



Vol.8 (2013.9)

ISSN 2187-2902

東京大学 法科大学院ローレビュー

医行為概念の再検討

天野 良

パラレルデットの有効性に関する考察

岩川隆嗣

遺言執行者の当事者適格を巡る一局面

岡成玄太

MBOにかかる株式取得価格の判断方法

吉川 慶

国際的養子斡旋をめぐるハーグ条約及び日本法上の規制

吉田咲耶

**An interim report on Savigny's methodology and his
founding of a modern historical jurisprudence**

Hisashi HARATA

ドイツ財産犯講義ノート

樋口亮介

反対株主の範囲に関する議論の再整理と若干の試論

松本拓生

The University of Tokyo Law Review

—目次—

- 1 第8巻の刊行にあたって 山口 厚

投稿論稿

- 3 医行為概念の再検討 天野 良
- 20 パラレルデットの有効性に関する考察 岩川隆嗣
- 46 遺言執行者の当事者適格を巡る一局面 岡成玄太
- 77 MBO にかかる株式取得価格の判断方法 吉川 慶
- 112 国際的養子斡旋をめぐるハーグ条約及び日本法上の規制 吉田咲耶

寄稿論稿

- 125 An interim report on Savigny's methodology and his founding of a modern historical jurisprudence Hisashi HARATA
- 144 ドイツ財産犯講義ノート 樋口亮介
- 225 反対株主の範囲に関する議論の再整理と若干の試論 松本拓生

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Atsushi YAMAGUCHI
<hr/>		
3	A Review of the Legal Definition of “Medical Practice” (<i>in Japanese</i>)	Ryo AMANO
20	The Validity of Parallel Debt (<i>in Japanese</i>)	Takatsugu IWAKAWA
46	A Single Aspect of Problems on Standing to Sue or to Be Sued of Japanese Testament Executor (<i>in Japanese</i>)	Genta OKANARI
77	Deciding the “Fair Price” for Minority Shareholders in MBO Transactions: Structure of the Court Decisions (<i>in Japanese</i>)	Kei YOSHIKAWA
112	Regulations of international adoption services under the 1993 Hague Convention and Japanese Law (<i>in Japanese</i>)	Sakuya YOSHIDA
<hr/>		
125	An interim report on Savigny’s methodology and his founding of a modern historical jurisprudence	Hisashi HARATA
144	Nutshell on German Criminal Law, Special Part, Crime against Property (<i>in Japanese</i>)	Ryosuke HIGUCHI
225	Overview of existing discussions and attempt for new arguments regarding the definition of dissenting shareholders (<i>in Japanese</i>)	Taku MATSUMOTO



第8巻の刊行にあたって

2006年に創刊された東京大学法科大学院ローレビューは、本年、8冊目を刊行することができた。この第8巻には、厳正な審査の結果選ばれた、学生諸君の投稿論文5編が掲載されている。いずれも力のこもった、水準の高い力作であり、これらの論文執筆者の努力に敬意を表したい。また、東京大学法科大学院の学生諸君が研究に対して強い関心を持ち、またそれを遂行する能力を実際に備えていることを、誇らしく感じている次第である。

十分な解決が与えられていない法的問題について、これまでの検討内容・結果や関連する判例・裁判例、さらには、同様の問題に関する外国法の状況等を分析・検討し、到達した一定の結論を説得力ある形で提示するということは、法曹養成教育という観点から見たときにも、極めて意義深いことである。したがって、東京大学の法科大学院では、「リサーチペーパー」、さらには「研究論文」という科目を用意して、そうした教育上の必要性・重要性に対応している。法科大学院の学生諸君には、さまざまな機会を利用して、リサーチ、研究活動に携わることを推奨したい。法科大学院ローレビューは、そのような研究活動の成果を公表する場を提供して、研究に向けた学生諸君の努力を奨励・促進しようとするものである。

今回は、合計25編に及ぶ多数の論文が学生諸君から投稿された。学生が主体となって運営する編集委員会がそれらを厳正に審査し、その結果、掲載されることになったのが、収録されている合計5編の論文である。本ローレビューは、このような法科大学院の学生諸君の努力の積み重ねによって刊行されていることを改めて強調したい。

なお、本巻には、学生諸君の投稿論文のほかに、東京大学法科大学院の教員により執筆された論文も、創刊号以来の各巻と同様、併せて掲載されている。今回は3編の論文を収録している。当初、本ローレビューは、主として実務家教員による研究成果の公表の場として考えられていたようであるが、現在は、研究者教員にとっても重要な論文発表の場となっている。今後さらに充実した論文の掲載を期待したい。

本巻の刊行は、論文執筆者、そして編集委員による努力の成果である。法学政治学研究科長として、関係者に感謝の意を表し、ここに、東京大学法科大学院ローレビュー第8巻を世に送り出すものである。

2013年8月

東京大学大学院法学政治学研究科長

山口 厚

東京大学法科大学院ローレビュー第8巻には、投稿締切日である2013年3月3日までに、25編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第8期編集委員会は、掲載論稿として5編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第8期編集委員会

医行為概念の再検討

2012年4月入学

天野 良

- I. 序
 - (3) AEDの一般解禁
- II. 現行の医行為概念
 - 1 現行解釈
 - 2 医行為概念の特徴
 - (1) 抽象的危険
 - (2) 間接的・消極的危険
 - (3) 広範性
 - 3 想定する制度
- III. 医行為の担い手が拡張されている最近の事例
 - 1 検討の視座
 - 2 看護師による静脈注射
 - (1) 看護師の業務範囲
 - (2) 静脈注射に関する変遷
 - 3 歯科医師による医業研修
 - (1) 札幌事件
 - (2) 第一審
 - (3) 控訴審
 - (4) 行政による対応
 - 4 AEDの一般使用
 - (1) AEDの登場経緯とその有用性
 - (2) 航空機搭載問題と適法化のロジック
- 5 非医療職・介護福祉士による痰の吸引
 - (1) 2003年通知とその背景
 - (2) 介護福祉士法の改正
- IV. 小括
- V. 現行解釈の問題点
 - 1 広範性の問題
 - 2 抽象性の問題
 - (1) 検討の観点
 - (2) 罪刑法定主義の観点から
 - (3) 安全体制確立の観点から
- VI. 再検討の方向性
 - 1 再検討の必要性
 - 2 医行為概念の再検討——広範性への対処
 - 3 医行為概念の再検討——抽象性への対処
 - 4 適用範囲を狭めることに問題はないか
- VII. 結び

I. 序

医師法 17 条は「医師でなければ、医業をなしてはならない。」と規定し違反者に 3 年以下の懲役若しくは 100 万円以下の罰金を科している（同法 31 条 1 項）。この規定は医業独占規定と呼ばれ、医師に医業を独占させることで国民の生命や健康の安全を確保するための規定である。また同時に、この規定は医師と他の医療従事者との業務分担に関する中心的な規定でもある。すなわち、医師法及び関連する資格法規は、第一次的に医師に広い業務独占を認め、その上で個々の医療従事者に個別制限的に列挙された範囲での業務を医師の下で行うことを認めるという形をとっており、医療従事者の業務分担は現行法上医師を頂点とする縦型の構造となっている¹⁾。

このような法制は、医師を保健衛生上の責任主体とする政策や医療行為について医師一人が責任を持ち他の医療従事者はその手足であるという医療観を前提にしていると考えられる。

しかし今日では、医療の専門分化が進み医師以外の医療専門職が多岐にわたって設けられ、医療行為は各種医療従事者の分担協力によって担われるようになってきている。

また医療技術の進歩発展に伴い、従来医師が行わなければ保健衛生上危険が生じると考えられてきた行為であっても、医師以外の者が安全に行えるようになり、さらには医師以外の者に解放した方がより公益に資するという状況も生じてきた。

このように医師法や関連する資格法規が想定する前提が動揺する中で、医療従事者に関する法制について現行の解釈や運用を見直す必要も出てきたのではないであろうか。

本稿はこのような問題意識の下、医業独占規定を特に取り上げ、その医行為概念について現行規定や解釈の問題点を検討し、再検討の方向性を示そうとするものである。

検討するにあたっては、まず前提として、現行法の医行為概念について確認し（Ⅱ）、ついで従来医師にしか許されていなかった行為の担い手が医師以外に拡張されていった事例をみる（Ⅲ）。そのうえで、こうした事例を踏まえて現行規定の解釈の問題点を指摘し（Ⅴ）、より規制範囲を限定し、さらには個別的な解釈ができるようにするための再検討の方向性を示す（Ⅵ）。

Ⅱ. 現行の医行為概念

1 現行解釈

医師法 17 条は医師による医業独占を規定したものであるが、この医業とは「医行為を業として行うこと」である。そこで、「医行為」概念と「業務」概念の解釈が問題となる。このうち「業務」概念については「反復継続の意思を持って行うこと」と解されている²⁾。他方、医行為の概念についても種々の見解があったが、現在では「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という解釈が判例及び通説であり³⁾、また行政においても「医師の医学的判断及び技術をもってするのでなければ人体に危害を及ぼし、又は危害を及ぼすおそれのある行為」といった解釈が示されている⁴⁾。

この解釈は医師法 17 条の目的から導かれている。すなわち、医師法 17 条の趣旨目的は医師に業務独占を認めることで国民の生命及び健康に対する危険を防止することにある⁵⁾。この目的から医師以外の者に禁止する

1) 宇都木伸＝平林勝政編『フォーラム医事法学（追補版）』205-208 頁〔平林勝政〕（尚学社，1997）。

2) 最決昭和 28 年 11 月 20 日刑集 7 卷 11 号 2249 頁。判旨は「反復継続の意思を以て医行為をすることを『医業』と解」する、としている。

3) 学説については佐伯仁志「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』4 頁（2006）、平林勝政「医行為をめぐる法制度論的問題状況」年報医事法学 19 号 68 頁（2004）参照。

判例については最判昭和 30 年 5 月 24 日刑集 9 卷 7 号 1093 頁、最決平成 9 年 9 月 30 日刑集 51 卷 8 号 671 頁参照。

4) 平成 17 年 7 月 26 日医政発第 0726005 号。

行為の範囲として国民の生命及び健康への危険が生じる行為という概念が導かれるのである。

本稿の課題はこの医行為概念の再検討にあり、まずその特徴についてこれまでいわれてきたことを概観する。

2 医行為概念の特徴

(1) 抽象的危険

医行為概念の特徴としてまず挙げられるのは、医行為の「医師が行うのでなければ保健衛生上の危害を生ずるおそれのある行為」という解釈における危険性は抽象的なもので足り、当該行為によって具体的な危険が発生していなくても構成要件に該当するという点である⁶⁾。これは国民の生命及び健康の安全を図ろうとする医師法の趣旨目的から、医師法17条は危険性のある行為（医行為）を一般に禁止して免許を有する者にのみ解除する規定であると解されるからである⁷⁾。

(2) 間接的・消極的危険

二つ目の特徴として、医行為の解釈における危険には間接的・消極的な危険も含まれるという点である。すなわち当該行為自体が危険のないものであっても、その行為が後に保健衛生上の危害を生じさせる不適切な処置を誘発するものであったり、また将来における医師の適切な処置の機会を奪うようなものである場合には、医行為該当性が認められる⁸⁾。

(3) 広範性

三つ目の特徴として規制範囲の広範性が挙

げられる。すなわち国民の生命及び健康に対する危険防止という趣旨目的と、抽象的危険及び間接的・消極的危険をも規制範囲に含めていることとの帰結として、規制範囲に関して非常に広範な解釈運用がなされている。

例えば2005年に出された厚生労働省による解釈指針では医行為として疑義が多々生じている行為のうち原則として医行為に当たらない行為として、体温測定、自動血圧測定器による血圧測定、軽微な傷・やけど等に処置をすること、一定の条件の下での湿布の貼付・点眼・服薬の介助、爪切り、歯磨き、耳掃除といった行為を挙げているが⁹⁾、こういったリスクのほとんどなさそうな行為についてすら疑義が生じていることから、医行為概念の広範性が窺われる¹⁰⁾。

また次章で取り上げるAED（自動除細動器）の使用についても、操作に医学的な専門知識を要さず使用によるリスクも極めて低いにもかかわらず、当然医行為に該当すると解釈されている。

3 想定する制度

このような医行為解釈はIで述べたような現行法制度の前提を反映している。すなわち、非医師が医行為を行えばたとえ具体的な危険が生じていなくても保健衛生上の危険が生じるとすることは、保健衛生上の危険の管理を全て医師に委ねるという政策に依拠している¹¹⁾。また医師に広く業務独占を認め、非医師による医療行為を一律に排除することで、医師以外の医療従事者が医療行為を行え

5) 大谷實「医師法一七条における『医業』の意義」福田平＝大塚仁古稀『刑事法学の総合的検討(上)』439頁、446頁(有斐閣、1993)。

6) 樋口雄雄「医行為・医業独占と業務の縦割り——医師法17条他」法教314号89頁、91頁(2006)〔同『医療と法を考える』111頁(有斐閣、2007)所収〕、大谷實『医療行為と法(新版補正第2版)』23頁(弘文堂、1997)。

7) 平林勝政「医行為をめぐる業務の分担」唄孝一賀寿『人の法と医の倫理』573頁、596-597頁(信山社、2004)。

8) 最決平成9年9月30日前掲注3)が支持した原審(東京高判平成6年11月15日高刑集47巻3号299頁)は、コンタクトレンズの処方を行うための検眼及びコンタクトレンズの着脱というそれ自体は危険性のない行為について「検眼またはテスト用コンタクトレンズ着脱時の判断の誤りがひいてコンタクトレンズの処方の誤りと結び付くことにより」保健衛生上の危険が生じうることを根拠に危険性を認定している。なおこの判決の意義につき佐伯・前掲注3)4頁参照。

9) 前掲注4)。

10) 樋口・前掲注6)93頁。

11) 辰井聡子「判批」宇都木ほか編・前掲注3)6頁。

るのは医師の下で、特別法によって規定された限度に限られることになる。

しかし I でも述べたように医療の専門分化や医療技術の進歩発展によって現行医師法的前提は動揺しつつある。

そこで次章では、医行為を医師以外の者に担わせる必要が出てきた事例をいくつか取り上げ、具体的な場面で医師法の現行解釈の妥当性に問題が生じてきたことを示していく。

Ⅲ. 医行為の担い手が拡張されて いる最近の事例

1 検討の視座

医行為概念を検討していくにあたり、まず医行為とされてきた行為の他業種等への拡張事例を検討し、その上でその様な事例を踏まえて現行法の問題点を指摘していく。

医行為の担い手を医師以外のものに拡張すべき必要性が問題となった事例は多々ある。本稿では、その中でも看護師による静脈注射、歯科医師による医業研修、AED の一般使用、非医業職及び介護福祉士による痰の吸引の四つの事例を取り上げる。

2 看護師による静脈注射

(1) 看護師の業務範囲

看護師（准看護師も含む。以下同じ。）の業務範囲について、保健師助産師看護師法（以下「保助看法」という。）では「傷病者若しくはじよく婦に対する療養上の世話又は診療の補助を行うことを業とする」（保助看法 5 条）とされており、その業務は看護師の独占業務とされている（同法 31 条）。一方、「医師又は歯科医師が行うのでなければ衛生上危害を生ずるおそれのある行為をしてはならない」（同法 37 条）とされ、医行為をすることは原則として禁止されている。

しかしその禁止には例外があり、「医師又

は歯科医師の指示があつた場合」及び「臨時応急の手当を」する場合（同法 37 条）については医行為をすることが許される。ただし看護師が行えるのは診療上の世話又は診療の補助の範囲内の行為に限られるので、全ての医行為を行うことができるわけではない。すなわち、医師の指示があれば行うことができる医行為（相対的医行為）と看護師が業として行うことは許されない医行為（絶対的医行為）の二種類に医行為は分類されることになる。そして、看護師が医師の指示の下で行える相対的医行為の範囲について保助看法はなんら規定しておらず、その解釈が問題となってきた。

(2) 静脈注射に関する変遷

静脈注射が相対的医行為にあたるかどうかについて、旧厚生省は 1951 年の通知により①薬剤の血管注入により身体に及ぼす影響が甚大であることと、②技術的に困難であること、の二点を理由に「静脈注射は、医師又は歯科医師が自ら行うべき業務であつて」「看護師の業務の範囲を超えるものである」とする解釈を示した¹²⁾。この通知は 1951 年に起きた看護師による誤薬静脈注射死亡事故において看護師の業務上過失致死罪（刑法 211 条）の責任が問われた事件¹³⁾に際して、福井県知事が照会したことに対する回答である。

その後 50 年以上当該解釈が維持されていたが、多くの病院で看護師が静脈注射を実施していた。

そのような中、厚生労働省は看護業務を見直すために 2002 年に「新たな看護のあり方に関する検討会」を設置した。そして検討会の「中間まとめ」では、94%の病院で医師が看護師に静脈注射を指示しており、また 90%の病院の看護師が日常業務として静脈注射を実施しているという調査結果が示された¹⁴⁾。これを受けて厚生労働省は 2002 年、①多くの病院等で看護師が静脈注射をしている実態と、②看護教育水準の向上や医療用器材の進歩、を理由に静脈注射に関する解釈を

12) 昭和 26 年 9 月 15 日医収 517 号。なお通知の内容については平林・前掲注 7)577 頁を参照した。

13) 最判昭和 28 年 12 月 22 日刑集 7 卷 13 号 2608 頁（国立鯖江病院事件。病院の薬局にブドウ糖の請求に来た看護師に 3%ヌペルカインが劇薬表示のないまま手渡され、看護師がそれを静脈注射して 2 名の患者を死亡させた事件）。

改訂して「静脈注射は、保健師助産師看護師法第5条に規定する診療の補助行為の範疇として取り扱うものとする」とし、前記1951年通知を廃止した¹⁵⁾。

3 歯科医師による医業研修

(1) 札幌事件

歯科医師が研修として医業研修を行うことが医師法17条に違反するか争われたのが札幌事件である¹⁶⁾。この事件では、歯科医師（当然医師免許は持っていない。）に対して医業研修をさせた医師が医師法違反の共同正犯に問われた（実際に研修を行った歯科医師は不起訴となった。）。具体的には気管挿管及び抜管、大腿静脈路確保及びカテーテルの抜去、触診、手術の説明及び同意の取付け、手術の補助等が問題となった。以下この事件の争点とこれに対する裁判所の判断、行政の対応を紹介する。

(2) 第一審¹⁷⁾

裁判で争われた点はいくつかあるが、医行為との関係では、本件研修が医師法17条の適用される行為を構成するとしても、それが研修として行われていることから正当業務行為（刑法35条）として違法性が阻却されないかが争われた。この点について第一審は、医業研修は「そこで行われる個々の具体的な行為の実質的危険性の有無及び程度にかかわらず、医師と歯科医師の資格を峻別する法体系の下では、許されない」として違法性阻却の主張を退けた。

(3) 控訴審¹⁸⁾

他方控訴審は、第一審とは異なり歯科医師が救命救急研修を受ける必要性を認め、「歯科医師に対する医科救命救急部門における研修は、一定の要件を満たせば、社会的相当性

が認められ、正当行為として刑法35条により違法性が阻却される場合がある」と判示した。そのうえで、違法性が阻却されるための要件として研修の必要性、目的の正当性、内容や方法の相当性の三要件を提示した。

そして具体的な判断では必要性の要件は満たしているとした。しかし、目的の正当性の要件については、目的が正当と評価できるのは、歯科医師に「歯科医行為を行う過程で患者が急変し、生命や機能的予後に係わるような緊急事態に直面した際、専門医に引き継ぐまでの間になされる救命救急処置を習得させ」る場合に限られると厳格に解したうえで、本件研修の目的には歯科口腔外科領域の技術を習得するという本来歯科大学等で行われるべき事項が含まれていることを理由に、目的の正当性を否定した。また、指導医の関与の程度や患者への同意及び承諾が不十分であったことを理由に、相当性も否定した。

さらに一審判決前に出された後述のガイドラインに照らしても基準を満たしているか検討したうえで、その基準は満たしていないと「念のため」判示している。

(4) 行政による対応

厚生省は歯科医師の医業研修に関する行政指導は行ってこなかったが、事件の前の2001年に、単純な補助的行為を超え歯科に属さない疾病に関わる医行為を業としてなすことは医師法17条違反であるとする通知を札幌保健所の照会に応じる形で出した¹⁹⁾。

しかし、2002年に厚生労働科学特別研究事業で歯科医師に一定の要件のもと救命救急研修を認めるガイドライン²⁰⁾が策定されたのを受け、札幌事件の第一審判決が出たあと厚生労働省はそれを容認する通知を出した²¹⁾。

14) 「新たな看護のあり方に関する検討会」中間まとめ（2002年9月6日）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/09/s0906-4.html>, 2013年7月17日最終閲覧）。

15) 平成14年9月30日医政発第0930002号。

16) 2009年7月23日に最高裁は上告を棄却し、第一審及び控訴審で出された罰金6万円の有罪判決が確定した（三重野雄太郎「判批」法時83巻8号120頁, 123頁（2011）参照）。

17) 札幌地判平成15年3月28日（LEX/DB文献番号28085437）。

18) 札幌高判平成20年3月6日裁判所HP参照（平成15年（う）179号）。

19) 平成13年9月10日医政医発第87号。

20) 平成15年9月19日医政医発第0919001号の別添資料参照。

4 AED の一般使用

(1) AED の登場経緯とその有用性

AED (Automated External Defibrillator) とは体外式自動除細動器と訳され、電気ショックを与えて心臓突然死の原因の一つである心室細動を取り除くための機械である。

除細動器自体は 1960 年代から使われていたが、心電図を読むなど使用するためには専門的な知識が必要であった。しかし心臓突然死は病院内よりも病院外で起こることの方が多く、また心室細動が起きた際に救命するためには一分一秒を争う²²⁾。したがって倒れた人を目撃した人がその場で除細動処置をすることが救命のためには必要であり、そこで登場した機械が AED である。心電図が読めない人でも倒れている人に電極を貼りさえすれば、AED が電気ショックの要否を判断し、必要な場合は音声指示の下ボタンを押すことによって除細動処置を行ってくれる。

AED は 1980 年代にアメリカで開発され、90 年代に普及していった。

(2) 航空機搭載問題と適法化のロジック

AED は医学の素人が扱えるように設計された機械であるにもかかわらず、それを扱うことは医行為とされたため、医師のいない所に設置できるかが問題となった。具体的にはまず航空機に搭載できるかが問題となった。

従来日本では AED を扱うことは医行為と

され、医師にしかその使用は認められていなかった²³⁾ (もっとも救急救命士制度ができるにあたり、1991 年、救急救命士については救急現場で AED を使うことが許可されていた²⁴⁾)。そのような中で 2000 年にアメリカで AED を推進する法律が議会を通過しアメリカの航空機に搭載されるようになると、日本の航空機に搭載することができないかという問題が表面化した²⁵⁾。同じ航空機であるにもかかわらず日本の航空機にのみ AED を搭載できず、救えるはずの命を救えないというのは非合理である。しかしそのためには医師法 17 条の適用という問題を乗り越えなければならない。

では医師法 17 条違反を構成するかという問題はどのように対処されたのであろうか。この点について厚生労働省は AED の使用が医行為であることは否定できないことから、AED の一人当たりの使用頻度を計算し、医療のうちの業務性を否定したのである。すなわち、過去の統計データから客室乗務員一人当たりの心肺停止患者に遭遇する割合を計算し、それが 123 年に 1 回という非常に稀な事象であったため反復継続の意思は持ちえないと考えたのである²⁶⁾。

このように解釈することで「医療」該当性を克服し、厚生労働省は 2001 年 12 月、航空機における客室乗務員による AED の使用を認めるに至った²⁷⁾。しかしいかにも技巧的な解釈であるし、リスクが極めて低いことか

21) 前掲注 20)。

22) 心室細動から除細動が一分遅れるごとに救命確率は 10%ずつ減少していく (三田村秀雄「AED の市民使用に関わる問題」樋口範雄=岩田太編『生命倫理と法Ⅱ』55 頁, 58 頁 (弘文堂, 2007))。

23) 平成 16 年 7 月 1 日医政発第 0701001 号においてもまず「AED の使用については、医行為に該当するものであり、医師でない者が反復継続する意思をもって行えば、基本的には医師法 (昭和 23 年法律第 201 号) 第 17 条違反となる」としている。

24) もっとも当初は医師の具体的指示を要する特定行為 (救急救命士法 44 条 1 項) とされていた。2003 年に救急救命士法施行規則 21 条が改正され、現在では包括的指示で足りる。

25) 三田村秀雄ほか「自動体外式除細動器 (AED) 検討委員会報告書日本における非医師への AED 導入実施に向けた検討報告」Circulation Journal 66 巻 11 号 1419 頁, 1420 頁 (2002)。

26) 樋口範雄ほか「救命と法——除細動器航空機搭載問題を例にとりて」ジュリ 1231 号 104 頁, 114 頁 [大原光博発言] (2002)。

27) 定期航空協会からの「ドクターコールを実施してもなお、医師等による速やかな対応を得ることが困難な場合等においては、客室乗務員が緊急やむを得ない措置として当該行為を行っても、医師法違反とらないと考えるがどうか」という質問に対して「貴見のとおり」という回答を示す形でなされた (「第 1 回非医療従事者による自動体外式除細動器 (AED) の使用のあり方検討会議事録」(2003 年 11 月 18 日) (<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/11/txt/s1118-1.txt>, 2013 年 7 月 17 日最終閲覧) 参照)。

ら医行為該当性自体を否定したほうが素朴な感覚に合うように思われる²⁸⁾。

(3) AEDの一般解禁

その後数年は、客室乗務員は（また同様の論理を用いれば一般人も）AEDを使用できるのに、救急救命士の資格を持たない救急救命隊員は業として行いうるので使用できないという不自然な状態が続いた。

そしてようやく2004年7月になって厚生労働省はAEDの使用を一般解禁する通知を出した²⁹⁾。その内容はまず一般市民についてはAEDの使用について一般的に反復継続性が認められず、医師法違反にはならないとし、一方、「業務の内容や活動領域の性格から一定の頻度で心停止者に対し応急の対応をすることが期待、想定されている者」については、①医師等による速やかな対応を得ることが困難であること②対象者の意識、呼吸がないことを確認していること③AED使用に必要な講習を受けていること④使用されるAEDが医療用具として薬事法上の承認を得ていることの四つの条件を満たす場合に医師法違反にならないとする。

この通知を契機に日本ではAEDの設置が急速に進み、また一般人による除細動の実施も増加している³⁰⁾。

以上みてきたように現在では広く普及しているAEDであるが、その使用可能者の拡大及び普及には医師法の壁が存在していたといえる。

5 非医療職・介護福祉士による痰の吸引

(1) 2003年通知とその背景

様々な理由により自ら痰を排出することができない状態になっている人がいるが、そのような状態の人については痰の排除を介助することが必要となる。とりわけ病気などによって恒常的に痰の排出ができなくなった場合にはその介助が24時間必要となることもある。本節では、ALS（筋萎縮性側索硬化症）患者の在宅での痰の吸引を巡って医師法17条の適用が問題となった事例を取り上げる。

痰の吸引は医行為、その中でもいわゆる相対的医行為とされ、医師もしくは看護師しか行うことができない³¹⁾。そこで、ALS患者を自宅でケアする場合に誰が痰の吸引を行うかが問題となる。

ALS患者は1時間おき程度の割合で痰の吸引を必要とするが、それがいつ必要かという正確な予測を立てることは困難である³²⁾。もちろん常に医師又は看護師が側にいるという状況は在宅では現実的にありえない。そのため例外的に患者の家族が在宅で痰の吸引を行うことが許されてきた³³⁾。ただ前述のように24時間目を離すことができないことから、ALS患者の痰の吸引は家族にとって大きな負担であり、ホームヘルパー等にも認められないかといった問題が表面化してきた³⁴⁾。

28) リスクについて厚生労働省はAEDについても電気器具であることから一定のリスクは存在するとしている（厚生労働省「非医療従事者による自動体外式除細動器（AED）の使用のあり方検討会報告書」（2004年7月1日）（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/07/s0701-3.html>, 2013年7月17日最終閲覧）。ただし同じ救急現場においてもいわゆる心臓マッサージや人工呼吸の方が骨折や誤嚥性肺炎等身体に与える影響は大きいとも言われるが、心臓マッサージは医行為とは考えられておらず（樋口ほか・前掲注26）114頁〔三田村秀雄発言〕〔大原光博発言〕参照）、実際のリスク評価と運用との乖離が存在するように考えられる。

29) 前掲注23)。

30) 三田村秀雄「AEDの効果と使用方法」治療93巻8号1708頁、1708頁（2011）。

31) 平成15年7月17日医政発第0717001号では「たんの吸引については、その危険性を考慮すれば、医師又は看護職員が行うことが原則」であるとされている（以下、この通知を「2003年通知」とする。）。

32) 吉野英「介護職の行う在宅での医療行為——ALS患者のたんの吸引について」訪問看護と介護13巻7号552頁、554頁（2008）。

33) 家族にだけ許容されるための正当化の理論は、目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、法益侵害の相対的軽微性、必要性・緊急性の各要件を満たすことで実質的に違法性が阻却されるというものである（平林・前掲注3）82頁）。

34) この問題の表面化の背景には、在宅での療養を重視する国の医療政策のもと、介護環境の整備の有無にかかわらず自宅療養を余儀なくされるALS患者が増えたことがある（吉野・前掲注32）552頁）。

このような状況の中、2002年、日本ALS協会は厚生労働大臣に対し医師の指導を受けたホームヘルパーに日常生活の場での痰吸引を認めるよう要望書を提出し、これを受けて厚生労働省は2003年通知により、一定の条件のもと痰吸引を許容する行政解釈を出した³⁵⁾。この2003年通知では具体的な要件として、①医師による療養環境の管理、②医師や看護師による吸引方法の指導と定期的な確認、③患者の自由な意思に基づく文書による同意、④口鼻腔内吸引及び気管カニューレ内部までの気管内吸引に限定、⑤緊急時の連絡・支援体制の確保を挙げている。

またこのような解釈は「当面のやむを得ない措置」とされ、3年間で見直すこととされた。

(2) 介護福祉士法の改正

2003年通知が出されて以降2004年には盲・聾・養護学校等でも痰の吸引が認められ³⁶⁾、さらに、2005年にはALS患者以外の者に対する在宅での痰の吸引もALS患者に対するのと同様の条件の下で容認された³⁷⁾。

その後2010年には「介護職員等によるたんの吸引等の実施のための制度の在り方に関する検討会」が設置され、試行事業が実施され、社会福祉士及び介護福祉士法が改正されるに至った(2011年成立、2012年4月施行)。

改正によって創設された新制度は以下の通りである。まず介護福祉士の養成カリキュラムが新しくなり、新しいカリキュラムで養成された者については資格取得後、痰の吸引を含む一定の医行為を業として行うことができるようになる(実際に有資格者が誕生するのは2016年以降)。またこの養成と並行して介護職員等を対象に①研修の受講と②都道府県からの認定とを要件に一定の医行為を業として行えるプロセスが用意されている(行えるようになる医行為及びその対象に応じて研修内容や時間が異なる。)

なお前述の通知によって当面の処置として痰の吸引が認められていた者はこうした研修

を受けなくても「経過措置対象者」としての認定を受ければ従来のように医行為の実施が可能である³⁸⁾。

このようにして痰の吸引問題は立法的解決が図られるに至った。

IV. 小括

IIIでは医師に独占されていた行為が他業種へと拡張された事例をいくつか紹介してきた。これらの事例はそれぞれ異なる原因によって生起し、主体や状況が様々であるが、Iで述べたような医療を取り巻く環境の変化及びそれに伴う法解釈との緊張が表層に出てきた問題であるといえる。

すなわち、看護師による静脈注射の事例や歯科医師による医業研修の事例、介護福祉士による痰の吸引の事例は、チーム医療の進展や新しい医療スタッフの登場による医療従事者間での役割の変化の問題という側面を有する。

またAEDの事例や介護福祉士による痰の吸引の事例は、技術の発達により従来医行為とされていた行為の危険性が低下し、また医師以外の者に担わせた方がより患者や公益に資するという側面を有する。

そして紹介してきたいずれの事例からも、医行為の拡張の必要性がある場面において、医師法の規定がその障害となっていることがうかがえる。このような現状に鑑みるに、医師法の規定の仕方や現行解釈に問題があるということはいえないだろうか。V以下ではこの点について詳述していきたい。まず前章で挙げた事例を踏まえて現行法及び現行解釈の問題点を指摘し(V)、次に改正の必要性及び方向性を示していく(VI)。

35) 前掲注31)。

36) 平成16年10月20日医政発第1020008号。

37) 平成17年3月24日医政発第0324006号。

38) 新制度の概要については、翁川純尚＝高木憲司「『介護職員等による喀痰吸引等の実施についての法改正』の概要と訪問看護師の役割」訪問看護と介護17巻8号660頁、660-670頁(2012)参照。

V. 現行解釈の問題点

1 広範性の問題

医行為の担い手が拡張されてきた事例をみてきたが、その中ではまず医行為概念が広すぎるのが問題となって表れていることがうかがえる。

看護師の静脈注射の事例では多くの病院で看護師が静脈注射を行っていて、必要性が高かったにもかかわらず、医師にのみ許される行為であるとされてきた。このことは後述のように病院での安全対策の不備や適切な看護基礎教育の阻害という事態を招いた。

AEDの事例ではその普及にとって医師法が無用な障害となっていた。すなわち、日本循環器学会がAEDの一般解禁を厚生労働省に対して進言したのは2002年であったが、一般解禁までにはその後一年半余りの時間を要した³⁹⁾。また現在のように一般的にAED使用が解禁されるにいたってもなお、その使用は医行為であり業として行えば医師法違反として違法となる余地を残している。

さらに痰吸引の事例においては、ホームヘルパー等に認められるまでの間、家族に過度の負担を強いる状況が続いていた。

歯科医師の事例においても、第一審⁴⁰⁾の量刑判断の部分で「本件各行為を行った歯科医師らは、いずれも歯科口腔外科という医科と重なる領域の専門分野で相応の経験を積んでおり、本件各行為を実施するについて、医師の資格を持つ研修医と比較して能力的に劣るところはなかった」と認定しており、この判示からは具体的危険どころか抽象的危険の存在すら認められるか怪しく、可罰性に疑問が残る。

このように医行為概念の広範性は問題が大きいといえよう。

2 抽象性の問題

(1) 検討の観点

次に現行解釈として広範性の問題とも重なる部分もあるが、規制の範囲が抽象的で曖昧であることが問題となっているように考えられる。この点について罪刑法定主義の観点と業務の安全体制の確立という観点の二つの方向から検討していく。

(2) 罪刑法定主義の観点から

医師法17条は同法31条で違反者に刑罰を科しており刑罰の構成要件を定めた中心的な規定である。したがって刑法上の原則である罪刑法定主義の要請を受けることになる。しかし、「医業」の意義・範囲が不明確であり、この点で問題となりうる。

罪刑法定主義を定める直接の規定は現行法には存在しないが、国民の予測可能性の確保と刑罰権の濫用防止の観点から刑法上の大原則であるとされる⁴¹⁾。そして罪刑法定主義の実質的内容として「あらかじめ明確な条文により犯罪行為を国民に明示する」という明確性の原則が主張されている⁴²⁾。判例もこの明確性の原則を採用し、刑罰法規が「通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」という基準を立て、読み取れない場合は法規が「不明確のゆえに憲法三一条に違反する」としている⁴³⁾。

この明確性の原則に照らして医師法17条を検討する。まず医師法17条は単に無免許者による「医業」の禁止だけを規定しているが、法規が抽象的であることや他の条文に定義規定のような解釈の指針が存在しないことから、その意義はもっぱら解釈によって明らかにしなければならない⁴⁴⁾。そして通説及び判例の現行解釈はⅡで示したように「医師

39) 三田村・前掲注22)61頁。

40) 札幌地判平成15年3月28日前掲注17)。

41) 前田雅英『刑法総論講義(第5版)』54頁(東京大学出版会, 2011)。

42) 前田・前掲注41)63頁。

43) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁(徳島市公安条例事件)。

44) 真田秀夫「判例にあらわれた『医業』の観念について」順天堂医学雑誌7巻特別号(1)774頁,775頁(1961)。

が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」というものであるが、そこから具体的にどのような行為が医行為に該当するのか一義的に明らかになっているわけではない。すなわち、Ⅱ 2(3)で述べたように、体温測定や血圧測定、湿布の貼付・点眼・服薬の介助、爪切り、歯磨き、耳掃除といった日常的に行われうる行為についてまで医行為該当性に疑義が生じている状況であった⁴⁵⁾。また、逆さまつげの抜き取りは医行為であるが⁴⁶⁾、それよりも危険の高そうな顔そり行為は理容師に認められており（すなわち医行為ではない）、医行為の外延がどのような基準によって定められているのか判然としない⁴⁷⁾。

このような法解釈の下、法の運用の場面ではⅢで取り上げた事例でみてきたように疑義が生じた際にその都度行政の解釈を仰いでいるのが実情である。

さらにその行政解釈も具体的な場面において明確で合理的な判断が示しているとは必ずしもいえない。すなわち、静脈注射の事例では実態に合わない解釈が維持され続けた。また歯科医師の事例では短期間に行政解釈が変遷して、どのような態様による研修であれば適法なのか不明確な状態が続き、また行政によって出された解釈とその後に出された判決の示した基準との関係はなお不明である⁴⁸⁾。

以上から、一般人が具体的な行為について

「医業」該当性を判断できる基準が読み取れるとはいえず、明確性の原則に反する可能性が高いと考えられる⁴⁹⁾。

確かに医行為はその性質上明確化させるのが困難であり、「医行為は複雑多岐であり、かつ医学の進歩に伴って不断に変化していくものだから(中略)一義的にその範囲を限定することは困難な面がある」と指摘される⁵⁰⁾。

しかし刑罰法規の中核概念を不明確のままにしておくことは許されず⁵¹⁾、せめて政令や行政解釈によってより一般的な解釈指針を示すべきではないだろうか⁵²⁾。

(3) 安全体制確立の観点から

次に医行為概念の抽象性について、業務の安全体制の確立という観点から問題点を検討していく。この点について具体的には、Ⅲ 2で紹介した看護師による静脈注射の事例を取り上げて論じていく。

静脈注射は50年以上の間、「(法的には業務範囲ではないが)看護師が静脈注射を行っているのが実情であり、今直ちに全般的に法の解釈通りの実行を期待することは困難」である⁵³⁾という中途半端な状態が続いていた。このような法律上は認められていないが、事実上黙認されているという曖昧な状態から様々な問題が派生して生じた。

まず静脈注射が看護師の業務範囲外とされてきたことで、多くの病院で安全対策やマニュアルの作成が疎かにされてきた問題があ

45) 前掲注 4)。

46) 大判大正 12 年 8 月 17 日刑集 2 卷 677 頁。

47) 高山佳奈子「医行為に対する刑事規制」論叢 164 卷 1-6 号 362 頁, 371 頁 (2009)。

48) Ⅲ 3(3)で取り上げた歯科医師の医業研修に関する札幌高判平成 20 年 3 月 6 日前掲注 18) では「ガイドラインに従ってなされたような場合、研修として許容されるというべき」とされているが、それ以外にも許容される余地があるのかは定かではない。

また同様のことは救急救命士の病院研修でもいえる。すなわち、救急救命士は救急用自動車等でしか業務を行ってはならないが(救急救命士法 44 条 2 項)、旧厚生省等が作成した「救急救命士病院実習ガイドライン」では病院での研修を認めており、法と国の指針の関係ははっきりとはしていない。

49) 明確性に疑義を示すものとして、大谷・前掲注 5)445 頁、高山・前掲注 47)371 頁、樋口範雄『『医行為』概念の再検討』樋口範雄＝岩田大編『生命倫理と法Ⅱ』11 頁(弘文堂、2007)がある。

50) 門久繁幸「判批」唄孝一＝成田頼明編『医事判例百選』140 頁, 141 頁 (1976)。

51) 大谷・前掲注 5)454 頁。

52) 佐伯・前掲注 3)5 頁においても、罪刑法定主義の観点から法律による明確化が望ましいとしつつ、そのような立法が困難であるなら問題となった事例やなりそうな事例について「厚生労働省は積極的に行政解釈を示していくべき」としている。

53) 前掲注 12)。

54) 日本看護協会「静脈注射の実施に関する指針」2 頁 (2003)、迫田綾子ほか「安全な静脈注射には何が必要か——看護職の静脈注射実施の現状から考える」看護学雑誌 67 卷 4 号 331 頁, 343 頁 (2003)。

る⁵⁴⁾。

静脈注射が長らく絶対的医行為であるとされてきたのはリスクや難易度が高いためであった。また、「静脈注射」といってもその過程は刺入だけではなく、医師の指示受け、アセスメント、患者への説明、薬剤混合、経過観察、抜針、緊急時の対応など多岐にわたり⁵⁵⁾、さらに水分補給や栄養調整等の輸液から抗がん剤の投与まで様々と与薬する薬剤によってもリスクや難易度が大きく異なる⁵⁶⁾。このようにリスクがあり、また様々な手技を伴う行為を業務とする場合には、医療の安全を確保するためにマニュアルやガイドラインが必要であり、業務範囲に疑義が生じていたことがこのような安全対策にも支障を生じさせていたとすれば大きな問題であったといえる。

次に看護基礎教育の段階で注射業務について基本的な教育、研修が疎かにされてきたという問題がある⁵⁷⁾。静脈注射の実施には単に刺入の手技だけではなく、解剖学、生理学、薬理学、内科学などの基礎知識が必要である⁵⁸⁾。実際、Ⅲ 2(2)で紹介した厚生労働省2002年通知においても、静脈注射を看護師の業務として認めるにあたり、看護師養成機関に対して薬理作用やその他の知識等の静脈注射実施に対応した教育内容を強化するよう要請している。このように、静脈注射を安全に行える看護師を養成するためには、看護基礎教育段階から臨床研修、卒後教育と継続的かつ計画的に教育していくべきである⁵⁹⁾。長い間、業務範囲であるかどうか曖昧であったことが、積極的な教育を阻害してきたといえよう。

以上のように安全体制を確立し、専門性を身に付けた人材を養成するためにも、業務範囲に疑義が生じている状態を放置しておくべきではない。

VI. 再検討の方向性

1 再検討の必要性

Vでは医行為概念が広範で抽象的であることに問題があると述べた。では医行為の現行解釈は再検討すべきであろうか。この点について、現在のように広い医行為概念を採用したうえで医師法17条に抵触するような行為を個別に正当化する手法には限界があり、医行為概念の再検討は必要であると考えられる。以下必要性について詳述する。

まずある行為を医師法上適法と解するための正当化の方法として、医業のうち業務性を否定する手法が採られることがある。しかし、業務概念は「反復継続の意思を持って当該行為を行うこと」というものであり、反復継続の意思さえあれば一回の行為でも該当しうるうえ、営利性や有償性は要求されていないという非常に広い概念である。またこの解釈は、刑法等他の法令との関係上狭くできる余地は小さい。

AEDの事例でこの手法が採られたが、技巧的な印象は拭えず、また「業務の内容や活動領域の性格から一定の頻度で心停止者に対し応急の対応をすることが期待、想定されている者」という曖昧な類型を生むことになった⁶⁰⁾。したがって医行為とされた行為について業務性を認めずに医師法17条の構成要

55) 迫田・前掲注54)342頁、川島みどり「急ぐのはなぜ?『静脈注射は看護師の仕事』」看護教育44巻1号27頁、30頁(2003)。

56) 川島・前掲注55)30頁。実際、日本看護協会・前掲注54)「静脈注射の実施に関する指針」6頁では、静脈注射を「看護基礎教育の現状や看護業務の内容・質・量等」を踏まえて4つにレベル分けし、看護師が実施すべきではないというカテゴリーも設けている。

57) 日本看護協会・前掲注54)「静脈注射の実施に関する指針」2頁、宗正みゆきほか「静脈注射実施における教育プログラムの開発」看護教育44巻1号58頁、67頁(2003)。

58) 菊岡祥子ほか「4年制看護大学を卒業した臨床看護師の静脈注射技術の実践——とまどいながらも学ぶこと」日本赤十字看護大学紀要19巻11頁、17頁(2005)、薬理学について山口悦子「静脈注射実施に関する現場の対応①——医療安全の視点からこまかな検討を」看護学雑誌67巻4号349頁、350頁(2003)。

59) 石本傳江「看護師の静脈注射事故判例に見る業務上・教育上の課題」山陽論叢16巻109頁、119頁(2009)。

60) 前掲注23)。

件該当性を否定することには限界があるといえる⁶¹⁾。

次に医業にあたるとしたうえで、正当業務行為や実質的違法性阻却等の論理を用いて違法性阻却をするという手法もあるが、これにも限界がある。なぜなら違法性阻却は、ある行為が犯罪の構成要件に該当し原則として違法としたうえで、例外的に違法性を否定する論理であるので⁶²⁾、事前に類型的な要件を設定しておき、その様な行為を一括して違法性阻却できる行為とすることには困難さがある⁶³⁾。また要件を立てたとしても、違法な行為を例外的に許容するという論理上、その範囲は狭く解される。

実際、歯科医師の事例における控訴審⁶⁴⁾は、歯科医師の医業研修も正当業務行為に該当しうる場合があったとしたが、その要件は極めて厳格なものであった。また痰吸引の事例で家族以外の者に吸引を認める根拠として違法性阻却理論が用いられたが、十分正当化されたとは評価できない。すなわち注 33) で示したように、実質的に違法性が阻却されるための要件は、目的の正当性、手段の相当性、法益衡量、法益侵害の相対的軽微性、必要性・緊急性の各要件を満たすことだが、法益の衡量については医師法の保護法益である「国家的・社会的法益」と違法性阻却によって利益を受ける患者の「個人的利益」とは性質が異なり衡量の対象になりうるか疑問がある。また法益侵害の相対的軽微性については、行為者が患者との間に「家族」という特別な関係がある場合にのみ相対的に軽微になりうるが、この議論は家族以外の者には当てはまりえないと考えられる⁶⁵⁾。

このように広い医行為概念を採用したうえ

で個別に正当化する手法には限界がある。また I・II で述べたように、医師法が前提としている医療観が変容し、そのことによる齟齬が法解釈の場面においても表れてきている現状に鑑みるに、やはりここで医師が独占すべき医行為とは何かをもう一度検討する必要があるのではないだろうか。

以上から、医行為概念自体に検討を加える必要があると考え、以下再検討の方向性を示す。

2 医行為概念の再検討——広範性への対処

では医行為概念を再検討するとして、どのような規定の仕方や解釈が妥当であろうか。前章で規制の広範性と抽象性が問題であると指摘した。そこで規制の範囲が広すぎるという問題を解消するために規制範囲を現行解釈よりも狭くすることが考えられる。具体的には現行の「医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為」という解釈の「医師が行うのでなければ」という部分をより重視し、多少のリスクは存在する行為であるが医師でない者でも通常の注意を払って行えば安全にできる行為は医行為ではないと解するべきである。

さらに広い医行為概念の要因の一つとなっている間接的・消極的危険については規制範囲から外すか、規制するとしても、直接的な危険が発生することが明らかでかつそれが重大であるときにのみ規制範囲とするなど限定的な解釈運用をすべきである。そもそも間接的・消極的危険の規制については、その処罰の必要性について疑問がある⁶⁶⁾。もちろん

61) なお業務概念から医業該当性を制限しようとする試みとして高山・前掲注 47)381 頁がある。

62) 前田・前掲注 41)322 頁。

63) 樋口ほか・前掲注 26)113 頁〔大原光博発言〕においても、「行為が行われる前に事前にこういう要件であれば正当業務に当たりますとか、緊急避難に当たりますということはちょっと言いにくいという限界が」と述べている。

また平林・前掲注 7)603 頁においても痰の吸引の違法阻却の考え方に触れ、本来事後の評価である違法性阻却の考え方を事前の評価に用いていることの問題点を指摘している。

64) 札幌高判平成 20 年 3 月 6 日前掲注 18)。

65) 平林・前掲注 7)601 頁。

66) 町野朔「判批」警研 50 卷 7 号 64 頁、69 頁 (1979) は医学知識の普及と実質的に医業プロフェッション自体の保護になることを理由に間接的危険性を規制対象とすることに疑問を呈している。

間接的・消極的危険であるからといってその危険の程度が必ずしも低いわけではない。しかし処罰の外縁が不明確であることや直接的危険が生じた時点で規制すれば足りる場合もあることから、規制範囲は限定してもよいと考える。

以上のように解釈すればAEDの使用のように、生命身体に対する危険を防止するために医師の専門的判断や技術が不要である行為について医行為該当性が否定され、また痰吸引のような問題が生じた際にも、より早期に柔軟な対応が採れるようになる。

3 医行為概念の再検討——抽象性への対処

次に規定が抽象的すぎるといふ問題への対応を考える。医師法17条は医療従事者だけではなく広く無資格者の医業を規制する規定であり、前節で検討したように一律に規制範囲を狭くすることだけで妥当な規制範囲を導くことには限界がある。そこでより具体的な解釈をすることが必要になってくる。

Ⅲでいくつかの事例を紹介したが、いずれも医行為とされてきた行為を担う主体、状況、場所等が異なる。また本稿では取り上げていないが、医師法17条の規制が問題となりうる事例は他にも、薬剤師の調剤、救急救命士の気管挿管、糖尿病患者によるインシュリンの自己注射等多々挙げられるが、やはり具体的な態様は様々である。このように医師法17条が登場する場面は非常に多様であり、判例上でも詐欺目的で患者を診察し独自の治療をした事案⁶⁷⁾から、コンタクトレンズ処方のために検眼及びレンズを着脱した事案⁶⁸⁾まで、様々な事案が存在する。このように多種多様な事案に対して個別の事情を全く考慮せず、一律に規制することには無理があるのではないだろうか⁶⁹⁾。

そこで、医師法17条の解釈運用において

もある程度類型化して解釈することが妥当なのではないかと考える。

具体的には以下のように行為を類型化し、それぞれについてどの程度の危険性のある行為まで許容されるか、許容されるための考慮要素は何か、といった事項を危険性の判断基準として設定することが考えられる。

- 場所によって、病院（医師がそばにいる）、在宅、救急現場
- 主体によって、業法上の資格保持者、家族、一般人
- 目的によって、治療、介護、研修、緊急

例えば、「在宅で介護のために傷病者をケアする者については、①医師による包括的指示②当該行為に要する技術の習得度③患者若しくは家族の同意等のプロセスの存在により医行為該当性を判断する」といった解釈規定を設けることが考えられる。また業法上の資格保持者については、後述するように行政的制裁が可能であるので刑法上の威嚇はより限定的に解するよう規定する。このように規定すれば、在宅で介護をするような者と詐欺目的で健康診断をするような者とを同一に規制するという現行法の不合理を回避できる。また、どのような要件を満たしていれば当該行為ができるのか判断しやすくなる。

もちろん、このような解釈規定を設けたからといって具体的な行為が医行為に当たるか否かが条文から直ちに導かれるようになるわけではない。しかし、現行法のように極めて抽象的な条文からあらゆる解釈を導きだしている現状よりも、類型化された行為の中で解釈を積み上げていく方が、より明確な基準を立てていくことができるだろう。

これに対して、このように解釈を類型化する規定を設けると医師法がその趣旨目的から抽象的危険を規制の対象としていることと矛

67) 最判昭和30年5月24日前掲注3)。

68) 最決平成9年9月30日前掲注3)。

69) 最決平成9年9月30日前掲注3)の事例では日本眼科医会が実施する眼科業務に関するOMAと呼ばれる資格を被告人が有していたことはコンタクトレンズ着脱という医行為の危険性の判断において何ら考慮されなかった。

盾しないかという批判が出てくるかもしれない。しかし抽象的危険犯といっても、具体的な事例において（抽象的であるにはしても）一定の危険が発生することが、犯罪の成立に必要なである。そして当該事例における具体的な事情により法文が想定している危険が発生するに至らなかった場合には、犯罪の成立を認めるべきではない⁷⁰⁾。

そして医行為についても、その行為の危険性を判断するにはある程度具体的な事情を勘案しなければ判断できない⁷¹⁾。例えば痰の吸引は通常であれば容易な処置であるが、まれに極めて固い痰がからみ除去に高度の技術を要する場合があるから抽象的に見れば危険な行為であるとされる⁷²⁾。では、そのような高度な技術を要する事例に出会った際に医師に連絡する等適切に対処ができる者が行う痰の吸引にまで抽象的危険とはいえ危険が存在しているといえるであろうか。

このように法文が想定する危険がどのような場合に発生するのかを明らかにし、妥当な規制範囲を導くためには、上記のような解釈規定を政令や規則に（できることなら条文に）置くことが必要なのである⁷³⁾。

4 適用範囲を狭めることに問題はないか

上記のように規制範囲を限定し医師法17条の適用範囲を狭めてしまうと、その目的すなわち国民の生命及び健康に対する危険の防

止という目的を十分に達成させられなくてはならないかといった疑問も生じうる。しかし上記目的を達成する手段は医師による業務独占に限られないと考える。そこで他の方法を提示することで規制範囲を限定することの弊害は小さいことを示す。

まず、過失傷害致死傷罪や傷害罪、殺人罪等の刑法上の処罰を用いることが考えられる。すなわち、公衆衛生のための規制は個別のケースにおける事故の防止をも目的としているといえ、事故になった場合には刑法の適用の余地があるのだから、全てを医師法で規制しなくても、刑法の適用で足りる部分もあるのではないだろうか⁷⁴⁾。

また、刑罰法規によらなくても民事賠償による事後的制裁によっても安全性は担保されると考える。民法上の制裁も刑法上の制裁も、どの要素を重視するかは異なるとしても①加害者の処罰、②被害者の満足、③被侵害利益の填補、④社会秩序の回復、⑤反社会的行為の予防といったことを目的としており⁷⁵⁾、ある行為に対する抑止効果は不法行為によっても担保される。また、不法行為による一般的な抑止効果だけでは不十分であるとするならば、医師法17条の適用範囲を狭めたことによって医行為から外された従来医行為とされてきた行為について、そのような行為から損害が発生した場合には、過失を推定するといった規定を設ければ、抑止効果を高めることができる。

次に、行政上の手段を用いることも有効で

70) 山口厚『危険犯の研究』233頁（東京大学出版会、1982）。なおこのような具体的な事情とは「例外的な特別の場合にしか認めることはできない」（山口・同234頁）とも述べられているが、これは法文上規定された行為が行われたときには処罰根拠をなす抽象的危険の発生が一応認められると考えられることを前提にしており、そのことはつまり抽象的危険を生ぜしめる行為が法文上明確に規定されていることをも前提としている（山口・同226頁）。したがって、医師法17条のようにその構成要件が不明確な場合には、具体的な事情をより広く勘案してもよいと考える。

さらに抽象的危険犯においても危険が全くない場合には犯罪を構成しないとした判例として最大判昭和35年1月27日刑集14巻1号33頁がある。この事例も医業類似行為という明確性の程度が低い構成要件該当性が問題になっていることが限定解釈を導いた要因になっているのではないだろうか。

71) 佐伯・前掲注3)5頁においても、「医行為の概念も、当該行為が行われた態様・状況を総合的に考慮して判断されるべき」としている。

72) 平林・前掲注7)596頁。

73) 大谷・前掲注5)456頁においても「在宅医療に特有の基準を設けて、医師がなすべき行為か否かの具体的決定をしておくべきであろう。」と述べているが、それをより一般化して考えたのが本稿の提案である。

74) 高山・前掲注47)372頁。

75) 我妻榮ほか『民法2（第3版）』424-425頁（勁草書房、2009）。

ある。この方法について、看護師等医師以外の医療従事者についてはその資格の停止や剥奪といった業法上の処分をすることが考えられる。医療従事者にとって、医行為は身近であり医師法違反を犯しやすい反面、一般人よりも当該行為を行うことによって生じる危険性は低い。したがってそのような者については刑罰による威嚇よりも資格に対する行政上の処分の方が柔軟かつ効果的に規制しうる。また医療従事者ではない一般人については行政上の秩序罰を課すことが考えられる。

さらに名称独占の規定を活用することも効果があると考えられる。医師法 18 条は「医師でなければ、医師又はこれに紛らわしい名称を用いてはならない。」として名称独占を定めているが、名称独占の目的は一般に当該名称に寄せた一般人の信頼を保護し不測の損害を防止することである⁷⁶⁾。したがって業務独占の目的と重なる部分もあり、しかも名称独占による規制のほうがより緩やかであるといえる⁷⁷⁾。

最後に、独占から解放しても市場原理によってサービスの質が保たれるとも考える。

市場原理の活用について、一般に医療サービスの市場は需給の間に情報の非対称性が存在することから市場原理が働きづらいと考えられる。しかし、情報の非対称性を解消させる手段はいくつか考えられ、例えば「第三者による情報の提供」や「サービスの標準化」といった手段が存在する⁷⁸⁾。これを医療に当てはめてみると、前者は当該医療サービスに対する医師の監督や指示の有無を明示させる、後者は一定の行為については資格化させ

るといった方法によって実現できそうである。もちろん、市場原理に全てを委ねて安全性を確保するというのは非現実的であると思われるが、刑罰によらずとも行政による市場への一定の介入で安全性を確保できる部分はあると考えられる。

医業独占による規制の必要性を否定しようとは考えていない。しかし危険が生じそうな行為を全て刑罰法規で規制するという方法が妥当かどうか再検討していく必要はあるだろう⁷⁹⁾。

VII. 結び

本稿では、医師法 17 条、とりわけ医行為概念について事例を通して問題点を論じてきた。医業独占の規定は旧医師法制定時(1906 年)から今日まで文言・解釈ともに基本的に変っていない⁸⁰⁾。規制は守られる利益と失われる利益がバランスを得ているからこそ正当化しうるものである。医師法が前提とする医療観や医師の役割が変化している中で 100 年もの間、同一の解釈を維持し続けて、果たしてこのバランスは保たれているのだろうか。もしバランスを保つ支点がずれてきているのならば、それに合わせて解釈を変更する必要があるだろう。

もちろん明治時代から解釈運用が不変などという事態は法律の世界では珍しくないだろう。ただ、旧医師法は日本が近代的な医療制度を整えていく中で制定されたものである。さらに遡って、日本に初めて西洋医学教育を前提とした医師開業免許制度が設けられたの

76) 技術士の名称独占が争われた判例(最判昭和 40 年 3 月 5 日民集 19 卷 2 号 213 頁)の控訴審(東京高判昭和 36 年 12 月 19 日民集 19 卷 2 号 227 頁)では技術士の名称独占の目的として「技術士に權威と信用を与えて技術士というものに対する社会的認識と信頼とを深め」ることを挙げている。

77) 佐伯・前掲注 3)5 頁でも、「非医師が非医師として行えば医行為とされない行為であっても、医師による治療行為として行えば、原則として医行為と解することができる」と述べているが、このような場合については行為そのものの危険性よりも「医師」として行っていることが保健衛生上の危険を生じさせていると考えられるので、名称独占規定でも対応できる。

78) 伊藤元重『入門経済学(第 3 版)』229 頁(日本評論社, 2009)。商品品質についての情報に非対称性がある場合、例えば鑑定士による鑑定結果を商品に付与すること(第三者による情報提供)や、当該商品について商品規格を設ける(サービスの標準化)といった方法を用いることで情報の非対称性の問題を解消することができる。

79) 医行為概念の再検討を主張するものとして、平林・前掲注 3)86 頁、樋口・前掲注 49)14 頁、辰井・前掲注 11)7 頁が挙げられる。

80) 「免許ヲ受ケズシテ医業ヲ為シタル者ハ六月以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」旧医師法(明治 39 年法律第 47 号) 11 条 1 項。

は、公衆衛生制度の総合規定である医制が発布された1874年のことであるが⁸¹⁾、その当時はなお旧来の漢方医が多数を占める状況であった⁸²⁾（そこで医制の実施は条件が整ったものから順次施行するというかたちがとられた⁸³⁾）。したがって従来開業の「医師」との摩擦を避けつつ近代医学に立脚した医師制度を確立することは難事業であり、漸次医師制度の充実を図る方針がとられた⁸⁴⁾。

そのような背景の中、医学教育が発達して近代医学教育を受けた医師の数がしだいに増加し、各種医師団体が生まれてきて、医師に関する総合規定を設ける必要性が生じてきたことによってようやく制定することができたのが旧医師法である⁸⁵⁾。

したがって、医業独占規定も公衆衛生目的だけではなく、医療提供者について西洋近代医学教育を受けた者に限定して、西洋近代型の医療制度を確立しようとする政策目的をも有していたことは否定できないだろう⁸⁶⁾。

しかしその様な政策目的は一応達成され、時が経過し、医療を取り巻く環境が医師法制定時から大きく変わった現在において、従来の解釈を維持し続ける合理的理由は未だに存在しているであろうか。

さらに、医行為概念を再検討する際には、医療関連業法全体の見直しも視野に入れるべきである。すなわち医行為概念の再検討や医行為の担い手の拡張の必要性が生じてきたのは、専門業種間の役割分担や関係性が変化し

ていることを一つの背景にしている。今日では医療の専門分化やチーム医療、在宅でのケアの推進といったことが医師と他の医療従事者との関係を変えつつあり、そのことが法解釈にも影響を及ぼしている。このように考えると医師法17条を再検討するだけでは不十分であり、Iでも述べたような縦型の医療法制全体について検討を加えることが必要になる。すなわち医師の下にいる医療従事者が医師の指示を一方的に受ける関係を前提とした法制度を見直し、医師の指示に対し疑義があればそれを指摘し、また医師に対して提案し、協力して患者の治療にあたっていく双方向の関係を構築できるよう、法制度を形作っていくべきである。法律論として具体的には薬剤師における疑義確認義務⁸⁷⁾を他の業種にも設けることや、一部の業法に規定されている「他の医療従事者との連携義務」⁸⁸⁾をより具体化することが考えられる⁸⁹⁾。

ただ、留意すべきことは患者や傷病者のためには誰が当該行為を行うのが最善であるかという視点を忘れないことである。医師不足や医療費の削減といった目先の課題に対して対処療法的に安易に職掌を変更させるようなことがあっては、それこそ国民の生命及び健康に重大な危険が生じうるだろう。

医師法及び関連法規は公衆衛生の観点から最善な役割分担を実現するために、時代に合った再検討・再解釈がなされていくべきである。

81) 厚生省医務局編『医制百年史記述編』13-14頁（ぎょうせい、1976）。

82) 厚生省医務局・前掲注81)7頁。

83) 厚生省医務局・前掲注81)17頁。

84) 厚生省医務局・前掲注81)31-34頁。

85) 厚生省医務局・前掲注81)71-73頁。

86) 無資格者による医業を広く規制し、それと呼応するかたちで医師に応召義務を課すこと（応召義務は旧法下では旧刑法等に規定され（「左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ一日以上三日以下ノ拘留ニ処シ又ハ二十銭以上一円二十五銭以下ノ科料ニ処ス 九 医師穩婆事故ナクシテ急病人ノ招キニ応セサル者」旧刑法（明治13年太政官布告第36号）427条9号、「診療ニ従事スル医師又ハ歯科医師ハ診療治療ノ需アル場合ニ於テ正当ノ事由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ」国民医療法（昭和17年法律第70号。現行医療法の制定に伴い廃止）9条、同法76条1号ノ2に罰則規定）罰則が付されていた。）は、国家が認めた「近代的医師」による医療制度を確立する観点からは合理的な施策であろう。

87) 薬剤師法24条は「薬剤師は、処方せんに疑わしい点があるときは、その処方せんを交付した医師、歯科医師又は獣医師に問い合わせ、その疑わしい点を確認した後でなければ、これによって調剤してはならない。」と定め、同法32条6号で違反者に罰金を科している。

88) 例えば救急救命士法45条では「救急救命士は、その業務を行うに当たっては、医師その他の医療関係者との緊密な連携を図り、適正な医療の確保に努めなければならない。」とされている。ただし罰則規定はない。

89) 山田雅之「真のチーム医療実現に向けた現行資格法制の再考」年報医事法学19号34頁、38-40頁（2004）。

* 最後に本稿の元となったりサーチペーパーの執筆にあたり，論文の書き方のいろはからご教授していただき，また内容について多くのご示唆をくださった樋口範雄先生にこの場を借りて厚く御礼申し上げます。

(あまの・りょう)

パラレルデットの有効性に関する考察

2011年4月入学

岩川隆嗣

I. はじめに

- 1 担保権一元的管理の必要
- 2 セキュリティトラストとその問題点
- 3 パラレルデットの利用可能性
- 4 本稿の目的

II. 有効性をめぐる問題点

- 1 従来の議論
 - (1) 有効性を基礎づける論拠
 - a 連帯債権であること
 - b 共同貸付であること
 - c 併存的債務引受が有効であること
 - d 第三者のためにする契約との関係
 - (2) パラレルデットの有効性を否定する論拠とそれに対する反論
- 2 論点整理
 - (1) 連帯債権の発生原因の問題として位置づけられる論拠
 - (2) 無因債務性の評価の問題として位置づけられる論拠
 - (3) 有効性について更に論じる必要がある点
 - a 連帯債権の問題
 - b 無因債務の問題
- 3 本稿の検討対象
 - (1) 連帯債権について
 - (2) 無因債務について

III. 連帯債権としてのパラレルデット

- 1 連帯債権とは
 - (1) 定義
 - (2) 連帯債権の発生は認められるのか
 - a 起草者の見解
 - b その後の学説
- 2 連帯債権を発生させる契約の内容・当事者
 - (1) 契約の内容
 - a 沿革的に見た連帯債権の利用

- b 学説
- c 連帯債権創出合意の法的性質
- (2) 連帯債権を発生させる契約の当事者
 - a 共同貸付構成の場合
 - b 連帯債権創出合意構成の場合
- (3) シンジケートローンにおける利用
- 3 連帯債権の利益部分が0であることは連帯債権の発生を阻害するか
 - (1) 連帯債権者間の内部分配の根拠
 - a 旧民法
 - b 主観的共同関係説
 - c 相互保証説
 - (2) シンジケートローンにおける利用

IV. パラレルデットと無因債務性

- 1 無因債務とは
 - (1) 定義
 - a 主観的意義の原因
 - b 客観的意義の原因
 - (2) 具体例
- 2 無因債務発生の可否
 - (1) 原因概念を不要とするもの
 - (2) 原因概念を必要・前提とするもの
 - a 無因債務否定説
 - b 無因債務肯定説
 - c いかなる見解が多数説か
- 3 パラレルデットは無因債務か
 - (1) 無因債務であるとされる理由
 - (2) パラレルデットの特異性
 - a 連帯債権創出の合意を発生原因とする債務であること
 - b 依拠性を有すること

V. 結び

- 1 連帯債権の問題についての結論
- 2 無因債務性の問題についての結論
- 3 結論

I. はじめに

1 担保権一元的管理の必要

複数の債権者が同一の債務者に対して債権を有している場合、各債権者についての担保物権の設定は、各債権者が個別に設定を受けねばならず、1人の債権者が他の債権者のためにも担保権の設定を受けることは許されないと解されている¹⁾。なぜなら、担保権者とその被担保債権の債権者の分離は、担保権者に優先弁済権を付与するという担保物権の性質²⁾に反するからである。

しかし、このような原則を貫くと、実際上の不都合が生じる。第1に、各担保権者は各自が担保権を管理しなければならず、管理コストが発生する。第2に、被担保債権の譲渡が行われれば、随伴性により担保権も移転し、抵当権移転の付記登記を経由する必要が生じるから、譲渡のたびにコストが生じてしまい、債権の流動性が阻害される³⁾。

このような問題を解決するためには、2つの方向性がありうる。1つは、担保権者とその被担保債権の債権者の分離を認めることである。もう1つは、担保権者と被担保債権者の一致原則は維持しつつ、担保権を一元的に管理する者を各債権の債権者に加える(連帯債権者とする)ことである。

2 セキュリティトラストとその問題点

前者の方向によって問題を解消しようとしたのが、信託法改正により認められるようになったセキュリティトラスト(信託法3条, 55条)である。これは、民法上疑義のあった担保権者と被担保債権の分離の可否を、信託という仕組みにおいて認めることによって、担保権の一元的管理というニーズに応えようとしたものである⁴⁾。

しかし、セキュリティトラストは、セキュリティエージェントが信託会社でなければならぬため追加的に事務手続やコストが生じることや、担保権者と被担保債権者との分離が生じるため解釈上の問題点が生じる⁵⁾ことが理由となって、実際上は多くは使われていないということが指摘されている⁶⁾。

3 パラレルデットの利用可能性

そこで、近時は、後者の方向、すなわち担保権者と被担保債権者の一致原則は維持しつつ、担保権を一元的に管理する者を複数債権の債権者とするという方向から、担保権の一元的管理を認めることはできないか、という点が議論されている⁷⁾。

これは、信託というスキームの存在しない

1) 複数債権者が同一債務者に対して債権を有していても、当該複数の債権を被担保債権とする抵当権設定登記は認められない。昭和35年12月27日民事甲3280号民事局長通達。

2) これを、存続における付従性、実行における付従性の問題と呼ぶ見解もある。鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(1)～(6・完)」千葉大学法学論集23巻4号1頁, 24巻1号138頁, 2号172頁(2009), 3・4号442頁, 25巻3号200頁(2010), 4号45頁(2011)参照。

3) 佐藤正謙監修・菅原雅晴ほか『シンジケートローンの実務』97-98頁(金融財政事情研究会, 2003)は、シンジケートローンにおいて債権の流動性向上が望まれることを指摘している。

4) 寺本昌広『逐条解説新しい信託法(補訂版)』33頁, 191-192頁(商事法務, 2008)。

5) セキュリティトラストの解釈上の問題点については、井上聡編著『新しい信託30講』158-170頁(弘文堂, 2007), 山田誠一「セキュリティトラスト」金法1811号16頁(2007)などを参照。

6) 洞雛敏夫ほか「パラレルデット方式による新しい担保付シンジケートローンの試み(上, 下)——パラレルデット方式の諸外国における活用状況と日本法上の位置付け」NBL952号16頁, 17-18頁, 953号40頁(2011), 洞雛敏夫=島崎哲「国内シンジケートローンにおけるパラレルデット方式の活用——連帯債権構成による担保権の集中管理」SFJジャーナル5号1頁, 2-3頁(2011)。

7) 洞雛ほか「前掲注6)952号17-18頁, 洞雛=島崎・前掲注6)1頁, 村上智裕「担保付きシンジケートローンにおけるパラレル・デット条項の意義」NBL902号34頁(2009), 長谷川貞之「担保権信託とパラレル・デットによる担保権設定の代替補完性」平井一雄喜寿『財産法の新動向』303頁(信山社, 2012), 金融法委員会「債権法改正に関する論点整理——債務引受と両立しない第三者との関係, 将来債務引受等について(一括支払システム, 集中決済システム, パラレル・デット等を念頭に置きながら)——」23頁(2011年11月15日)(<http://www.flb>).

諸外国に特に見られる方法であって、日本において導入するとすれば、以下のような仕組みにより設計されるものと解されている。

例えば、A・B・Cが同一の債務者Dに対して貸付債権を有しており、Aを担保権者と位置づけようとする場面を想定する。Aは、BのDに対する債権およびCのDに対する債権について、契約上それぞれの連帯債権者となるように位置づけられる。すなわち、AとBの連帯債権関係、AとCの連帯債権関係がそれぞれ生じるよう設計される。これによって、Aは、AのDに対する債権を有し、かつ、BのDに対する債権およびCのDに対する債権をそれぞれ連帯債権として有することとなる。

このように、Aを全ての債権者との関係で連帯債権者とすれば、同一の債権者が同一の債務者に対して複数の債権を被担保債権として担保権の設定を受ける状況を作り出し、担保権者と被担保債権者が分離しないままに、担保権の一元的な設定を認めることができる⁸⁾。

そして、連帯債権者Aは、債務者から受領した金銭を、連帯債権者間の内部関係上、その配当として自己と連帯する債権者に全て償還しなければならない。つまり、連帯債権者Aの利益部分（以下、連帯債務における負担部分に対応する反対概念として、連帯債権において各債権者が最終的に取得する部分を「利益部分」という）は0とされ、他方の連帯債権者BやCの利益部分は100として約定される。

このような仕組みはパラレルデット方式（以下、利益部分が0の連帯債権に対応する

債務のことを、「パラレルデット」という）と呼ばれ、この手法を用いれば、前述のセキュリティトラストの問題点を回避できる。もともと、日本法においては、そもそもパラレルデットを有効に発生させることができるのか否かについて、未だに議論がなされている状況にある。

4 本稿の目的

本稿は、パラレルデットの有効性を、従来から議論が展開されているシンジケートローンが行われる場面に即して検討することを目的とする⁹⁾。

以下では、まずパラレルデットの有効性をめぐる従来の議論を検討して整理した上で（Ⅱ）、その結果得られる問題点として、パラレルデットを連帯債権として位置づけることが可能であるかという問題点（Ⅲ）、および、パラレルデットが無因債務であることを理由とする問題点（Ⅳ）の2つをとりあげて、パラレルデットの有効性について検討することにした。

Ⅱ. 有効性をめぐる問題点

パラレルデットを契約により発生させることができるのか、という問題については、これまで様々な論拠が示されている。しかし、それらの論拠がいかなる問題に対して解決を与えるものとして位置づけられているのかは、必ずしも明確ではないといえる。

そこで、本章では、まず現在の議論状況を概観し、その議論がいかなる問題を解決する

gr.jp/jdoc/publication39j.pdf, 2013年7月29日最終閲覧)。

8) 同一の債権者が同一の債務者に対して複数債権を有している場合、当該複数の債権を被担保債権とする抵当権設定登記は、認められる。昭和38年4月9日民事甲965号民事局長通達。

9) パラレルデットは、シンジケートローンの場合のみならず、通常の複数債権者による貸付にも用いることができるスキームではある。しかし、通常の貸付の場合は、パラレルデットを用いなくとも、例えば担保権管理者に複数債権者が信託的に債権譲渡をし、債権を1人に集約することによって、担保権を一元的に管理することが可能であろう。国際的なシンジケートローンという場面を除くと、パラレルデットがシンジケートローンという文脈で議論されているのは、契約上、「貸付人」が（本文の例でいえば、B・C）「貸付債権」を有していることが前提とされるのが一般的（JSLA ターンローン契約書、リボルビング・クレジット・ファシリティ契約書）であるうえ、貸付人を債権者として位置づけたまま、つまり債権譲渡の可能性を残して担保権の一元的管理を認めるニーズが存するからであろう。以上の次第で、本稿では、パラレルデットの可否が最も問題となるであろうシンジケートローンに場面を限定して考えることとする。

論拠を示すものなのかを考察して、議論の整理を図ることを目的とする。

1 従来の議論

(1) 有効性を基礎づける論拠

有効性を基礎づける論拠としては、①前提としてパラレルデットが連帯債権であること、②パラレルデットが共同貸付により生じるものであること、③併存的債務引受が有効に認められることからパラレルデットもまた有効であること、④パラレルデットは第三者のためにする契約による債権取得として有効であること、などの理由が挙げられている。

a 連帯債権であること

パラレルデットは、各貸付債権と連帯債権の関係に立つ債権であるということが、有効性を基礎づける議論においては共通の前提とされている¹⁰⁾。

b 共同貸付であること

数人で金銭を拠出して1個の消費貸借契約を締結するという共同貸付の場合には、各貸付人に貸付債権が成立し、その貸付債権間には不可分債権関係が生じると解することが契約当事者の意思に適するとされる¹¹⁾。このことを前提として、パラレルデットも共同貸付により生じるものの一種であるから、貸付人ごとに貸付債権が成立し、特に連帯の約定を付することにより連帯債権関係を生じさせることができるとされる¹²⁾。

c 併存的債務引受が有効であること

併存的債務引受は、第三者が債務者とともに債権者に対して同一内容の債務を負担するものである。これに対し、パラレルデットは、債務者が債権者以外の第三者に対して債権者に対する債務と同一内容の債務を新たに

負担するものではあるが、新たな債務負担行為という点では併存的債務引受とは異ならない。そして、併存的債務引受が有効に認められることを前提にすれば、これと同様にパラレルデットも有効であるとされる¹³⁾。

d 第三者のためにする契約との関係

cの論拠とも関連するが、併存的債務引受は債務者と引受人との間の第三者のためにする契約として認められるが、法が第三者のためにする契約を認めていることからすれば、より直截に、貸付人と借入人との間の第三者のためにする合意および第三者であるパラレルデットの債権者（以下、セキュリティエージェントになぞらえて、パラレルデットの債権者のことを、単に「エージェント」という）の受益の意思表示によってパラレルデットが有効に発生することが基礎づけられるとされる¹⁴⁾。

(2) パラレルデットの有効性を否定する論拠とそれに対する反論

これらに対して、パラレルデットは、無因債務であるから、有効に成立しえないものではないか、という疑義がパラレルデットの有効性を妨げる論拠として提示されている。

すなわち、パラレルデットは、借入人がエージェントに対して、各貸付人が有する貸付債権（に対応する債務）と同内容の債務を負担することを承認するものであるから、借入人がエージェントに対して抽象的に債務負担を約束することのみで債務を発生させるものであって、債務の原因を欠く抽象債務・無因債務であるとの疑いがあると指摘されている¹⁵⁾。また、エージェントが借入人に対して債権を有するといっても、その貸付額（内部的な利益部分）が0であることから、独立した債権としての実質を有しないと見ることができるとも、抽象債務・無因債務である

10) 洞雛ほか・前掲注6)952号23-25頁、洞雛＝島崎・前掲注6)3-6頁、村上・前掲注7)39-42頁、長谷川・前掲注7)321頁、325頁。

11) 我妻栄『新訂 債権総論』388頁（岩波書店、1964）。

12) 洞雛ほか・前掲注6)952号24頁、洞雛＝島崎・前掲注6)4頁。

13) 村上・前掲注7)39頁、洞雛ほか・前掲注6)952号25頁。洞雛＝島崎・前掲注6)5頁は、併存的債務引受と同様「原債務」の存在と「債務者の債務負担の意思表示」を根拠に債務の発生を認めても差し支えないとしている。

14) 洞雛ほか・前掲注6)952号26頁、洞雛＝島崎・前掲注6)5頁。

15) 洞雛ほか・前掲注6)952号25頁、洞雛＝島崎・前掲注6)4-5頁、金融法委員会・前掲注7)23頁。

と見られる理由として挙げられている¹⁶⁾。

これに対する反論としては、①パラレルデットは各貸付人・借入人間の金銭消費貸借契約上の返還債務を前提として、同内容の債務の履行を引き受けることにより成立する具体的な債務であり無因債務とは異なること¹⁷⁾、②パラレルデットによる担保管理スキーム全体を見れば、エージェントが新たに債権を取得することには十分な経済合理性が認められること、③パラレルデットは、各貸付人の有する貸付債権と連帯債権の関係に立つ債権を創出する合意と見ることもできること、④債権の同一性を維持したまま連帯債権関係を作り出す合意は、債権の同一性を維持したまま連帯債務関係を作り出す併存的債務引受が認められていることから、認められてよいということ¹⁸⁾が挙げられている。

2 論点整理

以上のような従来の議論を見ると、パラレルデットの有効性を基礎づける論拠とその有効性を妨げる論拠とが示されているが、両者の議論が十分に噛み合ったものになっていないのではないかと、との問題点を指摘することができよう。すなわち、一方で、パラレルデットの有効性を基礎づける論拠として挙げられている理由が、いかなる問題をクリアするために持ち出される論拠であるかが必ずしも明確でない。他方で、パラレルデットの有効性を妨げる論拠として、その抽象債務・無因債務性が指摘されるが、それに対する反論がいかなる意味で有効な反論となっているかが必ずしも明確でない。

しかし、従来の議論の内容に即して分析すると、パラレルデットの有効性をめぐる従来の議論は、パラレルデットを連帯債権として位置づけることができるか、および、パラレ

ルデットは無因債務として捉えることができるか、という2つの問題点を基軸として整理することが可能であるように思われる。以下、そのように解される理由を示しながら、論点整理を図ることとする。

(1) 連帯債権の発生原因の問題として位置づけられる論拠

まず、パラレルデットは、契約を発生原因とする連帯債権として位置づけられている。そうすると、そもそも連帯債権は、いかなる当事者間における、いかなる内容の契約に基づいて発生しうるものなのか、という問題が、パラレルデットの有効性を認めるための前提問題となるはずである。このような観点から見ると、従来の議論における、パラレルデットは、①共同貸付から発生する債務であるという見解、②併存的債務引受における引受人の連帯債務創出の合意に相当するような連帯債権創出の合意によって発生するという見解、③借入人と貸付人との間の第三者のためにする契約によって発生するという見解は、いずれも、いかなる内容の契約により連帯債権を発生させることができるのかという問題について法的な説明を与えようとするものであると位置づけることができる。

すなわち、第1に、パラレルデットは共同貸付であるという論拠は、共同貸付であることにより通常は不可分債権関係が生じるから、それを前提として、それらの不可分債権を特約により連帯債権関係とすることは妨げられないと説明するものとして位置づけることができよう。

第2に、パラレルデットは、併存的債務引受が有効であることと同様の理由で基礎づけられるという論拠は、併存的債務引受とは、引受人の下に新たに債務を発生させ、引受人を連帯債務者として加入させる連帯債務創出の合意である¹⁹⁾ところ、それが有効である

16) 洞雞ほか・前掲注6)952号25頁、洞雞＝島崎・前掲注6)5頁、金融法委員会・前掲注7)26-27頁。

17) 洞雞ほか・前掲注6)952号25頁、洞雞＝島崎・前掲注6)5頁。なお、洞雞＝島崎・前掲注6)5頁には「借入債務」とあるが、借入人の借入債務を指してはおらず貸金返還債務を指しているのは明らかであるから、本文では「返還債務」と表現を改めた。

18) 以上②③④につき、金融法委員会・前掲注7)27頁。

19) 最判昭和41年12月20日民集20巻10号2139頁は、反対に解すべき特段の事情があれば別であるという留保付きではあるが、併存的債務引受により、原則として連帯債務が発生するとしている。

とすれば、原債務者の下に新たに債務を発生させ、新債権者を連帯債権者として新たに加える契約も連帯債権創出の合意として、上記と同じく有効であると説明するための論拠であると位置づけることができよう。すなわち、この見解は、いかなる内容の契約により連帯債権を発生させることができるのか、という問題について、それは「連帯債権創出の合意」²⁰⁾によるものであり、そのような合意は併存的債務引受におけるのと同様に有効であることを指摘するものと解することができる。

第3に、パラレルデットの有効性を第三者のためにする契約により基礎づけることができるとする論拠は、それは貸付人と借入人との間のエージェントのためにする連帯債権創出の合意により連帯債権を発生させるものと位置づけることができよう²¹⁾。

(2) 無因債務性の評価の問題として位置づけられる論拠

他方で、パラレルデットをめぐる議論においては、パラレルデットは単純な債務約束により生じ、経済実質を欠いた債権であるから無因債務であり、有効に発生しえないものではないか、という疑問が呈されていることは、既に見たとおりである。そうすると、上に見た各論拠というのは、パラレルデットは無因債務ではないか、という点に対して、それが、①共同貸付であること、②併存的債務引受における同様の債務創出の合意から発生するものであること、③第三者のためにする契約により発生するものであること、によって上記の問題点をクリアすることができるという点であると理解することができる。

すなわち、第1に、共同貸付であるという論拠は、共同貸付によりパラレルデットが発生するとすれば、それは消費貸借契約に基づく債務として発生するといえるのであって、無因債務ではないということをも意味しているものと理解できよう。

第2に、併存的債務引受が有効であるという論拠は、併存的債務引受も原債務と同内容の債務を負担するものであるから、無因債務の負担であるとの疑いがある²²⁾にもかかわらず、有効と解釈されているのであるから、これと同様にパラレルデットを発生させる債権創出の合意も有効と解されてよい、という意味で援用された論拠でもあると理解できよう²³⁾。

第3に、第三者のためにする契約により発生させることができるという論拠は、無因債務の負担との疑いがある併存的債務引受における引受人の債務負担は第三者のためにする契約により基礎づけることができるとすれば、パラレルデットについても、これと同様に第三者のためにする契約により基礎づけることができる、と説明するものと理解できよう。つまり、第三者のためにする契約を用いるという論拠は、パラレルデットが無因債務であるとの疑いを払拭するための論拠としても位置づけられているものと評することができる²⁴⁾。

そして、先に見た無因債務性に対する反論のうち、パラレルデットによる担保管理スキーム全体を見れば、エージェントが新たに債権を取得することには十分な経済合理性が認められるとの指摘は、これらの論拠を補完するものとして位置づけることができよう。

20) 無因債務に関する指摘ではあるが、金融法委員会・前掲注7)27頁のいう「連帯債権の關係に立つ債権を創出する合意」は、本文のような内容をいうものと理解できよう。

21) 洞雛ほか・前掲注6)952号26頁、洞雛＝島崎・前掲注6)5頁。

22) 西村信雄編『注釈民法(11)債権(2)』429頁〔椿寿夫〕(有斐閣、1965)。

23) 洞雛ほか・前掲注6)952号25頁は、パラレルデットは無因債務ではないかとの疑問はあるものの、「実際」、日本民法においても具体的な債務を基礎にして同内容の債務が成立することが認められている例がある、としており、併存的債務引受との対比は無因債務か否かという問題に対する論拠としても位置づけられているものといえよう(ただし、洞雛＝島崎・前掲注6)5頁ではそのような位置づけがなされているのかは明確でない)。

24) 併存的債務引受の有効性は、パラレルデットが無因債務か否か、という問題に対する論拠として位置づけられるから、注23)に示した記述からすれば、第三者のためにする契約により無因債務であるとの疑いが払拭できるとしているものと理解できよう。

(3) 有効性について更に論じる必要がある点

以上検討したように、パラレルデットの有効性をめぐる従来の議論は、連帯債権の発生原因に関する問題と、無因債務性をめぐる問題の2つを基軸として整理しなおすことができる。もっとも、パラレルデットが有効であると結論づけるには、それらで論じられた問題点を検討するだけでは十分とはいえず、更に加えて、以下のような論点についても検討を行う必要があるのではないかという指摘をすることができよう。

a 連帯債権の問題

従来の議論は、連帯債権は契約により発生させることができることを前提として、いかなる契約により発生させることができるのかという問題について解答を与える論拠を示していたものと理解されることは、前述のとおりである。

しかし、そもそも民法典には連帯債権なるものを認めた明文の規定は存在しない。そこで、連帯債権はどのように定義されるのか、連帯債権は民法上有効性が認められるのか、というより根本的な問題についても確認しておく必要がある。

この点に関連して、パラレルデットは、連帯債権一般との関係では、エージェントの利益部分が0であるという点に特殊性がある連帯債権である。このような特殊性は連帯債権の成立を妨げる理由とはならないか、独立した債権としての実質を有さない債権として成立が妨げられることはないか、という問題についても、検討する必要がある²⁵⁾。

b 無因債務の問題

パラレルデットの無因債務性をめぐる従来の議論は、無因債務の発生は認められないという立場を前提としたとしても、パラレルデットは無因債務ではないから無効とはならないということを示す論拠を挙げていたものと理解できることは、前述のとおりである。

しかし、そもそも無因債務とは何か、無因

債務はいかに定義されるのか、という点が明らかでない、パラレルデットは無因債務であるのかどうかを判断することはできない。そこで、まずは無因債務の定義を確認しておく必要がある。

また、一般的に無因債務が有効であると解されているのならば、パラレルデットが無因債務であると言ったところで、有効性に疑義は生じない。そうすると、前提問題として、そもそも無因債務の発生は民法上認められないのか、無因債務は無効とされるのか、という問題についても、検討する必要がある。

3 本稿の検討対象

以上のような整理をふまえて、本稿の検討対象とすべきは、大別して、連帯債権として位置づけることが可能であるかという問題、無因債務性の評価の問題という2つとなる。そして、それぞれの中身として検討すべき問題点としては、次のものがある。

(1) 連帯債権について

第1に、連帯債権とはいかに定義されるのか、連帯債権は民法上有効に発生しうるのか、が前提問題となる。

第2に、契約により発生しうるとしても、いかなる当事者間における、どのような内容の契約によって発生させることができるのか、という問題がある。この観点から、①共同貸付であること、②併存的債務引受と対比される連帯債権創出の合意によること、③第三者のためにする契約に基づくものであること、という論拠のそれぞれについて検討を行うこととする。

第3に、連帯債権一般に対するパラレルデットの特殊性として、エージェントの利益部分が0であることは連帯債権発生を妨げるのか、という問題がある。

(2) 無因債務について

第1に、無因債務とはいかに定義されるのか、という問題がある。

25) 洞雛ほか・前掲注6)952号25頁、洞雛＝島崎・前掲注6)5頁、金融法委員会・前掲注7)26-27頁は、無因債務の問題として債権の経済的実質を問題としているようであるが、債権の経済的実質の問題はそもそも連帯債権に対応する債務として債務負担が生じるのか(連帯債権が有効に発生するのか)というレベルでの問題であり、連帯債権が有効に発生することが認められて初めて問題となる無因性の問題とは区別されるべきであろう。

第2に、民法は無因債務の発生を認めていないのか、無因債務は無効なのか、という問題がある。

第3に、仮に無因債務の発生は認められないという立場を前提としたとしても、パラレルデットは無因債務ではないといえるか、という問題がある。この観点からも、①共同貸付であること、②併存的債務引受と対比される連帯債権創出の合意によること、③第三者のためにする契約に基づくものであること、という論拠のそれぞれについて触れることとする。

Ⅲ. 連帯債権としてのパラレルデット

1 連帯債権とは

(1) 定義

連帯債権とは、複数の債権者が1人の債務者に対し各自独立にでも全部または一部の給付を請求でき、かつ一債権者の受領は総債権

者について効力を生ずる（＝1人が全部受領すれば総債権者の債権が消滅する）関係をいう²⁶⁾。なお、連帯債権を定義する学説の中には、連帯債権は全部の給付を請求しうるものとし、一部の給付請求を認めるかどうか判然としない表現を用いるものもある²⁷⁾。しかし、連帯債権は、不可分債権と異なり、給付の目的が可分である場合にも生じることが想定されているのであるから、一部の請求が可能であることを定義に含めるべきであろう²⁸⁾²⁹⁾。

それでは、このような連帯債権は、民法に明文の規定を欠く概念であるが、契約に基づいて発生させることが可能なのであるだろうか。

(2) 連帯債権の発生は認められるのか

a 起草者の見解

連帯債権の規定は、旧民法には規定があったが³⁰⁾、現行民法においては規定が設けられなかった³¹⁾。現行民法の起草者によれば、その理由として、連帯債権は代理が認められなかったローマにおいては代理の代用として用いられていたようであるが、現在では代理

26) 西村編・前掲注22)47頁〔椿寿夫〕、椿寿夫「複数の債権者と分割原則」『椿寿夫著作集1 多数当事者の債権関係』421頁、448頁（信山社、2006）〔初出1983〕の表現によった。同趣旨と思われるものとして、勝本正晃『債権総論（中巻之一）』258頁（巖松堂書店、1934）、同『債権法概論（総論）』268頁（有斐閣、1949）、小池隆一『日本債権法総論』223頁（清水書店、1933）、於保不二雄『法律学全集20 債権総論（新版）』250頁（有斐閣、1972）、平井宜雄『債権総論』272頁（弘文堂、1985）、奥田昌道『債権総論（増補版）』376頁（悠々社、1992）、前田達明『口述債権総論（第3版）』348頁（成文堂、1993）、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権（第3版）』379頁（東京大学出版会、2005）、中田裕康『債権総論』410頁（岩波書店、2008）（ただし、可分給付に限定）など。

27) 鳩山秀夫『日本債権法総論』246頁（岩波書店、17版、1918）、石坂音四郎『日本民法 第三編 債権総論中巻』926頁（有斐閣、1924）（ただし、連帯債権の効力としての記述）、磯谷幸次郎『債権法論（総論）』375頁（巖松堂書店、第5版、1927）、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法（債権編総則）（中巻）』68頁（巖松堂書店、1935）（ただし、同69頁は連帯債権の効力として全部または一部の履行を請求しうるとする）、山中康雄『債権法総論講義』181頁（巖松堂書店、1948）、松坂佐一『民法提要 債権総論』132頁（有斐閣、1956）、我妻栄＝有泉亨『民法Ⅱ 債権法』105頁（一粒社、1954）、我妻・前掲注11)378頁など。

28) 民法428条の「履行を請求」「履行をする」という文言は、目的物が不可分であることから、全部の給付を請求すること、および、全部の給付を履行すること、という意味に捉えられており（梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編（初版）』91-92頁（信山社、復刻版、1992）〔初出1897〕は、「実際一部履行ヲ為スコトヲ得サルカガメ止ムコトヲ得ス債務ノ全部ノ履行ヲ求メ又債務者モ全部ノ履行ヲ為スニ非サレハ到底其各自ニ対スル履行ヲ完ウスルコト能ハサルヘシ」という）、学説上異論は全く見られない。

29) 西村編・前掲注22)47頁〔椿寿夫〕は、全部の給付と定義する学説は、不可分債権と同一視しようとするのでない限り、請求の限度を示したまでであって、一部請求を否定する趣旨ではないとも読めるとする。

30) 旧民法債権担保編74条～85条。

31) フランス民法1197条～1199条、ドイツ民法428条～430条には明文の規定がある。神戸大学外国法研究会編・田中周友ほか『仏蘭西民法Ⅲ 財産取得法（2）』145-147頁（有斐閣、復刊版、1956）〔初出1942〕、柚木馨『独逸民法Ⅱ 債務法（7）』342-343頁（有斐閣、1939）参照。また、ヨーロッパ契約法原則（PECL）art. 10: 201(1) (claims are solidary と表現されている)、および、ユニドロワ国際商事仲裁原則（PICC）art. 11.2.1(2) (claims are joint and several と表現されている)にも、連帯債権に関する明文の規定がある。

が認められているので実際上殆ど使われることはない³²⁾、ということが挙げられている³³⁾。しかし、これはあくまで実際使われることが殆どないから連帯債権に関するルールを設けておく必要がなかった、ということとどまり、連帯債権の発生を否定する趣旨ではないと明確に述べられている³⁴⁾。

b その後の学説

その後の学説も、現在に至るまで、実際使われることは稀であるとは指摘しているものの、その存在や発生自体を否定するものは殆ど見られない³⁵⁾。

これに対し、単独説として、連帯債権は不可分債権と異なるところがないのであるから、民法は連帯債権を認めないものである、と解する川名兼四郎博士の見解がある³⁶⁾。

この見解は、不可分債権と連帯債権は各債

権者が給付を請求でき、債務者も各債権者に履行をすることができる点で共通していること、給付の目的が可分であっても当事者の意思表示によって不可分とできることから、連帯債権は特別に存在する余地がないことを理由としている³⁷⁾。しかし、当事者の意思表示によって給付が不可分であるとされると、各債権者の債権は不可分債権として扱われ、各債権者は全部の給付を請求せざるを得なくなる³⁸⁾。債権者が一部請求をし、それが可能であるとされるならば、その給付の目的は可分であると評価できるから、各債権者は債権を分割して取得することとなろう³⁹⁾。不可分債権と連帯債権は、このように、全部給付の可否という点からは区別されるから、連帯債権は特別に存在する余地がないというものではない、といえよう⁴⁰⁾⁴¹⁾。

32) 法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書 13 法典調査会 民法主査会議事速記録』88頁〔梅謙次郎発言〕(商事法務研究会, 1988)は、「今日デハ實際ニ其必要ガ少ナイ」とした上で、「此債権者間ノ連帯杯ハ契約上日本ニアラウトモ思ヘナイ、是迄アツタト云フ事モ聞カヌ、又アラウ筈ガナイ」とする。法務大臣官房司法法制調査部『法務図書館史料 7 法典調査会 民法議事速記録』254頁〔富井政章発言〕(法務図書館, 1980)も、「連帯債権者ニ付テハ……實際適用ガナイ從テ法律ニ規定ヲ設ケル必要ハナイト云フ丈ケデアル」とする。また、廣中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』418頁(有斐閣, 1987)も、「債権者間ノ連帯ハ實際ニ於テ殆ト其適用ヲ見サルヲ以テ特ニ之ニ關スル規定ヲ置カス」とする。

