



Vol.1 (2006.8)

東京大学 法科大学院ローレビュー

特許訴訟のための技術的理解

城山康文

会社法施行に伴う実務界での事象—6月総会直後の
雑感を中心に—

武井一浩

会社法下の株主総会における説明義務

松井秀樹

マネジメント・バイアウト(MBO)に関するルール設計の
あり方

三笥 裕

訴訟告知により発生する参加的効力について

内海博俊

引用の適法要件

川原健司

労働協約の不利益変更と司法審査

高松顕彦

経営危機時における取締役の債権者に対する責任に
ついて

田中秀樹

シンジケート・ローンにおけるアレンジャー及びエージェ
ントの法的地位—参加機関に対する情報開示義務
について—

濱崎淳子

新株予約権付与課税の基本構造

前川陽一

逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動—比較法的
観点からの一考察—

村上祐亮

The University of Tokyo
Law Review

Vol.1 (2006.8)

— 目次 —

- | | | |
|---|----------|-------|
| 1 | 創刊の辞 | 高橋宏志 |
| 2 | 編集方針について | 編集委員会 |

教員論稿

- | | | |
|----|--------------------------------------|------|
| 4 | 特許訴訟のための技術の理解 | 城山康文 |
| 7 | 会社法施行に伴う実務界での事象－6月総会直後の
雑感を中心に－ | 武井一浩 |
| 24 | 会社法下の株主総会における説明義務 | 松井秀樹 |
| 35 | マネジメント・バイアウト (MBO) に関するルール設計
のあり方 | 三笥 裕 |

学生論稿

- | | | |
|-----|---------------------------------------------------------------|------|
| 41 | 訴訟告知により発生する参加的効力について | 内海博俊 |
| 56 | 引用の適法要件 | 川原健司 |
| 65 | 労働協約の不利益変更と司法審査 | 高松顕彦 |
| 86 | 経営危機時における取締役の債権者に対する責任に
ついて | 田中秀樹 |
| 101 | シンジケート・ローンにおけるアレンジャー及びエー
ジェントの法的地位－参加機関に対する情報開示義
務について－ | 濱崎淳子 |
| 115 | 新株予約権付与課税の基本構造 | 前川陽一 |
| 125 | 逮捕に伴う搜索・差押えと逮捕後の移動－比較法的観
点からの一考察－ | 村上祐亮 |



創刊の辞

専門職大学院である法科大学院が法曹としての基幹的能力を育成することを任務とすることはいうまでもないが、このことは法科大学院での法曹養成教育は、学生が既存の理論や実務に習熟できるようにすることに尽きるということの意味するものではない。むしろ、いまだ未解決であったり、これから新たに生ずるであろう社会的課題について、法曹として正面から取り組んで、解決を図っていくという創造的な能力の涵養こそが究極の法科大学院教育の目標でなければならないと東京大学法科大学院（正式名称は、東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻）では考えている。

このような創造的な法曹としての能力の涵養のためには、特定の法的な問題について理論や実務のサーチをし、それを踏まえて自分なりの解決策を模索して、その結果を論文等の文章に著していくという作業はきわめて有効であるということが出来る。このような観点から、本法科大学院では、創設された2004年度より米国のロースクールで刊行されているローレビューをモデルに、本法科大学院でも学生が主体的に編集を担当するローレビューを創刊しようという考え方のもとに準備作業を行ってきた。幸いにも、法科大学院第1期生の優秀な学生諸君が編集委員の仕事を引き受けてくれ、法科大学院創設2年度目に当たる2005年度夏期に編集委員会を発足させ、投稿を募集する作業に着手することができた。その後も、なにぶんにもはじめての試みであるだけに、試行錯誤の連続ではあったが、ここに「東京大学法科大学院ローレビュー」を創刊するものである。

米国流のローレビューを指向するとすれば、本ローレビューは、本法科大学院の学生が投稿する論文等のみでなく、インターカレッジで第一線の法学研究者が投稿する査読制の定期刊行物となる。そのようなことが実現すれば、わが国の法学研究のあり方について革命的な事態をもたらすことになろう。研究科長としての立場でものをいえば、現時点では、本ローレビューにより、そこまでの野心的なことを考えているわけではない。上記のように、法科大学院の教育という観点から学生に論文等の発表の場を提供することが主眼であり、定着が確実なものとなるまでは冊子体の刊行物とせず、電子ジャーナル方式の刊行物として刊行するものとしている。しかし、本ローレビューには法科大学院教員の寄稿も可能であり、現に本号では実務家教員の寄稿が掲載されている。研究者教員の寄稿も次号以降ありうるであろう。そのような状況が生じた場合に本ローレビューがどのような刊行物としての意義をもつかは、学生を主体とする編集委員会が決めていくことになろう。

いずれにせよ、ここに刊行される本ローレビューは東京大学法科大学院による法科大学院教育のためのユニークな試みである。これが多くの読者の目にとまり、有意義な試みとして評価されることを望んでいる。

2006年8月

東京大学大学院法学政治学研究科長

高橋 宏志

編集方針について

本誌は、東京大学法科大学院（法学政治学研究科法曹養成専攻）の学生による研究成果の公表を主たる目的とする。法科大学院の学生は、普段の学習の中で、研究論文・リサーチペーパー・演習のレポート・授業の課題などを通じて、一定の問題意識の下に研究活動を行うことができる。そうした研究活動の成果のうち優れたものを社会に発信することは法科大学院の果たすべき役割として誠に重要であり、学生の側にとっても研究成果公表の場が用意されていることが良い動機付けとなるようにとの考え方により本誌は創刊された。

同時に、本誌は、東京大学法科大学院の教員、とりわけ実務家教員による研究成果の公表をも大きな目的とするものである。法科大学院で教鞭をとる実務家教員は、その深い実務経験を活かして、従来の研究者とはまた違った独自の観点から、問題意識を社会に発信することが期待されている。本誌はそうした活動の場としても大きな役割を果たそうとするものであり、創刊号においては、4名の先生方の論稿を掲載させていただくこととなった。さらに、将来的には、内外の研究者教員の研究成果の公表をも視野に入れている。ただ、本誌が最終的にどのような刊行物として定着していくかは、今後に待つところが大きいと言えよう。

本誌の特徴は、何よりも、あらゆる点において学生主導で企画・運営されている点にある。そもそもの立ち上げ自体も、学生有志による自発的な提案に始まった。学生側が研究科に対して本誌立ち上げの意義・計画を説明し、その後も議論を重ねた上で、必要な業務を行う機関として編集委員会が設置されることとなり、準備作業が今日まで続けられた。

編集委員会は、学生委員と教員委員（初年度は専攻長・両副専攻長）とで構成されている。編集委員会では、学生委員が主体となって編集作業を遂行し、教員委員はこれに対して助言・監督をする。学生が遂行する編集作業は、投稿の募集、投稿規程の策定、応募原稿の掲載に関する予備審査、審査結果の通知、投稿論稿の校正、補正事項の検討、電子ジャーナルの紙面等の企画・作成、ウェブ・ページのデザイン、その他の編集作業全般にわたる。

編集作業の中でも、中心となるのは掲載の可否を決するための予備審査（レビュー）であるが、この審査についても学生委員が主導してこれを行う。ただし、クオリティ・コントロールの目的から、掲載の決定には、教員委員またはその委嘱を受けた関係分野の教員の同意を要するものとされている。審査基準は多岐にわたるが、対象となる論稿が学問的に見て一定の新規性・創造性を有するかどうか重点が置かれている。もっとも、本誌への投稿は法科大学院のカリキュラムに組み込まれたものではなく、通常のカリキュラムにおける学習を本分とする法科大学院学生にフルタイムの研究者と全く同水準のものを要求することもまた適切でない。したがって、実際の審査においても、この点が配慮されている。

今年度は、投稿期限を 2005 年 12 月末として、計 25 本の論稿が投稿された（投稿者 27 名、共著論稿 2 本）。いずれも優秀な論稿ばかりで審査は難航し、繰り返し開かれる審査会議においては激しい議論が行なわれた。そうして選ばれたのが創刊号掲載の 7 本の学生による論稿である。

東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

学生編集委員 粟生香里

倉橋雄作

西澤健太郎

沼田知之

東 陽介

松井裕介

村上祐亮

教員編集委員 山下友信

山口 厚

両角吉晃

論説

特許訴訟のための技術の理解

東京大学客員助教授・弁護士
城山 康文

1 はじめに

私の弁護士としての専門分野は知的財産紛争であり、そのなかでも、執務時間の大半を費やしているのは特許侵害訴訟やそれを見据えたアドバイスである。学生にそう自己紹介すると、よく受ける質問は、理系のバックグラウンドがないと技術を理解するのが大変ではないか、ということである。私自身も法学部の出身で、理系の高等教育を受けた経験はないので、今回は、この点に関して、私の感じていること、私のやっていることを、書いてみたい。

2 技術の理解は必要か

特許侵害訴訟を訴訟代理人として担当するに際して技術を理解することが必要かといえば、それは当然必要である。なぜなら、担当裁判官に技術を理解してもらわなければならないからである。訴訟代理人の使命は、クライアントにとってベストな主張立証を組み立て、担当裁判官に解り易いプレゼンテーションをして、理解納得してもらうことにあるが、特許侵害訴訟では主張立証が技術に関連した事項となるため、技術を理解してもらう、さらに言えば、こちら側の主張に沿って技術を理解してもらうことは必須となる。他人にプレゼンテーションして、理解納得してもらうためには、当然、まずは自分がそれ以上に理解し、疑問を払拭し、納得し

なければならない。自分が理解できていないと、どうしても裁判所での主張も訳のわからないものになってしまう。一見こむずかしそうなこと（数式とかグラフとか専門用語など）が書いてあって凄そうだけど何を言いたいかわからない、というのは最悪で、反対に、そんなこと当たり前じゃないか、そんなに説明されなくたってそんな常識は最初からわかっている、と感じてもらうのが理想である。

3 理解するためには何が必要か

最終的には、特許明細書の記載を正確に理解しなければならないわけだが、何の基礎知識もなく特許明細書に目を通してみても、字面だけ追うものの内容を理解できず、いつの間にか関係のない妄想をはじめて時間だけ経ってしまった、というのはよくあることである。ただ、これは別に技術に限ったことではない。法律の勉強を始めて法学書を読み始めたときもそうだったし、いや、今でも、新会社法を勉強しないと落ちこぼれると思って新会社法の簡単そうな解説書を読んでいるときでも大差ない。要は、理解しようとする意欲と、理解するための工夫と、自分なら理解できるはずだという自信（最初は根拠のない自信かもしれないが）とが必要なだけである。

4 理解するための具体的な方策

クライアントから具体的な案件について相談を受けたときに、私がまず行うのは、関連技術について一般的に説明した書籍を探すことである。扱う技術分野は、これまで経験したものを思い出してみても、バイオテクノロジー、バイオインフォマティクス、合金、医薬品、プロッタ、焼却炉、遊技機、印刷機、カーテン、土木工法、臨床検査機器、臨床検査試薬、電池、ストレージ、デジカメ、ファックス、携帯電話、水上バイク、ADSL など、千差万別である。そこでまず、丸善や紀伊国屋書店のウェブサイトなどで検索してあたりをつけて、実際に書店に足を運んでみて、手にとって書籍の記載内容を確認したうえで、複数購入するようにしている。なかでも、もっとも役に立つのが、「よくわかる・・・のしくみ」といったような、素人向けの絵入りの本である。関連する技術の大きな開発の歴史がわかり、仕組みを大掴みで理解することができる。特許発明を理解するうえでまず重要なのは、従来どういう技術があって、どういう技術課題があって、その技術課題をどのようにして乗り越えて、どのような効果を得たのがこの発明であるのか、というストーリーである（権利者側であれば、このストーリーをNHKの「プロジェクトX」のように描くことになるし、被告側であれば、それを貶すことになる）。そして、ある技術分野での技術課題というのは実はそう多いものではなく、例えば処理スピードを上げるためとか、精度を上げるためといった技術課題（いつの時代もより一層の向上が求められているもの）を克服するために、時代を追って数々の技術開発がなされてきているのである。まずこのような素人向けの絵入りの本を読んでから、明細書を読むと、その点がよりクリアーに理解できることが多い。そして、出願経過書類に目を通す。特許庁審査官に対して出願人が提出している意見書などを読むと、その発明のポイントを理解しやすい。それから、特許請求の範囲を読むときは、段落を区切りながら、声を出して読むことが多い。小学一年生の国語の

授業や中学生以降の外国語の学習と同じで、目で字面を追っていても頭に入ってこないのに、音読するとスッと入ることがある。

5 技術専門家との議論

そのうえで、クライアントの技術者から説明を受ける。このときも、受身で説明を聞くだけではいけない。往々にしてあるのが、説明してくれる技術者は専門家であるために、専門家にとっては当たり前の基礎的な事柄を省いて（或いは厳密に検討せずに）説明してしまったり、専門用語（かつ、その定義が曖昧であったりするもの）を使用して説明する場合である。専門家の説明というのはそういうもので、例えば、弁護士がアメリカ人に物権と債権との違いを理由に結論を説明して説明した気になっていたときに、そもそも物権と債権とは何で区別するのか、物権とは何か、特許権は物権なのか、と質問され、どれも英語で説明するのがとても難しい、というのと同じである。素人の目から見て、基本に立ち返った説明を求めると、問題点や新たな視点が明らかになることがある。また、クライアントの技術者や知的財産部の担当者は、通常、それなりの侵害・非侵害、又は有効・無効の主張のストーリーを作ったうえで相談に来てくれる場合が多いが、これに対しては、そのストーリーを鵜呑みするのではなく、本当にそのストーリーで問題ないのか、別の視点からのアプローチがあるのではないかと、という観点から、議論をしていくことが必要である。やってみると、最先端の技術開発を行っている技術者とも、それなりに対等な議論はできるものである。こんな質問したら恥ずかしいのかな、といった遠慮は禁物である。彼ら（彼女たち）もプロフェッショナルであるので、弁護士が、何個かのうちひとつでもある程度の射た質問をすれば、対等な議論の相手として扱ってくれ、それが弁護士としての信頼を得ることにつながっていく。

6 専門家の役割分担

特許に関わる法手続の専門家としては、弁護士のほか、弁理士がいる。訴訟になると、ほとんどの場合、弁理士と協力して訴訟を進めることになる。特許侵害訴訟の場合、裁判所だけで手続きが進むのではなく、多くの場合には、特許庁での無効審判や訂正がついてまわるからである。私の所属する事務所には特許の弁理士はいないので、外部の特許事務所の弁理士と協働するのであるが、その場合、クライアントが特定の弁理士を指定する場合もあれば、こちらで選定する場合もある。弁理士は、多くが理系のバックグラウンドを持っていて、修士号や博士号をもっている人も多い。ただ、私の感覚としては、弁護士と弁理士との役割分担は、議論の中身というよりは、誰を相手にするか、という観点でなされるのが効果的な気がする。私自身、弁理士登録もしているし弁理士試験の試験委員も経験したが、例えば、無効審判の口頭審理のときに発言しても、何となくチグハグした感じがして、この審判官に私の日本語は通じているのだろうか、と心配になることがある。それは、やはり、特許庁の審判官とはバックグラウンドが異なるし、日常の業務において特許庁の審査官とやり取りを行っておらず、相手のことをよく知らない、ということが大きいと思う。これに対して、裁判所の議論では、特許侵害訴訟はもちろん、特許庁審決の取消訴訟であっても、弁理士が書面を起案したり法廷で発言するより、弁護士が書面を起案して法廷で発言する方が、効果的だと思う。それは、弁護士と裁判官とのバックグラウンドの共通性や、弁護士は知的財産事件に限らず裁判官と接しているということが大きく影響しているだろう。したがって、弁理士と協働するからといって、技術面の主張を弁理士任せにする訳にはいかない。裁判所での主張は、侵害論も無効論も、もちろん弁理士の意見を貰いながらも、弁護士がイニシアチブをとって進めていかなければならないから、やはり技術の理解は避けて通れない。

7 面白いのか

このような技術の学習が面白いのかというと、私にはとても面白い。具体的な事件に関係する範囲には限られるが、それでも、なるほど、そうだったのかということがわかると、外国語を学習するのと同じく、自分の世界が一つ広がった感じをもつことができる。弁護士の仕事をしながら、法律の分析に加えて、このような経験を持つことができるのは、とても幸運なことだと思っている。

(しろやま・やすふみ)

論説

会社法施行に伴う実務界での事象

— 6月総会直後の雑感を中心に —

東京大学客員助教授・弁護士
武井 一浩

一 はじめに

会社法が施行されて数ヶ月が経過した。3月決算が大半を占める日本の上場企業では、6月総会が会社法対応の大きなテーマであった。総会実務担当者の間からは「会社法対応以外に内部統制もあるし買収防衛策もあるし、これまでで一番考えることが多かった株主総会であった」との声もあがっていた。本稿は6月総会を一つの題材として、会社法がいかに実務現場で活用されているのかのフレーバーを伝えることとし、ロースクールの学生の皆様が会社法を学ぶ契機を提供したい¹⁾。

二 株主総会の手続

6月総会の場合、(会社法の施行日が2006年5月1日であったことから)旧商法の手続により開催するか新会社法の手続によって開催するのか選択が可能であった。整備法90条が会社法施行日前に株主総会の「招集の手続が開始された場合」には旧商法による(「なお従前の例による」と規定しており、総会の招集手続の開始日とは総会招集の役会決議日を指していると一般に解されていることから、総会招集

の役会決議を4月中に行っておくかそれとも5月に行うかによって選択が可能であった。

そして蓋を開けてみると、ある信頼できる調査では、3月決算の上場企業の約4割が新会社法による総会手続を、約6割が旧商法による総会手続をそれぞれ選択したとのことである。

旧商法下の手続が選択された理由としては、5月1日という総会直前の施行日を踏まえ、長年親しんだ手続のほうがリスクが少ないという点があげられよう。他方、新会社法の手続が選択された理由としては、いろいろあるが、参考書類にかかる修正事項(印刷ミス、招集通知発送後の事情変更等)を株主に周知させる方法(自社のホームページに開示する手法が多い)を予め定めておくことが可能となったこと(会社法施行規則65条3項ほか。なお定款に規定を置くWEB開示制度とは異なる²⁾)が相応に大きかったようである。総会の実務担当者の無用な心理的負担感が実質的に軽減された良い改正であった。

また、5月1日という(3月決算会社にとっては)「決算期末日」と「総会日」とのちょうど中間にあたる日が会社法の施行日となったことから、①子会社の範囲の確定(及びそれに伴う「社外」役員性の認定)を旧商法で行うべき

1) 従って、本稿では細かい理論的分析等を行っていない。なおビジネスマンも視野に入れて会社法について解説した拙著として『会社法を活かす経営』(日経新聞社、2006)。

2) WEB開示制度については、相澤哲=郡谷大輔「会社法施行規則の総論等」商事法務1759号8頁(2006)、修正事項に係る周知措置については同18頁参照。

か新会社法で行うべきか、②相互保有株式の判断時点はいつとすべきか（3月末の総会基準日時点か6月の総会日時点か）、③社外監査役の半数強制の適用時期（社外監査役の半数化は平成13年12月改正事項が5年の期間を経て施行に至ったもので、3月決算会社の場合にはその対応は2006年6月の定時総会まででよかったところ、会社法が5月1日に施行されるとその瞬間に新会社法の規律に反する事態になるおそれがあった）なども論点となった。これらの実務界の疑問についてはタイムリーに法務省令その他で対応がなされた³⁾ので、実務での混乱は回避された。

三 定款変更関連

1 定款変更事項

今年の6月総会では、多くの上場企業が会社法対応に伴う定款変更議案を付議している。代表的な付議項目は、株懇から公表されている定款モデルの新旧対照表を参照するのがわかりやすい（別表1）。

形式的な修正事項としては、①会社に設置される機関（第4条）、②法律用語の修正（第6条の「発行可能株式総数」、第11条の「株主名簿管理人」、第37条の「事業年度」など）、③株券発行会社である旨の定款規定（第7条）、④役員任期（第21条、第31条）、⑤役員「報

酬等」（第27条、第35条）、⑥役員「責任免除」（第28条、第36条）などがある。

実質的な修正事項としては、①単元未満株主の権利（第9条）、②基準日（第14条及び第39条）、③総会参考書類等のインターネット開示とみなし提供（第16条）、④議決権の代理行使（第18条⁴⁾）、⑤取締役会決議の省略（第25条）、⑥剰余金配当の決定機関（第38条）など⁵⁾がある。

なお、法律（特に会社法の施行に伴う整備法）のみなし規定によって定款に記載されたとみなされる事項について、定款変更議案をわざわざ総会に付議するのかどうかについて、実務でも議論がある。理論的には付議不要なのだろうが、形式的な変更事項であっても総会に付議することが趨勢的である。その理由は、どこまでが形式的な変更点でどこからが実質的な変更点なのか（定款文言の微妙な表現ぶりを含めて）が必ずしも明確でない場合が多いためである⁶⁾。なお、これまで定款変更議案が否決されることがまばらであったこともかかる実務対応の背景にあるが、今年の株主総会では定款変更議案が否決される事態が現実化した。議案を分けるなど多様な実務対応が今後出てくることであろう⁷⁾。

2 剰余金配当の決定権限

モデル定款の修正の趣旨についてはその解説論稿⁸⁾を参照していただくとして、本稿はい

3) 2005年12月14日に公布された三政令（いわゆる会社法施行令、整備政令、経過措置政令）、2006年2月7日公布の会社法施行規則（平成18年法務省令第12号）の附則、2006年4月14日「会社法施行規則等の一部を改正する省令」（平成18年法務省令第49号）など。これらの政省令等に関する参考文献として、相澤哲「会社法関係政令の概要」民事月報61巻7号7頁（2006）、郡谷大輔編『会社法施行前後の法律問題』（商事法務、2006）、相澤哲『会社法施行規則および会社計算規則の一部を改正する省令』の概要」金融法務事情1769号32頁（2006）など。

4) 厳密には旧商法下での取扱いを改めて確認したもので、実質面での変更ではない。

5) その他、買収防衛策関連議案について定款変更を行った企業もある。

6) どこまでが定款の変更（総会決議必要）でどこまでが定款の更正（総会決議不要）なのか、厳格な解釈論を示したものとして、稲葉威雄編『実務相談株式会社法 第1巻（新訂版）』（商事法務研究会、1992）204頁〔定款の形式上の変更と株主総会特別決議の要否〕、470頁〔行政区画変更による本店所在地名の変更と株主総会決議の要否〕。なお後記4の種類株式なども一例であろう。

7) なお、形式的修正点まで含めた定款変更議案が仮に総会で否決されたとしても、形式的修正点まで総会が否決したと解するべきではないだろう。

8) 下山祐樹「株懇『定款モデル』の解説」商事法務1761号32頁（2006）、三菱UFJ信託銀行証券代行部編『新会社法の定款モデル』（中央経済社、2006）、住友信託証券代行部編『新会社法・法務省令と実務対応』（商事法務、2006）

くつかの実質的修正事項について簡単に採り上げることにしたい。

まず、剰余金配当等の決定権限の所在であるが、会社法では定款でその旨を定めることで株主総会決議事項ではないとすることができる。

(i) 取締役会「だけ」が決定できるのか (ii) 株主総会「でも」決定できるのか選択可能であり、(i) を選択するのであれば、株懇案の 38 条のように「株主総会の決議によらず」などの文言を入れることとなる。

しかし、(i) を選択した企業においては、機関投資家等から⁹⁾ 定款変更議案に予想外に強い抵抗が示され、現に、定款変更議案自体が否決されるという（これまでの慣行に照らすときわめて）異例の事態が数社で生じている。否決の議決権行使を行った機関投資家は、これまでの会社の配当政策や経営に対する信任などを踏まえた議決権行使である等の指摘を行っているようである。

3 利益配当と議決権行使の基準日

モデル定款の基準日に関する規定は、会社法で 124 条が新設された結果、定款に明示の規定がなくとも、3 月末の議決権基準日後に株式を取得した者の全部又は一部に会社の判断で議決権の行使が認められることとなったことに対応している¹⁰⁾。そして、会社法の施行により剰余金配当の決定権限を取締役に下ろすことで「四半期配当」も開始されるようになったこともあいまって、議論はさらに先への展開をみせ、配当の基準日（と定時総会の議決権行使の基準日）を定時総会日の約 3 ヶ月前である 3 月末日とする長年の慣行、すなわち「定時総会

で配当について決議をして、剰余金配当を受けるのは、期末日現在の株主である」という慣行を変更すべきではないかとの指摘が出てきている（浜田道代「新会社法の下における基準日の運用問題—従来の慣行は合理的か [上] [下]」商事法務 1772 号 4 頁 (2006)・1773 号 13 頁 (2006)）。現行の「基準日 (3 月末) ⇒配当額の決定⇒配当の実施」という流れから「配当額の決定⇒基準日⇒配当の実施」に変えるというわけである。この点を変更する会社が現に出てきた場合、総会実務は新たな時代を迎えることとなろう。

今回の会社法改正は全ての条文を見直したため、その法的根拠が（明文にない）一定の解釈論に依拠しているこれまでの実務慣行について、その適切性自体を問う契機となる論点が出てきている。他に株主優待制度、役員報酬総会決議の付議頻度などがある。

4 種類株式

優先株式などの種類株式を発行している会社では、種類株式に係る定款規定の見直しが論点となった。

整備法 87 条 1 項は、旧商法 222 条 1 項 3 号又は 4 号に係る種類株式につき、①「株主が旧株式会社に対して当該株式の買受け又は利益をもってする消却を請求することができるもの」は「取得請求権付株式であって、当該株主が新株式会社に対してその取得を請求した場合に当該新株式会社が当該取得請求権付株式一株を取得するのと引換えに当該株主に対して金銭を交付するもの」と、②「旧株式会社が一定の事由が生じたことを条件として当該株式の買受

などに詳しい。

9) 日本における代表的な機関投資家である厚生年金基金連合会では、剰余金配当権限を役員決議に下ろした会社約 200 社のうち約 6 割 (120 社強) に対して反対の議決権行使を行い、特に総会決議権限をなくす提案をした約 130 社に対してはその約 8 割 (100 社強) に反対の議決権行使を行ったとのことである。

10) 新株発行を 4 月 1 日から定時総会日までに行う諸種のニーズ (資金調達必要性、救済増資、組織再編を 4 月 1 日から定時総会までの間の期日に行う場合など) と、新株や自己株式処分を受けた株主にだけ定時総会における議決権行使を認める論理的合理性との調整が、特に自己株式解禁 (平成 13 年 6 月商法改正) 以降議論となっていた。会社法改正前の法務省の見解として、原田晃治=郡谷大輔「新株の発行等と基準日の制度」商事法務 1626 号 44 頁 (2002)。

け又は利益をもってする消却をすることができるもの」は「取得条項付株式であって、当該事由が生じた場合に新株式会社が当該取得条項付株式一株を取得するのと引換えに当該取得条項付株式の株主に対して金銭を交付するもの」と「みなす」と規定している。

「みなし」規定なので、特段の定款変更を行わなくとも新会社法の規定する種類株式となるので話は単純なように見える。しかし、種類株式に係る定款の定めの中には、自己株式の買受けが解禁された平成13年6月改正前のものと改正後のものとの区別が曖昧な規定など、当該種類株式の法的性格について一義的に明らかではないものも多かった。特に、株式の買受けや消却に係る定款規定(旧商法222条1項3号・4号)について論点が多かった。当該種類株式について新会社法で要求されている要定款規定事項との関係も踏まえ、諸要請をバランスよく充たす合理的対応が実務では求められた。

5 会計監査人の責任減免

会計監査人が株主代表訴訟の被告となりえることとなったことに伴い、定款に規定を置くことで事前免責契約等による会計監査人に対する責任減免も可能とされた。

しかし、今年の総会では会計監査人に対する責任減免に係る定款変更が付議されることは少なかった。機関投資家による反対の意思表示等が相応の影響を与えたといわれ、一旦付議を決めた会社でも、5月下旬から6月上旬頃に議案から削除することを改めて決定した会社もあった。これに対して日本公認会計士協会は平成18年5月19日に「一部責任免除制度の普及につ

いて」と題するプレスリリースを公表している。

6 会社法と金融商品取引法との調整 —会社役員の責任及び内部統制法制を例に

会計監査人の責任減免の論点をさらに発展させると、証券取引法(金融商品取引法)上の監査法人等の法的責任(会社法上の会計監査人と証券取引法上の公認会計士・監査法人とは法的には別の制度により要請されるものであるが、結果的に両者が同じ者であることが多い)、ひいては会社役員の証券取引法上の責任一般についての合理化が今後議論を要するようと思われる。

取締役や会計監査人など会社役員等の責任について、会社法はいわゆる「2-4-6年」による責任減免を認めている(会社法425条から427条)。しかし、有価証券報告書の不実表示など会社役員等が証券取引法上負う開示責任については、かかる責任減免が手当てされていない。開示規制は年々強化の一途をたどっており、有価証券報告書等に記載される項目も年々増加の一途である。平成20年4月に開始される事業年度からは、経営者が自社の企業集団の財務報告に係る内部統制の有効性を評価した「内部統制報告書」についても有価証券報告書に準じた開示責任に服することとされている¹¹⁾。上場企業における企業経営・業務執行にかかわる事項の多くが、会社法上の責任のみならず、情報開示規制の観点から証券取引法上の責任も生じうる構造となってきている。

特定の者に苛酷な責任を課すことでは事態の中長期的な改善には至らない(副作用も大きい)。そして会社法は、平成13年12月改正及

11) 平成20年4月開始の事業年度から施行予定の金融商品取引法上の内部統制(日本版SOX法や「J-SOX」などとも呼ばれている)への対応については、昨年12月末に示された基本的考え方(平成17年12月8日企業会計審議会内部統制部会「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準のあり方について」)に従い、実施基準の策定作業が現在進められてところであるが、「①公認会計士等は、その負担する訴訟リスクを軽減するため、重要性が低い業務プロセスでもできるだけ多くの内部統制プロセスを文書化・評価・テストをせざるを得なくなり、かつ②企業側にも非効率なコストが増大する(文書化等の作業負荷のコストのほか、文書化・ルール化が多分にわたったことから現場での業務執行における創意工夫・柔軟性が損なわれうるコストも含む)」という米国SOX法404条に関して指摘されている問題点(そしてアメリカ本国でもこの問題点に対する改善の議論が現在行われている)をいかに生じさせないかという視点は日本における制度論等の議論でも認識されているようであり、またそのように期待したいところである。

び今回の会計監査人の責任減免措置の手当てを含め、会社のステークホルダー間の責任の合理的分担に関して、一定の適正なバランスを示しているように思われる。金融商品取引法上の会社、会社役員、公認会計士等の損害賠償責任についても、多様な利害を持って投資を行っている株主の自己責任の範囲（開示情報の中でどこまでの誤謬が不実開示として損害賠償責任追及の対象となるべきなのかの合理的範囲を画することでもある）と、会社役員「個人」と公認会計士等に本来課されるべき法的責任との適正なバランスのあり方が、今後より一層重要な論点となってくるものと思われる（解釈論で対処できるのか立法論なのかについても議論となろう）。

また、有価証券報告書に不実表示があった結果会社が証券取引法上の無過失責任¹²⁾により損害賠償責任を負った場合に、当該損害賠償額について、会社法上の株主代表訴訟を通じて会社役員個人に対して責任追及を行うことが果たして許されるべきなのか、責任合理化の一環として議論されるべきであるように思われる。内部統制報告書には不実表示があったが有価証券報告書の財務情報には不実表示はなかった場合にも果たして何らかの法定損害賠償責任が問われうるものなのか、有価証券報告書の不実表示に関する会社役員及び公認会計士等の証券取引法上の（立証責任が転換された）過失責任についてもいわゆる「信頼の権利」が適用されるべきではないかなども、実務対応の観点からは重要な論点となる。

以上のような論点に限らず、会社法制と証券市場法制との調整はそもそも今後の重要な論点である。新会社法が多くの事項について事前規制を緩和しただけになおさらである。

四 報酬議案

総会議案の関連で会社法において大きく変更された点として、役員報酬に関する点がある。主な論点は役員賞与とストック・オプションの取扱いであった。

ストック・オプションを例にとると、旧商法下では、ストック・オプションは新株予約権の有利発行としての特別決議をとっており、役員報酬とは完全に別枠として取り扱われていた。新会社法ではストック・オプションも役員「報酬等」（361条）に該当することとされ、新会社法におけるかかる取扱いの変更に伴い、会計上の取扱い¹³⁾、税務上の取扱いについても変更されることとなった。

総会実務の関係では、①報酬議案のとり方（会社法361条1項各号に掲げるいわゆる現金報酬、不確定報酬、現物報酬のいずれにあたるのか、上場企業か否かで異なるのか等）、②有利発行決議は別途必要なのか（有償発行なのか、無償発行なのか）、③付与する新株予約権の公正価格の算定方法と開示のあり方、④従業員に対する付与についてはどう取り扱えばよいのか（役員に対する付与形態との整合性、労働法の「賃金」該当性との整合性）、⑤子会社役員に対する付与についてはどう取り扱えばよいのか、⑥税務上の取扱いとの整合性などの論点が噴出した。最終的には法務省の立法担当官による見解が公表され¹⁴⁾、実務は一定の選択肢に収斂した。

五 会社法に関する 今後の実務・解釈上の課題

6月総会が一段落ついたことで、今度は実際

12) 有価証券報告書の虚偽記載に係る責任が無過失責任であることに対する分析として、武井一浩ほか「投資サービス法と企業法実務上の諸論点」神田秀樹責任編集『投資サービス法への構想』（財經詳報社、2005）179頁以下、黒沼悦郎「証券取引市場における民事責任規定の見直し」商事法務1708号4頁以下（2004）など。

13) 会計上の取扱いについては、豊田俊一「ストック・オプション等」商事法務1762号14頁（2006）ほか。

14) 論稿等として公刊されたものとして、相澤哲ほか『論点解説 新・会社法 千問の道標』（商事法務、2006）312頁以下Q432からQ436、郡谷大輔「ストック・オプション議案等において会社法が求めるもの」T&Aマスター161号4頁（2006）ほか。

に会社法を活用した企業活動が本格化することとなり、それに伴って多くの実務上の論点が生じることとなる。巷で最も顕著な関心と呼んでいるのが三六でも述べた内部統制対応であるが、それ以外にも細かい論点が多々生じてくる。

1 企業組織再編をめぐる多くの論点 — 100%子会社間の合併を例に

たとえば企業組織再編などは、実際に会社法下で実行してみないとなかなかわからない事項が多いため、論点も多数生起してくる。そのうちの一部の論点について、2006年8月11日に、企業会計基準委員会から企業結合会計基準及び事業分離等会計基準に関する適用指針の見直し案が公表されている。本稿執筆時点ではまだパブリック・コメント中でありその最終的な結論は決まっていないが、会社法上の重要な論点に関連するといえる。

最も素朴な例（であると同時に他の事例の基礎となる論点も含んでいる例）について一つ紹介しておく。100%子会社間の吸収合併における会計処理のあり方である。

100%子会社間の合併や会社分割は、企業集団内の効率性向上等の観点から、現実にも頻繁に行われている。そして100%子会社間の合併においては、S2の株主であるPにそもそも合併新株を発行しない（すなわち無対価合併となる）ことも多い。発行しても経済的に意味がないからである。かかる無対価合併は、旧商法でも可能説で実務は動いており、新会社法下でも可能であると考えられている。

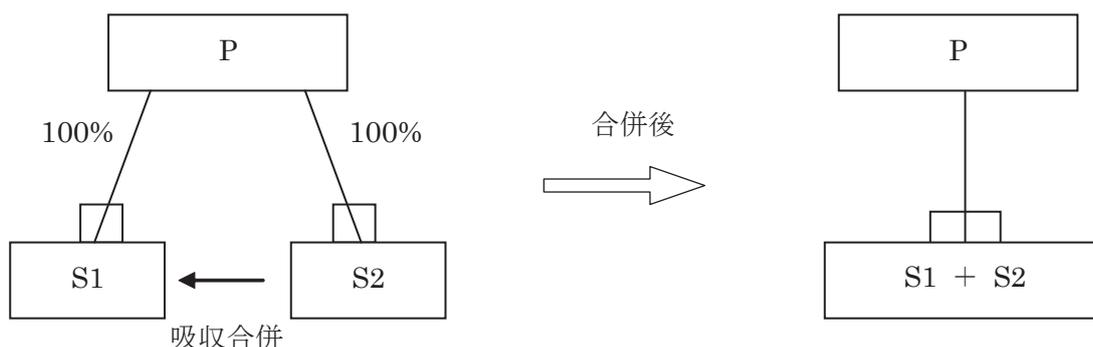
このように100%子会社間の合併の場合、合併新株を発行するか否かについて当事会社に自由な選択があるところ、かかる選択の如何によって、存続会社であるS1の会計処理が大きく異なりうる。合併新株を発行する場合、会社計算規則により、合併により承継されたS2の純資産の簿価相当額（100%子会社間の合併なのでプーリングである）の存続会社の株主資本（資本金、資本準備金、その他資本剰余金）の全部又は一部が増加する（会社計算規則59条1項。59条1項但書に及び61条によれば利益準備金及び利益剰余金の承継も可能）。

これに対して、合併新株を発行しない場合、会社計算規則13条を形式的に読むと、合併により承継されたS1の純資産額について、いわゆる「負ののれん」が計上されることとなる。

100%子会社間の合併においては経済的に意味がない合併新株の交付の有無によって、存続会社の株主資本が変動するのか（負ののれんの償却を通じて）利益が計上されるのかが異なってくることとなる。企業結合・事業分離に関して透明性を高めることを図った企業結合会計の精神に照らすと、かかる相違はなくすべきではないかとの意見は当然出てくる。そこで、合併新株が発行されない場合でも合併新株が発行された場合に準じて処理すべきという案がパブコメに付されたものと理解される（利益剰余金等の承継の可否についても論点となる）。

なお、新株が一株も発行されていなくとも資本金が増加し得るのかについては、会社計算規則の見直しがどのような内容になるのを見ないと分からない。

図表1 100%子会社間の合併



2 会社分割における多くの論点等

組織再編についてはその他にも多岐にわたる論点がある。特に会社分割については実務で関心を呼んでいる論点が多い。①会社分割の対象となる「事業に関して有する権利義務の全部または一部」(会社法2条29号・30号)の解釈(権利義務の単なる移転との境界線の引き方)、②分割当事会社における履行の見込みの要否(詐害行為取消制度との役割分担を含む)、③会社分割において不真正連帯債務を負う者の範囲(「知っている債権者」(789条2項)の範囲、不法行為債権者への保護¹⁵⁾)など、重要な基礎的論点を実務で多数生起してきている。これらの論点は会社分割制度の根幹に対する理解・考え方にかかわるものであることから、別の機会に改めて整理を試みることにしたい。

なお、それほど根幹的でない細かい論点も少しあげておくと、新会社法ではいわゆる人的分割が「物的分割+剰余金配当」と整理されたが、株主名簿の名義書換の方法が一つ論点となっている。旧商法の人的分割では、合併の場合と同様、分割会社の株主が個別に名義書換を請求しなくとも、発行会社が株主名簿の名義書換を行うこととされていた(通常の新株発行と同様である。代用自己株式についてかかる取扱いを規定したものと、旧商法206条ノ2第2項3号・旧会社法施行規則194条2項2号)。これに対して、会社法での「人的分割=物的分割+剰余金分配」という整理を貫徹させると、①分割会社の名義に一旦名義書換をする必要があるのか、②(現物配当で他社株を受領した場合と同様に)分割会社株主が個別に名義書換を請求

しないといけないのか、などが論点となる¹⁶⁾。分割会社に多数の株主が存在する場合に各株主からの名義書換請求を求めるのでは、人的分割自体が実行困難となる。人的分割を「物的分割+剰余金分配」と整理したことは、(これまで円滑に行われてきた)人的分割の手續に何か追加の負荷をかけることを意図していたものではないので、会社法132条以下の関連規定を合理的に解釈していく必要がある¹⁷⁾。このような合理的解釈が求められる論点は他にもある。

組織再編以外の領域でも解釈論は多々出てくることとなる。単純な例を一つあげると、株主総会の決議要件の定款自治に関して、会社法は①「定款に別段の定めがある場合を除き」(普通決議に関する309条1項)、②「この場合においては、当該決議の要件に加えて、一定の数以上の株主の賛成を要する旨その他の要件を定款で定めることを妨げない」(特別決議に関する309条2項)、③「第309条第1項の規定にかかわらず、・・・出席した当該株主の議決権の過半数(これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上)・・・」(役員を選解任決議に関する341条)などの書き分けを行い、解釈の明確化を図った。それでは、「5%以上保有する株主全員の賛成を要する」旨の総会決議要件を、普通決議事項に対して定款で付加することは可能なのか。309条1項は「別段の定めがある場合を除き」と「別段の定め」の内容について特に制約を付していないが、他方で、多数株主の権利を優遇することに会社法上何の制約もないのか、種類株式の規定(特に108条1項8号)や株主平等原則(109条)

15) 相澤ほか・前掲注14)692頁Q932[吸収分割における不法行為債務の承継]は大変興味深い解釈論である。689頁Q927[組織再編行為における社債権者の保護]や690頁Q929[会社分割で移転しない債権の債権者の保護]も同時に参照されたい。

16) 合併に伴う新株発行及び自己株式の処分については、132条の適用により、当事者の請求によらずに株主名簿の名義書換がなされる。相澤ほか・前掲注14)141頁Q187。

17) このような合理的解釈が求められる他の論点として、たとえば、人的分割に伴う剰余金配当決議の段階では、承継会社株式の価額が正確には把握不能であるが、この点もこれまでの従前からの合理的実務(たとえば、直近の信頼できる貸借対照表等に依拠した数値を基礎として分割期日前日までの加減を反映させた額をもって、承継される純資産の額(=剰余金配当の額)の決議内容とする実務など)に依拠して対処するほかないだろう。

との関係はどう考えればよいのか、などの観点からいろいろな議論が可能である¹⁸⁾。

3 企業法制の根幹としての利害調整と ロースクールで学んでいること

会社法は①株主、債権者、経営者等の会社のステークホルダー間の諸利害を調整する法規でありかつ②会計処理や税法等などのほかの規律・ルールからも（ある程度）依拠される基本ルールである。かかる性格に照らして、異なる諸要請間の利害を調整すべき論点は今後とも必然的に多数生じてくるであろう。特に、多様化した株主・投資家を含む資本市場との利害調整は、日本企業の国際競争力の源泉の維持という観点からも、国家政策レベルとしても大変重要な論点といえよう。昨年議論が活発化した買収防衛策も、また現在実務で議論が活発化している内部統制法制への対応もいずれも、企業価値の向上と株主・投資家に対する透明性確保の要請（説明責任の強化）との両立が根本的な論点である。たとえば内部統制の論点は、大規模公開会社で複数の者が関与する状況で適正な業務執行が行われることを確保する社内体制のあり方という「経営そのもの」なのであって、そういった「経営そのもの」を「可視化」させ（公認会計士等に対する可視化を含む）、株主・投資家等に対する透明性・説明責任をいかに果たすのかというのが、J-SOXを含めた内部統制法制への対応として実務現場で現在起きていることである。

こうした各種要請への対応・調整は、異なる利害の内容を特定し、かつその間に適正な線引きを試みるということ、ロースクールにおいてまさに教えられているテーマそのものである。学生の皆様もロースクールで学ぶことを実務で生かしていただきたい。

（たけい・かずひろ）

18) 役員を選解任決議における頭数要件の付加の可否に関して、相澤ほか・前掲注 14) 299 頁 Q411。

別表1 定款モデル新旧対比表

(出典：平成18年2月10日全国株懇連合会理事会決定)

定款モデル（ <u>監査役会・会計監査人設置会社・ 剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u> ）	現行定款モデル（ <u>単元株制度採用会社</u> ）
第一章 総則	第一章 総則
（商号） 第一条（現行どおり）	（商号） 第一条 当社は、〇〇〇〇株式会社と称し、 英文では、〇〇〇〇と表示する。
（目的） 第二条（現行どおり）	（目的） 第二条 当社は、次の事業を営むことを目的とする。 (1) …… (2) …… (3) …… (4) 前各号に付帯関連する一切の事業
（本店の所在地） 第三条（現行どおり）	（本店の所在地） 第三条 当社は、本店を東京都〇〇区に置く。
（機関） 第四条 当社は、株主総会および取締役のほか、次の機関を置く。 (1) <u>取締役会</u> (2) <u>監査役</u> (3) <u>監査役会</u> (4) <u>会計監査人</u>	（新設）
（公告方法） 第五条 当社の公告方法は、 <u>電子公告とする。ただし、事故その他やむを得ない事由によって電子公告による公告をすることができない場合は、〇〇新聞に掲載して行う。</u>	（公告の方法） 第四条 当社の公告は、 <u>電子公告により行う。ただし、電子公告によることができない事故その他やむを得ない事由が生じたときは、〇〇新聞に掲載して行う。</u>
第二章 株式	第二章 株式
（発行可能株式総数） 第六条 当社の発行可能株式総数は、〇〇〇万株とする。	（株式の総数） 第五条 当社が発行する株式の総数は、〇〇〇万株とする。
（株券の発行） 第七条 当社は、株式にかかる株券を発行する。	（新設）

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・</u> <u>剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>自己株式の取得</u>） 第六条 当社は、<u>商法第二十一条ノ三第一項第二号の規定により、取締役会の決議をもって自己株式を買い受けることができる。</u></p>
<p>（<u>単元株式数および単元未満株券の不発行</u>） 第八条 当社の<u>単元株式数</u>は、一、〇〇〇株とする。 2 当社は、<u>前条の規定にかかわらず、単元未満株式に係る株券を発行しない。</u>ただし、<u>株式取扱規程に定めるところについてはこの限りでない。</u></p>	<p>（<u>一単元株式数および単元未満株券の不発行</u>） 第七条 当社の<u>一単元の株式の数</u>は、一、〇〇〇株とする。 2 当社は、<u>一単元の株式の数に満たない株式（以下「単元未満株式」という。）に係わる株券を発行しない。</u>ただし、<u>株式取扱規程に定めるところについてはこの限りでない。</u></p>
<p>（<u>単元未満株式についての権利</u>） 第九条 当社の株主（<u>実質株主を含む。以下同じ。</u>）は、<u>その有する単元未満株式について、次に掲げる権利以外の権利を行使することができない。</u> (1) <u>会社法第一八九条第二項各号に掲げる権利</u> (2) <u>会社法第一六六条第一項の規定による請求をする権利</u> (3) <u>株主の有する株式数に応じて募集株式の割当ておよび募集新株予約権の割当てを受ける権利</u> (4) <u>次条に定める請求をする権利</u></p>	<p>（新設）</p>
<p>（<u>単元未満株式の買増し</u>） 第一〇条 当社の株主は、<u>株式取扱規程に定めるところにより、その有する単元未満株式の数と併せて単元株式数となる数の株式を売り渡すことを請求することができる。</u></p>	<p>（<u>単元未満株式の買増し</u>） 第八条 当社の<u>単元未満株式を有する株主（実質株主を含む。以下同じ。）</u>は、<u>株式取扱規程に定めるところにより、その単元未満株式の数と併せて一単元の株式の数となるべき数の株式を売り渡すべき旨を請求することができる。</u></p>

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>基準日</u>）</p> <p>第九条 当社は、毎年三月三十一日の最終の株主名簿（<u>実質株主名簿を含む。以下同じ。</u>）に記載または記録された議決権を有する株主をもって、その決算期の定時株主総会において権利を行使すべき株主とする。</p> <p>2 前項のほか、必要があるときは、取締役会の決議によりあらかじめ公告して臨時に基準日を定めることができる。</p>
<p>（<u>株主名簿管理人</u>）</p> <p>第一一条 当社は、<u>株主名簿管理人</u>を置く。</p> <p>2 <u>株主名簿管理人</u>およびその事務取扱場所は、取締役会の決議によって定め、これを公告する。</p> <p>3 当社の株主名簿（<u>実質株主名簿を含む。以下同じ。</u>）新株予約権原簿および株券喪失登録簿の作成ならびに備置きその他の株主名簿、<u>新株予約権原簿</u>および<u>株券喪失登録簿</u>に関する事務は、これを<u>株主名簿管理人</u>に委託し、当社においては取り扱わない。</p>	<p>（<u>名義書換代理人</u>）</p> <p>第一〇条 当社は、<u>株式につき名義書換代理人</u>を置く。</p> <p>2 <u>名義書換代理人</u>およびその事務取扱場所は、取締役会の決議によって選定し、これを公告する。</p> <p>3 当社の株主名簿および株券喪失登録簿は、<u>名義書換代理人</u>の事務取扱場所に備え置き、<u>株式の名義書換</u>、<u>単元未満株式の買取り</u>および<u>買増し</u>、その他株式に関する事務は、これを<u>名義書換代理人</u>に取り扱わせ、当社においては取り扱わない。</p>
<p>（<u>株式取扱規程</u>）</p> <p>第一二条 当社の株式に関する取扱いおよび手数料は、法令または本定款のほか、取締役会において定める株式取扱規程による。</p>	<p>（<u>株式取扱規程</u>）</p> <p>第一一条 当社の<u>株券の種類</u>ならびに<u>株式の名義書換</u>、<u>単元未満株式の買取り</u>および<u>買増し</u>、<u>その他株式に関する取扱い</u>および<u>手数料</u>は、法令または本定款のほか、取締役会において定める株式取扱規程による。</p>
<p>第三章 株主総会</p>	<p>第三章 株主総会</p>
<p>（<u>招集</u>）</p> <p>第一三条 （現行どおり）</p>	<p>（<u>招集</u>）</p> <p>第一二条 当社の定時株主総会は、毎年六月にこれを招集し、臨時株主総会は、必要あるときに随時これを招集する。</p>
<p>（<u>定時株主総会の基準日</u>）</p> <p>第一四条 当社の定時株主総会の議決権の基準日は、毎年三月三十一日とする。</p>	<p>（新設）</p>

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・</u> <u>剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（招集権者および議長） 第一五条 （現行どおり） 2 （現行どおり）</p>	<p>（招集権者および議長） 第一三条 株主総会は、取締役社長がこれを招集し、議長となる。 2 取締役社長に事故があるときは、取締役会においてあらかじめ定めた順序に従い、他の取締役が株主総会を招集し、議長となる。</p>
<p>（<u>株主総会参考書類等のインターネット開示とみなし提供</u>） 第一六条 当社は、株主総会の招集に際し、<u>株主総会参考書類、事業報告、計算書類および連結計算書類に記載または表示をすべき事項に係る情報を、法務省令に定めるところに従いインターネットを利用する方法で開示することにより、株主に対して提供したものとみなすことができる。</u></p>	<p>（新設）</p>
<p>（決議の方法） 第一七条 株主総会の決議は、法令または本定款に別段の定めがある場合を除き、出席した議決権を行使することができる株主の議決権の過半数をもって行う。 2 <u>会社法第三〇九条第二項に定める決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の三分の二以上をもって行う。</u></p>	<p>（決議の方法） 第一四条 株主総会の決議は、法令または本定款に別段の定めがある場合を除き、出席した株主の議決権の過半数で行う。 2 <u>商法第三四三条に定める特別決議は、総株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の三分の二以上で行う。</u></p>
<p>（議決権の代理行使） 第一八条 株主は、当会社の議決権を有する他の株主一名を代理人として、その議決権を行使することができる。 2 （現行どおり）</p>	<p>（議決権の代理行使） 第一五条 株主は、当会社の議決権を有する他の株主を代理人として、その議決権を行使することができる。 2 株主または代理人は、株主総会ごとに代理権を証明する書面を当会社に提出しなければならない。</p>

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>議事録</u>） 第一六条 株主総会における議事の経過の要領およびその結果については、これを議事録に記載または記録し、議長および出席した取締役がこれに記名押印または電子署名を行う。</p>
<p>第四章 取締役および取締役会</p>	<p>第四章 取締役および取締役会</p>
<p>（員数） 第一九条 （現行どおり）</p>	<p>（員数） 第一七条 当社の取締役は、〇〇名以内とする。</p>
<p>（選任方法） 第二〇条 （現行どおり） 2 取締役の選任決議は、<u>議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数をもって行う。</u> 3 （現行どおり）</p>	<p>（選任方法） 第一八条 取締役は、株主総会において選任する。 2 取締役の選任決議は、<u>総株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数で行う。</u> 3 取締役の選任決議は、<u>累積投票によらないものとする。</u></p>
<p>（任期） 第二一条 取締役の任期は、<u>選任後一年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする。</u> （削除）</p>	<p>（任期） 第一九条 取締役の任期は、<u>就任後二年内の最終決算期に関する定時株主総会終結の時までとする。</u> 2 <u>増員または補欠として選任された取締役の任期は、在任取締役の任期の満了すべき時までとする。</u></p>
<p>（代表取締役および役付取締役） 第二二条 <u>取締役会は、その決議によって代表取締役を選定する。</u> 2 <u>取締役会は、その決議によって取締役会長、取締役社長各一名、取締役副社長、専務取締役、常務取締役各若干名を定めることができる。</u></p>	<p>（代表取締役および役付取締役） 第二〇条 <u>代表取締役は、取締役会の決議により選任する。</u> 2 <u>取締役会の決議により、取締役会長、取締役社長各一名、取締役副社長、専務取締役、常務取締役各若干名を定めることができる。</u></p>

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・</u> <u>剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（<u>取締役会の招集権者および議長</u>） <u>第二三条</u> （現行どおり） 2 （現行どおり）</p>	<p>（<u>取締役会の招集権者および議長</u>） <u>第二一条</u> 取締役会は、法令に別段の定めあ る場合を除き、取締役会長がこれを招集 し、議長となる。 2 取締役会長に欠員または事故がある ときは、取締役社長が、取締役社長に事故 があるときは、取締役会においてあらか じめ定めた順序に従い、他の取締役が取 締役会を招集し、議長となる。</p>
<p>（<u>取締役会の招集通知</u>） <u>第二四条</u> （現行どおり） 2 取締役および監査役的全員の同意があ るときは、招集の手続きを経ないで取締 役会を<u>開催</u>することができる。</p>	<p>（<u>取締役会の招集通知</u>） <u>第二二条</u> 取締役会の招集通知は、会日の三 日前までに各取締役および各監査役に対 して発する。ただし、緊急の必要がある ときは、この期間を短縮することができる。 2 取締役および監査役的全員の同意があ るときは、招集の手続きを経ないで取締 役会を<u>開く</u>ことができる。</p>
<p>（<u>取締役会の決議の省略</u>） <u>第二五条</u> 当社は、<u>会社法第三七〇条の要 件を充たしたときは、取締役会の決議があ ったものとみなす。</u></p>	<p>（<u>取締役会の決議方法</u>） <u>第二三条</u> 取締役会の決議は、取締役の過半 数が出席し、出席した取締役の過半数で 行う。</p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>取締役会の議事録</u>） <u>第二四条</u> 取締役会における議事の経過の要 領およびその結果については、これを議 事録に記載または記録し、出席した取締 役および監査役がこれに記名押印または 電子署名を行う。</p>
<p>（<u>取締役会規程</u>） <u>第二六条</u> （現行どおり）</p>	<p>（<u>取締役会規程</u>） <u>第二五条</u> 取締役会に関する事項は、法令ま たは本定款のほか、取締役会において定 める取締役会規程による。</p>
<p>（<u>報酬等</u>） <u>第二七条</u> 取締役の報酬、賞与その他の職務 執行の対価として当会社から受ける財産 上の利益（以下、「報酬等」という。）は、 株主総会の決議によって定める。</p>	<p>（<u>報酬</u>） <u>第二六条</u> 取締役の報酬は、株主総会の決議 により定める。</p>

定款モデル（ <u>監査役会・会計監査人設置会社・剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u> ）	現行定款モデル（ <u>単元株制度採用会社</u> ）
<p>（<u>取締役の責任免除</u>）</p> <p>第二八条 当社は、<u>会社法第四二六条第一項の規定により、<u>任務を怠ったことによる取締役（取締役であった者を含む。）の損害賠償責任を、法令の限度において、取締役会の決議によって免除することができる。</u></u></p> <p>2 当社は、<u>会社法第四二七条第一項の規定により、<u>社外取締役との間に、<u>任務を怠ったことによる損害賠償責任を限定する契約を締結することができる。</u></u></u>ただし、当該契約に基づく責任の限度額は、〇〇万円以上であらかじめ定めた金額または法令が規定する額のいずれか高い額とする。</p>	<p>（<u>取締役の責任免除</u>）</p> <p>第二七条 当社は、<u>商法第二六六条第一二項の規定により、<u>取締役会の決議をもって、<u>同条第一項第五号の行為に関する取締役（取締役であった者を含む。）の責任を法令の限度において免除することができる。</u></u></u></p> <p>2 当社は、<u>商法第二六六条第一九項の規定により、<u>社外取締役との間に、<u>同条第一項第五号の行為による賠償責任を限定する契約を締結することができる。</u></u></u>ただし、当該契約に基づく賠償責任の限度額は、〇〇万円以上であらかじめ定めた金額または法令が規定する額のいずれか高い額とする。</p>
第五章 監査役および監査役会	第五章 監査役および監査役会
<p>（<u>員数</u>）</p> <p>第二九条 （<u>現行どおり</u>）</p>	<p>（<u>員数</u>）</p> <p>第二八条 当社の監査役は、〇名以内とする。</p>
<p>（<u>選任方法</u>）</p> <p>第三〇条 （<u>現行どおり</u>）</p> <p>2 監査役の選任決議は、<u>議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数をもって行う。</u></p>	<p>（<u>選任方法</u>）</p> <p>第二九条 監査役は、<u>株主総会において選任する。</u></p> <p>2 監査役の選任決議は、<u>総株主の議決権の三分の一以上を有する株主が出席し、その議決権の過半数で行う。</u></p>
<p>（<u>任期</u>）</p> <p>第三一条 監査役の任期は、<u>選任後四年以内に終了する事業年度のうち最終のものに関する定時株主総会の終結の時までとする。</u></p> <p>2 <u>任期の満了前に退任した監査役の補欠として選任された監査役の任期は、退任した監査役の任期の満了する時までとする。</u></p>	<p>（<u>任期</u>）</p> <p>第三〇条 監査役の任期は、<u>就任後四年内の最終の決算期に関する定時株主総会の終結の時までとする。</u></p> <p>2 <u>補欠として選任された監査役の任期は、在任監査役の任期の満了すべき時までとする。</u></p>
<p>（<u>常勤の監査役</u>）</p> <p>第三二条 監査役会は、<u>その決議によって常勤の監査役を選定する。</u></p>	<p>（<u>常勤の監査役</u>）</p> <p>第三一条 監査役会は、<u>互選により常勤の監査役を定める。</u></p>

<p>定款モデル（<u>監査役会・会計監査人設置会社・</u> <u>剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u>）</p>	<p>現行定款モデル（<u>単元株制度採用会社</u>）</p>
<p>（<u>監査役会の招集通知</u>） 第三三条 （現行どおり） 2 監査役全員の同意があるときは、招集の<u>手続きを経ないで監査役会を開催することができる。</u></p>	<p>（<u>監査役会の招集通知</u>） 第三二条 監査役会の招集通知は、会日の三日前までに各監査役に対して発する。ただし、緊急の必要があるときは、この期間を短縮することができる。 2 監査役全員の同意があるときは、招集の<u>手続きを経ないで監査役会を開くことができる。</u></p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>監査役会の決議方法</u>） 第三三条 <u>監査役会の決議は、法令に別段の定めある場合を除き、監査役の過半数で行う。</u></p>
<p>（削除）</p>	<p>（<u>監査役会の議事録</u>） 第三四条 <u>監査役会における議事の経過の要領およびその結果については、これを議事録に記載または記録し、出席した監査役がこれに記名押印または電子署名を行う。</u></p>
<p>（<u>監査役会規程</u>） 第三四条 （現行どおり）</p>	<p>（<u>監査役会規程</u>） 第三五条 監査役会に関する事項は、法令または本定款のほか、<u>監査役会において定める監査役会規程による。</u></p>
<p>（<u>報酬等</u>） 第三五条 監査役の報酬等は、株主総会の決議によって定める。</p>	<p>（<u>報酬</u>） 第三六条 取締役の報酬は、株主総会の決議により定める。</p>
<p>（<u>監査役の実任免除</u>） 第三六条 当社は、<u>会社法第四二六条第一項の規定により、任務を怠ったことによる監査役（監査役であった者を含む。）の損害賠償責任を、法令の限度において、監査役会の決議によって免除することができる。</u> 2 当社は、<u>会社法第四二七条第一項の規定により、社外監査役との間に、任務を怠ったことによる損害賠償責任を限定する契約を締結することができる。ただし、当該契約に基づく責任の限度額は、〇〇万円以上であらかじめ定めた金額または法令が規定する額のいずれか高い額とする。</u></p>	<p>（<u>監査役の実任免除</u>） 第三七条 当社は、<u>商法第二八〇条第一項の規定により、取締役会の決議をもって、監査役（監査役であった者を含む。）の責任を法令の限度において免除することができる。</u> （新設）</p>

定款モデル（ <u>監査役会・会計監査人設置会社・ 剰余金配当等を取締役会で決定する会社</u> ）	現行定款モデル（ <u>単元株制度採用会社</u> ）
第六章 計算	第六章 計算
（ <u>事業年度</u> ） 第三七条 当社の事業年度は、毎年四月一日から翌年三月三十一日までの一年とする。	（ <u>営業年度および決算期</u> ） 第三八条 当社の営業年度は、毎年四月一日から翌年三月三十一日までの一年とし、毎年三月三十一日を決算期とする。
（ <u>剰余金の配当等の決定機関</u> ） 第三八条 当社は、剰余金の配当等会社法第四五九条第一項各号に定める事項については、法令に別段の定めのある場合を除き、株主総会の決議によらず取締役会の決議により定める。	（新設）
（ <u>剰余金の配当の基準日</u> ） 第三九条 当社の期末配当の基準日は、毎年三月三十一日とする。 2 当社の中間配当の基準日は、毎年九月三〇日とする。 3 前二項のほか、基準日を定めて剰余金の配当をすることができる。	（ <u>利益配当金</u> ） 第三九条 利益配当金は、毎年三月三十一日の最終の株主名簿に記載または記録された株主または登録質権者に支払う。 （新設）
（削除）	（ <u>中間配当</u> ） 第四〇条 当社は、取締役会の決議により、毎年九月三〇日の最終の株主名簿に記載または記録された株主または登録質権者に対し、中間配当を行うことができる。
（ <u>配当金の除斥期間</u> ） 第四〇条 配当財産が金銭である場合は、その支払開始の日から満三年を経過してもなお受領されないときは、当社はその支払義務を免れる。	（ <u>配当金の除斥期間</u> ） 第四一条 利益配当金および中間配当金は、支払開始の日から満三年を経過してもなお受領されないときは、当社はその支払義務を免れる。

論説

会社法下の株主総会における説明義務

東京大学客員助教授・弁護士
松井 秀樹

1 はじめに

本稿は、会社法（平成 17 年法律第 86 号）下の株主総会における取締役の説明義務の範囲を、実務的観点から考察することを目的とする¹⁾。本稿執筆の問題関心は、情報開示の充実という会社法の理念、昨今の株主総会における株主の状況、会社法及び法務省令の具体的規定等に照らしてみた場合に、旧商法下での株主総会における説明義務の範囲に関する議論が、会社法下でもそのまま通用するのか、それとも再考を要するのか、という点にある。

紙幅の関係もあるので、本稿においては、決議事項についての取締役の説明義務に焦点をあてることとし、これに必要な範囲において、報告事項についての説明義務についても言及する。また、公開会社を念頭において、監査役会設置会社の説明義務に焦点をあてることとし、これに必要な範囲で、委員会設置会社の説明義務

務についても言及する²⁾。

2 旧商法下での説明義務の趣旨・内容

検討を進める前提として、旧商法下での通説的見解を整理しておくが、概ね以下のように要約できるであろう。

「旧商法 237 条ノ 3 は、取締役・監査役の説明義務を定めているが、これは、株主に正当な質問をなす機会を保障し、株主の総会参与権の実質化をはかるための規定にすぎず、株主に特別の情報開示請求権を付与したものではない³⁾。このような立法趣旨からすれば、決議事項についての説明義務は、合理的な平均的株主が議案の賛否について合理的判断を行うために客観的に必要な範囲に限定される⁴⁾。」

ところで、株主総会における説明義務の違反は、決議の方法が法令に違反するものとして、

1) 説明義務の「範囲」は説明の間口の広さを、説明義務の「程度」は説明の奥行きを意味するものとして用いられる場合もあるが、奥行きも「範囲」に含めて論ずることもある。本稿で、説明の「範囲」という場合は、奥行きも含んだ意味である。

2) 上場会社の最近の株主総会では、IRやPRという観点から、説明義務の範囲を超えて会社が積極的に説明を行うことが多く、このような総会運営は望ましいことではあるが、会社の自主性に委ねられるべき事柄であって、法の介入するところではない。本稿は、あくまで、会社法の求める最低限の義務としての説明義務について論ずるものである。

3) 大阪高判平 2. 3. 30 判時 1360 号 154 頁（ヤマトマネキン決議取消請求事件）、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）』135 頁〔森本滋〕（有斐閣、1986）、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第 4 版）』（有斐閣、2005）315 頁等多数。

4) 大阪高判平 2. 2. 30・前掲注 3) 154 頁、福岡地判平 3. 5. 14 判時 1392 号 139 頁（九州電力決議取消請求事件）、仙台地判平 5. 3. 24 資料版商事法務 109 号 68 頁（東北電力決議取消請求事件）、松江地判平 6. 3. 30 資料版商事法務 134 号 112 頁（日本交通決議取消請求事件第一審）、広島高裁松江支部判平 8. 9. 27 資料版商事法務 155 号 50 頁（同事件第二審）。なお、「合理的な」という修飾語を付さずに、単に「平均的株主」という用語を使用する判例もあるが、同義と思われる。

決議取消原因となると解するのが通説・判例である。万が一決議取消となった場合の影響は甚大であるので、実務上は、法的安定性を確保するためにも、何が議案の賛否について合理的判断を行うために必要な情報なのか、より具体的な基準が探求されることになる。

この点、学説上は、早くから、参考書類に記載すべき事項（以下、「参考書類記載事項」という）が一応の基準となることが指摘されていた⁵⁾。

判例では、参考書類作成義務のない旧商法下の小会社の事例であるが、日本交通決議取消請求事件の第一審判決及び第二審判決⁶⁾が、「説明義務の範囲は、商法が一般的に開示を要求している事項を一応の基準と考えることができ、商法及び計算書類規則に基づき作成される貸借対照表、損益計算書、営業報告書及び附属明細書の記載事項や参考書類規則により大会社の招集通知に添付すべき参考書類の記載事項が一般的な開示事項に当たるものと解することができる。したがって、原則としては、右各書面に記載されるべき事項が説明義務の範囲を画するものと考えられ(る)」と述べ、決議事項については、参考書類記載事項が説明義務の範囲を画する一応の基準であることを明言した。これ以外にも、決議事項の説明義務の範囲に関して、参考書類記載事項に言及する判例が複数ある⁷⁾。

株主総会の実務に携わる弁護士の間でも、これらの学説・判例を受けて、参考書類記載事項が説明義務の一応の基準となるとの見解が共通

認識であったようである（ちなみに、筆者もそのような理解であった）⁸⁾。

参考書類記載事項は、株主総会に出席できない株主が議決権を行使する際の参考となるべき事項として法務省令で定められたものであり、参考書類をみれば、株主総会に出席しなくとも、議案の賛否について合理的判断を行い書面投票を行うことができることが参考書類制度の前提であることが、これら見解の根拠である。

もっとも、これら見解によっても、参考書類記載事項は、あくまで「一応の」基準にすぎず、質問の内容によっては、それに若干付加補足して説明すべきことになる（付加補足して説明すべき事項の範囲については、論者によってニュアンスの差があるが、本稿ではその紹介は割愛する）⁹⁾。

3 会社法下での説明義務の趣旨・内容

会社法においては、314条が取締役等の説明義務を規定し、説明拒絶事由については、同条及び会社法施行規則71条が規定している。説明拒絶事由の規定の表現は旧商法とは若干異なるものの、実質的な内容は旧商法下において明文または解釈により認められていた内容と概ね同様である。もともと、会社法制の現代化に関する要綱においても、株主総会での説明義務は改正項目として挙げられていないから、株主の総会参与権の実質化という説明義務の趣旨に変更はないと解される。

5) 河本一郎「〈講演録〉株主総会に関する諸問題」記録421号28頁（大阪株式事務懇談会，1984）、今井宏「〈講演録〉株主総会における説明義務について—これまでの質問事例にふれて—」月刊監査役185号6頁（1984）。

6) 松江地判平6.3.30・前掲注4)112頁、広島高裁松江支部判平8.9.27・前掲注4)50頁。

7) 大阪高判平2.2.30・前掲注3)155頁、札幌地判平5.2.22資料版商事法務109号62頁（北海道電力決議取消請求事件）、東京地判平16.5.13金判1198号30～32頁（東京スタイル決議取消請求事件）。

