

# 桃山法学

第 42 号

馬場巖教授退任記念号



2025年3月

桃山学院大学総合研究所



馬場巖教授 近影



## 目 次

献呈の辞……………江 藤 隆 之

### 論 文

子どもの治療決定と親権

——民法改正を契機として……………永 水 裕 子…… 1

保安処分について議論すべきである……………江 藤 隆 之…… 31

会計帳簿等の閲覧権に関する比較研究……………大 川 濟 植…… 51

フランス公教育における「共和国の価値」

共有化の原則と制服導入論……………橋 本 一 雄…… 113

外国判決の執行力「承認」の沿革的基盤？

——ドイツにおける執行判決訴訟制度の生成と展開——

……………本 間 学…… 147

### 研究ノート

教育学部における公害判決学習

——将来の法教育への架け橋として——……………佐 藤 雄 一 郎…… 175

馬場巖教授略歴…………… 193

馬場巖教授主要業績目録…………… 195



# 献呈の辞

馬場巖教授が、2025（令和7）年3月をもって定年によりご退職されることになりました。どんなときも笑顔で大学・学部を明るい雰囲気にしてくださっていた馬場先生のご退職には、おめでたい気持ちとともに寂しさを感じます。その寂しさを振り切って、先生の新たな門出をお祝いするため、ここに先生の退職記念号を刊行し、謹んで献呈いたします。

馬場巖先生は、京都の洛南高等学校を卒業後、1977年に大東文化大学法学部に入學されました。その後、同法学部を卒業し、同大学大学院法学研究科修士課程に入學され、同課程を修了されました。この間に、先生は知的財産法の分野に出会い、知的財産分野での研究を開始されます。

大学院在学中から東京法経学院の兼任講師になられたのを皮切りに、短期大学や専門学校などで教育経験を積まれます。大学では立正大学法学部の兼任講師を経験された後、1996年に北陸大学法学部の助教授に就任されます。その後、埼玉工業大学助教授を経て、2007年4月に桃山学院大学法学部教授に着任されました。

学内においては、大学評議員、学生生活委員長、入試委員会次長やキャリアセンター次長を務められるなど、大学運営に幅広い領域で貢献されました。

研究面においては、著作権法学会、日本マンガ学会、日本法政学会、日本工業所有権法学会などに所属されたことがあり、知的財産法分野での先駆的なご業績があります。

教育面では、知的財産法のほか、民法の講義もご担当されました。また、お人柄も明るい先生のゼミナールには、知的財産法に関心を持つ学生が集い、アットホームなあたたかい雰囲気の中でご指導をされていたと伺っています。

2015年1月15日に開催された先生の最終講義では、先生が知的財産法

に出会ったきっかけを題材に、学生に対して人生の先輩として適切なアドバイスをされるとともに、穏やかな語り口で著作権法の要点をわかりやすく講義されていたことが印象に残っています。多くの学生や教員が聴講に訪れ、ゼミナール所属の学生から先生に花束が贈呈された際には大きな拍手が上がりました。先生が多くの人から慕われている事実を再確認いたしました。

以上のように、馬場先生は、桃山学院大学法学部において、運営、研究、業務の各方面から学生や同僚に対して良い影響を与えてくださっていました。そのような先生の退職は冒頭に記したように一抹の寂しさを伴います。

とはいえ、定年でのご退職は何よりもおめでたいことであり、また先生の新たな門出でもあります。桃山学院大学法学会員一同、先生のご退職を心よりお祝い申し上げ、本記念号を献呈いたします。

馬場先生、今までありがとうございました。今後益々のご活躍をお祈りいたします。

2025年1月16日

桃山学院大学 法学部長  
法学会会長

江 藤 隆 之

# 子どもの治療決定と親権

—民法改正を契機として

永 水 裕 子

- 一. はじめに
- 二. 親権者に子どもの治療行為への同意権がある理由とその限界
- 三. 医療同意権は親権者のどのような権限に基づくか
- 四. 親の同意権の共同行使は常に必要か
- 五. 親の同意は必須かという問題提起
- 六. 緊急事態における対応の整理
- 七. おわりに—今後の課題

キーワード：共同親権，医療ネグレクト，医療同意，子ども，民法改正

## 一. はじめに

令和6年5月17日に、離婚後の共同親権制度を導入する民法改正が行われ（同月24日公布）、公布後2年以内に施行される予定である。この改正により、今まで曖昧にされてきた親権行使の方法についての明文が付け加わり、ある程度「どのような場合に両方の親権者の同意を得るべきか」に関する指針が示されるようになったが、それでもまだ不明な点は残っている。そこで、本稿においては、今回の民法改正を契機として、同意能力のない子どもの治療と親権との関係について改めて分析を行っていく<sup>(1)</sup>。

本稿は、まず、親権者に子どもの治療行為への同意権（以下、「医療同意権」とする。）がある理由とその限界について述べた上で、医療同意権は親権者のどのような権限に基づくかに関するこれまでの学説および改正法の立場について検討を行う。次に、親権者の医療同意権の共同行使が常

に必要かについて、例外的事由とは何か、意見が不一致の場合の対応、改正法の整理を行うとともに、今後検討すべきことについて言及する。最後に、親の同意は必須かという問題提起の紹介とそれに対する見解を示すとともに、緊急事態を分類した上でそれぞれへの法的対応について整理を行う。なお、検討範囲が広範になることもあり、本稿では乳幼児などの同意能力のない未成年者に対する医療同意権のみを対象とする<sup>(2)</sup>。

## 二. 親権者に子どもの治療行為への同意権がある理由とその限界

### 1. 親権者に医療同意権がある理由

同意能力のない未成年者の治療に関しては、原則として親権者の同意が必要であると考えられているが、その理由としては、親権者は、未成年者にとって利益となる意思決定をなすことによって当該未成年者の保護を図ることをその職務とする者だからであると説明される<sup>(3)</sup>が、より詳しい説明は、以下の通りである<sup>(4)</sup>。

親がなぜ子の養育者に選ばれるのかという「親権の根拠」について、親権は、「親による養育が、子の利益になることが多いから、とりあえず親が養育者に選択された」とみるべきである、つまり、「親子間に自然の関係が存在するが故の必然的な選択によるもの」ではなく、「法的な、あるいは社会的な職務として法に依って与えられたもの」であり、「子をどのように育てるか、何が子の利益か等々は、多様な価値観をもつそれぞれの親の判断に任せるべき」という説明がなされる<sup>(5)</sup>。同様に、「親権なるものは、親が現存するかぎり、その親は子のためにもっとも適正な配慮をするのが通常だという視点から、法によって親に付与された1つの権限」であり、親権者の地位は第三者に対する権利的な側面（物権的請求権に類似した性格）があると述べる説や、親権が「社会から信託された権利」として義務を中心に構成されるようになっているとはいえ、それでも親権者が自由に行動しうる領域（国家がただちには介入できない領域）が残存しており、「子を親に委ねることが、良い結果をもたらす（ことが多い）と信じ

ている社会なのだろう」という指摘もある<sup>(7)</sup>。なお、憲法学の立場からも、「何が子どもの利益なのかの判断を含め、子どもの個性に応じたさまざまな全人格的ともいえる対応は、価値観・文化を共有し、通常、その個性を熟知し、長くつきあひもする親（またはそれに準じた保護者）がよりよくなしうだろう」という見解がある<sup>(8)</sup>。

このように、親権は「子の利益」のために法によって与えられた権限であるからこそ、親権には限界があり、その濫用に対してはチェックが必要であり、国の介入が発生することになる。親権を制限するにしても、親に子どもを養育する権利があるとした上で、「何を基準にそれを制限するか」について検討する必要があるが<sup>(9)</sup>、その際には、「親権が個々の問題にどのように作用し、その権利性と義務性を顕在させているかを子どもの権利論から考察することが重要」となるだろう<sup>(10)</sup>。民法 821 条に加え、改正法 817 条の 12 においても、親の責務等に関する規定が新設され、父母は「子の心身の健全な発達を図るため、その子の人格を尊重するとともに、その子の年齢及び発達の程度に配慮してその子を養育しなければなら」ないこと（同条 1 項）が明記された<sup>(11)</sup>。

## 2. 親権者の医療同意権とその限界—親権者の権利を制約する制度

上記のように、子の利益につき最も適切に判断しうるのは親権者であると考えられるため、その判断を尊重するが、そこには限界があり、現行法の下では、「子の利益を害するとき」あるいは「子の利益を著しく害するとき」（民法 834 条の 2、834 条）には、親権一時停止制度や親権喪失制度により強制的な国家介入がなされる<sup>(12)</sup>。

子に対する医療同意の場面において、「保護者が児童に必要とされる医療を受けさせないことにより児童の生命・身体に重大な影響があると考えられ、その安全を確保するため医療行為が必要な事例であって、医療機関が医療行為を行うに当たり親権者等による同意を必要とするものの、親権者等の同意が得られないため、医療行為を行うことができない」場合には、以下の通り、親権者の権利を制約し国家が介入することとなる<sup>(13)</sup>。

医療ネグレクトを想定して制定された親権一時停止制度を利用する場合には、「児童相談所長が家庭裁判所に親権停止の審判を請求し、審判の確定により親権が停止した後、未成年後見人又は親権を代行する児童相談所長等が医療行為に同意することにより、医療機関が必要な医療行為を行う」ことができる<sup>(14)</sup>。この場合に、これを本案として、本案の審判の効力が生じるまでの間、親権者の職務執行を停止し、さらに必要に応じて職務代行者を選任する審判前の保全処分を申し立てることができる（家事事件手続法第174条<sup>(15)</sup>）。職務代行者が選任された場合には職務代行者が、職務代行者がない場合には親権を代行する児童相談所長等が医療行為に同意し、医療機関が必要な医療行為を行うことができる<sup>(16)</sup>。

この他にも、子どもの生命・身体の安全確保のために緊急の必要があると認める場合には、親権者等の意思に反しても児童相談所長等による監護措置をとることができる（児童福祉法第33条の2第4項、同法第47条第5項）。従って、「生命・身体に危険が生じている緊急事態であるにもかかわらず親権者等による医療行為への同意を得られない場合（緊急に親権者等の意向を把握できない場合を含む。）には、この規定を根拠として児童相談所長等が医療行為に同意し、医療機関が必要な医療行為を行うことができる<sup>(17)</sup>」。

このように、子の利益に適う治療を親権者が拒否した場合に関する制度は整備されてきていることを考えると、親権が強いため子を守るために他者が何もしないのではなく、国家が適切に制度を使って介入しないことが問題だといえる。「『家』制度が廃止されても、現にわが国では、国家の不介入により家族における弱者が不利な立場におかれている。たとえば、児童虐待時に国家が介入しないことにより、犠牲者となる子を未然に助けることも、適切な措置を講じることもできないままである。……国家の利益とはまさに子の利益を保護することにあるにもかかわらず、不介入という政策のもとでそれを達成できない」と指摘される通りである<sup>(18)</sup>。

ここまで、親権者の医療同意権の根拠とその限界について述べてきたが、医療同意権が親権に含まれるどのような権利義務に由来するののかについて

は明らかでないため、次にこれまでの学説紹介と改正法における整理を示す。

### 三. 医療同意権は親権者のどのような権限に基づくか<sup>(19)</sup>

#### 1. 従前の議論<sup>(20)</sup>

医療同意権の法的性質、すなわちそれが親権者のどのような権限に基づくかに関しては、①親の法定代理人としての地位に基づき、親権者が未成年者の代理人として、未成年者に代わって同意するという説（法定代理権説<sup>(21)</sup>）と②医療同意権の行使は代理行為ではなく、身上監護権を有する者としての独自の権利義務に基づいて行うという説（身上監護権説<sup>(22)</sup>）がある。

法定代理権説は、子の医療契約を締結するのは法定代理人である親権者であり、医療行為への同意権帰属を法定代理権の所在に一致させる方が簡便であることが根拠となるが<sup>(23)</sup>、法定代理権を有する者が本人の「自己決定」を代理できるとするのは、自己決定を代理するという概念矛盾があること、成年後見制度を参照すれば、法定代理権の有無と医療行為への同意権の有無は必ずしも連動させる必要はなく、医療への同意は法律行為の意思表示とは異なるという批判がなされており、現在はほとんどの学説が身上監護権説に立っている。身上監護権説は、実際に子の世話をしている監護者が一番子の利益を守ることができる地位にあることを前提に、医療行為の場面においては、子の生命・健康を保護するために自らの監護権及び監護義務を果たす親固有の権利・義務があると説明する。ただし、問題点として、監護者が医療に同意せず、かつ監護者が親権を有していない場合に、子の監護者は親権者ではないため、子に必要な治療を行うために親権喪失審判や親権停止審判では対応できないことが挙げられる（監護者変更申立（766条2項）の手続が必要だが、調停前置主義により迅速な対応が困難となる可能性がある<sup>(24)</sup>と指摘される）。なお、この点は、監護者の意見を優先する改正法824条の3第2項においても問題となりうる。

ただし、親権を財産管理権（法定代理権）と身上監護権に機械的に分け

ることに対する批判もあり、むしろ親権を機能的に分類し、子の監護教育のために必要とされる機能は何かを考えた上で、それにふさわしい内容を盛ることが必要であるとされる<sup>(26)</sup>。この考え方に基けば、監護者ととも<sup>(27)</sup>に（監護者ではない）親権者も医療同意権を有する余地があるし、逆に、医療契約が法律行為だから財産管理権者の権限のみに属するというのも実際の<sup>(28)</sup>ではないため、監護者も監護に密接な関係をもつ医療契約を行うことができる<sup>(28)</sup>。要するに、離婚後単独親権の場合に監護者指定がなされ、非親権者が身上監護権を有する場合には、子の生命・身体に重大な影響を与える医療のように、未成年者の重要事項について決定する権利が監護者にあるため、その者は子に関する医療契約の締結ができる。また、親権者には身の回りの世話をするという監護権こそないが、財産管理権について子を代理し、子の監護教育についての権利義務をすべて失っているとはいえないのに、子の生命に関わるような重大な決定に参加できないことは疑問である<sup>(29)</sup>ため、子の生命・身体に大きな影響を与える医療同意権をいまだ<sup>(30)</sup>有している<sup>(30)</sup>と考える余地があるのではないか。

この場合には、父母の協力が得られ、かつそれが子の利益に適うならば、離婚後に身上監護権の共同行使を認めるという考え方が導き出される<sup>(31)</sup>が、両者の意見不一致の場合の調整が必要であるという問題点があり、この点については後述するが、改正法は親の権限関係について以下のように整理している。

## 2. 「民法等の一部を改正する法律」（令和6年法律第33号）による整理

これまでのこの議論は改正法（「民法等の一部を改正する法律」（令和6年法律第33号））により整理され、この整理は上記最後に述べた考え方に基づいているように思われる。

まずは、後に詳述する通り、前提として、親権行使の方法について、共同行使が原則であるが、単独行使が許される場合についての規定（改正法824条の2）が設けられており、その規定を頼りに、問題となっている医療行為が一方の親の同意で医療が行える場合に該当するかをある程度判断

できるようになった。

次に、親権の帰属（共同親権か単独親権か）および監護者指定がなされた場合に分けて考えてみる。

第一に、婚姻中の共同親権、離婚後の共同親権、または嫡出でない子の場合に共同親権とした場合には、実際に監護している親は、改正法 824 条の 2 第 1 項第 1～3 号および第 2 項により日常的な医療や緊急の医療について例外的に単独で決定でき、それらの事情に当てはまらない場合には原則に戻り共同で決定することとなる。

第二に、離婚後共同親権、あるいは嫡出でない子の共同親権であるが、監護者の指定がなされた場合（改正法 766 条 1 項、嫡出でない子の共同親権については、改正法 819 条 4 項、その場合の監護者指定は、766 条を準用する 788 条）、両親とも親権を有するが、後述の通り、824 条の 3 第 2 項により、監護者に優先権がある。従って、（監護者以外の）親権者は、その親権に基づき、監護者による監護教育を妨げない範囲で、監護及び教育に関する日常の行為をすることができる<sup>(32)</sup>。

第三に、離婚後単独親権の場合にはどうなるか（なお、嫡出でない子の単独親権の場合にはそもそも以下のことは問題にならない）。単独親権者が親権を有するので、その者が医療に対する決定を行うことになる。では、この場合において非親権者を監護者に指定したときにはどうなるか。改正法は、現行民法にはなかった「監護者が定められた場合の親権者と監護者の権利義務の内容」を明文規定で定めた<sup>(34)</sup>。つまり、改正法 824 条の 3 第 1 項は、監護者は、民法 820 条から 823 条までに規定する事項について、「親権を行う者と同じの権利義務を有」し、「単独で、子の監護及び教育、居所の指定及び変更並びに営業の許可、その許可の取消し及びその制限をすることができる」と規定しており、監護者に身上監護権があるだけでなく、身上監護権を行使するために必要な範囲で親権者と同じの権利義務を有することが明確となった。そして、親権者にも親権すべての権能が残っているものの、その第 2 項において、親権者は、監護者が「子の監護及び教育」等の第 1 項後段の規定による行為をすることを妨げてはならないと規定し

ている。その意味は、(監護者以外の)親権者の行為と監護者の行為が抵触する場合の優先関係を明らかにする趣旨である。そのため、「監護者の定めがされた場合であっても、(監護者以外の)親権者は、その親権に基づき、財産管理権を行使することができ、また(監護者による監護教育を妨げない範囲で)監護及び教育に関する日常の行為をすることができる」<sup>(36)</sup>のである。

上記の通り、改正法の下では、医療のような「子の監護」に関することを含む身上監護に関する事柄については、財産管理権を持たない監護者であっても、子の監護について親権者と同一の権利義務を有することから、子の医療に関する契約および子の医療への同意を単独で行うことができるし、監護者ではない親権者も、子の医療に関する契約および子の医療への同意を単独で行うことができる。ただし、「監護者による監護教育を妨げない範囲」という制約がついており、身上監護に関しては、監護権を持つ者の権限行使を優先している。

ちなみに、上記のような監護者の指定および監護者に優先権があることにより共同親権制度の内実が失われるリスクがあることを見逃すことはできない。このような懸念から、包括的な監護者指定ではなく、離婚の際に監護の分掌(766条1項)を行い、例えば医療について母親が決定するという取り決めをした場合には、母親が子の医療契約も医療に対する同意も単独で行える(824条の3第1項)という形で役割分担をする方が望ましい<sup>(37)</sup>と考えられる。なお、この場合には、他方親権者へ情報提供をせずとも監護者となっている親への説明と同意取得で子への医療提供が可能だが、他方親権者が全く何も知らなかったという状況を作り出すことには躊躇を覚える。説明を受ける権利と同意を与える権利を別々に観念することは可能であり、情報提供自体は親権者の権利に基づきなされるべきではないか。さらに、非親権者が、「親としての地位」<sup>(38)</sup>に基づいて情報提供を受けられると考えるべきかという問題もあるが、親権者が同意するならば情報提供を受けられるとすることも考える。もちろん、情報提供については、医療者ではなく、親同士で行うことが望ましいことは言うまでもないが、同

意権者となっている親が医療者に対してそれを明示的に拒んでいる場合に医療者がどのように対応すべきかという問題は残るとしても、少なくとも、もう一方の親権者に対して情報提供をするよう努力する義務が医療者にもあるのではないか。

#### 四. 親の同意権の共同行使は常に必要か

##### 1. 共同行使の原則とその例外<sup>(39)</sup>

婚姻中の父母は、共同して親権を行使するのが原則であり（民法 818 条 3 項本文）、子の治療に関する説明は双方に対して行われ、同意も双方から得るのが原則である。例外的に単独で親権を行使できる場合として、一方が「親権を行うことができないとき」があるが（民法 818 条 3 項但書）、これには、親権喪失（民法 834 条）や親権停止（834 条の 2）等の法律上の原因と、音信不通、長期不在、行方不明等の事実上の原因によるもの<sup>(40)</sup>が含まれる。この他、日常的な医療については、その時に監護している親に子の健康を保護する権利義務が委ねられていると推定されるため、その者の単独同意で足りるが<sup>(41)</sup>、子の生命・身体に関わる重大な事態等の場合には、子のために熟慮し決定する親の機会確保、および一般的に多角的に検討し判断することが子の最善の利益になることから、共同行使に戻る。ただし、緊急時に親の意見が一致せず、子が必要な治療を適時に受けられないのでは、子の最善の利益に反することとなる。そこで、「子の最善の利益」と父母に平等に親権行使の機会を与えることを理念とする「共同親権の原則」とのバランスから、例外的に、治療の内容が子の最善の利益に明らかに合致し、かつ児童保護法制に則った手続をとる余裕がないような緊急の場合には、単独行使も可能であろう<sup>(42)</sup>。

なお、大津地判令和 4 年 11 月 16 日（LEX/DB 文献番号 25599428）<sup>(44)</sup>で問題となったような父母別居の場合においては、緊急性や必要性、子の利益なども考慮に入れ、個々の事情に応じて判断すべきと考えられている<sup>(45)</sup>。緊急性のある事態については、緊急性の度合いや医療提供の必要性、子の

利益を考慮に入れた上での対応が必要であるが、現行法における対応方法については後述する。

## 2. 意見の不一致に関しては、第一に話し合いで対応<sup>(46)</sup>

日本小児科学会「重篤な疾患を持つ子どもの医療をめぐる話し合いのガイドライン」(2024年改訂)<sup>(47)</sup>に示されるように、個別の事情を考慮に入れた上で、当該子どもにとって最善の治療方針は何かについて家族と多職種が話し合いにより求めていくことが望ましく、場合によっては施設内倫理委員会を利用することで話し合いを促進することができる。ただし、話し合いに関しては、家族や医師以外の医療職から「話し合いといっても、結局医師の意見に左右されてしまう」、「専門家に囲まれた環境」で話し合いできるのか、など様々な批判が寄せられており、「まだまだ権威勾配の強い影響が懸念される中で、話し合いの結果『集団浅慮』に陥ったり、予定調和的な『結論』が強要される事のない」ように医療側は配慮すべきである<sup>(48)</sup>。

## 3. 「民法等の一部を改正する法律」(令和6年法律第33号)

親権行使に関する新規定(824条の2)によれば、親権の共同行使が原則だが、①その一方のみが親権者であるとき(同条1項1号)、②他の一方が親権を行うことができないとき(同2号)、③子の利益のため急迫の事情があるとき<sup>(49)</sup>(同3号)、および④日常的な医療(同条2項)には親権の単独行使が可能であり、医療同意についてもこの場合には一方親権者の同意のみで問題がない。また、父母間に協議が調わない場合であって、⑤子の利益のため必要があると認めた医療について、家庭裁判所が、父又は母の請求により、父母の一方が単独で同意することができる旨を定めた場合にも、その者の同意のみでよい<sup>(50)</sup>(同条3項)。なお、監護者を指定した場合の複雑な権限関係については既に述べた通りである。

この規定に関しては、医療行為との関係において、従来の学説の見解を踏襲したものと理解されている<sup>(51)</sup>。ただし、一般法である民法には限界もあ

り、例えば、医療行為への同意が単独でできる場合として学説において考えられていた「緊急の場合」と改正法の広狭については、今後の検討が必要であるし、<sup>(52)</sup> 日常的な医療の範囲についてもある程度明確に示す必要がある。<sup>(53)</sup> このように医療提供の際の指針の必要性については既に認識がなされており、<sup>(54)</sup> 現在、医療界においてもガイドラインを準備している最中であるが、改正法 817 条の 12 第 2 項において、「父母は、婚姻関係の有無にかかわらず、子に関する権利の行使又は義務の履行に関し、その子の利益のため、互いに人格を尊重し協力しなければならない。」と規定される通り、当事者である両親にも、子の利益のために行動する道徳的義務が課せられていると言える。

## 五. 親の同意は必須かという問題提起

### 1. 米村説による問題提起と若干のコメント<sup>(55)</sup>

患者自身の承諾が訴訟において問題となる場合は、その承諾は治療行為の違法性阻却事由であると同時に、患者の自己決定権の行使であるというのが当然の前提であると考えられる通説に対して、医療行為への同意には、①医的侵襲行為の違法性阻却の要素たる「同意」と②説明義務によって担保される医療的決定としての「同意」（それがなくても医療行為は適法だが慰謝料請求の根拠となる）の二つがあり、①について、患者自身の同意がない場合には、「推定的同意」による正当化を行わざるを得ないとし、その上で、親権者の同意は本人の同意ではないので、「推定的同意を支える一事情」としてのみ考慮されるとし、「医学的な治療の必要性や回復可能性等を考慮して患者本人に十分な医療的利益がある」と判断できるならば、本人の推定的同意があると考えてよく、親の同意が必要なく医師の裁量で治療を実施しうるのでないかとする米村説による問題提起がなされている。<sup>(56)</sup> しかし、患者本人に医療的利益があるか否かを医療者の判断だけに委ねることができるだろうか。医療者が間違えている場合はないのだろうか。事前に利益があると判断したが、事後的に見たらそうでなかった場

合はどうするのか。複雑な事案においては医療者も判断に躊躇するのではないか、というような問題が発生する。この説は、医師には最終決定権があるわけではなく、医師の判断は事後的な司法審査に服するとも述べているが、これが、親権者が不法行為にもとづく損害賠償請求を求めた場合を想定しているのか、あるいは事後的司法審査制度の創設を想定しているのかは不明である。

②に関しては、親権者は、身上監護権に基づき固有の資格において、子の医療決定に対する一定の権利を有するため、医療者には親権者への説明義務があるが、「患者本人の生命・健康を害することが明らかな場合」には、その権利は後退し、「親権者に対する説明や親権者の『同意』なしに医療行為を実施することも可能であり、場合によっては、明示的な治療拒否の決定があっても治療を実施できると解すべき」であると説明されている<sup>(57)</sup>。しかし、その場合(①も含めて)には、前述の通り医療ネグレクトの場合に用意されている親権停止制度等の手続を使って対応すればよく、一私人である医療者が明確な法的根拠なく判断を行い、判断ミス<sup>(58)</sup>のリスクを負うことは回避すべきではないだろうか。以下において、より詳細にこの問題提起に対する私見を述べていく。

## 2. 親権者による医療行為への同意—①②を分ける必要性について

まずは、米村説が医療行為への同意を①②に分けることについては、刑法の議論としてならば、専断的治療であっても子の生命・身体を結果として救えたのであるから違法性が阻却され、かつ「親権侵害」は犯罪ではないので、犯罪にならないとすることには筋が通っているかもしれないが、治療を開始するか(誰の権限でスタートできるのか)という民法における親権法の問題と、結果として子にとって利益のある治療がなされた後に、刑法上(あるいは不法行為上)どのような評価がなされるのか(事後的な評価)というものは局面が異なるため、治療開始の場面で①と②を分ける必要性は特にないのではないかと考える<sup>(60)</sup>。

また、医療者へ与える影響に着目し、米村説の主張する医療同意の区別

論は、医療行為の適法性が問題とされない点を明確にする意味で医師らの萎縮効果を一定程度防げる可能性があるが、医療者が親権者の同意権を侵害した時点で不法行為責任を負う可能性があれば、萎縮は依然として生じるといふ指摘がなされている<sup>(61)</sup>。さらに、医療行為の適法性自体も問題とされるのではないか。つまり、医療同意区別論によっても、事前の治療の利益判断に誤りがあり、推定的同意がなかったと事後的に判断されれば、親の同意を得ず治療を行った医師は不法行為責任を負う可能性がある。これでは、裁判所が事後的に医師の判断を非難し法的責任を負わせることになり<sup>(62)</sup>、かえって医師に対する萎縮効果が発生するのではないか。それよりは、親の同意を得ず治療を行い、子に悪い結果が生じた場合、親権行使機会の侵害だけでなく、それに伴う子の身体への権利侵害につき、親権行使機会の侵害から発生した第二の侵害として子の身体への権利侵害を認め、両者を連続した関連性のあるものとして捉える方がいいのではないか。親権者の同意ではなく、患者本人の自己決定権侵害に関する文脈であるが、「第1次侵害としての自己決定権侵害から展開した後続侵害として生命・身体・健康という権利・法益侵害を認め、第1次侵害と後続侵害を危険性関連でつなぐことにより、後続侵害の結果として生じる逸失利益賠償へと至ることができる」と論じられている通りである<sup>(63)</sup>。これについては、前掲大津地判令和4年11月16日では子にとって医療を受けた結果が良かったことから特に問題とならなかったが<sup>(64)</sup>、両親の承諾なく6歳の子どもに手術を行い、その子が死亡した横浜地判昭和54年2月8日判時941号81頁においては、親権者の承諾なく行われた手術を違法であると評価した上で、右手術の際に発生した医療事故による損害を賠償する責任が医師及び医療機関にあるとしており、両親固有の慰謝料だけでなく、子の逸失利益（の相続）についても認められていることも手掛かりとなる。

3. 未成年者を保護する親権制度—なぜ医師ではなく親権者が決定するのか  
次に、実際にどうなるか分からないが治療行為を行う許可を出すか否か決めざるを得ない状況におかれる者（単純な事案ばかりではなく複雑な利

益衡量を必要とする事案もある。)は、子の最善の利益を真摯に考え、法的権限を与えられている者に限定されなければならない、それは、これまで述べてきた通り、身上監護権を有する親である。子を守るシステムとしての親権制度が現行法に存在する中で、民法がなぜ親権制度を設け、親権者に対してまず子に対する第一の責任を与え、親権者がその責任を果たさない場合に国が責任を負うという仕組みを設けたのかを度外視することはできない。そして、子育てを親権者に任せるという法制度の下では、前述の通り、一定程度は親の価値観を子育てに反映することは想定済みであるが、それにも限界があるため、親権喪失制度や親権停止制度が設けられているのである。

なお、前述したこととも重なるが、未成年者のみに関する議論ではないが、「医師と医師に対抗する患者側に立つ者とが議論を尽くすことによって、医師のみによる決定の場合に起こり得る偏ったものの見方が是正される」という視点も必要なのではないか。<sup>(65)</sup>

#### 4. 基準としての「子の最善の利益」

さらに、子に対する利益があるか否かの判断としては、子を守る親権者の責任という意味からも子の「最善の利益」を基本とし、子の選好があれば、年齢に応じてそれを尊重し、なるべく自己決定に近づけるという努力をすることで、成熟度に応じて成年になるための準備を少しずつ行っているように努めるべきである。「推定的同意」という説明は、判断能力のない未成年者においてはそれが不明であることもあり、フィクションに過ぎない。これが、成年だが途中で判断能力を失った者と判断能力のない未成年者や一度も判断能力を有したことの無い成年との違いであり、後者については、最善の利益は何かということを周りの者が検討していくしかない。そして、未成年者に関しては、民法の制度上、親権者にその義務が課せられている。

## 5. 誰が決定すべきかの問題

ここまで米村説の問題提起に関する私見を述べてきたが、通説・実務と米村説の根本的な違いは、子の利益について誰が評価すべきかに関して、中立・公平な裁判所か、自らも当事者である医療機関かという点にあるのだと考える。つまり、裁判所が事前に判断するのか（親権停止制度等）、あるいは、医療従事者が暫定的な判断を行い、事後的に裁判所がその是非を判断するのかという違いであろう。

また、緊急事態において子への医療が行われないことに対する危惧から、裁判所ではなく医療機関に一定の裁量を与えるべきであるという問題提起がなされたのであるが、<sup>(66)</sup>「医療機関に与える一定の裁量」を医師の判断で即決するという意味ではなく、話し合いの促進や院内倫理委員会の利用による事態の解決促進という意味に捉えても、その目的を達することができるだろう。<sup>(67)</sup>そして、上述の通り、「親権制度」が何のためにあるのかということを考えるならば、医療現場における話し合いにおいて解決しなければ、最終的に「親権停止審判」という手続を始めることが必要となる。さらに、最終的な手段として刑法が構えていることにより、子どもの最善の利益に近い内容の医療が与えられることを確保できるだろう。<sup>(68)</sup>なお、「緊急事態」といっても状況によって法的構成は異なるため、広義の医療ネグレクトの場合を中心に次の項目において整理を試みた。

## 六. 緊急事態における対応の整理

### 1. 広義の医療ネグレクトの場合について

まずは、親権者が医療についてのみ医療従事者と意見が異なり受け入れないという狭義の医療ネグレクトの場合については特に問題とならないのだが、<sup>(69)</sup>後述の審判例のように、子を入院させたものの、親権者が子を病院に任せて見舞いに来ないような場合、すなわち親権者が一般的なネグレクトをしており、医療についても積極的でないという広義の医療ネグレクトにおいては、狭義の医療ネグレクトのような親による明確な拒否がないた

め、医療者がどの段階で誰に相談すればいいか等の対応が難しいと考えられる。<sup>(70)</sup>この場合、親権者が医療者に全面的に任せたと考えている場合と子の治療に関心がない場合が考えられ、前者の場合には、同意は書面である必要はないので、例えば「先生にお任せします」の一言があれば治療に関する同意を得たと考えて問題ないだろう。ただ、訴訟対策として、カルテに記載し証拠として残しておく必要がある。後者の場合には、親が親権者としての責任を果たしているか否かを私人である医師が判断して親権者の権利義務に介入することは、手続保障なく親権を侵害することになり違法となるため、その判断は現行民法の枠組みである親権停止制度や親権喪失制度に則り公平中立な裁判所が決定しなければならない。

広義の医療ネグレクトの場合の対応については、以下の審判例を参考に検討を試みる。

## 2. 東京家審平成28年6月29日判タ1438号250頁

この事案では4か月の心臓手術が必要な子について、未成年者を一時保護した上で親権停止審判およびその保全処分が請求され、保全処分が認め<sup>(71)</sup>られている。親権者は医療に対する包括的な同意をしているが、専門病院における手術そのものについて個別にきちんと説明を聞いて判断をするという親としての責任を果たせるかについて、親権者らのこれまでの対応や現在の生活状況等、すなわち、服やおむつの補充要請等に直ちに応じない、医師との面談をキャンセル、大幅に遅刻、見舞いに来ない等の子に対するネグレクトが認められることから、疑問があると裁判所は判断している。このような広義の医療ネグレクト事案においては、親の子育て全般に対する問題（場合によっては、知識不足で育児のやり方が分からない、周囲のサポートが得られないこともあり不安、様々な理由により子と適切にかかわることができない等の問題）があり、裁判所はそれらの育児全般に対する問題について、子の利益のために公的介入・サポートが必要であると考えたのであろう。言い換えれば、医療がきっかけとなっ<sup>(72)</sup>てはいるが、「子の利益を適切に保護すべき親権者の義務履行の態度として、与えられた裁

量の範囲を超え」たという判断がなされ<sup>(72)</sup>、将来にわたって親としての育児全般の責任を果たせるようにという観点から福祉の介入が必要であった事案だといえるだろう<sup>(73)</sup>。

仮に、本件において審理の最中に緊急事態が発生した場合に医師が子に必要な治療を行っても、第一回期日における親の包括的同意があること、あるいは緊急事態であることから問題はないだろう。また、本件は一時保護がなされた事案であり、予定した手術をその時にしなければ子の生命・身体が侵害されるような緊急事態においては、上述の児童福祉法上の根拠条文に基づき、児童相談所長等が手術への同意をすることが可能である。しかし、親の包括的同意もなく、児童福祉法の一時保護手続も経ていない事案であれば、上記の仮定のように法的な手続をとることができない緊急事態でない限りは、医師が親の同意を得ず独断で手術することは法的に認められないだろう。

### 3. 緊急事態について

上記を踏まえた上で、緊急事態を以下の二つの場合に分け、個々の場合に適した法的な対応について述べる。

一つ目は、児童福祉法の緊急監護措置で対応できる場合（ただし、この場合でも児童相談所においては親権停止審判およびその保全処分を求める手続を可能であれば、同時に用意しているとのこと<sup>(74)</sup>）であり、この場合には裁判所の手続を経ずに公権力が介入することにやや権限濫用のリスク対策が必要であると考えるが、児童福祉法上、事後的、場合によっては事前に家裁へ一時保護状の請求（児童福祉法 33 条 3 項）をし、家裁の審査を経るという制度が 2025 年 6 月から始まり、家裁によるチェックがなされるようになるし、あくまで法律上与えられた権限に基づく行政機関による判断であり、権限のない私人による権利侵害と区別できる。

そして二つ目は、児童相談所に相談するだけの時間もないような場合である。例えば、事故にあった子どもや道で倒れている子どもがいれば、誰かが救急車を呼んだり、自分の車に乗せて救急搬送する場合があります、この

場合には緊急事務管理の規定を適用し、違法性を阻却することができる。

では、上記審判例のようにすでに医療契約に基づいて入院している子の容態が急変した場合は緊急事務管理の規定を適用することができるか。この場合には、医療契約が締結され、医師は契約に基づき患者に対する善管注意義務を負っているものであり、「法律上の原因なく」に該当しないため適用はない。さて、このような緊急事態において、もし親とすぐに連絡が取れなかった場合、医師はどうすればいいか。患者に対する善管注意義務に基づき、親の同意なしに治療することになるだろうが、多くの場合において、親は医師に対してそのような場合に治療するように同意している（推定的同意）ため、親権侵害にはならない。では、あまり想定できない事案であるが、前述のように親が全く子の治療に対して関心を持っておらず、しかも親権停止審判を受けていなかった場合には、<sup>(75)</sup> 医師はどのような論理で免責されるのか。緊急性の高い事案であるため、医師の救命義務・子の生命の方が親の権利を保障する義務よりも重く、前者を保護した医師には違法性がない（義務の衝突）という説明になるのではないか。

#### 4. どのような基準に基づいて児童相談所は緊急監護措置をとるべきか？

これまで、緊急事態において児童福祉法に基づく緊急の措置を児童相談所がとることについて議論してきたが、その場合に児童相談所が一時保護を行うべきか否かについて、ある程度の指針が必要であると考えられており、それは、医療の必要性、適時性をも考慮に入れた「子の利益」であることは間違いない。この点につき、アメリカの医療ネグレクトに関する裁判例を分析すると、以下のようなより詳細な基準を導き出すことができる。<sup>(76)</sup> ①輸血拒否等の当該処置により子の救命が可能な場合には、子の生命権のみが問題となるため、子の生命保護のために治療が必要であるか否か、②親が代替療法を主張する場合には、子の福祉の観点から「許容される治療法」を親が選択しているかどうか、すなわち免許ある医師により勧められた治療法かどうか、あるいは信頼できる医学的権威から完全に拒絶されていない治療法かどうかを検討するが、その判断は難しいだろう。③治療

が不確実な場合には、多くの要素を検討する必要がある、例えば、治療の有効性、治療の性質（副作用、治療の危険性、侵襲度）、子を親から引き離すことによる子への影響等を総合判断する。④生命に関わらない場合には、手術の危険性（性質）、術後合併症の危険性、手術・処置がタイムリーであるか、手術がなされなかった場合の症状、正常で有益な人生へのチャンス（QOL）、子どもの選好、術後本人の協力が得られるか等を総合判断する。なお、生命に関わらない場合であっても、手術を子ども時代に行っていたら、例えば体育の授業を受けたり、スポーツに参加したりできた可能性があったということは本人にとっては大きな精神的苦痛となるので、<sup>(77)</sup>生命に関わらない場合であっても「子の利益」に大きく影響する可能性があることを忘れてはならない。

## 七. おわりに—今後の課題

これまで検討してきたことから、児童虐待を発見しやすい立場にある医療関係者にとって、狭義の医療ネグレクトの場面だけではなく、今後増えるであろう広義の医療ネグレクト事案にも備えて院内における相談体制を整えるだけでなく、児童相談所との連携ができるような関係を築いておくことが子を守るために重要であることが見えてきた。もちろん、医療機関側にも児童相談所側にも予算や人員不足の問題があることが課題として挙げられているが、国家として子どもの生命・身体・健康を大切にすれば、それらの課題を言い訳にして子の保護制度を適正に運用しないわけにはいかないのではないかと。<sup>(78)</sup>

今後の課題としては、以下のことが挙げられる。まずは、葛藤のある親子の場合の人工妊娠中絶における同意という問題である。そもそも人工妊娠中絶を求める場合の医療契約は未成年者本人だけで締結できるのか、親に知らせず手術した場合に合併症が起こったらどうするのか、中絶薬の場合は未成年者本人のみで医療契約を締結し薬を服用できるのか、親と子の意見対立の場合にはどうすればいいのか、など検討すべき点は多い。ただ、

このような場合に、必ず親の同意が必要とするならば、例えば、虐待をしている親権者の同意を得なければならない未成年者もいるし、中絶可能期間という時間的制約のプレッシャーがある中で未成年者にとって酷であるといえる。この課題については、様々な観点から考察するために実態調査が必要であろう。また、この年齢の未成年者は成熟した未成年者である場合もあるが、それでも単独で医療契約を締結できるかどうか。ただ、自分の身体、そして人生に関わる重要事項であるのに自分で決定できないと一律に決めてしまうことは、児童の権利条約や親権法の新規定にも反しているため、個別的な対応が必要になってくるし、誰が成熟性判断を行うのかなど検討すべきことは多い。その場合にアメリカの州法にあるようなバイパス制度を設けて、成熟した未成年者の場合には親の同意をバイパスし、未成年者が未成熟である場合には、裁判所が「最善の利益」判断を行うことで親の関与を回避するということを可能にする制度を設けることが望ましいか等の検討<sup>(79)</sup>も必要かもしれない。

次に、小児の医学研究、特に侵襲性の高い臨床研究について、子の最善の利益にはならないが親の同意で参加する点がずっと懸念されてきた（特に第一相試験）。子にある程度の判断能力があれば、子自身の意思であると言ってしまふこともできるし、アセントが可能な場合には、親の意思に加えて子のアセントという形で子自身の意思を補強することができようが、赤ん坊の場合にはどう考えればいいのか。それでも親が決定しなければならないのはどうしてなのか。なぜ親に決定権があるのか。これらは以前にも検討したが、結論は出ていない<sup>(80)</sup>。このように、子の医療については、上記の点以外も含め、全体像を見ながら考究する必要がある。

**【謝辞】** 馬場巖先生には公私ともに大変お世話になった。また、家族ぐるみでお付き合いをさせていただき、楽しい思い出が沢山ある。馬場先生は色々なことが起こっても、いつも笑顔で受け入れて下さる父親のような存在であり、同じ民法教員として困難な場面を一緒に切り抜けてきた大切な仲間である。そのような馬場先生の今後益々のご発展とご健康を祈りつつ、

本稿を献呈する。(なお、本研究は、国立研究開発法人科学技術振興機構戦略的創造研究推進事業(社会技術研究開発)JPMJRS22J2による助成の一部を受けて行われた。)

### 注

- (1) 筆者による過去の検討としては、永水裕子「医療ネグレクト」桃山法学 20・21号(2012)329頁以下等がある。本稿は、2024年8月31日に開催された児童福祉法研究会夏合宿における筆者、保条成宏氏および土居聡氏の報告(それぞれ「子どもへの治療行為と親権—民法の視点から」, 「子どもへの治療行為と親権—刑法の視点から」, 「子どもへの治療行為と親権—実務の視点から」)とそれらに関する質疑応答と議論, 2024年9月15日に開催された「第3回 憲法と家族法の交錯研究会」における中山茂樹氏の報告「親はどうして未成熟子の医療について意思決定できるのか」とそれへの筆者のコメントおよび米村滋人氏等との議論, 2024年10月19日に開催された第54回日本医事法学会ミニワークショップ①「離婚後の共同親権と子の治療」(永水裕子・磯部哲企画)における筆者の報告および出席者との議論から浮かび上がってきた課題につき考察したものである。それぞれの研究会やワークショップに参加された方々(特に山口亮子氏)の活発な議論に多くを教えていただいたことに感謝する。
- (2) 同意能力のある未成年者については、永水裕子「未成年者の治療決定権と親の権利との関係」桃山法学 15号(2010)153頁以下および同論文が参照した文献、未成年者の同意能力一般については、深町晋也「未成年者の同意能力について」佐伯仁志=大沢裕=高山佳奈子=橋爪隆編『山口厚先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2023)127頁以下を参照。
- (3) 永水・前掲注1, 342頁, 寺沢知子「『承諾能力』のない人への治療行為の決定と承諾—未成年者と高齢者を中心に」潮見佳男編『民法学の軌跡と展望』(國井和郎先生還暦記念論文集)(日本評論社, 2002)126頁は、「未成年者の場合は、現行法自体が、未成年者が未成熟であることを大前提にして、保護義務者に監護権と義務を与えているゆえ、このような保護の枠組みが可能である」とする。
- (4) 詳細は、山口亮子『日米親権法の比較研究』(日本加除出版, 2020)279-294頁参照。
- (5) 川田昇『親権と子の利益』(信山社, 2001)50-51頁。

- (6) 鈴木祿弥・唄孝一『人事法 I』(有斐閣, 1980) 93-94 頁。
- (7) 大村敦志『民法読解親族編』(有斐閣, 2015) 251 頁。
- (8) 中山茂樹「家族と憲法: 何が憲法上の問題となるのか」比較憲法学研究 31 号 (2019) 102 頁。
- (9) 川田・前掲注 5, 48 頁, 山口・前掲注 4, 284 頁。
- (10) 山口・前掲注 4, 284 頁。
- (11) 石川稔『子ども法の課題と展開』(有斐閣, 2000) 229 頁。
- (12) 横田光平「子どもの意思・両親の権利・国家の関与—『子の利益』とは何か」法律時報 83 卷 12 号 (2011) 11 頁。
- (13) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局総務課長通知「医療ネグレクトにより児童の生命・身体に重大な影響がある場合の対応について」平成 24 年 3 月 9 日雇児総発 0309 第 2 号 (「宗教上の信仰等を背景とする医療ネグレクトが疑われる事案への対応について」令和 5 年 3 月 31 日子発 0331 第 10 号において別添 1 として確認を求めている (資料を八木涼子氏に提供頂いた。))。
- (14) 同上。場合によっては、親権喪失制度の手続を利用することもありうる。
- (15) 同上。
- (16) 同上。
- (17) 同上。
- (18) 山口・前掲注 4, 293 頁。
- (19) 永水・前掲注 1, 343-349 頁。
- (20) より詳しい説明は永水・前掲注 1, 343-348 頁参照。
- (21) 石川稔「親権と子どもの保護」法学教室 125 号 (1991) 30 頁は、「代行判断の法理」という用語を使用することもあり, その代表として挙げられることがあるが, この用語の意味について, 子の意思を推測できないため, 子の利益に適うための「子の最善の利益」基準を使うべきと述べていること, 法定代理権に基づく代理としての性質を有しているか否かに関する分析を行っていないこと等から, 法定代理権説を採用しているとは考えにくい (永水・前掲注 1, 361 頁注 43 参照)。
- (22) 廣瀬美佳「医療における代諾に関する諸問題 (上)」早大法研論集 60 号 (1991) 259 頁, 寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾 (三・完)」民商法雑誌 107 卷 1 号 (1992) 58 頁等。
- (23) 神谷遊「判批」判タ 1249 号 (2007) 60 頁。
- (24) 寺沢・前掲注 22, 58 頁, 廣瀬・前掲注 22, 258-259 頁, 神谷・前掲

- 注 23, 60 頁, 田中通裕「判批」民商法雑誌 138 巻 1 号 (2008) 112 頁, 寺沢・前掲注 3, 125-126 頁, 永水・前掲注 1, 344 頁。
- (25) 神谷・前掲注 23, 60 頁, 永水・前掲注 1, 345-346 頁。
- (26) 石川・前掲注 11, 235 頁。
- (27) 田中・前掲注 24, 112 頁。
- (28) 石川・前掲注 11, 235 頁。
- (29) 田中・前掲注 24, 114 頁, 佐藤義彦「親の権利と子どもの人権」ジュリスト増刊総合特集 43『子どもの人権』(1986) 27 頁。
- (30) 永水・前掲注 1, 344 頁。後述の通り, 改正法 824 条の 3 では, 離婚後共同親権の場合にも, 一方を監護者として指定できるという制度があり, 第 1 項で通説を反映してか, 監護者に法的監護権ありとしている。さらに, 第 2 項では監護者とならなかった親権者は, 監護者の法的監護権を妨げてはならないとする。これは, 親権者にも当然法的監護権があることを前提に, 監護者の法的監護権行使を優先するものだろう。
- (31) 吉田恒雄・岩志和一郎『親族法・相続法〔第 3 版〕』(尚学社, 2011) 82 頁, 家永登「親権行使における意見の対立—医療行為を中心に」法と民主主義 447 号 (2020) 20 頁。
- (32) 北村治樹・廣瀬智彦「民法等の一部を改正する法律 (家族法制の見直し) の概要」家庭の法と裁判 51 号 (2024) 4 頁以下, 6 頁。
- (33) 永水・前掲注 1, 342, 石綿はる美「親権の共同行使の場面における未成年者の医療行為への同意についての検討序説—大津地判令和 4・11・16 を契機として」潮見佳男先生追悼論文集 (家族法) 刊行委員会編『家族法学の現在と未来』(信山社, 2024) 228 頁。
- (34) 北村・廣瀬・前掲注 32, 6 頁。
- (35) 同上。
- (36) 同上。
- (37) 山口亮子氏にご教示頂いた。
- (38) 永水「判批」新・判例解説 Watch 民法 (家族法) No.160 (2024) 4 頁, 山口・前掲注 4, 295-341 頁。
- (39) この部分は, 永水・前掲注 38, 3 頁とほぼ同じ内容である。
- (40) 双方が合意した同意を一方が代表して示す場合もありうる。寺沢・前掲注 22, 64 頁は, 「現実には, 一方の親が子に付き添っている場合が多いので, 個々の状況から判断して, 他方の親の承諾を『推認』する場合」があるとするが, 説明を受けた親がもう一方の親に伝達し, その承諾を得ていることが想定される場合を指している。ただし, 寺沢氏は, 医師

が親権者の同意を得なければいけないにもかかわらず、これを適切に行わなかった場合にまで「推認」される範囲を拡大することに懸念を示し、「医師が両親の承諾を求めかつ得ることが原則である以上、医師が承諾を求めた、ないしは、求めたと同視される行為をなしたことが明らかにされてはじめて、その結果としての承諾の『推認』の可否が問題となるべきであり、しかも、両親の承諾の存在意義が未成年者の保護にある以上、その承諾の「推認」は安易になされるべきものではない」(65-66頁)とする。この点について、石綿氏は大津地判令和4年11月16日LEX/DB文献番号25599428のように医師が事前に父親に治療について説明すると言っており、親権者の意向の対立の可能性を認識していた場合は別として、そのような事情がない場合や、一方親権者が他方親権者の同意もあると虚偽の説明をしたために医師が他方親権者の同意もあると信じていた場合にも、不法行為責任が生ずるのかという疑問を投げかける。その上で、「仮に負うということになると、医療の現場では、重要な医療行為については、親権者双方の同意を得る・確認するための手続を備える必要が生じるとも考えられる」(石綿・前掲注33, 236頁)と述べる。

