

## 認知症高齢者をめぐる法律問題

愛知学院大学特別教授

弁護士 國田 武二郎

### 第1 はじめに

- 1 2023年9月17日の総務省の発表によれば、65歳以上の高齢者は3623万人（75歳以上は2005万人）。総人口に占める割合は29・1%と過去最高。世界トップ。80歳以上は、1259万人で、10人に1人。75歳以上は2005万で総人口の16・1%を占めている（資料1）。
- 2 その上で、わが国では、認知機能が低下し、日常生活全般に支障が出てくる認知症患者は、65歳以上の6人に1人の約650万（85歳以上では2人に1人）に達していると言われています。

認知症は、脳神経が萎縮する過程でおこるアルツハイマー型が最も多く、次いで脳梗塞などの後遺症による「まだら認知症」、幻覚や手足の衰えなどの病状（パーキンソン症状）が現れる「レビー小体型」、言葉がスムーズに出なかったり、社会ルールを守られなくなる「前頭側頭型」などがあります（資料2）。
- 3 認知症の高齢者を抱えた家族は、介護を中心とした生活支援のみならず、日常の行動・財産管理等に追われることになり、その過程で色々な法律問題が発生し、悩みを抱えています（資料3）。
- 4 令和5年6月に認知症基本法が成立・・・認知症の人達が尊厳と希望を持って暮らせる社会を目指すことを目的（資料4）

### 第2 色々な問題の相談事

- 1 母は兄夫婦と同居していますが、先般、母から、兄が年金を勝手に通帳から引き出して、兄名義の通帳に移していると泣きながら電話がかかってきました。母に痴ほう症状が出てきたのかもしれませんが。兄に任せられている以上、兄に聞いてみるのもためられます。どうしたらよいでしょうか。

- 2 父は現在90歳です。だいぶ身体の状態も良くなく、近々、大きな手術をする必要があるかもしれません。しかし、父は、認知症になっており、最晩年になって多額の費用をかけて大手術を行うかどうか判断できる状態ではないと思います。そのような場合誰が判断すればよいでしょうか。
- 3 私の母（93歳）は、認知症が進んでしまい、私以外の人のことはもう憶えられなくなっています。そのために、見知らぬ人から不要な高額品を買わされ、2カ月間で200万円も支払いをさせられています。取り戻すことはできないのでしょうか。
- 4 脳の劣化が老後破産を招く13の事例
  - ① 何を買ったか忘れてしまう。
  - ② 家の鍵を紛失し、取り換え費用を取られる。
  - ③ 現金の紛失
  - ④ 処方された薬を使い切らないうちに再度医療機関を受診してしまう。
  - ⑤ どうせ死ぬからと言って全く貯金していなかった。
  - ⑥ 趣味の道具の購入で散財
  - ⑦ 2か月に1回の年金を1か月で使ってしまう。
  - ⑧ 元気時代と生活水準を変えられない。
  - ⑨ 妻との死別後、自炊する気になれず、外食を続けることで散財してしまう。
  - ⑩ 家の不要なリフォームをお願いしてしまう。
  - ⑪ 高額な買い物で自尊心を満たそうとして金を使い込む。
  - ⑫ 新聞や保険の勧誘を断れなくなる。
  - ⑬ 孫や子供に対し、計画外の援助をしてしまう。

### 第3 認知症になったら、制限がかかること（資料5）

#### 1 金融機関

預金口座の入出金の凍結・貸金庫の開閉・定期預金の解約

※ 全国銀行協会は、2021年（令和3年）2月18日、認知機能が低下した高齢者に代わって親族などが預金を引き出すことを一定の条件の下で認めるとの指針を示しました。

すなわち、判断能力が不十分な人の財産管理については、成年後見制度の利用が基本であるとの認識を示しつつ、診断書や担当医からの

ヒアリング、本人との面談を通じて、認知判断能力が失われていると判断され、かつ預金が医療費や介護施設入居、生活費など本人のために使用されると確認できれば、引き出しに応じるよう各銀行に促すとしています。預金だけでなく、投資信託についても解約は可能との認識を示しました。

※ また、銀行ごとにルールがあるようで「来店者が3親等内の親族」「300万円未満」の場合（三井住友銀行）、「医療費・介護費」（三菱UFJ銀行・みずほ銀行）の場合、引き出し可能。

## 2 証券会社・株式

株式の売買・証券口座の解約

もともと、ネットでは対面でないので取引ができるが、パスワードを忘れ、それを何度も繰り返すと、ネット口座でも凍結される。

## 3 不動産売買等

司法書士が判断能力をチェックするので、土地建物の売買ができなくなる。新しく部屋を借りることもできなくなる。

## 4 仕事の面

仕事にも制限がかかる。シルバー人材センターでの登録も困難。

## 5 自動車の運転

75歳以上の人を受ける「認知機能検査」の点数が低ければ、専門医の診断を受け、認知症と診断されれば免許取消しとなる。

## 6 生命保険の新規加入ができなくなる。

## 7 クレジットカードの発行や更新も契約が必要だからできなくなる。

## 8 本人の全ての行為が無効となるので、実印の印鑑登録の効力もなくなる。

## 9 弁護士、司法書士、公務員、薬剤師、保育士などの職業も就けない。

## 10 遺言書も作成できなくなる。

# 第4 法定後見制度の問題

1 上記事態に対し、銀行などは、成年後見制度、中でも法定後見制度の利用をすることをすすめてきます。

家庭裁判所への申立→法定後見人の選出（親族後見人の場合は後見監督人がつく）。専門職見人（弁護士・司法書士など）や後見監督人がつく場合は、最低でも月2万円～3万円程度の費用が発生します。

財産管理という成年後見制度のメリットはあるが、被後見人の財産を減らさないことになるので、本人以外の支出は認められません。換言すれば、子や孫への生活費の支出や生前贈与は認められなくなる。また、海外旅行にも連れていけなくなるということです。

- 2 成年後見人には、手術の同意権がないので、手術を受けられなくなる可能性もあります。

## 第5 認知症高齢者の財産管理

- 1 成年後見制度では、既述したように問題があるので、そこで、自力で制限を外していく方法として、軽度認知障害（MCI）で本人が病識をもたない場合（認知症前期）、すなわち、判断能力がまだ残っている場合には、**財産管理委任契約並びに任意後見契約**などで財産管理対策を検討することができます。

- 2 **財産管理委任契約（資料6）とは、財産管理と療養看護に関する委任契約のことです。**事故や病気によって、心身の状態が思わしくないときに、親族や友人など、信頼できる人に、本人に代わって財産の管理や病院の福祉サービスなどの利用手続きを行ってもらう契約のことです。

i 財産管理委任契約の内容は、金融機関との取引や、定期的な収入の受取り、公共料金の支払いといった行為を受任者が委任者を代理して行うことであり、ii 療養看護契約は、受任者が、委任者の為に医療機関や福祉サービスの利用に関する手続きを委任するものをいい、当然、医療費や福祉サービス利用料金の支払いも含まれます。

※ 契約書は任意に作成できますが、公正証書にしておけば銀行等も応じます。ゆうちょ銀行は、「手続きの一部を代理人に委託することができますが、預金者本人に電話で委任の内容を確認する場合もあるとのこと」

- 3 以下の点に注意
  - i 契約の履行状況を監督する機関がない。
  - ii 委任者の行った契約の取消権がない。
  - iii 手術や延命治療といった医療行為に関する同意権がない。
  - iv 財産管理委任契約による手続きを認めていない金融機関がある。したがって、事前に利用する金融機関に財産管理契約書による手続きが可能かどうか確認する必要がある。
  - v 不動産売買については、本人確認が優先され、司法書士などが本人確認を行うことから、財産管理委任契約が

あっても実質的に意味はない場合もある。

そこで、契約の履行状況を監督する第三者を交えた契約書の作成をすることが、安全かもしれません。

- 4 認知症の初期や中期の診断がなされた場合（特にアルツハイマー型の初期などの場合）には、財産管理契約や任意後見契約の締結が可能ですが、親族間においてトラブルになる可能性が認知症前期より高くなりますので、「法定後見制度」を利用するのがよいでしょう。

また、認知症の末期の診断がなされた場合（本人がほぼ判断能力を常時失っている場合）には、「法定後見制度」を利用する以外の方法はありません。

**※ 意思能力とは、一般に人が有効に意思を表示する能力すなわち自己の行為の結果を弁識・判断するに足る精神的能力を意味します。**意思能力を意思表示した時点でなかったときは、その法律行為は無効です（民法3条の2）。意思能力の有無が問題となる事例は遺言や高齢者の契約（贈与、介護契約、任意後見契約、財産管理契約）です。