33) 日本には、連帯債権を用いる慣行もなく、頻繁に生ずるものでもないから、旧民法の規定も、「働方連帯ノ為メニ縷々規定シタルハ或ハ却テ繁雜ニ失スルノ嫌ナキ能ハサルナリ」と言われていた。平松福三郎編・宮城浩蔵『民法正義債権担保編 卷一』398-399頁(新法註釈会, 1890)。

34) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注32)日本近代立法資料叢書89頁〔梅謙次郎発言〕は、債権者間の連帯は、必要があれば「契約ヲ結ンデモ宜イガ其必要ハ極メテ少ナイデアラウ」から、「寧ロ之ハ民法中ニ掲ゲテ置クニハ及バナイト思ヒマス」とし、同91頁〔梅謙次郎発言〕は「契約デ以テ債権者間ノ連帯ノ如キモノヲ物好キニ拵ヘルノハ構ハナイ是レハ法律ガ禁ズベキ事柄デナイト云フコトハ明言シテ置キマシタ」とする。また、同91頁〔富井政章発言〕は「債権者間ノ連帯ニ關スル規定ヲ削除シタカラト云フテ實際之ガ出来ナイ法律ニ禁ズルト云フ精神デハナクシテ……」とする。更に、杉村章三郎ほか監修・芦部信喜ほか編集・梅謙次郎ほか『日本立法資料全集 別巻39 法典質疑問答 第3 民法債権 全』30頁〔仁井田益太郎〕(信山社, 復刻版, 1994)〔初出1906〕は、法律行為は公序良俗に反しない限り有効であることから、「当事者カ特約ニ依リテ数人ノ債権者間ニ連帯ノ存ス可キモノト為シタルトキハ数人ノ債権者ハ各連帯シテ債権ヲ有スルニ至ルモノトス可シ」とする。

35) 注26)および注27)に挙げた文献のうち、契約による連帯債権の発生を否定する見解は、存在しない。

36) 川名兼四郎『債権法要論』346-347頁(金刺芳流堂, 1915)。

37) 川名・前掲注36)346-347頁は、「其可分ナル場合ニ於テ連帯債権ヲ約スルモ亦其給付ノ不可分ナルコトヲ約スルモ結局同一ノ結果ヲ生スヘキモノナレハ民法ハ殊ニ連帯債権ヲ認メサル也ト思フ」とする。

38) 注28)参照。

39) 民法431条。

40) 勝本・前掲注26)債権総論261頁、近藤=柚木・前掲注27)69頁は、同趣旨をいうものと理解される。

なお、債権法改正により、連帯債権について明文の規定を設けることが提案されているが、ある研究グループの手による「債権法改正の基本方針」によれば、連帯債権と不可分債権とは、「特に効果が異なるわけではない。後者は債権が不可分であるとき、それを連帯債権と呼称するのは不自然である」という程度にしか違いがないとされ、不可分債権は連帯債権の規定を準用する形式で規律されている(民法(債権法)改正検討委員会編『詳細・債権法改正の基本方針Ⅲ——契約および債権一般(2)』373-375頁, 377-379頁(商事法務, 2009))。しかし、不可分債権と連帯債権は、給付の全部を請求しなければならないのか、一部をも請求しうるのか、という点は異なる。効果に違いがないとされているのは、提案されている連帯債権の規定(不可分債権に準用される)が、単に「履行を請求し」と書かれており、全部か一部かという違いを捨象する表現を用いているためであると理解されよう。

以上の考察からすると、民法典に連帯債権に関する規定が存しないことは、当事者が契約により連帯債権を発生させることを妨げるものではないといえることができる。

2 連帯債権を発生させる契約の内容・当事者

(1) 契約の内容

それでは、連帯債権は、一般的にいかなる内容の契約によって発生させることができるのであろうか。連帯債権を発生させる契約の内容として論理的に考えられるのは、第1に、連帯債権者を消費貸借契約上の貸主とし複数の貸付債権に連帯の特約を付するという内容、第2に、連帯債権者を消費貸借契約上の貸主とせずただ連帯債権創出の合意により新たに債権を取得させるという内容、の2つの内容であろう。

パラレルデットの議論をこれに当てはめてみると、パラレルデットは共同貸付であるという論拠は、消費貸借契約上の貸主が複数存するとすれば発生する複数債権は連帯債権とすることができるという論拠であるから、前者に関わる。他方、併存的債務引受が有効であるから連帯債権創出の合意も有効であるという論拠は、後者に関わる。

以下では、これらの方法はいずれもが連帯債権の発生原因となりうるのか、検討しよう。

う。

a 沿革的に見た連帯債権の利用

前述のとおり、沿革的には、連帯債権は、代理の代用として用いられたものであるとされる。また、債権譲渡や相続の代用でもあったとされる⁴²⁾。すなわち、債権の取立を委任するため、または他者に債権を帰属させるために、連帯債権を債権者でなかった者に対して発生させることが沿革的な利用方法であったといえることができるのである。

このように、連帯債権関係は、ある債権と連帯関係に立つ債権を創出し、債権者でなかった者を新たに債権者とする場合が、沿革的に見ると典型的な利用方法であったといえよう⁴³⁾。したがって、連帯債権創出の合意により新たに債権を取得させる方法が、沿革的に認められてきた発生原因であるといえることができる。

b 学説

連帯債権を発生させる契約はいかなる内容を有するのかについて具体的に検討している学説は、現在まで殆ど存しない。唯一この問題について詳細に検討している石坂音四郎博士は、連帯債務における議論⁴⁴⁾と同様の議論を展開し、連帯債権関係は1個の契約に基づいて発生させなければならないのか、それとも複数の契約で発生させることもできるのか、という問題に関して、連帯債権は「実質的原因」⁴⁵⁾を同じくすれば発生させること

また、注41)も参照。

41) 不可分債権と連帯債権とは、絶対的効力事由・相対的効力事由のデフォルトルールにも違いを見出すことができる。連帯債権については、(a) 不可分債権の規定を類推適用する立場(於保・前掲注26)250-251頁)があり、この立場によれば、不可分債権との違いはなくなる。しかし、(b) 学説の多数は、連帯債務の規定を類推適用するべきであるとしている。また、(c) 連帯債権独自の観点から決するべきとする立場(山中康雄「いわゆる連帯ということの意義」民商33巻3号317頁(1956))もある。少なくとも、不可分債権の規定を類推適用する(a)の見解を採らない限り、不可分債権と連帯債権は同一であるといえることはできないといえよう。

なお、「債権法改正の基本方針」は、注40)のとおり、連帯債権と不可分債権は特に効果が異なるわけではないとして、不可分債権の規律(民法429条)を連帯債権の規定として維持している。しかし、現在の学説の多数説である連帯債務の規定を類推適用する見解(b)を採用すれば、両者の効果に違いが生じるといえるのではなかろうか。

42) 船田亨二『ローマ法 第3巻』621頁(岩波書店、改版、1970)。

43) 椿・前掲注26)433頁は、連帯債権の機能として、債権譲渡の代用である、という点を指摘し、「実際には債権を譲り受ける者が連帯債権者として加入し、彼のみが全額を取り立てることによって、債権を譲渡するのと同じ効果が得られたのではないか」とする。この記述によれば、連帯債権を新たに発生させ、債権者を加入させる、という発生原因を認めているようにみえる。

44) 連帯債務は1個の債務なのか複数の債務なのか、という議論に由来する争いである(論争史および各国の立法例、日本法における解釈は石坂・前掲注27)767-792頁を参照した)。現在では、複数債務が成立することについて、学説上異論がないため、この問題については論じない。

45) ここでいう「原因」の意義については、後述IV3(2)a参照。

ができるという理由により、複数の契約でも発生させることができるとする⁴⁶⁾。

この見解は、連帯債権関係は1個の契約で生じさせることを原則とし、「実質的原因」を同じくする1個の消費貸借契約により生ずる複数債権は、特約により連帯債権関係とすることができるとするものといえよう。

また、この見解によれば、連帯債権関係を複数の契約により発生させる場合には、「実質的原因」を同じくする同一の売買代金支払債務や同一の消費貸借契約上の債務について連帯関係を作り出すものでなければならない。つまり、複数の契約による連帯債権の発生は、同一の消費貸借契約上の債務について連帯債権関係を作り出す契約（貸付人単独の消費貸借契約+連帯債権創出の合意、もしくは、貸付人複数の消費貸借契約+事後的な連帯契約）により認められるが、「実質的原因」を異にする別個の契約上の債権について連帯債権関係を生じさせること（消費貸借契約+消費貸借契約+連帯契約）はできない⁴⁷⁾ということとなる⁴⁸⁾。

以上の考察からすると、連帯債権の発生原因としては、第1に、連帯債権者を消費貸借

契約上の貸主とし複数の貸付債権を連帯債権とする構成（以下、「共同貸付構成」という）、第2に、連帯債権者を消費貸借契約上の貸主とせず連帯債権創出の合意により新たに債権を取得させるという構成（以下、「連帯債権創出合意構成」という）、という2つの構成がありうるということができよう⁴⁹⁾。

c 連帯債権創出合意の法的性質

それでは、「連帯債権創出の合意」とは、いかなる法的性質を有するものなのか。この問題については、現在に至るまで議論はなされていないところである。

このような学説状況において連帯債権創出の合意の法的性質を分析するためには、併存的債務引受の法的性質に関する議論を参照することが有益であろう。なぜなら、連帯債権創出の合意は、原債務者が、新債権者に対して新たに債務を負担することを内容としており、連帯債務創出の合意である併存的債務引受契約も、引受人が、原債権者に対して新たに債務を負担することを内容としているから⁵⁰⁾、新たに原債務と同内容の債務を併存的に発生させるという点においては、両者に共通性があると考えられるからである⁵¹⁾。

46) 石坂・前掲注27)924-925頁。勝本・前掲注26)債権総論260頁も同様の趣旨と理解される。連帯債務に関して議論しているものについては、鳩山・前掲注27)217-218頁など。

47) これをパラレルデットの場面に即していえば、消費貸借契約+無因債務負担契約+連帯特約という構成は、仮に無因債務が有効であると解されたとして、連帯債権の発生原因としては認められないこととなる。従来の議論の中には、このような構成を示唆するもの（長谷川・前掲注7)319-321頁、325-326頁など）もあるが、本文のように解すると、連帯債権の発生原因としては認められないということになる。

48) 連帯債務に関して、石坂・前掲注27)799-805頁。このように解される理由は明確ではないが、連帯債権債務はあくまで1つの債権債務関係を拡張する機能を有するのであって、2つの債権債務関係を融合させて拡張することは予定されていない（少なくとも更改によらなければならない）、との理解が前提にあるように思われる。

49) なお、連帯債務において、消費貸借契約締結時に、連帯債務者となるべき者を消費貸借契約上借主とせず、消費貸借契約上連帯債務者としてのみ位置づける契約は、「一箇ノ契約」とされるのか、という問題はある。しかし、石坂・前掲注27)799-805頁は、連帯債務者も借主となる契約を「一箇ノ契約」としており、借主とならない場合は「数箇ノ契約」によるべきと解しているように思われ、連帯債権も同様の構造であると解される（同924-925頁参照）から、連帯債権者を貸主とせず単なる連帯債権者として位置づける契約は、「数箇ノ契約」であると解されているといえよう。

50) 引受人が新たに債務を負担する点に債務引受の特色が認められ、債務引受が人的債務加入として概念整理される（末川博「併存的債務引受」『続民法論集』166頁、166-170頁（評論社、1962）〔初出1920〕）所以となっている。なお、「債務承継のための債務加入」と「担保のための債務加入」を分類する議論を参照して債務引受の機能を分類して捉える近時の見解として、遠藤研一郎「併存的債務引受に関する一考察」私法67号150頁（2005）、同「併存的債務引受」NBL799号86頁（2004）、同「免責的債務引受に関する一考察（1）～（2・完）」法学新報108巻1号89頁、2号99頁（2001）などがある。

51) 末川・前掲注50)172頁は、「併存的債務引受は、必ず他人の債務に関連することを要する。自己の債務を併存的に引受けるということは観念上許されない」としている。連帯債権創出の合意は、自己の債務をいわば併存的に引き受けることを意味しているが、末川博士のいう「観念上」というのは、併存的債務引受が、定義上、「第三者（いわゆる引受人）」（同171頁）の存在を前提としていることから、自己の債務を併存的に引き受けるのは

そこで、以下では、併存的債務引受の法的性質論を参照して、連帯債権創出の合意の法的性質を検討していこう。

第1に、併存的債務引受契約は、引受人が原債務と同内容の債務を新たに負担することを約する契約である、とする見解（債務承認説）がある⁵²⁾。この見解によれば、併存的債務引受契約によって、引受人の下に、原債務と同内容の債務が新たに発生することとなる。

この債務承認説と同様に、連帯債権創出の合意も、債務者が新債権者に対して原債務と同内容の債務を負担することを約する契約である、と位置づけることができる。

第2に、併存的債務引受契約は、原債務者の下に原債務と同内容の債務を発生させ、それを引受人の下に承継させることを約する契約である、とする見解（設定的承継説）がある⁵³⁾⁵⁴⁾。この見解によれば、併存的債務引受契約によって、債務者の下に原債務と同内容の債務が発生（設定）し、その債務が引受人の下に承継されることとなる⁵⁵⁾。

連帯債権創出の合意は、設定的承継説と同様の構造を有するとは考えられないであろう。なぜなら、債務の引受人は存在しないので、債務の承継が観念できないからである。他方で、従来の債権者の下に債権の設定がなされ、それが新債権者に承継されるということはいえるから、債権の設定的承継という観念は容れる余地があるが、債権の承継は債権譲渡（民法466条以下）であり、これを特別な承継と称して論じる実益はないであろう

し、従来の債権者の下に債権を設定することを認めるならば、端的に新債権者の下に債権の設定を認めれば足りよう。また、承継という要素は除外して、債務の設定のみに着目することも考えられるが、それでは債務承認説と法的性質は異なることとなろう。

以上の考察からすると、連帯債権創出の合意についても、併存的債務引受における債務承認説と同様の法的性質が妥当するといえよう。すなわち、連帯債権創出の合意は、債務者が新債権者に対して原債務と同内容の債務を負担することを約する契約である、ということができる。

(2) 連帯債権を発生させる契約の当事者

以下では、更に進んで、以上2つの構成において、いかなる者を当事者とした契約が締結されると捉えるべきか、という問題について検討してみよう。

a 共同貸付構成の場合

共同貸付構成の場合には、当該貸付契約自体に連帯債権関係を生じさせる特約が存する場合と、貸付契約成立後、事後的に当該貸付契約上の複数債権を連帯債権関係とする場合との、2つの場合が考えられるから、場合を分けて考える必要がある。

当該貸付契約自体に連帯債権関係を生じさせる特約が存する場合には、通常、共同貸付人全員と借入人という、連帯債権関係の当事者全員の合意が存するといえよう。そして、全当事者の合意による連帯債権関係の発生は、否定する理由はない。例外的に、共同貸付人の一部が借入人と連帯債権関係を生じさ

併存的債務引受とはいえない、ということにとどまり、積極的に連帯債権創出の合意を否定する趣旨ではなからう。

52) 石坂晋四郎「重疊的債務引受論」『改纂民法研究下巻』421頁、423頁（有斐閣、第4版、1924）、同・前掲注27)1352頁、末川・前掲注50)196-203頁、四宮和夫＝西村信雄『総合判例研究叢書 民法（14）』21頁（有斐閣、1960）、我妻・前掲注11)572-573頁、西村編・前掲注22)429頁、471頁〔椿寿夫〕など。

53) 於保・前掲注26)338-339頁、奥田・前掲注26)469頁、472頁、475-476頁。明確でないが、遠藤・前掲注50)法学新報2号155頁、同・前掲注50)私法153頁も同趣旨を示唆しているようにみえる。

54) 「債務者は自己の負担する債務と同一内容の債務を新たに設定してこれを引受人に譲渡するもの」と説明される。奥田・前掲注26)476頁。

55) 於保博士は、債権者・引受人間の契約による併存的債務引受は、債務加入の一種という意味で債務引受であるが、専ら他人の債務の担保を目的としており、本来的な債務引受とは異なるとしている。そして、債務者・引受人間の契約による併存的債務引受が、債務引受というの一番適するとした上で、設定的承継の概念を用い、債権者の承諾を原債務者の免責要件であるとしている。そして、3者間の契約によるときは、いずれの効果をも生じうるとされている（以上につき於保・前掲注26)335-339頁）。本稿は、3者間の契約により設定的承継の効力が生じる場合を想定している。

せる旨の合意をしたが、他の貸付人の関与がないという場合もありえよう。しかし、このような、一部の貸付人と借入人との合意によって連帯債権関係の発生を認めることができるか、という問題には、現時点では解答を与えることは難しい。なぜなら、共同貸付の場合には、貸付人は不可分債権者となる⁵⁶⁾のであるが、その者が自らの関与なく連帯債権者とさせられるとしても、それが貸付人の不利益となるかどうかは、連帯債権のデフォルトルールが不明確である現在においては⁵⁷⁾不明確であるといわざるをえないからである。少なくとも、共同貸付人全員と借入人という、連帯債権関係の当事者全員の合意によれば、連帯債権の発生は可能であるということを指摘するととどめる。

貸付契約成立後、事後的に当該貸付契約上の複数債権を連帯債権関係とする場合にも、共同貸付人全員と借入人との合意によって連帯債権関係を発生させることは、認められるといえよう。共同貸付人の一部と借入人との合意による場合については、上述と同様に、解答を与えることは難しい。共同貸付人全員の合意はあるが、借入人の関与がない場合もありえようが、これも、債務者にとって不可分債権と連帯債権いずれが有利なのか、という問題と関係することからすると、現時点においては、解答を与えることは難しい。

b 連帯債権創出合意構成の場合

連帯債権創出合意構成の場合、原債権者・

新債権者・債務者という3者の合意により連帯債権を発生させることができることには、異論はなからう⁵⁸⁾。

原債権者・債務者間の合意はどうか。この場合、原債権者・債務者という、新債権者が加入することによって不利益を被りうる者が合意をしているのであるから、第三者のためにする契約によって、新債権者が連帯債権を取得することは認められるといえよう⁵⁹⁾。しかし、第三者のためにする契約により生ずる連帯債権は、原債権者・新債権者間に主観的共同関係⁶⁰⁾がないといえるから、不真正連帯債権であると解される可能性がある⁶¹⁾。

新債権者・債務者間の合意はどうか。この場合、原債権者の関与なしに新債権者が加入することによって、原債権者が新債権者の無資力リスクを負担するなどの不利益を被るおそれがあるから、新債権者・債務者間の合意のみによっては、連帯債権の発生は認められないといふべきであろう⁶²⁾⁶³⁾。

原債権者・新債権者間の合意はどうか。この場合、債務者の関与なしに請求主体が増えるため、債務者に不利益となるから、連帯債権の発生は認められないといふべきであろう⁶⁴⁾。

(3) シンジケートローンにおける利用

以上のような2つの連帯債権の発生原因は、シンジケートローンにおける担保権の一元的管理、というパラレルデットの目的からすると、いずれがより適切的な法律構成であ

56) 我妻・前掲注11)388頁。

57) 注41)参照。

58) 石坂・前掲注27)924-925頁は、3者の合意による連帯債権創出は妨げられないことを前提としているものと理解できよう。なお、併存的債務引受も、債務者・引受人・債権者3者の合意によりなしうることには、異論はない。

59) 併存的債務引受契約が、債務者・引受人間の第三者のためにする契約によって有効になしうると解されていることと、同様であるといえよう。

60) 連帯債権の主観的共同関係については、後述する。

61) 併存的債務引受に関して、不真正連帯債務が発生する場合を認める見解として、末川・前掲注50)267頁、沖野眞巳「判批」中田裕康ほか編『民法判例百選II 債権(第6版)』66頁(2009)参照。

62) 反対に、石坂・前掲注27)924-925頁は、この場合にも連帯債権の発生を認めている。

63) 洞雛ほか・前掲注6)952号25-26頁、洞雛=島崎・前掲注6)5頁は、併存的債務引受は保証とのアナロジーで認めることが可能であるが、パラレルデットはそうではない、と指摘している。これは、併存的債務引受は債務者の増加であって、保証とのアナロジー(民法462条)により原(主)債務者の意思に反した債務者の増加も認められるが、連帯債権創出の合意は債権者の増加であって、原債権者の意思に反した債権者の増加は認められない、ということを用いるものとして理解できよう。

64) 債務者・債権者間の契約による併存的債務引受は認められていないのと同様、新たな債務負担が発生する者との合意は必要的であろうと思われる。

ろうか。

論理的には、共同貸付構成も、連帯債権創出合意構成も、シンジケートローンにおいて利用は可能である、ということ是可以する。しかし、貸付人が貸付義務を負担する諾成的消費貸借契約としてシンジケートローンが構成されている⁶⁵⁾ことからすると、共同貸付構成を用いると、パラレルデットの利用目的にそぐわない事態が生じうると思われる。

すなわち、エージェントが諾成的消費貸借契約の貸付人としての地位を有するということは、エージェントは、各貸付人と共同して⁶⁶⁾、貸付義務を負担するということを意味する⁶⁷⁾。このように、共同貸付構成によると、エージェントも貸付義務を負担することとなり、担保権の一元的管理のために経済実質のない債務を発生させようとしたにも関わらず、そのために、エージェントが貸付人として金銭の抛出義務を負うこととなりかねない⁶⁸⁾。この問題に対処するために、エージェントの貸付義務を特に免除する旨の約定を付しておく、ということも考えられるが、貸付義務が免除された貸付人に諾成的消費貸借契約が有効に成立するのか、疑問がありえよう⁶⁹⁾。

他方で、連帯債権創出合意構成による場合は、エージェントは消費貸借契約上の貸付人とはされないのであるから、以上のような問題は生じない。したがって、少なくともシン

ジケートローンにおいては⁷⁰⁾、エージェントを貸付人として構成した場合の疑義を回避できるため、連帯債権創出合意構成の方が、よりパラレルデットによる担保権の一元的管理という目的に適合的であるということができよう。具体的には、貸付人・エージェント・借入人の3者の合意により、「各貸付人の取得する貸付債権について⁷¹⁾、エージェントを連帯債権者とする」という契約を締結するべきであろう。

連帯債権の利益部分が0である 3 ことは連帯債権の発生を阻害するか

パラレルデットは、連帯債権者間の内部関係として、借入人より回収した金銭を全額貸付人に償還するように設計されるため、エージェントの連帯債権の利益部分は0であり、他方、貸付人の連帯債権の利益部分は100である。

このように、パラレルデットは経済的な実質のない連帯債権として位置づけられ、エージェントは、いわば取立委任における受任者の立場に類似する地位にある。このような利益部分0の連帯債権は、有効に発生させることができるのであろうか。この問題に関して、連帯債権は「内部分配を本質とすると解すべきである」⁷²⁾との見解があるが、この

65) JSLA タームローン契約書2条2項, JSLA リボルビング・クレジット・ファシリティ契約書2条1項。

66) このとき、各貸付人とエージェントの義務は、不可分債務もしくは連帯債務となると解される。佐藤監修・菅原ほか・前掲注3)20頁参照。

67) 諾成的消費貸借契約の構造については、森田宏樹「債権法改正を深める 諾成的消費貸借における要物性の意義(1)～(3)」法教363号72頁(2010)、365号88頁、366号44頁(2011)参照。

68) 共同貸付人として貸付人の借入人に対する義務が不可分債務もしくは連帯債務であると解されることを防ぐために、貸付人の権利義務の個別独立の原則が契約書に明記され(佐藤監修・菅原ほか・前掲注3)20頁)、あくまで各貸付人は単独貸付人として位置づけられていることに反する事態であろう。

69) 洞雛ほか・前掲注6)953号45-46頁、洞雛＝島崎・前掲注6)7頁の契約書の雛形においては、エージェントの貸付義務を免除する約定が規定されている。しかし、森田・前掲注6)363号80-81頁は、「貸主の目的物交付義務」は「諾成的消費貸借契約の本質的要素」であると解しており、貸付義務を負わない諾成的消費貸借契約は有効に成立するのか、疑問がある。エージェントの貸付義務を免除せずに、損害賠償義務などを免除し、実質的にエージェントを貸付人とはしないことによって対処することは可能ともいえるが、そのような迂遠な構成よりも、端的にエージェントを貸付人としないう構成をとるべきであると思われる。

70) 要物的消費貸借契約の場合には、貸付人に貸す債務は存在しないから、このような事態は生じないといえよう。

71) 貸付人の借入人に対する貸す債務の履行により、貸付人に貸付債権が生じ、その貸付債権について連帯債権者となる、ということである。森田・前掲注6)363号79-81頁。

72) 我妻・前掲注11)447頁。

見解に従えば、利益部分 0 の連帯債権は連帯債権の本質に反する債権として（債権自体もしくは利益部分が）、無効と評価される可能性がありうる。なぜなら、利益部分 100 の連帯債権者が給付を受ける場合には、他方の連帯債権者に対して内部分配がなされないから、内部分配という連帯債権の「本質」に反する、ともいうことができるからである。

そこで、利益部分 0 の連帯債権は有効に発生させることができるのか、という問題について、連帯債権の「本質」との関係を考慮しつつ、検討する必要がある。

(1) 連帯債権者間の内部分配の根拠⁷³⁾

この問題は、連帯債権者間の内部分配はいかなる法的根拠により行われるものなのか、という問題と密接に関わる。そこで、以下では、連帯債権者間の内部関係の根拠を検討し、利益部分が 0 であることは連帯債権の本質に反するといえるのか、検討していこう。

a 旧民法

旧民法は、連帯債権者は、権利の行使について、相互に代理人となる、ということをも明文で規定していた⁷⁴⁾。このように、連帯債権者間の内部関係を代理関係として捉えると、内部分配は、代理人が受領した金銭を本人に返還する関係と同様の法的根拠により行われるものとして捉えられる⁷⁵⁾。そして、任意代理人たる受任者が債権の行使により取得した金銭は、委任者に全額返還されるのが原則⁷⁶⁾であって、受任者の利益部分は、い

わば 0 である。したがって、連帯債権者間の内部関係は代理関係であって、内部関係に応じて全額の償還も予定されているのであり、利益部分 0 の連帯債権は内部分配の法的根拠に反するものではないといえる。よって、内部関係を以上のように捉えれば、利益部分 0 の連帯債権は連帯債権の本質には反しない、ということができよう⁷⁷⁾⁷⁸⁾。

b 主観的共同関係説

連帯債務者間の内部関係は、主観的共同関係によって規律されると解する見解（主観的共同関係説）が現在の通説⁷⁹⁾である。この連帯債務における通説と同様、連帯債権においても、連帯債権者間には主観的共同関係が認められなければならない、と解する山中康雄博士の見解⁸⁰⁾がある。

この見解によれば、連帯債権者間の主観的共同関係には、債権譲渡や取立委任など、様々な場合がありうると思われる⁸¹⁾。これは、連帯債権創出合意構成を連帯債権の発生原因とする場合において、原債権者の利益部分を 0 とし、新債権者の利益部分を 100 とするときには、債権譲渡と類似し、他方、原債権者の利益部分を 100 とし、新債権者の利益部分を 0 とするときには、取立委任と類似する⁸²⁾、という趣旨であろう。そうすると、パラレルデットが用いられる場合は、新債権者の利益部分が 0 とされるのであるから、連帯債権者間の内部関係は、取立委任であると解することとなろう。すなわち、内部関係

73) 西村編・前掲注 22)49-53 頁〔椿寿夫〕、西村編・前掲注 22)114-115 頁〔椿寿夫〕。フランスの学説および旧民法からの沿革については、淡路剛久『連帯債務の研究』69-140 頁（弘文堂、1975）を参照した。

74) 旧民法債権担保編 74 条。

75) 井上操『民法詳解債権担保編之部 上巻』442 頁（寶文館、1892）は、「代理人カ委任者ノ為メニ弁済ヲ受ケタルキハ代理人ハ必ス委任者ニ対シテ之カ返還ヲ為サル可ラサルト同シ……」という。

76) 民法 646 条。

77) 連帯債務の求償権規定について、委任との類似性を指摘するものとして、山中・前掲注 41)334-335 頁がある。

78) なお、現行民法においても旧民法と同様、相互代理関係を観念する見解もある。例えば、梅ほか・前掲注 34)31-32 頁〔仁井田益太郎〕など。

79) 我妻・前掲注 11)430-431 頁など。

80) 山中・前掲注 41)348 頁。

81) 山中・前掲注 41)349-350 頁。

82) 連帯債権は代理の代用であったとされているが、連帯債権者は自己の名において履行請求をなするので、代理よりも取立授権の方がより類似する。しかし、取立委任が代理権授与の趣旨であっても、取立授権の趣旨であっても、主観的共同関係が委任関係であるのは異ならず、受任者は委任者に回収した金銭の返還義務を負うと解されよう。

上、取立委任の受任者の利益部分は0であって、委任者に取り立てた金銭の全額を返還しなければならないのであるから、利益部分0の連帯債権は、内部分配の法的根拠に反するものではないといえる。よって、内部関係を以上のように捉えても、利益部分0の連帯債権は連帯債権の本質には反しない、ということができよう⁸³⁾。

c 相互保証説

連帯債務の内部関係論としては、連帯債務者が相互に他の連帯債務者の負担部分を保証していると解する説(相互保証説)も、有力に主張されている⁸⁴⁾。しかし、相互保証説の考え方によって、連帯債権の内部関係をも説明する学説は見られない。

この点は、次のように説明しえよう。すなわち、各連帯債権者は負担部分として債務を負担しているわけではないから、連帯債権においては、負担部分とそれ以外の部分に分けて、後者について保証という観念を入れることができない。また、相互保証説の考え方から着想を得つつ、連帯債権の内部関係をいわば相互取立委任関係として位置づけることも考えられよう。しかし、相互保証説は、連帯債務者は各自全部の給付義務を負っており、自己固有の義務としての負担部分を超えて、他の連帯債務者の負担部分に相当する義務をも負担している状態を法的に説明することを主眼として、負担部分についての相互保証と

いう観念を利用したものである。他方、連帯債権においては、相互取立委任という観念を利用しても、取立委任はあくまで委任者のみが債権者であって、受任者も債権者となるわけではないから、自己固有の権利としての利益部分を超えて、他の連帯債権者の利益部分に相当する債権を有することを説明できない⁸⁵⁾。連帯債権者が他の連帯債権者の利益部分に相当する債権を有することについて、連帯債務における相互保証説のようなクリアな説明を与えることは難しいから、連帯債権は、その性質上、内部関係と外部関係が分離し、内部関係が取立委任関係であっても、利益部分という自己固有の債権を超えて、他の連帯債権者の利益部分に相当する債権を有することができる権利である、という他ないのではなかろうか⁸⁶⁾。

以上の考察からすると、連帯債権において、原債権者の利益部分を100とし、新債権者の利益部分を0とするときは、連帯債権者間の内部関係(主観的共同関係)は、代理権授与の趣旨であろうが授權の趣旨であろうが⁸⁷⁾、少なくとも取立委任関係であるということができ、取立委任関係によって利益部分0の連帯債権の内部分配に法的根拠を与えることができるのであるから、利益部分0の連帯債権は、内部分配という本質に反するものではないということができよう⁸⁸⁾。なお、連帯債権は、沿革的に債権譲渡や代理の代替

83) 金融法委員会・前掲注7)27頁注72は、無因性に関する記述ではあるが、負担部分0の連帯債務の発生は認められることを利益部分0の連帯債権が認められる理由として指摘している(負担部分0の連帯債務の発生を認めるものとして、梅・前掲注28)176頁、我妻・前掲注11)405-406頁、430頁、432頁、奥田・前掲注26)414頁など。負担部分0の連帯債務の発生は判例上も認められている。大判大正4年4月19日民録21輯524頁)。これは、連帯債務の場合、内部関係は連帯保証に類似する支払委託であり、連帯債権においては取立の委託である、という論理を媒介とすれば説明できよう。

84) 山中康雄「連帯債務の本質」石田文次郎選集『石田文次郎先生還暦記念——私法学の諸問題(1)民法』371頁、385-386頁(有斐閣、1955)、於保・前掲注26)236-237頁。

85) 連帯債務において相互保証説を主唱された山中博士(山中・前掲注41)348頁)が、連帯債権者相互の関係は主観的共同関係で説明されるのは、以上のような理由に基づくものと推察される。

86) 求償権の根拠に関しては、連帯債務においては、本文中で紹介した主観的共同関係説や相互保証説の他にも、他人の債務の弁済であるから不当利得となすもの(石田文次郎『債権総論』101-103頁(早稲田大学出版部、再版、1948)、同『債権総論講義』154-155頁(弘文堂、1936)、鳩山・前掲注27)229-230頁)や、公平の見地より法律の規定により特に認められたもの(石坂・前掲注27)870頁)とする見解が存在する。しかし、これらの見解は、内部関係に委任や組合などがあればそれに従うとしているので、内部関係が存在する場合には、本文に述べた議論が同様に妥当することとなろう(連帯債権について、鳩山・前掲注27)246頁注1、石坂・前掲注27)931-932頁)。

87) 注82)参照。

88) このように解すると、我妻博士はいかなる場合を「本質」に反すると理解していたのか、という疑問が生

手段として用いられていたものであることは前述のとおりであり、このような沿革からしても、利益部分0の連帯債権はその発生を予定されているものであるといえよう。

(2) シンジケートローンにおける利用

シンジケートローンにおけるエージェントと参加金融機関の関係は、委任ないし準委任関係であると解されており、エージェントは参加金融機関の代理人であるとされている⁸⁹⁾⁹⁰⁾。そうすると、パラレルデットが用いられる場合には、エージェントと参加金融機関の内部関係である委任ないし準委任の委託内容として、各貸付債権の取立委任が含まれていると見ることができ、それを連帯債権者間の内部関係として位置づけることができるのではなかろうか。したがって、パラレル

デットが用いられる場合には、エージェントと貸付人である参加金融機関の内部関係は取立委任関係であると解することができ、利益部分が0の連帯債権であることを理由としては、パラレルデットの有効な発生は否定されないということができよう⁹¹⁾。

IV. パラレルデットと無因債務性⁹²⁾

1 無因債務とは

(1) 定義

無因債務とは、少なくとも共通理解としては、「原因関係の存否やその効力に関係なく、原因の合意と切離されてその効力が発生、存続する出損行為ないし債務である」と解され

じえよう。詳細な検討の対象とはしないが、これは、利益部分が存在せず、内部分配がおよそ行われぬ連帯債権関係を否定する趣旨である、と理解できよう。

利益部分が存在せず、内部分配がおよそ行われぬ連帯債権関係は、競合する請求権の一方が譲渡された際に発生することがありうる。四宮和夫『請求権競合論』31頁注10（一粒社、1978）では、もし競合する債権の一方が譲渡されれば、他方の債権と連帯債権の関係（ドイツ民法428条以下）となるとするラーレンツの議論が参照されており、日本法においても、同様に連帯債権関係が生じるものと解されるからである。

このような競合する請求権の一方の譲渡の可否は、明確に議論がなされていないものの、同18-23頁に示されているように、競合説の論者は否定的に解するのが一般的なようである。そうすると、競合説に立つ我妻博士（末弘嚴太郎編集代表・我妻榮『新法学全集 第10巻 民法 4 事務管理・不当利得・不法行為（3・完）』132-133頁（日本評論社、1939）、同『民法大意 上巻』132-133頁（岩波書店、1944））は、このような譲渡により生ずる連帯債権関係を否定する趣旨を込めて、内部分配を本質とすべきと論じていると理解できよう。推測の域を出ないが、一応このように考えられるから、本文に述べた議論の妨げにはならないと思われる。

89) 牛嶋将二ほか「シンジケートローン実務の法的側面」金法1591号20頁、34頁〔佐藤正謙発言〕（2000）、清原健三橋友紀子「シンジケート・ローンにおけるアレンジャーおよびエージェントの地位と責務」金法1708号7頁、10頁（2004）、御厨景子「シンジケートローンの基本的仕組みと法的問題点」銀法695号10頁、13頁（2008）、佐藤監修・菅原ほか・前掲注3)22-23頁。

90) なお、アレンジャー段階においては、参加金融機関とアレンジャーの間には契約関係は存しないと解されている。注89)に掲げた文献の他、最判平24年11月27日判タ1384号112頁田原睦夫補足意見、原審である名古屋高判平成23年4月14日金法1921号22頁、原原審である名古屋地判平成22年3月26日金法1921号43頁、小塚荘一郎「アレンジャーの責任に関する理論とあてはめと政策論」金法1925号25頁（2011）、大西義朗ほか「アレンジャーの情報提供義務と今後の実務影響——名古屋高裁シ・ローン判決を契機として」同34頁、松田和之「シ・ローンにおけるアレンジャーの情報提供責任——名古屋高判平成23.4.14を契機として」同62頁参照。

91) 内部分配の根拠を主観的共同関係として捉えると、連帯債権の譲渡がなされた場合、新債権者は当初の負担部分の拘束を受け続けるのか、という問題が生じよう。この問題は、連帯債務の場合でいえば、併存的債務引受により負担部分0の連帯債務が引受人に発生し、その債務を更に新引受人が免責的債務引受により引き受けた場合に、新引受人は負担部分が0であることを原債務者に主張できるか、という問題に類似しており、解決を与えることは難しい。しかし、新債権者と利益部分0の連帯債権者との間で改めて利益部分の合意をすれば、この問題は生じないといえるから、連帯債権を譲渡する場合には利益部分0の連帯債権者を関与させておいた方が望ましい、ということは指摘することができよう。なお、シンジケートローンにおいては、貸付債権の譲渡は譲受人が当初の契約条項に拘束されることが要件とされていることからすれば（JSLAタームローン契約書26条1項1号、JSLAリボルビング・クレジット・ファシリティ契約書30条1項1号）、新債権者は利益部分の拘束を受け続けることとなろう。

92) 原因概念は、後述のようにドイツ法・フランス法において議論があり、日本法においてもその概念の機能をめぐって議論が蓄積されている。しかし、本稿は日本法における議論を対象とし、それと関連する限度で外国における議論を参照するに留める。外国法の詳細な検討は、他日を期したい。

ることには異論がない⁹³⁾。他方で、ここでいう「原因関係」や「原因」の意義は、論者により様々であるとされる⁹⁴⁾。しかし、債務が有因か無因かというレベルで問題となる「原因」の意義については、原因を主観的原因と客観的原因とに二分し、客観的原因を「原因関係」または「原因」である、と解することに、学説上ニュアンスの違いは認められるものの、異論はないように思われる。

a 主観的意義の原因

主観的意義の原因とは、債務負担行為を為す直接の決意・目的のこと⁹⁵⁾をいい、主観的に債務者に存するか否かが問題とされるものである。このような意味の原因の原因（間接の決意・目的）が動機・縁由であると解されている⁹⁶⁾。

このような意味での原因は、心理的なものであることから、いかなる場合であっても欠けるところはないとされる⁹⁷⁾。したがって、

原因を主観的に捉えると、債務は常に有因債務であるということとなり、無因債務は存在しないこととなろう。しかし、主観的原因との関係によって有因債務と無因債務とを区別する見解は、学説上見られないように思われる⁹⁸⁾。

b 客観的意義の原因

客観的意義の原因とは、主観的原因の客観的実現のことをいう。具体的には、双務契約においては相手方の債務負担、要物契約においては目的物の引渡しなどがこれに当たる⁹⁹⁾。このような客観的原因は、客観的に存在するか否かが問題となるものであるから、法律上、債務負担の有効性から遮断することができる。このような客観的原因の存否や効力から切離された債務が無因債務である、と解する見解が、ニュアンスは相違するものの、学説上多数であると思われる¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾。

93) 吉川義春「無因債務契約をめぐる若干の研究(1)～(3・完)」判タ345号12頁,16頁,346号23頁,347号21頁(1977)。

94) 吉川・前掲注93)345号16頁,金融法委員会・前掲注7)24頁。

95) 石坂音四郎「法律行為ノ原因ト不当利得ニ於ケル法律上ノ原因」『改纂民法研究上巻』199頁,201-203頁(有斐閣,第4版,1923)。

96) コーズ論では、「契約のコース」等の呼び方により分類されているものである。稲葉彬「フランス契約法におけるCauseの理論」法学新報79巻2号85頁,92-93頁(1972),岸上晴志「契約の目的についての覚書(1)」中京法学16巻1号51頁,56-60頁(1981),大村敦志『契約法研究Ⅱ 典型契約と性質決定』171頁(有斐閣,1997)[初出1993-1995]。

97) ニュアンスは論者により異なるが,石坂・前掲注95)203頁,石田文次郎『財産法に於ける動的理論(第9版)』87頁(巖松堂書店,1943)において明確に述べられている点である(なお,石田博士は石坂博士のいう主観的意義の原因を動機と称し,目的意思をもって主観的意義の原因としているようにみえる(同84-90頁)。もっとも,両説は実質的には異ならない趣旨をいうものであろう)。

98) 末川・前掲注50)233頁は,併存的債務引受の原因を依拠性に対する目的意思と捉えており,原因を「主観的意義に解して」としている。この点については後述する。

99) 岡松参太郎「法律行為ノ原因」法学志林39号5頁,40号8頁,15頁,41号30頁(1903),石坂・前掲注95)203-204頁,神戸寅次郎「無因契約論」法学志林14巻3号24頁,26-27頁,4号1頁(1925)。コース論では,「債務のコース」等の呼び方により分類されているものである。稲葉・前掲注96)90-92頁,岸上・前掲注96)56-60頁,大村・前掲注96)171頁,小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早稲田法学70巻3号1頁,73頁(1995)。

100) 石坂・前掲注95)203-204頁,神戸・前掲注99)3号26-27頁。ニュアンスは論者により若干異なるが,主観的意義の原因は心理状態であり,およそ欠けることがない以上,原因を客観的意義に捉えているものと思われる。富井正章『訂正増補 民法原論 第1巻 総論』409-410頁(有斐閣,復刻版,1985)[初出1922],同「契約の原因」法協22巻1号27頁,27頁(1904),梅謙次郎『民法要義 卷之一総則編』186-187頁(信山社出版,復刻版,1992)[初出1896],赤木暁「抽象債務の比較法的研究」法学志林50巻3・4号88頁,88-91頁(1953),同「無因債務の本質」法学志林40巻12号1頁,4-6頁(1938),岡野敬次郎「原因ト約因」法協77号527頁,527-528頁(1890),勝本正晃『債権総論(上巻)』65-67頁(巖松堂書店,第3版,1934),岡松・前掲注99)40号8-19頁,川名兼四郎『日本民法総論』194-197頁(金刺芳流堂,1912),鳩山秀夫「現行法上有因行為ノ存否」法学新報27巻2号118頁,119-120頁(1917),同『法律行為乃至時効』41-42頁(巖松堂書店,合本版,1912),同『日本民法総論』41-42頁(岩波書店,1927),末弘巖太郎『債権各論』43頁(有斐閣,第4版,1919),遊佐慶夫『民法原理』126-127頁(巖松堂書店,第5版,1929),穂積重遠『改訂 民法総論』126-127頁(有斐閣,1930),近藤英吉『註釈日本民法(総

なお、近時は、ある法律関係の前提となる法律関係(特に法律行為)を指して原因とし、このような意味での原因を欠いても有効である行為が無因行為である、と定義する見解もある¹⁰²⁾。これは専ら手形行為および物権行為を念頭に置いた定義であろうが、出損行為を含むものであるとされている¹⁰³⁾。しかし、この見解にいう「法律行為」は、債務が

特定の債権行為に依拠し、特定の債権行為が存在しなければ債務が存在しないという意味での依拠性¹⁰⁴⁾のことをいい、また、「法律関係」はその他の客観的原因を指していると理解できる¹⁰⁵⁾から、結局、このように定義する学説も、原因を客観的に捉えているものと理解することができるであろう¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾。

則編』292-293頁(巖松堂書店、1932)、石田・前掲注97)88-90頁、於保不二雄『民法総則講義』167頁(有信堂、1956)、我妻栄『新訂 民法総則』247頁(岩波書店、1965)、川島武宜『法律学全集17 民法総則』163頁(有斐閣、1965)など。これらの見解は、ドイツにおける通説的見解であるペールの原因論(吾妻光俊「抽象債務理論に於ける抽象債務約束の地位——抽象債務理論の序論として——」東京商科大学研究年報法学研究3号257頁、276-281頁(1934)参照)の影響を受けたものと理解できるのではなかろうか。

なお、石田博士および吾妻博士は、原因を経済的に把握するスタンペの原因論を採用し、法律行為を、基本的法律行為と補助行為とに分類する。もっとも、具体的に何が基本的法律行為に当たるかは、石田・前掲注97)88-90頁が示すとおり、客観的原因の有無により判断しているものと思われる。よって、本稿では、これらの学説も、客観的意義の原因を債務の原因と解する立場として整理している。

101) なお、客観的な原因といっても、それが一定の契約類型に定性的なものなのか、そうではないのか、という問題については、必ずしも学説上明らかではない。注100)に挙げたものの中には、フランス古法のように、一定の契約類型ごとに定性的に解する見解もあるように思われるが、他方、ドイツ法の影響により契約自由論との関係で無因債務を認める見解(後述する)は、当事者の合意により契約に取り込まれた客観的原因をもって原因としていることから、契約類型ごとに定性的とは必ずしも解していないように思われるからである。この点の詳細な検討は、他日を期したい。

この点と関連して、原因の意義について、契約領域に取り込まれたという意味で客観化された債務負担の決定的動機という主観を指す、とする見解もある(フランス古法の学説を克服した、ネオ・コーザリストであるカピタンの学説である。森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)～(3・完)NBL482号22頁、25-26頁、483号56頁、484号56頁(1991)など)。しかし、コーズの不存在が問題となる場面と、誤想コーズの場面とは区別することができる(稲葉・前掲注96)90頁)から、コーズの不存在が問題となる場合にも原因の意義を主観的に解する見解は、必ずしも明確ではない。なお、柴崎教授は、同様にカピタンの見解を紹介しつつ、コーズの不存在が問題となる場合には、原因を客観的な存在として捉えているように思われる(柴崎暁『手形法理と抽象債務』89-92頁(新青出版、2002)、同「請求払補償またはスタンドバイクレジットの濫用と法律行為の社会的機能——フランス法・ベルギー法における抽象的債務負担行為論の現況」判タ969号70頁、76頁(1998))。

102) 川島・前掲注100)162-163頁、幾代通『現代法律学全集5 民法総則(第2版)』189-190頁(青林書院、1984)、四宮和夫=能見善久『民法総則(第7版)』157-158頁(弘文堂、2005)、河上正二『民法総則講義』239頁(日本評論社、2007)など。

103) 川島・前掲注100)163頁。

104) 一般的に、既存債務の存在等に対する依拠性は、債務負担の客観的原因たりうると解されているようである(小粥・前掲注99)119頁、柴崎・前掲注101)手形法理と抽象債務93-104頁)。また、吉川・前掲注93)347号23-24頁は、債務承認の要件に既存債務の存在を要求するのは無因債務の本質に反するとしており、既存債務に対する依拠性は原因となりうると解しているといえよう。

105) 例えば、要物契約においては、目的物の交付を返還債務発生的前提となる「法律関係」とし、双務契約においては、相手方の義務負担を返還債務発生的前提となる「法律関係」と表現しているといえよう。

106) 無因債務の可否の問題としては、原因を以上のように主観的・客観的に二分する見解が多数であるように思われる。しかし、請求権発生根拠となる事実(要件事実)を欠いている債務負担行為、すなわち単純な債務負担契約のみをもって発生する債務を無因債務と解していると思われる見解もある(吉川・前掲注93)345号16-18頁は、「法規が法律上の効果を発生変更消滅させるため要求している一定の事実、即ち一定の法律要件が原因であると論ずる」「法律要件説が一応正当であるといえる」としている。また、同346号28頁は、「実定法上の要件事実内に含まれた法律上の原因」の有無を問題としている)。しかし、この見解は客観的原因をもって原因と解する赤木・前掲注100)「抽象債務の比較法的研究」89-90頁をもって正当であると解しているから、結局、原因を客観的原因として捉えているものと理解できよう。このように理解して、はじめて、この見解が民法学説の多数の立場である(柴崎暁「抽象債務契約(Engagements abstraits en droit prive japonais)」タートンヌマン13号1頁、14頁注7(2011))といえることができる。

107) なお、従来の議論においては貸付人・借入人間の第三者のためにする契約によれば、パラレルデットの発生を認めることができるとされている。しかし、第三者のためにする契約を用いれば、無因の債務負担を有因の

(2) 具体例

客観的意義の原因の欠ける無因債務は、具体的には、「〇〇円を支払うことを約する」「債務を負担することを約する」というように、単純に相手方に財産権を移転する債務約束の合意によって発生するとされる¹⁰⁸⁾。これを比喩的にいえば、請求の原因を必要としない、請求の趣旨のみの契約を指すとされることもある¹⁰⁹⁾。

無因債務の発生原因である債務約束について、ドイツ民法は明文の規定を設けており、一定の方式の下において、無因債務が有効に成立することが認められている¹¹⁰⁾。他方、フランス民法は、原因（コーズ）のない債務はいかなる効果も有することができないとの規定を設けており¹¹¹⁾、したがって、フランス民法においては無因債務の発生は認められないと解する見解が多数のようである¹¹²⁾。日本民法においては、無因債務に関する明文の規定がないことから、無因債務の発生が認められるかは、解釈に委ねられているといえ

よう。

2 無因債務発生可否

それでは、無因債務の発生は認められるのか。この問題は、そもそも現行民法において原因概念が必要なのか、という次元での争いを反映した議論がなされている。

(1) 原因概念を不要とするもの

現行民法は、旧民法にあった原因に関する規定¹¹³⁾を、現行民法に移行するにあたって削除している。これは、原因概念は曖昧である上、原因概念を用いて説明されるものは、原因概念を用いなくとも説明することができる、という理由による¹¹⁴⁾。このような立法経緯を受けて、現行民法は原因概念を不要としているとする見解がある¹¹⁵⁾。

このように、原因概念は不要であると解する見解によれば、無因の債務負担契約が請求原因となるか、という問題について異なる理解はあるものの¹¹⁶⁾、いずれにせよ、単純な

債務負担とすることができるものではないというべきであろう。なぜなら、単純な債務約束を第三者のためにする契約により行っても、それは客観的原因のない債務負担であることには変わりがないからである。この論拠は、第三者のためにする契約によって連帯債権を創出する場合に、連帯債権創出の合意により発生する連帯債権であることが原因の有無に影響するのか、という問題に尽きる論拠であるというべきであろう。

108) 我妻栄『債権各論 上巻』53-54頁(岩波書店, 1954)など。

109) 吉川・前掲注93)345号12頁。もともと、無因債務の発生を認める見解は、このような契約が締結された事実が証明できれば、請求原因事実の立証があったものと解しているから(石坂・前掲注95)237-238頁, 鳩山・前掲注100)法律行為乃至時効43頁, 富井・前掲注100)民法原論 第1巻 総論413-414頁), 厳密にはこのような表現ができるものではない。

110) ドイツ民法780条。柚木・前掲注31)769頁参照。ドイツ民法における議論については、石坂・前掲注95)201-206頁, 吾妻・前掲注100)257-318頁, 赤木・前掲注100)「抽象債務の比較法的研究」102-105頁, 在澤英俊「無因契約の形成」法学政治学論究74号35頁(2007), 同「無因契約の展望——日本における具体的検証に向けた序論的考察として——」タートヌスマン10号129頁(2008)などによって概観した。

111) フランス民法1132条。田中ほか・前掲注31)56-63頁。フランス民法における議論については、石坂・前掲注95)206-210頁, 赤木・前掲注100)「抽象債務の比較法的研究」96-102頁, 稲葉・前掲注96)88-105頁, 岸上・前掲注96)53-60頁, 大村・前掲注96)170-193頁, 小粥・前掲注99)6-157頁, 柴崎・前掲注101)手形法理と抽象債務8-104頁, 同・前掲注106)3-7頁などによって概観した。

112) 抽象的な債務約束証書の存在は、原因の存在を推定するものであると解する見解が通説であるようである。赤木・前掲注100)「抽象債務の比較法的研究」96-102頁, 柴崎・前掲注106)3-5頁。

113) 旧民法304条。

114) 廣中編・前掲注32)500頁は、「原因ヲ以テ契約ノ特別ナルルノ成立条件ト為スハ其ノ当ヲ得サル者ト謂ハサル可カラス」という。

115) 石坂・前掲注95)217-246頁, 富井・前掲注100)民法原論 第1巻 総論409-412頁, 岡野・前掲注100)533頁, 勝本・前掲注100)64-70頁。また、梅・前掲注100)185-188頁も同様の趣旨をいうものと思われる。これらは、フランス法に見られた、アンチコーザリストの古典的コーズ論への批判的言説の影響を受けたものと理解できよう。小粥・前掲注99)52-60頁, 158-159頁参照。学説上このような原因不要論を示す立場は、これらの他、柴崎・前掲注101)手形法理と抽象債務87頁注337に示されているものがある。

116) 富井博士は、かつては無因の債務負担証書は訴訟上請求原因を基礎づけないと解していた(富井・前掲注100)「契約の原因」27頁)が、富井・前掲注100)民法原論 第1巻 総論413-414頁において改説したものとみ

支払約束のような、原因を欠く無因の債務負担を認めることとなる¹¹⁷⁾。

(2) 原因概念を必要・前提とするもの

以上と異なり、原因概念を用いる必要はあるとし、または、黙示的に日本民法においても原因概念が妥当することを前提とする見解がある。このように、原因概念を必要とし、または前提とする学説においては、無因債務の発生を認めない見解と認める見解の両者がある。

a 無因債務否定説

無因債務は原因を欠いているため、特別の法律の規定がない限り¹¹⁸⁾、もしくは特別の法律の規定が存在していたとしても¹¹⁹⁾、発生は認められないと解する見解がある。この見解の中には、フランスにおける多数説と同様に無因の債務負担を記した証書に原因の存在を推定する機能を認める考えもある¹²⁰⁾が、そのような効果を認める学説も認めない学説も、日本民法上無因債務の発生は否定されると考えているようである。

b 無因債務肯定説

他方、原因概念を前提としつつ、無因債務の発生は契約により認められるものと解する見解がある¹²¹⁾。この見解によると、原因を欠く無因債務の発生も契約自由の原則により認められることとなる。

c いかなる見解が多数説か

以上のように、無因債務は有効か、という問題については、そもそも原因概念は必要か否かというレベルで争いがあり¹²²⁾、原理的で立法政策的な争いに関わるために、本稿でいずれの立場が妥当かを決することはできない。しかし、学説上は、無因債務は契約により有効に発生させることができる、とする見解が多数である、ということだけは少なくとも指摘することができる。

従来の議論においては、このような学説状況は、正確に理解されてこなかったといえる。すなわち、契約自由の原則により「法律上」無因債務を発生させることを認める見解の中には、無因債務の発生には法律に特別の規定が必要であるとする見解として後に理解されるようになったもの¹²³⁾もあるのである。しかし、これらの見解は、無因債務は手形法のように法律に特別の規定が無ければ発生は認められない、とは解していないというべきであろう。なぜなら、無因債務は「法律」によって認められるということは、法律外ではおよそ（主観的）原因を欠く債務負担は存在しないが、法律上は（客観的）原因を遮断し、法的に考慮しないとすることも可能であるということの意味しているに過ぎず、特別の明文規定を要求する趣旨ではないといえるからである¹²⁴⁾。このように解さなければ、

られる。富井旧説の立場は、石坂・前掲注 95)238 頁において、「論者ハ所謂ル原因ト債権発生ノ原因トヲ混同セルモノニアラサルカ」と批判されている。なお、注 134)も参照。

117) 石坂・前掲注 95)239-244 頁、富井・前掲注 100)民法原論 第1巻 総論 412-415 頁。

118) 岡松・前掲注 99)41 号 35-40 頁参照。また、柴崎・前掲注 101)手形法理と抽象債務 73 頁注 288 や同 94 頁は、フランス法と同様に、明文の法規がない限り原因を欠く債務負担を無効と解しているように思われる。

119) 吾妻・前掲注 100)293-334 頁は、そもそもドイツ民法において明文により無因の債務約束が認められたこと自体に懐疑的である。

120) 前掲注 112)の柴崎説。

121) 鳩山・前掲注 100)「現行法上有因行為ノ存否」119-120 頁、同・前掲注 100)法律行為乃至時効 41-44 頁、同・前掲注 100)日本民法総論 302 頁、末弘・前掲注 100)43-44 頁、遊佐・前掲注 100)125-127 頁、穂積・前掲注 100)293 頁、近藤・前掲注 100)292-293 頁、神戸・前掲注 99)3 号 28-30 頁、4 号 16-17 頁、赤木・前掲注 100)「無因債務の本質」7 頁、我妻・前掲注 108)53-54 頁、同・前掲注 100)247 頁、在澤・前掲注 110)「無因契約の形成」51 頁、吉川・前掲注 93)346 号 28 頁など。川名・前掲注 100)194-197 頁も同様の趣旨に読める。

122) 注 115)に示したように、このような対立はフランスにおいても見られるところである。

123) 吉川・前掲注 93)346 号 24 頁、在澤・前掲注 110)「無因契約の形成」51 頁、55 頁注 6、金融法委員会・前掲注 7)24-25 頁、特に注 61、62 などにおいては、鳩山・前掲注 100)日本民法総論および我妻・前掲注 100)、同・前掲注 108)の各文献、於保・前掲注 100)167 頁、幾代・前掲注 102)189-190 頁などが法律に特別の規定を要求する見解として挙げられている。

124) 石田・前掲注 97)96-98 頁は、民法という「法律」が無因化を認めていることを論じているといえる（なお、石田博士は無因の債務負担行為は書面による要式行為とすべきとされている（同 102-103 頁注 27)が、少なくとも

「法律」により原因は遮断することができるとしつつ、契約自由の原則上無因債務の発生を認めることができるとする見解は、論理矛盾を含んだ見解であると解さざるを得なくなる¹²⁵⁾。無因債務の発生には法律に特別の規定がなければならないという学説¹²⁶⁾とは、異なる趣旨の見解として理解すべきであろう。

以上のように、学説上は、原因概念を不要とするか、または契約自由の原則により、無因債務は有効に発生させることができると解する見解が、多数であるということができよう。

3 パラレルデットは無因債務か

仮に無因債務は有効に発生させることができないう解釈をとったとしても、パラレルデットは、無因債務であるといえるのだろうか。

(1) 無因債務であるとされる理由

パラレルデットは無因債務である、という疑義が生じる理由としては、第1に、パラレルデットは単純な債務約束により発生する債務ではないか、と疑われることが挙げられている。これは、もし単純な債務約束により生ずる債務であるならば、それは無因債務であるとされていることに由来する理由といえよう。

第2に、連帯債権の利益部分が0であり、債権としての経済実質がないことを挙げる見解もある。しかし、前述のとおり、無因債務は客観的原因の存否や効力から切離された債務であると定義されるから、連帯債権の利益

部分が0であったとしても、直ちに無因債務と解されるわけではないといえよう。なぜなら、このような定義に従えば、無因債務か否かは客観的原因との関係によって定まるのであって、連帯債権の利益部分の有無によって定まるものではないからである。債権が経済実質を欠くということは、前述のように、そもそも債務負担が存在するのかというレベルで問題とされるべきであり、債務負担があることを前提に、その原因の有無を問題とする場面とは異なるといえよう¹²⁷⁾。

したがって、パラレルデットが無因債務ではないかという疑問は、結局、パラレルデットは単純な債務約束により生じる債務として、客観的原因の影響を受けない債務なのではないか、という点に疑義があることに由来するものといえよう。

(2) パラレルデットの特殊性

以上のように、パラレルデットは、単純な債務約束により発生する無因債務ではないか、との疑義が持たれているものである。しかし、パラレルデットには、連帯債権創出の合意を発生原因とする連帯債権に対応する債務である、という特殊性がある。また、パラレルデットは、原債権債務に対して依拠性を有し、貸付債権債務が成立しなければパラレルデットも同様に成立しないものと約定される点にも特殊性がある¹²⁸⁾。次に述べるように、パラレルデットは、連帯債権創出の合意を発生原因とする連帯債権に対応する債務であること、および、原債権債務に対して依拠性を有しているという特殊性から、無因債務ではないといえることができるように思われる。

も民法に明文の規定が存在しないという理由で無因債務の発生が否定されるとは解していない)。また、法律の規定を要求する説の論者として挙げられている神戸博士は、神戸・前掲注99)3号28-30頁、4号16-17頁において、結論として契約自由の原則上無因契約は認められるとしている。

125) 鳩山・前掲注100)法律行為乃至時効41頁以下と同旨と明示する我妻・前掲注108)54頁は、「わが民法は、かような契約を認めていないけれども、契約の自由の原則からいつて、有効に成立することは疑いない」とするが、この記述は、日本民法が、ドイツ民法と異なり、無因債務負担契約を明文では認めていないことを意味するものにとどまると解されよう。なお、我妻博士は、不当利得法に関して、無因債務が有効であるという前提で記述していると推察される個所がある(我妻栄『債権各論 下巻一』948-949頁、1066-1067頁(岩波書店、1972))。

126) 注118)参照。

127) 梅・前掲注100)186-187頁は、贈与において受贈者の方より観察された議論が通常論ぜられないのは、「所謂契約ノ原因ハ寧ろ契約上ノ義務ノ原因ナレハナリ」とし、債務を基準として原因の有無を判断することを明示している。

128) 洞鑑=島崎・前掲注6)7-8頁、村上・前掲注7)40頁。

a 連帯債権創出の合意を発生原因とする
債務であること

パラレルデットは連帯債権として発生するものであるが、連帯債権債務関係における原因は、どのように解されているのであろうか。

前述のように、学説上は、石坂音四郎博士が明示的に連帯債権債務の「原因」について言及する。この見解は、連帯債権債務は「同一ノ原因」に基づいて発生することを要するとし、異なる原因に基づく連帯債権債務の発生を否定するものである¹²⁹⁾。

この指摘は、前述のとおり、連帯債権債務は1個の契約で生じさせることを原則とし、複数の契約により生じさせる場合には、形式的には複数の契約でも連帯債権債務は発生しうる（「形式的原因」は異なってもよいとされている。消費貸借契約+連帯債権債務創出の合意でよいということであろう）が、同一の契約上の債務を連帯とする必要がある（「実質的原因」は同一であることを要するとされている。消費貸借契約+消費貸借契約+連帯特約では不可ということであろう）と論じているものである。では、ここでいう「実質的原因」はいかなる意味での「原因」を意味しているのであろうか。ここでは、単に債権債務の発生原因としての原因を意味しているとも考えられなくはない¹³⁰⁾。

しかし、石坂博士は、単なる発生原因を「形式的」原因とし、「実質的原因」をそれとは異なる概念として用いているとみえる。また、石坂博士の併存的債務引受における見解を見ると、併存的債務引受は、原債務と「同一ノ原因」を有する債務を発生させるものである、とされており¹³¹⁾、併存的債務引受に

より生ずる債務と原債務とは債務の原因を同じくし¹³²⁾、併存的債務引受により生ずる債務は原債務と「同一ノ原因」に基づくものであるがゆえに、引受人と原債務者とは連帯債務関係が生ずるものといわなければならないとしている¹³³⁾。すなわち、ここでいう「原因」は単なる発生原因（形式的原因）とは区別された概念であり、債務の有因性・無因性という意味での原因であると理解されよう¹³⁴⁾。

そして、連帯債権債務が「実質的原因」を同一にしなければならないということは、この意味における「同一ノ原因」と同義である、ということができよう。すなわち、併存的債務引受は、このような意味の「原因」が全て「同一」である有因債務を生じさせ、したがって連帯債務関係が生ずるとされているのである。そして、連帯債権は連帯債務と同様の議論が当てはまると解されている¹³⁵⁾。そうすると、連帯債権創出の合意により創出される債権に対応する債務もまた、全て同一の原因を有する有因債務と解され、したがって連帯債権関係が生ずると解されているといえよう。

以上の考察からすれば、連帯債権は「同一ノ」「実質的原因」に基づいて発生することを要するということが、連帯債権創出の合意により創出された連帯債権に対応する債務は、連帯債務創出の合意である併存的債務引受と同様に、全て原債務と同一の原因を有すると解することができよう。そうすると、パラレルデットも、連帯債権創出の合意により発生する連帯債権に対応する債務であることからすれば、消費貸借契約上の原債務と同一の原因を有する¹³⁶⁾のであって、無因債務で

129) 石坂・前掲注 27)799-805 頁, 924-925 頁, 勝本・前掲注 26) 債権総論 260 頁。

130) 石坂博士が原因概念不要論者であることも、本文のような疑いを強める事情である（注 115）参照。

131) 石坂・前掲注 27)1352-1353 頁, 同・前掲注 52)422-427 頁。

132) これは、引き受けられた債務は原債務と同一の原因を有するものであり、別個に独立の原因を有するものではないというドイツの学説に影響を受けたものと解されている。末川・前掲注 50)235-237 頁。

133) 石坂・前掲注 52)427 頁。

134) 末川・前掲注 50)232 頁も、石坂博士のいう「実質的原因」を本文のように解しているように思われる。このような原因概念の区別は、フランス法における目的因 (cause finale) と動力因 (cause efficiente) の区別に対応するように思われる（柴崎・前掲注 101) 手形法理と抽象債務 93 頁注 358, 森田修「Pimont の『契約のエコノミー』論 (1) ~ (2・完)」法協 127 巻 1 号 124 頁, 165-166 頁注 35, 9 号 1361 頁 (2010) 参照。

135) 石坂・前掲注 27)923-924 頁。

はない、ということができよう。

パラレルデットは無因債務ではないか、という疑問への反論として挙げられていた、①パラレルデットは各貸付人・借入人間の金銭消費貸借契約上の返還債務を前提として、同内容の債務の履行を引き受けることにより成立する具体的な債務であり無因債務とは異なること、③パラレルデットは、各貸付人の有する貸付債権と連帯債権の關係に立つ債権を創出する合意と見ることもできること、④債権の同一性を維持したまま連帯債権關係を作り出す合意は、債権の同一性を維持したまま連帯債務關係を作り出す併存的債務引受が認められていることから、認められてよい、という各論拠は、以上のような趣旨をいうものとして理解できよう。

b 依拠性を有すること

これに対し、併存的債務引受により発生する債務は、原債務と同一の客観的原因を有し、別個独立の原因を有しない、との解釈を批判し、引受人の下に発生する連帯債務は、原債務への依拠性に対する目的意思があるから有因債務である、とする見解¹³⁷⁾がある。この見解は、併存的債務引受の法的性質について債務承認説に立脚し¹³⁸⁾、併存的債務引

受により生ずる連帯債務ないし不真正連帯債務¹³⁹⁾は、原債務が存在しなければ発生しない債務関連行為とされていることから、依拠性という独立の原因を有しており、したがって有因債務である、と解しているものといえよう¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾。

すなわち、この見解は、併存的債務引受により生ずる債務については、原債務が有効に存在しなければ新債務も有効に存在しえないという意味で、原債務の存否や効力によって新債務の存否や効力が影響を受けることから、原債務への依拠性が債務の客観的原因であり、新債務は有因債務であると解しているものといえることができる。そうすると、連帯債務創出の合意である併存的債務引受と対比できる連帯債権創出の合意についても、同様に依拠性を債務の客観的原因と解することができる。なぜなら、連帯債権創出の合意により連帯債権を発生させる場合には、新たに発生した連帯債権に対応する債務は、原債務が有効に存在しなければ存在しえない債務として、原債務への依拠性という独立の原因を有しているといえることができるからである。

パラレルデットも、原債務への依拠性を有する連帯債権として約定される以上¹⁴²⁾、原

136) 諾成的消費貸借契約上の貸金返還債務は、原因を有するか否か、という問題に帰着することとなる。諾成的消費貸借契約は双務契約であるから、貸付人の貸す債務の負担が客観的原因であるといえようか。なお、最判昭和48年3月16日金法683号25頁も、諾成的消費貸借契約の有効性を是認していること、債務のコースを要求するフランスでも一定の範囲で諾性的消費貸借契約は有効とされている(森田・前掲注67)365号100-102頁)ことからすれば、少なくとも諾成的消費貸借契約は原因がない債務負担であり無効であると解されないであろう。

137) 末川・前掲注50)232-240頁。

138) いわゆる設定的承継説の論者は、設定により原因を同じくする債務が生じるから有因であって、ただ承継の点が無因であると解されているようである。末川・前掲注50)235-237頁。

139) 注61)参照。

140) 注98)で述べたように、この見解は原因を主観的意義に解しているように思われる。しかし、末川博士のいう主観的意義の原因(目的意思。注96)参照)は、客観的意義の原因に対する目的意思であって、客観的意義の原因の有無によって目的意思の有無が左右されること(末川博士も、併存的債務引受は依拠性を持つ債務関連行為であるということから、必然的に有因契約であり、本来無因という観念を容れる余地はないとする。末川・前掲注50)232-233頁)からすると、問題の本質は依拠性という客観的原因を併存的債務引受が有しているかどうかにかかっているであろう。以上から、本稿では併存的債務引受および連帯債権創出合意に客観的原因があるか、という問いに還元した。

依拠性が一般的に債務の原因となりうることについては、注104)を参照。

141) なお、フランスでは、債務引受が有因の債務負担か否かについて議論があるようである(法務省「民法(債権關係)の改正に関する論点の検討(10)」31-32頁(2012年3月27日))。日本においても、林信雄「債務の引受について」民商9巻2号33-34頁(1939)は、併存的債務引受は原債務者と引受人の原因關係の影響を受けないから無因である、と解している。しかし、原債務者と引受人の原因關係から無因であるからといって、直ちに無因の債務負担と解されるわけではない(四宮=西村・前掲注52)52-54頁、240頁。保証債務についても同様の議論がある。石坂・前掲注27)1011-1012頁、同『債権法大綱』186頁(有斐閣、第8版、1923)参照。

142) 洞鑑=島崎・前掲注6)952号7-8頁、村上・前掲注7)40頁。

債務への依拠性という客観的原因を有し、有因債務であるということができよう。なお、無因債務を約定により依拠性を有する有因債務とすることは認められないとの見解¹⁴³⁾があり、この見解によれば、パラレルデットが無因債務であるとするれば、約定により依拠性を認めることはできない、とも解することができる。しかし、性質上原債務の存在を前提とする債務関連行為については、依拠性という客観的原因がある以上、無因債務ではありえないといえ、連帯債権創出の合意も、性質上原債務（債権）の存在を前提とする債務関連行為といえるのであるから、特に約定されなくとも、依拠性という客観的原因は欠けることはない、ということができるのではなからうか。したがって、約定により無因債務を有因債務とすることができないとの見解によっても、パラレルデットは、発生原因の性質上、原債務（債権）への依拠性を有するから、有因債務であるということができよう。

パラレルデットは無因債務ではないか、という疑問への反論として挙げられていた、④

債権の同一性を維持したまま連帯債権関係を作り出す合意は、債権の同一性を維持したまま連帯債務関係を作り出す併存的債務引受が認められていることから、認められてよい、という論拠は、以上のように、連帯債権創出の合意は併存的債務引受と同様、原債務への依拠性という客観的原因を有していることから、無因債務ではないといえる、との趣旨をもうものと理解できよう¹⁴⁴⁾。

以上のように、パラレルデットの有効性に関する論拠として挙げられていた、併存的債務引受が有効であるという論拠は、併存的債務引受は無因債務の負担であるとの疑いがあるにもかかわらず、新たに引受人の下に発生する債務は、原債務と同一の原因を有するか、または、依拠性という原因を有しており、無因債務ではないと解されていることから、パラレルデットを発生させる連帯債権創出の合意も同様に無因債務ではないといえる、という意味で援用された論拠であるということができよう¹⁴⁵⁾。

143) 川島・前掲注100)163-164頁は、契約により有因行為を無因行為とはできず、また無因行為を有因行為とすることはできないとする。この見解によると、パラレルデットが無因の債務負担(川島博士のいう「義務設定行為」)であるとする、契約により原債務への依拠性を有するとされていても、その契約は効力を有さないということになるか。しかし、川島博士は専ら手形行為および物権行為の無因性を念頭に置いてかかる記述をされたものと思われ、義務設定行為においてもこの考え方が同様当てはまるかは、不明確である。また、川島博士が挙げている学説のように、無因債務を契約により有因債務とすることを認める見解も多い。川島博士の指摘が当てはまるとしても、本文のように連帯債権の発生も債務関連行為として依拠性があると解されるから、そもそも連帯債権創出の合意により生じた債務は、無因債務ではないというべきではなからうか。

144) なお、注106)に挙げた、原因を請求原因事実と解していると思われる見解によっても、パラレルデットは、原因が欠ける債務であるとは解されないであろう。なぜなら、連帯債権創出合意を連帯債権の発生原因とする場合は、原債務の存在が前提とされるから、請求原因事実は、原債務の発生原因事実と連帯債権発生合意という2つの事実を主張立証する必要があるからである(併存的債務引受の要件事実は、原債務(債権)の発生原因事実と債務引受の合意をしたこと、の2つであると解されている。大江忠『要件事実民法 中(第2版)』139頁(第一法規, 2002))。もし原債務の不存在が抗弁事実であったとしても、抗弁事実として原債務の不存在の主張を許すとすれば、その債務は無因債務ではないと解されている(吉川・前掲注93)346号28頁は、準消費貸借は旧債務の不存在が抗弁となっても有因であることには変わらないとする)ことからすると、やはり無因債務であるとは解されないこととなろう。

145) なお、パラレルデットを共同貸付構成により生ずる連帯債権として位置づけるとしても、パラレルデットは無因債務であると評価されることはないといえよう。なぜなら、この場合の借入人の債務はあくまで消費貸借契約上の債務であって、客観的原因を有しており、単純な債務約束により生じた債務とはいえないからである(石坂・前掲注27)799-805頁, 924-925頁, 勝本・前掲注26)債権総論260頁は、同一の消費貸借契約により複数の貸付人が生じる場合、客観的原因のない債務負担とは解していない)。また、自ら金銭の拠出をしていないとしても、無因債務であるとは解されないことには変わりはない。なぜなら、各貸付債権は消費貸借契約上の債権として原因を有するものであり、金銭の拠出をしていない部分のみを無因債務と解する理由はないからである(我妻・前掲注11)388頁も、金銭の拠出がない部分について無因債務であるとは解していない)。金銭の拠出の有無は、消費貸借契約成立のレベル、すなわち債務負担の有無のレベルの問題であって、債務負担の原因の有無のレベルでは問題とされないものと解するべきであろう。

V. 結び

以上の検討は、次のようにまとめることができる。

1 連帯債権の問題についての結論

①各自全部または一部の給付を請求することができる複数債権関係、と定義される連帯債権は、民法典に明文の規定はないが、契約により発生させることができる。

②契約による連帯債権の発生原因としては、共同貸付構成と、連帯債権創出合意構成の2つがある。シンジケートローンにおいては、いずれも利用可能ではあるが、貸付人・エージェント・借入人の3者で合意する連帯債権創出合意構成によれば、エージェントを貸付人として位置づけた場合の問題を回避できる利点がある。

③原債権者の利益部分を100とし、新債権者の利益部分を0とするときは、連帯債権者間の内部関係（主観的共同関係）は取立委任関係と解されるから、利益部分0の連帯債権は、有効に発生することができる。シンジケートローンにおいても、同様に有効であるといえる。

2 無因債務性の問題についての結論

①無因債務は、論者によってニュアンスは異なるが、客観的原因の存否や効力と切離された債務であると定義される。

②無因債務の発生を否定する見解もあるが、原因概念を不要とするか、または契約自由の原則により、契約により発生させること

ができるとする見解が多数である。

③パラレルデットは、連帯債権創出の合意によって発生する連帯債権であって、原債務への依拠性を有する。したがって、原債務と同一の客観的原因、または、依拠性という独立の客観的原因を有していると解されるから、いずれにせよ、無因債務ではないといえる。

3 結論

以上の考察結果に照らすと、パラレルデットは、契約により有効に発生させることができるといえよう¹⁴⁶⁾。

*本稿は、2012年度に提出したリサーチペーパーに加筆修正を施したものである。

リサーチペーパーを執筆するに当たっては、ご指導頂いた森田宏樹先生から多くのアドバイスを賜った。また、本論文のテーマは、サマークラーク・プログラムにおいて、石川直樹弁護士から伺った内容を着想としている。本稿の内容は、両先生の御示唆に負う所が大きい。心より御礼申し上げたい。

その他、場合分けの方法について同級生の梶谷実代さんより御示唆を頂き、内容を含む全体的な校正については先輩の岩間郁乃さんにお世話になっている。また、両親には法科大学院在学の経済的負担を担って頂いた上、本稿の完成を楽しみにして頂いた。皆様にも心より御礼申し上げたい。

(いわかわ・たかつぐ)

146) 残された問題として、被担保債権が有効に成立しうるとしても、抵当権設定の場面においては、連帯債権を被担保債権とする抵当権設定登記につき、登記原因をいかに記載するべきか、という問題がある。パラレルデットは連帯債権発生契約が債務の発生原因であるが、連帯債権が金銭消費貸借と「同一ノ原因」を有していると解すれば、金銭消費貸借が登記原因であるといえるのではなからうか（洞難ほか・前掲注6)953号46-47頁も、同様の趣旨と思われる）。共同貸付構成による場合は、パラレルデットはあくまで消費貸借契約により生ずる債権であるから、登記原因を金銭消費貸借とすることとなる。このように、共同貸付構成は、登記申請上の問題点が少ないという利点があるとはいえる。しかし、前述のとおり、シンジケートローンにおいては貸付義務の存在が問題となる。

遺言執行者の当事者適格を巡る一局面

2012年4月入学

岡成玄太

- I. 序
- II. 判例の紹介
 - 1 導入
 - 2 最判昭和43年5月31日民集22巻5号1137頁
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
 - 3 最判昭和51年7月19日民集30巻7号706頁
 - (1) 事案
 - (2) 判旨
- III. 両判決の問題点——学説の検討を通して
 - 1 昭和43年判決について
 - (1) 導入
 - (2) 福永有利教授の見解
 - (3) 高橋宏志教授の見解
 - (4) 八田卓也教授の見解
 - 2 昭和51年判決について
 - 3 まとめと展望
 - (1) 現れた対立軸
 - (2) 八田説のイムパクト
 - (3) 展望
- IV. 遺言執行を巡る紛争の分析と遺言執行者制度の実体法的考察
 - 1 遺言執行を巡る紛争の分析
 - (1) 問題意識の提示
 - (2) 事案の読解
 - (3) 2つの要素
 - (4) 第一の要素 利害関係人の行動原理・篡奪
 - (5) 第二の要素 特権的解釈主体の不在・権原未確定状態の出現
 - (6) 両要素の関係
 - (7) 遺言執行を巡る紛争の特徴の定式化
 - 2 遺言執行者制度の実体法的考察
 - (1) 金子敬明教授による問題提起
 - (2) 金子論文と本稿との距離「 α 」・「占有の次元」の再構成
 - (3) 遺言執行者が立つことの意味——本稿の立場
 - (4) 展望
- V. 遺言執行者の当事者適格試論
 - 1 導入
 - 2 遺言執行者が当事者適格を持つことの意味
 - (1) 利害関係人全員の法定訴訟担当——遺言執行者の erga omnes 性
 - (2) 当事者適格の排他性——「篡奪」の観点
 - (3) 先決事項たる遺言解釈の共有——遺言執行者のフォーラム提供機能
 - 3 昭和43年判決再考
 - (1) さしあたりの結論
 - (2) 紛争解決としての「迂遠」さ？—— erga omnes たることの意味
 - (3) 蒸し返しの危険？——訴訟告知の活用
 - 4 昭和51年判決再考
- VI. 結語

I. 序

遺言執行者の訴訟法上の地位、特に、いかなる法律関係・権利関係に関する訴訟について、遺言執行者が当事者適格を有するののかという問題は、既に広く論じられてきた。しかし、判例・学説¹⁾の豊富な蓄積にもかかわらず、当事者適格判定基準の複雑さ、不明確さと、それに由来する実際上の不都合が盛んに指摘されており、この問題を巡る理論的な見通しは頗る悪いと言わざるをえない。そこで本稿は、この難題のうち、特定遺贈の目的物たる不動産の登記を巡る紛争という極めて限定された局面のみを考察の対象として設定した上で、その紛争において遺言執行者が(実体的に、また、訴訟の当事者として)立つことの意味を基礎から問い直すという作業を試みてみたい。

本稿が考察対象としてこの局面を選択した理由は2つある。第一には、近時、この局面を巡って非常に目を引く問題提起が学説の側からなされているためである。また、第二に、遺言執行者の当事者適格というテーマについての先駆的・古典的判例がまさにこの局面に関係するものであるところ、その判例の分析をパラダイムとして設定することで、従来の議論と本稿との対話が可能になるであろうと考えられたためである。

以上のように、本稿の射程はただでさえ極めて限定されているのであるが、のみならず、「相続させる」旨の遺言を巡る判例の展開等、近時アクチュアリティを持って論じ

られている新しい問題には一切言及しない。主として筆者の能力の限界故であるが、それだけでなく、「それ以前」のところにも真に見るべき問題があると考えためでもある。

かくして、その対象範囲を二重に限定された本稿の議論は、以下のように展開される。まずIIで本稿が対象とする局面での遺言執行者の被告適格に関する2つの基本的な判例を取り上げた上で、IIIでは両判例に関する近時の主要な学説の議論を参照しつつ、その問題点を指摘する。IVではその問題点を解決するために、遺言執行を巡る紛争そのものの特質について分析し、そこで得られた問題意識を、未だ訴訟法学の側では十分に取り上げられていない、相続財産に関する実体法学上の新しい議論²⁾との対話を通じて、具体化することが目指される。そしてVにおいて、IVでの視点を踏まえ、訴訟法上の議論の再構成を試みることにする。

II. 判例の紹介

1 導入

まず、遺言執行者の被告適格に係る2つの著名な判例を概観したい。そこで問題となるのは、遺言無効確認の訴えの被告適格と、遺贈目的不動産の登記を巡る遺言執行に係る訴えの被告適格であるが、以下では、Iで述べた本稿の関心から、さしあたり特に後者に焦点を合わせた検討が行われる³⁾。

1) この問題について論じる主要な訴訟法学の論文を列記しておく。同一の論者の論稿は、さしあたり最も近年のもの、ないし本稿の関心に最も適合的なもので代表させる。体系書、判例評釈、実体法学の論文等は、今後適宜紹介することにする。福永有利「遺言執行者の訴訟追行権——その根拠と範囲——」北大法学論集 38 巻 5・6 号(下) 1753 頁(1988) [同『民事訴訟当事者論』357 頁(有斐閣, 2004) 所収]、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法(上)(第2版)』267 頁(有斐閣, 2011)、八田卓也「遺言執行者の被告適格について」民訴雑誌 52 巻 133 頁(2006)、山本弘「遺言執行者の当事者適格に関する一考察」谷口安平古稀『現代民事司法の諸相』11 頁(成文堂, 2005)、丹野達「遺言執行者についてのある考察」曹時 55 巻 10 号 2541 頁(2003)、中野貞一郎「当事者適格の決まり方」『民事訴訟法の論点 I』93 頁(判例タイムズ社, 1994)、納谷廣美「遺言執行者の訴訟上の地位」明治大学法律論叢 53 巻 3・4 号 65 頁(1981)、奈良次郎「相続財産に関する訴訟と遺言執行者——主として被告適格と関連して——」司研 59 巻 36 頁(1977) 等。また、この問題も含め、遺言執行者についての包括的な検討を試みる注目すべき研究として、竹下史郎『遺言執行者の研究』(成文堂, 2005) がある。

2) 金子敬明「相続財産の重層性をめぐって(1)~(5)」法協 118 巻 11 号 1645 頁(2001)、119 巻 1 号 78 頁(2002)、120 巻 9 号 1756 頁、120 巻 11 号 2178 頁(2003)、121 巻 6 号 701 頁(2004)。

2 最判昭和43年5月31日民集22 巻5号1137頁

(1) 事案

遺贈義務の履行請求訴訟に関する最高裁判所におけるリーディングケースである最判昭和43年5月31日民集22巻5号1137頁（以下、昭和43年判決。なお、今後、初出でない判決については、「〇〇年判決」と略称することとする）は、大要以下のような事案である。

訴外Aは、昭和37年11月27日に、公正証書を以て、自らが所有する本件建物を、妹であるX₁、X₂に遺贈する旨の遺言を作成し、翌年8月16日に死亡した。ところが、同年9月2日、Aの相続人たる養子Yが、本件建物について相続を原因とする所有権移転登記を、単独で行った。これをうけ、XらがYに対して、各2分の1の共有持分移転登記請求訴訟を提起した。

Yの言い分はこうである。Aは晩年老人性認知症を抱えており、意思能力を殆ど有していなかったところ、Aを近くで看病していた受遺者Xらが、遺言の内容に大きな影響力を振るったに違いない。本件遺言は、Xらが私利私欲のためにAを翻弄し、養子であるYを締め出してその全財産を奪うために作られたものであるから、無効である。

しかし、この主張は第一審、原審の容れるところとはならなかったため、Yが上告した。なお、右遺言によって訴外Bが遺言執行者に指定されているが、当事者の主張及び証拠によれば、後にBは解任され、別の人物が遺言執行者に選任されたことが窺われる。

(2) 判旨

最高裁は、「遺言の執行について遺言執行者が指定されまたは選任された場合においては、遺言執行者が相続財産の、または遺言が特定財産に関するときはその特定財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする

権利義務を有し、相続人は相続財産ないしは右特定財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることはできないこととなるのであるから（民法1012条ないし1014条）、本訴のように、特定不動産の遺贈を受けた者がその遺言の執行として目的不動産の所有権移転登記を求める訴において、被告としての適格を有する者は遺言執行者にかぎられるのであつて、相続人はその適格を有しないものと解するのが相当である」との一般論を述べた上で、新たに遺言執行者に選任された者が存在する事実が窺われるにもかかわらず、原審はその点につき調査を怠ったとして、遺言の有効性等を判断することなく、原判決を破棄した。

3 最判昭和51年7月19日民集30 巻7号706頁

(1) 事案

本件土地は訴外Aの所有であったが、Aは、本件土地を訴外Bに遺贈すること、およびYと亡Cとを遺言執行者とする内容を内容とする遺言公正証書を作成し、死亡した。その後、本件土地について、同公正証書に基づき、YとCとを登記義務者、Bを登記権利者として所有権移転仮登記手続がなされた。ところでXは、相続開始とともに本件土地の占有を開始し、公租公課も自己の名で納付するなどしていた。かかる状況下で、Xは自己を権利者として、相続を原因とする所有権移転登記を行った。その上で、Xは①本件遺言の無効確認と、②本件土地のBを権利者とする所有権移転仮登記の抹消登記手続とを求め、Yを被告として訴えを提起した。

Xは、遺言の無効を論証するべく、以下のような主張を行っている。つまり、本件公正証書遺言が作成された昭和34年5月26日には、Aは自宅で寝ており、公証人役場には行かなかった。役場に行ったのは、受遺者たるBの父親D、Y及びCであった。Dは法律に

3) 両事案は事案として極めてシンプルであり、今後の議論のパラダイムとしてはうってつけである。しかし反面、そのシンプルさゆえに、後にIVで述べるような遺言執行を巡る紛争の特質が相対的に顕在化しにくい事案であるということも事実である。とはいえ、そのような事案においても本稿の提示する議論が意義を持ちうるのであれば、複雑な事案においてはなおさら（a fortiori）、本稿の議論は意義を持つということにもなる。

通じていないY及びCに対して、「お前たちには絶対に迷惑をかけたから、公証人役場へ行って保証人になってくれ」と申し向けた上、その承諾を得て遺言執行者として署名押印せしめ、自らはAの署名を偽書し、その名下に予め盗取したAの実印を押印したのである、と。しかし、この主張は原審の容れるところとならず、①・②請求のいずれもが棄却された。

(2) 判旨

最高裁は、昭和43年判決を先例として「受遺者が遺贈義務の履行を求めて訴を提起するときは遺言執行者を相続人の訴訟担当者として被告とすべきである」こと、更に、「相続人は遺言執行者を被告として、遺言の無効を主張し、相続財産について自己が持分権を有することの確認を求める訴を提起することができる」ことを確認した上で、「以上の各場合と異なり、遺贈の目的不動産につき遺言の執行としてすでに受遺者宛に遺贈による所有権移転登記あるいは所有権移転仮登記がされているときに相続人が右登記の抹消登記手続を求める場合においては、相続人は、遺言執行者ではなく、受遺者を被告として訴を提起すべきであると解するのが相当である。けだし、かかる場合、遺言執行者において、受遺者のため相続人の抹消登記手続請求を争い、その登記の保持につとめることは、遺言の執行に関係ないことではないが、それ自体遺言の執行ではないし、一旦遺言の執行として受遺者宛に登記が経由された後は、右登記についての権利義務はひとり受遺者に帰属し、遺言執行者が右登記について権利義務を有すると解することはできないからである」として、XのYに対する②の請求につき、訴えを却下した。そして①については、原審の認定

は正当であるとして、X側の主張を容れなかった。

Ⅲ. 兩判決の問題点——学説の検討を通して

1 昭和43年判決について

(1) 導入

昭和43年判決⁴⁾は、当時、「本判旨の説くところは、すでに通説、判例のともに確定したところと解して妨げなく、本判決もこれを確認した意味を有するに過ぎない⁵⁾」とも評された。すなわち、昭和43年判決の思考様式は、「民法1012条、1013条によって、遺言執行者は相続財産（または遺言執行の対象たる特定財産）に対して排他的な管理処分権（広義の管理権）を取得し、他方、相続人はその管理権を失うこととなるところ、訴訟における当事者は、訴訟物たる権利または法律関係について右の管理権を有するものでなければならぬ結果、遺言の執行に関する訴訟においては、いわゆる法定訴訟担当として、訴訟追行権（訴訟実施権）は遺言執行者に帰属し、相続人はこれを失い、したがって、遺言執行者のみが当事者適格をもつ⁶⁾」⁷⁾というものであったが、これは当時の通説的理解⁷⁾及び大審院判例⁸⁾に整合的であったと言える。

しかしその後、かかる思考様式に対しては、学説の側から多くの疑問が提起されるに至った。とりわけ近時、その思考様式に根本的な再検討を迫るような議論も登場してきている。そこで以下では、従来の議論の中で特に重要と思われる近時の有力学説を3つ紹介し、それを通して、本稿の問題意識を明確化

4) 昭和43年判決の評釈としては、五十部豊久「判批」法協86巻7号830頁(1969)、船越隆司「判批」民商60巻1号130頁(1969)、吉井直昭「判解」最判解民事篇昭和43年度(上)405頁(1969)、風間鶴寿「判批」法時41巻2号119頁(1969)、遠藤浩「判批」加藤一郎＝太田武男編『家族法判例百選(新版増補)』283頁(1975)。

5) 吉井・前掲注4)409頁。

6) 吉井・前掲注4)408頁。

7) 権本朗造「民事訴訟ニ於ケル『正当ナル当事者』ナル觀念及ヒ其訴訟法上ノ地位ヲ論ス(Die richtige Partei-Sachlegitimation u. Prozessführungsrecht)」『民事訴訟法の諸問題』31頁、42頁(有斐閣、1955)、三ヶ月章『法律学全集35 民事訴訟法』186頁(有斐閣、1959)等を参照。

8) 大判昭和15年2月13日大審院判決全集7輯16号4頁が、同様の事例において、遺言執行者がある場合に受遺者が遺言の執行を求める訴えは遺言執行者のみを被告とすべきであるとの立場を示していた。

することとする。

(2) 福永有利教授の見解

この問題については、当事者論の第一人者たる福永有利教授が早くから精密な議論を展開している⁹⁾。福永教授は、遺言執行者の地位を法定訴訟担当であるとしたうえで、ドイツ法を参考に、事案類型ごとの精緻な場合分けを行う。ここでは、昭和43年判決に対応する「遺産に対する請求権に関する訴訟」についての議論、とりわけ、受遺者が遺贈によって取得した物権に基づく物上請求権を行使する場合の議論を参照することとしたい。

まず福永教授によれば、「遺言執行者があるときは、遺言の執行＝遺贈義務の履行は全面的に遺言執行者に委ねられており、その反面として、相続人は、遺産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができず、もし、この禁止に違反した行為がなされても、それは無効と解されている（民1012条、1013条）。これらのことからみて、わが民法は、遺言執行者がある場合、遺贈義務は、もっぱら遺言執行者を通じて履行をなすものとする立場に立っていると解することができる¹⁰⁾。ここでは、ある具体的な訴訟の追行が「遺言の執行」である場合には、遺言執行者が当事者適格を有するはずであるとの一般論が述べられている。

しかし福永教授は、次のような論理で、昭和43年判決が対象としたのは、「遺言の執行」そのものではないとし、ただちには遺言執行者に当事者適格を認めることができないと論じる。すなわち、受遺者が遺贈により物権を取得した場合には、未だ登記を得ていない場合でも、遺言執行者や相続人に対してその物権を対抗できる。のみならず、民法1013条に反して相続人が第三者に当該物件を処分した場合にも、最高裁の採用する絶対的無効説¹¹⁾によれば、受遺者はその第三者に対して、登記なしで物権を対抗できる。そ

うだとすれば、受遺者がこのような物権的請求権を行使することは、遺贈義務の履行＝「遺言の執行」をもとめるものではなく、遺贈によって取得した権利を行使しているものであると解される。物権的請求権の行使は遺言の執行を求めるものではないから、常に遺言執行者を相手方とすべきであるとは言えない。要するに「問題は、どのような場合に、どのような内容の物権的請求権が発生するかということに帰する¹²⁾」。

以上のように考察したうえで、昭和43年判決が向き合った問題（相続人が遺贈目的不動産の登記名義を有している場合に、受遺者が相続人に対して自己名義への移転登記請求をなすのかという問題）については、以下のように論じ、結論において判例を概ね支持される¹³⁾。①単なる抹消登記請求の場合には、その請求が認容されても、登記が被相続人の名義に戻るのみであり、遺言執行者の管理権を害することはないが、もし移転登記請求を認めるとすれば、登記名義が受遺者に直接移転されうることになり、遺言執行者が当該遺贈を無効と見ているような場合には、遺言執行者の管理権を侵害したことになる。②無論、この判決に遺言執行者が拘束されるいわれはなく、事後的に争えるが、だからといって、遺言執行者の管理権を何ら侵害するものではないとは言えない。③しかも、遺言執行者と受遺者との間での後訴で、前訴と異なる内容の判決が下されると、相続人において、既判力の抵触が生じるという不都合もある。④もっとも、問題となっている登記や占有についての遺言執行者の管理権が、もっぱら当該受遺者への遺贈義務の履行のためだけのものであるときは、その受遺者と相続人全員との間でその帰属が決まれば、遺言執行者としてそれに異議をさしはさむ必要はないから、この場合には、相続人に被告適格を肯定する余地がないわけではない。⑤なお、相続

9) 福永・前掲注1)1753頁。

10) 福永・前掲注1)1774-1775頁。

11) 最判昭和62年4月23日民集41巻3号474頁は、遺言執行者がある場合に相続人が行った第三者への処分を絶対的無効であるとする。

12) 福永・前掲注1)1776頁。

13) 福永・前掲注1)1777-1778頁。

人から第三者が登記や占有を取得した場合、この第三者に対して受遺者が登記の移転や占有の引渡しを請求することを否定する理由はない。

以上の福永説をまとめれば次のようになる。「わが民法は、遺言執行者がある場合、遺贈義務は、もっぱら遺言執行者を通じて履行をなすものとする立場に立っている」¹⁴⁾という理解から、「遺言の執行」そのものたる訴訟の当事者適格は、これを遺言執行者に与える。もっとも、ある訴訟の追行が「遺言の執行」ではないとしても、遺言執行者の管理権が侵害されることを防ぐべく、なお当該訴訟の追行権を遺言執行者に認めることもありうる。このような一般論のもと、昭和43年判決の事案については、問題の移転登記請求訴訟が「遺言の執行」であるとは言えないが、遺言執行者の管理権に配慮して、やはり遺言執行者に当事者適格を認めるべきであるとされる。

