

修士論文 要旨

平成10年度 修了生

## 《憲法研究》

## 憲法26条教育を受ける権利と私学助成

南 哲 男

私立学校に対する私学助成は、社会的にも重要な役割を果たしている。私立学校への私学助成が一般的に制度化されている今日では、私学助成の違憲論は、立法政策の問題は別にして退潮した感はある。しかし教育改革を進めている現在、財政的にも厳しい私立学校においては、これまで以上に私学助成が重要な役割をもつものと考えられる。私学助成に関するこれまでの憲法解釈を振り返り、私学助成の重要性を強調する立場から考察した。私立学校は、憲法、教育基本法、学校教育法に加えて、私立学校法をもとに設置された教育機関である。私立学校の経営は、父母負担による授業料等の納付金に負うところが大きい。それに加え、国や地方公共団体の公的助成に頼っているのが現状である。私学助成を考えるうえで重要なことは、国民の誰にとっても、経済的理由によって、私立学校を選択する機会を奪われてはならないということである。憲法26条教育を受ける権利を損ねてはならないのである。憲法26条と、この規定を受けた教育基本法3条では、誰もが平等に教育を受ける権利があり、教育の機会均等を保障している。しかし実際の私学教育の現状は、私立大学間だけでなく国公立大学との間にも格差があり、例えば、私立大学においては、現在においても財政的問題は解消はされておらず、学生数の水増しや高額授業料を取るなどの手段で、財政的問題に対応している。財政的な問題は、私立学校の共通の悩みである。第二次大戦の敗戦から、日本が民主的かつ平和的な国家として再生するために、憲法26条の教育を受ける権利を社会権的基本権として位置づける意義は大きいものがあった。いわゆる杉本裁判では、国民の教育権や教育の自由を認め、自由権的側面として、教育内容、方法に対して、国家が干渉することを否定し、国家には、教

育条件の整備等の責務を課した。これは、社会権的側面と関連して、教育の設備、施設その他、外的諸条件の整備について国家に義務づけるものである。教育内容については、国家は関与すべきではなく、もし国家が関与するようなことがあれば、それは、国民の教育の自由を侵すことになる。教育を受ける権利は、ただ単に経済的な面での条件を整備し、すべての国民に教育を受ける機会を形式的に保障すれば足りるという性質のものではなく、すべての国民、特に子どもの学習権を実質的に保障すべきことを、国に対して要求する権利でもあったと考えられる。また、国は、能力に応じた条件整備をすべきで、それを要求することは、国民の固有の権利でもある。憲法89条の適用については、14条、25条、26条等をあわせて、体系的、総合的に解釈していくべきである。26条と、その趣旨を受けた教育基本法10条2項の教育諸条件の整備確立に関する国の義務が、私立学校が、公の性質をもつものとして、国公立学校と同様に適用される（教育基本法6条）べきであり、これを自明の前提として、私学助成の基本原則が位置付けられている。私立学校は、教育基本法6条1項や私立学校法1条において、公の性質を有するものとされているから、教育基本法、学校教育法、私立学校法、私立学校振興助成法等の教育関係法規により、私立学校が法的規制を受けていることは明らかであり、私立学校に対し、財政的援助をすることは憲法26条の要請に合致するものでもある。私立学校に対する私学助成は、私立学校が現行法程度の法的規制を受けていれば十分であると考えられる。宗教系学校法人への助成については、「公の支配」の解釈をめぐる学説があるが、今日では、私学助成は合憲であるものとの前提で補助金が支出されている。大学受験適齢人口は、平成4年度（1992）をピークに減少に向かっており、私立学校は深刻な局面が到来すると予想されている。このような環境変化に対し適応しながら改善し努力している。論文では、私立学校の現状と財政を今までの経緯を踏まえ、数値を用いて厳しい現状を考察している。大学生の70%以上が、私立大学で学んでいるという現実を考えると、私立大学への公的助成をすることは、父母の学費の負担の軽減をはかることにもなり、日本の将来にとっても産業界にとっ

ても重要な政策であると考えられる。

## 精神科医療における自己決定権と インフォームド・コンセントに 関する一考察

木 村 恒 隆

精神科医療では、「自傷他害の虞れ」「病識欠如」といった状態が生じた場合には、患者の同意能力が損なわれているとして、精神保健福祉法上、非自発的入院が認められている。しかしこれは、医療目的であるとはいえ、患者の身体的拘束や行動制限といった重大な権利の制約を強いることから、その制約は人権上、必要最小限度でなければならないことはいうまでもない。

平成10年のエホバの証人の信者の輸血拒否にかかる東京高裁の控訴審で「この同意は、各個人が有する自己の人生のありかた（ライフスタイル）は、自らが決定できる自己決定権に由来するものである」との判示がなされた。そこで、この判例をもとに、インフォームド・コンセントの法理を憲法13条後段の幸福追求権に依拠するものとして捉えて考察を行なった。しかしながら、精神障害者においては、これらを適用するにあたって、その疾患の特殊性は無視しえない。すなわち、急性期における心神喪失状態はもとより、妄想などの思考過程での障害などは、病態の中核的部分をなすものである。したがって、精神科医療においてインフォームド・コンセントは、精神的健常者と同様に語ることはできない。けれども、医療者と患者関係は、パターンリスティックなものに陥りやすく、特に精神障害者に対しては、この傾向が強く働きやすく、「宇都宮病院事件」などに見られるように過度の人権の侵害が行なわれてきた事実がある。そこで、精神科領域における米国の判例史などを参考にしながら、佐藤幸司教授の主張する「限定されたパターンリスティックな制約」原理等の適用を視野に入れ、自己決定権の制約の正当化事由として、自己決定をなしうる生物学的又は心理学的基礎を欠く場合にのみ限

るとした。

次に、精神疾患の特徴がインフォームド・コンセントの成立に与える影響について検討をした。インフォームド・コンセントにおいては、医療者側からの適切かつ十分な情報が必要であり、同意においては患者の任意性が不可欠であり、また患者側には同意能力を有していることが必要である。そこで、医師の説明義務の範囲につき、個別具体的患者の主観をできるだけ引き出す義務があり、患者が重要視するであろう情報についてまでの説明義務を要求するとした。その上で、精神障害者の同意能力についての考察を行なったが、この同意能力は、知的障害や発達遅滞などのそれと違って、その場の状況などによっても変動するものであり、緊急事態などの例外的場面は別としても、意思形成過程全てに障害が及んでいることは少なく、不完全に機能しているのが通常である。とするならば、精神障害者であっても、同意能力があることが前提とされるべきである。しかも、同意能力は患者と治療との治療関係によって、生成し、また変化もしていくという点も見逃してはならず、状況要因が強く働きやすいものと考えられる。インフォームド・コンセントがある一面においては、医療者側の行為規範であると同時に患者と治療といった医療に対する倫理的な側面からも検討される理由がここにもあるように思われた。

1991年には、国連において「精神病者の擁護およびメンタルヘルス・ケア改善のための原則」が採択され、インフォームド・コンセントの法理が精神科領域においても一定の限定を付しながらも適用されるに至った。しかし、精神保健福祉法には、インフォームド・コンセントについての明文はいまだ見られない。上述のように、精神科医療において、インフォームド・コンセントの成立がその同意能力に関わるとき、その判断が医師のモラルにのみ依存するとは危険が大きい。そこで、インフォームド・コンセントを法文に明示するとともに、微妙な判断能力の有無については、最終的には医療関係者を除いた公正で独立した第三者機関に委ねるのが相当であろうと思われた。自己決定権は、憲法13条の中核的権利である幸福追求権を根拠にし

ており、この重大な権利の保護にも、患者の自己決定権は確保されなければならない、精神医療に社会的の良識が反映する機関が必要であるとの結論に達したのである。

## 《憲法研究》

### 子供の学習権と国民の教育権

——教科書裁判と学テ最高裁判決をつうじて——

柏 木 徹

わが国では日本国憲法（以下憲法）26条で、すべての国民が基本的人権としての教育を受けることが保障されているが、その権利の性質は、従来言われてきたような教育機会の拡大や就学条件の整備など物質的条件整備にとどまらず、子供は学習することにより人間的に成長・発達する権利を有しており、その学習要求を充足するために教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利をもつという、いわゆる子供の学習権を保障したものと解されている。判例も旭川学テ事件最高裁判決などがこの学習権説を採用している。