## 5 財産管理契約・任意後見契約（移行型）の選択についての説明

### (1) 財産管理契約・任意後見契約（移行型）の内容とリスク

財産管理契約は、本人が信頼できる親族との間で（多くは同居の家族で例えば、長男など）、自己の財産管理を委任する契約です（委任契約）。委任事項としては、①預貯金の管理、払戻し、②各種公共料金や病院、関係諸機関への支払、③所有物件の賃料収入等の管理、記録や修繕の手配などです。

委任者が、財産管理契約と同時に、任意後見契約に関する法律に基づき、任意後見契約を締結するケースが多く（移行型任意後見契約）、委任者の判断能力に問題がない（認知症の診断は受けていない）うちに、親族等に対し、将来的に自己の判断能力が低下した場合に、財産管理等に関する代理権を付与することを契約内容とし、任意後見契約の登記がなされます。

財産管理契約・任意後見契約は、当事者間で契約内容を自由に選択できるメリットがある一方で、適切な財産管理がなされるかどうかのチェックが働いていないことから、財産の不正利用等の被害が多発しています。とりわけ、任意後見契約の前に財産管理契約を締

結し、財産管理に関する代理権限を付与するタイプの任意後見契約（移行型）についてはリスクが高いです。管理を依頼された者が財産管理を行わず、使途不明金が生じ、本人の死後に相続人がこれを発見して、受任者に損害賠償を請求するケース（いわゆる預貯金の使い込み）が増加しています。

## 6 家族信託の薦め

不便な成年後見人を利用せず認知症の親の財産を子どもが管理する方法として「家族信託」があります（資料7）。

Q1： 母は93歳で、実家で1人暮らしです。父は、10年前に他界しています。母は、最近、物忘れがひどく、認知症の病状が出始めていると感じています。そこで、近い将来、母には施設に入所してもらうことを考えています。そうすると、実家（母名義）は空き家になりますが、長男の私も長女の妹も既に別途家を持っており、実家に住むつもりはありません。そのため、将来、実家を売却しようと思いましたが、売却時点で、母が、認知症になって判断能力がなくなると実家は売却できなくなると聞きました。どうすれば、よいでしょうか。貴方自身も生前、行うべき手続きかもしれません。

A1： 母親が、認知症などで判断能力が無くなれば、仮に、母親名義で不動産売買契約をしても、当該契約は無効です。また、子供が代筆で、母親のサインをして、母親の印鑑を押す場合もありますが、母親の意思が確認できなければ、やはり、契約は無効となります（司法書士は、登記手続きの際に必ず本人の意思を確認するので、確認できなければ登記手続きもできません）。それでは、母親に成年後見人をつけて、成年後見人に売却してもらえるかというと、母親の通帳からお金を引き出す場合等と違って、スムーズには進められません。この場合、成年後見人は、母親の自宅を売却する場合、家庭裁判所の許可が必要で、自宅を売却しなければならない理由が必要であり、単に、誰も住まなくなったから固定資産税がもたない等の理由だけでは裁判所も許可を簡単に出しません。そこで、母親が、まだ、判断能力があるうちに、すなわち、元気なうちに、母親の意思を確認し、「自分が施設に入って、誰も住まないのならば、家を売却してもよい」ということであれば、母親が、長男に実家を託す「家族信託」の契約を締結しま

す。つまり、**母親が（委託者）が、長男（受託者）との間に自宅の処分を託す家族信託の契約（信託契約）を結ぶのです。**内容は、「自宅が空き家になったら売ってください」というものです。信託契約の結果、実家の所有権は、長男に移転しますが、母親が、施設に入居して実家が空き家になった時点で、実家の売却は長男が一人で行うことができます。勿論、裁判所の許可も不要です。そして、売却した代金は、母親の収入となり、家族信託の契約でこのお金も長男に管理してもらうことができます。そうすれば、母親の施設の費用や入院費なども、売却代金から長男は支払うことができます。銀行口座からお金をおろすために、成年後見人をつける必要もありません。これらは、母親が元気な（判断能力がある）うちに、母親の思いを「家族信託」という形にしたことから実現ができた結果です。

Q2： 私は、40代の主婦で、中学2年生の長男と小学校6年生の長女がいます。私の父は、二人の孫を大変可愛がっており、孫が大学に行くならば、学資を援助すると言ってくれています。しかし、子供が大学に行く頃は、父も90歳を過ぎています。最近の父は物忘れもひどく、このままでは、認知症になるのではないかと心配しています。父のお金を使って、二人の子供を東京の大学に行かせたいと思っていますが良い方法はありますか。なお、私には独身の弟がいます。

A2： お子さんが大学に行かれる年齢になった時に、父親が認知症になった場合、父親の口座から勝手にお金を引き出すことはできず、通常、成年後見人を立てる必要があります。しかし、成年後見人は、**「本人を保護・支援」**するための制度です。つまり、父親の入院費、施設利用の費用等の父親のためにお金を引き出す場合のための制度であって、本人の家族を保護、支援する制度ではありません。ですから、孫の大学の費用のために成年後見人制度を利用してお金を出すことは無理です（この点で成年後見の制度は、融通がきかない場合があります）。もっとも、父親が亡くなり相談者が父親の資産を相続すれば費用は捻出されるでしょうが、それも不確定なことです。

そこで、父親が元気で判断能力があるうちに、父親のお金（例えば、1000万円）について相談者に「信託」すれば、孫が大学に行くと

きに、父親が認知症になっても、信託されたお金から孫の学資を出すことができます。父親が亡くなっても、お金は相続財産にならないので、弟から文句を言われることもなく、学資として相談者は使うことが可能です。また、仮に、成年後見人がついていても、お金は信託を受けた相談者が管理しているので、学資に出すことはできます。このように、家族信託をすることにより、父親がどのような状態になっても、父親の希望を叶えてあげることができます。問題は、父親から孫への贈与と見られて、贈与税がかからないかという点です。この点について、国税庁は**扶養義務者（父母や祖父母）相互間において生活費や教育費に充てるために贈与を受けた財産のうち、「通常必要と認められるもの」については、贈与税の課税に対象にならないと通告しています。**つまり、学資（義務教育に限定されません）は通常「必要費」なので贈与税もかかりません。ですから安心して下さい。もっとも、通学のために孫に車を購入したとかマンション購入などになると通常必要費ではなく、贈与税はかかるので注意して下さい。

※ 家族信託については、各金融機関が家族信託の名を冠した商品を発表しています。もっとも各銀行の商品は「遺言書作成や預金管理を組み合わせたパッケージ商品なので、初期費用は高く、さらに毎年数万円の手数料を取られ場合もあります。自分で信託をすることもできます。

#### 7 全国各地の社会福祉協議会が行っている「日常生活自立支援事業」の活用

生活費の管理や公共料金や家賃の支払いなどを代行してくれるサービスで、1時間1500円程度の支払いで、銀行や郵便局に行ってくれる。通帳や不動産権利証の保管サービスも1か月1000円程度でやってくれます。

※ 詳しくは、日進市社会福祉協議会（0561-73-4885）等に問い合わせてください。

## 第6 第2の1の問題について

1 親の年金を子どもが勝手に使うことは許されません。他方、高齢者には認知症のため「物盗られ妄想」が発現することもあります。これに対処するために、母親本人から十分話を聞き、話の内容に不自然な点が無いか検討することが必要です。そのために、母親の通帳なども見せても



らい、出入金口座の状況を調べてみることも重要です。

仮に、兄が引き出した事実があったとしても、その理由をよく聞く必要があります。例えば、兄が母親の世話をしているその生活費等を年金に充てること等が考えられるからです。

## 第7 第2の2の問題について

手術を受けるかどうかは、本来、本人が決めることがらです。しかし、重度の痴呆などのため本人が決定できない場合には、近親者などが医師と相談して事実上決定しているのが実情です。その場合、本人の福利、本人の推定的な意思を第一に考えるべきである。

## 第8 第2の3の問題について

### 1 認知症高齢者の消費者被害

認知症高齢者が消費者被害に遭っていることも少なくありません。主に遭う消費者被害としては、①電話勧誘販売、②訪問販売、③インターネット通販、④かたり商法（身分詐称）、⑤投資、利殖商法、⑥ワンクリック商法、⑦無料商法、⑧特殊詐欺（オレオレ詐欺、還付金詐欺など）、⑨身元保証代行などがあります。

