

## Ⅲ 諸制度の改革

### 1. 裁判官制度改革

#### (1) 改革の経緯

- ① 今次の司法制度改革では、裁判官および裁判所運営のあり方について大きな改革がなされた。

日弁連はこれまで、法曹一元制度の実現を目指して、キャリアシステムの中での純粋培養型裁判官、官僚的裁判官制度の改革を主張し、かつ、国民の司法参加の観点から陪審制度の導入を検討して、これらの実現につながる諸制度の研究や推進に努力してきた。

しかしながら、1997（平成9）年7月、内閣に設置された司法制度改革審議会では、「司法の中核を担う裁判官制度のあり方は、いわゆる法曹一元制の採用の是非の観点から種々論じられてきたところである」としながらも、「法曹一元という言葉は多義的であり、この言葉にとられることなく」裁判官制度改革が審議され、2001（平成13）年6月の最終意見書では、次のような改革が提言されるに至った。

「21世紀のわが国社会における司法を担う高い質の裁判官を安定的に確保し、これに独立性をもって職権を行使させるために、③最高裁判所が下級裁判所の裁判官として任命されるべきものを指名する過程に国民の意思を反映させる機関を設置すること、⑥裁判官の人事評価について、可能な限り透明性・客観性を確保するための制度を整備すること、⑦裁判所運営に広く国民の意思などを反映することが可能となるような制度を導入すること、⑧原則としてすべての判事補に、裁判官の職務以外の多様な法律専門家としての経験を積ませる制度を整備すること、⑨特例判事補を計画的かつ段階的に解消すべきであること、そのためにも判事を大幅に増員することが必要であり、増員に対応できるよう弁護士任官を推進すべきであること。」

- ② 今次の裁判官制度改革は、政財界、官界、労働団体、市民団体など国民の様々な要望の熾烈なせめぎ合いの中で達成されたものであるから、日弁連が年来主張している法曹一元化及び陪審制度の実現という目標からみると、未だほど遠いものがある。しかし、今次の画期的な制度改革によって、戦後数10年にわたる最高裁を頂点とする牢固たる官僚的キャリアシステムに大きな風穴が開いたことは確かで、これら新制度の今後の運用いかんによっては、上記目標の実現に向けての大きな第一歩を踏み出すことができよう。

#### (2) 改革の内容及び評価・課題

この提言に基づいて一連の制度改革がなされ、以下の新しい制度の運用が始まっている。以下、改革の内容、評価と今後の課題について述べる。

##### ① 指名諮問委員会と人事評価制度

###### (ア) 下級裁判所裁判官指名諮問委員会制度

2003（平成15）年5月から、同委員会制度が発足するに至った。この制度の特徴は、次の通りである。

○最高裁に指名諮問委員会（中央の委員会、委員構成法曹5、法曹外6）、全国8カ所の高裁管轄区域ごとに東京、大阪、名古屋、広島、福岡、仙台、札幌、高松の8つの地域委員会（法曹3、法曹外2）を置く。

○最高裁は中央の委員会に対し、すべての任官希望者の適否につき諮問し、かつ適否の意見は述べない。

○中央の委員会は、最高裁、地域委員会双方から提供される資料・情報に基づいて適否の判断をし、最高裁に対し、理由を付して意見を述べる。

○最高裁は、適否の結果につき中央の委員会と意見を異にした場合は、その理由を同委員会に通知するほか、指名を否とした任官希望者に対して理由を（同委員会の理由も併せて）明らかにする。

○地域委員会は、中央の委員会の求めがない場合にも任官希望者に関する情報を収集する権限を有し、各地域の裁判所内・外部の情報収集をしてこれを取り纏め、中央の委員会に意見を付して報告する。

#### （イ）新しい人事評価制度

最高裁は、人事評価に関する規則を制定し、2004（平成16）年4月より実施している。制度の概要は次の通りである。

##### < 評価権者 >

①所属裁判所の長（地家裁所長、高裁長官）

②地家裁所長の行った人事評価については、高裁長官が調整および補正

##### < 評価の基準等 >

③事件を適切に処理するのに必要な資質・能力 ④部等を適切に運営するのに必要な資質・能力 ⑤裁判官として職務を行う上で必要な一般的資質・能力という三つの評価項目について実施

##### < 手続 >

###### ① 情報評価の把握

○ 裁判官の独立に配慮しつつ、多角的に情報を把握

○ 裁判所外部からの情報についても配慮

管内の弁護士会・検察庁に対し、所属する弁護士、検察官が情報を有する場合には、その有する情報を受付窓口（各裁判所の総務課長宛）において受け付けることを周知依頼する。

→②裁判官から担当職務の状況に関する書面の提出 →③評価権者裁判官との面談

→④評価権者の評価→⑤高裁長官による調整および補充→⑥評価書の開示

→⑦不服申立手続→⑧人事評価に関する書面の保管（記録化）

#### （ウ）評価と課題

（a）裁判官の任用及び人事評価については、これまで完全に最高裁（事務総局）の密室の中で行われ、裁判所の運営も国民の手に届かない所にあつて、長い間そのようなことに批

判がなされても、改善されないままに推移してきた。上記指名諮問委員会の創設は、委員会に裁判所外部の委員が多数入って審査に関与し、指名過程の透明化を図る画期的な制度改革であった。また、上記人事評価制度も、従来その運用実態が全く不明であった人事評価について、面談、人事評価書の開示、不服申立手続等の制度化によって、外から見える形で客観化・透明化が大きく前進したものと評価できる。いずれについても、裁判所外部からの情報が取り入れられることにより、利用者である国民の視点に立った評価が裁判官の任用と人事評価に反映されることになった。裁判官の姿勢や力量が一番現われるのは法廷や和解の場であり、弁護士は、これに直接関わる立場にあるから、より良い裁判官を育てるという視点から、個々の裁判官に関する具体的事例に基づく外部評価情報を積極的に地域委員会および評価権者に提供することが極めて重要である。国民のために良い裁判官を選び育てることは、弁護士の公的義務（職務）であるというべきである。

- (b) 指名諮問委員会制度が発足して8年が経過した。この間再任を不適とされた裁判官は、2003（平成15）年6名、04（平成16）年4名、05（平成17）年4名、06（平成18）年4名、07（平成19）年3名、08（平成20）年4名、09（平成21）年4名、10（平成22）年3名となっている。不適とされた事由については、以下の通り類型化が見られる（自由と正義2009（平成21）年10月号23頁）。

- 能力不足 ・ 事件滞留 ・ 水準以下の実務能力
- 資質の欠如 ・ 当事者らに対する高慢、不合理な言動 ・ 強権的な訴訟指揮  
・ 職務怠慢、意欲のなさ、決断力不足 ・ 自己客観性、協調性の欠如
- 非行 ・ 公私混同
- 上記事由に対する改善可能性のなさ
- 健康問題 ・ 精神的疾患、重篤な疾患

類型化された不適事由には、裁判官としての適格・資質以前の職業人・社会人としての不適事由といえるものも含まれている。これまではこのような裁判官でもほとんどが再任されてきたところ、指名諮問委員会制度の発足によって、再任が拒否されるようになったのであるから、この制度について、一定の評価をすることができる。

今後の課題としては、委員会の透明化をさらに前進させること、委員会の自主・主体性をより高めること、地域委員会の活性化、不適とされる者に対する面接の実施、外部情報を質的にも量的にも充実させること（これは提供する弁護士側に主要な要因がある）等が必要である。

- (c) 情報提供の取り組み

東京弁護士会は、会員にこの制度を周知させ、具体的事例に基づく情報の提供を地域委員会および人事評価権者に直接提供するよう働きかけるとともに、弁護士会として、会員から寄せられる情報を提供先に取り次ぐ活動も行っている。

しかし、現在、弁護士から、提供される情報は、依然として少ない（下記情報取次件

数一覧参照)。最高裁は、指名諮問委員会に再任希望の全裁判官の再任の可否を諮問する際、問題ありと最高裁が思料する、いわゆる重点審議者を示してくる。この重点審議者が真に問題のある裁判官か否かも含めて、利用者である弁護士の裁判官に関する情報提供を質・量共に充実したものにしていくことは極めて重要である。

