

共有者が原告である場合の訴訟共同の要否と提訴拒絶者への対応

第80回民訴学会における鶴田滋九州大学准教授の報告について

西 理

第1 はじめに

1 第80回日本民事訴訟法学会が、平成22年5月15日、16日の両日にわたって、関西学院大学で開催され、久しぶりに出席した。尊敬する著名な学者の方々やかつてお世話になった裁判官時代の先輩・同僚諸氏のお元気な姿に接することができ、それだけでも出席してよかったと思ったものである。もっとも、今回私が出席する気になった直接かつ最大の動機は、第1日目の冒頭に、九州大学の鶴田滋准教授による「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」と題する報告が予定されていたことにある。同氏は、かねてより一貫してこの関係の研究を継続・深化させておられ、私も福岡高裁に在職中に同高裁における「合同判例研究会」でほぼ同じテーマのご報告を拝聴したことがあった。その後、その時のご縁で、同氏から「共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解の形成過程(1)ないし(3・完)」(福岡大学法学論叢第50巻第3号、第4号、第51巻第1・2号。以下「第1論文」という)、「共有者の共同訴訟の必要性と共有者の訴権の保障」(大阪市立大学法学雑誌第55巻第3・4号。以下「第2論文」という)の各抜刷を送っていただくなどしていたが、同氏は最近『共有者の共同訴訟の必要性 歴史的・比較法的考察』(有斐閣)という著作を著されたということで、その研究の集大成ぶりが注目された。

2 当日の氏の報告は、豊富な内容であるにもかかわらず、時間がわずか1時間しか割り当てられておらず、大変慌ただしいものとなったが、事前に上記論文を読んで臨んでいたため、幸い比較的よく理解することができた。

八〇

それらによれば、氏は、共有者が第三者に対して共有物全体の給付請求権を訴訟において主張したり、共有者全員に共同して帰属する共有権または共有関係の確認の訴えを提起する場合における共有者の共同訴訟の必要性に関する判例および支配的見解がドイツ法の影響を受けて形成されたことを明らかにした上で、共同訴訟の要否を判断するには実体法説に拠るべきであり⁽¹⁾、これによれば、共同訴訟の必要性の判断基準は係争権利の処分権能の有無にあることになるところ、各共有者による共有物全体に関する所有権に基づく請求権の主張を容認するドイツ民法1011条のような特別規定を持たない日本法のもとでは、共有物全体の給付請求訴訟や共有権確認訴訟などでは共有者全員の共同訴訟によらざるを得ないとする。これが上記テーマのうちの「共有者の共同訴訟の必要性」についての氏の結論である。

氏は、この点を踏まえた上で、さらに、共有者のうちに提訴拒絶者がいる場合の他の共有者の訴権の保障について論を進め、「授權の訴え」の併合提起という目新しい提言をされる。これにより、この困難な問題の解決を図ろうというのである。この点こそ氏の立論の最大の眼目であり（それだからこそ、後記第2においても、共有関係の故に固有必要的共同訴訟とされる場合のうち、それが原告側にのみあって共有者らが共同原告として提訴しなければならない場合を考察の対象としておられるのである）、このテーマに関する研究の到達点であると見てよさそうである。

3 本報告のテーマはかねてより盛んに論じられてきた難問の一つといってよい。氏の一連の研究は、この難問に対し、緻密かつ周到な検討を加えた上で、提訴拒絶者に対する授權の訴えと本来の被告に対する訴えとを併合提起するという目新しい解決策を提案されるものである。この提案は大変素直で自然な構想に基づくものであり、それだけに分かりやすく説得力がある。その着眼力と優れた論理的構成力には感服させられる。だが、会場では小林秀之教授や徳田和幸教授から鋭い指摘がなされ⁽²⁾、さすがと思わされた。ここに、私も今回の

七九

注(1) 従来からの支配的な見解や判例は「実体法説」であるといわれているが、実際には利益考量をしている結果なのではないかというのが鶴田氏の見方であり、それ故、氏は「本来の実体法説」に拠るべきことを提唱されている(第1論文の(3・完)76頁)。

学会報告を兼ねて、ささやかながら私見を述べさせていただくことによって、できることならこの議論に一石を投じてみたい。

第2 共有者が原告である場合の訴訟共同の要否

1 共有者が共有物に関する何らかの請求をする場合においても、自己の共有持分に関する請求をする場合には各共有者が個別に訴訟を提起することができるのは当然である。この点についてはまず異論を見ないであろう。

2 これに対し、共有物全体に関する訴えについては、鶴田氏は、共有者全員の共同の訴訟追行が必要であるとされる（少なくとも、最高裁判例により共同訴訟が必要とされた事件についてはこれを肯定される）。この点を第2論文によって少し詳しく見てみると、氏は、同論文の冒頭に、「共有者が第三者に対して共有権または共有関係を主張する場合に、共有者が共同して原告とならなければ、訴えが不合法として却下されるケース、すなわち、共有者全員を原告とする固有必要的共同訴訟」の具体例として、【例1】XYZの共有する土地の共有権の確認訴訟をAを被告として提起する場合、【例2】XYZの共有する土地の上にAが不法に小屋を建築した場合、【例3】XYZの共有する土地をAが不法に囲って占拠した場合を挙げて、これらはいずれもその例であるとされる。これに対し、【例4】XYZが共同して、Aから土地を購入して、その引渡しを求める場合については、XYZが各自で民法428条の不可分債権の規定（これは、共同訴訟の必要性の原則に例外を認める明文の規定であるとされる）に基づいて、全員のために自己への引渡しを請求できるとされる。

注(2) いずれも私の理解し得た限りのことではあるが、小林教授のご意見は、今や「訴訟をしたくない」というような消極的な理由による提訴拒絶者は少ないのではないか（むしろ、自己の共有持分を相手方に売り渡していたりするが故の積極的提訴拒絶者が多いのではないか） そうだとすれば、そのような提訴拒絶者に対しては「授権の訴え」よりも本来の相手方と並んで被告とする方がよいのではないかというような趣旨であったと思われる。また徳田教授のご質問は、報告者は、本来の被告に対する訴えと提訴拒絶者に対する「授権の訴え」の併合提起という構成を、提訴拒絶者がいるすべての場合に当てはめるべきだと主張されるのかという趣旨であったように思われる。

六

これは、上記第1の2の ないし の分析等の末に到達された結論であるだけに、氏としては相当の確信を持っておられるものと拝察する。また、学説の多くも鶴田氏の結論と同様の理解をしているものと思われる。

しかしながら、この点は、本テーマの一つの柱についての結論であり、さらに最大の眼目であるもう一つの柱の検討のための出発点（前提）をなすものであるだけに、さらに慎重かつ厳密な検討がなされて然るべきではないかと考える。そして、結論から先にいえば、私は、上記結論に対していささか疑問を有している。⁽³⁾

3 まず、この関係のいくつかの最高裁判例について見ておくことにする。この点については鶴田氏が第1論文で丁寧に考察しておられるし、個別にも判例評釈などで十分検討が尽くされているが、本考察の必要上、最小限の範囲であつても私なりの検討をしておかなければならないと考えるからである。

ア 関係判例の判示事項など

S31・5・10民集10 5 487

「ある不動産の共有権者の一人がその持分に基づき当該不動産につき登記簿上所有名義人たる者に対し当該登記の抹消を求めることは妨害排除の請求にほかならず、いわゆる保存行為に属するものというべく、従って、共同相続人の一人が単独で所有権移転登記の全部の抹消を求め得る旨の原判決の判示は正当である」