- (41) 遠藤浩他編『民法(8)親続〔第4版増補補訂版〕』(有斐閣双書, 2004) 269-270頁。
- (42) 永水・前掲注1, 349-350頁。寺沢・前掲注22, 66頁は、「開業医が通常行っている軽度の処置など、慣習的な通常の治療は、治療に伴う危険性は小さく、監護権の行使による保護の必要性も小さい場合が多い」ので、「医師は他方の親または両親の承諾が前提となっていると考えて、一方の親または子自身の承諾を求めれば良い」とする。
- (43) 廣瀬・前掲注22, 257頁, 永水・注1, 349-350頁。田中・前掲注24, 112頁および注8は、そのような場合を明確化すべきだとする。
- (44) 特段の事情がない限り、子の医療については親権者双方の同意が必要であるところ、別居親に説明・同意の機会を与えず同居親の同意のみで手術したことは不法行為に該当するとした事案である。特段の事情に緊急事態だけでなく、「親権者の意向に対立があって、説明を行ったとしても同意されないことが明白な状況にある」場合を含めたため、学説からは「十分な法的根拠もなく医師に判断リスクを負わせるような一般的規準を不用意に立てるべきではない」等(永水・前掲注38, 4頁, 弥富耕平「判批」年報医事法学39号(2024)162-163頁)の批判がなされている。

- (45) 石綿・前掲注 33, 222 頁, 於保不二雄 = 中川淳編『新版注釈民法 (25) [改訂版]』(有斐閣, 2004) 34 頁 (岩志和一郎執筆)。
- (46) 永水・前掲注 1, 340-341 頁, 保条 = 永水・後掲注 68, 57-61 頁, 保条成宏「医療ネグレクトと『子どもの代理人』」鈴木博人・横田光平編『子ども虐待の克服を目指して—吉田恒雄先生古稀記念論文集』(尚学社, 2022) 83-88 頁。
- (47) [https://www.jpeds.or.jp/uploads/files/20240328\\_GL.pdf](https://www.jpeds.or.jp/uploads/files/20240328_GL.pdf) (最終閲覧 2024 年 11 月 26 日)
- (48) 小児の生命維持治療維持をめぐる文脈において, 加部一彦「臨床現場における話し合いの困難さと課題: 家族の立場から」公募シンポジウム「小児の生命維持治療をめぐる『話し合い』を再考する」第 36 回日本生命倫理学会年次大会抄録 (2024) 64 頁。
- (49) 具体的には, 「父母の協議や家庭裁判所の手続を経ては適時の親権行使をすることができずその結果として子の利益を害するおそれがあるようなケース」が想定され, 「DV や虐待からの避難が必要」である場合, 「緊急に医療行為を受けるために医療機関との間で診療契約を締結する必要がある場合」等が考えられると説明される (石綿・前掲注 33, 227, 法制審議会家族法制部会第 37 回会議 (令和 6 年 1 月 30 日開催) 部会資料 37-2, 3 頁)。
- (50) 石綿・前掲注 33, 226-227 頁, 永水・前掲注 38, 4 頁。この規定に関しては, ミニワークショップ① (前掲注 1) においても, 裁判所は親のどちらかに決定権を与える判断を下すのか, 医療内容について決定するのかについて多少議論がなされたが, 条文を素直に解釈するならば前者になるのではないか。なお, この規定は, 親権者間の意見不一致の場合に, 医療ネグレクトにおける裁判手続ではなく親権者間の意見調整手続として利用されることを念頭に置いている (法務省民事局参事官室「家族法制の見直しに関する中間試案の補足説明」(令和 4 年) 31-32 頁)。
- (51) 石綿・前掲注 33, 227 頁。
- (52) 同上。
- (53) また, 監護者指定の場合の監護者の権限と⑤との優先関係も問題となるが, ⑤で家裁がどちらかの親に権限を与えたことに鑑みれば, ⑤で選ばれた親が優先権を有することになるだろうか。
- (54) 『「共同親権」子の治療への同意は』朝日新聞 2024 年 4 月 3 日朝刊 18 頁, 「家族法制の見直しに関する中間試案」への要望 (公益社団法人 日本産科婦人科学会, 特定非営利活動法人 日本法医学会, 日本法医学病理学会,

- 公益社団法人 日本小児科学会) (令和 5 年 9 月 1 日) [https://www.jsog.or.jp/news/pdf/20230905\\_SRHR.pdf](https://www.jsog.or.jp/news/pdf/20230905_SRHR.pdf) (最終閲覧 2024 年 11 月 26 日)
- (55) 問題提起が今までの枠組を変更しようとするものであることや難解であることから、問題提起全体を最初に紹介し私見を述べるのではなく、分類ごとに簡単なコメントを加えた上で、問題提起自体に対する私見を後で述べるというスタイルとなった。
- (56) 通説・実務については、寺沢・後掲注 60, 676 頁。米村滋人「医療行為に対する『同意』と親権—医療ネグレクトにおける法的対応を契機に」法学〔東北大学〕83 号 4 巻 (2019) 160-161 頁 (米村滋人「再論・『患者の自己決定権と法』」『刑事法・医事法の新たな展開 (下)』(町野朔先生古稀記念) (信山社, 2014) 83-108 頁も参照)。
- (57) 米村・前掲注 56, 注 19。
- (58) 米村・前掲注 56, 161-162 頁。
- (59) 永水・前掲注 38, 4 頁, 弥富・前掲 44, 162-163 頁。
- (60) 児童福祉法研究会 (前掲注 1) における保条氏の報告に対する筆者の質問および横田光平氏の問題提起。寺沢知子「未成年者への医療行為と承諾—「代諾」構成の再検討— (一)」民商法雑誌 106 巻 5 号 (1992) 676 頁。
- (61) 石綿・前掲注 33, 226 頁。そのような事案として、大津地判令和 4 年 11 月 16 日 LEX/DB 文献番号 25599428 が挙げられる。
- (62) 横野恵「判批」甲斐克則・手嶋豊『医事法判例百選 [第 3 版]』(有斐閣, 2022) 73 頁は、事後的な紛争の可能性を考えると、医師・医療機関の判断だけで治療を実施することは現実には容易ではないことを指摘する。これは、裁判所が事後的に医師の不法行為を問うことによる医療現場での倫理的な実践の委縮を踏まえての指摘のように思われる (横野恵「判批」年報医事法学 39 号 (2024) 158 頁)。
- (63) 潮見佳男『不法行為法 I (第 2 版)』(信山社, 2009) 449 頁。
- (64) 「本件バルーン形成術以外の施術につき、より医学的正当性の高い治療手段があったと認めるに足る証拠はないこと、本件バルーン形成術施行により訴外 C [筆者注: 治療を受けた子] に何らかの損害が生じたことを示す証拠もないことなど」に照らせば、別居中の親権者に対して説明・同意手続をとらなかったことによる精神的苦痛を慰謝するための慰謝料 5 万円のみが認められるとした。
- (65) 廣瀬・前掲注 22, 248 頁。
- (66) 米村・前掲注 56, 163-164 頁, 水野紀子「医療ネグレクトに関する一考察」

米村滋人編『生命科学与法の近未来』（信山社，2018）211頁以下の問題意識を共有しているといえるが，水野説も，緊急事態において医師の裁量で治療をした場合に緊急事務管理が成立する可能性を示唆しているのみのように思われる。

- (67) 水野・前掲注66，229頁（児相の積極的行動，児相によるセカンドオピニオンを取れるような手続設定，大きな小児病院に相談できる委員会設置等について述べた上で，「さらに非常手段として，医師が事務管理として親の意思に反して治療できることも，周知されるべき」であろうと述べる）。
- (68) 保条成宏・永水裕子「日本法の現状と課題」小山剛・玉井真理子編『子どもの医療と法（第2版）』（尚学社，2012）61頁（「病院倫理委員会を核とした『話し合い』による自律的解決を重視する場合であっても，その内容が子どもの『最善の利益』の保全や権利擁護に関わるものである以上は，『話し合い』の安全網あるいは後ろ盾となりうるような法的介入手段の存在は，欠かせないところであろう。さらには，『話し合い』による自律的解決は，むしろ法的介入手段が整備されてこそ，これとの相乗効果において実効性を発揮するともいえる」）。
- (69) 狭義の医療ネグレクトに関する審判例のうち，親権喪失（およびこれを本案とする審判前の保全処分を含む）を求める審判として，大阪家岸和田支審平成17・2・15家月59巻4号135頁，名古屋家審平成18・7・25家月59巻4号127頁，津家審平成20・1・25家月62巻8号83頁等があり，親権停止（およびこれを本案とする審判前の保全処分を含む）を求める審判として，東京家審平成27・4・14判タ1423号379頁等があるが，このような手続をとって親権制限を行うことについて特に異論は出ていない。
- (70) 憲法と家族法の交錯研究会（前掲注1）における米村滋人氏との対話から着想を得た。
- (71) 審判要旨は以下の通りである。

「未成年者は，生後四か月の女兒であるが，生来重篤な心臓疾患を抱えている上，心不全が進行しているため，高度の専門性を有する病院において，直ちに治療及び手術を受ける必要があると認められる。そして，未成年者の現在の症状や今後予定される手術の内容等に照らすと，未成年者の親権者としては，未成年者を頻繁に見舞うとともに，医療従事者と十分に意思疎通を図り，緊急の事態が生じた場合も含めて，未成年者が必要としている医療行為が実施されるよう，迅速かつ適切に対応する

必要があると認められる。親権者らは、本件の第一回期日において、未成年者が必要な医療行為を受けることについて同意し、協力する意向を表明しているが、前記一認定にかかる親権者らのこれまでの対応や現在の生活状況等〔筆者注：服やおむつの補充要請に直ちに応じない、医師との面談をキャンセル、大幅に遅刻、見舞いに来ない等〕に照らすと、親権者らが現在の緊急事態に迅速かつ適切に対応できるかどうか疑問があるといわざるを得ない。

そうすると、本件においては、本案審判認容の蓋然性及び保全の必要性があり、本案事件の審判が効力を生ずるまでの間、親権者らの職務執行を停止することが子の利益のために必要であると認められる。」

- (72) 久保野恵美子「判批」私法判例リマックス 57号〈2018(下)〉(2018) 66-67頁(2018)。本審判については、この他、横野・前掲注 62も参照。広義の医療ネグレクトに関する事案として、宮崎家審平成 25・3・29 家月 65 卷 6 号 115 頁(医療も含むネグレクトや高校へ勝手に退学届けを出すなどの監護教育権・財産管理権の濫用、子(17歳、当時の成年年齢は20歳)による申し立て(2年間の親権停止審判))も参照(判例評釈として、永水裕子「判批」加藤新太郎・前田陽一・本山敦編『実務精選 120 離婚・親子・相続事件判例解説』(2019) 132-133 頁等)。宮崎家審の審判要旨は以下の通りである。

「事件本人らは、未成年者を養育監護しておらず、今後も必要な養育監護をする意思は認められない。また、未成年者について何らかの疾病の存在が疑われるが、事件本人らが正当な理由もなく医療行為に同意しないため、未成年者は、詳しい検査を受けたり、定期的な通院をすることが困難な状況にある。したがって、本件は、父母による親権の行使が不相当であることにより子の利益を害する場合に当たり、事件本人らの親権を停止する必要がある。そして、今後2年以内に親権停止の原因が消滅するとは認めがたいこと、未成年者の生活状況及びその意向等を考慮すれば、事件本人らの未成年者に対する親権停止の期間はいずれも2年間と定めるのが相当である」。

これは、成熟した未成年者においても、親権者による同意が必要であることを前提とした審判だが、民法 821 条および改正民法 817 条の 12 第 1 項で「子の年齢及び発達の程度に配慮」すべきとされることから、これを今後も維持すべきか検討する必要がある。

- (73) なお、職務執行停止が子の利益のために必要と判示されているが、むしろ、子の利益のために親の教育が必要であり、その間子を健やかに生

きながらえるため職務執行停止がなされたのかもしれない。

- (74) 児童福祉法研究会（前掲注1）における土肥氏報告。
- (75) 児童福祉法による緊急監護措置がとられている場合には、この場合にも児童相談所長等の同意で治療を行うことができる（平成24年3月9日雇児総発0309第2号）。
- (76) 永水・前掲注1, 338-341頁（同「子どもの医療に対する親の決定権限とその限界」（一）（二・完）上智法学論集47巻1号（2003）45頁以下, 2号（2003）119頁以下をまとめたもの）、医療ネグレクトに該当する場合について簡潔にまとめたものとして、鈴木伸智「判批」新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.6（2012）105頁等がある。
- (77) 例えば、朝日新聞朝刊2023年11月21日29頁。
- (78) 山口・前掲注1, 3頁も、個人の権利義務は実現可能性のみにて法定されるべきではないとするが、同様の趣旨であろう。
- (79) 永水裕子「成熟した未成年者の人工妊娠中絶について決定する権利とアメリカ法（1）（2・完）」上智法学論集48巻1号（2004）172頁以下, 48巻2号（2005）103頁以下等。
- (80) 永水裕子「小児を対象とする臨床研究のあり方について」甲斐克則編『臨床研究と医事法』171頁以下, 193-195頁（信山社, 2023）。



# 保安処分について議論すべきである

江 藤 隆 之

- I はじめに
- II 保安処分の定義
- III 消極論の合理性
- IV 制御論の展開
- V 保安処分制御の道標
- VI おわりに

キーワード：保安処分，スペイン刑法，ドイツ刑法，改正刑法草案

## I はじめに

日本刑法は、刑事責任の存在を前提とせずに行為者の危険性を理由として行う強制的な処分である保安処分を持たないといわれる。日本刑法学が参照しているドイツ刑法<sup>(1)</sup>、日本刑法学を参照することの多い台湾刑法<sup>(2)</sup>、日本刑法学ときょうだいの関係にあるといえるスペイン刑法<sup>(3)</sup>をはじめとして、多くの国が保安処分を有していることに鑑みると、日本刑法が保安処分規定を持たないという事実は奇異にうつる。とはいえ、保安処分の名の下での不当な人権侵害を経験してきた歴史に照らせば、保安処分の制定に抵抗があることもまた理解可能である。日本刑法は、保安処分の濫用を防ぐために、保安処分を持たない道を選んだといえる。

しかし、本稿は次のように問う。日本は、本当に、保安処分を持っていないのだろうか。心神喪失者等医療観察法にもとづく入院による医療の決定も、本稿執筆時（2024年4月20日現在）に議論されている「学校設置者等及び民間教育保育等事業者による児童対象性暴力等の防止等のための

措置に関する法律案<sup>(5)</sup>」(以下、日本版 DBS という。)に定める職業禁止ないし職業を事実上制限する措置も、保安処分ではないのだろうか。後に検討によって明らかにするとおり、これらの措置は実質的には保安処分であるにもかかわらず、日本には保安処分を正面から肯定して定義する法律がないために、保安処分にあてはまらないとされているにすぎない。もしそうであれば、日本刑法は、保安処分に対して表玄関を固く閉ざしているように見せつつ、裏口から名札を付け替えた処分を招き入れていることになる。しかも、その裏口から入った保安処分には、一般的な歯止めがかけられていない。たとえば、保安処分にも不遡及の原則を一般に定めておけば、新たに制定される処分の遡及効を防ぐことができるが、日本版 DBS の議論を見ても、そのようなコントロールは意識されていない。保安処分にも刑事裁判所の関与を要求しておけば、対象者の防御権に配慮しながら、処分的前提となる事実認定を厳格な証明にかけることができ、行政判断のみによる不利益処分を排除することができるが、現状はそのようにはなっていない。心神喪失者等医療観察法にもとづく入院による医療の決定には刑事ではない裁判所のコントロールがあるが、日本版 DBS にはないなど、具体的な手続はアド・ホックな制度設計に任せられている。このような状況のままでは、今後も様々に導入されることが予想される刑罰でない処分は、制度全体としての統一性を欠く非体系的なものとなり、さらには一時的な国民の感情的昂りに引きずられたものになりかねないと思われる。

本稿は、以上のような問題意識から、日本刑法が保安処分を制御する総則規定を持つべきであるとの主張を展開する。ただし、そのような主張のみに終わるのであれば、綱領的な記述にしかならないであろう。本稿は、問題意識の提示と主張の展開にくわえて、保安処分の定義を問い直し、日本にはあまり知られていないスペイン型の抑制された保安処分制度を紹介し、法体系の異なるコモン・ロー型や過剰な面があると思われるドイツ型ではない保安処分制御の道標を立てておくことにする。それによって、本稿は、保安処分総則をいかに制定すべきであるかという議論の土台をつくるという目的もまた果たすことになる。なお、日本が現在有している個別

の処分の制度紹介や是非論には立ち入らない。

## Ⅱ 保安処分の定義

保安処分とは何か。まずその定義を確認し、本稿の議論対象を確定しなければならない。ところが、その定義は容易ではない。たとえば、有斐閣の『法律用語辞典』は、保安処分を「犯罪者の将来の危険性に対する社会防衛のために、その犯罪者を一定の施設に収容し、又は収容しないで矯正、教育、治療、改善等を行う処分で、刑罰に代替し、又は刑罰を補充するもの。」と定義し、「『心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律』が定める入・通院等の処遇は、対象者に対し、継続的かつ適切な治療を行い、またその確保のために必要な観察及び指導を行うことによって、本人の社会復帰を促進することを目的とし、刑事手続とは別個の手続により、刑事処分とは異なる処遇として行われるものであり、またその入・通院先も厚生労働大臣が所管する病院とされており、保安処分とは異なる。<sup>(7)</sup>」という。ところが、同じ有斐閣の『法律学小辞典』では、「行為者が将来犯罪を反復する危険性から社会防衛を期するために、刑罰を補充し又は刑罰に代わり用いられる治療・改善を内容とした、施設収容を主体とする処分。」と定義し、その種類として「危険な精神病患者者に対する社会治療処分」を挙げ、「なお、平成15年に心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律が制定されている。<sup>(8)</sup>」と補足している。後者は、なお書きによる捕捉であり、心神喪失者等医療観察法にもとづく入院による医療の決定を保安処分であると断言しているわけではないが、『法律用語辞典』とは異なり、入院を保安処分概念から排除しているともいいがたい。また、『法律用語辞典』とは明確に対照的に、医療観察法の処分を保安処分に含める研究者もいる。たとえば高橋則夫は、「心神喪失者等医療観察」を「一種の保安処分と位置づけることができ<sup>(9)</sup>るといい、井田良は「精神障害が原因で犯罪を行った者に対する精神病院への収容処分（略）等」が保安処分にあたる<sup>(10)</sup>という。このように、論者に

より保安処分概念の射程が異なる状況にあつては議論を行いつらい。そこで、これまで行われてきたいくつかの定義を取り上げ、その欠点を指摘して修正することにより、本稿が扱う保安処分概念と射程の確定を行う。なお、定義の狙いは、保安処分として制御すべき処分を過不足なく取り込むことにある<sup>(11)</sup>。

狭い定義の代表例として、「保安処分というのは、種（ママ）として特別予防の目的をもって設けられた刑罰以外の刑法上の法効果をいう<sup>(12)</sup>。」という西原春夫によるものがある。ここでは「刑法上の」という限定がついていることから、西原は「必ず刑事裁判所の言い渡しを必要とする<sup>(13)</sup>。」という。この定義は狭すぎる。この定義では、保安処分がひとたび刑法上の効果として定められた場合には解釈論の対象とできるが、保安処分と実質的に同等の処分が刑法上の効果としてではなく個別法に定められるとき、批判機能を欠くことになる。たとえば、犯罪行為を行った者を危険な者であると行政が指定して刑事裁判所の言い渡しを経ずにその権利を剥奪又は制限する制度を作ろうとすると、「それは保安処分であるから、行政のフリーハンドで行うのは不当である」との批判を加えることができなくなる。したがって、保安処分の定義から「刑法上の」を外すべきである。しかし、犯罪予防とまったく無関係の定義を採用してしまつては、あらゆる行政処分が保安処分に取り込まれてしまう。それを回避するために、保安処分の目的として、刑法が定める行為を行った行為者に対する特別予防の観点を定義に盛り込むべきである。

そのような定義として、井田による「犯罪が行われたとき、再犯を防止するために行為者に科される、自由の剥奪または自由の制限を伴う措置<sup>(14)</sup>」というものがある。この定義の利点は、刑法上の効果という文言を外しつつ、再犯を防止するためという目的を取り込んでいる点にある。この定義であれば、罪を犯した者に対して再犯を防止する名目で行政が自由制限を行おうとすると、その措置も保安処分であるとして扱うことができるようになるため概念として適切に広く、特別予防とはまったく無関係な処分を除外する点で適切に狭い。だが、この定義にも欠点がある。それは、言

業の問題にすぎないかもしれないが、冒頭の「犯罪が行われたとき」にある。この定義を厳密に適用すれば、心神喪失を理由とした不起訴や無罪となった者に対する措置が保安処分から除外されてしまう。保安処分は刑罰とは異なり、行為責任を要件としない措置なのだから、ここでは「構成要件に該当する違法な行為が行われたとき」とすべきである。また、「自由の剥奪または自由の制限を伴う」という部分についても、やはり言葉の問題にすぎないかもしれないが、不明確な点がある。それは、ここで言及されている「自由」をどう理解するかである。上掲の『法律用語辞典』は、保安処分の態様を「犯罪者を一定の施設に收容し、又は收容しないで」とし、『法律学小辞典』は「施設收容を主体とする処分」とする<sup>(16)</sup>ように、施設への收容を主たる保安処分と考えるか否かの見解の相違がある。この見解の相違を前提とするとき、「自由の剥奪または自由の制限」と表現すると、ある立場の者は「自由」を「移動の自由」であると解して保安処分は主として施設收容を内容とするものであると理解し、別の立場の者はたとえば「職業選択の自由」なども含めた施設非收容処分も定義に取り込まれていると理解するだろう。

本稿は、施設非收容処分を保安処分の内容に含めることが必要であり、保安処分が剥奪又は制限する対象は移動の自由に限られるまたはそれを原則とするとは解さない。その理由は2つある。

第1に、日本版DBSは、移動の自由ではなく職業選択の自由を制限するものだが、これを議論の対象から外すことは適切ではない。構成要件に該当する違法な行為を理由として、再犯を防ぐ目的から、特定の職業に就くことを禁止する処分を「保安処分ではない」あるいは「保安処分の主たる処分ではない」とすることは妥当ではない。諸外国においても職業禁止等の移動の自由ではない権利を剥奪する措置は刑罰ないし保安処分として扱われている<sup>(18)</sup>。

第2に、本稿が議論の参考にするスペインでは、施設收容保安処分を「自由剥奪保安処分」(medidas de seguridad privativas de libertad)、施設非收容保安処分を「自由非剥奪保安処分」(medidas de seguridad no

privativas de libertad) と呼んでいる。スペインでは、施設非収容処分も保安処分に含まれており、「自由」という語は「移動の自由」を意味して使われている。また、ドイツにおいても移動の自由に着目して「自由剥奪を伴う処分」(Maßregeln mit Freiheitsentzug) と「自由剥奪を伴わない処分」(Maßregeln ohne Freiheitsentzug) とに区別される<sup>(19)</sup>。このように、保安処分は移動の自由制限に限られるものでも、それを主とするものでもない。

なお、議論のためには、「自由」の意味をそろえておいた方が望ましい。したがって、本稿では、保安処分における「自由」を移動の自由であると解し、保安処分の定義においては、「自由」の剥奪又は制限ではなく、「権利」の剥奪又は制限と表現する。

ここまでで保安処分の定義の大枠は完成した。すなわち、「構成要件に該当する違法な行為が行われたとき、再犯を防止するために行為者に科される、権利の剥奪又は制限を伴う措置」である。しかし、このままでは特別予防目的を有する刑罰も含まれてしまうため、「刑罰ではない」という文言を入れておく必要がある。また、「行為が行われたとき」という表現では、日本版 DBS のように、違法行為は制度制定前だが、制度が成立し次第遡及して特定の職業禁止の効果を生じさせるものを議論の対象として取り込んでいないと誤解されるおそれがある。そこで、ムルマンが「犯行の遂行は、保安処分の根拠ではなく、きっかけ (Anlass) にすぎない<sup>(20)</sup>」と述べているのを参考に、「きっかけとして」という表現にする。これで、本稿が取り扱う保安処分の定義が明らかになった。それは以下のとおりである。

保安処分とは、「構成要件に該当する違法な行為をきっかけとして、再犯を防止するために行為者に科される、権利の剥奪又は制限を伴う刑罰ではない措置」である。

### Ⅲ 消極論の合理性

保安処分を制定することに反対する議論を、本稿では消極論と呼ぶ。消極論が唱えられることには説得的な理由がある。本稿では、保安処分消極論が唱えられるポイントを大きく2点ほどおさえておく。

1点目は、保安処分が少数者の排除及び人権弾圧に利用された歴史にある。ヨーロッパにおける保安処分の始まりは、少数の異論を除いて、1893年にスイスの刑法予備草案を起草したカール・シュトースに帰せられるのが通例である。<sup>(22)</sup>20世紀に入り、ヨーロッパ各地で保安処分が法制化された。ドイツにおける保安処分の導入は、ナチス時代の1933年の常習犯罪者法<sup>(23)</sup>である。これは第三帝国崩壊後もドイツの刑法に残ることになった。スペインの保安処分はプリモ・デ・リベラ将軍の独裁中に初めて導入され、続く第二共和政における1933年8月4日の「浮浪者及び悪行者法」にまとめられた。それは、社会的に犯罪傾向を有するとみられていた者、たとえば、物乞い、浮浪者、売春を営む者や同性愛者たちに対する処分のカタログ<sup>(25)</sup>となった。これらの処分は、何ら違法行為を犯していない者も対象としており、<sup>(26)</sup>到底許容することができない人権上の問題を含んでいる。<sup>(27)</sup>このような処分が現代において認められないことには異論はない。<sup>(28)</sup>

2点目は、上記の歴史を克服したと考えられる、あるいは克服していることが期待されるドイツにおける保安処分の拡大の問題である。第二次大戦後の欧州の自由主義諸国においては、人権に配慮する国家形成が強く志向された。とりわけ、ナチスの反省の上に立つドイツは、国家の暴走による人権弾圧に対して強い警戒感を持つようになった。日本刑法学がその成果を頻繁に参照するドイツが、もし仮に保安処分を謙抑的に運用することに成功していたなら、日本の論者はもう少し保安処分に対して警戒感を緩めることができたかもしれない。しかし、実際には、ドイツ刑法はいわゆる予防的拘禁である保安監置の規定(66条)を有し、その適用を1975年には最長10年としていたものを、1998年には条件をつけつつも、その年<sup>(29)</sup>数制限を取り払った。それは後に欧州人権裁判所で争われることになる。

フランスもまた、2008年に制定された回数制限なく更新可能な保安監置処分をめぐって、賛否両論ある状態である。<sup>(30)</sup>

このような歴史を踏まえれば、保安処分導入に消極的になるのは当然である。日本において保安処分の規定を含む改正刑法草案に強い批判が上がったのも無理のないことではない。<sup>(31)</sup>

日本では、戦前から断続的に保安処分制定の試みがなされてきた。戦前の「改正刑法予備草案」(昭和2)及び「改正刑法仮案」(昭和15)には保安処分の規定が盛り込まれており、戦後も「改正刑法準備草案」(昭和36)及び「改正刑法草案」(昭和49)に保安処分が規定された。改正刑法草案における保安処分は、その作成過程において当初、法制審議会刑事法特別部会小委員会の参考案として、A案とB案の2案が提案されていた。A案は保安的な色彩が前面に出ていたのに対し、B案は保安処分の名称を避け、治療矯正の色彩を強調するものであった。A案とB案の主な具体的相違点は、A案が保安処分の収容施設を法務省系統の「保安施設」に一本化し、一部の重い罪については例外的に不定期収容を認めているのに対し、B案は保安処分の収容施設を法務省系統の「療護施設」と当時の厚生省系統の「医療施設」の二本建てとし、収容の上限を例外なく7年としているところや、A案は刑の執行を原則として優先するのに対し、B案は処分を先に執行するということにあった。<sup>(32)</sup>このように当初は2案が並立していたが、昭和44年12月2日の部会でA案が採択された。

代表的な消極論者であった中山研一の分析によれば、A案は「危険な犯罪人に対する抑圧と隔離を通じての保安目的の達成に主眼がおかれているといわねばならず、刑法改正の今一つのモチーフであった各則の罰則強化の路線とスムーズにつながりうる」ものである。<sup>(33)</sup>たしかに、A案からは、責任を問える範囲で刑罰を加え、さらに保安処分によって隔離するといった懲罰主義的な設計をうかがうことができる。では、B案を中山はどのように評価していたのだろうか。実は中山は、B案は「A案にくらべて相対的進歩性をもつことをみとめなければならない」<sup>(34)</sup>と一定の評価をしていた。しかしながら、委員会でA案が採択される当時の実情に鑑みると、日本

は B 案を受入れて良いほどに開明的な国家であるいえないため、B 案の採用にも反対せざるを得ないという。続けて、将来的に B 案を受け入れるとしたらその前提として「治安強化の方向に決定的に反対し、治安的観点が保安処分に流入することを最大限に阻止しなければなら<sup>(35)</sup>」ず、それは実践的には「B 案を現実に適用した場合にこのような危険がないかどうかを慎重に検討しなければなら<sup>(36)</sup>」という。そして、そのような「危険が現実的に予測されうる限り、保安と改善、刑と処分の統合にあらわれた合目的性と有効性の観点は、合法性の保障によって限界づけられなければなら<sup>(37)</sup>い」と結論づける。

中山の消極論は、歴史と当時の時代背景を考えれば説得力を持つ。だが、医療観察法がすでに存在し、日本版 DBS が成立しようとしている現在、保安処分が原則論を持たないまま立法されていることは否定できない。国会が立法しさえすれば、A 案型でも B 案型でも処分を制定することができてしまっている。消極論に説得力があるからこそ、これからも立法されるであろう様々な保安処分をせめて B 案型にとどめ、さらに B 案型に対しても中山が危惧を表明したような事態を回避するために、合法性の保障によって一般的に限界づける保安処分制御へと舵を取るべきであろう。

#### IV 制御論の展開

<sup>(38)</sup>国民の安心及び安全への要求はとどまることを知らない。それは、厳罰化要求として現れ、厳罰化ができない場合には刑罰に代わる処分の要求として現れる。近年の日本について言えば、自動車運転関連の要求が前者で<sup>(39)</sup>あり、医療観察法や日本版 DBS の要求が後者である。これらの要求が国家が応答すべき適切なものであるかを議論するためには、「安心」と「安全」とを区別しなくてはならない。

安心は、不安がないという主観的な状態を意味し、現実の安全状況とは直接の関係がない。<sup>(40)</sup>犯罪がほとんど発生していなくても、特定の事件をメディアや SNS が繰り返し報じることで、安心は損なわれる。また、国

民が要求する厳罰化や強制的処分の導入は、実証研究的には効果がなかったり、逆効果であったりすると考えられるものも含まれる。安心の要求には客観的な達成指標がなく、際限がない。際限のない処分は、公的リソースを無制限に浪費し、その対象となる者の人権を無意味に害するものとなる。それゆえ、国家は安心の要求には厳罰化や処分の導入で応じる必要がなく、そうすべきでもない。国家が国民の安心要求に対して行うべきなのは、実は国民が考えているよりも治安状況は良好であるという事実を広報したり、なぜむやみに厳罰化ができないかを丁寧に説明したりすることである。<sup>(42)</sup>

このような「安心」に対して、「安全」は、客観的な状態であり、刑事学的には現に犯罪の発生が抑制されていることを意味する。国民が刑事司法作用すなわち秩序維持のための暴力を独占している国家に対して安全を求めることは当然であり、その声は尊重されなければならない。国民が生命、自由及び幸福追求の権利行使の基盤となる安全を要求するのは、憲法的な根拠を有することでもある。つまり、国家には、国民の根拠なき安心要求に対しては刑罰や処分の制定で応じる必要はないが、国民の現実的な安全要求には適切なリソースを割いて応えるべき責務がある。<sup>(43)</sup> 刑罰をもって対応するのが有効であれば、刑罰をもって対応すべきであり、刑罰が適切でなければそれ以外の措置を検討しなければならない。ところが、刑罰は適正手続をはじめとする憲法的な制御や刑事実体法及び手続法の両面からコントロールされているが、保安処分はそうではない。憲法が保安処分の制御を定めていない以上、「これは刑罰ではない」とラベルを貼りさえすれば、憲法違反とされない限り、国家はフリーハンドで国民の権利を制限できるようになっている。そこで、保安処分にも刑罰のような事前の体系的な制御が必要なことは、もはや明白あるように思われる。

また、科学技術の進歩とともに、かつては身体的隔離や物理的な監視でしかできなかった処分が、今はもっと人権制限の少ない方法で行うことも可能になっている。それら処分導入の可否については、検討の末に否定されることがあるとしても、あらかじめ何ができて何ができないかについて

て明確化しておくべきである。そして、国民の根柢ある安全要求に対しては国家が真摯に耳を傾けて、適切な措置をとらなくてはならない。そうでなければ、国民の一時の不安感や怒りに押される形で、歯止めのない処分が導入されてしまいかねないだろう。

## V 保安処分制御の道標

### 1 スペイン保安処分の一般原則

保安処分の総則規定において制御すべきであるとしても、具体的にどのようなように行うべきかについてはなお課題として残る。たとえば、先に見たように、ドイツの保安処分を参考にすると、消極論が強い日本にとってはやや過剰となるように思われる。本稿は、保安処分総則規定制定のための道標として、スペインにおける保安処分の諸原則を紹介する。その前に、なぜスペインの保安処分制度を参考にすべきなのかを説明する。

スペインは、近代化の時期に、フランス刑法典を中心とする欧州各国刑法典の影響下で刑法典を制定し、理論的にはドイツ刑法学に学びながら発展を遂げた<sup>(44)</sup>。その状況は日本と共通している。スペインの議論は、コンローのそれよりも日本の議論にマッチしやすく、それでいてドイツにはない制度的知見をもたらしてくれる。フランス刑法典を中心とする欧州各国の刑法典とドイツ刑法理論を親に持つ「きょうだい」が抑制的な保安処分規定を有していることは、日本にとって参考になる。それは、受け入れるにせよ受入れないにせよ、そのような方向に進むこともありうるのだという道標になると思われる。

以下に、スペインの保安処分制度の一般的原理をその性質に区分して概観する。以下の記述において断りなく法律名が書かれているときはスペインの法律を意味する。断りなく条名が示されているときは、スペイン刑法のものである。各論的な個々の保安処分については、それぞれの国の実情に応じて制定されるべきであり、一般原則のみが理解できれば日本の議論の参考として十分であるため、紹介を割愛する。<sup>(45)</sup>

(1) 保安処分法定主義

1条2項は、「保安処分は、あらかじめ法律により要件が定められている場合にのみ適用できる。」と定めている。これは、保安処分法定主義を謳うものである。<sup>(46)</sup>

(2) 不遡及の原則

2条1項は、前段に刑罰の不遡及原則を定め、後段に「同様に、保安処分を定める法律は遡及効を欠く。」と定めている。この規定は、保安処分の行為時基準を宣言するものとして重要である。ドイツの保安処分は原則として適用時基準（ドイツ刑法2条6項）であり、スペインの方がより抑制的である。

(3) 司法原則

保安処分は管轄を有する司法判決によらなくてはならず（3条1項）、保安処分の管轄は刑事裁判所に属する（司法権組織法94条1項）ため、保安処分は刑事裁判によってのみ科せられる。したがって、被告人には手続の全期間にわたって刑事弁護人がつき、各種防御権が保障されるとともに、保安処分の前提となる構成要件に該当する違法な行為が行われたという事実の認定は、合理的疑いを超える程度に証拠をもって証明されなければならない。さらに、保安処分の要件である行為者の危険性(95条1項2号)も、刑事裁判における証拠による証明が要求される。

(4) 比例原則

6条2項は「保安処分は、犯された罪に対して観念的に適用されうる刑罰よりも重くすることも長くすることもできず、行為者の危険性を予防するために必要な限度を超えることもできない。」と定めている。この規定は、保安処分の上限を画するとともに、行為者の危険性を予防するために必要な限度をもって処分の量を制限するものである。この規定によって、保安処分は、そのきっかけとなる構成要件に該当する違法な行為に対して定められている刑罰の上限を超えることができない。つまり、10年の拘禁刑が定められている構成要件に該当する違法な行為への自由剥奪保安処分は10年を超えることができない。限定責任能力が認められてその一部の刑を科

すとき、たとえば法定刑上最長10年の拘禁刑に対して3年の拘禁刑が科されるとき、保安処分の上限は7年となる。もちろん、行為者の危険性が低いと刑事裁判所が判断すれば、保安処分の上限はさらに短くなる。したがって、自由刑を定めていない構成要件に該当する行為については、自由剥奪の保安処分を科することができない(95条2項)。

保安処分にも刑罰と同様に時効があり(135条1項ないし3項)、時効にかかったときは記録が抹消される(137条)。

#### (5) 必要性原則

保安処分執行中にも、行為者の危険性が消滅したと認められるときには、保安処分の消滅を宣告し、保安処分を終了する(97条b)。

## 2 若干の示唆

### (1) 保安処分法定主義からの示唆

日本でも、行政の処分には法令の根拠がなくてはならない。とりわけ保安処分やそれに類する処分が法律以外によって制定されることは考えづらい。また、日本刑法典には罪刑法定主義の規定すら存在しないので、保安処分法定主義規定を求めるのは高望みかもしれない。

しかし、法律主義の保障のためには、保安処分法定主義を定めるべきであろう。

### (2) 不遡及の原則からの示唆

保安処分不遡及の原則は、日本にとって重要な示唆を与える。ドイツは刑罰とは異なり、保安処分には適用時法に準拠する主義を採用しており、遡及適用が可能になっている。それに学べば、遡及適用が可能な保安処分の設計を当然のことであると考えてしまうかもしれないが、スペインの制度を知ることによって、不遡及の原則を保安処分にもかける道があることが明確になる。

日本版DBSは、遡及効を持つように設計されようとしているが、保安処分不遡及の原則を一般的規定として置いておけば、そのようなことにはならなかったはずである。

## (3) 司法原則からの示唆

処分が司法裁判所、とりわけ刑事裁判所を通じてのみ行われることは、処分の前提となる事実を証拠をもって確認し、処分の必要性を具体的に判断することにつながる。また、処分の対象者が弁護士にアクセスしている状態で処分が判断されることは、対象者の防御や制度への理解を助けるものになる。

さらには、以下の比例原則を守る前提にもなる。

## (4) 比例原則からの示唆

日本では、対象者の現実的危険性とは無関係な期間設定がなされることがある。日本版 DBS 法案（2024年4月20日執筆時現在）第2条第8項第1号の定義によれば、特定性犯罪について拘禁刑を言い渡す裁判が確定した者の刑の執行が終わってから20年が経過しない者や執行猶予を得て10年を経過しない者は、同法案における特定性犯罪事実該当者となる。これは、形式的かつ機械的な認定であって、行為者が現にどのような危険性を有しているのかを判断するものではない。つまり、具体的事案に即してみれば当該職業に関連する危険のない者までも、実質的に保安処分の対象となりうることになる。たとえば、夫婦間の妊活トラブルで不同意性交等罪に問われた40代の教師（もちろん、男性でも女性でもありうる。）が、執行猶予判決を得てから10年の間、夫婦間の妊活トラブルとは何の関係もない小学生を担当する小学校教諭になれないというのはあまりにも過剰である。当該性犯罪と職業との間に何の関連性もない。

具体的に評価すれば危険でない者の権利を剥奪ないし制限することは許されないという原則を確立すべきであろう。

## (5) 必要性原則からの示唆

処分の可否を決定した時点で危険性が認められる者であっても、時の経過とともに再犯の危険性が消滅することが考えられる。そのようなときに処分を取り消す制度を置く必要がある。なぜなら、危険性が消滅したにもかかわらず、危険性を防ぐ名目で権利を剥奪又は制限するのは、過剰だからである。

このように、スペインの保安処分に適用される一般原則を日本での議論の道標として立てておけば、その内容を受け入れるか否かについてはなお議論の余地があるとしても、抑制的な保安処分制度の一資料として活用することができるだろう。

## VI おわりに

本稿の議論は、以下のようにまとめられる。

- ① 「構成要件に該当する違法な行為をきっかけとして、再犯を防止するために行為者に科される、権利の剥奪又は制限を伴う刑罰ではない措置」を保安処分という。
- ② 日本は、すでに個別の法律により実質的に保安処分というべき処分が制定され使用されている。
- ③ 日本には、保安処分に適用される原理を明確にし、保安処分一般の限界を定める総則的規定がない。
- ④ 保安処分の歴史を見ると、保安処分に消極的な意見があることは理解できる。その消極論の現代的展開として制御論を考えることができる。
- ⑤ 国家には、国民からの感情的で主観的な安心要求に応じるべきではないが、客観的な安全要求には応じる責務がある。
- ⑥ 国民からの理由ある安全要求に応じるときには、保安処分を用いることも選択肢のひとつとなりうる。
- ⑦ 保安処分を一般原則によって制御しなければ、処分が際限なく広がってしまうおそれがある。
- ⑧ 日本の参考になる保安処分制度として、スペイン型の抑制された制度がある。スペインの保安処分に適用されている一般原則を概観することで日本への示唆を得ることが出来る。
- ⑨ 以上のような状況を踏まえて、日本は保安処分を制御するための総則規定制定の議論を開始すべきである。

これまでの議論によってすでに明らかだが、念のために本稿の主張の根底にある考え方を繰り返しておく。本稿の主張は「保安処分を積極的に用いるべきである」というものではない。むしろ「保安処分の制定が避けられない以上、一般原則を制定することで保安処分の暴走を制御すべきである」というものである。

仮に、これからも保安処分を定義し限界づける総則的規定がないままに、国民の主観的要求にも応えるインセンティブを持つ立法議員たちが、「これは刑罰ではない。(狭義の)保安処分でもない。」と言いながら個別の法律で国民の権利を剥奪又は制限する行政的措置を次々と制定していくのだとしたら、それはもはや刑法が国民や立法議員たちに「役立たず」とみなされて信頼を失っている状態である。その先には、際限ない人権侵害のデイストピアが待っていることだろう。

(了)

## 注

- (1) Vgl. Claus Roxin, Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl., 2020, § 3 Rn. 63ff.
- (2) 陳子平『刑法總論』第4版(元照, 2017)826頁以下参照。
- (3) 江藤隆之「スペインにおける刑事制裁制度の現状と2つの潮流」『刑事法の理論と実務3』(成文堂, 2021)237頁以下。
- (4) フランスについて、井上宜裕「フランスにおける保安処分の現状について——保安監置制度の動向を中心に——」『刑事法の理論と実務2』(成文堂, 2020)253頁以下参照。韓国について、金日秀・徐輔鶴〔齊藤豊治・松宮孝明監訳〕『韓国刑法総論』(成文堂, 2019)611頁以下参照。また、韓国において保安処分が拡大していることを指摘するものとして、李定政「韓国の刑法と刑法学の発展とその現状」比較法雑誌54巻2号(2020)1頁以下。
- (5) 法律案については、第213回国会閣法議案番号61の衆議院提出案に基づいて論じている。
- (6) 日本版DBSについては、高平奇恵「日本版DBSの課題と展望」法セミ830号(2024)52頁以下に詳しい。同57頁以下に展開される高平による報告書の問題点の指摘に本稿は賛同する。なお、日本版DBSの予

定する処分が直接的には国家によるものではなく、雇い主・事業者によるものであるとしても、国家その利用を義務づけたり、認定制度と関連させることで、法的ないし事実に職業選択の自由を剥奪ないし制限するものであり、国家による処分と同視しうる。

- (7) 『法律用語辞典』第5版（有斐閣，2020）1044頁。
- (8) 『法律学小辞典』第5版（有斐閣，2016）1185頁。
- (9) 高橋則夫『刑法総論』第5版（成文堂，2022）615頁。
- (10) 井田良『講義刑法学・総論』第2版（有斐閣，2018）607頁以下。
- (11) 保安処分の定義は、齊藤豊治「保護処分の法的性質」犯罪と刑罰27号（2018）80頁以下が示すように、再広義，広義，狭義など様々に伸縮可能であり，そのいずれを採用するかによって，何が保安処分であるかが変わることになる。どの定義を採用するのかは，何のために保安処分を定義するのかに依拠する。たとえば，保安処分がすでに法的に確立されており，その制度を網羅的に解説する目的の文章であれば，当該制度に絞った狭い定義を採用すべきことになる。国家が治安維持のために行う刑罰以外の強制的処分をすべて列挙したいのであれば最広義の定義が必要になる。本稿は，いまだ保安処分が一般的に規定されていない日本において，制御対象にすべき制度を取り込むための定義確定を目的としているため，狭義よりはやや広く，最広義よりはやや狭い保安処分定義を模索することになる。
- (12) 西原春夫『刑法総論』改訂準備版〔下巻〕（成文堂，1993）554頁。
- (13) 西原・前掲注（12）554頁。
- (14) 井田・前掲注（10）607頁以下。
- (15) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., 2022, § 9, Rn. 2; Roxin, Fn. 1, § 3 Rn. 63a.
- (16) 『法律用語辞典』・前掲注（7）1044頁。
- (17) 『法律学小辞典』・前掲注（8）1185頁。
- (18) たとえばドイツ刑法69条以下の運転禁止，同70条以下の職業禁止，スペイン刑法96条3項1号の職業禁止，同5号の運転禁止，同6号の武器所持禁止など。
- (19) Vgl. Jürgen Bauman, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., 2021, § 31 Rn. 5ff.
- (20) Murmann, Fn. 15, § 9, Rn. 2.
- (21) María Teresa Manga Alonso, De las medidas de seguridad, Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado, n. 2, 2022, pp.261ss. は，

マルセルの論稿を引きながら、保安処分の起源を遠くはプラトンや古代中国に、近くは追放を定めた1885年のフランス法に求めている。

- (22) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版(創文社, 1990)604頁, 高橋・前掲注(9)615頁, 金・徐・前掲注(4)608頁, Luis Romero Santos, Medidas de seguridad: previsión legal, fundamentos y tipología, Enrique Ortega Burgos (dir.), en Actualidad Penal 2019, 2019, p.169.
- (23) Claus Roxin, Luis Greco, Fn. 1, §1 Rn. 4は、「保安処分は、すなわち、拒否することのできない社会的要求に対応するものである。それゆえ、その導入が1933年であるにもかかわらず、国家社会主義的な思想に基づくものではない」という。また、宮澤浩一「いわゆる保安処分の最近の動向——西ドイツ、スイス、オーストリアを中心として——」『慶應義塾創立125周年記念論文集：法学部法律学関係』(1983)87頁以下も、ナチス時代より前に処分の構想が草案やその準備段階にあらわれていたことを指摘している。したがって本稿は、保安処分の思想そのものを国家社会主義ないし全体主義と結びつけて考えることはしない。しかしながら、全体主義と保安処分とが融合したときの危険性については、常に注意を払う必要があるであろう。平尾遼海「ナチスにおける行為者刑法と日本刑法の比較」九大法学122巻(2023)4頁が、常習犯罪者法がナチスにおいて行為者刑法の議論を活発化させるきっかけとなったと指摘していることもあわせて参照。
- (24) Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, S. 274.
- (25) Romero, nota 22, p.170; Antonio Zárate Conde y Eleuterio González Campo, Derecho Penal Parte General, 2015, pp.61s.
- (26) Manga, nota 21, p.263.
- (27) 日本における保安処分の歴史もまた、人権侵害の歴史であった。その詳細については特に、村田和宏「戦後の保安処分論の系譜(1),(2・完)」立正法学論集55巻1号, 55巻2号(2021, 2022)101頁以下, 1頁以下参照。とりわけ、村田が「(2・完)」23頁において、「治安維持法体制下の保安処分は、特段の反省がなされることはなく今日まで引き継がれている。」と指摘している点は重要である。
- (28) 本稿は、構成要件に該当する違法な行為をきっかけとしないこれらの処分を、保安処分の定義から外している。
- (29) その詳細は、田中康代「ドイツにおける保安監置とヨーロッパ人権裁判所」法と政治71巻2号(2020)399頁以下参照。
- (30) 井上・前掲注(4)253頁以下。

- (31) 中山研一『刑法改正と保安処分』（成文堂、1986）25頁以下参照。
- (32) 中山・前掲注（31）42頁以下参照。
- (33) 中山・前掲注（31）31頁。
- (34) 中山・前掲注（31）32頁。
- (35) 中山・前掲注（31）33頁。
- (36) 中山・前掲注（31）33頁。
- (37) 中山・前掲注（31）33頁。なお、中山は、後に医療観察法の処分を「隠れた保安処分」であると評している。同『心神喪失者等医療観察法の性格』（成文堂、2005）104頁以下。
- (38) 刑法が対象としているのは国民だけではなく、日本国内にいる外国人も含まれる。ただし、本稿では立法に関与する者、すなわち国会議員になることができ、また国会議員を選ぶことができる者として「国民」と表現する。
- (39) 松原芳博『刑法総論』第3版（日本評論社、2022）12頁以下。
- (40) Fernando Pinto Palacios, *La prisión permanente revisable: Los límites del castigo en un Estado de Derecho*, Madrid, 2019, p.196 は、スペインに終身刑が導入されたことにつき、治安の悪化などの現実的な刑事政策的な根拠はなかったと指摘している。
- (41) 刑罰の一般予防効果は限られたものであると結論づけるものに、生田勝義「刑罰の一般的抑止力と刑法理論——批判的一考察——」立命館法学2・3号（2005）24頁以下。
- (42) 松原・前掲注（39）21頁以下。
- (43) 団藤・前掲注（22）603頁も参照。
- (44) スペイン刑法典の歴史的成立過程については、江藤隆之「スペイン刑法法典化の沿革」桃山法学38号（2023）15頁以下を、理論を含めた概要については、江藤隆之「スペイン刑法のプロフィール」桃山法学30号（2019）1頁以下を参照。
- (45) スペインの保安処分の特徴を5つの項目に分類したのは、Carlos David Delgado Sancho, *Penas y medidas de seguridad*, 2020, p.233 に依拠している。分類の内容については、同書は単に条文を引用するだけなので、筆者が補って執筆している。
- (46) Manga, nota 21, p.262 は、その淵源をスペイン憲法9条3項に由来するものと解しているが、一般的に保安処分の規制は、その目的が特別予防にあると謳う憲法25条2項の規定を除き、法律に由来するものであると解されている。