そのためには、われわれ弁護士が自ら関係した事件の担当裁判官について、積極、消極両評価を含めてその都度評価し、この集積によって再任裁判官の外部評価資料としていくシステムが必要である。現在、東京弁護士会では、常議員、各種委員会等からの推薦及び公募により、合計 206 名（2006（平成 18）年度）にモニターを委嘱し、情報収集の基盤を強化する取り組みを進めているが、これを一層充実させていく必要がある。

加えて、現状では、最高裁から再任期裁判官の名簿が提供されるのが毎年 9 月末（修習期間が 1 年半となった 53 期以降の再任期裁判官からは、毎年 3 月末）頃であるため、弁護士から当該裁判官に関する再任適否の情報提供期間は 1 カ月位にすぎず余りにも短い。東京三会では、3 カ月以上前に再任期裁判官の名簿を送付するよう上記委員会へ要望したが、同委員会は今のところこれに応じていない。東弁は（日弁連とともに）、今後この実現に向けて一層の働きかけをするとともに、毎年年度当初に再任期裁判官の予想名簿を作成し会員に早期に知らせることが必要である。

#### 【弁護士からの情報の重要性について】

2007（平成 19）年 11 月の指名諮問委員会では、ある再任裁判官について、弁護士から法廷における言動が裁判官としてふさわしくないという趣旨の具体的情報が多数寄せられた。これらの情報を受けて、評価権者からも「伝えられた情報は深刻なものだ。十分改善指導する」旨の報告書が寄せられ、委員会は、それらを踏まえて、再任の可否を検討した結果、従前の実績も考慮して「適」とはするものの、問題点を厳しく指摘した異例の見解を付して答申した。これは、弁護士からの情報が、具体的で客観性があれば、再任の可否を検討するにあたって重要な資料となりうることを示した初めてのケースである。

＜人事評価・再任期裁判官情報取次件数一覧＞

| 2005 年度  |         | 2006 年度  |         | 2007 年度  |         | 2008 年度  |         | 2009 年度  |         | 2010 年度  |         | 2011 年度  |         |
|----------|---------|----------|---------|----------|---------|----------|---------|----------|---------|----------|---------|----------|---------|
| 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 | 人事<br>評価 | 再<br>任期 |
| 69 通     | 11 通    | 60 通     | 21 通    | 28 通     | 15 通    | 43 通     | 6 通     | 32 通     | 9 通     | 37 通     | 9 通     | 55 通     | 16 通    |

## ② 地裁委員会の新設、家裁委員会の改組

- (ア) 最高裁判所規則により、地方裁判所委員会が新設され、家庭裁判所委員会が改組されて、2003（平成 15）年 8 月よりスタートした。理念を生かし、形骸化を防ぐ趣旨から、「多様な委員構成や学識経験者委員数の過半数確保」「年複数回開催」「議事録公開、報道機関への議事公開」「委員会の意見に対する検討結果の報告」などの確認事項が決められている。
- (イ) これらは、裁判所側からの一方的な情報提供を聞く場ではなく、双方向の意見交換をす

る場として、また学識経験者委員が委員の過半数を占めていることから、市民としての生活感覚・目線による司法行政を含む裁判所の運営全般に関する議論ができる場として、裁判所をよりよくしようとするものである。

今後、委員会の運営上明らかになった上記確認事項に係る問題点を克服するとともに、裁判所主導の運営を排し、市民の声を具体的に裁判所の運営に反映させること、学識経験者委員をより広範囲な職域・階層から選出することや、市民の声をできるだけ吸い上げるための方法（シンポジウム・公聴会など）をとっていくこと等が必要である。

### ③ 判事補の弁護士職務経験制度（他職経験制度）

この制度は、判事補と任官10年未満の検事が、原則として2年間、弁護士登録をして弁護士職務を経験する制度であり、その目的は、裁判官（検事）に市民感覚を体得してもらってそれを裁判に反映させ、裁判官の資質及び能力の一層の向上を図るところにある。

2005(平成17)年4月から開始され、これまでの7年間の合計は、判事補からは東京47名(各年8、7、7、7、6、6、6名)、大阪14名(同2、2、2、2、2、2、2名)、福岡1名、愛知県3名(1、1、1名)、検事からは東京26名(各年2、4、4、4、4、4、4名)、大阪7名(各年1、1、1、1、1、1、1名)が弁護士としての職務を行っている。

今後人数を増加させることが望ましく、弁護士会としては、それに対応できるだけの受入れ事務所を用意することが重要である。

### ④ 弁護士任官と非常勤裁判官制度

弁護士任官（116 ページ）参照。

## 2. 民法（債権法）改正の動向とこれに向けた取り組み

### 1 民法（債権法）改正の動向

法務大臣は、平成21年10月28日に開催された法制審議会に民法（債権法）の抜本的改正を諮問し、法制審議会は、同年11月24日に民法（債権関係）部会の第1回を開催した。以降、民法（債権関係）部会は、平成23年11月29日までに36回開催されている。

民法（債権関係）部会は、平成23年5月10日、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下「論点整理」という。）を公表し、同年6月1日付けで「民法（債権関係）に関する中間的な論点整理」に関する意見募集（いわゆるパブリックコメントの募集）を行った。これは、それまでの民法（債権関係）部会での議論を踏まえてとりまとめた「中間的な論点整理」について、各界の意見を求めるというものである。すなわち、これは、法制審議会なり民法（債権関係）部会が改正の一定の方向性を示した中間試案的なものをとりまとめ、それに対するパブリックコメントを求めるものではない。民法（債権関係）部会第21回部会においても、次のステージにおいて、中間試案のとりまとめを目指すことが確認されている。

このような形でのパブリックコメントの募集は、極めて珍しいものであり、法務省も、民法（債

権法)の改正について、慎重な姿勢をとっていると評価することができるであろう。(注1)

「論点整理」に対するパブリックコメントは、同年8月1日に締め切られ、各種団体や個人から相当数のパブリックコメントが提出されており、今後は、このようなパブリックコメントをも踏まえた上で、民法(債権関係)部会の議論が行われていく見込みである。(注2)

## 2 民法(債権法)改正へ向けての弁護士の取組み

これまで、民法(債権法)改正へ向けて、弁護士は、様々な意見を述べてきた。単位会のもの、弁護士有志のもの、弁護士個人のもの、様々である。

多様な民事事件を扱う弁護士にとって、民法(債権法)の改正は、重大な関心事であることからすると、これは当然のことであろう。

これに対して、各種団体(産業界・金融界、労働団体、消費者団体)は、民法改正にはあまり積極的ではない、意見を述べる場合にも、自分たちの活動に影響が及ぶことにならないようにしてほしいというものが多い、との見方がある。(注3)

このような見方が正しいか否かは別として、弁護士が色々な階層に属する依頼者を抱えていることからすると、弁護士が民法(債権法)改正に対して、積極的な意見を述べることは、国民の意見を広く民法(債権法)改正に反映させるという意味で、極めて重大なことであろう。

## 3 法曹親和会における民法(債権法)改正に関する取組み

法曹親和会は、民法(債権法)改正の問題につき、いち早く取組み、意見を発表してきた。

法曹親和会は、平成21年3月、民法(債権法)改正問題の重要性に鑑み、「民法(債権法)改正に関する提言書」を発表し、また、その後の民法(債権法)改正の動向の急速な進展を踏まえ、会務委員会において民法改正問題対策PTを設置して議論を重ね、その結果を会務委員会で討議して意見集約をし、平成21年10月、「民法(債権法)改正に関する意見書」を公表した。

さらに、法曹親和会は、昨年度においては、東京弁護士会会長からの7月1日付け意見照会(東弁22意照第8号)を受け、民法改正問題対策PTが議論を重ね、「民法(債権法)改正問題の中間論点整理に関する意見書」を取りまとめ、この意見書は、会務委員会における議論・承認を経た上で、法曹親和会幹事長名で、平成22年9月17日に東京弁護士会会長に提出された。

本年度においても、同PTにおいての議論をもとに、平成23年7月31日付けで、「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に関する意見書(パブリックコメント)を幹事長名で法務省民事局参事官室に提出している。(注4)。

