行為論をまず独立してとりあげ、構成要件を違法の中で論じ、行為、違法、責任の三つの要件を中核とする体系をとるものもあり、また、犯罪論を基本的に故意の作為犯、過失の作為犯、不作為犯に分けて構成し、それぞれに構成要件、違法、責任を論じる体系、そしてまた犯罪論を故意犯の構造と過失犯の構造とに分けて論じるもの、さらに犯罪論を刑事政策の要請にしたがって再構成するものなど多様である。英米刑法学やフランス刑法学は、基本的には、犯罪の客観的要素や主観的要素の区別を基礎として論じられている。

系は、統一的な事象である犯罪を慎重、かつ正確に認定し、また犯罪の構造を的確に把握することのできるものでなければならない。それによって、刑法の妥当な適用に役立つという目的が達成される。すなわち、犯罪論の体系は、そうした目的論的体系である必要がある。

すなわち、そうした体系があれば、現実に行われた殺人や窃盗が、本当に、刑法でいう殺人罪や窃盗罪に該当するかどうかを判断する裁判官に対して、直観的、感情的にではなく分析的・理性的に、つまり、慎重、かつ正確そして容易に能率的な犯罪の認定を可能にするものとなる(阿部純二・刑法総論35頁、平野・前出刑法1、90頁)。このことが、究極において、刑法の目的、すなわち、被告人の人権保障及び人々の法益保護に役立つことが可能になるのである。

## 2 刑法の基本原則

### (1) 基本原則の問題

刑法は、先に述べた刑法規範の適用の結論として、一定の事実が犯罪とされ、これに対し、その法的効果として一定の刑罰が加えられることになっている。そして、現行の刑罰の中心は、生命の剥奪を内容とする生命刑である死刑、自由の剥奪を内容とする懲役・禁錮・拘留などの自由刑及び財産の剥奪を内容とする罰金・科料などの財産刑である。ところが、これら生命・自由・財産は、人間の個人的・社会的な生活における、もっとも基本的な価値である。すると、刑法の適用という実践においては、この、もっとも基本的な価値の剥奪・侵害に深く関連を持つこととなる。また、刑法は、その適用という実践によって社会的秩序の平和的維持を目的とする。その意味において、刑法の、かかる適用は、社会の平和的存立に不可欠の関連を持つものといえる。

すなわち、刑法は個人的・社会的な基本価値と緊密な関係を持ち、またその適用という実践においては、そうした基本的価値に深刻な影響を持つ可能性を含んでいる。したがって、刑法は、その基本的価値の基礎となっているところの価値観・世界観と不可分の関係に立ち、その価値観的・世界観的見地の相違によって個々の問題に対する結論の相違をもたらす、学説・学派の相違・対立の可能性を必然的に包含している。また、実際にも、刑法上の個々の問題に対して、多様な学説等が展開されている。もちろん、このことは、刑法だけに固有なものとはいえないが、他の文化・社会科学一般に比べても、刑法はとくに顕著なものとなっている。しかし、刑法は、現行刑法がいかなる価値観・世界観の上に立っているかを確定し、その前提の下に、はじめてその基本原則を理解することが可能になるといわなければならない。そこで、刑法にお

ける学説・学派の相違・対立によって展開された問題と意義をあらかじめ理解しておくことが適当であろう(木村・前出刑法総論27、28頁参照)。

## (2) 刑法学派の争い

刑法の基本原理についての争いは、事実上、しばしば学派の争いとして発展し、これまでも歴史の舞台に現れた。たとえば、第18世紀の初めにかけて、自然法的な天赋人權の思想を根拠に罪刑法定主義の要請を掲げて、アンシャン・レژیーム(旧体制)の罪刑専断主義に対し激しい論争を展開したし、第20世紀の20年代から30年代にかけて、とくにドイツにおいて社会的自由刑法と権威刑法の思想をめぐって、「自由刑法か権威刑法か」を中心に展開された。これらは学派の争いといってよい。しかし、いわゆる学派の争いと一般にいわれるのは、第19世紀の末葉から第20世紀の初頭にかけてドイツ刑法学会において展開された、いわゆる古典学派又は旧派と近代学派又は新派といわれるものの間に展開された争いをいう。古典学派の代表者は、当初ビンディング(Binding, 1841–1920)、そして後にビルクマイヤー(Birkmer, 1847–1920)らであり、また、近代学派の代表者はリスト(List, 1851–1919)であった(木村・前出刑法総論29頁以下)。

