

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第3号 2007年1月



## 目次

### 【論説】

- 対向的取引と特別背任罪の共犯 ..... 5  
上田正和
- 米国のリースの歴史と会計問題 ..... 27  
石井 明
- 事業提携に対する競争法の評価について ..... 61  
隅田浩司

### 【法学教育実践報告】

特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

- 新たな法学教育モデルの黎明 ..... 81  
萩原 猛
- オールデイ法律相談クリニックと  
民事クリニックにおける実践と展望 ..... 87  
櫻井光政
- ロースクールにおける刑事クリニックへの提言 ..... 105  
— 学外刑事クリニック実施の経験から —  
丸山輝久

●「刑事クリニック教育」を考える — 学内刑事クリニックの経験から —	..... 127	萩原 猛
●情報公開クリニックの実践と展望	..... 155	近藤卓史
●クリニック資料	..... 167	
●エクスターンシップの実践と展望	..... 177	山口健一
【判例研究】		
●目的不動産の占有移転を伴わない買戻特約付 売買契約の法的性質	..... 227	田中 宏

# 対向的取引と特別背任罪の共犯

上田正和

---

1	はじめに	6
2	最近の最高裁判例	7
(1)	最決平成15年2月18日(刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)	7
(2)	最判平成16年9月10日(刑集58巻6号524頁。北國銀行事件)	9
(3)	最決平成17年10月7日(刑集59巻8号1108頁。イトマン事件)	12
(4)	3判例から読み取れること	13
3	共同正犯を限定するアプローチ	14
4	若干の私見	15
(1)	共犯処罰の限定	15
(2)	類似事案との比較	17
(3)	経済犯罪としての特別背任罪	19
(4)	その他の問題	20
5	おわりに	22

---

## 1 はじめに

資本主義者社会においては、経済的利益の追求は極めて合理的な行動であって、「営利」社団法人である会社<sup>(1)</sup>においてはむしろ本質的要素でもある。従って、会社の構成員(株式会社においては株主)から会社経営を委託された者(典型的には取締役)は、自社の利益を出来るだけ多く獲得して構成員(株主)に配当という形で利益を還元することを目指さなければならず、それは(それほど単純ではないプロセスを経て)株価の上昇という形で企業価値の向上にもつながる。つまり、会社経営を任された者は、自社の利益獲得のために最善を尽くすものであるが、取引における交渉ないし駆引きに伴う当然の現象として、相手方当事者の利益に配慮を行うことは予定されていない。むしろ、逆に相手方に多少の犠牲を強いてでも、自社に有利な経済的取引を行い利益を獲得することが期待されている。

このような期待に沿った行為が、往々にして、相手方株式会社の担当取締役が会社の利益よりも自己もしくは第三者の利益を優先させ、または会社に損害を与えようとして行う放漫経営を招来し、相手方株式会社の取締役の特別背任行為に加担する、という事態は容易に想像できる。

バブル経済の崩壊の後、会社経営の杜撰さが露見し、放漫経営を行ってきた取締役が、民事上の責任追及のみならず、特別背任罪という形で刑事責任を追及される事案が少なからず登場しているが(しかも、損失額が巨額であることが特徴である)、刑法解釈論上の議論としては、当該会社の取引相手(の担当者)について、特別背任行為に加担した(積極的に関わった)として、共同正犯その他の共犯の成立を認めてよいのか、という問題がやや注目を浴びている<sup>(2)</sup>。

本稿は、特別背任行為の当事会社の取引相手(対向的取引相手)についての特別背任罪の共犯の成否とその限界、という問題について、最近の3件の最高裁判例の事案を改めて確認した上で、経済犯罪としての特別背任罪の性格を踏まえながら、若干の検討を行おうというものである。

あらかじめ私の考え(というよりも現時点での大まかな方向性)を簡単に述べると、取引相手についての共犯の成立は限定的に考えられるべきであるが、当該の特別背任行為の当事会社の属性(社会における役割ないし公共性)、取引行為の内容や質(取引相手の関与の動機や具体的な行為態様その他の諸要素)、取引行為が行われた時点での社会状況や国民意識その他の諸事情等によって、処罰の限界は多少流動的とならざるを得ない(従って、明快な線引きや処罰の基準の定立は困難ないし不可能)、というものである。そして、共犯処罰の是非を考えるに際しては、財産犯である刑法上の背任罪

に対して、会社法(従来は商法)に規定された特別背任罪は多少異なる性格ないし役割を有していることが考慮されるべきであると思われる。

## 2 最近の最高裁判例

本稿のテーマに関しては、これまでいくつかの判例(裁判例)が積み重ねられてきたが<sup>3)</sup>、ここでは、最近の3件の注目すべき最高裁判例について、どのような事案であったのかを含めて、改めてその内容を確認しておきたい。

### (1) 最決平成15年2月18日(刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)<sup>4)</sup>

本件は、破綻した住宅金融専門会社である日本ハウジングローン社の代表取締役らが取引先の不動産会社に対して不正融資を行ったという典型的な特別背任事件において、取引相手の不動産会社の代表取締役であった被告人について、特別背任罪の共同正犯の成立が問題になった事案である<sup>5)</sup>。

本件の概要は、不動産会社が数年にわたって運転資金不足のため日本ハウジングローン社から継続して融資を受けることによって何とか急場を凌いでいたものの、バブル経済の崩壊による売上げの減少や金利負担の増大等で担保割れを起していたにもかかわらず、運転資金の融資が継続され、平成3年4月時点での融資残高は270億円にも達していたが、その後も、実質無担保状態であるにもかかわらず、融資の突出を避けるために関連会社を経由する迂回融資の方法を用いることによって、平成3年8月から同年11月にかけて4回の融資(合計18億7000万円)がなされた、というものである。

原判決及びそれが是認する第1審判決の認定する事実関係は次のとおりである。取引当事者に関する諸事情や、どのような経緯で不正融資が行われるに至ったのかがよく分かる。

「(1) 被告人は、C証券株式会社審査部長等を経て、昭和57年12月に、株式の店頭公開の準備を進めるため、不動産の売買、賃貸、仲介等を目的とするA株式会社(以下「A社」という。)に出向し、取締役、代表取締役副社長を経て、平成2年11月に辞任したDの後を受けて、同社の代表取締役社長に就任し、同社の創業者で実質的経営者であり同社の発行済株式の過半数を所有するDの指示の下に、同社の業務を統括していたものである。

(2) A社は、住宅金融専門会社であるB株式会社(以下「B社」という。)から、事業用・販売用不動産の取得費用等として、多額の借入れをしていたものであるが、昭和62年12月以降、毎月のように運転資金の不足を来し、その都度B社からの融資により

急場をしのいでいた。

(3) その後、バブル経済の崩壊によりA社の売上げが激減し、その資金繰りが悪化する一方で金利負担が増大するにつれ、B社からA社に対する運転資金の融資が担保割れを起こしたが、B社は、代表取締役社長Eの指示により、なおもA社に対する運転資金の融資を継続し、平成3年4月の時点で同社に対する融資金の残高は約270億円に達した。B社は、同月以降も、実質無担保状態に陥ったA社に対する融資を継続したが、同社に対する融資が対外的に突出するのを避けるため、被告人の協力を得て書類を整えた上、B社の関連会社やA社の子会社を経由する迂回融資の方法を採った。

(4) A社は、平成3年8月には、B社以外の金融機関からの融資が受けられなくなり、B社からの融資がなければ倒産に追い込まれる危機的状態に陥った。しかし、EらB社の融資担当者は、同社の貸出規定等の定めを遵守し、貸付金の回収に万全の措置を講ずるなど、同社のために職務を誠実に実行すべき任務に背き、同月から同年11月までの間、4回にわたり、上記の迂回融資の方法により、合計18億7000万円をA社に貸し付けた(以下「本件融資」という。)。Eらは、A社に対する上記融資が焦げ付く可能性が高いことを十分認識していたが、これに応じないと、A社がたちまち倒産し、巨額の融資金が回収不能となることが予想されたため、それまで同社に運転資金として巨額の金員を放漫に貸し続けてきたことに対する責任が問われることを懸念して、自らの責任を回避し、保身を図るとともに、A社の利益を図る目的を有していた。

(5) 被告人は、A社の代表取締役として、同社に返済能力がなく、B社以外の金融機関からの融資が受けられない状態であるにもかかわらず、本件融資が実質無担保の高額な継続的融資であり、迂回融資の方法が採られるなど明らかに不自然な形態の融資であることを認識しており、証券会社の審査部長等を務めた経験等に照らしても、本件融資がEらのB社に対する任務に違背して行われたものであること、本件融資がB社に財産上の損害を与えるものであることを十分認識していた。しかし、被告人は、抜本的な経営改善策を講じないまま、B社に対し繰り返し運転資金の借入を申入れて、Eら融資担当者をして任務に違背するよう仕向けた。その際、被告人は、A社がB社に資金面で深く依存し、財務的に破綻状況にあったにもかかわらず、B社からの継続的な運転資金の借入れにより倒産を免れているという状態にあったため、Eら融資担当者がA社に対する過剰融資、貸付金の回収不能から生ずる自己らの責任を回避し、保身を図る目的で本件融資に応じざるを得ないことを知っていた。また、被告人は、Eら融資担当者と個人的に親密な関係にはなかったが、Dの意向を体し、Eと個人的に親密なDと共同して、本件融資の実現に寄与した。」



このような事実関係の存在やその分析を踏まえた上で、最高裁は、次のように述べて、融資の借り手である被告人について、「共同加功したとの評価」を与えている。

「被告人は、Eら融資担当者がその任務に違背するに当たり、支配的な影響力を行使することもなく、また、社会通念上許されないような方法を用いるなどして積極的に働き掛けることもなかったものの、Eらの任務違背、B社の財産上の損害について高度の認識を有していたことに加え、Eらが自己及びA社の利益を図る目的を有していることを認識し、本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、B社が迂回融資の手順を採ることに協力するなどして、本件融資の実現に加担しているのであって、Eらの特別背任行為について共同加功をしたとの評価を免れないというべきである。」

本最高裁決定は、不正融資の相手方に特別背任罪の成立を認めるに当たって、具体的な融資に関わった当事者間の一連の経過や行為態様等についての詳細な事実関係を踏まえている。被告人が、特別背任行為者(貸し手)が融資に応じざるを得ない状況にあることを利用した、との部分は、被告人の行為の積極性を示していると同時に、融資担当者の自律的な判断ないし行動が制約されていたこと、つまり、当該の不正融資が被告人主導の下に被告人のためになされたものである、と評価し得る。

従来、貸し手側と利害が対立している借り手側に特別背任罪の共同正犯を認めるに当たっては、両者間に取引上の利害対立が存在することを前提とした上で、何らかの限定が必要であると考えられてきたが(詳細は、後述(3参照))、本決定は、被告人の主観的側面(被告人の認識)及び客観的側面(行為をめぐる客観的な諸事情)の両面を考慮して共同正犯の成立に絞りをかけようとしたものである<sup>(6)</sup>。

## (2) 最判平成16年9月10日(刑集58巻6号524頁。北國銀行事件)<sup>(7)</sup>

本件は、石川県で最大の地方銀行である北國銀行の頭取であった被告人が、石川県信用保証協会から保証債務の代位弁済を受けたことについて、信用保証協会の役員との共謀による同協会に対する背任罪の共同正犯の成立が問題になった事案である。

本件の概要は、銀行に対して8,000万円の債務保証を行った信用保証協会が(なお、主債務者は、会社整理の申立てにより倒産)、一旦は保証条件違反を理由として銀行に対して免責を通知したにもかかわらず、その後、銀行の頭取から、保証協会に対する負担金約4,300万円の抛出拒否の姿勢を示された等の事情を受けて、保証協会の役員が免責通知を撤回して代位弁済を行った、というものである。

最高裁は、被告人に共謀による背任罪が成立すると認めるには少なからぬ合理的な疑いが残っているとして、背任罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した<sup>(8)</sup>。

最高裁が指摘した点は、被告人が、負担金拠出に応じないということを利用して代位弁済を強く求めることが出来る状況にあったのか(銀行と保証協会の関係がどのようなものであったのか)、そもそも保証協会の役員による代位弁済行為が任務違背行為と言えるのか、免責事由の存在とそれに対する被告人の認識、という点であった。

原判決及びその是認する第1審判決が認定した事実関係は次のとおりである。ここでも、免責通知の撤回から代位弁済に至る経緯が具体的に示されている。

「(1)協会は、信用保証協会法に基づいて設立され、中小企業者等に対する金融の円滑化を図る目的をもって債務保証等の業務を行っていた認可法人であり、北國銀行は、協会の保証債務のうち45%強に当たる債権を有する、石川県最大の地方銀行であった。

((2)は省略)

(3)協会の事務担当者は、北國銀行がD社の経営状態の悪化を知りながら融資を実行したのではないかと疑いを抱いたものの、その確証が得られなかったので、代位弁済の実行に向けた審査手続を進めていたが、その過程で、融資の担保となっていた工場財団の機械166点(これらの当時の時価評価額は約3億円である。)のうち機械4点(同じく約6000万円である。)が登記漏れになっていることに気付き、この点が保証条件違反に当たるとの理由で、代位弁済できない旨を北國銀行側に伝えた。その後、双方の担当者が折衝し、機械4点の登記の追完がされれば代位弁済を行う旨の妥協案も出されたが、登記の追完が実現しなかったことから、北國銀行の審査部は、代位弁済を受けることは困難と判断して、協会に対し、債権償却のための免責通知書の発行を求めに至り、平成8年2月15日ころ、その交付を受けた。

(4)他方、協会においては、平成6年度から平成10年度までの間、経営基盤の強化等を目的として、県、市町村及び金融機関の出捐金や負担金により、合計10億5000万円を基本財産に充てるという基本財産増強計画があり、北國銀行も、平成6年度及び平成7年度には、各4000万円を超える負担金を拠出していた。平成8年3月28日、Cは、被告人に面会して、同計画に基づき、平成8年度の負担金の拠出を依頼したところ、被告人は、「負担金拠出には応じられない。それよりもD社の代弁否認は無茶ではないか。160件余りの担保物件の追担の4件ぐらいで否認は無茶ではないか。」などと言って、前記債務に係る協会の免責方針を見直し、代位弁済に応ずるよう強く要請した。

(5)Cは、AとBに被告人の要請を報告し、対応を協議した。その結果、協会役員らは、北國銀行が負担金を拠出しなければ基本財産増強計画に支障を来すおそれがあることから、被告人の要請に応じざるを得ないと判断し、被告人から折衝するよう指示を受けて協会を来訪した北國銀行審査部部長らに対し、代位弁済に応ずる旨を告げた。

(6)同年4月1日、Cが再度、被告人に面会して負担金の拠出を依頼したところ、被告人は、協会が免責通知を撤回したことについて礼を述べるとともに、拠出に応ずる態度を示した。そして、協会は、同年7月19日、北國銀行に対し、8000万円の代位弁済を実行した。」

このような事実関係の存在やその分析を踏まえた上で、最高裁は、次のように述べて、被告人に共謀による背任罪が成立すると認めるには少なからぬ合理的な疑いが残るとして、背任罪の共同正犯の成立を認めた原判決を破棄した。

「(1)原判決は、前記2(4)のとおり、被告人が、平成8年度の協会に対する負担金の拠出に応じないことを利用して、代位弁済を強く求めたとする。

記録によれば、負担金の問題については、次のような経緯がある。…北國銀行関係は、当時においては、協会の保証債務残高の約5割弱、代位弁済額の約3割強ないし4割弱を占めており、いずれの額においても断然第1位であった。このような状況の下において、独り北國銀行のみが負担金の拠出を拒絶し、協会から利益は受けるけれども、応分の負担をすることは拒否するという態度を採ることが實際上可能であったのか、ひいては、原審の認定のように、被告人が協会に対する負担金の拠出に応じないことを利用して代位弁済を強く求めることができたかどうか、については疑問があるといわざるを得ない。

(2)北國銀行が協会に対する平成8年度の負担金の拠出を拒絶することが実際上も可能であり、かつ、協会側が被告人から負担金の拠出に応じられない旨を告げられていたとしても、協会としては、(ア)本件代位弁済に応ずることにより、北國銀行の負担金の拠出を受け、今後の基本財産増強計画を円滑に進めるべきか、それとも、(イ)北國銀行からの負担金を断念しても、本件代位弁済を拒否すべきか、両者の利害得失を慎重に総合検討して、態度を決定すべき立場にある。上記(ア)の立場を採ったとしても、負担金の拠出を受けると切り離し、本件代位弁済をすることが、直ちに協会役員らの任務に背く行為に当たると速断することは、できないはずである。

(3)原判決は、本件では免責通知書に記載された事由すなわち工場財団の対象となる機械166点のうち4点について、登記手続が未了であったという事実以外にも免責事由が存したとして、協会役員らが免責通知を撤回し代位弁済をした行為がその任務に違背するものであった旨を詳細に判示しているが、上記の登記手続が未了であったという事実以外の事実を当時の被告人が認識していたことは確定していないのであるから、そのような事実を直ちに被告人が行為の任務違背性を認識していた根拠とすることはできない。そして、記録によれば、上記の機械4点の登記漏れの事実が8000万円の債

務全額について協会の保証責任を免責する事由となり得るかどうかについて、議論があり得るところである。

また、原判決は、被告人の要求は事務担当者間の実質的合意等を見放したものであるから根拠のある正当な行為とはいえない旨を判示しているが、事務担当者間の交渉結果につき役員による交渉によって再検討を求めること自体が不当なものと評価されるべきものではない。

(4)これらの諸事情に照らせば、本件においては、被告人が協会役員らと共に謀の上、協会に対する背任行為を実行したと認定するには、少なからぬ合理的な疑いが残っているといわざるを得ない。」

本最高裁判決は、銀行と保証協会との間の従前の経緯を検討した上で、銀行の頭取が負担金抛出の有無を代位弁済の言わば取引材料となし得たのか、と言う点に疑問を投げかけている。そして、保証協会の役員による代位弁済行為について、銀行から負担金の抛出を受け得ることとの関係で、任務違背行為と言えるのかは疑問であるとする。一般的に、背任罪における任務違背行為性の判断は、法令・定款・内規等への違反の有無という形式的な基準によってではなく、具体的・実質的な総合的判断によって行われるものであるとされるが、これは、任務違背行為性の判断の困難さや微妙さを物語っている。

本判決は、商法上の特別背任事件ではないものの、それと実質的にはほぼ同様であり、代位弁済を行う側(債務者側)とは反対の立場にあって、債権回収のためには代位弁済を行ってほしい銀行側の担当者に背任罪の共同正犯を成立させるには合理的な疑いが残る、としたものである<sup>9)</sup>。背任行為者自身にとってもその成否が微妙な犯罪類型である背任罪について、身分のない者に「共謀による」共同正犯を認めるに当たったの問題点の一端が示されている。

### (3) 最決平成17年10月7日(刑集59巻8号1108頁。イトマン事件)<sup>10)</sup>

本件は、中堅の総合商社イトマンとその関連会社をめぐる一連の巨額の不透明な取引中の不当な絵画取引についての特別背任事件である。イトマン及びその子会社が、被告人が実質的に経営支配していた会社から著しく不当に高額な値段で絵画を購入したことによってイトマン側に損害が発生した点について、イトマン側の取締役と並んで、被告人にも特別背任罪の共同正犯が成立するか否かが問題になった事案である。

本件において、最高裁は、イトマン側の取締役と被告人は互いに無担保で数十億円単位の融資をし合う関係にあり、両者の支配する会社がこれに依存するような関係に

あったという事情を前提に、被告人が、イトマン側取締役の任務違背行為や損害について十分な認識を有していたことや、被告人がこのような関係を利用しつつ263億円を超える巨額の絵画取引を成立させた、等として、被告人に特別背任罪の共同正犯が成立するとした。最高裁の決定理由は次のとおりである。

「2 被告人は、特別背任罪の行為主体としての身分を有していないが、前記認定事実のとおり、Aらにとって各取引を成立させることがその任務に違背するものであることや、本件各取引によりイトマンやエムアイギャラリーに損害が生ずることを十分に認識していたと認められる。また、本件各取引においてイトマンやエムアイギャラリー側の中心となったAと被告人は、共に支配する会社の経営がひっ迫した状況にある中、互いに無担保で数十億円単位の融資をし合い、両名の支配する会社がいずれもこれに依存するような関係にあったことから、Aにとっては、被告人に取引上の便宜を図ることが自らの利益にもつながるといった状況にあった。被告人は、そのような関係を利用して、本件各取引を成立させたとみることができ、また、取引の途中からは偽造の鑑定評価書を差し入れるといった不正な行為を行うなどもしている。

このようなことからすれば、本件において、被告人が、Aらの特別背任行為について共同加功したと評価し得ることは明らかであり、被告人に特別背任罪の共同正犯の成立を認めた原判断は正当である。」

本最高裁決定は、イトマン側の経営者と被告人との特殊なもたれ合い関係の事実を詳細に認定した上で、被告人にとっては形式的には取引相手であるイトマン側の取締役の任務違背行為や損害について、被告人に十分な認識があると認められることや<sup>(11)</sup>、被告人が両者の特殊な関係を利用して本件絵画取引を成立させたこと、絵画の偽造の鑑定評価書を差し入れていること、等を理由に、特別背任行為について「共同加功したと評価し得る」としている。ここでは、主観的事情と客観的事情の両面からの検討がなされている。

#### (4) 3判例から読み取れること

任務違背行為者(特別)背任行為者の取引相手についての(特別)背任罪の共同正犯の成否が問題となった以上の3件の判例に共通して言えることは、身分のない者についての共犯(共同正犯)について、刑法65条1項によって単純に共犯(共同正犯)の成立を認めるという手法を用いていないということである<sup>(12)</sup>。

3件はいずれも、対向的取引当事者双方の関係(当事者の属性、当該取引に至るまでの経緯、その他の様々な周辺の事情)を詳細に分析検討しつつ、問題となった当該取引

が任務違背行為者と取引相手の双方にとって具体的にどのような意味を有するのか((特別)背任行為によって、誰にどのようなメリットが具体的に期待できるのか)を、経済的な観点から問題にしている。ちなみに、3件とも損害額は巨額であるが、(特別)背任罪の基本的特質である成立判断の微妙さや困難さ(任務違背行為性の有無という高度の規範的判断や、財産上の損害<sup>13)</sup>の判断の困難さ等による立件の難しさ)が反映されていると言えよう。

特別背任罪の共同正犯を認めた(1)(日本ハウジングローン事件)と(3)(イトマン事件)が示しているように、特別背任行為に「共同加功したとの評価」が正に問題となるのであって、個々の事案における様々な間接事実の分析及び積重ねによる「総合的な評価」の結果なのである<sup>14)</sup>。

従って、この種の事案(事例)の集積によって、一定の判断基準(あるいは、処罰の目安)を探求していくこととならざるを得ない。

### 3 共同正犯を限定するアプローチ

会社法が規定する特別背任罪(会社法960条及び961条。改正前の商法486条及び487条)は、発起人や取締役等の一定の地位にある者についてのみ成立する身分犯である。刑法247条の背任罪も、「他人のためにその事務を処理する者」という地位が必要な身分犯であるが、特別背任罪は、事務処理者として一定の者を典型的に拾い上げると共に、その特殊な地位に照らして刑を加重したものである。

そこで、特別背任罪(背任罪についても同様である。)を成立させる経済的取引がある場合に、背任行為者の取引相手である非身分者を背任行為の共同関与者として処罰するためには、「身分のない者であっても、共犯とする」という刑法65条1項の規定を経由しなければならない。そして、判例・多数説によると、65条1項の「共犯」は共同正犯を含む(65条1項は共同正犯に適用される)と考えられており<sup>15)</sup>、また、共謀共同正犯も確立した判例・実務であるので、形式的な可能性としては(立件されて起訴されるか否かを別にすれば)、対向的取引相手、例えば、不正融資の借り手について、特別背任罪の共同正犯を認めることには、刑法解釈論上は支障がないはずである<sup>16)</sup>。

ところが、これまでの学説の多くは、対向的取引相手に特別背任罪の共同正犯を認めるについて、何らかの限定を課そうとしてきた。その実質的な根拠は、①背任行為者(ないしはその背後にいる会社)と取引相手は経済的な利害が基本的に対立する立場にあるにもかかわらず、特別背任罪の共同正犯が容易に成立するとすれば、資本主義社会における自由な経済活動が大幅に制約されてしまう、という点にある。また、②

背任の実行行為は身分者によって行われるので、身分のない取引相手は、任務違背行為や本人の財産上の損害について、身分者と同程度の認識を持ち得ないのではないか、という点も言われている。

これらを前提に、特別背任罪の共同正犯の成立を限定しようとする視点として、①取引相手の認識という主観面から限定しようとするアプローチと②客観的な行為態様等の客観面から限定しようとするアプローチがある。

①主観面での限定を考える典型的な説明は、「共同正犯が成立し得るのは…具体的な任務違背行為につき、その任務違背性の意味の認識をふくめて、…意思を通じ、あるいはこれを懲慥したときに限ると解すべきであろう」というものである<sup>(17)</sup>。

しかし、現在の学説の多くは、②客観面から処罰の限定を考えようとしている。背任行為者とその取引相手という本来的に利害が対立する立場にあるにもかかわらず、「共謀」共同正犯としての「評価」を与えるためには、個々の行為態様や関与状況を手掛かりとした客観的なアプローチこそが重要であるとするのである。この客観面からするアプローチ方法の中には、(i)法益侵害に至るまでの過程の支配あるいは中心的役割を要求する見解<sup>(18)</sup>、(ii)主体的な影響ないし関与を要求する見解<sup>(19)</sup>、(iii)相手方にとって自己の犯罪の実現と言えらるることを要求する見解<sup>(20)</sup>、(iv)対向犯的関与者の一方行為者を不処罰とする犯罪類型の考え方を援用する見解(「事実上の対向犯」構成)<sup>(21)</sup>、(v)本人側の自律に基づく自己責任原則によって説明する見解<sup>(22)</sup>、(vi)許された危険の考え方を援用する見解<sup>(23)</sup>、等がある(ちなみに、これらの見解は相互に排斥的なものではなく、この分類も大まかな整理である)。なお、最近の最高裁判例も、いずれかと言えば客観的な事情から共同正犯の限定を行おうとしていると考えられる。

#### 4 若干の私見

以下では、これまでに概観した最高裁判例や学説の視点を手掛かりにしながら、私なりの若干の考え方の方向性を述べてみたい。

##### (1) 共犯処罰の限定

特別背任罪と言えども、刑法における背任罪と同様、図利加害目的で本人に対する任務違背行為に出ることによって本人に財産上の損害を与える、という構成要件要素から成る財産犯である。そこで守られるべきは、本人である株式会社の利益である。株式会社の取締役や執行役等は、株式会社とは委任契約関係にあり<sup>(24)</sup>、株式会社の利益を考えて活動しなければならない。そして、株式会社は「営利」社団法人であるか

ら、取締役や執行役等には、会社の経済的な利益を追求すべき義務がある<sup>(25)</sup>。

しかし、他方で、株式会社の取引相手は、経済社会においては自らの利益を追求して活動する存在であるので、取引の相手方当事者である株式会社の利益の保護や配慮を期待される立場ではあり得ない。従って、株式会社に財産上の損害を与えたからといって、特別背任罪の共同正犯(さらには、教唆犯や幫助犯も)が成立するものではない、というのが基本的な視点となる。この点で、強姦罪について、女性も強姦罪の保護法益を侵害することができるからとして強姦罪の共同正犯を認めた判例の事案<sup>(26)</sup>とは、問題の場面が大きく異なっている。

さらに加えて言えば、(特別)背任罪の構成要件は高度の規範性を有していることや、会社法(改正前の商法)の特別背任罪は刑法の背任罪に比べて会社企業の経済活動に密接に関係した犯罪類型であること等を考えると、その処罰は、当の背任行為者自身についても、本来的に抑制的であることが望まれる。実際に特別背任罪として立件された事案を見ると、行為態様が相当程度に悪質であったり、損害内容がかなり高額に達しているもの(いわゆる看過し得ない程度の重大悪質な事案)が目につく。

これらに照らせば、株式会社にとっての対向的取引相手に特別背任罪の共同正犯を認めるに当たっての判例・学説の処罰限定のアプローチは支持されてよいが、その具体的な根拠付けないし説明方法が問題である。限定のための説明方法如何によって、今後の特別背任罪の共犯の立件やさらに犯罪捜査に影響が生じるからである。

これまで、学説によって、処罰限定のためのいくつかの視点が示されてきたが、私見によると、これらはいずれも共同正犯(さらには共犯一般)の成立を限定するための説明方法として有益な示唆ないし視点を提供しているものの、いずれの考え方も多少抽象論の域に止まり、それのみでは一般的な処罰限定の説明方法としてはやや不十分ではないかと思われる。

私は、不正融資の事案を例にして言えば、貸し手側と借り手側の利害は本来的に対立しているので、不正融資を受けた借り手について共同正犯が成立しないのが原則であるものの、極めて例外的な場合には、共謀や背任行為への具体的な関与のあり方によっては、貸し手である株式会社に財産上の損害を与えたことに共同加功した、との「評価」が可能であるが、その「評価」に際しては、その時点における、貸し手側企業の社会的な位置付け、当該貸付け行為の内容(貸付金額のみならず、金利・担保の有無・返済条件等のみならず、具体的な行為手段(例えば、迂回融資は、不正な融資であることの隠蔽工作の典型である)、借り手の関与の動機や具体的な関与形態、その他)、社会一般の当該行為に対する評価等の様々な間接事実(客観的事情のみならず、行為者



の主観的事情も含まれる。)の積重ねによる総合的な判断にならざるを得ないと考える。従って、処罰の限界線は多少流動的なものであって、明快な線引きや処罰の基準の定立は困難ないし不可能であろう。

そして、経済活動と密接不可分な特別背任罪においては、利害が対立する取引相手についての共同正犯(さらには、教唆犯や幫助犯)の処罰ラインは、他の犯罪に比べて、そして刑法の背任罪に比べても、より一層、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識が反映されて然るべきではないかと考えられるが、この点は、さらに後述する。

## (2) 類似事案との比較

本稿のテーマを検討するに当たって、類似ケースについての取扱いが参考になり得るので、ここで簡単に検討を行っておく。

### ア 対向犯の一方処罰のケース

必要的共犯の1類型である対向犯について、向かい合う両当事者の内の一方のみを処罰し、存在が当然に予定される不可欠の他方当事者の処罰が条文上は規定されていない場合、その者は、処罰が明らかな一方当事者の教唆犯又は幫助犯として処罰することは原則として出来ない、とされている(立法者意思説<sup>27)</sup>。

この考え方を、特別背任行為の対向的取引相手について援用すれば、不正融資について言えば、貸し手側と借り手側の両者の存在が当然予定されているので、借り手については、原則として不正融資の共犯としての処罰が予定されていない、と説明されることになる。この説明によれば、共同正犯のみならず、教唆犯や幫助犯の不成立をも容易に導くことが出来る。そして、対向的取引相手の共同正犯処罰を限定するアプローチの中に、「事実上の対向犯」構成を提唱する見解があることは、既に紹介した<sup>28)</sup>。

しかし、必要的共犯の対向犯についての一般論を特別背任行為の取引相手にそのまま適用してよいのであろうか。一定の地位のある者について、本人である株式会社に対する任務違背行為によって財産上の損害を生じさせるという特別背任罪の性格や、背任行為者と取引相手とは本来的に利害が対立していること等、わいせつ物を販売する者と購入する者との関係とは大きく異なっている。また、仮に対向犯についての議論を適用するとしても、「原則として」借り手は処罰が予定されていない、と言えるだけであって、例外的に処罰されるのがどのような場合であるのかの手掛かりは十分に示されていない。例外的な処罰のラインやそこでの考慮要素こそが大きな問題点なのである。さらに言えば、対向犯について、処罰が明らかな一方当事者の教唆犯又は幫助犯として処罰することは原則として出来ない、という多数説の考え方(立法者意思

説)自体についても、その根拠や処罰の限界線について不明確な点が残されている<sup>(29)</sup>。

これらに照らすと、特別背任行為の取引相手の共犯処罰の問題については、必要的共犯の対向犯の議論と現象的に類似した側面があるものの、問題解決のための指針ないし手掛かりとして十分には機能し得ないと言ってよいであろう。

#### イ 不動産の二重譲渡における悪意の買主のケース

必要的共犯における対向犯の議論という一般論に比べて、より参考になると考えられるのが、不動産の二重譲渡における悪意の買主のケースであろう<sup>(30)</sup>。

不動産の所有者が、当該不動産を売却し代金の支払いを受けたにもかかわらず、依然として自己に登記名義が残っていることを利用して、他の者(第2の買主)にさらに同一不動産を売却して登記を移転したような場合に、所有者(売主)に横領罪が成立することはほぼ争いがない<sup>(31)</sup>。議論があり得るのは、第2の買主が悪意で二重に譲渡を受け移転登記を受けたという事情があった場合に、第2の買主に横領罪の共犯が成立し得るのかという点である。

形式上は、横領罪という真正身分犯に占有者という身分のない者が加功している場合であるとして、刑法65条1項によって共同正犯の成立を認めることは可能であるが、判例やそれを支持する多くの学説は、第2の買主は、登記を備えれば民法177条によって悪意であっても優先するので、刑法上も横領罪の共犯にはならないと考えてきた<sup>(32)</sup>。もっとも、第2の買主がいわゆる背信的悪意者である場合には民法177条の「第三者」から排除されるとする民事判例<sup>(33)</sup>を受けて、例えば、第2の買主が売主に対して積極的な働きかけを行ったことによって売主に二重譲渡の犯意を生じさせたような場合には、第2の買主に横領罪の共同正犯が成立するとされている<sup>(34)</sup>。

不動産取引においては、売主と買主は利害が相対立している。そして、買主は、当該不動産が既に売却済みであったことを知っていたとしても、自己が先に登記を備えさえすれば、優先して確定的に不動産の所有権を確保し得る。民法177条は、このような形で不動産取引についての自由競争原理を正面から認めているのである。民事上の背信的悪意者は自由競争原理を逸脱する者であるので民法177条によっては保護されないが<sup>(35)</sup>、それに相当するかそれ以上の背信性が備わっている者については、刑事上も経済社会における保護を否定される、すなわち、可罰性が備わると評価してよい。

そして、横領罪と(特別)背任罪は、いずれも本人に対する背信性という点で共通性を有するので、二重譲渡の第2の買主についての横領罪の共犯成立の考え方は、株式会社の取締役等の特別背任行為の取引相手についての共犯成立の問題を考えるに当たっ

ての有益な示唆を与えるものである。この場合、共犯成立の有無を判断(評価)する際には、民事における背信的悪意者の判断基準と同様に、主観的事情と客観的事情の両面にわたって様々な個別的事情が間接事実として考慮されることになる。

ちなみに、二重譲渡の第2買主に横領罪の共同正犯を認めた福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁<sup>36)</sup>は、第2買主について、「本件においては、買主たる被告人は、所有者Bから買取ることが困難であるため名義人Aから買入れようと企て、前叙のとおり単に二重譲渡になることの認識を有していたのに止まらず、二重譲渡になることを知りつつ敢て前記A'(筆者注:Aの相続人)に対し本件山林の売却方を申入れ、同人が二重譲渡になることを理由に右申入れを拒絶したにもかかわらず、法的知識の乏しい同人に対し、二重譲渡の決意を生ぜしめるべく、借金はもう50年以上たっているから担保も時効になっている、裁判になっても自分が引受けるから心配は要らない等と執拗且つ積極的に働きかけ、その結果遂に同人をして被告人に本件山林を二重譲渡することを承諾させて被告人と売買契約を締結するに至らしめたのであるから、被告人の本件所為は、もはや経済取引上許容されうる範囲、手段を逸脱した刑法上違法な所為というべく、右A'を唆し、更にすすんで自己の利益をも図るため同人と共謀のうえ本件横領行為に及んだものとして、横領罪の共同正犯としての刑責を免れないものというべきである。」と述べているが、刑事法の領域における自由競争社会からの逸脱の判断基準として、参考になるであろう。

### (3) 経済犯罪としての特別背任罪

従来から、特別背任罪は刑法上の背任罪の加重類型であるとされており、このこと自体はもちろん否定されない。しかし、両者の間には、主体が特定の者に限定されていて、それらの者について特に刑が加重されていること、という違いがある点により注目する必要があるのではなかろうか。

会社法(改正前の商法)の特別背任罪の主体として予定されているのは、株式会社の取締役や執行役等である。これらの者は、本人である株式会社のため、そして、株式会社の所有者である株主のためにその任を務めることが求められている。商法(会社法)は、伝統的に、株主の利益保護という観点から会社経営の健全化を図ろうとしており、特別背任罪もその一環である。

しかし、今日のような資本主義が高度に進展した経済社会においては、株式会社に期待される役割は、株主や従業員の利益を超えて、社会公共的な要素を含んでいる<sup>37)</sup>。近時の商事法分野の法改正や新会社法は、このような観点から、会社経営の自由度や

柔軟性を高めると同時に、ディスクロージャーその他の様々な規制ないし制度を設けている。

株式会社が現在の経済社会において果しているこのような役割に照らせば、その経営の任にあたる取締役や執行役等も、かかる会社の役割ないし社会的使命に沿うような日々の活動が求められることになる。取締役等の会社に対する裏切り行為は、単に株主利益の侵害にとどまらず、経済社会の中における株式会社という社会公共の利益を危うくするものである<sup>(38)</sup>。

このように考えると、株式会社の取締役や執行役等の裏切り行為である特別背任行為に積極的に関わった取引相手についても、(取引上の利害は対立しているという関係にあるものの)各自の合理的な経済的利益の追求を超えたと「評価」し得るような行為については、特別背任罪の共犯の成立を認めることが可能と言えよう。もとより、(特別)背任罪は、本人の財産に損害を生じさせる財産犯としての基本的性格を有するので、特別背任罪についてのこのような性格付けには異論もあろうが、背任行為が行われた時点における、当該株式会社の社会的な位置付け、当該背任行為の内容(具体的な行為手段、金額、借手手の関与の動機や具体的な関与形態、その他)、社会一般の当該行為に対する評価、その他の様々な間接事実(客観的要素のみならず、行為者の主観的事情も含まれる。)を積み重ねつつ、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識を反映しながら、個々の事案における処罰の限界を探っていくことになるであろう。それは、許された危険の限界を個々の事案毎に探る作業でもあるので、処罰限定のための明快な尺度(判断基準)を提示していくことは、むしろ困難ないし不可能である。バブル経済の崩壊に伴って、巨額の特別背任事件に捜査のメスが入れられ、刑事司法の手が次々と及んでいる現象も、このような背景の中で理解することが可能である。

いわゆる経済事件ないし経済犯罪の典型例として語られることが多い特別背任罪について、今後は、財産犯という枠を超えた新たな理解ないし検討が求められるであろう。経済活動に対する法規制や刑事司法の関与が現実求められるということは、法規制の手段である個々の刑罰法規(特に、各種の特別刑罰法規)の性格付けや解釈論に大きな影響を与えることにもなる。

#### (4) その他の問題

##### ア 共同正犯と教唆犯・幫助犯

対向的取引相手に特別背任罪の共犯が成立し得るのか、というテーマについて、これまで最高裁で問題とされた事案や学説による共犯処罰限定のアプローチは、主とし

て共同正犯を念頭においてなされてきた。さらに正確に言えば、共謀共同正犯ということになる<sup>(39)</sup>。

対向的取引相手は、背任の実行行為それ自体を行い得るものではないので、共謀や背任行為の周辺的行為の分担という限度でしか関与し得ないが、そもそもは、我が国の刑事実務上、教唆や幫助としての関与形態の多くが共謀共同正犯として取り扱われてきたことが影響している。そして、特別背任罪という犯罪類型や構成要件要素の性格上、実際に捜査・起訴という形で立件されてくる特別背任行為は、行為の悪質性が比較的明確なものに限られ、その共犯として立件されてくるのは、さらに加えて、関与の度合いが積極的ないしは明確なものに限られてくる。従って、実際に問題になっている事案の多くが共同正犯のケースであるというのには、それなりに理由がある。

しかし、理論的には、「共謀による」共同正犯とまでは「評価」できない場合には、教唆犯や幫助犯という形での刑事責任を問うことは可能ならずである。様々な間接事実を積み重ねた結果としての総合的な「評価」として、「自己の犯罪」とまでは「評価」できなくとも、教唆や幫助の行為類型に該当する場合には、教唆犯や幫助犯としての刑事責任を問い得る。今後、経済活動に対する法規制として刑事司法が活用される局面が増えてくることになれば、教唆犯や幫助犯が成立する場面も増すであろう。

#### イ 共犯と身分についての刑法65条の規定の理解

刑法の背任罪は真正身分犯であり、身分のない者については刑法65条1項を経由することによって共犯が成立し、判例・多数説によると、共同正犯・教唆犯・幫助犯の全ての成立が認められる。そして、特別背任罪は、刑法の背任罪の加重類型であると理解されているので、この点からは、共犯者は、不真正身分犯としての刑法65条2項の適用が考えられることになりそうである。

もっとも、身分のない取引相手、例えば不正融資の借り手が特別背任罪の共犯としての罪責を問われる場合についての刑法65条の適用関係を考えるに当たっては、65条1項と2項の関係や成立する罪名と科刑の問題等の困難な問題が横たわっている。

これまでの判例によると、対向的取引相手には刑法65条1項によって特別背任罪の共同正犯が成立し、特別背任罪が要求する取締役等の身分がないので65条2項によって背任罪の刑が科されてきたようである<sup>(40)</sup>。

このような取扱いは、業務上横領罪に非占有者が関与した場合に、非占有者には65条1項によって業務上横領罪が成立するが65条2項によって単純横領罪の刑が科される、という判例<sup>(41)</sup>と軌を一にするものであるが、共犯の罪名従属性を強調し過ぎるこ

とによって罪名と科刑が分離してしまうという批判がなされている。

業務上横領罪と同様、特別背任罪は二重の意味での身分犯(複合的身分犯)であると言え、刑法の背任罪との関係では刑に軽重のある不真正身分犯であるが、事務処理者としての地位を全く有しない者、すなわち外部の取引相手との関係では、背任罪の限度で「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」であるから真正身分犯として考えるべきであるとすれば、背任罪が成立して背任罪の刑が科されることになる<sup>(42)</sup>。罪名と科刑の分離は好ましくないので、刑法65条1項のみを適用するこちらの考え方の方が妥当ではなからうか。

また、従来の判例・多数説に従えば、65条1項は共同正犯・教唆犯・幫助犯の全てについて適用があるので、対向的取引相手にも、共同正犯・教唆犯・幫助犯のいずれの成立可能性も認められる。

## 5 おわりに

本稿は、特別背任罪という身分犯について、当該会社と対向的取引関係に立ち取引上の利害が対立する取引相手に果して共犯が成立し得るのか、成立し得るとして、その限界をどのように考えていったらよいのか、について、最近の最高裁判例を事案を含めて改めて確認しながら、私なりの多少の検討を行ってみたものである。

論点的には、身分犯に対する非身分者の関与と共犯、というものであるが、財産犯である(特別)背任罪の性格、会社外の人間による背任行為への関与の可否や程度等の諸問題があり、判例や学説による共犯処罰限定に向けての説明は統一していない。問題の性格上、個々の事案(事例判断)の集積の中から一定の解決の方向性を探っていくことにならざるを得ないが、結局は、問題となっている具体的な背任行為をめぐる様々な間接事実を積み重ねて検討することによって、「特別背任罪としての刑事処罰に値すると評価できるか否か」を、行為当時の時代背景ないし社会状況や国民意識を踏まえながら判断していくことになる。その際には、単なる財産犯としての位置付けを些か超えて、「経済社会の中における株式会社」という社会公共の利益の保護の要請をも含んだ特別背任罪としての性格を多少は意識していく必要があるであろう。

特別背任罪やそれに対する共犯の成立に関するこのような理解が、多少なりとも当たっているのか、あるいは、そもそも許されるものかすら分からないが、国民の経済活動ないし経済取引についても、一定程度以上の悪質なものについては、民商事法を超えた刑事司法による規制が欠かせないことは、バブル経済崩壊後の各種の経済事犯を見れば明らかであろう<sup>(43)</sup>。経済犯罪の代表例とされる特別背任罪についても、今後

は、このような観点からの理解が必要とされるのではなかろうか。また、国民の各種の経済活動に関わる経済法領域と刑事法分野との密接な関連や相互研究の必要性は、実体法のみならず手続法分野(犯罪捜査や証拠についての諸問題)を含めて、一層重要性を増していくであろう。

本稿は、特別背任行為への対向的取引相手の関与と共犯の成否、という限られたテーマについて、判例・学説の分析や検討すら不十分なまま、私個人の拙い考えを粗っぽく示したものに過ぎないが、今後さらに判例や学説について掘り下げた検討を行うと共に、私自身のこれからの経済犯罪・経済刑法分野の研究の出発点としたい。

【註】(1) 会社法5条、575条以下、3条。

(2) 平成17年6月の日本刑法学会第83回大会のワークショップのテーマとして、「不正融資における借手の刑事責任(背任罪・特別背任罪)」が取り上げられたが、そこでの議論の状況については、『刑法雑誌45巻3号』(2006年)548頁以下の関哲夫の報告を参照。また、解釈論上の問題点を網羅的に分かりやすく解説したものとして、照沼亮介「不正融資と特別背任罪の共犯」伊東研祐編『はじめての刑法』(2004年)123頁以下。

(3) 最高裁になってからの主なものとして、最判昭和40年3月16日裁判集・刑事155号67頁(千葉銀行事件。検察官の判例違反の主張を否定したに止まっている。)や、最決平成9年10月29日判タ952号203頁(三越事件。特別背任行為に関わった出入り業者について、特別背任罪の共同正犯が成立するとした。ただ、出入り業者が背任行為者の愛人であったという特殊な事情がある)。

(4) 本件に関する主な評釈として、橋本正博「不正融資の借り手側の責任」ジュリスト臨時増刊1269号(平成15年度重要判例解説)(2004年)173頁、上嶋一高「住専の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」現代刑事法6巻9号(2004年)92頁。調査官解説として、朝山芳史「住宅金融専門会社の融資担当者の特別背任行為につき同社から融資を受けていた会社の代表者が共同正犯とされた事例」法曹時報57巻8号(2005年)281頁。

なお、朝山によると、本件は、特別背任罪の共同正犯の成立を認め得る限界事例に近いとされている。

(5) 不動産会社の元社長についても、控訴審判決(東京高判平成12年7月12日)において共同正犯が認められている(上告していない)。また、融資側のEについては、東京地判平成13年10月22日判時1770号3頁によって特別背任罪の成立が認められている。

(6) 「本件融資に応じざるを得ない状況にあることを利用しつつ、B社が迂回融資の手順を採ることに協力するなどして、本件融資の実現に加担している」という点に照らすと、どちらかと言えば、客観的側面から限定を加えようとしたものと理解できるであろう。

(7) 本件に関する主な評釈として、上嶋一高「銀行頭取による信用保証協会に対する背任罪の成否」ジュリスト臨時増刊1291号(平成16年度重要判例解説)(2005年)173頁、島田聡一郎「銀行頭取が信用保証協会理事に代位弁済を働きかける行為と背任共同正犯の成否」法学教室306号別冊付録・判例セレクト2005(2006年)37頁。

(8) 原判決(控訴審判決)は、名古屋高判平成13年1月24日刑集58巻6号607頁。共謀共同正犯の成立を認めた原判決に批判的な評釈として、長井圓「背任罪における自己答責原理と取引相手に対する共犯の成否 — 北国銀行事件控訴審判決をめぐる —」神奈川法学35巻3号(2002年)123頁。同評釈は、順次共謀の成立についても疑問であるとする。

(9) 本判決は差戻し判決であるので、背任罪の共同正犯を認めるに当たっての疑問点が指摘されているに止まるが(結論としての、少なからぬ合理的な疑い)、同種事案についての共犯の成否を考えるに当たって参考になるであろう。

なお、本件は、差戻し後の名古屋高判平成17年10月28日(判例集未掲載)において無罪とされ、確定している。

(10) 本件に関する主な評釈として、今井猛嘉「特別背任罪の共同正犯が認められた事例 — イトマン絵画取引事件」ジュリスト臨時増刊1313号(平成17年度重要判例解説)(2006年)174頁、内田幸隆「刑事裁判例批評(27)イトマン特別背任事件」刑事法ジャーナル5号(2006年)148頁。

(11) (1)事件(最決平成15年2月18日刑集57巻2号161頁。日本ハウジングローン事件)においては、「高度の認識を有していた」とされている。

(12) 以前の判例は、65条1項の「共犯」は共同正犯を含むという形式論に基づいて、取引相手に特別背任罪の共同正犯の成立を認めていた。大判昭和4年4月30日刑集8巻207頁、大判昭和8年9月29日刑集12巻1683頁。

(13) (特別)背任罪における「財産上の損害」は経済的見地から判断される(最決昭和58年5月24日刑集37巻4号437頁等)。

(14) この点は、共謀共同正犯一般の認定ないし評価とほぼ同様である。共謀共同正犯における共謀の認定についての最近の文献の例として、石井一正『刑事事実認定入門』(2005年)122頁以下、小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)』(2005年)の196頁以下(村瀬均執筆)及び207頁以下(菊池則明執筆)。

(15) 最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁。

(16) 前掲(12)の判例を参照。

(17) 藤木英雄『経済取引と犯罪』(1965年)242頁。なお、三井誠「千葉銀行事件」続刑法判例百選(1971年)182頁。裁判例としては、前掲(3)の最判昭和40年3月16日裁判集・刑事155号67頁(千葉銀行事件)の原判決の東京高判昭和38年11月11日が、「身分を有しない者に、身分者の任務違背行為について共同正犯としての責任を負わせるためには、身分者が抱いた任務違背の認識とほぼ同程度の認識を有することを要する」としている。

(18) 柴田牧子「判例研究(東京地判平成5年6月17日)」上智法学論集39巻1号(1995年)363頁。



(19) 星周一郎「不正融資の相手方に特別背任の共同正犯の成立が認められた事例」東京都立大学法学会雑誌38巻1号(1997年)623頁。

(20) 中森喜彦「背任罪の共同正犯」研修609号(1999年)6頁。

(21) 関哲夫「背任罪の共同正犯についての一考察」『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』(2002年)364頁。

(22) 長井・前掲(8)、伊東研祐「特別背任罪における正犯性 — 非身分者による共犯の成否 —」『板倉宏博士古稀祝賀論文集・現代社会型犯罪の諸問題』(2004年)284頁。

(23) 林幹人「背任罪の共同正犯 — 共犯構成要件について」判時1854号(2004年)7頁。

(24) 会社法330条、402条3項。従って、株式会社に対して「善良な管理者」としての注意義務が課せられている(民法644条)。また、「株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない」(会社法355条、419条2項)。

(25) 監査役も、各種の監査権限の行使を通して、株式会社の適正妥当な利益追求に関与する機関である。

(26) 前掲(15)の最決昭和40年3月30日刑集19巻2号125頁は、「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法65条1項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、強姦罪の保護法益を侵害することができるから… 同法65条1項により、強姦罪の共同正犯が成立する」としている。

(27) 弁護士法違反(72条の非弁活動の禁止)に関する最判昭和43年12月24日刑集22巻13号1625頁。他の典型例として、わいせつ物を購入した者について、わいせつ物頒布罪(刑法175条)の教唆犯や幫助犯の不成立があげられる。

(28) 関・前掲(21)。

(29) 立法者意思説に対して、個々の犯罪類型についてより実質的に考察を加えようとする実質説が主張されている。議論の状況の要点をまとめたものとして、丸山雅夫「必要的共犯」刑法の争点[第3版](2000年)112頁以下。

(30) 不正融資の借り手と二重譲渡の悪意の買い手の問題を意識的に検討しているものとして、前田雅英「商法486条と共同正犯」東京都立大学法学会雑誌44巻2号(2004年)34頁。

(31) 最判昭和30年12月26日刑集9巻14号3053頁等。

(32) 最判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁。

(33) 最判昭和36年4月27日民集15巻4号901頁。

(34) 福岡高判昭和47年11月22日刑月4巻11号1803頁。佐伯仁志・道垣内弘人『刑法と民法の対話』(2001年)123頁。

(35) 背信的悪意者とその類型について簡潔に解説されたものとして、池田恒男「民法177条の第三者の範囲 — 背信的悪意者」民法判例百選I総則・物権[第4版](1996年)120頁。

(36) 前掲(34)の裁判例。

(37) アメリカで形成され各国で展開された「コーポレート・ガバナンス」論は、正にこの点に関する議論である。

(38) 金融機関の経営者の社会的責任と事業運営の慎重さを早くから指摘したものとして、藤木英雄『刑法各論』(1972年)317頁。最近のものとして、伊東・前掲(22)288頁は、特別背任罪の事務処理者について、「法定の(直接的な対本人関係に限られない)制度的な機能を果たすことを半ば公的に義務付けられた特定の地位にある者という具体的・個別的な属性が考えられるのであり、その中には会社というような社会的存在及びそれに係わる財産上の利益を(本人の為と並んで)他の社会構成員一般の為に保護・適正管理するという役割ないし機能が含まれる」としている。本稿の私見は、これらの見解と同様の方向性を有する。

(39) 関与の程度が共謀とまでは評価できないとして幫助犯の成立を認めたものとして、最判昭和57年4月22日判時1042号147頁(富士銀行事件)。最高裁は、被告人の具体的な関与の仕方を検討した結果、「幫助したにとどまるものと認めるのが相当である」とした。

(40) 特別背任罪における共犯と身分をめぐる問題点について整理したものとして、野村稔『経済刑法の論点』(2002年)131頁・136頁以下。

(41) 最判昭和25年9月19日刑集4巻9号1664頁等。

(42) 野村・前掲(40)137頁。業務上横領罪に非占有者が加功した場合について、刑法65条1項は違法身分の連帯性を規定したものであることを前提に、業務上の占有者と非占有者の双方を65条1項によって単純横領罪の共犯とするものとして、西田典之『新版 共犯と身分』(2003年)174頁。

(43) 証券市場を揺るがす大規模な証券取引法違反事件がマスコミを賑わしている。このような中、同法の大改正が行われ、投資家保護や規制の強化を打ち出した金融商品取引法が成立した(平成18年6月7日成立)。

# 米国のリースの歴史と会計問題

石井 明

---

第1節	はじめに	28
第2節	リースの発展の歴史	29
第3節	リースの歴史と会計問題	43
第4節	おわりに	45

---

## 第1節 はじめに

リースとは、語源的には、賃貸借(する)あるいは賃貸借契約を意味する英語のLeaseであり、この概念は極めて古くから存在している。例えば、紀元前1750年頃ハムラビ法典において動産のリースの存在が確認され、また古代エジプトでも動産および不動産のリースの記録がある<sup>(1)</sup>。古代ギリシャやローマ帝国においても不動産や動産のリースが行なわれ、またフェニキアの時代から船舶備船(チャーター)が存在しており、現在の船舶リースにまで通じている。しかし、古代よりリースの中心はなんといっても土地や建物等の不動産に対するものであった。土地や建物の所有主は、一定期間に限って、それを例えば農地として占有し使用することを他人である借主(tenant)に認めていた。地主(landlord)は、土地やその定着物である建物等の所有権を手放すことなく他人に使用させて経済的な報酬を獲得する手段として、また借主は一時的にこれらの使用权を獲得し物件を使うことにより生産販売やサービスを提供することにより収益を得る手段としていたのである。

しかし現代のリースは、このような伝統的な不動産に係る賃貸借というよりも、とりわけ米国において第2次大戦後めざましい発展をとげた、産業設備に係る新しい調達方法として現代的意義を有する。機械設備等のリースは、企業の銀行借入金に基づく購入や割賦購入に代替する調達手段、一種の金融手段として生まれたものであり、また「費用」のひとつである税金の節減手段として使われてきた。リース契約は、契約自由の原則から、当事者間での契約条項の設定の仕方によって種々の有利な経済内容をもちうるために、単純な賃貸借ではなくなって法形式と経済実態が乖離して、税務および会計問題を含めて種々の問題を生起させてきたのである。

そこで本論文は第一に、リース会計の問題を考察する基礎として、近代的なリースすなわち機械設備リースが早くから発展した米国のリースの歴史過程を、嶺等の先学の時代区分を基本的に踏襲して、主に税務や会計の観点から粗描する。ここではリース発展・普及の原動力がレシーの節税やレサーの投資収益の誘因、そしてリースの歴史と会計問題との関連性を明らかにする。次に、リース発展と随伴して企業(レシー)の財務諸表上に当該リース資産およびリース負債が計上されないという、いわゆるリース・オフバランス問題が生じリース会計基準が設定され、改訂されてきた経緯を素描する。そこで最終的に機械設備リースの発展の根本的な経済的動機を考察する。

## 第2節 リースの発展の歴史

### 1 米国のリースの発展と経済的動機

米国においては、伝統的な不動産リースである農地リースや都会地リースを経て、マーチャндаイジング・リースが1800年代において自社の製品の販売促進の手段として製造業者によって利用された。機械設備リースの嚆矢は主に販売促進手段として実践されていた。当初メーカー主導によるリースが発展し、電話機、靴製造機ばかりではなく、事務機、自動車等を取扱う設備機器類が急速に増加し普及していった。次に、パーセンテージ・リース (percentage lease) が普及した。

しかしながら、狭義の意味でのリース、すなわち、金融機能を持つリースの出現は、第2次大戦後まで待たなければならない。そこでは、独立系のリース専業会社による、設備資金調達のための代替手段としてのリースが当時の内国歳入庁の税務規程との関係で(あるいは抜け道として)脚光を浴び、リースの対象はあらゆる動産・不動産に及んで利用されてゆくのである。

#### (1) 長期リースの勃興と普及 — 不動産リースと販売型リース

Stanley L. McMichael 他によれば、1700年代において米国で最初に長期リースが活用されたのは、英国からの移民が多かった州での、農地を対象としたリースであった<sup>(2)</sup>。土地所有者が所有権を保有したうえで長期リースを手段として農民である借地人(小作人)から一定の地代(投資収益)を得ることができるからである。しかし各州で農地リースの期間が制限されるようになって、20世紀には衰退していった<sup>(3)</sup>。一方、18世紀から19世紀にかけて、商工業の発達およびそれに伴う人口の都市集中によって、1860年代以降、大都市では土地(すなわち都会の商業用地)の長期リースが広くみられるようになった<sup>(4)</sup>。この都会地のリースは、通常、借主(tenant)が約定期間内にある特定の形態の建物を建築することによって、当該土地を活用することや地価を高めることが要求されていた。19世紀末から20世紀初期にかけて、米国のほとんどの大都市の発展に広く利用された<sup>(5)</sup>。

加えて、リースは自社の製品の販売促進の手段として製造業者によって利用された。すでに南北戦争(1861～65年)の頃にユナイテッド・シュー・マシナリー社(United Shoe Machinery Corp.: USMC)により自社の靴製造機械設備の販売促進のために、そして、1877年頃にはベル・テレホン・システム社(Bell Telephone System Corp.)により自社の電話機ならびに附属設備の販売促進のために利用されていた<sup>(6)</sup>が、19世紀に入り、このような製品「販売」を促進することを目的とするリースは、当時マー

チャンダイジング・リース(merchandising lease)と呼ばれて普及していった。特にUSMCの靴製造機械とIBMの事務機のリースは有名で、独占的販売市場を形成するために、製品の売切りを拒否してすべての製品をリースとしている<sup>(7)</sup>。このリースの普及の背景には、当時の各州の動産に関する抵当権の設定、割賦販売(所有権留保販売)に対する法制度の問題があり、生産および販売者としてリース契約に基づくリース料完済後の所有権移転や名目的購入オプション付与による売上債権保全措置が選好されたことにある<sup>(8)</sup>。

その後、マーチャンダイジング・リースは事務用機器、建設設備、コンテナ設備、運搬用設備(車両を含む)等を製造している産業においても普及した。これらの製品の特徴は、専門的サービスを必要とし、かつ直接販売方式による市場がきわめて狭く、非常に複雑で高価な機器である。マーチャンダイジング・リースによって、レサー(製造業者)は、①市場を拡大・独占や収益の安定化、②更新需要を確保し、種々のサービス手数料も確保できる<sup>(9)</sup>。一方、レシー側では、①陳腐化リスクをレサーに転嫁できる、②通常小規模利用者では享受できないようなサービスでも受けられる、③新しい技術進歩の恩恵を受けることが可能となる。これらマーチャング・リースは長期間のものとなれば、当然金融機能をも含んでいたと思われるが、それ以上にメーカーの製品の販売促進をねらいとして広く普及し、今日でも広く利用されている<sup>(10)</sup>。なお、米国で著名なリース実務家であるPeter K.Nevittによれば、設備機械を扱うマーチャング・リースは1920年頃に大きく進化し始めたと述べている<sup>(11)</sup>。

加えて、パーセンテージ・リース(percentage lease)と呼ばれるものがある。これは、毎期のリース料がリース財産の使用に基づいてレシーが獲得した総売上高または利益の一定の比率で計算されるという方式<sup>(12)</sup>で、チェーン・ストアなどの特定の分野で、店舗数を急速に増大させるのに利用され、今日まで広く利用されている。このリース形態は1915年頃に現われ、その後急速に拡大して行ったといわれる<sup>(13)</sup>。このリースの対象とする財産は通常、繁栄している都市の小売商業地域にあるものに限られ、レサー(地主)がテナント(レシー)の仕様書通りの建物を建設する場合<sup>(14)</sup>や、逆にテナント(レシー)が既にレサーによって建設された建物を使用してリース料を支払う方式がある。また米国ではパーセンテージ・リースの特殊なものとして、「鉱物資源リース」(mineralproperty lease)と呼ばれているものがあり、石炭や石油等の鉱物資源の開発に関連する産業分野において今日まで利用されている<sup>(15)</sup>。連邦所有地でのこれらの鉱物の採掘事業を営む際には、連邦の許可と本リース契約の締結が要件とされている。

第二次大戦前において出現し普及した長期リース、すなわち都会地リース、マーチャ

ンダイジング・リース、パーセンテージ・リースは、一定の特殊な条件が必要であり、また特定の分野に限定されていた点に特徴がある。なお、1936年にはセール・アンド・リースバック (sale and leaseback、以下セール・リースバックという) が出現<sup>(16)</sup>したが、このリースが他の業種に対しても普及したのは第二次大戦後である。また戦後直後から1950年を通じて、自動車リース事業が個人、企業を問わず非常に普及して、機械設備リースの魁となった。しかし、この自動車リースは典型的な短期オペレーティング・リースであり<sup>(17)</sup>、所有に伴うリスクと報酬はレサーが負担するものであった。