(3) 高橋宏志教授の見解

次に、高橋宏志教授の見解を参照したい¹⁵⁾。高橋教授は、遺言執行者は自己の名で当事者となる法定訴訟担当だとした上で、遺言執行者は「遺言の執行」というその職務権限の範囲内でのみ当事者となると考えられるが、職務権限の範囲がどこまでかが問題になる、という形で問題を設定する。昭和43年判決については、遺言執行者を被告として原告らが勝訴しても、その判決のみによっては登記を取り戻すことができないとの理解を前提に、遺言執行者を被告として本件訴訟をさせることは、紛争の解決にとって若干迂遠であるとする。他方、登記名義人たる相続人のみを相手に訴訟をさせたのでは、遺言執行者が訴訟に全く関与しないという事態が生ずるが、登記を原告らに移転させることは、ま

さに遺言執行者が行うべき「遺言の執行」であるから、遺言執行者の頭越しに訴訟をすることも適当でないとする。こうした「ディレンマ」を前にして、遺言執行者だけを被告とする訴訟で原告が満足しているのならそれでよいが、そうでないのであれば、登記名義人にも被告適格があるとする方向を考えるべきことになる、と言う¹⁶⁾¹⁷⁾。

以上の短い記述の中にも、高橋教授の議論を貫く思考を見出すことができる。すなわちそれは、遺言の執行に係る訴訟を「遺言執行者の頭越し」で行うことはおよそ不当である、という思考である。かかる思考は、高橋教授の遺言執行者制度に関する次のような理解¹⁸⁾に依拠するものであると思われる。つまり、遺言執行者は、遺言を執行すること、すなわち遺言者の意思（遺思）を実現することを任務とする。相続人が被相続人（遺言者）から信頼されていれば遺言執行者は選任されず相続人が遺言の執行を任されたであろうから、遺言執行者と相続人の間には潜在的に緊張又は利害対立があると言える。第三者と遺言ないし遺産を巡って紛争が生じた時、その第三者と、遺言執行者（被相続人の代弁者）と相続人とがそれぞれの立場で訴訟にかかわる三面訴訟と構成することも一法だが、実定法は遺言執行者を優先させ、相続人をその背後に置いた。被相続人のした処分に相続人は従わざるをえないから、この規律には合理性があり、第三者からは遺言執行者が置かれたために訴訟が複雑になること（両者を相手とする共同訴訟になること）が回避される利点がある。要するに、遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着をつけてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重す

14) 福永・前掲注1)1775頁。

15) 高橋・前掲注1)267頁。

16) 高橋・前掲注1)269頁。

17) 高橋・前掲注1)274頁注36は、特定不動産が遺贈された場合には遺言者の死亡と同時に所有権は受遺者に移転するので、遺言執行者がいる場合であっても、受遺者は所有権に基づく妨害排除として登記の抹消を求めることができるとする昭和62年判決前掲注11)を前提に、遺言執行者に対する移転登記請求訴訟と相続人に対する抹消登記請求訴訟とを併合提起することによって、昭和43年判決の事案を解決しようとする。

18) 高橋・前掲注1)283頁注38において展開されている。

べきである¹⁹⁾。したがって、福永説の言うように、最終的な権利義務帰属主体である相続人・受遺者と第三者との間で権利関係が決着すれば、遺言執行者はそれに異議を差し挟む必要がない(福永説の④)とは言えない、と言うのである(とはいえ、この相違は、移転登記請求訴訟を「遺言の執行」に含めるか否かの違いに由来する可能性もある)。

かくして、高橋説の特徴は以下のようにまとめられる。高橋説も(便宜福永教授の言葉を借りれば)「わが民法は、遺言執行者がある場合、遺贈義務は、もっぱら遺言執行者を通じて履行をなすものとする立場に立っている」というテーゼを承認する。その上で、移転登記請求等の物権的請求は、「遺言の執行」の典型にあたる理解する。「遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着を付けてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重すべき²⁰⁾」であるという理念は徹底して貫かれ、最終的な権利義務帰属主体の間で権利関係が決着したとしても、遺言執行者の関与がない場合、それは遺言者の遺思に反する不当なものとして、訴訟法上もネガティブに評価される。

(4) 八田卓也教授の見解

以上の両見解をはじめとする従来の諸見解に対し、根底的な疑問を投げかける意味を持つ注目すべき議論として、八田卓也教授の見解を挙げる事ができる²¹⁾。八田教授は、

遺言執行者と遺言受益者との関係につき、「最終的な権利義務の帰属主体は遺言受益者であり、遺言執行者の有する権限は過渡的なものに過ぎず、遺言執行者は、訴訟の目的たる権利関係について何の管理権も有しないことに鑑みれば、特定型の遺言では、遺言執行者と遺言受益者との間では遺言受益者を前面に出す解釈論もありえてよい²²⁾」とする。また、昭和43年判決の事案に関わる相続人と遺言執行者との関係については、少なくとも特定型の遺言につき、相続人の被告適格を常に肯定する方向性を模索し、そのような解釈論は、「被告適格者が明確であることに対する第三者等の原告側の利益に配慮できる」という点で優れているとする²³⁾。具体的には、「相続人の行為により、遺言の執行が不可能とならないまでもより困難になることは、当事者適格の判断に影響する遺言執行者の職務の侵害とはならない」(「命題c」)、「遺言執行者がなすべき処分を、相続人が行っても、遺言執行者の管理処分権を害することはない」(「命題d」)という2命題²⁴⁾の肯定を通して、昭和43年の事例においては、相続人と遺言執行者との双方に被告適格を肯定することが可能であり、かつ、遺言執行者の被告適格は、相続人の訴訟担当者としてのそれではなく、遺言に基づく固有の義務の主体としてのそれ(固有適格)である、とする。敷衍すると、受遺者が相続人を被告として訴訟を起こし、結果として遺言の内容通りの移転登記を(遺言執行者ではなく)相続人が行う

19) そこでは、泉久雄教授の見解が参照されている。泉教授は、登記を受遺者に移転させることはまさに遺言執行者が行うべき「遺言の執行」であるところ、そのような意味を持つ移転登記請求を受遺者が遺言執行者をさしおいて行ったのでは、民法が遺言執行者に付与した管理処分権、ひいては、遺言執行者制度が無意味になってしまうとして、昭和43年判決の結論に賛成している(中川善之助+加藤永一編『新版注釈民法(28)相続(3)(補訂版)』334頁、348頁〔泉久雄〕(有斐閣、2002)。なお、高橋教授が参照するのは補訂版ではなく、同書旧版である。旧版では、314頁が本注での議論に対応している)。

20) 高橋・前掲注1)284頁注38。

21) 八田・前掲注1)133頁。

22) 八田・前掲注1)142頁。

23) 八田・前掲注1)143頁。

24) 八田・前掲注1)138頁。八田説はこれらを含めて計4つの命題を肯定する。その内容は、(a)「遺言執行者の職務は、遺言受益者が単独で遺言内容を実現できない場合にのみ、発生する」、(b)「遺言執行者が、本来なすべき職務を果たせなくなっても、それが遺言受益者の行為に基づくものであれば、遺言執行者は文句を言う筋合いない」、(c)「相続人の行為により、遺言の執行が不可能とならないまでもより困難になることは、当事者適格の判断に影響する遺言執行者の職務の侵害とはならない」、(d)「遺言執行者がなすべき処分を、相続人が行っても、遺言執行者の管理処分権を害することはない」、というものである。これらの妥当性の検討は後に行う。

ことになったとしても、そのことを以て遺言執行者の管理処分権が侵害されたとは評価できない(命題d)。また、仮に当該遺言が無効であり、別に有効な遺言が存するような場合に、相続人が被告として訴訟進行し、敗訴したとする。その結果、受遺者に対して根拠のない移転登記がなされると、当該移転登記の抹消登記が必要となる分、遺言執行者が有効な遺言の執行をすることは困難になるが、だからといって、そのことが遺言執行者の職務の侵害になるとは言えない(命題c)と言うのである。

命題dは、高橋教授の議論に対する強烈なアンチテーゼをなしている。たった今見た通り、高橋教授は、「遺言執行者を置いたということは、自己の代弁者である遺言執行者の頭越しに相続人・受遺者との間で決着を付けてはいけないというのが遺言者の遺思なのであり、訴訟法も原則的にはその遺思を尊重すべき」であるとの理念を自説の根幹に据えていた。しかし八田教授によれば、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」²⁵⁾。そうだとすれば、遺言の執行に遺言執行者が関与しなかったとしても、遺言執行者制度の終局目的は何ら害されない。そのことを別の角度から見れば、遺言執行者がなすべき処分を相続人が代わって行うことで遺言内容が実現されるのであれば、そのことを「遺言執行者の管理処分権の侵害」であると否定的に評価する必要はない(=命題dの肯定)ということなのであろう(もっとも、八田教授自身はこの論理展開を明示的には示していない)²⁶⁾。つまりこれは、福永・高橋両教授が前提とする、ある訴訟の進行が「遺言の執行」にあたるのであれば、その訴訟の当事者適

格は遺言執行者に与えられるべきであるとの理解の相対化を意味しているのである。

他方、命題cは、福永教授が昭和43年判決を結論として支持する理由のうちの①、すなわち、単なる抹消請求の場合には、その請求が認容されても、登記が被相続人の名義に戻るのみであり、遺言執行者の管理権を害することはないが、もし移転登記請求を認めるとすれば、登記名義が受遺者に直接移されることがありうることになり、遺言執行者が当該遺贈を無効と見ているような場合には、遺言執行者の管理権を侵害したことになる、とする部分に対するアンチテーゼである。

八田教授の分析はこうである。第一に、相続人の行為により第三者に登記が移ったとしても、遺言執行者は遺言執行がより困難になるだけで、不可能になるわけではない。つまり、相続人の訴訟進行の結果、無効な遺言で指定された受遺者=第三者に登記が移ったとしても、遺言執行者はその登記をなお取り返すことができる。福永教授が判決効の矛盾抵触を問題とせざるをえない(上記③)のは、遺言執行者の当事者適格の性質を法定訴訟担当と解するからであり、それを固有適格と理解と解するのであれば、判決効の矛盾抵触の問題は生じない。第二に、遺言執行者の当事者適格は遺言の有効性に依存するから、遺言が無効である場合には相続人に当事者適格を認めざるをえない。そうすると、受遺者が相続人を被告として訴えた場合に、その訴訟の中で、遺言執行者の指定に係る遺言の無効が認定されれば、相続人の被告適格は承認されざるをえず、ひいては相続人が敗訴し、登記が受遺者に移ることがありうる(遺言執行者の指定と特定遺贈とは、たとえ同一の遺言内に記載されている場合でも別個独立の意思表示であるから、前者のみが無効とされる場合

25) 八田・前掲注1)140頁。

26) これは、更に角度を変えて見れば、民法1012条が遺言執行者に付与する管理処分権に固有の利益を認めないということでもある。判決効の主観的範囲に関する文脈ではあるが、山本・前掲注1)39頁注41が、「目的物の帰属に私的な利益を持たず、ただ遺言が有効(受遺者に所有権がある)なら遺贈を原因とする移転登記をなす義務を負う(遺言が無効ならその義務を負わない)という程度で目的物を管理しているに過ぎない遺言執行者は、あたかも、他人間に所有権の帰属に関する訴訟に係属中の物を保管する者と同視しうるから、受遺者との関係では、民法115条1項4号の請求の目的物の所持人に該当する(受遺者敗訴判決の既判力は遺言執行者に拡張される)といえる」とするもの、基本的には同様の問題意識に立脚するものであると評価できよう。

も論理的にはありうる)。この場合にも、この訴訟内での遺言無効の認定は、遺言執行者を拘束しないから、遺言執行者は結局登記を取り戻す訴えを提起せざるをえない。だとすると、命題cを否定したからといって、相続人が敗訴して第三者に登記が移り、その登記を遺言執行者が取り戻さなければならないという事態がなくなるわけではない。したがって、命題cを否定すべき理由はない。かくして、八田説のこの指摘は、遺言執行者が有する「管理権」が侵害されたと言えるのはいかなる場合か、という点につき、従来の理解を大きく相対化する意義を持っているものと評価できよう²⁷⁾。

2 昭和51年判決について

さて、以上のような学説の対立にもかかわらず、昭和43年判決の思考様式に肯定的なものも含めた学説の多くが、昭和51年判決の結論に(少なくとも部分的には)同調していることは、興味深い事実である²⁸⁾。例えば、既に述べたように「遺言執行者の頭越しに訴訟をすること」をネガティブに評価する高橋教授も、「この昭和51年最判の事案は仮登記であるが、既に本登記になっている場合で考えると、判旨の処理は妥当であろう。遺言執行者は遺言の執行としての登記移転を済ませているのであり、既に事件は遺言執行を離れたと見ることができるところからである」と論じている²⁹⁾。

しかし、「登記移転」が済むと「事件は遺言執行を離れたと見ることができるところ」は、論証を要しないほどに自明の事実であろうか。遺言者の意思が遺言内容の完全かつ円滑な実現を遺言執行者に託すことにあるとすれば、一度実現した登記の保持につとめることも遺言の執行の一環であるという解釈も、論理的に排斥されるわけではないと思われる。そしてそれが「仮登記」となれば、境界線はなおさら曖昧であり³⁰⁾、現に判旨も、「遺言の執行に関係ないことではない」という歯切れの悪さを見せている。

また、「遺言内容通りに受遺者宛に遺贈を原因とする移転登記を経由した後も、遺言の効力を争う相続人が現れれば訴訟当事者とならねばならないことになると、受遺者の許で遺贈目的物につき所有権の取得時効が完成するまでは、遺言執行者の任務は終了しないことになり、遺言執行者を不当に長くその任務に束縛する結果となる」ことを理由に(少なくとも本登記まで済んでいる場合について)この帰結を支持する見解もあるが³¹⁾、仮に「登記の保持」まで含めて「遺言の執行」の一環であると理解するのであれば、そのような訴訟が起こされる限り、遺言執行者がそれに対応しなければならないのは当然であるとの立場も成り立ちうる。また、遺言執行者には就職を拒む自由があるのだから(民法1007条参照)、自ら就職を承諾した以上は、長期に渡り職務に縛られることがあっても、それほど不当とは言えないと評価することも

27) 八田・前掲注1)140頁は、命題cを肯定する見解がかつて存在しなかったことを指摘し、それが「絶対的かどうかについて疑問を投げかけている。

28) 昭和51年判決の評釈として、田尾桃二「判解」最判解民事篇昭和51年度278頁(1979)、伊藤昌司「判批」判評223号(判時856号)25頁(1977)、山木戸克己「判批」民商77巻6号886頁(1978)、平井宜雄「判批」法協95巻4号781頁(1978)、坂原正夫「判批」新堂幸司＝青山善充編『民事訴訟法判例百選(第2版)』54頁(1982)、新田敏「判批」久貴忠彦＝米倉明編『家族法判例百選(第5版)』232頁(1995)、松下淳一「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選I(新法対応補正版)』92頁(1998)、菱田雄郷「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法判例百選(第3版)』36頁(2003)、笠井正俊「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第4版)』28頁(2010)を挙げることができるが、このうち、判旨の結論に反対するのは、平井評釈のみである。もともと、松下評釈は「本件におけるように遺贈履行後ならば、遺言無効確認請求は遺言執行者を被告とし、抹消登記請求は受遺者本人を被告とすべきであるとすれば、遺言無効の主張にもとづく紛争において、受贈者と遺言執行者の両方を被告とするのは原告に負担ではないか」と指摘し(松下・同93頁)、全体的に慎重な姿勢を見せているようにも読める。重要な指摘であると思われる、後に改めて触れる。

29) 高橋・前掲注1)270頁。

30) 伊藤・前掲注28)27頁が指摘するところである。

31) 山本・前掲注1)16頁。

できよう。それにそもそも、まさに昭和51年判決の事案がそうであるように、遺言無効確認訴訟が併合提起された場合には、多数説によれば遺言無効確認訴訟の当事者適格は遺言執行者にあるから、いずれにしても遺言執行者は訴訟に引っ張り出されざるをえないということも指摘できる。

更に、「本件のような場合に遺言執行者の被告適格を認めると、受遺者が既に目的不動産の管理処分権を取得している場合にまで、遺言執行者が受けた判決の効力が受遺者に拡張されることになってしまう」のが不当であることを論拠とする学説も存在する³²⁾。しかし、仮登記を経由することのみで受遺者が「管理処分権」を得たと言えるのかどうかはそもそも曖昧であるし、「遺言の執行」については遺言執行者が責任を持つものであるとするならば、遺言執行者の受けた判決の効力が及ぶことが不当であるとアプリアリに言い切ることは難しいとも言えるだろう。また、受遺者等は遺言執行者に共同訴訟的補助参加をすることができると思われるから、手続保障に欠けるとも言えない³³⁾。

こうして見ると、学説の動向に反して、昭和51年判決の論理にもなお多く検討すべき点が残っているように思われる³⁴⁾。

3 まとめと展望

(1) 現れた対立軸

以上の検討により、学説が織り成すいくつかの対立軸が明らかとなった。まず、「遺言の執行」の外延をどう画するかについての対

立が存在する。つまり、福永説は遺贈目的物の移転登記すら「遺言の執行」であるとは見ないが、高橋説・八田説はこれを「遺言の執行」であると見るという点で対立がある。また昭和51年判決の事案のように、「仮登記」が済んだ場合にも「遺言の執行」が済んだと言えるのかについては、各学説とも明瞭な理論的解答を与えていない。

次に、仮にある事案において遺言執行者の当事者適格を認めた場合、遺言執行者は法定訴訟担当となるのか、それとも固有適格を有するのかについても、対立が生じている。実際の観点から見れば、これは遺言執行者が追行した訴訟の判決効について民事訴訟法115条1項2号を適用すべきかという問題でもある。

最後に、八田説は高橋説・福永説との関係において根底的な対立軸を設定した。すなわち、高橋説・福永説は、実体法の理解を足掛かりとして、「遺言の執行」に関する訴訟については原則として遺言執行者を当事者とすべしとするのが現行法の立場であるとの前提に立っていた。これに対して八田説は、ヨリ実質的な検討を通して、その前提を見事に相対化して見せた。また、福永説との関係においては、遺言執行者の「管理権」をいかに理解するかについても、理解が分裂する余地があることを明らかにした。

(2) 八田説のイムパクト

以上の対立のうち、遺言執行者の当事者適格という問題を考える上で最も重要な意味を持つと思われるのは、やはり八田説が果敢に設定する最後の対立軸である。要するに、八

32) 笠井・前掲注28)30頁。菱田・前掲注28)37頁も参照。

33) これらとは別に、判旨の「遺言執行者が右登記について権利義務を有すると解することはできない」とする部分に重きを置き、不動産登記法上、抹消登記義務者は登記簿上の権利者であることから、抹消登記手続請求の被告は登記簿上の権利者（本件では受遺者）であると解するのが素直だと論じる見解もある（松下・前掲注28)93頁、笠井・前掲注28)30頁）。しかし、そもそも自らが権利義務の主体ではないにもかかわらず訴訟当事者となる構成のことを「訴訟担当」と言うのであるから、遺言執行者が抹消登記義務者ではないことは、遺言執行者が訴訟担当者になることを否定する論拠にはなりえないと思われる。

34) なお、平井・前掲注28)95頁は、判旨の「以上の各場合と異なり」以下を、遺言執行者が被告適格を持つための一般的要件を示したものと読むようである。すなわち、(1)係争権利関係が遺言の執行であること、(2)それにつき遺言執行者が、権利義務を有していること、が、遺言執行者の被告適格を肯定するための要件になると言う。が、(この判旨がそれほどの射程を持つものかという問題は措くとしても)判旨は(1)・(2)双方の否定を通して本件における遺言執行者の被告適格を否定したのであるから、素直に読む限り、(1)又は(2)のいずれか一方が肯定されれば被告適格も肯定されることになりそうである。無論、(1)・(2)を重疊的に要求したうえで、確認的に双方を否定した、と読む可能性も排除されるわけではない。

田教授の見解は、従来、ともすれば漫然として前提とされてきた、遺言執行者をさしおいて遺言の執行に係る訴訟を行うことを許せば遺言執行者の管理処分権が侵害され、ひいては、遺言執行者制度が形骸化することになるから、これを許すべきではないとする理解に反省を迫る意義を持つものである。従来の学説としても、この鋭い問題提起を無視して、従来の見解を卒然と維持し続けることはできないように思われる。

では、八田説にどのような評価を与えるべきであろうか。まず、命題 d の妥当性を検証するためには、本当に「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」と言えるのかどうかを、遺言執行者制度の趣旨に遡って検証する必要があるだろう。子の認知（民法 781 条 2 項、戸籍法 64 条）及び相続人の廃除・その取消し（民法 893 条、894 条）の場合には、明文で遺言執行者の選任が義務付けられているが、例えば特定遺贈の執行については、遺言執行者を置くことは不可欠でないといわれている³⁵⁾。それにもかかわらず、特定遺贈の執行についてもしばしば遺言執行者が置かれる³⁶⁾のは、遺贈義務の履行は相続人自身の利益に反することが多いため、相続人によるその執行が期待できないからであり³⁷⁾、また、遺言執行者を選任するときの遺言者の意思は、観念的な権利移転で足りるとせず、遺言内容の完全かつ円滑な実現を遺言執行者に期待するものであり、社会的にもそのようなものと理解されて遺言執行者制度は利用されているのだ³⁸⁾とされている。そうだとすれば、遺言執行者を置く遺言者の意思は、「遺言執行者の手で」遺言内容を実現させることにあるのではなく、「方法を問わず」遺言内

容を完全かつ円滑に実現させることに尽きると考える方が実態に適しているとも言えそうである。つまるところ、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」との見解は、従来の遺言執行者制度の理解に基づく限り、極めて自然で、十分に支持しうる見解であるようにも思われるのである。むしろ、遺言執行者が設置されていながらも遺言内容の円滑な実現が果たされていない昭和 43 年判決のような事案において、受遺者が遺贈義務履行請求を行うためのルートを厳格に制限し、迂遠な紛争解決方法を強いることは、遺言者の意思に反する不当な結果である、ということにさえなりかねない。だとすれば、従来の実体法理解を前提とする限りにおいて、遺言執行者を置くことで遺言内容の完全かつ円滑な実現が期待されるということと、遺言執行者に遺言の執行についての（排他的な）当事者適格を付与すべきであるということとは、直ちには結びつかないように思われてくる。

まとめれば、従来の議論を前提にする限り、八田説の主張する命題 d に対して適切な反論を行うことは困難であるように思われる。逆に言えば、遺言の執行に関する事項について、遺言執行者の頭越しに訴訟を行わせると、遺言執行者の管理処分権、ひいては、遺言執行者制度が形骸化することから妥当でないとする見解は、手続上の迂遠さ等々の不利益を甘受してまでも守るべき、遺言執行者制度の存在意義に関する実質的な見通しを欠いたまま主張されてきたという嫌いがある。更に言い換えれば、このことは、従来の訴訟法学説が前提としてきたであろう遺言執行者制度に関する実体法理解による限り、Ⅲ 1 (1) で述べたような昭和 43 年判決の思考様式も再検

35) 鈴木祿弥『相続法講義（改訂版）』145 頁（創文社、1996）、内田貴『民法Ⅳ 親族・相続（補訂版）』479 頁（東京大学出版会、2004）等多数。今日異論を見ない。

36) 叶和夫「遺言執行者の権限」川井健ほか編『講座・現代家族法 第 6 巻』141 頁、142 頁（日本評論社、1992）は、遺言の執行が問題として取り上げられるのは主に遺贈についてであり、「遺言の執行は遺贈の執行のためにあるといってもよい」とする。

37) 鈴木・前掲注 35) 144-145 頁。

38) 渡邊剛男「遺言執行者の職務権限に関する最高裁判平成 11 年 12 月 16 日判決について」公証法学 29 号 97 頁、110-111 頁（2000）。

討を迫られざるをえないということの意味する。だとすれば、昭和43年判決及び八田説の命題dの妥当性を検証するにつけては、改めて、遺言執行者制度に関する実体法的分析に立ち帰ってみる必要があると思われる。

管理権概念を巡る対立軸を形成した命題cをどう評価すべきかについても、以上のような実体法的分析を通して自ずから明らかになるとと思われる。また、「遺言の執行」の概念をどう理解するか（昭和51年判決をどう理解するか）、遺言執行者の当事者適格の性質をどう理解するか（民事訴訟法115条1項2号を働かせるか否か）という残された2つの問題も、結局は、以上のような実体法的な考察を抜きにして解決しうるものではないと思われる。

(3) 展望

かくして、近時の有力な3つの学説を検討することにより、八田説の批判を前にして昭和43年判決の思考様式をなお正当化しうるのか、また、昭和51年判決はどう理解され、説明されるべきなのか、更に、仮にそれぞれの事案において遺言執行者の当事者適格を肯定するとして、それは固有適格なのか、訴訟担当としての適格なのか、という訴訟法上の問題が浮かび上がってきた。そして、そのいずれを検討するにつけても、遺言執行者制度についての実体法的な考察を避けて通ることができないことも明らかとなった。そこで、IVでは、訴訟法の問題から少し離れ、遺言執行者制度そのものについての検討を展開する

ことにしたい。

遺言執行を巡る紛争の分析と IV. 遺言執行者制度の実体法的考察

1 遺言執行を巡る紛争の分析

(1) 問題意識の提示

IIIでは、現時点において昭和43年判決と昭和51年判決とを巡る訴訟法上の問題を再検討するにあたっては、その不可欠の前提として遺言執行者制度についての実体法的認識³⁹⁾を深める必要があるということが、一応示された。

では、従来の理解とは異なる、遺言執行者制度の理解というものがあろうのであろうか。このことを論じる更なる前提として、遺言執行を巡る紛争⁴⁰⁾が、他の紛争と比べていかなる特徴を持つのかということについて、認識を深めておくことにしたい。遺言執行者制度が、誤解を恐れず大雑把に言えば、遺言執行の紛争化を防止し、かつ、生じてしまった紛争を解決するための制度である以上、防止し、解決すべき紛争がいかなるものであるかの認識を抜きにして、遺言執行者制度を考察することは不可能だからである。そして、ここでは既に取り上げた昭和43年判決と昭和51年判決の事実経過の再吟味から、その手がかりを得ることを目指したい。分析の対象をこの両判決に限定することに積極的

39) なお、個別に言及することはしないが、遺言執行者制度の実体法的・実務的な分析として、別の箇所掲げる諸文献以外に、以下のものが有益である。於保不二雄「遺言執行者の法律上の性質」『財産管理権論序説』65頁（有信堂、1954）、小山昇「遺言執行者の地位」中川善之助追悼『現代家族法大系5（相続2）遺産分割・遺言等』320頁（有斐閣、1979）、山口純夫「遺言執行者の職務権限」奥田昌道還暦『民事法理論の諸問題 下巻』541頁（成文堂、1995）、竹下史郎『相続させる』旨の遺言の最高裁判決は遺言執行者の関与を排除したものか判タ823号28頁（1993）、生島燕子「遺言執行者の権限（遺産分割との関係）」判タ996号154頁（1999）、泉久雄「遺言執行者の管理処分権」『家族法論集』284頁（有斐閣、1989）、松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦編集代表『遺言と遺留分 第1巻 遺言（第2版）』395頁（日本評論社、2011）。

40) 「紛争」概念については一定の議論の蓄積があるため、本稿がここで言う「紛争」の意義についても、若干の説明を加えておくべきであろう。民事訴訟法学において、最もオーソドックスには、「紛争」は訴訟物（の存否に関する主張の対立）という意味に理解されてきたが、訴訟物構成がなされる以前の、社会に存在する紛争の意味で「紛争」概念が用いられることも多いとされる（上野泰男「戦後日本の民事訴訟法学説における紛争解決の観念」民訴雑誌46号110頁、112頁（2000）を参照）。本稿がここで言う「紛争」は、後者の意味である。その中にも多様なヴァリエーションが存在しうるが、本稿の言う「紛争」概念に近いものとして、例えば、紛争とは当事者の一定の相互行為からなる「社会過程」であるとする、六本佳平『日本の法と社会』48頁（有斐閣、2004）の法社会学的な定義を挙げることができる。

な意味があるわけではないが、しかし、逆に言えば、両判決は遺言執行に関わる紛争に広く見られる特徴を例に漏れることなく具有しているから、それら2つを分析するだけでも、本稿の問題意識をそれなりの程度で伝えることができるであろうと考えるためである。

(2) 事案の読解

昭和43年判決の事案が紛争化したことの発端は、相続人が遺贈目的物について単独で自己名義の所有権移転登記を獲得してしまったことにある⁴¹⁾。そして、遺言の存在を認識していながら、相続人がそのような行動に出してしまうこと背景には、(その内容が自分に不利であればこそ)その遺言は無効だという信念を相続人が抱きがちであるという事態、またヨリ酷い場合には、遺言が有効であるとわかっていても、それを無効だと主張することが比較的容易にできてしまうという事態、が伏在しているように思われる。

昭和51年判決も似たような構造を持つ。こちらの事案では、恐らく被相続人と同居していたと思われる相続人＝原告が、被相続人の死亡後、あたかもそれが元より自分の財産であったかのように、遺贈目的不動産に対する事実上の支配を当然に確立してしまっている(ただし、占有開始時は遺言の存在について善意であるようである)。原告は被相続人死亡後、いずれかの時点で遺言の存在を認識したことが窺われるが、その後も事実上の支配が解かれることはなく、その遺言は偽造であるとして、有効性を徹底的に争う姿勢を見せているのである。これをうけ、受遺者はただちに仮登記を行い、原告の支配を牽制する

姿勢を示したのであった。

(3) 2つの要素

以上の観察からだけでも、他の紛争類型と比較した場合に、遺言執行を巡る紛争を特徴づけている2つの要素を抽出することができるだろう。第一の要素は、遺言者＝被相続人の死亡(＝物理的消失)に起因して作動する、利害関係人に特徴的な行動原理である。そして、第二の要素は、「遺言」という権原⁴²⁾の特殊性である。

(4) 第一の要素 利害関係人の行動原理・篡奪

第一の要素が意味するところを端的に例解するために、相続法に関する我が国における標準的な体系書⁴³⁾の一節を引用したい。

——被相続人の所有物について、相続人の間で形見分けをしたとする。亡父愛用の万年筆だとか、浴衣だとかいう類のものならば、親子情愛の発露として深く追及する要もないと思われるが、名前は形見分けでも、大きなダイヤの指環であるとか、高価な骨董品であるとかいうような物を分配することになれば、もはや単なる形見分けの範囲を逸脱(する)⁴⁴⁾。

このパッセージにおいて「形見分け」と称されている事態は、要するに、相続人らが被相続人の所有に服していた財産を、極めてクローズドな空間で恣意的に取得・分配してしまうプロセスに他ならない。このような事態の引き金となるのは、(真に当然のことではあるが)「形見分け」の対象となる財産の所有者＝被相続人の死亡である。「被相続人の

41) 現行法でも、不動産登記法63条2項は、「共同申請主義」の例外を定めている。「共同申請」が何を意味するか、翻ってその例外が何をもたらすのかは、本来、本稿の問題意識にも関係する重要な問題であると考えられるが、深く立ち入ることはしない。

42) 「遺言」が「権原」であるという物言いは、違和感を生ぜしめるであろう。「原因」たるのは例えば「遺贈」であり、「遺言」それ自体ではない。本稿は、そのことを認識した上で、あえて「遺言」が「権原」であるという記述を採用する。したがって、本稿の用いる「権原」というタームは一般的な用法とはややズレているということになる。正当性や権威性という観点からは切り離された、端的な事実状態としての「占有」との対抗において、「権原」とは、財貨帰属の正当性に関する公的な承認であり、権威付けである、と見ることができるところ、遺言は、そのような公的な承認・権威付けを生ぜしめる根拠となるテキストであると言える。本稿があえて遺言を「権原」であるとするのは、遺言が持つその性質を強調したいがためである。

43) 中川善之助＝泉久雄『相続法(第4版)』(有斐閣, 2000)。

44) 中川＝泉・前掲注43)385頁。

死亡」は、被相続人の財産を実効的に管理・占有する主体が物理的に消滅するという状況を顕現せしめる。管理・占有主体を失った財産は、あたかも「無主物」であるかのように取り残される。その空隙を衝き、相続人が実力で実効的な支配を勝ち取ってしまうのである（「無主物先占」の論理）。

なお、先ほど引用した一節は、かかる財産の取得が相続の法定単純承認事由（民法921条1号）に該当するかを検討する過程で登場する。つまり、論者は相続を承認する以前の段階で（つまり、いかなる意味でも「相続人」が「権原者」ではない段階で！）、このようなプロセスが進行することを念頭に置いて議論をしているのである。

では、かかる事態はどう評価されるべきなのであろうか。先ほど引用した学説は、金銭的価値の低い財産の取得については、「親子情愛の発露」としてあえて深く追及しなくてもよいと考えているようである。なるほど善良な社会通念も、そのような考えを支持するかもしれない。

しかし、仮に我々が法の立場に立つのであれば、やはり以下のような疑念を拭い去ることはできないだろう。つまり、いかにそれが被相続人との間の「情愛」に基づく行為であろうとも、またいかにその対象が金銭的価値に乏しいものであったとしても、法的な遺産処理手続が完了する以前の段階において、遺産に属する財産を実力で取得してしまうことは、相続財産に対する違法な「篡奪」に他ならないのではないかと、という疑念である。相続人が相続を承認する以前であれば勿論であるが、仮に、相続を承認した後であっても、同様のことは当てはまるはずである。こうし

た「篡奪」がエスカレートすれば、それが遺贈目的不動産の登記を巡る泥仕合にまで発展するのは見易い道理である。

(5) 第二の要素 特権的解釈主体の不在・権原未確定状態の出現

第二の要素は、遺言という権原の特殊性である。遺言は、定義上、常にテキストの形をとって現れる。そして、それがテキストである以上、遺言は必然的に解釈を要求する⁴⁵⁾⁴⁶⁾。ところで、これまた定義上、遺言が効力を生じる時点では、そのテキストの書き手であり、したがって特権的な解釈主体であるところの遺言者は既に不在である。この、特権的解釈主体の不在という事実は、利害関係人が遺言というテキストに対して各々の恣意的な解釈を施す可能性をもたらす。民法上、理念的には、遺言の効力は遺言者の死亡時において直ちに発生するとされている（民法985条1項）。しかし現実的には、利害関係人らによって遺言テキストの解釈が争われ続ける限り、その効力の内容は確定しない。また、解釈上の争いは、その意味内容を巡る争いとどまらず、当該遺言の権原たる資格それ自体に対する争い（＝遺言無効の主張）にまで発展しうる。すなわち、意思表示の主体である遺言者の不在という事態は、「当該遺言作成当時遺言者は意思能力を欠いていた」、「当該遺言は他人によって偽造されたものである」、等の主張⁴⁷⁾の出現を促すモメントともなるのである。

「遺言無効確認請求事件においては、最も重要な証拠方法と言える遺言者は既に死亡しているから、当該遺言が無効であるか否かについて判断するためには、遺言者の遺言時ににおける精神上の障害、内容、程度といった医

45) 来栖三郎「遺言の解釈」『来栖三郎著作集Ⅲ 家族法 家族法判例評釈（親族・相続）』（信山社、2004）337頁は、遺言の解釈を巡る諸問題を、比較法的見地も踏まえて詳細に論じる有益な論文である。

46) なお、この点につき最判昭和58年3月18日集民138号277頁は、「遺言の解釈にあたっては、遺言書の文言を形式的に判断するだけでなく、遺言者の真意を探求すべきものであり、遺言書が多数の条項からなる場合にそのうちの特定の条項を解釈するにあたっては、単に遺言書の中から当該条項のみを他から切り離して抽出しその文言を形式的に解釈するだけでは十分ではなく、遺言書の全記載との関連、遺言書作成当時の事情及び遺言者の置かれていた状況などを考慮して遺言者の真意を探求し当該条項の趣旨を確定すべきものであると解するのが相当である」と判示している。

47) このような主張に理由があるとすれば、翻ってそれは受遺者による「篡奪」である。例えば、伊藤昌司『相続法』139頁（有斐閣、2002）は、「偽造・変造あるいは撤回済みの遺言によって財産が所有者（相続人）から奪い取られる危険」があることを指摘している。

学上の評価から、遺言者の遺言時の年齢、遺言時及びその前後の状況、遺言をするに至る経緯、遺言の内容、遺言の効果等までを子細に検討する必要がある、裁判所は困難な事実認定をせまられる。しかも、当事者の関係は良好ではないことが多く、争点とは必ずしも関連しない事実をめぐって当事者が激しく対立する場面も見受けられる⁴⁸⁾、「一つの遺言について、一つの無効事由のみが主張されることはなく、多くの事件において、当事者から複数の無効事由が主張されるのが現状である。特に遺言書の作成経緯を全く知らない当事者からの訴訟の場合、網羅的な主張が併せてされることもある⁴⁹⁾」とする実務家の証言は、以上の考察と符合するであろう。これらの証言から浮かび上がるのは、遺言の解釈を巡る利害関係人同士による際限のない泥仕合の光景である。

まとめれば、確かに遺言は遺言者の死亡とともにその効果を生じる権原であるとされるが、それが厳密な解釈を要求するテキストであり、かつ、その特権的解釈主体が定義上不在であるという性質を持つ。そのことが、遺言の内容及び資格についての理解を利害関係人の間で非一義的ならしめる。それを一義的に確定するためには、一定の解釈作業（したがって、一定の時間）が要求されざるをえない。したがって、この間、受遺者の権原は未確定的になるのである。更に、そのようなものとしての遺言が存在する場合には、「相続」という権原も、いわば反射的に同様の性質を持つことになる。なぜならば、相続財産のうち、どの財産がどれだけ遺贈の対象になっているのかが一義的に定まらない状況では、相続人の権原の内容も一義的に定まっているとは到底言えないからである。

(6) 両要素の関係

第一の要素は、その内容から明らかなように、遺言執行を巡る紛争のみならず、相続を巡る紛争一般に妥当するものであると言える。が、第二の要素が積み重なることにより、遺言執行を巡る紛争においては、それが

極大化された形で現れる。すなわち、遺言を前にした相続人は、その資格を争い、恣意的にこれを解釈し、はたまたそれを隠匿し、本来は遺贈の目的物となるべき財産に対して「篡奪」を仕掛けがちになるのである。

以下のような証言が、このことを端的に表している。ある実務家は自分が経験した事例として、以下のような例を挙げる。「遺言者が自筆証書遺言で、配偶者（妻）に遺産を包括遺贈していた事案であるが、家庭裁判所で選任された遺言執行者が、相続人（配偶者（＝妻）と母）に、財産目録を交付し、遺言の執行をする旨通知したところ、相続人たる母は、遺産である不動産の主要な物件につき、相続を原因として所有権移転登記手続をした」というのである⁵⁰⁾。母親にとっては、息子がそのような遺言を書くとは到底信じられなかった（信じたくなかった）のであろう。遺言の存在を現認したことが、この母親による「篡奪」の直接的な契機となっているのである。不動産を巡ってでさえこのような事態が生じるのであれば、遺贈目的物が動産の場合、ヨリ端的に実力で占有を奪ってしまうという事態が頻発するであろうことは、想像に難くない。

他方で、相続人がこのように行動しがちであるとするれば、受遺者としても、（遺贈義務の履行を得られない限り）早々に遺贈目的財産について実効的支配を及ぼすよう企図するはずであり、悪くすれば、遺贈目的動産を先制的に実力で奪取するなどの「篡奪」を試みかねない。

また、意思表示の主体の不在は、受遺者が自分の権原を認識できないという事態をも引き起こす。意思表示の主体が健在であれば、第三者がその意思表示の存在を隠し通すことなどはおよそなしえないと思われるが、遺言の場合には、相続人が自己に不利益な内容の遺言を隠匿してしまうことも十分に可能である。それどころか、相続人すらもその存在に気付かず、善意で「篡奪」を行っていたという場合すらありうるのである。

48) 石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（上）」判タ 1194号 43頁、43-44頁（2006）。

49) 石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（下）」判タ 1195号 81頁、87頁（2006）。

50) 岸本洋子「遺言の執行——遺言執行の実情調査の結果から」久貴編次・前掲注 39) 375頁、388頁。

(7) 遺言執行を巡る紛争の特徴の定式化

以上の検討が正しいとすれば、「遺言執行を巡る紛争とは、遺言という権原の特殊性によって増幅された、利害関係人による相続財産に対する『篡奪』のプロセスである」と定式化することが可能である。

この定式を前提にするならば、そのような性質を有する紛争を解決するためにいかなる方策をとるべきかについても、一定の見通しを得ることができる。すなわち、まずは「篡奪」が生じる元凶たる相続財産の管理・占有主体の不在という事態を解消することが必要である。そのためには、死亡した被相続人＝遺言者に代わって相続財産を管理・占有する主体を調達しなければならない。そしてその主体は、少なくとも解釈を通して権原たる遺言の資格・内容が利害関係人の中で一義的に確定・共有されるまで(それは反射的に、権原としての「相続」の意味内容の確定をも意味するのであるが)、相続財産を巡る「篡奪」のプロセスを徹底的に遮断し、相続財産の原型を保全する役割を一手に担うことが望ましい、ということが言えるであろう。

2 遺言執行者制度の実体法的考察

(1) 金子敬明教授による問題提起

さて、このような認識に基づいて従来の実体法上の議論を概観するとき、極めて注目に値するのが、金子敬明教授による一連の論攷⁵¹⁾である。本稿の問題意識をヨリ形あるものとして提示するための手がかりとして、以下でやや詳細に、同論攷の内容を紹介しておくことが有益である。

金子論文⁵²⁾は、相続に関する近時の5つの裁判例の分析を通して、相続という現象を巡る既存の法的イメージにはそもそも難点があることを浮き彫りにした上で、試論的な形で、相続を巡る新たな法的イメージを提示する。

まず、金子論文は、「相続の理想像」とし

て、以下のようなモデルを描き出す⁵³⁾。被相続人が死亡すると、その「身代わり」(これを同論文に倣って、以下「 α 」とする)が立つ。 α は暫定的に、被相続人が立っていた立場を埋め、被相続人に帰属していた権利義務も暫定的に α に帰属する。もっとも、 α はあくまでも暫定的な存在にすぎないから、右の権利義務をほしいままに処分するわけではない。しかし他方で、相続債権者からの請求を受けた場合には α はこれに応じる必要がある、そのために遺産中の個々の積極財産を処分することは許されるべきである。つまり、被相続人の死亡後一定の期間内は、 α を中心とした清算手続が行われるべきであり、しかもそれは常にそうである(例えば、遺言執行者が指定されているか否かを問わない)。そうだとすると、仮に遺言である者に対し特定の物件が処分されていたとしても、その物件が相続債権者への弁済の原資として α により処分される可能性を否定しえないから、少なくともその限度において、右処分の受益者は右物件に対する権利を当然に取得するとは言えなくなる。

続けて金子論文は、以上のモデル設定ではなお、以下の3つの論点が詰められていないとする⁵⁴⁾。すなわち、① α を中心とする相続財産の清算手続がどの時点まで認められるべきか(相続債務が完済されるまで清算手続は続行されねばならないのか、共同相続人たちの合意さえあればいつでも終了できるのか)。②個々の遺産がどのような経路をたどって移転されるべきか。③ α をどのように調達すべきか。このうち、①と②とから、 α に相続人とは別個独立の地位を保障し、 α を相続人の指図に従わねばならない存在ではないものとして理解するのか(これを α_1 とする)、それとも、 α を共同相続人全員による指図に従わねばならない存在、いいかえれば、外部関係において共同相続人の全員が当事者となることによる煩雑さを回避するため、のいわば便利屋として理解するのか(これを

51) 金子・前掲注2)。

52) 以下、単に金子論文と表記する際には、別段の断りがない限り、金子・前掲注2) (2) を指示するものとする。

53) 金子・前掲注2) (2) 115頁。

54) 金子・前掲注2) (2) 116-118頁。

α_2 とする)という問題が、更に浮かび上がる。そして、③についての答えも、その点に関する理解からある程度明らかになってくるとされる。

更に、金子論文は、最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁の分析を通して、以下のような新鮮な指摘を行う⁵⁵⁾。すなわち、「遺産分割手続が進行中の段階とは、いわば所有権という権原を争う訴訟が未決着の段階のことであり、それゆえにその段階では、権原によらずに占有の次元での独自の基準によって実力支配の正当性が判断されるべき」である、という指摘である(なお、ここで言う「占有」という言葉を現在の通説が理解する通りに理解することはできず、それとは別個の占有概念を用意することが必要不可欠である、とされる)。そして、以下のように付け加える。この思考を貫けば、遺産分割手続中における個々の遺産の実力支配の正当性争いにおいては、権原は一切持ち出せない

ことになる。そうだとすると、不当な実力支配がなされた場合に、例えば共同相続人が東になってもその実力支配を解消しえないことになるが、では一体誰ならばそのような問題に対処をすることができるのか、という問題は残されたままである⁵⁶⁾、と。

かくして、(i) α を介在させるという思考、(ii) 占有の次元を考察するという思考の2つが導入されたが、金子論文は、それらが持つ意味について、日本の社会構造にも踏み込んだ、更に詳細な検討を加える。

まず、(i)について、以下のような洞察が展開される⁵⁷⁾。例えば、被相続人をA、「相続させる」旨の遺言により特定の不動産の受益相続人となった者をBとすると、最高裁判例は(1) AからBへの直接の移転登記を認めており⁵⁸⁾、他方でこれとは別の考え方として、(2) Aから相続人を經由してBへ移転登記するというものと、(3) Aから α を經由してBへ移転登記するというものが

55) 金子・前掲注2) (2) 112-113頁。

56) 以上の点は、結論だけを唐突に示せば余りにも奇異の感に堪えないと思われるので、金子論文がこのような指摘をなすに至る経緯をごく簡単にでも紹介しておくべきであろう(金子・前掲注2) (2) 97-112頁)。

平成8年判決は、従前から被相続人と同居し、遺産たる本件住居を占有していた共同相続人の一部(Yら)に対して、他の共同相続人ら(Xら)が、共有持分権に基づき本件住居の明渡請求訴訟を提起したという事案である。判旨は、「使用貸借」のロジックを用いて訴えを棄却したが、金子論文の分析による限り、その論理構成が「十分な熟慮のもとに出されたものでないことはほとんど明らか」である。しかし、他方で、被相続人が所有していた家屋に居住している相続人は、少なくとも平成8年判決の事案のもとでは、遺産分割時まで法的に正当にそこに居住し続けることができる、という価値判断は、ほぼ異論なく支持を受けている。そこで、その価値判断を正当化する論理の構築が要請される。

第一に、Xらの「共有持分権」という権原に対抗すべく、Yらに「使用貸借権」というより強い権原を付与する判旨の理論構成がありうる。しかし、これは全く説得力を欠く。

次に、Yらが現在家屋に対して実効的な支配を確立しているがゆえに、そのような状態が保護されるべきなのだとの理論構成がありうる。しかし、「被相続人が一人で暮らして死亡後空き家になっていた家屋に、相続人の一人がだれの了解も得ずに入居して占有を始めた」というケースを想定してみると、この場合でも、当該居住相続人は「家屋に対して実効的な支配を確立している」とは言えるものの、こうした居住相続人まで保護に値するとは思われない。

だとすれば、「居住という事実そのものではなく、むしろ居住の開始態様こそが、居住相続人の居住が法的に保護されるべきものかどうかの判断にあたって決定的に重要なのである」という考え方を採用せざるをえない。しかし、居住の開始態様によってその居住の法的保護の在り方を変えるという思考は、われわれが一般に知っている思考ではなく、少なくとも居住者の居住を「権原」によって基礎づけるという発想とはおよそ無縁のものである。したがって、このような思考が正しいとすれば、法的に正当な実力支配のメルクマールを権原以外のところに求める必要がある。すると、われわれはこの思考が「権原と占有との分離」という発想に根を持つものではないかとの着想へと導かれる。現にこの発想によれば、平成8年判決の事案において、居住相続人の居住の保護が遺産分割時までの一時的なものだとされることは容易に説明可能である。というのも、遺産分割によって所有権という権原の帰属が明確になりさえすれば、居住の開始態様に着目してその居住の法的正当性を基礎づけることなど、原則として必要でないはずだからである。

57) 金子・前掲注2) (2) 120-124頁。

58) 遺言執行者がいる場合にもこの結論は変わらない。最判平成7年1月24日集民174号67頁、最判平成11年12月16日民集53巻9号1989頁。

ありうる。このうち、(1)・(2)と(3)との間には線を引くことができる。すなわち、死者Aが所有し登記を有していた不動産につき、その登記を誰かに移転しようとする場合に、A自身を移転登記手続に関与させることは不可能であるから、Aの関与なしに権利の移転を受ける者が誰か一人は必ずいるはずであるところ、(1)・(2)は相続受益者に、(3)は相続財産の清算のために立つ存在に過ぎない α にその役割を担わせるという点で、大きく異なるのである。そして、(1)・(2)を正当とする考え方は、「相続受益者は、Aから権利の移転を受ける原因関係をもつ者であるから、かれが登記を有することになっても何ら問題はない」という観念を前提とする。しかし、金子論文は、不動産物権変動に関する日本法の母法であるとされるフランス法、更にはイングランド法を例に出して、「この両国においては、いかに正しい原因関係が存在しようとも、それによって直ちに権利が移転するものとは全く観念されておらず、却って、それに加えて明確な権利移転行為がなされない限り、権利移転は法的に実現されたとはいえない、と考えられている」ことを指摘し、先ほどの考え方に疑問を投げかける。その上で、 α を介在させる(3)の発想は、「原因関係(相続ないし遺贈)を備えた相続受益者Bを相手方とした、その原因関係とはあくまで別個の権利移転行為(移転登記)に、譲渡人たる被相続人の身代わりである α を関与させない限り、Bは正当に所有権を取得したことにはならない」という考え方に基づくものであり、そうだとすると、「 α に相続人とは別個で独立の地位を保障することが絶対に必要である」(先述の論点②)。かくして、(1)・(2)と(3)との間にある違いとは、「死者の財産は直ちに相続受益者((1)の場合にはB、(2)の場合には媒介となる相続人)のものであると考えるか、それともそうは考えないか、の違いであり、更に今一步パラフレーズするならば、それは、その権利主体が物理的に存在しなくなったことをとらえて、死者に帰属していた財産を誰かが取ってしまうこと

を、篡奪だと考えないか考えるか、という違いでもある」と結論する。そして、最後に、『被相続人が死亡した場合には、かれに帰属していた個々の遺産につき、それがかつて被相続人に帰属していたという状態がひとまず尊重されるべきであり、よって、いかなる者であろうとも、被相続人の代わりに立つ α_1 の手による権利の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)がなされない限り、その者は正当に権利の移転を受けたとはいえない』という観念構造が、現代日本においては成り立っていない」ことを指摘する。

次に(ii)については、「本権に関する判断の前に、それとは異なる判断枠組によって迅速に実力の問題に対処する必要がある、という問題意識は、学説の十分な反応を伴っているとは言えないものの、裁判実務上は比較的注目を集めている話題」だとしつつも、「そのような問題意識を実地に生かすための作業は、日本では必ずしもうまくいっていない」と指摘する。そして、それは「現代日本においては結局、『占有者が占有している財産については、いかなる者であろうとも、占有者による占有の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)を受けない限りは、かれの確立した実力支配は法的に正当視されない』という観念が成り立っていない、裏からいえば、本権をもっていそうな者であれば、『占有者による占有の移転行為(裁判によりそれが強制される場合を含む)』がなされていない場合であっても、『かれの確立した実力支配』は(少なくとも結論として)法的に正当視されることがある、のではないかということである」との診断を加えている⁵⁹⁾。

(2) 金子論文と本稿との距離 「 α 」・「占有の次元」の再構成

以上、やや長くなったが、金子論文の結論部分について、一応の要約が行われた。本稿は、金子論文の立場に全面的に賛成し、それを前提に訴訟法理論を組み立てることを目的とするものではない(そもそも、金子論文自体、具体的な解釈論的帰結を示しているわけではないので、そのような作業はなしえな

59) 金子・前掲注2) (2) 124-125頁。

い)。しかし、金子論文が提示する様々な問題意識は、IV 1 で提示した本稿の問題意識の精度を高め、法学的に有意義な形象を与えるための一助となり、ひいては、遺言執行者の当事者適格という本稿が取り組む課題に対して、新たな視角を導入する契機となりうるのではないかと考えている。そこで、以下、金子論文の問題意識と、本稿の問題意識との異同を識別しながら、遺言執行者制度の在り方についてのささやかな考察を試みてみたい。

まず、金子論文の提示する α を、現行民法典の解釈を通して導き出すことができるだろうか。しかし、これは少なくとも直ちにはなしえないのではないと思われる。つまり、金子論文が想定する「相続の理想像」は、「清算」と「承継」の二段階を厳密に区別するイングランド法的な建付けで描かれているが、日本の相続法はそもそもそのような構成をとっていない。また、そこにおいて α は、遺言執行者の指定の有無等の事情に関わらず、「常に」、かつ、「清算人」として立つことが要請されているのであるが、現行の日本法において、相続の局面で「常に」かつ「清算人」として現れる法主体はおよそ概念しえないと思われる。

では、金子論文が提起する問題が実際的な意味を持つのは、「清算」「承継」の二段階モデルを採用する法制度の下においてのみなのであろうか。しかし、このような理解もまた、逆の方向で短絡的である。すなわち、(i) α を介在させるという思考、(ii) 占有の次元を考察するという思考は、それ自体、「清算」と「承継」との二段階が分節された法制度を前提に要請されているわけでは必ずしもない。金子論文も、我が国の裁判例の分析を通じて、その必要性を認識していたのであった。逆に言えば、「清算」「承継」の二段階を分節しない我が国の相続法の下においても、これらの思考・問題意識自体は有意義であると言えるのである。

ここで、本稿がIV 1 で提示した問題意識に回帰したい。本稿は、遺言執行を巡る紛争の

特質を以下のように定式化したのであった。すなわち、「遺言執行を巡る紛争とは、遺言という権原の特殊性によって増幅された、利害関係人による相続財産に対する『篡奪』のプロセスである」。そして、「篡奪」を防止するためには被相続人に代わって相続財産を占有・管理する主体を立てることが必要である、と考えた。この発想は、金子論文の (i) α を介在させるという思考に強い親近性を持っていることが分かる。つまり、金子論文の言う α は、本稿の立場から、篡奪防止のために「被相続人の代わりに立つ主体」であるという限りにその意味内容を限定され、把握される。

次に、(ii) 占有の次元を考察するという思考も、本稿の問題意識からは、次のように再構成され、理解可能なものとなる。つまり、前述のように、遺言が特権的解釈主体を欠くテキストであることゆえに、相続に遺言が介在した場合、利害関係人間の権原分配は一時的な未確定状態に陥りうる。そうであるとすれば、受遺者・相続人に帰属する権原の内容が一義的に確定するまでの間は、「権原の次元」のみで思考することには限界があるのではないかと疑念が直ちに生じる。ではどのように思考すべきなのかと問われれば、「占有の次元」で思考することが、事態の真相を精確に把握する唯一の方法である、ということになるのではないだろうか。

(3) 遺言執行者が立つことの意味——本稿の立場

以上のような認識のもと、以下ではより具体的な解釈論を展開することとする。本稿は、遺言執行者を以下のような主体として把握するものである。

遺言執行者が立つことの第一次的な意義は、管理・占有主体を失った相続財産に対する「篡奪」を防止すべく、物理的に消滅してしまった被相続人に代わり、相続財産を暫定的に管理・占有する(実効的な支配を及ぼす)主体として、相続財産の原型を保全することである⁶⁰⁾。ここで「暫定的に」とは、「遺言

60) この立場からは、遺言執行者がある場合に相続人が行った第三者への処分を絶対的無効と解する昭和62年判決前掲注11)は強く支持される。

の解釈が一義的に、利害関係人全員に共有されるまで」を意味する。

遺言執行者は、自ら遺言を解釈し、それに従って遺言執行を行うことができる。その遺言解釈に全員が異議を唱えず、実現された遺言執行の正当性を承認するのであれば（すなわち、遺言が一義的に解釈され、それが利害関係人全員に共有されるのであれば）、遺言執行が紛争に発展することはない。しかし、遺言執行者が執行に着手する以前に相続人が「篡奪」（例えば移転登記）を試みた場合には、遺言執行者は、相続財産の原型を保全するためにその「取戻し」（例えば抹消登記）を担わなければならない。現行法の建付け上、遺言執行者が「取戻し」訴訟を提起した場合には、その訴訟が遺言解釈（その内容及び資格を争う）のフォーラムにもなる（例えば、抹消登記請求権が訴訟物であったとしても、その前提問題として、遺言の解釈が争われざるをえない）。紛争を効果的に解決するためには、このフォーラムでなされる（裁判所によって有権的に確定される）遺言の解釈が確定的であり（後の覆滅を許さない）、かつ利害関係人間の全員一致で一義的に共有される必要があると思われる。

ここで重要なことは、この際に、遺言執行者がある特定人（この利害状況で言えば、受遺者）に最終的に帰属すべき権原を実現するために行動しているものと考えべきではないということである。なぜならば、（遺言執行者自身の暫定的な解釈が存在しているとしても）この時点においては未だ遺言の解釈が

利害関係人間において一義的に共有されていないのであるから、最終的に権原を獲得すべき「ある特定人」をそもそも観念しがたいためである。そうではなく、遺言執行者は、利害関係人全員が一義的に権原関係を確定させ、円滑に遺産処理を進めるための大前提として、相続財産の暫定的な事実状態を保全するためにこそ、「取戻し」を行うのである⁶¹⁾。図式化して言えば、「一人のために権原を守る」のではなく、「全員のために占有を守る」のである（「占有の次元」）。この後者の性質を指示するために、以下本稿では“*erga omnes*”⁶²⁾というタームを用いることとする。

以上のことに加えて、金子論文の「被相続人が死亡した場合には、かれに帰属していた個々の遺産につき、それがかつて被相続人に帰属していたという状態がひとまず尊重されるべきであり、よって、いかなる者であろうとも、被相続人の代わりに立つ α_1 の手による権利の移転行為（裁判によりそれが強制される場合を含む）がなされない限り、その者は正当に権利の移転を受けたとはいえない」という指摘⁶³⁾から、以上のように観念された遺言執行者が担うべき更なる機能を導き出すことができる。すなわち、遺言の解釈の確定により、晴れて一義的な内容の権原を獲得した受遺者に対し、その権原に対応する財産の占有移転・移転登記⁶⁴⁾を行うという機能である。一般に、いかに権原者であろうと、前主の占有・管理に服している財産の占有・管理を自力で奪取しえないことはあまりにも

61) 本来、このような思考に基づく「取戻し」を支えるための根幹となる制度が、占有訴訟（民法197条以下）であると思われる。「権原」的思考を一切遮断し、簡易迅速に遺言執行者が相続財産の管理・占有を取り戻す、ということが可能であって然るべきである。無論、「本権に基づく反訴」など、到底認めるべきではない。しかしながら、我が国における占有訴訟制度の決定的な機能不全は周知の通りである。判例では最判昭和40年3月4日民集19巻2号197頁が画期となった。学説では、三ヶ月章「占有訴訟の現代的意義——民法202条1項の比較法的・系譜的考察——」『民事訴訟法研究 第3巻』1頁（有斐閣、1966）があまりにも精緻にこの方向性を決定づけてしまった。占有訴訟のような制度的バックアップを欠く以上、本稿の展開する解釈論のこの局面での実効性には一定の制限がかかってしまうことを認めざるをえない。とはいえ、近年では殆ど省みられない占有訴訟の不在という事態が「問題」であるということを示すことにも、積極的な意義があるものと考えている。

62) “*erga omnes*”というタームは、木庭頭『法存立の歴史的基盤』938頁IV（2.1.6）（東京大学出版会、2009）がローマ法における相続財産占有者（*bonorum possessor*）の性質を形容するために用いているのを参考にさせていただいたものである。この点を含め、本稿は同書及び木庭頭『ローマ法案内 現代の法律家のために』特に82-87頁（羽鳥書店、2010）、同『ローマ法案内』補遺——主として日本の民事法との関連で『現代日本法へのカタバシス』特に210-219頁（羽鳥書店、2011）の問題意識と共鳴する部分が多い。

63) 金子・前掲注2) (2) 123-124頁。

自明な事柄である（自力救済の禁止）。言い換えれば、ある者が遺贈目的物に対して及ぼす実力支配が、「篡奪」による違法なものか、それとも適法なものか、を識別する唯一メルクマールは、（その者に権原があるかないかではなく、）遺言内容の一義的な確定後に相続財産の適法な占有者から占有の移転を受けたか否かである。この占有移転を遺言執行者が担うということになる。

以上のことをまとめると、結局、本稿が遺言執行者に担わせるべきだと考える機能は次のようになる。

機能①：被相続人＝遺言者の死亡を契機として生じる、相続財産に対する「篡奪」を防止し、利害関係人全員のために（*erga omnes*）、被相続人＝遺言者に代わって、占有状態を保全する機能。

機能②：死亡した被相続人＝遺言者に代わって占有移転（移転登記）を一元的に実行し、対内的に予定された権利関係を対外的にも実現する機能。

機能③：①・②を通して、遺言の解釈を一義

的に確定する、又は、そのためのフォーラムを提供する基点となる機能。

このような結論は、一見して目新しい奇妙なものだと思われるかもしれない。しかし、必ずしもそうとは言えないであろう。つまり、先述のように、遺言執行者を指定する遺言者の意思＝遺言執行者制度の存在目的は「遺言内容の完全かつ円滑な実現」にあると理解されてきたが、ここで「完全」とは、権原たる遺言の内容を一義的に確定し、かつ、それに対応した占有移転・移転登記がなされることを意味している、また「円滑」とは、単に「迅速に」ということを超えて、目的財産に対する自力救済のプロセス＝「篡奪」が生じるのを防止しつつ、平穩裡に遺言内容を実現する、という意味を含むものである、という様に、その意味内容を従来よりも一段積極的に理解するのであれば、それはまさに、遺言執行者に機能①～③を期待することとほぼ同義であるように思われるのである⁶⁵⁾⁶⁶⁾。そして、このように解するときには、遺言執行者は、相続人の指図に従属するタイプの

64) 金子論文の問題意識は、特定の相続人や内縁の妻の地面の上の端的な占有（「居住」）を巡る問題に鋭く向けられているが、本稿では、あえてその側面には立ち入らない。むしろ、本稿の以下の論述において重大な 이슈となるのは、より「ヴァーチャル」な移転登記（これが占有移転と類比的に捉えられることはしばしばであるが）を巡る問題である。というのも、昭和43年判決、昭和51年判決がいずれもそうであるように、遺言執行を巡る紛争の核をなしているのは、不動産登記を巡る泥仕合だからである。

65) 利害関係人全員の合意があれば、遺言者の意思を無視して遺言執行者抜きの訴訟を行うことが許されるのではないかという問題は、本稿が直面せざるをえない理論的な難題である。つまり、遺言執行者が「利害関係人全員のため」に立つのであれば、当の「利害関係人全員」が遺言執行者抜きの遺産処理を望む場合にまで、遺言執行者を関与させ続ける根拠はないのではないかという疑問が生じるのである。遺言執行が一般的に紛争化しやすい性質を有している中であって、遺言者があえて遺言執行者まで置くという場合には、何らかの具体的な紛争発生要因、本稿の言葉で言えば「篡奪」の萌芽、が自覚されているのが通常であろう。そして、そのような状況において篡奪が防止され、遺産処理が低コストで実現されるということは、客観的に見ても合理的である。遺言執行者は、遺言者の死亡後、その委任にもとづいて以上のような客観的価値を実現すべく自立的に存在しているのであり、利害関係人がこれを無視することは許されない、と説明することになる。しかしこのように論じると、遺言執行者が遺言者の意思とは必ずしも即応しない客観的な価値の実現までもを担われるかのようであり、それは従来の理解からすると実は大きな変容だということになるかもしれない。つまり、従来、原則として遺言者が望んだ時にだけ立つことができる（例外として、民法1010条）遺言執行者という主体に、客観的な価値をも担わせるという考えは、基本的に採られてこなかったと思われるのである（もともと、竹下・前掲注1)222頁は、遺言執行者には「遺言者から期待された役割や機能の他に、遺言執行の過程で遺産の管理が行われ、その結果として遺産共有という複雑な権利関係下において取引の円滑化が図れる」というような「社会的な機能」も期待され、更に、「このような期待や機能はいまや社会的に共通した認識になっており、更には社会的要請となってきているといってもよい」と論じており、興味深い）。結局のところ、本稿が遺言執行者に担わせたい機能は、実はあらゆる相続の局面において有益である。金子論文も、そのような見通しで組み立てられているのであろう。本稿は、我が国の相続法においてそうした機能を担う主体が欠けていることに着眼し、その機能の必要性が極大化する遺言執行の場面、それも、遺言者がその必要性を自覚しているほどの場面に限って、民法典が遺言執行者という主体を用意したのであると解することで、最低限のケアを可能にしようとする試みであるとも言える。

機関（金子論文で言えば、 α_2 ）ではなく、相続人からの独立性を有するタイプの機関（ α_1 ）⁶⁷⁾として構想されねばならないのは明らかであろう⁶⁸⁾⁶⁹⁾。

(4) 展望

さて、Vでは以上の認識のもとに訴訟法上の議論を展開することとなるが、その議論の見通しをよくするための下準備として、IIIで述べた八田説が突き付ける問題意識、及びそれによって生じている重大な対立について、本稿の立場から診断を下しておくこととしよう。

まず、命題dの妥当性については次のように評価することができるであろう。すなわち、「遺言者としては遺言内容が実現されればそれで良いはずであって、それが遺言執行者によって実現されなければならない必然性はない」とは言えない。なぜならば、遺言

執行者を指定した遺言者の意図は、遺言内容が最終的に実現するという「結果」のみに向けられたものではなく、その実現の「過程」にも向けられたものだからである。翻って、福永説・高橋説がとる前提は、結論として、本稿の立場から支持可能である。

また、命題cについても、以下のように言える。最終的に遺言内容を実現可能か否かが問題なのではなく、その過程で相続財産の占有状態が害されることこそがネガティブに評価されるべきなのであるから、八田説が挙げるような遺言執行を困難ならしめるような行為⁷⁰⁾は、遺言執行者の管理処分権に対する侵害そのものである、と⁷¹⁾⁷²⁾。

66) もっとも、③には本稿特有の問題意識が現れていることは確かである。これはいわば、訴訟法的な関心から出発して導いた機能であるからである。

67) 清算機能を担うか否かという点で大きな違いはあるが、破産管財人が一つのモデルとなろう。相続と破産とは、従来の財産帰属主体が消失し、その財産を多数人が取り合うプロセスであるという点で類似しているということが指摘できる。遺言執行者の法的地位を巡る議論と破産管財人の法的地位を巡る議論とが、驚くべき類似性を示しつつ展開してきているのも、偶然とは思われない。破産管財人の法的地位については、垣内秀介「破産管財人の地位と権限」山本克己ほか編『新破産法の理論と実務』139頁（判例タイムズ社、2008）を参照。

68) なお、中川＝加藤編・前掲注19)291-292頁〔泉久雄〕は、「わが民法における遺言執行者は、イギリス型の清算人でないことはもとより、ドイツ型の意味での清算人でもない。遺言事項として法定されている内容を遺言者の意思に従って忠実に実現するのが執行者の任務とされている」とする一方で、「遺言制度が合理的な遺産の分配に奉仕することを中心的目的としている以上、どうしても執行者の清算人的役割を否定するのは実際的ではない、不合理でもある」とし、「被相続人が執行者による清算を希望し、遺産債権者がそれを承認している場合についてまで執行者による弁済を否定」すべきでないと論じる。本稿も、このような解釈を支持するが、ここでは、あらゆる場合において遺言執行者に与えられるべき機能として、①～③を挙げているのである。

69) 以上の議論に対しては、我が国では、遺言執行者に相続受益者自身を含む非法律家が就任することも多く、このような機能を常に期待する解釈論は社会的現実を無視している、との反論がなされるかもしれない。確かに、例えば昭和51年判決の事案一つとっても、原告の主張によれば、遺言執行者に指定されたのは「受遺者の父親」をはじめとする法律に通じない者であったとされており、そのような者が本稿の期待する役割を全うできるとは考えがたい。しかし、遺言執行者につき「委任」の規定を準用し、善管注意義務を課す我が民法典は（民法1012条2項、644条）、そのような社会的現実をそもそも支持しないように思われる。また、近時ではそのような状況も改善傾向にあるとの実務家の証言も、しばしば耳にするところである。

70) なお、前述のように八田説は、受遺者が相続人を被告として訴え、その訴訟の中で遺言執行者の指定に係る遺言の無効が確認されれば、遺言執行を「困難」ならしめる事態が生じることは避けられないのだと論じている。しかし本稿は、そうした状況を避ける工夫こそが求められると考えたい。この点については後に検討する。

71) のみならず、以上の見通しからは、注24)で掲げた八田論文が肯定する4つの命題は全て否定されることになるだろう。

72) 八田説は、遺言の解釈（内容・資格）がアプリオリに、一義的に、確定している場面を念頭に組み立てられているように思われる。また、説明の便宜のために事案を単純化したことで（もちろん、その戦略に大きな意義があることは言うまでもないことであり、かくいう本稿もあえて単純な事案を検討の対象としているのであるが）、多数の相続人、受遺者、更には彼らの債権者といった多くの利害関係者が複雑に絡み合う泥仕合という遺言執行を巡る紛争の本質を視野の外に置いてしまっている嫌がないではない。本稿は、むしろそちらの現実を重視するものである。その現実を前にすれば、遺言執行者という存在が持つ意味合いは、容易には軽視しえない、非常に重要なものとして意識されるのではないか。

V. 遺言執行者の当事者適格試論

1 導入

IVでは、遺言執行を巡る紛争の性質の分析、及びそれを出発点とした遺言執行者についての新たな理解の可能性が示された。とはいえ、遺言執行者の訴訟法上の地位、特に、訴訟当事者適格についての考察を抜きにして、IVで描かれたイメージが現実的な意味を持つことはありえない。遺言執行を巡る紛争は、多くの場合、訴訟の形態をとって進行するからである。

本稿は、結論として、遺言執行者の訴訟当事者適格を広く、かつ、排他的なものとして認める立場を取る。そして、遺言執行者は、利害関係人（受遺者、相続人）全員の法定訴訟担当として、当事者適格を持つものと解する。このような結論は、IVで述べた遺言執行者の3つの機能から導かれるものである。以下ではまず、本稿の大まかな立場を抽象的に示した上で、昭和43年判決、昭和51年判決の事案に即しつつ、ヨリ具体的な規律を論ずることとする。

2 遺言執行者が当事者適格を持つということの意味

(1) 利害関係人全員の法定訴訟担当——遺言執行者の erga omnes 性

第一に、遺言執行者は被相続人に代わって相続財産を占有・管理する主体であるが、その職務は「最終的に権原者となるべき一人の

ために」、ではなく、「利害関係人全員のために (erga omnes)」行われるのであった（機能①）。だとすれば、遺言執行者が行った「取戻し」の訴訟や占有・登記の移転に係る訴訟の結果（既判力）は、民事訴訟法115条1項2号を通じ、利害関係人全員に共有されて然るべきである。したがって、遺言執行者は、利害関係人全員の訴訟担当者であると構成するのが、我が国の民事訴訟法の解釈としては穏当であると思われる⁷³⁾。

(2) 当事者適格の排他性——「篡奪」の観点

第二に、遺言執行者は遺贈目的物の占有引渡し・移転登記の役割を被相続人に代わって一元的に担い、それを通してこそ、受遺者による相続財産の取得が「篡奪」でないことが理念的に保障されるのであった（機能②）。だとすれば、例えば（自称）受遺者が提起する遺贈目的物の移転登記請求訴訟の被告適格者は、移転登記を一元的に行う主体であるところの遺言執行者でしか本来はありえないと言ふべきである。「篡奪」により当該遺贈目的物の登記を相続人が得ている場合に、自称受遺者が相続人を訴えて遺言執行者の頭越しに占有・登記をやりとりすることは、理念的に見れば、「篡奪」の拡大に他ならないように思われる⁷⁴⁾。

(3) 先決事項たる遺言解釈の共有——遺言執行者のフォーラム提供機能

第三に、遺言執行者は、遺言の解釈を一義的に確定するためのフォーラムを提供する基點としても期待される（機能③）。遺言執行を巡る紛争がかくも紛糾することの背景には、我が国の民事訴訟法の基本的な構造が伏

73) 民法1015条が「遺言執行者は、相続人の法定代理人とみなす」と規定していることとの平仄が直ちに問題とならざるをえない。しかし、遺言執行者の法的地位を巡っては伝統的に民法1015条の形式的な文言を超えた理論上の対立が存するところである。昭和43年判決も、遺言執行者を相続人の法定代理人とは見ず、法定訴訟担当者としており、昭和43年時点でそれが「通説」であったことには既に言及した。現在でも、例えば高橋・前掲注1)268頁は、「少なくとも訴訟法上は遺言執行者は自己の名で当事者となる訴訟担当だ」とする理解が「訴訟法上は、現在では通説だと言ってよい」としている。なお、岸本・前掲注50)393頁には、遺言執行者となった経験のある同僚の実務家に対して「遺言執行者の地位をどう思うか、感想で結構だと断って尋ねた」結果が記されている。約7割が遺言執行者は「遺言者の代理人」であるという意識を持っており、民法の規定通りに「相続人の代理人」であるという意識を持っていた者は僅かであったという。無論、理論的な見通しを欠いた「感想」にすぎないし、実情がそうであるならそう解するべきだ、というタイプの思考は最も拒絶すべきものと考えられるけれども、しかし、一つの興味深い参考資料ではあるだろう（とはいえ、サンプル自体少なく、信頼性には相当の留保が必要と思われる）。「代理」という法概念での説明が適切かどうかはなお十分に検討の余地があるが、遺言者の代わりに立つ主体である、という限りでは本稿の理解に整合する。

在しているように思われる。すなわち、あらゆる遺言執行に対する先決事項としての遺言の有効・無効、及びその内容に関する解釈を、利害関係人の全員一致で確定することを保障するシステムの不在が、遺言執行を巡る紛争を複雑化させる一因となっているのではないかと思われるのである。

ヨリ具体的に言えば、例えば本稿が取り上げているような事例では、遺言の解釈が遺贈目的物の移転登記請求訴訟といった個別具体的な遺言執行に係る訴訟の前提問題として(判決理由中の判断に過ぎないものとして)争われてしまう結果、せっかく裁判手続で遺言の解釈が確定されても、その判断には既判力が生じない。

無論、遺言無効確認訴訟の形式をとることによって、遺言の有効性についての判断を既判力に服せしめることは可能である。しかし、判例⁷⁵⁾によれば、(少なくとも相続分及び遺産分割の方法を指定したに過ぎない)

遺言の無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟ではないから、全員一致での確定は保障されないのである。学説上も、従来はこの立場が圧倒的な多数説を形成していたと言えよう⁷⁶⁾。

その一方で、とりわけ後続の遺産分割手続を視野に入れる場合、遺言の解釈が相続人間で相対的にしか決せられないのは極めて不都合であるという認識は、学説・実務を問わず異論なく共有されてきたところである⁷⁷⁾。そして近時、遺産確認の訴えを固有必要的共同訴訟と解した最高裁判例⁷⁸⁾の出現等に触発されつつ⁷⁹⁾議論は一定の進展を見せ、遺言無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解する見解⁸⁰⁾や、通常共同訴訟と解しつつも、別の手立てで判断の共有を図ろうとする(少なくともその道に通ずる)見解⁸¹⁾が現れてきているところである。

このように、訴訟物に関する相対的確定を大原則とする我が国の民事訴訟法⁸²⁾は、遺言執行を巡る紛争を含む遺産の処理手続を複

74) 金子論文も的確に指摘する通り、有効な引渡・移転登記には「裁判によりそれが強制される場合を含む」のであり、その意味で、遺言執行者に当事者適格を与えることが重要な意味を持つ。これに対しては、遺言執行者がいない通常の場合には「引渡し」もなしに実力支配が移転しているのではないかと、との批判がありえよう。しかし、そうした事態が恒常化していることはそうした事態が正当であることを意味しない。かえって、そこに従来の相続法が抱える問題点を見出すべきだというのが本稿の立場である。

75) 最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁。なお、遺言執行者が複数存在する場合には、固有必要的共同訴訟になるとする古い裁判例が存在する(静岡地浜松支判昭和25年4月27日判時40号24頁)。

76) 浅生重機「判解」最判解民事篇昭和56年度500頁、508頁(1986)、栗原平八郎「遺言無効確認の訴えの被告」島津一郎ほか編『基礎法律学大系22 新版相続法の基礎』315頁、316頁(青林書院新社、1981)、石田ほか・前掲注49)47頁、高野芳久「遺言無効確認の訴えの適否等」判タ688号360頁、363頁(1989)等。なお、中村英郎「特別共同訴訟理論の再構成」中村宗雄古稀『民事訴訟の法理』187頁、197頁(敬文堂、1965)は、早い時期にこれを類似必要的共同訴訟と構成する例外的文献であるが、その問題意識は本稿が抱く問題意識とは大きく隔たったものである。

77) 例えば昭和56年判決の判例批評である高橋宏志=米倉明「判批」法協100巻1号187頁、198頁(1983)は、「遺言の有効無効を相続人全員の間で一律に定めることは遺産の分配を円滑迅速に進めるために極めて望ましい」と早くから指摘していた。実務家による指摘としては、例えば高野・前掲注76)363頁、また、近時では石田ほか・前掲注48)48頁注26等。

78) 最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁。

79) この点につき、山本克己「遺産分割の前提問題の確認対象としての適格性——最一小判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁」法教284号78頁、84頁(2004)は「遺言の有効・無効を遺産分割の前提問題として捉えた場合には、Ⅲ2で言及した平成元年判決との関係で、遺言無効確認の訴えの当事者適格(固有必要的共同訴訟かどうか)についても検討しておく必要がある。というのも、遺産分割審判の当事者間で遺産の範囲を既判力をもって確定しておくことの必要性を1つの論拠として、遺産確認の訴えが固有必要的共同訴訟であるとする平成元年判決の趣旨からすると、相続分を指定する遺言の無効確認についても同様のことが言えそうだからである。しかし、最二小判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁は、相続分と遺産分割の方法を指定した遺言の無効確認の訴えは、固有必要的共同訴訟ではないと判示した。したがって、昭和56年判決と平成元年判決の関係をどのように捉えるべきかが問題となる」と指摘する。また、最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁との平仄を指摘する越山和広「判批」高橋ほか編・前掲注28)216頁、217頁も参照。

80) 例えば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版)』340頁注32(有斐閣、2012)は、「遺言無効確認は原則として固有必要的共同訴訟だとしてよいのではなかろうか」とする。

雑化させる契機を孕んでおり、そのことは、学説・実務によって強く認識されつつあると
言うことができよう。そうした現状認識のもと、
本稿は、遺言執行者の機能③に鑑み、遺
言執行者を遺言執行に関する訴訟に関与させ
ることを通して、遺言の解釈という先決問題
を利害関係人の全員一致で確定する、という
規律を常に実現させるべきであるとする。遺
言無効確認請求が訴訟物となっている場合
には、遺言執行者に法定訴訟担当者としての
排他的な当事者適格を付与し⁸³⁾、民事訴訟
法 115 条 1 項 2 号を通して既判力を利害関係
人全員に及ぼすことで、その理念は実現可能
であろう⁸⁴⁾。問題は、遺言の解釈が単に訴
訟の前提問題としてのみ争われた場合であ

り、その場合にいかにして裁判所の判断を全
員一致で共有するのかは、容易には解決しが
たい問題であると思われる⁸⁵⁾。この点につ
いては、後に改めて検討を加える。

3 昭和 43 年判決再考

(1) さしあたりの結論

以上が本稿の目指す大まかな理念である
が、これに基づいて、冒頭に紹介した 2 つの
判例の事案を考察してみることにしたい。

まず、昭和 43 年判決の事案について言え
ば、本稿の立場からは、被告適格を有すべき
は遺言執行者のみであり、相続人は被告適格
を有しない⁸⁶⁾。遺言執行者を被告としてこ

81) 遺産確認の訴えについてはあるが、訴訟告知活用論を説く山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の問題——最（一小）判昭和 61 年 3 月 13 日を契機に——」判タ 652 号 20 頁，28 頁注 33（1988），及び、その遺言無効確認訴訟への転用可能性を示唆する山本和彦「遺産確認の訴えと固有必要的共同訴訟 最高裁判平成元年 3 月 28 日第三小法廷判決」ジュリ 946 号 49 頁，53 頁（1989）を参照。もっとも後者は、「立法論」にとどまるとする。この点については後に詳しく述べる。

82) もっとも、これが「我が国」に特有の事情であるのかについては、即断しがたいところがある。詳述は避けるが、例えば我が国がその民事訴訟法を継受したところのドイツでも、遺言無効確認訴訟は判例上必要的共同訴訟ではないと解されている（BGHZ 23, 73 [75], Urteil v. 9. 1. 1957）。しかも、興味深いことに、この結論は学説によって殆ど無批判に受容されているのである。上記 BGH 判決が出て間もない時期の作品である *Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, S. 61 等はやや詳細に判旨を正当化するロジックを展開するものの、近時ではそのような論証さえ殆どなされず、結論のみが示される（例えば、標準的な体系書である *Leo Rosenberg/ Karl Heinz Swab/ Peter Gottwald, Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., 2010 §49 Rn. 30 の記述を参照）。判例に対する唯一の反対説と見るべき、*Eberhard Wieser, Notwendige Streitgenossenschaft*, NJW2000, S. 1163 も、本文で述べたような問題意識に裏付けられているわけではない。この温度差が一体何に由来するのか（訴訟法、ヨリ特定的には ZPO62 条の解釈論か、それとも遺産分割方法や、遺言の役割等の実体法の建付けに理由があるのか）という問題は、別途検討に値するものと思われる。

83) 遺言無効確認訴訟については、遺言執行者に当事者適格を認めるのが通説であると言って差し支えなからうが、山本・前掲注 1) は、遺言無効確認の訴えにおける遺言執行者の当事者適格を一般的に否定するという立場に立つ。

84) もっとも、遺言執行者の指定に係る遺言の有効無効が争われ、無効が確定した場合には、翻って遺言執行者は元より訴訟担当資格を有しなかったことになるから、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号は厳密に言えば働かないように思われる。しかし、遺言執行者本人が争った結果である以上、後に他の利害関係人が遺言執行者の指定に係る遺言は有効であったことを前提として問題を蒸し返す（自らの訴訟当事者適格を否定する）という事態は認めべきでないし、その必要もないと思われる。とはいえ、それをどう理論的に基礎づけるかは大変に難しい問題である。さしあたり、少なくとも信義則上かかる主張が封じられるべきである、ということまでは言えようが、いかにも未成熟である。遺言執行者の訴訟担当資格と「遺言の有効性」とを切り離す理論が追及されて然るべきであると思われる。つまり、遺言執行者指定部分を含む遺言の解釈が問題になっている以上、（結果としてそれが有効とされるか無効とされるかにかかわらず、）遺言執行者は第一次的な当事者適格を有する、という構成が可能かどうかということである。とはいえ、これは訴訟担当制度全体にも関わる問題である。厳密な検討は他日を期す他ない。なお、この問題は、注 65) での議論とも深いところで連帯している。結局ここでも、遺言者の意思ということを超えて、（相続のあらゆる場面で）遺言執行者の如き主体が立つことには客観的な意義があるが、遺言執行者は原則として遺言者の意思に基礎を置く主体であるということの不調和が露呈しているのだと言えるからである。

85) 無論、学説では判決理由中の判断についての争点効理論が発達しているけれども、では、遺言の解釈についてあらゆる場合に争点効が生じると言えるのか、仮に言えるとして、それを利害関係人全員に拡張できるのか、はやはり難しい問題である。とはいえ、「紛争解決の一回性」という同理論の理念は（出発点となる問題意識は大きく異なっているものの）、存外、本稿の問題意識と共鳴しうるものであるように思われる。

そ、受遺者の実力支配は正当化しうるものになるのであるし、この時、遺言執行者は法定訴訟担当者である以上、遺言執行者が受けた判決の既判力は民事訴訟法 115 条 1 項 2 号を通して相続人にも及ぶから、争点となる遺言の解釈を利害関係人全員で共有できるというメリットも生じるためである。

もっとも、昭和 43 年判決の事案のように利害関係人が少なく、相対的に単純な事案においては、このような解釈の実際的な効用を強く意識しづらいかもしれない。しかし、仮に夥しい数の相続人や受遺者、相続債権者その他の第三者が複雑に絡み合う事案であったと想像されたい。相続人間で登記が転々される、不動産の譲受人たる第三者に登記が移ってしまった、原告の権原を基礎づけているのは別の遺言が存在する、等々の状況を考えて（そしてそのような混乱が生じやすいことこそが遺言執行を巡る紛争の特質である）、遺言執行者という「フォーラム」を中心に据えて、今後の遺産処理の前提となる先決問題（＝遺言の解釈）を全員一致で可能な限り確定し、かつ、具体的な遺言執行の是非に関する結論も全員で一義的に共有することが、極めて実際的な意味を持つと思われる。

(2) 紛争解決としての「迂遠」さ？ ——erga omnes たることの意味

そうだとすると、結論としては判例と等しいこのような規律に対しては、既に判例に対

してなされている以下のような批判が、同様になされるに違いない。まず、この事案のもとで遺言執行者を被告として勝訴判決を得ても、受遺者たる原告は直ちに登記を得ることができないから、紛争解決の観点から見て迂遠であるとの批判がなされるであろう⁸⁷⁾。しかし、本稿の立場からは、この批判はあたらぬと言いうことができる。なぜならば、遺言執行者に対する勝訴判決によって、相続人から移転登記を得ることができる、という規律をも、以下のような理由で承認することが可能であると考えられるからである。

この規律は、学説上頗る評判の悪い規律である⁸⁸⁾。その理由は、概ね以下の通りである。第一に、実質的に見て、この局面では相続人と遺言執行者との利害は正面から対立しているのであるから、そのような相続人を遺言執行者が訴訟担当しているというのは、不自然な構成である⁸⁹⁾。第二に、形式的な面からしても、このような効果を導き出す法律構成としては、遺言執行者を相続人の訴訟担当者と捉え、かつ、遺言執行者を被告とする訴訟において、相続人に対する抹消登記請求権が同時に訴訟物となっていると理解する他にないと思われるが、これでは遺言執行者が、自ら受遺者のために行使すべき請求権を訴訟物とする訴訟につき、相続人の訴訟担当者として被告になるといういかにも不自然な構図となる⁹⁰⁾。

86) もっとも、ここまでの議論から遺言執行者の当事者適格の「排他性」が導かれたとは言えない。つまり、相続人単独では当事者適格を有しえないとしても（これは以上の議論から導くことができる）、遺言執行者が当事者として訴訟に関与している場合には、それに加えて相続人も当事者となりうる（更に進めて、固有必要的共同訴訟とすべきである）という規律が排斥されたわけではない。類似する問題は、取締役選任決議取消訴訟及び同無効確認訴訟において、会社に加えて取締役が当事者になりうるかという有名な論点にあらわれている。少なくとも固有必要的共同訴訟としたのでは遺言執行者による迅速な「取戻し」が阻害されてしまうから妥当でない。相続人の手続保障は、共同訴訟的補助参加を認めることで図りうると思われるから、あえて当事者適格まで付与する必要はないと考えたい。

87) 高橋・前掲注 1)269 頁、山本・前掲注 1)21 頁等、この指摘は、立場を超えて幅広くなされている。昭和 43 年判決の立場を前提としつつ、この問題に対処するために、高橋説は、昭和 62 年判決前掲注 11) を根拠として受遺者から登記名義人への抹消登記請求訴訟の提起を認め、受遺者は、遺言執行者と登記名義人を共同被告とする共同訴訟を提起すべきだとする。これに対して、遺言執行者に対する移転登記請求訴訟を提起すると共に、受遺者は自己への移転登記請求権を被保全債権として遺言執行者の相続人に対する抹消登記請求を代位行使すべきであると見る見解も有力である（野田愛子「遺贈の登記義務者」島津ほか編・前掲注 76)297 頁、300 頁、小山・前掲注 39)336 頁注 74、梅本吉彦「代理と訴訟担当との交錯」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟 3 当事者』139 頁、155-156 頁（弘文堂、1984）、納谷・前掲注 1)79 頁、青山善充「演習」法教 109 号 116 頁、117 頁（1989））。

88) 僅かに平井・前掲注 28)786 頁がこれを肯定するのみであり、訴訟法学者による積極的な支持は、管見の及ぶ限りでは一つも見当たらない。

89) 高橋・前掲注 1)275 頁注 36。

しかし、ここで「不自然」だと指摘される形式的・実質的狀況は、本稿の立場からは全く「不自然」であるとは言えない。V 2(1)で述べたとおり、機能①から導かれる遺言執行者の *erga omnes* 性は、利害関係人全員のために遺言執行者が遺産処理を担うことを要請しているのである。そうだとすれば、具体的な遺言執行を巡る局面のみを表面的に観察するならば、確かに特定の相続人と遺言執行者との「利害が正面から対立」しているように感じられるとしても、ヨリ深く突き詰めていけば、両者の利害は一致しているのだと言える⁹¹⁾。要するに、あらゆる利害関係人と遺言執行者とは、根本的なところで利害を共通にしているのである。それが *erga omnes* たることの意味でもある。また、抹消登記請求権を自ら行使するか、被告としてその行使を受けるのかは、遺言執行者が第一次的に当該遺贈に係る遺言を有効と見るか無効と見るかによって決まると言うことができ、そもそもどちらが本来の形態であるかを決するものではないとも言える。そうだとすれば、相続人の訴訟担当として遺言執行者が抹消登記請求権の行使を受けるとしても、何ら不自然ではないのである。

(3) 蒸し返しの危険？——訴訟告知の活用

別の角度からの批判として、遺言執行者の被告適格は遺言の有効性を前提とするから、たとえ遺言執行者を名宛人とする判決が出て

も、相続人が遺言の無効を主張して遺言執行者の訴訟担当資格を争い、その判決が自分に効力を及ぼさないことを主張できるという問題点が指摘されることがある⁹²⁾。確かに、遺言無効確認請求が訴訟物となっておらず、遺言の有効性を前提として遺言執行に係る訴訟が行われた場合には、かかる事態が生じかねない。しかし、こうした事態が生じてしまうことを前提に遺言執行者の役割を過小評価するというのは、本稿の立場からすれば倒錯である。これは、機能③に絡めてV 2(3)で論じた問題に関わる。すなわち、本稿は、具体的な遺言執行に係る訴訟が終結した後に、利害関係人が先決問題たる遺言の有効性を争う(蒸し返す)ということ自体を極めてネガティブに評価するが、とりわけ、遺言執行者の地位の正当性は、絶対的な先決事項として確定されるべきであり、これを後に蒸し返すことができってしまうという事態は、病理的ですらあると考える⁹³⁾。むしろ、こうした事態をどう防止するか、を考えなければいけない。

ではどのように対処すべきか。民事訴訟法学説において訴訟担当資格の有無が切実な問題として意識されている領域と言え、債権者代位訴訟(民法423条)である⁹⁴⁾。ここでは、代位債権者が代位訴訟を提起するにあたって、被担当者たる債務者に対して訴訟告知をすることを義務付けるべきだとする解釈

90) 山本・前掲注1)35頁注9。

91) 竹下・前掲注1)131頁が「相続人間に反目がある場合には、遺言執行者は、實際上、あっせん者・調停者としての役割も期待されるのではないかと論じ、また、同259頁が、「訴訟の場面では対立構造をとるから、遺言執行者は原告または被告として当事者となるのは勿論のことであるが、遺言執行者が訴訟の場面に登場することによって、遺言執行者は紛争の実質的当事者である実体権者間の紛争を解決するための繋ぎ役・調整役として機能」すると論じるのは、本稿の指摘と通じるところがあると思われる。

92) 福永・前掲注1)1776頁、山本・前掲注1)39頁注42。

93) ローマにおける相続案件の特別審級であった *centumviri* の裁判所は、「本案」たる *hereditatis petitio* に先行して、遺産の暫定的な占有 (*hereditatis possessio, bonorum possessio*) を誰に付与するかを決するための *praeiudicium* (先決訴訟) として機能したという。それを前提にして、相続財産占有者 (*bonorum possessor*) が本案の被告になる。つまり、相続財産占有者はまず一義的に確定され、以後そこは動かない(蒸し返しをさせない)。現行日本法では、この特別審級、及び、先決訴訟・本案訴訟の厳密な二段階分節、が切り出されないために、本文で述べたような問題が生じるのではないかとも思われる。とはいえ、*centumviri* の裁判所についての解釈自体かなり割れているようであり、現時点において、この問題について有意味なことを論じる能力は筆者にない。将来の課題として、問題意識のみ記すにとどめる。さしあたり、参照した主要な文献として、以下のものを挙げることにする。木庭・前掲注62)1193頁、A. H. J. GREENIDGE, *THE LEGAL PROCEDURE OF CICERO'S TIME 182-185* (1901), Max Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 1966, S. 37, (ローマの相続法一般に関する叙述も含め) Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed. 1960, p. 508 segg.