# 会計帳簿等の閲覧権に関する比較研究<sup>(1)</sup>

大 川 濟 植

- 目 次
- I はじめに
  - II 問題の所在
    - 1 会計帳簿等の閲覧権の重要性
    - 2 現行法上の問題点  
——少数派株主の保護が不十分である現状
    - 3 現行法における会計帳簿等の閲覧権の内容  
——権利の範囲とその実効性
    - 4 本稿の構成
  - III アメリカ法
    - 1 模範事業会社法
    - 2 デラウェア一般会社法
    - 3 会計帳簿等の閲覧権に関する裁判例の検討
  - IV 会計帳簿等の閲覧権に関する比較検討
    - 1 概観
    - 2 親会社社員の会計帳簿等の閲覧権
  - V おわりに

キーワード：少数株主権，会計帳簿等の閲覧権，親会社社員の閲覧等請求権

## I はじめに

本研究は、日本法における「会計帳簿等の閲覧権」を対象とし、アメリカ法との比較考察を通じて、少数株主の権利保護の重要性を探求することを目的としている。

商業登記法上、株式会社（以下「会社<sup>(2)</sup>という）は、1つの経済的単体として

登記される。<sup>(3)</sup>しかし、会社は単独で事業を展開するよりも、その利益を追求するために、企業グループ全体の経営戦略を發動し、<sup>(4)</sup>ビジネスマネジメントやリスクマネジメントを行う純粋持株会社（pure holding companies）または事業持株会社（operating holding companies）<sup>(5)</sup>（以下「親会社」という）の傘下にある系列子会社や関連会社として「グループ経営」に参加することが一般的である。<sup>(6)</sup>このような企業グループは、親会社とその傘下の子会社で構成され、<sup>(7)</sup>企業取引市場において経済的な影響力を持っている。<sup>(8)</sup>そして、親会社はその子会社の支配株主として、会社法の規定する（または定款の定める）株主総会の法定決議事項（基本的経営方針）について、議決権を行使し決議することができる。<sup>(9)</sup>

一方、親子会社間の取引において親会社が子会社に対して支配的な影響力を及ぼす場合には、経営の透明性が欠如し、企業不祥事が発生するリスクを内包している。<sup>(10)</sup>その結果、子会社の少数派株主の利益が侵害されるおそれがある。<sup>(11)</sup>このような状況において、企業グループにおける親会社による違法行為や不正行為（以下「違法行為等」という）を未然に防止し、<sup>(12)</sup>事後的に親会社の法的責任を追及するための法制度が求められている。

親子会社間の取引において、親会社が子会社に対して不当な指示を行うことで、法令違反が生じる可能性がある。このような取引は、子会社の少数派株主に著しい損害をもたらすおそれがあり、経済的不利益を防ぐための法的枠組みの整備が必要である。<sup>(13)</sup>日本法では、親子会社の取締役等による違法行為等に対する予防策や事後的な救済手段が設けられている。<sup>(14)</sup>しかし、親子会社間の取引において親会社に対する責任を追及する明確な規定が存在しないため、子会社の少数派株主が親会社に対して責任を追及することは困難である。そのため、企業グループにおいて親会社の違法行為等が子会社に影響を及ぼした場合、子会社の少数派株主は不法行為に基づく損害賠償請求に頼らざるを得ず、<sup>(15)</sup>その実効性が乏しいのが現状である。

会社法上、会社の株主（または親会社社員）には、<sup>(16)</sup>会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧または謄写を請求する権利（以下「会計帳簿等の閲覧権」という）が認められている（会社433条）。この権利は、会社の業務や財産状況を調査

するための「検査役選任請求権（会社360条）」と並び、会社経営陣の業務執行や職務執行を是正・監督する手段として位置づけられている<sup>(17)</sup>。これは、少数株主の地位を強化するうえで重要な要素であり、「株主の違法行為差止請求権（会社360条）」「株主代表訴訟（会社847条）」「多重代表訴訟（会社847条の3）」の行使を補助する役割を果たす。これにより、会社経営の透明性が確保されるとともに、経営陣による違法行為等を監督するための重要な株主権として機能する<sup>(18)</sup>。

しかし、日本法では、株主（または親会社社員）がこの権利を行使するためには一定の持株要件を満たす必要があり、これが少数株主にとっての大きな障壁となっている。特に、株主（または親会社社員）が会計帳簿等の閲覧権を行使するには3%以上の持株要件が課されており<sup>(19)</sup>、この要件が少数株主による経営者の違法行為等に対する責任を追及する際の大きなハードルとなっている。その結果、少数株主が実質的にこの権利を行使するのは難しい状況にある<sup>(20)</sup>。

これに対し、アメリカ法では、株主が「正当な目的」を示すことで、単独株主権として会計帳簿等の閲覧権を行使できる仕組みが整備されている。この制度により、株主（または親会社社員）は会社や子会社の会計帳簿等を閲覧する権利が広く認められている<sup>(21)</sup>。一方、日本法では少数株主の権利保護が十分とはいえず、企業グループにおける企業統治の健全性を確保するためには、具体的な改善策が必要である。

## II 問題の所在

### 1 会計帳簿等の閲覧権の重要性

#### (1) 事例

A社は、平成18（2006）年金融商品取引法改正前の証券取引法（以下「旧証券取引法」という）に基づき、有価証券報告書を提出しなければならない会社であり、その発行する株式は証券取引所第二部に上場されていた。A社の代表取締役会長であるBを始めとする10名の取締役が同社の経営を担って

いた。A社と監査契約を締結した監査法人Yは、同社の会計監査人として、旧証取法193条の2に基づく有価証券報告書の財務計算に関する書類等の監査証明を目的とする監査業務を行っていた。

A社は、主要事業部門の業績低迷により、平成9(1997)年度3月決算期に3億円の経常損失を計上する事態となった。しかし、代表取締役Bらの経営陣は、株価維持や支配株主への剰余金配当を実行するため、赤字決算を回避する策として、中間子会社であるC社および孫会社であるD社における架空売上金15億円を売上高に計上し、経常利益を30億円と記載した虚偽の連結損益計算書を掲載した有価証券報告書(以下「本件報告書」という)を内閣府に提出した。本件報告書について、同社の会計監査人Yは無限定の適正意見を表明した。これを受け、A社の再生債務者管財人であるXは、Yが前記の粉飾決算を見逃したことを理由に、監査契約上の注意義務違反に基づき、損害賠償金および遅延損害金の支払いを求めた。

## (2) 本節の目的

本件は、YがA社の監査において、「A社の固有のリスクと内部統制上のリスクを考慮し、通常実施すべき監査手続」に従って監査を行うべきであったにもかかわらず、その手続が十分に履行されていないと判断され、Yの責任が認められた事件である。<sup>(22)</sup>

A社の代表取締役Bらが主導した「粉飾決算」において、監査法人(または公認会計士)による会計監査は、会社を取り巻く利害関係者や一般投資者を保護するために法定された制度である。したがって、会計監査人の役割は、会計基準等に基づいて(連結)計算書類等の適法性を検証することに留まる。<sup>(23)</sup> 本件において、決算を不正かつ違法に処理したのは、会社法上、会計作成義務を負う代表取締役Bらの経営陣であり、Eらの会計監査人ではない。<sup>(24)</sup> 会計監査人の責任については、本稿では扱わない。<sup>(25)</sup><sup>(26)</sup><sup>(27)</sup><sup>(28)</sup>

本稿では、本件のような粉飾決算において、親子会社の少数株主が違法行為等を行った取締役等の責任を追及するために必要な会計帳簿等の閲覧権の問題点について比較法的考察を行う。その前に、会社の取締役等による違法行為等や任務懈怠行為に対する予防策および事後的な救済手段に関

する現行法上の問題点について検討する。<sup>(29)</sup>

## 2 現行法上の問題点

——少数派株主の保護が不十分である現状

### (1) 企業結合状態における少数派株主の保護について

前記Ⅱ 1 (1) のケースに基づき、D社はC社の子会社であり、C社はA社の子会社である（A社は最終親会社、C社は中間子会社、D社は孫会社）。この前提のもと、多層的な親子会社間の企業結合状態において、少数派株主の保護が不十分である現状から、親会社の株主の保護に関する問題点を検討する（設例①<sup>(30)</sup>）。

まず、このような多層的な親子会社間の支配・被支配関係においては、C社およびD社の取締役等が、A社の代表取締役Bらの指示に従い、法令に違反する行為（子会社での架空売上の計上）を行うか、または行うおそれがある。この場合、当該行為によってC社およびD社に著しい損害が発生するおそれがあるときには、6カ月前から引き続き株式を有するC社およびD社の株主は、経済的不利益を未然に防ぐために、それぞれの会社の取締役等に対して「違法行為差止請求権」を行使できる（会社360条・422条<sup>(31)</sup>）。

次に、C社およびD社の株主は、それぞれの会社の取締役等の任務懈怠責任を追及するために「株主代表訴訟」を提起することができる（会社847条）。しかし、A社に対する責任を追及するための明文規定は存在しないため、A社への責任追及は法的に認められていない<sup>(32)</sup>。このため、設例①において、A社の代表取締役Bらが、C社およびD社における架空売上の計上を通じて、C社およびD社の取締役等の任務懈怠を教唆または幫助した場合でも、C社およびD社の株主は、不法行為に基づく損害賠償責任（民709条）を追及する以外に方法がない。したがって、A社に対する責任追及は、株主代表訴訟の枠組みではなく、不法行為に基づく手段に限定されることになる<sup>(33)</sup>。このように、親子会社間の責任の所在については法的な規定の違いが大きく影響を及ぼしている。

設例①に基づき、D社がC社の完全子会社であり、C社がA社の中間

子会社であるという前提のもと、A社がD社の最終的な完全親会社であることを考慮し、親子会社間に関する規律について検討する<sup>(34)</sup> (設例②)。

前述のように、設例①においては、D社およびC社の株主がA社(または代表取締役Bら)の責任を追及する手段は、不法行為に基づく損害賠償請求に限られ、この方法では子会社の少数株主による責任追及は極めて困難である<sup>(35)</sup>。同様に、設例②においてC社に少数株主が存在する場合についても、責任追及は同様の方法に依拠せざるを得ず、その実効性には大きな課題があるといえる。

一方、設例②においては、最終完全親会社であるA社の代表取締役Bらから業務執行上の指図を受けたC社およびD社の取締役等が、その指図に従って架空売上を計上する違法行為を行った場合、C社がD社を完全に所有しているため、A社の株価が大きく下落する可能性がある<sup>(36)</sup>。このような状況下では、D社の全株式を間接的に保有するA社の株主は、財産権の損害を被ることになる。したがって、設例②のケースにおける問題点を改善するために、平成26(2014)年改正会社法によって「最終完全親会社等の株主による特定責任追及の訴え」、いわゆる多重代表訴訟が導入されたのである<sup>(37)</sup>。

具体的には、A社が最終的な完全親会社となる場合、6カ月前から引き続き当該最終完全親会社の総株主の議決権の100分の1以上の議決権、または発行済株式の100分の1以上の株式を有する株主は、C社およびD社の取締役等の責任を事後的に追及するために、「多重代表訴訟」を提起することが可能である<sup>(38)</sup>。

## (2) 親会社取締役の子会社に対する監督義務について

取引市場において、企業グループが占める経済的比重は非常に大きい。その中で、親子会社間の取引の公正性を高めることは、企業法政策上の重要な課題となっている<sup>(39)</sup>。特に、前記Ⅱ2(1)の設例①および②においては、親会社が支配株主として子会社に対し支配的な影響力を及ぼす可能性がある取引が存在し、かかる取引では不公正な取引が生じるリスクがある<sup>(40)</sup>。このような問題に対応するため、アメリカの判例法理では、支配株主である

親会社が実質的に子会社の経営を支配している場合、親会社はその子会社の少数派株主に対して信認義務 (fiduciary obligation) を負うと解されている<sup>(41)</sup>。

また、日本法とは異なり、イギリス法では法人の取締役資格を認めているため、会社法の実務上の取締役概念に基づき、親会社も子会社に対して背後取締役としての義務を負うと解されている<sup>(42)</sup>。さらに、1986年イギリス倒産法 214 条をモデルにしたヨーロッパ模範会社法は、親会社の責任に関して、企業グループ全体の利益を考慮した特別なルールを規定している (同法 § 15・17<sup>(43)</sup> (1))。

たとえば、前記の設例①において、A社から業務執行上の指揮を受けたC社の取締役等の指図に従って、D社の取締役等がグループ全体の利益のために事業を行った結果、同社が経営破綻の寸前に陥った場合、A社は、グループ全体の利益を追求するための再編行為 (D社株式の公開買付け [§ 13.01], 友好的D社買収 [§ 13.02-13.04], D社吸収合併 [§ 13.07-13.48], D社分割 [§ 13.49-13.79]) を行うか、または清算手続を開始する義務を負うと解されている<sup>(44)</sup>。このように、英米法の国々では親子会社に関する規律のあり方は異なるが、企業グループにおける親子会社間の取引において子会社の少数派株主の利益を保護する共通点がみられる。

一方、日本の現行法にはヨーロッパ模範会社法のような規定は存在しない。しかし、学説では、親会社の利益を保護する観点から、親会社の取締役等には善管注意義務や忠実義務の一環として、子会社の違法行為等を防ぐために、子会社への内部統制システム構築を通じた業務管理・監督義務を合理的な範囲で課すべきだという意見がある<sup>(45)</sup>。また判例法理においても、親会社の取締役等が子会社に対して監督義務を負うことを認めた下級審裁判例が出始めている<sup>(46)</sup>。

### 3 現行法における会計帳簿等の閲覧権の内容

#### ——権利の範囲とその実効性

会社法上、上場会社においては所有と経営が分離されている。そのため、

株主は会社の経営を取締役等に委ねる一方で、取締役等の経営を監視するための権限が与えられている<sup>(47)</sup>。

前記Ⅱ 1 (1) の事例では、A社の代表取締役Bらが、C社およびD社で架空売上を計上するなどの違法行為を行い、C社およびD社の取締役等の任務懈怠を教唆または幫助した場合、現行法上A社(または代表取締役Bら)に対する責任追及は不法行為に基づく手段に限定され、株主代表訴訟の枠組みでは行えない。一方、前記Ⅱ 2 (1) の設例②においては、一定の要件を満たすA社の株主が、D社の取締役等に対して多重代表訴訟を提起することができる(前記Ⅱ 2 (1) の本文内容参照)。

現行法上、親子会社間の取引における取締役等の違法行為に対する予防策や事後的な責任追及手段として、取締役等の「違法行為差止請求権(会社360条、会社422条;会社385条、399条の6第1項、407条〔対比〕)」、取締役等の責任追及のための「株主代表訴訟(会社847条)」<sup>(48)</sup>、完全子会社の取締役等の特定責任を追及するための「多重代表訴訟(会社847条の3)」<sup>(49)</sup>、および違法行為のあった取締役等が株主総会において否決された場合の「取締役等の解任請求権(会社854条)」が認められている。前記Ⅱ 2 (1) の設例①および②のような多層的な親子会社関係にある会社の株主は、かかる権利を有効かつ適切に行使するために、それぞれの会社の計算書類および(最終完全)親会社の連結計算書類ならびにその附属明細書の作成の基となる会計帳簿等に関する情報を、正確かつ詳細に入手しておく必要がある<sup>(49)</sup>。

すなわち、前記Ⅱ 2 (1) の設例①および②において、(最終完全)親会社の取締役等が自己または第三者の利益のために同社の資産を流用するなどの違法行為等を行った場合、一定の要件を満たす少数株主(総株主の議決権の100分の3以上の議決権、または発行済株式の100分の3以上の数の株式を有する株主)は、取締役等の任務懈怠等に基づく責任を追及するために会計帳簿等の閲覧権<sup>(50)</sup>を行行使することができる。また、(最終完全)親会社の取締役等が自己または第三者の利益のために(中間)子会社の資産を流用するなどの違法行為等を行った場合、(最終完全)親会社社員は、会計帳簿等の閲覧に関する請求理由を明らかにしたうえで、「裁判所の許可」を得て、取締役等の任務懈怠責

任を追及するために（中間）子会社の会計帳簿等の閲覧権を行使することができる<sup>(51)</sup>。

さらに前記Ⅱ 2 (1) の設例①において、A社の代表取締役BらがC社およびD社で架空売上を計上するよう指図した場合、子会社に損害が生じ、C社およびD社の株式を保有するA社の株主も財産的損害を被る可能性がある。しかし、C社およびD社にA社以外の少数派株主が存在する場合、当該株主が閲覧権を行使できるのは、自社の経営に関わる事項に限られる。そのため、A社の代表取締役Bらの任務懈怠責任を調査する目的では、A社の会計帳簿等を閲覧することはできない<sup>(52)</sup>。

以上を踏まえ、以下では、親子会社間の取引において、子会社の少数派株主の利益を保護し、または親会社の少数派株主の利益を保護するために必要な株主（または親会社社員）の会計帳簿等の閲覧権について、日本法に対する諸外国の動向として、特にアメリカ法に関する考察を行う。

#### 4 本稿の構成

本稿では、企業グループにおける親子会社間の取引に関する少数派株主の利益保護および権利強化について、以下の構成で論じる。

まず、アメリカの模範事業会社法（Model Business Corporation Act）における株主の会計帳簿等の閲覧権について、その沿革的分析を通じて歴史的背景を探る。模範事業会社法の成立過程や株主の権利保護に対する理念の変遷を概観し、特に会計帳簿等の閲覧権の重要性とその発展について明らかにする（Ⅲ）。

次に、デラウェア会社法（Delaware General Corporation Law）における株主の会計帳簿等の閲覧権に関する具体的な規定を詳細に分析する。株主がこの権利を行使するために求められる要件や手続き、またその実務上の適用状況を説明し、とりわけ少数派株主の権利保護にどのように寄与しているかを考察する（Ⅲ）。

続いて、デラウェア州における重要なリーディングケースであるCompaq Computer Corp. v. Horton事件を検討する。この事件を通じて、

株主の会計帳簿等の閲覧権に関する司法の解釈や適用について分析し、裁判所が株主の権利をどのように保護しているか、またその結果として株主の利益保護がどの程度実効性を持つかを論じる(Ⅲ)。

さらに、株主の会計帳簿等の閲覧権について、アメリカ法との法制度的な比較検討を行い、会社経営の透明性や少数派株主保護の観点からその意義を考察する。特に、アメリカと日本の法制度の違いが、企業ガバナンスに与える影響を探る(Ⅳ)。

最後に、アメリカの法制度および裁判例を踏まえ、日本法における少数派株主の権利保護の改善に向けた示唆点を導き出す。会計帳簿等の閲覧権の行使を容易にするための法改正や手続きの見直しについて提言し、企業グループ内の経営透明性を向上させるための方向性を示す(Ⅴ)。

### Ⅲ アメリカ法

#### 1 模範事業会社法

##### (1) 概観

アメリカにおいて、1950年に初めて公表された模範事業会社法(Model Business Corporation Act, 以下「MBCA (1950)」<sup>(53)</sup>という)は、各州で制定され、適用されている会社法そのものではない。これは、アメリカ法曹協会(American Bar Association, 以下「ABA」という)が、当時のデラウェア一般会社法(Delaware General Corporation Law, 以下「DGCL」という)や他の州の法律を参考にし、アメリカの会社法のモデルとして作成したものである。このため、MBCAはアメリカにおいて典型的かつ先見的な法律として位置づけられ、<sup>(54)</sup>多くの州によって採用されている。<sup>(55)</sup>

MBCAが公表された1950年以来、ABAの企業法委員会は、MBCA(1950)に対して1960年および1969年に大幅な改訂を行い、<sup>(56)</sup>1984年には完全改訂版(以下「RMBCA (1984)」という)を刊行した。その後、RMBCA(1984)は、2013年、2016年、2024年にそれぞれ改訂された。<sup>(57)</sup>本節では、2024年改訂版MBCA(以下「RMBCA (2024)」という)に定められた「会社の

記録 (CORPORATE RECORDS)」に関するルールを検討する<sup>(58)</sup>。その前に1984年にABAのビジネス法部門の企業法委員会が行った株主の閲覧権 (inspection rights of shareholders) に関するMBCAの改訂内容について、従来のルールとの違いやその影響を沿革的に比較検討する。この改訂は、それ以前のルールに対する抜本的な見直しを反映しており、またその後の改訂にも重要な影響を与えている<sup>(59)</sup>。

## (2) 1950年公表のMBCA

### イ 会計帳簿等の作成・保存

MBCA (1950) では、株主の閲覧権に関連する「会社の記録 (CORPORATE RECORDS)」という概念は存在せず、代わりに「会計帳簿および記録 (BOOKS AND RECORDS)」(以下「会計帳簿等」という) として定められている<sup>(60)</sup>。特に、MBCA (1950) § 46における会計帳簿等に関する規定の核心的な内容は、MBCA (2024) にも概ね維持されている<sup>(61)</sup>。

具体的には、MBCA (1950) § 46 では、会社が株主やその他の利害関係者に提供すべき情報を開示するための書類について、以下の3点が定められている。まず、各会社は正確かつ完全な会計帳簿および記録 (books and records of account) ならびに株主総会および取締役会の議事録を作成しなければならない。次に、会社の登録事務所または主たる事業所、もしくは譲渡代理人もしくは登記官 (transfer agent or register) の事務所において、すべての株主の名前・名称および住所、ならびに各株主が保有する株式の数および種類を示す株主名簿 (a record of its shareholders) を作成する必要がある。これらの会計帳簿および会計記録、ならびに各種の議事録および株主名簿 (以下、これらの書類を併せて「会計帳簿等」というときがある) は、書面または書面に変換可能な他の形式で保存することができると定められている<sup>(62)</sup>。

また、株主名簿において少なくとも6か月前から引き続き株式を保有し、または会社の発行済株式の5%以上を保有する株主は、正当な目的を明記した書面による請求を行うことで、代理人または弁護士 (agent or attorney) を通じて、合理的な時間内 (at any reasonable time or times) に、

会社の会計帳簿等を調査し、閲覧および謄写 (inspect and copy:以下「閲覧」という) <sup>(63)</sup> することができる<sup>(63)</sup>と定められている。

アメリカにおける株主の会計帳簿等の閲覧権は、普通法 (Common Law) <sup>(64)</sup> で認められている株主の権利を基にしている。この権利は、RMBCA (1984) やそれを参考にした各州の法律によって補完され、具体的に規定されている。<sup>(65)</sup> すなわち、これらの法律は、普通法における株主の閲覧権を明確にし、さらに強化する役割を果たしている。

#### ロ 拒絶事由

MBCA (1950) § 46 では、会社が株主もしくはその代理人または弁護士 (以下「株主」という) からの会計帳簿等の閲覧請求を拒絶した場合、会社、役員、代理人は、株主が「正当な目的」で会計帳簿等の閲覧権を行使した際、これを拒むことはできないと規定している。拒絶された株主は、保有する株式の価値の10%に相当する罰金に加え、法律で認められるその他の損害賠償や救済を求める権利がある。<sup>(66)</sup>

また、会社は、原告が過去2年間において、その会社 (他の会社を含む) の株主名簿を販売もしくは販売提案を行い、もしくはその目的のために株主名簿を取得することを助け、もしくは以前の会計帳簿等の閲覧を通じて得た情報を不適切に使用し、または会計帳簿等の閲覧権を行使する際に善意や正当な目的を持って行動していなかったことを立証できなかった場合には、責任を免れないと定められている。<sup>(67)</sup>

株主が「正当な目的」を証明した場合、MBCA (1950) § 46 の規定にかかわらず、株主であった期間や保有株式の数に関係なく、管轄司法権に基づいて会社に対して会計帳簿等の提出を強制することができる。すなわち、株主は正当な理由があれば、会社に対して必要な情報を求める権利を持っている。<sup>(68)</sup>

#### (3) 1969年改訂 MBCA

1969年改正 MBCA (以下「RMBCA (1969)」という) § 52 では、MBCA (1950) § 46 が改訂され、株主の権利に関する規定が明確化された。この改訂により、会計帳簿の形式、株主の定義の拡大、罰則の適用範囲の拡大、および

財務諸表の請求権が追加され、より包括的な内容となっている。<sup>(69)</sup>

具体的には、RMBCA (1969) では株主以外に「投票信託証明書の保有者 (a holder of voting trust certificates)」に関する情報が新たに含まれ、投票信託証明書 (Voting Trust Certificates) に関する言及がなされている点<sup>(70)</sup>が注目される。また、会計帳簿等が書面形式でなくてもよいことが明示され、より柔軟な対応が可能となった。<sup>(71)</sup>

さらに、会計帳簿等の閲覧請求が拒絶された場合の罰則に「投票信託証明書の保有者」<sup>(72)</sup>が明記されることで、請求者の権利の範囲が広がった。MBCA (1950) では規定されていなかった、株主や投票信託証明書の保有者が最新の財務諸表を請求できる権利も新たに追加されている。<sup>(73)</sup>

このように、MBCA (1950) が株主の権利に焦点を当てていたのに対し、RMBCA (1969) では投票信託証明書の保有者を含むより広範な権利が規定されている。これにより、会計帳簿の形式や罰則、財務諸表の提供に関する具体的な条項が追加され、全体としてより詳細で包括的な内容となっている。

#### (4) 1984年改訂MBCA

RMBCA (1984) は、アメリカ各州の会社法を改正するためのガイドとして設計され、現代のビジネス事業会社に関わる商業的および社会的利益を考慮している。公開会社および非公開会社の権利と義務を明確にし、ABAによって採択されたこのモデル法案は、MBCA (1950) とRMBCA (1969) の改訂版を置き換えている。改訂作業は5年間にわたり、テキサス大学ロースクールのロバート・W・ハミルトン教授が関与した。1983年に公開された草案を基に意見<sup>(74)</sup>を募り、改訂版が作成された。

RMBCA (1984) の主な変更点は、法律の状況に応じて定期的に見直されることと、各セクションに公式コメントが付されている点である。これにより、重要な決定やオプションの規定が明示され、ビジネス事業会社の運営における透明性が向上している。さらに、この改訂版では、株主の権利や取締役の責任に関する具体的なモデル条項が追加され、会社のガバナンスが強化されている。このように、RMBCA (1984) は、現代のビジネ

ス環境に対応した重要な法的枠組みを提供している。<sup>(75)</sup>

なお RMBCA (1984) のイントロダクションには明記されていないが、MBCA (1950) § 46 および RMBCA (1969) § 52 における会社の会計帳簿等に該当する内容は概ね反映されている。具体的には RMBCA (1984) 第 16 章 (Records and Reports) の各条項に置き換えられ、株主の会計帳簿等の閲覧権に関するモデル条項内容が、より段階的かつ詳細に定められている。<sup>(76)</sup>

#### イ 1969 年改訂 MBCA との比較検討

前述のように、RMBCA (1969) § 52 は「株主の権利の保護」「会計帳簿等の閲覧」「情報透明性の促進」に関する包括的な規定を提供している。具体的には、特定の要件 (発行済株式総数の 5% を保有し、または 6 ヶ月以上保有すること) を満たす場合に、株主が会計帳簿等の記録にアクセスできることを示している。<sup>(77)</sup>

一方、RMBCA (1984) では、これらの原則がより具体的かつ詳細に反映されている。具体的には、RMBCA (1984) § 16. 01 では、株主総会および取締役会の議事録の保持が義務付けられ、株主がそれを閲覧できることが明示されている。また、RMBCA (1984) § 16. 02 では、RMBCA (1969) § 52 で定められていた会計帳簿等の閲覧権の要件が削除され、少なくとも 5 営業日前に株主が「正当な目的」をもって書面で要求することで会計帳簿等の記録を閲覧できる手続きを詳細に定めており、手続きの明確化を図っている。<sup>(78)</sup>

さらに、RMBCA (1984) § 16. 03 では、会議が開催されなかった場合の行動記録の閲覧権が明示されており、特定の状況における株主の権利が強調されている。また、株主の代理人や弁護士も同様の閲覧権を持つことが明記されており、株主の権利がより明確に定められている。<sup>(79)</sup> 加えて、RMBCA (1984) § 16. 04 では、株主が記録の閲覧を拒絶された場合の法的救済措置として、裁判所に申し立てを行う手続きを詳細に示すことで、株主の権利が法的に保護される仕組みが整えられている。<sup>(80)</sup> すなわち、RMBCA (1969) では、株主による会計帳簿等の閲覧請求を不当に拒絶し

た会社の役員や代理人に対し、個人的責任が課せられる可能性が規定されていた。<sup>(81)</sup>しかし、RMBCA (1984) では、このペナルティに関する明示的な規定が存在しない。その結果、株主の権利が強化された一方で、<sup>(82)</sup> 役員<sup>(82)</sup>の責任に関する規定は緩和されている。

また、RMBCA (1984) § 16. 20 では、株主に対する「情報提供義務」として、年次財務諸表を株主に郵送する義務が規定されており、これにより株主は会社の財務状況を把握できるようになった。<sup>(83)</sup>さらに、RMBCA (1984) § 16. 21 では、株主が会社に対して記録を要求する権利を強調しており、<sup>(84)</sup> 株主の情報へのアクセスがさらに強化されている。

このように、RMBCA (1969) と RMBCA (1984) は、株主の権利保護と情報透明性の促進という共通の目的を持ちながらも、MBCA (1969) から MBCA (1984) への改訂では、株主の権利を強化し、より多くの株主が会社の記録にアクセスできるようにすることを目的としていた。特に、株主の会計帳簿等の閲覧権に関する要件の緩和は、株主の情報透明性へのアクセスを向上させる重要なステップであったと考えられる。RMBCA (1984) はより具体的な手続きと義務を定めることで、株主の権利を一層強化している。

#### ロ 1984年改訂版MBCAの意義

MBCA (2024) § 16. 01 は、会社の記録 (Corporate records ; 以下「会計帳簿等」という)に関するモデル条項である。前述のように、RMBCA (1969) § 52 では、会社の株式の5%以上を保有するか、または6ヶ月以上保有している株主でなければ、会社の会計帳簿等の閲覧ができないと定められていた。また、会社が前記の要件を満たした株主からの会計帳簿等の閲覧請求を拒絶した場合、当該会社の役員や代理人に個人的な責任が課せられる可能性もあった。

これに対して、RMBCA (1984) では、同 § 16. 02 (a) (Inspection of records by shareholders : 株主の会計帳簿等の閲覧)において、RMBCA (1969) § 52 で定められていた株主の会計帳簿等の閲覧権に関する要件が削除された。<sup>(85)</sup>具体的には、ABAの企業法委員会は、MBCA (1969) § 52において株主の会

計帳簿等の閲覧権の行使要件とされていた「5%以上の持株比率または6ヶ月以上の保有期間」の要件を撤廃した。<sup>(86)</sup>これは、ABAの企業委員会が、株主の持株比率や保有期間に関係なく、<sup>(87)</sup>正当な理由があれば情報開示を認めるべきであると判断したためである。

これにより、会社の株主はRMBCA(1984) § 16.02(a)に基づき、会社の会計帳簿等について、閲覧希望日から少なくとも5営業日前に書面で通知すれば、<sup>(88)</sup>会社の主たる事務所で営業時間内に特定の会計帳簿等を閲覧することができる。また、RMBCA(1984)では、株主は会社の基本的な会計帳簿等を自由に閲覧できる一方で、<sup>(89)</sup>不当な目的で閲覧を請求する可能性が高い場合には、<sup>(90)</sup>その請求に対する要件が厳格に制限されている。<sup>(91)</sup>このような機密性の高い書類に関しては、一定の要件を満たす必要がある。具体的には、株主が会社の議決権を持ち、「正当な目的」があることを自ら証明することが求められる。<sup>(92)</sup>RMBCA(1984) § 16.02の定める拒絶事由は、RMBCA(2024) § 16.02(b)(1)から(4)に維持されている。<sup>(93)</sup>

さらに、RMBCA(1984) § 16.01(a)は、会社に対し、株主総会および取締役会のすべての議事録(minutes of all meetings of its shareholders and board of directors)、ならびにこれらの会議を開催せずに行われた業務執行に係る記録、および取締役会の代わりにその傘下の各種委員会で行われた業務執行に係る記録を永久記録(permanent records)として「保存(Keep)」<sup>(94)</sup>することを義務付けている。株主は、会社がこのように保存した「会計帳簿等」の中から、「会社の定款、附属定款、取締役会によって決議された種類株式、過去3年間のすべての株主総会の議事録および株主が会議なしで行ったすべての行動記録、過去3年間に株主に郵送されたすべての書面による通信(§ 16.20に基づいて提供された財務諸表(Financial statements)を含む)、現在の役員等の名簿、(§ 16.22に基づいて提供された)年次報告書(Annual report)」<sup>(95)</sup>について、単独株主権として自由に閲覧することができる。

また、各会社は、「取締役会傘下の各種委員会が取締役に代わって会社のために遂行したすべての職務執行に関する記録(これには、たとえば、取締

役会を代理できる権限を有する特別訴訟委員会と取締役会との間に執行委員会が行った最終的な行為を含む<sup>(96)</sup>を保存する必要がある。しかし、株主総会や取締役会の議事録に記載されるべき詳細な内容については言及されていない<sup>(97)</sup>。

#### (5) RMBCA (2024) の検討

株主が会計帳簿等の閲覧権を行使するためには、会社の記録に関する情報が重要である。本項では、株主の会計帳簿等の閲覧権に関連する会社の記録 (Corporate records)、株主の閲覧権 (Inspection rights of shareholders)、閲覧権の範囲 (Scope of inspection right)、裁判所による閲覧命令 (Court-ordered inspection)、および RMBCA (2024) で新設された取締役の閲覧権 (Inspection rights of directors) について、RMBCA (1984) との比較検討を行う。

#### イ 会社の記録 (Corporate records)

会社は、株主に適切に連絡を取るために、株主の情報を整理し、株主の住所や保有株式に関する情報を管理する義務がある<sup>(98)</sup>。株主が電子的な手段での連絡を希望する場合、会社は株主が提供した電子メールアドレスを使用して通知を送信することができる。また、株主は、電子メールによる通知や通信を受け取ることに同意した場合でも、後からその同意を撤回することができる<sup>(99)</sup>、自分の意思で通信手段を選択することができる<sup>(100)</sup>。

このように、RMBCA (2024) § 16. 01 (d) は、会社 (または株主名簿管理人) が現在の株主名簿 (a list of current shareholders) を作成し、管理することを義務付けており、会社 (または株主名簿管理人) が「株主情報」<sup>(101)</sup>を適切に管理し、株主とのコミュニケーションを円滑に行うためのガイドライン<sup>(102)</sup>を提供している。小規模閉鎖的な非公開会社は、株主の証明書から情報を収集することができる反面、大規模公開会社は詳細な電子データを必要とする<sup>(103)</sup>。

また、株主が会社の記録の閲覧を請求した場合、当該株主はその請求において、①善意であり正当な目的のためであること、②請求が合理的で明確に示されていること、③閲覧を希望する記録が請求目的と直接関連していること、これらの要件を満たした場合に限り、閲覧が認められる<sup>(104)</sup>。その

結果、前記の①ないし③の要件を満たした会社の株主は、会社の基本的記録 (RMBCA § 16. 01 (a) (1)-(7) (2024)) を閲覧することができる。<sup>(105)</sup>

一方、RMBCA (2024) § 16. 01 (a) では、会社が維持すべき基本的な記録について規定しているが、いくつかの問題点がある。まず、具体性の欠如が挙げられる。このモデル条項では、会社が記録をどのように維持すべきか、またその記録をどこに保管すべきかについて具体的な指針を示しておらず、会社が記録管理を行う際の基準が不明確である。次に、合理的な時間内に閲覧が可能であることが求められているが、その具体的な方法や期間については明示されていない。また、会社の記録は州内外の複数の事務所で管理できるため、記録の所在が分かりにくくなる可能性がある。さらに、株主名簿管理人などの代理人が記録を管理する場合には、責任の所在が曖昧になることも懸念される。最後に、無形の形式で保存された記録については、物理的な場所が特定できないため、管理やアクセスに困難が生じる場合がある。<sup>(106)</sup> これらの問題点は、会社にとって記録管理の効率性や透明性を損なう要因となり得る。

#### (イ) RMBCA (1984) と RMBCA (2024) の比較検討

##### a 共通点

RMBCA (1984) と RMBCA (2024) には、会社の記録管理に関するいくつかの重要な共通点がある。まず、両バージョンでは、株主総会および取締役会の議事録や無会議での行動記録の保持が義務付けられている。<sup>(107)</sup> これにより、会社の意思決定プロセスが透明になり、株主や利害関係者がその過程を理解しやすくなっている。具体的には、議事録は会議の内容や決定事項を記録し、後に必要に応じて確認できるようにするための重要な文書である。

次に、正当な会計記録の維持も共通の要件となっている。RMBCA (1984) および RMBCA (2024) では、会社は財務状況を正確に示すために会計記録を保持する義務がある。<sup>(108)</sup> この要件により、会社の財務状況が明確に示され、信頼性が向上し、株主や投資家が安心して情報を基に意思決定を行いやすくなっている。

また、株主名簿の作成に関しても、両バージョンは株主の名前、住所、保有株式の数と種類をアルファベット順に整理した名簿を作成することを求めている<sup>(109)</sup>。この名簿は、株主に対する情報提供の基礎となり、株主が会社の活動を把握するための重要なリソースとなる。

さらに、記録は書面または書面に変換可能な形式で保持する必要がある<sup>(110)</sup>、必要に応じて迅速に情報を提供できるようにしている。その結果、株主や利害関係者が必要な情報にアクセスしやすくなり、会社の透明性が一層高まる。最後に、定款や細則、取締役会の決議、株主総会の議事録などの主要な会社記録を主たる事務所に保管することが定められており、これにより法人の活動が適切に記録され、必要に応じてアクセス可能となる<sup>(111)</sup>。

#### b 相違点

一方、RMBCA (1984) と RMBCA (2024) にはいくつかの重要な相違点も存在する。まず、株主への通信に関する具体的な条項が、RMBCA (2024) では追加されている。1984年改訂版では株主への通知に関する詳細な条項が少なかったため、株主とのコミュニケーションが曖昧であった<sup>(112)</sup>が、2024年改訂版では株主名簿に電子メールアドレスを含めることが求められるようになり、迅速かつ効率的な情報提供が可能となった。その結果、株主との関係が強化され、会社の透明性が向上した<sup>(114)</sup>。

次に、財務諸表の保持に関する要件も異なる。RMBCA (1984) では年間財務諸表の保持に関する具体的な要件が明記されていなかったのに対し<sup>(114)</sup>、RMBCA (2024) では過去3年間の財務諸表や監査報告の保持が求められるようになった<sup>(115)</sup>。この改訂により、財務報告の透明性が向上し、株主の信頼を得ることが期待される。特に、監査報告を保持することは、外部の監査機関による評価を受けた財務データの信頼性を高めるために重要である。

さらに、取締役会の各種委員会による行動記録の保持が明示され<sup>(116)</sup>、記録の閲覧可能性についても合理的な時間内に確保することが求められるようになった<sup>(117)</sup>。これにより、取締役会の活動がより透明になり、株主の監視機能が強化される。取締役会の各種委員会が行った決定や活動が記録される

ことで、株主は会社の運営状況をより良く理解できるようになる。

最後に、株主名簿の詳細管理に関しても、RMBCA (2024) では電子メールアドレスを含む詳細な管理が必要とされている<sup>(118)</sup>。これにより、株主への情報提供が効率的に行えるようになり、情報の正確性と迅速性が確保される点は、現代の会社運営において非常に重要であると考えられる。このように、RMBCA (2024) の改訂は、基本的な記録管理の要件としての共通点を保持しつつ、現代のニーズに応じた具体的な条項を追加しており、透明性や効率性の向上に大きく寄与している。この改訂は、会社が株主とのコミュニケーションをより円滑にし、財務報告の正確性を確保するために不可欠であるといえる。

#### ロ 株主の閲覧権 (Inspection Rights of Shareholders)

会社の株主は、希望する日の5営業日以内に署名入りの書面通知を会社に提出した場合、会社の主たる事務所において通常の営業時間内に、16. 01 (a) に記載された会社における特定の記録のいずれかを閲覧することができる<sup>(122)</sup>。ただし、取締役会や取締役会の各種委員会が行った会議の議事録、および会議を行わずに取られた行動の記録は除外される<sup>(123)</sup>。

またⅢ 1 (5) イで述べたとおり、株主が会社の記録の閲覧を請求する場合には、その請求が善意に基づき正当な目的を有し、合理的かつ明確で具体的に示されていること、さらに会社の記録が請求目的と直接関連していることを条件として、株主の閲覧が認められる<sup>(124)</sup>。ここでいう「株主の閲覧の対象となるもの」は、RMBCA (2024) § 16. 01 に制限的に列挙された項目ではなく、①同 § 16. 01 (b) に基づき作成すべき財務諸表 (the financial statements of the corporation)、②会計帳簿 (accounting records of the corporation)、③同 § 16. 01 (a) に基づき保存される取締役会および各種委員会の「議事録」、またはこれらの会議を開催せずに取られた「記録」、④株主の記録 (the record of shareholders) が挙げられる<sup>(125)</sup>。ただし、会社は、同 § 16. 02 (b) 項に記載された記録の機密性、使用、または配布に関して、合理的な制限 (reasonable restrictions) を課すことができる<sup>(126)</sup>。

一株以上を有する株主は、株主総会の議事録や、株主総会開催なしで

の書面決議に対する閲覧権とは異なり、<sup>(127)</sup>取締役会および取締役会の各種委員会に関する会議の記録や書面による決議の記録を、RMBCA (2024) § 16. 02 (b) に基づき、閲覧の目的に関連する場合に限り、単独株主権として閲覧することができる。この権利は、同 § 7. 20 に基づく株主名簿の閲覧権とは独立している。<sup>(128)</sup>

株主は、特定の条件の下で会社の記録を閲覧する権利を持っており、訴訟中であれば、他の訴訟当事者と同様に、その訴訟の一環として記録の閲覧権を行使できる。また、裁判所は、この法律に基づかずとも、会社の記録を提出させる権限を有し、合理的な制限を課すことができる。<sup>(129)</sup> RMBCA (2024) § 16. 20 に基づいて財務諸表を取得する権利を有する株主は、§ 16. 02 (g) によって、参照された情報源に基づいて既に存在する独自の閲覧権が保護される。ただし、§ 16. 02 (g) は新たな権利を創出するものではない。<sup>(130)</sup>

株主総会の開催にあたり、基準日株主が、招集通知のための基準日と異なる場合、通知の基準日以降に株主になった者でも株主総会で議決権を有する者は、会社に対して請求を行うことで、株主総会に関連する通知やその他の情報を受け取ることができる。<sup>(131)</sup>

#### ハ 閲覧権の範囲 (Scope of Inspection Rights)

株主は、RMBCA (2024) § 16. 02 に基づき、代理人や弁護士 (an agent or attorney) を任命して閲覧権を行使させることができる。<sup>(132)</sup> また会社は、株主が閲覧を請求した場合、合理的な範囲内でその請求に応じる義務を負う。ただし、株主が特定の形式での提供を求めたとしても、会社は合理的な方法を選択する権利を有し、電子送信などの手段を用いることも許される。<sup>(133)</sup> さらに、株主が株主名簿の閲覧を請求した場合、会社はその要求に応じる必要がある。しかしながら、必ずしも最新の株主名簿を提供する必要はなく、株主からの請求日より前に作成された株主名簿を提供することも認められる。<sup>(134)</sup> また、株主が請求した資料等を受け取る際には、費用負担が発生する可能性がある。ただし、その金額は合理的でなければならない。<sup>(135)</sup>

このように、RMBCA (2024) § 16. 03 は、株主が会社の記録を閲覧する権利を行使する際の具体的な手続と、会社側の対応義務について規定している。特に、この条項では、会社に対して提供方法や費用負担の設定に一定の柔軟性を認める一方で、株主の権利が制限されることなく、適切<sup>(136)</sup>に行行使できるようにしている。

## ニ 裁判所の閲覧命令 (Court-Ordered Inspection)

RMBCA (2024) § 16. 02 (a) に基づく閲覧請求が不当に拒絶された場合、株主は裁判所に申し立てることで、速やかに閲覧を命じる裁判所命令<sup>(137)</sup>を得ることができる。この場合、株主は会社の費用負担で閲覧を強制する「簡易命令 (summary order)」を求めることができる。簡易命令が適用されるのは、閲覧権が自動的に認められるか、または請求者が実際に会社の株主であるか否かを確認するだけで済むためである<sup>(138)</sup>。

これに対し、RMBCA (2024) § 16. 02 (b) に基づく閲覧請求に対して、会社が合理的な期間内に対応しない場合、同 § 16. 02 (c) に従った株主は裁判所に命令を申し立てることができる<sup>(139)</sup>。同 § 16. 02 (b) に基づく閲覧請求の場合、いくつかの争点が絡む可能性がある。たとえば、同 § 16. 02 (c) に基づく請求における株主の誠実性 (good faith) や正当な目的 (proper purpose)、または会社が要求する記録の機密性 (confidentiality)、使用 (use)、配布 (distribution) に関する制限の合理性などが挙げられる。

これらの争点が存在する場合、裁判所は RMBCA (2024) § 16. 04 (a) の定める「簡易手続」ではなく、同 § 16. 04 (b) に基づき「迅速な対応 (on an expedited basis)」を行う必要がある。ただし、「迅速な対応」という表現のねらいは、株主の閲覧を回避し、または遅延させるための引き延ばし戦術を抑制する一方で、裁判所にこれらの争点を簡易手続で解決することを求めない点にある<sup>(140)</sup>。

裁判所は、閲覧命令を出す際に、会社の記録の取り扱いについて機密性、使用、または配布に関する合理的な制限を課すことができる。また、会社が株主の閲覧権に合理的な疑義があったこと、または記録の取り扱いに関する合理的な制限を求めたが株主が同意しなかったことを証明しない限り、

株主が命令を取得するために負担した費用を会社が支払う必要がある。<sup>(141)</sup> RMBCA (2024) § 16. 04 (c) が定める主な制裁措置のねらいは、不合理な遅延 (unreasonable delay) や閲覧拒絶 (refusal to grant inspection) に対し、裁判所命令を取得するために株主が負担した費用を会社に支払わせることにある。

ただし、会社が RMBCA (2024) § 16. 04 (c)(1) または (2) で定められた理由に基づき、閲覧を「誠実に拒絶した」ことを立証した場合、この制裁を免れることができる。たとえば、会社が株主の過去の行動、すなわち会社から取得した情報を不適切に使用した事例を指摘し、それが現在の請求目的に合理的な疑義を生じさせると示す場合や、株主が同 § 16. 02 (b) に基づき要求された記録の機密性、使用、配布に関する合理的な制限に同意しなかったために閲覧を拒絶したと示す場合がこれに該当する。<sup>(142)</sup>

#### ホ 取締役の閲覧権 (Inspection Rights of Directors)

取締役は、取締役としての職務遂行に必要な情報にアクセスする基本的な権利を有する。RMBCA (2024) § 16. 05 (a) のねらいは、取締役が取締役会の構成メンバーとして経営を監督する義務を負うため、取締役としての職務執行 (取締役会の各種委員会の構成メンバーとしての職務を含む) に合理的に関連する範囲で、合理的な時間内に会社の会計帳簿等を閲覧する権利を有するという原則を確認することにある。<sup>(143)</sup> ただし、この権利は、株主個人の利益のためや、会社の利益を損なう目的で濫用されるべきではなく、取締役としての職務執行に合理的に関連する場合に限定される。<sup>(144)</sup>

さらに、RMBCA (2024) § 16. 05 (b) では、会社が不適切に閲覧権を拒絶した場合に、取締役のための救済措置として迅速な裁判所命令を発する手続きを規定している。<sup>(145)</sup> すなわち会社が不適切に取締役の閲覧権を拒絶した場合、会社側が取締役の閲覧請求を拒絶する正当な理由を示せない限り、裁判所は取締役の申立てに基づき迅速に、<sup>(146)</sup> 会社の費用負担で会計帳簿等の閲覧を認めることができる。

これは、取締役には広範な裁量と自由が与えられるべきだという前提に基づいており、会社側に取り締役が請求した会計帳簿等を閲覧する権利がな

いことを立証する責任が課されているためである。ただし、取締役の閲覧権が拒絶される場合もあり得る。たとえば、取締役が会社と対立しており、その閲覧が会社の利益に反する場合などが該当する。このような状況に対応するため、裁判所には広範な裁量権が与えられている<sup>(147)</sup>。

裁判所は、会社に過度な負担をかけないように配慮する権限を持っている。すなわち命令が下された場合、会社の利益を保護するため、会社に過度な負担や費用がかからないようにすること、取締役が閲覧権の行使で得た情報を悪用しないようにすること、さらに取締役が申立てに関連して負担した費用を会社が補償するよう命じることができる<sup>(148)</sup>。

なお、RMBCA (2024) § 16. 05 は、取締役が自ら取締役を務めていない子会社の記録を閲覧する権利については直接的に言及していない。取締役が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利は、通常、親会社の権利や権限を通じて行使されるべきであり、同 § 16. 05 (a) は親会社の取締役によるその権利や権限を独立して付与するものではない。ただし、完全子会社の場合、取締役の閲覧権は親会社に関する権利とほぼ同等のものと解釈されるべきである<sup>(149)</sup>。

RMBCA (2024) § 16. 05 は、取締役が会社の経営に必要な情報を適切に得られるようにする一方で、閲覧権の濫用や会社への不当な負担を防ぐためのバランスを取る内容となっている。また、裁判所の介入が迅速に行われるよう求めている点も特徴的であるといえる。

## 2 デラウェア一般会社法

### (1) 会計帳簿等の閲覧 (Inspection of books and records) について

1967年に改正されたデラウェア一般会社法 (the Delaware General Corporation Law, 以下、「DGCL」という) において、会計帳簿等の閲覧権 (Inspection of books and records) を規定した Del. C. § 220 が設けられている。この権利は、株主が単独で行使できる権利 (単独株主権) として位置づけられており、その行使要件が明確に定められている<sup>(150)</sup>。

イ 定義

(イ) 株主 (Stockholder)

Del. C. § 220 (a) (1) では、株主を「会社の株式を名義で所有する者、または投票信託 (voting trust) や名義人 (nominee) を通じて株式を実質的に保有する者」と定義している。この定義により、名義上の株主 (株主名簿に記載されている者) だけでなく、実質的な所有者 (株式の利益を実際に享受している者) も株主に含まれることが特徴的である。たとえば、投票信託に株式を預けている者や、実質的株主として株式を保有している者にも、一定の権利が認められる。<sup>(151)</sup>