## (3) 古典学派の理論

古典学派は、アンシャン・レژیーム(Ancien régime)の絶対主義的社会・政治体制下の犯罪認定の非合理性・恣意性と刑罰の残虐性などの刑法に対し、個人の自由を強調する啓蒙的ヒューマニズムの思想を背景として、イタリアのベッカリア(Cesare Beccaria, 1738–1794. 著書「犯罪と刑罰」が有名)、イギリスのベンサム(Jeremy Bentham, 1738–1794)、そしてドイツのカント、刑法学者のフォイエエルバッハラによって唱えられた。その主張は、整理して、一つの理念型としてまとめると、およそ以下のようになるだろう。

刑罰は、合理的理性をもった人間の犯罪行為に対して、その報いとして加えられるものである。すなわち、刑罰は悪行に対する悪果であるから、その内容は当然害悪、つまり苦痛である。その意味で、応報刑論である。そして、刑罰は、犯罪行為に対するものであるから、その犯罪行為と均衡を保つ必要がある。つまり、犯罪行為と刑罰の均衡をもって、正義が実現され、いたずらな残虐化が防止されるとする。このような点から、罪刑法定主義が要請された。刑罰がこのようなものであることによって、本人はもちろん一般の人々もいましめて犯罪を予防することができるというのである。いわゆる刑罰は一般予防を主な目的とするということになる。

この古典学派の立場は、犯罪、すなわち犯罪行為に現実的な意味を認めるので、現実主義であり、また行為そのものの客観的意味を重視する点で、客観主義であるとされる。しかし、古典学派も、もちろん行為の客観的側面だけを見るのではなく、責任の基礎は、むしろ行為をする者の意思に求められるとする。すなわち、合理的理性を持つ人間には自由意志があり、その意思によって、悪い行為も善い行為も選択できたのに、自ら自由な意思・選択に基づいて、悪い犯罪行為を行ったのであるから、これを非難して道義的な責任を問うことができるというのである。その意味で、道義的責任論を説いた。

#### (4) 近代学派の理論

近代学派は、いわゆるコント (Auguste Comte, 1798–1857) の科学主義的実証主義に端を発し<sup>(2)</sup>、19世紀の後期に至り、産業革命の影響による失業者・貧困者層が発生し、これらの者による犯罪の激増から刑法の無力を経験して、刑法学は、犯罪についての問題の関心を、犯罪の法的概念や実体ではなく、個人的人格、その生物学的個性又は社会的環境に深く依存している犯罪者に注目して、その犯罪原因を科学的に究明して対応する考え方が主流となった。つまり、古典学派に対し、そうした科学性を欠いていたため犯罪を増大させたとして批判し、近代学派は、新たに徹底した実証的方法により犯罪者の生物学的個性又は社会的環境について科学のメスを入れて、その合理主義的思考からの研究が行われた。その代表的主張が、イタリアのロンブローゾ、フェリー、ガロファロ、そしてドイツの刑法学者リストらによって、唱えられた。それらの主張は、さきの古典学派と同様に整理して、一つの理念型としてまとめると、およそ以下のようになるだろう。

およそ人間には自由意思などというものはなく、犯罪は行為者の性格の必然的な現れにすぎない。すなわち、犯罪は、行為者の生まれながらの遺伝的素質とその置かれた環境によって必然的に生起する現象である。さすれば、刑罰の対象となるのは犯罪という行為ではなく、行為者である犯罪人であるから、行為は行為者とは別個ではなく、行為は行為者の行為 (die Tat ist des Taters) であり、その行為は具体的な行為であって、法律に規定されているような抽象物・概念ではない。その意味で、刑罰は、犯人の分類を基礎とすることを要する。すると、犯罪行為は行為者の主観的な反社会的性格、すなわち反社会性の徴表としての意味を持つにすぎないことがわかる。その意味で、犯罪徴表説を主張した。