論が有力に展開されている⁹⁵⁾。ここでの訴訟告知は「53条以下の訴訟告知とは異なるもの、より強く被告知者の訴訟関与を促すもの、比喩的に言えば、被告に対する訴状にある程度近いもの」⁹⁶⁾であるとされ、それだけに「少なくとも条文上の根拠には弱いところがないではないが、これを条文なくして義務づけることも解釈論として十分に可能であろう」⁹⁷⁾とされる。現行実定法でも会社法849条3項が同様の趣旨を規定しており、現行法が全く与り知らないアイデアであるというわけでもない。

本稿は、ここでの議論を遺言執行者が当事者となる訴訟についても応用すべきであると解したい⁹⁸⁾。つまり、遺言執行者を当事者とする訴訟を遂行する前提として、利害関係人(相続人及び受遺者)全員⁹⁹⁾に対する訴訟告知がなされなければならないと解するのである(その意味については後述する)。訴訟告知を受けた利害関係人は、遺言執行者の

資格を認めて遺言執行者に共同訴訟的補助参加をするか、その資格を否定すべく独立当事者参加をするか、それとも参加しないかの選択肢を有するものと構成する。いずれにしても、訴訟告知の効果として、後訴で遺言執行者の訴訟担当資格を争うような主張をすることは封じられることとなる¹⁰⁰⁾。

訴訟告知の義務付けは当事者にとって負担になるが、そのような負担の根拠は、遺言執行者をあえて指定した遺言者の意思に求められることになる。また、遺言執行者が訴訟に関与することは、当該訴訟の当事者を含む利害関係人全員にとって、紛争の早期解決をもたらしうる点で大きな利益となるから、そうした利益の代償として、訴訟告知を要求することがあながち過剰な負担であるとは思われない。なお、遺産分割の前提問題に係る遺産確認の訴えにつき、訴訟告知を活用して蒸し返しを防止すべきだとする解釈論は、早くから山本克己教授が提案するところであっ

ところで、確認の利益を巡る伝統的なドグマとはやや乖離する形で遺言無効確認訴訟の適法性が早くから認められてきたという経緯、また、「遺産分割の前提問題」たる遺産確認訴訟、相続人の地位確認訴訟等の訴訟群について特徴的な議論が展開されてきたという経緯(そしてその目を覆うばかりの混迷)は、相続問題を取り扱う特別の審級が概念されない我が国における自然な成り行きであったとも評価できまいか。すなわち、私法は本来多層的・複層的な体系を有しているにもかかわらず、民事訴訟手続を平板的に構想していることの副作用が、「相続」という極めて特殊な局面において堪え切れずに顕在化してきているのではないか。翻って多層的・複層的な民事訴訟法体系を構築する必要性が予感される。もっとも、これはある意味で学説主流たる「新訴訟物理論」の逆を行く発想であり、また、私法(実体法)の捉え方にも大きく関わる問題であるから(私法の厳密な体系性自体、現在では必ずしも自明でない)、本稿の射程・現時点における筆者の能力を大きく超える。

94) この問題を巡る学説の概観として、高橋・前掲注1)247-262頁を参照。

95) 新堂幸司『新民事訴訟法(第5版)』293頁(弘文堂、2011)、高橋・前掲注1)252頁。もっとも、新堂教授のテキストは、多義的な解釈が成立する余地を残す。このことは、高橋・前掲注1)254頁注19も指摘するところである。本稿は、高橋教授と同じ読み方を採用する。

96) 高橋・前掲注1)258頁注23。

97) 高橋・前掲注1)252頁。

98) 「応用」の基礎について説明を加えるならば、債権者代位訴訟において訴訟告知活用論が言われるのは、一方で債務者に対して債権者による訴訟追行の既判力を有利不利を問わず拡張することにより被告第三債務者の応訴負担を軽減し、他方で、不利な既判力拡張に備えて債務者に手続保障を与えるという目的ゆえであるが、本稿にいう訴訟告知も、被告受遺者の応訴負担を軽減しつつ、相続人との関係でそのことの正当化を図るという意味を有するのであり、その点で議論を借用する基礎があるがあると言えよう。ただ、そうした意味にとどまらず、遺言執行を巡る紛争における中心的当事者を一義的に確定するという特殊な別の目的をも有する点では、端的な借用ではなく、「応用」的であると位置付けられる。

99) なお、ここで言う相続人及び受遺者とは、訴訟時現在で相続資格を持つものとされている相続人と、現在争われている遺言執行に関係する受遺者である。無論、この遺言執行後に、新たに相続資格を獲得する者が現れる可能性はありえ、そのような例外的場面では一回的解決は実現しないと言わざるをえない。もっとも、そうした場合に新たな相続人が起こす訴訟は、必ずしも「蒸し返し」とは評価しがたいであろう。

100) この拘束力の根拠を訴訟告知に基づく参加的効力に求めるならば、参加的効力の根拠を敗訴責任の分担に求める理解によると、例えば訴訟告知をした遺言執行者が受遺者を相手に勝訴した場合には、相続人に拘束力が及ばないことになる。しかし、そのような場合には、相続人側にはそもそも蒸し返しを行う必要がないのであるから、問題はないであろう。

た¹⁰¹⁾し、これを遺言無効確認訴訟にも応用する余地があるとの指摘もなされてきた¹⁰²⁾。合一確定を実現しつつも、中立を守りたい相続人を強制的に被告とすることで無用な軋轢を生むといったことが回避できる点で、固有の必要的共同訴訟と理解するよりもメリットがあるとされる。こうしたメリットは本稿の議論にも当てはまると思われ、そのことも訴訟告知負担を正当化する一つの論拠になるであろう。

ここで、「訴訟告知がなされなければならない」ということの意味を詰めて考えておく必要がある。つまり、この訴訟告知の負担を誰が負うのか、仮に訴訟告知がなされなかったとして、その効果は何かという問題である。前述の趣旨に照らせば、利害関係人全員に訴訟告知がなされたという結果のみが重要であり、遺言執行者・対立当事者（昭和43年判決の事案で言えば受遺者）のいずれが訴訟告知を行ったかということは、本質的な問題ではない。実態を考えれば、一方、対立当事者が遺言執行者を被告として訴訟を提起する場合には、通常、自ら率先して訴訟告知をするであろうと思われる。他方、遺言執行者は、自らが原告になる場合は無論として、被告となる場合にも、その *erga omnes* 性に基づき、率先して訴訟告知をするべき行為規範に服するものと言うべきである¹⁰³⁾。かくして、遺言執行者が原告となる場合には遺言執行者が、遺言執行者が被告となる場合には、原告たる対立当事者と遺言執行者が、訴訟告知の負担を負うことになる。とはいえ、評価規範としては、十分な訴訟告知がなされなかったことの負担は常に原告側に帰せしめられることになるのであろう（つまり、訴訟告知欠缺の場合には、一律に訴えを不合法却下すれば足りる）。

むしろ問題となるのは、八田説が命題 c 肯定の論拠として援用する、受遺者が遺言執行

者の指定に係る遺言の無効を前提に、相続人を被告とする訴訟を提起した場合の処理である。例えば相続人が遺言の無効について争わない場合に、遺言執行者抜きの訴訟が平然と行われてしまうとすればそれは不当である。

これに対しては、第一に、形成訴訟の利用という対処方法が考えられる。すなわち、遺言執行者を指定する旨の遺言が存在する場合には、形成判決を得ない限り、遺言執行者の指定に係る遺言の無効（すなわち、遺言執行者が遺言執行者たる地位を有しないこと）を主張することは許されないとするのである。しかし、形成訴訟は明文の規定がある場合にのみ特に認められるものとされているから¹⁰⁴⁾、立法論としてはともかく、現行法の解釈論としては難しい構成であると言わざるをえない。

そこで、遺言執行者の関与を保障すべく、裁判所が遺言執行者を選定する旨の遺言の存在を認める場合には、受遺者（原告）は当該遺言執行者を含む利害関係人に対する訴訟告知を行う義務があるものと構成することが考えられる。自らの地位を主張する遺言執行者は、遺言執行者たる地位の確認を求めつつ独立当事者参加をし、その請求についての判決効は、民事訴訟法 115 条 1 項 2 号を介して訴訟に参加していない利害関係人にも及ぶものと解したい。

なお、遺言執行者の存在が公示されない我が国においては、受遺者が遺言執行者の存在を知らずに相続人を訴えてしまった場合、時間と費用をかけて訴訟追行をした挙句に、訴えが却下されてしまうという事態が生じかねず不当である、よって、相続人にも被告適格を認めるべきであるとの主張がなされることがある¹⁰⁵⁾。問題意識はもっともであり、傾聴に値するが、だからといって、安易に相続人に被告適格を与えるという解決策を取るべきではないであろう。遺言執行者を当事者と

101) 山本克己・前掲注 81)28 頁注 33。

102) 山本和彦・前掲注 81)53 頁。とはいえ、「立法論」にとどまるとする。

103) 前述のように、遺言執行者は *erga omnes* 性を有する主体であるから、その訴訟における対立当事者である原告とさえ、利害を真つ向対立させているという訳ではないのである。こうした観点からも、遺言執行者には公平無私な法律家が立つことが是非とも望まれる。なお、注 91) も参照。

104) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』145 頁（酒井書店、1965）等。

することには以上に論証してきたようなより重要な価値が認められるためである。任意的当事者変更や、訴えの主観的追加的併合等、手続運営上の工夫を通して解決すべき問題である¹⁰⁶⁾。

4 昭和51年判決再考

次に、昭和51年判決について検討を加える。まずは、昭和51年判決と同様の事案で、仮に遺言執行者が既に移転本登記をなしていた場合の規律について考察する。

前提として、(ここまでそれを前提に議論を進めてきてしまったが、)遺贈目的物の移転登記がなぜ「遺言の執行」であるのか(福永説と他説との対立)について言及しておこう。本稿の立場からすれば、少なくとも遺言執行者がいる場合、遺言の解釈が確定するまでの間は「占有の次元」で物事が規律されるのであるから、受遺者は所有権を持ち出すことはできない。遺言執行者の暫定的な占有(登記)の「引渡し」により、ようやく受遺者は所有権を獲得したものと評価される。だとすれば、受遺者の権原を完全なものとする意味を持つ移転登記行為は、「遺言の執行」の典型と評するべきである、ということになる。

かくして、遺言執行者の手によって遺贈目的不動産の所有権移転登記がなされた場合、それは遺言執行者が握取していた当該遺贈目的不動産の占有が受遺者に引き渡されたことを意味する。民法典に則して言えば、遺言執行者が当該遺贈目的不動産に対する管理処分権(民法1012条、1013条)を受遺者に移転したということである。だとすれば、最早当該遺贈目的物に対して管理処分権を有しない遺言執行者が、なお当該遺贈目的物に係る訴訟の当事者として登場する根拠は一見すると

ないとも言えそうであり、現に多くの学説はそう解してきた。

しかし、本当にそれでよいのか。ここで改めて注意を向けるべきは、「本件におけるように遺贈履行後ならば、遺言無効確認請求は遺言執行者を被告とし、抹消登記請求は受遺者本人を被告とすべきであるとすれば、遺言無効の主張にもとづく紛争において、受贈者と遺言執行者の両方を被告とするのは原告に負担ではないか¹⁰⁷⁾という指摘である。執行済みの移転登記の抹消登記請求と、その移転登記の前提となった遺言無効確認請求とでは、実質的に同じことが争われるのであるから、被告適格者を別異に解することの合理性が問われよう。そこで、双方の被告適格を同一の主体に与えるという構成の可能性が模索される。まず、遺言無効確認請求の被告適格をも受遺者に与え、遺言執行者の被告適格を否定してしまうという可能性が論理的にはあるが、本稿の立場には整合しない(機能③)。そこで、本稿の立場から、遺言の執行=遺贈目的不動産の移転登記が済み、当該不動産が遺言執行者の占有・管理を離れた場合にもなお、遺贈目的不動産の抹消登記請求に関与すべきだとする結論を導きうるのかが問題である。

本稿は、遺言執行者を遺言解釈のフォーラム提供者としても把握し、遺言の解釈が訴訟物となっているのか、それとも「前提問題」とされているに過ぎないのかに関わらず、遺言執行者が常にその中心に立つことを通して、裁判所がなした有権的遺言解釈を利害関係人全員の間で共有することが重要であると論じてきた。その考え方からすると、遺言の執行が済んだか否かにかかわらず、遺言のある部分の解釈が初めて問題とされる場合には、それが遺言無効確認訴訟という形で争われようと、具体的な遺言執行訴訟の前提問題

105) 奈良・前掲注1)61頁以下による指摘を嚆矢とし、実務家による率直な問題提起として、現在でも重視されている。奈良判事は、受遺者の場合には遺言それ自体により利益を受けるのだから、遺言執行者の有無及びその人を自らの責任において探すべきであるとの考えもうなずけないわけではないが、相続人又は第三者、特に第三者の場合には話が別である、とする。

106) 奈良論文を含め、この点については様々な理論構成が学説から提示されている状況にある。具体的にいかなる構成を採用すべきかについては、今しばらく考えたい。

107) 松下・前掲注28)93頁。もっとも、結論としては判旨賛成の立場であると読める。

として争われようと、いずれにしても遺言執行者を関与させることが望ましいということになる¹⁰⁸⁾。だとすれば、昭和51年判決の事案で、仮に遺言執行者が既に「移転本登記」をなしていたとしても（その具体的な「物」についての管理処分権を失っていたとしても）、なお遺言執行者に被告適格を認めるという規律を承認することは十分に可能であると考えられる。そして、仮にそうであるとすれば、*a fortiori*に、仮登記しか済んでいない場合にも、遺言執行者は当事者適格を有するということになるであろう¹⁰⁹⁾。かくして本稿は判旨反対の立場に立つ。

VI. 結語

以上を以て、本稿の拙い考察を閉じることとする。初めに断った通り、本稿は遺言執行者の当事者適格という広大な問題群のうち、極めて限定された一局面を扱ったに過ぎない。ここでの議論を元に他の事案類型をどう解釈するのかは残された課題である¹¹⁰⁾。

金子論文に接したときの驚きと感嘆から、この問題意識を現行の民事手続法理論に活かさないものかと考えてスタートしたのが本稿である。それだけに、理念ばかりが先行し、伝統的な実体法学説や訴訟法学上の様々な議論との対話が不十分となってしまった上、細かいところも全く詰め切れていないと自覚している。また、金子教授のスケールの大きい法理論を、遺言執行の局面のみに適用可能な

小手先の解釈論に組み替えてしまったのではないかという懸念も拭えない。

今後、残された課題について検討を加えるとともに、基礎的な議論の精度をあげられるように努力したいと考えている。

* 謝辞

本稿は、筆者が2012年度に東京大学法科大学院に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を施したものである。

指導教官をお引受けいただいた垣内秀介教授には、筆者の自主性を最大限に尊重していただきつつ、内容に関するご示唆は勿論のこと、テキストの扱い方を初めとする基本姿勢をも、辛抱強く、的確にご教授いただいた。

また、個別にお名前を出すことは差し控えるが、提出の前後に渡り、分野・大学の枠を超えた複数の先生方と、本稿に関わる議論をする貴重な機会を得、あまりにも多くのことを教わった。

更に、狭義の学友である宇野瑛人君、川島享祐君、土井翼君、東條明徳君、及び渡邊明希子さんからは、内容・形式に渡る忌憚のない意見を多数頂戴した。

このような恵まれた執筆環境にありながら、本稿に残された多くの未熟さ、拙さは、無論のこと全て筆者に帰責される。逆に、本稿に少しでも見るべきところがあるとすれば、それは全て以上の方々のご支援の賜物である。この場を借りて、心よりの感謝を申し上げる。

(おかなり・げんた)

108) 遺言解釈の中心となることが遺言執行者の職務に含まれ、遺言執行者はその職務権限に基づき訴訟担当資格を得るのである。との論理を採用すれば、遺言執行者が当事者適格を有する紛争の範囲は極めて広いものになる可能性がある。なおこの点につき、竹下・前掲注1)261頁は、遺言執行者には遺言を巡る争いが生じた場合には「訴えの利益」あるいは「訴えられる利益」があり、したがって広く当事者適格が認められるのであるとするが、なお従来の訴訟担当を巡る議論との整合性という観点から検討の余地を残している構成であるように思われる。

109) つまり本稿は、仮登記の経由によって「遺言の執行」が済んだと言えるのか否かを巡る学説の対立軸には乗らず、たとえ「遺言の執行」が済んでいたとしても、遺言執行者が被告適格を持つべき場合があるのだと考えるということである。

110) とはいえ、本稿の議論の射程が狭いものであるとは必ずしも言い切れない。本稿の言う *erga omnes* 性を有する法主体は、遺言執行者に限らず、私法上のいくつかの局面で概念されうるのではないかと思われ、そうした主体が訴訟当事者となる場合の規律をどう構想するか、といった一般的な問いも成り立ちうるのではないかと思われる。例えば、業務執行組合員、破産管財人、株主代表訴訟の代表株主等につき、そのように理解する余地があると思われる。一つ具体的な問題を挙げれば、例えば株主代表訴訟・住民訴訟において共同原告の一部が上訴した場合にも他の共同原告は当然には上訴人の地位につかないとする最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁、最判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁をどう説明するのか、といった問題にも示唆を与えられと思われる。とはいえ、ここで詳論はしない。

MBO にかかる株式取得価格の判断方法

2011年4月入学

吉川 慶

- I. はじめに
- II. 日本における MBO の実態の概観
- III. MBO にかかる株式取得価格決定および MBO 指針の内容
- 1 レックス・ホールディングス事件
 - (1) 東京高裁決定
 - (2) 最高裁決定
 - 2 MBO 指針
 - 3 サイバード・ホールディングス事件
 - (1) 事案
 - (2) 東京地裁決定
 - (3) 東京高裁決定
- IV. レックス・ホールディングス事件決定および MBO 指針の有する政策的含意
- 1 レックス・ホールディングス事件東京高裁決定および最高裁決定
 - (1) 政策的含意
 - (2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係
 - a 強圧性の解消
 - b 株式価値算定書および事業計画の開示
 - c プレミアム
 - 2 MBO 指針
 - (1) 政策的含意
 - (2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係
 - a 利益相反解消措置の導入
 - b 利益相反解消措置の導入と、MBO プレミアムとの関係
 - c 検討
 - 3 サイバード・ホールディングス事件東京地裁決定
 - (1) 政策的含意
 - (2) 問題点
 - 4 レックス・ホールディングス事件決定および MBO 指針の政策的含意と親和的な判断を示す裁判例
 - (1) サンスター事件
 - (2) レックス・ホールディングス損害賠償請求事件
 - (3) カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件
 - 5 小括
- V. サイバード・ホールディングス事件東京高裁決定の有する政策的含意
- 1 サイバード・ホールディングス事件東京高裁決定
 - (1) 政策的含意
 - a 第三者委員会に関する判示
 - b 強圧性に関する判示
 - c 検討
 - (2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係
 - a オープンループ事件
 - b シャルレ損害賠償請求事件
 - c 吉本興業事件
- VI. MBO にかかる株式取得価格の判断方法の類型
- VII. 実体的審査の問題点
- 1 実体的審査+平均値ルール
 - (1) プレミアムの平均値を支払えない場合に、価値創造的な MBO を阻害するという問題点
 - a MBO を行わなければ実現できない価値とは何か
 - b 実体的審査+平均値ルールの問題点
 - c 実際に問題は生じているのか
 - (2) MBO に際し利益移転が生じる恐れを過大に評価しているという問題点
 - a MBO を行わなければ実現できない価値が生じないにもかかわらず MBO が行われる恐れとは何か
 - b MBO を行わなければ実現できない価値が生じないにもかかわらず MBO が行われる恐れは、どの程度あるのか
 - (a) 構造的強圧性
 - (b) 実質的強圧性
 - (c) 節税効果
 - (d) 債権者や従業員からの利益移転
 - (e) 実証研究から得られる示唆のまとめ
 - (3) 検討
 - 2 実体的審査+個別算定ルール
 - (1) 判断能力
 - (2) 情報
 - (3) 経営陣が公正な手続きをもって MBO を行うインセンティブ
- VIII. 手続的手法および手続的審査のあり方
- 1 株価に反映されていない情報の考慮の必要性
 - 2 手続的手法の発展可能性
 - (1) MBO に参加する経営陣の利益相反の程度の審査
 - (2) 第三者委員会の審議内容ないし交渉内容の審査
 - (3) 社外取締役・独立取締役の判断の尊重
 - 3 補論：対象会社の取締役の義務
 - (1) 対象会社の取締役の義務
 - (2) MBO 後の情報提供の継続
- IX. おわりに

I. はじめに

MBOとは、現在の取締役の全員ないし一部（以下、MBOに参加する取締役を「経営陣」という）が資金を出資し、事業の継続を前提として対象会社の株式を購入することをいう¹⁾。上場会社において非上場化を伴うMBOが行われる場合、二段階買収によることが多い。二段階買収においては、まず経営陣が対象会社の株式につき公開買付けを行い、次に、経営陣が対象会社の定款を変更し、発行済株式を全部取得条項付種類株式とし、ただちに当該株式をそれよりも十分少ない数の別の種類の株式を対価として取得することで、経営陣以外の者には一株未滿の端株処理として金銭を交付するという形で完全子会社化が実現される。このとき、二段階目の全部取得条項付種類株式の取得に際して、取得価格に不満を持つ少数株主は、会社法172条1項に基づいて価格決定申立を行うことが多い。

MBOにおいては構造的利益相反の問題が存在するとされる。構造的利益相反の問題とは、MBOでは、本来企業価値の向上を通じて株主の利益を代表すべき取締役が、自らが取締役を務める企業の株式を取得することとなり、株式の買付者側の性格をも併せ持つことになるため、必然的に利益相反構造が生まれてしまうという問題を指す²⁾。このような利益相反構造が存在するため、MBOにおいては、公開買付価格をもって取得価格としてよいと言い切ることができず、取得価格について一定の審査が必要になる。

しかし、現在においてもなお、MBOにより非上場化がなされる際の、株式の取得価格の判断方法につき、理解が固まっているとは

いえないように思われる³⁾。その理由は、MBOにかかる取得価格の判断方法として、さまざまな考え方がありえる中で、望ましい判断方法を理論的に決することが困難であるからだと考えられる。

そこで、本稿では、日本のMBOに関する実証研究やデータを参照しながら議論を進めることで、MBOにかかる取得価格をどのように判断することが望ましいのかにつき、少しでも精度の高い検討を行うことを目指す⁴⁾。

MBOに際して実現される価値は、MBOを行わなければ実現できない価値と、MBOを行わなくても実現できる価値の二種類に区別することができる⁵⁾。この区別を前提にすると、MBOに対する審査をするうえでポイントとなるのは、①MBOを行わなくても実現できる価値の毀損が生じていないか、②MBOを行わなければ実現できない価値およびMBOを行わなくても実現できる価値について、株主と経営陣の間での分配が適切かの二点であると表現できる。そして、①に関しては、MBOを行わなくても実現できる価値をどのように算定するのかが問題となる。②に関しては、第一に、そもそもどのような分配が適切であるのか、第二に、裁判所は、株主への適切な分配額を判断するにあたって、当初から自ら分配額を判断するのか、それとも、まずは実際に行われたMBOにおける分配が適切であったかを判断するのが問題となる。もし裁判所が当初から自ら分配額を判断するとすれば、どのようにその判断を行うのが問題となり、他方、裁判所が実際に行われた分配が適切であったかを判断するのであれば、どのような場合に実際の分配が適切であったといえるのか、実際の分配が適切でなかったとの判断に至った場合にはどのよう

1) 経済産業省「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者による企業買収（MBO）に関する指針」4-5頁（2007年9月4日）。以下、引用に際し「MBO指針」という。

2) MBO指針3-4頁。同5頁の基礎的取引構造に関する記述も参照。

3) MBOに関する裁判所の審査方法・審査基準や、MBOに際してとられるべき利益相反解消措置の内容につき、論考が新たに登場し続けていることは、このことを裏付けているように思われる。

4) 田中亘「総論——会社法学における実証研究の意義」商事1874号5頁（2009）および藤田友敬「本シンポジウムのねらい」ソフトロー研究20号1頁（2012）参照。

5) MBO指針7頁。

に分配額を判断するのが問題となる。

本稿では、上で掲げた問題のうち「裁判所は、株主への適切な分配額を判断するにあたって、当初から自ら分配額を判断すべきか、それとも、まずは実際に行われた MBO における分配が適切であったかを判断すべきか」という問題を主たる検討対象とする。そのうえで、本稿は、裁判所はまずは実際に行われた MBO における分配が適切であったかを手続的側面から判断すべきであるという立場を取るため、「裁判所が、実際の分配が適切であったかを、どのような要素を考慮して判断すべきか」という問題についても検討することとする⁶⁾。

II では、日本における MBO の実態を概観する。III では、現在の日本における MBO のあり方に大きな影響を与えていると思われる、レックス・ホールディングス（以下「レックス HD」という）事件およびサイバード・ホールディングス（以下「サイバード HD」という）事件の取得価格決定の内容、MBO 指針⁷⁾の内容を紹介する。IV および V では、各裁判例および MBO 指針が、爾後の MBO の当事者の行動にどのような影響を与えようとしたものと評価しうるか、そして実際にどのような影響を与えたかまたは与えうるかを検討する。そのうえで、レックス HD 事件決定や MBO 指針が示した方向性と、サイバード HD 事件東京高裁決定の示した方向性とは、相違がみられることを指摘する。VI では、各裁判例および MBO 指針の示した方向性をもとに、MBO にかかる取得価格の判断方法を類型化する。そのうえで、裁判所が、株主への適切な分配額を判断するにあたって、当初から自ら分配額を判断すること、実際に行われた MBO における分配が適切であったか否かを判断することのどちらが望ま

しいといえるのかが、実際上も重要な問題となることを示す。VII では、裁判所が、当初から自ら分配額を判断することには、問題点があることを主張する。VIII では、裁判所が、実際に行われた MBO における分配が適切であったかを判断するに際して、考慮すべき要素を検討する。

II. 日本における MBO の実態の概観

日本における MBO のトレンドについては、5つの時期に分けて分析がなされている⁸⁾ので、その内容を紹介する。1998年頃から2003年前半頃の第I期は、会社の事業部門や子会社とその幹部を中心として分離独立する形での MBO（カーブアウト型 MBO）が主流であった。2003年後半頃から2005年頃までの第II期においては、上場会社の経営陣がバイアウト・ファンドと組んで非上場化する形の MBO が本格的に登場するようになった。その後、2005年頃から2007年初頭頃までの第III期では、同族経営の上場会社において、創業者のイニシアチブのもとに MBO による株式非公開化を行う動きが本格化した。2007年半ばから2008年半ばまでの第IV期では、テーオーシーの創業家による MBO がダヴィンチ・アドバイザーズの対抗 TOB 提案によって失敗し、創業家主導の MBO による株式非公開化にブレーキがかかるとともに、スクイーズアウトに際しての少数株主の権利保護が注目を集めるようになった。そして、2008年半ば以降の第V期では、日本経済の低迷を背景に MBO による株式非公開化が再び活発化し案件数が増加した上、MBO 実行のための手続きの公正性確保に一層注意が払われるようになった。

6) 本稿では、裁判所が自ら分配額を判断する場合の判断方法、たとえば、株式の客観的価値の算定方法や、強制的取得により失われる今後の株価上昇に対する期待を評価した価格（プレミアム）の算定方法といった問題については、取り扱わない。

7) なお、MBO 指針に先立ち、企業価値研究会「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者による企業買収（MBO）に関する報告書」（2007年8月2日）（以下「MBO 報告書」という）が公表されているが、同報告書は MBO 指針とほぼ同一内容であるため、以下では MBO 指針のみを引用する。

8) 太田洋＝石川智也「MBO と課税」太田洋＝矢野正紘編著『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&Aを巡る戦略的プランニングの最先端～』213頁、217-222頁（大蔵財務協会、2012）。

本稿が検討対象とする、MBOによる非上場化の件数は、図表1のようになっている。第V期において、MBOによる非上場化の件数がますます増加していることを示している⁹⁾。

また、MBOによる非上場化に際して行われる公開買付けを、日本の公開買付け全体と比べると、前者の方が対公開買付け前1カ月平均株価のプレミアム率が一貫して高い¹⁰⁾。2009年以降の、MBOによる非上場化に際して行われるプレミアムの大きさについては、図表2を参照されたい。

MBOによる非上場化に際しては、後述するMBO指針の内容などに従って、一定の利益相反解消措置が取られるようになっている。2009年以降のMBOにおいては、図表3のような措置が取られている。

Ⅲ. MBOにかかる株式取得価格決定およびMBO指針の内容

本章では、2008年半ば以降の第V期において、MBOの手続きの公正性確保に一層注意が払われるきっかけとなった、MBO裁判例およびMBO指針の内容を検討する。MBOにかかる取得価格決定は複数存在するが、現在の日本におけるMBOのあり方に大きな影響を与えていると思われる、レックスHD事件およびサイバードHD事件の取得価格決定の内容を紹介する¹¹⁾。

1 レックス・ホールディングス事件

レックスHD事件決定は、MBOに際して全部取得条項付種類株式を用いた少数株主のスクイーズアウトが行われた場合の取得価格

について、裁判所が初めて判断を示した事例である。以下では、その東京高裁決定および最高裁決定の内容を紹介する¹²⁾。なお、レックスHDのMBOは、後に紹介するMBO指針の公表より前に行われている。

(1) 東京高裁決定¹³⁾

東京高裁決定は、一般論として、第一に、会社法172条1項に基づく取得価格決定申立があった場合には、当該株式の取得日における公正な価格をもって、その取得価格を決定すべきである、第二に、公正な価格を定めるにあたっては、取得日における当該株式の客観的価値に加えて、強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待を評価した価額をも考慮するのが相当である、第三に、会社法は、取得価格の決定を、記録に表われた諸般の事情を考慮した裁判所の合理的な裁量に委ねたものと解するのが相当であるといった判断を示した。

そのうえで、取得日における当該株式の客観的価値については、公開買付けの約3カ月前に公表された業績予想の下方修正を理由に、公開買付け公表の直前日からさかのぼって6カ月間の市場株価を平均することによって算定すべきであるとした。

そして、強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待の評価については、レックスHD側が事業計画書や株価算定評価書を提出しないことなどを理由に、本件MBOに近接した時期において行われたMBOのプレミアムの平均値を参考にして決定するとした。その結果、当該株式の客観的価値に20%を加算した額が、株価の上昇に対する期待を考慮した株式の取得価格であると判断された。

(2) 最高裁決定¹⁴⁾

東京高裁決定に対しレックスHD側は抗

9) 2001年から2011年1-4月までのMBOによる非上場化につき、投資会社と組んだ非上場化とそのほかの非上場化の区別、件数の推移、金額の推移のデータを整理する吉富優子「データで見る MBOによる非上場化の動向」MARR2011年7月号10頁、13頁(2011)も参照。

10) 吉富・前掲注9)13-14頁、小笠原圭「非上場化のMBOの動向と適正プロセスについて」MARR2011年7月号15頁、17頁(2011)。

11) MBOにかかる取得価格決定としては、ほかにも、サンスター事件、カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件がある。これらの決定については、IV4で概観する。

12) なお、第一審の東京地裁決定は、東京地決平成19年12月19日判時2001号109頁である。

13) 東京高決平成20年9月12日金判1301号28頁。

告したが、最高裁決定は、当該抗告を棄却した。

同最高裁決定における田原睦夫裁判官の補足意見は、取得価格は公正な価格を意味するとしうえで、取得価格は、① MBO が行われなかったならば株主が享受しうる価値と、② MBO の実施によって増大が期待される価値のうち株主が享受してしかるべき部分とを、合算して算定すべきという一般論を示した。また、MBO 報告書を参照しつつ、MBO においては全株主に対して透明性の確保された手続きが執られることが要請されると指摘した。

そして、田原補足意見は、第一に、本件 MBO においては、買付け等の価格の算定に当たり参考とした第三者による評価書、意見書等が公開されず、事業計画や株価算定評価書等の開示もなされなかったこと、第二に、公開買付者のプレスリリースや株主あてのお知らせにおける、公開買付けに応じない株主は、普通株式の 1 株に満たない端数しか受け取れないところ、当該株主が株式買取請求権を行使し価格決定の申立を行っても、裁判所がこれを認めるか否かは必ずしも明らかではない旨や、公開買付けに応じない株主は、その後の必要手続き等に関しては自らの責任にて確認し、判断されたい旨の記載は、「強圧的な効果」に該当しかねない表現であることを指摘しうえで、原決定の判断は肯認できると判断した。

2 MBO 指針

MBO 指針は、MBO に関し、企業社会における公正なルールのあるあり方を提示することを目的として、2007 年 9 月 4 日に経済産業省により制定されたものである。

MBO 指針は、MBO に際して実現される価値を、MBO を行わなければ実現できない価値と、MBO を行わなくても実現できる価値の二種類に区別しうえで、後者について

は基本的に株主が受けるべきもの、前者については株主および取締役が受けるべき部分の双方が含まれていると整理している。しかし、実際には、前者および後者の価値を客観的に区別・算定すること、MBO 実施前の市場株価が前者および後者の価値を反映しているかを判別すること、および前者の価値について株主および取締役が受けるべき部分について一義的・客観的な基準を設けることは困難であるとし、株主が受けるべき利益につき客観的な基準を設けることはできないとしている¹⁵⁾。

そのため、株主にとって公正な手続きを通じて MBO を行うことにより、株主が受けるべき利益が損なわれることのないようにする必要が高いとされる。具体的には、株主の適切な判断機会の確保、意思決定過程における恣意性の排除、価格の適正性を担保する客観的状況の確保といった、3 種類の枠組みで実務上の対応を検討することが重要であると指摘している¹⁶⁾。

株主の適切な判断機会の確保の例としては、株主に対する説明のあり方として、① MBO を実施するに至ったプロセス等に関する開示、②業績下方修正後に MBO を行う場合等においては、当該時期に MBO を行うことを選択した背景・目的等についての説明、③取締役が当該 MBO に関して有する利害関係の内容についての説明を充実させることが挙げられている。また、株主が公開買付けに反対した場合の取り扱いとして、④公開買付け後の完全子会社化に際して、反対株主に対する株式買取請求権が確保できないスキームを採用しないこと、⑤公開買付けにより大多数の株式を取得した場合には、特段の事情がない限り、完全子会社化を行うとともに、完全子会社化を行う場合の価格は、特段の事情がない限り、公開買付け価格と同一の価格を基準とし、かつその旨を予め明らかにしておくことが望ましいとしている¹⁷⁾。

そして、意思決定過程における恣意性の排

14) 最決平成 21 年 5 月 29 日金判 1326 号 35 頁。

15) MBO 指針 8 頁。

16) MBO 指針 10-11 頁。

17) MBO 指針 12-13 頁。

除についての実務上の対応の例としては、⑥社外役員や第三者委員会の諮問または交渉、および、その判断の尊重、⑦特別の利害関係を有する取締役を除いた、取締役および監査役全員の承認、⑧弁護士・アドバイザー等による独立したアドバイスの取得、⑨MBOにおいて提示されている価格に関する、独立した第三者評価機関からの算定書の取得が挙げられている¹⁸⁾。

価格の適正性を担保する客観的状況の確保のための実務上の対応の例としては、⑩MBOに際しての公開買付期間を比較的長期間に設定すること、⑪対抗者が実際に出現した場合に当該対抗者が対象会社との間で接触等を行うことを過度に制限するような内容の合意等を、当該MBOの実施に際して行わないことが挙げられている¹⁹⁾。

また、株主意思確認の見地を重視し、⑫MBOに際しての公開買付けにおける買付数の上限を、MBOに利害関係を有する者以外の者が保有する株式の過半数や3分の2以上が応募しないと成立しないような、高い水準に設定することも考えられるとされている²⁰⁾。

3 サイバード・ホールディングス事件

サイバードHDのMBOは、MBO指針が公表されてから初めて行われたMBOであり、MBO指針の内容を踏まえた利益相反解消措置が取られていたため、裁判所が取得価格決定においてどのような判断を下すかが注目されていた。

(1) 事案

2007年10月31日、相手方Y社(サイバードHD)の代表取締役社長兼グループCEOであるAと、取締役兼上席執行役員Bとが、投資ファンドCとの間で、MBOに係る契約を締結した。なお、当該契約においては、MBO前におけるAおよびBのY株式の持株比率はそれぞれ9.69%、0.72%であったと

ころ、MBO後においてはそれぞれ7.88%、0.18%となることが予定されていた。

それに先立つ、2007年10月2日に、Cは公開買付価格として一株当たり5万6000円を提示したが、Aがかかる価格では不十分とする強い態度を示した。そのために、最終的にCは一株当たり6万円という公開買付価格を提示した。

また、2007年10月18日に、Y取締役会は、フィナンシャルアドバイザーおよび法律顧問を選任するとともに、第三者委員会を設置した。そして、Y取締役会は、第三者委員会に対して、本件MBOの可否およびその条件について、Cとの間で協議・交渉を行ったうえで、Y取締役会に対する意見提出を委託する決議を行った。なお、第三者委員会の委員は、Yの社外取締役二名、弁護士一名、三菱商事顧問一名という構成であった。

第三者委員会は、2007年10月18日から活動を開始し、Y取締役会が選任したフィナンシャルアドバイザーおよび法律顧問をアドバイザーに指名し、MBO指針を基にして本件MBOのあり方を検討する一方、Cの提案書を精査して質問事項を作成送付した。2007年10月24日、第三者委員会は、質問事項を踏まえてCやAからそれぞれ説明を受けた上、合理的な価格での売却機会の提供が必要であること、公開買付価格は、株主の合理的期待を反映した市場株価の水準を無視することができないこと等を指摘し、さらに、適切な情報開示、他の買付者による買付けの機会を制限しない手続きの確保、株主の適切な判断機会の確保が必要であることを確認した。2007年10月29日、第三者委員会は、CおよびAと再度面談し、本件MBOを実施する必要性や公開買付価格の客観性、パートナーとしてCを選出した理由等の詳細な質疑を行い、直近の市場株価が上昇傾向にあることに言及し、Cに対して、公開買付価格の更なる引き上げを求めたものの、買い手として取りうるリスクの限界点としての価格提示

18) MBO指針14-16頁。

19) MBO指針16-17頁。

20) MBO指針18-19頁。

であるとして受入れられなかった。そこで、第三者委員会は、2007年10月30日、Yの買収防衛策を公開買付期間中は停止し、公開買付けが成立した後は廃止すること、公開買付け価格が公開買付開始時の直近における市場株価を下回らないことを条件として、本件MBOに賛同する旨の答申をY取締役会に行うことを決議した²¹⁾。

その後、Cの完全子会社であるDによって公開買付けが行われた後に、全部取得条項付株式の取得をするという二段階買収が行われた。

(2) 東京地裁決定²²⁾

東京地裁決定は、取得価格に関する一般論については、レックスHD事件東京高裁決定および最高裁決定の判示を踏襲した。東京地裁決定は、当該株式の取得日における公正な価格を定めるにあたっては、①取得日における当該株式の客観的価値すなわちMBOが行われなかったならば株主が享受しうる価値に加えて、②強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待を評価した価格すなわちMBOの実施後に増大が期待される価値のうち既存株主が享受してしかるべき部分をも考慮するのが相当であるとした。

そのうえで、当該株式客観的価値については、公開買付け公表前1カ月間の市場株価の終値による出来高加重平均値をもって算定した。

そして、MBOの実施後に増大が期待される価値のうち既存株主が享受してしかるべき部分の算定にあたっては、「本件の場合は、①MBOの目的や実施後の事業計画から予測される収益力や業績についての見通しのほか、②利益相反関係に配慮した措置、買付価格についての交渉の有無、経過、旧経営陣の立場等に照らし、MBOが、いわゆる独立当事者間（支配従属関係にない当事者間）において、第三者機関の評価を踏まえ合理的な根拠に基づく交渉を経て、合意に至ったなどと評価し得る事情があるか、また③適切な情報

開示が行われた上で、対象会社に対する株式公開買付けが成立し、株主総会において全部取得条項付種類株式の発行と取得が承認されるなど、一般に公正と認められる手続によってMBOの一連の手続が行われたと認められるかなど、諸々の事情を総合考慮して、既存株主に対して分配されるべき『MBOの実施後に増大が期待される価値』を算定するのが相当である」と判示した。

そのうえで、Y取締役会が公認会計士事務所および法律顧問を選任し、助言や株式価値の算定を依頼していること並びにYおよびCから独立した第三者委員会を設置し、同委員会にCとの協議・交渉と本件MBOについての意見の提出を依頼し、これらに基づき、本件公開買付けに賛同したものであることから、利益相反関係につき一定の配慮がされていると評価している。

そして、「A及びBは、本件MBO実施後も相手方の経営に当たるものの、相手方の株式はすべてDが保有し、Dの株式のうちA及びBが保有する部分は合計10%に満たないものであることが予定されており、「D及びYの経営権はA及びBではなく、Cが保有するものということが出来る」こと、「Aは、Yの大株主であったところ、本件公開買付けにおける買付価格を決定するに至る交渉において、1株当たり6万円に満たない価格を提示するCに対し、大株主の賛同を得る見込みなどを主張しながら厳しい態度で臨み、その結果、買付価格を1株当たり6万円とすることで合意している」ことを指摘している。これらの事実から、本件MBOはいわゆる独立当事者間交渉を経て合意に至ったものといえるとしている。

また、MBO実施後のYの事業計画から予測される収益力や業績の見通しは開示されていないものの、Cが株式価値算定書を開示していること、YがMBOが実行後の株主の扱いについて開示していることから、「情報開示の内容がかなり周到なものであり、強圧性

21) 後にIV 3(2) およびV 1(1) で言及するように、本段落に引用した事実は、高裁決定において認定された事実である点に注意されたい。

22) 東京地決平成21年9月18日金判1329号45頁。

も乏しい」との評価がされている。

そして、結論として「特に、本件公開買付けにおけるA及びBの立場（筆者注：MBO後における、AおよびBの、Dの持株比率が合計10%に満たない予定であることを指す）や、Aの厳しい交渉姿勢もあって買付価格が1株当たり6万円にまで上昇していることは、同価格（筆者注：買付価格である6万円）が、MBOの実施後に増大が期待される価値のうち既存株主に分配されるべき部分を最大限織り込んだものであることを示すものと認めるのが相当」とした。

③ 東京高裁決定²³⁾

東京高裁決定は、取得価格に関する一般論については、東京地裁決定を引用した。

そして、当該株式の取得日の客観的価値に關しても、東京地裁決定の認定を採用した。

しかし、MBOの実施後に増大される価値のうち既存株主が享受してしかるべき部分の算定については、東京地裁決定の判断を覆し、株式の客観的価値に20%を加算した額である6万1360円を取得価格と判断した。

東京高裁決定は、「Yの経営権はCが保有するものの、本件MBOの目的は、Yの代表者であるAを中心として行ってきたYの事業の一層の拡大と展開を目指すための資金調達にあるものであり、①本件MBO実施後もYの経営に当たるAについては、上記のとおり、利益相反関係の問題を抑制する措置が講じられ、また、Aが厳しい態度でCと交渉したという経過があるものの、なお、利益相反関係が全くないとはいえないこと、②本件MBOは、第三者委員会を設置して公正と認められる手続によって行われているが、第三者委員会の選任したフィナンシャルアドバイザー及び法務アドバイザーがいずれもY取締役会の選任したアドバイザーであること、

③Yの情報開示の内容が周到なものであり、株主の会社法上の救済手段等を注意的に記載したにすぎないものであっても、その構造上、『強圧性』が全くないと評価することはできないこと等に照らすと、本件株式のMBOの実施後に増大が期待される価値（プレミアム）を、前記認定の本件取得日における本件株式の客観的価値である1株当たり5万1133円の17.34%である8867円であると、直ちに認めることはできないというべきである」（筆者注：引用中の①②③は筆者が補ったものである）と述べたうえで、「平成19年におけるTOBのプレミアムの平均値は20%台の半ばであること、平成20年にはこれが大幅に拡大しており、なかでもMBOのプレミアムが高くなっていることが認められ、また、Yも、本件公開買付けにおけるプレミアムを約22.38%から約31.68%と主張していることを考慮すると、プレミアムは少なくとも20%を下ることはない」と判示している。

レックス・ホールディングス IV. 事件決定およびMBO指針の 有する政策的含意

以下IVおよびVでは、レックスHD事件の各決定、MBO指針、サイバードHD事件の各決定が、爾後のMBOの当事者にどのような影響を与えようとしたものと評価しうるか（以下では、各裁判例およびMBO指針が与えようとしたと評価できる影響のことを、それぞれの「政策的含意」と表現する）を検討する²⁴⁾。

裁判所の決定が有する政策的含意を検討するというアプローチは、奇異に映るかもしれない。しかし、各決定からMBOの当事者が読み取りうる²⁵⁾政策的含意を検討すること

23) 東京高決平成22年10月27日資料版商事法務322号174頁。

24) 本稿では、次段落に述べる理由から、「爾後のMBOの当事者が、各裁判例およびMBO指針から、どのような政策的含意を読み取れるか」に焦点を当てる。

そのため、各決定の裁判例としての射程や、当該事案における解決の妥当性の詳細な検討は、各決定の評釈に委ねざるをえない。

また、IV1においては、政策的含意を読みとれる点において同列と評価してよいと考えられる、レックスHD最高裁決定の田原補足意見の内容も取り上げる。

25) そのため、「各決定を下した裁判官が、当該決定にどのような政策的含意があると認識していたか」を直接の問題にするわけではない。

が、MBOにかかる株式取得価格の判断方法の検討という本稿の目的からは不可欠であると考えられる。なぜなら、以下で検討するように、MBOを行う当事者は、各裁判例やMBO指針が示唆するところを踏まえて、MBOの対価や手続きを決定しているように思われるからである。

IVおよびVでの結論を予め示すと、以下のようになる。レックスHD事件各決定、MBO指針、サイバードHD事件東京地裁決定は同一の方向の政策的含意を示しているものの、サイバードHD事件東京高裁決定は異なる方向の政策的含意を示している。そして、上記以外の裁判例を見ても、レックスHD事件各決定等の政策的含意に沿った判断をしているものと、サイバードHD事件東京高裁決定の政策的含意に沿った判断をしているものと、混在している。

レックス・ホールディングス事 1 件東京高裁決定および最高裁決定

(1) 政策的含意

レックスHD事件東京高裁決定および最高裁決定の判示のうち、本稿における検討と

の関係で注目される点として、以下の点が挙げられる²⁶⁾。

取得日における当該株式の客観的価値の算定も、強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待の評価額（以下、本節ではこれを「プレミアム」と表現する）の算定も、裁判所が自ら行っており、プレミアムについては案件の特性を考慮せず、20%と判断されている。その際、東京高裁決定はレックスHDが事業計画書や株価算定評価書を提出しないことを指摘し、田原補足意見は強圧的な効果に該当しかねない表現が用いられていることおよび公開買付者が株価算定評価書や事業計画書の開示を行っていないことを指摘している点が、注目される²⁷⁾。

これらの判示の政策的含意としては、第一に「強圧的な効果を持つ表現が用いられることを抑止しようとした」というものが、第二に「MBOを行う場合には、価格決定を申し立てる少数株主ではなく、買収者および対象会社の役員に情報開示の責任を負わせることで、MBOに際しての情報開示を促進しようとした」というものが、考えられる²⁸⁾。

第一の政策的含意については、田原補足意見から見出すことができる。田原補足意見は、強圧的な効果に該当しかねない表現が用

26) なお、取得日における当該株式の客観的価値の算定においては、公開買付けの約3カ月前に公表された業績予想の下方修正を理由に、公開買付け公表の直前日からさかのぼって6カ月間の市場株価を平均することによって算定すべきとしている点も重要であると思われる。上記の判示は、業績予想の下方修正により、公開買付け公表時における株価が、MBOを行わなくても実現可能な価値を下回っていることが予想されるため、下方修正前の株価も平均することで対処しようとしているものと評価しうる。

しかし、適法な会計処理の範囲内での業績下方修正を問題視することは困難であるとの指摘がされている（加藤貴仁「判批」別冊商事法務編集部編『MBOに係る株式取得価格決定申立事件の検討』別冊商事法務346号28頁、44-45頁（2010）〔初出2009〕、後藤元「判批」中東正文ほか編『M&A判例の分析と展開Ⅱ』別冊金判190頁、193頁（2010））。

また、仮に業績下方修正が問題であるとしても、6カ月の市場株価の平均を取るのではなく、下方修正前の株価をもとに下方修正後の市場や業界全体の動向を踏まえた補正を行うことで、客観的価値を算定すべきだと考えられる（藤田友敬「新会社法における株式買取請求権制度」江頭憲治郎選集『企業法の理論（上）』261頁、292-293頁（商事法務、2007）、田中亘「株式の買取・取得価格決定の意義と課題」MARR2009年8月号10頁、10-11頁（2009）および藤田友敬「裁判過程における実証分析の利用：株式買取請求事件を素材に」ソフトロー研究20号5頁（2012）などを参照）。

しかし、本稿では、これ以上客観的価値の算定の問題については立ち入らない。

27) 十市崇「判批（上）」金判1325号8頁、16頁注15（2009）は、公開買付者が取得した評価書等の開示をレックスHDに対して要求している理由として、レックスHDのMBOにおいては、公開買付者であったAP8と、対象会社であった旧レックスHDとが合併し、合併後の会社であるレックスHDが価格決定申立事件の当事者となっているという事情が考えられるとしている。

28) 加藤・前掲注26)50-51頁、Wataru Tanaka, *Going Private and the Role of Courts: A Comparison of Delaware and Japan*, 3 UT SOFT LAW REVIEW 12, 18 (2011)。忠実義務の効果一般について論じた藤田友敬「忠実義務の機能」法協117巻2号283頁（2000）も参照。

いられていることを指摘しているのみで、強圧的効果があることと、具体的な算定方法とを結びつけているわけではない。しかし、その指摘の中に「強圧性がある場合には、一律20%のプレミアムを加算する」、「20%以下のプレミアムの額でも公正な価格であると認定するためには、強圧性の解消が必要である」という含意を見出すことは可能であるように思われる。

第二の政策的含意があるといえる理由は、以下の通りである。東京高裁決定および田原補足意見はともに、株式の客観的価値に一律20%のプレミアムの加算が必要となる理由として、事業計画や株式価値算定書の開示がなされていない点を指摘している。そのため、買収者および対象会社の役員が「本件MBOにおいて適切なプレミアムは、株式の客観的価値の20%以下である」と考える場合には、裁判所に「買付価格に付されているプレミアムの額は、株式の客観的価値の20%以下であるが、当該買付価格は公正な価格である」と認定されるよう、自ら積極的に情報開示を行うと考えられるからである。

(2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係

では、レックスHD事件各決定の政策的含意は、その後実現したのであろうか。

a 強圧性の解消

まず、田原補足意見が問題としている強圧的効果とは何かを確認する。田原補足意見のいう強圧的効果とは、構造的強圧性を指すと考えられる。構造的強圧性とは、株主が「買付価格が、客観的な株式の価値より安い」と考えていても、「公開買付けが成功した場合、

公開買付けに応じなかったときには、公開買付けに応じたときよりも不利な扱いを受ける」と予想している場合には、公開買付けに応じるよう強いられてしまうという問題²⁹⁾のことである。たとえば、二段階買収に際して、公開買付けに応じた株主と応じなかった株主とで、価格の面で取り扱いが異なることが予想される場合には、構造的強圧性が生じる。

田原補足意見が指摘する表現にどのような強圧的効果が認められるのか、必ずしも田原補足意見自体からは読み取れないが、たとえば、①MBOにかかるスクイーズアウトに際して株主に与えられる救済内容が周知されていなかった当時の状況下では、会社法116条に基づく買取請求が認められるか不明であるという記載それ自体から、株主が「公開買付けに応じざるをえない」と受け取ってしまうという効果が考えられるであろう。

また、田原補足意見は直接指摘してはいないものの、②レックスHDによる全部取得条項付種類株式の取得対価である端株の売却価格が、公開買付価格と同額であるとの保障がなされていない点で構造的強圧性が生じていたのではないかと指摘もなされている³⁰⁾。

では、レックスHD事件各決定後、構造的強圧性が解消し、第一の政策的含意が実現したといえるであろうか。

まず、①については、会社法172条に基づく価格決定請求ができる旨を公開買付届出書および意見表明報告書に明示される等の情報提供が進み³¹⁾、かつMBOにかかるスクイーズアウトに際して株主に与えられる救済が周知されるようになったことで解消されてきている。たしかに、株主が会社法116条に基づ

29) 詳細については、田中亘「敵対的買収に対する防衛策についての覚書」武井一浩＝中山龍太郎編著『企業買収防衛戦略II』243頁、251-260頁（商事法務、2006）〔同『企業買収と防衛策』39頁（商事法務、2012）所収〕〔初出2005〕、飯田秀総「公開買付規制における対象会社株主の保護」法協123巻5号912頁、944-950頁、1003-1013頁（2006）。

30) 加藤・前掲注26)42-43頁、後藤・前掲注26)192-193頁。なお、レックスHDに対する公開買付けの実施に際して公表されたプレスリリースにおいて用いられていた表現は「なお、当該端数の合計数の売却金額については、本公開買付けの買付価格を基準として算定する予定ですが、この金額が本公開買付けの買付価格と異なることがあり得ます。」というものである（<http://www.advantagepartners.com/news/release/061110.html>、2013年7月22日最終閲覧）。

31) 後藤・前掲注26)195頁注17参照。もっとも、前掲注30)のレックスHDに対する公開買付けについてのプレスリリースにおいても、会社法172条に基づく価格決定が可能であることは記載されていたので、レックスHD事件においてこの問題を重視する必要があったかには、疑問もある。十市・前掲注27)15頁、17頁注20は、公開買付届出書の記載に依拠して、同旨を述べている。

く株式買取請求権を行使できるかは定かでない³²⁾ものの、株主総会決議による全部取得の決定に対して172条に基づく価格決定請求をすることはできるためである。

②については、従来はレックスHDに対するMBOと同程度の記載がなされているものもあったが、近時では、MBO指針でも注意がなされたことと相まってか³³⁾、取得価格が公開買付価格に株主の保有する株式数を乗じた額と同額となるよう算定される予定である旨が記載されるようになってきている³⁴⁾。また、日興コーディアル事件東京地裁決定³⁵⁾は、二段階買取においては、株式買取請求に基づく株式買取価格が、原則として、公開買付価格を下回ることにはない旨を判示している。そのため、②の問題も解消してきている³⁶⁾。

したがって、第一の政策的含意については、実現してきているといえる。

b 株式価値算定書および事業計画の開示

他方、第二の政策的含意のうち、株式価値算定書の開示についてはある程度実現したが、事業計画書の開示については実現しなかったといえる。

まず、公開買付者が参考とした株式価値算定書や意見書がある場合には、現在では他社

株府令13条1項8号により、その写しの開示が要求されている。

対象会社が株式価値算定書を取得した場合については、開示は義務付けられていない。もっとも、IV4(1)で後述するサンスター事件においては裁判所に対する開示がなされているほか、近時では対象会社が株式価値算定書を取得している事例においては、算定結果の骨子につき意見表明報告書および公開買付届出書において開示されるようになってきている³⁷⁾³⁸⁾。

しかし、事業計画書の開示が行われた事例は、筆者の見る限り、見つからなかった。

c プレミアム

レックスHD事件決定後、実際には、事業計画の開示を行うのではなく、「MBOを行う場合には、プレミアムを20%以上にする」という方向で、実務が進展した。

井上光太郎＝中山龍太郎＝増井陽子は、レックスHD事件東京高裁決定が出された2008年9月以降のプレミアムが、それ以前に比べて、上昇しているかを検討している。具体的には、公開買付け直前期間におけるリーマンショック後の株価下落の影響や、公開買付対象会社のPBR(株価純資産倍率)の影響をコントロールしたうえで、2008年9

32) なお、最判平成24年3月28日民集66巻5号2344頁(ACデコール事件)は、会社法116条1項に基づく株式買取請求がなされた後、当該請求にかかる株式の代金が支払われるまでに、株主が当該請求にかかる株式を失った場合には、買取価格決定の申立ての適格を失うと判断している。

33) III2で述べた株主の適切な判断機会の確保の例のうち、⑤に対応する。

34) 図表3参照。

35) 東京地決平成21年3月31日金判1315号26頁。

36) なお、吉村一男「MBOと少数株主利益——MBOにおける少数株主は十分に補償されているか」企業会計62巻10号83頁、90頁(2010)は、通常の公開買付けに強圧性があるか否かにつきTOB後株価下落率(TOB後株価下落率=(TOB価格とTOB終了5日後の市場価格の差額)÷TOB発表日5日前株価)を指標として分析した井上光太郎「TOB(公開買付け)と少数株主利益」商事1874号34頁(2009)に基づいて、MBOに関するTOB後株価下落率を分析したところ、平均値4.57%、中央値3.71%であったと報告している。

井上・同38-39頁は、2000年から2007年3月の期間における公開買付けのうち、買い手が実際に株式を取得した公開買付け成立取引(ただし、自己株TOB、ディスカウントTOB、そのほか情報が収集できなかった取引などは除外されている)を対象に調査している。調査結果によれば、TOB後株価収益率の値は、全部買付けで平均値7.40%、中央値3.85%、二段階買取で平均値17.59%、中央値14.04%、部分買付けで平均値9.73%、中央値4.43%となっている。全部買付け、二段階買取、部分買付けの定義については、井上・同36頁を参照。

以上から、MBOに関するTOB後株価下落率は、全部買付け一般の場合のTOB後株価下落率に比べても低いため、そもそもMBOにおける構造的強圧性の問題の程度は低かったといえるであろう。

37) 図表3のデータ参照。

38) なお、太田洋＝清水誠「わが国におけるMBOの実務と課題——レックス・ホールディングスのMBOを素材として——」岩倉正和＝太田洋編著『M&A法務の最先端』429頁、481-482頁(商事法務、2010)は、対象会社は、第三者評価機関に対する秘密保持義務に適切な除外規定を設けるなどして、最低限裁判所に対して内容を開示することが許されるような形で評価書を取得すべきであるとしている。

月以降とそれ以前とでプレミアムに変化があったかを分析している³⁹⁾。

そこでは、公開買付け一般については2008年9月以降のプレミアム増大は確認できなかった一方、MBOにおける公開買付けについては、統計上1%水準で有意に、2008年9月以降プレミアムが上昇していると報告されている⁴⁰⁾。また、MBOプレミアム20%以下の公開買付けは、2008年9月以前にはMBOにおける公開買付けのうちの36%を占めていたが、2008年9月以降では0件となっているとされている⁴¹⁾。これらの結果は、レックスHD事件東京高裁決定を契機に、MBOに関してのみプレミアムが20%以上に増大していることを示唆する。

レックスHD事件東京高裁決定後にプレミアムが20%以上に増大した理由については、以下のような可能性が考えられる。第一に、事業計画書の開示を行うことは、爾後の交渉において買収者の立場を著しく不利なものにするため、買収者は事業計画書の開示を望まなかった⁴²⁾。しかし、事業計画書の開示をしないことを前提にすると、裁判所によりプレミアムが20%と算定される可能性が否定できない。そのため、裁判所によって買収価格より高い取得価格額が決定されることを避けるために、プレミアムを20%以上にしたという可能性がある。第二に、レックスHD事件各決定により、少数株主の側に「20%がプレミアムの原則的基準」であると

いう意識が生じ、買収者が円滑に買収を進めるためには20%以上のプレミアムの提示が必要となったという可能性がある。

実際の理由は定かではないが、ともかく、事業計画書を含めた開示が広がらなかったこと、MBOに際してプレミアムが20%以上に増大したことは確かである。したがって、レックスHD事件各決定の示した政策的含意のうち、事業計画の開示を行うインセンティブを当事者に与えようとした点は、必ずしも実現しておらず、再検討する必要が生じていたといえよう。

2 MBO 指針

(1) 政策的含意

MBO指針は、MBO「プレミアムが何%以上であれば妥当である」といった一義的・客観的な基準を設けることはできないため、株主にとって公正な手続きを通じてMBOを行うことにより、株主が正当な利益を享受できるように配慮がなされるべきという考えを示している⁴³⁾。そのうえで、Ⅲ2の利益相反解消措置を取るべきことを提案している。

MBO指針の考え方は、学説の多数説に沿ったものといえる。多数説は、裁判所による公正な価格の算定方法について、以下のような立場を取る⁴⁴⁾。第一に、組織再編が独立当事者間で行われる場合には、裁判所は、原則として、当事者間の交渉の結果を尊重す

39) 井上光太郎ほか「レックス・ホールディングス事件は何をもたらしたか——実証分析からの示唆——」商事1918号4頁、11-13頁(2010)。分析対象サンプルは2000年1月から2010年3月までに日本で実施された公開買付けである。

40) 井上ほか・前掲注39)12頁。

41) 井上ほか・前掲注39)13頁。

42) 清原健=田中亘「対談 MBO・非公開化取引の法律問題(前)」ビジネス法務2007年6月号10頁、14頁〔田中亘発言〕(2007)。鈴木健太郎「米国におけるマネジメント・バイアウトの研究(1)——デラウェア会社法の問題点を中心に——」民商137巻1号27頁、39頁(2007)も参照。

また、石綿学「判批」中東ほか編前掲注26)262頁、267頁(2010)、金融商品取引法研究会編『キャッシュ・アウト法制』42-44頁〔太田洋発言〕(日本証券経済研究所、2012)は、MBOにおいて作成される事業計画は、公表を前提として作成される事業計画と比べると、確度が低いことがあると指摘している。そのため、買付者側には、確度が低い計画を前提に公開買付価格などを判断されることを避けたいという意図もあるのかもしれない。

43) MBO指針8-9頁。

44) 株式買取請求権一般について、田中亘「組織再編と対価柔軟化」法教304号75頁、79-80頁(2006)、藤田・前掲注26)288-291頁、神田秀樹「株式買取請求権制度の構造」商事1879号4頁、6頁(2009)、田中亘「『公正な価格』とは何か」法教350号61頁、65-66頁(2009)〔伊藤靖史ほか『事例で考える会社法』380頁(有斐閣、2011)所収〕。MBOの価格決定請求について、加藤・前掲注26)34-35、48頁、後藤・前掲注26)192頁。

る。第二に、組織再編が独立当事者とはいえない主体の間で行われる場合には、裁判所が組織再編条件の形成過程の公正さを審査する。そして、組織再編条件の形成過程が不公正と評価される場合には、裁判所が自ら公正な価格を決定する一方、形成過程が公正と評価される場合には、独立当事者間での組織再編に準じて、当事者間の交渉の結果を尊重する。

多数説の考えに従うと、MBO の場合は、現在の取締役が買収者の地位に立つという構造的利益相反の問題が生じるため、組織再編が独立当事者間で行われるとはいえず、裁判所が組織再編条件の形成過程の公正さを審査することになる。このとき、いかなる場合に形成過程が公正と評価できるかが問題となる。MBO 指針の有する政策的含意は、具体的な利益相反解消措置の例を挙げることで、形成過程が公正と評価できるための条件ないし要素を満たすよう求めたものと評価できる。レックス HD 事件各決定は、強圧性の解消と、株式価値算定書および事業計画の情報開示を狙いとしていた。MBO 指針は、それ以外の利益相反解消措置の例も示すことで、レックス HD 事件各決定以上に明確に、MBO を行う際に公正な手続きを取るインセンティブを与えようとしたものととらえられよう。

(2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係

a 利益相反解消措置の導入

MBO 指針公表後に、利益相反解消措置のあり方に変化は見られたのであろうか⁴⁵⁾。

MBO 指針の公表された 2007 年 9 月以降 2007 年 12 月までにおける 6 件の MBO 案件においては、⑥特別委員会を設置する事例が登場している、⑦取締役会決議に参加した取締役が全員賛成するとともに、監査役全員が異議を述べていないことが明記されている事

例が増加している、⑩全ての事例において公開買付期間が 30 日に設定されている、⑪全ての事例において取引保護条項が存在しないことが明記されている、⑫公開買付けの買付対象となる株式数に高い上限を設定する事例が登場しているといった特徴が見られる（本節の丸数字は、Ⅲ 2 で紹介した内容に対応する。）⁴⁶⁾。ここから、MBO 指針公表後、MBO 指針に沿った利益相反解消措置が取られるようになったといえる。

また、井上ほか・前掲注 39) によれば、レックス HD 東京高裁決定が出た 2008 年 9 月以降 2010 年 3 月までと、それ以前とを比べた場合、⑩公開買付期間は約 30 営業日に集中しており変化がないものの、⑥第三者委員会設置比率および⑧対象企業のアドバイザー設置比率は上昇している。ただし、⑥第三者委員会設置の比率は 30% 程度にとどまっているとのことである。なお、第三者委員会設置比率が 30% 程度にとどまっている理由につき、井上ほか・前掲注 39) は、第三者委員会設置の増加が対象企業の企業規模が大きい場合に顕著であることから、第三者委員会設置に伴うコストを負担できるか否かで第三者委員会設置の有無が決められているためであろうと考察している⁴⁷⁾。

b 利益相反解消措置の導入と、MBO プレミアムとの関係

では、以上のような利益相反解消措置の導入は、MBO におけるプレミアムの額に影響をもたらしているのであろうか。

井上ほか・前掲注 39) は、MBO につき、対直前 1 週間平均株価 TOB プレミアムを被説明変数、⑥第三者委員会設置の有無、⑧対象企業のアドバイザー設置の有無、⑩買付期間の長さを説明変数とする回帰分析を行っている。この際、リーマンショック後の株価急落の影響をコントロールする工夫がなされた

45) MBO 指針は、株主の適切な判断機会の確保の例の⑤として、構造的強圧性の解消の問題を指摘している。この問題については、IV 1 (2) a で検討したため、その記述を参照されたい。

46) 十市崇「MBO (マネージメント・バイアウト) における利益相反性の回避又は軽減措置」判タ 1259 号 107 頁、110 頁 (2008) [奈良輝久ほか編著『最新 M&A 判例と実務：M&A 裁判例及び買収規制ルールの現代的展開』223 頁 (判例タイムズ社、2009) 所収]。

47) 以上につき、井上ほか・前掲注 39) 10-11 頁。なお、2010 年以後の第三者委員会の設置比率については、V 1 (2) 参照。

うえで、分析が行われている⁴⁸⁾。

⑥第三者委員会の設置および⑩買付期間については、統計上有意ではないもののマイナスの結果が、⑧対象企業のアドバイザー設置の有無についてはプラスだが統計上有意ではないという結果が得られている⁴⁹⁾。

なお、井上ほか・前掲注39)は、公開買付け一般についても同様の分析を行っているが、⑥第三者委員会の設置はやはり統計上有意でないもののマイナス、⑧対象企業のアドバイザー設置および⑩買付期間はプラスだが統計上有意でないという結果となっている⁵⁰⁾。この点、米国では、MBOに際し、社外取締役が経営陣と交渉することで、買付価格の上昇につながっている⁵¹⁾のと、対照的な結果になっている。

c 検討

MBO指針に沿った利益相反解消措置の導入が進んだにもかかわらず、MBOにおけるプレミアムの上昇は見られないという結果を、どのように評価すべきであろうか。

このような結果が生じた原因としては、第一に第三者委員会設置をはじめとする利益相反解消措置は、実質的に機能していないため、プレミアムの上昇につながっていないという可能性、第二に社外役員が存在など井上ほか・前掲注39)では検討されていなかった要因が、利益相反解消に決定的であるため、井上ほか・前掲注39)では利益相反解消措置とプレミアムの上昇との間の関係性が観察されなかったという可能性、第三に利益相反解消措置は機能しているものの、もともと適切なプレミアムが付与されているため、プレミアムの上昇につながっていないという可能性が考えられる。

もっとも、いずれの原因により井上ほか・前掲注39)の結果が生じているのかは明らかではない。そのため、第三者委員会設置をは

じめとする利益相反解消措置を要求することで、MBO指針が予定していた通りの結果が生じているのか、定かでなかったといえよう。

3 サイバード・ホールディングス事件東京地裁決定

(1) 政策的含意

サイバードHD事件東京地裁決定は、株式の客観的価値については裁判所が独自に算定しているが、プレミアムの算定においては、MBOの交渉過程を検討したうえで、公開買付価格である6万円がプレミアムのうち既存株主に分配されるべき部分を最大限織り込んだものであると評価し、取得価格を6万円と判断している。MBOの組織再編条件の形成過程の評価を問題としている点で、MBO指針や学説の多数説の考え方に親和的なものといえる⁵²⁾。

(2) 問題点

しかし、東京地裁決定の判示には、手続きの公正さを審査するという観点からは、二点ほど問題点が残っていたように思われる。

第一に、第三者委員会設置が積極的に評価されることは示されているものの、第三者委員会設置にどの程度の意義が見いだされるのか、必ずしも明らかでない点である。

東京地裁決定は、III 3(2)で前述したように、判示の中で第三者委員会の設置や情報開示に言及している。とりわけ第三者委員会の設置を積極的に評価することで、MBOを行う経営陣に対して、第三者委員会設置のインセンティブを与えようとしたものといえる。

ただし、結論部分においては、「特に、本件公開買付けにおけるAおよびBの立場⁵³⁾や、Aの厳しい交渉姿勢もあって買付価格が1株当たり6万円にまで上昇していることは、同価格が、MBOの実施後に増大が期待

48) 井上ほか・前掲注39)11-12頁。

49) 井上ほか・前掲注39)12-13頁(モデル(2))。

50) 井上ほか・前掲注39)12-13頁(モデル(1))。

51) 井上ほか・前掲注39)8頁。

52) もっとも、学説の多数説を支持する立場からは、株式の客観的価値についても裁判所が独自に算定する必要はないとする批判も存在する。林天宇「判批」ジュリ1408号176頁、178-179頁(2010)、宍戸善一「判批」ジュリ1437号92頁、94頁(2012)。

される価値のうち既存株主に分配されるべき部分を最大限織り込んだものであることを示すものと認めるのが相当である」としている。そのため、第三者委員会の導入自体が、どこまで組織再編条件の形成過程の公正化に意味を持つのか、第三者委員会がどのような活動をしていれば、組織再編条件の形成過程の公正化に意味を持つのか、第三者委員会が交渉まで行う場合と諮問のみを行う場合とで評価に違いがあるのかに対する裁判所の評価が、必ずしも明確には読み取れない⁵⁴⁾。

もっとも、東京地裁決定においては、「本件 MBO は独立当事者間で行われたものではないが、組織再編条件の形成過程が公正と認められるため、当事者間の交渉の結果を尊重する」という判断ではなく、「本件 MBO は、Y の代表取締役 A と、C という、独立当事者間で行われたものである」という評価が結論を導く決め手になっているように思われる⁵⁵⁾。そのため、事案の解決のためには第三者委員会についての評価は不可欠なものではなかった。このような事情が、第三者委員会に対する評価を明確にする必要はないと判断された原因なのかもしれない。

しかし、第二に、仮に東京地裁決定が第三者委員会の設置を利益相反解消措置として積極的に評価していることが明らかであると考えたとしても、東京地裁決定が第三者委員会の活動の実態についての認定をすることなく判断を下している点には、問題があるように思われる⁵⁶⁾。第三者委員会の設置が必ずしもプレミアムの上昇につながっていないという実証研究の結果⁵⁷⁾を踏まえれば、第三者委員会の活動の実態に関する評価が、手続きの公正性の判断にあたって重要であると思われるからである。第三者委員会の設置の有無

だけでなく、第三者委員会の活動内容まで審査を行い、当該第三者委員会の活動が手続きの公正さにつながると評価できるか否かを具体的に判断すべきであったといえる。

以上から、東京地裁決定の判断枠組みは、MBO 指針や学説の多数説の枠組みと親和的であるものの、その具体的な審査のあり方にはなお課題があると評価できる。

レックス・ホールディングス事件 4 決定および MBO 指針の政策的含意と親和的な判断を示す裁判例

サイバード HD 東京地裁決定以外にも、レックス HD 事件各決定や、MBO 指針の示した政策的含意に沿った判断を示す裁判例が存在する。ここで、そのいくつかを概観することとする。

(1) サンスター事件⁵⁸⁾

サンスター事件大阪高裁決定は、会社法 172 条に基づき、MBO にかかる全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立につき、買付価格が 650 円であったのに対し、取得価格を 840 円と判断した。

大阪高裁決定は、プレミアムの算定に際して、第一に、公開買付け開始を株主に知らせる通知書に「強圧的な効果」に該当しかねない表現が用いられていること、第二に、サンスターが取得した株価算定評価書は評価分析に使用した情報の正確性及び完全性に関する検証、一般に公正妥当と認められる監査基準に準拠した監査手続きを含む一切の監査、検証手続きを実施していない、将来情報（財務予測）は相手方の経営陣の責任の下に作成されたものであり、評価書作成主体は財務予測の実現可能性に関しては責任を負わないと

53) MBO 後には、A および B の D 社に対する持株比率が合計 10% に満たないことが予定されていることを指している。

54) 関口智弘「判批」ビジネス法務 2010 年 4 月号 104 頁、109-110 頁 (2010)。

55) 石綿・前掲注 42)267 頁、関口・前掲注 54)108-109 頁、110 頁参照。判旨のうち、「本件公開買付けにおける A 及び B の立場や、A の厳しい交渉姿勢もあって買付価格が 1 株当たり 6 万円にまで上昇していること」が、本件 MBO が独立当事者間交渉と評価できる根拠たる事実と相当する。

56) Tanaka, *supra* note 28, at 20. 第三者委員会の活動に関する事実認定は、高裁決定において初めてなされていることにつき、注 21) 参照。

57) IV 2 (2) b 参照。

58) 大阪地決平成 20 年 9 月 11 日金判 1326 号 27 頁および大阪高決平成 21 年 9 月 1 日金判 1326 号 20 頁。

いう内容のものであり、株主に対して裁判所のほかには公表しない約束の下でその写しが提供されたものであることから、その内容を信用することができないことを、裁判所の裁量によりプレミアムを決すべき理由として挙げたうえで、プレミアムを20%と判断している。

強圧性の排除の有無および情報開示の充分性を問題にしている点において、レックスHD事件各決定の政策的含意に親和的な判断であると評価できる⁵⁹⁾。

(2) レックス・ホールディングス損害賠償請求事件⁶⁰⁾

本件は、Ⅲ1で紹介したレックスHDのMBOに関し、レックスHDの株主であった原告らが、レックスHDの代表取締役であった者に対し会社法429条1項または民法709条に基づき、レックスHDの取締役または監査役であった者に対し会社法429条1項に基づき、レックスHDのMBOの実施により1株23万円で手放すことを余儀なくされ、適正な価格である33万6966円との差額である1株当たり10万6966円の損害を被ったとして、損害賠償請求をした事案である。

東京地裁判決は、取締役が株主の共同利益に配慮する義務を負うとしたうえで、「MBOにおいては、本来、企業価値の向上を通じて株主の利益を代表すべき取締役が、自ら株主から対象会社の株式を取得することになり、必然的に取締役についての利益相反的構造が生じる上、取締役は、対象会社に関する正確かつ豊富な情報を有しており、株式の買付者側である取締役と売却者側である株主との間には、大きな情報の非対称性が存在していることから、対象会社の取締役が、このような状況の下で、自己の利益のみを図り、株主の共同利益を損なうようなMBOを実施した場

合には、上記の株主の共同利益に配慮する義務に反し、ひいては善管注意義務又は忠実義務に違反することになる」とした。

そのうえで、義務違反の判断方法につき、「MBOが、取締役の株主の共同利益に配慮する義務に違反するかどうかは、当該MBOが企業価値の向上を目的とするものであったこと及びその当時の法令等に違反するものではないことはもとより、当該MBOの交渉における当該取締役の果たした役割の程度、利益相反関係の有無又はその程度、その利益相反関係を回避あるいは解消するためにどのような措置がとられているかなどを総合して判断するのが相当」と述べた。そして、結論としては、被告らに株主共同の利益に配慮する義務の違反はないと判断し、請求を棄却した。

レックスHDのMBOという同一の事案について、取得価格決定事件と損害賠償請求事件とで結論を異にはしているが、利益相反の程度や利益相反解消措置の内容を審査している点において、MBO指針の政策的含意に沿った判断であるといえる。

(3) カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件⁶¹⁾

本件は、カルチュア・コンビニエンス・クラブ（以下「CCC」という）のMBOの一環としてなされた全部取得条項付種類株式の取得に対し、会社法172条に基づく価格決定申立がなされた事件である。大阪地裁決定は、結論として、公開買付価格が600円であったのに対し、取得価格を649円であると判断した。

本件MBOに際しては、独立委員会が設置されていたほか、買付者に加え、独立委員会およびCCCも第三者算定機関から株式価値算定書を取得していた。大阪地裁決定は、第一に、公開買付価格が独立委員会およびCCCが取得したDCF法算定結果の評価レン

59) ただし、具体的な判断として、株式の客観的価値の算定に際し公開買付けを発表した1年前の株価を基準とすることが妥当であるのか、サンスターの取得した株価算定評価書が信用できないとした理由づけが説得的であるのか、には疑問の余地があることにつき、十市崇「判批」別冊商事法務編集部編・前掲注26)111頁、123-125頁、126-127頁〔初出2009〕。

もつとも、後者の問題については、本件MBOでは評価書の取得以外に特段の利益相反解消措置がとられていなかったために、評価書の基礎となるべき資料について信用を置くことができないという事情があるため、株価算定評価書を信用できないとした大阪高裁決定の判断を支持する余地はあるように思われる。

60) 東京地判平成23年2月18日金判1363号48頁。

61) 大阪地決平成24年4月13日金判1391号52頁。

ジの下限価格をかなり下回る価格であったこと、第二に、独立委員会およびCCCが、第一の事情を踏まえ、公開買付けへの応募を積極的に推奨しないとの立場をとったことを理由に、公開買付価格を取得価格と判断することはできないとした。

本決定は、公開買付価格の決定にあたり独立委員会およびCCCの取得した株式価値算定書の算定結果が尊重されていないこと、独立委員会から公開買付けの応募推奨の意見表明がなされていないために独立委員会の設置により公開買付価格の公正性が手続的に担保されたとはいえないことを理由に、裁判所が独立に取得価格を判断したものととらえるであろう⁶²⁾。したがって、MBO指針の政策的含意に親和的な判断であるといえると思われる。

5 小括

レックスHD事件各決定は、強圧性の解消と情報提供の必要性を示している。MBO指針は強圧性の解消や情報提供以外にも、公正な手続きと認められるための要素を挙げている。サイバードHD事件東京地裁決定はAおよびBの利益相反の程度が低いことやAの交渉の結果公開買付価格が上昇していることを指摘するとともに、第三者委員会の設置を積極的に評価している。これらの決定および指針は、いずれも公正な手続きによりMBOを行うインセンティブを当事者に与えようとしたものであり、同一の方向の政策的含意を有するものといえることができよう。

ただし、レックスHD事件各決定の政策的含意のうち事業計画開示の要求は現実的なのか、MBO指針の政策的含意が実現しているか、サイバードHD事件東京地裁決定の第三者委員会に対する評価は適切なのかといった問題点があった。そのため、公正な手続きによりMBOを行うインセンティブを当事者に与えるという方向を取ると

しても、具体的審査内容につき、まだ課題が残っていたといえよう。

サイバード・ホールディング V. ス事件東京高裁決定の有する 政策的含意

1 サイバード・ホールディングス 事件東京高裁決定

IVの状況下で、サイバードHD事件東京高裁決定は、レックスHD事件各決定以来の政策的含意とは異なる方向の政策的含意を示したものと評価できる。

(1) 政策的含意

サイバードHD東京高裁決定は、注21)に対応する本文で示したように、第三者委員会の具体的な活動につき事実認定を行っている。この点については、東京地裁決定よりMBOの組織再編条件の形成過程につき細やかな審査を行おうとしたものと評価できるのかもしれない。

しかし、東京高裁決定がその結論を導いた判示から、公正な手続きによりMBOを行うインセンティブを当事者に与えようとする政策的含意は見出しがたいと思われる。

a 第三者委員会に関する判示

東京高裁決定は、「第三者委員会を設置して公正と認められる手続きによって行われているが、第三者委員会の選任したフィナンシャルアドバイザー及び法務アドバイザーがいずれもY社取締役会の選任したアドバイザーであること」を、東京地裁決定のように公開買付価格を尊重することができない理由の一つとしている。

しかし、この判示は、サイバードHDに対するMBOにおける第三者委員会の具体的問題点の指摘としては、不十分であると思われる⁶³⁾。公正な手続きによりMBOを実施するインセンティブを与えようとするのであれば、仮に東京高裁決定と同じ結論を取るに

62) 弥永真生「企業価値が増加する場合の株式買取価格の決定(下)」商事1968号4頁、9-10頁(2012)。

63) 太田洋「判批」商事1921号27頁、34-35頁(2011)、十市崇「判批」ビジネス法務2011年3月号48頁、52頁(2011)、宍戸・前掲注52)95頁。

ても、第三者委員会の交渉が不十分であること等を具体的に指摘すべきところ、東京高裁決定はそのような判断をしなかったものといえよう。

b 強圧性に関する判示

サイバードHD事件東京高裁決定は、レックスHD事件最高裁決定の田原補足意見同様に、強圧性の問題を指摘している。しかし、強圧性を認定できる理由については明示していない⁶⁴⁾。

たしかに、サイバードHDに対するMBOにおける公開買付届出書および意見表明報告書にも、レックスHDに対するMBO同様、公開買付価格と買取価格や取得価格が異なりうる旨の記載がなされている⁶⁵⁾ため、構造的強圧性が生じているとの評価も不可能ではないと思われる⁶⁶⁾。

しかし、レックスHDに対するMBOと異なり、サイバードHDに対するMBOにおいては、第三者委員会の設置がなされ、買付者による株式価値算定書の開示もなされていたため、より手続きの公正さが認定されやすかったといえる。また、サイバードHD事件東京高裁決定の時点では、IV 1(2) aで紹介したように、レックスHD事件を機に、どのような意味での強圧性がなぜ問題となるのかに関する議論が蓄積していたため、その議論を踏まえた判示をすることも可能であった。したがって、もし公正な手続きによりMBOを実施するインセンティブを与えようとするのであれば、裁判所が独自にプレミアムを算定する条件および理由につき、レックスHD事件各決定よりも詳細な判示が必要であったと思われる。たとえば、「公開買付価格と買取価格ないし取得価格が同一である旨の記載が

なされていれば、手続きの公正さが認められたのか」という点について、裁判所の判断を読み取りうるようにすべきであったといえよう。

このことから、サイバードHD事件東京高裁決定は、従来の政策的含意と異なる方向性を示すものと理解できるように思われる。

c 検討

以上を踏まえると、レックスHD事件東京高裁決定とサイバードHD事件東京高裁決定とで、プレミアム算定方法自体は共通するものの、有する政策的含意には大きな違いがあるといえる。

レックスHD事件東京高裁決定は、客観的価値の20%というプレミアム算定を行うに際して、情報開示の不十分さおよび強圧的效果を有する表現の存在という具体的問題を指摘している。そのため、MBOの当事者に対し、事業計画書や株式価値算定書の開示をするインセンティブおよび強圧的效果を有しない表現を使用するインセンティブを与えるという政策的含意を読み取ることができた⁶⁷⁾。

しかし、サイバードHD事件東京高裁決定は、第三者委員会の利用方法や情報開示に関して具体的にどのような問題点があったのか、強圧性に関していかなる点の改善が求められるのかについて、判断を示していない。そのため、MBOを行おうとする当事者が、公正な手続きであると認められるためにどのような工夫を行うべきかという基準を、サイバードHD事件東京高裁決定から読み取るとは、困難であるように思われる⁶⁸⁾。

そのうえで、サイバードHD事件東京高裁決定は、レックスHD事件東京高裁決定が示した「当該MBOに近接する時期に行われた、

64) 十市・前掲注 63)51 頁, 宍戸・前掲注 52)94 頁。

65) サイバードHDに対するMBOにおける公開買付届出書および意見表明報告書には、全部取得の対価である端株の売却価格につき、「当該端数の合計数の売却価格については、本公開買付価格を基準として算定される予定ですが、算定の時点が異なることから、この金額が本公開買付価格と異なることがあります。」との記載が、裁判所の買取価格ないし取得価格の決定につき「これらの (i) (筆者注: 会社法 116 条および 117 条に基づく買取価格決定請求) 又は (ii) (筆者注: 会社法 172 条に基づく取得価格決定請求) の方法による 1 株当たりの買取価格及び取得価格は、最終的には裁判所が判断することになるため、本公開買付価格と異なることがあります。」との記載がなされている。

66) 石綿・前掲注 42)267-268 頁, 関口・前掲注 54)110-111 頁, 川島いづみ「判批」月刊監査役 584 号 52 頁, 57 頁 (2011)。

67) もっとも、事業計画の開示が、必ずしもその後広まらなかったことは、IV 1(2) b で述べた通りである。

公開買付けやMBOにおけるプレミアムの平均値を参考に、「プレミアムの額を決定する」というプレミアム算定方法を継承している。その結果、サイバードHD事件東京高裁決定から読み取りうる政策的含意はMBO「当該MBOに近接する時期に行われた、公開買付けやMBOにおけるプレミアムの平均値以上のプレミアムを提示する」という内容であると考えられる⁶⁹⁾。

(2) 実際に生じた帰結と、政策的含意との関係

サイバードHD事件東京高裁決定以降に行われたMBOは、2012年11月24日までで、34件存在する。以下では、34件のプレミアムの平均値および第三者委員会の設置状況を、図表2および図表3のデータから概観する。

34件のプレミアムの平均値は、公開買付け開始日、公表日または算定基準日の前営業日の株価と比較して51.3%、前1カ月と比較して51.7%、前3カ月と比較して51.3%となっている。また、34件中31件(91.2%)で第三者委員会が設置されている。

2009年以降に行われたMBO56件全体と比較すると、プレミアムについては、2009年以降のMBO全体では、前営業日と比較して60.4%、前1カ月と比較して61.9%、前3カ月と比較して61.7%と、2009年以降全体のMBOの方がより高い値である。しかし、2009年以降では、プレミアムが20%台以下であるケースは少なく、高止まりしているといつてよい。他方、第三者委員会設置比率に

ついては、井上ほか・前掲注39)が調査対象とした2008年9月以降から2010年3月まででは30%程度であったこと、2009年からサイバードHD事件東京高裁決定が出るまででは50%であったことから、サイバードHD事件東京高裁決定後に第三者委員会設置比率が上昇しているといえる。

プレミアムの平均値が高水準になることは、サイバードHD事件東京高裁決定の政策的含意から導かれるが、第三者委員会設置比率の上昇理由は定かではない。裁判所の取得価格の判断基準が明確ではない中で、高いプレミアムの提示とともに手続きの公正さが認められるよう努力を尽くすことで、訴訟リスクを低減しようと試みられているのかもしれない。

サイバード・ホールディングス 2 事件東京高裁決定の政策的含意 と親和的な判断を示す裁判例

「当該MBOに際して、当該MBOに近接する時期に行われた、公開買付けやMBOにおけるプレミアムの平均値以上のプレミアムが提示されているか否か」と「当該MBOにおける公開買付け価格が公正な価格か否か」という判断との結びつきは、サイバードHD事件東京高裁決定に限って見られるものではない。以下、そのような結びつきが見られる裁判例を概観する。

(1) オープンループ事件⁷⁰⁾

オープンループ事件札幌地裁決定は、

68) サイバードHD事件東京高裁決定から読み取りうる政策的含意として、「第三者委員会が独自のアドバイザーを選任することが、公正な手続きと評価されるためには不可欠である」というものが考えられる。

しかし、もしそのような含意を示すのであれば、日本のMBOにおいて独自のアドバイザーが選任される例が極めて少ないことに照らして、なぜ独立したアドバイザーの選任が不可欠であるかについて、より詳細な理由づけが必要であったと思われる。また、第三者委員会が独自のアドバイザーを選任すること以外にも手続きの公正性を認定する要素は複数あると思われる。第三者委員会による独自のアドバイザー選任以外の要素についてサイバードHD事件東京高裁決定では判示されていない。独立したアドバイザーの選任以外の要素が示されない限りは、MBOを行う当事者としては、費用をかけて独立したアドバイザーを選任しても公開買付け価格が尊重されない結果となることを恐れて、独立したアドバイザーを選任するインセンティブを持ちにくいであろう。そのため、やはり本文のような評価にならざるをえないと思われる。

このように考えると、レックスHD事件各決定と、サイバードHD事件東京高裁決定とで、有する政策的含意に違いが生じたのは、決定の論理構造に本質的な違いがあるからではなく、当該手続的措置が求められること理由づけの具体性および説得性や、その措置の実施可能性の程度の差異によるように思われる。

69) 太田・前掲注63)37頁。

70) 札幌地決平成22年4月28日金判1353号58頁および札幌高決平成22年9月16日金判1353号64頁。

MBOを目的とする公開買付けが行われた後に⁷¹⁾会社法172条に基づきなされた全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立につき、買付価格である4000円を取得価格と判断している。

札幌地裁決定は、取得価格を4000円と判断するに際して、「相手方が主張し、かつ、本件公開買付けの価格でもある4000円をもって本件株式の取得の価格とすると、近時のM&A等の取引の際に付される一般的なプレミアムよりも高率のプレミアムを付することになり、また、DCF法により算出される相手方株式の価格に近似することになるということが出来る」、「本件株式の取得の価格を4000円とすることは、本件取得日における相手方株式の客観的価値である2409円に66.0%のプレミアムを付した価格として合理的」であると判示している。

この判断は、近時のM&Aの際に付されるプレミアムより高率のプレミアムが付されている点を、当該買付価格を公正な価格と認める根拠とする点において、サイバードHD事件東京高裁決定の政策的含意に沿っているといえよう。

(2) シャルレ損害賠償請求事件⁷²⁾

シャルレ事件の東京高裁判決は、MBOの一環として公開買付けが行われた後、会社の株価が下落した事例につき、最終的に決定された公開買付価格が、会社の代表執行役らの利益相反行為を原因として不公正な価格となったものとは認めることができないときには、MBO公表後に株式を購入した株主に対して、役員が損害賠償責任を負うことはないと判断している。

その際、東京高裁判決は、「本件利益相反行為があったとしても、本件MBOにおいて最終的に決定された本件買付価格（1株につき800円）が不公正な価格であると認めるに足りる的確な証拠はなく、むしろ、上記価格

は、本件MBO前6箇月間における被控訴会社の平均株価（約535円）に株価上昇に対する期待の評価値（いわゆるプレミア）20%を上乗せした場合の価格（642円）に比しても150円以上高額であること……などが明らかである。これらの事情に照らせば、最終的に決定された上記本件買付価格が、本件利益相反行為を原因として不公正な価格となったものと認めることはできない」という判断を示している⁷³⁾。

この判断は、公正な価格を、手続的ではなく、20%以上のプレミアムの付与を基準に判断している点で、サイバードHD高裁決定の政策的含意に親和的であると評価できよう。

(3) 吉本興業事件⁷⁴⁾

吉本興業事件では、旧吉本興業の株主により、MBOの過程において行われた、普通株式を全部取得条項付種類株式へと変更する旨の株主総会決議および全部取得条項付株式を取得する旨の株主総会決議について、主的に当該決議の無効確認請求、予備的に当該決議の取消請求がなされていた。

大阪地裁判決は、本件株主総会決議の無効確認等を求める訴えは、訴えの利益を欠くものとして不適法であると判示したが、傍論として、株主総会決議の瑕疵の有無についても検討している。

大阪地裁判決は、会社法831条1項3号の「著しく不当な決議」に該当するには、少なくとも、少数株主に交付される予定の金員が、対象会社の株式の公正な価格に比して著しく低廉であることを必要とすると解している⁷⁵⁾。そして、結論としては、本件取得価格が公正な価格に比して著しく低廉であるということもできないとしている。大阪地裁判決は、その理由として、市場価格平均法および類似会社比較法により算定された価格を基準とする本件取得価格のプレミアムが、概ね類似事例のプレミアムのレンジの範囲内にあ

71) 金判1353号58頁の匿名コメント参照。

72) 東京地判平成23年7月7日判時2129号114頁および東京高判平成23年12月21日判タ1372号198頁。

73) なお、東京地裁判決においては、本文中引用した部分に対応するような判示はなされていない。

74) 大阪地判平成24年6月29日金判1399号52頁。

75) 本判決は、東京地判平成22年9月6日金判1352号43頁（インターネットナンバー事件）を参照したうえで、このように判示している。

ることを挙げている。

この判断は、類似事例のプレミアムとの比較において、公正な価格か否かを判断するという点において、サイバードHD事件高裁決定と同様の発想に依拠しているものと思われる。

3 小括

本章では、サイバードHD事件東京高裁決定からは、公正な手続きによりMBOを行うインセンティブを当事者に与えようとする政策的含意ではなく、当該MBOに近接する時期に行われた、公開買付けやMBOにおけるプレミアムの平均値以上のプレミアムを提示すべきであるという政策的含意を読み取りうることを示した。そして、サイバードHD事件東京高裁決定と同様の発想は、そのほかの裁判例にも見出しうることを指摘した。

IVおよびVの検討から、レックスHD事件各決定やMBO指針の政策的含意と、サイバードHD事件東京高裁決定の政策的含意とでは、大きな相違があると評価できる。また、そのほかの裁判例も、どちらの政策的含意に親和的な判断を行うか分かれている状況にあるといえる。

VI. MBOにかかる株式取得価格の判断方法の類型

本章では、MBOにかかる株式取得価格の判断方法を類型化するために、「実体的審査」と「手続的審査」、「平均値ルール」と「個別算定ルール」という分類軸を導入する。

実体的審査と手続的審査の分類は、「裁判所は、株主への適切な分配額を判断するにあたって、当初から自ら分配額を判断するの

か、それとも、まずは実際に行われたMBOにおける分配が適切であったか否かを判断するのか」という点についての分類である。前者を実体的審査、後者を手続的審査ということとする。

平均値ルールと個別算定ルールの分類は、「裁判所が独自にプレミアムを判断する際に、どのような方法で判断するのか」という点に関する分類である⁷⁶⁾。平均値ルールとは、当該MBOに近接する時期に行われた公開買付けやMBOにおけるプレミアムの平均値をプレミアムとするというルールを指す。他方、裁判所が当該MBOにおいて株主に分配されるべきプレミアムの額を個別的に算定するルールを、個別算定ルールという。

以上の分類軸を用いると、レックスHD事件各決定、MBO指針、サイバードHD事件高裁決定の判断方法は、以下のように表現することができると考えられる。

レックスHD事件各決定は、株式の客観的価値について個別的に算定したうえで、プレミアムについては、まず情報開示の程度や強圧的效果を有する表現の有無を審査している点において、手続的審査をしているものと評価できる。そして、情報開示が不十分であり、強圧性も認められる場合には、平均値ルールに従って判断しているといえる。なお、レックスHD事件各決定は、情報開示がなされかつ強圧的效果を有する表現が用いらなかった場合にいかなる方法でプレミアムの額を判断するのか⁷⁷⁾については、判示していないように思われる。

MBO指針は、公正な手続きを通じて株主利益が損なわれることのないよう配慮されるべきという考えを示したうえで、公正な手続きを担保するための実務上の対応の例を挙げ

76) 手続的審査を行う場合でも、手続きが公正でないと判断された場合には、裁判所が実体的に分配額を判断することになる。その際の判断方法として、平均値ルールと個別算定ルールの両方が考えられることになる。その際の判断方法としていずれのルールが望ましいのかについては、注6)で述べたように、本稿の検討対象とすることはできない。

また、「手続的審査の結果、手続きが公正でないと判断された場合に、裁判所が実体的に分配額を判断する」という作業の内容は、実体的審査の内容と重なる。しかし、本稿の実体的審査および手続的審査の定義に照らし、前記鍵括弧内の作業は、実体的審査には当たらないことに留意されたい。

77) 具体的には、情報開示および強圧性の除去さえなされていれば常に公開買付け価格を尊重するのか、それともなお裁判所が自らプレミアムを判断する場所があるのかという点、裁判所が自らプレミアムを判断する場合には平均値ルールによるのか個別算定ルールによるのかという点である。

ている。このことから、MBO 指針は、手続的審査をすることを前提に、公正な手続きと認められるために必要な要素を列挙したものと見える。

これに対して、サイバード HD 事件東京高裁決定は、株式の客観的価値について個別的に算定したうえで、プレミアムの算定については、買付価格が尊重できない理由として、第三者委員会の選任したアドバイザーが対象会社の選任した者であることおよび強圧性が全くないと評価することができないという点に言及しているものの、いかなる手続きをとっていれば公正な手続きと認められるのか具体的に示していない。そして、裁判所がプレミアムの額を判断するに際しては、平均値ルールを用いている。その結果、実体的審査＋平均値ルールに近い政策的含意を有する判断となっているといえる。

以上の整理を前提にすると、レックス HD 事件各決定や MBO 指針が示した方向性と、サイバード HD 事件東京高裁決定の示した方向性のどちらが望ましいのかを判断するためには、MBO にかかる取得価格の判断方法として実体的審査と手続的審査のどちらが望ましいのかを検討することが重要になる。

Ⅶ. 実体的審査の問題点

本章では、実体的審査の問題点を検討する。まず実体的審査＋平均値ルールにつき、次に実体的審査＋個別算定ルールにつき検討する。

1 実体的審査＋平均値ルール

- プレミアムの平均値を支払えない場合
- (1) に、価値創造的な MBO を阻害するという問題点
- a MBO を行わなければ実現できない価値とは何か
- これまで、MBO により実現される価値に

は、MBO を行わなければ実現できない価値があることを前提としてきたが、MBO を行わなければ実現できない価値として具体的にはどのようなものが考えうるのであろうか。

MBO を行わなければ実現できない価値としては、①エージェンシーコストの削減、②上場維持コストの削減、③インセンティブ構造の変化に伴う、取締役の努力による価値の創出が考えられる。

①エージェンシーコストの削減は、たとえば、経営陣が中長期的な成長を見据えて、一時的に会社の利益を圧迫するような判断をしようとした場合に、MBO が行われるケースで生じうる。すなわち、取締役が一時的に会社の利益を圧迫するような行動を行おうとすると、ある程度短期的なリターンを求める株主や投資家から納得が得られないことがありうる。そうすると、中長期的には当該行動を行った方が会社の利益の最大化に適うにもかかわらず、取締役が当該行動を断念してしまう恐れや、取締役が株主および投資家を説得するのに多大なコストがかかってしまう恐れがある。この場合、MBO を行い株主と経営陣との同一化を進めることによって、会社にとって真に利益となる経営が行いやすくなる。したがって、MBO によって価値が創造されるといえる⁷⁸⁾。

②上場維持コストの削減⁷⁹⁾については、MBO 対象企業の資金需要が乏しく、非上場化により削減できるコストが、上場を維持し資金調達機動性を確保することによる利益を上回る場合には、MBO を行うことにより(コストの削減という形で)価値が生じるといえる。

③ MBO が行われた場合、取締役の努力により業績が上がれば、その利益の多くを取締役が得ることができるようになる。そのため、取締役が努力するインセンティブが強化され、価値が創出されるようになる⁸⁰⁾。

b 実体的審査＋平均値ルールの問題点

以上のような MBO を行わなければ実現で

78) 三苦裕「マネジメント・バイアウト(MBO)に関するルール設計のあり方」東京大学法科大学院ローレビュー 1号 35頁, 36頁 (2006), MBO 指針 7頁, 永江亘「Going-Private 取引における情報開示に関する一考察」六甲台論集・法学政治学篇 55巻 2号 1頁, 6-7頁 (2009)。