これらのリースは、マーチャンダイジング・リースや自動車リースを除いて不動産リースの諸形態であって、「戦後急速に広く一般に利用されるようになった、レサー側からすれば投資ないし融資を、レシー側からすれば資金調達ないし財産取得を第一義的目的とする、いわゆる金融リースとは明らかに異質のもの<sup>(18)</sup>」であった。その異質性とは、レサーまたはレシーが固定資産に係る減価償却等の税務上の恩典を共に利用するという観点ではなくて、主に投資に係るリスクと便益のシェアリングという経済的動機に基づいている点にあると分析できる。

## (2) 長期の不動産リースの発展(1945年～1950年)

第2次世界大戦後、米国においてセール・リースバック取引が拡大した。セール・リースバックは、1940年代前半では、もっぱら大手チェーン・ストアの不動産の取得・拡大の手段として活発に利用されていた<sup>(19)</sup>が、1945年以降になって、チェーン・ストア以外の一般事業法人でも利用するようになり、広く普及していった<sup>(20)</sup>。その対象財産も、都会の価値の高い商業用地、店舗、百貨店などからオフィス・ビル、ホテル、工場などの不動産にまで広がり、さらに航空機、船舶、機械設備など多くの動産も対象となっていった。

セール・リースバックは通常、すでに所有していた土地・建物等の財産を売却し、購入者は同時にレサーとなって即座に売却者に長期にわたりリースする契約であり、通常、純リース (net lease) で、当初期間満了時に更新や購入オプションが付いていることが多く、場合によっては一定の買い戻し義務が約定されているかもしれない<sup>(21)</sup>。リース料は物件の売却価額に金利コスト等を勘案して計算され、通常月次等の定額払い方式とされた。このセール・リースバックにはその他、建設一売却一リース、購入一建設一売却一リースという形態をとるものも含まれる。この金融スキーム(一種の開発型パッケージ金融)は、資金需要があり低利の金融を求める企業と、有利な投資先を探し求めていた Prudential Insurance Company 等の生命保険会社が直接結び

ついたものであった。生命保険会社等は、金融のアレンジャーとして当時免税主体（「Section 101 法人」といわれた）であった教育機関（主に大学）や慈善団体をセール・リースバック・スキームのなかにレサーとして呼び込む<sup>(22)</sup> ことにより、税恩典を反映させた低利ファイナンスを企業に供与することができた。このスキームはレシー・レサー共に種々のメリットがあったために短期間に全米に普及していった税務上の問題に加えて、財務諸表の開示問題について物議を醸し出した。しかし1950年に入って、教育機関などの免税特典の売買に対する批判が増大し内国歳入法の変更（Section 101）が行なわれて、当該長期リースにおいて生じるリース料収入に対する当該法人に対する免税特典が剥奪された<sup>(23)</sup>。

一方で、1942年から一部の州における州保険法の改正によって、生命保険会社が非住宅用不動産に投資して一定限度まで資産として保有できることを認められ<sup>(24)</sup>、さらに1950年頃には、「準免税法人」（quasi-tax-exempt corporations）<sup>(25)</sup> として特別の控除や低い税率を適用されていたことから、生命保険会社はバック・ファイナンサーやアレンジャーではなくて直接の不動産購入者かつレサーとなる、セール・リースバック取引が普及した。セール・リースバックは伝統的なファイナンス手法である銀行借入や社債の発行が可能であるときさえ、税法上のメリット等を勘案して企業から要望が寄せられていたことが確認されている<sup>(26)</sup>。

上述のように、第2次世界大戦直後、米国においては不動産のセール・リースバックが広汎に普及したわけであるが、物件の所有権をもつレサーには免税主体や準免税法人であった教育機関、慈善団体、生命保険会社となって、低利なファイナンス・スキームを提供していたわけで、レシーの経済的動機については、この低利の金融手段の獲得に加えて、リース料を損金として経費処理するほか、不動産販売に係る売却損による課税所得の減額という問題が指摘された。例えば、各州の租税裁判所における判決で、セール・リースバック（特に名目価格での購入オプション付き）を課税当局は、スキームの全体的な経済効果からみて譲渡担保付金融という判決を出されている<sup>(27)</sup>。一方のレサーも税恩典を活用した投資収益の獲得であり、セール・リースバックは遍く活用された。

### (3) 長期の機械設備リースの発展(1950年代)

第2次大戦が終了した後、1950年代に入ってから、不動産リースに代わって、金融機能をもつ長期の動産リースが著しく普及・発展していった。その主な背景には、大戦後の米国経済の旺盛な資金需要があったわけであるが、企業における固定設備の



減価償却費およびリース料に係る税務上の取扱いを巡るメリット(節税メリット)や低利の資金調達、あるいは投資家の投資収益の獲得や仲介者となる金融業者の手数料の獲得や資金の出し手となる生命保険会社等の金融機関の業務展開にあった<sup>(28)</sup>。伝統的なファイナンス手法に対してリース利用が活発化した原因としては、1942年に作られ施行された「告示F」(Bulletin F)による税務上の固定資産の償却年数が、実際の経済的耐用年数よりも非常に長かったこと<sup>(29)</sup>から、それが資本投下(設備投資の更新)を困難とする足枷となっていたために、固定資産をリースで調達することによって、リース料を損金として経費処理して実質上、固定資産の早期償却メリットを取得することであった。例えば、15年ないし20年という償却年数の機械設備に関してリースを利用することによって、5~8年のごく短期で費用処理する。加速償却方法を認めることとなった1954年内国歳入法の改正以前までは、リースにより機械設備を調達すること(すなわち、リース料の経費処理)―実質上の早期償却―によって過大な利益計上を抑えることができ、企業の所得に課せられる税金支払いを繰り延べるメリットを享受して、陳腐化・老朽化する前に機械設備の更新が可能となったのである。

このような時代に機械設備を対象とした金融リースの普及・発展を牽引したのは、専門リース会社であった。最初の専門リース会社、United States Leasing Corporationが設立されたのは1952年であり<sup>(30)</sup>、専門リース会社は、当初、企業の設備資金需要と金融機関の間のブローカー(仲介者)として手数料業務を営んでいたが、その後自己資本の充実や銀行借入金や社債発行によって自らがリース物件の所有者(すなわちレサー)となって実質上金融業を営むようになり、またリース業務に係るノウハウ蓄積や人材の育成も担っていった<sup>(31)</sup>。

そして、1954年に内国歳入法(Internal Revenue Code)の改正が行なわれ、固定資産の減価償却方法として、従来の定額法の他に定率法および級数遞減法という加速償却手続きが認められることになり、リースによる早期償却効果は薄められた。しかし、リースを使うことによって依然として実質上の償却期間の短縮メリットは享受できたことから、リースは引き続き税金の繰延べ手段等の観点から利用された。

とはいえ、法形式はリース契約であっても、各州の租税裁判所(Tax Court)や連邦控訴裁判所(Federal Court of Appeals)における判決で、後日割賦販売(割賦購入)と認定されてレシーとしてはリース料の損金算入は否認されて、長い法定耐用年数、定額法によって計算された減価償却費が代わって損金に算入されるために、差額分だけ課税所得が修正され、課税延期によるメリットを失う事態が時々生じていた。しかもその租税裁判所等の判断基準に一貫性がなかったために、リース契約の損金としての経

費処理や資金繰りの安定性に懸念が存在していた<sup>(32)</sup>。そこに、リースと割賦販売との判定に係る解釈規則を示した1955年の内国歳入庁通達(Internal Revenue Ruling 55-540)が公表されたため、それ以降はこの解釈規則に適合する契約を締結するリースが発展することになった。その通達内容は次のようなものであった<sup>(33)</sup>。

法形式上はリースであるが、実質上は割賦販売であるか、あるいは真正リース(true lease)かは、当事者の意図に依拠するも、以下のような場合には、販売とみなされるかもしれない。

- (a) 定期的に支払われる対価の部分がレシーの取得すべき財産に特に対応する場合。
- (b) 契約の一定金額のリース料の完済によって、レシーが所有権を取得できる場合。
- (c) 比較的短期の使用期間にわたりレシーが支払うリース料総額が、所有権の移転を保証するために要求される総額の大部分を構成する場合。
- (d) リース料支払額が現在の公正なリース料の金額を大きく超える場合。
- (e) 購入オプションの行使価格が、オプション行使時における財産価値に比べて名目的なものである場合、あるいはリース料総額に比べて相対的に小さなものである場合。
- (f) リース料の一部が利息として明示されているか、または利息と同じものと容易に確認される場合。

この内国歳入庁通達の公表によって、レシーが後日になってリース料の損金としての経費処理が課税当局によって否認されるという税務リスクが軽減された結果、リース取引の安定性が生み出されリース取引が活発化され大きな要因となった<sup>(34)</sup>。

上述のように、1950年代に入ってから、米国においては本格的な設備金融リースが発展したわけである。その主たる要因としては、リースの発展の基礎となる経済的環境の存在(企業の旺盛な資金需要、専門リース会社の勃興)と税務上の減価償却制度の不備、リースと実質的な条件付販売との税務上の内国歳入長通達<sup>(35)</sup>が大きな要因として指摘されるが、それ経済的動機については、レシーは低利の資金調達手段の取得というよりも、税務上の恩典の獲得という経済的動機が大きな要因であったといえる。リース専門会社の出現は、そのような企業の経済的動機と投資家を結びつける仲介者として出現したものであり急速に発展していった<sup>(35)</sup>。

#### (4) レバレッジド・リースの大展開(1960年代～70年代)

1960年代に入ってから、銀行を中心とする大型の長期のレバレッジド・リース(leveraged lease)という金融リースが著しく普及・発展していった。その主な背景には、当時のケネディ政府の投資税額控除制度の導入、固定設備の減価償却メリット(節

税メリット)や低利の資金調達、あるいは、以前と同様に、投資家の投資収益の獲得や金融業者の手数料の獲得や資金の出し手となる金融機関にあった<sup>(36)</sup>。特にレバレッジド・リースの組成に関連して、1963年の米国通貨監督官(Comptroller of the Currency)<sup>(37)</sup>が国法銀行に対して動産の所有とリースを認可する通達<sup>(38)</sup>を出状したことが大きな契機となった<sup>(39)</sup>。それまで国法銀行等は、タックス・リース(tax lease, tax-oriented lease)業務の収益性が高いことを熟知していたが、銀行法規制があつてリース専門会社が斡旋する設備トラスト証券への投資やリース債権の割引業務という限定された業務分野しか扱えなかったが、リース業務への直接参加が認可されたことから、一挙に長期のタックス・リース業務に参入し大型の長期のレバレッジド・リース組成のアレンジャーやレンダーとして参入していった<sup>(40)</sup>。

1960年代に入り、当時のケネディ政府は、生産性の向上、経済成長を促進させるための手段として設備の近代化・拡充を図る目的で、最高7%である投資税額控除(Investment Tax Credit: ITC)を1962年に施行した<sup>(41)</sup>。これと同時に、ケネディ政府は、従来の「告示F」の耐用年数が実態に合致していないことから、歳入庁手続(Revenue Procedure) 62-21をもって、税務上の耐用年数を経済耐用年数に合致するようにガイドラインを大幅に修正した。加速償却制度の実施とこのガイドラインの修正(償却期間の短縮化)によってリースの税務上のメリット(実質上の早期償却)は失われることになったが、ITCの創設によって、新しい税務上のメリットが生じた。リース金融にとって特に重要な点は、機械設備を法形式上は購入し所有するが、自らは使用収益しない、リース会社、生命保険会社、銀行等のレサー(投資家)が、ITCや減価償却の税恩恵を受けるという点にある。十分な利益を上げていない企業あるいは赤字企業は、機械設備の所有者としてITC等の税恩恵を直接的に享受するのではなくて、レサーとなることによって、レサー(所有者)の享受するITC等の税特典を金利の低下によって間接的に享受するのである。特にこの時代、政府のITC導入により、リース金利はより低利の資金調達手段となったことから、航空機や店舗、機械設備等に係るレバレッジド・リース金融は飛躍的に増大していった。

レバレッジド・リースという形態の金融リースは、対象となる物件金額が大きくなれば必然的に取り組まれるリース・スキームである。これは1940年代後半における、不動産のセール・リースバックにおいても使用<sup>(42)</sup>されており、また動産である車両リースにおいても使用<sup>(43)</sup>されていたが、本格的に展開されたのは、リース市場に銀行が本格的に参入してきた1960年代後半においてである。1930年代から戦前においては、高率の所得税を課される個人納税者のタックス・シェルター(tax shelter)の手段

として、レバレッジド・リースは利用された。すなわち一般に、高率納税者が集まって組合(partnership等)を作り、その機械設備等の購入価格の20%程度を各組合員が合計して出資し、組合は残りの80%程度の必要資金を年金基金や金融機関等からのノンリコース・ローン(non-recourse loan、金融機関等は、投資家・レサーにローンを供与しても、リース料債権の譲渡を受けてレシーが支払不能となっても投資家・レサーに直接弁済を求めない)で調達<sup>(44)</sup>して、当該のリース物件を購入し、レシーにリースするというものであった。レシーは通常、十分な利益を計上していない、あるいは赤字であったり、さらに繰越損失を抱えている企業である。これら企業は、物件を自ら購入・所有しても、税務上の特典である加速償却やITCを十分に利用できないので、これら税務上の特典を20%程度の出資である投資家がレシーに代わって100%享受し、その恩典の一部あるいは全部をリース料に反映させるという性質をもつ特殊金融スキームであった。その結果、レバレッジド・リースは、1962年以降、税務上のITC、加速減価償却をレシーに代わって取る大規模なエクイティ投資市場—エクイティ投資家(equity investors)—を創出させることにつながった。その時代において、銀行は1963年9月から「リース部門」を設置し、リースを有利な金融手段として銀行業務の一分野として加えていったのであるが、国法銀行(National Bank)は連邦法、州法銀行(State Bank)は州法の規制によって、複数州にまたがって全ての銀行業務を営む店舗を開設することができなかったことから依然として営業活動の規模等が制限されており、商業銀行はノンリコース・ローンの出し手としては参加しても、リース債権の占める割合は低かった<sup>(45)</sup>。

そして1967年から1970年にかけて大手商業銀行の大半が単一銀行持株会社(one-bank holding company)を設立して業務多様化の動きを示したため、1970年末に銀行持株会社法(Bank Holding Company Act)が制定され、貸付業務等のほか銀行業務に関連する10分野(リース等)を営むことが認められた。これによって、銀行は持株会社の傘下のリース会社を通じて全米を股にかけてリース業務が可能となり、1970年代から豊富な資金を背景にリース業務に積極的に乗り出したのである。これがレバレッジド・リース金融業務の拡大のトリガーとなった<sup>(46)</sup>。

内国歳入庁は1955年に歳入庁通達(Revenue Ruling) 55-540を出状して、真正リースに関するガイダンスを公表したが、この内容は一般的であり、レバレッジド・リースの複雑なストラクチャーを組む際には、レサー、レシー等の税務リスクに対してほとんど意味をもたず、アレンジャー等は個別の通達依頼(ruling request)を出して都合の良い通達を取得することによりリース条件設定を行っていた<sup>(47)</sup>。そこで、内国歳

入庁は、1975年、歳入庁手続き (Revenue Procedure) 75-21 を出状して、以下のよう  
な、真正リースに関する包括的なガイダンスを公表した<sup>(48)</sup>。

(a) レサーは、リース期間を通じて当該リース資産原価の20%以上の自己がリスク  
を負担する資金を投資しなければならない。

(b) リース資産は汎用性のある資産でなければならない。

(c) リース期間は、当該資産の見積耐用年数の80%以内でなければならない。

(d) レシーによるリース資産の購入オプションの行使価額は、公正市場価値によら  
なければならない。

(e) リース資産のリース終了時の残存価額は、取得原価の20%以上でなければなら  
ない。レシーからの借入、またはレシーの保証による資金で調達した資産であっては  
ならない。

(f) レサーは当該リース取引により税務上の恩典以外の利益と資金が得られなければ  
ならない。

この歳入庁手続きの公表によって、真正レバレッジド・リースの種々の契約内容やス  
キームの標準化、あるいは個別通達取得や税金補償合意書 (tax indemnity agreement)  
(税制が将来変更された場合の税金損益の負担の取り決め) や解散合意書 (unwind  
agreement) の作成に係る費用や不確実性がかなり排除された<sup>(49)</sup> ことから、銀行等を中  
心としたリース組成が容易となり、種々の投資家、保険会社等を巻き込んでの航空機、  
工場財団等の大型設備投資に関するレバレッジド・リースを大いに促進した。このレ  
バレッジド・リースの大展開によって、以前までは「ラスト・リゾート金融」とみら  
れていたリースが、企業にとって極めて有利な金融手法のひとつであり、通常の銀行  
業のファイナンス・メニューのひとつとして認知されるに至った<sup>(50)</sup>。

上述のように、1960年から1970年代にかけては、米国において本格的なレバレッジ  
ド・リースが大発展したわけである。その主たる要因としては、リースの発展の基礎と  
なる経済的環境の存在(設備投資促進の経済政策、銀行・銀行系リース会社の勢力拡大)  
および米国政府のITCの導入、減価償却の税恩典の整備、真正リースのガイドラインの  
改訂が大きな要因として指摘されている。経済的動機については、レシーはレサー側  
の税務上の恩典を活用した低利の資金調達手段の取得が大きな要因であったといえる。  
当時米国銀行をはじめとする有力銀行のリース業務への本格的な参入は、大きな顧客  
基盤をもつ銀行のネットワークを背景として、重工業・設備産業分野にある企業の経  
済的動機とエクイティ投資家を結びつける有力な仲介者として出現したものであった。

## (5) セーフ・ハーバー・リース(1980年代前半)

1978年、Frank Lyon & Co.事件に係る最高裁判決判によって、真正レバレッジド・リースとして判定される購入オプション付きリースは、リース開始時点で当初原価の20%以上の価値をもつと予測される購入オプションであることが明らかとなった<sup>(51)</sup>。その結果、割安購入オプション付きリース契約は真正リースとして否認されることから、影を潜める状況となり、その判決以降レバレッジド・リースの一時停滞を招来した<sup>(52)</sup>。

そして、米国経済が全般的に停滞気味となってきたとき、1980年に大統領となったレーガンは景気回復のために、サプライサイド経済学によって、1981年経済回復法(Economic Recovery Tax Act: ERTA)を施行し、ACRS (Accelerated Cost Recovery System)という加速償却特例法(例えば、従来までの税制下で9.5年以下のものはすべて5年の償却期間となる)をスタートさせた<sup>(53)</sup>。その際、鉄鋼、自動車、鉄道、航空等の、ITCを十分に活用できないタックス・ポジションにある重工業に属する企業群がリースによって設備投資を行なえるように、これまでの真正リースの条件を規定していた内国歳入庁の1975年ルールを大幅に緩めた<sup>(54)</sup>。この時にできるようになった特殊なリースがセーフ・ハーバー・リース(safe harbor lease)と呼ばれる<sup>(55)</sup>。

このリースはこれまでの税法上の真正リースの要件を大幅に緩和するものであり、新品(取得後90日以内)のセール・リースバックも許容、レサーの最低出資額比率の10%の引き下げ、レシーの出資やレサーへのローンも許容、物件購入オプション価格を公正市場価値から名目価格も許容するなど、1975年の内国歳入庁ガイドラインのほとんどの条件をはずした。因みに、従来までの真正リース条件と1980年のセーフ・ハーバー・リースの差異は以下ようになる。

表 真正リース条件比較表

項目	真正リース(1975年ルール)	セーフ・ハーバー・リース
レサーの自己リスク負担	資産原価の20%以上	資産原価の10%以上
資産の汎用性	必要	不要
リース期間	見積耐用年数の80%以内	—
購入オプション条件	公正市場価値	固定金額のオプションも可
リース終了時の残存価値	資産原価の20%以上	資産原価の10%以上
レシーの保証	不可	可

(出所)筆者が作成

ERTAによる投資刺激策の実施によって、セーフ・ハーバー・リースはたちどころに米国企業に普及したうえに、所得の高い個人をも巻き込んだ<sup>56)</sup>。多くの企業については、新規設備のほか中古設備(取得後90日以内)購入に際してセーフ・ハーバー・リースが適用されてアメリカ経済全体として景気浮揚の役割を果たすに至ったが、その一方、全くの税恩典移転(Tax Benefit Transfer: TBT)取引、すなわち企業間での税務恩典の売買が起ることになった<sup>57)</sup>。その結果、セーフ・ハーバー・リースが内国歳入の大幅な赤字をもたらしたと同時に、大企業に対して多くの中小企業がこれら税恩典を享受できなかったことから、この特別なリース条件に対する全米にわたる批判が沸き起こった<sup>58)</sup>。

ERTAは予想をはるかに超える財政赤字を出現させ、また税負担の不公平が大幅に拡大したことから、政府は徐々に財政立て直しと税負担の公平化を図るために、1982年8月、税衡平・財政責任法(Tax Equity&Fiscal Responsibility Act: TEFRA)を施行した。このTEFRAは、ITCを10%から8%に変更すること、ACRSでの3、5、10年の償却期間をそれぞれ5、8、15年に延長して税恩典を減ずる政策をとり、セーフ・ハーバー・リースは1983年末に停止することが決定した。1983年度末、予定通りにセーフ・ハーバー・リースは停止され、米国始まって以来の大規模な税恩典制度は3年で終結した。その際、TEFRAはTBTリースに代わって、1984年からファイナンス・リースという新しいカテゴリーの税恩典制度(実質上、真正リースとセーフ・ハーバー・リースの間)が創設されることが決定していたが、その後も税収の低迷による財政赤字の拡大や税恩典の不公平性等の議論が続いたために、ほとんど実施されないまま終わった<sup>59)</sup>。

1984年、米国議会は税率を引き上げて歳入を増やす1984年の赤字削減法(Deficit Reduction Act: DRA)を承認した<sup>60)</sup>。DRAは、個人の機械設備リースへの参加を否定するものではなかったが、内国歳入庁が当該機械設備リースの否認、つまりレサールの減価償却恩典の利用を阻む監査キャンペーンを実施した<sup>61)</sup>ために、リースのエクイティ投資への個人の参加は減退をみせた。

上述のように、1980年代初頭は、1960年代前半のITC、加速減価償却制度の景気刺激策の利用実績を踏まえて、再度、税恩典制度を積極的に活用した変革の時期であり、景気刺激策としては十分成功を収めた。とりわけタックス・リースという範疇において、セーフ・ハーバー・リース、そしてそれ以後、TBTという新しい税恩典の売買形式が開発されて、リース対象物件が飛躍的に拡大した<sup>62)</sup>。しかし一方で、財政赤字が拡大し税負担の公平性が大きく問題視されて、1984年以降は、税恩典の割合の削減、投資適格物件の制限、投資家の制限(個人投資家の排除)等を行なって、税恩典を縮小

する方向に転換され、真正リースの厳格化が図られた。1980年代前半は、タックス・リースの変革あるいは激動の時期といえよう。

#### (6) レバレッジド割賦販売リース(1980年代後半)

米国は1986年度において税改革法(Tax Reform Act : TRA)を施行して所得税率を漸次引き下げることを決めてITCを廃止したが、ACRSという加速減価償却制度を再編した、修正加速原価回収制度(Modified Accelerated Cost Recovery System : MACRS)を施行した。また比較的少数の納税者によって利用される多くの優遇措置(例えば、減価償却の税恩典)の創設が課税ベースを侵食し、結果として納税者全員に高税率を負担させるという不公正を是正する目的で、代替ミニマム・タックス(Alternative Minimum Tax : AMT)制度を導入した<sup>(63)</sup>。TRAは1986年内国歳入法に挿入された。このTRAにより税恩典効果が減少したために、レシーとレサーのタックス・マネジメントに影響を与えた。すなわち、一部企業(所得がある企業)はレシーとして税恩典を享受(レサーが機械設備を所有することによるITCや減価償却の損金算入を反映する低金利の資金調達)する方法から、自らが所有する機械設備に関連するすべての税恩典(主にMACRS)を使う方向に転換した。

しかし、当該企業といえども、真正レバレッジド・リースではなくても、低金利のファイナンスを希求しており、ファイナンサーとしてレバレッジド割賦販売リース(leveraged conditional sale lease)を生み出す必要があり<sup>(64)</sup>、徐々に組成されていった。

当該リースでは、種々の担保手段や証券が、資産を購入するに必要な全体的なファイナンスを構成するために使われる。通例として、例えば、シニア第一抵当権は、設備の60%または70%のファイナンスを担保するために使われる。劣後債務(第二抵当)は設備原価の残額をファイナンスするために使われる。残価リスクが想定される場合には、返済の残存価値を受取る第3のファイナンサーが入る<sup>(65)</sup>。三層の各金利はローンのリスクと担保によって変化する(高いリスクを取るファイナンサーのイールドは高い)。

レシー企業は減価償却の恩典(支払利息も損金算入)を自ら使用するレバレッジド割賦販売リースを受けるわけであるが、一方で、このストラクチャーのなかで米国リース会計基準である財務会計基準書第13号「リースの会計処理」(以下、SFAS13という)の資本リース(ファイナンス・リース)の識別規準を満たさないリース条件が構成される場合には、財務報告上オフバランスとなることに繋がった<sup>(66)</sup>。



### (7) シンセティック・リースの発展(1990年以降)

シンセティック・リース(synthetic lease)のストラクチャーは、1986年のITCの廃止以後、広汎に使われるようになり<sup>(67)</sup>、1990年の後半期においては機械設備以外の不動産開発等において広範に利用されるに至っている<sup>(68)</sup>。シンセティック・リースとは、実質上、ローンであり、税務上は割賦販売の要求を満たすとともに、SFAS13のオペレーティング・リースとしてリースを取り扱う識別規準を満たすように条件設定される。したがって、レシーにとって、シンセティック・リースは税目的上はローンとして扱われて、当該資産に係る減価償却費と支払利息が損金算入でき、一方会計上はオペレーティング・リースとしてオフバランス処理とする。

シンセティック・リースの基本的なストラクチャーについては、投資家(通常、トラスト等の特別目的主体(Special Purpose Entity : SPE)でレシーも3%程度の出資をするケースが多い)による設備の取得の後、その資産の経済耐用年数の75%を超えないリース期間(通常3年から7年)にわたり、レシーにその設備をリースする。シンセティック・リースにおいては、レシーが残価を支配することから、リース期間については自由に決定する<sup>(69)</sup>。

リース料支払いは、シンセティック・レサーにより投資された取得原価に関する元本および利息を、リース期間の終了時の設備の期待残存価額に等しい金額まで充当される。リース料支払いは、レサーにより投資された取得原価その他にもとづく利息の支払いに等しい。リース料支払いは、銀行間利子率(例えば、LIBOR)のような金利指標に基づくのが通常である。リースは典型的に、保険・税金・修繕等をレシーが負担する純リースの標準条件に加えて、企業ファイナンスに係る典型的な財務制限条項を含む。

リース期間の終了時にSFAS13の会計ルール(リース識別規準)に準拠する目的で、レシーはリース開始時に決定した条件(通常、債務残高とエクイティ投資額の合計)で物件を購入する(その物件の購入に関連してレサーにより投資された元本および発生利息の合計に等しい)、またはその物件を第三者に公正市場価値で販売すること、のいずれかの義務をもつ。實際上、購入オプションは、デットとエクイティを行なうために必要な価格が設定される。レシーは、レサーが投資した元本を超える物件の価値の増加があった場合には、その便益を受け取る<sup>(70)</sup>。

リースは通常、未返済元本残高プラス利子および(早期終了に係る)プレミアムに等しい金額でリース期間中、リース物件を購入できるオプションをレシーに与えている。

リース終了時に、物件を第三者に売却した際に、売却価額がレサーの当初投資額を下回る場合、レシーはその差額(通常、「偶発リース料(contingent rental)」と呼ばれ

る)をレサーに支払うことを保証する<sup>(71)</sup>。リース会計基準のファイナンス・リース(資本リース)に係る識別規準に準拠する目的で、i)当初リース期間は経済耐用年数の75%未満に設定し、次いでii)レシーにより支払われる金額は、レサーによる当初投資金額の一定比率を超えることはできない(90%回収基準の抵触回避の観点から、物件の公正価値の81~90%のレンジが引き受けられる)。したがって、第三者への売却の場合、レサーはレシーにより「保証された」金額以下の物件価格まで、損失を被ることになる。レシーは、保証した金額を超えた売却代金を受け取る権利を有する。シンセティック・リースへの貸付者は、この取引をほとんど回収がない3~7年間のローンと同じと取り扱う<sup>(72)</sup>。

米国経済は1990年以降約10年にわたり、景気の低迷から脱して未曾有の好景気を享受してきた。そのため、かつて景気刺激策として導入したITC、加速減価償却のような大きな税恩典がない状態が継続しており、赤字企業が真正リースという形式で税恩典をレサーにとってもらい自分は低利でオフバランスのファイナンスを受けるという形態は余り目立たない。シンセティック・リースとして、むしろ建物、機械設備等の償却資産を税務上、自社の所得を減らすために所有物件として減価償却を取ることの方が経済的に有利である。しかし、一方で、財務会計上は当該資産や負債をオフバランス化するためにSPEをレサーとして使って連結範囲外とするオペレーティング・リース(実質ファイナンス・リース)を仕組むわけである。エンロン社の崩壊は、そのような企業経営者の投資家等を軽視した、ご都合主義の一端(一種の偽装)を白日の下に晒した<sup>(73)</sup>わけであった。

## 2 20世紀末のリース活動

現在の米国においては、シンセティック・リースが横行しているといえようが、政務上、会計上等の観点から、引き続きリース・ファイナンスは資金調達の有効な手段のひとつとして確固たる地位を築いている。米国の機械設備リース協会(Equipment Leasing Association: ELA)によれば、米国の2000年度設備投資8,200兆ドルのうち2,600兆ドル、約31.7%がリースである<sup>(74)</sup>。ここで、現在の米国でのリース活動の状況を一瞥すると、産業分野や資産の種類によってリース金融を利用する割合は大きく相違しており、例えば、航空機・船舶・鉄道などの輸送手段は固有の可動性や中古市場の整備によってリースが多用されている(ジェット機の約半分はリースであるといわれる)。また大規模小売店業は不動産から店舗、内装から設備・備品までまるごとリースされているケースが多い。最近では、ソフトウェアのような無形資産の取得にもリース

が使用されている。

また最近、レバレッジド・リースをはじめとして、リース期間中レシーに使用される資産の所有権を保持するSPEをレサーとして多用する。レサーには3つのタイプがあり、銀行、金融子会社(通常、設備機械等び製造業者の子会社)および独立系リース会社である<sup>(75)</sup>。

### 第3節 リースの歴史と会計問題

前節では、第2次世界大戦後の米国におけるリースの発展過程を、その時代の経済的背景、対象物件、税制度、リース専業会社、生命保険会社、銀行等の金融機関をめぐる規制に主に焦点をあてて粗描した。第2次世界大戦直後、米国においては土地・建物等の不動産セール・リースバックが普及した。それは売買契約と賃貸借契約というふたつの法形式を結合させるものであり、大学等の免税主体を購入者-レサーとして入れることによって、通常の抵当権付借入金や社債発行と比較して低利の資金調達方法となった。加えて、セール・リースバック取引は自社のタックス・ポジションによって売却価格を恣意的に決めることができる点、そしてリースバックによって継続的に資産を使用するとともに、解約不能な契約である点から確定的な支払義務が存在しているにもかかわらず、資産・負債のオフバランス化を招来したため、1948年リースの会計問題がはじめて提起され、翌年の1949年、最初のリース会計基準が米国会計士協会の会計調査公報第38号(Accounting Research Bulletin No.38)が公表されるに至った。

1950年代に入り、リース専業会社が創設されて、機械設備等の動産に関するリースが大きく進展した。それは当初、レシー企業は税法上の償却期間が実態にあっていないことに対する自衛的対応策すなわち早期償却を行なう手段、あるいは通常のファイナンスの代替手段としてリースが活用された。一方、企業が機械設備を購入しても減価償却の税恩典を享受できないとき、差し出す担保がないとき、あるいは資産・負債のオフバランス効果によって社債等の財務制限条項の抵触を回避したいときに、企業はリースによる資産調達を行なうことが検討される。1950年後半にはリース金融の企業への普及・増大に伴って、リース取引の注記開示ではなくて、リース料の資本化によるリース資産およびリース負債の計上論議が活発化するに至った<sup>(76)</sup>。

1960年代に入り、当時のケネディ政府は、生産性の向上、経済成長を促進させるための手段として設備の近代化・拡充を図る目的で、ITCを1962年に導入し、また加速減価償却制度の導入も行なった。それら税恩典を享受する機械設備調達手段として、特にエクイティ20%、デット80%のレバレッジド・リースがリース市場に大手商業銀

行が本格参入したことによって1970年代中央まで全面的に拡大した。

企業のリース負債のオフバランス化に対して、John H. Myersによる会計調査研究第4号(Accounting Research Study No.4: ARS4)が公表されたのは1962年のことであり、それによってリース契約で生じる財産使用权を資産、リース支払義務を負債として、将来リース料の流列の割引現在価値の資本化を行なって貸借対照表上に計上することが提唱された。しかし、1964年に公表された米国公認会計士協会の会計原則審議会の意見書第5号「レシーの財務諸表におけるリースの報告」(APBO5)は、MyersのARS4の意見を受け入れず、あくまで実質購入であるリース契約のみを貸借対照表に計上する会計基準を公表した。実務上、すでに姿を消した実質割賦購入のリースのみが、または資本化の対象とされた点でリース会計基準の向上はみられず、ここにリース会計基準設定主体や会計士と産業界との利害相反がその背後にあることが確認された。

その後、1970年代に入って、政府よりのITCが再復活したこともあって、航空機等の大型のレバレッジド・リース組成が継続され、種々の減価償却制度の改正、賃借料の取扱いの明確化を通じて、リース取引は税務上の恩典を最大限に生かすという経済的動機に支えられてさらに拡大を遂げてきた。そのリースの拡大にもかかわらず、企業の公表財務諸表におけるリース注記開示も一向に進展せず、リース資産およびリース負債のオフバランスが継続したために、新たな会計基準設定主体となった財務会計基準審議会(Financial Accounting Standards Board: FASB)は、従来のリース会計基準、すなわちAPBO5、APBO7等すべてを改訂するリース会計基準書第13号「リースの会計処理」(SFAS13)を公表して、「所有に伴うリスクと便益の移転」という概念をコアとしてレシーのリース資本化の範囲を拡大する、包括的な会計基準を設定するに至った。

1980年前半は全米にセーフ・ハーバー・リースの嵐が吹いて、リース取引はTBTリースという形で活発化した。景気は大いに刺激されたが、TBTの弊害に対して批判が渦巻いたためこのリース制度は短期間で終了した。リースが節税手段あるいは税恩典の売買手段となるという側面をこのセーフ・ハーバー・リースはいみじくも証明している。

1980年後半から現在までは、減価償却という税恩典と会計上のオフバランス効果のふたつを獲得するために、シンセティック・リースという形態が重点的に使われている。シンセティック・リースは、実質上ローンといえる資金調達方法であり、とりわけ大規模店舗小売業ではセール・リースバックとして多用される。第2次大戦後、チェーン・ストアで活用されたセール・リースバック・スキームは、その経済的効果(節税、資産・負債のオフバランス化および低利の資金調達)が現在まで全米企業に脈々と受け継がれてきているといえよう。

リースの発展のうち機械設備リースの発展の第一の要因には、税金が企業にとって一種の「費用」である点で、つねにITCや減価償却の税恩典を生かして「費用」削減を行なうという経済的動機がある。第二に、リース(特に、レバレッジド・リース)は、課税所得が高い個人・法人、あるいは教育機関、慈善団体等の免税主体をエクイティ投資家として参加させることによりレシー企業に低金利を提供できる(企業は資金コストを削減できる)点で資金コストが削減できる。そして第三に、企業は長期リースで調達した機械設備およびリース債務をオフバランス化する経済的動機がある。仮に企業の所得税ポジションが良好であり、減価償却費等の税恩典を享受できる状況下にあっても、負債比率他の財務比率の悪化による財務制限条項の抵触を回避するために、通常の借入金や社債による資金調達をやめてリースを選択する。財務制限条項の抵触を回避できれば、企業はそれまでの信用格付けを維持でき、当該金融機関からの追加担保あるいは期限前返済の要請を回避できる。したがって、リースを利用することによって、結局、企業は自社の資本コストの増大を回避することができるという点で、上記同様に、「費用」(将来の「費用」)の削減を行なえるという経済的動機が存在するのである。

すなわち、営利企業のやむことのない経済的動機、すなわち費用削減という観点から、その時々での経済・経営環境に応じてリースが金融手段の有力なツールのひとつとして使われるのである。

#### 第4節 おわりに

本論文では、リース会計の問題を考察する基礎として、近代的なリースが早くから発展した米国のリース産業の発展の歴史を主に税務や会計の観点から粗描した。次いで、リース発展・普及の原動力がレシーの節税やレサーの投資収益の誘因、そしてリースの歴史と会計との関連性を明らかにした。さらに、リース発展の歴史と随伴して企業の財務諸表上に当該リースによって取得したリース資産およびリース負債が計上されず、リース会計基準が設定されてきた経緯を簡単に辿った。

リースの発展の原動力は、資本主義社会における経済政策の重要な手段と位置づけられる税制度の下での企業の経済的合理性の追及、営業資本の維持拡大にあり、究極的には総費用の削減であろう。社会の経済的繁栄は、企業が営利目的で土地、建物、機械設備などの生産財を効率的に使用し生産した良質な製品やサービスを提供することである。企業は毎年その所得に対して所得税をかけられたために、所得税は「費用」のひとつとして認識され、企業はあらゆる手段を駆使してその節減をはかる。所得税計算のなかで建物、機械設備等に係る減価償却(あるいはITC)は極めて強力な節税手

段として認識される。第一は、リース期間の法的耐用年数に対する短期化によるリース料の損金算入による節税(税金の繰延べ効果)である。第二は、所得があがっておらず、自ら減価償却費を損金算入しても節税効果がないタックス・ポジションにある企業の場合は、その税恩典を他の個人や企業(レサー)にとってもらい、その効果を低金利として反映したファイナンスを受けるという資金コストの低減にある。極めて低金利を生み出す金融スキームとして、レバレッジド・リースは強力なデバイスである。

特に、重厚長大といわれる産業分野や大規模小売業においては、設備投資にお金がかかり、種々の資金調達方法の確保が必要である。設備産業は、保有する機械設備等に関する減価償却費を損金算入することができるが、所得があがっていなければ損金算入は節税とはならない。そこで、リースを活用することにより間接的に税恩典を享受することが選択される。百貨店・スーパーマーケットなどの小売業、航空業、海運業、鉄道業などの運輸業、情報通信業は装置設備産業にリース利用が集中しているのは、そのような経済的要請があることに起因する<sup>(77)</sup>。レサーは、レシーの資本の回収が長期にわたる機械設備等のリースに関して中途解約不能とし経済的耐用年数以内のリース期間を基本的に設定することにより自己の資金と金利コスト等を全て回収することが必要であるために、長期リースはそのような枠内で契約される。

企業の経済的動機に基づくリース金融の選択行動は、財務諸表を利用する投資家等に対して、第2次大戦直後はリース債務が貸借対照表上で表示されないために、重要なリース取引の注記開示あるいはリース資本化の必要性が提唱された。次いで、リース契約のうちどのようなリースを貸借対照表で表示するべきなのかが問題となり、伝統的な会計の概念的フレームワークや認識・測定に関する重要な会計問題を提起することになったのである。

## ●主要参考文献

### 主要和文参考文献

- 安藤次男「アメリカにおけるファイナンス・リース制度の発展(一)」『民商法雑誌』第78巻3号、1978年6月、261~304頁。
- 安藤次男「アメリカにおけるファイナンス・リース制度の発展(二・完)」『民商法雑誌』第78巻4号、1978年7月、401~429頁。
- 浦野晴夫『アメリカ減価償却論』中央経済社、1988年。
- 庄政志『リースの実務知識』全訂版、商事法務研究会、1982年。
- 茅根聡『リース会計』新世社、1998年。

- 中田信正『アメリカ税務会計論』中央経済社、1989年。
- 南部二三雄『リースの実務』東洋経済新報社、1973年。
- 舟橋克剛『レバレッジドリース・日本型』金融財政事情研究会、1995年。
- 松田安正『リースの理論と実務』改訂版、商事法務研究会、2001年。
- 嶺輝子『アメリカリース会計論』多賀出版、1986年。

#### 主要英文参考文献

- Abdel-Khalik, A. Rashad, FASB Research Report, *The Economic Effects on Lessees of FASB Statement No. 13, Accounting for Leases*, FASB, July 1981.
- American Institute of Certified Public Accountants(AICPA), Committee on Accounting Procedure, Accounting Research Bulletin No.38, *Disclosure of Long-Term Leases in Financial Statements of Lessees*, October 1949.
- AICPA, Accounting Principles Board, APB Opinion No.5: *Reporting of Leases in Financial Statements of Lessee*, September 1964.
- AICPA, Accounting Principles Board, APB Opinion No.7: *Accounting for Leases in Financial Statements of Lessors*, September 1966.
- AICPA, Accounting Principles Board, APB Opinion No.21: *Interest on Receivables and Payables*, August 1971.
- AICPA, Accounting Principles Board, APB Opinion No.31: *Disclosure of Leases Commitments by Lessee*, June 1973.
- AICPA, Lamden, Charles W., Gerboth Dale L. and McRae Thomas W., Accounting Research Monograph No. 1, *Accounting for Depreciable Assets*, 1975.
- AICPA, Special Committee on Accounting Standards Overload, *Report of the Special Committee on Accounting Standards Overload*, February 1983.
- Financial Accounting Standards Board(FASB), *Statement of Financial Accounting Standards No.13: Accounting for Leases*, November 1976 (日本公認会計士協会国際委員会訳『米国 FASB 財務会計基準書 リース会計・セグメント会計他』同文館、1985年)。
- FASB, G4+1 Special Report, *Accounting for Leases : A New Approach : Recognition by Lessees of Assets and Liabilities Arising under Leases Contracts*, Warren McGregor, 1996.
- International Accounting Standards Committee (IASC), International Accounting Standard (IAS) No.17: *Accounting for Leases*, 1982.
- IASC, IAS No.17: *Accounting for Leases, Revised*, 1997.
- IASC, Discussion Paper, G4+1 Position Paper, "Leases: Implementation of a New Approach", February 2000.
- IASC, *Comment Letters on : G4 + 1 Position Paper : "Leases :Implementation of a New Approach"*,

January 2001.

- Blough, Carman G., Current Accounting Problems : Long-Term Leases, *The Journal of Accountancy*, Vol. 86, No. 3, September 1948, pp.247-251.
- Cary, William L., "Sale and Lease-Back of Corporate Property", *Harvard Business Review*, March 1949, p.151.
- Cannon, Arthur M., "Danger Signals to Accountants In 'Net Leases' Financing," *The Journal of Accountancy*, Vol.85, No. 4, April 1948.
- Cohen, Albert H., *Long Term Leases: Problems of Taxation, Finance and Accounting*, Michigan Business Studies, Vol. 11, No. 5, University of Michigan Press, May 1954.
- Cook, David., et.al, Financial Reporting Group of Ernst & Young, *IFRS/US GAAP Comparison*, Third edition, IASC, 2005.
- Cook, Donald C., The Case Against Capitalizing Leases, *Harvard Business Review*, Vol.40, No.1, Jan.-Feb. 1963, pp.145~161.
- Eiteman, Wilford John and Charles N. Davisson, *The Lease As a Financing and Selling Device*, University of Michigan, 1953.
- Graff, Richard A., Off-Balance-Sheet Corporate Finance with Synthetic Leases : Shortcomings and How to Avoid Them with Synthetic Debts, *The Journal of Real Estate Research*, Vol.22. 1/2 2001, pp.213-240.
- Graff, Richard A., Synthetic Debt : Off-Balance-Sheet Corporate Finance for the 21st Century, *The Journal of Real Estate portfolio management*, Vol.8. No.1, 2002, pp.45-54.
- Jeffries, H., The Problems Inherent in Accounting for Financing by Means of Long-Term Leases, *The Journal of Accountancy*, Vol.93, No. 1, January 1952.
- Kieso, Donald E., Jerry J. Weygandt and Terry D. Warfield, *Intermediate Accounting*, Eleventh Edition, John Wiley & Sons, 2004.
- McMichael, Stanley L. and O'keefe, Paul T., "Lease : Percentage, Short and Long Term", Sixth Edition, 1974, Prentice-Hall, Inc.
- Myers, John H., "Presentation of Long-Term Lease Liabilities in the Balance Sheet", *The Accounting Review*, Vol.23, No. 3, July 1948, pp.289-295.
- Myers, John H., Accounting Research Study No.4, *Reporting of Leases in Financial Statements*, AICPA, 1962.
- Nesvold, H. Peter, What Are You Trying to Hide ? Synthetic Leases, Financial Disclosure, and the Information Mosaic, *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 1998, pp.83-98.
- Nevitt, Peter K. and Frank J. Fabozzi, *Equipment Leasing*, Fourth Edition, Frank J. Fabozzi Associates, 2000.



- Palmon, Dan and Michael Kwatinetz, The Significant Role Interpretation Plays in the Implementation of SFAS No.13, *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, Vol.3, No.3, Spring 1980.
- Ryan, Stephen G., *Financial Instruments and Institutions: Accounting and Disclosure Rules*, John Wiley and Son, Inc., 2002.
- Sandler Gil, Real Estate Leasing: A New Chapter on Synthetic and Other Leases Post-Enron, *Real Estate Finance*, Vol.20 no.4, December 2003, pp.15-20.
- Shillinglaw, Gordon, Leasing and Financial Statements, *The Accounting Review*, Vol.33, No.4, October 1958, pp.581-592.
- Solomons, David, *Making Accounting Policy: The Quest for Credibility in Financial Reporting*, Oxford University Press, 1986 (加藤盛弘監訳『会計原則と会計方針』森山書店、1990年).
- Weidner, Donald J., Synthetic Leases: Structured Finance, Financial Accounting and Tax Ownership, *The Journal of Corporation Law*, Spring 2000, Vol.25, No.3, pp.446-487.
- White, Gerald I., Ashwinpaul C. Sondhi and Dov Fried, *The Analysis and Use of Financial Statements*, Third Edition, John Wiley & Sons, Inc., 2003.
- Zises, Alvin, "Disclosure of Long-Term Leases", *The Journal of Accountancy*, February 1961, Vol. 111, No.2, pp.37-47.

---

【註】(1) Nevitt, Peter K. and Frank J. Fabozzi, *Equipment Leasing*, Fourth Edition, Frank J. Fabozzi Associates, 2000, p.21.

(2) Stanley L. McMichael and Paul T. O'Keefe, *Leases: Percentage, Short and Long Term*, Sixth Edition, Prentice-Hall, Inc., p.3~4.

住民の大部分がイギリスからの移民であったバルティモアとフィラデルフィア市において、英国流のリースが活用された。一方、オランダ人が多く移民したニューヨークではリースは大分遅くなって使われている。

(3) *Ibid.*,

(4) Albert H. Cohen, *Long Term Leases: Problems of Taxation, Finance and Accounting*, 1954, p.18.

(5) *Ibid.*, p.18, 今日でも、米国の都市の商業地域にある商業用建物の多くは、長期リースされた土地の上に建設されている。

(6) 庄政志『リースの実務知識(全訂版)』商事法務研究会、1983年、4頁。

(7) 安藤次男「米国におけるファイナンス・リース制度の発展(一)」『民商法雑誌』第78巻3号、1978年6月、p.275.

(8) 前掲書、pp.266~275.

(9) Albert H. Cohen, *op.cit.*, p.20~21.

(10) *Ibid.*,

(11) Nevitt, Peter K. and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.24.

(12) Stanley L. McMichael and Paul T.O'Keefe, *op.cit.*, p.32.

米国の実務からみると、パーセンテージ・リースには以下4つの典型的タイプに分類される。

- ① 最低リース料として総売上高の一定比率を要求するリース。
- ② 最低リース料を規定しないで、総売上高の一定比率を要求するリース。
- ③ 一定期間は最低リース料を規定しないが、一定期間の実績に基づいてその後の最低リース料を約定するリース。
- ④ 利益の一定比率をリース料として要求するリース。

(13) Albert H. Cohen, *op.cit.*, p.19.

(14) *Ibid.*, p.20. レシーの信用力に基づく資金調達による建物建設が一般的に行なわれる。

(15) *Ibid.*, 鉱物資源リースは「鉱物資源に関連する産業分野において利用されており、例えば、石油探査活動が著しく投機的な性格を有していることから、もし石油探査に成功すればその潜在的利益は莫大なものになるので、財産(鉱物が埋蔵されていると思われる土地)所有者側における自己の財産に関する将来の経済的利益を完全には失いたくないという要請と、石油探査者側の石油を探査・開発する前に、石油の埋蔵が不確実な広大な土地を自ら購入管理しないですませたいという要請とを、見事に満たすことができたのである。鉱物資源が埋蔵されている土地が連邦政府所有の土地(連邦所有地)である場合には、1920年の「鉱物リース法」(Mineral Leasing Act)の適用を受けることになる。この法律は、連邦所有地からリース形式で採掘できる鉱物の種類を定めたもので、その中心は、石炭、石油、天然ガス、オイル・セールである。なお同法によれば、連邦所有地でのこれらの鉱物の採掘には、許可とリースが要件とされている。」(嶺輝子『アメリカリース会計論』pp.6~7)

(16) 米国の不動産金融リースの最初の事例は、1936年に実行されたSafeway Stores, Inc.の長期のセール・リースバックである。社長兼財務部長であったL.A.Warrenがスキームを計画した。同社は所有する土地を売却し開発し営業店舗として使用するために、購入者・レサーとなる小規模な投資家を募って売却者・レシーとなった。このリース契約には償却後の価額で再取得する権利をレシーがもつ。(Albert H. Cohen, *op.cit.*, p.22.)

(17) 自動車リースは、1918年、Water Jacobsによって設立された会社、Rent-a-Car, Inc.により開始され、今日まで隆盛である。

米国の有名な自動車リース会社である、Avis, Hertz, National Car Rentalなどは、1950年代に急速に成長した。ただし、戦前の1941年には、Zollie Frankというシカゴ在の自動車ディーラーが、自動車の長期リースを開始している。(Nevitt, Peter K. and Frank J. Fabozzi, *ibid.*, p.25.)

(18) 嶺輝子『アメリカリース会計論』p.7.

(19) Arthur M. Cannon, "Danger Signals to Accountants" in "Net-Lease" Financing", *The Journal of Accountancy*, April 1948., William L. Cary, "Sale and Lease-Back of Corporate Property," *Harvard Business Review*, March 1949, p.151. 当時代表的なチェーン・ストアであった Allied Stores Corporation, J.P. Penney Company, Safe Stores Inc., Montgomery Ward & Co., Inc. の4つの会社の財務諸表の1937～1946年の推移を分析している。

なお、嶺輝子『アメリカリース会計論』pp.39～42にそれらに関する詳しい紹介がある。

(20) *Ibid.*,

(21) William L. Caryによれば、セール・リースバックについては単一のパターンを説明するのは困難であるが、例えば百貨店が売却者-レシーである場合の典型的なパターンを以下記述している。

① 百貨店は、自社の土地・建物を保険会社または大学に原価または簿価で売却する。売却価額を簿価以下とする場合には、取引日の属する年度に依存するが、超過する所得税年度に繰り戻しとして使うかもしれない損失を計上する、

② 物件の売却と同時に、百貨店は20年～30年の期間にわたるリース契約を締結する。リース条件は通常、購入価格の償還に加えてリース期間中3.5%～4.5%投資利回りとなるような年次リース料を設定する(筆者注: その時の長期物金利条件に依存すると思われる)。結果として、百貨店は借入金で資金調達した同じ効果を得る。

③ 加えて、不動産税、保険、維持費用および改造修繕費などをテナントが負担する純リース(*net lease*)条件である。

④ 投資家である保険会社や大学は、テナントに更新や購入オプションを付与する。その条件は様々である。多くのリース更新はリース期間中の支払リース料額に比較して名目価格である。また、購入オプションはリース期間終了時の名目価格から購入時の鑑定価額まで様々で存在する。(William L. Cary, *ibid.*, p.152)

なお、大学等の免税機関がレサーとして入る場合には、生命保険会社が購入価額の大部分の金額についてレサーに融資を行ない、レシーはリース料収入のうち、入金時直ちに元金と利息を支払って、残額部分を実質上の収益として享受する。したがって、この種スキームにおいては、レバレッジド・リース形式となるため、レサーとして参加する大学等の免税機関の得る投資収益率は極めて高くものとなる。

(22) 免税機関である大学等をレサーにすることにより、その税金の恩典を金利の低減に反映させるメカニズムは以下の通りである。

① 大学は、不動産購入資金のうちの一部(例えば、2～5%)を投入し、残りの大部分の資金を生命保険会社から借入れて、対象企業との間でセール・リースバック契約を締結し、レサーとなる。

② レサーとなった大学は、受取った賃貸料のなかから生命保険会社に金利と一部元本を支払い、残額を自己の収益として取得する。

③ 大学の受取るリース料は免税扱いであるため、所得税額のかからない部分を反映させてリース料を低減する。(嶺輝子『アメリカリース会計論』10頁を参照)

Albert H. Cohenの調査によれば、投資家として参加した大学として、例えば Cornell University,

Yale University, University of Rochester, Union Collegeなどを挙げている。(Albert H.Cohen, *op.cit.*, p.24.)

(23) 嶺輝子は、この間の事情を記述している、Cohen前掲書を綿密に翻訳している。

「多くのセール・アンド・リースバック取引において、教育機関の唯一の貢献は、内国歳入法第101条によって免税特典が与えられていることであるにすぎない。それにもかかわらず、教育機関は、その取引から多額の利益の分配にあづかっているのである。これは明らかに教育機関の有する免税特典の売買であり、不公正であるとする批判が出たことから、税務当局は、1950年に歳入法の改正を行なった(1950年12月31日以降の開始年度から施行)。これは、①免税特典が与えられる根拠となっている本来の活動目的に関係のない事業活動からの所得、あるいは、②免税特典の与えられているレサーが、財産の購入、取得あるいは継続的所有の結果として生じた債務を当該課税年度末において未払いのままである場合には、所有財産を更新の可能性のある期間も含め5年以上の期間他人にリースすることから得られる賃貸料所得に対しては通常の法人税率を適用するというものであった。このような所得は、一般に“Supplement V Income”と呼ばれている。リースに関係のあるのは②の方であり、これによると、教育機関等の得る賃貸料収入のうち、自己の投資した資金に対応する部分は従前通り免税とされるが、生命保険会社等からの借入資金に対応する部分は、通常の法人税率で課税されることになった。このため、1950年以降、教育機関はセール・アンド・リースバック取引から撤退して行き、「資金を必要とする企業—免税機関(仲介者)—投資家」という特殊な形態のセール・アンド・リースバック取引は姿を消したのである。」(Albert H. Cohen, *op.cit.*, pp.52, 53. 嶺輝子『アメリカリース会計論』10～11頁)

(24) 1942年、Virginia州は生命保険会社が非住宅用不動産(すなわち商業用・工業用不動産)に投資することを州保険法の改正で初めて認めた。ただし、当該ポートフォリオの全資産に占める割合の制限や州内での当該資産の保有比率等の制限が課せられた。(Albert H. Cohen, *op.cit.*, p.26, 27.) また William L. Caryも、同様の記述がある。(William L.Cary, *ibid.*, p.152)

(25) 1940年頃には、生命保険会社は連邦所得税を課税される主体であったが、「準備金その他政策上の負債控除」という税恩典が付与されており、実際上は、ほとんど100%所得税を納付していなかったために、「準免税法人」といわれた。(Albert H. Cohen, *op.cit.*, pp.48, 49.)

(26) William L. Cary, *ibid.*, p.154.

(27) 当時(それ以前より)の最高裁判所の考え方は、セール・リースバック取引を個々の契約ではなくて、その全体の経済効果(経済的実質)を考慮して取引の課税上の取扱いを判断するとしていた。F.& R. Lazarus & Co.事件(1939)において、州監督官はセール・リースバック(再取得オプション付)をレシーの建物についての減価償却費の損金算入を否認した。控訴審議会はそれを実質上、モーゲージ・ローンという結論を出しており、さらに最高裁判所は衡平ドクトリンによって同じ判決を出している。それ以後、税法上、リースバック取引において実質優先の論理が適用されてきたといえよう。(Ibid., pp.161, 162)

(28) 嶺輝子は、1950年代における本格的な設備金融リースの発展の主たる理由を、(イ)リースに好都合な経済的環境の存在と税務上の減価償却制度の不備、(ロ) 専業リース会社の出現、(ハ)リースと実質的な条件付販売との税務上の判定、(ニ)リースのメリットの認識、の4つであると明快に分析している。(嶺輝子『アメリカリース会計論』13～19頁。)

(29) なお、当時の米国では、減価償却方法は定額法のみ認められていた。

(30) United Nations Leasing Corporationは、Henry Schenfeldとその仲間3人がそれぞれ5,000ドルづつ出資して、20,000ドルで出発した。その最初の仕事として、Rosenberg Brothers という食料品加工業者に500,000ドルの設備をリースすることになり、銀行に融資を申し込んだ。幸いにも5年の融資を受けられることになり、会社は設備リースの営業を開始した。(嶺輝子『アメリカリース会計論』15頁)

(31) 専業リース会社は、設備の占有・使用に伴う危険や保守管理責任は一切問わず(ネット・リース条件)、機械設備等の物件の購入原価、金利コスト等を最低限回収するリース料を設定して、中途解約を認めない。すなわち、現在まで続いている金融リースの基本的構造をもつ。米国の有力なリース会社は、その後成長して自ら社債を発行して資金調達するようになり、企業と金融機関との間の資金の仲介者としての役割以上の機能を果たすようになっていった。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.26.)

(32) 嶺輝子『アメリカリース会計論』16頁。

(33) Internal Revenue Service, Revenue Ruling 55-540, 1955-2 Cumulative Bulletin 39, Section 4.01.

(34) ただし、1955年に内国歳入庁から一定の真正リースのガイドラインが示された意義は大きかったが、航空機リースのような大型のレバレッジド・リースの組成に関して当該ガイドラインはあまりに一般的でありタックスリスクが大きいため、アレンジャーやレシーが個別取引に係る個別通達を内国歳入庁から取ろうとする動きがあり、内国歳入庁職員が忙殺される状況を生み出している。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.33.)

(35) 有力なリース専業会社からスピンアウトした人材が、自ら新規のリース会社を立ち上げて市場を拡大していったようである。(Ibid., p.26.)

(36) 嶺輝子は、1960年代における本格的なレバレッジド・リースの発展の主たる理由を、(イ)投資税額控除制度の創設、(ロ)リース分野への銀行の進出、の2つであると明快に分析している。(嶺輝子『アメリカリース会計論』19～22頁。) Nevittも同様の見解である。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.28.)

(37) 通貨監督官は国法銀行の監督規制機関である。なお州法銀行の監督規制機関は commissioner という。

(38) Interpretive Ruling No.400, 12 CFR Sec.7.300.

(39) 例えば、1966年にはNew York州が州銀行のリース業務を許可し、67年には大半の有力銀行がリース業務に進出した。さらに、68年末には、全米の国法銀行4,720のうち303行がリース業務に進出した。(宮内義彦『リースの知識』第8版、75頁)

(40) 当時の鉄道や航空会社は、機械設備の所有に伴うITCと加速減価償却の税恩典を取れないタックス・ポジションにあり、また膨大な資金需要をもっていたことから、多くの銀行等は鉄道会社と航空会社に照準をあててレバレッジド・リースを組成した。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.28)

(41) 投資税額控除制度の概要は以下のとおり。対象財産：新しく取得された財産で耐用年数4年以上。原則として建造物は除外される。

税額控除率：運輸以外の公益事業部門は適格投資額の3%、その他の産業部門では7%。

適格投資額：耐用年数が4～5年の財産の場合、原価の3分の1、

” 6～7年の財産の場合、原価の3分の2、

” 8年以上の財産の場合、原価の全て。

減価償却の調整：減価償却総額から控除される(圧縮記帳)。これは1964年に廃止された。

投資税額控除制度は1966年度に一旦中断されたが、1971年度に再度施行された。1975年度から1980年度までは、税率控除額が最高10%に変更された。1982年度から税額控除率の最高は8%となる。1986年度に再び廃止された。

(42) 1945年、Allied Stores Corporationが行なった自社店舗を含む30年の不動産リースは、レバレッジド・リースの形態であった。免税機関であったUnion Collegeは、総額の1%にあたる\$150,000しか自己投資を行なっておらず、大部分の購入資金\$16,000,000はPrudential Insurance Company, Guarantee Trust Companyから借入金で調達している。(Albert H. Cohen, *op.cit.*, pp.24~26.)

(43) 1949年、Equitable Life Assurance Society社は、鉄道車両リースをレバレッジ・リースで組んでいる(但し、割賦販売型である)。車両の製造会社は、担保権はないが、レシーがリース料の支払不履行の際にはEquitableの投資金額と同じ金額(代価の20%)で購入オプションをもつ。ただし、投資税額控除という恩恵はこの時代には無論ないため、さほど低利ファイナンスとなったかは疑問である。機械設備の現代的レバレッジド・リースの嚆矢と位置づけられる。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.27.)

(44) このような20%エクイティ、80%ノン・リコース・ローンの基本スキームがレバレッジド・リースの効果を最大限に高めたことがいえる。ノン・リコース・ローンとすることがリース料の債務不履行時やレシーの倒産時における隔離を生み出すために、投資家のエクイティ出資を容易にさせる。

(45) 嶺輝子、前掲書、21頁。

(46) Peter K.Nevitt and Frank J.Fabozzi, *op.cit.*, p.29.

(47) *Ibid.*, pp.30, 31. 詳細をいえば、レギュレーションY (Regulation Y) (日本でいえば、省令)が1971年に制定されて、銀行業務の多様化が認められた。レギュレーションYは1974年にも改正されて、銀行業務の拡大を認めている。

(48) *Ibid.*, p.33., Fitch, Bruce E. and Albert F. Reisman, *Equipment Leasing-Leveraged Leasing*, Second edition, 1980

(49) Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.34.

なお、税金補償合意書は、連邦所得税率やその他ミニマム税金制度等が将来変更された場合の利益補償の負担を予め取り決めるものであり、解散合意書は、レバレッジド・リースが一定の事由により開始されない場合、レサー・グループは解散することを約したものである。解散合意書については、内国歳入庁手続き75-21が公表される以前は通常締結されていた。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, pp.80, 340~344)

(50) *Ibid.*, p.31.