(ロ) 子会社 (Subsidiary)

DGCL では、株主の定義と関連して「子会社」についても規定している。「子会社」とは、その発行する株式を親会社が直接的または間接的に全部もしくは一部所有し、その事業運営が親会社によって直接的または間接的に管理されている事業体を指す。<sup>(152)</sup> この定義では、「所有」と「管理」の両方が基準となっており、親会社がその事業体を部分的または完全に所有し、同時に管理していることが条件となる。<sup>(153)</sup> このため、子会社の範囲は広く、会社だけでなく、有限パートナーシップ、有限責任会社、法定信託、ジョイントベンチャーなどの事業体も含まれることになる。これにより、従来の企業形態に限定されることなく、さまざまな事業体の子会社として認識される可能性がある。<sup>(154)</sup>

(ハ) 宣誓 (Under oath)

株主が会計帳簿等の閲覧請求を行う際には、「宣誓」の形で行う必要がある。この「宣誓のもと (under oath)」とは、「アメリカまたはその他の州の法律に従い、偽証時には偽証罪の処罰を受けるという条件の下で、請求内容が真実であると確信している」とする株主の声明を指す。<sup>(155)</sup> Del. C. § 220 (b) によれば、「株主は、正当な目的を述べた宣誓に基づき、書面による請求を行う場合、通常の営業時間内に会社の会計帳簿等を調査し、写本または謄写する権利を有する」と規定されている。<sup>(156)</sup>

さらに、株主が会計帳簿等の閲覧請求を行う際には、株主としての利益

に合理的に関連する正当な目的 (proper purpose) を有していることが求められる。<sup>(157)</sup> また、情報提供に伴う合理的な費用は株主自身が負担する意思を示す必要があり、これは会社に過度な負担をかけないための措置である。<sup>(158)</sup> この「株主としての利益に合理的に関連する目的」という要件は、株主が請求する情報が自身の利益とどのように関連しているかを明確に示すことを意味する。さらに、この概念は従来の司法判断に基づいており、過去の判例も考慮した広範な解釈がなされている。<sup>(159)</sup>

#### ロ 要件

Del. C. § 220 (b) では、株主が要件を満たしている場合、会社は株主の閲覧請求を拒絶することはできない。もし会社が請求を拒絶したり、5営業日以内に回答しない場合、株主は衡平裁判所 (the Court of Chancery) に対して閲覧を強制する命令を申し立てることができる。<sup>(160)</sup>

株主が閲覧請求を行う際には、「正当な目的 (proper purpose)」であることが必要であり、<sup>(161)</sup> 閲覧対象の会計帳簿等について「宣誓のもと」<sup>(162)</sup> で作成された書面を提出する必要がある。<sup>(163)</sup> ただし、子会社の記録については、会社がその記録を実際に保有しているか、または子会社を支配することで記録を取得できる場合、<sup>(164)</sup> 閲覧請求が会社や子会社と第三者との契約違反にならない場合、そして子会社が法律上、会社からの記録提供要求を拒絶する権利を持たない場合に限り、<sup>(165)</sup> 閲覧が認められる。

#### ハ 拒絶事由

株主が、衡平裁判所に訴えを提起するためには、まず会社に対して正当な形式で会計帳簿等の閲覧を請求する必要がある。<sup>(166)</sup> その後、会社が株主の閲覧請求を拒絶し、または請求がなされた後5営業日以内にその請求に回答しない場合に限り、<sup>(167)</sup> 株主は閲覧を強制する命令を求めて衡平裁判所に申し立てることができる。<sup>(168)</sup> 衡平裁判所は、株主に対して会社の会計帳簿等の閲覧を認める命令を下すことができる。<sup>(169)</sup>

株主が株式台帳や株主名簿以外の会計帳簿等の閲覧をしようとする場合には、①自己が株主であること、②この規定に基づいた正しい形式と方法で閲覧請求を行っていること、そして③閲覧請求が正当な目的のためである

ることを証明する必要がある。<sup>(170)</sup>

一方、株式台帳や株主名簿の閲覧については、自己が株主であることを正当な形式で証明するだけでよく、この場合、会社側が「その閲覧が不当な目的のためである」と証明しない限り、閲覧が認められる。<sup>(171)</sup>

衡平裁判所は必要に応じて閲覧に関する制限や条件を設けることができる。さらに、衡平裁判所が適切と判断した場合には、会計帳簿等の一部や認証された写本を州内に持ち込み、保管するよう命じることも可能である。<sup>(172)</sup> Del. C. § 220に基づく株主のすべての閲覧請求事件は、上級裁判所から衡平裁判所に移管されることで、迅速な発見と迅速な裁判が行われる簡易手続きが実現している。<sup>(173)</sup>

一方、株式台帳 (a stocklist) に関する訴訟では、手続きの範囲が非常に限定的であり、訴訟は迅速に進むように設計されている。原告株主は、裁判所に対して迅速な対応を求めることができるため、被告会社が原告株主の訴えに回答する期限を短縮し、迅速な裁判日を設定するための「一方的な命令 (ex parte order)」を衡平裁判所から取得することができる。通常、被告会社の回答は10日以内に提出される必要があり、その後、衡平裁判は数週間後に予定される。<sup>(174)</sup>

原告株主が会計帳簿等の閲覧を求める訴えを提起する場合、被告会社は原告株主が閲覧権を請求した目的を裏付けるために必要な文書を提出するよう求めることができる。さらに、原告株主がすでに保存している被告会社の文書を提出するよう求めることも可能である。しかし、この訴えにおいては、証拠開示や文書開示が相当に制限されており、従って被告会社側が原告株主に広範な情報を求めることはできない。<sup>(175)</sup> この制限は、株主が正当な目的で情報を求めている場合に、被告会社側が不必要に訴訟期間を引き延ばすことを防ぐために設けられている。<sup>(176)</sup>

会社の会計帳簿およびその関連書類に関しては、裁判所は原告株主が述べた正当な目的を満たすために「重要かつ十分 (essential and sufficient)」な文書に限定して提出するよう命じる。この制限は、会社の事業機密情報を保護し、原告株主による潜在的な権利の濫用を防止するためのものであ

<sup>(177)</sup> また、衡平裁判所は、原告株主が被告会社の会計帳簿等の閲覧を開始する前に機密保持契約に署名することを求める場合がある。<sup>(178)</sup>

## ニ 取締役の閲覧権

取締役の閲覧権については、1981年の改正以前は判例法理によって認められていたが、1981年改正で Del. C. § 220 (d) 項が新設され、法律で明確に規定された。この規定により、デラウェア州の会社の取締役には、会社の情報にアクセスする権利が認められている。<sup>(179)</sup>

取締役の閲覧権は、「取締役としての地位に関連する合理的な目的のために」行使されるものであり、会社の株式台帳や会計帳簿等を閲覧することができる。この権利は、株主の閲覧権 (Del. C. § 220 (c) (1)-(3)) の要件に基づいている。<sup>(180)</sup>

取締役が閲覧請求を行う場合、その正当性を判断するのは衡平裁判所である。衡平裁判所は、会社に対して、株式台帳および株主名簿ならびに会計帳簿等に対する閲覧を行い、その写本または謄写を提供するよう命じることができる。会社が「取締役が不正な目的で請求している」と主張する場合、株主の場合と同様に、当該取締役が求める閲覧請求が不当な目的であることを立証する責任は会社側にある。<sup>(181)</sup> 衡平裁判所は、その裁量により、閲覧に関する制限や条件を定めることができ、また裁判所が正当かつ適切と判断されるその他の救済措置を命じることができる。<sup>(182)</sup><sup>(183)</sup>

## 3 会計帳簿等の閲覧権に関する裁判例の検討

Compaq Computer Corp. v. Horton 事件は、1993年にアメリカのデラウェア州最高裁判所で争われた、株主の会計帳簿等の閲覧権に関する重要な訴訟である。この事件では、Compaq Computer Corporation が<sup>3</sup>、同社の112株を保有する株主である Charles E. Horton からの株式台帳や関連資料の閲覧請求を拒絶した。以下では、この事件を通じて、アメリカにおける株主の会計帳簿等の閲覧権に関するリーディングケースを検討する。

(1) Compaq Computer Corp. v. Horton 事件<sup>(184)</sup>

イ 事案の概要

Compaq Computer Corporation (以下「Compaq社」という)は、同社の株主である Charles E. Horton (以下「Horton」という)に対し、株式台帳およびその他関連資料の閲覧を拒絶した。Hortonは1990年12月6日以降、Compaq社の普通株112株を保有する実質株主であり、名義株主はCede & Co.であった。Cede & Co.は、本件においてCompaq社の共同被告(a nominal party)<sup>(185)</sup>とされた。

1991年7月22日、Hortonと他の78名の株主は、Compaq社およびその15名の役員を相手取り、テキサス州証券法(the Texas Security Act)、テキサス州消費者保護法(the Texas Deceptive Trade Practices Consumer Protection Act)、普通法(Common Law)上の詐欺(fraud)、陰謀(conspiracy)、救済(aiding and abetting)、詐欺的隠蔽(fraudulent concealment)、信託義務違反(breach of fiduciary duty)などを理由に損害賠償を求める訴え(以下「テキサス訴訟」という)<sup>(186)</sup>を提起した。

その後、1992年9月22日、Hortonは代理人を通じて、Compaq社が保有または管理する株式台帳および関連書類の閲覧を請求する書簡を送付した。この書簡には、Hortonが他のCompaq社株主と連絡を取り、訴訟(HortonらによるCompaq社およびJoseph R. Canionに対する株主代表訴訟)の進行状況を知らせる旨が記載されていた。また、Hortonは、Compaq社の株主の中で、その訴訟に参加したい者や、同様の訴えを提起したい者がいるかどうかを確認することを目的としており、さらに、訴訟費用の按分を引き受けることを可能にする意図も示されていた。<sup>(187)</sup>

しかし、1992年9月30日、Compaq社は、この閲覧請求がDel. Code Ann. tit. 8, § 220 (b)に基づく「正当な目的(proper purpose)」に該当しないとして、Hortonらの要求を拒絶した。その後、訴訟当事者は、即時判決(summary judgment)を求める相互の請求(cross-motions)<sup>(188)</sup>を衡平裁判所に提出した。Compaq社は、HortonらがDel. Code Ann. tit. 8, § 220 (b)の要件をすべて満たしていることを認めたものの、閲覧請求が

正当な目的を示しているか否かが唯一の争点であると主張した。

1992年11月12日、衡平裁判所は、Hortonらの閲覧請求が「正当な目的」に該当すると判断し、Compaq社に対して閲覧を許可するよう命じた。<sup>(189)</sup> 衡平裁判所は、テキサス訴訟がCompaq社の利益のために提起されたものではなく、派生訴訟(株主代表訴訟)でもないとしながらも、企業不正行為が株式の価値に影響を及ぼした可能性がある<sup>(190)</sup>と認定した。そのため、閲覧請求の目的は株主としての利益に合理的に関連しており、正当な目的に該当すると判断した。この判決に対し、Compaq社は不服を申し立て、上訴した。

#### ロ デラウェア州最高裁判所の判決要旨

デラウェア州最高裁判所の判決では、Hortonの閲覧目的は正当であり、従前の裁判例(カンザス州のStandard Oil Co.に対するフォスター州事件)<sup>(191)</sup>において認められたものであると判示した。

「Standard Oil Co.の判決は、株主が未解決の訴訟に関する情報を収集し、その訴訟に参加することに関心を持つために、株式台帳およびその関連情報を閲覧する権利を有するという解釈を支持している。Hortonは、Compaq社の不正行為や詐欺が継続しており、それを見過ごすことができないため、株主としての利益を守るために他の株主にこの事実を知らせることが重要であると主張している。<sup>(192)</sup>

特に、Hortonは、Compaq社の不正行為を他の株主に知らせることで、株主が個別に損害賠償請求を提起する可能性を高め、結果的に不正行為の防止につながると考えている。この文脈において、デラウェア州衡平裁判所は、テキサス訴訟が株主としての利益に合理的に関連する目的であると認めている。<sup>(193)</sup> さらに、裁判所は、『株主としての利益に合理的に関連する目的であっても、その目的が会社の利益に反するものであってはならない』と述べている。したがって、株主が株主名簿およびその関連書類の閲覧を請求する権利は絶対的なものではなく、事案ごとに事実関係を考慮して判断される限定的な権利であると説示されている。

Compaq社は、Hortonの最終的な目的がテキサス訴訟に補助参加する原告を勧誘することであり、このことが会社に多大な費用を負担させる可

能性があると主張している。そして、この目的は会社の利益に反するとして、本件閲覧請求を拒絶するべきだと主張している<sup>(194)</sup>。

しかし、Compaq社は、口頭弁論において、株主代表訴訟の目的が被告会社に利益をもたらすべきだという主張を裏付ける根拠を示していない。一方、Compaq社の現株主であるHortonは、株主としての利益は、会社の利益を損なうことでは得られないと主張し、また、テキサス訴訟が同社の利益に対する正当な脅威にはならないと述べている。テキサス訴訟にはすでに79名の原告が参加しており、仮に原告が増加したとしても、Compaq社の訴訟防御にかかる費用が大幅に増加するわけではない。Compaq社にとっての本当のリスクは、訴訟に補助参加する可能性のある原告が会社に対する損害賠償の請求額を増加させる可能性があることである<sup>(195)</sup>。

しかし、法律と政策の観点から、株主に対する義務違反があった場合、会社やその代理人は責任を負うべきである。このため、補償的損害賠償金の支払いを回避することがCompaq社の正当な利益になるとはいえない。さらに、仮にテキサス訴訟においてCompaq社が損害賠償を支払うことになった場合でも、同社は共同被告である経営者やアドバイザーから補償を求めることができ、または求償権を行使することが可能である<sup>(196)</sup>。これにより、Compaq社が最終的に被る損害は軽減される可能性がある。

判例上、会社被告に対する損害賠償の単なる見込みは、Del. C. § 220の下で救済を拒絶するには不十分であることは確立された事実である。被告会社が株主の閲覧請求を拒絶するには、不当な目的が存在することを会社側が証明する必要がある<sup>(198)</sup>。また、争点に疑念がある場合には、株主の閲覧権を支持する方向で解決されるべきである<sup>(199)</sup>。この原則に基づき、裁判所は、Hortonの株式台帳およびその他の関連情報に対する閲覧の目的がCompaq社の正当な利益に反するものではないと判断している<sup>(200)(201)</sup>。]

#### ハ 若干の検討

##### (イ) 本判決の意義

デラウェア州最高裁判所は、Compaq Computer Corp. v. Horton事件に

において、Del. C. § 220 の従来の法的解釈を強調した。本判決では、たとえ株主が「直接訴訟 (a non-derivative suit)」を目的として他の株主を募る場合であっても、その目的が適切であれば、株主の閲覧権に対して拡大解釈が適用されることを判示した。しかし同時に、<sup>(202)</sup> 閲覧権が限定的なものであることも強調した点に意義がある。

本件判決は、株主が株式台帳や株主名簿 (以下、Del. C. § 220 (b) が定める制限的に列挙された事項と合わせて「会計帳簿等」という) を閲覧するための「正当な目的」の定義を一定程度まで拡張しつつも、会社の会計帳簿等の閲覧に対する一部の目的が不適切であることを確認した。また、会計帳簿等の閲覧が特定の状況下で拒絶されるべき場合があることを判示した重要な判例でも<sup>(203)</sup> ある。

#### (ロ) デラウェア一般会社法 220 条の立法趣旨

1967 年に成文化された Del. C. § 220 に基づき、株主は「正当な目的のために」会社 (または子会社) の会計帳簿等を閲覧する権利を有する。<sup>(204)</sup> 本判決を理解するためには、Del. C. § 220 が定める「正当な目的」に関する要件と、株主が会計帳簿等を閲覧する際の「正当な目的」に関する立証責任を理解する必要がある。この条文は、株主が閲覧権を行使する際の手続きや要件を規定しており、株主が閲覧請求を行う場合には、正当な目的を明確に示すことが求められる。

#### (ハ) 閲覧の主体と手続き

Del. C. § 220 (a)(b) は、<sup>(205)</sup> 株主が会社 (または子会社) の会計帳簿等を閲覧するための手続きを規定している。<sup>(206)</sup> DGCL は、株主に対し、会社 (または子会社) の会計帳簿等の閲覧権を認めている。具体的には、株主は、会計帳簿等を閲覧する「正当な目的」を明確に述べたうえで、書面による請求を行う必要がある。<sup>(207)</sup> また、「誓約による閲覧請求」は、デラウェア州に登録された会社の事務所または主たる事業所に直接送付しなければならない。会社が株主の閲覧請求を認めた場合、請求した株主は、<sup>(208)</sup> 会社の営業時間中であらばいつでも会計帳簿等を閲覧することができる。

## (二) 正当な目的

Del. C. § 220 に基づき閲覧権を請求した株主は、本条の定める要件を満たした場合、一般的に「正当な目的」のために会計帳簿等を閲覧する権利を有する。DGCL は、「正当な目的」を、「株主としての利益に合理的に関連する目的」と定義している<sup>(209)</sup>。ここでいう、「合理的に関連する」とは、株主が会社（または子会社）の会計帳簿等に対する情報を求める理由が、株主としての権利や利益に基づいている必要があることを意味する。すなわち、DGCL のもとでは、株主は会社の会計帳簿等の閲覧を請求する際に、その目的が「正当」であることを証明する必要がある。

この点について、デラウェア州最高裁判所は、会社が株主の会計帳簿等の閲覧権を認めるべきか否かを判断する際、最も重要な要素は、株主の閲覧請求の理由が「正当な目的」の要件を満たしているか否か、すなわちその目的に妥当性があるかどうかであると判示した<sup>(210)</sup>。さらに、同裁判所は、衡平法裁判所が各事件の具体的な事実に基づいて「正当な目的」の有無を判断すべきであるとし、一度「正当な目的」が認められた場合には、株主の「隠れた目的（ulterior purposes）」は問題とならないと判示した<sup>(211)</sup>。

また、衡平裁判所は、会社が株主による Del. C. § 220 に基づく会計帳簿等の閲覧請求をどのように拒絶できるかについて説示している。具体的には、株主が主張する「正当な目的」が「真の目的」ではないことを積極的に主張することで、閲覧権を拒絶することができるとしている<sup>(212)</sup>。この場合、会社は株主が「偽りの前提」のもとで閲覧権を行使していることを証明する必要がある。しかし、これは事実に基づく防御であり、会社が不当な目的を立証するのは難しいとされている<sup>(213)</sup><sup>(214)</sup>。さらに、株主が正当な目的で閲覧権を行使している限り、二次的な動機（隠れた目的）は考慮されない<sup>(215)</sup>。

Del. C. § 220 で認められる「正当な目的」に該当する主要事実としては、「株主間の意思疎通を図るための株式台帳の閲覧」「株式の価値を決定するために会社の財務状況や市場の動向を把握する必要がある場合」「特定の国でビジネスを行うことに対する経済的リスクについて他の株主に警告する必要がある場合」「会社およびその役員に対する直接的な請求を主張し、

他の株主に直接訴訟に補助参加するよう勧誘する場合」「訴訟を開始するよう求める衡平裁判所ルール 23. 1 (Rule 23. 1. Derivative actions by shareholders)<sup>(216)</sup>に基づいた会社の対応を確認する必要がある場合」「会社の経営が適切であるか否かを調査する必要がある場合」「同ルール 23. 1 の詳細な手続きを進めるために必要な準備作業を行う必要がある場合」が含まれる。<sup>(217)</sup>

これに関連して、デラウェア州最高裁判所は、株主が会計帳簿等の閲覧を請求する際の法的枠組みとその目的を明確に判示している。株主は Del. C. § 220 に基づいて得られた情報を、派生訴訟(株主代表訴訟)を提起し、または取締役会との会合を求めて提案された改革に関する議論を行い、もしくは次期定時株主総会に向けた株主決議の準備を行い、もしくは取締役選任のための委任状争いをするために使用できることを認めている。<sup>(218)</sup>

## (2) 親会社の株主の子会社に対する会計帳簿等の閲覧権について

Del. C. § 220. (a) (2) では、親会社の定義は明示されていないが、子会社については「株主が株式を所有する株式会社が直接または間接的に支配し、所有する法人、パートナーシップ、有限パートナーシップ、有限責任パートナーシップ、有限責任会社、法定信託、または合併事業を含む」と規定されている。アメリカの判例法では、一定の要件のもとで、親会社の株主に子会社に対する会計帳簿等の閲覧権を行使できる場合が認められている。<sup>(219)</sup>

### イ Siravo v. Sirian Lamp Co., 124 N. J. L. 433 事件<sup>(220)</sup>

Siravo v. Sirian Lamp Co., 124 N. J. L. 433 事件では、親会社である Syrian Lamp Company (照明器具の製造会社) と、その完全子会社である Sirian Wire and Contact Company に関する事案が争われた。本件では、親会社の実質的な株主である Michael Siravo が子会社の会計帳簿等の閲覧権を請求し、裁判所の判断を求めた。親会社はデラウェア州に登録されていたが、その会計帳簿等および完全子会社の会計帳簿等はニュージャージー州の事務所に保管されていた。

ニュージャージー州最高裁判所は、親会社の株主が親会社および子会社の会計帳簿等を閲覧する権利を有することを認める判決を下した。判決に

において、同裁判所は、普通法が親会社の株主に対して善意に基づく閲覧請求を認め、その請求が正当な目的に関連している場合には、株主が会社の会計帳簿等を閲覧する権利を有することを根拠に、親会社の株主による請求に基づき子会社の会計帳簿等の閲覧を許可した。そして、実質的な利害関係を有する親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する機会を提供すべきであると判示した。

さらに、親子会社関係において、完全子会社の会計帳簿等は実質的に親会社の会計帳簿等とみなされるべきであると判断した。このため、最高裁判所は親会社の株主の閲覧権を認め、公正な会計士の援助を受けて親子会社の会計帳簿等を閲覧できる機会を与えるべきであると判示した。また、本件では、親会社に対して法的命令（Mandamus）が下され、訴訟費用も親会社が負担することとなった。

この判決により、ニュージャージー州最高裁判所は下級審の判断を支持し、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利を認めた。この事案は、親会社の株主の閲覧権に関する重要な判例として位置づけられるものである。

## IV 会計帳簿等の閲覧権に関する比較検討

### 1 概観

前述のように、アメリカにおける株主の会計帳簿等の閲覧権は、普通法（Common Law）上の単独株主権として広く認められている帳簿閲覧権<sup>(221)</sup>を補完する形で、1984年に改訂されたMBCAおよびそれを参考にして各州が採択した制定法<sup>(222)</sup>によって定められている。

一方、日本では、昭和25（1950）年の商法改正により、アメリカ法上の会計帳簿等の閲覧権（Inspection of books and records）に倣ってこの権利が導入された<sup>(223)</sup>。平成17（2005）年の会社法制定以前は、同法制定前商法293条ノ6〔株主の帳簿閲覧権〕から293条ノ8〔親会社株主の子会社帳簿閲覧権〕までの規定が設けられており、それらは概ね現行法433条〔会計帳

簿の閲覧等の請求]に引き継がれている。<sup>(224)</sup>

### (1) 会計帳簿等の閲覧権者

アメリカ法において、株主が会社の会計帳簿またはこれに関する資料を閲覧する権利は、日本法の少数株主権とは異なり、単独株主権として認められている。ただし、RMBCA § 16. 02 (a) (2024) によれば、各株主は会社に関する「同項で定められた特定の記録」について、条件を満たす場合にのみ閲覧権を有している。<sup>(225)</sup> この閲覧請求は、RMBCA § 1. 40 (2024) で定義される「本店」において行われ、会社が RMBCA § 16. 21 (2024) で要求される年次報告書に記載した住所にある法人の執行事務所で閲覧が可能とされている。<sup>(226)</sup>

また、DGCLは1967年の改正により、株主の閲覧請求権 (Corporate Stockholder Inspection Rights) を Del. C. § 220 に定め、これを単独株主権として位置づけている。<sup>(227)</sup>

一方、日本法では、昭和25(1950)年の商法改正により、会社の取締役会制度のもとで、同法293条ノ6〔株主の帳簿閲覧権〕に「発行済株式ノ総数ノ10分ノ1以上ニ当ル株式ヲ有スル株主ハ会計ノ帳簿及書類ノ閲覧又は謄写ヲ求ムルコトヲ得」と定められた。このように、日本法では会計帳簿等の閲覧権が少数株主権として位置づけられていた。<sup>(228)</sup> 本条の新設当時、アメリカ法のように単独株主権とした場合、株主による帳簿閲覧権の濫用(いわゆる「会社荒らし」)が懸念されたため、少数株主権として制限が設けられた。<sup>(229)</sup> しかし、この要件が厳しすぎるという批判を受け、平成5(1993)年の商法改正で「発行済株式ノ総数ノ100分ノ3以上ニ当ル株式ヲ有スル株主」に緩和された。<sup>(230)</sup> この改正後の要件は、現行法にも引き継がれている。この要件緩和は、大規模な会社において改正前の持株要件を満たすことが困難であったことに対応するためである。<sup>(231)</sup>

### (2) 会計帳簿等の閲覧請求の要件

#### イ 少数株主の持株要件

Del. C. § 220 は、株主が会社の株主名簿やその他の関係書類を閲覧する権利について規定している。Del. C. § 220 (a) (1) によれば、株主とは「株

式会社の株を名義で所有する者、または投資信託もしくは代理人を通じてその株を実質的に所有する者」と定義されている。この規定から、会計帳簿等の閲覧権を行使する株主は、名義株主または実質株主であれば足りると解されている<sup>(232)</sup>。

一方、日本の現行法においては、権利を行使する株主の要件について詳細な定めは存在しない。しかし、法解釈上、現行法 433 条第 1 項に定める要件を満たす「株主」が会計帳簿等の閲覧権を行使する場合、会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧時まで、本項で定める少数株主の要件を維持する必要があるとされている<sup>(233)</sup>。そのため、この権利を行使する際、たとえ会社法 433 条第 1 項で定められた持株要件を満たしている株主であっても、一部の株式が名義書換未了である場合には、名義株主としての要件を欠く可能性がある。この場合、閲覧権を行使することはできなくなるおそれがある<sup>(234)</sup>。

#### ロ 行使方法

アメリカ法では、株主が会計帳簿等の閲覧権を行使する際、「宣誓」の形で行われることが求められる。この「宣誓のもと (under oath)」とは、「米国またはその他の州の法律に従い、偽証した場合には偽証罪として処罰される条件の下で、宣言者がその内容が真実であると確信している」という株主の声明を含むものである<sup>(235)</sup>。しかし、日本の現行法には、かかる偽証罪に関する処罰規定は設けられていない。

また、Del. C. § 220 (b) によれば、「株主は、直接または弁護士その他の代理人を通じて、目的を明記した宣誓に基づく書面要求がある場合、通常の営業時間内に『正当な目的』のために調査を行い、写本および謄写する権利を有する」と定められている<sup>(236)</sup>。これにより、株主が自ら権利を行使する必要はなく、代理人を通じて行うことが可能とされている。

一方、日本の現行法には、アメリカ法のような明文規定は存在しない。しかし、会社の(連結)計算書類の作成に関する高度な技術性を考慮すると、請求株主がこの権利を行使し「会計帳簿またはこれに関する書類」を閲覧した後、専門家(公認会計士、税理士、弁護士、速記者など)の助力を得る必要がある

る場合がある。そのため、アメリカ法と同様に、少数株主自身が直接権利<sup>(237)</sup>を行使する必要はなく、代理人によって行うことができると解されている。

#### ハ 拒絶事由

アメリカ法では、株主は株主としての地位に基づいた利益に合理的に関連する「正当な目的」のために、会社の会計帳簿等の閲覧権を行使することが認められている。ここでいう「正当な目的」とは、「株主としての利益に合理的に関連するもの」を指す。この解釈は、十分に広範であり、以前の司法判断を包含しつつ、その範囲を拡大または制限するものではないとされている<sup>(238)</sup>。

また、Del. C. § 220 (c) によれば、株主が会計帳簿等の閲覧権を要求した際に要件を満たしていることが確認された場合、会社は当該株主の閲覧権の行使を拒否することはできない。仮に会社が拒否したり、要求から5営業日以内に回答しない場合、株主は衡平裁判所に申し立てて、検査を強制する命令を求めることができる<sup>(239)</sup>。さらに Del. C. § 220 (b) は、株主が書面による会計帳簿等の閲覧請求に基づき、会社の株式台帳や株主名簿、子会社の書類などを調査する権利を有することを明記している。仮に会社が調査を拒絶した場合、株主は裁判所に申し立てることができる。この場合、株主は調査目的が正当であることを証明する必要がある<sup>(240)</sup>。また、裁判所は必要に応じて調査に制限や条件を課すことができる。Del. C. § 220 における株主のすべての検査事件は、上級裁判所から衡平裁判所に移管され、迅速な発見と迅速な裁判を行う簡易手続きが実施される仕組みになっている<sup>(241)</sup>。

一方、日本の現行法(会社433条第1項・第3項)は、一定の要件を満たす株主(または親会社社員)に対して会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧請求を認めている。ただし、この権利に対する拒絶理由は以下のように具体的に提示されている。

#### (イ) 請求者が調査以外の目的で請求を行った場合

請求者が会社の利益のためでなく、自己の利益のために請求を行った場合、会社は閲覧請求を拒絶することができる<sup>(242)</sup>。たとえば、請求者が会社

との売買契約や労働契約上の権利を主張するためにこの権利を行使する場合、当該会社は拒絶できると解される。<sup>(243)</sup>ただし、たとえ請求者の純個人的な利益である株式買取請求権行使のためにこの権利を行使した場合であっても、会社からの圧迫を原因とするケースが多いため、権利行使を認めるべきだとする見解がある。<sup>(244)</sup><sup>(245)</sup>

(ロ)「請求者が会社の業務の遂行を妨げ、株主全体の利益を害する目的で請求を行った場合」

請求者が会社や株主全体の利益を守るためではなく、純粋に個人的な利益のために会社の業務を妨げたり、株主全体の利益を侵害したりする場合、<sup>(246)</sup>閲覧請求は認められないとされる。

ここでいう「会社の業務の遂行を妨げる目的」とは、会社嫌がらせのために会計帳簿等を求める行為を指すが、たとえば会社の代表取締役社長の経営方針に疑問を抱き、同人に対する批判を繰り返していたという事実だけでは、平成 17 (2005) 年会社法制定前商法 293 条ノ 7 第 1 項後段 (現行法 433 条 2 項第 2 号) の拒絶事由に当たらないとした下級審裁判例 (横浜地判平成 3. 4. 19 判時 1397 号 114 頁) <sup>(247)</sup>がある。

(ハ)「請求者が会社と競業関係にある場合」

本号は、請求者が会計帳簿等を閲覧することによって会社の営業秘密を探り、その情報を請求者自身の事業に利用したり、第三者 (関連会社など) に提供するリスクがあるため、会社の利益を保護することを目的としてい<sup>(248)</sup>る。

本号につき、平成 17 (2005) 年会社法制定前商法 239 条ノ 7 第 2 号 (現行法 433 条 2 項第 3 号) では、「会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、又はこれに従事するもの」とは、具体的に「株主ガ会社ト競業ヲ為ス者ナルトキ、会社ト競業ヲ為ス会社ノ社員、株主若ハ取締役ナルトキ又ハ会社ト競業ヲ為ス者ノ為其ノ会社ノ株式ヲ有スル者ナルトキ」であると明示し<sup>(249)</sup>ていた。すなわち、たとえば、請求者が会計帳簿等の閲覧を請求する会社と直接または間接に競業関係にある株主の請求は、認められないと解され<sup>(250)</sup>ており、この点は現行法においても同様に解されている。<sup>(251)</sup>

## 2 親会社の株主の会計帳簿等の閲覧権

アメリカ法においては、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利が認められており、その制度は長い歴史を持つ。この権利は、子会社が親会社の管理下で一機関として組織され、その業務が行われている場合に適用されるものである。<sup>(252)</sup> 具体的には、株主を会社の真の所有者とみなし、取締役が株主に代わって会社を経営するという信託法理に基づき、所有と経営の分離によるエージェンシー問題を解消するために発展した「株主の閲覧請求権 (Shareholders' Inspection Rights)」<sup>(253)</sup> から派生している。

この制度において、親会社の株主は、「正当な目的」(proper purpose)がある場合、単独株主権に基づいて会社の会計帳簿等を閲覧することができる。一方、アメリカ法には、親会社の株主が子会社の「会計帳簿またはこれに関する資料」を請求することを特別に規定した明確な条文は存在しない。これは、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利について、アメリカ法が日本の現行法 433 条第 3 項のような特定の規定を設けていないことを意味している。<sup>(254)</sup>

これに対し、日本においては、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧できるか否かについて、従来からいくつかの見解が示されてきた。一つの見解は、各会社が独立した法人格を有していることを理由に、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧することを否定する立場である。他方、多数説では、「親会社の株主は、子会社が親会社の一部とみなされるほど財産的な関係が密接である場合、直接子会社の会計帳簿等を閲覧できる」と<sup>(255)</sup> されている。この多数説は、前記のアメリカ法における信託法理に基づく判例の考え方と類似しており、<sup>(256)</sup> 「親会社が子会社の株式をすべて保有する場合や、子会社が実質上親会社の一部と認められる程度に両者が財産的  
一体関係にある場合」<sup>(257)</sup> において、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧できるとするものである。

このような議論を背景に、日本では、平成 11 (1999) 年の商法改正において、「親会社株主の子会社帳簿閲覧権」(平成 11 (1999) 年改正商法 293 条ノ 8) が新設された。この条文の 1 項では、「親会社ノ株主ニシテ其ノ発行済株式ノ総

数ノ 100 分ノ 3 以上ニ当ル株式ヲ有スルモノハ其ノ権利ヲ行使スル為必要アルトキハ裁判所ノ許可ヲ得テ子会社ノ会計ノ帳簿及書類ノ閲覧又ハ謄写ヲ求ムルコトヲ得」と定められている。この規定は、親会社の取締役が子会社の取締役に対し、事実上の支配力を利用し、自己または第三者の私益<sup>(258)</sup>を追求する違法行為等を防止することを目的としている。

その後、この規定は、平成 17 (2005) 年の制定会社法 433 条第 3 項に引き継がれた。この条文では、「株式会社の親会社社員は、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、会計帳簿又はこれに関する資料について、……請求をすることができる」と定められている。この規定は、会社法制定前商法 293 条ノ 8 と実質的に同様である。ここでいう「親会社社員」とは、親会社の「総株主の議決権の 100 分の 3 以上の議決権を有する株主」または「発行済株式の 100 分の 3 以上の数の株式を有する株主」(会社 433 条 1 項)に相当する者を指しており、一定の要件を満たす親会社社員のみがこの権利を行使できる。ただし、この請求は「権利行使のために必要がある場合」に限られ、さらに裁判所の許可を得る必要がある点で制約を受けている。<sup>(260)</sup>

以上のように、日本における親会社社員の子会社会計帳簿等の閲覧権は、アメリカとは異なる制度的背景を持つものの、一定の条件のもとで親会社社員が子会社の会計帳簿等を閲覧できる仕組みが整備されている点で特徴的である。

## V おわりに

本稿では、株主の会計帳簿等の閲覧権について、日本法とアメリカ法を比較し、その相違点を明らかにするとともに、少数株主の権利保護の重要性を考察した。<sup>(261)</sup>特に、アメリカ法における模範事業会社法 (Model Business Corporation Act)<sup>(262)</sup> やデラウェア一般会社法 (Delaware General Corporation Law)<sup>(263)</sup> の枠組みを検討し、それらと日本法を比較することで、現行法制度の課題と改善の方向性について議論を深めた。<sup>(264)</sup>

株主の会計帳簿等の閲覧権は、企業統治の健全性を確保し、企業不祥事や経営陣による違法行為等を早期に発見し、責任を追及する上で重要な役割を果たしている。<sup>(265)</sup> アメリカ法では、株主が「正当な目的」を示すことで、単独株主権としてこの権利を行使できる仕組みが整備されている。<sup>(266)</sup> また親子会社関係においても、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利が広く認められている。<sup>(267)</sup>

アメリカ法では、株主を会社の真の所有者とみなし、取締役が信託法理に基づき株主の利益を代弁するという考え方が強調されている。<sup>(268)</sup> このため、たとえば Compaq Computer Corp. v. Horton 事件のように、株主が「正当な目的」のためであれば、会計帳簿等を閲覧することができる。<sup>(269)</sup> また、Siravo v. Sirian Lamp Co. 事件のように、親子会社間の取引において財産的・経済的一体性が認められる場合には、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧することが可能である。<sup>(270)</sup> このような制度は、株主が単独株主権として「正当な目的」を示すことにより、会計帳簿またはこれに関する資料の閲覧を請求できる点に特徴がある。<sup>(271)</sup>

一方、日本法では、会社法 433 条第 3 項に基づき、親会社社員が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利が認められているものの、同条第 1 項の解釈により、一定の制約がある。具体的には、親会社社員が「総株主の議決権の 100 分の 3 以上」または「発行済株式の総数の 100 分の 3 以上」を保有し、「権利行使のために必要がある場合」に限り、裁判所の許可を得て閲覧請求を行うことができる。<sup>(272)</sup> この要件は、親会社社員の権利行使に一定のハードルを設けるものであり、少数株主が親子会社の経営陣による違法行為等を追及する際の障壁となる可能性がある。<sup>(273)</sup>

アメリカで発生したエンロン事件やワールドコム事件は、経営陣による会計不正が株主や投資家に甚大な損害を与えた典型例である。<sup>(274)</sup> これらの事件では、株主や会計監査人が会社の会計帳簿等へのアクセスを通じて経営陣の違法行為等を早期に発見できていれば、被害を最小限に抑えることができた可能性が指摘されている。<sup>(275)</sup> 同様に、日本でも「カネボウ巨額粉飾事件」<sup>(276)</sup> 「オリンパス粉飾決算事件」<sup>(277)</sup> 「東芝不正会計事件」<sup>(278)</sup> などの企業不祥事が

相次いで発覚しており、これらの事件も株主などの利害関係者に多大な損害を与えた。<sup>(279)</sup> こうした背景から、株主や親会社社員が会計帳簿等の閲覧権を行使することで、親子会社間の取引における違法行為等を早期に発見し、経営陣の責任を追及する重要性が浮き彫りとなっている。特に、上場子会社における少数株主の権利保護は、親子上場の問題や金融商品市場の公正性の確保という観点からも重要であり、会計帳簿等の閲覧権はその実効性を高めるための有力な手段となる。<sup>(280)</sup>

アメリカ法における株主の会計帳簿等の閲覧権に対する柔軟な運用や判例の知見は、日本法にとっても有益な示唆を与える。たとえば、親子会社間の財産的一体性を考慮し、親会社の株主が子会社の会計帳簿等を閲覧する権利をより広く認めることは、企業グループにおける企業統治の健全性を高め、親会社による違法行為等の早期発見につながる可能性がある。<sup>(281)</sup> また、会計帳簿等の閲覧請求の行使手続きの簡素化や要件緩和を図ることで、少数株主の権利保護をさらに強化することができる。<sup>(282)</sup>

一方で、アメリカ法と日本法との間には、会計帳簿等の閲覧権に関する立証責任の違いがある。日本法では、会社が株主の請求を拒絶する場合、「不当な目的」を会社側が立証する必要があるのに対し、<sup>(283)</sup> アメリカ法では、株主が閲覧請求の「正当な目的」を証明する責任を負う。<sup>(284)</sup> この立証責任の違いは、会計帳簿等の閲覧権の行使における株主と会社双方の負担に影響を与える重要な相違点である。

株主の会計帳簿等の閲覧権は、企業統治の健全性を確保し、企業不祥事の防止や経営陣の責任追及において重要な役割を果たしている。今後は、アメリカ法の知見を参考にしつつ、日本法における制度の改善を進め、少数株主の権利保護を強化するための実効的な法制度の構築を目指す必要がある。さらに、アメリカ法（RMBCA § 16.05 および Del. C. § 220 (d) (2024)）が取締役に会計帳簿等の閲覧権を明確に認める一方で、日本の現行法にはそのような規定が存在せず、<sup>(285)</sup> 学説上も否定的な見解があることを踏まえ、今後は、アメリカ法の「職務執行に合理的に関連する範囲での閲覧権」を参考にし、日本法における取締役の情報アクセス権の制度化を検討することを

研究課題としたい。

※本稿は日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)(課題番号JP19K01371)の研究成果の一部である。

### 注

- (1) 本稿は、2023年5月27日および2024年9月28日に開催された関西商事法研究会において、個別研究報告として発表した原稿を基にしている。なお、本研究の先行研究として、柿崎榮治「会計帳簿閲覧請求権の機能性と権利濫用防止の諸問題〔上〕」商事1383号22頁以下(1995年)、同「会計帳簿閲覧請求権の機能性と権利濫用防止の諸問題〔下〕」商事1384号16頁(1995年)、西山芳喜「株主の会計帳簿閲覧請求権の意義とその限界——厳格説の立場から」判タ874号68頁以下(1995年)、正井章彦「株主の帳簿閲覧請求権の行使をめぐる問題点」判タ917号163頁以下(1996年)、藤原俊雄「株主の帳簿閲覧権の問題点」判タ1179号106頁以下(2005年)ほか多数の文献がある。
- (2) 本稿では、主として公開(大)会社であり、かつ、会計監査人設置会社を検討の対象とする。なお、会社の概念およびその種類等に関する詳細な内容については、江頭憲治郎『株式会社法〔第9版〕』14頁以下(有斐閣、2024年)を参照されたい。
- (3) 会社設立の登記については、松井信憲『商業登記ハンドブック〔第5版〕』2頁以下(商事法務、2025年)参照。
- (4) 会社法上、「企業集団」という用語(会社348条3項4号・4項、362条4項6号・5項、416条1項1号ホ、会社則112条2項5号・129条1項5号・131条1項2号)は、親会社およびその子会社からなる会社群を指して用いられる。一方、会計学上では、連結財務諸表に含まれる親会社およびその子会社ならびに関連会社からなる会計上の会社群を指して「関係会社」と呼ぶ。本稿では、より馴染みのある「企業グループ」という用語を用いることとする(醍醐聡『会計学講義〔第4版〕』204頁以下(東京大学出版会、2008年)、EY新日本有限責任監査法人偏『会社法決算書の読み方・作り方〔第17版〕』613頁以下(中央経済社、2023年)参照)。
- (5) 企業間の資本参加を通じた企業結合の代表的な形態として用いられる持株会社(holding companies)は、独占禁止法(「私的独占の禁止及び

公正取引の確保に関する法律」上の用語である。同法9条4項1号によると、「持株会社」は、「子会社の株式の取得価額の合計額の会社総資産の額に対する割合が100の50を超える会社」と定義される。一方、会社法上では、持株会社の定義やその運営と責任に関する規定は存しない（関西商事法研究会編『会社法改正の潮流——理論と実務——』洪濟植「支配株主の経営支配と責任——持株会社の運営と責任を中心に」195頁（新日本法規，2014年）参照）。

- (6) 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第3版〕』531頁以下（有斐閣，2022年），田中亘『会社法〔第4版〕』52頁（有斐閣，2023年）参照。
- (7) 会社法第2条では、資本取引における支配・被支配関係を示す用語として「親会社等」と「子会社等」が定義されている。「親会社等」（会社2条4号の2，会則3条の2第2項）の経営支配下にある「子会社等」（会社2条3号の2）の具体的な定義については、大川濟植「企業グループにおける企業統治の健全性確保——子会社の少数派株主および債権者の利益保護に関する法制度上の諸問題を中心に——」『桃山法学』37号5頁以下（2023年）を参照されたい。なお、本稿では親子会社関係に関する議論を分かりやすく展開するために、「親会社等」と「子会社等」をそれぞれ「親会社」と「子会社」と置き換えて使用する。
- (8) このような企業グループ全体の売上金額は833兆円にも上っており、企業全体の売上金額の7割以上を占めている（総務省統計局統計調査部「我が国の『企業グループ』の状況について——経済センサス・基礎調査の集計結果から」10頁参照）。令和5（2023）年現在、①連結子会社、②持分法適用会社、③それ以外の子会社・関連会社を含めた企業グループの数は、「親会社3,169社，関係会社31,254社（延べ数），計34,423社」となっている。国内グループ会社の最新データは、2023年9月時点で連結決算を実施しているすべての上場企業および有力未上場企業の合計3,379社を対象に、同年10月1日に実施されたアンケート調査等によるものである（週刊東洋経済『2024年版日本の企業グループ〔臨時増刊〕』5頁以下（週刊東洋経済，2024年）参照）。
- (9) 会社法295条第2項参照。本文でいう「基本的経営方針」とは、会社法上、取締役会設置会社における株主総会の専決事項を指す。また、取締役会設置会社において、株主総会の専決事項以外の事項についても、定款の定めをもって株主総会の権限とすることは、法理論および法実務上可能であると解されている。この点に関する詳細な内容については、江頭・前掲（注2）322頁以下を参照されたい。

- (10) 2001年にアメリカで発覚した大規模な企業不祥事として、エンロン事件およびワールドコム事件がある。一方、日本でも近年、「カネボウ巨額粉飾事件」「オリンパス粉飾決算事件」「東芝不正会計事件」などの企業不祥事が次々と明るみに出ている(岸田雅雄「粉飾決算の防止と公認会計士の役割」商事1812号44頁以下(2007年)、間島進吾「エンロン・ワールドコム事件」企業会計67巻10号56頁以下(2015年)、山田雄大「なくならない不正会計企業監査、信頼失墜の歴史」週刊東洋経済2022年1月22日、64頁以下参照)。
- (11) 田中・前掲(注6)265頁以下参照。
- (12) 大川濟植「事実上の取締役の法理に関する再考察」齊藤真紀ほか編『企業と法をめぐる現代的課題(川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念)』339頁以下(商事法務,2021年)参照。
- (13) 洪濟植『親会社等の経営責任』島法61巻3・4号135頁以下(2018年)、名古屋高判平成25・3・28金判1418号38頁参照。
- (14) 田中・前掲(注6)52頁参照。
- (15) 大川・前掲(注12)339頁以下参照。
- (16) 本文でいう、「親会社社員」は、親会社(会社2条4号、会則3条2項3項)の株主その他の社員をいう(会社31条3項)。
- (17) 江頭・前掲(注2)739頁以下。
- (18) 田中誠二=吉永栄助=山村忠平『コンメンタール會社法』666頁(勁草書房,1957年)参照。
- (19) 総株主の議決権の100分の3以上、または発行済株式の100分の3以上を有する株主がそれに該当する(会社433条1項)。親子会社においては、親会社の総社員の議決権の100分の3以上を有する社員でなければ、子会社の会計帳簿等の閲覧を請求することができない(江頭・前掲(注2)739頁以下、田中・前掲(注6)487頁、龍田=前田・前掲(注6)194頁以下参照)。
- (20) 柿崎・前掲注(1)21頁、江頭憲治郎=弥永真生『会社法コンメンタール(10)』134頁〔久保田光昭〕(商事法務,2011年)参照。
- (21) See RMBCA § 16.02(b)(1)-(4)(2024); See Del. Code Ann. tit. 8, § 220(b).
- (22) 会社が赤字決算であるにもかかわらず、経営陣が株価維持等を目的として関連企業で架空売上を計上し、粉飾決算を繰り返していた「ナナボシ粉飾決算事件」については、志谷匡史「判批」『会社法判例百選〔第4版〕』146頁以下(有斐閣,2021年)、同「コーポレート・ガバナンスに

における会計監査人の役割——妥当な解を目指して——」商事1866号12頁以下（2009年）を参照されたい。また、粉飾決算事件と会計監査人の責任に関する参考文献として、岸田・前掲（注10）44頁以下（2007年）がある。

- (23) 会社法上、「粉飾決算」に関する明確な定義は存在しない。しかし、粉飾決算とは、（連結）計算書類を「真实性の原則」や「明瞭性の原則」といった企業会計の一般原則に従って正確に作成しなければならないところ（醍醐・前掲（注4）45頁）、架空売上げの計上などの巧妙な不正会計手法を通じて、事業年度ごとの会社の財産および損益の状況を実際よりも良く見せるために、（連結）計算書類の数字をごまかすことを指すと理解できる（龍田＝前田・前掲（注6）419頁参照）。
- (24) 本文のケースにおいて、被監査会社は、現行法431条に定められた「会計の原則」に従わなければならない。この原則は、強行法規として機能し、会計理念を示している。また、同条における「企業会計の慣行」に該当する「会計基準等」に対しては、その規模や業態を斟酌しつつ、適正に会計を処理しなければならない（EY 新日本有限責任監査法人偏・前掲（注4）378頁）。
- (25) 志谷・前掲（注22）147頁。
- (26) 日本の会社法において、会社の（連結）計算書類等を作成する責任は通常、取締役等にある。すなわち現行法374条1項では、会計参与設置会社において、会計参与は取締役等と「共同して」（連結）計算書類等を作成することが求められている（落合誠一編『会社法コンメンタール〔8〕』366頁以下〔浜田道代〕（商事法務、2014年）参照）。
- (27) 会計監査人は、会社の取締役等が作成した（連結）計算書類等について、現行法431条に従い、善管注意義務に基づいて会計監査を行う必要がある。例えば、取締役等と会計参与の意見が一致しない場合、（連結）計算書類等は法律上作成されず、会社法上の監査機関や会計監査人、株主総会に提出することができない。この場合、会計監査人が監査の結果、問題があると判断したときは、「会計監査報告」に不適正意見などを記載することで、責任を免れることができる。粉飾決算事件において、会計監査人の責任が認められるのは、（連結）計算書類等の基となる会計帳簿に人為的な虚偽記載事項があったことを認識している場合が多いとされている（落合・前掲（注26）〔浜田道代〕367頁以下参照）。具体的な事例として、有価証券報告書に虚偽の記載があることを認識しながら適正意見を表明したため、有罪判決が確定したケースがある（岸田・前