このように憲法26条の教育を受ける権利を捉えるならば、学習権者たる子供に対して、教育を与える義務は第一義的には親にあるといえるが、現代のように複雑化・高度化した社会において親が個人的に子供に教育を施していたのでは子供の学習権を充足することは困難であるので、そこで個々の親が自己調達できない部分を補完するために公教育が要請されることになる。ここでいう“公”教育とは「個々の市民の…教育上の利益ないし要求のうち共通なものを取り出し、これを社会的規模で組織再編する<sup>(1)</sup>」ことであり、決して個々の親の教育要求や教育の私事性が捨象されるものではない。その意味で現代公教育は私事の延長線上にあり、それを組織化したものであるといえる。それゆえ教育行政の役割は「国民の心に立ち入らず、条件整備をなすこと<sup>(2)</sup>」に限定される。そのことは教育基本法10条が、教育の内的事項＝教育内容・方法を意味する“教育”を主語にする1項と、教育の外的事項＝教育の条件整備を意味する“教育行政”を主語にする2項とを書き分け、教育と教育行政の制度的分離を確認していることから明らかである。

しかし過去の歴史を紐とけば、教育は時の政治権力者の恣意に左右され、利用されつづけてきた。それは戦前の教育が日本の全体主義、軍国主義の形成・維持に重要な役割を果たしたこと等を想起すれば容易に理解できる。

だが、第二次世界大戦が終了し上述のような戦前の教育体制に対する反省の下に憲法・教育基本法が成立し、それにより日本の公教育は“義務”としての教育から“権利”としての教育へと大きな変化を遂げた。そしてそのことは国策の実現の手段としての公教育から個人の尊重・教育を受ける権利の保障の手段としての公教育への変貌を意味する。学校は子どもの学習権・成長発達権を保障するために存在し、親の教育を受けさせる義務も国に対してではなく子どもに対する義務として日本の教育は再出発した。その意味では戦前の教育との大きな断絶があったのである。

だが、現実には戦後も政府は勤務評定や文部省学テ、さらには教科書検定を強化することによって公教育を政策実現の場とさせてきた。それは同時に国家のための教育への逆戻りの過程といえる。

この様な教育統制が子どもの学習権を侵害するものとして親・教師が協同して立ち上がりさまざまな教育運動・教育裁判が行われた。中でも家永三郎教授が文部省の教科書検定にたいしておこした教科書裁判は教育内容の決定権の所在をめぐる教育権論争を巻き起こし、同一司法部内でも国民の教育権側に立った杉本判决と国家の教育権論側に立った高津判決といった両極端な判決が出されるなど教育権論争の拡大と深化に大きく貢献した。1997年 8月の最高裁小法廷判決をもって32年にもわたる教科書裁判は終結したが、不透明であった検定制度に改革をもたらすなど、「教育の基盤ともいえる教科書の重要性に国民の目を向けさせた意義は大きい<sup>(3)</sup>」と評されている。

そこで本稿では、教科書裁判を検証することによって現代の教育行政の問題点（教科書を媒介とした行政による教育内容への介入）を考察し、子ども特有の権利である学習権・成長発達権の保障の体系としての公教育のあるべき姿（行政の責務と限界）を、憲法・教育基本法の条文解釈、教科書裁判などの各種教育裁判をつうじて考察した。

（注） 字数の関係上、必要最小限以外の参考文献等は省略した。詳しくは本文を参照せよ。

（１） 渡辺 洋三 「公教育と国家教育」法律時報 1970年12月号 P137

（２） 鈴木 英一 『現代法選書(8)・現代日本の教育法』 劉草書房 P283

（３） 愛媛新聞 97年 8月30日

## 東南アジア地域における国民統合と憲法政治

——インドネシア共和国の政党政治を中心として——

児 玉 康 弘

第二次大戦が終結し、アジア・アフリカの国々が、つぎつぎと独立することによりつくりあげられた「第三世界」という概念は、いままで西欧世界を中心として、普遍的原理とみられてきた「近代」の必然的な拡大の場（そして、実験の場？）とみなされてきた。たとえば、初期の「近代化」理論においては、西欧世界における市民社会の諸特性が、いずれの国家においても移植されさえすれば、それはそっくりそのまま時代を圧縮するかのようになり、第三世界のなかで当然に具現化されるであろうと考えられたのである。

そのことから、近代の産物であるきわめて自由主義的な「議会制民主主義」であるとか、「政党制度」「普通選挙制」「基本的人権の保障」といった西欧市民社会に特有の諸種の憲法制度が、寸分の疑念もいだかれずに、こうしたアジア・アフリカの国々の土壌に盲信的に移植されたのであった。

しかしながら、こうした憲法制度は、第三世界の風土にまったく定着しなかったばかりか、あげくのはてには、内乱や革命といった国家的混迷の状態を生みだしてしまった。すなわち、第三世界における西欧型憲法政治は、ことごとく停止状態になってしまうか、または、廃止されることによって、アジア・アフリカにおける「自由主義の時代」は、あっけなく終わりを遂げたのである。それはいいかえるならば、楽観主義的な「近代化＝西欧化」図式の終わりを意味していた。

それらを前提として、現在では、西欧世界とまったく異質な民族・宗教・言語・伝統・文化を有するアジア・アフリカの新興諸国家においては、西欧世界の歩んできた近代化のあり方とはまったく異なった近代化の方式もありうるのかもしれない？（もしくは、あってもいいのではないか？）といった

レベルにまで、近代化モデルは、その論理的な譲歩を余儀なくされているのである。

実際、現存するアジア・アフリカ各国の純粋に自由主義、そして、民主主義を信じてつくりあげられた立憲体制は、憲法の想像した世界像、そして、その期待したほんらいの機能をはたしているというよりは、何らかの意味で、独裁のおよび権威主義的傾向を有する政府の力に大きく依存しながら、国民統合・国防・治安の維持などをかろうじて図っているというのが、否定することのできない現状なのである。

しかしながら、そのことによって、そうした国家の存立の正当性までもが否定されてしまったり、その学問的無用をいうだけでは、あまりにも一方的で、押しつけがまし過ぎはしないだろうか。まずは、そうした国々の民族性・歴史・伝統・文化といった特殊事情を肯定的に受け入れたうえで、それらとの関連性のなかで、当該国家の政治制度の妥当性が論じられてもいいはず。第三世界の置かれている現状は、非常に複雑難解であり、これまでの単純な論法によって断ずることは到底できそうにもない。

こうした事情も影響したのか、わが国におけるアジア・アフリカ地域の比較憲法研究は、きわめて遅れた（いや、まったく無視され続けてきた？）状態にあるといっても過言ではなかった。紹介されたとしても、せいぜい第三世界における西欧型憲法政治の失敗をこれみよがしに指摘して、「遅れた国々」と判断してしまうだけだった。

そこで本稿は、第三世界のなかでも、東南アジア地域において、こうした国々の特徴がもっとも典型的に表れているといわれるインドネシアの憲法政治に目を向けた、わたくしの比較憲法研究の覚書である。

## 《税法研究》

ソフトウェア開発費の  
法人税法上の取扱いについて

永 野 健 生

コンピュータの利用範囲の拡大及び利用技術の高度化に伴い、ソフトウェア費用が巨額化している。このため、ソフトウェア開発費の処理方法が企業利益の計算に多大な影響を及ぼすところとなっている。

ところが、ソフトウェア開発費の処理に関して、我が国においては、昭和55年に制定された法人税基本通達8-1-7等により、購入または委託開発によるソフトウェア開発が繰延資産に該当し、5年間で償却すべき旨示されているだけである。他にソフトウェア開発費の会計処理に関する基準が存在しなかったこと等の事情から、この法人税基本通達が実質的に会計基準の役割も果たしているといっても良い。しかしながら、この通達制定時と比較して、現在はソフトウェアを巡る環境が大きく変化した。このような変化に伴い、現行の税務上の取扱いについて、資産性、資産計上、償却及び除却の問題が有り、その他のソフトウェアに係る問題として試験研究費の税額控除及びソフトウェア保守の税務がある。

ソフトウェアの資産性については、諸学説より「将来の経済的便益」を資産性判定の拠り所として検討し、資産性を有するものと解する。

ソフトウェアを資産として計上する際に、そのソフトウェアが特定企業の資産として計上することが適当である程度に資産の本質的特徴を有するか、また、その額を合理的な信頼性を持って測定できるかという点が問題となる。

ところで、ソフトウェアの資産としての額は購入価額等や原価計算の結果の数値によって測定できることから、ソフトウェアの資産計上に当たっては、測定可能性に関する問題はない。ところが、ソフトウェアが備える資産の本質的特徴の程度は、その利用目的及び取得形態により差があると考えられる。

