

東北ローレビュー

Vol. 12 2024. March

論説 Articles

- 合意に基づく倒産処理と裁判所の関与 — フランス法の展開を中心に
..... 宇野 瑛人
Voluntary resolution of insolvency and legal intervention
— From the viewpoint of the evolution of French law
..... UNO Akito
- 幫助犯の成立要件としての正犯結果に対する因果性の要否
..... 太田 雄也
Die Kausalität der Beihilfe
..... OTA Katsuya

研究ノート Note

- 病像論再々考 — ノーモア・ミナマタ近畿訴訟第一審判決に寄せて
..... 樺島 博志
Reconsidering again what is Minamata disease — a contribution to the District Court
Judgment in the No More Minamata Litigation in Osaka
..... KABASHIMA Hiroshi

講演 Lecture

- 裁判官の学びと職務
..... 井上 泰人
Studying and Working as a Judge
..... INOUE Yasuhito

資料 Document

- スペイン国務院関係法令集
..... 奥村 公輔
Colección de leyes y reglamentos pertinentes para el Consejo de Estado español
..... OKUMURA Kosuke

東北ローレビュー編集委員会 [編]

— 目 次 —

論 説 Articles

- 合意に基づく倒産処理と裁判所の関与 — フランス法の展開を中心に
宇野 瑛人 2
- Voluntary resolution of insolvency and legal intervention
— From the viewpoint of the evolution of French law
UNO Akito 2
- 幫助犯の成立要件としての正犯結果に対する因果性の要否
太田 雄也 30
- Die Kausalität der Beihilfe
OTA Katsuya 30

研究ノート Note

- 病像論再々考 — ノーモア・ミナマタ近畿訴訟第一審判決に寄せて
樺島 博志 54
- Reconsidering again what is Minamata disease— a contribution to the District Court Judgment
in the No More Minamata Litigation in Osaka
KABASHIMA Hiroshi 54

講演 Lecture

- 裁判官の学びと職務
井上 泰人 76
- Studying and Working as a Judge
INOUE Yasuhito 76

資料 Document

- スペイン国務院関係法令集
奥村 公輔 100
- Colección de leyes y reglamentos pertinentes para el Consejo de Estado español
OKUMURA Kosuke 100

合意に基づく倒産処理と裁判所の関与

— フランス法の展開を中心に

東北大学大学院法学研究科 准教授(民事訴訟法) 宇野 瑛人

合意に基づく倒産処理と裁判所の関与

—フランス法の展開を中心に

I. はじめに

II. フランス法

1. フランス倒産処理制度の全体像
2. 合意に基づく倒産処理手続—特別受任者および勧解手続
 - (1) 総説
 - (2) 手続の開始
 - (3) 手続中の合意促進措置
 - (4) 合意の成立
 - (5) 合意の失敗と迅速保護手続

III. 日本法への示唆についての若干の検討

1. 合意に基づく倒産処理の法的規律
 - (1) 前提とする債務者の財産状態
 - (2) 合意の促進と裁判所の関与
2. 合意挫折時の受け皿手続
 - (1) 受け皿手続の構成と手続規律
 - (2) 受け皿手続の存在意義と私的自治

IV. おわりに

I. はじめに

倒産処理手続を語る際、様々な分類法により議論の対象とする手続の特徴を明らかにする手法は一般的なものである。我が国においてしばしば取り上げられる分類法の1つに法的整理と私的整理の区別があり、倒産処理の在り方のカテゴリとして重要な区別を成してきている⁽¹⁾。どちらかと言えば現状の倒産法学の議論の中心は法的整理、つまり破産法や民事再生法といった実定法上の規定の適用を受け、裁判所における手続の結果達成される倒産処理の方にある。実定法解釈論として展開することが難しかったこともあってか、当初私的整理は、若干の法的整理との隣接的問題を別にすれば⁽²⁾、直接の学術的な議論の対象となることは相対

的に多くはなく⁽³⁾、実務上の工夫、例えば各種ガイドラインや私的整理機関の発達を介して発展を遂げてきた。

他方で、私的整理には実務上の重要性があることが指摘され⁽⁴⁾、そのような視点からしばしば私的整理のいわゆる⁽⁵⁾多数決化といった私的整理の円滑化が説かれることとなった⁽⁶⁾。そうした試みは covid-19 による経済的影響を直接には契機とすると思われる⁽⁷⁾近時の政府内における議論⁽⁸⁾や、学説における私的整理と法的整理の統合ないし連携論⁽⁹⁾へと連なる。一連の議論は、私的整理が契約という法的手段を前提とすることから生ずる、ある1人の反対者の登場を理由とする挫折への合理的な対処の手段を模索することを重大な関心事の1つとするが⁽¹⁰⁾、

(1) 伊藤真『破産法・民事再生法 第5版』(有斐閣、2022) 48頁以下、山本和彦ほか『倒産法概説 第2版補訂版』(弘文堂、2015) 322頁以下 [水元宏典]、山本克己ほか『破産法・民事再生法概論』(商事法務、2012) 2頁以下 [山本克己]。

(2) 例えば、私的整理開始通知の支払停止該当性(及びその延長上の問題として、私的整理下での弁済等への否認権行使や私的整理と法的整理の競合時の問題)が代表例である。最判平成24・10・19判タ1384号130頁。

(3) 前掲註1各体系書も、紙面の大半を法的整理へ割く。

(4) 山本和彦ほか・前掲註1書327頁以下 [水元]。複数の長所が認められるが、一般的なADRと比べて特に目を惹くのは、手続の密行性確保とそれによる債務者事業の信用毀損防止が図られるという把握であろう。

(5) 「いわゆる」多数決化という表現をするのは、近時の議論(後掲註8各資料)が裁判所による認可決定を想定することからすると、これは私的整理を多数決によって処理しているのとは異なる実質を有するようと思われるからである(私的整理と法的倒産手続の対比につき、山本和彦ほか・前掲註1書322頁 [水元])。

(6) 山本和彦「多数決による事業再生ADR」NBL1059号31頁(2015)。

(7) covid-19の経済的影響に対する対応として、我が国においては法的整理の仕組みに改善を加えるよりも、裁判所外での利害関係人の私的自治下での行動をコントロールする方向性がまずは選択されたものと見得る(例えば、新型コロナ特例リスクスケジュール制度はそのような方向性を示す。その他にも、各種要請の発出といった手段(飲食店等のテナントの賃料の支払いにつき、https://www.mlit.go.jp/report/press/totikensangyo16_hh_000201.html。資金繰り支援につき、<https://www.meti.go.jp/speeches/danwa/2021/20210119.html>。いずれも最終閲覧日は2023年12月8日)も同様の方向性を示すものと言える。我が国におけるその時期の動向については、「緊急特集 新型コロナ問題に立ち向かう」債管169号4頁(2020)も参照。

(8) 主な公式の資料として、「新しい資本主義のグランドデザイン及び実行計画2023改訂版」(2023)特に50頁以下(https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/pdf/ap2023.pdf)、「新たな事業再構築のための法制度の方向性(案)」(2022)(https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/bunkakai/sitekiseiri_dai1/siryuu2.pdf)。いずれも最終閲覧日は2023年12月8日。

(9) 田頭章一「再建型私的整理手続と法的整理手続の『統合』試論」上智法学論集60巻3・4号137頁(2017)、山本研「私的整理と法的倒産手続の新たな連携(シンポジウム 倒産法の立法論的検討)」民訴68号119頁(2022)。

(10) 山本和・前掲註6論文、前掲註8方向性(案)1頁。

未だ議論が収束を見ることはなく⁽¹¹⁾、立法の見通しも現状では固まっていないように見受けられる。

本稿の目的は、こうした近時の日本法の動きとも関連付けつつ、若干それよりは広い射程を伴う形で、合意に基づく倒産処理の手法とその理論的背景について、ささやかながら外国法の動向についての情報を付け加えることにある。既に、政府内での調査を含めて関連分野の外国法の動向が参照される機会が多くなってきている⁽¹²⁾が、本稿もそうした作業の一端を成す。

参照する外国法の候補はいくつかあり得るところであるが、本稿はフランス法を参照する。フランス法は、比較的早い段階から合意に基礎を置く倒産処理が制度上も発達してきた一方で、我が国における私的整理とは相当に異なって、裁判所が一定程度関与した上での合意をその主たる手段とし、またその方法に若干のグラデーションを伴う。そして、そのフランスにおいて、**covid-19** の影響や **EU** からの指令⁽¹³⁾をも背景に、近時これら制度が大きく改正されるに至っており、そうして出来上がった仕組みは日本法とは大きく異なる姿を形作るが故に、却って示唆に富むものとなっている。なお、一連のフラン

スの動向は、近時の日本法における動向（いわゆる多数決化とその周辺に関わる議論）をも含みつつ、より広い射程、すなわち、そもそも合意に基づいて倒産処理を行うということが、そしてその裏側として、裁判所の決定に基づいて倒産処理を行うということに、どのような意義が見出されるのかをも示唆する。この意味で、本稿は必ずしも近時の議論の焦点となっているいわゆる多数決化論に限定することなく、合意に基づく倒産処理一般をその射程に収める⁽¹⁴⁾。

以下では、フランス法の関連部分について可能な限りで紹介をし（Ⅱ）、紹介したフランス法の制度構築の在り方から何を読み取り得るのかを、必要に応じて日本法のこれまでの議論とも関連付けつつ検討する（Ⅲ）。

Ⅱ. フランス法

フランス倒産法は、比較的改正の頻度が多い領域であり、これまでも何度か立法的決断の対象となってきた。本稿においてその全てを通覧することはできないが、近時の仕組みを理解するのに必要な範囲で言及しておけば、転換点となるのは **1985 年**⁽¹⁵⁾と

(11) 前掲註 8 の各政府資料を見る限りでは、立法の方向性としては私的整理下での債権者による多数決に裁判所の認可を組み合わせる方向性が主流と見られるが、学説上は全く迷いがないというわけではない。伊藤眞「法的整理が私的整理から学ぶもの、私的整理が法的整理から学ぶもの」NBL1245 号 5 頁（2023）、山本和彦「私的整理をめぐる近時の動向—私的整理と多数決：再論—」債管 180 号 100 頁（2023）参照。

(12) 「英独仏韓における多数決原理に基づく 倒産前手続（私的整理手続）に関する調査報告書（2022）」（https://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/R3-Out-of-Court-Workouts.pdf：最終閲覧日は 2023 年 12 月 8 日）。伊藤眞・前掲註 11 論文、山本和彦・前掲註 11 論文においてもドイツ法を中心に外国制度参照の試みがある。

(13) Directive (EU) 2019/1023 of the European parliament and of the council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency). 以下本稿では、このテキストを単に「EU 指令」とする場合がある。

(14) 後にコメントを付す通り（Ⅲ2 (2)）、筆者は、いわゆる多数決化論自体、合意に基づく倒産処理そのものについての一定の認識を獲得した上で論じられるべき事柄であると考えており、本稿の議論の対象の設定もそうした問題意識を反映したものである。

(15) Loi, n° 85-98 du 25 janvier 1985. 後の 2005 年法の制定前において、1994 年にも若

2005 年⁽¹⁶⁾の 2 度の大きな立法である(以下、これらをそれぞれ「1985 年法」、「2005 年法」とする)。1985 年法により、フランス倒産処理法はそれまでの集団的な債務弁済の為の⼿続から、事業の再建を目的とする⼿続として位置付け直されることとなり⁽¹⁷⁾、再建型の法的整理に相当する⼿続もこの際に初めて本格的に整備された。もっとも、1985 年法下の制度は十分に企業の再建を実現することができなかつた為、その反省も踏まえつつ 2005 年法によって大きな改正の対象となった⁽¹⁸⁾。2005 年法の基本線は、支払停止(cessation des paiements)前の債務者が利用可能な、債務者にとって有利な⼿続を整備することにより、可及的早期に倒産⼿続の申立てがなされるよう誘導することにあつた⁽¹⁹⁾。その後もフランス倒産

法は何度かの改正を経ており⁽²⁰⁾、近時も特に covid-19 の影響をきっかけに⁽²¹⁾、あるいは EU 指令の実行を主目的として⁽²²⁾、改正がなされているが、現在の仕組みは基本的には 2005 年法の体制を維持しており、その発展形としての位置づけを与えられよう。本稿も、基本的にはこうした経緯を経た現在の仕組みを通覧することを目的とする⁽²³⁾。

一連の動向は、本稿がその主たるターゲットとする合意に基づく倒産処理の仕組みにも大きな立法的・理論的な影響を与えている(2)。もっとも、その検討の前に、合意に基づく倒産処理を含む、倒産処理法制全体の仕組みを把握しておくこと(1)が、前者の仕組みの位置づけを理解する上でも有益であるように思われる。

干大きめの改正を経ている(Loi, n° 94-475 du 10 juin 1994)が、一般には 2005 年法ほどの変化をもたらしたとは捉えられていない。

⁽¹⁶⁾ Loi, n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁽¹⁷⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *infra* note 23, n° 41 et s.

⁽¹⁸⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *infra* note 23, n° 58.

⁽¹⁹⁾ この点については、山本和彦「フランス倒産法制の近時の展開 迅速金融再生⼿続(sauvegarde financière accélérée)を中心に」本間靖規ほか編『民事⼿続法の比較法的・歴史的研究 河野正憲先生古稀祝賀』501 頁(大学図書、2014)519 頁以下も参照。

⁽²⁰⁾ Not. ord., n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 (以下、「2008 年オールドナンス」とする) ; Loi, n° 2010-1249 du 22 oct. 2010 (以下、「2010 年法」とする) ; Ord., n° 2014-326 du 12 mars 2014 (以下、「2014 年オールドナンス」とする)。2010 年法による改正については、山本和・前掲註 19 論文に詳しい。また、2014 年オールドナンス下(2016 年時点)でなされたフランス法の紹介の邦語訳として、マリー=エレーヌ・モンセリエ=ボン(荻野奈緒・齋藤由起共訳)「フランス倒産法概説(1)~(3・完)」阪大法学 65 巻 4 号 1119 頁(2015)、同 5 号 1283 頁(2016)、同 6 号 1449 頁(2016)がある。2019 年時点においても、拙稿・後掲註 60 論文 1484 頁以下で主に法的整理に関して極めて簡単にではあるが概観を試みた。

⁽²¹⁾ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 ; Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 ; Ord. n° 2020-1443 du 25 novembre 2020 (以下、それぞれを「2020 年 3 月/5 月/11 月オールドナンス」あるいは総称して「2020 年各オールドナンス」とする)。これらのごく簡単な紹介として、拙稿「立法紹介」日仏法学 31 号 99 頁以下(2021)。

⁽²²⁾ Ord., n° 2021-1193 du septembre 2021 (以下、「2021 年オールドナンス」とする) ; Décr. n° 2021-1218 du 23 septembre 2021. この改正のごく簡単な紹介として、拙稿「立法紹介」日仏法学 32 号 236 頁以下(2023)。なお、本稿はそこにおいて紹介を断念した事柄を改めて紹介する趣旨を部分的に含んでいる。

⁽²³⁾ 以下の整理に当たって参照した、個別のテーマに関する論文等を除いた教科書・体系書類として、P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives (2023/2024)*, 12^e éd., 2022 ; F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 4^e éd., 2022 ; F. PEROCHON avec le concours de M. LAROCHE et al., *Entreprises en difficulté*, 11^e éd., 2022 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives* (Cours Dalloz), 11^e éd., 2023 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN et al., *Droit des entreprises en difficulté* (DOMAT), 13^e éd., 2022 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSERIE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, 2018 がある。

1. フランス倒産処理制度の全体像

2005年法以降のフランス法は、手続の種類が日本法におけるものと比べるとやや多くなっており、我が国における法的整理に相当する手続が主として3種類あり、合意に基づく倒産処理を担うものが2種類ある。

3つの法的整理⁽²⁴⁾は、清算型手続が1つ、再建型手続が2つである。本稿が関心を寄せる再建型手続のみを見ておくと⁽²⁵⁾、裁判上の更生手続 (procédure de redressement judiciaire : art. L.631-1 et s. 以下フランス商法典の条文については、条文番号のみで記載する)と事業保護

手続 (procédure de sauvegarde : art. L.620-1 et s.)である。沿革的には、1985年法でまず裁判上の更生手続が設けられ、2005年法で事業保護手続が付け加えられるに至った。裁判上の更生手続は債務者に対してそれなりに厳しい措置をかけていた為に早期に手続に入るインセンティブに乏しいという問題を抱えており、これを解消すべく事業保護手続は債務者に対する相対的に寛大な措置(主として、債務者の自律的な事業継続権の保障⁽²⁶⁾)を規定することで、債務者が積極的に、早期に手続を利用する環境整備を行った⁽²⁷⁾。

合意に基づく倒産処理についても、一旦

(24) 法的整理という日本語に訳語の上で対応するフランス語を特定するのはやや困難を伴う。フランスにおいて、合意に基づく手続とそれ以外の手続を対比する場合、光の当て方に依拠していくつかの表現が現れる (N. BORGA, *La conciliation, une procédure collective comme les autres ?*, *BJE mai-juin 2018*, 115v8(p.165))。例えば、裁判所の判断に基づく処理 (procédures judiciaires) と合意に基づく処理 (procédures amiables) を区別したり (後者を« non judiciaires »と表現するものもある。SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 323)、企業の困難を予防するもの (procédures préventives) と発生した困難を治癒するもの (procédures curatives) を区別することがある。これらに加えて集団的手続 (procédures collectives) という表現があり、おそらくこれが我が国における法的整理と対応しそうな最も一般的な表現である (例えば、LUCAS, *supra* note 23)。「集団的」というのは、債務者の積極財産及び消極財産全体を対象とすることに着目した表現である (これは patrimoine の概念が指し示すものと重なる。patrimoine 概念を論じる近時の邦語研究として、瀬戸口祐基「共同担保概念の民法上の意義——フランスにおける資産 (patrimoine) 概念をめぐる議論を通じた考察 (1) ~ (6・完)」法協 135 卷 1 号 1 頁、3 号 403 頁、5 号 1030 頁、7 号 1599 頁、9 号 2097 頁、11 号 2551 頁 (全て 2018)、小峯庸平『責任財産の分割と移転』(商事法務、2020))。伝統的にはこれら 3 つの視点は不即不離のものであり、①裁判所の判断に基づいて困難を治癒する集団的な手続 (= 本稿の言う法的整理) と、②合意に基づいて困難を予防する必ずしも集団的でない手続 (= 本稿の言う合意に基づく手続) という 2 系統の手続が想定されてきた (BORGA, *op.cit.*)。もっとも、3 つの視点いずれについても近時はこのような単純な整理を法定法が許さなくなっている (例えば、事業保護手続は合意に基づく手続ではないが支払停止でない債務者を想定する点で予防的な手続であるし、明らかに合意に基づく勧解手続が支払停止の予防のみならず治癒にも用いられる (PEROCHON, *supra* note 23, n° 169))。手続の集団性についても、積極財産 (V. D. SAHEL, *Les biens qui échappent aux procédures collectives*, 2022 ; B. FERRARRI, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire*, 2021 ; Loi, n° 2022-172 du 14 févr. 2022)、消極財産 (V. SAINT-ALARY-HOUIN et al., *op.cit.*, n° 967 ; F.-X. LUCAS, *Le traitement des créanciers privilégiés dans les classes de parties affectées*, *Rev. proc. coll. n° 5 sept.-oct. 2022*, n° 32 ; J. THERON, *Une procédure au service de l'anticipation : feu « la sauvegarde accélérée », vive la « sauvegarde anticipée » !*, *BJE mars-avr. 2022*, 200n5(p.51)) の両面で逸脱が増えている)。このような問題は抱えるものの、さしあたり本稿においては伝統的な整理の①に相当する、本文記載の 3 つの手続を「法的整理」と表現する。

(25) 本稿では再建型手続のみに着目することとし、清算型手続 (裁判上の清算手続 = procédure de liquidation judiciaire : art. L.640-1 et s.) については触れない。

(26) この点については、開始原因との関係で、拙稿・後掲註 60 論文 1488 頁も参照。

(27) Exposé des motifs de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ; LE CORRE, *supra* note 23, n° 051.141. 困難への早期対処という問題関心は、Directive, *supra* note 13, whereas (3) and (4) にも見て取れる。

概略的にのみ確認しておく⁽²⁸⁾。

前提として、フランスにおいては裁判所の関与しない純粋な私的整理 (*concordat amiable*) が活発であるとは言い難く、議論の対象となることも殆ど見受けられない。一般に、このような試みは様々な理由 (債権者全員の賛同が必要である、倒産局面における債務者の交渉力が十分でない、適切な受任者や裁判所の関与を伴わないままでは債権者にとってもリスクが大きい、等) から実現が困難である⁽²⁹⁾。結果、フランスにおいては 1985 年法下から、裁判所による一定程度の関与を前提とする合意による倒産処理の仕組みが発達してきた。純粋な私的整理と比較すれば裁判所の関与により合意の締結促進が図られると共に、法的整理と比較すれば迅速に、かつ手続の密行性 (*confidentialité*) を保って企業の信用毀損を防止した上で事業再建が図れる点にメリットがある⁽³⁰⁾。

1985 年法下では⁽³¹⁾ 合意による整理 (*règlement amiable*) という仕組みが設けられていた。もともと、この手続は必ずしも成功せず⁽³²⁾、2005 年法の制定時に後継の手

続として勸解手続 (*procédure de conciliation*) が設けられるに至った (*art. L.611-4*)⁽³³⁾。

勸解手続と並んで、現在のフランス法は特別受任者 (*mandat ad hoc*) という仕組みをも法定している (*art. L.611-3*)。これも債務者・債権者間の合意による倒産処理に用いられる制度である。元来は商事裁判所の実務運用として発達したもの⁽³⁴⁾であり、2005 年法によって立法に取り入れられ、多大な柔軟性を残しながらも若干の実定法上の規律を得るに至っている。

各手続の利用状況について見ておけば⁽³⁵⁾、2022 年における手続申立件数は、特別受任者選任申立てが 2987 件、勸解手続開始申立てが 2958 件、事業保護手続開始申立てが 1446 件である。後に触れる通り、これらの手続は主に支払停止前の債務者を対象とする、債務者自身の申立てにかかるものであり、こうした段階における債務者の選択の様子を示すものと言えよう。covid-19 の影響もあってか、件数は全体的に増加傾向にある⁽³⁶⁾。但し、支払停止下で行われる裁判上の更生手続が 1 万件前後、裁判上の清算

⁽²⁸⁾ なお、以下で対象とするもの以前の段階として、倒産の兆候やその発生をより早期に発見する為の商法上の仕組み (*procédures d'alerte*) も発達している (*art. L.234-1 et s. ; art. L.611-2. LUCAS, supra note 23, n° 11* が簡易な概観として有益である。See also Directive, *supra note 13, whereas (22) and art. 3*) が、本稿では立ち入らない。

⁽²⁹⁾ PETEL, *supra note 23, n° 24 ; LUCAS, supra note 23, n° 13*。また、PEROCHON, *supra note 23, n° 166* は、支払停止下でこれが行われることには詐害や債権者平等侵害の危険があるとする。

⁽³⁰⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 323 et 332*

⁽³¹⁾ なお、フランスにおいては、一定の資格ある債務者に猶予を与えるという仕組みがかなり古くから発達してきたことが伺える (アンシャン・レジーム下について LUCAS, *supra note 23, n° 13*)。また、SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 333* によれば、近代に入ってから、戦争といった出来事をきっかけとして合意に基づく倒産処理の一時的な機能強化が図られることは珍しくなかったようである。

⁽³²⁾ LUCAS, *supra note 23, n° 15*。

⁽³³⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 332*。

⁽³⁴⁾ 仮管財人 (*administrateur provisoire*) とも呼ばれていた (SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 324*)。administrateur の訳語については、後註 67 参照。

⁽³⁵⁾ *Références statistiques justice éd. 2023*, pp.83 et s. 以下、この統計資料は *RSJ* と略記する。

⁽³⁶⁾ 2006 年から 2021 年の統計をまとめたものとして、SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, p.191*(*procédures amiables*) et *p.245*(*procédure de sauvegarde*)があり、それを見る限り、2005 年法制定直後と比較して特別受任者や勸解手続はその件数を 3 倍ほどに

手続の件数が 3 万件前後の圧倒的多数に上る為、先述の 3 つの手続の件数は倒産手続全体から見れば割合として多いわけではない。特筆に値するものとして、勸解手続において合意の締結に漕ぎ着けた数も判明しており、2022 年を含め全体の半数以上である⁽³⁷⁾。若干年によってバラつきもあるように見受けられるが、合意締結率の高い年(2020 年)では 7 割を超えていた時期もあるようである。これは非常に高い比率だと評価されており、フランス法が様々な場面で勸解手続に期待をかける要因の 1 つともなっているようである⁽³⁸⁾。

2. 合意に基づく倒産処理手続——特別受任者および勸解手続

(1) 総説

(ア) 手続の目的と基本構造

特別受任者と勸解手続は、前者がより柔軟な手続であり⁽³⁹⁾、実定法上の規律密度が低いという特徴を有するが、手続の基本的な目的や構造は大きくは変わらない⁽⁴⁰⁾。規定の適用関係としても、特別受任者に固有の規定は冒頭規定である art. L.611-3 の 1 箇条のみであり、残る規定は双方の制度に適

用されるものと、勸解手続のみに適用されるものとに分かれる。

いずれの手続も、裁判所長が債務者・債権者間の合意締結を補助する役職である特別受任者 (mandataire ad hoc) あるいは勸解人 (conciliateur) を選任し、当該合意の成立を目的として進行する (特別受任者につき、art. L.611-3 ; 勸解手続につき、art. L.611-7)。

実務上、両者は並列的な関係というよりも、多くのケースでは勸解手続に入る前により柔軟な特別受任者の設置が先行していることが多い⁽⁴¹⁾。勸解手続は期間が限られていること (後述(2)(イ)) からその準備が必要である場合に後者を一旦経由することが原因の 1 つである⁽⁴²⁾が、後者では合意成立が必ずしも見込めない場合により積極的な裁判所の関与を必要とする場合にも前者は有用である。例えば、裁判所は勸解手続中の債務者の状況については多様な情報収集権限を持つ (art. L.611-6 al.5)⁽⁴³⁾。

但し、勸解手続における裁判所の関与も、手続の目的やメリットを損ねない範囲に限定されている。前身制度としての合意による整理手続は、改正の結果、法的整理により近い仕組みを有していたものの⁽⁴⁴⁾、2005 年法

伸ばしている。

⁽³⁷⁾ なお、ごく近時のデータに関しては後掲註 73 の通り、coivid-19 対応として手続期間を延ばすことが許容されていた時期が存在しており、平時であれば合意の成立の見込みがなさそうな債務者もが手続を利用していたことが推察される。もっとも、*RSJ, op. cit., p.85* を見る限り、手続を長く続ければその分合意の成立率が高くなったとは単純には言えなさそうであり、合意の成立件数は微増にとどまったのに対して、合意の不成立件数が非常に多くなったようである。

⁽³⁸⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 167. 合意締結後の牽連破産率は約 30%で、低く抑えられているとされる (PEROCHON, *supra* note 23, n° 381. 但し、筆者は原データ未見)。

⁽³⁹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 324. こうした柔軟性をも背景に、実務上この仕組みは多大な成功を収めているとも評される (n° 331)。

⁽⁴⁰⁾ V. LUCAS, *supra* note 23, n° 15 et 25.

⁽⁴¹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 519 ; SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 331.

⁽⁴²⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 258.

⁽⁴³⁾ 情報収集先は、債務者の監査役や社員のみならず、行政機関や金融機関にまで及ぶ。V. SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 345.

⁽⁴⁴⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 332 においては、債権者の個別的権利行使の禁止命令の仕組みを取り入れたことと、合意の認可が必要的であったことの 2 点が

が勧解手続を設ける際、一旦この方向性は放棄された⁽⁴⁵⁾。もっとも、その後、2014年オールドナンス、*covid-19*に対応する為の時限付き規定を中心とする2020年各オールドナンス、その一部を永続化させる2021年オールドナンスによって⁽⁴⁶⁾、勧解手続はより実定法及び裁判所の関与の厚い形へと変容を被ることとなった⁽⁴⁷⁾。

(イ) 手続の密行性

以後の規律全体を通じて前提となる為、予め確認しておけば、この種の手続の円滑な遂行には手続の密行性が必要不可欠であり、密行性が確保されていることがフランスにおいて合意に基づく手続が歓迎される重要な要因となっている⁽⁴⁸⁾。前提として、これらの手続における合意は、債務者が一定範囲の債権者を対象としてその締結を試みる

ものである⁽⁴⁹⁾。その上で、特別受任者の選任や勧解手続の開始裁判は、手続参加者(債務者及び債権者が合意締結を試みる相手方)以外には、基本的に通知されることはない⁽⁵⁰⁾。これは全債権者を必然的に対象とする法的整理において公示⁽⁵¹⁾がなされなければならないことと対照的な規律であり⁽⁵²⁾、合意に基づく手続の特徴の1つとなっている。

勧解手続には若干の例外があり、検察官に手続の開始が通知される(*art. L.611-6 al.3*)。支払停止から45日以上経過している債務者には後述の通り法的整理を強制しなければならないことから、公益代表者としての検察官による開始決定に対する控訴権の発動⁽⁵³⁾(*art. L.611-6 al.3*)の為のものである。このように、手続の要所において検察官の関与による運用の適正化が想定されるのが勧解手続の特別受任者に対する特徴⁽⁵⁴⁾の1つである。

取り上げられている。

⁽⁴⁵⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 332.

⁽⁴⁶⁾ 2020年の各オールドナンスにて導入された仕組みを永続化ないし強化することの是非については、2020年体制下で若干の議論があった(J. THERON et al., *La prévention, BJE janv.-févr. 2021*, 118k4(p.57))。

⁽⁴⁷⁾ このことを指して、勧解手続が法的整理に接近しつつあることがしばしば指摘される(BORGA, *supra* note 24; SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 332)。もっとも、依然として、勧解手続があくまで合意に基づく手続である点で法的整理とは区別されることには変わりはない(SAINT-ALARY-HOUIN et al., *op. cit.*)。むしろ過度の法的整理への接近によってそうした本質的性質を失わせる可能性に対しては、慎重な態度が示される場合がある(後掲註187諸文献も参照)。

⁽⁴⁸⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 15; SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 326; PÉROCHON, *supra* note 23, n° 185.

⁽⁴⁹⁾ 条文上、「主要な(principaux)」(*art. L.611-7*)という修飾が付されているのは、相手方が全債権者である必要がないことを意味する(SAINT-ALARY-HOUIN et MONSÈRIÉ-BON, *supra* note 23, n° 594)。Art. R.611-22 2°も、申立てに際して主要な債権者のリストを添付書面として要求する。

⁽⁵⁰⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 521.

⁽⁵¹⁾ フランス法における法的整理の公示は、3つの方法がセットで行われる。すなわち、①裁判所書記官(*greffier*)による商業登記簿又は会社登記簿への記載、②民事・商事公告官報(*bulletin officiel des annonces civiles et commerciales : BODACC*)への公告、③債務者所在地の法律公告誌(*journal d'annonces légales*)への公告である(SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 488)。

⁽⁵²⁾ 公示の有無は、しばしば手続の影響を受ける債権者が限定されるか否かと結びつけられる(PETEL, *supra* note 23, n° 22; THERON et al., *supra* note 46, p.60。後註90に対応する本文も参照)。LUCAS, *supra* note 23, n° 15も同様の指摘を含むが、法的整理は性質上(*à sa nature*)も公示が必要であることを示唆しており、ニュアンスに富む。

⁽⁵³⁾ 一部の裁判所においては事前に検察官の意見聴取を行う例もある(LUCAS, *supra* note 23, n° 28)。

⁽⁵⁴⁾ なお、こうした特徴は法的整理にも見られる。前提として、商人等の倒産事件は経済

さらに、いずれの手続にも共通して、手続参加者や職務上手続を知った者には秘密保持義務 (*obligation de confidentialité*) が課せられる (art. L.611-15)。これにより、手続進行上必要最小限の範囲にしか手続の開始は知られることがない。手続当事者⁽⁵⁵⁾、特別受任者・勧解人に加え、破毀院は手続外の第三者、例えば報道関係者⁽⁵⁶⁾にも及ぶ強力な義務と解している。

(2) 手続の開始

(ア) 手続の開始要件

手続の開始要件については、勧解手続から見ておく。

勧解手続の開始申立権は債務者のみが有し (art. L.611-6 al.1)、債権者や検察官には申立権がない。実体的要件として、債務者について困難が現に存在するか予測され、かつ支払停止が不存在か発生後 45 日以内であることが必要である (art. L.611-6 al.1)。前者の困難要件は、後述の事業保護手続の要件と比較して困難の程度が大きいことが

強くは求められない点に特徴があり⁽⁵⁷⁾、手続が早期に開始されるよう図られている。後者について、支払停止はここでは消極的要件であり、発生して 45 日以上経過しているならば後述の通り法的整理、具体的には裁判上の更生手続⁽⁵⁸⁾を開始すべきであるから、勧解手続は利用できない。

特別受任者に関しては、前述の通り柔軟性が特徴となっており、債務者の申立てが必要であることを除けば (art. L.611-3)、開始要件も実定法上は存在していない。もっとも、支払停止の不存在を要求するのが学説上は通説であるとされる⁽⁵⁹⁾。

これらの規律は、法的整理の要件と比較することでその意義をよりよく理解することが可能である。まず、裁判上の更生手続——再建型法的整理の内、より厳格な手続——は、債務者の支払停止を要件とする (art. L.631-1)。支払停止は、債務者が「処分可能な積極財産でもって請求可能な消極財産を弁済不可能である」とことと定義されており (art. L.631-1)、我が国における支払不能に比較的近い概念である⁽⁶⁰⁾。この場合、

界から選任される非法律家裁判官によって構成される商事裁判所が管轄を有し (art. L.611-3, L.611-4 et L.621-2)、それ故に法律家 (検察官) による法的判断の適正確保が必要となる。もっとも、特に勧解手続については、検察官の関与を公益的観点から拡充するか、債務者の手続利用意欲を減衰させないよう関与を制限するか争いもある (SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 346 に詳しい)。

⁽⁵⁵⁾ Cass. com., 5 oct. 2022, n° 21-13.108.

⁽⁵⁶⁾ Cass. com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500 ; Cass. com., 13 juin 2019, n° 18-10.688. 情報に秘密保持を上回るような公益的価値が認められない限り (これは極めて狭い例外であることにつき、LUCAS, *supra* note 23, n°21)、報道の自由は制限される。

⁽⁵⁷⁾ 但し、困難の程度が小さすぎれば、手続の必要は認められないばかりか有害であり (PEROCHON, *supra* note 23, n° 220)、裁判所長が不必要な手続の開始申立てを退ける広汎な裁量を持つことも指摘される (SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 503 et 516, SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 346 ; PEROCHON, *supra* note 23, n° 238)。

⁽⁵⁸⁾ 再建の見込みが明らかになくなっている場合には裁判上の清算手続となる (art. L.640-1)。

⁽⁵⁹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 325 ; PEROCHON, *supra* note 23, n° 178. 議論の前提として、支払停止下における後述の法的整理申立義務がある。反対説として LUCAS, *supra* note 23, n° 46 があり、せいぜい裁判所による他の手続の申立勧誘や申立棄却の考慮要素となるに過ぎないとする。逆に同書は、勧解手続同様の困難要件を手続の同質性から要求している (LUCAS, *supra* note 23, n° 45)。

⁽⁶⁰⁾ フランスにおける支払停止概念については、拙稿「支払不能概念の構造とその機能についての一視角 (4)」法協 136 号 6 号 1480 頁 (2019) 参照。また、前掲註 12 報告書は端的に、これを「支払不能」と翻訳している。

債務者は申立てが可能であるのみならず、申立義務をも負い、支払停止から 45 日以内に勧解手続の申立てをしないならば裁判上の更生手続の申立てをしなければならない(art. L.631-4 et L.653-8 al.3)。さらに、債務者自身が申立てをしなくとも、債権者又は検察官⁽⁶¹⁾によっても開始申立てが可能である(art. L.631-5)。かくして、支払停止から 45 日は債権者や検察官の法的整理申立てと債務者による勧解手続の申立てが競合し得る為、勧解手続が開始すると法的整理の開始はできなくなるとの調整規定が存在する(art. L.631-5 al.1 et al.2)。

対照的に、事業保護手続は支払停止の不存在を要件の 1 つとし、手続の開始申立ても債務者にのみ認められる(art. L.620-1)。これは合意に基づく手続が利用できる場合と大きな隔たりがないことを意味し、特別受任者・勧解・事業保護は支払停止前の債務者が事業再生の為に採り得る選択肢として機能することになる。但し、事業保護手続には積極的な要件として「克服不能な困難」(*difficulté insurmontable*)が存在す

ることも要求されている(art. L.620-1)。「克服不能」というのは(これが再建型手続である以上当然であるが)自力での克服不能を意味するに過ぎないが⁽⁶²⁾、そうした程度の克服不能性すら要求していない勧解手続との間では、債務者の選択肢として若干ではあるがグラデーションが付けられている⁽⁶³⁾。

(イ) 手続機関(特別受任者・勧解人)とその任務

手続の開始時に、特別受任者や勧解人といった手続機関が選任される。

その任務範囲の確定については債務者の同意を得た手続開始機関による、事案毎の裁量行使が予定されているが⁽⁶⁴⁾、基本的には債務者と取引相手間の合意締結の促進を任務内容とすることになる⁽⁶⁵⁾。その意味合いとして特に重要なのが、これらの手続機関は債務者に代わって、あるいは債務者と共同で事業を遂行する権限を持つことはないことである⁽⁶⁶⁾。対比的に触れておけば、法的整理において選任される管財人(債務者

(61) フランスにおける検察官の申立権は、実質的には国家のイニシアティブで一定の仕組みを動かす為に用いられる。これを裁判官の職権で行うことを認めれば裁判官の中立性に反し違憲である(Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC) ことがこうした運用の背景にある(LUCAS, *supra* note 23, n° 147)。これが表れている規定として、裁判所長から検察官への情報提供を定める条文(art. L.631-3-1)がある。勧解手続が開始要件を満たさない場合に、検察官に支払停止の発生を通知し、検察官による法的整理の申立ての便宜を図る見解もある(SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 515)。

(62) LUCAS, *supra* note 23, n° 103.

(63) 事業保護手続を申し立てられたが困難の程度が相応でない場合には、勧解手続の利用を裁判所が促すこととなっている(art.L.621-1 al.3)。

(64) LUCAS, *supra* note 23, n° 21.

(65) SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 329. 2014 年改正以後、後の裁判上の更生手続を利用した事業譲渡の準備(*prepack cession*)も合意に基づく手続の枠内で行われている。前提として、フランスにおいては事業譲渡の位置付けが我が国と異なっており、裁判上の更生手続にまで至らなければ事業全体の譲渡は許容されない(財産管理権限を完全に持つ段階の(*in bonis*)債務者については、同意なくして事業譲渡は成立し得ない。LUCAS, *supra* note 23, n° 49)。支払停止前は債務者の元に事業を残すことを前提とする為である。したがって、この場合の合意に基づく手続は、合意ではなく交渉のみを目的として行われる。近時フランスにおいてこうした運用は興味深い議論を多数生んでいるが、本稿はこれ以上立ち入らない。

(66) LUCAS, *supra* note 23, n° 15 ; SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 349. 但し、支払停止下での勧解手続につき、債務者の意思反映を後退させるべきとする見解もある(L. SAUTONIE-LAGUIONIE, Pour une dualité de la procédure de conciliation, *Mél. en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, 2017, p.231, not. pp.236 et s.)。この理解は、債務者の

側管財人: *administrateur judiciaire*⁽⁶⁷⁾ は、手続毎に多少のグラデーションを持ちつつも⁽⁶⁸⁾実際に債務者の業務遂行に参画することも想定される。また、法的整理においては、我が国では債務者の財産管理と共に管財人に期待されることの債権者の利益保護の役割は、別途債権者側管財人 (*mandataire judiciaire*) に担わされることになるが、合意に基づく手続においてはこうした役割分化は想定されていない。

手続機関の選任手続について特別受任者と勧解人に共通の規律がある。つまり、フランスにおける合意に基づく手続における裁判所の関与はミニマムにはこの部分においてなされていることになる⁽⁶⁹⁾。多くの場合、法的整理における債務者側管財人資格者から選任されることが多い⁽⁷⁰⁾が、そうした一般的資格とは別に、当該手続との関係で利

益相反関係にある者の選任を妨げる規律が置かれる (*art. L.611-13*)。加えて、報酬についても相当詳細な規律が置かれており、手続開始の段階で裁判所の決定及び不服申立てを介して報酬基準が確定される他、手続で得られた債務放棄と連動する報酬が禁じられる (*art. L.611-14*)。こうしたルールを持つことは、以後の処理において主たる役割を果たすことになる手続機関に、中立的な第三者をあてることを選任基準面と報酬面から保証することにある⁽⁷¹⁾。但し、誰を選任するかという点について、債務者の提案権がある点には注意を要する (特別受任者につき、*art. L.611-3 al.1* ; 勧解人につき、*art. L.611-6 al.4*)⁽⁷²⁾。

特別受任者と勧解手続の相違点として、手続機関の任務期間、つまり手続期間がある。すなわち、勧解手続は原則 4 ヶ月、延長

意思が支払停止下では尊重されないという基本理解 (拙稿・前掲註 60 論文参照) からは素直な理解とも思われるが、他方で、現状のフランス法は勧解手続に関しては支払停止から 45 日以内は支払停止不存在と同視する制度設計になっていると見ることもできようが (フランス法は、支払停止の存否、債務者の自由な財産管理の保障の有無、特定の手続への服従を理論的に関連付けているものの、実定法上はいくつかの例外事象がある。F. PEROCHON et Ph. ROUSSEL GALLE, *Être ou ne pas être in bonis ...*, *Mél. en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, 2017, p.133)。

⁽⁶⁷⁾ 司法管理人とも訳される (この役職を含めたフランス倒産処理手続における各種専門職については、杉本和士「フランス企業倒産手続を担う専門職——司法管理人及び司法受任者」佐藤鉄男・中西正編著『倒産処理プレーヤーの役割——担い手の理論家とグローバル化への試み』(民事法研究会、2017) 445 頁参照)。本文においてすぐ述べるように、我が国において管財人に期待される役割 (債務者の財産管理と債権者の利益保護) は、フランスではそれぞれ別個の役職に与えられており、*administrateur* は前者の役割を担うものである。本稿は、これを前提に、日本の法律家にとって職務イメージをより喚起しやすい訳語を選択している。

⁽⁶⁸⁾ 事業保護手続においては債務者の行為の代置は行わない監督 (*surveillance*) の役割を果たすのが原則であるが、場合によっては債務者と共に行為に参画する補助 (*assistance*) の任務を負う (*art. L.622-1*)。裁判上の更生手続においては、債務者は管理处権の一般的な剥奪 (*dessaisissement*) を受けるわけではない (*art. L.622-3*) が、管財人の選任によってその行為を一定程度制限される (*art. L.631-12*)。すなわち、こちらでは管財人の任務は補助が原則となり、場合によってはさらに進んで、債務者を代理 (*représentation*) つまり債務者を排した業務執行権限を伴う場合がある (以上の整理については、PETEL, *supra* note 23, n° 154-15)。

⁽⁶⁹⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 15 は、こうした裁判所による関与がなければ、債権者はたとえ内容的には同じでも与信に応じないだろうと評する。

⁽⁷⁰⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 327 et 348.

⁽⁷¹⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 22 (« parfaite indépendance »)。

⁽⁷²⁾ 裁判所 (長) による提案拒絶がどの程度可能かについては、はっきりとしないところもある。PEROCHON, *supra* note 23, n° 201 et 239 は手続開始機関による拒絶の自由を説く一方、LUCAS, *supra* note 23, n° 28 はむしろ提案拒絶自体は限定的だと見ているように思われるが、手続開始機関が手続自体を開始しない権限を有する関係上、債務者と手続開始機関のパワーバランスにはなお微妙な問題が残るようである。

も1ヶ月しか認められておらず、期間が経過すれば勧解人の任務及び手続は終了する (art. L.611-6 al.2)⁽⁷³⁾。これに対して、特別受任者には明確な限界は定められていない。但し、定期的に受任者から裁判所長への報告が行われる実務が定着しており、これによって手続の長期化防止に意が払われている⁽⁷⁴⁾。

(3) 手続中の合意促進措置

手続の進行上は、特別受任者や勧解人を選任し、その任務が設定されれば、後はこれら手続機関の補助を受けた債務者・債権者間の交渉へと委ねられることになる。その過程において、一定の実定法上の、多くは裁判所による関与を想定した仕組みを利用することで、交渉が促進されるのがこれらの手続の大きな特徴である。

前述の密行性及び秘密保持義務もその一部を成すものであるが、そうした合意に基づく手続特有のものに加え、法的整理類似の仕組みを借用することによる合意の促進が図られている。両手続共通のものもあるが、特に勧解手続において顕著である⁽⁷⁵⁾。

(ア) 両手続共通の規律—契約条項の無効化

まず、特別受任者にも適用される規律として、契約の無効化に関する特則がある。すなわち、これらの手続の開始や開始申立ての事実のみによって、「債務者の権利を縮減し又は義務を増加させることによって継続中の契約の履行条件を変更する全ての条項」が手続との関係で存在を否定される (L.611-16 al.1)⁽⁷⁶⁾。例えば、我が国で言うところの期限の利益喪失条項や代金増額条項といったものが含まれる他、(やや文言解釈上は議論もあるようであるが) 倒産解除条項に相当するものも無効化の対象となると解される⁽⁷⁷⁾。

もっとも、特別受任者にも適用される交渉促進の為の特別の規律というのはこれに限られる。他方、勧解手続には、以下述べるようにこれ以外にもいくつか固有の仕組みが備わっており、より積極的に合意の成立の促進が図られている⁽⁷⁸⁾。

(イ) 勧解手続固有の規律—個別的権利行使の実質的一時停止

勧解手続固有に設けられている仕組みは複数あり、その全てを本稿で紹介することは

⁽⁷³⁾ covid-19 期には、合意の成立可能性を高める為に一時的に手続期間を延ばした (2020年3月オールドナンス art.1 II、同11月オールドナンス art.1) が、2021年オールドナンスにおいては採用されなかった (なお、条件付きでこの扱いの一般化を提案していたものとして、THERON et al., *supra* note 46, pp.58 et s.)。逆に、SAUTONIE-LAGUIONIE, *supra* note 66, p236 は、支払停止下 (45日以内) の債務者については、その意思を手続に反映させる必要がないとの理解を前提に、手続期間をより短縮し勧解人による迅速な進行が望ましいとする。

⁽⁷⁴⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 328. そもそも、事柄の性質上長期化が歓迎されるわけではない (LUCAS, *supra* note 23, n° 48)。

⁽⁷⁵⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 168 は、これを「合意の裁判化 (« judiciarisation de l'amiable »)」と表現する。V. aussi BORGA, *supra* note 24.

⁽⁷⁶⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 172. また、art. L.611-16 al.2 において、交渉相手方たる債権者の弁護士報酬等 (honoraires du conseil) を債務者側に転嫁する条項 (フランスにおいてはこのような条項が実務上しばしば用いられていた) も効力を認められない。

⁽⁷⁷⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 354.

⁽⁷⁸⁾ 両手続の差異をここに見出すものとして、LUCAS, *supra* note 23, n° 51.

断念せざるを得ないが⁽⁷⁹⁾、興味深いものとして債権者の権利行使の一時停止を可能とする規律がある(art. L.611-7 al.5)⁽⁸⁰⁾。

同条を用いることで、債権者による訴追や執行があった場合や、勧解に呼び出されたがこれを拒絶する債権者が現れた場合、裁判所が支払猶予を命じることで債権者による権利行使を阻止することができる。2つの場面は若干その守備範囲を異にし、前者(訴追債権者、執行債権者)は手続に呼び出されていない債権者による権利行使に、後者(拒絶債権者)は呼び出された債権者に対応するものである⁽⁸¹⁾。一方で一部の債権者と債務者が合意に向けて交渉をしている際に、他の債権者の権利行使によってその可能性が失われることを避けることが規定の目的である⁽⁸²⁾。また、合意を拒絶する債権者に交渉を強制することまではできずとも、こうした規定の存在は交渉への参加を促す機能を有する⁽⁸³⁾。

但し、これを勧解手続の特徴だという場合

には、若干の留保が必要である。この規定は、(例えば、法的整理における個別的権利行使の禁止のように)勧解手続上固有の制度を創設しているわけではなく、民法における支払猶予恵与(*délais de grâce*)の仕組み(art. 1343-5 C. civ.⁽⁸⁴⁾)を利用するものである。この民法の規定は勧解手続外でも適用されるものであり、例えば特別受任者の制度下でも否定されるわけではない⁽⁸⁵⁾。但し、民法のこの一般ルールはあくまで債権者からの訴追、保全措置、執行を受けて発動することが想定される上⁽⁸⁶⁾、債権者の状況との比較衡量が予定される(art. 1343-5 al.1 C. civ.)。他方、勧解手続における art. L.611-7 al.5 は、この民法の文言を排除することを明文で認めており、債務者保護により特化している。

また、勧解手続における個別的権利行使の一時停止は、2005年法以前の合意による整理が設けていた一般的な個別的権利行使の禁止の仕組みとは異なり⁽⁸⁷⁾、個別に

(79) 後述する認証の各種効果((4)(ア)(ii))もその一部を成す。本稿で触れるものの他には、公債権者による債権放棄(L.611-7 al.3)、債権者の与信責任の一部排除がある。V. aussi *Exposé des motifs, supra note 27*; SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 353 et s.*

(80) この規定も、2020年各オールドナンス(特に、5月のオールドナンス art.2 III)や2021年オールドナンスによって機能強化が果たされている。それ以前の段階での同条に関するまとまった論稿として、P.-M. LE CORRE, *Les obstacles résultant des procédures collectives et du surendettement Droit des procédures collectives, Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, 2009, p.53がある。

(81) V. SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra note 23, n° 356*.

(82) THERON et al., *supra note 46, p.59*; LE CORRE, *op.cit.*, n° 130.

(83) THERON et al., *supra note 46, p.59*. あくまで議論へ参加させることが指摘されるにとどまり、合意そのものの誘因とは捉えられていない。後述の迅速保護手続との関係では微妙な面もある(後註115に対応する本文参照。V. aussi *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce*)が、この制度単体では、勧解手続を離れれば権利行使がなお可能であるからであろう。

(84) 一般法については、T. MOUSSA, *Les obstacles temporels à l'exécution : délais, moratoires et prescription, Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, 2009, p.33, not. n° 91 et s. 通常の場合、給付訴訟、保全のレフェレ、強制執行の一連の手続の中で裁判官に申立てがされることが想定され(MOUSSA, *op. cit.*, n°92; art. 510 CPC)、裁判所が猶予の適切性について評価裁量を持つ(SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra note 23, n° 552*)。

(85) LUCAS, *supra note 23, n°51*.

(86) MOUSSA, *supra note 84, n° 92*.

(87) SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra note 23, n° 548*. カウンターバランスとして、債務者側において一定の事業経営の自由の制約を想定するものでもあった。一般

一定の要件を満たした⁽⁸⁸⁾債権者に限定して⁽⁸⁹⁾、勧解手続開始裁判所の手で権利行使を停止するものである。これは、密行性と両立する点に意義がある⁽⁹⁰⁾。

(4) 合意の成立

特別受任者や勧解人の仲介の結果、債権者・債務者間で合意 (*accord amiable*) が締結されることが、これらの手続の最終的な目標となる。内容的には、債務に関する合意 (猶予、分割弁済、放棄) と事業財産に関する合意 (財産の譲渡、新たな資金供与、社員の構成変動) が含まれる⁽⁹¹⁾、つまり一般にイメージされるような再建計画と言って良い。他方、法的整理における計画と異なり、その性質は契約であり、様式も問わず、効果も契約当事者にしか及ばない⁽⁹²⁾。契約である以上、内容的に平等なものであることも必要条件とはならない⁽⁹³⁾。

合意が成立した場合には、合意履行の為

の受任者 (*mandataire a l'exécution de l'accord*) に任命することで合意の履行の間なお勧解人の任務期間を延長できる他 (*art. L.611-8 III*)⁽⁹⁴⁾、勧解手続における特則として、締結された合意⁽⁹⁵⁾が、裁判所長による確認 (*constatation* ; *art. L.611-8 I*) や、裁判所による認証 (*homologation* ; *art. L.611-8 II*) を受けることがあり得、これにより実効性を強化することができる⁽⁹⁶⁾。

(ア) 合意の確認 (*constatation*)

確認の方から見ていくと、裁判所長が合意を確認することにより合意に執行力が付与される (*art. L.611-8 I*)⁽⁹⁷⁾。

その一番の特徴は、確認の公示が予定されない点にある。つまり、確認後も密行性は維持され、合意外の債権者あるいは債務者の周辺の者に合意の存在が周知されること

的な個別的権利行使の禁止を設ける限り、手続機関の選任といったより重度の手続的規律が必要となることを想定する *Directive, supra note 13, whereas (31)* も、類似の発想を示すものと言えよう。

⁽⁸⁸⁾ 勧解手続の開始と直接に権利行使の禁止を結びつけることは、開始要件そのもの及び当該要件の審査密度の面から問題が指摘される (*THERON et al., supra note 46, p.60*)。

⁽⁸⁹⁾ 法的整理と異なって裁判所の決定によって個別に措置がなされることは、*Rapport, supra note 83* においても強調される。一般に、個別的権利行使の停止が可能であることと、手続が合意に基づくこととの間には緊張関係がある (*V. LUCAS, supra note 23, n° 14* は、合意への拘束のみならず手続の参加もまた任意との前提を明らかにしている)。それ故に、前註 87 に対応する本文で示唆した通り、2005 年改正時に一旦一般的な個別的権利行使の禁止ルールは排除された。しかし他方で、倒産外でも認められる (民法上の) 仕組みの強化という形で個別的に猶予を命じる形にすることで、そうした緊張関係と一応の折り合いをつけているようである。

⁽⁹⁰⁾ *LUCAS, supra note 23, n° 31* ; *THERON et al., supra note 46, p.60*.