79) 三苦・前掲注 78)36頁, MBO 指針 7頁。

きない価値が創造される場合には「MBOの実施にかかる費用およびMBOを行わなければ実現できない価値の大きさととの関係で、買い手が提示できるプレミアムが平均値未満である場合」であったとしても、当該MBOが行われることが望ましい。しかし、実体的審査+平均値ルールの下では、いかなる手続きによってMBOを実施したとしても、平均値未満のプレミアムを付した価格が取得価格として認められることはなくなってしまふ。そのため、望ましいMBOが阻害されてしまふ恐れが生じる。

c 実際に問題は生じているのか

では、実体的審査+平均値ルールを取ることにより、望ましいMBOが阻害されるという事態は、実際に生じているのだろうか。

たとえば、レックスHD事件東京高裁決定後にMBOにおけるプレミアムが20%以上に増大している⁸¹⁾ため、レックスHD事件東京高裁後においてはMBOの成立が阻害されているのではないかという疑問が生じうる。

井上ほか・前掲注39)は、MBOが公開買付けにおいて占める割合は、2008年9月以前では16%であったのに対し、2008年9月以降では25%と増大していることを報告している⁸²⁾。井上ほか・前掲注39)は、ここから、レックスHD事件東京高裁決定は、売り手株主への利得分配を増加させたものの、MBO取引自体は大幅には阻害されていないという評価を下している⁸³⁾。

これに対して、買い手が提示できるプレミアムが20%未満でしかない場合に、水面下でMBOが不成立に終わった例が少なくないように思われるとの指摘もある⁸⁴⁾。

データからは、いずれの指摘が適切なのか判断することは難しい。しかし、近時V1(2)で述べたようにプレミアムの平均値が上昇していることに伴って、実体的審査+平均値ルールの下では、望ましいMBOが阻害される恐れが増大しているといえるように思われる。

- (2) MBOに際し利益移転が生じる恐れを過大に評価しているという問題点
MBOを行わなければ実現できない価値が生じないにもかかわらずMBOが行われる恐れとは何か

もっとも、VII1(1)で検討した内容には、重大な留保が必要である。VII1(1)では、MBOが行われる際にプレミアムが支払われるのは、当該MBOによりMBOを行わなければ実現できない価値が生じるからであるということ、暗に前提として議論していた。しかし、実際には、プレミアムが支払われているという事実から、当該MBOによりMBOを行わなければ実現できない価値が生じていると結論づけることはできない。なぜなら、ほかのステークホルダーからの利益移転により経営陣が利益を得ることができるために、MBOが行われる恐れがあるからである。

具体的には、①構造的強圧性が生じているために、既存株主から経営陣に対して利益が移転している恐れ⁸⁵⁾、②情報の非対称性により既存株主が企業価値を過小評価しているために、実質的強圧性が生じ、既存株主から経営陣に対して利益が移転している恐れ⁸⁶⁾(経営陣が公正な株価実現に向けた策を尽くしたにもかかわらずディスカウントが続く場合⁸⁷⁾)と、経営陣が意図的にアンダーバ

80) MBO 指針 7 頁。

81) IV 1(2)c 参照。レックス HD 事件各決定の判示自体は実体的審査ルールに従ったものとはいえないものの、レックス HD 事件各決定後、実際には、実体的審査+平均値ルールに従った場合に生じると考えられる帰結と同様の帰結が生じているため、本文のような検討を行っている。

82) 井上ほか・前掲注 39)10 頁。

83) 井上ほか・前掲注 39)10 頁、13 頁。

84) 太田・前掲注 63)40 頁注 43、谷口達哉「ゴーイングプライベート型買取に関する近時の傾向と分析」MARR 2011 年 7 月号 32 頁、37 頁 (2011)。

85) 野瀬義明=伊藤彰敏「戦略的非公開化の決定要因は何か」証券経済学会年報 44 号 77 頁、79 頁 (2009)。

86) 北川徹「マネジメント・バイアウト (MBO) における経営者・取締役の行為規整 (2)」成蹊法学 68・69 号 51 頁、75-76 頁、84-85 頁 (2008)、鈴木・前掲注 42)51-52 頁。買付価格の適切性の問題として検討する加藤・前掲注 26)40-41 頁も、同様の問題を指摘している。

リユーを作り出している場合⁸⁸⁾との両方を含む)、③節税効果によって、政府部門から経営陣に対し利益が移転している恐れ⁸⁹⁾、④債権者や従業員からの利益移転が生じている恐れ⁹⁰⁾が挙げられる。これらの要因が認められる場合には、MBOによって、ほかの主体から、MBOを実施する経営陣に利益が移転する恐れがあるため、プレミアムの支払いは、必ずしもMBOによる新たな価値創造を意味しない⁹¹⁾。

実体的審査+平均値ルールを正当化する議論としては、「MBOに際しては上記のような利益移転が生じている恐れが非常に高いために、利益移転に対処する必要がある。そのため、少なくとも平均値以上のプレミアムを要求することで、利益移転を目的とするMBOを抑止する必要がある」というものが考えられる。

そうすると、実体的審査+平均値ルールの適切性を判断するには、「日本のMBOにおいて、利益移転が生じる危険をどこまで重視する必要があるのか」について検討する必要があるといえる。では、日本のMBOにおいて現実に利益移転が生じている可能性はどの程度存在しているのだろうか。以下では、利益移転が生じる要因の内容を概観するとともに、その要因が現実に妥当している可能性につき実証研究の結果をもとに整理する。

MBOを行わなければ実現できない価

b 値が生じないにもかかわらずMBOが行われる恐れは、どの程度あるのか

(a) 構造的強圧性

構造的強圧性の問題についてはIV 1(2) aで

検討した。少なくとも現在においては、構造的強圧性の問題への対処がなされていると思われる。

(b) 実質的強圧性

実質的強圧性とは、買収者と株主との間に情報の非対称性があるために、株主が買収者による会社の内在的価値に関する説明を誤って信じることで、不当に低い価格での公開買付けに自主的に応じてしまうという問題⁹²⁾である。MBOの場合、買収者たる経営陣は会社の市場価値が内在的価値を下回っていると考えるときにMBOを実行することができるため、実質的強圧性が生じる懸念が大きい⁹³⁾。

では、日本において、実質的強圧性の問題によって、非効率的なMBOが生じているといえるか。河西ほか・前掲注87)は、MBO直前の決算期に利益圧縮を行っている企業(「会計操作企業」⁹⁴⁾)が存在し、会計操作企業はプレミアムの算定基準となる株価を低落させているだけでなく、非会計操作企業に比較してプレミアムの支払水準も低く抑えているとする⁹⁵⁾。

しかし、吉村・前掲注36)によれば、MBOにおける公開買付けのMAP⁹⁶⁾は、通常の公開買付けのプレミアムと比べて、統計上有意に高いとされている⁹⁷⁾。この結果は、株価が低迷している時期を狙ってMBOが行われている可能性⁹⁸⁾を考慮してもなお、MBOにおいては、通常の公開買付け以上のプレミアムが支払われていることを示唆する。(取引の両当事者間に構造的な利益相反が存しない)通常の公開買付けが価値創造的

87) 野瀬 = 伊藤・前掲注 85)78 頁, 河西卓弥ほか「買収プレミアムの源泉は何か?—MBO とステークホルダーからの富の移転に関する実証分析—」WIAS ディスカッション・ペーパー 2010-007 号 1 頁, 2-3 頁 (2011), <http://www.waseda.jp/wias/achievement/dp/data/dp2010007.pdf>, 2013 年 7 月 22 日最終閲覧)。

88) 河西ほか・前掲注 87)3 頁。

89) 北川・前掲注 86)73-74 頁, 78-80 頁, 野瀬義明 = 伊藤彰敏「パイアウト・ファンドによる買収のインパクトに関する分析」現代ファイナンス 26 号 49 頁, 53-54 頁 (2009), 河西ほか・前掲注 87)5-6 頁。

90) 北川・前掲注 86)74 頁, 80-83 頁, 野瀬 = 伊藤・前掲注 89)54 頁, 河西ほか・前掲注 87)4-5 頁。

91) 北川・前掲注 86)90 頁。

92) 鈴木・前掲注 42)51-52 頁。

93) 鈴木・前掲注 42)52 頁。

94) 河西ほか・前掲注 87)8 頁においては、当該企業と同じ産業に属する企業の同一会計年度のデータを用いたクロスセクション型推計によって推計される予測値である「非裁量的発生高」が正であるにもかかわらず、会計発生高(税引き後経常利益から営業活動によるキャッシュフローを控除して得られる値)から非裁量的発生高を引いて得られる「裁量的発生高」が負である企業が、「会計操作企業」と定義されている。

だとすれば⁹⁹⁾、実質的強圧性による既存株主からの利益移転が MBO プレミアムの源泉とは考えがたいといえるのではないか¹⁰⁰⁾。

(c) 節税効果

MBO を行う経営陣が、MBO の資金を負債により調達した場合、追加的に生じる支払利息が損金算入される結果、納税額が減少しうる¹⁰¹⁾。

では、日本において節税効果はどの程度の意味を有するであろうか。河西ほか・前掲注 87) は、MBO 前における利払い額の小さな企業ほど、追加的な利払い額の増加による損金算入の余地が大きいという理由から、支払利息売上高比率を説明変数の一つ、プレミアムを被説明変数として、OLS で推計を行っている。そして、支払利息売上高比率の係数

は一貫して非有意であるという結論に至っている¹⁰²⁾。この結果は、日本においては、節税効果がプレミアムの源泉とは考えがたいことを示唆している。

(d) 債権者や従業員からの利益移転

まず、MBO 前の負債依存度が低い場合には、MBO 後にレバレッジを効かせることでリターンをあげる余地が大きくなる。このことから、追加的な負債発行によるデフォルトリスクの上昇という既存債権者の犠牲のもと、プレミアムが支払われている可能性が考えられる¹⁰³⁾。

河西ほか・前掲注 87) は負債総資産比率とプレミアムとの関係を分析しているが、両者の間には有意な結果が見られないという結論に至っている¹⁰⁴⁾。この結論からは、債権者

95) 河西ほか・前掲注 87)10-11 頁。

前者の結論は、会計操作企業の株価収益率が-8.26%であるのに対し、非会計操作企業の株価収益率は 3.49%であり、その差は中央値で見たとき 5%水準で有意であることから導かれている。

後者の結論は、買収プレミアムを被説明変数、会計操作実施ダミー（会計操作企業である場合に 1、それ以外の場合に 0）と株価収益率の交差項を説明変数の一つとした場合に、当該交差項が一貫して統計上有意に正であることから導かれている。会計操作企業では株価収益率がマイナスであるため、当該交差項が正であることは、会計操作企業においては非会計操作企業以上に、株価収益率が低い場合におけるプレミアム減少の程度が大きいことを意味する。

96) 吉村・前掲注 36)84 頁においては、MAP (MAR Adjusted Premium) は、公開買付け前の一定期間における対象会社の株価の値上がり率から TOPIX の値上がり率を差し引いた超過収益率 (MAR) と、プレミアムとを、合算した指標であると定義されている。同論文では、公開買付け前の一定期間として、公開買付け発表日前日の 1 年前から 1 カ月前までの期間、3 カ月前までの期間、6 カ月前までの期間の、3 つの期間につき、MAP が算定されている。

97) 吉村・前掲注 36)85-86 頁。

98) 会計操作などを行い経営陣が意図的に株価を引き下げたうえで MBO を行っている可能性や、たまたま株価が低迷している時期を狙って経営陣が MBO を行っている可能性などが挙げられる。

99) 井上・前掲注 36)38 頁は、2000 年から 2007 年 3 月の期間における公開買付けについて、株主価値増大率を基準としたとき、公開買付けは全体としてターゲット企業の株主価値を増大させており、そして、買い手企業の株価変動とターゲット企業の株価変動を統合して考えても、この結論に変わりはないと指摘している。

100) ただし、VII 1 (3)の後半で述べるように、MBO を行わなくても実現できる価値のうち、株価に反映されていない部分が存在するという留保が必要であることには、留意されたい。

101) 河西ほか・前掲注 87)5 頁。

102) 河西ほか・前掲注 87)10 頁。

103) 負債依存度が大きくなることで、フリーキャッシュフローのエージェンシーコストが削減できるとも考えられる（藤田友敬「会社法と関係する経済学の諸領域 (2)」法教 260 号 63 頁、71-72 頁 (2002)）。そのため、負債依存度が大きくなることによりプレミアムが増大しているとしても、その源泉を債権者からの利益移転だけに求めることが妥当かには、議論の余地がある。

また、MBO 後に負債依存度を上げることにより生じる効果としては、VII 1 (2) b (c)で検討した節税効果も考えうる。河西ほか・前掲注 87) は、節税効果については支払利息売上高比率を指標として用いる一方、債権者からの利益移転を検証する指標としては負債総資産比率を用いることで、節税効果と債権者からの利益移転の効果とを独立に検討しているようである。しかし、支払利息売上高比率と負債総資産比率には相関関係があるように思われるため、節税効果と債権者からの利益移転の効果とを独立に抽出できているのか、議論の余地があるのではないと思われる。

しかし、ここでは、河西ほか・前掲注 87) の整理に従っておく。

104) 河西ほか・前掲注 87)10 頁。

からの利益移転が生じているとは考えにくい。

次に、旧経営陣と既存労働者との間で交わされた長期契約や年功賃金などを破棄することで、買収者が短期的な収益を得ることができ、その収益がプレミアムの源泉となっているという可能性が考えられる。

河西ほか・前掲注 87) は一人当たり売上高および一人当たり人件費を指標とし分析を行い¹⁰⁵⁾、後者については買収プレミアムとの間に有意な関係は見られなかったが、前者については公開買付価格と公開買付け発表日 40 日前の株価との差額との間に、有意に負の結果が得られたとしている¹⁰⁶⁾。ここから、河西ほか・前掲注 87) は、過剰雇用を抱え一人当たり生産性が低い企業であるほど従業員削減により生産性上昇が見込まれるためにプレミアムが大きくなるという解釈のもと、従業員からの富の移転がプレミアムの源泉となっている可能性を示唆している¹⁰⁷⁾。

(e) 実証研究から得られる示唆のまとめ

以上の検討をまとめると、従業員からの利益移転がプレミアムの源泉である可能性は否定できないものの、基本的に、MBOプレミアムの源泉は、MBOを行わなければ実現できない価値である可能性が高いと思われる。

(3) 検討

では、ここから、MBOに対する法的規律の内容に関して、いかなる示唆が得られるであろうか。

まず、以上から直ちに「MBOに対する規律を緩めてよい」との結論は導かれないことには注意が必要である。なぜなら、以上の結果からは、日本で過去に行われたMBOを全体としてみれば価値創造的であるといえるにとどまるため、現に価値創造的でないMBOも行われている恐れがあることや、仮に法規

制をゆるめた場合には価値創造的でないMBOが行われる恐れが高まることは、否定されないからである。

しかし、他方で、以上の結果は、「実体的審査+平均値ルールは、MBOによる利益移転の恐れを重視しすぎているのではないか」との示唆を与える。MBOに対する法規制は、価値創造的でないMBOの抑止と価値創造的なMBOの促進とのバランスを考えてなされるべきであると考えられるため、裁判所の審査を及ぼしつつ、一定の場合にはプレミアムの額が小さくともその価格が取得価格と認められる余地も残るような、取得価格の判断方法が望ましい。

ただし、VII 1 (2) b (b)の結果を踏まえても、「MBOを行わなくても実現できる価値の全てが、株価に反映されているとはいえないため、既存株主から経営陣への利益移転が生じている」という恐れが存しないかは、なお問題たりうる。会計操作の恐れについてはすでに考慮しているが、それ以外にもMBOを行わなくても実現できる価値と、株価との間に乖離が生じる恐れはある。たとえば、遊休資産の売却により得られる利益や、MBOを行わなくても可能な事業計画および事業提携により得られる利益は、MBOを行わなくても実現可能である¹⁰⁸⁾と考えられるが、これらの利益が株価に反映されているかは必ずしも定かではない。そのため、株価を基準として十分なプレミアムが支払われているといえても、既存株主から経営陣への利益移転が生じている恐れは否定できないからである。

しかし、このような恐れがありうることは、実体的審査+平均値ルールを取るべき根拠たりえないと思われる。まず、この恐れが常に存在するかは定かでない。そのうえ、実体的審査+平均値ルールにより十分にこの恐

105) 河西ほか・前掲注 87)7 頁。

106) 河西ほか・前掲注 87)10 頁。ただし、同 18 頁の表によれば、一人当たり売上高と、公開買付価格と公開買付け発表日 20 日前の株価との差額との間には、有意な関係が確認されていない。

107) 河西ほか・前掲注 87)7 頁, 10 頁, 11 頁。

もっとも、一人当たり売上高が低いことが、過剰雇用であることを意味するのか、必ずしも定かでない面もあると思われる。また、40 日前株価をもとに算出したプレミアムと一人当たり売上高との間にしかな有意な関係が確認されていないことから、従業員からの富の移転がプレミアムの源泉となっている可能性がどれほど高いのかには、なお検討の余地があると考えられる。

108) MBO 指針 8 頁注 9。

れに対処できるとも限らない。実体的審査＋平均値ルールも、株価を参照して株式の客観的価値およびプレミアムを算定するため、MBOを行わなくても実現できる価値のうち株価に反映されていない部分が非常に大きい場合には、経営陣への利益移転を防止できないためである¹⁰⁹⁾110)。

2 実体的審査＋個別算定ルール

実体的審査＋個別算定ルールの場合、望ましいMBOを阻害する恐れが典型的に認められるわけではない。しかし、裁判所が個別に取得価格を算定することには、三点ほど問題があると考えられる。

(1) 判断能力

まず、裁判所が取得価格決定に必要な専門知識を有しているとは限らないため、適切なプレミアムの額を裁判所が独自に判断することが困難という問題があるように思われる。もし本来取得価格とされるべき額と、裁判所が認定する額とで、ずれが生じるリスクが大きくなると、MBO当事者はどのような額を買付価格ないし取得価格とすべきか予想できなくなり、紛争リスクを避けるためには、ある程度高額のプレミアムを提示しなければならない。そうすると、VII 1(1)で論じたように、望ましいMBOが阻害される恐れが出てきてしまう。

この点、買取価格決定および取得価格決定に、非訟事件手続法33条が定める専門委員を活用することが提案されている¹¹¹⁾。現時点で、専門委員の利用がどこまで広がりうる

のか、定かでない面があるが、もし専門委員が十分に確保できるのであれば、判断能力の問題はある程度解消するものといえよう。

(2) 情報

第二に、裁判所の判断能力の問題を解決できたとしても、プレミアム算定に必要な資料が開示されるとは限らないという問題がある。MBOを行わなくても実現できる価値の算定にあたっては対象会社の事業計画が、MBOを行わなければ実現できない価値の算定にあたっては買付者のMBO後の事業計画の開示が重要になると思われるが、事業計画の開示を当事者が自発的に行うことは、従前の経緯に照らせば、あまり期待できないように思われる。

この点、非訟事件手続法53条で準用される民事訴訟法220条から223条が規定する文書提出命令を活用することも考えられる¹¹²⁾。事業計画の提出にあたっては、とりわけ民事訴訟法220条4号ハの職業の秘密文書および同号ニの自己利用文書に当たるかどうか、問題となる。ここでは詳細には立ち入ることはできない¹¹³⁾が、事業計画の提出を求めると、意図的に保守的な事業計画が作成される危険があると指摘されている¹¹⁴⁾ことに照らせば、多くの場合文書提出命令の対象とすることは難しいのではないかと考えられる¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾。

(3) 経営陣が公正な手続きをもってMBOを行うインセンティブ

最後に、最も重要と思われる点として、実体的審査＋個別算定ルールの下では、MBOを行う経営陣が公正な手続きをもってMBO

109) 太田洋＝野田昌毅「MBOによる企業再建と利益相反問題への対応」ターンアラウンドマネージャー3巻9号50頁、50-51頁(2007)、太田＝清水・前掲注38)462頁、加藤・前掲注26)43-46頁、飯田秀総「株式買取請求権の構造と買取価格算定の考慮要素(3)」法協129巻5号965頁、1002-1005頁(2012)。

110) なお、手続的審査においてこの恐れにいかに対処すべきかについては、VIII 1で検討する。

111) 福井章代「会社法施行後の東京地方裁判所における商事事件の審理の実情と課題」民訴雑誌58号55頁、74頁(2012)、阿南剛「MBO事例における『公正な価格』の再考——大阪地裁平成24年4月13日決定を契機として——」商事1976号53頁、58頁(2012)。

112) 福井・前掲注111)74頁、阿南・前掲注111)59-60頁。

113) 事業計画の自己利用文書性の検討をしている文献として、阿南・前掲注111)60頁。

114) 三苫・前掲注78)39頁、加藤・前掲注26)43頁、後藤・前掲注26)194頁。注42)も参照。

115) 自己使用文書に対する文書提出義務免除の根拠の一つとして、文書が訴訟において提出される可能性を考えて、文書の作成を控える、記載内容を制限するといった萎縮効果を除去し、文書化を促すという政策目的を挙げる垣内秀介「自己使用文書に対する文書提出義務免除の根拠」小島武司古稀『民事司法の法理と政策(上)』243頁、257-258頁(商事法務、2008)参照。

を行うインセンティブを損なうという問題がある¹¹⁷⁾。裁判所が取得価格につき個別算定をするとすると、「最終的には裁判所の判断を仰がないと、プレミアムの額が分からない」ということになるので、MBO当事者がわざわざ費用をかけてまで公正な手続きを踏むインセンティブがなくなってしまう。

このことは経営陣、株主の両方に不利益をもたらすように思われる。第一に、経営陣は、裁判所により自らの提示額と異なる額を取得価格と判断されるリスクが大きくなるほか、紛争コストも生じやすくなるため、価値創造的なMBOの実行をためらう恐れがある。第二に、株主が取得価格を争いたいと思っても、取得価格決定請求のコスト¹¹⁸⁾に鑑みて請求を行えない結果、株主の救済も、価値創造的でないMBOの抑止も図られなくなる恐れがある¹¹⁹⁾。

Ⅷ. 手続的手法および手続的審査のあり方

Ⅶでの検討から、MBOにかかる取得価格を実体的審査の手法により判断することには問題があるといえよう。したがって、手続的審査の手法を発展させ、MBO当事者が公正な手続きでMBOを行うように促すことが望

ましいと考えられる。

ただし、手続的審査が望ましいといえるためには、「MBO当事者に公正な手続きでMBOを行うインセンティブを与えれば、実際に、手続きが公正となると期待できる」ことが前提となる。そして、公正な手続きであると認められるためには、独立当事者間交渉に比肩するための条件として、①MBOを行う経営陣との間に利害関係がなくかつ②判断能力のある当事者による判断が、③十分な情報の下でなされる必要がある。また、望ましいMBOの阻害を防止するためには、④公正な手続きを実現するのにかかる費用が、実体的審査を行う場合に当事者に生じる費用よりも小さくなる必要がある。

では、日本において、以上のような要請を満たす公正な手続きが踏まれることを期待できるのであろうか。また、そのような手続きを踏むインセンティブを与えるには、どのように手続的審査の手法を発展させていくべきであろうか。

1 株価に反映されていない情報の考慮の必要性

本節では、Ⅶ1(3)で指摘した、株価に反映されていない情報が存在する恐れにどこまで

116) 神戸地決平成24年5月8日金判1395号40頁は、シャルレが行ったMBOにつき、取締役の監視義務違反等を理由とする損害賠償を求めた株主代表訴訟が提起され、そのなかでなされた文書提出命令申立に対して判断を示したものである。

同事件においては、シャルレが取得した株式価値算定書、シャルレが作成した事業計画のいずれも、職業の秘密文書にも自己利用文書にも該当しないと、提出命令が認められている。

しかし、事業計画の職業の秘密文書該当性および自己利用文書性が否定されるにあたっては、シャルレのMBOが完全に頓挫し、かつそこから3年以上が経過していること、シャルレが現時点においてMBOの実施を予定していないこと、シャルレがMBOを予定していた時点での取締役はすでに辞任していたことといった、特殊な事情が指摘されている。そのため、同決定の射程は、必ずしも広くないと思われる。阿南・前掲注111)66頁注28参照。

117) 清原健=田中亘「対談 MBO・非公開化取引の法律問題(後)」ビジネス法務2007年7月号64頁,76頁〔田中亘発言〕(2007)。

118) たとえば会社法172条の取得価格決定申立をするためには、全部取得条項付種類株主の取得を決定する総会に先立って取得に反対する旨の通知をすること、総会において実際の反対すること、総会の日から20日以内に取得価格決定申立をすることという3つの要件を満たす必要がある。このほか、実際に裁判所で争う際には弁護士などへの依頼費用も必要となると思われる。

119) 田中・前掲注44)80頁,清原=田中・前掲注117)74頁〔清原健発言〕,笠原武朗「全部取得条項付種類株式制度の利用の限界」江頭暹暦・前掲注26)233頁,252-253頁,玉井利幸「少数株主に対する取締役と支配株主の義務と責任——少数株主の縮出を中心に」川村正幸退職『会社法・金融法の新展開』297頁,313-314頁(中央経済社,2009),同「MBOにおける取締役の『株主の共同利益に配慮する義務』の検討」南山法学35巻3・4号147頁,147-148頁(2012)。

対処すべきか、という点を検討する。

この点については、構造的強圧性が生じることを防止すれば足り、経営陣と株主間の情報の非対称性をことさら問題にする必要はないという立場と、それを超えて手続きの公正さまで必要であるという立場の双方が考えうる¹²⁰⁾。

もし前者の立場を取るとすれば、構造的強圧性を排除したうえで、MBOに利害関係を有しない対象会社の株主¹²¹⁾の、過半数や3分の2以上の公開買付けへの応募（マジョリティ・オブ・マイノリティ）を得ることができていれば、手続きの公正さを認めてよいといいうる¹²²⁾。

しかし、MBOの場合は、経営陣と株主間の情報の非対称性を解消できるような手続きまで要求すべきであると考ええる。なぜなら、MBOの場合は、公開買付けに際して情報の非対称性が十分に解消されず、経営陣が株主から、MBOを行わなくても実現可能な価値を移転させる恐れが相当程度認められるためである。

独立当事者間のM&Aでは、対象会社の取締役会が株主利益のために行動することを通じて、情報の非対称性が緩和される結果、株主が十分な情報を持って公開買付けへの応募の適否を判断することが期待できる。しかし、MBOの場合、経営陣と株主との間に利益相反関係が存在するので、情報の非対称性が緩和されることが期待できないばかりか、むしろ、経営陣が情報の非対称性を利用して株主から経営陣への利益移転を図る恐れがある¹²³⁾。

したがって、MBOに利害関係を有しない対象会社の株主のうち多数の応募を得ることは、手続きの公正さを確保するための措置として十分な意義を有するものの、それだけでは手続きの公正さを認めるには足りないと思われる。

逆にいえば、MBOが行われようとする時点における対象会社の情報を十分に踏まえた検討・交渉がなされることで、MBOを行わなくても実現できる価値が経営陣に移転することが防止されているのであれば、MBOを行わなければ実現できない価値の分配については、交渉の結果およびその結果に対する株主の判断を尊重してよいものと考えられる。そのため、本節で述べた情報の非対称性の問題に対処がなされたうえで、MBOに利害関係を有しない対象会社の株主のうち多数の応募があれば、当該公開買付価格を尊重してよいのではないだろうか。

2 手続的手法の発展可能性

では、株価に反映されていない情報の問題にも対処しうる手続きとして、いかなるものが考えられるであろうか。そして、そのような手続きを踏むインセンティブを与えるには、どのような審査を行うことが必要となるのであろうか。

(1) MBOに参加する経営陣の利益相反の程度の審査

まず、求められる手続きの内容を判断する前提として、MBOに参加する経営陣の利益相反の程度を審査することが必要であると思われる。なぜなら、MBOに参加する経営陣の利益相反の程度が低ければ、情報非対称性の問題性の程度が低くなり、求められる手続きの内容も変わると考えられるためである。

たとえば、実質的には投資ファンドによる買収に近い疑似MBOと、それ以外の真正MBOとを区別することが提案されている¹²⁴⁾が、手続的審査を行うにあたっては、そのような区別を意識することで、MBOに参加する経営陣の利益相反の程度を審査することに意義があろう。

120) 選択肢としてこのような複数の立場がありうることにつき、田中亘「MBOにおける『公正な価格』」金判1282号20頁、20頁（2008）。

121) このとき、「MBOに利害関係を有しない対象会社の株主」の範囲をいかに画するかは、重要な問題となる。社外役員や独立役員に関して、「社外性」や「独立性」の定義が問題とされることを想起されたい。

122) 田中・前掲注120)20頁参照。

123) 加藤・前掲注26)36頁注21。

(2) 第三者委員会の審議内容ないし交渉内容の審査

IV 3 (2)で検討したように、手続的審査にあたっては、第三者委員会の審議内容ないし交渉内容を具体的に審査すべきだと考えられる。それにより、MBO当事者に、十分な審議ないし交渉を行ったうえ、審議時間や審議対象などを開示するインセンティブを与えることができる。

日本において、公開買付けに際して対象会社に第三者委員会が設置される例が出てきたのは、2007年であり¹²⁵⁾、MBOにおいて第三者委員会の利用例が増えてきたのも最近である¹²⁶⁾。また、近時、公開買付報告書および意見表明報告書において、審議時間・審議対象などの開示も進んでいる¹²⁷⁾。この状況に照らせば、第三者委員会の審議内容ないし交渉内容の審査を行うことを明確にし、MBOを行う経営陣に対して明確なインセンティブを与えることで、今後審議の充実が期待できるのではないかと思われる。

ただし、株価に反映されていない情報の問題の解消についても第三者委員会の審議ないし交渉が意義を有するためには、対象会社の事業計画や資産状況についての情報を十分に踏まえた審議ないし交渉が行われる必要がある¹²⁸⁾。

第三者委員会の委員が外部有識者である場合、独立性は認められるが、対象会社の事業に関する情報を十分に持っていることは期待できない。社内取締役からの説明が十分になされれば、この問題も解消されるが、確実とはいえないであろう。そのため、株価に反映されていない情報の問題にも対処することを、第三者委員会に期待するのであれば、委員として社外取締役や社外監査役が加わるのが望ましい¹²⁹⁾。

(3) 社外取締役・独立取締役の判断の尊重

第三者委員会の委員としては、社外取締役が望ましいと考えられるものの、日本では社外取締役を確保することが難しいという指摘が、従来からなされていた¹³⁰⁾。

124) 三苦・前掲注78)37頁。

ただし、西岡祐介「敵対的買収・MBO・企業不祥事の各場面における独立委員会に関する検討」金判1317号7頁、11-12頁(2009)は、MBOに参加する経営陣には、MBOのためのローン契約における財務制限条項による経営成績の要求水準を下げるため、借入金の額を減らすべく、MBOの取引価格を下げようとするインセンティブが働くことを指摘している。そのため、MBOに参加する経営陣の出資割合以外の要素も考慮する必要は否定できないといえる。太田＝清水・前掲注38)461頁も同旨と思われる。

125) 竹内信紀「MBO等における第三者委員会等の実務動向とそれに関する一考察」MARR2010年6月号48頁、49-50頁(2010)。

126) 図表3参照。

127) 吉村一男「MBO・完全子会社化取引における買収対象会社取締役の義務と第三者委員会設置の意義」経理情報1302号58頁、62-63頁(2012)。

128) なお、利益相反解消措置の一つとして、フェアネス・オピニオンを取得することも考えられる。フェアネス・オピニオンにおいては、第三者機関により、買収価格が財務的見地から見て公正であることが意見表明されるため、フェアネス・オピニオンを取得することにより、手続きの公正性は高まるものといえることができる。

しかし、フェアネス・オピニオンには、前提条件として、当事会社から提供された財務予測などの情報の正確性につき第三者機関が独自に検証しておらず、情報が正確であることを前提としていること、第三者機関が独自に当該会社の資産や負債について評価を行っていないことなどの、前提条件が付されることが通常である(以上、本注の内容につき、内田俊光＝竹田絵美「フェアネス・オピニオンをめぐる諸問題」商事1901号14頁、15頁(2010)、ケン・レブランほか「フェアネス・オピニオンと算定書——米国の観点からみた日本の慣行——」商事1957号38頁、39頁(2012))。そのため、フェアネス・オピニオンの利用に際しても、本文で指摘したのと同様の問題が残るように思われる。

実際、日本においては、プレミアムが小さいM&Aにおいて売手企業がフェアネス・オピニオンを取得したことを開示した場合でも、取引不成立リスクの代理変数たるアービトラージ・スプレッド((M&Aの対価相当額-売り手企業株価)/M&Aの対価相当額)は小さくなっていないという実証研究がある(高橋由香里「フェアネス・オピニオン取得の決定要因と開示効果」一橋商学論叢6巻2号38頁(2011))。この結果は、日本の株主や投資家はフェアネス・オピニオンをそれほど有益なものとはとらえていないという可能性があることを示唆する(高橋・同48頁)。

129) 太田＝野田・前掲注109)54頁、太田＝清水・前掲注38)479頁は、第三者委員会に取締役や監査役が参加していれば、意見書のバイアスを減少させることができると指摘する。

しかし、近年東証が独立役員制度を導入したことにより、社外取締役・独立取締役を選任する会社の割合は増加している。2012年において、東証の全上場会社のうち、社外取締役を選任している会社は54.5%、独立取締役を選任している会社は34.0%に達している。また、近年いずれの増加率も高くなっている¹³¹⁾。

このことから、今後、独立性を有する社外取締役の増加を見込めるものと思われる。独立性や社外性は、その者が利害を持たないことを確保する消極的な要件にすぎず、十分な判断能力を有することを積極的に保証するものではないという指摘¹³²⁾はあるものの、独立性を有する社外取締役が増えれば、対象会社の事業実態や事業計画を踏まえたうえで、買付者たる経営陣から独立性の高い判断を期待できるようになると思われる。独立性を有する社外取締役が存在する場合には、その判断を尊重する形での審査を行ってよいのではないか。

3 補論：対象会社の取締役の義務

(1) 対象会社の取締役の義務

対象会社役員に株主に対する義務を認めることにより、事後的な責任追及を避けるため、公正な手続きでMBOを行い株主に有利な条件を引き出すインセンティブを、対象会社役員に与えることができると思われる。そのため、対象会社役員に義務を認めることは、MBOを行わなくても実現可能だが株価

に反映されていない価値に関する情報の非対称性を改善し、MBOを行わなくても実現可能な価値が、株主からMBOを行う経営陣に移転することを防止するための手段として有効といえる。

IV 4(2)で紹介したように、レックスHD損害賠償請求事件判決は、取締役が株主共同の利益を配慮する義務を負うことを認めたいえ、対象会社の取締役が自己の利益のみを図り、株主の共同利益を損なうようなMBOを実施した場合には、株主の共同利益に配慮する義務に反すると判示している¹³³⁾。また、特別支配株主の株式等売渡請求制度を新設することを提案する「会社法制の見直しに関する要綱」第二部第二1(2)②¹³⁴⁾も、同様の義務が対象会社の取締役に認められることを前提としている。同要綱案は、特別支配株主が株式等売渡請求をするときは対象会社の承認を受けなければならないものとしているが、この規定は、キャッシュ・アウトの場面において、対象会社の取締役や取締役会が、株主の利益を守る義務を負うことを前提にしているためである¹³⁵⁾。

しかし、どのような手続きを踏めば義務を果たしたことになるのか明確でない状況でこのような義務を広汎に課すと、事後的に義務違反を追及される恐れを回避するために、対象会社におけるMBOに利害関係のない取締役がMBOに対する賛成の意見表明を行うことにつき、強い萎縮効果が生じる恐れがある。また、MBOに参加する経営陣に対しても、萎縮効果は生じうる¹³⁶⁾。そうすると、

130) 太田＝野田・前掲注109)53頁、石綿学「MBOに関する指針の意義と実務対応」商事1813号4頁、10-11頁(2007)、十市・前掲注46)MBO113頁、太田＝清水・前掲注38)475-476頁など。

131) 山縣翔平「コーポレート・ガバナンスに関する上場制度の見直しに対する上場会社の対応状況」商事1978号62頁、70-71頁(2012)。

132) 大杉謙一「取締役会の監督機能の強化(上)——社外取締役・監査役制度など——」商事1941号17頁、20頁(2011)。

133) 同判決の評釈として、弥永真生「判批」ジュリ1422号102頁(2011)、十市崇「判批」商事1937号4頁(2011)、飯田秀総「判批」ジュリ1437号96頁(2012)、玉井利幸「判批」重判平成23年度(ジュリ臨増1440号)96頁(2012)など。

134) 法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」16頁(2012年9月7日)(<http://www.moj.go.jp/content/000102013.pdf>, 2013年7月26日最終閲覧)。

135) 岩原紳作「『会社法制の見直しに関する要綱案』の解説(4)」商事1978号39頁、43頁(2012)〔別冊商事法務編集部編『会社法制の見直しに関する要綱の概要』別冊商事法務372号30頁(2012)所収〕および法制審議会会社法制部会「法制審議会会社法制部会第12回会議議事録」10-11頁〔藤田友敬発言〕(2011年8月31日)(<http://www.moj.go.jp/content/000080186.pdf>, 2013年7月26日最終閲覧)。

結局、MBOに参加する経営陣は高いプレミアムを提示する必要が生じ、VII 1(1)で検討したのと同様の理由で、望ましいMBOが阻害されてしまう恐れがある。そのため、義務違反を広く認めるべきではなく、手続きの公正さが十分に図られていないことが明らかな場合に限定して義務違反を認めるべきではないかと思われる¹³⁷⁾。

(2) MBO後の情報提供の継続

MBOを行わなくとも実現可能であった事業計画や事業再編により生じる価値の移転を防止するためには、MBO後も一定期間対象会社に情報提供を要求することが考えられる。MBO後も開示を要求することにより、MBOに際しての情報提供が恣意的なることを予防できると思われるためである¹³⁸⁾。また、MBO後の開示を通じて、事後的に、MBOを行わなくとも実現可能であったと思われる事業計画や事業再編の存在が明らかになった場合には、VIII 3(1)で検討した対象会社役員株主に対する義務違反を認めることが容易になるとと思われる。

情報提供の継続を求めることには、一定期間開示を行う費用が生じてしまうというデメリットがある。しかし、情報提供の継続を求めることで、義務違反を広く認めることの弊害を避けつつ、義務違反というサンクションを利用して、対象会社の役員に自らが現時点で保有する情報を踏まえた検討を行うインセンティブを付与することが可能となるように思われる。したがって、MBOを行わなくとも実現可能だが株価に反映されていない価値の問題への対処方法として、情報提供の継

続を求めることには、コストに見合った意義が認められる。

ただし、対象会社役員義務違反が明らかになった場合、損害額をどのように算定すべきかがさらに問題となる¹³⁹⁾。原告が具体的に損害額を立証することは困難と思われるため、損害額の推定や、民事訴訟法248条に基づき裁判所が相当な損害額を認定することが考えられる。しかし、MBOのプレミアムの平均値を参照して当該MBOに際して支払われるべきであった対価の額を算定し、その額と実際に支払われた対価の額との差額を損害としてしまうと、対象会社役員義務違反が認められる場合に限りではあるものの、VII 1で検討した実体的審査+平均値ルールと同様の問題が生じてしまう。

したがって、MBO対象会社役員インセンティブの観点から望ましいといえる、役員義務の範囲や、義務違反があった場合の損害額の算定方法については、なお検討すべき問題が残っている。今後の検討課題としたい。

IX. おわりに

レックスHD事件各決定やMBO指針は手続的審査を発展させようとする政策的含意を有していたが、サイバードHD事件東京高裁決定は実体的審査+平均値ルールの方向の政策的含意を有していた。MBOにかかる取得価格の判断方法が定まっていなかったのは、そもそもルール形成の方向が定まっていなかったことに一因があるように思われる¹⁴⁰⁾。

136) 以上の記述については、東京大学法科大学院における2012年度「法と経済学」の講義内容（田中亘准教授）を参考とした。

137) なお、玉井・前掲注119)川村退職314-315頁、飯田・前掲注133)99-100頁、玉井・前掲注133)97頁、同・前掲注119)南山法学156頁、158-159頁は反対と思われる。

138) MBO指針12頁。

139) 本段落の内容は、藤田友敬教授および後藤元准教授のご指摘を受けたものである。もとより、本稿に残る誤りや問題点は、筆者の責めに帰する。

140) 松中学「わが国の敵対的買収と防衛策をめぐるルール形成」新世代法政策学研究2号363頁、395頁（2009）は、裁判所と行政の相互作用によるルールの形成が行われることが望ましくない場合として、「新たな裁判例や提言が登場するたびに実務がそれに対応しようとして、「振り回される」ことにつながる」というシナリオや、「裁判所の判断も統一されず、他方で行政によるルール形成（さらにほかの団体による自主規制）も並行して行われて、整合性のとれない基準が複数提唱される」というシナリオを挙げている。

MBOのルール形成に関しては、このシナリオがある程度現実のものとなってしまったと評価できるのかもしれない。

そこで、本稿では、実体的審査と手続的審査のどちらが望ましいのかについて、なるべく実証研究の成果やデータを参照しながら検討することを試みた。そして、手続的審査の方が望ましい根拠を述べるとともに、手続的審査を今後発展させる方向についても若干の議論を試みた。

VIIで議論したところからも明らかなように、今後の手続的審査の発展にあたっては、法的規律のあり方の変化以上に、MBOに携わる人々の意識の変化や実務の進展に期待する部分が大きいと思われる。したがって、MBOの当事者と裁判所とが問題意識を共有することで、日本においてより公正な手続きでMBOが行われるようになることが望まれる。そして、そのような期待が現実化するかどうかは、引き続きデータに基づいて検証していくことが必要であろう。

本稿では、手続きが公正といえない場合の取得価格の判断方法や、株式買取請求や取得価格決定以外の救済手段との関係については検討することができなかった。今後のMBOの進展の検証とともに、今後の課題としたい。

*校正時に、東京高判平成25年4月17日金判1420号20頁（レックスHD損害賠償請求事件）、星明男「株式買取請求か差止めか？——裁判所による価格算定の不確実性が企業買収の成否に与える影響の分析——」2012年7月4日（http://www.jlea.jp/2012zy_zr/ZR12-07.pdf、2013年7月25日最終閲覧）、三苦裕ほか「ゴーイング・プライベート取引におけるキャッシュ・アウトに関する一試論（上、下）」金判1405号2頁（2012）、1406号2頁（2013）、田中亘「CS（顧客満足、あるいは消費者余剰）とmajority of minorityルール」金判1406号10頁（2013）、阿南剛「コージツ事件東京高裁決定の検討」商事1998号53頁（2013）、矢嶋雅子「M&A等に関する判断と取締役の善管注意義務」神田秀樹＝武井一浩編『実務に効く M&A・組織再編判例精選』ジュリ増刊23頁（2013）、阿南剛「スクイーズアウト型組織再編における対価の適正性」神田＝武井編・同178頁に触

れた。なお、注116)で述べた神戸地決平成24年5月8日金判1395号40頁（シャルレ文書提出命令申立事件）の結論は、大阪高決平成24年12月7日判例集未掲載および最決平成25年4月16日判例集未掲載により維持された。

**本稿は、2012年度に提出したリサーチペーパーに最低限の加筆修正を施したものです。リサーチペーパーのご指導をいただいた藤田友敬先生に、この場をお借りして厚くお礼を申し上げます。

（よしかわ・けい）

図表1

2001年	4
2002年	1
2003年	6
2004年	1
2005年	4
2006年	10
2007年	14
2008年	17
2009年	15
2010年	13
2011年	21
2012年 - 11月24日	7
計	114

出典：公開買付届出書および意見表明報告書

図表2

公表年	対象会社名	プレミアム (%) [公開買付け開始日, 公表日, 又は算定基準日の前と比較]			
		前営業日	前1か月	前3カ月	前6カ月
2009	ウィーヴ		164.39	180.39	85.39
	三光ソフランホールディングス	51.22	55	72.22	55
	パワーアップ	103	102	83.5	65.3
	ウェーブロックホールディングス		70	67.3	44.3
	南部化成	300	190	196	155
	セキテクノトロン	210	203.92	181.82	
	ユー・エス・ジェイ	28.53	30.17	33.6	24.72
	ASK PLANNING CENTER	25.71	41.94	78.38	88.57
	パブリック	41.51	48.03	66.67	
	リオチェーンホールディングス	21.52	36.36	53.35	50
	オオゼキ	21.75	29.71	39.25	45.91
	バンクテック・ジャパン	76.04	78.62	78.54	74.71
	チムニー	44.59	48.59	42.32	37.39
	三共理化学	71.73	70.16	66.67	61.49
2010	興和紡績	106.56	114.29	91.49	79.49
	ユニマットライフ	43.92	48.51	48.84	48.19
	ジェイ・エー・エー	53.01	56.51	51.59	52.02
	東京美装興業	33.1	33.9	34.3	34.5
	マークテック	52.2	52.3	48.5	42.6
	フジフーズ	88	90.8	59.2	44.1
	JST	106.2	100	92	80.3
	VSN	39.57	40.96	43.82	
	幻冬舎*	69.5	66.6	68.3	65.5
	セキュアード・キャピタル・ジャパン	27.6	22.19	17.19	11.44
	コンビ	46.2	51.06	44.51	44.93
	サザビリーリーグ	43.99	38.89	45.35	43.78
	インボイス	19	37	37.7	33.0
	ユニコムグループホールディングス	52.28	57.07	53.85	47.78
2011	イマージュホールディングス	10.2	17.2	26.1	22.2
	ワークスアプリケーションズ	34.15	30.63	43.4	43.1
	エノテカ	47.1	68.1	89.8	93.8
	カルチュア・コンビニエンス・クラブ	32.7	27.8	35.3	48.2
	アートコーポレーション	38.8	38.8	41.8	35.6
	田中亜鉛鍍金**	41.8	43.9	48.1	47.1
	ビジネストラスト	46.1	47	46.6	44.3
	ゴトー	77.13	79.55	78.73	77.13
	マスプロ電工	63.4	63.4	65.1	47.4
	東山フィルム***	29.3	32	29.2	33.8
	立飛企業	57.11	56	46.67	39.94
	新立川航空機	103.92	101.53	67.21	52.09
	バルス	47.5	49.5	44.2	35.2
	RHトラベラー	53.25	45.52	40.70	35.54
2012	日本医療事務センター	65.63	67.19	59.16	51.43
	ヤマトマテリアル	49.23	50.82	41.62	47.15
	カラカミ観光	64.4	55.8	36.4	27.7
	三條機械製作所	130.54	123.92	123.92	136.36
	アップガレージ	23	26	34	38
	ホリプロ	67.5	67.5	61	55.6
	ワオ・コーポレーション	96	105.9	102.5	92.9
	ベンチャーリパブリック	34.6	34.1	37.3	44.7
	エイブル&パートナーズ	35.2	37.1	44.3	45.4
	アルク	32.15	19.84	33.73	51.94
	鐘崎	42.86	38.64	38.64	31.28
	ソントン食品工業	42.9	46.2	46.7	44.7
	アテナ工業	50.9	49.3	50.4	49.8
	アイ・エム・ジェイ	66.67	61.52	64.04	62.95
2009年度平均		84.8	85.5	88.8	66.7
2010年度平均		51.9	53.5	49.6	45.7
2011年度平均		56.1	57.1	55.3	52.6
2012年度平均		43.6	41	45	47.3
全体平均		60.4	61.9	61.7	53.8

* 買付条件変更後の買付価格をもとに算出した数値である。

** 「前営業日」の記載は、公表日の直近取引成立日(公表日4日前、算定基準日前日)の株価を基準とする数値である。

*** 「前営業日」の記載は、公表日の直近取引成立日(公表日4日前、算定基準日前日)の株価を基準とする数値である。

出典：公開買付届出書および意見表明報告書

図表3

公表年	対象会社名	第三者委員会			公開買付者			対象会社				
		有無	委員構成	交渉型	その他	買付価格・ス クイズアウ トの対価	株式価 値算定 書	フェアネ ス・オビ ニオン	株式価 値算定 書	フェアネ ス・オビ ニオン	法務アド バイザー	公開買付 け期間
2009	ウィーヴ	○	社外監査役2, 弁護士1			○	○		○		○	33
	三光ソフランホールディングス					○	○		○		○	30
	パワーアップ					○	○		○		○	30
	ウェーブロックホールディングス	○	社外取締役2, 社外監査役3			○			○		○	30
	南部化成					○			○		○	30
	セキテクノロン					○	○		○		○	30
	ユー・エス・ジェイ	○	社外監査役3			○			○	○	○	40
	ASK PLANNING CENTER					○	○		○		○	36
	パブリック					○	○		○		○	30
	リオチェンホールディングス					○	○		○		○	30
	オオゼキ	○	社外取締役1, 社外監査役1, 弁護士1			○			○		○	30
	バンクテック・ジャパン					○	○		○		○	30
	チムニー					○			○		○	30
	三共理化学	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	30
2010	興和紡績					○	○		○		○	31
	ユニマツライフ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	32
	ジェイ・エー・エー	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○			○		○	30
	東京美装興業	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	マークテック	○	社外監査役1, 弁護士2			○			○		○	31
	フジファーズ	○	社外監査役2			○	○		○		○	30
	JST	○	社外監査役2, 弁護士1			○			○	○	○	30
	VSN				社外役員が取締役会と 別途に協議・検討	○	○		○		○	35
	幻冬舎	○	社外監査役2, 補欠監査役1			○	○		○		○	39
	セキューアド・キャピタル・ジャパン	○	社外監査役3			○			○		○	25
	コンビ				社外役員が取締役会と 別途に協議・検討	○	○		○	○	○	32
	サザビリーグ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	インボイス	○	社外監査役2, 弁護士1		プロジェクトチームに よる協議・交渉	○			○	○	○	31
	ユニコムグループホールディングス	○	社外監査役2, 弁護士1			○	○		○		○	30
2011	イマージュホールディングス	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○			○		○	30
	ワークスアプリケーションズ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1		プロジェクトチームに よる協議・交渉	○	○		○		○	30
	エノテカ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1	○		○			○		○	30
	カルチュア・コンビニエンス・クラブ	○	監査役1, 社外監査役2	○	独立したFAの選任, 株式価値算定書の取得	○	○		○		○	31
	アートコーポレーション	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1	○		○			○		○	30
	田中亜鉛鍍金					○			○		○	30
	ビジネストラスト	○	社外監査役2, 補欠監査役1			○	○		○		○	30
	ゴトー	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○			○		○	30
	マズプロ電工	○	弁護士1, 公認会計士2		プロジェクトチームに よる協議・交渉	○			○		○	31
	東山フィルム	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○			○		○	30
	立飛企業	○	弁護士1, 公認会計士1, 学者1	○		○	○		○		○	33
	新立川航空機	○	弁護士2, 公認会計士1			○	○		○		○	33
	バルス				社外役員が取締役会と 別途に協議・検討	○	○		○		○	30
	RHトラバラー	○	弁護士2, 公認会計士1			○			○		○	40
2012	日本医療事務センター	○	社外監査役2, 弁護士1		プロジェクトチームに よる協議・交渉	○			○		○	30
	ヤマトマテリアル	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1	○		○	○		○		○	30
	カラカマ観光	○	社外監査役1, 公認会計士1, そのほか1	○		○	○		○		○	30
	三條機械製作所	○	社外監査役2, 弁護士1			○			○		○	30
	アップガレージ	○	社外監査役2			○			○		○	30
	ホリプロ	○	社外監査役1, 弁護士1, 学者1			○	○		○		○	30
	ワオ・コーポレーション	○	弁護士2, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	ベンチャーリパブリック	○	社外監査役2, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	エイブル&パートナーズ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	アルク	○	弁護士1, 公認会計士1, 税理士1		プロジェクトチームに よる協議・交渉	○			○		○	30
	鐘崎	○	社外監査役1, 弁護士1, そのほか1			○	○		○		○	30
	ソントン食品工業	○	社外監査役2, 弁護士1			○	○		○		○	31
	アテナ工業	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1			○	○		○		○	30
	アイ・エム・ジェイ	○	社外監査役1, 弁護士1, 公認会計士1, 学者1	○		○			○		○	39

出典：公開買付届出書および意見表明報告書

論説

国際的養子斡旋をめぐる ハーグ条約及び日本法上の規制

2011年4月入学

吉田咲耶

I. はじめに

II. 国際的養子縁組に関する条約等

III. 国際条約における国際的養子縁組

1 国際的養子縁組の位置づけ

- (1) 児童の権利条約
- (2) ハーグ条約

2 子の代替的監護

- (1) 米国の養子縁組事情
- (2) 国際条約における養子縁組の促進

3 小括

IV. 国際条約の問題点

- 1 「恒久的な家族」概念
- 2 国際的養子斡旋に対する規制

V. 日本の国際的養子斡旋

- 1 子の代替的監護
- 2 国際的養子斡旋に対する規制
 - (1) 斡旋事業者に対する規制
 - (2) 実母の同意
 - (3) 児童相談所の関与

VI. おわりに

I. はじめに

日本の国際的養子縁組¹⁾は、1年に何組成立しているのか。その数を正確に把握することはできない。国内の統計からわかるのは、日本の裁判所における養子縁組の成立件数²⁾、及び第二種社会福祉事業の届出³⁾のある斡旋事業者による斡旋件数である。しかし、日本の裁判所を通さない、無届の斡旋事業者による国際的養子斡旋の存在が、実態調査により指摘されている⁴⁾。かかる国際的養子斡旋の存在は、米国の統計資料からも推測される。例えば、2007年度から2011年度に届出のある斡旋事業者により行われた養子縁組のうち、「養親が国外に居住」する養子縁組件数は、日本側の調査によれば、それぞれ2件、6件、6件、13件、24件の計51件である⁵⁾。これに対し、米国側の統計資料によれば、日本から連れて来られた子の養子縁組件数はそれぞれ33件、35件、41件、32件、27件の計168件である⁶⁾。養親が既に子に会い日本で養子縁組手続が完了している場合⁷⁾の28件⁸⁾を除いても、5年間で90人弱の子が、裁判所も届出のある斡旋事業者も通さずに日本から米国に渡っていると推測される⁹⁾。

1) ある国に常居所を有する子が、他国に常居所を有する者と縁組をした後、又は縁組をするために、他国に移動する場合の養子縁組を指すものとする。

2) 1998年までは、最高裁判所事務総局編『司法統計年報 3 家事編』の細別表により知ることができた。その後は、国内養子縁組を含めた特別養子縁組成立件数のみ公表されている。

3) 養子斡旋事業者は、社会福祉法69条1項により届出を行わなければならない(後掲注82)及びその本文参照)。

厚生労働省は、こうした無届の斡旋事業者による国際的養子縁組の斡旋件数を把握していないようである¹⁰⁾。上記米国の資料によれば、1999年から2011年の間に行われた日本の子との養子縁組のうち7割以上が1歳未満であることから¹¹⁾、日本は、人身売買の危険性が高い新生児の国際的養子斡旋を規制するどころか、実態さえ掴めていないと考えられる。

このような現状に対し、国際的養子斡旋を規制する、国際的養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約¹²⁾（以下、「ハーグ条約」

という。）を日本も批准すべきであるとの意見が唱えられている¹³⁾。たしかに、日本は条約の起草段階から参加し、児童の権利委員会¹⁴⁾からも1998年から三度にわたり勧告を受けているにもかかわらず¹⁵⁾、具体的な批准に向けた動きさえ見られない¹⁶⁾。しかし、ハーグ条約を批准すれば済むという話ではない。それどころか、ハーグ条約を含む一連の条約には「子の最善の利益」の観点から問題があり、日本の現状のまま批准すれば、子の利益に反する国際的養子斡旋が助長されかねない。

4) 石黒一憲「民間ボランティア活動による国際的養子縁組に対する法的・行政的取組みの必要—ある実態調査を機縁にして」新しい家族7号24頁、27頁（1985）。また、1994年の朝日新聞による調査（「海を渡る赤ちゃん」朝日新聞朝刊1994年1月1日、30面）、2004年の読売新聞による調査（「12事業者 無届け活動」読売新聞朝刊2004年9月21日、38面）、及び2006年に行われた「養子と里親を考える会」による調査（湯沢雅彦編著『要保護児童養子斡旋の国際比較』33-34頁〔菊池緑〕（日本加除出版株式会社、2007））も無届の斡旋事業者による国際的養子斡旋の存在を明らかにしている。

5) 厚生労働省「民間養子縁組あっせん事業の状況について（平成23年度）」6頁（http://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/syakaiteki_yougo/dl/yougo_genjou_15.pdf, 2013年7月22日最終閲覧）。

6) The Office of Children's Issues, the Bureau of Consular Affairsにより、1999年からの、子の出身国、年齢、ビザの種類別の国際的養子縁組件数が公表されている。The Office of Children's Issues, the Bureau of Consular Affairs, Statistics on intercountry adoption, http://adoption.state.gov/about_us/statistics.php (Select "Japan" from 2007 to 2011) (last visited July 22, 2013).

7) IR-3 ビザ発効の場合。日本から米国に養子を送り出す場合に必要となる孤児（orphan）のビザは、養親が既に子に会い日本で養子縁組が完了している場合のIR-3 ビザ、及びそれ以外の場合のIR-4 ビザの二種類に分かれている。U.S. Citizenship and Immigration Services, Before Your Child Immigrates to the United States, <http://www.uscis.gov/portal/site/uscis/> (follow "Before Your Child Immigrates to the United States" hyperlink under "Adoption") (last visited July 22, 2013).

8) The Office of Children's Issues, the Bureau of Consular Affairs, *supra* note 6.

9) 米国側の統計資料の年度は、日本側の統計資料の年度と半年異なるため、正確な数字を出すことはできない。

10) 2005年及び2008年の国会答弁（「第162回国会 参議院厚生労働委員会会議録第3号」26-27頁〔佐藤忠春発言〕（2005年3月15日）及び「第169回国会 参議院決算委員会会議録第5号」25頁〔村木厚子発言〕（2008年4月28日）。答弁当時、前者は厚生労働省雇用均等・児童家庭局長、後者は厚生労働大臣官房審議官であった。）参照。なお、2005年に厚生労働省が「無届けのあっせん事業者も対象にした初の実態調査に乗り出す方針を決め」、調査を「養子と里親を考える会」に委託するとの報道がなされているが（「厚労省、初の実態調査へ」読売新聞朝刊2005年6月19日、38面）、「養子と里親を考える会」の調査によれば、無届けの斡旋事業者による推定斡旋件数のうち国際的養子縁組の件数は「把握することはできなかった」という（湯沢編著・前掲注4）64頁〔菊池緑〕）。

11) The Office of Children's Issues, the Bureau of Consular Affairs, *supra* note 6.

12) Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption, May 29, 1993. 日本語訳は、清水響「ハーグ国際私法会議第一七会期の概要——国際的養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約を中心として——」民事月報48巻11号30頁、56頁（1993）を参考にした。

13) 積極的に批准を唱えるものとして、奥田安弘『国籍法と国際親子法』22頁（有斐閣、2004）、床谷文雄ほか「国際的養子縁組をめぐる世界の動向と日本の課題」戸籍時報674号2頁、23頁〔床谷文雄〕（2011）、湯沢編著・前掲注4）315頁〔湯沢雅彦〕、岩倉由佳「ハーグ国際養子条約と子どもの権利条約の相互補完的關係」青山社会科学紀要28巻2号45頁、61頁（2000）、日本弁護士連合会「子どもの権利条約に基づく第2回日本政府報告に関する日本弁護士連合会の報告書」63頁（2003年5月）、同「子どもの権利条約に基づく第3回日本政府報告及び武力紛争における子ども・子ども売買各選択議定書第1回日本政府報告に関する日本弁護士連合会の報告書」63-64頁（2009年7月17日）。

14) 日本は、1994年に児童の権利条約を批准し、児童の権利委員会の定期報告に対する審査を受けている。

15) U.N. Doc. CRC/C/15/Add.90, para. 38 (June 24, 1998); U.N. Doc. CRC/C/15/Add.231, para. 40(b) (Feb. 26, 2004); U.N. Doc. CRC/C/JPN/CO/3, para. 55(b) (June 20, 2010).

本稿では、まず、ハーグ条約を中心とした一連の国際条約が国際的養子斡旋及び養子縁組をどのように捉え規制してきたのかを示し、その問題点を明らかにする。次に、日本の国際的養子斡旋について、ハーグ条約と比較しつつ検討し、子の代替的監護における国際的養子斡旋の位置づけ及び規制の問題点を示す。

II. 国際的養子縁組に関する条約等

国際的養子縁組の弊害及び危険は早くから認識されており、国内法による規制のみならず、国際的な枠組みの形成が行われている¹⁷⁾。1957年には国際養子縁組に関するヨーロッパ専門会議において、養子縁組に関する12の原則が確認され、1965年にはハーグ国際私法会議において養子縁組の裁判管轄権、準拠法及び決定の承認に関する条約が成立している。そして、1986年には国際養子と里親に関する国連の宣言¹⁸⁾（以下、「86年宣言」という。）、1989年に児童の権利条約¹⁹⁾、及びこの二つにおいて「承認された原則を考慮した共通の原則」を定めるべく

1993年にハーグ条約が成立した。

その後、これら三つの宣言及び条約の具体化が行われている。1996年には国内・国際養子縁組及び里親家庭養育に関する実務のガイドライン²⁰⁾（以下、「96年ガイドライン」という。）が国際社会福祉協議会（ICSW）により承認された。2008年にはハーグ国際私法会議常設事務局によるハーグ国際養子条約の指針²¹⁾（以下、「08年指針」という。）が発表され、同年、欧州では子の養子縁組に関する欧州条約が改正されている²²⁾。

以下では、上記の様々な取組みの中でも、多数の締約国に対し、拘束力を持つ条約の形式で、国際的養子縁組の問題に特化するハーグ条約²³⁾を中心に、検討する。

III. 国際条約における国際的養子縁組

1 国際的養子縁組の位置づけ

ハーグ条約が86年宣言と児童の権利条約において「承認された原則を考慮した共通の原則」を定めるべく成立したにもかかわらず、児童の権利条約とハーグ条約とは、国

16) 児童の権利条約第一回定期報告においては、ハーグ条約には、「特別養子縁組の場合、受入国及び承認国での効果が不明確であること、承認されるべき養子縁組の管轄権や準拠法について何ら規定を置いていないこと等の問題点がある」ため、「現時点では締結する考えはない」との日本の立場が示されている（日本語訳は、新しい家族編集部「国連・子どもの権利委員会からの日本政府への勧告」新しい家族33号42頁、43-44頁〔菊池緑〕（1998）に掲載されている）。しかし、2004年及び2005年の国会答弁では国内法の整備のめどが立たないことが批准しない理由とされており（「第159回国会衆議院外務委員会会議録第21号」6頁〔門司健次郎発言〕（2004年6月9日）、前掲注10）「第162回国会参議院厚生労働委員会会議録第3号」29頁〔長嶺安政発言〕。答弁当時、前者後者ともに外務大臣官房審議官であった。）、2012年現在そのような法案も見受けられない。

17) 先進国だけでなく、タイやインドネシアといった途上国においても周到な法規制がなされている（石黒一憲「国際的養子斡旋・養子縁組の諸問題」島津一郎古稀『講座・現代家族法 第3巻』387頁、390-391頁（日本評論社、1992）参照）。

18) Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, Dec. 3, 1986.

19) Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989. 日本語訳は外務省 HP (<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jido/zenbun.html>, 2013年7月22日最終閲覧) を参考にした。

20) ICSW et al. eds., *The Child's Right to Grow Up in a Family—Guidelines for practice on National & Intercountry Adoption & Foster Family Care* (1997). ガイドラインの名称の日本語訳は、ICSW スウェーデン国内委員会・スウェーデン養子縁組センター・ジュネーブ ISS 本部編（中川高男監修・養子と里親を考える会訳）「養子縁組と里親委託に関する国際専門家会議による 国内・国際養子縁組および里親家庭養育に関する実務のガイドライン—家庭で育つ子どもの権利—」新しい家族38号37頁（2001）を参考にした。

21) HCCH, *THE IMPLEMENTATION AND OPERATION OF THE 1993 HAGUE INTERCOUNTRY ADOPTION CONVENTION* (2008).

22) *European Convention on the Adoption of Children (Revised)*, Nov. 27, 2008.

23) 2013年7月22日現在、90カ国が締約国となっている。

際的養子縁組の位置づけが大きく異なる。

(1) 児童の権利条約

児童の権利条約 21 条(b)は、「児童がその出身国内において里親若しくは養家に託され又はその他の適切な方法で監護を受けることができない場合 (if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin)」にこれに代わる児童の監護の手段として国際的養子縁組を考慮できるとする。

この規定の解釈として、児童の権利条約は、施設を含む国内における監護を国際的養子縁組に優先させているとの見解²⁴⁾、あるいは優先させているとも解釈しうるとの見解²⁵⁾がある。たしかに、締約国が確保すべき「代替的な監護 (alternative care)」として「適当な施設への収容 (placement in suitable institutions)」を含めることができるとする 20 条 3 項を参照すれば、そのような解釈も可能かもしれない。

しかし、上記 if 以下の文言は、審議過程において、86 年宣言と矛盾するとの指摘を受け²⁶⁾、86 年宣言 17 条の文言の一部がそのまま付け加えられたものである²⁷⁾。そして、宣言 17 条が国際的養子縁組を「その子に代わりの家族を提供する方法として (as an alternative means of providing the child with a family)」考慮できるとしている以上、「家族」ではない施設による監護まで、国際的養子縁組に優先させる趣旨であるとは考えにくい。

この点、審議過程においては、国際的養子

縁組よりも国内の施設による監護を優先させると見られるような意見も主張された。ベネズエラ代表は、国際的養子縁組は単に「子の監護の代替手段 (an alternative means of childcare)」ではなく「最終の例外的措置 (an extreme and exceptional measure)」として取り扱うべきであるとの主張を行い、ホンジュラス・ブラジル・メキシコ代表が賛成し、ドイツ代表も「例外的手段 (an exceptional means)」に文言を変更するよう提案した。しかし、いずれの提案も採用されていない²⁸⁾。

とすれば、児童の権利条約は、出身国内の養子縁組や里親養育などを国際的養子縁組に優先させるものの、施設による監護をこれに優先させる意図は含まれていないと考えられる。

(2) ハーグ条約

これに対し、ハーグ条約 4 条 b は、国際的養子縁組は、出身国が「子を出身国内において託置する可能性に対し適正な考慮がされた後、国際的養子縁組が子の最善の利益に合致すると決定された (have determined, after possibilities for placement of the child within the State of origin have been given due consideration, that an intercountry adoption is in the child's best interests)」場合にのみ行うことができる規定する。

この点、「出身国内において託置する可能性」という文言からは、施設による監護も国際的養子縁組に優先するとも思える。しかし、4 条の解釈をする際には、前文第 3 文に対する修正が重要な意味を持つ²⁹⁾。前文第

24) Peter H. Pfund, *Intercountry Adoption: The 1993 Hague Convention: Its Purpose, Implementation, and Promise*, 28 FAM. L.Q. 53, 56 (1994); Alexandra Maravel, *The U.N. Convention on the Rights of the Child and the Hague Conference on Private International Law: The Dynamics of Children's Rights Through Legal Strata*, 6 TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS. 309, 317 (1996).

25) J. H. A. van Loon, *International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption*, 244 RECUEIL DES COURS 191, 338 (1993).

26) 2 Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights [OHCHR], *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, 546, U.N. Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1, 27 (2007). 86 年宣言 17 条が、国際的養子縁組を考慮できる場合を「子が出身国において、里親委託や養子縁組又はその他の適当な方法による監護ができないとき」に限定しているのに対し、児童の権利条約 21 条の草案にそのような限定はなかった。

27) *Id.* para. 27, U.N. Doc. E/CN.4/1989/WG.1/CRP.1/Add.1.

28) *Id.* at 550, paras. 356-358, U.N. Doc. E/CN.4/1989/48. なお、この点に関する審議過程については、石黒一憲「出入国管理・国際養子縁組—[10・21 条]」石川稔＝森田明編『児童の権利条約—その内容・課題と対応』284 頁、288 頁（一粒社、1995）参照。

3文は「国際的養子縁組が、出身国において相応しい家族が見つからない子のために恒久的な家族の利益を提供するものであることを認識する (Recognising that intercountry adoption may offer the advantage of a permanent family to a child for whom a suitable family cannot be found in his or her State of origin)」と規定する。これに対し、原案は後半部分が「出身国において適切な方法で監護を受けることができない子 (a child who cannot in any suitable manner be cared for in his or her country of origin)」となっており³⁰⁾、児童の権利条約 21 条(b)の文言に類似していた。子の出身国で監護できないことに重点を置くべきではないこと、及び家族に対する権利が子の基本的権利であることを理由とする修正提案が採用され、文言が変更されたのである³¹⁾。このことから、ハーグ国際養子条約は、国際的養子縁組を施設による監護に優先させるものと考えられる。

さらに、前文第 3 文が「恒久的な家族 (a permanent family)」との文言を使用していることにも注意しなければならない。86 年宣言は、養子縁組一般については、「恒久的な家族」を提供する目的があると指摘するものの (13 条)、国際的養子縁組については「代替りの家族」を提供するとの記述にとどまっていた³²⁾。これに対し、ハーグ条約は、国際的養子縁組について「恒久的な家族」の利益を提供するとしていることから、出身国内における「相応しい家族」が里親の家族を含まないことを示唆していると考えられる³³⁾。これについては、審議過程において、86 年宣言や児童の権利条約のように里親養育など他の手段を考慮に入れるべきであるというエジプトの提案が採用されなかったことから

確認できる³⁴⁾。かかる前文の解釈に鑑みれば、ハーグ条約は、「子の最善の利益」の観点から、国内の養子縁組が不可能であれば、施設による監護のみならず里親養育を含めた国内の他の監護よりも国際的養子縁組を優先させるとの立場をとったと考えられる。

ただし、この点については、条約草案の審議に携わった者の解釈は分かれているようである。米国代表として参加した Pfund は “The Hague Convention’s Preamble clearly provides that intercountry adoption should immediately follow adoption in the child’s country of origin and should precede foster care and other suitable care in that country in the ranking of care aimed at the child’s best interests. (ハーグ条約前文は、子の最善の利益の観点から、子の出身国内における養子縁組ができない場合には、国際的養子縁組を直ちに検討すべきこと、国際的養子縁組が出身国内における里親養育及び他の監護に優先すべきことを明確に定めている。)” とする³⁵⁾。これに対し、日本代表であった鳥居は、「子の出身家庭で養育ができない場合には、まず、子の出身国内における里親、又は養親による養育の可能性が探られなくてはならない」とする³⁶⁾。すなわち、両者は国際的養子縁組が施設による監護に優先すると解する点では共通するものの、前者は国際的養子縁組が国内の里親養育にも優先すると理解しているのに対し、後者は逆に理解しているようである。

2 子の代替的監護

では、なぜこのように解釈が分かれているのか。そして、ハーグ条約が国際的養子縁組

29) G. Parra-Aranguren, *Explanatory Report, in 2 PROCEEDINGS OF THE SEVENTEENTH SESSION, 10 TO 29 MAY 1993; ADOPTION - CO-OPERATION* 538, 553 para. 47 (HCCH, 1994).

30) *Id.* para. 45.

31) *Id.* para. 46.

32) 86 年宣言における「家族」は、養子縁組による家族のほか、里親養育による家族を含む (4 条, 17 条参照)。

33) 後掲注 56) に相当する本文も参照。

34) Parra-Aranguren, *supra* note 29, para. 42.

35) Pfund, *supra* note 24.

36) 鳥居淳子「国際養子縁組に関する子の保護及び協力に関する条約について」国際法外交雑誌 93 巻 6 号 707 頁, 717 頁 (1995)。

を里親養育にも優先させていると考えるならば、なぜ児童の権利条約とハーグ条約における国際的養子縁組の位置づけは変わったのか。これらを明らかにする上で手掛かりとなるのが、米国における養子縁組事情である。

(1) 米国の養子縁組事情

米国において、養子縁組は、児童虐待問題に対する解決策としての役割を担っている。即ち、米国の児童虐待に対する対策は、当初、虐待される危険性のある子を実親から引き離し里親へ預けるという方法をとっていたために、里子数の急増、委託期間の長期化、及び里子が里親家庭を次々変えさせられる「里子のたらい回し現象 (foster care drift)」が生じ、子に対する永続的關係が築けないとの点で強い批判を浴びていた³⁷⁾。

これらの事情を背景として1980年に制定された連邦法が、AACWA法³⁸⁾である。AACWA法は、里親への託置を減らし、子自身の家族に戻るか養親の家庭に託置することにより子にとって「恒久的な家庭 (permanent homes)」を見つける努力をすることを目的とし³⁹⁾、このような permanency planning の概念の下、里親家庭に移されてから18ヶ月以内にはその後の終局的な処遇が決定されることとなっていた⁴⁰⁾。

しかし、AACWA法制定後に一旦は里子数が減少したものの、1980年代後半から再び里子数の急増、委託期間の長期化、及び里子のたらい回し現象が生じる⁴¹⁾。また、AACWA法は里親に預ける前に子を家庭から引き離さなければならなくなった原因を取り除くよう「適切な努力 (reasonable efforts)」

を行い、やむを得ず子を里親に預ける場合にも州機関が家庭復帰のため「適切な努力」を行うことを定めていたため⁴²⁾、実際には親権剥奪が困難となり子を危険な家庭から引き離すことができなかった⁴³⁾。

そこで、米国は再び新たな法制度構築へ動き始める。1996年12月14日、クリントン大統領は、子の福祉にとっての最終目標は安全で恒久的な家庭における永続性であるとして、2002年までの5年間で養子縁組を倍増することを宣言した⁴⁴⁾。そして、1997年、AACWA法を改正したASFA法⁴⁵⁾が成立する。ASFA法は、一定の場合に家族の維持・再統合のための「適切な努力」を要しない旨の例外規定を設け、代わりに子の恒久的な託置のため「適切な努力」を要請する⁴⁶⁾。また、子が最近22ヶ月以上15ヶ月以上里子であった場合の親権剥奪の申立てを州に義務付け⁴⁷⁾、養子縁組数が前年から増加した場合の州へのボーナスの支給も定めた⁴⁸⁾。これらの規定には、ASFA法の養子縁組の促進という性格が現れている。

こうして、米国は児童虐待の問題に対処する中で、子に「恒久的な家庭」を与えるという目標の下、養子縁組の促進を重視していったといえる。

(2) 国際条約における養子縁組の促進

子の代替的監護において養子縁組を重要な解決策とみなすようになる。この変化は、米国だけでなく、一連の国際条約についても当てはまる。そして、以下の通り、かかる子の代替的監護に関する理念の変化が、国際的養子縁組の位置づけの変化をももたらしたと考

37) Marsha Garrison, *Why Terminate Parental Rights?*, 35 STAN. L. REV. 423, 423-24 (1983).

38) Adoption Assistance and Child Welfare Act, Pub. L. No. 96-272, 94 Stat. 500 (1980).

39) S. Rep. No. 96-336, at 1 (1979).

40) Adoption Assistance and Child Welfare Act, Pub. L. No. 96-272, §101, 94 Stat. 500, 511 (1980).

41) Robert M. Gordon, *Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997*, 83 MINN. L. REV. 637, 648 (1999).

42) Adoption Assistance and Child Welfare Act, Pub. L. No. 96-272, §101, 94 Stat. 500, 503 (1980).

43) Gordon, *supra* note 41, at 646-47.

44) *Memorandum on Adoption and Alternate Permanent Placement of Children in the Public Child Welfare System*, 32 WEEKLY COMP. PRES. DOC. 2513, 2513 (Dec. 14, 1996).

45) Adoption and Safe Families Act, Pub. L. No. 105-89, 111 Stat. 2115 (1997).

46) 42 U.S.C. §671(a)(15)(E) (2012).

47) 42 U.S.C. §675(5)(E) (2012).

48) 42 U.S.C. §673b(d)(1) (2012).

えられる。

まず、児童の権利条約は、施設による監護を「必要な場合に (if necessary)」行うことができる (20 条 3 項) と規定することから、里親養育など家庭環境における監護に比べ望ましくないとの考えをとっていたといえる⁴⁹⁾。しかし、養子縁組の促進を義務付ける米国提案が、養子を唯一の選択肢とすべきでないとの意見もあり採用されていないことから⁵⁰⁾、国内の代替的監護においてさえ、養子縁組が里親養育等に優先するとは考えられていなかったことがわかる。

これに対し、ハーグ条約は、家庭環境における監護の中でも特に養子縁組の重要性を強調する。これを米国の状況に照らしてみれば、前述のハーグ条約に携わった米国代表 Pfund が、国内養子縁組が不可能ならば国際的養子縁組が代替手段として考えられなければならないと解釈するのも頷ける⁵¹⁾。米国では、同じ家庭環境における監護ではあっても、里親養育と養子縁組とはその性質を全く異にし、「恒久的な家庭」を提供するのは養子縁組でしかない。「恒久的な家庭」(ハーグ条約における「恒久的な家族」に相当する)を提供する養子縁組の促進という理念は、国際的養子縁組の枠組みでようやく実現されたのである。

そして、ハーグ条約以降の取組みにおいては、米国と同様、里親養育の長期化への懸念から、里親養育と区別された養子縁組の重要性がより顕著に示されていくとともに、ハーグ条約の段階では解釈が分かれた国際的養子縁組と里親養育との優劣関係についても、上記米国の認識と同様、国際的養子縁組の優位性が示された。まず、96 年ガイドラインには、里親に関するマイナスの問題意識と養子縁組促進の姿勢が見て取れる。すなわち、里

親養育は「家族が一時的な危機的状況にあるときに、一定の期間、家庭崩壊の防止と子の家庭復帰とを目標に代替的家庭養育を保証」し、養子縁組は「恒久的な代替的家庭養育 (permanent substitute family care) を提供する」⁵²⁾として、里親と養子縁組との役割の違いを明示する。そして、当局は「自分の家族を失った子に対する代替策として、恒久的な代替的家族 (permanent family alternatives) を最優先させる政策を擁護しなければならない」⁵³⁾と規定し、養子縁組促進の方針を明確に打ち出す。一方、里親養育については、「一時的な代替的養育を必要としている場合にのみ」⁵⁴⁾考慮されるとして、委託の長期化を阻止する。また、委託開始後、直ちに当局が「子のための permanency planning に着手しなければならない」⁵⁵⁾として permanency planning の概念も持ち込まれている。さらに、08 年指針においては、ハーグ条約 4 条 b の解釈として、国内の施設における監護だけでなく、米国の「里子のたらい回し」に類似する状況の下における里親養育 “having many temporary foster homes” も、大半の事案では国際的養子縁組に優先されると解すべきではないとしており⁵⁶⁾、国際的養子縁組についても里親養育と比べた優位性が明確に示されている。

3 小括

以上より、子の代替的監護に関する国際条約の理念の変化は、次のようになる。86 年宣言や児童の権利条約は、施設による監護よりも里親養育や養子縁組等の家庭環境における監護が望ましいと捉えており、国際的養子縁組との関係においても、国内の施設による監護が優先するとの考えはとっていなかつ

49) van Loon, *supra* note 25, at 339 n.353.

50) OHCHR, *supra* note 26, at 530, paras. 52-53, U.N. Doc. E/CN.4/1982/90/Add.7.

51) Pfund, *supra* note 24.

52) ICSW et al. eds., *supra* note 20, ch. 1, 1.

53) *Id.* ch. 2, 4.17.

54) *Id.* ch. 1, 3.8.

55) *Id.* ch. 3, 4.13.

56) HCCH, *supra* note 21, para. 53.

た。ハーグ条約は、家庭環境における監護の中でもさらに里親養育と養子縁組を区別し、「子の最善の利益」のためには「恒久的な家族」の提供すなわち養子縁組が望ましいとの考えを、国際的養子縁組について示している。こうした「恒久的な家族」の理念のもと養子縁組を重視するという国際条約の傾向は、96年ガイドラインや08年指針により顕著なものとなった。

たしかに、「子の最善の利益」の観点からいえば、施設よりも家庭環境における監護が重視され、さらに家庭環境における監護の中でも「恒久的な家族」を提供する養子縁組が望ましいのはいうまでもない。しかし、国際的養子縁組についても、国内養子縁組と同様、国内の他の形態の監護よりも優先させるべきなのか。以下では、条約のこうした国際的養子縁組の捉え方及び規制の問題点を検討する。

IV. 国際条約の問題点

1 「恒久的な家族」概念

子にとっての最善の利益は「恒久的な家庭」における養育であることから、出身家庭における養育が不可能な子のために、養子縁組が積極的に推進されなければならない。よって、国内養子縁組が不可能であれば、国際的養子縁組の可能性を探るべきである。一見筋の通ったこの発想は、特に国際的養子縁組の場合、子の代替的監護において考慮すべき要因のうち「恒久的な家庭」のみを基準としている点に問題がある。

子の代替的監護においては、児童の権利条約20条3項に規定するように、養育の「継続性 (continuity)」及び「児童の種族的、宗教的、文化的及び言語的な背景 (child's eth-

nic, religious, cultural and linguistic background)」に十分な考慮を払わなければならない。実際、21条の審議過程において、カナダのオブザーバーは20条の考慮が21条の養子縁組についても妥当すると述べ⁵⁷⁾、ブラジル代表はこれに賛成した上で、「国際的養子縁組は、他のすべての手段が尽きた場合の、子の監護の代替手段としてのみ構想されていると解釈されなければならない」との宣言を行っている⁵⁸⁾。しかし、これらの考慮事由は、ハーグ条約には見当たらない。「恒久的な家族」という考慮要素のみが強調されているのである。また、96年ガイドラインには、養親には「国際的養子縁組の民族・文化・国を超えた側面に対処する能力が必要とされる」⁵⁹⁾、「子は、自分のアイデンティティ、特に出生に関する情報について知る権利を有する」⁶⁰⁾等の規定があるものの、これらは国際的養子縁組がなされることを前提とした上での対処方法に過ぎない。本来、継続性など児童の権利条約20条3項の要素は、当該子に対して国際的養子縁組がなされるべきか否かを検討する段階で考慮されるべきである⁶¹⁾。国際的養子縁組の場合、子は生活する国を強制的に変更させられ、国籍まで変更される。ブラジルの宣言⁶²⁾のように常にこれらの事情を「恒久的な家族」の提供より重視するとまではいなくても、少なくとも一定以上の年齢の子の場合、「恒久的な家族」の提供が国際的養子縁組に基づく不利益を上回るかは疑わしい。

さらに、国際的養子縁組において、「恒久的な家庭」概念は、それ自体、子の最善の利益を無視する危険な概念となりうる。2000年の欧州評議会勧告は、養子の受入国が、裕福な国への養子縁組は子にとって良いことだという偏見をもっている (receiving countries perpetuate misleading notions about chil-

57) OHCHR, *supra* note 26, at 551-52, para. 368, U.N. Doc. E/CN.4/1989/48.

58) *Id.* at 552, para. 369.

59) ICSW et al. eds., *supra* note 20, ch. 2, 3.1.

60) *Id.* ch. 2, 2.11.

61) 2000年の欧州評議会勧告も、近年の国際的養子縁組の傾向が児童の権利条約20条3項に反するものであると指摘する。Eur. Parl. Ass., *International adoption: respecting children's rights*, REC 1443 (2000) para. 3.

62) OHCHR, *supra* note 26, at 552, para. 369, U.N. Doc. E/CN.4/1989/48.

dren's circumstances in their countries of origin and a stubbornly prejudiced belief in the advantages for a foreign child of being adopted and living in a rich country) と指摘する⁶³⁾。そして、勧告の基礎となった報告は、国際的養子縁組が先進国における養子不足や不妊症の解決策となっていることを指摘する⁶⁴⁾。国際的に養子を欲する人が増える一方で養子となりうる子の数が減っており⁶⁵⁾、養子の出身国や人種等により養子縁組費用という名の価格差が存在する現状に鑑みれば⁶⁶⁾、「恒久的な家族」概念は、先進国側の需要に応え、偏見を隠蔽し、「子の最善の利益」を無視した養子縁組を正当化する格好の概念となってしまわないか⁶⁷⁾。

2 国際的養子斡旋に対する規制

かかる懸念を払拭するだけの規制枠組みが、加盟国に拘束力を持つ条約という形で確保されるといえるかも疑わしい。

ハーグ条約において、国際的養子縁組が当該子の最善の利益にかなうことを確保する役目を担うのは、各国の中央当局である⁶⁸⁾。しかし、条約上の中央当局の義務は、公的機関以外の認可団体に委ねることも可能である(22条1項)。この規定は、ほとんどの国際的養子縁組の濫用は仲介者が介入することにより生じていることを理由として特別委員会の段階において反対があったにもかかわらず、条約上の義務の履行方法は各締約国に委ねるべきだという意見を受け、妥協策として

とられた⁶⁹⁾。さらに、認可された団体以外の一定の団体又は個人も、中央当局の権能を一部を除いて行使できる(同条2項及び5項)。この規定についても相当な反対がなされたにもかかわらず、米国等が私的仲介機関による養子縁組を認めていることから、条約の批准国を多くし、子の保護のため統一的な枠組みと手続きの網をかぶせるべく認められた⁷⁰⁾。しかし、かかる私的仲介機関は、非営利であることさえ条約上は要求されていない⁷¹⁾。このことは、合法的な仕組みの下でさえ、例えば養親候補者に人気の高い子には高額な費用を呈示する等の形で、事実上の人身売買類似の状況が生まれかねないことを意味している⁷²⁾。

また、子の養子縁組を出身国内の裁判所で成立させることも、条約上は要求されていない(28条参照)。一旦出身国内における養子縁組が不可能であると判断されれば(4条b)、個々の国際的養子縁組に対して出身国内の公的機関がチェックすることなしに国際的養子斡旋が行われてしまうことを、条約は許容しているのである。

こうしてみると、ハーグ条約は、国際的養子斡旋の規制の枠組みを示してはいるものの、一方で、子の最善の利益を十分確保しないまま合法的な国際的養子縁組を促進する危険をはらむものといえるのではないか。

V. 日本の国際的養子斡旋

では、翻って日本は、子の最善の利益を確

63) *supra* note 61.

64) Eur. Parl. Ass., *Report of the Social, Health and Family Affairs Committee*, 1st Sess., Doc. No. 8592 (1999).

65) マック・マーゴリス「巡り会えない異国の『わが子』」NEWSWEEK 2008年5月28日号44頁、44-46頁(2008)、朝日新聞大阪社会部『海を渡る赤ちゃん』72頁(朝日新聞社、1995)参照。

66) 朝日新聞大阪社会部・前掲注65)75-76頁、デボラ・L・スパー(椎野淳訳)『ベビー・ビジネス——生命を売買する新市場の実態』222-253頁(ランダムハウス講談社、2006)参照。

67) 日本もハーグ条約を批准すべきであるとする見解(前掲注13)参照)は、この点をどう考えているのか。

68) 日本の中央当局にあたる厚生労働省が、そのような役目を果たしているとはいいたい(前掲注10)及びその本文参照)。

69) 鳥居・前掲注36)18頁。

70) 鳥居・前掲注36)25-26頁。

71) 日本では、営利を目的として養子縁組のあっせんを行う行為は、児童福祉法34条1項8号の規定により禁止され、罰則の対象となる(後掲注83))。

72) スパー・前掲注66)222-253頁参照。なお、NHK西日本スペシャル『海を渡る赤ちゃん』(1988年8月6日放映)もこれを暗示する。後者につき、石黒・前掲注17)387-388頁参照。

保すべく国際的養子斡旋について十分な規制を行っているのかといえ、ハーグ条約の規制水準にさえはるかに及ばない⁷³⁾。以下では、まず、日本が、実親による養育が不可能な子の代替的監護について、施設における監護、里親養育、及び養子縁組をどのように位置づけているのかを検討する。次に、国際的養子斡旋について、その規制及び仕組みの問題点を明らかにする。

1 子の代替的監護

日本では、実親による養育が不可能な子の代替的監護は、施設による監護が中心であった⁷⁴⁾。しかし、米国と同様、虐待問題に対処する中で、家庭環境における監護を目指した取組みが行われている。2004年の児童福祉法28条1項に基づく入所措置の有期限化⁷⁵⁾、2011年の民法の親権喪失制度の改正⁷⁶⁾は、いずれも家族の再統合を目指すものである⁷⁷⁾。里親養育についても、2008年に養子縁組目的の養子里親とそうでない養育里親を分けた上で(児童福祉法6条の3)、養育里親の手当を従来の2倍に増やし里親研修を義務化することで、その推進を図っている⁷⁸⁾。一方で、養子縁組については、従来支給されていた養子里親への手当も廃止され、今まで以上に後退することが懸念されている⁷⁹⁾。

以上より、日本は、施設に比べ家庭環境に

おける養育が望ましいという86年宣言や児童の権利条約における理念は共有しているが、それは家族の再統合や里親委託の推進の段階に留まっており、養子縁組を子の代替的監護手段として重視するには至っていないといえる。

国際的養子縁組についても、2012年の厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知は、児童の権利条約21条(b)の「出身国内において里親若しくは養家に託され又は適切な方法で監護を受けることができない場合」に国際的養子縁組の考慮が認められるとする⁸⁰⁾。ハーグ条約以降の、国際的養子縁組を含めた「恒久的な家族」の提供が「子の最善の利益」であるという理念は、共有されていないのである⁸¹⁾。

2 国際的養子斡旋に対する規制

(1) 斡旋事業者に対する規制

現行法において、養子斡旋に関する直接の規定はない。ただし、私人が養子縁組斡旋を行う行為は、社会福祉法2条3項2号に規定する「児童の福祉の増進について相談に応ずる事業」に該当し、第二種社会福祉事業に係る届出を行わなければならない(69条1項)。この解釈は、1987年になって厚生省児童家庭局長通知「養子縁組あっせん事業の指導について」により示された⁸²⁾。また、2006年の厚生労働省雇用均等・児童家庭局家庭福祉

73) 前掲注10)及びその本文参照。

74) 現在でも、児童養護施設による監護が大多数を占める。児童養護施設78.6%、乳児院7.9%、里親等13.5%(平成23年3月末)の割合であり、里親が70%を超える米国を初め欧米主要国に比べると、はるかに里親養育の割合は少ない。厚生労働省「社会的養護の現状について(参考資料)」22-23頁(2013年3月)(http://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/syakaiteki_yougo/dl/yougo_genjou_01.pdf, 2013年7月22日最終閲覧)。

75) 児童福祉法の一部を改正する法律(平成16年法律第153号)。

76) 民法等の一部を改正する法律(平成23年法律第61号)。

77) 前者について中山直子「特別養子縁組の最近の傾向」家族(社会と法)25号63頁, 69頁(2009)、後者について中田裕康「民法改正——児童虐待防止のための親権制度等の改正」法教373号58頁, 62頁(2011)。

78) 児童福祉法等の一部を改正する法律(平成20年法律第85号)、厚生労働省「里親の種類」(http://www.mhlw.go.jp/bunya/kodomo/syakaiteki_yougo/dl/19.pdf, 2013年7月22日最終閲覧)。

79) 岩崎美枝子「わが国における養子制度の実情—養子縁組斡旋の現場からよりよい特別養子法の改正を願って—」家族(社会と法)25号46頁, 52頁(2009)。児童相談所は児童虐待の対応により人手不足が深刻化している(朝日新聞朝刊2011年7月27日, 10面参照)。

80) 平成24年3月29日雇児発0329第11号厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知。

81) それにもかかわらず、なぜハーグ条約を日本も推進すべきであるとの見解(前掲注13))が唱えられるのか。

82) 昭和62年10月31日雇児発第902号厚生省児童家庭局長通知。石黒一憲「人の国際化と人権——国際家族法の立場から」法時60巻12号42頁, 46頁(1988)参照。

課長通知「養子縁組あっせん事業を行う者が養子の養育を希望する者から受け取る金品に係る指導等について」は、養子斡旋に伴う金品の授受が不当に行われないよう確認し、その具体的な基準を示す⁸³⁾。さらに、2012年の厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知『養子縁組あっせん事業の指導について』の一部改正については、届出を行っていない者についても不当な行為に対して経営を制限し停止を命ずることができること(72条3項)を確認し、社会福祉司等相談員の2名以上の配置、及び斡旋成立後の定期的な面接指導など、斡旋事業者としての具体的な指導基準も示している⁸⁴⁾。

しかし、斡旋事業者が届出を行わないこと自体に対する罰則はない⁸⁵⁾。実際、前述の実態調査でも15の団体・私人が届出を行っていなかったという⁸⁶⁾。また、通知により様々な基準を定めても、少なくともそれらを条件として認可制としない限り、斡旋事業者の質は確保されない。

さらに、国際的養子斡旋については国内とは異なる考慮が必要であるにもかかわらず、国際的養子斡旋を対象とした規制は不十分である。例えば、2012年の厚生労働省雇用均

等・児童家庭局長通知は、一連の通知の中で唯一国際的養子縁組に言及し「里親若しくは養家に託され又は適切な方法で監護を受けることができない場合」にのみ国際的養子縁組を検討できるとする⁸⁷⁾。しかし、通知に沿って国内の「里親若しくは養家に託され又は適切な方法で監護を受ける」ことを検討しようにも、斡旋事業者間の情報伝達の制度さえなく、事業者同士の人的関係に基づき養親を探しているのが現状のようである⁸⁸⁾。

(2) 実母の同意

斡旋事業者に対する規制及び仕組みの不足と並び問題となるのが、実母の同意である⁸⁹⁾。

かつて、国際的養子斡旋は、母親の戸籍から子の出産という記録を消滅させる手段として選択されていたが⁹⁰⁾、特別養子縁組制度の創設により戸籍に明白な形で実親子関係が残ることはなくなった⁹¹⁾。では、国際的養子斡旋が依然として存在するのはなぜか⁹²⁾。実態調査によれば、斡旋事業者側が国際的養子斡旋を選ぶ理由として、海外における養親認定制度、アフターケア、及び障害のある子への支援の存在のほか、実親の意向が挙げられる⁹³⁾。実母は、養子縁組の事実を知られ

83) 平成18年8月28日雇児福発第0828001号厚生労働省雇用均等・児童家庭局家庭福祉課長通知、及び平成24年3月29日雇児福発0329第2号厚生労働省雇用均等・児童家庭局家庭福祉課長通知。

84) 前掲注80)。

85) 2008年国会答弁(前掲注10)「第169回国会 参議院決算委員会会議録第5号」25頁[村木厚子発言]でも、「無届けの事業者を見付け次第自治体において届出を促す」としていることから、そもそも届出を強制できないことが窺われる。

86) 湯沢編著・前掲注4)34頁[菊池緑]。

87) 前掲注80)。

88) ケースワーカーの認識を示すものとして、上利久芳「第45回養子と里親を考える会講述録・76 国際養子縁組の実情と課題」新しい家族25号39頁、46-49頁(1994)。

89) 実母の同意については、ここで取り上げる問題のほか、養親候補者への託置後の実母による同意の撤回(岩崎美枝子「特別養子制度の問題点」新しい家族35号36頁、36-37頁(1999))、子の出生後十分な熟慮期間が確保されていないこと(石黒・前掲注17)389頁)が問題として指摘されている。後者について、例えば、ヨーロッパ養子協定5条4項は、原則として出産後6週間経過後にはじめて与えられるとするのに対し、日本には期間についての規制がなされていない。実際に実母の同意が早期に取られている理由として、子の養育費等金銭的負担から養子縁組の手続が早期に行われるという民間斡旋事業者特有の事情が挙げられている(養子と里親を考える会編『養子と里親—日本・外国の未成年養子制度と斡旋問題—』36-37頁[鈴木博人](日本加除出版株式会社、2001))。

90) 朝日新聞大阪社会部・前掲注65)25-27頁参照。

91) 中山善之助=山嶋正男編『新版注釈民法(24)親族(4)』631頁[大森政輔](有斐閣、1994)。米倉明「8 特別養子における戸籍上の特別措置の必要性について」『特別養子制度の研究(民法研究第4巻)』129頁、144-146頁(新青出版、1998)[初出1986]も参照。

92) 縁組成立へのスピードと成立件数とを誇りとする斡旋事業者にとり、手続が慎重な特別養子縁組は何ら魅力がないとの指摘もある(石黒・前掲注82)47頁)。

ることへの恐れ、親子の縁を絶ちたいという強い希望等から国際的養子斡旋を選択するという⁹⁴⁾。実母の利益を子の利益に優先させるといふ状況は、変わっていない。

この点、たしかに特別養子縁組の場合、実親の本籍・現住所が明記された審判書が養親に送付されてしまうという問題が指摘されており⁹⁵⁾、実親のプライバシーに対し更なる配慮が求められる。また、斡旋事業者が実親の意向を受けて国際的養子斡旋という道を作り出していること自体にも問題があるだろう。しかし、より根本的には、実親が子の養親を選択できるという民法の仕組みに問題があるのではないか。

民法は特別養子縁組の成立に父母の同意を要求するが(817条の6)、父母が子の最善の利益にならない養子縁組にのみ同意する場合であっても、それを規制する手段はほとんどない。「その他養子となる者の利益を著しく害する事由」(同条但書)がある場合は同意を要しないものの、これは子の健全な生育の著しい妨げとなる事由と解されており⁹⁶⁾、斡旋事業者が子の最善の利益となるような養親との特別養子縁組を進めることは難しいと思われる⁹⁷⁾。特別養子縁組を成立させる家庭裁判所も既に親子関係を形成している当事者間の組み合わせについての調査しか行わないため⁹⁸⁾、裁判所による子の最善の利益の確保も期待できない。もっとも、国際的養子斡旋の場合、日本の裁判所を通すことは求め

られないため、その最低限のチェックすら行われない。

親族関係の終了という強力な効果をもたらす特別養子縁組に、最も利害関係の深い父母の同意を要求するのは当然である。しかし、どの養親を選択するかにあたっては、出産事実の秘匿の優先、子を欲する養親との金銭の授受の可能性⁹⁹⁾等、子と実親との利害関係は対立しやすい。そもそも、子との親族関係が切れてしまう実親に、当該子の最善の利益となるような特別養子縁組の選択を期待するのは妥当なのか、疑問である。斡旋機関が子の最善の利益にかなう養親を選択する仕組みが必要なのではないだろうか¹⁰⁰⁾。

(3) 児童相談所の関与

さらに、公的機関である児童相談所の養子斡旋に対する関与も不十分である。

特別養子制度創設時、「養子制度の改革に関する中間試案」(1985年公表)は児童相談所による縁組斡旋手続の前置を定めていたが、結局、法制上及び運用上の困難があると考えられ見送られている¹⁰¹⁾。そもそも、養子斡旋が児童相談所の業務であることを明示する規定はない(児童福祉法12条2項参照)。2002年の厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知「養子制度等の運用について」には、児童相談所の役割として、「児童相談所長は、要保護児童対策の一環として、保護に欠ける児童が適当な養親を見出し、適正な養子縁組を結ぶよう努めること」との記載があ

93) 湯沢編著・前掲注4)61頁〔菊池緑〕。

94) 湯沢編著・前掲注4)80頁〔菊池緑〕。

95) 養子と里親を考える会編・前掲注89)76頁〔岩崎美枝子〕。

96) 中川＝山島編・前掲注91)618頁〔大森政輔〕。

97) 湯沢編著・前掲注4)80頁〔菊池緑〕参照。

98) 小澤久美子「特別養子縁組事件における家庭裁判所調査官の調査について」家族(社会と法)25号73頁, 80頁(2009)。

99) 福岡高決平成3年12月27日家月45巻6号62頁参照。

100) 湯沢編著・前掲注4)80頁〔菊池緑〕参照。なお、ハーグ条約は、出身国の権限ある当局により国際的養子縁組が子の最善の利益に合致するとの決定がなされたことを国際的養子縁組の条件とすることから(4条b)、実親が国際的養子縁組にのみ同意する場合であっても、国際的養子縁組が当該子の最善の利益にならないと判断されれば実施されることはない。

101) 石黒一憲「国際養子縁組の現状と問題点——わが養子法改正への流れの中で」ひろば39巻11号4頁, 9頁(1986)、同・前掲注82)46頁、細川清『改正養子法の解説』71頁(法曹会, 1993)。また、最近検討された民法改正委員会(任意の団体)による改正案においても、養子縁組斡旋法の必要性は認識されながらも、斡旋前置主義はとられていない(床谷文雄「養子法」ジュリ1384号41頁, 57頁(2009)[中田裕康編『家族法改正——婚姻・親子関係を中心に』85頁(有斐閣, 2010)所収])。

る¹⁰²⁾。しかし、その具体的内容は、あくまでも「相談を受けた」場合の調査、認定、及び指導等にとどまり、児童相談所間の情報交換、斡旋後のアフターケア等も整備されていないため、国内養子斡旋の斡旋機関としてさえ十分な役割を果たしているとはいえない。

VI. おわりに

本稿では、まず、一連の国際条約が、子の代替的監護として施設による監護より家庭環境による監護を志向すること、ハーグ条約以降は、家庭環境による監護の中でも特に「子の最善の利益」の観点から「恒久的な家族」を提供する養子縁組が重視されること、かかる理念は国際的養子縁組にまで妥当することを示し、その問題点をハーグ条約における規制を含めて明らかにした。次に、日本は家庭環境による監護を重視するという児童の権利条約における理念を共有するに留まる一方で、国際的養子斡旋の規制については、国際的養子縁組に偏重したハーグ国際養子条約の規制水準にすら届かず不十分であることを示した。

日本がハーグ条約を批准すべきかと問われれば、私は、現在の日本の状況では批准すべきではないと考える。国内における養親を探す仕組みすら整っておらず、国際的養子斡旋に対する独自の規制もない現状のまま、ハーグ条約の要求する規制手段のみ形式的に整え批准したとしても、「子の最善の利益」にならない「合法」の国際的養子斡旋が促進されるだけである。まずは国内法による規制を整備することで、国際的養子斡旋が事実上野放しとなっている現状を変えていかなければならない。

一方で、ハーグ条約等が示す「子の最善の利益」のためには「恒久的な家族」を与える養子縁組が促進されるべきであるという理念

自体は、少なくとも国内養子縁組に限っては尊重されるべきである¹⁰³⁾。日本は、施設偏重からようやく家庭環境における監護を重視し始めたところではあるが、さらに一歩進み、養子縁組の重要性に目を向けるべきであると考えます。

(よしだ・さくや)

102) 平成14年9月5日雇児発0905004号厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知。昭和62年10月31日厚生省発児第138号厚生事務次官通知にも同様の記述がある。

103) ただし、国際的養子縁組に比べれば国内の養子縁組が「子の最善の利益」になることが多いとはいえ(IV 1参照)、国内の養子縁組であっても、児童の権利条約20条3項が規定する養育の継続性等を考慮した上で、養子縁組が当該子の「最善の利益」になるか否かを判断しなければならないと考える。

論説

An interim report on Savigny's methodology and his founding of a modern historical jurisprudence

Associate Professor, University of Tokyo

Hisashi HARATA

- I. Introduction: Our focus and Savigny's main concern in legal methodology
- II. Jurisprudence as science to interpret the Roman law sources
- III. Classical Roman jurists as model for modern jurists
 - 1 Exclusion of arbitrariness from application of law
 - 2 Classical jurists' function of legal creation and its political quality
- IV. Theory on sources of law — creation of law by legal scholars
 - 1 Political quality of legal scholarship
 - 2 Divide between interpretation and creation of law
- V. Characteristics of the system of positive law and the mechanism of its procurement
- VI. Combination of legal practice and history
 - 1 History of Roman law as part of contemporary history
 - 2 Law and history
- VII. Savigny's implicit political strategy
- VIII. Further questions
 - 1 Savigny's historiography
 - 2 Social foundation of legal scholarship: A meeting point of historical jurisprudence and universal private international law

Introduction: Our focus and I . Savigny's main concern in legal methodology

The current legal framework is considered to need some reform in today's global society, mainly due to changes of social structure or, more specifically, due to a certain fragmentation of legal systems. Here we are asking what role legal scholars could play and with what methods¹⁾. For our current reflection, the ideas proposed in the first half of the nineteenth century by the German scholar, Friedrich Carl von Savigny, are undoubtedly still an important paradigm and they have been as a whole waiting for our historical assessment.