8) 東京弁護士会会社法部編『株主総会ガイドライン（改訂第4版）』（商事法務研究会，1998）194頁、小林公明『実戦株主総会（新訂第一版）』（とりのり書房，1998）164頁、中村直人『役員のためのやさしい“株主総会”運営法』（商事法務，2002）92頁、中島茂『株主総会の進め方』（日本経済新聞社，2003）149頁、柳田幸男＝野村晋右監修『IR型株主総会 理念と実務』（商事法務，2004）96頁、鳥飼重和『株主総会の議長・答弁役員に必要なノウハウ』（商事法務，2005）266頁、河村貢ほか『株主総会想定問答集（平成17年版）』（商事法務，2005）79頁。

9) 旧商法施行規則では、参考書類に記載すべき事項（商規13条～15条）のほかに、取締役会が株主の議決行使の参考となると認める事項を任意に記載することができることとされていたが（同12条3項）、任意的記載事項が参考書類に記載されていれば、当該事項についても説明義務が及ぶと解することになる。

もつとも、会社法においては、情報開示の充実が一つの理念となっている。すなわち、立法担当官は、会社法の現代化においては、会社の経営の機動性・柔軟性の向上を図るための制度の見直しを行っているが、単に自由度を向上させるということだけでは規制体系は合理的といえないので、会社をめぐる関係者の利害調整が適切に行われるよう、規律の強化を図る改正も必要であり、その一つとして、情報開示の充実の面からの改正を行った旨解説している¹⁰⁾。

法務省令についても、「会社法では、定款自治を拡大し、かつ、会社の行動に歪みを生じさせるおそれがある、当事者にとって合理性の乏しい事前規制その他の会社の行為規制を緩和するという措置を講じ、制度の利用・運用を会社その他の利害関係者の自主的な判断に委ねるといった基本的な考え方の下で、その規制体系が構築されている。そこで、会社法関係法務省令においては、情報開示によって当事者が判断をするに当たり必要な情報を入手できることが、そのような規制体系を支える基礎的な前提の一つであるという考え方に立ち、当事者にとって合理的な情報開示が行われるよう、各種の見直しを行っている。」と解説されている¹¹⁾。

会社法におけるこのような理念が、説明義務の趣旨を変容させるのではないかと、との疑問が湧かないではないが、情報開示の充実は、株主資本等変動計算書等の計算書類の種類拡大(435条2項)、連結計算書類の作成主体の拡大(444条1項)などの個別の規定をおくことで図られており、法務省令においても、事業報告、計算書類や参考書類等について、個別の規定を設けることにより、開示される情報の量と質を充実させている。

説明義務に関する前述の立法経緯や条文の規定ぶりにも照らすと、情報開示の充実という会

社法の理念は、そのために新設された個別の規定の範囲を超えて、旧商法下の説明義務の趣旨を変容させるものではないと考えられる。

とすれば、会社法下においても、旧商法下と同様、決議事項については、合理的な平均的株主が議案の賛否に合理的な判断をするのに客観的に必要な範囲で説明義務を負うものと解することができよう¹²⁾。しかし、さらに進んで、会社法下においても、「参考書類記載事項が一応の基準」と言ってよいかは、別途検討を要する。

もともと、旧商法下においても、株主総会に出席する者のなかには、参考書類に記載された事項につき、疑問を感じて総会の場でさらに説明を求めている者も含まれるはずであり、これを無視することは許されないことを理由に、参考書類記載事項を基準に説明すればよいとは必ずしもいえないとの見解もあった¹³⁾。確かに、参考書類への記載義務と株主総会での説明義務との関係は、論理的にはこの見解のとおりである。それでもなお、「参考書類記載事項が一応の基準」との見解が支持されてきたのは、前記2で述べた参考書類制度の趣旨もあるが、実務的な感覚として、旧商法下での参考書類記載事項は、旧商法下においては、合理的な平均的株主が議決権を行使するための情報として一応十分であるという共通の認識があったからではなかろうか。

これに対して、会社法の下では、以下に述べるように、思いつくままに挙げてみても、「参考書類記載事項が一応の基準」と考えてよいか慎重な検討を要すると思われる点が多い。

10) 相澤哲＝郡谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」商事法務 1737号 19頁(2005)

11) 相澤哲＝郡谷大輔「会社法施行規則の総論等」商事法務 1759号 7頁(2006)。

12) 会社法をもとに執筆された東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ』(判例タイムズ社, 2006) 428頁～431頁も、旧商法下と同様の理解を前提に記述している。

13) 前田庸『会社法入門(第10版)』(有斐閣, 2005) 333頁。

4 「提案理由」の参考書類への記載義務と説明義務

まず、旧商法と会社法との大きな違いとして、参考書類における議案の提案理由の取扱いを挙げることができる。

すなわち、旧商法下では、商法施行規則13条1項で個別に列記された議案以外の議案一般について、「提案の理由（その決議に際して株主総会において一定の事項の開示を要する議案の場合には、その開示すべき事項を含む。）」を参考書類に記載することが義務づけられていた（商規13条1項13号）。

これに対して、会社法施行規則では、個別に列記されていない議案一般について、「提案の理由」の記載を義務づけることを廃止した。その理由については、「提案の理由自体の情報価値がそれほど高いとは考えられないことから」と解説されている¹⁴⁾。この結果、会社法下では、たとえば、定款変更議案、資本金の額や準備金の額の減少議案、自己株式取得の議案、株式・新株予約権の有利発行議案等については議案の内容以外に、参考書類記載事項がなくなってしまった。

しかし、旧商法下では、決議事項についての取締役の説明義務は、議案の提案者であることに由来し¹⁵⁾、提案者が提案理由を説明する義務があるのは、会議体の一般原則から当然であるから、それを怠れば決議取消事由となると解されていた¹⁶⁾。会社法の下でも、この点は変わらないはずであり、提案理由について、参考書類への記載義務はなくなったとしても、株主総会での説明義務は否定できないと思われる。

剰余金の配当議案も同様である。旧商法下で

は利益処分案及び損失処理案については、「議案作成の方針」が参考書類記載事項であったが（商規13条1項4号）、会社法下では、剰余金の配当議案に関して、議案作成の方針は参考書類記載事項とされていない。

旧商法下では、利益処分案等の議案作成の方針は、提案理由に相当することからしても、説明義務が及ぶことに異論はなかったはずである。ちなみに、前掲の日本交通事件の第一審判決は、「株主は会社の実質的所有者であり、利益配当を受けることは株主が会社に投資する重要な目的の一つであるから、配当に関する事項について株主が重大な利害関係と関心を持つことは当然のことであり、配当性向に関する事項は利益処分案の承認決議に賛否の判断をするに必要な情報と考えられる。したがって、会社は配当政策に関して株主の質問に対し説明する義務があると解するべきである。」と判示する¹⁷⁾。

とすれば、会社法下でも、剰余金の配当議案の議案作成の方針（提案の理由）については、参考書類への記載は免除されたとしても、株主総会での説明義務は否定できないであろう。

このように考えてくると、会社法は、提案理由について、「必ずしもすべての議案について、株主の議決権行使に必要な情報とは限らない」と理解したうえで、参考書類への記載を免除しつつも、議決権行使に必要であれば、会社が参考書類に任意に記載したり（会規73条2項）¹⁸⁾、または株主総会において説明をすることにより、株主に必要な情報が提供され、議決権行使がなされることを期待しているといえよう。ここには、必ずしも、参考書類記載事項が説明義務の範囲の基準となる必要はないという発想があるように思われる¹⁹⁾。

14) 相澤＝郡谷・前掲注11)16頁。なお、郡谷大輔「〈講演録〉会社法施行規則等に関する解説」月刊監査役512号23頁(2006)では、「議案を出す理由は出す必要があるからであって、それ以上の理由もそれ以下の理由もなかったりする場合が非常に多いということで削っております。」と解説されている。

15) 森本滋「会社役員の説明義務の機能と限界」法学論叢116巻1～6号549頁(1985)。

16) 竹内昭夫『改正会社法解説(新版)』(有斐閣,1983)107頁。

17) 松江地判平成6.3.30・前掲注4)117頁。

18) 実務的な対応としては、従来どおり、参考書類に提案の理由等を任意に記載するものと思われる。

19) ちなみに、会計監査人選任議案での参考書類記載事項のうち、新設された「当該候補者が過去2年間に業務の停止の処分を受けた者である場合における当該処分に係る事項のうち、当該株式会社が株主総会参考書類に記載すること

5 社外役員に関する情報開示の強化と役員選任議案

旧商法下において、取締役選任議案に関し取締役候補者の適格性に関する質問がなされた場合は、「同規則（筆者注：旧商法施行規則）所定事項にふえんして、それらの者の業績、再任取締役候補者の従来の職務執行の状況など、平均的な株主が議決権行使の前提としての合理的な理解及び判断を行うために必要な事項を付加的に明らかにしなければならない」とする判例があり²⁰⁾、特に、取締役再任議案の場合には、これまでの職務執行状況について概括的に説明する義務を認める見解が有力であった²¹⁾。

旧商法下での取締役選任議案についての参考書類記載事項は、候補者の氏名、生年月日、略歴、所有株式数、他の会社の代表状況、特別の利害関係、就任承諾がない旨という形式的事項に限定されていたから（商規 13 条 1 項 1 号）、これらに見解のように、実績や職務執行の状況等についてまで説明義務があるというのであれば、すでに「参考書類記載事項が一応の基準」という考えが当てはまらない感もあった。

会社法では、社外取締役以外の取締役（以下、便宜上「社内取締役」という）の候補者の参考書類記載事項については、旧商法施行規則の規定を概ね踏襲しているものの、社外取締役候補者については、適格性（在任中の不祥事での対応、過去 5 年間の他社での不祥事での対応、経営関与経験と職務遂行能力。会規 74 条 4 項 3 号～5 号）や独立性（特定関係事業者等との関係、社外取締役等の在任年数、責任限定契約の内容。同 6 号～8 号）に関する多くの事項について、新たに参考書類への記載を義務づけ

ている。

これは、会社法においては社外取締役について特別な評価が与えられているにもかかわらず、業務執行者の監督機能を果たしうる知識・能力・経験等を有することは会社法において社外取締役の要件とされておらず、また、独立性の要件についても厳格な基準が設定されていないことによる。このような状況を踏まえ、社外取締役が、会社法の期待する機能を果たしうるか否かという評価をするに資する情報を株主に提供させ、そのような特別の開示を義務づけることを通じて、社外取締役に本来期待されている機能をより明確に引き出そうというのが、会社法施行規則の趣旨である²²⁾。同様の趣旨から、事業報告においても、社外取締役については社内取締役よりも法定の記載事項が拡充されている（会規 124 条）。

このように、社外取締役候補者について参考書類や事業報告の記載事項を拡充したのは、社外取締役の機能強化という政策的配慮や政治的要請によるという側面があり²³⁾、これらの情報が合理的な平均的株主の判断や理解に必要なからという理由のみではないように思われる。しかし、いずれにせよ、社外取締役の選任にあたって、その適格性・独立性に関する情報が豊富に株主に提供される法制の下では、社内取締役候補者についても、適格性に関する十分な情報を提供してもらったうえで判断したいと株主が考えることは、あながち不合理ともいえなくなってくる。

もっとも、社内取締役の役割は監督者たる社外取締役とは異なり、業務執行者であるから、社外取締役候補者と同じ情報が提供されるべきとは当然にはいえない。むしろ、合理的な平均

が適切であるものと判断した事項」（会規 77 条 6 号）について、立法担当官は、「過去 2 年間に受けた業務停止処分のうち、記載することが適切でないとして記載を省略したものについて株主から質問を受けた場合に、取締役等が説明義務を負うことは当然である。」と解説しており（相澤＝郡谷・前掲注 11）16 頁）、参考書類記載事項と説明義務の範囲が異なる事項であることを前提としている。

20) 東京地判平 16. 5. 13・前掲注 7) 30 頁。

21) 森本・前掲注 15) 561 頁、村中徹「役員の説明義務」家近正直編『現代裁判法大系⑩』（新日本法規、1999）136 頁。

22) 相澤哲＝郡谷大輔「事業報告（上）」商事法務 1762 号 9 頁（2006）。

23) 相澤哲ほか「（座談会）会社法関係法務省令案の論点と今後の対応」商事法務 1754 号 17 頁〔相澤発言〕（2006）。

的株主が、業務執行者としての適格性の判断に必要な情報は何か、会社法の下で改めて検討されるべきであろう。

この点、旧商法下で、実績や職務執行状況について説明義務を認める前述の見解も、個々の業務執行事項について取締役候補者の実績ないし意見を詳細に開示する必要はないとしていたが²⁴⁾、会社法下では、社外取締役について提供される情報とのバランス、報告事項についての説明義務が拡充されたこととの関係（後述）、取締役会の権限が強化された法制下での取締役選任議案の意義（後述）等に鑑み、職務執行の状況や実績等についてどの程度の情報が、取締役選任のために合理的な平均的株主にとって必要と考えるかが問題となる。社外取締役に関する参考書類記載事項が、そのまま社内取締役についての説明義務の基準になるわけではなからう。

なお、同様に、社外監査役候補者に関する参考書類や事業報告の記載事項が拡充されたことを受け（会規76条4項、124条）、そうでない監査役（以下、便宜上「社内監査役」という）の候補者についても説明義務の範囲の再考が課題となる。社内監査役と社外監査役の間には、業務執行者と監督者といった役割の違いはないから、社外監査役候補者の参考書類記載事項も参考とはなるだろうが、最終的には、会社法の下で、社内監査役候補者について、合理的な平均的株主が必要とする情報は何かを探求する作業が必要となる。

6 経営の選択肢の拡大と取締役選任議案

(1) 経営の選択肢の拡大と報告事項についての説明義務

規制緩和を理念とする会社法は、定款の定めにより剰余金の配当等を取締役会で決定できることとし、また、簡易組織再編の要件の緩和や略式組織再編の新設により、取締役会の決議のみで可能な組織再編の範囲を拡充した。さらに、取締役に対する賞与やストック・オプションも「報酬等」と整理されたため、結果的には、ひとたび株主総会で報酬等の枠について承認されれば、各事業年度の賞与の支給やストック・オプションの付与は取締役会決議で可能となる²⁵⁾など、結果的に、取締役会の権限が強化された事項もある。このほかにも、種類株式の多様化、臨時計算書類制度の新設、剰余金の配当の時期・回数制限の撤廃、現物配当の規定の整備等、経営の選択肢を大幅に拡大している。

報告事項についての説明義務は、委任事務処理の概括的報告をし、その受託責任ないし経営責任を明らかにするところに根拠があるから²⁶⁾、取締役会の権限強化や選択肢の拡大で、経営の自由度が向上すれば、受任者としての報告義務も重くなると考えられる（ビジネスにおいては、一般に「説明責任が強化される」といわれる）。

ちなみに、会社法下では、業務の適正を確保するための体制（会規118条2号）、当該事業年度に係る取締役・監査役ごとの報酬等の総額（同121条4号）、社外役員に関する事項（同124条）、定款授權で剰余金の配当を取締役会の権限とした場合の権限行使の方針（同126条10

24) 森本・前掲注 15) 561 頁。

25) スtock・オプションとしての募集新株予約権の発行が有利発行に該当するとすると、株主総会決議が必要となるが、新株予約権の無償発行であるからといって直ちに有利発行となるわけではないとの立法担当官の見解が明らかにされている（相澤哲ほか編『論点解説 新・会社法 千問の道標』（商事法務、2006）316 頁）。

26) 森本・前掲注 15) 552 頁。

号)、支配に関する基本方針(同127条)等、事業報告の記載事項を拡充するほか、株主に提供すべき計算書類として個別および連結の株主資本等変動計算書および注記表を新設している。このような意味でも、報告事項についての取締役の説明義務は拡充されたといえる。

(2) 取締役会の権限強化と 決議事項についての説明義務

さらに一歩進んで、もともと株主総会の権限であったものが法改正により取締役会の権限とされた場合、株主が取締役選任議案について賛否を合理的に判断するためには、取締役候補者の当該権限行使に関する方針・意見に関する情報が必要となり、その結果、取締役選任議案についての説明義務も拡充されると考えるべきなのであろうか。この点は、取締役会の権限とされた事項ごとに、個々に検討してみる必要があると思われる。

① 剰余金の配当

まず、剰余金の配当について考えてみると、旧商法下の委員会等設置会社において、取締役の任期を1年としたのは、利益配当を取締役会の権限としたことにより、株主が配当政策の当否について意見を述べる機会を確保するため、毎定時総会に全取締役の選任議案が審議されることにするためである²⁷⁾。このような立法趣旨からすれば、旧商法下の委員会等設置会社の取締役選任議案においては、配当政策について説明義務があったと考えられよう。現に、委員会等設置会社においては、定時総会において、「利益の処分又は損失の処理の理由その他当該定時総会における株主の議決権行使の参考になるべきものとして法務省令で定める事項を報告

しなければならない」としたうえで(商特21条の31)、これに該当する事項として利益の処分に関する中長期的な方針等を掲げていた(商規141条)。このように、利益の処分の方針は、条文上も「株主の議決権行使の参考になる」事項と位置づけられていたのであるが、この場合の議決権行使とは取締役選任議案での議決権行使を意味していた²⁸⁾。

会社法は、監査役会設置会社においても、取締役の任期を1年とすること等を条件に、定款をもって剰余金の配当を取締役会の権限とすることを認めたが、その趣旨は旧商法下の委員会等設置会社と同様である²⁹⁾。そうすると、会社法下においては、監査役会設置会社であっても、取締役会で剰余金の配当を決定する会社では、取締役選任議案において、配当政策に説明義務が及ぶと考えられよう。

もともと、会社法下では、剰余金の配当等を取締役会の権限とした会社においては、当該権限の行使に関する方針が事業報告の記載事項とされているものの(会規126条10号)、条文上は議決権行使の参考事項という位置づけとなっていないこと等を理由に、配当政策はあくまで報告事項にすぎず、報告事項としての説明義務を検討すべきとも考えられる。しかし、そうであるとしても、報告事項に関する情報について決議事項との関連でも説明義務が及ぶことはありうる。旧商法下でも、利益処分案の決議において報告事項である計算書類に関する説明義務が問題となった事件の判例の中には、報告事項に関する説明義務が尽くされず、その質問が利益処分案の合理的な判断のために必要な質問であった場合には、決議が瑕疵を帯びることを示唆するもの³⁰⁾や、報告事項である計算書類の質疑が終了した後であっても質問者が特に

27) 始関正光編著『Q&A 平成14年改正商法』(商事法務,2003)74頁。

28) 弥永真生『コンメンタール商法施行規則(改訂版)』(商事法務,2004)453頁。

29) 相澤哲編著『一問一答 新・会社法』(商事法務,2005)160頁は、取締役の任期を1年とすることを要件とした理由について、「取締役会による剰余金の配当方針が株主の意思に沿ったものではない場合に、適切に取締役を選任し、その意思を反映させるため」とする。

30) 東京地判平4.12.24判時1452号131頁(東京電力決議取消請求事件)。

利益処分案の審議との具体的関連性および必要性を明らかにしたうえで計算書類の内容について質問する場合は、利益処分案との関係でも説明義務を認めるもの³¹⁾もあった³²⁾。このような判例の考え方からすれば、配当政策は報告事項であると整理するとしても、なお、取締役選任議案との関連でも説明義務が及ぶと考える余地はあろう。

② 組織再編と取締役報酬

これに対して、組織再編の法制や監査役会設置会社の取締役の報酬等は、会社法上も取締役の任期と何ら連動しておらず、組織再編や報酬等の当否について、ことさら取締役選任議案で株主の信を問うことを法が予定しているとはいえない。株主には違法・不当な簡易組織再編や略式組織再編を阻止する権利（反対通知や差止請求）が別途与えられているし、また、監査役会設置会社では、取締役の報酬等の枠内での配分は取締役会の権限であるとしても、そもそも報酬等の枠の設定・改定は株主総会の権限として留保されたままである。したがって、取締役選任議案との関連でこれらの事項について、権限分配という観点から特別に、説明義務を認める必要もなさそうである。

③ 買収防衛策

買収防衛策についてはどうであろうか。会社法において、買収防衛策についての取締役会の権限がことさら強化されたわけではない（したがって、この問題は旧商法時代から存在する）。しかし、株主総会と取締役会の権限分配が、取締役選任議案の説明義務に影響を与えるか否かという観点から、ここであわせて検討しておく価値はある。

買収防衛策は、株主共同の利益に大きく関わる事項であるため、経済産業省・法務省が平成17年5月27日に公表した「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛

策に関する指針」では、その導入に際して株主の合理的な意思に依拠すべきであるとされている（株主意思の原則）。平成18年の6月総会でも、機関投資家を中心として、買収防衛策は株主総会の承認を得て導入すべきとの意見が少なくなかったため、多くの企業が工夫を凝らして株主意思の確認を試みた。その中には、取締役選任議案において各取締役が買収防衛策に賛成しているか否かを参考書類に付記したうえで取締役の選任を付議する事例や、買収防衛策の導入を機に取締役の任期を1年に変更した上、取締役の選解任を通じて株主が買収防衛策の廃止を行うことができる旨をプレスリリースに明記する事例も見受けられた。このように、会社自ら取締役の選解任に買収防衛策を関連づけている場合においては、取締役選任議案において、株主から質問がなされた場合は、当該買収防衛策についての候補者の意見を説明する必要がある。

また、株主総会決議を経て買収防衛策を導入する場合も、たとえば、取締役に就任後は買収防衛策の発動の当否を判断する独立委員会の委員となることが予定されている社外取締役候補者については、やはり当該候補者の意見が議案の賛否の判断に必要という場合もあろう。

④ 小括

会社法下での取締役会の権限強化が、取締役選任議案の説明義務にいかなる影響を与えるかを、権限分配に係る個々の制度等の趣旨・内容を踏まえて検討してきた。

この問題は、権限分配に係る個々の制度の趣旨からの検討にとどまらず、経営の選択肢の拡大された法制において受託責任や経営責任が強化されるとともに、取締役選任議案の重要性が高まったことをどのように考えるか、さらには、報告事項についての説明義務も拡充されたが、これと決議事項の説明義務との関係をどのよう

31) 大阪地判平成元・10.4資料版商事法務68号115頁（大ト一決議取消請求事件）。

32) 福岡地判平成3.5.14・前掲注4）（九州電力事件）が、報告事項に関する質問が利益処分案等の決議事項に実質的に関連するかについて十分な説明をしていないことを批判的に検討したものと、東京弁護士会会社法部「九州電力株主総会決議取消訴訟判決について」法律実務研究第8号59頁（東京弁護士会、1993）がある。

に考えるか³³⁾、といった視点も考慮にいれつつ、最終的には、合理的な平均的株主の賛否の判断に必要なか否かという観点から結論を導くことになろう。取締役選任議案の参考書類記載事項は、このような観点から説明義務を考えるうえでの拠所にはならない。

7 吸収型組織再編の契約の法定記載事項の簡素化と説明義務

旧商法下の吸収型組織再編では、①存続会社等が合併等に因り定款の変更をなすときの定款案、②合併等に際して存続会社等に就職すべき取締役・監査役、③当事会社が合併等の日までに行う利益配当等の限度額、④存続会社等の従前の取締役・監査役の任期に関する別段の定めが合併契約書等の法定記載事項とされていた(合併について、旧商法 409 条 1 号、7 号、8 号、414 条/3、株式交換について 353 条 2 項 1 号、7 号、361 条、吸収分割について、374 条/17 第 2 項 1 号、10 号、11 号、374 条/27)。

これに対し、会社法においては、組織再編行為に係る契約に定める事項について極力、組織再編行為自体の法的効果に直接関連するものに限定することとしたため、①～③は法定記載事項から除外され、また、対価の柔軟化を受けて、④も法定記載事項から除外された³⁴⁾。また、これらの情報は、消滅会社等で株主総会に付議される合併契約等の承認議案の参考書類記載事項ともされていない(会規 86 条 3 号、87 条 3 号、88 条 3 号、182 条～184 条)。

このため、これらの事項が任意的にも合併契約等に記載されないまま、消滅会社等の株主総会に合併契約等の承認議案が付議された場合、これらの事項の有無や内容についての質問に対して説明義務が及ぶのかという問題が新たに生

じることになった。

もともと、旧商法下において、①②④が合併契約等の法定記載事項とされたのは、平成 9 年の合併法制の改正からであるが、その趣旨は、合併後の会社の基本的な組織、機構、役員人事については、各当事会社の株主の総意を反映すべきという点にあった。また、③を法定記載事項としたのは、合併比率の基礎となる財産に大幅な変動が生じ、相手方の会社および株主にとって予想外の事態となることを避けるためであった³⁵⁾。

そうであるとすれば、会社法下においても、株式を対価とする従来型の合併等の場合は、消滅会社等の株主は効力発生日後も存続会社等に対して利害を持ち続けることになるので、これらの事項に関する情報が議案の賛否の判断に必要なようにも思える。それとも、会社法下では、合併契約等の法定記載事項について、合併等の後の会社の基本的な組織、機構、役員人事に消滅会社等の株主の総意を反映させる必要はないと割り切った以上、議案の賛否にあたっては、会社法下の合理的な平均的株主は、それらの情報を必要としないと考えるべきであろうか。

8 報酬開示の強化と役員退職慰労金支給議案

役員退職慰労金の支給議案については、会社の定める退職慰労金規程(多くは、「報酬月額×在任年数×一定の係数」+功労加算といった算式方式を支給基準として採用する)に基づいて支給することとし、具体的な金額・時期・方法については、取締役分は取締役会に、監査役分は監査役の協議に一任する旨の承認をうけるのが一般的である。

このような議案について、退職慰労金の金額

33) 旧商法下においても、報告事項に関する質問と役員選任議案との関係の有無は必ずしも明確ではなかったが、会社法下ではより不明確になるように思われる。実務的には、報告事項と決議事項を一括して審議する一括審議方式を採用することで、重複質疑や審議不十分を回避するのが合理的対応となろう。

34) 相澤哲=細川充「組織再編行為(上)」商事法務 1752 号 13 頁、15 頁(2005)。

35) 法務省民事局参事官室編『一問一答 平成 9 年改正商法』(商事法務研究会, 1998) 39 頁、46 頁～49 頁。

について質問がなされた場合の説明義務の範囲については、ブリヂストン、南都銀行、東京スタイルの各決議取消請求事件の地裁判決があり、これらの判決の見解は概ね共通している。すなわち、具体的な金額を説明するか、または、①確定された基準の存在、②基準の周知性（株主が閲覧可能なこと）、③基準の内容が支給額を一義的に算定しうるものであること等について説明する義務があるというものである³⁶⁾。

具体的な支給金額を説明しなくとも、基準について説明すれば足りるとする根拠は判決により異なるが、東京スタイル事件の判決は、旧商法施行規則13条4項において、支給基準の内容を参考書類に記載するか、本店に備え置いて株主の閲覧に供しなければならないとされていることを根拠としており、「参考書類記載事項が一応の基準」という説明義務に関する通説の立場を念頭においていると思われる³⁷⁾。いずれにせよ、質問がなされれば支給基準の内容まで説明しなければならないが³⁸⁾、支給する具体的な金額（個人別や総額）を説明する義務があるとは解されていなかった。

会社法下においても、役員退職慰労金の支給議案については、支給基準の内容を参考書類に記載するか、株主が知りうる適切な措置を講じなければならないとされており（会規82条2項）、支給基準を周知せしめる措置の範囲を広げたことを除けば、参考書類記載事項は、商法下と変わりはない。つまり、株主は、事前に支給基準を知ることができても、具体的な金額は（個人別も総額も）知ることができないのである。

しかし、旧商法と会社法とでは、取締役・監

査役の報酬等の事後開示の規制は異なる。すなわち、旧商法下では、当該営業年度に支給した取締役・監査役ごとの報酬等の総額を、責任減免の定款の定めがある会社は営業報告書に、定めがない会社は附属明細書に記載することを義務づけていた（商規103条1項10号、107条1項11号）。株主は附属明細書の閲覧や謄抄本の交付請求が可能であるが、間接開示には限界があり、そのような行動をする株主は稀で、実際は非開示に近い。

これに対し、会社法下では、責任減免の定款の定めの有無にかかわらず、公開会社では当該事業年度に係る取締役・監査役ごとの報酬等の総額を、さらに、社外役員を置いた会社では、当該事業年度に係る社外役員の報酬等の総額を、それぞれ事業報告に記載することを義務づけている（会規121条4号、124条6号）。つまり、会社法下では、株主は積極的に閲覧等の行動に出なくとも、招集通知に添付される事業報告により、取締役・監査役ごとの報酬等の総額を事後的に知りうるし、社外役員の報酬等の総額も事後的に知りうることになったのである³⁹⁾。

もちろん、論理的には、事後的に（すなわち支給後に）総額の直接開示が義務づけられたからといって、事前に（すなわち支給決議に際し）総額の説明が当然に義務づけられることにはならない。しかし、事後の総額の直接開示が義務づけられた会社法下の合理的な平均的株主は、「支給基準で一義的に決まるのであればお手盛りのおそれはないから賛成できる。具体的支給総額は、1年後に知ればよい。」と考えるのか⁴⁰⁾、それとも、「支給総額が事前にわからなければ、

36) 東京地判昭63.1.28判時1263号8頁(ブリヂストン決議取消請求事件)、奈良地判平12.3.29判タ1029号302頁(南都銀行決議取消請求事件)、東京地判平16.5.13・前掲注7)32頁(東京スタイル事件)。

37) ブリヂストン事件判決と南都銀行事件判決は、これと異なり、一任決議の有効要件との関係から、支給基準を定めて取締役会等に一任することがお手盛り防止の趣旨に反しないことを説明する義務があると考えているようである。

38) ブリヂストン事件判決に関する森本滋教授の評釈(判例時報1282号227頁(1988))、河本一郎教授の評釈(ジュリスト906号44頁(1988))、加美和照教授の評釈(金融商事判例794号47頁(1988))等。

39) 旧商法下の実務では、営業報告書や附属明細書においては、月額報酬と退職慰労金とは分けて記載していたから、この実務が会社法下でも踏襲されるとなると、退職慰労金支給議案を承認した翌年の定時総会の際には、取締役、監査役、社外役員それぞれごとの退職慰労金の総額が事業報告で開示されることになる。

40) 東京地方裁判所商事研究会・前掲注12)433頁は、ブリヂストン事件判決及び南都銀行事件判決等を引用し、「取

そもそも支給基準に基づいて一任するか否かの判断ができない。」と考えるのか⁴¹⁾、改めて検討してみる価値はある。

9 まとめ～会社法下の「合理的な平均的株主」とは～

前記3のとおり、会社法の下でも、決議事項の説明義務の範囲については、合理的な平均的株主が議案の賛否について合理的判断をなしかるか否かを基準に判断するという旧商法下の通説によるべきであろう。しかし、以上に述べたとおり、会社法の他の制度との関係や会社法施行規則の規定等を勘案した場合、参考書類記載事項が一応の基準という考えは必ずしも通用せず、個々の議案ごとの検討が必要となるように思われる。

そして、個々に検討するに際して、共通の問題として、会社法下における「合理的な平均的株主」とは何かが明らかにされなければならない。「平均的株主」の像が変われば、説明義務の範囲も変わるようになるからである。

旧商法の説明義務の規定を新設した昭和56年の商法改正以降、利益供与禁止規定を強化した平成9年の商法改正までの間は、総会屋以外の「物言わぬ」一般株主を「平均的株主」と観念すればよかったのかもしれない。しかし、平成9年の商法改正以降は、株主総会での一般株主の発言が年々増加傾向にあり、「物言う」一般株主は確実に増加している。このような株主の行動の変化は、「平均的株主」の像の修正を迫り、説明義務の解釈に影響を及ぼすのであ

ろうか。

この点、前掲の日本交通事件の高裁判決は、「本来、平均的株主とは、実在する株主の平均を意味する概念ではなく、取締役が実際にした当該説明が、客観的に商法所定の説明義務の履行に当たるか否かを判断する基準としての概念である（もし、右平均的株主なるものがその実在性を意味するものであるとすれば、説明義務の履行の有無の客観的な判断が不可能となる。）」と判示している⁴²⁾。この判決がいうように、「平均的株主」の概念が実在する平均的株主を意味するものでないとしたら、実際の株主の行動の変化によって、論理必然的に「平均的株主」の像が修正を迫られるものではなからう。

しかしながら、一般に、規範的・評価的な概念の解釈は、社会通念や価値判断の変化に伴い修正されうるものである以上、当該株主総会に出席している平均的株主とか当該会社の平均的株主という意味での実在性とは関係ないとしても、その時代時代における株主総会での一般的な株主の行動の変化に応じて、「平均的株主」の像が修正されることが、ありえないことでもないように思われる⁴³⁾。

会社法の想定する「合理的な平均的株主」の像の検討は、説明義務の議論にとどまらず、会社法下での株主総会のあるべき姿を考えるうえでも、避けて通れない問題ではなからうか。

(まつい・ひでき)

取締役は、金額を明示して説明するか、明示しないときに株主から求められた場合には会社の支給基準について説明することが必要であるといえる。」としている。

41) 旧商法下でも、支給総額の上限を説明すべきとする見解（龍田節ほか「〈座談会〉ブリヂストン事件判決の実務的検討（上）」商事法務1138号12頁〔稲葉発言〕（1988））や、支給基準について一応説明したにもかかわらず決議が取消された南都銀行事件判決の評釈において「ブリヂストン判決の枠組みは、もはや役割を了えているのではないだろうか。」と指摘するもの（福島洋尚「役員退職慰労金贈呈決議と取締役の説明義務」金融商事判例1108号66頁（2001））があった。

42) 広島高裁松江支部判・前掲注4)50頁。

43) 上場会社の総会での株主の行動は変わってきているが、非上場会社ではこのような変化はない。株主総会の説明義務を議論する際の「合理的な平均的株主」はどのような会社の株主を念頭において議論されるべきなのか、公開会社とそうでない会社とで分けて考えるべきなのか等、検討すべき派生的な問題は多い。

論説

マネジメント・バイアウト (MBO) に 関するルール設計のあり方

東京大学助教授・弁護士
三笥 裕

I はじめに

「MBO (マネジメント・バイアウト)」は、もはや一部の M&A 専門家の間だけで通用する専門用語ではなくなりつつある。アパレルメーカーのワールドや飲料メーカーのポッカコーポレーションなどの著名な上場企業が MBO によって非上場化を果たし、「MBO」という用語とともに新聞など一般メディアにおいても大きく取り上げられている。また、実務的な関心の高い敵対的買収との関係では、いわゆる究極の買収防衛策として MBO が語られることも少なくないし、敵対的買収が開始された後、対抗措置として MBO が試みられる事例¹⁾も出てきている。さらに、投資ファンドが、上場会社の株式を一定程度取得した後に、当該上場会社経営陣に対して MBO の提案を行うこともあるようである²⁾。

MBO では、取締役の利益相反、複雑な資金調達、上場廃止、少数株主の締め出し (スクイーズアウト)、インサイダー取引規制、経営陣と投資ファンドとの利害調整などに関して、会社法、証券取引法 (金融商品取引法)、民法などに関連する様々な興味深い問題が発生する。他

方、日本では従来あまり実例がなかったこともあり、MBO に関するルール作りは緒についたばかりである。そこで、本稿では、まず MBO に関するルール作りの現状をふまえた上で、特に取締役の利益相反の問題に着目して今後のルール設計のあり方につき検討することとした。

II MBO の意義・効用・弊害

1 MBO の意義

MBO とは、一般に、経営陣が自らの経営する企業を買い取る企業買収のことをいう。法律で明確に規定された用語ではないため、文脈や論者によってその外延には差があるようである。

一口に MBO と言っても、親会社からの独立をはかるタイプ (対象会社は通常非上場会社であり、いわゆる暖簾分けはこの形である。) と上場会社の非上場化をはかるものとは、実務上問題となる点はかなり異なるし、また、事業譲渡を用いて行うものと株式の取得を用いて行うものとも、多くの点で異なる。紙幅の制約

1) 平成 15 年から 16 年にかけて行われた投資ファンドのスティール・パートナーズ・ジャパンによるソトーに対する敵対的公開買付けに対抗して、大和証券グループのベンチャーキャピタルである NIF は、ソトー経営陣と組んで公開買付けを行った。この対抗的公開買付けは、MBO の一種といえる。なお、このソトーの件では、スティール・パートナーズ・ジャパンと NIF のいずれの公開買付けも事実上失敗に終わっている。

2) 例えば、M&A コンサルティング (いわゆる村上ファンド) は、松坂屋の株式を取得した後に MBO や EBO (エンブロイヤー・バイアウト) を含む提案をしたことを、平成 18 年 2 月 2 日付けで、同社のウェブサイト上で公表している。

もあるので、本稿では、特に断りのない限り、上場会社を公開買付けを経て非上場化するタイプのものを念頭に置いて議論することとする。

また、上場会社を公開買付けを経て非上場化するタイプの MBO では、経営陣がその企業を買い取るだけの自己資金をもっていることはまれであるので、自己資金と外部からの借入れとを組み合わせ、LBO（レバレッジド・バイアウト）の手法で買収することが多い。本稿でも、原則として LBO の手法による MBO を念頭に置いて議論することとする。

2 MBO の効用

上場会社が MBO を行って非上場化することには、MBO に関わる当事者それぞれにとって一定のメリットがある。

まず、経営陣から見ると、短期的な業績に左右されることなく、中長期的な視点に基づいて迅速かつ機動的な経営を行うことができる、敵対的買収のリスクを回避することができるなどのメリットがある。

また、会社から見ると、株主総会開催や有価証券報告書作成などの上場会社としての運営コストを削減することができる、上場会社として要求される情報開示により、経営上の重要な情報が公開されてしまうことを避けることができるなどのメリットがある。そもそも会社が上場を目指すのは、資金調達の便宜、社会的信用力の獲得、株主の投下資本の回収などの目的があるからであるが、会社の業績、成長過程、資金調達の必要性、社会的信用力確立の程度などを勘案すると、あえて上場を維持する必要のない上場会社も現実問題として一定数存在する。最近、非上場会社に投資するプライベート・エクイティ・ファンドも増えていること、非上場会社であっても業績次第で資産流動化・証券化取引も含め、さまざまな資金調達の手法が利用できるようになっていることなどを考慮する

と、資金調達の便宜との関係では、上場会社であることの相対的優位性は、かつてに比べればかなり薄れている。

さらに投資家・市場から見ると、もはや株式市場から集めた資金を効率的に活用することのできない上場会社に漫然と上場を維持されるよりは、MBO によって株式市場にその資金を返還してもらい、新たな投資先に振り向けられるようにしてもらった方がよい³⁾。

かつてのように株式市場で上場することが会社の成長過程におけるゴールであると考えるのであれば別であるが、少なくとも現在ではこのような一方通行的な考え方は取りえないであろう。むしろ、各会社は、資金需要などの情勢に応じ、上場会社と非上場会社との間を行ったり来たりすると考える方が実態に合っている。近年、投資資金の国際化を背景に、株式市場を投資者にとって魅力的なものにするための工夫・努力に多大な精力が費やされている。同様に、良質な上場企業を株式市場につなぎとめるために株式市場を上場会社にとって魅力的なものにするための工夫・努力も必要であるが、日本においては、従前より東京証券取引所が圧倒的なシェアを維持しているため、米国などと異なり証券取引所間での競争原理は必ずしも十分に機能しておらず、昨今の黄金株など敵対的買収防衛策を巡る証券取引所の錯綜した対応ぶりを見ると、この方向での工夫・努力が十分であったとは言いがたい。上場会社の非上場化の動きには、証券取引所間での競争原理が十分に働いていないことを補完する機能が一定程度期待できる。

3 MBO の弊害

上場会社が MBO を行って非上場化することについての弊害としては、非上場化後に会社の情報開示が後退することや、株式市場から有望な投資先が無くなってしまふことなどが指摘されている。しかし、非上場会社は、一般投資

3) この面では、投資ファンドなどが余剰資金を多く抱える上場会社に高額の配当を迫るのと、基本的な発想は共通している。

家からの資金調達を予定しない以上、一般投資家に対する情報開示の重要性が減少するのは当然であるし、株式市場から有望な投資先が無くなってしまふことについても、前述の証券取引所間での競争原理が十分に働いていないことを補完するという効用を考えれば、受忍すべきコストであると言うべきであろう。

しかし、上場会社が MBO を行って非上場化する過程では、前述の通り、経営陣の利益相反などの問題が生じるので、かかる問題を解消・軽減するために一定のルールが必要になる。

4 擬似 MBO と真性 MBO

前述のとおり、MBO は、一般に、経営陣が自らの経営する企業を買い取る企業買収のことをいうとされる。しかしながら、これまで日本において行われた「MBO」が全て一般的な意味での MBO といえるかどうかについては、疑問が残る。経営陣が買収に際して提供する自己資金の額が小さいケースでは、投資ファンドが提供する資金の比率が大きくなるので買収後の経営判断に対する投資ファンドの権限は強くなり、実質的には経営陣が「雇われ経営者」として残る、投資ファンドによる上場会社の買収とも言った方が実態を反映している場合も少なくない。このような MBO を「擬似 MBO」と呼び、一般的な意味での MBO（以下「真性 MBO」という。）と区別した方が実態に即した議論ができるものと思われる⁴⁾。もちろん、両者の区別は相対的であり、典型的な真性 MBO や典型的な擬似 MBO もある一方で、真性 MBO に近い中間形態や擬似 MBO に近い中間形態もあり、実際にはそのような中間形態の方が一般的であろう⁵⁾。

日本の上場会社の経営陣の一般的な報酬水準

を考えると、創業者一族などによる場合を除くと、真性 MBO が行われることはむしろ少数ではないかと推察される。他方、投資ファンドが上場会社を買収するにあたっては、擬似 MBO の形を取ることが少なくない。というのは、投資ファンドが会社を買収したとしても、引き続き経営にあたる人材が必要であるところ、一定程度の実績がある現経営陣に少なくとも当面経営にあたってもらうことは、混乱が起りがちな買収時におけるリスク軽減に大いに役立つからであり、また、MBO の形を取ることにより、現経営陣の積極的な協力が期待できるので、買収前に十分な Due Diligence Review（買収監査）を行う機会を得て、やはりリスクの軽減をはかることができるからでもある。さらに、投資ファンドによる買収という説明よりも MBO と説明した方が経営方針の継続性があるかのように見え、従業員や取引先などに対しても説明がしやすいという実務的な考慮も働いているものと思われる。敵対的買収も辞さないとする投資ファンドが、敵対的買収の前段階として、しばしば当該上場会社経営陣に対して MBO の提案を行う理由の一端はここにあると言える。

III MBO に関するルール設計

1 ルール作りの現状

日本においては、MBO についてまだ明確な買収ルールは確立されているとは言えない。これは前述のとおり、日本では従来あまり実例がなかったせいもあるだろうし、後述の経営陣の利益相反の問題についてあまり焦点が当てられてこなかったせいもあるだろう。しかしながら、近年徐々に MBO の実例が出てきていることに加え、一昨年頃からの敵対的買収防衛を巡

4) 経営陣による自己資金の提供がまったくなければ、MBO の定義を満たし得ないが、実際には、買収後の経営陣の動機付けとして自己資金による投資やストックオプションの付与（役員報酬の一部を投資していると整理できる。）が行われることが少なくない。

5) ここでは、一般に MBO と呼ばれる取引の中でもいろいろ利害状況が異なることを示した上で、両端のケースを想定して問題の生じ方が異なることを示し、実際の MBO 取引への対応のあり方を検討しようとしている。真性 MBO と擬似 MBO の境目が不明瞭だからといってこのような二分論は意味がないということにはならないことに留意されたい。

る議論において経営陣の利益相反性の問題が注目され、その余波で敵対的買収防衛の対極にあるMBOではどうなのかという点にも焦点が当てられるようになったこともあって、ルール作りの動きが現れている。

平成17年12月には金融庁の金融審議会金融分科会第一部会公開買付制度等ワーキンググループ（以下「TOBワーキンググループ」という。）が、また平成17年12月及び平成18年3月には経済産業省の企業価値研究会（以下「企業価値研究会」という。）が、それぞれのMBOに関するルールについて見解を公表している。

まず、TOBワーキンググループは、「公開買付制度等のあり方について」と題する報告書（以下「TOBワーキンググループ報告書」という。）における公開買付者による情報の開示の項の中で、「MBO（経営陣による株式買取り）や親会社による子会社株式の買取りについては、経営陣等が買付者となり、株主との関係において経営陣等の利益相反が問題となることがあり得ることから、例えば公開買付価格の妥当性や利益相反を回避するためにとられている方策等について、よりきめ細やかな開示が求められる。さらに、非公開化取引については、手残り株を抱えた零細な株主に対して株主保護上の問題が生じ得ることから、例えば上場廃止とする意思の有無等について詳細な開示を求めることが適当である。」との見解を公表している⁶⁾。

次に、企業価値研究会は、「企業価値報告書2006～企業社会における公正なルールの定着に向けて～」（以下「新企業価値報告書」という。）における買収者及び対象会社とのバランスの確保に関する具体的提言の項の中で、「MBO（Management Buy-Out）や親会社が影響力の強い子会社株を買い増しする場合など、買収者が対象会社に対して実質上の強い影響力を有する場合、対象会社の経営者にとっては、通常の企業買収と比べて、利益相反となる可能性

が高い。これらのうち、対象会社の経営陣自身が買収者と同一視できる場合には、情報の非対称性が大きく、利益相反の問題が存することに加えて、買付価格の妥当性等について株主・投資家がインフォームド・ジャッジメントを行うことが難しいという特徴がある。そのため、論点公開では、このような場合については、買付価格の妥当性等について株主・投資家が適切な判断を下せるよう、それに関する情報提供の充実や専門家による評価を得る、第三者によるチェックなど判断プロセスの客観性の確保を行う、他の買収者による買収提案の可能性を確保するため一定の買付期間を確保するなどの工夫を講ずるべきであるとしている。また、論点公開では、MBOなどにより上場廃止となる場合については、それにより株主が著しく不利益を被ることを避ける観点から、上場廃止となる旨を明示し、また、全部買付を行うなど、強圧的な効果が生じないように配慮することが望ましいとしている。」との見解を公表している。

TOBワーキンググループ報告書では、実体的な規制まで踏み込まずに、開示規制への言及にとどまっているのに対して、新企業価値報告書では、実体的な工夫についての提言まで踏み込んでいる点で異なるが、基本的な問題意識は共通していると言える。

2 経営陣の利益相反性

TOBワーキンググループ報告書でも新企業価値報告書でも、敵対的買収と並べる形でMBOの問題が論じられている。経営陣が反対する場合（敵対的買収）でも、賛成する場合（MBO）でも、経営陣の利益相反性が問題となる点は興味深い。

真性MBOでは、経営陣は主たる買い手となるわけであるから、売り手である株主との間で利益相反があるのは明らかである。

6) TOBワーキンググループ報告書を受けた証券取引法（金融商品取引法）の改正が、平成18年6月7日に成立した。ただし、MBOについての改正内容は、政省令に委ねられている部分に関連しているため、本稿執筆段階ではどこまで踏み込んで改正されるのか明らかではない。

他方、擬似 MBO でも、真性 MBO ほどではないにせよ、両報告書が指摘するように、やはり経営陣の利益相反性が問題となろう。ただし、真性 MBO と比べると、経済的な利害が薄い分、擬似 MBO の方が利益相反性は低い。この擬似 MBO における利益相反性は、敵対的買収防衛の場合に経営陣が抱える利益相反性に近い。というのは、敵対的買収では、経営陣が自己保身のために反対するのではないかという点がまさに問題視されているが、この状況は擬似 MBO と共通するからである。

以上より、株主・投資者の権利保護の観点からは、真性 MBO と擬似 MBO とを峻別した上で、擬似 MBO においては敵対的買収防衛と同程度の利益相反性解消・軽減措置が、真性 MBO においては敵対的買収防衛よりも踏み込んだ利益相反性解消・軽減措置が、それぞれとられるべきであるということになる。

3 利益相反性解消・軽減措置

経営陣が、自社株の市場価格があるべき株価よりも低いと考えていなければ、そもそも真性 MBO を行うことはない。また、経営陣は買い手としての自己の利益を最大化するために、法律上あるいは社会通念上許される限度で極力安い価格で買収しようとするはずである。

前述のとおり、TOB ワーキンググループ報告書では、経営陣の利益相反の問題を解消・軽減するために、公開買付価格の妥当性や利益相反を回避するためにとられている方策などについて、よりきめ細やかな開示が求められるとし

ている。

情報開示が、投資者がインフォームド・ジャッジメントを行うについて有用であることは疑う余地はない。しかし、潜在的なものも含めた企業価値を完全に反映した価格が妥当な公開買付価格であるとする、そもそも経営陣がかかる価格で真性 MBO を行いたいと思うかどうかは疑問である⁷⁾。また、公開買付価格の妥当性について専門家による評価を得たとしても、収益見込みなどの前提条件の置き方次第で評価が相当程度変わることは、実務上良く知られたことであり、専門家による評価は、一般のイメージほど客観的なものではない。さらに、買付価格の妥当性について情報開示を行わせるという方策は、どの程度利益が見込めるかを経営陣に「自白」させる仕組みであるといえるが、この情報は経営陣から見れば最も開示したくないものであり、したがって、制度の構造上無理があり、自発的な履行が期待できない⁸⁾。加えて、経営陣がどの程度利益が見込めるかについて虚偽の開示をしたとしても、「見込み」の問題である以上、それが開示の時点で虚偽であったことを経営陣以外の者が立証することは非常に困難である。結局、開示の充実や専門家による評価を通じて利益相反の問題を解消・軽減することには限度があるものと思われる。

また、前述のとおり、新企業価値報告書では、第三者によるチェックなど判断プロセスの客観性の確保を行うという案も提示されている。

しかし、例えば、社外取締役などによるチェックを想定した場合、会社の実情に必ずしも精通していない社外取締役などに何がどこまででき

7) 誤解を恐れず、説明の便宜のため非常に単純化すると、潜在的なものも含めた企業価値を反映したあるべき株価が 1 株 1 万円の会社の株式を、1 株 1 万円で買い取るのでは、買収者としては買収のメリットはない。買収者としては、たとえば 1 株 8 0 0 0 円で買って利益を上げたいと考えるのが自然である。なお、外部からはわかりにくい潜在的な企業価値は考慮に入れないということになると、本来 1 株 1 万円の株価が達成できるはずなのに、非効率な経営を行っているため 1 株 6 0 0 0 円の株価しか達成できていないような会社ほど真性 MBO を行って経営陣が利得を得やすいということになり、不合理な結果となる。

8) 法律制度作成でも契約交渉でも同様であるが、関係者による自発的な履行が期待できるように作りこむことが、その後の運用コスト（法律違反行為の摘発コストや訴訟・強制執行の救済コストなど）削減に役立つことは論をまたない。性質上このような作りこみが困難な場合もあるが、可能な場合についてはこのような観点からの検討も重要であろう。経験則上、良くできた契約がある場合には紛争が生じにくい、あるいは生じたとしても訴訟にまで至ることが少ないのは、このような理由にもよるのであろう。

るのか、まさに MBO の当事者となる経営陣によって推薦されて就任した社外取締役などに、推薦者の利益に反する行為をすることをどの程度期待できるのか、社外取締役などがチェックするとしても、結局投資銀行や法律事務所など外部の専門家からの助言を求めそれに従うことになり、二度手間にならないかなど疑念は尽きない。もちろん、いずれも無いよりはましであるが、これがあれば十分というほどのものではないかろう。

これらの方策・工夫は、情報開示、専門家・第三者の中立性・信頼性に「盲目的な」信頼を置くものであって、建前論としてはともかく実質論として、明白に問題のある案件のあぶり出しを超えて、どの程度効果があるのかは慎重に検証がなされるべきである。

他方、新企業価値報告書が提案する、他の買収者による買収提案の可能性を確保するため一定の買付期間を確保するという工夫は、他の方策・工夫とは一線を画していると思われる。特に真性 MBO の場合は、買収対象企業について最も精通した経営陣自身が、この値段であれば買収しても十分利益が見込めると考えていることを対外的に表明しているようなものである。新企業価値報告書が提案するように、他の買収者による買収提案の可能性を確保するために一定の買付期間を確保すれば、他の買収者は経営陣の提示した買付価格を参考に、合理化、シナジーの創出、利幅の削減などの工夫をすることにより、より高い買付価格を提示できる可能性があるし、翻って経営陣が予めその可能性を加味してそれなりの買付価格の提示を行うことにもつながろう。この場合、他の買収者にも一定の買収監査 (Due Diligence Review) の機会を与えることも検討に値すると思われる。買収監査なくしては、踏み込んだ形で買収提案を行うことが難しいからである。

このように、他の買収者による買収提案の可能性を確保するため一定の買付期間を確保するという工夫については、前述のような「自白」強要の構造的な問題はなく、また、専門家・第三者の中立性・信頼性への「盲目的な」信頼の

問題もなく、いわゆる競争原理を通じて、比較的形式的、客観的に適用できるので、利益相反性が強い場合のその解消・軽減措置の設計としては、優れているといえる。

IV まとめ

資金調達の便宜や社会的信用力など上場していることのメリットと、上場を維持するための手間・費用や柔軟な経営判断・資本政策への制約などのデメリットを比較し、MBO による非上場化を目指す上場会社も今後は増えるものと思われる。会社の業態や成長過程に応じて、上場会社であることが望ましい場合もあれば、非上場会社であることが望ましい場合もあるし、MBO によって、資本と負債を大きく組み替えることが望ましいこともあるであろう。さらに、日本においては、MBO による非上場化の可能性が、十分とは言えない証券取引所間の競争を補完する機能を果たすことも期待できる。MBO にはこのようなメリット・存在意義がある一方で、取締役 (経営陣) の利益相反性の問題があり、一定のルール作りが必要であることについても異論はなかろう。

問題はそのルールの内容である。ルールは単純かつ明確であることが望ましく、また、ルールが敵対的買収防衛などの隣接事案との関係でバランスが取れていることも必要である。さらに、MBO の要となる経営陣に無理を強いるような制度設計は、極力避けるべきである。真剣にルールを守ろうとする真摯な経営陣に対しては過剰な抑制効果が生じることになりかねない一方で、不誠実な経営陣の違反行為を摘発するのは困難だからである。

どのようなルール設定が適当なのかは、引き続き検討の必要があろうが、本稿で議論したように、MBO というレッテルに惑わされずに、真性 MBO と擬似 MBO のように実態に応じ峻別すべきものは峻別して検討することが重要であると言えよう。

(みとま・ひろし)

論説

訴訟告知により発生する参加的効力について

2005年4月入学

内海 博俊

I. 課題の設定

民事訴訟法 53 条 1 項により、民事訴訟の当事者は、参加することのできる第三者に対し訴訟告知をすることができる。そして、告知を受けた参加者が参加しなかった場合でも、53 条 4 項により被告者は参加することができた時に参加したものとみなされ、46 条の参加的効力を受けるとされている。しかし、この被告者に対する参加的効力が、具体的にいかなる範囲に及ぶのかについては、議論が定まっていない。もっとも、この訴訟告知の効力をめぐる議論は多面的であることから、本稿では、いかなる範囲の訴訟外の第三者が、被告者として判決に拘束される危険を負担しているのか、言い換えれば、告知書を受け取った場合に、参加をすかどうかの検討・判断をはじめとする対応をしなければならないのは誰か、という問題に限定して議論することとしたい。具体的には、この問題につき検討を加えるいわば準備作業として、従来の議論を整理し (II)、そこで訴訟告知によって発生する参加的効力の範囲がいかに画されると考えられてきたのかにつき検討する (III)。そして、残る問題点を明らかにした上で、同一の機能を果たしうる併合訴訟との比較という観点を導入する (IV) ことによって解決の指針を得ることを目標とする。

II. 従前の議論

1 沿革

まず、制度の沿革を確認しておく。訴訟告知制度は、出発点たるローマ法においては、追奪担保責任の発生に関するものであった。訴訟告知は、第三者から売買目的物の所有権を主張され、追奪訴訟を提起された買主が、売主に追奪担保責任を発生させる要件であった¹⁾のである。それがドイツにおいて、追奪以外の求償の場面に拡大されていった。これに伴い、制度自体も、告知が責任追及の要件ではなく、被告者が前訴の結果を後訴で争うことができないという訴訟上の効果をもたらすに過ぎないものとなり、さらに、被告者の参加形態がいわゆる従属性を伴う従参加 (補助参加) とされるなど変化していったのである。結果、この制度の意義は、告知が行われる前訴と告知者・被告者間で争われる後訴において裁判所が矛盾した判断をすることにより告知者が二重に敗訴する危険を回避すること、に整理されていった²⁾。

このような状況の下で、日本の民事訴訟法の直接の母法となったドイツ民事訴訟法 (CPO) が立法された。その成立過程においては、実は、この二重敗訴の危険を回避する制度として、訴訟告知のほかに、告知者のイニシアティブで前

1) 佐野裕志「訴訟告知制度 (一)」民商法雑誌 87 卷 1 号 34 頁 (1982)。

2) 佐野・前掲注 1)39 頁以下、同「訴訟告知制度 (二・完)」民商法雑誌 87 卷 2 号 16 頁以下 (1982)。

訴と告知者・被告者間の求償訴訟を併合する制度の導入も提案され検討されていた。しかし、いくつかの理由³⁾により、このような併合制度は採用されず、訴訟告知制度だけが残されることとなったのである。その結果CPOは、「訴訟が自己に不利益な結果になるとときには第三者に対し担保または賠償の請求をなしうると信じ、または第三者からの請求をおそれる(70条)」場合に当事者は訴訟告知ができるとし、71条で参加の有無を問わず従参加人と同様の判決の効力が被告者に及ぶと規定したのである⁴⁾。

そして日本法は、旧旧民事訴訟法(明治23年)において、訴訟告知の要件につきCPOの規定をほぼそのまま継受⁵⁾し、「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ受ク可キコトヲ恐ルル場合(59条1項)」に訴訟告知をなしうると規定した。一方、被告者への判決の効力を定める71条に相当する規定は置かなれなかったため、この旧旧民事訴訟法の下では、参加しなかった被告者に参加的効力が及ぶかについて見解が分かれることとなった⁶⁾。しかし、その後の大正15年改正において、被告者に参加的効力が及ぶことを明らかにする規定が置かれ(78条)⁷⁾、この点については決着を見ることとなったのである。それとともに、訴訟告知の相手方についての規定も、「参

加ヲ為スコトヲ得ル第三者(76条)」と改正され、その範囲が拡張されている⁸⁾。日本法の訴訟告知に関する規定はこうして誕生し、現在でも現行民事訴訟法53条1項および4項として維持されているのである。

2 伝統的通説

こうした沿革を考えれば、少なくとも補助参加ができる第三者に対し訴訟告知がなされた場合、その第三者(被告者)は、大正15年改正後の78条の適用を受け、判決の参加的効力を受けるということになる、というのが率直な理解であるように思われる。現に兼子博士は、被告者に補助参加人となる利害関係、すなわち補助参加の利益があれば⁹⁾「告知者と被告者間で、告知に包含された利害関係の範囲内の訴訟において¹⁰⁾」生ずるとする。兼子博士は訴訟告知制度の実益を、被告者に参加の機会を与える点と、告知者が被告者に参加的効力を及ぼすことによって、「当事者がその訴訟で敗訴すると第三者から損害賠償等の請求を受けるおそれがあり、あるいは第三者に対して損害賠償や求償の請求ができる可能性のある場合は、後日、第三者との訴訟で、同一の事実や権利関係が、その訴訟の判決と反対に認定判断されてまた敗訴する窮地に立つ危険¹¹⁾」すなわ

3) ドイツ民事訴訟法の立法過程でこれが採用されなかった理由は、①求償訴訟の法律上の根拠である求償権利者の前訴敗訴前に求償訴訟の提起を認めることは実体法に反する、②担保訴訟の被告の管轄の利益が害される、③實際上求償訴訟は前訴で求償権利者が勝訴した場合や敗訴した場合にも求償義務者が任意に履行した場合など、無駄に終わることが多い、④求償は連鎖しうるから多数の請求が併合される可能性があり手続の混乱をもたらす、⑤求償訴訟の被告は求償権利者の敵と味方という矛盾した役割を同時に演じなければならず不当である、⑥訴訟告知制度で十分である、であった。佐野・前掲注 2)173頁以下、徳田和幸「訴訟参加制度の継受と変容」民事訴訟雑誌 37 卷 1 頁(1991)。

4) 徳田・前掲注 3) 4 頁。

5) 徳田・前掲注 3) 5 頁。

6) 佐野裕志「第三者に対する訴訟の告知」上田徹一郎=福永有利編『講座民事訴訟 3』(弘文堂、1984)279 頁。

7) 佐野・前掲注 2)280 頁、徳田・前掲注 3)17 頁。

8) 佐野・前掲注 2)280 頁。徳田・前掲注 3)20 頁によれば、その理由について起草委員は「旧(旧)民訴法では大変に制限があったけれども、結局は訴訟参加を容易にさせるという趣旨になるから、旧(旧)民訴法のような要件を規定しないことにした」と説明しているようである。

9) 「被告者が告知者の補助参加人となる利害関係を有するときは、告知者が敗訴した場合、告知を受けて参加することのできたときに参加したのと同様に、判決の参加的効力を受け、原則として告知者の敗訴の判決中の判断に反する主張ができないことになる」とされている。兼子一『民事訴訟法』(弘文堂、1972) 205 頁。

10) 兼子一『条解民事訴訟法上』(弘文堂、1965) 206 頁

11) 兼子・前掲注 9)204 頁。

ち二重敗訴の危険を予防することができることにありとされており、この点でドイツにおける制度理解と特に異なった立場をとっているわけではない。そうだとすると、日本法の規定がドイツにおけるより広い範囲で、参加が可能な第三者への訴訟告知を許し、参加的効力が被告者に及ぶと規定したからには参加的効力の範囲も広く解してよく、参加的効力が問題となる後訴が発生しない場合には、参加的効力は発生しているが問題とならない空振りのものとなると理解していると考える余地があるように思われる¹²⁾。

3 近時の有力説

これに対し、現在の学説上では、訴訟告知と参加的効力を結びつけることの意義が、告知者を二重敗訴の危険から救うことにあるという理解を維持しつつも、訴訟告知によって参加的効力を及ぼされる被告者の範囲を、補助参加の利益を有する者の範囲よりもさらに限定しようとする見解¹³⁾が有力である。より具体的には、旧旧民事訴訟法 59 条 1 項によって訴訟告知が可能であった範囲である、「原告若クハ被告若シ敗訴スルトキハ第三者ニ対シ担保又ハ賠償ノ請求ヲ為シ得ヘシト信シ又ハ第三者ヨリ請求ヲ

受ク可キコトヲ恐ルル場合」と一致させるべきであるという考え方が有力¹⁴⁾となっているものと思われる。既に述べたとおり、この旧旧民事訴訟法 59 条 1 項の要件はドイツ民事訴訟法における訴訟告知の要件を継受したものである。より具体的には、敗訴した場合に第三者に対し追奪担保責任や求償権を行使して負担を転嫁できる場合を指すと言われている¹⁵⁾¹⁶⁾。これは、追奪担保責任が問題となる場面を超えてその適用範囲が広がっていく沿革の中で訴訟告知が可能とされてきた類型を条文化した¹⁷⁾ものといえる。旧旧民事訴訟法 59 条 1 項に言及せず、当該第三者が「告知者が敗訴すれば告知者から権利行使を受ける立場にあるとき¹⁸⁾」、あるいは「主たる当事者に対して求償義務や損害賠償義務を負う」場合に限り¹⁹⁾、といった表現をする見解もあるが、これらも意図するところは同じく、被告が第三者に負担を転嫁することができる場合に限るべきであると主張するものであると見てよい²⁰⁾であろう。

そして、これらの見解は、訴訟告知によって発生する参加的効力の範囲を限定する根拠として、それによって被告者に生ずる不利益を許容できるかという疑問を指摘することが多い²¹⁾。具体的には、参加的効力を及ぼされるということになれば、被告者は補助参加した

12) もっとも、兼子博士は「告知に包含された利害関係の範囲内の訴訟において」という限定を加えている。本文の理解は、この限定が実質的に参加的効力の範囲を限定する役割を果たすものではないという前提に立つものであり、必然的なものではない。

13) 新堂幸司「参加的効力の拡張と補助参加人の従属性」『訴訟物と争点効(上)』(有斐閣, 1988) 265 頁, 井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』(弘文堂, 1981) 96 頁注(20), 徳田和幸「補助参加と訴訟告知」鈴木忠一=三ヶ月章監・木川統一郎ほか編『新実務民事訴訟講座3』(日本評論社, 1982) 134 頁, 吉村徳重「訴訟告知と補助参加による判決の効力」小山昇ほか『演習民事訴訟法』(青林書院, 1987) 704 頁, 伊藤眞『民事訴訟法(第3版)』(有斐閣, 2004) 607 頁など。

14) 明確に旧民事訴訟法の規定に戻るべきとするものとして, 徳田・前掲注 13)134 頁, 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下』(有斐閣, 2004) 349 頁注(67)。

15) ドイツ法についてであるが, 間瀬清史「訴訟告知の訴訟上の効力」関東学園大学法学紀要 19 号 144 頁(1999)。

16) 後半は比較的後になって追加されたもので, 告知者が第三者の利益にかかわる訴訟を進行しているため, 場合によっては第三者に対して敗訴の責任を負わなければならないというときを指すとされる。ドイツ法についてであるが, 間瀬・前掲注 15)144 頁, 佐野・前掲注 2)181 頁。こちらについては日本ではほとんど議論されていないと思われる。

17) 佐野・前掲注 1)34 頁以下。

18) 新堂幸司『新民事訴訟法(第2版)』(弘文堂, 2001) 709 頁。

19) 伊藤・前掲注 13)607 頁。

20) 両者を同一視するものとして, 上田徹一郎=井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』292 頁〔上原敏夫〕(有斐閣, 1992)。ただし, これらの見解が旧民事訴訟法 59 条 1 項後半に対応するケースをどう扱うのかははっきりしない。

21) 上田ほか・前掲注 20)292 頁以下〔上原敏夫〕, 高橋・前掲注 14)347 頁, 吉村・前掲注 13)712 頁, 伊藤・前掲注 13)607 頁,

場合に補助参加人として負うのと同じ、敗訴の責任を被参加人または告知者と平等に負担しなければならない²²⁾という責任を、実際には参加していないにもかかわらず負わされることとなる。このような負担を正当化しうるのは、告知者が被告告知者の補助参加を正当に期待しうる場合であり、そのようにいえるのは、被告告知者は告知者を勝訴させるべく補助参加して告知者を勝訴させるように努力すべきである場合である。もし被告告知者が、それにもかかわらず参加しなかったとすれば、前訴と後訴の共通の争点について告知者が前訴で争った結果についてもはや争わないという態度であると評価できるから、そのような場合に限り参加効力を及ぼされてもよい。そして、これに該当するのが、敗訴した場合に第三者に対し追奪担保責任や求償権を行使して負担を転嫁できる場合であるというのである。なぜそのような場合であれば補助参加を期待しうるのかについては、例えば、売主と買主の実体関係から、売主には買主が目的物を追奪されないよう協力すべきである、あるいは、主債務者と保証人の関係で、主債務者は保証人が債務の履行をさせられることのないように協力すべきである、などと、実体法上の根拠によって基礎付けること²³⁾が考えられる。他には、売主や主債務者は、前訴で争点となるものの所有権の帰属や主債務の存否につき、買主や保証人よりも多くの情報を持っているものであり、かつ、前訴に参加して告知者を勝訴させれば被告告知者自身も後訴を回避でき責任を免れるのであるから、告知を受けて参加の機会を与えられたならば、合理的な被告告知者であれば参加するはずであり、告知者はそれを期待することが許されるということ²⁴⁾などが指摘されている。

4 小括

以上を整理すれば、まず、訴訟告知と参加効力の関係について、兼子説に代表される伝統的な見解は、補助参加の利益を有する被告告知者に告知がなされればその被告告知者には参加効力が発生するが、告知者に二重敗訴の危険のないところではそれは空振りに終わるので不都合はない、と訴訟告知の効力について広く考えているとも理解しうるものである。他方、近年の有力説は、被告告知者に参加しなかった場合でも参加効力が生ずるとすることにより、補助参加人と同一の負担を負わせることになることに着目し、補助参加を期待できる場合にのみそれが正当化できるとおそらく考えている。そしてそれが可能なのは旧旧民訴法 59 条 1 項が定めていたような、告知者が敗訴すると担保・求償責任を追及され、告知者から負担を転嫁される第三者であるとするのである。だとすれば、このような有力説は、どのような点で通説の説明に満足せず、そしてそのような不満にどのように対処しようとしていたのであろうか。次に、この点を明らかにすることを試みたい。

Ⅲ. 検討

1 前説

ここでは、有力説が通説の何を問題とし、それをどのように解決しようとしたのか、及び、解決されていない点は何かを検証するため、有力説の意図及び解釈上の問題点について、いくつかの検討を加えることとする。

新堂・前掲注 13)265 頁、佐野裕志「補助参加と訴訟告知の効力」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』(有斐閣、1988) 143 頁など