そこで、ソフトウェアを利用目的別に

- ・販売目的のソフトウェア（販売用の汎用ソフトウェア、受託ソフトウェア）
- ・自社利用目的のソフトウェア（社内サービス提供用、社外サービス提供用）

のように「将来の経済的便益」の関連から分類し、これをさらに取得形態別に購入と自社・委託開発とに区分し、資産性を検討した結果、資産化すべきである。

また、資産はその性格によって費用化の方法が異なるので、ソフトウェアがどのような資産に該当するかをこれに先立って明らかにしておく必要がある。

資産科目の検討に際して、ソフトウェアをハードウェアと一括して取得したのか、またはソフトウェア単体で取得したのか、そして利用目的、販売形態及びサービス提供形態を考慮する必要がある。

ところで、法人税法は法人税額の算定を目的とし、法人税額は課税標準である所得金額を基礎に計算されるのであるから、科目表示という形式の問題のほかに資産の費用化すなわち損金処理の方法も重要である。

以上から、資産の要件を満たすものについては、棚卸資産もしくは無形固定資産として計上し、①無形固定資産についての費用化に関しては、定額法或いは未来収益還元法によるとともに、3年または5年で償却すること、及び②評価損・除却は固定資産からの類推適用をするが、③ソフトウェア開発費の特殊性から除却よりも評価損もしくは償却期間の短縮で対応することが現実的であると考ええる。

また、その他の問題として①試験研究費の税額控除については、a. 委託開発費の税額控除の税額控除対象範囲を支出額の一定率の範囲内とする制限を設けること、b. 社内研究費の「専ら従事」という人件費の制約を緩和し、ソフトウェア産業の発展のため、この制度のさらなる活用を促進すること、また、②保守については、固定資産の規定を参考に更新作業は資本的支出とし、更新作業以外の作業は収益的支出として費用処理することが適当であるという結論に達した。

## 《税法研究》

## 税法における土地評価に関する一考察

——地価の変動を契機として——

江 原 範 孝

土地価格は、時々刻々と変化する経済活動の影響を受けて、上昇と下落を伴う必然性を有する。土地価格の変動に伴う税務訴訟上の代表的な事案を中心としつつ、相続税法と関係通達に関する解釈・運用上の問題等について取り上げ、検討する。

高度経済成長期からバブル経済時代において、地価は右肩上がりの上昇を続けた。そのため、土地の相続税評価額と実勢価格との乖離に着目した一部納税者が、社会良識を超えた相続税の負担回避として、借入金で土地を取得し、相続税負担を軽減させる等の対策を講じた。地価の上昇期に、課税庁は相続税法及び通達における解釈・運用の限界から法律を新たに制定した。租税特別措置法69条の4（相続開始前3年以内に取得した土地等又は建物等についての相続税の課税価格の計算の特例）は、納税者による過度の節税対策のために制定され、相続税における時価を例外的に取得価額とした。しかし、バブル経済後は、これ迄に経験のない地価の下落となったため、全財産によっても支払えない課税処分が行われた。即ち、バブル経済後に法律の限界を露呈し、こうした措置が違憲であるとの大阪地裁判決もあり、結果的には同措置法は廃止され、更には、納税者に対して経過的な救済措置がとられた。

都道府県が基準地価制度のために、1998年7月1日時点で調査した全国の土地の取引価格は下落を続けており、全財産によっても支払えない課税処分の危険性は、現在もなお存在する。このような実勢価格を考慮するなら、課税の公平性に配慮する必要がある、安全率を考慮するなら相続税の評価割合の現状80%を70%に引き下げ、法律上に規定しても良いと考える。それによって、固定資産税の評価割合と同一になり、公的土地評価の一元化に係る検討

に資することになる。我が国の土地評価内容は法律によって異なり、また、相続税法の土地評価は同法22条で「取得時の時価」と規定するが、実務上は財産評価基本通達が評価方法を定めている。ドイツ評価法では、土地の価額を統一的に確定し、適用しており、我が国も土地の統一的評価法を制定すべきである。取りあえずは、評価機関の一元化を実行性に鑑み優先させるべきである。

歴史を振り返ると、我が国の近代国家の歩みは、明治維新の政府財政の建て直し及び確立のために行われた地租改正に始まる。地券を通じて個々の土地に価格を付け、国民の絶対的土地所有権を確立した。この地租改正は、税制改革であると同時に、土地所有権の改革でもあり、近代国家形成に果たした役割は大きい。

戦後の我が国の経済活動は高度化・迅速化し、民事領域を拡大・発展させており、租税行政に対しても正確性・迅速性の実現を求めている。これに伴い、租税行政においては、公正性の確保と透明性の拡大の要請に応えるとともに、納税者の法的安定性及び予測可能性を高める必要がある。また、行政庁の通達の位置付けが、法律・政省令への格上げ等による変化の兆しがあり、税法分野においても現行通達上の重要事項は、極力、法律に格上げすべきである。更に、経済活動の迅速性の要請に応えるために、納税者の将来の取引や具体的な法律関係について、事前に租税行政庁の公定解釈の表明が得られる手続規定を設けるべきである。公定解釈の事前表明手続は、米国のアドバンس・ルーリングに準じて一般的な制度として整備すべきである。

最近の土地評価の動きに関し、1998年3月に制定されたいわゆる土地再評価法は、施行から2年間を限度として再評価することができ、戦後のインフレ進行期に制定された資産再評価法を模したものである。しかし、同法は、金融機関の貸し渋り対策及びBIS基準の自己資本比率規制のクリアー対策であり、また、税率の定めが無く、事業用土地の売却時に課税される。土地再評価時の時価算定基準は、公示価格等の任意選択とされたが、評価額の格差を生じるため同一算定基準とすべきであった。また、再評価の対象には、

含み損を抱えた投資用土地をも含めるべきであった。

## 《税法研究》

### 生命保険金を原資とした役員に対する 死亡退職給与に関する一考察

——使用人死亡退職給与の受給権に関する新判決を契機として——

海 津 一 義

法人税の実務において、最も多く、かつ、困難な問題に、同族会社における役員給与課税を巡る問題がある。租税判決においても租税法上の解釈適用に関して最も紛争が多い制度の一つである。すなわち、法人役員の報酬及び退職給与の額が、経営委任の対価あるいは功労に対する報償として適正に定められているかどうかの問題である。これは、我が国の法人は同族会社が大部分を占め、これら同族会社にあつては、株主は同時に役員である場合が多く、役員の権限が強大であるため、株主総会や取締役会などの役員の給与に関する手盛り防止のための商法上の規制が有効に機能していないことや、法人税法に過大な役員報酬及び役員退職給与の損金不算入規定があるが、その適用にあたり明確な認定基準が必ずしも確立されていないことから、その否認は慎重を期さざるを得ないことなどがその理由と考えられる。

また、最近では、リスク・マネジメントの立場から経営者大型保障の定期保険等が普及し、役員を被保険者とし、法人を契約者及び保険金受取人とする契約が多くなっている。従って、事故が発生すれば、零細法人の場合でも受取保険金額が1億円を超えることもめずらしくない。そして、一般には、その保険金を原資として死亡等退職した役員に対して退職給与を支給することになり、課税庁と納税者の見解の相違をより複雑化させている。とりわけ創業者等の死亡退職給与は、億円単位に上るものもあり、このような税務処理が大きな問題となる。

役員退職給与の損金性は、役員の法人に対する役員としての役務提供による貢献度によって決せられるべきものであるから、退職給与の支給とその原

資は切り離して考えるべきとする意見がある。一方、これは全く附保の目的を顧みない考え方である、すなわち会社代表者の死亡保険を前提とする保険契約においてこれを全く無視して、本来の死亡退職給与の額に限定することについては検討の余地が存し、何らかの配慮があってしかるべき、という二つの考え方が鋭く対立している。

その中で、平成7年になって生命保険金を原資とした使用人に対する死亡退職給与について注目すべき新判例が立て続けに出ている。いずれも、事業者が使用人を被保険者、事業者を死亡保険金受取人として、生命保険に加入していた場合で、使用人が死亡して事業者が生命保険金を受け取ったものの、それを原資とした退職給与等を「不十分」にしか支払っていないとして、使用人の遺族から提訴されたものである。

当該判例は、いずれも遺族の請求を認め、事業者は受け取った生命保険金の「相当部分」を退職給与等として遺族に支払うべきであると判示した。すなわち、死亡退職給与によって事業主に多額の利得を得させる結果となることは許されるべきではなく、死亡保険金の全部又は相当部分を被保険者に還元することは合理的な内容であると判示したものである。その後も同様の訴訟が相次いでいるが、いずれも遺族側の主張をほぼ認める内容となっている。