⁽⁹¹⁾ *PETEL, supra note 23, n° 31*.

⁽⁹²⁾ *SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, supra note 23, n° 562*. 参加債権者が限定され得ることについては、前註 49 及びそれに対応する本文参照。

⁽⁹³⁾ *SAINT-ALARY-HOUIN et al., supra note 23, n° 361*.

⁽⁹⁴⁾ 勧解人は任務期間が限られていること (前註 73 に対応する本文を参照) が前提にある。具体的な規律は法的整理における計画履行の仕組み (*commissaire à l'exécution du plan*) と類似する (*LUCAS, supra note 23, n° 40*)。

⁽⁹⁵⁾ そもそも、合意が契約一般の有する拘束力を生じること大前提である (*art. 1103 C. civ.*)。

⁽⁹⁶⁾ これらはいくまで当事者の共同請願 (確認) や債務者の申立て (認証) に基づくものである。かつての合意による整理は自動認証と合意外債権者の権利行使停止の仕組みが存在していた (*anc. art. L.611-4 VIII*) が、2005 年法による勧解手続成立時に廃止された。

⁽⁹⁷⁾ 倒産手続に限らず、裁判所による勧解確認の仕組みがある (*art. 129-1 et s. CPC*)。

がなく、第三者に対して効力も生じない⁽⁹⁸⁾。このように効力が限定されていても、密行性維持のメリットを享受するために敢えてこの扱いにとどめる例もある⁽⁹⁹⁾。

(イ) 合意の認証 (*homologation*)

逆に、認証の裁判⁽¹⁰⁰⁾は公示の対象となる (art. L.611-10 al.2)⁽¹⁰¹⁾。これ自体はデメリットではあるが、結果として認証にはさらに強力な効果が生じる。こうした強力な効果を前提に、認証は検察官や利害関係人の不服申立て (控訴、第三者故障 (*tiers opposition*)) の対象ともなる (art. L.611-10 al.2)。

(i) 支払停止不存在の対外的確定と疑わしき期間の無効 (*nullités de la période suspecte*)

まず、認証があると債務者の支払停止の不存在が確定する。

前提として、認証は債務者が支払停止でないか当該合意によってこれを脱したことを要件の1つとする (art. L.611-8 II 1°)⁽¹⁰²⁾。この要件の具備が認証裁判によって確認されることにより、将来法的整理が開始した場合において、認証時点における支払停止の不存在を争うことができなくなる。

このことは、フランスにおける否認権類似の規律である疑わしき期間の無効の仕組み

と関係する。すなわち、この仕組みは、法律上列挙された一定の行為 (無償行為や偏頗行為等) が支払停止後になされたことを理由として、当該行為を無効とするものである (art. L.632-1 et s.)。こうした制度を適用する際には、債務者の支払停止日がいつであったのかを手続開始時に、あるいは事後的に確定することになるが、その支払停止日を勧解手続以前に遡らせることを認証は妨げる (art. L.631-8 al.2)。これは、特別受任者では得られないメリットである⁽¹⁰³⁾。

(ii) 勧解先取特権 (*privilèges de conciliation*) の発生

さらに、認証により、勧解手続に協力した債権者に付与される先取特権が効力を生ずる。

勧解手続において、債務者に対して新たな資金供与や新たな財・サービスの供給を約した者については、当該給付にかかる債権が先取特権 (*privilèges*) を得る (art. L.611-11 al.1)。これらの給付は文字通り「新たな」ものでなければならず、従前していた給付の継続では足りない⁽¹⁰⁴⁾。この先取特権は、後に法的整理へと移行した場合において、先取特権に従った優先弁済を受けることができることを保障し、そうした保護を与えることで債務者の交渉が奏功する可能性を高めることを狙うものである⁽¹⁰⁵⁾。

⁽⁹⁸⁾ PETEL, *supra* note 23, n° 32

⁽⁹⁹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 567.

⁽¹⁰⁰⁾ あくまで公示の対象となるのは認証の裁判であり、合意の内容が細部まで詳らかにされるわけではない (LUCAS, *supra* note 23, n° 38)。

⁽¹⁰¹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 572 et 574

⁽¹⁰²⁾ これ以外には、合意によって債務者事業の継続性が確保されること (清算を目的とするものではないこと) (art. L.611-8 II 2°)、合意外の債権者に損害を与えていないこと (art. L.611-8 II 3°) を要件とする。

⁽¹⁰³⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 331. 特別受任者の場合には、合意の履行ができずに後に裁判上の更生や清算に至った場合に、合意に基づく行為等が効力を失うリスクを排除できないことになる。

⁽¹⁰⁴⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 36.

⁽¹⁰⁵⁾ 優先順位については、art. L.622-17 et L.643-8. フランス倒産法において問題となる

もつとも、そのようにして先取特権が付与されるということは、将来債務者が破綻してしまった場合に、他の債権者の債権回収リスクが相対的に高まることになる。そこで、先取特権を合意後の新たな第三与信者に対して対抗する条件として、その与信判断の前提を整えなければならない。故に、この先取特権の付与は、裁判所がこの先取特権による被担保額を明示した上で (art. R.611-40 al.2)、公示を伴う認証がなされることが前提となる⁽¹⁰⁶⁾。前述の控訴や第三者故障も、この公示を前提に、先取特権の発生による損害を防ぐ目的がある⁽¹⁰⁷⁾。

実務上、認証が用いられるのは主にこの先取特権を利用するためであり⁽¹⁰⁸⁾、認証申立権は債務者しか持たないが、実務上はその申立てを条件として新たな与信に同意する債権者が多いとされる⁽¹⁰⁹⁾。

(5) 合意の失敗と迅速保護手続

これらの手続は、あくまで債権者との合意

＝契約によって事業再建を達成するものである以上、反対する債権者が現れば失敗に終わる⁽¹¹⁰⁾。法的整理においては、再建計画に同意しなかった債権者が現れた場合には、裁判所が計画外で一律支払猶予を命じることができる (art. L.626-18 al.4)⁽¹¹¹⁾ が、こうした手段は合意に基づく手続には存在しない⁽¹¹²⁾。

フランス法は、この場合の受け皿として、迅速保護手続によって、勧解手続において合意が成立しなかった計画案に、なお一定の条件下で合意拒絶債権者⁽¹¹³⁾を含めて拘束力を与える⁽¹¹⁴⁾。

この手続の存在を前提とすると、現在の勧解手続において、債権者は常に合意するかどうかを完全に自由に決められる存在であるとは言えない。むしろ、後にこうした手続が控えているという事実は、勧解手続における債権者の意思決定に影響を与えることが指摘されている⁽¹¹⁵⁾。影響を受けるのは債務者側でもあり、勧解手続の段階で十分に認可可能性のある計画案を用意することが重

先取特権は多岐に渡るが、再建型手続の場合であればその中でも超先取特権と呼ばれる労働債権及び手続費用 (frais de justice) に次ぐ第3順位に位置付けられており、保護は比較的厚い (PEROCHON, *supra* note 23, n° 380 は「準絶対的優先 (« priorité quasi absolue »)」と表現する)。

⁽¹⁰⁶⁾ 但し、実際にこの表示を欠いた認証裁判が下されてしまった場合に、先取特権が不成立となるのかは、法が欠缺時の効果を規定していないが故に問題となる (LUCAS, *supra* note 23, n° 36 は否定に解している)。

⁽¹⁰⁷⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 575.

⁽¹⁰⁸⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 617 によれば、約 65% の合意は認証の対象となっている。

⁽¹⁰⁹⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 569

⁽¹¹⁰⁾ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 14-17.377 は、特別受任者の手続について参加債権者の提案受諾義務を否定する。LUCAS, *supra* note 23, n° 16 はその射程が勧解にも及ぶと見る。

⁽¹¹¹⁾ その前提につき、後掲註 118 に対応する本文を参照。なお、債権放棄は強制できない。PETEL, *supra* note 23, n° 356

⁽¹¹²⁾ 2020 年 5 月オールドナンス art.2 II において定められていた、合意拒絶債権者への権利変更命令は 2021 年オールドナンスにおいて永続化されなかった。

⁽¹¹³⁾ 正確には、資本保有者 (détenteurs de capital ; equity holder のフランス語訳であると推察される) も強制対象に含まれるが、本稿ではまとめて「債権者等」とする。また、資本保有者については特にクラムダウンに関して特則が存在する (後註 155 参照) が、細部には踏み込まない。

⁽¹¹⁴⁾ 通常の法的整理へ移行して、勧解手続で準備した再建計画案を実現する手法もあるが、常に全ての債権者を巻き込むことになる点で利便性に劣る (PETEL, *supra* note 23, n° 35)。

⁽¹¹⁵⁾ Rapport, *supra* note 83 ; PETEL, *supra* note 23, n° 330 ; PEROCHON, *supra* note 23,

要だと認識されるに至っている⁽¹¹⁶⁾。

(ア) 迅速保護手続の性質

この手続は後述の通り勧解手続中でさえあれば、全ての種類の債権者に利用可能性が開かれている⁽¹¹⁷⁾。この結果、法的整理では多数決が想定されない債務者であっても多数決を経た反対者の拘束可能性が生ずる。というのも、フランスの法的整理においては、債権者側管財人を通じた各債権者から再建計画について個別承諾を得ることが原則となっており (art. L.626-5 et s.)、各債権者は承諾するか否かを自由に決定することができる⁽¹¹⁸⁾。その例外として迅速保護手続と同様の多数決を利用する仕組みが

想定される場合もあるが、これは規模の大きい企業⁽¹¹⁹⁾か、債務者の求めがある場合のみである (art.L.626-29 al.1 et al.4)。

迅速保護手続は、形式的にはあくまで事業保護手続の一種である⁽¹²⁰⁾。規定の適用上も、事業保護手続の規定が一部の例外 (例えば、双方未履行双務契約の解除権、動産取戻権の規定、債権届出⁽¹²¹⁾、財産目録の作成⁽¹²²⁾等)を除いて準用される (art. L.628-1 al.1)⁽¹²³⁾。ここでも公益代表者としての検察官による関与が想定される⁽¹²⁴⁾。手続開始要件としての支払停止不存在は、勧解手続が適法に (支払停止 45 日以内に) 申し立てられているのであれば適用されない (art. L.628-1 al.5)⁽¹²⁵⁾。

この手続はあくまで勧解不調の受け皿で

n° 656.

⁽¹¹⁶⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 13.

⁽¹¹⁷⁾ 以前は、一定規模以上の債務者に限定してその利用が認められていた (anc. art. L.628-1 al.4) が、2021年のオルドナンスによってこの条件は完全に廃止された。その背景は、EU指令の要請 (組分けによる多数決を前提とする仕組み) を満たす手続が全ての債務者によるアクセスを認めることが要請されていたことにある (Directive, *supra* note 13, art. 4, art.9.4 and whereas (27) ; Rapport, *supra* note 89)。

⁽¹¹⁸⁾ こちらの場には、最終的には非承諾者について裁判所が一律の支払猶予命令を下したり、承諾者について権利変更をパターンリスティックに限定する権限が残される (art. L.626-18 al.1 et al.4) 点で、組分けがなされる場合と大きく異なる。

⁽¹¹⁹⁾ 大規模要件の具体的基準については art. R.626-52. 手続開始日において「従業員 250 人かつ総売上高 (chiffre d'affaire) 2000 万ユーロ」又は「総売上高 4000 万ユーロ」いずれかを満たす必要がある。Directive, *supra* note 13, whereas (45)において、中小規模の事業者について組分けを排した多数決を認める余地があったのに対し、フランス法は一方で迅速保護において事業者規模を区別しない組分けを想定し、他方でそれ以外の手続においてこうした形での例外を設けることなく一律に多数決の仕組みそのものを排除する選択をしている点は興味深い。

⁽¹²⁰⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 953. こうした認識は、例えば統計上迅速保護も一般的な事業保護手続と同じ枠で事件数等の記録が取られていることや、欧州国際倒産手続規定の適用対象 (Regulation EU 2015/848 of the European parliament and of the council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, art.1.1 and Annex A) に事業保護手続諸共含まれること (G. CUNIBERTI et al., *Droit européen de l'insolvabilité Règlement (UE) 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité*, 2017, n° 36 et 62) にも現れている。

⁽¹²¹⁾ Art. L.628-7.

⁽¹²²⁾ Art. L.628-3 al.2.

⁽¹²³⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 960 et s..

⁽¹²⁴⁾ 例えば、先行する勧解手続が支払停止から 45 日以上経過していたことが発覚した場合、裁判上の更生等の申立てがなされる (art. L.628-5)。

⁽¹²⁵⁾ 他方、克服不能な困難要件 (本文 2(2)(ア)) は明文上適用除外規定があるわけではなく、形式的にはこの要件も適用はあるものとする文献もある (PÉROCHON, *supra* note 23, n° 644)。もっとも、この要件が故に迅速保護手続の開始が妨げられる可能性を真剣に検討するものは (上記文献を含めて) 管見の限りでは見受けられない。そもそも、勧解手続が失敗に終わった時点で「克服不能」とは言えない可能性が高そうではあるが、判然としない。

あり、勧解手続が係属中であることが必要である(art. L.628-1 al.2)。特別受任者や純粹な私的整理では足りない⁽¹²⁶⁾。前述の通り、特別受任者の仕組みは勧解手続の前段階として利用されることが多く、勧解手続を経ないで迅速保護手続を直接利用する需要がフランス社会にどの程度あるのかは明らかではないが、仮にそうした需要があるとしても制度上は塞がれていることになる。迅速保護に至るまでの制度設計としては、特別受任者・勧解手続・迅速保護というのがまさに段階的に利用されることが想定されていると見るべきであろう。実際、勧解手続において十分に準備が済んでいることが迅速保護手続の前提であり、原則 2 ヶ月という短い手続期間(art. L.628-8 al.1)で計画認可が可能な、必要な債権者からの賛成を調達する見込みが立っている債務者でなければ手続を利用する資格は得られない(art. L.628-1 al.2)。したがって、形式上は全ての債務者に開かれているとはいえ、実際にこの手続が発動できる場合は限られている⁽¹²⁷⁾。実際、フランスにおいて迅速救済手続が実際に行われる例はそれほど多くないと言われており⁽¹²⁸⁾、2021 年改正後も件数が劇的に増加したという報告は見られない⁽¹²⁹⁾。それでもなお、前述の通り勧解手続における合意締結が促進されるか

らこそ、この手続はなお存在意義を失わないのである⁽¹³⁰⁾。

(イ) 迅速保護手続における計画手続
(i) 手続参加者の範囲

迅速保護手続には計画案によって直接の影響を受ける当事者(parties affectées : art. L.626-30 I et L.628-6)のみが参加し、このような当事者のみが手続の効果を受ける。つまり、対象の計画案の内容に応じて、さらに言えば計画策定者の選択に応じて、手続当事者の範囲は変動する⁽¹³¹⁾。そして、この手続における計画提案権は債務者にのみ認められる(art. L.626-30-2 al.1)。なお、これは法的整理としての事業保護手続と共通の規律であり、逆に、裁判上の更生手続では債務者側管財人が提案主体となる(art. L.631-19 I al.2)上、各当事者に対抗的計画提案権が認められる(art. L.631-19 I al.3)。さらに言えば、ここで言う計画案とは、勧解手続において合意に至らなかったそれが想定される⁽¹³²⁾から、債務者が勧解手続で交渉相手として選択した者が誰かによって手続参加者の範囲は枠づけられることになる⁽¹³³⁾。多くの場合、金融機関のみをその対象とし⁽¹³⁴⁾、可能な限り債務者事業の日

⁽¹²⁶⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 956.

⁽¹²⁷⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 300.

⁽¹²⁸⁾ 2021 年オールドナンスによる改正前以前の(迅速)保護手続について、SAINT-ALARY-HOUIN et MONSERIE-BON, *supra* note 23, n° 547.

⁽¹²⁹⁾ もっとも、統計上は事業保護手続一般と一括されている(RSJ, *supra* note 35) 為、正確な数は管見の限りでは把握できていない。

⁽¹³⁰⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 656. LE CORRE, *supra* note 23, n° 051.141 も、手続の利用状況からすると、裁判による強制可能性を背景に勧解の防護柵(garde-fou)として機能していると分析する。

⁽¹³¹⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1520 et 1538.

⁽¹³²⁾ Rapport, *supra* note 83.

⁽¹³³⁾ Rapport, *supra* note 83 は、参加債権者範囲の限定を債務者にとっての選択肢(« une option ... ouverte au débiteur »)としている。なお、このような迅速保護手続の性質から、前註 24 において言及した、消極財産面での手続の集団性(collectivité)に例外が現れることになり、この手続が準集団的(« semi-collective »)手続であるとの把握を産むに至っている(Rapport, *op. cit.*)。

⁽¹³⁴⁾ 2021 年オールドナンスまでは、債権者集会という仕組みが用いられ(anc. art. L.626-29 et s.)、金融機関(établissements du crédit et assimilés)と主要な取引相手

常的な取引に手続が影響を与えないように運用されることになる⁽¹³⁵⁾。

もともと、仮に債務者が計画案に含めようとしても、労働債権は常に被影響当事者から除外され (art. L.626-30 IV)、意思に反して計画案に拘束されることがない。EU 指令上構成国に認められた立法裁量⁽¹³⁶⁾を、フランスが積極的に行使した局面の1つとされている⁽¹³⁷⁾。同様に、信託担保 (fiducie-sûreté)⁽¹³⁸⁾を有する債権者についても担保によってカバーされない範囲でしか被影響当事者とはならない (art. L.626-30 V)。

明文規定は欠けるものの、倒産手続上一般に、個別的権利行使の禁止が妥当しない地位にある債権者もまた、解釈上被影響当事者には当たらないとも論じられる。こうした債権者は、債務者から弁済を受ける地位を保持する以上、計画の影響を受けるとは評価できない⁽¹³⁹⁾。いくつかの例があるが⁽¹⁴⁰⁾、

目的物受戻し (retrait contre paiement) の対象となる留置権や所有権留保条項に基づく目的物の取戻し (revendication) ができる債権者がこのような立場にある⁽¹⁴¹⁾。

(ii) 組分けと計画への投票

これら当事者は、債務者側管財人の手によっていくつかの組に分けられ、これらの組において投票債権額の2/3の多数の賛成をもって当該組における計画案の採否の判断がなされる (art. L.626-30-2 al.5)⁽¹⁴²⁾。この組分けには、債務者側管財人の裁量が働くことになり、事案に応じて計画への賛成が得られるような組分けを模索することが予定される (art. L.626-30 III al.7)⁽¹⁴³⁾。この組分けそのものについて、受命裁判官に対する独立の不服申立てが可能である (art. L.626-30 V)。

(principaux fournisseurs) の2種類の債権者委員会を組成し (anc. art. L.626-30)、それぞれで多数決を取ることで各委員会に含まれる少数派債権者に計画案を強制することが可能であった。いずれの種類にも該当しない債権者 (例えば、労働債権者) には、常に原則通り個別承諾ルール (前註 118 に対応する本文を参照) が妥当していた。これを前提に、金融債権者のみを対象とする手続として、かつてはこの委員会の内片方だけを組成する仕組みが設けられていた (sauvegarde financière accélérée)。2021年改正によって債権者委員会の仕組みは廃止された (債権者の属性ではなく、債権の性質に着目した規律へと変化した (LUCAS, *supra* note 24, n° 1)) が、「被影響当事者」概念を介して同様の対象債権者の限定をなし得ることを立法者も意図していた (Rapport, *supra* note 83)。

⁽¹³⁵⁾ PÉTEL, *supra* note 23, n° 36. See also Directive, *supra* note 13, whereas (39).

⁽¹³⁶⁾ Directive, *supra* note 13, art.9.4 and whereas (43).

⁽¹³⁷⁾ Rapport, *supra* note 83.

⁽¹³⁸⁾ 我が国における譲渡担保に類似する仕組みである。両者の関係については、鶴ヶ野翔麻「譲渡担保における『物権の分属』の意義(1)」法協 138 巻 1 号 101 頁 (2021) 特に 131 頁以下を参照。

⁽¹³⁹⁾ LUCAS, *supra* note 24, n° 12. 後述(b)の最大利益要件がある為、清算をはじめとする法的整理下での利益がここでも保護されるという前提があることに注意が必要である。

⁽¹⁴⁰⁾ 本文で挙げた以外に、牽連性ある債権同士の相殺が可能な者や、第三者から弁済を受ける権利を保持している者が挙がる (LUCAS, *supra* note 24, n° 14-15)。

⁽¹⁴¹⁾ LUCAS, *supra* note 24, n° 16 et s. ; PEROCHON, *supra* note 23, n° 1541. 逆に、受戻しの規律の対象外の留置権者やそもそも個別的権利行使の禁止の対象となる抵当権者、留置権を伴わない質権者は被影響当事者となる (LUCAS, *op.cit.*, n° 22)。このようにフランス倒産法においては担保権者の地位の規律が多様であるが、扱いを決する際には本文に記載したような排他性 (exclusivité) を備えた担保権であるかが重要なメルクマールとなる (担保と倒産手続の関係については非常に多くの文献があるが、近時の博士論文規模の研究として、C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, 2020, not. n° 206 et s. ainsi que n° 443 et s.)。

⁽¹⁴²⁾ 債権者以外の組につき、PÉTEL, *supra* note 23, n° 332.

⁽¹⁴³⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1537. 組分けについてリジッドな規律を採用しないという選択は、意識的に行われている (Rapport, *supra* note 83)。

もつとも、当然のことながら組分けが完全な自由裁量でなされるわけではない。同一の組にまとめられる当事者は、経済的に十分な利益共同性 (*communauté des intérêts économiquement suffisante*) を有している必要がある (*art. L.626-30 III al.7*)。これについては明文でより具体的ないくつかの要件があり、例えば、担保権者と無担保債権者、資本保有者とそれ以外、劣後約定付債権者とそれ以外を区別することが要求されている (*art. L.626-30 III 1° à 3°*)。

(iii) 計画の認可

各組での投票を経た計画案は、裁判所による認可決定にかかる (*art. L.626-31 et L.626-32*)。この決定こそが究極的には権利変更の基礎であり、この意味で迅速保護手続は合意に基づくものではない⁽¹⁴⁴⁾。認可要件は上記 2 箇条に分かれて規定されるが、それぞれ発動場面を若干異にする。

第 1 に、全ての組で賛成がされていてもなお適用される要件がある (*art. L.626-31*)。

内実、これはさらに 2 系統に分かれている。

まず、(ア) 反対した個別の少数者の保護を図るものとして、個別清算・事業譲渡の場合や計画不認可時に想定されるその他のより有利な解決方法よりも不利な地位を少数者に与えていないことが要求される (*art. L.626-31 al.1 4°*)⁽¹⁴⁵⁾。最大利益 (*meilleur intérêt*)⁽¹⁴⁶⁾ 要件と言われるが、少なくとも文言を素直に受け取る限り、清算価値保障よりはやや広く、法的整理価値保障⁽¹⁴⁷⁾ のようなものが含まれているようである (但し、多くの場合計画不認可時には清算に移行する可能性が高い筈であり、それもあってか清算価値保障の問題が取り上げられることが多いようには見受けられる⁽¹⁴⁸⁾)。さらに、どの程度まで追究するのかはさておき⁽¹⁴⁹⁾、法的整理にとどまらないその他の代替的な処理の可能性も視野に入り得る⁽¹⁵⁰⁾。また、この要件が存在する結果、担保権者が少なくとも清算時に保証される利益を奪われることはなくなる為、事業再建の必要を根拠に比較的容易に担保権を制約してきたフランス法の 1 つの転換点となっている⁽¹⁵¹⁾。例え

⁽¹⁴⁴⁾ SAINT-ALARY-HOUIN et al., *supra* note 23, n° 969.

⁽¹⁴⁵⁾ Directive, *supra* note 13, art. 2.1 (6) において、後者は “next-best-alternative scenario” と表現される。

⁽¹⁴⁶⁾ Rapport, *supra* note 83 ; Directive, *supra* note 13, art. 2.1 (6) (“best-interest-of-creditors test”) and art.10.2 (d).

⁽¹⁴⁷⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1523. 特に、裁判上の更生手続において想定される債権者からの対抗的計画案が念頭に置かれる。

⁽¹⁴⁸⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1522 ; LUCAS, *supra* note 24 ; FAVRE-ROCHEX, *supra* note 141, n° 443 et s.

⁽¹⁴⁹⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1523-1524. EU 指令は、この場合における企業価値評価の方法について詳細な特則を置く余地を認める (See Directive, *supra* note 13, whereas (63)) が、フランス法はその全てを取り入れているわけではない (V. not. R.626-64 al.2. 必要的鑑定は手続の長期化と費用の問題から排除されている。PEROCHON, *supra* note 23, n° 1593)。

⁽¹⁵⁰⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1523. これはあくまで「不認可時」に想定される代替シナリオとの比較を求めるものであり、勧解手続の反復利用に制限がある (3 ヶ月の間を開けなければならない。art. L.611-6 al.2) ことに照らすと、代替的なシナリオとして別バージョンの合意による再建計画が検討の俎上に上がる可能性は必ずしも高くはないように見受けられる。

⁽¹⁵¹⁾ PEROCHON, *supra* note 23, n° 1529 à 1531 ; LUCAS, *supra* note 24, n° 4-5 et 29. 2021 年オールドナンスは一般に、担保の有用性 (*efficacité*) の向上という問題意識を有すると理解され (Rapport, *supra* note 83 ; F.-X. LUCAS, Les créanciers titulaires de sûretés réelles et les classes de parties affectées, *D. 2022*, p.304)、それが現れる仕組みとしてこの組分けのルールが挙げられる。

ば、前述のように、倒産手続一般において権利行使が可能な担保権者が被影響当事者とならない((i))との理解も、法が最大利益要件を介して代替的シナリオ(主として清算手続)における利益を保障していることを背景にして論じられるものである⁽¹⁵²⁾。

さらに、(イ)反対債権者の有無に関わらず問題となる要件として、一連の手続の適法性、各組における債権者平等の遵守、勧解先取特権等が過剰に設定されていないことが要求される(art. L.626-31 al.1 1^o à 3^o et 5^o)。最後の要件については、前述の勧解先取特権の仕組み((3)(イ))を念頭に、これを利用しすぎることを防止し、先取特権が発生しない形で再建が可能ならばそちらを選択しなければならないとの意味を持つ。

第2に、反対した組が登場した場合にはその組への計画の強制適用(application forcée interclasses : 反対組に対するクラムダウン(cross-class cram-down⁽¹⁵³⁾))の可能性が残る(art. L.626-32)。この仕組みを動かすには、裁判上の更生手続を除き債務者の同意があること(art. L.626-32 I)、さらに一般債権者よりも上位の権利者の組を含む過半数の組が賛成しているか、清算時に弁済を受け得る債権者の組の少なくとも1つ(両者をまとめて、in money な組、と呼ばれる)が賛成している必要がある(art. L.626-32 I 2^o)⁽¹⁵⁴⁾。その上で、主として反対組についていわゆる絶対優先原則(priorité absolue = 「より下位の債権者の

組が弁済を受ける場合には、反対者は同等又は同価値の手段によって完全に履行を受けている」こと : art. L.626-32 I 3^o)が守られていること等⁽¹⁵⁵⁾が認められれば、反対する組にも計画を強制することができる。

なお、この第2類型の適用が問題となる場合も第1類型の認可要件は常に適用され、個々の反対債権者、あるいは賛成者を含めた全ての債権者に与えられるべき保護が図られることに変わりはない(art. L.626-32 al.1 I 1^o)。

こうした要件の下でなされる認可決定は、当事者又は第三者の不服申立ての対象となる(art. L.661-6 I 6^o)。

III. 日本法への示唆についての若干の検討

以上に紹介したところから既に明らかであるが、フランス法は合意に基づく倒産処理の周辺において、日本法とは相当に異なった制度を構築している。それ故、そこから我が国に対する直接的な示唆を受けることは困難であるように思われるが、私的整理そのもの(1)及び近時我が国において注目の集まっている私的整理と法的整理(ないし裁判所の認可を媒介する合意挫折後の倒産処理)の関係(2)について、なおいくらかのことが読み取り得るように思われる。

以下、ごく簡単にではあるが、筆者が見て取っている事柄を述べておくこととしたい。

⁽¹⁵²⁾ LUCAS, *supra* note 24, n° 10 ; FAVRE-ROCHEX, *supra* note 141, n° 443 et s. 但し、信託担保には占有剥奪型(fiducie-sûreté avec dépossession)と非占有剥奪型(fiducie-sûreté sans dépossession)があり、後者は一般的な法的整理下で計画による権利変更を受けるより弱い地位に立たされている。このことと整合性を取って、art. L.626-30 Vは前者にのみ及ぶと解する立場がある(LUCAS, *supra* note 24, n° 11)。

⁽¹⁵³⁾ Directive, *supra* note 13, art.11.

⁽¹⁵⁴⁾ 優先権を自ら確保していた債権者等の期待保護と、こうした地位にある者による投標が計画の実効性と権利者の犠牲の合理性を示唆する、という2点から説明する見解がある(PETEL, *supra* note 23, n° 334)。

⁽¹⁵⁵⁾ 資本保有者の組が反対している場合は、より詳細な条件がある(art. L.626-32 I 5^o)。が、本稿では立ち入らない。

1. 合意に基づく倒産処理の法的規律

(1) 前提とする債務者の財産状態

まず、一連の議論の大前提に目を向けることが有益であるように思われる。

すなわち、フランス法における合意に基づく倒産処理手続（特別受任者及び勧解手続）は、基本的には支払停止に至っていない債務者を対象とするものである。勧解手続については支払停止から45日以内というバッファが存在するものの、支払停止からごく短期間に限られているものと言える。フランス法のこうした方向性は、2005年法以来倒産処理手続の早期申立てが重大な関心事となっており、一般に債務者にとって有利な手続であるこれらの手続⁽¹⁵⁶⁾の利用資格を限定することで、有利な扱いを望むならば早期に手続を申し立てるよう債務者に動機付けをするものである。一般に、事業再建の成否は早期の困難の特定と対処に依存していると言えそうであり⁽¹⁵⁷⁾、そうした認識を政策的に反映したものと見ることができよう。

そのこと自体も興味深いところはあるが、フ

ランス法においては、債務者が支払停止前ないし支払停止後短期間に手続を利用するという前提から、手続にいくつかの特徴が表れている。概して言えば、支払停止前の債務者には事業遂行について一定以上の自律性が認められるとの理論的前提の下⁽¹⁵⁸⁾、常に排他的な手続開始申立権を持つ。さらに、合意に基づく手続そのものからは少し逸れるものの、迅速保護手続の内部において、例えば計画の策定権、反対組に対するクラムダウンの発動如何の選択権、といった一定の決定権が排他的に与えられている⁽¹⁵⁹⁾。計画策定権は、その延長として手続参加者（被影響当事者）の範囲の決定権をも含意するところであり、理論上は問題となり得る手続内／外の債権者平等⁽¹⁶⁰⁾の問題が（想定するシチュエーションが支払停止前、つまり債権者平等の問題が主題化されない段階であるという前提も作用していそうであるが⁽¹⁶¹⁾）部分的にはこうした債務者の権限に解消されているようにも見える⁽¹⁶²⁾。

こうしたフランス法の状況に対して、日本法における私的整理は、必ずしも常に債務

⁽¹⁵⁶⁾ 支払停止前の法的整理である事業保護手続も同様である。

⁽¹⁵⁷⁾ 例えば、再建型手続が破産手続よりも開始原因を前倒しすること（民事再生法21条1項、会社更生法17条。旧和議法12条に対する反省と捉えられよう。深山卓也ほか『一問一答 民事再生法』（商事法務研究会、2000）7頁）は、このような認識から出たものと考えられる（山本和ほか・前掲註1書415頁〔笠井正俊〕）。See also Directive, *supra* note 13, whereas (3) and (4).

⁽¹⁵⁸⁾ 拙稿・前掲註60論文。V. aussi PEROCHON et ROUSSEL GALLE, *supra* note 66. こうした前提を共有しつつ、支払停止後45日以内の債務者の場合の債務者意思の反映を限定する理解として、SAUTONIE-LAGUIONIE, *supra* note 66.

⁽¹⁵⁹⁾ これが支払停止の有無と関連することは、本文で指摘した特徴が事業保護手続においても見られる一方、裁判上の更生では扱いが異なることにも表れている。

⁽¹⁶⁰⁾ 我が国における学説の関心事の1つである（伊藤眞・前掲註11論文、山本和・前掲註6及び註11各論文）。

⁽¹⁶¹⁾ V. PÉROCHON, *supra* note 23, n° 166.

⁽¹⁶²⁾ 但し、この選択が恣意的になされ得るとまでは言い切れない。第1に、計画の認可要件を満たす為には、その選択に事業継続をもたらすだけの合理性があることが当然の前提であるし、最大利益要件をはじめとした認可要件を満たすには、一部の債権者に過度に負担をかける選択をとることはできない。第2に、フランス法は条文に表れざる当然の前提として、そもそもこの選択自体に直接の制約を觀念している可能性もある。例えばRapport, *supra* note. 83は、2021年オルドナンスによる「改正は、債務負担の性質がこれを正当化するならば、手続の効果を金融債権者のみに限定する可能性を維持している」とも述べる。但し、同報告書は「企業の金融及び経済的状態がこれを正当化する以上は」債権者の範囲の限定が可能だとする箇所もあり、なお不透明さが残る。

者が一定の財産状態——例えば支払不能や支払不能のおそれ——に至っていないことを前提としてきたわけではない。むしろ、伊藤眞教授の議論⁽¹⁶³⁾は、支払不能(相殺禁止規定の適用がある状況)や支払不能のおそれ(債権者による法的整理申立てがあり得る状況)にある債務者を想定するものである。フランス法を補助線とするならば、こうした前提の下における私的整理論は、債務者が法的整理を他者から強制され得るか、債務者を含む利害関係人が債権者平等を強制され得る状況⁽¹⁶⁴⁾下でのそれであるという特徴を有する。それ故に、法的整理との競合＝法的整理に債務者を服させることを内容とする私的整理反対債権者の権利の保障の必要性や、法的整理において妥当する債権者平等の規律の回避の許容性、といった形で申立権者の一部(債務者及び私的整理に賛同する債権者)のみの意思で法的整理の規律を回避することの正当性が問題とされてきたのであろう⁽¹⁶⁵⁾。

この点について若干付言しておけば、支払停止に至ると勧解手続を用いない限り法的整理を利用しない自由を法が否定する(開始申立義務が発生し、公益代表者とし

ての検察官による申立てもあり得る)フランス法と異なり、日本法においては申立権を有する私的主体全員が事実上申立てをしない態度に出ている場合には、支払不能発生後でさえ、法的整理そのものあるいは法的整理において妥当する規律が適用されるとは限らない点で、前提を異にする面がある⁽¹⁶⁶⁾。もっとも、ここで想定される当事者の選択があくまで消極的なそれ(不作為)であるとする、私的整理の進行を知らないが法的整理の開始申立権は有する者の利益保護⁽¹⁶⁷⁾がなお問題となる余地もあろうか⁽¹⁶⁸⁾。

また、もう1つの相違点として、フランス法は倒産処理手続の目的として債務者の事業再生を第一次的なそれとして掲げており、債権者への弁済は後景に退く面がある⁽¹⁶⁹⁾。フランス法における債務者の決定権というのも、こうした第一次的目的に向けられた、その為の手段選択権という意味を見出し得る。他方、さしあたりは債務者の事業再建も債権者の債権回収利益から導かれるとの理解を前提とするならば⁽¹⁷⁰⁾、極めて早期の倒産処理の実施の為に法が特別の規律——とりわけ債権者の権利を制限する内容の規律——を設けることは、却ってその目的達成の

⁽¹⁶³⁾ 伊藤眞・前掲註11論文。

⁽¹⁶⁴⁾ 本稿では本格的には触れられなかったが、フランスにおける我が国における否認権に相当する仕組み(疑わしき期間の無効)は支払停止を要件としていることから(art. L.632-1 et s.)、この概念は債権者平等を強制する意味をも担っている。

⁽¹⁶⁵⁾ フランスにおいても、PEROCHON, *supra* note 23, n° 166は、支払停止下の純粹私的整理(concordat)に対して、詐害や債権者平等破壊の危険があることを理由に警戒的な態度をとっている。

⁽¹⁶⁶⁾ このこと自体は、日本法が緩やかな法的整理を備えていないこと(後述(2))に照らすと、必ずしも不合理なものとは言いきれないようにも思われる。

⁽¹⁶⁷⁾ 私的整理の外部にある債権者は、当然のことながら権利変更を被らないから、その意味では直ちには利益侵害はない。もっとも、手続開始申立権がこれらの者にも与えられていることの意義を、自ら権利変更を受けてでも法的整理を利用する利益(例えば、債務者の実行しようとする事業再生計画の信頼性にかかる利益)に求めることも考えられよう。

⁽¹⁶⁸⁾ フランスにおける公示後の第三者故障(*tierce opposition*)や、公益代表者としての検察官の不服申立権は、こうした外部者の利益保護に資する面があろう(前者は第三者自らによる利益防衛を意味し、後者の場合は検察官によって代表される公益に解消される)。

⁽¹⁶⁹⁾ Art. L.620-1 al.1.

⁽¹⁷⁰⁾ ドイツ法がそのような傾向を有する(*Insolvenzordnung(InsO) § 1*)他、集合行為問題の解決による債権回収効率の最大化(山本和彦『倒産法入門 第6版』(有斐閣、2024)1頁以下)や債権者平等(松下淳一『民事再生法入門 第2版』(有斐閣、2014)2頁)を強調する日本法も一般的にはそのような理解に基づくものと思われる。

必要性⁽¹⁷¹⁾ないし手段の相当性を満たさないと評価され⁽¹⁷²⁾、規律密度が下がらざるを得ない可能性も残りそうである。

(2) 合意の促進と裁判所の関与

フランスにおける合意に基づく手続の重要な特徴として、純粋な契約としての私的整理というよりも、裁判所が一定程度関与した上での合意の締結が想定されている点を挙げることができる。特別受任者の仕組みは、受任者の選任・報酬面での規律の他は⁽¹⁷³⁾、裁判所が強力に関与するわけではない。他方で、勧解手続は裁判所あるいは公益代表者としての検察官がより積極的に関与しつつ、個別的権利行使の一時停止による交渉参加の誘導や合意の認証の仕組みによる合意の安定化(先取特権の設定、支払停止不存在の確定)といった合意締結促進手段を豊富に備える。

これと対比した場合の日本法の1つの特徴は、私的整理というのが私的自治空間に、つまり債務者と債権者の交渉にほぼ完全に⁽¹⁷⁴⁾依存していることを指摘することができよう。また、フランス法と異なり再建型法的整理にもグラデーションが付いているわけではない⁽¹⁷⁵⁾。そうすると、我が国における倒産処理というのは、主として、純粋な私的整理と規律が完

備された法的整理という極端な2つの選択肢によって成り立っていることになる。

他面で、我が国においては私的整理が準則化しているという特徴が看取される。このことは、一方の極にある合意に基づく倒産処理が、裁判所の関与するわけではないにせよ、素朴に私的空間で行われるのとは異なる前提の下で行われていることを意味し得る。こうした準則化が私的整理における合意の促進に仕えている可能性があるのだとすると⁽¹⁷⁶⁾、日本法に現存するこのような選択肢の持つ理論的意義を問う必要もあるように思われる。

必ずしも十分な見通しがあるわけではないが、かような準則化が合意の促進機能を果たす面があり得るにしても、それは裁判所の関与するものであるわけではないことに変わりはない。そうだとすれば、ここで問うに値するのは、裁判所が関与しなければ実現できないのはどのような手法なのか、またそうした手法が必要ないし有意義なものか、ということになる。これもフランス法やEU指令の発想を補助線とする限り、例えば個別的権利行使の一時停止に属する規律を想定する場合には、何らかの形で裁判所の判断を想定して

(171) この点については、後掲研究会における垣内秀介教授、岡成玄太教授の指摘にも負う。

(172) 当然ではあるが、フランス法あるいはEU指令においても、手続や個別的権利行使の一時停止の必要性の有無が意識され、過度な権利制約をもたらしていないかが問題となっている (THERON et al., *supra* note 46, p.60; Directive, *supra* note 13, art.6.9)。しかし、「必要性」「相当性」の内実は、手続目的が変われば変動するであろう。

(173) 但し、これらの規律は特別受任者にさえ適用されるのであるから、むしろ重要度はより高いと評価されていることになる。例えば、LUCAS, *supra* note 23, n° 15 は、債権者の合意調達にとって重要な要素と見る。

(174) 本稿では深入りできないが、我が国における若干の例外として、産業競争力強化法上の考慮規定(同法 56 条)や特定調停手続(特に、そこでの民事調停法 17 条の活用)が挙げられよう。

(175) 民事再生手続と会社更生手続は、手続対象者の面からも、想定される利用者の違い(深山ほか・前掲註 157 書 4 頁、深山卓也編著『一問一答 新会社更生法』(商事法務、2003) 16 頁)からも、フランスにおける事業保護手続と裁判上の更生手続のような意味でのグラデーションの関係を見て取ることはできない。

(176) 山本和ほか・前掲註 1 書 332 頁以下(特に、335 頁以下)[水元]。

いる⁽¹⁷⁷⁾ことを観察することができる⁽¹⁷⁸⁾。また、合意に基づく処理の安定化の為に、一定の事項を公権的に確定することを手段とする場合、定義上裁判所の関与は必要となりそうである⁽¹⁷⁹⁾。さらに言えば、この安定化措置は、整理外第三者へ影響を与え得る決定を想定する場合があり、そうなると公示⁽¹⁸⁰⁾と不服申立ての規律がセットとなりそうである⁽¹⁸¹⁾。公示を想定するのであれば、合意に基づく倒産処理の重大なメリットである密行性を放棄することになるから、この問題は密行性を保った処理の貫徹とその限界にも関わることになる。例えば、フランスにおける個別的権利行使の一時停止は、あくまで密行性を維持したままで可能なそれが模索されていたのであった。

2. 合意挫折時の受け皿手続

(1) 受け皿手続の構成と手続規律

近時我が国においても注目が集まってい

る問題として、私的整理のいわゆる多数決化の問題がある。フランス法においても、後述の通り相当の前提の相違があることを留保しつつも、合意に基づく手続の後に一定条件で不成立に終わった計画案を裁判所が認可する仕組み(以下、「受け皿手続」と表現する)を設けていると見ることができる。

近時の我が国における議論⁽¹⁸²⁾を念頭に置きつつ、ここでもフランス法の特徴をいくつか指摘しておこう。

まず、フランスにおける合意挫折後の認可を担う手続は、法的整理たる事業保護手続のいちヴァリエーションとしての迅速保護手続である。法的性質については議論もあり得るが、少なくともこの手続には事業保護手続関連規定が準用されることが実定法上予定されている。例えば、認可の前段階としての債権者からの投票に関わる手続(債権者の組分け、投票の手続)が法的整理とほぼ同様の枠組みで行われると共に、(通常は勧解人がそのまま選任されることになろう

⁽¹⁷⁷⁾ Directive, *supra* note 13, whereas (32). EU 指令上は法律上の定めを置く(逐一裁判所の決定を介在しない)という選択肢が浮上するが、そこでは何らかの手続開始決定が前提となっていることを見落とすべきではないであろう。なお、この延長に、司法機関等が不必要な権利行使停止を拒絶・停止(See also Directive, *supra* note 13, art.6.9)する権限を持ち得ることが同時に提案されている。

⁽¹⁷⁸⁾ 裁判所が関与することが必要条件であるとして、なおどのような場合にこうした措置の発動が正当化されるのか(つまり、その実体的要件)は勿論別論である。この点フランス法は、繰り返しになるが前註 169 に対応する本文で指摘した手続目的の把握を背景に、さらに民法あるいは商法において債権者への支払猶予強制そのものに一般的に緩やかな態度を取っている(本稿でも取り上げた支払猶予につき、art. 1343-5 C. civ.; 前註 118 で言及した法的整理における猶予強制につき、art. L.626-18 al.1 et al.4 C. com.)ことから、我が国とは実体的な前提を異にする面がある(山本和・前掲註 19 論文 543 頁註 107)。また、Directive, *supra* note 13, art.6.8 は、権利行使の停止期間が短期間であることを要求するものであり、正当化の前提に個別的権利行使の停止あるいは手続そのものの期間長さの問題があり得ることを示唆する。

⁽¹⁷⁹⁾ Directive, *supra* note 13, whereas (69). 既に我が国においても、産業競争力強化法が類似のメリットを若干ではあるが享受しようとし(前註 174 参照)、その際裁判所による個別の決定を想定する。

⁽¹⁸⁰⁾ 但し、この場合における公示の目的には注意が必要そうであり、フランスにおいては当該第三者の不服申立権を確保する為の公示(こちらは、検察官のような公益代表者を立てることができれば常には必要ではない可能性がある。密行性と検察官控訴権の関係を示唆するものとして、PEROCHON, *supra* note 23, n° 228)と、当該措置の後に取引関係に入り得る第三者(勧解先取特権との関係で、前註 107 に対応する本文参照)の保護の為の公示の両面がある(こちらは、この優先権が一般先取特権として作動することに注意が必要である)。

⁽¹⁸¹⁾ 新規融資の場合につき、Directive, *supra* note 13, whereas (48).

⁽¹⁸²⁾ 前掲註 8 及び註 11 各文献。

が)管財人の選任も予定される。また、興味深いところとして、勧解手続の債権者表を流用して債権届出の簡略化が予定されつつも、その後の債権確定手続(投票の口数や計画弁済の前提となる権利の確定手続)は省略が予定されていないようである。このことは、合意に基づく手続から後続手続へ繋がる一連の流れのどの部分について、とりわけ債権者に法的整理同様の手続を与える必要があるのか⁽¹⁸³⁾を、手続の切り替えの点から示唆するものと言えそうである。

加えて、フランスにおける一連の措置は、勧解手続を経ることを前提とすることをも特徴として指摘することができる。すなわち、迅速保護手続は勧解手続を利用している債務者が申し立て得るのであり、それを経ない、特別受任者の選任にとどまる債務者、あるいはそもそも商法上の仕組みを全く利用していない債務者が、いきなり迅速保護手続に移行することは予定されていない。勧解手続は、合意に基づく手続の中では最も裁判所の関与による合意促進や監督の程度が厚く、あるいは公益代表者としての検察官の関与が想定されるという特徴がある。こうした手続を経て初めて受け皿手続が利用できる、ということもまた、興味深い制度設計である。フランスにおけるこのような制度設計には、特別受任者と勧解手続にグラデーションがあることを念頭に、特別受任者のみでは合意に至れない債務者が勧解手続を、さらにそれでも合意が成立しない債務者が迅速保護手続を利用する、という制度の役割分担を見出すことができるように思われる⁽¹⁸⁴⁾。そ

うすると、フランスにおける受け皿手続は、合意に基づく倒産処理に相当の促進措置があることを前提に、それでもなお合意の実現しそうな債務者が利用することを想定するもの、ということができよう。そうすると、前述(1(2))の通りの極端な2択を想定する日本法の下で受け皿手続を構想する試みは、この点でも前提を異にする可能性がある。

(2) 受け皿手続の存在意義と私的自治

迅速保護手続は、直接的には勧解手続限りでは成立しなかった合意を一定条件下で利害関係人に通用させる効果を有する。もっとも、フランスにおいてこうした仕組みが存在することの実際的な意義は、こうした仕組みが発動することそのものにあるようには見受けられない⁽¹⁸⁵⁾。むしろ、しばしばこのような仕組みの存在が前段の合意に基づく手続における当事者(債権者及び債務者)の交渉・意思決定に影響を与えることが説かれ、その意味で迅速保護手続は合意の環境整備の役割を果たしていると見ることができそうである。

仮にこのような観測が一定程度の普遍性を持つのだとすると、受け皿手続の構築は、私的整理における交渉や合意の外縁ないし標準と切り離して論じることはできないと言えそうである⁽¹⁸⁶⁾。まさにフランス法は、迅速保護手続における認可要件において、企業の再建手段を選択する際に債権者に必要以上の犠牲を払わせることがないという外縁を定めていると見こともできよう。

⁽¹⁸³⁾ 近時の議論の中でも、伊藤真・前掲註 11 論文の問題提起にかかる。従前の議論との関係でも、山本研・前掲註 9 報告の問題関心に通ずる。

⁽¹⁸⁴⁾ この点については、Marie-Hélène Monsérié-Bon 教授 (université Panthéon-Assas) とのやり取りに負う。

⁽¹⁸⁵⁾ 前掲註 128 及びそれに対応する本文を参照。Exposé des motifs, *supra* note 27 の時点で、立法者も裁判所の介入しない形での処理に相当程度強い期待を寄せていたことが窺える。

⁽¹⁸⁶⁾ 倒産処理に限らず、一般に、裁判所における手続あるいは法規に基づく処理と、合意(ADR)による「自由な」処理との間には一定の相互作用があると考えられよう。

さらに、フランスにおいてはしばしば、合意に基づく手続が法的整理なかんずく迅速保護手続の準備段階として認識されることも少なくはない⁽¹⁸⁷⁾。しかし、同時に、合意に基づく手続の価値はそれにはとどまらず、それ自体としてあくまで合意に基づいて問題を解決する余地が残っていること⁽¹⁸⁸⁾、そして債務者の信用を損ねる危険性も大きい法的整理を回避するという意味で重要性を持つことも強調される⁽¹⁸⁹⁾。合意に基づく手続にいくつかの強力な装置(個別的権利行使の一時停止、先取特権、条項の無効化等)を導入する際にも⁽¹⁹⁰⁾、フランスにおいては手続の合意的性質を損ねないように一定の注意が払われていることが確認できる⁽¹⁹¹⁾。こうしたフランスのある種の繊細さは、合意に基づく倒産処理の周辺における一定の実定法整備が私的自治空間を却って変質させる可能性を示唆するものであり、単なる合意形成の枠付け以上の問題がそこに潜んでいることを窺わせる⁽¹⁹²⁾。

IV. おわりに

フランス法は、合意に基づく倒産処理について他にそれほど類を見ない程度に充実した仕組みを備える法制度であるように思われ、我が国における私的整理の実務的重要性と理論的蓄積の不十分さに思いを致すとき、参照に値するものであるように思われる。

もっとも、本稿における紹介から一見して明らかな通り、フランス法は倒産処理手続一般についてのものの考え方もさることながら、前提となる実体法的ルールやその基底にある凡そ一般的なある種の法意識が我が国とは相当に異なることを見落とすべきではない⁽¹⁹³⁾。

また、近時のフランスにおける制度構築に際して EU からの影響を無視することはできず、本稿で扱ったテーマも例外ではない。その意味で、本来は周辺 EU 構成国等の類似の動向との比較といった作業も有益であるように思われるが⁽¹⁹⁴⁾、本稿はこれをなし得ず、他日を期さざるを得ない。

⁽¹⁸⁷⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 13 ; BORGA, *supra* note 24. これらの文献は、このことを指して「法的整理の二の間 (« antichambre d'une(des) procédure(s) collective(s) »)」と表現している。

⁽¹⁸⁸⁾ THERON et al., *supra* note 46, p.60. See Directive, *supra* note 13, whereas (10).

⁽¹⁸⁹⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 13 et 16.