S46・10・7民集25 7 885

「一個の物を共有する数名の者全員が共同原告となり、いわゆる共有権（数人が共同して有する一個の所有権）に基づき、その共有権を争う第三者を相手方として共有権の確認を求めているときは、その訴訟の形態はいわゆる固有必

注(3) この点については、福永有利教授が、昭和50年に民事訴訟雑誌21号に発表された「共同所有関係と固有の共同訴訟 原告側の場合」(同誌1頁以下)において、従来の議論を手際よく整理検討された上で、自説を展開しておられるのが大変参考になる。私の誤解でなければ、同教授は私見と概ね同じ方向を目指すものと思われるのであり、大いに意を強くした次第である。なお、同教授は、上記論文において、提訴拒絶者がいる場合の対応策などについても言及されており、本テーマを論じようとするときには欠かすことのできない先駆的文献である。

要的共同訴訟と解するのが相当である。ただし、この場合には、共有者全員の有する一個の所有権そのものが紛争の対象となっているのであって、共有者全員が共同して訴訟進行権を有し、その紛争の解決いかんについては共有者全員が法律上利害関係を有するから、その判決による解決は全員に矛盾なくなされることが要請され、かつ、紛争の合理的解決をはかるべき訴訟制度のたてまえからするも、共有者全員につき合一に確定する必要があるというべきだからである（この理は、一個の不動産を共有する数名の者全員が、共同原告となって、共有権に基づき所有権移転登記手続を求めているときも同じ）、「それゆえ、このような訴訟の係属中に共同原告の一人が訴の取下げをしても、その取下げは効力を生じないものというべきである」

S46・12・9民集25 9 1457

「土地の境界は、土地の所有権と密接な関係を有するものであり、かつ、隣接する土地の所有者全員について合一に確定すべきものであるから、境界の画定を求める訴は、隣接する土地の一方または双方が数名の共有に属する場合には、共有者全員が共同してのみ訴えまたは訴えられることを要する固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」

上記の理由で、共有者全員が原告になっていないという理由で訴えを不適法却下した原判決を是認した。

H11・11・9民集53 8 1421

と同旨。なお、本件では、共有者の一人が提訴に同調していなかったため、他の共有者（原告）らは上記非同調者をも被告として提訴していたものであり、このように原告又は被告いずれかの立場で当事者として訴訟に関与していれば足りるとして、本件訴えの適法性を認めた原判決を是認した。

H15・7・11民集57 7 787

「不動産の共有者の一人は、その持分権に基づき、共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるどころ、不実の持分移転登記がされている場合には、その登記によって共有不動産に対する妨害状態が生じているということが出来るから、共有不動産について全く実体上の権利を有しないのに持分移転登記を経由している者に対し、単独でその持分移転登記の抹消登記手続を

請求することができる」

イ 若干の分析・検討

(ア) これらの判例のうち、境界の確定を求める土地が共有にかかるときは、共有者全員が訴えまたは訴えられることを要するとする 及び はもとより正当である(ただし、 が、被告という立場であっても、提訴拒絶者が当事者として訴訟に参与していれば足りるとしている点については、後記第3で改めて検討する)。

(イ) これに対し、 、 及び については、その結論及びその理由づけにおいて相互に整合性が保たれているかどうかはかなり疑わしい。また、各別にその判示するところを見ても、これまた疑問なしとしない。

a 例えば、 は、その判示において を引用しているところからして、と同じ方向を指向するものと見てよいのであろうが、 が「保存行為」(民法252条ただし書き)として各共有者がすることができる旨を明言しているのに対し、 にはその点についての言及がない。これは、共有者の一人がその持分権に基づいて共有不動産に対して加えられた妨害を排除することができるのは、保存行為としてという以外にないことは当然のことであるために改めて言及するまでもないと考えたからなのか、それとも、もっと深い配慮があつてのことであるのか、判文自体からは明らかでない。

しかし、それにしても、共有者の一人が、その持分権に基づいて、単独で、所有権移転登記の全部の抹消を求めることができ() 持分移転登記の抹消登記手続きを請求することができる() ものであろうか。これは、「各共有者が自己の持分権に基づき、(共有物の保存行為として、) 共有物全体に関する物権的請求権を主張することができる」という法理を承認したことになるが、そのようなことが一般論として是認されるべきなのであろうか。このような場合における抹消登記手続請求を「保存行為」として認めること自体にも違和感があるが、その点をひとまず措くとしても、疑問である。私は、この点について、各共有者としては、自己の持分権が保全されてさえいればそれで満足すべきであり、各持分権が侵害された場合に、あくまでその限りにおいて、持分権に基づく物権的請求権が発生すると解すべきではないかと考えるものである。

b それゆえ、 についていえば、原則としては相手方の登記の全部抹消を求めることはできず、自己の持分の限度での抹消請求が認められにとどまることになる。

また、 については、相手方の持分移転登記にかかる持分が、自分の持分に抵触しない以上はそもそも権利侵害がないものとして請求が棄却され、これと抵触する場合に初めて具体的な権利侵害があることが認められ、その限度で請求が認容されることになる。例えば、Xの共有持分が3分の1である場合において、Yが持分3分の2までの範囲で持分移転登記を経由したにとどまるのであれば、Xの持分は何ら侵害されていないから、Yに対し持分移転登記の抹消登記手続を請求することはできない。これに対し、Yが9分の8の持分移転登記を経由したという場合には、Xの持分（3分の1 = 9分の3）と抵触する範囲（9分の2）においてXの権利が侵害されているから、その分の抹消登記手続請求を求めることができることとなる。

c ところで、「共有者から一部不実の登記を有する他の共有者に対する抹消登記手続請求」については、上記のような私見と同旨の最高裁判例（S37・5・24裁判集民事60 767、S38・2・22民集17 1 235、S39・1・30裁判集民事71 499、S44・5・29裁判集民事95 421、S59・4・24裁判集民事141 603）が積み重ねられている。

これに対し、「共有者から不実の登記を有する第三者に対する抹消登記手続請求」においては、大審院時代から、共有者の一人が共有不動産にされた実体のない登記全部の抹消登記手続を請求することを認めたものが目につくところ、これが上記 の最判に受け継がれ、その後も同旨の最高裁判例が出されている（S33・7・22民集12 12 1805、S35・12・9裁判集民事47 251）。

そして、比較的最近になって上記 の最判が現れた。これは、下記のような事案において、XらがYにC持分移転登記の抹消登記手続請求をしたのに対し、原審が、私見と同様の見解に基づいてXらの請求をすべて棄却したところ、最高裁が上記のとおり理由で破棄差戻しをしたものである。YはC持分について移転登記を有するだけではあるが、それは全部が不実の登記であるというのであるから、上記の二つのタイプのうち後者のそれに分類されるべき事案であ

る。そうであれば、最高裁がこれを の最判の場合と同視したのも首肯できる
ところではある。しかし、私は、上記のような類型を区別することなく、共有
者はその持分の範囲でしか登記請求権を有しないと解すべきものと考えるので
ある。

(の最判の事案)