掲(注10)44頁以下参照)。

- (28) 会計監査人の責任に関する論文として、町田行人「上場会社における粉飾決算・不正会計と法的責任〔上〕」商事1863号34頁以下(2009年)、同「上場会社における粉飾決算・不正会計と法的責任〔下〕」商事1864号30頁以下(2009年)ほか多数の文献がある。
- (29) 筆者は、本稿において、子会社での架空売上計上のような親子会社間の不当な取引に関する違法行為等の責任を追及するために必要な会計帳簿等の閲覧権について議論する前に、企業がバランスの観点から現行法上の予防策や救済手段の諸問題を検討する。先行して予防策や救済手段を検討する理由は、後に検討する会計帳簿等の閲覧権の位置づけや必要性を明確にし、より深い分析と包括的な考察を可能にするためである。
- (30) 坂本三郎『平成26年改正会社法』161頁(商事法務, 2014年)参照。
- (31) 落合・前掲(注26)127頁以下〔岩原紳作〕, なお監査機関の違法行為差止請求権については会社法385条, 399条の6第1項, 407条〔対比〕参照。
- (32) 坂本・前掲(注30)161頁参照。
- (33) 松井秀征「親会社の子会社に対する責任」商事1950号7項以下(2011年)参照。
- (34) 坂本・前掲(注30)161頁参照。多層的な親子会社関係において、A社がC社の株式を50%未満保有している場合でも、C社がD社の全株式を保有している場合には、A社はD社の最終完全親会社になり得る。また、C社が他の株主によって支配されている場合であっても、A社はC社の株式を保有することにより、D社への間接的な支配を維持できると考えられる。
- (35) 大川濟植「企業グループにおける企業統治の健全性確保——子会社の少数派株主および債権者の利益保護に関する法制度上の諸問題を中心に——」桃山法学37号45頁以下(2022年)参照。
- (36) 最判平成21年7月9日金判1330号55頁, 判タ1307号117頁, 判時2055号147頁, *Stoyas v. Toshiba Corp.*, 2023 U.S. Dist. LEXIS 170852 事件(今川嘉文「不実開示と実質株主の発行会社に対する損害賠償請求権——対東芝米国訴訟を素材として——」関西商事法研究会報告原稿2頁以下参照)。
- (37) 坂本・前掲(注30)161頁参照。
- (38) 実務解説として、塚本英巨「多重代表訴訟制度の創設〔3〕」金法2039号62頁以下(2016年)参照。

- (39) 藤田友敬「株式保有構造と経営機構——I 本シンポジウムの目的」商事 2007 号 4 頁以下（2013 年）参照。
- (40) 洪濟植「親会社の経営責任」島法 85 頁以下（2018 年）参照。子会社に不利な条件で親子会社間の取引が行われた場合、法人格否認の法理が適用された事例として、東京地判平成 13. 7. 25 労判 813 号 15 頁以下を参照されたい。
- (41) 高橋英治 = 大川濟植「事実上の機関の法制の比較研究——事実上の機関の法理が日本の親子会社法制に与える示唆について——（2・完）」215 頁以下（2023 年）参照。
- (42) 高橋 = 大川・前掲（注 41）208 頁以下, 大川・前掲（注 35）14 頁以下参照。
- (43) 高橋英治『ヨーロッパ模範会社法概説』290 頁（中央経済社, 2020 年）参照。
- (44) 同上。
- (45) 高橋英治「改正会社法における企業結合規制の現状と課題」『私法』77 号 145 頁以下（2015 年）, 船津浩司「親子会社関係と損害賠償」法時 88 卷 10 号 34 頁（2016 年）, 田中・前掲（注 6）293 頁以下参照。
- (46) 福岡高判平成 24. 4. 13 金判 1399 号 24 頁（福岡魚市場事件）, 東京高判令和 2. 9. 13 資料版商事 440 号 176 頁（ユニバーサルエンターテインメント会社訴訟事件）参照。
- (47) 田中・前掲（注 6）18 頁参照。
- (48) 江頭 = 弥永・前掲（注 20）131 頁〔久保田光昭〕参照。
- (49) 同上。
- (50) 会社法 433 条第 1 項参照。
- (51) 会社法 433 条第 3 項参照。
- (52) 会社法 433 条第 1 項の反対解釈。
- (53) See THOMAS A. D'AMBROSIO, "DIRECTOR AND OFFICER LIABILITY: The Duty of Care and the Duty of Loyalty in the Revised Model Business Corporation Act," 40 Vand. L. Rev. 663, at 663 (1987).
- (54) See John F. Olson and Aaron K. Briggs, "THE MODEL BUSINESS CORPORATION ACT AT SIXTY: THE MODEL BUSINESS CORPORATION ACT AND CORPORATE GOVERNANCE: AN ENABLING STATUTE MOVES TOWARD NORMATIVE STANDARDS", 74 Law & Contemp. Prob. 31, at 31 (2011).
- (55) アメリカにおいて, MBCA を採用している州については, ABA のホームページ ([https://www.americanbar.org/groups/business\\_law/](https://www.americanbar.org/groups/business_law/))

- resources/model-business-corporation-act/) を参照されたい〔最終閲覧日：2024年11月05日〕。
- (56) See Elliott Goldstein, “*THE REVISED MODEL BUSINESS CORPORATION ACT: COMMENT AND OBSERVATION: Revision of the Model Business Corporation Act*”, 63 Tex. L. Rev. 1471-3 (1985).
- (57) See Guide to Doing Business (CSC) 1.1 An Historical Overview, available online via Lexis Library.
- (58) See Model Business Corporation Act (updated through April 5, 2024).
- (59) See Browning Jeffries, *SHAREHOLDER ACCESS TO CORPORATE BOOKS AND RECORDS: THE ABROGATION DEBATE*, 59 Drake L. Rev. at 1088-90, 1094-96 (2011).
- (60) See Model Bus. Corp. Act § 46 (1950).
- (61) See Model Bus. Corp. Act § 16.01 (2024).
- (62) See Model Bus. Corp. Act, at 34-5 (1950).
- (63) See *supra* note 62 at 36.
- (64) *Id.*
- (65) See Goldstein, *supra* note 56 at 1471-3.
- (66) See *supra* note 62 at 36.
- (67) *Id.*
- (68) *Id.*
- (69) See Model Bus. Corp. Act, at 36 (1950); Revised Model Bus. Corp. Act, at 49 (1969).
- (70) MBCA (1950) では、株主の定義が会社の株式を保有する者に限定されていた (See Revised Model Bus. Corp. Act, at 49 (1969); See also *supra* note 62 at 36)。
- (71) MBCA (1950) では、会社の記録を文書形式で保持することが求められていた (See Revised Model Bus. Corp. Act, at 49 (1969); See also *supra* note 62 at 36)。
- (72) MBCA (1950) では、会計帳簿等の閲覧請求を拒否した場合の罰則に関する規定が限られていたが、RMBCA (1969) § 52 では、その罰則の要件が詳細に規定されている (See Revised Model Bus. Corp. Act, at 49 (1969); See also *supra* note 62 at 36)。
- (73) MBCA (1950) では、最新の財務諸表を請求する権利が明示されていなかった (See Revised Model Bus. Corp. Act, at 49 (1969); See also *supra* note 62 at 36)。

- (74) *See* Revised Model Bus. Corp. Act intro. at xvii-xviii (1984).
- (75) *Id.*
- (76) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (Corporate records), § 16. 02 (Inspection of records by shareholders), § 16. 03 (Scope of inspection right), § 16. 04 (Court-ordered inspection); § 16. 20 (Financial statements for shareholder), § 16. 21 (Other reports to shareholders), § 16. 22 (Other reports to shareholders) at 399 (1984).
- (77) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 52 (1969).
- (78) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01-2 (1984).
- (79) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (1984).
- (80) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 04 (1984).
- (81) 会社または役員が、株主が会計帳簿等閲覧請求権を行使することを拒んだ場合、当該株主が保有する株式の価値の10%の罰金が科せられる。また、株主は法的に認められた他の損害賠償や救済を受ける権利を有する (*See* Revised Model Bus. Corp. Act (1969) § 52, 3P (1969))。
- (82) *Id.*; *See* also Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02(a), (b), (e) (1984).
- (83) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 20 (1984).
- (84) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 21 (1984).
- (85) *See* Jeffries, *supra* note 59 at 1107.
- (86) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 cmt. at 405 (1984).
- (87) *See* Jeffries, *supra* note 59 at 1088, 1107-08.
- (88) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (a) (1984).
- (89) *Id.*
- (90) 会社の株主が誠実な要求と正当な目的をもって求める会社の記録文書として、① § 16. 02 (a) に基づき保存される取締役会および各種委員会の「議事録」、またはこれらの会議を開催せずに取られた「記録」、② § 16. 02 (b) ただし書 (2) の定める「accounting records of the corporation ; 会計帳簿」、③同ただし書 (3) の定める「the record of shareholders ; 株主の記録」が挙げられる (*See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (b) (1)-(3) (1984))。
- (91) *See* Jeffries, *supra* note 59 at 1107-8; Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (b), (c) (1984).
- (92) *See* Jeffries, *supra* note 59 at 1088, 1107-08.
- (93) *See* Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (b) (1), (3) (1984); Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (b) (1), (4) (2024).

- (94) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (1984).*
- (95) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (e) (1)-(7) (1984).*
- (96) Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (1984) によって求められている「保存記録」の範囲においては、各種委員会が取締役に代わって職務行為を公式に行うのではなく、たとえば各種委員会がある政策について検討し、または取締役会が決定した事項について勸奨を行うような事実行為は記録保存の対象外となる。また、いかなる場合でも各種委員会の会議録や審議記録を求めない。各種委員会の会議は、記録や開示をおそれることなくオープンかつ率直に行う討論と、会社の機密データについての論議のための「フォーラム」として保存される (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 cmt. at 401 (1984)*)。
- (97) 会社の株主総会や取締役会の議事録の内容は、伝統によって大部分が固定されているため、各種委員会の審議および措置に関する記録のセクションの扱いからその内容を推測することはできないからであろう。
- (98) Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (2024) によれば、会社は現在の株主名簿を株式のクラスまたは種類ごとにアルファベット順に並び、各株主の住所、保有する株式の数、および種類を示す記録を維持する必要があると定められている (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (2024)*)。
- (99) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 1. 41 (d) (2024).*
- (100) *Id.*
- (101) 株式譲受人や名義書換未了の場合の実質上の株主である譲受人 (a list of nominees and non-objecting beneficial owners) などに関する追加情報も管理することが可能である (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 cmt. 4 (2024)*)。
- (102) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 cmt. 4 (2024).*
- (103) *Id.*
- (104) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (c) (2024).*
- (105) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (a) (2024).*
- (106) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 cmt. 1 (2024).*
- (107) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (1984); Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (2024).*
- (108) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (b) (1984); Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (b) (2024).*
- (109) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (c) (1984); Revised Model*

- Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (2024).
- (110) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (1984); Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (e) (2024).*
- (111) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (e) (1984); Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (2024).*
- (112) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (1984).*
- (113) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (2024).*
- (114) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (1984).*
- (115) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (b) (2024).*
- (116) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (a) (5) (2024).*
- (117) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (e) (2024).*
- (118) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 01 (d) (2024).*
- (119) 本文でいう「株主」には、株主名簿上の株主 (a record shareholder)・実質的な株主 (a beneficial shareholder), および制限のない投票信託の実質的所有者 (an unrestricted voting trust beneficial owner) が含まれる (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (h) (2024)*)。
- (120) 会社の「主たる事務所」は、Revised Model Bus. Corp. Act § 1. 40 (2024) において、会社が同 § 16. 21 で求められる年次報告書に記載した住所にある本店所在地 (the location of the executive offices of the corporation) として定義されている (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 cmt. 1, § 16. 02 (a) (2024)*)。
- (121) 16. 01 (a) に記載された会社の記録には、「①定款, ②定款または § 1. 20 (k) (5) で指定された他の方法で入手可能な事実が含まれていない場合に提出された文書が依拠する事実を特定する株主への通知, ③附属定款, ④過去3年間に株主に対して一般的に送付されたすべての書面による通信, ⑤株主, 取締役会, ならびに § 8. 25 に基づいて設立された取締役会の委員会によるすべての会議の議事録および会議を行わずに行ったすべての行動の記録, ⑥現在の取締役および執行役員の名前ならびに主たる事業所の住所に関する目録, ⑦ § 16. 21 に基づいて州務長官に提出された最新の年次報告書」が含まれており, これは株主の利益に関連する会社の全ての文書を意味する (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (a), cmt. 1 Section 16. 02 (a) (2024)*)。
- (122) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02(a) (2024)*; 株主の閲覧権は, 会社の定款や内部規則によって妨げられない (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (f) (2024)*)。

- (123) *Id.*
- (124) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (c) (1)–(3) (2024).*
- (125) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (b) (1)–(4) (2024).*
- (126) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (d) (2024).*
- (127) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (a) (2024).*
- (128) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 cmt. 2 Section 16. 02 (b) (2024).*
- (129) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (g) (2024)*
- (130) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 cmt. 6 Section 16. 02 (f) and (g) (2024).*
- (131) ただし、会社がその情報をウェブサイトなどの一般的な手段で株主に公開している場合は、請求する必要はない。また、会社がその情報を提供しなかった場合でも、株主総会で行われた決議の有効性には影響を及ぼさない (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 02 (e) (2024)*)。
- (132) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (a) (2024).*
- (133) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (b) (2024)* によれば、会社が株主の閲覧の対象となる会計帳簿等の謄写を提供する際に、電子送信を含む複数の代替的な提供方法の中から選択する権利を認めることは、会社の負担を軽減することを目的としている。*Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (2024)* に基づき、会社が株主に電子送信で謄写した会計帳簿等を提供する場合、同 § 1. 41 に基づく株主の同意は必要ない (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 cmt. (2024)*)。
- (134) *Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (c) (2024)* によれば、会社は、選択により、かつその費用負担で、閲覧の権利を与える代わりに株主名簿を提供する義務を負う。株主名簿は、書面による請求の日付より前に作成されたものであってはならない (*See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 cmt. (2024)*)。
- (135) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (d) (2024).*
- (136) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 cmt. (2024).*
- (137) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 04 (a) (2024).*
- (138) *See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 04 cmt. (2024).*
- (139) *Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 04 (b) (2024)* によれば、同法 § 16. 02 (a) に基づく閲覧権が行使され、会社が閲覧を拒絶した場合、株主は会社の費用負担で閲覧を強制する「簡易命令 (summary order)」を求めることができる。簡易命令が適切とされるのは、同 § 16. 02 (a)

に基づく閲覧権が自動的に認められるか、または請求者が実際に会社の株主であるかどうかを確認するだけで済むためである (See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.04 cmt. (2024))。

- (140) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.04 cmt. (2024)
- (141) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.04 (c) (2024).
- (142) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.04 cmt. (2024).
- (143) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 (a) (2024).
- (144) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 cmt. (2024).
- (145) *Id.*
- (146) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 (b) (2024).
- (147) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 cmt. (2024).
- (148) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 (c) (2024).
- (149) See Revised Model Bus. Corp. Act § 16.05 cmt. (2024).
- (150) 1967年改正 DGCL では、Del. Code Ann. tit. 8, § 220 が包括的に再構築された。この改正により、株主が会社の株式台帳やその他の会社の関係書類および記録を閲覧することが許可される要件、および株主がそのような閲覧権を行使するために必要な手続きが定められた (See Randall S. Thomas, *Improving Shareholder Monitoring of Corporate Management by Expanding Statutory Access to Information*, 38 *Ariz. L. Rev.* 331, at 341-3 (1996))。
- (151) See Thomas, *supra* note 150, at 347. ただし、実質株主は株主名簿上の名義株主を通じて株主の閲覧請求権を行使できると解されている (See e.g., *Shaw v. Agri-Mark, Inc.*, 663 A.2d 464, 468 (Del. 1995))。
- (152) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (a) (2) (2024).
- (153) *Id.*
- (154) *Id.*
- (155) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (a) (3) (2024).
- (156) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024); See also Thomas, *supra* note 150, at 347.
- (157) See Thomas, *supra* note 150, at 347.
- (158) *Id.*
- (159) *Id.*
- (160) See Thomas, *supra* note 150, at 347-48.
- (161) ここにいう、「正当な目的のため」とは、株主としての利益に合理的に関連する目的を意味する。具体的には、会社の財務状況の確認や株主

としての権利行使のための調査などが該当する。一方で、競争相手の利益のために情報を得ようとする場合などは「正当な目的」とは認められない (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024))。

- (162) 株主の閲覧の対象となるものとして、会社の株式台帳、株主名簿、会計帳簿および記録、ならびに子会社の会計帳簿および記録が取り上げられる (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (1), (2) (2024))。
- (163) 株主に代わって、弁護士または他の代理人が会計帳簿等の閲覧を請求する場合、宣誓による要求は、弁護士または他の代理人が株主を代表して行動することを許可する委任状またはその他の文書を、デラウェア州における会社の登録事務所またはその主たる事業所に提出する必要がある (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2) (2024))。
- (164) 株主が株主名簿上の名義株主でない場合や、営利法人のメンバーが宣誓書に基づいて請求をする場合は、自己が株主であることを証明するための地位を明記し、株式の実質的所有権を証明する文書の写しを添付する必要がある。また、その写しが主張する内容に基づいて真実かつ正確なものであることを宣誓する必要がある (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024))。
- (165) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2) a, b (2024)。
- (166) ここにいう株主は、株主のほか、会社またはその役員もしくは代理人を指す (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (c) (2024))。
- (167) 衡平法裁判所は、会計帳簿等の閲覧を請求した者に対して、その請求が認められる権利があるかどうかを判断する独占的な管轄権を有している (See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (c) (2024))。
- (168) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (c) (2024); See also Thomas, *supra* note 150, at 348.
- (169) 衡平裁判所は、株主に対して特定の日付時点の株主名簿を提供するよう会社に命令することもできる。その際、株主は株主名簿を取得するための合理的な費用を会社に支払う必要がある (See Del. Code Ann. tit. 8 § 220 (c) (2024))。
- (170) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (c) (2024)。
- (171) *Id.*
- (172) *Id.*
- (173) このように、手続きが簡略化されることにより、株主の権利が保護されている (See Thomas, *supra* note 150, at 347)。
- (174) See Thomas, *supra* note 150, at 348.

- (175) 証拠開示の範囲は、原告株主が請求の目的を正当化するための証拠や、法規に基づいた手続を遵守しているか否かを確認することに限定される。また、被告会社は原告株主に対して、請求の目的を裏付ける書類や、原告株主がすでに保有している会社の書類を提出するよう求められる。衡平法裁判所は、被告会社がこれ以外の事項について証拠開示を求める権利を認められないと解されている (*Id.*)。
- (176) *See Thomas, supra* note 150, at 348.
- (177) *See Thomas, supra* note 150, at 348-49.
- (178) *Id.*
- (179) *Id.*
- (180) Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (d) (2024) において、会社の取締役は、「取締役としての地位に関連する合理的な目的」を満たす必要があるが、具体的にどのような場合がこれに該当されるかについては明記されていない。
- (181) これは、取締役が正当な理由を持って会計帳簿等の閲覧請求を行う場合、会社がそれを拒絶するのは難しく、取締役の閲覧権が保護されることを意味する。
- (182) これは、衡平裁判所が閲覧の時間や場所を指定したり、閲覧の範囲を制限したりすることで、会社の業務に過度な負担がかかるのを防ぐための措置であると考えられる。
- (183) *See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (d) (2024).*
- (184) 631 A. 2d 1 (Del. Sup. 1993).
- (185) *See supra* note 184, at 2.
- (186) *See supra* note 184, at 3.
- (187) *Id.*
- (188) *See supra* note 184, at 3-4.
- (189) *See supra* note 184, at 4.
- (190) *Id.*
- (191) *See, e. g., State ex rel. Foster v. Standard Oil Co.* 18 A. 2d 235, at 238 (Del. Sup. 1941).
- (192) *See supra* note 184, at 7.
- (193) *Id.*
- (194) *See supra* note 184, at 8.
- (195) *Id.*
- (196) *See supra* note 184, at 9.

- (197) *See supra* note 184, at 9–10; *See, e. g.*, *Skouras v. Admiralty Enterprises, Inc.* 386 A. 2d 674, at 682–83 (Del. Ch. 1978).
- (198) *See* 8 Del. C. § 220 (c); *See, e. g.*, *Loew's Theatres, Inc. v. Commercial Credit Co.* 243 A. 2d 78, at 81 (Del. Ch. 1968).
- (199) *See supra* note 191, at 238.
- (200) *See supra* note 184, at 10.
- (201) *See supra* note 184, at 4.
- (202) *See* Jeffrey J. Clark, *COMMENTARY: RECENT DEVELOPMENTS IN DELAWARE CORPORATE LAW: COMPAQ COMPUTER CORP. v. HORTON: A STRAIGHT FORWARD, CLARIFYING, STATUTORY INTERPRETATION OF SECTION 220 (b) AND (c)*, 20 Del. J. Corp. L. 622–23 (1995).
- (203) *Id.*
- (204) *See supra* note 202 at 623.
- (205) 本文でいう株主には、株主名簿上の名義株主だけでなく、株式譲受人のような実質的な株主も含まれる (*See* Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024))。
- (206) *Id.*
- (207) *See supra* note 202 at 624; Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024).
- (208) *Id.*
- (209) “A proper purpose shall mean a purpose reasonably related to such person’s interest as a stockholder”; Del. Code Ann. tit. 8, § 220(b) (2024).
- (210) *See* *CM & M Group, Inc. v. Carroll*, 453 A. 2d 788, at 792 (Del. Sup. 1982).
- (211) 株主の「隠れた目的」を検討することを拒絶する旨を判示した *Western Air Lines, Inc. v. Kerkorian*, 254 A. 2d 240, at 241 (Del. Sup. 1969) は、株主の閲覧権行使の特定の目的以外の副次的な目的について深く検討しないという法的な原則を示唆している。
- (212) *See* *Compaq Computer Corp. v. Horton*, 631 A. 2d 1, at 5 (Del. Sup. 1993).
- (213) 株主の会計帳簿等の閲覧権に対する不当な目的の例としては、迷惑または嫌がらせを目的とする訴訟 (annoying or harassing litigation) を提起すること、他の会社の経営に影響を与える意図をもって資料を求めること、株主の名前を売却すること (selling names of stockholders)、さらには単なる好奇心を満たすために閲覧を求めることが挙げられる (*See*

- Id.*。
- (214) See S. Mark Hurd and Lisa Whittaker, “*Books and Records Demands and Litigation: Recent Trends and Their Implications for Corporate Governance*”, 9 Del. L. Rev. at 5-6 (2006).
- (215) *Id.*
- (216) デラウェア州の衡平裁判所の Rule 23. 1 は、株主が会社の取締役や執行役員に対して訴訟を提起することを許可するための、株主代表訴訟における指名手続に関する規定である。詳細な内容については、“Rules of the Court of Chancery of the State of Delaware の Rule 23. 1. Derivative actions by shareholders” を参照されたい (<https://courts.delaware.gov/forms/download.aspx?id=160908> [最終閲覧日：2023年5月26日])。
- (217) See Hurd and Whittaker, *supra* note 214, at 6-7.
- (218) *Id.*
- (219) See K. M. Potraker., “*Stockholder’s right to inspect books and records of foreign corporation*”, 19 A. L. R. 3d 869, at 3.
- (220) 124 N. J. L. 433, 12 A. 2d 682 (N. J. Ct. Err. & App. 1940).
- (221) 大森忠夫 = 矢沢惇『注釈会社法 (6)』376 頁〔和座一清〕(有斐閣, 1970年) 参照。See Jeffries, *supra* note 59 at 1088-90, 1094-96; See also Thomas, *supra* note 151, at 340.
- (222) ABA Corporate Laws Committee, *Model Business Corporation Act Annotated: Model Business Corporation Act with Official Comment and Reporter’s Annotations* (5<sup>th</sup> ed. 2020).
- (223) 田中 = 吉永 = 山村・前掲 (注 18) 666 頁参照。
- (224) 江頭 = 弥永・前掲 (注 20) 134 頁〔久保田光昭〕参照。
- (225) このような閲覧権の範囲については、Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 03 (2024) に詳細に説明されている。
- (226) これらの文書の一部は、州書記官の公共記録となる場合があるが、株主が法人に関する基本的な文書を調べるために物理的に遠い公共の事務所に行くことを強制されるべきではない (See Revised Model Bus. Corp. Act § 16. 21 cmt. (2024))。
- (227) III 2 (1) の本文で述べたように、1967 年改正 DGCL により、Del. Code Ann. tit. 8, § 220 が再構築され、株主の閲覧請求権の要件と、その権利を行使するための手続きが定められた。
- (228) 大森 = 矢沢・前掲 (注 221) 374 頁以下参照。
- (229) 西原寛一『会社法 (商法講義Ⅱ)』257 頁 (岩波書店, 1969 年) 参照。

- (230) 江頭=弥永・前掲(注20)133頁〔久保田光昭〕参照。
- (231) 鈴木竹雄『新版会社法〔全訂第5版〕』260頁(注2)(弘文堂,2000年)参照。
- (232) *See Thomas, supra* note 150, at 347. ただし、実質株主は株主名簿上の名義株主を通じて株主の閲覧請求権を行使できると解されている(*See Shaw v. Agri-Mark, Inc.*, 663 A. 2d 464, 470 (Del. Sup. 1995))。
- (233) 江頭=弥永・前掲(注20)136頁〔久保田光昭〕参照。
- (234) この権利を行使する際には、他人から取得した株式について名義書換を請求する必要があるが、名義書換後に一定期間が経過することは要件とはならないと解されている(田中誠二『会社法詳論〔下巻〕』763頁(勁草書房,1968年)参照)。
- (235) *See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (a) (3) (2024)*.
- (236) *See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024)*; *Thomas, supra* note 150, at 347.
- (237) 田中・前掲(注234)763頁参照。
- (238) *See Thomas, supra* note 150, at 347.
- (239) *See Thomas, supra* note 150, at 347-48.
- (240) 株主が会社の株主名簿を閲覧することを求め、その株主が実際に株主であることが判明し、本条に従った方法と形式で閲覧請求を行った場合、会社はその株主が不当な目的のために閲覧を請求していることを立証する責任を負う(*Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (c) (1)-(3) (2024)*)。
- (241) *See Thomas, supra* note 150, at 347.
- (242) 大阪地判平成11.3.24判時1741号150頁。
- (243) 江頭=弥永・前掲(注20)141頁〔久保田光昭〕参照。
- (244) 同上。
- (245) 江頭・前掲(注2)743頁参照。
- (246) 大森=矢沢・前掲(注221)390頁以下〔和座一清〕参照。
- (247) 江頭=弥永・前掲(注20)142頁〔久保田光昭〕参照。
- (248) 大森=矢沢・前掲(注221)394頁,江頭=弥永・前掲(注20)142頁〔久保田光昭〕参照。
- (249) 大森=矢沢・前掲(注221)389頁。
- (250) 西原・前掲(注229)257頁以下参照。
- (251) 相澤哲『新・会社法〔一問一答〕』154頁(商事法務,2005年)参照。
- (252) *See Bailey v. Boxboard Products Co.*, 314 Pa. 45, 170 A. 127 (Pa. Sup. 1934).

- (253) Lynn Bai, “*SHAREHOLDER INSPECTION RIGHTS: FROM CREDIBLE BASIS TO RATIONAL BELIEF*”, 10 Emory Corp Governance Accountability Rev 193, at 195 (2023).
- (254) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2) (2024).
- (255) 大森 = 矢沢・前掲 (注 221) 385 頁。
- (256) See *supra* note 252.
- (257) 大隅健一郎『全訂會社法論〔中巻〕』255 頁 (有斐閣, 1964 年) 参照。
- (258) 江頭憲治郎『株式会社法』625 頁 (有斐閣, 2006 年) 参照。
- (259) 相澤・前掲 (注 251) 154 頁参照。
- (260) 前田庸『会社法入門〔第 13 版〕』615 頁以下 (有斐閣, 2018 年) 参照。
- (261) 本文Ⅳ参照。
- (262) 本文Ⅲ 1 参照。
- (263) 本文Ⅲ 2 参照。
- (264) 本文Ⅳ参照。
- (265) 江頭・前掲 (注 2) 740 頁参照。
- (266) See Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024).
- (267) See *Siravo v. Sirian Lamp Co.*, 124 N. J. L. 433; Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (a), (b) (2) (2024).
- (268) 洪・前掲 (注 40) 90 頁以下参照。
- (269) See *supra* note 184, at 10.
- (270) See W. E. Shipley, “*Purposes for which stockholder or officer may exercise right to examine corporate books and records*”, 15 A. L. R. 2d 11, at 6.
- (271) Del. Code Ann. tit. 8, § 220 (b) (2024).
- (272) 江頭 = 弥永・前掲 (注 20) 145 頁〔久保田光昭〕参照。
- (273) 田中 = 吉永 = 山村・前掲 (注 18) 671 頁以下, 江頭 = 弥永・前掲 (注 20) 132-3 頁, 134 頁〔久保田光昭〕参照。
- (274) エンロン事件とワールドコム事件の概要については, 間島・前掲 (注 10) 56 頁以下参照。
- (275) 中北徹 = 佐藤真良「エンロン, ワールドコム事件と企業統治——財務情報の公正性担保とその生産構造からの考察——」財務省財務総合政策研究所「フィナンシャル・レビュー」19 頁 (2003) 参照。
- (276) 東京地裁平成 18・8・9LEX/DB25533901, 岸田・前掲 (注 10) 44 頁以下 (2007 年) 参照。
- (277) 東京地判平成 29・4・27 資料版商事 400 号 119 頁, 東京高裁令和 1・5・

16 判時 2459 号 17 頁。

(278) 東京地判令和 3・5・13 判タ 1498 号 180 頁。

(279) 企業の会計不正に関する主な事件については、山田・前掲（注 10）64 頁以下参照。

(280) 親子会社間関係において、親会社の取締役等の指図を受けた子会社の取締役等が粉飾決算などの違法行為を行うことにより子会社に損害が発生した場合、子会社株式の減価を通じて親会社も損害を被ることになる（田中・前掲（注 6）293 頁以下、田中＝吉永＝山村・前掲（注 18）668 頁以下参照）。

(281) 田中＝吉永＝山村・前掲（注 18）668 頁以下参照。

(282) 会社法における少数株主の権利の一環として、少数株主は会計帳簿等の閲覧権を行使することができる。この閲覧権の行使要件を、「多重代表訴訟」（会社 847 条の 3）の行使要件と整合させることで、企業グループ内の親子会社関係における企業ガバナンスの向上に寄与すると考えられる。

(283) 江頭＝弥永・前掲（注 20）140 頁〔久保田光和〕参照。

(284) 本文でいう「証明の責任 (burden of establishing)」という表現は、法的に重要な意味をもつ。すなわち、株主は会社に対して、自らの閲覧権の行使が正当であることを示す必要があり、単に閲覧を請求するだけでは不十分である（*See Hurd and Whittaker, supra note 214, at 5*）。

(285) 田中・前掲（注 6）488 頁。

# フランス公教育における「共和国の価値」 共有化の原則と制服導入論

橋 本 一 雄

## 目次

- 1－はじめに
  - 1.1－公立学校における制服の義務化論
  - 1.2－フランスにおける児童生徒の宗教的自由をめぐる状況
  - 1.3－本稿の構成
- 2－2000年代のフランスの教育改革の原理
  - 2.1－2004年宗教的標章着用禁止法と公教育のライシテ
    - 2.1.1－イスラム・スカーフ事件への立法的対応
    - 2.1.2－2004年法の施行に際しての国民教育大臣通達
    - 2.1.3－公教育のライシテの原則の再定義
  - 2.2－2005年学校基本計画法と「共和国の価値」共有化原則
- 3－オランダ政権における新教育基本法とライシテ憲章
  - 3.1－新教育基本法の制定
  - 3.2－ライシテ憲章
- 4－ライシテの適用と「公序」をめぐる問題
  - 4.1－2010年ブルカ禁止法
    - 4.1.1－法律の概要
    - 4.1.2－合憲性をめぐる憲法院の判断と新たな「公序」の概念
  - 4.2－ブルキニ禁止措置をめぐる問題
  - 4.3－イスラム系私立学校の設立と政府からの私学助成交付の動き
- 5－近年のフランスの教育改革の動向
  - 5.1－マクロン政権下での新教育基本法と義務教育年齢の引き下げ
  - 5.2－公立学校における制服導入をめぐる議論
- 6－むすびにかえて

キーワード：ライシテ，宗教的自由，共和国の価値，フランス共和主義

## 1－はじめに

### 1.1－公立学校における制服の義務化論

フランスでは、2024年9月の新学期から、一部の公立小中高等学校において児童生徒が着用する制服 (uniforme) の制度が試験的に導入されている。今回の試験的導入には、フランス全土から約100校が参加しており (図1)、政府は今回の結果を踏まえ、2026年9月の新学期から公立学校での制服着用の義務化を検討する方針を示している。<sup>(1)</sup> そもそも、フランスの公立学校における制服着用の義務化をめぐる議論は2017年の大統領選挙において有力候補であった共和党 (LR: Les Républicains) のフランソワ・フィヨン (François Fillon) 元国民教育大臣や、マリヌ・ル・ペン (Marine Le Pen) 旧国民戦線 (FN: Front National=現在の国民連合 (RN: Rassemblement National)) 元党首ら、主に右派系候補によって主張されてきた政策であった。<sup>(2)</sup> 当該政策は2022年の大統領選挙において



(図1：試験的に制服が導入される公立学校の所在地〔フランス大統領府作成、転載〕)

も公教育の再建を果たすために必要な政策として位置づけられ、これに積極的立場を示してきたマリヌ・ル・ペン候補が決戦投票に残るなど躍進した結果も相まって、再選されたエマニュエル・マクロン (Emmanuel Macron) 大統領の下、エリザベット・ボルヌ (Élisabeth Borne) 内閣において2023年7月から国民教育大臣に就任したガブリエル・アタル (Gabriel Attal) が提案する形で今回の公立学校における制服の試験的導入に至ったものである<sup>(4)</sup>。

フランス政府は、今回の制服の試験的導入の目的として、「児童生徒の結束を強めること」、「学校環境の改善」、「学校内での平等な関係の構築」といった項目に加え、児童生徒の「帰属意識と一体感の醸成 (créant un sentiment d'appartenance et d'unité)」といった目的を併せて掲げており、マクロン大統領もまた、学校における制服の着用が「不平等の克服を目指す」一助となり、児童生徒が互いに尊重し合う前提条件を作り出すものと説明している<sup>(5)</sup>。言い換えれば、フランスにおいてこれまで折に触れて格差の是正を図るための枠組みとされてきた (都市部の「郊外 (banlieue)」といった) 特定の地区 (zone) 間の格差を克服するため、同じ学校に通う児童生徒が共通の制服を着用することにより社会的連帯を促し、子どもの服装の違いから生まれる反感などを和らげる有効な手段であることなどが試行の理由とされている<sup>(6)</sup>。

本稿では、フランスの公教育における制服導入の議論に内包されている論点を、主に次の2つの点と見立てて考察を進めたい。第1の論点は、公立学校における制服の義務化をめぐる議論も、実は公的空間において私事性を捨象し、個人の対等な立場を追求しようとする公教育のライシテ (laïcité) の原則にその本質を求めることができるのではないかという点である。フランスでは2004年に公立学校において宗教的な標章の着用を禁止する法律<sup>(7)</sup> (以下、2004年法という) が施行されており、同法制定の法的根拠とされたのが第三共和制期以降続く公教育のライシテの原則であった<sup>(8)</sup>。学校という公共空間においては児童生徒に社会的属性からの離脱を求め、可能な限り脱宗教化を図ることで相互の対等性を確保しようというの

が公教育のライシテの原則の理念であり、2004年法案の趣旨として従來說明されてきたところである。その意味において、公立学校における制服導入論もまた、学校という公的空間においては私事性を捨象し、児童生徒相互の対等性を追求しようとするライシテの原則にもとづくものと見立てることができるように思われる。加えて、第2の論点として、フランスの教育法典 (Code de l'Éducation) に掲げられた「共和国の価値 (les valeurs de la République)」を児童生徒に共有させようとする政策としての側面が挙げられる。近代公教育法制が成立した第三共和制期以降、フランスの学校教育では、主権者としての「市民 (citoyen)」を育成するため、共和国の理念や価値に関する教育が「公民教育 (éducation civique)」やその他の科目<sup>(9)</sup>において行われてきた。もっとも、1980年代後半以降、イスラム教徒のスカーフ着用問題や児童生徒の学業成功の未達成などの問題が顕在化するようになると、改正教育基本法に相当する2005年学校基本計画法によって、公立学校の第1の使命は、児童生徒に「共和国の価値」を共有化させることである旨が法律上明記されることとなり、この「共和国の価値」共有化の原則は、社会統合を実現するための理論的支柱として、フランスの学校教育で今日までその重要性が強調され続けている。それゆえ、制服導入の議論にもまた、服装に関するフランス共和国の一定の価値の共有を児童生徒に求める側面を見出すことができるように思われる。

本稿では、制服の導入論には、フランスの公教育におけるこうした2つの本質的な目的が内包されているのではないかという点に焦点をあて考察を進める。

## 1.2- フランスにおける児童生徒の宗教的自由をめぐる状況

前述のとおり、フランスでは2004年に宗教的標章着用禁止法が制定されたことにより、公立学校におけるムスリムの女子生徒のスカーフの着用をめぐる論争は法的には一応の決着が図られることとなった。<sup>(11)</sup>しかしながら、2010年には公共空間において顔を隠す衣服の着用を禁止する法律<sup>(12)</sup> (いわゆる2010年ブルカ禁止法) が施行されるなど、事実上のイスラム教徒

の宗教的自由を制限する法令が相次いで施行されたことも相まって、イスラム教徒のフランス社会からの分離や離脱といった側面が顕在化しているとの指摘もある<sup>(13)</sup>。一方で、2005年学校基本計画法によって教育法典に明記された学校における「共和国の価値」の共有化の原則が一層強調されることとなり、学校が果たす社会統合機能としての側面が前面に押し出されてきたことも近年の特徴の1つである。

加えて、2004年法が施行された後、公立学校でスカーフ等の着用が禁じられたことへの対応として、フランス国内の複数のイスラム団体が相次いで独自の私立学校を設立し、当該イスラム系私立学校においては、私立学校の「固有の性格」を保障するフランスの1959年私学助成法の趣旨を踏まえ、生徒のスカーフ着用が容認されているという事実もこの問題に重要な視座を提供している。すなわち、当該私立学校が国庫助成を受けるための要件として生徒がスカーフを着用しているか否かは関係せず、それゆえ、イスラム団体の主導の下、フランス国内では2010年代に当該イスラム系私立学校設立の動きが顕著なものとなった。しかしながら、2017年のマクロン大統領の就任以降、フランス政府の監督下にある複数のイスラム系私立学校が閉鎖され、あるいは、それまで交付を受けていた私立学校に対する国庫助成が停止・減額される状況が出来している。こうしたイスラム系私立学校の設置・運営をめぐる動きもまた、フランスにおける社会統合の強調とそれへの反動を示唆する注目すべき構図であろう。

確かに、政教分離を意味するライシテの原則の下、「公」的空間の徹底した脱宗教化と個人の自由が保障される「私」的空間を厳密に区分することは第三共和制期以降のフランス共和国の堅固な伝統であり、イスラム系私立学校への国庫助成の交付もまた、フランスの公私二分論にもとづく自明の法令の適用と見ることができる。しかしながら、見方を変えれば、スカーフの着用が容認されるイスラム系私立学校に対する国庫助成の交付は、「公」的空間からイスラム教徒を分離し、「私」的領域へと追いやる制度として見ることも可能であり、公私二分論にもとづくフランスの多文化共生政策の成否を投影する事象と見立てることができるからである。<sup>(17)</sup>

本稿では、フランスの公教育における制服導入の議論が、イスラム系私立学校への国庫助成交付の停止の動きとほぼ同じ時期に提起されている点にも着目し、制服導入論の背景として、フランスにおける宗教的自由の保障をめぐる問題と重ね合わせ考察を進める。

### 1.3- 本稿の構成

本稿の構成は以下のとおりである。

冒頭、2として今日まで続くフランスの公教育における2000年代の教育改革の意義を明らかにするため、2004年法の概要及びそれとほぼ同時期に並行して議論され制定されることとなった2005年学校基本計画法の立法過程と同法の意義について確認する。2つの法律は、それぞれ別個の意義を担いつつ、フランスの学校教育に掲げられた理念を相互に補完し合う密接不可分な関係に立つものである。公立学校におけるスカーフ等の宗教的標章の着用を禁じた2004年法によりライシテの原則にもとづいて公立学校は脱宗教化されたものであるべきことが改めて確認された一方、2005年学校基本計画法では公立学校の第1の使命として児童生徒に「共和国の価値」を共有させることである旨が法律上明記された。言い換えれば、前者によって学校という公共空間の脱宗教化が規定された一方、後者において、学校では児童生徒に「共和国の価値」を共有させることが優先されるべき使命とされ、この2つの原則がフランスの教育改革の大原則として貫徹されてきた。ここではその軌跡を辿り、両者の関係性を明らかにする。次いで、3では、2004年法の合憲性をめぐる判例を踏まえ、その後の政権交代の過程でもこの2つの原則が継受されてきたことを指摘し、4では、2010年代後半以降の宗教的自由をめぐる政策と論争を取り上げ、2004年法の施行以降、ライシテの適用が厳格化されてきた経緯を辿る。そして、5で近年のフランスの教育改革を概観し、むすびに6として、制服着用の議論もまた、ライシテの厳格な適用と共和国の価値の共有化の促進を図る政策の中で位置づけられるものであるという本稿の見解をまとめることとしたい。

## 2 - 2000年代のフランスの教育改革の原理

### 2.1 - 2004年宗教的標章着用禁止法と公教育のライシテ

#### 2.1.1 - イスラム・スカーフ事件への立法的対応

1980年代後半からフランスにおいて次第に顕在化した公立学校におけるムスリム女子生徒のスカーフ着用問題は、1990年代には、内閣法制局としての機能を有し行政最高裁判所でもあるコンセイユ・デタ (Conseil d'État) が、公立学校において一定の要件の下でスカーフの着用を認め、生徒の宗教的自由を尊重する判断を示したことでひとたび鎮静化<sup>(18)</sup>した。この問題が再燃したのは2003年のことであり、内務大臣であったニコラ・サルコジ (Nicolas Sarkozy) (後の第23代大統領) がフランス最大規模のイスラム団体であるイスラム組織連合 (UOIF: Union des organisations islamiques de France) の大会において身分証明写真を撮影する際にはスカーフを脱ぐことを義務づけるべきである旨の発言をしたことに端を発するものである<sup>(19)</sup>。2001年のアメリカ同時多発テロ事件以降、フランス国内でのイスラム教徒への警戒によるイスラムフォビー (Islamphobie) の高まりもあり、以降、法制化に向けた大論争を巻き起こすことになる<sup>(20)</sup>。2002年の大統領選挙における極右政党国民戦線 (FN: Front National) の躍進により、それまでイスラム系移民の宗教的自由に寛容な姿勢を示してきた社会党の政策にも変化が生じ、同年の国民議会 (下院) 選挙では与党が過半数の議席を獲得して大統領の所属勢力と国民議会の多数派勢力が異なるコアビタシオン (Cohabitation) が解消した。2004年法はこうした社会情勢と議会勢力が変化する中で、シラク大統領の主導の下、議論が進められた法律であった。

#### 2.1.2 - 2004年法の施行に際しての国民教育大臣通達

2004年法案は、2004年1月28日に内閣提出法案として国民議会に提出された。同法は教育法典の第L.141-5条の次に、「公立の学校、コレージュおよびリセにおいて、生徒がこれ見よがしとなるように自己の宗教への所

属を表明する標章を着用することを禁止する」とする条項(第L. 141-5-1条)を追加する法律である。同法案の審議過程においては、当初、宗教的標章の「これ見よがし(ostensiblement)<sup>(21)</sup>」な着用を禁止している点について、与党議員よりスタジ報告書の提案にしたがい、政治的・宗教的な所属を「明確にする(manifestant)」標章の着用を禁止することとし、より包括的な禁止規定とすべきではないかとの意見が出されたものの、政府は憲法及びヨーロッパ人権条約との適合性を理由として修正提案を拒否している<sup>(22)</sup>。他方で、野党側からの法案の名称、懲戒の手続きとして生徒との対話を行うこと等の修正提案を受け入れて同年2月10日に可決され<sup>(23)</sup>、その後、元老院(上院)での審議を経て同3月3日に可決・成立した。両院で圧倒的多数の賛成を得た結果、この法律は憲法院への合憲性審査に付されることなく同3月15日に大統領審署を受け、2004年9月の新学期から施行されることとなった。

この点、同法の意義に関しては、法律の施行に際してフィヨン国民教育大臣が発出した通達<sup>(24)</sup>において具体的に提示された。すなわち、2004年法によって着用が禁止される宗教的標章として、イスラム教のスカーフ(foulard)やユダヤ教の帽子(kippa)、明白に過度な大きさの十字架などが挙げられること、また、脱宗教化したアクセサリや服装の着用は認められるものの、この法律の適用を回避する目的で生徒が服装に宗教性を付与して着用することも併せて禁止されることなどの具体的な判断基準が当該通達<sup>(25)</sup>において記されている。

### 2.1.3- 公教育のライシテの原則の再定義

公立学校において児童生徒等の宗教的標章の着用を禁止する2004年法が今日までなお有効な法律として継受されてきた背景には、大きく次の2点を指摘することができる。第1に、2004年法の制定過程における議論の経緯である。すなわち、当時のシラク大統領は、再燃したスカーフ問題への解決を図るため、2003年7月3日に「ライシテの原則の適用に関する検討委員会(La Commission de réflexion sur l'application du principe de

laïcité dans la République)」（委員長であるベルナル・スタジ (Bernard Stati) の名前を冠して「スタジ委員会」と呼ばれる) を発足させ、同委員会は、同年 12 月 11 日付で報告書 (以下、スタジ報告書という) を提出した。この報告書において 2004 年法案の骨子が示されることとなる。

2004 年法案の内容を方向づけたこの報告書の要点として、次の 3 点を挙げることができる。1 つは、当時の世論を受けて移民集住地区である大都市の「郊外 (Banlieue)」におけるムスリム女性に対する抑圧の状況を指摘している点である。この点に関しては、ムスリム女性に対して厳格な宗教的戒律を強いるコミュニティにおいては、スカーフの着用が自らの意思に反して強いられているとの認識が随所に見受けられる。2 つには、公教育のライシテの原則が、社会の平和と国民統合を基礎づける重要な要素であり、多文化共生を実現するための原理であるとの見解が表明されている点である。この点に関しては、さまざまな出自のルーツを持つ諸個人によって構成される社会においては、市民性と共生の概念を学び、それを身につけることの重要性が強調されている。そして、3 つには、児童生徒が新たなライシテの意義について学ぶ学校の役割に言及している点である。スタジ報告書では、ライシテの適用に関する解釈が学校教育の場面で問題になったことを念頭におき、公教育におけるライシテの意義を次のように指摘している。すなわち、「学校の使命は共和国においてもっとも重要なものである。学校は知識を伝達し、批判精神を育む」、そしてまた「学校は市民の育成を保障し、共和国で共に生きる覚悟を育成する」。「学校が迎え入れるのは啓蒙された市民となるべき生徒たちであり、この意味で、学校は、共和国の基礎をなす制度である」。「学校は特別な規則に従う特別な空間であり、静穏な環境の下で知識の伝達を保障することが重要なのである」。「学校は、現実の社会について学修するために、生徒たちを守らなければならない」といった記述である。同報告書では、学校の使命として「知識の伝達 (transmet les connaissances)」を掲げ、共和国に生きるための「精神を培う (forme à l'esprit)」場所として学校を位置づけており、これらの点には前述した 2004 年法の意義に関する国民教育大臣の通達の趣旨

を読み取ることができる。そして、結論として、公立学校に加え、政府との契約下にある私立学校においても、政治的・宗教的な所属を「明確にする (manifestant)」標章の着用を禁止すべきことを提起している点で、スタジ報告書の提言内容は、2004年法案の内容よりも踏み込んだ内容となっている。スタジ報告書をもとに策定された2004年法案は、多文化共生社会への対応に迫られたフランスにおいてライシテの新たな定義を示したものと評され<sup>(27)</sup>、公教育のライシテの原則の適用としてスカーフ等の宗教的標章の着用が禁止されるとの新たな意義を表明することとなった。

加えて、2004年法の正統性に関する第2の要点は、2004年法の合憲性及びヨーロッパ人権条約との適合性に関する判例の蓄積についてである。2004年法はフランスの議会における圧倒的多数の支持を得て成立したことで違憲立法審査機関である憲法院 (Conseil constitutionnel) による合憲性審査には付されず施行されるに至ったことは前述したとおりである。これに加えて、2004年法の法的正統性を争う手段としてはヨーロッパ人権条約との適合性の審査を求めてヨーロッパ人権裁判所 (CEDH: Cour européenne des droits de l'homme) に提訴するという方法がある。しかし、同種の事例においてその適合性は各国の憲法的伝統 (tradition<sup>(28)</sup> constitutionnelle) にもとづいて判断されるべきとの判断が示されていることから、フランスの2004年法に関してもその適合性が否認される可能性は極めて低いものと評されてきた<sup>(29)</sup>。

これらの背景は、いずれも2004年法の法的正統性を堅固なものとしてきた後ろ盾であり、公教育における制服導入論と公教育のライシテの原則をめぐるこれまでの解釈との関係性を検討するうえで重要な意義を有するものである。

## 2.2- 2005年学校基本計画法と「共和国の価値」共有化原則

2004年法と同時期に議論された2005年学校基本計画法は、1989年教育基本法から引き継がれた法律の改廃及び条文の新設を行うための法律であ<sup>(30)</sup>り、それまでの1989年教育基本法の改正の意義を担う法律である。同法

によって、公立学校の使命として児童生徒に対する「共和国の価値」の共有化の原則が盛り込まれることとなった。すなわち、2005年学校基本計画法第2条は、教育法典に「国は、知識の伝達に加え、児童生徒に共和国の価値を共有させることを公立学校の第1の使命として定める」との条文を新設し（教育法典第L. 111-1条第2項）、「教職員は、職務の履行においてこの価値を実行する」（同条第3項）ことを併せて規定した。上原秀一によれば、児童生徒に対する価値の共有化が提起された背景には、校内暴力の顕在化やイスラム・スカーフ問題といった学校におけるフランス共和主義の伝統的な価値が揺らぎつつあるという認識の下、共和国の一員として共に生きる自律した市民の育成という共和国の学校本来の役割を改めて強調する法案策定時のリュック・フェリー（Luc Ferry）国民教育大臣の意図が反映されたものと評されている<sup>(31)</sup>。

2002年5月に就任したフェリー国民教育大臣は、就任直後に『学校を愛するすべての人への手紙』という著作を発表し、この著作において、現行の学校教育の荒廃が1989年教育基本法の理念によってもたらされたものだ<sup>(32)</sup>という認識が示されている。そして、当該著作が公表された後、2003年9月15日には新教育基本法の制定に向けて元国民教育省教育計画開発局長のクロディ・テロー（Claude Thélot）を委員長とする「国民討論委員会」が組織された。同委員会から提出された報告書『討議の鏡（Le Miroir de débat）』によって、公立学校における「共和国の価値」の共有化の原則が提言されている。