⁽¹⁹⁰⁾ こうした試みの多くは、法的整理から道具立てを借用する性質を有している(前註 75 及びそれに対応する本文を参照)。

⁽¹⁹¹⁾ LUCAS, *supra* note 23, n° 20 ; THERON et al., *supra* note 46, p.60. フランスにおけるいくつかの制度構築が漸次的であるのは、こうした背景にも由来するのかもしれない。

⁽¹⁹²⁾ 念の為に付言しておけば、本稿は、これ故に制度構築に謙抑的であるべきだということを主張するものではない。あくまで議論に際してそのような視点と、私的整理そのものの在り方について一定の展望を獲得されている必要があることを指摘するに留まる。

⁽¹⁹³⁾ 夙に、山本和・前掲註 19 論文 543 頁註 107 に、かの地において我が国とは異なるメンタリティが存在するとの見立てがある。筆者もこうした感覚を共有するが、筆者としては翻って我が国特有のメンタリティないし我々の思考の背後に従来言語化されてこなかった前提がないのか、あるとしてそれはどのようなものなのか、その前提を突き放して考察する必要がないのか、になお関心を有する。もっとも、当然のことながらこの種の検討は容易なことではなく、他日を期さざるを得ない。

⁽¹⁹⁴⁾ EU 指令の国内法化との関係では、フランスとドイツ相互間での調和合意が存在することが指摘されている (Rapport, *supra* note 83)。2021 年オールドナンスによる改正に際しては、厳格な計画採否決定の仕組みをドイツからフランスへ、倒産予防の仕組みをフランスからドイツへ、それぞれ相互に取り入れる動きがあったと言われる(組分けの仕組みの来歴につき、PEROCHON, *supra* note 23, n° 1517. また、Marie-Hélène Monsérié-Bon 教授からの情報提供にもよる)。もっとも、既に我が国において紹介されているドイツ法の断章(伊藤眞・前掲註 11 論文、山本和・前掲註 11 論文)を見ると、同じ EU 指令を基にしつつも実際には両国の仕組みはそれなりに異なっていることが窺える。これは非常に興味深い現象であるように思われる。

このように本稿が甚だ不十分なものであることは自覚しつつ、これが今後の倒産法学に少しでも貢献することを祈念して一旦筆を置くこととしたい。

* 本稿の執筆過程において、2023年12月16日、東京大学民事訴訟法研究会にて関連テーマについて報告の機会を得、参加研究者から有益なコメントを、註において言及したもの以外にも多数頂戴した。ここに記して感謝申し上げたい。

* 本稿は、2021年9月4日から2023年9月2日にかけて université Panthéon-Assas (パリ第2大学) に招聘の上実施した在外研究の成果の一部である。同在外研究中、同大学への受入れをご快諾いただいた Marie-Hélène Mons ri -Bon 教授をはじめとする多数の現地研究者や、同時期に現地にて研究活動を共にした複数の日本人研究者のサポートを受けることができた。この点についてもこの場を借りて感謝申し上げたい。

* 本稿は、前項記載の在外研究に関して受けた、科研費(基盤 C: 課題番号 22K01223)、司法協会研究助成(2019年度研究助成)、東北開発記念財団海外派遣援助にかかる成果の一部である。

幫助犯の成立要件としての正犯結果に対する因果性の要否

東北大学大学院博士課程後期3年の課程 太田 雄也

- I はじめに
- II 正犯結果に対する因果性を要求する見解
 - 1 正犯結果に対する条件関係を要求する見解
 - 2 正犯結果を促進することで足りるとする見解
 - 3 検討
 - 4 小括
- III 正犯結果に対する因果性を要求しない見解
 - 1 幫助犯を危険犯とする見解
 - 2 正犯行為を促進することで足りるとする見解
 - 3 検討
- IV 私見
 - 1 正犯行為を促進することで足りるとする見解の妥当性
 - 2 因果性の存否の判断方法
- V おわりに

I はじめに

(既遂罪に対する) 幫助犯の成立要件において、現在の多数説は、援助行為と正犯結果との間の因果性の存在を要求している⁽¹⁾。この要求は、因果的共犯論(共犯処罰の根拠を、正犯を介して間接的に法益(または構成要件の結果)を侵害した点に求める見解)から導かれる。1980年代以降、共犯はなぜ処罰されるのかということについて自覚的に議論がなされ

るようになり⁽²⁾、現在に至るまでに、幫助犯の処罰根拠に関して因果的共犯論が通説となった。これに伴い、幫助者が最終的に生じた結果について責任を問われるのは、援助行為と当該結果との間に因果性があるからだとする考えが多数となったのである。もともと、多数説の内部において、想定する因果性の内容に違いが見られる。すなわち、多数説には、援助行為と正犯結果との間に条件関係を要求する見解と、それらの間に条件関係は

⁽¹⁾ 多数説については、IIを参照せよ。

⁽²⁾ 共犯の処罰根拠について論じた我が国における先駆的な研究として、大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院・1981)1頁以下、香川達夫『共犯処罰の根拠』(成文堂・1988)3頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂・1988)93頁以下等。

不要であり、促進関係があれば足りるとする見解が存在するのである。

ところで、学説において、正犯結果とは、法益侵害結果を指しているように思われる⁽³⁾。すると、援助行為が正犯行為を介して正犯結果に対して因果性をもったというためには、援助行為が正犯行為に対してその態様の変更を伴うような物理的（有形的）または心理的（無形的）な影響を与え、その影響が法益侵害結果に現れる必要があるが、そうであるとすれば、多数説が次のような事例を適切に解決できるか疑義が生じる。すなわち、Yが隣県にあるV宅に侵入し、金庫内の金品を窃取しようと計画していたところ、XがYに対して帰りの電車の運賃を与えたという事例である。この場合、Xは窃盗罪に対する幫助犯として処罰されるべきであるように思われるが、多数説からはこのような結論を導くことができないように思われる。まず、この事例においてXがYに与えた金銭は、Yの住居侵入行為及び窃取行為に対してその態様を変更するような物理的な影響を及ぼしていない。よって、物理的因果性は認められない⁽⁴⁾。次に、心理的因果性の有無を検討すると⁽⁵⁾、確かに、金銭提供行為により、Yは、自己の犯罪がXによって支援

されていると考え、心強く思って犯行に及んだということはあるであろう。しかし、そのことと、金銭提供行為と法益侵害結果との間に因果性が存在することとは別問題であるように思われる。というのも、例えば、V宅には金庫の中以外に金品が存在していなかったという場合、Xによる支援の有無に関係なく、Yによって惹起された法益侵害結果は、金庫内に存在していた金品についての占有侵害であることに変わりはないからである。この事例においては、運賃が提供されたことによりYの行為態様に変更されたという事情は存在しないから、心理的因果性の存在も認められず、Xは幫助犯として処罰されないということになり得る。

このような多数説に対して、古くから、幫助犯の成立要件としての因果性が認められるためには、援助行為と正犯行為との間に促進関係があれば足りるとする見解や幫助犯を危険犯と捉える見解が唱えられていた⁽⁶⁾。しかし、現在ではこれらの見解は勢力を弱めている。それらは通説である因果的共犯論に馴染まない考え方であるとして退けられてきたように思われる。もっとも、上記事例以外にも、個別の事案において、当該援助行為の存在によって当該正犯結果が生じたという

⁽³⁾ 上述のとおり、通説である因果的共犯論によれば、幫助犯が処罰されるのは、援助行為が正犯を介して間接的に法益（または構成要件の結果）の侵害を惹起したからである。しかし、幫助犯の成立要件としての因果性を論じるにあたって、学説は正犯結果を明確には定義しておらず、このことは、幫助犯における因果性の議論が錯綜している原因のひとつとなっていると推察される。なお、私見によれば、正犯結果には、正犯行為及びそこから生じた法益侵害結果が含まれるように思われる。

⁽⁴⁾ もっとも、後述のとおり、多数説の中には、正犯結果を詳細に具体化することによって、当該援助行為がなかったならば、その時、そのような形状での正犯行為もなかったであろうといえる限り、条件関係を肯定してよいとする見解がある。この見解を徹底すれば、運賃提供行為と正犯行為ないし正犯結果との間の条件関係を認め得るかもしれない。

⁽⁵⁾ ここでは、物理的因果性、心理的因果性の順で因果性の有無について検討しているが、検討順序に特に定めない。もっとも、明らかに援助行為が正犯行為に対して物理的影響を与えている場合や純粋に心理的な援助が行われた場合、因果性を証明するにあたっては、証明の容易さに鑑み、前者では物理的因果性の有無が、後者では心理的因果性の有無が優先的に検討されることになろう。

⁽⁶⁾ 正犯結果に対する因果性を要求しない見解については、Ⅲを参照せよ。

ことを証明するのが困難な場合は少なくない。したがって、幫助犯の適切な処罰範囲を確保するため、幫助犯の成立要件として正犯結果に対する因果性を要求しない見解にも目を向けることは有益であるように思われる。そこで、本稿では、幫助犯の成立要件として因果性は必要であるか、必要であるとして援助行為と正犯結果との間の因果性を要求し得るのかという点について、正犯結果に対する因果性を要求する見解(Ⅱ)、正犯結果に対する因果性を要求しない見解(Ⅲ)の順で検討を加え、最後に私見を述べることとする(Ⅳ)⁽⁷⁾。

Ⅱ 正犯結果に対する因果性を要求する見解

現在の多数説は、幫助犯における因果

性は、援助行為と正犯結果との間に認められなければならないとしている。もっとも、多数説も一枚岩ではなく、大別すると2つの見解が存在している。ひとつは、援助行為と正犯結果との間に条件関係を要求する見解であり、ひとつは、援助行為と正犯結果との間の条件関係に代えて、促進関係を要求する見解である。まずは、正犯結果に対する条件関係を要求する見解の妥当性について検討する。

1 正犯結果に対する条件関係を要求する見解

一 内田文昭博士は、幫助犯における因果性に関する著名判例である東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁の原審にあたる東京地判平成元年3月27日判タ708号270頁⁽⁸⁾の評釈において、

⁽⁷⁾ 本稿の執筆にあたり、2023年12月23日開催の東北大学刑事法判例研究会にて、本テーマに関する数多くのご示唆を賜った。

⁽⁸⁾ 本件は、A(内田博士の引用箇所における「甲野」)は、詐取する目的で宝石商Vに宝石類を持参するよう依頼したところ、Vから待ち合わせに関する連絡があった。Aは、仮に詐取に失敗した場合には、Vを殺害し、これまでにVから預かり保管していた宝石類の返還を免れ、また、Vが持参した宝石類を強取し、場合によっては同人を射殺することを計画した。その際、Aは、漠然と射殺場所を待ち合わせ場所であるビルの地下室に決めた。このAの計画を伝えられたX(内田博士の引用箇所における「丙川」)は、銃声が外部に漏れないようにするため、地下室の換気口やガラス戸を目張りした。その後、Vが待ち合わせ場所にやってきたが、目当ての宝石を持参していなかった。すでに少なからぬ金銭をVに渡してしまっていたAは、焦りを覚え、漠然と考えていた地下室での殺害計画を変更し、B(内田博士の引用箇所における「乙山」)運転の自動車にVを乗せ、高速道路を走行中、その車内でVを射殺することにした。Xは、Aから、AとVが乗っているB車についてくるよう求められたため、C運転の自動車にB車を追従したというものであった。

これについて、東京地裁は、「地下室における目張り行為等は、Aが現実には地下室で犯行に及ばず、車中でこれを実行したのであるから、現実のAの強盗殺人の実行行為との関係では、役に立たなかったものであるが、……Aとしては、Bばかりでなく、Xにも地下室における準備を期待し、Xも右地下室でもAとの会話などを踏まえ、その意図を理解し、目張り行為等をしたものと推認できるのであって、Aがその後たまたま地下室においての実行計画を発展的に変更し、車中でこれを実行したものではあるが、結局は、当初の意図どおり、Aが強盗目的によりけん銃でVを射殺するという、被侵害利益や侵害態様など、構成要件上重要な点を共通にする行為が、前の計画と同一性を保って、時間的にも連続する過程において遂行されたものであるから、Xの右目張り行為等は、Aの同日の一連の殺害計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価できるのであって、幫助犯の成立に必要な因果関係において欠けるところはないというべきである」とした。なお、Xの追従行為についても、別途検討し、Xの追従行為がAの強盗殺人の意図を強化したと評価できるのであるから、追従行為とAの実行行為との間には、幫助犯の成立に必要な因果関係が認められるとした。

これに対して、東京高裁は、「Aは、現実には、当初の計画どおり地下室で本件Vを射殺することをせず、同人を車で連れ出して、地下室から遠く離れた場所を走行中の車内で実行に及んだのであるから、Xの地下室における目張り等の行為がAの現実の強盗殺人の実行行為との関係では

以下のように述べられた⁽⁹⁾。

「本件(=東京地判平成元年3月27日)の場合にも、条件説の意味での「条件関係」・「因果関係」を肯定しようとする。乙山(相被告人)・丙川(被告人)の「目張り行為」がなかったならば、甲野(正犯者)は「地下室での強盗殺人」の計画をも変更しなかったであろうし、したがって、その後の乙山・丙川の「追従行為」もなく、甲野の「車中での強盗殺人」もなかったであろうという「つながり」はこれを否定し得ないはずだからである。幫助の因果性も、当該支援行為がなかったならば、その時、そのような形状での正犯行為もなかったであろうといえる限り、これを肯定してよいのである。「条件」と「結果」の具体化・個別化により、通常の場合と全く同様に「条件説」を維持することができるのである。」(括弧は筆者)

このように内田博士は、援助行為と詳細に具体化された正犯結果との間の条件関係を要求される。これに対して、正犯

結果に対する条件関係を要求しつつも、内田博士の見解における正犯結果の捉え方は不当であるという理由で、異なった見解を主張する者がある。

それは曾根威彦博士である。博士は、幫助犯の成立要件における条件関係の有無の判断は、「結果をどのように定義するか」に依拠していることから、結果に対する法的評価に着目し問題を解決することが要請される(法的結果観)。実際には、幫助行為により、それがなかった場合と対比して、法的にみて重要な結果の変更があったとみられる場合に初めて、幫助行為と犯罪結果との間の因果関係が認められることになる⁽¹⁰⁾と主張される。曾根博士の見解と内田博士の見解とを比較すると、曾根博士の見解の方が、条件関係が認められる範囲を限定しているように思われる。しかし、そこでは、どのような場合に「法的にみて重要な結果の変更」⁽¹¹⁾があったと認められるのかが問題になる。この点について具体的に述べられるのは、小野上真也教授である。

小野上教授は、幫助犯の成立要件としての因果性が認められるためには、「関

全く役に立たなかったことは、原判決も認めているとおりでであるところ、このような場合、それにもかかわらず、Xの地下室における目張り等の行為がAの現実の強盗殺人の実行行為を幫助したといえるには、Xの目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを要する。しかしながら、原審の証拠及び唐人の事実取調べの結果上、AがXに対し地下室の目張り等の行為を指示し、Xがこれを承諾し、Xの協力ぶりがAの意を強くさせたというような事実を認めるに足りる証拠はなく、また、Xが、地下室の目張り等の行為をしたことを、自ら直接に、もしくは、Bらを介して、Aに報告したこと、又は、Aがその報告を受けて、あるいは自ら地下室に赴いてXが目張り等をしてくれたのを現認したこと、すなわち、そもそもXの目張り等の行為がAに認識された事実すらこれを認めるに足りる証拠もなく、したがって、Xの目張り等の行為がそれ自体Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを認めることはできないのである」とした。なお、Xの追従行為については、供述調書の内容に照らし、原判決の判断を正当であるとした。

⁽⁹⁾ 内田文昭「判批」判タ717号(1990)38頁。

⁽¹⁰⁾ 曾根威彦『刑法原論』(成文堂・2016)602頁(以下、曾根・前掲注(10)『原論』と表記する)、同「幫助の因果関係」植松正ほか編『現代刑法論争I(第二版)』(勁草書房・1997)345頁。なお、大越・前掲注(2)171頁以下もほぼ同旨であると思われるが、一定程度仮定的因果経過を考慮する点で曾根博士とは異なる(曾根・『原論』602頁は、「仮定的事態を考慮に入れる合理的根拠は認められない」とされる)。もっとも、大越博士は、援助行為によって法益状態の悪化があった場合に条件関係が認められるとされる(大越・前掲注(2)169頁以下)ため、曾根博士と根本的な発想は同じであるように思われる。

⁽¹¹⁾ 曾根・前掲注(10)『原論』602頁以下。

与行為がなければ具体的なかたちでそのような結果の変更がなされなかったであろう」という関係が必要である⁽¹²⁾とされたうえで、「具体的結果観によっても、構成要件的（ないし）法的に重要な範囲でのみ「結果」を具体化すべきであろう⁽¹³⁾と説かれる。そして、どのような場合に「法的にみて重要な結果の変更」があったと認められるかについて、次のように説明される。

正犯結果の具体的変更は、「①結果の発生時期の早期化、②被害範囲の増大」があった場合に認められる⁽¹⁴⁾。「重要な時間的早期化があった場合には、結果（ないしその危険）発生が重要に変更されたことを認めて良いであろう。」⁽¹⁵⁾さらに、「生命や身体に対する侵害が問題となる場合では、単に「死」や「傷害」が問題となるのではなく、「拡大された死」や、「拡大された損傷」というように具体化されよう。財産犯の場面においては、損害金額の増大等が考えられる⁽¹⁶⁾。心理的幫助犯についても、「たとえば、Yの侵入窃盗の計画を聞いて、Xが「お前が仮に逮捕されたとしても、その後のことは俺が面倒見るから、大丈夫だ。」などと励ました結果Yが犯罪を遂行した場合、XはYが犯罪の遂行を翻意する可能性を除去し、Yを結果へとさらに方向付けたという事実が認められる。この場合、正犯の翻意可能性の除去が認められれば、少なくとも正犯行為に対する因果関係を認

めることができると思われる。その後、以上（＝結果の発生時期の早期化や被害範囲の増大）の意味合いにおける重要な「結果」の変更を認めることができる場合には、既遂犯の従犯となり得ると思われるが、翻意可能性を除去したとしても、具体的な結果の変更が認められない場合には、未遂犯に対する従犯の範囲で処罰の対象となるように思われる。」⁽¹⁷⁾（括弧は筆者）

このような曾根博士や小野上教授の見解と、物理的因果性の存否の判断方法については共有しながらも、心理的因果性の存否の判断方法について異なる主張をされるのが、松原芳博教授である。教授は、次のように述べられている。

物理的幫助犯において、「促進関係」とは、幫助行為によって具体的な結果が拡大したり、結果の発生時点が早まったりしたことを意味し、「このような「現実の結果の促進」がある場合には、幫助行為は、時間や程度において具体化された結果に対して条件関係を有しているといえる。」⁽¹⁸⁾他方で、心理的幫助犯においては、上記の意味での促進関係を要求することはできず、「動機の提供や反対動機の除去を通じて正犯者の犯意を維持・強化し、翻意可能性の低下した心理状態で結果を惹起させた」という意味での促進関係で足りる⁽¹⁹⁾。

⁽¹²⁾ 小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌 60 巻 2 号（2010）180 頁。

⁽¹³⁾ 小野上・前掲注(12)182 頁。

⁽¹⁴⁾ 小野上・前掲注(12)182 頁。

⁽¹⁵⁾ 小野上・前掲注(12)182 頁以下。

⁽¹⁶⁾ 小野上・前掲注(12)183 頁。

⁽¹⁷⁾ 小野上・前掲注(12)183 頁。

⁽¹⁸⁾ 松原芳博『刑法総論（第3版）』（日本評論社・2022）438 頁。

⁽¹⁹⁾ 松原・前掲注(18)439 頁以下。

このように松原教授は、心理的因果性が問題となる場面においては、具体化された正犯結果を措定することが困難であるという理由で、援助行為と正犯結果との間の条件関係を要求することはできないとして、物理的因果性と心理的因果性とでその有無の判断方法を統一されない⁽²⁰⁾。

二 ここまでは、(松原教授の見解における心理的因果性の有無に関する判断方法を除き) 援助行為と正犯結果との間に「その行為なかったならば、その結果は発生しなかったであろう」といえる関係が存在していることを要求する諸見解を見てきた。これに対して、同じく援助行為と正犯結果との間に条件関係を要求するものの、上記公式を用いず、両者の間に合法的条件関係が存在することを要求する見解も存在する。

井田良教授は、幫助犯の成立要件としての因果関係は、合法的条件関係と法的因果関係の両者が肯定される場合に認められ⁽²¹⁾、「未遂罪に対する幫助犯の成立のためには正犯行為との関係において因果関係が要求され、既遂罪に対する幫助犯の成立のためには(それに加えて)正犯結果との関係において因果関係が要求されなければならない」⁽²²⁾と前提されたうえで、次のように説かれる⁽²³⁾。

「幫助犯における因果関係の内容を明らかにするにあたっては、幫助犯の構成要件がどのような態様の因果関係を予定しているかを検討の出発点としなければならない。幫助犯の構成要件は、正犯行為を助け、その実行を容易にする行為を禁止している。したがって、その行為から、具体的事情の下で、実行および結果惹起を容易にする効果が生じればそれで足りる。既遂罪の幫助犯についていえば、幫助行為が正犯の既遂到達を容易にしたことが認められることが必要であり、それで十分である。すなわち、幫助行為がなかったとしたら、既遂到達がより困難なものとなったであろうといえれば、幫助行為の因果的寄与は、構成要件的に重要なものであったと評価することが可能である。単独犯の場合に問題となる「結果」は、当該構成要件的结果そのものであるが、幫助犯の場合の「結果」は、まずは既遂到達を容易にする効果である。幫助者は、正犯に協力し、既遂到達を容易にすることを通じて、正犯結果をも惹起するのである。」

山中敬一博士もまた、援助行為と正犯結果との間の合法的条件関係の存在を要求されたうえで、危険増加論により客観的帰属の有無を検討する立場から⁽²⁴⁾、次のように述べられる⁽²⁵⁾。

(20) なお、林幹人教授の見解について、後掲注(33)を参照。

(21) 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣・2018) 550頁。

(22) 井田・前掲注(21)549頁以下。

(23) 井田・前掲注(21)550頁以下。

(24) 山中敬一『刑法総論(第3版)』(成文堂・2015) 986頁(以下、山中・前掲注(24)『総論』と表記する)。同『刑法における因果関係と帰属』(成文堂・1974) 236頁(以下、山中・前掲注(24)『帰属』と表記する)では、自説は「危険増加が認定されたばあい因果関係の存在をいわば擬制しようとするものである」(原文ママ)とされていた。しかし、同書237頁注1aでは、本文中では「危険増加論を因果関係論として用いようとしているが、この点は、見解を改め、現実連関としての因果関係とその他の客観的帰属を区別して、危険増加を後者のみに用いることとした」と述べられている。

(25) 山中・前掲注(24)『総論』986頁以下。

幫助行為に正犯結果を帰属できるか否かに関して、たとえば「侵入窃盗犯に、その侵入を捗らせるためにガラス切りを与えたことが、窃盗の実行行為を容易ならしめたかどうかは、それが幫助とするにとりどの程度重要な意味をもつかによって判断される。」その際には、「ガラス切りを与えなければ少なくとも窓ガラスをやすやすと切って侵入することはできなかったというように、窃盗が本質的に促進させられたことが必要であり、「この判断は、ガラス切りを貸与した行為が、事後的にみて窃盗結果の発生を本質的に増加させたかどうかという判断である。これが肯定されるとき、幫助行為があったことにより、それがなかったときと比べて、「法的に重要な結果の変更」があり、因果関係が肯定される。」「幫助結果の発生（正犯結果の発生）があったかどうかは、事後的危険増加によって判断されるべきである。」

井田教授と山中博士の見解は、合法則的条件関係を前提とし、結果発生の危険性の増加⁽²⁶⁾の有無という点で判断構造的に同一である⁽²⁷⁾。もっとも、井田教授は、援助者が提供した犯行の手段がなければ、正犯者が「それ以外の手段を用い

る可能性がきわめて高かったとしても、そのことは重要ではな」く、また、援助者が正犯者にピストルを貸与した事例において、正犯者が別の手段で犯行を行ったとしても、「ピストルも使用可能な状況で実行を行うことができたのであり、失敗の可能性は減少され、ピストルがない事態よりも既遂到達は容易なものとなっている」とされる⁽²⁸⁾。これは、仮定的因果経過を考慮せず、正犯行為の時点で構成要件実現の危険性が高まっていれば幫助犯の成立を認める趣旨であると思われる。これに対して、山中博士は、仮定的因果経過を考慮したうえで、事後的にみて「法的に重要な結果の変更」があった場合に客観的帰属があるとされる。このように両者の見解は、危険増加の有無の判断において、仮定的因果経過を考慮するか否か、どの時点で危険の増加を判断するかという点において異なっている。

2 正犯結果を促進することで足りるとする見解

一 続いて、援助行為と正犯結果との間の条件関係に代えて、促進関係を要求する見解についてみていくこととする。

⁽²⁶⁾ 井田教授は、危険の増加という語を用いておられないが、実質的には同内容のことを述べられているものと思われる。教授自身も、自説と危険増加論を用いる見解は同趣旨であると分析されている（井田・前掲注(21)551頁注49）。また、伊東研祐教授も、「危険の実現の促進」という井田教授と似た言い回しをされる（伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社・2010）360頁）。さらに、高橋則夫博士は、「法益状態の悪化」「法益侵害の容易化」という語を用いられる（高橋則夫『刑法総論（第5版）』（成文堂・2022）529頁）が、これらも危険増加と同趣旨であろう。
⁽²⁷⁾ このほかに同様の判断構造を用いるのは、伊東・前掲注(26)360頁、高橋・前掲注(26)529頁以下。なお、判断構造自体は同じくするが、条件公式を用いて条件関係の存否を判断した後に、事後的に危険増加の有無を問う見解（条件関係の判断方法のみに着目する限りで、以下の見解は内田博士の見解や曾根博士らの見解と同様であるとみること可能であるが、条件関係に加えて「危険増加」をも問題とする点で、本稿ではここに分類する）として、浅田和茂『刑法総論（第2版）』（成文堂・2020）460頁以下（ただし、教授は自説を、客観的帰属論を採用するものではないとされる）、上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本法学70巻3号（2004）111頁以下、118頁、大野平吉『概説犯罪総論下巻（補訂版）』（酒井書店・1994）144頁注13、148頁以下。

⁽²⁸⁾ 井田・前掲注(21)551頁。

まず、照沼亮介教授は、「正犯が実行行為に出でて結果を実現するか否かは、最終的には正犯者の意思に委ねられたまま」であり、「その限りで共犯者には支配不可能な問題である」から、正犯による実行の着手を不可欠の前提とする幫助犯においては、「正犯における因果性の判断基準である「条件関係—相当因果関係」という判断図式」は、「判断基準としては厳格に過ぎる」とされたうえで⁽²⁹⁾、次のように説かれる。

「幫助は、正犯行為を通じた従属的な法益侵害であるから、正犯に比してそれ自体の不法の程度は小さい。それは、幫助行為に内在する危険性が、(正犯の) 実行行為に内在するそれよりも低いためである。よって、幫助犯における帰責を検討する際には、「幫助行為さえなければ正犯結果の発生が回避できた」という程度までの関係は不要であり、「当該寄与行為が支援するところの、構成要件該当の違法な(通常)の正犯行為が実際に為され、それを通じて、当該寄与の危険性が発生した正犯結果の中に実現した」ことが事後の危険判断によって認められれば、その範囲の結果につき既遂責任を問い得る⁽³⁰⁾。「つまり、固有の危険創出が認められた寄与が、現実に正犯行為による結果発生の可能性を高めたか(未遂結果との関係)、さらに、現実に発生した結果が、当該寄与によって創出された危険性の影

響によって法的に有意な変更を受けたといえるかどうか(既遂結果との関係)、ということが検討されるのであって、「実際に為された正犯行為」の存在を所与の前提としたうえで当該寄与が結果発生の危険を増加させたのかどうかを判断すべきである⁽³¹⁾。また、特に心理的幫助犯の場合には、安易に危険増加を認めるべきではなく、「行為決意後も未だ残存している正犯の最後の躊躇をかき消して犯罪実行に踏み切らせたり、声援を送ることによって正犯の行為の程度を強化したりして、間違いなく被害の程度を増大させた、と言うような関係が認められなければ、決意の強化による心理的幫助の成立は肯定すべきでない。」⁽³²⁾

照沼教授は、単独犯と同様の因果関係の判断枠組みが幫助犯においては厳格すぎるとしつつ、援助行為の危険性が、発生した正犯結果の中に実現したかを問題とされ、既遂罪に対する幫助犯成立のために正犯結果が援助行為によって法的に有意に変更されたことを要求される。これに対して、正犯結果を促進することで足りるとする見解においては、援助行為による正犯結果の変更を要求しない見解が多数である。

二 西田典之教授は、以下のように述べられる⁽³³⁾。

幫助犯の処罰根拠は、「正犯結果(法益

(29) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂・2005) 195頁。

(30) 照沼・前掲注(29)195頁以下。

(31) 照沼・前掲注(29)196頁。

(32) 照沼・前掲注(29)200頁。

(33) 西田典之「幫助の因果関係」法学セミナー322号(1981)24頁以下。同旨、斎藤信治『刑法総論(第六版)』(有斐閣・2015)247頁以下(ただし、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を守るため、本説が妥当であるが、正犯結果を現に促進したことの立証の困難性を理由に正犯行為を促進することで足りるとする見解にも理由があるとされる)、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・2013)372頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』934頁以下〔嶋矢貴之執筆部分〕(以下、嶋矢・前掲注(33)と表記する)、林幹人『刑法総論(第2版)』(東京大学出版

侵害)との因果性に求められるべきである」一方で、「共犯とは単なる単独犯の結合ではない。複数の関与者によって初めて犯罪の実行が可能となった場合、単独犯の場合と結果が異なる場合に共犯とされるのは勿論であるが、単独で行った場合とたとえ結果が同一または法的に重要な変更のない場合でも、複数で行うことにより、心理的に関与者の犯意が強化され、あるいは、物理的に結果発生蓋然性が高められる場合には共犯の成立を認めるべきではないだろうか。すなわち、結果を可能にし、または、強化した場合だけでなく、結果に至る侵害手段を物理的・心理的に強化した場合にも、その強化が結果とのつながりをもつ限りにおいて、これを処罰することが法益保護の一環としての共犯処罰に要請されているといわねばならない。」

このように西田教授は、照沼教授とは異なり、援助行為によって正犯結果が変更されることを要求されない。

ところで、教授は、物理的幫助犯についても、心理的幫助犯についても、正犯行為の「強化が結果とのつながりをもつ限りにおいて」既遂犯に対する幫助犯が認められるとされる。さらに教授は、特に心理的幫助犯について、住居侵入窃盗を計画している正犯者に合鍵を提供したが、被害者宅の窓が開いていたため、正犯者は合鍵を使わず、そちらから侵入したという場合、合鍵の提供行為に(物理的因果性がないことを前提に)心理的幫助犯を認めることは理論的に可能であるが、「心理的幫助における犯意の強化は正犯行為の終了まで継続しなければならず、「その場合にはじめて正犯結果とのつながりを認めうる」のだとされる⁽³⁴⁾。こ

会・2016) 377 頁以下(注(34)以下では、林・前掲注(33)『総論』と表記する。同書・378 頁以下は、「条件関係とは結果回避可能性である」が、幫助犯においては、「その可能性は小さなもので足りる」とされ、援助行為と正犯結果との間の促進関係のことを「仮定的条件関係の可能性」と表現される。なお、林教授は、同書・378 頁以下では、物理的因果性も、心理的因果性と同様に「正犯行為を物理的に強化・促進すればたり、結果との間に本来の条件関係を要しない」とされる一方で、同『刑法の基礎理論』(東京大学出版会・1995) 196 頁(以下、林・前掲注(33)『基礎理論』と表記する)では、心理的因果性が認められない場合には、物理的因果性がなければ幫助犯を処罰できないが、物理的因果性については「通常の単独犯と同様の仮定的条件関係を共犯行為と結果との間に要求すべき」であるとされていた)、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1970) 380 頁以下、堀内捷三『刑法総論(第2版)』(有斐閣・2004) 267 頁以下、前田雅英『刑法総論講義(第7版)』(東京大学出版会・2019) 385 頁以下、山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣・2005) 253 頁以下等。さらに、正犯結果に対する促進関係の内容を具体化されようとするのは、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会・2002) 362 頁以下、西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビューVol.1.5 (2010) 102 頁以下。

⁽³⁴⁾ 西田・前掲注(33)25 頁。同旨、嶋矢・前掲注(33)934 頁以下、堀内・前掲注(33)268 頁、前田・前掲注(33)386 頁注 24 等。

なお、山口・前掲注(33)253 頁以下は、「幫助行為により正犯による結果惹起を促進することが必要であり、そして現実に促進したこと」「幫助行為に認められる促進作用が結果へと結実している(幫助行為の危険性が結果へ実現している)といいうること」が必要であるとされる。これら叙述は、照沼教授の見解のように、正犯結果の変更を要求することを示したものであるようにも読めるが、必ずしもその趣旨は明らかではない。もっとも、山口教授が、役に立たなかった見張り事例において幫助犯の成立を認められる(山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣・2016) 324 頁)ことからすると、上記の叙述は、単に幫助行為と正犯結果との因果性の必要性を説いたものとみることができよう。

また、島田・前掲注(33)370 頁以下は、援助者による「動機付けを受け入れた以上は、正犯者は、通常は、そうした動機付けを「たずさえて」犯行に臨んでいるのであり、援助者による動機付けに基づいて正犯者の行為がなされた、と言い得る。正犯者が、犯行時あるいは、その終了時に至るまで、援助者の行為を絶えず念頭に置いていることまでは必要ないであろう」とされる。これは、西田教授とは異なる理解を示すものと読むことも可能であるが、島田教授が心理的因果

の正犯行為の「強化が結果とのつながりをもつ限りにおいて」という基準は、正犯結果発生危険性を高めたことのみで処罰することで幫助犯を危険犯と解することにならないようにするために要請される基準として用いられているものと思われる。

三 西田教授と同じく正犯結果に対する促進関係を要求する見解を採りながら、独自の見解を主張されるのが町野教授である。教授は、以下のように説明される。

共犯において心理的因果性を帰責の根拠とし得るのは、行為者同士の意思の疎通の存在を前提に、「行為者がある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」⁽³⁵⁾からである。他方で、物理的因果性の内容が結果発生促進あ

るいは容易化であるとすれば、心理的因果性の存在しない事例において、「共犯に必要とされる心理的因果性も、単独犯に必要な条件関係も存在しないところで関与者の責任を肯定することであり」不当である⁽³⁶⁾。「正犯の実行を物理的にせよ心理的にせよ促進したことは、幫助の因果関係と無関係である。共犯の因果性は心理的因果性であり、正犯の実行の促進は共犯たる幫助行為の内容にほかならない。すなわち、他の共犯者が行為に出ることに関して、共犯者が彼と意思を疎通させることは、彼の行為と他の共犯者の行為によって発生した結果との間の因果関係を与える。」⁽³⁷⁾

このような町野教授の見解の特徴は、幫助犯の処罰根拠となる正犯結果に対する因果性を心理的因果性に限られ⁽³⁸⁾、促進したか否かという点については、幫助行為性の問題であるとされる点にある。ただし、町野教授の説かれる心理的因果

性と同様の基準で把握されるべきと考えておられる物理的因果性の場合には正犯者が提供された道具を利用する必要があるとされること（同書・363頁以下）や、心理的因果性について「特別な事情があるために、正犯者が犯行の時点でそうした動機付けを（も）理由として行動しているかについて疑いが生じることもある。……他人の行為や自然現象等の介入により因果性の継続が否定される場合はあるように思われる」（同書・371頁）と述べられていることに鑑みれば、島田教授の上記叙述は、西田教授と同趣旨であると思われる。

⁽³⁵⁾ 町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況』（有斐閣・1994）131頁。

⁽³⁶⁾ 町野・前掲注(35)131頁。

⁽³⁷⁾ 町野・前掲注(35)142頁。

⁽³⁸⁾ 林教授は、「物理的因果性があるとされる場合も、その処罰の実質的な根拠は心理的因果性にあることが多い」（林・前掲注(33)『基礎理論』169頁）、心理的因果性が認められない例外的な場合には「共犯として処罰するためには、物理的因果性がなければならない」（同・前掲注(33)『基礎理論』196頁）、「心理的因果性に疑いがある場合、共犯の因果性を認めるためには物理的因果性が認められなければならない」（同・前掲注(33)『総論』378頁）と述べられる。これは、幫助犯における因果性を心理的因果性に限定される趣旨ではないが、幫助犯における因果性の基本形式を心理的因果性であるとされるものであると思われる。この限りで、林教授の見解は、町野教授の見解に類似している。さらに、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂・2015）161頁、163頁以下、174頁以下、179頁は、幫助者は正犯行為の段階までしか影響を及ぼし得ず、結果惹起は正犯によるその後の推移に依拠せざるをえないとしながらも、幫助犯をコミュニケーション事象と解したうえで、そのような関係にある者の行為を一括消去するという方法であれば、幫助行為と正犯結果との間の条件関係を要求できるとする。このような小島教授の見解は、形式的には、幫助行為と正犯結果との間の条件関係を要求する見解であるが、実質的には、町野教授と同様に、幫助犯における因果性は正犯行為に対する心理的因果性であり、正犯行為に対して心理的影響を及ぼせば、正犯結果を促進したといえるとする見解である。

性は、他の論者が説くそれよりも容易に認められ得るものである点には注意を要する。すなわち、例えば西田教授が、幫助者による犯意の強化は正犯行為の終了まで継続しなければ幫助行為と正犯結果との心理的因果性が認められないとされていたのに対して、町野教授は、正犯者と幫助者の間に意思連絡があれば正犯行為および正犯結果に対して心理的因果性が認められるとされるのである。

3 検討

(1) 正犯結果に対する条件関係を要求する見解

一 「その行為がなかったならば、その結果は発生しなかったであろう」という条件公式によって条件関係の存否を判断しようとする見解は、幫助犯における正犯結果を具体化することで、そのような判断が可能であるとする。確かに、抽象的な正犯結果（例えば、人の死亡）を措定する場合には、援助行為を起点とする結果発生までの因果経過の途中で正犯者が介在するため、条件公式による条件関係の存否の判断が困難になる。よって、正犯結果に対する条件関係を要求する場合には、正犯結果の具体化は重要である。しかし、本説に分類され得る各見解において、正犯結果の内容は様ではない。

まず、内田博士は、「当該支援行為がなかったならば、その時、そのような形状

での正犯行為もなかったであろう」といえる場合に条件関係を肯定される。そして、その際の結果とは、「その時、そのような形状での結果」⁽³⁹⁾である。しかし、このような博士の見解に対しては、「事象を何らかのかたちで修正したに過ぎないすべての関与行為に因果関係が認められることとなり、何が従犯として処罰対象となり得るのかの選別は、困難になるおそれがある」⁽⁴⁰⁾との批判が向けられる。そして、この批判は当を得ている。そのため、内田博士と同様に条件公式によって条件関係の存否を判断される曾根博士や小野上教授は、構成要件的あるいは法的に重要な範囲で正犯結果を具体化しようとする試みられるのである⁽⁴¹⁾。

曾根博士は、Xが、YがA宅に侵入して窃盗を行うのを幫助する意思でA宅の玄関の合鍵を手渡したところ、Yはその合鍵を用いてA宅に侵入し、窃盗を行ったが、Yは鍵をこじ開けて侵入することができたという場合について、「幫助行為により早められ強化された結果が発生しており、因果関係が認められる」とされる⁽⁴²⁾。また、小野上教授も、同種の事例について、正犯者にとってみれば、合鍵以外の手段を講じる必要がなくなり、「本来負うべきであった負担が軽減され」、「犯罪の成功が早まったというかたちで、時間的早期化を認めることができる」として、条件関係を肯定される⁽⁴³⁾。

しかし、曾根博士や小野上教授が想定

⁽³⁹⁾ 内田文昭『刑法概要上巻（基礎理論・犯罪論（1））』（青林書院・1995）346頁。

⁽⁴⁰⁾ 小野上・前掲注(12)182頁。

⁽⁴¹⁾ もっとも、内田博士は、単独犯の箇所における叙述ではあるが、博士は、幫助行為として刑法上意味をもちうる行為を特定したうえで、条件関係は判断されるが、「必須条件関係」とは、広義の実行行為と、構成要件によって特徴づけられた結果との「具体的な結びつき」にほかならない」とされている（内田・前掲注(39)344頁以下、347頁）。博士もまた、構成要件的に重要でないとする事情をも取り込んで正犯結果を具体化されているわけではない。どのような事情を構成要件的に重要な事情とするかによって、当然正犯結果の具体化の程度は変化し得る。

⁽⁴²⁾ 曾根・前掲注(10)『原論』603頁。

⁽⁴³⁾ 小野上・前掲注(12)183頁。

される正犯結果の内容には疑問がある。因果的共犯論は、援助行為が正犯行為を介して法益侵害結果を惹起したことを共犯処罰の根拠とする考え方である。つまり、本来であれば、正犯行為を介して援助行為と法益侵害結果との間に因果性が存するか否かが問題とされなければならないはずである。これに対して、両者の見解は、法益侵害結果の発生時期を早めたことを幫助犯における結果とみている。しかし、窃盗罪における法益侵害結果の発生時期の早期化は、法益侵害そのものではない。むしろ、法益侵害結果の発生時期を早めたことは、正犯者による実行行為を容易にしたことを意味している。すなわち、曾根博士や小野上教授の見解は、法益侵害結果そのものに変更がない場合でも、幫助犯の成立を認めるべき場合があることを認め、そして援助行為と正犯結果との間に条件関係を認めるために法益侵害結果とは異なる事情を正犯結果に取り込もうとする見解であるといえる⁽⁴⁴⁾。

仮に法益侵害の発生時期の早期化があれば援助行為と正犯結果との間の条件関係を認めてもよいとしても、心理的幫助犯の場合には、およそ条件関係が認められず、幫助犯の成立範囲が狭くなりすぎる虞がある。このことは、法益侵害の程度が悪化したことを正犯結果とする場合にも同様である。この点、小野上教授は、正犯の翻意可能性の除去が認められれば、少なくとも正犯行為に対する条件関係が

認められ、未遂罪に対する幫助犯が成立するが、既遂罪に対する幫助犯は、結果の発生時期の早期化や被害範囲の増大の意味における「重要な「結果」の変更を認めることができる場合」にのみ成立すると述べられている。確かに、純粹に心理的な援助行為によって正犯者の暴行の回数が増えた、被害者の死亡時期を早めた、傷害や占有侵害の被害の程度が悪化したという事実が証明されれば、問題なく心理的幫助犯の成立を認め得るが、それらの事実を証明することは非常に困難であろう⁽⁴⁵⁾。よって、曾根博士や小野上教授の見解によれば、既遂罪に対する心理的幫助犯を実質的に否定することになってしまうように思われる。この点を考慮し、物理的因果性が問題となる場面では正犯結果の変更を要求しつつ、心理的因果性が問題となる場面では、正犯結果の変更を要求されないのが、松原教授である。しかし、松原教授の見解に対しては、心理的幫助犯が、物理的幫助犯が認められない場合の受け皿になっているとの批判が向けられることになるだろう。

二 それでは次に、条件公式を用いて条件関係の存否を判断するのではなく、因果法則の存在の確認と具体的事象の因果法則への抱摂を内容とする合法則的条件公式によって条件関係の存否を判断する見解について検討を加える。

まず、山中博士は、「正犯結果は、まったく抽象的な意味における結果でも抽象

⁽⁴⁴⁾ 法益侵害結果の発生時期の早期化に関して、例えば、殺人罪において、生命という法益を時間的なものとして捉えれば、被害者の死亡時期を早めることは、正犯結果に含めてもよいということになる。援助行為による法益侵害結果の早期化に関して詳細に検討するものとして、酒井智之「既遂犯に対する幫助犯における「結果惹起」の必要性 (2・完)」一橋法学第20巻第2号(2021)233頁以下(特に237頁以下)を参照。他方、小野上教授の説かれる「被害範囲の増大」があった場合には、それが証明される限りで、援助行為と正犯結果の間の条件関係を認め得るだろう。

⁽⁴⁵⁾ 島田・前掲注(33)368頁、林・前掲注(33)『基礎理論』171頁。

的な意味における結果でもなく、法的に重要な範囲における具体的な結果を意味する」⁽⁴⁶⁾とされる。合法則的条件公式によって条件関係の存否を判断する際には、構成要件的に（法的に）重要な範囲で具体化された正犯結果を措定しない限り、内田博士の見解のように、構成要件的に重要であるとは思われない事情をも取り込むかたちで正犯結果を措定することとなるため、正犯結果を構成要件的に重要な結果に限定しなければならない。よって、山中博士の上記叙述は適切である。しかし、その場合には、曾根博士らの見解と同様に、構成要件的に重要な範囲で具体化された正犯結果がどのような内容かが問題となり得る。正犯結果を厳格に法益侵害それ自体と解するのではないのであれば、援助行為が惹起したどのような事情が正犯結果に取り込まれるのかを明確にする必要があるのである。そこで、山中博士が、法的に重要な範囲における具体的な結果としてどのような内容を想定されているのかを確認する。

博士は、上述のとおり、援助者によって提供されたガラス切りを用いて、正犯者は被害者宅に侵入し、窃盗を行ったという事例について、「ガラス切りを与えなければ少なくとも窓ガラスをやすやすと切って侵入することはできなかったというように、窃盗が本質的に促進させられたことが必要であり」、「この判断は、ガラス切りを貸与した行為が、事後的にみて窃盗結果の発生を本質的に増加させたかどうかという判断である。これが肯定されるとき、幫助行為があったことにより、それがなかったときと比べて、「法的に重要な結果の変更」があり、因果関係が肯定される」のだとされる。よって、

山中博士は、窃盗罪において、占有侵害の発生時期は構成要件的に重要な事情であるとされ、援助行為が正犯行為を介して条件関係をもつ正犯結果の内容を、「早められた時点での占有侵害」と考えられているものと思われる。しかし、先述のとおり、窃盗罪において法益侵害結果の発生時期を早めることは、法益侵害結果の惹起ではなく、正犯行為の促進にすぎない。例えば、占有侵害の発生時期が1時間早まったとしても、このような結果発生時期の変化は構成要件的に重要な結果変更であるようには思われない。そうであるとするれば、構成要件的に重要な範囲で具体化されているわけではない正犯結果との条件関係を前提に、危険増加があれば、正犯結果を援助行為に帰属できるとする山中博士の見解は、幫助犯を実質的に危険犯とする見解であるとの批判を免れないように思われる。

次に、井田教授の見解について検討する。教授の見解においては、正犯結果の内容の他に、因果性の存否の判断に疑問がある。教授の見解は、その説明振りからすれば、一見、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるために正犯結果に対する条件関係を要求する見解であるように思われる。しかし、援助行為と正犯結果との間に条件関係を要求されるにも拘らず、井田教授は、援助者によって提供されたピストルを正犯者は携行していたが、実際にはナイフで被害者を殺害した事例、正犯者が窃盗を行っている間見張りに立っていたが、誰も通りかからなかった事例、援助者が正犯者に合鍵を提供したが、被害者宅の鍵が開いていたために、正犯者は合鍵を用いずに侵入したという事例について、物理的幫助犯の成立を認めら

⁽⁴⁶⁾ 山中・前掲注(24)『総論』986頁。

れる⁽⁴⁷⁾。つまり、井田教授は、正犯者が提供された道具や役務を利用しておらず、正犯行為に対してすら（物理的な）合法的条件関係が存在していないように思われる事例についても、物理的幫助犯の成立を認められるのである。

ここまで検討を加えてきた諸見解においては、正犯結果の中に法益侵害結果とは異なる事情を取り込んでおり、正犯結果の内容が不明瞭となっていた。しかし、井田教授の見解においては、援助行為との間に合法的条件関係が認められる正犯結果の内容が一層不明確になっている。つまり、上述のように、井田教授は、正犯行為に対してすら（物理的な）条件関係が存在していない事例において、物理的幫助犯の成立を認められるため、援助行為と結びついている正犯結果が何かということは明らかにされないままなのである。例えば、上記ピストル貸与事例においても、正犯者が別の手段で犯行を行ったとしても、「ピストルも使用可能な状況で実行を行うことができたのであり、失敗の可能性は減少され、ピストルがない事態よりも既遂到達は容易なものとなっている」とされるにとどまっている。このような教授の見解は、条件関係が存在しない場合にまで、正犯行為の時点において援助行為によって正犯者による構成要件実現の可能性が高まっていることのみをもって、幫助犯の成立を認めるも

のであり、幫助犯を危険犯化するものであるといえよう。

以上より、(井田教授の見解は措くとしても)条件関係を要求する見解に立つと、法益侵害とは異なる事情を正犯結果に取り込むことになるということが明らかとなった。ところで、多数説の中には、援助行為と正犯結果との間の条件関係を要求しない見解も存在している。次に、正犯結果を促進することで足りるとする見解について検討を加える。

(2) 正犯結果を促進することで足りるとする見解

一 幫助犯の事例においては、犯行を決意している正犯者が介在するため、「その援助行為がなかったならば、その正犯結果は発生しなかったであろう」という関係を援助行為と正犯結果の間に認めることは困難である。しかし、その困難性を理由に処罰しないとなれば、結論不当となる事例は多数存在する。そこで、正犯結果に対する条件関係を要求する見解は、正犯結果を具体化することで援助行為と正犯結果との間の条件関係を維持しようとしたのであった。これに対して、正犯結果を促進することで足りるとする見解は、「その援助行為があったから、その正犯行為ないしその正犯結果は促進さ

⁽⁴⁷⁾ 井田・前掲注(21)551頁。これらの事例において、井田教授が「物理的」幫助犯の成立を認めておられることは、同書・551頁注50において、見張りが片面的に行われた場合であっても、窃盗罪に対する幫助犯の成立を認めておられることから伺われる。なお、見張りをしたが誰も通りかからず役に立たなかったという事例について、上野・前掲注(27)118頁も幫助犯の成立を認められているように思われる。さらに、浅田教授は、上記事例について少なくとも条件関係は認められないとされる(浅田和茂「共犯論覚書」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻 刑法の理論』(成文堂・1997)288頁)一方で、浅田・前掲注(27)460頁以下、同「共犯論覚書」289頁においては、見張りがなければ、正犯行為の態様と結果が異なっていた可能性が認められるから「因果関係は認められる」とされる(しかし物理的幫助犯の成立を認める場合、浅田教授が危険増加を事後的に判断すべきとされることとの整合性が問われる)。これに対して、高橋・前掲注(2)250頁では、見張りをしたが誰も通りかからなかった場合には、物理的因果性が存在しないから、物理的幫助犯は成立しないとされている。

れたであろう」ということは合理的な疑いを超える程度に証明でき、かつ、幫助犯の因果性としてはそれで十分であるとするのである。

まず、照沼教授は、「幫助行為さえなければ正犯結果の発生が回避できた」という程度までの関係は不要とされ、そのうえで、教授は、援助行為によって、実際に正犯結果が変更されたことを要求される。

照沼教授は、正犯者が窃盗を実行している間見張りをしてしたが、誰も通りかからなかったという事例について、「(少なくとも物理的な意味においては) 既遂結果への危険実現が認められず因果性が切断されるが、正犯の実行行為との関連においては、見張り行為は窃盗の実行に役立つ構成要件的に重要な事情の変更であるために、「正犯行為による結果実現の危険性」を増大させたことが認められ、未遂結果に対する因果性は肯定される」として窃盗未遂罪に対する幫助犯の成立を認めておられる^{(48)・(49)}。ここで、教授が正犯結果をどのように定義されているかは必ずしも明らかではないが、教授が、既遂罪に対する幫助犯が成立するためには、援助行為と既遂結果との間の因果性が存在していなければならないとされていること、また、心理的幫助犯についての箇所において、既遂罪に対する幫助犯

が成立するためには、被害の程度を増大させたことが必要であるとされていることに鑑みると、教授は、正犯結果とは法益侵害であると考えられているように推察される。すると、教授は、この見張り事例において既遂罪に対する幫助犯が成立するためには、被害額が増大したという事実が必要であると考えておられるように思われる。しかし、被害額の増大を立証するのは困難である。また、仮に、教授が、見張りが役に立った、つまり援助者が第三者の接近を防いだ、あるいは第三者の接近を正犯者に知らせたといった事実があれば、既遂罪に対する幫助犯の成立を認められるとしても、それらの事実は法益侵害結果そのものとは異なる内容であると思われる。よって、照沼教授の見解によれば、見張り事例において、窃盗既遂罪に対する(物理的な)幫助犯を認めることは難しいであろう。もっとも、上記見張り事例において、物理的幫助犯の成立が認められないとしても、心理的幫助犯の成立の余地は残されている。しかし、教授は、見張り事例について心理的幫助犯が成立するためには、「現実にはその寄与がなければ犯罪を行うことはなかった」という関係が認められる限りにおいて、行為決意の強化が認められ、その心理状態のもたらす危険性が正犯行為を通じて結果の中に実現された場合に

(48) なお、この帰結と、照沼教授が、被害者宅における侵入窃盗を計画しているYに対し、XがV宅の合鍵を提供したが、V宅の窓が開いていたために、Yは合鍵を使用せずにV宅に侵入し、窃盗を行ったという場合においては、侵入行為の危険性すら増大させていないとして不可罰的幫助未遂が存在されるのみであるとされることと整合性が問われることになる。見張り事例は、見張りが結果的に不要であったことが明らかとなっているから、見張りが正犯行為に役立つ構成要件的に重要な事情を変更していない事例であるとみることも可能であるが、教授は、見張りは窃盗の実行に役立つ構成要件的に重要な事情の変更であるために、「正犯行為による結果実現の危険性」を増大させたこととされる。他方で、上記合鍵事例においても、結果的には合鍵は不要となっているが、それを用いて開錠し侵入するという選択肢は侵入行為時に存在しているから、照沼教授の立場からも、(少なくとも)住居侵入行為による結果実現の危険性を増大させたといえるのではないだろうか。

(49) そもそも見張りが不要であった場合、見張り行為と正犯行為との間に物理的因果性は認められず、未遂罪に対する幫助犯が成立する基礎が存在しないのではないかとの疑問もある。

限り、既遂犯に対する心理的幫助の成立を認めることができる⁽⁵⁰⁾とされ、また、先述のとおり、「例えば、行為決意後も未だ残存している正犯の最後の躊躇をかき消して犯罪実行に踏み切らせたり、声援を送ることによって正犯の行為の程度を強化したりして、間違いなく被害の程度を増大させた、というような関係が認められなければ、決意の強化による心理的幫助の成立は肯定すべきでない」とされているのであって、この教授の基準によれば、上記見張り事例において、窃盗既遂罪に対する幫助犯を認められるのは、正犯者において、援助者に見張りをしてもらえなければ窃盗を行わなかったという事情があり、かつ、安心して正犯者が実行することにより、被害額が増大したことが立証される場合に限定されてしまう。しかし、それでは処罰範囲が狭くなりすぎるように思われる。

二 以上のような照沼教授の見解に対して、西田教授は、法益侵害結果の意味における正犯結果に対する因果性を要求されながら、「単独で行った場合とたとえ結果が同一または法的に重要な変更のない場合でも」既遂罪に対する幫助犯の成立を認めておられる。しかし、本稿の冒

頭でも述べたように、正犯結果を法益侵害結果であると解した場合、因果性が援助行為と正犯結果との間に存在するといえるためには、正犯行為が変更され、正犯結果が変更されることが必要であるように思われる⁽⁵¹⁾。

この点に関連して、「正犯行為を促進すれば正犯結果も促進していると一般に評価できることから、このように因果性の対象を区別する議論自体が実益に乏しい⁽⁵²⁾」との分析がなされている。「結果に至る侵害手段を物理的・心理的に強化した場合」に正犯結果の促進を認める西田教授の見解の背後には、このような考えがあるように思われる。たしかに、因果性の存否の判断を内田博士と同様に行えば、正犯行為に対して因果性を及ぼせば、正犯行為から生じた具体的な正犯結果に対しては因果性があるといえよう。つまり、正犯結果に法益侵害それ自体とは異なる内容を含めるのであれば、上記分析は正当である。しかし、再三述べているように、援助行為が正犯行為を促進したとしても、それは法益侵害結果を悪化させたことと同義ではないから、西田教授が、正犯結果を「単独で行った場合とたとえ結果が同一または法的に重要な変更