### 2 電話勧誘販売

販売業者又は役務提供事業者が消費者宅や職場に電話をかけ又は政令で定める方法により電話をかけさせ、その電話において行う売買契約又は役務提供契約の締結についての勧誘により、その相手方から、契約の申込みを郵便等により受け、もしくは契約を締結して行う商品又は特定権利の販売、役務の提供であることをいいます（特定商取引2）。

強引な勧誘、虚偽説明、説明不足などの問題も見られ、認知症高齢者の年代が上がるにつれて被害も多くなっています。

### 3 訪問販売

販売業者又は役務提供事業者が、営業所等以外の場所（例えば、消費者の自宅）で契約して行う商品、特定権利の販売又は役務の提供等のことをいいます（特定商取引2）。

消費者に商品の購入意思がないにもかかわらず、販売業者が不意打ち的に自宅に訪問し、消費者を勧誘するケースが大半です。強引な勧誘や長時間に及ぶ勧誘、虚偽説明、説明不足などの問題も見られます。

### 4 インターネット通販

オンラインショッピングなど、インターネット等のネットワークを利用して行われる取引全般です。

「定期購入とは認識せず、申込み、解約しようとしたら高額料金を請求された」「2週間たっても商品が届かない」などの被害が挙げられます。

#### 5 かたり商法（身分詐称）

販売業者が有名企業や市役所、国民生活センター、消費生活センターなどの公的機関、適格消費者団体の職員やその関係者であるかのように思わせて商品やサービスを契約させる商法です。

#### 6 投資、利殖商法

未公開株、社債、ファンド、外国通貨等の取引を装って「値上がり確実」「絶対に損はしない」「元本保証」などといって勧誘し、購入代金や出資金をだまし取る商法です。最近では、投資被害の救済を装うものや、海外事業への投資、鉱物採掘権等、その実態が判然としない権利取引を装うものも増えてきています。

#### 7 ワンクリック商法

パソコンや携帯電話でアダルトサイトなどにアクセスしたところ、いきなり「登録ありがとうございます」などと表示され、高額な料金を請求するという手口です。

#### 8 無料商法

「無料サービス」「無料招待」など「無料」であることを強調して勧誘し、最終的に商品や役務提供を購入させる商法です。「無料」をうたったアダルト情報サイトなどを利用したところ、利用料を請求されたという相談も増加しています。

#### 9 身元保証代行

身元保証代行とは、一人暮らしの認知症高齢者等を対象とする、身元保証や日常生活支援、死後事務等に関するサービスです。具体的には、医療機関への入院や老人福祉施設等への入所、賃貸住宅等の契約の際の身元保証・身元引受け等のサービスや、買物等の日常の生活支援や見守り支援、死後の葬儀支援等のサービスが行われています。

認知症高齢者の単独世帯が増加傾向にある中で広まってきたサービスですが、「契約内容をよく理解できていないのに、高額な契約をして

しまった」等の契約時のトラブルや、「解約時の返金額に納得できない」等、解約時のトラブルがみられます。

#### 10 不実告知による契約取消し

訪問販売や電話勧誘販売において、販売業者が、その勧誘に際し、顧客に対し不実のことを告げたり、故意に事実を告げなかったりした場合に、売買契約等の意思表示を取り消すことができます（特定商取引 9 の 3①・24 の 3①）。

また、同法の平成 30 年の改正により、判断力が著しく低下していることを利用した不安をあおる告知によって契約がなされた場合も取り消すことができる旨、追加されました（消費契約 4③七）。

#### 11 過量販売と契約解除

過量販売による契約は、1 年以内であれば、原則無条件で申込みの撤回又は契約の解除をすることができます（特定商取引 9 の 2）。

過量かどうかの判断については、個々の事案により判断されるべきですが、公益社団法人日本訪問販売協会が「通常、過量には当たらないと考えられる分量の目安」（平成 21 年 10 月 8 日）というガイドラインを策定していますので、参考になります。

#### 12 送り付け商法対策

注文や契約なしに、一方的に送付された商品につき、令和 3 年の特定商取引法の改正により、業者は送付した商品について直ちに返還請求ができなくなり、注文や契約なしに一方的に送付された商品については、消費者は直ちに処分することができるようになりました（特定商取引 59①）。

#### 13 相続相談に来た認知症が疑われる高齢者等が、実際に消費者被害に遭っていることもあります。その場合、被害回復の方法として、①契約の不成立、②公序良俗違反、③錯誤取消し、④詐欺・強迫による取消し、⑤不法行為による損害賠償を検討することが考えられます。

##### ア 意思無能力による無効

##### （1）意思無能力について

旧民法下では、明文規定はありませんでしたが意思能力を欠く者の意思表示に基づく法律行為は、学説及び実務上無効であると解釈されており、判例も同様でした（大判明 38・5・11 民録 11・706）。平

成 29 年法律 44 号の民法改正により、民法 3 条の 2 が新設され、意思能力を欠く状態でなされた意思表示に基づく法律行為が無効であることが、明文化されました。

そのため、認知症高齢者が意思能力を欠く場合には法律行為は無効となります。認知症などで判断能力が低下しているような場合、意思無能力による無効の主張が検討できる場合もあると思われます。

意思能力とは、自分の行為の結果を判断するに足りるだけの能力をいいます。

意思能力の有無については個別具体的に判断され、一般的には、およそ 7 歳から 10 歳の子どもの精神能力とされています。

## (2) 意思能力の判断基準

意思能力の有無については、上記のように個々の法律行為の内容に応じ、法律行為の意味を理解していたか、個別具体的に判断されることとなります。立証方法としては、医師の診断書・鑑定意見、当時の同居者の陳述書・証言等が考えられます。

判例では、本人の理解力や判断力の程度だけでなく、取引類型の難易度、取引内容の合理性、対価の支払の有無、相手方の態様、本人保護の必要性など多様な客観的事実を総合的に勘案して意思能力の有無を判断していると思われます。

## 14 公序良俗違反

認知症高齢者の無知等に乗じて不当の利を博するいわゆる暴利行為は、公序良俗に反し無効です（民 90）。暴利行為の要件としては、一般に①当事者両者の給付の間に著しい不均衡が存すること（客観的要件）に加え、②相手方が窮迫、軽率、無経験等の事情にあり、行為者がそのことに乗じたこと（主観的要件）が必要であると解されています。

## 15 錯誤取消し

錯誤の要件を満たせば、契約の取消しを主張できます（民 95）。これまで錯誤規定は無効主張を認めたものでしたが、平成 29 年の改正により取消し得るものとなり、またいわゆる動機の錯誤が明文化されました。そのため、法律行為の基礎とされていることが表示されていた時には、取り消すことが認められることとなります。

## 16 詐欺・強迫による取消し

詐欺・強迫による場合は、意思表示の取消しが可能です（民 96）。

もともと、詐欺・強迫に該当するかは、具体的欺罔行為の内容や相手方に故意があったことを立証しなければならず、認知症高齢者の保護に欠ける場合もあると思われます。そのため、消費者契約法の規定の取消事由に該当する場合には、民法に比べ立証が容易であるため、同法の取消しの主張を検討したほうがよいでしょう。

もちろん、消費者契約法 4 条 1 項から 4 項までの規定は、民法 96 条の適用を妨げるものではありません（消費契約 6）。

民法 96 条による詐欺・強迫の認定は、消費者契約法に規定されている類型に限らず、更に弾力的に広くなされる場合もあるでしょうし、消費者契約法による取消権が時効で消滅した後も（消費契約 7）、民法 96 条の取消権は消滅するものではありません（民法 126）。どちらの規定も常に同時に考慮しておいた方がよいと考えられます。

#### 17 不法行為による損害賠償

上記のとおり、無効・取消しの原因は限定的であるため、消費者被害においては不法行為に基づく損害賠償請求を検討することが重要となります。契約締結段階だけではなく、勧誘方法や、本人の知識、経験、資力等様々な事情を総合的に評価できることが可能となるからです。

また、悪質な商取引を行う業者は性質上事業が不安定であり、実態は代表者の個人営業であったりする場合も多いといえます。そのため、請求できる主体を会社のみ限定することは危険であることや、仲介者等に利益が分散されていることも多いため、実際の利得者が誰なのか損害の弁償能力があるか不明であることから、実務上は、違法な商取引を行った個人や役員等に対し共同不法行為を主張できるか検討し責任を追及していくとよいと思われます。