(51) *Ibid.*, p.34. その当時、レバレッジド・リースに関する購入オプション価格は、当初原価の20～50%のレンジに入るように指導されていた。

(52) *Ibid.*, p.35.

(53) *Ibid.*, p.36.

(54) *Ibid.*, p.35.

(55) safe harbor leaseとは、通称である。割賦販売に極めて近い契約内容のリース条件でも、税恩典が取れるということ意味であり、税の否認を受けない「安全な港」に入れるリースをいう。

(56) 従来まで、法人以外の個人は、設備投資に関する減価償却控除は取れなかったが、このERTAの実施に際しては、認められたために、高額所得者がエクイティ投資家として多数参加した。(Ibid., p.36)

(57) 典型的なTBTリースの仕組みは次のとおり。A社は一機100億円の航空機をメーカーから買う際に、80億円を銀行融資、20億円を自己資金で決済する予定である。そこで、A社は航空機が受け渡しされてから90日以内に、B社とリース契約を締結する(B社はレサー、A社はレシー)。そしてB社(レサー)はその航空機を買い取るための資金、すなわち航空機の購入代金をA社(レシー)から融資を受けると仮定する(ローン契約書を作成する)。そこで、A社とB社との間のリース契約に基づく、A社がB社に支払うリース料がちょうどA社がB社に返済する金額と同額となるように計算する。その場合に、リース料には投資減税と加速償却の二要因が反映されていることから、元本額はリースの方が少なくなり、この差額をリースの実行時にB社はA社に支払う。この差額が20億円となれば、その結果、A社(レシー)では100億円の航空機を導入するに当たり、実際は80億円(航空機代価100億円-TBT効果の現金受領20億円)で購入し、かつ銀行の100%融資を受けたと同じメリットを享受する。一方のB社(レサー)は20億円の出資(TBT効果の購入代価)により100億円の物件の投資減税と加速償却の税恩典を得る(ただし、税恩典を得るためには、税務上の所得がそれを上回るほど大きいことが前提となる)。リース開始後、両社の間では融資返済額とリース料の相殺勘定だけが残り、リース終了時まで現金の授受は全く発生しない。スキーム全体の経済効果として、A社はB社に投資減税と加速償却の税恩典をキャッシュに変えたことになる。(宮内義彦『リースの知識』第8版、77頁を参照)

(58) 大胆な経済効果をもったTBTリースを米国政府が導入したことから、国家経済に巨額の歳入不足が生じた。「一説には、セーフ・ハーバー・リース取引だけから生じた1981会計年度の歳入不足額は30億ドルを超えた。具体的には、コンピュータ・メーカーであるIBMが自動車メーカーであるフォードの自動車製造設備一式をリースしたというような例が生まれました。さらにゼネラル・エレクトリック社の金融子会社であるゼネラル・エレクトリック・クレジット・コープ社(General Electric Credit Corp.)は1981年だけで20億ドル強のリース物件を購入し、セーフ・ハーバー・リース上のレサーとなったため、81会計年度の総資産は135億ドルに達し、世界最大のリース会社となった。その結果、親会社であるゼネラル・エレクトリック社は、もし子会社のGECCがセーフ・ハーバー・リース上のレサーにならなければ、4億8000万ドルの納税をしなればならなかったが、実際に納税した額はわずか800万ドルにすぎなかった。」(宮内義彦『リースの知識』第8版、78頁)

(59) 議会は以下によって、セーフ・ハーバー・リースを中止する条項を含む、1982年の税衡平・財政責任法(TEFRA)を施行した。

1. 1982年および1983年にセーフ・ハーバーおよびTBTリースを中止・減少させる
2. 「ファイナンス・リース」という新しいタイプのタックス・リースを1984年1月1日より代替的に導入する。

TEFRAの一部としてファイナンス・リースを制定する際に、議会は妥協的なリース・ストラクチャーを提供した。それはセーフ・ハーバー・リースの過度の緩和化を排除するが、公正価値購入オプションまたは見積り公正価値に基づく固定価格購入オプションを排除することによって、多くのレサーが真正リースとしなければならなかった主要な反対に対するひとつの解決を与えた。

ファイナンス・リースは2つの点で真正リースと相違した。

1. ファイナンス・リースは、真正リースが公正市場価値購入オプションを含むものに対して、購入価格の10%以上固定購入オプションを含めることができる。
2. 特別目的または特定仕様財産はファイナンス・リースの下でリースができるが、真正リースの下ではリースできない。

議会は、ファイナンス・リースの使用すなわち1984年、1985年のファイナンス・リースに帰属する税恩典の請求に関する制限を課した。これら制限はファイナンス・リースのスローな導入で税収入を上げることが目的とした。

1. 1984年と1985年9月30日まで、ファイナンス・リースのレサーは財産が事業に供される年度で適格なITCの20%のみを請求でき、以降4年にわたって各年度20%を請求する。

2. レサーは、過年度において締結したリースに関連する減価償却費を含み、ファイナンス・リースまたはセーフ・ハーバー・リースから生まれる税恩典の結果として、1984年、1985年の各年度50%だけ連邦所得税を削減することができる。この制限は、1985年9月30日以後に事業に供される財産に関しては終了する。

3. レサーが1984年、1985年においてファイナンス・リースとして使うことができるリース機械設備の金額は、各年度、適格資産の40%に制限される。レサーが1985年後リースできる適格資産の金



額には制限がない。

4. 法人のレサーのみファイナンス・リースをオファーできる。

1984年の赤字削減法の施行に伴って、ファイナンス・リースは1984年1月1日発効の予定であったのが、1988年1月1日まで4年間延期された。また1985年から一部導入される予定の特別なルールも同じく4年間延期された。(Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *op.cit.*, p.37~38)

(60) 赤字削減法によって、税恩典は削減された。例えば、外国航空機、外国会社または政府機関の真正タックス・リースに関する50%部分の税恩典は非適格とされたり病院などの非営利法人のタックス・リースは短期設備のみに制限された。一方、登録自動車・運搬車に関するリース満了時のリース料調整条項をもつTRACリースは、1984年の赤字削減法では真正リースとして適格とされた。この変更はレシーとレサーに新しいタックス・リースのチャンスを提供した。(Ibid., pp.38~39)

(61) Ibid., p.39.

(62) 宮内義彦『リースの知識』第8版、80頁。

(63) 特に機械設備リースに影響を与えたTRAによって成し遂げられた変更は以下のとおりである。

1. 法人税率は、1986年度は46%、1987年度は40%、1988年度は34%と引き下げられた。

2. ITCは1985年12月31日以後、廃止された。ただし、暫定ルールで除外された締結契約にしたがう特定財産は除外する。

3. 減価償却控除は、暫定ルールの下での一定項目を除いては、1986年12月31日以後に事業に供される財産に関して変更される。その控除は一定の機械設備については増額、その他の機械設備については減額された。上記のように、MACRSはACRSに取って代わる。機械設備の回収期間は4年から6年に増加した。10年以下の回収期間となっていた財産は200%逓減法に適格である。

4. 企業の加速減価償却を大幅に削減する代替ミニマム・タックス(ATM)が施行されて、すべての法人に対して新たなAMTブックを保持するという義務を創出させた。」(Peter K.Nevitt and Frank J.Fabozzi, *op.cit.*, pp.39~40.)

(64) Peter K.Nevitt and Frank J.Fabozzi, *op.cit.*, p.41.

(65) Ibid.,

(66) Ibid., p.42.

(67) Ibid., p.42. この文献によれば、バンカメ리카・リースはSFAS13が適用された後の1970年後半時に、シンセティック・リースを開発して1980年代を通して静かに市場開拓したようである。

Ryan, Stephen G., *Financial Instruments and Institutions : Accounting and Disclosure Rules*, John Wiley and Son, 2002も同じ趣旨の記述がある(p.306)。

(68) 機械設備等の動産に限らず、不動産開発においてもシンセティック・リースは広範囲にわたり活用されている。

(69) Peter K. Nevitt and Frank J. Fabozzi, *Equipment Leasing*, Fourth Edition, Frank J.Fabozzi Associates, 2000, p.71.

(70) その他、実際には交渉によって、新しいシンセティック・リース契約を締結(更新)することがある。

(71) この偶発リース料は、一種のバルーン返済条件であり、ほとんど元本金額に近い金額での支払いとなるケースもある。ショッピング・センターなどの大規模小売業などの店舗建設に関してこのシンセティック・リースをする場合、本来ならば、20～30年の長期ファイナンスのものを中期ファイナンス(7年程度)として組み上げて点から、返済リスクが大きいとする批判がある。

(Jack G. Kaikati, "Synthetic leases: red flag in retailing", *International Journal of Retail & Distribution Management*, Vol.32, No.10, 2004, p.479)

(72) 大規模で複合的なシンセティック・リース取引の場合は以下のように仕組まれる。

「シンセティック・リース取引のうち大規模で複雑な形態では、トラストのような特別目的主体(SPE)がその物件の所有権を取るために設立され、上記のようなシンセティック・リースの条件の下で利用者に「リース」される。当該取引において、複数の投資家が、取引規模、または編成するレサーが取引のシンジケーションによるフィー収入を得るために、参加するかもしれない。

その物件の取得または、レサーの資金調達上の債務に必要な金額を調達するために、特別目的会社は、モーゲージにより担保されたノート、または物件の信託証書、および1組またはそれ以上のデット提供者へのリース譲渡、およびエクイティ提供者へのエクイティ証券を発行する。特別目的会社が使われる場合は、特別の税務および会計ルールが必要となる。

典型的な複数投資家の取引において、リースの条件は本質的に、上記で述べた単一投資家シンセティック・リースと同じである。オーナー・トラストは金融を提供する設備の原価の100%をカバーする2または3種類のノートを発行する。3種類のノートが発行される場合、会計基準を満たす目的で、それらは設備原価の約85%に等しい「A」トランシュ、設備原価の約12%に等しい「B」トランシュ、および設備原価の最低3%に等しい「C」トランシュから構成される(注1)。

「A」トランシュは、レシーにより支払われるリース料からの期間的元本および利子を受け取る権利により担保され、この債務はレシーに遡及される。

「B」トランシュは、レシーにより支払われるリース料からの期間的元本および利子を受け取る権利により担保され、そしてリース満了時の資産の売却代金から元本を返済する。「B」トランシュは、ノンリコース・トランシュといわれる。

3%持分の「C」トランシュは、エクイティ証券であり、オーナー・トラストのレサーの受益者としてのリース会社に保持される。「C」トランシュは、「A」トランシュおよび「B」トランシュを満足させるために使われないキャッシュ・フローから返済され、会計およびSEC要求を満たす目的で、支払いおよびリース資産を購入する権利の両者に完全に劣後しなければならない。

上記のバリエーションのひとつは、「B」トランシュと「C」トランシュを15%の「B」トランシュに組み合わせることにより、2つのトランシュにすることである。

(Peter K. Nevitt and Frank J., *op.cit.*, pp.69~73)

(73) 2003年におけるFASB Interpretation No.46「変動持分エンティティの連結」の改訂・施行(ARBNO.51「連結財務諸表」に関連)は、エンロン事件が契機となっている。

(74) Equipment Leasing Association ([www.elaonline.com](http://www.elaonline.com)).

(75) 米国の設備リース協会によれば、米国の2000年度のリース取引高において商業銀行が39%、金融子会社が24%、独立系が37%であった。2000年度、大手商業銀行資産の2.65%がリース債権であり、ゼネラル・エレクトリック社の全額出資子会社であるGECCが米国で最大のレサーであった。因みに、10-Kファイリングでは、GECCは510兆ドルのリース債権を保有し、62兆ドルのオペレーティング・リース料を獲得している。GECCは製造企業の金融子会社であるが、その対象物件は自社製品のほか多岐に亘っており、銀行と同じようなものである。対照的に、IBM社の全額出資子会社であるIBMクレジット社は、IBMの製品のリースに特化している。独立系リース会社は通常、特定の製品のリースに特化しており、関連のサービスも提供している。例えば、GATX(米国のリース会社として最も有名)は、交通輸送設備(鉄道車両、ジェット機、船舶等)のリースに注力しており、その他それら物件に関連するサプライ・チェーン・マネジメント、物流サポート、倉庫サービス、金融サービスなどの提供も行なっている。(Equipment Leasing Association ([www.elaonline.com](http://www.elaonline.com))).

(76) Albert H. Cohen, *op.cit.*, 1954. および Gordon Shillinglaw, "Leasing and Financial Statements", *The Accounting Review*, Vol.33, No.4, October 1958. がリース資本化を提唱した代表的論文であろう。

一方、1960年代にはいり、法的アプローチによって、あくまで実質割賦販売のリースのみを資本化し、その他の財産使用权が生じるリース契約はあくまで注記開示すべきであると主張した、Alvin Zises (1961), Charles G. Walker (1961), Donald G. Cook (1962)がおり、リース資本化の範囲についての論戦が、ハーバード・ビジネス・レビュー誌やザ・ジャーナル・オブ・アカウンタンシー誌上で繰り広げられた。

(77) 下記のFASB調査報告書において、FASB13の適用による経済的影響を種々の統計方法、質問票、インタビューを駆使して調査している。その際、リース利用度の高い産業として航空業、小売業、ファスト・フード業を調査対象とし分析している箇所がある。

Abdel-Khalik, A. Rashad, FASB Research Report, *The Economic Effects on Lessees of FASB Statement No.13, Accounting for Leases*, FASB, July 1981, pp.5~6,



# 事業提携に対する競争法の評価について

隅田浩司

---

一	問題の所在	62
二	Dagher 事件の概要	63
三	事業提携における付随的制限の法理と Dagher 事件の分析枠組み	66
四	結語	78

---

## 一 問題の所在

市場環境の変化によって、競争事業者間の戦略的提携が<sup>(1)</sup> 事業戦略として重要性を増している。さらに日本では、事業提携に伴う柔軟な組織形成のための法制度の整備が進められている。たとえば、LLPの創設に関する有限責任事業組合契約に関する法律や、改正会社法のように様々な形態のジョイントベンチャー(以下JV)の創設を可能にする法整備が進んでおり、事業提携をサポートする方向に法整備が進みつつあるといえる。

では、独占禁止法はどうか。公取委は、事業提携の効率性を十分に認識し、過剰規制による萎縮効果を回避するというスタンスは明確であるように思われる<sup>(2)</sup>。ただし、この点について、米国に目を転じると、事業提携に対する競争法の評価について、2000年以降、様々な議論が展開されてきた。その中でも2006年2月のDagher事件連邦最高裁判決<sup>(3)</sup>は、事業提携に対する反トラスト法の評価を考える上で最も重要な判決といえる。

この事件は、TexacoとShellによって設立されたJVであるEquilionが、ShellとTexacoそれぞれのブランドで販売するガソリンの価格を同一に設定したことが価格協定に該当するか否かが争われた事件である。本件について連邦最高裁は、第9巡回控訴裁判所が本件行為に対して当然違法の原則を適用したのに対して、Equilionは、単一の事業体(a single entity)として考えるべきであるから、2つのブランドの価格をどのように決定するかは、裁量の範囲内であると判示した。本判決は、2000年に公表された連邦取引委員会と司法省反トラスト局の「競争事業者間の提携に関する反トラスト・ガイドライン」<sup>(4)</sup>以降、最も重要な判断である。これによって事業提携内部の競争回避型合意のうちもっとも繊細な領域である価格に関して、JVを単一の事業体と見なすことによってその正当化の余地を認めることとなった。そこで、本稿では、このDagher事件判決を素材として、戦略的提携に対する米国反トラスト法の判断基準を分析し、

<sup>(1)</sup> 戦略的提携の経営学的視点からの分析として、安田洋史『競争環境における戦略的提携 その理論と実践』(NTT出版、2006)を参照。

<sup>(2)</sup> 「業務提携と企業間競争に関する実態調査報告書」(平成14年2月公正取引委員会)44頁参照。Available at <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.february/020206.pdf>.

<sup>(3)</sup> *Texaco Inc. v. Dagher*, 126 S. Ct. 1276 (2006).

<sup>(4)</sup> See United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors*, 64 Fed Reg 54483 (1999), available at <http://www.ftc.gov/os/2000/04/index.htm#7> (hereinafter Collaboration GLs) 日本語訳として、金子晃・佐藤潤翻訳「競争者間の提携に関する反トラスト・ガイドライン」法学研究75巻11号(2002)33頁以下を参照した。

事業提携に対する競争法の違法性評価の在り方を検証したい。

## 二 Dagher事件の概要

### 1 事実の概要と背景

1989年から1998年まで、TexacoはSaudi Refiningとの間でStar EnterpriseというJVを形成して石油製品を東海岸全域で販売していた<sup>(5)</sup>。その間、ShellとTexacoは激しい競争を展開していたものの、1996年頃からShellから事業提携の申し出を行い、その結果1998年に2つのJVを設立することになった(提携全体をAllianceと呼ぶ)。ひとつは、Equilionであり、米国の西側におけるガソリン販売を統合するJVであり、もうひとつは、同様に米国の東側でのガソリン販売を統合したMotivaである。これら全体の提携の規模は、全米の米国のガソリン市場の15%を占めており、Equilionは、西海岸沿いでは、25%を超えるシェアを有していた<sup>(6)</sup>。このJVは、クレイトン法7条に基づいて審査され、当該JVはガソリン価格を上昇させるおそれがあることから、特定地域に影響を与えることになる精製施設、ガソリンスタンド、石油ターミナル及びパイプラインの分離を条件としてこれを承認した<sup>(7)</sup>。なお本件の承認に際して、連邦取引委員会は、このTexacoとShellの提携は、一種の合併と見なして評価すべきであると考えていたとされる<sup>(8)</sup>。

その後、EquilionがShellとTexaco両方のブランドの価格を同一に設定して販売したことから、約23000のShellとTexacoのガソリンスタンドオーナーらによって、この価格設定行為は、シャーマン法1条に違反する価格協定であるとして提訴されたのが本件である。連邦地裁は、被告側のSummary Judgmentの申立を認め、本件は当然違法の原則ではなく合理の原則に基づいて判断されるべきであり、原告は、当該行為が不合理であり反競争的であることを立証しなければならないと判示した。

<sup>(5)</sup>Dagher v. Saudi Ref., Inc., 369 F.3d 1108, at 1110 (9th Cir. Cal. 2004)

<sup>(6)</sup>Ibid. なお提携期間は1998年から2002年までの4年間である。

<sup>(7)</sup>FTC Press Release, Shell, Texaco To Divest Assets To Settle FTC Charges (Dec. 19, 1997), available at <http://www.ftc.gov/opa/1997/12/shell.htm>.

<sup>(8)</sup>See W. Stephen Smith, *Can A Fully Integrated Joint Venture be Per Se Unlawful? The Ninth Circuit's Decision in Dagher*, 19 Antitrust ABA 52, 53. (2005). See also Chevron Corporation/Texaco Inc., Dkt. No. C-4023, "Analysis to Aid Public Comment" (Sept. 7, 2001), available at <http://www.ftc.gov/os/2001/09/chevtexana.htm>.

## 2 連邦控訴裁判所の判断

これに対して、第9巡回控訴裁判所は、本件の重要な争点は、「価格協定が正当化されるかにあるのではなく、単に価格協定が存在したか否かにある」<sup>(9)</sup>とし、被告であるTexacoらは当然違法の原則の例外として取り扱われることを求めているとする。特に控訴審では、競争関係にあった両者が、それぞれ別なブランドで販売している製品について、JV結成後同一価格に設定したという経緯を重視している。その上で、価格協定は当然違法の原則が適用されるものであり、事業提携に関しては、いくつかの例外が認められるとはいえ、合法的JV内部の行為は全て正当化されるわけではない<sup>(10)</sup>とする。そして、控訴審は、アリゾナ州のツーソンに2つしかない新聞社間でそれぞれの新聞の記事の独自性は維持しつつ、価格協定を含むJVを形成したCitizen事件<sup>(11)</sup>と本件の類似性を取り上げ、競争者である2社がJVによって価格協定を行ったという意味において両者は共通すると判示した。その上で、被告側は、JVの正当な目的にとって本件価格設定が必要であることを立証しなければならないとした。しかしTexacoとShellブランドの製品価格を統一することによって、よりよい製品を生み出したり、効率的な投資を促すというJVの正当な努力に資することを立証できていないと判示<sup>(12)</sup>した。次に、JVが自社製品の価格について仮にブランドが異なっていようが、自由に価格設定することができるはずであるという被告側の主張について、かつて競争者であり、将来的には潜在的競争者である2社が、価格を統一することによって異なるブランドの価格を固定化したことを問題視し、統一価格が正当な目的達成のために必要であること、すなわち、被告の行為はあからさまな制限というよりはむしろJVの事業活動に付随的な(ancillary)ものであることを立証できていないと判示した<sup>(13)</sup>。このように控訴審判決では、もともと競争者であった2社が、JVを設定しお互いのブランドの価格について協定を行ったと見なし、当然違法の原則を適用している。

## 3 連邦最高裁判決

<sup>(9)</sup>Dagher 369 F.3d 1116.

<sup>(10)</sup>Id at 1118.

<sup>(11)</sup>Citizen publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969). 通常、この事件は、破綻会社の抗弁に関する論点で取り上げられることが多い。

<sup>(12)</sup>Dagher 369 F.3d 1122.

<sup>(13)</sup>なお控訴審判決は、新製品を販売したり、商品を統合し単一のブランドにした場合の価格設定の場合はシャーマン法1条に違反しないとしており、また、TexacoとShellが独自の決定の結果、価格が同一になった場合も本件と同じ結論になるわけではないとしている。Id at 1124.



連邦最高裁は、合法的なJVは、当然違法の原則という狭いカテゴリに基づいてその行為の違法性を判断すべきではないとして、連邦控訴裁判所の判決を覆した。最高裁判決では、まず、TexacoとShellは、西部地域のガソリン市場において、競争者としてではなく、Equilionに対する投資家として参加していることから、本件のようにTexacoとShellそれぞれのブランドの価格をEquilionが同一に設定したとしても、競争者が競争する製品の価格協定を行った場合と同一視できないとする。すなわち、「Equilionの価格政策は、(シャーマン法の)文言通り読めば、価格協定のようにみえるが、反トラスト法の文脈からすれば価格協定ではない」<sup>(14)</sup>とする。従って、本件価格設定行為は、Equilionが単一の事業体(a single entity)としてその価格を決めているのであるから、別なブランドとして売られている製品を統一価格で販売することは裁量の範囲内であり、それ自体が直ちに反競争的であるとはいえないと判示した。さらに、連邦控訴裁判所判決が、本件価格設定が、JVの目的達成に付随する行為といえるか否かという判断基準を示したことについて、付随的制限の法理は、合法的なビジネス上の協調関係に基づいて、直接JVの活動ではない行為に制限が加えられた場合、これを有効とすべきか否かについて判断するものであるとして、控訴審判決の分析を不適切であるとした。すなわち、付随的制限の法理は、JVの活動ではない行為が、あからさまな通称制限である場合は、これを無効とし、逆に当該行為が、JVの正当かつ競争促進的な目的達成のための付随的な制限である場合には、これを合法であると判断する原則である。本件の場合、二つのブランドの価格を統一する行為は、まさにJV内部のコアな活動であるから、そもそも付随的制限の法理は適用されないとしている。このように、本判決は、正当な目的を持って設立が認められたJVの価格設定行為は、合併によって登場した単一の事業者による価格決定行為と同一視すべきであるという理由から、当然違法の原則の適用を排除している。

---

<sup>(14)</sup>Dagher S.Ct. at 1280.

### 三 事業提携における付随的制限の法理と **Dagher** 事件の分析枠組み

#### 1 **Dagher** 事件が提起する論点の整理

**Dagher** 事件連邦最高裁判決の論点を集約すると2つに分けることができる。第1に、**Equilon** を単一の事業体と同視するという判断が及ぼす影響、第2に付随的制限の法理がなぜ本件では適用されないのか<sup>(15)</sup> という点である。ところで、本判決は、単一の事業体と認められるタイプのJVには当然違法の原則を適用しないとしている。今回示された事業提携に対する基本的な考え方は、執行当局の事業提携ガイドラインとほぼ軌を一にするといえる。このガイドラインでは、事業提携によって製造コストの引き下げ、商品の品質の改善など消費者利益の増進につながる競争促進効果が認められるケースが多く<sup>(16)</sup>、大半の事業提携は「競争促進的若しくは競争中立的」<sup>(17)</sup> であるとしている<sup>(18)</sup>。ただし、価格に関する制限が含まれるJVについてこれほど明確にシャーマン法1条の適用を否定した**Dagher** 事件は今後、事業提携における競争回避型合意に対する反トラスト法の評価に影響を与えるケースであるといえる。

そこで、これまでの事業提携及び共同事業体による競争回避型合意を巡るケースについて、検討したい。まず、**BMI** 事件<sup>(19)</sup> を見てみよう。本件は、三大ネットワークの一つCBSが、**ASCAP** (American Society of Composers, Authors and Publishers) と

<sup>(15)</sup> See James A. Keyne, *Dagher and "Inside" Joint Venture Restraint*, 20 ANTITRUST 44 (Summer 2006).

<sup>(16)</sup> See Collaboration GLs 2.1, See also Howard H. Chang, David S. Evans and Richard Schmalensee, *Some Economic Principles for Guiding Antitrust Policy Towards Joint Ventures*, COLUM. BUS. L. REV. 223, 238 (1998)

<sup>(17)</sup> なお大原慶子「ジョイント・ベンチャーと独占禁止法」判例タイムズ1080号(2002)35頁、51頁参照。See Jeff Miles, *Analyzing the Federal Trade Commission's North Texas Specialty Physicians Decision*, 18 Health Lawyer 1, 12 (2006); Mark s. Popofsky, *Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules*, 73 ANTITRUST L.J. 435; Shubha Ghosh, *When Exclusionary Conduct Meets the Exclusive Rights of Intellectual Property: Morris v. PGA Tour and the Limits of Free Riding As an Antitrust Business Justification*, 37 Loy. U. Chi. L.J. 723 (2006)

<sup>(18)</sup> 事業提携を正当化する根拠として、その提携によってもたらされる「効率性」に求めるのが一般的である。事業提携ガイドラインでは、「認識可能な効率性」を達成する上で提携が合理的に必要なか否かを審査するとしている。Collaborations GLs 3.3.6(a) See William E. Cohen & Gary P. Zanfanga, *Inside Competitor Collaboration Guidelines: Forest among The Tree*, 2000 U Chi. Legal F 191, 196 (2000), なお、事業提携ガイドラインは、提携全体の競争促進効果を測定するとして、もし、個々の協定及び一部の協定が、協定全体と切り離れた形で反競争的效果を有する場合には、問題となる当該協定に対してのみ規制する。Cohen & Zanfanga at 197.ただし、ガイドライン例示2が示すとおり、関連協定が競争促進効果を有するの反競争的效果を有するのかわ、意味をなす形では分離することが出来ない」場合、両者を一体として分析する。

<sup>(19)</sup> *Broadcast Music, Inc. v. CBS*, 441 U.S. 1 (1979).

BMI (Broadcast Music Inc.) に対して、音楽著作権に関する包括ライセンス (blanket licence) は価格協定に該当するとして提訴した事件である。連邦最高裁は、包括ライセンスは、むき出しの競争制限 (naked restraints) に該当するものではなく、むしろ、販売の統合、著作権の違法な利用に対する監視と対抗措置を講じるためのものであり、これによって、著作権利用者は、膨大な楽曲を個別の著作権者からライセンスを受けて使用することによる取引費用を削減し、迅速かつ正当な手段で包括ライセンスを受けるといった便益がある<sup>(20)</sup>ことに着目した。その上で、包括ライセンスは、個々の著作権者との交渉なしに迅速に多数の音楽著作物の利用を可能にするという意味において、個別の通常のライセンスとは別個の商品であり、その意味において ASCAP は、別個の製品を販売していると認められるとした。さらにこのケースでは、包括ライセンスの他、著作権者らは個別にライセンスすることができ、また包括ライセンスには他の市場での価格協定を含むものではないことから、直ちに当然違法の原則が適用されるべきものではないと判示した。本件は、事業提携の目的・趣旨からみて、その事業目的達成に不可欠となる競争制限について正当化の余地を認めるものである。

ただし、一般的には、価格制限を含む競争回避型合意に対する反トラスト法の審査基準は厳しかった。たとえば、*Maricopa* 事件<sup>(21)</sup>では、マリコーパ郡の医師団体による診療報酬の最高価格決定が問題となった。ただし、この団体に加盟する意思は、定められた診療報酬の枠内で行う全てのサービスを患者に提供する義務が生じると共に、無保険の患者には、最高価格以上の診療報酬を請求することができる。なお、最高価格以下の診療報酬での治療も認められている。また、この団体による最高価格設定は、診療報酬の高騰に制限を設け、保険リスクの正確な算定を容易にすることで最終的には大幅なコスト削減が見込めることを目指したものであった<sup>(22)</sup>。これに対して、最高裁は、最高価格一般に対して当然違法の原則が適用されると判断した<sup>(23)</sup>。すなわち、最高価格設定によって、医師の能力に関わりなく団体加盟の医師が同じ経済的利益を得ることになること、そして医療行為に対する反トラスト法上の先例の不足それ自体では当然違法の原則を排除する必要はなく、価格協定は、全産業にわたり単一の基

<sup>(20)</sup> *Id.* at 16-24.

<sup>(21)</sup> *Arizona v. Maricopa County Medical Soc.*, 457 U.S. 332 (1982).

<sup>(22)</sup> *Id.* at 342.

<sup>(23)</sup> See *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211, *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145.

準が適用されることになる」と判断している<sup>(24)</sup>。このように本件では、価格協定を当然違法の原則によって判断するという枠組みを維持している。最高裁は、さらに本件とBMI事件との相違について、Maricopa事件は、主体である団体と医師は医療サービスを消費者に提供するものであり保険を売るわけではない上に、団体はパッケージ以外の組みあわせでのサービス提供を認めていないことを挙げている<sup>(25)</sup>。さらにNCAA事件<sup>(26)</sup>では、1982年から85年のシーズンにおけるカレッジフットボールのテレビ放映権について、NCAAが行った各種制限が問題となった。具体的には、NCAAが設定した大学フットボールのテレビ放映権に関するプランが規定するテレビ放映権の回数制限及び、放映権料の総額の決定が、産出量制限、価格協定に該当し当然違法の原則が適用されるべきか否かが問題となったものである。最終的に最高裁は、本件をシャーマン法1条に違反すると判断した。ただし、最高裁は、フットボールのようなスポーツの場合、その運営に際しては本質的に、競技団体などを通じて共同して行うことが不可避であることを認め、その上で、NCAAは、大学フットボールというプロスポーツとは異なるブランドを市場に投入していること及び大学のフットボールという特殊な事情を加味するならば、NCAAの存在それ自体は競争促進的であると判示した。ただし、NCAAによって当然違法の原則に該当する産出量制限、価格制限が現実に行われていることを認め、その上でNCAA側が提示する当該行為の正当化事由を考慮すると

<sup>(24)</sup> *Maricopa* 457 U.S. 351 (citing *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S.5.) 本件において裁判所は、価格協定のように本質的に反競争的なものについては、正当化事由を認める余地がほとんど存在しないという前提で抗弁を検討している。 *Id.* at 351 (citing *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 226, n. 59 (1940)). このように「価格」に関する協定＝当然違法という思考方式は、今日も依然として根強い。この点については後述する。保険会社よりも医師の方がより効率的な仕方では最高価格を設定するという主張は根拠がなく、保険プランに関する競争を促進する効果があるとはいえないと判示した。 *Id.* at 353-354.

<sup>(25)</sup> *Ibid.* at 355. この判決の評価については、隅田浩司「事業提携における競争回避型合意に対する反トラスト法上の評価について— Polygram 事件の批判的検討」法学政治学論究 64号(2005) 35頁を参照。なお、この最高価格設定について保険会社から反対がなかったこともこの最高価格指定に関する正当化事由をより慎重に検討すべきではなかったのかという疑問が残る。

<sup>(26)</sup> *National Collegiate Athletic Assn. v. Board of Regents of Univ. of Okla.*, 468 U.S. 85 (1984) See example Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 *Yale L. & Pol'y Rev.* 399,415 (2002). See also William K. Tom, Chul Pak, *Toward a flexible rule of reason*, 68 *ANTITRUST L.J.* 391, 414 (2000)

判示している。このような分析手法を簡略化された合理の原則<sup>(27)</sup>という<sup>(28)</sup>。その中で NCAA による共同販売合意は、他の手段では達成し得ない効率性を伴うことで新商品を生み出しうる<sup>(29)</sup> 可能性を視野に置いて、具体的に NCAA の各種制限を検討している。最高裁は、NCAA によるテレビ放映権に関する制限について、NCAA は販売代理を行うものではなく、あくまでも実際の試合の選択及び放映権に関する交渉は、ネットワーク局と各チームの個別交渉にゆだねられていたことから、BMI 事件の包括ライセンスのように多数の著作権者の権利を包含するパッケージされたライセンスを提供するスタイルとは異なっていた<sup>(30)</sup>。さらに NCAA のプランが効率性を実現するのであれば、テレビ放映は増加し、その放映権料は下がるはずであるが現実にはその逆の現象が生じていること、さらに、BMI 事件の場合は、個々の著作権者は、BMI の包括ライセンス以外に個別にライセンスする権利を認められていたのに対して、NCAA のプランの場合、各大学は NCAA のプランを離れて個別にネットワーク局と交渉することが禁じられていた<sup>(31)</sup>。また、大学フットボールについての NCAA のプランは、すなわち BMI の包括ライセンスに類似するものか否かについては、大学フットボールという商品について競争者は存在しないのだから、集団行動をとる必然性はないと判示した<sup>(32)</sup>。このように本件は、NCAA という団体の特殊性を考慮し、放映権料及び放映回数制限という競争制限効果の高い行為についても、直ちに当然違法の原則を適用せず、簡略化された合理の原則を用いた意義は大きい。ただし、本判決そして *Maricopa*

<sup>(27)</sup>簡略化された合理の原則については、宮井雅明「簡略化された合理の原則」再考 反トラスト事件における合理的決定のあり方」法政研究 6 巻 3, 4 号 62 頁 (2002 年) 及び隅田浩司「米国反トラスト訴訟における簡略化された合理の原則に関する一考察 California Dental Associations 事件連邦最高裁判決を中心として」法学政治学論究 53 号 137 頁、146 頁参照 (2002 年)。

<sup>(28)</sup>NCAA 事件の市場力についての抗弁に対する判断及び、NCAA の制限に関する競争促進的要素に関する評価すなわち、正当化事由に関する議論に関しては、See Mark R. Patterson, *The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Cases: A Rhetorical History*, 37 San Diego L. Rev. 1, 26-28., and Mark R. Patterson, *The Role of Power in The Rule of Reason*, 68 ANTITRUST L.J. 429, 430, 434 (2000).

<sup>(29)</sup>NCAA 468 U.S. 113 (citing *Maricopa* 457 U.S. 365.)

<sup>(30)</sup>*Id.* at 113.

<sup>(31)</sup>*Id.* at 114.

<sup>(32)</sup>*Id.* at 115. 最高裁は、引き続き、NCAA のプランが観客動員を保護するものとして正当化しうるのかについてはこれを否定し、アマチュアスポーツの特殊性に起因した NCAA の規制に関して、本件プランのような放映権料及び放映回数の制限以外の各種規制の競争促進効果は認めつつ、最終的に本件プランを正当化しうるものではないと判断している。

事件では結果的に反トラスト法違反と判断されているので<sup>(33)</sup> 事業提携における競争回避型合意が正当化される余地はないのではないと思われるが、現実には、いくつかの正当化事由を考慮し、合理の原則に基づいて判断が下されたケースが存在している。

たとえば、事業提携について価格に関する競争回避型の合意が含まれるものを見ていくことにする。まず、National Bank of Bancard (Visa) 事件<sup>(34)</sup>では、interchange fee<sup>(35)</sup>の価格を一律と定めたことについて<sup>(36)</sup> 合理の原則に基づき、この価格制限(競争回避型合意)を合法と判断した。また<sup>(37)</sup>、馬の種付けに関する組合において、種付けの権利をオークションしてはいけないとする条項が反トラスト法に違反するか否かが争われたStratmore事件<sup>(38)</sup>において、裁判所は、合理の原則に基づき、原告の立証が不十分であるとしてその請求を棄却した。次に、BMIの包括ライセンスに対するロカールテレビ局のclass actionであるBuffaro Broadcasting事件<sup>(39)</sup>では、BMI事件とほぼ同様に、包括ライセンスの他、ライセンス取得のための合理的な代替的手段をライセンサーに提供していることを根拠として反競争的ではないと判断している。CBS事

<sup>(33)</sup>なお、NCAA事件判決は、NCAAや大学のフットボールという特殊性を考慮するとしつつ、実質的にはBMI事件との類似性の検討の中で、NCAAのプランは放映権料そして放映回数に他ならないとする結論に至った。しかし、同判決の反対意見が述べるように、本来、NCAAのプランは、アマチュアスポーツである大学フットボールのテレビ放映が取り巻く環境、特にプロフットボールなどプロスポーツとの関係についてもう少し考慮すべきだったのではないかと考える。特に、テレビ放映権に関する産出量に関する評価に際して、多数意見はその放映回数に関するNCAAの制限のみに着目しているが、むしろ総視聴者数の拡大という視点から検討すべきという反対意見は重要である。Id at 129. この点を指摘するものとして、田村次朗「NCAA事件に見る米国反トラスト法の簡略化された合理の原則」慶應義塾大学産業研究所編『正田退職 法と経済の基本問題』慶應義塾大学産業研究所(1990年)153頁、163頁参照。また、NCAA事件は、問題となる行為の評価に際して、当該行為以外に競争に対する、より制限的ではない手段が存在するか否かを考慮する契機となったことも重要である。See also *United States v. Brown University*, 5 F.3d. 658 (3d. Cir. 1993) See Elbert L. Robertson, *Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of United States v. Brown University*, 20 Yale L. & Pol'y Rev. 399,415 (2002).

<sup>(34)</sup>*National Bank of Bancard Corp. v. Visa U.S.A., Inc.*, 779F.2d 592 (11th Cir.). cert denied, 479 U.S. 923 (1986).

<sup>(35)</sup>カード決済に関する銀行間取引で発生する手数料。詳細は、前掲注27、151頁から152頁参照。

<sup>(36)</sup>Id at 604.

<sup>(37)</sup>以下の3例は、See ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 128-29 (5th ed. 2002) at 448.

<sup>(38)</sup>*Statmore v. Goodbody*, 866 F.2d 189 (6th Cir.) cert denied, 499 U.S. 11066 (1989).

<sup>(39)</sup>*Buffaro Broadcasting Co. v. American Society of Composers*, 744 F.2d 917 (2d Cir. 1984) cert denied 469 U.S. 936 (1985).

件<sup>(40)</sup>では、BMI事件と同様に、個々の著作権者によるライセンスが認められていることを根拠に包括ライセンスが認められた。他方、バスケットボールのコーチのラサリーキャップが問題になったLaw v. NCAA事件<sup>(41)</sup>では、合理の原則に基づく地裁の判断を認め、引き続き合理の原則に基づいて、当該制限はNCAAという事業提携の目的に照らして合理的に必要な制限ではないとし、当該制限を反競争的であると判断した。なお、このように、Law v. NCAA事件を初めとして最近では、競争回避型合意を締結した事業提携に対して、合理の原則が採用されることがある。これは事業提携の評価に関し、価格制限という要素があれば、直ちに当然違法の原則で判断するというわけではないことを意味している。

## 2 単一の事業体 (Single entity) の意義

そこで、第1の論点について検討しよう。まず、本件では、Equilionを単一の事業体として認めたことで、当然違法の原則を完全に排除したという点に注目する必要がある。これに対して、控訴審判決では、過去において激しく競争し、また事業提携終了後は再び競争者となりうる事業者同士が提携後、異なるブランドの価格を統一したことを重視し、当該協定をあたかもTexacoとShellらによる価格協定と同視しようと判示している。その理由として本件をCitizen事件と同じような事案であると認定し、もっぱら今回のJVが価格競争回避のために行われているという点を強調している。この点、事業提携ガイドラインのケース1をみると、石油製品の生成及びマーケティング全てを統合するJVという本件によく似たケースがあげられている。このケース1は、完全な統合であること、12年というJVの期間から、水平合併ガイドライン<sup>(42)</sup>に基づいて評価されるとするものである。すなわち、この種の事案では、JVの生成段階において審査が行われ、それによって競争法上問題がないことが証明されれば、その後は、単一の事業体として評価されるということである。これを本件についてみると、連邦控訴審は、JVの設立前の競争状況を重視し、JVの設立後、結果的にTexacoとShellの価格協定と同じ効果を生むという側面を強調しているのに対して、連邦最高裁は、この統合が連邦取引委員会によって承認されたという側面を重視していると思われる。

<sup>(40)</sup>Columbia Broadcasting System, Inc. v. American Soc. of Composers, etc., 620 F.2d 930 (2d Cir., 1980)

<sup>(41)</sup>Law v. NCAA, 134 F.3d 1010 (10th Cir., 1998)

<sup>(42)</sup>U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992, revised 1997), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶¶13,104 (1997), available at <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

すなわち、連邦最高裁は、JVの形成過程での審査段階で、本件JVが単なるカルテルの偽装ではなく、リスクとコストの共有による競争促進効果ないし効率性が存在することが明らかになったのであれば、その後は、JVを単一の事業体としてみるものが妥当であるという判断を明確に示したことになる。

では、連邦最高裁判決の射程範囲は、完全な統合、すなわち常に水平合併ガイドラインで審査されることが妥当であるような事案に限定されるのだろうか。しかし、判決では、この種の制限を意図した表現はない。むしろ、本判決は、JVが一度合法と認められた場合、その活動は、原則として単一の事業体の活動と見なし、これに参加する事業者は、競争者ではなく、出資者として反トラスト法の対象とはならないことを一般的に承認しているように思われる。この判断は、事業提携に対する競争法の評価に大きな影響を与えることになるだろう。特に、今後、JVの形成段階において、弁護士らはできる限り、事業内容を統合しておくことが反トラスト法のリスクをヘッジすることになると考え、JVの設計を行うようになるだろう<sup>(43)</sup>。このようにDagher事件最高裁判決は、事業提携を単一の事業体として見なすことによって、事業提携を促進する効果をもたらすことになるといえる。

### 3 付随的制限の法理の適用と事業提携の本質的活動

次に、Dagher事件において、JVを単一の事業体としてとらえることと関連し、JVの主要な事業活動(core activities or venture activities)について、反トラスト法は、事実上適用されないのではないか、という点について検討したい。まず、これまで、事業提携に対しては、付随的制限の法理が適用されてきた。この法理は、Addyston Pipe 事件<sup>(44)</sup>において、Taft判事が示した付随的制限の法理に端を発する<sup>(45)</sup>。このAddyston Pipe事件において、1)製品やビジネスの価値を減じるようなやり方での事業を売り手に対して禁じるもの、2)パートナーの退任に伴う競業避止に関するもの、3)パートナーシップ解消に伴う競業避止、4)買い手に対して売り手と競合する事業と同じことを行わないこと及び、5)契約期間終了後の従業員の競業避止<sup>(46)</sup>について、制

<sup>(43)</sup> See supra note 15 at 47.

<sup>(44)</sup> *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, 280 (CA6 1898), aff'd, 175 U.S. 211 (1899)

<sup>(45)</sup> このAddyston Pipe事件以前は、コモンロー上の合理の原則が全ての制限に対して用いられるべきか、付随的な制限にのみ用いられるべきかについて明確な区別は存在しなかったとされる。Michael A. Carrier, *The Real Rule of Reason: Bridging the Disconnect*, 1999 B.Y.U.L. Rev. 1265 (1999) at n270.

<sup>(46)</sup> *Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271, at 281.



限が合理的に必要と認められた場合にはコモンロー上、正当化されてきたことを例に挙げ、取引制限が「合法的な契約の主要な目的に単に付随するものであって、当事者が契約の成果を達成する上で必要な制限であり、他方当事者によって契約の成果を不当に利用される危険性を減じるために必要である場合には、当該制限は正当化される」と判示<sup>(47)</sup>した。

ただし、このAddyston Pipe事件における付随的制限の法理と今日の付随的制限の法理は、厳密に言えば異なるものである。なぜなら、歴史的経緯からみると、Addyston Pipe事件が提示した付随的制限の法理は、Standard Oil事件<sup>(48)</sup>やChicago Board of Trade事件<sup>(49)</sup>が提示する合理の原則の採用によって、一度「淘汰」された理論だからである。では、なぜ、今日、この付随的制限の法理が事業提携の判断基準として再び重視されているのだろうか。

その原因は、米国における当然違法のと合理の原則の生成と展開にある。米国では、初期の判例における付随的制限の法理では、十分に反競争的效果に関する判断ができないということから、まず、当該行為の性質、影響そして目的を総合的に考慮するという合理の原則が生成された。しかし、Chicago Board of Trade事件などでは、この考慮要素をどの程度まで立証すればよいのか、あるいはその相互関係はどうなっているのかについて全く何も語らなかつたため、合理の原則は際限のない立証を要求されるのではないかという懸念が広まっていった。

これに対する一つの回答として登場したのが、当然違法の原則である。当然違法の原則とは、裁判所の経験上、当該行為によって反競争的效果の発生がほぼ確実であり、競争促進的效果の存在の可能性が極めて低い特定の行為類型については、原告側は、被告の行為が当該行為類型に該当することを立証すれば足り、被告側は当該行為が有する競争促進効果に関する立証責任が転換されるという分析手法である。この当然違法の原則は、合理の原則に比べて、より明確な基準を示すものであったことから、反トラスト法実務に大きな影響を与えることになる。しかし、この原則は、詳細な市場の影響の分析を回避する簡便性ゆえに、問題とされる行為と、当然違法の原則が適用されるとされた先例との関連性を立証することによって違法と評価されてしまうという問題を有していた。そのため、価格協定と認定されれば、その行為の特殊事情は、

<sup>(47)</sup>Id at 282.

<sup>(48)</sup>Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911)

<sup>(49)</sup>Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918)

現実にはほとんど考慮されることはない。そのため、1940年のSocony事件<sup>(50)</sup>により確定したこの原則は、次第に「硬直性」という問題を提起することとなった。このように、米国では、シャーマン法1条そして2条の文言が抽象的であり、その結果、裁判所に具体的な違法性判断基準の策定がゆだねられたことから、早い段階から訴訟における立証活動と関連した当然違法の原則、合理の原則が生成されたものの、次第に両原則を単に事案に選択して当てはめるという二分法的発想に陥ることになった<sup>(51)</sup>。このような分析手法の混乱とより明確な違法性判断の要請の中、簡略化された合理の原則が登場したのだが、同時に事業提携においては、むしろ、問題となる行為の違法性判断において付随的制限の法理が簡便であることから、次第にこの法理が復活してきたのである。特に、事業提携ガイドラインでは、当然違法の原則から離脱する根拠としてこの付随的制限の法理(効率性評価)を取り入れている<sup>(52)</sup>。このように今日、付随的制限の法理は、事業提携の評価に際して、重要な判断基準となっている。しかし、Dagher事件最高裁判決は、本件において付随的制限の法理の適用を否定している。では、この判断はどのように評価すべきだろうか。

まず、Dagher事件最高裁判決は、本件において付随的制限の法理を適用しないのは、本件における統一価格の設定が、主要な事業活動(core activities or venture activities)であり、付随的な制限ではないと判断している。この点、何が主要であり、何が付随的と見なされるのかは、相対的な問題かもしれない。しかし、本件のようにマーケティング活動を統合し、単一の事業体として価格設定を行うことができると考えるならば、TexacoとShellブランドの石油製品の価格をどのように設定するかは、確かに主要な事業活動であるといえる。

また、連邦最高裁判決では、付随的か主要かという判断について、当該行為がJV内部の活動なのかあるいはJVの外での協調行動や競争制限行動と評価しうるのかというinside and outside approach<sup>(53)</sup>を採用していると思われる。すなわち、たとえば、本

<sup>(50)</sup>U.S v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 US. 150 (1940).

<sup>(51)</sup>当然違法の原則や合理の原則を機械的に当てはめることの問題を指摘し、事案に即した分析の必要性和その手順の明確化を考えるきっかけとなったのは、California Dental事件である。California Dental Associations, v. F. T. C., 526 U.S. 756 (1999) See Stephen Calkins, *California Dental Association: Not a Quick Look but not the Full Monty*, 67 Antitrust L.J.495, 521 (2000). See example Richard A. Posner, *The role of Rule of Reason and The Economic Approach: Reflection on the Sylvania Decision*, 45 U.Chi.L.Rev. 1, 14-15 (1977)

<sup>(52)</sup>Collaboration GLs 3.2. 隅田浩司「競争事業者間における事業提携に関する反トラスト法の分析手法 — 反競争的効果の立証を中心として」法学政治学論究56号(2003) 89, 95頁参照

<sup>(53)</sup>See supra note 15 at 46, 47.

件のようにJVに統合された製品の価格決定は、insideすなわちJV内部の活動として、当然違法の原則の適用は排除されると共に、実質的に見れば、ほぼ反トラスト法によって訴追される可能性が低い行為と認められることになる。他方、outside、すなわちJV外部においてJVに関連し競争回避型の合意を行った場合には、通常の付随的制限の法理を用いて、当該行為が目的達成に不可欠か否かを検証することになる。この点について、Dagher事件の前に、事業提携に付随して行われたマーケティング制限が問題となったPolyGram<sup>(54)</sup>事件について検討してみたい。

#### 4 PolyGram事件との比較

PolyGram事件とは、ドミンゴ、カレーラスといった三大テナーによるコンサートCDの販売に際してPolyGramとWarner Communications Inc.の間で締結されたあるマーケティング活動の制限が問題となった。事案は以下の通りである。

1990年代、FIFAワールドカップ開催に際して、テノール歌手三人によるコンサートが開催され世界的な人気を博していた。そして1990年、ローマで開催されたコンサートを収録したビデオ及び音楽CDの販売権を獲得したのがPolyGramである。この商品(ここでは3T1とする)は、ベストセラーとなった。その後、1994年にロサンゼルスで収録された2回目の三大テノールのコンサートの販売権を獲得したのがWarnerである。ただし、PolyGramは、Warnerによる商品(3T2)の販売に際して、大規模な3T1の販売攻勢を仕掛けた。その後、この三大テノールが人気を博し、世界各国でコンサートを開催するようになると、その都度、両者は激しいマーケティング活動を展開し、競争することになった。

しかし、1998年にワールドカップ開催に際してパリで行われる三大テノールのコンサートの収録・販売権に関して、PolyGramとWarnerは共同してこの新商品(3T3)を販売することに合意した。協定では、Warnerが米国での販売権を行使し、PolyGramは米国以外の全世界での販売を行うこととされた<sup>(55)</sup>。

問題となったのは、両社が締結したモラトリアム条項である。今回、3T3の販売に際しての事業提携は、3T3に限定されたものであり、3T1及び3T2は、依然としてPolyGramそしてWarnerが販売することとなっていた。このモラトリアム条項は、

<sup>(54)</sup> PolyGram Holding, Inc., FTC Docket No. 9298 (July 24, 2003) available at <http://www.ftc.gov/os/2003/07/polygramopinion.pdf>.

<sup>(55)</sup> 契約形態は、Warnerが三大テノールの代理人から1998年のコンサートの収録及び販売権のライセンスを受け、米国外の地域での販売権をPolygramにライセンスするというものである。PolyGram at 7-8.

1998年3月、3T3のリリースの前後数週間は、3T1及び3T2の広告及びディスカウントを差し控えるという内容の合意が含まれていた<sup>(56)</sup>。

実は、この背景には、3T3に関するビジネス上の理由がある。すなわち、今回の3T3の演目の大半は、3T1及び3T2と重複していたのである。そのため、3T3は、これまでの製品とは異なり、必ずヒットするか否か微妙なものとなっていた。また、かつて3T2の販売に際して、PolyGramは、そのブームに便乗し(*free rider*)販売攻勢を仕掛けたという経緯がある。今回のJVでは、両者がこの販売攻勢を行わないといういわば休戦協定の意味を有していた。また、今回に関しては、もし仮に3T3の販売時期前後において3T1及び3T2について積極的な販売活動を両社が同時並行で行うことになれば、投下資本の回収に不安が生じるおそれもあったとされる。

これに対してFTCは、当該モラトリアム条項は、FTC法5条に違反するとして審判を開始した。その後、行政法判事はその仮決定(*Initial decision*<sup>(57)</sup>)において、当該条項は、当然違法に該当すると判断したが、さらに簡略化された合理の原則に基づいて事案を検討している。その結果、当該条項は、事業提携に付随的な合意ではないこと、また当該条項の反競争的效果は「明白であって」被審人側に競争促進効果に関する立証責任があるという判断を下した<sup>(58)</sup>。また相互の利益を確保するという理由は、反競争的效果を正当化する根拠たり得ないとも判断している。その後、最終意見(*Opinion*)でも、両社の行為はFTC法5条に違反するものであると判断している。

この最終意見は、PolygramとWarnerのモラトリアム条項は、本質的に疑わしいものであり、この場合、訴追当局は当該協定の反競争的效果について立証する必要がないという判断を下した。そのため、市場力分析を行うことなく、被審人側に当該協定の競争促進効果を立証するように求めている<sup>(59)</sup>。次に、被審人による競争促進効果の主張に対して次のような理由からそれを退けている。本件協定は、事業提携に際して

<sup>(56)</sup>PolyGram at 8. その後最終的に、販売開始に際して、それぞれ3T1及び3T2の広告・販促活動を行わないこと、さらに1998年8月1日から10月15日まで3T1及び3T2に関する値引き販売を禁止することを書面で全世界に連絡した。Id at 9.

<sup>(57)</sup>available at <http://www.ftc.gov/os/2002/06/polygramid.pdf>.

<sup>(58)</sup>また、両社にとって広告は重要な競争手段であることから、3T1及び3T2の広告の取りやめは高価格を招来することが立証されていたとした。Polygram at 38.同意見は、CDA事件判決の射程範囲を専門職団体に関する詐欺的広告防止を目的とする広告規制に限局して理解しているものと思われる。

<sup>(59)</sup>Id. at 40.

フリーライドを防止するために合理的に必要<sup>(60)</sup>であるという主張に対しては、モラトリアム条項は、事業提携の外にある3T1と3T2に対するものであり、事業提携それ自体の利益とは関連がないとする<sup>(61)</sup>。さらに本件事業提携は、ブランド内競争を制限することを通じてブランド間競争を促進するものであるという主張に対しては、事業提携の対象は3T3のみであり、当該事業提携の中に3T1と3T2は含まれていない、すなわち単一の企業(組織)によって販売されていないことを根拠にこれを否定する<sup>(62)</sup>。続いて今回の事業提携によって3T1と3T2のマーケティング活動を停止することによって3T3のプロモーション費用を増加させたという証拠はない<sup>(63)</sup>。従ってモラトリアム条項は事業提携の効率性を達成するための付随的制限ではないとしている。

さらに、PolyGramらが提起した審決取消訴訟<sup>(64)</sup>もまた、連邦取引委員会の審決を支持し、JVの外部で行われた広告制限は、通常、反競争的であり、当然違法の原則に基づいて違法とされると判断している。同時に、フリーライダー問題についても、連邦取引委員会と同様、モラトリアム条項について、その制限が事業提携の外、すなわち3T3ではなくPolygramとWarnerがそれぞれ販売を継続していた3T1と3T2に対するものであることから、事業提携の効率性に合理的に関連しないと判断している<sup>(65)</sup>。このようにPolyGram事件は、JV内部の制限とは異なり、JVの外部に及ぶ制限については、事実上正当化の余地を認めない。では、もし、仮に、この3枚のCD全てを管理するJVを設立し、そのJVにおいて3T3の発売時期には、他のCDすべての販売を中止

<sup>(60)</sup>事業提携におけるフリーライド防止は、事業提携に関する正当化事由の根拠として認められている。なお、この点に関して、*Chicago Prof'l Sports Ltd. Partnership v. NBA*, 961 F.2d 667 (7th Cir. 1992)及び、*Chicago Prof'l Sports Ltd. Partnership v. NBA*, 95 F.3d 593 (7th Cir. 1996)を参照。なお、1996年の判決では、NBAは一つの企業体であると判断した点に関して、どの程度の統合の程度と効率性との関連性をどの程度裁判所は考慮すべきかという問題が生じる。See *supra* note 3 at 257.

<sup>(61)</sup>Polygram at 42. ここで最終意見が引用する *Polk Bros Inc. v. Forest City Enterprises Inc.*, 776 F.2d. 185 (7th Cir. 1985)に関して、同判決では事業定形外のストアに対する出荷制限をしていないことを本件との対比として言及している。

<sup>(62)</sup>*Id* at 43.

<sup>(63)</sup>*Id* at 48.

<sup>(64)</sup>*PolyGram Holdings, Inc. v. FTC*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005)

<sup>(65)</sup>ただし、競争制限的合意が事業提携の中に向けられていなければ、常に正当化し得ないとする先例はなく、提携外での競争制限的合意それ自体が直ちに反トラスト法違反とはいえないと批判されている。William Kolasky & Richard Elliott, *The Federal Trade Commission's Three Tenors Decision: "Qual due fiori a un solo stello"*, ANTITRUST, Spring 2004 50 at 53. 事案によっては、競争制限的合意が事業提携の中に向けられているのか、外に向けられているのかだけでは、当該合意の競争上の評価を下すことはできない場合もあり得る。

するという場合はどうだろうか。この場合、3枚のCDの販売戦略は、すべてJV内部の意思決定に委ねられることになるから、Dagher事件判決やPolyGram事件を見る限り、同一の企業体にすべてのCDを帰属させていけば、そもそも問題にならないのではないかと考えられる<sup>(66)</sup>。この点をDagher事件判決との比較で考えてみると、Dagher事件のように合法的なJVの場合は、その意思決定を単一の事業体の決定と同視し、主要な事業に関する決定は内部の意思決定であるから、ほぼ反トラスト法の適用が排除されるのに対して、PolyGram事件のように、提携の外で行われる競争制限については、きわめて厳格に審査されることになる<sup>(67)</sup>。ただし、このDagher事件とPolyGram事件を総合して考えると、事業提携に関しては、その結成段階において、関連する全ての事業を統合することにより、反トラスト法のリスクを回避しうることになる。従って、このような場合には、そのJV設立の際の競争法当局の審査が重要となる。このことから、Dagher事件判決以後、米国における事業提携設立に際しては、いかに関連事業を効果的に提携内部に織り込むかが重要となるだろう。

#### 四 結語

Dagher事件連邦最高裁判決は、設立段階で反トラスト法のスクリーニングを通過した合法的な事業提携は、単一の事業体と同視し、その主要な事業内容に関する決定について、反トラスト法の適用が事実上排除されるという判断を示した。他方、PolyGram事件のように、事業提携に関連するとはいえ、事業提携の外での競争回避型合意について、その正当化の余地はきわめて狭いことになる。すなわち、Dagher事件連邦最高裁判決では、Equilionを単一の事業体と同視することによって、競争者同士の事業提携について、提携する競争者を提携への投資家と見なしている。これによって、激しい競争を繰り広げていた競争者同士が提携によって競争を回避するよう場合であっても、当該提携が効率的であると認められた場合には、むしろ提携それ自体の効率性をより広く認めようという結論を導き出したことになる。これは、執行当局の事業提携ガイドラインとほぼ同一の判断である。これによって、競争事業者間の事業提携はより、

<sup>(66)</sup>Ronald W. Davis, *Limitations on Competition and the Joint Venture Parents that Impose Them: A Fair and Balanced Look at Polygram*, 18 Antitrust ABA 56 at 61. もちろん、その種のJVの設立が競争法上、認められていることが前提となる。

<sup>(67)</sup>*Yamaha Motor Co. v. F.T.C.*, 657 F.2d 971 (8th Cir. 1981), *Blackburn v. Sweeney*, 53 F.3d 825 (7th Cir. 1995).