⁽⁵⁰⁾ 照沼・前掲注(29)201頁。なお、照沼教授が、別箇所において「「幫助行為さえなければ正犯結果の発生が回避できた」という程度までの関係は不要で」とされている(照沼・前掲注(29)201頁)ことと矛盾していないかとの疑問も生じる。「現実とその寄与がなければ犯罪を行うことはなかった」ことは、「幫助行為さえなければ正犯結果の発生が回避できた」ことと同義ではなからうか。そうであれば、物理的幫助犯の事例よりも、心理的幫助犯の場合を厳格な基準を用いて判断するものであるように思われる。

⁽⁵¹⁾ 正犯結果に対する促進関係を要求する見解を採用としても、正犯結果に対する条件関係を要求する見解と同様に、正犯結果に対する因果性が認められるためには、援助行為による正犯結果の変更が必要となるため、両見解に大きな差異は存在していないように思われる。小野上・前掲注(12)161頁は、具体的結果観における条件関係説は、「促進関係説における因果関係理解に近づく」とされるが、適切な分析であろう。

⁽⁵²⁾ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第三版)第5巻』(青林書院・2019)715頁〔堀内信明=安廣文夫=中谷雄二郎執筆部分〕(以下、『大コンメ(第三版)』と表記する)。同旨、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第二版)第5巻』(青林書院・1999)576頁〔堀内信明=安廣文夫執筆部分〕(以下、『大コンメ(第二版)』と表記する)。反対、小島陽介「精神的幫助における因果関係について(一)」法学論叢161巻4号80頁以下、山中・前掲注(24)『帰属』188頁以下。

のない」ものでもよいとする場合、上記分析のようにはいえないのである。

三 町野教授の見解については、まず、幫助犯における因果性の内容を心理的因果性に限定される点には賛同できない。というのも、一般に処罰が認められている片面的幫助犯を処罰することができなくなるからである。正犯者と援助者の間に意思連絡がなくとも、援助行為が正犯行為に対して物理的因果性を及ぼしている場合は存在し、そのような場合には幫助犯の成立を認めるべきであると思われる。

また、町野教授は、意思連絡の存在によって、正犯行為に出ることが促進され、正犯結果に対する因果性も認められるとされるが、ここでも、正犯行為を促進したことは、正犯結果を促進したことと同義ではないとの批判が妥当する。

もっとも、意思連絡の存在によって心理的因果性の存在を認められる点については、傾聴に値する。幫助者と正犯者の間に犯罪に関する意思連絡があり、援助行為が行われる限りは、後述するように、援助行為と正犯行為との間に心理的因果性を認められるように思われる。

四 ここまでは正犯結果の観点から正犯結果に対する因果性を要求する見解に分析を加えてきたが、この見解には、さらに、刑法 62 条の解釈上の問題も存在しているように思われる。援助行為が正犯結果を促進しなければならないということは、刑法 62 条の文言解釈から導かれるものではないように思われるからである。

まず、正犯とは、構成要件該当行為を行ったと評価できる者である。そのため、正犯における因果性判断では、構成要件該当行為と法益侵害結果（構成要件的结果）との間の因果性の存否が問題となる。

これに対して、幫助犯においては、例えば殺人罪に対する幫助犯が成立する場合、刑法 199 条のほかに刑法 62 条も適用される。加えて、刑法 62 条では、「正犯を幫助した」と記述されているにすぎない。そして、「正犯を幫助した」は、「正犯結果を促進した」ではなく、「正犯行為を幫助した」と読むのが素直である。よって、幫助犯においては、援助行為と正犯結果との間の因果性が要求されねばならない理由は特段存在しない。むしろ、刑法 62 条の文言によれば、幫助犯における「結果」を、法益侵害結果の意味での正犯結果とするのではなく、正犯行為との関連で幫助犯独自の「結果」を措定し、それと援助行為との間の因果性を問題とする方が適切であるように思われる。これまでの検討により示されているように、(照沼教授の見解を除き) 正犯結果を促進することで足りるとする見解は、正犯行為の促進があれば正犯結果に対する促進関係を認める見解であり、実質的には、幫助犯における因果性要件の内容を、正犯行為を促進することで十分とするものである。それにも拘らず、正犯結果に対する因果性の存在に固執するために、刑法 62 条の解釈が、不当なものとなってしまう。なお、条文の解釈として失当であるとの批判は、正犯結果に対する条件関係を要求する見解に対しても妥当するだろう。

4 小括

Ⅱ では幫助犯の成立要件として幫助行為と正犯結果との間の因果性を要求する諸見解について検討を加えてきた。そこからは、いずれの見解も、法益侵害それ自体とは異なる内容を正犯結果に取り込

むものであることが明らかとなった。そして、法益侵害とは異なる内容とは、(特に財産犯における)法益侵害結果の発生時期の早期化であったが、これは、援助行為が正犯行為を促進したという事実に他ならない。以上より、多数説は、幫助犯の成立要件として、援助行為が正犯行為を介して正犯結果を惹起または促進したことを要求しているが、援助行為は法益侵害結果の意味での正犯結果を惹起または促進するものではなく、正犯結果に対する因果性を要求することはできないことが示された。結局のところ、援助行為が法益侵害を惹起または促進していなくとも、正犯行為を促進すれば、幫助犯として処罰すべきであるとの考えが、多数説の背後には存在しているように思われる。さらには、そもそも多数説による刑法 62 条の解釈は不当なのではないかと思われる。

ところで、正犯結果に対する因果性が要求できないとすれば、幫助犯の成立要件としての因果性要件はなお維持すべきであるのか、維持すべきであるとするれば因果性の内容をどのように解するべきかが問題となる。そこで、続いて、正犯結果に対する因果性を要求しない諸見解について検討を加えていく。

Ⅲ 正犯結果に対する因果性を要求しない見解

多数説に対して、正犯結果に対する因果性を不要とする見解が存在する。ここ

では、正犯行為に対する因果性を要求する見解と、それすらも不要とし、幫助犯を危険犯と捉える見解とに分けて検討していく。

1 幫助犯を危険犯とする見解

幫助犯を危険犯と解する代表的な論者は、野村稔博士である。博士は、以下のように、幫助犯は抽象的危険犯であると説明される。

「従犯は、他人が犯罪意思を実現するに際して、これに加担するものである。他人が犯罪を行う際に、およそその他人の犯罪実現行為を容易ならしめる行為を行うことは、法益を間接的に危殆化するものであるので、刑法規範の法益保護機能の観点からはこれを無価値と判断するのである。したがって、従犯は、この意味で(抽象的)危険犯であることにその処罰根拠があると考えべきである。」⁽⁵³⁾そして、従犯を抽象的危険犯と解する場合には、「正犯結果との間はもとより、正犯行為との間にも因果関係は不要である。」⁽⁵⁴⁾もつとも、「その加担にかかる犯罪が行われて初めて処罰する必要性を認めるべきであるので、構成要件に該当する違法な行為が現実に行われたことが、処罰条件として必要とされる。」⁽⁵⁵⁾

このように野村博士は、幫助犯を抽象的危険犯であると解されている⁽⁵⁶⁾。また、近時、正犯行為に対する因果性がない行

⁽⁵³⁾ 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂・1998) 394頁。

⁽⁵⁴⁾ 野村・前掲注(53)394頁注1。

⁽⁵⁵⁾ 野村・前掲注(53)394頁、424頁。

⁽⁵⁶⁾ 少数だが、本説を採用する論者として中野次雄博士が紹介されることがある(中野博士を本説の論者であると紹介する文献として、小野上・前掲注(12)197頁注3、『大コンメ(第三版)』714頁、大谷實『刑法講義総論(新版第五版)』(成文堂・2019)447頁、川端博『刑法総論講義(第3版)』(成文堂・2013)599頁)。必ずしも博士の見解の内容は明らかではないが、中野次雄

為であっても、幫助犯として処罰すべき場合があるとして、そのような処罰を詳細に説明されるのが、酒井智之講師である。講師は、次のように説かれる。

幫助犯の成立要件としての因果関係が認められるには、「正犯所為の遂行時点において存在し、正犯所為の危険増加を基礎づける事実の惹起が必要であり、かつ十分であると考えらるべきである。つまり、幫助犯における因果関係を認めるためには、援助行為が正犯所為の遂行時点において存在する事実を惹起したという関係と、そのような事実が正犯所為の危険を増加させたという関係が必要となる。前者は事実的因果関係を基礎とした一般的な意味での因果関係であり、まさにそのような事実を惹起したといえるか否かが

問題となる。これに対して、後者については、当該事実の存在が正犯所為の危険を増加させたという規範的・法的評価の可否が問題となり、事実的因果関係を基礎としなければならないわけではない。」⁽⁵⁷⁾

「既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるためには、援助行為によって増加させられた危険が正犯結果に現実化したことが必要である。ある正犯行為の危険を増加させたと評価することができるのであれば、当該正犯行為によって既遂結果が惹起された場合には、援助行為によって増加させられた危険が既遂結果に実現したと評価することが可能であり、既遂犯に対する幫助犯の成立が認めらるべきである。」⁽⁵⁸⁾

酒井講師の見解は、大多数の見解が少

『刑法総論概要（第三版補訂版）』（成文堂・1997）165頁は、「幫助行為は、正犯の実行行為の時点においてその構成要件実現の危険性（可能性）を強めるものであるかぎり、結果からみてそれが役に立たなかったとき（たとえば見張りをしていてが通行人がなかったような場合）でも処罰されてよい。準備は周到であるに越したことはなく、それによって事前判断としての構成要件実現の危険性は大きくなるからである」とされている。この叙述は、挙げられている事例が具体的なものではないため、心理的幫助が成立するとの趣旨であると読む余地がないではないが、抽象的危険犯説に分類することは可能であろう。なお、抽象的危険犯説は、因果関係不要説と呼ぶことも可能であろうが、莊子邦雄『刑法総論』（青林書院・1969）718頁が、幫助自体は予備の場合よりも刑罰に値しないと考える場合が多いものの、処罰を受けるとすればその根拠は、正犯と共働したということにとどまらず、正犯が処罰された以上、正犯を幫助することにより犯罪実現に協力した者を無罪のままに放任しておくことは平等の正義に反するという点にあるとし、同・716頁が、刑法が幫助犯処罰規定を置いたのは、幫助「行為が結果に対しておよぼした因果の関係が不明確なことが多く、また、因果性じたいについて問題も多いために、正犯に従属することを根拠として可罰性を賦課する必要をみとめた」からであるとし、さらに同・726頁以下が、「幫助行為と構成要件に該当する結果とのあいだには、かならずしも因果関係を必要としない」し、多数の見解は少なくとも幫助行為と正犯行為との間の因果関係を必要とするが、「精神的な幫助における因果性を証明することは困難であるし、また、実際的な援助行為のばあいであっても、構成要件に該当する結果を促進する役割をはたしたかどうか、あいまいなばあが多い」ため、「幫助行為の存在をあきらかにするためには、一般的にみて正犯の行為を促進するのに適した行為として判断しうるかどうかという角度から吟味すべきである。ただ単に正犯の行為に対して影響をおよぼしたというだけでは足りない」としている点につき、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（初版）第三卷』（青林書院・1990）673頁以下〔堀内信明執筆部分〕は、この見解を責任共犯論に基づく因果関係不要説であるとする（『大コンメ（第二版）』575頁でも同様である。さらに、内田・前掲注(9)35頁、緒方政勝「幫助の因果関係」同志社法学44巻2号（1992）140頁注17においても、莊子教授の同書は因果関係不要説に分類されている）。これに対して、細川壯平「刑法における因果関係概念-幫助と因果関係-」名城法学論集23集（1996）212頁以下は、莊子教授の教科書の初版は、幫助犯の成立要件としての因果性を不要とする見解ではないとされる。

⁽⁵⁷⁾ 酒井智之「物理的幫助犯における因果関係の判断枠組み（1）」一橋法学第20巻3号（2021）145頁以下。

⁽⁵⁸⁾ 酒井智之「物理的幫助犯における因果関係の判断枠組み（2・完）」一橋法学第21巻3号（2022）380頁以下。

なくとも正犯行為に対する因果性の存在が幫助犯処罰に必要であるとするのに対して、幫助犯の成立にとって、正犯行為に対する因果性すら不要であるとした点に特徴がある。

2 正犯行為を促進することで足りるとする見解

正犯結果に対する因果性を要求しないとしても、正犯行為に対する因果性までは要求する見解も主張されている⁽⁵⁹⁾。これを採用される大塚仁博士は、以下のよう説明される。

「幫助行為は、基本的構成要件に該当する実行行為以外の行為であって、正犯者の実行行為を容易にするものでなければならぬ。しかし、正犯者の実行によって不可欠な行為であることを必要としない。」⁽⁶⁰⁾これは、因果関係を不要とする趣旨ではなく、「幫助行為と正犯者の実行行為との間には、物理的または心理的に実行行為が容易にされたという意味での因果関係が存在してなければならない。」⁽⁶¹⁾「なお、正犯が既遂になったことは教唆犯・従犯の成立にとって不可欠の要件ではなく、「刑法六一条・六二条の解釈からしても、正犯が実行行為に出さえすれば教唆犯・従犯は成立し得るのであって、正犯が未遂であるときは教唆犯・従犯も

未遂であり、正犯が既遂になったときは教唆犯・従犯も既遂になると解される⁽⁶²⁾。

日高教授もまた、次のように主張される⁽⁶³⁾。

「幫助行為は、正犯の実行を容易にするものであり、それが法益侵害を促進する点に可罰性があるのであり、幫助の因果関係もこの点から判断されるべきである。殺人犯人にピストルを提供するのは、犯行を容易にすることであっても、人の死亡の直接の原因にはなりえない。ピストル自体では、人を殺害できない。そのピストルの引金を引くという行為によって人の死亡という結果が発生するのである。したがって、ピストルの提供という幫助行為と、正犯によって惹起された人の死亡という結果との間の因果関係を問題にして、そこから直接に幫助の因果性を立証しようとする自体がすでに無理である。幫助の因果性は、ピストルの提供が殺人の実行行為を実際に容易に（あるいは促進）していると点に求められるべきである。つまり、幫助の因果関係は、正犯が現実に行なった実行行為との関係で問題にすれば足りるのである。」

このように大塚博士や日高教授は、正犯結果に対する因果性は不要であるとしながらも、正犯行為に対する因果性を要求される。ここでは、正犯結果に対する

⁽⁵⁹⁾ 本文中で挙げる論者のほかに本説を採るのは、大谷・前掲(56)446頁以下、岡野光雄『刑法要説総論(第2版)』(成文堂・2009)326頁以下、奥村正雄「判批」刑法判例百選I総論(第五版)173頁、川端・前掲注(56)599頁、佐久間修『刑法総論』(成文堂・2009)392頁、橋本正博『刑法総論』(新世社・2015)280頁、福田平『全訂刑法総論(第五版)』(有斐閣・2011)290頁注2等、細川・前掲注(56)220頁、236頁等。なお、橋本・278頁、福田・290頁は、幫助犯の故意について、正犯行為の促進に向けられているだけでは足りないといわれる。

⁽⁶⁰⁾ 大塚仁『刑法概説総論(第4版)』(有斐閣・2008)320頁。

⁽⁶¹⁾ 大塚・前掲注(60)324頁、同『刑法の焦点PART2・共犯』(有斐閣・1985)31頁以下。

⁽⁶²⁾ 大塚・前掲注(61)33頁。

⁽⁶³⁾ 日高義博「幫助の因果関係」植松正ほか『現代刑法論争I(第二版)』(勁草書房・1997)340頁以下。

因果性が不要であることの根拠として、刑法 62 条の解釈や正犯結果に対する因果性についての立証の困難性が挙げられている。

3 検討

(1) 幫助犯を危険犯とする見解

野村博士のように幫助犯を抽象的危険犯であるとする見解に対しては、実務感覚に適した見解であるとの評価がなされてはいるものの⁽⁶⁴⁾、批判が多い。本説に対しては、既遂罪に対する幫助犯と未遂罪に対する幫助犯は区別され、前者は後者よりも重く処罰されるが、抽象的危険犯説はこのことを説明できないという趣旨の批判⁽⁶⁵⁾や、不可罰な幫助未遂が可罰的となってしまう妥当でないとの批判⁽⁶⁶⁾等が向けられている。2つ目の批判に関しては、野村博士は正犯行為の存在を客観的処罰条件とされるため、不可罰であるはずの幫助未遂が処罰されることにはならない。しかし、思うに幫助犯とは正犯行為に連帯し、正犯者による構成要件の実現を現に促進することであるが、幫助犯を抽象的危険犯とすると、正犯者が何を行ったかということは幫助犯の処罰にとってどうでもよいということになり、当該援助行為が正犯行為を促進する危険性を備えていたことのみが重要であることになるが、それは上記の幫助犯の理解に馴染まない。また、1つ目の批判も適切である。正犯結果の発生の有無によって幫助犯処罰の重さが変化するので

あれば、少なくとも、援助行為と正犯結果は何らかのかたちで結びつけられねばならないだろう。

次に、酒井講師の見解について、講師は幫助犯を危険犯とすることに対しては否定的であるが⁽⁶⁷⁾、講師の見解もまた、正犯行為に対する因果性を要求しない点で、実質的には幫助犯を危険犯として捉える見解であるように思われる⁽⁶⁸⁾。よって、野村博士の見解に向けられていた批判がここでも妥当し得る。確かに、講師が説かれるように、正犯行為に対して因果性をもたないが、正犯行為による構成要件実現の危険性を高める行為は処罰すべきとの感覚は、事例によっては理解し得ないものではないが、やはり現に正犯行為を促進していない行為の当罰性には疑問が残る。

(2) 正犯行為を促進することで足りるとする見解

幫助犯の成立要件としては正犯結果に対する因果性は要求できない。さらに、幫助犯を危険犯と解することも妥当ではない。とすれば、正犯行為に対する促進関係のみを要求する見解が、基本的に妥当である。しかし、先に紹介した以上の内容を本説の論者は特段述べていない。つまり、正犯行為の促進がどのような場合に認められるのかが示されていないのである。したがって、本説に立つとしても、この点を明らかにしていくことが必要であるように思われる。この点、正犯結果に対する因果性を要求する見解が参

⁽⁶⁴⁾ そのように分析するのは、『大コンメ (第二版)』575頁。

⁽⁶⁵⁾ 例えば、井田・前掲注(21)550頁、大越・前掲注(2)171頁。

⁽⁶⁶⁾ 例えば、高橋・前掲注(27)529頁、山口・前掲注(33)252頁。

⁽⁶⁷⁾ 酒井・前掲注(57)142頁以下。

⁽⁶⁸⁾ なお、正犯行為に対する因果性がない場合にも幫助犯の成立を認めておられる井田教授の見解も、実質的には危険犯説に分類し得るように思われる。

考になるように思われる。というのも、同説は、実質的には、正犯行為を促進すれば正犯結果を促進したとみる見解であったからである。

IV 私見

ここまで我が国における学説について検討を加えてきた。そこから得られた知見を踏まえ、私見を述べることにしたい。

1 正犯行為を促進することで足りるとする見解の妥当性

幫助犯は第二次責任主体であり、幫助犯が成立するためには、正犯行為の存在を要すると考えられている。もっとも、これは、幫助犯が正犯行為の存在をまって成立することを述べているだけで、必ずしもそれ以上に援助行為が正犯結果を惹起することを要求しているわけではない。また、刑法 62 条の「正犯を幫助した」という文言についても、正犯行為を幫助したと読むのが素直であろう。

ところで、正犯結果に対する因果性を不要とすると、既遂罪に対する幫助犯と未遂罪に対する幫助犯とが区別できないとの批判⁽⁶⁹⁾が向けられることが想定される。しかし、このような批判は、援助行為が因果性をもたなければならないとされる正犯結果を法益侵害結果と解することを前提にしているように思われる⁽⁷⁰⁾が、この点には疑問がある。行為無価値論(違法二元論)に立脚した場合、「結果」とは、法益侵害(構成要件的结果)のみならず、行為態様も含んだ構成要件の実

現のことで解し得る⁽⁷¹⁾。これを前提とすれば、援助行為が法益侵害結果それ自体を促進していない(因果性を有していない)としても、正犯行為を容易にしていれば、援助者は正犯者によって実現された事態に対して責任を負うものと思われる。正犯行為に対して因果性があり、正犯行為を容易にしたと評価されるのであれば、正犯者によって法益侵害(構成要件的结果)が生ぜしめられた場合には、既遂罪に対する幫助犯が、法益侵害(構成要件的结果)不発生の場合には未遂罪に対する幫助犯が成立すると考えるべきである。

また、幫助犯における因果性の内容を正犯行為を促進することで足りるとすることで、心理的幫助犯の処罰を適切に説明することが可能となろう。正犯結果を法益侵害と解し、それに対する因果性を要求する見解は、とりわけ心理的幫助犯の場合において、その処罰の説明に窮することになる。というのも、援助行為が法益侵害結果に対して因果性をもつといえるためには、援助行為により、法益侵害が変更されていなければならないように思われるが、そのようにいえるためには、援助行為と法益侵害との間に介在する正犯行為が援助行為によって変更されていなければならないからである。確かに、援助者によって提供された道具や役務等を正犯者が利用する場合には、正犯行為は、その道具や役務等を用いない行為態様からその道具や役務等を用いた行為態様へと変化しており、援助行為と法益侵害結果との間の因果性を認めること

⁽⁶⁹⁾ 例えば、小野上・前掲注(12)158頁。

⁽⁷⁰⁾ もっとも、これまでの学説は、正犯結果が何を指しているのか明確に定義してこなかった憾みがある。

⁽⁷¹⁾ これによれば、例えば、窃盗罪における「結果」と詐欺罪におけるそれとは異なると考え得る。

ができる。しかし、援助者が正犯者を激励したという場合には、援助行為によって、主観と客観の統合体である正犯行為の主観面は変化しているが、正犯行為の客観面が変化していない限り、正犯行為を介した援助行為と法益侵害結果の意味における正犯結果との間の因果性の存在を立証することはできないように思われる。そして、心理的な援助行為によって正犯行為の態様に変化し、最終的に法益侵害結果の内容が変更されたことを証明することは困難であろう。これに対して、幫助犯における因果性の内容を正犯行為を促進すれば足りるとする見解によれば、正犯者の主観面に対して因果性をもつことにより、正犯行為に対する因果性は存在するから、(その他の要件を充たせば)幫助犯の成立を認めることができるのである。

2 因果性の存否の判断方法

正犯行為を促進することで足りるとする見解が妥当であるとしても、幫助犯の成立要件として因果性が必要である限りは、因果性の存否の判断方法が問題となる⁽⁷²⁾。

まず、援助行為と正犯行為との因果性は、条件公式を用いて判断され得ない。もっとも、単独犯の場合、刑法において因果関係が認められるためには、行為と結果の事実的なつながり(条件関係、因果性)を前提に、相当因果関係の存在(客観的に帰属し得ること)が認められねばならないが、幫助犯の場合、その概念上、

援助行為と正犯行為との間の因果性を前提に、援助行為が正犯行為を促進したといえなければならない⁽⁷³⁾。

まず、物理的な因果性が問題となる事例において、正犯行為に対する因果性があるといえるためには、正犯者が援助者によって提供された道具や役務を利用することが必要となる。よって、正犯者が提供された合鍵を用いることなく、住居に侵入した場合や、正犯者が窃盗を行う間見張りをしていたが、誰も通りかからなかったという場合には、物理的因果性の存在を認めることはできない。これまでも述べたように、実際に提供された道具が用いられなかった場合であっても、物理的幫助犯の成立を認めるとすれば、援助行為の危険性のみによって処罰を認めることになり、妥当ではない。

次に、心理的因果性が問題となる事例についてであるが、上述のとおり、正犯行為は客観と主観の統合体であるから、正犯行為の主観面に対して因果性をもつことにより、正犯行為に対する因果性の存在を認め得る。なお、心理的幫助犯に限らず、物理的幫助犯が成立する場合であっても、援助者と正犯者との間で意思連絡がある限りは、心理的因果性を認め得る⁽⁷⁴⁾。これに対しては、正犯者が心理的な援助を受け入れていれば、直ちに因果性があるとするのは妥当でないとの批判が向けられ得るものと思われる。例えば、小島陽介教授は、正犯者の犯行決意を強化したことだけで、正犯行為を促進したと認める場合、幫助犯の処罰範囲が広くなりすぎるため、心理的幫助犯の

(72) 町野教授の示すように幫助犯の因果性を心理的因果性に限定すべきかということも問題となるが、先述のとおり、筆者は、片面的幫助犯の場合も処罰すべきであると考えため、教授のような限定は妥当でないとする立場である。

(73) 内田・前掲注(9)38頁、成瀬幸典「演習」法学教室344号(2009)177頁。

(74) 意思連絡があれば、幫助犯における心理的因果性を認めうるとされる町野教授の見解は正当である。

成立を認めるためには、援助行為が正犯行為の蓋然性を高めたことが必要であると説かれる⁽⁷⁵⁾。しかし、客観的に正犯行為が実現される蓋然性が高まることを要求すると、正犯者が犯行決意を強化する理由が複数存在している場合に、当該援助行為が主たる理由でないとするれば、幫助犯の成立を否定することになってしまうが、結論が不当になる場合が生じ得よう。結局、援助者が、正犯者が犯行を行おうとしていること（あるいは、犯行を行なっていること）を認識して心理的な援助を行い、この援助を正犯者が認識して実行行為を行なった場合、経験則的に、その援助行為があったからその正犯行為があったといえ、因果性の存在は認め得るように思われるのである。そして、正犯者において新たな犯行決意が生じるなど、共犯関係からの離脱が問題となるような特別の事情が存在しない限り、正犯行為の促進が認められ得るだろう。このことは、片面的でない物理的幫助犯の事例でも同様である。このように考えると、Iで挙げた事例についても、正犯行為に対する物理的因果性は認められないが、正犯者と援助者との間で住居侵入窃盗に関する意思連絡があるのだから、正犯行為に対する心理的因果性は認められ得るものと思われる。

V おわりに

本稿では、幫助犯の成立要件としての因果性について検討を加えてきた。その結果、現在の多数説のいう正犯結果の内

容が不明確であること、多数説のいう正犯結果が法益侵害結果を指すとすれば、幫助犯の成立要件として援助行為と正犯結果との間の因果性を要求できないことが明らかとなった。他方で、幫助犯を危険犯とすることも妥当ではない。したがって、私見では、幫助犯の成立要件としての因果性を、援助行為と正犯行為に対する因果性と解すべきであることを示した。

もともと、本稿は、幫助犯の成立要件としての正犯結果に対する因果性の要否について検討を加えるにとどまり、正犯結果に関する仔細な検討が不十分である。また、私見によれば、多数説よりも、幫助犯における因果性が認められる範囲が広がるため、特に心理的幫助犯について、因果性要件によって処罰範囲を画することは困難となるだろう。したがって、どのような行為が幫助行為にあたるのか、という幫助行為性の問題に取り組む必要がある⁽⁷⁶⁾。これら点については、今後の課題としたい。

*本研究は、JST 科学技術イノベーション創出に向けた大学フェローシップ創設事業 JPMJFS2102 の支援を受けたものである。

⁽⁷⁵⁾ 小島陽介「精神的幫助における因果関係について（三・完）」法学論叢 163 卷 1 号（2008）137 頁。

⁽⁷⁶⁾ 当然、物理的幫助犯においても、幫助行為性は問題となり得る。例えば、大判大正 4 年 8 月 25 日刑録 21 輯 1249 頁参照。

病像論再々考ーノーモア・ミナマタ

近畿訴訟第一審判決に寄せて*

東北大学大学院法学研究科 教授 樺島 博志

目次

要旨

- 1 問題設定
 - 2 水俣病事件の経緯とノーモア・ミナマタ近畿訴訟の概要
 - 2-1 水俣病事件の経緯
 - (1) 水俣病の発生, 原因究明および対策の過程
 - (2) 水俣病被害者の司法と行政を通じた救済
 - 2-2 ノーモア・ミナマタ近畿訴訟の概要
 - (1) 訴訟の概要
 - (2) 判決の概観
 - (3) 争点ごとの裁判所の判断の整理
 - 3 本判決の評価
 - 3-1 病像論
 - 3-2 有機水銀曝露の地理的・時間的範囲
 - 3-3 疫学的関連性による因果関係の立証
 - (1) 司法判断の経緯における本判決の意義
 - (2) 学説の検討
 - 3-4 除斥期間の起算点
 - 4 結語
- 【参考文献】

* 本研究は JSPS 科研費令和 4 年度～6 年度助成, 研究課題「現代義務論の可能性の条件」(基盤研究(C)(一般) 22K01109) の成果の一部である。

要旨

ノーモア・ミナマタ近畿訴訟第一審判決が、遅発性水俣病の病像を認め、疫学的因果関係を水俣病罹患の判断の基礎と位置づけたことにより、水俣病被害者・原告 128 名の損害賠償請求権を認容した。これまで水俣病事件をめぐる幾多の司法判断が積み重ねられてきたにもかかわらず、本判決は、司法判断の枠組に新たな観点を付け加えたものと評価することができる。もっとも、本判決のこうした積極的意義にもかかわらず、水俣病被害者全体の迅速かつ公正な被害救済という観点に立脚すれば、公健法を中心とした行政による救済枠組の機能不全、行政府における司法判断の無視を通じた司法的チェックの不全、症状に比例した段階的な賠償枠組の法システム全体における欠如、という 3 つの点を中心に、日本社会の法治主義の限界が露呈しているとも見ることができる。このように見れば、本判決によってもなお、公害被害者救済における「法の失敗」が治癒されたというよりは、なお一層顕になった捉えることもできる。

キーワード：水俣病、ノーモア・ミナマタ近畿訴訟、疫学的因果関係

Reconsidering again what is Minamata disease - a contribution to the District Court Judgment in the No More Minamata Litigation in Osaka
School of Law, Tohoku University, KABASHIMA Hiroshi, Prof. Dr.

Abstract

Osaka District Court gave the first instance judgment to the No More Minamata Osaka Litigation by granting the right of the 128 Minamata disease victims/plaintiffs to claim damages. Its significance lies in adopting the epidemiological causality and the late-onset symptoms of Minamata disease in the ration decidendi. In light of conventional precedents and common wisdom that assume the proof burden of individual causal relationships on the plaintiff, this can be evaluated as having a certain positive significance. From the perspective of prompt and fair relief for all victims of Minamata disease, nevertheless, it can also be seen as one component of the phenomenon of “failure of the law”, which brings limitations of Japanese rule of law to light, with a focus on three points: (1) malfunction of the administrative relief framework centered on the Pollution Health Compensation Act, (2) dysfunction of judicial review to the legislative as well as administrative framework for compensation for pollution victims, and (3) the lack of a framework for

gradual compensation in proportion to the symptoms.

Keywords: Symptoms of Minamata disease, No More Minamata litigation in Osaka, epidemiological causality

1 問題設定

水俣病の公式確認から 60 年以上経た令和 5 (2023) 年 9 月 27 日、大阪地裁において水俣病事件にたいする新たな裁判が下された⁽¹⁾。これまで水俣病事件にたいして、新潟水俣病事件第一審判決⁽²⁾を皮切りに、幾多の下級審裁判例、最高裁判例が蓄積されてきたにもかかわらず、本判決は、水俣病を巡る司法判断において、新たな判断基準を示すものとして、積極的意義を認めることができる。すなわち本判決は、損害賠償請求権発生構成要件たる因果関係につき、病像論として遅発性水俣病の存在を肯定したこと、因果関係の立証として疫学的因果関係の手法を積極的に位置づけたことの二点において、従来⁽³⁾の司法判断の枠組に新たな観点を加えているように思われる。

他方、こうした積極的意義にもかかわらず、公害問題に起因する多数の被害者にたいする被害救済という点にかんがみれば、被害者救済に積極的な本判決の判断ですら、遅きに失した感が否めない。すなわち、水俣病という大規模公害事件において、多数の被害者を公正かつ効率的・効果的に救済することができたのか、

と問われれば、日本社会の法治主義・法システムが一定の限界を抱えていることは、否定しえないであろう。

筆者は従前より、こうした日本の法システムに内在する機能的限界を、「法の失敗」という概念で捉えることを試みてきた⁽³⁾。本稿では、本判決に示された水俣病の病像論をめぐる判断を中心に、現代型訴訟論の観点⁽⁴⁾を加味した分析を加えて、最終的には、日本の法治主義の機能的限界を批判的に評価することを試みてみたい。

2 水俣病事件の経緯とノーモア・ミナマタ近畿訴訟の概要

2-1 水俣病事件の経緯⁽⁵⁾

(1) 水俣病の発生、原因究明および対策の過程

Y1 (チッソ株式会社、前身・日本窒素肥料株式会社、現・JNC 株式会社) は、1927 年頃以降、水俣工場において、アセチレン系有機合成によって酢酸等の化学製品を製造するようになり、製造過程において触媒として硫酸水銀水溶液を用いていた。この触媒反応の副生成物として、のちに水俣病の原因として知られるメチル水銀化合物を生じていたが、Y1 はその危険性について知ることなく、水俣湾に

⁽¹⁾ 大阪地判令和 5 年 9 月 27 日 (平成 26 (ワ) 9280), 裁判所 Website (seen 2024-01-05): https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=92468 (以下、「本判決」という)。

⁽²⁾ 新潟地判昭和 46 年 9 月 29 日 (判時 642 号 96 頁)

⁽³⁾ 拙稿「法の失敗—水俣病発見 50 周年に寄せて」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法』阿部照也喜寿記念, 東京: 成文堂, 2007 年, p. 705-733.

⁽⁴⁾ 参照, 田中成明『現代日本法の構図』増補版, 東京: 悠々社, 1992 年, 35 頁。

⁽⁵⁾ 参照, 主に大阪地裁判決 (前掲註 1) の事実認定にもとづき, 脚註を付した箇所については適宜参考資料に依拠した。

廃水とともに排出していた。1945年の太平洋戦争敗戦後も Y1 はアセトアルデヒド製造を増強していたところ、1956年5月、はじめての水俣病患者が水俣保健所に届けられるに至った。

水俣病の原因について、水俣保健所・伊藤蓮雄所長が 1957年3月にネコ実験により水俣湾の魚介類が水俣病を発症させることを確認し、同年7月に厚生省の科学研究班も水俣湾内の汚染魚介類を水俣病の原因と確認した。1959年7月、熊本大学医学部研究班は、水俣病とハンター・ラッセル症候群との一致を確認し、水俣病が有機水銀中毒症であること等を報告した。同年11月、厚生省・水俣食中毒部会は、これらの研究成果にもとづき、厚生大臣にたいし水俣病は汚染魚介類の摂取による有機水銀中毒性疾患であると答申したが、厚生大臣はこの見解を採用することなく、逆に同部会にたいして解散を命じた。このように、Y2国・Y3県は、遅くともこの時点までには、水俣病の原因物質が有機水銀化合物であること、その排出源が Y1 水俣工場のアセトアルデヒド製造施設であることを、高度の蓋然性をもって認識し得る状況にあった。

同年10月頃、Y1 幹部は、同社水俣工場附属病院の細川医師らによる実験を通じて、同工場のアセトアルデヒド廃水がネコを水俣病に罹患させることの知見を得たが、逆にネコ実験の続行を禁止したうえで、実験結果の外部への公表を妨げた。他方 Y1 は、通産省による配水浄化対策の要請に応ずる形で、同年12月、廃水浄化装置サイクレーターを設置し排水処理を開始した。もっとも、Y1 によるサ

イクレーターは、有機水銀を除去する性能を有しておらず、水俣病防止策としては無意味であった。そして、Y2国・Y3県においても、Y1 が設置したサイクレーターが水俣病を防止しえないものであることを、容易に知ることができた。

9年近く経た 1968年5月、Y1 は、水俣工場におけるアセトアルデヒドの製造を停止した。また厚生省は、同年9月、政府公式見解を発表し、水俣病は水俣湾の魚介類の摂取によるメチル水銀中毒性の中枢神経疾患であること、および、Y1 水俣工場のアセトアルデヒド製造工程から排出されたメチル水銀が水俣湾の魚介類を汚染したことを、それぞれ認めた。

(2) 水俣病被害者の司法と行政を通じた救済

1967年6月の新潟水俣病訴訟を皮切りに、四日市喘息訴訟、富山イタイイタイ病訴訟が相次いで提起された。熊本水俣病事件においては、上述 1968年9月の政府公式見解をきっかけとして、翌 1969年6月、水俣病患者・遺族 29 世帯 112 (のうち 138) 名が、熊本地裁において、Y1 を被告とする損害賠償請求訴訟を提起した。これら大型公害裁判の提訴を受けて、同年12月、政府は、「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法」⁽⁶⁾を公布・施行し、公害病認定患者にたいする医療費等の支給を開始した。1971年8月、環境庁事務次官は、いわゆる「昭和 46 年事務次官通知」⁽⁷⁾を発し、水俣病の認定基準としてハンター・ラッセルの主症状、すなわち、四肢末端・口囲のしびれ感、言語障害、歩行障害、求心性視野狭窄、

⁽⁶⁾ 昭和四十四年法律第九十号、以下、「旧救済法」という。

⁽⁷⁾ 「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法の認定について」(昭和 46.8.7 環境庁事務次官通知) 所収：水俣病患者・弁護団全国連絡会議『水俣病裁判全史—第 3 巻被害・世論編』東京：日本評論社、2000 年、87-88 頁。

難聴、精神障害、振戦、痙攣、その他の不随意運動、筋強直などの症状を挙げたうえで、他原因の恐れについても、魚介類を介した有機水銀の影響が認められる場合には水俣病の範囲に含むものとした。

提訴から4年近く経た1973年3月、熊本地裁は、Y1にたいし、死者1800万円の損害賠償責任などを認める裁判を下した⁽⁸⁾。同判決を受けて、Y1は、水俣病患者団体に謝罪したうえで、原告を含むすべての水俣病認定患者にたいし慰謝料と治療費等を支払う旨の、補償協定を締結した⁽⁹⁾。

旧救済法を発展させる形で、1973年、公害健康被害補償法⁽¹⁰⁾が制定され、翌年施行された。公健法上の水俣病認定については、1977年7月の環境庁企画調整局環境保健部長通知「後天性水俣病の判断条件について」⁽¹¹⁾において、水俣病の各症候が非特異的であるとしたうえで、①感覚障害と運動失調、②感覚障害と運動失調の疑い、かつ、平衡機能障害あるいは両側性の求心性視野狭窄、③感覚障害と両側性の求心性視野狭窄、かつ、中枢性障害の他の眼科又は耳鼻科の症候、④感覚障害と運動失調の疑い、かつ、その他の症候の組合せ、という①～④の症候組合せを基準とすることと定められた。

行政認定を棄却された未認定患者89名は、1973年1月、熊本水俣病事件民事

第2次訴訟を提起した。提訴後少なからぬ原告が認定を得るなどして訴訟を取り下げたが、1979年3月、熊本地裁⁽¹²⁾は、原告14名中12名について損害賠償請求権を認容し、重症者について補償協定の補償額を超える2800万円の賠償を認めた。この判決により、行政認定を得られなかった未認定患者についても司法救済の道が開かれることとなり、1980年5月の熊本第3次訴訟第1陣の提訴を皮切りに、熊本、新潟、大阪、東京、京都、福岡の各地裁に同種一連の訴訟が提起された。しかもこの熊本第3次訴訟以降の損害賠償請求訴訟においては、損害賠償債務の増大によるY1の債務超過の懸念もあり、Y2国とY3県にたいする規制権限不作為にもとづく国家賠償請求が合わせて提起されることとなった⁽¹³⁾。

熊本第2次訴訟控訴審において、1985年8月、福岡高裁⁽¹⁴⁾は、ハンター・ラッセル症候群としての四肢の知覚障害、求心性視野狭窄、構音障害、運動失調、難聴に加え、遠位部優位の手袋・足袋様の知覚障害をもって水俣病と認めうるとして、原審支持の判決を下し、原告未認定患者の勝訴が確定した。いわく、「メチル水銀中毒の病型、症状は多様多彩で、死に至る重篤な急性劇症型もあれば四肢の知覚障害、求心性視野狭窄、運動失調、構音障害、難聴などいわゆるハンター・

⁽⁸⁾ 熊本地判昭48年3月20日(判時696号15頁)。

⁽⁹⁾ いわゆる「昭和48年補償協定」、参照：「熊本水俣病協定書」(昭和48年12月25日)、所収：水俣病被害者・弁護士全国連絡会議『水俣病裁判全史—第1巻総論編』東京：日本評論社、1998年、115-128頁。

⁽¹⁰⁾ 昭和四十八年法律第百十一号、以下、「公健法」という。

⁽¹¹⁾ 「後天性水俣病の判断条件について」(以下、「昭和52年判断条件」という)、所収：水俣病被害者・弁護士全国連絡会議『水俣病裁判全史—第3巻被害・世論編』東京：日本評論社、2000年89-90頁。

⁽¹²⁾ 熊本地判昭和54年3月28日(判時927号15頁)。

⁽¹³⁾ なお、新潟水俣病事件第2次訴訟においては、国家賠償請求の被告はY2国のみとされ、新潟県に対する国賠請求は提起されなかった：参照、坂東克彦『新潟水俣病の三十年』2000年、75頁。

⁽¹⁴⁾ 福岡高判昭和60年8月16日(判時1163号11頁)。

ラッセル症候群の典型的な症状のすべてないしはそのいくつかを具備した普通型で症状の重いものから、その症状は日常生活不快感を伴うに過ぎない極めて軽度でその症状の在否自体の判別が困難な慢性不全型にまで及んでいるが、水俣病の一般的な臨床症状としては、知覚障害、運動失調、言語障害、聴力障害、平衡機能障害、求心性視野狭窄、視野沈下、眼球運動異常、脱力、振戦、反射異常、筋萎縮、味覚障害、意識障害発作、精神症状、知能障害、自律神経症状などがあり、多く前叙認定の自覚症状を伴っているものであるということが出来る。」同判決はその際、行政認定の基準にたいして、「昭和 52 年の判断条件は…広範囲の水俣病患者を網羅的に認定するための要件としてはいささか厳格に失している」と処断した。

この司法判断により行政認定基準への疑義が生ずることとなり、政府はこれに対応するために、1986 年、特別医療事業を設け、公健法上の水俣病認定を棄却された者にも、医療費の助成を開始した。この特別医療事業は、1991 年 11 月、水俣病総合対策事業に発展し、療養手帳の交付、医療費、療養手当等の支給へと拡充された。療養手帳の交付要件は、昭和 52 年判断条件における症状組合せから緩和され、メチル水銀曝露の可能性を前提に、四肢末端の感覚障害のみで足りるとされた。

水俣病総合対策事業による救済策の拡充にもかかわらず、全国で提起されていた一連の水俣病損害賠償訴訟は、原告数の増大と争点の複雑化により、紛争の長期化に陥っていた。このような状況で、社会党の村山富市首相を首班とする自

民・社会・さきがけ 3 党連立政権が 1994 年 6 月に発足し、水俣病事件の「政治解決」に向けて患者団体との交渉を開始した。交渉の結果、従前の総合対策事業における医療手帳の交付および療養費と療養手当等の支給に加えて、加害企業 Y1 ないし昭和電工が 260 万円の一時金を支払うことで合意が成立した。1995 年 12 月の閣議了解を経て、加害企業と患者団体の間で解決協定が締結された。

1982 年 10 月に提訴した関西訴訟の原告団は、この「政治解決」協定には参加せず、訴訟を継続した。政治解決に先立つ 1994 年 7 月、大阪地裁は第 1 審判決⁽¹⁵⁾において、行政未認定患者の原告らに、Y1 の民事損害賠償責任を認めたが、その一方で、Y2、Y3 の国家賠償責任は否定した。大阪高裁は、2001 年 4 月、控訴審判決⁽¹⁶⁾において、Y1 の民事賠償責任に加え、Y2 国について水質二法にもとづく規制権限不行使の違法性と過失、Y3 県について県漁業調整規則にもとづく規制権限不行使の違法性と過失を理由として、国家賠償責任を認め、一人あたり 850 万円から 450 万円の賠償金の支払を命じた。同判決は、原告未認定患者について、次の基準で水俣病への罹患を判断した。すなわち、メチル水銀曝露を前提として、「(1) 舌先の 2 点識別覚に異常のある者及び指先の 2 点識別覚に異常があつて、頸椎狭窄などの影響がないと認められる者。(2) 家族内に認定患者がいて、四肢末梢優位の感覚障害がある者。(3) 死亡などの理由により 2 点識別覚の検査を受けていないときは、口周辺の感覚障害あるいは求心性視野狭窄があつた者」について、水俣病の罹患を認めた。除斥期間についても、「水俣湾内の魚介類の摂食中

⁽¹⁵⁾ 大阪地判平成 6 年 7 月 11 日 (判時 1506 号 5 頁)。

⁽¹⁶⁾ 大阪高判平成 13 年 4 月 27 日 (判時 1761 号 3 頁)。

止から、遅くとも四年を経過した時点以後には、客観的に最初の損害が発生していたと推認される」とした第一審判決⁽¹⁷⁾の判断を維持し、原告らの転居後4年経過した時点をもって、除斥期間の起算点とした。2004年10月、最高裁判所は上告審判決⁽¹⁸⁾において、Y2国・Y3県の国家賠償責任を認めた原審の判断を維持した。このことにより、原審における水俣病被害の判断基準と除斥期間の起算点についても、最高裁により肯定されることとなった。

関西訴訟最高裁判決をきっかけとして、1995年の政治解決による救済を受けられなかった患者たちが、新たな訴訟を提起するに至った⁽¹⁹⁾。こうした事態に対応するために、政府は、2009年7月、「水俣病被害者の救済および水俣病問題の解決に関する特別措置法」⁽²⁰⁾を公布・施行した。特措法は、公健法の判断基準を満たさないものの、四肢末梢優位の感覚障害、全身性の感覚障害、および四肢末梢優位の感覚障害に準ずる被害者にたいして、水俣病被害者手帳を交付し、210万円の一時金、および療養費と療養手当を支給することとした。特措法により救済される被害者の範囲は、翌2010年4月の政府閣議決定により明確化され、すなわち、公的な検査所見書がなくても、医師の診断書において、四肢末梢優位又は全身性の感覚障害、口周囲の触覚又は痛覚の感覚障害、舌の二点識別覚の障害、求心性視野狭窄の所見が認められれば、判定検討会における総合判断により、救済対象

者と判定されることとなった。特措法の申請期間は、2年2か月後の2012年7月までで締め切られた。

2013年4月、最高裁判所は、2001年と2007年にそれぞれ提訴された水俣病認定義務付訴訟につき、前者の原告については水俣病認定の義務付けを認容した高裁判決を支持し、後者の原告については水俣病の罹患の有無を個別具体的に判断すべきとして原審破棄差戻の判決を下した⁽²¹⁾。そのなかで同判決はとりわけ、「昭和52年判断条件に定める症候の組合せが認められない四肢末端優位の感覚障害のみの水俣病が存在しないという科学的な実証はない」としたうえで、判断枠組として、「裁判所において、経験則に照らして個々の事案における諸般の事情と関係証拠を総合的に検討し、個々の具体的な症候と原因物質との間の個別的な因果関係の有無等を審理の対象として、申請者につき水俣病のり患の有無を個別具体的に判断すべき」とした。

2-2 ノーモア・ミナマタ近畿訴訟の概要

(1) 訴訟の概要

原告Xらは不知火海沿岸等に居住歴を有し、2009年の特措法の救済を受けられなかった者128人である。Xらは、熊本県水俣市、同芦北町、鹿児島県出水市などのうち対象地域外とされた地域に居住し、あるいは、1969年以降に出生したため対象年齢外とされたために、特措法の

⁽¹⁷⁾ 前掲註15.

⁽¹⁸⁾ 最判平成16年10月15日(民集58巻7号1802頁).

⁽¹⁹⁾ いわゆる「ノーモア・ミナマタ訴訟(第1次)」「水俣病被害者互助会訴訟」など、参照、吉村良一「判批(熊本地判平成26年3月31日)」司法判例リマークス51, 2015年, 55頁以下. 上告審まで争われた「水俣病被害者互助会訴訟」については、残念ながら筆者の能力的限界ゆえに、後述3において必要な限りで論及することとどめたい。

⁽²⁰⁾ 平成二十一年法律第八十一号, 以下「特措法」という。

⁽²¹⁾ 最判平成25年4月16日(集民243号329頁); 同(民集67巻4号1115頁).