一方、役員退職給与と生命保険金を巡る裁判例はすべて、原資が生命保険金であろうと特段の斟酌はしない、という結論である。長野地裁昭和62年4月16日判決以降、原告敗訴が続いている。その長野地裁の判示のなかで「保険金であるからといって、当然算入されるべき理由はない。」とあるが、この表現は納得し難い。小規模企業の代表者の退職、特に死亡という事実がどんなに重い事実であるか。複雑多岐な経済事情に対応して的確に課税の目的を課していくという徴税技術上の問題から、ある程度形式的基準によらざるを得ないという実情は理解できる。しかし、課税の公平を一律に論じるのではなく、法人税法施行令72条の趣旨に照らし、企業特有の個別な特殊事情というものには十分配慮されなければならないと考える。

そして、使用人の保険金受給を巡る訴訟において「生命保険金は遺族

に支払われるべき」という裁判所の判断が定着しつつある。よって、この価値判断から、法人税法36条の法人役員の死亡退職給与の「相当額」の判断に影響が出るものと思われる。今後とも裁判例の動きには留意していく必要がある。

## 賃料債権に対する抵当権に基づく物上代位

平 間 晴 子

いわゆるバブル経済崩壊後の不動産市況の低迷に伴い、不動産価格が下落し、抵当不動産による債権回収が困難になった。そのため、債権の回収を急ぐ金融機関等債権者側では、抵当不動産の賃料債権に物上代位権を行使して、抵当不動産の賃料により回収を図ろうとする傾向が増加してきた。最二小判平元・10・27（民集43巻9号1070頁）は、根抵当権設定前になされた賃貸借に基づく賃料債権への物上代位を無条件で肯定している。しかし、抵当権は目的物の交換価値の取得を目的とし、その使用価値の利用はこれを設定者の手に委ねるとする抵当権の非占有担保性や、担保物権者の把握する担保物の価値が滅失・減少したのに、所有者は優先権を喪失して損害を被ることとなって、公平を失する場合に限って認められ、追及効力を有する抵当権にあっては、目的物の全部に追及して本来の権利を行使し得る限り認められないという、物上代位の性格、また、抵当権に対抗できない賃借権は、引渡命令で対処でき、目的物の価値を減じていることが仮にあるとしても小さいものであり、短期賃貸借による減価も詐欺的短期賃貸借を除きやむを得ないところであること、後順位の抵当権者が賃料債権に対し差押・転付命令を得ると、先順位抵当権者に先立って優先的に債権の満足を得る結果になること、用心深い抵当権者は他の抵当権者からの転付命令を防ぐためなるべく早く差押命令をとっておくことになり、抵当権者が設定者に使用・収益を許した趣旨と矛盾してしまうこと、さらに、利害関係者とりわけ一般債権者の利益を重視する立場から、将来の賃料債権に対する物上代位によって抵当権者の担保を増加させる一方、一般債権者に対する責任財産を減少させ、目的物に対する抵当権実行との重疊的行使により一般債権者の利益の侵害を拡大させてしまう

こと等の理由から、賃料債権に対する物上代位に消極的な向きも強い。しかし、平成元年判決の理由とする、非占有担保性において先取特権と異ならないこと、抵当権設定者の目的物に対する使用を妨げないこと、目的不動産に対する抵当権実行と物上代位権の行使を認める最一小判昭45・7・16（民集24巻7号965頁）、さらに、抵当不動産の売却よりも賃料収入から弁済を受けるために優先弁済権の確保をすることは合理的であり、また、債務不履行をしながら、賃料を弁済に充てない設定者に、物上代位権の行使を認めないことは抵当権者の保護に欠けるので、物上代位を認める必要があると思われる。

平成元年判決は、抵当権者に賃料債権に対しての物上代位の行使を認めているが、賃料債権が譲渡された場合に、抵当権者は同じように物上代位権の行使をすることができるかが問題となる。もし、賃料債権譲渡後においては、物上代位が認められないものとする、と、抵当権設定者が意図的にこれを利用することによって、債権回収を妨害する恐れが生じる。民法304条1項「払渡又ハ引渡」に債権譲渡があたるのかという問題や、同条但書で物上代位していく際に、「払渡又ハ引渡前」に差押を要求している趣旨はどこにあるのか、という問題を前提に、下級審判例では見解が分かれ、学説においても様々な考えがあげられている。ところが、最高裁第二小法廷判決（平成10・1・30）と最高裁第三小法廷判決（平成10・2・10）は相次いで、包括賃料債権譲渡を肯定する判断を示した。最二小判平10・1・30は、債権譲渡は「払渡又ハ引渡」に含まれないので、債権譲渡が対抗要件具備後でも、第三債務者弁済前ならば、差し押えて物上代位権行使が可能としている。しかし、物上代位権にこのような追及効が認められるか問題となっている。

以上のような問題にたいして、抵当権に基づく強制管理制度の立法や、債権管理回収業に関する特別措置法の「特定債権の管理」行為の拡大による解決が望まれるところである。

## 《商法研究》

取締役責任追及訴訟における  
監査役の職務権限に関する一考察

——監査役の会社・取締役間での訴訟における代表権——

中 田 和 祥

我が国の会社法は企業の社会的責任や、企業の非行防止といった立法政策的目標のもと商法改正が行われている。そして、その方法的基礎として、いわゆる「自主的監視制度」の強化という論理が立法担当者自身によっても標榜され、比較検討がなされてきた。ここで「自主的」とは何かを考えるにあたり、会社の健全性の確保は私的自治によってなされなければならないはずであり、各々の機関の役割分担もこの自主的監視制度を根幹とし、発展してきたといえる。

監査役は本来的に取締役の責任を追及する義務を負う。そして、それが第一次的な要求であることは、株主代表訴訟の提起に際しても、ある例外を除いて株主は監査役に取締役責任追及の途を求めることから理解されるはずである。すなわち、株主の提起する代表訴訟は自主的監視制度としては二次的であるといえるのである。

取締役の会社に対する責任は、本来、会社自体が追及すべきであり、訴えによってこれを追及する場合には、原則として監査役が訴えの提起を決定しかつ会社を代表する。監査役がその遂行の可否に対し、自らの責任の明確さや強力な権限を認識させることで是正機能に期待感を生ぜしめ、監査役がイニシアチブをとって会社の健全性を図ることはできないだろうか。その根拠として訴訟時における監査役の代表権について考察することにした。

ドイツにおいて監査役の職務権限については、会社の業務を監督することを職務とする上位の機関として位置づけられている。監査役の法的地位は、その職務の執行に際しては、通常かつ誠実な営業指揮者の注意を用うべき地

位に立つものと規定されている。

これらの使命が表れとして、我が国にはみられない強大な権限として取締役任免権（株式法84条）を持ち、監査役会が監査機関としての権限を十分発揮できるべき基盤が強固に規定されている。会社の代表権は、我が国の監査役には会社・取締役間の「訴訟」に関してのみ認められているが、ドイツでは会社・取締役間の「行為」について裁判上・裁判外を問わず会社代表が認められている。

アメリカにおける監査機関は、取締役間の相互監査を主とし、株主代表訴訟においては特別訴訟委員会が監査機関として臨時的に設置される。独立性を持った人間が意思決定を下すことは株主代表訴訟に限らず、他の意思決定においてもこの傾向が見られる。

しかし、特別訴訟委員会に代表権が認められているわけではなく、訴訟委員会の意思決定を取締役会の名で表明するのであるから、勧告に留まる。

監査役の会社代表権の中に訴訟提起の決定権も含まれているかという問題について、商法275条ノ4は訴え提起の決定権をも監査役に与える趣旨のものと解されている。本条の規定は、昭和49年の商法改正で、監査役に業務監査権を認めたことと関連し、この種の訴訟については、取締役・会社間の衝突の防止のためにも、監査役が代表するのが適当であるとしたものである。会社の取締役に対する訴えに関しては、訴えの提起することも、訴訟を遂行し、あるいは和解、取り下げなどの権限を行使することもすべて監査役に集中する趣旨のものであり、会社・取締役間の訴訟について監査役が会社を代表する旨と定めた本条前段の規定により監査役の会社代表は、訴えの提起から訴訟の修了に至るまで、すべての訴訟手続きについての会社の代表に及ぶ。その範囲では、代表取締役の会社代表権が及ばないだけでなく、取締役の意思決定権も及ばないとされている。このことは、農業協同組合に関する事例（平成9年12月16日最高裁第三小法廷）であるが確認されているといえよう。この範囲での監査の代表行為は、監査行為というよりは、代替的な経営機関としての行為とみることができる。ここに監査役が経営判断をできるのでは

ないかという仮説が生まれる。法人としての意思決定がこの範囲で監査役に集中するからである。

私は米独両国の折衷的なものとして監査役の代表権行使について（監査機関という性質上）経営判断とはいえないまでも、「経営判断類似行為」といえるのではないだろうか考えるに至った。監査役の代表権は会社・取締役間の訴訟時に限られるため、その意味においては取引行為でない以上、経営判断とはいえない。しかし、監査役の代表権に基づく判断には高度な行為が必要になるとの立場に立つ以上、取締役のなす経営判断と同等の責任が存すると考える。