促進されることが予想される。ただし、単にカルテルの偽装としての提携と効率的な提携を区別するため、当該提携がもたらす効率性の評価が今後重要となるといえる。

次に、*inside and outside approach*については、事業提携の主要事業について、当然違法の原則の適用の余地を狭くすることになる。そして本判決は、これまでの先例を踏襲し、よりの確にこの分析を展開している。ただし、提携の外側で結ばれた競争回避型の合意のうち、価格に影響を与える内容を含むものについては、直ちに当然違法の原則が適用されるのかについては、少なくとも *Dagher* 事件判決の射程範囲ではない。この点について *PolyGram* 事件では、提携の外側での競争回避型合意については、比較的容易にその違法性を認定する傾向があるといえる。ただし、全く正当化の余地がないとまで言い切れるものではない。今後、付随的制限の法理に基づいて、この問題がどのように取り扱われることになるのか、注目される<sup>(68)</sup>。

---

<sup>(68)</sup>なお、プロスポーツ団体内部の制限と反トラスト法の関係を考える際にもこの事業提携の分析が有益となる。See *supra* note 15 at 48. この点について、佐久間正義「プロスポーツに対する米国反トラスト法・EU競争法の適用について(上)」公正取引(2005)46頁参照。最後に、*Dagher* 事件とは直接関係はないが、日本におけるプロ野球選手会と球団との間の肖像権訴訟判決(東京地判平成18年8月1日)など最近、プロスポーツと独占禁止法の関係が注目されている。この議論の中でリーグや運営団体の内部制限について議論が及ぶ場合には、本件のような問題を検討する必要がえてくるだろう。この点については、近日中に論文としてまとめた。





特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## 新たな法学教育モデルの黎明

萩原 猛

---

I	はじめに	82
II	本学クリニック・エクスターンシップの概要	82
1	カリキュラム構成と履修学生数	82
2	クリニック施設	83
3	前提履修科目と活動内容	84
III	次期構想	84
IV	本特集各報告の順序	84

---

## I はじめに

本学は、第二東京弁護士会が実務家教員の派遣を始めとする教育内容を支援するということで開学した法科大学院であって、当初より実務基礎科目について豊富なカリキュラムを配置している。とりわけ臨床教育は、科目の種類・内容においても、施設面においても、同規模の他の法科大学院に比し、格段に充実していると自負するものである。

本特集は、開学当初に始まったオールディクリニック(法律相談)から、2006年1月開始の民事・刑事・情報公開の各正規クリニックに至るまで、更にはエクスターンシップについても、これまでの活動状況を踏まえて、新たな法学教育としての意義・展望について、各担当教員が報告するものである。

## II 本学クリニック・エクスターンシップの概要

まず、本学クリニック・エクスターンシップについて、その概要を述べることとする。

### 1 カリキュラム構成と履修学生数

#### (1) 正規クリニック

本学の正規履修科目のクリニックは、「民事・刑事の各クリニック」が学内と学外に各1つずつ計4種類、更に学内に「情報公開クリニック」(国内外の行政機関等への情報公開請求等の活動を行う)があり、全部で5種類のクリニックがある。クリニック科目の配当時期は、3年次(夜間主4年制コースについては4年次)の前期・後期だが、他の一般科目(前期4月から7月、後期9月から12月)とは異なり、休日期間である1月から始まり前期は6月までの6ヶ月、後期は7月から12月までの6ヶ月間となっている。履修単位は、「民事・刑事の各クリニック」は4単位(セミナー2時間を含め週平均8時間稼働)、「情報公開クリニック」は2単位(セミナー1時間を含め週平均4時間稼働)である。

以上の5種類の正規クリニックは、2006年1月14日から活動開始した。「民事・刑事の各クリニック」は、学内・学外とも、それぞれ専任教員である弁護士1名が担当しており、「情報公開クリニック」は2名の専任教員が担当している。そして、担当教員1名当たりの受け入れ学生数は各9名であるので、合計6名の教員が年間を通じて受け入れられる学生数は延べ合計108名ということになる。

2006年前期の履修学生数は、「民事・刑事の学内クリニック」及び「学外民事クリニック」がいずれも各7名、「学外刑事クリニック」が4名、「情報公開クリニック」が6名、合計31名がいずれかの正規クリニックに参加している。この31名の学生中10名が夜間主の学生である(履修開始時を基準として)。これは、クリニック履修可能学生

の42パーセントに相当し、夜間主に限っても27パーセントの夜間主学生が正規クリニックに参加している。

### (2) 法律相談クリニック

正規クリニックとは別途に、全ての学生に任意の参加を求める(単位とならない)、「法律相談クリニック」が、学内及び学外において、平日夜間・休日昼間に稼働しており、専任教員以外の弁護士にも協力を仰ぎ、平日は午後7時から9時、土曜日は午後2時から5時、日曜日は午前10時から午後5時、定休日の水曜日を除いてほぼ毎日法律相談を実施している。これは、夜間・休日の常設の無料法律相談所として機能している。

### (3) エクスターンシップ

以上のクリニック科目の他に、2年次後期又は3年次後期(夜間主4年制コースの場合)終了後の冬季休暇期間中(1月~3月)に、学生の希望に応じて第二東京弁護士会又は埼玉弁護士会会員の法律事務所等に学生を派遣し、弁護士活動の実態を観察することによってそれらへの理解を深める目的で、エクスターンシップを開講している。単位は、総稼働時間を概ね50時間として(上記の期間中、学生の出頭日時等詳細は、学生と派遣先で調整する)、1単位としている。

2006年前期の履修学生数は17名(うち夜間主2名)であり、10箇所の法律事務所・企業法務部・NGO団体に派遣している。

## 2 クリニック施設

### (1) 大宮法科大学院大学リーガルクリニック・ロード法律事務所

学内の「民事・刑事・情報公開の各クリニック」及び「法律相談クリニック」の臨床の場となると共に、全てのクリニックのセンターとしての役割を果たす法律事務所として、本学校舎ビル1階に、「大宮法科大学院大学リーガルクリニック・ロード法律事務所」が2005年10月に設立されている。この法律事務所には、教員弁護士の執務スペース、事務局・相談室スペースの外に、キャレル23個・20名程度が着席可能な会議用テーブル・移動式模擬接見室を備えたミーティングルームが付設されている。そして、「学内刑事クリニック」担当の専任教員(埼玉弁護士会)がこの事務所を弁護士法上の登録事務所としている。

### (2) 法律相談渋谷クリニック

都内渋谷に事務所を開設して稼働していたが、2006年8月にはこれを閉鎖し、以降は「民事・刑事の学外クリニック」の拠点として、新宿の二弁フロンティア事務所の一部を利用することになっている。

### 3 前提履修科目と活動内容

正規クリニックにおいて、参加学生にはそれぞれ、「民事クリニック」については専門職責任・法情報調査法文書作成・民事訴訟実務、「刑事クリニック」については専門職責任・法情報調査法文書作成・刑事訴訟実務、「情報公開クリニック」については専門職責任・法情報調査法文書作成を前提履修科目として要求すると共に、守秘義務を遵守する旨の誓約書を学長に提出させて、弁護士である教員の指導・監督の下に、教員が受任した事件について、教員の弁護活動の補助活動を行わせる。教員は、学生が関与することについて、相談者・依頼者・被疑者・被告人の同意を得る。更に、原則として毎週土曜日1限に各クリニック毎にメンバー全員が参加するセミナーを実施し、問題点の共有化と理論的問題の検討を行う。

「エクスターンシップ」については、専門職責任・法情報調査法文書作成・民事訴訟実務を前提履修科目として要求すると共に、守秘義務を遵守する旨の誓約書を学長と指導担当者に提出させている。学生は、指導担当者その他の協力弁護士の指導・監督の下に、指導担当者等の事件処理に立ち会うと共に、事件処理に必要な法文書の起案等を行う。

### III 次期構想

次期構想においては、現行の任意の「法律相談クリニック」を1単位の正規クリニックとしてカリキュラムに組み入れると共に(配当年次は、3年制課程の2年次・4年制課程の3年次)、民事・刑事・情報公開の各クリニックの開講時期を、前期2月から6月・後期8月から12月とする予定である(単位・配当年次は変わらない)。

「法律相談クリニック」の新設は、事件受任型クリニック以前に、法律相談の限度での学生関与の有用性が認められると考えたことによる。その他の従前からの各クリニックの開講時期の変更は、本学全体の学年歴の変更と、試験時期には事実上履修学生の稼働を期待することが困難であることによる。

### IV 本特集各報告の順序

それでは、以下、各担当教員による報告となるが、その順序は以下のとおりである。私は、これらの報告がわが国の法学教育に新たな黎明を告げるものと確信している。

(1) 櫻井光政教授(弁護士)「オールデイ法律相談クリニックと民事クリニックにおける実践と展望」

(2) 丸山輝久教授(弁護士)「ロースクールにおける刑事クリニックへの提言 — 学外刑事クリニック実施の経験から —」

- (3) 萩原猛教授(弁護士)「刑事クリニック教育」を考える — 学内刑事クリニックの経験から —
- (4) 近藤卓史教授(弁護士)「情報公開クリニックの実践と展望」
- (5) 山口健一非常勤講師(弁護士)「エクスターンシップの実践と展望」



特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

# オールデイ法律相談クリニックと 民事クリニックにおける実践と展望

櫻井光政

---

I	はじめに	88
II	「クリニック」とは何か	88
1	クリニックの教育的意義	88
2	クリニックの社会的意義	89
III	クリニック開設の準備	90
1	「オールデイクリニック」の試行	91
2	「オールデイクリニック」の実施手順	91
3	「法律相談クリニック」の教育効果	91
4	「オールデイクリニック」が実務に与えた影響	92
IV	クリニック本格実施	93
1	当初の予定と軌道修正	95
2	正規クリニックの成果	97
3	成果を生んだ理由	99
4	クリニックの課題	100
V	日本型クリニックのモデル構築に向けて	101

---

## I はじめに

2006年1月から大宮法科大学院大学において「クリニック」5科目(学内民事・学内刑事・学外民事・学外刑事・情報公開)が開講された。私はこのうち学外民事クリニックを担当した。履修科目に「クリニック」を備えている法科大学院は珍しくないが、その多くの実態は、大学院に協力してくれる法律事務所や官庁あるいは企業に学生を派遣して、派遣先に指導を委ねる「エクスターンシップ」だったり、法律相談のみに立ち会う「法律相談クリニック」に止まるようである。これに対して大宮の「クリニック」は現実に民事・刑事の訴訟に関与し、あるいは情報公開請求などを行うことに特徴がある。それは、学生が、教員の指導の下で現実の事件を素材にして、依頼者からの聞き取りをしたり、事件処理のために必要な各種書面例えば訴状や準備書面作成などの実務作業を行いながら、主体的に法と実務を学ぶクリニックである。訴訟までも扱う点では他に例の少ない本格的なクリニックである。その実践を紹介することは「クリニック」を始めとする臨床法教育を現に行い、あるいは今後行うことを予定している多くの法科大学院にとって有益であると思われることから、以下には大宮における民事クリニックの実践を、私が担当した「学外民事クリニック」を中心に紹介する次第である。

## II 「クリニック」とは何か

「クリニック」とは臨床教育(clinical education)あるいは臨床プログラム(clinical programs)といわれるもので、実際の依頼者から相談を受けたり依頼を受けたりして現実の事件を扱いながら学生を教える手法ないしプログラムである。最狭義のものはインハウスクリニック(real-client in-house law school clinical programs)と称されるものであり、あたかも大学内に法律事務所・相談所を備える形態のものである。広義の「クリニック」にはエクスターンシップも含むが、本稿で「クリニック」というときには断りがない限りエクスターンシップを除くものとする。また、大宮のクリニックについて言えば、学内の民事・刑事クリニック及び情報公開クリニックがインハウスクリニックであることは勿論のこと、「学外」の民事・刑事クリニックも、都内在住者・在勤者の便宜のために都内で開設されるものであり、講座を担当するのも専任の教員であって、その性質は言わばサテライト的なものであることに鑑みれば、分類上はインハウスクリニックとされるべきであろう。

### 1 クリニックの教育的意義

法科大学院における教育の目的は実務法曹の養成であり、そこに求められる教育の



内容は理論と実務の架橋であるとされる。従前の法学部教育は理論に重きを置くあまり実務との乖離が生じ、法曹を目指す多くの学生が大学の講義もそこそこに司法試験予備校の授業を受けて受験準備をすることになったと批判を浴びた。そのため法科大学院では一定数の実務家教員を確保することが要求された。とはいえ実務家教員が教えさえすれば効果的に実務を教えられるというわけではない。どのような教育方法を用いて教育するかが重要になる。同じ実務家教員が教えるにしても、従来型の講義を行うのと、シミュレーションなどを行うのと、現実の事件を扱わせるのとでは効果に違いがあるはずである。そして、実務を効果的に教えるという意味では、現実の事件を扱わせるクリニックが相対的に優れた実務教育の方法であることは疑いようがない。

しかし「実務を扱うことを通じて実務を教える」というだけで教育の方法や目標が明らかになるものでもない。少なからぬ法科大学院で、クリニックとりわけ狭義のクリニックのイメージをつかみかねているように見受けられるのもその故であろう。「物見遊山で実務を眺める」「実務の真似事をする」ことにどれだけの意義があるのかという類の疑問が呈されることもあるやに聞く。確かに若い弁護士に司法修習生時代の実務修習先での指導を尋ねると、確たる方針も持たずに漫然と日々の実務を見せているだけというような扱いを受けたとしか思えないような例も散見される。既に一定の法的素養を身につけている司法修習生であればそのような環境であっても何かしら学ぶ力があるかもしれないが、基本的な法律知識をも身につけていく過程にある法科大学院学生にそのような「指導」を受けさせるわけには行かない。

要するにクリニック教員の責務は単に「実務を見せる」「体験させる」ことに止まらず、実務を通じて、実務そのものを知らせると同時に、これまでに学んだ基礎法が実務でどのように生かされているか、また、実体法と訴訟法がどのように関わって紛争が解決されて行くのかを学ばせ、理論の一層の定着と深化を図って行くことになる。もっともこのような認識には私自身もこの間のクリニック開講の準備及びクリニックの実践を通じて到達したものであるが、私自身の認識の深化については後に改めて触れることにする。

## 2 クリニックの社会的意義

クリニックに認められるのは教育的な意義だけではない。社会的な意義も相当に高い。クリニック発祥の地である米国では少なからぬクリニックが社会福祉の一翼を担っている。マイノリティや貧困者を抱える地域のロースクールにはしばしば「移民・難民クリニック」や「コミュニティクリニック」などが開設され、社会的弱者の支援

に携わっている。わが国の30倍の弁護士を擁する米国でもなおこのような支援を要する層が存在することを考えると、わが国において既存の弁護士による適切な法的サービスの提供を受けられていない者は決して少なくないと思われる。そしてその傾向は「弁護士過疎」などの語で知られるように地方において顕著である。それも、いわゆる過疎地ばかりではなく、千葉県や埼玉県のような都市近郊においても需要に応えきれていない。そのことは、後述するオールデイクリニックの、とりわけ大宮における盛況振りからも十分に窺い知ることができる。

ただ、社会貢献自体に大きな比重を置く米国のクリニックのあり方がそのままわが国のクリニックにふさわしいかどうかは別途検討が必要である。わが国の法科大学院教育でクリニックが効果的な教育方法であるかどうか厳しく問われている時期であることに鑑みれば、その実証こそが当面の主要な課題であるように思われる。

### III クリニック開設の準備

大宮ではクリニックは3年次の履修科目とされたので、開学後も開講までに2年の準備期間があった。そこでその準備期間に文部科学省の専門職大学院特別支援プログラムを利用して2004年12月から「オールデイクリニックの試行・実施・検証プログラム」に取り組んだ。このプログラムは夜間部を備える大宮の特徴を生かして、夜間・休日に法律相談サービスを提供する「法律相談クリニック」を試行的に実施して、市民の法的需要やそれに対する対応能力、学生に対する教育効果及び弁護士業界に及ぼす影響などを検証するものである。「オールデイクリニック」の呼称はこの「法律相談クリニック」が夜間・休日に実施されることから名づけられた。

また、同プログラムには数回の米国調査も含まれている。

大宮ではもとより開学の準備に向けて数回の米国調査を行っていた。そもそも専門職大学院による教育は米国で発達してきたものであるため、単科の大学院大学として設立された大宮は米国のロースクールから学ぶことに努め、その上で、現在わが国で求められている教育内容、教育方法を模索して来た。クリニックの実施を目的とする特別支援プログラムにおける米国ロースクール調査ではさらに一歩進んで、わが国における知名度に捉われず、新設のロースクールや夜間部を備えるロースクール、あるいは特色のあるクリニックを行っているロースクールなどに重点を置いて調査を行った。

### 1 「オールデイクリニック」の試行

「オールデイクリニック」は大宮と渋谷の2箇所で開催された。平日の午後7時から9時と土日の午前10時から午後5時までの無料法律相談である。相談者1人につき1時間の枠を取り、正味の相談時間を40分程度、残り20分を学生との意見交換に当てるようにした。実施期間中の相談件数等については末尾の表のとおりである。大宮のクリニックはほぼ毎日相談者が訪れ、相談件数は2004年12月から2006年6月までの19ヶ月で1031件に上った。しかも利用者の多くは夜間や休日の時間帯でなければ相談に来ることが困難だった旨述べており、夜間・休日の法律相談需要が極めて高いことが改めて実証された。他方渋谷の相談件数は当初こそ一定の数に上ったものの、相対的に低調に推移した。19ヶ月の相談件数は237件である。この差は東京と近郊都市の差に加えて利用者に対する広報宣伝の差によるものと思われる。さいたま市役所では大宮の無料法律相談を高く位置付け、市役所を訪れる相談者を積極的にクリニックに誘導したのに対し、都内では、渋谷区、世田谷区、大田区など幾つかの区にチラシを置いてもらったりしたものそれ以上の協力は得られなかった。また、チラシを置くことを断られた区もあった。また、公立小中学校やそのPTAにダイレクトメールを送るなどの手段も取ったが効を奏さなかった。需要があってもそこに情報が届かないとサービスの有効な供給ができないことを改めて知らされた。

### 2 「オールデイクリニック」の実施手順

「オールデイクリニック」は「法律相談クリニック」である。学生は任意に参加できるが、参加するためには予めガイダンスを受け、且つ秘密保持誓約書を大学に提出しなければならない。他方相談者には学生が立ち会う可能性があることを予め知らせる。さらに相談者がクリニックを訪れた際にはクリニックの趣旨を説明し学生の立会いに同意する旨の承諾書を求める。

法律相談を行うのは弁護士教員であり、学生はこれを傍聴する。ただ、教員は、折を見て学生に意見を求め、学生からの発問を促す。相談の内容が学生の知識で答えられる内容であれば学生に通りの回答をさせた上で教員がこれを補充することもありうる。最終的には教員が責任をもって回答し、相談を終える。その後相談の核心と関連する法令、判例を確認し、具体的な回答内容について戦略的・戦術的観点から理由を説明する。

### 3 「法律相談クリニック」の教育効果

「法律相談クリニック」には以下のような教育効果が認められた。

第1に学生にモチベーションを与える効果があった。学生は、学説や判例を学んではいるものの、それが現実の社会で攻撃防御方法として利用されるのを目の当たりにしたことはない。道具を実際に使うことで道具について学ぶ意欲が高まる面がある。多かれ少なかれ悩みを抱えてクリニックを訪れた相談者が、教員の回答を得てとりあえずの方向性を見出し、展望を持って帰って行く姿を見て、学生は自らの知識や技能を相談者・依頼者の権利の実現のために生かせることの意義を再確認する。多くの学生が、(法律相談)クリニックを経験して学習の意欲が湧いたとの感想を述べている。この点はクリニックを実施している多くの法科大学院からも報告されている点である。もっともこれに対しては「たかだかモチベーションのためならばわざわざ高いコストをかけてクリニックを実施するまでもない」との批判もあるところである。しかし、効果はそれに止まるものではない。

第2に、教員が学生の学習到達度を把握するのに有効であった。法律相談は実際の相談を開始するまでその内容がほとんど分からない。その場で相談者が語る相談内容から法的な問題点を抽出して適切なアドバイスをするためには法律と実務についての幅広い知識が求められる。弁護士の間では法律相談は、弁護士の力量の差が大きく現れる、比較的難易度の高い業務とされており、私が所属する第二東京弁護士会では、登録後1年未満の弁護士は弁護士会の法律相談を単独で担当することができないとされているほどである。

相談者から相談を受け、その要点を整理した上で、力のありそうな学生にはそのまま意見を求めるが、法学未修者の2年前期くらいではきちんと答えられる者はほとんどいない。次に論点を抽出し、その論点についての意見を求めてみる。ある程度学習が進んでいる者は答えられるし、そうでない者は答えられない。そこで同時に条文を検討させ、解釈を述べさせたり、関連する判例についての知識を確認したりしながら相談者に対する回答を発見していく。こうした作業を行う中で、各々の学生の学習の到達点が明確になる。これは大きな収穫であった。従前あまり指摘されていないようだが、重要な利点である。

以上のような効果が確認されたことから、大宮では法律相談クリニックを1、2年次の早い時期の必修科目とする予定である。

#### 4 「オールデイクリニック」が実務に与えた影響

「オールデイクリニックの試行・実施・検証プログラム」には「オールデイクリニック」の試行が実務に与える影響の検証も含まれている。

夜間や休日に法律相談を行うという試みは、大宮がオールデイクリニックを開設する前はほとんどなかった。東京弁護士会と第二東京弁護士会の法律相談センターがばらばらの場所で行っていたに過ぎない。土日と夜間の相談を同じ場所で恒常的に行っている相談場所は現時点でもない。ただ、大宮がオールデイクリニックの試行を開始後、夜間相談を始めた弁護士会もある。福島県弁護士会(2005年1月17日から毎月第1、第3、第5月曜の午後5時から7時までの夜間相談を開始)や山梨県弁護士会(2005年7月より毎週木曜午後6時から8時の夜間相談と、毎月第1土曜午後の休日相談を開始)である。これらは必ずしも大宮のオールデイクリニックの影響を直接に受けたものではない。しかし、夜間や土日の相談需要の高さに弁護士業界がようやく答えつつあるという実情を示すものであることは確かである。また、埼玉弁護士会は、会としては現在も夜間土日のうち土曜しか相談に対応していないが、オールデイクリニックには同弁護士会所属の多数の弁護士が相談担当として参加した。同弁護士会会員の中には弁護士会のホームページを通じて「夜間や休日の相談も可能」と広報する弁護士も現れるようになった<sup>(1)</sup>。オールデイクリニックが夜間や土日の法律サービスの需要の存在を証明すると同時にそのような需要を掘り起こした面があることは確かだろう。

#### IV クリニック本格実施

3年次生を対象とする「クリニック」が正式に開始されたのは2006年1月である。大宮では毎年12月までに後期の試験が終わる。1月から3月までは長い冬休みとなるため、この期間をクリニックに集中できるようにしようという配慮から、3年次前期配当科目としてのクリニックは、2年次最後の1月から3月と、3年次最初の4月から6月までの期間の合計6ヶ月を充てることになっている<sup>(2)</sup>。

学外民事クリニックでは、教員が法律相談を受け、あるいは受任した事件について、学生に起案の課題を出し、毎週1度のセミナーでそれを検討した。また、合間に法廷傍聴や法律相談立会いをした。

扱った事件は多岐に亘る。

毎週のセミナーの内容は以下のとおりである。

**1月14日** ガイダンス

**1月21日** シミュレーション(手付金請求事件、以下事例1)<sup>(3)</sup>につき訴状検討

<sup>(1)</sup> もっともこの会員は所沢支部の会員なので、クリニック相談自体には関与していない。

<sup>(2)</sup> 但し2007年度以降は教員と学生双方の負担軽減のため前期2月から6月、後期8月から12月を充てることが検討されている。

<sup>(3)</sup> 事例1(手付金請求事件) 依頼者である原告は不動産業者。別の不動産業者である被告から不動産を購入す

- 1月27日 事例1につき答弁書及び準備書面検討
- 2月3日 事例1につき準備書面検討
- 2月13日 婚姻外男女関係損害賠償請求事件(事例2)<sup>(4)</sup>の事案検討
- 2月18日 事例2訴状確定
- 2月25日 請負代金請求独立当事者参加事件(事例3)<sup>(5)</sup>の検討
- 3月4日 事例3の訴状の検討・確定
- 3月11日 休講
- 3月20日 事例2準備書面検討・確定
- 3月25日 事例2尋問事項検討
- 4月1日 事例2方針検討
- 4月8日 請負代金請求事件(事例4)<sup>(6)</sup>検討
- 4月15日 株主権確認請求事件(事例5)<sup>(7)</sup>訴状検討

るべく買付証明を出し、被告からは売渡承諾書を得て、手付の授受も行ったが、被告は同不動産を他に売却してしまったことから手付倍返しを求めて提訴した。売買契約の成否が問題となった事案である。原告勝訴・確定。

<sup>(4)</sup>事例2(婚姻外男女関係損害賠償請求事件) 依頼者=原告は離婚歴ある女性。出会い系サイトで知り合った「独身医師」と称する男性と交際を始め、結婚を約束する関係になったが、原告が妊娠の事実を告げるとその男性は妻子がいることを白状し、妊娠中絶しないと結婚できない旨言い出し、原告がその指示に従って中絶すると、別れを切り出して原告を捨てたという事案。婚姻予約に至る前の男女関係について慰謝料請求権が発生するか、またその額はどの程度かが問題となる事案であった。但し妊娠は狂言であったことが訴訟提起後に判明して訴え自体は取下げで終了した。期せずして依頼者との信頼関係を築くことの難しさをも学ぶことになった。

<sup>(5)</sup>事例3(独立当事者参加事件) 依頼者=参加原告は工事請負会社である被参加原告の元従業員。被参加原告代表者は経営不振から経営を放棄し、注文主である被参加被告に対しても、自分は廃業し以後は参加原告が引き継ぐと声明していた。参加原告は他の従業員とともに事業を引き継いだ、名称は被参加原告を名乗っていた。そうして被参加被告に対して一定額の売上げが立ったところ、被参加原告が被参加被告に対して代金請求の訴訟を提起したという事案。代理、代表、法人などの理解と独立当事者参加という訴訟手続を考えるのに適した事案である。係属中。

<sup>(6)</sup>事例4(請負代金請求事件) 住宅建設を注文した依頼者が請負業者と異なるガレージの施工業者から代金の請求を受けている事件。ガレージの請負契約が住宅建設請負工事に含まれるか、ガレージ施工業者との別個の契約なのか問題となる事案。また、住宅建設を請け負った会社が提示したガレージ設計案は建築基準法に違反するものだった。依頼者はガレージの意匠が気に入って当該建設会社を選定したものであることから、これに対する対応も問題となった。交渉継続中。

<sup>(7)</sup>事例5(株主権確認請求事件) 母親から同族会社の株式の過半を相続した依頼者=原告が、現実と同社を経営する異母兄弟に強要されて株式の相続権を放棄させられた事案。会社はその後新株発行を行い、依頼者が相続した株式が過半数を下回るようにしたため、新株発行無効あるいは新株発行不存在などが検討の俎上に上る事件。訴訟外で和解、取下げ。

- 4月22日 事例5訴状確定
  - 4月29日 休日
  - 5月6日 休講
  - 5月13日 マンション投資事件(事例6)<sup>(8)</sup>内容証明作成
  - 5月20日 休講(日弁連シンポジウム)
  - 5月27日 過払金返還請求事件(事例7)<sup>(9)</sup>訴状検討・確定
  - 6月3日 建物明渡請求事件(事例8)<sup>(10)</sup>答弁書作成
  - 6月10日 交通事故損害賠償請求事件(事例9)<sup>(11)</sup>訴状検討
  - 6月17日 請負債務不履行損害賠償請求事件(事例10)<sup>(12)</sup>訴状検討
  - 6月24日 顧問先持ち去り損害賠償請求事件(事例11)<sup>(13)</sup>を題材にした練習問題
- 学生から提出された書面は全て添削し、コメントをつけて返還した。

## 1 当初の予定と軌道修正

開講1年前に構想していた指導の内容は、実務の習得の色彩が強いものであった。喩えていうなら司法修習生に対する実務指導に近い感覚で、民事弁護実務を教えるというものであった。それゆえ保全や執行、尋問技術や交渉技術などの比重がより高いも

<sup>(8)</sup>事例6(マンション投資事件) 電話による勧誘で何度も呼び出されてマンション購入の契約書にサインさせられた依頼者が購入の意思表示の撤回を行った事案。詐欺取消などの意思表示の問題とクーリングオフなどの消費者保護法について学ぶ教材として選択した。本事案は学生が起案した内容証明1本で解決した。

<sup>(9)</sup>事例7(過払金返還請求事件) 消費者金融業者に対して過払金の返還を求める事案。裁判例が解釈によって法の欠点を埋めてきたこと、過払金に付される利息の性質を利率に関する争いとそれに対する判例から学ぶことを主眼に選択した。和解により解決。

<sup>(10)</sup>事例8(建物明渡請求事件) 少数持分権者である依頼者=被告が共有建物を占有使用していたところ、多数持分権者がこれを第三者=原告に賃貸し、原告から明渡訴訟が提起された事案。共有者間の権利関係、賃貸借契約の締結が共有物の管理行為に該当するか、また、借り受けた者からの明け渡し請求が可能か、などの論点を含む。係属中。

<sup>(11)</sup>事例9(交通事故損害賠償請求事件) 交通事故の被害者である依頼者から加害者に対する損害賠償請求事件。相当因果関係や過失相殺などの検討を目的に選んだ。受任せず。

<sup>(12)</sup>事例10(請負債務不履行損害賠償請求事件) 元請業者である依頼者=原告が、下請会社である被告との間で請負契約を締結したが、被告が工事を行わなかったため損害を被ったとして被告に対して損害賠償を請求した事案。口頭での契約であることから、契約の成否及びその立証方法が問題になる。係属中。

<sup>(13)</sup>事例11(顧問先持ち去り損害賠償請求事件) 相談者=被告は税理士法人に勤務していたが、妊娠・出産を機会に退職することになった。退職するに際して特に懇意にしていた何件かの顧問先に対してその旨を告げたところ、以後は法人でなく被告の世話になりたいという申し出を受けたので、退職後に顧問契約を締結した。これに対して税理士法人から「顧問先を持ち去った」として損害賠償を請求されたという事件である。請求棄却、控訴。

のを想定していた。現在エクスターンシップなどで学生を指導している実務家の多くもそのような感覚で学生に接しているのではなかろうか。しかし私は2つの理由で若干の軌道修正を行う途を選んだ。

1つは法学未修者の場合2年間の教育を受けても民法の習得が十分でないと思われたこと、もう1つは、当初合格率7割を目指すと言われた新司法試験の現実の合格率が、未修1期生が受験するときには5割をはるかに下回る見通しになったことがその理由である。

ロースクールを卒業すればほとんどの者が司法試験に合格する米国では、学生は司法試験に関係しない科目も時間をかけて学ぶことができる。これに対して専門職大学院まで卒業してからの合格率が3割となると、かなり熾烈な選抜試験の様相を呈するようになる。いきおい試験に役立つか否かが学生の関心事になる。法科大学院を受験対策だけを教える機関にするつもりはさらさらでないが、基本を押さえながら受験の際にも生かすことができる力を授けることができればこれに如くはない。

以上の理由から、実体法、訴訟法の理解を深めて行くのにふさわしい事例を選んだ。また、書面作成は主張立証責任を意識して事実を分析した上で法を当てはめて行く力をつけるために、訴状、答弁書、準備書面の作成を中心に据えた。実体法、手続法の理解が、少なくとも知識の上では一定の水準に達している司法修習生の指導とこれから司法試験を受験する学生の指導とはあらゆる点で違うことを私自身も実感しながら学ぶ日々であった。

なお、判例や参考文献については予め指定することをせず、適当と思われるものを各自に探させた。もちろん初学者が何を措いても学ぶべき判例はある。それらは1、2年次に教員から指摘されているはずである。そしてそれらのいわば必修判例を学んだ学生であれば個々の判例が一般論として解釈を示している部分もその射程もある程度理解できているはずである。そうすると、その段階に達した学生に対してはさらに一歩進んで、個々の事案に即した判例を探し出す努力をさせる方が、こちらが予め参考判例を示すよりも、判例の正しい理解、体系的な理解のために有益だと考えたからである。最適な判例を探し出すためにはその何倍もの判例に目を通さなければならない。一見すると類似の事案で結論が180度異なる判例もある。それらを検討しながら判例を読み進む作業は実は判例を学ぶ醍醐味でもあることを学んでほしいと考えた。その上で、セミナーの場では学生が探し出した判例と私が探した判例とを突き合わせて比較検討した。



## 2 正規クリニックの成果

正規の民事クリニックは、当然のことながら「法律相談クリニック」よりも更に進んだ成果をもたらした。

第1に、学生が1、2年次に学んだ法知識、理論の確認と定着に役立った。具体的な教育方法は、事前の課題で、訴状や答弁書、準備書面の作成など優れて実務的な作業を要求しながら、セミナーではそれらの書面の検討に際して根拠条文に当たるところから始めて、実体法、訴訟法の知識の定着に努めた。これはまさに理論と実務を架橋する教育方法そのものである。このような作業を通じて、1、2年次の復習が的確になされ、かつ理解の立体化がなされた。

第2に、クリニックでの書面作成は、論点主義的な答案作成の弊害を除去するのに役立った。従来型の受験勉強をしていると、論述が論点中心になりがちである。最低限の知識を有している事を採点者にアピールする上でやむを得ない面があるとはいえ、どれも同じような論点主義的な答案が多いことは採点者からも評判が悪かった。論述式の答案を作成する場合は、設問に解答するために必要な問題点を必要な範囲で論ずる姿勢が大切で、その姿勢をあらわすためには設問で与えられた事実を丁寧に分析し、事実在即して論述することが大切のだが、それを講義だけで学生に理解させるのは容易ではない。裁判所を説得するための書面とも言うべき訴状、答弁書及び準備書面等の作成は、学生の目をおのずと丁寧な事例分析と適切な法の適用へと向かわせる。その結果、学生の中にある論点主義的な傾向はかなりの程度改善された。

第3に、要件事実偏重の傾向を改めるのに役立った。法科大学院では従来の司法研修所の前期修了レベルまでの教育を行うことになっている。そのためもあってかどの法科大学院でも要件事実についての教育が盛んである。しかし「要件事実教育の弊害」は司法研修所での教育に関して長年指摘されてきた問題でもある。もちろん要件事実を学ぶことが悪いわけではないし、要件事実教育そのものが直ちに学生に悪い影響を与えるわけでもない。けれども教員は、学生が要件事実を正しく理解したかどうかを確認するためにあえて要件事実以外をそぎ落とした書面を作成させることがあり、そこでは要件事実以外を漫然と記載することは減点事由となる。そしてそのような思考に慣れた学生は訴状や答弁書あるいは準備書面において要件事実偏った書面を作成するようになりがちである。

実務でも、司法研修所を卒業して間もない弁護士がしばしばそのような書面を作成して先輩弁護士や時には裁判所から注意を受けることがある。そのような書面は、どちらかというと読みづらく、当事者の主張としてはむしろ適当でないものが多い。「当

事者の主張としては」というのには意味がある。訴状、答弁書、準備書面など当事者の主張を記載した書面の究極の目的は裁判所の説得である。そのためには事件の実態を正確に裁判所に伝える必要がある。事件を形作る様々な要素たる事実の中には請求原因事実もあれば抗弁事実もある。そのときあえて抗弁事実を外して書いた書面では事件の全体像を裁判所に伝えることはできない。抗弁事実であっても事件を正しく理解するために必要な情報であれば書かなければならないのである。また、要件事実教育で教わる主要事実と間接事実の峻別は、しばしば学生に未消化な状態で残り、少なからぬ学生に間接事実を軽視する傾向を生じさせるようである。そのような学生では、多様な事実の中から主要事実を裏付ける重要な間接事実を拾い出すというような作業もおろそかになりがちである。

要件事実は欠かしてはいけなものであり、それゆえ「要件」なのだが、上述のとおり、当事者の立場で主張をするときに要件事実以外を書かないというのは明らかな誤りである。そのことを口で言って理解させるのは容易ではないが、実際に訴状等を作成させて各々の起案を比較検討させると、教員の指摘が理解できるようである。かようにクリニックは学生が陥りがちな要件事実偏重の傾向を改善するために有意義な教育方法である。

ちなみに学生は、要件事実を踏まえながらも要件事実以外に述べるべき事実や主張があることを理解し、説得力ある論述を心がけるようになった結果、事実を的確に押さえて論述する技術を身につけるようになった。そして、後半では力量ある実務家の書面としても通用する答案が何通も見られるようになった。

第4に、第1から第3で述べたことの帰結でもあるが、新司法試験の論文試験対策という意味でも有用であったと思われる。実際に2006年度の新司法試験の問題を見ても、民事系科目の論文式においては民事実務科目、とりわけクリニックを履修している学生が有利であろうと思われた。というのも、旧司法試験の事例問題に比して明らかに詳細な事実が述べられ、契約書等の資料から事実を判断することが求められている点や、2問目では裁判官と修習生との会話を題材に出題されている点などは、クリニックで毎週行っている授業の内容に近いものである。

第5に、現実の事件 — 紛争や当事者 — に触れること自体の効果があつた。実務に関する技術的な知識等については模擬裁判や各種のシミュレーションでも教育することが可能である。場合によってはその方が効率的でさえある。また、事件は類型化が可能であり、法律の学習では多くの場合紛争を的確に分類する能力が重視される。しかしそれゆえに事件や依頼者の個性に着目する力を養うことも求められるのであって、

実際に困難を抱えている依頼者の声を聞き、ともに問題を解決していくというプロセスは、法律家の仕事の「リアリティ」を理解させる上で意義がある。その意味でもクリニックの学習は有益であった。実際に扱った事件について、学生から「抽象的な事案説明を聞いただけでは依頼者に共感を持てなかったが、依頼者から詳細な事実を知らされると同情心が湧いてきて、何とかしてやりたいと思うようになった。」という声が寄せられたことがあったが、「リアリティ」を理解することの重要性を端的に言い表しているといえよう。

第6に、教育の視点とは離れるが、従前司法にアクセスできなかった市民に法的サービスを提供できたことはそれ自体評価すべき貴重な成果である。夜間休日の法律相談自体が市民のニーズに良く答えるものであったことは先に触れたが、これに加えて事件の受任もできることは本格クリニックの大きな利点である。弁護士会における過疎対策の取組を見ても、当初は法律相談センターの設置運動を精力的に進めていたが、相談の中には当然のことながら事件の受任を必要とするものが一定数存在することから弁護士が常駐する公設事務所の設置運動へと発展して行った経緯がある。クリニックが、件数はさほど多くなくても事件の受任まで行うことは、司法の容量を拡大する意味でも大きな意味がある。

第7に、上記と関連することであるが、大学が地域や社会と結びつく架け橋になるという意味でもクリニックは重要であることが確認された。今日では様々な大学でオープンセミナーなどの催しを通じて社会との繋がりを積極的に求める機運が高まっている。大学が社会に開かれたものであるべきだという要請は今後ますます強まると思われる。本学の学内クリニックについて言えば、さいたま市役所との間で十分な信頼関係が築かれ、さいたま市が主催する法律相談ではさばききれない相談者を受け入れる機能を果たしている。地域社会とのつながりや地域貢献という意味ではクリニックは最も積極的なものと言える。クリニックは、医大における付属病院がそうであるように、地域における大学の「顔」になりつつある。

### 3 成果を生んだ理由

以上の成果を見る限り、クリニックの試みは一応成功したと評価して良いだろう。ただ、「クリニック」を実施しさえすればうまく行くというものではない。クリニックで何を獲得させるかについて教員が予め十分に検討していなければ、学生は「お客様」になってしまい、一部の意見にあるように「実務の真似事」をしたり「実務の見物」をして「何となく分かった様な気分になる」程度のもになってしまうだろう。せいぜい

学生のモチベーションを高めるのに役立つくらいである。そのことが無意味だとまでは言わないが、それだけなら他の科目でなくクリニックを選択するメリットは少ない。

それならどうすべきか。一律の解答はないが、法学未修者の教育に関して言えば、セミナーなどの機会を通じて実体法及び訴訟法の知識を事件ごとに確認しながら進めていくことが有意義だったように思う。現実の紛争は事実の存否についての証明の成否で勝敗が分かれることが多いが、とりあえず依頼者の主張の法的根拠と相手方が行うであろう法的主張とを整理させ、更に解決に適した現実的な手段を検討させた。紛争解決に必要なあるいは役立つ法条を指摘させ、関連判例を検討させながら起案などをさせることは、司法修習生に対する教育よりも「法解釈学を教える」という色彩がかなり強いものである。

当然、クリニックの受講者である学生にも相応の準備が要求される。とりあえず実務を見てみたい、触れてみたい、という程度の要求は、それ自体尊重すべきものであるとしても、別の機会、別のカリキュラムで満たされるべきであって、正規のクリニックで目標にされるべき要請ではない。1、2年次で学んだ基礎法についての知識を確かめ、応用力を高めるために活用するという意識でなければ貴重な時間を無駄にする結果となろう。現実の事件は学生の理解を待たないから、学習に熱心で意欲的な学生でない、学生自身にとっても不幸な結果になりかねないのがクリニックである。その意味では私自身学習意欲旺盛な学生に多く支えられたと言ってよい。

#### 4 クリニックの課題

以上の概観から理解されるように、クリニックには種々のメリットがあるが、試行と本格実施を経験して、課題もある程度明らかになった。

第1に、教材とすべき事件の収集が難しいという点である。もちろん相談者も多く、事件自体も多く来るのであるが、学生の教材という観点からは、たとえば売買、賃貸借、消費貸借、請負、不法行為などにかかわる問題を満遍なく扱いたいし、できれば会社関係や労働事件も加えたい。しかもそれらが順番に来なければならない。この点、学内クリニックでは相談が常時満杯であるという状況から何とかまかなえていたが、私が担当する学外クリニックでは、上述したように相談者数が少なかったため、私自身が別に経営する法律事務所に来た事件を、依頼者の了承を得てクリニックの教材にまわすことがしばしばあった。事件の確保が難しいとは他のロースクールのクリニックでも聞かれる。また、教材に適した事件を多く確保するために相談の件数を増やすことは、相談自体がクリニックの負担を増やす面があるから、その点の注意も必要で

ある。弁護士会や司法支援センターとの提携などが検討されるべきではないかと考えるが、この点についてはまだ決定的な解決策が見出せていない。

第2に学生が種々の科目の学習に追われて多忙だという点である。米国のロースクールでは学生がクリニックに入り浸って実務に没頭していて、その様子はさながら司法修習生の実務修習を見るようであるが、そのようなことはわが国の学生には望めない。大宮では4単位を与えるために学生に対して毎週2時間のセミナーのほかに6時間の課題検討等を求めた。学生がクリニックのために割ける時間が限られている以上、扱う事件から何を習得させるかについて明確な問題意識を持って、切り捨てるところは切り捨て、時間をかけるところは時間をかけて授業を進めなければならない。漫然と事件を扱えば良いというわけにはいかないのであって、現実の事件を素材にした教育方法については一層研究を深めていく必要がある。

第3に、以上述べてきたところと関連するが、限られた時間内で基本法の理解や法解釈に比重を置くと、弁護技術的な面は手薄にならざるを得ない。督促手続など訴訟以外の手段の活用や、執行などを教えること、事件の現場に赴いたり、関係者の話を聞きに行ったりすること、あるいは法廷での立居振舞を教えることなどは、学生が他に習得すべき科目が多いことを考えると時間的にかなり無理がある。法科大学院では従来の司法修習前期程度の学修をすれば良いことになってはいるが、実務を教えるべき司法修習自体が期間を大幅に短縮される上に、合格者数の増加によって従来修習生指導を行って来なかった、指導に不慣れな弁護士までが実務修習指導を担当するようになっている実情に鑑みると、せめてクリニックではより実務的な教育を行わなければならないのではないかの思いもある。

## V 日本型クリニックのモデル構築に向けて

米国のクリニックに範を取って開始されたわが国のクリニックではあるが、彼我の社会も、そこにいる法曹が置かれている状況も異なる。当然法科大学院における教育も異なるだろうし、クリニックもその例外ではない。米国のクリニックから多くを学んだ上で、これをわが国の法科大学院における教育内容にふさわしい物に加工していかなければならない。

クリニックが、社会に対するサービスはとりあえず二の次にして、教育効果を第一に考えて運営して行けることは、教育の自由度を増す上で恵まれているといえよう。しかし他方で学生が履修を求められる単位数が多く、司法試験の合格率が—旧試験と比較して飛躍的に高まったとはいえ—米国と比較すればまだまだ低いことから、基本

科目の理解の定着や受験に役立つ方向で教育を行わざるを得ないという制約もある。現実のクリニックは、様々な要素のうち何をどれくらいの比重で取り入れて行くのかを、常に考えながら進めていく必要がある。そしてそれは、例えば司法修習の期間や教育内容の変化、あるいは司法試験の合格率の変化や学生の学修能力の高低によって常に見直す必要がある。そのような調整を図りながら、わが国の法曹養成に有益なクリニックのモデルを構築して行きたい。

### 【資料】大宮法科大学院大学法律相談クリニック状況(H16.12~H18.6)

#### 大宮クリニック

年	月	相続・ 遺言	離婚・ 親族	不動産	債権・ 債務	損害賠償 請求	労働・ 雇用	消費者	刑事・ 少年	その他	合計
H16	12	8	6	13	4	4	3	2	1	6	47
H17	1	8	7	5	3	8	0	2	0	3	36
	2	7	19	11	3	12	3	1	0	5	61
	3	1	1	1	2	0	0	0	0	1	6
	4	11	8	5	6	5	1	1	0	1	38
	5	11	12	11	5	0	2	0	0	13	54
	6	20	17	9	7	1	3	0	0	18	75
	7	18	23	6	10	1	3	0	0	13	74
	8	4	22	10	3	0	1	0	0	13	53
	9	10	12	14	8	2	1	0	0	19	66
	10	9	19	13	9	2	4	0	0	17	73
	11	10	19	12	7	3	1	0	0	18	70
	12	9	8	11	3	3	1	0	0	14	49
H18	1	11	12	7	3	1	2	0	0	5	41
	2	9	10	12	10	7	5	0	1	5	59
	3	9	19	12	9	2	1	0	0	9	61
	4	10	13	7	3	1	1	0	0	15	50
	5	20	8	8	6	0	4	0	0	12	58
	6	11	10	10	9	1	2	0	0	17	60
計		196	245	177	110	53	38	6	2	204	1031

渋谷クリニック

年	月	相続・ 遺言	離婚・ 親族	不動産	債権・ 債務	損害賠償 請求	労働・ 雇用	消費者	刑事・ 少年	その他	合計
H16	12	4	4	3	5	0	2	2	1	11	32
H17	1	0	1	1	2	0	0	2	0	3	9
	2	3	1	4	1	1	0	0	1	5	16
	3	3	3	5	3	4	4	1	0	9	32
	4	1	6	3	0	0	2	0	0	8	20
	5	2	0	1	5	2	0	0	1	4	15
	6	0	2	1	0	1	2	1	0	1	8
	7	1	2	1	0	0	5	1	0	1	11
	8	1	2	1	0	0	2	0	1	1	8
	9	1	0	1	1	2	0	0	0	2	7
	10	2	0	0	1	0	0	1	0	7	11
	11	2	1	1	2	3	0	0	1	3	13
	12	4	0	1	0	0	2	0	0	1	8
H18	1	3	0	1	0	2	0	0	0	1	7
	2	4	2	0	0	0	1	0	0	2	9
	3	1	2	2	0	0	0	2	0	2	9
	4	5	0	1	0	0	1	0	0	0	7
	5	2	0	0	0	0	1	0	0	0	3
	6	3	3	3	0	1	1	0	0	1	12
計		42	29	30	20	16	23	10	5	62	237





特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## ロースクールにおける刑事クリニックへの

提言 — 学外刑事クリニック実施の経験から —

丸山輝久

---

I	序論	106
II	クリニック実施概要	108
III	クリニックで扱った事件の内容	110
IV	ゼミの実施状況	114
V	学生アンケートの結果	119
VI	終わりに	123

---

## I 序論

私は、従来からパートナーである東京都内の法律事務所に所属しながら、大宮法科大学院大学において、東京都内で実施する学外刑事クリニック(年間8単位)を担当するいわゆる「見なし専任」教員である。本稿では、2004年に入学した同大学第一期生に対して、2006年度前期に刑事クリニックを実施した経験を報告するとともに、その経験に基づいて若干の感想を述べ、わが国のロースクール(法科大学院)における刑事クリニックに関する私なりの試論に代えたいと思う。

ところで、わが国におけるロースクールでの臨床教育の位置づけは、アメリカ型への憧れを伴う理念的主張から臨床教育不要論まで、百花繚乱の理論が先行しているものの、実践は始まったばかりでもあることから、「クリニック」の定義すら定まっていない現状にある<sup>(1)</sup>。

宮川成雄教授は、わが国の法科大学院の臨床教育の課題として、司法改革の一環の中でロースクール制度が誕生した経緯を踏まえて、①法学教育が学部から専門職大学院へ、理論偏重から実務志向へと移行する中で、臨床法教育が法曹教育の重要部分を担わなければならないこと、②司法修習モデルに対する新しい実務教育のモデルを臨床法教育が示さなければならないこと、③臨床法教育が法学の発展のために理論と実務の架橋とならなければならないことの、3点を挙げている<sup>(2)</sup>。

しかし、上記①の点は、中教審答申も「法理論教育を中心としつつ実務教育の導入部分をも併せて実施することとし」として、ロースクールでの臨床教育を付随的なものと位置付けているのみで、生の事件を素材にして実務的教育を行うクリニックの必要性及び有効性を明確にしていない。また、上記②の点は、司法修習制度を是認した上で、ロースクールとの住み分けを意図している現在の大勢から見て、司法修習モデルに対する新しい実務教育のモデルを臨床教育によって確立し認知させるには、強い抵抗を覚悟しつつ、臨床教育の確たる実績を示さなければならない。上記③の点も、既存法学部や学会との厳しい緊張関係を予想しなければならないのではないかと考える。そして、最も問題な点は、新司法試験制度にある。ロースクールの学生にとって、実務法学を身につけることではなく、「司法試験に合格して」、実務家になることが第一目的で

<sup>(1)</sup> 刑事クリニック自体を実施しているロースクールは少ない。実施している場合でも、教員である弁護士の弁護活動の補助者として生の事件での弁護活動を実際に体験させる例、教員たる弁護人から生の事件について解説等は受けるものの補助者の活動まではしない例、協力弁護士の扱う控訴審事件の記録について、弁護士でない教員の指導の下で検討させる例などがある。どの程度以上をクリニックというのかが不明確である。

<sup>(2)</sup> ロースクール研究No2「特集＝臨床教育の現状と課題」14頁。

あって、素晴らしい臨床教育を受けても司法試験に合格しなければ臨床教育の有効性は否定される。即ち、合格率が3割程度という新司法試験の現状では、座学による効率的な知識習得型の受験勉強が優先される可能性が強く、ロースクールが予備校化するか、予備校が繁盛するかという旧司法試験制度時代となら変わらない結果を生みかねない。そうならないためには、学生が余裕を持って臨床教育に取り組めるような合格率を確保し、かつ司法試験問題が臨床教育を強く意識したものでなければならない。

私は、学外刑事クリニック実施に先立って、達成すべき目標として、新司法試験に不可欠と思われる、①刑法及び刑事訴訟法の基礎知識の確実化、②事実的及び法律的問題点の発見能力の向上、③事実整理・分析能力の向上、④法的文章作成能力の向上、⑤話し言葉としての法的表現能力の向上、を挙げた。

その意図は、中教審答申がいう「(ロースクールは)法曹として備えるべき資質・能力を育成する」の「法曹」とは、主として新司法試験合格者を意味し、「(ロースクールは)法理論教育を中心としつつ実務教育の導入部分をも併せて実施することとし、実務との架橋を強く意識した教育」を担う、即ち、「実務教育の導入部分」を担うことであると考えたからである。そして、「実務教育の導入部分」とは、単なる実務のガイダンスの域ではなく、刑事事件に携わる実務家として必要な倫理観、人権感覚、真摯な態度などの育成と、不十分ながらも簡易な実務を遂行できる程度の資質・能力を習得することでなければならないと考える。

実務的法理論や実務技術は司法研修所での研修や実務家になってからの自己研鑽でも可能であるが、法曹倫理、人権感覚、正義感などは司法研修所では扱っていない領域であり、また、座学、模擬裁判、ローヤリングなどではあくまで観念的な理解に留まり血肉として身につけにくいし、実務に入ると業務的感覚の下に鈍磨していく傾向がある。したがって、法曹を志す初期の純粋な時期に徹底して上記教育をすることが効果的であり、必要である。そのためには、生の事件を通じた臨場感、責任感、緊張感、達成感を伴ったクリニックやエクスターンシップこそが最も効果を上げ得ると考える。

また、実務的法理論の応用、実務技術の育成という点でも、生の事件を体験することにより、より具体的で実践的に理解が深まると同時に、理論と実務の乖離を知り、批判的視点を備えた創造的能力が習得できるという意味で、クリニックは極めて有効である<sup>(3)</sup>。

<sup>(3)</sup>私は、刑事弁護における弁護人の倫理と役割を重視し、生の事件でも、ゼミでもテーマにするよう心がけてきた。例えば、ゼミでは、自白したことを隠していた被告人の弁護、被告人の弁解を真摯に受け止めない弁護、弁護過誤とはなにかなどを扱ったし、生の事件では、被疑者・被告人の弁解が嘘であることを知った場合の弁護

しかし、ロースクールにおけるクリニックの主たる目的は、実践的な法理論の育成にあり、実務技術の習得は「導入部分」で足りるのであるから、素材として生の事件を扱う必要はあるが、それのみによる必要はなく、既済事件、判例、模擬事例などを素材にしたローヤリング、ゼミ、演習なども効果的であると考え。したがって、私は、生の事件(被疑者弁護、一審弁護、上訴審弁護、再審弁護)を扱うクリニックと、主として既済事件や判決などを素材にしたゼミとの二本立てとした<sup>(4)</sup>。

## II クリニック実施概要

### (1) 実施期間、稼働時間、単位取得基準、受験資格

クリニックの配当学年は、3年次前期と後期である。実施期間は、一般科目が前期4月~7月、後期が8月から12月であるのと異なり、前期は1月から6月、後期は7月~12月である<sup>(5)</sup>。

2006年度前期の実施期間は、2006年1月12日から同年6月24日までの間(24週)であり、クリニックに費やすべき最低時間数は144時間(週平均6時間、移動、自宅起案も含む)で受講生はその3分の2以上を稼働しなければならない。ゼミは原則として週1回(実施回数20回)であり、受講生はその3分の2以上出席していなければならない。クリニック単位数は4単位であり、上記両ノルマを達成したことを条件として、単位取得の可否を決める。成績評価は合否にのみである。

受講資格は、刑事関係の基礎科目、専門職責任、法情報調査・法文書作成、刑事実務の単位を取得している学生である。

---

人の対応などを絶えず学生と議論してきた。

<sup>(4)</sup>日弁連法務研究財団編『日本型ロースクールにおける教育方法』(商事法務、2005年)以下によれば、アメリカにおいても、模擬裁判を含むクリニック教育の有効性については、未だ確定しておらず、ロースクールにおける理論重視と実務教育とのバランスが議論されているとのことである。しかし、わが国においては法学部→ロースクールでない法学系大学院という道が開かれたのであるから、理論教育重視の道は別にあるのであり、ロースクールは実務家の養成に純化することが本筋ではないかと考える。

<sup>(5)</sup>2007年度入学生からは、実施期間を前期が2月から6月、後期が8月から12月に変更する。これは、1月は実質上10日くらいしか稼働できないこと、7月は前期試験のため学生の稼働が困難なことが理由である。したがって、クリニックの1週間の稼働時間が7時間に増えることになる。

## (2) 扱う事件、依頼者の同意、実施場所

学外刑事クリニックで扱う生の事件は、東京地裁、東京高裁管轄の事件とし、当職が所属している第二東京弁護士会にお願いして、当番弁護及び国選弁護事件を配転してもらっている。原則として性犯罪を除く刑法案件で、接見禁止になっていない軽罪事件とした。その外に、私が私的に受任している事件あるいは知人弁護士が受任している事件も含まれるが、その場合はクリニックに役立つ事件ならその事件の性質・軽重にはこだわらないこととした。

いずれも、被疑者、被告人が、私の弁護活動の補助者として学生が加わることを書面で承諾した場合に限る。実施場所は、原則として当職の事務所とし、適宜、弁護士会、大学などを使用する。

当然のことではあるが、学生の起案は、全て当職が添削し、完成させてから当職名で提出している。

## (3) 守秘義務、記録保管

クリニック受講生は、違反すれば退学処分になることもある趣旨を含んだ「守秘義務誓約書」に署名捺印させて学長宛に提出させている。そして、クリニック開始時のガイダンスで、守秘義務や記録管理の重要性を丁寧に説明して注意を喚起している。加えて、当職は、折に触れて学生の注意を喚起し、ゼミでも必ず刑事弁護の倫理に関する問題を扱うことにしている。記録は、当職の事務所又は大学内のロード法律事務所あるいは当職の研究室に保管し、その場所でしか閲覧を許可していない。コピーの持ち帰りは厳禁である。

## (4) 弁護費用

無資力者については被疑者弁護援助制度を利用した援助費用あるいは国選弁護費用を当職が受領し、資力者については報酬基準より低額の費用を当職に支払ってもらっている。上記両制度を利用するのが適当でない無資力者については無償で弁護する場合もある(調査費等が持ち出しの場合もある)<sup>(6)</sup>。

<sup>(6)</sup>当職が無償としないのは、当職自身が弁護活動を実際に行っており、これは学生に対する教育の対価とは別の問題であると考え、学生に少額であっても弁護報酬をもらって弁護活動をする責任の一端を自覚してもらうこと、無償で行う調査、記録取寄せなどの費用を捻出する必要があること、その他クリニックに必要な費用をストックする必要があることなどの理由による。クリニックで扱った事件の弁護報酬は、当職の収入として計上するが、当職個人の金ではなく別口座にしてクリニックのための費用に支出することになっている。ちなみに前期6か月で約50万円がプールできている。

### (5) 前期の受講生数、稼働時間

前期の学外刑事クリニックの受講生は昼間主4名(全員女性)であった。受講生がクリニックで稼働した時間は、1人平均162.67時間(週平均6.78時間)であり、最少の者が140.25時間(同5.84時間)、最大の者が192.75時間(同8.03時間)であった。また、20回実施したゼミは、全出席が1名、1回欠席が1名、2回欠席が2名であった。

## III クリニックで扱った事件の内容

### (1) 公務執行妨害事件

私が当番弁護出動で、私選弁護として受任した事件である。捜査弁護及び公判弁護を担当したので事件としては2件になる。

事案の概要は、26分間の駐車違反を摘発されたことに怒って、婦人警察官に抗議の気持ちでつばを吐いたところ、つばが婦人警官の頬にあたったこと、及び両手で婦人警官の胸部を押ししたことなどの暴行が公務執行妨害とされたというものである。但し、事件当日は供述調書を取られて釈放され、7か月後に検察送致されたが、検察官から取調べのための呼び出しを5回も受けながら出頭しなかったため、約1年後に逮捕された。被告人は、つばが当たったことは認めたが故意に当てようとしたものではない、胸部は押していないとして無罪を争った。

捜査弁護活動では、勾留裁判所に対する勾留すべきでないとの意見書起案、勾留警察署、裁判所、検察庁への同行、被疑者の妻との面談、勾留決定に対する準抗告申立書起案、保釈請求書起案、保釈却下決定に対する準抗告申立書起案などを担当させた。

結果は、逮捕から7日で起訴という迅速捜査、保釈却下決定に対する準抗告が認められ逮捕から10日で保釈されるというものであった。学生は、身柄制度を肌で体験した緊張感と、保釈という結果を得た達成感を語っていた。

私選弁護の契約書締結にも学生を立ち会わせた。

公判弁護活動では、現場検分、被告人との数回の打ち合わせ、検察官請求証拠の検討、起訴状に対する意見の検討、2名の婦人警官に対する証人尋問及び被告人尋問の尋問事項作成、4回の公判傍聴、弁論の起案などを全て学生に体験させた。結果は、起訴状どおりの有罪判決(懲役1年6月、執行猶予3年)であったが、検察官の呼び出しに応じない場合の逮捕、勾留の要件、公務執行妨害罪の暴行、故意の存否などの法的問題も扱えた。

本件では、学生と拘留警察署に2度接見を訪れたが、時間外や身柄移送などの関係で学生の一般接見は実現できなかった。しかし、逮捕から一審判決までの刑事手続全てを主体的に体験させることができ、刑事訴訟法の理解に大いに役立つものと思う。

## (2) 業務上過失傷害(交通事故)事件の公判弁護

国選弁護事件で被告人は在宅起訴であった。事案の概要は、被告人がトラックを運転して、交差点を右折し横断歩行者の横断を待つて時速5kmで発進したが、続いて横断してきた老婆に気づかず、同人をトラック前部で跳ねてしまい重傷を負わせた(被害者意識不明状態で入院継続)というものである。

弁護活動では、学生に損保会社に対して示談状況を調査させ、電話聴取書を作成させ、被告人との面談、現場調査、被告人及び情状証人の妻と尋問の打ち合わせに同席させ、尋問事項及び弁論を起案をさせ、2回の公判傍聴をさせた。この事件では、被告人との初顔合わせの際、被告人が被害者の病状を本当に心配している姿や、真面目に一生懸命生活している状況を聞き、1人の学生が涙ぐんでいたこと、判決言い渡し時に(禁錮2年執行猶予3年)、裁判官が被告人に対し、「真面目に夫婦で働いて頑張っていたし、長年ダンプの運転をしてきて事故はおろか違反もなかったのに、ちょっとした気の緩みで大事故を起こしてしまったこと同情する。特に、被害者に対する誠実な対応は私でもそこまでできるか自信がない。しかし、罪は罪として背負っていかねばならない。もう事故は起こさないだろうが、くれぐれも気をつけて下さい。」という趣旨の訓示を約10分も行ったこと、被告人が、判決言渡し終了後に学生に対して頭を下げ、感謝の言葉を述べたことなどに学生が感動していた。

## (3) 窃盗被疑事件

当番弁護から、被疑者援助制度を利用して受任した被疑者弁護事件である。

事案の概要は、飲んで電車で帰宅途中の終電の中で、3人掛け座席に座ったら、その座席の角にショルダーバックがあり(その座席にも向かい側の座席にも誰も乗客はいなかった)、そのショルダーバックを持って電車を降りて駅の便所で小便をしていたところ、乗客から通報を受けて被疑者を探していた警備員が来たのでそのバックを渡したが、警備員に駅事務室に連行され、警察に通報されて逮捕されたというものである。被疑者は仮睡窃盗の前科2犯で、今年1月に刑務所を仮出所したばかりであったが、窃盗の故意を否認した。

弁護活動では、学生に一般接見させ、検察官宛ての不起訴相当の上申書を起案させた。内容は、窃盗の故意がない、仮に犯罪が成立するとしても遺失物横領で、被害者に返還されているので被害がないなどというものであった。結果は、勾留期間満了で、不起訴処分で釈放されたが、同日、同種別件の遺失物横領で再逮捕されてしまった。私のみが接見して被疑者と話し合った結果、弁護方針で一致せず辞任することとし、後日、学生に辞任経緯を説明し、その是非を討論した。

#### (4) 窃盗被疑事件

当番弁護から私選で受任した事件である。

事案の概要は、パチンコ店でスロットマシンのコイン販売機の蓋が開いていたので14,000円相当のコインを盗み、ゲームをやって38,000円儲けたという内容で、被疑者には前科がない。但し、前4日間連続して盗み、5日目に店員によって現行犯逮捕された事案である。

弁護活動では、学生の一般接見、婚約者との面談、電話による示談交渉の際の同席(被害者示談拒否)、検察官に対する上申書起案(内容は、深い反省、扶助協会に30万円の贖罪寄付予定など)などを体験させた。

担当検察官は起訴相当と考え、上記上申書を添えて上司の決裁を仰いだところ、処分留保で釈放され、贖罪寄付を待って不起訴処分とする通知を受けた。

婚約者・学生と勾留警察署に被疑者を迎えに行ったが、その際、婚約者が学生に対して土産の菓子を持参し、学生が驚き感激していた。後日、学生同席の下で、被疑者に反省を促すために私宛の誓約書を提出させ、弁護費用の契約書締結、贖罪寄付の金の預かりなどに立ち合わせた。被疑者は学生にも感謝の言葉を述べていた。

#### (5) 私文書偽造、同行使・詐欺被告事件控訴審弁護支援

東京フロンティア基金法律事務所(二弁が開設した都市型公設事務所)所属の2年目の若手弁護士が受任した控訴審国選事件の応援である。

事件の概要は、交通事故(物損)の被害者に賠償請求を迫られ、被害者宅に同居させられて、召使のようにこき使われていたが、被害者の家から預金通帳及び印鑑を持ち出して100万円を引き出し費消してしまったというもので、一審判決は懲役1年6月の実刑であった。被告人は、預金の払戻手続行為を行ったことは認め、捜査段階当初は、被害者に頼まれて払い戻したもので、金は被害者に渡したと弁解していたが、逮捕から16日後に自白に転じ、一審でも自白を維持した。被告人は酷い鬱病者であった。