申請ができなかった者、および、2010年4月から2012年7月の特措法の申請期間を知らず、あるいは徒過してしまったために、救済を受けられなかった者からなる。被告は加害企業Y1および、Y2国とY3熊本県である。訴訟物は、XらのY1ないし3にたいする不法行為・国家賠償責任にもとづく1人あたり450万円、総額約8億円の損害賠償請求権である。請求原因は、Xらは、Y1水俣工場から排出されたメチル水銀によって汚染された魚介類を摂取し、これによって感覚障害等の健康被害を受け、Y2は水質二法にもとづく規制権限を行使せず、Y3は県漁業調整規則にもとづく規制権限を行使しなかったことにより、それぞれ法的義務に違反し違法にXらに損害を加えた、という事実による。Xらのうち原告第1陣は、Y1ないし3を被告として2014年9月29日に大阪地裁に提訴し、以降第12陣まで追加提訴がなされた⁽²²⁾。

本判決に示された主要争点は、法的審査技術⁽²³⁾に即して、次のように整理することができる。第一に、民709所定の請求権発生にかんして、Xらが水俣病に罹患したか否か、という因果関係の要件事実の成否が争点となる。この争点はさらに次の下位項目に分けることができる。まず、(i)水俣病の病像をどのように捉えるか、とりわけ遅発性水俣病の存在を認めるか否か、という病像論の問題、つぎに、(ii)有機水銀曝露歴の観点から、特措法において有機水銀曝露の対象地域と対象時期の範囲外とされた原告の健康

被害について有機水銀曝露の影響を認めることができるか、という救済対象範囲の問題、さらに、(iii)遅発性水俣病の症状を非特異的の症状と捉えたうえで、疫学的因果関係という統計的証明を法的因果関係としてどのように位置づけることができるか、という問題である。

第二に、Xらの水俣病罹患を肯定したとしても、原告の請求にたいする時効による権利消滅の抗弁が成立しうる。それゆえ、(iv)Xらによる損害賠償請求権が、訴訟提起の20年の除斥期間(民724、国賠4)を徒過したものとして、時効による請求権消滅にかかるか否か、という問題が争点となる。すなわち、除斥期間起算点が損害発生時であることを前提として、Xらの水俣病の症状が、いつの時点で発症したものと認められるか、という問題である。

(2) 判決の概観

大阪地裁判決は、Xら128人全員に水俣病の罹患を認め、1人あたり慰謝料250万円に弁護士費用25万円を加えた損害賠償金275万円(総額約3億5,000万円)、および遅延損害金の賠償請求権を認容した。もっとも、Xらのうち6名については、有機水銀曝露の時期が権限不行使の違法性の生ずる1960年以前であったとして、Y2国とY3県の国家賠償責任を否定し、Y1による民事損害賠償責任のみを認めた⁽²⁴⁾。

上述の主要争点の整理に即して、本判

⁽²²⁾ 参照、寺内大介「大阪地裁で原告全員を水俣病と認める判決」水俣学通信47号、2023年、p.2;「ノーモア・ミナマタ近畿訴訟・全原告勝訴判決—政府はチッソを説得し、原告の求めに応じよ」季刊水俣支援東京ニュース、107号、2023年、2頁以下。

⁽²³⁾ 権島博志、トマス・シェーフアー「法的思考と審査技術」法学74巻6号、2010年、46頁以下。

⁽²⁴⁾ 参照、熊本県水俣病審査課「ノーモア・ミナマタ近畿第2次国家賠償等請求訴訟大阪地裁判決について」2003年、Website (seen 2024-01-24) :

<https://www.pref.kumamoto.jp/uploaded/attachment/231651.pdf>

決における因果関係要件にかんする判断は、次のようにまとめることができる。まず、(i) 曝露終了から長期間経過後に発症する遅発性水俣病の存在が認められる。つぎに、(ii) 特措法の対象地域外であっても、不知火海の魚介類を多食したことによる曝露歴が認められ、また時期的にも、1968年のアセトアルデヒド製造停止後であっても、仕切網が設置された1974年までに魚介類を多食した者には、曝露歴が認められる。さらに、(iii) 有機水銀曝露と、四肢末梢優位の感覚障害および全身性感覚障害との間に疫学的因果関係が認められ、これを基礎として、法的因果関係については共通診断書により立証することができる。さいごに、時効による権利消滅の抗弁について、(iv) 除斥期間の起算点は、Xらが民間医師による共通診断書検診に基づいて水俣病と診断された時であり、Xらについて除斥期間は経過していない。

(3) 争点ごとの裁判所の判断の整理

本判決は、まず、Y1の民事損害賠償責任に加え、Y2国とY3県の国賠責任についても、1960年1月以降、Y2国については水質二法にもとづく規制権限を行使しなかったこと、Y3県については県漁業調整規則にもとづく規制権限を行使しなかったことにつき、それぞれ賠償責任を負う、とした。

(i) 病像論について、本判決は、次の通り判断した。「個別の本件患者が水俣病に罹患しているか否かを判断するに当たっては、メチル水銀曝露の事実が認められ、かつ、上記各症候（四肢末梢優位の感覚障害又は全身性感覚障害：筆者註）のいずれかが認められること…を前提とした上で、他の症候（舌の二点識別覚異常、

口周囲の感覚障害、求心性視野狭窄、運動失調、構音障害又は難聴等）の有無、発症に至る経過、他原因の可能性の有無等の個別的事情を総合的に考慮するのが相当である。」すなわち本判決においては、水俣病を有機水銀中毒の中樞神経疾患と捉えたうえで、慢性水俣病においては、触覚または痛覚の表在感覚障害、とりわけ四肢抹消優位の感覚障害または全身性感覚障害があらわれる場合が多く、これに加えて、舌先二点識別覚異常、口周囲の感覚障害、求心性視野狭窄、運動失調についても、疫学調査の結果から、水俣病である蓋然性を高めるものとして捉えている。これにたいするYらの反論として、メチル水銀曝露による末梢神経障害の場合には三叉神経感覚性ニューロパチーが合わせて確認される、とする衛藤医師らの意見書があるものの、この見解をもとに感覚障害のみの水俣病が存在することを否定することにはならない、と本判決は判断した。

遅発性水俣病の存在については、本判決は、曝露終了後、長期間経過してから水俣病の自覚症状が出現する 경우가少なくない、としてこれを認めた。症状発生の機序については、長期微量曝露説、脳内残留水銀説、加齢説が挙げられているが、本判決は、これらの説のいずれも実証性に欠け仮説にとどまるものの、直ちに排斥することもできず、遅発性水俣病の存在を否定することはできない、とした。

他原因との識別につき、糖尿病性多発性ニューロパチーと変形性脊椎症も四肢抹消優位の感覚障害を惹き起こす場合もあるが、これにたいし本判決は、有症者のうち有機水銀曝露歴のある者については、その症状がもっぱら他原因に起因する可能性は疫学的に見て極めて低い、と

して他原因の可能性を退けた。

(ii) 有機水銀曝露が生じた地理的・時間的範囲につき、本判決は次の通り判断した。曝露範囲を判断する前提として、本判決はまず、1973年に厚生省が定めた総水銀 0.4ppm、メチル水銀 0.3ppm という暫定規制値は、毛髪水銀値 50ppm という FAO/WHO の発症閾値に依拠するものの、これを下回る低濃度の有機水銀への長期曝露が水俣病を発症する可能性は否定できない、とした。これに加え、17歳までの未成年については FAO/WHO も成人より低い値を定めていることから、Xら患者が幼少期ないし子供の時期に受けた有機水銀曝露については、低汚染度の魚介類によっても発症リスクが存すると認められる、と判断した。

発症閾値に関するこれらの知見を前提に、有機水銀曝露の地理的範囲を検討するにあたり、本判決は、有機水銀汚染の距離減衰を単純に適用して、Xら患者の有機水銀曝露を否定することはできない、とした。すなわち、特措法の対象範囲の外の地域であっても、不知火海沿岸の全域で漁獲された魚介類が、自家消費、網元による分配、近隣による交換、行商人による売買を通じて、広く消費されていたものと認められる。それゆえ、特措法の対象地域外である姫戸町、倉岳町、新和町、河浦町宮野河内地区、旧長島町、阿久根市および山野線沿線に居住歴を有する Xらについて、水俣病発症に足る曝露歴が推認される、とした。

同様に、有機水銀曝露の時間的範囲についてもまた、1969年の工場排水の停止以降も、少なくとも水俣湾の仕切り網が設置された 1974年1月までは、水俣病を発症させる程度の汚染魚介類の摂取がなされたものと推認される、と判断した。

(iii) 疫学的因果関係という統計的手法

を用いた因果関係の立証手法につき、本判決は、次のように、法的因果関係としての高度の蓋然性の証明において用いることができるとした。いわく、「本件のような公害訴訟における因果関係の認定の目的は、自然科学的な因果のメカニズムそのものを解明することではなく、原因行為を行った者（加害者）に、発生した結果を帰責できるかどうかを判断することにあるから、因果関係の…経過全てについて、一点の疑義もないよう解き明かすことは不要であり、実際上も困難である。そして、…疫学的に確認された因果関係は、高度の蓋然性を有するものとして、法的因果関係の立証に用いることができる。実際、これまでの公害訴訟や、化学物質による労災事件及び薬害事件においても、疫学的知見に基づき、高度の蓋然性があるとして法的因果関係が認められてきた。」他方本判決は、疫学的因果関係のみをもって法的因果関係と同視しえないということを、次のように論じている。「疫学的因果関係は、疾病を発症した個人が曝露の原因を創出した者の不法行為責任を問うための要件としての法的因果関係とは異なるものである。」このような前提理解に立って、本判決は、次のように、疫学的因果関係による証明について、法的因果関係の基礎資料としての位置づけを与えた。いわく、「信頼できる疫学的研究によって、曝露と疾病との間の疫学的因果関係を示す指標である寄与危険度割合ないし相対危険度…が高いことが認められる場合には、当該曝露を受けた個人であって当該疾病を有する者の多くが、当該曝露がなければ当該疾病を発症していなかったことが科学的に示されることになるから、上記疫学的因果関係が認められることは、法的因果関係を判断する上で重要な基礎資料となるとい

うべきである。そして、寄与危険度割合等の程度を踏まえた上で、本件患者それぞれの曝露の内容・程度、症候の内容…、発症に至る経過、他原因の可能性の有無等を総合的に考慮して、本件患者それぞれについて法的因果関係の有無を判断すべきものである。」すなわち、疫学は疾病対策に用いられる科学であり、法的因果関係の証明とは異なるものの、疫学的因果関係が科学的に認められることは、法的因果関係を判断するうえで重要な基礎資料となる。それゆえ、汚染地域において、疾病の寄与危険度割合、すなわち、曝露による症状発生の原因確率が、疫学研究により高度に証明された場合には、これを踏まえて、患者の曝露の程度、症候の内容、発症の経緯、他原因の可能性など総合的に考慮して、個々の患者の法的因果関係を判断すべきこととなる。

有機水銀曝露地域における寄与危険度割合につき、本判決は、熊本大学による疫学調査にもとづき行われた津田敏秀教授による疫学研究を参照している。熊本大学の立津教授、原田助教授らによる疫学調査とは、昭和 52 年判断条件は満たさないが四肢末梢優位の感覚障害のみを有する者につき、曝露地域と非曝露地域とを比較し、有機水銀曝露と感覚障害との疫学的関連性を調査したものである。津田教授は、この疫学調査による累積データをもとに、疫学研究を実施し、曝露地域における非曝露地域と比べた感覚障害の寄与危険度割合を算定している。津田教授による算定結果は、曝露地域における発症確率（オッズ比）は非曝露地域と比べて 112.4 倍の相対危険度、すなわち、寄与危険度割合は 99.1%（曝露地域において患者 1000 人のうち 991 人は有機水銀曝露、残り 9 人は他の原因により感覚障害に罹患）というものであった。本判

決は、一般の難病では相対危険度が 2～3 倍（寄与危険度割合 50～66%）、喫煙と肺がんについては相対危険度 5～10 倍（寄与危険度割合 80～90%）、四日市喘息、原爆症、ヒ素中毒、じん肺肺がん、環境アスベスト曝露による肺がん等における寄与危険度割合 10～75%程度をもって因果関係が認められてきたことと対比し、メチル水銀曝露と四肢末梢優位の感覚障害との関係において算定された 112.4 倍の相対危険度、99.1%という寄与危険度割合等は、「明らかな疫学的因果関係を示すといえ、このことは、法的因果関係を判断する上で重要な基礎資料となる」と判断した。

疫学的関連性の証明を基礎として、本判決は、法的因果関係の証明としては、「共通診断書」による X らの水俣病罹患の証明をもって、個別的因果関係の立証として十分とした。いわく、「共通診断書検診は、水俣病の典型的症候及び他原因との鑑別の有力な手掛かりとなる事項について、担当医師に対する指導等、神経学的検査及びその評価を適切に行えるような配慮の下に行われたものといえる。そうすると、感覚検査や反射検査では条件によって正確な応答・反応が得られるとは限らないこと、運動失調検査では加齢等の影響に留意が必要であること、視野検査や聴力検査では検査方法による限界が大きいこと等を踏まえ、個別の本件患者に即して、所見の整合性や他原因との鑑別可能性等を慎重に検討する必要があるとしても、共通診断書の症候に関する記載が一般的に信用性を欠くとはいえない。」

共通診断書とは、原田正純医師をはじめとする民間の水俣病共通診断書検討会が 2006 年に策定したものである。この診断書において担当医師は、受検者の診察

を行い、受検者のメチル水銀曝露歴、得られた所見、問診結果等を踏まえて、水俣病に罹患していると診断した場合は、共通診断書書式の人体図に表在感覚障害の部位等を記入して、署名押印し、共通診断書を完成させる。共通診断書において水俣病と診断する基準は、関西訴訟上告審判決等に示された判断基準をもととして、A) 魚介類を介したメチル水銀の曝露歴があり、四肢末梢優位の表在感覚障害を認めるもの；B) 魚介類を介したメチル水銀の曝露歴があり、全身性表在感覚障害を認めるもの；C) 魚介類を介したメチル水銀の曝露歴があり、舌の二点識別覚の障害を認めるもの；D) 魚介類を介したメチル水銀の曝露歴があり、口周囲の感覚障害を認めるもの；E) 魚介類を介したメチル水銀の曝露歴があり、求心性視野狭窄を認めるもの；F) 上記A～Eに示す身体的な異常所見を認めないものの、魚介類を介したメチル水銀の濃厚な曝露歴があり、メチル水銀によるもの以外に原因が考えられない、大脳皮質障害と考えられる知的障害、精神障害、又は運動障害を認めるもの、という6つの類型に整理されている。

(iv) 民724所定の除斥期間の起算点として、本判決は、損害発生時説を前提に、慢性・遅発性水俣病については、共通診断書の検診により水俣病と診断された時点、と判断した。その理由は、まず、慢性水俣病においては、自覚症状が出現してから検査可能な程度に症候が出現するまで時期的にずれが生ずる場合があること、また、遅発性水俣病については、曝露が終わってから特定期間内に症状が

客観的に表れるものではないこと、さらに一般に、水俣病の症状自体は健常者にもみられる非特異的なものであるので、一定の自覚症状が出現したとしても、ただちに水俣病罹患にたいする損害賠償請求権の消滅時効が始まるとすることはできないこと、といった点に存する。

3 本判決の評価

3-1 病像論⁽²⁵⁾

民709所定の因果関係要件は、規範的評価を含む法的因果関係であることを前提として、原因行為と法益侵害結果のあいだに高度の蓋然性が認められることと解されている。ルンバール事件最高裁判決⁽²⁶⁾に示された次の基準が判例・通説とされる⁽²⁷⁾。「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。」

このことを前提に、未認定患者に損害賠償請求権が認められるか否かは、通常人を基準として、Xら患者の病気が他原因ではなく有機水銀中毒症としての水俣病である、との真実性の確信を持ちうるために、水俣病の病像をどのように捉えるのが法的に妥当か、という問題に帰着する。

上述2の歴史的経緯で概観した通り、立法・行政により実施された水俣病被害者の救済策において、水俣病の病像は次

⁽²⁵⁾ これまでの筆者による病像論の概観として、参照、拙論「病像論再考—水俣病事件覚書」法学72巻6号、2008年、86頁以下。

⁽²⁶⁾ 最判昭和50年10月24日（民集第29巻9号1417頁）。

⁽²⁷⁾ 参照、潮見佳男『不法行為法』東京：信山社、2004年、133頁。

のような変遷をたどった。補償協定の基礎となった認定制度においては、1969年の旧救済法にもとづく昭和46年事務次官通知（1971年）が、有機水銀曝露歴とハンター・ラッセルの主症状を有する者を、他原因があったとしても水俣病と認めたのに対し、1973年の公健法にもとづく昭和52年判断条件（1977年）は、感覚障害に加え他の神経症の症状との組み合わせがあつてはじめて、水俣病と認定した。熊本第2次訴訟控訴審判決を経たのちの1986年の特別医療事業、およびこれを踏襲した1995年の政治解決においては、四肢末端の感覚障害のみをもって水俣病被害者と認めた。関西訴訟最高裁判決を経たのちの2009年の特措法においては、四肢末梢優位の感覚障害または全身性の感覚障害、およびこれに準ずる者を、水俣病被害者手帳の交付対象とした。このように、立法・行政による水俣病救済策は、水俣病に関する医学的解明や診断方法の発達に加え、司法判断における公健法基準にたいする批判をふまえる形で、水俣病の病像を拡張して捉えてきたと見ることができる。

行政による病像論と比較すれば、司法判断における水俣病の捉え方は、一般に病像の多様性を認めながらも、ニュアンスの違いも認められる。初期の熊本第1次訴訟、新潟第1次訴訟においては、水俣病の典型・急性・激症型の患者が問題となったのにたいし、熊本第2次訴訟以降は、非典型・不全型、慢性型、遅発性、加齢性といったさまざまな症候を備えた水俣病患者の救済が問題となった。はじめに、熊本第2次訴訟控訴審判決⁽²⁸⁾は、昭和52年判断条件に該当しなくても、四

肢優位の知覚障害のみをもって水俣病と認めた。さらに関西訴訟控訴審判決⁽²⁹⁾は、舌尖の二点識別覚異常ないし指先の二点識別覚異常が認められた者を水俣病と判断し、この判断基準が最高裁による上告棄却⁽³⁰⁾をもって確定した。さいごに、二件の行政認定義務付訴訟最高裁判決においては、個々の具体的な症候の個別具体的判断により因果関係の存在を認めうるとした。これらの司法判断の基準をまとめると、いずれも、昭和52年判断条件による水俣病認定を狭きに失するものとして退け、四肢末梢優位の感覚障害、舌尖二点識別覚異常、指先二点識別覚異常を中心に、病像の多様性をふまえたうえで、有機水銀曝露と患者の具体的な症状の因果関係を判断するものとしている。

このような経緯に照らしてみれば、本判決に示された病像論は、熊本第2次訴訟以降、司法判断において認められてきた水俣病の病像を、網羅的に取り込んだものと見ることができる。すなわち、水俣病の症候の多様性を認めたとうえで、とりわけ慢性型、遅発性の水俣病について、触覚または痛覚の表在感覚障害、四肢末梢優位の感覚障害、全身性感覚障害、舌尖二点識別覚異常、口周囲の感覚障害、求心性視野狭窄、運動失調など、包括的な水俣病の判断枠組を示したものと、捉えることができる。そして、水俣病の病像をこのように多様なものとして捉える見解は、医学的には、椿忠雄や井形昭弘らによる「医学専門家会議」の見解に異を唱えてきた原田正純や津田敏秀らの日本精神神経学会「研究と人権問題研究会」

⁽²⁸⁾ 前掲註14.

⁽²⁹⁾ 前掲註16.

⁽³⁰⁾ 前掲註18.

の見解に重なるものである⁽³¹⁾。

このような本判決における病像論の特徴は、関西訴訟最高裁判決以降に提起された「水俣病被害者互助会訴訟」の控訴審判決⁽³²⁾の採用する病像論と比べて、著しい対照を示している。同控訴審判決いわく、「四肢末端優位の感覚障害のみの水俣病にり患した者が、昭和 52 年判断条件に定める症候の組合せが認められる者に比して飛躍的に多いと認めるに足りる疫学的、臨床医学的根拠は存在せず、そのような者が実際にどの程度の拡がりをもって存在するかは、現在のところ必ずしも明らかでないといわざるを得ない。」このように、互助会訴訟控訴審判決は、水俣病の症状の多様性を認めてきた従来の司法判断の傾向と比較して、むしろ病像を昭和 52 年判断条件に近づけて限定的に捉える立場に接近していると見受けられる。そうだとすれば、互助会訴訟控訴審判決が最高裁決定⁽³³⁾による上告受理棄却によって確定したことにかんがみ、本判決の採用した広い病像論が上訴審で否定される可能性は、排除しえないであろう。

3-2 有機水銀曝露の地理的・時間的範囲

熊本第 2 次訴訟控訴審⁽³⁴⁾と関西訴訟控訴審⁽³⁵⁾においては、原告のうち損害賠償請求を棄却された者もあるが、そのほとんどが有機水銀曝露歴を有することは前提とされ、むしろ死後解剖の病理所見や有機水銀中毒症の所見が得られなかったことなどを理由として、水俣病への罹患を否定されたものと見られる⁽³⁶⁾。この点と比較すれば、有機水銀曝露の地理的・時間的範囲については、ノーモア・ミナマタ近畿訴訟においてはじめて争点となったものと捉えることができる。この争点にかんする本判決の特徴は、次の点に認めることができる。

地理的範囲については、本判決は、長期微量汚染による有機水銀曝露の可能性をふまえて、特措法の申請対象地域にとどまらず、不知火海に隣接する全域に拡大して捉えている。このことはひとつには、特措法による被害者救済が水俣病事件の最終解決とならなかったことを示唆しており、同時にまた、不知火海全域に広がる潜在的被害者のさらなる掘り起こしにつながる可能性を孕んでいる。

時間的範囲にかんしては、上述のとおり、

⁽³¹⁾ 詳しくは、参照、拙論・前掲註 25, 91 頁以下。

⁽³²⁾ 福岡高判令和 2 年 3 月 13 日（訟務月報 67 巻 7 号 799 頁）、以下、互助会訴訟控訴差審判決という。あわせて参照、互助会訴訟第一審判決：熊本地判平成 26 年 3 月 31 日（判時 2233 号 10 頁）および吉村良一「判批」司法判例リマックス 51, 2015 年, 57 頁以下。

⁽³³⁾ 最決令和 4 年 3 月 8 日（TKC・LEX/DB データベース文献番号 25592444）。

⁽³⁴⁾ 前掲註 14。

⁽³⁵⁾ 前掲註 16。

⁽³⁶⁾ 筆者が確認しえた限りで、損害賠償請求を棄却された原告のうち、関西訴訟控訴審患者番号 15 のみが、水俣湾周辺の汚染地域の居住期間が 1945 年ころから 1950 年までの 5 年間にすぎないため、疫学条件としての有機水銀曝露歴として十分ではない、と否定された。それ以外の原告患者に対する判断は次のとおりである。熊本第 2 次訴訟第一審原告 5 番：死後病理解剖による有機水銀中毒病変の不存在；関西訴訟控訴審患者番号 13：死後解剖所見と症候から脳卒中；同患者番号 14：家族集積性なし、舌尖・指先 2 点識別覚異常所見なし；同患者番号 28：死後病理解剖による高度の動脈硬化症と脳軟化症病巣；同患者番号 42：家族集積性なし、頸椎狭窄を原因とする指先 2 点識別覚異常；同患者番号 52：口周囲の感覚障害・視野狭窄の所見なし；同患者番号 58：家族集積性なし、口周囲の感覚障害・視野狭窄の所見なし。

関西訴訟第1審判決⁽³⁷⁾、およびこれを維持した同控訴審判決⁽³⁸⁾、上告審判決⁽³⁹⁾によって、遅発性水俣病についても、遅くとも汚染源への曝露が終了した後4年間のうちに発症する、と判断されてきた。これにたいして、本判決は、非汚染地域への転出により汚染魚介類の摂食を中止してから症状が発現するまで、平均7.9±5.6年であり、21年以上の例もあり、また四肢末梢のしびれの発症時期が、汚水の排水停止から十数年後である者もあることから、「曝露終了から発症までの時期が長くても数年にとどまるとする具体的根拠は見出せず」、「特定の年数をもって発症時期を限定することはできないというべきである」と判断した。このように本判決は、遅発性水俣病の発症時期についても、これまでの関西訴訟上告審判決に示された曝露停止後4年間という基準を超えて、より長い期間にわたる汚染源曝露を肯定したものとして評価することができる。もっとも本判決の判断枠組においても、水俣湾に仕切り網が設置された1974年以降、実際に汚染源曝露が終わったのか否かについては、判断の外に置かれたままであって、時期的範囲の終期の確定は依然として残された課題となった。

このような本判決による有機水銀曝露範囲の地理的・時間的拡張は、病像論と同様に、互助会訴訟控訴審判決⁽⁴⁰⁾と対比すれば、際立っている。互助会訴訟控訴審判決いわく、「メチル水銀中毒症における曝露停止から発症までの潜伏期間は、数か月からせいぜい数年という考え方が現時点における医学上の定説であり、上

記を超える潜伏期間の後にメチル水銀中毒症を発症することを根拠付けるコンセンサスの得られた医学的知見は現在のところ見られない。」

いずれにしても、本判決は、有機水銀曝露の時期的範囲も地理的範囲と同様に拡張して捉えており、このことにより被害者救済範囲が拡大されるのであれば、本判決を契機として、あらたな被害者の掘り起こしの可能性がでてくることになる。他方もし、本判決による有機水銀曝露範囲の拡張が、互助会訴訟控訴審判決の判断に従って、上訴審において否定されるならば、被害者の掘り起こしは不可能になる一方で、長期微量汚染による慢性・不全型、遅発性といったさまざまな水俣病の潜在的患者たちが、今後一切の救済を受けることができなくなることとなる。

3-3 疫学的関連性による因果関係の立証

(1) 司法判断の経緯における本判決の意義

水俣病事件におけるこれまでの司法判断において、疫学的手法は、主として水俣病の病像の問題において論じられてきた。すなわち、昭和52年判断条件の症状組合せ、あるいは、四肢抹消優位の感覚障害のみで水俣病と言えるか、という争点において、裁判所は疫学的研究の成果を参照して、後者の主張を支持してきたと捉えることができる。このように疫学的手法は、一方においては、病像論にかかわる問題として位置づけられるものの、他方、有機水銀曝露と感覚障害との因果

⁽³⁷⁾ 前掲註15.

⁽³⁸⁾ 前掲註16.

⁽³⁹⁾ 前掲註18.

⁽⁴⁰⁾ 前掲註32.

関係にかんする立証方法として、捉えることもできる。いずれにしても、熊本第2次訴訟と関西訴訟における各審級の判決においては、この相互に関連する二つの問題は、必ずしも截然と区別されずに、裁判所の判断を形作っているように思われる。たとえば関西訴訟第1審判決⁽⁴¹⁾いわく、「原告ら主張のように、疫学的条件のみを重視することも妥当でないが、さりとて、被告らが要求する事項まで詳細かつ具体的に立証できなければ証明度に達しないとする 것도できないといわなければならない。」

これにたいして、本判決は、疫学研究成果を、水俣病の多様な病像の基礎として捉えると同時に、Xら原告患者における有機水銀曝露と感覚障害との個別的法的原因関係を判断する際に、判断の前提となる統計的基礎としての位置づけを与えている。筆者の立場から本判決の疫学的原因関係論を解釈するとすれば、本判決は、統計的一般的な疫学的原因関係と個別具体的な法的原因関係との関連性、および、この各段階における立証方法について、理論的に整除して明確に示しているものと評価することができる。すなわち、疫学研究における有機水銀曝露歴と症状発症との統計的原因関係は、個別的原因関係の判断の基礎をなし、この統計的基礎の上で、個々の患者が「共通診断書」により自らの症状発症の科学的証明を得ることによって、高度の蓋然性としての法的原因関係を証明したこととなる。その結果として、患者における症状発症にたいする他原因の存在は、間接反証による被告の主張立証にかかることとなる。そして、このような理論的な整除は、実質的には、関西訴訟控訴審判決、

上告審判決において、阪南中央病院による二点識別覚を中心とした診断書を、個々の原告における水俣病罹患の判断の基礎として用いたことと、整合的に捉えることができる。

疫学的原因関係の理論的位置づけの点についても、本判決は、互助会訴訟控訴審判決⁽⁴²⁾と著しい対照を示している。互助会訴訟控訴審判決は、「“メチル水銀の曝露歴があり、四肢末端優位の感覚障害が見られる場合に、鑑別診断によって明らかに他の疾患又は原因によると証明される場合以外は、上記感覚障害は高度の蓋然性をもってメチル水銀曝露に起因するものとみなすのが妥当である”との一審原告らの主張を採用することはできない」として、疫学的原因関係による原因関係の立証を排除している。さらに、個別原因関係の証拠としての民間の医師による診断書についても、「一審原告らについていずれも水俣病に患している旨診断する検査結果の正確性の確保に対する配慮を欠くこと、数量化、定量化及び基準値の設定等の試みについて、その限界を克服したものとはいえず、かえって評価を誤りかねないものとなっていること、触痛覚の検査結果の記録において両者の区別がされていないなど記録の仕方、保存方法が適切でないこと等の問題がある」と切り捨て、その証明力を否定している。上に述べたことと同様に、互助会訴訟控訴審判決の疫学的原因関係の取り扱いが判例性を獲得し、本判決に示された疫学的原因関係論が上訴審において否定されるならば、裁判における科学的知見の活用という点で、大きな理論的後退を招くことになるであろう。

⁽⁴¹⁾ 前掲註 15.

⁽⁴²⁾ 前掲註 32.

(2) 学説の検討

本判決にいたる司法判断の展開を踏まえて、水俣病の病像論と疫学的因果関係論をめぐる主な学説についても、簡単に論及しておきたい⁽⁴³⁾。病像論と疫学的因果関係にかかわる学説は、熊本第3次訴訟以降活発に議論されるようになり、その主なものはいずれも、公健法上の認定を棄却された患者の救済をはかるために、疫学研究の成果を法的因果関係に反映させようとする試みとして捉えることができる。代表的な因果関係論・病像論の学説として、原因競合における原因物質の疾病にたいする寄与度を確率的に算定する割合的因果関係論⁽⁴⁴⁾、および、疾病罹患の心証を確率的に損害額の認定（民訴248）に反映させる確率的心象論⁽⁴⁵⁾、の二つを取り上げることができる。しかしこのいずれの学説も、疫学的因果関係論とこれにもとづく病像論を、個別的・法的因果関係の問題に直結させて捉えており、疫学的因果関係と法的因果関係をどのように関連づけるのか、本判決にもとづいて上に示した理論的整除の観点からすれば、理論構成に曖昧さを含んでいる感がある。これら学説の問題点は、まず、症状の存否の判断にかんする特異度と感度はトレードオフの関係にあり確率を用いても誤診は防げないこと、および、疫学研究による危険寄与度の確率は統計的確

率にほかならず個々の患者の罹患可能性の確率とは無関係であること、という二点に関して、十分な考慮が払われていないのではないか⁽⁴⁶⁾。すなわち理論的に検討すべき点とは、まず、科学的見地から水俣病の病像を明確化しようとするほど、特異度は上がるが感度が下がるために、被害者救済の取りこぼしを生じてしまうということ、このこととあわせて、医学的には、個々の患者の症状が水俣病であるか否かは、All or Nothingの関係であって、統計的確率とは無関係である、という二点である。病像論をめぐる代表的学説は、この点について、看過しているように見受けられる。

このような従来学説の問題点は、関西訴訟最高裁判決以降の理論的展開において、ある程度意識されているように思われる。たとえば、吉村良一教授は、「原因確率は0から100%までの連続した値をとるので、そのどこで線を引くかは、その目的により独自に判断される。民事訴訟においても、どこで線を引くのが適切・妥当かが問題となるが、それは、疫学ではなく法律学が判断すべき事柄である」⁽⁴⁷⁾と述べて、従来学説と同様の因果関係の理解に立っておられる。その一方で吉村教授は、「原因確率が50%以下…だが、何らかの程度の関連性を示す場合でも、他の証拠と合わせて因果関係を認定することもありうる」⁽⁴⁸⁾として、割

(43) 以下の註において取り上げるもののほか、参照、津田敏秀「水俣病事件はなぜ解決できないのか—通常の中毒症の診断方法とは」環境と公害48巻3号、2019年、p. 7-12；山下昭浩「熊本水俣病裁判における因果関係論」高岡法学18巻1=2号、2007年、p. 15-49；吉田邦彦「ノーモア・ミナマタ訴訟の課題と疫学的因果関係問題」環境と公害48巻3号、2019年、p. 25-23；渡邊和行「因果関係の疫学的証明の意義—判例の動向—」環境と公害48巻3号、2019年、p. 13-18。

(44) 参照、野村好弘「確率的（割合的）因果関係論」判タ782号、1992年、53頁以下。

(45) 参照、大塚直「判批（最判平成16年10月15日）」判タ1194号、2006年、98頁。

(46) 詳しくは、参照、拙論・註24、97頁以下、104頁以下。

(47) 吉村良一「水俣病における因果関係判断において疫学が有する意義」環境と公害48巻3号、2019年、19頁。

(48) 吉村・前掲註47、21頁。

合的因果関係論や確率的心象論のように、原因確率を損害額の算定に反映させる見解を批判しておられる。淡路剛久教授も、本判決の評釈において吉村教授の見解をとりあげて、「法学領域でも、近時、このように考える学説が有力になりつつあり、支持したい」⁽⁴⁹⁾と賛意を表明しておられる。しかしながら、本判決をふまえた本稿の立場からしてみれば、吉村教授の見解においても、従前の代表的学説と同様に、疫学的原因確率を法的因果関係における線引きに関連づけて理論構成する点において、難があるように思われる。筆者の理論構成を定式化するために、疫学的原因確率と法的因果関係の関連性を次のように捉えてみたい⁽⁵⁰⁾。すなわち、疫学調査により算定される曝露群の危険度・危険寄与度確率は、曝露群に属する患者の因果関係を認めるための必要条件であり、専門医師による疾病罹患の診断書が、個別的・法的因果関係を肯定するための十分条件と位置づけられよう。条文に即して別の角度から表現すれば、疫学的原因確率における原因確率は損害額の認定（民訴 248）に関連づけるべき事柄ではなく、また、疫学的原因確率を前提とした個別的・法的因果関係の存否については、All or Nothing の判断として、自由心象主義（民訴 247）にもとづいて決せられるべき事柄と捉えられる。吉村教授の見解は、疫学的に算定される原因確率を損害額算定の基礎とすべきではない、とする点において、本稿と同じ見解に立つものの、原因確率を自由心象主義

における線引き問題と関連づける点において、本稿と見解を異にするのである。

本稿の立場を敷衍するならば、次のとおりである。疫学的原因確率における統計的な原因確率は、個々の患者における症状と原因物質との因果関係の確率を表現したものではなく、それゆえ、疫学的原因確率を個々の患者の個別的因果関係判断における線引きに用いるのは不適切である。むしろ科学的には、複数原因の競合の場合を除き、個々の患者の症状と原因物質の因果関係は All or Nothing にしか成立しえないはずである。たとえば、ある肺ガン患者のガンの原因が喫煙にあるのか他原因にあるのかは、All or Nothing の関係にあつて、疫学的危険確率によってその答えが得られることはない。それゆえ、仮に疫学的原因確率が 10%であったとしても、個々の患者の症状と汚染源曝露との因果関係が 100%認められるべき場合も 10 件に 1 件は含まれるのであつて、このことを考えに入れば、疫学的危険確率を個別的因果関係の線引き問題として捉える見解に理論的混乱が含まれていることは、明らかとなるであろう。繰り返しになるが、因果関係の判断は自由な心象に従つて All or Nothing で決すべき問題であるので、吉村教授も考慮に入れておられる通り、仮に原因確率が低くても、真の被害者の個別的因果関係を 100%肯定すべき場合は少なくないはずである。かえつて、疫学的原因確率が低いことを根拠として、個々の患者の因果関係を線引きして切り

⁽⁴⁹⁾ 淡路剛久「ノーモア・ミナマタ 2 次訴訟判決：最終解決への道筋」法時 95 巻 13 号，2023 年，6 頁。

⁽⁵⁰⁾ 本稿のもとになった筆者の見解として、拙論・前掲註 25 にもとづき、環境法政策学会第 12 回大会第 5 分科会（2008 年）において口頭発表の機会を得て、淡路教授にコメントをいただいたところではあるが、淡路教授からは、本稿の見解にたいする理解を得ることはできず、むしろ前掲註 49 のとおり、吉村教授の見解に賛同を示しておられる：参照，「第 12 回環境法政策学会・プログラム」Website：<https://jaelp.smoosy.atlas.jp/files/1044>（seen 2024-01-30）。

捨てるならば、真の被害者に泣き寝入りを強いる結果となり、同時に、加害者には賠償を免れることで不当な利益を得ることを許してしまう。このことが、上述の特異度と感度のトレードオフにかかわる問題の中心であって、吉村教授の理論構成に取り込まれていない点である。すなわち、疫学的原因確率にもとづいて法的に合理的な線引きをおこない、陽性患者と偽陽性患者を科学的に区別しようとするのは、特異度と感度の両方を同時に引き上げようとする試みであって、原理的に矛盾しており不可能である。それゆえ、被害者の取りこぼしと泣き寝入りを防ぐためには、疫学的原因確率がいかに低くても、特異度を下げることによって感度を上げて、偽陽性の“ニセ患者”をも取り込む形で、患者全員に賠償を認めるほかはないのである。このように、科学的に客観的判断が不可能な問題にたいして実践合理的な解を見出す点にこそ、自由心象主義の本質があるのではないか。すなわち、個々の患者における具体的因果関係の存否は、規範的評価を含めた法的判断であるので、専門医師の診断によっても科学的証明が完全にできない場合については、被害者の法益の要保護性と、加害者における行為の社会相当性を含めて比較衡量を行い、法的評価を下すほかはない。水俣病事件に代表される公害裁判においては、被害者において落ち度なく健康被害が生じており、加害企業において過失があるうえに事業利益も生じていることから、被害者救済の取りこぼしこそ防ぐべきであって、かりに“ニセ患者”が含まれているとしても、加害企業に損害責任を負担させることが、法的に見て公正かつ合理的な判断基準であると思わ

れる。このような因果関係の判断枠組は、疫学的原因確率に応じた線引きの問題ではなくて、比較考量を通じた当事者間の権利義務関係の公平公正な分配の問題として捉えるべきものと解される。

3-4 除斥期間の起算点

以上の考察によってすでに、本判決が、除斥期間の起算点を共通診断書の検診により水俣病と診断された時点、と判断したことの妥当性は、明らかであろう。まず、有機水銀曝露の時間的範囲において示した通り、被害者における遅発性水俣病の発症時期について、関西訴訟各審級判決が認めたような汚染源曝露の終了後4年間という時間的限定は具体的根拠に欠けるので、特定の年数をもって発症時期を限定することはできない。さらに、疫学的原因関係論において論じた通り、被害者が共通診断書による診断を受けた時点ではじめて、個別的・法的因果関係要件が充足されるので、この時点が損害賠償請求権の権利発生時となる。この2つの点からして、いかに、被害者において有機水銀曝露から長期間が経過した後であったとしても、除斥期間の起算点は、本判決の通り、権利発生時である共通診断書作成時とするのが妥当である。

これにたいして互助会訴訟控訴審判決⁽⁵¹⁾は、除斥期間について詳論していないものの、病像論のなかで「メチル水銀中毒症における曝露停止から発症までの潜伏期間は、数か月からせいぜい数年という考え方が現時点における医学上の定説であり」、「メチル水銀中毒症における曝露停止から発症までの潜伏期間は数か月から数年（4年程度）である」として

⁽⁵¹⁾ 前掲註 32.

いる。このことを前提に、除斥期間にかんする次の第1審判決⁽⁵²⁾の判断を是認している。第1審判決いわく、「原告Y3については、昭和43年5月の転居の4年後である同47年5月、原告ら7名については同48年当初が、それぞれ除斥期間の起算点となる。そして、上記の各起算点から既に20年の期間が経過していることから、仮に、原告らの損害賠償請求権が認められるとしても、いずれも除斥期間の経過により既に消滅しているというべきである。」このように、互助会訴訟においては、関西訴訟上告審で採られた曝露終了後4年という基準を採用し、最高裁決定⁽⁵³⁾によってこれが確定していること、これが判例基準と見ることできる。そうだとすれば、本判決の除斥期間の判断についても、上訴審において否定される可能性を否定できないこととなってしまう。

4 結語

以上、本判決をめぐって、公益的・社会的な大規模紛争の解決、裁判外の潜在的当事者・被害者の存在、ハード・ケースとしての裁判における科学的判断の困難性といった現代型訴訟の観点を加味しつつ、筆者独自の視点から分析を加えてきた。もとより、筆者の示した疫学的因果関係論をめぐる見解が、吉村教授や淡路教授らに代表される民法学の通説の見解にたいして、何らの意味も持たないことについては、承知の上である。むしろ本稿の意図するところは、本判決を手がかりとしながら、民法学のフォーマリズム

ムにたいして、社会正義と公平、法による一挙的紛争解決の実現という法理学的視点に立って、病像論と疫学的因果関係論について、筆者なりの見方を提示することにとどまっている。

このような考察角度の相違は、本判決をめぐる淡路教授の評価と、「法の失敗」と見る筆者の評価との相違に反映されている。淡路教授は本判決の評釈において次のように評価しておられる。「本判決は、内容は明快であり、論理的であり、かつ、適切妥当な結論を導いている。本判決が水俣病被害者救済問題解決の最終的道筋となることを期待したい。」⁽⁵⁴⁾

水俣病被害者の全員救済を期待するところは筆者も同感であるが、「法の失敗」という筆者の観点からすれば、本判決をもってしても、道半ばではないかと悲観的にならざるを得ない。「法の失敗」とは、権利・義務関係に参加する法主体が法的に合理的な行為を行ったとしても、法本来の機能である社会的公正が実現されない事態、として捉えることができる⁽⁵⁵⁾。本判決をもってしても水俣病事件における「法の失敗」を解決できないのは、次の理由による。

ひとつに、本判決は、水俣病被害者の行政救済策の失敗にたいする司法的救済の実現という、水俣病事件の経緯にみられるパターンを繰り返しているに過ぎない。すなわち、本判決によってしても水俣病被害者の全員救済を実現できるわけではなく、むしろ、特措法の救済に漏れた若い世代の被害者が、これからますます顕在化する可能性は否定できない。上述の通り、本判決による有機水銀曝露範

⁽⁵²⁾ 前掲註 32.

⁽⁵³⁾ 前掲註 33.

⁽⁵⁴⁾ 淡路・前掲註 49, 6 頁.

⁽⁵⁵⁾ 参照, 拙論・前掲註 3, 709 頁.

困の地理的・時間的拡張は、水俣病時間の紛争のさらなる増大を引き起こしかねないのである。すでに、ノーモア・ミナマタ第2次訴訟の原告数は、熊本、東京、本判決の大阪、および新潟で合わせて1500人を超えるようである⁽⁵⁶⁾。この数は、50年以上にわたる公健法の認定患者数3000人に比べて、決して少ない数字ではない。もしこれから新たな潜在被害者が顕在化するならば、特措法のやり直しのような行政施策が再び現れてくるかもしれない。これが水俣病事件の紛争解決パターンである。本判決は、こうした繰り返しパターンを終結させるどころか、むしろ押し進める役割を果たすかもしれない。さらには、水俣病被害者の行政救済と司法救済を全体として見れば、公健法の補償金1800万円、政治解決の250万円、特措法の210万円と、賠償額に大きな開きが生じていて、司法判断も、患者の症状の重さに従った損害額の段階的認定とは必ずしもなっていない。被害者救済制度において、患者の症状の重度と賠償額を比例的に設定するという公平な救済枠組みは、250万円の損害額を認容した本判決をもってしても、実現できないのである。そうすると、いつになったら公平かつ効率的な仕方水俣病事件の最終的解決が実現できるのか、現時点では見通すことができないと言わざるを得ない。

もうひとつに、科学裁判の困難性という観点からすれば、疫学的因果関係をめぐって、上に見た通り、本判決を契機としても、依然として、民法学の因果関係論の理論構成において、ある種の論点設定の不適切ないしは論理の飛躍を、完全には払拭できていないように思われる。

⁽⁵⁶⁾ 参照、東京・水俣病を告発する会「係争中の水俣病訴訟」水俣支援東京ニュース107号、2023年、3頁。

そして理論面の不安定さは、実務面における決断主義、すなわち論理に曖昧さは残るとしても法的判断は判断として妥当だ、とする開き直りを生むことになる。最高裁決定により確定した互助会訴訟にこの傾向が強く見られるのであって、これをもとに本判決が上訴審で覆されれば、結果的には潜在被害者の切り捨てと泣き寝入りが生ずることになる。実務の積み重ねによる判例法の形成に対して、法理論の側からの批判的検討が加えられなければ、裁判における科学的判断の曖昧さという不合理を隠蔽してしまう結果を招く。そのためには、法理論は、より一層の精緻化を目指すべきと言えるが、はたして本判決をめぐる通説的見解は、この期待に十分応えていると言えるだろうか。

これら2つの観点からみた問題点にもかかわらず、法実務の内的視点に立てば、本判決における当事者たる訴訟代理人弁護士も裁判官も、すべて適法かつ法的合理的に実務に従事している。それにもかかわらず、本判決を含む法システム全体としては、その本来的機能である紛争の公平かつ効率的な解決という最終目標を、いまだに達成できていない。本稿は、このような現象に「法の失敗」という観点からの批判的検討を加えることにより、日本社会の法治主義が克服すべき課題を提示することを試みるものである。

【参照文献】

淡路剛久「水俣病被害救済問題と訴訟の現状」環境と公害48巻3号、2019年、p. 3-6.

同「ノーモア・ミナマタ2次訴訟判決：最終解決への道筋一判批（大阪地判令和

5年9月27日)」法律時報95巻13号、2023年、p. 4-6.

大塚直「水俣病関西訴訟最高裁判決(最判平成16年10月15日)の意義と課題」判タ1194号、2006年、p. 91-99.

樺島博志「法の失敗—水俣病発見50周年に寄せて」佐藤幸治ほか編『現代社会における国家と法』阿部照也喜寿記念、東京：成文堂、2007年、p. 705-733.

同「病像論再考—水俣病事件覚書」法学72巻6号、2008年、p. 82-116.

同、トマス・シェーファー(共著)「法的思考と審査技術」法学74巻6号、2010年、p. 39-71.

潮見佳男『不法行為法』東京：信山社、2004年.

津田敏秀「水俣病事件はなぜ解決できないのか—通常の中毒症の診断方法とは」環境と公害48巻3号、2019年、p. 7-12.

寺内大介「大阪地裁で原告全員を水俣病と認める判決」水俣学通信74号、2023年、p. 2.

東京・水俣病を告発する会「季刊水俣支援東京ニュース」107号、2023年.

野村好弘「確率的(割合的)因果関係論」判タ782号、1992年、p. 53-63.

坂東克彦『新潟水俣病の三十年—ある弁護士の回想』東京：日本放送出版協会、2000年.

水俣病被害者・弁護士全国連絡会議『水俣病裁判全史—第1巻総論編』東京：日本評論社、1998年.

同『水俣病裁判全史—第3巻被害・世論編』東京：日本評論社、2000年.

山下昭浩「熊本水俣病裁判における因果関係論」高岡法学18巻1=2号、2007年、p. 15-49.

除本理史、尾崎寛直「水俣病特別措置法と環境・福祉対策の課題—水俣市および水俣・芦北地域の再生・振興の観点か

ら—」東京経大会誌269号、2011年、p. 165-192.

吉田邦彦「ノーモア・ミナマタ訴訟の課題と疫学的因果関係問題」環境と公害48巻3号、2019年、p. 25-23.

吉村良一「判批(熊本地判平成26年3月31日):水俣病の認定基準としてのメチル水銀中毒症」司法判例リマークス51、2015年、p. 54-59.

同「水俣病における因果関係判断において疫学が有する意義」環境と公害48巻3号、2019年、p. 19-23.

渡邊和行「因果関係の疫学的証明の意義—判例の動向—」環境と公害48巻3号、2019年、p. 13-18.

裁判官の学びと職務

Studying and Working as a Judge

東北大学大学院法学研究科 教授 井上 泰人

(前注) 本稿は、令和5年11月22日に東北大学法科大学院で行われた、法科大学院学生を対象とした標記の講演原稿に大幅に加筆したものである。

第1 法曹としての歩みと学び

- 1 平成7年4月 大阪地方裁判所第5民事部 (労働事件集中部・左陪席)
- 2 平成9年4月 佐賀地方裁判所刑事部 (左陪席)、佐賀家庭裁判所 (少年事件担当)
- 3 平成10年4月 佐賀地方裁判所民事部 (左陪席)
- 4 平成11年6月 英国・エディンバラ大学大学院
- 5 平成13年1月 最高裁判所事務総局民事局付兼行政局付
- 6 平成14年4月 法務省民事局付兼外務省条約局法規課付検事
- 7 平成15年3月 在オランダ日本国大使館 (一等書記官・法務班長)
- 8 平成18年4月 宇都宮地方裁判所刑事部 (右陪席⇒代理裁判長)
- 9 平成21年4月 宇都宮家庭裁判所 (上席裁判官)
- 10 平成22年4月 知的財産高等裁判所第4部 (陪席)
- 11 平成25年4月 京都地方裁判所第3民事部 (行政事件集中部・右陪席)
- 12 平成28年4月 東京高等裁判所第12民事部 (陪席)
- 13 平成31年4月 名古屋地方裁判所民事第1部 (労働事件集中部・部総括判事)

第2 裁判官の職務としての決断ということ

- 1 裁判官は自分で決めなければならない
- 2 裁判官は一人で決めなければならない
- 3 裁判官はどうやって決めるのか
- 4 裁判官は一人だけで決めるのか
- 5 優れた法律家とは?

第1 法曹としての歩みと学び

私は、令和4年3月1日から、本学（東北大学。以下同じ。）で国際私法という科目を担当する教員として勤務する研究者ということになっておりますが、それ以前は長らく（27年間）裁判官として勤務しておりました。在官中にはかなり多種多様な職務に従事した経験を有しておりますが、これは、裁判官としてはやや珍しい部類に属すると思います。具体的に並べてみますと、次のとおりです（目次参照）。

0 平成5年4月 司法修習生（高松）・司法修習第47期

1 平成7年4月 大阪地方裁判所第5民事部（労働事件集中部・左陪席）

2 平成9年4月 佐賀地方裁判所刑事部（左陪席）、佐賀家庭裁判所（少年事件担当）

3 平成10年4月 佐賀地方裁判所民事部（左陪席）

4 平成11年6月 英国・エディンバラ大学大学院

5 平成13年1月 最高裁判所事務総局民事局付兼行政局付

6 平成14年4月 法務省民事局付兼外務省条約局法規課付検事

7 平成15年3月 在オランダ日本国大使館（一等書記官・法務班長）

8 平成18年4月 宇都宮地方裁判所刑事部（右陪席⇒代理裁判長）

9 平成21年4月 宇都宮家庭裁判所（上席裁判官）

10 平成22年4月 知的財産高等裁判所第4部（陪席）

11 平成25年4月 京都地方裁判所第3民事部（行政事件集中部・右陪席）

12 平成28年4月 東京高等裁判所第12民事部（陪席）

13 平成31年4月 名古屋地方裁判所民事第1部（労働事件集中部・部総括判事）

これは、すべて役所の人事異動の結果にすぎません。つまり、自分の希望がかなったのは英国留学くらいのもので、それ以外は、基本的には最高裁判所事務総局人事局という部門がその時々状況に応じて私に人事異動を打診し、私がこれに応じた結果であるにすぎません。

裁判官の人事異動（転勤）というのは、全国の国民に均質な司法サービスを提供し、併せて裁判官の経験を多様化させるという目的のためにされるのですが、裁判官の腕前というものは、後にも触れますとおりその職務経験と大きく関係します。そのため、特に若い間は様々な職務経験を重ねることが大事なのでありまして、本意ではない人事異動はどうしてもつきものです。もっとも、何度も不本意な人事異動が続けばその人はやる気をなくしてしまいます。また、年を重ねればどうしても家庭の事情から遠距離の転勤が難しくなります。人事局の方もその辺はよく心得ているようでして、経験年数が上がるにつれて、次第に裁判官の側の希望が通りやすくなる傾向はあるようです。私などは、裁判官にならない限り上に掲げました海外を含む各地（出身地である東京を含めると9か所。仙台を含めると10か所）で生活するという経験はできなかったでしょうから、これはこれで人生を豊かにしてくれたと考えております。

それでは、標題に即しながら、各任地で何を学び、どのような業務に携わってきたかを見ていきましょう。

1 平成7年4月 大阪地方裁判所第5民事部（労働事件集中部・左陪席）

私は、裁判官に任官していきなり労働事件部に配属になったのですね。現在ではあり得ない人事ですが、当時は珍しくありませんでした。まだ判事補で、職務経験が5年を超えるまでは判事補の職権の特例等に関する法律1条に基づく職権も与えられていないため「未特例判事補」といいますが、単独で訴訟事件の判決はで

きません(民訴法123条)。したがって、専ら合議事件の左陪席として重たい労働事件の判決起案に明け暮れることとなります。しかし、私は、ここで厳しくも優しい多くの先輩らによって裁判官としての基礎を叩き込まれ、それはその後の職業人生の中で常に大きな資産であり続けました。

例えば、着任早々にこんなことがありました。私の旧司法試験の選択科目は破産法(現在の倒産法の一部)で、学生時代に労働法を勉強していなかったものですから、労働法の知識はゼロからの出発となります。当然、不安となります。そこで、私が大阪地方裁判所第5民事部に着任した際、裁判長の松山恒昭部総括判事に対して、「労働法は勉強したことがないのですが…」と正直なことを申し上げたところ、裁判長から、「裁判官はな、事件を通じて勉強するんや。ええか、君はウチの部の戦力やからな！」と発破をかけられました。

実際そうなのでありまして、裁判官は、どこに配属になっても、ただお勉強をしていけばよいではありません。戦力として適正迅速な事件処理すなわち紛争解決に貢献しなければならないのです(そのために憲法で身分を保障され、国民の血税から公務員としては高額給与をもらっているのです)。その際、目の前にある事件は、勉強材料の宝庫です。どんな事件でも、法律上又は事実認定上の論点が存在しない事件は、あり得ません。その論点を適切に把握し、それに対する解決を考えなければならないのです。そこで求められる勉強の方法は、おそらく皆さんが現在行っているものとは、見た目が違います。例えば、教科書を1頁目から全部読む、あるいは科目ごとに丁寧なノートを作成し、答案練習を繰り返すというような形ではありません。むしろ、目の前にある事件の解決に必要な情報を、教科書や注釈書その他の参考資料からいかに迅速的確に拾い上げるか、が重要になってきます。その際に求められるのは、おそらく、法律に関する基礎的な前提とか基本的

な考え方をしっかり「腑に落として」理解していることです。現在の皆さんの勉強は、知識もさることながら、このような基本的な考え方をしっかり身に着けるために特化されたものと位置付けられます。だから、実務法曹の勉強とは見た目が違うのです。

例えば、目の前の事件で使用者(会社)が労働組合に対してストライキが違法であったと主張して損害賠償を請求しているとします。労働組合法8条の適用が問題になりそうな事案ですが、実は、いきなり同条の文言と格闘したり、労働法の基礎理論から学び直してもあまり建設的ではないのです。前提として、労働契約は、契約ですから当事者間の意思表示の合致により成立し、その効果として、労働者には当該労働契約に適合した労務提供という債務が課されます。労働者がサボることは、労働契約の債務不履行にはほかなりません。しかるに、労働組合法は、ストライキという形でこのような債務不履行を許容しているわけです。そのような例外的な許容には必ず法的な理由があるはずですし、その理由が、許容される限度というものにとずと関係を持ってくるはずで、そうだとすると、労働組合法8条の立法趣旨や、それを具体化した過去の裁判例を調べることで、労働者にはどこまでの実行使が許されるのかを考えるとということになります。また、原告は会社で被告は労働組合だとすると、両者は労働契約の当事者ではありません(直接の契約当事者は、会社と個別の労働者です。)から、これは、契約不適合の債務不履行ではなく、不法行為の成否が問題となります。また、同じ不法行為でも、労働者を労働組合の被用者と構成して民法715条1項の使用責任が追及されているのか、あるいは労働組合自身が民法709条に基づく責任を問われているのかで、具体的な争点が変わってくる可能性があります。さらに、これらの条文に基づいて、いかなる事実についてどちらの当事者が証明責任を負うのかについての目配りも必要になってきます。このように、契約

法、労働法そして不法行為法の各基本的な考え方をしっかり腑に落とした上で必要な文献を探る必要はあるのですが、この事件の処理に当たって、何も菅野和夫先生や水町勇一郎先生の労働法の体系書を全部読破する必要はないのです。もちろん、読破できればそうした方がよいに決まっているのですが、現実にはなかなか時間が取れませんし、何より目の前にある事件解決のために読んだ文献は、将来の教養のために読んだ文献よりもはるかに深く体に浸透します。

このような過程を一つ一つの事件で不断に繰り返していくことによって、実務法曹は、文字どおり「事件を通じて鍛えられる」ものなのです。裁判官を含む実務法曹にとって、事件を担当した経験は、その人の腕前に強い影響を持つのです。このため、「裁判官は叩き大工」という言葉もあります。つまり、職人である大工さんのように、ただひたすら体を使って体で仕事を覚えていくイメージです。また、裁判官を含む実務法曹の中には、実体法・手続法を問わず法律雑誌などで論文を発表したり著作を公にする方がいらっしやいますが、こういう方々は、今述べたような事件を通じた勉強の中で既存の学説に疑問を感じたり、あるいは既存の文献に明確な説明が載っていないことから自らの考え方を鍛え上げ、それを公にするというパターンが多いように思います。これは論文ではありませんが、刑事の分野で有名な大阪南港事件（最判平成2年11月20日刑集44巻8号837頁）というのがありますね。大谷直人判事（後に最高裁判所長官）が最高裁判所調査官として執筆された調査官解説（『最高裁判所判例解説刑事篇平成2年度』（法曹会）232頁）は、相当因果関係に関する従来の刑法学説を大幅に見直すものでしたが、これなどは、まさに事件を通じた勉強によって既存の考え方を打ち破った典型例だと思います。

そのほかの勉強法として、判例雑誌の購読があります。これは、判例タイムズや判例時報の

新刊が出たら全部読めという趣旨ではありません。そうではなくて、コーヒーでも飲みながら目次だけは目を通すことで、世の中にはこんな紛争があるんだ、ということをチェックする感じです。もちろん、興味があれば判決文の前に書いてある解説記事を読めばいいし、更に興味があれば原文を読んでみることとなります。あるいは、毎朝仕事始めに最高裁判所のホームページで新たな最高裁判所の判例紹介をチェックするのもよいでしょう。これが習慣化すると、知らない間に大きな蓄積ができます。