法曹親和会は、同意見書において、民法(債権法)改正に対する基本姿勢を次のように示している。

「当会は、改正にあたっては、立法事実まで立ち返り、改正の必要性を検討し、国民生活の向上をはかるために民法改正を行うべきことを基本方針にすべきことが重要であると考え。・・・改正の必要性は、社会・経済の変動に伴い生じた法律関係や法律問題が、現行民法の規律では解決できなかつたり、民法規範を適用すると現実的な不都合が発生するといった、中間項を通して、初めて俎上にのぼるべきものといえる。・・・なお、民法が、国民生活を規律するという観点から立法事実の検討にあたっては、学理的な理論に偏ることなく、現実に即した議論をすべき必要

性があることを強調しておく。・・・確定して定着した判例法理を条文化するリステイトメントともいうべき、改正を行うことには賛成する。ただし、リステイトメント化を行うといっても、アメリカなどの例によれば、条文の数が著しく増加するという傾向も否定できず、そうするとかえってわかりにくい法典となりかねない。条文の表現などにも十分配慮して、会社法の轍を踏まないように、膨大な条文の法典にならないよう特に留意することを求める。・・・多義的で不明確な条文の文言を使用することは、国民にとってわかりにくく、法律離れをもたらす危険性もある。ワーディングには細心の注意をはらうべきことを強く求める。」

このような意見は、まさに、民法と日常的に向き合い、これを用いて紛争の解決と予防に当たり、国民の権利を擁護している弁護士だからこそ述べるものができるものだ」と評価することができるだろう。

## 4 終わりに

法曹親和会は、一昨年度及び昨年度の政策綱領において、民法（債権法）改正が、「国民の、国民による、国民のための民法改正」でなければならないこと、法曹親和会がこのような民法（債権法）改正を実現するために、今後の民法（債権法）改正にあたって、積極的な提言及び行動を行っていく所存であることを述べた。その成果の一つが、上記の意見書（パブリックコメント）である。

法曹親和会は、今後も、民法（債権法）改正にあたって実務法曹としての弁護士に期待される大きな役割を自覚し、「国民の、国民による、国民のための民法改正」のために全力を尽くすものである。

### （注1）

もっとも、このパブリックコメントの募集については、本年3月11日の東日本大震災があったことから、地元の仙台弁護士会をはじめとする複数の単位会からパブリックコメント手続延期を求める会長声明が出されたが、それが容れられることはなかった。

### （注2）

内田貴法務省参与は、著書の中で次のように述べている。「論点整理を踏まえた実質的な改正審議は、2011年7月下旬から開始されており、2013年2月頃に中間試案を取りまとめることを目標に精力的な審議が進められています」（内田貴「民法改正」ちくま新書20頁）。

### （注3）

大村淳志「民法改正を考える」岩波新書130～131頁。なお、大村教授は、民法（債権関係）部会の幹事である。ただし、少なくとも、民法（債権関係）部会での議論をみると、各種団体を代表する委員・幹事が民法改正にあまり積極的ではないというのは言い過ぎである。それぞれの団体も、それぞれにとって「よい民法改正」には賛成しているし、委員及び幹事も、そのような観点から積極的な意見や提言を行っているともみられるべきであろう。

### （注4）

本意見書は、法曹親和会のウェブサイトにおいて閲覧することができる。

## 3. 労働法制の改革

### (1) 労働法制をめぐる問題の基本的構造

長期雇用慣行、年功的処遇、企業別労働組合を特徴とするいわゆる「日本的雇用システム」は未だに大企業の中核的な制度として温存されているといえる。しかしながら、経済のグローバル化、企業間競争の激化、産業構造の第3次産業へのシフト、といった相互に関連する要因は、徐々にこれら伝統的な「日本的雇用システム」へ圧力を及ぼしており、非正規雇用の拡大、偽装請負、違法派遣、外国人研修生からの搾取などに代表される「ワーキングプア」現象が強調して語られる。他方で、正規雇用の労働者についても、長時間労働とメンタルヘルスの問題が顕在化してきており、「ワーク・ライフ・バランス」の実現にはほど遠い現状がある。

労働法制分野は、実体法・手続法・紛争解決システムの全ての面において、近年、急速に改正・整備が進んだ分野とされる。しかし、多様化する雇用問題に対応するため、改革・法整備への取り組みはなお継続されなければならない。

### (2) 有期労働契約法制

厚生労働省は、2009（平成21）年9月に有期労働契約研究会を設置し、2007（平成19）年12月成立の労働契約法において取り残された有期労働契約法制の整備に着手した。2010（平成22）年9月には同研究会の報告書が取りまとめられ、翌10月からは労働政策審議会労働条件分科会で公労使三者による法制化に向けた審議が開始され、同分科会も2011（平成23）年8月に「有期労働契約に関する議論の中間的な整理」を取りまとめた。法制化に向けた審議はいよいよ大詰めを迎えている。

有期労働契約に関しては、労働契約法第3条・第17条、労働基準法第14条・第15条、東芝柳町工場事件・日立メディコ事件に代表される判例法理、労働者派遣法、パートタイム労働法、有期労働契約の締結、更新及び雇い止めに関する基準などの部分的な規制があるが、その締結から終了にわたる包括的・網羅的な規制に欠けている。このような状態は、裁判規範・行為規範として不十分であるといえるほか、有期労働契約の増加と共に浮上した社会的問題への対応として不十分である。有期労働契約は雇用が不安定であるばかりか賃金も低水準であるという現実があり、加えて、雇い止めの恐怖から、年次有給休暇、産前産後休業、育児休業、団結権の行使などへの萎縮をももたらしているという指摘がある。上記「中間的な整理」においては、有期労働契約がキャリア形成の機会を確保する役割を果たしている旨の記載もあるが、実態に鑑みて疑問である。日弁連は、2010（平成22年）7月に「有期労働契約研究会中間取りまとめに対する意見書」を公表しているが、そこに指摘される問題点は、上記「中間的な整理」においてもなお解決を見ておらず、積極的な意見表明を継続する必要がある。

### (3) 労働者派遣法の抜本改正

いわゆるリーマンショックに端を発する世界金融危機は、日本において「派遣切り」「年越し派遣村」といった現象を生み出すこととなった。これを契機として、派遣労働者の保護強化を内



容とする労働者派遣法の改正案が第 174 通常国会に提出されたが、第 179 臨時国会においてもなお審議継続中である。同改正案には、登録型派遣の原則禁止、製造業派遣の原則禁止などが盛り込まれているが、政令指定 26 業務については登録型派遣が容認され、製造業の常用品派遣については容認されるなど、徹底を欠くものである。現在、世界は欧州を震源地とする金融危機に再び巻き込まれており、やがて我が国の雇用情勢に悪影響を及ぼす可能性は十分にある。当会は、引き続き抜本的な労働者派遣法の改正に向けて意見表明を継続すべきである。

#### **(4) 民法（債権法）改正**

法制審議会民法部会は、2011（平成 23）年 4 月に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を公表した。同論点整理の「雇用」総論部分では、当面、民法と労働契約法との関係は現状を維持するものとされている。しかし、改正案を検討すれば、雇用の部分に限らず、労働契約に対して影響を及ぼすと思われるものが含まれている。そもそも、労働契約に関する事項は、労働政策審議会での議論を経て法制化されるべきであり、民法改正によって現行の労働法制が軽々に変更される事態は回避されるべきである。労働法制の観点からも、引き続き、法改正に対する積極的な意見表明・関与が求められる。

#### **(5) 紛争解決システムの整備・連携強化**

手続法及び紛争解決システムのさらなる充実も必要である。

まず、2006（平成 18）年より施行された労働審判制度が成熟を見せている。申立てから終了までの平均日数が約 70 日というスピード、そして約 8 割の事件が最終解決するという解決率の高さは、労使双方の立場から高い評価を受けている。全国の裁判所における個別労働紛争新受件数は、同制度施行前の 2005（平成 17）年には、訴訟と仮処分を合計して 3,029 件であったところ、労働審判制度実施に伴う「掘り起こし効果」と不況の影響が相俟って、2009（平成 21）年には、訴訟・仮処分・労働審判を合計して 7,248 件と倍以上に増加した（うち、労働審判が 3,468 件）。