控訴審弁護人が真摯に被告人の弁解を聞いたところ再び否認に転じた。被告人の弁解の概要は、捜査段階で、被害者と一緒に下ろしに行き、下ろした金は被害者に渡したと供述していたところ、取調官から被害者の当日の行動から一緒に銀行に行ったというのは嘘だと追及されて自暴自棄になり認めた、一審弁護人に真実を話したが信用できないと言って取り合ってもらえなかった、被告人は母や祖母の遺産を相続して数百万円の貯金と数千万円相当の不動産を所有していたが、交通事故の賠償支払名下に全てを被害者に取られてしまった、という内容であった。



これを受けて、控訴審弁護士が事実調査したところ、①被告人の相続不動産の多くが被害者名義に登記名義が変更されたり処分されたりしており、処分による売買代金を全く受け取っていないこと、②銀行から引出された日に、他の人と行動を共にしていたとの被害者供述が嘘であること、③引き出した金の使途に関する自白も誤りであること、④被告人の印鑑変更登録手続が被告人の知らない間に行われ、被告人に無断で不動産が名義変更されており、被告人名義の文書が勝手に作成されていたことなど、被告人の弁解を裏付ける事実が判明した。

私が控訴審弁護士に相談されたことから、学生と共に支援することにしたもので、支援活動は控訴趣意書の検討、原審記録及び弁護士調査記録の検討と問題点の整理、控訴趣意補充書の起案、弁護士申請証拠の検討、検察官申請証拠の検討、公判傍聴などを行った。

第1回公判は、同意書証の取調べを行い、弁護士申請の被害者などの証人調べを却下し、30分に制限した被告人尋問を許可して1時間で結審し、直ちに原判決破棄、執行猶予付き有罪判決が言い渡された。被告人は同日夕方釈放された。

被告人は、有罪判決に納得しなかったため、私選弁護(無償)に切り替え、私も弁護士となり直ちに上告した。

本件は、一審国選弁護人の杜撰さと、控訴審国選弁護人の真摯さが際立った違いを見せた事件である。学生は、国選弁護の質とそれによって蒙る被告人の不利益を身をもって体験したことになる。

学生は、被告人釈放後、面談して被告人からの事情聴取、控訴審判決の検討、新たに被告人を同行しての2回の調査(登記所、銀行、市役所)、調査結果の検討、被告人が「被害者」に対して追及できる刑事・民事の責任の検討、当職作成の上告理由書(第1稿・36頁)に対して問題点をレポートさせての検討、などを行った。この事件はゼミでも4回扱ったが、後期の学生に引き継がれ、被告人による「被害者」に対する責任追及が検討される。

#### (6) 常習累犯窃盗被告事件

私の所属事務所の若手弁護士が受任した国選事件で、侵入盗が逃亡中に逮捕(現行犯)されたが、被告人は否認している。しかし、その弁解が全く信用できず、被告人には同種前科が10数件ある事案である。

学生の関与は、若手弁護士から事件内容と弁護方法について説明を受け、被告人の弁解が全く信用できない場合の弁護について討論。後日、被告人尋問を傍聴し、同弁護士作成の弁論を配布した。

## IV ゼミの実施状況

第1回(1月14日) クリニック実施要領の説明。当職の刑事弁護体験、刑事弁護のあり方などを話す。

第2回(1月21日) 当職が、A旅行会社のオーナーから民事訴訟・刑事告訴を依頼された案件について、下記設問について起案・討論をさせた。

なお、事件記録については、事件関係者、場所等を黒く塗り潰すなどして、プライバシー保護に配慮するとともに、事件関係の配布資料はゼミ終了後に回収した(以後のゼミでも同様にした)。

事案の概要は、完全歩合給で雇われA会社の社長Xが、別のB旅行会社の経営者と共謀して、沢山の架空取引を捏造して、ホテル宿泊代名下に、多額の金をB会社へ送金させ、その送金の一部を、別の架空取引の架空顧客名でA会社に戻し、一部をXの口座に振り込ませ、一部をB会社の手数料として取得させた、Xは、架空売上げで歩合給を不正に取得したというものである。

設問は次のとおりである。

- ① 詐欺(1項詐欺または2項詐欺)か、業務上横領か、背任か
- ② 犯罪の成立する範囲は
- ③ B会社の社長の共犯の範囲は
- ④ 罪数は

第3回(1月27日) 当初、フロティア事務所の若手弁護士が当番で受任し、公判途中から当職と神山啓史弁護士が弁護を引き継いだ既済事件を素材にして、捜査弁護を扱った。

事案の概要は、労働者60名位を寮に住まわせ、工事現場に派遣している経営者である被疑者が、部下の労働者に指示してコンビニ強盗をさせた、実行者は被疑者所有の拳銃、匕首を使用したという事案。被疑者は、一切実行行為には加わっておらず、強盗の指示もしていない、強盗をしたなどということは犯行後に知ったと否認していた。

勾留状、弁護人接見による被疑者の弁解を配布し、次の設問について起案・討論をさせた。

設問は次のとおりである。

- ① 被疑者の弁解について、被疑者に有利な点と不利な点を指摘せよ。
- ② 弁護人が被疑者の弁解を信用できないと思った場合、どうしたらよいか
- ③ 被疑者は、弁護人に否認していると言い続けたが、証拠開示で勾留10日目に自白していることが分かった。弁護人はどうしたらよいか。

- ④ 事実上と刑法上の争点はなにか
- ⑤ 内妻と接見できる方法はあるか

第4回(2月6日) 前回で扱った事件の起訴状、冒頭陳述(検察官立証予定事実)、検察官証拠申請書、開示記録を配布し、公判前整理手続を念頭にした次の設問について起案・討論をさせた。

設問は次のとおりである。

- ① 公訴事実について求釈明事項があるか
- ② 検察官立証予定事実は妥当か(求釈明あるか)
- ③ 検察官請求証拠に対する意見を述べよ
- ④ 被告人の意見、弁護人の意見を述べよ
- ⑤ 弁護人立証予定事実を述べよ
- ⑥ 開示請求証拠があるなら、根拠条文を明示して列挙せよ
- ⑦ 調査事項はあるか

第5回(2月13日) 前週の事件の被告人尋問調書を配布し、尋問について次の課題について起案・討論をさせた。

設問は次のとおりである。

- ① 被告人尋問を批判的に検討して意見を述べよ
- ② 実行犯2名に対する反対尋問事項を作成せよ
- ③ 被告人の内妻に対する主尋問事項を作成せよ

第6回(2月25日) 前週の事件について、全記録を配布して弁論を起案させ、弁護人作成の弁論と各人の弁論を比較しながら討論させた(主要テーマは、共謀共同正犯の成否、共犯者証言の信用性、自白の任意性及び信用性)。

第7回(3月11日) クリニックで扱った前記控訴審国選事件について控訴審弁護士との意見交換を行った(特に、一審弁護人の弁護活動、控訴趣意書の検討が中心)。

第8回(3月18日) 上記控訴審国選事件について、控訴審弁護士も参加して、3月10日に実施した調査結果等を検討した。

調査の結果明らかになったことは、事件の被害者と称する者が、被告人の相続登記、自分及び自分の知人への所有権移転登記などを本人申請で行っていたこと、使用された被告人の実印が被告人の知らない間に改印届けされていた印鑑であること、被告人が知らない間に祖母の相続に関する被告人名義の書類が作成されていることなどが判明。その外に、検察官開示の被告人作成の書面が偽造の可能性があること、被害者の供述の矛

盾がより明らかになってきた。これらの意味や公判でどのように扱うかが検討された。

**第9回(3月25日)** 上記控訴審国選事件について、控訴趣意の補充書を起案させて討論した(控訴審弁護人の控訴趣意補充書を配布)。

**第10回(4月1日)** 次の事案の被害者供述を読んで、無罪主張の要旨を起案・討論させた。事実認定をテーマとした。

(事案の概要)強姦=帰宅途中の女性を家までつけていき、便所を借りるために上がり込み、帰らずに話したり、テレビを見たりして数時間過ごした後に姦淫。外に出たら被告人の乗っていた自動車がレッカー移動されていたので、被疑者と一緒に警察署に行き車を取り戻してきて、その車で被告人宅に戻り仮眠した後姦淫。その後も、夕方まで被告人の車でドライブして別れた。

強盗=駐車違反の反則金、レッカー代支払のために、1回目の姦淫と2回目の姦淫の間に、被害車に金員を要求、3万円支払うことになり、2人で銀行に行き、被害者の口座からお金を降ろして被告人が受け取る。夕方、ドライブ中、車内で、被告人が被害者に交際を迫り断られると、撮影した裸体写真を学校に送る、人生をめちゃめちゃにするなどと脅して金を要求してきた。交渉した結果、18,000円で同意した。被害者が電話で友人に借りることにし、家まで持ってきて貰って2万円を被告人に渡し2,000円のお釣りをもらった。

**第11回(4月8日)** 恐喝の原因がA事実であるという公訴事実で起訴されたが、B事実が原因であることが明らかになった事案について、次の設問について起案・討論させた。

- ① 弁護人の弁論(訴因の変更の要否、可否、成立しうる犯罪)
- ② 検察官の起訴、公判維持活動上の問題(訴因変更しなかったことの可否)

**第12回(4月15日)** A助手が教授の補助金の私的流用を学会の懇談会で暴露した。その席にB助教授、C助手も同席していた。B助教授が教授を横領で告発。C助手からそのことを聞いた教授が激怒し、A助手を名誉毀損で告訴という事案を素材に、次の設問について起案・討論させた。テーマは伝聞証拠であり、設問は次のとおりである。

- ① B教授の供述は、横領の証拠とできるか
- ② 教授の私的流用が事実であった場合、名誉毀損罪は成立するか
- ③ B助教授の供述は、名誉毀損の証拠となるか

**第13回(4月22日)** 上記控訴審国選事件について、被告人が被害者に対して可能な刑事・民事の責任追及を起案・討論させた。

**第14回(5月13日)** 上記控訴審国選事件について、当職の作成した上告趣意書に対す

る批判的レポートを提出させ、討論させた。

**第15回(5月20日)** 下記2つの事案(概要は省略)について次の設問の起案・討論をさせた。

1 スナックでの知人間のトラブルから傷害事件に発展、一審は正当防衛を否定して有罪判決をした事案について、その事実認定が正しいかどうか(正当防衛が成立しないか)を起案せよ。

2 一審で、被告人が被告人尋問で否認に転じたが、弁護人がこれを無視して有罪の弁論をした事案(最高裁まで争う)。弁護人が懲戒請求された場合の弁護人の反論を起案せよ。

**第16回(5月27日)**

1 クリニックで扱った上記公務執行妨害事件の弁論準備として、予想される論争の争点とそれに対する反論を、学生のレポートを基に討論させた。

2 刑法犯罪における暴行・脅迫概念の異同について検討。学生のレポートを基に検討させた。

**第17回(6月3日)** 次の事案について下記設問の起案・討論させた。主要テーマは、原因において自由な行為が成立するか否か、捜査の違法性である。

(事案の概要)過去にも酒に酔って傷害事件をたびたび起こした前科2犯の夫が、妻の態度に怒り、外で飲んで著しい酩酊状態で3時間後に帰宅し、夫婦喧嘩の末、妻を台所にあった菜きり包丁で刺し殺した。しかし、本人は、飲んでいる途中からの行動を全く記憶しておらず、朝警察の留置場内で起きて警察官に事件を知らされて愕然とした。

被告人は、警察官が駆けつけたとき、部屋の中で、著しい酩酊状態で寝ており全く起きないので警察官が担いで連れ出し、パトカーで警察に連行した。警察官は、全く意識が戻らない被告人の服(返り血で汚れていた)を脱がし、ズボンのポケットに入っていた財布も出して調べた。翌朝、ようやく覚醒した被告人に対し事件の概要を説明し、「現行犯逮捕するよ。」と告げ、前夜脱がした服を任意提出させ、指紋を採取した。

- ① 弁護方針と弁論の要点を述べよ
- ② 現行犯逮捕は合法か
- ③ 服を脱がしたり、財布の中を調べたことに問題ないか

**第18回(6月10日)** 次の事案について下記設問の起案・討論させた。

(事案の概要)右翼2名が、水力発電所のダムから撤去した流木の置き場が火災になったことを理由に、電力会社に入り込んで行った言動が、暴力行為等処罰法1条に該当するとして起訴された事案について、テーマは、該当罪の脅迫の意味(会社の業務に対する威圧文言)である。

設問は次のとおりである。

- ① 起訴状に対する求釈明事項の作成
- ② 弁護人としての主張を述べよ
- ③ 他の罪名に触れるか検討せよ

**第19回(6月20日)** 次の事案に関する下記設問について起案・討論させた。

(事案の概要)殺人容疑で家宅捜査・任意同行→尿検査で陽性→覚醒剤使用で逮捕→殺人罪の取調も平行して行う→覚せい剤所持、使用で起訴→起訴後の余罪調べで殺人罪の自白調書10通作成→殺人罪で起訴という経過を経た事件。

他に、被告人が被害者に金を貸していて再三取立に行っていたこと、犯行時間に現場で被告人の車と酷似した車の目撃者の供述調書、事件直後に被告人から犯行を打ち明けられた者の供述調書などがある。

- ① 覚せい剤使用による逮捕・勾留の当否
- ② 起訴後余罪調べによる自白調書の証拠能力
- ③ 殺人罪で逮捕拘留中の自白調書の証拠能力
- ④ 殺人罪の成否

**第20回(6月24日)** 6ヶ月間のクリニック体験・ゼミについての意見交換。自己評価及び担当教員に対する批判を含めアンケートに対する回答を提出させた。

アンケート内容は下記のとおりである。

#### 記

1 クリニックとして扱った事件は、①公務執行妨害被疑弁護事件(捜査弁護)、②同被告弁護事件(公判弁護)、③業務上過失傷害被告事件(公判弁護)、④窃盗(捜査弁護)、⑤窃盗(捜査弁護)、⑥私文書偽造・同行使・詐欺審控訴事件(控訴審弁護)、⑦同上告事件(上告趣意書)、⑧他に若手弁護士担当の公判傍聴1回でした。

- (1)生の事件の弁護活動を体験しての感想
- (2)刑法犯罪で、接見禁止になっていない事件を選んで扱ってきたが、関与事件数の

多少、事件内容などについての意見

- (3) 私の弁護活動についての感想
- (4) 学生の関与に制限があるが、これについてどう考えるか
- (5) 自己評価

2 ゼミは、20回実施し、課題に対して答案作成したのが13回、クリニックで扱っている事件の検討が5回、その他が2回でした。

- (1) ゼミ全体についての感想
- (2) 刑事弁護の手続の流れとポイントの理解(刑事手続の理解)という観点から見てゼミの内容に対する意見
- (3) 事実の整理、事実認定の方法、犯罪の成立要件のあてはめ(刑法の理解)という観点から見てゼミの内容に対する意見
- (4) 私の指導方法及び指導内容に対する意見
- (5) 自己評価

(クリニック全般について)

- 1 クリニックに6か月間(4単位)という科目があるのは当校だけですが、受講しての意見(期間の長短。クリニック週6時間、ゼミ1回というノルマの負荷度など)。
- 2 学内クリニックとは別に、学外クリニックを残す意味はあると思うか
- 3 その他

## V 学生アンケートの結果

### 1 学生アンケートの結果

字数の関係で、上記アンケートの1の(1)及び2の(1)についてのみに止める。

#### ●学生A

##### 1の(1)について

教室事例とは異なり、生の事件は事案が複雑で、法律上の論点は何であるかを見極めるのが難しい。よって、込み入った生の事実を整理し、論点を抽出するための良い訓練になった。

事件には依頼者が存在し、自分たちの準備・行動が彼らの人生を左右するという責任の大きさをあらためて認識できた。その分、依頼者に感謝されたときの喜びも大きかった。

刑事事件は突発的なので、勾留期限が迫っているときなど、迅速さやタイミングが

大切なことも知った。

特に⑥の事件では、無実の罪で苦しむ被告人の思いを痛感した。その他の事件でも、被疑者・被告人の後悔の深さを知った。彼らの立場・思いを想像して、それらを如何に裁判官・検察官に伝えるかが大切であると実感した。ひとつの事象を表すにも、裁判官・検察官の心に響くような表現をひねり出そうと工夫できた。

上記のとおり、生の事件の体験により、責任の重さと感謝されたときの喜びを知って、自己の夢の実現への思いが強くなり、日ごろの学習の強い契機となった。これぞクリニックの醍醐味である。

#### 2の(1)について

他の3人が毎回、力を出し尽くして準備していたので、レベルを下げるようなことはできないという思いから、自分も必死になって勉強できた。

クリニックで扱っている事件の検討よりも、他の判例の検討の回数が多かったことについては、賛否両論あるかもしれないが、私はこのほうがよかったと考える。実際に扱う事件はどうしても件数が限られるので、様々な事案にあたるためには、地裁判例の事案などを課題とするほかないからである。

### ●学生B

#### 1の(1)について

逮捕当日から弁論まで手続の流れに沿って関わったことで、これまで教科書の中の話でしかなかった各種手続についての具体的なイメージを持つことができた。このことは具体的事実が羅列される新司法試験問題の回答の際にとっても役立つと思う。

被告人が実は被害者なのでは? という事件は、ドラマの中でしか存在しないように思っていたので、事件の概要には驚くばかりである。また、この事件を通して「進行手順が確立されている日本の刑事法廷においても裁判官の訴訟指揮にあからさまな瑕疵はありうる」ということを知った。このような事件の数は少ないかもしれないが、弱い立場にある人がより弱い立場に追い込まれ、司法によってすら見捨てられそうになっている現実があることがとても悲しい。

⑥の事件については、1回裁判傍聴しただけであるが、刑事弁護活動倫理を考える上で貴重な事件であった。

#### 2の(1)について

判例の事実から論点を抽出することは難しい。

ゼミでの討論で気づいたことが多かったので有益だった。



## ●学生C

## 1の(1)について

基本書を読むだけでは「ケイジ・テツヅキ」としか思えなかった刑事手続が、各事件で被疑者、被告人と呼ばれる方々の顔とともに浮かび、具体的な適用場面のイメージがつかめるようになりました。

それにしても、不起訴決定後に再逮捕された窃盗事案は、9回裏に、逆転ホームランを打たれた敗戦投手の心境でした。

私が関わった事件は、⑥のほか、Aさんと一緒に担当した③、④、⑤の計4件です。Aさんと担当した事案は、いずれも、事実と争いがなく、弁論で執行猶予、上申書で不起訴を求めて情状を訴えるというものでした。

⑥の事件では、公訴事実と争いがある場合の証拠資料の読み方、証拠収集について学ぶことができました。事件の被害者とされている者が、実は改印、私文書偽造等の加害者であった疑いがある、という複雑な事案であったため、告訴や民事訴訟提起の可能性についても学ぶことができました。控訴審で執行猶予付き判決となり、釈放後に初めて、本人と面談。資料を通して思い描いていた、他人とのコミュニケーションもままならぬ被告人像とはだいぶ異なることに、まず、驚きました。被告人は、上告審、そして刑事告訴に意欲的になることで、何とか精神状態を保っているのではないかと思われました。

どんな業務にも共通することですが、現場と相手のもとに足を運ぶこと。1審の弁護人がこれを怠っていたことは明らかで、せめて、国選弁護費用の自主的返納を要請したい衝動に駆られました。控訴審弁護人は、地方赴任によって本事件の弁護を辞任されましたが、同弁護人との出会いが、被告人の人生にとって、転機となったであろうこと、熱心で粘り強い弁護活動が、公正な司法制度に不可欠であることを痛感。

そして、弁護人からの証人申請を撥ね付け、被告人質問の前には判決文を用意しているという裁判官の横着ぶりを目の当たりにして、刑事弁護のむなしさの一端も味わいました。

③の事件は、在宅起訴であったため、事故現場において、被告人及びその妻とも面談することができました。実直に暮らす人も、一瞬の不注意で、他人の生命を脅かす可能性があること、被害者に与えた結果は重大でも、誠意が伝わりうること、が身に染みました。被告人夫婦が、事故から数日間、被害者が入院する病院前にトラックを停めて寝泊りしていたという事実は、法廷で初めて知りました。「あなたのような対応は、誰もが取れるものではありません。それは、私にも自信がありません。」裁判官

は、判決理由に10分以上かけて、被告人を褒めるという変わった判決となりました。人は、窮地の行動に生き様が表れるのだと、被告人夫婦を見て、妙に納得。法律の勉強という以上に、生き方を考えさせられる印象深い事案でした。

④の事件は、一般接見しか認められなかったため、事件の核心に関する事実、否認等については、学生が被疑者から直接聞くことがありませんでした。そのため、秘密接見で丸山先生が得た情報を、事後に教えていただき、勾留決定に対する準抗告等の書面を準備する必要がありました。

⑤の事件は、被疑者の不起訴及び釈放に向けて尽力した、被疑者の婚約者の熱意が、不起訴処分に結びついたといえるケースでした。刑事手続における贖罪寄付の効果も初めて知りました。

#### 2の(1)について

本ゼミでは、丸山先生が毎回、各人の作成した答案に対する講評をまとめてくださり、他の学生の見解等も参考になりました。

刑法、刑訴法の知識習得のほか、事実の分析、整理、事実認定、文書作成の能力を高めるといったテーマ設定が明確でした。

### ●学生D

#### 1の(1)について

刑法・刑事訴訟法の授業を通して学んでいたときに感じていた、実感が持てないことによる不透明さ、現実感のなさから開放され、本当に理解を深めることができた。5月から刑法、6月から刑事訴訟法の基本書の読み直しをしているが、クリニックが終わろうとしている今になって、びっくりするほど基本書の記載が頭の中に入ってくる。

特にこれまでに言われてきた「刑法の理論の戦いは、実務には関係ない」という命題について、ある意味において真実であり、ある意味において間違っているのだということが、まさに「感覚」として知ることができた。

刑事訴訟法についても、「条文が大切だ」とは言われ続けてきたものの、実感が持てなければ単なる丸暗記になってしまう。クリニックで一通りの手続を満遍なく見られたからこそ、条文や基本書の有機的なかたちを伴った理解をすることができたのだと思う。

#### 2の(1)について

毎回、非常に勉強になった。特に課題は長さも内容も新司法試験を意識したものであり、取り組むことでいわゆる答案練習もすることができた。

## VI 終わりに

### 1 刑事クリニック担当体験雑感

クリニックは逮捕から一審判決までを一貫して体験させ、弁護人が行う活動や作業を可能な限り体験させたし、刑事弁護人の資質が問題になる事件にも遭遇できた。また、捜査弁護の大切さと時間との競争という厳しさも体験させることができた。これは6か月という履修期間があるからこそ可能である。4名とも刑事弁護に興味を持てくれたことを素直に喜びたいと思う。なお、学生の感想によると、机上学習では難しかった基礎知識の理解が深まったようである。

次に、ゼミの内容がクリニックで扱っている事件とは別の事柄を扱っており、ローヤリングあるいは実務演習ではないかという批判が考えられる。確かに、クリニックで扱った生の事件を素材にしたゼミは5回だけで、他は設問に対する起案、討論、講評という形であって、クリニックとの連動性が薄いことは明らかである。しかし、冒頭で述べたとおり、わが国におけるロースクールでのクリニックは、実務知識、技術の習得が主ではなく、実務への「導入部分」と位置づけられており、実務体験を通じた法理論の習得が主である。生の事件は、偶然性に左右され、それによって多様な法理論的問題を扱うことには限界があり、扱い事件数を多くしても法理論の習得という意味では必ずしも教育的効果を高めることにはならない。

また、当校では、クリニック受講生は他の授業を消化しながら週6時間をクリニックに費やさなければならないので、生の事件のみでこのノルマを達成するには相当の件数を扱わなければならないことになるが、それは時間的・労力的に極めて困難である。さらに、受験を翌年に控えた3年次という時期に、このような負荷のかかるクリニックを選択することは、学生にとっても極めて勇気のいる選択ということになり、クリニック受講生の減少という結果になり、クリニックの衰退という危険性もある。

そして、教員も、自己の弁護士業務と並存して、弁護活動と教育を兼ねたクリニック用の刑事事件を常時4件以上継続して担当しなければならず、その負担の重さに耐えられない。

したがって、6か月間という期間を、クリニックでは学生2ないし3人1組で4件くらい生の事件を担当し、ゼミではローヤリング、実務演習などの方法で、法理論、事実認定、法文書作成の能力を高める教育を行うという方法で運営する方が効果的ではないかと考えている。

上記アンケート結果からも、この方法が学生にも好評であることが明らかである。

受験間際という点では後期の方が厳しいが、それでも2006年度後期の受講生が8名、聴講生が1名となっていることは、学生も一定の評価を与えてくれたものと思う。

生の事件の弁護活動を体験することは、学生にとって、特に訴訟法の理解には極めて有効であり、実務の緊張感、厳しさ、責任感を肌で感ずることによるモチベーションの高揚、プロフェッション性の認識、めざすべき法曹家像の構築などに、極めて有効であると考えられる。特に、真摯な刑事弁護を担う法曹が不足していることを考えると、刑事クリニックの必要性は極めて高いと考える。

しかし、学生に検察官開示記録を閲覧させることの可否、一般接見しか認められないという接見制限、弁護人が裁判官面接などに同席できないなど、同じ実務法曹家をめざす司法修習生との格差が刑事クリニックの障害となっている。そして、ロースクール関係者、弁護士会ですらクリニックの有効性、必要性に必ずしも肯定的ではないという現状がある。この問題については別の機会に発言したいと考えるが、多くのロースクールでクリニックの重要性が認識され、日本に於ける臨床教育のモデルを確立させ、法曹界全体にそれを認知させる努力をしていかなければならない。

## 2 サンフランシスコ視察に関連して

私は2005年11月13日から20日の間、サンフランシスコを中心として、アメリカのロースクールでの刑事臨床教育の一端を視察する機会を得た。そこで遭遇した刑事実務とそれに対するロースクール学生の参加の様子は、まさにカルチャーショック以外のなものでもなかった。

視察した場所は、サンフランシスコの地方裁判所、地方検察庁、公設弁護人事務所であった。裁判所では、アレイメント手続及び予備審問手続において、学生が検察官として、あるいは弁護人として実際に法廷に立って実務を担当していた<sup>7)</sup>。

また、訪れたロースクールは4校であった。そのうちのカリフォルニア大学ヘイス

<sup>7)</sup>サンフランシスコ地方検察庁で対応してくれた検察官によると、同検察庁では、多くのロースクールから毎年70名以上の学生を受け入れており、学生は、事実及び法律問題の調査、裁判所提出書類作成、アレイメント及び予備審問の手続での検察官役を主に担当させ、数日間の集中審理が必要な陪審裁判も夏季休暇に関与させることがある。同検察庁では学生は完全な戦力であって、学生なしでは業務遂行が不可能である、とのことであった。学生の立会ないしの接見や記録閲覧すら許可しようとしないうわが国の検察庁とは大違いである。

また、裁判所も、学生が検察官として、あるいは弁護人として法廷活動を行うことを受け入れ、学生では立ち行かなくなった場合に横の検察官や弁護人と交代を命ずるなど、臨床教育に理解を示し、法廷で指導的役割を担当する形で、検察庁、弁護士会が主体となった刑事実務の臨床教育を支えている。法曹三者一体となった意思一致が感じられた。

ティンクス校では、学内クリニックは行われておらず、学生を16か月間公設弁護人事務所や検察庁等に派遣して実務訓練をさせるエクスターンシップのみ実施している<sup>(8)</sup>。

ゴールデンゲート大学では、刑事に関しては学内クリニックとエクスターンシップの両方を実施しており、学内の冤罪クリニックは時間がかかりすぎて教育に適していないので廃止の方向である。これに対して、サンタクララ大学では、学内クリニックとして冤罪事件クリニックが実施されており、カリフォルニア大学バークレイ校では、エクスターンシップの外に、学内に死刑事件クリニックが実施されていた(期間1年・週16時間・8単位)<sup>(9)</sup>。

アメリカにおいては、州によって事情が異なるであろうが、法律実務家養成における臨床教育の必要性、有効性は認知されている。しかし、そのために半世紀以上の期間が要したとされている。わが国とアメリカとは、国家権力、特に司法制度に関する認識の違いがあり、アメリカ型の臨床教育をそのまま取り入れることは不可能に近い困難さがあると思う。しかし、法律実務の専門家を養成するのに、臨床教育不要を主張する者はいないであろう。ロースクールにおける臨床教育の重要性に懐疑的な見解は、司法研修所との棲み分けにあると思われるが、ロースクール卒業生に対する司法研修はたった1年であり、実務修習は2か月ずつ民事裁判、刑事裁判、検察、弁護を駆け足で通り過ぎるだけである。特に、法曹倫理と弁護士の使命が問われる刑事弁護については決定的に実務体験が不足するものと思われる。

そして、官主導の法律実務家養成は限界に達しており、法曹界総体として後身の養成を検討しなければならない時期に来ている。わが国では、冒頭で触れた宮川教授が

<sup>(8)</sup>ヘイスティングス校の刑事臨床教育担当のGeorge Bisharat教授は、実務教育は経験に勝るものはない、臨床教育の魅力は学生が実際に裁判を体験できることであり、学内クリニックではなくエクスターンシップを取り入れているのは、費用対効果の問題があると話していた。また、ゴールデンゲート大学の刑事訴訟クリニック担当のSusan Rutberg教授は、学内クリニックは教育に効果的な事件の選択が困難であることと、費用の問題を挙げていた。そしてエクスターンシップがよい点は検察実務を体験できることであると述べていた。

<sup>(9)</sup>サンタクララ大学の冤罪再審クリニック担当のKathleen Ridolfi教授によると、2001年にスタートし、北カリフォルニア州の刑務所には約15万4000人の受刑者がおり、その人たちから救済要請の手紙が毎週20から30通来る。その調査と救助活動が主であるが、最初の年は4件の再審無罪を獲得するなど確実に実績をあげている。2年目から州から年間40万ドル補助金を受けたが、最近財政難で打ち切られてしまった。しかし、民間からの寄付獲得活動によって年間5、60万ドルの寄付を獲得しているとのことである。

また、バークレイ校のTy Alper客員臨床助教授は、一審死刑事件の控訴審弁護を引き受ける弁護人が少ない現状にあり、死刑事件クリニックの存在意義はある、2人の弁護士教員と学生が記録の検討、調査、依頼者及び関係者との面談などを行い、控訴理由書を作成する、年間予算は約30万ドルであると話していた。

指摘する3点が実現できる日、特に、日本型臨床教育のモデルの構築の日は、アメリカでクリニックが根付くのに要した期間より相当短いのではないかと考えている。

特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## 「刑事クリニック教育」を考える

— 学内刑事クリニックの経験から —

萩原 猛

---

I	はじめに	128
II	活動の前提	129
1	履修学生	129
2	被疑者・被告人の同意	130
3	賠償保険	130
4	対象事件	130
III	活動内容	130
1	学内刑事クリニックの目的と活動	130
2	受任事件	132
IV	刑事クリニック教育の意義	142
1	刑事法教育としての有効性	142
2	法曹倫理と豊かな人間性の涵養	145
V	展望	146
1	教員の資格・資質	146
2	法務・検察の対応	148
VI	資料	149
1	捜査・公判事件簿	149
2	履修学生の声	151

---

## I はじめに

私は、1995年に仲間の弁護士有志と共に、弁護活動の実践を通して、現行の刑事実務を日本国憲法の理念に適った実務に変革することを目的とする研究・実践グループを結成して以来、自らの弁護士としての業務の主要部分を刑事弁護とすることを選択し、活動してきた<sup>(1)</sup>。そうしたところ、縁あって、2005年4月より刑事クリニック他担当の実務家教員として本学に奉職することとなり、同年10月には従前事務所を解散し、本学校舎ビル1階の学内法律事務所を自らの弁護士としての登録事務所(埼玉弁護士会)とするに至った<sup>(2)</sup>。

学内刑事クリニック担当教員として本学に着任するに際して、将来、主に弁護士になることを目的として本学に学ぶ学生達に対し、どのような教育を施すことができるのか、私なりの理想を抱いたものである。それは、要するに、学生に「法の実践の場」を体験させながら、刑事法のあるべき解釈とはどういうものなのか、現行実務はあるべき法の解釈に照らしてどう評価されるのかといったことを、清新な感性を備えた学生達と共に、腰を据えて勉強し直そうというものである<sup>(3)</sup>。少々大げさに言えば、それは教育であると同時に、私流の「実践の法理と法理の実践」の探求でもあった<sup>(4)</sup>。

本稿は、本学学内刑事クリニック1 Semester(6ヶ月間)を終了した現時点で、これまでの活動を振り返り、刑事クリニック教育の意義、今後の展望等について、履修し

<sup>(1)</sup>ミランダの会編『ミランダの会と弁護活動』(現代人文社・1997年)、ミランダの会ウェブサイト <http://www.mirandanokai.net/>、宮澤節生・池添徳明編『めざせロースクール、めざせ弁護士』(株)阪急コミュニケーション・2003年)92頁。

<sup>(2)</sup>事務所名「ロード」は、アメリカ・ロースクールにおけるリーガルクリニック発展の背景にあった、60年代の時代思潮を代表する歌手Bob Dylanの「Blowin' in the Wind」の第一節から取っている。「ロード法律事務所」は、それぞれの学生の目的地へと連なり・導く「道」でありたい。そして、その究極の目的地とは、Bob Dylanが歌ったように、遙かな道のりかもしれないが、全ての「人」が真に「人」に値する自由を確立し得る社会と言えるだろう。そういった思いを込めている。

なお、マーガレット・マーティン・バリー他「ミレニアムの臨床教育：第三の波」日弁連司法改革調査室他編・大坂恵里他訳『ロースクール臨床教育の100年史』(現代人文社・2005年)2頁は、アメリカ・ロースクールにおいて1960年代から始まる臨床法学教育発展の第二の波のうちで「最も強力だったのが、『学生達に社会と関係する欲求(student demands for relevance)』に目覚めさせた、60年代という時代的思潮だったのではなからうか」「60年代という時代のもつ情熱は、極めて熱烈にロースクールの中に入り込んでいった」と述べている(同書11・12頁)。

<sup>(3)</sup>この点につき、拙稿「刑訴法一部改正(迅速充実)で刑事訴訟手続はどう変わるのか」『法学セミナー』607号(日本評論社・2005年)15頁。

<sup>(4)</sup>団藤重光『実践の法理と法理の実践』(創文社・1986年)。



た学生の感想も交えて、報告しようというものである<sup>(5)</sup>。

## II 活動の前提

### 1 履修学生

学内刑事クリニックは、2006年度前期において7名の学生が履修した。学生は、刑事クリニックを履修するには、前提履修科目として、専門職責任、法情報調査・法文書作成、刑事訴訟実務を履修していなければならない、更に守秘義務を遵守する旨の誓約書を学長に提出することを求められる。これに違反すれば、学生は退学処分を含む懲戒処分の対象となる。

学内刑事クリニック履修学生7名のうち4名が夜間主(後にうち2名が昼間主に変更)であり、年齢は25歳から44歳、法学部出身者は1名のみである。理科系(工学部・理工学部)出身者が2名いる。

各自の目標とする弁護士像を尋ねてみると、刑事事件を相当の比重を持って扱いたいと考えている学生は1名のみであり、一般民事・刑事共に扱う町医者の弁護士像をイメージしている学生が2名(刑事クリニック履修前は企業法務を目指していたが、履修後、町医者の弁護士希望に変わったという学生を含めると3名)、企業法務・渉外で刑事事件を殆ど扱わない分野を希望する学生が3名(前記の変更学生を差し引くと2名)、他に現在の職場を生かし行政庁の中で仕事をしたいという学生もいた。

企業法務等刑事事件を殆ど扱わない分野を希望している学生が刑事クリニックを履修した理由として、将来刑事弁護に触れる機会がないからこそ学生時代に刑事弁護の現場に立ち会いたいと思った、もともと刑事事件に興味があった、刑事訴訟実務を履修して刑事弁護に興味を持った、担当教員の法廷を傍聴したことにより担当教員の弁護活動を観察したいと思った等の他、更に、企業法務希望の3名の学生は、いずれも民事事件に比し、刑事事件についてのイメージが掴みにくく、刑事弁護実務の現場を通して刑法・刑事訴訟法の理解を深めたいと思ったという点を指摘している<sup>(6)</sup>。

<sup>(5)</sup>既に、私は、以下の小論で本学学内刑事クリニックの活動報告を行っているので、参照されたい。拙稿「大宮法科大学院大学にて臨床教育はじまる」『法学セミナー』616号(日本評論社・2006年)8頁、拙稿「刑事クリニックの実践」『ロースクール研究』2号(民事法研究会・2006年)163頁。

<sup>(6)</sup>私は、本学において、学内刑事クリニックを開講するに際し「犯罪の嫌疑を受け、世間の指弾を浴びている人々の立場を擁護するという刑事弁護活動の体験は、『人権』とは何かという問題を改めて皆さんの前に鋭く投げかけるでしょう。そして、最も『人権』が侵害されやすい人々の立場、その喜びと悲しみを、学生時代に身をもって体感した経験は、その後の諸君の弁護士人生に計り知れない影響を与えるに違いありません。将来、刑事

そして、履修者全員が、履修を経て、学内刑事クリニックは刑事法の理解の深化に役立ったと口をそろえている。

なお、末尾に昼間主20代(女)と夜間主40代(男)の学生の感想文を添付しておく。

## 2 被疑者・被告人の同意

刑事クリニックでは、弁護士である教員の指導・監督の下に、教員が受任した事件について、履修学生に教員の弁護活動の補助を行わせることになる。当然、全ての弁護活動の責任は教員弁護士にある。教員は、学生が関与することについて、被疑者・被告人から文書による同意を得る。

## 3 賠償保険

担当教員は弁護士賠償責任保険に、履修学生は法科大学院生教育研究賠償責任保険に加入し、万が一、履修学生がクリニック履修の過程で依頼者等に損害を与えるといった事態の発生に備えて、保険的手当を施している。

## 4 対象事件

学内刑事クリニックの対象事件は、原則として自らの費用で弁護人を依頼できない人々の事件ということにしており、当番弁護士を窓口とし法律扶助を適用して被疑者の弁護人となるケース及び国選弁護事件であり、埼玉県内の事件が対象である。しかし、担当教員が私選弁護として受任した事件であっても、法理論上の興味深い論点を含むような場合には、依頼人の協力が得られることを前提に、一定の限度で履修学生の関与を了解して貰うこともある。

2006年度前期においては、別添事件簿記載の通り、捜査段階が5件、その内2件が公訴提起され、この2件も含めて公判段階が6件の事件を受任して履修学生を関与させた。

# III 活動内容

## 1 学内刑事クリニックの目的と活動

アメリカ・ロースクールのリーガルクリニックは、歴史的には法実務技能の訓練ということもさることながら、それまでリーガルサービスから取り残されていた貧困者に対し、リーガルサービスを提供することによってロースクールが社会的役割を果た

---

法廷に立つことなど殆どないと考えている諸君こそ、刑事クリニックの扉を叩いて欲しい。私は、心からそう願っています」と学生達に呼びかけた。

すという意義があったと指摘される。このことは、学生からすれば、クリニック活動を通じて法実務技能のみならず、公益活動に従事することによって法曹にとり重要な価値を学ぶということである<sup>7)</sup>。

本学学内刑事クリニックも、実務技能の習得と司法アクセスが困難な人々にリーガルサービスを提供するというアメリカ・ロースクールのリーガルクリニックが歴史的に担ってきた役割についてその意義を認め、学内刑事クリニックで扱う対象事件については、前述したように、原則として国選事件・扶助事件とした。しかし、私は、司法制度改革審議会意見書が法科大学院の最も中心的な教育理念として強調している「専門的な法知識を確実に習得させるとともに、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力、あるいは事実即して具体的な法的問題を解決していくために必要な法的分析能力や法的議論の能力等を育成する」(意見書63頁)という要請を最も効果的に実現する教育手法こそ、クリニック教育であると考えていた。そして、その為に学内刑事クリニックでは、主として被疑者との接見から始まる刑事弁護活動について、履修学生を「あらゆる活動に可能な限り主体的に関与させる」という方針で、2006年1月14日より活動を開始した。

履修学生7名の半数程度が、当初夜間主学生であったこともあって、各自の活動可能時間帯が合致しないため、事件毎に担当者を班編制することはせず、各事件のなすべき弁護活動毎に、メーリングリストを利用するなどして、稼働可能な学生を招集して活動した。セミナー以外の履修学生の合計稼働時間は約144時間から185時間であった。全活動期間は24週であり、セミナーを除いて週平均6時間の稼働を求めているため、合計144時間がセミナー以外の標準総稼働時間となる。その4分の3である108時間以上稼働していること、及び実施されたセミナーの4分の3以上の出席を成績評価を受ける要件としている。

捜査段階では、履修学生は、担当教員と共に被疑者の留置場所である警察署に赴き必要に応じ担当教員と共に接見し(秘密接見は認められず警察官立ち会いの一般接見となる)、示談交渉に同行・立ち会い・各種異議申立書を起案する等の弁護活動の補助を行った。公判段階では、保釈請求書・勾留取消請求書等の起案、犯行現場での実況見分及び実況見分調書の作成、弁論要旨の作成等の法文書作成と公判傍聴、また公判に備えての依頼者との打ち合わせ、法廷教室での公判リハーサル等の活動を行った。

<sup>7)</sup> マーガレット・マーティン・バリー他・前掲12頁、チャールズ・D・ワイセルバーグ/宮澤節生訳「ロースクール・クリニックの建設 — バークレイの経験」早稲田大学比較法研究所機関誌『比較法学 [第37巻第1号]』171頁。

毎週土曜日1限に履修学生7名全員がロード法律事務所ミーティングルームに集まり、セミナーを実施した(合計20回)。セミナーでは、受任し係属中の全事件について、履修学生全員が知識と経験を共有することを重視した。そのため、履修学生全員に対し、受任し係属中の全事件の記録に目を通すことを義務づけた。そして、セミナーにおいては、個別の活動に参加した学生が、参加できなかった学生に対し、実施した活動を具体的に報告し、感想や意見を述べ合い、履修学生全員で各事件の弁護方針や問題点を議論した。履修学生全員が、全受任事件のケース・カンファレンスメンバーというわけである。

また、模擬接見室を利用した模擬接見、法廷教室での模擬尋問等のシミュレーションや事前に与えた課題をもとに演習を行う等もした。後述するように、このセミナーにクリニック受任事件の元被告人が参加してくれ、自らの体験談を履修学生に語ってくれたこともあった。

他に、履修学生は、教員弁護士が個人として受任している刑事事件の裁判を傍聴したり、埼玉弁護士会実施の会員に対する「当番・国選」「公判前整理手続」「裁判員裁判」等の研修に参加させて頂いた。

更に、さいたま地方検察庁舎及び同取調室等の施設見学も実施した。

## 2 受任事件

### (1) 捜査段階

#### A 接見

刑事弁護活動の基本は、依頼者である被疑者・被告人との接見である。刑事弁護に限らず、およそ弁護士の職責が依頼者の権利・利益の擁護にある以上、まずは依頼者から十分に事情聴取して事実確認をすることが弁護士の仕事の第一歩である<sup>(8)</sup>。依頼

<sup>(8)</sup> 古来より練達の弁護士は、弁護術の奥義として、依頼者より事情聴取することの重要性を繰り返し指摘している。

「事件の準備において真にむずかしいことは、何が事実であるかを知ることである。そして、いかに長い時間をかけあってもいかに良心的に努力したとしても、決して事件の全部を知ることではできないであろう。法が問題を決することはほとんどない。事実がそれを決するのである。… 依頼者本人と際限なく話しあう必要性は、いくら強調しても強調しすぎることはない。ときには何週間もの準備の後に、場合によっては、公判のまさに前夜になって、彼は事件全体に対して新しい光を投げかけるような言葉をもらすかもしれない。あるいは裁判の勝敗の岐れ目となるかも知れぬような、今まで述べなかった人の名前を口に出すかもしれないのである。」(ロイド・P・ストライカー/古賀正義訳『弁護の技術〔改訂版〕』[青甲社・1974年] 12頁~14頁)

「刑事弁護を引きうけた場合には、とにかく依頼者に遠慮させないで、なんでもしゃべってもらうことが大切ですが、ともすると弁護士もすぐにえらそうな顔をして『これはどうなんだ』というようにものを聞く傾向があります。しかし、それでは依頼者は萎縮してしまって思うようにしゃべることができません。まずは、ふつうの状

者には、弁護士に対して、全ての情報を何の抑制もなく安心して提供できることが保障される必要があり、そのため弁護士と依頼者との間には自由かつ秘密のコミュニケーションの権利が確立されていなければならない(attorney-client privilege)。刑事手続においては、この通信の秘匿特権は憲法上の権利であり(憲法34条、37条3項)、刑事訴訟法も秘密交通権を保障している(刑訴法39条1項)<sup>9)</sup>。

従って、法科大学院の学生が刑事クリニックにおいて刑事弁護実務技能を学び、教員弁護士がこれを教育しようとするなら、刑事クリニック履修学生において、この弁護士と依頼者との秘密のコミュニケーションの臨床の場に立ち会う必要性があることはあまりにも当然のことである。この学生立ち会いは、民事の法律相談や在宅刑事事件の場合には、関係者のプライバシーに配慮しつつも、現に実施されていることである。ところが、身体拘束中の被疑者・被告人と教員弁護士との秘密接見の場にクリニック履修学生が立ち会うことは、いずれの警察署においても認められなかった(6箇所の警察署で法科大学院刑事クリニックの趣旨を説明して履修学生を同席させての秘密接見を求めた)。このように、弁護活動の基本の部分に履修学生が立ち会えないというのは、刑事クリニックの運営にとって大きな制約となっている。なお、幾つかの警察署では、私の接見終了後に、履修学生を接見室に招き入れ、接見室内部の見学をさせて貰った。

履修学生を同席させての秘密接見が拒否された場合には、履修学生は接見室の外で待機となり教員弁護士のみで接見することになる。その上で、被疑者の同意が得られた場合に、必要に応じ警察官立ち会いの一般接見の方法で履修学生を同席させての接見を実施することになる。警察官立ち会いの接見であるから、その内容も制限されざ

---

態で話せる雰囲気をつくって、つまらないことでも自由に話してもらうのが一番大事なことです。…依頼人の話を、なぜ、しつこく聞かなければならないかといえば、刑事事件の弁護は、法律的なことよりも、まず『事実はどうだったのか』ということが大切だからです(竹下甫『ある弁護士の置土産 — 海野普吉先生に学ぶ刑事弁護の精神 —』[白順社・1996年] 114頁~115頁)

<sup>9)</sup>1999年の最高裁大法廷判決(最大判平11・3・24民集53巻3号514頁)は、「刑訴法39条1項が、…被疑者と弁護人等との接見交通権を規定しているのは、憲法34条の右の趣旨にのっとり、身体の拘束を受けている被疑者が弁護人等と相談し、その助言を受けるなど弁護人等から援助を受ける機会を確保する目的で設けられたものであり、その意味で、刑訴法の右規定は、憲法の保障に由来するものであるということが出来る。」としている。この場合、「憲法34条の右の趣旨」とは、文脈上、憲法34条前段の保障は「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障している」という「趣旨」に理解できるのであり、「のっとり」とか「由来する」といった言葉があるために言語表現上の曖昧さを残すものの、大法廷は接見交通権が憲法上の権利であることを認めていると理解するのが素直な判例の読み方と言えよう。

るを得ず、被疑者に履修学生を紹介する程度で終わることにならざるを得ない。しかし、接見室においてアクリル板越しに被疑者と言葉を交わすという体験自体が、履修学生にとっては、被疑者の置かれた立場を感得する貴重な体験となったと思われる。一般接見すらできなかった事件でも、被疑者が学生関与を了解してくれれば、教員弁護士は、接見直後に、接見室の外で待機していた履修学生に接見内容を報告する。

教員弁護士と共に警察署に駆けつけ、直接・間接に依頼者たる被疑者・被告人と触れ合うことにより、履修学生は「弁護士のように考える」(think like a lawyer) 第一歩を踏み出すのである。以下の感想は、極めて不十分な被疑者・被告人との触れ合いではあるが、履修学生がこの一歩を踏み出したことを良く示している。

「身体を拘束され、日常生活から突然切り離された被疑者・被告人が置かれている状況を考えるようになる。秘密接見を終えた萩原先生の言葉が、現実のものとして私達に迫ってくる。被疑者・被告人は今、このような状況に置かれ、このようなことを主張している。だとすれば、私達は何をするべきか。」

## B 示談交渉

捜査段階の1号事件は、身寄りのない生活保護受給者の被疑者(生活保護受給者の為のNPO施設に居住)が、酔っ払ってスーパーで商品を損壊し、その後警察での取調べの際に警察官から調書を奪い取ったという器物損壊・公務執行妨害事件であった。事実関係に争いはなく、被疑者には同種前科も多数あったことから、示談成立を目指すとの弁護方針が確認された。

私は、履修学生を同行して被害店舗に赴き、店長と示談交渉することとなった。店長は、快く学生の同席を了解してくれ、自らの立場と被害の実状をわれわれに訴えた。店長とは合計3回面接して示談を求めたが、商品代金のみしか受領してくれず示談成立には至らなかった。しかし、「二度と店舗に立ち入らない」旨の被疑者自筆の誓約書を提出する等して、勾留18日目、被疑者は起訴猶予処分となった。

履修学生は、刑事弁護人の活動が「加害者」と「被害者」との関係の「修復」にもあることを理解してくれたと思う<sup>(10)</sup>。

<sup>(10)</sup> ハワード・ゼア/西村春夫他監訳『修復的司法とは何か ― 応報から関係修復へ』(新泉社・2003年)では、日本の刑事司法システムにおいては、「改悛や赦しの概念を制度化」し、被疑者・被告人が「罪を認め、回復と赦しのため被害者と直接交渉しながら改悛の意を表すことが、寛大な処置の前提であり、長期拘禁刑の回避へとつながっている」として、日本のモデルを「修復的司法」の観点から高く評価している(同書219頁~222頁)。しかし、これは、訳者も指摘するように(同書280頁)、一面的評価に過ぎるというべきである。わが国においては、刑事司法システムとその運用が、全体として、被疑者・被告人に対し自白を要求する巨大な圧力となっており(裁

### C 勾留延長決定に対する準抗告

勾留延長決定に対し準抗告を申し立てた事件として、(捜)第4号事件がある。これは、生後2ヶ月の子供を揺さぶって、頭蓋内出血等の傷害を負わせた(いわゆるシェイキング・ベビー症候群)実父が、子供の母親である被疑者の内妻において被害届を警察に提出したことから、逮捕・勾留された事件であった。実父は、傷害の故意を否認し、子供をあやしていただけである旨弁解していた。

被疑者に対する勾留は、延長された。勾留状の延長理由欄に「被疑者関係人取調未了」というゴム印を押しただけの本件の勾留状謄本を履修学生に配付し、本件に勾留延長理由はあるのか、これまでの被疑者に対する取調べ状況を踏まえて、検討させた。セミナーでは、刑訴法208条2項が要求する勾留延長理由である「やむを得ない事由」について議論した<sup>(11)</sup>。

私は、受任事件処理の過程で、このように検討すべき問題点に直面した場合、履修学生に対し、論点に関する条文(関連条文も)解釈、判例実務はどうなっているか、学説の状況について検討させ、併せて関連論点についての学習も促すことに留意した。本件について言えば、「勾留の理由」「勾留と余罪取調べ」「別件逮捕・勾留」「逮捕・勾留の蒸し返し」といった勾留をめぐる関連論点について、セミナーにおいて議論し、事件処理活動を契機に、基本科目である「刑事訴訟法」の理解を深めるように意を用いた。以下の履修学生の感想を見ると、学生も教員側の意図を理解していたようである。

「先生がリードして下さったこともありますが、事件に対する対応を検討するにあたって、条文や基本書を自然に読むようになりました。実際の事件では、事件の進展状態に応じて、『今、何をしなければならないか』ということがあり、多くの場合、それは

---

判官は、被疑者・被告人の否認ないし「被害者」供述との不一致によって、即、被疑者・被告人による「被害者」への働きかけのおそれを認定し、罪証隠滅のおそれを根拠に容易に自由を剥奪するのである。これでは、裁判官が、捜査機関と一緒に、被疑者・被告人に対し、自白せよとプレッシャーを与え続けているも同然であろう)、そのことによる人権侵害と誤判の危険性こそ深刻な問題なのである。

もっとも、被疑事実や訴因に争いが無い場合、弁護人の活動の主要な部分(いわゆる情状弁護)は、「修復的司法」が指摘する被害者・加害者・コミュニティの「関係修復」にある場合が多いと考えられる。「関係修復」の実現やそれに向けた努力は、実務上、「犯行後の事情」が良好であるとして、検察官の処分や量刑上被疑者・被告人に有利に考慮されることが多いからである。

<sup>(11)</sup>判例実務は、「被疑者取調未了」を理由に容易に勾留延長を認めるのが実態であるが、疑問である。期間満了により効力を失うべき勾留が、被疑者の取調未了を理由として延長されることになれば、この延長された勾留は、被疑者の取調べを目的とするものに変質することにならざるを得ないからである(井上清「逮捕、勾留の目的と被疑者の取調」河村澄夫他編『刑事実務ノート [3]』[判例タイムズ社・昭和46年] 134頁)。

法律の規定に従って手続を踏む必要がありますので、どのように手続が規定されているかを知らなければなりません。そこで、ごく自然に六法を開いて条文を探し、その条文がどのように理解されているのかをコンメンタールで確認し、その手続の周辺にどのような議論がされているかを基本書でチェックする、という習慣ができました。」

本件では、3名の履修学生が勾留延長決定に対する準抗告申立書を作成した。私が、学生作成の申立書を補正して準抗告を申し立てる。準抗告は棄却となったが、被疑者の弁解は容れられた。被疑者は、過失傷害とされ、勾留満期前日に略式罰金となり釈放された。

## (2) 公判段階

### A 保釈請求・同却下決定に対する準抗告

わが国の刑事司法が「人質司法」と評されて久しい。否認すれば、被告人は「保釈の拒否」という「制裁」を覚悟しなければならない。これは、刑事弁護に多少でも携わったことのある弁護士にとって自明のことである。

公判弁護の4号事件は、訴因自体に争いはないものの、暴行の回数やその部位について若干の争いが想定される20歳の被告人の傷害事件であった。傷害の事実を争っているわけではないので、捜査段階から示談交渉していたが、被害者は弁護士を代理人に選任した。公訴提起後直ちに、履修学生の起案した保釈請求書を私が補正して保釈請求(裁判官との保釈面接に履修学生を立ち合わせるよう求めたが、拒否される)、しかし却下である。理由は、例によって4号(罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由)とのこと。この段階で、履修学生の動きは活発化する。

まずは、保釈請求に対する検察官の意見書を裁判所で入手する<sup>(12)</sup>。保釈却下決定には、却下理由は4号としか示されていない。そこで、代わりに上記検察官意見書に対し、徹底的に反駁して準抗告申立書を起案するよう履修学生には指示を出す。履修学生は、それなりに説得力のある論理を展開している。更に、被告人の両親、勤務先の上司に「ロード法律事務所」へ来所願い、履修学生が手分けして各自から事情聴取のうえ陳述書を作成する。これらを添付し、履修学生4名が作成した準抗告申立書を私が

<sup>(12)</sup> 現行実務は、裁判官が検察官より取り寄せて保釈判断の根拠とした「一件記録」を弁護人に開示することを認めない。しかし、弁護人が保釈却下決定に対する準抗告申立時に求めた検察官意見書の閲覧・謄写を拒否した準抗告審の措置について、最高裁第三小法廷は「なお、検察官の意見書について、弁護人に閲覧、謄写を許さなかった点は是認できない」と説示した(最三小決平7・11・28、同年(し)第159号)。この最高裁決定以降、検察官意見書の開示が拒否されることはなくなった。この点に付き、高野隆・高田昭正「身柄拘束を争うための証拠開示」『季刊刑事弁護』19号(現代人文社、1999年)40頁。



補正して、準抗告を申し立てる。

われわれの準抗告は認容され、原裁判取り消し、被告人は保釈された。この事件処理の過程では、わが国の刑事司法手続において随所で自由制約の論拠として用いられる「罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由」について、履修学生は理解を深めたことと思う。

#### B 勾留取消請求・同却下決定に対する抗告

かつて、寺西和史判事補(当時)は、公判審理終了後執行猶予にすべき被告人について、審理が終了し執行猶予予定の被告人に罪証隠滅及び逃亡を疑うに足りる相当な理由などないとの理由で職権による勾留取消を敢行して、弁護士に対し、勾留取消請求(刑訴法87条1項)するよう促していた<sup>(13)</sup>。

この寺西論文を履修学生に配付したところ、彼等の共感を得た。そして、早速、公判弁護1号の傷害事件について、執行猶予判決が予想されると共に、およそ罪証隠滅及び逃亡の危険性もないと思われたので、審理終了後直ちに、履修学生に勾留取消請求書を起案させ、私が補正して勾留取消請求した。これが却下となったので、更に、抗告申立も行ったが、抗告は棄却された。学生は、理論と実務の乖離を思い知ったようである。

#### C 実況見分・実況見分調書の作成

永年弁護士を続けていると、訴因について激しく争う事件は格別、そうでない事件についてまで、犯行現場まで出向き、直接現場確認するということを励行するのは相当に困難である。実務の垢は、知らず知らずの内に弁護活動を弛緩させる。ところが、刑事クリニックにおいて履修学生と共にあるとき、教員弁護士にそのような妥協は許されない。教員弁護士が妥協する姿勢を見せることは、即、教育効果を削ぐばかりか、履修学生に対し、プロフェッションとしての弁護士職全体に対する幻滅を惹起させることになるからである。その意味で、クリニック教員は、弁護士の理想を「語る」だけでなく、身をもって「実践する」ことが期待されているのである。

準抗告で保釈を勝ち取った前記公判弁護4号の傷害事件において、警察官の行った実況見分が不十分であったことから、われわれは、犯行現場の実況見分を実施することにした。この見分には4名の履修学生が参加した。われわれは、カメラ・メジャーを携えて、犯行現場となった被告人の自宅に赴き、保釈された被告人を始めとする関係者の説明を聞きながら、現場の実況見分を実施した。現場に臨場すれば、当然とはい

<sup>(13)</sup> 寺西和史「職権による勾留取消し — 簡裁刑事での実践から」『法学セミナー』513号(日本評論社・1997年)15頁、同『愉快的裁判官』(河出書房新社・2000年)160頁。

え記録を見ただけでは実感できない細部の状況を把握することができる。

公判検察官も、裁判官も、現場を見ていない。現場のことを一番分かっているのは自分と被告人と、そして履修学生だけであるということからくる自信が、法廷活動の際の私を支えたと思う。刑事クリニックは、学生参加によって弁護に投入される労力が増大し、そのことによる弁護活動の量的拡大だけではなく、教員弁護士の弁護活動の質をも確実に向上させるのである<sup>(14)</sup>。

現場から帰ってからの仕事は、実況見分の成果を調書にまとめることである。4名の学生が手分けして作成したが、警察作成のものよりも遙かに分かりやすい図面と写真を添付した弁護人作成の実況見分調書が完成した。現場に同行した履修学生は、実況見分補助者として実況見分調書の冒頭に名前を掲げた。

しかし、この実況見分調書について、公判検察官は、私人作成のものであり、正確性に疑問があるとの理由で不同意だと言う。正確性に疑問あるなら、被告人とその家族はいつでも協力するので、検察官自ら現場である被告人宅に赴き、われわれの実況見分調書の正確性を現場と照らし合わせて確認して頂きたいと申し入れたが、公判検察官が現場に足を運ぶことはなかった。

この事件処理の過程では、履修学生は実況見分調書の証拠能力について学習することとなった<sup>(15)</sup>。自ら実況見分し、苦心して実況見分調書を作成したにも拘わらず、検

<sup>(14)</sup>高野隆『『学生弁護人』はどこまでできるか—刑事クリニックにおける学生実務の法的規制』宮川成雄編『法科大学院と臨床法学教育』(成文堂・2003年)295頁には、学生の弁護の質が一般の弁護士のそれより高いということを実証的に示した例として、ニューヨーク大学ロースクール・クリニックの学生が扱った事件の結果が引用されている。

また、ローク・M・リード他『アメリカの刑事手続』(有斐閣・昭和62年)75頁において、リード教授は「…このように相当実質的な指導・監督体制がとられている上、学生自身も、自らの経験不足を事実調査や判例検索を熱心に行うということによって補おうとします。しかも、普通の開業弁護士の場合と違って、時間やお金に制約されるということが少ないですから、学生達による弁護活動の方がむしろ効果的であることが多いのです。現に、私どものクリニックでは、係争事件(陪審事件)について約60%程度の無罪率をあげていますが、これは一般の弁護人による場合よりはるかに高い数字だと思います」と語っている。

わが国においては、クリニック履修学生にアメリカのように広範な権限が与えられていない為、未だ「学生の弁護の質」というコンセプトまでは成立し得ず、「学生による援助を得た教員弁護士の弁護の質」が問題となるに止まるというべきか?