As is commonly known, Savigny proposed a wide-ranging legal theory which was constructed on the basis of the social structure of his time. In his later work *System des heutigen Römischen Rechts* [System], the law-making function is emancipated from the monopoly of the State's legislative power and is directly based on the people, and not only the State's legislative power but also legal scholars are recognized as a people's organ for making law. In the case of a society where the legal system as a whole was once received from outside, the strict acknowledgment of this originally nonnative law is required for legal scholars to accomplish in a certain strict manner of interpretation. Besides this work, legal scholars, representing the people, are charged with legal creation or innovation, reflecting the requirements of their society. All these aspects of Savigny's theory are derived from his constant concern to exclude arbitrariness and contingency from legal practice, and this main concern is

strongly connected to his vision to establish the private individual person's liberty in social life through the private law. Private law, according to Savigny, should have a systematic structure and be based on very peculiar principles as to social organization²⁾. Besides, he demonstrates a particular idea of private international law in the last volume of his *System*, through which not only the pluralistic structure of global society composed of several independent legal orders but also each individual's liberty could be well established at the same time.

The points which draw our attention in Savigny's ideas are that legal scholars are expected to play not only a role of stable legal interpretation and legal innovation within a State but also another role of realizing the universal private international law, and that, in addition to these practical tasks, they should combine their legal practice with historical research into the law. This last aspect of Savigny's thought is regarded as the foundation of historical jurisprudence in the modern era.

Our main question here is how these several aspects are connected with each other in Savigny's thought, especially what relation his proposal of historical jurisprudence has with other aspects, e.g. his theory on sources of law and his methodology of jurisprudence. In other words, our study here is going to focus mainly on the reason why Savigny proposes historical jurisprudence. For a comprehensive assessment of his historical jurisprudence, we need to take into consideration his historiographical works on some concrete subjects to make clear some characteristics of his historiography. These researches, however, exceed the limit of this short interim report due to the limited num-

1) Cf. W. TWINING, GLOBALISATION AND LEGAL THEORY (2000), and W. TWINING, GENERAL JURISPRUDENCE (2009).

2) Regarding some socio-anthropological characteristics of Savigny's *System*, H. Harata, An Interim Report on Savigny's *System* of the Modern Roman Law (unpublished manuscript, on file with the author).

ber of Savigny's works that can be treated here as primary sources³⁾⁴⁾.

The sources taken into consideration in this article range from the beginning to the middle of the nineteenth century. It is not easy to clarify what concerns and problems Savigny addressed in each period during that half century and how and why these changed. However, if we could say he always held some particular concern, it would be the problem of how to exclude arbitrariness from legal practice as much as possible⁵⁾.

This main problem relates to Savigny's fundamental concern with establishing a legal framework for protecting the private individual person's liberty in a society⁶⁾. For this, Savigny says, a civil procedure as one form of public decision-making process in a State is indispensable⁷⁾. Therefore the exclusion of arbitrariness from such a public decision-making process as civil procedure is an im-

portant problem⁸⁾ for him.

Some kinds of arbitrariness, of course, are recognizable in several situations in a society, e.g. an individual's assertion, the State's intervention in a procedure, arbitrary workings by jurists and so on⁹⁾. At least in his *Methodologie 1802/1803*, Savigny's concern seems to have focused on excluding arbitrariness from the interpretation of law as objective existence¹⁰⁾¹¹⁾.

Jurisprudence as science to II . interpret the Roman law sources

According to Savigny's idea, we perceive the law as having an objective existence through our interpretation of sources¹²⁾. For this interpretative operation, a certain strict scientific method is necessary¹³⁾. He calls this legal science (*Rechtswissenschaft*).

3) Savigny's works mainly referred to in this article [and brief citations of them] are the following. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) [*Beruf*]; *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815) [*Zweck der Zeitschrift*], in *Vermischte Schriften*, vol. 1, ch. VI (1850); *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* [G.R.R.M.], vol. 1 (2d ed. 1834), vol. 4 (2d ed. 1850); *System des heutigen Römischen Rechts* [*System*], vol. 1 (1840), vol. 8 (1848). Savigny's manuscripts, published in *Friedrich Carl von Savigny: Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842* (Aldo Mazzacane ed., 2d ed. 2004), are the following, including Grimm's notes: Entwurf 1801 [Entwurf 1801]; Plan zu einem Cursus des Civilrechts (1802) [Plan 1802]; Methodologie Winter 1802 [Methodologie 1802/1803]; Grimm's note on this lecture [Grimm 1802/1803]; Einleitung zu den Institutionen 1803/1804 [Inst. 1803/1804]; Grimm's note on this lecture [Grimm 1803/1804]; Methodik (1803/1804) [Methodik 1803/1804]; Einleitung zu den Institutionen 1808/1809 [Inst. 1808/1809]; Methodologie Zweyter Versuch. Sommer 1809 (als Einleitung der Pandekten) [Methodologie 1809]; Einleitung zum Pfandrecht 1810 [Pfandrecht 1810]; Nachträge zum zweyten Versuch der Methodologie 1811 bis 1842 [Pandekten 1811, 1812, 1813/1814, 1816/1817, 1817/1818, 1818-1820, 1821-1824, 1824/1825, 1825/1826, 1828-1833, 1827-1842].

4) Due to limited space in this article, individual references to many previous studies on Savigny's thought have had to be omitted, instead of indicating relevant passages and parts of sources. Therefore this article considers itself as still remaining in "absolute[m] Zustand der Wissenschaft" (Methodologie 1809 [37v] p. 215).

5) Grimm 1802/1803 [5], [6] pp. 139-40. Methodologie 1809 [44v] pp. 222-23. Pfandrecht 1810 [62r]-[62v] pp. 247-48. Pandekten 1813/1814 [71r] p. 263. Pandekten 1821-1824 [81r] p. 272. *System*, vol. 1, pp. 91-92, 212-13.

6) *System*, vol. 1, pp. 52-55, 331-32. Grimm 1802/1803 [4] p. 139. Cf. Grimm 1802/1803 [6] pp. 140-41.

7) *System*, vol. 1, pp. 23-26. Cf. Grimm 1802/1803 [5] p. 139.

8) Methodologie 1802/1803 [2v] pp. 91-92 (Grimm 1802/1803 [4]-[6] pp. 139-40).

9) Grimm 1802/1803 [5], [6] pp. 139-40. Cf. *System*, vol. 1, p. 206.

10) Grimm 1802/1803 [5] p. 140. Cf. *System*, vol. 1, pp. 206-07.

11) This concern arose against the backdrop of the contemporary situation of legal interpretation or more generally legal practice. Methodologie 1802/1803 [3r] p.92 (Grimm 1802/1803 [6] pp. 140-41), [5v] p. 94. Cf. Methodik 1803/1804 [183v] p. 205; *Beruf*, p. 48; *System*, vol. 1, pp. 201, 318-26.

12) Methodologie 1802/1803 [4v] p. 93 (Grimm 1802/1803 [10] p. 143).

13) Methodologie 1802/1803 [2r] p. 91 (Grimm 1802/1803 [1] p. 137). Cf. Grimm 1802/1803 [5] p. 140; Methodik 1803/1804 [184v] p. 208; Inst. 1808/1809 [157r] p. 209; *System*, vol. 1, pp. 206, 207, 227.

Judging from what we observe in his writings, Savigny's initial concern, in terms of excluding the arbitrariness from legal practice, seems more limited than in his later discourse. It is very likely limited to the problem of how to recognize the law from the Roman law sources in a non-arbitrary way. Since these sources are initially presupposed as objects to interpret, his problem might be to deduce a legal system directly from them¹⁴⁾¹⁵⁾¹⁶⁾. At least, in the initial period, he does not explicitly refer to any historical distance between a legal system deduced from Roman law sources and that of our contemporary positive law.

For this strict understanding of Roman law sources, Savigny, in his *Methodologie* 1802/03, indicates two characteristics to be realized in legal science. One is historical and the other is philosophical¹⁷⁾. These two are distinct but interconnected as inevitable elements for understanding the law as ob-

ject¹⁸⁾. An interpretation of an individual rule in sources, realized by such a collaboration of these two elements, is regarded as the reconstruction of the true thought of the rule¹⁹⁾.

As already discussed in his *Methodologie* 1802/1803, the so called *interpretatio ex legis ratione*, viz. a deduction from an assumed reason of a rule, is excluded from the interpretation by Savigny²⁰⁾²¹⁾. Since the interpretation in a strict sense should be a reconstruction of the true thought already contained in a rule, Savigny refused any deduction, extensively or restrictively, from a hypothetically assumed reason outside of the rule itself. This kind of deduction is somehow based on arbitrary supposition, not on any objective existence²²⁾.

The history and the system play very important roles for reconstructing the true thought contained in legal sources. As any rule is a product of a certain historical mo-

14) But it is not clear how Savigny initially assessed the idea he himself criticized later (*Beruf*, p. 115), according to which a natural law could and should be deduced from Roman law sources. For more comprehensive assessment of Savigny's idea including legal sources other than Roman law, it is necessary to take into consideration his other works and manuscripts. E.g. *F. C. von Savigny, Landrechtsvorlesungen 1824* (Ch. Wollschläger ed., 1994).

15) *Methodik* 1803/1804 [182v] p. 203. In his *Methodologie* 1802/1803, the task of jurists seems to be limited to understanding the objectively existing law. *Methodologie* 1802/1803 [4v] p. 93, [14v] p. 107. Cf. *Methodologie* 1809 [48r] p. 226. But, as to the analogy accepted as part of their workings, see also *infra* note 84.

According to Grimm 1802/1803 [6] p. 140, Savigny thought at that time that judges could and should only apply the rules concretely described by legal scholars. *But cf. infra* note 88.

16) The Roman law sources as positive law are regarded as fixed principally in the *Corpus Iuris Civilis* as Justinian's legislation, although there are some historical changes and stratifications within the Roman law sources. *System*, vol. 1, pp. 1-2, 12-13, 66-67. As to conflicts and incoherences among rules included in the *Corpus Iuris Civilis* and their treatment, see *System*, vol. 1, pp. 268-73, 276-83.

17) *Methodologie* 1802/1803 [2v]-[3r] pp. 91-92. *Inst.* 1803/1804 [102r]-[102v] p. 198. These two elements are also expressed as the dichotomy between "exegetisch" and "systematisch". *Entwurf* 1801 [88] p. 87. *Plan* 1802 [457] p. 88. Cf. *Pandekten* 1827-1842 [96r] p. 287; *System*, vol. 1, pp. 213-16.

18) *Methodologie* 1802/1803 [3v] p. 92 (Grimm 1802/1803 [7], [8] pp. 141-42), [5r] p. 94 (Grimm 1802/1803 [10], [11] p. 144), [7r], [7v] p. 96 (Grimm 1802/1803 [17] p. 150). *Inst.* 1803/1804 [102v] p. 198. *Methodologie* 1809 [39v] p. 217, [46r] p. 224. *System*, vol. 1, p. 214. Cf. Grimm 1802/1803 [12] p. 145.

19) *Methodologie* 1802/1803 [4v] p. 93 (Grimm 1802/1803 [10] p. 143), [5v]-[6r] pp. 94-95. Cf. *Methodologie* 1809 [39r] p. 217; *Pandekten* 1811 [174r] p. 251; *System*, vol. 1, p. 213.

20) In Savigny's *System*, the usage of reason (*Grund*) of a rule is recognized in a limited and cautious way. *System*, vol. 1, pp. 220-21, 224-25, 228, 233-40.

21) In Savigny's *System*, it is permitted as part of interpretation to modify and correct the text of a rule expressed in a legal source with its reconstructed true thought. *System*, vol. 1, pp. 222, 230-40. In this interpretative operation, the problem is how to find the true thought possibly different from the text of a rule in a non-arbitrary way.

22) *Methodologie* 1802/1803 [14r] p. 107 (Grimm 1802/1803 [34], [35] pp. 163-64). *System*, vol. 1, p. 321. Cf. Grimm 1802/1803 [9] p. 143; *Methodologie* 1809 [44v] p. 223; *System*, vol. 1, pp. 217-18, 324.

ment, it is necessary to consider each rule's historical context²³). Besides, since all rules are regarded as part of an existing unitary entity that is the legal system, it is necessary to place each rule in its appropriate position within the system²⁴). Then, a system as a whole, with some diachronic changes and developments, needs to be understood with historical stratifications²⁵).

For Savigny's methodology with these several aspects, the system has always held an important and central position²⁶). The system has always been considered to have an organic unitary character²⁷), different from such other kinds of entity as compilations of rules²⁸). Theoretically speaking, Savigny thinks, it is free to choose with which concepts and structure to construct a system²⁹). The form of a unitary system is based on philosophy³⁰). However, he declines at the same time to construct any system by purely philosophical speculation alone, because this kind of construction is arbitrary and lacks legal reality³¹). Avoiding this arbitrariness in constructing a legal system, Savigny sets the written texts of Roman law sources as real basis. From these objective texts, which reflect some legal reality in a certain historical

context, Savigny claims to deduce basic concepts and principles and to construct a legal system with them. And a study of etymology is thought useful³²) for a comprehensive perception of the *Corpus Iuris Civilis* with internal historical stratifications.

When Savigny says that history is a new idea of science³³), we can understand it as in opposition to the general tendency to treat and interpret the Roman law sources in an ahistorical way³⁴). What attracts our attention, however, is the fact that the historical aspect still remains within the Roman law sources in Savigny's *Methodologie* 1802/1803³⁵), and that the history of Roman law is incorporated into legal methodology due to its usefulness for understanding the *Corpus Iuris Civilis* as valid positive law³⁶). The historical relationship between the past and the present time, which comes clearly to the fore later, is still not emphasized. The historicity incorporated in the methodology at the time of writing *Methodologie* 1802/1803 has an antiquarian sense focused on the etymology³⁷) within Roman law.

23) *Methodologie* 1802/1803 [5r] p. 94, [7v] pp. 96-97, [10r] p. 101 (Grimm 1802/1803 [8] p. 142). As to relationship between the history of legal system and that of state and people, *Methodologie* 1802/1803 [4r] p. 93, [10r] p. 100.

24) Plan 1802 [457] p. 88. *Methodologie* 1802/1803 [6v]-[7v] pp. 95-97 (Grimm 1802/1803 [17] p. 150, [20] pp. 151-52).

25) *Cf. System*, vol. 1, pp. 215, 231, 264, 274-83; *Methodologie* 1809 [47r] p. 225, [50r] p. 227.

26) Entwurf 1801 [88] p. 87. Plan 1802 [458] p. 89. *Methodologie* 1802/1803 [3r] p. 92.

27) "eines organischen Ganzen" in *Methodologie* 1802/1803 [6r] p. 95. *Cf. Grimm* 1802/1803 [13] p. 145.

28) Plan 1802 [458] p. 89. *Methodologie* 1802/1803 [12r] p. 104. *See infra* note 101.

29) *Methodologie* 1802/1803 [12v] p. 105.

30) *Methodologie* 1802/1803 [17r] p. 113 (Grimm 1802/1803 [44] p. 171). *Cf. Methodologie* 1802/1803 [12v] pp.104-05 (Grimm 1802/1803 [31] p. 161).

31) *Methodologie* 1802/1803 [12r] p. 104, [12v] p. 105 (Grimm 1802/1803 [32] p. 161). *Methodik* 1803/1804 [182v] p. 203, [183r] p. 205. *Cf. Beruf*, p. 30.

32) Plan 1802 [457] p. 88. *Methodologie* 1802/1803 [13v] p. 106 (Grimm 1802/1803 [33] p. 162). *Cf. Methodologie* 1802/1803 [4r] p. 93.

33) *Methodologie* 1802/1803 [4r] p. 93.

34) *Methodik* 1803/1804 [184v] p. 207. *Cf. System*, vol. 1, pp. 92-94.

35) Grimm 1803/1804 [3] p. 200.

36) Plan 1802 [457] p. 88.

37) Plan 1802 [460] p. 89. *See supra* note 32; Grimm 1803/1804 [3] p. 200.

III. Classical Roman jurists as model for modern jurists

1 Exclusion of arbitrariness from application of law

The strict and scientific manner of interpretation of rules proposed by Savigny is expected to work in practice, combined with a stable and non-arbitrary manner to apply these perceived rules³⁸. This combination between scientific interpretation of rules and their stable application is not made clear nor sufficiently developed in his *Methodologie* 1802/1803. Instead, in his discourse after 1810, e.g. in his *Beruf* (1814), the activity of jurists in the classical era of Roman law is more explicitly introduced as model for modern jurists³⁹. The core of their work is composed of an organic system, on the one hand, and their geometric⁴⁰ or geographical⁴¹ sense of deduction from this system on the other.

Though Savigny also insists on the importance of clarifying common features among different concepts or rules and at the same time their distinctions, he does not appreciate or rather is opposed to a definition from which a mechanical and formal application is expected to be deduced⁴². Besides, though

he does not deny the importance of making a systematic order among concepts and rules, this is supposed not as just a way of memorization but of recognizing organic relations among them⁴³.

When resolving a legal case in practice, Savigny calls on jurists to start from careful observation of the legal problem in a concrete case to find its morphological form and its structural position in an organic whole of legal relations corresponding to a whole structure of legal institutions or an organic system⁴⁴. Then, once a concrete legal issue is exactly placed in a certain legal relation corresponding to an individual legal institution, the rules contained in the latter are supposed to be stably applied. In this manner, Savigny intends to realize a kind of certainty, like that realized in geometry, avoiding arbitrary application in legal practice⁴⁵.

In fact, Savigny finds this kind of scientific or geometrical certainty in the method of classical Roman jurists. In his writings after the 1810s, he insists on this kind of stability or scientificity due to an organic system and the geometrical sense of classical Roman jurists, as opposed to a mechanical and formal application of rules. That method seems to be appropriate for Savigny's concern with the exclusion of arbitrariness from practice⁴⁶.

According to Savigny's view in his later

38) *System*, vol. 1, pp. 48, 206.

39) *Beruf*, pp. 35, 118. See also Pfandrecht 1810 [62v] p. 248; Pandekten 1812 [68v] p. 260. Pandekten 1821-1824 [79v], [80r] pp. 271-72, [82r] p. 273; Pandekten 1827-1842 [95v] p. 286. Cf. Pandekten 1811 [175r] p. 251; *System*, vol. 1, p. 11 n.(b).

40) *Beruf*, p. 22. Pfandrecht 1810 [62v] p. 247.

41) Pandekten 1821-1824 [81r] p. 272.

42) Cf. *Methodologie* 1802/1803 [13v] p. 106; *Beruf*, pp. 29-30; *Methodologie* 1809 [46v]-[47v] pp. 224-25; Pandekten 1811 [175r] p. 251.

43) *Methodologie* 1802/1803 [13v] p. 106 (Grimm 1802/1803 [31]-[34] pp. 161-63). Grimm 1802/1803 [7] p. 141. *Methodologie* 1890 [47v] pp. 225-26.

44) *Beruf*, p. 30.

45) *Beruf*, pp. 29, 127-28. In *System*, he develops further explanation on this geometrical sense with the concepts of legal relation and legal institution. *System*, vol. 1, pp. 6-11. These two concepts are supposed to have an organic characteristic like a system as a whole. *System*, vol. 1, p. 262. The concept of legal institute (*Rechtsinstitute*) appears in Pandekten 1827-1842 [93r] p. 283 and [94v] p. 285.

46) Grimm 1802/1803 [7] p. 141, [12], [13] p. 145. *Methodik* 1803/1804 [184v] p. 207. See also *infra* note 103.

works, the first experience of private law in a society was in ancient Rome⁴⁷⁾, not in the classical but in the republican era⁴⁸⁾. The reason Savigny appreciates classical Roman jurists is that they related their thought densely within written texts⁴⁹⁾⁵⁰⁾. But this does not necessarily mean their superiority to their previous jurists in the republican era in terms of abilities⁵¹⁾. What is most important for Savigny is that classical Roman jurists received and kept the tradition of private law and the legal sense from the Roman republic⁵²⁾ despite of the political fall. The non-arbitrary and stable method based on their republican sense seems for him to be attractive and decisively important for the contemporary situation in Germany⁵³⁾.

2 Classical jurists' function of legal creation and its political quality

However, the wide-ranging, stable workings among classical jurists are not limited to the interpretation of rules and their application to cases. Savigny insists on the fact that they were charged not only with the perception of law derived from the past age but also with legal innovation and development in a

creative manner on the basis of perceived law⁵⁴⁾. We can find that, as Savigny considers classical jurists as model for contemporaries, the problem of legal creation or sources of law has already come into his view, alongside the problem of the non-arbitrary manner of interpretation and application.

As a matter of fact, around the 1810s, Savigny begins to emphasize the role of classical jurists and its political character⁵⁵⁾. After the decline of the Roman republic as the foundation of private law, and with the tension against the emperors' political power, jurists managed to keep private law as autonomous as possible with their republican sense, and also changed the positive legal system, taking into consideration contemporary social requirements and keeping a structural connection with the existing law, not in any drastic way like codification or arbitrary legislation⁵⁶⁾. This creative aspect of their activity became more and more explicit and important as a source of law for Savigny around 1810. Here we might be able to find an extension of the range of Savigny's view⁵⁷⁾.

47) Inst. 1808/1809 [160v] p. 211.

48) *Beruf*, p. 31. Cf. *Beruf*, p. 13; *System*, vol. 1, pp. 83-84.

49) As to the characteristics of usage of legal concepts among classical Roman jurists, *Methodologie* 1802/1803 [7r] p. 96 (Grimm 1802/1803 [15] p. 147). *Beruf*, pp. 29-30.

50) As Savigny says, the legal texts left by classical Roman jurists were compiled as a gross anthology of *Digesta* as part of the *Corpus Iuris Civilis*. It is possible for us to reconstruct the concrete thought and the common way of thinking among them. Grimm 1803/1804 [5] p. 201.

Savigny says that the *Corpus Iuris Civilis* is important for us because this compilation conveys to us their thoughts as a whole in a certain kind of systematic form. *Methodologie* 1802/1803 [7r] p. 96. Grimm 1803/1804 [5] p. 201. *Beruf*, pp. 28, 35. *System*, vol. 1, pp. 201, 208 n. (a).

He adds, however, the Roman private law had already decayed before its compilation. Inst. 1808/1809 [160v] p. 211. *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. 25-26. Cf. *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. 36-37; *Beruf*, p. 28; *System*, vol. 1, pp. 77, 299-304.

51) *Beruf*, p. 33.

52) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 25. *Beruf*, p. 32.

53) Cf. *Beruf*, p. 29; *System*, vol. 1, p. 92.

54) *Beruf*, pp. 32-33. *System*, vol. 1, pp. 84, 294-95, 297.

55) "politische Sinn" in *Beruf*, p. 31.

56) *System*, vol. 1, pp. 92, 295.

57) Due to this change or extension of his concern, the plan of his work on the history of Roman law in the medieval era was changed. See *infra* note 118.

Theory on sources of law — IV. creation of law by legal scholars

The problem of sources of law is genuinely treated in Savigny's *Beruf*, published in 1814, then in the first volume of *System* (1840) he shows his further developed thought on the matter⁵⁸). The first decade of the nineteenth century was the very period when Savigny seriously faced this problem, seeing the promulgation of the General National Law for the Prussian States in 1794, the French Civil Code in 1804, and the Austrian General Civil Code in 1811⁵⁹), needless to say involved in a controversy over the codification of German general civil law⁶⁰). It might be no more self-evident for him to consider Roman law *a priori* as positive law nor to suppose it as absolutely an object for interpretation⁶¹)⁶²). It is not strange that from this moment he begins to think of a legal system of positive law, not simply as an object to interpret but as always having the quality of somehow being an intellectual product. In this context, within the

workings of classical Roman jurists, the aspect of their legal creation has no less significance than their interpretation of law. Thence, Savigny explicitly recognized a creative task of contemporary scholars as well and made an attempt to oppose codification or more generally legislation by a State changing an existing legal situation in an arbitrary and drastic manner⁶³).

This recognition of the creative task of legal scholars is shown in Savigny's discourses on sources of law from about 1810⁶⁴). According to his idea, a positive law originally arises and develops directly in the common sense among a people (*Volk*)⁶⁵). Once this people reaches a certain stage of culture⁶⁶), it is no longer the people as a whole but a distinct group of legal scholars, representing the people, who become charged with the task to innovate and develop the existing law⁶⁷). Since Savigny is cautious about the arbitrary intervention⁶⁸) of a State through legislation on private law⁶⁹)⁷⁰), he insists on founding the private law not on the sovereign legislative power⁷¹) but directly on the people⁷²).

58) See also Inst. 1808/1809 [159r]-[160r] p. 210; Pandekten 1811 [173r] p. 250; Pandekten 1812 [65r]-[65v] p. 257; Pandekten 1813/1814 [71v] pp.263-64. Cf. Methodik 1803/1804 [183r] p. 204.

59) *Beruf*, pp. 6, 54-58.

60) *Beruf*, p. 4. See also *Beruf* (2d ed. 1828) Vorrede.

61) Cf. *Beruf*, pp. 27, 111. In later manuscripts, indicating an opposition between his idea to construct a system and the previous scholars' tendency to apply individual rules of Roman law sources directly, Savigny finds a significance of the study of Roman law in its usefulness for finding a stable practical method rather than the content of the rules of Roman law sources. Pfandrecht 1810 [62r], [62v] p.247. Pandekten 1813/1814 [72r] pp. 264-65. Pandekten 1818-1820 [78r] p. 270. Pandekten 1821-1824 [81v] p. 273. Cf. Pandekten 1824/1825 [84r]-[85r] p. 276. See also *infra* note 130.

62) Inst. 1808/1809 [157r] p. 209, [161v]-[163r] pp. 211-12. *Beruf*, pp. 37, 119. *System*, vol. 1, p. 4.

63) Cf. *Beruf*, pp. 12, 13, 17; Pandekten 1812 [65v] p. 257; Pandekten 1813/1814 [71v] pp. 263-64.

64) Inst. 1808/1809 [159r]-[160r] p. 210. *G.R.R.M.*, vol. 1, p. XII.

65) *Beruf*, pp. 8-9. *System*, vol. 1, p. 14. "Nation" is used in place of "Volk" in Pandekten 1827-1842 [93v] pp. 283-84 and *System*, vol. 1, p. 10.

66) *System*, vol. 1, pp. 45, 50. *Beruf*, p. 12. See *infra* note 167.

67) Inst. 1808/1809 [160r] p. 210. *System*, vol. 1, pp. 45, 46. See also *Beruf*, pp. 12, 13-14. But cf. Methodologie 1809 [48r] p. 226; Methodologie 1802/1803 [14v] p. 107.

68) *Beruf*, pp. 8, 18, 24. Cf. *System*, vol. 1, pp. 14, 17.

69) Inst. 1808/1809 [163v]-[164r] pp. 212-13. Pandekten 1812 [66r] p. 258. Pandekten 1813/1814 [71r] p. 263. Pandekten 1821-1824 [80v] p. 272. *Beruf*, p. 16.

70) As to Savigny's negative and cautious assessment of legislation in ancient Rome, *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. 21-37. *Beruf*, pp. 16, 33-34.

71) *Beruf*, p. 6.

72) In *System*, Savigny demonstrates a more moderate view of legislation, considering both it and legal scholars as

1 Political quality of legal scholarship

As the double role of classical Roman jurists was to make the legal practice of interpretation and application non-arbitrary and stable⁷³⁾ and to innovate and develop an existing legal system according to contemporary social requirements, Savigny hopes contemporary legal scholars will play a similar double role. For the latter creative task, legal scholars inevitably gain a political quality as a representative organ of their people⁷⁴⁾. According to his vision, the legal scholarship charged with the creative role should be based on such a transparent and critical sphere as the republic among scholars keeping the republican sense⁷⁵⁾. Besides, contemporary legal scholarship should not be closed within a social class but opened to everyone⁷⁶⁾. Therefore, it takes on a republican or rather democratic quality⁷⁷⁾ in itself.

2 Divide between interpretation and creation of law

Nevertheless, Savigny doesn't reduce all aspects of workings among legal scholars just to the creation of law. In *System*, he regards the interpretation of law distinctly as perception of an existing objective legal sys-

tem, different from any creation of law⁷⁸⁾. He tries to maintain this dichotomy as strictly as possible. From his *Methodologie* 1802/1803, he always demanded the exclusion of arbitrariness from interpretation in a scientific manner⁷⁹⁾.

Of course, this divide has an importance for limiting the role of judges. Contrary to legal scholars, who are charged with both the interpretation and creation of law, Savigny limits the task of judges to that of interpretation⁸⁰⁾. So we can find here a significance of this dichotomy. On the other hand, since he recognizes the double role of legal scholars in interpretation and creation of law, a question could arise about the reason for this dichotomy in terms of their expected workings. In fact, Savigny says this distinction was not so strictly kept among classical Roman jurists.

Besides, he himself recognizes that a strict distinction between interpretation and creation of law is not always easy⁸¹⁾ as to legal scholars' activity. At first, he admits to make a reference to the reason (*Grund*) of a rule for its interpretation to a certain degree and in a certain careful manner⁸²⁾. But when the reason of a rule is taken into consideration in case of modifying the written expression of a rule on the basis of its reconstructed true thought, the perception of the reason should be accomplished separately from the written

the people's organ for creation of law. *System*, vol. 1, pp. 18, 38-40, 50-51. However, he does not fail to pay attention to the risk of intervention from a State's legislative power into the private law. *System*, vol. 1, pp. 56-57.

73) *Beruf*, p. 22.

74) *Beruf*, p. 12.

75) Cf. *System*, vol. 1, pp. 88-89 concerning the interpretative operation by legal scholars.

76) *System*, vol. 1, p. 49, where Savigny says this in a general manner. But compare it with his observation of the socio-political status of classical Roman jurists. See *infra* note 141.

77) Cf. *System*, vol. 1, p. 85 concerning the interpretative operation. As to a collaboration among different organs for legal practice as a whole, transcending the strict divide between interpretation and creation of law, *System*, vol. 1, pp. 329-30.

78) *System*, vol. 1, pp. 239, 296, 297, 326. Cf. *System*, vol. 1, pp. 46-47.

79) *System*, vol. 1, pp. 212-13, 221, 227, 274, 280, 293, 322.

80) *System*, vol. 1, pp. 323-24, 329, 330. See also *infra* note 88.

81) *System*, vol. 1, pp. 240, 329-30.

82) *System*, vol. 1, pp. 220, 224, 228, 239.

text. Then the creation of a new rule and the hypothetical reconstruction of an existing rule based on its assumed reason are not easily distinguished from each other⁸³).

Secondly, Savigny admits as part of interpretation the use of analogy⁸⁴) to fill a lacuna among the existing rules within, a system of law which is supposed to give all solutions perfectly to all possible cases⁸⁵). As to this use of analogy, the dichotomy between interpretation and creation of law seems ambiguous again. In *System*, Savigny distinguishes two different stages of analogy. One type is the shaping of a still not clarified rule in an existing legal institution within a system, through an internal similarity between an existing rule and a rule to be newly formed⁸⁶). This type could be regarded as supplementary analogy within an existing system. To the contrary, the other type is the additional analogy to construct a new legal institution on the basis of structural similarity to an existing one within a system⁸⁷)⁸⁸).

Both of these two kinds of analogy aim clearly to form a new rule or a new institution in reference to an existing system in a bid to

find a concrete solution which could not be directly and mechanically deduced from existing rules. But the additional type is difficult to regard as an interpretative operation purely within a system⁸⁹), because the newly constructed institution had no place in the previous system.

The reason, nevertheless, why Savigny admits also the additional analogy as part of interpretation is that the analogy based on the structural similarity to an objectively perceived system is different from somehow natural-law thinking which provides any rule or reason arbitrarily from outside⁹⁰). We can say that Savigny, first of all, attempts to exclude this kind of arbitrariness from legal practice. He expects to make legal practice stable through the structural or geometrical sense combined with an objectively existing system⁹¹), excluding any deduction taken from outside⁹²).

Therefore, we can also say Savigny thinks that any legal interpretation needs above all an accurate understanding of an existing system. In case of the additional analogy as part of interpretation, the perception of an exist-

83) *System*, vol. 1, pp. 233, 234-35. Savigny refuses to directly rely on a general purpose, e.g. *aequitas*, for interpretation of a rule. *System*, vol. 1, pp. 238, 240.

84) *System*, vol. 1, p. 291. Cf. Grimm 1802/1803 [37] pp. 165-66.

85) In *Methodologie* 1802/1803 [15r]-[15v] p. 108, Savigny refers to a difference between private law and criminal law in terms of interpretation. He ignores a possible sense of a lack of any corresponding positive rule as denial of changing the *status quo* or a respect of current possession. See *Methodologie* 1809 [47v] p. 226. This ignorance means that he aims at establishing the private individual's liberty directly on the basis of right ("*Recht*"), typically ownership, instead of a more complex structure based on possession. A rule deciding on which party in a case has a right is always necessary. *System*, vol. 1, pp. 208, 290. As to Code civil art. 4, *System*, vol. 1, pp. 199, 326. Cf. Harata, *supra* note 2.

86) *System*, vol. 1, p. 291. In this case the reason of a rule is taken into consideration.

87) In *Methodologie* 1809 [48r] p. 226, Savigny considers this kind of analogy not as *interpretatio* of an individual rule but as an operation based on a system.

88) In *System*, a judge, instead of being limited to a mechanical application of rules formed by legal scholars, can and should participate in the interpretative operation of rules, including the analogy. *System*, vol. 1, pp. 292, 322, 323. But see *supra* note 15. Cf. *System*, vol. 1, pp. 208, 239, 299, 329-30. As to the creation of law by courts, *System*, vol. 1, pp. 90-91, 96.

89) The gap between interpretation and creation of law both based on analogy likely depends on the degree of free leap from an existing system. *System*, vol. 1, pp. 291-92.

90) *System*, vol. 1, pp. 52, 290. *Methodologie* 1802/1803 [15r] p.108 (Grimm 1802/1803 [37] p. 166).

91) "*organische Konsequenz*" in *System*, vol. 1, p. 292. *System*, vol. 1, p. 294. *Methodologie* 1802/1803 [14v] p. 107 (Grimm 1802/1803 [39] p. 167). Cf. *Methodologie* 1802/1803 [3r] p. 92.

92) *Methodologie* 1802/1803 [15r] p. 108 (Grimm 1802/1803 [37] pp. 165-66, [39] p. 167).

ing system is a prerequisite as basis for analogy⁹³). Besides, even in case of innovating and developing legal institutions as creation of law, legal scholars need firstly to obtain this perception in order not to make their creative operation arbitrary or drastic, keeping the structural connection with the previous system. For these reasons, the system of positive law takes the central position in Savigny's vision in terms of both interpretation and creation of law.

Characteristics of the system V. of positive law and the mechanism of its procurement

In comparison with the creative activity of legal scholars considering social requirements, whose political quality we have already pointed out, legal interpretation and application as the other part of their role is expected to keep a scientific accuracy and stability. This non-arbitrariness is based on the system of positive law. As to its procurement, however, the legal system is not *a priori* nor objectively provided to contemporary legal scholars. Rather a system is an intellectual product through their interpretative operation due to interactions between individual rules and a whole system.

Here, as Savigny himself refuses the natural-law thinking that would import some arbitrary elements into law, we should ask how to avoid an arbitrariness within legal scholars' activity of procuring a system of positive law. How is it possible in Savigny's vision to dis-

tinguish the rejected natural-law thinking from legal scholars' non-arbitrary perception of a system⁹⁴? Though Savigny insists on the transparency and openness of their workings, how is it possible to avoid the arbitrariness of legal scholarship as a whole in relation to a whole people? We might formulate in this manner Savigny's other concern which arose around 1810s.

As to the problem of how to procure a system of positive law, Savigny does not choose the option to realize it through a codification⁹⁵) by the State's legislative power. His coherent and consistent main purpose is to prevent the State's power from intervention into a private law, which will hopefully realize the private individual's liberty, and to realize the, even relatively, independent existence of private law due to the autonomous workings of legal scholars⁹⁶). For this perspective, he does not admit any drastic intervention by a State through a codification.

Besides, he is still opposed to codification, even though proponents for codification also insist on the necessity of legal stability as the main reason⁹⁷). Savigny says the codification with written texts of rules is not sufficient to accomplish any stability in legal practice⁹⁸). Codification initially and ideally intends⁹⁹) to prepare all rules in advance sufficiently to deal with all possible legal problems forever, and to leave jurists only to apply the rules mechanically to cases¹⁰⁰). He says not only that such a perfect preparation of rules is impossible¹⁰¹) but also that, even if possible, it is not desirable. Savigny rejects such a view

93) *System*, vol. 1, pp. 291-92, 294. Cf. *System*, vol. 1, p. 299.

94) *Methodologie* 1802/1803 [12r], [12v] p. 104 (Grimm 1802/1803 [31] p. 161).

95) *Inst.* 1808/1809 [158v] p. 209. *Beruf*, p. 17.

96) Cf. *Beruf*, pp. 19-20.

97) *Beruf*, pp. 5, 20.

98) *Pandekten* 1821-1824 [81r] p. 272.

99) *Inst.* 1808/1809 [158v] pp. 209-10. *Pfandrecht* 1810 [62r] p. 247. *Beruf*, pp. 5, 6. *Pandekten* 1821-1824 [80v] p. 272. *System*, vol. 1, pp. 47-48.

100) *Pfandrecht* 1810 [62r] p. 247. *Pandekten* 1821-1824 [79v] p. 271. *Pandekten* 1818-1820 [78r] p. 270.

101) *Beruf*, pp. 21-22. *Pandekten* 1821-1824 [79v] p. 271.

on legal rules, since this idea rules out the free and autonomous activity of jurists. Instead, Savigny accepts another kind of idea on legal rules which have organic relations with each other in a whole system and which preserve jurists' free work¹⁰²⁾ based on a geographical sense¹⁰³⁾ in legal practice.

Instead of codification by a State, Savigny asks legal scholars to procure an organic system of positive law. This procurement, analytically speaking, is composed of three different dimensions. The first one is to perceive the system which derives from the past and still remains valid¹⁰⁴⁾. The second is an innovation and development of law based on contemporary social requirements¹⁰⁵⁾. The third is to coordinate these different, already existing and newly produced, sources of law into a new system as contemporary positive law¹⁰⁶⁾. All these dimensions are expected to be carried out by legal scholars¹⁰⁷⁾.

Savigny recognizes the free activity of legal scholars in the second and third parts¹⁰⁸⁾. In terms of this free and somehow creative character, legal scholars always keep a political quality as a representative organ of a whole people. On the other hand, the first part of perception of the system derived from the past as materials for innovation should be accomplished in a scientific and non-arbitrary manner. This strict process of comprehension is set apart from the level of legal practice, and this process has a character of historical research or more precisely contem-

porary history¹⁰⁹⁾.

In the total view of Savigny on legal scholarship, there are two distinct levels of task; one is the level of legal practice composed of procuring a system of positive law and its application based on geographical sense and the other is the level of scientific understanding on what part of the system remains valid and works as basis for constructing a new whole system of contemporary positive law. Then the historical understanding of Roman law is needed and is placed in the latter level of work by legal scholars¹¹⁰⁾.

VI. Combination of legal practice and history

1 History of Roman law as part of contemporary history

At first glance, there seems to be no necessary relation between the history of Roman law and our contemporary comprehension of what part of the system derived from the past still remains valid. However, as we will see soon, Savigny becomes conscious of this relation and it makes him change his initial program of research on the medieval Roman law.

Savigny long held the ambition to write a history of Roman law in the medieval era¹¹¹⁾. In his *Methodologie* 1802/1803, the medieval scholarship on Roman law has significance for him just as a clue for finding a modern le-

102) *System*, vol. 1, pp. 209-11, 323. Cf. *System*, vol. 1, pp. 298, 320. See also *infra* note 108.

103) *System*, vol. 1, p. 8. See *supra* note 41.

104) *System*, vol. 1, pp. 87, 94.

105) *System*, vol. 1, pp. 90, 93, 95. As to legal scholars as organ of customary law, *System*, vol. 1, p. 90.

106) *System*, vol. 1, p. 262. As to the concurrence of different sources of law, *System*, vol. 1, p. 101.

107) "*organisch bildende Kraft der Rechtswissenschaft*" in *System*, vol. 1, p. 263. Cf. *System*, vol. 1, pp. 290, 294.

108) *System*, vol. 1, pp. 326, 329. *Zweck der Zeitschrift*, pp. 110-11. Pandekten 1812 [67v], [68r] p. 259. Cf. *Methodologie* 1809 [61r] p. 245; Pandekten 1828-1833 [90v] p. 280.

109) Legal scholars are required to take part in historical research themselves. Pandekten 1811 [67v], [68r] p. 259. Pandekten 1827-1842 [95r] pp. 285-86, [99r] p. 288.

110) Inst. 1808/1809 [163r] p. 212, [165v] p. 213. *Beruf*, pp. 119-20. *System*, vol. 1, p. 93-94.

111) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. V.

gal methodology¹¹²⁾. Suddenly, as Savigny gained a deeper and wider, historical and philosophical, view at the period of the controversy over codification, concerning the creation of law or the problem of sources of law¹¹³⁾, the planned construction of his work on the history of Roman law in the medieval era changed¹¹⁴⁾.

Scholars had previously considered the re-discovery of Roman law in the twelfth century in Italy as a distinct phenomenon after the decline of the Roman empire. They had not taken into consideration the historical relations between contemporary law and the ancient Roman law, directly applying the *Corpus Iuris Civilis* as sources of positive law¹¹⁵⁾. Savigny as well, initially, had planned to treat the history of medieval legal scholarship since Irnerius¹¹⁶⁾. But, extending his own perspective from the technical aspects of legal scholars to the whole social mechanism of creating law, including the constitution¹¹⁷⁾, his view on the historical process from ancient Rome to modern era changed.

Even though there was an interruption of legal scholars' activities from the decline of the Roman empire up to the rediscovery of Roman law, such main characteristics of Roman law as the free constitution of a city, freedom and ownership¹¹⁸⁾ had always, even

in that disruptive period, been maintained. Therefore Savigny began to think that Roman law had historical connections with the medieval era¹¹⁹⁾ and also with his own era, which relates closely to the latter in terms of the Roman law tradition¹²⁰⁾.

Based on this understanding, the history of scholarship on Roman law and the history of legal literature, which Savigny previously considered as just a clue for finding a contemporary legal methodology, is now regarded as a fundamental part of the history of legal scholarship¹²¹⁾ or more globally part of the whole legal history¹²²⁾. Besides, Roman law, whose historical relationship with the modern era was previously ignored and was regarded just as a directly applicable source of law, is now put into historical connection with modern era¹²³⁾.

Here history has obtained a distinctive significance¹²⁴⁾. History is no longer an antiquarian inquiry for giving a legal reality to a philosophical speculation, nor a simple compilation of examples for us to arbitrarily construct a system of positive law¹²⁵⁾. It is the unique measure to lead to the true and comprehensive understanding of our current situation. It is indispensable for us to understand historically what part of a previous legal system is still valid¹²⁶⁾ and potential material for

112) Savigny says the history of legal scholarship is a useful measure to find our own legal method. *Methodologie* 1802/1803 [2r] p. 91, Grimm 1802/1803 [1] p. 137. Cf. *G.R.R.M.*, vol. 1, p. VI.

113) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. XI-XII.

114) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. V-VII.

115) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. VI.

116) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. V, IX. Cf. *G.R.R.M.*, vol. 4, pp. XI-XX.

117) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. VII, XI.

118) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. XIII, XIV, 458.

119) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. VI, IX.

120) *Beruf*, p. 118.

121) See also, as to an organic connection within the history of legal scholarship, *Pandekten 1816/1817* [76r] p. 267; *Pandekten 1817/1818* [77r] p. 269; *Pandekten 1825/1826* [86v]-[87r] p. 278.

122) *G.R.R.M.*, vol. 4, p. XIV.

123) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. VII, XV.

124) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. XIII. Cf. *Pandekten 1812* [65v] pp. 257-58.

125) "*moralisch-politische Beispielsammlung*" in *Zweck der Zeitschrift*, p. 109.

126) *Zweck der Zeitschrift*, p. 109. *Pandekten 1827-1842* [93v] p. 284.

our further legal innovation¹²⁷). For legal history as a whole, the historical research on Roman law¹²⁸) is placed in central position¹²⁹). It does not matter whether Roman law remains valid as positive law or not¹³⁰). Its historiography is necessary for legal scholarship due to its original feature as our first experience of realizing a private law in a society.

2 Law and history

Savigny, in his manifesto on historical jurisprudence (*Zweck der Zeitschrift*) and his *Beruf*, is very conscious of the significance of history not only for law but more generally for public issues including politics and the constitution¹³¹). History has, even though not directly leading to a certain concrete choice on public issues, an indirect or rather well articulated relation with public decision making¹³²). Savigny says we always need to reveal the past, otherwise binding ourselves¹³³) in our political, legal or more generally public reflection. Since the past as objectively given us is placed apart from everyone's arbitrary speculation, it is an inevitable necessity for

all of us¹³⁴). At the same time, as its understanding is emancipated from anyone's personal absolute authority, it is so freely open to everyone like in the democracy. We, standing in our current moment, recognize the historical position of our current situation through non-arbitrary historical research, and then freely decide how to change it for the nearest future¹³⁵). This free choice on political issues presupposes historical research as non-arbitrary process¹³⁶).

Here history recovers the character of contemporary history which first arose in ancient Greece with a potential of criticism against a political, even republican, decision in the democratic context.

VII. Savigny's implicit political strategy

In Savigny's vision, legal scholars are expected to have a double non-arbitrary character. One is the geometrical sense combined with a system. The other is the historical study which makes it possible for us to understand the current situation or the closest past¹³⁷). Savigny, principally keeping a dis-

127) *Beruf*, pp. 117-18. Cf. *Zweck der Zeitschrift*, pp. 110-11.

128) Pandekten 1811 [174r] p. 251. Pandekten 1812 [67r], [67v] p. 259. Pandekten 1818-1820 [78r] p. 270.

129) Inst. 1808/1809 [160r] pp. 210-11. On the history of the Middle Ages, *G.R.R.M.*, vol. 1, p. XV. On the difference between historical stratifications within Roman law and the legal history of each people, and the incorporation of the former history as part of the latter history in a people having accomplished the reception of Roman law, *Methodologie* 1809 [38v], [39v], pp. 216-17.

130) *System*, vol. 1, pp. 104-05. Pandekten 1821-1824 [80r] p. 272. As a significant outcome of historical research on Roman law, Savigny indicates the understanding of the method among classical Roman jurists. Pandekten 1824/1825 [85v] p. 277.

131) As to the principal distinction between the "geschichtlich" (historical) school and the "ungeschichtliche" (non-historical) one, *Zweck der Zeitschrift*, pp. 108-09, 113-14. See *infra* note 136.

132) *Zweck der Zeitschrift*, p. 109. Pandekten 1812 [67v] p.259.

133) *Beruf*, p. 113.

134) *Beruf*, p. 116.

135) *Zweck der Zeitschrift*, pp. 110-11, 113. *Beruf*, pp. 113, 114.

136) The crucial point in Savigny's view is whether we satisfy ourselves with discourses only directed toward finding a practical political or legal resolution or whether we find it necessary to gain historical comprehension of our current situation as a fundamental view point and then step up to a practical discourse. Cf. Pandekten 1816/1817 [76r] p. 267; Pandekten 1818-1820 [78r] p. 270; Pandekten 1821-1824 [80v] p. 272. See *supra* note 131.

Such an incorporation of historical understanding into our political or legal discourse does not necessarily mean any exclusion of practical aspect. Pandekten 1827-1842 [95v] p. 286.

137) *Beruf*, p. 48.

tance from political issues in a consistent manner, pretends to deal only with private law looking like just a technical and apolitical sphere. This attitude itself shows us his implicit attempt to realize a certain kind of social order apart from the political sphere.

First of all, Savigny aims at realizing and establishing private law as a social order to protect the private individual's liberty. For this purpose, he adopts the model of classical Roman jurists in his contemporary Germany, considering their political position in the Roman empire and their capacity and method autonomously to retain and innovate private law. He expects with this model to realize a republican, free and transparent sphere¹³⁸⁾ among contemporary legal scholars¹³⁹⁾¹⁴⁰⁾, independently from whatever form a government has.

In addition to such a republican character in legal practice, Savigny calls for historical research as a prerequisite of legal practice. Savigny goes far away from the model of classical Roman jurists, not only making legal scholarship open as to social class¹⁴¹⁾, but

also demanding such a prerequisite of history¹⁴²⁾. It means he attempts to add a further democratic quality to the republican character of legal practice¹⁴³⁾. Or Savigny might think that it is quite difficult in Germany, especially Prussia, to realize a stability or such a republican character within legal practice otherwise than by strictly demanding an accurate historical understanding¹⁴⁴⁾ of the legal system received¹⁴⁵⁾ from the past¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾¹⁴⁸⁾.

The law as originally part of the republican society has regained some connections with history and philosophy in a peculiar manner within Savigny's thought. According to his vision, philosophical aspects are already incorporated in a system, and so put under the control of legal scholars in its construction and its application for practice. Therefore the original capacity of criticism of philosophy is minimized at the level of legal practice. On the other hand, history recovers its potential of criticism against the legal practice which Savigny hopes gains the republican character. Any legal discourses directly and only

138) The interpretation is also a free intellectual operation. *System*, vol. 1, pp. 209, 210.

139) *Methodik* 1803/1804 [184v] p. 208. *Methodologie* 1809 [61r] p. 245. *Pandekten* 1812 [67v] p. 259. *Pandekten* 1827-1842 [99r] p. 288. As to the authority (*Autorität*), *Pandekten* 1828-1833 [90r], [90v] p. 280.

Which interpretation as the outcome of free intellectual operation by different scholars will obtain and keep for a moment an authority depends on free and critical assessment among them. *System*, vol. 1, pp. 88-89.

The interpretation which is recognized as having an authority obtains a similar quality to a true legal source in practice. *System*, vol. 1, pp. 87, 88, 89.

140) Regarding the university as the social basis for free workings by legal scholars, *Pandekten* 1828-1833 [90v] p. 280. Savigny, *Recension von: F. Schleiermacher, Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschem Sinn. Berlin 1808* (1808), in *Vermischte Schriften*, vol. 4, ch. XLII (1850). Savigny, *Wesen und Werth der deutschen Universitäten* (1832), in *id.* ch. XLIII.

He also takes into consideration some other societies, e.g. Italian cities, where private law somehow exists without any substantial backing of university. Savigny, *Über den juristischen Unterricht in Italien* (1828), in *id.* ch. XLIV.

141) As to differences between classical Roman jurists and contemporary legal scholars, *System*, vol. 1, pp. 84-85.

142) Savigny thinks Roman jurists stand very close to legal sources as objects to perceive and a relatively direct understanding is possible for them. *System*, vol. 1, pp. 298-99. See also Savigny, *Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neueren Europa*, in *Vermischte Schriften*, vol. 4, *supra* note 140, ch. XXXVI.

143) *System*, vol. 1, p. 49.

144) *Pandekten* 1812 [66v], [67r] pp. 258-59.

145) *System*, vol. 1, pp. 78-80. Cf. *System*, vol. 1, pp. 67, 71, 75, 77-78, 85, 267.

146) As to medieval Italy, *System*, vol. 1, pp. 85-86.

147) As to England, *Methodologie* 1809 [43r], p. 221. *Pandekten* 1821-1824 [81r], p. 272. Cf. *Methodologie* 1802/1803 [3r], p. 92.

148) As to France, *System*, vol. 1, pp. 202-03, 326-28.

deduced from some would-be social requirements should be considered insufficient due to the lack of historical understanding of the current situation. And any demonstration of a system of positive law without historical perception is rejected as well¹⁴⁹).

In addition to that, at the level of historical study, the philosophical aspect and the antiquarian inquiry of etymology are combined in a bid to comprehend the historical stratification of the legal system. Only on the basis of such a historical understanding of the legal system is the current system of positive law to be constructed. In this whole process, philosophy also regains its critical potential.

Besides the differentiation of two levels of workings, the scholars bearing tasks at these different levels are not considered the same. At the level of legal practice in a society, those scholars belonging thereto are exclusively charged with it as representing the people. To the contrary, the level of historical study does not have such an exclusive limitation, especially regarding the history of Roman law as our common first experience of law¹⁵⁰). Such a collaboration, or intellectual solidarity, among legal scholars of different societies in historical study potentially supports and criticizes legal practice in each society. The practice exclusively limited within a society is combined with the globally opened critical thinking based on history. Due to the dynamic and pluralistic structure of legal scholars' workings, the autonomous existence of private law in each society and eventually the protection of each private individual's liberty are hopefully strengthened.

These ideas of Savigny can be understood

as part of his attempt to realize a democratic society in a certain form and a certain way¹⁵¹). This is a theoretical implication of incorporating history into legal science in his thought.

VIII. Further questions

1 Savigny's historiography

We have made clear that, in Savigny's thought, the roles of legal scholars should be accomplished with a dual scientificity, one concerning the practice and the other the historical perception of our current legal situation. With this double scientificity, Savigny aims to exclude arbitrariness from all their activities as to private law. However, there still remain some further questions for a more comprehensive assessment of Savigny's ideas.

First of all, there is a problem of the method of historical research to be taken by legal scholars, especially regarding Roman law. According to Savigny's ideas on textual criticism or historical material criticism and on interpretation of sources, a somehow presupposed historical or systematical view or framework may affect textual criticism¹⁵²) and interpretation of individual rules¹⁵³). Besides, some philosophical assumptions can directly influence such a presupposed systematical or historical framework and, indirectly, the textual criticism and the interpretation. We need further to clarify relations between these elements in his historiography¹⁵⁴).

Secondly, there remains a problem in the

149) See also *System*, vol. 1, p. 221, which concerns the negative or denial use of subjective reason of a rule.

150) *Beruf*, pp. 39-40. Cf. *Beruf*, p. 14, 118-19.

151) As to Savigny's idea on the democracy, Savigny, *Die Preußische Städteordnung*, in *Vermischte Schriften*, vol. 5, ch. LIV (1850), especially pp. 207-09. *System*, vol. 2, pp. 331-37 (1840).

152) *Methodologie 1802/1803* [5v], [6r] pp. 94-95 (Grimm 1802/1803 [12], [13] p. 145). *Methodologie 1809* [42v] p. 221. *System*, vol. 1, pp. 242, 243, 248, 249 n.(e).

153) See *supra* note 19.

154) Regarding Savigny's general way of comprehending and describing a historical change, *Methodologie 1809*

relationship between historical research and the construction of a system of positive law. Savigny's discourses bridging these two layers are not simple. Even in cases where some social prerequisites of a previous legal institution no longer exist in a current society, that does not always directly lead to denying the validity of such an institution¹⁵⁵. It is necessary carefully to observe the complex interplay between a historiography and a construction of positive law in concrete subjects. Then it would hopefully be possible to identify Savigny's criteria for assessing which institution is still valid or what part should be taken up from the past.

Thirdly, connected with the first and second points, there remains another problem with Savigny's bias in constructing principal legal concepts or in the philosophical framework of system, through which both the historical understanding of Roman law and the construction of a system of positive law are commensurate with each other. The relations between a past legal system and our current system depend on the framework and concepts with which we describe both systems¹⁵⁶. The sharper and more peculiar the concepts used, the clearer and more crucial appears the divergence between different

systems, and the contrary as well. In our analysis on the first and the second points, we should consider Savigny's possible bias and, if any, make it as clear as possible. His bias, once clarified, would help us to understand his political attempt in more detail¹⁵⁷.

2 Social foundation of legal scholarship: A meeting point of historical jurisprudence and universal private international law

Apart from these problems concerning his historiography, there is another problem as to his total view on legal scholarship and its social foundation. Savigny prepares some defensive measures against intervention of the State's political power into private law in terms of methodology and theory of sources of law. Since a positive law, however, inevitably needs a civil procedure as a public decision making process organized by a State, it is not possible completely to exclude the State's engagement in legal practice.

As to this limit within the State's internal legal order, we can say that Savigny demonstrates in the final volume of *System* an external solution based on the pluralistic structure of legal orders in a global society as a theory

[50v] p. 228. As its examples, Savigny, *Über die Entstehung und Fortbildung der Latinität als eines eigenen Standes im Römischen Staate* (1812), in *Vermischte Schriften*, vol. 1, *supra* note 3, p. 16. Savigny, *Über das jus Italicum* (1814), in *id.* pp. 38-39, 46. Savigny, *Über die Römische Steuerverfassung unter den Kaisern* (1823), in *Vermischte Schriften*, vol. 2, p. 96 (1850). Savigny, *Über das altrömische Schuldrecht* (1833), in *id.* p. 418.

As to his view on the history of historiography, Savigny, *Der zehente Mai 1788* (1838), in *Vermischte Schriften*, vol. 4, *supra* note 140, ch. XL. Savigny, *Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken, durch seine Briefe veranlaßt* (1839), in *id.* ch. XLI.

155) At least in *System*, Savigny is not a fundamentalist of Roman law at all. *System*, vol. 1, p. 94. He constructs a modern system of Roman law, historically considering some gap between Roman society and the current situation as basis of positive law. For example, regarding his construction of modern German contract law, see Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, vol. 2, pp. 231-49 (1853). For this, Harata, *supra* note 2.

156) As to his simplification of concept of possession, Harata, *supra* note 2.

157) This point relates also to Savigny's idea on how to resolve a conflict between rules within the *Corpus Iuris Civilis*. For resolution of such a conflict, Savigny gives priority to a systematic integration rather than a historical explanation. *System*, vol. 1, pp. 280, 286 n.(f). If this preference were literally accepted, it would lead to a system comprising apparently incoherent rules, as many as possible without any conflict, excluding a possible historical explanation according to which a rule was overridden by another rule and lost its validity. In such a highly comprising system, legal concepts become accordingly less sharp and lose their capacity of reference to socio-anthropological divergences.

of private international law¹⁵⁸). Each individual State's intervention could be avoided through a mechanism incorporated in the universal private international law, viz. the combination of plural competent forums and their *ordre public*. And this universality is expected by him to be realized and supported in the global collaboration among legal scholars in different states¹⁵⁹). So, in Savigny's vision, legal scholars are charged with a double global collaboration, one as to historical study and the other as to the universal private international law.

There arises an interesting meeting point between historical jurisprudence and universal private international law, both of which are expected to develop in the global collaboration among legal scholars. This meeting point concerns a social foundation which demands a certain kind of activity of jurists.

As to the case in ancient Rome, Savigny explains the development of jurists' activities. At the beginning, Roman law was founded directly based on Roman people's common perception as customary law. Then the rules promulgated in the Twelve Tables¹⁶⁰) referred mainly to some ritual legal forms whose accurate application was originally the task of Roman jurists¹⁶¹). Besides, praetors played a role of legal creation through their edicts¹⁶²). Later, with Rome expanding its rule over the whole of Italy, the *ius gentium* developed through the praetors' edicts in a bid to deal with international commerce with

foreigners, and then this part of the law began to be applied also among Roman citizens¹⁶³).

Of these two kinds of legal sources, according to Savigny, the Twelve Tables supported by jurists and the praetors' edicts, the latter gained greater importance from the beginning of the empire. Additionally, with the increasing amount of legislation, jurists became charged with coordinating these different kinds of sources to give a concrete decision in each case. For this coordination, a scientific treatment with abstract concepts was demanded¹⁶⁴). That was, he says, the birth of legal scholarship and it was influenced by the Greek intellectual culture¹⁶⁵).

This, albeit brief and somehow biased, outlook offered by Savigny is very suggestive. In his theoretical and historical perspective, at the first stage, a law arises with some ritual forms directly based on people's common sense. Here, even though a unitary entity of law can be conceived, any scientific operation with abstract concepts still has no place¹⁶⁶). The activities of jurists remain limited to keeping and strictly applying formal rituals. The distance between treatment of individual cases and their activities is very close there.

To the contrary, given a certain change or development of a society, jurists need to realize a legal system as a whole and apply it in a stable manner like a science¹⁶⁷). The problem is when and in which social conditions such a perception of a legal system is required. The-

158) As to the eighth volume of *System* including the theory of private international law, H. Harata, Savigny's theory on Conflict of Laws as legal framework of international pluralistic civil society (unpublished manuscript, on file with the author).

159) Savigny, *System*, vol. 8, pp. IV, 23, 30, 114.

160) *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. 21-22.

161) *Beruf*, p. 10. *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 22. *System*, vol. 1, pp. 45-46, 83.

162) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 23. Cf. *System*, vol. 1, p. 76.

163) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 23.

164) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 24.

165) *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 24. Cf. *System*, vol. 1, p. 83.

166) *Beruf*, p. 10. *System*, vol. 1, p. 262.

167) *System*, vol. 1, p. 46.

oretically speaking, it is necessary to assume some social change from a simple situation where a law is directly based on people's common sense and mainly composed of ritual forms to another situation which requires a systematic and scientific comprehension of positive law. And this new situation is to be found in the formation of a pluralistic society with diversified sources of law¹⁶⁸), which lead jurists to coordinate them and construct a unitary system in a scientific way. In the case of ancient Rome, we might find such a social change in the period where there occurred the dichotomy between *ius civile* and *ius gentium* or more broadly its social backdrop of the municipal system in Italy¹⁶⁹).

On the other hand, the historical situation to which Savigny directly refers in the eighth volume of *System*, on private international law, is that of the imperial era¹⁷⁰). But the substantial structure he takes into consideration is the pluralistic structure of international civil society composed of independent cities that existed around the end of the republican era¹⁷¹). Similarly, it is possible to suppose that a social foundation which gives rise to a diversification of legal sources and calls for the scientific and systematic workings of legal scholars may have something to do with the pluralistic social structure of the late Roman republic¹⁷²)¹⁷³). Savigny's reference to the influence of Greek culture also suggests it.

Here we find a question on the possible common basis of practical aspects of legal

science based on a system and private international law, both of them concerning a concurrence of legal sources. Besides, we need further reflection on the relationship between their possible common social foundations and a social context which demands that the historiography of Greek origin should be re-incorporated in jurisprudence in our modern era.

(Hisashi HARATA)

168) *System*, vol. 1, pp. 262, 263.

169) The reason why Savigny seems to postpone the birth of legal scholarship from the Roman republic to the imperial era is to be studied more. *Methodologie 1809* [45v] p.224. *G.R.R.M.*, vol. 1, p. 23. *System*, vol. 1, p. 101.

170) *System*, vol. 8, pp. 57-88 (1849).

171) This point can be proved by Savigny's biased interpretation of historical sources. Harata, *supra* note 158.

172) *G.R.R.M.*, vol. 1, ch. 2. Savigny, *Entstehung und Fortbildung des Latinität*, *supra* note 154, ch. II. Savigny, *Ius Italicum*, *supra* note 154, ch. III. Savigny, *Römische Steuerverfassung unter den Kaisern*, *supra* note 154, ch. XVI. Savigny, *Der Römische Volksschluß der Tafel von Heraklea* (1838), in *Vermischte Schriften*, vol. 3, ch. XXXIV (1850).

173) The plurality of legal sources after the decline of the Roman republic is not necessary in terms of the socio-political structure with the monopolized political power in the Empire. As to the leveling of legal sources, *G.R.R.M.*, vol. 1, pp. 26, 27. *But cf. System*, vol. 1, p. 77.

論説

ドイツ財産犯講義ノート

東京大学大学院法学政治学研究科准教授

樋口亮介

目次

はじめに

序 ドイツ財産犯の特徴

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第二章 窃盗罪

第三章 強盗に関する罪

第一節 強盗罪

第二節 強盗的窃盗罪

第四章 横領に関する罪

第一節 横領罪

第二節 委託財横領罪

第二部 全体財産に対する罪

第一章 詐欺罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第三節 コンピュータ詐欺罪

第二章 恐喝に関する罪

第三章 背任罪

第三部 事後関与の罪

第一章 総説

第二章 庇護罪

第三章 赃物罪

おわりに

判例索引

細目次

はじめに

序 ドイツ財産犯の特徴

1. 所有権に対する罪

2. 全体財産に対する罪

3. 事後関与の罪

4. その他の罪

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の物

第一項 物

1. 有体物性

2. 不動産

3. 経済的価値の不要性

4. 動物

第二項 他人性

1. 民法への従属性

2. 人間

第二款 行為態様

第一項 損壊

1. 定義

2. 損壊の該当性が問題となる例

(1) 修理

(2) 用法通りの消費

(3) 単なる物・利用の剥奪

(4) 落書き・汚損・張り紙

第二項 外観の変更

1. 外観の変更の処罰

2. 処罰範囲の制限

第二章 窃盗罪

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の動産

第二款 行為態様：奪取

第一項 他人の占有

1. 一般論

2. 個別的検討

(1) 空間的支配による占有の成立

(2) 占有の継続・喪失

(3) 複数名が関わる場合

3. アメリカ法との比較

第二項 新たな占有の設定

1. 一般論

2. 問題となる事例群

(1) 店舗内での窃盗

(a) タブーとされる場所への移転：飛び地占有

(b) 他の場合

(2) 店舗以外の場面

(3) 隠匿

(4) 占有の弛緩

3. 窃盗の終了時点

第三項 占有者の合意の不存在

1. 一般論

2. 条件付き合意

(1) 条件の付けられる範囲

(2) 外観という判断基準の適用例

(3) オーストリア判例との比較

第三款 主観的超過要素：領得意思

第一項 総説

第二項 所有権の承認

第三項 排除意思

1. 総説：単純使用との区別
 2. 物の価値の剥奪
 - (1) 領得の対象
 - (2) 物の価値の範囲
 - (a) 物に内在する価値
 - (b) 内在する価値の限界
 - (3) 価値の減少
 3. 排除意思が問題になる諸事例
 - (1) 自動車の乗捨て
 - (2) 新本の借用
 - (3) 再売却
 - 第四項 自己又は第三者のものにする意思
 1. 自己のものにする意思
 - (1) 被害物を財産に組み込む意思
 - (2) 物の価値を自己のものにする意思
 2. 第三者のものにする意思
 3. 意図の必要性
 - (1) 意図が否定される事例
 - (2) 条件を付けている場合
 - 第五項 領得の違法性・故意
 1. 総説
 2. 特定物債務の場合
 3. 種類債務の場合
 - 第六項 オーストリア法・スイス法との比較
- 第三章 強盗に関する罪
- 第一節 強盗罪
- 第一款 総説
- 第一項 ドイツの強盗罪の構造
- 第二項 2項犯罪の系譜
 1. フランス刑法の影響という推測
 2. 法案の変遷
 - (1) 不正の利益という用語の登場
 - (2) 不正の利益という包括的な規定形式の導入
 - (3) 動産・財物と財産上の利益の並置
 - (4) 証書騙取罪・証書強請罪の延長としての2項犯罪
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 行為態様
 1. 対人暴行
 - (1) 暴行概念
 - (2) 具体例
 - (3) 第三者に対する暴行
 - (4) 被害者の殺害
 2. 脅迫
 - (1) 脅迫概念
 - (2) 加害対象が第三者の場合
 - (3) 脅迫の告知相手が第三者の場合
- 第二項 奪取の手段としての暴行・脅迫
 1. 目的関係の主観性
 2. 時間的場所的密接性：奪取の着手の必要性
 3. 暴行・脅迫後の奪取意思
 - (1) 奪取意思のない暴行・脅迫
- の作用の利用
 - (2) 奪取対象の変更
 - (3) 不作為による暴行
- 第三項 故意
- 第二節 強盜的窃盜罪
- 第一款 総説
- 第一項 ドイツ法の特徴
- 第二項 アメリカ模範刑法典との比較
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 主体
- 第二項 行為状況
 1. 現場性
 2. 他人に発見されることの要否
- 第三項 行為態様
- 第四項 占有維持意図
- 第四章 横領に関する罪
- 第一節 横領罪
- 第一款 総説
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 客体
- 第二項 行為態様
 1. 領得行為
 - (1) 領得意思
 - (2) 領得意思の発現
 2. 物の支配
 3. 第三者領得
 4. 領得の繰返し
- 第三項 委託関係
- 第四項 補充条項
- 第二款 委託財横領罪
- 第一款 総説
- 第二款 成立要件の検討
- 第一項 主体
- 第二項 客体
 1. 財
 - (1) 交換価値を伴う動産
 - (a) 動産
 - (b) 交換価値
 - (c) 他人性
 - (2) 財産上の利益
 - (a) 預金
 - (b) その他の債権
 2. 委託関係
 - (1) 単独占有・単独の処分権
 - (a) 有体物
 - ①委託者の排除
 - ②占有の継続による単独占有
 - (b) 第三者からの受領
 - (c) 領得時点での単独占有の不要性
 - (2) 財に対する特定の義務負担
 - (a) 特定の義務
 - (b) 義務の負担根拠
 - (c) 単なる債務不履行との区別
 - (d) スイス判例との対比
- 第三項 行為態様
 1. 領得の定義
 2. 領得行為の類型

- 3. 領得に該当しない場合
 - (1) 使用
 - (2) 損壊
 - (3) 留置
 - (4) 所有権者のための行為
 - 第三項 主観的超過要素
 - 1. 利得性
 - 2. 利得の違法性
 - 3. 填補能力・填補意思
 - 第四項 他罪との関係
 - 1. 詐欺罪
 - 2. 背任罪
 - (1) 事実行為
 - (2) 法律行為における区別基準
- 第二部 全体財産に対する罪
- 第一章 詐欺罪
- 第一節 総説
- 第二節 成立要件の検討
- 第一款 欺罔
- 第一項 事実に関する欺罔
 - 1. 事実の意義
 - 2. 事実に関する主張の範囲
 - 3. アメリカ法との比較
- 第二項 欺罔行為
 - 1. 欺罔行為の意義
 - 2. 推断的欺罔
 - (1) 推断的欺罔が認められる場合
 - (2) 推断的欺罔が否定される場合
 - (a) 売買契約における価額
 - (b) 単なる錯誤の利用
 - (c) 誤振込み・誤記帳
 - 3. 不作為による欺罔行為
 - (1) 告知義務
 - (2) 作為義務が生じる場合
 - (a) 法令に基づく作為義務
 - (b) 特別の信頼関係
- 第二款 錯誤
- 第一項 錯誤の意義
- 第二項 被欺罔者が疑いを抱いている場合
- 第三項 法人内における錯誤
- 第三款 財産的処分行為
- 第一項 総説
 - 1. 定義
 - 2. 処分意思
 - 3. 直接性
- 第二項 物の占有移転と処分意思
 - 1. 窃盗罪との区別
 - 2. 処分意思の存否が問題になる場合
 - (1) トリック窃盗
 - (2) 処分意思の及ぶ範囲
 - 3. 強制と処分意思
- 第三項 三角詐欺
 - 1. 物の占有移転
 - (1) 窃盗との区別
 - (2) 特別の関係が認められる場合
 - (a) 法的権限説と陣営説
 - (b) 陣営説による帰属範囲
 - 2. その他の場合

- 第四款 財産上の損害
- 第一項 総説
- 第二項 保護される財産
 - 1. 経済的に価値のあるもの
 - (1) 経済的財産概念
 - (2) 経済的価値が認められる範囲
 - 2. 法的保護に値しない財産
 - (1) 違法な労務
 - (2) 無効の請求権
 - (3) 違法に開始された占有
 - (4) 違法目的の前払い金
- 第三項 損害の存否
 - 1. 財産の減少の存否
 - (1) 財産に対する具体的な危険
 - (2) 現在の損害という評価の必要性
 - (3) 従前の規律との関係
 - 2. 財産の填補の存否
 - (1) 反対給付による填補
 - (2) 反対給付への個人的関心の考慮
- 第四項 無意識的自己加害の理論
 - 1. 議論状況
 - 2. 具体的事例
 - (1) 詐欺罪が認められる場合
 - (2) 詐欺罪の成立する限界
 - 3. アメリカ法との比較
- 第五項 問題となる諸事例
 - 1. 財産増加の見込み
 - (1) 保護される場合
 - (2) 保護されない場合
 - 2. 締結詐欺・履行詐欺
 - (1) 締結詐欺
 - (a) 財産上の損害の存否
 - (b) 履行との関係
 - (2) 履行詐欺
 - (a) 真正履行詐欺
 - (b) 不真正履行詐欺
 - 3. 刑事制裁から生じる請求権
 - 4. 善意取得
 - 5. 信用供与と担保
 - 6. 労働力・サービス・被用者としての地位の詐取
 - (1) 労働力の詐取
 - (2) サービスの詐取
 - (3) 被用者としての地位の詐取
 - (a) 専門能力の欠如
 - (b) 公務員
 - (c) 公務員以外の労働契約
 - 7. 補助金
 - 8. 賭博
- 第五款 主観的超過要素
- 第一項 利得目的
 - 1. 自己又は第三者への財産的利益の移転
 - 2. 意図の必要性
 - 3. 素材同一性
- 第二項 利得の違法性とその故意
 - 1. 利得の違法性
 - 2. 利得の違法性に対する故意
- 第六款 他罪との関係
- 第三節 コンピュータ詐欺罪

- 第一款 総説
 - 第二款 共通要件：データ処理結果への影響
 - 第三款 行為態様要件の検討
 - 第一項 プログラムの不正形成
 - 第二項 不正又は不完全なデータの使用
 - 第三項 データの無権限使用
 - 1. 意義
 - (1) データの使用
 - (2) 無権限
 - 2. ATMにおけるカードの不正使用
 - (1) 窃盗・偽造などによって得たカードの使用
 - (2) カード所有者からの委託に反した金銭の引出し
 - (3) カード所有者による不正使用
 - 第四項 その他のデータ処理過程への無権限干渉
- 第二章 恐喝に関する罪
 - 第一節 総説
 - 第一款 恐喝罪の基本的性格
 - 第二款 窃盗・強盗と恐喝・強盜的恐喝の関係
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 行為態様
 - 第一項 暴行
 - 第二項 脅迫
 - 1. 脅迫の意義
 - 2. 加害対象が第三者の場合
 - 3. 不作為を内容とする脅迫
 - 4. 現在性
 - 第二款 処分行為の要否
 - 第一項 処分行為の要否から生じる相違点
 - 第二項 処分行為不要説
 - 1. 一般構成要件としての恐喝罪
 - 2. 強盗との区別基準
 - 3. 三角恐喝
 - 第三項 処分行為必要説
 - 1. 強盗との区別基準
 - 2. 三角恐喝
 - 第三款 因果性
 - 第四款 財産上の損害
 - 第五款 主観的超過要素
 - 第一項 利得目的
 - 第二項 利得の違法性
 - 第六款 非難条項
 - 第七款 他罪との関係
 - 第一項 内容が虚偽の脅迫
 - 第二項 先行犯罪で取得した物・財産の返還妨害
 - 1. 財産犯の後の暴行・脅迫
 - 2. 窃盗後の暴行・脅迫
- 第三章 背任罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 濫用構成要件の成立要件の検討
 - 第一款 処分権の濫用
 - 第一項 財産の処分権限
 - 第二項 権限濫用
 - 第二款 財産保護義務
 - 第一項 財産保護義務の必要性
 - 第二項 オーストリア刑法との比較
 - 第三節 背信構成要件の成立要件の検討
 - 第一款 主体：財産保護義務を負う者
 - 第一項 財産保護義務の成立範囲
 - 1. 基本的視点
 - 2. 具体例
 - (1) 独立性のある業務
 - (2) 公務員
 - (3) 経理関係者
 - (4) 担保契約
 - (a) 所有権留保・譲渡担保
 - (b) 敷金
 - 3. オーストリア・スイス刑法との比較
 - 第二項 信任関係による財産保護義務
 - 1. 信任関係に基づく場合
 - 2. ならず者背任
 - 第二款 行為態様
 - 第一項 財産保護義務の違反
 - 第二項 合意による構成要件阻却
 - 第三項 会社を被害者とする背任
 - 1. 主体
 - 2. 合意
 - (1) 合意の成立要件
 - (2) 社員による合意の限界
- 第三部 事後関与の罪
 - 第一章 総説
 - 1. 庇護罪と贓物罪
 - 2. 処罰範囲の対比
 - 3. オーストリア刑法との比較
 - 第二章 庇護罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 主体
 - 第一項 本犯の正犯者の除外
 - 第二項 本犯の共犯者
 - 1. 本犯の共犯者の庇護罪による可罰範囲
 - 2. 本犯の幫助と庇護罪の区別
 - 第二款 客体
 - 第一項 先行する違法行為（本犯）
 - 第二項 本犯によって取得された利益
 - 1. 本犯者の元での利益の残存
 - 2. 代替利益
 - (1) 直接性
 - (2) 直接性の例外
 - 第三款 行為態様
 - 第一項 定義
 - 第二項 問題となる行為類型
 - 1. 盗品の売却援助
 - 2. 物の保護

- 3. 不作為
- 第四款 主観的要件
 - 第一項 故意
 - 第二項 主観的超過要素
 - 1. 意図の必要性
 - 2. 被害者への盗品売却援助事例
- 第三章 贓物罪
 - 第一節 総説
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 主体
 - 第一項 本犯の正犯者
 - 1. 本犯の正犯者の除外
 - 2. 贓物の再取得
 - 第二項 本犯の教唆・幫助者
 - 第二款 客体
 - 第一項 財産に向けられた違法行為(本犯)
 - 1. 本犯に含まれる範囲
 - 2. 物の所有権者の承諾
 - 第二項 本犯が取得した物
 - 1. 取得
 - (1) 定義
 - (2) 本犯と贓物罪の時間的關係
 - 2. 物
 - (1) 有体物
 - (2) 代替物
 - 第三款 行為態様
 - 第一項 入手行為
 - 1. 本犯者の了解
 - (1) 本犯者の了解の必要性
 - (2) 善意者の介在
 - 2. 入手
 - (1) 入手の意義
 - (a) 定義
 - (b) 入手の該当性が否定される場合
 - ①損壊意図
 - ②保管・一時使用
 - ③処分の媒介者
 - ④共同消費
 - (c) 間接占有による入手
 - (2) 第三者のための入手
 - (3) 既遂時期
 - 第二項 有償処分への関与
 - 1. 関与形態
 - (1) 独立性・従属性
 - (2) 従属的関与の成立範囲
 - 2. 共通する問題
 - (1) 本犯者に経済的利益をもたらす換価
 - (2) 被害者への売却援助事例
 - (3) 処分結果
 - (a) 処分結果の要否
 - (b) 不要説における既遂・未遂時期
 - ①有償処分
 - ②有償処分の援助
 - 第四款 主観的超過要素
 - 1. 利得目的
 - 2. 本犯者に利益を得させる場合

おわりに
判例索引

はじめに

本稿の目的

本稿は講義ノートとして、ドイツの財産犯の概観を行うものである。外国法を分野別に概観するものとしては、例えば、『アメリカ法ベーシックス』（弘文堂）が存在する。しかし、ドイツ刑法各論については同様の試みは見当たらない。そこで、まずは講義ノートが完成した財産犯から発表する次第である。

この講義ノートの目標は比較刑法の発展に寄与するための基礎資料を提供することである。ドイツの財産犯の全体像を簡易に把握できる資料があれば、簡易な日独対比を行うことが可能になる。また、特定のテーマについて深い比較法研究を行う際であっても関連する議論の全体像を予備知識にすることが望ましく、その予備知識を容易に得るための道具にもなる。

叙述形式

ドイツ刑法を理解するためには、著名な教科書を翻訳することも優れた作業である。しかし、ドイツ人が書いた教科書の翻訳に比べると、日本人の目線で講義ノートを作成したほうが、日本人読者にとっては容易に理解が進むであろうと考えた。このような考えから、日独の相違がわかりにくいと思われる点については立ち入った解説を行っている。また、ドイツ法の特徴を示すのに適切と思われる範囲では、ドイツ以外の国の議論との対比も行っている。そうはいつても、可能な限り、ドイツの議論を客観的に把握することを心がけ、筆者の個人的意見が入らないよう努めた。いうまでもなくドイツの議論は多彩であるが、講義ノートでは判例を最も重視し、学説についても通説に依拠して詳細な学説の対立には立ち入っていない。

財産犯の概観を可能にし、また、必要な箇所だけを読むこともできるように、講義ノートの冒頭で、目次の次に細目次を設けた。また、各犯罪の解説の冒頭に成立要件概観

(Aufbaumodell) をまとめている。成立要件概観には、条文を基礎にしつつ、条文上は明らかでなくとも標準的な解釈で要求されている要件も補充したので、犯罪ごとの全体像の見通しが視覚的に得られると思う。さらに、相互参照しやすいように参照すべき頁数を具体的に指示している。また、引用した判例については末尾に索引を設けた。

先行研究との関係

講義ノート内では、日本語による先行研究をできるだけ位置づけを明らかにして紹介している。ドイツ刑法については、個別のテーマについて緻密な先行研究が積み重ねられている。しかし、こういった先行研究が、全体の中でいかなる位置にあるかは示されてこなかったように思われる。全体を概観した講義ノートの中で個別研究の位置づけを示せば、先行研究の価値がより共有されると期待している。ただし、重要な業績を見落としたことを恐れており、この点については、読者の叱責を待ちたい。なお、ドイツ法の客観的把握という本稿の趣旨から、ドイツの議論を紹介するタイプの研究に絞り、日独の議論を区別せずに理論的検討を行うものは紹介対象に入らなかった。

依拠した文献

教科書として、Rudolf Rengier の *Strafrecht Besonderer Teil I Vermögensdelikte* (刑法各論 I 財産犯) の 14 版 (2012 年) を使用している。Rengier の財産犯の教科書は、通説への目配りがなされている上、判例を基礎にした具体的な設例を多数扱っており、財産犯の判例・通説を概観するのに適した好文献である。講義ノート内では、Rengier の教科書を各章内に付された段落番号 (Rn. ○と表記する) で逐一引用する。

条文については、各犯罪の冒頭に翻訳を記載している。基本的には、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料 461 号 (2007 年) に依拠しているが、必要な範囲では修正も行った。

序 ドイツ財産犯の特徴

ドイツ財産犯の最大の特徴は、所有権に対する罪と全体財産に対する罪に大きく分かれる点である。

1. 所有権に対する罪

所有権に対する罪は、所有権を侵害する罪と所有権を移転させる罪に分けられる。器物損壊罪は所有権を侵害する罪であり、日本人にとっても理解しやすい。一方、所有権を移転させる罪という枠組みは、少しわかりにくいかもしれない。

所有権を移転させる罪とは、所有権が事実上、移転したかのように振舞うことを処罰するものである。単なる所有権侵害ではなく、所有権を移転させたかのごとき振舞いに注目するものであり、この振舞いが、「領得 (Zueignung)」と呼ばれる。

ドイツ法における領得は、所有権移転を意味することに気を付けてほしい。領得犯に該当するのは、所有権を保護する犯罪である窃盗罪・強盗罪・横領罪のみである。詐欺罪・恐喝罪は全体財産に対する罪であり、したがって、ドイツにおいて、詐欺罪・恐喝罪について不法領得の意思が観念されることは、概念上、ありえない。

2. 全体財産に対する罪

全体財産に対する罪は、被害者の個別の財産ではなく、資産状態を全体としてみたときに悪化させることを処罰するものである。全体財産は、ドイツ語では *Vermögen als Ganzes* あるいは単に *Vermögen* と言われるところ、本来は、「財産」ではなく「資産」と訳す方がよかったように思う。しかし、訳語として定着しているため、この講義ノートも全体財産という訳語に従うことにする。

全体財産に対する罪は、全体財産を侵害する罪と、他人の全体財産を減少させて自己又は第三者の財産を増加させる罪 (財産移転の罪) に分けられる。全体財産を侵害する罪は

背任罪であり、これは日本法と同じ理解が妥当する。これに対して、財産移転の罪として詐欺罪・恐喝罪が挙げられる。

財産移転の罪である詐欺罪・恐喝罪においては、利得目的 (*Bereicherungsabsicht*) が要求されている。これは、所有権移転を意味する不法領得の意思とはおよそ無関係の概念であり、利益を移転させる意図のことである。日本法と異なり、ドイツの詐欺・恐喝罪の客観的構成要件は全体財産の減少だけあって財産の移転は要求されていない。しかし、詐欺・恐喝罪は財産を移転させる振舞いを処罰対象にするものであって、主観面において利益を移転させる意図が要求されているのである。

3. 事後関与の罪

ドイツには、事後関与の罪として、贓物罪だけでなく、庇護罪という罪が存在する。贓物罪しかない日本法からすると理解しにくい規定ぶりである。

庇護罪の罪質は財産犯ではなく、司法妨害罪である。図式的にいうと、犯人隠避罪は、犯人に対する処罰を妨害するという点で人的に司法妨害を行うものであるのに対し、庇護罪は、犯罪によって得られた利益を確保するという点で物的に司法妨害を行うものである。

したがって、庇護罪の適用範囲は必ずしも財産犯に後続する場合に限らず、例えば、賄賂の隠匿への協力も庇護罪に該当する。しかし、財産犯に後続する行為が問題になりやすいので、本稿では、贓物罪と合わせて検討対象に含めることにしたい。

4. その他の罪

所有権、全体財産以外の財産は、個別に規定が存在する限度で保護される。処罰対象になる例として、用益権・担保権・使用权・留置権が設定された動産の奪取 (289条)、乗り物の無権限での使用 (248条b) が挙げられる。

【先行研究】

財産犯に関する重厚な研究書として、以下の2冊がある。

林幹人『財産犯の保護法益』17-22頁 (東京大学出版会, 1984年)

ドイツ財産犯の系譜を概観している。

木村光江『財産犯論の研究』292-319頁 (日本評論社, 1988年)

財産犯の統計が掲載され、財産犯の全体像と系譜の概観がなされており価値が高い。

第一部 所有権に対する罪

第一章 器物損壊罪

第一節 総説

【条文】

303条1項 他人の物を違法に損壊し又は破壊した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 権限なく、他人の物の外観を軽微ではなく、かつ、一時的でもなく変更した者も、前項と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 客体：他人の物

(2) 行為態様

(a) 破壊 (*Zerstören*)

①物質的滅失

②使用価値の消滅

(b) 損壊 (*Beschädigen*)

①物質的侵害 (*Substanzverletzung*)

②使用価値の減少 (*Brauchbarkeitsminderung*)

(c) 外観の変更 (*Verändern des Erscheinungsbildes*)

—破壊・損壊が否定された場合に補充的に検討

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—2年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり (303条3項)

所有権に対する罪を理解するため、まず、器物損壊罪から紹介する。

所有権に対する罪の被害客体に関する解釈は、器物損壊罪だけでなく、同じ所有権に対する罪である窃盗・強盗・横領罪にも全く同様に妥当する。その特徴は、被害客体が他人の所有物であることを厳格に民法に従って判断する点にある。

また、器物損壊罪の特徴は、所有権を保護するといっても、所有権者のあらゆる関心を保護するものではなく、①物質としての完全性、②用法通りの使用価値、③外観に制限して保護を行う点である。

本章に対応するのは、Rengier, §24, Sachbeschädigung, 416-426頁である。なお、他人の物、という構成要件要素は、所有権に対する罪である器物損壊・窃盗・強盗・横領全てに共通する。そこで、わかりやすく説明するのに必要な範囲で、Rengierの教科書の窃盗の章 (§2)にも依拠する。

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の物

第一項 物

1. 有体物性 (Rn. 5, §2 Rn. 4)

「物」とは、有体物に限られる(民法90条)。

液体・気体でも「物」に含まれるが、エネルギー・データ・電気は「物」に含まれない(電気について、RGSt 32, 165 (1899年5月1日))。なお、電気窃盗を処罰する条文は248条cで独立に定めがある。また、データ保護についても、202条a, 303条aで別個に条文が定められている。債権も「物」に含まれないが、権利が文書に化体されていれば文書が「物」として客体に含まれる(RGSt 3, 344 (1881年2月11日))。

さらに、有体物といえるには、分離・特定していることが必要である。流水、空気、自然の雪は「物」に含まれない。

2. 不動産 (Rn. 6)

窃盗・強盗・横領と異なり、器物損壊罪の客体には不動産も含まれる。例えば、土地を羊が荒らすような場合である。

3. 経済的価値の不要性 (Rn. 1, §1 Rn. 2)

有体物であって所有権の対象になりさえすれば、物の経済的価値の有無は問題にならない。全体財産に対する罪と異なり、所有権という形式的な法的地位が保護されるから、と説明されている。

ただし、狂犬病に患した犬を殺害する場合のように、保護に値する価値がない場合には構成要件に該当しない。この議論に対しては、違法性レベルで処理すべきという指摘もある。

4. 動物 (§2 Rn. 4)

動物について、民法90条a1文は「物」ではないと定めている。しかし、刑法上は「物」に含めることができる。

第二項 他人性

1. 民法への従属性 (§2 Rn. 6, 8)