しかしながら、国際的に見ると、イギリスでは年間 10～20 万件、ドイツでは年間約 60 万件的労働訴訟が新たに提起されており、その差は歴然である。日本における今後の制度整備についていえば、個別労働紛争解決促進法に基づく諸制度と労働審判制度との連携が重要である。もともと日本の労働審判制度はイギリスの雇用審判所をモデルとして構築されている。この点、イギリス雇用審判所（E T）の年間新受件数は約 17 万件であるが、審問開始前に行政機関である A C A S（助言・あっせん・仲裁局）に回され、約 50%が A C A S によって解決されており、解決されないもののみが E T の判定機能によって最終解決を見ている。

日本においては、個別労働紛争解決促進法に基づき、都道府県労働局の紛争調整委員会、都道府県労働委員会、都道府県の知事部局（労政主管局）などにおいてあっせんが実施されており、とりわけ都道府県労働局「総合労働相談コーナー」には 2010（平成 22）年度で約 113 万件的相談が寄せられ、6,390 件のあっせん申請が受理されている。もっとも、その解決率は、出席を拒否する使用者側が多いことなどから、40%を割り込んでいるほか、判定機能を持たないことから、労働者側にとって極めて低水準での解決がなされているとの報告がある。日本の紛争解決シ

システムは、この行政機関におけるあっせん・調整システムと労働審判制度が別個独立のものとなっており、連携を欠いている。弁護士会としては、行政機関に寄せられる多数の相談を適正な解決に結びつけるため、法律相談センター及び法テラスを関与させる形も含め、行政機関の紛争解決システムと労働審判制度との連携強化に取り組むべきであろう。

## 4. 行政訴訟制度

### (1) 行政事件訴訟法の改正

改正行政事件訴訟法は、2005（平成 17）年 4 月から施行された。これまで、行政訴訟制度は、とかく「使い勝手が悪く、機能不全」とまで酷評されてきた。同改正は、2001（平成 13）年 6 月の司法制度改革審議会の指摘を受けて、司法制度改革推進本部行政訴訟検討会においてまとめられた「行政訴訟制度の見直しのための考え方」に基づくものである。検討会の示した「行政訴訟制度につき、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、その手続を整備する」との点は、具体的な法改正において十分とはいえないとしても、ある程度実現したと思われる。しかし、まだ後述のとおり、国民の権利利益の救済という観点からは、不十分な点も多い。行政訴訟が、国民の権利利益の救済にとって限定的な役割しか果たしていないという実態に直面したとき、国民の権利利益を実現することのできる制度を整備するさらなる立法的な手当が必要である。

### (2) 行政訴訟の積極的な利用を

法改正が実現しても、制度の運用に関わる弁護士が消極的になっては、改正法の趣旨を生かせない。弁護士の責任は重大である。十分ではないとしても、司法の行政に対するチェック機能を強化するために改正がなされたのであるから、これを積極的に利用して改正法の趣旨を実現するよう務めることが重要である。

### (3) 改正法の概要と問題点

#### ① 改正法の概要

法改正が実現しても、制度の運用に関わる弁護士が消極的になっては、改正法の趣旨を生かせない。弁護士の責任は重大である。十分ではないとしても、司法の行政に対するチェック機能を強化するために改正がなされたのであるから、これを積極的に利用して改正法の趣旨を実現するよう務めることが重要である。

改正法は、第 1 に、取消訴訟の原告適格の拡大（9 条 2 項）、義務付け訴訟の法定（3 条 6 項）、差し止め訴訟の法定（3 条 7 項）、確認訴訟を当事者訴訟の一類型として明示する（4 条）など、救済の範囲を拡大した。第 2 に、審理の充実・促進の観点から、訴訟の早期の段階で処分の理由・根拠に関する主張及び争点を明らかにするため、裁判所が釈明処分として、行政庁に対し裁決の記録や処分の理由を明らかにする資料の提出を求める制度を創設した（23 条の 2）。第 3 に行政訴訟を利用しやすく、わかりやすくするための仕組みとして、①抗告訴訟の被告適格の明確化（処分をした行政庁の所属する国又は公共団体を被告とする。11 条 1 項）、②抗告訴訟の

管轄裁判所の拡大（国を被告とする抗告訴訟は、原告住所地を管轄する高等裁判所の所在地の地方裁判所にも訴えの提起を可能とした。以下、特定管轄裁判所という。12条4項）、③出訴期間の延長（処分があったことを知った日から3ヶ月とされている取消訴訟の出訴期間を6ヶ月に。14条）、④取消訴訟等の提起に関する事項の教示制度の新設（被告、出訴期間、審査請求前置の有無等、46条）等の整備を図った。第4に、本案判決前における仮の救済制度として、①執行停止の要件を緩和（損害のみならず、損害の程度や処分内容及び性質が適切に考慮されるように「回復の困難な損害」を「重大な損害」に改めた。25条3項）し、②仮の義務付け・仮の差止め制度（一定の要件のもとで、裁判所が行政庁に対し、処分をすべきことを仮に義務付け、又は処分することを仮に差し止める裁判。37条の5）の創設等、仮の救済制度を整備した。

## ② 改正法の問題点と運用の実情

行政訴訟制度につき、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、その手続を整備することを目的とした改正法は、ある程度その目的を実現したと言える。しかし、実際の運用如何によっては、改正法の趣旨が没却されてしまうことになりかねない。運用の実情について幾つかその問題点を指摘すると、次のとおりである。

第1に原告適格についていわゆる「門前払い」が減ると期待されている9条の2は、最高裁判所において原告適格を認める方向で集積されてきた判例を整理して立法化したものである。判例を整理したという意味では、9条の2がなくとも原告適格を認めることは可能である。逆に言えば、9条の2が規定されても、裁判所の運用によっては原告適格の拡大が図られないことが懸念される。仮に原告適格が拡大されても、本案で行政追従の判断がなされれば、国民の権利利益の救済は実現できない。この点に注意を払う必要がある。この点、最高裁平成17年12月7日大法廷判決（いわゆる小田急訴訟）が、従前の最高裁平成11年11月25日第1小法廷判決の変更を明示した上で、原告適格を肯定する判断を示しており、改正法を受けて原告適格の拡大の方向が示された。ところが最高裁平成21年10月15日判決は原告適格を否定し、原告適格の拡大に消極的な判断を示した。これは行訴法改正の趣旨を没却するものであって問題である。

第2に、改正法で義務付け訴訟、仮の義務付け・仮の差止め制度が創設されたが、義務付け訴訟の二つの類型とも、厳しい要件が定められている（37条の2、37条の3）。仮の義務付け・仮の差止め制度では、更に厳しい要件が定められている（37条の5）。これらの要件を厳格に判断すると、制度は存在しても、救済の実は上がらず、国民の権利利益の救済という観点からは大いに問題である。改正法で要件が緩和された執行停止についても、同様の問題が指摘できる。執行停止については認容率が上昇し改正の成果が現れているところであるが、義務付け訴訟、仮の義務付け・仮の差止め制度については、要件が厳格に過ぎるためか、却下率が高く問題が多いと言わざるを得ない。

第3に、今回の改正では処分性の拡張が取り上げられなかったのは残念である。「司法の行政に対するチェック機能の強化」は、行政作用が司法審査の対象となることにより実現されるものである。行政行為だけでなく、行政計画、行政立法、通達、行政指導等取消訴訟の対象と

することを検討することは、避けて通ることができないはずである。むしろ、救済の実現という観点からは最も重要なことであると思われる。もっとも処分性については改正の対象とはされなかったものの、最高裁平成 17 年 7 月 15 日第 2 小法廷判決が医療法上の勧告について処分性を肯定し、あるいは、最高裁平成 20 年 9 月 10 日大法廷判決は、土地区画整理法上の土地区画整理事業の事業計画について、処分性を否定した最高裁昭和 41 年 2 月 23 日大法廷判決を明示的に変更した上で処分性を肯定しており、今後の運用が注目される。

### ③ 行政事件訴訟法の 5 年見直し

行政事件訴訟法は施行後 5 年を経過した場合（2005（平成 17）年 4 月 1 日施行）に見直しがなれることとされているが（附則 50 条）、実際の見直し作業は進んでいない。行訴法の見直しにおいては、上記の改正法の問題点について立法的な解決が図られるべきである。

また、訴訟要件の拡大にとどまらず、本案においても、国民の権利救済を阻んでいるとして特に問題が指摘されている行政裁量について、主張立証責任、説明責任の観点から条文化し、行政裁量に対する司法審査の深化・充実を図るべきである。