- (1) 本件各土地(時価合計9億円)を所有していた亡A(その相続人はX₁、
X₂、B、Cの4名)が、H5年1月18日にCに殺害された。
- (2) 本件各土地には、同月25日受付で、上記相続人らの各持分を4分の1と
する所有権移転登記がされた。
- (3) YはCに3500万円を貸していたが、Aが殺害される前にCに準備させてい
た書類を利用して、C持分について、同月25日受付で、同月18日代物弁済
を原因とするC持分全部移転登記を経由した。

d さらに、 についても、各共有者は、それぞれ共有持分権の確認
を求め、あるいは共有持分移転登記手続を請求すれば必要にして十分であり、
それ以上に共有者の全員が共同原告となって「共有権の確認」を求め、あるい
は「共有権に基づき所有権移転登記手続」を求めることを容認しなければなら
ない理由と必要性を見出し難いのである。したがって、共有者全員が共同原告
となった上で、文言上は、上記のような請求がなされている場合においても、
その実質は、各共有者が各自の共有持分権に基づき、「持分権確認」及び「共
有持分移転登記手続」を請求しているものであり、それが偶々共同して請求さ
れているにすぎないものと解すべきである。そして、その共同訴訟の性格は通
常共同訴訟以外のなにものでもないから、各原告が各自の判断で自由に訴えを
取り下げることができるものというべきである。

そうであれば、この点をいう の上告理由は理由があるとすべきであったよ
うに思われる。

(ウ) 以上の次第であるから、私見によれば、上記 、 及び の最
判は、もう一度根本的に見直される必要があるものといわなければならない。

(4)

4 鶴田氏が固有必要的共同訴訟の例として上げる上記【例1】ないし【例3】

及び上記3で見た最高裁判例の事案をも参考にしつつ、以下のような事例を想定した上でこの点を検討する。⁽⁶⁾

注(4) 上記の最判についての最高裁判例解説(尾島明調査官担当)は、「共有者から不実の登記を有する第三者に対する抹消登記手続請求」がなされる場合の判例の結論自体には異論がないところであるとしている。確かに、その理由づけとして「保存行為」を持ち出すことについては異論も唱えられているが、結論自体に疑問が提起されたことはないようである。しかしながら、本文記載のとおり、私はその結論そのものに重大な疑問があると思うものである。

もっとも、鶴田氏が例示する【例2】及び【例3】のような不法占拠に対する妨害排除請求権は、共有持分権に基づいて、まさに「保存行為」として、これを行使することができてよいと考える。そうすると、同じ妨害排除請求であっても、不実の登記については持分を超えた分の抹消登記手続請求は原則として認められないのに、不法占拠についてはなぜ全部肯定されるのが合理的に説明されなくてはならないことになる。この点については、共有持分に応じて共有物が数量的に区分されるのではなく、各共有者が共有物全体を持分に応じて重層的に支配するのだという共有に対する理解に由来するものであるという説明が可能であろう(これに対し、登記においては、「持分」をまさに数量的に観念することができることから、共有者の物権的請求権の行使も自ずからその限度にとどめられることになるのである)。

注(5) 因みに、福永教授は、共有関係の確認請求、共有物の所有権移転登記手続請求、境界確定請求という三つの場合について検討しておられる(福永・前掲55頁以下)。そして、は固有必要的共同訴訟とするのが相当であろうとされるが、については、各共有者は自己の持分権について登記請求が認められれば十分であるとされ、全共有者の固有必要的共同訴訟としてのそれを否定される。さらに、についても、そもそも共有関係の確認というようなことが必要なかと疑問を提起された上、目下のところそのような場合を発見できないとしておられる。

ところが、同教授は、続いて、もしもそのような場合があるのであれば、全共有者による固有必要共同訴訟として共有関係の確認訴訟を認めてもよいとされ、さらに、その利益衡量は微妙であるとしつつ、たまたま共有者全員が共同で訴えた場合には必要的共同訴訟になると解してもよいように思われるとし、それは妨害排除請求や返還請求の場合にも当てはまるかと解すべきであるとされるのである。

私は、前段部分には完全に同意するが、福永教授が後段部分のような例外を認められることには同調できない。これでは、固有必要的共同訴訟の範囲が極めて曖昧になるし、そのことが訴訟関係人らをいたずらに混乱させ、時には思わぬ不利益を及ぼすおそれさえないとはいえないと考えるからである。これは、同教授が、当時台頭しつつあった訴訟政策説(福永教授によれば「利益衡量説」)に対して批判的立場を堅持されながらも、ある程度同説の影響を受けておられたからではないかと推察するところである。

事例1 X、Yは、A所有名義の甲土地について、X、Y、Zの共有物だと主張し、Aに対し、所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起したいと考えているとする。この場合において、ZがX、Yに同調しないときの対処が問題になるわけである。

もっとも、ZがX、Yに同調しない理由としては、X、Yの共有者としての権利自体を認めない場合と、甲土地がX、Y、Zの共有であるという点においてはX、Yと同意見ではあるが、それでもX、Yの提起する訴訟には同調できないという場合とがあり得る。そして、は、さらに、Zが、甲土地はZの単独所有であると主張している場合（ a）と、Zが、甲土地はAの所有だと主張している場合（ b）に、は、Zがとにかく訴訟などはしたくないという態度（提訴に消極的）である場合（ a）と、Zが、いずれは訴訟をしなければならぬと思っているが、今はその時期ではない（勝訴するに足りる準備ができていない）などとして提訴に反対する場合（ b）に分類される。⁽⁶⁾

このうち、 aの場合には、ZがX、Yの提訴に同調することはおよそ考えられないし、そもそもX、Y、Zが共同歩調をとる立場にないことが明らかである。そうであれば、X、Yとしては、(ア)Aに対し、甲土地につき、自己の各共有持分に基づいて、持分権移転登記手続請求をするとともに、(イ)Zに対し、X、Yが甲土地につき各3分の1の共有持分を有することの確認請求をすべきである。この両訴は併合提起するのが望ましいが、それが必要的だというわけではない。もとより、X、Yとしては、Aの所有権移転登記そのものの抹消請求をしたいところであり、また、Zとではなく、Aと共有関係に立つというのは、X、Yの主張からして不本意なことであるに違いないが、上記以上の請求をなし得る立場にはないというほかない。なお、 aの場合には、Zが既にAに対する所有権移転登記抹消登記請求訴訟を提起していることもあり得る。その場合に

注(6) このほかにも、Zが自己の共有持分権をBに譲渡してしまっている（Zはもはや共有者ではない）場合なども考えられるが、その場合にはZの代わりにBが登場するだけのことであるから、そのような場合についてまで検討する必要はないであろう。

なお、鶴田氏も、提訴拒絶者の拒絶理由に応じた場合分けをしておられるのだが、共有者が全員で共同訴訟を提起する必要があることを前提にした上で、論じておられるために、上記私見とはかなり異なった分類ないし結論となっている。

は、X、Yは、上記(ア)及び(イ)の請求を掲げて独立当事者参加をすべきであり、その結果、典型的な三面訴訟の関係が生ずることになる。

他方、 の場合にも、X、Yが上記(ア)の訴訟を提起することでよしとするのであれば、もとより各自が個別に提訴することができる。そして、通常の場合はそれで足りるものと考えられる。しかし、それ以上に、Aに対し所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟を提起することを是認すべき特別な事情がある場合⁽⁷⁾もないとはいえない。そのような事情が認められる場合には、例外としてこれを認めることもあろう。そして、その場合には、Zも含めて共有者全員が共同原告になることが必要となる(固有必要的共同訴訟である)と解すべきことになり、提訴拒絶者Zの処遇が問題にならざるを得ない。かくして、この場合には鶴田氏の立論の前提が成り立つことになるものと思われる。