さて、大阪では裁判官による任意の研究会活動が盛んで、民事の分野では「大阪民事実務研究会」と称する裁判官の研究会が毎月開催されており、そこでの研究発表の成果は判例タイムズに掲載が続いております。そして、当時の大阪地方裁判所では、同期として採用され大阪に配属された新任判事補が2年間の当地での任期を終えるに当たり、その中の誰か一人がこの大阪民事実務研究会で研究発表をするという慣例がありまして、どういう経緯か、私にそのお鉢が回ってまいりました。そこで、私は、実際に判決を書きながら悩むことが多かった民法228条4項のいわゆる「二段の推定」と民法99条以下の代理制度の関係について、「文書の真正な成立と署名代理形式で作成された処分証書の取扱いに関する一試論」（判例タイムズ939号21頁）という研究発表を行ったのですが、これが多少なりとも学術的な論文を執筆した初の経験になります。

2 平成9年4月 佐賀地方裁判所刑事部（左陪席）、佐賀家庭裁判所（少年事件担当）

当時の判事補は、大規模庁における2年間の新任判事補を経てから「新任明け」と称して3年間の地方庁での配属になることが少なくありませんでした。私もその例に漏れなかったわけですが、今度は一転して刑事畑です。刑事部では合議事件の左陪席と令状事務を担当して

おりましたが、ワークロードとしては家庭裁判所の少年事件が圧倒的でした。現在では少年事件自体が激減しておりますが、当時は暴走族事件などでかなりの数があり、また、少年法では未特例判事補も原則として事件処理が許されていますので(少年法4条)、当時は私のような若い判事補が少年事件の大量処理に当たることが、よくみられたのです。これによって将来の単独事件担当の度胸を養ったところがあります。

また、刑事部では地域の大きな贈収賄事件なども担当し、裁判長と右陪席からは刑事裁判の基礎をしっかりと体で教わりました。

3 平成10年4月 佐賀地方裁判所民事部(左陪席)

ところが1年で民事部に配属替えです。そこでは、長期未済事件の集中処理をすることになりました。現在では考えられないでしょうが、昭和56年に訴え提起のされたお化けのような民事事件がまだ係属しておりました。記録を平積みによると1mほどもある17年モノの事件を処理したことになります。これが私の長期未済事件処理の最長記録です。それ以外にも、地域の環境保全に関する行政訴訟も経験しました。今なら環境法の守備範囲ですね。

裁判官の数が少ない小規模な地方裁判所ですから、未特例判事補でも担当できる民事執行事件や民事保全事件も処理します。さらに、判事補も4年目からは簡易裁判所の単独事件を処理する資格が与えられます(裁判所法44条1項)。一回だけでしたが、佐賀簡易裁判所の判事さんがインフルエンザに罹患したため、急遽ピンチヒッターを務めたことがあります。私が民事単独事件の法廷に出たのは、これが最初です。ところが法壇に登ってみると、そこにはすでにだれか座っている。驚いたのですがこれが司法委員の先生でした(民訴法279条)。簡易裁判所では、一般人の司法参加ということで、

当時から裁判官と司法委員が共同で事件処理を行っていたのです。

4 平成11年6月 英国・エディンバラ大学大学院

有難いことに英国への留学機会に預かることができました。裁判所では、現在では毎年30名近い留学生を出しておりますので、その旨の希望を出しまして語学を勉強し、そして何より職務に精励しておりますと、割に高い確率で海外留学の機会が与えられます。当時は判事補の留学生の数が今よりも少なかった代わりに留学パターンが若干多様で、私は、英国において1年間を自分が選んだ大学院で過ごし、残りの6か月を語学修行及び実務見学に使うことができるという、今ではなくなってしまったコースでした。

英国は、連合王国を形成する①イングランド及びウェールズ、②スコットランドそして③北アイルランドで別の法域になっており、さらに細かく見ると、英国王室属領(Crown dependencies)の⑤マン島、⑥ガーンジー諸島そして⑦ジャージー島も別の法域とされております。ところが、先輩裁判官が英国で留学した先を調べてみますと、当時は全員がイングランドに留学しておられました。私は、少しへそ曲がりなところがあるせいでしょうか、せっかくならば誰も行ったことがないところに行ってみようと思ひまして、実体法も手続法も日本人にはほとんど未知のスコットランドに留学を致しました。現地に行ってみますとやはり知らないことばかりで、これは実に面白い経験でした。お陰で、スコットランド法について勉強したことがある、明治開闢以来史上初の日本人裁判官になったと自負しております。また、私は現地の法廷弁護士会にご紹介いただいたワイズさんという法廷弁護士(イングランドとは法曹資格が異なるため barrister とはいわず、スコットランドでは advocate といいます。)に

裁判実務の指導を賜り、その後も家族ぐるみでお世話になっておりますが、その方は、現在ではなんとスコットランド最高裁判所判事をお務めです (Lady Morag Barbara Wise KC、 the Inner House of the Court of Session)。

ところで、海外留学の経験がその後の実務にどのように役立ったのか、というご質問を受けることがあります。これは少しお答えしにくい質問です。明治・大正の世ならいざ知らず、令和時代の現代において、留学によってしか獲得できない知識などほとんど何もないからです。また、涉外法律事務所の弁護士さんと違い、裁判官は、留学によって外国法曹資格の取得が絶対に求められるということもありませんから、留学先で何を勉強するのかは、完全に本人次第です。その意味で、留学によって得た法律知識や資格が裁判官としての職務即ち事件処理に有用であったという記憶はありません。私は、法制史という、およそ実務法曹らしからぬ課題で修士論文を書きましたから尚更です。

しかし、特に裁判官の留学の意味というのは、そういうものではなく、例えば「自分とは全く違う考え方をする人がたくさんいる」ということを直接目の当たりにすることではないでしょうか。このような経験の積重ねは、自分の思考様式を柔軟に、かつ多様化してくれるように思うのです。後にも述べますが、実務法曹が陥りがちな罠に「いったん決めた考えを変えられないこと」があります。いつ自分がこの罠に陥るかもしれません。自分とは異なる意見というものに対する免疫というか、寛容さを身につけることは、こういう罠に陥らないで済むためにも必要なのではないかと思います。

5 平成13年1月 最高裁判所事務総局民事局付兼行政局付

留学から帰ってみますと、今度は司法行政事務の末端を汚すことになりました。裁判所も行政組織としての面を持っていますから、誰かが

その任務に当たらなければならないのです。

行政組織というものは、総司令官であるトップ (最高裁判所長官とか法務大臣) の下に、①内部の組織運営・外部に対する業務説明 (広報) を行う総務部門 (最高裁判所事務総局でいえば総務局、秘書課、広報課及び情報政策課)、②活動資金 (予算) という資源の外部からの獲得・内部での分配を担当する経理部門 (同じく経理局)、③人材という資源の外部からの獲得・内部での分配を担当する人事部門 (同じく人事局) が最低限絶対に必要です。これらの業務を「官房業務」といいますが、例えば警察庁には、トップである警察庁長官の下に「長官官房」といって上記①ないし③の部門があります。これに加えて、各組織の本部には、その組織に特有の事務を全体の立場から監督する部門が必要になります。例えば警察に特有の事務である交通警察行政は、警察庁交通局が全体の立場から全国の都道府県警察を監督しております。

しかし、裁判所の場合、特有の事務である裁判事務が憲法上の独立を保障された裁判官によって担われておりますので、監督部門というよりも、全国各地の裁判事務が均質に運用され、しかも運用の質が全体に向上するようにいざなうというか、そのための最低限の規律と情報提供を行い、現場での裁判事務の円滑な運用が実現するようにサポートを行うのがその部門の仕事になります。最高裁判所事務総局には、そのような部門として、刑事局、民事局、行政局そして家庭局が置かれております。名前からは分かりにくいのですが、このうち行政局は、裁判所組織内部の行政事務を担当しているのではなく、歴史的経緯から行政事件、労働事件、知的財産権事件及び国家賠償事件の運用を担当しております。

「局付」というのは聞き慣れない言葉かもしれませんが、ここで、裁判官や検察官の組織内部における立場を改めて確認しておきましょう。裁判官と検察官は、司法試験に及第した法曹有資格者なので、裁判所なり検察庁なりとい

った組織においては、昔の軍隊風の言い方をしますと最初から指揮官である将校又は士官として扱われます。つまり、最低の階級は少尉として、組織全体の人口の中ではいきなり上位10%のところから職歴がスタートします。同じようなことをやっているのは、日本の組織の中では、おそらく自衛隊くらいではないでしょうか。自衛隊では、防衛大学校や幹部候補生学校を卒業した者がいきなり三尉（昔の少尉。自衛隊では将校又は士官のことを「幹部自衛官」といいます。）に任官します。しかし、それ以外の役所や企業では、例えば東京大学卒業の財務省のキャリア官僚（国家総合職）であっても、少なくとも形の上では最底辺の二等兵から出発します。ただ、昇進速度が異常に速いだけです。言い換えますと、裁判官や検察官は、最初から組織の幹部、すなわち管理職としての面を持ち合わせておまして、裁判所書記官や事務官（正確には彼らは裁判官の部下ではありませんが）とともに、悪い言い方ですが彼らを使って仕事をするのです。当然、書記官や事務官は、相手がどんなに若くて経験不足であっても、それが裁判官である以上その人を目上として扱います。検察事務官に至っては、明確に検察官の部下ですから、これまた軍隊風に言いますと曹長以下の下士官みたいなものです（副検事は准士官、特任検事は旧海軍の特務士官でしょうか。この比喻がすぐに分かる人は相当な近現代史マニアだと思いますが。）。したがって、裁判官や検察官は、若いうちからそのような立場にある者としての自覚、リーダーシップとか統率といったことに気を配り、一緒に働いている書記官や事務官が「いい裁判官（検察官）と一緒に仕事ができてよかった。」と実感できるようにしてあげなければいけません。それによって士気を上げ、チームとしてのパフォーマンスを最大化するのです。チームワークが悪くてパフォーマンスが上がらないならば、それは立場が下の者が悪いのではなく、立場が上の者、すなわち裁判官や検察官の側に問題があるせいだと

考えてください。状況を改善するために、チームリーダーには絶えざる自己革新が求められます。もっとも、検察官は、他の行政官同様、昇進すれば指数関数的に部下の数が増えてゆきますし、これに応じて統率の在り方も変化していきますが、裁判官の場合、どんなに出世しても部下（ではないのですが）の数はあまり変わらない、永遠の小隊長みたいなところはありますが。

また、行政官は、昇進すればするほど責任が増える代わりにそれに正比例して権限も増えます。しかも広大無辺な行政事象が仕事の相手ですから、権限が増えるほど仕事が面白くなっていきます。だから、行政官にとって昇進は非常に大事なことですし、いきおいそのための競争も激しくなりがちです。他方、裁判官は、簡易裁判所でも最高裁判所でも扱っているのは同じ裁判事件ですから、行政官の出世争いのようなことはあまり起こりません。少なくとも、さほど表面化しません。裁判官は、各自が独立している以上、少なくとも建前上は全員が平等なのです。しかし、そうだからこそ、同じ裁判官としてのフラットな同輩意識も強くなります。要するに、職場での同僚との人間関係が円満になりやすいのですね。私も、裁判所においてはよい友人・先輩・後輩にたいへん恵まれたと思っております。

さて、そういう生まれながらの将校（士官）が現場の実施部隊（地方裁判所や地方検察庁）ではなくて本省（事務総局）に赴任しますと、もちろんいずれは課長とか局長になる人も出てくるわけですが、若い人の場合、配属された課において法曹有資格者としての専門的な知見を活かして仕事をするのが期待されます。この点で、一般のノンキャリア（国家一般職）の課員とは立場が違います。当然、ノンキャリアよりも立場が上なのです。そのため、他の行政官庁（例えば外務省）では一人の課長の下に「課長補佐」というのが何人もいて、中には若いキャリア組もいれば年配のノンキャリア組

もいるのですが、最高裁判所事務総局と法務省では、裁判官出身者や検察官出身者は、その中でも有資格者というキャリア組であることを明示するために「局付」（英語で attorney）という肩書を名乗るお約束になっているようです（法務省では、検察官ではない国家総合職の方も「局付」です。）。余談ですが、局付を務めてから本省（事務総局）で昇進すると参事官、更に昇進すると課長になりますが、法務省の場合、課長及びそれと同格の官房参事官になって初めて法務大臣に直接お目見えする資格があることとなります（江戸時代の旗本みたいです。参事官以下は御家人に当たります。）。

私は、最高裁判所事務総局において上記の局付に任命されたのですが、私の場合、このうちの民事局と行政局を兼務することになりました（民事局での私の上司であった当時の課長が、現在の菅野雅之仙台高等裁判所長官です。）。当時、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護等に関する法律（DV 防止法）が立法過程にあり、地方裁判所における保護命令手続が新設されることだったのですが、これが当時としては実に新奇な議員立法で、民事事件とも行政事件とも言い難いのです。そこで私が両局の兼任局付として最高裁判所規則の原案起案をしたり、新しい制度について各地裁への周知活動などを行いました。お陰で立法の準備作業やその施行作業の一端を窺うことができました。それ以外にも民事とも行政ともつかない案件をいろいろと担当しまして、雑用係といいますが、器用貧乏ぶりにだんだんと磨きがかかっていくわけでありませぬ。

6 平成 14 年 4 月 法務省民事局付兼外務省条約局法規課付検事

人事の都合から、いよいよ本格的な行政官になりました。このころには判事補として5年を過ぎておりますから、同期の裁判官の中には地方裁判所で、判事補の職権の特例等に関する法

律1条に基づく「特例判事補」として単独で訴訟事件を担当する者も少なくなかったのですが、私にはその機会はまだまだ先です。

それから同じ「民事局」でも、法務省民事局は、内閣に従属する立場として内閣提出法案による民法改正とか家事事件手続法改正といった法制度そのもの（これに加えて日本国のヒトとモノの基礎的な登録である戸籍や登記の事務）を扱うのに対し、最高裁判所事務総局民事局は、最高裁判所規則の制定や現場の裁判官に対する情報提供など、こうして作られた法制度の運用面を扱うという分担になっております。日本国憲法制定に伴い裁判所が戦前の司法省から独立したため、それ以前の司法省民事局が二つに分かれたという歴史的経緯があります。

私は、法務省民事局で国際私法案件を担当する局付ということになりました。私が現在、国際私法という科目を担当しております端緒は、まさにこのポストに着任したことにあります。学生時代に国際私法を勉強したことはありません。道垣内正人先生（当時東京大学助教授）の国際民事訴訟法の特別講義を受講したのが全てです。したがって、またもやゼロから、今度は国際私法のお勉強です。有難いことにこの時の法務省での同僚に、まだ東京大学で助手を終えたばかりだった国際私法の竹下啓介先生（後に本学准教授。現在一橋大学教授）が任期付き公務員（調査員）として勤務しておりました。基礎的なところは竹下先生の個人指導を受けた感じです。

ところで、日本政府が扱う国際私法の制度に関わる案件には、国際連合国際商取引委員会（UNCITRAL）やハーグ国際私法会議（HCCH）といった国際機関での多国間条約の作成やその批准の検討も欠かせません。そのため、現在は国際法局と呼ばれている外務省条約局にも週2日出勤するという働き方をしておりました。それが、このポストに就いた者の働き方なのです。現在の国際私法の法典である法の適用に関する通則法は平成18年に立法されますが、私

の法務省在勤中に当時の法典である法例の改正が決定され、そのごく初期の準備作業にもわずかながら関与しました。

なお、三権分立の原理から、裁判官が行政庁に出向する際には、裁判官(判事補)としての身分を失います。しかし、同等の給与を保障するため、出向者は、裁判官と給与の等級がリンクしている検察官の身分を与えられます。そのため、形の上では東京地方検察庁検事の辞令を頂戴し、外務省で勤務している間は、いつも「井上検事」と呼びかけられておりました。犯罪捜査の経験は全くないのですが、短い期間、検察官を経験したことになります。

7 平成15年3月 在オランダ日本国大使館(一等書記官・法務班長)

外務省は、世界各国に大使館や総領事館といった在外公館を置いており、そこでは日本の外交官や領事官が勤務しているわけですが、実際に勤務している者の半分近くは、実は「アタッシュェ」(フランス語で「(在外公館に) 附属させられたもの」という意味のようです。)といひまして外務省ではなく他の官庁から出向の、各分野に専門知識を持つ行政官です(中には制服組の幹部自衛官もいます。昔の駐在武官ですね)。そして、法務省民事局は、当時30名弱の外交官が勤務していた在オランダ日本国大使館(ハーグ所在)にアタッシュェを1名送り出しておりましたので、前任者の任期切れに伴って、私がそこに配属されることになりました。なぜこうなるのかというと、オランダのハーグには先ほど述べたハーグ国際私法会議(HCCH)という国際機関があり、例えば我が国も締約国になっている「民事訴訟手続に関する条約」とか「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」を作成しているのですが、国際機関というのは、どこも各国からの分担金によって活動を行っております。したがって、国民の血税が適正に使われているのかどうか、国際機関の活動が日

本の国益に沿うように行われているのかどうかを注視する必要があります。そのため、国際私法について知見のある行政官が、オランダに派遣されるわけです。例えば、私の前任者は、後に法の適用に関する通則法制定の立案担当の中心人物となった小出邦夫判事(現在さいたま地方裁判所所長)であり、後任者は、これまた同法制定のスタッフの一人であった和波宏典判事(現在東京高等裁判所事務局長)です(小出邦夫編著『逐条解説法の適用に関する通則法〔増補版〕』(商事法務、2015年)参照)。

このような国際機関で新たな条約を作る際、法務省は、専門家の知見を活用するためその分野に通暁した研究者(大学教授)を政府代表に任命して国際会議に派遣します。そのため、アタッシュェはこのような専門家のアシスタントとしての役割も期待されます。実際、当時HCCHで行われていた条約作成については道垣内正人先生(当時東京大学教授から現在の早稲田大学教授に転身)や早川眞一郎先生(当時本学教授。後に東京大学教授、現在専修大学教授)といった方が派遣されていたので、ハーグでは実際にこれらの先生方と一緒に国際私法関係の条約作成作業にも携わりました。特に設立条約であるHCCH規程の改正及び「管轄合意に関する条約(Convention on Choice of Court Agreement)」の採択が議題となった平成17年(2005年)6月の外交会議では、日本政府を代表し、道垣内先生と一緒に文字どおり各国代表との交渉に奔走した思い出があります。

ところが、実際に派遣されてみて驚いたのは、自分が担当する仕事の多くが、実は国際私法ではなく国際公法の案件だったことです。具体的には、オランダのハーグには国連の主要な司法機関である国際司法裁判所(ICJ)。当時の日本人判事は小和田恒先生でお世話になりましたが、前任者で本学名誉教授の小田滋先生からも何かとお世話になりました。また、唯一の日本人職員として活躍しておられたのが、現在の高柴優貴子西南学院大学教授です。)のほか、旧ユー

ゴスラヴィア国際刑事裁判所 (ICTY。当時は検察庁から多谷千香子検事 (現在法政大学教授) が任期付き裁判官として派遣されており、やはりお世話になりました。) などが設置されていたばかりか、現在ではウクライナでの戦争犯罪に関連してプーチン大統領に逮捕状を発令したことで知られる国際刑事裁判所 (ICC) が設立されたばかりで、日本の加盟への道筋をつける必要がありました。

こういうわけで、私の大使館での仕事というのは、主にこれらの国際機関に関する情報収集や、利害関係を強く有する主要各国の大使館員との協議・情報交換、毎週のようにある各種国際会議への出席とその場での日本政府の立場の代表ということになりました。案件は、もろに国際公法に関するものばかりです。国際機関職員 (国際公務員) や各国の法務担当大使館員は、多くが国際公法を学んだ者で、私が法曹有資格者のアタッシュと知っておりますから、当然のように私に国際公法の知識がある前提で話を打ち掛けてきます。お陰でついに国際公法まで勉強する羽目になりました。もちろん、体系的というよりは、目の前の案件をどう処理するのか、という実務法曹としての勉強のやり方ですから、たまたま案件とはならなかった分野、例えば国際環境法について、私はあまり多くを知りません。

このようにハーグにおいて戦争犯罪を中心とする国際刑事法が存在感を増したため、現在では在オランダ日本国大使館の法務担当アタッシュは、裁判官出身者ではなく法務省刑事局の検察官出身者が務めることになっております。しかし、裁判官出身者でも、世界各地の在外公館にアタッシュとして派遣されている方は何名もおられます。

8 平成 18 年 4 月 宇都宮地方裁判所刑事部 (右陪席⇒代理裁判長)

裁判官は、在外公館に出ている間、外務大臣

の指揮のみを受けることになるため、法務大臣や検事総長の指揮下にある検察官としての資格も失い、純粹に外交官としての資格で給与の支払を受けます。そのため、在オランダ日本国大使館に 3 年強勤務した私は、判事任官資格である 10 年以上の法曹経験 (裁判所法 42 条 1 項) を欠いておりました。同期の裁判官は前年に判事に再任されているのに、私だけはまだ暫くの間、判事補のままです。ただ、それでは同期の裁判官との間で給与格差が生じてしまうので、彼らと同等の給与を貰える簡易裁判所判事として任命され、併せて特例判事補の資格で地方裁判所や家庭裁判所に勤務するという便法が採られます。

私が 3 年にわたって日本を離れている間に、日本の司法は激変しておりました。司法制度改革があったからです。中でも目玉は、重大な刑事事件における裁判員裁判制度の発足で、平成 21 年 5 月 21 日に施行が予定されていたものですから、「失敗は許されない」とばかりに、それまで民事事件を主に担当してきた裁判官も含めて多数が刑事部に配属になって裁判員法の施行準備に当たるという現象が発生したので

す。その潮流に巻き込まれた私も刑事部に配属となり、併せて初めて本格的に単独事件の処理を担当することになりました。お陰で今度は、いっぴしの本格的な刑事裁判官になってしまいました。3 年間の在任中に無罪判決を 4 本出しまして、そのうち 3 本は確定させました。無罪判決は、出すのは簡単なのですが地方裁判所で確定させる (検察官に控訴を諦めさせる) のが大変なのです。また、3 年目には人事の都合で部総括判事でもないのに合議事件の代理裁判長を務めることになり、経験不足の中で苦労した覚えがあります。

9 平成21年4月 宇都宮家庭裁判所（上席裁判官）

裁判官の転勤は、原則として3年に1回となっており、大規模庁・小規模庁・中規模庁をこの順番に行き来する人が多いのですが、たまにイレギュラーな人事もあります。私の場合がそうでした、宇都宮でさらに1年間、今度は家庭裁判所で勤務することになりました。当時の宇都宮家庭裁判所は、事件処理も担当する所長、上席裁判官と通称された私、それに主に少年事件を担当する未特例判事補の3名が主戦力でしたので、私は主に人事訴訟、家事調停及び家事審判を担当し、あとは判事補には難しい少年事件を引き取るということになります。したがって、親族法や相続法、それに戸籍法など、これまで扱ったことのない事件類型についてまたもお勉強です。また、徹底して受け身の地方裁判所の事件とは異なり、家庭裁判所の事件処理に当たっては、一般人から選任される家事調停委員や参与員の力を引き出すという管理職としての役割や、あるいは裁判官のイニシアティブで家庭裁判所調査官を現場に派遣するなど行政的な動きも求められます。かくして私の頭の中は、刑事裁判官から一転して今度はすっかり「家裁モード」といいますか、ひたすら「家庭に平和を、少年に愛を」というスローガンを唱え続けて仕事をするということになりました（裁判員裁判の施行を横目で見ており、一件くらいは担当してみたかったのですが、遂に叶いませんでした。）。また、家庭裁判所では涉外案件も少なくなく、実際に裁判官として初めて国際私法を適用したのは、この時期です。

10 平成22年4月 知的財産高等裁判所第4部（陪席）

遂に来ました。それまで全く勉強などしたことがない（そして、縁もあるまいと思っていた）知的財産権法です。人事異動のたびに毎回新し

い法分野についてゼロから勉強をするというサイクルがまた続いております。

しかし、同じ裁判官室の同僚は、皆さん知的財産権事件を過去に担当したことがある方ばかりでしたから、まずは要点を尋ねまくるということになりますし、何より事件を通じて勉強することには変わりはありません。そのうちに気が付いたのですが、特許権事件も、実は法律を適用するという意味では通常事件と同じで、難しいのは、通常事件では事実認定に相当する技術分野（機械、化学、電気・電子）の理解なのです。しかし、この点については特許庁や弁理士会から出向している裁判所調査官（民訴法92条の8以下）や事件ごとに選任される専門委員（民訴法92条の2以下）のサポートが得られますので、次第に慣れてゆきます。著作権法は、このような技術とは無縁なのですが、適用の限界がはっきりしないところがあってこちらの方がよほど難物です。

また、知的財産権ビジネスは当然に国際的な色彩が強く、国際私法が問題になる案件も少なくありません。裁判長の滝澤孝臣部総括判事は、やはり実際の事件を通じて得られた見識を基に、民法や民訴法も含めて幅広い分野で多くの論文を物される好学の士でしたから（著書に滝澤孝臣『民事法の論点—その基本から考える』（経済法令研究会、2006年）ほか多数）、私にも事件を通じて国際私法の勉強を進めるよう、いつも励まして下さいました。

11 平成25年4月 京都地方裁判所第3民事部（行政事件集中部・右陪席）

多くの裁判官は、任官してから十数年もすれば、概ね刑事畑か民事畑かが決まってくるものです。中には刑事部門しか経験がないとか、逆に民事部門しか経験がない方もいらっしゃいますが、現在では稀な存在です。私の場合、知的財産高等裁判所に着任した段階で民事畑というレッテルが貼られたと思うのですが、京都

地方裁判所でも民事部に配属となり、ようやく本格的に民事畑に根を生やしたことになると思います。

裁判官が刑事畑と民事畑のどちらの分野に進むかは、本人の希望が大きいのですが、この点についてはそれまでの裁判官としての人との出会いが大きな意味を持ちます。例えば民事畑の立派な裁判長の影響を受けたとか、あるいは裁判員裁判を通じて一般の方々との刑事事件処理にやりがいを見出したとかです。さらに、同じ民事畑であっても、裁判官の中には行政事件部を渡り歩いているような方や、知的財産権法が大好きな方、あるいは民事保全部に長居をしたお陰で民事保全法の解説書（関述之『民事保全手続』（きんざい、2018年）など）を書いてしまうような方もおられます。このような方の中には、例えば行政事件部に配属になったお陰で行政法が好きになってしまい、異動の際に行政事件部への異動を希望するという方も少なくありません。ただし、例えば知的財産権法に興味があるのに通常事件部に異動になったからといって、腐ってしまっただけはいけません。裁判官は、裁判所にやってくる事件の処理については基本的に何でもできなければならないのです。したがって、自分の希望に沿わない職務であっても、それに精励できる人でないと、知的財産権事件や行政事件などのいわば応用問題にあたる事件を任せることができません。

この点に関連する話ですが、世間には「あの裁判官（弁護士）は〇〇法の専門家」という言い方があり、これはその人に対する積極的な評価を伴っていることが多いかと思えます。ですから、若い方々が自分の将来像として、こういう評価に憧れるのも頷けるところです。しかし裁判官の場合、民事畑か刑事畑かという以上に専門性を深めるということは、実は必ずしも重視されているわけではありません。むしろ裁判官に限らず実務法曹は、同じような種類の事件ばかりやっていると危ないのです。法律家が自

分の専門分野を限定しすぎると、あるいは専門性を高めすぎると、その専門分野に自信を持つようになる代わりに、それ以外のことに対して自然と無関心になります。人間の心は、その方が楽しめ楽しいからです。しかしこうした生活が続くと、次第に視野が狭まり、視野の外で起きている時代の変化を読みなくなる結果、知らない間に、専門分野以外の領域に起因する自分の専門分野自体の変化や法改正にすらすらに対応できなくなるのです（実際にそのような例は、少なからずあります）。このように、実務法曹がある特定分野の専門家であるということにはリスクが伴います。逆説的ですが、専門性を高めすぎると遂にはその専門性を失いかねないのです。したがって、専門性を高めなければ非専門分野に注力せよ、スペシャリストになりたければその前にジェネラリストであれ、ということになります。このように裁判官には幅広い素養が求められることを、商法や会社更生法について多大な研究業績を残された裁判官である松田二郎元最高裁判所判事は、「八宗兼学（はっしゅうけんがく）」と称しておられました（松田二郎「私の裁判観」『私の少数意見』（商事法務研究会、1971年）410頁）。昔の仏教僧侶のことで、南都六宗（三論宗、成実宗、法相宗、俱舍宗、華嚴宗、律宗）に真言宗と天台宗を加えた八つの宗派をいずれも併せて勉強せよ、という意味ですね。

さて、京都地方裁判所で配属先となった集中部というのは、大規模又は中規模の地方裁判所で見られる形態で、例えば京都府内で発生する行政事件は必ず第3民事部に配点されるのですが、これだけでは第3民事部の仕事が少なくなりすぎるので、通常民事事件も相応に受け付けて処理するのです。そして、行政事件は、全部が合議事件になります（裁判長は部長と呼ばれる部総括判事、特例判事補や中堅の判事が右陪席、未特例判事補が左陪席となる。）ので、単独事件は、全て通常民事事件です。時代や庁の規模によって違いますが、当時の私のような右

陪席兼単独事件担当の裁判官は、常時約 200 件前後の単独事件を担当し、併せて左陪席には荷の重い複雑な合議事件の主任裁判官も 10 件くらいは担当しますので、特に単独事件の処理にはスピード感が求められます。何しろ本格的に民事単独事件を担当したのは初めての経験でしたから、最初のうちはなんだか大量の事件の渦潮の中で泳がされているようで大変でしたが、既にお話したように、事件によって鍛えられていくので、次第にこういう状況にも慣れていきます。何より単独事件は数が多いので、その事件処理に取り組んでおきますと「叩き大工」としての経験値が一気に上がります。また、行政法にはもともと関心があり、知的財産高等裁判所では行政事件の一種である審決取消訴訟（特許法 178 条以下）も多数経験していましたから、京都での行政事件の処理は、自分にとってはあまり抵抗感がありませんでした。

そうはいつても、租税事件を含む行政事件というのは、世間の耳目を集めがちで通常事件よりも手間がかかりますし、和解で終結させられないので常に判決を書かざるを得ないという負担もあります。そのため、第 3 民事部が受理した事件数を通常事件部と比較する際には、行政事件 1 件を通常事件 3 件としてカウントするほどです。

12 平成 28 年 4 月 東京高等裁判所第 12 民事部（陪席）

任官して 20 年も過ぎると、同期の裁判官の中には各地方裁判所で部総括判事すなわち裁判長として活躍する者も現れます。しかし、第 1 審での判断は、多くの場合に控訴審でレビューされますので、第 1 審の裁判官が書いた判決が控訴審でどのように扱われるのかを知っておくことは、適正な裁判を行う上でも大事なことです。そういうこともあって、特に民事畑の裁判官は、地方裁判所や家庭裁判所で部総括判事になる前に高等裁判所の陪席裁判官を経験

することが少なくありません。私もその例に漏れず、東京高等裁判所の民事部に異動となりました。高等裁判所の部総括判事は、通常、定年も近づきつつある練達の裁判官で、しかも選ば抜かれた歴戦のつわものばかりですから、そういう方の指導を受けながら仕事をするのは、この上なく貴重な経験になります。例えば、私が一緒にお仕事をした裁判長は、行政事件訴訟法（杉原則彦部総括判事）や民訴法（近藤昌昭部総括判事）に通暁したばかりで、いずれも定年退官後、都内の法科大学院で教鞭をとっておられます。しかし、これらの裁判長は、例えば行政事件の経験が豊富だからといって行政事件だけやっているわけではありません。むしろ、高等裁判所にはあらゆる分野の控訴・抗告事件が持ち込まれますので、扱いとしては「なかんづく行政事件に強い裁判長」になります。先ほど述べたとおり、スペシャリストの裁判官は、それ以前にジェネラリストでなければならぬのです。私も、東京高等裁判所では多種多様な事件を取り扱いましたが、中には破産法や独占禁止法の解釈適用に関するものもありました。

他方、高等裁判所で働いていて困惑したことがありました。すなわち、控訴事件としてやってくる事件には涉外事件もあったのですが、中には国際私法の理解が不十分なままに判決を下していると考えざるを得ないものが散見されたのです。私は、控訴審の裁判官としてそれらの判決に手を入れたり、当事者に事情を話して和解をしてもらったりしておったわけですが、どうも国際私法学界と実務法曹界の間に見える壁のようなものがあると感じるようになりました。これを何とかできないか、と考えたのが、後に研究者に転じる一つの理由になっていきます。また、国際私法学界では、それまで、準拠法と訴訟物の関係について議論が整理されておらず、これが実務家と学者の間の議論の疎隔の一因になっているように思われたので、かなり苦勞をして論文を書きましたところ、

学会誌の国際私法年報がこれを掲載してくれたということもありました（「準拠法と既判力の客観的範囲について」国際私法年報 20 号（2019 年）144 頁）。

13 平成 31 年 4 月 名古屋地方裁判所民事第 1 部（労働事件集中部・部総括判事）

というわけで、また振出しに戻って労働事件部です。もちろん四半世紀もすれば労働事件の中身も激変しており、これだけで 1 時間はお話しできる自信があるのですが、今日はやめておきましょう。また、現在の本学法科大学院の裁判官派遣教官である佐藤久貴判事は、私が名古屋地方裁判所で部総括判事をしていた時の右陪席裁判官の一人として、そういう方と本学で再会できるというのは、特に佐藤さんにとってはビックリだったに違いありません。

ともあれ、地方裁判所の部総括判事を務めた以上、裁判官として曲がりなりにも一人前になれたのではないかと考えております。他方、これまでの経歴をご覧いただければ明らかとおり、裁判官としての私には専門的な分野というのが何もなく、ただひたすら与えられたポストの中で目の前の事件・事案処理に追われてきただけです。結果として守備範囲ばかりがやたらと薄く広がった私ですが、本来は法律家として何かの分野を専門的にしっかり究めたいという思いをずっと抱いておりました（もちろん、既に述べたとおり、非専門分野も一通りできるという前提の下です）。

もともと私は、学生時代から研究者になろうか実務家になろうかでだいぶ迷ったことがありました。最終的に実務家を選んだわけですが、一つの理由として、裁判官の仕事を全うしながらも法律学の各分野で高度の学問的業績を上げた方が何人もいらっしゃって、そういった方々に強い憧れを抱いたというのがあります（既に挙げた松田二郎判事らのほか、証明責任論の倉田卓次判事、国家賠償法研究の古崎慶長

判事など）。

それもあって、法務省民事局出向以来、人の縁にも恵まれて国際私法の勉強はコツコツと続けていたのです。結果として、国際私法年報には合計 3 本の論文を寄稿するに及びました（前掲論文のほか、「人事訴訟事件等の国際裁判管轄法制について—裁判官の視点から」国際私法年報 16 号（2015 年）20 頁、「渉外的民事訴訟の審理に関する諸問題」国際私法年報 23 号（2022 年）178 頁）。

そして気が付いたのですが、国際私法というのは、およそありとあらゆる実体法上の法律問題について準拠法を探すことを課題としているため、法律に関する多方面の知見を有している（器用貧乏）ということは、非常に大きなアドバンテージになるのですね。国際民事手続法は、要するに手続法の特別の場合のルールですから、日常的に民訴法などの手続法を扱って仕事をしてきた身としては、何も抵抗感がありません。むしろ、実務家としての経験がそのまま直ちに活きるのです。

他方で、私の本業はあくまでも判決起案を中心とする裁判官としての業務でしたから、国際私法の学術論文は、判決起案の合間に、いずれも本業に支障が出ないようにしながら執筆したものです。しかし、部総括判事くらいになると各種の管理業務の負担も増え、このまま裁判官を続けながら学術論文を書き続けることは体力的に無理だと考えざるを得なくなってきました。私が憧れた、裁判官として学問的業績を上げられた方々のようにはなれないことが分かってきたのですが、自分の力不足は何ともしようがありません。どこかで、どちらかの道を選ばざるを得なくなってきたのです。

そういうわけで、裁判官としての仕事に一区切りを付けて残りの人生を国際私法の研究教育に充て、かねてより抱いていた特定分野の専門家として考えを深めようと思い、研究者の道に転進したわけであります。

第2 裁判官の職務としての決断ということ

1 裁判官は自分で決めなければならない

裁判官は、たとえ任官1日目の未特例判事補であったとしても、憲法上その独立が保障されており、そのため、任官の初日から、何か分からない法律問題があったり、事件処理について迷ったりして先輩裁判官にそのことを相談すると、もちろん相談には応じてくれるのですが、最後に必ず「君は裁判官なんだから自分で決めろ。」と言われて教育されます。これは、裁判官が独立して職務を行う上で必要不可欠なことでありまして、裁判官は、こうして独立不羈の心性を養いながら成長していくこととなります。

他方、行政官は、これとは逆に任官1日目から、「自分で決めるな。決裁権を持つ上司が決めるんだ。」と言われて教育されます。これは、行政官が統一体として行政作用を行うために必要不可欠なことでありまして、行政官は、こうして組織人としての心性を養いながら成長していくのです。裁判官と決定的に違うのは、行政官は決裁権を握る「上司の使い方」を心得なければならない、結果として皆さんこれができるようになることです。なぜなら、自分で仕事をすればそのまま自己実現になってしまう裁判官と違い、行政官は、仕事の上で自己実現を図るには上司の力を使わなければならないからです。しかし、企業その他の団体を含めても世の中ではこちらが圧倒的多数というか普通の職業人の在り方として、裁判官のような心性を教育される職種は、強いて言えば研究者のほかに思い当たりません。

しかも、裁判官は、研究者と違い、自分が決めたことによって誰かが必ず不幸になります。それは、例えば損害賠償請求事件で敗訴した原告かもしれませんし、無罪判決がされた刑事事件の犯罪被害者かもしれません。その結果、どうしても関係者の不満を受ける立場にあるの

ですが、そうであるにも関わらず、職務に起因して損害賠償請求訴訟の被告になることもありませんし、余程のことがない限り分限裁判や弾劾裁判を受けることもありません。因みに、行政官については国家公務員法や地方公務員法が懲戒その他の職務規律を細かく定めており、裁判所書記官などの一般職員については国家公務員法を準用する裁判所職員臨時措置法が立法されていますが、裁判官については、日本国憲法制定以降、このような措置が採られていません。そのため、驚くべきことに裁判官の職務規律は、裁判所法のほかは官吏服務紀律(明治20年勅令第39号)によっており、例えばその12条によって「相場商業」に関係することが禁じられているのです。

それはさておき、裁判官は、その職権の独立性のゆえに、ともすると強大な権限があるのに無責任という恐ろしいことになりかねません。独立不羈と独善は、紙一重の違いです。そこで憲法76条3項は、裁判官がその良心、憲法及び法律により拘束されると定めているわけですが、換言すると、これだけが仕事の頼りということになります。

そうすると、良心的な裁判官たるもの、その重い役割をよく自覚して一つ一つの決断を下さなければなりません。もっとも、責任の取り方ということでは趣が変わってきますが、同じことは、弁護士や、検察官独立の原則が妥当する範囲では検察官にも当てはまるように思います。

2 裁判官は一人で決めなければならない

ここでは典型的な例として、民事単独事件を担当している裁判官を想像してみましよう。単独事件ですから、裁判官は、事実認定と法律解釈の双方にわたって自分が全部を決めなければいけません。

ここに非常によくない裁判官がいるとすれば、それは、自分で決められない人です。これ

は多くの場合、証拠又は法律の検討不足に起因するのですが、「あれもいいかもしれない、これもいいかもしれない」と言っているのは事件処理ができません。誰かを不幸にしてでも法の求める正義を実現するのが仕事なのです。古い言い方になりますが、この辺の機微を語る箴言として「和解判事になる勿れ」というものがあります。判決を下すには決断が必要になるのですが、それができない裁判官は、何とか当事者間の利害調整を行って和解で事件を終結させようとする、しかしそれは良くない、というのが正しい含意です。和解による紛争解決を否定しているわけではないことに注意してください。

和解による事件終結は、判決起案の負担や当事者による控訴リスクをゼロにしますし、何よりも当事者が合意して紛争解決をしているのですから、もちろんそれができればそれに越したことはないのです。しかし、和解の実現が自己目的化してはいけません。裁判官たるもの、和解を持ち掛ける以上は、仮に判決になったら結論がどうなりそうか、というある程度の見込みを立てておかないと、結局は声の大きい当事者や交渉力の強い当事者の言いなりになってしまいます。「和解は判決の向こう側にある」とも言われる所以です。むしろ、和解は当事者の納得の産物なのですから、当事者に適切なインセンティブを与える必要がありますし、他方で最後に話をまとめる局面では、裁判官が落しどころ（それは、判決を出す場合の結論を参照して決めるのが望ましいといえます。）を見据えて当事者をリードする必要があります。裁判所は、「裁判」をする「所」なのであって、無理をしてまで和解をする所ではありません。弁護士さんから「任意性のない和解調書」というひどい陰口を聞いたことがあります。和解の押し付けなどは以てのほかです。それは、新たな別の紛争の原因にもなります。

そういうわけで、裁判官たるもの、最後は一人で決めなければならないのですが、次によくはない裁判官がいるとすれば、それは、いったん

決めたことを変えられない人です。裁判というのは時間がかかるものですが、そうだからといって無限に時間をかけられるものではありません。正義の遅れは不正義と同じとも言われます。したがって、どうせ原告の請求を棄却するのであれば、訴え提起から6か月で判決をした方が、同じく3年かかって判決をするよりも正義に合致するのです。ところが、そのためには決断のスピードを速めればよいということになりがちで、裁判官に限らず実務法曹には、ときとしてやたらと早い段階で結論を決めてしまう人がいます。これは、大量の事件処理に追われて時間がなくなり、結果として余裕もなくしてしまった場合に起こりがちです。

また、過早な決断をしてしまうことは、実は犯罪捜査官にありがちです。すなわち、「スジ読み」とも言われるのですが、優秀で練達の捜査官は、断片的な証拠から事件の全体像を実に見事につなぎ合わせていくのです。その結果、「ここにはこういう証拠があるはずだ。」という目利きができるので、そこに捜査の資源を投入すると、見事ビンゴ！ということになるわけです。しかし、無謬の捜査官はおりません。そのため、「スジ読み」を間違えて妙なところに捜査の資源を投入すると、出るべき証拠が出てこない焦りから、しばしば無理な取調べや違法捜査につながってしまうのです。無罪事件や冤罪事件が生まれる一つのパターンです。捜査官たるもの、出るべきところで証拠が出てこないのであれば、「スジ読み」自体を柔軟に見直す勇気と度量が必要なのです。

民事裁判でそこまでひどいことは滅多に起こらないのですが、優秀なる「スジ読み」の結果として一定の結論を得てしまうと、後からこれに反する主張や証拠が出てきても、脳がこれを受け付けなくなってしまう場合があります。そうすると、和解の協議をしていても当事者と話が噛み合わなくなります。当事者としては、「これだけ有利な証拠を探してきたのに、どうして裁判官は反応してくれないんだろう？」と

ということになるのです。実は、和解をするに当たって、裁判官は、判決候補として唯一の正解を持っている必然性はありません。むしろ、当事者間の和解に向けた協議が煮詰まってきた段階で、「この点がAならば原告勝訴、not Aならば被告勝訴になるが、現状の証拠(法律解釈)では××という理由で両論あり得る。判決になれば裁判官としてどちらかに決断するが、自分の決断が控訴審で覆されるリスクもある。ゆえに、この点については痛み分けにしてはどうか?」と正直に説明をするのも、××の部分がしっかりと考えられた末の結論であり、代理人弁護士が法律家として受入れ可能であるならば、当事者は納得するものなのです。それを「この結論はAしかない。だからこのラインでないと和解は無理だよ。」とやってしまうと、納得できない当事者に残された選択肢は、とにかく早く判決を貰って控訴するだけになってしまうのです。

勿論、私は無謬の裁判官ではありませんでしたから、在官中にはこれまで述べたような行き届かないところが多々ありました。ただ、皆さんに同じ間違いをしてほしくないがゆえに、自らの反省も含めて自分の失敗から学んだことを正直に申し上げているつもりです。

3 裁判官はどうやって決めるのか

先ほど行政官は自分で決めてはいけない、と申しましたが、これは、言い方を変えると決断には上司に責任があるということになります。したがって、極論すると、行政官が失敗をしてもそれは高い確率で上司の失敗です。また、失敗かどうかはともかく、利害関係者(例えば市民)が不満を持つ決断がされたとしても、それが組織としてされたものであるのならば、組織がその決断にかかわった行政官を護ってくれます。

しかし、裁判官は、自分で決断をしなければいけないので、その決断について誰も護ってく

れませんし、かばってもくれません。先ほど述べたとおり賠償とか懲戒という問題にはなりません。少なくとも当事者を含む世間の批判を一身に受けなければなりません。そうなりたくなければ、証拠と法律に基づく決断の質を高めるほかありません。

すなわち、裁判官の味方は、証拠と法律だけです。

しかも、証拠も法律も、黙っているのは味方になってくれません。裁判官の側から適切な働きかけをしないと、決して味方にはなってくれないのです。

証拠についていえば、とにかく事件記録を読むことが重要です。「記録を読む」という作業は、特に民事裁判官にとっては、仕事の過半を占めるのではないのでしょうか。もちろん、ただ漫然と記録を読んだところで証拠は味方になってくれません。常に、訴訟物は何なのか、要件事実はどうなっているのか、争いがある要件事実についてどういう証拠があるのか、ほかにもめばしい証拠はありそうなのか、そういったことを常に頭に置きながら読むのです。端的に言えば、「今判決を下すならばどういう判決書を書くのか」を頭でイメージしながら記録を読むことになります。私が任官した当時、大阪地方裁判所のある部総括判事は、合議事件の陪席裁判官に対して、「合議メモは要らんから、来週の合議までに判決を書いてこい。」と言っていたそうです。もちろん、まだ弁論を終結していない続行中の事件のことです。陪席裁判官にとって判決を起案する負担というのは相当なものですから、今でいえば無茶振りもいいところなのですが、陪席裁判官にとっては、このような執務姿勢で記録と向き合うことが、証拠を味方につける要諦なのです。もちろん、裁判長の方が記録の読みが深いことはしばしばですから、最終的に陪席裁判官の意見が通る保障はありません。しかし、「叩き大工」である裁判官は、このような作業の繰り返しを通じて、「証拠を味方に付ける手練手管」を次第に身に付けていく

のだと思います。

ただ、いったん判決を書けるくらいに記録を読み込むことは、重要ではある一方、「いったん決めたことを変えられない」リスクを常に伴います。事件記録の読み込みは労力を要する作業ですから、同じ事件記録を相手に二度も三度も同じことはしたくなくなるのですね。しかし、裁判官も弁護士も万能ではない以上、事件記録は、口頭弁論を終結しない限り常に完全ではあり得ないのです。つまり、どんなに事件記録を熟読し、提出済みの証拠を味方につけたつもりになっても、世の中には未提出の証拠があり得る以上、裁判の結論は、常に他の可能性に開かれているのです。

例えばこんな事件がありました。別居した夫婦の離婚事件なのですが、別居した経緯に関する供述が食い違っており、夫は、「妻は、〇年10月に小学生の子供を連れて不倫相手である今のボーイフレンドのもとに奔り、自分(夫)と別居を開始した。これによって婚姻関係が破綻した。」というのですが、妻は、「自分(妻)は、〇年6月に夫の暴力から逃げるために子供を連れて市外に別居を開始し、かくして婚姻関係が破綻した後である〇年10月に今の職場で知り合ったボーイフレンドと懇意になった。」というのです。この事件では夫と妻の双方が、相手方こそ有責配偶者だと主張して離婚、親権者指定及び慰謝料を請求していますので、いずれの別居理由が正しいのが事実認定上の争点になります。そして、10月には別居状態になっており、かつ、妻にはその時点の職場でボーイフレンドができていたことは確かである一方、妻が主張する夫の暴力については客観的証拠が乏しく、むしろ、妻は、10月に別居に伴う住民票の変更届をしていました。なお、妻は、住民票の変更届について、別居開始後しばらくは夫の暴力が怖くてとてもそんなことができなかつたから遅くなつたにすぎないと供述しています。以上が事件記録の内容です。皆さんが裁判官の立場なら、この事件についてどう判

断されるでしょうか。

この事件は、別居理由が争点であることに間違いはないのですが、実は子細に見ると、むしろ別居開始時期がいつであったのがポイントです。仮に別居開始時期が住民票の届出どおり10月だったのならば、ボーイフレンドの存在もありますから、夫の供述が自然であることになります。逆に仮に別居開始時期が6月だったのであれば、その時点ではボーイフレンドの影はなく、したがって子供を連れて市外にまで別居を開始したのだから、夫の暴力があったという妻の供述に説得力が出てきます。すると、別居開始時期をいかなる証拠によって認定するかが問題となるのですが、ここでお子さんが小学生だったことを思い出してください。小学校の通知表には、必ず出席日数の記載があるはずです。しかも別居先は市外ですから、お子さんは必ず転校しているはずなので、転校前後の小学校の通知表を突き合せれば、自ずと別居開始時期は特定できるわけです。そう思って担当裁判官である私から妻の代理人弁護士に対し、お子さんの通知表を提出するように釈明を求めた結果、別居開始時期については妻の供述が正確であることが裏付けられました。当然、結論は妻の勝訴です。記録を読みながら、お子さんが小学生であり、そうである以上、小学生には小学生の生活があるはずだ、ということに気付いたお陰でした。

次に、法律についてみると、これは、先ほど述べたように「事件を通じて勉強する」ということに尽きます。

例えばこんな事件がありました。従業員が100名に満たない会社で労働組合が結成されたのですが、会社代表者(社長)と労働組合の関係がうまくいかず、深刻な労使紛争が日常化してしまいました。最終的に労使紛争の負担に耐えられなくなった社長は、経営意欲を喪失し、会社の帳簿が債務超過であることを奇貨として、憎っくき労働組合を壊滅させるために破産を申し立てたのですが、このような破産申立て

が労働組合法上の不当労働行為（労働組合法7条1号）に該当するか否かが争われました。破産法の論理からすると、会社が債務超過である以上、破産宣告をするほかありませんし（破産法16条1項、15条）、会社がなくなれば労働者は全員職を失うので（民法631条、破産法53条）、労働組合は存在基盤を喪失します。社長がまさにそれを狙っていたことは証拠上明らかだったので、いかにも労働組合に敵対的な行為であり、不当労働行為と言いたくなります。しかし、破産により会社の法人格が存在しなくなってしまうと、そもそも労働者が労働条件の改善を求めて交渉をする相手もいなくなるわけで、これは、不当労働行為以前の問題ということになります。この件については先行文献が当時あまり存在しなかったのですが、色んな文献や裁判例を丁寧に調査した上で、最終的な結論を出すことができました（大阪地判平成9年10月29日判タ974号120頁）。これは、裁判長である中路義彦部総括判事をはじめとする3人の裁判官が丁寧に調べて検討することで、法律を味方につけることができた事例であったと思っています。

4 裁判官は一人だけで決めるのか

民事単独事件を担当する裁判官は、最後は一人で決めなければならないわけですが、判断が難しい事件は必ずありますので、そういう事件は付合議決定をして合議事件にした方がよいに決まっております。

合議事件では、期日進行に始まって判決の内容まで3人の裁判官の合議が繰り返されます。基本的には、主任裁判官である陪席裁判官が記録を検討した上で合議メモという議論の叩き台となる文書を作成し、これに基づいてもう一人の陪席裁判官及び裁判長との間で意見を戦わせるわけですが、研究者の研究会とは、絶対に結論を出さねばならない点が決定的に違います。身も蓋もない言い方をすれば訴訟関係者

の中で誰を不幸にするか、という相談ですから、責任は重大であります。したがって、裁判官の合議はいつも真剣勝負です。

合議にはルールがありまして、まずは「一番立場が下の者から発言せよ」というものがあります。戦前の裁判所構成法122条には、「評議の際各判事意見を述ぶるの順序は官等の最も低き者を始とし裁判長を終とす。官等同きときは年少の者を始とし受命の事件に付ては受命判事を始とす。」という規定がありました。現在の裁判所法76条は、「裁判官は、評議において、その意見を述べなければならない。」と定めるにとどまりますが、現在でも、裁判所での合議に当たっては、この発言順序に関するルールが慣習として守られております。そのため、合議は特に若手の裁判官を鍛える修練の場になっております。どういうことかということ、若い裁判官は、合議では必ず率先して意見を述べなければならないため、当然、先輩裁判官に理由を求められたり反論されたり問題点を指摘されたりします。つまり、特に最初のうちは必ずぼこぼこに叩かれるのです。しかし、先輩の意見だからといって常に正しいとは限りません（わざと間違った意見を述べてカマをかけてくる先輩だっていないとは限りません。）。行政組織としての統制上、必ず上司・部下とか先任・後任という相互の立場の違い、すなわち地位による発言力の制度的な強弱がある行政官とは異なり、お互いに憲法上の独立が認められた、建前上は平等な立場にある裁判官同士である以上、合議ではそこで簡単に引き下がってはいけないのでありまして、先輩の意見が自分の意見の短所を的確に突いているのかどうか、逆に先輩の意見に問題点はないのか、あるいは自分の意図がまだ十分に伝わっていないのではありませんか、といったことを即座に考えて、その場で直ちに意見を述べるのが要求されるのです。昔はこれを「合議は腰だめ（射撃）」と言いました。近接戦闘で不慮の事態が突発した際には、銃床を肩に当てる狙いすました射撃なんてできま