22) 補助参加人が参加効力を受ける根拠とされるものである。高橋・前掲注 14)332 頁。

23) 高橋・前掲注 14)347 頁等は、そのような読み方も可能であると思われる。

24) 佐野・前掲注 21)143 頁、新堂・前掲注 18)703 頁。

2 補助参加との関係

有力説が第一に意図したと思われるものは、補助参加の利益・補助参加人に生ずる参加的効力についての解釈論につき、補助参加人と異なり自ら手続に入っていくわけではなく、告知書を受け取るに過ぎない被告知者が不当に不利な地位におかれる危険を考慮する必要がないようにすることであると思われる。具体的には、近時、補助参加の利益が認められる範囲が、学説・裁判例上拡大²⁵⁾していることは周知のことであるが、それに伴って被告知者に生じる参加的効力の範囲も拡大するとなれば、被告知者も同じように扱ってよいのかについて配慮せざるを得ない²⁶⁾と思われる。また、参加的効力が発生する場合の発生範囲についても、参加人と相手方の間にも及ぶとする等、それを拡大しようとするれば、同様に被告知者の地位を不当に害しないかを考慮しなければならない²⁷⁾。もし被告知者に生じる参加的効力の範囲を補助参加人に生じるより狭く限定するなら、これらの考慮についてはひとまず措いて、補助参加の利益及び補助参加人に対して及ぶ参加的効力の範囲を検討することが可能となる。ここで補助参加について論ずる余裕はないが、現在の補助参加に関する議論を支持するのであればこれは妥当な考慮であるといえるであろう。

3 被告知者のリスクからの保護

(1) 前説

通説も有力説も、訴訟告知によって参加的効力を発生させる目的は、二重敗訴の危険の回避にあるということについては共通している。二重敗訴の危険がない場合には参加的効力は不要なのである。ところで参加的効力は、前訴と共通する争点を持つ後訴が想定される場合にしか問題とならないところ、二重敗訴の危険というのはまさに共通した争点を持つ訴訟が複数想定される場合に存する。二重敗訴の危険がない場合にはちょうど参加的効力は空振りに終わることになるのである。したがって、参加的効力の範囲について特別な限定をかけなくとも、過剰な負担を被告知者に強いたり、告知者を過剰に有利にしたりすることはない。通説を、II 2において述べたように、参加的効力の範囲について広く解するものと理解するなら、このように考えられるのではないかと思われる。一方有力説は、被告知者に補助参加人と同じ敗訴責任の共同負担を強いるには、補助参加を期待しうる状況が必要と考えるので、そのような状況にない者に対しては、告知を受けた時点から既に参加的効力を受けないことを保障し、それによって訴訟告知に対して何らかの対応をとらなければならないという負担を除去しなければならないと考えている可能性があると思われる。ただし、このことにより有力説と通説で参加的効力が実質的に及ぶ範囲について、結論に違いがあるのか²⁸⁾は直ちに明らかとはいえない。有力

25) 伝統的な通説は、補助参加の利益が認められるためには、本案判決の主文で判断されるべき訴訟物たる権利関係の存否が論理的前提となって参加人の法律上の地位が決定される関係が必要であるとしていた。兼子・前掲注 10)200 頁。現在では「参加人の法的地位を判断するうえで本訴訟の主要な争点についての判断が論理的に前提となる場合」でよいなどとされ、例えば同種の立場にある者同士にも補助参加の利益を認めている。新堂・前掲注 18)694 頁。同種の立場にある者に補助参加を認めた例として、大決昭和 8 年 9 月 9 日民集 12 卷 2294 頁、福岡地決平成 6 年 2 月 22 日判時 1518 号 102 頁。補助参加の利益の拡大一般については、高橋・前掲注 14)310 頁以下。

26) 徳田・前掲注 13)135 頁。

27) 鈴木重勝「参加的効力の主観的範囲限定の根拠」中村古稀『民事訴訟の法理』（敬文堂、1965）416 頁、新堂・前掲注 13)264 頁は、主に訴訟告知が補助参加人への参加的効力の主観的・客観的範囲の拡大の妨げとならないことをいうために訴訟告知と補助参加の分離を説いている。

28) 言い換えれば、事実上有力説が参加的効力の発生を肯定する場合にしか後訴が起こらないというのであれば、この意味での通説と有力説の相違はそれほど意味のあるものではないということになると思われるということである。

説が具体的にいかなる場合に補助参加を期待する状況があるとするかによってその判断は異なりうるはずだからである。

(2) 検討

次に、求償関係を基礎付ける実体関係を被告告知者が前訴（告知）の時点で否認している場合の処理という問題²⁹⁾を取り上げる。有力説が、補助参加を期待できない地位にある被告告知者の負担を事前に除去することに成功しているかを、検証するためである³⁰⁾。具体的には、債権者Xが保証人Yを訴え、Yが主債務者Zに告知したつもりでいるのであるが、実はこのZは、自分は主債務者ではない（ただの仲介人に過ぎない等）と思っているというケースなどがこれに当たる。以下では、このケースを念頭において考えることとする。

訴訟告知がされる場合、被告告知者に参加的効力及ぶかは最終的にはYのZに対する求償請求を審理する後訴裁判所が判断することになる。にもかかわらず、被告告知者は告知の時点で参加するかしないかを判断しなければならない。上の例で言えば、参加的効力が及ぶとすれば、Zは主債務の存否を争うならば、補助参加をしておく必要がある。逆に、及ばないとすれば黙っていても後訴を提起されてから主債務の存否について争うことができるのである。この状況のもとで、被告告知者が参加的効力は及ばないと判断して参加しないという選択をした場合どうなるか。それでも、後訴裁判所は被告告知者とは逆の判断をする可能性があり、そうなるとZは主債務の存否を争う機会を失う。このリスクが無視できない場合には、Zは主債務の存在につき争うためには事実上補助参加しなければならない

ないことになりかねないと思われるのである。Zのこの負担をどう考えるかにより、参加的効力の範囲についての結論が異なりうるというのがここでの問題である。この負担を軽減しようとすれば、このような場合には、後訴裁判所の判断を待たずに、Zを参加的効力から確実に免れさせるべきであるという議論が導かれうるからである。想定される結論は3通りある。このような場合にも①参加的効力が及ぶとする見解³¹⁾（後訴裁判所はYの主張から、YZ間で求償関係が問題となっていることが分かれば参加的効力が及ぶと判断する）、②及ばないとする見解³²⁾（後訴裁判所は、Zが自分は主債務者ではないと前訴の時点で主張していたと分かれば参加的効力は及ばないという判断をする）、③両者に実体関係があれば及ぶ³³⁾（後訴裁判所が事実を審理した結果、Zが主債務者であるということになれば後訴裁判所が参加的効力及ぶと判断する）というものである。Zが否定しても、真実はZが主債務者であるという可能性がある限り、告知の時点におけるYは二重敗訴の危険を負っていることは否定できない。Zに参加的効力を及ぼす必要性は（少なくとも後訴裁判所が実体関係を肯定する場合には）なお存在するのである。したがって、有力説の枠組みで考えるのであれば、このようなZに補助参加を期待することができるかが、参加的効力を及ぼすことの可否を考える上で決定的になると思われるが、有力説に立つ見解の多くは被告告知者が告知者に対して求償等の義務を負う「実体関係がある」場合³⁴⁾に補助参加が期待できるとしている。これが、真実として実体関係が存在していることを要求する趣旨だとすると、

29) この問題を取り上げている文献として、井上治典『実践民事訴訟法』（有斐閣・2002）201頁、高橋・前掲注 14)358頁、上田ほか・前掲注 20)294頁〔上原敏夫〕、新堂・前掲注 13)265頁注(1)。

30) この問題は、具体的にいかなる事情があれば被告告知者に補助参加を期待するか、という点と密接に関連していることから、本文のような検証のために有用となる。

31) 新堂・前掲注 13)265頁注(1)。

32) 井上・前掲注 29)203頁、高橋・前掲注 14)359頁。

33) 佐野・前掲注 21)143頁がこの見解と思われるが、直接本文のようなケースを想定して議論されているわけではない。

34) 「被告告知者が敗訴した告知者に対して、求償義務・損害賠償義務を負う実体関係が存在する場合」（上田ほか・前掲注 20)293頁〔上原敏夫〕、「告知者敗訴を直接の原因として求償または賠償関係が成立する実体関係がある場合」（高橋・前掲注 14)347頁）、「告知者を保護すべき実体上の地位にある場合」（新堂・前掲注 18)703頁）、など

①はそれがなくとも、求償関係が問題となつてさえいけばよいとするのであるから採りえないであろう。また③も、実体関係の存在を要求する前提に反して、上で述べたリスクを考慮するとZに事実上補助参加を強いていることになってしまうおそれがあり採り難いと思われる。自分の事実主張が後訴裁判所に受け入れられない可能性は訴訟である以上常に存在するからである。そうすると②を採らざるを得ないのであるが、この場合にZが後訴で「前訴の時自分は主債務者ではないと主張していた」と言えば参加的効力を及ぼされずに済むのであれば、事実上常に参加的効力が発生しないことになってしまう³⁵⁾という問題がある。そこで、前訴手続において参加を前提とせずにその旨を主張する機会を与えるべき³⁶⁾であるという主張がなされるのであるが、これは条文上の根拠を欠いている³⁷⁾。さらに、このような主張をしに出かけていくことは、参加することとそう変わらない負担になってしまうのではないかという問題もあり、妥当でないのではないかと思われる。そこで、明示するものはそう多くないのであるが、有力説のいう「実体関係」は、真実として実体関係が存在していることを要求するというのではなく、告知者の主張に基づきそれが問題となる場面であることで足りると理解すべきであろう。このように解すると、①又は③をとることができる³⁸⁾ことになる。どちらを採るかはもはや重要ではない。Yにとっては実体関係が

存在する場合に参加的効力を及ぼすことができれば十分であり、Zにとってはいずれにせよ主債務の存在を争うのであれば補助参加しておかざるを得ないことに変わりがないからである。

しかしそうだとすると、今度は、なぜそのような場合でも補助参加を期待しうるのかが問題となりうる。この場合には、被告知者と告知者の間に実体法上の関係があることを根拠にすることはできない。それを不要とすることによって上の結論を導いたからである。そこで考えてみると、告知者が前訴に勝訴すれば後訴は起こらないのであるから、告知者を前訴に勝訴させるような情報を持っていれば参加してくるであろうという事情は認めることができ、それが補助参加を期待しうる状況であるとして、参加的効力を認めているということになる³⁹⁾のではないかと思われる。しかし、告知者が二重敗訴の危険を負っている場合には、前訴と後訴に共通の争点があり、その共通の争点について前訴で告知者が勝訴すれば被告知者が後訴での責任を免れるのは常にいえることである。従って、被告知者のリスクを回避するという目的で有力説が主張されているとすれば、それは成功しているとはいえないように思われる⁴⁰⁾。

4 想定範囲外の問題

さらに、有力説が想定していなかった問題の存在を明らかにするため、被告が負担を第三者

35) 高橋・前掲注 14)360 頁注 (82) も、被告知者に有利になりすぎるかもしれないとして問題視している。

36) 井上・前掲注 29)203 頁。

37) 過去にはそのような立法例も存在した。佐野裕志「プロイセン一般裁判所法(1793年)における訴訟参加制度」一橋研究 5 卷 1 号 92 頁 (1980)。

38) 実体関係が存在していなくとも参加的効力を及ぼすことができるという前提に立つとするなら、被告知者が事実上常に補助参加せざるを得ないとしても不当とはいえない。②をとる場合には、実体関係がなかったと後訴裁判所が判断する場合には参加的効力は空振りになる。③をとる場合、その場合には参加的効力はそもそも発生しなかった、ということになる。後訴裁判所が堂判断するか分からない前訴の段階では、いずれにしても被告知者は事実上参加を強いられるので、これは説明の違いに過ぎないと思われる。

39) 佐野・前掲注 21)143 頁。

40) もっとも、そうであるとすると、有力説の、少なくともその一部の真意は別のところにあった可能性もありうる。例えば、後に述べるように本稿は、併合訴訟との比較の観点を導入して、訴訟告知の適用範囲を検討することを提案しているが、そのような検討の結果として訴訟告知制度は一定の実体関係がある場合にのみ利用させるべきであるという結論に至ることも十分考えられる。そうだとすれば、有力説はそもそも、補助参加した場合と同一の不利益を及ぼしうるかの観点とは直接関係なく制度の守備範囲を限定しようとしたものだと理解する余地があるということになる。後掲注 58), 67) 参照。

に転嫁する場合でなく、ある人に対し択一的に義務を負っている二人の者が存在する場合に、その人は原告として片方を訴え、片方に訴訟告知をすることによって、被告者となった者にこの訴訟の判決の参加的効力を及ぼして二重敗訴の危険を回避することができるか⁴¹⁾という問題を考えることとする。

具体的なケースとしては、歩行者Xが、YかZどちらかの運転する自動車に撥ねられて傷害を負ったことは明らかであるが、どちらが本当の加害者であるかは不明であるといったものが想定できる。もっとも、このようなケースで適法に訴訟告知をなしうるか否かは、ひとまずZが参加をなしうるかによって決まることになる。もし適法に参加をなしうるとした場合で、しかも補助参加の利益はあるとされる場合に、参加的効力が及ぶかということここでは問題にしている。従来の見解⁴²⁾は3つに分かれている。

これを検討する場合に、まず前提としなければならぬのは、追奪担保責任から発展してきた沿革から見て、訴訟告知によって参加的効力が生ずるといふ制度が想定してきたのは被告が第三者に負担を転嫁するケースであるということ⁴³⁾である。また有力説も、そのようなケースを想定して展開されていることはすでに述べたとおりである⁴⁴⁾(II 3)。しかし、この原告から告知するケースにおいても、Xには二重敗訴の危険があるとはいえる。また、Yに敗

訴した場合にはXはZの責任を追及できる、というケースだということもできないわけではない。さらに、参加を期待しうるかという有力説の問題意識をもとに考えても、一定の帰結に到達することは困難である。なぜなら、III 2(2)で検討したところに従えば、参加を期待するために要求されているのは結局のところ、前訴で告知者を勝訴させれば自分は責任を免れる、という事情にすぎないと考えざるを得ず、このケースにおけるZもXをYに対して勝訴させれば自分が責任を追及されることはなくなるといえそうだからである。結局、このケースでZに参加的効力を及ぼすか否かについては、従来の議論から決定付けることはできない⁴⁵⁾のではないかと思われるのである。

5 小括

通説との比較で、有力説がより参加的効力の範囲を限定しようとしていることはうかがえる。しかし、以上の検討から、次のようなことが明らかになったといえよう。まず有力説が、補助参加し共同で訴訟追行したわけではない被告者に、補助参加人に対するのと同じ効果を及ぼしうるのかという問題意識から導き出している要件は、実は被告者が前訴に参加して告知者を勝訴させれば自分が負担を免れる状況かどうかという程度のものであった可能性がある⁴⁶⁾。また択一的義務者に対する原告からの

41) 以下では、この問題を「択一的義務者」の場合と呼称する。

42) 従来の見解は以下のように整理できる。①義務者が「Zである」という判断に参加的効力が生じるという見解(木川統一郎「訴訟告知の効果」『民事訴訟法重要問題講義(上)』(成文堂、1992)205頁)、②「Yではない」という判断に参加的効力が生じるという見解(上田ほか・前掲注20)293頁〔上原敏夫〕、ただし、問題となるとすればこの判断である、という表現にとどまっている)、③全く生じないという見解(高橋・前掲注14)356頁注(76)、松本博之「証明責任と訴訟告知の効果」大阪市立大学法学雑誌31巻3=4号203頁(1985)がある。前訴が判断すべき事項はYかYでないかであり、Zであるかどうかについて前訴裁判所が判断したとはいえない。したがって、②か③が正当であると思われる。以下の本文で問題にするのは、有力説が②と③のどちらを選ぶべきかを教えてくれているかである。

43) その意味では、通説においても、択一的義務者の事例に訴訟告知を用いることができるか、という問題は存在している。

44) したがってこの問題は、有力説に立った上でなお、前掲注42)における②説を採用することが可能か、というように表現することもできる。

45) CPOや旧旧民事訴訟法59条1項の規定は、被告からの告知を想定したものではあったと思われるが、文言上本文のようなケースには利用できないと明らかにされていたわけではない。さらに、日本ではこの規定自体が現在は残っておらず、条文の文言解釈から答えを導くことも難しいと思われる。

46) もっとも、本文III 2で述べた有力説の第一の意図、すなわち被告告知者の利害状況に関する考慮が補助参加の適用範囲

告知により参加的効力が発生するとすべきか否かという問題は、そもそも有力説において想定されていなかったため、この問題は有力説を採るかどうかは別個にさらに検討される必要が残るのである。

そうすると、少なくとも次の二つの問題について、なお検討される必要があるということができるよう思われる。①有力説は、補助参加した場合と同じ不利益を負わせうる場合でなければ被告者に参加的効力が発生することを正当化できないとしていたにもかかわらず、その程度の事情で被告者に参加的効力が発生することを肯定してしまつてよいのかという点、および、②択一的義務者のようなケースに訴訟告知を利用することの当否はどのように考えればよいのか⁴⁷⁾という点である。そして、これらについては、従来有力説が考えてきたと思われる、被告者が現実に補助参加した場合との比較というアプローチは必ずしも有効ではない。そのことはこれまでの検討から明らかであろう。

そこで、別の角度から訴訟告知と参加的効力について検討する必要があると思われる。もっとも、いかなるアプローチを試みるべきかが問題となるところであるが、ここでは、これらの場面における適切な解決を探るための手がかりとして、訴訟告知制度の存在意義はどこに見出されていたか、とりわけその立法過程において訴訟告知制度は主観的追加的併合（当事者引込み）制度のいわば代替制度として位置づけられていたことに着目してみたい。II 1で触れたように、現行民事訴訟法の母法たるドイツCPOの立法過程、つまり現行法の訴訟告知とそれにより発生する参加的効力という仕組みが形成

される過程では、二重敗訴の危険を回避したい告知者とできる限り自由を保護されるべき被告者の利害調整をもつばら訴訟告知制度で行うか、追加的併合（当事者引込み）という別の手段を導入して行うかという議論がなされていたのである。つまり、二重敗訴の危険を回避する制度としては訴訟告知により参加的効力を発生させることのほかに併合訴訟を使う方法がありうる⁴⁸⁾ということになる。そこで以下の部分では、同一の機能を果たしうる制度としての、併合訴訟との比較というアプローチを試みることにする。

IV. 併合訴訟との比較

1 一般的比較

やや重複するが、訴訟告知のほかに前訴当事者が二重敗訴を防止する手段としては、端的に二つの訴訟を併合することが考えられる。現に、ドイツCPOの立法過程でその採用の是非が問題となったことも前述したとおりである。訴訟告知は訴訟の係属中になされることから、併合訴訟のうちの主観的追加的併合訴訟が主たる比較の対象となりうる。現実に二つの訴訟の併合がなされると、分離されない限りは、両請求については矛盾しない判決がなされるから、被告が二重に敗訴する危険は事実上回避される。ただし、併合される訴訟の被告として手続に引き込まれる第三者は他人間の訴訟に自己を当事者とする手続を併合されることになり、その中で訴訟追行を強いられる。さらに管轄の利益を奪われる危険もある。これら一定の不利益を第三者は負わされる⁴⁹⁾のである。一方、これま

を拡大する際の障害とならないようにするという点ではなお通説との違いはありうる。しかし、結局のところ被告者が前訴に参加して告知者を勝訴させれば自分が負担を免れる状況にあることしか要求しないのであれば、大して障害にはならないということになる。

47) これは結局、前掲注 42) において②説と③説のどちらが妥当か、ということでもある。

48) 一般に、併合訴訟を利用することの利点の一つとして判決内容の統一があるとされる（高橋・前掲注 14) 249 頁など）。二重敗訴の危険の回避は、判決の内容が統一されることがなぜ利点となるのかの理由の少なくとも一部にはなっていると思われる。

49) ドイツ民事訴訟法の立法過程でこれが採用されなかった理由は、①求償訴訟の法律上の根拠である求償権利者の前訴敗訴より前に求償訴訟の提起を認めることは実体法に反する、②担保訴訟の被告の管轄の利益が害される、③実際上求償訴

での考察を前提に訴訟告知によって発生する参加的効力について考えると、参加的効力が及ぶ争点に関しては、告知者と相手方間での判断と、告知者と被告者間での判断が統一され、告知者は二重敗訴の危険を回避できる。一方、被告者はその争点について争うのであれば、前訴に補助参加して訴訟追行しなければならない。また、被告者は当該争点について管轄の利益を奪われることとなる。

このように、両者の機能、メリット、デメリットはかなり類似しているといつてよいと思われる。このことから、制度設計としてはどちらを（あるいは両方を）採用すべきかが問題となり

え、現に議論されたのである。結果的には主観的追加的併合はドイツ及び日本では少なくとも明文では採用されていない⁵⁰⁾のに対し、訴訟告知の利用が許され、同一の機能を果たしているのである。

他方で、訴訟告知と主観的追加的併合には相違点もある。訴訟告知によって発生するのは参加的効力であり、期待される被告者の関与も補助参加にとどまるとされているから、前訴で判断される求償義務の存否についての争点は前訴と共通しているものに止まり、いわば部分的な（争点限りの）併合訴訟としての役割しか果たしえない⁵¹⁾。被告者が、告知者の義務で

訟は前訴で求償権利者が勝訴した場合や敗訴した場合にも求償義務者が任意に履行した場合など、無駄に終わることが多い、④求償は連鎖しうから多数の請求が併合される可能性があり手続の混乱をもたらす、⑤求償訴訟の被告は求償権利者の敵と味方という矛盾した役割を同時に演じなければならないと不当である、⑥訴訟告知制度で十分である、であったことはすでに述べた。しかし今日において考えるなら、①は将来給付の訴えが認められる（民訴法135条）日本法のもとでは、観念的な権利の発生時期まで訴え提起を認めない必然性はない。③は前訴の求償権利者勝訴も求償義務者の訴訟追行の成果といいうるし、その場合でも求償訴訟につき棄却判決ができるからこれもそう決定的なものではない。④は告知が連鎖して多数の補助参加人が入ってきたときとどれだけ異なるか疑問である。⑤は本訴については求償義務者の立場は補助参加に過ぎない（ドイツで提案されたのは、訴訟告知を前提にさらに求償訴訟を併合するものであった）と考えることからくるのであるが、求償義務者は自己の一貫した主張をすればよいのであり特に問題はないであろう。求償権利者と求償義務者の前訴と後訴の共通争点についての主張が食い違う場合には、本訴においては求償義務者の主張は考慮されないが、裁判所の心証が求償義務者の主張を認めるのであれば、求償訴訟については求償義務者の主張に沿った判決がなされる。そのような場合には求償権利者は二重敗訴することは避けられないが、それはそういうものである。たとえば、保証人が主債務の存在について自白し、主債務者は争うという場合で、保証人が二重敗訴したとしてもそれは仕方がないことと思われる。そして⑥は訴訟告知制度が存在することが前提であり、むしろ両者の類似性を表すものであろう。結局、今日でもデメリットといえるのは、本文にも述べた②管轄の問題と①③⑤を総合した、求償義務者が早期に他人間の訴訟での応訴を強いられることに整理されるのではないか。ただし、第三者に手続きに介入される求償権利者の相手方の不利益も問題として残りうる。井上治典「被告による第三者の追加」『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、1981）161頁。

なお、この相手方の不利益という観点から主観的追加的併合と訴訟告知を比較すると、求償義務者が補助参加人として入ってくる分、前訴の相手方にとっては訴訟告知の方が、争点が増えない分審理が遅延しにくく、有利であるといえる可能性があるだろう。

50) 明文の規定はない。解釈論上は最判昭和62年7月17日民集41巻5号1402頁により、原告によるものは否定されている。これを前提とすれば、現在のところ、少なくとも原告が訴訟の継続中に第三者を引き込むには、当事者は別訴を提起した上で職権による併合を促すことしかできない。ただし被告が第三者を引き込む場合も同様に否定されるのかは明らかではない。学説は少なくとも被告が第三者への求償する場合（訴訟告知により参加的効力が生ずる典型例）にはこれを認めるのが多数説であるが、実務ではやはり別訴提起と職権による併合の促しか認めていないようである。高橋・前掲注14)417頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I』（日本評論社、2002）356頁参照。

51) もっとも、この点については、告知者の二重敗訴を防止するために必要最小限の範囲に併合を絞りこみ、前訴の争点が増えないようにして前訴の告知者の相手方の利益を保護しているという肯定的評価も可能かもしれない。

他に、訴訟告知と参加的効力という仕組みが主観的追加的併合と異なりうる点としては、さしあたり以下のものを指摘しうる。

まず主観的追加的併合訴訟では、求償権利者から求償義務者への請求が明示されるのに対し、参加的効力はあくまで判決理由中の個別の争点に関する判断が生じるだけである。このため参加的効力による場合、求償義務者にとっての攻撃防御の対象の明示が不十分であって求償義務者にとっては参加的効力が不意打ちとなる危険性がある。しかし、告知書の記載が手厚く書かれていればこの問題は解決される。具体的にどのような請求を後訴として予定しているのかが告知書に記載（さらに前訴のいかなる争点が後訴と共通するのかまで説明してくれればなお望ましいが）されていれば訴状が送達されてくる場合とそう変わらないといえることができるであろう。そして、有力な学説は法律上要求されている「告知の理由」の記載につき「被告知人が関係を持つ、特定の（前訴の）争点の内容、さらには訴訟の結果、告知人と被告知人の間に生ずる可能性のある法

はなく自己の告知者に対する義務の存否を争う場合には、告知者・被告者間の再度の訴訟を経なければ紛争が最終的には解決しないという限界があるということである。逆に、訴訟告知の場合、請求は前訴一つしかないのだから、分離ということは考えられない。よって二重敗訴の危険を回避する確実性が、分離が裁判所の裁量で可能な通常併合訴訟よりも強い⁵²⁾といえる可能性がある。しかしこれらは、いずれも訴訟告知による参加的効力の発生という制度が、前訴と後訴の一部をひとつの手続（前訴）で一括審理することによって同一の争点についての判断の統一を図っているという、併合訴訟と共通

の構造を有していることを否定するものではないと思われる。これらの相違点については、それに原告、告知者（被告）、被告者の利害調整として合理性があるならば特殊な併合形態における特別のルールとして説明すべきであり、合理性が見出せなければ、本来は併合訴訟の性格を有する制度を告知・補助参加・参加的効力という形で規定しているために生じている歪み⁵³⁾と考えることもできるように思われる。そうであるとすれば、主観的追加的併合を代替する争点限りの特殊な併合形態として訴訟告知を位置づけることは、可能なばかりかむしろ実態⁵⁴⁾に沿ったもの⁵⁵⁾といえるのではないだろう

律上の紛争を具体的に記載する必要がある」（上田ほか・前掲注 20）286 頁〔上原敏夫〕など）とするので、その通りの記載がなされている限りさほど問題はないと思われるが、告知書には訴状のような提出時点での審査がなされていないことから、充実した記載をいかにして強制するか課題が残る。しかし、被告者の手続保障は不可欠であり、また漠然とした告知書しか書かなかった者は二重敗訴の危険を負わされてもやむをえないとすれば、後訴において告知書の記載に不十分な点があったことが発覚すれば被告者は参加的効力を免れると解することになると思われる。このリスクが告知者に事前に明らかであれば、告知者は告知書に十分な防御をなすような記載をなすだろうと期待できるのではないかと。もっとも、被告者にとって十分な手続保障を与える告知書が安定して作成されるようなフォーマットが用意され定着することがさらに望ましいと思われる。それでも、告知書の記載をめぐる派生紛争が生じるリスクを重く見るのであれば、前訴での告知書提出の時点で裁判所がその記載を審査し、不十分なものは被告者に送達しないという解決が結局は望ましいとも考えられる。そして、その最も容易な実現方法は、告知書でなく訴状によって二重敗訴の危険には対応させることであるかもしれない。ここまで来ると、二重敗訴の危険を回避する手段を主観的追加的併合に一本化すべきか、という立法論の領域に入ってくるであろう。

また、管轄の利益の問題についてみると、訴訟告知と参加的効力の組み合わせでは、被告者は前訴に補助参加しての訴訟追行を強いられる。前訴はその被告である告知者の普通裁判籍によってその管轄が原則として決まるので、被告者は権利を行使される立場にありながら管轄の利益を奪われている。一方、被告による主観的追加的併合の場合、民訴法 7 条により本訴と求償請求のどちらかについて管轄権を有する裁判所は両方の管轄権を有するので、やはり求償義務者は管轄の利益を保護されない。ここまでは共通であるが、後者の場合求償義務者の管轄の利益に配慮して移送することが考えられるので、若干状況が異なる。しかし、後者でも管轄の利益の剥奪は許容されているのであるから、この違いをもって前者が後者を代替するものではないとまでは言えないであろう。

52) もっとも、この違いは実際にはほとんど問題とならないかもしれない。併合訴訟で分離を考える典型例は一方の自白であろう。訴訟告知で告知者が共通争点につき自白する場合、被告者はそれについて補助参加人の立場で争ったとしても抵触行為となるから前訴は告知者の自白を前提として判決される。しかし、その場合には後訴において当該争点に参加的効力は生じないと考えられるから、被告者は当該争点につき後訴で改めて争うことができる。この場合事実上分離されたのと同じ結果になると思われる。

53) この場合、訴訟告知、被告者の補助参加、参加的効力についての解釈論のどこかを工夫して解決するか、やはり併合訴訟は併合訴訟として規定しなければならぬとして立法論上の課題とすることになる。たとえば、被告者の前訴への関与形態が補助参加であるために、訴訟告知による参加的効力では後訴にあたる請求については前訴と共通している争点についてしか決着をつけられない。これを、告知者の相手方の利益保護のために、二重敗訴の危険を防止するために必要最小限の範囲に併合する部分を限ったもので合理性があると評価することもできるかもしれない。その一方で、だからこそ訴訟告知による参加的効力では紛争解決能力が不十分であると評価し、被告による主観的追加的併合を認めるべきだという議論に結びつけることもできると思われる。

54) ここで言う実態とは、従来の議論の検討から明らかになった、訴訟告知により発生する参加的効力の実益は二重敗訴の危険の回避にあり、実際二重敗訴の危険がある場合には、少なくとも被告による訴訟告知についてはほとんどのケースで被告者に参加的効力が発生すると解されているということである。

55) 前掲注 50) で述べたように、実務上被告による主観的追加的併合が許されていないとしたら、本文の分析が妥当する可能性は高いと思われる。しかし、実態がそうであることが立法論的な意味でも望ましいことといえるかは別問題である。訴訟告知が実質的に、当事者のイニシアティブによる主観的併合訴訟の役割を代替していることは、逆に言えば、立法時に採用されなかった強制参加の手続が結局は必要であるということを示しているという理解も可能であり、また観念の通知と

うか。両制度の相違点については、この位置づけを出発点として分析・評価を行い、解釈・立法論に反映させていくべきではないかと考えられる。

2 提示した問題に関する一つの考え方

(1) 前説

このように、主観的追加的併合を代替する争点限りの併合形態として訴訟告知を位置づけるとすれば、Ⅲ5で提示された問題はどのように考えることができるであろうか。

(2) 参加的効力の正当化

求償関係を基礎付ける実体関係を被告告知者前訴（告知）の時点で否認している場合の検討から、有力説は、参加して告知者を勝訴させれば後訴を起さされずに済む、あるいは負担を転嫁されずに済むという状況があれば補助参加を期待でき、したがって参加的効力を及ぼしてよいという判断をしていると思われる。これが果たして許されるのか、という問題をⅢ5において①として提示した。

しかし、主観的追加的併合を代替する争点限りの併合形態として訴訟告知とそれにより発生する参加的効力を位置づけるのであれば、二重敗訴の危険があるところでは基本的にそれを利用できるというのはむしろ自然なことなのではないかと思われる。その際被告告知者に生じる負担ないし不利益は、併合訴訟を認めた場合に、併合される手続の被告が受ける負担⁵⁶⁾と同質

のものであり、訴訟告知だからといって特別視される必要はない⁵⁷⁾ことになるのではないか。したがって、被告告知者は前訴と後訴で重なり合う争点について前訴での訴訟追行を強いられ、また管轄の利益を害されることも許容されうると考えられる。言い換えれば、被告告知者の利益は併合ないし訴訟告知の利用を認めるべきか否かの一ファクターとして考慮すれば足りるということである。

さらにいえば、以下のような理解も可能となると思われる。有力説は補助参加と訴訟告知を連続的に考えていたために、訴訟告知によって参加的効力が被告告知者に及ぶことを正当化するためには補助参加を期待しうるとした⁵⁸⁾。しかし、その実質的役割は二重敗訴の危険の回避にある。その役割を果たすため、二重敗訴の危険がある場合には補助参加を期待しうるとせざるを得ない。結果として、有力説がいう補助参加を期待しうる事情の内容は、二重敗訴の危険があることを被告告知者の側から述べたに過ぎない、参加して告知者を勝訴させれば後訴を起さされずに済む、あるいは負担を転嫁されずに済むという状況となるのである。補助参加した場合と同じ不利益を及ぼしうるかの問題として考えれば、それでは希薄すぎる印象があるかもしれない。しかし本稿のように訴訟告知と参加的効力が併合訴訟を代替するものと捉えるならば、被告告知者に生ずる不利益は併合を認めることによって不可避免的に生ずるものであるので、補助参加した場合と同じ不利益を及ぼしてよい

される訴訟告知がそのような機能を果たすのであれば、そのような機能を正面から捉えた制度を用意すべきではないかとも考えうる。被告のイニシアティブで第三者への求償訴訟を併合できる制度の導入を主張するものとして、井上・前掲注 49) 153 頁。

56) 一定の関連紛争については、引き込まれるほうの不利益は許容されるものとして併合訴訟を許容するというのは制度設計として通常のことであると思われる。民訴法 38 条も、「訴訟の目的である権利および義務が数人について共同であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」「訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき」には原告が主観的原始的併合訴訟を選択すれば、各共同被告はそれに従って、他人間の手続と併合された形で訴訟追行せざるを得ない。もっとも、この場合には裁判所が共同被告の利益を考慮して弁論を分離する余地が残されている。

57) もっとも、告知書の記載内容が不十分である等の問題がありうるとすればそれは別である。前掲注 51) 参照。

58) ただし、参加的効力と結びついた形での訴訟告知の利用を、沿革に忠実に被告からの求償が想定される場合に限定する考え方（前掲注 42）における③説）はなお成り立ちうる。すなわち、追奪担保責任を追及しうる、求償をなしうるなど告知者・被告告知者間に一定の実体関係が存在する場合に訴訟告知の利用を限定するという考え方である。この立場を前提に考えるなら、有力説が実体関係を被告告知者への参加的効力を正当化するために要求するのは、まさにこのことを明らかにする趣旨であったと理解する余地があると思われる。

のかという議論は不要になるのではないかとと思われる。

(3) 択一的義務者の問題

次に、択一的義務者の事例においても主観的追加的併合を代替するものとして訴訟告知を活用することを考える余地があるか、すなわちⅢ3における②の問題について検討する。

前提として、通説はもちろん、有力説も結局、告知者が前訴に勝訴すれば後訴は起こらないのであるから、告知者を前訴に勝訴させるような情報を被告者が持っていれば参加してくるであろうという事情があれば、被告者に及ぶ不利益を許容して争点限りの併合訴訟を作ることと認めるものと考えられる。そして実は、そのような事情は、求償の場面に限らず、YとZのいずれか一方が択一的にXに対して義務を負っている場合等においても広く認められる。もっとも、歴史的、沿革的にみればこのようなケースを訴訟告知の適用範囲に加えることには困難がある。しかし実質的に見て、裁判所の矛盾判断によって求償権を失う者と、裁判所の矛盾判断によって契約上の義務の履行請求権や損害賠償請求権を事実上失う者の地位が、訴訟告知による保護に値するか値しないかを左右するほど質的に異なっているかといえれば、そういえるかには疑問がありうると思われる⁵⁹⁾。

ここで、訴訟告知も特殊な併合訴訟と位置づけられうることを考えると、他の併合形態との関係を考えることが重要であることが明らかになる。二重敗訴の危険を避けるためには、二つの訴訟を併合する手段が少なくとも一つ与えられていれば十分だからであり、他の手段があるならば訴訟告知により発生する参加的効力を使わせる必要はないといえるからである。択一的義務者の事例において、YかZのどちらかに対して権利を行使しうるXには、はじめからYとZをともに被告として訴える主観的原始的併合⁶⁰⁾の機会が与えられており、裁判所によって分離されない限りはそれで二重敗訴の危険を事実上回避しうる⁶¹⁾からである。また特に二重敗訴防止との関連では、分離を禁止できる民訴法41条の同時審判の申出や主観的予備的併合の利用が考えられる⁶²⁾のである。そして、訴訟告知を併合訴訟として使うよりは、併合訴訟そのものを用いる方が自然であること、YとZの双方に一度に終局判決が出せる点で、併合訴訟のほうがより紛争解決能力が高いこと、YとZの双方を被告とするのであれば、Zの管轄の利益も守られることから、これらの手続が利用可能である限りはそちらによるべきであり、安易に訴訟告知を用いることは妥当でない⁶³⁾とも思われる。しかし、その一方で、二重敗訴

59) ただし、特に事実上の択一的義務者のケースでは、告知者は事実関係を主張することによって訴訟告知と参加的効力を利用しうることになる。事実の主張であれば告知者は自由に組み立てられるのであるから、濫用される危険があるという議論はありうるかもしれない。しかしそれも要保護性を直ちに減少させるものではないから、ここから求償事例への限定を直ちに正当化することはできない。

60) その要件は「訴訟の目的である権利および義務が数人について共同であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくとき」「訴訟の目的である権利又は義務が同種であって事実上及び法律上同種の原因に基づくとき」であるが（民訴法38条）、択一的義務者の事例でこの要件が満たされないことは考えにくいと思われる。

61) 突然原告によって訴訟に引き込まれる被告は、原始的併合を用いることができない。この点で訴訟告知を利用する要請は被告のほうが大きいと一般的には言いうるであろう。

62) 高橋・前掲注14)356頁注(76)は、この観点から択一的義務者の事例における訴訟告知による参加的効力の発生を否定する。

63) 主観的予備的併合は最判昭和43年3月8日民集22巻3号551頁により不適法とされ、同時審判の申出ができる両請求が「法律上並存し得ない関係」にある場合とは、立法担当者によれば主張レベルで法律上請求が両立しない場合を指し、契約の当事者がAとBのいずれかであるようなケースは請求が事実上両立しないに過ぎず該当しないとされている（法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）59頁）から、訴訟告知と参加的効力の適用範囲を拡大することに実益があるとすればこのような同時審判申出ができない場合か、択一的な義務者Zの存在がXY間の訴訟係属後に明らかになったが、同時審判申出の前提となる両請求の併合が、前掲最判昭和62年7月17日によって当事者のイニシアティブによる主観的追加的併合が否定されており、かつ何らかの理由で職権による弁論の併合も期待できないためにできない場合等にありうることになろう。

の危険を回避する利益を重視するのであれば、同時審判の申出、主観的予備的併合の利用に制約が課せられていて、二重敗訴の危険を回避するためにこれらを用いることができないケースで、しかも、主観的原始的併合では分離の可能性があつて不十分であるとするのであれば、訴訟告知と参加的効力の利用を許容することを躊躇する必要はないようにも思われる^{64) 65) 66) 67)}。

力の議論の整理からは、少なくとも告知者が、自己に対する求償義務者と主張する第三者に告知した場合には参加的効力が発生すると考えるべきであり、おそらく有力な見解もそのように考えていると思われる。第二に、訴訟告知と参加的効力が、実質的には当事者のイニシアティブによる当事者間の本訴と告知者・被告者間の訴訟の、一部争点限りの併合訴訟として機能している可能性があると思われる。

V. まとめと残された問題

1 本稿の帰結

以上の検討から、以下のような指摘が可能であると思われる。第一に、訴訟告知と参加的効

2 残された問題

もつとも、目標とする訴訟告知による参加的効力の範囲についての明確な結論を得るためには、さらに、矛盾した裁判により二重に敗訴す

64) 本間靖規「訴訟告知の機能について」木川古稀『民事裁判の充実と促進 上巻』（判例タイムズ社、1992）378頁以下では、ドイツにおける、原告からの択一的義務者に対する訴訟告知を認める判例・学説が紹介されている。

65) 実際、最判平成14年1月22日判時1776号67頁は、同時審判の申出が使えず、単純な原始的併合しかできないケースの一例であると思われる、YかZのどちらかが買主であり、売主XがYを訴えてZに告知した事例において参加的効力を否定した。しかし、二重敗訴の危険を強く保護すべきという立場に立つとすれば、このようなケースにおけるXは、両請求が「法律上並存し得ない関係」にあるわけではなく、事実上並存しないというにすぎないから同時審判の申出を用いることができず、また主観的予備的併合は不適法とされているから、二重敗訴の危険を回避できない不当な立場に立たされていることになりうる。そうであるとする、本文で述べた理解からは、このような場合に訴訟告知と参加的効力という手段を用いることに障害はないのではないかということになる。山本克己「訴訟告知と参加的効力」法学教室302号96頁（2005）に同旨と思われる指摘がある。ただし、この判決が参加的効力を否定した直接の理由は、Zには「前訴の訴訟の結果につき法律上の利害関係を有していたとはいえない」こと、つまりそもそも補助参加の利益がないということである。この判断の可否は別として、補助参加の利益がないとされるのであれば、訴訟告知・補助参加・参加的効力の組み合わせによって併合訴訟を代替するという構想はこの事例には用いることができない。

66) 主観的追加的併合ができる場合に比べ、告知者の立場がより不利である面があるとしても、主観的追加的併合はできないという前提のもとでは、何らの保護を受けられない状況よりは訴訟告知制度による保護には一定の意義が認められるであろう。また訴訟告知の利用は強制されるわけではないので、訴訟告知をすとかえって不利になると考える者は利用しないはずである。

67) これに対し、参加的効力と結びついた形での訴訟告知の利用を、沿革に忠実に被告からの求償が想定される場合に限定する考え方（前掲注42）における③説及び前掲注58）参照）を支持するロジックとしては、たとえば以下のような考え方がありうるかもしれない。現在の民事訴訟制度は、二当事者間の訴訟を原則とし、一つの手続に三当事者以上が関与することを当事者の権利として認めることは例外に留めている。その一方で、裁判所は職権で、裁量的に請求を併合・分離する権限が一般的に与えられている。この意味では、主観的追加的併合は許されないといっても、それは当事者の権利としては認めていないというだけである。これは併合審理の可否については、各当事者及び第三者、さらには裁判所及び社会一般の利益を総合的に考慮して判断する必要があることから、個別事案ごとの裁判所の判断に委ね、典型的な事前の利益衡量が可能で、かつ、その結果併合審理の機会を保障すべきと判断される場合のみ個別規定を設けて当事者に併合の権利を与えるという考え方の現われとみることができるのではないか。それを前提として訴訟告知制度を眺めれば、この制度の設計において想定されていたのは被告から第三者への求償が問題となる状況のみである。とすれば、それ以上に適用範囲を拡大することは、併合の機会を保障すべきかどうかの検討を経ていない、したがって裁判所の個別的な利益衡量に委ねるべき場合について画一的に併合審理を保障してしまうこととなる。そうなれば、本来は管轄の利益や、他人間の訴訟での訴訟追行を強制されるべきでない者に対しても併合を強制する結果となりかねないのではないか。このような、併合訴訟についての限定列举主義のような考え方が成り立ちうるとすれば、やはり被告からの告知に守備範囲を限定すべきという結論に到達しうるかもしれない。とはいえ、同様の利益衡量を解釈論のレベルでははならないという要請は見出しうるであろうか。あるいは、他の併合訴訟を許容する規定の適用範囲がそれほど明確に定められているだろうか、などと考えていくと、このような議論だけで沿革に忠実な立場を十分基礎付けられるとは言い切れないのではないかと。

る危険の回避という利益が、どの程度の保護に値するのかをまず考える必要があるであろう。二重敗訴の危険がある場合には常にそれを回避する制度を設けておくべきなのか、それとも場合によっては、二重敗訴する者が出てくるとも承認すべきなのかといった問題がまずある。さらに、保護の程度は一度併合の機会を与えることで足りるのか、分離されないという保障まで与えるべきであるのか、なども問題となると思われる。これらについての理解の仕方によっては、併合訴訟の機会を与えることによる保護が不十分なところを、訴訟告知で代替することも直ちに不当とはいえないであろう。また、二重敗訴の危険から私人を広く（あるいは強く）保護することが妥当であるとしても、訴訟告知によって生ずる参加的効力の範囲についての議論に結びつけるためには、同じ保護が他の制度によってはなされ得ないのか⁶⁸⁾等を検討しなければならず、他の制度、特に併合訴訟についての解釈論と切り離して訴訟告知によって生ずる参加的効力の範囲を決めることはできない。このような、より広い視野からこの問題は検討される必要があり、それが課題として残されたことになる。

(うちうみ・ひろとし)

68) 同時審判の申出の範囲を限定的に解したり、主観的予備的併合を許さなかったりすることがそもそも妥当かについても議論がある。これらの制度については、高田裕成「同時審判の申出のある共同訴訟」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系第一巻』（青林書院、1997）172頁など。

引用の適法要件

2006年3月修了

川原 健司

I. はじめに —著作権法 32 条 1 項という条文

著作権法 32 条 1 項は、「公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行われるものでなければならない。」と規定する。

これは、社会的に著作物の引用が広く行われている実態や、著作物が先人の文化遺産を母体として出来上がっていくという性質に鑑み、公正な慣行に合致し目的上正当な範囲内の引用である限りにおいて著作権が及ばないとしたものであり、著作権法 30 条以下で列挙されている著作権の制限のうちで、理論上も実際上も最も重要な条文である。法律学を論ずる者にとって特に縁の深い条文でもある。

条文に即して要件を拾っていくと、第 1 に引用ができるのは公表された著作物に限られる。次に、「引用して利用」とされているのは、自分の著作物の中に他人の著作物を入れる行為にとどまらず、引用文を含む自己の著作物の利用（複製など）に伴い、引用された他人の著作物を利用することまで適法化する趣旨だとされて

いる。なお、この要件に関連して、本項の適用に当たっては引用する側に著作物性が認められることが必要だと解されている¹⁾。

公正な慣行に合致するものとしては、以下のような例が挙げられている。即ち、報道の材料として著作物を引用する場合、自説を展開するために裏づけのための他人の学説を引用する場合、他人の学説を論評する場合、自己の小説中の記述に関連して（例えば時代状況の把握などのため）他人の詩歌等を挿入する場合等である。そして、引用の目的上正当な範囲内で行われることも必要になる²⁾³⁾。32 条 1 項の解説として争いのない部分をまとめると以上の通りである。

しかし、引用をめぐる困難な問題はこの先にある。第 1 に、引用の成立要件に関しては判例・学説上の争いが存在する。いわば引用の成立をめぐる実質論である。現在の多数説は①明瞭区別性、②主従関係（附従性とも言われる）を要求するが、これらに加えて③必要最小限度性やその他の要件を要求する説もあり、この付加部分は固まってはいない。これは伝統的な論点とすることができる。第 2 に、近年、従来の要件論が条文の文言との関連性に乏しいことを問題視し、文言に忠実な解釈を説く学説が現れてい

1) 東京地判平成 10 年 2 月 20 日知的裁集 30 卷 1 号 33 頁（バーンズ・コレクション事件）。絵画を美術展の入場券に複製した事案。

2) 以上につき、加戸守行『著作権法逐条講義（五訂新版）』（著作権情報センター、2006）242 頁以下。

3) なお、引用をする場合には出所を明示する義務がある（48 条 1 項 3 号）。但し、通説的解釈によれば出所の明示を欠いたからといって引用の成立が否定されるわけではない。著作権法の罰則規定が、著作権侵害罪（119 条）と出所明示義務違反の罪（122 条）を書き分けていることがその根拠である。加戸・前掲注 2)317 頁。

る。法の形式的根拠たる条文との関連を重視するものであり、上記の伝統的な要件論と対比すると、引用の成立に関する形式論とも言えよう。

法律の解釈を論じるにあたって、条文の根拠という形式論とその根拠を支える背後の実質論をともに備える必要があるのは言うまでもないことである。そして、著作権法 32 条 1 項の引用は、実際上も理論上も重要性が高い条文であるにも関わらず、形式論・実質論ともごく基本的な部分に未だなお詰めるべき問題点が残っている。これらの問題点に 1 つの考察を試みるのが本稿の目的である。従来判例の蓄積を反映するため、以下では実質論・形式論の順に論ずることとする。

II. 実質論—引用の要件論

引用の要件論に関しては、影響力の大きい判例が存在する。そこで、判例に触れた後に学説等を踏まえた検討を行う。実質論・形式論双方の出発点であり、曖昧さを残さない解釈のために必要であるので、長文となるが判旨の重要部分は途中を省略せずに引用することとしたい。

1 判例

(1) パロディ＝モンタージュ事件

(最判昭和 55 年 3 月 28 日民集 34 卷 3 号 244 頁)

次のような事案である。写真家 X はスキーヤーが雪山を滑り降りる場面の本件カラー写真の著作者である。グラフィックデザイナーの Y が本件カラー写真の一部をカットして白黒で複製した上、無断で右上に自動車のタイヤを合成して本件モンタージュ写真を作成し、週刊誌等に発表した。X は著作権侵害・著作者人格権侵害を主張して損害賠償等を求める侵害訴訟を起こした。なお、控訴審において請求原因のうちの著作権侵害が撤回されている点には注意を要する。

旧法「三〇条一項第二は、すでに発行された他人の著作物を正当な範囲内において自由に自己の著作物中に節録引用することを容認してい

るが、ここにいう引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべきであり、更に、法一八条三項の規定によれば、引用される側の著作物の著作者人格権を侵害するような態様とする引用は許されないことが明らかである。」との一般論が示された。この事件は旧法下の事件だが、現行法下でも参考になると考えられている。

(2) 藤田嗣治絵画複製事件

(東京高判昭和 60 年 10 月 17 日無体集 17 卷 3 号 462 頁)

事案は次の通りである。X は藤田画伯の未亡人であり、藤田画伯の絵画の著作権を承継取得している。Y 出版社は近代日本の美術史を体系的に解説する書籍の出版を企画したが、その中の論文に藤田画伯の絵画が掲載されていた。X が著作権侵害を根拠に損害賠償・複製物の破棄等を求めた。判決は以下のような一般論・あてはめを展開している。

「著作権法第三二条第一項は、『公表された著作物は、引用して利用することができる。この場合において、その引用は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行なわれるものでなければならない。』と規定しているが、ここに『引用』とは、報道、批評、研究等の目的で他人の著作物の全部又は一部を自己の著作物中に採録することであり、また『公正な慣行に合致し』、かつ、『引用の目的上正当な範囲内で行なわれる』ことという要件は、著作権の保護を全うしつつ、社会の文化的所産としての著作物の公正な利用を可能ならしめようとする同条の規定の趣旨に鑑みれば、全体としての著作物において、その表現形式上、引用して利用する側の著作物と引用されて利用される側の著作

物とを明瞭に区別して認識することができること及び右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められることを要すると解すべきである。そして、右主従関係は、両著作物の関係を、引用の目的、両著作物のそれぞれの性質、内容及び分量並びに被引用著作物の採録の方法、態様などの諸点に亘って確定した事実関係に基づき、かつ、当該著作物が想定する読者の一般的観念に照らし、引用著作物が全体の中で主体性を保持し、被引用著作物が引用著作物の内容を補足説明し、あるいはその例証、参考資料を提供するなど引用著作物に対し付従的な性質を有しているにすぎないと認められるかどうかを判断して決すべきものであり、このことは本件におけるように引用著作物が言語著作物（富山論文）であり、被引用著作物が美術著作物（本件絵画の複製物）である場合も同様であつて、読者の一般的観念に照らして、美術著作物が言語著作物の記述に対する理解を補足し、あるいは右記述の例証ないし参考資料として、右記述の把握に資することができるように構成されており、美術著作物がそのような付従的性質のもの以外ではない場合に、言語著作物が主、美術著作物が従の関係にあるものと解するのが相当である。」

「このように本件絵画の複製物はそれ自体鑑賞性を有することに加え、それが富山論文に対する理解を補足し、その参考資料となつていたとはいへ、右論文の当該絵画に関する記述と同じページに掲載されているのは二点にすぎないこと前記認定のとおりであつて、右論文に対する結び付きが必ずしも強くないことをあわせ考えると、本件絵画の複製物は富山論文と前叙のような関連性を有する半面において、それ自体鑑賞性をもつた図版として、独立性を有するものというべきであるから、その限りにおいて富山論文に従たる関係にあるということとはできない。」

Yは上記の要件に加え、引用の要件として、引用の必要性・必然性、必要最小限度性も主張したが、判決はいずれも否定した。前者に関しては著作者（引用側）の主観に左右されて客観性を欠くこと、後者に関しては主従関係の判断中で考慮すれば足りることがその理由である。また、Yは鑑賞性が絵画等の美術著作物に本質的に伴う属性であるため、複製物が鑑賞性を有するからといって引用に当たらないとすることはできないと主張するが、この点も本判決は美術著作物についての著作権保護を危うくするものだとして斥けている。

2 考察—明瞭区別性・主従関係

以上の判例を踏まえ、本節では引用の要件をいかに構成すべきか検討する。結論としては、①明瞭区別性、②主従関係、の2要件とするのが妥当であると考えられる。

(1) パロディ＝モンタージュ事件について

まず、パロディ＝モンタージュ事件の最判を見よう。この判旨は、「引用」に当たるための要件として、①明瞭区別性、②主従関係、の2要件を要求したと解するのが現在では一般的だと思われる。これに加えて③著作者人格権を侵害する態様でないこと、の3要件を挙げたと整理するものもある⁴⁾。このうち、①②は正当であり、学説上も多数の支持を得ている。

問題は、③の著作者人格権である。これは学説上不要とする見解が多い。著作権が譲渡され著作者と著作権者が別の者となった場合に問題が顕在化する。著作者人格権侵害の態様で利用はしているものの他の引用の要件(明瞭区別性・主従関係)は充足しているという場合に、著作者人格権侵害のみを理由に財産権である著作権の侵害が成立することになるのは妥当でない、というのがその理由である⁵⁾。この論理は正当であろう。

4) 田村善之『著作権法概説（第2版）』（有斐閣，2001）242頁、半田正夫「判批」伊藤正己＝堀部政男編『マスコミ判例百選（第2版）』（有斐閣，1985）182頁。

5) 田村・前掲注4)244頁。

しかし、そもそも最判が著作者人格権の問題を引用の要件に取り込むことを真に意図していたのかどうか、検討する必要がある。本最判の調査官解説⁶⁾も、引用が著作権侵害への抗弁にはなりえても、直ちに著作者人格権侵害についての抗弁にはなりえないと述べている。民集掲載の判決要旨⁷⁾も、著作者人格権については触れていない。最判が引用の要件として著作者人格権を侵害しないことを要求したと解するのは早計ではなからうか。

最判が著作者人格権に触れたのは、原審の法律構成に応答する意図によるものと思われる。原審は同一性保持権侵害を否定したのだが、その構成は以下のようなものであった。即ち、本件写真の利用は旧法にいう「節録引用」に該当し、引用の仕方はフォトモンタージュの技法に従ったものとして客観的に正当視されるものであり、他人の著作物の自由利用として許されるべきものである。従って、同一性保持権を侵害するものともいえない、と。本最判の調査官解説は、判文全体から見て引用を著作者人格権侵害への抗弁としたのではなく、「原審の著作者人格権侵害否定の判断における前提判断を覆えし、著作者人格権侵害の不存在を積極的にいうことができないとするためであった」としている。

敷衍すると、「引用が成立する（自由利用の範囲内である）。だから、同一性保持権侵害は成立しない」という論理を否定する方法としては、（ア）そもそも引用が成立していない、という論じ方のほか、（イ）「だから」の関係が成立しない、即ち引用が成立するからといって当然に同一性保持権侵害が否定されるわけではない、とする方法もある。そして、最高裁が著作者人格権に触れたのは（イ）の趣旨だったという読み方は文理上十分に成り立つのである。

つまり、あくまで著作者人格権侵害の成立を肯定するために必要な限度で引用の要件論に触れたにとどまる、ということになるだろう。ちなみに、最高裁は引用の成立を否定する（上記（ア）に当たる）判示も付加している。

したがって、引用の要件として③を掲げたと理解するのはミスリーディングであり、結論として引用の要件としては不要と解すべきだろう。

（2）藤田嗣治絵画複製事件について

次に、東京高判の藤田嗣治絵画複製事件を検討する。本判決は、現行著作権法 32 条 1 項の要件として、①明瞭区別性と②主従関係の要件を挙げた上で、②に関する考慮事項を以下のように具体化・精緻化した判例と解される。即ち、（A）考慮する事実関係として、引用の目的、両著作物の性質・内容・分量、被引用著作物の採録の方法・態様を挙げた。（B）想定読者の一般的観念という基準を定立した。（C）付従的な性質の内容として、引用著作物の補足説明・例証・参考資料の提供を例として掲げた。引用の要件論においては主従関係が争点となることが多く、この判示は重要な意義を有する。

本判決は、要件論・具体化されたその判断方法の両面において妥当なものと評価できよう。特に、（A）（B）（C）の判断方法は多様な事案において妥当な帰結を導くことができる内容だと思われ、32 条 1 項が抽象的な文言であることも考慮すると、関係者の法的安定性を相当程度高めるものと評価すべきである。このほか、序論で触れたとおり、学説には必要最小限度性（論者によりニュアンスの違いがあるものの、引用する必要性・必然性がある、あるいは引用部分の分量が必要最小限度である、といった意味と捉えればよいと思われる。）を要求する説もあるが、これも②主従関係の中で捉える

6) 小酒禮「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 55 年度 149 頁 (1989)。

7) 「旧著作権法（明治 32 年法律第 39 号）30 条 1 項 2 号にいう引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいい、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、両著作物間に前者が主、後者が従の関係があることを要する。」

ことができるだろう。本判決は必要性・必然性についてのYの主張を認めていないが、考慮要素として挙げられた「引用の目的」の中で必要性・必然性はカバーすればよい。また、分量が長くなるほど付随的な性質を認めにくくなるのも明らかであるが、必然性・最小限度の分量と言っても、一字でも余計ではいけないといったような厳密な対応では文芸・学術活動に支障が生じるし、実情にもそぐわない⁸⁾。主従関係の判断の中の要素として緩やかに捉えておくのがよい。

結論として、引用の要件論としては①明瞭区別性、②主従関係の2点を要求し、②の判断要素として東京高判のアプローチによるのが妥当である。

(3) 2要件を支える根拠

ところで、前記①②の2要件を支える根拠は、従前は明示的には論じられていなかったように見受けられる。2要件が学説上圧倒的支持を受けて半ば自明のもののようによびわかれていたという事情のためかもしれないが、異論もなく特に否定する理由がないから①②を残すというのは説得力が十分ではない。そこで、2要件に積極的意義づけを与えられないか、簡単にではあるがここで検討しておきたい。

この点、引用の制度趣旨に立ち戻る次のような説明が適切であろう。即ち、引用の制度は先人の著作物に基づく別の新たな著作物の創作を可能にし、それを奨励して文化の発展(1条)に資するための制度である。そして、①明瞭区別性・②主従関係は、奨励に値する創作の最低条件として位置づけることができる。換言すれば、①被引用著作物との区別が不明瞭なものや②主従関係にないものは、被引用著作物の著作権を制限してまで奨励すべきではない、ということである。

文化的所産の公正な利用、著作者の権利保護、文化の発展という1条の理念から一義的必然的に導出されるというものではないが、著作権法全体の理念と整合的な説明ということはできるだろう。この意味で、2要件が従来から多くの支持を得ていたことには十分な理由がある。

なお、付言すると、引用の制度趣旨に関する上記の問題関心自体は多くの論者に共有されていたと思われる。ただ、後述するように条文の文言と①②要件の関係が不明瞭だったこともあってか、多くの文献は引用の制度趣旨を文言との関係で説明していた。本稿の説明は、引用の要件の実質論のみに焦点をあて、その制度趣旨を直接に投影したものと位置づけられよう。

3 具体例

要件論の結論が出たところで、具体例として上記東京高判の判断枠組みに沿った裁判例にくつつか触れておく⁹⁾。以下の例の被引用著作物はそれぞれ、言語・美術・漫画と種類が異なっており、前記の判断枠組みが多くの事案に対応できる一般性を備えていることを示しているともいえよう。

(1) 中田英寿事件

(東京地判平成12年2月29日判時1715号76頁)

Y出版社が「中田英寿 日本をフランスに導いた男」という書籍を発行したが、その中にはXの半生についてサッカーとの関わりを中心に私生活上のエピソードを交えた記述がなされ、Xの中学生時代の詩が記載されていた。Yは引用の成立を主張したが、全文記載という記載の態様、詩には「中学の文集で中田が書いた詩。強い信念を感じさせる」との簡単なコメントを付すのみであったことなどから、読者は詩を独立して鑑賞でき、Yの目的は創作活動でなくXの詩の紹介自体にあったと認定して主従関係要

8) 作花文雄『詳解著作権法(第2版)』(ぎょうせい, 2002) 307頁も、必要性や最小限度性は主従関係の判断過程で評価されるものと位置づけている。

9) 前記東京高判とは流れを異にするものまで含めて裁判例を網羅的にまとめた最近の文献として、今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋=飯村敏明編『新裁判実務体系 22 著作権関係訴訟法』(青林書院, 2004) 391頁がある。

件を否定した¹⁰⁾。

(2) バーンズ・コレクション事件

(東京地判平成10年2月20日知的裁集
30巻1号33頁)

Y新聞社が、「バーンズ・コレクション展」を国立西洋美術館で開催するのに関連し、入場券・カラー特集の新聞記事に出品作品の複製をしたところ、X(ピカソの相続人の代表者)が複製権侵害を主張して起こした侵害訴訟である。問題となった新聞記事は5件あるが、いずれも引用は認められていない。うち主従関係要件で否定されたのは3件であり、一例を挙げると、絵画の複製や著名人の談話を載せたカラーの特集記事について、ピカソの絵画に対応する女優の談話による新たな創造部分は弱く絵画の複製を引用する必要性が微弱であること、読者の受ける印象は談話よりもカラー印刷の絵画の方が大きいことから、むしろ主眼は絵画の複製にあったと認定して主従関係を否定した。

(3) 「脱ゴーマニズム宣言」事件

(1審—東京地判平成11年8月31日判時
1702号145頁, 控訴審—東京高判平成12
年4月25日判時1724号124頁)

漫画家Xの書籍「ゴーマニズム宣言」に対し、Yが批判本を執筆したが、その中でX書籍の漫画が57カットにわたって採録されており、Xは複製権侵害を主張した。

1審・控訴審とも、主従関係の成立を肯定し引用の抗弁を認めた。漫画につき字のみでなく絵まで採録されたことをXは問題視したが、1審は、採録の読者への効果が論説の対象を明示し、例証、資料提示としてYの論説の理解を助けるものであることや、批判対象を明確に示すために絵まで引用する必要があることを考慮した。控訴審は、批判・批評の目的であること・被引用カットがXの漫画の一部であり反論に必要な限度を超えていないことなどから、漫画部分の独立した鑑賞性を肯定する余地があるにも

関わらず、主従関係要件の充足を認めて引用を成立させた。引用の目的を、主従関係を肯定する方向で考慮した一例として参考になろう。

Ⅲ. 形式論—条文の文言との関係

1 近年の問題提起

上記の藤田嗣治絵画複製事件のアプローチは多数説ということができるが、近年はこれとは別に、条文の文言を重視する学説・裁判例の流れが生じている。

(1) 飯村説¹¹⁾

引用の成立を否定したという事案であるために必要条件か十分条件かは明らかでないものの、最高裁は引用の適法要件として①明瞭区別性、②主従関係を判断基準としている。しかし、実質的には②主従関係のみで判断せざるを得ず、多様な要素が主従関係に持ち込まれる点に無理があり、また様々な行為態様につき柔軟な解決をする基準としては適切を欠く。さらに、主従関係要件は条文の文言との関連性が乏しい。以上の指摘をした上で、32条1項の要件を再吟味して「引用の目的上正当な範囲内」が最重要の要件であるとし、この要件に関連させて、具体的には目的・効果・採録方法・利用の態様等のファクターをもとに引用の成否を判断することが必要だとする。

(2) 上野説¹²⁾

従前の学説・判例を分析した上で、従来の裁判例が様々な要素を主従関係要件の中で考慮しており、主従関係概念は「パンク状態」であり、この判断基準では引用が許されるかにつき第三者の予測可能性を著しく害すると批判する。その上で、「著作権法32条1項の文言に立ち返るならば、『正当な範囲内』の文言が活用される」として、その中で、引用が全部か一部かという点、権利者に与える経済的影響、引用の目的・

10) むしろ詩の方が主であると認定されている。

11) 飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号91頁(1999)。

12) 上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田古稀『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院, 2003)307頁。

批評関係も考慮することが正当化されると論ずる。

(3) 裁判例—絶対音感事件

(1審¹³⁾—東京地判平成13年6月13日判時1757号138頁, 控訴審—東京高判平成14年4月11日最高裁HP)

書籍に翻訳台本の一部が掲載されたことが問題となり, 引用の成否が争点となった。1審判決は2要件に触れることなく「①本件書籍の目的, 主題, 構成, 性質, ②引用複製された原告翻訳部分の内容, 性質, 位置づけ, ③利用の態様, 原告翻訳部分の本件書籍に占める分量等を総合的に考慮すると」公正な慣行に合致しているとも引用の目的上正当な範囲内ともいえず, 適法な引用とはいえないとした。控訴審も条文の文言に沿う判断枠組みは維持している¹⁴⁾。

2 検討

(1) 解釈の方向性

以上の問題提起を受けて, どのように考えるべきか。確かに, ①明瞭区別性, ②主従関係を論ずる従来の要件論は条文の文言から離れた議論であり, 解釈論として好ましいことではない。飯村説・上野説から指摘があるように, 条文の文言に沿った解釈論を展開するのは正当な方向である。

しかし, 32条1項がもともと抽象度の高い条文であることも考えるべきである。即ち, 条文に立ち戻った際に検討の対象となるのは「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という要件であり, これらの要件に照らして様々な要素を考慮していくという点では, 判例の主従関係の議論と本質的な差異はないと思われる。よって, 上野説が強調する第三者の予測可能性の観

点は, 条文の文言に沿ったからといって改善するとは考えにくい。

むしろ, 条文との関係を意識するために従来の判例の議論と切り離された要件論を立てるのは, かえって予測可能性を害するのではないか。32条1項の抽象的な文言は, 具体的な事案での引用の成否をクリアに決めることはできず, 基準の形成を判例の蓄積による具体化に委ねた部分が大きいというべきである。このように抽象度の高い条文に関する限りは, 従来の判例と連続性のある議論を展開するほうが望ましいと私は考える。

したがって, 引用の解釈論としては, 条文の文言および従来の判例による議論の双方とのつながりを意識することが重要である。この方向で考えると次のような解釈論が妥当ではないかと思われる。即ち, 32条1項第1文は「公表された著作物は, 引用して利用することができる。」とするが, ここでいう「引用」に該当するために判例の要件論である①明瞭区別性と②主従関係を要求する。そして, 条文に続いて現れる要件である③公正な慣行に合致すること, ④引用の目的上正当な範囲内であること, をも併せて要件とするのである¹⁵⁾。

(2) 必要条件か十分条件か

引用の適法要件をめぐる従来の判例・学説の議論には, それが条文のどの部分と対応するのかが明確にしないものも見受けられた。第1に判例を見ると, パロディ=モンタージュ最判の①明瞭区別性, ②主従関係の基準が, 旧法の条文に言う(A)「正当の範囲内で節録引用すること」の基準なのか, (B)単に「節録引用」の基準であるのかは明らかでない¹⁶⁾。(A)ならば①②は十分条件的¹⁷⁾であり, (B)ならば必要条件にすぎない。現行法下の藤田嗣治絵

13) 裁判長は飯村判事である。

14) 事案の解決として控訴審は, 引用部分の出所を明示するという慣行の存在を認定し, 明示がない本件では公正な慣行に合致しないと判断した。通説が控訴審の判断と異なり, 出所明示を引用の適法要件として要求していない点については, 前掲注3)参照。

15) 細かい点だが, これらに加えて引用する側の著作物性の要件や公表された著作物の要件も必要になる。

16) 飯村・前掲注11)92頁の指摘である。

17) 「必要条件・十分条件」は飯村説の表現である。本稿が「的」を付したのは, 現行法の文言に即して言うとき, 前

画複製事件の判旨ではいっそうこの傾向が顕著である¹⁸⁾。(A)ならば①②は「公正な慣行に合致する、正当な範囲内での引用」の基準となり、(B)ならば条文の文言のいずれかの基準となろう。