この報告書は全649ページに及ぶ大部の報告書であり、22項目の論点それぞれに対応する答申を含む形で構成されている。22項目の論点のうち「I. 学校の使命を定義する」というテーマの冒頭で「1. 共和国の学校の諸価値とはどのようなものか。社会にこの諸価値が認められるためにはどうしたらよいか」という諮問事項が掲げられ、その答申が以下のようにまとめられている。後に2005年学校基本計画法案で規定される「共和国の価値」の内容につながるものであり、以下、その一部を抜粋して訳出する。

----- 以下、翻訳 -----

## 第2章 学校の使命を定義する

「2.1 共和国の学校の諸価値とはどのようなものか。社会にこの諸価値が認められるためにはどうしたらよいか」

○共和国の価値と学校の価値<sup>(33)</sup> (以下, 抜粋)

「学校が新しい世代に伝えなければならないのは、共和国の価値と共和国の学校の価値が同じものであるということである。自由、平等、博愛に加えライシテ、市民権、連帯、多様性、道徳的価値観、礼儀正しさ、プロ意識及び文化などである。基本的な考え方は、それぞれの学校が独自に価値を掲げるのではなく、価値を定義するのは国である」

○宗教の歴史と文化の多様性を広げながらライシテを強化する<sup>(34)</sup> (以下, 抜粋)

「多様性を受け入れ、すべての人の文化的権利を認識しながら、学校は『限界』を設定し、コミュニタリズムに抵抗しなければならない。『ライシテ』と『中立性』の概念が再定義されたことによってその違いは明らかであり、それは、時には相違の受容、時には相違の拒絶を意味する。「逆に、宗教的標章の着用、特に『イスラームのヴェール』についての意思表示がなされている場合、ライシテの原則が再確認され、適用されるという事実については同意が得られている。すべての宗教的な教えの中から、すべての生徒に宗教の歴史と内容を文化的現象として紹介し、あらゆる差別を克服していくべきことは広く合意が得られている事柄である」

----- 翻訳ここまで -----

当該国民討論委員会が提出した報告書を踏まえ、2005年法学校基本計画法案では、第2条に「児童生徒に共和国の価値を共有させることを公立学校の第1の使命として定める」ことが盛り込まれた。先述した国民討論委員会の議論においても「共和国の価値」とは包括的かつ多義的な概念であったため、規範としての具体性に関する質問が元老院(Sénat)における法案の審議過程<sup>(35)</sup>で問われている。

すなわち、「共和国の価値」が「フランス共和国の価値」を指すのかを問う質問に対し、フィヨン国民教育大臣は、「共和国の価値」とは「民主

主義」と「全体の利益への奉仕」をも包摂する価値であるとし、修正の必要性を否定する答弁を行っている。また、同法に規定された「共和国の価値」とは、具体的に「1958年第5共和制憲法に引き継がれている1789年人権宣言と1946年第4共和制憲法前文において定められた諸価値」を意味するものであるとの答弁もなされ、規範としての「共和国の価値」が憲法的価値を意味するものとして答弁がなされたことも、その意義を捉えるうえで重要な意味を持つ<sup>(36)</sup>。

さらに、フィヨン大臣は「第L. 111-1条に規定されている文言の簡潔さには意味があることを強調しておきたい。この法案の中で、共和国の価値を限定的なものとしてではなく、かつ、簡潔な文言で規定することは、法的な位置づけと価値を象徴づけることの双方において望ましいことである」とし、法規範として「共和国の価値」という簡潔な文言を掲げることの意義を強調している。

こうした審議を経て、2005年学校基本計画法案は同年4月23日の法律として成立した（法律の成立段階における国民教育大臣の名前を冠してフィヨン法と呼ばれる）。なお、同法によって規定された「共和国の価値」の共有化に関する規定が学校教育にいかなる変化をもたらしたのかという評価については、確かに、近代公教育法制の成立以降、フランス共和国に関する知識や理念、共和国が掲げる価値に関する教育は連綿と受け継がれ行われてきたものであり、その意味において、法律に明記されたこと以上の新たな意義を見出すことができるのか否かは別途検討を要する論点である<sup>(37)</sup>。しかしながら、2005年学校基本計画法による「共和国の価値」共有化の原則の制定は、少なくとも次の2点においてフランスの公教育に明らかな変化をもたらしたものと考えられる。

第1には「共和国の価値」が戦後のフランスにおいて憲法規範として確立された「憲法ブロック（bloc de constitutionnalité）」を意味するものとして答弁されたことで、「共和国の価値」とは憲法的価値を意味するものとして明確に位置づけられたことである。このことは、その後改訂された学習指導要領（programmes）や教科書の記述の変化において明確に見て

取ることができる。<sup>(38)</sup>

さらに第2には、憲法的価値として説明された「共和国の価値」は、学校教育において2004年法で改めて定義された公教育のライシテの価値が強調される形で説明されているという事実である。<sup>(39)</sup>

つまり、2005年学校基本計画法による「共和国の価値」共有化の原則は、公立学校における憲法的価値の共有化の原則を明確にし、かつ、その憲法的価値を構成する一部である公教育のライシテの原則を学校教育に貫徹させようとする趣旨を読み取ることができる。この2つの原則がその後の政権交代を経て遭遇する幾多の教育改革においても貫徹されてきた理念であることは、制服導入論の意図を解明するうえでも実に示唆に富む。

### 3-オランダ政権における新教育基本法とライシテ憲章

#### 3.1-新教育基本法の制定

前述のとおり2000年代初頭のフランスでは、グローバリズムに反旗を翻し、相次いでテロ事件を起こした一部のイスラム過激派勢力に対するイスラムフォビーの世論が高まり<sup>(40)</sup>、2002年にはジャック・シラクが大統領に再選、その後行われた国民議会総選挙においても与党である国民運動連合(Union pour un Mouvement Populaire)が過半数の議席を獲得した。この結果、大統領の所属政党と下院の多数派政党が異なるコアビタシオンが解消し、安定した政治情勢が確立したことにより、フランスの教育改革としての2004年法及び2005年学校基本計画法は成立した。当該2つの法律で相互に補完された「共和国の価値」の共有化の原則は、その後のフランスの政治情勢に左右されることなく今日まで堅持されてきた原則である。

とりわけ注目されたのが2012年に社会党のフランソワ・オランド(François Hollande)が大統領に就任し、教育基本法の改正を打ち出した折である。2012年5月に行われた大統領選挙では、ニコラ・サルコジの大統領再選を退け、社会党のオランドが大統領に就任した。オランド大統領は就任直後の演説において、共和国の学校の再構築、すなわち、学校によっ

て共和国を再建することを目標に掲げ、教育改革を優先課題とすることを明言した。新しい内閣の首相には社会党のジャン＝マルク・エロー (Jean-Marc Ayrault) が任命され、国民教育大臣にはヴァンサン・ペイヨン (Vincent Peillon) が就任、ペイヨン国民教育大臣の下で新しい教育基本法の制定が進められることとなった。<sup>(41)</sup>

ペイヨン国民教育大臣は、前述したフェリー大臣と同様、2012年6月22日付で「国民教育に携わる全ての教員に向けた手紙 (Lettre à tous les personnels de l'éducation nationale)」<sup>(42)</sup> という著作を公表し、学校が「共和国の価値 (les valeurs de la République)」<sup>(43)</sup> を伝達する場であることを改めて確認している。その後、ペイヨン大臣の下で審議が進められた新教育基本法案は2013年6月25日に成立し、大統領審署を経て、「共和国の学校の再構築のための基本計画法」<sup>(44)</sup> (以下、ペイヨン法という) として同年7月9日付で公布された。ペイヨン法は公教育における「共和国の価値」の共有化の原則を引き続き堅持したうえで、社会的不平等の是正を目指すことが強調され、共和国に生きる市民の育成の意義が改めて掲げられる等の特徴を有している。<sup>(45)</sup> 後者の点については、社会的・経済的に恵まれない子どもへの配慮が伺われる一方、前者については、各学校に「共和国の標語、三色旗、EU旗を学校の正面におくこと」に加え、「1789年8月26日の人および市民の権利宣言」を掲示することが新たに義務づけられた。これは、2004年法による公教育のライシテの原則と2005年学校基本計画法以降の「共和国の価値」を共有させる方針を堅持し強調するものであり、<sup>(46)</sup> 2013年9月6日には「学校におけるライシテ憲章 (Charte de la laïcité à l'École)」<sup>(47)</sup> (図2参照) を各学校において視認することのできる場所に掲出することを義務づける国民教育大臣の通達が発出されるなど、「共和国の価値」共有化の原則は引き続き強化されたものと評することができる。

### 3.2-ライシテ憲章

前述した通達によって公立の保育学校、小学校、コレージュ (collège) 及びリセ (lycée) において掲出されることが義務づけられたライシテ憲



(図2：ライシテ憲章)

章は、図2のとおり15章から構成されている。ライシテ憲章の前文には、「国民は共和国の価値を生徒に共有させる使命を学校に託している」として教育法典（第L. 111-1条）に定められた「共和国の価値」の共有化の原則が掲げられている。また、中央上部には「共和国は脱宗教的である」、同下部には「学校は脱宗教的な場所である」といった文言が配され、2005年学校基本計画法施行以降の「共和国の価値」の共有化の原則が強調されていることがわかる。

この点、15章にわたるライシテ憲章の規定のうち、以下の記述においては、2004年法における公教育のライシテの理念からの部分的な変容を見出すことができる。すなわち、「3|ライシテは、何人に対しても信仰の自由を保障する。誰も信仰する自由又はしない自由を有している。ライシテ

は他者の信条の尊重及び公序による制限を阻害しない限りにおいて信条を表現する自由を許容する」, 「8 | ライシテは, 共和国の価値及び多面的な信条を尊重する学校の円滑な運営を阻害しない限り, 生徒の表現の自由の行使を許容する」, 「14 | 公立学校の施設内で校則に定められた様々な空間における生活上のルールは, ライシテを尊重するものとする。生徒が宗教への帰属をこれ見よがしに表明する標章や衣服を着用することは禁止される」といった記述である。これらの規定は, 児童生徒の宗教的自由が一定の制約に服する場合があることを明記したものであり, 学校における具体的なライシテの適用の場面に規範を与え, さらなる普及を図るものとすることができる。

結果として, 2004 年法で示された「共和国の価値」としてのライシテの解釈は, 社会党政権であるオランド政権においても受け継がれることとなり, ベイヨン法の規定からは, 「共和国の価値」の共有化の原則がさらに強調されていることが見て取れる。そもそも, 公立学校におけるスカーフ等の着用を禁止する 2004 年法は与野党の枠を超えて合意が形成され成立したものであり, それは公教育のライシテを含む「共和国の価値」の共有化の原則が第三共和制期以降のフランスの公教育において普遍的価値として位置づけられてきたことの証左でもあるが, 社会党政権においても当該原則が堅持されたことは, 多文化共生への対応に迫られるフランスが, 学校を介した社会統合を引き続き重視した一端として捉えるべき事柄であろう。

## 4-ライシテの適用と「公序」をめぐる問題

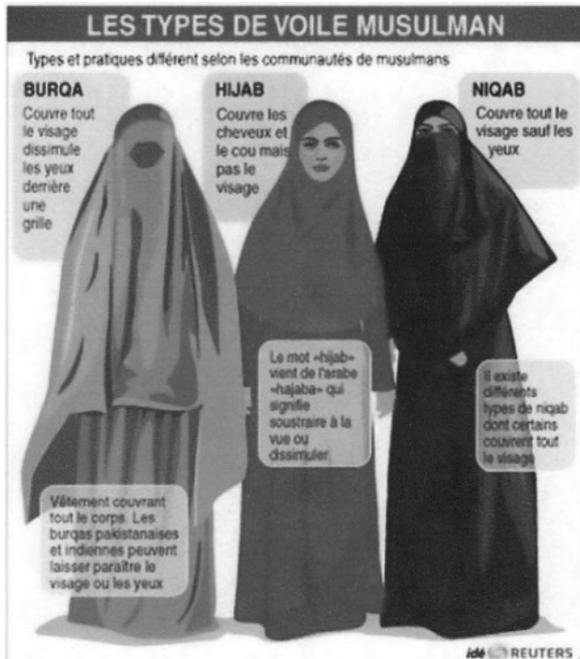
### 4.1- 2010 年ブルカ禁止法

#### 4.1.1- 法律の概要

2004 年法によって規定された公教育のライシテの原則が, その後の政権交代を経てもなお政治的立ち位置を超えて堅持されてきた背景には, 2004 年法施行以降のライシテをめぐる政策との関係も見逃すことはできな

い。とりわけ、再びライシテの適用をめぐる論議を呼んだのが公的空間における宗教的標章の着用を禁止すべきか否かという論争においてである。

2007年に就任したサルコジ大統領の下で進められた選択的移民政策の下<sup>(48)</sup>、2009年6月にはフランスの領土内におけるフルフェイスのヴェール(voile intégral)の着用状況に関する調査を行うことが国民議会において決定され、これを踏まえて組織された国民議会調査団の報告書(2010年1月26日付)にもとづいて制定されたのが2010年ブルカ禁止法であった<sup>(49)</sup>。同法は、次の条文によって、公共空間において顔を隠すことを禁じている<sup>(50)</sup>(図3参照)。



(図3：国民議会調査団の報告書におけるブルカ等の図説)

-----2010年10月11日の公共空間において顔を隠すことを禁止する法律<sup>(51)</sup>-----  
 第1条 何人も、公共空間において、顔を隠すことを目的とした衣服を身に  
 にかけてはならない。

第2条 第1条にいう公共空間とは、公道並びに公衆に開かれた場所及び公役務のために供された場所である。

2 顔を隠すための衣服の着用が法令によって認められるか許可されている場合、あるいは、健康又は職業上の理由から正当化される場合に加え、スポーツや祭典、芸術的又は伝統的な行事の一環である場合には第1条は適用されない。

第3条 第1条に違反した者は、第2級違警罪に適用される罰金に処する。

2 前項の罰金と併せて又はこれに代えて、刑法典第131-16条第8号の市民資格研修を行う義務を課することができる。

-----  
 同法案は、2010年7月13日に国民議会において、同年9月14日には元老院においていずれも圧倒的多数の賛成によって可決・成立した。

#### 4.1.2-合憲性をめぐる憲法院の判断と新たな「公序」の概念

2008年の憲法改正によって新設された事後的な違憲立法審査制度にもとづいて国会の両院議長から同法の合憲性審査の請求を受けた憲法院は、2010年10月7日に次のように当該法律を一部の留保付きで合憲とする判決を下している。この際に問題とされたのが、人権制約の根拠となりうる「公序 (ordre public)」の概念である。法案の提出にあたって、政府は、あらかじめコンセイユ・デタにいくつかの論点の諮問を行い、これを受けたコンセイユ・デタは、2010年3月25日付でこの論点を含む法案の問題点<sup>(52)</sup>に対する見解を示した報告書を答申した。当該報告書では、フルフェイスのヴェールの着用を禁止することは、宗教的な意見表明の自由等と衝突する可能性があり、公役務の要請にもとづいて本人の確認が必要となる場合等を除いて、無条件にフルフェイスのヴェールの着用を禁止することを正当化することはできないとの見解が示された一方、従来とは異なる新たな「公序」の概念<sup>(53)</sup>が示されていた。

憲法院が2010年ブルカ禁止法に合憲判決を下したことにより、同法は2010年10月11日に大統領審署がなされ、同日付の法律として公布された

のち、2011年4月11日から施行されることとなった。同法は、その後、ヨーロッパ人権条約との適合性をめぐりヨーロッパ人権裁判所にも提訴されているが、同裁判所大法廷は2014年7月1日付で同法は同条約に違反するものではないとする判決を下している<sup>(54)</sup>。

#### 4.2-ブルキニ禁止措置をめぐる問題

ライシテの適用をめぐり、近年、新たに論争を提起しているのが海水浴場やプール等における宗教的標章の着用をめぐる問題である。2016年に海水浴場においてブルキニ (burqini) と呼ばれる水着 (写真1参照) の着用を禁止したフランス南部のヴィルヌーヴ＝ルベ (Villeneuve-Loubet) 市の措置の適法性が問題となり、同種の訴訟が相次いで提起されるようになった。当初、ニース行政裁判所は、ブルキニの着用を禁止する措置が宗教的自由及び公共空間における服装の自由、往來の自由といった基本的人権の侵害であるとする原告の訴えを退け、「海岸を礼拝の場として使うことはふさわしくなく、むしろ、宗教的に中立な場であり続けなければならない」とする理由等により、当該禁止措置を適法なものとする判断を下した<sup>(55)</sup>。しかし、上訴審においてコンセイユ・デタは一転して「海水浴を目的として一定の人たちが選択した衣服をもって、海岸において公序を乱すおそれが



(写真1: Le Monde 2023年7月17日付記事 WEB版より引用)<sup>(57)</sup>

生じるものではない」とし、当該禁止措置は基本的人権を侵害するものであるとの判断を下している。<sup>(58)</sup>

こうしたブルキニの着用禁止措置をめぐる論争はその後も続き、2022年にはフランス南東部グルノーブル市の市営プールでブルキニの着用を容認した市の措置について、「少数の利用者のために他の大多数の利用者の衛生や安全面が脅かされるのは平等ではない」とする衛生面の観点から、コンセイユ・デタは、市営プールにおけるブルキニの着用禁止の措置は必ずしも基本的人権を侵害するものではないとの判断を下しており、<sup>(59)</sup> 公的施設・場所におけるライシテの適用をめぐる新たな論争を提起している。

#### 4.3-イスラム系私立学校の設定と政府からの私学助成交付の動き

加えて、公教育のライシテの適用をめぐることは、近年、イスラム系私立学校に対する私学助成をめぐる問題も顕在化している。2004年法により公立学校におけるスカーフの着用が禁止されたことを契機として、フランス国内の複数のイスラム団体は独自のイスラム系私立学校を設立する動きが本格化し、当該学校に対して教育法典の私学助成規定（私学助成法）にもとづく公費助成を要求の動きが加速した。その動きはとりわけ2010年を契機として顕在化し、<sup>(61)</sup> フランス北部のリール市に設立されたりセ・アヴェエロス（Lycée Averroès）など、優れた進学実績が注目されるイスラム系私立高校等も現れるようになった。

これらのイスラム系私立学校は、教育法典の私学助成規定にもとづき、より高い公立学校への準拠が求められる協同契約（Contrat d'association）（教育法典第L. 442-5条）や協同契約の締結を最終的な目標としつつ、公立学校への準拠度も補助金の交付額も低い単純契約（Contrat simple）（同第L. 442-12条）を締結している学校がイスラム系私立学校全体の3分の1程度に及び、残る学校についてもその大多数が公立学校への準拠を誓約することで政府からの助成金の交付を目指している。<sup>(62)</sup>

フランスにおいて、私立学校が教育法典の私学助成規定にもとづき協同契約を締結した場合、教師の件費は社会保険料を含め政府が負担し、学

校の運営に関する補助金を受けることができるとともに、教員以外の職員雇用費の一部も政府と地方自治体が負担することとなる。一方で、単純契約にあっては、当該学校の全部又は一部の授業のみに関して契約を締結することが可能であり、教師の所持する免許・資格や公立学校教員の給与を考慮したうえで人件費を国家が負担し、国家の教育及び財政上の監督を受ける。したがって、多くのイスラム系私立学校が協同契約の締結を目指していることは、教育内容や学校の運営等に関して公立学校に準拠する構えがあることを意味するものといえる。

なお、単純契約はもとより、協同契約を締結した私立学校においても、従来は児童生徒の宗教的自由の保障として女子生徒及び女性の教職員のスカーフ着用が容認されてきた。これは、教育法典における私立学校に関する規定のうち、当該私立学校の「固有の性格 (caractère propre)」を維持しつつ、児童生徒の「良心の自由を保障する (le respect total de la liberté de conscience)」規定を根拠とするものである (教育法典第 L. 442-1 条)。

しかしながら、前述のとおり、マクロン大統領就任以降、私学助成契約を締結し、フランス政府の監督下にある複数のイスラム系私立学校が契約上の違反を理由に閉鎖が命じられたり、あるいは、それまで交付を受けていた私学助成の交付が停止・減額措置が講じられる事例が相次いでいる。筆者のイスラム系私立学校に対するインタビュー調査によれば、政府側が私学助成契約の違反とする理由は、当該私立学校の教育内容が公立学校の教育課程から著しく逸脱した内容が含まれていることに加え、海外のイスラム団体からの不当な資金援助が契約違反に該当するというものである。これに対し、学校側は政府が指摘した事実はいずれも存在しないと主張し、行政訴訟に発展する事例が相次いだ。

この点、前述したリセ・アヴェロスに対して2022年度及び2023年度に教育課程に関する契約違反及び外国のイスラム団体からの不適切な資金援助を理由として講じられた助成金の減額措置の適法性をめぐる訴訟において、コンセイユ・デタは、政府側が示した減額理由とした事実の立証が不

十分であるとし、減額措置の取り消しを命じている。<sup>(63)</sup>しかしながら、それまで他の宗教系私立学校同様に助成金が交付されてきたイスラム系私立学校に対する私学助成の要件がイスラム系私立学校に特化して厳格化していることは、こうした訴訟の経緯からしても明らかな状況にあり、私学助成をめぐる論争が再燃している。

## 5 ー近年のフランスの教育改革の動向

### 5.1 ーマクロン政権下での新教育基本法と義務教育年齢の引き下げ

2017年5月にエマニュエル・マクロンが大統領に就任し、国民教育大臣にはジャン＝ミシェル・ブランケール (Jean-Michel Blanquer) が就任した。ブランケール国民教育大臣の下、新教育基本法が公布され、3歳児の保育学校への就学義務化が2019年9月の新学期より施行されている。義務教育の開始年齢が6歳から3歳へと引き下げられたことにより3歳から16歳までが義務教育期間となり、加えて16歳から18歳までの者には教育・訓練等に従事する義務が課されたことで、フランスでは3歳から18歳までの間が事実上の義務教育期間となった。

フランスにおいて就学前の保育・幼児教育を担う機関は3歳未満の乳幼児を保育する保育所 (crèche) と、3歳以上の幼児の教育を担う保育学校 (école maternelle) とに大別され、原則として3歳という年齢を境に区分される縦型の幼保二元制度を伝統とする。<sup>(64)</sup>

マクロン大統領は2018年3月27日の演説において義務教育年齢を3歳に引き下げることで子どもの就学上の困難を予防し、教育格差に起因する不平等の克服を目指す方針を説明している。この演説によれば、義務教育年齢を3歳まで引き下げる理由は、確かに3歳以上の保育学校への就学率はすでに高い一方、保育学校に就学しないわずかな子どもが社会的・経済的に恵まれない一部の地区に集中的に存在しており、そうした幼児期における就学前の教育の格差が、結果として小学校以降の教育格差へと連鎖することで、その後の学業の成否に大きな影響を及ぼしていることを是正す

る目的を有する。依然として社会的・経済的に恵まれない地区（多くの場合「郊外（Banlieue）」と呼ばれる都市周辺的区域）に居住する子どもの学力格差や学業成功の未達成の問題は今日なお克服されておらず，その根本的な解決を図るべく，3歳からの保育学校への就学を義務教育とする法改正が施行されることになった。

## 5.2- 公立学校における制服導入をめぐる議論

加えて，2024年9月の新学期から試験的に制服の制度が導入されていることは前述したとおりである。マクロン大統領は，試行の結果を踏まえて2026年9月の新学期から公立学校における制服着用の義務化を検討する方針<sup>(65)</sup>を示している。

こうした制服導入の方針は，2017年の大統領選後に新教育基本法の制定に際して当時のブランケール国民教育大臣が示唆していたものの，その動きが本格化するのは2023年7月に国民教育大臣にガブリエル・アタルが就任した折である。

アタル大臣は，2023年8月31日付で2004年法の施行に際して発出された国民教育大臣の通達（前出の2004年法の施行に関する2004年3月22日付通達）において示されている公立学校で着用が禁止される宗教的標章の例示の中にアバーヤ(abaya)と呼ばれるイスラム教徒が着用する衣類(ガウン)を追加する旨の新たな通達<sup>(66)</sup>を発出している。

この通達は2004年法における公教育のライシテの原則を確認するとともに，共和国の学校の使命としてこの原則を引き続き堅持することを説明するものであり，一部の学校でアバーヤ等の宗教的標章と見なすことのできる衣服を着用して通学する生徒が存在しており，これが公教育のライシテの原則を定めた2004年法を組み込んだ教育法典第L. 141-5条に違反していることを指摘するものである。そのうえで，アバーヤ等は2004年法によって禁止されている宗教的標章の1つであり，公立学校における着用を禁止することを当該通達において明記した。

そして，公立学校におけるアバーヤの着用禁止を明記した国民教育大臣

の通達が発出された1週間後の同年9月6日、マクロン大統領は対談形式での動画配信番組におけるインタビューに応じる形で各学校における衣服の統一の意義を示唆したのち、2024年1月16日の記者会見で制服導入の方針を示すこととなったのである。

マクロン大統領就任以降の教育改革は、学校における児童生徒の平等かつ対等な環境を整備することを目指す点で通底しており、その論拠となるのは、公教育のライシテの原則と「共和国の価値」の共有化原則の理念であると見立てることができる。それゆえ、公立学校における制服導入の方針もまたアバーヤの着用が禁止されることを明記した当該国民教育大臣の通達と無関係ではなく、両者の関係性を意識してその意義が捉えられるべき事柄といえよう。

## 6－むすびにかえて

2004年法以降のフランスの教育改革や裁判所の判断等を踏まえつつ、冒頭に掲げたフランスの公教育における制服着用の義務化をめぐる議論は、大要、次の2点に要約できるものと思われる。

1つは、マクロン大統領が表明しているとおおり、公立学校における制服導入には児童生徒に対して私事性からの離脱を求める目的が内包されているものと見立てることができる。もとより、これは2004年法で規定された公教育ライシテの原則を根拠とするものであり、アバーヤの着用禁止に関するアタル国民教育大臣の通達においても、学校という公的空間における平等性の追求にその本質が求められていることから、両者に通底する公教育への理念として読み取ることができる。

2つには、2005年学校基本計画法で規定された学校の使命としての児童生徒に対する「共和国の価値」の共有化の側面も見出すことができるものと推察される。この点は、公教育のライシテの理念そのものが「共和国の価値」の一部であることに加え、制服という学校が定める衣服に関する価値を脱価値化して統一し、その共有を図ることを目的とするものとして

見立てることができるからである。

フランスの公教育においては、元来、制服の制度は導入されておらず、それは学校において児童生徒が互いを尊重しあいながら協調し、「民主主義を修得する場」<sup>(67)</sup>であるという本質的な目的に由来するものであろう。しかしながら、公教育のライシテの原則にもとづく私事性の捨象と「共和国の価値」の共有というもう1つの目的とのあいだで、両者の均衡をいかに図るべきかがかねてより問われてきた。このたびの制服導入の議論はその均衡点を後者の方へと引き寄せるものなのか、引き続き今後の動向が注目される。

※本稿は、JSPS 科研費 JP22K01149 による研究成果の一部である。

#### 注

- (1) フランス国民教育省のサイトで公表された2024年1月26日付ニュース (<https://www.education.gouv.fr/tout-savoir-sur-l-experimentation-d-une-tenue-vestimentaire-commune-l-ecole-380643>) 参照 (最終閲覧日: 2024年12月4日)。
- (2) フランスの日報紙リベラシオン (Libération) (2017年3月18日付) の記事参照 ([https://www.liberation.fr/france/2017/03/18/uniforme-a-l-ecole-l-eternel-retour\\_1556451/](https://www.liberation.fr/france/2017/03/18/uniforme-a-l-ecole-l-eternel-retour_1556451/)) (最終閲覧日: 2024年12月4日)。なお、ル・ペン候補が率いていた政党である国民戦線の政策の変化については、渡邊啓貴「2017年フランス大統領選挙にみるポピュリズム 国民戦線 (FN) は「凋落」したのか」『グローバル・ガバナンス』第4号 (2018年) 1-20頁参照。
- (3) フランスの大統領選挙は、第1回目の投票において、過半数の票を獲得した候補が当選者となるが、過半数の票を獲得する候補者がいなかった場合、上位2名による決戦投票が行われる。国民による直接選挙制が施行された1965年の大統領選挙以降の大統領選挙では、常に保守系候補と社会党の候補による決選投票が行われてきたものの、2002年の大統領選挙においては、第1回目の投票で、保守系候補のジャック・シラク (Jacques Chirac) と極右政党国民戦線 (FN=Front national) の候補であったジャン＝マリー・ル・ペン (Jean-Marie Le Pen) が得票数において上位2名として残り、社会党候補のリオネル・ジョスパン (Lionel

- Jospin) が第3位となって落選するという波乱があった。その後の2017年及び直近の2022年の大統領選挙においても、第1回目の投票において中道右派のエマニュエル・マクロン (Emmanuel Macron) と国民戦線の流れを汲むマリヌ・ル・ペン (Marine Le Pen) が決戦投票に残るなど、極右政党の躍進の状況が続いている。
- (4) アタル大臣は、その後、ボルヌ首相の退陣を受け、2024年1月10日付で首相に就任したものの、同年6月30日及び7月7日に行われた国民議会総選挙敗北の結果を受け、同年9月5日に辞任した。
- (5) マクロン大統領の以下のXへの投稿参照 (最終閲覧日: 2024年12月4日)。  
(<https://x.com/EmmanuelMacron/status/1747345764500541902?lang=ja>)
- (6) フランスの国民教育・青少年省 (Ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse) のサイト (<https://www.education.gouv.fr/tout-savoir-sur-l-experimentation-d-une-tenue-vestimentaire-commune-l-ecole-380643>) 参照 (最終閲覧日: 2024年12月4日)。
- (7) Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *Journal officiel* n° 65 du 17 mars 2004, p.5190.
- (8) 公教育のライシテの原則については、橋本一雄「フランス第三共和制成立期における『教育の自由』概念についての考察」『中村学園大学・中村学園大学短期大学部研究紀要』第54号 (2022年) 47-57頁を併せて参照されたい。
- (9) 大津尚志「フランスにおける『共和国の価値・象徴』に関する教育」『教育制度学研究』第14号 (2007年) 85-88頁等参照。
- (10) 橋本一雄「フランス公教育における『共和国の価値』概念の変容－公教育のライシテと「教育の自由」－」『上田女子短期大学児童文化研究所報』第34号 (2012年) 15-44頁等参照。
- (11) ベルナール・トゥールモンド (Bernard Toulemonde) によれば、2004年法施行後の同年9月の新学期の段階で公立学校におけるスカーフ等の宗教的標章の着用が問題となった事案は240件であり、そのうち143件が法律に従うことを拒否して私立学校等に転校するため退学を選び、実際に訴訟へと移ったのは28件あったが、少なくとも同法施行以降は、訴訟の提起に至るケースは大幅に減少した (See Bernard Toulemonde, *Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école: la*

- fin des interrogations?, *Actualité juridique droit administratif*, 2005, p.2044.)。
- (12) Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *Journal officiel* n° 0237 du 12 octobre 2010, p.18344.
- (13) E.g. Farhad Khosrokhavar, *Islamic Radicalism in Europe*, in Jocelyne Cesari (dir.), *Muslim in the West after 9/11*, *Routledge*, 2010, pp.229-244. 森千香子「過激派の根茎を涵養するイスラームバッシングー『パリ新聞社襲撃事件』を考える」『中東研究』No.522 (2015年) 55-62頁参照。
- (14) Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, *Journal Officiel*, n° 96 du 24 avril 2005, p.7166.
- (15) Loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 dite DEBRE sur les rapports entre l'état et les établissements d'enseignement privés, *Journal officiel* du 3 janvier 1960, p.66.
- (16) *Le monde*, 11 décembre 2023. ([https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/12/11/a-lille-le-lycee-averroes-de-l-excellence-a-la-chute\\_6205111\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/12/11/a-lille-le-lycee-averroes-de-l-excellence-a-la-chute_6205111_3224.html)) (最終閲覧日：2024年12月5日)
- (17) この点については、橋本一雄「フランスにおける移民政策と子ども育成支援」伊藤良高他編『子どもの豊かな育ちを支えるソーシャル・キャピタルー新時代の関係構築に向けた展望ー』(ミネルヴァ書房, 2018年) 277-293頁参照。
- (18) E.g. Conseil d'État, 20 mai 1996, Req n° 170343, *Actualité juridique droit administratif*, 1996, p.709.
- (19) 1990年代から2003年までの間にスカーフ問題がいったん沈静化したことは、森千香子による当時のメディア分析からも明らかにされている。森によれば、スカーフ問題の調停を担当する国民教育省の案件数は「1994年の300件から2003年には150件に半減している」との報告がなされている(森千香子「フランスの『スカーフ禁止法』論争が提起する問い『ムスリム女性抑圧』批判をめぐって」内藤正典=阪口正二郎編著『神の法 vs. 人の法 スカーフ論争から見る西欧とイスラームの断層』(日本評論社, 2007年) 158-159頁)。なお、筆者の当該イスラム団体へのインタビュー調査によれば、イスラム団体がフランス国内で独自の私立学校を設立する動きを見せるのは2003年のサルコジ内務大臣来訪以降のことであり、サルコジ大臣の「学校においてスカーフを着用したいのであれば独自の私立学校を設置すればよい」という主旨の発言にその契機を有している。

- (20) この経緯については、同上書 165-168 頁等参照。
- (21) 「これ見よがし (ostensiblement)」の訳出については小泉洋一『政教分離の法 フランスにおけるライシテと法律・憲法・条約』(法律文化社, 2005 年) 82 頁参照。
- (22) 同上書 94 頁。
- (23) 法案の審議過程につき、元老院のサイトを参照(最終閲覧日: 2024 年 12 月 6 日) (<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl03-209.html>)。
- (24) Circulaire du 18 mai 2004 relative à mise en oeuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004, *Journal officiel* du 22 mai 2004, p.9033.
- (25) See Oliver Dord, Laïcité à l'école: l'obscur clarté de la circulaire 《Fillon》 du 18 mai 2004, *Actualité juridique droit administratif*, 2004, p.1524.
- (26) スタジ委員会は、大学教員 9 名, 大学教員以外の教育関係者 3 名, 政治家 3 名, コンセユ・デタの法律家 2 名, NPO 団体関係者 2 名及び企業経営者 1 名の計 20 名の委員によって構成された法案の検討委員会である。
- (27) ジャン・ボベロ著, 三浦信孝=伊達聖伸訳『フランスにおける脱宗教性(ライシテ)の歴史』(白水社, 2009 年) 167-168 頁
- (28) トルコの国立イスタンブール大学に通う女子学生がスカーフを着用して講義に出席していたところ, 1998 年 2 月 23 日に同大学が学長名でスカーフを着用した学生の講義への出席を禁ずる通達を発出し, 引き続き講義に出席していた女子学生に対し 1999 年 5 月 26 日付で停学処分を下した事件において, 原告女性は処分の取消を求めて行政最高裁判所である国家評議会 (Danıştay) は 2000 年 9 月 28 日に原告の訴えを棄却したため, 本件処分の人権条約適合性の審査を求めてヨーロッパ人権裁判所に提訴した。同裁判所(第 4 小法廷)は, 2004 年 6 月 29 日に本件処分の条約適合性を認め原告の請求を棄却し (CEDH, Quatrième section, Arrêt 29 juin 2004, Affaire Leyla Şahin c. Turquie (No. 44774/98)), その後 2005 年 11 月 10 日の大法廷判決でも本件処分の人権条約適合性は認められ, 原告の訴えは棄却されている (CEDH, Grande Chambre, Arrêt 10 novembre 2005, Affaire Leyla Şahin c. Turquie (No. 44774/98))。判決文については, 以下のヨーロッパ人権裁判所のサイトを参照(最終閲覧日: 2024 年 12 月 6 日) (2004 年 6 月 29 日判決: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66422>) (2005 年 11 月 10 日大法廷判決: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70954>)。

- (29) 例えば、小泉洋一「国際人権保障と政教関係－ヨーロッパ人権裁判所の判例におけるライシテの原則－」『甲南法学』第47巻第4号(2007年)577-605頁等参照。
- (30) Loi n° 2005-380 du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, Journal officiel n° 96 du 24 avril 2005, p.7166. 本稿においては、この法律の訳を上原秀一の訳例にしたがって「2005年学校基本計画法」と呼称する(文部科学省『フランスの教育基本法－「2005年学校基本計画法」と「教育法典」(国立印刷局, 2007年)3頁)。
- (31) この点については、上原秀一「フランス教育法における『共和国の価値の共有化』の原理——2005年学校基本計画法による教育法典第L. 111-1条の改正——」『フランス教育学会紀要』第20号(2008年)80頁参照。
- (32) See Luc Ferry, *Lettre à tous ceux qui aiment l'école: pour expliquer les réformes en cours*, Odile Jacob: Sceren CNDP-CRDP, 2003, pp.41-61.
- (33) Commission Du Débat National Sur L'Avenir De L'École, *Les français et leur école, le miroir du débat*, Dunod, 2004, p.39.
- (34) *Ibid.*, p.44.
- (35) このやりとりについては元老院のサイトで公開された議事録を参照(最終閲覧日:2024年12月6日)(<http://www.senat.fr/seances/s200503/s20050316/s20050316004.html#section843>)。併せて、文部科学省・前掲注30『フランスの教育基本法－「2005年学校基本計画法」と「教育法典」』3-5頁においてそのやりとりの概要が上原秀一の翻訳によって紹介されている。
- (36) こうした「共和国の価値」の定義は、フランスの憲法訴訟で用いられている「憲法ブロック (bloc de constitutionnalité)」に関する説明と同様である。「憲法ブロック」とは第五共和制憲法前文とそこで言及されている1789年人権宣言及び1946年第四共和制憲法前文、そして「共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理」によって構成される人権保障の規範である。フランスではアンシャン・レジーム期に絶大な権限を有した司法機関たる高等法院 (Parlement) への不信から、フランス革命以降の150年程の間、違憲立法審査機関が存在しなかった。この結果、法律中心主義と呼ばれる議会優位の権力分立が続いてきたものの、第五共和制憲法においては、議会に与えられた強大な権限を抑止する目的で違憲立法審査機関としての憲法院が設置されることになった。憲法院は1971年7月16日の「結社の自由」判決において「共和国の諸法律によっ

て承認され、憲法前文によって厳粛に再確認された基本的諸原理」が憲法院の判決の基準となる憲法的価値を持つとの判断を示し、この判決以降、憲法院は段階的に違憲審査機関としての機能を活性化させることとなる。そして、1971年7月16日の「結社の自由」判決で示された1789年人権宣言及び1946年第四共和制憲法前文等を中心とする人権保障の規範は「憲法ブロック」と呼ばれ、今日に至るまでフランスにおける憲法規範として定着している。現行のフランス第五共和制憲法は、その前文で「フランス人民は、1946年第四共和制憲法で確認され補充された1789年人権宣言によって定められたような人権及び国民主権の原則に対する愛着を厳粛に宣言する」という規定が置かれているのみで、第五共和制憲法そのものに人権保障規定は存在しない。「憲法ブロック」は人権規定を持たない第五共和制憲法の人権保障を拡充する目的で定義された複合的な憲法規範と評されている。この点については、山下健次＝中村義孝＝北村和生編『フランスの人権保障』（法律文化社、2001年）1-18頁（山下執筆）を参照。

- (37) こうした問題提起として、大津尚志「フランスにおける『共和国の価値・象徴』に関する教育」『教育制度学研究』第14号（2007年）85-88頁参照。
- (38) 橋本一雄「フランスの公民教育における憲法的価値の変容」『公民教育研究』第17号（2009年）33-47頁参照。
- (39) 同上論文41頁。
- (40) この点は、内藤正典「イスラームと正義」内藤正典＝岡野八代編著『グローバル・ジャスティス 新たな正義論への招待』（ミネルヴァ書房、2013年）23-29頁参照。内藤は、アメリカの9.11テロ事件のヨーロッパへの波及として、オランダでは、テロ事件直後の2002年2月にムスリム移民の排斥を掲げたピム・フォルタイン党（LPF: Lijst Pim Fortuyn）が創設されて議会での勢力を拡大したのと同様に、「フランスもまた、9.11以降の反イスラーム感情をレイシズムとは把握できない国のひとつである」とし、テロ事件以降のフランス世論の反イスラーム感情の高まりを指摘する。
- (41) オランダ政権下でのこの新教育基本法の制定過程については、降旗直子＝橋本一雄＝大津尚志「ベイヨン法の制定過程と条文内容の特徴」『フランス教育学会紀要』第26号（2014年）95-102頁参照。
- (42) 国民教育省の以下のサイト参照（最終閲覧日：2024年12月7日）  
([https://www.education.gouv.fr/pid285/bulletin\\_officiel.html?cid\\_bo=60701](https://www.education.gouv.fr/pid285/bulletin_officiel.html?cid_bo=60701))。

- (43) この点については、降旗他・前掲注 41「ペイヨン法の制定過程と条文内容の特徴」96頁（降旗訳）参照。
- (44) Loi n° 2013-595 du 8 juillet 2013 d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, *Journal officiel* n° 0157 du 9 juillet 2013, p.11379.
- (45) この点は、降旗他・前掲注 41「ペイヨン法の制定過程と条文内容の特徴」96頁（大津執筆）の指摘にもとづいている。
- (46) 大津尚志は、この点につき「児童生徒に共和国の一員たる意識を高めることを目的とするものであろう」との見方を示している（同上論文 101頁）。
- (47) Circulaire n° 2013-144 du 6-9-2013 du ministère de l'Éducation nationale. 当通達の原文及びライシテ憲章のデータは以下の国民教育省のサイトを参照・転載（最終閲覧日：2024年12月8日）。  
([https://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin\\_officiel.html?cid\\_bo=73659](https://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin_officiel.html?cid_bo=73659))
- (48) 一連の政策の端緒は、サルコジが大統領に就任する以前の2006年7月に成立した選択的な移民受け入れ制度を定める法律（以下、2006年移民法という）である。この法律は、高度な技能や能力を有する移民を積極的に受け入れるもので、ビザの発給にあたり「能力と才能 (compétences et talents)」という区分が新設され、更新可能な3年間のビザが発給されるなどの高技能人材の受入方針が示されることとなった。2006年移民法においては、一時滞在者や居住者に対して政府との「受入・統合契約 (Contrat d'accueil et d'intégration: CAI)」の締結が義務づけられ、フランスの制度や共和国の価値に関する教育と必要に応じてフランス語教育の受講が課せられることとなった。もっとも、「受入・統合契約」を締結することは、「能力と才能 (compétences et talents)」ビザの取得者には求められておらず、フランスに経済的利益をもたらさない滞在希望者に対してのみ価値や規範の共有を求めるという点で、同法は「選別移民法」などとも呼ばれている（野村佳世『『サン・パピエ』と『選別移民法』にみる選別・排除・同化』宮島喬編『移民の社会的統合と排除 問われるフランス的平等』（東京大学出版会、2009年）194-199頁参照）。加えて、2007年11月20日には人の移動及び統合、庇護に関する法律（法案提出当時の移民・統合・国家アイデンティティ及び共同発展大臣であるブリス・オルトフー (Brice Hortefeux) の名を冠してオルトフー法と呼ばれる。以下、2007年オルトフー法という）が制定され、すでにフランスに

滞在する移民が家族を呼び寄せる際、2006年移民法で規定された「受入・統合契約」締結の徹底が図られるなど、移民受け入れの厳格化が進められた。2007年オルトフー法は、内務大臣時代から移民に対してフランス社会への「統合」を強く求めてきたサルコジが2007年5月に大統領に就任して以降、制定が目指されてきた法律であり、2006年移民法を補完する法律として位置づけられる。

- (49) この調査団の構成と国民議会に提出した2010年1月26日付報告書 (André Gerin et al., *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Assemblée nationale, n° 2262, 2010) は以下の国民議会のサイトで閲覧することができる (最終閲覧日: 2024年12月8日) ([http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/voile\\_integral.asp#ETAPE255661](http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/voile_integral.asp#ETAPE255661))。国民議会における調査団の設置から報告までの経緯につき、村田尚紀「公共空間におけるマイノリティの自由—いわゆるブルカ禁止法をめぐる—」『関西大学法學論集』第60巻第6号(2011年)21-50頁参照。
- (50) この点は、橋本一雄「フランスにおける2004年宗教的標章着用禁止法制定以降の移民政策と宗教的自由」『中村学園大学・中村学園大学短期大学部研究紀要』第52号(2020年)82-84頁を併せて参照されたい。
- (51) Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *Journal officiel* n° 0237 du 12 octobre 2010, p.11379.
- (52) Conseil d'État, Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile integral, *Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le jeudi 25 mars 2010*.
- (53) この点については、中島宏「フランスにおける宗教的着衣規制立法に関する覚書」辻村みよ子編集代表『講座 政治・社会の変動と憲法—フランス憲法からの展望 第Ⅱ巻 社会変動と人権の現代的保障』(信山社, 2017年)221頁参照。
- (54) CEDH, Grande Chambre, Arrêt 1 juillet 2014, Affaire S.A.S. c. FRANCE (No. 43835/11)における判決文として、欧州人権裁判所の以下のサイトを参照 (最終閲覧日: 2024年12月8日) (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145240>)。
- (55) 村田尚紀によれば「ブルキニとは、オーストラリア人女性のムスリム女性向けブティック経営者が、ムスリム女性向けに考案した顔を除く全身を隠すウェットスーツのような水着で、その名称は『ブルカ』と『ビ

キニ』とを組み合わせて作られたものである」と説明される(同「フランスの公共空間における信教の自由－ヴィルヌーヴ＝ルーベ市長反ブルキニ決定をてがかりに－」『関西大学法學論集』第66巻5-6号(2017年)66頁)。

- (56) Ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice en date du 22 août 2016.
- (57) Le Monde の以下のサイトより引用(最終閲覧日:2024年12月8日)  
([https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/07/17/le-conseil-d-etat-invalide-un-nouvel-arrete-anti-burkini\\_6182371\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2023/07/17/le-conseil-d-etat-invalide-un-nouvel-arrete-anti-burkini_6182371_3224.html))
- (58) Conseil d'État, ordonnance du 26 août 2016. 判決の分析については、村田・前掲注55「フランスの公共空間における信教の自由－ヴィルヌーヴ＝ルーベ市長反ブルキニ決定をてがかりに－」78-80頁参照。
- (59) Conseil d'État, Décision n° 464648 du 21 juin 2022.
- (60) Loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 dite DEBRE sur les rapports entre l'état et les établissements d'enseignement privés, *Journal officiel* du 3 janvier 1960, p.66.
- (61) 松井真之介「フランスにおけるムスリム学校建設の取り組みとその拡大」『フランス教育学会紀要』第29号(2017年)52頁。
- (62) 橋本・前掲注50「フランスにおける2004年宗教的標章着用禁止法制定以降の移民政策と宗教的自由」85-86頁。
- (63) Conseil d'État, ordonnance du 10 février 2024.
- (64) 赤星まゆみ「フランス共和国－公教育を基軸に幼児期の育ちを支える」泉千勢編『なぜ世界の幼児教育・保育を学ぶのか:子どもの豊かな育ちを保障するために』(ミネルヴァ書房, 2017年)160-161頁参照。なお、希望する場合、2歳児から保育学校への就学が認められる場合もある。
- (65) マクロン大統領の記者会見(ニュース動画は<https://youtu.be/mXwsgRynHOA>において配信されている(最終閲覧日:2024年12月8日))によれば、制服を導入することにより家庭間の格差を是正するとともに、児童生徒が相互に尊重し合う環境を構築しやすくなることなどが制服導入の目的とされている。
- (66) *Bulletin officiel* n° 32 du 31 août 2023.
- (67) 大津尚志『校則を考える－歴史・現状・国際比較－』(晃洋書房, 2021年)95-101頁。

# 外国判決の執行力「承認」の沿革的基盤？

——ドイツにおける執行判決訴訟制度の生成と展開——

## 本 間 学

### 目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツにおける外国判決執行制度の生成・展開過程
  - 1 神聖ローマ帝国崩壊から 1877 年 CPO 制定まで
    - (1) 過剰な主権意識による外国判決の拒絶とその弊害
    - (2) 外国判決の執行—司法共助と *actio iudicati*—
      - (a) 前提：判決効理解と強制執行手続
      - (b) 司法共助と *actio iudicati*
  - 2 1877 年 CPO
    - (1) 執行判決制度の導入—CPO660 条, 661 条
    - (2) 司法共助の黄昏—執行吏制度の影響
      - (a) 司法共助の問題点
      - (b) 執行判決訴訟と *actio iudicati*
  - 3 1898 年 ZPO
    - (1) 執行判決制度からの「承認」概念の分離
      - (a) 実務上の問題
      - (b) 分離の理論的基盤—*Kohler* による説明
    - (2) ZPO328 条—外国判決の既判力拡張
- 三 検討
  - 1 ドイツにおける法展開のまとめ
  - 2 わが国への示唆

キーワード：外国判決承認執行，執行判決制度，既判力拡張，執行力付与

## 一 はじめに

1 本稿は、ドイツにおける執行判決訴訟の生成・展開過程を素描することで、外国判決の執行力に関する効力拡張説の沿革的な基盤を再検証することを目的とする。

外国裁判所の確定判決は、民事訴訟法 118 条の定める要件を充足すれば、当該外国で認められる効力を、原則として日本においても拡張的に認められる(効力拡張説)。このような効力拡張が、判決効のうち、既判力と形成力について認められる点に争いはない<sup>(1)</sup>。他方、執行力については争いがある。執行判決訴訟(民執法 24 条)<sup>(2)</sup>により内国で付与されるとする考え方(効力付与説)が近時の通説的理解であるが、既判力・形成力と同様に、承認により外国で付与された効力がわが国に拡張されるとする理解<sup>(3)</sup>もなお有力である。

この後者の理解は、主要な根拠のひとつとして執行判決訴訟の制度的沿革<sup>(4)</sup>をあげ、そこからドイツ法や日本法の執行判決の制度は、外国判決も一定の要件を充たしていれば、それが本来有する執行力を内国でも承認するものであり、執行判決によってはじめて執行力が形成的に付与されるわけではない<sup>(5)</sup>という。ところが、わが国の執行判決制度の原型を提供したドイツにおいては、外国確定判決の執行力の内国での扱いについて、効力付与説が通説であるとされている<sup>(6)</sup>。それではドイツ法は、執行判決訴訟の制度的沿革をどのように捉えているのだろうか。この点を再確認する作業は、上記有力説の妥当性を検証するうえで有用であるように思われる<sup>(8)</sup>。