以 上

## 死体遺棄罪に関する近年の議論

愛知学院大学名誉教授・弁護士 原田保

## I 法律の規定

## 1 刑法2編「罪」(各則)24章「礼拝所及び墳墓に関する罪」(「懲役」「禁錮」→「拘禁刑」に単一化)

188条1項(礼拝所不敬) 6月以下の懲役若しくは禁錮又は10万円以下の罰金

2項(説教等妨害) 1年以下の懲役若しくは禁錮又は10万円以下の罰金

189条(墳墓発掘) 2年以下の懲役

**190条(死体損壊等) 3年以下の懲役(死体・遺骨・遺髪・納棺物の損壊・遺棄・領得)**

191条(墳墓発掘死体損壊等) 3月以上5年以下の懲役

192条(変死者密葬) 10万円以下の罰金又は科料

## 2 軽犯罪法 拘留または科料

1条18号 自己占有場所内の老幼不具傷病者・死体・死胎につき公務員に不申告

1条19号 変死体・死胎の現場変更

## II 従前の議論

学会の議論は不活発で、大学の講義でも言及乏

## 1 葬送の論理的意義

刑法上の位置付け議論乏

通常葬送の無罪理由(構成要件不該当? 違法性阻却?)すら不明確

## 2 保護法益

かつては、「国民の宗教的感情」(墓地埋葬法1条に規定)

昭和中期から、宗教的感情・死者に対する感情・死体に対する感情、を区別する学説

現在は、「死者に対する公衆の敬虔感情」、「死者の平穏・尊厳」←宗教との分離

## 3 遺棄概念

通説: 習俗上の埋葬とみられる方法によらないで死体等を放棄すること

埋葬の意義(土葬? 各種葬法包括?)には言及

## III 近年の議論

幾つかの判例を契機に、実行行為終了時期、作為不作為の関係、隠匿の意義、習俗上の埋葬の内容、の議論

## 1 大阪死体収納事件(複数事件)

大阪地判平25・3・22: 隠匿を以て作為死体遺棄罪は終了し、爾後の不葬送は不作為犯不成立

大阪地判平28・11・8等: 作為と不作為との結合した死体遺棄罪成立

## 2 大宰府車内死亡事件

福岡地判令3・1・21: 積極的隠匿行為がないので死体遺棄罪不成立

福岡高判令3・6・25: 控訴棄却

## 3 熊本死産児事件

熊本地判令3・7・20: 作為と不作為との結合した死体遺棄罪成立(私見: 作為犯認定との理解は不可)

福岡高判令4・1・19: 不作為死体遺棄罪不成立・作為死体遺棄罪成立

最二小判令5・3・25: 隠匿だが習俗上の埋葬と相いれない処置ではないから死体遺棄罪不成立

#### IV 未解決問題

##### 1 葬送の論理的意義

構成要件不該当でも違法性阻却でも、葬送であるか否かは刑 190 成否の判断基準

墓地埋葬法に「葬る」、刑法に「葬った」、という文言が存在 ←行政犯構成要件要素=刑 190 との区別基準

しかし、定義規定不存在 → 解釈論が必要

葬送には「追慕」「拒絶」という二面性が存在 (宗教学)

伝統的葬法の要素 ←法的に必須の要素はどれか？

- ① (宗教的)儀式 [追慕] ……略式葬(直葬)の可否
- ② 生活場所から離隔 [拒絶] ……手元供養、自宅保管の可否
- ③ 土地定着の公然的礼拝施設 [追慕・拒絶の選択保証] ……手元供養、撒骨、宇宙葬の可否
- ④ 直接視認防止 [拒絶] ……遺骨封入ペーパーウェイトの可否
- ⑤ 保存措置 [追慕] ……完全焼却、収骨拒絶、撒骨、分解処理の可否

##### 2 保護法益

主体 現行法上は社会法益 ←→ 葬送の私事化=遺族・死者本人の個人法益？

内容 敬虔という文言は、「追慕」「拒絶」という葬送の二面性に対応可能か？ (拒絶面看過の可能性)

死体に対する感情の欠落？

##### 3 遺棄概念

###### (1) 場所的離隔の要否

語義としては、客体と行為者との場所的離隔 (通説)

法益との関係では、客体と原所在場所との離隔 (近年問題提起)

場所的離隔のない事案で、死体遺棄罪肯定例と否定例とがあり、実務混乱

富山年金詐欺事件(名古屋高金沢支判平 21・7・12)：不作為死体遺棄罪成立

諏訪年金詐欺事件(平 22)：不作為死体遺棄罪不起訴

鈴鹿年下夫殺害事件(平 30)：不作為死体遺棄罪不起訴

###### (2) 隠匿との関係

語義としては、遺棄≠隠匿

現行刑法施行当時の警察犯処罰令 2 条 34 号は、刑法の死体遺棄罪とは別に、死体隠匿罪を規定 (保護法益?)

改正刑法草案 242 条 1 項は、死体等に対する「隠匿」を追加

大三刑判大 8・5・3：親族による死体埋没隠匿は、埋葬していないので隠匿しても死体遺棄罪成立

その後、隠匿を遺棄の実行行為とする解釈が縦着 (e.g. 福岡地飯塚地判昭 40・11・9)

死体隠匿による刑 190 の法益侵害は、発見困難化による適時の葬送に対する妨害 (通説)

疑問① 要扶助者を隠匿したら刑 217・218 の要扶助者遺棄罪なのか？

疑問② 刑 189 II の葬式妨害罪より重くなることは合理的なのか？

疑問③ 死体露出は刑 190 の法益保全なのか？

↓

公道で全裸の公然猥褻罪の場合、裸体露出=同罪法益侵害、裸体隠匿=同罪法益保全、の対応関係

では、死体露出によって保全される法益は？ → まず犯罪捜査等の行政活動の端緒確保である筈

ならば、死体隠匿によって侵害される法益は、まず捜査等の行政活動の端緒阻害である筈

死体の路上投棄は、適時の葬送を可能にしても、刑 190 成立の筈

それは、路上投棄の現状が公衆感情を害することによる筈

ならば、土中埋没事案でも、将来の葬送の前に、死体の現状に対する評価を要する筈

以上

お墓と法律（2）

- 1 いま起きている法律問題
- 2 法律はどのような規定を置いているか
- 3 具体的な事案を考えてみたい
- 4 まとめ

.....

1 いま起きている法律問題

1-1 霊園管理料の値上げ

霊園の環境保全、整備、管理に要する費用は多くの場合「物価上昇、その他経済的事情によって管理の額が不相当になった場合は、改定することができる」旨の規定がある場合が多いため、トラブルが生じる

1-2 宅急便で「送骨」

インターネットを通じて、不特定多数の方の焼骨を郵送で受け取り、その場所で埋葬することは、地域の方の宗教感情を害するかが問題となった。跡継ぎがいない家族や、子供に迷惑をかけたくない、という方からの依頼が多い

1-2 自宅内に焼骨を置いて供養（手元供養）

お墓を持たない方が多い、身近な場所で弔いたい、家族がそれぞれの場所で弔いたい（分骨）

1-3 ペットの納骨、ペットと共に納骨

ペットは家族、しかし、民法上は「物」、人とともに弔いをしたいという方のための霊園や納骨堂も登場

2 法律はどのような規定を置いているか

2-1 墓地埋葬法

昭和二十三年法律第四十八号

墓地、埋葬等に関する法律

第一章 総則

第一条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。



第二条 この法律で「埋葬」とは、死体（妊娠四箇月以上の死胎を含む。以下同じ。）を土中に葬ることをいう。

2 この法律で「火葬」とは、死体を葬るために、これを焼くことをいう。

3 この法律で「改葬」とは、埋葬した死体を他の墳墓に移し、又は埋蔵し、若しくは収蔵した焼骨を、他の墳墓又は納骨堂に移すことをいう。

4 この法律で「墳墓」とは、死体を埋葬し、又は焼骨を埋蔵する施設をいう。

5 この法律で「墓地」とは、墳墓を設けるために、墓地として都道府県知事（市又は特別区にあつては、市長又は区長。以下同じ。）の許可を受けた区域をいう。

6 この法律で「納骨堂」とは、他人の委託をうけて焼骨を収蔵するために、納骨堂として都道府県知事の許可を受けた施設をいう。

7 この法律で「火葬場」とは、火葬を行うために、火葬場として都道府県知事の許可を受けた施設をいう。

## 第二章 埋葬、火葬及び改葬

第三条 埋葬又は火葬は、他の法令に別段の定めがあるものを除く外、死亡又は死産後二十四時間を経過した後でなければ、これを行つてはならない。但し、妊娠七箇月に満たない死産のときは、この限りでない。