さらに、本案の問題として近時大きな問題となっているのが、行訴法 10 条 1 項の解釈及び適用である。同条項は本案の問題として違法事由の主張制限を規定するが、改正法によってせっかく原告適格の拡大が図られたにもかかわらず、同条項を根拠に原告による違法事由の主張を制限する判決が出始めている。原告適格は認められて訴え却下判決は免れても、結局違法事由の主張制限によって、違法な公権力の行使についても原告の請求が棄却されることとなる。これは非常に問題であり、行訴法の見直しにおいては、10 条 1 項は削除されるべきである。

## (4) 行政訴訟の運用による改善

### ① 弁護士、裁判官の質の向上の必要性

民事の世界は原則的に当事者の自由意思が前提となる私的自治、契約自由の原則が働き、民事法規は、当事者の意思の不明確、不明の点がある法律関係において、裁判規範として働くのが通常である。裁判所の審理は、当事者間にどのような合意が存在し、どのような規範に従う意思であったかを確定して、権利義務関係が明らかにされる。そこでは、裁判所が当事者間における法律関係について第 1 次的判断権をもっているといっても差し支えない。

ところが、行政法規は異なる。法治主義、法律による行政の原理が働く行政関係において、当然のことながら、行政法規は第 1 次的には行政庁の行為規範である。すなわち、行政法規の解釈、運用とも、まず行政庁の第 1 次的な作用として行われるのであり、裁判所は行政庁のした行政法規の適用について、事後審査として司法審査をするということである。

まず、行政訴訟に携わるものは、この特質を理解する必要がある。しかし、残念ながら、弁護士も裁判官も「行政訴訟は行政庁のした処分が適法か違法かの事後審査である」という基本的な理解を欠いていることが多く見受けられる。ほとんどの裁判所では、行政訴訟を通常民事部で扱うことからか、漫然と民事事件と同じように審理していることが多い。その結果、行政事件に自信がない裁判官は、行政に追従してしまいやすく、国民の権利利益の救済は妨げられることになる。

行政訴訟を担当できる弁護士の養成と専門性の向上が望まれ、研修会等それを実現するための方策を検討すべきである。

## ② 行政専門部の設置

民事事件であれば、裁判官の質は一応均質といえよう。しかし、行政事件についてはそうとはいえない。行政事件の専門性に対応した裁判所の体制の整備が望まれる。東京地裁や大阪地裁のような行政専門部を各地の地裁に設置すれば行政事件に習熟した裁判官が担当することになり、自信をもって審理判断することができるし、運用の改善を期待することもできるはずである。

年間10件程度の行政事件しか係属しない地方裁判所では、行政専門部を設置することは実際には困難であろう。差し当たり高裁所在地等の大都市の裁判所に行政専門部を設置し、管内の地裁に巡回するというのを考えるべきである。

## ③ 判検交流による訟務検事、指定代理人制度の廃止

行政訴訟は、公権力の行使が違法であることを理由に公権力の行使を攻撃する訴訟である。裁判官が転官して訟務検事となり、公権力の行使を終始擁護していた人物が数年たった後裁判所に戻り、行政事件や国家賠償事件を担当することは、客観的にみて公平な裁判所とはいえない。弁護士が裁判官に任官した後、元の顧問会社の事件が配点になり、これを担当した場合、他方当事者は公平な裁判がなされるとは決して思わない。これと同じであり、個々の裁判官（元訟務検事）ではなく、組織としての問題である。

さらに、訟務検事が代理することにより訴訟が遅延するという弊害が存在する。訟務検事は各法務局に所属し、対応する管内の裁判所に出張しなければならず多忙を極めている。このために地方の裁判所では訟務検事の都合で次回期日の指定が2、3ヶ月先ということも珍しいことではない。訴訟促進の実現はできない。

行政側の代理人も弁護士が務めるようにすることは、裁判の公平性を担保することになるのみならず、訴訟促進にも資する。

判検交流による訟務検事、指定代理人制度を即刻廃止すべきである。

## (5) 行政訴訟に関する経済的負担の軽減

現行では、行政訴訟も、民事訴訟と同様の民事手数料の納付が必要である。しかし、行政訴訟は公権力の行使の違法を指摘し、適正な行政の確保という公益的な目的を有するものであるから、民事訴訟費用等に関連する法律を改正し、手数料の低額化を図るべきである。

行政訴訟は適正な行政の確保という公益的な目的を有するものであるから、弁護士費用の負担軽減の措置（片面的な敗訴者負担制度の導入など）を立法化すべきである。

## (6) 行政不服審査法の改正の動向と問題点

### ① 改正の動向

改正行政事件訴訟法が2005（平成17）年4月から施行されたことに伴い、行政不服審査

法についても改正作業が進行していた。この改正作業を受けて、2008（平成 20）年 4 月 11 日、第 169 回国会（常会）に、行政不服審査法案が提出された（併せてこれに関連する法案も提出された。）ものの廃案となっており、改正法案の行方は政治情勢も絡み微妙である。

現在、行政不服審査法を所管する総務大臣と、行政全般のあり方の刷新に取り組む行政刷新担当大臣が共同座長を務める、「行政救済制度検討チーム」が政府内に設けられ、行政不服審査法の見直しについて検討が進められている。2010（平成 22）年 8 月 31 日に行政救済制度検討チームの第 1 回会合が、2011（平成 23）年 6 月 27 日までに 6 回の会合が持たれている。また同チーム内のワーキンググループの会合も 2011（平成 23）年 9 月 7 日に持たれて、行政不服審査法の見直し作業が鋭意行われているところである。今後とも行政不服審査法の改正の動向には注目する必要がある。

## ② 行政不服審査法の問題点

行政不服審査法の改正の動向は微妙な状況ではあるが、行政不服審査法について指摘されていた主要な問題点は以下のとおりである。

第 1 に、2005（平成 17）年に施行された行政事件訴訟法の改正で、出訴期間については 3 ヶ月から 6 ヶ月に延長されたが、行政不服審査法では不服申立期間が 60 日となっており、行政事件訴訟法と同様、不服申立期間の延長は必須である。

第 2 に、行政事件訴訟法 8 条 1 項は、行政上の不服申立てをせずに直接行政事件訴訟を提起できるという自由選択主義をとっているが、現実には個別の行政法規によって訴訟を提起する前に不服申立を要求する不服申立前置主義が取られていることが多く、自由選択主義の原則が形骸化しており問題である。しかも原則どおり自由選択主義なのか、不服申立前置主義が取られているのかは、個別の行政法規を確認する必要があるが、その分かり難さも問題である。

第 3 に、行政不服審査法は「異議申立て」と「審査請求」という 2 種類の不服申立制度を設けた上で、一応は審査請求を原則とする審査請求中心主義が取られている（行政不服審査法 5 条、6 条）。しかしながら、審査請求ではなく異議申立てのみをなす場合や、異議申立ての後に審査請求を行うべき場合もある。更に例外的に審査請求に対して「再審査請求」をなす場合もあり、制度が極めて複雑であると言わざるを得ない。しかも、どのような不服申立をなすべきかは、個別の行政法規を確認しなければならないことが多く、その分かり難さも非常に問題である。

第 4 に、そもそも行政不服審査法は、行政自身による事後審査によって、簡易迅速に私人の権利利益を救済することを目的としているが、行政自身による審査であるため救済の実効性については問題が指摘されていた。この問題点について廃案となった行政不服審査法案では、「審理員」による審理手続と「行政不服審査会」への諮問手続が規定されており、現行制度と比較すると審理の客観性、公平性の確保が期待されていたところである。今後の行政不服審査法の改正においても、権利救済の実効性を確保する制度の導入は必須である。

## **(7) 行政手続法の活用、整備**

行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、国民の権利利益の保護に資することを目的とする行政手続法は、行政庁に審査開始義務（7条）、審査基準の作成と公示（5条）、申請の標準処理期間の定めと公表（6条）、申請を拒否する場合の理由提示（8条）などを義務付けた画期的な法律である。権利保護の実現を図るため、訴訟、行政との折衝の場で行政手続法を十二分に活用したい。裁判所は同法を訓示規定であるかのように扱う傾向があるので注意が必要である。