学説を見ると、判例の記述に関連付けた記述であるためか、判例評釈にも(A)の十分条件的に見える要件論を論ずるものが一定数見受けられる¹⁹⁾。他方、概説書やコンメンタールでは条文の特定の文言と結びつけることによって(B)の必要条件的に論ずる割合が高い²⁰⁾。従来の判例・学説の中には、類似の表現を用いつつも基本的な視座を異にする(A)(B)2種類の議論が混在していたといえることができる。

この点、十分条件的な解釈では32条1項の文言との距離を埋めることはできず、問題は解消しない。(B)の必要条件的に解すべきである。

(3) 私見

次に問題となるのが、32条1項のうち「引用」「公正な慣行」「正当な範囲内」のいずれと関連付けるかである。後2者と結びつける学説もある中で私見が「引用」の要件とする理由は、従来の判例・学説の蓄積と連続性を持たせること

で予測可能性に資することにある。

上記(2)で述べたように、従来の議論では視座を異にする2種類の見解が混在していたが、これが問題を生じさせるのは条文の文言との関係についてのみである。引用の要件論という実質論部分の限度ならば、従前の議論の蓄積を利用することは有益であって混乱が生ずるとは思われない。そして、従前の学説の議論と乖離を生じさせない方が望ましいという観点から、「公正な慣行」でも「正当な範囲内」でもなく、「引用」という文言に①明瞭区別性と②主従関係を読み込むべきだと考えるのである²¹⁾。

ここでいう要件のうち、②主従関係は規範的評価的要件とする趣旨であり、よって「引用」も評価的要素を織り込んだ文言となる²²⁾。裁判例の用いる主従関係の基準が、被引用側と引用側の質的量的比較にとどまらず、暗黙のうちに「被引用側の元の著作物全体における被引用部分の割合」をも考慮してきたという指摘があるが²³⁾、規範的要件だと認めるなら上記の2側面とも「主従関係」と呼んで差し支えない。引用側・被引用側を比較して後者が前者より重みを持つならば主従の関係といえないことは明らかであるが、比較で引用側が上回っていても

掲注15)の2要件があるために(A)説からも①②だけで引用成立の十分条件とするのは厳密には問題があると考えたためである。「公正な慣行に合致する、正当な範囲内での引用」という範囲に限定すれば、「十分条件」としても差し支えない。

18) 前に引用した判決の一般論において、①明瞭区別性、②主従関係の要件を導く主語が何かは必ずしも明確ではない。『公正な慣行に合致し』かつ、『引用の目的上正当な範囲内で行なわれる』ことという要件は」を主語と読むならば、判旨が「引用」を採録という明確な意義で捉えている以上、十分条件的に捉えていると読むことになろう。

19) パロディ＝モンタージュ事件に関する、半田・前掲注4)182頁、藤田嗣治絵画複製事件に関する、山中伸一「判批」齊藤博＝半田正夫編『著作権判例百選(第2版)』(有斐閣、1994)156頁等。付言すると、たとえ論者が十分条件的に捉えていないとしても、文献上で条文の特定の文言と対応させる旨を明示していない場合には、それだけで十分条件的に読む余地が生ずる。この論点を扱う際には論旨を明確に示す必要がある。

20) 例えば、加戸・前掲注2)243頁は、①を公正な慣行の項の内部で、②を正当な範囲の項の内部で扱う。金井重彦＝小倉秀夫編『著作権法コンメンタール上巻』400頁以下〔桑野雄一郎〕(東京布井出版、2000)は、①②とも正当な範囲の項で扱う。この他にも数種の学説があり、その一致が見られない点については上野・前掲注12)312頁参照。このように条文と結びつけて解すると、①②を満たしても他の理由で引用の成立を否定されることが論理的にはありうる。従って十分要件ではなく、必要条件にすぎないこととなる。

21) 「引用」に①②を読み込むと、十分条件的にも読める従前の判例の言い回しをほとんど変える必要がない。他面、(B)の諸学説の間では①②をどの文言と対応させるか見解の一致がないにもかかわらず要件論の論争が成り立っていた。従って今これを「引用」に移して読むとしても、議論の連続性は十分に保つことができる。

22) 条文の文言との関連を意識している論者は、「引用」という文言は明確で評価的要素を含まない解釈をしていたと思われる。飯村・前掲注11)94頁参照。

23) 上野・前掲注12)324頁。

被引用側の独立性が高い場合であれば、これも従たるものとして取り込んでいる関係とは言えないだろう。藤田嗣治絵画複製事件の判旨が主従関係を否定する際に、独立した鑑賞性に触れていたのもこのような趣旨と思われる。

評価的要件である②主従関係の判断方法は、裁判例上比較的固まっている藤田嗣治絵画複製事件の考慮事項・判断基準をそのまま利用すればよく、主従関係は引用の成否について大方の勝負をつける重要な要件として扱う趣旨である。したがって、残る③公正な慣行・④目的上正当な範囲内は主従関係という要件では拾いきれない事項を拾う調整弁的な位置づけとなる。例を挙げると、主従関係の考慮要素では著作者への経済的影響に関する考慮が少ないとの指摘が以前からあるが²⁴⁾、これは④で考慮してよいと考える²⁵⁾。他に「公正な慣行」「目的上正当な範囲内」という文言があるにも関わらず「引用」の文言を規範的評価的に解することへの批判があるかもしれないが、そもそも著作権法全体を貫く目的が著作物の公正な利用と著作者等の権利の調整による文化の発展にあるのだから（著作権法1条参照）、その考慮を「引用」という文言に反映することはむしろ自然なことであり、利用者・著作者の利益調整を他の文言に委ねなければならないとする理由はないと思われる。

IV. まとめ

著作権法32条1項に関し、従来は条文の文言と離れた形で解釈論を展開してきた側面がある。これは法律論として妥当とは言えないが、同条は抽象的な文言であるから、従前の判例・学説と乖離の大きい解釈論を展開することも妥当ではない。

この2つの視点の調和という観点から、同条

の文言に沿い、「引用」に該当するために、その採録が①明瞭区別性と②主従関係の要件を満たすことを要求し、加えて残った条文の文言である③公正な慣行と④目的上正当な範囲内をも要件とすべきである。②③④はいずれも規範的評価的要件であるが、このうち②を中心的な要件とし、③④は微調整のための要件にとどめる。②の判断には定着した判断手法である藤田嗣治絵画複製事件の判旨を利用することができ、裁判例の蓄積も考慮すると関係者の予測可能性を害するという難点を抑えることもできよう。

冒頭で述べたように、著作物は先人の功績をもとに生み出されていくものである。この意味で、引用は著作権法の根幹に関わる重要な制度であり、実質論・形式論の両面で安定した解釈論が望まれる。本稿で示した1つの方向性を含め、今後も重点的に議論を重ねていく必要があるだろう。

(かわはら・けんじ)

24) 山中・前掲注19)157頁。

25) また、③公正な慣行に関しては、将来的に現在とは異なる慣行が定着した際には、私見の枠組みからは③で調整的に拾うことができる。この点、前掲の絶対音感事件控訴審が触れた出所明示の慣行が好例である。なお、出所明示の慣行が現在存在する旨の控訴審の認定自体には私見は反対である。

労働協約の不利益変更と司法審査

2006年3月修了

高松 顕彦

I. 問題領域の設定

労働協約は、規範的効力によって労働契約の内容を規律する（労組法16条）。本稿で検討の対象とするのは、労働協約によって既存の労働条件を不利益に変更する場合にも、規範的効力が及ぶのか、という問題である。一般的には、「協約自治の限界」として議論されている問題を扱うこととなる。

この問題は労働法の分野の中でも非常に有名な論点であり、先行研究も多数存在する。長年活発に論じられてきたこの問題を再論しても、付け加えられることはほとんどないかもしれない。しかし、この問題について、いまだに学説上も定説といえるものは存在しないし、最高裁の判断も一件しか示されておらず、それも事例判決の形である。つまり、長年にわたって争われてきたにも関わらず、いまだに決着のついていない難問といえるのである。しかも、問題となる場面は労働条件の変更という労使双方にとって非常に重大な局面なのである。そのような点からこの問題に興味をもち、検討を加えることとした。

この問題に取り組む前提として有利原則や規範的効力の法的性質論との関係を整理しておく必要がある。そこで、まず、本稿の対象となる領域を明らかにしておきたい。

労働協約の不利益変更が問題となる場面は二通り考えられる。①労働契約（定型契約として

の就業規則も含む）によって設定されていた労働条件を労働協約によって不利益に変更する場合、②労働協約によって設定されていた労働条件を新労働協約によって不利益に変更する場合である。

①の問題については、労働契約で定めた有利な労働条件をそもそも労働協約によって不利益に変更することができるのか、という点をまず検討する必要がある。いわゆる有利原則の肯否として論じられる問題である。労働協約は労働契約を有利にも不利にも拘束するか（両面的効力）、それとも不利な場合には拘束しないのか（片面的効力）という問題ともいえる。

有利原則の肯否について、現行法上明文の規定はない（就業規則と労働協約の関係を定めた労基法92条1項も「就業規則は、…当該事業場について適用される労働協約に反してはならない。」とするのみで、就業規則のほうが有利な場合にも「反してはならない」のかは解釈によって決定される）。規定がない以上、原則としては当事者の意思を重視すべきであり、個々の労働協約の解釈の問題と解するのが相当であろう。実際は、現在の日本では企業別組合が多数であり、労働組合は実際に適用される労働条件を労働協約に定める意思であることが多いので、有利原則は否定されることが多いであろう。しかし、もちろん意思解釈の問題であるから、最低基準を定めることも可能である。

有利原則が肯定される場合、労働契約に定め

られる労働条件を労働協約によって不利益に変更することは不可能となる¹⁾。したがって、この場合、労働協約の不利益変更はおよそ認められず、本稿の検討対象とはならない。

有利原則が否定される場合には、労働協約が両面的に効力を有することとなり、労働契約によって設定された労働条件は、労働協約が設定するものと等しいこととなる。すると、多くの場合には旧労働協約を新労働協約によって不利益変更することと同様なので、問題の出方としては②と同様となり、②に含めて論ずれば足りる。例外的に、労働契約の労働条件を、初めて締結した労働協約によって不利益に変更する場合も考えられる。しかし、設定された労働条件を労働協約によって不利益に変更するという点では変わらないし、従前設定されていた労働条件が労働協約によるものか労働契約によるものかという違いは「協約自治の限界」を議論するうえでは関係ないので、本稿の対象とするのが適当である。

②については、労働協約と労働契約の関係が問題となる。つまり、規範的効力によって労働協約が労働契約の内容に入り込むと考えると(化体説)、旧労働協約が化体するところの労働契約を新労働協約によって変更する場合となり、①の問題となる。他方、規範的効力が労働契約を外部から規律しているに過ぎないと考えると(外部規律説)、論理的には旧労働協約の定める労働条件を新労働協約によって不利益に変更することも可能となる。

論理的に新労働協約によって労働条件を不利益に変更できない場合には、およそ問題とならないので、本稿の検討対象外である。本稿の対象となるのは、結局、i) 労働契約が定める労働条件を新労働協約(労働協約を変更した場合と新たに労働協約を締結した場合の両方を含む)によって不利益に変更した場合であって、有利原則が否定される場合、ii) 旧労働協約が

定める労働条件を新労働協約によって不利益に変更した場合であって、外部規律説をとった場合、iii) 旧労働協約が定める労働条件を新労働協約によって不利益に変更した場合であって、化体説をとり有利原則が否定される場合、の三つである。

II. 「協約自治の限界」

前章で述べたとおり、三つの場面では、論理的には労働協約によって既存の労働条件を切り下げることが可能となる。一般に、労働組合と使用者との間で締結される労働協約の内容については、私的自治の原則から導かれるところの協約自治の原則が妥当しており、労働条件を不利益に変更する労働協約も規範的効力を有し、個々の組合員を拘束すると考えられる。しかし、協約自治にも限界があるのではないかと、つまり、例外的に規範的効力が否定される場合があるのではないかと議論されている。これが、「協約自治の限界」の議論である。

ここで、「協約自治の限界」はいくつか異なる問題を扱っていることに注意が必要である。まず、①強行法規もしくは公序に反する内容を定める労働協約の条項は無効である、という意味で「協約自治の限界」を超えるるとされる場合がある。これは、私的自治の原則も強行法規や公序に反するものには妥当しないので(民法90条参照)、当然である。次に、②労働組合に処分権がない事項について、労働協約で規整することは「協約自治の限界」を超えるるとされる場合がある。未払い賃金の放棄・支払猶予や組合員の退職(配転・出向や時間外・休日労働を義務付けることなどを含める論者もいる)などの事項を労働協約で定めた場合である。これは、一般に組合員が自己の個人的領域に留保したものを処分することになると解されるので、労働組合の目的の範囲外であって、「協約自治の限

1) もっとも、労働協約を不利益変更する場合、有利な労働契約の定める労働条件を新労働協約の水準まで下げることが協約当事者の意思である場合も多いであろう。有利原則を原則として承認しながら、当事者の意思を介して労働協約による不利益変更を認めるものとして西谷敏『労働組合法』(有斐閣、1998) 347頁。

界」を超えることとなる。最後に、③労働協約によって組合員の労働条件を不利益に変更した場合に、「協約自治の限界」を超えるのではないかが問題となる。本稿は、③の問題を扱おうとするものである。

さて、労働協約による労働条件変更について、そもそも労働組合は「労働条件の維持改善その他経済的地位の向上を図ること」(労組法2条)を目的としている団体であるから、組合員に不利益を及ぼすような労働協約は、組合員の同意または授權がない限り、効力をもち得ないとする主張がなされていた。裁判例でも、同旨を述べるものとして、大阪白急タクシー事件決定²⁾(実質的に賃金の減額をもたらすオール歩合給制への変更を定める労働協約について、効力を否定した)、北港タクシー事件判決³⁾(労働契約上、定年不適用とされていた組合員に定年制を適用する労働協約の効力を否定した)がある。

しかし、一般論として、労働条件を切り下げる労働協約の効力を一律に否定してしまうことは妥当でない。労働協約は団体交渉を経て締結されるものであるが、団体交渉は労使間の真剣な駆け引きの場であり、個々の合意が常にすべて労働者側に有利な結論となるとは限らない。ギブアンドテイクの精神で有利な条項も不利な条項も混在し、全体として結論が出てくるものである。また、労働組合の主目的が労働条件の維持改善であるとしても、継続的な労働関係においては長期的な視点から考える必要がある。したがって、一時点で個々の条項だけを見て、労働者に有利であるとか、不利であるとか言うことはできないし、妥当でない。また、不利な条項がすべて規範的効力を有しないというのは、労働組合は一方的に有利な地位につくことになるし、団体交渉における駆け引きが失われて、真剣な議論が害されるおそれもある。労働

組合は総体的長期的な観点から組合員の利益を図っていれば労働組合の目的に合致しているのであって、一切の不利益条項を労働協約によって締結してはならないということは妥当ではない。よって、一般的に、労働協約は労働条件の切り下げとなる場合でも規範的効力を有すると解される。判例も、上記大阪白急タクシー事件決定、北港タクシー事件判決の後には、不利益に変更された労働協約の効力を一般的に肯定している(リーディングケースとして日本トラック事件地裁⁴⁾・高裁判決⁵⁾)。その後、朝日火災海上保険(石堂・本訴)事件最高裁判決⁶⁾でも同様の結論が肯定された。また、学説上もこの見解が一般的に受け入れられている⁷⁾。

では、不利益に変更された労働協約の規範的効力が一般的には肯定されるとしても、例外的に否定される場合があるか、というのが次に問題となる。つまり、労働者にとって看過できないような不利益を労働協約によって定めた場合、労働組合の執行部が組合内の手続を十分履践することなく労働協約を締結した場合など、一定の場合には裁判所が当該労働協約の効力を否定する必要があるのではないか。この点について、司法審査をすべきか否か、すべきであるならどのような観点から審査すべきか、どの程度審査すべきか、を検討するのが本稿のテーマである。

Ⅲ. 協約締結権限の瑕疵論

本論に入る前に、ここで協約締結権限の瑕疵論というやや毛色の異なる問題を扱っておきたい。協約締結権限の瑕疵論とは、不利益変更された労働協約が有効に成立しているかという次元の問題である。労働協約は、労働組合と使用者間で締結される一種の契約であるとするの

2) 大阪地決昭和53年3月1日労判298号73頁。以下、裁判例の判決・決定年月日、出典は初出時のみ示す。

3) 大阪地判昭和55年12月19日労判356号9頁。

4) 名古屋地判昭和60年1月18日労判457号77頁。

5) 名古屋高判昭和60年11月27日労判476号92頁。

6) 最判平成9年3月27日労判713号27頁。

7) 菅野和夫『労働法(第7版補正版)』(弘文堂, 2006) 522頁、西谷・前掲注1) 348頁。

が多数説とされている⁸⁾。すると、労使双方の協約締結者が締結権限を有していなければ、無権代理人による協約締結となり、協約は当然有効に成立せず、規範的効力が生じない。問題の位置づけとしては、協約の効力の有無という本稿の中心的問題に先立つべきものであり、そもそも協約という労使間の契約が有効に成立しているかの問題である。「協約自治の限界」に含めて論じられることもあるが、「協約自治の限界」は協約の規範的効力が肯定されるか否かの場面で議論されることが多く、協約の成立の場面とは区別することができるので、本稿では一般的な用語法とはずれられるかもしれないが、一応別の問題と考えておく。本論からは少し外れる問題であるが、本論に密接に関連し、裁判例を分析する上で欠かせない問題であるので、便宜上ここで論じることとする。

まず、労働組合の対外的代表者（委員長など）が当然に労働協約の締結権限を有しているか。労組法6条は、組合の代表者が当然に使用者と「交渉する権限を有する」と規定する。すると、団体交渉の成果としての協約締結権限も当然に有しているように思える。しかし、使用者との団交と労働協約の締結とでは質的にまったく異なっており、後者には規範的効力が付与されていることから労働者に対する影響が大きい。そのような大きな権限を一般的に組合代表者に肯定することは妥当でない。組合代表者といえども、規約による授権または一定の内部手続を経てはじめて協約締結権限を有すると解すべきである。したがって、協約の締結権限を一般的に組合代表者が有すると解することはできない⁹⁾。

すると次に、協約が締結される際には、組合代表者への授権があったか否かが個別に問題となる。規約が組合代表者に一般的に権限を付与している場合は、それによって協約締結権限が

発生する。授権について、規約に内部手続を要求する定めがあれば、原則としてそれに従った手続が必要となる。規約の定める手続を遵守していない場合には、原則として授権は認められない。規約の定めがない場合には、組合大会またはそれに準ずる機関による授権が必要である。組合代表者に対して、集団的な授権が認められるか否かが基準となる。まったく何らの手続もなされていない場合には、組合代表者に対する集団的な授権が存在しないこととなるので、代表者に協約締結権限が認められず、協約は形式上締結されても無効である。ただし、組合代表者に協約締結権限が認められなかったとしても、協約締結後に追認することは可能である（民法116条参照）。

ところで、規約に組合大会決議が必要であると規定されているのに、組合大会を経ず、より簡易な手続で代用した場合はどうであろうか。これは、実際に中根製作所事件¹⁰⁾（詳細は後述）で問題となった。この場合、原則として協約は無効である。協約締結権限は、組合代表者には一切なく、協約締結のたびに組合大会決議により権限が付与されるので、規約所定の組合大会決議が履践されていないことのみをもって、当該協約は無効である（もっとも、事後的に組合大会決議を経て追認することは可能である）。

しかし、上記の例において、このような硬直的な解決のみではなく、規約をより柔軟に解釈することによって一定の例外を認めることもできると思われる。場合によっては組合大会決議を要求する規約を、i) 交渉権限や協約締結権限は執行委員長を含む執行部に付与するが、組合大会の承認も求める、つまり、執行部が協約を締結した場合、協約は有効に成立するが、組合大会で承認されてはじめて効力を発する（停止条件付き）、あるいは、ii) 組合大会に付議されて否決された場合には効力を失う（解除

8) 中窪裕也「企業別組合と協約法理」角田邦重ほか編『労働法の争点（第3版）』（有斐閣，2004）96頁，特に98頁。

9) 菅野・前掲注7) 498頁，西谷・前掲注1) 321頁，大阪白急タクシー事件仮処分異議審判決—大阪地判昭和56年2月16日労判360号56頁。

10) 東京地判平成11年8月20日労判769号29頁，東京高判平成12年7月26日労判789号6頁。なお，この事件は上告されたが，上告受理申立て不受理で実体判断はなされなかった（最終平成12年11月28日労判797号12頁）。

条件付き)、という趣旨と解釈することもできる¹¹⁾。あくまで規約の解釈であるので、とっかかりとなる条項がある場合や確立した慣行によって規約が補充されたと考えられる場合など非常に限られた場合ではあるが、このような解釈ができることもある。個別の事案に応じて、組合員の意思、組合内部の運用・慣行、規約の文言、規約の趣旨等を踏まえて、解釈される必要がある。そのような例外的な場合には、協約締結権限が肯定されることもある。

なお、協約締結権限の瑕疵については、組合代表者の代理権制限の第三者への効力(労組法12条、民法54条)を使用者側が問題とできるか、という論点も存在する。この点については、使用者の善意・悪意にかかわらず、民法54条の適用を排除するのが通説である¹²⁾。同条は、第三者との経済的な取引行為に適用されるものであって、取引安全を保護する趣旨である。交渉相手が決まっておき、労働条件を話し合う労使間の団交にこの条文を適用するのは、妥当ではない。したがって、この点を問題にする必要はない。

IV. 学説の概観

さて、いよいよ不利益変更された労働協約の効力をどのように司法審査するかという本論に入っていきたい。最初に学説を概観する。

学説上は、なんらかの形で司法審査をすべきとするものが多数である。しかし、どのような基準で審査すべきか、という点について議論は収斂していない。(1)労働協約の締結過程に光を当てて、手続的な観点を重視して審査すべきとするもの、(2)労働協約の内容の合理性

に光を当てて、内容的な観点を重視して審査すべきとするもの、(3)手続と内容の両面を重視して審査すべきとするもの、に大きく分かれている。また、(4)司法審査を原則加えるべきでないという主張も有力である¹³⁾。

1 手続重視説(菅野・荒木説)

まず、労働協約は労使間交渉によるものであり、労使自治を尊重する見地から、労働協約が不利益に変更された場合でもその内容にまでは原則立ち入らず、組合内の意見集約手続など手続的な観点からの司法審査にとどめるべきだという主張がある¹⁴⁾。

(1) 菅野説

菅野教授は、「労働組合が有する協約締結権限にも、組合員の授権のうえでの要件(制約)が存在する。たとえば、経営危機の打開策として従業員全体についての異例の不利益措置(賃金引下げ、労働時間延長、等)を協約化するような場合には、組合は、ことからの性質に応じて、通常の団体交渉プロセスとは異なる特別の集団的な意思集約(授権)の手続(組合員大会での特別決議、組合員投票など)を踏む必要がある。また、労働条件制度の改革などにおいて、組合員(従業員)の一部集団に特に不利益が及ぶ措置を協約化する場合には、当該組合員(従業員)集団の意見を十分に汲み上げてその不利益の緩和に努めるなど、組合員(従業員)全体の利益を公正に調整する真摯な努力をすることが必要となる。」¹⁵⁾と説く。

もともと、労働協約の内容を審査することも例外的に肯定し、「一部組合員(従業員)に特に不利益な協約については、内容に著しい不合

11) この考え方を提唱するのは、毛塚勝利「判批」(中根製作所事件)労働判例801号5頁(2001)、特に8頁。

12) 菅野・前掲注7)465頁、西谷・前掲注1)321頁、大阪白急タクシー事件仮処分異議審判決。

13) 分類については、根本到「労働協約による労働条件の不利益変更」角田ほか・前掲注8)179頁に従った。

14) 学説の主張する「手続重視」とは、Ⅲ章で述べた協約締結権限の付与手続に問題がないとしても、規範的効力を認めるためにはより慎重な手続の履践が必要だとする考え方である。協約締結権限の瑕疵を審査すること自体は学説上広く肯定されており、ここでの問題はより慎重な手続履践を組合に要求するかどうかにある。Ⅲ章において、協約の成立の場面(協約締結権限の瑕疵論)と協約の効力の場面(本稿にいう「協約自治の限界」)を分けたのはこのためである。

15) 菅野・前掲注7)523頁。

理性がないかどうかの判断を付け加えるべきであろう。」¹⁶⁾とする。

(2) 荒木説

荒木教授は、「将来にわたる労働条件を規律すべく労使交渉を通じた利益調整の末に到達した協約に裁判所が直接広範に介入することは、労使自治による労働条件規制を基本に据える憲法 28 条、労組法の本旨に照らして妥当ではない。このような観点からは、労使交渉の過程で瑕疵のない利益調整がなされたか、という手続審査を中心に考える立場が妥当であろう。」¹⁷⁾と説く。

「もっとも、手続審査を中心とする説も、内容審査を一切認めないわけではない。また、手続審査といっても、そこで要求される手続は必然的に、変更内容の不利益の程度に応じたものとなる。つまり、大きな不利益を課す協約（これは協約内容の相当性を疑わせる）であればより慎重な集団的意思確認・利益調整が要請されることになる。」¹⁸⁾とし、内容審査を加味する立場をとる。

2 内容重視説（下井・毛塚・諏訪説）

次に労働協約の内容の合理性を審査すべきであるとの主張がある。もっとも、その基準については以下のように見解が分かれている。

(1) 下井説

下井教授は、手続面の審査については、労組法 5 条 2 項各号による制約のほかは組合自治に委ねるべきであるとして、組合規約所定の手続が遵守されていれば規範的効力は否定されることがないとする。

他方、内容審査については、「協約内容が労働者の労働組合および団体交渉への合理的期待に著しく反すると判断される場合には規範的効力を否定する、という考え方」をとるとし、「使用者との交渉から生み出される『内容』に関しては、『集団的規制と個人利益の調整の必要性』あるいは『組合の『公正』代表の要請』からして、労使の集団的自治に委ね切れない場合が少なからずあると考えられる。そのような場合については、あえて労使自治に制約を加えて協約の規範的効力を否定しなければならない。」とする。

そして、内容の合理性は、「当該ケースの諸般の事情からの『総合判断』によるほかない」が、「就業規則変更の場合よりも、いわば緩やかな基準によって『合理性』の有無判断が行われるべきことは当然である。」とする¹⁹⁾。

そして、内容の合理性は、「当該ケースの諸般の事情からの『総合判断』によるほかない」が、「就業規則変更の場合よりも、いわば緩やかな基準によって『合理性』の有無判断が行われるべきことは当然である。」とする¹⁹⁾。

(2) 毛塚説

毛塚教授は、「労働協約において労働条件が定められた場合、労働協約上特段の留保がなされていないかぎり、労働者は通常その労働条件の存在を前提に生活を営むが、協約の不利益変更はこの労働条件の存続と改善に対する信頼に背くものである。とすれば、労働協約の不利益変更において問題にされるべきは、……それが従来の協約の存続に対する労働者の信頼をどこまで配慮したものになっているかだといえる。……その意味で、労働協約における労働条件の不利益変更については、かかる信頼保護の原則（Vertrauensprinzip）からの法的審査が及ぶものというべきであろう。」²⁰⁾と説く。

ただし、毛塚教授は手続審査も肯定しているようである²¹⁾。

(3) 諏訪説

諏訪教授は、「労働者が組合加入に際して組合に期待するところ、また、労働組合が本来的

16) 菅野・前掲注 7) 524 頁。

17) 荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』（有斐閣、2001）273 頁。

18) 荒木・前掲注 17) 274 頁。

19) 下井隆史「労働協約の規範的効力の限界—『有利性の原則』、『協約自治の限界』等の問題に関する若干の考察—」甲南法学 30 巻 3 = 4 号 343 頁（1993）[362 頁以下]。

20) 毛塚勝利「集団的労使関係秩序と就業規則・労働協約の変更法理」季刊労働法 150 号 143 頁（1989）[151 頁]。

21) 毛塚・前掲注 11) 10 頁は、「改訂協約の内容審査は、労働条件規制のあり方としての妥当性を議論するものであるから、実際には内容、手続きにわたる総合的な判断にならざるをえないであろう。」とする。

に使命とするところなどを考慮するならば、組合の結ぶ協約によって特定の労働者・労働者たちの労働条件が低下するということはあくまでも例外的であり、そこには組合目的の達成という観点からする合理的な理由が必要である。このような合理的な理由（それには、相応の補償措置なども含まれる）を欠く場合には、あるいは組合目的達成に必要な合理的範囲を超えているものとして、あるいは多数決により一部労働者についてのみこのような不利益措置がとられたとしたならば組合員の均等待遇の原則（組合員が組合に対して有する重要な権利）の違反として、少なくとも統制力の行使は許されず、したがって、規範的効力が認められるとしても片面的でしかありえないこととなる。」²²⁾と説く。

3 内容・手続重視説（西谷・道幸説）

労働協約の内容と労働協約締結過程の手続の両面から審査すべきとする主張として以下のものがある。

(1) 西谷説

西谷教授は、「労働者は労働条件の維持・改善のための活動をこそ期待して労働組合に加入しているのであって、労働組合が労働協約の締結を通じて全部または一部の組合員の労働条件を引き下げるのはそうした期待に反することであるし、また実際に異例のことであるにちがいない。したがって、まず第一に、労働条件の不利益変更を内容とする労働協約の締結・改訂にあたっては、通常の場合よりも慎重な手続が要求されると解すべきである。具体的には、組合員全員の実質的な参加を保障する民主的な手続（組合大会、代議員大会、全員投票など）による、事前もしくは事後の承認が必要とされよう。」

「しかし、とくに一部の組合員に甚だしい不利益を課すような協約条項は、いかに民主的な手続を踏んで締結されたにしてもなお、規範的

効力を付与されるべきではない。……そこで、一定範囲においては、裁判官による協約の内容審査が不可欠となるのである。……〔内容審査の基準については〕私は、端的に、組合員の実質的平等の原則に、内容審査の根拠と基準を求めればよいと考える。」²³⁾と説く。

(2) 道幸説

道幸教授は、「まず、原則として、協約による不利益変更は本来予定されていなかった事態であり（今後は別かもしれない）、またそれによる個別組合員への影響も多大なものがある。したがって、個別組合員の意向を十分かつ公正に反映する内部手続が要請される。」とする。

そして、不利益変更の内容・パターンを二つに分ける。一つは不利益変更が組合員一律の場合であり、もう一つは特定グループのみの場合である。前者の場合につき、「協約の最終規定についての全組合員によるチェックが原則とされる。したがって、執行部に対する事前委任、包括委任は許されない。もっとも、具体的チェックの仕方は、全体的な意思確認がなされることを前提に、組合規約に従う。」とする。

後者については、前者の要件をクリアしたうえで、特定のグループが職種や地域との関連において独自に労働条件を決定することに合理性がある場合と、ない場合に区分する。そのうち後者については、「組合全体の意向によってその労働条件につき不利益変更をすることを決定する前提に欠ける。したがって、当該協約規定に規範的効力は認められない。」とする。前者については、「このような特定グループについては、そのグループだけについての不利益変更をグループ独自に決定することが許されよう。もっとも、内部手続的には当該グループ独自に決定することが規約上明確に定められていることが前提になる。組合員多数による合意とともに当該グループの多数による決定があれば、当該協約に規範的効力が認められる。」²⁴⁾

22) 諏訪康雄「労働協約の規範的効力をめぐる一考察—有利原則の再検討を中心として—」久保敬治教授還暦記念『労働組合法の理論課題』（世界思想社、1980）179頁〔200頁〕。

23) 西谷・前掲注 1) 348頁。

とする。

4 司法審査抑制説（大内説）

最後に、原則として、司法審査を行うべきではないとする大内教授の主張がある。

組合内部の問題は、できるだけ自治的な処理に委ねられる方が望ましいこと、現行労働法は労働条件の形成が労使により自主的に行われることを要請していると解すべきことから、「裁判所は、その関与が労使の自主的な労働条件形成という原則や組合自治に反するとはいえない例外的な事情がある場合、具体的には、民主的な意思形成過程の機能が重大に損なわれており、かつ、そのことが明白であるという場合のみ、当該協約の適用に反対している組合員に対する労働協約の拘束力を否定することができると解すべきである。」

「他方で、このように労働協約の締結過程の民主性に対する裁判所の審査を抑制的なものとするべきとしても、そのことが協約の内容面での審査を積極的に認めるべきという考えに結びつくものではない。労働協約により形成された労働条件の拘束力は、労働者の任意の組合加入という私的自治原理により正当化されてきているのであり、それ以上に裁判所の介入を必要とする事情はないと解すべきである。」²⁵⁾と説く。

V. 学説の整理

このように学説においては多様な主張がなされているが、全体として一定の共通項も見出される。ここでは細かい違いを捨象して、自分なりの視点で一定の共通項を抽出してみたい。

第一に、学説が考える慎重な手続には2方向

のものがあるように思われる。一つは組合大会での全員投票を理想とする「全組合員によるチェック」²⁶⁾の方向であり、もう一つは個別の組合員（または特定グループの組合員）に対する意思確認・意見聴取等の方向である。前者が組合全体の民主性を追求しているのに対し、後者は民主性の追求によっては保護されない少数者の意見汲み上げを目的としている。前者を後者が補完するという位置づけである。菅野説や道幸説においてこの切り分けが見られる。

第二に、協約が組合員全体に対して不利益となる場合（全体不利益事案）と組合員の一部（多くの場合、少数者）のみに不利益となる場合（一部不利益事案）を峻別し、審査方法を変える学説が多い²⁷⁾。全体に対する不利益の場合と、一部に対する不利益の場合では、組合員の利害状況が異なるという認識が基礎にあるものと思われる。この認識が審査方法に影響を与え、手続面に反映させると、全体不利益事案に対応するのが上記の全体の民主性を追求した手続、一部不利益事案に対応するのが個別性を追求した手続ということになる。

第三に、一部不利益事案については、内容審査を肯定する説が有力である。手続重視の学説にもこの場合には内容審査を肯定するものがある。菅野教授はこのような場合に不合理性の観点から内容が審査されるとしている²⁸⁾。この理由は、一部不利益事案の場合、手続審査に限界があることにあるように思われる。西谷教授は、不利益を受ける組合員とそうでない組合員がある場合には、構成員の同質性を前提とする多数決原理は信頼できず、内容審査が要請されると指摘する²⁹⁾。道幸教授も、組合内で「明確に利害（意見ではない）が対立した場合に、利害対立に相当な理由があり、かつ対

24) 道幸哲也「労働協約による労働条件の不利益変更と公正代表義務（4・完）一判例法理の検討と公正代表義務法理の再構築一」労働判例 857 号 5 頁（2003）[8 頁]。

25) 大内伸哉『労働条件変更法理の再構成』（有斐閣、1999）301 頁。

26) 道幸・前掲注 24) 9 頁。

27) 菅野、西谷、道幸の各説は明示的に二つの類型を分けている。

28) 菅野・前掲注 7) 524 頁。

29) 西谷・前掲注 1) 349 頁。

立に応じた公正な内部的調整・決定方法が完備している場合を除いて、労働組合自身が個別労働者の利益を公正に調整し得ず、代表性に欠ける」とし、手続審査を断念する³⁰⁾。ただし、どの説においてもここで限界があるとされる手続は民主的手続が想定されており、個別的手続までを否定するのは論者により異なる。菅野教授は個別的手続を要求したうえで、内容審査をも求めている。

第四に、全体不利益事案では、規約所定の手続より慎重な手続の履践が必要であるとする学説が多数である。手続重視の菅野・荒木説はもちろん、手続内容両重視の西谷・道幸説もより慎重な手続審査を肯定する。一部不利益事案では手続審査に懐疑的な見解が多いことは対照的となっている。全体に不利益を課す場合には、まさに多数決原理によって団体の意思を決することができ、それが妥当であると考えられているからであろう。したがって、ここで想定されている手続は組合全体についての民主的手続であって、個別的手続ではない。規約より慎重な手続を要求する理由は、不利益変更が一般に組合員の期待に反するとか、異例の事態であるからとされる³¹⁾。

以上を整理すると、①組合員の全体に対する不利益変更であるか、一部に対する不利益変更であるかに二分したうえで、②その類型に応じて審査基準を変え、③前者については規約より慎重な手続を要求し、④後者については一定の内容審査を認める（さらに個別的な手続審査を認める説もある）、となる。

VI. 学説の問題点

ここでは前章の学説の整理を基に、考えられる問題点を実際の裁判例とも対照しながら指摘していきたい。なお、裁判例については次章で詳しく紹介することとし、ここでは必要な範囲で言及するにとどめる。

(1) 第一に、全体不利益事案と一部不利益事案に二分する考え方についてであるが、この二分法はどこで二分するか大変難しいうえに、現実の裁判例の事実によるとほとんどが後者に分類されるのではないかという問題がある。

裁判例の多くの事案は、経営難・高年齢層の労務費上昇・定年延長といった理由に対応して、高年齢層の賃金・退職金を抑制するというものである。東京都十一市競輪事業組合事件³²⁾、東海旅客鉄道（出向命令）事件³³⁾、中根製作所事件、日本鋼管（賃金減額）事件³⁴⁾、靱鉄道事件³⁵⁾、兼松（男女差別）事件³⁶⁾がその例である。それ以外のものでは、茨木高槻交通（賃金請求）事件³⁷⁾が2種類ある賃金制度のうち的一方のみを対象とする不利益変更の事案である。神姫バス事件³⁸⁾は、事務補職にあった組合員のみ不利益変更である。朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件³⁹⁾は、鉄道保険部出身の組合員のみに対する定年引き下げの事案である。すると、これらは単に引き下げられた労働条件とその対象から見る限り、一部不利益事案といえそうである⁴⁰⁾。逆に全体不利益事案というのがどういうものなのかははっきりしない。おそらく、組合員全員に対し、賃金一律5%

30) 道幸・前掲注 24) 9 頁。

31) 菅野・前掲注 7) 523 頁、西谷・前掲注 1) 348 頁、道幸・前掲注 24) 8 頁。

32) 東京地判昭和 60 年 5 月 13 日労判 453 号 75 頁。

33) 大阪地決平成 6 年 8 月 10 日労判 658 号 56 頁。

34) 横浜地判平成 12 年 7 月 17 日労判 792 号 74 頁。

35) 広島地福山支判平成 14 年 2 月 15 日労判 825 号 66 頁、広島高判平成 16 年 4 月 15 日労判 879 号 82 頁。

36) 東京地判平成 15 年 11 月 5 日労判 867 号 19 頁。

37) 大阪地判平成 11 年 4 月 28 日労判 765 号 29 頁。

38) 神戸地姫路支判昭和 63 年 7 月 18 日労判 523 号 46 頁。

39) 最高裁判決は前掲注 6) 参照。第一審は、神戸地判平成 5 年 2 月 23 日労判 629 号 88 頁。控訴審は、大阪高判平成 7 年 2 月 14 日労判 675 号 42 頁。

40) しかし、道幸・前掲注 24) 8 頁は不利益対象の「一律」概念に幅があるとし、「差別状態の平準化の場合は優遇措置を受けていた特定グループのみが不利になるが、ここでは一律と解しておきたい」とする。これは、朝日火災海上保険

減額といったものや、所定労働時間の一律延長といったものが考えられているのであろう。しかし、これに該当すると思われるのは竹中工務店（賃金差別等）事件⁴¹⁾ぐらいしか見当たらない。その竹中工務店（賃金差別等）事件でさえ、成果主義賃金を導入するという事案であるので、組合員相互間で不利益の幅は一律ではなく（もしかしたら利益を受けているものもあるかもしれない）、本当に学説の想定する組合員全体に対する不利益変更の事案であるのか不明である。純粹に全員一律に労働条件を不利益変更するという事案は裁判例上見つからないし、（想像に過ぎないが）実際にもほとんどないのではなかろうか。結局、全員一律に不利益を与える場合を全体不利益事案とすると、該当する事案がほとんどなく、分類の意味があまりないと思われる。

ここまでの疑問は、分類が為にする分類となっているのではないかと、いうものである。しかし、分類そのものが可能なのか、という分類それ自体に対する疑問が次に生じる。前の段落では、ある労働条件について単に形式的に不利益変更を受ける対象労働者が一部であれば、一部不利益事案と考えた。では、対象となっていない労働者も別の労働条件において不利益を受けているときはどうなるのか。たとえば、一部組合員は賃金を減額され、他の組合員は退職金の支給基準率を減らされた場合である。前者が訴訟を提起した場合に、これを前者のみに対する一部不利益事案と扱ってよいのか。この場合の組合員間の利害関係というのは、竹中工務店（賃金差別等）事件のように、ある一つの労働条件を組合員間で不均一に不利益変更した場合と大差ない。どちらも、組合員全員が不利益を受けているが、不利益の度合いが違うという点では同じである。すると、竹中工務店（賃金差別等）事件を全体不利益事案と考えると、一部不利益事案との有意な差異はないことにな

り、竹中工務店（賃金差別等）事件を全体不利益事案と考えないのであれば、全体不利益事案に該当するのはまさに純粹に組合員一律の不利益変更の場合だけという最初の疑問に返ってくることになる。

結局、不利益変更を一部に対するものと全体に対するものと分けることは、組合という団体から少数者の権利を保護するという趣旨からは理解できるものの、実際に分けることは困難である。

(2) 第二に、協約の不利益変更一般について規約より慎重な手続を要求する点について触れておきたい。不利益変更の場合に慎重な手続を課すべきであるということは学説上広く支持されている。これを前提とすると、何をもって不利益変更と考えるかという大問題を考える必要が出てくるという問題がある。しかし、この点は解決可能である。この問題は現在でも存在するにもかかわらず、裁判例で先鋭な対立が生じている事案は見当たらない。裁判例においては、不利益が含まれており、それが主張されているのであれば、不利益変更と考えているからである。この点はⅧ章(1)で再論する。

(3) 第三に、一部不利益事案で手続を慎重にする意味がどれほどあるか疑問がある。この場合、もっとも民主的な手続である組合大会決議を経たとしても、不利益対象者は反発こそすれ、納得することなどありえない。基本的に、不利益を受けない多数者による他人決定だからである。不利益を受ける少数組合員とそれ以外の多数組合員との間には、少数者の不利益を多数者が利用して、会社繁栄等長期的な利益を得るといふ利害が対立しており、組合執行部は利益相反状況にある両当事者の利益を追求しなければならない状態に陥っている。民主的な手続は同種の構成員を前提にしてこそ意味があるのであり、このような利益相反状況で組合の民主的な手続を追求しても解決不可能である。ここで、

(石堂・本訴) 事件で不利益変更の対象となった鉄道保険部出身者が定年制において優遇されていたことを念頭に置いて、同事件の不利益変更は組合員一律のものであると整理しているのであろう。

41) 東京地判平成16年5月19日労判879号61頁。

特別多数決を要求したとしても、民主性の基盤が整っていないという瑕疵が存在することによって変わりはない（また、特別多数決は少数者に拒否権を与えることにもつながる）。また、種類株主総会のように、不利益者のみの決議を採ることも考えられ、確かにその決議が可決されれば問題はない⁴²⁾。しかし、否決された場合に協約の効力を否定するとすれば、今度はそのような少数者に拒否権を与えることが民主性の観点から許される解決なのか、疑問が生じる。

他方、だからといって、不利益を受けるものから、個別に面接して意見聴取するとか、不利益対象者の集会を開くとかいった個別的手続を経ていけばいいということにもならない。このような手続を踏むことによって、運よく不利益対象者の集団が納得すればまったく問題はない⁴³⁾が、納得していないからこそ裁判になるのである。ここで、ただ個別の手続の履践をもってよしとしてしまうと、常に協約の効力は有効ということにもなりかねない。組合とすれば、意見聴取を形だけ踏んで、意見は聞き置くことにし、組合大会決議などの手続を踏めば済むからである。

以上からすれば、確かに、手続を十分に踏んで不利益を受ける少数者の納得（同意するとの決議）を得られるのであれば、協約の効力を肯定することができる。この意味においては手続審査に有用性が認められる。しかし、どこまで細かく区切れば民主性が機能する程度に不利益者の同種・同質性を確保できるか問題があるし、ほとんどの事案では不利益対象者の納得を得られていない。一般的に言って、一部不利益事案に手続を強化することで対処することには限界がある⁴⁴⁾。裁判例との関係についてはⅧ章(3)

iii) で論じる。

Ⅶ. 裁判例の概観

前述のとおり（Ⅱ章）、かつて裁判例は、労組法2条を根拠として組合員個別の授権なしには不利益な労働条件を定める労働協約の規範的効力を否定していた（大阪白急タクシー事件決定、北港タクシー事件判決）。しかし、このような裁判例は学説の批判を浴び、その後の裁判例は不利益に変更された労働協約も原則として規範的効力を有するとしている（日本トラック事件地裁・高裁判決、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決）。そのうえで、例外的に規範的効力を否定する場合を認めるのが判例である。ここでは、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決を境目として、その前後の時期の裁判例、そして同最高裁判決について、裁判所の考え方を概観する。

1 朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決以前

判例が、例外的に規範的効力の否定される場合を認めているとしても、どのような基準で否定するかについては、裁判例によってまちまちであった。日本トラック事件地裁判決は、「改訂労働協約が極めて不合理であるとか、特定の労働者を不利益に取り扱うことを意図して締結されたなど、明らかに労組法、労基法に反する特段の事情がないかぎり」規範的効力を有する、との規範を立てた。この判決ではそれに続いて、以下の4点につき事実認定している。①経営の危機的状況に係る事実、②労働協

42) この集団内部では民主性が健全に機能するからである。不利益対象者の集団的な授権が民主的な手続を経て得られているのであるから、協約の効力は肯定される。したがって、不利益対象者の大多数が納得している場合に、ほんの少数の反対者が訴訟を起こした場合には手続審査によって協約を有効とできる。この意味では手続審査は有用である。ただし、組合員のどの範囲で同種・同質性が肯定されるのかという問題は別にある。

43) 納得は同種・同質の不利益対象集団の民主的な手続による同意で足りる。個別の同意は必ずしも必要ない。前掲注42) 参照。

44) もっとも、仮に結果が変わらないとしても、手続を履践すること自体に意味があると考えられることもできる。不利益対象者が納得する可能性が1%でもあれば、手続を踏むことで公正性が高まるからである。しかし、現実に公正性が高まるような内部手続を仕組めるか、仕組めるとしても要求できるか、問題が多い。

約締結手続に関する事実（組合員に対する組合執行部の対応状況）、③労働組合執行部の認識・意図に関する事実、④労働協約変更の内容の合理性に関する事実（不利益変更部分が他の変更部分と整合していること、不利益に変更された労働条件には合理的理由があること）である。そして、結論部分では、「労働協約の締結……には、特に原告を差別的に取扱う意図はもとより、その他格別合理性を欠く事情も認められない。」とする。①④から労働協約の内容を審査し、②から手続を審査していると考えられ、そこから「その他格別合理性を欠く事情も認められない」と結論している。この判決の注目すべき点は、労働協約締結当事者の差別的な意図を重要視していることである。③の事実はこの点に関する事実認定であり、結論部でも「差別的に取扱う意図はもとより…認められない」と述べられている。なお、この日本トラック事件は控訴されているが、控訴審でも上記判旨部分は引用、是認されている。ほぼ同様の判断枠組みを提示するものとして、東京都十一市競輪事業組合事件判決がある。

神姫バス事件判決は、「一定の労働者に対して賃金の切り下げになるなど著しい労働条件の低下を含む不利益を認容する労働協約を締結するような場合には個々の労働者の授権まで必要とはいえないけれども労働組合内部における討論を経て組合大会や組合員投票などによって明示あるいは黙示の授権がなされるなどの方法によってその意思が使用者と労働組合の交渉過程に反映されないかぎり組合員全員に規範的効力が及ぶものではないというべきである。」と判示した。日本トラック事件地裁判決の判示とは異なり、主に組合内部の意見集約手続を審査している。手続審査を重視する方向の判決である。もっとも、組合大会や組合員投票は行われていないにも関わらず（組合大会に次ぐ決議機関である組合委員会決議があるだけである。これは

規約上も必要とされている）、結論としては労働協約の規範的効力を肯定しており、規約上要求される手続以上に何らかの手続が必要とされる趣旨なのかは不明である。

更生会社日魯造船事件判決⁴⁵⁾は、「退職金等、労働者にとって重要な労働条件について、労働協約が不利益に変更されたときには、特に高度の合理性が要求されることは、就業規則の変更について述べたところと同様」であるとして、就業規則変更の場合と同様の審査方法をとる。しかし、就業規則と同様の判断基準を用いることには学説上、批判が強い⁴⁶⁾。

東海旅客鉄道（出向命令）事件決定は、「労働協約は、労働組合が組合員の意見を公正に代表して締結したと認められる限り、たとえ従前の労働条件を切り下げる内容のものであっても、……いわゆる規範的効力を有するものと解するのが相当である。」として、公正代表の観点から審査する。

安田生命保険事件判決⁴⁷⁾は、結論部分で、組合では「内部諸機関での慎重な討議・検討を経たうえ、所定の手続を踏んでこれを締結したものであり、右締結過程に明白かつ重大な手続的瑕疵も認めがたく、原告が特定の労働者として不利益に取り扱われた事情も認められないことに照らすと」、労働協約の規範的効力は認められるとしている。これは、手続・内容の両面から審査する趣旨であろうが、規範的効力が否定されるのは極めて例外的な場合に限られるような判示となっている。

朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件地裁判決は、「労働協約のいわゆる規範的効力（労組法一六条）は、……その内容が労働条件の切り下げにより個々の組合員に不利益なものであっても、それが標準的かつ画一的な労働条件を定立するものであり、また労働組合の団結権と統制力、集团的規制力を尊重することにより労働者の労働条件の統一的引き上げを図ったものと

45) 仙台地判平成2年10月15日労民集41巻5号846頁。

46) 菅野・前掲注7)524頁〔注12〕など。

47) 東京地判平成7年5月17日労判677号17頁。

解される労組法一六条の趣旨に照らして、特定の労働者を不利益に取り扱うことを積極的に意図して、締結されたなどその内容が極めて不合理であると認めるに足りる特段の事情がない限り、不利益を受ける個々の組合員にも及ぶことは明かである。」「そして、労働協約の内容が極めて不合理であると認めるに足りる特段の事情があるか否かを検討するについては、労働協約の締結、改定によって個々の組合員が受ける不利益の程度、他の組合員との関係、労働協約締結、改定に至った経緯、労働協約中の他の規定との関連性（代償措置、経過措置）、同業他社ないし一般産業界の取扱いとの比較などの諸事情を斟酌して総合的に判断しなければならない。」とし、控訴審もこれを是認する。これは内容の合理性を全面的に審査する判示であると考えられる。その考慮要素は非常に広範に及び、代償措置や同業他社等の取扱いをも総合判断の中に取り込むことを明言している点で特徴的である。

2 朝日火災海上保険（石堂・本訴） 事件最高裁判決

労働協約の不利益変更の司法審査に関して、最高裁として初めて判断を示したのが、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決である。現在までの間、他に実体判断を下した最高裁判決は出されていないので、唯一の最高裁判決として判例として非常に重要な意味をもっている。そこで、以下、やや詳しく述べることにする。

同判決は、一般論として規範を定立しているわけではないものの、結論部分で「本件労働協約は、上告人の定年及び退職金算定方法を不利益に変更するものであり、……これにより上告人が受ける不利益は決して小さいものではないが、同協約が締結されるに至った以上の経緯、当時の被上告会社の経営状態、同協約に定めら

れた基準の全体としての合理性に照らせば、同協約が特定の又は一部の組合員を殊更不利益に取り扱うことを目的として締結されたなど労働組合の目的を逸脱して締結されたものとはいえず、その規範的効力を否定すべき理由はない。」と判示して、規範的効力を肯定している。

「同協約が締結されるに至った以上の経緯」という判示は、組合の内部手続を指しているものであり、手続審査の部分である。「当時の被上告会社の経営状態」は労働協約不利益変更の必要性、「同協約に定められた基準の全体としての合理性」は労働協約内容の妥当性・相当性を指すもので、両者合わせて内容審査の部分となっている。そのうえで、「同協約が特定の又は一部の組合員を殊更不利益に取り扱うことを目的として締結されたなど労働組合の目的を逸脱して締結された」とはいえないとする。つまり、判示されたところをまとめると、規範的効力が否定されるのは、労働組合の目的を逸脱して労働協約が締結された場合であり、その目的の審査にあたっては、手続（組合の内部手続）・内容（協約変更の必要性・相当性）の両面から審査される、ということになると考えられる。

特定または一部の組合員を殊更不利益に取り扱うことを目的とする場合に規範的効力が否定されることは、日本トラック事件地裁判決・安田生命保険事件判決・本事件地裁判決なども繰り返し指摘するところである。ところが、「労働組合の目的」を持ち出している点では、従来の裁判例と異なる⁴⁸⁾。問題は、「労働組合の目的」が何を意味する概念であるか、であるが、最高裁は、この点について、何ら敷衍していないので、その趣旨は不明である。

朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決は、一定の判断基準を示したものの抽象的な次元にとどまり、具体的にどのような観点を重視して判断するかまでは明らかにするものではなかった、と評価することができる。

48) この点を指摘する文献として、村中孝史「判批」(朝日火災海上保険(石堂・本訴)事件最高裁判決)平成9年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊1135号〕223頁(1998)、特に225頁。

3 朝日火災海上保険（石堂・本訴） 事件最高裁判決以後

朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決以後の裁判例は、全体的に内容・手続の両面から総合的に審査するものが多い。同最高裁判決を引用したものとして、日本鋼管（賃金減額）事件判決は、労働組合の目的を逸脱している場合の規範的効力を否定する。そして、この判断にあたっては、「組合員に生じる不利益の程度、当該協約の全体としての合理性、必要性、締結に至るまでの交渉経過、組合員の意見が協約締結に当たってどの程度反映されたか等を総合的に考慮することが必要である。」とする。この判旨では、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決よりも、手続・内容の両面から審査をすることが明らかにされている。この判決によれば、「労働組合の目的」という概念はさほど意味のある概念ではなく、手続・内容を審査したうえで「協約自治の限界」を逸脱していると評価されれば労働組合の目的を逸脱したということになる。労働組合の目的ということから、特に内容面の審査を重視するというわけではないようである。

同様に、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決を引用するものとして、兼松（男女差別）事件判決がある。「労働組合の目的」という言葉を使っていないことを除けば、同最高裁判決の判旨をほとんどなぞったうえで、手続・内容の両面から審査している。靱鉄道事件地裁・高裁判決、竹中工務店（賃金差別等）事件判決も、同最高裁判決を引用してはいないものの、手続・内容の両面から審査を行っている。

手続面を重視して審査したものに、茨木高槻交通（賃金請求）事件判決がある。「不利益な協約であっても、組合内での協議を経るなどして集团的な授権に基づいて締結されたものである限り、これに反対し、労働条件を不利益に変更された組合員に対しても規範的効力を及ぼすものというべきである。」とし、続けて協約締結過程について検討している。もっとも、内容面からまったく審査していないわけではなく、

公序良俗に反するかという側面から、内容審査も行っている。

これらの中で、やや特殊な事案として中根製作所事件がある。これは、経営悪化のため、53歳以上の賃金を協約で切り下げた事案である。協約締結の際、労働組合は規約で要求されている組合大会を開いていなかった。そこで、そもそも協約締結当事者である組合代表者に協約締結権限があったのか否かという点が問題となった。

地裁判決は、「労働協約の締結に際し、二〇年以上も組合大会が開催されたことはなく、職場会における意見聴取、代議員会の決議を行うという方法で労働協約の締結をしてきたという実態に照らせば、組合大会が開催されなかったからといって、本件労働協約が直ちに無効であるとするのは相当でない。ただ、右のように、組合大会で決議せず、代議員会の決議のみで労働協約の締結がなされてきたという実態は、組合大会を開催するまでもなく、代議員会の決議だけで、組合大会に代えることのできる程度に各組合員の意見が反映され、各組合員が代議員会に対し、労働協約締結の権限を委任していることを前提として是認されてきたものと解するべきである。したがって、少なくとも、労働協約の締結に関し、右のような前提を欠くとすれば、そのような労働協約には、規範的効力が発生しないと解するのが相当である。」とし、本件で行われた代議員会決議は、「各組合員の意見を反映し、各組合員が労働協約締結の権限を委任して行われたものということとはできない」から、規範的効力は生じないと判示している。つまり、組合規約が組合大会決議を要求する趣旨は、組合員の意思を反映することであり、その趣旨に背かない限り、長年代議員会決議で代用されてきた慣行に鑑みて、代議員会決議でも協約締結権限に瑕疵はない。しかし、本件ではその趣旨に反するような手続しか行われていないから、協約締結権限を認めることはできない、したがって協約は無効、という考え方のようである⁴⁹⁾。

高裁判決は、よりストレートに、「労働協約

の締結は組合大会の付議事項とされているところ、本件労働協約締結にあたって組合大会で決議されたことはないから〔証拠略〕、本件労働協約は、労働組合の協約締結権限に瑕疵があり無効といわざるを得ない。〕として、協約締結権限の瑕疵から労働協約の無効を導いている。

この中根製作所事件の2つの判決は、前述の多くの裁判例と異なり、規約に従った手続が履践されているか、言い換えれば、使用者との協約締結にあたった組合代表者の協約締結権限が認められるかという観点からの審査を行ったものである（Ⅲ章参照）。つまり、他の裁判例が協約の成立自体はひとまず是認しながら、それでも不利益を受ける労働者に規範的効力が及ばない場合はあるかという「協約自治の限界」の問題であったのに対し、中根製作所事件両判決は、そもそも協約が成立しているのかどうかという「協約締結権限の瑕疵」の問題を扱っている。したがって、協約締結権限がないということになれば、成立において無効な労働協約ということになり、規範的効力はおろか、債務的効力も認められないということになる。

4 若干の整理

以上から、裁判例のおおまかな傾向を整理する。裁判例は協約審査を二段階に分けて行っている。まず、第一段階の審査として、組合代表者に協約締結権限が欠けていないか（多くの場合には、規約所定の権限付与手続がきちんと履践されたか）を問題とする（この協約締結権限の瑕疵論の内容はⅢ章参照）。中根製作所事件高裁判決では、その点が厳格に審査され、実際に結論としても労働協約は無効とされている。もっとも、以下の2点について注意が必要であ

る。第一に、実際にこの段階が厳格に審査された裁判例は中根製作所事件地裁・高裁判決しかない。他に、規約違反が認定されたものに鞍鉄道事件高裁判決があるが、同判決は第一段階審査を棚上げして、第二段階審査に流している。この意味で裁判例が二段階審査であると確定しているわけではないが、中根製作所事件高裁判決の影響力は大きいと思われるので、このように整理できる。第二に、規約違反状態で協約締結をすることは少ないということである。おそらく協約締結は実務において慎重になされているのであろう。多くの裁判例の中でも、規約違反が認定されているのは、上記の3裁判例2事件しかない。したがって、二段階審査といっても、重点は明らかに第二段階のほうにある。

次に、第二段階の審査として、本稿にいう「協約自治の限界」、すなわち協約の有効性を問題とする。ほとんどの裁判例は不利益変更された協約の締結過程という手続面⁵⁰⁾と、労働協約の変更の必要性および変更された内容の相当性という内容面の両面からの審査を行っている。ただし、その審査の重点がまちまちであることは前述のとおりである。なお、第二段階の審査において、結論として労働協約の規範的効力を否定したのは、鞍鉄道事件地裁・高裁判決に止まっており、第二段階の審査は極めて抑制的に行われているといえよう。

Ⅷ. 裁判例の整理⁵¹⁾

学説の問題点（Ⅵ章）・裁判例の概観（前章）を踏まえて、以下では裁判例を整理する。

裁判例は前述のとおり（前章）、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決の規範を引用して、内容・手続の両面から判断するもの

49) 本判決をこのように理解する文献として、諏訪康雄「判批」（中根製作所事件地裁判決）労働判例771号7頁（2000）。

50) この段階での手続審査と第一段階の協約締結権限の瑕疵の審査とは審査内容がオーバーラップする。その意味で両者は密接に関連するが、整理のためには分けて考えることが有益である。第二段階で問題となる手続審査は、協約締結権限に瑕疵がない場合に初めて問題となるものである。したがって、第二段階審査は、組合代表者の協約締結権限に瑕疵がないことが前提となるので、通常は規約所定の手続が履践されていることになる。第二段階手続審査は、規約の規定より慎重な手続が履践されたかどうかという観点からなされる。本文Ⅲ章および前掲注14)参照。

51) この点に関しては、ゼミの指導教員であった中山慈夫弁護士からご指導をいただいた。

が最近では多い。抽象的な審査基準としてはこのようにいえるのであるが、具体的な判断方法となると、内容を重視していたり、手続を重視していたり、審査される内容の中身も不ぞろいであったり、必ずしも統一的な基準にそって結論を導いているわけではない。ここでは、さらなる整理を試みたい。なお、裁判例は協約締結権限と、それを充たした上での手続審査または内容審査、という二段階の審査を行っている」と前述したが、ここでは専ら二段階目を問題とする。

確かに、裁判例の判断方法は具体的な局面においては統一されていない。しかし、一定の方向性があるように思われるので、以下検討する。

(1) まず、労働協約の不利益性そのものの判断という大問題がある。この問題はVI章で少し触れたが、補足したい。学説の主張するように、不利益変更の場合とそうでない場合とで判断基準を変えろということになれば、判断基準を提示するために不利益変更かどうかの判断が必要になる。しかし、協約変更はしばしば不利益な条項のみでなく利益となる条項も含んでいるので、組合員にとって不利益な協約変更かどうか決定するのは非常な困難が伴う。

この点について、裁判例は必ずしも協約の規範的効力審査の前段階で判断しているわけではない。協約の効力を検討する前段階で不利益性を明示している裁判例もあるが、他方で不利益変更と判示せずに効力を検討する裁判例も見られる。前者は、日本トラック事件地裁判決、神姫バス事件判決、茨木高槻交通（賃金請求）事件判決、軀鉄道事件地裁判決がそうであるが、後者の裁判例においても事実認定の段階で不利益性は認定されている。前者の裁判例においては、不利益変更であることを前提として規範を定立している点に特徴があるのであるが、だからといって後者の裁判例と規範や実際の審査内容に顕著な違いがあるわけではない。協約締結過程や不利益の内容を審査した上で、結局、「総

合的にみると、労働者に不利益な内容のものではなく」と判示する東海旅客鉄道（出向命令）事件決定が示すように、裁判例においては前提問題として不利益性を判断するのではなく、組合員が不利益性を主張し、実際に一定の不利益を受けているのであれば、慎重に協約の規範的効力を判断するという立場をとっているものと考えられる。協約の効力を検討する前段階で不利益性の有無を詳しく検討しているのではない。

(2) 学説では、全体不利益事案と一部不利益事案では、組合員の利害状況を異にするので、審査基準を変えろとするものが多い。すると、全体か一部かという切り分けが必要になるが、これが困難な作業であることは前述の通りである。裁判例においては、この切り分けを協約の効力を審査する前段階で行うことはしていない。切り分けをしていない以上、それによって判断基準が変わろということもない。

(3) 裁判例は、(1)(2)で判断基準を変えろことをしていないので、協約の不利益変更事案はすべて一元的に判断される。抽象的な、つまり内容・手続のどこに着目して判断するかは前述のとおりばらつきがある。では、より具体的なレベルでの判断基準について、裁判例は一定の統一的な考え方の下に判断しているだろうか。ここでは具体的な判断要素・方法に着目して、統一的な基準を見出せるかどうか考えてみたい。裁判例自身は何も説明していないが、一定の方向性はあるのではなからうか。内容・手続のより具体的なレベルにおいて、裁判例が判断要素・方法を提示するものは、総合考慮というものの以外ない⁵²⁾。しかし、以下では、個別の裁判例の審査方法から、具体的なレベルでの審査要素・方法を帰納的に読み取ってみたい。

なお、裁判例においては、事実を詳細に認定した上で、最後にすべての事情を総合考慮して結論を出すという形式をとっているものが多いため、いったいどの事実を重視して結論に至っ

52) 抽象的な判断基準は前述のとおりである。総合考慮を明示的に指摘する裁判例としては、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件地裁判決、日本鋼管（賃金減額）事件判決。

ているのか判然としない。そこで以下では主に結論部の判示を手がかりにどのような判断要素を重視しているかを抽出した。このような判示の文言を重視する判例解釈方法は、ここでの裁判例が単に規範的効力を否定する際のレトリックとして中身の無い結論部を示していると考えたと、有効ではないということになる。しかし、裁判例はそれぞれ結論部をわざわざ少しずつ異なる言い回しで書いているし、その差異は裁判例の判断が少しずつ異なることに由来すると考えるので、このような解釈にも合理性があると考える。

i) 差別性・狙い撃ち性

裁判例の中には、不利益を受ける労働者が差別的・狙い撃ち的に不利益を受けている場合を問題視するものが多い。日本トラック事件地裁・高裁判決、東京都十一市競輪事業組合事件判決、朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件最高裁判決、日本鋼管（賃金減額）事件判決、軀鉄道事件地裁・高裁判決がそうである。たとえば、日本トラック事件地裁判決ではその結論部で「一連の労働協約の締結…には、特に原告を差別的に取扱う意図は〔ない〕」として、差別性の有無を重視している。

ここでいう差別性・狙い撃ち性とは、学説の言う一部組合員にのみ不利益を課す場合の一部に対応する。しかし、裁判例では形式的に一部組合員に不利益を課すのかどうかといった観点ではなく、実質的に差別的かどうか、狙い撃ち的かどうかといった観点から判断している。実質的に判断しているということの意味は、他の組合員との関係（他の組合員も不利益を受けているのか否か、不利益対象者が優遇されていなかったのかどうか）、組合執行部の協約締結の目的・意図などを考慮していることにある。

ii) 不利益の大きさ

さらに裁判例では不利益の大きさを問題視するものも多い。東京都十一市競輪事業組合事件判決、東海旅客鉄道（出向命令）事件決定、日本鋼管（賃金減額）事件判決、軀鉄道事件地裁・高裁判決、兼松（男女差別）事件判決がそうである。ここにおいて注意すべきは、労働者に単

に不利益となる条項があることのみをもって不利益の大きさを測っているわけではないことである。日本鋼管（賃金減額）事件判決をはじめ、経過措置を評価に加えていることが多い。また、東海旅客鉄道（出向命令）事件決定では、定年引上げという労働者に有利な事情を評価して、「総合的にみると、労働者に不利益な内容のものではな〔い〕」としている。さらに、裁判例の中には、同業他社や業界標準といった基準を持ち出して不利益性の大きさを測るものも存在する。東京都十一市競輪事業組合事件判決では、他競輪場や他産業の状況を持ち出して、賃金水準の不利益の大きさを判断している。つまり、組合員の受ける不利益を前提として、それに対するカウンターバランスとなる要素を極力汲んだうえで、不利益性の大きさを判断しているのである。その要素としては、経過措置が重要視され、他にも有利変更された他労働条件、業界・他産業の標準などが考慮される。また、労働負荷との関係に言及するものも存在する。

iii) 手続の軽視?