事例2 X、Yは、X、Y、Zの共有にかかる甲土地について、Aが不法占拠しているとして、Aに対し、所有権(共有権)に基づく妨害排除請求権ないし返還請求権として、甲土地の明渡請求訴訟を提起したいと考えている。ところが、Zは同調しない。その場合としては、 Zが、甲土地はZの単独所有であると主張している、 X、Yの主張するとおり、甲土地はX、Y、Zの共有であるが、Aには占有権原があるからX、Yが求めるような訴訟は提起できない(提訴しても勝訴の見込みがない)と主張している(a) 少なくとも今は提訴の時期ではない(勝訴するに足りる準備ができていない)と主張している(b) など、提訴に否定的ないし反対である、 Aは不法占拠者ではあるが、訴訟まではしたくないという態度(提訴に消極的)である、などが想定される。

このうち、 の場合には、X、Yとしては、Zが同調してくれることはおよそ期待できないし、X、Y、Zが共同歩調をとるべき場合でもないことが明らかである。そうであれば、X、Yは、(ア)Aに対し、自己の各共有持分に基づき、

注(7) 上記特別な事情が認められるのは、どのような場合であろうか。X、Yの共有持分が認められても、Aが、それにお構いなく、あたかも単独所有者であるかのように振る舞うことが確実に見込まれるなど、およそ共有関係に立つ者としての最低限の信頼も置けない人物であるというような場合などはこれに当たると認めてよいかもしれない。

甲土地の明渡請求をするとともに、(イ)Zに対し、X、Yが各3分の1の共有持分を有することの確認請求をすべきである。この両訴は併合提起するのが望ましいが、必要ではない。なお、Zが、上記主張に基づき、単独でAに対する甲土地の明渡請求訴訟を既に提起している場合には、X、Yは、上記(ア)及び(イ)の請求を掲げて独立当事者参加をすることになる。その場合には、典型的な三面訴訟の関係になる。

これに対し、及びの場合には、X、Yは、自己の共有持分に基づき、Aに対する甲土地の明渡請求訴訟を提起すれば足りる。同訴訟は、X、Yが自己の共有持分に基づく共有物の保存行為として提起するものであるから、その判決の効力がZに及ぶことはない(X、Yが敗訴した場合、Zが独自に同様の訴訟を提起することを妨げられない)。

事例3 X、Yは、X、Y、Zの共有にかかる甲土地とA所有にかかる隣地(乙土地)との境界の確定を求めたいと思っている。ところが、Zは同調しない。その理由としては、Zが、甲土地はZの単独所有であると主張している、X、Yの主張するとおり、甲土地はX、Y、Zの共有ではあるが、乙土地との境界についてはAの主張に分があるから、X、Yが求めるような訴訟は提起できないし、提訴しても勝訴できない(a) 少なくとも今は提訴の時期ではない(b) など、いずれにしても提訴に否定的ないし反対である、とにかく隣人であるAと訴訟まではしたくないという態度である(提訴に消極的)などが想定される。

この場合は、私も、Zの提訴拒絶理由の如何に関係なく、固有必要的共同訴訟であることを承認するものである(ただし、の場合には、Zに対し、甲土地についてX、Yが各3分の1の共有持分を有することの確認訴訟を併合提起することが必要ではないかと考える)。そこで、この場合には鶴田氏の立論の前提が成り立つことになる。

六九

5 以上によれば、境界確定訴訟については、共有者全員が当事者になっていなければならないという意味において固有必要的共同訴訟であるとされることは異論がないものの、そのほかには、原告側に共有関係がある場合においても、原則として各自の共有持分に基づく請求を認めれば十分であり、無理に共

有者全員が共同原告にならなければならないというものではないように思われる。共有者全員が共同原告になっていなければならないとされるのは、**事例1**の場合において、X、Yが、Aに対し、共有持分権に基づき持分移転登記手続請求をするだけでは十分でないとして、共有権に基づいてAへの所有権移転登記の抹消登記手続まで求める必要があるという特別の事情がある場合のみに限られることになる。

このような結論は、私が、訴権という基本的な権利の行使は、なにものにもとらわれずに、各自の責任と判断に基づいてなされるべきであり、その行使方法等について制約が加えられたり条件が付されたりするのは真に合理的な必要性がある場合に限られると考えていることによるものである。固有必要的共同訴訟はまさに訴権の行使方法に一定の制約を加えるものにほかならないから、それが認められる範囲についてはできる限り狭く限定する方向で考えられるべきであり、そのような観点から最高裁判例を検討し直す必要があると考えるものである。また、この見地からすると、原告側に共有関係がある場合における固有必要的共同訴訟についての鶴田氏（及び多くの学説）の上記見解は、その範囲を広く認め過ぎているように思われてならない。

6 もとより、鶴田氏も、このような指摘があり得ることは十分意識しておられる。すなわち、氏は、第2論文の785頁以下において、「共有関係または共有権の対外的主張のケースにおいて共有者全員が原告にならない場合には、持分権に基づく請求に切り替えたうえで、原告になった共有者のみによる訴訟追行を認めればよいとする見解」を取り上げ、「このような見解が登場する原因は、判例が、持分権に基づく請求と共有権に基づく請求の両者を承認し、そのどちらを主張するのかを当事者の選択に委ねていることにあると考えられる（いわゆる二元説）」という指摘をした上、これに続いて、「しかし、共有者全員に共同して帰属する共有権に基づく請求においては、共有者全員による共同訴訟を必要とするから、共有権に基づく請求における共有権（に基づく請求権）の存否についての既判力は共有者全員に及ぶのに対して、持分権は各共有者に帰属するのみである以上、仮に提訴した共有者のみが自らの持分権に基づく請求をしたとしても、提訴していない共有者の持分権（に基づく請求権）の

存否は既判力により確定しないことになる。また、複数の共有者による持分権に基づく請求は、通常共同訴訟と解されているので、裁判所は各共有者の請求について弁論を分離して審判することも許されるし、各共有者の請求に対する判決内容を区々にすることも許されることになる。」「このように、共有権に基づく訴訟と持分権に基づく訴訟の取扱いが大きく異なるにもかかわらず、裁判所が、共有権に基づく請求を望む共有者に対して、共有者全員が原告として揃っていないことを理由に、持分権に基づく請求に変更するよう釈明権を行使すれば実務上の不都合は生じないとするのは、当事者の意向を無視した便宜論に他ならないと思われる。」「当事者が、共有権に基づく請求を特定して争訟の包括的・終局的解決を望む以上、この意向に従い、共有権に基づく請求を特定させた上でその訴えを却下に追い込まない方法を探るのが本筋である」と反論を加えておられる。⁽⁸⁾

このうち、については理論的にはそのとおりであり、異論を唱えるつもりは毛頭ない。しかし、及び に対しては、氏が重視すべきだとする「当事者の意向」なるものについては、さらに踏み込んだ検討が必要ではないかと考えるものである。すなわち、私の実務家（裁判官）としての経験と感覚からすれば、甲土地の共有者であると主張する複数の原告（X、Y）が、甲土地の所有名義人である被告Aに対し、「共有権に基づき」「所有権移転登記抹消登記手続」を請求してきたとしても（前記第2の3の事例1の場合）X、Yが「各共有持分権に基づき」「持分権移転登記手続請求」をすることとの差異を明確に意識して提訴しているとは限らないように思われる。まして、X、Yが主張するところによれば、甲土地の共有者は他にもZがいるが、Zは提訴に同調しないという場合において「共有権に基づき」「所有権移転登記抹消登記手続」を請求してきた場合には、その傾向が強いのではないかとと思われる。また、同じく事例2の及び の場合には、各共有者とその共有持分権に基づく「保存行為」として請求することができ、かつ、それで足りるのであるから、たとえX、Yが「共