行政計画、行政立法、公共事業についての手続は積み残されているが、これらに関する手続の整備が待たれる。

## **(8) 行政訴訟支援及び研修制度の確立**

行政訴訟による国民の権利利益の救済を実現するために、弁護士が果たすべき役割は大きい。しかし、現実には行政訴訟に通暁した弁護士は少ない。これに裁判官の行政に対する謙抑的、追隨的姿勢が加わると、勝訴は絶望的ですらある。弁護士が行政訴訟にアレルギーを持つのは、訴訟自体が少ないこと、行政訴訟の勝訴率が低いこと、「行政法の知識」が十分でないことなど幾つかの要因をあげることができようが、それでは権利利益の実現は心もとない。行政訴訟を担当できる弁護士の養成と専門性の向上は必要不可欠である。それには、行政訴訟に関する情報のネットワークを構築し、資料の収集と提供をして弁護士が行政訴訟を担当しやすくするとともに、研修会等により専門性を高め行政訴訟を担当できる弁護士を養成することが重要である。

# **5. 弁護士会照会制度の改正（2010）**

## **(1) 弁護士会照会制度の運用状況**

弁護士会照会制度は、現在、全国の弁護士会で年間約9万9000件の利用があり、弁護士の職務遂行上重要な役割を果たしている。しかし、照会先から報告がこない（無視される）件数も約8.5%、報告が拒否される件数も約5～6%ほどあり、この制度の存在意義を没却してしまう不当な報告拒否事例は少なくない。

## **(2) 弁護士会照会制度の趣旨**

弁護士会照会制度は、弁護士が受任事件について証拠を収集し、事実を調査する等、その職務活動を円滑に執行処理できるよう、1946（昭和21）年に弁護士法の一部改正（議員立法）によって創設された。弁護士の依頼者や弁護士自身の利益のためではなく、弁護士が基本的人権の擁護と社会正義の実現を使命としていることに鑑み、司法の場での真実の発見と公正な判断という公共的な利益のために設けられた制度である。

## **(3) 日弁連及び東弁の取り組み**

弁護士会照会制度において照会権を有しているのは各弁護士会であって日弁連ではない。

そのため、不当な回答拒否に対しては、各弁護士会が個々に対応すべきである。しかし、それ

では、効率的とはいえないし、自ずと限界もある。

そこで、日弁連は、各弁護士会に対する指導、連絡、監督事務の一環として、独立の委員会を組織し、弁護士会照会制度全国担当者連絡協議会を年に1回開催、各弁護士会の審査担当者を中心に構成された全国規模のメーリングリストをも利用して各弁護士会と意見交換を行うとともに、拒否事例を収集して運用の実態を把握し、拒否理由の分析を行い、全国規模で典型的に認められる不当な回答拒否事例については、照会先と懇談会を設けて改善を求め、同制度が実効的に機能するよう努めてきた。

また、東京三会では、東京三弁護士会照会請求事務連絡協議会を組織し、担当副会長、嘱託、職員が参加する月1回の定例会において意見交換を行い、地元照会先に対する地域特有の類型的な拒否事例について、懇談会を実施して改善を求めるなどの活動をしている。

## **(4) 弁護士会照会制度改正の必要性**

### **① 不当な拒否事例の増加**

照会を何度しても不当な回答拒否が繰り返されるため、照会申出をする弁護士自身が、照会手数料が無駄になることを恐れ、弁護士会照会制度の利用を自制してしまっていることから、数字的には拒否事例の顕著な増加は認められない。

しかし、不当な拒否事例はいつこうに後を絶たない。これは、個人や企業のプライバシーや秘密の保護等の要請がこれまで以上に高まってきたことに起因しており、2005（平成17）年4月に個人情報保護法が全面施行されると、これに過剰反応した不当な拒否事例がさらに目につくようになった。

こうした現象は、弁護士会照会にとどまらず、社会問題と化したことから、内閣府国民生活局は、同法が第三者提供の可能な場合として定めている「法令に基づく場合」の中には、弁護士会照会も含まれること等を明確に認め（2006（平成18）年2月付け「個人情報保護関係省庁連絡会議説明資料」3、4頁）、「過剰反応」防止のための取り組みを提唱した。

### **② 報告拒否の判断基準**

個人や企業のプライバシーや秘密は守られなければならない。

しかし、刑事罰という制裁の下、公務員に対し、守秘義務が課されている事項について照会があった場合でさえ、報告義務の有無は、守秘義務によって守られるべき公益と照会に基づく報告によって得られるべき利益とを個別の事案毎に比較衡量することによって決せられるべきであるとされている。そして、比較衡量の結果、報告を受けることによって得られるべき利益の方が勝る場合には、公務所は報告すべき義務を負い、報告すべき義務があると認められるときには、守秘義務の課されている事項について報告をしたとしても違法性は阻却されると解されている（堀籠幸男「法制意見百選」、弁護士法第23条の2に基づく照会に関する質問に対する内閣総理大臣の2001（平成13）年4月6日付答弁書〈内閣衆質151第33号〉、同年5月18日衆議院法務委員会での内閣法制局第一部長阪田雅裕氏の答弁）。かかる比較衡量は、照会先が報告義務の有無を判断する場合一般に通用するものである。



### ③ 不当な報告拒否がなされる理由

それにもかかわらず、照会先が、プライバシーや個人情報保護の名の下、不当な報告拒否をしてくるのは、次の理由によるところが大きい。

判例は、弁護士会照会を受けた照会先には法律上の報告義務があることを認めているが、法文上は、「必要な事項の報告を求めることができる」（弁護士法 23 条の 2 第 2 項）としか定めていない。そのため、仮に照会に応じなくても弁護士会にはそれを強制する方法はなく、照会先は報告を拒否したからといって不利益な扱いを受けることもない。ゆえに、照会先は、判断を誤れば損害賠償請求を受けるかもしれないというリスクを犯し、困難な比較衡量を行うよりも、とりあえず報告を拒否してしまった方が無難であると安易に考えてしまうのである。

### ④ 改正の必要性

他方、弁護士会照会制度は、弁護士が当事者の代理人や被疑者・被告人の弁護人としてその職務を遂行する過程において、速やかに証拠を収集し、事実を明らかにしていくことで濫訴を防止し、司法制度改革の柱の一つでもある「民事裁判や刑事裁判の充実・迅速化」、さらには、真実の発見と司法の正義の実現を可能にする有効かつ有力な手段である。それゆえ、不当な回答拒否を放置してしまえば、弁護士会照会制度が形骸化し、弁護士（会）の事実調査能力や証拠収集能力、さらには司法に対する国民の信頼をも損なうことになりかねない。弁護士会照会制度の意義を再確認し、その実効性の確保を図るべきである。

## (5) 改正案の概要

日弁連は、2002（平成 14）年 11 月 22 日、「司法制度改革における証拠収集手続の拡充のための弁護士法第 23 条の 2 の改正に関する意見書」を公表し、現行の弁護士会照会制度の実効性を確保するため、その機能の拡充強化を意図した同法の改正案を提示するに至った。

改正案では、弁護士会照会によって個人情報等が害されることがないように、弁護士からの照会申出については、弁護士会がその申出を審査することが明記され、弁護士は、弁護士会照会によって報告を受けた内容を目的以外に使用してはならないという規定も新設されている。

そして、「必要な事項の報告を求めることができる」とされていたにすぎない従来の規定を改め、弁護士会照会を受けた照会先は、「必要な事項を報告しなければならない」としたうえで、「報告しないことに正当な事由がある場合にはそれを疎明してこれを拒絶することができる」とし、弁護士会は、照会先が「報告を拒絶した場合あるいは報告をしなかった場合、日本弁護士連合会に対し、・ ・ 報告の拒絶あるいは報告をしないことについての正当な事由の有無について、審査を求めることができる」ものとした。この審査請求を受けた日弁連は、弁護士会及び照会先双方から事情説明を受けた上で、個別事案毎に比較衡量を行い、適切かつ迅速に審査・判定し、報告しないことに正当な事由がない場合には照会先に報告の履行を勧告することができるとされている。

弁護士会照会制度の実効性を確保するには、「照会先が弁護士会照会を受けて報告をした場合には一切の責任を免れる」といった趣旨の免責規定や不当な拒否に対する制裁措置を設けた方がより効果的であろう。