「他人」の解釈については、民法に従って他人の所有物であるかという判断が行われる。共有でも足りるし、所有権留保や譲渡担保権でも十分である。ただし、民法上の遡及効は刑法には及ばず、行為時に可罰性の判断は行われるとの原則が妥当する。

民法の解釈に依拠するため、他人性が争われる場合には、刑事事件でも民法に立ち入った検討が不可欠となる。具体例については、窃盗罪と横領罪で紹介する(154, 170頁)。

2. 人間 (§2 Rn. 9, 9a)

人間の尊厳から、生きている人間は「物」になりえない。一方、死体については「物」に該当する。もっとも、原則としては無主物になり、168条(死者の平穏を侵害する罪)でのみ処罰される。

歯・髪・血液・精液などの身体の一部は、分離すれば元々の人物の所有物になる(民法953条類推)。

第二款 行為態様 (Rn. 7)

行為態様は、損壊・破壊と外観の変更という3つの態様が定められている。

このうち、破壊とは、損壊の程度が特段に著しいものを意味する。具体例としては、焼失や動物の殺害が挙げられる。損壊概念を理解すれば、破壊も理解できるのでこれ以上の説明はしない。

これに対して、外観の変更は、2005年に立法的に追加された行為態様である(303条2項)。この追加は損壊概念に包摂できない範囲を処罰対象にしたものであるため、立法理由を理解するには損壊概念を理解する必要がある。

【先行研究】

泉二新熊「損壊の観念に関する学説」『日本刑法論 各論(第43版)』952-969頁(有斐閣,1936年)
[初出・日本法政新誌1巻5号11-26頁(1917年)]

当時のドイツ・オーストリアの議論を紹介し、日本の判例・学説は独逸の少数説を採用するものとの分析を示す。

佐伯和也「『落書き』と建造物・器物損壊罪の成否」関西大学法学論集59巻3・4号661-695頁(2009年)

ドイツにおける「損壊」概念(ただし、佐伯論文では「毀損」という訳語が当てられている)について、近時の一般的な学説及び落書きに関する議論を詳しく紹介。

宮川基「器物損壊罪に関する最近のドイツの判例について」東北学院法学69号17-44頁(2010年)

物に対する有形的な作用の必要性と、物の用法通りの使用は損壊に該当しないとする近時の判例をわかりやすく紹介。

第一項 損壊

1. 定義 (Rn. 8-12)

判例・通説によると、損壊には二つの場合が含まれる。物への有形的な作用によって①物質的な完全性が相当程度侵害される場合と、②用法通りの使用価値が相当程度減少する場合である。物自体への有形的作用、という制限は、①物質的な完全性・②使用価値の侵害双方にかかる点に注意が必要である(外観の変更についても、153頁)。

①物質的な侵害は、例えば、ひっかき傷をつけたり、本の頁を破いたりする場合である。

②用法通りの使用価値の減少は、例えば、時計や機械の解体や、レールの上に障害物を固定する場合(BGHSt 44, 34(1998年2月12日))に認められる。

修理できるかどうかは無関係であるが、軽微なものは損壊に該当しない。したがって、大した労力・時間・費用をかけることなく除去可能な作用については、器物損壊にならない。例えば、BGHSt 13, 207(1959年7月14日)は、車の4つのタイヤ全てから空気を抜く行為が、車の使用価値を侵害しているとして損壊に該当しうることを前提に、軽微性の判断は事実関係次第であって、例えば、ガソリンスタンドのすぐそばで労力も費用もかけずにタイヤに空気を入れ直せる場合には、軽微な侵害に過ぎないとしている。

2. 損壊の該当性が問題となる例

(1) 修理 (Rn. 14)

修理が損壊に該当するかは争いがある。例えば、証拠隠滅目的での無断での修理について、所有権は物への作用を決定する権能も含むとして「損壊」に該当するという議論がなされている。もっとも、2005年に外観変更が含まれたため、議論の実益は失われている。

(2) 用法通りの消費 (Rn. 18, 19)

他人の食品を食べる、花火を燃やすなど、物を用法通りに消費する場合、「損壊」に該当しない。裁判例では、意図に反するファックス送信によってファックス用紙に印字させても用紙の「損壊」に該当しないとされている(GenStA Frankfurt NSTZ 2002, 546(2001年12月7日))。

(3) 単なる物・利用の剥奪 (Rn. 15-17)

物自体への有形力の行使を伴わずに、単に使用可能性を減少させるだけでは損壊に該当しない。これには、物を奪う場合と、利用できなくする場合がある。

単に物を奪う例としては、金の指輪を海に

投げ込んだり、動物を逃がしたりする場合は挙げられる。こういった場合でも、海で指輪が錆びたり、動物が死亡したりするのであれば損壊に該当する。

単に利用できなくする場合とは、例えば、自動車の鍵を奪取して自動車を使えなくする場合である。

なお、オーストリア刑法 135 条、スイス刑法 141 条においては、物の剥奪が独立に処罰対象になっている。

(4) 落書き・汚損・張り紙 (Rn. 20-24)

落書きなどについても、①物質的な侵害と、②用法通りの使用価値の減少の検討が要請される。

①落書きによって物質の表面が傷つくように、物質的侵害があれば損壊に該当する。また、落書きを除去する際にやむを得ず物質的侵害を伴う場合にも損壊に該当する。

しかし、いかに費用がかかっても物質的損害を伴わずに原状回復できるのであれば、物質的損害の見地からは「損壊」に該当しない。

②物自体への有形的作用によって、物の使用価値が侵害されている限り、用法通りの使用価値の減少は認められる。使用価値の侵害が認められるかは社会通念によって定められる。

使用価値の侵害が認められる例として、交通標識に落書きして表示の意味を変更する場合、透明な板を汚して透明性を失わせる場合、広告の表面を汚す場合も同様である。また、芸術品のような特別な美的目的があれば、外観変更自体が「損壊」に該当する。

物の機能又は特別な美的目的と関係なく外観を変更する行為は、単に物の所有者の形状を自由にする権利を侵害するだけであって、使用価値の侵害はないため、損壊に該当しない (BGHSt 29, 129 (1979 年 11 月 13 日))。

第二項 外観の変更

1. 外観の変更の処罰 (Rn. 25, 26)

単なる外観変更は「損壊」には包含されないという判例に対して、2005 年に追加された 303 条 2 項によって新たに外観の変更が処罰対象に含まれることになった。303 条 2 項

は、1 項に対して補充的な構成要件であって、外観の変更が損壊に該当する限り、1 項が優先して成立する。

立法理由書によると、303 条 2 項は、物の所有者が物の外観を自由に決定する権能を保護するものである (BT-Drs. 15/5313, S.3)。所有者の権能が保護されるため、外観の不良変更は必要なく、外観を良くする場合でも処罰対象になる。

2. 処罰範囲の制限 (Rn. 27-31)

条文の文言上、外観の変更は、軽微でなく一時的でもない場合にのみ処罰されるという制限がなされている。

軽微なものとして処罰から排除されるのは、大きな壁やすでに汚れた壁に全く目立たない印をつけるような場合である。また、わずかな時間・労力・費用で簡単に除去できるものも軽微と評価される。さらに、雨で消えるようなものは一時的である。ただし、被害者が直ちに消したことで一時的と評価されるわけではない。

さらに、軽微でなく一時的でもないという要件が充足されるのは、物自体への直接の作用によって外観が変更された場合のみである。例えば、バルコニーに洗濯物を置いたり、建物の前面に横断幕を掲げたりするような場合は、物自体への直接の作用を欠く。

第二章 窃盗罪

第一節 総説

【条文】

242 条 1 項 違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為客体：他人の動産 (fremde

bewegliche Sache)

- (2) 行為態様：奪取 (Wegnahme)
 - (a) 他人の占有 (Gewahrsam)
 - (b) 占有の侵害と取得
 - (c) 占有者の合意の不存在

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 主観的超過要素：領得意思 (Zueignungsabsicht)
 - (a) 恒久的に所有権者を排除する故意 (enteignen)
 - (b) 少なくとも一時的に自己の物にする意図 (aneignen)

3. 領得の客観的違法性・違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：5年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり (2項)

窃盗罪は、所有権の移転と占有の移転という二つのモメントによって形成されている。このうち、占有移転は奪取という行為態様のことなのでわかりやすい。理解しにくいのが所有権移転というモメントを窃盗罪が含んでいる点である。

冒頭に説明したとおり (149頁)、窃盗罪は所有権を移転させる罪 (領得犯) である。窃盗罪の客観的構成要件は占有の移転に限定されており、所有権の移転を含んでいない。しかし、主観的要件である領得意思 (Zueignungsabsicht) は、①他者の所有権を排除し (enteignen)、②自己又は第三者の物にする (aneignen) と定義されており、これは、所有権移転を主観面に移したものである。領得意思は、利欲性を意味するものではないことに注意が必要である。

なお、所有権を保護する窃盗罪において、我が国のような本権説と占有説の争いは存在しない。ドイツにおいては、明文上、窃盗の客体は他人の所有物に制限され、しかも、民事法にしたがって所有権の所在は判断される。

本章に対応するのは、Rengier, §2 Diebstahl, 5-54 頁である。なお、ドイツ刑法には、

窃盗罪の加重形態として、243条・244条が存在する。Rengierの教科書でもかなりのページ数が割かれており (54-107頁) 重要であるが、筆者の力が及ばず対象に入れることができなかった。

【先行研究】

長井圓＝藤井学「ドイツ刑法における徒党犯罪の加重処罰根拠」神奈川法学 34 巻 1号 118-140 頁 (2000年)

244条が定める団体ないし徒党 (Bande の訳語) による窃盗についての貴重な紹介。

第二節 成立要件の検討

第一款 客体：他人の動産 (Rn. 5-7)

窃盗罪の客体は、他人の動産である。「他人性」と「物」という要件の解釈は、器物損壊罪と同様である (151頁)。器物損壊罪と異なり、動産に制限されているのは、客体を移動させることができるかという観点に基づくものであり、民法上の動産・不動産の区別と一致するものではない。

ここでは、民事法の解釈が問題となる他人性要件について、具体例を紹介しておく。

例1：Mの一人娘であるTはMの旅行中に留守番をしていた。Mは旅行中に死亡した。Mの死亡後、その死亡通知を受け取る前に、TはMの宝石を盗んだ。

民法1922条1項によって相続人に所有権は移転する。したがって、TはMの死亡時に宝石の単独所有者になっており、(不能の)窃盗未遂のみが成立する。

例2 (BGH NSTZ-RR 2000, 234 (2000年2月29日))：被告人らは麻薬取引の際に売人に現金を支払って麻薬を受け取った後、払った現金を無理やり奪った。

民法134条・138条に違反する法律行為によって譲渡した金銭であっても、金銭自体は有効に譲渡される (物権法の無因性)。したがって、通常は、当該金銭を譲渡した者が、再び当該金銭を奪った場合、窃盗・強盗が成立する (BGHSt 6, 377 (1953年5月7日))。

しかし、例外的に、物権法上の譲渡まで無効になる場合もある。麻薬取引においては、代金の譲渡にまで刑法上の禁止が及ぶため、

金銭所有権は民法 929 条 1 項によって移転しない。したがって、例 2 においては、強要罪が成立するととどまる。

ただし、麻薬自体は所有権の対象であって、窃盗罪の対象たりうる (BGH NJW 2006, 72 (2005 年 9 月 20 日))。

【先行研究】

清水一成「続・ドイツ刑法判例研究 (10)」警研 59 卷 2 号 66-76 頁 (1988 年)

他人性要件の判断方法を示した BGHSt 6, 377 (1953 年 5 月 7 日) の翻訳。

第二款 行為態様：奪取 (Rn. 10)

奪取とは、他人の占有 (Gewahrsam)¹⁾ を侵害し、新たな占有を設定する行為であると定義されており、必ずしも自己の占有を設定する必要はないと解される。

奪取の該当性にあたって検討が要請されるのは、①他人の占有が存在するか、②新たな占有を設定したといえるか、③占有移転に対する合意の不存在である。

第一項 他人の占有

1. 一般論 (Rn. 11-13)

窃盗が保護する占有は、自然の支配意思 (Herrschaftswille) に担われた物に対する人間による現実の支配 (tatsächliche Sachherrschaft) と定義される。現実の支配といっても、物理的なものではなく社会通念 (Verkehrsauffassung) に基づいて判断される。所有権と異なり、民法上の占有 (Besitz) と一致するものではなく、間接占有 (民法 868 条) は直ちに刑法上の占有を基礎づけるわけではない。他にも、占有の相続を認める民法 857 条は刑法上の占有を基礎づけない。

物への現実の支配が認められるのは、通常の場合において物を左右できて、その支配に障害がない場合である。ここでは、評価的な視点が重要であって、かつ、個々の事情が決定的な役割を果たす。

2. 個別的検討

(1) 空間的支配による占有の成立 (Rn. 14)

例えば、郵便箱のように、空間を支配している場合、一般的な支配意思によって占有が得られる。ただし、土地に物が投げ入れられた場合にまで占有が成立するわけではない。

誰かが他人の空間内で失った物について、占有は空間の支配者に移転する (電車内の忘れ物について、RMG 13, 236 (1907 年 5 月 1 日))。さらには、単なる忘れ物についても空間の支配者の占有が成立するが、この場合、忘れ物をした者の占有も継続する (155 頁) ので共同占有になる。

(2) 占有の継続・喪失 (Rn. 20, 21)

いったん成立した占有が失われるのは、物の支配が消滅して、支配意思が放棄された場合である。

自己の支配する空間の外で物を失った場合には占有は喪失する。しかし、単に忘れてだけでは、忘れた物の所在をわかっていて、かつ、障害なく取り戻せる限り、占有は継続する (RMG 2, 278 (1902 年 4 月 14 日))。

支配意思が消滅するのは、死亡時か、支配意思を確定的に放棄する場合である。睡眠中でも物に対する占有は失われない。判例は、完全酩酊者 (BGHSt 4, 210 (1953 年 5 月 21 日))、さらには、瀕死の重傷人 (BGH NJW 1985, 1911 (1985 年 3 月 20 日)) にも占有の継続を認めている。

(3) 複数名が関わる場合 (Rn. 15-19)

現実の処分力は複数の人間が持ちうる。この場合、上下関係がある場合と同等の場合を区別する必要がある。奪取が認められるのは、優越する占有と同等の共同占有に対してだけであって、下位者の占有を侵害しても奪取ではない。この点については、下位者はそもそも占有を有していないとの説明も可能である。

同等の共同占有の典型例は夫婦である。上下関係のある占有は、労働関係で認められる。例えば、従業員が勝手に商品を棚から持

1) 民法の占有とは異なるため、「所持」という訳語が当てられることもある。

ち出せば、通常、店主又は店長の占有を侵害したとして窃盗になる。これに対して、金銭の出納係については、決算がなされる前に出納係の意思に反して金銭を動かすことが許されていない場合、出納係が単独占有を有する(BGH NStZ-RR 2001, 268 (2001年4月3日))。

運送中の商品については、雇用主が運転ルートを把握しているかによって、雇用主の占有が継続するかが判断される。例えば、長距離ドライバーについて、BGH GA 1979, 390 (1979年1月23日)は走行中の運転手に対する継続的監督まで要求しており、走行記録が存在するだけでは管理者の占有を認めない。

また、封緘物については、自動販売機のように固定された入れ物については、その内容物に対する占有は鍵の所持者が有すると解されている。これに対して、入れ物が固定されていない場合、内容と一緒に入れ物を動かせるため、入れ物の管理者が内容にも単独占有を有する。例えば、BGHSt 22, 180 (1968年6月12日)は、コイン式望遠スタンドの中のコインについて、スタンドが動かせる上、コインをいつでも取り出せるわけではないことから、コイン入れの鍵を有する業者の占有を否定している。

3. アメリカ法との比較

ドイツの占有の一般的な定義は、我が国と同一である。しかし、実際の当てはめにおいては必ずしも一致せず、忘れ物については広く占有の継続を認める一方、他人に委託した場合には所在を常に把握していない限り占有の継続は否定されている。これは、いったん物を占有した者による占有の継続については、物の所在を把握して実際にアクセスできることを重視するものであろう。

この点については、アメリカ法と対比すると相違は明瞭である。アメリカ法では、雇用者(employer)による従業員に対する監督、又は、コンテナ運搬物に対する封緘がなされている場合には寄託者(bailor)に占有(possession)が残ると理解されている(United States v. Mafnas 701 F.2d 83 (9th Cir. 1983))。つまり、対人的な指示・監督権、又は、対物

的な管理措置によって、物に近接する者による自由な処分が制約されている限り、雇用者・寄託者に占有は残ると理解されている。

第二項 新たな占有の設定

1. 一般論 (Rn. 23)

新たな占有が設定されたかという問題も、個別の事情と社会通念によって判断される。重要なのは、行為者が従前の占有保持者による妨害なく物を支配できているか、従前の占有保持者は行為者の支配を排除することなくしてはもはや物を自由に扱えないかである。

【先行研究】

白木豊「続・ドイツ刑法判例研究(11)」警研59巻3号60-69頁(1988年)

奪取の基本判例であるBGHSt 16, 271 (1961年10月6日)の全訳に優れた解説が付されている。土井和重「窃盗罪の既遂時期」法学研究論集(明治大学)30巻97-118頁(2009年)

奪取についてドイツの判例・学説を紹介している。

2. 問題となる事例群

(1) 店舗内での窃盗

(a) タブーとされる場所への移転：飛び地占有(Gewahrsamsenklaue) (Rn. 24, 25)

小さくて運びやすい物を衣服に隠したり、カバンに入れたり、場合によっては握りこんだだけでも、「一身専属領域」に移転させており、社会通念上、他人の支配する空間内であってさえ、従前の占有は排除される。これは、身体はタブーとされる場所であって(人格権)、物を取戻すにはタブーへの侵入が必要であって、経験則上、重大な抵抗が予想される、という点から基礎づけられる。

物にアラームが設置されていてもそれは重要ではない。また、実際に監視されていることも無関係である。窃盗は秘密裏に行われる必要はない(見張られている状態でタバコをポケットに入れた事案で窃盗既遂を認めるものとして、BGHSt 16, 271 (1961年10月6日))。

(b) 他の場合 (Rn. 26)

買い物籠に入れるなど、タブーとされる場所への移転がない場合、直ちに占有移転は生じない。占有が失われるのは、他人の支配する空間から出た場合である。例えば、BGH NStZ 2008, 624 (2008年6月26日)は店のノートパソコンを掴んで店から出てから店主がパソコンを奪い返した事案において、店から出た時点で窃盗既遂になることを認めている。

社会通念上、レジを通り過ぎただけでも占有喪失は認められうる。この場合、レジを通り過ぎる場面において、詐欺罪との区別も問題になる(185頁)。

(2) 店舗以外の場面 (Rn. 28)

店舗内での窃盗における分析は、住居での窃盗のような場面にも妥当する。タブーとされる場所への移転があれば窃盗は既遂になる。それ以外の場合、他人の住居や土地から出ていくなど、他人の支配領域から物を持って出れば、通常、既遂になる。ただし、BGH NStZ 1981, 435 (1981年6月24日)は、建物から5メートル外に出て300キロの金庫を車に乗せようとしていた事案を未遂にとどめている。

(3) 隠匿 (Rn. 29)

他人の支配する空間内で物を隠した場合、それだけでは従前の占有は侵害されない。しかし、行為者が物を隠した場所に自由に障害なくアクセスできる場合は、従前の占有保持者を排除して物を自由に扱えるといえるため、新たな占有の設定が認められる。

(4) 占有の弛緩 (Rn. 30, 30a)

占有の移転が生じない限り、せいぜい占有は弛緩するだけであり、これは窃盗罪の構成要件上、無意味な事態である。

占有の弛緩といわれるのは、店主が客に試着させるような場合である。試着した商品とともに逃亡した場合、窃盗が成立する(指輪を試着した事案について、BGH GA 1966,

244 (1965年6月11日))。なお、試着段階から物を奪う意思がある場合には詐欺罪との関係が問題になるが、窃盗罪のみが成立する(トリック窃盗と呼ばれる。詐欺罪が成立しない理由については、184頁)。

3. 窃盗の終了時点 (Rn. 92-94)

新たな占有の設定は、物への支配が確立していなくても認められて既遂になる。これに対して、行為者が物の占有を確実なものにした場合に始めて、窃盗は終了する。他人の支配する空間内にいたり、窃盗をした場所のすぐ傍にいたり、窃盗後に追いかけていたりするような場合、窃盗は終了していない。

窃盗の既遂後、終了前まで、加重構成要件が適用可能である。また、共同正犯・幫助も成立する。さらに、252条(強盜的窃盗罪)の成立範囲が画される(168頁)。

第三項 占有者の合意の不存在**1. 一般論 (Rn. 31-33a)**

占有保持者の意思に基づかず、又は、その意思に反して他人の占有が排除された場合、他人の占有は侵害されたといえる。被害者の承諾は、構成要件を阻却する合意である²⁾。

店主が見張っているというだけでは合意ではない。しかし、窃盗をさせるための畏として置いた物については占有移転への合意がある。この場合、窃盗は未遂にとどまる(BayObLG JR 1979, 296 (1978年10月3日))。なお、被害者の承諾が所有権移転にまで及ぶかどうかには争いがあり、窃盗未遂に加えて横領の既遂を認めるかについては議論が分かれる。

2. 条件付き合意 (Rn. 34, 35)

合意の成立範囲については、詐欺罪との関係も問題になるので、後で改めて検討する(184頁)。ここでは、欺罔の相手方がいないため263条が成立しえないことから生じる処罰の間隙を埋める重要な議論として、合意の条件という問題を扱う。この議論の主たる対象は自動販売機とATMである。

2) ドイツでは、被害者の承諾は、構成要件を阻却する合意と違法性を阻却する同意に分けられている。

(1) 条件の付けられる範囲

自動販売機・ATMの設置者は、外観からみて機械が通常通り機能する場合にのみ占有移転に合意するという条件をつけることができる。したがって、偽造したコインを使用したり、針金を使ったりして出てきた物を取得すると窃盗に該当する。

しかし、支払い意思やアクセス権限といった事情については、機械と無関係であるし263条との線引きができなくなるので、考慮されない³⁾。

(2) 外観という判断基準の適用例

外観の異常性が認められる場合、窃盗の成立が認められるため問題は少ない。例えば、OLG Koblenz NJW 1984, 2424 (1982年6月24日)においては、スロットマシンの故障を利用した現金の奪取について合意はないとしている。

問題が生じるのは、外観の通常性が争われる場合である。例えば、BGHSt 35, 152 (1987年12月16日)においては、他人のユーロチェックカードを使用してATMで現金を引出す行為について、ATMをプログラム通りに利用していることを理由に、現金の占有移転の外観は銀行による引渡しであって奪取ではないとして窃盗を否定している。

このように、外観基準を厳格に適用する場合、大きな処罰の間隙が生じるところ、1986年に導入されたコンピュータ詐欺罪(263条a)によって処罰の間隙は埋められている(197頁)。

263条aの施行後、ATM設置者の意思及び外観基準に加えて、263条aで処理するという立法者意思をも理由にして、偽造カードを利用した場合について窃盗を否定する判例が現れている(BGHSt 38, 120 (1991年11月22日))。この判例に対しては、偽造コイン

を使って自動販売機から物を取り出す行為を窃盗とすることと平仄が合わないとの批判がなされている。

(3) オーストリア判例との比較

オーストリアの判例においては、カードの無権限使用は窃盗罪を構成すると判断されている(OGH JBl 1986, 261 (1985年10月29日), OGH JBl 1992, 605 (1989年10月24日))。この点、代表的な教科書においては、支払い意思のような単なる主観的事情とは異なり、カードの利用権限は外部から認識可能な客観的事情といえるとの指摘がなされている⁴⁾。

この議論と比較すると、合意に条件をつけることが許される範囲を外観で制限するという議論を前提にしても、その範囲は一義的に定まるものではなく、ドイツの基準は厳格なものであることが理解できる。

【先行研究】

長井圓『カード犯罪対策法の最先端』109-142頁, 188-198頁(日本クレジット産業協会クレジット研究所, 2000年)〔一部初出・「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例(2)」クレジット研究21号(1999年)〕

ATMからの不正引出しについて窃盗罪・横領罪の成否を検討する裁判例を詳細に紹介した上で、分析を加えている。

第三款 主観的超過要素：領得意思

第一項 総説(Rn. 38-43)

冒頭において(154頁)、窃盗罪の基本構造において領得意思は、所有権の移転という視点を基礎に置くことを説明した。ここでは、さらに詳しく説明を行う。

ドイツにおいては、領得意思は、①所有権者を排除する意思(Enteignung)と、②自

3) Schönke-Schröder, Strafrecht, § 242, Rn. 36a (Eser/Bosch) (28. Aufl. 2010) は、条件を遵守しないことによる奪取と263条の欺罔を区別すべく、奪取に対する合意の条件を純然たる内心に及ぼすことはできないと説明している。

裁判例においては、自動販売機やATMに関わる場合以外でも、外観を基準にして窃盗と詐欺の区別が行われている(セルフサービスのガソリンスタンドで代金を支払わずに逃走した事案で、外観基準に基づいて詐欺罪を認めたものとして、BGH NJW 1983, 2827 (1983年5月5日))。

4) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 103 (2003)。

己又は第三者のものにする意思 (Aneignung) に区別されている。所有権者の排除については未必の故意で足りるのに対し、自己又は第三者の物にする意思については意図が要求されている。窃盗犯人は通常、奪った物について所有権者が排除されることは甘受している (in Kauf nehmen) だけであって目的にしているわけではなく、排除意思については未必の故意で足りるとしなければ処罰の間隙が生じるからである。

ここでは、この二つの区分に加えて、所有権の承認という項目も設定して議論を整理する。所有権者の所有物であることを承認した振舞いが不可罰であることについて、①所有権の排除と②自己又は第三者のものにする意思という二つの区分に振り分けて説明するのはわかりにくいからである⁵⁾。

【先行研究】

領得意思については3つの基本文献が存在する。

斎藤信治「不法領得の意思 (1) ~ (3)」法学新報 (中央大学) 79 卷 8 号 35-101 頁, 同 11 号 37-124 頁 (1972 年), 86 卷 4・5・6 号 303-334 頁 (1979 年)

歴史的比較法として、ドイツ法だけでなく英米法・フランス法まで調査した包括的な研究。ただし、現在の議論の紹介は途中で終了している。

林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察 (2) ~ (4・完)」警研 53 卷 4 号 69-78 頁, 6 号 47-56 頁, 7 号 25-29 頁 (1982 年)

ドイツ刑法成立後の基本的な判例・学説を広く紹介している。近時の新たなまとめとして、同「不法領得の意思と毀棄・隠匿の意思」立教法学 75 号 3-10 頁, 16 頁 (2008 年)。

穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察 (1, 2)」明治学院大学法学研

究 93 号 121-129 頁 (2012 年), 94 号 46-56 頁 (2013 年)

斎藤・林による先行研究を十分に踏まえて、ドイツの議論をわかりやすく紹介する今後の基本文献。

他に、斎藤豊治「Eberhard Schmidhäuser “Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte”, Festschrift f. Hans-Jürgen Bruns (1978), S. 345ff.」甲南法学 21 卷 1・2 号 71-87 頁 (1980 年), 香川達夫「不法領得の意思」同『刑法解釈学の基本問題』303-320 頁 (立花書房, 1982 年)。

第二項 所有権の承認

領得意思は所有権を移転させる意思であるという基本的理解から、他人の所有権を承認している限り、窃盗罪は成立しえないという限定が導かれる。この限定から窃盗罪が否定される例を挙げる⁶⁾。

例 1 (RGSt 55, 59 (1920 年 6 月 29 日)) : 失踪した犬を見つけた人への謝礼金を得るため、犬を奪取した。

ここでは、本来、謝礼金をもらえるはずの犬を見つけた者の正当な占有は侵害されている。しかし、謝礼金を得るという利得目的が存在しても、犬に対する所有権を承認している限り、窃盗罪は否定される。

例 2 (BGHSt 19, 387 (1964 年 1 月 21 日)) : 兵士 S は、兵役終了時に帽子をなくしていることに気がついた。弁償するのが嫌なので、同僚の帽子を盗って、自分の物として衣装部に返却した。

この事案においても、兵士 S は帽子の所有者への返却意思しか有していない。賠償を避けるために帽子の同一性を欺罔した点については、詐欺罪の成否だけが問題となる。

他にも、所有権者に返却するためにいったん売却した盗品を取り戻した場合 (BGH

5) ①排除意思と、②自己又は第三者のものにする意思を実質的観点とした上で、所有権者の地位に基づいて物を自由に扱う意思を形式的要素として必要とする整理として、Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, § 242, Rn. 47 (Eser/Bosch) (28. Aufl. 2010)。

オーストリアにおいては、領得意思という要件によって、①一時使用、②損壊・剥奪目的の奪取、③所有権者のためにする行為について窃盗罪が否定されるとして、三つに区別した整理がなされている (Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 146-151 (2003))。委託財横領罪における領得の整理について、177-178 頁。

ただし、Rengier, Rn. 39 は、所有権者のように振る舞う意思という言い回しは誤解を生じさせやすく、排除意思・自己又は第三者のものにする意思を検討すべきと指摘している。

6) Rengier, Rn. 56, 57 では、排除意思が否定される例として挙げられている。

NJW 1985, 1564 (1984年11月28日))や、身代金を条件に返却する意思で絵画を奪取する場合も、窃盗罪は否定される。奪取時に所有権を移転させる意思がなく、本来の所有権を承認していることを根拠に領得意思を欠くとして窃盗罪の成立が否定される。

第三項 排除意思

1. 総説：単純使用との区別 (Rn. 44-46)

排除意思は、物を支配できる地位から、事実上、永続的に (dauerhaft) 所有権者を排除する意思がある場合に認められる。所有権者に財産上の損害が生じることは必要でなく、例えば、より高価な物と交換する場合でさえ窃盗は成立する。代替物の無断交換については、推定的承諾による違法性阻却によって、適切な結論が確保される。

排除意思が重要になるのは、行為者が奪取時に物を返却する意思がある場合である。物の価値を奪う場合は別として、単なる嫌がらせの意図があるだけでは、返却意思があれば排除意思は否定される。例えば、ライバルのバイオリンを音楽コンクールの間だけ隠匿する場合には排除意思は認められない。

さらに、排除意思は、領得と単純使用 (Gebrauchsannaßung) を区別するという機能を果たす。単なる使用の意図でも自己の物にする意図は認められるが、排除意思は否定される。

2. 物の価値の剥奪

(1) 領得の対象 (Rn. 39, 41)

ドイツにおいては、領得の対象 (Gegenstand der Zueignung) という表題で、物自体だけが領得の対象とする物質説 (Substanztheorie)、物の価値を領得の対象と考える価値説 (Sachwerttheorie) が存在し、判例は、両方の立場を併用する立場 (Vereinigungstheorie) を採用している。

抽象的でわかりにくいのが、返却意思のある単純使用の場合について考えるとわかりやすい。判例の立場によると、物自体は返却されているものの、物の価値の剥奪を根拠に排除意思が肯定するというのである。

(2) 物の価値の範囲

(a) 物に内在する価値 (Rn. 47-49)

物の価値の剥奪といってもあらゆる場合が含まれるわけではない。物に内在する固有の価値、物自体に化体された (経済的) 価値が奪われることで、奪われた範囲で物を無価値にしようとする意思がある場合に排除意思が認められる。物に内在する価値のことを、ラテン語で, *lucrum ex re* (物自体からの利得・価値) と呼称されている。例えば、使用後に返却する意思でテレホンカードを奪取した場合、排除意思が認められて窃盗罪が成立する。

この問題に関する古典的な事例が RGSt 22, 2 (1891年3月7日) の預金通帳事件である。預金通帳を使用して貯金を下ろした後に通帳を返却する意思がある場合、通帳という物自体は返却する意思がある。しかし、通帳は免責証券 (民法 808 条 1 項) であり、銀行に対する預金債権を化体しているため、通帳の価値の剥奪を理由に排除意思が認められる。入場券のような免責証券全般について同様の議論は妥当する。

(b) 内在する価値の限界 (Rn. 51-54)

領得犯罪が保護するのは、所有権から生じる物を永続的に支配する地位である。したがって、物に内在する価値の侵害は所有権侵害といえるのに対して、その限界を超えることは許されない。この限界を超えると窃盗罪が、所有権を保護する罪でなくなり、経済的に利得することを処罰する罪になってしまうからである。この点については、ラテン語で *lucrum ex negotio cum re* (物の単なる使用による利得) と呼称されている。

例えば、預金通帳を奪取する際、身分証明のためにパスポートも奪取した場合、パスポートを返却する意思があればパスポートに対する排除意思は認められない。パスポートの同一性証明機能は全く侵害されていないからである。

フロッピーディスクのデータをコピーして使用するだけで、物の価値に変更がない限り、行為者に経済的利益を得る意思があっても、排除意思は否定される (BayObLG NJW

1992, 1777 (1991年12月12日))。

さらに、通帳と異なり、暗証カードを無断使用するために一時的に奪取する場合にも、物の価値の剥奪を理由として排除意思を認めることはできない (BGHSt 35, 152 (1987年12月16日))。暗証カードは金庫の鍵と同様、ATMに保管された金銭にアクセスすることを可能にする機能しかないからである。

(3) 価値の減少 (Rn. 50)

物の価値の剥奪を根拠にして排除意思を認めることは、価値を相当程度減少させる場合にも許される (2年間機械を無権限で使用した事例について横領罪を認めたものとして、BGHSt 34, 309 (1987年3月17日) → 171頁)。ただし、どの程度の価値の減少があれば、248条bの無断使用を超えて、窃盗罪が適用されるに至るかは価値判断の問題である。

3. 排除意思が問題になる諸事例

(1) 自動車の乗捨て (Rn. 60)

奪取した自動車の乗捨てについては、場所の遠近などの具体的事情を考慮して、特段の負担なく従前の占有が回復できる場合、返却意思が認められて排除意思が否定される。これに対して、第三者が簡単に手を出せる場所に放置するつもりであって、返却されるかを偶然に委ねるような場合には排除意思が認められる (BGHSt 22, 45 (1968年1月26日))。

(2) 新本の借用 (Rn. 61, 61a)

OLG Celle NJW 1967, 1921 (1967年3月16日)は、新品の本を読んでから返すつもりであったという事案において、読んでしまうと新本の価値が失われて、中古品になることを理由に窃盗の成立を認めている。

しかし、本屋で読む場所があることに鑑みると、直ちに価値の減少を認めるのは妥当ではない。自動車のように、乗車されると新車の価値が損なわれるような場合であれば、排除意思を認めてよい。

(3) 再売却 (Rn. 62)

所有者から奪取した者を、別物として所有者に売却する場合には排除意思が認められ

る。この場合、所有権者の所有権を否定しているからである。

第四項 自己又は第三者のものにする意思

1. 自己のものにする意思

(1) 被害物を財産に組み込む意思 (Rn. 64-66)

行為者が奪取した物自体を少なくとも一時的にでも自身の手元に置か、利用する意思がある場合、すなわち、自己の財産に組み入れる (*in sein Vermögen einverleiben*) 意思がある場合には自己のものにする意思が認められる。窃盗罪は所有権犯罪であって利得犯ではないため、経済的利益を得る意図は不要である。

しかし、単なる占有の開始自体は所有者のように振る舞う意思があるとはいえない。占有の開始だけで自己のものにする意思を認めると、物を剥奪するあらゆる行為が窃盗になってしまうからである。損壊の意図に基づく奪取については自己のものにする意思を欠く。損壊行為についても所有権者の権能を無断行使しているといえるものの、行為者の財産状態の変更は認められない。例えば、略式命令文書を毀棄するだけのために奪う場合 (BGH NJW 1977, 1460 (1977年5月10日))には、当該文書を自己のものにする意図を欠く。

これに対して、下着に対するフェティシズムから女性下着を盗んだ場合でも、自己のものにする意思は認められる (OLG Hamburg MDR 1954, 697 (1954年2月24日))。また、刑務所の扉を開くために鍵を使ったら捨てるつもりでも、鍵を自己のものにする意思は認められる。

(2) 物の価値を自己のものにする意思 (Rn. 67)

領得の対象が物自体又は物の価値であることから、物の価値を自己のものにする意思があれば領得意思は認められる。

しかし、排除意思と異なり、物の価値を自己のものにする意思がある場合には、そもそも物自体を自己のものにする意思が認められる。したがって、独立して物の価値を論じる

必要性はない。

【先行研究】

山本輝之「続・ドイツ刑法判例研究(12)」警研59巻4号68-76頁(1988年)

毀棄目的について領得意思を否定したBGH NJW 1977, 1460(1977年5月10日)の翻訳に解説が付されている。

2. 第三者のものにする意思 (Rn. 68-79)

1998年の第6次刑法改正により、窃盗罪に第三者領得も追加された。この改正により、行為者が自身のものにする意思を有する場合だけでなく、第三者のものにする意思を有する場合も包含されることが明確にされた。自己のものにする意思に関する議論は、そのまま第三者のものにする意思に妥当する。

第三者のものにする意思を認めるには、第三者の財産に組み入れるのに必要な状況を作成する意思が必要である。例えば、自転車を誰かが使うであろうと考えて放置するだけでは足りず、第三者の家の扉の前に置くことがまで要求される。

なお、1998年改正以前、自己のものにする意思しか規定がなかったため、物の価値を自己のものにする意思を非常に広範に認めることで処罰の間隙が回避されていた。例えば、窃盗に協力したことに対する報酬を得る目的にさえ、物の価値を自己のものにする意思があるという解釈がなされていた(BGH NJW 1985, 812(1984年9月26日))。現在では、このような解釈は不要となっている。

【先行研究】

上嶋一高「ドイツの第六次刑法改正法」刑法雑誌38巻2号249-251頁(1999年)

1998年改正による第三者領得の包含について簡易に紹介。

穴沢大輔「いわゆる第三者領得について」上智法学論集50巻2号103-129頁(2006年)

1998年改正以前の判例の状況を含めた詳細な紹介。

3. 意図の必要性

自己又は第三者のものにする意思は、確定的認識を超えて意図であることが必要である。

(1) 意図が否定される事例 (Rn. 80, 81)

意図の必要性から、入れ物と中身を区別して考える必要が生じる。窃盗犯人が入れ物を運搬手段として利用せず、すぐに捨てるつもりの場合、入れ物に対しては自己のものにする意思は否定される。さらに、行為者が現金を狙ったものの、中身が無価値なものであった場合、窃盗未遂が成立するととどまる(BGH NJW 1990, 2569(1990年3月8日))。

刑務所から逃走する際に着用している衣服についても、着用して逃走することはやむを得ないことであって意図されたものでない場合、自己のものにする意図が否定される。

(2) 条件を付けている場合 (Rn. 84, 85)

自己又は第三者のものにするかどうかについて条件を付けている場合であっても、自己又は第三者のものにする意思は否定されない。問題となるのは、最終的な意思決定が行われていたかどうかである。

例えば、他人の物を「担保にとる場合(Inpfandnahme)」、債務者の態度次第であっても売却する意図がある限り、最終的な意思決定はあるので自己のものにする意思は認められる。

第五項 領得の違法性・故意

1. 総説 (Rn. 86)

領得意思には、領得の違法性という限定が付されている。この要件は、刑法総論という違法性と違い、客観的構成要件要素であり、この要件に対応した故意も必要である。

領得の違法性を欠くのは、行為者が奪取した物に対して、期限がきており、かつ、抗弁もない請求権を有する場合である。

2. 特定物債務(Stückschulden)の場合 (Rn. 87)

特定物に対する債権を有する行為者が、引渡しを拒む債務者から当該特定物を無断で持

ち去っても領得の違法性は否定される。そのような債権を有すると誤信している場合には、故意が阻却される。

3. 種類債務 (Gattungsschulden) の場合 (Rn. 88-91)

種類債務の場合、特に金銭債権を有する行為者による無断での現金奪取の場合には議論がある。

判例においては、客観的違法性は否定されないとされている (BGHSt 17, 87 (1962年1月12日))。種類債務の場合は、債務者にはどの物を引き渡すかの選択権があるからである (民法 243 条)。

しかし、学説においては、金銭については品質の区別はありえず選択権は無意味である以上、行為者が奪取した現金に相応する期限の来た金銭債権を有している場合には違法性を否定すべきとされている。ただし、この議論は、金銭以外には妥当しない。

判例においては、客観的違法性が認められるとしても、当該現金を奪取する権利があると錯誤しているのが通常であって故意が阻却されると解されている。しかし、これに対しては、違法性の錯誤にすぎないとの批判もなされている。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』193-212 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

領得の違法性をめぐる判例・学説をわかりやすく紹介・検討している。

木村光江『財産犯論の研究』358-382 頁 (日本評論社, 1988 年)

林と同様、領得の違法性をめぐる判例・学説を紹介。

第六項 オーストリア法・スイス法との比較

ドイツ法同様、オーストリア刑法 127 条、スイス刑法 139 条においても、所有権に対する罪である窃盗罪において、所有権を移転さ

せる意思である領得意思が要求されている。

しかし、領得意思に加えて、両国では、明文上、被害者の財産を減少させて自ら又は第三者の財産を増加させる利得目的も要求されている。この利得目的はドイツでは詐欺罪・恐喝罪において要求されているものである (195 頁)⁷⁾。

オーストリア・スイス刑法の規定からは、所有権を移転させる領得意思と、経済的利益を移転させる利得目的が別種のものであり、しかも、両方を重疊的に要求する立法も可能であることが理解できる。

第三章 強盗に関する罪

本章では、強盗罪、強盗致死罪、事後強盗に類する強盗的窃盗罪を扱う。本章の第一節で扱う強盗罪に対応するのは、Rengier, §7, Raub, 128-143 頁、第二節で扱う強盗的窃盗罪に対応するのは、§10, Räuberischer Diebstahl, 165-175 頁である。

強盗の加重類型 (250 条, 251 条) は、筆者の力が及ばず対象に入れることができなかった。

【先行研究】

神元隆賢「強盗関連罪の身分犯的構成 (1)」成城法学 75 号 252-191 頁 (2007 年)

ドイツの強盗に関連する各種構成要件を紹介。

第一節 強盗罪

第一款 総説

【条文】

249 条 1 項 人に対する暴行を用い、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、1 年以上の自由刑に処する。

7) なお、被害者の財産の減少と、自己又は第三者の財産の増加に直接的な関係 (素材同一性) がドイツ (195, 203 頁)・オーストリア (Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §127, Rn. 167, 168 (2003)) では要求されているが、スイスでは要求されていない (A. Donatsch, Strafrecht III, 86 頁 (9. Aufl. 2008))。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 窃盗に関わる要件：他人の動産の奪取
- (2) 強要に関わる要件
 - (a) 対人暴行 (Gewalt gegen eine Person) 又は
 - (b) 生命・身体に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫 (Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)
- (3) 目的関係 (Finale Verknüpfung)：奪取の手段としての暴行・脅迫の使用

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
 - (2) 主観的超過要素：領得意思
3. 領得の客観的違法性・違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：1年以上の自由刑

未遂処罰あり：23条1項・12条1項

第一項 ドイツの強盗罪の構造 (Rn. 1)

強盗罪は、強要罪 (240条) と窃盗罪を結合した独自の犯罪である。したがって、保護法益は、意思活動の自由と所有権である。

強要の部分については、240条と比べて249条は、暴行を対人暴行に限定し、脅迫の内容を生命身体に対する現在の危険に制限している。また、強要の手段である暴行・脅迫が奪取を可能にするために使用されるという関係が必要である。

窃盗の部分については、窃盗罪と完全に同一の要件が定められている。不動産に対する強盗は存在しないし、日本法における2項強盗も存在しない。日本法で2項強盗罪が成立する部分については、機能的には、強盜的恐喝罪によって恐喝罪の加重類型として処罰さ

れる (200頁)。

第二項 2項犯罪の系譜

ドイツ財産犯の概論から離れるものの、日独で規定形式が大きく異なるため、ここで2項犯罪の系譜について説明する。

1. フランス刑法の影響という推測

日本法においては、強盗罪・詐欺罪・恐喝罪において、1項・2項で財物と財産上の利益を並置している。この規定ぶりはドイツ刑法の規定と大きく異なり、フランス刑法の影響を受けた旧刑法下の証書騙取の罪 (390条)、及び、旧刑法には取り入れられなかったもののボワソナードが関与した日本刑法草案427条の証書強請の罪に由来するものと推察されている⁸⁾。

2. 法案の変遷

現行刑法の制定過程においては繰り返し法案が作成されている。この法案の変遷過程をみると、フランス刑法の影響という推察をさらに強化することができる。

(1) 不正の利益という用語の登場

まず、ボワソナードの刑法改正案に対する司法省及び法律取調委員会が修正を加えた明治22年の仏文の刑法草案 (Projet révisé de code pénal) の詐欺罪 (493条) をみると、客体が①金銭、②有価証券、③動産、④不動産、⑤各種の証書、⑥各種の有利な訴訟結果が羅列されている。一方、494条の準詐欺罪においては「l'un des avantages illicites prévus à l'article précédent」と規定されている。この仏文草案を元に法律取調委員会で確定した草案を反訳した日本語案では「前条に規定したる不正の利益の一」という文言が採用されている⁹⁾。

調査した限りでは、この明治22年案で始めて、現行法の「不法の利益」に類似する文言が出現している。ここでは、詐欺罪の多様

8) 中森喜彦「二項犯罪小論」論叢94巻5・6号215-227頁 (1974年)。

9) 条文は内田文昭ほか編著『日本立法資料全集20-2 刑法〔明治40年〕(1) - II』349, 416頁 (信山社, 2009年) による。

な客体の規定の繰返しを回避するため、「不正の利益」という文言が使用されたといっておくであろう。

(2) 不正の利益という包括的な規定形式の導入

その後、明治23年草案372条において詐欺罪の客体は「不正の利益」に統一されるに至り、物と利益を区別しない規定になっている¹⁰⁾。これは、明治22年案を前提に、客体の規定の煩雑さを避けるため、準詐欺罪の規定形式を詐欺罪に及ぼしたものと推測することも許されるであろう。

一方、強盗罪についてみると、明治23年草案361条においては暴行・脅迫による窃盗が強盗であるとして窃盗と強盗を同質のものと定める規定ぶりはなお維持されている。しかし、361条から少し離れた365条においては、証書強請・滅尽の罪が取り入れられている。

(3) 動産・財物と財産上の利益の並置

明治28年草案に至り、動産と財産上の利益が強盗罪(295・296条)、恐喝罪(302・303条)、詐欺罪(304・305条)で並列されるに至り、現行法の構造が成立している¹¹⁾。

その後、明治35年草案で動産が財物に文言が変更され、財物と利益の並置という現行法の規定ぶりが完成している¹²⁾。

(4) 証書騙取罪・証書強請罪の延長としての2項犯罪

法案の変遷をみる限り、①詐欺罪において、旧刑法下においては財物と証書の騙取が並置されており、その後、金銭・有価証券・

動産・不動産・各種の証書・有利な裁判という客体が「利益」と包括的に表現されたこと、②強盗罪において、窃盗罪の延長にある強盗罪に暴行・脅迫によって証書を作成させる罪が付加されたことが判明する。

資料的に確定できないとしても、証書騙取罪・証書強請罪の延長として、明治28年に動産に対して財産上の利益が並置されたことで、2項犯罪という規定形式が誕生したと推測することは自然なものと思われる。

そうすると、沿革的には、権利の取得・義務の免脱による利益の移転が処罰対象として予定されていたが、文言上、利益の種類の制限がなくなったといえる。

第二款 成立要件の検討

第一項 行為態様

1. 対人暴行

(1) 暴行概念 (Rn. 8)

暴行の伝統的定義は、①現実の又は予期される抵抗を排除するため、②物理的な有形力を、③他人の身体に作用させて強制力を行使すること、である¹³⁾。

このうち、②物理的な有形力は単なる身体の挙動で足りると解されている。何故なら、爆薬のスイッチを押すように指を動かすだけの場合も、抵抗を排除する物理作用として暴行に包含すべきだからである。

これに対して、③他人の身体への作用も緩和して、心理的作用でも足りるとするかについても、強要罪において大きな展開が存在する¹⁴⁾。しかし、強盗罪においては、対人暴行に限定されており、被害者の身体への直接又は間接の作用が必要である。対人性という限定により、心理的作用と単純な対物暴行は

10) 条文は、内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 20-3 刑法〔明治40年〕(1) - III』194頁(信山社, 2009年)による。

372条 自己又は他人を利するの意を以て虚偽の事を構造し又は眞實の事を變更、隠蔽し其他詐欺の方略を用ひて人を錯誤に陥れ以て不正の利益を得たる者は詐欺取財の罪と爲し二月以上四年以下の有役禁錮及び十圓以上百圓以下の罰金に處す

11) 条文については、中島晋治『改正刑法草案理由(罪名編)』255-261頁(法政学会, 1899年)に解説付きで掲載されている。

12) 条文については、内田文昭ほか編著『日本立法資料全集 25 刑法〔明治40年〕(5)』49頁(信山社, 1995年)。なお、明治39年に「不法に財産上の利益を得」という文言が「財産上不法の利益を得」に変更されている。

13) ドイツにおいては、暴行の意義については強要罪の解釈をめぐって盛んに議論が行われている。詳細については、Rengier, Strafrecht BT II, §23, Rn. 2-32 (11. Aufl. 2010)。

強盗罪の手段になりえない。

(2) 具体例 (Rn. 9-15)

所有権者の帰宅を妨害するため、車のタイヤを裂いたり、入口を塞いだりするような場合、対人暴行は否定される。これに対して、部屋に監禁する場合は、間接的な対人暴行が認められる (BGHSt 20, 194 (1965年4月6日))。家に入れないようにする場合には、移動の自由自体は侵害されておらず、監禁とは性質が異なるからである。

睡眠中や酩酊者に対しても暴行は行われうる。例えば、被害者が万が一助けを呼ぶこともできないように、脇道に引きずっていくような場合である (BGHSt 4, 210 (1953年5月21日))。しかし、ほとんど抵抗できない状態の被害者が尻ポケットに置いた手をどけるだけで暴行を認める BGHSt 16, 341 (1961年12月5日) は暴行を広く認め過ぎとの批判もなされている。

窃盗と強盗の限界事例として問題になるのはひたたくりである。暴行に該当するのは、抵抗を排除する意思がある場合だけであり、抵抗を回避するために被害者の驚愕を利用するだけでは、暴行に該当しない。しかし、カバンをしっかりと被害者が持っている力を込めて奪取するような場合には強盗罪が成立する (BGH NJW 1955, 1404 (1955年6月10日))。

具体例をみれば明らかのように、強盗罪の暴行該当性はかなり広く肯定されている。日本法と異なり、強盗罪と恐喝罪を暴行が反抗を抑圧するに足りる程度か否かで区別するという問題意識は見受けられない (200頁)。

(3) 第三者に対する暴行 (Rn. 17)

暴行の相手は、少なくとも行為者の認識上、占有を保護する意思がある者であれば占有者以外の第三者でも足りる。しかし、占有

を保護する意思がない者に暴行を加えても強盗罪は成立しない。例えば、幼児を暴行してその父親に奪取を甘受させる場合、心理的作用しか存在せず、脅迫の該当性を検討すべきである。

(4) 被害者の殺害 (Rn. 34)

スムーズに財物を奪取するために、占有保持者を殺害する場合も暴行に該当する。占有の取得が殺害後であっても問題ない (BGH NSTZ-RR 2003, 44 (2002年10月17日))。この場合、死亡結果を伴う強盗罪が成立し、謀殺罪 (211条) と観念的競合の関係に立つ (BGHSt 39, 100 (1992年10月20日))。

2. 脅迫

(1) 脅迫概念 (Rn. 18, 19)

脅迫の一般的な定義は、①脅迫者が左右できるか、左右できると仮装した②害悪が迫っている状態の告知で、③被害者からみて真実味を帯びたもの、である。被害者が脅迫に全く気付かなかった場合には未遂にとどまる。

強盗罪における脅迫の内容は、生命・身体に対する現在の危険を及ぼす旨の告知に限定されている。身体への加害は重大なものに限るべきであり、ピンタをする、と脅迫しても強盗にはならない。現在の危険の解釈は、34条の正当化緊急避難と同一内容と理解されている。

(2) 加害対象が第三者の場合 (Rn. 20)

生命・身体に対する危険が及ぼされる相手は、脅迫を受ける者に限られず、身近な者であれば足りる。基準となるのは、自分自身への加害と同じぐらいの害悪と感じられ、それゆえ、強制を受けるかである。

14) デモにおける路面電車のレール上への座り込みに関して、BGHSt 23, 46 (1969年8月8日) は、暴行は身体的強制と感じられるほどの心理的な強制でも足りるとの立場を採用して、レール内に立入ることで運転手に電車を停止させることは暴行に該当すると判示した。しかし、憲法裁判所が、BGH判例による暴行の解釈は基本法103条2項に違反すると判示した (BVerfGE 92, 1 (1995年1月10日))。その後、BGHSt 41, 182 (1995年7月20日) は、従前よりは身体的な強制作用を要求し、現に排除しがたい障害によって移動を妨害する場合には暴行に該当すると判示している。

(3) 脅迫の告知相手が第三者の場合 (Rn. 21)

暴行と同様、占有者でなくても、少なくとも行為者の認識上、占有を保護する意思がある者に対して脅迫を行えば、強盗に該当する。例えば、職場の従業員を脅迫する場合である。

第二項 奪取の手段としての暴行・脅迫

1. 目的関係の主観性 (Rn. 22, 23)

行為者が、奪取を目的として暴行・脅迫を使用したことが必要である。この点、判例・通説は、暴行・脅迫と奪取に客観的な因果関係は必要ないと解している (BGHSt 4, 210 (1953年5月21日))。文言上の支障はないし、暴行・脅迫を行う行為者の特段の危険性に鑑みて支持できる。

例えば、睡眠している被害者に奪取を邪魔されないように監禁したものの、被害者は熟睡していて全く気が付かなかったような場合でも強盗既遂が成立する。

2. 時間的場所的密接性：奪取の着手の必要性 (Rn. 24, 25)

目的関係の必要性から、さらに、暴行・脅迫と奪取の間には時間的場所的な密接性が要求される。その基準は未遂 (22条) によって定まる。窃盗の予備段階での暴行・脅迫は強盗を認めるには不十分である。

例えば、暴行・脅迫によって物の場所を吐かせた後、物を奪取するために移動が必要な場合、強要罪と窃盗罪が成立するにとどまる。こういった場合に強盗を認めるには、身体拘束などによって暴行・脅迫の作用が窃盗の着手時点まで継続していることが必要である。

3. 暴行・脅迫後の奪取意思

(1) 奪取意思のない暴行・脅迫の作用の利用 (Rn. 26, 27)

奪取の意思なく暴行脅迫を行った後に、その状態を利用して奪取しても目的関係を欠くため強盗にならない。ただし、奪取の意思が生じた後に黙示の脅迫が継続している場合は別である。例えば、傷害や強姦の後、完全に

抵抗不能な被害者の現金を奪う場合は強盗にならないが、強姦の後に被害者を組み伏せた状態で現金を奪えば、暴行が継続しているので強盗になる。BGHSt 20, 32 (1964年9月15日)は、キスするために抱き付こうとして、左腕を掴んでから、被害者が腕時計をしていることに気が付いて奪取した事案において、暴行の継続による強盗を認めている。

(2) 奪取対象の変更 (Rn. 28-30)

奪取するつもりであった物と全く別の物を奪取した場合にも目的関係を欠く (BGH NSStZ-RR 2002, 304 (2002年7月17日))。例えば、銃を奪おうとして暴行した後、銃を探している間に現金を見つけて奪った場合、現金に対しては窃盗が成立する。

(3) 不作為による暴行

他の目的で被害者を拘束又は監禁した後、抵抗できない状態を利用した物を奪取した場合に、奪取のために、不作為による暴行がなされたといえるかが議論されている。

BGHSt 48, 365 (2003年10月15日)は、拘束・監禁からの解放がなされるまでは不作為によって暴行が継続しているとして強盗の成立を認めている。しかし、積極的な暴行を行った行為者と、強制状況を除去していないとの認識で奪取する行為者を同列にすべきではないとの批判がなされている。また、被害者が意識を失った場合には不作為構成が妥当しないことは不均衡であるとの指摘もなされている。

【先行研究】

不作為による強盗については、詳細な判例と学説の紹介がなされている。

富高彩「強盗罪における不作為構成 (2・完)」上智法学論集 54 巻 3・4 号 57-76 頁 (2011年)

芥川正洋「不作為の暴行による強盗罪の成否」早稲田法学 87 巻 1号 175-184 頁 (2011年)

第三項 故意 (Rn. 35-37)

強盗における故意の存否が問題になるのは、元々の奪取意思の範囲内といえる物を奪取したか、奪取の目的物を変更しているかで

ある。

例えば、5ユーロの現金を財布から奪おうとして被害者を殴った後、財布に700ユーロの現金を見つけて奪取した場合、当初の奪取意思から重大な変更はないので全額に対する強盗が成立する（BGHSt 22, 350（1969年3月14日））。

これに対して、行為者の当初の予定の範囲にないといえるような事態の展開があった場合には、当初の目的物に対する強盗は未遂にとどまり、別途、現に奪取した物に対しては窃盗が成立する（奪取対象の変更は目的関係も欠くことについて、167頁）。

第二節 強盜的窃盜罪

第一款 総説

【条文】

252 条 窃盜の際に現場で遭遇し、盜品の占有を維持するために、人に対して暴行を加え、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いた者は、強盜犯人と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客觀的構成要件

- (1) 主体：窃盜既遂の犯人（Vollender Diebstahl）
- (2) 行為状況：現場での遭遇（auf frischer Tat betroffen）
- (3) 行為態様：①人に対する暴行 又は ②生命身体に対する危険による脅迫

2. 主觀的構成要件

- (1) 故意
- (2) 占有を維持する意図（Besitzerhaltungsabsicht）

II 違法性

III 責任

法定刑：強盜と同一

第一項 ドイツ法の特徴

強盜的窃盜罪は、所有権と意思活動の自由を保護する犯罪であって、占有の確保が終了していない段階で占有を確実なものにするために暴行・脅迫を行うという点で、占有を取得するために暴行・脅迫が使用される強盜罪と同質の可罰性を備える。主觀的要件として、物の占有を維持する意図がある場合だけを規定しているのも、強盜的窃盜罪が占有を確保する際に暴行・脅迫を行うことを処罰することの現れである。

窃盜の終了は占有の完全な確保段階で認められる（157頁）ところ、物を奪取しても窃盜が終了するまではなお占有は不安定であり、窃盜の既遂後から終了までという限られた範囲でのみ強盜的窃盜罪は成立するのである。

【先行研究】

金澤真理「財物奪取後の暴行・脅迫」阿部純二古稀『刑事法学の現代的課題』297-306頁（第一法規、2004年）

強盜的窃盜罪の性質に関する議論を紹介。

第二項 アメリカ模範刑法典との比較

アメリカの模範刑法典 222.1 条においては、窃盜に際して、重傷害を負わせるか、その旨を脅迫するか、第一級・第二級重罪を行うか、その旨を脅迫する場合に強盜が認められる。「窃盜に際して」という要件は、窃盜の未遂以降の段階又は窃盜未遂・既遂後の逃走中であると規定されている。

占有の移転・確保に注目して窃盜・強盜の同質性を維持するドイツ法と比べると、模範刑法典の規定は窃盜の際に行われる暴力行為に注目した規律といえる¹⁵⁾。日本法の後強盜罪は、ドイツ法とは異質であって、アメ

15) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries Part2, §§220.1 to 230.5, p.104(1980) では、逃走中に自分を捕まえようとする人間に暴力をふるう人間は、必要があれば窃盜のためにも暴力をふるう人間であって、強盜罪が処罰対象とすべき人間であると解説されている。

リカ模範刑法典の規定に類するタイプの罪であろう。

【参照】

アメリカ模範刑法典 222.1 条 強盗 Robbery
1 項後段 An act shall be deemed “in the course of committing a theft” if it occurs in an attempt to commit theft or in flight after the attempt or commission.

第二款 成立要件の検討

第一項 主体 (Rn. 4-6, 27)

強盜的窃盜罪の主体は窃盜の既遂犯人である。窃盜が未遂段階で暴行・脅迫を使用した場合には強盜罪が成立する。また、窃盜の終了後も、もはや強盜的窃盜罪の主体たりえない。

なお、強盜既遂の犯人も強盜的窃盜の主体たりうる (BGHSt 21, 377 (1967 年 11 月 21 日))。強盜既遂 (249 条) の後、強盜的窃盜 (252 条) も成立する場合、強盜致死 (251 条) のような加重事由があれば、252 条・251 条が適用される¹⁶⁾。強盜既遂と強盜的窃盜が同じ重さであれば、249 条のみが適用されて強盜的窃盜は共罰的事後行為になる。

第二項 行為状況

1. 現場性 (Rn. 7)

窃盜の終了以降は、窃盜の現場性は否定される。判例・通説は、窃盜の終了という基準に加えて、窃盜との時間的場所的接性を要求している。この制限によって、強盜と強盜的窃盜の同質性が保障されるからである。例えば、BGHSt 28, 224 (1978 年 12 月 13 日) は、車に同乗中、被害者に気づかれないうちに財布を盗んで 50 キロメートル過ぎてから暴行を加えた事案において時間的場所的接性を否定している。ただし、この事案で現場性を否定することには疑義も示されている。

2. 他人に発見されることの要否 (Rn. 8-10)

窃盜犯人が他人に発見されたことが要求さ

れるか、発見される前に機先を制して暴行を加えた場合でも強盜的窃盜が成立するかは争いがある。

ドイツ語の *betroffen* の語感としては、発見されることを要求するのが自然である。しかし、判例・通説は、不安定な占有を確保するために暴行・脅迫を用いることを処罰するという強盜的窃盜罪の趣旨に鑑みて、他人に発見されたことを要求すべきでないとしている (BGHSt 26, 95 (1975 年 2 月 27 日))。

第三項 行為態様 (Rn. 12)

暴行・脅迫の意義は強盜罪と同様である (165 頁)。暴行・脅迫の対象者は、少なくとも行為者の認識上、盗品の占有を回復する意思がある者であれば足りる。

第四項 占有維持意図 (Rn. 13-18)

盗品の占有を維持する意図は意図であることが必要である。ただし、唯一の動機である必要はなく、盗品を取戻されることを防ぐことを目指していれば足りる。

占有維持意図の前提として、行為者が現に盗品を占有していることが必要である。例えば、盗品の占有を放棄した後は、占有を維持する意図はありえない。

強盜と強盜的窃盜の同質性を確保するという見地からは、占有維持意図は、領得意図と同質のものと解される。したがって、計画していた領得の手段として暴行・脅迫を行う場合に占有維持意図は認められる。例えば、逃走中に盗品を捨てるつもりであるような場合、占有維持意図は否定される。さらに、占有の取戻しが現に迫っている場合にのみ占有維持意図は認められる。身元を知られることで、その場ではなく後で盗品が取戻される恐れが生じることを防ぐ意図があるだけでは、占有維持意図は認められない (BGHSt 9, 162 (1956 年 5 月 4 日))。

¹⁶⁾ ただし、判例は強盜既遂後にも強盜致死罪が適用可能という立場である (BGHSt 38, 295 (1992 年 5 月 15 日))。この立場によると、249 条・251 条を適用すれば足りる。

第四章 横領に関する罪

第一節 横領罪

第一款 総説 (Rn. 1-3)

【条文】

246 条 1 項 他人の動産を違法に自ら領得し又は第三者に領得させた者は、行為が他の規定において本条よりも重い刑で処罰されないときは、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

2 項 第 1 項の場合に、動産が行爲者に委託されているときは、刑は5年以下の自由刑又は罰金とする。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件：他人の動産
2. 領得行為
 - (1) 主観的要素：領得意思
 - (2) 客観的要素：領得意思の実現 (Manifestation des Zueignungswillens)
3. 領得の客観的違法性
4. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

IV 加重事由：委託関係

法定刑—一般：3年以下の自由刑又は罰金

委託関係：5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (3 項)

1998 年改正によって、ドイツの横領罪は、他人の動産に対する領得行為全般を処罰する極めて簡素な構成要件とされた。処罰範囲は、領得の存否、すなわち、他人の所有物を自己又は第三者の物であるかのような振舞いによってのみ画されるため、窃盗罪に対して理論的に独自の議論はほとんど存在しない。窃盗罪との相違は、領得が主観的超過要素ではなく、客観的な行為として外部に発現することが要求されている点にとどまる。領得行

為については、現に他人の所有権を排除して自己又は第三者のものにすることまで要求されるわけではなく、領得意思が発現された行為であれば足りる。したがって、客観面の後に主観面を検討することはできず、主観的な領得意思を検討してから、領得意思が客観的に発現しているかを検討することになる。

明文によって、他罪が成立する場合には他罪が優先するとされており、横領罪は受血的構成要件 (Auffangtatbestand) とされている。

占有離脱物横領と委託物横領は、条文上区別されておらず、委託関係は単なる加重事由として規定されている。

本節に対応するのは、Rengier, §5, Unterschlagung, 107-123 頁である。

【先行研究】

伊藤司「ドイツ刑法典の『横領罪』に関する予備的一考察」法政研究 (九州大学) 66 巻 2 号 595-607 頁 (1999 年)

1998 年改正以前の状況を簡潔に紹介。判例の資料集として、法政研究 (九州大学) 66 巻 3 号 1219-1257 頁 (2000 年)。

内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」早稲田法学会誌 52 巻 49-65 頁 (2002 年)

横領と背任の区別について、1998 年改正以前の状況を詳細に紹介。

内田幸隆「ウルス・キントホイザー『横領罪の構成要件について』」早稲田法学 79 巻 1 号 261-270 頁 (2003 年)

論文紹介。

第二款 成立要件の検討

第一項 客体 (Rn. 5, 6)

横領の客体は窃盗と全く同一である (154 頁)。日本法と異なり、不動産は明文で排除されている。

注意を要するのは、客体が特定していることを要する点である。例えば、会社の代表取締役が自己のために会社の製品の売却を約定しても、特定がなされていない限り横領既遂は成立しないし、未遂が成立するのも分離への着手時である。

他人性についても窃盗同様、民法に従って物の所有権が行爲者以外に帰属していたこと

を要する。問題になりやすいのは、占有移転時に行為者に所有権移転している場合であり、この場合は他人性を欠く。

例えば、セルフサービスのガソリンスタンドでガソリンを入れた後、支払う気を失って支払いをせずに去る場合、ガソリンの所有権の所在が問題になる。

ガソリンは混和しても従来の所有権者は共同所有権を有する(民法948・947条)。そして、所有権留保(民法449条)がなされていれば他人性が認められる(BGHSt 1, 262 (1951年6月19日))ことを前提に、ガソリンスタンド側が所有権留保しているとみれば他人性は認められる(OLG Hamm NSTZ 1983, 266 (1982年11月29日))。また、所有権留保を認めなくても、所有権の移転は支払い時に生じると考えれば、やはり他人性を認めることができる。

金銭についても、現金に対する所有権の所在を検討することが必要である。例えば、ホテルで働く給仕が、自分が担当する客から現金を受け取り、ホテル側に渡さずに着服したという事案においても、当該現金の所有権がホテルに帰属していることを認定する必要がある(OLG Düsseldorf NJW 1992, 60 (1991年4月15日))。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』84-99頁(東京大学出版会, 1984年)

所有権犯罪に対して、所有権という形式的地位の保護ではなく、実質的な経済的観点の導入を図る一部の学説を紹介。

阿部純二「割賦売買と横領罪」法学52巻3号390-393頁(1988年)

譲渡担保権・所有権留保と横領についての判例・学説を簡潔に紹介。

第二項 行為態様

1. 領得行為

(1) 領得意思 (Rn. 7-9)

領得意思は、窃盗と同一であり、行為者自身又は第三者が所有権者であるかのごとく振る舞う意思の存否が問題になる。ただし、窃盗罪においては自己のものにする意図が必要

であるのに対し、横領罪においては領得行為の客観的な発現が必要であるため、自己のものにする認識で足りる。

横領において領得意思の存否が問題とされている以下の例である。

例：Kは、会計上の欠損に気がついて、職務上の責任を問われることを恐れて自腹で少しづつ埋め合わせるつもりであったが、発覚を避けるために、顧客が支払った金銭を入金しつつも記帳しなかった。

BGHSt 24, 115 (1971年3月5日)は、受領した金銭を自己の金銭であるかのように振舞っていることを理由に横領を肯定している。学説においては、兵士が同僚から奪取した帽子を返却した事案で窃盗罪が否定される(159頁)のと同様、金銭は入金されているのであるから排除意思が認められないとの指摘もみられる。しかし、帽子の返却に際しては所有権を否認する意思が認められないのに対し、記帳しない場合には、所有権者に別物として再売却する場合(160頁)と同様、所有権者の所有権を否認しているのであって領得意思は認められると反論されている。

(2) 領得意思の発現 (Rn. 10-12)

領得意思は客観的な発現が必要である。領得意思の発現の存否について、通説は、外部的に認識できる態度が領得意思を表現しているかを基準とする。領得意思の発現が認められる典型例は、食べてしまう、使いきってしまう、売却、担保に入れる、占有していることを否定するなどである。

これに対して、領得意思がなくても行われることがある中立的な行為については、領得意思の発現は認められない。例えば、落し物を拾うだけでは、届けるつもりがあるかかわからないので領得意思の発現は認められない。

返還債務を負う物を返還しないだけでは、単に無頓着であったり、義務履行を忘れていたりしていることもありうるので領得意思の発現とはいえない。しかし、長期間使用しているような場合は別論であって領得意思の発現を認めることができる(BGHSt 34, 309 (1987年3月17日))。

2. 物の支配 (Rn. 17-18a, 15)

領得意思の発現には、物自体又はその価値が行為者又は第三者の財産に組み入れられていることが必要である。したがって、行為者又は第三者が他人の物に何らかの物権に類似する支配を及ぼしたことが必要である。

例えば、全く支配していない他人の物の売却を約定しても、領得行為に該当しない。ただし、物への支配は間接占有でも足りる。例えば、Vの本を借りているLがXに又貸ししている際に、XはLが所有者であると考えて本を買いたいと申し出てきたのでLが売却に応じた場合、Lには本の実質的支配が認められるため、自己領得が認められる。

3. 第三者領得 (Rn. 19, 19a)

第三者領得を認めるためには、第三者の関与が必要であるかは不明瞭である。

例えば、不動産への附合（民法 946 条）のように、法律上の所有権移転事由があれば第三者の関与も認識も必要ないことは明らかである。

これ以外の場合には、第三者が物権法類似の支配を得たことが外部的に明らかであれば足りるとの議論がなされている。例えば、第三者のポストに被害品を入れるだけで第三者領得は認められるのであり、第三者の関与も認識も必要ないと解されるが、異なる立場もある。

4. 領得の繰返し (Rn. 22-23a)

いったん領得行為が行われた場合、その後、もう一度、同じ被害物に対して領得行為をなすかについては議論がある。

BGHSt 14, 38 (1959年12月7日)は、構成要件上、領得を繰返すことはできないとしている（構成要件的解決）。これに対して、学説では、領得の繰返しは可能であって、罪数上、共罰的事後行為とすれば足りると主張するものもある（罪数的解決）。

罪数的解決によると、後行する領得行為は共罰的事後行為であるため、事後的関与者を横領の共犯として処罰することができる。しかし、財産犯への事後的関与には庇護罪（257条）、盗品関与罪（259条）という独立の条

文がある（211頁）ので、その範囲で処罰すれば足りると反論されている。

構成要件的解決は、いったん、自己の財産に客体を組み込んだ以上、改めて領得することは困難であるという理論的な議論に根拠を置く。これに加えて、罪数的解決によると、時効のルールが事実上失われてしまうことも根拠にしている。

なお、自己領得の後、第三者領得を行うことが認められるかは更に問題となりうる。自己のものにした後でも、改めて第三者のものにすることはできる点に鑑みれば、自己領得物に対する第三者領得は認められる。これに対して、所有権者の排除意思は一度しか認められないとして、自己領得物に対する第三者領得を否定する議論もある。

【先行研究】

富高彩「不可罰的・共罰的事後行為論と財産罪の成否(1)」上智法学論集 52 巻 4 号 217-252 頁 (2009 年)

領得の繰返しについてのドイツの判例・学説を丁寧にわかりやすく紹介している。

第三項 委託関係

委託関係が認められるのは、行為者が物を返却するか、委託者の定めた特定の目的に使用することを義務づけられている場合である。貸借した物、保管中の物、所有権留保付きで購入した物について委託関係が認められる。

判例・通説は、違法目的で物を委託した場合でも委託関係を認めている。例えば、盗品を買付ける資金を預けた場合である。しかし、委託者が所有権者の利益に反する振舞いを行っている場合には、委託関係は認められない。例えば、窃盗犯人が盗品の保管を頼んだ場合に、保管者が領得した場合である（RGSt 40, 222 (1907年6月18日)）。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』157-160 頁（東京大学出版会、1984年）

委託関係が違法目的である場合の議論の紹介。なお、ドイツ民法における不法原因給付の解釈に

については、林幹人「不法原因給付における『給付』の意義」上智法学論集45巻2号45-55頁(2001年)で紹介がなされている。

第四項 補充条項 (Rn. 24, 28, 29)

246条の明文上、横領罪は補充的に適用される。したがって、罪数上、単一の犯罪と評価される範囲では、横領罪は別罪に吸収される。なお、領得の繰返し(172頁)については単一の犯罪ではないため、補充条項の対象にならない。

補充条項があらゆる犯罪に及ぶかには争いがある。判例は、あらゆる犯罪に横領は吸収されると解しており、例えば、BGHSt 47, 243(2002年2月6日)は、殺人罪についても補充条項の適用を認めている。しかし、財産犯以外の罪にさえ横領が吸収されるのは、観念的競合による不法の明示機能からみて不当であるとの批判がなされている。

第二節 委託財横領罪

第一款 総説

【条文】

オーストリア刑法133条1項 違法に自ら利得し又は第三者に利得させることを認識しながら、自己が委託を受けた財を自ら領得し又は第三者に領得させた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：委託を受けた者
- (2) 行為客体：委託を受けた財

- (a) 財 (Gut)
- (b) 委託関係
- (3) 行為態様：領得

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 領得による利得故意

II 違法性

III 責任

法定刑：6月以下の自由刑又は360日以下の罰金¹⁷⁾

未遂処罰あり(15条1項)

本節では、ドイツ財産犯概論からは離れるものの、オーストリア刑法133条が定める委託財横領罪を概観する。

日本はフランスの委託財産の横領・侵害罪(abus de confiance)を元に旧刑法395条の受寄物費消罪を継受した。その後、現行刑法下で委託物横領罪に作り替えたが、その解釈はドイツ法と多くの点で異なっている。

これに対して、オーストリア法・スイス法では、横領罪と委託財産の横領罪(Veruntreuung = abus de confiance)が条文上、書き分けられている。そして、委託財産の横領罪の解釈はドイツ法より遥かに我が国に類似する議論がなされている。特に、オーストリア・スイス刑法はともに、経済的にみて他人に帰属する財産を保護対象としており、受託金銭に対する横領が幅広く成立する点で我が国と同様である。

そこで、ドイツ刑法からは離れるが、経済的に他人に帰属する財産を保護しつつも、領得という行為態様を維持する点で、日本法と同一の構造を有するオーストリア刑法133条の委託財横領罪を概観する¹⁸⁾。

本節では、要件に分けた検討のわかりやすさと、叙述のバランスの良さに鑑みて、Triffterer, et al (Hrsg.), Salzburger Kommen-

17) オーストリア刑法は財産犯の被害額に合わせて法定刑を順次加重している。133条2項においては、3千ユーロを超える場合には3年以下の自由刑、5万ユーロを超える場合には10年以下の自由刑と定めている。

18) スイス刑法138条は、他人の動産に対する横領と委託された財の不正利用を並列して処罰対象にしている。本人の所有する有体物以外に対する横領を認めることが明文化されている点で非常に参考になる規定である。

ただ、委託された財についての行為態様は領得ではなく、財産上の利益に対する領得を認めるオーストリア法のほうが全体として参考になるので、本稿ではオーストリア法を紹介対象にする。スイス法については、適宜、対比する形で紹介する。

tar §133 (Wach) (23. Lfg., 2010) に依拠し、補充が必要な範囲で別の教科書・注釈書を引用する。

第二款 成立要件の検討

第一項 主体

133 条は身分犯である。主体は財の委託を受けた者に限られる。

第二項 客体

133 条の客体は委託を受けた財である。

1. 財¹⁹⁾ (Rn. 10, 11)

「財」には窃盗罪と同様、交換価値を伴う動産が含まれる。しかし、窃盗罪と異なり、他人の物であることは必要ない。委託によって受託者の所有に帰した物に対しても、133 条は成立しうる。さらに、争いがあるものの、判例上、財産上の利益も「財」に該当すると解されている。

(1) 交換価値を伴う動産

(a) 動産 (Rn. 12)

ドイツ法と異なり明文にないものの、133 条の客体は動産に限られる。不動産も含むという議論は現在では主張されていない。

(b) 交換価値 (Rn. 13)

ドイツ法と異なり、全体財産に対する罪だけでなく、所有権に対する罪においても、客体に経済的な交換価値 (Tauschwert) が要求されている。これは、窃盗罪・強盗罪でも同様である。

この制限は、所有権に対する罪にも領得行為・領得意図に加えて利得目的が要件とされており、財産上の利益の移転が要求されていることから導かれる。つまり、客体を領得することから、被害者の財産を減少させて自己又は第三者の財産を増加させるためには、そもそも客体が交換価値を帯びていなければならない、ということである。

したがって、文書が客体になりうるのは有価証券に限られる。例えば、運転免許証やパスポートは、133 条の客体に含まれない²⁰⁾。

このような客体の制限は、ドイツ法では、利益移転が要求される詐欺・恐喝罪では認められている (160, 202 頁)。

(c) 他人性 (Rn. 14)

133 条においては、他人性は要求されていない。ただし、委託物が「経済的にみて他人のもの」であることは必要である。もっとも、経済的他人性は「委託」要件によって判断できるので、「財」の解釈に読み込む必要はないと指摘されている。

例えば、譲渡担保権を設定した場合、債権者は物の所有権を取得するが、自由な処分は禁止されているため、「委託を受けた財」に該当する。この場合、独立して経済的他人性を論じる必要はない。

(2) 財産上の利益 (Unkörperliche Vermögenswerte)

判例・多数説は、財産上の利益、とりわけ債権についても 133 条の「財」に含まれると解している。特に、銀行口座内の帳簿貨幣 (Giralgeld) について 133 条の適用が認められている。

(a) 預金 (Rn. 16-18)

通帳は有価証券ではないため、パスポート同様、通帳自体は「財」に該当しない (ドイツ法については、187 頁)。しかし、通帳を預けて口座の管理を委託した場合、預金自体が「財」として保護される。したがって、約定に反して自己のために金を引出したり、振込んだりすれば、預金に対する領得が成立する (OGH JBl 1991, 808 (1990 年 10 月 30 日))。

このような場合には、預金自体を「財」に含めなくても、詐欺罪・背任罪・現金に対する委託財横領罪でほとんどは対処できる。しかし、行為者の口座に金銭が払い込まれた場

19) 133 条の保護客体である Gut という単語には、本来、「財産」という訳語が自然である。しかし、ドイツ・オーストリア・スイス法では全体財産を意味する Vermögen という単語に「財産」という訳語が当てられている。そこで、不自然ではあるが、混同を避けるために、「財」という訳語を当てることにした。

20) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 19 (2003).

合には、その分の口座額を「財」に含める必要性が生じる（口座の預金を「財」に含むものとして、OGH SSt 56/17（1985年3月5日））。

例えば、債権の譲受人に交付する義務を前提に、債務者が債権の譲渡人に振り込んだ金額分や、建築主から施工主に建築費用のために振り込まれた金額が挙げられる。引出した現金には委託関係は認められない点で、現金に対する委託財横領罪を認めることはできないし、行為者自身の名義による場合にはオーストリアの背任罪（153条）は適用できない。したがって、預金を「財」に含めない限り、処罰の間隙が生じるのである。預金を財に含めれば、現金を下す行為や別口座に振込む行為について委託財横領罪が成立する。

(b) その他の債権 (Rn. 20)

学説上、預金以外の債権も「財」に該当するとの主張がなされている。例えば、担保のために譲渡された債権について、債務者が弁済した場合には譲渡した債権を再譲渡する約定が存在するにもかかわらず、債権を取立てて自己の満足に当てる場合、当該債権は委託された財に該当する、というのである。

2. 委託関係 (Rn. 22)

委託関係は領得行為より前に存在することが必要である。有体物の場合、事前に行為者が単独占有を有しており、しかも、当該物に対する特定の義務を負担していることが必要である。財産上の利益の場合、行為者に単独の法的処分権が与えられており、しかも、当該利益に対する特定の義務を負担していることが必要である。

(1) 単独占有・単独の処分権

(a) 有体物

①委託者の排除 (Rn. 23, 24)

行為者に単独占有が認められるには、委託者が占有から排除されていることが必要である。例えば、会計の責任者には受領した現金について単独占有が認められる。これに対して、住居の鍵を渡しただけでは住宅の中の物についての委託者を排除した占有は認められ

ない。

共同で委託を受けた場合、共同して領得すれば委託財横領罪が成立するが、単独で領得すれば他の受託者の占有を侵害しているため窃盗が成立する。

②占有の継続による単独占有 (Rn. 25)

なお、通常、占有の移転によって単独占有は生じるが、従来の占有を維持するだけでも単独占有が認められる場合もありうる。例えば、売却後、売主が物の保管を継続する場合である。民法上、標識によって譲渡担保権が設定できるような場合（民法427、452条）にも委託関係は認められる。しかし、民法上無効な場合には、従前の占有を維持しているだけでは委託関係は認められない（OGH EvBl 1967/357（1967年1月27日））。

③第三者からの受領 (Rn. 26)

有体物の占有を移譲するのは委託者に限らず、第三者からでもよい。例えば、自転車の購入代金を渡した場合、委託者が現金の占有を移譲したことで現金に委託関係が成立することに加えて、自転車を販売する者が自転車の占有を移譲したことで自転車についても委託関係が成立する（OGH SSt 20/114（1949年9月13日））。

④領得時点での単独占有の不要性 (Rn. 27)

文言上、領得行為の時点まで行為者が単独占有していることは要求されていない。例えば、所有権留保のついた物を第三者に貸している間に、さらに別の第三者に売却する場合にも委託財横領は成立する。

(b) 財産上の利益 (Rn. 28)

預金や債券については、単独の法的処分権が行為者に付与された場合に委託関係が認められる。貯金については通帳の交付があればよい。行為者のみが権限を有する口座への現金の払込又は振込がなされた場合にも委託関係が成立する。その他の債権については、例えば、債権譲渡のように、民法上の様式に従った公示がなされていけばよい。

(c) スイス判例との対比

スイスの判例上、行為者に単独占有・単独の処分権が必要であるという制限はなされていない。共同占有している物に対しても委託物横領は成立するし (BGE 101 IV 33 (1975年2月3日)), 財産上の利益については行為者に処分権があれば足り、委託者本人も処分可能であっても委託関係は否定されない。

BGE 109 IV 27 (1983年4月8日) においては、仮に、有体物に対する共同占有では委託関係は成立しないとして窃盗のみを認めるという立場を前提にしても、財産上の利益についてまでパラレルに考えて委託者に処分権が残っていない場合に限る理由はないと判示されている (同 32 頁)。

単独占有・単独の処分権という制限を行うオーストリア法の議論に比べると、スイスの判例は、委託された物・財産上の利益に対する行為者の処分力に端的に注目するものである。

(2) 財に対する特定の義務負担

(a) 特定の義務 (Rn. 29)

委託関係を認めるには、物又は財産上の利益を特定の方法で扱う義務が必要である。この義務は、物又は利益に関係する配慮義務 (Fürsorgepflicht) と呼称される。配慮義務によって、行為者は財を委託者のために使用するか、保管するか、第三者に交付するか、委託者に返却することが義務づけられている。

(b) 義務の負担根拠 (Rn. 30-37)

財に対する特定の義務負担は、私法・公法から生じる。

私法上の義務として、例えば、保管契約、賃貸契約、担保の設定から生じる。法律行為が民法上有効であることは必要ない (占有を維持する場合の例外について、175 頁)。

金銭については、交付相手が定められていたり、物品を購入したりする義務があれば委託関係が成立する。所有権留保がなされている場合、支払いが終了するまでは委託関係が認められる。したがって、支払い終了前に担

保に入れたり再売却したりすれば 133 条に該当する。預金についても、例えば、支払いのための信託口座から振込むといった約定があれば委託関係が認められる。

公法上の義務として、公務員がその職務中に単独占有を取得した物について委託関係が成立する。

(c) 単なる債務不履行との区別 (Rn. 38, 39)

特定の物や金銭に関して債務を負担しているだけで直ちに、財に対する特定の義務負担が生じて委託関係が認められるわけではない。

借入金については、同量の金額を一定期間後に返却することが義務づけられているだけであって、受領した財に対する義務は認められない。これは、借入金の使用目的が定められている場合であっても同様である。

助成金についても委託関係は成立せず、助成金の目的外使用は 153 条 b による助成金濫用の罪によって処罰される。

前払い金や敷金については約定の内容による。建築費用の前払い金が材料の調達のために支払われる場合や、物品の購入代金によって物品の調達が行われる場合、問屋と類似する関係が認められて当該金銭について委託関係が成立する。敷金についても、保管方法又は投資方法が約定されていれば、委託関係が認められる。しかし、こういった事情がなければ委託関係は認められない。

代表的な教科書においては、契約関係上、金銭の受領者の自由財産に帰属している場合には、財に対する特定の義務づけは生じないと指摘されている²¹⁾。

(d) スイス判例との対比

スイスの判例においては、交付された金銭について委託関係を認める基準として、本人に対して行為者が受領した金銭の価値を常時維持する義務を負う場合であると解されている。BGE 120 IV 117 (1994年5月6日) においては、本人が所有する動産の委託を受けた行為者は所有権を維持する義務を負うことと

21) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 39 (2003).

パラレルに考えて価値維持義務を要求すると判示されている（同 121 頁）。

オーストリアの注釈書においても同様の基準に言及するものがある²²⁾。行為者の自由財産に帰属しているかという視点に比べると、金銭の交付時や債権の移転など、民法上の所有権が基準にならない場面で、委託財横領罪で保護される客体を定める基準としてより明確なものといえる。

第三項 行為態様

1. 領得の定義 (Rn. 43)

領得とは本来、自ら又は第三者が所有権者のごとく振る舞うことを意味する（149 頁）。しかし、オーストリアの委託財横領罪は行為者が所有者であっても成立するため、領得の定義を修正することが必要である。

そこで、133 条における領得は、財を自己又は第三者の自由財産に帰属させること、とか、物又は財産上の利益を従来²³⁾の財産とは異なる財産に組入れることなどと定義されている。

オーストリアの委託財横領罪における領得の定義は、保護客体が経済的にみて他人のものであれば足りることに鑑みて、領得概念も経済的にみて他人の財を自己の財のごとく振る舞うことに修正するという見地から、よく理解できる。

2. 領得行為の類型 (Rn. 44, 45, 47)

領得行為は、法律行為による場合と、事実行為による場合がある。

法律行為による典型的な領得行為は、売却、贈与である。さらに、担保に入れる行為も領得である。

売却についての既遂時点には争いがあり、売却の申込みだけで既遂になるという議論と未遂にとどまる議論がある。担保に入れる行為は原則して領得に該当するが、適時に受け戻すことができるのであれば領得ではない。

一方、貸与は、財の帰属関係を変更しないため、単なる契約違反にとどまり領得行為に該当しない。また、所有権留保された物を同

居人に渡すだけでは領得行為に至らない（OGH SSSt 26/66（1955 年 9 月 27 日））。

預金については、私用目的で現金で引出す行為や自己の口座に振込む行為が領得行為に該当する。債権については、取立ての要件が充足されていないのに取立てると領得行為に該当する。

事実行為による領得行為としては、物の消費や金銭の混和が挙げられる。他にも、物の隠匿も領得行為に該当する。例えば、レンタカーを塗装し直す場合である。

3. 領得に該当しない場合

(1) 使用 (Rn. 46)

委託された財を使用するだけでは領得に該当しない。乗り物の一時使用は 136 条で処罰されるにとどまる。ただし、使用によって物の価値を失わせるに至ると領得に該当する。

(2) 損壊 (Rn. 50)

損壊は、委託された財を自己又は第三者の自由財産に組み込んだとはいえないため、領得に該当しない。投棄も同様である。

(3) 留置 (Vorenthalten) (Rn. 51)

旧法においては、領得に並んで留置も行為態様として規定されていた。しかし、1974 年改正によって、留置は削除されており、現在では、単なる留置は領得ではないと解されている。例えば、返還請求に対して単に返さないだけの場合である。約定に反して返還期限を遵守しないだけでは領得に該当しない。

(4) 所有権者のための行為 (Rn. 52)

受託している財を、所有権者のために使用した場合には領得に該当しない（OGH SSSt 58/78（1987 年 10 月 22 日））。ただし、領得に該当しないという説明以外に、主観的超過要素である利得故意を欠くという説明もある（OGH EvBl 2001/144（2001 年 3 月 21 日））。

第三項 主観的超過要素

133 条においては、故意に加えて、利得故

22) F. Höpfl et al (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §133, Rn. 11 (C. Bertel) (2. Aufl. 2005).

意が要求されている。領得行為を通じて自己又は第三者の財産を増加させることが必要である。この要求から、客体に交換価値が必要とされる点については、174頁。

1. 利得性 (Rn. 55, 56)

委託された財又はその経済的価値を通じて、自己又は第三者の全体財産を増加させる認識が必要である。財産の増加は一時的なものでもよい。例えば、無断での交換については利得性が欠ける。

利得は経済的なものであることが必要であって、行為者が客体に非経済的な価値を認めているだけでは利得には該当しない。

2. 利得の違法性 (Rn. 57, 58)

利得の違法性が認められるのは、財産の増加が財産秩序に違反している場合である。

行為者が財産を増加させる請求権を有している場合には利得の違法性が否定される。例えば、委託された金銭から手数料分を相殺するような場合が挙げられる。

3. 填補能力・填補意思 (Rn. 59)

領得時点で、填補の能力と意思があれば、利得自体又は利得の違法性が否定されると解されている (OGH SSt 43/10 (1972年3月9日))。ただし、この議論が妥当するのは、金銭のような代替物のみである。

第四項 他罪との関係

1. 詐欺罪 (Rn. 81)

領得の意思で欺罔によって単独占有又は単独の処分権を得た場合、詐欺罪に該当する。これに対して、単独占有又は単独の処分権を得てから領得を決意すれば委託財横領罪に該当する。

欺罔によって受領した財に対する領得行為について、委託財横領罪は詐欺罪の不可罰的事後行為であるという立場と、委託財横領罪

は成立しないという立場がある。委託財横領が成立しないという立場は、領得の繰返しを認めないことと、詐欺で得た財についてはもはや利得故意が認められないことを理由として挙げている²³⁾。ただし、当初の故意が立証できない場合には、当初か後かいずれかに領得故意が認められることから133条が適用可能と主張されている。

2. 背任罪 (Rn. 83-85)

(1) 事実行為

オーストリアの背任罪 (153条) は、他人の財産の処分権限を濫用する場合のみを規定している。そのため、事実行為においては常に委託財横領罪のみが成立し、背任罪が成立することはありえない。

【参照】

オーストリア刑法 153 条 1 項

法規、官庁の委任又は法律行為により認許された、他人の財産を処分する権限、又は他人に義務を負わせる権限を、意図的に濫用し、その結果、他人に財産上の損害を加えた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の罰金に処する。

(2) 法律行為における区別基準

他人の財産に処分権を有する行為者が法律行為を行った場合、委託財横領罪と背任罪の区別が問題となる。

区別の基準は、委託財横領罪においては領得行為が必要であるのに対し、背任罪においては処分権の濫用が必要であるというところから導かれる。

処分権を有する者が自らが所有権者のごとく振る舞った場合、すなわち、代理人としてではなく、自己の名義で売却や贈与をした場合には領得行為に該当する。これに対して、本人の名義によって法律行為が行われた場合、背任罪の成否が問題になる²⁴⁾。

23) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §133, Rn. 120 (2003).

24) Kienapfelが単独で執筆していた版においては、行為者が自己名義及び自己の計算で振る舞えば委託財横領罪が問題になり、本人名義及び本人の計算であれば背任罪が問題になるとして、「計算 (Rechnung)」という基準にも言及がなされていた (Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrecht Besonderer Teil 2, Rn. 113, 115 (2. Aufl. 1988))。

預金についても、本人名義で処分している場合には153条の成否が問題になる。これに対して、自己口座内の預金の処分については、自己名義で行われるため、133条の成否が問題になる。

委託財横領罪と背任罪は排他的な関係に立ち、双方が同時に成立することはない。例えば、委託された金銭を投機取引に使用した場合、委託財横領罪又は背任罪の成否を検討するには、本人のために代理権を行使していたかの確定が必要になる(OGH SSt 62/53 (1995年6月20日))。

第二部 全体財産に対する罪

ドイツでは、詐欺罪・恐喝罪が全体財産に対する罪として規定されている点で我が国と著しく条文の規定ぶりが相違する。

我が国では、246条・249条の1項・2項において財物の移転と利益の移転を並置しているのに対し、ドイツでは財産上の損害のみが定められている。ここでは、物・利益の区別はなされていない上、物・利益の移転性も客観面では要求されておらず、主観面で利得目的を要求することで財産の移転罪という性質が確保されている。

財物と利益を並置し、かつ、移転性も要求するの我が国の規定は、フランス刑法の影響で規定された証書騙取・証書強請の罪の延長によって生成したものとみられる点については、164頁。

第一章 詐欺罪

第一節 総説

【条文】

263条1項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真実の事実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又

は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 欺罔 (Täuschung)
- (2) 錯誤 (Irrtum)
- (3) 財産的処分行為 (Vermögensverfügung)
- (4) 財産上の損害 (Vermögensschaden)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 主観的超過要素：利得目的 (Bereicherungsabsicht)

3. 利得の違法性・利得の違法性に対する故意

II 違法性

III 責任

法定刑：5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (2項)

詐欺罪は、欺罔→錯誤→処分行為→財産上の損害という因果経過を通して成立する。その特徴としては、所有権に対する罪ではなく全体財産に対する罪として規定されている点、及び、被欺罔者自身に加害行為を行わせる点が挙げられる。

客観的構成要件としては、財産上の損害のみが定められており、行為者が財産上の利益を取得することまでは要求されていない。しかし、主観的構成要件の利得目的は行為者又は第三者の財産上の利益の取得を要求するものであり、財産上の利益を被害者から行為者又は第三者に移転させることが処罰対象になっている。

本章第一節・第二節に対応するのは、Rengier, §13, Betrug, 216-294頁である。

【先行研究】

照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現況」刑事法ジャーナル31号29-36頁(2012年)

詐欺罪の議論を手際よくまとめており、しかも、多数存在する日本語の先行研究も適切に位置

づけられており、ドイツの詐欺罪を概観するのに非常に便利。

クラウス・ゲッペルト（杉山和之訳）「詐欺罪について」永田誠＝フィーリップ・クーニヒ編集代表『法律学的対話におけるドイツと日本』313-343頁（信山社、2006年）

詐欺罪の構成要件が全体的に把握されていて便利。

中村勉「十九世紀におけるドイツ刑法の『詐欺概念』の史的変遷（1）～（3）」帝京法学 17巻2号 91-141頁（1990年）、18巻1号 137-179頁（1991年）、18巻2号 153-194頁（1992年）

詐欺罪の系譜に関する重厚な研究。

足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（1）、（3）」名古屋大学法政論集 208号 114-127頁（2005年）、212号 359-373頁（2006年）

詐欺罪の系譜と法益に関する学説が紹介されている。

第二節 成立要件の検討

第一款 欺罔

条文上は行為態様が詳しく定められているものの、欺罔（Täuschung）という用語に省略されている。

欺罔行為に該当するのは事実に関する欺罔のみである。また、欺罔行為は明示のものに限られず、黙示の欺罔もありえるし、不作為による場合もありうる。

第一項 事実に関する欺罔

1. 事実の意義（Rn. 4）

事実とは、証明可能な現在又は過去の出来事又は事象と定義されている。外界に生じる事象以外に、人間の内心も事実に含まれる。したがって、支払い意思がないのにあると欺罔すれば事実に関する欺罔に該当する。

単なる価値判断、意見、法的見解、将来の出来事は事実の主張に該当しない。この区別は、名誉毀損罪における区別と同様である。例えば、OLG Frankfurt NJW 1996, 2172（1996年3月19日）は、一定の事実関係を前提に支払い請求権が生じると主張するだけでは法律関係の欺罔であって詐欺罪に該当しないと

判示している。

2. 事実に関する主張の範囲（Rn. 5）

一見、事実でないように見えても事実に関する欺罔に含まれる場合はある。

例えば、日食のように、将来の事実であっても現在の天体の配置が前提になっている場合、日食が来ると述べて観察用メガネを販売すれば事実に関する欺罔に該当する。また、法的見解についても、鑑定のように平等な立場からなされている場合、法的見解が客観的で良心に沿うものという事実に関する主張が含まれているといえる。

3. アメリカ法との比較

コモンローでも伝統的に、虚偽の事実の告知のみが欺罔行為であって、それは過去又は現在の事実であると理解されていた。

しかし、模範刑法典 223.3条は、誇大広告を欺罔から外しさえすればよいとして、根拠のない意見であっても誤った印象を与えるものであれば詐欺の手段になるとしている。そして、誤った法律の解釈も欺罔行為に含むことが明文化されている。解説においては、「法の不知は免責せず」というフィクションから詐欺罪の被害者を保護しないという結論を導くのは不当と指摘されている²⁵⁾。

事実に関する欺罔という枠組みの中で欺罔に該当する範囲を広げるというアプローチとは、対照的な規定形式である。

【参照】

アメリカ模範刑法典

223.3 Theft by Deception

A person is guilty of theft if he purposely obtains property of another by deception. A person deceives if he purposely:

(1) creates or reinforces a false impression, including false impressions as to law, value, intention or other state of mind;

25) American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries Part2 §§220.1 to 230.5, p.193 (1980).