このように監査役の会社・取締役間での訴訟における代表権は会社の未来予想図に大きな変革をもたらす可能性の存在を確認できる。監査役会がイニシアチブをもって会社の利益を考えることができる監査機関であると確信する。

#### 参考文献

- 西山芳喜 『監査役制度論 代替的機関説の試み』 中央経済社 1996年  
 加藤良三 吉田直 田中裕明 『株式会社法の理論Ⅱ』 中央経済社 1995年  
 鈴木竹雄 山村忠平他 『監査役ハンドブック』 商事法務研究会 1997年  
 田中誠二 『会社法詳論』（上巻） 勁草書房 1993年  
 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫（編）『新注釈会社法』（6） 有斐閣 1997年  
 北沢正啓 『会社法』（第五版） 青林書院 1998年  
 判例時報 1627号 1997年  
 加美和照 「監査役と会社の代表」 商事法務 No. 1118  
 大矢息生 『会社役員の法務常識』 税務経理協会 1995年

#### 《商法研究》

### 株主代表訴訟の性格に関する一考察

——株主権からの考察——

田 中 重 幸

実体法上、株主代表訴訟制度にある制限を加える場合、株主の権利の制限を通じて訴訟の提起それ自体の絞り込みをかけるケースと、株主代表訴訟により追求される取締役の責任を軽減させるケースが考えられるという。本論文は、前者についての考察を行うものである。すなわち、株主代表訴訟は、単独株主権として会社に対する取締役の責任を追及することを認めたものであるが、このような個人株主訴権は、実体法上のいかなる権利を根拠に与えられたものであるのかを考察するものである。

株主代表訴訟が、そもそもイギリス及びアメリカにおけるエクイティ上の産物といえる。エクイティ裁判所では、19世紀以前から信託における受託者と受益者との法関係を、信託に類似したエクイティ上の法律関係に類推適用していたという。このような背景のなか、株主による取締役の責任追及手段としての株主代表訴訟が姿を見せるに至ったのである。そして、そこで責任根拠とされたのは会社と取締役との間の関係ではなく、直接取締役が株主に対して負っている信託義務であったという。株主代表訴訟はその後、特にアメリカにおいて発展したものだが、このような背景には、株主会社組合視観が存在したという。

一方、我が国商法はドイツ法の影響を強く受けており、昭和25年改正商法前は、単独株主権としての株主代表訴訟は認められておらず、営利社團法人として、会社に対する取締役の責任の追及は、あくまで原則として会社（団体）が行うものとしていた。取締役の責任追及について、株式会社を社團としてみる理論構成上は、会社がその権利を行使すべきことが原則とされる。なぜならば、社團法人としての株式会社においては、法人自身が権利義務の

帰属主体となり、原則的に社員間の関係は会社と社員との関係へと変貌を遂げると考えられているからである。

昭和25年改正商法に関して松田二郎博士は、アメリカ法上の株式会社組合視観を我が国商法に導入する必要性を認めていない。すなわち、博士によれば株主の会社に対する債権を肯定せんとする見解は、あくまで株式会社における企業所有と経営の分離から、株主の地位が、利益配当請求権の主体としての金銭債権者のようになったことに基づくものであるとし、その観点から、株主に取締役の会社に対する責任追及のための訴権を認めようとするのである。これに対して鈴木竹雄博士は、社団か組合かの区別を形式的側面と実質的側面に分けた上で、同改正商法については、個々の株主の地位を強化し、株主の地位をそれだけ実質的な組合における成員の地位に近づけたものということができる理解する。

いずれの立場に立っても、会社の請求権を一株主が行使することは、なにも社団性のみからは否定されるものではないということになるが、いずれの立場から株主代表訴訟を理解すべきであろうか。現在アメリカでは、株主代表訴訟について、「代表訴訟」(Representative Suit)又は「代位訴訟」ないし「派生訴訟」(Derivative Suit)という二つの言葉が使用されており、一般的には全株主を代表する訴訟という一面と会社に代位して提起する訴訟という二面性をもつものと理解されている。そして、このような二面性を前提に、アメリカの学説及び判例理論では、株主代表訴訟を二重構造的に説明するものが多い。すなわち、その訴訟は、会社の有する訴権と、会社がその権利を行使しない義務違反につき株主が会社に対して有する訴権とを同時に行使する二重の性格(dual nature)を有する手段であるというような理解である。この二重構造と信託法理の関係について、池田辰夫教授は、本来会社の権利は、会社が行使すべきであるが、取締役が株主の提訴要求にも拘わらず、不当に提訴を拒絶すれば、彼は信託義務に違反するとしたうえで、株主→(提訴要求)→会社→(不当拒絶=信託義務違反)→株主=株主訴権、という図式化を試みる。アメリカの学説でもこのような理解がなされており、その理

論的根拠については、今日でも信託法理に基づく取締役と株主の間の信託関係に求められている。

我が国では株主代表訴訟提起権は、実体法上の株主の権利として規定される。この株主の権利に関しては、我が国にはドイツから継受した社員権論が存在する。これによれば、株主の会社に対する管理は自益権と共益権からなり、通説では、このような株主権を社員の会社に対する法律上の地位として理解する。そして、一般に株主代表訴訟提起権はこのうちの共益権を根拠として説明されるのである(中略)。

また、共益権のうち監督是正権としての株主代表訴訟提起権は、株式会社の機関の権限分配という観点からも一定の制限を受けるべきこととなる。

つまり、取締役の保護という側面に偏りながらこの制度に制限を課すのではなく、株主の健全な権利行使を担保に、この制度の実効性を保証することこそが、その防衛対策として会社の経営者に遵法精神を養わせ、もって経営と法律の一体化と企業倫理の確立に役立つことになる考える。

## 株主代表訴訟に関する一考察

大津留 尚 子

平成5年の商法改正により、株主代表訴訟の提訴手数料が一律8,200円となり、勝訴株主に対する費用償還請求権の拡大がおこなわれた。代表訴訟提起の事実上の障壁といわれた提訴手数料が大幅に引き下げられたことにより濫訴の懸念が強まったが、実際に株主代表訴訟が頻繁に提起されるようになるかについては、懐疑的な見方もあった。しかし、当該商法改正後に株主代表訴訟件数は増加の一途をたどり、平成7年3月に通商産業省の諮問機関である「企業法制に関する研究会」によって行われた「企業法制に関するアンケート」は、株主代表訴訟が現代の企業経営者に、「会社は誰のものか」あるいは「会社は誰のために経営されるべきか」という古典的な問題を投げかけたことを如実にあらわした。さらに、最近では経済界ないし学界から、取締役の責任のあり方さらに株主代表訴訟制度そのものを見直そうとする動きがある。取締役の負う責任を何らかの方策で軽減しようとする傾向もみられる。

ここに、二つの命題を見出すことができる。

第一に、株主代表訴訟が企業経営者にとって脅威となっている要因の一つとして、当該訴訟によって追及し得る取締役の責任が明確でないことが挙げられないかという問題である。何故なら、商法は取締役の責任について、192条、266条、280条ノ13、280条ノ13ノ2において規定しているものの、株主代表訴訟を規定する267条では単に「取締役の責任」と規定するにとどまっているからである。

第二に、株主代表訴訟制度は本来、その沿革から明らかなように、会社経営の監督是正機能をもつ有効な法制度として評価され得るものである。従っ

て、当該制度の改正論は慎重に議論されるべきではないかという問題である。特に、我が国の商法が昭和25年以来、取締役の責任を厳格にする方向で改正を重ねてきたことを考慮すれば、昨今の株主代表訴訟で問われている取締役の責任が一過性の性質のものであるのか、あるいは普遍的な性質のものであるのかを検討すること無くして、安易に制度の緩和をはかるのは疑問であるといわざるをえない。

本論文では、このような問題意識を持ちながら前者の問題に重点をおき、これまでに集積された裁判例、すなわち別冊商事法務175号『株主代表訴訟事例集』、別冊商事法務196号『株主代表訴訟事例集②』に挙げられた判例全65件をもとに、判例を整理・類型化することにより、裁判実務において取締役の責任がどのように審査・判断されているのかを分析した。