すべての裁判例は、組合の取る手続を何らかの形で考慮している。ただし、裁判例の手続審査は以下の二つの点において、特徴的であり注意を要する。

第一に、裁判例の手続審査においては、協約締結における組合の内部手続と、組合—使用者間の交渉手続が混在しているものがある。もちろんこの両者は最終的には内部手続を経て集約された組合員の意見を、組合執行部が団体交渉においてきちんと反映させたか、という形で密接に関係するものである。しかし、裁判例の中には、組合内部の意見集約手続に着目せず、使用者との交渉経過において誠実に対応しているか、つまりただ使用者のいいなりになっていないか、を審査するものがある。東京都十一市競輪事業組合事件判決がそれである。本来、内部手続と交渉手続の関係は、内部手続にこそ重点を置いて審査するべきで、交渉手続は内部において出された交渉の方向性を組合執行部が忠実に履践しているかという限りで問題になるに過ぎない。学説において、手続を重視する説も

内部手続がきちんと履践されて組合として一定の結論が出ており、交渉経過において使用者がその結論に合致する案を提示してきたのであれば、一切反対することなく協約を締結したとしても手続上の問題はないとするのではなかろうか。

第二に、こちらがより重要なのだが、学説の多くの主張に反して、裁判例においては手続審査がさほど重視されていない、または機能していないと思われる。確かに、すべての裁判例が何らかの形で協約締結手続に言及している。しかし、規約違反の中根製作所事件と韮鉄道事件を除いて、規範的効力を否定するものは存在しない。日本トラック事件地裁判決、東京都十一市競輪事業組合事件判決、東海旅客鉄道（出向命令）事件決定ではほぼ組合内部の意見集約手続に言及することもなく判断しており、手続を重視していない。これらは、実質的には手続審査をしていない裁判例とも受け取れる（前述の通り規約違反は別である）。また、手続を詳細に認定した上でその手続を問題なしとする裁判例もある。神姫バス事件は、格下げとそれに伴う退職金減額、賃金のおよそ50%の減額という深刻な不利益変更の事案であった。手続として、使用者が従業員に直接説明したこと、不利益対象組合員1名も参加する社内団交がなされたこと、不利益対象組合員の参加する抗議集会がなされたこと、組合がストを打って不利益対象組合員が希望すれば他業務転換とする譲歩を引き出したこと（その結果負う不利益が前記のものである）、組合委員会（組合大会に次ぐ組合の機関）決議がなされていること（決議時に労働条件内容は明らかでなかったが、執行委員会に一任する決定がなされた）、執行委員会が未決労働条件について使用者と数次にわたり交渉したこと、が認定されている。しかし、菅野説が例示するような組合員大会での特別決議や組合員投票など⁵³⁾はなされておらず、詳細の

決まっていな中で行われた組合委員会決議がなされているだけである。それにもかかわらず、判決では規範的効力が肯定されている⁵⁴⁾。日本鋼管（賃金減額）事件判決においては、組合大会が行われておらず、それに次ぐ機関である中央委員会での意見集約手続があるだけだが、規約が組合大会を要求していないことから、規約上特に問題はないとし、「一般投票や組合大会の議決を行って全組合員または代議員の直接多数決による賛否を求めたり、通常の組合における意見集約の手続に加えて不利益を受ける者について個別的な意見を聴取する必要までがあるとはいい難い。」とする。その上で、協約締結に組合員の意思がどの程度反映されたかを検討し、職場毎の討議において、かなり緩やかな方法で代議員一任とすることも問題ないとしている。茨木高槻交通（賃金請求）事件判決も、「組合内部での十分な討議が尽くされ、労使間の交渉過程に当該組合員の意思が反映されること」が満たされる必要があるとしながらも、「組合内部で十分な討議がされたか否かは組合内部の問題であって、組合と対立交渉する使用者としては通常知り得ないことであるし、いかなる程度まで討議を尽くすか、労使交渉に当該組合員の意思をいかなる方法で反映させるか…は、基本的に組合の自主的な判断に委ねられていると解すべき」として、手続審査は非常に緩やかなレベルにとどまっている。

これらの裁判例から考えると、手続をさほど重視していないといえるのではなかろうか。裁判例は一方で必ずしも組合大会といった最高の組合民主主義的機関の議決を要求せず、他方で不利益対象者の意見聴取手続といった個別的な手続も要求していない。規約所定の手続がとられていれば手続的側面からの審査は十分であり、それ以上は一応言及するにとどめるとの立場をとっているように思われる⁵⁵⁾。

53) 菅野・前掲注 7) 523 頁。

54) 小宮文人「判批」（神姫バス事件判決）日本労働法学会誌 74 号 100 頁（1989）は本判決の手続審査を批判し、「本件協約は手続上無効であり、本件判決の結論に反対せざるを得ない。」（107 頁）とする。

iv) 裁判例の審査方法と上記3要素の関係

最後に上記の3要素(差別性, 不利益の大きさ, 手続)が実際の審査においてどのように用いられているのか。ここにおいては, 3つの裁判例の方向性が見出せると思われる。

まず, 第一群の裁判例においては, 差別性を重視し, 不利益の大きさなどを補充的に用いているものがある。日本トラック事件地裁判決はその結論部において「原告を差別的に取扱う意図はもとより, その他格別合理性を欠く事情も認められない。」としており, 後段に不利益の大きさや手続的観点が含まれていることは間違いないが, 前段が否定されれば後段は補充的な判断要素にとどめると読むことができそうである。そして何より唯一の最高裁判決である朝日火災海上保険(石堂・本訴)事件最高裁判決が, あらゆる考慮事項を列挙した上で, 「同協約が特定の又は一部の組合員を殊更不利益に取り扱うことを目的として締結されたなど労働組合の目的を逸脱して締結されたものとはいえず」と判示しており, これは差別性を中心に判断する趣旨であると解釈できる。これを受けて, 兼松(男女差別)事件判決, 竹中工務店(賃金差別等)事件判決も同様の結論を導く。これらの裁判例においてはごくおおざっぱに言えば, 具体的な事実認定・評価の段階で不利益の大きさや手続, 組合意図などを読み込んでおき, 最終的に結論部でそれらをすべて勘案すると差別性があるのかという判断手法をとっているといえる。

次に第二群の裁判例はまさに総合考慮といえるもので, あらゆる要素をあげたうえで, 結論部で規範的効力を判断するものである。規範の段階で総合考慮を明言した朝日火災海上保険(石堂・本訴)事件地裁判決, 日本鋼管(賃金減額)事件判決は当然結論部でも規範に対応したあてはめを行って, 規範的効力を肯定した。ほかにも, 東京都十一市競輪事業組合事件判決, 東海旅客鉄道(出向命令)事件決定, 軀鉄道事

件地裁判決がこの群に含まれる。ただし, 必ずしも明瞭に読み取れるわけではないが, この群の裁判例は総じて不利益の大きさに着目するものが多く, 差別性に言及するものは少数である。なお, 軀鉄道事件地裁判決は手続的正当性にも(付随的に)言及している。

最後に第三群の裁判例は, 手続に重きを置くものである。神姫バス事件判決, 茨木高槻交通(賃金請求)事件判決, 軀鉄道事件高裁判決がそうである。これらは第一群, 第二群とは一線を画し, ほぼ手続審査一本で判断している点に特徴がある。軀鉄道事件高裁判決は規約違反の事案であるが, 規約違反だけから規範的効力を否定しているわけではない。協約締結権限の有無で解決しているのではなく, 前述の第二段階審査を行っており, その中心を手続審査が占めている事案である⁵⁶⁾。

IX. 解決の方向性

協約の不利益変更において, どのような事案を念頭において, 司法審査の基準を組み立てるかという点において, 学説・判例の間に隔たりがある。裁判例に現れる実際の事件を観察する限り, 一律に組合員全員の労働条件を切り下げる事案はほとんどない。実際に現れる事案というのは, 全体が不利益を受けていても不利益の度合いが異なっているもの, 一部のみが不利益を受けているもの, 不利益を受ける集団が同時に労働条件切り上げを受けているため, そもそも当該集団について不利益といえるのかかわからないもの, そしてそれらの組み合わせなど多岐に及び, それぞれに複雑である。このようなさまざまな事案を裁判例はおよそ3つの判断要素の組み合わせによって解決している。この視点自体は非常に有用であると考えるが, 裁判例の基準はいまだ収斂していない。学説もまた収斂していない。ここでは果たしてどのような基準

55) ただし, 規約所定の手続がとられているだけで終わらず, さらに審査を加えているので, 一応手続審査する態度は示している。

56) ただし, 規約違反が最も重視されて規範的効力が否定された事案である。

で解決することが妥当かについて、方向性を提示したい。

まず、学説においては、原則司法審査を認めず、労働組合の自主的な判断を尊重するという説があることは前述のとおりである。しかし、これは妥当ではないと考える。協約による不利益変更というのは、やはり一種の異常事態であり、内容的正当性・手続的保障が著しく傷つけられている場合には、司法審査することが必要である。それを組合の自治に委ねてしまうことはできない。

手続を重視する学説は非常に有力であるが、これを過度に重視することも疑問である。全体不利益事案では、手続を重視することが組合の民主性を確保し、結果、内容の正当性につながる。その面では有効な解決となりうるのであるが、前述のように、裁判例に現れる事案というのは、より複雑で組合員間の利害が拮抗しているものなのである。単純な全体不利益事案は見当たらない。そのような事案というのは同種画一性を基礎とする民主性の強調によっては解決することができない。また、個別の労働者に対する手続によって内容的な正当性を高めることも考えられるが、果たして有効な手段といえるかには疑問がある。利益相反状況は、不利益を受ける者の同意があって初めて当該状況の問題性が解除されるのであって、個別の意見聴取や面接・不満の吸い上げによって解決されるものではない。

ただし、前述のように、不利益対象集団の集団的な同意がある場合には、協約の効力を肯定する方向でのみ手続審査は有効である。このような事案については、手続審査をもって審査を終了してよい。しかし、あくまで均一な不利益を受ける集団が存在し、それが民主的な意思確認によって同意していることが必要となる。したがって、裁判例を見る限り、このような条件を充たすケースは非常に限られると思われる。

手続審査で終えられない事案については、一定の内容審査が要求されると考えるが、その視点は差別性・狙い撃ち性に求めるのが妥当ではないかと考える。協約の不利益変更における問

題の核心は、不利益を受ける集団が組合内の少数であるがゆえに、多数者の犠牲となっているという利益相反の状況にある。つまり、組合内に不利益を受ける少数派集団とそうではない多数派集団があり、組合執行部はこの2つの相反する利益を同時に追求しなければならないにも関わらず、多数派を優先することが問題なのである。このような場合には、いくら手続を踏んでも集団の内部に利益相反状況が生じているために民主性は作用しない。そこで、端的に、内容の正当性を問うことが必要である。そして上記の問題意識から、その基準は、少数派に差別的・狙い撃ち的な不利益を与えるか、に求めるべきである。利益相反状況下では、司法が介入し規範的効力を否定することによって、協約について再度の練り直しをさせることが問題の解決において有効である。利益相反状況を克服するため、組合執行部は少数者の同意を取り付けられるように説得や緩和措置など条件変更に努力することとなる。それでも結局、利害の対立を収めることができず、再度訴訟になった場合には、裁判所が再び審査するが、内容審査によって合理性が認められれば、協約の効力は肯定されることとなる。したがって、少数者はごね続けなければよいということにはならない。

では、具体的にどう判断するのか。以下の2方向から判断するのが妥当である。まず、差別的・狙い撃ちというからには、一定の少数の集団に現実に不利益が生じていることがいえなければならぬ。そしてそれは、他の組合員との比較でしかわからないので、他の組合員も不利益を被っているのか否かが基準となる。一定の組合員が不利益を受けている一方で、その他の組合員が利益を受けている（または労働条件の変更がない）場合などはイージーケースである。ただし、この部分で微調整が必要であり、不利益対象組合員が暫定的な優遇を受けている場合には、その優遇を下げるだけでは差別的な不利益変更ということではできない。これは暫定的な逆差別による労働条件設定であったわけなので、元に戻すことが差別的な不利益変更とはいえないからである。

ここでの判断は、差別対象組合員集団が存在するか否かの観点から検討される。組合員間の差別性を検討するものであり、いわば「横」の関係が問題となっている。横の関係をみたときにでこぼこが存在するかどうかを見るのである。

次に、差別対象組合員が利益を受けていないかが検討される。確かに、ある労働条件において不利益を受けていたとしても、他方で別の労働条件が向上しているのであれば、それは結果として不利益がなくなっているのであるから問題はないのである。決して差別的な不利益変更とはいえない。もっとも、利益変更の程度が不利益変更の程度に比してあまりに少ない場合には結局プラスマイナスで、不利益部分が大きく残ることとなり、全体として差別的な不利益変更ということになる。なお、裁判例でも散見される代償措置や経過措置といったものはここで判断される。これは、前述の「横」との対比で言えば、「縦」の観点からの検討である。横で見て、でこぼこがあったとしても、そのでこぼこが不利益対象集団において緩和・底上げされていれば、結局でこぼこがないことになるのである。

このように利益相反状況を組合内で解決できないと割り切ることは組合自治の観点から批判も予想される。しかし、利益相反状況は組合による少数者の抑圧状況が生じているのであるから、この範囲で自治が制限されることもやむを得ない。利益相反状況というのは、多数者が少数者を懇切に説得して同意を取り付ければ解除されるのであって、その意味では自治が及んでいる。少数者としても、同一組合内で多数者と決定的に対立することは望まないであろうし、仮に決定的な対立を仕方がないと考えても訴訟の金銭的・時間的コストを考えれば、多数者との同意形成にひとまずは尽くすはずである。これを超えて、利害調整に失敗した場合に

は、裁判所が内容の正当性を判断することは必要以上のパターンリズムとはいえない。

また、これでは、一部に不利益を課す労働条件変更が協約によっては一切実現できなくなるのではないか、という批判もありえよう。しかし、一部の組合員に対して不利益を課すと同時に経過措置で対処すれば、その者たちに対する不利益性が緩和されて、仮に同意が得られなかったとしても、内容自体の合理性が肯定される。したがって、労働条件自体の変更はなお可能であると考えられる。

よって、裁判所は「協約自治の限界」の問題に対して、差別性・狙い撃ち性の観点から内容審査を加えるべきである。確かに一定の特別な状況下では手続審査も意味があろうが、一般的に有効な審査手法とは思われない。問題の根幹が組合内の利益相反状況にある以上、それに基づく差別性・狙い撃ち性の観点から内容審査することが妥当である⁵⁷⁾。

(たかまつ・あきひこ)

57) 本稿は東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻の2単位科目リサーチペーパーで提出した原稿を元に加筆・修正したものである。原稿の段階においては、荒木尚志教授に指導教員をお願いし、懇切なご指導をいただいた。心より感謝申し上げたい。

論説

経営危機時における 取締役の債権者に対する責任について

2004年4月入学

田中 秀樹

I. 本稿の目的

通説的見解によれば、株式会社は営利目的の社団法人であることから、対外的企業活動における利潤最大化を通じた「株主利益の最大化」が、会社を取り巻く利害調整の原則であるとされる¹⁾。なぜなら、営利とは対外的企業活動で得た利益を構成員一株式会社においては株主に分配することであるが²⁾、株主は残余請求権者であって、会社債権者が会社に対し株主より先順位の一定額の請求権を有するため、結局の所、「株主利益の最大化」は、関係者全員の総価値最大化と同値になる³⁾からである。ただし、そうした原則は例外を伴う緩い原則に止まるとされる。例外の一つとして、会社の資力喪失時は、取締役は一定の場合に債権者に対して責任を負うことになる点が挙げられる⁴⁾。というのも、資本制度は、株主の有限責任の原則

に対する会社債権者保護のための手当てとされるが⁵⁾、資本が毀損した状態は、こうした手当てがワークしない状態だからである。更に、破産、会社更生、民事再生の開始し、管財人が選任されると、破産財団または会社財産の管理・処分権は、管財人に専属し（破産法78条1項、会社更生法72条1項、民事再生法66条）、既に提起された株主代表訴訟は中断するのであって、株主のコントロールは失われる⁶⁾。このように、例外として債権者に対して負う責任は、取締役の善管注意義務（会社法330条→民法644条）の要素を構成することになる⁷⁾。判例（後述）においても、会社の経営危機時において取締役が債権者に対して責任を負うことがあるという点は認められている（旧商法266条の3第1項、会社法429条1項）し、比較法的にも、そのような責任を認める⁸⁾。

しかし、取締役が債権者に対して責任を負う

1) 落合誠一「企業法の目的—株主利益最大化原則の検討」岩村正彦編『岩波講座・現代の法（7）・企業と法』（岩波書店、1998）23頁、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣、2005）16頁。

2) 落合・前掲注1)23頁、江頭・前掲注1)16頁。

3) 落合・前掲注1)23頁、江頭・前掲注1)16頁。

4) 落合・前掲注1)25頁、江頭・前掲注1)18頁。

5) 江頭・前掲注1)28頁、前田庸『会社法入門（第10版）』（有斐閣、2005）13頁。

6) 東京地判平成7年11月30日判タ914号249頁、東京高判昭和43年6月19日東高民時報19巻6号132頁、大阪高判平成元年10月26日判タ711号253頁。

7) 落合・前掲注1)23頁。

8) 米国では、16の州で取締役が債権者の受託者とされ、信託義務として基金たる会社の財産を維持する義務を負うとされる。逆に、支払不能の場合は、2つの州を除き、取締役は債権者の受託者とみなされるとされる（以上、WEST GROUP PUBLISHER'S EDITORIAL STAFF, FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS VOLUME 3 (2004), pp. 219-223）。ドイツでは、会社の支払不能または債務超過後に支払をなした場合には、取締役が連帯して会社に対する損害賠償責任を負い（AktengesellschaftGesetz93条2項3項）、債権者が満足を得られない場合には会社の請求権を行使できる（同条5

のは具体的にどのような場合であるかについては、種々の議論があり、必ずしも一致を見ていないように思われる。

わが国会社法においては、会社法 429 条 1 項（旧商法 266 条の 3 第 1 項）が、株式会社の経営危機時における取締役の債権者に対する責任を規律づけてきた。同条項については、昭和 25 年改正⁹⁾により導入されて以来、理論的根拠、対象範囲、要件等につき様々な議論があったが、昭和 44 年大法廷判決¹⁰⁾により一応の決着を見、通説化している。即ち、「株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して」、第三者保護の立場から定めた法定責任であるとした。対象範囲は、間接損害であると直接損害であるとを問わないとし、要件は、取締役の会社に対する任務懈怠、第三者の損害、両者の間の相当因果関係、及び任務懈怠についての故意または重過失であり、損害についての主観的要件は不要とした。

本判例によって、取締役の債権者に対する責任に関する議論の立脚点は共有されたのであるが、依然として明確化されたとはいえない。

この点に関する学説の通説的見解として、次のようなものがある。即ち、取締役は、会社の経営危機に際し、経営状況を把握するとともに、

将来の予測、資金繰りの計画、経営改善のための立案・実行または再建の断念など必要な措置を講ずる義務を会社に対して負い、この義務につき故意または重過失ある懈怠があるときは間接損害として取締役の責任を追及でき、また、会社の経営状態の悪化を秘匿して取引をなしたことを開示義務違反として取締役の責任を追及しうる場合がある、というものである¹¹⁾。この考え方は、多数の裁判例に基づいて一般化された基準であり、妥当なものであると評価できるものの、経営危機に瀕した取締役の行為規範としては、なお詳細化する余地はあるものと考えられる。殊に、会社の経営危機に際しては、株主と債権者の利害が相反する場面があるとされており¹²⁾、取締役はどのような行動をすれば義務を果たしたことになるのか、さらに検討する意味はあると考える。なぜなら、取締役は会社の機関として、リスクを取ってリターンを得る会社の対外的活動についての判断主体であり、どのような行動であれば責任を問われないのか、責任の分解点をできるだけ明確化することによって、思い切った判断を行うことができ、もって会社の活発な経済活動を推進するものと考えられるからである。本稿では、この点につき理論面を分析した上で、理論の妥当性を判例、裁判例により検証することが目的である。

項)。善管注意義務の立証責任は取締役が負う（同条 2 項）。イギリスでは、コモンロー上の取締役の注意義務は原則株主に対してのみ負うものとされてきたが、法の制定により補完されつつある。支払不能後の財産毀損については取締役が個人的に責任を負う（Insolvency Act 1986 214 条）（以上、L.S. SEALY, CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW (2001), pp.259-261, MARTHA BRUCE, RIGHTS AND DUTIES OF DIRECTORS (2003), p.56）。

9) 昭和 25 年改正以前の第三者責任に関する規定は、「取締役が法令又は定款に違反する行為をなしたるとき」とされていた（旧商法 177 条）。

10) 最大判昭和 44 年 11 月 26 日民集 23 卷 11 号 2150 頁。

11) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護」法学協会雑誌 102 卷 8 号 83 頁～85 頁（1985）。江頭・前掲注 1) 429 頁、藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護 (2)」法学教室 263 号 134 頁（2002）注 (22) 賛成。

12) 例えば資産（現金のみ）8,000、負債額面 10,000 の企業において、

プロジェクト X : 100% の可能性で資産は 9,000
プロジェクト Y : 40% の可能性で資産 11,000, 60% の可能性で 5,000

の全資産を投下して行う排他的な 2 つのプロジェクトが存在する場合に、資産及び債権回収可能額の期待値は、

プロジェクト X : 企業資産期待値、債権回収期待値共に 9000, 株主価値期待値 0
プロジェクト Y : 企業資産期待値 : 7,400, 債権回収期待値 : 7,000, 株主価値期待値 400

となり、株主価値最大化を期すると Y が、債権回収期待値の最大化を期すると X が選択されることになる。特に経営危機時には、一般に、株主はよりリスクの高い事業を、債権者はより堅実な事業を選好することになる。

II. 理論面の検討

1 個別債権者毎に利益調整を行う説

第一の考え方として、取締役の債権者に対する責任は、債権者が事前に行ったであろうリスク配分を尊重する形で考え、極端な形でモラルハザードが顕在化した場合に法が介入するに留める、との見解がある¹³⁾。確かに、金融機関の貸付けや社債取引においては、事前に債権者が債務会社と交渉することにより、債権者のリスク・リターンについて、合意を形成することができる¹⁴⁾。流通市場において当該リスクに見合ったリターンがどの程度であるか相場形成することも可能である。そのような場面に法が介入することで、却って健全な経済活動を妨げることになる可能性があり、これを前提とすれば合理的考え方である¹⁵⁾。

ただ、常にそうした合意形成ができるとは限らない。不法行為責任に基づく債務や、継続的事業に伴う売掛金や手形取引について、そのような合意の形成を一般的に要求するのは難しいであろう。また、通常は売掛金に利子を要求しないので、リスクに見合ったリターンを設定することができない。実際、裁判例において旧商

法 266 条の 3 第 1 項（会社法 429 条 1 項）が問題とされている債権の多数が売掛金に係るものである¹⁶⁾。そのような場面では結局何らかの一般的なルールにより責任分解点を判断する必要が生じる¹⁷⁾。

2 債務超過時に信認義務を負うとする説

第二の考え方として、取締役は、債務超過前は会社＝株主に、債務超過後は会社＝債権者に対して信認義務を負い、債務超過後には会社財産を減少させ、会社を倒産状態に至らしめたあらゆる行為から債権者に対する責任が生じうる、という見解がある¹⁸⁾。会社の価値を最大化するべく行動することが取締役の義務であり、その義務違反について責任を負う相手方が株主→債権者と変わる、との考え方に基づくものである¹⁹⁾。確かに、債権者と株主の利害対立について、截然と場面分けすることによって取締役の行為規範が明確化されている点で評価できる考え方である。

しかし、論者自身も指摘するように、本来株主と債権者の利害状況は、自己資本比率あるいは資本の毀損の程度によって、徐々に移行する

13) 藤田・前掲注 11)133 頁～134 頁。

14) 但し、落合誠一「社債による社債権者と株主の利害調整」竹内昭夫先生還暦記念『現代企業法の展開』（有斐閣、1990）240 頁は、契約による社債権者と株主の利害調整の限界を指摘し、社債法あるいは会社管理システム全体による補足が要求されるとする。「極端な形でモラルハザードが顕在化した場合に法が介入する」と同旨であろうか。

15) 社債発行会社の支払能力がある場合に、LBO によって負債比率を極端に増加させたりスピノフによって負債を分割会社に極端に片寄せする等、株主に利益となるが社債権者に損害を生じさせる、いわゆるイベントリスクについて、森まどか「社債の「イベントリスク」に関する法的研究（三）」名古屋大学法政論集 178 号 399 頁～401 頁（1998）は、旧商法 266 条の 3 第 1 項（会社法 429 条 1 項）によるイベントリスク抑止機能の可能性を示唆するが、経営判断原則あるいは取締役の個人の資力等に鑑み、同条による事後的対処は困難とし、社債権者と株主の利益のバランスを考慮しつつ公正性及び市場の効率性に照らして事案毎に判断する手法が妥当とする。

16) 銀行取引について旧商法 266 条の 3 第 1 項（会社法 429 条 1 項）による責任追及の裁判例が無いことの原因としては、通常の消費貸借契約において代表取締役の人的・物的保証を取得していること、また、個々の取引において同条項を根拠に訴訟提起して債権回収することがコスト対比非効率であること等が考えうる。

17) 但し、結論を先取りすると、会社法 429 条 1 項は取締役の故意または重過失を要求するので、「極端な形でモラルハザードが顕在化した場合に法が介入するに留める」との結論とほぼ同じになるとも考えられる。

18) 黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」法曹時報 52 卷 10 号 25 頁～27 頁（2000）。取締役に経営上の判断について結果責任を負わせるべきではなく、倒産申立責任を負わせることを意味するのではないし、旧商法 266 条の 3 第 1 項（会社法 429 条 1 項）は悪意重過失を要求することから、過酷な結果責任を負わせることにはならない、と注釈する。同注（68）。

19) 黒沼・前掲注 18)27 頁。（図 1）の点線を前提にした考え方である。

ものである。即ち、この見解において前提とされる債権及び株式の価値は、(図1)の点線の通り直線的に推移するものであるが、本来は、リスク勘案後の価値をプロットすると、実線のようになるはずである。なぜならば、会社が存続する以上は常に僅かなりとも債務超過が解消される可能性はあるので、株主の有限責任性から、株式の価値が0になることはない。また、債権のリターンの上限は通常は債権額であるから、債権の価値はその名目額よりも常にデフォルトリスクの分だけ小さいはずである(利息は無視)。そうすると、債務超過後であっても倒産に至るまでは²⁰⁾株式の価値を毀損する可能性は常に存在するし、債務超過前であっても、債権者の価値を毀損することはありうる。従って、債務超過を境に責任の相手方をいずれかに限定してしまうのは不当である。

3 私見：企業価値最大化による説

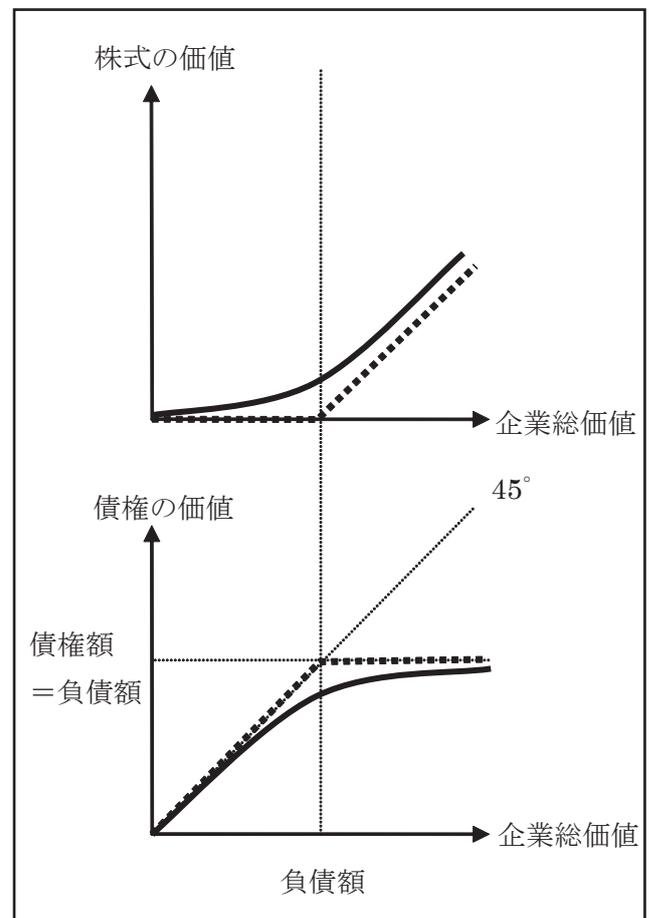
ここで、各論者の見解を振り返って考えてみると、企業価値最大化が取締役の行動の目標となることについては、各論者共通した認識であるようである²¹⁾。ただ、これを実現するための規範ないしインセンティブ付けとして、どのようなルールが望ましいかについて種々の見解があるに過ぎないのである。

そうしてみれば、企業価値最大化という目標そのものを行為規範として掲げることも検討されてよいのではないだろうか²²⁾。即ち、経営危機時に取締役が会社に対して負う善管注意義

務(会社法330条→民法644条)の内容の一つとして、企業価値最大化という規範を設定し、これを基準に利害関係者の調整を図る、ということである。

企業価値の測定方法は目的に応じて多種多様であるが、大きく分ければ、株主価値によるものと、企業総価値によるものがある²³⁾。前者は、残余価値請求権者たる株主に帰属する利益を基礎に会社の経済的価値を評価するものである。例えば、配当額の将来にわたる割引現在価値の総計により算定する方法がある²⁴⁾。い

図1



20) 法人の破産原因たる債務超過(破産法16条)の定義は、清算価値説、企業継続価値説あるいはそれらを両立させる説など諸説あるが、本稿においてはいずれにおいても成立する。少なくともわが国倒産法制上は倒産申立義務が無いので、債務超過即ち破産ではない。なお、(図1)中の負債額は名目額、株式の価値、債権の価値、企業総価値は時価である。

21) 藤田・前掲注11)84頁、黒沼・前掲注18)20頁。

22) 日本銀行金融研究所「デットとエクイティに関する法原理についての研究会報告書」金融研究20巻3号36頁(2001)は、このような基準の可能性を示唆する。

23) 柳川範之「企業価値・買収防衛策についての経済学的考察」MARR130号17頁(2005)、ロバートC.ヒギンズ(グロービス・マネジメント・インスティテュート訳)『(新版)ファイナンシャル・マネジメント』(ダイヤモンド社、2002)348頁、R.A.ブリーリー=S.C.マイヤーズ(藤井眞理子=国枝繁樹訳)『コーポレートファイナンス(上)(第6版)』(日経BP社、2002)597頁。

24) この方式により譲渡制限株式を評価した例として、大阪高判平成元年3月28日判時1324号140頁。

わば、理論的な株価総額を算定する方法であり、上場企業の場合には、上場株式の株価を用いて算定する方法も考えられる。これに対して、後者は、債権者や株主により投下された資本によって会社にもたらされた総資産を用いて、会社がどのような価値を生産するかにより会社の価値を評価するものである。例えば、その会社が事業を行なうことにより生み出されるキャッシュフローの割引現在価値の総計を算出する方法²⁵⁾がある。この方法は、会社の資産全体を一つのプロジェクトのように見て、その時価総額を算出するものである。あるいは、事業によるキャッシュフローから、投下資本に対して支払われるべき対価（利息及び資本コスト）を控除した額をその会社により生産された付加価値と考えると、その将来にわたる割引現在価値の総

額に基づき算定する考え方もある²⁶⁾。

前者の方法によれば、他のステークホルダーから株主に利益が移転されることによって価値を最大化するようなケースを排除しないことになるが、後者では、あるステークホルダーから株主に対して利益移転はあるが会社により生産される価値が向上しないような場合は排除されることになる²⁷⁾。従って、株主と債権者の利害対立の調整というここでの目的に照らせば、株主価値の最大化は基準として不相当であるので、後者による方法が採用されるべきである。

このような企業総価値最大化の基準については、敵対的買収防衛策の導入可否の基準として用いる考え方が最近提示されている²⁸⁾。ここでは、既存取締役と買収者（即ち新株主及び新取締役）との利害調整の基準として企業総価値

25) 会社が自由に処分できるキャッシュフローをフリーキャッシュフローと呼び、これが債権者や株主等資本投下主体に配分されると考え、その将来にわたるフローの現在価値の総和を Free cash flow to the firm (FCFF) と呼ぶことがある。これに対して、株主に配分されるフリーキャッシュフローの総和を Free cash flow to equity (FCFE) と呼ぶ。ここでの問題は、FCFF と FCFE の選択の問題である。典型的な FCFF の算出方法は、

$$FCFF = NI + NCC + [Int \times (1 - tax\ rate)] - FCInv - WCInv$$

但し、NI：当期利益、NCC：減価償却等の非現金費用、FCInv：固定資産増加、WCInv：運転資本増加（＝棚卸資産＋売掛金－買掛金）

FCFF をベースにした企業総価値の算出方法は、

$$V = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{FCFF_t}{(1+k)^t} + nonOA + cash$$

但し、FCFF_t：t期のフリーキャッシュフロー、nonOA：非事業資産の価値、cash：現金または同等物の価値

k=WACC（加重平均資本コスト：企業が調達した全ての資金のコストの加重平均）

以上、Stowe, Robinson, Pinto, and McLeavey, *ANALYSIS OF EQUITY INVESTMENTS: VALUATION* (2002), p.133, 伊藤邦雄ほか『キャッシュ・フロー会計と企業評価』（中央経済社、2004）155頁～162頁。

26) 例えば、

企業の生産する単年度の経済的付加価値 Economic Value Added (EVA[®]) = EBIT × (1 - tax rate) - WACC

$$\therefore V = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{EVA^{\circledR}_t}{(1+k)^t} + 投下資本$$

但し、EBIT：税・支払利息前利益。

前掲注 25) 掲載論文参照。EVA[®]は、スターン・スチュアートの登録商標。

27) 会社に大きな利益をもたらさずようなイノベーションやアイデアを引き出すインセンティブとしての成功報酬部分、すなわち、外部機会をまかなうだけの一定水準の給与額を越えた、従業員や役員の賞与や退職金の一部、研究開発の際の報奨金もステークホルダーに帰属する付加価値と考えられる。柳川・前掲注 23) 18頁。但し、前掲注 26) による企業価値の考え方は、投下資本に帰属する付加価値をベースにしたものなので、役職員に帰属する付加価値を考慮に入れる場合には、企業価値の算出にも工夫が必要である。なお、代表取締役の任務懈怠に起因する会社解散によって解雇された従業員に対する旧商法 266 条の 3 第 1 項（会社法 429 条 1 項）の責任を認めた裁判例として、名古屋高判金沢支部平成 17 年 5 月 18 日判時 1898 号 130 頁。（本件では違法な行為による任務懈怠であり、株主から従業員への利益移転は問題にされていないと考えられる。）

28) 経済産業省企業価値研究会『企業価値報告書』31頁～37頁（<http://www.meti.go.jp/press/20050527005/3-houkokusho-hontai-set.pdf>, 2005）。

が用いられている。経営危機時の債権者と株主の間の利益相反状況と同様に、株主利益最大化では規律が不十分な場合に、その背後にある原理である企業総価値最大化に立ち戻って考える、という点で類似しており、かつ整合的であると考える。

企業総価値最大化だけでは十分な基準とは言えない。例えば、大きく債務超過に陥った企業が、リターンの期待値が正となる為替のポジションや石油の新規掘削への出資を、企業総価値に匹敵する額面まで保有することによって起死回生を図ることが許されるか。投資会社が為替のポジションを張り、石油開発企業が石油を掘削するのは当たり前のことであるが、和服製造業者の債権者からすれば不意打ちである²⁹⁾。このような取引を排除するには、企業の業容や事業の性格に照らして極めて過大なリスクを取ったような場合に取締役の責任が追求できる、という実質基準を併せて考える必要がある³⁰⁾。リスクは、リターンと並んでファイナンスの二大要素であることがその所以である。企業総価値が基準であるから、問題になる事業のリスク評価に当たっては、企業内の分散投資によるリスクの減殺効果も考慮に入れることができる。アメリカの統一信託法典第9編に引用されるプルードント・インベスター法 (Uniform Prudent Investor Act)³¹⁾ は、信託の投資運用に関する受託者の責任について定めているが、その section 2.(b) で、個々の資産に係る投資判断は、全体のポートフォリオの文脈の中で、また、その信託に相応しいリスク・リターンの目標を含めた総体的投資戦略の中で、評価されなければならないとされる。取締役は、債権者及び株主により投下された資本を用いて

事業を行い、彼らに対してリターンを分配する役割を担うと考えれば、投資運用の受託者と位置づけは類似してくるので、参照に値すると考える。

そして、具体的基準を定める企業総価値及びリスクの評価手法並びに許容されるリスクの範囲については、判断時点を基準時として³²⁾ 合理的範囲内で取締役の裁量と考えることが、取締役の行為規範としては相応しいものと考えられる。なぜならば、経営の高度専門性・技術性及びリスクの存在という特殊性から、取締役が置かれた具体的状況に応じて要求される義務にあれば十分であり³³⁾、一般に経営評価の手法については合理的範囲内で取締役の裁量と考えるのが妥当であるからである。そして、主観的要件として会社法 429 条 1 項は故意または重過失を要求しているので、その主観面の判断においても裁量の逸脱を考慮すると解される。従って、取締役の事業執行につき企業総価値を高める、または過大なリスクを負っていない、という判断がなされていなかった、あるいは判断時を基準に判断の根拠に誤りがあったり合理性を欠いたりすることについて、故意または重過失が認められた場合に限り、取締役の債権者に対する責任が認められることになる。

もとより、企業総価値やリスクの評価については、画一的な手法を想定することはできないし、何らかの算式を想定したとしても、将来にわたる指標をどのように仮定するかにより大きく結論は変わってくるものである。また、企業における判断の過程というのは企業により様々であるべきであるし、経営者の直感的判断に委ねられるべきものでもある。しかし、そもそも経営者には一定の裁量が認められているという

29) もっとも、為替の大きなポジションを持つことや石油掘削に出資することは、和服製造業者にとって、現有の有形・無形あるいは人的・物的な経営資源と全く関連が無いのであり、純現在価値が正になることは無いとも言えるかもしれない。

30) リスクを、現に行っている事業により判断するか、定款により判断するか、両説考えられる。

31) 大塚正民＝樋口範雄『現代アメリカ信託法』(有信堂高文社、2002) 140 頁。

32) 藤田・前掲注 11) 134 頁。

33) 近藤光男「取締役の経営上の過失と会社に対する責任」金融法務事情 1372 号 9 頁 (1993)、近藤光男「商法二六六条ノ三第一項に基づく取締役の責任と経営判断の原則」民商法雑誌 88 巻 5 号 3 頁 (1983)。

ことを前提にしつつ、評価手法は一定の裁量に委ねるとして、少なくとも企業総価値を最大化させ過大なリスクを負わないかどうかについて適切に判断がなされたかどうかということが問われるべきであると考え。その意味では、前述の評価手法は、いずれも理念型に過ぎないし、事業規模に応じた事業計画があれば、簡易なものであっても任務懈怠とはならないと考える。

なお、経営判断の原則との関係であるが、同原則の背景には、株主が自ら選んだ取締役の単なる判断違いを自ら甘受すべきである、という考え方が存在することから、取締役の第三者に対する責任においては、直接には妥当しないものとする³⁴⁾。しかし、結論においてはいずれでもさほど変わらないであろう。

判例・裁判例上、経営危機時における取締役の債権者に対する責任が問題になるケースの内、かなりのものが、直接業務を担当した取締役以外の取締役の責任も併せて問題になっている。

問題となる取引が取締役決議事項である場合には、賛成取締役であって取引を担当していない者の責任も問題になりうるが、そのような者については、重大な過失の有無の認定により、責任を負う者と負わない者が区別されることになる。

監視義務が問われる場合には、本稿で定立する行為規範が監視義務の内容を構成することになる。ある程度以上の規模の会社においては、業務執行の一環として、内部統制システムを整備する義務も存在する³⁵⁾。更に、大会社については同様の内容が法定される（会社法 362 条 5 項→同 4 項 6 号、同施行規則 100 条、特に 1 項 2 号 3 号）。そこでは、本稿の行為規範を実現するために、投資規模に応じた決裁権限の制定、決裁における事業評価、即ち当該事業

の純現在価値の算定ロジックの整備、事業評価を行う専門部署等の社内規定・組織等が求められることになろう。また、会社の経営状況を常時把握し、状況に応じた規定・組織を構築する必要もある。こうした監視義務や内部統制システム整備義務により、取締役の相互牽制が働き、経営危機に追い込まれた取締役を冷静な判断に導くことで、行為規範の実効性を確保できるものと思料される。

4 私見への批判と反論

ところで、企業総価値最大化を取締役の行為規範とする考え方に対しては、これまで多くの批判がなされてきた。

第一の批判は、その行為規範に対する責任追及がなされにくくなる、というものである³⁶⁾。しかし、取締役は会社に対して善管注意義務を負い（会社法 330 条→民法 644 条）、取締役の職務に対する任務懈怠があれば、その任務懈怠と相当因果関係のある損害を被った第三者は、取締役に対して責任追及ができるのであるから（会社法 429 条 1 項）、むしろ取締役に対する責任追及は、会社に対する任務懈怠を起点にして考えるべきであると言える。

第二の批判は、会社法は会社関係者の私的利益の調整を目的とするのであって、会社独自の利益を考えるのは不当であるとするものである³⁷⁾。しかし、ここで論じる取締役の行為規範は、債権者と株主の利益が相反する場合の利害調整の基準に過ぎず、会社の利益をひとり歩きさせるものではない。むしろ、企業総価値最大化による基準は、取締役の任務懈怠により債権者及び株主の双方共損害を被っている場合に、両方が責任追及する道を閉ざす必要が無い点で私的利益の調整を図る基準として適してい

34) 近藤・前掲注 33)「商法二六六条ノ三」3頁。

35) 大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判時 1721 号 3 頁。

36) 藤田・前掲注 11)84 頁。

37) 落合誠一「会社法の目的」法学教室 194 号 8 頁 (1996)、龍田節『会社法 (第 9 版)』(有斐閣、2003) 33 頁は、関係者間の利益を調整する際、「会社の利益」として構成員各自の利益とは別に団体固有の利益を考えるのが有用な場合は確かにあるが、会社の利益を絶対化し、ひとり歩きさせるのは危険である、とする。

る面がある。

第三の批判は、会社のステークホルダーの利益は鋭く対立するのが普通であり、経営決定をするにはいずれかのステークホルダーの利益を優先させるという決断をしないと決定そのものできない、決定できたとしてもその客観的検証が困難となり経営者の恣意的判断が覆い隠される、というものである³⁸⁾。しかし、行為基準を企業総価値最大化に置いた場合には、個々のステークホルダーのいずれを優先させるかということとは別に経営判断ができるのである。また、近年のファイナンス理論の進展を考えれば、むしろ経営の巧拙に対する客観的評価基準を与えることすら可能かもしれない。

第四の批判は、企業総価値を損ねずに債権者から株主へ利益移転が行われることがあり³⁹⁾、企業総価値最大化の基準ではその問題は解決しない、というものである⁴⁰⁾。一例として挙げられるのは、株主に過度に利益をもたらす配当政策によるというものであるが、この点は既存の会社法上の配当規制により規律されている。

もう一つは、いわゆる資産代替と言われる場合である。例えば資産（現金のみ）8,000、負債額面 10,000 の企業において、

プロジェクト X : 100%の可能性で資産は 8,500
プロジェクト Y : 40%の可能性で資産 15,000, 60%の可能性で 6,000

の全資産を投下して行う排他的な 2 つのプロジェクトが存在する場合に、資産及び債権回収可能額の期待値は、

プロジェクト X : 企業資産期待値、債権回収期待値共に 8,500, 株主価値期待値 0
プロジェクト Y : 企業資産期待値 : 9,600, 債権回収期待値 : 7,600, 株主価値期待値 2,000

となる。即ち、高リスクのプロジェクト Y を選択することで、債権者から株主へ価値を移転させ、債権者価値を毀損しながら企業総価値を高めることができる。

しかし、経営危機時以外であっても、資産規模・企業総価値が一定の状態の一部の資産を高リスクの事業に変更すれば、このような状況は発生しうる⁴¹⁾のであるが、それは（重要な）財産の処分・譲受を行うことによって、企業経営において常に生じうる状況である。従って、資産代替として問題にされている状況は、会社法上は、通常の業務執行事項として、取締役会のコントロール下に置かれていると理解される（会社法 362 条 4 項 1 号）。であるならば、株主への利益移転があれば直ちに問題とするのは妥当ではなく、極端に資産代替が生じた場合に初めて問題視されうると考える。また、過大なリスクを伴う事業執行を排除すべしという行為規範を取り込めば、高リスクのプロジェクトを選択することはもとより排除されるのだから、極端な資産代替のケースは排除されうる。むしろ、本稿で問題にするのは、経営危機時に株主価値最大化を規範とすることで企業総価値を毀損することである。そうした問題は、株主価値最大化を基準にした場合により強く作用するのであって、ここにはむしろ株主価値最大化を基準として採用すべきでない根拠が存する。

III. 判例、裁判例の検討

1 序

判例、裁判例は、経営危機時における債権者に対する責任についてどう考えているだろうか。

旧商法 266 条の 3 第 1 項に係る裁判例は、

38) 落合誠一「M&A 時代の法的問題」証券アナリストジャーナル 43 巻 11 号 31 頁 (2005)。

39) 倉沢資成「証券：企業金融理論とエイジェンシー・アプローチ」伊藤元重＝西村和雄編『応用マイクロ経済学』（東京大学出版会、1989）97 頁～104 頁。

40) 藤田・前掲注 11)87 頁。

41) 前掲注 14)・前掲注 15)。

会社財産の横領、他人の財産・身体に対する加害、各種の詐欺的行為等、取締役の違法性が明らかに認められるケースも多いが⁴²⁾、ここでは、株主にとっては利益になる可能性があるが債権者にとって不利益となる行為について検証する⁴³⁾。従って、いわゆる直接損害の内で、支払の見込みが全く無いとされるケースのように、既に会社が破綻状態にあつて新たな債務負担が株主を益することすら殆ど想定できない(株主価値は殆ど0の状態)ケース⁴⁴⁾や、問題となった取締役の行為が通常の事業行為ではあるものの債権者にも株主にも利益とならないケースは対象から外れることになる⁴⁵⁾。

2 最高裁判例の検討

この点で参考になる最高裁判例は(1)最判昭和41年4月15日判時449号63頁と、(2)最判昭和51年6月3日金融法務801号29頁である。

(1) 運送・梱包業者(従業員6,7名,資本金200万円。以下当社という。)の代表取締役が中古自動車販売業者である原告に対して振り出した約束手形の不渡りについて責任が認められたケースである。当社資産は三輪自動車4台と什器備品類、負債は短期借入約400万円と小体であった所、商事部門への業務拡大を企図して昭和34年4月から5月にかけて、原告との間で、(イ)中古自動車2台購入のための手形振出62万円、(ロ)短期借入を長期借換のための手形振出255万円、(ハ)

融通手形交換45万円を行った。6月頃商事部門の新事業の営業を譲り受ける対価として、譲渡会社に対して現金250万円支払い、手形800万円振出したが、7月末にその譲渡会社が倒産し、代金は無に帰したため、当社は機能停止状態になり8月末に倒産した。裁判所は、自動車購入に係る(イ)の手形については、自動車運送事業は順調だったことから不渡りにつき予想し得なかったとして責任を認めなかったが、(ロ)(ハ)については、見通しや方針無き事業拡張により手形金の支払が可能であると軽率に考え、自己の会社の資産、能力を顧慮せず調査不十分の事業に多額の投資をしたため破綻を招いており、取締役として著しく放漫であるとして、職務を行うにつき重大な過失を認めた。

(2) 製缶及びプレス業者である当社は、昭和42年2月相手方の信用調査をせずに石油用風呂釜製造業者の下請けを開始した所、その風呂釜製造業者は同年5月から6月に業績不振となり当社に融通手形を要請した。当社は石油用風呂釜の需要好調から漫然と調査せずにこれに応じたが、結局風呂釜製造業者は同年9月初旬に倒産した。当社の原告に対する約束手形の決済は、主に同倒産会社に対する納入に係る受取手形の割引に依存していたことから、当社も同月末連鎖的に不渡りを出した。当該不渡手形の内、風呂釜製造業者から融通手形の要請があったことによって、その資金難を知った後に当社が同社に対して振り出した手形については、当社が漫然と取引を継続

42) 最近には特に顧客等の身体・財産に対する加害の裁判例が多いようである。製品の瑕疵による身体への加害(東京高判平成17年1月18日金商1209号10頁,東京地判平成15年10月21日訟務月報50巻8号2241頁,大阪地判平成15年4月4日判時1835号138頁,他)や、市場リスク商品による損害(東京地判平成15年3月19日判時1844号117頁,東京地判平成15年2月27日判時1832号155頁,東京地判平成13年6月28日判タ1104号221頁,他)等が特徴的である。

43) 取締役の行為態様による分類は、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』〔龍田節〕(有斐閣,1988)303頁~315頁による。

44) 具体的な事案が直接損害に関するケースなのか間接損害のケースなのかについては、本来判断が微妙ではあると考えるが、支払の見込みが全く無かったと認定されているケース(既に倒産した会社を手形を振出して連鎖倒産した最判昭和51年10月26日金法813号40頁等)を検討の対象外とした。

45) 最近の裁判例では、東京地判平成14年12月25日判タ1135号257頁(売掛金債権者である広告用チラシの印刷業者が提訴したケース。広告用チラシ作成による債務者の収支はゼロまたはマイナスと認定されている。)等が対象外となる。

したことについて取締役の職務に係る重大な過失があったとして、責任が認められた。なお、資金難を知る前の手形については、控訴審において責任が否定されている。

(1) について、原告宛に振り出した手形の金額は、業容に照らして過大とまではいい難い。手形(イ)は責任を問われていないことから、手形振出し時点での当社の一般的な決済能力は問題とされていない。一方、新事業の譲受は事業規模を倍以上にするにも拘らず譲渡会社は翌月倒産に至っており、当社倒産の決定打はむしろこの譲渡会社の倒産であった。譲渡会社の業況調査の有無は、下級審での主張にも現れていないが、判示が「自己の会社の資産、能力を顧慮せず調査不十分の事業に多額の投資をした」とするのは、当社業容に比して多額の投資を行う場合に、合理的根拠についての説明を被告側に要求する趣旨とも考えられる。

(2) についても、風呂釜製造業者の倒産に伴う連鎖倒産について、融通手形の要請によって同社の業況悪化を知った後に漫然と取引を継続したことで受領することとなった手形が不渡りになったことが原因となって、当社が出した不渡手形についても責任を問われたが、ここでも取引先の調査不足をもって任務懈怠を問われている。

事業を行うに当たっては、現金商売を行わない限り、何らかのリスクを負う仕入れ取引や債務の負担が必要となるのであって、事後的に見てそうしたリスクが顕在化して債務を焦げ付かせるに至ったからといってその責任を取締役が直ちに負うことになることとすると、有限責任による株式会社制度の意義を無にするものである。しかし、経営方針に取締役の裁量を認めるとしても、少なくとも無計画に大きなリスクを負えば、責任を否定できないということであろう。

従って、現状の判例法理からは、取締役が事業を展開するに当たって、自社の業容に照らして大きいリスクを負担する場合には、判断時を基準として、その事業を行うことの合理的根拠すら示すことができなかつた場合には責任を免れない、ということができる。換言すれば、何

ら分析が加えられない状態で大きなリスクを負担すれば、それは自社にとって極めて過大なリスクを負っていることになるから、それが問題にされている両判例は、本稿で定立する基準と整合的である。また、原告による責任追及に対して、被告である取締役は、「判断時を基準として、極めて過大なリスクとまではいえず、かつ企業総価値最大化に資するものであった」という反証に失敗した、とも理解できる。

3 下級審裁判例の検討

更に、最近の裁判例を基に分析を加える。

まず、最高裁判例同様、過大な債務を負担した結果経営破綻した場合に、事業計画の有無が問われたケースである。

(1) 東京地判平成7年4月25日判時1561号132頁は、ゴルフ場会社の代表取締役が、会員権販売子会社の代表取締役の言(「50億円の会員権収入が可能」)を信用してゴルフ場再建・再開を企図するも、事業開始には60億円以上の支出が必要だった上、会員権収入も計画の約半分に過ぎず、結局再開できないまま経営破たんしたケースである。資金確保の十分な見通し無く新規に会員募集を行ったことにつき、取締役としての職務上の義務の懈怠につき重大な過失があるとして、「会員」に対する責任が認められた。

(2) 名古屋地判平成15年7月7日判例集未掲載は、ゴルフ場運営会社の取締役が、預託金返還の不履行により損害を被った会員から責任を追及されたケースである。平成6年開業当時、創業赤字(債務超過2億円、営業損失3億5千万円)であった所、当該会員権の募集当時は、バブル経済崩壊の影響によりゴルフ会員権の市場価格が値下がり傾向を示しつつあったものの、いまだ預託金額よりも高い状況にあり、当時におけるゴルフ会員権市場の価格動向やゴルフ場経営会社、会員権購入者等の認識に照らすと、預託金返還が不可能であることについて悪意・重過失は認められない、とされた。

(3) 東京地判平成7年1月31日判タ885号252頁は、健康食品等の通信販売業者（以下当社という。）の代表取締役が輸入卸売業者に対する責任を肯定されたケースである。健康食品の広告規制に伴う経営悪化の起死回生策として輸入一般雑貨の通信販売への事業拡大を企図したが、海外商品については大量のロットでないと仕入れができないこと等から、テスト販売を経ないで大量の仕入れ・本格的販売に踏み切った（直近期売上高13億9000万円・経常利益5万5千円に対して月約1億円の仕入れ）結果、需要見込みの外れ、競合他社の出現、返品等が重なり、在庫商品が増大（最終月には在庫3億円）し、結局倒産したものであるから、代表取締役には当社の業務執行について重大な過失があるとされた。

(4) 東京地判平成4年6月29日判タ815号211頁は、衣料問屋（以下当社という。）の代表取締役が輸入卸売業者に対する責任を否定されたケースである。折から近隣諸国の製品が売れていたことから安価な韓国製衣料の取り扱いを企画し、原告会社との取引を開始したが、昭和62年10月期営業損失1800万円、累積損失3500万円である中、取引先の倒産により昭和63年7月には4000万円、10月には240万円焦げ付き、12月31日には遂に不渡りを出して昭和63年8月～10月の取引に係る原告売掛金1億6000万円が焦げ付いた。しかし、10月には当社取締役間で経営善処の協議を行い、11月12月の資金繰りは確認されていたことから、同人に任務違反は認められないとされた。

(1) のケースでは新規事業立上げに際して、一応の見通しは持っていたものの、確たる事業計画が無かったこと自体を根拠に取締役の責任が認められた。(2) のケースでは、経営環境の認識が判旨の直接の理由付けとなっている。しかし、経営環境だけ見ればむしろ(1)の方が好況期であった（平成2年～3年に会員権募集）とも言える。むしろ、本件では明確な事業計画の存在も認定されており、そこが(1)の

ケースとの判断を分けている点であると理解すべきであろう。

(3) のケースでは既存事業の規模に匹敵する新規事業の仕入れに際して、一応の事業上の説明はなされていたものの（「大量のロットでないと仕入れができないこと等」）、事業計画が無かったこと自体を根拠に取締役の責任が認められた。大きなリスクに見合う説明に失敗した、との理解が可能である。

(4) のケースでは、事後的に見れば7月の4000万円焦げ付きが致命的であったと見られ、問題となった8月～10月の仕入れ取引はその後であったが、その時点で、事業計画を立案した上でこれを前提として、経営破たんした12月までの資金繰りの見通しが立っていたことから責任が否定されたものと考えられる。

以上の通り、これらの裁判例も、上述の最高裁判例の法理と同様に、「自社の業容に照らして大きいリスクを負担する場合には、判断時を基準として、その事業を行うことの合理的根拠すら示すことができなかつた場合には責任を免れない」との理解が可能である。更に、単なる見通しや説明では不十分とされ、リスクの程度に見合った十分に合理的な説明が求められている、と理解できる。また、責任が否定された(2)(4)のケースでは、いずれも単純に債務履行の見込みの有無だけが問題にされるのではなく、事業計画の有無が問題とされていることからすれば、取締役の任務としては、単に債務を履行することあるいは会社を破綻させないこと、というのでは十分でなく、更に進んで、事業に真摯に取り組むべき任務が要求されている、と理解できる。このことは、取締役の任務として、行為規範としての企業総価値最大化が求められていることの一つの証左となると考える。

次に、経営破たん寸前の最後の事業努力が却って債権者の損害を拡大させたケースでは、以下の通り取締役の責任を認めている。

(5) 東京地判平成9年12月18日判タ970号235頁は、住宅建設の請負業者（以下当社という。）が、請負代金の前受金について

責任を肯定されたケースである。平成5年の当社設立後平成7年8月の倒産まで僅か8件の受注しかなく、第1期第2期と大きな累積損失(8200万円, 1億1600万円)を重ねた。原告の住宅(請負代金4532万円)を受注した平成7年5月時点では、その受注時の前受金1042万円があってやっと倒産を回避できる状態であり、その3ヵ月後、一部払い金1000万円を受領した直後に倒産した。倒産時点の契約見込み客が7名存在していたことは辛うじて認定されたが、契約成立が確実であったものは何も無かったと認定され、原告からの入金住宅建築のために使用できる状態では全くなかったとされた。従ってその職務を行うにつき重大な過失があったと認められた。

(6) 名古屋地判平成3年4月12日判時1408号119頁は、食料品小売業者(以下当社という。)の取締役が、食料品の納入業者に対する当社倒産時の売掛金5139万円につき責任を肯定されたケースである。当社の経営悪化を懸念した原告は昭和57年4月時点で当社の取引を中止の上、その時点での売掛金3034万円(同時点の原告宛債務は合計5549万円)の支払いを求めたが、結局交渉の末取引を継続することとなった。その後、当社の隣にあった市場が別の地域に移設された結果、客足が当該地域に奪われ、月商8600万円から5000万円前後まで落ち込んだ。以後、原告宛買掛金の支払いは滞りがちとなって翌年9月に倒産した。倒産時点では上記原告宛債務は計2350万円まで弁済が進んだが、その後の買掛金と併せて5139万円が焦げ付いた。裁判所は、取引継続を決めた段階において多額の赤字を抱えていた当社としては、経営の改善を図るためには売上の向上を目指すしかなかったが、その適切な方策がなかったばかりか、かえって市場の移転という売上低下の要因を生じ、当社の経営改善の見通しはほとんど持たず、原告との取引を継続しても、その買掛金の円滑な支払は困難であるかもしれないことを認識しており、

もはや右取引を中止すべきであったのに、漫然とこれを継続した。即ち、職務を行うにつき重大な過失により原告に損害を被らせたとして、損害賠償を認めた。

(7) 東京地判平成3年2月27日判タ767号231頁は、家庭教師派遣業者(昭和61年10月設立、本社札幌市。以下当社という。)の取締役が、契約者であった生徒の父母から受領した未履行の契約金について責任を肯定されたケースである。当社収入は、前金チケット制(1回2時間で45回、65回または90回)であり、支出は、賃料、家庭教師・電話アルバイト・従業員の給与、契約勧誘の電話代、役員報酬の給与等、費用科目ばかりであった。東京進出のために子会社を昭和63年5月設立し、設立時2500万円、その後毎月100万円の資金援助をしたが、当社6月末決算で多額の赤字を計上した。平成元年以降受注件数が減少し、解約が増加(残チケットは返金)して1ヶ月700万円にも達し、同年5月に倒産した時点では資産は何も無く全契約者の損害は合計で1億5000万円にも達した。裁判所は、平成元年1月上旬ころには、当社の経営規模、経営状態、資産状態、倒産時期等から、近い将来倒産に至り、契約を履行できないことが十分予想しえたとした。従って、重過失により代表取締役としての任務を懈怠したものであり、原告が被った損害との間に相当因果関係があるから、損害賠償すべき義務がある、とされた。

これらのケースでは、会社の経営危機時において、問題になる契約当時に契約履行が相応の確率で見込まれたかどうか、経営改善の可能性と共に問題にされ、いずれもそれを否定した結果、任務懈怠に係る重過失を認めている。経営危機時においては、倒産を免れる確率が少しでもある限りは、とにかく存命して復活のチャンスを探れば窺うほどに株主にとって利益である可能性が高い。なぜならば、債務超過または債務超過寸前の状態では、株主は、有限責任原則から、既に失うものは僅かなので、リスクがいかに高い事業であろうとも、債務超過解消の

可能性が存在するならばメリットを享受できることが多いからである。しかし、債権者にとっては会社資産を毀損させず回収可能資産を残存させればさせるほど利益であるから、事業リスクを勘案した上で期待収益がプラスとなる場合にのみメリットを享受できる。このような場面では、取引による期待収益がプラスであれば、企業総価値を高めるべき取引であるが、期待収益がマイナスであると、企業総価値を下げるべき取引となる。

(5)のように受注請負の場合は、追加的な借入利息や下請け代金等諸費用勘案後の粗利益がプラスであれば、倒産しない限り、受注した瞬間は企業総価値が増加する。しかし、受注後3ヶ月の経過によって、追加的な金利負担や事務所費用等の流出が生じ、トータルで見れば資産は減少し、結果として追加的債務負担を増加させることとなる。従って、倒産の確率が高い状態で企業総価値を下げる取引を行った取締役は、会社に対する任務懈怠につき重過失が認められ、これと因果関係のある原告の損害2042万円の賠償請求が認められることになる。

ただ、このケースでは、見込み客7名があったとの被告主張に対して、裁判所は、これに副う証拠はあるものの原告証拠によれば契約成立が確実なものは無かったとして、被告主張は理由無し、としている。これらの見込み客は確実ではなかったものの、倒産前に1件でも達成できたとすれば、会社の資金繰りは大きく改善したであろうし、更にその後の受注を増やす機会も得ることができたであろう。そうすると、原告の住宅建築が無事履行される確率は一気に高まり、よって同取引が企業総価値を向上させるものであったと考えることができる可能性も一気に高まる。しかしながら、本件では会社設立後2年半の間に受注が僅か8件に止まる上、受注生産の業態にもかかわらず既に前期末時点で1億円強にも及ぶ累積損失を抱えていたことから、7名の見込み客についても、成約の確率は極めて低かったものと推測される。結局、見込み客7名の存在を前提にすれば、株主価値最大化基準からは、原告からの受注を正当化するこ

とは可能であったものの、裁判所は、当該見込み客の成約確率が極めて低いために、受注当時における事業継続による債務超過拡大の見込みも高かったため、受注は企業総価値を毀損させるものであった、と評価したものであると理解できる。

(6)については、昭和57年4月以降の原告との取引継続について被告の任務懈怠を認めているが、(5)のケースとは異なり、基準となる時点では弁済不能であったとは言えない。しかも、その時点と比して倒産時点の原告宛債務はむしろ減少している。そうすると、問題は経営改善の見込みがいかほどであったかによるものと思われる。裁判所の認定によれば、当社の主力商品であったドライ食品(瓶、缶詰食品・インスタント食品等)は利益率が相対的に低くかつ多額(常時4000万円程度)の在庫を抱えていたことが事業性を圧迫していたため、改善の方策は利益率の高い他の食品の売り上げを増加させると共にドライ食品の在庫率を削減するほか無かったが、店舗販売が主体という業態から多くは期待できなかった、とされている。確かに、経営改善の見込みが低かったということと言えるのであろうが、認定事実からは、資金繰りの悪化を決定的にしたのは、むしろ原告との取引継続決定後に発生した市場移設による売上高の激減(月商8600万円→5000万円は、41.86%減)であったと考えられる。仮に昭和57年4月の市場移設なかりせば、厳しいながら延命し、バブル経済の到来によって一気に会社は回復していたかもしれない。また、そもそもの当社経営悪化の要因はオイルショックによるものであった。そう考えると、当社破綻は外部要因に左右されていたに過ぎず、昭和57年4月時点の評価としては、市場移設もなく景況回復があれば、取引継続によって僅かながらでも再生の見込みがなかったとはいえない事案であった。ただ、本件では、取引継続の時点で多額の負債を抱えた当社は経営改善策を打ち出さない限り債務は増加し企業総価値は毀損する一方であった所、経営改善に係る具体策は主張されていない点が重視され、当時の評価として

企業総価値を向上させる見込みは低かったと判断されたのだ、と理解できる。

やはりこのケースも、取引継続時点の評価としては、取引継続により株主価値が向上する可能性はあったが、企業総価値は毀損される事例であると考えられる。

(7)については、任務懈怠が認められた平成元年1月時点の会社の状況が、裁判所の認定事実からは明らかではない上に、やや抽象的に、当社の経営規模、経営状態、資産状態、倒産時期等から、近い将来倒産に至り、契約を履行できないことが十分予想しえたとするに過ぎない。ただ、この事案では、一契約当たりの取引は数十万円に過ぎないにも拘らず、僅か設立後2年半で1億5000万円もの負債と資産0を計上したことからすると、設立当初こそ契約金が前払いであることから資金が回転したものの、時が経過するにつれ解約返戻金やその他費用等の負担が上回るようになり、原告主張の平成元年1月以降、雪だるま式に債務超過が増加した、という状況は想像に難くない。よって、その時点で既に倒産間近の状態であったことは少なくとも認められる、という趣旨だったのであろう。これを前提にすれば、平成元年1月時点での取引は、ますます資産を毀損させるものであったことが想定される。そうすると、同取引は、既に債務超過にあることから株主の価値を向上させこそすれ、債権者の価値は毀損する一方であったと考えられる。このような場面で企業総価値最大化を基準に考えると、解約返戻金及び諸経費控除後の新規契約金の収益期待値がプラスであったかが問題となる。この点、上述の経営状況からすれば、少なくとも平成元年以降の契約に関しては、月次の収支ですら黒字となる確率は僅少であったであろうことから、期待値がプラスであったとは到底言えない状況であったものと思われる。

以上の通り、下級審の裁判例によれば、経営破たん寸前の最後の事業努力は、株主価値最大化を基準にすると正当化されうるのであるが、企業総価値最大化の基準からは、そうした事業努力の期待収益がプラスでない限り正当化され

えない、と評価されていると見るのが可能である。

IV. 総括と展望

本稿においては、債権者の内、債務会社との合意形成によって自らの債権のリスク・リターンをコントロールできる社債権者や金融機関等のような者を除いた売掛債権者等を対象に分析を行い、経営危機時において株主と債権者の利害調整を要する場面での取締役の行為規範を論じた。論考の対象範囲は、「株主価値最大化」という会社法における利害調整の原則に対する例外として位置づけられるものであり、狭いものではある。ただ、ここでの検討は、株主価値最大化の基準だけでは不十分な場合に、その背後にある一般的な原則と考えられている企業総価値最大化が、取締役の行為を規律付けることとなる局面の一端を示したものであると考える。前述の通り、敵対的買収防衛策の導入可否基準においても企業総価値最大化に基づく考え方が示されている。このような考え方を発展させていけば、前掲注 14)・15)で論じられたイベントリスク問題において、契約法理の限界を補完する利害調整の枠組みを与えるかもしれない。つまり、本稿の基準は、債権者及び債務者が取引に当たって期待するであろう取締役の行為規範を解釈したものであるとすることができるならば、こうした考え方をより一般化して、社債権者や金融機関のような債権者にとっても事前の合意によってカバーしきれないようなイベントにおける調整基準に発展させることができるかも知れない。更に進んで、このように、株主と債権者の利害調整の場面で企業価値に基点を置く発想は、米国の判例法理において形成されている信託基金理論(Trust Fund Doctrine)とも通ずるものがあるとも考えられる。即ち、会社の財産は一定の状況、一定の条件下にある場合に株主に対すると同じく会社債権者に対してもその利益のための信託基金とみなされる、というものである⁴⁶⁾。本稿の基準が信託義務の内容として一般化できると考える

と、債権者と債務会社との間で別途の合意形成がなされない場合には本基準によって利害調整が図られる、という考え方もありうるかも知れない⁴⁷⁾。しかし、株主と債権者の利害調整において信認義務を拡張する考え方については否定的見解も強く⁴⁸⁾、本稿での議論をこの段階で一般化することはできない。むしろ、本稿は取締役の信認義務を債権者にも及ぼしていく方向の議論の一端を担うものと位置づけ、更なる議論については今後の研究に期することとした。

(たなか・ひでき)

46) 前嶋京子「米国における取締役の会社債権者に対する責任」阪大法学 115 巻 101 頁 (1984)。米国の判例の状況は、前掲注 8)。

47) 前嶋・前掲注 46) 101 頁及び米国の 16 州はこのような立場に立つものと言える。

48) 森・前掲注 15) 376 頁、藤田・前掲注 11) 134 頁～135 頁。前嶋・前掲注 46) 128 頁は、支払能力を欠く場合だけでなく、会社に支払能力がある場合にも潜在的に取締役の債権者に対する受任的責任があるとしており、信認義務の一般化を肯定する方向の議論であると考えられる。なお、米国の状況について前掲注 8) 参照。

論説

シンジケート・ローンにおける アレンジャー及びエージェントの法的地位

—参加機関に対する情報開示義務について—

2006年3月 修了
濱崎 淳子

I. はじめに

シンジケート・ローン (syndicated loans, 以下、「シ・ローン」という。)とは、複数の金融機関が協調して同一の借入人に対して融資を行う手法のひとつである¹⁾。借入人 (borrower) にとっては多額の資金調達が可能であることがメリットであり、貸付に参加する金融機関 (participants, 以下、「参加機関」という。) にとってはクレジットリスクを分散できること、アレンジャーやエージェントに就任して手数料やコミットメントフィー収入を得られること、参加機関の間で融資条件を統一して融資の透明性を確保できることがメリットである。欧米では1960年代からさかんに利用されてきたが、日本においては、1990年代後半にコミットメントライン契約の有用性が認められたこと、金融不安から透明性の高い融資が求められたことを背景に、近年国内のシ・ローン市場が急速に発達している²⁾。

複数の参加機関が貸付人となるシ・ローンにおいては、アレンジャー (arranger) 及びエージェント (agent) と呼ばれる機関が取りまとめ役として手続の各過程に深く関わる。そのため参加機関がこれらの機関から得る借入人の財政状況や担保に関する情報は、与信判断を行ううえで重要なものとなってくる。ところが、これらの

機関は二者間の貸付 (バイラテラル・ローン) には存在せず、その役割や責任につき公的規制や確立した商慣習がないため、情報開示義務の内容は必ずしも明らかにされていない。外国の紛争事例においては、借入人が破綻した場合に、アレンジャーによる情報開示が不十分であったとして、参加機関からアレンジャーに対して責任追及がなされるケースが多い。今後はシ・ローン市場の発達に伴い、日本においても同様の問題が紛争として現実化することも予想される。

そこで、本稿はアレンジャー及びエージェントの参加機関に対する情報開示義務について一定の法的整理を試みる。まずシ・ローンの構造を概観した後、英米の学説・判例と日本における議論をまとめ、両者を比較しつつ、アレンジャー及びエージェントの日本法のもとでの法的位置づけを検討していく。

II. シ・ローンの構造

1 シ・ローンの法的構成

シ・ローンの当事者は貸付人たる参加機関と借入人である。アレンジャー及びエージェントは契約の当事者ではないが、自らも貸付を行うことが多く、その場合は契約の当事者となる。シ・ローンには複数の参加機関が関与するが、

1) 森下哲朗「シンジケートローンの法的問題と契約書」金融法務事情 1591号6頁(2000)。

2) 菅原雅晴ほか『シンジケートローンの実務』4-9頁〔菅原雅晴〕(金融財政事情研究会, 2003)。

たとえば担保実行などにおいて、貸付人間の権利行使が制限されることがあるため、不可分債権(民法 428 条)あるいは不可分債務(民法 430 条)・連帯債務(民法 432 条以下)ではないかともされる。しかし、現在では原則として参加機関と借入人との関係で個別独立に複数の消費貸借契約が成立することが前提とされている(貸付人の権利義務の個別独立の原則)³⁾。

しかしこのような参加機関における独立の関係も、巨額のクレジットリスクを分散させるというシ・ローンの目的にのっとり、参加機関の公平性維持という観点から修正される。かかる修正は、①融資の基本条件が均一化される、②貸付人の意思決定が多数決で行われる、③回収金は按分分配される、といった面に現れる⁴⁾。

シ・ローンは、同一の借入人に対して複数の金融機関が同一の条件で貸付を行う形態であるという点においてローン・パティシペーション(loan participation)と共通する。シ・ローンにおいては参加機関全員が借入人との間の同一の契約書(loan agreement)に署名する方法がとられるのに対し、ローン・パティシペーションにおいては、まず一部の金融機関が借入人との間の契約書に署名し、署名した金融機関と署名はしていないが当該ローンの実行に同意している金融機関との間でローンの実行についての契約(participation agreement)を締結する方法がとられる⁵⁾。すなわち前者では借入人が各参加機関と直接契約を締結するのに対して、後者では借入人が直接契約するのはリード(lead)のみである点に違いがある⁶⁾。

2 アレンジャーの役割

アレンジャーは借入人に対してシ・ローン組成の提示を行い、条件交渉の上、借入人からシ・ローンの組成を授権する「マンドート・レター(mandate letter)」を付与される。そして、アレンジャーは借入人と協力して、融資条件や借入人の財務内容・業界情報等が記載された「インフォメーション・メモランダム(information memorandum)」を作成し、これを参加予定の金融機関に配布する。金融機関はこれをもとにローンへの参加を検討し、参加を決定した場合にはアレンジャーに対して参加表明を行う。その後、具体的融資条件につき、アレンジャーを通じて借入人と参加機関の間で交渉が行われ、同時にローン契約書の起草作業が進められる。ローン契約書に調印がなされることによってシ・ローンが正式に成立し、アレンジャーはその役割を終える⁷⁾。本稿で問題とするのは、マンドート・レター付与後シンジケート組成が完成するまでの間、「アレンジャーは参加予定の金融機関に対して情報開示義務を負うか」という点である。

3 アレンジャーと借入人との関係

アレンジャーは参加機関の招聘まではもっぱら借入人側に立ち業務を行うが、アレンジャー自身が参加機関を兼任することも多く、条件交渉や契約書作成段階においては参加機関の立場にも配慮するという二重の役割を果たす⁸⁾。そこでアレンジャーと参加機関との関係を論じる前提としてアレンジャーと借入人の関係を確認

3) 菅原ほか・前掲注 2)20 頁〔金川創〕。

4) 菅原ほか・前掲注 2)21-22 頁〔金川創〕。

5) 山根眞史『比較法制研究シリーズ第 1 号 ローン・パティシペーション』(東京大学大学院法学政治学研究科附属比較法政国際センター, 2000) 8 頁。

6) AGASHA MUGASHA, THE LAW OF MULTI-BANK FINANCING-SYNDICATIONS AND PARTICIPATIONS (1997), at 5.