せん。そんなことをしていればこちらが先にやられてしまいます。命中率は低いかもしれませんが、中腰になって脇の下で構えた銃をとにかく発砲し、その場で何とか応戦するのです。これを軍事用語で「腰だめ射撃」というのですが、昭和以前の裁判官には軍隊帰りも少なくなかったため、合議についてこういう言い方が生まれたものと推察されます。真剣勝負の中でこれを続けておられますと、それまでぼんやりとしか理解できていなかったことが、しゃべりながら一気にすっきりと理解できたり、あるいは机に向かって一人で悩んでいた際には思いもよらなかった意見を思いついたりできるようになります。このように、裁判官は、合議を積み重ねることで「唇でものを考える」ことができるようになるのです。

次に、これも慣習ですが、「合議は乗り降り自由」というルールがあります。結論に向けた合議を続けていく中で、自分が言った意見であっても他者の意見に理由があると思えばいつでも意見を変えてよい(変えるべきである)、というルールです。このルールがあるお陰で、先ほど述べた「いったん決めたことを変えられない」という弊害を防ぐことができます。そうはいっても、人にはプライドがありますから、せっかく自分でよく考えたつもりの意見が合議体の他の裁判官の意見によって粉碎されたりすると、なかなかそれを認めたくないという気持ちになりがちです。しかし、合議というのは裁判官の承認欲求を満たす作業ではありません。あくまでもよりよい裁判をするのが目的なのです。そうである以上、このような小さなプライドにこだわるようでは裁判官の仕事をしていることになりません。自分の意見がどこまで正しく、どこから先がそうでないのかについて冷静に判断できるようでない、せっかくの「乗り降り自由」のルールも画餅に帰してしまいかねないのです。これもまた、裁判官がよく戒心しなければならないところです。そしてこのルールは、若手裁判官だけではなく先輩裁判

官や裁判長にも当然妥当します。独立した平等の立場にある裁判官の合議の場では、年次や立場ではなく、意見の正当性だけが問題にされるからです。

このルールに関連して、「裁判官は一生黒鉛筆」という言葉がありました。行政文書というのは、かつては部下が黒鉛筆で起案した草稿に決裁権を持つ上司が赤鉛筆や赤ペンで加除添削を行う(「朱を入れる」と言います。)ことで作成されたため、黒鉛筆を卒業して赤鉛筆を使えるということは、行政官として昇進したことの証明でもあったわけです。しかし、裁判官は、どんなに昇進して偉くなっても、合議体の若い陪席裁判官の起案した判決書の草稿に手を入れる際に決して赤鉛筆や赤ペンを使いません。必ずあとで消しゴムを使って書き直しができる黒鉛筆を使います(現在ではワードプロセッサ・ソフトウェアの校閲機能がしばしば用いられますが。)。これは、先輩裁判官が手を入れた部分であっても、若い陪席裁判官はそれに反論することが当然に許されており、仮にその反論が正当であると考えれば、先輩裁判官はいつでもそれを書き直すことが含意されているからです。

さて、合議体か単独体かを問わず、裁判官がそれ以外の者と相談しながら結論を決めていくことが制度化されていることもあり、現在では、特にこの場合を「合議」ではなく「評議」と言い慣わしていると思われれます。具体的には、皆さんご存じの裁判員制度がその典型例ですが、それ以外にも、民事調停委員、家事調停委員、家庭裁判所の参与員、簡易裁判所の司法委員、あるいは労働審判員などがあります。

一般人の司法参加の話になりましたから、ここで、プロとアマという話をしておきたいと思います。裁判員など一般の方々(アマチュア)は、法律知識がありませんからある事件を目の前にしたときに、正邪善悪の観念に従って判断を下すほかありません。しかし、多くが一般常識を心得た方々ですから、彼らの出す結論とい

うのは、法律家（プロフェッショナル）にとっても受入れ可能というか、法律家にとっても納得のいく結論である場合が非常に多いのです。仮にそうだとすると、法律家という専門家は、いったい何のために存在しているのでしょうか。プロとアマの違いは何なのでしょう。

この問いに対する答えは様々だと思いますが、私は、自分自身の事件に対する判断、すなわち自分が事件について感じていることや考えていることを、理屈で説明できるか否かだと思うのです。すなわち、自分の判断を理屈できちんと説明する技術を備えた人がプロの法律家であり、それが求められていないのがアマだということです。英米諸国の陪審裁判で陪審員に対して理由の説明が求められていないことは、示唆的です。したがって、皆さんに求められているのは、まさに事件に対する自分の判断を法的に正確に、すなわち法的な概念や用語を正確に用いて説明する能力なのです。条文や学説は、ここで自分の判断を「正確に」伝えるための共通言語というか、共通のプラットフォームになります。法律の世界で言葉の正確性が重視される所以です。なお、この「共通言語」という考え方は、本学名誉教授で最高裁判所判事をお務めになった藤田宙靖先生の『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）145頁、同『裁判と法学』（有斐閣、2016年）60頁以下の受け売りです。是非これらの本をご参照いただければと思います。

皆さんが司法試験で求められているのは、このように自分の判断を正確に説明する能力です。しかし、司法試験に合格しても、それだけでは二流のプロです。二流にならなければ絶対に一流になれないという意味で、二流になることは極めて貴重なのですが、しかし、ここで成長を止めてはいけません。一流のプロというのは、自分の判断を、法的な正確性を損なわずに、しかし専門用語に頼らずに非専門家（アマ）に理解させる能力を持った人です。このような能力は、先ほど述べた裁判員や労働審判員の方々

との評議でも求められますし、何より法律家が一般の人（事件の当事者や弁護士への依頼人）に自分の考えを正確に伝える上で必要不可欠と考えます。皆さんには、是非とも一流のプロを目指してほしいと思います。

裁判官の決断に話を戻しますと、裁判官は、事件の当事者に対して相談を持ち掛けることもあります。先ほども出てきた釈明権の行使（民訴法149条）がこれに当たります。当事者に対して説明を尽くさせることは、その敗訴責任を正当化する上で重要です。仮に先ほどの離婚事件で、提出されたお子さんの通知表を突き合せたところ、夫の供述が説得的であるという結果が出た場合、さらに妻に対して反論やさらなる反証をする機会を与えなければなりません。その機会を与えられたのに的確な反論・反証ができずに敗訴に至ったのであれば、妻の側は、これを受け入れてもらうしかないと思うのです。

さらに、これは制度ではなく慣習のようなものですが、裁判官は、事件処理に困ったら、割と気安く同僚の裁判官に相談することが日常的にみられます。同僚の中にはその法分野について自分よりよく知っている人もいれば、過去に同種の事件を扱ったことがある人もいますからです。自分にとって新たな法分野を扱う部門（行政事件部や知的財産権事件部など）に着任した場合、その裁判官は、最初の3か月くらいは周囲に質問しまくるものです。周囲も、相談を持ち掛けられれば必ず自分の手を止めて応じてくれます。もちろん、最後の決断は事件担当裁判官がすることは、当然の前提です。

5 優れた法律家とは？

以上、裁判官ないし法律家の決断に焦点を当ててお話をしてきましたが、最後に裁判官を含めて優秀な法律家に求められる資質についてお話しておきます。

ところで、腕前だけが優れている歯科医とい

うのは、あるいはあり得るのかもしれませんが、腕前だけが優れている法律家というのはありません。法律家は、生身の人間を相手にする仕事ですから、周囲の信頼を得ないと仕事にならないのです。このことを踏まえて申しますと、優秀な法律家に求められる第一の資質は、何よりも「愚直」ということです。とにかく、愚直であることが決定的に重要です。

実務法曹として仕事をしておりますと、どうしても嫌なことや後回しにしたいこと、あるいは避けて通りたいことが出て来ます。しかし、そういうときに決して逃げてはいけません。あるいはいい加減なことを言って誤魔化してもいけません。それが必要であるならば、そういう避けて通りたいことに真正面から真摯に向き合い、問題の解決に当たること、これが愚直ということの一つの具体的な表れだと思えます。このような愚直さがない限り、他のいかなる資質に恵まれたとしても、決して優れた法律家とはいえませんし、学びも成長も実を結びません。愚直であることは、全ての法律家にとって出発点であり終着点でもあります。

次にそのような愚直さを備えた上で、ということになりますが、私が勝手に恩師と考えている故・平井宜雄先生（元東京大学名誉教授）の著書（平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂、1994年）2頁）の「はしがき」を、そのままここに引用したいと思います。

「私の考えるところによれば、法律家的能力が最も試される時とは、或る条文の解釈や判例の動向と言った、既存の法状態についての知識の有無を尋ねられた時ではなく、これまで全く議論されていなかった法律問題、考えたこともないような法律問題に直面させられた時である。そのような時に、既存の法律的知識を言わば総動員して、それとの関連を見失わないようにしながら、問題の解決に到達するためのいくつかの異なった考え方を示し、そのうちから筋のおった一つの考え方を選択し、その論拠を主張し説得するのが、法律家的能力なのであ

り、そしてその時にあたって問題を考える際の最も有力な手がかりが、或る制度や条文は本来どのような場合を念頭に置いて規定されたのかを理解しておくことなのである。」

私は、優れた法律家の説明は以上で完全に尽きていると思っております。ただ、ここで話をおしまいにしては物足りないかもしれませんから、二つの事例をいわば皆さんに対する禅の公案としてお話しておきましょう。いずれも私が裁判官の職にあった際に悩んだ事件ですが、事件発生地はいずれも仙台市周辺にしておきます。皆さんにおかれましては、是非これらの事件を素材にして原告と被告のいずれを勝たせるべきかについて議論を交えてほしいと思います。もちろん、正解はありません。

一つ目の事件の原告Xは、やや高齢の女性で、年金生活者ですが自分が所有する仙台市青葉区内の建物に居住しております。一人息子Aがおりますが、結婚して東京都で暮らしていたところ、この息子Aが不貞を働いたために夫婦仲が悪化しました。そのため、妻Yつまり原告Xの義理の娘ですが、これが夫Aとの別居を決意したものの、大阪府の自分自身の実家には事情があつて帰れなかったため、子供ら2名を連れて義理の母に当たる原告Xの建物に転がり込んできたのです。原告Xは、自分の息子Aの不始末ということもあり、義理の娘Yと孫2名を自宅に住まわせて学校に通わせたのですが、2年ほどすると、こんどは義理の娘Yとの関係が悪化し、同居生活に耐えきれなくなって自宅を退去し、しばらくの間、市内のホテル暮らしをした上で、太白区のアパートに入居しました。こんな生活が1年ほど続きましたが、原告Xとしては、2名の孫は可愛い義理の娘Yに追い出されたような状態ですし、何より生活に不便だったので、ついに義理の娘Yを被告として、自宅の所有権に基づき建物明渡請求訴訟を提起した、という事案です。ちなみに、子供らは、兄が県立高校1年生、妹が市立中学2年生で、被告（義理の娘）Yにはパート収入しかなく、

その夫（原告の息子）Aは、不貞相手と行方をくらまして音信不通です。さて、原告Xの請求を認容すべきでしょうか、棄却すべきでしょうか。

二つ目の事件の原告Xは、中年の女性です。原告Xは、夫Aと婚姻して仙台市内で同居していましたところ（子供はいません）、夫Aは、ある時から石巻市の実家に帰って別居を開始し、妻Xのもとに帰らなくなったばかりか、はっきりと妻Xとの連絡を避けるようになりました。理由は証拠上不明です。そんな生活が1年経過したところ、夫Aは、病気で亡くなってしまいます。これを看取ったAの両親Yらは、息子Aが妻Xを避けていた理由は不明ながら、息子Aがそのような態度をとっていたことには深い理由があるに違いないと忖度し、義理の娘Xに何も知らせずに息子Aの葬儀を終わらせ、没後四十九日になってから初めて義理の娘Xに対してその旨を知らせました。原告Xは、これに憤慨し、義理の両親Yらが、Xが夫Aの葬儀に立ち会う機会を奪ったために精神的苦痛を受けたと主張して、義理の両親Yらを被告として慰謝料の支払いを求める訴訟を提起した、という事案です。さて、原告Xの請求を認容すべきでしょうか、棄却すべきでしょうか。

これらの事件は、いずれも裁判官の間でも意見が分かれ得るケースでして、まだ司法修習生にすらなっていない皆さんには難しすぎるかもしれません。しかし、このような事件を考える際に、先ほども述べましたが、皆さんはプロを目指しているのですから、一般人（アマチュア）の方のように正邪善悪の観念や直感だけから結論を導いたりしてはいけません。そういう判断の仕方では、法律家の仕事をしていません。まずは法律的知識を総動員して理屈を詰めてください。それが法律家の仕事です。

このことと関連して、実質論と形式論という議論の仕方についてもお話しておきます。ここで実質論とは、事案の性質に照らした当事者間の利益衡量を重視して落ち着き（スワリ）の良

い結論を探ろうとするアプローチ、形式論とは条文の文言解釈などの形式論理を重視して結論を導こうとするアプローチを指します。そしてこれは、まだ私が大阪地方裁判所で若い未特例判事補だった当時と同じ第5民事部で右陪席をしておられた大竹たかし判事から伺った話ですが、大竹判事は、その前に最高裁判所調査官をしておられたのです。最高裁判所に難しい事件が係属すると、担当調査官が最高裁判所判事のために調査報告書を書く前に、調査官室では甲論乙駁の議論になるそうです。しかし、その際に、実質論を優先させた議論は形式論になかなか勝てないというのですね。なぜかという、実質論というのは100人いれば100個考えられるので、自分の意見を勝たせるためにはまず残りの99個を全部潰さなければならないのです。しかし、これは大変難しいことです。他方、形式論というのは、そうであるがゆえに欠点を見つけにくい。したがって論駁しにくいので結果として生き残ってしまうというのです。もちろん、形式論によって得られた結論が珍妙ではお話にならないので、その点は戒心すべきなのですが、この話は、あるべき法律家の議論の在り方というものを示唆していると思います。理想的なのは、実質を伴った形式論でもいいでしょうか、論理として形式的な作法をしっかりと守っているけれども、そうでありながら、考慮すべき利害をバランスよく的確に汲み取った議論ということになりそうです。

さて、再々申しますが、裁判官を含む実務法曹の仕事は、誰かを不幸にしてでも法の正義を実現させることにあります。その際、不幸になる人に対して、それを説得する必要があります。こういう場合、「当事者の納得」という言い方をする方もいらっしゃると思いますが、私に言わせれば自分が不幸になるのに納得する人は滅多にいないのであって、要は諦めてもらうのです。しかし、諦めるということは、実は非常に重要なことです。諦めることによって、その人は、人生の次のステップに進むことができるからです。

諦めきれない当事者は、自分を勝たせてくれそうな情報を探し出してきてこれにしがみつこうとします。それがどんなに根拠薄弱なものであったとしても。このような状況下で根拠薄弱又は根拠のない情報を与えてその当事者をいい気持にさせるのは、無責任というかほとんど詐欺です。どこかで引導を渡してあげなければなりません。ここは強調しておきたいのですが、不幸になってしまった当事者に寄り添い、その傷を癒す方法は、必ず別にあるはずで

では、どうやったら諦めてくれるのか。法律論が問題となっている事案であれば、一番説得力があるのは、条文を根拠にすることです。法律の条文は、国会で国民の代表が決めたことなのだから、そこに「あなたの負けです。」と書いてある以上、これは諦めてもらうほかありません。しかし、法律の条文が曖昧であったり、解釈が分かれる場合もあります。この場合、最高裁判所の判例があれば、これが最も諦めさせやすい。なぜならば、「あなたが最高裁判所まで事件を争ってもやっぱり勝てませんよ。」ということになるからです。最高裁判所の判例がない場合、説得的な高等裁判所の裁判例があれば、最高裁判所の判例の次ぐらいに有効なツールになります。その次が、地方裁判所や家庭裁判所の裁判例です。「同じ法律問題についてほかの人は負けているから、あなただけが勝つのは難しいですよ。」ということです。

このように考えると、実は、皆さんが勉強している学説の説得力には限界があるのです。偉大なる〇〇教授が教科書でそう書いている、と言われたところで、〇〇教授と面識も何もない事件当事者にはまるで響かないからです(だからと言って、学説に価値がないと申し上げているわけではありません。この点については、先ほどの藤田宙靖先生の著作に記載のお考えに全面的に賛成します)。そうすると、当事者にすれば、今日の前にいる法律家(裁判官かもしれないし事件を依頼した弁護士かもしれない)、すなわち皆さんに何と説明してもら

かが重要です。こんなときは、同じ内容を語っていても、自分の言葉で語れているかどうか重要です。借り物の言葉では、当事者の心には響きません。そして、自分の言葉で語れるかどうかは、ひとえに、自分自身が、文字どおり法律的知識を総動員して考え尽くしたか否かにかかっています。考え尽くした言葉には、それにふさわしい響きがあるのです。

どうか皆さんが、自分の言葉で当事者に語りかけることができるような法律家になってほしいものだと思います。

以上

〔資料〕

スペイン国務院関係法令集

東北大学大学院法学研究科 教授 奥村 公輔

- はじめに
- スペイン憲法（1978年12月29日）（抄）
- 国務院に関する1980年4月22日組織法律第3号
- 国務院組織規則

1. はじめに

本稿は、スペイン国務院（Consejo de Estado）⁽¹⁾の研究に資するため、関係法令を翻訳したものである。スペイン国務院は、スペイン・ハプスブルク王朝時代の1526年にスペイン国王カルロス1世（神聖ローマ皇帝としてはカール5世）が

⁽¹⁾ 我が国において、スペインの「Consejo de Estado」には、「枢密院」の訳が充てられることが多い。例えば、池田実「スペインの枢密院——その歴史的経緯と現行法制——」山梨大学教育学部研究報告第一分冊（人文社会科学系）48号（1997年）168-176頁、日本スペイン法研究会ほか（編）『現代スペイン法入門』（嵯峨野書院、2010年）59頁脚注42【池田実執筆部分】、野口健格「スペインにおける王制の憲法的課題と現状」中央学院大学法学論叢29巻1号（2015年）41-63頁（特に52頁及び63頁）、百地章「スペイン」畑博行＝小森田秋生『世界の憲法集〔第5版〕』（有信堂、2018年）235-262頁（特に252頁及び259頁）を参照。しかし、後で見ると、現在の「Consejo de Estado」は、国王ではなく、内閣の最高法律顧問としての役割を担っており、その役割は、フランス・イタリア・オランダ・ベルギー・ギリシャの二重機能型国務院のうち法制諮問機関の役割に近い。したがって、スペインの「Consejo de Estado」は、法制諮問機能のみを担ういわば一重機能型国務院として位置付けられるため、本稿では、二重機能型国務院の法制諮問機能の役割との比較の観点からも、「Consejo de Estado」に「国務院」の訳を充てる。なお、このような法制諮問機能のみを担う一重機能型国務院として、1995年憲法改正により従来の二重機能型国務院から最高行政裁判所機能を切り離されたルクセンブルクの国務院がある。フランス・イタリア・オランダ・ベルギー・ルクセンブルクの国務院については、奥村公輔『政府の憲法解釈の諸相』（日本評論社、2022年）57-126頁、148-166頁、178-194頁、207-240頁、247-268頁を参照。

創設した国務院⁽²⁾にその起源を有し、その後の紆余曲折を経て⁽³⁾、現在のスペイン王国の国務院に至っている。

現在のスペイン国務院は、まず、「1978年12月29日憲法」により規定され、第107条において内閣の最高諮問機関として位置づけられ、その組織及び権限は組織法律 (Ley Orgánica)⁽⁴⁾により規定されることとなっている (また、憲法第153条において自治州に関する特別の権限が定められている)。この憲法第107条に基づいて制定されたのが「国務院に関する1980年4月22日組織法律第3号 (Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado)」である。また、当該組織法律経過規定第3条に基づいて制定されたのが「国務院組織規則の承認に関する1980年7月18日王令第1674号 (Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado)」である。

そこで、本稿は、スペイン国務院の制度を明らかにするために、まず、「1978年12月29日憲法」における国務院に関連する諸規定を訳出し (国務院の用語には下線を引く) (2)、次に、「国務院に関する1980年4月22日組織法律第3号」を訳出し (3)、最後に、「国務院組織規則」 (国務院組織規則の承認に関する1980年7月18日王令第1674号によって承認) を訳出する (4)。

なお、法令のテキストについては、スペイン政府の管理するウェブサイト「Boletín Oficial del Estado (BOE)」内の法令検索サイト (<https://www.boe.es/buscar/legislacion.php>) を参照した (2023年12月6日最終閲覧)。

2. スペイン憲法 (1978年12月29日) (抄)

(2011年9月27日最終改正)

第4編 内閣及び行政について

第97条 [内閣の権能]

内閣⁽⁵⁾は、内政及び外交、文民行政及び軍事行政並びに国防を指揮する。内閣

⁽²⁾ スペインの国務院の起源となる「Consejo de Estado」は、国王の諮問機関であったために「枢密院」と訳すべき機関であろうが、スペインの「Consejo de Estado」は、その地位・権限・構成員等が様々に変遷している (廃止された時代もある) もの、一貫してその名称が用いられているため、その起源となる「Consejo de Estado」も「国務院」と訳すべきであろう。その名称がスペイン語で一貫しているのに、その時代の役割に応じて「枢密院」と訳したり「国務院」と訳したりするのは翻訳として筋違いである。いずれにせよ、現在のスペインの「Consejo de Estado」は国王の諮問機関ではないため、「枢密院」と訳すべきではない。

⁽³⁾ スペインは1978年憲法までの間に様々な憲法体制を経験しており、それぞれの憲法体制下での枢密院の位置づけ (又は不存在) も多様であるが、この点については、池田・前掲注1)168-173頁を参照。

⁽⁴⁾ 憲法第81条は、「組織法律とは、基本的権利及び自由の発展に関する法律、自治州条例及び一般的選挙制度を承認する法律並びに憲法で定める他の法律を指す」(第1節)、「組織法律の承認、改正又は廃止については、法律案全体に関する最終投票において、代議院議員の絶対多数の賛成を必要とする」(第2節)と定める。

⁽⁵⁾ 本稿は、政府が国家元首及び内閣により構成されることを重視し、「Gobierno」に「内閣」

は、憲法及び法律に従って、執行権及び命令制定権を有する。

第107条〔国務院〕

国務院は、内閣の最高諮問機関である。組織法律は、国務院の構成及び権限を規律する。

第8編 国の地方組織

第3章 自治州

第150条〔自治州に関する国の権限委任〕

1 国会は、国の権限に属する事項につき、すべての自治州又はいずれかの自治州に対して、国の法律の定める原則、基礎及び方針の範囲内で、自ら立法を行う権限を付与することができる。各枠組法律は、裁判所の権限を妨げることなく、自治州の立法に対し、国会が統制する方法を定めることができる。

2 国は、組織法律により、その性質上、移譲又は委任に適した国の権限を、自治州に移譲又は委任することができる。法律は、それぞれの場合において、財政手段の適切な移譲及び国に留保される統制の方式を定める。

3 〔略〕

第153条〔自治州の機関に対する統制〕

自治州の各機関に対する統制は、以下の通り統制される。

a) 法律としての効力を有する規範の諸規定の憲法適合性については、憲法裁判所により統制される。

b) 第150条第2節で定める国から委任された機能行使については、国務院の意見を聞いた後に内閣により統制される。

c) 自治行政及びその命令的規範については、行政訴訟を担当する裁判機関により統制される。

d) 財政及び予算事項については、会計検査院により統制される。

3. 国務院に関する1980年4月22日組織法律第3号

(2011年3月12日最終改正)

第1編 一般規定

第1条〔地位・諮問的機能・所在地〕

1 国務院は、内閣の最高諮問機関である。

2 国務院は、憲法及び法律に従って、その客観性及び独立性を保障する組織的並びに機能的自律性をもって、その諮問機能を行使する。

3 国務院は、マドリッド市の評議会宮殿に置かれ、伝統的に国務院に属する名誉を享受する。

第2条〔機能・内閣との関係〕

の訳を充てる。

1 国務院は、その機能の行使において、憲法及びその他の法体系の遵守を確保する。国務院は、問題の性質上必要な場合又は諮問を行う機関が明示的に要請した場合、時宜性及び有益性の側面並びに行政がその任務を遂行する上でより効率的であるかどうかを評価する。

2

① 国務院は、内閣又はその構成員による諮問により自身に付託されたあらゆる問題についてその意見を付与する。

② 国務院への諮問は、本法律又は他の法律が定めるときは義務的であり、その他の場合には任意的である。国務院の意見は、法律が別に定めている場合を除いて、拘束的なものではない。

③ 国務院総会⁽⁶⁾が意見を表明した問題は、国家行政の他の機構又は機関に報告することはできない。常設委員会が意見を表明したときは、国務院総会のみで報告をすることができる。

④ いかなる場合においても、国務院への諮問が義務的であるにもかかわらず、諮問を行った大臣が国務院の意見に同意しない問題を最終的に決定する権限は閣議に帰属する。

⑤ 国務院から報告された問題に関する規定及び決議には、それが国務院の意見に従って合意されたものであるか又は国務院の意見に反したものであるかを明示的に示さなければならない。第一の場合、「国務院と合意して」という表現を用いる。第二の場合、「国務院への意見聴取を経て」という表現を用いる。

3

① 国務院は、自身により又は内閣の指示の下で、内閣が要請する調査、報告又は年次報告書を実施し、内閣が委託する立法又は憲法改正の提案を作成する。国務院は、同様に、職務をよりよく遂行するために適切と思われる調査、報告又は年次報告書を実施することもできる。

② 立法又は憲法改正の提案の作成の際、国務院は、内閣によって決定された憲法改正の目的、基準及び限界を考慮し、同様に、国務院が適切と判断する所見を作成することができる。

第2編 構成

第1節 諸機関

第3条〔国務院の機関〕

1 国務院は、総会、常設委員会⁽⁷⁾又は調査委員会⁽⁸⁾として活動する。

2 国務院は、同様に、その組織規則に従って部⁽⁹⁾として行動することができる。

⁽⁶⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Pleno」に「総会」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁も「総会」と訳出している。

⁽⁷⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Comisión Permanente」に「常設委員会」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁も「常設委員会」と訳出している。

⁽⁸⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Comisión de Estudios」に「調査委員会」の訳を充てる。なお、調査委員会は、2004年12月28日組織法律第3号第1条第2節に創設されたため、1997年に発表された池田・前掲注1)においては当然言及がない。

⁽⁹⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「secciones」に「部」の訳を充てる。

る。

第4条〔国務院総会構成員〕

1 国務院総会は、以下の構成員により構成される。

- a) 長官⁽¹⁰⁾
- b) 常任評定官⁽¹¹⁾
- c) 法上評定官⁽¹²⁾
- d) 選出評定官⁽¹³⁾
- e) 事務総長⁽¹⁴⁾

2 内閣総理大臣及びその他の内閣構成員は、国務院総会に出席し、彼らが適当と判断する場合には国務院総会で報告を行うことができる。

第5条〔常設委員会・調査委員会〕

1 常設委員会は、長官、常任評定官及び事務総長により構成される。

2

① 調査委員会は、国務院長官により主宰され、長官の提案に基づいて総会により任命される2名の常任評定官、2名の法上評定官及び2名の選出評定官並びに事務総長により構成される。その任命は、再任の可能性を妨げることなく、組織規則により決定する任期で行われる。他の評定官は、特別任務のために同じ手続により、かつ、上記組織規則に従って採用されることができる。

② 調査委員会は、少なくとも1名の上級法律顧問及び付与された任務に照らして必要と判断されるその他のすべての法律顧問により補佐される。

③ 実施される作業の性質上必要な場合、国務院組織規則が定める条件の下で、又は、それが欠如するときには、委員長の提案に基づき委員会自身が定める条件の下で、他の行政機関の公務員の選抜が調査委員会で要請されうる。

第6条〔国務院長官〕

1 国務院長官は、閣議により承認され、内閣総理大臣により連署される王令によって、国事に関する権威と経験が認められる法律家の中から自由に任命される。

2 長官の欠員、欠席、病欠が生じた場合、部の序列上部長に相当する常任評定官が代理を務める。

第7条〔常任評定官〕

常任評定官は、国務院の部の数と同数で、以下のいずれかの職にある者又は職にあった者の中から、王令により期限を定めずに任命される。

池田・前掲注1)173頁は「部会」と訳出している。

⁽¹⁰⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Presidente」に「〔国務院〕長官」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁は「枢密院議長」と訳出している。

⁽¹¹⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Consejeros permanentes」に「常任評定官」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁は「常任枢密顧問」と訳出している。

⁽¹²⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Consejeros natos」に「法上評定官」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁は「有職枢密顧問」と訳出している。

⁽¹³⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Consejeros electivos」に「選出評定官」の訳を充てる。池田・前掲注1)173頁は「選出枢密顧問」と訳出している。

⁽¹⁴⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Secretario general」に「事務総長」の訳を充てる。池田・前掲注1)174頁は「事務局長」と訳出している。

- 一 大臣
- 二 自治州の行政機関の長官又は構成員
- 三 国務評定官⁽¹⁵⁾
- 四 自治州の立法機関又は同等の機関の構成員
- 五 国務院の上級法律顧問⁽¹⁶⁾
- 六 スペイン学会の一部を構成する王立アカデミーの正会員
- 七 法学、経済学又は社会学分野の大学正教授で、15年の経験を有する者
- 八 軍隊の法務将校
- 九 大学の学位が就任に必要とされる機関又は機構に15年以上勤務した公務員

一〇 元スペイン銀行総裁

第8条〔法上評定官〕

1

① 内閣総理大臣の職にあった者は、終身で国務法上評定官の地位を取得し、いつでも国務院に入院することを希望する旨を国務院長官に表明することができる。

② 内閣総理大臣の職にあった者は、国務院総会の構成員としての地位に加え、組織規則で規定された職務及び義務を行使ことができ、この組織規則には、法上評定官の職務の解任、辞任又は職務停止の可能性に関する規定を含むものとする。

③ 内閣総理大臣の職にあった者の個人的及び経済的地位は、元内閣総理大臣としての地位を損なうことなく、常任評定官という地位とする。

2 以下の者は法上国務評定官である。

- a) スペイン王立アカデミー院長並びに王立道徳・政治科学アカデミー学長及び王立法律・法学アカデミー学長
- b) 経済社会評議会長官
- c) 検事総長
- d) 軍の参謀総長
- e) 弁護士会会長
- f) 内閣の1大臣である場合、法典化一般委員会委員長又は法典化一般委員会第一部長
- g) 国家法務局長たる司法長官
- h) 政治・憲法研究センター所長

⁽¹⁵⁾ 本稿は、国務院の組織に関する比較法的見地から、「Consejero de Estado」に「国務評定官」の訳を充てる。後の条文において見るように、「国務評定官」は、「常任評定官」、「法上評定官」及び「選出評定官」のすべてを包含する用語である。

⁽¹⁶⁾ 本稿は、「Letrado Mayor」に「上級法律顧問」の訳を充て、後の条文で登場する「Letrado」に「法律顧問」の訳を充てたが、「Letrado」の職務は、他国における〔フランス国務院の〕「調査官」又は〔ベルギー国務院の〕「聴聞官」の職務に類似している。国務院の組織に関する比較法的な見地から、「Letrado」に他のいかなる訳語を充てるべきか、今後の課題とする。なお、池田・前掲注1)173-174頁は「Letrado Mayor」を「上級法律顧問」、「Letrado」を「法律顧問」と訳出している。

i) スペイン銀行総裁

第9条〔選出評定官〕

1 10名の選出国務評定官は、以下のいずれかの職にあった者の中から、王令により4年の任期で任命される。

- a) 国会の代議院議員又は元老院議員
- b) 憲法裁判所裁判官、EU司法裁判所裁判官又は法務官
- c) オンブズマン
- d) 司法総評議会の議長又は議員
- e) 大臣又は政務長官
- f) 会計検査院長官
- g) 軍の参謀総長
- h) 自治州の行政機関の長官又は構成員
- i) 外交団の大使
- j) 市長、市議会、島嶼議会又は島嶼評議会の議長
- k) 大学の学長

2 10名の選出評定官のうち、2名は最低8年間、自治州の行政機関の長官の職に就いていなければならない。当該2名の選出評定官の任期は8年とする。

第10条〔事務総長〕

1 事務総長は、総会で承認された常設委員会の提案に基づき、上級法律顧問の中から王令によって任命される。

2 事務総長は、投票権を有しないが発言権をもって、総会、常設委員会及び調査委員会の各会合に出席する。

第11条〔評定官の罷免・特別の評定官の任命〕

1 常任評定官は、その職に就いている限り、解任されることはない。

2 法上評定官は、その任命を根拠づけた職に就いている限り、その地位を保持するものとする。

3 常任評定官及び任期中の選出評定官は、利害関係者の意見聴取及び国務院総会の好意的な報告の後、閣議の同意を得て王令で定めるところにより、辞職によって、又は、犯罪、恒常的職務不能若しくは職務不履行の理由によってのみ解任されうる。

4 内閣は、常設委員会の好意的な意見を得た後、特別な任務を遂行し、特別な関連性又は公益性のある問題に関する調査委員会に参加するための国務評定官を個別に任命することができる。

第12条〔長官及び常任評定官の兼職禁止等〕

1 国務院の長官及び常任評定官は、国家行政の上級公務員について一般的に定められている兼職禁止を遵守する。

2 長官及び常任評定官の職は、同様に、代議院議員、元老院議員又は自治州議会の議員の地位と兼職することができない。

3 本組織法律によって付与されたその他の職務の行使を妨げることなく、常設委員会の提案に基づき総会によって各年度に任命された3名の常任評定官は、

1985年7月1日組織法律第6号第38条に規定される権限争議裁判所に籍を置く。

第13条〔部・常設委員会における特別調査会・調査委員会における作業部会〕

1 国務院の部の数は少なくとも8とし、協議の数量上必要である場合、国務院常設委員会自身の提案に基づいて、規則によりこの数を増やすことができる。

2 国務院の各部は、部を主宰する1名の常任評定官、1名の上級法律顧問及び事案の重要性又は協議の回数を考慮して必要とされる他の評定官で構成される。

3 各常任評定官の担当部への配属は、任命のための王令により定める。

4 長官は、常設委員会の意見を聴いた後、諮問の性質上必要であると判断する場合、組織規則により定める場合及び方法で、特別調査会⁽¹⁷⁾を設置することができる。

5 長官は、調査委員会の意見を聴いた後、調査、報告又は年次報告書の実施を命じることができ、そのために、組織規則により定める場合及び方法で、作業部会の設置に同意することができる。

第14条〔法律顧問の職務〕

1 国務院法律顧問は、諮問のために国務院に提出された問題に関する意見草案の調査、作成及び起草を職務とするほか、その性質に応じて規則で定められるものを職務とする。

2 国務院長官は、内閣の要請により、特別な任務を遂行し、及び、その問題が調査委員会の構成に適切である場合に限り、特別な関連性又は公益性のある問題に関する調査委員会に参加する国務院法律顧問を個別に任命することができる。

第15条〔法律顧問の補充・上級法律顧問への昇格・兼職禁止〕

1 国務院法律顧問の専門集団の欠員は、法学を専攻して大学を卒業した者の中から競争試験によって補充される。上級法律顧問への昇格は、法律顧問の中から、法律顧問の専門集団における年功序列の厳密な順序により行われる。

2 国務院法律顧問は、国家文民行政の公務員について一般的に定められている兼職禁止を遵守するが、ただし、教職については、国務院の運営に支障がない限り、かつ、常に国務院長官の事前の許可を得て、兼職することができる。

第15条の2〔選考及び補充の際の考慮要素〕

国務院のすべての役職の選考及び補充は、特に功績及び能力の原則に留意して行われるものとする。

第2節 運 営

第16条〔総会及び常設委員会の定足数・忌避・評決数・個別意見〕

1 国務院総会及び常設委員会の審議決定並びに議決には、長官又は長官代理、構成員である評定官の少なくとも半数、及び事務総長又はその代理の出席が必要である。

2 長官及び国務評定官は、自らが関与した事案、又は、自ら若しくは二親等以内の血族又は姻族が経営、助言若しくは管理に関与した企業に関する事案については、それを忌避する義務を負う。

⁽¹⁷⁾ 本稿は、「ponencias especiales」が常設委員会の中に設置される「小委員会」的性格を有することから、「ponencias especiales」に「特別調査会」の訳を充てる。

3 議決は、出席者の絶対過半数の投票によって採択されるものとする。可否同数の場合、〔総会又は常設委員会の〕議長の投票が優先される。

4 多数派の意見又は議決に同意しない構成員は、規則で定める期間内に、書面をもって個別意見を作成することができる。

第17条〔総会での報告書の提出等〕

1 総会で扱われるべき案件に関する報告書の提出は、それぞれの所管に従って、常設委員会又は調査委員会により行われる。

2 常設委員会で承認されるべき案件の発送の準備は、〔その案件を所管する〕部により行われる。

3 案件が生じた省庁又は案件の性質を考慮して、部の間での案件の配分は、常設委員会の提案に基づいて国務院長官の議決によって定める。

4 調査委員会は、その業務において、その組織及び運営に関して、国務院の組織規則の諸規定に従って行動する。

第18条〔利害関係者の意見聴取等〕

1 諮問に付された事案に直接関係する者は、国務院で意見聴取を受けることができる。意見聴聞は、長官の要請により又は長官自身のイニシアティブにより、長官により実施される。意見聴取は、自治州が諮問に直接関係し、その旨を表明した場合、認められる。

2 諮問を行う機関を通じて又は直接に、諮問に付された事案に関連する問題において技術的能力を有すると認められる機関又は人物は、書面又は口頭により国務院に報告することが懇請されうる。

3 国務院は、いかなる場合においても、長官を通じて及び総会、常設委員会又は所管する各部の提案に基づいて、諮問を行う機関に対して、国務院の意見を求めるために付託された事案に関連する問題において能力を有すると認められる機関又は人物の意見を含めて必要とみなされる情報、報告及び証拠により文書を完成させることを要請することができる。

第19条〔緊急時の意見付与期限〕

1 意見の緊急性が付託命令に記載されている場合、内閣又は内閣総理大臣がこれより短い期間を定めない限り、意見の提出期限は15日以内とする。

2 設定された期限が10日未満の場合、総会の権限に属する諮問であっても、内閣が後日に総会の意見を求めることを妨げられることなく、その諮問は常設委員会により処理される。

第3編 権 限

第20条〔提案権限・年次報告書作成〕

1 国務院は、総会又は常設委員会において、その職務の実践及び経験から示唆されるいかなる問題についても、国務院が適切と判断する提案を内閣に提出することができる。

2 国務院総会は、毎年内閣に年次報告書を提出し、この報告書には、前期間における国務院の活動を説明する際に、諮問された事項から生じる公役務の機能

に関する見解及び行政の最高の運営のために採用すべき一般規定及び措置に関する提案を含めるものとする。

第21条〔総会への諮問事項〕

国務院総会は、以下の事項につき諮問される。

- 一 国務院自体によって提案が作成されていない場合、憲法改正草案
- 二 国際的な条約、合意若しくは協定及びEU法を実施し、遵守し又は発展させるための法律草案
- 三 立法的命令案
- 四 スペインが締約国である国際的な条約、合意若しくは協定の解釈又は実施において生じる疑義及び齟齬
- 五 国際機関若しくは超国家機関から発せられた現行法律及び決議の解釈又は実施に起因する法的問題
- 六 外交的保護の行使に起因する請求及び国際法的紛争の性質を有する国家間の問題
- 七 その形式及びその目的が何であれ、国務院の組織、権限又は運営に影響を与える法律草案又は行政規定案
- 八 公有財産の権利に関する裁判上及び裁判外の取引並びにそれに起因する紛争の提起又は仲裁
- 九 常任評定官の退職
- 一〇 内閣が特別の重要性又は影響を認める国家的事項
- 一一 法律の明示的な規定に基づいて、国務院総会が諮問されなければならないあらゆる事項

第22条〔常設委員会への諮問事項〕

国務院常設委員会は、以下の事項につき諮問される。

- 一 国家の同意に先立ち、国会による承認が必要であるすべての国際的な条約又は合意
- 二 国際的な条約、合意若しくは協定及びEU法を実施し、遵守し又は発展させるための命令規定
- 三 法律の施行に伴い発効する一般的性質を有する命令又は規定及びそれらにもたらされる修正
- 四 自治州への国家権力の移譲又は委任に関する組織法律草案
- 五 国から自治州に委任された機能行使の統制
- 六 自治州の機関が採択した規定及び決議に対しての、憲法裁判所に提訴する前における異議申立て
- 七 異なる省庁間の権限争議
- 八 行政上の審査請求又は法律の明示的な規定に基づいて閣議、関係閣僚会議又は内閣総理大臣によって審理されなければならない理由による審査請求
- 九 行政上の再審査請求
- 一〇 法律で定められた場合において、行政規定及び行政の行為の職権による審査

一一 契約者が異議を申し立てた場合、並びに、いかなる場合においても国の契約法に規定されている場合、行政契約の無効、解釈及び解除

一二 行政特許の目的にかかわらず行政特許権者が異議を申し立てた場合、及び、いかなる場合においても適用規範が定めを置く場合、行政特許の無効、解釈、変更及び終了

一三 法律で定められた場合において、国家一般行政により負わされた損害に対する賠償請求

一四 臨時充当金又は追加充当金の交付

一五 法律で定められている場合において、名誉及び特権の付与並びに回復

一六 国務院の組織、権限及び運営に関する事項

一七 独占及び独占的公益事業の特許

一八 法律の明示的な規定に基づいて、国務院常設委員会が諮問されなければならないあらゆる事項

一九 法律の規定に基づいて国務院が諮問されなければならないと明示されていないあらゆる事項

第 23 条〔調査委員会の職務〕

1 調査委員会は、内閣により委託された調査、報告又は年次報告書の実施を命じ、指示し及び監督するものとし、それらの実施が完了した後は、受領した任務に対する適切性及び適合性についてその意見を付与する。

2 調査委員会は、内閣が国務院に委託する立法案又は憲法改正案を作成し及びこれを総会に提出し、総会は単純多数決によりこれを決定する。反対意見のある構成員は、規則で定められた期間内に個別意見を述べることができ、その個別意見は、採択されたテキストとともに内閣に送付される。

第 24 条〔自治州による国務院への諮問〕

① 自治州は、その長を通じて、国務院の特別の権限又は経験を理由として自治州自身が適切と判断する事項について、総会又は常設委員会における国務院の意見を要請することができる。

② 独自の立法機関を有しない自治州について、国家について本組織法律により定められる場合と同じ場合においては、自治州が〔立法機関の権限と〕一致する権限を付与されたときは、国務院の意見は義務的である。

第 25 条〔内閣による任意的諮問等〕

1 国務院は、総会又は常設委員会のいずれかにおいて、その諮問は強制されないが、内閣総理大臣又は大臣が適切と考えるあらゆる事案について、諮問を受けることができる。

2 国務院総会は、常設委員会の権限に属する事項ではあるが、内閣総理大臣が要請し又は国務院長官が決定した事項については、その意見を付与する。

第 26 条〔国務院代表としての長官及びその責務〕

1 国務院長官は、総会、常設委員会及び調査委員会の議題を設定し、それらの会議を主宰し、国務院のすべての部局を統括し、それらの部局を代表する。

2 国務院長官は、常設委員会の同意を得て、公共部門に適用される規定に従

い、国務院の特性を考慮して国務院の予算編成を行う責任を負う。

3 国務院長官は、国務院が責任を負う役務の費用を承認し、その責務及び算定を許可し、対応する支払いを命じるよう財務大臣に要請する責任を負う。

第27条〔国務院の予算〕

国務院はその予算を作成し、国務院の予算は国家一般予算の中の一部門として計上される。

経過規定

第1条〔経過規定〕

本法律の発効により、1944年11月25日組織法律又はその他の法律若しくは命令の規律で、本組織法律に反するすべてのものは廃止される。

第2条〔経過規定〕

1944年11月25日組織法律のその他の規定は、本法律と抵触しない限り、組織規則に含まれるものとする。

第3条〔国務院組織規則の制定〕

内閣は、国務院の提案により、本法律の一般規定から導かれる原則に基づき、その組織及び運営に関して、本法律の執行及び発展のための組織規則を承認する。

第4条〔国務院組織規則制定後の1944年11月25日組織法律全体の廃止〕

前条の組織規則の発効により、国務院に関する1944年11月25日組織法律はその全文について廃止される。

4. 国務院組織規則

(国務院組織規則の承認に関する1980年7月18日王令第1674号によって承認)

(2005年4月26日最終改正)

第1編 一般規定

第1条 (特徴、自律性、優位性、所在地、待遇)

1 国務院は内閣の最高諮問機関である。

2 国務院は、憲法及び法律に従って、その客観性及び独立性を保障する組織的並びに機能的自律性をもって、その諮問機能を行使する。その組織、運営及び内部体制は、組織法及び本規則の規定により規律される。

第2条 (機能)

1 国務院は、内閣若しくはその構成員又はその長を通じて自治州による諮問により自身に付託されたあらゆる問題についてその意見を付与する。

2 国務院は、内閣が要請し、又は、国務院自身がその職務をよりよく遂行するために適当と考える調査、報告若しくは年次報告書を自ら実施し、又は、その実施を指示する。

3 国務院は、内閣が委託する立法又は憲法改正の提案を作成する。立法又は憲法改正の提案の作成の際、国務院は、内閣によって決定された憲法改正の目的、基準及び限界を考慮し、同様に、国務院が適切と判断する所見を作成することができる。

第3条（憲法適合性、法適合性、時宜性）

1 国務院は、その機能の行使において、憲法及びその他の法体系の遵守を確保する。

2 国務院は、諮問のために提出された一般規定草案、条約、行政の行為の法適合性、場合によっては、憲法適合性を判断し、諮問を行う機関から明示的に要請された場合又は問題の性質若しくは行政の目的遂行におけるより大きな効率性が必要となる場合、時宜性及び有益性の側面を評価する。

第4条（諮問）

1 国務院への諮問は、本法律又は他の法律が定めるときは義務的である。国務院への諮問は、その他のあらゆる場合には任意的である。

2 国務院の意見は、法律が別に定めている場合を除いて、拘束的なものではない。

第5条（報告の最終的性質）

国務院総会が意見を表明した問題は、国家行政の他の機構又は機関に報告することはできない。常設委員会が意見を表明したときは、国務院総会のみで報告することができる。

第6条（最終決定権限）

いかなる場合においても、国務院への諮問が義務的であるにもかかわらず、諮問を行った大臣が国務院の意見に同意しない問題を最終的に決定する権限は閣議に帰属する。

第7条（採択された決議又は規定、通知及び公表）

1 国務院から報告された問題に関する規定及び決議には、それが国務院の意見に従って合意されたものであるか又は国務院の意見に反したものであるかを明示的に示さなければならない。

2 第一の場合、「国務院と合意して」という表現を用いる。第二の場合、「国務院への意見聴取を経て」という表現を用いる。

3 最後の場合、決議がすべて反対意見に従ったものであるときは、「国務院への意見聴取を経て、評定官（又は評定官たち）の反対意見に従い……」という表現を用いる。

4 諮問を行った機関は、諮問の対象となった決議若しくは一般規定の採択又は公表から15日以内に事務総長に通知しなければならない。この目的のため、事務総長は本組織規則第59条第7号に記載された登録簿を保管する。

5 案件の処理において、国務院への意見聴取が不当に省略された場合、国務院長官は、その旨につき当該諮問を行うべき機関に通知する。

6 事務総長は、「国務院への意見聴取を経て」採択された決議又は規定を、草案を調査した部の上級法律顧問に伝達し、意見と最終的な決議又は規定と間の見

解の相違を明記した報告書を作成させる。上級法律顧問は、その報告書を常設委員会に報告し、常設委員会はそれに従って行動する。上級法律顧問の報告書は、関連する意見の謄本に含めるために公文書室に送付され、その謄本は年次報告書特別調査会及び法律学説特別調査会に送付される。

7 国務院の提案に基づいて作成された立法若しくは憲法改正の発案の前文又は説明文は、この事実に言及しなければならない。

第8条（国務院の構成員及び公務員の共通規定）

1

① 長官、評定官、事務総長、上級法律顧問、法律顧問及びその他の国務院の職員は、案件が解決されるまで、採択された提案及び決議について、また、審議決定の内容並びに長官、評定官、法律顧問の意見及び投票について、常に秘密を保持する義務を負う。

② 前項の規定は、本規則第132条で定める要件の下での法律学説の公表を妨げない。

2 国務院のすべての役職の選考及び補充は、特に功績及び能力の原則に留意して行われるものとする。

第2編 構成

第1章 諸機関

第1節 国務院の構成について

第9条（諸機関）

1 国務院は、総会、常設委員会又は調査委員会として活動する。

2 国務院は、同様に、部として行動することができる。

第10条（総会について）

1 国務院総会は、以下の構成員により構成される。

a) 長官

b) 常任評定官

c) 法上評定官

d) 選出評定官

e) 事務総長

2 内閣総理大臣及びその他の内閣構成員は、国務院総会に出席し、彼らが適当と判断する場合には国務院総会で報告を行うことができる。

第11条（常設委員会について）

常設委員会は、長官、常任評定官及び事務総長により構成される。

第12条（部及び特別調査会について）

1 国務院の各部は、部を主宰する1名の常任評定官、1名の上級法律顧問及び事案の重要性又は協議の回数を考慮して必要とされる他の評定官で構成される。

2 国務院の部の数は少なくとも8とし、協議の数量上必要である場合、国務院常設委員会自身の提案に基づいて、王令によりこの数を増やすことができる。

3 部の順序は、部の設置の際に割り当てられた番号の順序に対応する。

4 長官は、常設委員会の意見を聴いた後、本組織規則第120条及びその他の規定に従って、特別調査会を設置することができる。

第13条（調査委員会及び作業部会）

1 調査委員会は、國務院長官により主宰され、長官の提案に基づいて総会により任命される2名の常任評定官、2名の法上評定官及び2名の選出評定官並びに事務総長により構成される。長官の提案に基づいて総会により任命され、特定の任務を遂行するために、1名以上の他の評定官を調査委員会に加えることができる。

2 調査委員会は、少なくとも1名の上級法律顧問及び付与された任務に照らして必要と判断されるその他のすべての法律顧問により補佐される。

3 調査委員会は、その任務を遂行するため、長官の提案に基づいて、作業部会を設置する。各作業部会は、國務院長官自身又は國務院長官が調査委員会の意見を聞いて任命した調査委員会の評定官により主宰される。

第2節 長官について

第14条（任命、代理及び待遇）

1 國務院長官は、閣議により承認され、内閣総理大臣により連署される王令によって、国事に関する権威と経験が認められる法律家の中から自由に任命される。

2 長官の欠員、欠席、病欠が生じた場合、部の序列上部長に相当する常任評定官が代理を務める。

3 長官の待遇は卓越したものであり、内閣の大臣と同等の荣誉及び報酬が与えられる。

第15条（就任）

長官は、総会がこの目的のために開く会合で就任する。この会合において、事務総長は任命の王令について説明し、その後、長官は以下の表現に従って宣誓又は誓約を行う。「私は國務院長官としての職務、すなわち、自身に付託された事案において諮問を受ける際に国王に忠誠を尽くすこと及びスペイン憲法を守護し擁護することを誠実にかつ忠実に遂行することを宣誓します(又は誓約します)」。

第16条（兼職禁止及び忌避）

1 長官職は、教育職に就くことを除き現役の行政機関における職、弁護士職、その範囲がどのようなものであれ、公共独占、公共事業若しくは公共役務の許認可企業、請負業者、賃借業者又は管理業者におけるあらゆる性質の職、及び、一般的に大臣職と両立することができないとされているその他の職と両立することはできない。

2 長官職は、同様に、代議院議員、元老院議員又は自治州議会議員の職と両立することができない。

3 長官は、自らが関与した事案、又は、自ら若しくは二親等以内の血族又は姻族が経営、助言若しくは管理に関与した企業に関する事案については、それを忌避する義務を負う。

第17条（職務）

1 国務院長官は、総会、常設委員会及び調査委員会の議題を設定し、それらの会議を主宰し、国務院のすべての部局を統轄し、それらの部局を代表する。

2 国務院の枠組みにおいては、国務院長官は、本規則に含まれる特別の規定とともに、それぞれの省庁における大臣の諸権限を行使する。内閣構成員としての地位に内在する権限は、〔国務院長官ではなく〕内閣総理大臣により行使され、内閣総理大臣はその権限から生じる問題を閣議に送付する。

第18条（会議の主宰における権限）

会議の主宰者として、国務院長官は以下の責任を負う。

- 一 会議を開会し、閉会すること
- 二 審議決定を指示し、中断すること、及び、発言を要求する者に発言を許可し又は却下すること
- 三 議題にない案件の付託を許可すること、及び、より慎重な検討を要する案件を取り下げること
- 四 可否同数をその投票により解決すること
- 五 国務院により議決された諮問事項に署名により許可すること、及び、その議決を執行すること
- 六 会議を公開で行うか否かを決定するが、いかなる場合においても、諮問に付された案件の審議決定は公開で行われる。

第19条（国務院の指揮における権限）

国務院の指揮において、国務院長官は以下の責任を負う。

- 一 国務院を代表し、機関活動の際に長として出席すること
- 二 通常会議及び臨時会議を招集し、会合の日時を決定し、それぞれの議題を発表し、本総会の会議の場合にはその招集を内閣に通知すること
- 三 内閣若しくは内閣構成員、国会又は自治州の長宛の公式文書に署名により許可すること
- 四 調査委員会の意見を聴いた後、調査、報告又は年次報告書の実施を命じること、その決定を内閣に伝達すること、適切な作業部会の設置を調査委員会に提案すること、及び、本規則第13条第3節に従ってその主宰者を決定し、必要に応じて主宰者となり、また、本規則第120条及びそれ以下の条項の下、常設委員会の意見を聴取した後、特別調査会を設置すること
- 五 評定官及び事務総長の就任に際し、宣誓又は誓約を受けること
- 六 常設委員会又は調査委員会から生じた、手続上総会の意見表明を必要とする事項を総会の決定に付すこと
- 七 組織法律第18条第1節に従い、対応する部、常設委員会、調査委員会又は総会の提案に基づいて、自治州及び直接利害関係のある者の意見聴取を許可し又は拒否すること
- 八 対応する部、常設委員会、調査委員会又は総会の要請に応じて、直接に又は諮問を行う機関を通じて、組織法律第18条第2節に言及される口頭又は書面による報告を収集すること
- 九 各部、常設委員会、調査委員会又は総会の提案に基づいて、諮問を行う機