第四条 埋葬又は焼骨の埋蔵は、墓地以外の区域に、これを行つてはならない。

## 第三章 墓地、納骨堂及び火葬場

第十条 墓地、納骨堂又は火葬場を經營しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

第十三条 墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、埋蔵、収蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない。

第十四条 墓地の管理者は、第八条の規定による埋葬許可証、改葬許可証又は火葬許可証を受理した後でなければ、埋葬又は焼骨の埋蔵をさせてはならない。

2 納骨堂の管理者は、第八条の規定による火葬許可証又は改葬許可証を受理した後でなければ、焼骨を収蔵してはならない。

第十五条 墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、省令の定めるところにより、図面、帳簿又は書類等を備えなければならない。

## 第四章 罰則

第二十条 左の各号の一に該当する者は、これを六箇月以下の懲役又は五千円以下の罰金に処する。

一 第十条の規定に違反した者

## 墓地、埋葬等に関する法律施行規則

第5条 墓地等の管理者は、他の墓地等に焼骨の分骨を埋蔵し、又はその収蔵を委託しようとする者の請求があつたときは、その焼骨の埋蔵又は収蔵の事実を証する書類を、これに交付しなければならない。

2 焼骨の分骨を埋蔵し、又はその収蔵を委託しようとする者は、墓地等の管理者に、前項に規定する書類を提出しなければならない。

3 前二項の規定は、火葬場の管理者について準用する。この場合において、第一項中「他の墓地等」とあるのは「墓地等」と、「埋蔵又は収蔵」とあるのは「火葬」と読み替えるものとする。

### 3 具体的な事案を考えてみたい

#### [設例]

Aさんは、将来、子供に迷惑をかけたくないと思い、どのような弔い方が自分たちにあっているかがんが得ている。ペットも長年飼っており、家族同様だ。このペットとも一緒に弔って欲しいと考えるが・・・、

#### [設問]

- ① 宅急便で「送骨」 できるか
- ② 自宅内に焼骨を置いて供養（手元供養） できか
- ③ ペットの納骨、ペットと共に納骨 はできるか

### 4 裁判例

◆高松高平成26年3月20日判例地方自治390号75頁

控訴人（原告）が、「送骨パック」という方法で遺骨を郵送してもらい永代供養を行う納骨堂の経営の許可申請をしたが、不許可処分を受けたことから、被控訴人（被告）伊予市に対し、その取消を求めた事案の控訴審において、処分行政庁は、控訴人に対し、「送骨パック」について、住民の中には不安を抱いている者もいるものと思われるから、地元住民に周知されていることが重要である旨指摘していたことが認められるところ、「送骨パック」とはゆうパックを使い納骨供養を低価格で行う方法を意味するものであるから、処分行政庁は本件不許可処分前に控訴人の経営方法が地元住民の宗教感情に合わないとの指摘をしていることが認められるのであって、控訴人が主張するように処分行政庁が従前の行政指導において指摘も指導もない事項をいきなり不許可処分の理由としたとの事実は認められないなどとして、控訴を棄却した事例。

◆名古屋地裁平成17年3月24日判例タイムズ1241号81頁

宗教法人である原告が、ペット葬祭業により金員を受け取ったことに対し、被告から、ペット葬祭業は法人税法2条13号等所定の収益事業に当たるとして、本件課税処分を受けたため、ペット葬祭業は宗教的行為であって、収益事業に当たらないなどと主張して、右処分の取消しを求めた事案で、原告のペット葬祭業においては、依頼者は、原告がその支払う金員に対応する葬祭行為をするものと期待し、原告も、その提供する葬祭行為に対応する金員が支払われるものと期待しているというべきであるから、依頼者の支払う金員が任意のものであるとは到底解されず、両者の間に対価関係を肯認するのが相当であり、法人税法2条13号等の定める収益事業に該当するとして、請求を棄却した事例。

東京地判平成18年 3月24日判例集未搭載

宗教法人である原告が、本件不動産のうち、動物の遺骨を収蔵保管している建物部分およびその敷地相当部分の土地は、地方税法348条2項3号所定の非課税対象に該当するにもかかわらず、これを課税対象とした本件賦課処分は違法であるとして、その取消を求めた事案で、原告による動物の遺骨の保管行為を固有の宗教目的活動と評価することは困難であるから、動物の遺骨を保管している部分は、原告の固有の宗教目的に供する部分には当たらず、同法348条2項3号及び同法702条の2第2項の非課税対象には該当しないと解するのが相当であるとして、請求を棄却した事例。

#### 4 まとめ

- 1 多様な弔い、自身の弔いはどうありたいか 表現する可能性が広がっている  
自己決定はどこまで許されるか、すべて実現されるものではない  
↓  
公序と幸福追求
- 2 自分の希望（意思）を、死後に実現する方法⇒生前に契約等で準備することが可能
- 3 選択の実現には、費用が伴う。じっくりと比較、検討して選択  
⇒消費者としての契約は、取消することができる可能性がある
- 4 自身の自己決定がいつまでもできるかは誰にもわからない。  
弔いの形は、「どう生きてきたか」の一つの現れか  
生と死はまったく切り離された世界ではなく、連続した世界
- 5 価値の大変革の真っ只中、近時の弔いの在り方について、選択肢が増えたと積極的に考える人、常識を逸していると消極的に考える人等様々  
⇒多様な価値を尊重することは、制度設計においても不可欠の視点

## 取調べの立会い

2023年10月28日  
愛知学院大学非常勤講師  
弁護士 岩井 羊一

### 第1 取調べとは

捜査機関が、被疑者や参考人の出頭を求めて犯罪に関する事情を聴取すること。

刑事訴訟法198条

- ① 検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。
- ② 前項の取調べに際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない。
- ③ 被疑者の供述は、これを調書に録取することができる。
- ④ 前項の調書は、これを被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤がないかどうかを問い、被疑者が増減変更の申立をしたときは、その供述を調書に記載しなければならない。
- ⑤ 被疑者が、調書に誤のないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。但し、これを拒絶した場合は、この限りでない。

### 第2 取調べの実情

事情のききとり（刑事訴訟法198条①）

供述調書の作成（刑事訴訟法198条③、④、⑤）

被疑者として取り調べるときには黙秘権の告知が必要（刑事訴訟法198条②）

### 第3 取調べの問題点

自白の強要によるえん罪の発生

例えば

布川事件

櫻井、杉山の共犯。当初否認、その後自白

袴田事件

当初否認、勾留期間前に自白

### 第4 なぜ、やってもいない人が自白するか

- 1 布川事件の櫻井さんの自白

(再審布川事件の記録「冤罪と闘った44年」より)

1967年(昭和42年)8月28日事件発生 強盗殺人

ア 別件逮捕

同年10月10日、別件窃盗で逮捕(当時20歳)

10月13日強盗殺人の取調べ開始

イ うそのアリバイ否定

事件当日のかすかな記憶を頼りに「その日は兄貴の家(東京・野方)に泊まったと思う。」と述べた。これに対し、「兄貴は『来ていない』と言ってるぞ」と言い、櫻井のアリバイ主張を否定。(うそ)

「お前と杉山を現場の前で見たという人がいる」(うそ)

ウ 深夜に及んだ取調べ

エ 14日、櫻井に対し、「お前の母ちゃんも、『やってしまったことは仕方がない、早く本当のことを言え』と言っている」と告げた。(うそ)

オ 15日、捜査官は「嘘発見器」(ポリグラフ検査)を使用する。

「残念だったな、櫻井。検査の結果、お前の言うことはみんな嘘と出た。

櫻井は、最初の自白をするに至る。

カ 一旦自白をした二人は、「これで解放される」との予想に反し、詳細な自白調書の作成を迫られる。捜査官の協力(誘導)。正解を出すまで何度も同じ問答を繰り返す。

キ その後

最高裁判所も自白の信用性があるとした。

後に再審手続で、被告人らに有利な証拠が隠されていたことがわかり再審開始決定、無罪。

警察、検察の取り調べの違法については、櫻井さんについて国家賠償法に基づく損害賠償請求も認められた。

2 袴田事件 袴田さんの自白

勾留期限3日前に自白(後述)