<sup>(15)</sup>判例は、捜査機関が実施し作成した実況見分調書に刑事訴訟法321条3項の適用を認めているが(最判昭35・9・8刑集14巻11号1437頁)、弁護人作成のものにまで同条項の適用を認めるかについて判断した判例は見当たらない。同条項が主体を捜査機関に限定していることを根拠にこれを否定する見解もあるが(石井一正『刑事実務証拠法〔第3版〕』[判例タイムズ社・2003年]146頁等)、検証調書と書面の性質が同一であることを根拠に実況見

察官の不同意により証拠能力の議論となったのである。彼等が、この問題について相  
当な理解に達したことは疑いない。

#### D 公判準備

##### ①法廷教室の利用

学内刑事クリニックは、学内の「ロード法律事務所」及び付設のミーティングルー  
ムを拠点としているため、本学の施設である法廷教室を使用することも可能である。  
そこで、在宅の被告人や保釈中の被告人、そして弁護側の証人予定者については、こ  
の法廷教室を利用して公判の尋問リハーサルを行うことができた。履修学生に尋問事  
項を考えさせ、私と共に尋問リハーサルに臨む。リハーサルに訪れた被告人や証人予  
定者とは、本物以上に本物らしい本学の法廷教室で、本番さながらのリハーサル尋問  
を行った。これは、依頼者等に思いの外好評であった。

##### ②精神科医との面接

公判の準備として、証人予定者と打合せを行う場合、前述のように、証人予定者に  
「ロード法律事務所」に来所願って打ち合わせる場合が殆どであるが、当方から証人予  
定者の指定場所へ出向くこともある。履修学生と共に証人予定者である精神科医の病  
院を訪れ、精神科医と面接し事情聴取したことがあった。

履修学生の熱心な質問に精神科医も熱心に応じざるを得なくなったようである。履  
修学生が、精神科医から、その後の弁護方針を左右する重大な事情を聞き出すことに  
成功したときは、私の方が慌ててしまった。

##### ③弁論要旨作成

弁論要旨の作成は、履修学生にとって、クリニック活動中相当の比重を占めること  
になった。記録を検討し、関係者から話を聞き、セミナーで議論したことをもとに、  
被告人の利益に資する主張を証拠と論理を基調として構築し、言葉として表現しなけ  
ればならない。

前記公判弁護1号事件は、酒に酔った者同士の喧嘩闘争事件であったが、相互に数名  
同士の2グループのトラブルであり、状況から考えて被告人の行為は仲間を助けるた  
めの防衛行為と評価できるのではないかと思われた。われわれは、セミナーでの議論を踏  
まえて、過剰防衛・誤想過剰防衛を主張することにし、履修学生に弁論要旨を起案させ

---

分調書への同条項の拡張を認めるなら、弁護人作成の実況見分調書にも同条項の適用を認めるのがフェアではな  
いだろうか。これを認める見解として、江家義男『刑事証拠法の基礎理論〔訂正版〕』（有斐閣・昭和27年）114頁  
等がある。

た。刑法総論の典型論点である。履修学生は熱心にこれに取り組んだ。5人の供述者全員の詳細な供述経過一覧表を作成して供述の信用性を論じる弁論要旨を提出した履修学生がいた。私宛の弁論要旨添付メールの送信時間を見たら午前4時をまわっていた。

このような法文書作成について、学生は以下の感想を語っている。

「クリニック活動で中心となった作業は、検察から開示された証拠を丁寧に検討し、被疑者・被告人や関係者から聞き、そこから被疑者・被告人に有利・不利になる『事実』を抽出することであった。クリニックを続けていると、この『事実』の重要性を実感するようになる。裁量保釈が認められたときは特に、判決を聞くときはいつもそうであった。そのようなわけで、自然と員面調書や検面調書に現れる表現に敏感になっていったし、関係者との打ち合わせの際も注意深く話を聞くようになっていった。また、裁判所が検討する『事実』には事件そのものに関する事柄だけでなく、事件発生後、弁護人が弁護活動の中で積み上げてきたものも含まれる。例えば、反省の情や身柄引受けの約束など。このようなことは、ヴァーチャルな世界における勉強ではあまり見えてこない。」

「事件では、『被疑者・被告人の身体拘束を解く』とか『被疑者が不起訴になるようにする』とか『被告人が無罪に、それが無理なら執行猶予に、それも無理ならできるだけ軽い刑に、なるようにする』といった弁護活動の目的の達成に向けて、いろいろな手段を考えますが、いずれにしてもその根拠をきちんと示し、論理的な主張が構成できるようにしなければなりません。この作業は試験問題への向き合い方と共通する部分が多いと思います。試験で『罪責について事実を示して論ぜよ』と問われるようなケースは典型的ですが、事件ではまさにそれを実践し、申立書や弁論の起案をすることで実際に文章に起こしますので、かなりの訓練になったと思います。」

#### E 被告人の着席位置

現在、わが国の公判廷における被告人の着席位置は、当事者席ではなく、当事者席の弁護人の前に配置されるか、裁判官席と対面する位置に配置されていることが多い。さいたま地裁においては、1990年頃までは、裁判官席と対面する位置に被告人席を設営した法廷が多かったが、私を含め何人かの弁護士が、当事者主義の理念に合うよう被告人席を検察官と対峙する位置である弁護人席の前に設営せよ、との申し立てを行うようになり、現在では、全てのさいたま地裁の法廷は、当事者席の弁護人の前にベンチを設置し、そこを被告人席としている。

しかし、当事者主義の理念と被告人と弁護人との自由かつ秘密のコミュニケーションの権利に思いを致せば(弁護人と被告人が前後に着席している状況では、被告人は後ろを

振り向き、体をのけぞらせないと弁護人と言葉を交わせない)、被告人は公判廷においては当事者席の弁護人の隣に着席するのが適切というべきだろう<sup>(16)</sup>。弁護人は、公判廷における被告人の着席位置について、積極的に裁判所に申し入れてこれを実現する必要性がある。これまでの経験によれば、さいたま地裁では、身体拘束中の被告人について拘置所や代用監獄の職員による戒護の便宜を理由に上記申しれを拒否することが殆どであり、身体拘束されていない被告人であっても容易にこれを認めようとはしない。

前記公判弁護4号の傷害事件では、被告人を保釈させることに成功してからは、この問題に取り組んだ。保釈中の被告人に戒護は関係ない。履修学生と議論して、事前に申入書を公判裁判所に提出することにした。果たして、第一回公判期日当日の朝、担当書記官より被告人が弁護人の隣に着席することを認めるとの電話があった。被告人が若年であることを考慮したとのことであった(われわれの申入書では若年ということは全く主張していない)。被告人は、若年とはいえ成人である。若年の境を何歳とするのか? 本件を契機に、さいたま地裁においては、少なくとも、身体拘束されていない被告人は、公判廷において弁護人と並んで座るのが常態になる日は近いのではないだろうか? なお、履修学生を弁護人席に着席させることも求めていたが、裁判所はこれは受け入れなかった。

司法制度改革審議会は、法科大学院の教育理念の一つとして「専門的な法知識を確実に習得させるとともに、それを批判的に検討し、また発展させていく創造的な思考力」を育成することの重要性を指摘している(意見書63頁)。現行実務を無批判に受け入れるのではなく、常により良いものを求めて思考を巡らせ実践することのできる法律家こそ、21世紀の司法を支えるに相応しい法律家である。そのような批判精神と創造的思考力に富んだ法律家を育成するには、教員にもチャレンジ精神が要請されるであろう。

履修学生から「また、萩原先生が、刑事弁護をする上でいろいろなチャレンジをされていること、被告人を初めとして、聞く人の心の琴線に触れるような弁論をされることを知った。このことは、刑事弁護を考える上で大いに勉強になった」と評価されたのは、履修学生がこの被告人の着席位置を巡る問題の対応を、私と共に経験したからだと思われる。

本件では、初公判以降も、被告人は、判決に至るまで弁護人である私の隣に着席し続

<sup>(16)</sup> 渡辺修『刑事裁判と防御』(日本評論社・1998年)92頁。

けた<sup>(17)</sup>。スーツを着用した被告人が、弁護人と並んで着席するのである。履修学生は、傍聴後、今まで見た裁判と全然違う、これが無罪推定原則ということですね、と納得していた。本件の傍聴席には、どういうわけか履修学生以外にも傍聴人が多かったが、被告人が弁護人と並んで着席していることに怪訝な表情を浮かべている傍聴人もいた。

#### F 被告人と履修学生との対話

過剰防衛・誤想過剰防衛を主張した前記公判弁護1号の傷害事件は、その他にも事件発生から4年8ヶ月も経過してから、在宅求令起訴され、捜査段階では任意捜査しかしていなかったのに、突然、裁判所が被告人を勾留してしまったという問題点のある事件であった。前述のように、履修学生に弁論要旨を起案させ、教員である私は、履修学生の成果物の支援を得て、彼等の見守る中、法廷では詳細な弁論を展開した。残念ながらわれわれの主張は認められなかったが、依頼者はわれわれの仕事に満足してくれ、執行猶予で釈放後、日を改めて、「ロード法律事務所」に足を運び、履修学生のインタビューに答えてくれた。もと被告人は、取調べを受けた時の心理状態、突然身体拘束された時の気持ち、身体検査の時の屈辱感、拘置所での生活等を生々しく語ってくれた。

履修学生は、体験者の語る本物の迫りに圧倒されたようである。このような経験は、机上の勉強では味わえないクリニックならではの体験学習といえよう。

### IV 刑事クリニック教育の意義

#### 1 刑事法教育としての有効性

私は、先に指摘したように、刑事法に関し「専門的法知識の確実な習得」「批判精神と創造的な思考力の育成」「法的分析能力と法的議論能力の育成」等を効果的に達成する教育手法こそ、刑事クリニック教育であると考えていた。そこで、脚注(6)に記載したように、学内刑事クリニック開講に際して、学生に対し「将来刑事法廷に立つことなど殆どないと考えている諸君こそ、刑事クリニックの扉を叩いて欲しい」と呼びかけたのであるが、これは、刑事法分野についてあまり親和性のない学生であっても、安心して学内刑事クリニックを履修して欲しいというメッセージでもあった。果たして、学内刑事クリニック履修を届け出た学生は、前述のように、半数程度は将来刑事事件を殆ど扱わないだろうと思われる分野を希望している学生であった。そして、彼

<sup>(17)</sup> 本件については、2006年5月24日の東京新聞が「刑事裁判で異例の配慮 — 『若年』の被告、弁護士の隣に着席」と報道し、同記事には、一橋大学法科大学院の後藤昭教授の「珍しいケース。裁判員制度導入に向け、このような配慮がされるようになれば、無罪が推定される被告人について、裁判員が予断を持たないようにする点からも望ましい」との談話が掲載された。

や彼女らは、民事事件に比し刑事事件のイメージが掴みにくいと感じ、どちらかといえば刑事法は苦手意識を有していたと思われる。例えば、こうである。

「クリニックを履修する前、私は刑法と刑訴法に対して何となく苦手意識を感じていた。学説や判例で議論されている問題の意味を具体的に理解できていない気がしていた。何がそんなに問題となるのか？ それまで仮想事例や判例の中で検討した『論点』を、現実の世界で考えればもっとわかりやすくなるのではないか。このような思惑のもと、クリニックを履修することに決めた。」

そして、この学生の学内刑事クリニック履修後の感想は、こうである。

「クリニック活動を通して、自分の中にいろいろな変化が起きていることに気づいた。まず、だんだん『被疑者』『被告人』と抽象化して本人を呼ぶことに抵抗を覚えるようになった。被疑者・被告人も1人の人間であり、いろいろな事情を抱えていることを意識するようになったからかもしれない。そして、いままで無味乾燥であった学説の議論や事例が生き生きとしてきた。それは、クリニックで扱った事件が私の理解を助けてくれているからだと思う。」

いわゆる法学未修者で、これまで刑事問題に取り立てて興味や関心を抱いたことのない学生にとって、犯罪論の体系や刑事訴訟法上の緒論点について、教科書を読み、講義を聴くだけで深い理解に達することは相当に困難である。刑事法が作動する世界は、学生にとっては非日常の世界であって、体験的知識を持ち得ない世界だからである。それでも、刑法における議論は、学生において問題となっている場면을イメージして思考することは可能であろうが、刑事訴訟法となると手続の流れを具体的場面としてイメージすることは殆ど期待できないだろう。刑事裁判を傍聴したこともなく、警察署を訪れたこともなく、勾留状や起訴状を見たこともない学生が、刑事手続の適否を論じるというのは、そもそも無理があると言わざるを得ない。このような点は、公法・民事法とは相違した刑事法特有の問題であろう。本学においては2年次後期に「刑事訴訟実務」というシミュレーション授業を軸にして刑事手続の流れを理解させる実務基礎科目が配当されているが(2単位)、充分とは言えない。

学内刑事クリニックを履修した学生は、刑事クリニック活動に参加することによって、生きた事件を素材に刑事手続の流れをそのままトレースすることになる。前述のように、抽象的法律論は、その法理論が適用されるべき具体的場면을イメージすることなしに理解することは困難である。クリニックを履修するということは、弁護活動の補助をすることにより刑事手続に具体的に関与し、手続の各局面で問題となる刑事法上の論点を研究・議論し、必要な申立を検討し、必要な法文書を作成し、必要な事

実行為を実行することを意味する。履修学生は、それまで非日常だった世界にどっぷりと身をさらすことになる。それによって、机上の法律論に現場の息吹が注入されるのである。「いままで無味乾燥であった学説の議論や事例が生き生きとしてきた」との感想は、履修学生が「学説の議論や事例」についてその具体的場面をイメージすることが可能になったことを表していると思う。

クリニックで生の事件に関与しつつ、検討すべき問題点に直面した場合には、条文や教科書に戻り基礎を確認し、セミナーで議論し、更に関連論点にも当たるという学習を繰り返すことが肝要である。先にも引用した下記の学生の感想は、このような学習が実行されたことを示している。

「先生がリードして下さったこともありますが、事件に対する対応を検討するにあたって、条文や基本書を自然に読むようになりました。実際の事件では、事件の進展状態に応じて、『今、何をしなければならぬか』ということがあり、多くの場合、それは法律の規定に従って手続を踏む必要がありますので、どのように手続が規定されているかを知らなければなりません。そこで、ごく自然に六法を開いて条文を探し、その条文がどのように理解されているのかをコンメンタールで確認し、その手続の周辺にどのような議論がされているかを基本書でチェックする、という習慣ができました。実体法についても、依頼人たる被疑者・被告人の利益を最大限に図るためには、裁判所にしてもらいたい認定がなされるように、実体法上の構成を考えなければなりませんので、同じように六法・コンメ・基本書を開くようになりました。実体法・手続法のどちらにも言えることですが、裁判所がどう処理するかを無視しては被疑者・被告人の利益は図れませんので、判例・実務がどうなっているかも当然に調べるようになりました。」

早稲田大学法科大学院の須網隆夫教授は法律家の養成を基本的知識と法的思考力といった具合に区別し段階的に構想することの非現実性を指摘し「知識に対する理解の進展と思考力の深化は、複雑に絡まりあって螺旋状に発展するのであり、各授業は、そのための場を提供するに過ぎない」と、九州大学大学院の阪本昌成教授は「技術知とは教科書に書ける知識のことであり、実践知とは教科書に書きがたい『現場の知識』のことであり、人は、『現場の知識』をベースとしながら、双方を行きつ戻りつして、知的に成長するのだ」と主張された<sup>(18)</sup>。刑事クリニック教育は、「専門的な法知識の

<sup>(18)</sup> 須網隆夫「法科大学院における教育手法 — 体系教育先行論とソクラテック・メソッドの間」『グローバル社会の法律家論』(現代人文社・2002年)170頁、阪本昌成「疑念の残る法科大学院の教員審査」『カウサ [9号]』(日本評論社・2003年)9頁



確実な習得」と「法的分析能力と法的議論能力の育成」に関して、まさに両教授の主張を効果的に実践する教育手法であると考ええる。

更に、「批判精神と創造的な思考力の育成」について言うならば、刑事クリニック程、これらを育む機会が豊富に訪れる科目はないだろう。現行刑事実務は、亀山継夫元最高裁裁判官によれば、「検察の主導のもとに、新刑訴体制をできるかぎり旧刑訴的に運用することによって得られた」というのである<sup>(19)</sup>。換言すれば、憲法・刑事訴訟法の理想とした当事者主義・公判中心主義は、現行刑事実務のうちに貫徹されていないということである。その意味で刑事法分野においては、理論と実務の甚だしい乖離が存在するのである。従って、刑事クリニック履修学生が、1年次・2年次で学んだ刑事法理論をもって現行刑事実務を眺めてみれば、「これで良いのだろうか?」と首をかしげる事態に遭遇することは枚挙にいとまがない筈である。先の「法廷における被告人の着席位置」の問題等もその一例である。そういうこと全てが「清新な精神」にとっては刺激であり、思考訓練の教材となり得る。

そして、今後、わが国の刑事手続は、公判前整理手続の実施・取調べの可視化運動・裁判員制度の充足へとダイナミックに展開していくことは確実であり、刑事クリニックに提供されるべき教材に事欠かない状況が待っている。それは批判精神と創造的思考力を鍛える宝庫である<sup>(20)</sup>。

## 2 法曹倫理と豊かな人間性の涵養

司法制度改革審議会意見書は、法科大学院の教育理念として、「かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性の涵養、向上を図る」「社会に生起する様々な問題に対して広い関心を持たせ、人間や社会の在り方に関する思索や実際的な見聞、体験を基礎として、法曹としての責任感や倫理観が涵養されるよう努めるとともに、実際に社会への貢献を行うための機会を提供しうるものとする。」ということを指摘している(意見書63頁)。これは、まさに刑事クリニック教育の意義を語った文章のようである。上記意見書の教育理念を本気で実現しようとするなら、学生を生身の人間・事件に触れさせることは必須である。

そして刑事弁護とは、犯罪の嫌疑を受け、世間の指弾を浴びている人々を擁護するという活動である。それは、最も「人権」が侵害されやすい人々の立場に立つということであり、捜査機関・被害者(と称する人)・裁判所等と厳しい緊張関係の中に身を置

<sup>(19)</sup> 亀山継夫「刑事司法システムの再構築に向けて」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(有斐閣・1998年)3頁。

<sup>(20)</sup> 拙稿・前掲「刑訴法一部改正(迅速充実)で刑事訴訟手続はどう変わるのか」19頁。

くことである。従って、刑事クリニック履修学生が教員弁護士の弁護活動の補助を行い刑事手続に関与するという事は、履修学生において、否応なしに「人権」とは何かという問題と鋭く向き合い、同時に、法曹倫理の厳しさを経験することに他ならない。また、履修学生は、極限状況にある依頼人の為に何が出来るか検討し、悩み、前述した「被告人と履修学生との対話」で経験したように、彼や彼女の喜びや悲しみを体感し、共に笑い涙するのである。

履修学生の以下の感想は、クリニック活動がそのような体験であったことを物語っている。

「法科大学院の学生としての生活はある種恵まれた生活で、かつ、家庭や勉学に追われ非常に限られた人間関係の中での暮らしとなり、社会には多様な人がいるのは当然で頭ではわかっている、その現実直面したり想像することすらなく、この2年近くを過ごしてきました。そんな時、クリニックで受任した事件を通してでなければ知ることのなかった人たちと事件に至るまでのその人たちの人生の一端を知ることになりました。社会には苦しい生活でも必死に生き、思ってもいなかった逮捕・勾留等を耐え抜いている人たちがいることを目の当たりにし、自分の狭い考え方やもの見方を見直すきっかけとなったと思います。」

## V 展望

### 1 教員の資格・資質

これまで、本学学内刑事クリニックについて、履修学生の感想も交えた経験を踏まえ、その活動内容と教育としての意義を不十分ながら検討してみたが、その教育効果を十全に発揮するための不可欠の前提として、担当教員の資格・資質について考えてみたいと思う。

なお、以下に述べる諸点は、言うまでもないが、私がこれらの資格・資質を兼ね備えているという意味ではない。あくまで目標であり、今後の展望として記述するものである。

#### (1) 刑事弁護士としての実務経験 — 刑事実務に通暁していること。

司法制度改革審議会意見書が「法科大学院は、法曹養成に特化して法学教育を高度化し、理論的教育と実務的教育との架橋を図るものであるから、実務家教員の参加が不可欠である」としていることから(意見書68頁)、実務家教員に期待されていることは「理論と実務の架橋」に資する教育を実現することである。そして、クリニック教育は、現に法実務に携わることにより同時に教育を行うのであり、この「理論と実

務の架橋」を濃密に実現する可能性ある法学教育ということになる。

そこで、刑事クリニック担当教員は、自らの刑事弁護活動を通じて履修学生を教育するのであるから、まずは豊富な刑事弁護士としての活動歴があり、現行刑事実務に通暁していることが必要である。

#### (2) 理論的・教育的志向を有すること。

刑事クリニック活動は、履修学生に弁護活動の補助をさせ、事件処理を通して、刑事法教育を行うことを目的としている。担当教員は、前章で論じたように、事件処理の過程で直面する刑事法上の緒論点について、履修学生をリードしてその学習を促す必要がある。

従って、刑事クリニック担当教員は、現行実務に通暁しているだけでなく、刑事法理論・判例についても十分な識見を持つことは当然として、法の進化に資する解釈を展開する前提として、法制史・法理学・法社会学等の基礎法学や比較法学の素養を持ち、更に教育理論・方法の研究にも精励しなければならない。

その為には、常に、法理論的研究に努め、セミナー・FD等あらゆる機会を捉えて、積極的に研究者教員とのコミュニケーションを密にする必要がある。定期的に判例研究等の共同研究会を開催する等が有益と思われる。

#### (3) チャレンジ精神に富んでいること。

実務家は、自ら日常的に実行している活動について、肯定的に理解しがちであり、現に実施している実務を後進に伝授することだけで満足する傾向があることは否めない。

刑事法の分野においては「刑事司法の歴史は弁護権拡充の歴史であった」と言われるように、弁護権の拡充を求めて闘ってきた弁護士達の歴史がある。現在の弁護士も、過去から未来に連なる弁護権拡充の歴史のただ中にあることを、深く自覚しなくてはならない。そして、刑事クリニック担当教員は、この歴史的闘いに積極的に身を投じなければならないのである。

それが即ち、批判精神と創造力に富んだ21世紀の法律家を育成することに連なるからである。

#### (4) 学生に対する深い愛情を有すること。

最後に、最も大事な点を指摘しよう。クリニック教員だけでなく、全ての実務家教員に必須の資格・資質は、言うまでもなく、自らの後進を育てたいという熱意と学生に対する深い愛情を有していることである。

## 2 法務・検察の対応

先に記述したように、刑事クリニック履修中の法科大学院学生であっても、警察署は教員弁護士と共に被疑者・被告人と秘密接見することを認めない。未だ拘置所では試みていないが、聞くところによると同様の対応と思われる。私は、刑事クリニックを開講するに際して、拘禁施設がこのような対応をするであろうことは、ある程度予想していた。

しかし、私は、以下のような検察官の対応は、全く予想していなかった。現在、私は、さいたま地方検察庁の組織的対応により、刑事訴訟法第281条の4を根拠に「法科大学院の学生には開示記録のコピーを閲覧させない」旨を確約しない限り、受任した全ての刑事事件について、検察官から公判準備のために開示された事件記録の謄写を拒否されるという事態に至っている。これは、法務・検察による法科大学院刑事クリニック潰しの愚挙というしかない<sup>(21)</sup>。本稿では、この問題の詳細は避けるが、以下の点だけは述べておきたい。

即ち、司法制度改革審議会意見書が言うように(意見書61頁)、法科大学院が「司法試験という『点』のみによる選抜ではなく、法学教育、司法試験、司法修習を有機的に連携させた『プロセス』としての法曹養成制度」として、その中核的教育機関とされた趣旨からすれば、その教育内容・方法についても緊密な連携のもとに一体とし、かつ法科大学院を中心として、構築される必要があるというべきである。とりわけ、司法修習期間が1年間に短縮されたことから、従来司法修習が担ってきた実務教育は、法科大学院における臨床法学教育に移行させていかなければ、法曹養成教育として十分な教育がなし得ないことは明らかである<sup>(22)</sup>。

従って、司法修習と法科大学院教育とを峻別し、法科大学院生には事件記録を一切閲覧させないという結果を導く刑事訴訟法の解釈は、新たな法曹養成制度の趣旨を全く理解せず、今後のわが国の法曹養成教育の発展を著しく阻害するものと言わなければならない。「法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律」第3条も、国ないし政府の責務として「法科大学院における教育の充実並びに法科大学院における教育と司法試験及び司法修習生の修習との有機的連携を図ること」「法曹養成機関相互の協力の強化に必要な施策を講ずること」「法曹養成の施策を実施するため必要な法制

<sup>(21)</sup>高崎秀雄「開示証拠の目的外使用の禁止と法科大学院における教育との関係」法務総合研究所誌友会『研修[NO696]』31頁。

<sup>(22)</sup>新聞各紙は、9月28日最高裁が司法研修所の卒業試験で59期司法修習生1493人のうち107人が不合格又は合格留保となったと発表した、と報じた。これは司法修習における実務教育の破綻を示しているのではなかろうか。

上又は財政上の措置を講ずること」等を指摘している<sup>(23)</sup>。

本稿により、刑事クリニック活動が、刑事法教育として有効であり、法曹倫理と豊かな人間性の涵養の場としても最適であることは明らかになったと考える。

最後に、法科大学院関係者・法曹三者を始め全ての関係機関が、クリニック教育発展のため、そして21世紀の司法を支える法曹養成のために、共に手を携える時が一刻も早く訪れることを願って、本稿を閉じることとする。

## VI 資料

### 1 捜査・公判事件簿

#### 捜査事件簿(2006年(捜))

番号	受任日	種類	被疑者	罪名	逮捕日	勾留請求日	勾留場所	処分日・内容
1	1月25日	扶助	A	器物損壊・公務執行妨害	1月23日	1月24日	甲警察署	2月10日 起訴猶予
2	1月26日	私選	B	業務上過失傷害・道交 法違反	1月24日	1月26日	甲警察署	2月2日 略式罰金30万円
3	2月1日	扶助	C	詐欺未遂	1月20日	1月22日	乙警察署	2月10日 求令起設・詐欺
4	3月28日	扶助	D	傷害	3月26日	3月27日	丙警察署	4月14日 略式罰金30万円
5	3月29日	私選	E	傷害	3月26日	3月27日	丁警察署	4月14日 公判請求

<sup>(23)</sup> 中西一裕「法科大学院における臨床法学教育」日弁連法曹養成対策室『法曹養成対策室報 [第1号]』11頁。

本学は、9月20日さいたま地方検察庁に対し、ここに述べたことと同旨の「要請書」を提出して、私に対する記録謄写拒否の対応を改めるよう要請した。しかし、さいたま地方検察庁は、10月3日本学に対し、この要請には応じられない旨回答している。

## 公判事件簿(2006年(公))

番号	受任日	種類	起訴日	裁判所	被告人	罪名	判決日・内容
1	2005年 9月29日	私選	2005年 9月21日	さいたま地裁	F	傷害	3月24日 懲役1年、執行猶予3年(未 決勾留90日算入)
2-1	継続	国選	2月10日	さいたま地裁	C	詐欺	5月26日 懲役2年6月(未決勾留60日 参入)
2-2	継続	国選	3月29日	さいたま地裁	C	窃盗	
3	3月27日	国選	3月10日	さいたま地裁	G	道路交通法違反・有印私文 書偽造同行使	4月25日 懲役1年2月・執行猶予3年
4	継続	私選	4月14日	さいたま地裁	E	傷害	6月19日 懲役1年、執行猶予3年
5	5月16日	国選	4月21日	さいたま地裁	H	殺人(公判前整理手続)	公判継続中
6	5月10日	国選	5月1日	大宮簡裁	I	窃盗・占有離脱物横領	6月20日 懲役1年、執行猶予3年

## 2 履修学生の声

### ●学内刑事クリニックを履修して(昼間主・20代女)

#### (1) ヴァーチャルな世界からリアルな世界へ

クリニックを履修する前、私は刑法と刑訴法に対して何となく苦手意識を感じていた。学説や判例で議論されている問題の意味を具体的に理解できていない気がしていた。何がそんなに問題となるのか?それまで仮想事例や判例の中で検討した「論点」を、現実の世界で考えればもっとわかりやすくなるのではないか。このような思惑のもと、クリニックを履修することに決めた。

クリニックでは、当然だが、常に現実と向き合うことになる。まず、時間が気になるようになる。例えば、勾留期限、公判期日はいつか、それに伴って、何時どんな行動をとるか、どんな書面をいつまでに作成するか。そして、身体を拘束され、日常生活から突然切り離された被疑者・被告人が置かれている状況を考えるようになる。秘密接見を終えた萩原先生の言葉が、現実のものとして私達に迫ってくる。被疑者・被告人は今、このような状況に置かれ、このようなことを主張している。だとすれば、私達は何をすべきか。

#### (2) 「事実」の重み

準抗告、保釈請求、最終弁論などにおいて、何を主張するにも必要なのは、説得力のある論理とそれを基礎づける「事実」である。これは、試験における「規範の定立→あてはめ」というのに似ている。

ところで、クリニック活動で中心となった作業は、検察から開示された証拠を丁寧に検討し、被疑者・被告人や関係者から聞き、そこから被疑者・被告人に有利・不利になる「事実」を抽出することであった。クリニックを続けていると、この「事実」の重要性を実感するようになる。裁量保釈が認められたときは特に、判決を聞くときはいつもそうであった。そのようなわけで、自然と員面調書や検面調書に現れる表現に敏感になっていったし、関係者との打ち合わせの際も注意深く話を聞くようになっていった。

また、裁判所が検討する「事実」には事件そのものに関する事柄だけでなく、事件発生後、弁護人が弁護活動の中で積み上げてきたものも含まれる。例えば、反省の情や身柄引受けの約束など。このようなことは、ヴァーチャルな世界における勉強ではあまり見えてこない。

#### (3) 読み手・聞き手を意識するという事

クリニックではさまざまな文書を起案した。これらの文書の目的は、結局、裁判官

を説得するところにあると思ったので、起案の際は、常に裁判官の判断を意識した。どのような論理で、どのような事実があれば納得するか、似たような事案を扱った判例はないか、あればどんな判断をしているか。

自ら起案した文書が先生に採用されれば、自分の主張に対する裁判所の判断を直接知ることができる。だから、採用されたと知ったときは、自分の考えた主張について、裁判所がどのような判断をするのか楽しみであった。しかし、自分の主張がことごとく退けられていくのを聞いて寂しい気持ちになったのも事実である。

#### (4)最後に

クリニック活動を通して、自分の中にいろいろな変化が起きていることに気づいた。まず、だんだん「被疑者」、「被告人」と抽象化して本人を呼ぶことに抵抗を覚えるようになった。被疑者・被告人も1人の人間であり、いろいろな事情を抱えていることを意識するようになったからかもしれない。そして、いままで無味乾燥であった学説の議論や事例が生き生きとしてきた。それは、クリニックで扱った事件が私の理解を助けてくれているからだと思う。

クリニックで、自分以外の学生の考えを聞くのはとても面白かったし、刺激になった。また、萩原先生が、刑事弁護をする上でいろいろなチャレンジをされていること、被告人を初めとして、聞く人の心の琴線に触れるような弁論をされることを知った。このことは、刑事弁護を考える上で大いに勉強になった。

#### ●学内刑事クリニック履修の感想(夜間主・40代男)

##### (1)履修前の期待と実際

履修前、クリニックに期待していたのは、「実際の事件に触れて、弁護士の生の活動を体験すること」でした。一方で、クリニック活動自体が刑法や刑事訴訟法の(とりわけ司法試験を意識した)勉強の役に立つかどうかについては、あまり期待していませんでした(期待して裏切られても嫌なので)。特に、刑法については、教科書に書かれているような、言い方は悪いですが「ありそうもない事態を想定した理論的な議論」が、実際の事件で問題になるとはとても思えませんでした。

実際にやってみると、「実際の事件に触れて、弁護士の生の活動を体験すること」は当然期待通り(かそれ以上)に満足されましたし、刑事実体法・手続法の学習にとっても役に立つことがわかりました。どのように役に立ったか、以下に整理してみます。

##### (i) 条文や基本書を読む。

先生がリードして下さったこともありますが、事件に対する対応を検討するにあ



たつて、条文や基本書を自然に読むようになりました。

実際の事件では、事件の進展状態に応じて、「今、何をしなければならないか」ということがあり、多くの場合、それは法律の規定に従って手続を踏む必要がありますので、どのように手続が規定されているかを知らなければなりません。そこで、ごく自然に六法を開いて条文を探し、その条文がどのように理解されているのかをコメントールで確認し、その手続の周辺にどのような議論がされているかを基本書でチェックする、という習慣ができました。

実体法についても、依頼人たる被疑者・被告人の利益を最大限に図るためには、裁判所にしてもらいたい認定がなされるように、実体法上の構成を考えなければなりませんので、同じように六法、コンメ、基本書を開くようになりました。

実体法・手続法のどちらにも言えることですが、裁判所がどう処理するかを無視しては被疑者・被告人の利益は図れませんので、判例・実務がどうなっているかも当然に調べるようになりました。

#### (ii) 事実に着目する。

事件に取り組む場合、捜査機関の収集した資料への依存がどうしても多くなります。また、被疑者・被告人から話しを聞こうにも、身体拘束されている場合(ほとんどの場合がそうですが)、ロー生は秘密接見を認めてもらえない実務となってしまっているため、先生が秘密接見した内容を聞くしかなく、被疑者・被告人の生の声を聞くことはできません。

そこで、調書を読んだり、先生からの話しを聞いて、どのような事案なのかを自分の中でイメージしていくこととなりますが、この作業は、司法試験で求められる「事例を読んで問題に取り組む」ことと重なり合うものだと思います。しかも、試験と実際の事件とでは、不必要な情報が混在している比率がまったく違いますし、事件では解答が存在するように作られているわけでもなく、ヒントが隠されているということもありません。そこで、調書等を読んで「何かないか」と考えていくことになり、些細な記述にも注意を向けるように訓練されていきました。

#### (iii) 根拠づけ・主張の構成を考え、文章化する。

事件では、「被疑者・被告人の身体拘束を解く」とか「被疑者が不起訴になるようにする」とか「被告人が無罪に、それが無理なら執行猶予に、それも無理ならできるだけ軽い刑に、なるようにする」といった弁護活動の目的の達成に向けて、いろいろな手段を考えますが、いずれにしてもその根拠をきちんと示し、論理的な主張が構成で

きるようにしなければなりません。この作業は試験問題への向き合い方と共通する部分が多いと思います。

試験で「罪責について事実を示して論ぜよ」と問われるようなケースは典型的ですが、事件ではまさにそれを実践し、申立書や弁論の起案をすることで実際に文章に起こしますので、かなりの訓練になったと思います。

## (2) 履修の負荷・面白さ

履修の負荷は、一週あたり「セミナー2時間、その他6時間」ですが、セミナーは土曜の1限に出席することで満たされますし、扱っている事件が公判となれば、公判の傍聴とその後のミーティングで1時間や2時間はすぐに充足しますし、さまざまな書面の起案と、その起案をするための記録読みや基本書チェック等を必然的にしますので、自然に上記時間要件は満たしてしまいます。

そうした活動が「大変か」という点ですが、「自然に」と書いたとおり、負荷がきつと感じたことはありませんでした。先生も、各学生が異なる事情を抱えていることに相当の配慮をさせていただきますし、先に書いたとおり、活動自体が司法試験の勉強の役に立ちますので、負荷の心配は不要だと思います。

面白いか、という点については、自信を持って「然り」とお答えできます。弁護士になろうというのですから、クリニック活動が面白いと思えないようなことはあり得ないと思います。

特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## 情報公開クリニックの実践と展望

近藤卓史

---

I	はじめに.....	156
II	クリニックの実施.....	157
III	クリニックの成果.....	159
	情報公開請求一覧表.....	162

---

## I はじめに

2006年1月から6月まで(06年度前期) 開講された情報公開クリニックの活動について報告する。

情報公開クリニックは、情報公開という分野についての個別クリニックであり、法科大学院の中で大宮法科大学院に唯一設置されたクリニックである。

比較的多く情報公開訴訟に携ってきた私と、法廷メモ訴訟<sup>(1)</sup>の原告であり、アメリカ情報自由法(Freedom of Informarion Act 「FOIA」)の研究者でもあるローレンス・レベタ教授と2人でこのクリニックを担当した。

クリニックは、法科大学院開校によって、はじめて行われるものであり、しかも民事、刑事クリニックは、明確な形で依頼者(ないし被疑者、被告人)が存在し、実際の依頼者等から相談をうけ、現実の事件を扱いながら学生を教えるという臨床教育が可能であるが、情報公開という限られた分野で、これをどのように実践できるのか、開講するにあたって教える側も試行錯誤で行わざるをえないと考えていた(情報公開訴訟=行政訴訟となる事案については民事クリニックと同様のことが行えるが、民事、刑事と較べて事件数が限られているという制約があり、他方情報公開という誰でもが利用でき、かつ法律家にとっても有用な制度の特色を生かした教育も可能ではないかという考えもあった)。

レベタ教授と私とで、クリニックを始めるにあたって、とりあえず次のような方針をたてた。

学生に現実の情報公開制度(国、地方自治体、アメリカの制度を含む)を利用させる。現実の利用によって制度の仕組みを理解し、その有用性を認識させる(弁護士業務における情報収集手続としても有用であることを確認させる)。また請求行為によって行政の対応を身をもって体験することにもなる。そして学生が請求し非公開処分をうけたものについては、行政上の不服申立の可否を検討し、可能であれば行政上の不服申立を行い、行政処分、行政争訟の仕組みを理解する入門とする。学生自らが請求する他、情報公開に関する相談者からの相談をうけ、係属中の情報公開訴訟にも関与し、訴訟実務にもふれさせる。

これを整理し、授業計画は以下のとおりとした。

### (1) 情報公開制度(日本・アメリカ)についての検討

<sup>(1)</sup>最高裁判平成元年3月8日判決(民集43巻2号89頁)。同判決により、日本の法廷でも傍聴人は原則として自由にメモをとることができるようになった。

- (2) 情報公開訴訟既存ケースの検討
- (3) 情報公開制度の利用の実践
  - ① 研究テーマの選定
  - ② 現実の情報公開請求
  - ③ 公開文書及び非公開文書の検討
  - ④ 非公開処分に対する行政上の不服申立の検討
  - ⑤ 不服申立書、反論書の作成、審査会における意見陳述等不服申立手続の履践
  - ⑥ 答申、裁決の検討
  - ⑦ 情報公開請求訴訟の可能性の検討
  - ⑧ 情報公開請求の経緯も含めた研究結果の報告
- (4) 情報公開請求者からの相談、書類作成
- (5) 非公開処分をうけた情報公開請求者からの相談、行政上の不服申立、訴訟

なお、情報公開クリニックは実施期間は1月14日から6月30日(24週)、必要履修時間は、隔週1回2時間のセミナーを含めて週4時間(計96時間)、単位は2単位(民事、刑事クリニックの半分)である。

## II クリニックの実施

クリニックの実施にあたって、まず現実の公開実例等情報公開に関する各種資料を配布し、当初の1カ月は集中的にセミナーを行い、情報公開制度のイメージを掴んでもらい、このいわば助走期間中に、学生各自が研究テーマを選定し、その後現実の情報公開請求を行うこととした。これと並行して、すでに係属中の情報公開訴訟の弁護団会議に参加することとした。

クリニックの具体的な実施内容は以下のとおりである。

**1月14日** 全体クリニックガイダンス 情報公開に関する資料<sup>(2)</sup>を配布し、授業計画についての説明。

**1月24日(セミナー)** レベタ教授によるアメリカ情報自由法(FOIA)の解説、日本の

<sup>(2)</sup>次の資料を配布した。

「使ってみよう情報公開法」情報公開クリアリングハウス編

「情報公開100の事例」情報公開クリアリングハウス編

「情報公開ナビゲーター」抜粋、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編、花伝社

「これでいいのか情報公開法」抜粋、中島昭夫、花伝社

「実例でみる公文書の訴訟活用術 — 文書提出命令と情報公開 —」抜粋、大阪弁護士会情報問題対策委員会編

情報公開法との比較。

**2月3日(セミナー)** 特定非営利活動法人情報公開クリアリングハウス三木由希子室長による情報公開制度の活用についての講演、質疑応答。

**2月10日(セミナー)** 私が担当した埼玉県都市計画地方審議会議事録公開請求訴訟<sup>(3)</sup>、東京都環境影響評価審議会議事録公開請求訴訟<sup>(4)</sup>の解説。

**2月21日** 原告特定非営利活動法人気候ネットワーク、被告国の情報公開訴訟(気候ネットワーク訴訟<sup>(5)</sup>)の原告弁護団会議参加。原告準備書面の検討及び書証作成のための調査の課題。

**2月24日(セミナー)** 学生各人の情報公開請求案に基づいて検討、討議。

この日以降各人が現実に情報公開請求を開始する(各人の請求は後記情報公開請求一覧表のとおり)。

**3月14日** 気候ネットワーク訴訟原告弁護団会議参加。原告準備書面の検討及び前回課題の検討。

**3月15日(セミナー)** 各人の情報公開請求の経過について質疑、検討、討議。

**3月27日** 相談事件として、情報公開クリアリングハウス三木室長から①東京都の新市場建設事業に関するPFI導入可能性調査報告書非開示の件(PFI事件)、②日本原子力研究開発機構の清掃等契約の予定価格等非開示の件(原研事件)の事案説明をうける。

PFI事件は行政上の不服申立、原研事件は訴訟を前提とする相談。

**4月3日(セミナー)** PFI事件、原研事件についての課題の検討。PFI事件については異議申立することを決定し、異議申立書を起案することにする。原研事件については、訴訟を行う場合想定される問題についての意見書を作成することにする。

各人の情報公開請求の経過について質疑、検討、討議。

**4月15日(セミナー)** 独立行政法人大学入試センターの開示決定(一覧表F②)を材料に情報公開法と著作権法との関係について議論。

<sup>(3)</sup>浦和地裁昭和59年6月11日判決(判例時報1120号3頁)。

<sup>(4)</sup>東京地裁昭和63年2月23日判決(判例時報1264号23頁)、東京高裁平成2年9月13日判決(判例時報1362号26頁)。

<sup>(5)</sup>私と同じ法律事務所に所属する弁護士が受任していた事件であり、同弁護士及び原告の特定非営利活動法人気候ネットワークの了解を得たうえで、弁護団会議に参加。

事案は、関東経済産業局長等に対して、エネルギーの使用の合理化に関する法律11条に基づく定期報告書の開示を請求したところ、法人情報(情報公開法5条2号)に該当するとして一部の事業所について不開示処分を受けたことについて、国を被告として取消訴訟及び開示の義務付け訴訟を提起したもの。

各人の情報公開請求の経過についての質疑、検討、討議。

**5月11日** 相談事件としてのPFI事件について、異議申立書を完成させ、相談者名で異議申立をしてもらう。

**4月21日** 原研事件について、相談者から直接事情を聞き、学生が作成した意見書をもとに、訴訟をする場合問題になる点について、相談者とともに検討。

同日(セミナー) 各人の情報公開請求の経過についての質疑、検討、討議。

**5月13日(セミナー)** 「目黒東山住宅に関する情報」についての関東財務局長の部分開示決定(一覧表D②)を材料に、行政不服審査法上の論点についての議論。この件については審査請求することを決定し、審査請求書を起案することにする。

各人の情報公開請求の経過について質疑、検討、討議。

**5月27日(セミナー)** 「サハリン石油天然ガス開発事業に関する情報」についての国際協力銀行の部分開示決定(一覧表A②)について異議申立の可否検討。異議申立をすることを決定し、異議申立書を起案することにする。

各人の情報公開請求の経過について質疑、検討、討議。

**6月10日(セミナー)** 学生が請求した大学入試試験問題の採点基準を示す文書が開示となったことから(一覧表F⑧)、各種試験問題・解答用紙の公開請求についての従前の判例・答申の検討。「サハリン石油天然ガス開発事業に関する情報」についての国際協力銀行の部分開示決定(一覧表A②)についての異議申立書検討。青山ヘリポートに関する情報(レペタ教授請求)についての東京都知事の不開示決定について不服申立の可否の検討。異議申立書を起案することにする。

**6月13日** 「目黒東山住宅に関する情報」についての関東財務局長の部分開示決定(一覧表D②)に対し審査請求申立。

**6月24日(セミナー)** 各人の情報公開請求の経過について質疑、検討、討議。

**7月7日** 「サハリン石油天然ガス開発事業に関する情報」についての国際協力銀行の部分開示決定(一覧表A②)に対し異議申立。

**8月4日** 各人情報公開請求に関する最終報告書提出。

### III クリニックの成果

学生は学期中、自らの選定した研究テーマに基づき、後記情報公開請求一覧表のとおり、各自2件から13件の情報公開請求をした。情報公開法(独立行政法人情報公開法を含む)、情報公開条例に基づく請求の他、裁判所の保有する司法行政文書の開示に関する事務の基本的取扱について(平成13年3月29日最高裁総1第82号事務総長依命通

達)による請求(一覧表B③④、F①)、さらにはレベタ教授の指導のもとFOIAによる請求(一覧表E⑤⑥)もある。

正式な請求に対する開示としてではなく、任意提供された文書もあるが、正式な開示、部分開示、不開示もある。不開示となった文書のうち5件(一覧表A②③④⑤、D②)については行政上の不服申立(異議申立、審査請求)をした(但し一覧表A③④⑤については申立自体は学期終了後)。

受講学生が6名と少なかったこともあり、原則として全員が各人の請求状況を共有するようにし、毎回のセミナーにおいて、経過等を発表させ、個別の問題について、全員で議論した。

学生が選定した研究テーマは多岐にわたり、私が学生から教えられることも多くあった(一覧表A①~⑥)サハリン石油天然ガス開発事業に関する情報について、請求当時この開発事業は社会的にさほど知られていなかったが、学期終了後の9月にロシア政府がこの開発事業の認可を取消したことから、社会的に大きく耳目を引く事案となった<sup>6)</sup>という例もある)。開示された情報をリサーチペーパー<sup>7)</sup>の資料とした学生もいる。

そして争訟事件については、次のとおり関与した。

#### (1) 訴訟 気候ネットワーク訴訟

弁護団とともに、準備書面の検討及び書証作成のための調査。また結審間近であったことから、全事件記録を読ませて判決(要旨)の起案をさせた。

#### (2) 行政上の不服申立

① PFI事件(相談事件) 異議申立書起案。

② 青山ヘリポートに関する情報不開示の件(相談事件) 異議申立書起案。

③ 目黒東山住宅に関する情報不開示の件(学生請求事案、一覧表D②) 審査請求書起案。

なお学期終了後に担当学生が処分庁の弁明書(行政不服審査法22条)に対する反論書(同法23条)起案。

④ サハリン石油天然ガス開発に事業関する情報不開示の件(学生請求事案、一覧

<sup>6)</sup>2006年9月19日付朝日新聞朝刊1面で、ロシア天然資源省が、日本の大手商社が出資するロシア・サハリン州の石油・天然ガス開発プロジェクト「サハリンII」に与えた開発許可を取消す決定をしたことが大きく報じられた。同プロジェクトの事業主体に国際協力銀行が融資をしていることから、同銀行に対し関連する情報を公開請求していた。

<sup>7)</sup>展開・先端科目として1単位が与えられる。



表A②) 異議申立書起案。

なお同事件については、学期終了後の9月に異議申立が認められ、不開示処分が取消されて、文書が開示された。

また学期終了後に担当学生が一覧表A③④⑤についても異議申立書起案。

(3) その他 原研事件(相談事件)については、意見書作成のみで、訴訟には関与しなかった。

学生がこのクリニックのために稼動した平均時間は約90時間であり、情報公開請求の経過を含めて、全学生に最終報告書を提出させた。

各人が情報公開制度の仕組みを理解し、その有用性を十分認識し、また窓口等で担当者とやりとりをして、行政の対応を身をもって体験したことはまちがいない。情報公開法についての理解だけでなく、関連して行政不服審査法、行政訴訟法の理解も進んだ。

行政争訟実務に関わる度合はあまり多くはなかったが、行政上の不服申立手続がどのように進行するのか、行政訴訟としての情報公開訴訟がどのように進行していくのか、そして争訟手続において当事者がどのように主張を積み上げていくのか、その最低限の経験はできたのではないかと思う。

学生請求事案で行政上の不服申立をしたものについては、学期内に手続が終わらず、当初予定していた不服申立手続における意見陳述等の機会がなかったことは残念だが、各事件は、06年度後期の受講学生の履修材料となっている。

私としては、まだこのクリニックにおける成果というものを整理できていない。整理できていないうちに次の06年度後期の受講学生のための準備に迫られている状況である。ただ少なくとも、今回の受講学生全員がこのクリニックの経験により、将来情報公開制度を積極的に活用し、また行政争訟というものに違和感なく取組む素養を得てくれたのではないかと自己評価している<sup>(8)</sup>。

私としては、今後より有益なクリニックとして整備、発展させていきたいと考えている。

以上、試行錯誤しながらの全国唯一の情報公開クリニックの活動報告とさせていただきます。

---

<sup>(8)</sup>「6カ月間の情報公開クリニックを振り返って」ロースクール研究No.3(2006年10月)192頁以下に受講学生の感想が掲載されている。

## 情報公開請求一覧表

	文書	請求先	開示・非開示	備考
A	① サハリンエナジー社の河川横断計画に関する文書の改訂版についてのレポート	国際協力銀行	開示	
	② 添付の日経テレコム記事6枚に記載の北海道・知床半島の海岸の海鳥の死骸が大量に発見された事件に関して国際協力銀行内で作成された文書及び同国際協力銀行と第三者の間で交わされた文書	同上	部分開示	異議申立
	③ サハリンI石油・天然ガス開発事業に関する環境影響評価(EIA)	同上	ロシア語版開示(英語版・日本語版不 存在)	英語版・日本語版不 (不存在)につ いて異議申立
	④ サハリンI石油・天然ガス開発事業に関し、国際協力銀行とサハリン石油ガス開発株式会社との間で交わされた融資契約に関わる一切の文書	同上	不開示	異議申立
	⑤ サハリンII石油・天然ガス開発事業に関し、国際協力銀行の前身である日本輸出入銀行とサハリンエナジー社との間で1997年に締結された第I期工事(フェイズI)向け融資契約書	同上	不開示	異議申立
	⑥ サハリンII石油・天然ガス開発事業に関し、ヨーロッパ復興開発銀行(EBRD)が以下の日程、開催地で開催したパブリックミーティングに参加した国際協力銀行担当者による同ミーティングについての報告書。2006.2.28 ロンドン、2006.3.14 モスクワ、2006.3.20 ノグリキ、2006.3.23 ユジノサハリンスク、2006.3.24 コルサコフ、2006.4.10 札幌	同上	部分開示	
	⑦ 国宝法隆寺西室文殊菩薩盗難事件に関する文書	文化庁	任意提供	
	⑧ 2006年11月に文化庁が出した重要文化財の防犯対策強化についての通達	同上	任意提供	
B	① JETプロジェクトについての採用選考基準	外務省	不開示	
	② JETプログラムについての年間経費	文部科学省	任意提供	

	③ 司法研修所における法曹倫理教育の内容と歴史的推移がわかる文書	最高裁判所	開示	裁判所の保有する司法行政文書の開示に関する事務の基本的取扱について(平成13年3月29日最高裁総1第82号事務総長依命通達)による
	④ 家庭裁判所調査官の少年事件における調査内容の概略がわかるための文書	最高裁判所	開示	同上
	⑤ 2005年度群馬大学医学部入学試験の合否選考の面接試験の基準を示す文書(筆記試験と面接試験の配点及び面接において評価の対象となる項目等を含む)	国立大学法人群馬大学	不開示	
C	① 1998年1月WHO第101回理事会での健康の定義にスピリチュアルな側面を加える提案に対して、日本の対応を検討するために行われた審議会等の議事録(99年3月の厚生科学審議会、4月の同審議会研究企画部会)	厚生労働省	任意提供	
	② 厚生労働省はWHOが2001年に提唱した新しい障害の分類方法(ICF)をケアマネージャーの研修などで奨励しているが、ICFで「活動と参加」の中に含まれる「宗教とスピリチュアリティ」について、日本に導入するときどのように位置づけられたのか、またどのように位置づけたらよいのかという議論に関する情報	厚生労働省	文書の範囲の特定を求められ、取下げ	
	③ 平成6年3月から平成7年3月にかけて東京都人事委員会で行われた、管理職選考実施要綱に、日本国籍の要件が受験資格として新たに明記されるに至った会議の議事録	東京都人事委員会	部分開示	
	④ 2005年2月の出入国管理及び難民認定法第7条第1項第2号の基準を定める省令の一部改正(2005年2月)に至るに至った経緯を示す議事録と全資料	法務省	部分開示	

D	①	地球温暖化対策の推進に関する法律の一部を改正する法律案各省協議の過程で経済産業省から提出された意見とそれに対する環境省からの回答	環境省	開示	
	②	目黒東山住宅(公務員住宅)の間取り、入居審査基準、家賃等	関東財務局	部分開示	審査請求
E	①	アスベスト関連会社(製造会社、取引会社)の一覧	厚生労働省	任意提供	
	②	「特定化学物質など障害予防規則」の1975年改正作業における審議会等の議事録	厚生労働省	不存在(取下げ)	
	③	1986年11月25日の嘉手納飛行場の基地補給6号倉庫の屋外貯蔵で移動中のPCB入りトランスからPCBがもれた事故に係る防衛施設庁が行った調査や対策等について記載された文書	防衛施設庁	不開示(不存在)	
	④	米軍施設毎の基地に起因する土壌汚染、水質汚濁等自然破壊の状況、対策経費の額、調査の状況がわかる資料(平成15年から平成18年)	防衛施設庁	開示	リストのみ開示(詳細の請求先は各基地が存在する地方局)
	⑤	普天間基地の土壌汚染や環境破壊に関する一切の資料	U.S.海軍	2006年10月31日現在未回答	FOIAによる請求
	⑥	横田基地の土壌汚染や環境破壊に関する一切の資料	U.S.空軍	開示	FOIAによる請求
F	①	司法修習生の兼業許可についての申出件数、許可件数、許可された基準がわかる文書(平成12年度から平成17年度まで)	最高裁判所	不存在	B③と同じ
	②	平成17年度法科大学院適性試験追試験の問題及び解答	独立行政法人大学入試センター	開示	
	③	平成17年度法科大学院適性試験追試験の実施結果の概要(受験者数、平均点、最高点、最低点、標準偏差等)を示す文書	独立行政法人大学入試センター	開示	
	④	平成16年度法科大学院適性試験追試験の実施結果の概要(受験者数、平均点、最高点、最低点、標準偏差等)を示す文書	独立行政法人大学入試センター	開示	

⑤	法制審議会人名用漢字部会第1回(平成16年3月26日)から第7回(平成16年8月25日)までの議事録にて言及されている事務局配布資料(資料番号1から30まで)の一切(漢字データベース等)	法務省	開示	
⑥	公益通報者保護法案に関して平成15年12月10日から平成16年1月21日までの期間にポシュされたパブリックコメント85件の内容、傾向等にかかわる文書	内閣府(国民生活局)	任意提供	
⑦	平成18年2月に実施された前期入学試験において、数学の採点後の素点と合否との相関関係(文科・理科各類別)を知ることができるような文書	国立大学法人東京大学	不開示	
⑧	平成18年2月に実施された前期入学試験の数学(理科6題・文科4題)についての採点基準を示す一切の文書	国立大学法人東京大学	不開示	
⑨	「新司法試験における採点及び成績評価等の実施方法・基準について」(平成17年11月16日新司法試験考査委員会議申合せ事項)の作成に至る意思決定過程を示す議事録等一切の文書	法務省	開示	
⑩	平成18年5月20日から23日までに行われた新司法試験論文式試験問題(公法系・民事系・刑事系および選択科目)の採点基準を示す一切の文書	法務省	同上	上記⑨の請求に含まれるものとして処理される
⑪	平成18年度法科大学院適性試験追試験の問題及び解答	独立行政法人大学入試センター	開示	
⑫	平成18年度法科大学院適性試験追試験の実施結果の概要(受験者数、平均点、最高点、最低点、標準偏差等)を示す文書	独立行政法人大学入試センター	開示	
⑬	①会計検査院法35条に基づく審査要求の件数およびその処理状況(却下、是正判定、是正不要判定の件数およびこれらにかかる通知書)がわかるような文書。平成13年度以降について。②会計検査院法35条の「利害関係人」の基準を示すような文書	会計検査院	部分開示	



特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## クリニック資料

---

大宮法科大学院大学クリニック実施要領	168
1 目的	168
2 学生の適格性	168
3 指導担当者の適格性	168
4 事件関与	168
5 単位と稼働時間	169
6 成績評価を受ける資格	169
7 同時履修の禁止	169
8 その他	169
秘密保持誓約書(法律相談クリニック)	170
秘密保持誓約書(正規クリニック)	171
大宮法科大学院大学クリニック法律相談についての説明書	172
承諾書	173
刑事クリニックに関する説明書兼承諾書	174
日報	175

---

## 大宮法科大学院大学クリニック実施要領

### 1 目的

本学は、クリニックを実施するに際し、関係者の権利・利益を害することなく、効果的な実務教育を実施することを目的として、本実施要領を制定する。

### 2 学生の適格性

学生がクリニックを履修するには、以下の要件を満たさなければならない。

(1) 各クリニックに応じて次の科目を履修していること。

① 民事クリニックについては、専門職責任、法情報調査・法文書作成、民事訴訟実務。

② 刑事クリニックについては、専門職責任、法情報調査・法文書作成、刑事訴訟実務。

③ 情報公開クリニックについては、専門職責任、法情報調査・法文書作成。

(2) 守秘義務を遵守する旨の誓約書を学長に提出していること。

### 3 指導担当者の適格性

指導担当者の要件は以下とする。

(1) 5年以上の実務経験を有する弁護士で、指導担当者として適任であること。

(2) 学生の行為によって生じた損害を填補し得る賠償責任保険に加入していること。

### 4 事件関与

(1) 対象事件は、指導担当者が相談を受けた事件及び受任した事件とし、学生は名目の如何を問わず、報酬を請求し、又は受領してはならない。

(2) 学生は、指導担当者の補助者として、指導担当者の弁護活動に立ち会うと共に、事件処理に必要な法文書を作成する。

(3) 指導担当者は、学生を指導・監督し、学生の行為については全て指導担当者の責任とする。

(4) 指導担当者は、前2項について、相談者・依頼者・被疑者・被告人の同意を得なければならない。

(5) 指導担当者は、学生の立ち会いについて、必要に応じ関係者の同意を得る。

(6) 情報公開クリニックについては、学生は、指導担当者の指導・監督の下で、当事者として、行政機関への申立書の作成、口頭意見陳述等事件処理に必要な行為ができるものとする。



## 5 単位と稼働時間

- (1) 民事クリニック及刑事クリニックは、4単位(セミナー2時間を含め週平均8時間)とする。
- (2) 情報公開クリニックを2単位(セミナー1時間を含め週平均4時間)とする。

## 6 成績評価を受ける資格

### (1) 民事クリニック及び刑事クリニック

① セミナーに4分の3以上出席を要する。但し、やむを得ない事情により定期のセミナーに出席できず、その代替措置を担当教員が承認した場合には、出席として扱うことも可とする。

② セミナー以外の全稼働時間(週6時間で算定)の4分の3以上の稼働を要する。但し、1ヶ月間の稼働時間につき、30時間を超えて稼働しても超えた稼働時間は上記に算定されない。

(2) 情報公開クリニック 上記①は同様であるが、②の稼働時間は、上記の半分とする。

## 7 同時履修の禁止

同一学期中の複数クリニックの同時履修は認めない。

## 8 その他

- (1) 学長は、必要と認める関係機関に対し、クリニックの教育目的と運用について、理解と協力を得られるよう努める。
- (2) 学生の守秘義務違反については、別途規定する学内規則において処分する。

## 秘密保持誓約書

平成 年 月 日

大宮法科大学院大学 御中

住 所 〒 -

氏 名 ㊦

私は、大宮法科大学院大学(以下「本学」といいます)の法律相談クリニック(以下「本法律相談」という)に参加するにあたり、下記のすべての事項を厳守することを誓約します。

1. 私は、本法律相談の過程において知りえた公知の知見及び知識を除く一切の情報、知識(以下「秘密情報」という)の秘密性を十分理解しており、秘密情報の秘密を厳格に保持し、如何なる第三者にも秘密情報を漏洩、開示又は公示したりしません。

2. 私は、秘密情報を含む書面その他の如何なる媒体をも複製、譲渡、貸与したり本学外に持ち出したりしません。

3. 私は、秘密情報を本法律相談の目的以外の目的には使用しません。ただし、別途目的を明示した上で本学の明示の書面による許諾を受けた場合はこの限りではありません。

4. 私は、本法律相談の終了後といえども秘密情報が公知の知見、知識とならない限り秘密情報についての秘密保持義務を保持します。

5. 私は、本学から秘密情報の返還又は破棄の指示があった場合には、書面その他の媒体を通じて開示された秘密情報(その複製物及び要約を含む)とともに、速やかに本学に返還又は破棄します。

6. 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、本学に生じた一切の損害、損失、費用(弁護士費用を含む)等を本学に対して賠償する責任を負います。

7. 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、本学における退学処分を含む懲戒処分の対象となることがあることを十分に理解しています。

## 秘密保持誓約書

平成 年 月 日

大宮法科大学院大学 御中

住 所 〒 -

氏 名 ㊦

私は、大宮法科大学院大学(以下「本学」といいます)のクリニックを履修するにあたり、下記のすべての事項を厳守することを誓約します。

1. 私は、クリニック履修の過程において知りえた公知の知見及び知識を除く一切の情報、知識(以下「秘密情報」という)の秘密性を十分理解しており、秘密情報の秘密を厳格に保持し、如何なる第三者にも秘密情報を漏洩、開示又は公示したりしません。

2. 私は、秘密情報を含む書面その他の如何なる媒体をも複製、譲渡、貸与したり本学外に持ち出したりしません。

3. 私は、秘密情報をクリニック履修の目的以外の目的には使用しません。ただし、別途目的を明示した上で本学の明示の書面による許諾を受けた場合はこの限りではありません。

4. 私は、クリニック履修の終了後といえども秘密情報が公知の知見、知識とならない限り秘密情報についての秘密保持義務を保持します。

5. 私は、本学から秘密情報の返還又は破棄の指示があった場合には、書面その他の媒体を通じて開示された秘密情報(その複製物及び要約を含む)とともに、速やかに本学に返還又は破棄します。

6. 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、本学に生じた一切の損害、損失、費用(弁護士費用を含む)等を本学に対して賠償する責任を負います。

7. 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、本学における退学処分を含む懲戒処分の対象となることがあることを十分に理解しています。

## 大宮法科大学院大学 クリニック法律相談についての説明書

大宮法科大学院大学  
学長 住吉 博

### 大宮法科大学院大学法律相談大宮クリニックとは

大宮法科大学院大学(以下本学といいます)の教育プログラムの一環として皆様の法律問題に関する相談を無料で受けるものです。学生も同席し、相談を受け、意見を述べるがありますが、相談を担当するのは本学の教員である弁護士またはクリニック運営に協力する弁護士です。

### 相談内容に責任を持つのは

相談を担当した個々の弁護士です。学生及び本学は事件についての個別アドバイス等については責任を負いません。また、本クリニックではご相談をお聞きしてアドバイスをするのみで、原則として事件として受任することはいたしません。

ただし、ご相談の結果弁護士に依頼することが必要と考えられ、あなたが依頼を希望されるときは、相談を担当した弁護士がその判断により個別に有料で事件を受任することもあります。しかし、これは担当弁護士とあなたとの契約であり、この場合、本学はその事件受任には一切関与いたしません。弁護士費用については事件を依頼した弁護士にお尋ねください。