しかし、各弁護士会の審査を経ただけの照会にこのように強い効力まで認めてよいのかといった疑問や、現在、弁護士会照会制度と同様の文言（「報告することができる」）により報告義務を定めた法令が他に数百も存在しており、その全てについて同様の改正要求が噴出して収拾がつかなくなり、改正作業が遅れてしまうといった事態は回避すべきだとの意見も踏まえ、前記改正案の範囲で弁護士会照会制度の機能を拡充、強化し、同制度の実効性をあらしめることにしたものである。

## **(6) 改正運動の現状**

弁護士会照会制度の直接的な利用者は弁護士だけであり、ともすれば、弁護士自身や依頼者の利益のための制度にすぎないとの誤解も受けやすい。それゆえ、弁護士自ら、同制度の意義と改正の必要性を自覚し、主体的にこれを広く国民に知らしめ、国民の理解を求める努力を積み重ねていくことが改正運動にとって不可欠である。その手始めとして、日弁連は、2006（平成 18）年秋、弁護士会照会制度の意義を説明する一般市民向けパンフレットを作成し、各弁護士会及び個々の弁護士が、一般市民に知識の普及を図っていくことが期待されている。

同時に、弁護士会照会制度が議員立法により制定されたという歴史的経緯を踏まえ、今回の改正においても、日本弁護士政治連盟を始め、各議員に対し、積極的な働きかけも試みられている。

しかし、一般市民にはあまりなじみのない弁護士法の中的一条文の問題にすぎないことから、改正運動が盛り上がることもなく、8 年が経過した。

こうした状況の中、2008（平成 20）年 6 月に日弁連が設立した立法対策センターが、民事裁判手続に関する委員会とも連携し、民事訴訟手続における証拠収集手段拡充のための法改正運動という形で、弁護士会照会制度の改正問題を取り上げるに至った。2009（平成 21）年 12 月 11 日付け日弁連基本政策集にも、「弁護士による重要な証拠収集手段である弁護士会照会制度につき、回答義務の明文化を中心とした整備・改善を行うべき」と明記され、日弁連をあげての組織的な改正運動がようやく始まった。

他方、弁護士出身の国会議員と意見交換を重ねる中で、改正案中の、照会先が報告を拒絶した場合等の弁護士会による日弁連に対する審査申出手続について、審査機関の第三者性の確保が問題点として指摘される等、具体的課題も浮上してきている。

我々は、弁護士会照会制度の意義を再認識し改正運動を全力で支えていく必要がある。

## **6. 心神喪失者等医療観察法**

### **(1) はじめに**

2003（平成 15）年 7 月 10 日、国会において「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察に関する法律」（以下「医療観察法」という）が成立し、2005（平成 17）年 7 月 15 日より施行され、既に施行後 6 年が経過している。

医療観察法は、一定の重大な他害行為を行った者（対象者）が、心神喪失若しくは心神耗弱

を理由として不起訴処分を受けた場合又は無罪若しくは刑を減刑する確定判決（懲役又は禁固の刑を言渡し執行猶予の言渡しをしない裁判であって、執行すべき刑期があるものを除く）を受けた場合に、「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため」（法 42 条）、対象者に対し、強制的に医療を受けさせる制度である。

心神喪失等の状態で、殺人等の重大犯罪を行い、不起訴・無罪等になった者については、従来、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」（以下「精神保健法」という）により、自傷他害のおそれのあると認められる者を入院させる措置入院制度により、その処遇が行われてきた。

しかし、措置入院制度については、退院後の継続的な医療を確保するための実効性のある仕組みのないことや、重大犯罪を犯した精神障害者の処遇について一般の精神障害者と同様の処遇でよいのか等の批判があり、2001（平成 13）年 6 月 18 日の大阪池田小児童等無差別殺傷事件を契機として、触法精神障害者に対する批判が高まる中で、様々な国会審議を経て、成立することになったものである。

なお、医療観察法については、施行後 5 年で見直しが予定されており、2010（平成 22）年 11 月 26 日、附則に定められた国会への施行状況の報告がなされたが、政府内の見直しの検討状況等については明らかにはなっていない（2011（平成 23）年 10 月現在）。

## **(2) 法律の概要**

### **① 対象行為**

医療観察法の対象行為は、放火、強制わいせつ、強姦、殺人、強盗等の一定の重大犯罪及びその未遂罪であるが、傷害も対象行為に含まれ（法 2 条 2 項）、傷害については、「傷害が軽い場合」であって、「対象行為の内容、過去の他害行為の有無及び内容、現在の病状、性格及び生活環境」を考慮し、この法律による医療を受けさせる必要がないと認められる場合だけ（法 33 条 3 項）、対象から除かれる。

### **② 対象者**

上記対象行為を行い、心神喪失若しくは心神耗弱を理由として不起訴処分を受け、又は無罪若しくは刑を減刑する確定判決（懲役又は禁固の刑を言渡し執行猶予の言渡しをしない裁判であって、執行すべき刑期があるものを除く）を受けた者である（法 2 条 3 項）。

### **③ 審判手続**

申立権者は検察官であり（法 33 条 1 項）、審判の判断は、1 人の裁判官と 1 人の精神保健審判員（精神保健判定医）からなる合議体が（法 11 条）、必要に応じて精神保健参与員（精神保健福祉士）の意見も聞いて（法 36 条）行う。また、対象者の権利保護のため必要的付添とされており（法 35 条）、私選付添人がない場合には、国選付添人が選任され、医療の必要性等に関する鑑定のため鑑定医が選任される（法 37 条）。さらに、必要に応じて対象者の生活環境の調査のため保護観察所の社会復帰調査官が調査を行う（法 38 条）。

対象者の身柄は、裁判所の鑑定入院命令により（法 34 条）、鑑定入院先の病院に収容され、原則として 2 ヶ月の入院期間（1 ヶ月超えない範囲で延長可）の間に終局決定がなされる。

審判期日においては、対象者及び付添人から意見の聴取が行われ（法 39 条）、また、事実の取調べとして、審判期日または期日外において、証人尋問、鑑定、検証等を行うことができる（法 24 条）。

#### ④ 終局決定

対象者に対する処遇については（法 42 条 1 項）、入院決定（1 号）、通院決定（2 号）、医療を行わない旨の決定（3 号）があり、これは裁判官と精神保健審判員の 2 人の合議体で決定する。両者は対等の権限を有し、裁判にあたっては意見の一致が必要とされており（法 14 条）、一方が入院要件があり、他方が通院要件があるとする場合は通院決定がなされ、一方が入院又は通院要件があり、他方が医療の必要性がないとする場合は、医療を行わない旨の決定がなされる。

対象行為の存否、責任能力の有無等については、処遇裁判所の裁判官のみで判断する（法 11 条）。なお、対象行為の存否についての審理及び裁判は、別の合議体による裁判所で行うこともできる（法 41 条、11 条）。

入院または通院決定がなされた場合には、対象者は厚生労働大臣の定める指定医療機関で、入院又は通院を行うこととなる。この入院期間については定めはなく（無期限）、通院期間は原則 3 年間であるが、2 年を超えない範囲で延長が可能である（法 44 条）。なお、決定に対しては、抗告も可能である（法 64 条）。

#### ⑤ 退院・入院継続、医療の終了・通院期間延長、再入院等について

入院決定がなされた場合、指定医療機関の管理者は 6 ヶ月後ごとに精神保健指定医による診察を行い、入院継続による医療を行う必要があると認める場合は入院継続の確認の申立を、入院継続による医療の必要性がない場合には、退院許可の申立を地方裁判所にしなければならない（法 49 条）。また、対象者・保護者・付添人は、いつでも地方裁判所に、退院の許可又は処遇終了の申立をすることができる（法 50 条）。

また、通院決定がなされた場合は、保護観察所の長は、通院中の対象者について、法による医療の必要性がなくなったと認められる場合は、指定医療機関の管理者と協議の上、処遇終了の申立をしなければならず、また、通院医療の必要性があると認められる場合には通院期間延長の申立をしなければならない（法 54 条）。対象者・保護者・付添人は、処遇終了の申立が可能である（法 55 条）。