第5 取調べの問題点を克服するために

1 被疑者国選制度

2006年10月に始まる 2009年5月拡大 2018年6月 被疑者段階すべての被疑者 逮捕直後はいまも制度がない

2 取調べの可視化

2019年6月から裁判員裁判、障害者等について法律で、取り調べの全課程の録音録画が義務化された。

範囲は狭い

## 第6 取調べの立会

弁護士会あげて運動を始めている

2018年4月13日

弁護人を取調べに立ち合わせる権利の明定を求める意見書

2019年10月4日

弁護人の援助を受ける権利の確立を求める宣言—取調べへの立会いが  
刑事司法を変える

実際には立ち会うことができない。

## 第7 取調べの立会と日本の法律

立会が出来ないとも書いてない。

立会ができると書いていない。

## 第8 諸外国の実情

### 1 アメリカ

ミランダールール 弁護人の立ち会いを求めればそれ以上取り調べできない

1966年のいわゆるミランダ判決

身体拘束下の取調べに先立ち、捜査機関は下記の告知をしなければならない。

- ① 黙秘権、
- ② 供述が不利な証拠となり得ること、
- ③ 弁護人を取調べに立ち合わせる権利及び
- ④ 公選弁護人の援助を受ける権利

被疑者が黙秘権又は弁護人を取調べに立ち合わせる権利を行使した場合には、捜査機関は取調べを直ちに中断しなければならない

### 2 EU諸国

2013年EU指令3条3項(B)

弁護人にアクセスする権利として、「加盟国は、被疑者・被告人が質問を受ける際に、  
弁護人が立会い、効果的に参加する権利を保障しなければならない。」

### 3 韓国

2003年11月11日、大法院

「拘禁された被疑者は、(中略) 訊問を受ける際に弁護人の立会いを要求することがで

き、このような場合、捜査機関はこれを拒否できないと解するべき。」

2007年の刑事訴訟法改正

「訊問に参加する弁護人は、訊問後に意見を陳述することができる。ただし、訊問中であっても、不当な訊問方法に対して異議を提起することができ、検事又は司法警察官の承諾を得て意見を陳述することができる。」との意見陳述権、異議申立権を認めた（韓国刑事訴訟法243条の2）。

大法院2013年3月28日

被疑者が弁護人を取調べに立ち合わせる権利を行使する旨を表明した場合に、取調べを継続することは違法であると判断し、その取調べで作成された供述調書の証拠能力を否定。

#### 4 台湾

1982年 刑事訴訟法の改正により、弁護人を取調べに立ち合わせる権利が明文化

2000年 弁護人が取調べ中に発言できることが規定された。

2013年 被疑者又は被告人が弁護人の選任を表明した場合には、取調べを直ちに止めなければならない旨が規定された

#### 5 まとめ

取調べへの弁護人の立会は世界の潮流

### 第9 立会の必要性

#### 1 根拠

##### (1) 法律上の根拠

憲法上、弁護人の援助を受ける権利（憲法34条、37条3項）、黙秘権（憲法38条1項）が保障されていることから

弁護人が取り調べの時に立ち会えないと、すぐに弁護人に相談できないし、黙秘権の行使も制限される。

##### (2) 実際の必要性

村木さんの言葉

2010年にいわゆる郵便不正事件で無罪判決が確定した村木厚子氏は、検察の在り方検討会議において、以下のように述べた。

「弁護人の立会いについてでございますが、私も取調べを20日間受けて、これは、取調べというのは、リングに アマチュアのボクサーとプロのボクサーが上がって試合をする、レフェリーもいないしセコンドも付いていない というふうな思いがいたしました。いろいろな改革の方法はあるでしょうけれども、せめてセコンドが付いて

いただけるというだけでも、ずいぶんまともな形になるのではないかというふうに思いますので、弁護人の立会いは大変重要だと思います。」

### (3) 国際的な批判

国連の諸機関からも勧告等

市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）の実施状況を監督する自由権規約委員会

#### 2008年10月の総括所見

真実を明らかにするよう被疑者を説得するという取調べの機能を阻害するとの理由で取調べにおける弁護人の立会いが認められていないことについて懸念を表明し、自由権規約14条が保障する被疑者の権利を保障するために、全ての被疑者に弁護人が立ち会う権利を保障すべきであると勧告。

#### 2014年7月、日本政府の第6回定期報告に関して採択した総括所見

逮捕時から弁護人を依頼する権利を保障することのほか、弁護人が取調べに立ち会うことを保障するよう日本政府に求めた

#### 拷問禁止委員会

#### 2013年5月の総括所見

日本の刑事司法制度が、弁護人不在のまま代用監獄収容中に得られた自白に大きく依拠していることや、全ての取調べにおいて弁護人の立会いが義務付けられていないことについて懸念を表明

## 2 取調べ立会の弊害の指摘

- ・ 真実を話しにくく、結果として言い逃れしやすくなるのでは？
- ・ 捜査方法や情報源がもれる
- ・ 取調べに時間がかかる
- ・ 録音録画すれば、問題はあとで解決できるのではないか？
- ・ 弁護士は悪い人が本当のことはなさなくていいように弁護するのか？
- ・ 真実を解明できなくても良いのか？



以下は、法務省の説明（法務省ホームページ）

「被疑者の取調べに弁護人が立ち会うことを認めるかについては、刑事法の専門家や法律実務家、有識者などで構成される法制審議会において、約3年間にわたってこれらの問題が議論されました。そこでの議論では、弁護人が立ち会うことを認めた場合、被疑者から十分な供述が得られなくなることで、事案の真相が解明されなくなるなど、取調べの機能を大幅に減退させるおそれが大きく、そのような事態は 被害者や事案の真相解明を望む国民の理解を得られないなどの意見が示された ため、弁護人の立会いを導入しないこととされた経緯があります。こうした議論を経て、取調べの適正さを確保する方法の一つとして、取調べの録音・録画制度が導入されました。」

### 3 反論

犯人が言い逃れしやすくなる⇒そもそも「本当に犯行を行った人」※にも黙秘権が保障されている。（※本当に犯行を行ったかどうかをきめるが刑事裁判であるが）

いまでも「言い逃れ」は可能。黙秘権は自白を強要されないようにするための権利問題なのは、やっていないことを認めさせようとする場合。

#### 最近の事例

プレサンス事件判決（後述）

検察管の取り調べ

「Aに貸す金であることを隠し、あたかも学校に出すかのようにしているということだから確信的な詐欺である、今回の事件で果たした役割は、共犯になるのかというようなかわいいものではない、プレサンス社の評判を貶めた大罪人である。今回の風評被害を受けて会社が被った損害を賠償できるのか、10億、20億では済まない、それを背負う覚悟で話をしているのか」

#### 第10 立会の方法

立ち会うだけか

意見が述べられるか

⇒ 意見も述べられるほうが望ましい

#### 第11 現在の取り組み

##### 1 現場で

立会い申入れ

断られる

「準立会」

在宅事件

一緒に警察、検察庁に行く  
外で待っています。

- 2 弁護士会で行っていること  
意見書を発表。  
集会、市民向けの発信など。

### 第13 おわりに

「10人の真犯人を逃すとも、1人の無辜を罰するなかれ」  
そのために刑法、刑事訴訟法がある。

# 新株予約権

服部育生 2023.11.11

## I はじめに

略語表 新予 = 新株予約権 T = 取締役  
HV = 株主総会 T会 = 取締役会

新予とは、それを有する者AがB会社に対して新予（B）を行使したときに、B会社からB株式の交付を受ける権利をいう。 2条21号

公開会社では、新予の発行の決定は、原則としてT会決議による。 240条

非公開会社では、HVの特別決議による。 238条2項 309条2項6号

新予の内容、数の上限、払込金額の下限をHVで決議して（239条1項）、それから1年以内に割当するものについて、発行事項の決定をT（会）に委任可 239条1項・3項

新予の行使により、1株に満たない端数が生じる場合、予めその価額を償還しない旨を定めておいてもよいし（236条1項9号）、端数部分を金銭で償還してもよい。

## II 新予の有利発行

有利発行 → HVの特別決議 238条2項・3項、240条1項、  
309条2項6号  
説明義務 238条3項、239条2項  
発行価額と行使価額を含めたトータルな金額で発行条件を検討する。