論文の構成は、次の順序で行った。まず、株主代表訴訟制度の沿革をたどり、その歴史的な背景・今日的意義を概観した。つぎに我が国において、学説上は何が問題となっているのか、実際の株主代表訴訟においては主に何が争点となっているのかを概観した。ここで得られた、株主代表訴訟において最も多い請求原因は「取締役の経営判断に関する善管注意義務違反」と「監視義務違反に関する善管注意義務違反」を商法266条1項5号の定める「法令違反」とするものであるとの集計結果に基づき、さらに裁判例10件において両義務違反がどのように審査・判断されているのかを分析し、企業経営・法務監理における予測可能性のためのファクターを結論として考察した。

本論において、裁判所の両義務違反に関する判断を整理・分析したところ、以下に示すように、両義務違反は、異なった要件で、さらに異なった段階で審査・判断されていることが推認された。

まず、裁判実務において、取締役の責任とくに商法266条1項5号による責任について、裁判所は以下に示すような三段階のプロセスを経て審査しているように思われた。

裁判所は、第一段階として、原告の主張に基づき違法行為の有無、反社会性の強弱を審査し、損害額を算定する。次に、第二段階として、責任を免

責あるいは減免する事由の有無が審査・判断される。ここで、267条が損害の発生を前提条件としていることに鑑み、責任を免責されることもありうる。最後に、第三段階として、経営判断が適切であったか否か、経営判断が適切であったとする相当な理由の有無が審査され、任務倦怠・監視監督義務違反の有無が判断される。さらに、因果関係を審査し、損益相殺が可能であるか否かが判断される。

「経営判断に関する善管注意義務違反」と「監視義務違反に関する善管注意義務違反」はそれぞれ別の段階において別の判断基準を用いて審査されるのではないかと仮説に至った。すなわち、前者と後者は、それぞれ前述の第一段階と第三段階において判断されているようである。

さて、「経営判断に関する善管注意義務違反」と「監視義務違反に関する善管注意義務違反」の具体的な審査方法であるが、以下の推論を得た。すなわち、「経営判断に関する善管注意義務違反」の審査過程においては、違法行為の有無、反社会性の強弱が重要なファクターになると判例分析により導いた。同様にして、「監視義務違反に関する善管注意義務違反」の具体的な審査過程においては、不法行為の知悉の有無、不法行為への対処、会社の規模が重要なファクターになるとの推論を得た。

以上、何らかの切り口で、株主代表訴訟の実体法的側面を分析するという当初の目的を追う余り、株主代表訴訟制度、商法の定める取締役の責任の具体的な理念との整合性を検証することができなかった。実際の企業経営において求められている課題、すなわち日々の決裁においてどのような解決策をとるのか、株主代表訴訟を事前に予防するにはどのような対策が必要なのか、さらなる研究を期したい。

## 《商法研究》

# 法令違反による取締役の責任と 株主代表訴訟に関する一考察

野 津 浩

## 1 序論

株式代表訴訟とは、株主が取締役の会社に対する責任を会社に代わって追及する訴訟である。わが国では、昭和25年商法改正において、アメリカの制度を参考にして株式代表訴訟制度を導入した。取締役が刑法・証券取引法・独占禁止法等に違反し、株式代表訴訟を提起されたとき、取締役が会社に対して損害賠償責任を負わなければならないとすれば、その要件はどのようなものであるべきか。

本論文では、刑法・証券取引法・独占禁止法等の具体的法令は商法266条1項5号の「法令」に該当するかという論点を検討することを目的とする。この点を探り上げる理由は、この「法令」の意義の解釈の仕方、法令違反に基づく取締役の会社に対する損害賠償責任の根拠付けの仕方いかんによっては、本来損害賠償責任を負うべきであると考えられる取締役がその責任を負わない場合生じるなど、株式代表訴訟の存在意義を著しく減殺させる可能性があるのではないかと考えたからである。

## 2 本論

従来は、商法266条1項5号の「法令」（以下、単に「法令」という。）とは、商法210条等の具体的な規定のみならず、それに加え善管注意義務、忠实義務という一般的義務規定をも含むのか否かというのが議論的であり、通説はこれを肯定していた（全法令包含説）。従来の議論における全法令包含説、つまり取締役の一般的義務規定が「法令」に含まれるということを前

提とし、さらにわが国におけるありとあらゆる法令までも含まれるのかというのが今日の新しい論点である。

「法令」を限定する見解は近藤光男教授、森本滋教授、伊勢田道仁助教授らによって主張される。どのような法令が「法令」に該当するかについては、「法令」限定説の論者の間でも若干の見解の相違がみられるが、「法令」に該当しないとされた法令に違反した場合に、取締役が損害賠償責任を負うか否かは、当該法令違反が会社との関係で善管注意義務に違反するかどうかによって考えられておられる。

以上のような「法令」限定説に対し、「法令」には現行法の全法令を意味すると解する立場から、吉原和志教授、上村達男教授、吉本健一教授らによって反論がなされている。

両説を比較検討するについては、①当該事件で問題となっている法令が「法令」に該当するかどうかの判断を行う際に問題となる点はないか。②両説がそれぞれ実務に与える影響はどのようなものであるか③取締役の会社に対する責任が認められる範囲（これはあくまでも責任原因の広狭によって変わってくる範囲の問題である）について、どちらの説を採用するかによって、いかなる違いが生じるのか。④「法令」を限定しない帰結として、取締役にあって酷であると思われるような場合にまで、その責任を追及することになるのかどうか、という点に焦点をあてる。

日興証券損失補填事件判決（東京地判平成9年3月13日）、野村証券損失補填②事件第一審判決（東京地判平成10年5月14日）では、「法令」を限定せず、取締役の責任要件として故意・過失を要求しており、取締役の責任制度の現実的な運用であると評価できよう。

野村証券損失補填①事件控訴審判決（東京高裁平成7年9月26日）は、「法令」を限定する解釈をとっている。この法令は、「法令」限定説を採用し、独占禁止法19条は「法令」に該当しないと解し、同法19条違反の行為が、取締役の善管注意義務、忠実義務に違反するか否かが検討されなければならないとする。これについては損失補填の行為時に、当該行為が独占禁止法19条

に違反するという認識が可能であったか否かという点が、「法令」限定説では、善管注意義務違反の有無の観点から考慮され、一方、新しい全法令包含説では、過失の有無の観点から考慮されることになるのであって、両者の判断は重なり合うのではないか、という新しい全法令包含説の立場からの反論がある。

また、本判決は、取締役の善管注意義務違反、忠実義務違反を否定すると結論づけているが、独占禁止法19条違反であると評価される損失補填行為も経営の裁量の範囲内の行為として保護される、というように読めるのではないか。そうだとすれば賛成しがたく、問題が残るところである。

### 3 結論

①「法令」には現行法の全ての法令が含まれると解すべきこと、②あらゆる法令に違反することは即不履行要件としての善管注意義務に違反すると構成し、③その上で同号の責任要件としては故意又は違法性の認識についての過失を要するとし、当該法令を遵守しえなかったことにつきやむを得ない事情が存在する場合には、取締役に帰責性がないことを立証させることで責任を免れることができるとすることが本論文の結論である。

## 新株発行不存在確認の訴えについての一考察

中 根 茂

### I 問題提起

新株発行不存在確認の訴え（以下不存在確認の訴えという）は、認められるであろうか。この様な発想は、新株発行無効の訴えには、新株発行の無効原因を限定する規定はないが、発行が既に効力を生じている場合にも、それを無効とすると、新株主や第三者に不測の損害を与える恐れがあり、取引の安全の見地からはなるべく無効原因を少なくする解釈が生まれ、加えて原告適格や出訴期間（6ヶ月）の制限、一旦期間が経過した後は、たとえ新株発行が不存在とみられる場合にも新株発行無効の訴えを提起できず、一切の救済の路が断たれることをおそれることから生ずる。最高裁（平成9年1月28日第三小法廷（民集51巻第1号40頁）は微妙な表現をしているがこの可能性を容認したものと考ええる。

### II 新株発行の不存在の意味

(1) 新株発行の不存在（不成立）と無効 法律行為の構成を理論的にみれば、法律効果を伴わない法律行為はただ不存在であるに過ぎない。しかし、無効と不存在（不成立）の区別は存在しない（例外、停止条件附法律行為及び期限附法律行為）。ただし、経験的な社会生活において、法律行為が法律要件として完全にその法律効果を生ぜしめるに至らない前でも、それが一応法律行為としての外形的な存在を有する場合には、これを法律行為として取扱い、法律行為が法律要件として必要な全ての要件を満して法律効果を生ぜしめているか否かという判断をなす場合もありうる。つまり、法律上の取扱

いにおいても、一応法律行為としての外形的な存在が認められる場合、そこに法律行為の成立を認め、これを法律行為の不存在（不成立）とは区別して取り扱う意義が生まれる。有効・無効は法律行為の成立を前提とし、不成立（不存在）なものについては有効・無効は、はじめから問題とならない。このように、不成立（不存在）と無効とは区別されるものであるから、新株発行の不存在とは、法律行為としての新株発行そのものが不存在（不成立）であることを意味する。