### あなたのプライバシーは

弁護士は法律上守秘義務を負っていますし、また、学生も本学に対して厳格な秘密保持の誓約をしていますので、あなたの秘密を漏らすことはありません。

大宮法科大学院大学  
学長 住吉博 殿

## 承 諾 書

私は、大宮法科大学院大学の法律相談クリニックの趣旨につき説明書の交付を受け、その趣旨を理解しました。

私は、大宮法科大学院大学の法律相談クリニックにおいて同大学の教員若しくは協力弁護士による法律相談を受けるのに際して、同大学の学生が弁護士の同席及び指導監督の下で相談に立ち会い、事情を聴き、意見を述べることを承諾します。

年 月 日

氏 名 \_\_\_\_\_ ㊟

## 刑事クリニックに関する説明書兼承諾書

あなたのご依頼を受けるにあたって大宮法科大学院大学の刑事クリニックについて基本的な事項を説明申し上げます。

1 刑事クリニックは、大宮法科大学院大学の正規の履修科目であり、履修学生に刑事弁護実務を研修させることを主たる目的とするものです。

2 あなたのご依頼を受ける弁護人は、弁護士資格を有する大宮法科大学院大学の教員弁護士であり、学生は、教員弁護士の補助者として弁護活動の一部を分担しますが、すべて教員弁護士の指導・監督に基づくものであり、学生は教員弁護士の指導・監督に服します。

3 弁護人たる教員弁護士があなたに対して守秘義務を負うことは勿論ですが、補助者の学生も弁護人と同じ守秘義務を負います。学生がこの守秘義務に違反したときには、退学処分その他重い懲戒処分を受けることになっています。

4 弁護活動に関する最終的な責任は、学生の活動に関するものも含めて、すべてあなたの弁護人である教員弁護士に帰属します。

5 教員弁護士や学生の弁護活動について、あなたから直接報酬をいただくことはありません。

以上の説明をご理解いただけましたでしょうか。

上記事項について説明を受けその内容を理解し、大宮法科大学院大学の学生が弁護人たる教員弁護士の補助として弁護活動の一部を分担することを承諾します。

年 月 日

氏 名

---

平成18年度 前期・( )クリニック

# 日 報

(昼間主・夜間主) コース

学籍番号	氏名
------	----

期 間      月      日 ~      月      日

<記入上の注意>

次のページを稼働日数分印刷して、稼働日ごとに記入すること。

月 日 ( )

1. 今日の稼働内容

時刻	場所	内容
合計稼働時間		時間 分

2. 検討を要した事項・その他特記事項

--



特集：大宮法科大学院大学

クリニック・エクスターンシップからのメッセージ

## エクスターンシップの実践と展望

山口健一

---

I	はじめに	179
II	エクスターンシップ開始までの準備	179
1	初回のエクスターンシップをするのに何を獲得目標としたか	179
2	エクスターンシップ実施要領の策定	179
3	エクスターンシップ受入先の募集	181
4	学生への受入先一覧表の開示、説明会の実施	182
5	エクスターンシップ受入先の決定について	183
6	受入先決定後の受入先への連絡	184
III	エクスターンシップ実施状況(各学生の報告による内容と課題)	185
IV	エクスターンシップ受入先からの要望	207
V	実際に実践して当初の目標は達成できたか — 発見したこと、反省点	208
1	獲得目標の達成度	208
2	発見したこと(学生が異口同音に指摘していること)	208
3	反省点	208

VI	夜間主学生の参加についてどのような配慮をしたか — 上手くいったか	209
VII	法科大学院においてエクスターンシップを行う意義……………	210
1	法律基本科目、他の実務基礎科目との関連……………	210
2	クリニックとの相違(役割分担)……………	210
3	司法修習との関係……………	211
VIII	将来に向けて、教育実践としてどのような展望を持ち得るか……………	211
	資料……………	213

---

## I はじめに

本学での初めてのエクスターンシップを、2006年1月～3月に実施した。

対象は、第1期生(2年生)で、2年の学年末試験が終了した後3年生になる冬休みの期間に最低約50時間(1単位)という内容で実施をした。

何と言っても、初めての実施なので、如何に学生に教育効果の上がるエクスターンシップ受け入れ体制を作り上げるかに腐心した。

本稿は、本学最初のエクスターンシップについて、獲得目標をどのように設定し、どのような準備をしたか、どのような経過で実施したかに加え、学生・受入先からの意見を踏まえ、エクスターンシップ実施の成果と課題をご報告するものである。

今回のエクスターンシップ実施を通じ、エクスターンシップの意義を、法律基本科目・他の実務基礎科目との関連、クリニックとの関係(役割分担)、司法修習との関係、新司法試験との関係を考える切っ掛けとしていただき、本学ならびに他学における今後のエクスターンシップ実施の参考になれば幸いと思い、執筆したものである。

## II エクスターンシップ開始までの準備

### 1 初回のエクスターンシップをするのに何を獲得目標としたか

2年弱の期間に主に座学で学んだ法律が社会の実際の場でどのように機能し、そこで弁護士がどのような役割を果たしているかを、弁護士が活躍する最先端の現場(法律事務所、企業法務部、その他弁護士の関係する官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等)で観察・体験することによって、弁護士の役割への理解を深めること、併せて現場を体験することにより具体的法曹像を見据えた勉学の目的意識・意欲を高めることを獲得目標とした。

### 2 エクスターンシップ実施要領の策定

本学内のクリニック・エクスターンシップ委員会において、2004年から2005年夏にかけて、種々議論を重ねながら、エクスターンシップ実施要領の策定の準備を進めた。エクスターンシップ実施要領の骨子は、以下のとおりである(末尾添付の【資料1】参照)。

#### (1) エクスターンシップ実施の時期

2年次(4年制の場合は3年次)後期が終了し、3年次(4年制の場合は4年次)の前期が開始する前の時期(毎年1月～3月の時期)とした。

## (2) エクスターンシップ実施の対象、学生の適格性

本学に在籍する学生でエクスターンシップの履修を希望する者には極力エクスターンシップが受けられる体制づくりを目指した。

学生がエクスターンシップを履修するには、以下の要件を満たさなければならないこととした。

① 必修としての法律基本科目・実務基礎科目(法情報調査・法文書作成及び専門職責任)の単位を取得もしくは取得見込みであること。なお、面接・交渉技法及び民事訴訟実務の単位を取得していることを推奨する。

② 守秘義務を遵守する旨の秘密保持誓約書(末尾添付の【資料2】参照)を本学に提出していること。

なお、秘密保持誓約書の宛先は、1用紙で本学及び受入先宛とし、学生から本学に提出された秘密保持誓約書原本は本学で保管し、写を受入先に送付する扱いとした。

## (3) エクスターンシップ派遣先(受入先)

以下の3ジャンルから幅広い受入先を募集することを目指した。

- ① 法律事務所
- ② 企業(企業内弁護士のいる企業)法務部
- ③ 官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等

## (4) エクスターンシップ派遣先(受入先)先の募集・依頼

第二東京弁護士会会員、埼玉弁護士会会員を中心にエクスターンシップ受入先事務所、企業、諸団体を募集することとした。

## (5) エクスターンシップ指導担当者の委嘱及び適格性

エクスターンシップを、エクスターンシップ受入先の法律事務所内ないし企業法務部内の弁護士を指導担当者として指名して委嘱することとした。指導担当者は、原則として5年以上の実務経験を有する弁護士の中から選任することとした。

弁護士の在籍しない官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等の場合は、推薦(紹介)弁護士に指導担当者(協力弁護士)になってもらうか、あるいは官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等のしかるべき担当者に指導担当者になっていただくこととした(指導担当者が弁護士であることを必須要件とはしない)。従って、その場合は、弁護士賠償責任保険に加入していることも要件とはしないこととした(本学の加入する法科大学院生教育研究賠償責任保険での填補を検討する)。

**(6) エクスターンシップの時間帯、内容、事件関与**

① 学生は、1月～3月までの間、総時間約50時間程度(この期間中、学生がいつエクスターンシップ先に出向くのか、1日何時間とするのかは、学生とエクスターンシップ先で調整することとした)エクスターンシップ先の法律事務所もしくは企業法務部等に出向き、指導担当者その他の協力弁護士と行動を共にする。

② 学生は、指導担当者その他の協力弁護士の事件処理(法律相談、面接・交渉、会議、法廷等)に立ち会うとともに、事件処理に必要な法情報調査、その他法文書の文案の起案等をする。

③ 対象事件は、指導担当者が相談を受けた事件及び受任した事件とし、学生は名目の如何を問わず、報酬を請求し、又は受領してはならない。

④ 学生は、指導担当者の補助者として、指導担当者の活動に立ち会うと共に、事件処理に必要な法文書を作成する。

⑤ 指導担当者は、学生を指導・監督し、学生の行為については全て指導担当者の責任とする。

⑥ 指導担当者は、前2項について、相談者・依頼者・被疑者・被告人の同意を得なければならない。

⑦ 指導担当者は、学生の立ち会いについて、必要に応じ関係者の同意を得る。

**(7) 成績評価、単位の認定**

成績は、学生が作成・提出する活動日誌(末尾添付の【資料3】参照)及び最終報告書(末尾添付の【資料4】参照)と、指導担当者ないし協力弁護士に作成・提出してもらう活動証明書(末尾添付の【資料5】参照)に基づき、本学のエクスターンシップ担当講師においてその成績評価を集計することとした。

成績評価は、合否の2段階とし、エクスターンシップの履修単位は1単位とすることとした。

**3 エクスターンシップ受入先の募集**

(1) 2005年8月にエクスターンシップ受入先の募集を開始した。エクスターンシップ受け入れ依頼書には、エクスターンシップ実施の目的及びエクスターンシップ実施の概要を記載して、エクスターンシップ受け入れのエントリーを募った。

本学の提携先である第二東京弁護士会(以下「二弁」という)の法科大学院支援委員会では、受入先依頼書を8月末に全会員宛発送した。依頼の趣旨は、会員の属する法律事務所もしくは企業法務部でのエクスターンシップ受け入れを依頼するほか、会員が

関与する官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等でエクスターンシップにふさわしい受入先があったら紹介してもらいたいという依頼を含んでいた。

本学所在の地元弁護士会である埼玉弁護士会(以下「埼弁」という)の会員については、本学クリニックを担当されている専任教員である萩原教授及び難波教授を通じて、受け入れ先を募集した。

(2) 2005年10月21日の段階で、受け入れのエントリーをしてくれた法律事務所等は、合計17箇所、受け入れ可能人数の上限は25人となった。

法律事務所以外の受入先では、企業法務部が1箇所、諸団体が1箇所である。企業法務部は、エンタテインメント関係の企業で主に知的財産権(特に著作権)を扱う受入先である。諸団体は、人権擁護を目的に設立された公益法人(以下当該受入先を「公益法人」という)である。

法律事務所は、埼弁所属の総合法律事務所(浦和)が1箇所、それ以外は、東京の法律事務所(多摩地区の法律事務所1箇所を含む)が14箇所である。東京の法律事務所の指導担当は二弁会員が殆どであるが、1箇所は、東京弁護士会の会員に指導担当を引き受けていただいた。法律事務所のプロフィールとしては、規模としても外資系の渉外事務所、大規模事務所(国内部門・渉外部門を含む)、合同(総合)事務所、中規模事務所、1人事務所まで、扱う事件内容も、渉外事件、企業法務主体の事務所から市民法務、刑事事件を扱う事務所まで、実に様々な法律事務所がエントリーをしてくれた。

#### 4 学生への受入先一覧表の開示、説明会の実施

(1) こうして作成されたエクスターンシップ受入先一覧表(指導担当者名、事務所名、受入可能人数、受入時間帯、事務所規模、事務所の場所、取扱業務、その他事務所の特色・プロフィール、受入にあたっての要望等を記載した一覧表)を、2005年10月26日に、エクスターンシップ履修を希望する学生に開示した。

(2) 2006年11月16日(水)の昼間、同年11月19日(土)の夜(9時~)、エクスターンシップに向けての説明会(ガイダンス)を実施した。昼間と土曜の夜間にしたのは、夜間主の学生も含め、どちらか都合のつく方に出席してもらおうという趣旨からである。

(3) 説明会においては、エクスターンシップ実施ガイド(学生向)を配布し、エクスターンシップの目的、エクスターンシップ実施の概要のほか、エクスターンシップにおける学生の留意点として以下の点を説明した。

① 受入先は、好意で受け入れてくれているのである(本学から受け入れ先への委託費、研修費等の支払いはない)から、くれぐれも「受け入れてくれるのが当たり前」

ととられかねない言動をしないよう留意すること。

② 受入先及び受入先の依頼者は、学生の秘密保持について懸念をもつものであるから、事件立会等については、受け入れ先及び依頼者の意向を尊重するとともに、関与した事件についての秘密保持については最大限の注意をはらうこと。

③ 上記のとおり、本学から受け入れ先に委託費、研修費を支払わない点に鑑み、受け入れ先への往復の交通費、近くの裁判所等への交通費、昼食代等については、基本的には学生の負担と認識すること。裁判所等への交通費や昼食代を指導担当者が出してくれた場合も、当たり前と思わず、好意に感謝すること。

④ エクスターンシップ期間(時間)も限られており、また指導担当者も多忙なので、エクスターンシップの実をあげるため、受け身になることなく、積極的に立会、調査、起案を希望すること。

(4) 説明会においては、活動日誌(末尾添付の【資料3】参照)及び最終報告書(末尾添付の【資料4】参照)作成の目的・趣旨、作成方法について説明をした。

## 5 エクスターンシップ受入先の決定について

(1) 2005年10月26日に開示した受入先一覧表に基づき、説明会では学生に、各受入先の特徴を説明し、説明会当日に配布した「エクスターンシップ先希望票」に、上記一覧表から希望先を記入して(第4希望程度まで)、同年11月30日までに希望を出すよう、説明した。

説明会においては、希望の競合した受入先は、希望順位の高い方を優先して決める、同一希望順位で競合した場合は、担当教員ないし事務局側で抽選により決定する、受け入れ先に条件がある場合(例えば、受入先での選考、面接など)は、その条件を満たすことが前提となる、というルールを予め説明した。

(2) 結局、17名の学生が希望票を提出し、17名全員が第1希望の受入先への配属が決まった。受入先は、合計10箇所、法律事務所8箇所、企業法務部1箇所、公益法人1箇所である。

法律事務所の中には、4名の学生を受け入れてくれたところが1箇所、3名の学生を受け入れてくれたところが1箇所ある。これは、受入先が、第1希望を出した複数の学生の一部を抽選によりはずすのは気の毒であるということで、好意で受け入れをしてくれたものである。

しかし、今後は、大規模事務所で指導担当者が複数いる場合は別として、1指導担当者について、原則として3人以上の学生の配属は避けるべきと考えている。

## 6 受入先決定後の受入先への連絡

(1) 受入先の決定を受け、本学は、2005年12月初め、受入先に対し、当該学生のエクスターンシップ受け入れの委嘱状を送付した。委嘱状には、エクスターンシップ実施ガイド(受入先向)を同封した。

同実施ガイド(受入先向)には、エクスターンシップの目的、エクスターンシップ実施の概要のほか、受入先に留意してもらいたい点として下記の事項を記載した。

### ① エクスターンシップの時間帯、内容、事件関与について

ア 1単位を与える関係から、総時間を約50時間としたが、有益なエクスターンシップを実施する観点から、学生も希望する場合はこの時間を越えたエクスターンシップをしていただくことは差し支えない。ただ、学生にとり、時間的に過度な負担とならないように、ご留意いただきたい。

イ 学生を貴職と行動を共にさせ、貴職の事件処理(法律相談、面接・交渉、会議、法廷等)に立ち合わせるとともに、学生に事件処理に必要な法情報調査、その他基本的な法文書の起案等もさせるようお願いしたい。

貴職の事件処理への立会を主体にしつつも、せっかくのエクスターンシップの機会なので、法情報調査や起案もさせていただきたいという趣旨である。しかし、起案の数を求める趣旨ではないので、ご理解いただきたい。

事件処理の立ち合わせ等について、指導担当者である貴職以外の弁護士の協力を求めることは差し支えないが、貴職が指導担当であるという趣旨の範囲でコントロールをお願いしたい。

ウ どのような案件に立ち合わせる(あるいは法情報調査ないし起案をさせる)かは、エクスターンシップに向くかどうかという教育的観点及び守秘義務の観点から貴職の方で取捨選択していただきたい。

学生の立会等については、相談者・依頼者・被疑者・被告人及び関係機関の同意を得ていただくことが前提となる。

エ 学生は、あくまで事件処理の責任者である貴職の監督・指導のもとに貴職の活動及び事件処理に立ち会うとともに、補助者として事件処理に必要な法情報調査、必要な法文書の作成を行うということになるので、その趣旨に則り、学生を指導・監督いただきたい。学生の作成した文書等については、できるだけ、アドバイス、添削等をしていただけると幸いである。

### ② エクスターンシップにかかる費用等について



ア 貴職及び貴事務所にエクスターンシップ受け入れをお願いするについて、大変申し上げにくいことであるが、本学ないし弁護士会から委託費、研修費等の費用をお支払いすることはない。

そこで、学生の自宅から貴事務所への往復の交通費、近くの裁判所等への交通費、昼食代等については、基本的には学生の負担と学生に認識させておりますので、よろしく願いたい。

従って、昼食代等お気遣いいただかないよう、願いたい。また、夜の飲食等にお気遣いいただくことは、教育上も好ましくないことですので、お控えいただくよう、願いたい。

イ 関連して、学生のマナー(時間を守ること、依頼者等への挨拶等の対応、受入先の好意に対する感謝の気持ち等)についても、社会人及び将来の法曹としてふさわしい人になるという観点から、ご指導いただけると幸いである。

### ③ 活動証明書作成のお願い

指導担当者に対し、活動証明書(末尾添付の【資料5】参照)の作成の趣旨を説明し、同活動証明書の作成をお願いした。

(2) 学生には、本学から受入先に対し上記委嘱状及びエクスターンシップ実施ガイド(受入先向)が届いたところを見計らって、受入先に電話連絡をし、受け入れに関するお願い(挨拶)と受け入れ先でのエクスターンシップ実施のスケジュール(時間帯等)を打ち合わせを行うよう、予め指示をしていた。受入先を訪ねて挨拶と打ち合わせをすることを必須とはしないが(電話等でも可)、なるべくエクスターンシップ開始以前に受入先を訪問して、挨拶と打ち合わせをすることを推奨していた。また、学生には、受入先との打ち合わせにより、具体的なエクスターンシップのスケジュール(受入先に行く日時・時間帯)の概略が決まったら、本学事務局を通じて報告をするよう指示した。

このようにして、2005年12月中には、各学生と受入先との顔合わせ、日程打ち合わせ等も済み、学生が本学に提出した秘密保持誓約書(末尾添付の【資料2】参照)の写も各受入先に送付され、2006年1月以降のエクスターンシップ開始の準備が整った。

## III エクスターンシップ実施状況(各学生の報告による内容と課題)

エクスターンシップを履修した学生17名の構成は、昼間主が15名・夜間主が2名、男性が10名・女性が7名というものであった。

エクスターンシップ開始後、各学生の各エクスターンシップ先での体験を共有し意

見交換をするため、エクスターンシップ期間中(2006年1月~3月の間)、2月25日(土)と3月22日(水)の2回、合同セミナーを開催した。いずれも午後7時30分~午後9時までの各1時間30分ずつである。土曜日も入れ、夜間としたのは、夜間主の学生も出られるようにする配慮からである。学生には、2回とも出席すること、2回が難しい場合でも、最低1回は出席することを求めた。2月25日の合同セミナーには10人の学生が出席し、3月22日の合同セミナーには13人の学生が出席した。

学生の合同セミナーにおける報告、学生から提出された活動日誌及び最終報告書により、各学生のエクスターンシップ先での(1)受入先の特徴、(2)総時間数(日程)、(3)獲得目標、(4)実施内容の概要、(5)感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得られたこと等)、(6)自己評価と反省点、今後の勉学に生かしたい点、(7)受入先ないし本学への要望、後輩へのアドバイス等を各学生毎に要約してみた。

#### ● A1学生(昼間主 男性)

(1) 受入先 大規模法律事務所

(2) 総時間数(日程) 約90時間(2月6日~2週間連続)

(3) 獲得目標

- ① 訴訟活動(その準備)における弁護士のコンピテンシーを学ぶ
- ② 弁護士の時間感覚を体感する
- ③ クライアントへの対峙の仕方を習得する

(4) 実施内容

- ① 法廷等傍聴：業務上横領被告事件(情状弁護)、建物明渡請求事件(証人尋問)
- ② 文書起案：会社法関係課題(リサーチ+報告書)、刑訴法関係課題(リサーチ+報告書)
- ③ 法令・判例等調査：案件ごと適宜
- ④ その他：事務所主催会社法セミナー、官庁主催の法制委員会、二弁刑事弁護委員会

(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、会得したこと)

弁護士の当事者性を肌身で感じる事ができた。依頼者が何を望んでいるのか、そのためにはどんなものが足りていてどんなものが不足しているか、訴訟という場に至ることを想定してどのような証拠集めをしておくべきか、といったあたりのことが、日々繰り返し実践されており、「センス」の持ち方やその発揮の仕方を勉強させてもらった。

民事事件で終日証人尋問を行うという口頭弁論を傍聴できた。ここでは、本件の代理人となっている所内3人の先生方が証人尋問の質問事項を練り、依頼者本人の尋問にはリハーサルを重ね、その折には相手方代理人になりきって想定反対尋問のリハーサルも行う、といった用意周到な準備作業に同席することができた。

## (6) 自己評価、反省点、勉学へのフィードバック

### ① 自己評価と反省点

事務所の「お客さま」や先生方の「足手まとい」になってしまわないように積極的に行動しようと心がけたが、現時点での実力と限られた時間では、十分に実現できたという実感はない。しかしながら、毎日出向くということで、「いつも来ている」存在となって、周囲の先生方から、事件記録を閲覧させていただいたり、合議にお誘いいただいたりする機会に恵まれた。

### ② 勉学へのフィードバック

毎日通勤して、エクスターンシップのみに集中する2週間としたことで、私自身は、先生方が常に意識されている「当事者性」を肌身で感じる事ができた。プレテストなどを見てみると、当事者間の立場の違いによる立論の相違などを求めることもあるので、身をもって感じた当事者性を自分の中に顕現させられるようになりたいと考えている。勉強を進めるにあたっては、そうした意識を常にもっていききたいと思う。

## (7) 受入先、本学への要望、後輩へのアドバイス

### ① 本学への要望

プログラムの内容を受入先と学生に任せるのではなく、学校側である程度の「方針」を主体的に打ち出すべきではないかと感じた。例えば、期間に関しては特に定めがないわけだが、合計50時間であればその余は任意ということではなく、継続して2週間とか、週3回で4週間というように、オプションを一定の枠内に限定しておくことによって、初対面である受入先と学生との間でのスムーズなコミュニケーションが開始できるように思う。

修習生を受け入れる場合とどこが異なるのか、よって受入先にはどのような点に注意してほしいか、といったところも、学校側から提案できるとよいのではないか。

エクスターンシップには学生用にスクリーニングされた事件は一切なく、学生にとっては、生の事件を包み隠さず次々見聞できる数少ない機会である。弁護士の先生方と一緒に行動することで、弁護士という職業へのモチベーションも格段に上がり、仕事への充実感も一緒に味わえるのではないかと思う。そういう意味では、エクスターンシップを「科目」とみるだけではなく、単位と一切関係なく月単位くらいのスパンで実施可能なシステムになるといいと感じた。

なお、昼間官公庁や民間企業にお勤めの夜間主コースの方々には、必然的にエクスターンシップへの参加が不可能になりかねないわけであるが、最高裁・日弁連・経団連等を通じて官公庁・民間企業の理解を求め、少なくとも2週間程度の「出向」を容認するような制度を構築することも必要と思う。

### ② 後輩へのアドバイス

冬休み期間中ということで、諸事情から週1回というペースで行われる方もいらっしゃると思いますが、個人的には、受験勉強をしばらく忘れ、集中してエクスターンシップに勤しむ方法での履修をお勧めする。

そもそも、どうスケジュールを組んでも、50時間程度で経験できることは限られる。しかし、毎日通勤して積極的に活動していると、受入先事務所の「お客さま」にはならなくて済むように思われる。

弁護士の日々の仕事のペースを知るために、修習生や新人弁護士になったつもりで毎日通勤し、事務所に溶け込む努力も必要なのではないかと思う。

そうすると、翌日何をやるべきか、翌々日に何をやるべきか、という計画を立てることになって、将来修習時や就職時に味わうことになるであろう緊張感を前もって体験することができるし、何よりも実務法曹へのモチベーションが大いに高まる。

というわけで、両手を挙げてエクスターンシップ・プログラムへの参加をお勧めしたい。

## ● A2学生(昼間主 女性)

(1) 受入先 大規模法律事務所

(2) 総時間数(日程) 約55時間(2月6日~3月13日)

(3) 獲得目標

契約事件についての主要論点についてレポート作成、訴訟事件での反論書起案、証人尋問の立ち会いなどを具体的に体験し、渉外法律事務所での業務を知る。

(4) 実施内容

① 法廷等傍聴：民事事件で一日かけての証人尋問に立ち会い

② 文書起案：控訴理由書に対する反論書起案

③ 法令・判例等調査：ある案件について契約締結にあたり問題となる論点の検討。過去の裁判例、現在の状況などを調査

(5) 感想(発見したこと、得られたこと)

証人尋問では、訴訟専門弁護士が、「飾ることなく、事実をありのままに言えばよい」と言っていたことが印象的であった。模擬裁判では、いかに相手の弱点をつき、自分たちを有利に見せるかということを考えていたが、訴訟というものは、真実を明らかにするというものであるから、必要最低限のことを言えばよい、ということを知った。

企業法務関係の訴訟においては、私が以前の仕事で経験した案件と類似するところがあり、私は当初、現場の人間の感覚で案件を捉えてしまい、法律と離れた思考をしてしまった。そこを、先生に法律家なのだから、あくまで条文に基づいた構成、解釈をしなければならないと言われ、目から鱗の思いであった。

企業法務の最先端というと特別法ばかり扱っているイメージがあったが、民法の基本概念に立ち戻って考えるということが多々あった。法律家として、何かあれば法律の基本に戻って考えるという発想が必要だということを知った。

いろいろな企業から新しい案件について、まだ法律問題かどうか分からない時点でとりあえず相談の電話が突然来ても、適切な返答をし、顧客の信頼を勝ち得ているのが見事だと思った。

また、自分よりもその問題について専門の弁護士がいればその先生を紹介するというシステムも大手事務所ならではの強みだと感じた。今後の勉強においては、条文やケースを学ぶときも、ひたすら覚えるだけではなく、それらを応用して用いることができるように、基本概念を学ぼうと思うようになった。

**(6) 自己評価、反省点、勉学へのフィードバック**

与えられる課題に取り組むについて、基本的な法的知識が必要なことを痛感させられた。今後は、さらに丁寧に基本に戻って勉強したい。エクスターンシップ中は、周囲の弁護士の先生方がお忙しいようにしているので、こちらからお話かけするのをためらってしまい、黙々と一人で資料を集め、それを読み込むというような作業をしている時間も多かった。もう少し、積極的にいろいろな弁護士の先生に働きかけて、できる限りの情報を吸収すべきであったと思う。また、自分の思考をわかりやすく伝える力をつけることの必要性も痛感した。

**(7) 受入先、本学への要望、後輩へのアドバイス**

可能であれば、事務所内勉強会に参加してみたかった。普段本で学ぶのとは異なった視点から法律を学ぶことができた。

**●B学生(昼間主 女性)****(1) 受入先 中規模法律事務所****(2) 総時間数(日程) 約58時間(2月27日~3月3日・8日・15日)****(3) 獲得目標**

生の事件の資料を読み、裁判の傍聴や弁護団会議への出席、起案を通して、一般民事、刑事事件における弁護士の日常の業務に触れる。

**(4) 実施内容**

① 法廷等傍聴：残業代支払請求事件・証人尋問、チチハル毒ガス事件・弁護団会議・弁論、圏央道あきる野土地収用取消訴訟・弁護団会議、労働事件弁護団打ち合わせ立ち会い、イレッサ訴訟・弁護団会議・弁論、国選刑事弁護事件(私文書偽造・同行使)情状証人・被告人質問、住居侵入罪(否認事件)傍聴

② 文書起案：損害賠償請求事件について、課題を出される。記録を読み、法律構成を考え、法的意見を提出。残業代金支払請求事件の集中証拠調べを傍聴して、感想文を提出。請負代金請求訴訟の訴状及び答弁書の提出・担当弁護士による講評会

③ 法令・判例等調査：労働基準法における時間外労働の規制と「管理監督者」についての調査。請負代金請求事件に関連して、債権の準占有者に対する弁済に関して、関連法令や関連判例等を検索。

④ その他：養護学校事件、殺人事件等の記録を読む。

**(5) 感想(発見したこと、得られたこと)****① 弁護士の活動の幅広さ**

短いエクスターンシップの期間中、5つもの弁護団会議に出席し、弁護士が相互に真剣に意見を

交わり、協力し合って一つの問題の解決に取り組んでいる姿を見ることができたのはとても幸運であった。毒ガス訴訟の弁護士会議では、係属する2つの訴訟の活動報告や今後の予定だけでなく、サポートする市民の会による市民集会の開催や、訪中して声明を發表すること、国会議員を通じた立法機関への働きかけによる政治的な解決への努力も検討された。国際的な国家賠償訴訟における弁護士の活動は、訴訟に関連したものに限られず、多種多様で幅広いことを知った。

#### ② 事件は動いている

圏央道あきる野土地収用取消訴訟の弁護士会議に出席した。この事件については、2006年2月23日高裁で原告の逆転敗訴判決が下されたばかりであった。同弁護士会議は、土地を収用されてしまった原告の上告をどうするかを決める会議であった。原告らの気持ち(上告するかどうかについての気持ち)は、同会議の中でも揺れ動いていた。

行政事件訴訟の実務の授業で本件事件の判決を読んでいた。事件の概要や判決の内容を定期試験のために覚えていた。しかし、今回の弁護士会議に出席して、原告と対峙し、一人一人の気持ちの揺れを垣間見ると、事件や判決は厳然とそこにあるのではなく、日々動いている、動的なものだと改めて感じた。

#### ③ 人間が相手だということ

机に向かって勉強をしていると、一つ一つの判例は、無味乾燥な事実と法的な判断の塊としか思えなかった。今回、原告の方や弁護士の先生方の活動を見ながら、弁護士は人間が相手の職業であることを改めて強く感じた。

### (6) 自己評価、反省点、勉学へのフィードバック

「判例通説はこう言っているから、それに従う」というのではなく、依頼人の為にどうしてあげればいいのか、その人は何を求めているのか、という視点を忘れないように勉強したい。

見るもの聞くものすべてが刺激的だった。自分から質問をしたり、起案を申し出たり、積極的に主体的な活動ができたと思う。

### (7) 受入先、本学への要望、後輩へのアドバイス

「エクスターンは、司法試験に関係ないから意味がない」。そう言って、エクスターンの履修は、時間の無駄という同級生も少なくありませんでした。確かに、試験科目の勉強は大切です。

しかし、エクスターンが試験にまったく無関係だとは私は思いません。なぜなら、事案の理解や法律構成をするため、今まで勉強してきたことを基本書で確認し判例を見返し、より実践的な場で、「ツール」として使うことで、理解が格段に深まったと実感できたからです。

エクスターンに主体的に取り組むことは、むしろ、机の前に座って理論だけを覚える勉強よりも、遙かに有意義な「試験勉強」といえるのではないのでしょうか。

後輩の方には、是非是非、エクスターンを経験してほしいと思います。

## ●C学生(昼間主 女性)

### (1) 受入先 企業法務部(エンタテインメント。知的財産権)

**(2) 総時間数(日程) 約58.5時間(3月1日~3月9日)****(3) 獲得目標**

企業内法務部における仕事を理解する。エンターテインメントの分野における弁護士の役割を理解する。

**(4) 実施内容**

① 法廷等傍聴：訴訟案件はなかったので、法廷傍聴はしなかった。

② 文書起案：契約書の起案。個人情報取扱覚書の起案・個人情報取扱状況に関する質問及び依頼の起案。LA本社と交渉相手の日本企業に対して、交渉ポイントの説明書(英文、和文)を起案

③ 法令・判例等調査：中間生成物の著作権及び所有権の帰属について、判例・文献をリサーチ。役務提供委託と下請法の適用範囲についてリサーチ。営業委託契約を素材とした損害賠償請求事件の記録よみ。

④ その他：法務部門ルール、受入先企業の組織構造、事業内容、事業(映像制作)に関わる法的諸問題について、適宜説明を受ける。

**(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)**

① 獲得目標は、ほぼ達成できた。

② 社内弁護士には、コミュニケーション能力及び事務処理能力が特に必要であると感じた。

③ ビジネスを展開する分野が広いと、

取引先の種類・規模も様々であるし、権利義務関係も複雑になる。従って、正確に事実関係を整理することが重要であることがわかった。また、交渉段階から会議に参加すると、契約書の起案もしやすいし、相手方からの条件を受け入れるか否かについてはビジネスサイドとの意思疎通が欠かせない。

④ 相手方との関係

信頼関係が基本であることを意識しながら説明・依頼することが重要。弁護士(代理人)の一方的な見解を述べたような文章は、ビジネスの流れを止めるし、最悪の場合、契約締結に至らない。相手方に対して問題を指摘するとしても、現実の問題となりうるのか、仮定に過ぎないのかを意識していないならば、ビジネス取引においては、意味のあることとは言えない。

**(6) 反省点、勉学へのフィードバック**

起案について、丁寧に作業するあまり、時間がかかりすぎてしまった。丁寧に作業をすることも必要だが、時間を決めて取り組むことも必要である。

プレゼンテーションの場では、要領よく説明することができなかった。プレゼン能力は、ビジネスでは必要事項だということで、その点を意識して取り組みたい。

問題を検討する際、依頼者の依頼事項を把握し、事実を法的観点から整理することが重要であることに留意したい。また、学説上争いのある点について、具体的に問題となる場面を想定して検討していきたい。判例を引用する場合も、当該事案に適切か否かを考慮しなければならない。

**(7) 後輩へのアドバイス**

指導担当弁護士は、NY大のロースクール、米国法律事務所、日本の法律事務所での実務を経て現在に至っていることから、事務所の弁護士、社内弁護士更に米国弁護士との相違点など、様々なお話しを伺うことができた。

エクスターンシップは、自らの将来を考える上でも、とても充実した時間をすごせると思う。

## ●D学生(昼間主 女性)

### (1) 受入先 中規模事務所

### (2) 総時間数(日程)

約55時間(1月12日~1月17日、1月20日~1月23日、1月26日、2月15日、3月13日)

### (3) 獲得目標

裁判及び裁判外の弁護士実務を側で拝見することにより、生の事件においてどのような点が問題となり、どのように解決されているかを学ぶ。

### (4) 実施内容

① 法廷等傍聴：共有物分割訴訟(当事者尋問。仙台高裁)、土地賃料にかかる訴訟(弁論準備手続)、マンション明け渡しなど仮処分事件(当事者審尋)、貸金返還請求事件(和解期日)、不法入国事件(刑事事件すべての手続)、原発設置許可申請差止請求訴訟(争点整理手続。静岡地裁)

② 弁護団会議への出席：R.Gキシリトールガム訴訟、原発設置許可申請差止請求訴訟、公正取引委員会関係会議、フィリピン日系人就職・国籍取得会議

③ 依頼者との打ち合わせ：医療ミス事件、企業法務(雇用関係、敵対的買収対策、契約条項など)

④ その他：担当弁護士が設立した基金の運用検討会、訴訟提起前の活動・マスコミ対策など

### (5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)

① 獲得目標は、十分達成できた。

② 非公開の手続を間近で見ることができたこと

弁論準備手続・和解手続や執行保全手続等の非公開の手続を見ることができたことは、試験範囲であるにも拘わらず法科大学院のカリキュラムだけではイメージをつかみづらかった部分を補充する意味があり、有意義であった。

③ 弁護士が複数共同して準備書面を作成する過程がみられたこと

当事者と専門知識を持つ有識者、弁護士が各々の自らの専門を生かし、それを準備書面に織り込まなくてはならない状況において、どのような役割分担で進めていくかを見ることができ、有意義であった。

④ 企業法務に触れることができたこと

2年生までの教科では、企業法務は会社法の授業を通じてその片鱗を垣間見るだけである。「コンプライアンスの時代となる」旨叫ばれていても、学生上がりで企業そのもののイメージが湧かない私にとって、会社法は苦手であり、企業法務はブラックボックスであった。



今回のエクスターンシップでは、雇用関係・敵対的買収対策・契約条項など典型的かつ重要な相談事項への回答を間近で見ることができ、実務ではどのような問題が起き解決されているのかを見ることができた。この経験は会社法の理解を深め、何より興味を掻き立て、より深い勉強への契機となった。

#### ⑤ 幅広い公益活動を見ることができたこと

弁護士として社会のために貢献できる範囲の大きさを再確認した。また、期間中に指導担当の先生が困難な公益弁護事件に勝訴判決を得て新聞報道されたのを見て、合格へのモチベーションを高めることができた。

#### (6) 反省点、勉学へのフィードバック

エクスターンシップ中は、指導担当の先生が尋常でないスピードで事件を処理されるのを傍らで見ている、最初は概要を把握するに精一杯であった。それでもそのスピードについていくべく、真面目に努力できた。

今後は、エクスターンシップ期間中に経験できた一般民事、企業法務、行政訴訟、知財訴訟を糧にして、試験に向けて理解を深める勉強をしたい。

#### (7) 大宮法科大学院大学への要望

学生がエクスターンシップに実際に行く前に、学校側から受入先に(学生記載による)履歴書を送付するなど、最低限の自己紹介システムを構築することを希望する。

受入先にエクスターンシップ制度を理解してもらうため、学校から受入先への制度趣旨・概要説明をしっかりと行って欲しい。

### ●E学生(昼間主 女性)

#### (1) 受入先 外資系中規模事務所

#### (2) 総時間数(日程) 約100時間(2月27日~3月10日)

#### (3) 獲得目標

ア 世界最大の法律事務所の一つである法律事務所での研修を通じて、自分のなろうとする涉外弁護士像を明確にする

イ 実務に触れることで、学校での勉強では気づきにくい自分に足りないもの、今後勉強する上で留意すべきことをつかむ

#### (4) 実施内容

① 法廷等傍聴：なし。

② 文書起案：文書提出命令書に対する相手方の反論に対する反論書面の起案、準備書面の一部の起案(事実の錯誤に関する部分)、取得条件付新株予約権付社債発行に関する発行条件の作成、顧問企業が社員宛に出す警告書のドラフト(英文)、相手方訴状に対する答弁書・準備書面の起案。

③ 法令・判例等調査：「事実の錯誤」に関する判例・文献調査。退職金請求事件の判例・文献調査。

④ その他：顧問企業の人事部からの電話相談に立ち会った。損害賠償請求事件勝訴後、相手方弁護士との賠償金回収に関する電話相談に立ち会った。顧問企業との電話会議に立ち会った。顧問企業の海外営業所閉鎖に伴う人事問題に関する相談に立ち会った。

## (5) 感想

ア M&A、ファイナンス、訴訟と大きく3つに分かれた業務内容のうち、ファイナンスと訴訟の弁護士達から、事務的な仕事ぶり、電話相談・会議の様子、業務時間、依頼者に対する考え方など様々なことを吸収できた。

イ 割り振っていただいた二つの大きな課題、訴訟案件の書面の作成とファイナンス案件の新株予約権発行条件の策定は、いずれも日々法科大学院での勉強を進展させたものであり、いかに基本的な知識、つまり、条文読解能力や文章表現力の鍛錬が必要かを再認識させてくれるものであった。

### ② 発見したこと

ア 業務に充てる時間の割り振りのこと(「制限時間」の意識)

業務時間には制限時間を念頭に置くべきであり、平行して複数の仕事を抱えている状態では、常にその制限時間内での割り振りを意識しなければならないということ。人間にはそれぞれ体力の限界というものがあるから、常に均一の良い仕事をしようと思えば、あるときだけ急に頑張るのは誤っているし、また、人間仕事だけをしていればよいのではなく、仕事は制限時間に収めて自分の時間もとらなければならない(指導担当弁護士の考え方)。

イ 「読み手」を意識する文章表現のこと

特に読み手が法曹でない場合(訴訟に裁判員が参加するようになった場合も同様)、「読み手」を意識したわかりやすく、印象に残る文章表現を心がけるべきである。

## (6) 反省点、勉学へのフィードバック

### ① プロとのギャップを認識させられたこと

エクスターンシップを通じ、プロとの大きなギャップを認識させられた。協力弁護士の先生から課題作成途中の文章をみてもらった際、協力弁護士から「ゼミの先生なら合格点をあげられるが、プロは100点か0点だから、結局0点」と言われた。学校では、努力をしたのだからそれ自体評価できると満足してしまうことがままあるが、このような意識ではプロとして到底やっていけないことを痛感させられた。

今後は、法科大学院における勉学においても、時間をかければ良いという意識は捨て、時間を区切ったうえで内容が完全なものになっているかを意識して取り組もうと思う。

② 指導担当弁護士が複数になる場合は、それぞれの進捗状況を指導担当弁護士に伝えておくこと(ミーティングのバッティングを防止するため)。

## (7) 大宮法科大学院大学への要望、後輩へのアドバイス

## ① 大宮法科大学院大学に対する要望

事前にエクスターンシップ受入先の情報をより詳細に与えられていれば良いと思う(「こんなはずでは…」というミスマッチを防ぐために)。

## ② 後輩へのアドバイス

受験も1年後に迫った時期に、エクスターンシップなど受験に直結しなさそうなことから敬遠する傾向もあると思うが、私の場合、日々の文書作成は常に法律知識が確認される機会になったし、また、新会社法の条文に関しては、学校で勉強するよりもずっと丁寧に読み込めたと自負している。何より、試験合格者ばかりの集団に2週間も入り込めるわけだから、日々の会話の中でも答案作成で心がけるべきことなど、アドバイスを聞くチャンスは山のようにある。将来進みたい方面の事務所に行くことで、自分の夢を確認し、明確化することもできよう。このような機会を逃すのは惜しいことである。

## ● F学生(昼間主 男性)

## (1) 受入先 大規模模事務所

## (2) 総時間数(日程) 約90時間

## (3) 獲得目標

ア 「企業法務弁護士」の具体的なイメージをつかむこと

イ 弁護士は、新たな法分野について、いかに知識を獲得しているか(合格後の勉強方法)

## (4) 実施内容

① 法廷等傍聴：仮差押申立での裁判官との面接

② 文書起案：ジェネラル・コーポレート分野での起案

③ 法令・判例等調査：企業法務に関して計13件

④ その他：事務所出身の民主党議員との会議、会議立ち会い(労働、M&A、倒産、知財、不正競争防止法)、新人弁護士による法律勉強会出席(EU法、米法、独禁法)

## (5) 感想(獲得目標の達成度、得られたもの)

ア 企業から弁護士にいかなる依頼があるかを身をもって経験でき、自ら調査したことを整理して報告することの難しさ、何を要求されているかを正確につかむことの難しさを学んだ。

イ エクスターンシップの日程を決める際、弁護士の勉強会の会議を毎回見学できるよう配慮をいただいた。各会議では、何よりも出席弁護士の熱意に驚いた。配布された文書を読み込むスピードと集中力は、ただならぬ雰囲気会議室全体にいきわたらせるほどであった。

弁護士になって1年目の先生の勉強会にも参加させていただいた。先輩弁護士による指導は、目からウロコが落ちるほどわかり易く、スピーディにポイントが分かり、今後どのような勉強を深めていくべきかが非常にわかるものであった。

## (6) 反省点、勉学へのフィードバック

指導担当弁護士から私に対する要求は、毎回変化していった。はじめは、論点か問題点を示された上で判例を調べて欲しいとのことであった。次には、依頼のメールなどを直接わたされた。そこでは、自ら問題点を探して調べ出さねばならなかった、その次には、では依頼人にどんなアドバイスと提案ができるだろう、と聞かれるようになった。それぞれの段階について自分なりに精一杯はできたが、指導担当の先生に新たな視点を提供されるまで、自分で発見できなかったのは残念であった。また、実際に依頼人がいると思う余り、慎重になりすぎて、一つの課題をこなすのに時間が必要以上にかかってしまったのも反省点であった。

今後は、相手が求めていることを正確につかむ能力、調べたことを整理して分かり易く説明できる能力、新しくかつ柔軟な思考で依頼人に提案ができる能力を磨かなくてはと感じている。また、他の弁護士や依頼人とコミュニケーションをうまくとれるようにならなくてはならないと思った。知識や教養のみならず、謙虚さや豊かな人間性を持たねばならない、と思った。

法律知識については、基本的なことが、スピーディーに出てくるようでは使えない。それは、頭で理解するだけでなく、体で覚えることに近いのではないかと思う。

#### (7) 後輩へのアドバイス

後輩に対しては、是非エクスターンシップをとってほしいと思う。学生時代にこれほどの経験ができたことは本当に貴重だと思う。それは、現場で働く弁護士の知識・経験・仕事への情熱に直に触れることであり、それを仕事として接するのではなく、将来どんな弁護士になろうか、という視点を持った時期に触れられるということであり、何にも代え難い経験だったと思う。

#### ●G学生(昼間主 男性)

##### (1) 受入先 小規模事務所

##### (2) 総時間数(日程) 約50時間(1月5日~2月16日、2月22日~3月22日)

##### (4) 実施内容

- ① 法廷等傍聴：特許訴訟の弁論準備手続
- ② 文書起案：指導担当弁護士が関与した特許並行輸入事件のまとめ作成
- ③ 法令・判例等調査：特許並行輸入事件につき、判例(第1審、控訴審、上告審)、最高裁判例解説、判例百選を調査した。
- ④ その他：事務所内の書庫等にある主な書籍類の解説を受け、指導担当弁護士が弁護士としていかに教養や法律知識を深めていったかを学んだ。

##### (5) 感想(発見したこと、得たこと)

① 受入先は、特許を専門とする法律事務所であったので、私が今まで学んできた科学的知見(パイオ、遺伝子関係)がどれほど生かせるのかについて関心があった。特定の訴訟の準備書面や証拠書類等、また、事務所内にある書籍類を見た限りでは、十分生かせることがわかった。

② 弁護士と弁理士が、法律と技術の側面から準備書面の完成に向けてお互いに協力し合っている姿を身近で見られたことは、特許を専門とする法律事務所ならではのことであり、貴重な経験であった。ただ、弁護士1人が法律も技術も同時に理解できれば、業務の効率化がより促進されるのではないかと考えた。

## (6) 反省点、勉学へのフィードバック

### ① 反省点

指導担当弁護士のみならず、他の弁護士や弁理士、技術補助員または秘書の方と、いろいろコミュニケーションを図っておけば良かった。そうしておけば、特許法や特許関係の業界のことなど、他にいろいろと学ぶことはできたかも知れない。

② 指導担当弁護士が携わった事件(特許並行輸入事件)について、深く資料を読んだり指導担当弁護士のお話を聞いたりすることで、判例が単なる講学上のものであるだけでなく、現実の生の紛争であったことが良く分かった。従来判例の学習は、規範を中心にしてきたが、今後は、事実にも重点を置いていこうと思う。

## (7) 受入先に対する要望、大宮法科大学院大学に対する要望、後輩へのアドバイス

### ① 受入先に対する要望

私が司法修習生ではなく、法科大学院生であることを理解していただきかった。

### ② 大宮法科大学院大学に対する要望

エクスターンシップ受入先として選べる事務所を1つに限ることなく、与えられた50時間の中で複数の事務所で学べるようにして欲しかった。

学生が日々活動日誌を書くのはいいとしても、日誌に毎日指導担当者のコメント及び検印を求めめることは廃止していただきたい。

法科大学院側から指導担当者に、法科大学院生と司法修習生の違いを徹底してほしかった。

### ③ 後輩へのアドバイス

エクスターンシップを履修した一期生の意見をできるだけ多く聞くことを勧める。

エクスターンシップに対する個人的意見としては、エクスターンシップは、司法試験対策としては有用な科目ではないが、法律事務所というのがどういう所かということが五感をもって会得できるため、将来的にどのような法律事務所に入るかということを考える上で、有用な科目であると考えている。

## ●H1学生(夜間主 女性)

(1) 受入先 人権擁護を目的に設立された公益法人

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月11日~2月22日)

(3) 獲得目標

起案は行わないが、当該団体の多くの活動に触れることにより、さまざまな人権問題を学び、それらにかかわる人々との人脈形成に活かすことを主な目的とする。ライフワークにつながるような出会いや、人権被害の現場での生の刺激を得たい。

#### (4) 実施内容

- ① 法廷等傍聴：朝鮮人学校裁判の傍聴(続く裁判説明会への参加)、医療過誤訴訟(証人尋問)の傍聴。
- ② 文書起案：なし(団体としての特殊性による)。
- ③ 法令・判例等調査：予防接種禍に関する判例評釈リスト作成。
- ④ その他：共謀罪プロジェクト、憲法プロジェクト、理事会、団体主催の法律相談(見学)、「国連改革に関するパブリックフォーラム」ボランティアスタッフ、日弁連主催の「共謀罪新設とゲートキーパー立法に反対する市民と弁護士の集いーテロ対策と市民の権利ー」参加、団体のHP改定作業のサポート、団体による定期発行の新聞発送作業のサポート、団体の新聞のバックナンバーの索引リスト作成作業。

#### (5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)

当該団体の多くの活動に触れることにより、さまざまな人権問題を学び、それらにかかわる人々との人脈形成に活かすことができました。ライフワークにつながるような出会いや、人権被害の現場での生の刺激を得ることができた。

#### (6) 反省点、勉学へのフィードバック

##### ① 反省点

女性差別や外国人の人権問題など、他のプロジェクトや委員会にも興味があったが、タイミングが合わず、エクスターンシップの期間内にすべて参加することができなかつたのは残念だった。参加した会合の議題の論点を更に深めることができればよかったと思う。

##### ② 勉学へのフィードバック

実務家になった際の業務活動の方向性のイメージを掴む上で、いろいろな弁護士の活動スタイルを見聞することは大変役にたった。裁判傍聴や憲法プロジェクト、その他の会合への参加によって、時事問題を含む論点を学べたことは、日々の大学院での学業の参考にもなった。

#### (7) 後輩へのアドバイス

人権問題やNGO活動に興味関心のある方のみならず、企業法務を目指す方でも、とても勉強になる面白いエクスターンシップの機会になると思います。各種小委員会やプロジェクトの会合は午後6時頃スタートすることが多いので、夜間主の学生でも参加可能です。

#### ●H2学生(昼間主 女性)

(1) 受入先 人権擁護を目的に設立された公益法人

(2) 総時間数(日程) 約60時間(1月11日~3月4日)

(3) 獲得目標

起案は行わないが、当該団体の多くの活動に触れることにより、さまざまな人権問題を学び、それらにかかわる人々との人脈形成に活かすことを主な目的とする。ライフワークにつながるような出会いや、人権被害の現場での生の刺激を得たい。

**(4) 実施内容**

- ① 法廷等傍聴：朝鮮人学校裁判の傍聴(続く裁判説明会への参加)、医療過誤訴訟(証人尋問)の傍聴
- ② 文書起案：なし(団体としての特殊性による)
- ③ 法令・判例等調査：予防接種禍訴訟に関する判例調査
- ④ その他：団体のHP作成、理事会に出席してNGO活動を知る、共謀罪についての勉強会に参加、人権相談、国連改革に関するパブリックフォーラムに参加、日弁連主催のシンポジウムに参加、憲法プロジェクトに参加、裁判の関係で朝鮮初級学校を訪問、機関誌発送やバックナンバーの見出し整理など

**(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)**

## ① 達成度

当該団体の人脈を活かして、多くの先生方と触れ、その先生の人権活動を体験させていただくことが第一の目標であった。これは、多くの弁護士と活動をともにすることができ、達成された。もともと、公益活動に重きを置く弁護士になりたいと考えていたので、将来のライフワークにつながるであろう出会いは多かったと考えている。弁護士となった後も当該団体の活動に関わっていきいたいと考えている。

② 実際に入権被害の現場に出かけ、人と会って生の刺激を受けるということが第二の目標であった。これについては、当該団体の多くの活動に触れることにより、さまざまな人権問題を学び、それらにかかわる人々との人脈形成に活かすことができた。ライフワークにつながるような出会いや、人権被害の現場での生の刺激を得ることができた。

## ③ 発見できたこと NGOとしての弁護士の活動を知ることができた。

人権問題に関して、弁護士の活躍する場が、いかに広いかを知ることができた。人権侵害が問題となっている場合は、なるだけ被害者のもとへ足を運び、現場を見て、感じて、話に耳を傾ける、ということが、問題をクリアに受け止めるために重要だと感じた。

**(6) 反省点、勉学へのフィードバック**

## ① 反省点

いくつかある委員会のすべてを見てまわることができなかった点。子供を誰かに預けなくてはならない都合で、夜に時間が十分取れなかった。少なくとも、当該団体の活動が夜を中心に行われていることを早めに調査しておき、事前に時間の調整をすべきであった。

## ② 勉学へのフィードバック

人権問題と言っても、結局は、民法、刑法、憲法などの理解が不可欠であり、通常の基本的な勉強についても、しっかり身につけておくことが必要であると感じた。

**(7) 後輩へのアドバイス**

夜の活動が主であるので、エクスターンシップを考えている夜間主の方には、是非お勧めしたい。逆に、子供を抱える主婦(私のような身分)には、あらかじめ時間調整ができなければ、やりづらい面がある。

当該団体は、NGOであるので、通常の事務所とは違うということ。契約書の作成や、起案の添削などを受けて、勉強したいという人には向かない。公益活動に興味があり、見聞を広めたいという人にお勧め。

## ●I1学生(昼間主 男性)

(1) 受入先 小規模事務所

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月10日~1月30日、2月22日~3月13日)

(3) 獲得目標

ア 実務が必ずしも理論通りに動いていないことを実感する。

イ 現場の苦労を体感する。

(4) 実施内容

① 法廷等傍聴：東京高裁(控訴審傍聴)、二弁法科大学院支援委員会見学、RCC見学、事務所にて電話会議見学。

② 文書起案：刑事判決起案(演習)、民事賃貸借契約書の起案。

③ 法令・判例等調査：新破産法における手続面の学習。

④ その他：訴訟等における報告書作成業務の学習、エクスターンシップ総括としての、事務所事例を通じた破産法、行政法、会社法、民法等の理解・復習。

(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)

① 上記獲得目標を十分体験できたと思う。

② 発見したこと、得たこと

法律事務所の全体像を把握できた。

(6) 勉学へのフィードバック

今後の法科大学院での勉学には、エクスターンシップでの体験を通じた知識の再構築と定着化という形で活かしたい。

今後の学習では、机上の空論を展開するのではなく、実務をイメージしながら立論をするよう心掛けることによって、より説得的な起案ができるようになればと思う。

(7) 後輩へのアドバイス

エクスターンシップもクリニックも、各々長所が異なり(エクスターンシップは、すべての面で弁護士の最先端の姿を見られる。クリニックは、無料相談である等の限界がある)、相互に補完する



関係にあると思われるので、時間の許す限り履修することを勧める。

その為には、単位数や必要時間、受入先等を柔軟に展開できるよう改善する余地があると感じた。

例 ●企業法務や弁護士会の委員会活動への参加を可能にする。

●労力は2単位分ある割りに、1単位しかないことや、50時間という目安がある為に、受任業務が中途半端で終わることもあるので、50時間にこだわらず、2単位以上も認めるようにしてほしい。

### ●I2学生(昼間主 男性)

(1) 受入先 小規模事務所

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月10日~1月30日、2月22日~3月13日)

(3) 獲得目標

ア 実務が必ずしも理論通りに動いていないことを実感する。

イ 現場の苦労を体感する。

(4) 実施内容

① 法廷等傍聴：原審勝訴下における控訴審の法廷を傍聴。

② 文書起案：刑事事実認定の文書として、研修所白表紙起案をした。

③ 法令・判例等調査：民法、執行法、破産法、民訴法、行訴法、刑法、刑訴法等の調査を行った。

④ その他：RCCに見学に行った。

(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)

上記獲得目標を体験できた。三面当事者間における和解の困難さを知ることができた。

(6) 勉学へのフィードバック

実務に触れることができた分、答案作成において、規範・あてはめの両面にふくらみのある文章が書けるようにしたい。

(7) 大宮法科大学院大学への要望

エクスターンシップにも、刑事、民事の別があってもいいと思った。

### ●I3学生(夜間主 男性)

(1) 受入先 小規模事務所

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月10日~1月30日、2月22日~3月13日)

(3) 獲得目標 実務が理論通りに動いていないことを体感する。

(4) 実施内容

① 法廷等傍聴：東京高裁・控訴審の傍聴、電話会議の見学、RCCの見学。

② 文書起案：刑事判決の起案、民事賃貸借契約書の起案。

③ 法令・判例等調査：新破産法、民事訴訟法、刑事訴訟法。

④ その他：二弁法科大学院支援委員会見学。

**(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)**

① 上記獲得目標は、達成できた。

② RCCにおける訴訟の可否に関する弁護士間の選別作業の見学、弁護士同士の任意売却交渉・債務者折衝を見学することにより、通常では見られない弁護士と依頼者との関与の仕方について学習できた。弁護士間の選別作業が、法的基本知識の基礎の上に行われていることが、体感できた。

**(6) 勉学へのフィードバック**

今後の法科大学院での勉学をすすめるにつれ、今回習得した基本知識からの実務の理解という観点から取り組みたい。

**(7) 後輩へのアドバイス**

エクスターンシップ先をよく事前に調査をして、自己の将来の弁護士像にマッチしたエクスターンシップ先を選択することが肝要であることを強調したい。

**●J1学生(昼間主 男性)**

**(1) 受入先** 中規模事務所(埼弁)

**(2) 総時間数(日程)** 52時間30分(1月6日~1月17日)

**(3) 獲得目標**

さまざまな種類の法律相談に立ち会い、実際の相談方法を学ぶ。公益的活動・事務所運営を含めた弁護士の職務にどのようなものがあるか学ぶ。刑事事件の公判を見る。特に、否認事件の反対尋問に関する、準備や法廷での尋問の傍聴を通し、実際の事件において弁護士がいかにして準備をし、いかに反対尋問をしていくのかを学ぶ。

**(4) 実施内容**

① 法廷等傍聴：法廷傍聴(民事；損害賠償事件の訴状・答弁書陳述場面、刑事；覚醒剤・大麻・道路交通法違反事件の冒頭手続から証拠調手続の途中まで、業務上過失傷害事件の被害者・目撃者に対する反対尋問)、弁論準備手続傍聴(抹消登記請求事件の電話会議)、調停立ち会い(交通事故における保険会社側)、法律相談立ち会い(破産・債務整理事件5回、離婚事件2回、交通事故事件2回、相続事件1回)。

② 文書起案：覚醒剤取締法・大麻取締法、道路交通法違反事件(情状弁論の準備として、情状のポイントをまとめる)。上記の民事法廷傍聴、弁論準備について自己の見解のまとめ。

③ 法令・判例等調査：民事事件(抹消登記請求事件)事案の法的問題の検討、弁護士として何をなすべきかの検討のための調査。

④ その他：フロー会議立ち会い。事務所内改憲阻止プロジェクトチーム立ち会い。9条の会ときわ地域第1回準備会打ち合わせ立ち会い。高校での講演「私たちのくらしと憲法」立ち会い。刑事事件(業務上過失傷害・否認事件)の証人尋問に向けての検討会への参加。

**(5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)**

① 獲得目標は達成できた。

特に、弁護士の公益活動としての高校での講演や事務所運営の会議は、弁護士業務の幅の広さを知ることができ、また獲得目標達成としては最適の経験をすることができた。

生の事件に立ち会うことで、机上の問題では感じることでできない事案解決の難しさ、事件処理の葛藤について感じ取ることができた。

② 公益活動を行う意思があれば、職務の範囲に制限がないということが発見できた。

指導担当弁護士が、同時に数十件以上の案件を扱う以上、一つの案件に必要以上の時間をかけることは、他の案件をおろそかにすることにつながってしまうことから、社内LANやパソコン・手帳上のスケジュール管理を徹底し、依頼者との相談や起案、訴訟を効率よく行うことで事件の滞留を防いでいることが勉強になった。

**(6) 自己評価、反省点、勉学へのフィードバック**

① エクスターンシップ終了後も、自分がかかわった事件に関する裁判の傍聴に行き、民事訴訟における反対尋問の方法について積極的に学んだ。

② 積極的に自分の意見を言うことに消極的になっていたように思える。

③ 法律相談で、端的に依頼者が求めているものを把握し、それに適した法的構成を考える、という思考の道筋は、新司法試験での回答作成の際に役立つはずなので、活かしていきたい。

将来の弁護士像を今まで以上に明確に意識することができるようになった。そういった意味で、今後の勉強の際のモチベーションを高めることができた。

**(7) 大宮法科大学院大学への要望、後輩へのアドバイス**

① エクスターンシップ受入先の情報が少ない。どのような先生が担当者なのか、その人が扱っている事件の種類、エクスターンシップ計画等の情報をあらかじめできるだけ多く開示してもらえると選択がしやすいと思う。

② エクスターンシップに行くと、法律相談や事案の解決の出発点が、依頼者が何を望んでいるかということから始まるので、この点は試験における解答を書く上での考え方の参考になると思うので、その点からもエクスターンシップは勉強になると思う。

**●J2学生(昼間主 男性)**

**(1) 受入先** 中規模事務所(埼玉)

**(2) 総時間数(日程)** 約50時間(3月2日~3月14日)

**(3) 獲得目標**

これまで法科大学院で学んだ法律が実務ではどのように運用されているのかを体得するとともに、弁護士という職業がいかなるものなのかについての理解を可能な限り深める。

**(4) 実施内容**

① 法廷等傍聴：刑事事件の傍聴2回。いずれも自動車事故における業務上過失致死事件と業務上過失傷害事件。前者は自白事件、後者は否認事件。

② 文書起案：訴状1件(保険代位に基づく損害賠償請求事件)、催告書1件(賃貸借契約終了に基づく明渡催告書)。

③ 法令・判例等調査：必要的共同訴訟になるか否かについての法令調査。

④ その他：顧問先の保険会社はの定期的な巡回法律相談。弁護士会によるクレサラ法律相談。事務所内での法律相談。

#### (5) 感想(獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと)

一般に、教科書を通しての学修内容は現実での運用とはかなり異なると言われているが、今回のエクスターンシップを通して感じたのは、法律においては実務での運用は、教科書や授業を通しての学修内容とそれほど変わらないということであった。むしろ、教科書を通して理解した内容の応用が実務であるように思った。その意味で、実務で法律を適切に運用するためには、教科書や授業を通しての理解が必要不可欠であることを痛感した。