六七

注(8) これは、直接には、上記3の の最判の最高裁判所判例解説（小倉顕調査官担当）を念頭に置いたものであることが窺われるが、同解説と私見とは結論の上では重なり合う部分があるといってもよい。

有権に基づく妨害排除請求」として構成してきたとしても、上記のとおり持分権に基づく請求に変更させることに何の不都合もないものと思われる。付け加えれば、このような訴訟状態に置かれている場合にあつて、たとえ裁判所の釈明権の行使を端緒とするものであつても、事態の打開を図るための裁判所と当事者の十分な協議がなされた結果、より簡易・迅速な解決策が講じられることになれば、それに越したことはないのであつて（むしろ、それこそあるべき訴訟運営の姿であるといつてもよい）「当事者の意向を無視した便宜論」という批判は当たらないように思われる。鶴田氏の上記反論はいささか机上の論といった感を拭えないのである。

さらにいえば、私見は、そもそも固有必要的共同訴訟のような訴権の行使に対する制約が加えられる場合を極力限定しようとする考え方に立脚するものであるから、本来、氏の上記批判の射程外にあるものとする。

第3 共有者全員が共同原告にならなければならない固有必要的共同訴訟において提訴拒絶者がいる場合の共有者の訴権の保障

1 原告側に固有必要的共同訴訟の要件が成立するケースにおいて、共同原告になるべき者の足並が揃わない場合には、訴えは不適法として却下を免れないという考え方が支配的であつた。そして、現に、第三者に対する入会権確認訴訟、共有土地と隣地との境界確定訴訟などでその旨の判決がなされてきた。例えば、前記第2の4で見た の最判もそうである。

2 しかし、これでは、訴えを提起したいとする共有者の訴権が大きく制約を受けることになる。特に、上記 の最判の事例のように、共有者のうち一人を除き全員が共同原告になつて訴えを提起しており、しかも、当該提訴拒絶者に対しては訴訟告知までなされているのに、同人がついに当事者として関与しなかつた場合において、共有者全員が共同原告として提訴しなければならないという固有必要的共同訴訟の要件を充足していないとの理由で、提訴に踏み切つた他の共有者らの訴えが不適法として却下されるというのでは甚だ不都合である。

そこで、このような不都合を解消する方策が鋭意検討されることになる。鶴田氏は、第2論文の792頁以下において、従来提唱されていた諸説（提訴拒絶者に対する訴訟告知がなされていれば足りるとする説、提訴拒絶者に対する共同提訴の催告をしてもこれに不当に応じない場合には、提訴者が提訴拒絶者の訴訟担当者としての地位を取得することを認めるとする説、一人の訴えを民訴法40条の「全員の利益」となる訴訟行為に含めるとする説、提訴拒絶者を被告とすればよいとする説など）を逐一検討された上で、いずれも支持することができないとされる。もっとも、これら諸説の中であって、「提訴拒絶者を被告にする」という方策は注目に値する。原告ではなく被告としてはあるが、とにかくにも提訴拒絶者を訴訟当事者として取り扱おうとする点において他の諸説と一線を画するものだからである。ところで、このような考え方自体は、かなり早く昭和40年代に入ってから、最判S41・11・25民集20 9 1921を機に、新堂幸司教授や小島武司教授らによって示唆され或いは提唱されていたものであるが、鶴田氏はこの方策の提唱者として高橋宏志教授（同『重点講義民事訴訟法・下（補訂第2版）』250頁以下）を挙げておられる。⁽⁹⁾

そして、前記第2の4の 最判は、境界確定訴訟において、それが実質的非訟事件であることを強調してのことではあるが、共同提訴に同調しない者は被告に回して訴えを提起してよいと判示し、さらには、最近になって、入会権訴訟についてはあるが、最判H20・7・17民集62 7 1994もその方策を採用したことによって、実務的にもその方向性が強く示唆されるに至ったと評する

注(9) 新堂幸司「民事訴訟法理論は誰のためにあるか」(書研所報17号36頁以下のうちの73頁～75頁)、小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的处理」(ジュリスト500号328頁以下のうち331頁)。上記S41年最判は、入会権の確認請求訴訟を権利者全員が共同してのみ訴えを提起することができる固有必要的共同訴訟であるとした上で、その要件を具備していないとして訴えを却下した事例であり、上記の最判とともに、提訴拒絶者がいる場合の訴権の保障という問題の解決を最も切実に迫るケースである。

なお、高橋教授は、昭和50年に刊行された「必要的共同訴訟論の試み(1)～(3・完)」(法学協会雑誌92巻5号500頁以下、同6号625頁以下、同10号1259頁以下)において、アメリカ連邦民訴規則下での処理の在り方としてこの方策について紹介されていたものであり、昭和52年刊行の民事訴訟雑誌23号36頁以下においてこの見解を明確に打ち出しておられる(これは同年の民事訴訟法学会における報告をまとめたものである)。

ことができそうである。

3 しかし、鶴田氏は、高橋教授の所説について、なぜ提訴拒絶者を被告として訴えを提起できるのかについて十分な説明がない、提訴共有者と提訴拒絶者との間の請求を定立する必要はないとする点に問題がある、提訴者、本来の相手方、提訴拒絶者の間に三面訴訟の関係が成立するとする点にも疑問がある、提訴すべき時期に対立がある場合の処理に疑問があるなどとされ（第2論文の800頁以下）提訴拒絶者を被告にして訴えを提起すればよいとした上記最判（特に、上記平成20年最判）に対しても、上記の疑問をはじめ、この場合の訴訟の構造はどのようなものになるのか（三面訴訟になるのか否か）この判例の射程はどこまで及ぶのか（鶴田氏の見解によれば、共有権確認請求訴訟や共有権に基づく所有権移転登記手続請求訴訟にも及ぶのか否かが当面の関心事ということになる）など、明らかにすべき課題が多いことを指摘して、この問題が解決されたとはいえないとしておられる（第2論文の786頁以下）。

その上で、氏は、ドイツ法における人的会社社員の除名訴訟（そこでは、被除名社員以外の社員全員を共同原告とすることが必要とされているという）で、同訴訟への関与を拒絶する社員（以下「拒絶社員」という）がいる場合の措置として、判例及び支配的学説が、（1）除名が差し迫って必要な場合に、訴えに同意または協力する義務を認める、（2）拒絶社員に対し、除名の訴えに同意を求める給付訴訟を提起し、その認容判決により、拒絶社員が他の社員に対して訴訟追行の権限を付与することを擬制する、（3）同意を求める訴えと除名を求める訴えを併合し、両者を同時に判決することができる、としていることに示唆を受けたとして、この方策を、共有者の中に提訴拒絶者がいる場合における訴権の保障策として導入することを提唱されるのである（第2論文の803頁以下など）⁽¹⁰⁾