(2) 新株発行不存在の認定基準 東京高裁昭和61年8月21日判決は、単に物理的な存否の判断に止まらず、一つの法的判断の側面を有するとして、高く評価できる。即ち、新株発行の不存在とは、新株発行の手続を全く欠いて、単に新株発行の変更登記のみがある場合のように、物理的な事実として新株発行の実体が認められない場合のほか、新株発行無効の訴えの提訴期間などの条件に制約されない訴えを許容すべき程度の手続きに著しい瑕疵がある場合と考える。それは、新株発行の不存在を認むべき手続上の瑕疵とは、新株発行無効の訴えの無効原因における瑕疵よりも大きな瑕疵を前提とすること、又、新株発行の不存在の判断基準として、決議の瑕疵の主張に設けている制約を排除するのが妥当かどうかという目的論的な判断が必要であると考ええる。

### III 不存在確認の訴えの法的性質

(1) 訴訟物について 判例（前述、平成9年1月28日）は、それを新株発行無効の訴え（280条ノ15）に準じて認められる会社法上の特殊な訴えとする。訴訟物一元論は、不存在確認の訴えは、新株発行無効の訴えの一種であり、いずれの訴えも、「新株発行の効力否定宣言」を目的とする一つの訴訟であるとする訴訟物観である。思うに、判例は、決議不存在確認の訴え（昭和56年の商法改正で規定、252条）を、決議無効の訴え（252条）に対比させた訴訟として位置づけ、この考え方を不存在確認の訴えの場合にも適用している。しかし、不存在確認の訴えは、新株発行の実体的手続が欠如している場合で

あること、又、瑕疵として無効原因以上のものであることを考え合わせると、無効原因とは、別個に取扱うべきであると考ええる。従って、判例の見解には賛成できない。次に、訴訟物一元論は、各訴えを別個のものと取扱う実際上の不便、とりわけ訴の種類の選択を間違っただけの場合の原告の不利益が避けられるという利点をもつ。しかし、訴訟物一元論は、形成訴訟たる新株発行無効の訴えと確認訴訟たる新株発行無効の訴えと確認訴訟たる不存在確認の訴えを一元化できるかという疑問に答えない。以下問題点のみを掲げる。

- (2) 既判力と対世効の関係について
- (3) 審判の対象・確認の利益について
- (4) 当事者適格について

#### IV 証明責任

不存在確認の訴えは、新株発行に関する消極的確認訴訟である。原告株主の主張である「会社が主張する新株発行が不存在であること」は、訴訟物を特定するための請求原因として主張すべきであるが、これは、請求を根拠あらしめる請求原因事実ではない。ゆえに攻撃方法としての請求原因である一定の事実主張というものが無い。他方、被告会社が、何時の取締役会の決議に基づき新株何株を発行したかということは、抗弁である。この抗弁は訴訟物である権利の発生原因事実であり、被告にその主張・立証責任がある。従って、不存在確認の訴えは、被告の側（会社）に、何時の取締役会の決議に基づき新株何株を発行したこと、即ち、新株発行が存在することについて証明責任がある。

#### V まとめ

判例は、不存在確認の訴えを認めることによって提訴期間で遮断される原告の利益を配慮しようとしているように思われる。しかし、不存在確認の訴えの要件・効果等は未だ不明確な部分が多い。叙上の私論を踏えて、立法的解決を望みたい。

#### 《会社法研究》

### 法人株主の議決権と影響力

——その議決権行使と企業統治的機能について——

藤 田 創

#### 序章

わが国において顕著な法人株主の存在については、株式会社法制度がそのような法形態を本来予定したものではないこと、さらに株式の安定保有ならびに相互保有を伴うことでその（独禁法上の）弊害をも指摘され、従来色々な面から問題視されてきたところである。また法人株主の無機能化が会社経営延いてはコーポレート・ガバナンスの無機能化を招くことも指摘されてきた。

しかし、経営安定機能としてのそのすべてを消去させてしまうのは得策ではないし、その独禁法との関係で最低限維持され得る部分はないかと考え、現状を肯定しつつ何等かの長所を抽出し、非難される短所をできる限り補正することをもって、法人株主の機能とすることができないかを検討することとした。

第一章 法人株主に関する歴史的考察では、わが国における法人株主の発達、すなわちその増加と、安定保有さらに相互保有へとの特殊形態化を、歴史的な背景と法改正とともに辿ってみたものである。

第二章 法人株主の議決権では、法人株主の議決権行使を、意思決定過程とその行使過程との二つ分解し、個別に適正化を図ろうと考えた。

また、発行会社側が行う株主の代理人資格の限定についても、適正な意思を伴った株主総会参加に対するものまで排除されるべきではないことを検証

する。

第三章 法人株主の議決権行使における問題点で、本章はまず、法人株主が議決権を行使した結果、不当な決議が成立するような場合、その瑕疵は取消し得べき決議として事後的に争うべきであり、議決権の濫用を理由として事前に議決権を排除すべきではないことを、商法改正の経緯ないし趣旨にもとづいて原則とすることを提言する。

そして次に、そのような瑕疵ある決議が採択され、法人株主を特別利害関係人と捉えられる場合であれば、その決議の是正として特別利害関係人の議決権行使を問題とすればよい。それは個々の取締役（たる株主）の責任の問題につながる。

第四章 法人株主の役割は、本論文の中心部分である。まず、法人株主が従来から期待され、また機能してきた役割を、他の株主にはない特殊な役割として捉え、肯定・具体的に検討していく。

さらに、法人株主にコーポレート・ガバナンスの一翼をも荷うべきことを要請し、経営に対する包括的な機能として評価および安定化という統治機能を論ずる。

換言すれば、法人株主というわが国の実態が示す大株主が、株式会社制度の中で必要最低限維持されていくためには、その存在を統治機能をもって会社経営の健全化に奉仕するという使命が要請される。それを果たすことにより、自らを制度内に融合させることが可能となる。

第五章 若干の立法論では、株式数で圧倒する法人株主という実態に、第四章においては弊害を克服し得る統治機能を使命とすることを要請するのであるが、それが理念で終始してしまうのであれば、必然的に法人株主に対する何らかの規制が逆に強く求められることとなる。本章はその意味で、法人株主の弊害への最終的な対処としての立法論を論じた。

## 終章

株式会社制度に帰属すべき企業統治の仕組みとして、既存の会社機関構成そのものが唯一絶対のものではなく、個々の健全性が確保できるのであれば、多種多様な仕組みがあってもおかしくはない。既存の個々の会社機関構成に組織的疲弊が生じたことがコーポレート・ガバナンスの再編成を促す議論をもたらすからである。その意味で統治機能を併せ持つ法人株主との組織的共存もまた、長期的な企業統治の一手段となり得ることを最終に論じてみた。持株会社規制の緩和で、多数の法人株主が出現する現在、内容のある法人株主規制がいっそう必要になると考えるからである。

## 監査役監査機能の活性化をめぐる諸問題

——その独立性の確保を中心として——

安 村 雅 己

我国の近時の一連の会社不祥事に鑑み、企業経営者による違法・不当な業務執行行為を防止・監視する会社機関の無機能化が叫ばれて久しい。その中でも監査役の独立性への疑念は大きい。そこで、コーポレート・ガバナンスにおける監査役（会）監査を中心とした経営者の監視の実効性をもたせるために監査役制度の歴史的経緯、比較法の見地からの検討、監査役監査についての諸判例の総合的検討、さらに監査役制度の新たな機能ないし役割の検討を通じて、監査役（会）監査のあるべき理想を考察する。とくに立法史の上からは比較法的検討が意味あるものとする。それは、多様な利害関係者（以下、ステーク・ホルダーとする）の利益調整が各国でかなり異なり、それがどのようになされたかその跡をたどることが問題の解決に役立つ。とくに、大規模公開会社を前提にした議論を本稿では、展開する。

監査役制度の起源は1602年に設立されたオランダ東インド会社に求められるが、その趣旨は取締役による専制的経営の監督にあるとされる（そこには、コーポレート・ガバナンスの端緒と位置付けうるものが存在する）。

日本の監査役制度も会社不祥事に応じて業務執行を監督・監視する権限を中心として幾多の変遷をとげてきた。今日の監査役制度は、監査役の独立性・客観性を確保するための身分上の規定（商276条、商特法18条1項）と権限に関する規定（商274条、商特法18条ノ2,3）を中心として規制される。