<sup>(2)</sup>個人的又は科学的事実の認識において感覚的知覚、つまり、我々の五感(視、聴、臭、味、触の五つの感覚)の作用によって捕らえることを趣旨とした。

また、刑罰の目的も、古典学派が主張するように、犯罪に対する応報ではなく、犯罪者を教育改善して社会に復帰させるところにあるとした。すなわち、行為者の反社会的性格を矯正する手段である教育刑主義・目的刑主義を主張した。したがって、刑罰の量は、行為の客観的側面からではなく、犯罪者の持つ、改善されるべき反社会的性格の程度、つまり、その危険性を除去して社会に復帰させるために必要な処遇の期間によって決せられることとなる。その意味において、近代学派は、刑罰をもって、行為者の特性に応じて個別化されるべきことを強調した。その結果、犯罪概念については主観主義と刑罰の個別化という二つの思想を展開したのである。

これに加えて、近代学派では、犯罪は、行為者の自由意思の所産ではないから、行為者を道義的に非難することはできない。だからといって、こうした社会的危険性を有する者を放置しておくわけには行かないから、社会は、犯罪者のもつ危険性から自らを防衛する必要がある、そのために刑罰が必要なのであるとする。そして、その意味で、犯罪者の社会的責任論を主張した。また、新派の主張には、旧派によって、閑却されていた刑事裁判と行刑の結合ということが強調され、とくに刑罰は自由刑においてはその執行である行刑において真の意義をまっとうするものであるということが指摘された。その結果、刑罰の個別化の見地から、少年に対する特別法の必要、短期自由刑の弊害を除去し、これに代わるべき制度としての有罪判決の執行猶予制の確立、不定期宣告刑の重要性、自由刑の種類の区別を撤廃して単一刑とすべきこと等を刑事政策的要請として主張した。さらにまた、新派の主張であって、目的刑のもっとも重要な要請として保安処分制度などが主張されたのである(木村亀二・新刑法読本41から42頁、前出刑法総論34、35)。

#### (5) 両学派の統合

両学派の主張は、それぞれの時代背景も影響して極端な主張として展開されたが、今や、両者の総合・止揚ということが課題とされている。確かに、犯罪を行った者の中には、最悪の生育環境にあって同情すべき者も少なくない。しかし、そのような環境にある者が必ずしも犯罪に駆り立てられるものとはいえない。また、逆に、良好な環境に育った者でも犯罪を行う人間もいる。さらにまた、たとえば、無抵抗な幼児や、金銭欲や歪んだ性欲の犠牲となって殺害されるという事例も日々生起している。かかる残虐非道、かつ、人間性のかけらも見られない犯行に対しては、(厳罰をもって臨んでもらいたいという気持ちは)遺族はもちろん、一般市民の犯人に対する憎しみや応報感情は一般人の素朴な観念であろう(法務総合研究所研修第二部教室「刑法入門」研

修490号96、97頁)。

しかし、また、裁判の量刑にあたって、とくに犯罪事実を認めた犯人に対しては、弁護人は犯人の情状を訴えるのが常であり、そもそも刑罰の目的が応報だけというのも妥当でないだろう。さらに、行刑の実態を見れば刑罰の目的が犯罪者の改善・教育に向けられ、犯人の再犯の防止に努力されていることがわかる。してみると、両学派によって、主張されたものを批判的に検討し、妥当な見解を見つけ出すことの重大さが理解されるであろう。

学派の争いは、ドイツ以外の世界の諸国にも影響を与えた。わが国においては、牧野英一博士によって、新派の理論が展開され、これに対して、大場茂場博士によって旧派の理論が強調され、その対立・論争の影響は今日の刑法学にも深く及んでいる。しかし、ドイツでは、新派の主張であった保安処分制度や執行猶予・仮釈放などの制度が漸次立法化されるなどして、歴史的には第20世紀の20年代において、学派の争いは一応終結したといつてよい(木村・前出刑法総論35頁)。