## III 新予の無償割当

株主に無償で新予を割当てる。 277条～279条

T会設置会社 → T会決議  
上記以外 → HV決議 278条3項

自己株式には新予の割当なし 278条2項

#### IV 発行差止め

法令定款違反      ㄱ  
著しく不公正な方法      ㄴ      247条1号・2号

Tの保身目的とか買収防衛策の一部が不公正な方法  
買収者がグリーンメーラー等ならば不公正発行にならない。

#### V 発行無効・発行不存在

新予 発行無効の訴え      828条1項4号  
新予 発行不存在確認の訴え      829条3号

もし既に新予が行使されていたならば、  
不公正な払込金額で新予を引受けた者の責任      285条  
財産価額補填責任の追及      286条  
払込仮装者の責任の追及      286条の2、286条の3

#### VI ニッポン放送事件

B（フジテレビ）は、A（ニッポン放送）の株式を12.4%保有しており、C（ライブドア）はAの株式を5.4%保有している。Bは、A発行済株式のすべてを獲得することを目指して、A株式の公開買付を開始した。

Cは、Bの公開買付期間中、東証の立会外取引（ToSTNeT）を利用して、A株式の買い増しを行い、平成17年2月21日にはA株式の37.85%を保有するに至った。

Aは、平成17年2月23日のT会において大量の新予を、割当先をBとして発行することを決議した。この新予がすべて行使されると、Cの株式保有割合は42%から17%へ減少する。他方、Bの株式保有割合は60%を超えることになる。

Cは、本件新予の発行は、著しく不公正な方法によるものであると主張して新予発行差止の仮処分を求めた。

東京高決平成17年3月23日 判タ1173号125頁 金融商事1214号6頁 差止を認める。

一般論      経営支配権の維持を目的とした新予発行→原則 不公正発行→差止可  
特段の事情あり      買収者による支配権取得が会社に回復し難い損害をもたらす→それを会社が立証すれば→差止不可（不公正発行と判断されない）

## Ⅶ ブルドック・ソース事件

スティール・パートナーズ（C）は、ブルドック・ソース（A）の株式を10.25%保有している。Cは、平成19年5月18日、Aの発行済株式全部を取得する目的として株式公開買付を開始した。

A取締役会は、①定款変更議案（新予無償割当をHVの特別決議事項とする）、②もし①が可決されるならば、新予の無償割当（「7月10日現在の株主に対し、彼の保有する株式1株につき、3個の新予を割り当てる」を行うとする内容の議案）を、平成19年6月24日予定の定時HVに付議することを決定した。本件HVにおいて、上記①②の議案は、議決権総数の83.4%の賛成で可決された。A取締役会は、新予無償割当の詳細を決定する決議を行った。

本件新予には、行使条件（Cは新予を行使できない）、及び譲渡制限条項（新予の譲渡には、T会の承認を必要とする）が付されている。また本件新予には、A取締役会が別途定める日をもって、Aが本件新予を取得し、その際に、C以外の新株予約権者に対しては、対価として本件新予1個につき当該取得日現在における割当株式数（その行使により交付されるA普通株式の数〔当初1株〕）の普通株式を交付することができる一方、Cの有する新予については、対価として本件新予1個につき現金396円を交付する旨の取得条項が付されていた。

A取締役会が、平成19年6月24日、本件無償割当の詳細事項を決定すると共に、C関係者の保有する新予全部を取得対価と同様の対価で譲り受ける旨を決議した。

上記に対して、Cは、本件無償割当は株主平等原則（会109条1項）に違反し、かつ著しく不公正な方法によるものであると主張して、本件無償割当の差止を求める仮処分命令の申立をした（会247条）。

**【裁判所の判断】** 最決平19. 8. 7 民集61・5・2215 差止請求を認めない。

本件新予無償割当は、Cも意見を述べる機会があった。AのHVで、C以外のほとんどの既存株主が是認した。Cは、新予の取得が実行されることにより、対価として金銭交付を受けることができ、その対価は新予の価値に見合うものである。

本件新予無償割当は、衡平の理念に反するとか相当性を欠くものとは認められない。また本件新予無償割当が、株主平等原則から見て著しく不公正な方法によるものともいえない。（差止仮処分申請を却下）

～示談による、民事・刑事事件の解決～

(弁護士 白村大勲)

- 1 加害者・被害者になったら  
本人だけ？  
家族の場合は？
  
- 2 事故、事件があった場合、どのような責任が生じるか？  
①民事責任  
②刑事責任  
③行政責任
  
- 3 民事責任とは？  
何が請求できるか？  
関係者（登場人物）は誰か？  
時間制限はあるのか？（民法724条、724条の2）
  
- 4 刑事責任とは？  
どのような責任が生じるか？  
関係者は誰か？  
被疑者勾留の時間制限はあるのか？（刑事訴訟法208条）
  
- 5 事例検討  
＜事例＞  
Aさんがお酒に酔って、Bさんに絡んでしまう。  
Bさんは、避けるように帰ろうとしたが、Aさんは、Bさんを殴ってけがをさせてします。Aさんは、現行犯で逮捕され、翌日勾留された。  
＜検討＞  
①あなたが、Aさんなら、どうしますか？  
  
②あなたが、Bさんなら、何ができますか？

<ポイント>

(1) Aさん

勾留20日後→①起訴、②罰金、③不起訴のどれか

↓

Aさんとしては、できるだけ軽い処分を目指したい

Aさんが軽い処分になるためには、反省、再犯防止意思、**被害者救済**  
被害者救済の方法として、「示談」の方法がある。

ただ、示談ができて、必ず、軽い処分になることは確定しないが、重要な情状資料となる。Aさんとしては、「示談」はできれば成立させたい。

(※問題) 罰金になったら、被害者に弁償しなくていいのか？

(2) Bさん

Bさんは、加害者に損害賠償請求ができる(民法709条)。

Aさんからの示談の申出の対応はどうしたらいいか？

↓

選択①示談に無視する

→刑事事件の有利な情状を相手に与えない。

しかし、賠償金はその機会では手に入らない。

→後日、相手に民事裁判を提起できる

しかし、訴状を書く、弁護士を依頼する、相手の住所を調べる、被害を立証する必要がある。

選択②示談に応じる

→賠償金はその機会に取得できる。

民事裁判をしなくても、被害を回復し、請求を満足することができる。

しかし、刑事事件について相手に有利な情状を与える。

示談は、民事事件としても、刑事事件としても解決に役立つもの。  
慎重に検討しつつ、問題解決の重要なポイントになります。

以上

2023（令和5）年11月25日

## ハラスメントと法律

～パワーハラスメント、セクシャルハラスメント等と法律の規制～

愛知学院大学 社会連携センター教授  
弁護士 浅賀 哲

### 第1 ハラスメント

- ハラスメントとは「相手に迷惑をかけること＝嫌がらせ」を指し、それによって、他者が不快感や屈辱感、不安感を感じ、就労環境の悪化という重大な人権侵害が生じるもの

行為者にそうした意図がなくても、他者が不快に感じ、あるいはその環境が悪化したのであれば、ハラスメントとなることがある

- ハラスメントの多くは、人事・業務遂行などの場面で、上下関係・力関係の差がある人間関係において起こる
- 加害者にならないために、相手が不快に感じる言動は慎まなければならない。行為者と相手方との間に力関係の差があるために、「嫌だ」という意思表示がなされないこともあり、これは「合意」を意味するものではない。コミュニケーションが円滑に取れているかを常に配慮するようにすべきである



## 第2 セクシャルハラスメント

### 1 セクシャルハラスメントの定義

職員が他の者を不快にさせる職場における性的な言動並びに職員が他の職員及び関係者（職員がその職務に従事する際に接することとなる職員及び委託契約又は派遣契約により同じ職場で勤務する者をいう。）を不快にさせる職場外における性的な言動

○対価型と環境型（厚生労働省ガイドブック・8頁）

### 2 具体例

- 性的な関係を強要したり，ストーカー行為を行う。
- 身体に不必要に接触する。
- 宴席で，上司のそばに着席をさせたり，お酌を強要したりする。
- 性的な経験や性生活について質問する。

### 3 実務上の留意点

- 男女2名の状況を作らない
- 業務との関連性がないので，性的な言動については，一切しない
- 個人的な見解等についても発露をしない
- 医療現場であることを自覚する  
（雑談は，コミュニケーション上，有用であり，禁止されるものではないが，性的な話題については，慎むようにルール化する。）
- 懇親の席については留意する。  
二次会等については，設営等を含めて留意する