主として会社不祥事への対応を図るため幾多の変遷を重ねてきた外国の経営機構に関する法制度に目を転ずる。

1 アメリカの監督機関は監査役（会）をもたず取締役会に執行と監督機能を担わせるワンボードシステムであるが、監督機能の強化を図るため社外取

締役制度と委員会制度と執行役員制度を取り入れている（執行役員と取締役の兼任は完全には排除されていない）。

2 ドイツでは業務執行は取締役に担わせるものの、監査役会がその選任・解任権限とともに業務執行の監督・監査権限を有するというツーボードシステムであり、監査役と取締役の兼任は厳格に禁止されている。

3 イギリスは業務執行を担う取締役（会）と主として会計監査を担う会計監査役とに分かれるが、疑問の多い執行役員制度を取り入れてはいない。より適切なコーポレート・ガバナンスを達成するためのキャドベリー、グリーンベリー、ハンベルといった経済界、証券取引所、会計士といった構成員からなる各委員会により一連の報告書が公表されている。それは、上場会社に対し主として監査制度についての信頼ギャップの解消といった観点からの提言が多い。

本稿がイギリスを中心にとりあげたのは、監督を担う取締役会の自己監督といった弊害（日本は、取締役会、監査役会双方につきそういえる）を抱えるとともに、会社法において日本の監査役（会）とほぼ同様な権限（イギリスの監査役は、原則として会計監査に限定される）を有する近似性からである。

4 比較 そこで、監査を担当する者の独立性に関してはアメリカ、イギリス型のように情報提供を重視するか、ドイツのように監査の客観性を確保することを先行させ、その独立性を重視するかが問題となる。

ステーク・ホルダーが監査を信頼するためには自己監査の弊害を排除し、監査役（会）監査を客観性を確保することにより監査の実効性が高まることから、監査役の独立性を重視すべきことを学ばねばなるまい。

監査役の独立性に関する兼任監査役の諸問題（横滑り監査役、監査役と訴訟代理人との兼任等）については監査役の独立性を厳格に解する立場とそうでない立場とに学説は分かれるが、わが国の判例も後者の立場に立つ。しかし、監査の信頼性を確保するには前者の立場が妥当である。この立場は特に監査人のいわゆる外観的独立性の確保を重視することにより監査制度への信頼性に確保することにある。自説は前者の立場に立ち、コーポレート・ガバ

ナンスにおける監査役（会）監査株主をはじめとしたステーク・ホルダーの監査への信頼性を増すことこそ監査への期待に応える第一歩であると考ええる。

監査役制度の新たな機能ないし役割は、社外監査役の導入により株主のための監査という性格とともに、株主の利益を越えた社会的存在としての会社を前提に社外監査役の大局的・社会的視点から経営の姿勢を是正するという意味では社会的・公的監査の性質を併せもつものと考えられる。特にコーポレート・ガバナンスを会社は誰のものか、企業の社会的責任という観点から企業経営の適法性・健全性を確保するものと捉えるのなら株主以外のステーク・ホルダーの利益を考慮することの必要性が増す。

5 結語（提言） 上述の議論を通じて監査役（会）監査を機能化するために、制度をいわゆるアメリカ型、ドイツ型に帰着させる以前に、それをより機能化させるために以下の方策を提言する。① 監査役の立場を強化するため、株主総会への監査役候補者の提案権を認めるべきであり、監査役の解任・辞任に関して株主総会で当該監査役の意見を述べさせるか、文書で開示することが役立つであろう。② さらに、社外監査役の要件を経済的独立性を確保するために非常勤とすること、身分上の独立性につき完全社外者、親会社・関連会社や会社と継続的利害関係を有する顧問弁護士・顧問会計士などを排除することも考えられる。③ 監査役会の構成比はステークホルダーへの配慮を前提とし、適切な監査を果たさせるため社外監査役を過半数とすべきである。④ 監査能力の問題は特に社外監査役につき一定の専門能力の資格を前提とした監査役の要件（イギリスの会計監査役を参照）を設けることが考えられよう。この場合留意すべきは社外監査役と社内監査役の責任問題（区分）の解決である。これを前提として、社内監査役につき解釈上認められる監査役の権限を少なくとも消極的・予防的な妥当性監査に拡大すべきである。

## 《犯罪学研究》

### 非行の予防

——早期発見と一般社会の役割——

鈴木 美 希

今日、少年による凶悪犯罪の増加と低年齢化が問題とされるようになり、それに伴って、現行少年法の改正が言われるようになった。しかし、このような問題に対して、法律の改正が直接の解決になるとは必ずしもいえない。大切なのは私たち一人一人が少年の健全育成のためになにができるかを考えることである。

少年法とは元々、少年の健全育成のためにある。本来少年は、親による保護のもとで健全に育成されるべきである。しかし、親による保護が妥当でないことによって罪を犯したり、将来罪を犯すおそれのある少年には国の保護が及ぶ。これが少年法の理念である「国親思想」といわれるものである。よって、少年の非行を防止するためには、親による保護がきちんとされている必要があるのである。

また、少年の非行の傾向をみると、犯罪や法に触れる行為をなすに至るまでには、多くの場合、不良行為といわれる軽い規則違反が見られることがある。これは不良行為をした少年の全てが、非行に走るというものではないが、非行防止という方面から見たとき、何らかの対策を立てる基準になるものだと考えられる。特に非行の早期発見を重視するならば、不良行為少年は非行少年の初期段階として注意する必要がある。要するに、少年による不良行為を正すことが非行防止のための対策方法の一つになると思われる。

しかし、少年法において対象とされているものは、犯罪少年・触法少年・虞犯少年という非行少年である。犯罪少年とは14歳以上の犯罪を犯した少年であり、触法少年とは14歳以下の法に触れる行為をした少年のことである。虞犯少年とは将来罪を犯し、又は法に触れる行為をするおそれのある少年で

ある。これに対し、不良行為少年とは、非行少年には該当しないが、飲酒・喫煙・喧嘩・その他自己又は他人の特性を害するおそれのある行為をしている少年である。このように不良行為は非行に含まれないのであるから、国が積極的に不良行為少年を発見・矯正することはできない。また、少年の人権を考慮すれば、不良行為少年に対して国が介入することは難しい。なぜなら、国が介入することは、強制的手段をも伴うからである。よって、不良行為少年の発見と矯正には、非公式的手段が必要となるのである。

また、不良行為の発見のためには、非行とされる行為と不良とされる行為をはっきりさせる必要がある。非行少年のうち、真犯少年と不良行為少年とは、その行為に大きな差がないため、特に注意しなければならない。この二つの少年を区別するためには、行為の内側にある「将来、犯罪の法に触れる行為をするという強い蓋然性」と「それを防止するに足る保護の有無」を考慮しなければならない。将来、犯罪を犯す強い蓋然性があり、それを阻止する正当な保護が行われていない少年は真犯少年として少年法の対象とされる。

そして、少年法の対象とされている非行少年に対する発見活動は、捜査機関（警察官・検察官）、児童福祉機関（児童相談所長・都道府県知事）、一般人、家庭裁判所調査官など、公的機関及び一般人がその責務を負っている。しかし、不良行為少年については非公式的に行われる必要があるため、少年警察や学校のPTA指導活動によって発見される。発見された不良行為少年は、多くの場合は補導時の注意・助言のみで終わる。

このように、不良行為少年に対して特定の指導方法というものはない。これは不良行為をした少年の自浄作用を期待したものである。しかし、不良行為のタイプによって自浄作用の期待できないものもある。例えば薬物乱用タイプは依存症や後遺症もあり自浄作用の効果があまり期待できないと思われる。さらに、頻回不良行為少年の場合、非行に走る少年の割合も高くなる。よって不良行為少年の補導のとき、薬物乱用タイプの不良行為少年と頻回不良行為少年は注意助言では効果があまり期待できないのである。

また、少年の不良行為は家庭内、学校内、一般社会内のどの部分で起こる

かわからない。仮に、学校内で起こった不良行為の原因が、学校生活の中に存在するとは言い切れない。よって保護者、学校、警察の連携が必要となる。

そして、その指導についても、保護者、学校、警察の連携で行うべきである。犯罪白書平成10年版によると、多くの少年は父母や友達・仲間に注意されたら言うことを聞くということがわかった。これは非行行為や不良行為が軽ければ軽いほど、そういう傾向にあることも示すデータである。このことから、不良行為少年の発言後の対処について、発見者と少年の間で行われるよりも、保護者や友達・仲間を巻き込んで指導する方が、より効果的であると考えられる。

このように、少年非行の予防には、非行の早期発見として不良行為少年に注目すべきである。そして、不良行為少年に対して一般社会（大人）が権威を持って積極的に関わっていかなければならないのではないだろうか。