今日の課題は、両学派の争いの中で議論された、それぞれの主張をいかに批判的に克服し、総合・止揚して刑法上の諸問題を理論的・実際的要求に基づいて妥当な解決を見出していくかにあると言わなければならない(木村・刑法総論36頁)。そして、刑法を学ぶ者として、「なぜ人を処罰することができるのか」という刑罰の意義・本質について、一度は、自身徹底的に思索してみることが大切なように思われる。その場合、もっとも重要な問題は、刑罰及び犯罪の本質、並びに、自由意思の問題である。

### 3 刑罰の本質

#### (1) 刑罰の基本問題

刑罰の本質は、なぜ法律をもって刑罰を規定し、裁判によって刑罰を言い渡し、これを執行しなければならないのかという問題である(木村・前出新刑法読本347頁)。たしかに、なぜ人間が同じ人間を罰する権利をもっているのか。これは、刑法の根本問題であるばかりでなく、人間の魂に課された永遠の根本問題でもあって、多くの優れた魂がこの問題を解こうとしている。たとえば、キリストは、「罪を犯した者をどこまでも赦す。」としたし(聖書「マタイ傳」第18章)、文豪トルストイも、「限りなく許すこと、無限に愛し合うこと、それが唯一絶対の真理であって、この真理の実践によって人間の社会生活が成り立っており、成り立ってきたのであるから、刑罰はいらない。」と述べている(『復活』)。すなわち、キリストは宗教的見地から、トルストイは人間愛から刑罰の存在を否定する思想を主張した。また、無政府主義の見地から、「あら

ゆる権力、したがって、そのもっとも強力な国家権力は、人間の本質的自由を阻害する最大の悪であり、その悪の手段として用いられる刑罰は否定されるべきものである。」と主張した(ブルードンやバクーニン、クロボトキンなどの無政府主義者)。

これらの主張は、宗教や人間愛、そしてある極端な思想において妥当するものであろう。しかし、これらの主張は、人類が社会生活を平和的に営まねばならない社会秩序維持の面からは妥当でないといわなければならない。また、人間は自己の自由を尊重しなければならないが故に、自由を侵害する犯人を罰しなければならないのである。つまり、刑罰をもって、全く存在理由がないという考えには賛同できない。しかし、問題は、刑罰の存在を認めた上で、それではその刑罰がどのようなものでなければならないかということである。ここに、刑罰の本質の問題は、刑罰の理念の問題として刑法上論じられなければならない(木村・前出新刑法読本352頁)。

その場合の刑罰の本質の問題というのは、刑罰がその本来の姿において何かの問題であり、刑罰がいかにあるべきかの問題であるから、それは刑罰の当為の問題であることに注意しなければならない。したがって、刑罰の本質の問題は、その事実の問題、存在の問題と区別しなければならない。歴史的・心理的等の存在の事実として刑罰は、政治的闘争の手段であったし、加害の道具であったし、財政的収益の源泉であったし、また、そうであることが可能であった。しかし、それは、刑罰の歴史・心理学・社会学の問題であって、刑罰の本質の問題ではない。つまり、刑罰の本質は、その事実によって論証することも、反駁することも、論理的には許されない。また、刑罰の本質である目的についても、本質的な目的と偶然的な目的を区別しなければならない。本質目的は刑罰そのものに必然的に内在し、刑罰があらねばならない当為としての目的であり、偶然目的とは、歴史的・心理的・社会学的事実としての目的である。したがって、刑罰の偶然目的をもって本質目的に代えることはできないし、両者を混同することも許されない。このように、刑罰の本質の問題は、刑罰の本質目的の問題であり、その意味において、刑罰の本質と目的は同一であることに注意すべきである(木村・前出刑法総論38、39頁)。

この刑罰の本質の問題に関して、応報刑論と目的刑論という二つの根本的な対立思想が存在する。応報刑論は、「刑罰は、犯罪行為に対してその責任に応じて科すものであり、そのような応報の実現が正義の要請である。」と主張する。これに対して、目的刑論は、「刑罰は、犯罪行為を防止するために科すものであり、犯罪を防止して人々の諸々の権利・利益を順守し、そうして社会全体の利益を犯罪から防衛することにある。」と主張する。この両主張はとくに啓蒙時代以降多くの学問的洗練を受けて現在ま