4 鶴田説の検討

ア 前記第1の3で述べたとおり、鶴田氏の提唱する構想は大変優れたものであるように思われる。何よりも、提訴拒絶者に対する協力請求（具体的には「授權の訴え」という考え方は実に素直な発想であり、説明が容易で、したがって理解もしやすいという長所があるものということができる。高橋説

訴訟政策説に立つわけであるからやむを得ないといえればそれまでであるが に比べても、論理的な説明という面で格段の工夫がなされているといつてよい。

イ そこで、私も異議なく固有の必要的共同訴訟であることを承認する原告側土地が共有地である場合の境界確定訴訟（前記第2の3の事例3）を例にとって、鶴田説を検証してみるに、同事例における の場合はもとより、 b の場合においても、Zに対して「授権の訴え」を提起するという方策は大変分かりやすく、説得力がある。

これに対し、 a の場合については、Zは原告側土地の共有者の一人ではあるが、その主張内容からするとむしろ相手側に与するものといえることができるから、この場合には、「授権の訴え」により原告側に強制的に組み入れた上で、共有者全員の足並が揃ったかのような体裁を整えるよりも、端的に相手側とともに共同被告とすることでよいのではないかと考えられるところである。

また、 の場合は、鶴田説でも十分には説明しきれないものが残るように思われる。⁽¹¹⁾

ウ 鶴田説では、上記 b の場合において、提訴拒絶者が、現存証拠の評価や和解交渉の進捗状況等に照らして、今は提訴の時機ではない（提訴するには時期尚早である）ことを主張立証することにより、提訴拒絶権の行使が適切であり、したがって提訴協力請求権が発生しないとして、授権の訴えについて「請求棄却」の結論を導く途が用意されている。高橋説でも、これに類する検討がなされているが、必ずしも成功しているとは思えないのであり、それに

注(10) ドイツ法における、共同提訴に協力しないメンバーの「協力義務」については、高橋教授もつとに言及しておられたところである（高橋「必要的共同訴訟論の試み(2)」638頁、「同(3・完)」1267頁）。その例としては、「組合における債権取立の協力請求」や「共同相続において必要な管理行為に協力する義務」が挙げられているところ、それらと鶴田氏が示唆を受けたとされる人的会社社員の除名訴訟における「協力義務」との異同などについて直接確認することは私の能力の及ぶところではない。それ故、ここでは上記高橋論文においても「協力義務」なるものについて言及されているという事実だけを指摘するにとどめるほかない。

注(11) の場合には、「授権の訴え」によるとしても、そのほかに、その前提として、甲土地につきX、Yが各3分の1の共有持分を有することの確認請求訴訟をも併合提起することが必要になるのではないかとと思われる。

対して鶴田説の緻密さ・周到さぶりが際立つ分野であるものと評価することができる。

第4 まとめ

1 これまで見てきたとおり、私は、共有者全員が共同原告にならなければならない固有必要的共同訴訟の範囲については極力限定すべきであると考えながら、鶴田氏の見解は広すぎて、にわかには賛成することができない。しかしながら、同訴訟において提訴拒絶者がいる場合の共有者の訴権の保障策について氏が提唱するところは、そのみであらゆる場合に対応することが可能であるかどうかは疑問の余地があるものの、その構成が極めて論理的であり、緻密かつ周到であって、高橋教授の所説に比してもより魅力的であるものと評することができるように思われる。

2 しかしながら、提訴拒絶者を被告として提訴すればよいという高橋説も、**事例3**の aの場合には、鶴田説の「授権の訴え」という方法よりも、むしろその実態に則しているといえなくもないし、「訴訟政策説」の立場から割り切ってしまう、なにしろ簡明であるという長所がある上に、以下のような考察からしてもにわかには捨て難いものがある。

すなわち、遺産確認訴訟は固有必要的共同訴訟であり、相続人全員が当事者（原告か被告かを問わない）として関与しなければならないとされているところ（最判H元・3・28民集43 3 167）、ある財産が遺産に属すると主張する相続人X、Y、Zと、これを争う相続人A、B、Cがいる場合、通常ならば、X、Y、Zが原告、A、B、Cが被告という図式になることが想定される。しかし、仮に、Zが訴訟を提起してまで争いたくはないという態度を崩さないときには、紛争の実態に照らせばいささか奇妙な図式ではあるが、X、Yとしては、不本意であっても、A、B、CとともにZをも共同被告として遺産確認訴訟を提起するほかに

わるかという点は、当該訴えの提起に積極的であるか、消極的ないし否定的であるか否かにより、比較的柔軟に処理されているように思われるのである。もとより、この場合に、Zに対する「授権の訴え」を、A、B、Cに対する遺産確認の訴えと併合提起するというような構成がされることはない。

3 そうであれば、原告側に共有関係があることによって、共有者全員が共同原告となることが必要だとされる固有必要的共同訴訟においても、本来の被告に対する訴えとともに、提訴拒絶者Zに対する「授権の訴え」を併合提起するという鶴田説のほか、高橋説のように、提訴拒絶者Zを被告に加えて提訴することにより、適法性を具備することができるとする余地を認めてもよいのではないだろうか。

鶴田説によっても、高橋説によっても、Zが「被告」とされることに差異はない。ただ、Zに対する請求の趣旨が「協力請求」であるのか、それとも端的に境界確定を求めるものであるのかという違いがあるにすぎない。鶴田氏からは両説の本質的な違いを見ない皮相的な理解であるとお叱りを受けるかもしれないが、もしもこのような見方が許されるとすれば、この程度の差異については柔軟に対処することが認められるということでもよいのではないかと考えるものである。

なお、ZがAとともに共同被告とされる高橋説の場合はもちろん、鶴田氏の構想にかかるZに対する「授権の訴え」を併合提起するという場合においても、これらは必要的共同訴訟の関係に立つものと解すべきである。⁽¹²⁾

注(12) 鶴田氏は、両訴(提訴拒絶者に対する授権の訴えと 提訴拒絶者を除いたその余の共有者のみが原告となった本来の相手方を被告とする訴え)は通常共同訴訟の関係にあるとされる。しかし、両訴は併合提起することが必要であり、義務的であるとしなければならぬものとする。そうであれば、 固有必要的共同訴訟の要件を充足することはできない筈だからである。鶴田氏のように、通常共同訴訟の関係にあると解した場合には、両訴を併合提起しなくてもよく、したがって、 のみの提起もあり得ることになるが、それが固有必要的共同訴訟であるとする以上は、この結論を容認することは困難である。もっとも、論理的な順序からすれば、本来ならば、 が先行し、これについて勝訴判決を得てそれが確定することによって はじめて を提起することが可

第5 おわりに

私は、昭和45年4月以来、昨年12月に定年退官するまで約40年間裁判官の職にあったが、本年4月に本大学の法科大学院に実務家教員として迎えられた。以後、これまで経験したことのない新しい生活が始まったが、本大学の自由で気品に満ちた雰囲気と真摯な姿勢に魅せられ、楽しく充実した日々を送らせていただいている。このような機会を与えて下さったことに心から感謝している次第である。

そのような中、たまたま今年の民訴学会で九州大学の鶴田滋准教授のご報告が予定されていることを知った。同報告のテーマについては第1で述べたような経緯により私自身もかねて関心を持っていたため、久しぶりに同学会に出席した。改めて大変刺激を受けるとともに、この機に私自身の問題関心を少し掘り下げてみたいと考え、本論稿の作成を思い立ったのであるが、いざ着手してみると、鶴田氏の主たる関心が「提訴拒絶者がいる場合における共有者の訴権の保障」にあると思われるのに対し、私の場合はいささか漠としており、むし