さらに、保護観察所の長は、通院中の対象者に入院による医療が必要と認めるに至った場合は、指定医療機関の管理者と協議の上、再入院の申立をしなければならないものとされている（法 59 条）。

これらいったん処遇決定がなされ入院または通院開始後の審判手続においては、いずれも付添人の選任が裁量的とされている（法 30 条）。

### (3) 厚生労働省による施行状況の報告(2010(平成22)年7月31日現在)

#### ① 審判(第1審)

(ア) 入院等の決定人員(法33条1項) 総数1765件

|      |     |                              |
|------|-----|------------------------------|
| (内訳) | 入院  | 1078件(61.0%)                 |
|      | 通院  | 324件(18.3%)                  |
|      | 不処遇 | 303件(17.1%)                  |
|      | 却下  | 60件(3.3%、対象行為なし6件・完全責任能力54件) |

(イ) 退院等の決定人員(法49条又は50条) 総数2720件

|      |         |              |
|------|---------|--------------|
| (内訳) | 入院継続確認等 | 2102件(77.2%) |
|      | 退院許可    | 475件(17.4%)  |
|      | 処遇終了    | 119件(4.3%)   |
|      | 不適法却下   | 24件(0.8%)    |

(ウ) 処遇終了等の決定人員(法54条又は55条) 総数150件

|      |         |      |
|------|---------|------|
| (内訳) | 通院期間延長等 | 13件  |
|      | 処遇終了    | 137件 |

(エ) 再入院等の決定人員(法59条) 総数12件

|      |      |     |
|------|------|-----|
| (内訳) | 再入院  | 10件 |
|      | 棄却   | 1件  |
|      | 処遇終了 | 1件  |

#### ② 医療関係

入院医療中 480人、退院 608人、平均在院日数 574日

通院医療中 520人、通院医療終了 279人

#### ③ 検察官による申立人員 総数1860件

|      |            |      |
|------|------------|------|
| (内訳) | 放火等        | 511件 |
|      | 強制わいせつ、強姦等 | 107件 |
|      | 殺人等        | 515件 |
|      | 傷害         | 662件 |
|      | 強盗等        | 104件 |

\*複数の種類にあたる対象行為者は、それぞれ計上されている。

#### ④ 概観

不処遇決定及び申立却下決定の合計割合が2割を超え、また、通院決定の割合も18%にも  
のぼるなど、刑事裁判と比較すれば、争い方次第で対象者にとって望ましい結果が得られる可  
能性が高い。特に、付添人が社会復帰要因の整備に努めた事案では、それが審判に反映し、対  
象者に有利に働いている例が少なくない。

一方で、入院継続決定（半年ごと）が全体の 77% を占め、退院許可及び医療終了決定が 23% 弱に留まっており、平均在院日数も 574 日のぼる等、入院の長期化傾向が懸念される（入院のモデルケースは 1 年 6 ヶ月）。

対象行為の内訳では、殺人・放火等の重大犯罪の割合が過半数を占める一方、傷害の申立件数も 35% を越え、極めて軽微な事案であっても、申立がなされるなど検察官の申立基準が不明確である。

## (4) 問題点

### ① 法律制定以前から、以下の問題点が指摘されていた。

#### (ア) 重大な人権侵害を伴うこと

医療観察法は、心神喪失等の理由により刑事上の責任を問われなくなった者について、本人の意思に基づかない無期限の入院を可能にする点や一定期間の通院を強制する点で、対象者の自己決定権を侵害する重大な処分であるが、必ずしも十分な手続的保障がなされているとはいえない。

#### (イ) 再犯のおそれが事実上の要件として機能し、予防拘禁制度となる可能性があること

国会審議の過程で、強制医療の要件として、「精神障害のために再び対象行為を行うおそれ」、いわゆる「再犯のおそれ」が外され、この修正によって「医療行為の必要性」が中心的要件となったと説明されている。しかし、強制医療の要件として、法 42 条は、「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、入院させてこの法律による医療を受けさせる必要がある場合」と定めており、「同様の行為を行うことなく」という点に主眼がおかれた場合は、事実上「再犯のおそれ」が要件として機能し、強制医療期間の長期化や予防拘禁の制度となる危険性を孕んでいる。

#### (ウ) 適正手続の保障の問題

少年事件と同様、職権主義に基く審判構造がとられており、証拠調べに関する刑事訴訟法の手続は、「処遇事件の性質に反しない限り」で準用されるに過ぎず（法 24 条）、対象行為の存否について激しい争いになった場合でも、伝聞法則等の適用や反対尋問権の保障はない。

### ② 具体的問題点

#### (ア) 厚生労働省令の改正

厚生労働省は、2008（平成 20）年 8 月 1 日、日弁連の反対意見にもかかわらず、整備を進めてきた指定入院医療機関の不足を来たしたとして、指定入院医療機関の病床数が不足する場合に、指定入院医療機関以外の一般の病院に、「特定医療施設」という名称で、対象者を入院させるという厚生労働省令第 133 号を公布し、同日施行した。

上記厚生労働省令は、指定医療機関において、一般の精神科医療よりも手厚い医療が行われるという医療観察法的前提を根底から覆す、その場しのぎの対応であり、かつ、事実

上法律の根拠を欠く身体拘束を省令で行うものといえ、極めて問題のある省令である。

(イ) 一般の精神科医療と医療観察法による医療の法的分断傾向

医療観察法の対象者に対する処遇決定の際、精神保健福祉法による医療保護入院や措置入院等の一般精神科医療をどのように位置づけるかについて、下級審の審判例では、一般精神科医療と医療観察法による医療を連続的なものと捉え、医療の必要性判断にあたって、一般精神科医療で足りるとして、不処遇決定がなされたり、通院決定がなされるケースが少なからず見られた。

ところが、施行後2年で出た最高裁2007（平成19）年7月25日決定は、その理解・射程に争いはあるものの、医療観察法の入院医療の必要性判断にあたって、「医療の必要性がある対象者について、対象行為を行うことなく社会に復帰できるようにする必要性を認めながら、措置入院等で足りるとして、医療観察法による医療を行わない旨の決定をすることは許されない」旨判示し、一般精神科医療における治療可能性等の考慮を排除する判断を示した。

このような、一般精神科医療と医療観察法による医療の法的な意味での分断傾向は、本来対象者の症状改善に応じて、医療観察法による医療から一般精神科医療に連続的引継いでいくべき精神科医療を阻害するものに他ならず、また、対象者の退院決定や再入院の決定等にも悪影響を及ぼすものである。

## (5) 課題

現在、東京三弁護士会においては、「心神喪失者等医療観察法における付添人活動の体制整備等に関する協議会」を設置し、東京地方裁判所との連絡調整や内部体制作りに取り組んでいる。

しかし、医療観察法の国選付添人名簿については、少数に留まっており、今後、速やかな国選付添人名簿の拡充が求められている。そのためには、名簿拡充の前提として、審判事例の検討、施設見学等新たな登録者のための研修制度が重要であり、会員の積極的参加が望まれる。

また、日弁連の扶助制度による協力医への相談費用・意見書作成費用等の法律援助制度は存在するものの、実際の協力医の確保とその積極的利用が今後の課題となる。

## (6) 見直し

現時点で、医療観察法施行後6年が経過しており、当初予定されていた5年後の見直しは、未だ実現されていない。

医療観察法の見直しにおいては、一般精神科医療と医療観察法による医療の連続性を確保すること、退院請求や再入院請求等、現在付添人が必要とされていない審判について、すべて国選付添人を選任すること、審判が却下されたり、入院決定後の抗告審で原決定が取消された場合等の救済・補償手続や鑑定入院中の医療行為等に関する規定の整備が検討されるべきである。

現時点において、政府の見直しの検討状況は明らかとはなっていないが、日弁連においては、2010（平成22）年3月18日付で、「精神医療の改善と医療観察法の見直しに関する意見書」を発表している。

同意見書においては、単なる医療観察法の改善案に留まらず、一般精神科医療全体に対する提言（通院中心主義への転換や退院促進調整官・強制入院に関する弁護士援助制度の新設等）がなされている。また、医療観察法の具体的改善案としては、処遇要件の明確化、傷害に関する対象行為の限定、付添人の関与強化、退院や処遇終了審判における裁判所の関与の再検討、救済規定や補償規定の新設等が提案されている。