で続いている。古典学派(旧派)と近代学派(新派)との間の、いわゆる前出2「刑法学派の争い」がそれである。この主張の争いは、単に、応報刑論と目的刑論の対立を超えて、人間性、倫理、法の本質などをめぐる世界観を深く包蔵すると同時に、また第19世紀から今世紀にかけての社会を背景とする特殊近代的な論争であることも忘れてはならない(平野龍一・法学セミナー「刑法の基礎」)。

## (2) 応報刑論

応報刑論は、犯罪は害悪、すなわち悪であるから、この悪行に対して、害悪をもって「報いる」ことが刑罰であり、そうした応報が刑罰の本質でなければならないとする思想である。つまり、刑罰の本質を応報でなければならないと理解する思想であり、最も古くから主張された考え方である。では、応報とは何かというと、およそ三つの要素から成っている。その一は、応報をもって動に対する反動であるとする思想であって、それは人間の本能に根ざす根本事実であるとする。したがって、それは本能主義である。その二は、応報をもって、同じものに対して同じものをもって反動することであるとする。つまり、動と反動とが分量的に平等であることが応報であるとする。それは、「目には目を、歯には歯を」という、いわゆる「同害報復」のカントの思想がよく引き合いに出される。カントのような主張を絶対的応報刑論といい、また、ヘーゲルの有名な弁証法の論理から「犯罪は法の否定であるから、その否定である刑罰は犯罪と質的・量的に相応しなければならない。」と主張する等価的・絶対的応報刑論もある。この応報刑論の主張する応報は、いずれも均衡を失した復讐と異なり、平等を基礎とするところの正義であるとする。その三は、動に対する反動である応報の内容は、刑罰にあつては害悪であり、苦痛でなければならないとする思想である。すなわち、犯人は、悪を行った者であるから、これを苦しめ、これに苦痛・害悪を与えて返すのが応報であり、それが刑罰であるというのである。その意味において、応報刑論は害悪刑・苦痛刑の理論である(木村・前出新刑法読本334頁、335頁。同・総論「増補版」44頁、45頁)。

## (3) 応報刑論の問題点

応報刑論は、「悪いことをしたのだから、刑罰は当然の報いだ。」という素朴、かつ、否定しようのない人間的感覚の内実を表現するものであり、また、それは、刑罰を科すことが「それ自体」刑罰の正当根拠(正義の要請)であるとの主張にも相応する(先に述べたカント、ヘーゲルらの主張)。しかも、応報刑論は、行為者の責任に応じた刑罰だけを正当化することによって、いわゆる責任主義と罪刑の均衡を基礎づけることが



できる点で優れているとされる(佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方」法学教室 No.283号43頁)。すなわち、それは、刑罰の謙抑性に奉仕し、いたずらな残虐化を防止する面があるというわけである(酒井安行「スタートだ! 刑法」No.473、82頁)。しかし応報刑論には、以下のような問題点がある。

(1) 応報刑論は、刑罰を科すこと自体が自己目的で良いことであるから、悪い行為があれば「必ず罰せよ」とする必罰主義に陥るおそれがある。すなわち、犯罪者は必ず罰せられなければならないことになる。しかし、問題はその必要があるだろうかということである。例えば、軽微な犯罪について刑罰が不必要な場合にも、刑罰を科さねばならないことになる。また、犯人の事情を一切顧慮することなく、犯罪に応じて刑罰を科すことになるから、重い犯罪に対する刑は苛酷にもなる。こうした応報思想の硬直性は、「素朴な人間的感覚」からもそのままでは受け入れられない理由ともなる。

(2) 応報刑論は、罪を犯したことについて行為者に「責任」をとらせ、その償いとして罰するのだとする論理である。その場合、処罰の対象となる「償い」という責任の性質、その実質をなすのは「自由意思」を前提にする。その基礎に置かれる、自由意思とは、決定されていないこと、すなわち、原因がないことである。しかし、自由意思は、後述するように、科学的に証明されない内容空虚な概念である。また、「償う」ということは、本来、個々人の心の問題(反省とか、悔悟とか)にかかわるものであり、道義あるいは倫理的性質を帯びたものである。すると、これに対して国家が、「犯罪」や「刑罰」という形で深入りすることは決して好ましいものではないといわなければならない。