7) 五十嵐紘ほか「特別座談会 インターナショナル・バンクローンの実務と問題点」金融法務事情 1013 号 58 頁〔羽田二郎発言〕(1983)。

8) 坂井豊=副島史子『シンジケート・ローン契約書作成マニュアルー国内・海外協調融資の実務』(中央経済社, 2004) 14 頁。

する。

マンデート・レター付与によりアレンジャーと借入人との間に委任（または準委任）関係が成立する⁹⁾。アレンジャーは善管注意義務（民法644条）を負うこととなるが、同条は任意規定であるためその内容は個別の委任契約によって定めることができる。わが国のシ・ローンの多くがベストエフォート（best effort）方式であり、アレンジャーが一定額のシンジケート組成につきコミットしないことが多い¹⁰⁾、一定額のシンジケート組成ができなかったことをもって直ちに債務不履行とならない。しかし借入人の指示が不適切である場合（たとえば融資条件が一定額のシンジケート組成に不適切である場合や、参加機関による与信審査において借入人からの情報開示が不十分である場合等）には、融資条件の修正や資料・情報の開示を促すべき立場にあり、そのような行為を怠れば受任者の善管注意義務違反として責任が生じる余地はあろう¹¹⁾。ただしこういった責任を限定するために、マンデート・レターにおいて、アレンジャーの責任は最終的に締結されるローン融資契約の条件によるという趣旨の文言が挿入するのが通常であるとされる¹²⁾。

4 エージェントの役割

エージェントはローン契約書によって定められる機関である。その役割は契約ごとに異なる

が、一般的には、(a) 資金の授受（参加機関から資金を集めて借入人に貸出し、借入人からの元本および利息の支払を受け、参加機関に分配すること）、(b) 契約書に記載された貸出の前提条件（conditions precedent）が充足しているかの確認、(c) 書類や情報の授受（契約書に基づき借入人に財務書類や情報を請求し、借入人からこれらを受領した際には参加機関に分配する）、(d) 期限の利益喪失に関わる業務（期限の利益喪失事由の発生を参加機関に伝えて参加機関の指示により借入人に対して期限の利益喪失の通知を行うこと）等がある。エージェントの業務はアレンジャーの業務に比べ裁量の余地が少ない事務的なものであり、また任務が弁済終了まで継続的に行われるものとされる。本稿で検討するのは、契約書発効後「エージェントは参加機関に対して情報開示義務を負うか」という点である。

III. アレンジャー及びエージェントに関する英米の議論

1 学説の状況

英米におけるアレンジャー及びエージェントの情報開示義務に関する問題は、これらの機関と参加機関との間に信認関係（fiduciary）が認められるかという議論に集約される¹³⁾。仮に信認関係を認めるとすれば、アレンジャー及び

9) 菅原ほか・前掲注 2)33 頁、清原健＝三橋友紀子「シンジケート・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントの地位と責務」金融法務事情 1708 号 8 頁（2004）。

借入人と参加金融機関との間の融資契約を借入人に代わって締結していることをとらえて代理行為をすることの委任ともされる〔山根眞文『国際金融法務』（有斐閣、1994）124 頁〕。しかし先に述べたようにアレンジャーは参加機関側の見地から行動しているともいいうるので、代理権授与はなされていないとされる〔清原＝三橋・同 8 頁〕。

10) シンジケート組成において、一定額の組成を借入人に約束するアンダーライト（underwrite）方式と、かかる約束をしないベストエフォート（best effort）方式がある。アンダーライト方式は、マンデート・レター交付段階で一定の資金調達コミットされるため借入人にとってメリットが大きい。ただしローン債権の売買市場が成熟していないわが国においては、アレンジャーが引き受けたローンを売りさばけずに自ら引受義務を負うリスクが大きいため、現時点では、ベストエフォート方式が採用されることが多いという〔牛嶋蔭二ほか「座談会 シンジケートローン実務の法的側面」金融法務事情 1591 号 23-24 頁〔塩澤和彦発言〕（2000）、菅原ほか・前掲注 2)37 頁〔金川創〕〕。

11) 清原＝三橋・前掲注 9) 9 頁。

12) 山根・前掲注 9)122 頁。

13) 五十嵐ほか・前掲注 7)65 頁〔外立憲治発言〕。情報開示義務については、信認関係に基づくものとするほか、シ・ローン契約書が証券取引法上の「証券」を介するものと認められるか、不法行為上の注意義務違反といえるか、という点から

エージェントに高度な情報開示義務を求めるとなる¹⁴⁾。

(1) アレンジャー

アレンジャーの信認義務についてはこれを否定する見解が有力である。たとえば、米国の Clarke & Farrar は、シ・ローンの参加機関はアレンジャー及びエージェントの提供する「商品 (products)」を買っているだけであり、その関係は「IBM とそのコンピュータの購入者の関係と基本的に変わらない」とする。参加機関が少なからずアレンジャーの評判や経験に頼っている部分があるとしても、シ・ローンは古典的な独立当事者間取引であって信認義務を認めるべきでないというのである¹⁵⁾。この見解を支える理由として、参加機関がアレンジャーと同じく高度に洗練 (sophisticate) された主体であることが強調される。参加機関は、(a) 弁護士等の専門家から財政上・法律上のアドバイスを受けられる立場にあること、(b) 自らの営業上の利益を追求するために取引に入っていること、(c) シ・ローン参加を決定する前に借入人につきアレンジャーが得ると同質の情報にアクセスできることを指摘するものもある¹⁶⁾。

ただし、ここからアレンジャーの一切の情報開示義務が否定されるわけではない。開示情報が真実でなかった場合や重要な情報を開示しなかった場合、不実表示 (misrepresentation) としてアレンジャーが責任を負うことがあるという¹⁷⁾。また、ローン交渉の過程においてアレンジャーが代理人としての義務を負う相手方

が、借入人から参加機関へ変動 (Shifting) するとの見解もある¹⁸⁾。これは義務の「変動」後は参加機関への信認義務を認めるものともいえようが、義務の「変動」がいつの時点で生じるか、借入人に対する義務はどうかという点は不明確である¹⁹⁾。

(2) エージェント

エージェントは参加機関の代理人とされる。エージェントの情報開示義務は、代理人たるエージェントに信認義務を認めるかという議論に結び付けられる。そして英米法上、一般的に代理人は本人に対して信認義務を負うとされており、たとえば英国法上は、信認義務を負う代理人は一般に本人に対して常に情報を開示しなければならない義務が生じるといわれる²⁰⁾。

しかし、他方で信認義務に否定的な見解もある。それらの見解は、(a) エージェント自身もシンジケーションのメンバーであり、また借入人の依頼を受けてアレンジャーも兼ねることも多いことから、参加機関への信認に基づく行為が期待できず伝統的な「agent」のルールに当てはまらないとか、(b) 信認関係においては受任者の裁量権の存在が前提となるどころ、エージェントは情報開示その他の義務履行について裁量権が制限されていることが多く、契約書の特に定めた事項について責任を負うに過ぎないから、信認関係が妥当しないなどと説明している²¹⁾。

検討されている。

14) 学説および判例を整理したものとして、Gavin R. Skene, *Syndicated Loans: Arranger and Participant Bank Fiduciary Theory*, 20 JOURNAL OF INTERNATIONAL BANKING LAW AND REGULATION 269 (2005).

15) Leo Clarke & Stanley F. Farrar, *Rights and Duties of Managing and Agent Banks in Syndicated Loans to Government Borrowers*, 1982 UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 229, at 233-234.

16) Skane, *supra* note 14, at 271-272.

17) 森下・前掲注 1) 8 頁。英国には「Misrepresentation Act 1967」という制定法がありそれとの関係が問題とされる。

18) John R. F. Lehane, *The Role of Managing and Agent Banks: Duties, Liabilities, Disclaimer Clauses*, in CURRENT ISSUES OF INTERNATIONAL FINANCIAL LAW 230, 232-238 (David G. Pierce et al. eds., 1985).

19) Skene, *supra* note 14, at 275.

20) エージェントの代理人としての信認義務を認めるものとして PHILIP WOOD, LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL FINANCE (1980), at 100, 森下・前掲注 1) 11 頁 (注 41) 参照。

21) Clarke & Farrar, *supra* note 15, at 244-245.

2 判例の紹介²²⁾

① UBAF Ltd. v. European American Banking Corp.²³⁾

本件は信認義務を肯定した英国のケースとして特に有名であり、借入人の名をとってコロコトロニス (Colocotronis) 事件とも呼ばれる。事案は以下のようなものである。米国のアレンジャー (Y) がギリシャの船会社である借入人への二件のローンを勧誘した際、英国の参加機関 (X) に対して「健全で収益をあげている二社への魅力的な投資である」旨の表明を行っていたが、借入人が元利金の支払を滞らせたことから、XがYに対して悪意の不実表示の詐欺、1967年不実表示法による不実表示、過失ある不実表示に基づき損害賠償請求した。

裁判所は、本件取引においてYはXら参加機関の資金を受け取りXのためにローンの安全を確保する立場にあったのだから、Yは明らかに「受託者として (fiduciary capacity) 行動していた」として、もしXらの安全が確保されないという事実を認識したならば、Xにその事実を伝達するのは明らかにYの義務であり、そうせずに放置することは信認義務に反することとなる旨判示した。

② The Sumitomo Bank Ltd v. Banque Bruxelles Lambert S.A.²⁴⁾

原告 (X) はアレンジャー及びエージェントである被告 (Y) の勧誘によりシ・ローン取引に参加した。本件ローンには不動産担保の価格下落による担保権者の損失を補填する保険 (Mortgage Indemnity Guarantee, 以下、「MIG」という。) がつけられていたが、組成されたロー

ンは当該補償の対象額を超えていたという事情があったためXは保険会社に支払いを拒絶された。そこでXがYに対して損害賠償を求めたのが本件訴訟である。

裁判所は、本件においてMIGの存在はXがローン参加を決定するに不可欠な要素であったことは明らかであり、招聘にあたりMIGの存在につきYが適切な情報開示を行ってこそ有効な決定ができるのであり、XのYの行動によせる信頼はもっともである (reasonable) とした。そしてYが招聘に際してMIGの内容を説明しなかったことが、注意義務 (duty of care) 違反にあたることとした²⁵⁾。

③ Women's Federal Savings & Loan Association v. Nevada National Bank²⁶⁾

原告 (X) は被告 (Y) と、Yが借入人に対して行う貸付の90%を引き受けるローン・パティシペーション契約を締結した。Xは後に借入人が深刻な財政危機にあることを知ったため、Yに対し契約取消とYの利益の吐き出しを求めた。

本件XY間の契約書には、(a) Yはローンの管理・サービスにつきXに対して信認義務を負う受託者のように行動すること、(b) Yは借入人の財政状態を監視・定期調査し、融資の安全を脅かすような兆候があった場合には直ちにXに知らせること、といった条項が設けてあった。裁判所は、契約書に(a)の規定が明記されていることから、Yは契約書の文言に意味がないと抗弁することはできず、YはXに対して信認義務を負うとした。

22) ローン・パティシペーションは、単一の借入人に対する複数の貸付人の与信判断の要素を問題とする点でシ・ローンと共通しており、また英米の判例も極めて数が限られていることから、ローン・パティシペーションにおけるリードの責任についての判例も参考にす。アレンジャーとエージェントの責任につき厳密に分けることもしない。英米判例の紹介及び分析については、木村眞司「シンジケート・ローンの法的問題に関する一考察」東京大学法学政治学研究科専修コース研究年報第10号〔2001年度版〕(2002)が詳しい。

23) UBAF Ltd. v. European American Banking Corp. [1984] 1 Q.B. 713 (C.A.).

24) Sumitomo Bank v. Banque Bruxelles Lambert S.A. [1997] 1 Lloyd's Rep. 487.

25) この判例を解説するものとして、Shalini Sequeira, *Syndicated Loans-Let The Arranger Beware!*, 12 BUTTERWORTHS JOURNAL OF INTERNATIONAL BANKING AND FINANCIAL LAW 117 (1997).

26) Women's Federal Savings & Loan Association v. Nevada National Bank, 811 F.2d 1255 (9th Cir.1987).

First Citizens Federal Savings and Loan

④ Association v. Worthen Bank and Trust Company²⁷⁾

本件は原告(X)がリードたる被告(Y)とローン・パティシペーションを締結したものの、資金調達途中で借入人が倒産したため、Xは、信認関係が認められた③判決を引用し、Yに対して擬制詐欺(constructive fraud)を理由に契約取消等を求めたケースである。

裁判所は、③判決は当該取引の契約書において信認義務を認める規定があったからこそこかる義務が認められたものであり、ローン・パティシペーション一般における信認義務は、弁護士—依頼人の関係のようにその地位自体から認められるものではないとした。そして本件の契約書においては、Yに対して自己の会計を管理(administer)および奉仕(service)する程度の注意を義務付ける規定しかなく、信認関係に直接言及した規定はないため、Yは「an independent contractor」としての役割を果たすだけで、契約書の規定は信認関係よりもむしろ独立当事者間の関係を示すものであるとした。

3 学説・判例の整理

(1) 判例の分類

紹介した判例のうち、アレンジャー及びエージェント(又はリード)の責任が認められたのは①、②、③、否定されたのが④である。このうち①、③は「信認義務」があるとされたのに対して、②は「注意義務」があるとされている。Agashaは信認義務の発生には「地位に基づくもの(status-based)」と、「事実に基づくもの(fact-based)」とがあり、①判決がアレンジャーという「地位に基づき」信認義務が認められたケースであり、③判決及び④判決は契約条項という「事実に基づき」信認義務の有無がわかれ

たケースであると分類している²⁸⁾。

(2) 信認関係の有無

学説・判例をまとめると、アレンジャーについては参加招聘の段階では参加機関と明示的な契約関係がないため、特に「地位そのもの」から信認義務が認められるかが問題とされる。①判決では参加機関の資金を預かり円滑にローンを運営するというアレンジャーの実体を重視し、情報面においても参加機関のアレンジャーへの依存を認め、信認関係が肯定されている。しかし学説ではアレンジャーと参加機関が互いに独立した主体であるとして、「地位に基づく」信認義務を否定する見解が根強いようである²⁹⁾。また、代理関係の「変動」という考え方が出されるように、アレンジャーは借入人の依頼を受けて行動しつつも、貸付人としての立場を併せ持つという特殊な地位にあることが考慮されている。

エージェントについては、学説上、参加機関の代理人であるという法的地位には異論はみられないようであるが、代理人という地位から信認義務を認めるべきかというレベルで議論が生じるようである。その際に、アレンジャーの場合と同様にエージェントが参加機関の信頼を受ける立場であることを強調すれば信認義務を認めることになるし、エージェントの業務が債権の管理という裁量の少ないものであることを強調すれば信認義務を認めにくくなる。つまり、アレンジャー及びエージェントいずれについても参加機関との間に信認関係を認めるべきかがポイントとなる。

(3) 契約条項の有無

③判決は特に明示の条項があったことを理由に信認義務を認めている。④判決もその点を確認し、④判決の事案ではそういった明示の条項がないことを挙げ信認義務を否定している。そうすると、信認義務の有無は結局個別の契約条

27) First Citizens Federal Savings and Loan Association v. Worthen Bank and Trust Company, 919 F.2d 510 (9th Cir. 1990).

28) Agasha Mugasha, *Evolving Standards of Conduct (Fiduciary Duty, Good Faith, and Reasonableness) and Commercial Certainty on Multi-Lender Contracts*, 45 THE WAYNE LAW REVIEW 1807 (2000).

29) *Ibid.*, at 1822.

項によることにもなりそうである。しかし、たとえば④判決のケースとは別に、信認義務を明示的に否定する契約条項があるもののローン形成の経緯において一定の信頼関係が認められるような場合を想定すると、かかる契約条項が「地位に基づく」信認義務までを排除するのかわりに明らかなでない。「地位に基づく」義務と「事実に基づく」義務の関係は学説上もはっきりしない。

(3) 個別事情の考慮

むしろ、信認義務の判断には契約条項とは別に個別の取引の事情が勘案されている可能性がある。①判決においては、アレンジャーが「健全で収益をあげている二社への魅力的な投資である」と表明していたことや、②判決においては損失補償がローンへの参加を決めるのに重要な事項であったことが重視されている。また③判決のケースには、ネバダ州の借入人ははじめオハイオ州のXに直接融資を申し込んだが、Xは、借入人と同じネバダ州の機関であり現地の経験豊富なYを経由するよう指示したという経緯があった。③判決については契約条項の存在だけでなく、こういった経緯も裁判所の判断要素となっているのではないかと考えられる。そうであれば、このような契約締結の状況、開示すべき情報の種類などの事情も信認義務の存否を判断する上で重要な要素となりうるといえよう。

IV. アレンジャー及びエージェントに関する日本の議論

1 アレンジャーに関する学説の状況

わが国において裁判例はまだ見られないため、学説とあわせて日本ローン債権市場協会

(JSLA)³⁰⁾の「タームローン契約書(平成15年度版)³¹⁾」(以下、「JSLA契約書」という。)、及び「ローン・シンジケーション取引における行為規範³²⁾」(以下、「JSLA行為規範」という)を中心に検討する。

(1) 法的地位

アレンジャーの情報開示義務は、主に、インフォメーション・メモランダム³³⁾の正確性につきアレンジャーが責任を負うか、またかかる責任を軽減・排除する免責条項は有効かという側面から論じられている。

まずアレンジャーの参加機関に対する一般的な情報開示義務については、自己責任の原則を理由に否定する見解が多い。たとえば、JSLA行為規範によると、アレンジャーは借入人の意向にそって単に情報を伝達するだけの主体であり、アレンジャーと参加機関の間にはなんら明示的な契約関係がなく、参加機関は追加的な情報開示を要請をすることはできるが、借入人がこれに応じる「義務」はなく、アレンジャーも借入人の情報を開示する「義務」はないという³³⁾。また森下教授も、参加機関の過剰な保護は当事者の予測可能性が失われ、プロフェッショナルが参加する市場の健全な育成を損なうとして特にこの原則を強調する³⁴⁾。

(2) 情報開示義務の範囲

ではアレンジャーは情報開示に関する責務をなんら負わないのか。この点、多くの見解は例外的にアレンジャーの責任を認めるべき場合があるとしている。

第一に、当該情報が虚偽または不正確であることをアレンジャーが知っているような場合である。森下教授は、以下のように説明する。アレンジャーがインフォメーション・メモランダムに虚偽の内容が含まれていることを知りなが

30) わが国の銀行及び証券会社によって構成される組織。2001年設立。JSLA契約書及び行為規範はホームページに掲載されている (<https://www.jsla.org/>)。

31) 2003年4月7日公表。

32) 2003年12月9日公表。JSLA行為規範を「商慣習」または「商慣習法」と認める可能性を探るものとして、吉田正之「ローン・シンジケーション取引における行為規範—商慣習・商慣習法と関連して—」金融法務事情1701号10頁(2004)。

33) JSLA行為規範〔5(1)①〕(4頁)。

34) 森下・前掲注1)8頁及び14頁。

ら意図的に放置したり、参加機関からの照会があるにもかかわらずこれを無視したり虚偽の回答を行ったりする場合にはアレンジャーに不法行為責任を認めるべきとしている。他方、インフォメーション・メモランダム記載以外の事項で、参加機関からの照会もないような事項については、参加機関の専門性にかんがみ、アレンジャーが検討のために相応の機会を与え、疑問点については必ず照会するように伝えておくことを条件に、アレンジャーの責任を消極的に解している³⁵⁾。これに対しては、清原弁護士らは不法行為という構成はもともと義務がないことを前提とするため妥当でないとしている。そのうえでアレンジャーが参加機関からの要請を無視したり回答を遅延したりするような場合には、自己責任の原則が働く前提として、アレンジャー仲介業務において適時に適切な対応をすべき信義則上の義務が課されるべきだとしている³⁶⁾。

第二に、参加機関が借入人に対して情報開示を要請する場合である。この場合には、アレンジャーが借入人に対して情報提供を促すべきとされている。JSLA 行為規範は、(a) アレンジャーが知っていながら参加機関に伝達していない情報で、(b) それ借入人より開示されない限り参加機関が入手し得ないものであり、(c) 参加機関のローン参加の意思決定のために重要な情報である場合には、アレンジャーが借入人に情報開示を促さないことはその行為に詐害性があるとして、参加機関に対し不法行為による損害賠償責任を負う可能性があるとしている³⁷⁾。

(3) 免責条項の有効性

免責条項の有効性は契約自由の原則から認められるようである³⁸⁾。ただしあらゆる場合に有効というわけではない。JSLA 行為規範は、免責条項も公序則や信義誠実の原則といった私法上の一般原則には服し、前述のように重要な情報が不正確であるとアレンジャーが認知した場合にそれを参加機関に告知する義務までも免責することには疑義があると明確に指摘する³⁹⁾。

なお、ここで一般的な情報開示義務との関係につき付言する。アレンジャーの情報開示義務は参加機関が契約締結を決定する際に問題となるものであることから、契約締結段階における情報開示義務・説明義務といった一般的な議論が想起される⁴⁰⁾。近年では判例も投機的性格を持った金融取引において説明義務違反を理由に金融機関の不法行為責任を認めている⁴¹⁾。もっともこれは事業者対消費者など、情報の質及び量・交渉力に著しい差がある場合に、対等な当事者間の関係の実現を目的として認められる特別な責任であるといえる。よっていずれも金融機関が当事者となるシ・ローン取引に当然に適用することはできないだろう。

2 エージェントに関する学説の状況

(1) 法的地位

エージェントは参加機関の代理人とされる⁴²⁾。シ・ローンでは各参加機関と借入人との間に個別独立に消費貸借関係が成立し、エージェントは各参加機関の個別の授権と事務処理

35) 森下・前掲注 1) 8-10 頁。

36) 清原=三橋・前掲注 9) 10 頁。清原弁護士らは、現実の紛争においては不法行為や過失相殺等によって妥当な解決が図られるとしても、そもそも義務がないことを議論の出発点にするのは妥当でないとしている (15 頁)。これは、アレンジャーの故意が認められるような場合には、信義則上情報開示義務を認めるという趣旨であろう。

37) JSLA 行為規範 [5 (2) ③] (7 頁)。

38) JSLA 行為規範 [5 (2) ②] (6 頁)、森下・前掲注 1) 10 頁、清原=三橋・前掲注 9) 14 頁。

39) JSLA 行為規範 [5 (2) ②] (6 頁)。

40) 山田誠一「情報提供義務」ジュリスト 1126 号 179 頁 (1998)、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト 1094 号 128 頁 (1996)。

41) 最判平成 8 年 10 月 28 日金法 1459 号 49 頁。

42) 森下・前掲注 1) 11 頁、JSLA 契約書 21 条 1 項 (20 頁)。

の委任を受けて代理人となる⁴³⁾。委任契約上、受任者は善管注意義務を負うため（民法 644 条）、その一側面として情報開示義務を導くことも考えられる。しかし、同条は任意規定とされるため、エージェントは結局は個別の委任契約で定められた事項についての情報開示義務を負うこととされている⁴⁴⁾。

この点につき JSLA 契約書は、エージェントは故意もしくは過失なき限り貸付人に対して一切の責めを負わないと定め⁴⁵⁾、貸付人は自ら借入人の信用力等必要な情報を審査したうえで独自の判断で取引を行うものとし⁴⁶⁾、エージェントは借入人から受領した情報を速やかに貸付人に通知しなければならないと規定するにすぎない⁴⁷⁾。情報開示義務を含むエージェントの責務が限定的に解されるのは、エージェントの業務が主に情報伝達・書類の授受、資金の授受、資金の請求・清算といった裁量を伴わない事務的・定型的なものであることを一つの理由とする⁴⁸⁾。

(2) エージェント特有の問題点

ア. 外部情報

情報開示の対象が契約事項に限定されるとしても、エージェントが独自の立場で情報を入手した場合にも開示義務を負うかについては別途議論されている。エージェントは当該シ・ローン取引以外に借入人との取引を行うことも多く

(外部取引)、それに付随して借入人の信用状態の悪化などの情報を独自の立場で得ることもあるからである（「外部情報」）。

この問題の前提として、外部取引自体が代理人の利益相反行為にあたり許されないのではないかとの疑問もある。この点、シ・ローンは金融のプロが参加する取引として契約自由の原則が広く妥当することを理由に、外部取引自体は可能であるとされている⁴⁹⁾。法律構成としては、借入人の状況等から考えて少なくとも通常行われているだろう取引範囲内であれば、利益相反状態について参加機関の事前の包括的な承諾があるとする事ができる^{50) 51)}。

外部取引自体が許されるとしても、JSLA 契約書によれば、エージェントは参加機関のために借入人に関する財務状況等を継続的に監視すべきモニタリングの義務を負うものではなく⁵²⁾、したがって外部情報の開示義務を負うものでもないとされる⁵³⁾。もっとも、(a) エージェントがモニタリング義務を明示的に引き受けた場合や、(b) そうでなくとも、貸付人に開示すべき情報の範囲等をその裁量をもって継続的に取捨選択していたような場合には、エージェントがモニタリング義務を黙示的に引き受けていたと見て、その義務との関係で外部情報をシ・ローン上の債権保全のために利用すべき要請があるとして、開示義務を認める余地があ

43) 清原＝三橋・前掲注 9)10 頁。

44) JSLA 行為規範 [5(3)③(a)] (8 頁)。

45) JSLA 契約書 21 条 4 項 (20 頁)。

46) JSLA 契約書 21 条 5 項 (21 頁)。

47) JSLA 契約書 21 条 9 項 (21 頁)。

48) 清原＝三橋・前掲注 9)11 頁。

49) 森下・前掲注 1)12 頁、清原＝三橋・前掲注 9)13 頁、JSLA 契約書 21 条 6 項 (21 頁)、JSLA 行為規範 [5(3)③(c)] (9 頁)。

50) 森下・前掲注 1)12-13 頁。

51) エージェントに類似する主体として社債管理者がある。会社法は、社債発行会社が社債の償還や利息支払を怠り若しくは社債発行会社の支払停止があったその後又はその前 3 か月以内に、社債管理者が自己の債権につき社債発行会社から担保の提供や債務の消滅に関する行為等を受けたりした場合、社債権者に対し損害賠償責任を負担すると定める（会社法 710 条 1 項各号）。しかし、これは社債管理者の受任内容に弁済受領、債権保全までを含むことによるのであって（会社法 705 条 1 項）、通常そのような責務までは負わず定型的事務のみを行うエージェントについて同様に考えることはできない。

52) JSLA 契約書 21 条 6 項 (21 頁) 与信判断は参加機関が自ら審査のうえ行うこととしている。

53) JSLA 契約書 21 条 5 項 (21 頁)。

る⁵⁴⁾。

イ. 守秘義務

次に、エージェントたる金融機関が顧客である借入人に対して守秘義務を負うことから、参加機関に対する情報開示は制限されるのではないかという疑問がある。これは外部取引に限らず広く継続的な銀行取引において生じる問題である。一般に銀行等の金融機関が負う顧客情報の守秘義務は、商慣習説、信義則説、契約説、プライバシー説など法的根拠はわかれるものの、存在自体は学説上も裁判例⁵⁵⁾においても認められている。ただし (a) 法令の規定に基づき公権力が発動される場合、(b) 銀行が自らの利益を守るために顧客に対し訴訟を提起する場合、(c) 顧客の明示又は黙示の承諾がある場合には正当事由ありとして免責される⁵⁶⁾。

この点、JSLA 契約書が示すように、一定の場合に外部情報を合理的に必要な範囲で相互に開示できる規定⁵⁷⁾がある場合には、顧客（借入人）の承諾があるものとして開示が許されるといえよう。このような規定がなかった場合には、そのときは開示の目的、開示する情報の内容、借入企業に及ぼす影響、開示先、開示先の情報管理体制といった諸要素を総合的に考慮のうえ判断すべきとされている⁵⁸⁾。

V. 検討

1 英米・日本での議論の比較

(1) 自己責任の原則

通常のバイラテラル・ローンにおいて、一般的に金融機関が借入人の情報を網羅的に了知するのは困難である。他方で借入人には金融機関に対し情報を積極的に開示する動機がない以

上、金融機関側から必要な情報を自ら積極的に収集する必要がある。このように金融機関には借入人に関する情報を独自に収集し、一定の限られた情報を前提として、自主的な判断に基づいて融資をするか判断する能力が求められるのである⁵⁹⁾。シ・ローンにおいても、顧客の属性（参加機関が金融機関であること）、商品の特性（ローンの内容が通常の貸付であること）はバイラテラル・ローンの場合と変わらないため、当事者間において「定型的な差」を考慮する必要はないこととなる。とすれば、英米・日本の議論のいずれでも確認されているように、アレンジャー及びエージェントと参加機関には独立当事者としての自己責任の原則が及び、アレンジャー及びエージェントの情報開示義務を認める必要はなくなるはずである。

(2) 議論の比較

しかし、英米・日本の議論ともにそうは割り切らずに、アレンジャー及びエージェントに一定の情報開示義務を認めようとする。英米の議論においては、信認関係の有無が議論の中心であり、①判決に見られたように (a) アレンジャー及びエージェントへの信頼・依存を重視するか、①②③判決に見られたように (b) 契約条項や契約締結時の状況など個別のローンに特有の事情から信認義務の有無を判断する点に特徴がある。

日本の議論においては、英米法上見られたような法的位置づけに関する根本的な対立はなく、具体的にいかなる場合情報開示義務が認められるかにつき関心が高いといえる。

アレンジャーについては、参加機関との間に契約関係がないが、信義則上の責任あるいは不法行為責任を認めるといった法律構成により、例外的に情報開示義務を認めるという考え方が

54) 清原＝三橋・前掲注 9)12 頁。

55) たとえば、東京地判平成 3 年 3 月 28 日金法 1295 号 68 頁。

56) 吉田正之＝関根良太「金融機関の顧客情報についての守秘義務と貸付債権の譲渡」金融法務事情 1626 号 39 頁(2001)。

57) JSLA 契約書 28 条 1 項 (24-25 頁) 参照。

58) 清原＝三橋・前掲注 9)13 頁、全国銀行協会「貸出債権市場における情報開示に関する研究会報告書」(平成 16 年 4 月) (全国銀行協会ホームページ参照 <http://www.zenginkyo.or.jp/news/16/pdf/news160490-1.pdf>)。

59) 林敦「ローン債券市場における借入人に係る情報格差の問題」ジュリスト 1217 号 42 頁 (2002)。

なされている。例外にあたる事由については、若干の説明の差はあれ、要するに意図的に虚偽の回答をしたり、また情報に虚偽が含まれることを認識しながら放置したりというような、アレンジャーの「故意」がある場合にその責任を認める点につき広く共通の理解がある。

他方、エージェントについても諸見解の間に実質的な法律構成の差はない。エージェントの業務がアレンジャーの業務に比して裁量の少ない事務的なものであることから、契約書記載以外の情報開示義務は原則的に課されていない。ただし例外はあり、例外の範囲については、JSLA 契約書のように厳格に解するか、学説にみられるように具体的な事情のもとで若干緩和するかといった違いがある。

2 英米法における信認義務

英米・日本での議論の差異は、信認義務が英米法のエクイティ上確立してきた独自の法理であることに由来する。そもそも信認関係とは、当事者の一方が相手の信頼を受け相手の利益を念頭において行動・助言しなければならないという関係一般をいう⁶⁰⁾。その特徴は、(a) 信認関係を結ぶかに選択の自由がある、(b) 信認関係の内容には一定の選択の自由がある、(c) 受認者は自らの裁量で行動し、受益者は原則として発言権がないという依存的な関係にある、(d) 受認者は自らの利益を図ってはならず受益者のためだけに行動する（忠実義務）、といったものである。これらのうち (a) (b) の点は契約関係と同様だが、(c) (d) の点は身分関係に近く

それを修正したものとして、契約と身分の中間的關係とされる⁶¹⁾。かかる関係の典型例は信託であるが、それは代理人、財産の受寄者、会社の取締役や役員、遺産管理人及び遺言執行者、破産管財人、後見人、医師等にも及ぶという⁶²⁾。

これをシ・ローンにおけるアレンジャー及びエージェントと参加機関の關係にまで拡大するかについては、シ・ローンに上記 (c) (d) の特徴を認めるかがポイントとなろう。すなわち、シ・ローンにおいて、取引に入るかは当事者の自由でありその内容も合意によるため、(a) (b) の特徴は認められる。(c) について、①判決が指摘するように、アレンジャーが参加機関の資金を託されローンの安全を確保する立場にあることからアレンジャーに対する参加機関の信頼、依存があるといえれば信認関係の特徴に沿うことになる。反対に、あくまで独立当事者間の関係であるとすれば信認関係の特徴にあてはまらないこととなる。また、(d) 忠実義務について、エージェントはローン弁済につき他の参加機関と利益相反関係に陥るため、参加機関のみの利益を図ることが期待できないとすれば、信認関係の特徴にあてはまらないこととなる。

3 日本法における信認義務

以上のような信認義務の沿革を共有しない日本法のもとでは、たとえば忠実義務につき受託者の信託財産買取禁止等の規定（信託法 22 条）⁶³⁾ や取締役の忠実義務規定（会社法 355 条）⁶⁴⁾ といった個別規定があるにすぎない⁶⁵⁾。

60) 田中英夫『英米法辞典』（東京大学出版会、1991）346 頁。

61) 樋口範雄『フィデューシャリー〔信認〕の時代』（有斐閣、1999）36-39 頁。(c) について信認関係における依存性は一定の範囲に限られるので、全面的な依存性を認める身分関係を一部修正したものとする。

62) 樋口・前掲注 61) 37 頁。

63) 信託財産買取の禁止は、英米法上の忠実義務の内容として最も重視されるため、これを含む信託法 22 条が受託者の一般的忠実義務に関するものとされていた〔四宮和夫『信託の研究（オンデマンド版）』（有斐閣、2001）209 頁〕。その趣旨は、信託法改正要綱試案（第 19）が、信託財産買取行為のみならず、受託者が一般的に忠実義務を負うとして、受益者が害されるおそれがある受託者の行為を広く禁止の対象としていることにも表れている。〔別冊 NBL 編集部編『信託法改正要綱試案と解説』別冊 NBL 104 号（商事法務、2005）7 頁以下及び 104 頁以下を参照。〕

64) もっとも忠実義務の意味は、会社法 330 条、民法 644 条に定める善管注意義務を敷衍し、かついっそう明確にしたにとどまり、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度な義務を規定したものではないとされている（最大判昭

英米法の信認義務の法理がそのまま日本法においても妥当するとはいえない⁶⁶⁾。

そこで日本法においては契約法理の中に信認義務の概念を位置づける試みがなされてきている。たとえば能見教授は、専門家の契約責任追及の根拠として、契約当事者の非対称性から認められる「高度注意義務違反」型と、専門家に委ねられる裁量的判断が依頼者のために適切になされたかという「忠実義務違反」型があるとして、後者は英米法上の信認義務に相当するものとする⁶⁷⁾。これは委任関係のように信認義務を専門家の「契約上」の義務として位置づけるものといえる。

また道垣内教授は、英国では信託法理が信託以外の信認義務者にも波及し修正されるというプロセスを経ることで統一的視座を見出すことができる点に注目する。そして日本法のもとでも信託を私法体系に矛盾なく位置づけることが必要であるとし、その結果委任契約の受任者にも信託の受託者に類する各種の義務を課すべきと主張する⁶⁸⁾。この見解は信託と委任等の契約を連続的にとらえるものといえる。

日本法のもとでなぜ契約から信認義務を導くことができるのかについて、大村教授によれば、大陸法には「義務補填機能」があり当事者の具体的合意がなくとも契約類型ごとにその性質に着目して定型的な義務を設定することが信義則や衡平により可能であるから、事務処理性、信頼関係性、独立裁量性という要素から成る委任契約においては善管注意義務規定がなかったとしても信認義務を認めうるという⁶⁹⁾。

これに対して樋口教授は、わが国において信認関係を契約として処理することにより、信認的契約にも自己責任的要素が忍び込む可能性があり、受任者にある程度自己利益をを図ることを許すものとされるおそれがあるとして、日本法のもとでも契約原理とは別個の信認法を確立することが求められるとする⁷⁰⁾。

以上のような信認義務に関する学説の影響もあってか、日本のシ・ローンにおける議論も契約の枠組みで論じられている。すなわちアレンジャーの情報開示については契約を前提としないため不法行為の問題とされており、エージェントについては委任関係上の義務として情報開示義務が論じられているのである。この点は英米の法理と議論の性質が異なるといえる。もっとも、一定の信頼関係を保護しようとする点については英米・日本において共通している。とすれば、英米法上の判例においてすでに見たような、信認関係を根拠付けるべき個別の具体的要素は、今後日本で紛争が生じた場合に多くの示唆を与えるものとなるだろう。

4 情報開示の必要性和守秘義務

(1) 情報開示の必要性

従来、シ・ローンにおける情報開示義務は、アレンジャー及びエージェントの責任を限定しそのリスクを回避する観点から論じられることが多かったように思われる⁷¹⁾。これはJSLAのような実務においてシ・ローン市場を先導する団体が、アレンジャー及びエージェントもつと

和45年6月24日民集24巻6号625頁)。

65) 忠実義務を定めた個別規定がある場合に受任者が負うべき善管注意義務を検討したものとして、神田秀樹「忠実義務の周辺」竹内昭夫先生追悼『商事法の展望—新しい企業法を求めて』(商事法務研究会, 1998) 304-307頁。

66) JSLA 行為規範もアレンジャーの信認義務を明確に否定している。(JSLA 行為規範 [5(3)③] 8頁)。

67) 能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」専門家責任研究会編『専門家の民事責任』別冊NBL 28号(商事法務研究会, 1994) 6頁。

68) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』(有斐閣, 1996) 163-174頁。

69) 大村敦志「現代における委任契約—『契約と制度』をめぐる断章—」中田裕康=道垣内弘人編『金融取引と民法法理』(有斐閣, 2000) 95頁以下 [101-104頁]。

70) 樋口・前掲注 61) 250-251頁。樋口教授は、英米法の信認義務が契約関係とは異なる特別の依存関係を観念するものであるのに対して、日本における情報開示義務の議論は契約関係に入ることを前提として、当事者間の格差がある場合に、どこまでが当事者の責務かということを描くためのものであるとしている。

める金融機関により組織されているからでもあろう。しかしシ・ローンの当事者は参加機関と借入人でありこれらの主体の利益にも着目すべきである。近年、日本におけるローン一件あたりの組成金額は小口化しており、従来大企業を中心としていたシ・ローンが中小企業にも浸透しつつあるとされる⁷²⁾。本稿はシ・ローンは貸付に精通した金融機関同士の取引であることを前提に論じてきたが、今後は貸付側に必ずしもシ・ローンに通じていない小規模の投資家が参加する場合も増加するとみられる。そうなれば参加機関によるアレンジャー及びエージェントへの依存は強まると思われる。また、日本においては、アレンジャー及びエージェントが借入人のメインバンクの立場にあることが多いため⁷³⁾、借入人が非上場企業であれば情報の入手先は事実上アレンジャーおよびエージェントに限定されるということもある。このようなわが国のシ・ローンの実態からは、アレンジャー及びエージェントはシ・ローン契約当事者の信頼を強く受ける立場にあるといえ、より高度な情報開示義務が求められるのではないか。

他方、アレンジャー及びエージェントとしても、金融機関としての風評リスク (reputation risk) がかかっていることから、借入人に関する情報を把握し参加機関に開示するインセンティブがあるものとする。アレンジャー及びエージェントは、契約書の明文とは別に自己が与信に対して用いると同程度以上の注意を払って借入人の業況判断をしているともされる⁷⁴⁾。

(2) 守秘義務との関係

ここで、忘れてはならないのが守秘義務との

関係である。情報開示義務を広く認めるとしても、どこまでを範囲とするかは明確にしていかなければならないだろう。また、反対に、守秘義務の内容を限定して情報開示義務との衝突を回避することも考えられる。たとえば、守秘義務における正当事由につき必ずしも制限的・限定的に解する必然性はなく、情報開示の必要性が高く、開示により顧客に及び悪影響も少ない場合には情報開示が守秘義務違反を構成しないとする見解もある⁷⁵⁾。さらにシ・ローンにおいては借入人が必要な情報を十分に開示しないとローンの目標額が達成しないため、借入人に経済的インセンティブが働くといえ、開示情報への同意が得られやすいともいえる⁷⁶⁾。

VI. おわりに

以上のような検討をもとに最後に私見を述べる。アレンジャー及びエージェントと参加機関は独立当事者の関係であり、特約なき限り原則として情報開示義務を負わないとしても、例外として情報開示義務を認め、その範囲をより広く考えていくべきである。その理由として、(a) アレンジャー及びエージェントへの信頼の実体は英米法の議論でも認めているところであり、日本法の議論の下でもその示唆をうけるべき余地があること、(b) 近年のシ・ローンの特徴として、参加機関がアレンジャー及びエージェントへ特に依存すべき状況が認められることが挙げられる⁷⁷⁾。

具体的には、情報が虚偽であるか又は不正確であることにつきアレンジャー及びエージェン

71) 森下・前掲注 1)10 頁。

72) 小野有人「拡大を続けるわが国のシンジケート・ローン市場—『市場型間接金融』活性化に向けた意義と課題」みずほリサーチ 2003 年 8 月号 8 頁 (2003)。

73) 森下・前掲注 1)10 頁、坂井=副島・前掲注 8)14 頁。

74) 國生一彦「シンジケート・ローンの理論と実務 わが国契約法の新たな形成④」銀行法務 21 662 号 45 頁 (2006)。

75) 吉田=関根・前掲注 56)40 頁。

76) JSLA 行為規範 [5 (2) ①] 6 頁。

77) さらに近年では、シ・ローンの流通性を高めさらなるリスクシェアリングを図るために、セカンダリー市場の整備への期待が高まっている。ローンの譲渡において借入人の信用リスク評価が望まれるため、ローンの譲渡人から譲受人への情報開示が重要な問題となる。ここではアレンジャー及びエージェントの責任は直接の問題となるわけではないが、ローン参加を決定する時点での情報開示の問題である点においてアレンジャーと参加金融機関との関係に類似している。譲渡人の情報開示の範囲として証券取引法 166 条の重要事項と同様に見るべきとの見解もあり、こういった議論はプライ

トが「故意」である場合にとどまらず、「故意・重過失」の場合にまで広く責任を認めるといったことが考えられる。その際の法律構成として、英米における信認義務の法理をそのままあてはめられないとしても、アレンジャーであれば不法行為責任、エージェントであれば委任契約の善管注意義務の枠組みにおいて位置づけることはできよう。このような責任が認められる場合には、免責条項の有効性は制限されると考えるべきである。

(はまさき・じゅんこ)

論説

新株予約権付与課税の基本構造

2006年3月修了
前川陽一

I. はじめに

平成13年11月商法改正（平成13年法律第128号）により新株予約権制度が整備された。改正前の商法において、会社の発行する株式のコール・オプションは、従業員等に対するストック・オプションか転換社債等のかたちで限定的に認められるに過ぎなかった。しかし、この改正により会社は誰に対しても新株予約権自体を発行することが認められるようになったのである¹⁾。

このような制度の根本的な改革により、新株予約権は敵対的買収に対する防衛手段をはじめさまざまな用途での応用が可能になり、また期待されている²⁾。しかしながら、税務においては、もっぱら従業員等に対するストック・オプションを念頭に課税制度が作り上げられてきたこともあり、新たな用途として用いられた場

合の課税関係についてはいまだ不明確な点が多い³⁾。さらに、平成17年に会社法（平成17年法律第86号）が制定されて新株予約権制度の拡充が図られ、また企業会計においては会社法の施行にあわせてストック・オプション会計⁴⁾が導入された。そこで、本稿は、とくに新株予約権が無償発行された場合、個人および法人の新株予約権者そして発行法人にいつ課税関係が発生するかという問題について、所得課税の基本理論に立ち返って検討を加え、新株予約権付与にかかる課税の基本構造を明らかにしようと試みるものである。

まず、新株予約権制度（ストック・オプション制度）の沿革とその税務上の取扱いについて概観する（Ⅱ）。つづいて、新株予約権の課税関係について新株予約権者と発行法人のそれぞれにつき検討する（Ⅲ）。最後に、新しい問題として会社法の制定とストック・オプション会

1) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第4版）』（有斐閣，2005）650～651頁参照。また、本改正は、オプション発行の自由化という意義に加えて、オプションというものの性格について従前の見方を根本的に改めたという点で極めて重要な意義を有するものと評価されている。藤田友敬「オプションの発行と会社法—新株予約権制度の創設とその問題点—」〔上〕〔下〕商事法務1622号18頁，1623号30頁（2002）。

2) 江頭・前掲注1)651頁は、①資金の乏しいベンチャー企業が現金支出に代えて取引先等に交付する、②敵対的企業買収に対する防衛策として株主に交付しておく等の利用方法を示唆する。いわゆるライツ・プラン（ポイズン・ピル）としての利用可能性を検討した論文として、グレゴリー・パフ＝山本和也「日本におけるポイズン・ピルの具体化の検討」〔上〕〔下〕商事法務1694号16頁，1695号40頁（2004）、石綿学ほか「日本型ライツ・プランの新展開—買収防衛策をめぐる実務の最新動向—」〔上〕〔下〕商事法務1738号30頁，1739号91頁（2005）。

3) こうしたなかで、国税庁より、新株予約権を用いた敵対的買収防衛策に関する原則的な課税関係についての見解が示された（平成17年4月28日国税庁公表）。つづいて、買収者も含む全株主に新株予約権を交付するが買収者には譲渡のみを許し権利行使を許さないいわゆる「新類型」に係る課税関係についても見解が示された（平成17年7月7日国税庁公表）。

4) 企業会計基準委員会より、平成17年12月27日付で、企業会計基準第8号「ストック・オプション等に関する会計基準」、企業会計基準適用指針第11号「ストック・オプション等に関する会計基準の適用指針」が公表された。

計の導入による新株予約権付与課税への影響について考察する（Ⅳ）。

Ⅱ. 制度沿革

1 スtock・オプション制度

・平成7年新規事業法改正

わが国のStock・オプション制度は、平成7年の特定新規事業実施円滑化臨時措置法（新規事業法）の改正（平成7年法律第128号）により法律上はじめて導入された。これは、新規事業における人材の円滑な確保を目的として、特定新規事業の実施計画の認定を受けた株式会社（認定会社）についてStock・オプション制度の導入を認めたものである。同法によるStock・オプション制度の枠組みは、認定会社が株式公開前にStock・オプション付与対象者⁵⁾、発行価額等を株主総会の特別決議により決議し、これに基づき認定会社と付与対象者との間の新株発行請求権付与契約が締結され、株式公開後に付与対象者が請求権を行使してあらかじめ定められた発行価額により新株発行を受けたうえ株式を売却することで利益を受ける、というものである。税制面では、平成8年度税制改正により租税特別措置法29条の2が創設された。いわゆるStock・オプション税制である。これは、一定の要件のもとで、権利行使時に生じた経済的利益（株式の時価と行使価額の差額）については非課税とし、株式を売却した時点で譲渡価額と行使価額（取得価額）との差額に対して申告分離課税される、という特例措置である⁶⁾。

・平成9年商法改正

新規事業法に基づくStock・オプション制度はその利用が認定会社に限られていたため、

これを一般的に導入するよう産業界からの要望が強かった。これを受けて、平成9年に議員立法によって商法の改正がなされ（平成9年法律第56号）、Stock・オプション制度が一般的に導入されるに至った。同改正により導入されたStock・オプション制度の方式は、会社が自己株式を取得してこれを付与対象者に権利行使時に譲渡する自己株式方式と、新株引受権を付与しその権利行使時に新株を発行する新株引受権方式の2つである。税制面では、平成10年度税制改正において従前の租税特別措置法29条の2に基づく特例措置が商法上のStock・オプション制度にも適用されることとなった⁷⁾。

*補説 擬似Stock・オプション

平成9年商法改正以前は、新規事業法等の認定会社以外はStock・オプション制度の利用ができなかったわけであるが、公開企業の中には取締役等に対するインセンティブ付与を目的として実質的にStock・オプションと同様の効果をもたらす手法を開発し導入するものがあった。擬似Stock・オプションと呼ばれるこの手法には、主としてワラント方式と大株主抛出方式がある。ワラント方式とは、公開会社が分離型新株引受権付社債（ワラント債）を発行して金融機関に引受けてもらい、新株引受権証券（ワラント部分）のみを会社が買い戻してこれを役員・従業員に支給するというものである。税務上は、付与対象者についてワラント支給時にワラント価額と譲渡対価（無償の場合はゼロ）の差額が給与所得課税され、会社について給与等として損金算入される。大株主抛出方式は、大株主が直接保有している持株あるいは持株会社を通して保有している持株を役員・従業員に時価よりも低い価額で譲渡するものである。税務上は、付与対象者は低額譲渡にかか

5) 権利行使時において認定会社の取締役または従業員である者に限られる。

6) さらに、平成9年度税制改正において、Stock・オプション税制の適用対象となる認定会社の範囲に、特定通信・放送開発事業実施円滑化法の一部改正により創設される認定会社が加えられた。

7) この後、平成13年6月商法改正（平成13年法律第79号）により、自己株式方式によるStock・オプションは廃止された。しかし、つづく同年11月商法改正により新株予約権の行使に対して自己株式を交付することが認められ、結局従前のStock・オプション制度と同じことが新株予約権制度のもとでも可能になった。

る経済的利益について株式の譲受時に、個人株主からの譲渡であれば贈与税の課税がされ、持株会社からの譲渡であれば一時所得課税がされる⁸⁾。持株会社側は寄附金課税の問題が生じる⁹⁾。

2 新株予約権制度

平成13年11月商法改正では、会社の資金調達方法の改善を図るため株式制度の見直し等が行われ、その一環として新株予約権制度が創設された。同改正法によれば、新株予約権とは、新株予約権者が会社に対してこれを行使したときに会社が新株予約権者に対して新株を発行し、または自己株式を交付する義務を負うものである（旧商法280条ノ19第1項）¹⁰⁾。これにより従前のストック・オプション制度は、新株予約権の有利発行の一類型として位置づけられることとなった¹¹⁾。一方、税制面では、ストック・オプションとして新株予約権を利用する場合には、従来のストック・オプション税制が引き継がれている。しかし、新株予約権は従来のストック・オプションが付与対象者を発行会社の従業員等に限っていたのと異なり、誰に対しても発行できる点で利用範囲が格段に広がったのであるから、より一般的な視点から新株予約権に係る課税関係を明らかにする必要性が生じている。そこで次章では、實際上特に問題となると思われる、新株予約権が無償で発行された場合に税務上どの時点でいかなる扱いを受けるかという点について一般的な検討を加える。

III. 新株予約権付与の課税関係

1 新株予約権者

新株予約権が無償で発行された場合、新株予約権者は当該新株予約権にかかる経済的利益について、いついかなる課税関係が生じるか。まず、無償発行であっても株主割当ての方法によって付与されるときには各株主（新株予約権者）に経済的利益は発生していないから新株予約権についてその付与時行使時も課税関係が生じることはない¹²⁾。これに対して、第三者割当ての方法によるときは新株予約権者に経済的利益が生じることになる。ただし、税制上の要件を満たす適格ストック・オプションについてはこの経済的利益については課税されず、新株予約権行使により取得した株式を譲渡した時点で申告分離課税される特例措置が認められている。したがって、無償発行された新株予約権について課税関係が生じるのは、第三者割当てによる発行で適格ストック・オプションの要件を満たさないものである。以下、それぞれの場合について詳しく見ていくこととする。

(1) 課税関係が生じない場合

・株主割当て

新株予約権が株主割当ての方法により株主に対して一律に付与された場合、付与時および行使時に課税関係は生じない。株主に対して一律に付与されることで株主間に経済的利益の移転が生じず、法人税法22条2項の「収益」または所得税法36条1項の「収入」が認められな

8) この点、親会社から付与されたストック・オプションの権利行使益を給与所得に当たるとした最判平成17年1月25日民集59巻1号64頁から振り返ってみると、この場合でも一時所得でなく給与所得とされる可能性があるだろう。そうすると、持株会社側では寄附金ではなく、付与対象者が役員の場合に役員賞与等の損金不算入の問題になりそうである。しかし、「その役員」（法人税法35条1項等）に当たるといえるか疑問がないではない。

9) スtock・オプション制度の沿革および擬似ストック・オプションについては、岡本勝秀「ストック・オプション報酬制度を巡る課税問題について」税務大学校論叢29号99頁（1997）、に詳しい。本稿もこれによった。

10) 会社法では、「株式会社に対して行使することにより当該株式会社の株式の交付を受けることができる権利をいう。」と定義されている（2条21号）。内容において変わらない。

11) 武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法・6』（第一法規）4045の17頁参照。

12) 「譲渡制限のない新株予約権を株主等へ一律に付与する場合の所得税法上の取り扱いについて」平成16年11月11日東京国税局回答参照。なお、本件は譲渡制限のない新株予約権が問題となっているが、株主等に一律に付与する場合には、譲渡制限の有無にかかわらず株主に経済的利益は発生していないから、付与時行使時も課税関係は生じないと解される。石綿ほか・前掲注2)〔上〕40頁注(26)参照。

いからである¹³⁾。所得税法施行令 84 条は、新株予約権が「株主等として与えられた場合を除く」とし、株主等としての地位に基づき平等に与えられた場合（所得税基本通達 23～35 共 8）の適用を排除して行使時に課税されないものとするが、当然のことを規定したものである。もっとも、付与された新株予約権を行使せずに失効させた場合には、その限りで株主間の利益移転が生じることになるが、その利益移転は株式の時価の増加として観念でき、これは未実現の利得であるから、権利行使した株主が課税されることはない。また、旧商法では一部の株主が申し込みをせずに割当てを受けなかった場合にも利益移転が生じた。しかし、会社法においては新株予約権無償割当て（277 条以下）についての規定が新たに置かれ、株主は効力発生日に手続を要することなく新株予約権者となる（279 条 1 項）。したがって、一部の株主が申し込みをしないために新株予約権者とならないという事態は実際上生じなくなる¹⁴⁾。

・適格ストック・オプション

租税特別措置法 29 条の 2 所定の要件を満たす適格ストック・オプションは、税制上の特例措置として、付与時および行使時に課税されず、権利行使によって取得した株式を譲渡したときまで課税が繰り延べられる。これは、そもそも新規事業法改正によりストック・オプション制度が導入された際に、ストック・オプションの行使による経済的利益が給与所得課税されることにより納税資金捻出のため取得した株式を直ちに売却せざるをえず、同制度の趣旨が活かされないおそれがあるとの指摘に答えたものと説明されている。そして、取得した株式の譲渡時には申告分離課税のみを認め、源泉分離課税を認めないこととしたのは、行使時に課税を行わなかった経済的利益についてまで源泉分離課税を認めることは公平の観点等から問題があると

考えられたためである¹⁵⁾。

適格ストック・オプションと認められるためには新株予約権に係る契約において以下の要件が定められている必要がある（租税特別措置法 29 条の 2 第 1 項）。

(a) 新株予約権の権利行使は、権利付与決議の日後 2 年を経過した日から 10 年を経過するまでの間に行わなければならないこと。

(b) 年間の権利行使価額の合計額が 1,200 万円を超えないこと。

(c) 権利行使価額は新株予約権に係る契約を締結した時の株式時価以上とすること。

(d) 当該新株予約権については、譲渡をしてはならないこと。

(e) 新株予約権の行使に係る新株の発行または株式の移転が、会社法 238 条 1 項（旧商法 280 条ノ 21 第 1 項）に定める事実と反しないで行われること。

(f) 発行会社と証券業者または金融機関との間で一定の管理等信託契約を締結し、当該契約に従い、一定の保管の委託または管理等信託がされること。

* 補説 第三者割当てによる通常発行における新株予約権者の経済的利益

新株予約権が第三者割当ての方法で通常発行された場合、新株予約権者は発行価額相当額を払い込んでいるから、発行時に経済的利益は生じず課税されない。つづいて、権利行使時であるが、この時点でも新株予約権者は課税されないと解される。この点、権利行使時の株式時価と新株予約権の発行価額および行使価額の合計額の差額が新株予約権者の得た利益となっているが、取得した株式の売却までは投資が継続しているのであるから、未実現の利得としてこの時点では課税されないと考えるべきである。このことは、所得税について所得税基本通達 48-6 の 2 が新株予約権の取得価額と権利行使価

13) 石綿ほか・前掲注 2) [上] 36 頁参照。

14) 旧商法に基づく新株予約権について申し込みをせず割当てを受けなかった場合でも割当てを受けた株主が課税されることはないと考えられるべきである。すべての株主が申し込みをしたかどうかは個々の株主には分からない事情であるし、移転したと考えられる経済的利益の算出も困難であると思われるからである。

15) 岡本・前掲注 9) 119 頁参照。

額を株式の取得価額とするとしていることから理解できる。法人税についても同様に考えることができる¹⁶⁾¹⁷⁾。

(2) 課税関係が生じる場合

・ 第三者割当て

(適格ストック・オプションを除く)

上記(1)以外の場合、すなわち第三者割当てでかつ適格ストック・オプションの要件を満たさない無償の新株予約権については、新株予約権者に経済的利益が生じしかも税制上の特例措置が及ばないことから、課税関係が生じることになる。この場合の課税関係を明らかにするには、まず新株予約権者の所得がいつ、どれだけ生じているかを確定しなければならない。この点、所得税法36条は、現金以外の資産その他経済的利益も収入に含まれ(1項)、現金以外の資産その他の経済的利益は、別段の定めがない限り、収入時の時価で評価されるものとする(2項)。そして、収入のタイミングについては、1項の規定から、一般に権利確定主義が妥当するものと考えられている¹⁸⁾。新株予約権は経済的価値のある権利であるから¹⁹⁾、無償発行の場合、その付与時点で新株予約権者には経済

的利益が生じていると解すべきことになる。新株予約権者が法人の場合かどうか。法人税法22条2項は、無償による資産の譲受けにかかる収益を益金に算入する。また、タイミングの問題については、法人税法も所得税法と同様に権利確定主義が妥当するものと考えられている²⁰⁾。とすれば、法人の場合も、付与時に所得が生じているといえる。

しかし、個人の新株予約権者については、付与時に新株予約権の価値に対して所得課税する扱いにはなっていない。すなわち、所得税法施行令84条が適用されることにより、新株予約権の付与時には課税されず、その行使時に、取得した株式の行使日における価額から行使価額を控除した行使益が当該新株予約権の取得にかかる経済的利益として課税される²¹⁾。

一方、法人の新株予約権者については、このような規定がないことから、上記原則どおり付与時に受贈益課税されることになると考えられる。このことは法人税法施行令119条4号が有利発行により有価証券を取得した場合の取得価額について、取得時の時価とする旨定めていることから明らかである²²⁾。

16) なお、新株予約権付社債についての法人税基本通達2-3-6参照。

17) ただし法人税においては、新株予約権の取得がデリバティブ取引に該当すれば、取得した株式の時価と取得のために支払った金額—すなわち新株予約権の取得価額および権利行使価額—との差額が益金または損金に算入されることになる(法人税法61条の5第2項)。

18) 金子宏『租税法(第10版)』(弘文堂, 2005) 245頁参照。

19) 新株予約権の行使価額が付与時の株式の時価を上回っていても、行使期間内に株式時価が行使価額を上回る可能性がある以上、新株予約権者は付与時に利益を得ている。江頭憲治郎「ストック・オプションのコスト」竹内昭夫先生追悼論文集『商事法の展望』(商事法務研究会, 1998) 168頁、渡辺徹也「ストック・オプションに関する課税上の諸問題—非適格ストック・オプションを中心に—」税法学550号60~62頁(2003)参照。ストック・オプションとして付与された場合には、付与契約において権利喪失条項や譲渡禁止条項が定められることがあるが、これにより当該新株予約権の価値は低くなることはあっても無にはならない。江頭・同170頁参照。いわゆるストック・オプション会計もこれを予測残存期間として評価に反映させる方法をとる。ストック・オプション会計基準適用指針7項等参照。

20) 金子・前掲注18)280頁参照。

21) この経済的利益にかかる所得が所得税法上どの所得分類に属するかは、納税額や発行会社の源泉徴収義務の有無とも関わって、実務的にたいへん重要な問題である。しかし、本稿ではこの点について詳しく論じる余裕がないので取り扱わないこととする。なお、最近の事例として、親会社から付与されたストック・オプションの権利行使益が給与所得に当たるとされた事例(前掲最判平成17年1月25日)。一方、勤務する内国法人と資本関係がない外国法人から付与されたストック・オプションの権利行使益が雑所得に当たるとされた事例(東京地判平成16年10月29日判例集等未掲載。石原忍「批判」税務事例37巻6号32頁(2005))。また、事前照会に対する回答であるが、権利行使期間が退職から10日間に限定されている新株予約権の権利行使益を退職所得扱いとして差し支えないとした事例(平成16年11月2日東京国税局回答)。

22) 岡村忠生「復讐の心は、地獄の炎のように」佐藤英明編著『租税法演習ノート—租税法を楽しむ21問』(弘文堂, 2005) 278頁は、当該新株予約権付与がデリバティブ取引に該当する限り、時価評価が求められて期末時に課税が行われる(法人税法61条の5)こととの権衡から、付与時に課税されるとする。

・ 所得税法施行令 84 条の意義と適用範囲

このような実務上の扱いによれば、同じ条件の新株予約権について付与の対象者が個人か法人かにより課税の扱いが異なってくることになる²³⁾。従前のストック・オプション制度では対象者は当然に個人に限られていたからこのような差異の生じることはなかった。誰に対しても新株予約権の発行が認められる新制度のもとで初めて生じる事態であるが、このような区別を維持する理由はあるだろうか。

所得税法施行令 84 条の意義について、従前は付与時課税を否定したものと解されていた²⁴⁾。その理由は、ストック・オプションについて、公正価値の評価が困難であること、実現した所得としては疑義があること、とされている²⁵⁾。しかし、現在においてはもはやこのような理解は維持できないと思われる。すなわち、ストック・オプション会計基準はストック・オプションの公正な評価単価の見積方法を明らかにしているから、評価の困難性はもはや理由とならない。また、被付与者は付与時に新株予約権を取得するから²⁶⁾、権利確定主義の立場からは新株予約権にかかる経済的利益は付与時に実現しているとみるべきである。そこで、現行の新株予約権制度のもとでは、所得税法施行令 84 条の規定により権利行使時に課税されるものは、譲渡が禁止されており、権利行使によらなければ利益を享受できない有利発行による新株予約権にかかる経済的利益とするのが有力な見解となっている²⁷⁾。付与された新株予約権について市場価格が形成されており新株予約

権者が新株予約権それ自体を自由に譲渡することができる場合には、従来の評価の困難性や未実現の利得という懸念はまったく存在しないのであり、このような場合にまで付与時課税を否定したものと解すると所得税法 36 条の明文に反する結果になり妥当でない。このことからすれば有力説の見解は支持されるべきである。したがって、このような新株予約権が無償で発行された場合には、対象者が個人であると法人であるにかかわらず、付与時に新株予約権の時価に対して課税されることになり、両者の扱いに差異は生じない²⁸⁾。

もっとも、有力説の立場からも、譲渡が禁止され権利行使によらなければ利益を享受できないタイプの新株予約権は所得税法施行令 84 条の適用を受け、この限りで新株予約権者が個人である場合と法人である場合との扱いに差異が生じることになる。現実に付与される新株予約権にはこのようなタイプのものが多いだろう。こうしたタイプの新株予約権であっても、公正な評価は可能であり、何らかの経済的利益が付与時に実現していると言いうる以上、行使時まで課税を繰り延べる必要はないようにも思われる。しかし、所得税法と法人税法は損失の控除方法について異なる構造を持っていることから、このような区別は合理性を有するものと考えられる。かりに、現行制度の下で両者を区別せずに付与時に課税すると、新株予約権が権利不行使により失効した場合、法人は資産の減少としてその損失を損金算入できる²⁹⁾一方、個人はその損失を所得の計算上控除する方法を持たな

23) ライツ・プランの課税関係に関する前掲平成 17 年 4 月 28 日国税庁公表資料はこのような理解を前提にしているものと思われる。

24) 垂井英夫『実践 自己株式法制—株式の消却とストック・オプションの法務と税務—』(財経詳報社, 1998) 347～352 頁参照。同様の見解に立ったものとして、品川芳宣「ストック・オプションの課税処理とその問題点」山田二郎先生古稀記念論文集『税法の課題と超克』(信山社出版, 2000) 131 頁。もっとも、いずれも平成 13 年 11 月商法改正以前のストック・オプション制度を前提とした理解であることに留意する必要がある。

25) 品川・前掲注 24) 139 頁参照。

26) 割当てにより新株予約権者となる。なお、有償発行の場合、旧商法では発行価額全額の払込みをしなければ失権し新株予約権者となれない(280 条ノ 29 第 2 項)が、会社法では割当日に新株予約権者となるとされた(245 条 1 項)。

27) 石井敏彦「新通達解説」税経通信 2002 年 10 月号 167 頁、渡辺・前掲注 19) 参照。

28) もっとも、新株予約権が譲渡可能である場合には、これを市場で売却することが経済的に合理的な行動である。江頭・前掲注 19) 180 頁注 (19) 参照。

29) 取得価額は取得時の時価にグロスアップされる(法人税法施行令 119 条 4 号)。新株予約権自体は売買目的有価証

いから、結局不公平な結果となってしまう。これに比べれば、個人と法人とで課税時期がずれることによる不都合は小さい。以上のことから、所得税法施行令 84 条は、譲渡が禁止され権利行使によってしか利益を享受することのできないタイプの新株予約権について、適当な損失控除の方法を持たない個人の新株予約権者の権利失効による不都合を回避するための特例として位置づけなおすことができよう。