能になると解すべきところ、両訴がたまたま併合提起された場合についてもこれに準ずるものとして特に許してもよいとするのかも知れない。このように解するならば、が却下を免れるのは、 について勝訴の確定判決がある場合か、又は、 の提起時には、 が別訴として既に係属していて、その後両訴が併合されたか、或いは併合されることが確実である場合か、それとも当初から両訴が併合提起された場合に限られることになるから、実際には問題は生じないかもしれない。

しかしながら、 についての勝訴の確定判決を要求するのは原告にとっての時間的・手続的ロスを考えれば疑問があるといわなければならない。そればかりか、 が先行して提起された場合においても、それが訴えの利益を具備していること、その他、勝訴判決を得る要件を充足していることを明らかにするためにも、 と共同提起されることが必要であると解すべきである。また、両訴が通常共同訴訟の関係にあると解したときには、少なくとも理論的には、両訴が別々に提起されたとしても必ず併合されるという保障はない。

このように考えるならば、両訴が併合提起されることこそが最も合理的であるものというべく、かくして、両訴は密接不可分の一体的関係にあって、両訴を併合提起することが必要的・義務的であると解すべきである。

る、その前提としての「共有者の訴訟共同の必要性の有無」に向けられていることが分かった。また、なにしろ蓄積が乏しいために、関係する文献を次々と後追いしなければならない有様で、いかにも無謀な企てであったと後悔させられたことである。それでも何とか形を整えることができたので、やはり今回の民訴学会に出席しておられた紺谷浩司教授にお目を通していただいたところ、本誌の法科大学院側の編集委員であるという同教授のご尽力で、本誌に掲載していただける運びになった次第である。ただ、改めて読み返してみても、本誌に相応しい内容であるという自信はとて持てない。また、本大学の一員になって間もないのに余りに図々しいのではないかという気後れもある。しかし、私にとっては折角与えられた荣誉ある機会なので、ご批判はある程度覚悟の上で掲載していただくことにした。

本誌の名を汚すことだけはないようにとひたすら祈る思いである。

法律救急箱

病院における損害減少への新たな道すじ

レオポルド・マルチ
村山淳子(訳)

- . はじめに
- . 問題提起
- . 損害処理における新たな思考の端緒
- . 回顧的な損害分析
- . 法律救急箱
- . 困難な状況における法律家の助言への迅速なアクセス可能性
- . まとめ

本稿は、病院における損害の処理と分析への、新たな思考の端緒を紹介するものである。

. はじめに

先入観やゆきづまった見解を変えることほど、難しいことはない。だから、多くの法律家が 部分的には極めて正当であるが 自分達が判断すべき事実関係は、自分達が引き起こしたものではないのだから、自分達には変えることが
できないと考えている。自分の仕事場から遠く離れて起こる交通事故を日々取り扱う刑事裁判官は、最善の意思をもってしても、(将来における)複雑な交通状況の中で、自分にとって完全な他人である者の運転行動を操ったり、それ

五八

に影響を与えることもできないのだから、事実に変化を与えることはできないと主張できるかもしれない。

しかし、このことは、責任保険会社と共同して、患者の物的および人的損害の補償に取り組まねばならない、(大)病院の法務部の法律家にも妥当するだろうか？

損害発生防止のための病院の法務部の積極的な努力が効果をあげることは、一体全体、客観的に確認できるだろうか？改善が生じた場合、事実上何が原因なのか、いつも疑わしいのである。

・ 問題提起

損害発生を伴う事故は、病院におけるすべての当事者(患者、職員、病院経営者、保険会社等々)にとって絶対的に望ましくない事件であるから、将来の同種の事件を回避するために、すべての当事者が、その種の事件を発生過程に遡って分析する最大限の努力を既に払ってきたはずである。病院の同僚が常に責任を負われるのであるから、医療過誤の背後の原因はとうの昔に判明していなければならず、同じミスが2回も3回も発生してよいわけがないのである。

しかし、残念ながら、少なくとも長いスパンでは、上記仮定は確認できない。そうでなければ、手術部位の左右取り違い、医薬品の取り違い、また治療前の情報提供ミスのような古典的なミスがなぜ繰り返し発生するのだろうか？

立法者による大量のルールの作成にもかかわらず、いぜんとして病院が法律の地図上に部分的な空白個所を示す原因はどこにあるのか？

なにゆえ、(相対的な)損害発生頻度は固定的なもので、ほとんど変えられない値であるとみなされ、下げる努力がなされないのか？

五七 なにゆえ、医師およびその関係者にとって、他の労働界全体を損害減少化のモデルとして認めることが困難であるのか？

なにゆえ、健康分野で働いている者が、健康制度におけるミスと損害の取り扱い方を変えるように求めて、厳しく闘わないのか？

このような質問のリストは、いくらでも続けてゆくことができる。

・ 損害処理における新たな思考の端緒

金と人の面での資源の枯渇は、重大な副次的作用をもつ。つまり、それは責任者に対して、一度は新たな創造的な端緒について熟考させる契機となる。そのとき、最終的にとられる措置は、いつも実際に創造的であるとは限らない。いずれにせよ、事件に対して何ら影響を与えることができないために、任意的に設定されたパーセンテージの直線的な削減が多くは問題となり、ときに努力が完全に無にされ、さもなくばまったく何事もなされない。

90年代終わり、オーストリアにおける病院の財務は次第に困難になった。病院施設の財務の特殊性について、次のように概略を描くことができる。すなわち、それは言葉の真の意味で生命にとって重要なサービスを提供し、(相対的に)とても高価である。というのは、高い能力のある人間が働き、夜も週末もサービスが提供されることで、増加コストを生み出し、そして(サービスの受給者の要求が増大するならば)サービスに対する需要は継続的に上昇するからである。ここでは、ただ余談的に、次のような経営経済上のパラドックスを述べることができる。つまり、集中治療室で死に瀕した患者を回復させることに成功した場合、それは患者の(急)死よりも経営上の悪結果を引き起こす。たとえば、製紙工場が市場や収益の状況に対して、一時的な操業停止によって対応できるのに対して、病院では一般的な治療の任務のためにこのようなことはまったく考慮に値しない。

しかし、それにもかかわらず、病院も(限定的には)経営経済的な基準に従って行動することができる。以下、個別的な事例として、経営責任保険の保険料を引き合いに出そうと思う。

保険会社と取り決めた保険料を支払うことで、病院の経営から発生する損害を保険でカバーするという請求権が担保される。ここ数年來確認できるように、時の経過の中で損害に対する支払いが継続的に上昇する場合には、保険料もや

や遅れてそれに対応して引き上げられる。

保険料の上昇を減速する可能性は多くある。大規模損害では、被保険者たる病院の自己負担を多様な形で導入できるが、それは補償額を一般的に引き下げるか、あるいは、多くの損害事故に関して保険保護が排除され、ときに自己負担の形に変えられる可能性を生み出す（毎年、保険事故が発生しないことを望みつつ）、保険者の側では、保険料の恒常的な値上げや、極端な事例では、契約関係の解約のような措置を用いることができる。

両契約当事者の利益状況は明確なようにみえる。すなわち、収益を目指す保険会社と、ほとんどが公共の病院の経営者とは完全に異なる利益を有している。これはつまり、一方における最大限の収益と、他方における最大限の節約である。