(3) 応報のための応報、非難のための非難という応報刑論による正義の実現は、国家が行う任務ではないという問題がある。つまり、国家の任務は、正義の実現というよりは、個人の生活利益を基礎とした法益を保護し社会の安定した平和的な秩序を維持することにあると考えるべきである。国家が、「悪」を懲らしめ、「償い」をさせ、「悔い改め」させるという応報的正義は、個人の尊厳を基調とする現代国家の任務にそぐわないものである。その意味において、刑罰は応報であると同時に犯罪予防の効果を持つことによって正当化されるとする、いわゆる相対的応報刑論(統合説)も同様の問題がある。

#### (4) 目的刑論

目的刑論は、「犯罪が行われないように刑罰を科する。」ものであるが、刑罰によって、社会の一般人が犯罪に陥るのを予防することに刑罰の目的の重点を置く一般予防論と犯人が再び犯罪に陥るのを防止することにその重点を置く特別予防論に分かれる。目的刑論によれば、犯罪は、自由意思に基づいて行われるというようなものではなく、

犯罪者の個人的人格、その生物的個性又は社会環境等に深く依存した原因によって生み出されるものであり、それらは科学的に究明されなくてはならないというものである。すなわち、目的刑論は、その究明に対応して、刑罰を将来に向かって、一定の目的を達成するために科することになる。その目的とは、犯罪を防止して国民の諸々の権利・利益を平和的に維持することにほかならない。つまり、目的刑論は、犯罪を犯してしまったから処罰するのではなく、犯罪が犯されないようにするために処罰するということになる。

#### (5) 目的刑論の問題点

目的刑論は、刑罰の犯罪防止効果を問題にする点で、刑罰を合理的・科学的に論じることができるという長所を有している(佐伯・前掲法学教室44頁)。また、一般予防が、刑罰の予告や犯人処罰の実現によって、一般人を犯罪から遠ざける予防的效果があることは経験的に知られている。さらにまた、特別予防は、再犯防止のため犯人に働きかけてこれを教育し、社会復帰を図るということで、刑罰の社会化、人道化を進めることにもなった(阿部・前出刑法総論280、281頁、酒井・前掲セミナー84頁)。しかし、目的刑論には、以下のような問題点がある。

(1)目的刑論は、科学的・合理的な考え方として強い説得力を持つものの、刑罰による犯罪者の改善効果や一般予防効果とその多くの実証的研究にもかかわらず、科学的に証明されているとはいえない。もっとも、刑罰による一般予防の効果は、科学的に完全に証明されている必要はないであろう。しかし、少なくとも、その効果が国家の刑罰制度を正当化するに足る程度には、信頼できるものでなければならないであろう(佐伯・前掲法学教室44頁)。ところが、目的刑論によれば、刑罰は非難とは無関係であり、行為者に再犯の危険性がある限度で、その性格に応じた正確な刑を科学的に判定しなければならない。そこには、多くの問題が残されている。

(2)まず、特別予防論については、行為者の性格の危険性の改善に対し特別予防に必要な刑が正当化されるであろうが、そうした考えは、徹底すると妥当でない方向に行く可能性も生じ得る。つまり、軽微な犯罪であっても犯人の改善の必要によって長期の拘禁が正当化されることになるし、常習窃盗犯のような改善不能者に対しては終身隔離のようなことも許されることになる。また、逆に、どんなに重大な犯罪を犯しても再犯の可能性のない行為者に対しては刑を科することができないことになる(阿部・前出刑法総論280頁)。かかる結論は、行為者だけを考慮して、一般社会および被害者に対する刑罰の効果を看過・無視することとなり、場合によっては行為者優遇の印象さ