2 本稿は、以上のような問題関心にもとづき、ドイツにおける外国判決執行制度の生成・展開過程を素描する(二)。その際、外国判決執行制度と密接な関連性を有するが、従来必ずしも十分に検討されてはいなかった、この制度と内国強制執行制度および既判力論(実体的既判力説、訴訟的既判力説)との関連を可能な限り明らかにする。これにより、ドイツにおいてどのような経緯により執行判決訴訟が導入されることになったのか、ま

た、この制度を外国判決に執行力を付与するものとみるのはなぜなのかを探り、わが国における有力説のいう、沿革的理由から「外国確定判決の執行力は承認により内国へ拡張される」という理解を導出しうるかを検証することにする(三)。

## 二 ドイツにおける外国判決執行制度の生成・展開過程<sup>(9)</sup>

### 1 神聖ローマ帝国崩壊から 1877 年 CPO 制定まで

#### (1) 過剰な主権意識による外国判決の拒絶とその弊害

神聖ローマ帝国下のドイツは、統一国家というよりはむしろ領邦の緩やかな連合体であったが、かつてのローマ帝国における実務を受け継ぎ、ある領邦の裁判所が下した判決は、純然たるドイツ外の国家で下された判決とは異なり、帝国内各領邦で相互に執行が行われていた。<sup>(10)</sup>ところが 18 世紀末、いわゆるナポレオン戦争と神聖ローマ帝国の崩壊の結果、ドイツの各領邦国家に国家主権の意識が強く芽生える。このことは一部の領邦に、外国判決、これには他のドイツ領邦で下されたものも含まれるが、その内国での執行に対して、過剰に厳しい態度を生じさせることとなる。すなわち、ある領邦の判決は、神聖ローマ帝国に属してはいなかった国家の判決と同様、他の領邦においてその効果を及ぼすことはないとする領邦も現われた。<sup>(11)</sup>たとえばバイエルン王国は、1807 年の命令で、条約のない限り外国判決の内国での執行を認めない旨を宣言している。<sup>(12)</sup>

もっとも、かかる態度は決して長くは続かない。バイエルン王国でも先の命令制定のわずか 4 年後、1811 年にはすでに、外国判決の執行を一定の条件のもとで認める立場に態度を改めている。<sup>(13)</sup>このような朝令暮改ともいえる立場の変容は、過剰な孤立主義がもたらす実際上の弊害の甚大さを物語っていよう。外国判決の内国での執行を認めない場合、債権者は内国で再度、給付訴訟を提起するほかなくなるが、このことが——領邦相互間であるかを問わず——<sup>(14)</sup>国境を越えた経済活動等に負の影響を与えうることは想像に難くない。

## (2) 外国判決の執行—司法共助と actio iudicati—

いずれにしても 19 世紀におけるドイツ領邦はおおむね、外国判決、とりわけ他のドイツ領邦の裁判所の判決を完全に拒絶するのではなく、一定の要件を充たせば、国内で執行する態度をとっていた。そしてこの当時、外国判決の執行に用いられた方途は、司法共助と actio iudicati<sup>(15)</sup> である。以下ではこの二つの制度の内容をみる<sup>(15)</sup>が、いずれも当時の判決効理解および強制執行手続と密接に関係するため、まずはこれらを一瞥しておくことにする。

## (a) 前提：判決効理解と強制執行手続

## ① 判決効理解

19 世紀ドイツにおいては、判決効の源泉を公権力としての裁判所による判断ではなく、当事者の意思に求める見解（いわゆる準契約理論）が、当初、支持を集めた。ローマ法を基盤とするこの見解は、判決を一種の当事者間の契約として理解する<sup>(16)</sup>。これによれば、判決がなされたことにより、判決以前の当事者間の関係は消尽し（Konsumtion）、判決後は、当事者間に新たな法律関係が創設される（Novation）<sup>(17)</sup>。この新たな法律関係の創設は、判決による真実性の擬制により説明される<sup>(18)</sup>。もっともその後、判決効の源泉を当事者の意思に求める理解は次第に影を潜め、準契約理論の系譜に属する、判決の拘束力を実体法的に理解する後述の立場であっても、判決効の源泉は国家機関による判断に見出されるようになる<sup>(19)</sup>。

他方、確定判決の拘束力については、20 世紀の初頭に至るまで、実体法的に理解する見解（実体的既判力説）<sup>(20)</sup>がなお支持を集めており、帝国裁判所の判例もこの立場に与していた<sup>(21)</sup>。この見解は、判決に既判力が生じると、実体関係の変動が生じるか、あるいは少なくとも実体的な法状態の有効な確認がなされたもの<sup>(21)</sup>と考える。つまり、正当な判決はそこで宣言された法律効果のために付加的な法律要件を与え、不当判決はその確定により、事件に関する当事者間の法律関係を、判決の内容どおりに形成する、あるいは判決内容と確定するとみていた<sup>(22)</sup>。

## ② 19世紀における強制執行<sup>(23)</sup>

### (ア) 基本構造

19世紀におけるドイツの各領邦は各々強制執行手続を整備しつつあったが、手続の基本枠組みは普通法のそれと大きくは異ならない<sup>(24)</sup>。そこで以下では、まず、ドイツ普通法の礎となったローマ法の強制執行手続の枠組みを簡単に描写しておく。

ローマ法の強制執行では、判決段階と執行段階には一応の区分があるが、裁判官の権限は裁判と執行の双方に及ぶという考えをもとに、受訴裁判所が執行も担当する<sup>(25)</sup>。その手続構造は、先に述べた判決効理解にかかる準契約理論の影響を色濃く受けていた。すなわち、受訴裁判所が認容判決を下す（つまり準契約がなされる）と、敗訴当事者に、本来の請求とは区別された<sup>(26)</sup>判決債務（これも実体法上の債務である）が新たに発生する<sup>(27)</sup>。判決債務を債権者が認めた場合には、受訴裁判所は債権者に執行を認め、他方で、債務者が判決債務を認めない場合には、債権者に *actio iudicati*（判決債務履行請求訴権）が認められた<sup>(28)</sup>。この訴権の審判対象は、本来の実体法上の請求権ではなく、債務名義化された判決債務である<sup>(29)</sup>。債務者はこの訴訟で防御方法を提出することができ<sup>(30)</sup>、それが奏功しなかった場合には、債権者に執行権限が授権され、執行が実施される<sup>(31)</sup>。

### (イ) 執行権限の移動

このように執行は当初、受訴裁判所により権限を付与された債権者が実施していたが、後に執行の実施も国家の独占的な権能となり（執行独占）、受訴裁判所が（ローマ法における執行権限の授権に対応する）執行命令（*Vollstreckungsbefehl*）をした<sup>(32)</sup>うえて、具体的な執行処分を実施することになる<sup>(33)</sup>。19世紀の普通法では、執行目的物が受訴裁判所の管轄内にある場合は受訴裁判所が執行を実施するが、管轄外に所在する場合には、受訴裁判所は「執行がなされるべきか、いつなされるべきか」だけを決定し、実際の執行は目的物の所在する地域を管轄する裁判所に嘱託（*Requisition*）をした<sup>(34)</sup>。このとき受託裁判所は、判決債務の基となる請求権の当否を調査

することはできない。<sup>(35)</sup> 判決債務と本来の債務は別ものだからである。また、*actio judicati* は純国内事件では利用されることはなくなった。<sup>(36)</sup>

さらにその後、まずは1850年ハノーヴァー王国民事訴訟法において、これに続き1869年にはバイエルン王国民事訴訟法で、さらにはドイツ帝国成立に伴い制定された1877年ドイツ帝国民事訴訟法(CPO)において、執行権限が受訴裁判所から執行吏に移されることになる。<sup>(37)</sup> このようなドイツにおける執行吏制度のモデルとなったのは、隣国フランスであった。<sup>(38)</sup> フランスでは19世紀の時点ですでに、裁判所に所属する職員ではない執行官が強制執行を業として行っていた。<sup>(39)</sup>

## (b) 司法共助と *actio judicati*

ここで以上を前提に、1877年CPO制定までのドイツにおける外国判決の執行に関する法状況をみていこう。当時、外国判決の執行に用いられていた司法共助と *actio judicati* は、認容判決により新たに実体的な判決債務が生じるという上でみた国内法理解をいずれも基盤としていた。

### ① 司法共助による方途

すでにみたように普通法においては、<sup>(40)</sup> 受訴裁判所は執行命令を下したうえで、執行目的物が自らの管轄区域に所在しない場合には、それが所在する地を管轄する裁判所に執行の実施を嘱託する。受託裁判所は、嘱託を受けた執行をなすことを義務付けられる。<sup>(41)</sup> この国内法の理は、19世紀の半ばごろまで、執行目的物が所在する地がドイツの他の領邦であった場合、つまり外国判決の執行の場合にも妥当していた。<sup>(42)</sup>

この方途の特徴は、次の点にある。まず、司法共助の嘱託は、執行権限を有する受訴裁判所から外国裁判所に対して行うもので、当事者による外国裁判所に対する直接の要請は想定されておらず、要請があっても、裁判所はそれに応じる義務はない。<sup>(43)</sup> 次に、司法共助によって外国で実施される——執行国へ効力が拡張される——のは具体的な執行処分であり、<sup>(44)</sup> その執行処分を根拠づける判決の効力そのものの効力拡張は、ここでは直接には

問題とされていない。<sup>(45)</sup>

## ② actio iudicati

この訴権が純粋な国内強制執行においてほとんど用いられていなかった点はすでにみたとおりであるが、一部の判例および学説は、外国判決の執行との関係でその活用を模索した。<sup>(46)</sup>学説上、その理論的な基礎付けに尽力したのが、プロイセンの法律家で、元プロイセン司法大臣でもあった *von Kamptz* である。彼は、外国判決が勝訴当事者と敗訴当事者との間の判決債務を生み出すことを前提に、他の国家高権領域においては、この判決債務は *actio iudicati* によって実現されうるといふ。<sup>(47)</sup><sup>(48)</sup><sup>(49)</sup><sup>(50)</sup>

彼の基本発想はローマ法の判決理解に基づくものと考えられるが、判決債務の発生原因についてはローマ法とは異なる理解を示している。すなわち *von Kamptz* は、判決債務を準契約によって創設された債務とは捉えておらず、国家によって課された債務であると考えていた。<sup>(51)</sup>

外国判決の執行におけるこの訴権の特徴は、次の点にある。まず *actio iudicati* は、判決という国家行為により、外国判決の勝訴当事者と敗訴当事者の間に生じた——実体法上の債務としての性質を有する——判決債務を基礎とする。この実体法上の判決債務が、内国裁判所が執行を命じる判断をなすにあたっての行動準則となる。他方、判決債務と判決手続で争われた本来的な債務とは別ものであるから、この本来的な債務を *actio iudicati* において再審理することは許されない。<sup>(52)</sup>それゆえ内国裁判所が審理するのは、執行を受忍する債務を外国判決が内容とするか、判決国に国際裁判管轄が認められるかという点に限られた。<sup>(53)</sup>

## 2 1877年CPO

このように1877年CPO成立までは、外国判決の執行の方途として、司法共助による方法（以下「司法共助型」という）と *actio iudicati* による方法の二つがあった。ところが1877年CPOは、司法共助型を採用せず、執行判決制度を導入した。それでは、1877年CPOが司法共助型を採用しな

かった理由は何なのだろうか、また、執行判決制度と *actio judicati* は類似した制度のようにも映るが、両者は同一の制度なのだろうか。仮に異なるとすれば、何が異なるのだろうか。以下では、これらの点に着目しながら、1877年 CPO について検討することにする。

### (1) 執行判決制度の導入—CPO660条, 661条

1877年 CPO において執行判決制度を定めた規定は、CPO660条および661条である。まずはこれらの規定がどのような経過を経て設けられたのかを簡単に確認しておこう。<sup>(54)</sup> 1877年 CPO の原型を提供したのは、1870年北ドイツ草案である。北ドイツ草案は基本的には1866年ハノーヴァー草案を基に作成されたとされているが、<sup>(55)</sup> 外国判決の執行に限っては、1864年プロイセン草案の影響を大きく受けている。つまり、この問題につきハノーヴァー草案は司法共助型を、プロイセン草案は執行判決制度を提案していたが、<sup>(56)</sup> CPO はプロイセン草案の考えを採用している。もっともプロイセン草案の理由書も、CPO の各草案理由書も、司法共助型ではなく執行判決制度を採用した理由、および執行判決制度と *actio judicati* との関係については沈黙している。<sup>(57)</sup>

### (2) 司法共助の黄昏—執行吏制度の影響

#### (a) 司法共助の問題点

そこで、19世紀後半の司法共助の運用に、何か問題点はなかったかをみることから、司法共助型が採用されなかった理由を探ることにしよう。司法共助の運用に何かしらの問題が認められたとすれば、1877年 CPO 制定時にこの点が考慮された可能性が高いからである。ここで注目すべきは、ラインプロイセン、ラインバイエルンといったライン左岸地方を版図として抱え、<sup>(58)</sup> 司法共助型を採用していたプロイセン王国やバイエルン王国の状況である。ライン左岸地方ではフランス法が適用されており、強制執行の実施を担うのは裁判官ではなく執行吏であったが、<sup>(59)</sup> これらライン左岸とライン右岸との間での司法共助には課題が認識されていた。

具体的には、ラインバイエルンについて次のような問題が報告されている。<sup>(60)</sup> 普通法のもとでの司法共助の嘱託は、受訴裁判所が執行命令を下したうえで、具体的な執行処分について、執行目的物の所在する裁判所に対してなされる。<sup>(61)</sup> ところで、ラインバイエルンの裁判所で下された判決について、ライン右岸バイエルンの裁判所で執行をしようとする場合、ラインバイエルンにおける執行機関は執行吏であるから、この者が執行命令を下し、ライン右岸バイエルンの裁判所に執行の嘱託をすることになる。ところが、この嘱託はライン右岸においては司法共助の要件を充足しないため、執行を実施できないというのである。<sup>(62)</sup> 強制執行を基礎付ける執行命令は裁判官がなすべきであるという考え方が、この当時支配的であったからである。<sup>(63)</sup> この考えに沿うためには、嘱託の実施に際し、裁判所を経由する迂遠なルートを生み出すほかない。しかしそれは、国際取引の求める水準に合致したものとはいいがたく、司法共助は、外国判決執行の方法としてもはや適切とはいえなかった。<sup>(64)</sup> この点は、フランスとの関係を考えたとき大きな意味をもつだろう。バイエルン王国は1869年民事訴訟法において司法共助を放棄し、フランス法を継受した執行許可制度を導入するに至ったが、これは司法共助のかかる課題を克服しようとするものといえよう。<sup>(65)</sup>

## (b) 執行判決訴訟と *actio judicati*

以上のように司法共助による外国判決の執行に問題があり、適切でないとすると、残る候補は *actio judicati* である。では、この *actio judicati* が執行判決訴訟の原型なのだろうか。

### ① 「執行力」概念

この点を検討するにあたり、まずはドイツにおける執行力の概念理解を確認しておく必要があろう。当初、単に強制執行をなしうる判決の資格と理解されていた執行力概念は、その後、判決の訴訟上の効力として、国家と当事者との間に法律関係を創出するものとして把握される。<sup>(66)</sup><sup>(67)</sup>

この国家・当事者間の法律関係は、二つのベクトルで顕出する。まず、

債務名義である判決そのものに、内国執行機関に対する執行命令、つまり設権的な、債務者に対する執行権限の授権が包含される。このような執行命令は、かつては訴訟法に明文で定めが置かれていたものである。次に、この執行命令と表裏一体のものとして、債権者に国家に対する執行請求権が判決から直接認められる。ここでは、債権者と債務者の判決債務は、もはや観念されてはいない。

## ② actio judicati の位置づけ

ここで執行判決訴訟と actio judicati の関係をみてみよう。そのためには、まず、この訴権がどのようなものであったかを改めて確認しておく必要がある。この訴権は、勝訴債権者と敗訴債務者との間に生じた実体法上の判決債務を基礎とするものであり、この判決債務こそがこの訴訟の訴訟物であるとされてきた。執行命令の要件である判決債務の存在が確認されれば、裁判官はその存在を行動準則として執行命令を下すことになる。つまり actio judicati において、執行力を直接基礎づけるのは、実体法上の判決債務である。

しかし、actio judicati のこのような性質は、上で確認した執行力理解にそぐわない。すなわち、遅くとも CPO 成立後には、執行力は判決の訴訟上の効果であることが明確に認識され、判決そのものに債務者に対する執行権限の内国執行機関への授権（執行命令）が包含されると考えられていた。つまり、執行力は判決そのものを直接の基礎としているのであり、実体権の存在の判断との関係性は一旦切断されている。そして、国家には執行権を、その裏返しとして当事者には執行請求権を生じさせる執行力は、判決国内でのみ通用し、外国主権領域に及ぶべくもない。かかる執行力理解からすれば、外国判決を執行する場合には、内国裁判所が外国判決に新たに執行力を付与するしかないことになる。ところが actio judicati は、すでにみたように、そのように外国判決に執行力を付与する制度ではないのである。しかもその後、判決債務は観念されなくなる。

以上のような説明は、すでに CPO 成立のあたりからドイツにおける大

方の見解が執行判決訴訟を、*actio iudicati* とは別個の、執行力を付与する<sup>(79)</sup> (verleihen) 制度とみていたこととも符合する。さらに執行判決訴訟が有する、外国判決に内国での執行力を付与するという性質に着目すると、むしろそれは——実質的再審査が認められている点を度外視すれば——フランスの執行許可訴訟に近いともいえる。ただし、執行力付与の点を除けば、*actio iudicati* と執行判決訴訟との間には、外国判決の実体判断について原則として再審査をしない点などの共通点もみられる<sup>(81)</sup>。*Wach* が、両者の性質が完全に一致するものでない点を承認するのであれば、執行判決訴訟を *actio iudicati* と呼ぶことに差し支えはないというのは、この点を踏まえたもの<sup>(82)</sup> だろう。

### 3 1898年 ZPO<sup>(83)</sup>

ところで 1898 年の CPO 改正により、執行判決訴訟制度（ドイツ民事訴訟法〔ZPO〕722 条、723 条）から「承認」概念が分離され、新たに外国判決承認制度（ZPO328 条）が設けられた。この外国判決承認制度が新たに設けられた理由には、CPO 制定後に顕在化した実務上の問題があった。ここではその実務上の問題を確認したうえで、ZPO328 条が新たに設けられた理由を探り、ドイツにおいて外国判決の「承認」と「執行」の関係がどのように捉えられているかを確認する。

#### (1) 執行判決制度からの「承認」概念の分離

##### (a) 実務上の問題

1877 年 CPO が制定された当時、外国判決への実際上の関心は、その執行の局面に限られたため、執行判決訴訟は、外国判決に執行力と併せて既判力等を付与する手段と理解されていた。その結果、執行判決訴訟を用いて執行力以外の効力を内国で付与できるのは給付判決に限られ、確認判決<sup>(84)</sup> について執行判決訴訟を用いることは許されなかった。たとえば 1883 年 4 月 7 日の帝国裁判所判決<sup>(85)</sup> は、オーストリアの先決判決（*Präjudizialurteil*）について、以下の理由から執行判決訴訟を認めていない。すなわち、この

オーストリア判決は単なる所有権の確認を内容としたものであり、その性質上、執行力が認められない、と。その結果、確認判決——すなわち、その既判力——が、執行判決訴訟なしに承認されるかが問題となった。<sup>(87)</sup>

### (b) 分離の理論的基盤—Kohlerによる説明

判例および学説は直ちにこの問題を認識し、執行判決制度から執行力以外の判決効を分離させることを試みた。議論の出発点は当時の既判力論、すなわち実体的既判力説<sup>(88)</sup>にあった。1898年ZPO328条制定以前にいち早くこの問題に理論的に対処をしたのが、*Josef Kohler*である。<sup>(89)</sup>

彼は、裁判の内容を外国法規範と同様扱い、そのように解することで執行判決訴訟とかかわりなく外国判決の拘束力を内国で認めようとした。<sup>(90)</sup>すなわちKohlerは既判力を、外国において認められる他の私法上の効力(civilistische Kraft)と同様、請求権を発生・消滅させるようなもの<sup>(91)</sup>と考え、判決の拘束力を実体法的に把握する。それゆえ、外国判決により法律関係が実体的に変動したのであれば、その実体関係を行動準則として、内国裁判所は判決することになると考える。これにより外国判決の既判力は、執行判決制度によらずに、その効果が承認される。これに対し、強制執行は民事訴訟法的性質を有する<sup>(92)</sup>という。つまり執行判決は、私法上の拘束力を有する判決に、内国の判決機関(Civilprozessorgan)を通じて、訴訟上の執行力を付与する<sup>(93)</sup>(geben)意味をもつとする。<sup>(94)</sup>

帝国裁判所も、ドイツ帝国において外国判決の既判力を原則として承認する立場<sup>(95)</sup>を採った。ただし、判決の実体的内容を行動準則として用いたのか、それとも、訴訟上の効力として承認したのかは、判然としない。

### (2) ZPO328条—外国判決の既判力拡張

このようなKohlerの議論は1898年ZPOにおける328条の起草に一定の影響を与えたものと考えられる。起草過程の議論においてKohlerの議論が明示的に引用されているわけではないが、<sup>(96)</sup>そこでの基本発想にはKohlerの考えと同様の発想がみられるからである。もつともこの頃、既<sup>(97)</sup>  
<sup>(98)</sup>

判力についてのドイツ訴訟法学の理解が、実体的既判力説から訴訟的既判力説へと変容を遂げたことは、周知のとおりである。これに伴い、既判力の承認についても、外国判決の実体的内容を内国裁判所の行動準則とみる理解から、訴訟上の効果としての拘束力として把握する現在の理解へと変化する。<sup>(99)</sup> その結果 ZPO328 条は、追加的に外国判決の承認を「手続的効力の承認」の問題として定めたものと位置づけられることとなる。<sup>(100)</sup> そうすると、ドイツにおいて既判力の自動承認が認められるに至ったのは、その形成時期に、訴訟法学において実体的既判力説が広く支持を集めていたという事情が大きいように思われる。外国判決の効力拡張の理解は、実体的既判力説のいわば残効 (Nachwirkung) <sup>(101)</sup> であると評されるゆえんである。

ところで、執行判決制度は、外国判決への執行力の付与を、執行機関ではなく裁判所の職責としている。その理由は、次の点に求められる。<sup>(102)</sup> 強制執行の場合、形式化された執行要件の審査は、裁判官で構成されるわけではない「執行機関」が担う。そのような執行機関に外国判決の執行力の審査を任せるのは適切ではない。この点が、最初から後訴「裁判所」への拘束力が問題となる既判力の承認とは異なり、執行力について別に執行判決訴訟を要する理由である。ただし、執行判決訴訟は裁判所における双方審尋を保障する形をとるが、<sup>(103)</sup> 審判対象は、債務名義の基礎となる実体法上の請求権ではなく、執行力の付与を求める権利に限られる。この考え方は、婚姻関係事件の判決、とりわけ離婚判決の承認について、例外的に特別の手続を要求しているドイツ家事事件手続法 107 条にも当てはまる。離婚判決の効力は、再婚の届出に携わる市の職員との関係で顕在化するが、この者に離婚判決の承認の判断を委ねることは適切ではないからである。<sup>(104)</sup>

### 三 検討

#### 1 ドイツにおける法展開のまとめ

ここまでのドイツにおける外国判決執行制度の生成・展開過程を素描してきた。その結果を簡単にまとめると、以下のようになるだろう。

(1) ドイツにおける外国判決承認執行は、実務上の必要性から、まずは外国判決の執行から始まった。一時期、過剰な主権意識から外国判決の執行に敵対的な態度をとる領邦も僅かながら存在したが、外国判決の執行は一定の要件を充たすことを条件に認められてきた(二1(1))。その際に用いられた方途は、司法共助による執行および *actio iudicati* であり、いずれもローマ法の判決債務と受訴裁判所による執行権限の授権の考え方の影響を色濃く受けた強制執行制度の延長線上にあった。その後、ローマ法で認められた債権者の執行権限は国家により独占され、また、19世紀後半にはフランスを中心に、執行機関も受訴裁判所から執行吏に移転し、執行命令は執行吏がなす法制が生まれた。なお、司法共助による執行は、具体的な執行処分(つまり、外国判決そのものではない)の効力を、他国に及ぼすためのものであった点にも留意する必要がある。(二1(2))。

(2) ところがこれらの方途は、1877年CPO制定に際して引き継がれることはなく、新たに執行判決制度が導入された。その理由は以下の点に求められる。まず、司法共助については、とりわけ隣国であるフランスが、執行機関を執行吏とする法制をとっていたことが大きい。かかる法制をとる国との司法共助は、執行命令は裁判所がなすべきという伝統的な価値観との摩擦を生じさせ、国際取引に負の影響を与えるおそれがあった(二2(2)(a))。他方、*actio iudicati* については、この制度が実体法上の債務である判決債務を基盤としていた点が問題であった。19世紀末ごろに確立した「執行力」概念によれば、執行力は、判決そのものによる、執行機関に対する債務者への執行権限の授権を一内容とする手続的効力と把握される。つまり執行力は、強制執行についての設権的な効力を有し、その反面として執行請求権が生まれる。逆に判決債務は観念されない。そして外国裁判所が、判決により内国執行機関に内国での執行権限を授権することは、国家主権との関係上、認められない。それゆえに、執行力の「付与」とは異質な *actio iudicati* ではなく、それを正面から認める制度として執行判決訴訟が採用されたのである(二2(2)(b))。

(3) 1898年 ZPO 制定においては、外国判決の既判力の承認が問題となった。CPO660条、661条は、あくまで外国判決の「執行」に焦点をおいた規定であったからである。そこで、外国判決に判決効を付与する唯一の手段であった執行判決訴訟から、外国判決の既判力の問題を切り離すことが試みられた。その際、当時主流であった実体的既判力説（Kohlerはその主要な論者のひとりである）の理解が一役買った。この理解によると、外国判決によって実体法律関係が変動した結果、内国裁判所は変動した実体法律関係を行動準則として審理判断をし、それゆえに既判力の承認が認められる。この場合、執行力のように、裁判官による設権的な効力はみられない。その後、既判力の本質についての理解は、実体的既判力説から訴訟的既判力説に変容したが、外国判決の既判力をもとに内国裁判所が判決をなす点に変わりはない（二3）。以上からすると、既判力も執行力も、たしかに判決の手続的効力ではあるが、そのことのみを理由に効果が「拡張」されたり、「付与」されたりするのではなく、手続的効力であることを前提に、それが裁判官による「設権的」なものといえるかで、「拡張」か「付与」かが区別されているとみることができよう。

## 2 わが国への示唆

以上の検討結果を踏まえ、本稿の検討課題について考えてみよう。ドイツにおける外国判決の執行制度の生成・展開に鑑みると、そこから、「外国判決の承認によりすべての判決効が内国に拡張される」という考えを導き出すことはできない。むしろドイツではCPO制定当初から、外国判決の執行力は、執行判決により内国で付与されるものと理解されていた。そしてかかる理解は、判決の執行力に、執行機関に債務者への強制執行を委任の旨の授権、つまり設権的な効力が含まれることを基盤としている（三(2)）。この点で、執行判決訴訟制度は、CPO制定前に存在した、執行処分についての司法共助による執行や *actio iudicati* とは、本質的に異なる制度である。逆に判決の既判力には、そのような設権的な効力が含まれていないからこそ、内国で効力を「付与」するのではなく、承認による既判力

の「拡張」を語ることができ、1898年ZPO制定時に既判力の「承認」を執行判決制度から分離できたのである。したがって、少なくともドイツ法の沿革からすれば、判決効が手続的効力であることの一事をもって、外国判決の執行力の承認を導出することはできない(三(3))。

この点との関係で興味深いのは、わが国において「外国判決の執行力の内国への拡張」を唱える有力説が基礎とする執行力理解である。すなわちこれらの見解は、執行力の根拠として、実体権の存在の判断との関係を重視し、法定された債務名義による執行機関への執行権限の授権を重視しない執行力理解をとっている<sup>(105)</sup>。たとえば兼子博士は、請求異議認容判決との関係においてではあるが、「給付訴訟が既に給付義務の積極的確認の訴えであって、その執行力は給付義務の確定の当然の効果」であるとしている<sup>(106)</sup>。また、竹下博士は、執行力を実体的執行力と手続的執行力に区別したうえで、後者の本体を「執行機関(および執行力付与機関)が実体権の存否の判断権を有しない場面において、ある証書の内容をなす、執行により実現されるべき実体権の存在の判断が、執行機関の行動準則として、これに対して有する通用力」であるという<sup>(107)</sup>。いずれも執行力の根拠として、実体権の存在の判断を重視しており、ドイツの通説<sup>(108)</sup>やわが国の通説的理解<sup>(109)</sup>が認めるような「法定された債務名義による執行機関への強制執行の授権」は重視されていない<sup>(110)</sup>。それゆえ、実体権の存在が確定すれば、外国判決の執行力が内国で認められることとなり、既判力と同様に、執行力の「拡張」が認められるのである。そうすると有力説は、ドイツにおいて1877年CPO制定以前に見られ、CPO制定により克服された「判決債務の存在を行動準則として、外国判決の内国での執行を認める」という *actio iudicati* の考え方と親和的な理解であるようにもみえる。有力説のよって立つ基盤はドイツ法の沿革の継受というより、むしろその基礎にある執行力理解にあるのではないだろうか<sup>(111)</sup>。

もっとも、有力説にドイツ法からの沿革的基盤は認められないという本稿の検討結果から直ちに、「外国判決の承認により、その執行力が内国に拡張される」という考え方は採用しえないと即断することもまた、できな

いだろう。というのもこの問題を巡っては、EUにおいて注目すべき展開がみられるからである。EU民事訴訟法は、従前、外国判決の執行にドイツ法と同様、執行許可手続を要求し、この手続によりある構成国の判決に他の構成国が執行力を「付与」するものとされてきた<sup>(113)</sup>。ところが、2015年に発効したブリュッセルIa規則により、執行許可手続が廃止されたため、現在ではある構成国の判決の執行力は、承認により他の構成国（執行国）に「効力拡張」されるものと理解されている<sup>(114)</sup>。このような近時のEU民事訴訟法における外国判決の執行力に関する理解の展開は、如何なる理論的基盤に基づくものなのか。単に域内司法協力に関するEU権限に基づく構成国主権の制限によるものなのか、それとも、かつての *actio iudicati* が前提としていたような「執行力」理解によるものなのか。仮に後者なのであれば、わが国の有力説の理解をそのような視点から捉え直し、国際的な債務名義の流通に寄与する、現代的な意義をもつ見解とみることもできるのかもしれない。EUにおける議論の展開が、ドイツ法の執行判決制度の理解に何らかの影響を与えうるのか、注目される。

## 注

- (1) 本間靖規 = 中野俊一郎 = 酒井一『国際民事手続法（第3版）』（有斐閣・2024年）158頁以下参照。
- (2) 菊井維大『強制執行法（総論）』（有斐閣・1976年）57頁、鈴木忠一 = 三ヶ月章編『注解民事執行法（1）』（第一法規出版・1984年）424頁〔青山善充〕、木棚照一 = 松岡博 = 渡辺惺之『国際私法概論（第5版）』（有斐閣・2007年）342頁、中野貞一郎 = 下村正明『民事執行法（改訂版）』（青林書院・2021年）187頁、本間靖規 = 中野俊一郎 = 酒井一『国際民事手続法（第3版）』（有斐閣・2024年）160頁、松本博之 = 上野泰男『民事訴訟法（第8版）』（弘文堂・2015年）684頁。
- (3) 小野木常『強制執行法概論』（酒井書店・1957年）128頁、兼子一『強制執行法』（弘文堂・1949年）79頁、兼子一ほか編『条解民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂・2011年）622頁〔竹下守夫〕。
- (4) 具体的には「ドイツ法上の執行判決制度は、元来外国裁判所の嘱託に基づく司法共助として、一定の場合に外国判決の強制執行をするのだとの考え方（プロイセン一般裁判所法第一篇二四節三〇条）に端を發し、

さらに外国判決については、司法共助の要件が備わっている場合のみ執行文を付与するとの制度（ハノーヴァー民訴法五三三条・五三四条）、一般の執行文に代えて、特別の執行認許文を付与するとの制度（ハノーヴァー草案六五七条）などを経て成立した」という（竹下守夫「外国判決による強制執行と手続権の保障」法教 24 号〔1982 年〕104 頁）。

- (5) 竹下・法教 24 号（1982 年）104 頁。また、中野貞一郎＝下村正明『民事執行法〔改訂版〕』（青林書院・2021 年）200 頁も参照。
- (6) Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. (2024), § 328 Rn. 36; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Auf. (2018), § 157 Rn. 6; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht (IZVR), 8. Aufl. (2021) Rn. 868, 1034.; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (2020) Rn. 3101.
- (7) ドイツにおける外国判決承認執行制度の歴史的沿革に関するわが国の先行研究としては、すでに、矢ヶ崎武勝「外国判決の執行に関するドイツ法体系の原則成立過程についての若干の史的考察」国際法外交雑誌 61 巻 3 号（1962 年）22 頁以下、中西康「外国判決の承認執行における revision au fond の禁止について（一）～（四完）」法学論叢 135 巻 2 号 1 頁以下、4 号 1 頁以下、6 号 1 頁以下、136 巻 1 号 1 頁以下（以上 1994 年）、小室百合「外国判決承認・執行制度の意義について—ドイツにおける歴史的沿革をてがかりとして—」東北法学 16 号（1998 年）1 頁以下、釜谷真史「外国判決「自動承認」制度の意義（上）（下）」西南学院法学 37 巻 2・3 号 1 頁以下、4 号 47 頁以下（以上 2005 年）がある。本稿はこれらの論稿に負うところが大きいが、いずれの論稿も外国確定判決の執行力の内国での扱いとの関係でドイツ法の沿革を考察したものではない。
- (8) 近時、外国確定判決の効力は承認により内国に拡張されるから、執行判決訴訟はその執行力を内国で確認するための確認訴訟としての性質を有するとして、新たに有力説に与する論者も現れている（芳賀雅顕「執行判決訴訟の法的性質について」同『外国判決の承認』（慶應義塾大学出版会・2018 年）425 頁、444 頁）。論者は、既判力や形成力については外国判決承認規定により承認されるが、執行力についてはこれから除外されるのは、両者がともに手続的効力であることからすれば不自然であるという。外国判決の手続的効力について、このように既判力および形成力と執行力との間で異なる取り扱いをするに至ったドイツの議論の経緯を検証する本稿の作業は、かかる見解の妥当性を考察するうえでも一定の意義があろう。

- (9) ドイツにおける執行判決訴訟の展開過程については、以下の文献、とりわけ *Wiedemann* 論文に負うところが大きい。：矢ヶ崎・国際法外交雑誌 61 巻 3 号 (1962 年) 22 頁, 小室・東北法学 16 号 (1998 年) 1 頁以下, *Graupner*, Zur Entscheidungsgeschichte des § 328 ZPO, FS. Ferid (1978), S. 183; *Wiedemann*, Vollstreckbarkeit (2017), S. 25f. なお, *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (2020), Rn. 3100 (Fn. 882) は, ドイツ執行判決訴訟制度の展開史につき参照すべき文献として *Wiedemann* 論文をあげている。
- (10) 矢ヶ崎・国際法外交雑誌 61 巻 3 号 (1962 年) 26 頁。
- (11) *Juenger*, The Recognition of Money Judgements in Civil and Commercial Matters, AJCL 36 (1988), S. 1, 6; *Hubig*, Die historische Entwicklung des § 23 ZPO (2003), S. 54; *Mittermyer*, Von der Vollstreckung eines von einem ausländischen Gerichte gefällten Urtheils, AcP 14 (1831), S. 84, 85.
- (12) この命令の詳細については, 小室・東北法学 16 号 (1998 年) 19 頁を参照。
- (13) Allgemeine Verordnung von 2. 6. 1811 die Gerichtsbarkeit fremder Staaten betreffend, Reg. Bl. 1811, XXXVIII, S. 745ff. この命令については, 小室・東北法学 16 号 (1998 年) 20 頁以下で紹介がある。
- (14) 早くからそのような指摘をするものとして, *Mittermyer*, AcP 14 (1831), S. 84, 97.
- (15) CPO 制定以前の実務において司法共助と *actio judicati* の利用が混在していたことを示す文献として, *Graupner*, FS Ferid (1978), S. 204.
- (16) *von Saviny*, System des heutigen Römischen Rechts, Band 6 (1847) [Abk.: System Bd. 6], S. 31f., 246f., 258; *Endemann*, Das Prinzip der Rechtskraft (1860), S. 22f. なお, サヴィニーの既判力論については, 児玉寛「サヴィニーの既判力論についての覚書」法政研究 59 巻 3・4 号 (1993 年) 287 頁以下, ガウル (松本博之ほか訳) 「サヴィニー以後の既判力理論の展開と現状」同 (松本博之編訳) 『ドイツ既判力理論』(信山社・2003 年) 1 頁以下も参照。
- (17) *von Saviny*, System Bd. 6 (1847), S. 23ff.
- (18) *von Saviny*, System Bd. 6 (1847), S. 261.; 児玉・法政研究 59 巻 3・4 号 (1993 年) 287, 294 頁以下。
- (19) *Kohler*, Zum internationalen Civilprozessrecht, ZZP 10 (1887), S. 499, 464f. Fn. 23.
- (20) *Kohler*, Der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888), S. 136; *Pangenstecher*,

Zur Lehre von materiellen Rechtskraft (1905), S. 302ff.

- (21) Vgl. Stein/Jonas/*Althammer*, ZPO, 23. Aufl. (2018), § 322 Rn. 21.
- (22) Vgl. Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, ZPO 18. Aufl. (2018), § 152 Rn. 2.
- (23) この項の記述は、以下の文献に負うところが大きい。: *Gaul*, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung—Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung, ZZP 85 (1972), S. 251ff.; 鈴木 = 三ヶ月編『注解民事執行法 (1)』(1984年) 14頁以下〔三ヶ月章〕, 鈴木正裕「私権の強制的実現」芦部信義ほか編『岩波講座 基本法学 8』(岩波書店・1983年) 225頁以下, 竹下守夫「強制執行の正当性の保障と執行文の役割」同『民事執行における実体法と手続法』(有斐閣・1990年) 323頁以下, 中野貞一郎「救済としての訴訟」裁判と上訴編集委員会『裁判と上訴 (下)』(有斐閣・1980年) 309頁以下, 和田吉弘「CPO 成立過程における判決手続と執行手続との関係」青山善充ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築 (下)』〔新堂幸司先生古稀祝賀論文集〕(有斐閣・2001年) 765頁以下。
- (24) プロイセン法との関係でこの点を指摘するものとして、竹下「強制執行の正当性の保障」(1990年) 348頁。ハノーヴァー王国では、1850年ハノーヴァー民事訴訟法制定までは普通法が適用され、1850年法は普通法をベースとしている(この点につき、和田・新堂古稀(2001年) 775頁, 781頁参照)。またバイエルン王国も普通法による強制執行手続を用いていた (*M.*, *Blätter für Rechtsanwendung* 18 (1853), S. 117.)。
- (25) *Wetzell*, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl. (1878), S. 515, 601f.
- (26) 準契約により本来の請求は消尽する (二 1 (2) (a) ①参照)。
- (27) *von Savigny*, *System* Bd. 6 (1847), S. 24f.
- (28) *Schmitt*, *Die Vollstreckung ausländischer Urteils in Deutschland*, (1943), S. 49; *actio judicati* については、船田亨二『ローマ法 第5巻 (改版)』(岩波書店・1972年) 200頁以下を参照。
- (29) *von Savigny*, *System* Bd. 6 (1847), S. 411.; auch *Schack*, *IZVR*, 8. Aufl. (2021), Rn. 1099.
- (30) 船田『ローマ法』(1972年) 200頁以下によれば、*actio judicati* に対する被告の防御としては、原告が援用する判決が原告によって偽造されたものであること、何らかの原因により無効なものであること、あるいは、すでに判決債務が履行されていることなどがあげられる。
- (31) 船田『ローマ法』(1972年) 199頁, 200頁以下参照。
- (32) 執行命令に至るまでの流れは、概要、以下のとおりである。債権者が

執行の申立てをすると、受訴裁判所は申立て要件を審査したうえで、債務者に対して、一定の期間を設定したうえで、その期間内に判決債務を履行すべき旨の命令をし、あわせて当該期間内に履行がない場合には強制執行をする旨の警告をする。この命令に対して、上記期間が経過すると、債権者は再度申立てをする必要があり、これに基づいて受訴裁判所がするのが「執行命令」である。以上は、和田・新堂古稀（2001年）778頁以下に簡潔にまとめられている。

- (33) *Gaul*, Die privilegierte Zwangsvollstreckung wegen einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung als Problem der Funktionsteilung zwischen Prozessgericht und Vollstreckungsgericht, in: FS. Gerhardt (2004), S. 259, 267.
- (34) *Bayer*, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß, 8. Aufl. (1858) [Abk.: Vorträge], S. 1123; *Schmidt*, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses, 3. Theil (1845) [Abk.: Handbuch], S. 339f, 343f; 和田・新堂古稀（2001年）779頁。
- (35) *Bayer*, Vorträge (1858), S. 1123; *Schmidt*, Handbuch (1858), S. 340.
- (36) *Graupner*, FS Ferid (1978), S. 183, 204f. (Fn. 83) 参照。
- (37) 鈴木『基本法学8』（1983年）229頁以下参照。
- (38) 鈴木『基本法学8』（1983年）231頁以下参照。
- (39) 鈴木『基本法学8』（1983年）231頁参照。また、*M.*, Blätter für Rechtsanwendung 18 (1853), S. 117 も参照。
- (40) 二 1 (2) (a) (イ) 参照。
- (41) このような取り扱いは、すでに16世紀ごろから記録に残されている。この点については、*Consiliorum Seu Responsorum Iuris Domini Hieronymi Schurpf, Centuirae I, Consilium XXXIII* 参照 (*von Bar/Dopffel*, Deutsches internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert I (1995), S. 21ff. に収録されており、本稿ではこれを参照した)。なおこの記録によると、当事者から執行の要請があった場合には、裁判所はそれに従う義務がない。
- (42) そのバイエルン王国における具体的な例として、たとえば *Oberster Gerichtshof v. 10. 12. 1869*, Blätter für Rechtsanwendung 35 (1870), S. 76, 77. また、1847年ハノーヴァー王国一般民事訴訟法84条も内国司法共助の延長として外国裁判所との司法共助を定めている。同条については、小室・東北法学16号（1998年）13頁以下を参照。
- (43) 当事者による執行要請に裁判所が義務付けられないことは、たとえば

ハノーヴァー王国の1827年下位裁判所法161条では明文で定められていた。同条の内容は、小室・東北法学16号(1998年)13頁に紹介がある。

- (44) ニ1(2)(a)②(イ)。
- (45) この点を指摘するものとして *Wiedemann, Vollstreckbarkeit* (2017), S. 37.
- (46) ニ1(2)(b)②。
- (47) Königlich-Bayerisches Handelsappellationsgericht, München Reg.-Nr. 1048, Sammlung wichtiger Entscheidungen des Königlich-Bayerisches Handelsappellationsgerichtes 1 (1868), S. 291, 292.
- (48) このような動きが生じた原因は必ずしも明らかではないが、その活用を模索する判例や論者がライン左岸地方を抱えるプロイセン、バイエルンと関係する場合が多いことからすると、司法共助による執行の機能不全が背景にある可能性がある。
- (49) *actio judicati* は、執行されるべき当の裁判所以外の裁判所に提起することができたことを援用したのであろう。*actio judicati* のこのような性質については、船田『ローマ法』(1972年)200頁以下、328頁以下を参照。
- (50) *von Kamptz, Über die Rechtskraft eines, in einer Civil-Sache von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Urtheils nach den Grundsätzen des Staatsrechts der rheinischen Bundesstaaten, Germanien 3* (1809), S. 231, 235.
- (51) *von Kamptz, Germanien 3* (1809), S. 231, 235.; 同様の理解は、以下の文献でも見られる。: *M., Ueber die Vollstreckung der von den pfälzischen Gerichten erlassenen Urtheile in den übrigen Landstheilen, Blätter für Rechtsanwendung 18* (1853), S. 117, 120. (バイエルン王国との関係で); *G., Archiv für practische Rechtswissenschaft 4* (1857), S. 167, 168. (プロイセン王国との関係で)
- (52) 現に *actio judicati* に関するバイエルン商事控訴裁判所の判決ではそのような取り扱いがなされていた。Königlich-Bayerisches Handelsappellationsgericht, München Reg.-Nr. 1048, Sammlung wichtiger Entscheidungen des Königlich-Bayerisches Handelsappellationsgerichtes 1 (1868), S. 291, 292.
- (53) *von Kamptz, Germanien 3* (1809), S. 231, 234ff.
- (54) CPO660条および661条の起草過程の詳細については、小室・東北法学16号(1998年)37頁以下に紹介がある。なお、中西・法学論叢135巻4号(1994年)2頁以下も参照。

- (55) Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, ZPO, 18. Aufl. (2018), § 5 Rn. 3.
- (56) この点につき、北ドイツ草案 896 条, 898 条はプロイセン草案 971 条から 973 条とほぼ同じであるが、北ドイツ草案の委員会審議においてもプロイセン草案との関係につきとくに実質的な議論はなされていない。中西・法学論叢 135 卷 4 号 (1994 年) 3 頁以下, 小室・東北法学 16 号 (1998 年) 41 頁以下参照。各草案の内容については, 小室・東北法学 16 号 (1998 年) 38 頁以下が詳しい。
- (57) *Motive zu dem Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preussischen Staat*, Berlin 1864 (neu herausgaben von Schubert (1994)), S. 244ff には、プロイセン草案の外国判決の執行に関する 14 の原則が述べられているが、この点についての言及はない。プロイセン草案の 14 の原則については、小室・東北法学 16 号 (1998 年) 44 頁以下に紹介がある。
- (58) 1801 年のいわゆるリュネヴィルの和約により、オーストリア皇帝はライン左岸地方をフランスに割譲した。その結果、この地方ではフランス法が適用され、執行官制度も導入された。ところがその後、1815 年のウィーン会議により、これらの地方はプロイセン王国、バイエルン王国などに併合されることになる。これらの地域はラインプロイセン、ラインバイエルンと呼ばれ、ライン右岸地域とは異なり、引き続きフランス法が適用され、執行官制度もそのまま維持されていた。以上につき、鈴木『基本法学 8』(1983 年) 244 頁以下参照。
- (59) *M.*, *Blätter für Rechtsanwendung* 18 (1853), S. 117.; 注 (58) も参照。
- (60) *M.*, *Blätter für Rechtsanwendung* 18 (1853), S. 117.
- (61) ニ 2 (2) (b) ①参照。
- (62) *M.*, *Blätter für Rechtsanwendung* 18 (1853), S. 117ff.
- (63) このことは、他の周辺諸国が執行吏制度の関心を抱きつつも、これを先んじて導入したハノーヴァー王国に追従して導入することに、容易には踏み切れなかった事実からも推察し得る。周辺諸国の執行吏制度に対する態度については、鈴木『基本法学 8』(1983 年) 233 頁以下を参照。
- (64) この点を指摘する文献として、*Wiedemann*, *Vollstreckbarkeit* (2017), S. 42.
- (65) バイエルン王国民事訴訟法 823 条, 824 条。これらの規定については、小室・東北法学 16 号 (1998 年) 22 頁に紹介がある。
- (66) *Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit nach Reichscivilprozeßrecht* (1898) [Abk.: *Die Vollstreckbarkeit*], S. 13.