関に、組織法律第 18 条第 3 節に言及される情報、報告及び証拠を要請すること

一〇 必要に応じて、事務総長に代わる上級法律顧問を臨時に任命すること

一一 内閣の要請に応じて、特別な任務の遂行及び特別な関連性又は公益性のある事項に関する調査委員会への参加のために、国務院法律顧問を個別に任命すること

一二 常設委員会の提案に基づいて、案件が生じた省庁を考慮して又はその案件の性質により、部間の案件の配分を決定すること

一三 評定官の欠員について内閣に報告すること

一四 常設委員会の同意を得て、公共部門に適用される規定に従い、国務院の特性を考慮して国務院の予算編成を行うこと、並びに、国務院が責任を負う役務の費用を承認し、その責務及び算定を許可すること、及び、対応する支払いを命じるよう経済財務大臣に要請すること

一五 常設委員会の意見を聴いた後、予算の範囲内で、かつ、経済財務省の権限の留保の下で、国務院の構成員及びその職員が受け取るべき手当、賞与並びに生産性賞与を決定すること

一六 国務院の内部を管理し、規律すること

一七 常設委員会の同意を得て、規則規定の適用に際して生じる疑義を解決すること

第 20 条 (人事責任者としての権限)

国務院の人事、機関及び内部部局の責任者として、国務院長官は以下の責任を負う。

一 常設委員会の意見を聴いた後、国務院の職員を部及び事務所に配置すること

二 常任評定官及び国務院の公務員に休暇を与えること

三 常設委員会の同意を得て、国務院法律顧問の専門集団への入団のための競争試験を実施すること

四 国務院に帰属する一般行政の専門集団の職員の欠員補充を内閣総理大臣に働きかけること

五 一般公務員法に従い、職員の規律を確保すること及び懲戒権を行使すること

六 常設委員会の意見を聴いた後、国務院法律顧問の専門集団の公務員名簿を承認すること

七 国務院の機関並びにその本部及び内部部局に対して最上級監査を行うこと

八 国務院の公務員による不服申立てに対し、最終的な行政的決定を下すこと

第 3 節 評定官について

第 1 款 一般規定

第 21 条 (区分)

評定官は以下の 3 つの区分のいずれかに属する。

a) 常任評定官、b) 法上評定官、c) 選出評定官

第 22 条 (委員会)

1 内閣は、常設委員会の好意的な意見を得た後、特別な任務を遂行し、特別な関連性又は公益性のある問題に関する調査委員会に参加するための国務評定官を個別に任命することができる。

2 本条の定める場合、国務院はいかなる場合にもその行為につき責任を問われない。

第23条（待遇）

評定官の待遇は卓越したものであり、罷免以外の理由でその職を退いた場合でも、評定官はその待遇を保持する。

第24条（忌避）

1 すべての評定官は、本組織規則第16条第3節に定める長官の場合と同じ状況において、忌避する義務を負うものとする。

2 忌避の義務を負う評定官は、当該案件の討議に先立ち長官への書面により、又は、当該案件が各会合において報告された場合には口頭により、その旨を表明する。

第2款 常任評定官について

第25条（任命）

1 常任評定官は、国務院の部の数と同数で、組織法律第7条で示されたカテゴリーのいずれかの職にある者又は職にあった者の中から、王令により期限を定めずに任命される。

2 常任評定官8名のうち少なくとも2名は、国務院法律顧問の専門集団の出身者でなければならない。

第26条（配属及び変更）

1 各常任評定官の所属部への配属及びその変更は、王令によって決定される。

2 長官の提案に基づいて総会で任命された2名の常任評定官が、調査委員会の一部を構成する。その任命期間は2年とし、再任の可能性を妨げない。

第27条（〔部長職の〕代替）

部の部長たる常任評定官に事故があるときは、部の順序上次の部長がこれに代わる。この場合、前者の部の部長が、後者の部を主宰する常任評定官に代わる。

第28条（兼職禁止）

1 常任評定官の職は、教育職に就くことを除き現役の行政機関における職、弁護士職の職、及び、その範囲がどのようなものであれ、公共独占、公共事業若しくは公共役務の許認可企業、請負業者、賃借業者又は管理業者におけるあらゆる性質の職と両立することはできない。

2 常任評定官の職は、同様に、代議院議員、元老院議員又は自治州議会議員の職と両立することができない。

3 両立可能性に疑義がある場合は、常設委員会が決定する。

第29条（就任）

1 常任評定官が内閣によって任命され、その任命が「官報」に掲載された後、常設委員会が会合し、その法的要件及び兼職禁止について意見を述べる。

2 国務院長官は、当該問題を内閣に知らせる前に、総会に意見を求めて付託

することができる。

3 宣誓又は誓約及び就任には、本組織規則第 15 条及び第 19 条第 5 号の規定が適用される。

第 30 条 (報酬)

常任評定官は、国家予算法律に規定されている通り、そのカテゴリーに見合った報酬を受け取る。

第 31 条 (解任)

1 常任評定官は、その職を解任することができない。

2 常任評定官は、以下の場合においてのみ解任することができる。

一 辞任による場合

二 欠格事由が生じた場合で、欠格事由のある役職を 8 日以内に辞任しない場合

三 次条による罷免の場合

3 罷免の場合を除き、現役を退いた常任評定官は、引き続き国務評定官の資格を保持することができ、その地位の待遇及び榮譽を享受する。

第 32 条 (罷免)

1 常任評定官は、犯罪、恒常的職務不能又は職務不履行を理由として、利害関係者の意見聴取及び国務院総会の好意的な報告を経て、閣議の承認を得た王令によって決定された場合にのみ罷免される。

2 利害関係者が常設委員会の意見に基づく自己に生じた欠格事由を認めない場合においても、当該要件が適用される。

3 罷免を許可する王令に対しては、行政訴訟を提起することができる。

4 いかなる場合においても、解任又は罷免された常任評定官は、それぞれ対応する消極的権利を有する。

第 33 条 (総会、常設委員会及び部における職務)

1

① 常任評定官は、正式に招集された場合はいつでも、発言権及び投票権をもって総会並びに常設委員会の会合に出席する義務を負い、また、出席が不可能な場合は出席を回避しなければならない。

② 常任評定官は、会合において、意見について討議し、反対し又は擁護することができ、また、意見を修正し、可決し又は否決し、撤回し、保留し若しくはその射程を拡大することを提案することができる。常任評定官は、多数派の意見に同意できない場合、適切な時期及び形式において、本規則第 107 条に従い、個別のかつ理由付きの投票を提出することができる。

2 常任評定官は、所属する部を主宰し、その部に配属された職員の長となり、以下の項目について権限を有する。

一 部の会合を主宰すること、審議決定を指示すること、及び、関連する議事録を承認すること

二 所属する部の法律顧問から報告された意見草案について決定すること、及び、意見草案を却下する場合は、上級法律顧問に意見草案の起草を委ね又は自ら

意見草案を起草すること

三 例外的に、何らかの理由で適切と判断される場合、部の上級法律顧問又は他の法律顧問に事案の処理及び発表を委任すること

四 部の所属職員に警告すること

第34条（調査委員会及び作業部会における職務）

1 調査委員会の一部を構成する常任評定官は、正式に招集された場合はいつでも、発言権及び投票権をもって調査委員会の会合に出席する義務を負い、また、出席が不可能な場合は出席を回避しなければならない。

2 調査委員会の一部を構成する常任評定官は、会合において、付託された調査、報告又は年次報告書及び立法案又は憲法改正案を審議決定する。当該常任評定官は、これらの受諾、修正、延長若しくは却下及び委託を提案することができる。当該常任評定官は、立法案又は憲法改正案について多数派の意見に同意できない場合、20日以内に、かつ、本規則第107条に従い、個別のかつ理由付きの投票を提出することができる。

3 前記第2節の規定は、総会において調査委員会が報告者である案件の場合、すべての常任評定官に適用する。

4 作業部会を主宰する常任評定官は、作業部会に委託された、調査、報告及び年次報告書の起草又は規範的テキストの作成を指示し、推進し及び指導する責任を負い、作業部会の構成員に業務を配分することができる。

5 本規則第13条第1節の規定に従い、1つ又は複数の特定の職務を遂行するために任命された常任評定官は、任命合意においてその者に帰属する特定の職務を行使し、前述の諸準則が適宜適用される。

第3款 法上評定官及び選出評定官について

第35条（法上評定官）

1 法上評定官は、組織法律第8条に列挙された者とする。法上評定官は、法上評定官の地位を決定した役職に就いている限り、法上評定官の地位を保持する。

2 内閣総理大臣の職にあった者は、終身で法上国務評定官の地位を取得する。内閣総理大臣の職にあった者は、国務院に入院する意思を国務院長官に表明した後、就任する。内閣総理大臣の職にあった者は、国務院総会の一部を構成し、また、長官の提案に基づいて国務院総会によって調査委員会又は特別調査会の一部として任命されることができる。内閣総理大臣の職にあった者は、同様に、国務院長官の特別な要請があれば、その経験及び地位に応じたその他の助言、管理又は代表の職務を行使することができる。

3 終身法上評定官の個人的及び経済的地位は、元内閣総理大臣としての地位を損なうことなく、常任評定官の地位とする。終身法上評定官は、評定官としての地位を失い、国務院長官に対して正式に辞職を表明したときに限り、解任される。

4 元内閣総理大臣は、国務院長官に明示的に宣言することにより、法上評定官としての職務の行使を停止することができる。このような宣言の後2年を経過したときは、元内閣総理大臣は、その停止を解除する旨の意思を国務院長官に表

明した後、その職務を再開することができる。裁判的決定によりその職務の執行が妨げられた場合、その期間、職務の執行が停止される。

5 国務院長官の定める欠格事由が生じた場合、欠格事由である役職を8日以内に辞職しなければ、法上評定官としての職務の行使は停止される。欠格事由の理由が解消された後は、国務院長官にその意思を表明した上で、再び国務院に入院することができる。

第36条 (選出評定官)

1 10名の選出国務評定官は、組織法律第9条に列挙されたいずれかの役職にあった者の中から、王令により4年の任期で任命される。

2 選出評定官は、再任資格を有する。

3 解任は、任期中、辞任によって、又は、犯罪、恒常的職務不能若しくは職務不履行を理由として、利害関係者の意見を聴取し、国務院総会から好意的な意見を受けた後、閣議の同意を得て王令で決定された場合にのみ可能である。

第37条 (就任)

法上評定官及び選出評定官が任命され、その要件適合性が宣言された後、法上評定官及び選出評定官は、本組織規則第15条及び第19条第5号の規定に従い、宣誓又は誓約し、就任する。

第38条 (職務)

1 法上評定官及び選出評定官は、総会において、本組織規則第33条で常任評定官に付与されている職務と同じ職務を有する。

2 長官の提案に基づいて総会で任命された2名の法上評定官が、調査委員会の一部を構成する。その任命期間は2年とし、再任の可能性を妨げない。当該法上評定官のいずれかが調査委員会の構成員ではなくなった場合、総会は、長官の提案に基づき、調査委員会の一部を構成することとなる者を任命するものとし、2年の任期はこの任命をもって開始される。

3 長官の提案に基づいて総会で任命された2名の選出評定官が、調査委員会の一部を構成する。任命の任期は、再任の可能性を妨げることなく2年とするか、又は、選出評定官として任命された期間が満了するまでの〔2年〕より短い期間とする。

4 調査委員会の一部を構成する法上評定官及び選出評定官は、本規則第34条で常任評定官に付与されている職務と同じ職務を有する。

第39条 (手当)

法上評定官及び選出評定官には、国務院の年間予算に定められた出席手当を支給する。

第4節 国務院法律顧問

第1款 共通規定

第40条 ([国務院法律顧問の] 組織職員)

国務院法律顧問の専門集団の組織職員は、事務総長1名、国務院の部の数と同数の上級法律顧問、及び、対応する予算法律で定められた配分の範囲内で、職務の必要性に応じて必要とされる人数の法律顧問で構成される。

第 41 条 (職位名簿)

1 事務総長は、毎年、法律顧問の専門集のすべての構成員の詳細な名簿を作成する。

2 名簿は、国務院常設委員会の意見を聴いた後、長官により承認される。

3 利害関係者は 15 日以内に異議を申し立てることができる。異議申立ては常設委員会により解決される。その解決に対しては行政訴訟を提起することができる。

第 42 条 (秘密性)

上級法律顧問及び法律顧問は、その職務につき公開されないが、事案の内容について意見表明することなく、利害関係者の所見又は主張について聴取することができる。

第 43 条 (休暇)

上級法律顧問及び法律顧問に対しては、10 日を超えない期限で、部長たる評定官が休暇を与えることができる。より長期の休暇及び事務総長の休暇については、長官がこれを認める。

第 44 条 (兼職禁止)

国務院法律顧問は、国家文民行政の公務員について一般的に定められている兼職禁止を遵守するが、ただし、教職については、国務院の運営に支障がない限り、かつ、常に国務院長官の事前の許可を得て、兼職することができる。

第 45 条 ([国務院法律顧問の専門集団への] 入団)

国務院法律顧問の専門集団への入団は、本組織規則の規定に従い、競争試験の方法のみによって行われる。

第 46 条 (通知)

1 事務総長は、常設委員会に欠員を報告し、6 か月以上 1 年以内の期限での申請書提出期限及び試験開始日を明記した競争試験の通知を長官に提案する許可を常設委員会に求める。

2 通知には、1 つ又は複数の欠員に加えて、さらに 2 つの欠員枠を設けることができ、この 2 つの欠員枠 [の候補者] は、すべての試験に合格した場合、その序列に従って、最初に発生した欠員を補充する権利を有する。

第 47 条 (要件)

この競争試験に参加できるのは、法学系の大学を卒業し、法的にも身体的にも問題のないスペイン人である。

第 48 条 (項目試験)

1 競争試験は 5 つの項目試験で構成される。

2 第一項目試験は、最大 500 問から構成され、かつ、以下の [12] 科目を含むプログラムから無作為に抽出された、12 科目のうち各科目から 1 問ずつを、最長 1 時間半以内に口頭で回答するものである。

一 憲法

二 行政法：総論

三 行政法：組織及び役務

- 四 財政法
- 五 労働法及び社会保障法
- 六 EU法
- 七 民法：総論、人、家族及び相続
- 八 民法：財産、公正証書及び不動産
- 九 商法
- 一〇 国際公法及び国際私法
- 一一 刑法
- 一二 訴訟法

3 第二項目試験は、6時間を超えない時間内に、テキストを参照することなく、100字以内の、かつ、以下の6科目の1つに関連するプログラムに記載された問題から無作為に抽出された1問を、文章により作成するものである。

- 一 法の歴史
- 二 比較法制度
- 三 15世紀以降のスペイン政治史
- 四 近代以降の国際関係史
- 五 法及び国家の哲学
- 六 経済思想及び制度史

4 第三項目試験は、試験開始時に公表される第一項目試験の問題リストから選考委員会が抽選で選んだ50の問題の中から、少なくとも30分、最長1時間以内に口頭により講義するものである。

5 第四項目試験は、国務院に付託された書類を最長12時間以内に審査するものであり、その間、候補者は、非公開で拘束され、選考委員会が用意した立法文書を読覧することができる。選考委員会による審査の後、意見書案が公開で読み上げられ、各候補者は選考委員会の構成員から自身に向けられた所見に返答することを求められる。

6 第五項目試験は、選考委員会を選んだ法律文献の印刷物を読み、スペイン語に翻訳するものである。候補者は英語、フランス語及びドイツ語の中から2つの言語を選択しなければならない。選択した言語以外に、候補者は他の言語による試験を希望することもできる。

7 すべての項目試験は消去方式で行われる。

第49条（質問項目）

最初の2つの項目試験〔すなわち第一項目試験及び第二項目試験〕のための質問項目は、特別調査会によって起草され、常設委員会によって承認される。

第50条（選考委員会）

競争試験の実施について、国務院長官又はその委任を受けた常任評定官によって主宰され、2名の国務評定官、1名の法律分野の大学教授、事務総長、1名の上級法律顧問及び選考委員会の事務長を務める法律顧問で構成される選考委員会が設置され、すべての構成員が常設委員会によって任命される。

第51条（選考委員会の運営）

1 選考委員会が活動するためには、選考委員会のすべての構成員の出席を必要とする。そのうちの1名が口頭による項目試験の1回に出席しなかった場合、その者は引き続き選考委員会に出席することはできず、また、その者の地位は維持されず、選考委員会は他の構成員でもってその運営を続けなければならない。

2 選考委員会は点呼による多数決で決定を下すものとし、可否同数の場合は、過半数を得るまで投票を繰り返し、3回目の投票でもなお可否同数の場合は、長官がその投票により決定する。

3 投票は、地位及び年功序列の逆の順序により行われる。

第52条（期限及び手続）

1～5 [略]

第53条（提案及び任命）

1 競争試験が終了した後、選考委員会は、欠員数を越えることができない合格者名簿を公表する。

2 選考委員会の提案は、欠員ごとに、その欠員について最高得票数を得た者を支持する形で行われる。

3 任命は、國務院長官により行われ、内閣総理大臣を通じて「官報」に掲載される。

第2款 事務総長及び事務局の法律顧問について

第54条（任命）

1 事務総長は、総会で承認された常設委員会の提案に基づいて、上級法律顧問の中から王令によって任命される。

2 事務総長は、国家予算法律に従って、その等級に見合った給与及びその他の手当を受ける。

第55条（就任）

事務総長の任命が國務院に通知された後、事務総長は、総会において、長官の前で、職務の遂行に当たって誠実にかつ忠実に職務を遂行する旨の宣誓又は誓約を行い、就任を宣誓する。その会合においては、最古参の上級法律顧問が事務総長代理を務める。

第56条（待遇）

事務総長の待遇は卓越したものである。

第57条（兼職禁止）

事務総長は、法律顧問の専門集団の他の構成員と同じ兼職禁止〔準則〕に付される。

第58条（職務）

① 事務総長は、長官の優越的権限並びに常設委員会、調査委員会及び部長たる評定官の諸権限を妨げることなく、総会、常設委員会及び調査委員会の事務総長、國務院の人事の指揮責任者並びに國務院の機関及び内部部局の内部体制の指揮責任者としての職務を担う。

② 事務総長は、同様に、國務院の適切な運営に必要な場合、長官が定める間隔で、長官と協議する。

第 59 条（諸会合における権限）

事務総長は、総会、常設委員会及び調査委員会の事務長として、以下の権限を有する。

- 一 国務院の諸会合の議題を準備及び作成し、承認を求めて長官に議題を提出すること
- 二 投票権を有しないが発言権をもって、総会、常設委員会及び調査委員会の各会合に出席すること
- 三 国務院が採択した意見及び国務院が意見に施した修正を承認すること
- 四 国務院が採択した調査、報告及び年次報告書並びに立法案又は憲法改正案に関する文書を承認すること
- 五 長官の承認を得て、調査、報告及び年次報告書並びに立法案又は憲法改正案に関する議事録、合意、意見及びその謄本の証明書を発行すること
- 六 法上評定官及び選出評定官に対する日当の支払いを認定するための出席証明書を発行すること
- 七 長官によって番号を付けられ、副署される常設委員会、調査委員会及び総会の議事録を登録すること
- 八 国務院に影響を与える立法規定及び国務院に諮問された案件に関する決定事項の登録簿を保管すること
- 九 本組織規則第 66 条に従って上級法律顧問によって提出された年次報告書に照らして作成された、本組織規則第 144 条で定める年次報告書草案を、毎年常設〔特別〕調査会⁽¹⁸⁾に提出すること

第 60 条（人事責任者としての権限）

法律顧問の専門集団及び国務院に帰属する他の職員の人事責任者として、事務総長は以下の権限を有する。

- 一 個人ファイルを保管し、管理すること
- 二 異なる内部部局及び機関間での人事の配置を提案すること
- 三 国務院職員の出勤状況及び業務遂行状況を監視すること
- 四 法律顧問の専門集団の職員名簿に関する提案を策定すること
- 五 職員の規律を確保し、上級法律顧問の懲戒手続を行うこと
- 六 特別調査会が報告者を務める評定官及び長官に関する事項を除き、人事に関する事項についての委員会又は総会において報告者として行動すること

第 61 条（内部体制に関する権限）

機関の内部体制に関する事務総長の権限は、以下の通りである。

- 一 送受信文書の登録及び部の間でそれらの送受信文書の配布を管理すること
- 二 部及び作業部会の業務を、常設委員会及び調査委員会並びに総会の業務と調整し、総会に引き継ぐべき事項を収集すること
- 三 長官の権限ではない場合、通信及び文書に署名すること

⁽¹⁸⁾ 後記の第 120 条において「常設の」特別調査会について言及されているが、第 59 条第 9 号の「Ponencia permanente」は、この「常設の」特別調査会を指すと思われる。したがって、本稿は、「Ponencia permanente」に「常設〔特別〕調査会」の訳を充てる

四 組織法律第 26 条及び第 27 条並びに本組織規則第 135 条及び第 136 条が長官及び常設委員会に付与する権限を妨げることなく、予算案を作成すること

五 法律学説の精緻化を図ること

六 国務院の本部がある建物並びにその動産及び備品を統制管理すること

七 公文書室及び図書室の役務を監督すること

八 本組織規則第 120 条〔第 121 条第 1 節〕第 1 号から第 4 号⁽¹⁹⁾に規定される特別調査会の一員となること

第 62 条（事務局の法律顧問）

長官及び事務総長の直属の下に、その職務を補佐するために特別に任務を付与された法律顧問を置く。

第 63 条（〔事務局の法律顧問の〕職務）

事務局の法律顧問は、事務総長が委託する業務、特に事務総長が報告者である事案における意見草案を事務総長の指示の下に起草する業務を遂行する。

第 3 款 上級法律顧問及び法律顧問について

第 64 条（職務）

国務院の法律顧問は、意見草案の調査、準備及び作成に責任を負い、調査委員会の報告書の起草に参加する。

第 65 条（職務離脱）

1 すべての上級法律顧問及び法律顧問は、国務院の 1 つ又は複数の部に所属する。すべての上級法律顧問及び法律顧問は、同様に、調査委員会及び設置される作業部会の 1 つ又は複数に補佐する。

2 職務離脱及び補佐は、事務総長の提案に基づき、常設委員会及び場合に依りて調査委員会の意見を聞いた後、長官により決定される。

第 66 条（上級法律顧問の職務）

1 各部に 1 名の上級法律顧問を置き、以下の職務を有する。

一 例外的な場合に、部長たる評定官が上級法律顧問にその処理を委任する権限を有することを妨げることなく、部の案件の配分を担当し、部の法律顧問の間で厳密な入院順序により案件を交替転換させること

二 部の会合の議事録を作成し、提出された意見において合意した結論を記録し、関連する議事録帳を保管すること

三 文書を担当する法律顧問の意見が却下された場合に意見草案を作成し、このために、上級法律顧問は評定官の指示に従う

四 常設委員会が、諮問の数量又はその他のやむを得ない事情により、1 つ又は複数の部について必要と認めた場合、付託すべき意見を調査し、準備すること

五 適切な書式を使用し、部により採用された意見に、評定官の決定を押印し、その頭文字を入れること

六 自身が適切と判断する部の会合及び常設委員会の会合において、当該部に関連する事項について発言すること

⁽¹⁹⁾ 国務院組織規則第 120 条には第 1 号から第 4 号は存在せず、第 121 条第 1 節の第 1 号から第 4 号を指すものと思われる。

七 国務院の総会、常設委員会又は長官から付与された特別任務を遂行すること

八 本組織規則第7条第6節に従い、諮問を行う機関により採択された決議と国務院により採択された意見の相違について、口頭及び書面により報告すること

九 法律学説が含まれているかどうか示すために、部から出された意見にスタンプを押すこと

一〇 毎年1月に事務総長に対し、部の活動、及び、提出された意見草案から生じうる所見及び提案を記載した、部の年次報告書を提出すること

2 上級法律顧問は、作業部会の一部を構成し、報告書の準備及び調整を目的として、部長が委託した職務を遂行することができる。

3 調査委員会を補佐する上級法律顧問は、毎年、その活動に関する記録、及び、実施された作業から生じた所見及び提案を、事務総長に提出する。

第67条（代理）

上級法律顧問の役職は、所属する部の最古参の法律顧問により代理される。

第68条（法律顧問の一般的職務）

法律顧問は、以下の職務を有する。

一 処理すべき案件を研究し、準備すること

二 その調査に付された案件について部で報告し、起草された報告書を読み上げ、及び、部長たる評定官の許可を得て、また、自身が適切と判断する場合又はそれを行うことが要請された場合に発言すること

三 常設委員会及び総会に出席し、長官の事前の承認を得て、あらゆる評定官の要請に基づいて、その会合で発言すること

四 作業部会に参加し、自身に付与された業務を行うこと

第69条（昇格）

上級法律顧問への昇格は、法律顧問の中から、法律顧問の専門集団における年功序列の厳密な順序により行われる。

第70条（法律顧問の委託）

1 国務院長官は、内閣の要請により、特別な任務を遂行し、及び、その問題が調査委員会の構成に適切である場合に限り、特別な関連性又は公益性のある問題に関する調査委員会に参加する国務院法律顧問を個別に任命することができる。

2 前節の場合において、対外的な職務のために、任命された者の国務院内での活動が縮小される場合、その任命は認証することができない。委託を受けた国務院法律顧問の数は、国務院の組織職員の数の10分の1を超えることはできない。

3 このような任務及び委託における遂行は、国務院の責任に帰属しない。

第71条（法制度）

国務院法律顧問の法制度は、組織法律及び本規則に定められた例外を除き、国家文民行政の公務員の一般的な法制度によるものとする。

第5節 国務院の他の職務及び役務について

第1款 行政職務及び附随職務について

第 72 条～第 80 条 [略]

第 2 款 公文書室及び図書室について

第 81 条～第 86 条 [略]

第 3 款 従属機能について

第 87 条～第 90 条 [略]

第 6 節 共通規定

第 91 条 (紋章)

国務院の紋章は、スペインの盾に加え、行政の「目」であり、標語「Praevidet Providet」及び王冠があしらわれる。

第 92 条 (ガウン)

長官、常任評定官、事務総長及び法律顧問は、会合において、及び、長官が決定した場合、伝統的なガウンを着用する

第 93 条 (記章)

1 国務院構成員の記章は、以下の通りとする。

一 長官については、金のメダル及び盾の付いたネックレス

二 常任評定官については、金のメダル及びバッジ

三 法上評定官及び選出評定官については、金のメダル

四 事務総長については、銀のメダル及びバッジ

五 上級法律顧問については、銀のバッジ

六 法律顧問については、銀メッキのボタン

2 メダル、バッジ及びボタンには、国務院の紋章を付けるものとする。

第 94 条 (身分証明書)

国務院のすべての構成員及び職員には、身分及び雇用を証明する身分証明書が支給される。

第 2 章 運 営

第 1 節 総会について

第 95 条 (会合の招集)

1 総会の会合は、緊急の場合を除き、長官が必要と判断するとき、8 日前までに長官により招集され、また、長官の名で事務総長により議題とともに招集される。

2 国務院長官は、同期間内に、招集を内閣総理大臣及びその他の内閣構成員に通知しなければならない。

第 96 条 (席次)

1 総会の会合における席次は以下の順序による。すなわち、議長席の長として、国務院長官議長又はその代理の者。議長の両脇に、部の順序により常任評定官。次に、右側に、組織法律に記載されている順序により、元内閣総理大臣を始めとする法上評定官、左側に、年功序列により、選出評定官。

2 在任中の大臣は、国務院総会の会合に出席する場合、それぞれの省の序列に従い、国務院長官長の右隣及び左隣に着席し、常任評定官はその〔大臣の〕隣に着席する。国王又は内閣総理大臣が出席する場合、国務院長官は議長を務める

者〔すなわち、国王又は内閣総理大臣〕の右隣に着席する。

3 側席には、法上評定官及び選出評定官の後方に、出席している上級法律顧問及び法律顧問を配置し、部屋の中央には、議長席に向かい、事務総長と、その右側に報告する部の上級法律顧問、その左側に報告者たる法律顧問を配置する。

第97条（公開の会合）

年次報告書が提出される会合、及び、内閣構成員の内閣総理大臣の就任の際又はある出来事を記念して内閣総理大臣がそのように宣言する会合は、前回の会合の議事録を読み上げた後、その会合が諮問に付された文書を審議しない限りにおいて、公開される。

第98条（定足数）

内閣総会及び常設委員会の審議決定並びに議決には、長官又は長官代理、構成員である評定官の少なくとも半数、及び事務総長又はその代理の出席が必要である。

第99条（表決数）

1 議決は、総会が単純多数決で採択する内閣により委託された立法案又は憲法改正案の場合を除いて、出席者の絶対多数決で採択される。可否同数の場合、議長の投票が優先される。

2 総会での投票は、常任評定官に関して左から右へ、席次の逆の順序により行うものとし、長官は最後に投票する。

第100条（準備）

1 常設委員会で承認されるべき事案の発送の準備は、〔その案件を所管する〕部により行われ、調査委員会で承認されるべき事案の発送の準備は、作業部会により行われる。

2 常設委員会又は調査委員会は、それぞれの権限に従い、内閣総会の審議が要請されるすべての事案において報告者を務める。

第101条（発送形式）

1 総会の会合を開場した後、前回の総会の会合の議事録が読み上げられ、承認又は訂正が求められ、また、評定官は、発言をし、この議事録に関する提案について投票を求めることができる。

2 事務総長は、その後、出席免除、総会に関連する立法規定及び総会に付託された事案に関する決定について説明する。

3

① その後、議題の項目が処理される。長官又は長官から委任を受けた評定官が、調査委員会により起草された草案を提示する。報告が常設委員会の責任である場合、報告は、所管の部の部長たる評定官又は場合によっては特別調査会を主宰した評定官によって行われる。当該評定官は、自身が適切と考える説明を付け加えることができる。

② 報告者たる上級法律顧問又は法律顧問は、自らのイニシアティブにより又は長官若しくはいずれかの評定官の要請により、諮問された事案について明確にし、又は、説明することができる。

4 意見草案は、少なくとも8日前に書面により回付されなければならない。一般規定草案の場合、諮問に付された規範的テキストの謄本を添付しなければならない。

5 調査委員会により作成された草案は、少なくとも20日前に文書により回付されなければならない。また、当該草案には、調査委員会が必要と判断する追加文書を添付しなければならない。

第102条（審議決定）

1 評定官が発言を要求した場合、意見の討議は発言を要求した順序により開始され、行われるものとする。

2 いかなる評定官も、長官から明示的に権限を与えられた場合を除き、1回を超えて賛成又は、反対の意見を述べることはできないが、ただし、報告者は、反対者に反論し、又は、申し立てられた事実を明確にするために自身が必要であると判断する限り、何度でも発言することができる。同様に、事務総長は、事実誤認を訂正し又は法的引用を提供するために、あるいは、関連する規則上の規律を想起するために、必要に応じて何度でも関与することが許され、他の評定官もまた、自分に誤って付与してしまった概念又は事実を訂正することが許される。

第103条（修正）

1 意見草案の結論に影響を与える修正又は追加の文言は、問題となっている点に関する討議が終了する前に、明確に承認されなければならない。修正又は追加が背景又は理由に影響する場合、そのことは承知されたものとみなされ、意見を準備した部又は特別調査会が当該意見を修正する責任を負う。修正を提出した評定官は、その修正を弁明し、また、長官は、その修正が承認されるか否かについて討議を開始し、全会一致が得られない場合は、その修正は採決に付される。

2 研究の場合、所見及び提案を述べることができる。報告又は年次報告書の場合、さらに、その内容に修正を行うことができ、結論が含まれている場合には、対応する用語における前節の準則が適用される。

3 各立法案又は憲法改正案は、最初に一般討論を行い、その後、長官が期限を定め、その期限内に評定官が具体的な修正を書面により提出できる。調査委員会が修正を分析した後、調査委員会はその見解を書面により提示し、最終報告書が総会に提出され、その討議及び決定が行われる。

4 調査委員会は、自身が適切と判断する場合、2つ又は複数の選択肢を含む提案を総会に提出することができる。総会で承認されなかった選択肢は、本組織規則第107条に従って各評定官が個別投票を行う権利を妨げることなく、少なくとも7票を獲得した場合、多数提案に加えられる。

第104条（投票）

1 修正が存在する場合には修正に関する討議及び合意が行われた後、提出された草案は投票に付され、修正による変更が承認される。いかなる評定官も発言を求めなかった場合、そのまま直接、投票が行われる。

2 投票に際しての棄権は、法的に禁止されている場合を除き、認められない。

第105条（否決された草案）

1 総会で否決された意見案は、出席した構成員の半数以上が同意した場合、再検討のために常設委員会に差し戻される。出席した構成員の半数以上が同意しなかった場合、長官は、意見を作成し、総会の新たな会合にその意見を提出する特別調査会を任命する。

2 総会で否決された調査、報告又は年次報告書の草案は、再検討のために調査委員会に差し戻される。立法案又は憲法改正案については、本組織規則第 103 条の規定が適用される。

第 106 条（議題となる事案）

いかなる評定官も、意見が次回の会合まで議題となることを要請することができる。しかし、その案件が緊急のものである場合又は 2 回の会合にわたって議題となった場合、長官は、新たな要請を拒否し、その案件が討議され処理されることを命じることができる。

第 107 条（個別投票）

1 いかなる評定官も、多数の決定に対して個別投票を提出し、又は個別投票を公表することができるが、ただし、その会合が閉会される前であれば、10 日を超えない期間内に、書面により國務院長官に個別投票を提出する。反対票を投じた評定官は、会合終了前にその権利を留保している場合に限り、個別投票を支持し、又は、自らの票を起草することができる。

2 立法案又は憲法改正案の場合、個別投票の提出期限は 20 日とする。

3 例外的に、長官は、非常に長期に及ぶ事案については期間の延長を認め、また、緊急の事案についてはより短い期限を設定することができる。

第 108 条（決定の回付）

総会の決定は、長官及び事務総長が署名し、余白に出席した評定官の氏名を示し、全会一致により若しくは多数決により採択されたのか、又は、可否同数の場合に長官の投票により採択されたのかを記載し、1 つ又は複数の個別投票がある場合、必要に応じて、少なくとも 7 票を獲得した代替案を添えて、諮問を行う機関に回付される。

第 109 条（〔公文書としての〕保存）

様々な意見、調査、報告、年次報告書、立法案又は憲法改正案、修正、個別投票及び代替案の議事録、合意の通知、並びに、必要に応じて本組織規則第 7 条第 6 節に言及される上級法律顧問の報告は、最終文書の謄本とともに〔公文書として〕保存される。

第 110 条（議事録）

会合の議事録には、最終決定に先立つ審議決定が簡潔に記載される。

第 111 条（出席）

総会の会合には、すべての上級法律顧問及び法律顧問が出席しなければならない。

第 2 節 常設委員会及び調査委員会について

第 112 条（常設委員会について）

1 常設委員会は、定期的に、及び、長官の招集があればいつでも、その権限

内にある事項を処理するために、又は、総会の権限内にある事項の発送を準備するために、会合を開く。

2 本組織規則第 95 条及びそれ以下における総会に関する規定は、以下の例外を除き、常設委員会の会合に適用する。

一 部は、常設委員会が扱うべきすべての事項の報告者となる。

二 意見草案は、事案が緊急である場合又は長官が議題を考慮して常任評定官が意見草案を検討するのに十分な時間があると判断する場合を除き、少なくとも 72 時間前に回付される。

三 報告者たる部は、不採択となった意見について、新たに再作成するが、ただし、意見を作成すべき評定官がその任務を引き受けない場合は、その任務は、常設委員会の意見を聞いた後、長官により任命される特別調査会に引き継がれる。

第 113 条 (調査委員会について)

1 調査委員会は、長官の招集があればいつでも、その権限内にある事項を処理するために、又は、総会の権限内にある事項の発送を準備するために、会合を開く。

2 本組織規則第 95 条及びそれ以下における総会に関する規定は、以下の例外を除き、調査委員会の会合に適用する。

一 作業部会長は、調査委員会が扱うべきすべての事項の報告者となる。

二 調査、報告又は年次報告書及び立法案又は憲法改正案は、事案が緊急である場合又は長官がその内容を考慮してより短い期間で十分であると判断する場合を除き、少なくとも 20 日前に回付される。

三 作業部会は、自身が適切と判断する場合、複数の選択肢を含む提案を調査委員会に提出する。

第 3 節 部及び作業部会について

第 114 条 (会合)

国务院の部は、意見草案が常設委員会の会合の 72 時間前までに事務総長に提出できるように、必要な頻度によりかつ十分な時間により、会合を開く。

第 115 条 (案件の配分)

1 案件は、常設委員会の提案に基づいて、国务院長官の命令により決定される方式において、案件が生じた省庁を考慮して又はその案件の性質に応じて、各部に配分される。

2 一般規定草案が 2 つ又は複数の部の重要な権限に影響する場合、諮問が緊急のものでない限り、付託命令に従って所管する部により起草される意見を妨げることなく、常設委員会は、特別調査会を設置することに合意しない限り、他の部の法律顧問を意見の起草に参加させることができる。

第 116 条 (配分順序)

1 各部で受理された文書は、上級法律顧問によって、部の法律顧問の間で、当該法律顧問の年功序列の厳密な順序により、及び、部の登録簿の文書受理の厳密な順序により配分され、この登録簿は、国务院の一般登録簿に完全に対応する。

2 案件の性質上、独立した交替順序により行うことが適切である場合、部の

評定官は、上級法律顧問の提案に基づいて、そのように決定することができ、また、事務総局はこれを通知される。

3 案件を担当する法律顧問で、その職務との不適合性を判断する者は、部の評定官に相談しなければならない。部の評定官が主張された不適合性の理由を見いだせない場合、その法律顧問はその文書を処理しなければならない。不適合性を判断する場合、その文書は、直ちに後任の法律顧問から順番に送付され、一方、前任の法律顧問は、代理の法律顧問に引き継がれるはずだった文書を送付する。

4 部のすべての法律顧問が不適合である場合、案件は上級法律顧問により処理され、また、上級法律顧問も同様に不適合である場合、案件はその案件のために部に割り当てられた法律顧問により処理される。

第 117 条 (招集)

会合は、部長たる評定官により招集され、及び、部長たる評定官の名で、部の上級法律顧問により招集される。

第 118 条 ([案件の] 処理)

1 部の会合においては、前回の議事録の審査及び必要であれば承認により開始され、その後、上級法律顧問が、部に送付された若しくは部に影響を与えるあらゆる通知又は規定について、及び、懸案事項の状況について、説明を行う。その後、報告書発送のために準備された案件は、緊急の場合を除き、報告者の年功序列の順に考慮され、報告者が草案を読み上げる。その後、発送のために準備された案件は、緊急の場合を除き、報告者たる法律顧問の年功序列の順序により、報告者がその草案を読み上げる。

2 各出席者は、回数の制限なく、所見及び異議を述べ、又は、説明を求めることができ、報告者は、必要に応じて何度でも返答することができる。評定官は、議題となった文書をそのままにするか、その検討からその文書を撤回するか、修正の有無にかかわらずその意見を承認するか、又は、その意見を否決するかを決定し、この場合、本組織規則第 33 条第 2 節第 2 号及び第 66 条第 1 節第 3 号の規定に従って手続を進めるものとし、これらの状況及び会合出席者の氏名は、対応する議事録に記載される。

3 評定官は、同様に、國務院長官を通じて又は常設委員会に提案を付託することによって、より良い情報提供のために情報の送付又は文書の増加を要請することを決定することができ、また、この場合、報告者たる法律顧問は、問題の本質に立ち入ることなく、このような要請がなされた理由を説明することにとどめることができる。

4 評定官は、同様に、技術的能力者からの口頭又は書面による報告を求めるか否かについて提案し、及び、該当する場合には利害関係者の意見聴取を提案するか否かについて提案することができる。

第 119 条 (作業部会について)

1 調査委員会は、長官の提案に基づいて、以下の目的のために作業部会を設置することに同意する。

- 一 内閣が國務院に委託する立法案又は憲法改正案を起草すること

二 内閣が要請し又は国務院長官が調査委員会に委託する調査、報告又は年次報告書を実施すること

2 作業部会は、国務院長官により、又は、調査委員会の意見を聴いた後で長官により指名された調査委員会の構成員たる評定官により、指揮される。

3

① 作業部会の組織及び運営並びに構成員の参加は、国務院組織法律及び本組織規則の規定により規律される。

② 各作業部会を設置する合意においては、その目的及びその作業部に委託された任務の起草のために当初想定される期間が決定される。国務院長官は、自らのイニシアティブにより、又は、作業部会を主宰する評定官の提案に基づいて、人的及び物的資源の配分について合意する。

4 作業部会には、作業部に委託された任務を考慮して必要とみなされる国務院法律顧問が参加する。

5 業務の性質上要請される場合で、業務の質及び準備を理由として必要と判断されるときには、公行政の他の専門集団の公務員又は公行政の外部者による当該業務に限定した一時的参加を懇請することができる。この目的のため、公務員法及び契約法に規定された書式を、適切に、かつ、国務院長官の意見に基づいて、使用することができる。

6 作業部会の構成員は、本規則第 19 条第 15 号の規定に従って、国務院長官により定められる手当、賞与及び生産性賞与を受け取ることができる。

7 国務院長官は、調査委員会の同意を得て、政治・憲法研究センターに、内閣が国務院に委託する調査、報告又は年次報告書及び草案の作成を実施するための特定の任務の実行を、前記第 5 節に従って要請されることができ人物の参加を妨げることなく、委託することができる。

8 案件の性質上要請される場合、国務院長官は、調査委員会の意見を聴いた後、内閣により委託された調査、報告又は年次報告書の実施のために、要請された役務を生じさせた省庁の部局にその旨を通知して、他の自律的又は統一的機関及び行政機関の協力を直接懇請することができる。これらの省庁の部局は、要請が完了するよう必要な措置を講じる。

第 4 節 特別調査会について

第 120 条 (特別調査会)

1 国務院長官は、常設委員会の意見を聴いた後、常設の又は都度の特別調査会を設置することができる。いずれの場合においても、長官は、自身がその主宰を確保できない場合に特別調査会を主宰する評定官、並びに、特別調査会の一部を構成する評定官、上級法律顧問及び法律顧問を指名する。

2 少なくとも、常設の法律学説調査会、図書室調査会、年次報告書調査会並びに予算及び経済管理調査会を設置する。

第 121 条 (都度の特別調査会)

1 以下の事項については、特別調査会を設置することができる。

一 本組織規則第 49 条で言及される競争試験のプログラムの作成

二 評定官及び長官の個人的事項に関する諮問の審査

三 本組織規則第105条第1節、第112条第2節及び第118条に従い、部又は常設委員会の意見草案が否決された場合の検討事項の調査及び準備

四 付託命令に署名する諮問を行う機関がいかなるものであるかにかかわらず、複数の省庁の部局が報告し、したがって2つ又は複数の部の権限内の一般規定草案

五 内閣若しくは自治州、総会又は常設委員会に付託することに合意した動議の調査及び準備

2 特別調査会を主宰する常任評定官は、特別調査会の提案を事務総局に提出する。

第122条（運営）

特別調査会は、各部について定められた準則に従い、及び、必要に応じて、国務院長官又は調査会の長がそれぞれの具体的なケースについて指定することができる条件及び期限の下で、運営される。

第5節 国務院への諮問について

第123条（諮問の付託）

1 国務院への諮問は、それぞれの諮問を行う機関により同意され、諮問を行う機関はまた、付託命令に署名する。

2 諮問には、登録簿抄本及び必要書類のほかに、番号の付された書類索引を添付しなければならない。

3 同様に、付託が総会又は常設委員会に行われるのかを明確に示さなければならないが、ただし、付託先が明確に示されていない場合に、国務院に権限を帰属させる法律が国務院総会に付託することを明示的に定めていないときは、付託が常設委員会に対するものと理解されることを妨げるものではない。

4 報告が立法案又は命令案に関するものである場合、諮問を行う機関は立法案又は命令案の公認謄本2部を添付し、そのうちの1部は国務院の公文書室で保存される。

5 調査、報告、年次報告書及び立法案又は憲法改正案に関する諮問は、閣議により承認される。国務院への合意の付託は、内閣総理大臣により署名される。この付託には、調査、報告及び年次報告書に関して、付託が総会又は常設委員会に行われるのかを示し、付託先が明示的に示されていない場合は、付託が常設委員会に対するものと理解されるものとする。立法案又は憲法改正案の起草を委任する命令は、常に総会に提出されるものとし、内閣により定められた目的、基準及び制限を含むものとする。

第124条（返付）

国務院は、前条に定める要件を満たさない諮問については、諮問を発議した機関に差し戻すものとする。

第125条（意見聴取）

1 諮問に付された事項の直接の利害関係者は、国務院で意見聴取を受けることができる。意見聴取は、利害関係者の要請により又は長官のイニシアティブに

より、長官によって合意される。意見聴取は、自治州が諮問に直接関心を持ち、その旨を表明したすべての場合に認められる。

2 長官は、意見聴取の期限を定め、意見聴取は、いかなる場合にも、行政手続法に従い、文書が国務院の席で閲覧された後に認められるが、ただし、諮問が緊急を要する場合、長官は、所管する部の意見を聴いた後、適切と判断する期限を定める。

第126条（報告）

諮問を行う機関を通じて又は直接に、諮問に付された事案に関連する問題において技術的能力を有すると認められる機関又は人物は、書面又は口頭により国務院に報告することが懇請されうる。

第127条（情報）

国務院は、いかなる場合においても、長官を通じて及び総会、常設委員会又は所管する各部の提案に基づいて、諮問を行う機関に対して、国務院の意見を求めるために付託された事案に関連する問題において能力を有すると認められる機関又は人物の意見を含めて必要とみなされる情報、報告及び証拠により文書を完成させることを要請することができる。

第6節 国務院の意見について

第128条（期限）

1 通常の諮問の場合、国務院が意見を述べなければならない期限は、意見聴取を定めている法的規定によって定められた期限とし、そのような法的規定がない場合には2か月とする。

2 意見の緊急性が付託命令に記載されている場合、内閣又は内閣総理大臣がこれより短い期間を定めない限り、意見の提出期限は15日以内とする。

3 設定された期限が10日未満の場合、総会の権限に属する諮問であっても、内閣が後日に総会の意見を求めることを妨げられることなく、その諮問は常設委員会により処理される。

4 前3節に定める期限は、完全な文書ファイルが国務院の登録簿に登録された翌日から起算する。

第129条（意見を付与するための期限の中断）

1 意見を付与する期間は、休日によって中断されない。

2 常設委員会は、国務院の職務の継続性及び職員の年次休暇の権利を調整するために、必要に応じて、通常の文書処理及び〔国務院の〕合議機関の会合の開催を保障する勤務予定表を設定する。

第130条（意見の形式）

1 意見の作成においては、事实的背景、法的考察及び結論又は諸結論が別々に記載されなければならないが、いずれについても、正当な場合には、二者択一又は条件付きの方式により作成することができる。

2 要請された諮問の目的が、国務院が行政措置の新たなありうる形式を提案すること又は一般規定草案につき事前措置なしに作成若しくは改革を行うことである場合、又は、ありうる代替案又は条件が複数ある場合、前節の意見の形式は

必要ないものとし、このような場合には、背景又は結論を示す必要がないものとする。

3 意見に異なる性質の所見及び提案が含まれている場合、意見は可能な限りそれらのうちどの所見及び提案が必要不可欠と見なされるかを定め、それらの所見及び提案が十分に考慮された場合、表明されるべき議決は国務院と合意してという表現を用いることができる。

4 国務院が職員に対する警告、懲戒処分の是正又は過失を理由とする責任手続の必要があると判断した場合、意見の本文とは別に、「同意した」と記録するものとし、これは公表されないものとし、議決は、国務院と合意して又は国務院の意見聴取を経て「及び合意して」行われるものとし、その後、対応する手続が行われるものとする。

5 管轄権に関する裁判的訴訟及び管轄権に関する問題の場合、意見は明示的に決定草案の形式をとり、主文及び判決理由が付される。

6 立法規定、編集又は改編及び規則のあらゆる草案についての報告において、国務院は、国務院の意見として採択されるべきテキストの全文を含む新たなテキストをその報告に添付することができる。

第131条（動議）

国務院がその権限を行使して内閣に対して提起する動議提案は、常設委員会又は総会の同意によって、その構成員の提案に基づいて開始することができ、その取扱いは、本組織規則第95条及びそれ以下に定める準則に従うものとする。

第132条（法律学説）

1 国務院は、諮問の出所及び性質について具体的な詳細を示すことなく、意見において記載された法律学説集を公表する。

2 国務院は、前節に定める要件に従い、その意見の公開データベースを構築する。長官は、事務総長の提案に基づいて、当該データベースに意見を含めるための基準を定める。

3 国務院は、その作成した研究、報告又は年次報告書を公表することができる。

第7節 調査、報告、年次報告書並びに立法案及び憲法改正案について

第133条（期限）

調査、報告及び年次報告書並びに立法案及び憲法改正案の作成期限は、諮問を行う機関又は国務院長官により定められる。そのような定めがない場合、期限は1年とする。これらの期限は、諮問の登録の翌日から起算する。例外的に、事案の複雑性のために、設定された期限では不十分である可能性が高い場合、長官は諮問を行う機関に対し、より長い期限を設定するよう要請する。

第134条（準備及び作成）

1 本第7節で言及されている作業の準備においては、特に、比較法の経験、事案に関する学説研究、立法の先例、判例法及び憲法学説を考慮に入れることができる。

2 立法案及び憲法改正案は、完全な規範的テキストとして作成されるものと

し、複数の選択肢を含む提案は調査委員会又は総会に付託することができる。国務院は、内閣によって決定された目的、基準及び制限に関する所見を提案に添付することができる。

第8節 国務院の予算について

第135条～第136条 〔略〕

第3編 権 限

第137条 (総会の権限)

国務院総会は、組織法律第21条及び第23条第2節に列挙された事項、並びに、常設委員会又は調査委員会の権限に属するもののうち、内閣総理大臣から要請された事項又は国務院長官が総会に提出することに同意した事項について、諮問されなければならない。

第138条 (常設委員会及び調査委員会の権限)

1 国務院の常設委員会は、組織法律第22条に列挙された事項、及び、組織法律第19条第2節の要件に従い、諮問のために定められた期間が10日未満である場合には第21条に列挙された事項について、諮問されなければならない。

2 調査委員会は、同委員会の意見を聴いた後、内閣から委託され又は国務院長官が同意した調査、報告又は年次報告書の実施を命じ、指示し及び監督し、また、内閣が国務院に委託する立法案又は憲法改正案を作成し、総会に提出する。

第139条 (各部の業務)

各部は、国務院の機関としての業務において、自身に付託された文書をその構成員間で配分する権限、国務院長官を通じて、自身が必要と判断すると思われる情報、報告及び証拠の補足を要請する権限、関係事項について技術的能力を有すると認められる機関若しくは人物を書面又は口頭により招請して報告させる権限、意見草案を討議し、承認する権限、国務院の動議を提案する権限、並びに、国務院長官、常設委員会又は総会から委託された年次活動報告書を起草し、調査を実施する権限を有する。

第140条 (国務院の意見聴取が規定されている案件のリスト)

国務院は、総会であれ常設委員会であれ、定期的に「官報」に国務院の意見聴取を規定する条項のリストを掲載する。

第141条 (任意的諮問)

国務院は、総会であれ常設委員会であれ、諮問が義務付けられていなくても、内閣総理大臣又は各大臣が適切と判断する事項については、諮問を受けることができる。

第142条 (自治州による諮問)

1 自治州は、その長を通じて、国務院の特別の権限又は経験を理由として自治州自身が適切と判断する事項について、総会又は常設委員会における国務院の意見を要請することができる。

2 独自の立法機関を有しない自治州について、国家について国務院に関する組織法律により定められる場合と同じ場合においては、自治州が〔立法機関の権

限と] 一致する権限を付与されたときは、国務院の意見は義務的である。

第 143 条 (動議)

1 国務院は、総会又は常設委員会において、その職務の実践及び経験から示唆されるいかなる問題についても、国務院が適切と判断する提案を内閣に提出することができる。

2 この目的のため、総会又は常設委員会が適切と判断する場合、長官は、総会又は常設委員会の承認に向けた対応案を検討し、準備する責任を負う特別調査会を設置する。

第 144 条 (年次報告書)

1 国務院総会は、毎年内閣に年次報告書を提出し、この報告書には、前期間における国務院の活動を説明する際に、諮問された事項から生じる公役務の機能に関する見解及び行政の最高の運営のために採用すべき一般規定及び措置に関する提案を含めるものとする。

2 この報告書は、毎年第 1 四半期に開催される公式会合の際に、総会の承認に付される。この目的のため、その準備のための特別調査会が設置されるものとし、この特別調査会には必ず、法律学説室、予算及び経済管理室、図書室の常任評定官並びに事務総長が含まれるものとする。

廃止規定

本組織規則の発効により、1945 年 4 月 13 日組織規則及びこれと矛盾するその他のすべての規定は廃止される。

経過規定

本組織規則第 84 条にいう法律が制定されるまでは、公文書室は国務院の職員のみが利用できる。例外的に、長官は、常設委員会の意見を聴いた後、科学的解決能力を有する国務院外の有資格者が公文書室で調査又は研究を行うことを許可することができる。

[付記]

* 本稿は、令和 3～5 年度科学研究費 (基盤研究 (C)) 「国内及び欧州の諸機関による国内法秩序形成に関する比較実証研究」の研究成果の一部である。

東北ローレビューVol.12 (2024, March)

2024年3月31日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

© 2024 国立大学法人東北大学大学院法学研究科