え一般人に対し与え、刑罰の真の目的を達成することが不可能となる(木村・前出新刑法読本361頁、362頁)。

特別予防論は、行為者の危険性を重視して、行為者の個別化を行い、それに対応して改善の必要性の有無・強弱を判定するので、同じ重さの犯罪でも行為者によって科される刑が異なり、刑の不平等が生ずる。また、国家が、行為者の人格の矯正や改善に踏み込むことは、医師が患者の病気を治療するのとは違って、人権侵害の問題となることもある。さらにまた、行為者の危険性の量・程度を客観的に判定する基準自体も大いに問題なのである。

次に、一般予防論についても、一般予防の必要が大きければ、行為者の責任の量を超えた刑罰が正当化されてしまう、という問題がある(佐伯・前掲法学教室44頁)。特に、一般予防を強調すると、必罰、厳罰に陥りやすく、極端な威嚇刑主義となる。すなわち、威嚇ということは、社会一般人に対し一定の心理的效果を発揮するが、これを極端に進めるとかえって逆効果となって、社会の一般人がその威力を感じなくなり、その効果が微弱化して、人々を無感覚にするものである。すると、一そう強度、かつ不必要な威嚇を呼び起こし、残虐刑と化する結果ともなる(木村・前出刑法総論41頁)。このことは、一般的に、予防の効果が実証困難だからである。この点に関して、最近、ドイツのギュンター・ヤコブス教授によって、規範の実効性に対する国民の信頼を維持・強化することから、罪刑均衡の原則を導き出せるとの主張がある。この主張を、積極的一般予防論と称している。つまり、刑罰による威嚇を問題にする消極的一般予防論は、極端な威嚇による刑罰を科すこともあり、国民の正義観念に反するとの批判がある。これに対して、積極的一般予防論は、威嚇よりも国民の規範意識の維持に注目する。すなわち、規範が守られている状態それ自体が重要だと考える。刑罰は「規範信頼の訓練」のために行われると考えるのである。しかし、この主張に対しても、規範違反があれば、常に処罰すべきであるという立場につながるおそれが強いとの批判が加えられている(佐伯・前掲法学教室44頁)。

注 刑法総論(1)は、枚数制限から中途である。本資料は、刑法総論の研究をまとめるつもりで執筆を始めた。できるだけ簡潔を期しているので、完成するまでには人名の紹介等の「注」などをつけようと考えている。とりあえず、まず読者諸賢の忌憚のない批判を頂戴し、さらに不備を補い、学問的責務を果たしたいものと考えている。



## 【雑報】

### 2008年の主な研究活動

**2008年1月31日(木)**

「組織内弁護士講演会」学生自主企画(本学605講義室)

パネリスト：

- 梅田 康宏弁護士(NHK、日本組織内弁護士協会理事長)
- 芦原一郎弁護士(アフラック〔アメリカンファミリー生命保険会社〕)
- 木内秀行弁護士(外務省)

**2008年5月28日(水)**

佐々木清隆氏(金融庁証券取引等監視委員会総務課長)「公正なる証券市場の確立を目指して：証券取引等監視委員課の活動と市場参加者の役割」(本学606講義室)

**2008年7月30日(水)**

佐伯仁志教授(東京大学法科大学院教授)夏期特別講演会「医療過誤に対する刑事制裁のあり方について」(本学講堂)

**2008年11月29日(土)**

新屋達之教授(本学刑事訴訟法教授)刑事法研究会「横浜事件第3次再審最高裁判所判決(最判平20年3月14日刑集62巻3号85頁)」(本学7階大会議室)



## 執筆者紹介

---

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

土田 亮

大宮法科大学院大学法務研究科准教授

早川和宏

大宮法科大学院大学法務研究科准教授

岡部史信

創価大学准教授、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

隅田浩司

東京富士大学専任講師、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

新屋達之

大宮法科大学院大学法務研究科教授

丸山輝久

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

北沢義博

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

花井哲也

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

(掲載順)

## 大宮ローレビュー 第5号

2009年2月 初版第一刷発行

---

発行 大宮法科大学院大学  
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号  
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102  
<http://www.omiyalaw.ac.jp>  
E-mail: [info@omiyalaw.ac.jp](mailto:info@omiyalaw.ac.jp)

印刷 倉敷印刷株式会社  
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17  
Tel 03-6658-0031 Fax 03-6658-0032