なお、新株予約権者が取得した株式を売却せず保有し続けることを前提に譲渡制限付の新株予約権を無償発行したとしても、基本的には所得税法施行令 84 条の適用ありと考えてよい。この場合、個人は権利行使時に行使益に対して課税されるが、法人は付与時に課税された後は課税を受けない³⁰⁾。付与された新株予約権の価額について公正な評価がされている限りは、同じ経済的利益に課税されていると考えることができ、このような結論も不当ではない³¹⁾。

2 発行法人

新株予約権が無償発行された場合、対価が無償であることから発行時には課税関係は生じない。

新株予約権の権利行使がされると、発行法人は新株予約権者に対して新株を発行し、または自己株式を交付する（会社法 2 条 21 号、旧商法 280 条ノ 19）。新株が発行されると資本金等の額が増加するが、これは資本等取引にあたり課税関係は生じない（法人税法 22 条 5 項）。新株を発行せず自己株式を交付した場合は、譲渡対価と当該自己株式の譲渡直前の帳簿価額と

の差額はその他資本剰余金の額を増額（減額）させる（会社計算規則 40 条 2 項）。したがって、同じく資本等取引にあたるから課税関係は生じない。

以上より、新株予約権を無償で発行した場合に発行法人に課税関係は生じない。ただし、新株予約権が権利不行使により失効した場合には、当該新株予約権の発行価額相当額が会計上利益に計上されることにより、益金に算入されるものとする。発行法人が権利者に新株を発行する（または自己株式を交付する）義務を免れたという点に着目すればこれを債務免除益に準じるものとみることができるから、これに課税すべきであろう³²⁾。

* 補説 通常発行における 発行対価の税務上の取扱い

通常発行された場合の対価（払込金額）を税務上どう扱うべきか。この問題は新株予約権の発行が損益取引にあたるか資本等取引にあたるかの問題に帰着する。資本等取引とは、①法人の資本金等の額の増加または減少を生ずる取引、および②法人が行う利益または剰余金の分配の 2 つを含むと理解されている（法人税法 22 条 5 項）。そして、資本金等の額とは、資本金の額または出資金の額と法人税法施行令 8 条各号に掲げる金額を加減算した金額との合計額と定義される（法人税法 2 条 16 号）。以上の定義規定からは、新株予約権の発行が資本等取引にあたるかどうかは必ずしも明らかとはいえない。しかし、新株予約権の払込金額は、増加すべき新株予約権の額となり（会社計算規則 87 条 1 項）、新株予約権の行使があった場合には資本金増加限度額の一部をなすから（会社計算

券でないので、評価損益の損金・益金算入は行われない（法人税法 61 条の 3 第 1 項）。

30) こうした新株予約権は、法人税法上売買目的外有価証券に当たるから原価法が適用される（61 条の 3 第 1 項 2 号）。

31) この点について、付与時における新株予約権の価値をほぼゼロとして、行使時には時価を大きく下回る価額で権利行使できるように発行条件を設計しておけば、法人は経済的利益を享受しながら事実上課税を免れることができ、個人と法人とを区別して扱うことは不公平な結果を生むように思われる。しかし、行使価額の変更は、実質的には従来の無価値な新株予約権が消却されて新たな新株予約権が付与された場合と同視できるから、条件変更時に、変更された行使価額に基づき算出された価額相当額につき受贈益課税されるべきと解する。理論的にも、条件変更時に無償による経済的利益の移転があったと考えることができる。

32) ストック・オプションが失効した場合の会計処理につき、ストック・オプション会計基準 42 項以下参照。なお、平成 18 年度税制改正では、権利が失効した場合の利益の額は益金不算入とされた（法人税法 54 条 3 項）。

規則 40 条 1 項), 新株予約権の払込金額は将来において増加する資本金等の一部と解することができる。以上から, 実務上は新株予約権の発行も資本等取引として扱い, 発行時に益金または損金を認識しないこととされている³³⁾³⁴⁾。

IV. 新しい問題——新会社法とストック・オプション会計

平成 17 年 7 月, 商法第 2 編「会社」が削除され新たに会社法が制定された。会社法制定に伴いさまざまな制度の見直しが行われたが, 新株予約権もその内容について独立した条文が設けられ, 従来の制度から大きく変更が加えられている³⁵⁾。会社法は, 一部の規定を除き, 平成 18 年 5 月 1 日に施行された。また, 企業会計基準委員会は, スtock・オプションの費用計上に関する国際的な流れを受けて, いわゆるストック・オプション会計についての検討を行い, 平成 17 年 12 月にストック・オプション会計基準を公表した。ストック・オプション会計とは, 従業員等にストック・オプションを付与した場合に, 当該ストック・オプションの時価を測定し, 付与時から権利確定日までの期間(対象勤務期間)にわたり算定した時価を均等に配分して, 貸方に新株予約権と計上し借方には給与等の費用計上を行う会計処理である³⁶⁾。本会計基準は, 会社法施行日以後に付与されるストック・オプションについて適用されるこ

ととされている³⁷⁾。こうした動きがストック・オプションないし新株予約権にかかる課税関係にどのような影響を与えるか。本稿で検討したところに基づいて若干の考察を試みたい。

1 被付与者

被付与者(個人)との関係では, スtock・オプションの会社法上の位置づけをどのように考えるかによって, 所得税法施行令 84 条の適否とも関連してやや複雑な問題を生じさせる。平成 13 年 11 月改正商法では, スtock・オプションは新株予約権の無償発行の一類型と位置づけられ(280 条ノ 20 第 2 項 3 号), 株主以外の者に対する有利発行として, 株主総会の特別決議の対象となる(280 条ノ 21)と理解されていた³⁸⁾。これに対して, 会社法では, 金銭の払込みを要しない新株予約権であっても, それが特に有利な条件である場合に限り有利発行として扱われることが明らかにされた(238 条 3 項 1 号)³⁹⁾。また, 払込みに関して, 金銭以外の財産の給付や会社に対する債権を相殺する方法に代えることができるものとされた(246 条 2 項)。こうした改正点をふまえると, 会社法のもとでストック・オプションは次の 3 通りの理解が可能である。

- ①新株予約権の無償発行かつ有利発行であるもの。
- ②新株予約権の無償発行だが有利発行でないもの。

33) 旧商法においても, 新株予約権の発行価額は, 権利行使により発行する新株の発行価額の一部であり(280 条ノ 20 第 4 項), 新株の発行価額は資本等の額であるから, 新株予約権の発行価額は将来において増加する資本等の一部と解することができた。税理士法人山田&パートナーズほか編著『新株予約権の税・会計・法務の実務 Q&A (第 3 版)』(中央経済社, 2005) 135 頁参照。

34) 新株予約権の発行価額は, 従前の取扱いでは, 貸借対照表上負債の部に計上されている。江頭・前掲注 1)657 頁参照。これに対して, 会社計算規則およびストック・オプション会計基準によれば, 発行された新株予約権の払込金額は純資産の部に「新株予約権」として計上することとされている。

35) 相澤哲=豊田祐子「新会社法の解説(6) 新株予約権」商事法務 1742 号 17 頁(2005)。

36) 詳細は, スtock・オプション会計基準等を参照。この点, 従来の商法学説では, このような処理は労務出資を認めないわが国の株式会社法の原則に反すると考えられていた。ストック・オプション会計の導入による商法上の対応を検討したものとして, 江頭憲治郎「ストック・オプションの費用計上と商法」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』(商事法務, 2004) 41 頁。

37) スtock・オプション会計基準 17 項等参照。

38) 江頭・前掲注 1)656 頁参照。

39) 金銭の払込みを要しない場合についても, そのこと自体が当然に有利発行に該当するものではない, ということを明らかにしたものである。相澤=豊田・前掲注 35)18 頁参照。

③新株予約権の通常発行だが払込金額を給与債権等で相殺するべきもの。

①は、従前の手続と同じであるから、所得税法上も従前と同様に考えてよいだろう。つまり、付与時には課税されず、行使時に行使益に対して課税される。②であるが、所得税法施行令 84 条 3 号は、有利発行決議に基づいて発行された新株予約権について定めているから、有利発行でない新株予約権には適用がないようにも思われる。しかし、①と同様に無償発行され、株主総会の特別決議を経ていないだけでその経済的実質はまったく同じであることからすれば、所得税法上も①と同じように考えるべきであろう。これに対して、③は法的構成がまったく異なり、新株予約権の通常発行という形式をとっている。これはストック・オプション会計の考え方により親和的な構成であるということができよう。通常発行においては、新株予約権者は対価を支払って新株予約権を取得しているのであるから、経済的利益を得ているとは言えず課税されない。所得税法施行令 84 条の問題にはそもそもならないのである。ただし、払込金額相当額が、給与等として払込期日に支給されたものとみて、所得課税されることにはなる。

このように、発行条件をどう定めるかにより課税方法にずれが生じることになるが、新株予約権の価額が公正に評価されている限りは、理論上は不当な結果を生じさせるものではない。しかし、後述する発行法人の税務との整合性のうえでは、いずれの法的構成をとったとしても税務上は③の扱いにより処理すべきであろう。もっとも、③では、権利不行使により失効した場合には、権利者は経済的利益を喪失したのに課税された結果だけが残ってしまうことにな

る。この点、課税後の所得で購入した資産がその後滅失した場合と同じと考えるとやむを得ない結論であるともいえる。だが、ストック・オプションとして支給された新株予約権は譲渡が禁止され行使によってしか経済的利益を享受できないのが通常であることを考えると、権利者は行使前に新株予約権を譲渡して失効による経済的利益の喪失のリスクを回避することはできないのであるから、これに対する手当てを講じる必要がある。具体的には、法的構成にかかわらず課税時期を行使時まで繰り延べるとすることや、失効後に納付した所得税分を還付することが考えられる⁴⁰⁾。

2 発行法人

発行法人においては、ストック・オプション会計により給与等として処理された費用が税務上損金算入できるかという問題が生じる。この点については、単に会計上の扱いだけを見るのではなく、上記①～③でみた新株予約権発行の法的構成もふまえて検討する必要がある。まず①および②では、無償発行であるから現実に資産の流出はなく損金の認識もされないことになると考える。これに対して③では、権利者が払込金額相当額につき所得課税されることの反面として、発行法人において給与等として処理された費用が税務上損金として認識される可能性がある。こうした処理は③が下記のように分析可能であることから説明することができる。

40) 以上は適格ストック・オプションの要件を満たさない新株予約権についての議論である。なお、私見によれば、課税時期を行使時まで繰り延べるとしても、行使益に対して給与所得課税するのは妥当ではない。被付与者が給与等として受けた利益はあくまで付与時における新株予約権の価値だからである。なお、平成 18 年度税制改正により、会社法 238 条 2 項の決議（239 条 1 項および 240 条 1 項の規定による取締役会決議を含む）に基づく新株予約権についての規定が追加された（所得税法施行令 84 条 4 号）。有利発行にあたる場合のほか、役務の提供その他の行為の対価として発行される場合に適用があり、行使日において取得株式の時価から新株予約権の取得価額と払込金額を控除した行使益が収入金額の価額とされる。

借 方	貸 方
(A) 給 与 等 100	現 金 100
(B) 現 金 100	新株予約権 100

(A) は損益取引であるから給与等 (100) について損益として認識され、(B) は資本等取引であるから益金ないし損金の認識はされず、結果的に取引全体から給与等 (100) が損金算入される。このように、①および②と③とは法的構成も経済的実質も異なるから、理論的には損金算入の可否について結論が異なっても不当ではない。しかし、現実にはストック・オプションとして従業員等に付与するという実体面が同じである以上税務上也統一的に扱うべきと考える。そうすると、どれに合わせるかが問題となるが、ストック・オプション会計との親和性を考えると、①や②の方法による発行が行われた場合でも税務上は③の方法により発行が行われたとみて処理すべであらう。その結果、新株予約権の公正価額として計算された金額については給与等として損金算入することとなる⁴¹⁾。

* 本稿は、平成 17 年 12 月にリサーチペーパーとして提出したものを、「東京大学法科大学院ローレビュー」に掲載するにあたって、若干補正したものである。(平成 18 年 8 月)
(まえかわ・よういち)

41) 平成 18 年度税制改正によれば、被付与者において給与等課税事由が生じた日、すなわち、権利行使日において発行会社に役務提供にかかる費用を損金として計上することを認める (法人税法 54 条 1 項)。ストック・オプションを役務提供の対価とみる点はストック・オプション会計に沿ったものといえるが、タイミングの点では会計とは異なり権利行使時に費用として認識するものである。

論説

逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動

—比較法的観点からの一考察—

2006年3月修了

村上 祐亮

I. はじめに

1 問題の所在

本稿は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲をめぐる問題について、逮捕後の被逮捕者の移動という新しい視角から検討を加えることによって、何がしかの示唆を導き出そうとするものである。まずは、逮捕に伴う無令状捜索・差押えをめぐる議論の状況を簡単に確認した上で、問題の所在を明らかにしたいと思う。

2 根拠論を巡る混乱

逮捕に伴う捜索・差押えは憲法35条の定める令状主義の唯一の例外である¹⁾。したがって、憲法35条を受けた刑事訴訟法220条の解釈は、とりもなおさず日本法における無令状捜索・差押えの許容範囲を画定する重要な問題であると言える。それだけに、逮捕に伴う無令状捜索・

差押えが、いかなる条件の下で、そしていかなる範囲で許されるか、という問題については、これまでも数多くの議論がなされてきた。無論、この問題を解決するには、まず、憲法が逮捕に伴う無令状捜索・差押えを許容した趣旨に立ち返って考えることが必要である。ところが、そもそも何故に逮捕に伴う無令状捜索・差押えが許されるのか、という出発点において学説は未だ一致を見ていないために、議論に混乱が見られるのである。

我が国における逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠論として有力なものには、大別して4つの考え方がある。まず、逮捕現場においては証拠の存在する蓋然性が典型的に高い（加えて、犯罪の嫌疑の存在は逮捕行為によって客観的に確認されている）ため、実質的に令状発付の要件が満たされており、あえて裁判官の審査を経て令状を取ってくる必要がないからだと説明する見解がある（相当説ないし合理説²⁾）。そして、これと対立するものとしてよく挙げら

1) 日本国憲法35条は、逮捕の場合を除き、捜索・差押えに令状を要求する。緊急捜索・差押えの議論は措くとして少なくとも従来の判例・通説の下では、逮捕に伴う捜索・差押えは憲法35条の定める令状主義の唯一の例外とされてきた。緊急捜索・差押えについては、220条1項2号の準用によりこれを認めようとする見解として、渥美東洋『刑事訴訟法（新版補訂）』（有斐閣、2001）97頁がある。また、現行法の下でプレイン・ビュー法理を採用する余地を認めるものとして、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996）105頁がある。但し、通説は反対であり、本稿でも、さしあたり、それを前提に論を進める。井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（有斐閣、2002）51頁、村井敏邦『現代刑事訴訟法』（三省堂、1990）104頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』（有斐閣、1997）56頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）117頁、松尾浩也『刑事訴訟法・上（新版）』（弘文堂、1999）76頁、田口守一『刑事訴訟法（第3版）』（弘文堂、2001）78頁、平良木登規男『捜査法（第2版）』（成文堂、2000）247頁等参照。

2) 判例・実務のとるところと言われる（例えば、田宮裕編著『刑事訴訟法I—捜査、公訴の現代的展開—』（有斐閣、1975）349頁）。最大判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁は、「逮捕の現場での捜索・差押は、当該逮捕の原由た

れるのが、逮捕の際に被逮捕者の抵抗を抑えて逮捕者の生命・身体の安全を確保し、また被逮捕者による逃亡・証拠隠滅を防止する緊急の必要性から、その限度で無令状捜索・差押えが許されるとする見解である（限定説ないし緊急処分説³⁾。これら2説が代表的なものと言える。第3説は、逮捕の場合には既に身体の自由という重大な法益に対する侵害が許容されている以上、その後に捜索・差押えによるプライバシーの制約があったとしても、それは前者に包摂されうる比較的軽微な権利の制約にすぎず、必要な限度で許容されるものとして正当化を試みる見解（「大は小を兼ねる」の論理）であり⁴⁾、第4説は、逮捕行為により逮捕現場の平穩等のプライバシーは既に合法的に開かれているため、同じ場所で引き続き捜索・差押えが行われたとしても、それによって新たなプライバシーの侵害が生じることはほとんどないとする見解である⁵⁾。これら4つの考え方は、それぞれ無令状捜索・差押えを許容する根拠をそれなりに説明するものではあるが、具体的事案に照らしてみるときには、それぞれ限界を有すると言わ

ざるを得ない。この点を裁判例に照らして考えてみたい。

本稿の論題である逮捕後の移動との関係で最も重要な裁判例は、東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁である。そこで、各根拠論の限界を探る上でも、さしあたり、この判決を素材に検討することが本稿との関係では有益である。事案は、捜査官がホテル5階の待合所で外国人宿泊客2名のうちの1人を大麻所持の現行犯で逮捕した後、被逮捕者から所持品を携行したい旨の申し出を受けて、ホテル7階にある客室に付き添って入り、そのまま無令状で室内を捜索した結果、洗面所にあった洗面用具入れバッグから大麻たばこ7本を発見し、これを差し押さえた、というものである。本判決は、無令状捜索・差押えの趣旨として証拠物存在の蓋然性とともに入逮捕者の身体の安全を確保し証拠の散逸・破壊を防止する緊急の必要性を挙げて、本件捜索・差押えは、右趣旨の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えるものではないとして、これを適法とした⁶⁾。

この事案において、前掲4説のうち、証拠物

る被疑事件に関する証拠物件を収集保全するためになされ、且つその目的の範囲内」で認められるものとする。後に触れる東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁も相当説的な根拠を挙げる。学説としては、小林充「逮捕に伴う捜索・差押えに関する問題点」警察研究48巻5号18頁（1977）等参照。

3) 通説と言われる。平野・前掲注1)116頁、三井・前掲注1)52頁、松尾・前掲注1)75頁（但し、捜索については第3説に近い考え方を採る）、安富潔「令状によらない捜索・差押え」警察学論集45巻8号180頁（1992）、高田卓爾『刑事訴訟法（2訂版）』（青林書院新社、1984）344頁、佐藤文哉「令状によらない捜索・差押え（1）」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社、1972）14頁、白取祐司『刑事訴訟法（第2版）』（日本評論社、2001）131頁、田口・前掲注1)82頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法・上（第2版）』（成文堂、2000）153頁、堤和通「逮捕に伴う捜索・押収」現代刑事法No.49-5巻5号27頁（2003）等参照。判例では、前掲注2)東京高判昭和44年6月20日や大阪高判昭和49年11月5日判タ329号290頁が、相当説的な論拠とともにではあるが、緊急処分説的な論拠を並列して挙げている。

4) 例えば、前掲注2)最大判昭和36年6月7日は、「人権の保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査上の便益にも適うことが考慮されたによるもの」と述べている。なお、厳密に言えば、この見解にも二通りあるようである。一つは、身体の拘束に付随する処分であることに着目する見解（平場安治ほか『注解刑事訴訟法（中）（全訂新版）』（青林書院新社、1982）143頁〔高田卓爾〕、青柳文雄『刑事訴訟法通論（上）（5訂版）』（立花書房、1976）372頁等）であり、今ひとつは、身体の拘束という重大な処分すら適法にできる場合であることに着目する見解（伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法（3）（新版）』（立花書房、1996）214頁、鈴木義男「逮捕後になされた令状によらない捜索・差押えの適法性（その2・完）」研修339号53頁（1976）等）である。前者によれば、逮捕行為が成功したことが220条を適用する前提として必要となってくる点で、相違が生じる。なお、安富・前掲注3)183頁や平良木・前掲注1)242頁、三井・前掲注1)52頁は、この見解を相当説の一つとして位置づけている。

5) 東京高判平成5年4月28日高刑集46巻2号44頁参照。学説としては、渥美・前掲注1)93頁。

6) 本判決については、加藤晶「逮捕現場と捜索・差押え場所」河上和雄ほか『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）』（別冊判例タイムズ10号）（判例タイムズ社、1988）99頁、辻脇葉子「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第7版）』（有斐閣、1998）56頁、今崎幸彦「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第8版）』（有斐閣、2005）58頁等参照。

存在の蓋然性から実質的に令状要件が充足されていることを根拠とする相当説によれば、無令状捜索・差押えの範囲は令状による場合のそれと同一範囲となるべきところ⁷⁾、本件では人の出入りが自由なホテル5階の待合所と被逮捕者が宿泊していた7階の客室内とが同一の管理権に属するとは言い難いので⁸⁾、本件のような捜索・差押えを認めることは困難である⁹⁾。ただ、この点は本件捜索・差押えが広範に失することによる当然の結果にすぎないとも言え、かかる広範な捜索・差押えを正当化できないこと自体に相当説の問題があるわけではない。相当説へのより根本的な疑問は、たしかに逮捕現場には証拠物が存在する一定の蓋然性は典型的に認められるとしても、それは、逮捕現場（それと同一の管理権に属する場所的範囲を含む）の全体に渡って広く捜索することについて、事前の司法審査を全く不要にするまでの高度の蓋然性が典型的に認められると考えてよいのか¹⁰⁾、という点にある。逮捕の現場は、被疑者の自宅から公道まで、様々であり得、そうした逮捕現場の多様性を前提に考えると、逮捕現場における証拠物存在の典型的な蓋然性は事前の司法審査を常に不要とする程度にまで高度であるとは言い難いのではないか。理論としては（捜査官の行為規範としても）、逮捕現場の場所的特性に応じて、捜索・差押えの許容範囲をある程度柔軟に調整できる装置を組み込んで考えるべきであり、そうした調整の余地を残さずに、同一管理権の範囲に渡って一律に捜索・差押えを許

容するというのは、大雑把にすぎるように思われる。

また、大は小を兼ねるという第3説からは、逮捕場所と捜索場所が別個の管理権に属していたとしても逮捕という大なる法益侵害が許される以上、被逮捕者の支配下にある場所の全てについてプライバシーという小なる法益侵害は許容されることになるので、本件捜索・差押えを説明することが一応はできそうである。しかし、この見解には、そもそも身体の自由という法益にプライバシーという法益が完全に包摂されると見ることができるのかどうか（身体の捜索ならばまだしも、場所の捜索となると身体の自由よりも重大なプライバシーの侵害がありうるのではないか）に少なからぬ疑問が存するし、しかも本件では客室にはもう1人宿泊客がいたのであり（当時は不在であったが）、その第三者のプライバシーまで被逮捕者の身体の自由に包摂されるべきいわれはないのである¹¹⁾。逮捕行為によって現場のプライバシーが開かれたと見る第4説は、異質の法益に大小関係を認めるという難点こそ免れているが、逮捕行為により既に一旦は場所の平穏等が侵害されたとはいえ、それに引き続く綿密な捜索が新たなプライバシー侵害を生まないとは考え難い点で、やはり採りにくいであろう。現に、論者も、逮捕の現場で新たなプライバシー侵害を伴う捜索行為を行うためには、押収物存在の高度の蓋然性を前提に、証拠破壊の危険が認められる必要があるとしているのであり¹²⁾、やはりプライバシー

7) 小林・前掲注 2)24頁。

8) 大野一太郎「逮捕に伴う捜索・差押(1)」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(有斐閣,1992)55頁。

9) 小林充・前掲注 2)25頁は、洗面所、待合室等の共用部分については別に解し、本判決を正当化するが、令状による捜索・差押えと平行に考えるという相当説の出発点と果たして整合する考え方なのか、疑問を拭えない。

10) もちろん、同一管理権に属する場所的範囲の捜索・差押えといっても、別途102条によって証拠物存在の具体的な蓋然性が要求される。しかし、102条の要求する蓋然性が否定されるのは、1項の場合（推定が働いている場合）はもちろん、2項の場合でも、およそ蓋然性の認め難いような例外的な場合にとどまるのではないか。実際問題として、現に証拠物が差し押さえられて公判に提出されたことを前提にして考えると、事後的に見て蓋然性が否定される場合というのは相当限定されよう。それ故に、220条の解釈として、無令状捜索・差押えをどの範囲で許容するのが実際上は決定的な意義を有するものと思われるのである。後掲注(43)も参照。

11) 松本時夫「令状によらない捜索・差押え」判例タイムズ296号391頁(1962)、河上和雄『捜索・差押』(立花書房,1979)151頁参照。第三者の住居内の捜索が問題となった事例として福岡高判平成5年3月8日判タ834号275頁参照。また、第三者の身体についても（より厳格な要件の下においてではあるが）逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められている（函館地決昭和55年1月9日刑月12巻1=2号50頁参照）。

が開かれたという説明だけでは十分でなく、実質的に緊急捜索・差押えを認めるに至ってしまう点で妥当でないように思われる。

最後に、緊急処分説からは、被疑者による抵抗、逃亡、証拠破壊の危険が典型的に認められる範囲、すなわち、被逮捕者の身体およびその直接の支配下（分かりやすく言えば手の届く範囲）については捜索・差押えができることになるが、本件では逮捕はあくまで5階待合所で行われており、無令状捜索・差押えができるのも当該待合所における被逮捕者の直接支配下のみであり、7階の被逮捕者の客室について、その全体に渡ってくまなく捜索を行うことは、（少なくとも従来我が国で説かれてきた緊急処分説を前提とする限り）到底許容されるものではない¹³⁾。ただ、これは、前述のとおり、本件捜索・差押えが広範に過ぎることによる当然の結果にすぎないとも言え、むしろ逆に、少なくとも従来の緊急処分説からは逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲が必要以上に制限されすぎないかということが問題となることが多かった¹⁴⁾。

3 本稿のアプローチ

以上のように、論理的に導き出される捜索・差押えの場所的・時間的限界を具体的に見てい

くと、各説それぞれに一長一短があり、どの説も逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を合理的に画することには成功していないと言わざるを得ない。したがって、逮捕に伴う捜索・差押えの研究における究極の課題は、無令状捜索・差押えの許容範囲を論理的に、かつ合理的に画することができるような根拠論を探求することにあると言えるが、この難題に正面から挑むことについては、他日を期したい。本小論では、さしあたり、既存の根拠論、中でも緊急処分説を出発点としながら、具体的場合において微調整を施していくことで、無令状捜索・差押えの許容範囲を合理的に限界付けることはできないか、その可能性を探ってみたいと思う。ここで、既存の根拠論の中でも緊急処分説を出発点として選んだのは、同説が後述する逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理の沿革に最も忠実な理解であるだけでなく、現時点では理論的に見て最も無理のない説明であり、さらに逮捕現場の場所的特性等の具体的事情を（「直接支配下」の解釈を通して）柔軟に考慮できるという強みをも有しているからである。したがって、本稿では、基本的にこの見解を支持した上で、それをさらに精緻化することを提唱したいと思う。既存の根拠論から出発したとしても、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが問題となる典型的状況¹⁵⁾は多種多様であるから、そうした類型ごとに、

12) 渥美・前掲注 1)95 頁。

13) ただし、共犯者による証拠隠滅のおそれが相当高度であると認められるような場合には、緊急処分説からも本件類似の捜索・差押えが許容されることがあり得よう（いずれにしても、本件では難しいだろうが）。その可能性を示唆するものとして川出敏裕「逮捕に伴う差押え・捜索・検証」法学教室 197 号 37 頁（1997）、安富・前掲注 3)193 頁、渥美・前掲注 1)95 頁、辻脇・前掲注 6)57 頁がある。ただ、これは、典型的な危険から許容される逮捕に伴う無令状捜索・差押えの問題というよりは、むしろ、アメリカ法における証拠破壊防止の緊急性の例外の問題として捉え、個別具体的な第三者による証拠破壊の蓋然性等を要求した方が判断の安定性に資するのではないか。さらに、第三者や共犯者による証拠破壊の具体的危険を加味して直接支配下の範囲を具体的に画そうとすると、被逮捕者の存在とは無関係に「直接支配下」の範囲が別個独立に成立しうる点で「直接支配下」という概念・沿革から離れることになるし、被疑者については具体的な証拠隠滅行為等の危険を問わないとされていることと平仄がとれるのかという点に疑問が残る。この点は、後に扱う（注 46）参照）。さしあたり、堤和通・前掲注 3)28-29 頁、渥美東洋「逮捕現場での無令状の捜索・差押え」河上和雄ほか『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）』（別冊判例タイムズ 10 号）（判例タイムズ社、1988）95 頁等参照。

14) 例えば、被逮捕者が逮捕の現場から警察署へ連行された後には、いかに証拠物存在の蓋然性が高い場合であっても、捜索・差押えは一切許されなくなる、という問題がある（小林・前掲注 2)18 頁）。しかし、これは後に述べる逮捕後の移動の法理を採ってもなお残る問題であり、本稿では取り扱わない。

15) 例えば、捜索がなされるのが逮捕行為前か、逮捕行為と並行してか、逮捕行為後か、あるいは、警察署への連行後か、という時間的要素によって判断の仕方に違いが出てきうるし、また、身体・所持品を捜索する場合と場所を捜索する場合とはその許容範囲を画する上での考慮事項は変わってくる。また、第三者の身体・所持品や住居を捜索する場合には、

根拠論から論理的に導き出される合理的な線引きがどの辺りにあるかを、もう少しきめ細かく見ていく余地は十分にあるように思われる。問題類型ごとに合理的な範囲を微調整していくことにより、現実の問題状況に即した形で、より良い調和点を見出すことができようし、またそうした考察は、ひいては根拠論を再構成する上でも重要なヒントを与えてくれるように思われる¹⁶⁾。そして、かかるアプローチは、まさにチャイメル判決(1969)¹⁷⁾以降のアメリカの判例法理が歩んできた途でもある¹⁸⁾。我が国では、従来、このようなアプローチによる議論は必ずしも盛んではなかった。それは、主に、素材となる判例の数自体が限られていること、憲法35条が同33条の場合のみを例外とする点で一見硬い規定になっていること、刑事訴訟法220条1項2号の「逮捕の現場」等の要件が硬直的に解釈されてきたこと¹⁹⁾、等によるものと推測される。このような従来の解釈が本当に合理的なものであったのかを再検討するた

めには、日本を遥かに上回る膨大な数の判例の集積を有し、かつ日本国憲法(刑事手続関係)および我が国刑事訴訟法の範とされたアメリカ法に手がかりを求めることで、何がしかの示唆を得ることができないかと思われる。

もつとも、逮捕に伴う無令状捜索・差押え(search and seizure incident to arrest)を巡るアメリカの問題状況は複雑であり、そこには多様な問題類型が存在する²⁰⁾。そこで、本稿では、先に見た東京高裁判決にヒントを得て逮捕後の移動(post-arrest movements)に伴う捜索・差押え範囲の拡大という問題を扱うこととした²¹⁾。後述するように、逮捕に伴う無令状捜索・差押えは、その沿革からして被逮捕者の身体については当然にできることを出発点として場所についても被逮捕者の直接支配下についてはできるということになっている。ここで扱うのは、そうした直接支配下の場所が逮捕後の被逮捕者の移動に伴って拡大あるいは移動しないか、という問題である。この点は、我が国では従来あ

捜索の範囲はより限定的なものとされよう。さらには、被逮捕者の逃亡・抵抗・証拠破壊のおそれの有無・程度や第三者による証拠破壊のおそれの有無・程度等も個別の事案によって様々であり、一つの根拠論をとったとしても、状況によっては、合理的と考えられる捜索範囲も変化することになると考えるのが自然であろう。

16) 田宮裕=多田辰也『セミナー刑事手続法(捜査編)』(啓正社, 1990) 163頁も、相当説と限定説の違いは相対的なものであり、場所的・時間的限界の問題は、あくまで具体的事案に即して論じられる必要がある、とする点において、類似の視点を打ち出すものと言えよう。

17) *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969). 代表的な邦語の評釈としては、田宮裕「逮捕に伴う捜索・押収」判例タイムズ248号26頁(1970)、香城敏磨「*Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969)」アメリカ法1970号278頁(1970)、佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向—ウォーレン・コートからバーガー・コートへ—」判例タイムズ270号7頁(1972)、東条喜代子「アメリカにおける適法な逮捕に伴う令状によらない家屋の捜索の合憲性について」産大法学8巻1号100頁(1974)等がある。

18) アメリカでは、我が国でいう緊急処分説に近い考え方を打ち出したチャイメル判決以降、これを前提として各問題類型に応じて捜索範囲(及びその判断基準)を具体化する裁判例が、下級審を中心に積み上げられ、今日に至っている。この点は、一つの理論から演繹的に結論を導こうとするよりも、まず個別の事案に即した合理的解決を積み上げていって、その後から理論化されてくるといって、英米法の伝統的思考方法が典型的に現れているものとも言えるかもしれない。

19) 例えば、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日は、「法220条1項2号が、逮捕の現場と規定しているのは、無令状による捜索、差押えを場所的に限定し、令状主義の例外を厳格に制限しようとしたものと解すべき」であるとしている。

20) 例えば、身体への捜索、場所への捜索、逮捕後の場所的移動、共犯者の捜索、安全巡回捜索、証拠破壊の緊急性、自動車の例外、プレイン・ビュー法理等が挙げられる。こうした問題類型を整理・概観したものとしては、さしあたり、WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL AND NANCY J. KING, *CRIMINAL PROCEDURE* 195 (3d ed. 2000)を参照。

21) 我が国において、この問題類型に該当する例としては、前掲注2)東京高判昭和44年6月20日のほかに、東京高判昭和53年5月31日刑月10巻4=5号883頁(山荘に宿泊していた赤軍派集団全員を庭に連行してその一部を逮捕した後、同集団が使用した山荘の部屋全部を捜索したことが適法と判断された事例)や厳密には逮捕後の移動ではないが逮捕要件が備わった後に移動した上で、逮捕と捜索が行われた事例に関する前掲注11)福岡高判平成5年3月8日(職務質問の続行のために、第三者の住居内に移動した後に、被疑者を逮捕し、その後室内の捜索を行ったことが第三者の法益を重視する観点から違法と判断された事例)等がある。

まり議論されてこなかった論点であるが、既に、我が国でも被逮捕者の場所的移動の後に被逮捕者の身体・所持品の捜索が認められないか、が議論されている²²⁾。これは、いわば捜索対象としての被逮捕者の身体・所持品自体の移動の問題である。本稿が扱う問題は、被逮捕者の直接支配下にある場所が移動しないかであり²³⁾、その意味では、移動後の身体・所持品の捜索と比べると、そのさらに先のステップに位置づけられる問題であると言うことができよう。

Ⅱ. アメリカにおける 逮捕に伴う無令状捜索・差押え

1 チャイメル判決の準則

ここで、逮捕後の移動による捜索・差押え範

囲の拡大を論ずる前提として、それに必要な限度で、アメリカの判例法理が逮捕に伴う無令状捜索・差押え一般につきどのような理解に立っているかを確認しておきたい。合衆国憲法第4修正²⁴⁾は、不合理な捜索・押収 (*unreasonable searches and seizures*) を受けない権利を保障する²⁵⁾。そこでは、プライバシーという重大な権利侵害を伴う捜索・差押えには原則として裁判官の発する令状が必要であると一般的に解されているが、一定の状況の下では無令状捜索・差押えも「不合理」ではないとして、広く例外が認められるに至っている²⁶⁾。そうした例外の一つとして古くから認められてきたのが逮捕に伴う無令状捜索・差押えである。アメリカでは、チャイメル判決が本法理に関するリーディングケースとなっており²⁷⁾、この判決を前提に、膨大な数の判例が逮捕に伴う無令状捜索・

22) 例えば、最三決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁およびその当否を巡って河村博「逮捕に伴う捜索・差押え(2)」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第7版)』(有斐閣、1998)58頁、長井圓「逮捕に伴う捜索・差押え(2)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(有斐閣、2005)60頁、小栗健一「和光大学内ゲバ事件上告審決定」法律のひろば49巻7号54頁(1996)、小黒和明「逮捕に伴う捜索・差押—逮捕の現場の意義」研修603号61頁(1998)、池田公博「準現行犯逮捕及び逮捕に伴う差押えの適法性」ジュリスト1169号134頁(1999)、清水真「判批」判例評論458号238頁(1997)、大澤裕「逮捕に伴う被逮捕者の所持品等の差押えの適法性」法学教室192号100頁(1996)、福井厚「準現行犯逮捕の適法性/刑訴法220条1項2号にいう『逮捕の現場』」ジュリスト臨時増刊1113号(平成8年度重要判例解説)169頁(1997)、木口信之「判解」法曹時報50巻11号222頁(1998)等参照。なお、下級審判例としては、東京高判昭和47年10月13日刑月4巻5号1651頁、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日、大阪高判昭和50年7月15日判時798号102頁、東京高判昭和53年11月15日高刑集31巻3号265頁等がある。

23) もちろん、厳密には、被逮捕者の直接支配下にある場所が移動する場合においては、同時に捜索対象としての被逮捕者の身体・所持品自体も移動することになるが、本稿で検討するのは専ら場所の移動の方である。

24) 合衆国憲法第4修正は以下のように規定する。“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” なお、本条は、第14修正を経て州の行為にも適用される。

25) 第4修正の読み方や歴史的沿革については、井上正仁「令状主義の形成過程」司法研修所論集1997巻5号200頁(1997)、林正人「プレイン・ビュー法理(1)」京都大学法学論叢143巻3号60頁(1999)等参照。See also, Note, *Police Practices and the Threatened Destruction of Tangible Evidence*, 84 HARV. L. REV. 1465, 1469-1472 (1971); Ira D. Wincott, *Comment on Constitutional Law — Fourth Amendment — Plain View Exception to the Warrant Requirement — Exigent Circumstances — Washington v. Chrisman*, 29 N.Y. LAW SCHOOL L. REV. 125 (1984).

26) 逮捕に伴う捜索・差押えの他にも、承諾捜索 (*consent search*)、緊急事態下における無令状捜索・差押え (*exigent circumstances*)、自動車の捜索 (*automobile exception*)、プレイン・ビュー法理 (*plain view doctrine*)、停止と身体捜検 (*stop and frisk*)、等がある。このように、第4修正の令状原則が形骸化している現実を受けて、同条の解釈を再構成しようとするものとして、Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994) がある。

27) もちろん、本判決以前からも、逮捕に伴う無令状捜索・差押えは判例法上認められており(むしろより広範に認められていた)、その要件・許容範囲には紆余曲折があったが、そうした歴史的経緯についてはここでは立ち入らない。チャイメル判決に至るまでの歴史的経緯については、同判決自身がその判決理由中で丁寧な解説を加えているほか、さしあたり Note, *Scope Limitations for Searches Incident to Arrest*, 78 YALE L. J. 433 (1969), Note, *Searches of the Person Incident to Lawful Arrest*, 69 COLUM. L. REV. 866 (1969), WAYNE. R. LAFAYE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* Vol.3 64-73, 299-303 (3d ed. 1996) 等参照。

差押えの法理をさらに発展させて今日に至っている。チャイメル判決は、我が国で言う緊急処分説に近い考え方を採ったものと言うことができるが²⁸⁾、その判旨が定立した準則の内容がいかなるものか、そして後の下級審判決がその準則をいかに解釈・適用しているか、を概観しておきたい。

被疑者をその住居内で令状により逮捕した後、搜索令状はなかったものの、逮捕に基づく適法な搜索である旨を告げて被疑者の妻を立ち合わせながら屋根裏やガレージ、作業場を含む家屋全体をくまなく搜索して数多くの証拠物を差し押さえた事案につき、連邦最高裁は、広範な無令状搜索・差押えを許容したハリス判決(1947)²⁹⁾やラビノビッツ判決(1950)³⁰⁾を変更して、本件搜索・差押えを適法と判断した。注目すべきは、「逮捕の際に、被逮捕者が抵抗や逃亡に利用するおそれのある武器を取り除くために、逮捕者が被逮捕者の身体を搜索することは合理的である。さもなければ、逮捕者の安全が脅かされ、ひいては逮捕自体が妨害されるからである。さらに、証拠の隠滅・破壊を防ぐために被逮捕者が所持する証拠物を発見すべく、その身体を搜索し差押えを行うことも全く合理的なことである。そして、被逮捕者が武器や証拠を手に取るために手を伸ばせる場所的範囲についても、当然に同様のことが言える。被逮捕者の目の前にある机の上や引き出しの中にある銃は被逮捕者の被服内に隠された銃と同程度の危険性を有する。したがって、被逮捕者

の身体およびその直接の支配下にある場所(被逮捕者が武器や証拠物を求めて手を伸ばせる範囲の場所)を搜索することは十分に正当化することができる。」という判示である。判旨のこの部分は、たまたま被疑者が居宅内で逮捕されれば、それだけで直ちに居宅全体の搜索が正当化されると考えたハリス判決、ラビノビッツ判決の準則を、正面から覆し、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの許容範囲を相当厳格に限定した点で極めて重要な意義を有する³¹⁾。もっとも、本判決は、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの議論の全てを再構成して解決したものではなく、むしろその出発点(a beginning of such a reformation)を示したに過ぎない³²⁾。本判決は、次第に下級審判決にも受け入れられてゆき、チャイメル準則は徐々に確立されていくことになったが³³⁾、それは、同時に、残された未解決の問題を発見し解決していくプロセスでもあった。

2 「直接支配下」の範囲

無令状搜索・差押えの許容範囲を画する概念として、チャイメル判決は「直接支配下(immediate control)」という表現を用いているが、この「直接支配下」の範囲は、無令状搜索・差押えの趣旨が典型的に妥当する範囲、すなわち「被逮捕者が武器や証拠物を手に取ることのできる範囲」³⁴⁾ということになる。ただ、これが具体的にどこまでの範囲を指すかは、個別の

28) 田宮・前掲注 17) 参照。

29) *Harris v. United States*, 331 U.S. 145, 67 S.Ct. 1098, 91 L.Ed. 1399 (1947).

30) *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56, 70 S.Ct. 430, 94 L.Ed. 653 (1950).

31) ただし、時間的に可能である限り令状をとってくることを要求したトルピアノ判決(*Trupiano v. United States*, 334 U.S. 699, 68 S.Ct. 1229, 92 L.Ed. 1663 (1948))に回帰したわけでもない。この点については、*Note, The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161, 162 (1969) 参照。なお、我が国では、チャイメル判決は緊急処分説を採ったものとして紹介されるのが一般的である。例えば、田宮・前掲注 1)109 頁参照。

32) 本判決の抱える内在的な問題点を鋭く指摘したものとして *Note, The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161 (1969) がある。

33) チャイメル判決が直ちに下級審の歓迎を受けたわけではなかった点については、LAFAYE, *supra* note 27, at 303 を参照。

34) これは、チャイメル判決自身が示した定義である。被逮捕者の手の届かない範囲にある物について搜索・差押えを行っても、被逮捕者の抵抗・逃亡・証拠破壊を防止することに役立たず、かかる権利侵害を正当化する根拠に欠けることになる。

事案の具体的事情によって微妙に変わってくる³⁵⁾。被逮捕者が現にどの範囲まで手を伸ばすことができるかは、個別の事案における様々な要素によって、変わってくるからである。この点が、チャイメル準則の適用に関する第1の問題である。直接支配下の範囲を画定する際の判断要素として、多くの下級審判決では、被逮捕者が手錠等の何らかの物理的拘束下に置かれているかどうか、捜査官と被逮捕者が捜索場所に対してどのような位置関係にあるか、捜索の対象となった容器や閉鎖的空間の内部を見ることがどの程度容易か、被逮捕者ならびにその関係者の人数と捜査官の人数の比、などが考慮されている³⁶⁾。

3 具体的危険の要否

では、そのように具体的に決定された直接支配下の範囲を捜索することは、常に適法となるのか。第2の問題は、被逮捕者が実際に武器を取ろうとしたり証拠物を破壊しようとする行動に出る具体的なおそれの高低によって、捜索・差押えの可否に影響が出てくるか、である。例えば、被逮捕者が証拠破壊行動に出

たり抵抗したりするおそれがほとんど存在しないような場合にも、直接支配下の捜索は合理的といえるか。この点については、被逮捕者が押収すべき物を所持している蓋然性が必ずしも高くはなかった場合における身体捜索の可否について判断したロビンソン判決(1973)³⁷⁾が、個別具体的事情の考慮は不要としている。その後、この問題を直接支配下にある場所の捜索との関係で論じた連邦最高裁の判決は出ていないが、現場の状況について捜査官が短時間のうちに下した判断を裁判所が全面的に審査し直すことは避けるべきであるとするロビンソン判決の論理は、場所の捜索についても妥当するものであることから、おそらく、場所の捜索においても具体的なおそれの程度は問わずに、類型的・抽象的な危険から原則として被逮捕者の身体・所持品とともにその直接支配下にある場所の捜索は許容されることになる³⁸⁾。そして、仮に、証拠物が存在するおそれが十分にあるが、当該証拠物の性質等からその隠滅が容易でないような場合であっても、右ロビンソン判決の論理からは、やはり直接支配下にある限り捜索できるということになる³⁹⁾。いずれにしても、少なくとも直接支配下の範囲内にある場所

35) See e.g., *People v. Williams*, 57 Ill. 2d 239, 311 N.E.2d 681 (Ill. 1974). 他にも、後に扱う *State v. Robalewski*, 418 A.2d 817 (R.I. 1980) や *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976) は、チャイメル準則を適用する前提として、「逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を決定するには、多くは各事案の個別具体的事情によって左右される」ことを確認している。

36) これら4つの要素を抽出するもととなった諸々の下級審判決については、LAFAVE, *supra* note 27, at 306-307 を参照。それとは別に、後に本稿で扱う判例の中から例を挙げれば、*United States v. Mason*, 523 F.2d 1122 (D.C.Cir. 1975) は、被逮捕者から約1mの距離にあるクローゼットがその直接支配下に入るか否かの判断に当たり、被逮捕者が身体の背面ではなく前面で手錠をかけられていたこと(及び捜査官がその手錠を外すつもりであったこと)を考慮している。また、*State v. Robalewski*, 418 A.2d 817 (R.I. 1980) は、被疑者と捜索の対象物との正確な距離が明らかでないことや、手錠こそかけられなかったものの現場には複数の捜査官が所在していたことを、直接支配下の範囲を制限的に解する理由として挙げている。

37) *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 94 S. Ct. 467, 38 L.Ed.2d 427 (1973).

38) ただ、場所と身体の法益としての質的相違を強調していけば、捜索の許容範囲に差異を設ける解釈論も十分に成り立ちうる。つまり、場所の捜索には具体的なおそれが必要であると解するのである。場所についてはLAFAVEがその旨の指摘を行っている(LAFAVE, *supra* note 27, at 309)。我が国でも令状による捜索の場合には、盛んに論じられている(井上正仁「場所に対する捜索令状と人の身体・所持品の捜索」芝原邦璽＝西田典之＝井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下巻』(有斐閣, 1998) 121頁参照)。ただし、逮捕に伴う無令状捜索・差押えにおいては、令状による捜索とは違って、出発点が被疑者の身体であることに注意すべきである。いわば議論の流れが逆になる。この点で、注目すべきものとして、前掲注11) 函館地決昭和55年1月9日がある。これは、被疑者の身体、その付近の場所を越えてさらに第三者の身体・所持品を捜索できるかを扱ったものであり、そこでは証拠物存在の具体的蓋然性が要求されている点が示唆に富む(栗野友介「逮捕に伴う捜索の現場に居る人の身体に対する捜索」河上和雄ほか『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』(別冊判例タイムズ10号)(判例タイムズ社, 1988) 118頁, 羽山忠弘「違法に差し押さえられた証拠物として証拠能力を否定すべき場合に該当の有無」警察公論36巻12号132頁(1981)参照)。

39) 例えば、*Commonwealth v. Cohen*, 359 Mass. 140, 268 N.E. 2d 357 (1971) は、マリファナが封印された封筒の中に入っ

については⁴⁰⁾、抵抗や証拠隠滅の類型的な危険から、個別事情によらずに (routinely ないし as a matter of routine)⁴¹⁾、捜索・差押えをすることができる点と解されている点が重要である。そして、この点は、日本法における逮捕に伴う無令状捜索・差押えにおいても基本的に変わるところはないように思われる。我が国では、少なくとも、憲法 35 条の要求する「正当な理由」としての証拠物存在の蓋然性は、逮捕に伴う捜索・差押えの場合にも当然に要求されると解されているが⁴²⁾、少なくとも被疑者の身体・住居等についてはその存在が推定されるわけであるし(法 102 条 1 項)、無令状捜索・差押えの根拠たる被逮捕者の逃亡・抵抗・証拠隠滅の

具体的危険が認められることは必ずしも要求されていないように思われる⁴³⁾。この点は、我が国における従来の議論では必ずしも厳密に論じられてこなかった。事実、法 220 条の捜索・差押えの要件として、個別具体的な危険(緊急性)を要求する学説も見受けられる⁴⁴⁾。しかし、これはむしろアメリカ法で言う個々の緊急性(exigent circumstances)に基づく緊急捜索・差押えの問題であり、逮捕に伴う捜索・差押えの法理はあくまで類型的な危険(“presumed” “danger”⁴⁵⁾)の存在から当然に一定の範囲内で許容される点にその主要な意義が存し、また歴史的にもそのように解されてきたのである⁴⁶⁾。これと異なる解釈は、日本法の解釈としても妥

ていたからと言って、直ちにそれが直接支配下の範囲外にあるということにはならず、なお証拠破壊の危険を肯定することができる、と判示している。

40) 捜索・差押えの対象物がそもそも直接支配下の範囲内にあるかどうか、すなわち直接支配下の範囲を画する際には、個別の事案における具体的な事情を加味して判断されていることは既に見たとおりであり、このような形で、緊急性については類型的な危険で足りると解したこととの関係でバランスがとられているものと思われる。

41) 前者はチャイメル判決の表現であり、後者は後に見るクリスマン判決(Washington v. Chrisman, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L.Ed.2d 778 (1982))の表現である。このクリスマン判決も、およそ逮捕には逮捕者に対する危険と被逮捕者の逃亡のおそれが類型的に認められるとして、個別事情を問わずに、被逮捕者に付き添う権限を認めている。そして、このような個別の事情を問わない類型的な危険を重視する考え方は、最近の連邦最高裁判決(Thornton v. United States, 124 S. Ct. 2127, 158 L. Ed. 2d 905 (2004))においても確認され、そこでは、自動車内の者を逮捕した場合と既に自動車の外に居る者を逮捕した場合とを区別せずに、自動車内の無令状捜索を適法としている。

42) 刑事訴訟法 222 条は 102 条を準用している。小林・前掲注 2)24 頁参照。また、この点については、前掲注 2) 東京高判昭和 44 年 6 月 20 日の第 1 審判決である横浜地判昭和 43 年 12 月 12 日判時 575 号 85 頁も参照。

43) 本文でも述べたように、証拠物存在の蓋然性の点については、法 102 条 1 項が被疑者の身体、住居等についてはその存在を推定しており、とりわけ逮捕が先行する場合には、被逮捕者の身体についてはもちろん、その住居についても同項の推定が破れることは稀であろう。とすれば、結論的には、ロビンソン判決下のアメリカ法に近い帰結がもたらされると言える。いずれにしても、逮捕に伴う捜索・差押えに固有の趣旨(逃亡・抵抗・証拠破壊の危険)の具体的な状況下における高低が問われないのは、日本法においても同じであると思われる。この点については、現に前掲注 21) 東京高判昭和 53 年 5 月 31 日が、「刑訴法 220 条が、被疑者を逮捕する場合に必要なときは、令状によらないで捜索差押え等ができるものとしたのは、このような場合には別の令状によらなくても、人権の保障上格別の弊害もなく、かつ捜査上の便益にも適うためであって、右規定の文言からみても、所論の如き緊急性が要件とされているものとは解されない」と判示している点が参考になる。ただ、この判決は、根拠論につき、いわゆる相当説を採ったものと見れなくもないので、一概に緊急処分説を前提に類型的危険で足りるとした判決として位置づけることができるかには留保を要する(もっとも、本判決は、当該捜索が証拠の発見だけを目的としたものではなく、逮捕者の安全確保のために、兇器類の有無を確認する趣旨・目的をも含んでいたことは否定しがたい、とも述べており、緊急処分説的な根拠論を採ったものと見る余地も十分にあるように思われることから引用することとした)。

44) 渥美・前掲注 1)92 頁以下及び 95 頁以下、渥美東洋「逮捕現場での無令状の捜索・差押え」河上和雄ほか『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』(別冊判例タイムズ 10 号)(判例タイムズ社、1988)95 頁、堤和通・前掲注 3)28-29 頁等。

45) クリスマン判決の表現。但し、この部分自体は、逮捕後の移動に付き添う捜査官の権限について判示したものであることに注意を要する。

46) 前掲注 44) の論者は、220 条がそうした緊急捜索・差押えの一類型を許容した規定にほかならないと説明することになると思われるが、逮捕に伴う場合のみを取り出して規定する理論的根拠に欠けるのみならず、それでは逮捕に伴う捜索・差押え自体が緊急性の例外の中に完全に包摂されてしまい、逮捕に伴う捜索・差押えの法理が有する独自の意義が失われてしまう。こうした解釈は、古くから逮捕に伴う捜索・差押えを認めてきた英米法の伝統を引き継いで規定された憲

当でないように思われる⁴⁷⁾。そして、直接支配下を越えた範囲にわたって捜索・差押えを行うには、より高度の具体的緊急性が認められることが必要となるのである⁴⁸⁾。この緊急性の例外は、もはや逮捕に伴う捜索・差押え固有の問題ではなく、むしろ緊急捜索・差押えとして括るべき問題領域であって⁴⁹⁾、逮捕に伴う捜索・差押えを扱う本稿では、この問題には直接には踏み込まない。

4 直接支配下の移動

以上が基本となるべきチャイメル判決の内容とその後の展開の概要であるが、では、こうして無令状捜索・差押えの対象となることが認められた被逮捕者の「直接支配下」にある場所は、逮捕された時点のそれとして固定されるのか、あるいは逮捕後のやむを得ない合理的な移動に伴い直接支配下の範囲も移動するのか。これが、本稿で扱うメインテーマである。この点は、我が国においては、ほとんど議論されてこなかった論点であるが、冒頭で示した東京高判昭和44年6月20日の事案では、実はこの論点の問題となっていたと理解することができるのであり、逮捕後に移動した先で行われた捜索を直接支配下そのものの捜索として説明するの

は、(それこそアメリカ法の下における緊急性の例外を認めるか、緊急処分説から第三者の証拠隠滅の危険等を相当緩やかに認めるかしない限り)およそ不可能であろう。右判決は相当説・緊急処分説のいずれを基礎としているのか明らかではないが、事例判決という形でかくも広範な捜索・差押えを認めてしまった。しかし、ここでは、当初の逮捕時における直接支配下の範囲がどこまで及ぶかが問題となっているのではなく、その直接支配下の範囲が逮捕後の場所的移動に伴って移動⁵⁰⁾しているケースと捉える方が自然なようにも思われる。そのように考えなければ、当初の直接支配下の範囲を相当広範囲にわたるものとして設定しなければならず、不当に捜索範囲を拡大するという副作用をもたらしてしまう⁵¹⁾。もちろん、逮捕後の移動の問題として捉えたからと言って、本件において捜査官が被逮捕者の客室をくまなく捜索したことを正当化するのは依然困難ではあるが、将来同種の事案が現れたときには、捜索の範囲が合理的なものにとどまる限り(やむを得ない移動の後であり、かつ移動先での被逮捕者の身体・所持品や直接支配下の場所にとどまる限り)、移動後の捜索を正当化する理論的基礎を適切に提供することができるのであり、またそれは実務上必要なことでもあると思われる⁵²⁾。そこ

法35条を直接受けた法220条の解釈として、妥当なものと言えるか疑問がある。

47) 繰り返しになるが、220条はあくまで類型的危険で足りる点にメリットがある。この点が個別具体的必要性に基づく「必要な処分」(法111条1項)と違うところであり、法220条は、事前に想定される類型的な必要性を根拠に処分を行えるとしたものと解して初めてその本来の意義を有するに至るのである。

48) チャイメル判決は、定型的(routinely)に捜索できるのは被逮捕者の身体及びその直接支配下の場所に限られ、その範囲外の場所を捜索するには、例外を認めるだけの特殊事情(well-recognized exceptions)がない限り令状を必要とする、と判示している。ここに言う確立した例外(well-recognized exceptions)の典型が、まさに緊急性の例外であると解される。こうした緊急性の例外については、さしあたり、林正人『『緊急性』と令状によらない捜索・押収(1)(2・完) —アメリカ合衆国判例を中心として—』京都大学法学論叢145巻5号37頁(1999)、147巻4号82頁(2000)参照。

49) Note, *The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161, 165 (1969) および LAFAYE, *supra* note 27, at 303 もこの点を正當に指摘する。これとは異なる整理をしているとも解されるものとして、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状捜索—チャイメル判決以降—」一橋論叢128巻1号75頁(2002)。

50) 移動前には捜索できなかった範囲が捜索できるようになるという意味では捜索範囲は「拡大」するのであるが、それは当初の直接支配下が例外的に伸びていくのではなく、直接支配下そのものが「移動」すると捉えた方が問題の本質を捉える上で適切であるように思われる。

51) このような解釈は、ホテルの待合所から階上の宿泊室までもを含むような広範囲にわたる領域が被逮捕者の直接支配下にあると説明することになるので、それは場合によっては従来の相当説よりもさらに広範な捜索を認めることになってしまいかねない。つまり逮捕後の移動が合理的と言えるような事情がない場合においても、類型的な危険を根拠にして同程度に広範な捜索が認められかねない点で妥当でない。

で、逮捕後の移動の問題について、既に判例の蓄積を有するアメリカの問題状況を俯瞰しながら、同法理の具体的な中身について分析することとする。

Ⅲ. 逮捕後の移動に伴う 捜索範囲の移動・拡大

1 逮捕後の移動の法理

本稿でいう「逮捕後の移動」とは、逮捕後出発前に、被逮捕者が身の回り品を持参したい場合や衣服の着用ないし着替えをしたい場合等、何らかの合理的な理由がある場合に、被逮捕者が一定の範囲内で移動することを言うものとして定義する。逮捕後の移動が行われる状況としては、多様なものがありうるが、その代表的な例を挙げると、被逮捕者をして警察署へ向かうのにふさわしい服に着替えさせる場合（裸の被逮捕者に服を着せる場合を含む）⁵³⁾、被逮捕者に靴を履かせる場合⁵⁴⁾、被逮捕者が警察署への携行を希望する身の回り品を取りに戻らせる場合⁵⁵⁾、逆に被逮捕者が逮捕時に所持してい

た物を住居等に置いて行きたい場合⁵⁶⁾、等がある。要するに、被逮捕者の身支度のために、一定の範囲を移動することが捜査実務上認められているということである。アメリカの判例では、こうした逮捕後の移動は逮捕の完遂に必要な合理的処分と考えられており、もちろん、捜査官は移動中も被逮捕者に付き添うことが認められ、そうした移動中に捜査官の目に入った証拠はもちろん⁵⁷⁾、移動先で被逮捕者の直接支配下を捜索した結果発見された証拠についても、証拠能力が肯定されることになる⁵⁸⁾。移動先での無令状捜索が許容される論理は、被逮捕者の移動によって、その直接支配下の場所が移動する、というものであり、まさにチャイメル判決の準則がここでも応用されているのである。それでは、この問題について判断した諸判例を見ていくことによって、本法理の厳密な理論構造を読み解いてみたい。

まず、リーディングケースとして挙げられるのが連邦控訴裁判所のジアカロン判決(1971)⁵⁹⁾である。恐喝の共謀の被疑事実により逮捕状を取った捜査官達は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えをも行う意図を有しながら⁶⁰⁾、

52) 後述するように、アメリカでは合理的な目的から逮捕後に一定の範囲を移動することは当然許容されるものと考えられており、そうした事情は我が国の実務においても基本的に変わらないはずである。

53) See e.g., *Giacalone v. Lucas*, 445 F.2d 1238 (6th Cir. 1971); *Walker v. United States*, 318 A.2d 290 (D.C. App. 1974); *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976); *United States v. Titus*, 445 F.2d 577 (2d Cir. 1971); *State v. Bruzzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983); *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983); *United States v. Ford*, 22 F.3d 374 (1st Cir. 1994); *United States v. Ortiz-Villa*, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997); *United States v. Di Stefano*, 555 F.2d 1094 (2d Cir. 1977); *United States v. Mulligan*, 488 F.2d 732 (9th Cir. 1973); *United States v. Carlson*, 198 Mont. 113, 644 P.2d 498 (Mont. 1982); *United States v. Anthon*, 648 F.2d 669 (10th Cir. 1981); *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

54) See e.g., *United States v. Mason*, 523 F.2d 1122 (D.C. Cir. 1975); *State v. Williams*, 268 Mont. 428, 887 P.2d 1171 (1994); *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989); *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989); *United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992); *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000); *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

55) See e.g., *Washington v. Chrisman*, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L.Ed.2d 778 (1982); *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991); *United States v. Hill*, 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984); *State v. Roberts*, 31 Wash.App. 375, 642 P.2d 762 (1982); *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

56) *Yeager v. State*, 742 P.2d 575 (Okla. Crim. App. 1987).

57) プレイン・ビュー法理による差押えが認められる。

58) See, *LAFAVE*, *supra* note 27, at 314.

59) *Giacalone v. Lucas*, 445 F.2d 1238 (6th Cir. 1971).

60) 本件事案は、チャイメル判決が出る以前のものであり、実務もチャイメル判決以前のルールを前提に動いていたものと考えられる。そのため、本判決も、少なくともチャイメル判決以前は、捜査官が捜索を行う意図を併有していても、その故に直ちに逮捕が違法となるものではないとしている。よって、チャイメル判決以降は、このような逮捕は違法と判断される可能性があるだろう。

午前6時に被疑者の住居へ赴いたところ、パジャマ姿でスリッパを履いて玄関から出てきた被疑者を逮捕し、その身体を捜索すると共に逮捕状を読み始めた。その際、被疑者はもう出発したい旨を申し出たが、捜査官の一人は令状の読み上げとミランダ告知をしやすい場所に移動しようと持ちかけ、被疑者にも着替えを勧めた上で、玄関からダイニング・ルームへと移動した。そこで、令状の読み上げとミランダ告知が終わると、被逮捕者は再度出発の意向を示したが、捜査官はあくまで着替えを勧めて、さらに被疑者および他の捜査官を連れて上の階にある寝室へと移動した。そして、被逮捕者が箆笥の中にある服を取りたいという希望を述べた後、捜査官がその箆笥を捜索したところ、中から、こん棒 (blackjack や slapjack と呼ばれる武器の一種) と拳銃5丁が発見され、差し押さえられた。原審 (ミシガン州最高裁)⁶¹⁾ は、これを逮捕に伴う合理的な捜索として適法と判断し、本判決はその結論を是認した。本判決は、本件逮捕後の移動は被逮捕者の自発的意思およびその同意の下に行われたものであり、適法な逮捕直後に被逮捕者が逮捕令状の内容を理解した上で任意に着替えのために寝室へ移動することに同意した以上は、逮捕者は、逮捕に伴う処分として (incident to that arrest)、被逮捕者が注意を向け、かつ武器や証拠物を求めて手を伸ばせる範囲内の場所を捜索することができる、とした。本判決は、この結論をチャイメル判決の準則の適用例として位置づけている。

もう一つ、連邦控訴裁判所の判決としてメイソン判決 (1975) がある⁶²⁾。FBI 捜査官は、被疑者のガールフレンドの部屋に赴いたが、中から反応がないので、そのまま室内に突入して、

被疑者が奥の寝室から出てきたところを令状により逮捕し被疑者の後ろに手錠をかけた。その時、被疑者は靴を履いておらず、靴を履きたい旨の自発的申し出があったため、捜査官は被疑者を連れて奥の寝室に戻り、靴を履かせてやったところ、今度は被疑者がトイレに行きたいと申し出たため、捜査官はトイレまで付き添い、一旦手錠を外して今度は被疑者の前に手錠をかけ直した。さらに、被疑者は寝室のクローゼット内にあるジャケットを着ていきたいと希望したため、捜査官は被疑者を再び寝室に戻し、クローゼットを開けたところ、男物の洋服が30から40着ほどハンガーにかけてあったのに加えて、中身が一杯で半開き状態のスーツケースが発見された。捜査官は、被疑者が目当てのジャケットを探す際に、中身が不明のスーツケースに手を触れることのないように、そのスーツケースを移動させようとしたが、その際、半開きになった部分に金属様の物体の感触を受け、その結果、セーターに包まれた拳銃を発見するに至った。さらに、その後、被疑者を寝室から出してダイニング・ルームのテーブルに座らせる過程で、テーブルの上に置いてあった盗難車の鍵を発見するに至った。この捜索・差押えにつき、被告人側は、本件銃と鍵の差押えはチャイメル判決の下では許容されない違法なものであるとして証拠排除を申し立てたが、本判決はそれを斥けた。被逮捕者がクローゼットから3～4フィート (約1メートル) の距離に近づいた時点で、スーツケースが被逮捕者の直接支配下の範囲内に入ったと言え (he brought within his immediate control the area where the gun was concealed in the suitcase)⁶³⁾、スーツケース内の捜索及び拳銃の差押えは逮捕に伴うものとし

61) 383 Mich. 786 (1970).

62) United States v. Mason, 523 F.2d 1122 (D.C.Cir. 1975).

63) その判断においては、本判決は、被逮捕者が手錠をかけられていたものの、それは被逮捕者の背面ではなく前面にかけられていたので、武器を手取る程度の身体的自由は残されていたこと、クローゼット内には服の他には当該スーツケースしかなく、その中に武器を隠すのは自然且つ容易であるから捜査官としても相当程度の疑いを持って然るべきであること、いずれにしても捜査官は一旦被逮捕者の手錠を外すつもりであったこと、等を考慮要素として挙げている点は、参考になる。これらの要素の評価については、反対意見により批判が加えられているが、多数意見による再反論の方がより説得的であるように思われる。

て適法であると判示した（同時にテーブルの上にあった鍵の差押えはプレイン・ビュー法理によって適法となると判断している⁶⁴⁾）。

これら2つの連邦控訴裁判決から、住居内で逮捕が行われた場合において、引き続き同一住居内で被逮捕者が移動したときには、捜査官がそれに付き添い、かつ、移動先で逮捕に伴う無令状捜索・差押えやプレイン・ビューによる差押えを実施することが許容されていることが分かる。これは、逮捕に伴う捜索・差押えに関する限り、直接支配下の範囲をより具体的に判断する一つのパターン、すなわち逮捕後の移動によって直接支配下の範囲は時々刻々と変化ないし移動しうると考えることができるということを示したものとして理解できる。

以上2つの連邦控訴裁判決は、あくまで住居内で逮捕が行われた場合における住居内での場所的移動に関するものであったが、これに対して屋外で逮捕が行われた後に、住居内に立ち入ることも判例によって認められている。この点を明確に判示したのが、連邦最高裁のクリスマン判決（1982）である⁶⁵⁾。1月のある夜、警察官は未成年の大学生（Overdahl）が酒瓶を手に学生寮から出てくるところを発見したので、同学生を停止させてIDの呈示を求めた（判決は、この時点で逮捕行為があったものと見ている）。そこで、被逮捕者は、IDは寮の部屋にあると言って警察官の同行を承諾した。警察官は11階にある被逮捕者の部屋まで付き添って行くと、玄関ドアの側柱にもたれながら、被逮

捕者とルームメイト（Chrisman）の様子を監視していた。すると、警察官は、6～8フィート（約1.8～2.4メートル）の距離にある机の上に何かの種とパイプが置いてあるのを発見し、自身の訓練と経験から、それらがマリファナの種と吸引パイプであるとの確信を抱いた。そこで、警察官は、その部屋の中に立ち入り、種とパイプを調べた上で差し押さえた。本判決は、緊急性の不存在を理由に差押えを違法とした原判決（ワシントン州最高裁）⁶⁶⁾を破棄して、本件差押えを適法なものと判断した。最も重要な判示は、逮捕者は文字通り被逮捕者の手の届く範囲に（at Overdahl's elbow）常時付き添う権限を有し、それは修正4条の趣旨に何ら反するものではない、とした点である。そして、原審が緊急性（*exigent circumstances*）なしには本件のような部屋への立ち入りを正当化することはできないと考えたのに対して、本判決は、ロビンソン判決を引きつつ、逮捕に伴う典型的な危険を根拠とすることで足り、そのような個別具体的緊急性は必要ないとした。およそ逮捕行為には逮捕者に対する危険が常に付きまとうものと推定されなければならないし⁶⁷⁾、また被逮捕者が適切な監視下に置かれなければ逃亡しようとするおそれがあることも明らかであるから⁶⁸⁾、こうした典型的な危険の存在のみから、逮捕者の被逮捕者に付き添う権限を正当化することができる、すなわち、捜査官は、個別事情を問わず（*as a matter of routine*）、逮捕に引き続き被逮捕者の動向を監視下に置くことができ、

64) 本件鍵は、クローゼット内の銃と異なり、テーブルの上に置いてあり、また、一見して犯罪の証拠物であることが明らかであるから、何らの捜索を要せず、プレイン・ビュー法理によって端的にその差押えを正当化することができるので、あえて逮捕に伴う捜索・差押えの法理を用いるまでもなかったと言える。なお、プレイン・ビュー法理については、さしあたり、Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 91 S. Ct. 2022, 29 L. Ed. 2d 564 (1971); Horton v. California, 496 U.S. 128, 110 S. Ct. 2301, 110 L. Ed. 2d 112 (1990), 林正人「プレイン・ビュー法理（1）（2・完）」京都大学法学論叢 143 巻 3 号 60 頁（1999）、145 巻 1 号 28 頁（2000）等参照。

65) Washington v. Chrisman, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L. Ed. 2d 778 (1982).