- (67) これに対し、当事者相互の間も含めたいわゆる執行三角関係は、当事者による強制執行の申立てがなされたことにより発生する。Vgl. Gaul/Schilken/*Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl. (2010), § 8 Rn. 3.
- (68) *Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit* (1898), S. 35.
- (69) Stein/Jonas/*Heinze*, *ZPO*, 23. Aufl. Bd. 7 (2024), vor § 704 Rn. 46.
- (70) たとえば、1848年プロイセン王国訴訟法 578条は、「我々は、この判決を執行に付すことを、それを求められるすべての裁判所職員に命じる」旨の文言がない、如何なる判決、証書も強制執行をなし得ないことを定めていた。Vgl. *Schubert*, *Kodifikationsgeschichte Zivilprozeßrecht* (1994), S. 245.
- (71) Gaul/Schilken/*Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht* (2010), § 10 Rn. 1, § 156 Rn. 1; *Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit* (1889), S. 36; *Hellwig*, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft* (1901), S. 6.
- (72) *Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit* (1898), S. 34; *Bettermann*, *Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft* (1948), S. 33.
- (73) 二 1 (2) (a)② (ア) 参照。
- (74) *Schack*, *IZVR*, 8. Aufl. (2021), Rn. 1099.
- (75) CPO 成立直後に、現にそのような理解を示した帝国裁判所判決がある。RG v. 29. 1. 1983, *Endsch.* Bd. 8, S. 385f; もっとも、*Kohler* はかかる理解は誤りであると評価している (*Kohler*, *ZZP* 10 (1887), S. 449, 464)。
- (76) 二 2 (2) (b)①参照。
- (77) *Gmelin* は執行判決を、それによって執行権を設権的に (konstitutiv) 生じさせるものであり、単なる確認を超えたものであるという (*Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit* (1898), S. 62)。また *Wach* は、執行判決訴訟は執行文を付与する制度ではない旨を明確に指摘する (*Wach*, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts* (1885) [Abk.: *Handbuch*], S. 225 (Fn. 18))。
- (78) 二 2 (2) (b)①参照。
- (79) *Kohler*, *ZZP* 10 (1887), S. 449, 464; *Wach*, *Handbuch* (1885), S. 225 (Fn. 18); *Gmelin*, *Die Vollstreckbarkeit* (1898), S. 60ff.; *Reichel*, *Widerklage gegen Vollstreckungsgegenklage*, *AcP* 133 (1933), S. 19, 30.
- (80) *Wiedemann*, *Vollstreckbarkeit* (2017), S. 42f. は、ドイツの執行判決制度はフランス法を参考としたものと評価する。

- (81) 本稿の限られた検討から即断することはできないが、実質的再審査委の禁止は、*actio judicati*において、判決債務と区別された本来の請求につき再審査が禁じられていた点と関連性を見出すことができるかもしれない。
- (82) *Wach*, Handbuch (1885), S. 225, (Fn. 18)。
- (83) 起草過程における議論については、釜谷・西南学院法学 37 卷 2・3 号 1 頁以下、4 号 47 頁（以上、2005 年）以下が詳しい。ただし起草過程の当初、承認に関する規定が国際私法ないし民法の規定として議論されていた点は、当時の既判力理解が実体的既判力説であったこととの関係で理解する必要があるように思われる（既判力そのものの規定も当初民法草案に存在した）。既判事項の権威を実体法的に理解していたかつてのフランスも、既判事項の権威は民法 1351 条が規定し、既判力の承認についても民法が規定していた。
- (84) このことは CPO 制定までの議論が、もっぱら外国判決の執行に限られていたことから窺い知れよう。また、*Matscher*, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen, ZZP103 (1990), S. 294, 300f.; *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht (2015), S. 169, Fn. 7 も参照。
- (85) RG v. 7. 4. 1883, RGZ 9, S. 368, 372.
- (86) RG v. 7. 4. 1883, RGZ 9, S. 368, 372.
- (87) フランスでも同種の問題が、19 世紀半ばにすでに、人の身分などに関わる形成判決との関係で問題となっていた。この点については、矢澤昇治『フランス国際民事訴訟法の研究』（創文社・1995 年）110 頁以下が詳しい。なお、ドイツにおいても判決の形成力の「承認」が問題となりうるが、この点については専ら筆者の能力の問題から本稿の検討対象から除外している。
- (88) 二 1 (2) (a)①参照。
- (89) その後、*Kohler* と同様の説明が *von Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl. Bd. 2. (1889), S. 413ff.; *Neumeyer*, Internationales Privatrecht (1923), S. 10 などでもみられる。
- (90) *Kohler*, ZZP 10 (1887), S. 449, 466.
- (91) *Kohler*, ZZP 10 (1887), S. 449, 466.
- (92) *Kohler* は、CPO661 条の要件を充足する限りで、「外国判決が確定すると、もはやその判断結果 (Kognition) から逃れられない」という (*Kohler*, ZZP 10 (1887), S. 449, 464)。もちろん *Kohler* は、外国での判決による

実体的法律関係の変動状態を無条件に受け入れるのではなく、判決の拘束力が不当なものでないか（CPO661条の要件を充足するか）を、実質的再審査をすることなく判断しようとする。このことを *Kohler* は、「ドイツの裁判官は、契約の法警察的な確認をする裁判官ではない。彼は、既に存在する契約がどの程度まで拘束力を認められるかを判断する裁判官である」と表現する（*Kohler*, ZJP 10 (1887), S. 449, 465f.）。

- (93) なお *Wiedemann* は、このように判決を法律や契約と同様に拘束力を有するものとみると、その結果として、判決にも抵触法を適用するという発想が生まれうることは想像に難くない旨、指摘している。*Wiedemann*, *Vollstreckbarkeit* (2017), S. 46.
- (94) *Kohler*, ZJP 10 (1887), S. 449, 466.
- (95) *Kohler*, ZJP 10 (1887), S. 449, 466.
- (96) Vgl. RG v. 7. 4. 1883, RGZ 9, S. 368, 374.
- (97) 起草過程の議論については、釜谷・西南学院法学 37 卷 2・3 号 1 頁以下、4 号 47 頁以下（以上 2005 年）を参照。
- (98) ゲーブハルト第一草案 37 条理由書参照（*Niemeyer*, *Zur Vorgeschichte des internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch* (1915), S. 260）。理由書は、外国判決の既判力の承認を、訴訟手続が実体的法律関係にどのような影響を及ぼすかという *Kohler* と同一の点に着目している。この理由書については、釜谷・西南学院法学 37 卷 4 号 76 頁以下に紹介がある（ただし、同論文は外国判決の承認を、外国法が実体法律関係に影響を及ぼす存在という点で国際私法と同じであると理解する。しかしこの説明には、前提となるはずの既判力の法的性質理解（実体的既判力説）に関する視点が欠落している。承認レベルで抵触法が問題となりうるのも、この問題が国際私法の問題であるというより、既判力を実体法的に理解する結果に過ぎない。注（93）参照。）。
- (99) 周知のように現在のドイツの通説の理解は、既判力が訴訟上の効果であることを前提として、ZPO328 条によりそれを承認するというものである。この点につき、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, 18. Aufl. (2018), § 157 Rn. 6 参照。
- (100) 同様に評価するものとして、*Wiedemann*, *Vollstreckbarkeit* (2017), S. 47.
- (101) *Köllensperger*, *Die neue Brüssel Ia-VO: Änderungen bei der Anerkennung und Vollstreckung*, König/Mayer (Hrsg.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich IV* (2015), S. 37, 40; *Wiedemann*,

- Vollstreckbarkeit (2017), S. 46. ここでいうような「残効」なのだとすれば、外国判決の自動承認による判決効の内国への拡張も、必ずしも内国法による調整を許さない、絶対的な原則とまではいえないということになる。
- (102) *Wiedemann*, Vollstreckbarkeit (2017), S. 47.
- (103) *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. (2018), Rn. 14.4.
- (104) *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. (2019), § 27 Rn. 10.
- (105) 以下で述べる兼子博士、竹下博士の執行力理解の異同については、河崎祐子「執行力概念の再検討」信州大学経法論集 1 号 (2017 年) 147 頁以下が詳しい。
- (106) 兼子一『増補 強制執行法』(酒井書店・1951 年) 96 頁。
- (107) その結果、兼子説によると、請求異議認容判決が下されれば、当然に債務名義は効力を失う。そしてこのことは、「(債務名義に)表示された判断と相容れない新たな判断が成立したことが、執行機関に及ぼす反射的な効果に過ぎない」(カッコ書きおよび傍点は筆者)という(兼子『増補 強制執行法』(1951 年) 96 頁)。
- (108) 竹下守夫「執行力の本体」法教 23 号 (1982 年) 120 頁。
- (109) 二 2 (2)(b)①を参照。
- (110) 中野 = 下村『民事執行法〔改訂版〕』(2021 年) 163 頁。同書は、執行力の根拠を当該債務名義に基づいて強制執行をすることを認めた法律に求め、この理解を「通説といえよう」という。
- (111) むしろ竹下博士にあつては、このような債務名義理解は、執行力を物質化するものとして批判的でさえある(竹下・法教 23 号(1982 年)120 頁)。
- (112) 仮にこのようにいえるのであれば、外国判決の執行力の「承認」の可否を検討するのであれば、まず考察すべきは執行力の(国際法的な視点から見た)「属地的性質」ではなく、判決の執行力に「執行権限の授権としての性質」が含まれるか否かではなからうか。
- (113) *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. (2018), Rn. 14.1.
- (114) *Schack*, IZVR, 8. Aufl. (2021), Rn. 1059a.
- (115) この点に関しては、法務省大臣官房司法法制部『欧州連合 (EU) 民事手続法』(法曹会・2015 年) 1 頁以下〔春日偉知郎〕参照。



<研究ノート>

# 教育学部における公害判決学習

——将来の法教育への架け橋として——

佐 藤 雄 一 郎

キーワード：教員養成，公害判決，法教育，民法，不法行為

## はじめに

司法制度改革審議会の意見書が出されてから23年がたち、また、同報告書において示された法教育の充実に関して、法教育研究会の報告書が出されてから20年が経つ。この法教育に関しては、法学部の教員やゼミ生が中学校や高等学校に出向いて出前授業を行うなどの活動<sup>(1)</sup>や、大学教員以外に弁護士や学校教員などを中心とした法と教育学会の設立といった動きはあるが、初等中等教育における正規のカリキュラムの中での法教育の取り組みはいまだ一般的なものとはなっていない。さらに、法教育は弁護士や司法書士などの有資格者による取り組みが多く、教員が責任をもって行うことは少ない<sup>(2)</sup>。この状況を改善するためには、教員が法学的素養を持ち、自信をもって法教育を行えるようにすることが必要である。

筆者は教育学部において法学系科目を担当している。上記のような問題意識から、社会科で扱われる公害に関して、法理論的にも興味深い諸判決を学生さんに理解してもらうことにより、彼らが将来、公害の判決、あるいはほかの分野の判決を用いた法教育を行えるようになるのではないかとの思いから、民法の科目の中で公害判決を扱った。本稿では、背景状況とともにその中身を紹介したい。

## 1. 司法制度改革および法教育のこれまで

### (1) 司法制度改革審議会意見書

それまでの行政による事前規制の社会から、透明な事後紛争解決の社会への変革を目指し、司法制度改革審議会が作られ、2001年6月12日に意見書が出された<sup>(3)</sup>。この中では、国民的基盤の確立のための条件整備として、分かりやすい司法の実現のほかに、司法教育の充実という項目を挙げた上で、以下のようにいう：「学校教育等における司法に関する学習機会を充実させることが望まれる。このため、教育関係者や法曹関係者が積極的役割を果たすことが求められる。」「そのためには、学校教育を始めとする様々な場面において、司法の仕組みや働きに関する国民の学習機会の充実を図ることが望まれる。そこでは、教育関係者のみならず、法曹関係者も積極的な役割を果たすことが求められる。」。

### (2) 法教育研究会報告書

上記意見書を受け、事後規制、つまり裁判による紛争解決を行う社会においては一般市民が法について知っておく必要があることや、裁判員制度が導入されることを受け、法務省内に法教育研究会が設置され、2004年11月4日に報告書が出された<sup>(4)</sup>。法教育とは、アメリカ合衆国の「法教育法 (Law-Related Education Act of 1978, P. L. 95-561) にいう Law-Related Education に由来する用語であって、法律専門家ではない一般の人々が、法や司法制度、これらの基礎になっている価値を理解し、法的なものの考え方を身に付けるための教育を特に意味するものである。これは、法曹養成のための法学教育などとは異なり、法律専門家ではない一般の人々が対象であること、法律の条文や制度を覚える知識型の教育ではなく、法やルール背景にある価値観や司法制度の機能、意義を考える思考型の教育であること、社会に参加することの重要性を意識付ける社会参加型の教育であることに大きな特色がある。」とされ、先に述べた司法制度改革を受け、今後は、国民が法や司法を利用するだけでなく、司法を支えるため

に能動的に参加することが求められるため、法および司法に関する学習機会を充実させることが必要とされるとする。さらに、学習指導要領上との関係については、「知識を覚えることにとどまらず、実生活で生きて働く力として思考力、判断力、表現力などを高めることを重視する法教育の基本的な考え方は、これまで積み重ねられてきている教育改革の観点からも求められているものといつてよい。平成14年4月から実施された新学習指導要領では、「生きる力」の育成を基本的なねらいとされており「生きる力」の一つとして、自ら学び自ら考える力を育成することが挙げられている。このような教育の流れは、「急速かつ激しい変化が進行する社会を一人一人の人間が主体的・創造的に生き抜いていくために、教育に求められているのは、子どもたちに、基礎的・基本的な内容を確実に身に付けさせ、自ら学び、自ら考え、主体的に判断し、行動し、よりよく問題を解決する資質や能力（中略）などの〔生きる力〕をはぐくむことである。」とする、中央教育審議会答申（平成15年10月）にも現れている。」とする。そのうえで同報告書は、諸外国における法教育の現状を紹介し、これまでのわが国における法教育の実践と課題を紹介したうえで、教材として、①ルールづくり、②私法と消費者保護、③憲法の意義、④司法、を挙げている。

## 2. 学習指導要領における公害の扱い

学習指導要領<sup>(5)</sup>は公害について以下のように記載している。

### (1) 小学校第5学年

小学校学習指導要領・社会編（平成29年告示）は、第5学年の目標の1つ目として「(1) 我が国の国土の地理的環境の特色や産業の現状、社会の情報化と産業の関わりについて、国民生活との関連を踏まえて理解する」とし、これを受けた解説において「国土で発生する自然災害は国土の自然条件と関連が深いことや、森林資源が国土の環境保全などに重要な役割を果たしていること、公害から国民生活を守ることの大切さなどについて理

解できるようにすること」とし、さらに、目標の2つ目として「(2) 社会的事象の特色や相互の関連、意味を多角的に考える力、社会に見られる課題を把握して、その解決に向けて社会への関わり方を選択・判断する力、考えたことや選択・判断したことを説明したり、それらを基に議論したりする力を養う」とし、これを受けた解説の中で「産業に関わる人々の働きや公害防止の取組の働き」を多角的に考えるとしており、基本的には、「産業に携わる人」(つまり企業)が公害を防止していることを前提とした解説となっている。よって、内容の取扱い(5)においても、「関係機関や地域の人々の様々な努力により公害の防止や生活環境の改善が図られてきたことを理解するとともに、公害から国土の環境や国民の健康な生活を守ることの大切さを理解すること」という記述にとどまっている。一方で、「我が国の国土の自然環境と国民生活との関連について、学習の問題を追究・解決する活動を通して、次の事項を身に付けることができるよう指導する」の中においては、「公害の発生時期や経過、人々の協力や努力などに着目して、地図帳や各種の資料で調べ、まとめ、公害防止の取組を捉え、その働きを考え、表現することを通して、関係機関や地域の人々の様々な努力により公害の防止や生活環境の改善が図られてきたことを理解するとともに、公害から国土の環境や国民の健康な生活を守ることの大切さを理解できるようにする」とあり、おそらくは被害者も含めた人々の取り組みを理解することを求めている。自然環境の項においても「関係機関や地域の人々の様々な努力により公害の防止や生活環境の改善が図られてきたことを理解するとともに、公害から国土の環境や国民の健康な生活を守ることの大切さを理解すること」とされてもおり、これを受けた解説においては「公害防止の取組について、例えば、どのような公害がいつごろ発生したか、それはどのように広がり、その後どのように改善したか、人々はどのように協力してきたかなどの問いを設けて調べたり、公害防止の取組と国土の環境や国民の健康な生活を関連付けて考えたりして、調べたことや考えたことを表現する」とされている。

## (2) 中学校社会科公民的分野

中学校学習指導要領・社会編（平成 29 年告示）は、公民的分野において、「公害の防止など環境の保全」を「国民の生活と政府の役割」の項において扱っている。解説によれば「地理的分野及び歴史的分野の学習との関連を考慮しながら、個人の生活や産業の発展などに伴う公害など環境汚染や自然破壊の問題について理解できるようにする」とし、さらに「現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与するとともに人類の福祉に貢献するという視点に立って、環境を保全し、積極的に人間環境の改善を図るようにすることの重要性について理解できるようにすること、さらに、これらの問題の解決を図るためには、環境保全対策が国や地方公共団体の重要な課題であり、これまで様々な取組がなされてきたこと、我々の生活の在り方を見直し個人や企業が責任ある行動をとるようにする必要があることを理解できるようにすること」とする。やや主語がぶれている感がある（言い換えれば、生徒がそのように積極的な改善活動を行えるようになってほしいということか、国や地方公共団体の重要な課題であることを理解さえすればよいのか）が、小学校とは違い、国がやってくれるという視点だけではないことには注目したい。

さらに、「民主政治と政治参加」として「国民の権利を守り、社会の秩序を維持するために、法に基づく公正な裁判の保障があることについて理解すること」という項もあり、この解説においては「法に基づく公正な裁判によって国民の権利が守られ、社会の秩序が維持されていること、そのため、司法権の独立と法による裁判が憲法で保障されていることについて理解できるようにすること」と<sup>(6)</sup>されている。

## 3. 東京学芸大学における公害判決学習

### (1) カリキュラム上の位置づけ

本学は教育学部のみを有する単科大学であり、基本的には教員養成を主軸としている。そのため、法学に関する科目は必修単位数、開講数ともに

少なく、教育職員免許法上の必修科目である日本国憲法(2単位)、「法律学(国際法を含む)」として法学概論および政治学概論(各1単位ずつ)が社会コースの学生に必修となっているほかは、民法、刑法、政治学がそれぞれ自由選択として2単位科目2つずつの開講となっている。民法は、春学期開講のもので総則・物権・債権総論を扱い、秋学期開講のもので不法行為・事務管理・不当利得などと家族法を扱っている。本判決学習は秋学期の2回目から4回目にかけて行った。

## (2) 受講者

受講者数は15名であり(このほか1名が登録しないで自主的に出席している)、社会専攻・専修・コースが4名、環境教育選修が5名、国際教育選修が2名、英語専攻が2名、家庭選修が2名となっている(ちなみに、登録しないで出席している学生は養護教育専攻である<sup>(8)</sup>)。

## (3) 講義の内容

不法行為による損害賠償請求権の発生要件(その際には、次に見るような伝統的な民法の説明とは異なり、いわゆる要件事実に基づいた説明を行った<sup>(9)</sup>)、および特殊の不法行為として(主に)責任無能力者の監督義務者責任や使用者責任はすでに学習済みであり、本講義においては、前回までの復習および共同不法行為についての説明から始めた。伝統的な解釈の説明を行った後、それでは被害者が救済されない場合があるとの問題提起を行い(スライド1, 2)、719条に関する下級審判決を紹介するという流れを取った。以下では、資料のスライドに沿ってその内容を一部詳述する。

### ① 過失(スライド3~5)

過失については、大阪アルカリ事件大審院判決を用いて、同種同規模の他企業が行っていることが結果回避義務として課されていることを前提に、同種同規模の企業がない水俣病の場合に過失判断がどうなるかを説明した。「全国有数の技術と設備を有する合成化学工場であつた」ことから、やや抽象的な予見可能性を前提として、水俣湾の地形や潮流を含めた監視

という高度の注意義務を課すことによって過失を認定したことを説明した。

## ②因果関係（スライド6～8）

因果関係については、まず一般論として原告（被害者）が工場内部のことについての因果関係の証明をすることが困難であることに触れ、さらに新潟水俣病判決を資料に、本件では被告が直接反証として農薬説を主張していたことも説明したうえで、いわゆる「門前理論」を説明した。

## ③共同不法行為（スライド9～11）

この点は、最高裁判所および伝統的な学説と、下級審および近時の学説とが異なり、後者についての理論構成がはっきりしているとはいえない点であり、2単位で不法行為以外に保証や債務の弁済などと家族法とを扱わなければいけない本講義では深入りはできなかったが、スライドの通り、前者の説明とその問題点（わざわざ719条を設ける意味が乏しいこと）、および、後者に関しては四日市ぜんそく訴訟の第1審および西淀川第1次訴訟第1審判決とを簡単に説明した。<sup>(10)</sup>

## (4) 学生の反応

説明後、受講生に、これら公害判決をどのように小・中・高校での法教育に使えるか、自由に記載してもらった。<sup>(11)</sup>大きく分けて、①判決から、当時の人々の苦しみや利害関係の対立構造を把握することができる、人権侵害という観点からの取り組みが可能、②患者・支援者の心情や生活だけでなく、法の観点から社会構造を理解することも重要、③（地元だったということもあるが）現場に行ってみて、公害が他人事ではないことを学んでもらうことが可能なのではないか、さらに、④保健（体育）や理科との協働も可能、元素記号（化学）や環境問題（生物）との連携も可能、などの意見が出たほか、具体的な題材として⑤四大公害・公害対策基本法・公害国会・環境基本法・行動経済成長の光と影・新幹線公害（東北新幹線大宮上野間の開業遅れ）・野焼きやグラウンドからの砂ほこりなどや、ハンセン病・オーパーツリズム・SNSによる精神的な問題などとの比較をし

てはどうか、というものが出された。また、大きな問題として、⑥あまり時間数はかけられず、そうなると、個別具体的な事例を複数紹介するだけに終わってしまい、一般化や掘り下げができないのではないかという意見もあった。

#### (5) 自己評価

まず、法教育についての説明が唐突でとってつけた感じとなったため、受講生が法教育についてのイメージが湧きにくかったようであった。この点は、受講生の多くが2年生であり、教育実習はもちろんのこと、社会科学教育についての本格的な勉強が済んでいないことも関係しそうである。すでに大学を卒業している（教育実習を経て、教員免許を取得している）教職大学院では院生の理解はより深いように見受けられ、法教育に関連した判決学習を、どの学年のどの科目で行うかの検討が必要と考えた。

次に、公害判決については受講生に判決を読んでもらうことをせず、教員が解説したことで、判決の理解がやや表面的になったかもしれないと考えた。今回取り上げた判決はどれも分量が多く、また、特に719条の解釈は固まっているとは言えないものであり、ゼロから読んでもらうことは難しかったかと思う一方、引き続き回では責任無能力者の監督義務者の責任（最判平成28・3・1）や、責任能力のある未成年者の親の不法行為責任（最判昭和49・3・22および最判昭和62・1・22）のそれぞれ地裁・高裁・最高裁判決を読んでもらい、十分に読めていると確認できたので、来年度以降の取り扱いを再検討したい。

## 4. まとめ

本稿では、教員養成系大学における法学教育の一例としての公害判決学習を紹介した。学生が将来法教育を自信をもって行うには、本時のみの取り組みでは不十分であり、民法の講義全体での意識づけや（といっても前述の通り2単位科目2つであるが）、法学や社会科学教育学のほかの教員の

担当科目との連携も必要であろう。また、本学が教員養成フラッグシップ大学に指定されたため、教員免許取得に必要な単位数が以前よりも減り、学生が深い学びを行うことが難しい状況にある（もっとも、多くの学生は必要単位数を超える履修をする傾向にある）。卒後教育としての教職大学<sup>(12)</sup>院での取り組みも含め、検討していく必要がある。

## 注

- (1) その例として、当時東京大学教授であった大村敦志氏および法科大学院生たち（大村敦志『法教育への招待』商事法務、2015年）、立教大学法学部生たち（山口敬介「法学部生による法教育実践の一例」法と教育8号29ページ以下、2017年）、大学院生や学部学生による日本学生法教育連合会 <http://usle.jp/> などの取り組みがある。
- (2) その少ない例として、矢吹香月「法教育実践における専門家と教師の連携の在り方」法と教育2号57ページ以下、2012年。
- (3) 〈[https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido\\_content/sihouseido/report/ikensyo/index.html#mokuji](https://lawcenter.ls.kagoshima-u.ac.jp/shihouseido_content/sihouseido/report/ikensyo/index.html#mokuji)〉。
- (4) 〈<https://www.moj.go.jp/content/000004217.pdf>〉。
- (5) ここで学習指導要領を取り上げることは、筆者が、学習指導要領、特に解説部分に法規範性を認めていることを意味するわけではない。ちなみに学習指導要領自体、「第2章以下に示す各教科、道徳科、外国語活動及び特別活動の内容に掲げる事項の順序は、特に示す場合を除き、指導の順序を示すものではないので、学校においては、その取扱いについて適切な工夫を加えるものとする。」とし、順番を入れ替えることを肯定しているほか、「学校において特に必要がある場合には、第2章以下に示していない内容を加えて指導することができる内容を加えることができる」「学校において特に必要がある場合には、この事項にかかわらず加えて指導することができる」ともしている。
- (6) ただし、社会秩序の維持が挙げられていることから、刑事裁判を念頭におかれているようにも思われる。実際に、それに引き続く解説は「その際、抽象的な理解にならないように裁判官、検察官、弁護士などの具体的な働きを通して理解できるようにするなどの工夫が大切である。また、「裁判員制度についても触れ」（内容の取扱い）ながら国民の司法参加の意義について考察できるようにし、国民が刑事裁判に参加することによって、裁判の内容に国民の視点、感覚が反映されることになり、司

法に対する国民の理解が深まり、その信頼が高まることを期待して裁判員制度が導入されたことについて理解できるようにすることが大切である。」である。

- (7) 本学には憲法を専門とする教員はおらず、一般教養科目(全学必修)としての日本国憲法は民法・医事法および刑法をそれぞれ専門とする常勤教員と非常勤教員とで担当し、また、専門科目としては憲法は開講できていない。
- (8) 社会コースの学生が少ないのは、同一時間帯に刑法および政治学が重なってしまっているためである。ちなみに、専攻、選修、コースという名称は、学年によって異なるが実質的には同じ意味である。
- (9) 具体的には、以下の項目に基づいて説明を行った。

原告と被告はそれぞれ何を主張・立証するのか  
 原告：下記のすべて

- ① 原告が権利または法律上保護されるべき利益を有すること
- ② 被告が①の権利または利益を侵害したこと
- ③ ②について被告に故意があること、または過失があることを基礎づける評価根拠事実
- ④ 原告に損害が発生したことおよびその額
- ⑤ ②の加害行為と④の損害との間に相当因果関係が存在すること

被告：下記のどれか

- ① 違法性阻却事由に該当する事実
- ② 責任阻却事由に該当する事実
- ③ 過失の評価障害事実
- ④ 消滅時効期間が経過し、被告が消滅時効を援用する(した)こと
- ⑤ 損害の全部または一部を賠償したこと

- (10) なお、講義後に2名の学生から別々に、西淀川判決に関して、減責が認められる理由がわからないという、ある意味当然でしかし重要な質問を受けた。わたくしは、いわゆる潮見黄色本(潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法第4版』(新世社, 2021年)189～192ページ)も用いながら、下級審判決であることもあり、一般化することは難しいのではないかと回答した。
- (11) この回答は無記名とし、また、本論文で使うことと、載せられたくな

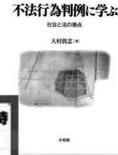
い場合にはその旨を記載するようあらかじめ説明することで任意性の確保を図った。

- (12) 本学の教職大学院の社会科教育サブプログラムの1学年20名程度の中では、すでに教職についている現職教員も1学年につき2から3名いるが、多くは学部卒業後すぐに大学院に入る、いわゆるストレートマスターである。

## 不法行為 (民法709～724条)

- \* 民法：明治29年4月27日法89号
- \* 大防法 (S43)、水濁法 (S45) に無過失賠償規定追加 (s47)

- 伝統的な解釈だと被害者は損害賠償も  
らえなそう
- 裁判所はどのように対応してきたか



筑波大学附属駒場中学校 法学ゼミ民法授業  
<http://www.houkyouiku.jp/14022701>

1

## 不法行為による損害賠償請求権が発生するため に必要なこと

民法709条「故意又は過失によって、他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」

- 実体法：要件→効果
  - 手続法：要件は満たされているかの事実認定
- ①故意・過失、②権利・利益侵害、③損害、④①と②、②と③の  
つながり (因果関係)
- それぞれについて裁判所が納得すること

2

### ①過失 大阪アルカリ大審院(T5)

其目的タル事業ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ豫妨スルカタメ右事業ノ性質ニ從ヒ相當ナル設備ヲ施シタル以上ハ偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモノ之ヲ以テ不法行爲者トシテ其損害賠償ノ責ニ任セシムルコトヲ得サルモノトス何トナレハ斯ル場合ニ在リテハ右工業ニ従事スル者ニ民法第七百九條ニ所謂故意又ハ過失アリト謂フコトヲ得ザレハナリ

上告會社ニ於テ硫煙ノ遁逃ヲ防止スルニ相當ナル設備ヲ爲シタルヤ否ヤヲ審究セスシテ漫然上告會社ヲ不法行爲者ト斷ジタルハ右不法行爲ニ關スル法則ニ違背シタルモノ

\* 一般には同種同規模企業の被害発生設備。水俣病では？

3

### 水俣病第一次熊本地裁 (S48)

被告工場はもとより合成化学工場であり、戦後逸早くアセトアルデヒドの生産を再開し、年々製造設備も改善増強されてその生産量が増大し・・・が認められ、右事実からすると、被告工場では、この間における各種の製造設備の開発・改善増強に伴って廃棄物および廃水も増加し、その中に製造過程において生成された危険物質が混入する可能性も年々増大していったというべきである。

かようにみえてくると、被告工場が全国有数の合成化学工場として要請される高度の注意義務の内容としては、絶えず文献の調査・研究を行なうべきはもとよりのこと、常時工場廃水の水质に分析・調査を加えてその安全確認につとめるとともに、廃水の放流先である水俣湾の地形・潮流その他の環境条件およびその変動についての監視を怠らず、その廃水を工場外に放流するについてその安全管理に万全を期すべきであつたといわなければならない。

4

然るに、被告工場が早くから水銀の触媒作用に関する文献の調査・研究を行なっていたことを肯定すべき証拠はなく・・・昭和三四年八月以後漸く文献調査を行なうに至ったことがうかがわれるばかりでなく、また同工場が廃水の水質に分析・調査を加えてその安全確認につとめ、あるいは又廃水の放流先の環境条件およびその変動に注目してその監視を怠らなかつたことを認めるに足りる証拠はない。

以上より、被告工場は全国有数の技術と設備を有する合成化学工場であつたにもかかわらず、多量のアセトアルデヒド廃水を工場外に放流するに先立つて要請される注意義務を何ら果たさず、たゞ漫然とこれを放流してきたものと認めざるを得ないから、既にこの点において過失の責任を免れないものというべきである。

佐藤コメント

特定の物質（本件ではメチル水銀）発生の予見を必要とするという被告の主張は認めなかった

やや抽象的な予見可能性＋結果回避義務違反で足りる＋「全国有数の」→注意義務の高度化（cf. 医療過誤における注意義務、S36輸血梅毒事件最判）

## ②因果関係： 新潟水俣病新潟地裁（S46）

- 原因は被告会社工場からの廃液か、あるいは地震による津波で河口にある倉庫から流れ出た農薬か→潜伏期間を考えると地震以前から水銀暴露があったと考えざるを得ない
- 通常の因果関係論では＜1＞被害疾患の特性とその原因（病因）物質、＜2＞原因物質が被害者に到達する経路（汚染経路）、＜3＞加害企業における原因物質の排出（生成・排出に至るまでのメカニズム）、が争点となるが・・・

<1>については、被害者側において、臨床、病理、疫学等の医学関係の専門家の協力を得ることにより、これを医学的に解明することは可能であるとしても、前記一に認定したような熊本の水俣病の例が端的に示しているように、そのためには、相当数の患者が発生し、かつ、多くの犠牲者とこれが剖検例が得られなければ、明らかにすることが多く、<2>については、企業からの排出物質が色とか臭いなどにより外観上確認できるものならばいざ知らず、化学物質は全く外観上確認できないものが多いため、当該企業関係者以外の者が排出物の種類、性質、量などを正確に知ることは至難であるばかりでなく、これが被害者に到達するまでには、自然現象その他の複雑な要因も関係してくるから、その汚染経路を被害者や第三者は、通常の場合、知り得ないといえよう（こうした目に見えない汚染に不特定多数の人が曝され、しらずしらずのうちに健康を蝕まれ、被害を受ける、というのが、むしろこの種公害の特質ともいえよう。）。そして、<3>にいたっては、加害企業の「企業秘密」の故をもって全く対外的に公開されないのが通常であり、国などの行政機関においてすら企業側の全面的な協力が得られない限り、立入り調査をして試料採取することなどはできず、いわんや権力の一かけらももたない一般住民である被害者が、右立入り等をするることによりこれを科学的に解明することは、不可能に近いともいえよう。加えて、この種公害の被害者は、一般的にいつて加害者と交替できる立場にはなく、加害企業が「企業秘密」を解かぬ以上、その内容を永遠に解き得ない立場にある。一方、これに反し、加害企業は、多くの場合、極言すると、生成、排出のメカニズムにつき排他的独占的な知識を有しており、<3>については、企業内の技術者をもって容易に立証し、その真実を明らかにすることができる立場にある。

7

## いわゆる「門前理論」

以上からすると、本件のような化学公害事件においては、被害者に対し自然科学的な解明までを求めることは、不法行為制度の根幹をなしている衡平の見地からして相当ではなく、前記<1>、<2>については、その情況証拠の積み重ねにより、関係科学との関連においても矛盾なく説明ができれば、法的因果関係の面ではその証明があつたものと解すべきであり、右程度の<1>、<2>の立証がなされて、汚染源の追求がいわば企業の門前にまで到達した場合、<3>については、むしろ企業側において、自己の工場が汚染源になり得ない所以を証明しない限り、その存在を事実上推認され、その結果すべての法的因果関係が立証されたものと解すべきである。

8

### ③共同不法行為（民法719条1項）

- 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。（前段）
- 共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。（後段）

#### 1項前段の意味（最高裁および伝統的な学説）

- 要件
  - （1）各人の行為が独立に不法行為となること
  - （2）行為が客観的に関連していること
- 効果
  - それぞれの共同不法行為者は、損害の全部について責任を負う。一部だけ、というわけにはいかない
  - 例）交通事故の被害者が病院に運ばれ、医療過誤によって患者は死亡してしまった

## 救済されない？場合

- Y1～Y10までの工場が1箇所で操業し、それぞれ煤煙を出していたため、住民がぜんそくになってしまった
  - しかし、Y1～Y10のどの煙のせいでぜんそくになったかの証明はできない
- 「各人の行為が独立して不法行為になる」といえるか？
- \* なんとか被害者住民を救済できないか？

11

## 四日市ぜんそく事件津地裁四日市支部 (S47)

どちらも719条前段：

- 「強い関連共同性」が認められる場合
  - 共同行為（数社の煙）と損害との間の因果関係が証明されれば、それぞれの工場の行為と損害との間の因果関係が擬制される（反証不可）
- 「弱い関連共同性」が認められる場合
  - 推定される（反証可）。免責はありうるが、減責はありえない

12

## 西淀川公害第1次大阪地裁 (H3)

- 「強い関連共同性」：719条前段  
→共同行為者各人が損害全部について賠償責任を負い、減責・免責は許されない
- 「弱い関連共同性」：719条後段  
→共同行為者各人は損害全部について賠償責任を負うが、因果関係は推定されるのみであるから免責の主張できるし、また、寄与度が小さいことを理由に減責の主張もできる

13

## 逆パターン？水害

国賠2条「瑕疵」→もともと、道路の陥没などで広く責任認めてきた

大東水害訴訟（谷田川・未改修）

（地裁）高裁：もともと危険な場合は瑕疵とは言わないが、危険の除去・改修遅れは瑕疵、財政的理由広くは認めず→最高裁：過渡的安全性

\* 多摩川水害訴訟（改修済み）；地裁認容、高裁棄却、最高裁破棄差戻



14

## 馬場巖教授 略歴

### 学 歴

- 1973年3月 洛南高等学校卒業  
1977年4月 大東文化大学法学部法学科入学  
1981年3月 大東文化大学法学部法学科卒業  
1981年4月 大東文化大学大学院法学研究科法律学専攻修士課程入学  
1984年3月 大東文化大学大学院法学研究科法律学専攻修士課程修了

### 職 歴

- 1982年10月 東京法経学院兼任講師（1992年3月まで）  
1986年12月 滋賀文教短期大学国文学科・初等教育学科兼任講師（集中講義）  
1987年4月 滋賀文教短期大学国文学科・初等教育学科兼任講師（2018年3月まで）  
1987年10月 専門学校東京スクール・オブ・ビジネス兼任講師（1992年3月まで）  
1991年4月 星美学園短期大学家政学科・幼児教育学科兼任講師（1993年3月まで）  
1991年4月 立正大学法学部兼任講師（1993年3月まで）  
1996年4月 北陸大学法学部法学科助教授（2004年3月まで）  
1997年4月 北陸大学薬学部兼任講師（2004年3月まで）  
1998年4月 大東文化大学法学部法学科兼任講師（2025年3月まで）  
1999年4月 大東文化大学経済学部経営学科兼任講師（2002年3月まで）  
2000年4月 金沢大学法学部兼任講師（2001年3月まで）  
2003年4月 中部大学人文学部・国際関係学部・経営情報学部・工学部兼任講師（2010年3月まで）

194 (桃山法学 第42号 '25)

- 2004年4月 北陸大学教育能力開発センター助教授(2005年3月まで)
- 2005年4月 埼玉工業大学人間社会学部情報社会学科助教授(2007年3月まで)
- 2006年4月 埼玉工業大学大学院人間社会研究科助教授(2007年3月まで)
- 2007年4月 桃山学院大学法学部法律学科教授
- 2009年4月 桃山学院大学学生生活委員会次長(2009年6月まで)
- 2009年4月 桃山学院大学映画研究会部長(2023年12月まで)
- 2009年4月 桃山学院大学日本拳法部部长(2024年3月まで)
- 2009年4月 桃山学院大学大学評議員(2013年3月まで)
- 2009年6月 桃山学院大学学生生活委員会委員長(2013年3月まで)
- 2014年4月 桃山学院大学入試委員会次長(2017年3月まで)
- 2021年4年 桃山学院大学キャリアセンター次長(2022年3月)
- 2025年3月 桃山学院大学を定年退職

所属学会(在職中以下の学会に所属したことがあります)

著作権法学会, 日本マンガ学会, 日本法政学会, 日本工業所有権法学会

学会および社会における活動

1989年4月 著作権法学会幹事(現在に至る)

## 馬場巖教授 主要研究業績目録

### 著書（分担執筆）

- 『著作権判例百選』 齊藤博・半田正夫編，別冊ジュリスト No.91，有斐閣，1987年2月，「氏名の不表示——「医学論文集」事件」 pp.112-113（尾中普子・馬場巖共著）
- 『生活のなかのルール』 尾中普子ほか著，辛夷社，1987年4月，第4章 法の解釈 pp.45-53
- 『法学概論』 清水幸雄・船山泰範ほか著（共著），一橋出版，1987年8月 基本民法シリーズ4『債権各論』小野幸二編著，八千代出版，1990年10月，第15章 事務管理 pp.297-314
- 『民法演習 総則・物権・担保物権』 半田正夫編，三嶺書房，1991年2月，担保物権演習 pp.197-259
- 『論文試験4 債権法』 清水幸雄編，学陽書房，1991年6月，46. 危険負担 pp.151-153 / 47. 第三者のためにする契約 pp.154-156 / 48. 契約解除の効果と第三者の保護 pp.157-159 / 66. 請負 pp.210-212 / 67. 委任 pp.213-215 / 68. 更改 pp.216-218
- 『やさしい遺言のはなし』 小野幸二編，法学書院，1991年6月，2. 遺言書は実際どうつくるのか pp.36-59 / 3. どんな場合に遺言をすればよいか pp.127-132
- 『民法論点セミナー』 石川利夫・半田正夫編著，辛夷社，1991年9月，セミナー⑨権利濫用と受忍限度論 pp.267-273
- 『知的所有権法入門』 清水幸雄編著，中央経済社，1996年4月，第14講「意匠制度」 pp.143-153 / 第19講「不正競争防止法」 pp.200-209
- 『著作権法の解説』 千野直邦・尾中普子共著，一橋出版，1996年12月，第5章 著作権の制限 pp.56-80 / 第6章 著作権の変動・利用 pp.80-111

## 論文

- 「モニタージュ写真訴訟事件」『法に生きる』創刊号, 1983年1月, pp.19-26
- 「パブリシティの権利についての一考察」『法研論集』第1号, 大東文化大学大学院, 1984年3月, pp.1-21
- 「人格権侵害についての一考察 名誉・プライバシーに関して」『著作権研究』第12号, 著作権法学会, 1984年5月, pp.110-133
- 「問診についての一考察 主に予防接種に関して」『法研論集』第3号, 大東文化大学大学院, 1986年3月, pp.19-36
- 「氏名の不表示「医学論文集」事件(評釈対象:東京高判昭和55.9.10無体集12巻2号450頁)」『別冊ジュリスト 著作権判例百選』No.91, 有斐閣, 1987年2月, pp.112-113
- 「豊後の石風呂事件」『著作権研究』第15号, 著作権法学会, 1988年7月, pp.112-116
- 「応用美術の法的構成」『著作権研究』第17号, 著作権法学会, 1990年11月, pp.103-110
- 「翻訳文の著作権と著作者人格権の侵害が否定された事例(判例研究)」『駿河台法学』第5巻2号, 駿河台大学法学会, 1992年3月, pp.138-147
- 「複製権の侵害について」『北陸法學』法学部開設記念号, 北陸大学法学会, 1993年5月, pp.311-328
- 「政治倫理 民法的側面から」『法政論叢』30巻, 日本法政学会, 1994年5月, pp.82-90
- 「抵当権者による短期貸借の解除と明渡請求に関する一考察」『滋賀文教短期大学紀要』第7号, 滋賀文教短期大学, 1995年4月, pp.129-146
- 「濫用的短期貸借による抵当権侵害と明渡請求」『21世紀の民法:小野幸二教授還暦記念論集』法学書院, 1996年12月, pp.95-106
- 「判例紹介/「青い海のまち みさわ」未使用映画フィルムの著作権帰

- 属事件（最高裁判決 平成 8. 10. 14）」『コピーライト』第 434 号，著作権情報センター，pp.42-43
- 「キング・クリムゾンパブリシティ権侵害事件」『コピーライト』第 445 号，著作権情報センター，1998 年 4 月，pp.36-37
- 「著作者人格権・実演家人格権の侵害における謝罪広告について」『滋賀文教短期大学紀要』第 13 号，滋賀文教短期大学，2005 年 1 月，pp.7-24

### パネルディスカッション

- 「消費者力を養うために」『桃山法学』第 20・21 号，桃山学院大学法学会編，2013 年 3 月，pp.37-57，（コーディネーター：本間法之／パネリスト：片山登志子・馬場巖・田中志津子・永水裕子）
- 「インターネットと消費者」『桃山法学』第 32 号，桃山学院大学法学会編，2020 年 3 月，pp.35-54，（コーディネーター：本間法之／パネリスト：松本恒雄・馬場巖・田中志津子・永水裕子）

### 発表

- 「豊後の石風呂事件」『著作権研究』著作権法学会，1987 年 5 月，pp.112-116，学士会館
- 「佐賀錦袋帯梅丸紋散らし類似図柄製造販売事件」著作権法学会，1990 年 5 月，学士会館
- 「政治倫理 民法的側面から」日本法政学会，1993 年 11 月，pp.82-90，北陸大学
- 「企業における私的メール禁止規制とプライバシー・著作者人格権」日本法政学会，2004 年 11 月，大東文化大学

### 講演

- 「特許と著作権の登録」石川県発明協会，1996 年 10 月，石川県発明協会
- 「日本の物権法 特に用益物権に関して」内蒙古大学法律系，1997 年 8 月，

内蒙古大学

「日本の著作権制度と現代の問題点」南京大学法律系，2004年9月9日，  
南京大学

「いずみ市民大学」和泉市，2007年5月から2023年11月まで，和泉シティ  
プラザ

「知的所有権とは」テクノステージ和泉まちづくり協議会，2007年7月  
「ハラスメントの基礎知識」大阪鑄材懇話会，2019年8月，大阪キャッ  
スルホテル

「ハラスメントの基礎知識Ⅰ」学校法人 真言宗洛南学園，2022年8月，  
学校法人 真言宗洛南学園

「ハラスメントの基礎知識Ⅱ」学校法人 真言宗洛南学園，2023年4月，  
学校法人 真言宗洛南学園

「知的財産権とは—チキンラーメン・カップヌードルをとおして考えて  
みましょう—」知恩院おてつぎ講座，2023年10月，和順会館

「企業におけるハラスメント対策の必要性」大阪鑄材懇話会，2023年11  
月，大阪キャッスルホテル

「企業におけるハラスメント対策について」洛南高等学校同窓会やまぶ  
き会経済分科会，2025年2月，都ホテル京都八条

その他

知的財産法研究会編『知的財産権法質疑応答集』第5編 著作権法関係，  
第一法規

「謝罪広告」2004年11月，pp.7051-7076

「平成18年著作権法改正の概要」pp.7077-7081の2

「著作権の制限」2005年10月，pp.6335の31-6336

「商品パッケージのイラストの譲渡」2018年7月，pp.7119-101-107，  
7120

「平成30年著作権法改正の概要」2019年1月，pp.7087の29の101-

「パブリシティ権」2020年3月, pp.7089-7113

「著作権・出版権の相続（平成30年法律72号）」2020年2月,  
pp.6513の101

「桃山学院大学における学生マナーアップへの取組——学内バーでの飲  
酒マナー啓発」『大学と学生』86号, 日本学生支援機構編, 2010年10月,  
pp.39-44

「マナーを守る“人”を育てる——“St. Andrew’s Bar”実施事例報告」『大  
学時報』335号, 日本私立大学連盟, 2010年11月, pp.82-87



## 桃山学院大学法学会会則

(名 称)

第1条 本学会は、桃山学院大学法学会 (St. Andrew's University Law Studies Association) と称する。

(目 的)

第2条 本学会は、桃山学院大学における法学およびその関連領域の研究を行うとともに、国内外の学術交流を図ることを目的とする。

(事務所)

第3条 本学会の事務所は、桃山学院大学内に置く。

(事 業)

第4条 本学会は第2条に定める目的を達成するため、次の事業を行う。

1. 機関誌の編集
2. 研究会の開催
3. 講演会の開催
4. その他、本学会の目的達成に必要な事業

(会 員)

第5条 本学会は、桃山学院大学の専任教員または名誉教授で、本学会の目的に賛同する者をもって会員とする。

- 2 会員は年額 3,000 円を会費として納入する。
- 3 会員は機関誌並びに法学会の出版物の配布を受けることができる。

(機関誌)

第6条 本学会の機関誌の名称は、『桃山法学』(St. Andrew's University Law Review) とする。

- 2 機関誌の編集は、本学会の責任において行い、桃山学院大学総合研究所がこれを発行する。
- 3 機関誌への投稿規程は別に定める。

(役 員)

第7条 本学会に次の役員を置く。

1. 会長 1名
2. 理事 若干名
3. 監事 1名
- 2 役員は会員の互選により総会において選出する。
- 3 役員の任期は1年とする。ただし、再任を妨げない。
- 4 会長は本学会を代表し、会務を統括する。
- 5 理事は会長を補佐し、会務を運営する。
- 6 監事は本学会の会計を監査する。
- 7 会長に事故あるときは、会長の委任を受けた理事が職務を代行する。

(総 会)

第8条 本学会は毎年度1回、定期総会を開催する。ただし、会長は、必要があると認められるときに、臨時に総会を招集することができる。

- 2 総会の定足数は、会員の2分の1とする。
- 3 総会の議長は、会長がこれを務める。
- 4 総会は役員を選出、新会員の入会承認、予算案の承認、会計監査の承認、本会

則の改正, 投稿規程の改訂, その他本学会の運営に必要な事項を審議・決定する。

- 5 総会の決定は, 会則の改正を除き, 出席しかつ投票する会員の2分の1によって行われる。ただし, 可否同数の場合は, 議長がこれを決する。

(監査)

第9条 本学会の会計年度は, 4月1日に始まり翌年の3月31日に終了する。

(会則の改正)

第10条 本会則の改正は, 総会の出席会員の3分の2の同意を要する。

付則 この会則は, 2002年6月19日より施行する。

この会則は, 2011年9月20日より一部改訂施行する。

この会則は, 2011年10月17日より一部改訂施行する。

## 『桃山法学』投稿規程

1. 『桃山法学』(以下「機関誌」と略す。)は, 定期刊行物であり, 年2回発行する。
2. 編集委員会は, 桃山学院大学法学会(以下「本学会」と略す。)会長および編集担当理事2名によって構成する。編集委員長は会長とする。
3. 編集委員会は, 投稿された原稿を審査するため, 本学会の会員からレフリーを若干名指名することができる。
4. 本誌に投稿できる者は, 本学会の会員とする。ただし, 編集委員会は, 非会員の投稿を認めることができる。
5. 投稿は, 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」, 「資料」, 「翻訳」, 「書評」, 「その他」に類別する。ただし, 編集委員会は類別を変更することができる。
6. 投稿の分量は, 原則として「論文」が28,000字(欧文の場合は14,000語), それ以外の分類は14,000字(欧文の場合は7,000語)を基準とする。
7. 機関誌への投稿は, 法学およびその関連領域に関するもので, 未発表の原稿とする。
8. 投稿の掲載の可否は, 編集委員会およびレフリーの合議で決定する。
9. 投稿は原則として横書きとし, 完成原稿を提出しなければならない。
10. 英語その他の外国語による原稿は, タイプ打ちまたは活字体で提出しなければならない。
11. 投稿原稿には欧文タイトルを別記する。「論文」には400語以内の欧文抄録を添付することができる。
12. 「論文」, 「判例研究」, 「研究ノート」には, 和文または欧文によるキーワードを5語以内で記す。
13. 投稿者による校正は三校までとし, 定められた期日までに校正原稿を編集責任者へ返却しなければならない。
14. 本誌に掲載された論文等の著作権のうち「複製権」と「公衆送信権」の行使は, 桃山学院大学総合研究所に委託する。
15. 本誌に掲載された論文等については, 桃山学院大学学術機関リポジトリに公開することを原則とする。

付則 この規程は, 2002年6月19日より施行する。

この規程は, 2003年10月22日より一部改訂施行する。

この規程は, 2011年10月1日より一部改訂施行する。

## 執筆者紹介(掲載順)

永水裕子	法学部教授
江藤隆之	法学部教授
大川濟植	法学部教授
橋本一雄	法学部准教授
本間学	法学部教授
佐藤雄一郎	東京学芸大学教育学部教授

桃山学院大学法学会会員（所属・50音順）

法 学 部 会 長

理事（編集）

理事（編集）

監事

理事（庶務）

理事（研究）

理事（研究）

経済学部

本学名誉教授

江井大	藤口川	隆祐	之貴
河楠小	野本島	济恵敏	植子也
杉鈴田	西井木	敏敏和	也之貴
田塚永	井木中	みも	恵介文
橋早馬	中田水	俊康志	子貴也
本松矢	田塚永	祥鉄裕	子雄み
鈴瀬徐	水本川	一のぞ	巖学
瀧寺中	早馬本		廣二
朴本前	松村根	昌真博	信子
松村山	木谷龍	ゆり	達唱
	澤田田	仁友信	子正
	大		栄之
	間田田	法徹聰	生子
	山山川	高偉	康也

# CONTENTS

Dedication to Professor BAMBA Iwao ..... ETO Takahiro

## Articles

- Revisiting the Issues of Parental Rights in the Medical Decision Making of  
Children: What Will Happen After the Implementation of the Revised  
Civil Code which Introduces Joint Custody After Divorce?  
..... NAGAMIZU Yuko ..... 1
- Hay que discutir de las penas de seguridad ..... ETO Takahiro ..... 31
- A Comparative Study on the Right to Inspect Corporate Books and Records  
..... OKAWA Sumiue ..... 51
- Le principe de partage des “les valeurs de la République” dans l’éducation  
publique française et le débat sur l’instauration de l’uniforme scolaire  
..... HASHIMOTO Kazuo ..... 113
- Zur Entstehungsgeschichte des deutschen Vollstreckbarerklärungsverfahrens  
..... HONMA Manabu ..... 147

## Note

- Study of Legal Cases on Pollution in the Faculty of Education  
..... SATO Yuichiro ..... 175

**Brief Biography of Professor BAMBA Iwao** ..... 193

**Bibliography of the Writings of Professor BAMBA Iwao** ..... 195



# **St. Andrew's University Law Review**

**Issue No. 42**

(March 2025)

**Special Issue Dedicated to  
Professor BAMBA Iwao**

Edited by

St. Andrew's University Law Studies Association  
St. Andrew's (Momoyama Gakuin) University  
1-1 Manabino, Izumi, Osaka 594-1198, Japan