すなわち、今までは、法科大学院での学修内容と実務とは別だと思っていたが、今回のエクスターンシップで、両者は密接不可分の関係にあることを発見したのである。確かにルーティン的な業務は、表面的には事務的であり、法律を知らなくてもできそうに感じる場所もあったが、それも深く考えると、その基礎となっている法律を十分理解してやるのと、ただ単に機械的にこなすだけなのでは、仕事の深まり方が違うのではないかということである。

#### (6) 自己評価、反省点、勉学へのフィードバック

6日間のエクスターンシップが余りにも短く感じられ、もっと受入先の事務所で働き、弁護士業務に触れていたい気持ちを抑えられなかった。

やはり、基本は教科書を通しての学修であり、基本となる学修が十分になされていてこそ、実務において法律をツールとして適切に使っていただけるのだということである。

今後の法科大学院での勉学においては、学修内容を実務で運用するという視点を持ちながら、今まで以上に意欲的により良い法曹を目指して努力していこうと思う。

#### (7) 大宮法科大学院大学への要望、後輩へのアドバイス

① エクスターンシップで扱うことになるであろう業務の内容がもう少し事前に詳細にわかるのであれば、学生にとってその準備が可能となり、より有意義なエクスターンシップになるように思う。

② 机上の学修から少し離れて、法律実務に触れることは、再び机上の学修に復帰する際に、あらたな学修意欲につながる。エクスターンシップの経験を強くお勧めする。

#### ●J3学生(昼間主 男性)

(1) 受入先 中規模事務所(埼弁)

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月23日~2月1日)

### (3) 獲得目標

依頼者とのコミュニケーション、訴訟以外の日常業務、訴状や準備書面以外の書面など、大学の勉強では扱うことのない業務や書面について学び、司法試験とは別に弁護士になるために必要なスキルを磨く。

### (4) 実施内容

① 法廷等傍聴：少額訴訟傍聴1件、刑事裁判傍聴1件。

② 文書起案：賃貸借契約解除通知書1通、訴状1通、支払督促1通。

③ その他：損害保険会社における事故処理の打ち合わせ(3回・約60件)、交通事故紛争センター示談斡旋の立ち会い(1件)、離婚調停立ち会い(1件)、交通事故損害賠償の調停立ち会い(1件)、法律相談の立ち会い(8件)。

### (5) 感想(獲得目標の達成度)

事務所の性質上、企業法務は経験できなかったが、市民法務については、非常に具体的イメージを持つことができ、参考になった。達成度は、期待の80%程度。

### (6) 反省点

指導担当の先生から時々条文知識などを問われて答えられないことが多く、2年間の学習の浅さを痛感した。

事前に自分の経験したい業務を考えて先生に伝えれば良かったと思った。そうすれば、より効率よく実務経験を学べたらと思う。

### (7) 大宮法科大学院大学(担当教員)への要望、後輩へのアドバイス

① エクスターンシップの内容を受入先に周知徹底してもらいたい。

事務所概要のみならず、担当弁護士個人の業務の内容を事前告知してもらいたい。明らかに問題のある指導担当弁護士を事前に排除してほしい。重要事項は、授業期間(冬休み前)に事前告知してほしい、エクスターンシップに関する苦情を常時受け付けてほしい(メール等で)。一期生が経験した内容の項目分けを事前に告知してほしい。メールによる書面提出を認めてほしい。

② 一期生が何を経験したかを、事前にエクスターンシップ担当教員に聞いて参考にすべき。

### ●J4学生(昼間主 男性)

(1) 受入先 中規模事務所(埼弁)

(2) 総時間数(日程) 約50時間(1月6日~1月20日)

### (3) 獲得目標

法律の勉強をしていて、手続法(刑事訴訟、民事訴訟)につき具体的なイメージが湧かず、苦勞しているため、様々な訴訟手続を学ぶ。

様々な種類の法律相談に立ち会い、実体法の具体的な処理方法を学ぶ。刑事事件の公判を見学する。可能であれば否認事件を見学し、弁護士の準備について学ぶ。

弁護士の職務について、具体的なスケジュール、依頼人との接し方について見学し、自分の弁護士像を膨らませる。

#### (4) 実施内容

① 法廷等傍聴：民事事件(離婚事件)和解調停傍聴2回。刑事事件(業務上過失傷害・否認事件)反対尋問傍聴。民事事件(過払金返還請求事件)口頭弁論傍聴。民事事件(損害賠償請求事件)口頭弁論傍聴。

② 文書起案：内容証明起案(消費者金融に対する、貸金返還請求に対する消滅時効の援用を内容とする起案)。訴状起案(離婚事件に関する訴状)。

③ 法令・判例等調査

労働事件において、過労死における法令・判例調査を行った。

④ その他：労災認定の示談交渉の傍聴。

#### (5) 感想(獲得目標の達成度)

和解交渉については、エクスターンシップの機会でなければ見学させて頂くことはできなかったはずであるから、大変貴重な経験をさせていただいたと共に、和解交渉について具体的なイメージをつかむことができた。

刑事事件の否認事件を見学し、弁護士の準備について学ぶことができた。

市民のための弁護士とは、相談者の心の悩みを緩和することも大切な役割であると思う。指導担当弁護士のさりげない相談者への一言に、その心遣いを垣間見ることができ、将来の弁護士像を膨らませることができた。

#### (6) 勉学へのフィードバック

法律を書物で勉強していても、第三者の立場でしか物事を捉えておらず、法律の勉強に面白みを感じることがなかった。勿論、私はこの法科大学院に入学してから初めて法律を学びはじめたので、法律用語の理解に終始とらわれていたため、法律は人間社会の中で「生きていること」を忘れていた。

私は、このエクスターンシップが終わった後に、依頼人、相談者の顔を思い出しては、何とかしたい、という気持ちになり、法律を勉強する時に、この考え方は使えないか、この判例は使えないか、こんな反対説がでたらどうする、と考えながら勉強するようになってきたと思う。このような気持ちを持って、法律を「学ぶ」のではなく、「使う」ための勉強を続けてゆきたいと思っている。

#### (7) 大宮法科大学院大学への要望

1単位分の履修時間はもったいない。1週間程度では、折角いろいろな事件を見ることができても、その後を追うことも出来ないの、折角起案した事案もその顛末を知ることもなく過ぎていくので、もったいないと思った。

2単位分の履修単位を設定するならば、例えば、初めの1週間は弁護士事務所に連続して通学し、残りの1週間は初めの1週間の間に会った事案を追いかけるようにするのも良いかと思う。

#### IV エクスターンシップ受入先からの要望

##### ●受入先A(大規模法律事務所)

各事務所におけるエクスターンシップ・カリキュラムの実例等を、差し支えない範囲で、まとめて教えていただけると、来年以降の受け入れの際に参考になると思う。

修習生と異なり、まだ学生であることを意識して、エクスターンシップを組み立てて行って欲しい。

##### ●受入先B(中規模法律事務所) なし

##### ●受入先C(企業法務部 —エンタテインメント・知的財産権—)

エクスターンシップとして来られる場合の連絡をもう少し早めにいただきかった。また、来られる方のバックグラウンドや興味の対象などの情報をいただければ、案件をある程度選ぶ参考になる(今回は、個別にプロフィールを提出してもらった)。

##### ●受入先D(中規模事務所) なし

##### ●受入先E(外資系中規模事務所) なし

##### ●受入先F(大規模模事務所) なし

##### ●受入先G(小規模事務所) なし

##### ●受入先H(人権擁護を目的に設立された公益法人)

学生が日報を記載し、これに受入先の検印を求めているが、学生の負担が大きいように感じる。全体の報告書でいいのではないか。

##### ●受入先I(小規模事務所)

受入先に対し、学生に何をさせ、何を習得させたいのか、という指針を作成してはどうか。当職としては、自分なりの指導方針の下、各種活動を行い、それなりの成果を上げたとは思っているが、当初は、何をすべきか、少々戸惑ったのは事実である。クリニックとの切り分けはどうなっているのか。

##### ●受入先J(中規模事務所・埼玉)

埼玉内においても、もう少し多くのエクスターンシップ受け入れ事務所を確保したうえで、学生と合意の上での期間延長が可能であるような割り当てをしていただいた方が効果が上がると思います。

## V 実際に実践して当初の目標は達成できたか — 発見したこと、反省点

### 1 獲得目標の達成度

本稿第2の1で記載した、本学が当初設定した獲得目標(①弁護士が活躍する最先端の現場を観察・体験することにより、弁護士の役割への理解を深めること、②具体的法曹像を見据えた勉学の目的意識・意欲を高めること)は、本稿第3の学生からの報告(17名の各(3)の獲得目標と各(5)の感想 — 獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと —)をお読みいただけると、かなりの程度(8割方くらいか)達成できたと評価できると思う。

### 2 発見したこと(学生が異口同音に指摘していること)

本稿第3の学生からの報告(17名の各(3)の獲得目標と各(5)の感想 — 獲得目標の達成度、発見したこと、得たこと —)をお読みいただけるとおわかりのとおり、学生が下記各諸点を異口同音に指摘していることが注目される。

(1) エクスターンシップによって、実務が教科書に書いてある基本的な法的考え方の応用であることがわかり、実務を体験すると教科書の基本に立ち返り、基本が「ツール」として使えるようになる(基本へのフィードバック学習効果及び基本の定着効果)。

(2) エクスターンシップの履修により、限られた時間で依頼者の求めるものを的確・適切にプレゼンテーションするための問題解決思考力、調査能力、整理能力、説得能力が養われる。

(3) 上記(1)(2)が今後の学習及び法曹になってからの勉学に役立つだけでなく、新司法試験の問題解決指向型の問題の解答のためにも極めて有用な能力を鍛えることになる。従って、質の高い法曹になるためにも、また新司法試験クリアーのためにも是非、エクスターンシップの履修を後輩に勧める。

### 3 反省点

(1) 初年度は、学生へのエクスターンシップ受入先一覧の開示が10月26日になり、説明会(ガイダンス)を11月に行い、エクスターンシップ先の決定が12月初めになってしまった。この関係から、学生からも受入先からも、もっと詳細な情報(学生にとっては、受入先の特徴をより詳細に欲しい。受入先からは、学生のプロフィールを事前に欲しい)をもう少し早めに欲しいという要望が多く寄せられた。



そこで、次回以降は、エクスターンシップ受入先一覧の開示を早め(2007年に向けては、2006年9月末に開示した)、説明会も10月に前倒しし、説明会で受入先のプロフィールを学生に補充説明する予定である。また、学生のプロフィールも学生自身に記載をさせ(内容は、略歴、自己PR、エクスターンシップで履修したいことの希望等)、あらかじめ受入先に委嘱状及び受入先向けガイダンスと一緒に送付する予定である。

(2) 学生に記載させる日誌(末尾添付の【資料3】参照)については、学生の負担が多い(特に、日々指導担当者の検印及びコメントを求める部分)との指摘があった。そこで、次回以降は、少なくとも、日々の指導担当者の検印及びコメント欄を廃止し、できるだけ学生及び指導担当者の負担を軽減する予定である。

(3) 初回は、エクスターンシップの実施の日程設定、すなわち「1月~3月の間の約50時間の割り振り」を学生と受入先の調整に一任した。しかし、このやり方に対しては、すべての一任するのではなく、例えば、①数日連続してやるパターン、②事件を追う形でやるパターン、③①、②を組み合わせるパターン(そのためには履修時間が長くなると思われる)を示すのが望ましいとの意見があった。

次回以降は、上記のパターンを示して、これを参考に日程調整をしてもらうことを考えたいと思っている。

(4) 上記(3)とも関連するが、現実的には50時間以上のエクスターンシップを実施した学生があり、上記2項記載のとおり、極めて有用なエクスターンシップを、約50時間・1単位とするのはもったいない(日数にして数日では、エクスターンシップの特性を活かすににくい)、2単位とすることも一つのオプションとして認めるべきとの意見が多かった。

これは、クリニックその他のカリキュラムとも関連する問題なので、本学のクリニック・エクスターンシップ委員会で議論をしていきたいと考えている。

## VI 夜間主学生の参加についてどのような配慮をしたか — 上手くいったか

本稿第2の4項(2)及び第3の冒頭に記載したとおり、エクスターンシップに向けての説明会(ガイダンス)及びエクスターンシップ期間中の合同セミナーを、各2回開催し、各1回は夜間の時間帯を設定して、夜間主の学生が出席しやすいように、配慮した。

しかし、受入先でのエクスターンシップ自体は、昼間が主体となるので、現実的に

は、夜間主の方がエクスターンシップを履修することには困難が伴う。今回のエクスターンシップ受入先の中で、人権擁護を目的に設立された公益法人は、午後6時以降が活動の主体だったので、そこに参加した学生からは、「夜間主の方に向いている」との感想をいただいた。

今後は、同公益法人以外の受入先でも、例えば、夜に会議、打ち合わせを入れていて、そこを見せてくれる受入先事務所を探す等の工夫が必要になると考えている。

## VII 法科大学院においてエクスターンシップを行う意義

### 1 法律基本科目、他の実務基礎科目との関連

学生が異口同音に指摘しているとおり(本稿第5の2項参照)、エクスターンシップを体験すると、2年間のカリキュラムで学んだ基本(教科書)に立ち返るフィードバック学習が定着するという現象が顕著であることが明確となった。

そこで、エクスターンシップ(クリニックを含め)担当教員が法律基本科目、他の実務基礎科目を教える教員とこうした情報を共有しあい、座学で基本を教えるときは、「この基本が、臨床でどのように使われるか、クリニック、エクスターンシップで見る機会があったらよく見てきなさい」という指摘をし、クリニック、エクスターンシップ履修後のフィードバック学習の重要性に言及してもらうことが肝要になると考える。

### 2 クリニックとの相違(役割分担)

本稿第3の1項(7)で、A1学生は、「エクスターンシップには学生用にスクリーニングされた事件は一切なく、学生にとっては、生の事件を包み隠さず次々に見分できる数少ない機会である」と述べている。また、本稿第3の11項(7)でI1学生は、「エクスターンシップもクリニックも、各々長所が異なり(エクスターンシップは、すべての面で弁護士の最先端の姿を見られる。クリニックは、無料相談である等の限界がある)、相互に補完する関係にあると思われるので、時間の許す限り履修することを勧める。その為には、単位数や必要時間、受入先等を柔軟に展開できるよう改善する余地があると感じた」と述べた。

恐らく、クリニックのメリットは、担当の専任教員が、臨床の生の事例を教育的効果を考えて提供し、指導することができるということにあるのだと思う。ただ、扱う事件の内容が、刑事であれば国選事件、民事で言えば無料相談・無料事件ないし扶助事件の割合が多い、という多様性・先端性面で多少エクスターンシップと違うところがあるように思う。

一方エクスターンシップの最大の特徴は、企業法務・渉外法務にせよ、市民法務・公益法務にせよ、各受入先の指導担当弁護士が、クリニックではない各弁護士の戦場(法律事務所、企業法務部、団体)で、何もスクリーニングされないそのままの最先端の現場が本当の生のまま見られるというところであろう。エクスターンシップの欠点は、法科大学院が各受入先にガイダンス書は渡すにせよ、基本的には各受入先の指導担当者のやり方に任されるので、教育的配慮の統一性の部分では、クリニックに劣ると言えよう。

しかし、上記II学生が指摘するとおり、クリニックとエクスターンシップとは、それぞれ持ち味が違うのであるから、各不十分なところ補い合いながら、それぞれの特徴を活かす役割分担をすることが重要であると考ええる。

その為には、本特集のように、クリニック及びエクスターンシップの実施状況及び課題を報告しあうこと、またクリニック・エクスターンシップ委員会でお互いの情報交換をすることが肝要であると考ええる。

### 3 司法修習との関係

司法修習は、法科大学院を修了し、新司法試験に合格した後、実務に向けてスキルを仕上げる過程であろう。

一方、法科大学院でエクスターンシップを履修する意味は、学生が、感想の中で指摘するとおり、1年とか2年の間に座学で学んだ法律が実務でどのように使われているかを体感し、座学での基本に立ち返ってこれを使える「ツール」にすることによりその後の勉学に活かすこと、併せて、早期に実務に触れることにより、将来の自分の理想とする法曹像をつくり、その後の勉学へのモチベーションを最高度に上げるところに意味がある。

よって、「司法修習があるから、エクスターンシップは必要ない」ということは言えないのであり、法曹を目指して法科大学院に入った、適切な段階(入学後1年ないし2年を経過した時点)において、弁護士の活躍の最先端(現場)に触れさせることは、極めて意義の深いことである。

## VIII 将来に向けて、教育実践としてどのような展望を持ち得るか

本稿第5の2項に記載した学生の指摘のとおり、エクスターンシップが法科大学院に入って1年ないし2年を経過した学生の今後の勉学にとって、極めて大きな効用が

あることが明らかとなった。

そこで、このエクスターンシップの有用性を高度に発揮させるためには、エクスターンシップの目的・効果・留意点を、学生にはガイダンス等でよく説明し、また、エクスターンシップ受入先に対しては、受入先用ガイダンス書を充実させ、学生のプロフィールも事前に送付し、法科大学院として受入先にどのようなエクスターンシップを期待するかを、より具体的に理解してもらえる努力をすることが肝要であるとする。

こうした努力をすることにより、エクスターンシップの弱点となりがちな、教育的配慮の面でのフォローをより高いレベルにすることが可能になると考える。

**【資料1】大宮法科大学院大学エクスターンシップ実施要領****1 本要領の目的**

本学は、エクスターンシップを実施するに際し、関係者の権利・利益を害することなく、効果的な実務教育を実施することを目的として、本実施要領を制定する。

**2 エクスターンシップ実施の目的**

2年次(4年制の場合は3年次)後期終了後の冬期間の間に、学生の希望に応じて、第二東京弁護士会または埼玉弁護士会の会員が執務する法律事務所、企業法務部、その他会員の関係する官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等に学生を派遣し2年間の座学で学んだ法律が社会の実際の場でどのように機能し、そこで弁護士がどのような役割を果たしているかを観察・体験することによって、弁護士の役割への理解を深めることを目的とする。

**3 エクスターンシップ実施の時期**

2年次(4年制の場合は3年次)後期が終了し、3年次(4年制の場合は4年次)の前期が開始する前の時期(毎年1月~3月の時期)

**4 エクスターンシップ実施の対象、学生の適格性**

本学に在籍する学生でエクスターンシップの履修を希望する者。

学生がエクスターンシップを履修するには、以下の要件を満たさなければならない。

(1) 必修としての法律基本科目・実務基礎科目(法情報調査・法文書作成及び専門職責任)の単位を取得もしくは取得見込みであること。なお、面接・交渉技法及び民事訴訟実務の単位を取得していることを推奨する。

(2) 守秘義務を遵守する旨の秘密保持誓約書(別紙書式参照)を本学に提出していること。

**5 エクスターンシップ派遣先(受け入れ先)**

(1) 法律事務所

(2) 企業(企業内弁護士のいる企業)法務部

(3) 官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等

**6 エクスターンシップ派遣先(受け入れ先)先の募集・依頼**

第二東京弁護士会会員、埼玉弁護士会会員を中心にエクスターンシップ受け入れ事務所、企業、諸団体を募集する。

## 7 エクスターンシップ指導担当者の委嘱及び適格性

エクスターンシップは、エクスターンシップ受け入れ先の法律事務所内ないし企業法務部内の弁護士を指導担当者として指名して委嘱する。指導担当者は、原則として5年以上の実務経験を有する弁護士の中から選任することとする。

弁護士の在籍しない官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等の場合は、推薦(紹介)弁護士に指導担当者(協力弁護士)になってもらうか、あるいは官公庁、自治体、諸機関、団体、NGO・NPO等のしかるべき担当者に指導担当者になっていただく(指導担当者が弁護士であることを必須要件とはしない)。従って、その場合は、弁護士賠償責任保険に加入していることも要件とはしない(本学の加入する法科大学院生教育研究賠償責任保険での填補を検討する)。

## 8 エクスターンシップの時間帯、内容、事件関与

(1) 学生は、1月~3月までの間、総時間約50時間程度(この期間中、学生がいつエクスターンシップ先に出向くのか、1日何時間とするのかは、学生とエクスターンシップ先で調整していただく)エクスターンシップ先の法律事務所もしくは企業法務部等に出向き、指導担当者その他の協力弁護士と行動を共にする。

(2) 学生は、指導担当者その他の協力弁護士の事件処理(法律相談、面接・交渉、会議、法廷等)に立ち会うとともに、事件処理に必要な法情報調査、その他法文書の文案の起案等をする。

(3) 対象事件は、指導担当者が相談を受けた事件及び受任した事件とし、学生は名目の如何を問わず、報酬を請求し、又は受領してはならない。

(4) 学生は、指導担当者の補助者として、指導担当者の活動に立ち会うと共に、事件処理に必要な法文書を作成する。

(5) 指導担当者は、学生を指導・監督し、学生の行為については全て指導担当者の責任とする。

(6) 指導担当者は、前2項について、相談者・依頼者・被疑者・被告人の同意を得なければならない。

(7) 指導担当者は、学生の立ち会いについて、必要に応じ関係者の同意を得る。

## 9 成績評価、単位の認定

成績は、学生が作成・提出する活動日誌(所定の書式有)及び最終報告書(所定の書式有)と、指導担当者ないし協力弁護士に作成・提出してもらった活動報告書に基づき、

本学のエクスターンシップ担当講師においてその成績評価を集計する。

成績評価は、合否の2段階とする。エクスターンシップの履修単位は1単位とする。成績は、3年次(4年制の場合は4年次)前期の成績として記録される。

#### 10 その他

(1) 学長は、必要と認める関係機関に対し、エクスターンシップの教育目的と運用について、理解と協力を得られるよう努める。

(2) 学生の守秘義務違反については、別途規定する学内規則において処分する。

【資料2】

## 秘密保持誓約書

平成 年 月 日

法律事務所(受入先)

指導担当者 先生

大宮法科大学院大学 御中

住 所 〒

在学年 年

学籍番号

コース

学生氏名

私は、大宮法科大学院大学のエクスターンシップに参加するにあたり、下記の事項を厳守することを誓約します。

1 私は、受入先におけるエクスターンシップの過程において知りえた公知の知見及び知識を除く一切の情報、知識(以下「秘密情報」という)の秘密性を十分理解しており、秘密情報の秘密を厳格に保持し、如何なる第三者にも秘密情報を漏洩、開示又は公示したりしません。

2 私は、秘密情報を含む書面その他如何なる媒体をも複写、譲渡、貸与したり受入先外に持ち出したりしません。

3 私は、秘密情報を受入先におけるエクスターンシップの目的以外の目的には使用しません。ただし、別途目的を明示したうえで受入先の明確な書面による許諾を受けた場合はこの限りではありません。

4 私は、本エクスターンシップの終了後といえども、秘密情報が公知の知見又は知識とならない限り、秘密情報の秘密保持義務を保持します。

5 私は、受入先より秘密情報の返還又は破棄の指示があった場合には、書面その他の媒体を通じて提供された秘密情報(その複写物及び要約を含む)を速やかに受入先に返還又は破棄します。

6 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、受入先に生じた一切の損害、損失、費用(弁護士費用等を含む)等を受入先に賠償する責任を負います。

7 私は、私が上記の各条項に違反した場合には、大宮法科大学院大学における退学処分を含む懲戒処分の対象となることがあることを十分に理解しております。

8 私は、大宮法科大学院大学の学生としての自覚のもとに、その名誉信用を傷つけないよう、誠実に行動することを誓約します。

9 本誓約書に基づき、または、本誓約書に関して生ずるすべての紛争については、大宮法科大学院大学および受入先の意向に従い、信義に則り誠実を尽くして協議のうえ、善処解決するものとします。



【資料3】

提出日：平成 年 月 日

平成 年 大宮法科大学院大学

エクスターンシップ活動日誌

在学年	年	学生氏名	
コース			
学籍番号			

受入先		指導担当者	
-----	--	-------	--

受入先とあらかじめ打ち合わせをして決めたエクスターンシップの日、時間帯を記載して下さい

--

受入先とあらかじめ打ち合わせをして決めたエクスターンシップの獲得目標を記載して下さい

--

【記載要領】

- 次の頁をエクスターンシップ日数分コピーして、毎日記入して下さい。
- 毎日、始業までに「今日のエクスターンシップの目的」欄を記入し、目的意識を明確にしてエクスターンシップを行って下さい。
- 出勤状況、業務内容を記入した後、指導担当者の方に毎日検印(もしくはサイン)をもらって下さい。また、何かコメントがあれば記入していただくよう、お願いして下さい。

【提出期限】

- ① 最終提出期限：平成 年 月 日( )までに教務学生課に提出下さい。
- ② 途中経過報告：平成 年 月 日及び同年 月 日の合同セミナーで使用するため、 月 日までの分を 月 日までに、 月までの分を 月 日までに教務学生課宛、各コピーもしくはファックスで途中経過報告をして下さい。

エクスターンシップ( )日目

1 今日のエクスターンシップの目的(何のために何をするか)を記入

--

2 出勤状況

①遅刻せず    ②遅刻(その理由: )

3 今日のエクスターンシップの内容(実績、どのようなことをしたか)

時刻	研修場所	内容

4 今日の評価、反省点

--

5 指導担当者のコメント

	担当者検印  
--	---------------

【資料4】

提出日：平成 年 月 日

平成 年 大宮法科大学院大学

エクスターンシップ最終報告書

在学年	年	学生氏名	
コース			
学籍番号			

受入先		指導担当者	
-----	--	-------	--

1 エクスターンシップ出勤状況のまとめ(日々の出勤状況は、活動日誌の記載を援用します)

遅刻回数	回	欠勤回数	回
早退回数	回	総時間数	約 時間

2 エクスターンシップ実施内容のまとめ(日々の実施内容は、活動日誌の記載を援用します)

1) 法廷等傍聴	
2) 文書起案	
3) 法令・判例等調査	
4) その他	

3 エクスターンシップの感想(①エクスターンシップ実施前の獲得目標及び期待に対し、どれくらい達成できたか、②今回のエクスターンシップで発見したこと、得たことをできるだけ具体的に、その他)を記載して下さい。

4 自己評価と反省点及び今回のエクスターンシップを今後の法科大学院での勉学にどう生かしたいかを記載して下さい。

5 受入先及び大宮法科大学院大学に対する要望、後輩へのアドバイスなどを記載して下さい。

[提出期限]平成 年 月 日( )までに教務学生課に提出下さい。

【資料5】

提出日：平成 年 月 日

大宮法科大学院大学 御中

平成 年1月~3月 大宮法科大学院大学

エクスターンシップ活動証明書

エクスターンシップ受入先名 \_\_\_\_\_

指導担当者名 \_\_\_\_\_

エクスターンシップ受入学生

在学年	年	学生氏名	
コース			
学籍番号			

1 エクスターンシップ出勤状況のまとめ

遅刻回数	回	欠勤回数	回
早退回数	回	総時間数	約 時間

2 エクスターンシップ実施内容の概要

1) 法廷等傍聴	
2) 文書起案	
3) 法令・判例等調査	
4) その他	

## 3 評価

エクスターンシップ担当の教員が、合否を判定する際の資料にしますので、下記各項目について、評価(該当番号に○印をして下さい)及びコメントの記入をお願いいたします。

評価項目	評価の留意点	評価 4: 非常に優れている、3: 優れている、2: 普通、1: 努力を要する	コメント
1 時間に関する約束を守る姿勢	欠席・遅刻の回数及び時間。無断欠席・無断遅刻の有無	4・3・2・1	
2 積極性・創造性	進んで積極的に仕事をする姿勢	4・3・2・1	
3 貢献度	具体的な案件に対する成果	4・3・2・1	
4 協調性	対人関係調整を含む	4・3・2・1	
5 調査能力	事実調査・法調査能力	4・3・2・1	
6 文書作成能力	メモ作成、文書起草能力	4・3・2・1	
7 説明能力・説得能力	わかり易く説得的な説明をする能力	4・3・2・1	
8 所内ルールの遵守	倫理感覚を含む	4・3・2・1	
9 誠実性・信頼性	信頼して任せられるかどうか	4・3・2・1	
10 その他・特記事項			



4 今回のエクスターンシップに関しまして、ご感想等がありましたら、お書き下さい。

5 今回のエクスターンシップに関しまして、大宮法科大学院大学に対する要望等ございましたら、お書き下さい。

[提出期限] 平成 年 月 日( )までに、同封の返信用封筒により、大宮法科大学院大学教務学生課に提出いただきたく、お願い申し上げます。



# 目的不動産の占有移転を伴わない買戻特約付 売買契約の法的性質

— 最(三)判平成18年2月7日(民集60巻2号480頁、金判1240号24頁) —

田中 宏

---

第1	判決要旨	228
第2	参照条文	228
第3	事案の概要	228
第4	争点	229
第5	第1審および控訴審の判断	230
第6	上告受理申立理由および本判決	230
第7	検討	232
第8	本判決の留意点	239
第9	結論	240

---

## 第1 判決要旨

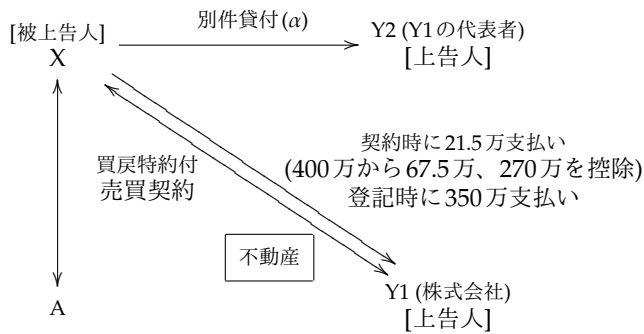
買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である。

## 第2 参照条文

民法369条(譲渡担保)、同579条。

## 第3 事案の概要

### 1 当事者関係図



### 2 時系列

#### 1) 平成12年11月13日/X→Y2「別件貸付」

XはY2に金1000万円を利息月3パーセントの約定で貸し付け。有限会社Aは、その担保として、同社の所有する土地・建物につき、Xと譲渡担保契約締結。

#### 2) 平成12年11月13日/X→A「別件契約」

XA間で、別件貸し付けの貸金債権を担保するために、A所有の土地・建物について譲渡担保契約締結。

#### 3) 利払い

Y2→数回の利払い(1回30万円)のみ(平成13年6月8日が最後)。

#### 4) 平成13年12月13日①/変更前契約書作成

X-Y1間で、本件土地代金700万円、本件建物代金100万円、買戻期間を平成14年2

月28日までとする買戻特約付売買契約を締結することに合意して契約書(以下「変更前契約書」という。)を作成し、司法書士に対し、登記手を依頼した。

5) 平成13年12月13日②/本件契約

Xの代表者は、司法書士が退去した後、「売買代金は、合計800万円ではなく、合計750万円でなければ契約を締結することができない」と言い出し、Y2も、「750万円の方が買い戻しをしやすい」としてこれに応じたことから、Y1とXは、本件土地の売買代金を650万円、本件建物の売買代金を100万円とし、上告会社は平成14年3月12日までに上記売買代金相当額及び契約の費用を提供して本件土地建物を買い戻すことができる旨の内容の買戻特約付売買契約(以下「本件契約」という。)を締結し、変更前契約書の内容を改めた契約書(以下「本件契約書」という。)を作成。本件契約には、買戻期間内に本件土地建物を上告会社から被上告人に引き渡す旨の約定はなく、Xは、本件契約日に、Y1に対し、売買代金750万円のうち400万円を支払うこととしたが、Y1の了承の下、400万円から、買戻権付与の対価として67万5000円(領収書の但し書き欄に「利息」の文言なし)、別件貸付けの利息9か月分として270万円(領収書の但し書き欄に「利息」と明記)、登記手続費用等の支払に充てるべく司法書士に預託した41万円、以上合計378万5000円を控除し、21万5000円をY1に交付した。

6) 平成13年12月14日/登記と引き換えに残代金支払い

本件契約日の翌日、Xは、司法書士が本件土地建物について変更前契約書の内容で登記手続を完了したことを確認し、Y1に対し、売買代金の残金350万円支払った。

7) 平成14年3月12日/買戻期限途過

Y1は、平成14年3月12日までに本件契約に基づく買戻しをしなかった。本件建物はY1・Y2が共同して占有している。

#### 第4 争点

XがY1・Y2に対し、本件契約は民法の買戻しの規定が適用される買戻特約付売買契約(以下「真正な買戻特約付売買契約」という。)であり、被上告人は本件契約によって本件建物の所有権を取得したと主張して、所有権に基づき本件建物の明け渡しを求めるものであり、Y1・Y2は、本件契約は譲渡担保契約であるからXは本件建物の所有権を取得していないと主張して、これを争っている。

## 第5 第1審および控訴審の判断

1 別件契約書には、「買戻約款付譲渡担保契約書」という標題が付されているが、変更前契約書にも、本件契約書にも、「買戻約款付土地建物売買契約書」という標題が付されている。

2 Y1・Y2は、「Xが控除した67万5000円は本件契約による貸付けに係る3か月分の利息である」と主張するが、別件貸付けの利息として支払われた270万円の領収証にはそのただし書欄に「利息」と明記されているのに対し、買戻権付与の対価として支払われた67万5000円の領収証にはその記載がないので、これを認めることはできない。

3 Y1・Y2は、「Xは被上告人から371万5000円しか受け取っておらず、このような少額の代金で上告会社が時価1800万円を下らない本件土地建物を売却するはずはない」と主張するが、上告会社が371万5000円しか受け取ることができなかったのは、買戻権付与の対価、別件貸付けに係る利息、登記手続費用の合計378万5000円が控除されたからにほかならず、本件土地建物はあくまで750万円と評価されているし、本件土地建物の時価が1800万円を下らないと認めるに足りる証拠もない。

4 したがって、本件契約は、譲渡担保契約ではなく、真正な買戻特約付売買契約と認められる。と判断し、Xの請求をいずれも認容。Y1・Y2上告受理申立。

## 第6 上告受理申立理由および本判決

1 上告受理申立理由は、原判決が本件契約内容について、契約書の表題に「買戻約款付土地売買契約書」あることから譲渡担保契約の成立を否定したことが釈明権の不行使、審理不尽の違法があるなどと主張するものである。

2 本判決は、裁判官全員一致の意見により、本件契約を真正な買戻特約付売買契約と解し、被上告人の請求を認容すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるとして、論旨を容れ、以下の通り説示して原判決を破棄して自判(Xの請求を認容した第1審判決を取消した上、被上告人の請求をいずれも棄却)した。

「(1)真正な買戻特約付売買契約においては、売主は、買戻しの期間内に買主が支払った代金及び契約の費用を返還することができなければ、目的不動産を取り戻すことができなくなり、目的不動産の価額(目的不動産を適正に評価した金額)が買主が支払った代金及び契約の費用を上回る場合も、買主は、譲渡担保契約であれば認められる清算金の支払義務(最高裁昭和42年(オ)第1279号同46年3月25日第一小法廷判決・民集

25巻2号208頁参照)を負わない(民法579条前段、580条、583条1項)。このような効果は、当該契約が債権担保の目的を有する場合には認めることができず、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産を何らかの債権の担保とする目的で締結された契約は、譲渡担保契約と解するのが相当である。

そして、真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主への目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であり、民法も、これを前提に、売主が売買契約を解除した場合、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなしている(579条後段)。そうすると、買戻特約付売買契約の形式が採られていても、目的不動産の占有の移転を伴わない契約は、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認され、その性質は譲渡担保契約と解するのが相当である。

(2)前記事実関係によれば、本件契約は、目的不動産である本件建物の占有の移転を伴わないものであることが明らかであり、しかも、債権担保の目的を有することの推認を覆すような特段の事情の存在がうかがわれないだけでなく、かえって、[1]被上告人が本件契約を締結した主たる動機は、別件貸付けの利息を回収することであり、実際にも、別件貸付けの元金1000万円に対する月3分の利息9か月分に相当する270万円を代金から控除していること、[2]真正な買戻特約付売買契約においては、買戻しの代金は、買主の支払った代金及び契約の費用を超えることが許されないが(民法579条前段)、被上告人は、買戻権付与の対価として、67万5000円(代金額750万円に対する買戻期間3か月分の月3分の利息金額と一致する。)を代金から控除しており、上告会社はこの金額も支払わなければ買戻しができないことになることなど、本件契約が債権担保の目的を有することをうかがわせる事情が存在することが明らかである。

したがって、本件契約は、真正な買戻特約付売買契約ではなく、譲渡担保契約と解すべきであるから、真正な買戻特約付売買契約を本件建物の所有権取得原因とする被上告人の上告人らに対する請求はいずれも理由がない。」と判示した。そして

(3)「本件契約を真正な買戻特約付売買契約と解し、被上告人の請求を認容すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は、上記の趣旨をいうものとして理由がある。」との説示に基づき「原判決を破棄し、被上告人の請求を認容した第1審判決を取り消した上、被上告人の請求をいずれも棄却」した。(裁判官全員一致)。

## 第7 検討

### 1 はじめに

本件上告審における法律上の争点は、「不動産売買契約の買主に占有が移転しない形での買戻特約付売買契約を、民法579条以下の規定する買戻しの諸規定によるコントロールに委ねるのか、それとも、不動産譲渡担保契約として、非典型担保をコントロールする判例法理 — なかんずく清算義務の法理 — に委ねるのか。」ということである。

この議論の実益は、売主が買戻権を行使しなかった(あるいは行使できなかった)ときに、不動産の譲受人が「買主」として、当該不動産の所有権を確定的に取め、それで処理が完結してしまうのか、単なる不動産の買い手ではなく、「担保権者=債権者」として、清算義務を負うか否かということにある。すなわち、上告審判決が説示しているように「真正な買戻特約付売買契約においては、売主は、買戻しの期間内に買主が支払った代金及び契約の費用を返還することができなければ、目的不動産を取り戻すことができなくなり、目的不動産の価額(目的不動産を適正に評価した金額)が買主が支払った代金及び契約の費用を上回る場合も、買主は、譲渡担保契約であれば認められる清算金の支払義務(最高裁昭和42年(オ)第1279号同46年3月25日第一小法廷判決・民集25巻2号208頁参照)を負わない」という前提のもとで、債権者がこのようなメリットを享受する買戻特約付売買契約に該当するか、それとも、しからざる不動産譲渡担保契約に該当するかが争われることとなるのである。

### 2 民法における買戻し制度

「買戻し」とは、字義通りにとらえるならば、物の売り主が一度売ったものを再び買って自分のものとする場合ないし制度ということになる。しかし、そのようなことがなされたこと—現象としての買戻し—については、少なくとも民法の観点からは考察する意義には乏しく、法律上の問題点としての買戻しとは、売主の買戻「権」が留保されている場合—買戻特約付売買契約—というべきであろう<sup>(1)</sup>。

民法は、この「買戻特約付売買」について、売買契約の客体が不動産である場合について、579条から585条までの規定をおいている(その内容については、後に述べる)。

<sup>(1)</sup>我妻榮「民法講義・債権各論(中1)」325頁(岩波書店、1957年)、来栖三郎「法律学全集・契約法」212頁(有斐閣、1974年)など。



### 3 買戻しの機能

このような買戻し制度の最大の意義は、キャッシュを用立てるために手持ちの財産を一時的に売却して代金を手中に収め、後に自己資金を調達できたところで、買戻代金(実質的には返済金)を提供して財産を取り戻すという場面で利用することにある。つまり、買戻し制度は金融担保としての機能を果たしている。ただし、本来的な意味での「債権担保」が、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求権など、被担保債権の残存を前提とするものであるのに対し、買戻しが担保として機能する場合は、「売買」という、物と代金の交換的移転で完結してしまうため、被担保債権の姿が見えない(相互に給付を完了すれば、債権の存続という形での履行の問題を残さない)ということにその特色がある。

なお、買戻しの機能としては、このような金融担保的機能ではなく、たとえば工業団地用地等特別の用途として開発された土地を公社や公団が私人に払い下げる際に、事業誘致のために市価よりも安価で提供する反面、用途を制限したり、一定期間転売を禁止したりする等の条件を定め、払い下げを受けた者が条件に違背したような場合には、その者から公社や公団が買い戻すという場合である。これは、払い下げ契約に付随する条件(当該土地で払い下げを受けた者自身が一定期間特定の事業を営む等)の履行を確保するという意味では「担保」と言えるが、いわゆる「金融担保」とは異なる。

### 4 買戻し制度の沿革

我が国における民法上の買戻しの規定の沿革については、中世の本銭返(本物返)がその発端であり、それが江戸時代を経て民法施行前の明治時代にも存続していたことにあるといわれている<sup>(2)</sup>。その当時においても、主たる作用は権利移転による担保であったところ、民法ではその他の権利移転の方法による担保制度は廃止され、質権・抵当権という独立の担保物権制度に整理統合された。しかし、買戻しだけが残されたのは、農村地方にはなおその存在意義があると考えられたため<sup>(3)</sup>、また、規定がないと自由に内容を契約で定めうるので弊害が生ずることの理由から<sup>(4)</sup>、民法に設けられることとなったのである。

<sup>(2)</sup> 来栖「前掲」212頁。

<sup>(3)</sup> 我妻「前掲」326頁。

<sup>(4)</sup> 平井一雄「担保目的でなされる買い戻しに関する一考察(獨協大学法学部創設25周年記念論文集)」302頁(1992年)。

## 5 買戻しにおける厳格な制限

上記のように、買戻し制度は中世から存在していた担保の手法を、民法が認めて残したものであるが、所有権の存在を曖昧にし、財産の流通及び改良を妨げるという弊害があるということ<sup>(5)</sup>から、厳格な制限が課されている。

すなわち、①不動産の買戻し特約については、579条以下の規定のコントロールに服する<sup>(6)</sup>、②買戻し特約は、売買契約と同時に行為なければ当事者間においても効力を有せず(579条前段)、かつその登記をしなければ、第三者に対して対抗力を有しない(581条1項)、③売買代金の利息と果実とは相殺されたものとみなされる(579条後段)、④買戻し期間には10年の制限がある(580条1項)。

## 6 買戻しと譲渡担保の分水嶺としての「占有」

このように、民法による厳格な枠がはめられている買戻しであるが、売主から買主に対して目的物の占有が移転することについては、特に明文の規定はない。したがって— 売買契約が基幹となっている以上、占有権限が買主に移転することには「説明する必要もない」<sup>(7)</sup>というのであれば格別— 目的物の占有が買主に移転することが買戻し契約の要件となるかについては、解釈論としてなお検討する余地のある問題とすることができる。

### 1) 占有-買戻しのリンクを認める考え方

買戻特約付売買契約か譲渡担保権設定契約であるかについて、目的物の占有移転を区別要素とする見解は、大別して、民法の買戻し制度の沿革から説明する見解(便宜上「沿革説」と呼ぶ。)と、そのような沿革・法制的なアプローチではなく、譲渡担保制度の本質からのアプローチで説明する見解(同じく便宜上「本質説」と呼ぶ。)とがある。

#### ① 沿革説

この見解は、①既存判例の検討結果として、判例自身が意識していたかどうかは別として、目的物の占有が債務者の手元に止められている場合が譲渡担保、しからざる場合が買戻特約付売買契約と認定されてきたこと、②被担保債権の存否で譲渡担保か売渡担保かを判断することが困難であることを理由とする<sup>(8)</sup>。

<sup>(5)</sup> 来栖「前掲」212頁。

<sup>(6)</sup> もちろん、動産の買戻し契約自体が「無効」となるというわけではなく、579条以下の適用がないというだけのことである(近江幸治「民法講義V(契約法)[第3版]」158頁(成文堂、2006年))。

<sup>(7)</sup> 近江幸治「担保制度の研究(以下「研究」と略称)」269頁(成文堂、1989年)269頁。

<sup>(8)</sup> 三藤邦彦「不動産の譲渡担保・所有権留保(私法34号)」33頁、来栖「前掲」221頁以下。

## ② 本質説

日本の民法制定時の沿革ではなく、担保法理の本質からアプローチする見解である。まず買戻しという法技術が—結果的に担保として機能しているとしても—それはあくまで「買戻権」という附款(特約)のついた売買であるということを強調する。この立場からは、売買契約の目的物の占有が買主に移転しないということはイレギュラーであるということになるのであろう<sup>(9)</sup>。この見解は、①買戻約款付きの売買契約という法律構成のもとでは、売主が占有を留保する権限を持たず、これ—売主の占有留保—を生じさせるには、別途の法律行為を要することになる。②それが所有権は買主に帰属させつつ占有を売主に残すということで「賃貸借」の法理であり、③これが担保的に構成されたものが譲渡担保に他ならないということになる。

したがって、「売主から買主に占有を移さない買戻特約付売買契約」というのは、「占有を移さない」というところを補完するツールとしての賃貸借が内包されなければ成立し得ず、それは結局のところ譲渡担保そのものであるということになる。

### 2 占有-買戻しのリンクを認めない考え方

買戻しと占有とのリンクを認めない考え方も、根拠によって分類できる。

#### ① 機能説

否定説の一つは、椿教授によるものであり、買戻し制度の沿革的理由の固持に疑問を呈し、また、担保ツールとしての「占有(不動産)担保」の使いにくさから、両者の切り離しを提唱する見解である(便宜上「機能説」と呼ぶ。)<sup>(10)</sup>。

すなわち、買戻しないしは再売買予約、さらにはそれを含むところの売渡担保が認められるとすれば、その要件あるいは権利の内容として「占有が実質担保権者に移転するということは外すべきである」という考え方である。沿革説に対しては、制度の発足当時においてであれば、買い手が占有することを予定しているという把握は正しかったといえるが、そういう発足時の性格がいつまでも本質として維持されるのか。また、確かに不動産の高い収益性に着眼して占有・利用を債権者に移させる形の担保が存在することは否定しないが、その事情と切り離された後もなお、占有移転にこだわらなければならない理由はなく、担保手段として見た場合に、占有担保である不動産質権の使い勝手が悪く、使われにくいという現状があるにもかかわらず、なお、解

<sup>(9)</sup>近江「研究」・268頁。

<sup>(10)</sup>椿寿夫「担保目的の所有権移転登記と一展望」(民事研修362号16頁以下(1987年))、同「譲渡担保論の課題と考え方」(集合債権担保の研究56頁以下(有斐閣、1989年))など。

釈によって、「使い勝手の悪さ」をもたらす「債権者による担保物の占有」を要件とする積極的意味合いが見いだしがたいとされるのである<sup>(11)</sup>。

## ② 統合説

否定説のもう一つの論拠が、生熊教授らの見解<sup>(12)</sup>である。この見解は、要するに、「法律効果の異なる『買戻し』と『譲渡担保』」という考え方に囚われず、両者の法的効果につき、譲渡担保と同一に取り扱うという考え方を基底とする(両者を統合的に考えるものであるから、便宜上統合説と呼ぶ)。その結果、与信者への占有移転の有無によって両者を峻別する必要は解釈論上は意味がなくなるというものである<sup>(13)</sup>。

## 7 近時の裁判例

過去の裁判例については、生熊教授の論文<sup>(14)</sup>に詳しいので、近時のものをいくつか概観してみることにする。

### 1) 譲渡担保権決定契約と認定した例

① 東京地判平2・7・13(判時1381号64頁、LEX/DB27808706)(不動産の占有移転なし)

「しかし、前記認定事実、ことに本件契約締結に至った原告側の動機、金銭消費貸借契約証書の作成、利息相当金の支払状況、本件土地建物の現実の占有使用状況<sup>(15)</sup>等の諸事情に徴すれば、本件契約は売買の形式を装ってはいるが、いわゆる売渡担保にとどまるものではなく、買戻代金の名の下に、元本債権金二億円、弁済期昭和六三年八月一九日、期間中の利息年二割とする金銭消費貸借契約を隠匿したところの譲渡担保契約と認めるべきものである。」

② 東京地判平2・8・24(判時1385号70頁、LEX/DB27808854)(不動産の占有移転なし)

<sup>(11)</sup>近江教授は、この批判に対して、それ—結果的に売主のもとに占有が残った担保—こそが、譲渡担保であり、それは買戻特約付売買プラス貸借が法律構成要素として加わって初めて可能となるのであるとされる(近江「研究」272頁(8))。

<sup>(12)</sup>生熊長幸「買戻・再売買予約の機能と効用(加藤・林編「担保法大系(第4巻)」)(金融財政事情研究会、1985年)480頁。平井一雄「前掲」311頁、高木多喜男「担保物権法(第4版)」(有斐閣、2005年)331頁以下、道垣内弘人「担保物権法(第2版)」(有斐閣、2005年)295頁以下など。

<sup>(13)</sup>この点につき、近江教授は、両者の「異別は解消されることになる。」が「このことは解釈論上無意味だとかいう問題ではないであろう。」とされる(近江「研究」272頁(15))。

<sup>(14)</sup>生熊「前掲」469頁以下。

<sup>(15)</sup>原告が本件建物を占有していることは当事者間に争いが無い。

「本件不動産と伊豆長岡の不動産の被告JCFに対する所有権移転登記の登記原因が売買とされていること、乙一号証の一、二の契約書は土地付建物「売買」契約書となっていること、乙二号証の領収書の但書には「売買代金」と記載されていること等は、本件の取引が買戻条件付売買であると主張するのに有利な証拠であるが、《証拠略》によれば、本件不動産の所有権移転は専ら訴外都市資源開発株式会社に対する返済金七億二〇〇〇万円を被告JCFから融資を受けるためになされたものであって、目的不動産の価額が七億二〇〇〇万円ないし七億五〇〇〇万円であったためでないことが認められ、この事実は本件不動産譲渡がその形式にもかかわらず、譲渡担保であつて買戻条件付売買ではないと認定せしめる決定的な根拠である。」

③ 東京高判平10・7・29(判タ1042号156頁、LEX/DB28052705)(不動産の占有移転なし)

「自己及び家族の生活拠点となる自宅及びその敷地を含む資産をわずか三か月後に買戻しをしなければこれを失うような売買契約をすることは何か特別の事情でもない限り考えにくいから、被控訴人は本件各土地建物に本件債権のため担保を設定したとみるのが自然である。控訴人としても、金融業者としてその関心は金融による利益の獲得にあり本件各土地建物に特別執着していた訳ではなく(原審及び当審における控訴人本人の各供述、弁論の全趣旨)、買戻期間経過後に被控訴人に本件各土地建物の明渡しを求めたり、新たに被控訴人との間で賃貸借契約を締結したと認めるに足りる証拠はない。また本件債権に上乘せして支払うことが約束された四〇〇万円は本件債権の利息に当たると解され、これを利息制限法所定の制限利率年一割五分で計算すると一年八か月分の利息に相当するから、買戻期間経過後に支払われた月々の金員が当初低額であったとしても、この四〇〇万円が支払われることを前提として考えれば当座わずかな金員の支払で控訴人が了承したことは取り立てて不自然ではなく、これを利息の支払とみて差し支えない。

これらの事情を総合すると、控訴人と被控訴人は、弁済期を昭和四九年八月一四日(買戻期間の最終日)、弁済期までの三か月分の利息を四〇〇万円(ただし利息制限法に違反する部分は無効であるから、利息は年一割五分の割合の限度で有効である。)とし、損害金は具体的に定めないまま本件債権を準消費貸借に改め、これを担保する目的で本件買戻特約付売買契約を締結したものと認めるのが相当である。」

## 2) 買戻特約付売買契約と認定した例

① 浦和地裁川越支部判平2・9・6(判タ737号155頁、LEX/DB27807275)

(土地は第三者に賃貸に供されているものであるが、売買に伴い、買い主が土地に関

する賃貸人の地位を承継し、以後は自ら賃貸人として賃借人から直接賃料を受領し、また、各土地の公租公課を自ら支払うようになった)。

「被告は、本件契約は被告…が清四郎から三〇〇〇万円を借り入れ、この債務を担保する目的でされた譲渡担保設定契約であって、前記1記載の各書面やその記載文言は単に形式上作成されたものにすぎないと主張し、証人石井万吉の証言、被告本人尋問の結果及び甲第二九号証中には、右主張に副う証言や供述部分があり、また、右石井や被告は、昭和四三年ころ、右債務の利息などの支払として三回にわたり清四郎に六〇〇万円又は七〇〇万円ずつ持参し支払ったとも証言ないし供述するところ、本件訴訟では、本件契約の実質が譲渡担保設定契約であることを確認し又は証する目的で作成された書面(契約書や覚書など)が証拠として提出されておらず、また、これらの書面が作成されたこと自体も認められないことや、利息などを支払っていたという点もその領収書が作成されていないなど不自然であること、更に、本件紛争に至るまでの一〇数年の間、被告や亀吉が清四郎やこれを相続した原告に対し、譲渡担保権の弁済ないし実行(精算)による消滅を申し出たり、確認したりしたことがないことなどに照らすと、本件契約が譲渡担保設定契約であるとする被告の主張に副う前記の各証拠は措信することができない。

また、被告は、本件契約が譲渡担保設定契約であることの事情として、代金三〇〇〇万円という額が、本件各土地の坪単価等を評価しこれを基礎として定められたものではないこと、本件各土地の当時の時価合計額約二億五〇〇〇万円と対比して右代金額が著しく低額であること等を主張する。確かに[中略]本件契約の代金額は本件各土地の坪単価等を評価しこれを基礎として定められたものではないことが認められるが、清四郎が本件各土地の所在、広さ及び現況を熟知していた事実や、前記認定の本件契約締結に至る経緯とに照らせば、右三〇〇〇万円が売買代金でないとい断することはできない。また、本件各土地の当時の地価合計額が約二億五〇〇〇万円であるとする点も、その根拠を示す乙第一五号証の鑑定書…は、その根拠資料である売買事例や精通者意見が必ずしも適切なものではないうえ、底地価格の評価も、土地上の建物が容易に取去できることを前提にしたものであって、到底、本件各土地の時価、殊に借地権負担のある本件一ないし五の各土地の時価の参考資料とすることはできないものと考えられる。[中略]要するに、本件各土地の当時の地価合計額が約二億五〇〇〇万円であることを認めるに足る証拠はない。甲第三一号証と前記認定の本件売買契約締結に至る経緯とに照らせば、三〇〇〇万円という額が当時の本件各土地の現況を考慮した代金額として特に不合理なものであったということとはできない。

以上説示してきたとおり、本件契約は、書類の形式上からはもちろんのこと、これが締結されるに至った経緯、代金額等からみて、買戻特約付売買契約であると認められる。」

## 第8 本判決の留意点

### 1 買戻特約付売買契約と譲渡担保権設定契約との効果の峻別

本判決は、「不動産売買契約の買主に占有が移転しない形での買戻特約付売買契約を、民法579条以下の規定する買戻しの諸規定によるコントロールに委ねるのか、それとも、不動産譲渡担保契約として、非典型担保をコントロールする判例法理 — とりもなおさず清算義務の法理 — に委ねられるのか。」という問題点について判示しているのであるが、その前提として、買戻特約付売買契約と認定された場合の効果と、譲渡担保設定契約と認定された場合の効果とを峻別していることに留意する必要がある。

すなわち、本判決は「真正な買戻特約付売買契約においては、売主は、買戻しの期間内に買主が支払った代金及び契約の費用を返還することができなければ、目的不動産を取り戻すことができなくなり、目的不動産の価額(目的不動産を適正に評価した金額)が買主が支払った代金及び契約の費用を上回る場合も、買主は、譲渡担保契約であれば認められる清算金の支払義務(最高裁昭和42年(オ)第1279号同46年3月25日第一小法廷判決・民集25巻2号208頁参照)を負わない」としており、売主が買戻権を行使しなかった(あるいは行使できなかった)ときに、不動産の譲受人が「買主」として、当該不動産の所有権を確定的に収め、それで処理が完結してしまい、清算義務から解放されるとする。このような前提があるからこそ、買戻特約付売買契約に該当するか、しからざる不動産譲渡担保契約に該当するかが争われることとなる。つまり、この判決が前提とする「真正な買戻特約付売買契約」とは、近時議論されているような「形式を問わず担保たる実質に従い清算義務を生じさせるもの」ではなく、忠実に民法規定のみのコントロールを受ける買戻しという前提で考察がなされている。もっとも、この説示のいう「真正な」買戻特約付売買契約とはいかなる場合を意味するのか — 金融担保ならざる部分(統合説の立場では譲渡担保に統合された部分を除去した残部) — をいうのか、そこまでには至っていないのかは判決文からは直ちには判断することはできない<sup>(16)</sup>。

<sup>(16)</sup>道垣内教授は、権利移転型担保全体を「譲渡担保」に統合し、「それぞれの契約において債権担保を目的としたものを指す概念としてとらえていくべきである」として、非金融担保的機能を営む場面を例としてあげられている(道垣内「前掲」296頁以下)。また、生熊教授も「買戻特約は、代金支払債務以外の契約条項の履行確保の目的を有するとき以外は、通常債権担保のためのものとみるべきであろう。」とされる(生熊「前掲」475頁)。

## 2 占有不移転に対する「債権担保目的」推認という評価の根拠

本判決は、「買主への目的不動産の占有の移転を伴わない契約であること」という要素に、債権担保目的であるという当事者の意思を推認させる効果を与えた。その根拠として、①真正な買戻特約付売買契約であれば、売主から買主への目的不動産の占有の移転を伴うのが通常であること、②民法も、これ(①)を前提に、売主が売買契約を解除した場合、当事者が別段の意思を表示しなかったときは、不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなしている(579条後段)ことを掲げている。

①は「通常かどうか」の評価の問題である。これは、「近時の最判例」に現れているように、譲渡担保権設定契約であると認定して然るべきものについては、おおむね占有が買主に移転していることが拠り所となっているといえよう<sup>(17)</sup>。

②について、本判決が指摘する579条後段は、買戻権が行使された場合において、当事者間に別段の意思表示がないときには「不動産の果実と代金の利息とは相殺したものとみなす」と規定する。不動産の果実の主たるものは、当該不動産の使用収益による利益であることから考えるに、この規定は買戻権が行使されたときに、買戻しの買主が売主に対して償還すべき不動産の果実(売主からみれば償還請求権)と、売主にいったん支払われていた代金返還請求権に発生する利息(買主から見れば)利息請求権とをみなし相殺するという効果を与えたものである。これは、使用収益価値と利息とは価値的に対等とみなされることによるが、さらにいえば、買戻しの対象となっている不動産の占有が買主に移転しているからこそ、買主が果実をキープすることができると同時に買戻権が行使されたときには「償還」義務を負うことのつじつまがあうというのであり<sup>(18)</sup>、判例は、この点をとらえて、民法の規定する買戻し制度が、対象不動産の占有が買主に移転していることを前提としていると評価したものであろう。この説示内容は、民法の買戻しが、買主への占有移転を前提とすることを肯定する — しかも、単に歴史的・沿革的理由としてではなく、成文法の解釈論としての — 根拠となる。

## 第9 結論

本件の事実を見る限り、買戻特約付売買契約の形式が採られている本件契約を、譲渡担保権設定契約であるとして原判決を破棄した上告審判決は、結論において正当で

<sup>(17)</sup> 富永浩明「新判例紹介 — 目的不動産の占有移転を伴わない買戻特約付売買契約の法的性質」(NBL829号13頁以下)。

<sup>(18)</sup> 売主のもとに残存したままであれば、買主が不動産から生ずる果実をキープする事態や返す事態は生じ得ない。



あると言える<sup>(19)</sup>。

また、第8で述べたように、買戻特約付売買契約と譲渡担保権設定契約を「清算義務・受戻権」という効果の有無で明確に区別した上で、近年の裁判例等に現れた実例をふまえて「目的物の占有移転がないこと」に、譲渡担保権設定契約であることを推認させる効果を認めた<sup>(20)</sup>という点に先例としての意義があると言えよう。

もっとも、担保ツールとしての使い勝手のよさという観点からは、使い勝手のよさをスポイルする「担保権者の占有移転」という手かせをあえて付加することが妥当なのかという問題は残る<sup>(21)</sup>が、法律効果面において買戻特約付売買契約と譲渡担保権設定契約との障壁を取り除いてしまう — 効果面ではどちらでも同じとする — のであれば格別、本判例のように、買戻特約付売買契約に「清算義務や受戻しから買主＝債権者を解放する効果を生じさせる」という効果を与える以上、むしろ担保ツールとしての使い勝手に一定の歯止めをかけることにも意義があるといえるのではなかろうか。

<sup>(19)</sup>むしろ、契約書等の文言が「買戻特約付売買契約」という文言表記となっていることのみを依拠して書証をつまみ食いし、これと齟齬する供述をすべからず「不合理である」と、なで切りの排斥した第1審判決およびこれを維持した控訴審判決は、事案の本質をとらえていない書証偏重主義の判決として批判されるべきであろう。

<sup>(20)</sup>この「推認」の効果付与は、あくまで「事実上の推定」であり、間接事実のレベルの問題とみるべきであろう。したがって、要件事実の整理には直接の影響を及ぼさない。ある売買が通常の売買か売渡担保かが争点となった場合について、買主が、売渡担保でないことの心証を裁判所に与えるためには、①売買代金と評価額の均衡、②①を欠いている場合にはその合理的理由、③買戻等の期間の定めがないか比較的長期間である、④買戻し等の代金額の定めが合理的に定められていることなどの間接事実の主張立証に努めるべきであるとする見解がある(伊東秀郎「残された売渡担保の問題点」(判タ246号11頁))。この見解を前提とすると、本判決により「⑤目的物の占有が買主に移転していること。」が付加されたということになるか。

<sup>(21)</sup>本件の場合、目的不動産の占有移転の有無という点を特にとりあげなくても、①契約締結の動機が別件貸付の利息回収にあること、②①に基づいて9ヶ月分の利息に相当する270万円を代金から控除していること、③買戻し権付与の対価として67万5000円を控除しており、579条前段の趣旨に反する状態にあることなど、本件契約が債権担保の目的を有することをうかがわせる事情が十分にあった。



## 執筆者紹介

---

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

石井 明

上武大学ビジネス情報学部教授、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

隅田浩司

東京大学先端科学技術研究センター特任研究員、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

萩原 猛

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

櫻井光政

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

丸山輝久

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

近藤卓史

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

山口健一

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科非常勤講師

田中 宏

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

(掲載順)

## 大宮ローレビュー 第3号

2007年1月 初版第一刷発行

---

発行 大宮法科大学院大学  
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号  
Tel 048-658-8101, Fax 048-658-8102  
<http://www.omiyalaw.ac.jp>  
E-mail: [info@omiyalaw.ac.jp](mailto:info@omiyalaw.ac.jp)

印刷 倉敷印刷株式会社  
130-0013 東京都墨田区錦糸4-16-17  
Tel 03-6658-0031 Fax 03-6658-0032