66) 94 Wash. 2d 711, 619 P. 2d 971 (1980).

67) 本判決のこの部分は、自動車の捜索についての最近の連邦最高裁判決 Thornton v. United States, 124 S. Ct. 2127, 158 L. Ed. 2d 905 (2004) においても、繰り返し強調されているところであり、クリスマン判決の法理ないしその論拠が今日でも生きていることを示している。

68) 判旨は、別の箇所では、証拠が隠滅される典型的危険も挙げており、これら3つの根拠は、まさにチャイメル判決が指摘した逮捕に伴う捜索・差押えの根拠そのものにほかならない。

このことは第4修正の趣旨に何ら反するものではない、としたのである⁶⁹⁾。

ただし、この判決の射程をいかに理解するかについては、注意を要する。すなわち、本判決の登場によって、これまで多数の下級審判決によって認められてきた被逮捕者を常時監視下に置く捜査官の権限が住居の敷居をまたいで認められることが確認されたことは間違いないが、さらに、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの対象となりうる被逮捕者の直接支配下にある場所的範囲が、住居の敷居をまたいで、その内部に移動することまでもが認められたことになるのかどうかである。本件に即して言えば、マリファナパイプ等の差押え自体は、プレイン・ビュー法理によって正当化されているが、これをどう理解するかということである。

直接支配下の拡大についてまで射程が及んでいると理解するならば、判旨がプレイン・ビュー法理を援用したのは、逮捕者が適法に部屋に立ち込んだ結果（正確に言うとは適法にドアの側柱まで付き添って部屋の内部を監視した結果）、マリファナの種とパイプという法禁物そのものを机の上に発見したため、何らの捜索を要さず、また、当該法禁物が被逮捕者の直接支配下にあるかどうかを問わず、その差押えを正当化することができたことによるものにすぎないと

考えることになる（もし、本件で、警察官が、必要があると判断したならば、部屋の内部に立ち込んで被逮捕者の身体およびその直接支配下を捜索しその結果発見された物を差し押さえるという行動に出たであろうし、またそれは当然に許容されることになる⁷⁰⁾）。その意味で、本判決は、傍論ながら、前掲ジアカロン判決やメイソン判決の延長線上に、逮捕後の移動に伴い直接支配下の範囲が寮の部屋内部にまで移動することを認めたものとして理解される⁷¹⁾。

これに対して、本判決は、あくまで逮捕後の移動とそれに伴う捜査官の付き添いについては、住居の敷居をまたいで認められることを判示したにとどまり、その結果として捜査官のプレイン・ビューに入る領域がその限りで拡大することはあっても⁷²⁾、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲まで拡大することは未だ認めていない（オープンにしたまま）と理解することもできる。クリスマン判決の事案の下では、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められるかどうかは傍論にすぎない問題であるし、また実際問題として本判決はこの問題について何ら明示的には論及していないことからすれば傍論としての位置づけさえ与えることはできないかもしれない。とすれば、理論的な説明はひとまず措くとしても⁷³⁾、逮捕に伴う無令状捜索・差

69) なお、反対意見は、被逮捕者に付き添うためには住居への立ち入りも常に正当化されるというルールは採用できないとする。本意見は、住居に認められる高度のプライバシーの利益を重視して、原審のように、個別の緊急性が認められない限り住居への立ち入りまでは認められないとするものである。

70) 現に、メイソン判決では、スーツケースの捜索の結果発見された拳銃の差押えは、逮捕に伴う差押えとして正当化されており、プレイン・ビューに入った盗難車の鍵とは区別して扱われている。

71) LAFAVE, *supra* note 27, at 318 は、あえてこの旨を明示するものではないが、本判決を、逮捕場所とは異なる管理権に属する住居への立ち入りまでも認められた判例として、ジアカロン判決やメイソン判決の延長線上に位置づけて紹介していることから、LaFave は、直接支配下自体が移動するという点でも違いがないと見ているのかもしれない。

72) See e.g., *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989); *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989). これらは、クリスマン判決をプレイン・ビュー法理と逮捕後の移動、双方の論点につき、先例として引用している。ただ、厳密に言えば、クリスマン判決は、直接には、逮捕後に合理的理由により被逮捕者を移動させることができる範囲を住居内にまで拡大した点に意味があるのであって、その結果として、捜査官が適法に住居内にまで立ち入ることができるようになり、プレイン・ビュー法理を適用する前提要件が満たされることになるという関係にある。その意味では、クリスマン判決は、第一義的には、逮捕後の移動に関する先例として位置づけることが適切であると思われる。

73) 一つのあり得る説明としては、本件事案のように、公道から寮の部屋に立ち入る場合には、管理権の異なる領域を横断的に移動していることから、同一住居内で移動したような場合とは同列に論じることができないという理解がある。この理解によれば、後にⅢ. 4 で見るヒル判決が逮捕後の住居への立ち入りに伴う捜索・差押えを逮捕に伴う捜索・差押えの問題として処理しているのは、被疑者の畑とその中に位置する住居とは同一の管理権に属することによるものと説明

押えの範囲を拡大したものと読むことには無理があるように思われる。本判決を引用する下級審判決のほとんどがプレイン・ビュー法理を援用するにとどまり、逮捕に伴う無令状捜索・差押えを援用していないことから⁷⁴⁾、下級審判決の大勢も、クリスマン判決の射程を限定的に理解していることが窺われる。いずれにしろ、本判決には、後に詳しく見るように、様々な問題がありうるどころだが⁷⁵⁾、概ね下級審判決には受け入れられており、既に判例として確立していると言える。

以上により、逮捕者は被逮捕者の身支度等何らかの合理的な理由により被逮捕者を移動させ、これに付き添うことができ、また移動した先でも無令状捜索・差押えを行うことができるのであるが、捜索・差押えについては、(逮捕

の場所とは異なる管理権に属するような⁷⁶⁾住居の敷居をまたいでまでは認められないという形での歯止め⁷⁷⁾がかかっている、と整理することができよう。

2 逮捕後の移動・付き添いの法的根拠

以上が逮捕後の移動の法理に関する代表的判例であるが、ここまで見てくると、一つの疑問に直面する。すなわち、逮捕後の移動は、捜査官が適法に立ち入ることのできる場所的範囲を、時には住居の敷居をまたいで、拡張するものであるが⁷⁸⁾、そうした移動に伴う新たなプライバシーの侵害は、いかなる根拠によって正当化されるのか。逮捕後、被逮捕者に服を着せたり靴を履かせたりするために移動すること自

することができる。クリスマン判決の事案においては、住居(学生寮)への立ち入りによって逮捕の物理的現場(キャンパス・公道)を管理する者とは異なる法益主体の権利・利益を制約することになるため、捜査官の付き添いは一定の範囲で認められたとしても、直接支配下の無令状捜索・差押えまでは当然には認められないと解することになる。そうした場合になお移動先で捜索・差押えを行うためには、逮捕に伴う捜索・差押えに要求された証拠隠滅等の典型的・抽象的危険が存するのみでは足りず、具体的危険・緊急性が必要となると解することが整合的と言えようか(これは注(38)で紹介した、被疑者の身体やその付近の場所を越えてさらに第三者の身体・所持品を捜索できるか、という問題において出てきた発想と共通するものがある)。いずれにしろ、クリスマン判決の射程外の問題であると位置付けることが穏当であろう。

74) See e.g., *State v. Williams*, 268 Mont. 428, 887 P.2d 1171 (1994)[逮捕後、靴と身分証明書を取りにモーターの部屋に立ち入った事案]; *State v. Roberts*, 31 Wash.App. 375, 642 P.2d 762 (1982)[アパートの階段で被疑者を逮捕してから、身の回り品を携行したい旨の自発的申し出を受けて、部屋の中に立ち入った事案]; *Yeager v. State*, 742 P.2d 575 (Okla.Crim.App. 1987)[玄関での逮捕後、所持品をベッドに置いていきたい旨の自発的申し出を受けて、被逮捕者の住居内に立ち入った事案]; *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991)[住居内での逮捕後、被逮捕者の自発的申し出を受けて、その仕事場へ鍵を取りに行くために立ち入った事案]; *State v. Bruzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983)[住居内の1階で被疑者を逮捕後、靴と上着を取りたい旨の自発的申し出を受けて、2階の寝室に立ち入った事案]; *United States v. Hill* 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984)[屋外での逮捕後、身の回り品を取りたい旨の申し出を受けて、住居内に立ち入った事案]; *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983)[玄関での逮捕後、コートと靴を取るために住居内に立ち入った事案]; *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989)[玄関での逮捕後、靴を履きたい旨の自発的申し出を受けて、居間の中に立ち入った事案]; *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989)[玄関での逮捕後、靴を履きたい旨の自発的申し出を受けて、居間の中に立ち入った事案]; *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983)[ホテルの玄関での逮捕後、捜査官が室内に立ち入った後に、被逮捕者から服を着たい旨の申し出があった事案]; *United States v. Ford*, 22 F.3d 374 (1st Cir. 1994)[コントロールド・デリバリーにより郵便物を受け取った被疑者を逮捕後、服を着替えさせるために麻薬取締官が住居内に立ち入った事案]; *United States v. Ortiz-Villa*, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997)[住居1階での逮捕後、被逮捕者のために服を取りに2階に向かったガールフレンドに付き添って2階の別室に立ち入った事案]; *United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992)[トレーラーハウスに暮らしていた男を屋外で逮捕後、靴を履かせるために屋内に戻った事案]; *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir 2002)[玄関での逮捕後、靴や鍵、財布等を取るために住居内に立ち入った事案]。

75) 本判決の評釈としては、さしあたり、*Ira D. Wincott, supra note 25* 参照。

76) これは、あくまで前掲注(73)のような理解に立った場合に出てくる要件であり、クリスマン判決の射程には入っていないことに注意を要する。

77) このような管理権ないし法益主体の異同に着目した観点からの場所的な限界付けの他に、物理的な観点から一定程度の場所的・時間的接近性を要求することも理論としては十分に考えられる。そうした考え方を採ったと解しうるものとして前掲ジアカローン判決がある。後掲Ⅲ. 2における解説部分を参照。

78) その結果、プレイン・ビューに入る空間の範囲も拡大することになる。

体は合理的であったとしても、それをいかに法的に根拠付けるかが必ずしも明らかになっていないのである。この点は、アメリカにおいても必ずしも明示的に議論されていないようにも見受けられるが⁷⁹⁾、この点をはっきりさせておかなければ、逮捕後の移動の法理は、法的に基礎付け得ない単なる便宜論に終わってしまう。その意味で、逮捕後の移動の法理に理論的基礎を提供することは不可欠の作業であり、また、それは、逮捕後の移動について判断した諸々の裁判例を分析することにより、可能となるように思われる。

逮捕後の移動に伴う付き添いないし立ち入りを法的に根拠付けるには、それ自体を逮捕に伴う無令状捜索の効力として構成するか、あるいは、逮捕に付随する処分すなわち逮捕の効力として構成するか、の2通りが考えられる。結論を先に示せば、後者がアメリカの諸判例と整合的であると思われる。

まず、クリスマン判決が参考になる。既に見たとおりだが、同判決は、ロビンソン判決を引いた上で、およそ逮捕には、逮捕者に対する危険や被疑者の逃亡・証拠破壊のおそれ⁸⁰⁾が伴うものと典型的に推定されるため、逮捕者は常時被逮捕者に付き添いこれを監視することができる⁸¹⁾と判示した。この点において、逮捕後に被逮捕者を常時監視下に置く必要性は、逮捕に伴う捜索・差押えの必要性とオーバーラップすることになる。とすれば、これをあえて逮捕の効力（逮捕に伴う移動監視ともいべき別の法理）と構成するか、逮捕に伴う捜索の一類型と

構成するかは重要ではなく、端的に修正4条の禁止する不合理な捜索には該当しないと言えれば足りるとも考えられよう⁸¹⁾。

しかし、これでは、逮捕後の付き添いが合理的なものとして修正4条に反しないとしても、移動先でも、逮捕に伴う捜索・差押えとして、被逮捕者の直接支配下の捜索が許容されていることをどう説明するのかに窮する。この点を説明するには、やはり、逮捕後の移動が、あくまで逮捕の延長ないし逮捕に付随する処分として認められているものと構成するほかはないと思われる⁸²⁾。すなわち、既に被疑者を適法に逮捕した以上、警察署へ連行する前に必要な身支度のために被逮捕者を移動させ、捜査官がそれに付き添うことは、逮捕の完遂 (the integrity of the arrest) に不可欠な処分として、逮捕自体が想定し許容する法益侵害の範囲内に属するものと言え（その結果として捜査官が付き添って監視する権限が認められる）⁸³⁾、さらにそうした移動の間も抵抗・逃亡・証拠破壊の典型的危険は常につきまとう以上⁸⁴⁾、移動先において被逮捕者の直接支配下を捜索することも逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理に既に織り込み済みのことであると解することができる（その結果として移動先での無令状捜索・差押えが認められる）。

現に、クリスマン判決も、「捜査官が被疑者 (Overdahl) を適法に逮捕した、その故に、被逮捕者が ID を取りに部屋に戻るところに付き添うことができる」としている（繰り返しになるが、同判決は、必ずしも逮捕に伴う無令状捜索・

79) See e.g., LAFAYE, *supra* note 27, §6.4 (a).

80) 証拠破壊のおそれは、前二者とは少し離れた箇所（当てはめの部分）で指摘されている。

81) クリスマン判決も、結論的には、「かかる捜査官の監視権限は、何ら修正4条の趣旨に矛盾するものではない」としている。

82) 逮捕後の付き添いは、逮捕に伴う無令状捜索・差押えと同様に、典型的危険に基づく合理的な処分として憲法上許されるのであるが、付き添いは逮捕に伴う捜索・差押えの対象たる直接支配下の範囲の拡大を基礎付ける点で、基となる逮捕に準じる、あるいは逮捕の延長としての意味を付与されており、その意味で、逮捕後の付き添いは、逮捕の効力として認められていると解すべきではなかろうか。

83) クリスマン判決が、捜査官の監視権限を “the arresting officer’s authority to maintain custody over the arrested person” という表現で一般化し、その正当化根拠として “the integrity of the arrest” を挙げている点からも、これを逮捕の効力として位置づけているものと解される。

84) 同時に、付随処分たる移動の最中は、逮捕の効力が持続していると説明することもできよう。

差押えまで認めたものではないことには注意を要する)⁸⁵⁾。また、ジアカロン判決が、移動先で行われた直接支配下の搜索を正当化するに際し、その一般論の部分では搜索はあくまで逮捕に伴うもの (incident to that arrest) として許されることを強調し、また、具体的な当てはめにおいても、「先行する逮捕が適法に行われたこと、逮捕後の移動の意思決定が逮捕と時間的・場所的に近接した範囲内でなされ、かつ連行前に着替える合理的な理由が存したこと」を指摘しているのは、まさに逮捕とその後の移動との間に存すべき密接な関連性を重視したものと理解することができる(この判決は逮捕行為との時間的・場所的接着性が尽きた段階からは、もはや逮捕の効力は断絶し、それ以降の移動を逮捕の効力ないし逮捕の付随処分として根拠付けることはできなくなると解しているようにも思われる)。そして、クリスマン判決の翌年には、住居への立ち入りを逮捕に伴う搜索として根拠付けることはできないことを端的に判示した連邦控訴裁判判決も現れるに至っている⁸⁶⁾。さらには、最近の下級審判決の中には、屋外で逮捕しても、そのみでは、住居内に令状なしに立ち入って搜索することは認められないが⁸⁷⁾、逮捕者が被逮捕者に服や身の回り品を取らせるために屋内に付き添う場合は、逮捕に伴う搜索・差押えとは別の一つの独立した例外として、「服を着させるための例外」(clothing exception)を構成する旨を判示するものが出てきている(クリスマン判決と同様、立ち入り後の無令状搜索・差押えの可否について判断したものではない)⁸⁸⁾。例えば、被逮捕者が上半身裸で靴も

履いていなかった事案に関する連邦控訴裁判所のグウィン判決(2000)⁸⁹⁾は、「逮捕者は、被逮捕者の安全を確保するために合理的措置をとることができ、被逮捕者が一部しか服を着ていない状態自体が、捜査官が一時的に被逮捕者の住居に(被逮捕者が負傷する危険を軽減するために合理的に必要と考えられる)服を取りに戻ることが正当化する緊急性を、構成する」と判示している。ここでも、捜査官の立ち入りは、あくまで逮捕の完遂に必要な処分 (the process of completing his tasks incident to Gwinn's arrest before leaving the site) として捉えられている。

以上見てきたところからすれば、逮捕後の移動の法理とは、捜査官が被疑者を逮捕した後、連行の前に、逮捕の完遂に向けた合理的な理由により被逮捕者を移動させる必要が生じた場合には、捜査官は被逮捕者に付き添うことができ、移動後も、必要な場合には⁹⁰⁾、被疑者の身体および直接支配下を搜索することができる、というものであることが分かる⁹¹⁾。しかし、これだけでは、同法理の内容は未だ抽象的なものにとどまる。実際、その具体的な適用に当たっては、様々な解釈問題が生起している。そこで、それらの解釈問題のうち、主要なものを検討することで、逮捕後の移動の法理についてさらに理解を深めることとする。

3 付き添いについての同意の要否

逮捕後の移動の事案では、不意に逮捕された被逮捕者が自発的に身支度を申し出るケースが多く見られるが、その場合には、捜査官の付き

85) See also, *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989).

86) *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983).

87) See e.g., *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969); *Vale v. Louisiana*, 399 U.S. 30, 35, 26 L.Ed.2d 409, 90 S. Ct. 1969 (1970).

88) See e.g., *United States v. Brown*, 951 F.2d 999, 1005 (9th Cir. 1991); *United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992); *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000); *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

89) *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

90) 「合理的な理由」、「移動させる必要」、「必要な場合」を強調した理由は、III. 4で明らかにする。

91) さらに、*United States v. Ortiz-Villa*, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997)は、クリスマン判決の射程について、被逮捕者自身が服を取るのに付き添う場合のみならず、第三者が被逮捕者のために服を取ってやるのに付き添う場合にも及ぶものと判示した。

添いについても任意の承諾がなされることが多く、立ち入りによって制約されるプライバシーの利益は予め放棄されていると言いきやすい。しかし、真に任意の承諾があったかどうかの認定が困難な場合や被逮捕者が移動に対して反対の意思を明示しているような場合はどうか。その場合には、捜査官は被逮捕者を移動させてそれに付き添うことができなくなるのか。この点については、アメリカでも議論が分かれている。

たとえば、前掲ジアカロン判決の事案では、被逮捕者が2度にわたって出発の意思を表明したにもかかわらず、捜査官はあくまで着替えることを勧めた点が問題となる。この点につき、マックリー反対意見は、被逮捕者が出発の意思を表示したのは、自己の住居についてのプライバシーをこれ以上侵害されたくないという希望の表明にほかならないし、また、そもそも他の8名の捜査官を指揮する武装警官が出した「提案」に被逮捕者が黙従したからといってこれを自発的なものと見ることは難しいとして、本件捜索を逮捕後の移動に伴うものとして正当化することはできないとする（但し、同意意見は、移動の当否以前の問題として、そもそも、本件逮捕自体が専ら捜索を目的とされたものであるからその後の捜索も違法となるし、また仮にそうは言えなくとも、逮捕に伴う捜索・差押えの範囲として広範にすぎるので違法であるとした⁹²⁾。この批判は、法廷意見が被逮捕者の同

意を不可欠の要件と見ているとすればその限りで、意義を有することになるが、果たしてそうであろうか。確かに、法廷意見は、「適法な逮捕直後に被逮捕者が逮捕令状を読んだ上で任意に着替えのために寝室へ移動することに同意した場合には」直接支配下の捜索が許される、としていることから、被逮捕者の同意を不可欠の要件と見ていると解する余地もないではない。現に、判決は、本件において寝室への移動が被逮捕者の同意に基づくものであったことを認定しており、またそれを一つの重要な判断要素としている。しかし、法廷意見は、被逮捕者の同意の存在については、捜索に至る前段階の移動が合理的なものであったことを言うための論拠の一つとして触れているにすぎない、と解することもできる。では、解釈の決め手はどこにあるか。既に見た逮捕後の付き添いの趣旨ないし論理的基礎に立ち返って考える必要がある。

確かに、逮捕後の移動によって捜査官が立ち入った場所については一定程度の新たなプライバシー侵害が生じることは否定できない⁹³⁾、逮捕後の移動によって無令状捜索・差押えの対象となりうる範囲が拡大する点では潜在的な権利侵害の範囲が拡大するとも言える。よって、その限りでは⁹⁴⁾、被逮捕者の同意を要すると考えることには理由がある。しかし、被疑者を適法に逮捕した以上、連行前に合理的理由により被逮捕者を移動させそれに付き添うことは、

92) 本反対意見は、同意の要否の他に、捜索・差押えの適法性の判断は、捜索過程を全体として観察した上で行うべきであるという、興味深い説示を行っている。すなわち、本件では、被疑者が2階にある3～4の別の寝室にも連れて行かれたのに続いて、キッチン、居間、施錠された地下室にまで誘導された上で、捜索が行われているが、法廷意見はこれらの捜索のうち最初の寝室の捜索だけを取り出して、少なくともこの捜索は、被逮捕者が着替えるために寝室に行く必要があった以上、許容されると判断したことになる（法廷意見は、被告人が証拠排除を申し立てて争っている証拠物以外の物に係るその他の捜索の適法性は、これを判断する必要はない、と言い切って、判決理由を締め括っている）。本反対意見は、このように、寝室の捜索だけを取り出して独立のものとして適法性判断を行うことはできず、本件で行われた一連の捜索は、一般探索的捜索にほかならず、違法と判断したのである。この問題は、逮捕後の移動中の捜索に固有の論点ではないため、これ以上は踏み込まないこととするが、捜索・差押えの適法性判断一般あるいは違法収集証拠排除法則について、重要な示唆を与えるように思われる。

93) もちろん、被逮捕者が警察署へ向けて出発するための準備に必要な限りで住居内を一定の範囲だけ移動することが、身体・場所についてのプライバシーを正面から侵害する捜索・差押えと同等の権利侵害を直ちに意味するわけではない。本文中で「一定程度の」と述べたのは、そのためである。

94) しかし、あくまで「その限りで」であって、被処分者の任意の承諾がある場合には、そもそも法益の侵害が存在しないから、捜査官の付き添いが認められるのは自明の理であり、これでは、逮捕後の移動の法理が有する独自の意義は失われ、移動先における直接支配下の捜索を正当化することも難しくなる。

逮捕自体が想定し許容する法益侵害の範囲内に属するものであり、移動先の直接支配下を捜索することも逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理に既に織り込み済みのことであると解されることは既に見たとおりである。逮捕後の移動については、着替えや身の回り品の携行など、客観的に合理的な理由が存在する限り、必ずしも被逮捕者の任意の承諾がなくとも、既に適法な逮捕が先行している以上、その逮捕を完遂するために必要な限度で、捜査官が被逮捕者とともに住居内を移動することは、修正4条の趣旨に反するものではないと解される⁹⁵⁾。法廷意見はまさに、この点を明確にしたものと解することができるのである⁹⁶⁾。事実、バーコウイツ連邦控訴裁判決(1991)⁹⁷⁾は、逮捕後の移動による住居への立ち入りを適法としたクリスマン判決を引用して、適法に被疑者を逮捕した捜査官は、被疑者を監視するために住居内部にまでわたって被疑者に付き添うことができ、そこでプレイン・ビューに入った証拠物を差し押さえることができるのであって、この捜査権限は、被疑者の同意の有無如何に関わらず認められる

ものであると明確に判示している⁹⁸⁾。

4 不必要な移動・捜索のおそれ

では、被逮捕者の同意の有無を問わず、合理的な目的がある場合には、捜査官が被逮捕者に付き添うことができるとしよう。そうすると、また新たな疑問がわいてくる。被逮捕者の同意の有無を問わないとすると、捜査官はもっともらしい理由(“pretextual” “reasons”⁹⁹⁾)を創り上げて、被逮捕者を思うままに誘導することによって、逮捕に伴う捜索・差押えの対象となる被逮捕者の直接支配下の範囲(ないしプレイン・ビューに入る場所的範囲)を恣意的に拡大することができてしまうことにはならないか。そもそも逮捕後の移動が逮捕の目的を完遂するための準備的行為として認められる根拠は、服の着替えや身の回り品の持参といった何らかの合理的目的が存在し、その目的実現のために移動が必要となる点にあるとすれば、それに必要な範囲を超えて被逮捕者の権利を制約することは認められないはずである。逮捕後の移

95) このようなことを認めると、捜査官が、被逮捕者の意思に反して、逮捕後の移動、ひいては逮捕そのものを、専ら捜索の手段として恣意的に利用することを許してしまうのではないかと、という批判がありうる。しかし、その点については、次にⅢ. 4及び5で述べるように、別途対応策を用意しておけば足りるのであり、逮捕後の移動そのものの前提として被逮捕者の同意を要求するという硬直的な解釈をとる必要はないように思われる。

96) LAFAVE, *supra* note 27, at 316 は、ジアカローン判決の法廷意見自体は一応被逮捕者の同意を要求したものと解した上で、それに反対するという形をとってはいるが、結論的には、私見と同旨のことを述べている。ただ、本文で既に述べたように、法廷意見そのものの解釈としても、必ずしも同意を不可欠の要件とするものではないと読むことは十分可能なことのように思われる。

97) *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991).

98) もちろん、反対の下級審判決もある。See e.g., *United States v. Anthon*, 648 F.2d 669 (10th Cir. 1981)[捜査官が水着姿で逮捕された被疑者を着替えと身の回り品の携行のためにホテルの部屋へ連れ戻して室内に立ち上がったことについて、被逮捕者の自発的申し出(specific request or consent)がないことを決め手として、修正4条に反する捜索であると判断した事例]; *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983)[ホテルの客室のドアを開けた被疑者を逮捕した直後に、そのまま室内に立ち上がったことを、同意の不存在を決め手として違法と判断した事例]。しかし、本文に述べたような私見からは、これらの判決は妥当でないし、クリスマン連邦最高裁判決とも整合しないであろう。ただ、前掲アンソン判決を下した第10巡回区連邦控訴裁判所は、後に、*United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992)において、トレイラーハウスで生活していた被疑者を屋外で逮捕した後、被疑者が靴を履いておらず、しかも現場の地面には割れたガラスが散乱していたことから、靴を取りに、屋内へ移動したことを、被逮捕者の同意がないにもかかわらず、適法と判断している。同判決は、靴を取りに行くことには被逮捕者の身体の安全を確保するという要請からくる正当な理由があり、捜索の口実として主張されたものではない点から、アンソン判決の事案とは区別(distinguish)している。よって、同裁判所も、真に合理的な理由が存在する場合には、被逮捕者の同意を要しないという考え方を採ったことになる。ただ、アンソン判決の事案においても、逮捕時に水着姿であった被疑者を着替えさせるために部屋まで移動させることには、十分に合理的な理由が存するべきであり、実質的には判例変更があったと見るべきではなかろうか。

99) *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

動に合理的目的（身支度の目的）が全く存在しない場合はもちろん、目的が存在してもその目的を達成するのに必ずしも移動が必要でない場合には、移動および付き添いを逮捕の付随処分として認める根拠に欠け、よって直接支配下で移動することもないはずである。そこで、真に身支度の合理的理由（a substantial need for the clothing¹⁰⁰⁾）およびその目的達成のために移動を必要とする事情（“the government’s response” “limited strictly to meeting that need¹⁰¹⁾）が客観的に存在したかどうかを慎重に見極める必要が出てくる。同じことは、移動後の捜索についても言える。移動は必要であった（あるいは移動は不要としてなされなかった）場合でも、身支度の目的を達成する上で、逮捕の完遂に必要なない捜索を行うことはできない（直接支配下の範囲外を捜索したことになる）。換言すれば、捜査官は、身支度の目的ひいては逮捕の完遂に必要なないことを行って直接支配下の範囲を拡大させることはできないのである。

この点は、既に、メイソン判決の多数意見が、一般論として、「もちろん、チャイメル判決は、逮捕者が被逮捕者を好きなどころへ誘導して、それぞれの場所で被逮捕者の存在（presence）を利用して無令状捜索を行うことを認めるものではない」と判示し、一定の警告を発していた（もっとも、事案の解決としては、被逮捕者の自発的申し出があった点を重視して、当該事案では、捜査官による意図的な誘導はなかったとした）。また、ブリュージュズ判決（1983）も¹⁰²⁾、一般論として、「クリスマン判決の法理を我が州法として採用するとしても、捜査官は、あくまで客観的に合理的な態様でのみ被逮捕者の移動に付き添うことができる点に留意すべきであ

る。…逮捕者・被逮捕者の安全という要請からくる正当な理由なしには、被逮捕者を移動させることはできない。」と述べている（ただ、これも、事案の解決としては、意図的な誘導はなかったとした）。

では、実際に、意図的な誘導を理由に捜索を違法とした裁判例を見てみよう。ヒル連邦控訴裁判決（1984）¹⁰³⁾が参考になる。マリファナ栽培の被疑事実につき、171 エーカーの畑を対象とする捜索令状をとった捜査官達は、午後6時50分に当該畑に到着、畑内にある住居から出てきたフレイザー（畑および住居の所有者）に捜索令状を呈示した。フレイザー曰くテッド（ヒル）という者が住居内にいるとのことなので、捜査官A(Casteel)は、その名を屋外から呼んだが、その際、ガラス戸越しに本棚の上に置かれた銃を発見し、直ちに住居内に立ち入り、キッチンで料理中のヒルを発見した。その後、別の捜査官B(Castleberry)も応援のために住居内に立ち入り、彼らは、はさみ、カットされたマリファナ様の物、銃等の武器を居間の中で発見した¹⁰⁴⁾。捜査官らは、ヒルを連れて屋外へ出、畑の捜索を開始すると共に、他の捜査官には、居間で見つかった法禁物、証拠、武器等を差し押さえておくように指示した。そして、捜索開始から約2時間経過後、捜査官は、ヒルとフレイザーを逮捕した。そして、一行が発発しようという時、捜査官C(Richardson)は、ヒルに何か持って行きたい物はないかと聞き、ヒルがいくつか身の回り品を持参したい旨を申し出、一行が住居内に戻ることによってフレイザーも同意した（但し、この点に関する1審の事実認定は覆される）。捜査官Cは、ヒルの後に続いて居間を通り抜けて寝室へ入ったが、その際、

100) *Ibid.*

101) *Ibid.*

102) *State v. Bruzzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983).

103) *United States v. Hill*, 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984).

104) 本判決は、この最初の居間への立ち入りについては、逮捕についての安全巡回捜索の法理(protective sweep)を捜索令状の執行にも適用して、これを正当化し、居間における証拠物等の差押えはプレイン・ビュー法理によって正当化している。なお、安全巡回捜索の法理は *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325, 110 S. Ct. 1093, 108 L. Ed. 2d 276 (1990) 以来認められているものであるが、詳しくは、LAFAVE, *supra* note 27, at 323 参照。

部屋の中央にマリファナの入った箱が見つかった。ヒルはその箱への関与を否定したが、その付近にあったスーツケースは自己所有のものと認めた。そして、ヒルとスーツケースの間には約5フィート(約1.5メートル)の距離があったところ、捜査官Cはそのスーツケースを開け、秤、ビニール袋にシールを貼る機械、「マリファナ栽培ガイド」なる本が隠されているのを発見した。捜査官Cは、その他にも多数の証拠物を発見、差押え、結局、ヒル自身は何も取らないまま住居を後にした。この事案につき、第8巡回区連邦控訴裁判所は、本件スーツケースの搜索と証拠物の差押えを違法と判断して、原判決の有罪認定を覆した。本判決は、ヒルが証拠物であふれかえっている寝室に戻ることを自ら希望したとは考えがたいこと、しかも結局ヒルは何一つとして身の回り品を取っていないのであり捜査官が身の回り品を取ってくるために住居内に戻ったと称する点には疑問が残ること、を指摘して、原審が信用性を肯定した捜査官の供述には矛盾があるとした。そして、本件では無令状搜索を基礎付ける緊急状態(exigent circumstance)は認められないので、問題は本件搜索が逮捕に伴う直接支配下の搜索として正当化されるかであり、結論として、本件搜索は不合理なものとして修正4条に違反する、と判断した。本判決は、クリスマン判決の法理を承認しつつも、捜査官が被逮捕者をその所有物の付近へと恣意的に誘導して証拠物が存する領域を被逮捕者の直接支配下の範囲内に入れることによって、当該領域の搜索を可能にするようなことが許容されるわけではない(“We question, however, whether law enforcement officers should be allowed to maneuver an arrestee close to personal belongings in order to search all items thus brought within the arrestee’s immediate control.”)として、本件事案をクリスマン判決の下におけるそれと

は区別(distinguish)したのである¹⁰⁵⁾。本件では、ヒルが服を着ていなかったり靴を履いていなかったりしたわけではなく、単に捜査官が何か携行したい物はないかとヒルに尋ねた事実が認定されているにすぎず、住居内に戻るべき合理的目的が果たして、そしてどの程度存在したかが疑われるし、また結局ヒルは何もとらないままに、包括的な搜索と多数の証拠物の差押えだけがなされていることから、捜査官が専ら搜索を目的として被逮捕者を意図的に誘導したことが強く推認される事案であったために、裁判所は、捜査官による恣意的誘導を認めたものと解される。なお、判旨は、その法的構成を明示していないが、本件のように逮捕後の移動を行う合理的目的が客観的に存在しないと強く疑われる場合には、実際に行われた移動は必要のない権利侵害であり、もはや逮捕の完遂に必要な付随処分とは言えないので、違法となり、その結果、直接支配下の範囲も移動しないことになると思われ。

さらに、捜査官が被逮捕者の意向を一切確認することなく、独断により上着等を取りに移動した場合には、移動の必要性がより強く疑われることになる。かかる場合につき搜索・差押えを違法とした判決としては、ロベイルウスキ判決(1980)¹⁰⁶⁾がある。賃貸住宅内のキッチンで被疑者を逮捕した捜査官は、その場にいた被疑者以外の数名の人物に対して、先ほどまで被疑者はどこにいたのかを尋ねたところ、ある子供が居間にあるソファの上のジャケットを指示したので、捜査官はそのソファまで歩いていき、ジャケットを調べた結果、そのポケットから銃を発見して差し押さえた。原審は、当該ジャケットは被逮捕者の直接支配下にあったと言えるとして、その搜索を逮捕に伴う適法なものとして判断した。これに対して、本判決は、端的に、ジャケットが被逮捕者の直接支配下にあったとは言

105) なお、判旨は、仮に、本件で捜査官による意図的な誘導がなかったとしても(移動自体は合理的なものとして認められたとしても)、本件スーツケースはヒルの直接支配下にあったとは言えないとして、いずれにしろチャイメル判決という逮捕に伴う無令状搜索・差押えとして本件搜索を正当化することはできないと結論づけている。

106) State v. Robalewski, 418 A.2d 817 (R.I. 1980).

えないとした。その理由としては、被疑者とジャケットの間の距離が不明であることや現場には複数の捜査官が所在したこともさることながら、何より、捜査官による恣意的誘導の可能性が高いことを指摘した点が重要である。すなわち、判旨は、逮捕後の移動が被逮捕者の自発的申し出によって行われた場合には、移動中の被逮捕者が行動可能な範囲内の場所（直接支配下の範囲）を捜索することが許されるという一般論を確認したうえで、しかし、「逮捕後の移動が捜査官のイニシアティブによって開始された場合には、捜査官が逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を不当に拡大しようとしている可能性が高く」、かかる場合には直接支配下の範囲の拡大を許すべきでないとの結論を採ったのである¹⁰⁷⁾。本件では、被逮捕者はジャケットに向かって移動を開始していなかったものと思われるが、仮に被逮捕者がジャケットを着て行きたい旨を申し出る等、被逮捕者のジャケットへの接近が見込まれる場合であったとすれば、捜査官は、事前に、安全確保のためにジャケットの前まで移動しそれを捜索することが認められたであろう。問題はその見込みが客観的にあったかである。本件では、被逮捕者が服を着ていなかった等の事情がないにもかかわらず、被逮捕者の意思を顧みることなく、捜査官が独りで勝手に居間に入ってジャケットを調べており、まさに必要のない移動・捜索が行われている¹⁰⁸⁾。捜査官が被逮捕者の移動の見込みを勝手に作出して直接支配下の範囲を拡大することはできないということである。

では、捜査官が捜索を意図して被逮捕者を誘導した場合でも、事後的に見れば逮捕後の移動の必要性を認めることができるときには、その

移動は適法と考えてよいだろうか。この点につき、グリフィン判決(1983)¹⁰⁹⁾に触れておきたい。同判決は、被逮捕者のためにコートと靴を取ってやる意思が住居への立ち入りの後にはじめて生じた場合であっても、クリスマン判決によって当該立ち入りを適法とした。その理由は、遅かれ早かれ被逮捕者にコートと靴を取ってやる必要があることには変わらないので(時は12月で雪が積もっていた)、結局いずれかの時点で室内に立ち入ったはずであると認められるからである、とされている。この判決に対しては、捜査官が、逮捕を捜索目的に利用した場合でも、事後的にもっともらしい理由付けを創出して捜索を正当化する可能性を与え、ひいては見込み的移動を誘発するおそれがあるという批判があるかもしれない。しかし、客観的には、逮捕後の移動に必要性が存在する以上、その移動は逮捕の完遂に必要な処分とすることができ、たまたま捜査官がその事実を認識していなかった(あるいは認識するのが遅れた)からといって、移動という処分が直ちに違法になると考えるのは判断の安定性を害する点でかえって妥当でないと思われる¹¹⁰⁾。

5 必要性判断に関する捜査官の裁量

このように、必要のない移動や捜索を行うことはできないとすると、現場の捜査官としても、これから行おうとする移動や捜索が本当に必要なものなのか、他の手段で代替できないか、を慎重に判断することを要求されることになりそうである。被逮捕者が身支度をやる際には、捜査官は、そもそも被逮捕者を移動させるかどうか、移動させるとしてどのルートを通ってどこ

107) なお、州政府は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えによって正当化することが認められないとしても、ブレイン・ビュー法理によって正当化されると主張したところ、裁判所は、ジャケットのポケット内にあった銃がブレイン・ビューに入るまでの捜索が正当化されない以上、ブレイン・ビューは適用されないとしたが、これは当然のことである。

108) 州政府は、本件捜索は、被逮捕者がジャケットを携行したいと望むであろうことを見越した上で行われたものであると主張したが、本判決は、これを「疑わしい推論」として排斥した。

109) *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983).

110) 但し、この論点について直接取り上げた(邦語文献はもとより)アメリカの文献は、管見の限り、存在しないので、論点自体の重要性と私見の妥当性については留保をつけておきたい。

まで移動させるか、被逮捕者に服を取ることを認めるかあるいは捜査官が自ら服を取ってやるか、被逮捕者の手錠を外してその場で着用させるか等、数ある選択肢の中からどの措置をとるかを決定しなければならない。身支度の目的を必要最小限の手段によって満たすことを厳密に要求するとすれば、捜査官が実際に行った移動や搜索等の多くは結局その必要性がなかった（他の手段で足りた）ということにもなりそうだが、果たしてそれでよいか、ということが問題となる。

ここでも、前掲メイソン判決が参考になる。同判決は、捜査官がクローゼットの搜索を不要ならしめるような代替手段（例えば、捜査官自身が拳銃を構える、被逮捕者を部屋の隅に押しやった上でジャケットを捜査官がとってやる、あるいは、屋外に出てから着用させる¹¹¹⁾）をとることができたことは明らかであると認めつつも、しかし、代替手段が存在したからと言って、直ちに実際に採られた措置が不合理なものと評価されるわけではないと判示した。

さらに、争点としては顕在化していないが、服を取るための代替手段の存否を問題にしようと思えばできた事案の例として、タイタス判決（1971）を見てみよう¹¹²⁾。銀行強盗の被疑事実で逮捕された被疑者が共犯者について自白したことを手がかりに、その共犯者の逮捕に向かった捜査官は、12月末の午前1時30分頃に、被疑者がいると思われるそのガールフレンドの部屋に到着し、来意を告げた上で、その内部に入った。すると、捜査官は、暗い部屋の

中で裸の被疑者がかがみながら銃を捜査官に対して構えているのを発見したので、直ちに銃を下ろさせ、一人の捜査官が被疑者を壁に押し付けるとともに¹¹³⁾、もう一人の捜査官に被疑者に着せる服を取ってくるよう仕向けた。この指示を受けた捜査官は、服を探す過程で、銀行強盗の目撃証言と一致する種類のジャケットを2着発見しこれを差し押さえた。ここでは、被逮捕者に服のありかを指示させるなど、より権利侵害の少ない代替手段が考えられるので、捜査官が自ら服を探す必要はないようにも思える。ところが、その点については判断されておらず、やはり代替手段の存在は搜索の適法性判断の上で必ずしも重要視されていないことがうかがえる¹¹⁴⁾。

これらの判決において、身支度の合理的必要を達成する上での代替手段の存在は、直ちに移動後の搜索の違法を導くものではないと解されているのは一体いかなる理由によるのであろうか。その理由を直接に明示した判決はないようであるが、推測するに、果たして、そしてどのような代替手段を採り得たかということは、裁判所が事後的に慎重な検討を加えた場合にこそ正確な判断が可能となるだろうが、現場で生命・身体に危険に晒されつつ逮捕行為に当たっている捜査官に、ごく短時間のうちに逮捕現場周辺の状況を的確に把握した上で、いかなる代替手段がありうるかの判断を下すよう要求するのは、あまりにも酷であり搜索の実効性に支障をきたしかねない、という考慮が背後にあったからではなかろうか¹¹⁵⁾。現場で逮捕行為に当たって

111) 判旨は明示していないが、おそらくは、室内でジャケットを着用することを認めると、必然的に手錠を外すこととなり、被逮捕者が室内にある武器や証拠を求めて手を伸ばせる範囲が広がる（その分だけ搜索対象としての直接支配下に入る範囲が広がる）ことから、そうした危険を生じさせない屋外での着用を代替手段の一つとして挙げたものと解される。

112) *United States v. Titus*, 445 F.2d 577 (2d Cir. 1971).

113) よって、本件では、被逮捕者は移動していない。が、身支度に必要な代替手段の存否が問題となっている点は、変わらない。

114) もっとも、本件では、12月末の午前1時半過ぎに逮捕された裸の被疑者に服を着せることは不可欠の要請であるので、服を着るか否かの意思を被疑者に確認するまでもないと言えるし（この点で前掲ロバイルウススキ判決とは区別される）、また、被疑者が捜査官に対して銃を構えていたのであり、その危険性に鑑みると、被疑者を壁に押さえつけている間に、もう一人の捜査官が被疑者に着せるための服を急いで取ってくることは十分合理的である（すなわち代替手段がなかった）と言うこともできよう。

115) *LAFAVE, supra note 27*, at 317 は、代替手段の存否の判断が容易ではない理由として、捜査官が特定の手段をその他

いる捜査官は、断片的な情報を頼りに、次にいかなる行動を採るかを瞬時に決定しなければならない（しかも、被逮捕者を無事に警察署へ連行するまでの一連の行為の中で、次から次へと休みなく無数の意思決定を下していくことが要求される）ことに鑑みると、身支度の目的を満たすために現場でいかなる措置を採るべきかの判断ないし意思決定は、捜査官としての経験と勘に裏打ちされた合理的裁量に委ねられるべき部分が大きいと言える。そうだとすれば、裁判所は、事後的に収集された事実を総合して代替手段の存否につき厳密な検討を加えた結果を、現場の捜査官の裁量判断に代置して、実際に採られた措置の適否を決することは控えるべきということになる¹¹⁶⁾。よって、捜査官としては、現場の状況に鑑みて、合理的な裁量を行使して特定の措置を必要と判断しこれを行った以上、その必要性に関する判断は、裁判においても尊重されるべきものである。

もっとも、このように捜査官に一定の合理的裁量を認めることができるかと解すると、裁量の逸脱・濫用があった場合はどうなるのか、が次に問題となる。この点につき、参考になると思われるのが、グリフィス連邦控訴裁判決（1976）である¹¹⁷⁾。事案は薬物事犯のおとり捜査であるが、捜査官は、被疑者の宿泊していたモーテルの一室で、情報提供者による紹介を受けて、薬物取引について合意し、その日の夜に同じ場所で再度会う約束を取り付けた。その際、捜査官は、部屋の中に武器や証拠物が入っていると思しきスーツケース等を目にしたが、その場では被疑者を逮捕することなく、同日中に再び会うという了解の下に一旦部屋を後にし

た。それから約一時間後、逮捕令状も捜索令状も取ることなく、捜査官はその人数を増員した上で、再びモーテルに現れ、フロントで受け取ったマスターキーを使って被疑者の客室に無断で立ち入った。そして、ちょうど下着姿でバスルームから出てきたところの被疑者をそのまま逮捕した。その際、捜査官は、被疑者に服を着るよう指示し、手錠をかけることなく、服を着るために室内を動くことを許した。そして、捜査官はベッドの上に置いてあった口の開いた紙袋の中を覗いて白い錠剤を発見、またバスルームの捜索によって5,410ドル分の硬貨をタオルの中から発見、さらに、ベッドの上に置いてあったスーツケースを開けて白い錠剤の入った2つ目の紙袋を発見するに至った。本件の控訴審では、捜索の違法性は争われず、専ら前提となる逮捕行為の違法性が争われたが、本判決は逮捕の適法性を前提とした上で、それに伴う捜索を違法とした。本判決は、端的に、紙袋とスーツケースの捜索は、直接支配下の範囲外にある物を捜索したものとして違法とした。そこでは、チャイメル判決は被逮捕者を思うままに誘導して好きな場所を捜索することを許すものではないとした前記メイソン判決の判示を引用した上で、本件でも同様に、捜査官が被逮捕者のために服を取ってやることをせずに、あえて手錠を外して自由に室内を動き回らせたことは、被逮捕者の当初の直接支配下の範囲外にある場所を捜索するための口実を自ら創出したものにほかならない（すなわち、捜査官が恣意的に直接支配下の拡大を図ったもの）として、捜索範囲の拡大を認めなかったのである¹¹⁸⁾。ここでは、まさに、手錠を外して被逮捕者が自由に移動で

の手段よりも優先させる判断を行った背景には様々な要素が作用している可能性があること、また、一方の手段が他方の手段よりも本来的により制限的でないというように一概に言えるとは限らないこと、を挙げている。

116) 代替手段の存否を、裁量の問題として説明するのは、あくまで筆者の試論にすぎない。アメリカにおいて、一般的にそのような説明がなされているわけではないようであるが、その実質は変わらないものと思われる（LAFAVE, *supra* note 27, at 317 参照）。アメリカにおける議論を、日本法の伝統的タームで理解し直すとする、それはまさに裁量判断に対する司法審査の問題として捉えることが適切ではないかと思われたのである。

117) *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976).

118) 本判決は、この部分に引き続いて、捜査官は被逮捕者が欲しがらる服を代わりに取って手渡してやることもできたはずであり、あるいは、現場に看守者を置いてその間に捜索令状を取ってくることもできたはずであるとしており、具体的に考えられる代替手段を列挙している点が特徴的である。

きる状況を作り出すという身支度の目的（逮捕の完遂）に必要なないことが行われていることが明らかであり、許されない裁量の逸脱・濫用が認められたものと説明することができる¹¹⁹⁾。このように、裁量の逸脱・濫用が認められるのは、捜査官が、より制限的でない代替手段が存在することが明らかであるにもかかわらず、あえてその事実を無視して、より広範な搜索を基礎付けるべく必要なない行為をした場合、すなわち、実際に採られた措置の不必要性（代替手段の存在）が顕著なあまり、それを必要と判断したことが裁量の行使として著しく不合理であると認められる場合ということになる。Ⅲ．4で検討した不必要な移動・搜索の例は、まさに、かかる意味での裁量の逸脱・濫用があり、裁判所が実際に採られた措置の不必要性を認定できる場合として、位置づけることができるのである。

Ⅳ．我が国における解釈論

では、以上の考察から、日本法の解釈にあたって、いかなる示唆を導くことができるだろうか。まず、確認しておかなければならないことは、以上見てきたアメリカの判例においては、専ら合衆国憲法第4修正の解釈として、無令状搜索・差押えが合理的なものとしていかなる範囲まで許容されるか、が論じられていた点である¹²⁰⁾（但し、合衆国憲法のみならず、州憲

法における同様の規定も問題となりうる¹²¹⁾）。これに対して、日本法においては、令状主義につき逮捕の場合の例外を定めた憲法35条を受けて、それを具体化した法律上の規定として刑事訴訟法220条が用意されており、我が国における無令状搜索・差押えをめぐる諸問題は、専らこの法220条の解釈問題として議論されてきた。問題は、従来の議論においては、220条の法文（「逮捕する場合」、「必要があるとき」、「逮捕の現場」等）が硬直的に理解されるくらいがあったために¹²²⁾、現実の搜索の上で、様々な不都合が生じ、それが訴訟においても争われてきた点である。刑事訴訟法は、それ自体としても、「個人の基本的な人権の尊重」のみならず「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現すること」をも目的として掲げているのであり（法1条）、また、何よりも、刑事訴訟法は憲法31条以下による適正手続の保障を受けて規定されたものであるから、その解釈においても憲法の趣旨に立ち返って、憲法上合理的と考えられるラインに沿って解釈・運用されるべきことになる。もちろん、我が国刑事訴訟法は強制処分法定主義を採用しているから（法197条1項但書）、国会が、刑事訴訟法220条の制定という形で、あえて憲法上許容される範囲よりもさらに狭い範囲でしか無令状搜索・差押えを認めないという意思決定を行うことはもとより可能であり¹²³⁾、それが憲法35条に反するわけではない。むしろ、

119) ただし、本判決は、裁量という枠組みを用いておらず、ましてやその逸脱・濫用という表現は用いていない。ここで裁量の逸脱・濫用というのは、専ら説明の概念として用いていることは、前述した通りである。

120) もちろん、多くの州には、刑事手続について定める制定法が存在するが、それらは無令状搜索・差押えの要件を具体化するようなものではなく、無令状搜索・差押えの適否は結局第4修正の解釈として争われることになる。

121) See e.g., *State v. Carlson*, 198 Mont. 113; 644 P.2d 498. 因みに、この事件で問題となったモンタナ州憲法第2編第10条は、次のように定める。The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest.

122) 例えば、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日は、逮捕の現場につき「通常被疑者を逮捕した場所と直接接続する限られた範囲の空間を意味するもの」としている。学説では、小野清一郎ほか『ポケット注釈全書 刑事訴訟法（改訂版）』（有斐閣、1966）412頁は、「現場といわれる以上逮捕の場所と直接連続する極めて限られた範囲内の空間をいう」とする。また、高田・前掲注4)144頁は、「逮捕の場所そのものおよびこれと直接接続するきわめて限られた範囲内の空間をさす」とし、田宮裕編著『ホーンブック 刑事訴訟法（改訂新版）』（北樹出版、1994）106頁は、「現実に逮捕したその現場で、と解すべき」とする。

123) 例えば、仮にブレイン・ビュー法理や緊急搜索・差押えの導入が一定要件の下では合憲であると解し得たとしても、現行法上、強制処分法定主義との関係から、これらを正当化することはできない（井上・前掲注1)51頁）。

問題は、法 220 条自体の解釈として、同条が、果たして、そしていかなる程度、憲法上合理的な許容範囲に制限を加えているものと解することができるのか、ということである。憲法 35 条を受けた法 220 条は、前述したように憲法 35 条の趣旨に沿った形で解釈するというのが基本的な姿勢となるのであり、それを前提した上で、なお 220 条は立法者の意思決定の結果として、あえて無令状捜索・差押えを憲法上合理的なラインよりも限定的にのみ認めることにしたものと読むことができるのかどうか、あるいは読むべきかどうかということである¹²⁴⁾。このことが、220 条に言う「逮捕する場合」、「必要があるとき」、「逮捕の現場」等、それぞれの要件を解釈するに当たって、常に再検討されなければならない。

そのような観点から見ると、現行法の「逮捕の現場」という要件は、もう少し、柔軟に解釈することができ、またそうすべきではないか、と思われるのである。前述したように、捜査実務上、被疑者を逮捕した直後に、合理的な理由により、被疑者を移動させる（移動させる以上は捜査官がそれに付き添う）必要性は、洋の東西を問わず存在するはずであるし¹²⁵⁾、現に問題ともなっているのである（前掲東京高判昭和 44 年 6 月 20 日等）。とすれば、本稿における分析に関する限り、少なくとも逮捕直後の合理的目的による移動を逮捕の効力として認め

ることを前提にすれば、その移動先における被逮捕者の直接支配下の捜索・差押えについても、これを許容することができるように現場要件を解釈すべきということになる。ここでは、あくまで試論の域を出るものではないが、そうした解釈の可能性の一つとしてさしあたり考えられるものを提示してみたい。

まず、逮捕に伴う捜索・差押えが被逮捕者の身体についてできることは、沿革的に見ても、当然の前提であり、これが出発点となる¹²⁶⁾。そこでは、無令状捜索・差押えの根拠たる証拠破壊・抵抗・逃亡のおそれ等は被逮捕者の身体については当然かつ一律に認められるということが前提となっており、このことは、被逮捕者が逮捕後に移動したとしても、やはり変わらず妥当する¹²⁷⁾。したがって、被逮捕者の身体・所持品を捜索対象とする場合には、従来からも指摘のあったように、やはり「現場」要件はストレートには利いてこないと解すべきであり、現行法の解釈としても可能な限りかかる方向での解釈の可能性を模索すべきである。そこで、「現場」要件は、被逮捕者の身体・所持品を捜索する場合には、特段の意味を有しない（現場要件は専ら場所を捜索する場合を念頭に置いた文言である）と解するか、あるいは身体捜索の場合には専ら場所的・時間的接着性を要求したものにすぎないとしてその意味を希薄化して読むことが考えられる。その結果、逮捕後の移動

124) 私見と同様の視点を提示するものとして、鈴木義男「逮捕後になされた令状によらない捜索・差押えの適法性（その 2・完）」研修 339 号 56 頁（1976）は、「逮捕に伴う捜索・差押えとして憲法の認めるところを刑事訴訟法によって限定することの実質的な理由が明らかでない以上、両者を統一的に理解」すべきであるとする。

125) 日本では何故か逮捕に伴う捜索・差押えの適法性が争われることは少ないが、実際には、逮捕に伴う捜索・差押えは、最も頻繁に行われる強制処分の部類に属するはずであり、逮捕後の合理的な理由に基づく移動も日常的に行われているものと推測される。アメリカでは弁護側がとにかく証拠排除を目指して捜索・差押えの適法性を果敢に争っていく傾向があるのに対して、日本では対照的な状況となっていること理由は、法社会学的には興味深い現象の一つと言える。本来ならば、日本においても、より積極的に捜索・差押えの適法性を争っていいはずであるが、その主張が通る見込みが必ずしも高くないことと、相当説による実務自体がそれほど問題視されていないという現状などが背景にはあるのかもしれないが、所詮憶測の域を出ない。

126) See e.g., *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969); *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 94 S. Ct. 467, 38 L.Ed.2d 427 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260, 94 S. Ct. 488, 38 L.Ed.2d 456 (1973). そして、この点については、日本法においても、変わることはないものと考えられる。

127) 現に、アメリカ法においては、*United States v. Edwards*, 415 U.S. 800, 94 S. Ct. 1234, 39 L. Ed. 2d 771 (1974) 以来、連行後の被逮捕者の身体捜索が許されている。See e.g., *LAFAVE, supra* note 27, §5.3 (Search of the Person During Post-Arrest Detention).

があった場合にも、被逮捕者の身体・所持品を捜索することが許容されることになる。

これに対して、場所が捜索対象となる場合には、「現場」要件がストレートにかかってくるので、捜索範囲の限界は「現場」の解釈いかんによることになる。従来のような硬直的な解釈を離れて、この「現場」要件をもう少し柔軟に解釈できないかが最大の問題であり、そのためには、「逮捕」の拡大解釈¹²⁸⁾、「現場」の拡大解釈¹²⁹⁾、「逮捕の現場」と同視する論法¹³⁰⁾等が考えられる¹³¹⁾。

しかし、「逮捕」は逮捕行為そのものを意味するというのが通常の文理解釈の帰結であるし、従来もそのことを前提に議論がなされてきたことから、逮捕後の移動を正当化するためだけに、かかる基本概念に手をつけることは少なくとも最善の選択肢ではなかろう。他方、「逮捕の現場」と同視するという論法は、「同視する」という以上、やはり厳密には「逮捕の現場」とは言えないということを前提にしていると言わざるを得ないから、解釈の限界を超えるというべきである¹³²⁾。よって、基本的には、

「現場」要件を合理的に解釈する途を選ぶべきであろう。すなわち、「逮捕」は身体拘束行為としての逮捕行為それ自体を意味する形式的概念として位置付けるのが自然だとしても、無令状捜索・差押えの範囲を画する概念として掲げられた「現場」は、憲法上合理的と認められる捜索・差押えを法律によって制限するための形式的概念ではなく¹³³⁾、捜索範囲の限界を画するための実質的概念にはほかならないと解するならば、それは、まさに逮捕に伴う捜索・差押えが許される趣旨・根拠が妥当する合理的範囲を指すものということになる。そして、逮捕後の移動が逮捕の効力として認められ、移動先での被逮捕者の直接支配下の捜索・差押えが逮捕に伴う無令状捜索・差押えとして合理的であると考えられる以上、それをも含むものとして概念規定されるべきである。したがって、逮捕の「現場」とは、逮捕に伴う捜索・差押えの趣旨が妥当する被逮捕者の直接支配下(immediate control)の範囲にある場所を指し、そして、その直接支配下の範囲は、身体拘束行為としての逮捕行為を行った地点を起点として¹³⁴⁾、逮捕

128) (身体・所持品の捜索について) 青柳・前掲注 4) 375 頁, 亀山継夫「逮捕に伴う捜索・差押(1)」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選(第5版)』(有斐閣, 1986) 53 頁。

129) (身体・所持品の捜索について) 移動先の場所をも「現場」に含める見解として, 小栗・前掲注 22) 60 頁, 相澤恵一「実務刑事判例評釈」警察公論 51 巻 1 号 118 頁(1996), 捜索対象たる被逮捕者の身体・所持品を「現場」に含めるものとして, 清水・前掲注 22) 242 頁。

130) (身体・所持品の捜索について) 田宮・前掲注 1) 111 頁。前掲注 22) 最決平成 8 年 1 月 29 日も, 同様の論理を採っている。なお, 身体・所持品の捜索については, 本文で述べたような 220 条の柔軟な解釈のほかに, 令状による場合と平行に考えて 220 条 1 項 2 号の捜索・差押えそのものの効力として一定の場所的移動が許容されるとする見解もある。木口信之「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 8 年度)』33 頁, 大澤・前掲注 22) 101 頁, 池田・前掲注 22) 139 頁等。

131) ここで言う「拡大解釈」とは, あくまで従来の硬直的解釈に比べて「拡大」的であることを意味している。その意味で, 「拡大」とは言っても, 相対的なものであり, 「柔軟解釈」とでも言った方が分かりやすいかもしれない。ここでのポイントは, かかる「柔軟解釈」こそが, 本来あるべき「現場」等の要件の解釈なのであり, 従来の硬直的解釈が「現場」等の意味を不当に制限しすぎていたきらいがあるという点にある。

132) また, このように解すると, 「逮捕」と「現場」のそれぞれが持つ固有の意味が捨象され, 「逮捕の現場」という一つの要件についての総合的判断を許すこととなり, 結果的に要件該当性の判断を曖昧ならしめるおそれがあるのではないか。

133) そもそも, 形式的概念としての「現場」それ自体には, 捜索の許容範囲を画するための規範的基準が内在していない。例えば, 結論は異なるものの, 団藤重光編『法律実務講座(刑事編)第3巻』(有斐閣, 1954) 630 頁〔出射義男〕は, 「具体的事情によって必ずしも物理的な意味での逮捕現場に限局すべきではない。」としている。河上・前掲注 11) 155 頁は, 「もともと, 逮捕という事実行為が人間を相手にするため, 一定の場所的拡がりをも有するばかりか, 捜索, 差押えも人の行動を前提とする関係で当然場所的拡がりが必要とする」と述べる。また, 東京高判昭和 47 年 10 月 13 日刑刑 4 巻 5 号 1651 頁は, 「逮捕の現場は, 逮捕の際の具体的実情等を考慮に入れることを許さない完全な地点を指称するわけではなく, 令状なしの差押を許容する趣旨によって自ら限定される, ある程度の幅のある場所的範囲をいう」とする。

134) 「逮捕の」という文言は, 本文に述べたような一定の広がりを持ちうる「現場」要件の起点を設定する点において意味を持つ概念である。そして, このような解釈は, 日米の判例が, 逮捕に伴う捜索・差押えを, 被逮捕者の身体を出発

後の被逮捕者の移動に伴って、移動しうるものと解すべきではないか、と思うのである。

なお、このように、「現場」を、逮捕地点を起点に一定の広がりを持ちうる実質的概念として捉えた場合、捜査官が被逮捕者を自由に移動させて事実上ありとあらゆる場所を捜索できることになりかねないとの批判が想定できる。しかし、移動先での捜索・差押えが許されるのは、あくまで被逮捕者の身体およびその直接支配下のみである点に注意を要するし、また、私見のような立場を採った場合でも、逮捕後の移動によって捜索対象としての直接支配下の移動が認められるのは、あくまで逮捕後の移動が合理的な理由に基づく必要なものとして正当化される限りにおいてであることに留意すべきである。そもそも逮捕後の移動に合理的理由がなく、捜査官による恣意的誘導がなされたような場合には¹³⁵⁾、逮捕後の移動自体が不合理なのでありこれを逮捕の効力としては正当化できないから、その場合には直接支配下の移動も認められない。さらに、クリスマン判決からヒントを得て異なる管理権に属する住居の敷居をまたぐことはできないという形で場所的限定を加えたり、あるいはジアカロン判決のように場所的・時間的接着性を要求したりすることで、直接支配下の移動・拡大に対して一定の歯止めをかけることも十分に可能である。したがって、逮捕後の合理的な移動に伴い捜索対象としての直接支配下の範囲が移動する余地を認めたからと言って、決して捜索範囲が無制限に拡大することにはならないように思われる。さらに言えば、日本法の下では、プレーン・ビュー法理が認められていないことから、逮捕後の移動の法

理を認めたとしても、その実際的意味ないし機能は、アメリカ法の下におけるよりも、限定的なものにとどまるであろうことにも留意が必要である¹³⁶⁾。

V. 結語

最後に、以上の議論を前提として、もう一度東京高判昭和44年6月20日の事案を検討してみよう。本件では、被逮捕者が自ら所持品を携行したいとの申し出をしていることから、ホテル待合所での逮捕に引き続いて被逮捕者の客室へと移動したこと自体は合理的な理由に基づくものとして正当化できるであろう。そうである以上、移動後、客室内にて、必要があるときは、被逮捕者の身体およびその直接支配下にある場所を捜索することも許容されることになる。しかし、クリスマン判決が公道から寮の部屋に移動した後の無令状捜索・差押えを許容したものでどうか定かでないことにも鑑み、異なる管理権に属する場所についてまで横断的に直接支配下の範囲が移動することは認められていない（ないし認められるべきでない）と解するならば、ホテル待合所とは異なる管理権に属するというべき被疑者の客室内を捜索することはやはり認められないということになる。また、そのように解さなくとも、本件では、捜査官が同室内全体を隅々まで捜索しており、明らかに直接支配下の範囲を超える捜索が行われていることから、いずれにしろ違法評価を免れない事案であったと言える¹³⁷⁾。このように見てくると、本件捜索を適法とした本判決には、実質的に意味のある理由付けがなされていない点で¹³⁸⁾、

点として認めてきた沿革にも沿うように思われる。

135) 前掲注 11) 福岡高判平成5年3月8日参照。

136) 本稿Ⅲで見てきた逮捕後の移動に関する諸々の裁判例においても、その多くが最終的な差押えをプレーン・ビュー法理によって正当化している。ただ、だからと言って、日本法の下で、逮捕後の移動を議論することの実益が失われることにはならない。なぜなら、これらの判例の中には、プレーン・ビューが差押えを正当化する最も簡明な法律構成であるからそれをういたにすぎないケースが少なくないと思われるからである。現に、一部の証拠物の押収をプレーン・ビューによって認めると同時に、それ以外の証拠物の押収を逮捕に伴う差押えによるものとして正当化する判例もある。日本法の下でも、逮捕後の移動は、逮捕に伴う捜索・差押えとの関係で一定の実際的意味を持つてくるものと思われる。

137) アメリカ法の枠組みの下であれば、さらに緊急性の例外として正当化できないかが問題となりうるが、この点については、前掲注 13) 参照。

相当の論理の飛躍があるといわざるを得ない。ただ、本判決は、同時に、その意図せざる形で、直接支配下の範囲を固定的・抽象的に捉えることの限界を露呈させ、逮捕後の移動という論点に目を向けさせる事例を提供した点では、重要な意義を有するようと思われる。

日本法における無令状捜索・差押えについては、未だ十分に議論が進んでいるとは言えず、今後の判例の集積と研究の深化に待つところが大きい。本稿で取り扱った逮捕後の移動に関する分析は未だ不完全な部分が多く、同領域における研究の必要性も少なくないと言えるが、それ以外にも逮捕に伴う無令状捜索・差押えには議論すべき論点が多くある。例えば、第三者の住居・身体等に対する無令状捜索の可否・要件、共犯者の捜索 (search for potential accomplices)、安全巡回捜索 (protective sweep)、ひいては緊急性の例外 (exigent circumstances) 等、我が国では未開拓の問題領域が色々とあり、これらを無令状捜索・差押えの根拠論との関係で整合的に理論化し合理的解決を目指すことが必要となってくる。その際に重要になるのは、法文上の「現場」等の要件について硬直的に解釈することによって、こうした諸論点について合理的解決を図るための芽を摘んでしまわぬように注意すべき点ではないかと思われる。

(むらかみ・ゆうすけ)

138) 判旨の一般論部分は、『逮捕の現場』の意味は、…右の如き理由の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲に限られる」とする点で、基本的に正しいものを有すると思われる。しかし、結論を正当化するだけの論理は示されていないように思われる。判旨は、差し押さえられた大麻たばこが共犯者との共同所持に係るものである疑いがあること、逮捕場所との時間的・場所的隔たりが大きくないこと、被逮捕者自ら捜査官を部屋に案内していること、捜索差押後1～2時間後に共犯者も緊急逮捕されていること、大麻取締法事案の検挙が困難で罪質もよくないこと、等を考慮要素として挙げているが、そうした考慮要素を用いると、いかなる論理で本件捜索・差押えを正当化することができるに至るのかが明らかにされていないのである。

執筆者一覧

城山康文

大学院法学政治学研究科客員助教授
弁護士（アンダーソン・毛利・友常法律事務所）

武井一浩

大学院法学政治学研究科客員助教授
弁護士（西村ときわ法律事務所）

松井秀樹

大学院法学政治学研究科客員助教授
弁護士（森・濱田松本法律事務所）

三笥 裕

大学院法学政治学研究科助教授
弁護士（長島・大野・常松法律事務所）

内海博俊

2005年4月既修者コース入学

川原健司

2004年4月既修者コース入学
2006年3月同コース修了

高松顕彦

2004年4月既修者コース入学
2006年3月同コース修了

田中秀樹

2004年4月未修者コース入学

濱崎淳子

2004年4月既修者コース入学
2006年3月同コース修了

前川陽一

2004年4月既修者コース入学
2006年3月同コース修了

村上祐亮

2004年4月既修者コース入学
2006年3月同コース修了

編集委員一覧

学生編集委員

粟生香里 倉橋雄作 西澤健太郎 沼田知之 東陽介 松井裕介 村上祐亮
※いずれも2004年4月既修者コースに入学し、2006年3月に同コースを修了した。

教員編集委員

山下友信

大学院法学政治学研究科教授・前法曹養成専攻長（2005年度）

山口 厚

大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長

両角吉晃

大学院法学政治学研究科助教授・前法曹養成副専攻長（2005年度）

東京大学法科大学院ローレビュー

Vol.1 2006年8月発行

The University of Tokyo Law Review

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033 東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内



E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/

※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、原則としてE-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。