しかし、2000年に、AKH（ウィーン大学病院）法務部の思考の切り口は完全に変わった。長い目で見れば、保険会社と病院の両者は広範に同一の利益を有している。つまり、両者とも、できる限り少ない損害事件を、したがって少ない支払いを、そしてその帰結としての少ない保険料を望んでいるのである。少ない保険料は保険会社に関しては矛盾したことのようにみえるが、これはしかし簡単に説明できる。つまり、保険会社は所有者（多くは株主）に対する「利益配当の強制」の下にあるので、「損害への支払いと保険料」という関係からの剰余を獲得することが重要なのである。しかし、周知のように、差額は上記の剰余を生じる金額については何も語っていない（訳注：保険料がいくらでも、それから生じる剰余は関係がないのである）。それゆえ、2000年の目標は、保険会社がその所有者である株主と再保険者を切羽詰まった状況に追い込むことなしに、保険料上昇の傾向が打ち破られるように、損害とそれに伴う損害に対する支払を最小に押さえることであった。病院の法務部が単独で、またはほかと協働してこれを達成できる状況にあるかどうか、という問題は残っている。

五五 言い換えれば、論理的に考えても、患者を何ら担当していない法務部が、そもそも損害の将来的な増減に影響を与えうるだろうか。

．回顧的な損害分析

このような医療経済的背景をもつ外見上解決不能な問題を、端緒的にでも解決しうするためには、損害事件の真実の原因についての情報が必要である。

つまり、そうすることなしに、広く知られている事実にとどまっていたら、全く不十分である。ある種の医療の専門分野が他の分野よりも損害を惹起しやすい傾向にあるということは、素人でも知っている。問題はむしろ、何が部分的には専門分野とは全く関係なく、古典的な種類のミス（忘却、取り違え、見過ごし）を導くのか、ということである。

それゆえ、2005年に、責任保険会社の助けをかりて、700ユーロ（かつての1万シリング）以上のコストを発生させたあらゆる損害事件が、約40のパラメータにもとづき調査された。このパラメータとしては、原因者の年齢と在職年数のみならず、時刻、曜日、月、そして情報伝達や専門的分野の交点のような要素も含まれる。

非常に簡単に言えば、次のことが確認された。つまり、誤った投薬をする結果となった情報伝達にもとづく典型的な損害事故は、リスクのある専門分野の平均以上の医療者にとっては、とりわけ1月、3月、および7月の金曜日と日曜日の間に頻繁に発生する。

目立っていたことは、能力よりは人の弱さ（集中力の欠如、疲労、あるいは自己過信）のほうが、ミスとそれゆえの損害を惹起することが多いということである。

すでに数十年前に、他の高リスク業種（たとえば航空）において、仕事のミスの80パーセントが人的要因（ヒューマン・ファクター）に帰するということが、確認されている。だがまさに、これがミス回避において考慮され、対応した訓練が行なわれている。

しかし、回顧的な損害分析に関する認識は、その結果が保険会社や病院の法務部にのみ知らされる（そしてそこに留まっている）のであれば、相対的に価値がない。

それゆえ、本当の挑戦は、一方で、（比較的稀にしか発生しない）大きな作

用をもつ損害事故に対して、不必要なパニックと不安を引き起こさせることなしに、該当する医療者の感度を上げることであった。このことはとりわけ、該当する人物が相応の助けがないと損害事故で非常にしばしば誤った反応をするということも、背景にしている。

・ 法律救急箱

2007年にウィーンのAKHで、法務部と責任保険会社の開発によって、「法律救急箱 (Der juristische Notfallkoffer)」が導入された。そこで取り扱われたのは、ハンディなプラスチック製のかばんで、法律救急箱という文字が記され、パラグラフ記号が印刷されている。各々の医療者は、(自分の)職場から1分以内で、このようなプラスチック製かばんに手が届かなければならない。

法律救急箱には、損害事故の際の正しい行動(事故時の上司および法務部への通知、被害患者とのコミュニケーションの構築など)についての手引書も入っているし、報告書式、責任保険に関する重要で一般的な情報、および『病院の日常における法 (Recht im Krankenhausalltag)』という本も入っている。さらに資料を加えることは、各クリニックや部局にゆだねられている。

快いデザインによって、高い注目が寄せられた。その救急箱は、法律上の緊急事態のみならず、それ以前に予め開けられ、内容が知られるべきである。

導入後1年で、以下のような中間成果を確認できる。つまり、損害事故の際の行動に関する職員の感度はあきらかに改善することができたし、危険または望ましくない事件は、それ以来、以前に増して迅速に報告されている。一般的に、損害防止への関心は上昇している。

．困難な状況における法律家の助言への迅速なアクセス可能性

対応するたくさんの法律救急箱を設置することで、事が済んだわけではない。困難な状況において、法律家の相談が迅速かつ杓子定規でなく得られてはじめて、計画は意味をなすのである。法務部の事務室の開室時間は病院の24時間の業務と相関していないため、これに関して解決策が探究されねばならなかった。該当する部局は、コールセンターを通じて、夕方と週末の事務室の開室時間外も、携帯電話で法律家にアクセスできる。ほとんどが電話による最初の助言で十分であり、法律家が現場に臨む必要があるケースは稀である。

しかし、なにゆえ迅速なアクセス可能性が たえば週末に 必要なのか？ しばしば 法律家によっても 議論されるのが、次の週のウィークデイの朝に処理することができないほど、重要なことは何も無いのではないか？

しかし、事実を見ると、長い法的な余波を持つことになったすべての損害事故は、事件が発生した曜日とは無関係に、最初の3日間の当事者の誤った行動によって制御不能に陥ってしまっている。患者が既に自分の弁護士と接触もっていたのに対して、病院経営者に情報は未だ届いていなかったのである。

迅速にアクセス可能な法律家の助けは、病院の医療者に非常に好意的に迎えられている。それは安全性の増大を導き、このことは最終的には患者の利益にもなる。

ウィーンのAKHの損害の統計は、2000年以来、事故数の明確な減少、および損害に対する賠償支払高の後退を示している。このことは、たとえば医療の質の確保や法律上の事後処理のような、多様な措置に原因を持つものといえる。

．まとめ

法律救急箱は、ウィーンのAKHにおける損害事故減少の成果の一つの要素にすぎない。専門的な法的知識を医療者に伝達することと同様、完結した事故を手がかりとしたチーム講習会は意義あるものである。しかし、その成功は、

努力を減少させることなく継続し、すべての当事者が改善につとめることをやめない場合にのみ、継続的に保障されているものである。

〔訳者あとがき〕

本稿は、2009年9月17日に早稲田大学比較法研究所で開催された、レオポルド・ミヒャエル・マルチ博士 (Dr. Leopold-Michael Marzi、ウィーン大学病院法務部部長) の講演資料、Der juristische Notfallkoffer neue Wege zur Schadensbegrenzung im Krankenhaus (Zak 2009/238,S146-148) の翻訳を公刊用に補正したものである。

資料の提供と訳読について、早稲田大学法学学術院の浦川道太郎教授のご協力とご教示をいただいた。

〔訳者注記〕

以下は、本稿で紹介されている「法律救急箱 (der juristische Notfallkoffer)」の写真である (オーストリア放送協会の公式サイト<http://wien.orf.at/stories/301066/>より引用)



後日マルチ博士からご提供いただいた資料では、「(実体のある (real existierende)) 法律救急箱」と表現されている。