### 第3 パワーハラスメント

#### 1 パワーハラスメントの意義

職員が他の職員及び関係者に職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に、業務の適正な範囲を超えて指導や注意を行うことにより、精神的・身体的苦痛を与え、職場環境を悪化させる言動

⇒3つの要素を全て満たすもの

- ① 優越的な関係を背景とした言動であって
- ② 職務上必要かつ相当な範囲を越えたものにより
- ③ 労働者の職場環境が害されるもの

#### 2 厚生労働省の6類型（厚生労働省ガイドブック3・4頁）

- ① 身体的な攻撃
- ② 精神的な攻撃
- ③ 人間関係からの切り離し
- ④ 過大な要求
- ⑤ 過小な要求
- ⑥ 個の侵害

#### 3 具体例

- 殴打，足蹴りを行う
- 相手に物を投げつける
- 人格を否定するような言動を行う
- 業務の遂行に関する必要以上に長時間にわたる厳しい叱責を繰り返し行う。  
（業務遂行との関係をどうするか⇒その場での叱責は短くして，指導する側も冷静になり，再発防止等を協議をする場とし，メンバーも改めて選考し，場所，日時等も留意する）
- 見せしめ的に特定の人を攻撃し，周囲を萎縮させて支配力を得ようとする
- 職務上必要な情報を意図的に伝えない
- 労働者の性的嗜好，性自認や病歴，不妊治療等の機微個人情報について，当該労働者の了解を得ずに，他の労働者に暴露すること

#### 4 実務上の留意点

- 組織のミッションが厳しい状況に生まれる
- 後進の指導意識が強いと生まれる（責任感が強い人ほど要注意）
- 人格への尊重（人を大切にする。顧客を大切にするがゆえに、落とし穴がある）
- 風通しの良さ（双方向。職種、経歴によって階層が生まれやすい）

不快な気持ちを相手に伝えられなかったとして、自分を責めたり、「自分さえ我慢すれば」と沈黙する必要はないことを職場に伝えましょう。ハラスメントは多くの場合、「いや」といえない状況で起こります。不快な環境に甘んじることはないことを職場全体に伝えましょう。相談システムの積極的な活用を周知しましょう。

## 第4 マタニティハラスメント（妊娠，出産，育児又は介護に関するハラスメント）

### 1 マタニティハラスメントの意義

職員が妊娠，出産したこと又はそれらに起因する症状により勤務することができないこと若しくはできなかつたこと若しくは能率が低下したことに関する言動により，当該職員の職場環境が害されること，また，職員に対する妊娠，出産，育児若しくは介護に関する制度又は措置の利用に関する言動により当該職員の勤務環境が害されること

- 「制度等の利用への嫌がらせ型」（厚生労働省ガイドブック3・11頁から13頁）と「状態への嫌がらせ型」（厚生労働省ガイドブック3・14頁から15頁）の2類型

### 2 具体例

- 産前休業の取得を上司に相談をしたところ「休みを取るなら辞めてもらう」と言われた
- 妊娠，出産，育児休業等により業務に支障が生じるなどという趣旨の言動を行う
- 妊娠等による体調不良により通常と同じ業務に就けない者に対し，「迷惑」「無責任」などとみなす言動を行う
- 上司，同僚が「妊婦はいつ休むかわからないから仕事は任せられない」との発言をする

### 3 実務上の留意点

- 組織上の問題点などを対象者の前では発言をしない
- 法令に従った，組織としての正式見解を述べる  
個人の所感等を述べない

- 制度利用についての積極的、前向きな発言を常日頃からする
- 組織全体で対応をする体制整備。現場に任せない

## 第5 ハラスメントの申告があった場合、疑われる場合

- 1 ハラスメント相談窓口への案内
- 2 改善策・処分
- 3 不利益取扱いの禁止

## 第6 資料

厚生労働省ガイドブック

(職場における

- ・パワーハラスメント対策
- ・セクシャルハラスメント対策
- ・妊娠・出産・育児休業等に関するハラスメント対策は事業主の義務です。)

<https://www.mhlw.go.jp/content/11900000/001019259.pdf>

以上

## 第1 法の枠組

### 1 法の下での平等

●憲法14条1項 「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」

「社会的身分」とは、人が社会において継続的に占めている地位で、自分の力では脱却できず、それについてある種の社会的評価が伴っているもの（他説有）。

●自由人権規約26条<sup>1</sup> 「すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。」

### 2 個人の尊重（憲法13条<sup>2</sup>）が憲法の究極の価値

## 第2 「性の多様性」

### 1 LGBTQIA+とは≡セクシャル・マイノリティ

⇔身体的性と心の性が一致かつ異性愛の人をマジョリティと位置付けた場合の表現

例えば、MtF (Male to Female) ・ ・ 身体的性別が男性で性自認が女性

FtX (Female to Xgender) など

↓しかし

資料1を見ると、割合的にはマジョリティとされる者も多様な性の一部に過ぎないことが分かる。

---

<sup>1</sup> 国内法的効力有。しかし、附帯する選択議定書（規約を補完する文書）を批准していない。選択議定書は自由権規約委員会に救済申立てができ、実効性確保の点から重要（←司法権独立、濫用のおそれ）。

<sup>2</sup> 「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を要する。」

セクシャル・マイノリティは特別な存在ではなく、個性にすぎないという議論へ  
↓

SOGI (Sexual Orientation and Gender Identity)

訳：性的指向（好きになる性）及び性自認（心の性）

→セクシャル・マイノリティを特別な存在としてくくりださない。上述のマジョリティも含めて人権課題と考える。

Q1①マジョリティに属すると良い面、マイノリティに属すると悪い面。

②逆にマジョリティに属すると悪い面、マイノリティに属すると良い面に何が考えられるか。

●アフーマティブアクション

Ex.障がい者雇用促進法（日本）、クォーター制など

### 第3 事案の検討

1 ストーカー・・・定義はストーカー規制法（資料2）

●桶川ストーカー殺人事件（1999年10月26日）

埼玉県桶川市のJR桶川駅前の路上で、21歳の女子大生が元交際相手（当時27歳）とその兄が雇った男によって刺殺された事件。

元交際相手は逃亡し、その後自殺。元交際相手の兄（主犯格）は無期懲役、その他実行犯を含む3人は懲役15年から18年の刑に処せられた（後述の名誉棄損）。

出会いは同年1月。被害者は同年3月には、殺されるかもと友人に話すようになった。犯行グループの執拗なストーカー行為（組織だって被害女性を侮辱する虚偽のビラを撒く、家に押し掛ける、家族・本人を殺すなどと脅す、被害者父の勤務先への550通に及ぶ中傷文書、刺殺）と警察が重ねた失態の数々（告訴取り下げを要請、拒まれると告訴状を被害届に改ざん、捜査の手が回らず殺人に至る、事後火消しのためにマスコミに虚偽の情報を流す等）がマスコミによって連日報道された。

→ストーカーという言葉が広く知られ、ストーカー規制法制定の契機に。

●規制対象行為の拡張など改正が繰り返されている。

Ex.令和3年6月15日施行の改正では、相手方の承諾を得ないでGPS機器

等により位置情報を取得する行為（2条3項）を規制対象に含む、など。

- 国家・政府からの自由→国家・政府による自由（Cf 刑法、刑事訴訟法）  
→警告（4条）、禁止命令等（5条）。後述のDV防止法も同じ視点。

## 2 デートDV<sup>3</sup>・・・交際相手からの暴言や暴力のこと（Domestic 家庭内の）

- 身体的・精神的・経済的・性的暴力、社会的隔離
- 結婚していないのだから、離れば済む？
- DV防止法適用範囲の拡張（資料3, ストーカー規制法との連動）  
Ex.退去命令の期間延長（2週間から2ヶ月へ）、保護命令の対象に子供が含まれる、元配偶者にも保護命令を出せる等。
- ストーカー規制法は「恋愛感情等」による行為が対象（2条）。しかし当事者は広い。

⇔他方DV法は「配偶者からの暴力」（1条、元配偶者や事実婚、事実離婚を含む）で「暴力」であるためつきまとい等を含まない。

### Q2 被害者に女性が多い理由は、背景は？

- ジェンダー・バイアス（偏見）

人や社会が無意識のうちに性差や男女の役割等に固定的な思い込みや偏見を持つこと

---

<sup>3</sup> 内閣府「男女間における暴力に関する調査報告書」（2018）では、デートDVを受けたことがある人は女性21.4%、男性11.5%