第二項 欺罔行為

1. 欺罔行為の意義 (Rn. 9, 10)

欺罔行為とは、意識的に他人の認識に錯誤を惹起する行為である。欺罔の認識は客観的な欺罔行為の一内容である。ただし、学説では純客観的に理解すべきという立場もある。

欺罔行為は人間に対するコミュニケーション作用である。人のいる改札を通らない無賃乗車のように、他人の認識に誤りがあってもコミュニケーションがなければ欺罔は存在しない。

欺罔行為は作為による場合と不作為による場合がある。作為による欺罔行為については、明示の場合と黙示の場合があるが、限界は曖昧であって厳格に区別する実益もない。黙示の欺罔行為は、ドイツでは推断的欺罔(Konkludente Täuschung)と呼称される。これは、日本法における挙動による欺罔と類似した議論である。

2. 推断的欺罔

行為者の振舞いが欺罔行為に該当するかは、一般的な社会通念に照らして、具体的状況下においてその振舞いが客観的にどのように理解されるかによって判断される。

(1) 推断的欺罔が認められる場合 (Rn. 13, 14)

契約を締結するという振舞いには、履行の意思及び履行能力を有すると黙示に表示している。また、契約の申込み時には、契約対象について不正の操作がなされていないと黙示に表示されている。例えば、賭け事を行う際には八百長が行われていないという表示が含まれており、八百長を行っていれば欺罔行為に該当する (BGHSt 29, 165 (1979年12月19日), BGHSt 51, 165 (2006年12月15日))。

真実を述べていても推断的欺罔が認められる場合もある。BGHSt 47, 1 (2001年4月26日)は、新聞に掲載された死亡告知をインターネットにも記載するという契約申込書が文章自体は正確ではあるものの、外観が新聞への掲載の支払い請求書に類似するものであったという事案において、支払い義務に関する欺罔行為に該当するとしている。このよ

うな議論は、申込書の受領者が素人の場合だけでなく、取引活動を行っている場合でも同様である (BGH NStZ-RR 2004, 110 (2003年12月4日))。

(2) 推断的欺罔が否定される場合

(a) 売買契約における価額 (Rn. 15-18)

売買契約において価額の提示がなされた際、当該価額が適切であるとの表示は含まれない。市場参加者は自らの情報と知識を利用すべきだからである。過大な売却価額や過小な購入価額の提示だけでは欺罔行為に該当しない。

例えば、BGH NJW 1990, 2005 (1989年6月16日)においては、薬草の図解書のオリジナル版が68ユーロ、廉価版が29.8ユーロするところ、68ユーロで廉価版の図解書の販売を行ったという事案において欺罔行為に該当しないと判示されている。

ただし、電車賃やタクシー代のように固定価額がある場合は別である。

(b) 単なる錯誤の利用 (Rn. 19, 20, 26)

欺罔行為によって錯誤が惹起されておらず、維持・強化もされていない場合、錯誤を利用しても推断的欺罔行為に該当しない。典型例が、釣り銭を多く支払われたので受領した場合である。この場合、受領行為には、債権が存在するという黙示の表示は含まれておらず、推断的欺罔行為に該当しない。

また、正常な宿泊契約の締結後、支払い意思・能力を失いつつ当初の約定分を受領するだけで追加の飲食物を頼んでいない場合にも、推断的欺罔行為に該当しない。

(c) 誤振込み・誤記帳 (Rn. 21-24)

ドイツの判例においては、誤振込み・誤記帳について推断的欺罔が否定されている (不作為の欺罔も否定されていることについては、182頁)。

誤振込みについては、そもそも振込まれた者は口座を有する銀行に対して有効な債権を取得するため、支払い請求をしても虚偽の表示をなしているわけではない (BGHSt 39, 392 (1993年11月16日))。

誤記帳（銀行内での口座への誤った記入）については、従来は、誤記帳に気付いて支払い請求をした場合に詐欺を認めていた。これに対して、BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)は、誤記帳と誤振込みを同様に扱う立場を採用した。民法780条による債務約束によって口座所有者は請求権を取得し、銀行は取消権を有するとどまるのがその理由である。したがって、口座所有者が誤記帳された金額を引出す・振込むという振舞いには、十分な口座残額が残っているという表示は含まれていない。

【先行研究】

富川雅満「詐欺罪における推断的欺罔の概念」大学院研究年報(中央大学)41号193-216頁(2011年)
 推断的欺罔について、八百長に関するドイツの判例を紹介し、学説を検討している。

3. 不作為による欺罔行為

(1) 告知義務 (Rn. 27, 38)

欺罔行為は不作為によっても可能である。そのためには、保障人的地位が必要である。

作為義務が認められる場合、行為者には錯誤に陥っている者に積極的に告知する義務が課される。例えば、保険をかけた財産を失ったとして保険金の給付を受けた後に、当該財産を発見した場合、発見したことを告知する義務が生じる (RGSt 70, 225 (1936年5月14日))。この告知義務を履行しないことによって、保険会社に被保険者に対する請求権がないという錯誤を維持させて、当該債権を行使させず (処分行為)、その結果、請求権を実現させない (財産上の損害) ことから詐欺罪が成立する。

告知義務の内容として、契約締結段階で情報を提供するだけでなく、錯誤に陥っている者との現実の交渉がない段階でも積極的に情報を伝達する義務まで想定されうる点に注意が必要である。

(2) 作為義務が生じる場合

(a) 法令に基づく作為義務 (Rn. 28)

詐欺罪における作為義務は法令に基づく場合がある。例えば、社会的給付の受領者は、

事情変更を告知する義務を負う (社会法典 I 60条1項2号)。また、保険契約の締結後に、リスクを高める事情が発覚した場合には被保険者は保険会社に通知する義務を負う (保険契約法 23条2項, 3項)。

(b) 特別の信頼関係 (Rn. 29-32)

特別の信頼関係が認められる場合にも作為義務が生じる。契約又は信義則から導かれるものの、単なる契約関係だけでは直ちに作為義務は生じない。例えば、誤振込みについて、振り込まれた口座の所有者は仕向銀行に対して作為義務を負わない (BGHSt 39, 392 (1993年11月16日))。誤記帳の場合にも、口座所有者は銀行に対する作為義務を負わない (BGHSt 46, 196 (2000年11月8日))。

特段の信頼関係とは、相手の財産を保護する義務であって、取引慣行上、不知のリスクを相手方に負わせることが許されないような関係であることが必要である。例えば、投資や税務のコンサルタント、弁護士についてはアドバイスをするという契約の性質上、契約相手の財産を保護する義務が生じる。

BayObLG NJW 1987, 1654 (1987年2月5日)は、賃貸人が住居を自己使用する必要性があることを理由に賃貸借契約の解除の合意を行った後、自己使用の必要性がなくなった場合には、賃借人のためにその旨を告知する義務を認めている。

【先行研究】

誤振込みに関わる問題については包括的な紹介がなされている。

松宮孝明「誤振込と財産犯の解釈および立法」立命館法学 278号 1003-1009頁 (2001年)

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)を紹介。さらに、誤振込みを処罰可能にするスイスの新条文についても紹介がなされている。

川口浩一「誤振込と詐欺罪」奈良法学会雑誌 13巻2号 13-20頁 (2001年)

BGHSt 39, 392 (1993年11月16日)を詳細に紹介。

川口浩一「詐欺罪における不作為の欺罔について (1)～(3・完)」姫路法学 33号 1-14頁 (2001年)、34・35号 157-168頁 (2002年)、41・42号 7-28頁

(2004年)

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)を詳細に紹介。

他に、山本紘之「ドイツ刑事判例研究(62) 振替用紙の提出による詐欺」比較法雑誌(中央大学)38巻3号275-287頁(2004年)、穴沢大輔「いわゆる『誤振込・誤記帳』事案における財産犯の成否(1)」上智法学論集48巻2号314-295頁(2005年)。

さらに、不作為による詐欺一般について学説紹介を行うものとして、岩間康夫「不作為による詐欺罪について」愛媛法学会雑誌22巻3・4号127-160頁(1996年)。

第二款 錯誤

第一項 錯誤の意義 (Rn. 39-49)

欺罔行為の結果として、誤った認識が惹起されるか、誤った認識が維持されることが必要である。錯誤に陥るのは人間のみである。処罰の間隙はコンピュータ詐欺罪(263条a)によって埋められている(196頁)。

錯誤は、被欺罔者の認識と現実が相違する場合に認められる。ただし、一定の事情を当然のこととしているため十分には認識されないような場合(unreflektiertes Mitbewusstsein)であっても錯誤に該当する。例えば、支払うつもりなくウェイターに注文が行われた場合、支払うであろうとウェイターが積極的に認識する必要はない。

貯金通帳の所持者が実際の正当な権限者であるかについて、銀行職員が錯誤に陥っているかについては争いがある。民法808条の免責作用は故意・重過失があると適用されないというリスクが存在することから、職員が正当な権限を認識するのが実際であるとの議論がなされている。

一方、支払い保証がなされている場合、支払能力・意思に関する錯誤は生じない。典型はクレジットカードを濫用する場合(206頁)である。

また、銀行職員は、顧客の同一性と口座残高のみチェックして、正当な原因関係の存否については関心を持たない以上、錯誤は生じない(BGH NStZ 2000, 375 (2000年3月23日))。

第二項 被欺罔者が疑いを抱いている場合 (Rn. 50)

通説は、被欺罔者が欺罔に対して疑いを抱いているだけでは錯誤は否定されないとしている。被欺罔者が、欺罔が真実でありうると考えて、それを理由に処分行為をしていれば足りる。BGH NStZ 2003, 313 (2002年12月5日)は、医療保険から治療費を不正受給している疑いが存在するものの保険団体が支払いを行った場合にも錯誤を認めている。

第三項 法人内における錯誤 (Rn. 55, 56)

法人内で下位従業員が錯誤に陥っているものの、上位の管理者が欺罔に気が付いている場合、管理者が錯誤に陥っていないことを理由に詐欺罪を否定すべきかには議論がある。

BGH NStZ 2006, 623 (2005年12月15日)は、M市のゴミ処理の委託を受けた会社の経営者が予定以上のコストが生じたので、責任者であるM市の助役に相談したところ、水増請求を提案されたのでそのとおりに請求したという事案において、権限者である助役の認識を基準とすべきであって、不正請求を知らない部下の認識は基準にならないとして詐欺罪を否定している。

しかし、市の不利益に行われた助役の行為は市に帰属できないとして詐欺を肯定すべきであったとの批判がなされている。

第三款 財産的処分行為

第一項 総説

1. 定義 (Rn. 61-63, 72, 73)

財産的処分行為は、経済的意味における財産の減少を直接にもたらす、あらゆる法律上又は事実上の作為、受忍、不作為、と定義される。この財産的処分行為は書かれざる客観的構成要件要素であり、その必要性に争いはない(恐喝罪についての争いは201頁)。財産的処分行為は、錯誤と財産上の損害を繋ぐ要件であり、詐欺罪が被害者による自己加害型の犯罪であることを特徴づける。

財産上の損害要件においては全体としての資産の状態が減少したかが判断されるのに対し、財産的処分行為要件において考慮されるのは何らかの財産が流出したかという判断だ

けが行われるという相違に注意が必要である。なお、何が「財産」に該当するかは、本来、財産的処分行為の段階で問題になるものの、財産上の損害要件で説明する（187頁）。

2. 処分意思 (Verfügungsbewusstsein) (Rn. 64-66)

財産を処分しているという認識が不要というのが一般的な理解である。処分意思を要求すると、債権の詐取及び債務の免脱において耐え難い処罰の間隙が生じるからである。例えば、保険会社が保険者に保険金の返還請求をしない（182頁）という処分行為について保険会社側の人間に認識は認められない。また、債務を負担させる契約書であることを隠蔽してサインさせるような場合（BGHSt 22, 88 (1968年2月20日)）も同じく、処分意思はないが処分行為は認められる。

しかし、物の詐取については処分意思が必要である。なぜなら、物の詐取については窃盗罪との区別という観点から、占有を移転するという認識が要求されるからである（184頁）。

3. 直接性 (Rn. 67-71)

直接性が満たされるのは、被欺罔者の行為によって、欺罔行為者による更なる犯罪行為を介することなく財産減少が生じることである。直接性が欠けるのは、欺罔によって更なる犯罪行為を行うチャンスを作ったにとどまる場合である。例えば、被欺罔者に白地サインさせた後に、被欺罔者が損害を被るような文書に仕立て上げた場合、文書偽造罪（267条1項）が成立するとどまり、詐欺罪には該当しない。物の詐取については、185頁。

これに対して、被害者側で複数の行為が行われて、錯誤に基づく処分が繰り返されて財産上の損害が生じる場合であっても、処分行為の直接性は認められる。例えば、従業員が欺罔されて貸金契約を締結する際に上司が許可を与えて、その後、貸金を担当従業員が交付する場合でも処分行為は否定されない。

第二項 物の占有移転と処分意思

1. 窃盗罪との区別 (Rn. 75, 83)

日本と異なり、ドイツの詐欺罪は全体財産を保護する規定であって、物と財産上の利益の区別はなされていない。しかし、窃盗罪との区別という観点から、処分行為要件においては、物の占有を移転させる場合を特に取上げて、それ以外の場合と区別して議論がなされている。

通説は、窃盗罪と物の占有を移転させる詐欺罪は排他的な関係に立つと理解している。

そして、窃盗罪と詐欺罪は、被害者の認識を基準として区別すると解されている。

占有移転を認識している場合に財産的処分行為が認められて詐欺罪が成立するとともに、占有移転に対する合意が認められて窃盗罪は否定される。逆に、占有移転が被害者の意思に反している場合、奪取に該当して窃盗罪が成立し、財産的処分行為は認められないため詐欺罪は否定される。ここでは、窃盗罪における合意要件と、詐欺罪における財産的処分行為要件が同一に解されることで、窃盗罪と詐欺罪の排他性が確保されている（ただし、合意の条件について外観が基準とされる点については、158頁）。

窃盗罪と詐欺罪のいずれが問題にされるかによって生じる相違は二点ある。①返却意思がある場合、領得意図は否定されるため窃盗罪は否定されるのに対し、一時の占有でも利得目的は認められるため詐欺罪は肯定される。②物を取得した後に強盜的窃盗罪の成否がありうるのは窃盗罪が認められた場合のみである。

2. 処分意思の存否が問題になる場合

(1) トリック窃盗 (Trickdiebstahl) (Rn. 84, 85, 69)

物の占有移転について処分意思を欠くとされるのがトリック窃盗である。例えば、試着を申し出て受領した商品を持ち去るような場合、試着は占有移転ではないため占有移転の認識を欠く。

BGH VRS 48, 175 (1974年11月27日) は、被告人Fが①洗車のために一時的に車を駐車場からガソリンスタンドに移すと欺罔する

ことで車の鍵を預かり、②その鍵を使って車を乗り去ったという事案において、②の乗り去った行為について窃盗を認めている。

①一時的に車を移すだけであるという欺罔行為によって、被害者はFに鍵を渡してはいるものの、一時的なものであると認識しているため、占有を移転するという処分意思を欠く。

②被害者が元々占有する自動車を買い物の間デパートに駐車しても占有は失われず継続する。そして、Fに鍵を渡しただけでは、占有は喪失にまでは至らず継続するため、被害者の占有を侵害して移転させたことになるため奪取に該当する（占有の継続については、155頁）。

ただし、トリック窃盗は、①の被害者の行為の後に②行為者の奪取行為が介在するので直接性を欠くとの説明もなされている。処分意思の必要性と直接性要件は、相互排他的なものではないので、いずれからでも説明できると思われる。

(2) 処分意思の及ぶ範囲 (Rn. 86-92)

商店でレジを通り過ぎる際に、レジ係による認識がどの範囲に及ぶかという議論がなされている。

BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)は、レジを通過する際に、買い物ワゴンから一部の商品だけをレジに出して、一部の商品を隠していたという事案において、レジ係の処分行為はレジに出された商品にしか及ばないとして詐欺罪を否定し、窃盗罪を認めている。

これに対して、OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (1987年6月19日)は、商品のパックの中に別の商品を詰めたとある事案において、レジ係の処分意思はパック全体に及ぶとして詐欺罪を認めている。

【先行研究】

山口厚「詐欺罪における処分行為」平野龍一古稀『平野龍一先生古稀祝賀論文集 上巻』446-464頁（有斐閣、1990年）

処分意思と三角詐欺についての学説を中心に紹介。

山中敬一「詐欺罪における『処分行為』に関する

一考察」阿部純二古稀『刑事法学の現代的課題』319-327頁（第一法規、2004年）

処分意思に関する判例が詳しく紹介され、学説も検討されている。

大山徹「無意識の処分行為が問題となったドイツの判例」杏林社会科学研究20巻3号46-56頁（2004年）

BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)の紹介。

3. 強制と処分意思 (Rn. 76-82)

処分意思が自由なものであることが必要であるかについては議論がある。具体的に論じられる事例は、行為者が差押えを仮装して物の占有を取得する場合である。

このような事例において、BGH NJW 1952, 796 (1952年5月2日)は、処分行為は自由な意思決定に基づく必要があって、被害者に他の選択肢がなければ処分行為は否定されるとして窃盗罪を認めている。

しかし、処分意思が自由な意思決定を要求するという説明を一般化すると、詐欺罪の成立範囲が狭くなりすぎると批判されている。例えば、BGHSt 7, 197 (1955年1月18日)は、被告人である女性がFとの不倫によって産んだ子供について、父親は戦死者Ueであるということにしていたが、Fに対して「Ueが実は生きていて事情を知って口止め料を要求している」との虚偽を告知してFから金銭を受領したという事案において、自らが左右できない害悪を告知しても脅迫に該当しないため恐喝罪は成立しない(166, 200頁)として、詐欺罪の成立を認めている。しかし、この場合、処分行為を認めるのであれば、処分が自由であることは詐欺罪の成立要件にできないはずであるとの批判がなされているのである。

そこで、国家権力に基づく命令に対しては意思決定の余地がなく処分意思が認められないという理由で窃盗罪を認めるべきという説明もなされている。また、詐欺罪を認めてもよいという学説も存在する。

第三項 三角詐欺 (Dreiecksbetrug)

1. 物の占有移転

(1) 窃盗との区別 (Rn. 93-96)

被欺罔者と処分行為者は同一でなければならないが、処分行為者と財産上の損害を受ける者は同一である必要はない。ここから、三角詐欺という構成が考えられることになる。

しかし、第三者が物の占有を移転させる場合、窃盗罪の間接正犯にも該当しうる。窃盗罪と詐欺罪は排他的関係に立ち、ここでも区別基準が必要になる。

処分行為者と財産上の損害を受ける被害者との間に特別の関係が認められる場合のみ、詐欺罪の成立が認められて窃盗罪が否定される。例えば、レジ係が欺罔されて物の占有を移転させる場合、店主は詐欺罪の被害者であり、レジ係の占有侵害に対する合意によって窃盗罪は否定される。

なお、少数説として、詐欺罪と窃盗罪の観念的競合を認める議論もある。

(2) 特別の関係が認められる場合

(a) 法的権限説と陣営説 (Rn. 98-103)

いかなる場合に、詐欺罪を肯定する特別の関係が認められるかについては争いがある。大別すると、①法的権限説 (Theorie von der rechtlichen Befugnis) と②陣営説 (Lagertheorie) が主張されている。

法的権限説は、私法上の占有移転権限が現に存在するか、少なくともその外観は必要と解する。

通説である陣営説は、処分行為者が、財産上の損害を受ける被害者の側に立って事実上財産を処分できる位置にいれば足りると解する。法的権能、占有を有する場合だけでなく、単なる占有補助者であっても足りるとされる。BGHSt 18, 221 (1963年1月16日)は、陣営説を採用し、ガレージの守衛を欺罔してガレージ内の車を乗り去った事案において詐欺罪が成立しうると判示している。

(b) 陣営説による帰属範囲 (Rn. 104-107)

陣営説を前提として、処分行為者が自身の職分を超えていないと主観的に認識していることが必要であるかがさらに問題とされてい

る。

この点、被害者が自己の財産に近い立場に第三者を置いた際に、生活経験上、当該第三者が行う処分として想定すべき範囲において帰属を認めるべきという議論がなされている。

例えば、高価なテレビの修理のためにX会社の職員がテレビを取りに来ると主人から聞いていた家政婦が、Xの職員を装う行為者にテレビを渡せば三角詐欺が成立する。しかし、そのような話を主人がしていないのに家政婦がテレビを渡した場合には、窃盗罪の間接正犯になるという議論がなされている。

2. その他の場合 (Rn. 112-116)

物の占有移転以外の財産の処分行為についても三角詐欺は成立しうる。この場合にも、被害者と処分行為者の間には特別の関係が必要である。

債権取得について三角詐欺が認められるのが、訴訟詐欺である。裁判官を欺罔して判決という処分行為を行わせることによって、訴訟相手方の財産に損害を与える点で三角詐欺になる。また、債権の取立て委任を受けた弁護士が欺罔されて債権を時効にかけてしまった場合も、弁護士を被欺罔者・委任者を被害者にした三角詐欺が成立する。

議論があるのは、外観法理によって法律効果が帰属するだけでも三角詐欺が認められるかである。

BGH wistra 1992, 299 (1992年6月23日)は、家具会社のキッチン部門の従業員が会計権限を装って販売代金を受領したという事案において、商法56条の外観法理によって会社は弁済を争えないことから、顧客を被欺罔者・処分行為者として会社を被害者とする三角詐欺を認めている。

他にも、Vが、Kに対して有する債権をGに譲渡した後、債権譲渡を知らないKから債権の取立てを行った場合、民法407条によってGは弁済を争えないため、Kによる支払いという処分行為によってGに債権消滅という損害を与えているとして三角詐欺が認められる。

【先行研究】

山中敬一「詐欺罪における他人の財産に対する処分行為について」関西大学法学論集 52 巻 4・5 号 1492-1498 頁, 1503-1516 頁 (2003 年)

三角詐欺に関するドイツの判例・学説を包括的に紹介して詳細な検討を行っている。

福田平「詐欺罪における財産的処分行為についての覚書」『刑法解釈学の基本問題』209-212 頁 (有斐閣, 1975 年)

三角詐欺の判例を紹介。

丸山雅夫「続・ドイツ刑法判例研究 (15)」警研 59 巻 7 号 59-70 頁 (1988 年)

BGHSt 14, 170 (1960 年 3 月 11 日) の翻訳を基礎にして, 詐欺罪の諸要件を検討している。

真島信英『『三角詐欺』についての一考察』法学研究論集 (亜細亜大学) 25 号 31-57 頁 (2001 年)

判例の事例をベースに諸説を紹介。

第四款 財産上の損害**第一項 総説**

財産上の損害は, 詐欺罪・恐喝罪・背任罪全てに共通する概念である。各犯罪ごとに問題となる事案は異なるものの, 理論枠組みは同一である (202, 210 頁)。

財産上の損害は, 処分行為以前の全体としての資産状態と, 処分行為後の全体としての資産状態を比較して, 資産状態が悪化している場合に認められる。

この判断に際しては, まず, 何が「財産」として保護されるかが問題となる (187 頁)。そして, 保護される財産が減少しているかという問題 (189 頁) と, 減少した財産に相応するだけの填補が行われているかという問題 (189 頁) が生じる。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』23-83 頁, 117-156 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

財産上の損害要件についての基本文献。保護される財産と損害の存否に関する判例・学説が包括的に紹介されている。

第二項 保護される財産**1. 経済的に価値のあるもの****(1) 経済的財産概念 (Rn. 117-120)**

判例が採用しているのは, 経済的に見て金銭的価値のあるあらゆるものが「財産」に含まれるという立場である。経済的価値に注目する点で, 経済的財産概念 (Wirtschaftlicher Vermögensbegriff) と呼称されている。保護対象を法的に承認された財産に制限する法律的経済的財産概念 (Juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff) (188 頁) も, 経済的にみて金銭的価値のあるものを保護対象にする点では共通の出発点に立っている。

かつては法律的財産概念も主張されたがもはや主張されていない。また, 個人の主観的関心を保護する人的財産概念説も主張されているが少数である。

(2) 経済的価値が認められる範囲 (Rn. 121, 122, 127, 216, 217)

経済的にみて価値があるものとして保護されるのは, ①所有権, 担保権, 債権といった民法上の権利の他, ②占有, ③財産増加の具体的な見込み (191 頁), ④労働力 (193 頁) などが挙げられる。例えば, 占有については, 完全に占有を失うことは当然に財産上の損害に該当する。また, 一時的な占有喪失については, その分には代価が支払われるべき場合には経済的価値が認められる。

これに対して, 経済的に価値が認められない例としては, 金銭価値を持たない文書が挙げられる。例えば, 他人のパスポートを保有することが行為者の全体財産の増加につながらない以上, 詐欺罪による処罰対象にならない (BGH MDR/D 1972, 17 (1971 年 10 月 14 日), BGH NStZ 2009, 694 (2009 年 7 月 28 日))。

この点, 経済的価値を問題とせず犯罪を認める所有権に対する罪 (151 頁) と対照的である。もっとも, オーストリア刑法においては, 窃盗罪・委託財横領罪でも経済的価値が要求されている (174 頁)。

2. 法的保護に値しない財産 (Rn. 128, 129)

経済的価値を有するあらゆるものを保護す

ると考える経済的財産概念と、法的に承認されていないものについては刑法上の保護にも値しないと考える法律的经济的財産概念が対立している。

この対立の下で議論されているのは、①違法な労務、②違法行為に基づくため無効な請求権、③違法に開始された占有、④違法目的のための前払い金である。

(1) 違法な労務 (Rn. 130-133)

他人の家を壊したり、他人を殺害したりすることに報酬を払うという行為者の欺罔によって、被欺罔者が現に犯罪を実行した場合、報酬を約束された労務として保護されるかが問題になる。

法律的经济的財産概念によれば、犯罪を実行するという労務提供は保護されない。経済的財産概念によれば、当該労務が適法になしえないことが経済的価値に影響を及ぼすと考えるかによって保護されるかは異なってくる。判例上、脱税品の保管・運搬行為について算定可能な経済的価値がないとしたものがある（強盜的恐喝罪について、BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)）。

なお、この問題について、代金を支払うつもりなく売春させる場合が典型例とされていたものの、2001年の法改正で売春が合法化されたので、現在では詐欺罪が肯定されている。

(2) 無効の請求権 (Rn. 134-137)

盗品の売却代金について少なく見せかける欺罔によって、分け前を少なめに渡すような場合、本来の分け前が保護されるかが問題となる。

法律的经济的財産概念によれば、法秩序によって否認される無効の請求権は保護されない。経済的財産概念によれば、請求権に経済的価値が認められるか次第となる BGHSt 2, 364 (1951年11月25日)。近時の判例においては、無効の請求権に経済的価値が認められないとするものが存在する（強盜的恐喝罪について、BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)、BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)）。

(3) 違法に開始された占有 (Rn. 138-141)

窃盗犯人などに対して欺罔することで占有を得る場合、窃盗罪などの犯罪によって取得された占有が財産として保護されるかが問題となる。

経済的財産概念によると、違法に開始された占有も保護される。窃盗犯人から奪取する場合に窃盗罪が成立することのバランスからも妥当と主張されている。BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)は、窃盗の被害品である車に500ユーロ支払うと欺罔して車の占有を取得した事案において詐欺罪を認めている。

法律的经济的概念による場合には争いがある。民法858条以下の占有保護規定が及ぶと考えると違法に開始された占有も保護すべきという議論と、犯罪原因の占有は保護すべきでないという議論に分かれている。

(4) 違法目的の前払い金 (Rn. 142-145)

殺人を請け負うふりをして前払い金を受領する場合、当該前払い金が保護されるかが問題となる。

経済的財産概念によると、違法目的に支払われているとしても、金銭が保護されることに問題はない。BGH NStZ 2002, 33 (2001年9月4日)は、麻薬取引を仮装して金銭を受領すれば詐欺罪が成立すると判示している。

法律的经济的概念による場合は争いがある。違法目的に対する否定的評価によって刑法上の保護を否定すべきという議論と、金銭の所有・占有自体は適法であるから保護に値するという議論に分かれている。

【先行研究】

中村勉「ドイツ判例における不法な法律行為と財産犯の関係について(1)～(3・完)」上智法学論集16巻3号91-117頁,17巻1号123-148頁(1973年),17巻2号71-104頁(1974年)

法秩序の承認を受けない経済的価値を保護するドイツの判例の系譜を詳細に紹介している。

内田文昭「不法な取引をめぐる詐欺罪の成否」神奈川法学35巻3号641-701頁(2002年)

判例・学説を紹介。

第三項 損害の存否

財産上の損害は、①財産が減少しており、かつ、②減少した財産に相応するだけの填補が存在しない場合に認められる。

1. 財産の減少の存否

(1) 財産に対する具体的な危険 (Vermögensgefährdung) (Rn. 184)

財産の減少が生じているかも経済的に判断される。したがって、財産喪失の危険が大きい場合には、既に財産的損害が生じていると評価しうる。

しかし、このような評価が許されるのは、財産喪失の危険が大きく、現在の資産状態が悪化したといえる場合のみである。

(2) 現在の損害という評価の必要性 (Rn. 185-185d)

従来は、損害と同視できる危険 (schadensgleichen) という言い回しがなされていたものの、表見的には問題がある。近時の判例においては、経済的にみると財産に対する危険によって、現在の資産状態が悪化しているとの表現が採用されており、財産に対する具体的な危険という概念は不十分で不要と判示されている (BGHSt 53, 199 (2009年2月18日))。

さらに、憲法裁判所は、近時、財産に対する具体的な危険を現在の損害と評価することには憲法上の疑義はないとしつつも、経済的に了解可能な形で損害の算定を行うことを要すると背任罪で判示し (210頁)、その後、詐欺罪についても同一の判示がなされた (BVerfGE 130, 1 (2011年12月7日))。詐欺罪・恐喝罪・背任罪における財産上の損害要件を同一に理解するドイツ法の構造の現れであろう。

BGHは憲法裁判所の立場に従い、レンタカーを欺罔によって購入した者について、訴訟リスクはあるものの善意取得の可能性がある場合について、損害の算定が必要であると判示している (BGH wistra 2011, 387 (2011年6月8日))。

(3) 従前の規律との関係 (Rn. 196-199)

従前、支払能力のない者がクレジットカードを欺罔によって取得する場合、財産に対する危険によって損害が認められていた (BGHSt 33, 244 (1985年6月13日))。クレジットカードの使用については、206頁)。損害の算定を行うことが要求されることになったので、今後は支払能力の欠如していることに対する引当額を示すことになる。

また、口座を開設して銀行のカードを欺罔によって取得する場合、銀行が信用枠を供与している場合には財産上の損害が認められる。

さらに、偽証によって仮執行が可能な判決を得た場合、その時点で財産上の損害が認められる (BGH NSZ 1992, 233 (1992年1月16日))。この点については、損害の算定が要求されるとしても従前と変わりはない。

【先行研究】

富川雅満「ドイツ刑事判例研究 (83) 冒険的取引における詐欺損害」比較法雑誌 (中央大学) 46巻2号 331-347頁 (2012年)

BGHSt 53, 199 (2009年2月18日) の翻訳に加えて学説の議論が紹介されている。

2. 財産の填補の存否

(1) 反対給付による填補 (Rn. 155, 156, 161, 162, 166)

財産上の損害は金銭的価値の総体としての減少を意味するため、処分行為によって流出した財産を填補するだけの反対給付を受領していれば、損害は否定される。

ただし、填補として考慮されるのは、欺罔行為から直接生じる反対給付のみである。損害賠償請求のように事後的に独立の行為が必要な給付は考慮されない。

特別の割引であるとの欺罔によって通常価格で商品を購入した場合、商品による填補が認められるので損害は否定される。さらに、販売員が洗濯機の売買契約書にサインしていることに気づかせないような場合でさえ、洗濯機が適正価格であれば填補が認められる (BGHSt 22, 88 (1968年2月20日))。

(2) 反対給付への個人的関心の考慮 (Rn. 163, 164, 176-181)

処分行為によって流出する財産と反対給付の比較は金銭的価値に基づいて行われる。金銭的価値において釣り合っていれば、損害が否定されるのが原則である。例えば、収益の一部は環境保護に使用するという欺罔によって、釣り合いの取れた価額で商品を購入しても詐欺罪に該当しないと考えるのが通説である。詐欺罪は、真実違背の罪ではなく、単なる処分の自由を保護するものではないと説明されている。

しかし、個人の必要性・目的がおおよそ考慮されないわけではない。リーディングケースである BGHSt 16, 321 (1961年8月16日) では、①受領した商品が契約で前提とされた目的にも他の期待可能な方法でも使い道がない場合、②契約上の債務によって財産上の損害が生じる行動をとらざるを得なくなった場合 (具体例としては、支払いのために高利で借金をする場合)、③支払い義務によって債務を通常通り支払うため、又は通常的生活のために必要な財産を失った場合という3類型が挙げられている。

このうち、實際上、重要な類型は①である。受領した商品が使用可能かは、個人的な評価ではなく客観的に判断される。例えば、普通の主婦に、おおよそ転用しえない専門家向けの科学雑誌を購入させるような場合には、通常の間で雑誌を販売していても財産上の損害が認められる (BGHSt 23, 300 (1970年7月16日))。

第四項 無意識的自己加害の理論

1. 議論状況 (Rn. 146-148)

学説の一部においては、詐欺罪の成立は自己加害の認識がない場合に限られると主張されている。すなわち、財産上の損害が生じることを被欺罔者が認識していないことが自己加害という性質を基礎づけるというのである。自己加害の認識がない場合のみ詐欺罪が成立するという主張から、無意識的自己加害の理論 (Lehre von der unbewussten Selbstschädigung) と呼称されている。

例えば、差押えられた免許証が返還される

はずのところ、検察官が300ユーロ払えば警察官に働きかけて返還させることができると仮装したので、被欺罔者が300ユーロを支払ったという場合、無意識的自己加害を必要とすると詐欺罪は否定される。また、違法目的の前払い金 (188頁) についても、処分行為者は出捐に対する認識があることから詐欺罪を否定すべきと主張されている。しかし、判例においてはそのような議論は拒否されている。

この議論が特に問題となるのは、寄付金・物乞い詐欺である。

2. 具体的事例

(1) 詐欺罪が認められる場合 (Rn. 149-151)

例1: 1万5千ユーロの過料を支払わなければならないとの欺罔に対して、訴追されることを避けるために当該金額を支払った (BGH NJW 1992, 2167 (1992年5月12日))。

例2: 物乞いであると偽装して寄付をもらった。

この場合、資産状態の悪化は明らかであって財産上の損害が生じている。自己加害の認識があっても詐欺罪を認める判例によれば、問題なく詐欺罪が認められる。

これに対して、無意識的自己加害の場合に詐欺罪を制限する学説は、出損によって目指していた目的が失敗していることを理由にして自己加害の認識がないとして詐欺罪を認めている。

(2) 詐欺罪の成立する限界 (Rn. 152-154)

例3: 隣人が高額の寄付をしているとの欺罔によって、高額の寄付金を受領したが、実際に予定通りに福祉活動のために使用した。

この事案において、BayObLG NJW 1952, 798 (1952年2月13日) は詐欺罪を認めた。しかし、この場合の錯誤は福祉目的と無関係であって単なる動機の錯誤に過ぎないとして批判されている。

BGH NJW 1995, 539 (1994年11月10日) は、慈善団体が寄付を募る際に寄付の勧誘員は手数料を受け取っていたものの、寄付する側はボランティアであるとの錯誤に陥っていたという事案において、非経済的な目的の達

成により出損分が填補されるという判断枠組みによって、寄付による支援という目的が達成されている限り詐欺罪に該当しないと判示している。

双務契約においては経済的に填補の存否が判断されるのに対し、無償で財産を交付する場合は非経済的な社会的目的によって填補が認められる。したがって、達成されるべき目的に関わらない錯誤は単なる動機の錯誤であって詐欺罪は認められない。

3. アメリカ法との比較

ドイツにおいては財産上の損害という要件の中で、判例と無意識的自己加害の理論が対立している。もっとも、実際には、判例上、非経済的な社会的目的が達成されていれば詐欺罪が否定され、それ以外の錯誤は単なる動機の錯誤に過ぎないとされている。

この点、アメリカ法をみると、欺罔が金銭的な意義を有するものである場合に限る州と、そのような制限を行わない州に分かれている。財産上の損害という枠組みの中で議論するドイツの判例と異なり、欺罔の性質を問題にするアプローチが採用されており、しかも、立法的に欺罔の性質を制限する・しないことが選択肢としていずれもありえることが自覚されている。

【参照】

Maine 州刑法典——錯誤の性質を制限しない州

354 条 Theft by deception

3. It is not a defense to a prosecution under this section that the deception related to a matter that was of no pecuniary significance or that the person deceived acted unreasonably in relying on the deception.

New Jersey 州刑法典——錯誤の性質を制限する州

2C:20-4. Theft by deception

The term „deceive“ does not, however, include falsity as to matters having no pecuniary significance, or puffing or exaggeration by statements unlikely to deceive ordinary persons in the group addressed.

【先行研究】

この問題については先行研究によって紹介し尽くされている。

菊池京子「いわゆる乞食詐欺と寄附詐欺における『無意識の自己加害』について」一橋論叢 98 巻 5 号, 779-795 頁 (1987 年), 同「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について(中, 下)」東海法学 7 号 51-70 頁 (1991 年), 18 号 53-71 頁 (1997 年), 同「詐欺罪における財産上の損害についての一考察 (完)」東海法学 23 号 91-104 頁 (2000 年)

財産概念・損害の填補・無意識的自己加害について紹介。

相内信「続・ドイツ刑法判例研究 (13)」警研 59 巻 5 号 60-75 頁 (1988 年)

基本判例である BGHSt 16, 220 (1961 年 7 月 18 日) 及び BGHSt 16, 321 (1961 年 8 月 16 日) が翻訳されていて便利である。

伊藤渉「詐欺罪における財産的損害 (1), (3)」警研 63 巻 4 号 27-42 頁, 6 号 39-51 頁 (1992 年)

財産上の損害の填補と無意識的自己加害について包括的な紹介がなされている。

足立友子「詐欺罪における欺罔行為について (4)」名古屋大学法政論集 214 号 336-350 頁 (2006 年)

他の先行研究同様、財産概念・財産上の損害を紹介している。

第五項 問題となる諸事例

ここまでの枠組みを前提に、財産上の損害が認められるかが問題となる類型を紹介する。

1. 財産増加の見込み

(1) 保護される場合 (Rn. 122-124)

財産を得る見込みが十分に具体化されている場合、財産増加の見込みには経済的な価値があるといえるので、財産として保護される。

例えば、BGHSt 17, 147 (1962 年 2 月 20 日) は、建設入札を欺罔によって被告人が落札したという事案において、本来の最低価格入札者に落札させないことで財産的損害を与えたとして詐欺罪を認めている。

(2) 保護されない場合 (Rn. 125, 158)

具体的な収入の見込みではない財産増加への単なる期待は財産として保護されない。例えば、購入者の欺罔によって販売側が割引をした場合、販売側が有していた割引以前の販売収益への期待は保護対象にならないため、収益が減少しても詐欺罪にならない（契約に取り込まれた有利な地位は保護される点については、192頁）。

また、被相続人の生存中は、死亡時点で不当に相続するための契約を締結しても財産上の損害は認められない（OLG Stuttgart NJW 1999, 1564（1998年9月18日））。

2. 締結詐欺・履行詐欺

契約については、契約締結段階と履行段階の双方で詐欺罪の成否が問題になる。

(1) 締結詐欺 (Eingeheungsbetrug)**(a) 財産上の損害の存否 (Rn. 183, 186-195)**

契約締結段階においては、双務的に発生する債権の価値を比較して、被欺罔者に経済的損失が生じている場合のみ財産上の損害が認められる。

契約締結段階においては、財産に対する具体的危険によって財産の減少が認められるかという問題（189頁）も生じる。したがって、憲法裁判所に従い、損害の算定を行う必要がある。

さらに、債権債務関係を解消できる場合には財産上の損害が否定されるかも問題となる。被欺罔者が契約を解消できるかにはリスクを伴う以上、財産上の損害を否定すべきでないといふ解される。そもそも欺罔に気がつかない場合があるし、気づいても証明困難によって契約を解消できない場合も考えられるからである。

ただし、契約上、履行前に解除できるような場合には、財産に対する具体的危険が認められず、解除期間の経過までは財産上の損害は認められない。

(b) 履行との関係 (Rn. 201)

締結詐欺によって契約締結時点で詐欺罪が成立する場合に、契約が予定通りに履行され

ると、欺罔は履行段階まで継続しているだけである。したがって、契約締結で既遂に達した詐欺は履行によって終了し、全体として詐欺一罪が成立する。

(2) 履行詐欺 (Erfüllungsbetrug)**(a) 真正履行詐欺 (Rn. 173-175)**

契約締結時点で有利な条件を契約内容にしたにもかかわらず、履行段階で欺罔によって当該条件を遵守していない履行を行う場合、財産上の損害が認められる。なお、この場合、(b)で紹介する不真正履行詐欺との対比で真正履行詐欺と呼称されている。

例えば、特別割引の契約を有効に締結しておきながら、履行段階で水増し請求によって割引のない通常価格を支払わせるような場合が挙げられる。この場合、特別割引の履行を受けられるという地位は契約に取り込まれており、被欺罔者の「財産」として刑法上の保護の対象になる。したがって、欺罔によって有利な地位を喪失させた点で、詐欺罪が成立する。

BGHSt 32, 211（1983年12月21日）は、特別割引の建築契約を締結したものの、必要のない分量の金属を使用して追加料金を請求することを当初から意図しており、意図通りに追加料金を受領したという事案において、全体としての建築費用が通常の会社と同等の料金であるとしても、不要な料金を支払った点に財産上の損害を認めている。

(b) 不真正履行詐欺 (Rn. 167-172)

契約履行段階で初めて欺罔が行われる場合に対して、契約締結段階で既に欺罔が行われている場合については詐欺罪の成否について議論が分かれている。この場合は、不真正履行詐欺と呼称されている。

例えば、中古自動車について5万キロしか走っていないと欺罔して実際には10万キロ走行している自動車を売却したものの、適正価格であったという場合である。

この場合、約定の内容と現実の履行が相違していることから経済上の損害が認められるとの学説も主張されている。

これに対して、契約から生じた請求権はま

だ「財産」として保護されるに至っておらず、経済的にみると単なる財産増加への期待に過ぎない(192頁)として、財産上の損害を否定するのが判例(BGHSt 16, 220(1961年7月18日))・多数説である。

【先行研究】

渡辺靖明「ドイツ刑法における『締結詐欺』をめぐる裁判例」クレジット研究40号211-246頁(2008年)

締結詐欺・履行詐欺の概念を紹介した上で、締結詐欺に関する裁判例を多数、丁寧に紹介している。

3. 刑事制裁から生じる請求権 (Rn. 126)

BGHSt 38, 345(1992年9月1日)は、財産刑(罰金・過料・没収)は263条(詐欺罪)で保護すべきでないと判示している。刑事制裁には経済的取引は考えられないことがその理由として挙げられている。

また、刑罰執行の妨害は258条(処罰妨害罪)の規律で対処すべきとの指摘もなされている。

4. 善意取得 (Rn. 203-208)

善意取得が成立しない場合(民法935条1項)、購入価格が物の価値を下回っているとしても購入者には財産上の損害が生じる。

これに対して、善意取得が成立する場合(民法932条)については議論がある。

出損に対する填補が認められることからすれば、財産上の損害が否定されるはずである。かつては、「傷物(Makel)」であることから財産上の損害が認められるとの議論もあったものの、もはや廃れている。

現在、訴訟リスクが存在することに注目して、財産に対する具体的危険を根拠にして財産上の損害が認められるとの議論がなされている。BGH wistra 2003, 230(2003年1月15日)は、中古自動車の購入者が軽微とはいえ訴訟リスクにさらされていれば財産上の損害が認められると判示していた。しかし、損害の算定を要求する憲法裁判所の判例に従うと(189頁)、単なる訴訟リスクでは不十分であって、所有関係に争いがあることで商

業的に価値が減少するという点に、経済的に算定可能な損害を求める必要がある。

5. 信用供与と担保 (Rn. 209, 210)

返済能力・返済意思に問題がある者が返済できると仮装して借金をする場合、債権者の返還請求権の価値は減少している。この場合であっても、十分な担保が設定されており、かつ、弁済期に担保実行に困難がない場合には、填補によって財産上の損害が否定される。

BGHSt 15, 24(1960年6月3日)は、行為者が返済意思なく車を譲渡担保にして銀行から借金したものの、車は行為者が利用し続けるために行為者の手元にあったという事案において、担保物の金銭価値が借金額を満足させるものであっても、債務者の協力なく担保実行できないので損害の填補に十分でなく、財産上の損害が認められると判示している。

所有権留保の場合も同様に、購入者が欺罔によって商品を得た場合、所有権留保によっては十分に填補が認められず、財産上の損害が認められる。

6. 労働力・サービス・被用者としての地位の詐取

(1) 労働力の詐取 (Rn. 122)

BGH NJW 2001, 981(2001年1月18日)は、対価性を帯びる場合に限定して労働力も「財産」に含まれるとして、賃金の支払いの見込みもなく従業員として雇い入れる行為について詐欺罪を認めている。

(2) サービスの詐取 (Rn. 211)

対価を払わずに有償サービスを受ける場合にも財産上の損害が認められている。典型例は、入場口が有人である場合に限られるが、キセル乗車であり、その他、スポーツやコンサートの無銭入場が挙げられる。

ただし、この場合、個々の代金と無関係にサービスは提供されるため、財産の減少が認められるかに問題がないわけではないと指摘されている。サービス提供ではなく、サービスの代金請求権を欺罔で行使させなかった点

を捉えればよいという議論も存在する。

(3) 被用者としての地位の詐取

(a) 専門能力の欠如 (Rn. 224)

被用者が期待された専門能力を持たない場合、雇用から生じる財政的負担によって財産上の損害が認められる。この場合は締結詐欺であり、契約締結の段階で損害が認められる。

(b) 公務員 (Rn. 225)

公務員の場合、任命要件が定まっており、違反があれば任命が取り消される。そうすると、給与の支払いは許されず、財産上の損害が認められると考えられる。

この点、BGHSt 5, 358 (1954年3月16日)は、勤務に対する対価は算定困難であり、給与は年齢・家族状況・資格に合わせて支払われる以上、資格について欺罔すれば本来受領できない給与を受領しているのであり、仕事をこなしているかは無関係であると判示している。

(c) 公務員以外の労働契約 (Rn. 226-229)

専門能力を備えて労務を提供しているにもかかわらず財産上の損害が認められるのは例外である。年齢や特別の資格のように、実際の労務と無関係の支払いについて、欺罔していれば財産上の損害が認められる。

議論の対象になっているのは前科である。前科者の雇用それ自体や評判の低下は財産上の損害と評価されない。しかし、BGHSt 17, 254 (1962年5月4日)は、財産犯の前科者が雇用主の財産を自由にできる地位につくことには財産に対する具体的危険が認められると判示している。

このような議論に対しては、財産犯の機会を得るだけでは直接性を欠くし、憲法裁判所に従うと損害の算定が不可能な場合であると批判がなされている。

7. 補助金 (Rn. 213)

使用目的が制限された公的資金について、法定条件を満たしていない者が欺罔によって受領する場合、国家給付に対する請求権がな

く、補助金交付の目的が失敗しているため、財産上の損害が認められる。

BGHSt 31, 93 (1982年6月30日)は、一定の期日以前に投資財を購入した者に補助金を与えるという法律を悪用して、当該期日以降の購入日付を操作して購入者に補助金を得させたという事案について、財産上の損害を認めている。その際、公的資金は法律によって厳格な拘束を受けており、期間制限に違反していれば請求権がない以上、給付によって財産上の損害が生じるとして、給付によって財産上の投資財の購入促進という目的が実現されているという理由で財産上の損害を否定することはできないと判示されている。

なお、企業が補助金を詐取・不正使用する場合については、264条という独立の条文による処罰が可能になっている。

8. 賭博 (Rn. 218-222)

競馬・サッカーで賭ける側が八百長を働きかけていた場合(欺罔について181頁)、賭博の開催者が賭け金全体に対する返還率を定めていけば、開催者に財産上の損害は生じない。しかし、他の賭けた者が利得のチャンスを失うという損害を受けるため、開催者の従業員を処分行為者として三角詐欺が成立する(BGHSt 29, 165 (1979年12月19日))。

これに対して、賭博の開催者がオッズを定めていた場合、八百長によって賭博のリスクが賭ける行為者に有利になるため、欺罔による勝利率と開催者が定めたオッズの差異分について開催者に財産上の損害が生じる(BGHSt 51, 165 (2006年12月15日))。ただし、憲法裁判所の判例に従うと、この分の算定が必要になる。

【先行研究】

本稿で取上げた問題以外の具体的問題について神山敏雄「西独における商品先物オプション取引をめぐる犯罪」『経済犯罪の研究 第一巻』123-175頁(成文堂, 1991年)

オプション取引に関する欺罔行為性と損害の存否に関する判例・学説を紹介。

神山敏雄「ドイツにおける入札談合に対する詐欺罪適用の新しい動き(上, 下)」判時1547号9-18

頁, 1548号9-17頁 (1996年)

入札談合に詐欺罪を適用する判例と学説の詳細な紹介。

第五款 主観的超過要素

オーストリアの窃盗・委託財横領罪では領得意図に加えて要求されている利得目的(163, 177頁)は、ドイツ刑法では詐欺・恐喝罪のみで要求されている。

詐欺罪の客観的要件は財産上の損害であって、被害者から行為者又は第三者への財産的利益の移転は要求されていない。しかし、利益移転が利得目的という主観的要件として要求されている。

第一項 利得目的

1. 自己又は第三者への財産的利益の移転 (Rn. 237)

利得目的が認められるのは、財産的利益を増加させようとする場合、すなわち、経済的意味における財産状況を増加させようとする場合である。損害賠償請求を回避する場合も含まれる。

利得目的は自己のためだけでなく、第三者のためでもよい。

2. 意図の必要性 (Rn. 238-244)

利得の意図が要求されるため、他の目的があるにせよ、少なくとも、利得が目的とされていることが必要である。ただし、最終目的ではなく、別の目的のための不可欠な中間的目的でも足りる。例えば、子供の治療費のために親が他人から金銭を詐取する場合である。これに対して、必然的な帰結として確定的に認識しているだけでは利得目的に該当しない。

BGHSt 16, 1 (1961年2月23日)は、別の目的があるとしても、利得が確実であって、かつ、それを望んでいれば利得目的が認められる一方、望んでいなければ利得目的は否定されると判示している。望んでいるか望んでいないかという区別基準に対しては批判がなされているものの、利得を目的としていたかの判断の資料になるのは確かである。

3. 素材同一性 (Stoffgleichheit) (Rn. 246, 249, 254)

あらゆる利得が利得目的に該当するわけではない。被害者から行為者又は第三者に利益を移転させるという詐欺罪の構造上、「素材同一性」という制限が行われる。

素材同一性とは、被害者に生じる財産上の損害の裏返しとして、行為者又は第三者が利得するという関係を必要とするものである。ただし、損害と利得が全く同一であることまでは必要ない。

素材同一性要件によって、第三者から報酬を受けるように外部から利益を得る場合には詐欺罪が否定される。

具体例として、歩合制の販売員が欺罔行為によって会社の商品の販売契約を締結して手数料を受け取る場合を考える。

この場合、購入者の損害と行為者の受領する手数料に素材同一性が認められないため、購入者を被害者として自ら利得する意図は否定される。

しかし、会社は商品の販売契約という利益を得ており、販売員は会社に当該利益を得させる意図を有しているため、購入者を被害者として第三者を利得させる意図が認められて詐欺罪が成立する (BGHSt 21, 384 (1967年11月28日))。

さらに、会社の得た契約は取消可能なものであるため、行為者が手数料を受領することは、会社を被害者として自ら利得する意図が認められて詐欺罪が成立する。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (1)」名城法学 61巻3号19-49頁 (2012年)

利得目的に関する判例・学説を詳細かつ丁寧に紹介する。

林美月子「クレジットカードの不正使用と詐欺罪」平野龍一古稀『平野龍一先生古稀祝賀論集 上巻』476-486頁 (有斐閣, 1990年)

素材同一性要件についての紹介。

第二項 利得の違法性とその故意

領得意図と同様 (162頁)、利得目的においても、客観的な違法性と違法性に対する故

意が要求される。

1. 利得の違法性 (Rn. 265-267)

期限がきており抗弁がない私法上の請求権の実現のためであれば利得の違法性が否定される。窃盗罪の場合 (163 頁) と異なり、詐欺罪の場合、欺罔に基づいて債務を履行する際、履行の対象を特定するため、特定物債務・種類債務の区別に意義はない。

自己の債権を実現するため、相殺できる状況を作り出す場合にも違法性は否定される。

相手方の根拠のない請求に対して、証明困難であることから欺罔手段によって請求を免れるような場合にも、違法性は否定される (BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日))。ただし、この場合、法律的経済的財産概念によると、そもそも財産上の損害が否定される。

2. 利得の違法性に対する故意 (Rn. 268, 269)

期限がきており抗弁がない私法上の請求権があるという錯誤に陥っている場合、構成要件の故意が阻却される (BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日))。

なお、BGHSt 42, 268 (1996 年 10 月 17 日) においては、客観的には損害賠償義務が存在しないのに、主観的に損害賠償義務がありうると考えて、欺罔行為によって義務を免れようとした事案において、賠償義務の錯誤は事実に関わるものであるため故意が認められ、不能未遂が成立する²⁶⁾と判示されている。

【先行研究】

林幹人『財産犯の保護法益』177-192 頁 (東京大学出版会, 1984 年)

権利行使時における詐欺罪・恐喝罪の成否についてわかりやすい紹介がなされている。

木村光江『財産犯論の研究』320-357 頁 (日本評論社, 1988 年)

林同様、権利行使時における詐欺罪・恐喝罪の成否についてわかりやすく丁寧な紹介がなされている。

第六款 他罪との関係 (Rn. 270, 271)

先行する財産犯の後、欺罔行為によって財産上の損害を拡大することなく、単に利得を確保するだけの場合、先行する財産犯に対して共罰的事後行為になる。例えば、BGH NStZ 2008, 396 (2007 年 7 月 18 日) は、通帳の窃取の後、その通帳を使用して預金を引出そうとする行為について、独立の違法性を持たないとして窃盗罪と独立して詐欺罪を認める必要はないと判示している。

学説においては、財産上の損害の拡大がない場合には構成要件該当性を否定すべきという立場もある。

第三節 コンピュータ詐欺罪

第一款 総説

【条文】

263 条 a 1 項 違法な財産上の利益を自ら得又は第三者に得させる目的で、不正にプログラムを形成し、不正若しくは不完全なデータを使用し、権限なくデータを使用し、又はその他の方法で権限なくデータ処理の過程に干渉することにより、データ処理の結果に影響を与え、これにより他人の財産に損害を加えた者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為態様

(a) プログラムの不正形成 (unrichtige Gestaltung des Programms)

(b) 不正又は不完全なデータの使用 (Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten)

(c) データの無権限使用 (unbefugte Verwendung von Daten)

(d) その他のデータ処理過程への無

26) ドイツでは不能未遂も処罰されている。

権限干渉 (sonst durch unbefugte
Einwirkung auf den Ablauf)

(2) データ処理結果への影響

(3) 財産上の損害

2. 主観的構成要件

(1) 故意

(2) 利得目的

II 違法性

III 責任

法定刑－5年以下の自由刑又は罰金

未遂処罰あり (2項・263条2項)

263条aはコンピュータ操作によって生じる財産上の損害に対応すべく、1986年の法改正によって新たに導入された。

詐欺罪のうち、①欺罔・②錯誤・③財産的処分行為という人間に関わる要件が存在せず、そのパラレルな要件として、④4つの行為態様が定められるとともに、②錯誤・財産的処分行為に代わるものとしてデータ処理結果への影響という要件が定められている。

これに対して、財産上の損害・故意・利得目的という要件については263条と同様の解釈が妥当する。

本節に対応するのは、Rengier, §14, Computerbetrug, 294-309頁である。

【先行研究】

井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪への対応」ジュリ 846号 42-46頁 (1985年)

1986年刑法改正以前の状況を概観。

井田良「西ドイツにおけるコンピュータ犯罪処罰規定とデータの保護」刑法雑誌 28巻4号 591-626頁 (1988年)

1986年改正で成立した各条文を解説。

神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法時 58巻11号 53-59頁 (1986年)

1986年改正を概観。

神山敏雄「コンピュータ濫用の刑事法上の一考察」法時 59巻3号 71, 72頁 (1987年)

263条aの立法過程を概観。

クラウス・ティーデマン(丹羽正夫=城下裕二訳)「コンピューター犯罪と1986年の西ドイツ刑法改正」北大法学論集 39巻1号 134-136頁 (1988年)

経済犯罪の大家による1986年改正に関する講

演の翻訳。同内容のものとして、クラウス・ティーデマン(神山敏雄訳)「コンピュータ刑法」西原春夫=宮澤浩一監訳『ドイツおよびECにおける経済犯罪と経済刑法』177-179頁(成文堂, 1990年)。

第二款 共通要件：データ処理結果への影響
(Rn. 3-5)

行為態様以外の要件のうち、詐欺罪に存在しないデータ処理結果への影響という要件について先に説明する。

データとは、暗号化された情報全般を意味する。データ処理とは、データとプログラムによる電子技術的処理である。

データ処理結果に影響を与えたという要件を充足するのに、データ処理が開始されていることは必要ではない(BGHSt 38, 120 (1991年11月22日)。具体例について198頁)。

データ処理結果に影響を与えたという要件は、錯誤に基づく処分行為に代わる要件である。したがって、データ処理結果への影響によってコンピュータによる財産の処分、すなわち、財産の直接の減少(184頁)が生じる必要がある。データ処理結果に影響を与えた後、行為者の更なる行為が介在してから財産が減少する場合には、263条aは成立しない。

第三款 行為態様要件の検討

行為態様は①プログラムの不正形成、②不正又は不完全なデータの使用、③データの無権限使用、④その他のデータ処理過程への無権限干渉の四種類が定められている。④は、①-③で捕捉できない態様を捕捉する受血的構成要件要素である。

第一項 プログラムの不正形成 (Rn. 7)

プログラムを操作する場合は該当する。プログラムもデータから形成されているため、第2態様の特別類型である。

不正の意義には争いがあり、処分権者の意思に反するという主観説と、関係者が要求する役割をプログラムが果たすかという客観説が主張されている。

第二項 不正又は不完全なデータの使用 (Rn. 8)

入力データを操作する場合が該当する。例えば、虚偽の年齢を入力して不正の振込を行うような場合が該当する。

第三項 データの無権限使用

1. 意義

(1) データの使用 (Rn. 10)

データの使用の意義には争いがある。あらゆるデータの使用で足りるという立場と、データ処理のためにデータを入力することが必要という立場がある。ただし、データの無権限使用という第三の態様に該当するか、受皿である第四の態様に該当するかという議論がなされているにとどまる。

(2) 無権限 (unbefugt)

無権限の意義は重要な争点であり、しかも、受皿である第四の態様にも同様の議論が妥当する。

①主観説は、データの処分権者の意思に反することを無権限と定義する (BayObLG JR 1994, 289 (1994年2月10日))。これに対しては、電子機器を使用したあらゆる契約違反が該当することになってしまい、他人の洗濯機の不正使用さえ処罰されるとの批判がなされている。

②コンピュータ固有の解釈を行う立場は、データ処理への不正作用を要求し、機器の動作に問題がなければ構成要件に該当しないと主張する。これに対しては、263条aによる処罰範囲が狭すぎるとの批判がなされている。

③詐欺罪との類比に基づいて解釈するのが判例・通説である。仮に人間に対してデータを使用していれば、少なくとも推断的欺罔に該当するか (181頁) という判断が行われる (BGHSt 47, 160 (2001年11月16日))。

2. ATMにおけるカードの不正使用 (Rn. 15, 16)

データの無権限使用という行為態様が重要な役割を果たすのは、ATMでカードを使用する場合である (窃盗罪の成否について 157,

158頁)。

行為者がカードを使用して正しい暗証番号を入力している場合、データ処理へのデータの inputs は問題なく認められる。なお、少数説は、データ処理結果への影響要件においてデータ処理が既に開始されているという制限を行うことで、この場合を不可罰とするものの、そのような制限を行う理由はない (197頁)。

「無権限」に該当するかについては場合分けをして、判例・通説の立場を説明する。

(1) 窃盗・偽造などによって得たカードの使用 (Rn. 17, 17a)

窃盗や偽造などで取得したカードと暗証番号を使用する場合、仮に銀行の従業員に対してであれば、代理権を有すると欺罔を行わなければならないはずであるため、無権限使用に該当する (OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日))。

この場合、銀行は口座所有者に賠償請求できないため (民法 675条u)、銀行に財産上の損害が生じる。また、いったん不利益な記帳を受けて記帳を戻す請求をしなければならぬ点から、口座所持者にも財産に対する危険による損害が生じるとして三角詐欺も成立しうる。

(2) カード所有者からの委託に反した金銭の引出し (Rn. 18-20)

銀行約款に反しているとしても、カード所有者からの委託の範囲内で引出す限り、263条aは成立しない。

議論があるのは、委託に反した引出しについて詐欺との類比が可能であるかである。

OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日) は、適法にカードの占有を取得してれば、銀行に対する推断的欺罔は認められないとして、委託に反した引出しでもデータの無権限使用に該当しないと判示している。これに対して、委託は外部関係に対しても限界を画するとして、委託に反した引出しについてデータの無権限使用に該当すると学説も主張されている。

(3) カード所有者による不正使用 (Rn. 21-23)

カードの所有者が自己のカードを不正に使用する場合、データの無権限使用に該当するかは議論がある。

返済能力・返済意思のない引出しについては、仮に人がいれば欺罔に該当するため、無権限使用に該当するとの議論もありうる。しかし、BGHSt 47, 160 (2001年11月16日)は、人を措定して欺罔されているかを考えるのは、コンピュータがチェックする事項に限定されるとして、無権限使用の該当性を否定している。

もっとも、このような理由づけについては、窃取したカードの使用についてさえ無権限使用に該当しないことになるとの批判がなされている。そこで、自己のカードの不正使用について無権限使用の該当性を否定する学説は、仮に窓口に従業員がいても、自動的に処理するのであって返済能力・意思について錯誤に陥っていないこと (183頁) を理由として挙げている。

第四項 その他のデータ処理過程への無権限干渉 (Rn. 31-33)

その他のデータ処理仮定への無権限干渉という行為態様は受皿であるため、他の行為態様に該当しない限度で検討が必要になる (197頁)。

この行為態様に該当するかについて議論があるのは、カジノ機のプログラムを不正入手して、いつボタンを押せばよいかを知った上でプレーして儲けを得るという事案であり、空プレー (Leerspielen) と呼称されている。

BGHSt 40, 331 (1994年11月10日)は、カジノ機設置者の意思に反するとして無権限に該当すると判示している。この判示のみでは詐欺罪との類比がなされていないものの、学説では、仮に人がいればカジノ機の動きを知らないという推断的欺罔が認められるとして、「無権限」に該当すると議論されている (賭博における欺罔については181頁)。

【先行研究】

長井圓「第5章 カード濫用罪とコンピュータ詐

欺罪」同『カード犯罪対策法の最先端』178-188頁、198-222頁 (日本クレジット産業協会クレジット研究所, 2000年)

コンピュータ詐欺罪の成否が争われた判例を詳細に紹介している。

内田幸隆「背任罪と詐欺罪との関係」早稲田法学会誌 53巻 122-129頁 (2003年)

行為態様要件に関する学説が紹介されている。

第二章 恐喝に関する罪

第一節 総説

【条文】

253条1項 違法に自ら利得し又は第三者に利得させるために、暴行を用い又は耐え難い害悪を及ぼす旨の脅迫により、人に対して作為、受忍又は不作為を違法に強要し、これにより、被強要者又は他の者の財産に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 追及する目的のために暴行を用い又は害悪を加える旨の脅迫をしたことが、非難すべきものと認められるときは、行為は違法である。

255条 恐喝が、人に対する暴行を用い又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて行われたときは、行為者は強盗犯人と同一の刑に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 行為態様

(a) 恐喝罪

①暴行 (Gewalt) 又は

②耐え難い害悪による脅迫 (Drohung mit einem empfindlichen Übel)

(b) 強盜的恐喝罪

①人に対する暴行 又は ②生命
身体に対する現在の危険による
脅迫

(2) 強要結果—被強要者の作為・受忍
(Duldung) ・不作為

(3) 財産的処分行為 (Vermögensverfü-
gung) (争いあり)

(4) 財産上の損害 (Vermögensscha-
den)

2. 主観的構成要件

(1) 故意

(2) 利得目的 (Bereicherungsabsicht)

3. 利得の客観的違法性とその故意

II 違法性—非難条項

III 責任

法定刑—恐喝：5年以下の自由刑又は罰金
強盜的恐喝—強盜と同一
未遂処罰あり (3項)

本章に対応するのは、Rengier, §11, Erpressung, 175-202 頁である。

第一款 恐喝罪の基本的性格 (Rn. 1-4)

恐喝罪の保護法益は、個人の自由と全体財産である。強要罪を基礎にして全体財産に損害を加えた場合に成立する。強盜的恐喝罪は、恐喝罪の加重類型であり、強盜と同様の行為態様によって成立する。日本の2項強盜に対応する規定を有しないドイツにおいては、強盜的恐喝罪が2項強盜に相応する部分が処罰されることになる (164 頁)。ただし、強盜的恐喝罪は利益だけでなく、有体物に対しても成立しうる点に注意が必要である。

恐喝罪は、その基本的性質に争いがある。学説においては、詐欺罪とパラレルに考えて処分行為を要求する議論がなされている。しかし、判例においては、処分行為は要求されていない。

第二款 窃盜・強盜と恐喝・強盜的恐喝の関係

恐喝罪を詐欺罪とパラレルに考える学説によると、恐喝・強盜的恐喝罪は処分行為の存否によって、奪取罪である窃盜・強盜と画さ

れることになり、相互排他的な関係に立つ。

これに対して、処分行為を要求しない判例においては、対人暴行・生命身体への現在の危険による脅迫によって有体物を移転させた場合、強盜と強盜的恐喝の両方が成立しうることになり、より軽微な暴行・脅迫によれば窃盜と恐喝の両方が成立しうることになる。ここから、窃盜・強盜と恐喝・強盜的恐喝の関係・区別方法を論じる必要が生じるが、201, 202 頁で論じる。

第二節 成立要件の検討

第一款 行為態様

第一項 暴行 (Rn. 8)

恐喝罪における暴行の意義については、一般的な暴行と同様の議論が妥当する。255 条による加重対象になるのは対人暴行である。これは、強盜罪と同一の内容である (165 頁)。

対人暴行は、人に対する直接又は間接的作用を有する有形力であれば足りるため、暴行による恐喝は、通常、強盜的恐喝罪に該当し、単なる恐喝罪にとどまる範囲は狭い。

我が国と異なり、強盜罪と恐喝罪の暴行概念について、反抗を抑圧するに足りる程度か否かで区分するという議論はなされていない点に注意を要する (166 頁)。

第二項 脅迫

1. 脅迫の意義 (Rn. 8)

恐喝罪における脅迫の意義については、一般的な脅迫と同様の議論が妥当する。255 条による加重対象になるのは、生命・身体に対して現在の危険を及ぼす旨の告知である。これは、強盜罪と同一の内容である (166 頁)。

2. 加害対象が第三者の場合

第三者に加害する旨の告知を行う場合でも、自分自身への加害と同じぐらいの害悪と感じられ、それゆえ、強制を受けるのであれば、脅迫に該当する (166 頁)。

BGH NStZ 1987, 222 (1987 年 1 月 8 日) においては、行為者が銀行の客に銃を向けた事案において、客への加害の告知は銀行員に対する脅迫に該当するとして、近親者に制限した地裁判決を破棄して 255 条が適用可能と判

示している。

3. 不作為を内容とする脅迫 (Rn. 9, 10)

何らかの行動をしない旨を告知する場合であっても、脅迫に該当しうる（不作為を内容とする脅迫）。例えば、万引きを通報しない代わりに千ユーロ払えと要求する場合、万引きを通報しないこと自体は適法であるものの、脅迫に該当する。

4. 現在性 (Rn. 11, 12)

現在の危険は、正当化緊急避難の成立要件と同一に解されている。現在性が認められるのは、自然の成り行きに任せると、直ちに防御措置を採らない限り、損害の発生が確実であるか高度に蓋然的である場合である。いつ損害に転化するかわからない状態であれば足りるため、長期間に及ぶ継続的な危険でも現在性を充足する。例えば、襲撃する旨の脅迫について、いつ襲撃するかわからない場合には現在性が認められる (BGH NJW 1997, 265 (1996年8月28日))。

第二款 処分行為の要否

第一項 処分行為の要否から生じる相違点 (Rn. 13-20)

処分行為を要求する学説によると、意思活動の余地がない暴行（絶対的暴力 *vis absoluta*）については、恐喝罪は成立せず、255条の適用対象にならない。これに対して、処分行為を要求しない判例によると、そのような暴行についても、恐喝は成立し、255条の適用が可能である。

この議論から相違点が生じるのは、①領得意図を欠くなどの理由で窃盗・強盗の成立が認められないものの、処分行為も存在しないという事案である。一時使用のために、暴行・脅迫を用いて処分行為を介さずに他人の動産を奪取した場合、判例の立場によると253条・255条の適用が可能である。例えば、BGHSt 14, 386 (1960年7月5日)においては、タクシーの占有侵害を理由に255条が適用可能と判示されている。これに対して、253条・255条の適用を否定する学説によると、強要罪が成立するにとどまる。

また、②暴行によって債務を支払わずに逃走する場合、処分行為を要求すれば253条・255条の適用が否定される。判例によると、253条・255条の適用が可能である。例えば、BGHSt 25, 224 (1973年8月30日)は、揉み合いの末、タクシー代金を支払わずに逃走した事案において強盜的恐喝を認めている。なお、物については処分行為を要求しつつ、それ以外には処分行為を要求しないという中間説も主張されている。

以下では、処分行為不要説と処分行為必要説に分けて紹介する。

【先行研究】

清水一成「続・ドイツ刑法判例研究(16)」警研59巻8号62-77頁(1988年)

BGHSt 14, 386 (1960年7月5日)の翻訳に加えて、処分行為の要否を中心に恐喝罪について解説がなされている。

第二項 処分行為不要説

1. 一般構成要件としての恐喝罪 (Rn. 21-24, 26-28)

判例によると、強盜的恐喝罪は、対人暴行又は生命身体に対する現在の危険による脅迫で財産を移転させようとする場合一般に妥当する構成要件である。強盜罪は、物の奪取時に適用される特別の構成要件に過ぎない。したがって、強盜罪の成否を予め検討して、強盜罪が不成立の場合に強盜的恐喝の成否を検討すれば足りる。

この考えによると、脅迫によって物を奪取する場合、窃盗罪と同時に恐喝罪も成立していることになる。脅迫による物の奪取については、強盜は重大な脅迫に制限して処罰対象にしているにもかかわらず、253条がミニ強盜 (*kleiner Raub*) を処罰することになってしまうとの批判がなされている。

また、暴行・脅迫によって乗用車を一時使用する場合にも255条の適用を認める判例の立場によると、249条の適用を否定する意義が失われてしまうとの批判もなされている。

2. 強盜との区別基準 (Rn. 39)

物の移転について強盜と強盜的恐喝が同時

に成立しており、強盗を先に検討するとの立場からは、更に、どのような場合に強盗が成立するかが問題となる。

この点、判例は、被害者の内心に注目せず、専ら外観からみて、奪っている (Nehmen) といえれば強盗に該当し、被害者が交付しているといえれば強盗的恐喝に該当するという立場を採用している。例えば、BGHSt 7, 252 (1955年3月17日) は、殴ると脅迫して被害者自身に財布を渡させた事案において、強盗的恐喝を認めている。

3. 三角恐喝 (Rn. 32)

判例は、財産を保護する意思と能力がある第三者に交付させた場合、当該第三者は財産の保持者の側に立つとして三角恐喝の成立を認めている。例えば、BGHSt 41, 123 (1995年4月20日) においては、行為者がナイフで刺された被害者の時計について、時計を渡すように恋人に要求した事案において三角恐喝を認めている。

これに対して、無関係の第三者に暴行・脅迫を行って交付させた場合には、強要罪と窃盗の間接正犯が成立し、恐喝罪にはならない。

第三項 処分行為必要説

1. 強盗との区別基準 (Rn. 34-38)

学説においては、詐欺罪と同様、恐喝罪にも処分行為を要求する立場が有力である。

ただ、詐欺罪と異なり、暴行・脅迫を被害者が受ける恐喝罪においては、物に対する処分行為の内容をいかに定めるかが議論されている。

処分行為を認めるには、財産を減少させる行為が意思に担われていることは最低限必要であると解されている。それに加えて、被害者の関与が財産移転に必要と考えられる場合に処分行為を認める議論や、被害者が現実を選択する可能性を有している場合に処分行為を認める議論が主張されている。しかし、そういった付加要件は必要ないとの指摘もある。

2. 三角恐喝 (Rn. 30, 31)

処分行為必要説からは、詐欺罪とパラレルに考えて、三角詐欺における法的権限説と陣営説の議論 (186頁) が恐喝にも妥当すると考えられる。

【先行研究】

中村邦義「ドイツ刑事判例研究 (54) 強盗と恐喝の区別」比較法雑誌 (中央大学) 36巻3号 134-148頁 (2002年)

強盗と恐喝の区別と三角恐喝について判例・学説を紹介。

第三款 因果性 (Rn. 5)

強盗罪において、暴行・脅迫と奪取については主観的な目的関係で足りた (167頁) のとは異なり、恐喝罪・強盗的恐喝罪においては、暴行・脅迫と処分行為・財産上の損害には客観的な因果関係が要求されている。例えば、脅迫されたものの、脅迫による圧力とは無関係に、警察の助言に基づいて金銭を支払うような場合、因果性を欠くので恐喝既遂は成立しない。

第四款 財産上の損害

財産上の損害要件の判断方法は、詐欺罪と全く同一である (187頁)。そこで、ここでは、恐喝で問題になる事案類型を紹介するとどめる。

例1：タクシーを一時的に使用する意図で暴行を加えた。(Rn. 43, 18)

占有の喪失は財産上の損害に該当する (BGHSt 14, 386 (1960年7月5日))。

例2：債務者が債権者から免れるために暴行を加えた。(Rn. 43, 19, 57, 58)

債務者の身元がわからない場合には財産上の損害が認められる (BGHSt 25, 224 (1973年8月30日))。これに対して、債務者の身元がわかっている場合、暴行によって債権行使が困難になるわけではないため、財産上の損害は発生しない。

ただし、ホテルは利用者の荷物に対して担保権を有する (民法 704条) ので、利用者が自分の荷物を持ち去った場合、利用者の身元が判明しているとしても、担保権侵害により

財産上の損害が認められる (BGHSt 32, 88 (1983年9月22日))。

例3: 美術品を奪取し、返還の条件として身代金を支払わせた。(Rn. 45)

美術品の奪取は返還意図がある限り、領得意図が認められない (159頁)。美術品の返却は民法 861・985 条によって無償で行わなければならない。したがって、美術品を返したことで支払わせた身代金の損害が補われることはなく、身代金分の財産上の損害が認められる (BGHSt 26, 346 (1976年6月18日))。

例4: 債務が存在しないにもかかわらず、債務証券へのサインを強制した。(Rn. 46)

財産に対する具体的な危険も財産上の損害を構成しうる (189頁)。債権請求の見込みがあり、かつ、サインさせられた証明文書に反証する確実な証明手段がなければ、財産上の損害が認められる (BGHSt 34, 394 (1987年7月9日))。

例5: 暴行・脅迫によって、金の隠し場所を聞出した。(Rn. 47, 48)

BGH NStZ 2006, 38 (2005年10月13日) は、金の隠し場所を言わせるだけでは財産上の損害に該当しないと判示している。

例6: 銀行カードを奪った後、暴行・脅迫によって、暗証番号を聞出した。(Rn. 49-51)

BGH NStZ-RR 2004, 333 (2004年8月17日) は、暗証番号を聞出した時点で財産上の損害を肯定している。しかし、金の隠し場所を聞く場合と整合しているかには疑義も示されている。

例7: 警察が見張っているため、現金を恐喝しようとする行為者には逃走のチャンスがなかった。(Rn. 52)

BGH StV 1998, 80 (1997年10月22日) は、財産上の損害がないとして、恐喝未遂にとどまると判示している。

第五款 主観的超過要素

第一項 利得目的 (Rn. 59, 60)

利得目的要件についても、詐欺罪と同内容である (195頁)。そこで、財産的損害と同様、具体例を挙げるにとどめる。

例1: 入れ物を交付させたが期待する中身がなかった (窃盗罪について、162頁)。

利得目的が否定される。BGH GA 1983, 411 (1983年3月9日) は、中身を狙ってかばんを被害者に渡させたものの、実際の中身は鍵と買い物袋であったため捨ててしまったという事案において、かばんと実際の中身を自己の財産に組入れる意図がないとして、恐喝的強盗は未遂にとどまると判示している。例2: 恐喝した物から経済的利得を得る意図がなかった。

BGH NStZ 1988, 216 (1987年12月17日) は、被告人が4万マルクの債権回収の圧力をかけるために暴行を加えて車を交付させたという事案において、車の経済的価値を利用する意図はなかったとして利得目的を否定している。この場合、強要罪が成立するにとどまる。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (2)」名城法学 62巻1号1-5頁 (2012年)

恐喝罪における利得目的に関して判例・学説を紹介する。

第二項 利得の違法性 (Rn. 61-64)

詐欺罪同様、弁済期が到来していて抗弁のない請求権を実現する場合、利得の違法性が否定される (196頁)。また、請求権を有するという錯誤に陥っている場合、利得の違法性の故意を欠く。

例1: 窃盗犯人から窃盗した者に対して、窃盗犯人が暴行によって返還させた。

BGH NStZ-RR 2008, 76 (2007年10月18日) においては、窃盗犯人にも民法 861 条に基づく占有の返還請求権が認められることを根拠に、盗品を盗んだ第三者への暴行による返還請求について恐喝的強盗罪の成立を否定して強要罪のみを認めている。

例2: 麻薬の売人が麻薬と偽ってチョコを渡して代金を受領した。騙された購入者は脅迫によって代金を返還させた。

麻薬を購入できると欺罔されて代金を支払った者は、詐欺罪の被害者であることから民法上の賠償請求権を有する (民法 823 条 2 項)。したがって、脅迫によって代金を返還させても強盗的恐喝は否定される (BGH

NJW 2002, 2117 (2002年3月12日))。

例3：麻薬の売人が、代金を支払わない購入者に暴行・脅迫を加えて代金を支払わせようとした。

この事案において、BGHSt 48, 322 (2003年8月7日)は、麻薬の売人は契約上の代金請求権を有さず、損害賠償請求権も発生しないと、強盜的恐喝罪を認めている。

第六款 非難条項 (Rn. 66, 67)

強要罪の240条2項と同様、253条2項においては、目的に照らして暴行・脅迫の使用が非難される場合に違法性を制限する条項が定められている。

強要罪と異なり、この規定が適用される例はあまりないが、違法でない害悪を及ぼす旨の脅迫を行った場合、利得目的と告知した害悪に内在的な関係性が認められる場合には253条2項が適用される。例えば、犯罪被害者が告訴する又は告訴を取り下げないと脅迫して福祉施設に寄付させるような場合や、取引関係を終了させると脅迫して値引きを得るような場合、目的と手段の関係に鑑みて253条2項が適用される。

第七款 他罪との関係

第一項 内容が虚偽の脅迫 (Rn. 74-76)

害悪を左右できると仮装する場合も脅迫に該当する(166頁)。この場合、脅迫に欺罔が含まれるため、恐喝罪と詐欺罪の関係が問題になる。

虚偽が脅迫に役立つだけの場合、欺罔に独自の違法性はなく、恐喝のみで評価すれば足りる。したがって、263条の構成要件は充足されているものの、法条競合によって恐喝罪に詐欺罪は吸収される。例えば、撮影していないのに裸の写真を撮影したと偽り、その写真を公表すると脅迫して金銭を得る場合や、子供が誘拐されたと知って誘拐犯人でない者が両親に対して誘拐犯人であると装って身代金を得る場合である(BGHSt 23, 294 (1970年6月30日))。

一方、欺罔に脅迫とは独立した違法性が認められる場合、恐喝罪と詐欺罪は観念的競合になる。例えば、実際に撮影した裸の写真を

公表する意図があるにもかかわらず、公表されたくなければ口止め料を払えと迫る場合や、誘拐犯人が誘拐した子供を解放するつもりはないにもかかわらず、両親に対して解放すると約束して身代金を得る場合である。

第二項 先行犯罪で取得した物・財産の返還妨害 (Sicherungserpressung) (Rn. 53-56a)

1. 財産犯の後の暴行・脅迫

詐欺などの財産犯によって財産を取得した後、返還請求を暴行・脅迫で免れた場合、先行する財産犯に加えて、後行行為について恐喝罪が成立するかが問題となる。

BGH NJW 1984, 501 (1983年10月10日)は、先行する財産犯によって財産上の損害が生じていれば、後行行為によっては財産上の損害は新たには生じないとして強要罪のみを認めている。ただし、欺罔の後に直ちに暴行を行った場合には強盜的恐喝が成立するという判例もあり(BGH NSTZ 2002, 33 (2001年9月4日))、一貫していないと指摘されている。

2. 窃盗後の暴行・脅迫

窃盗の後に返還を妨げるために暴行・脅迫を行う場合、財産上の損害だけでなく、強盜的窃盗罪との関係が問題になる。252条は、現場で遭遇した場合にのみ強盜と同一の刑に処すると定めており、それ以降の時点で255条を適用すると252条を定めた意義が失われるからである。BGH StV 1986, 530 (1986年9月5日)は、このような考慮から、ビールの窃盗が終了した後に被害者に見つかった被告人が脅迫して返還を妨げた事案を強要罪にとどめている。

第三章 背任罪

第一節 総説

【条文】

266条1項 法規、官庁の委任若しくは法律行為により与えられた、他人の財産を処分し若しくは他人に義務を負わ

せる権限を濫用し、又は、法規、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて負担する、他人の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を加えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

① 濫用構成要件

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 主体

(a) 財産処分権能

①法令 ②官庁の委託 ③法律行為

(b) 財産保護義務 (Vermögensbetreuungspflicht)

(2) 行為態様：権限濫用 (Missbrauch der Befugnis)

(3) 財産上の損害 (Vermögensnachteil)

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金

② 背信構成要件

I 構成要件

1. 客観的構成要件

(1) 主体：財産保護義務の負担者

(a) 発生根拠

①法令 ②官庁の委託 ③法律行為 ④信任関係

(b) 配慮義務が認められるファクター (?)

①主要な義務 ②独立性

(2) 行為態様：義務違反

(3) 財産上の損害

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金

利益移転を要求する詐欺・恐喝罪とは異なる

り、背任罪は全体財産に損害を与えるだけで成立する罪である。

ドイツでは1871年制定時の刑法においては、背任罪は3種類の構成要件が定められていた。1933年改正によって、①濫用構成要件と②背信構成要件という2種類の構成要件に改められた。

しかし、濫用構成要件は背信構成要件の特別類型に過ぎず、背任罪の処罰範囲について独自の適用領域を有しないと判例・通説では理解されている。というのは、背信構成要件の成立要件である他人の財産に対する保護義務 (Vermögensbetreuungspflicht) は、権限濫用構成要件にも必要であると解釈されており、濫用構成要件は背信構成要件に完全に包摂されているからである。

本章に対応するのは、Rengier, §13, Untreue, 325-347頁である。

【先行研究】

背任罪については、優れた3つの先行研究によって包括的な紹介が行われている。

江家義男「背任罪の研究(1)」早稲田法学21巻1-79頁(1943年)

背任罪の系譜について紹介した上で、権限濫用説と背信説を検討している。なお、同著者による簡潔なまとめとして、「背任罪の基本理論」曹時5巻5号216-245頁(1953年)。

上寫一高『背任罪理解の再構成』11-74頁(成文堂, 1997年)

ドイツの1871年刑法における構成要件の成立過程とその解釈を詳細に紹介した上で、1933年の改正過程を紹介している。

品田智史「背任罪における任務違背(背任行為)に関する一考察(1)」阪大法学59巻1号130-152頁(2009年)

現行法下における背任罪の成立要件が非常にわかりやすく概観されている。

他に、井上正治「権限濫用説 (Missbrauchstheorie) と背信説 (Treubruchstheorie) の由来」法政研究(九州大学)28巻3号195-217頁(1962年)、ヘルムート・マイヤー(中義勝訳)「背任罪」法務資料373号261-300頁(1964年)でもドイツの議論の系譜・概観を知ることができる。

第二節 濫用構成要件の成立要件の検討

第一款 処分権の濫用

第一項 財産の処分権限 (Rn. 6, 7)

行為者が、外部に対して有効に他人の財産を処分する法的権限、又は、他人に債務を負担させる法的権限を有している場合、背任を基礎づける権限が認められる。

明文により、権限の発生根拠は、①法規、②官庁の委任、③法律行為が定められている。①の例としては、両親（民法 1626 条以下）や遺言執行人（民法 2205 条以下）、②の例としては、公務員、③の例としては代理権が与えられた場合（民法 164 条以下）が挙げられる。

第二項 権限濫用 (Rn. 8-11)

権限の濫用とは、内部関係における制限を超越しているものの、外部関係に対しては本人を有効に法的に拘束している場合をいう。したがって、権限の濫用といえるには法律行為が必要であって、事実行為は背信構成要件でしか捕捉しえない。さらに、外観法理によって本人を拘束するだけでも権限濫用とは評価されない。第三者と権限の保有者が共謀を行っているような場合にも法律行為は無効であるため、権限濫用に含まれない。

したがって、本人名義での金銭の貸与によって損害を与えれば権限濫用に該当するが、本人の金銭を無断で持ち出すだけでは権限濫用に該当しえない。

【先行研究】

上馬一高『背任罪理解の再構成』75-79 頁（成文堂、1997 年）

濫用構成要件を簡潔に紹介している。

第二款 財産保護義務

第一項 財産保護義務の必要性 (Rn. 14)

判例・通説は、権限濫用に加えて、財産保護義務が必要であると解している。しかも、その内容は、背信構成要件で要求される義務と同内容と解されている。

この議論が実益を有したのは、1986 年の

第二次経済犯罪対策法以前のクレジットカードの濫用である。クレジットカードの所持者は、カード会社に債務負担させる権限を有しており、その権限濫用を背任罪で処罰できるかが争われた。

BGHSt 33, 244 (1985 年 6 月 13 日) は、財産保護義務が濫用構成要件にも必要であることを前提に、カードの所持者はカード会社に対して財産保護義務を負わないとして背任罪の適用を否定した。

現在では、クレジットカードの濫用は、1986 年の法改正により新規に導入された 266 条 b によって処罰される。

第二項 オーストリア刑法との比較

ドイツと異なり、オーストリア刑法 153 条においては濫用構成要件しか定められていない (178 頁)。そして、その解釈として、財産保護義務は要求されていない。そのため、クレジットカードの濫用も背任罪で処罰可能と解されており、新規立法は行われていない²⁷⁾。

本人に法律行為を帰属させる権限の濫用に注目して刑事罰を科す権限濫用説が、実定法の条文・解釈に実現したものといえる。権限濫用構成要件の独自の適用領域を失わせたドイツ刑法と対照的である。

【先行研究】

カードの不正使用については、優れた先行研究による包括的な紹介が存在する。

神山敏雄「クレジット・カード濫用の刑事法上の考察」『経済犯罪の研究 第一巻』312-314 頁（成文堂、1991 年）〔初出・法学会雑誌（岡山大学）36 卷 3・4 号（1987 年）〕

クレジットカード濫用を背任罪で処罰できないとした判例・学説を紹介。なお、新規定の立法に至る状況については、同「西独におけるクレジット・カード濫用罪の新立法」同書 275-290 頁〔初出・ジュリ 870 号（1986 年）〕。

山中敬一「自己名義のクレジット・カードの不正使用に関する一考察 (1, 2)」関西大学法学論集 36 卷 6 号 1071-1130 頁, 37 卷 1 号 33-86 頁 (1987 年)

27) Kienapfel-Schmoller, Strafrecht Besonderer Teil 2, §153, Rn. 24 (2003).

カードの不正使用について、ドイツの詐欺罪・背任罪の成否をめぐる判例・学説を網羅的に紹介した上で、新規定も紹介している。

長井圓「第4章 カード濫用による財産領得と背任」『カード犯罪対策法の最先端』91-109頁（日本クレジット産業協会クレジット研究所，2000年）〔初出・「クレジットカードの濫用に関するドイツ刑法の犯罪規定と裁判例（2）」クレジット研究21号（1999年）〕

山中論文が紹介する判例を再検討する他、関連規定の概観も行われている。

長井圓「第5章 カード濫用罪とコンピュータ詐欺罪」『カード犯罪対策法の最先端』153-177頁（日本クレジット産業協会クレジット研究所，2000年）

新設された266条bに関わる問題について、詳細に判例を紹介する。

他に、BGHSt 33, 244（1985年6月13日）の翻訳として篠塚一彦「続・ドイツ刑法判例研究（19）」警研60巻2号65-75頁（1989年）、判例・学説の紹介として、大山徹「自己名義の有効なクレジットカードの不正使用に関する考察」法学政治学論究（慶應義塾大学）42号277-319頁（1999年）。

第三節 背信構成要件の成立要件の検討

第一款 主体：財産保護義務を負う者

第一項 財産保護義務の成立範囲

1. 基本的視点（Rn. 15-20）

背信構成要件に要求される財産保護義務については、背任罪の過大な成立を回避し、背任罪特殊の違法性を明らかにすべく、その内容を制限する解釈論的努力がなされている。

財産保護義務を制限するための判断要素としては、①主要な義務（Hauptpflicht）であることと、②裁量を伴う独立性が挙げられている。

①財産保護義務は単なる付随的な義務であっては足りず、信認関係の本質的な内容をなす必要がある。この主要な義務という制限は、単なる契約違反を背任罪で処罰しない機能を果たす。というのは、契約を履行するという一般的な義務に対する違反では足りず、通常の売買契約、賃貸借契約、労働契約が背任罪による捕捉範囲から外される。

②裁量を伴う独立性は、自ら判断を行う余

地がない場合には認められない。この制限により、機械的作業を行うだけの者が処罰対象から除外されることになる。

2. 具体例

実際の判例においては、必ずしも、①主要な義務・②裁量を伴う独立性という二つの要素の充足は求められていない。以下では、具体例を類型化する。

(1) 独立性のある業務（Rn. 22, 23）

独立性のある業務活動を行う者は財産保護義務を負担する典型例である。例えば、弁護士、公証人、問屋（商法383条）や、取締役、支配人、支店長、市長は財産保護義務を負う。

問題になりやすい事例は、弁護士などの行為者が、受領した金銭を本来は本人に渡すか別口座で管理すべきにもかかわらず、自己の為に使用する場合である。例えば、旅行代理店が顧客から代金を預かった場合には財産保護義務が生じ、当該金銭を消費すると義務違反に該当する（BGHSt 12, 207（1958年12月12日））。

しかし、金銭の交付が定められている場合には裁量がなく、背任罪を認めることができる理由が問題となる。BGH wistra 2008, 427（2008年4月1日）においては、銀行・企業のために金銭を運搬する会社の取締役が金銭を流用した事案において、金銭管理について本人が監督ができないという事情に注目する判示がなされている。この点、本人による監督の欠如が裁量の余地が僅かであることを埋め合わせるとの説明もなされている。

もっとも、単なる売却委託では財産保護義務を認めない判例もある。例えば、BGH wistra 1987, 136（1986年12月23日）は、じゅうたんの販売委託を受けた行為者がじゅうたんを着服した事案について、問屋契約の不成立を理由として財産保護義務を否定している。また、OLG Düsseldorf NJW 2000, 529（1999年7月19日）においても、同様の理由で、絵画の売却委託を受けたギャラリーが売却代金を委託者に渡さず消費した事案において財産保護義務を否定している。

(2) 公務員 (Rn. 24)

公務員法上の一般的な忠実義務だけでは不十分である。具体的な担当業務との関係でのみ財産保護義務は生じる (BGH StV 1995, 73 (1994年7月12日))。

(3) 経理関係者 (Rn. 28, 29)

金銭を管理する職務について, BGH NStZ 1983, 455 (1983年5月26日) は, 紙幣の整理という機械的な作業だけでは財産保護義務が生じないとしている。

一方, BGH wistra 1989, 60 (1988年9月21日) は, 記帳や領収書の発行といった業務に従事している場合には独立性があるとして財産保護義務が生じるとしている。しかし, 独立性が認められるかについては疑義も示されている。

(4) 担保契約**(a) 所有権留保・譲渡担保 (Rn. 25)**

担保契約を締結しただけでは通常の契約上の義務を超える特別な保護義務は生じないのが原則である。例えば, BGHSt 22, 190 (1968年7月5日) は, 商品の所有権留保を行い, 商品の売却収益を引渡す約定を遵守しなかった事案について背任罪を否定している。ただし, 被担保債権に比して抵当物件が極度に高額であるといった特段の事情があれば別論である (BGH MDR/H 1978, 625 (1978年2月28日))。

(b) 敷金 (Rn. 26, 27)

敷金の消費について, BGHSt 41, 224 (1995年8月23日) は信託関係が存在しているとみて, 住居の賃貸人は賃借人に対して財産保護義務を負うと判示している。

ただし, この判示は, 敷金を分離して投資する義務を規定する民法 511 条 3 項が適用される場合に限られる。民法 511 条 3 項の適用外である業務用の賃貸借契約の場合, 敷金の投資形態について特段の約定がない限り, 財産保護義務は否定される (BGHSt 52, 182

(2008年4月2日))。

3. オーストリア・スイス刑法との比較

敷金に背任を認める判例で明らかのように, ドイツにおける背任の主体をめぐる議論においては, オーストリア・スイス刑法では委託財横領罪で処罰されている類型 (174-175頁) が含まれている²⁸⁾。

ドイツの横領罪の他人性要件は民法の所有権に従った判断がなされる (170頁) ため, オーストリア・スイス刑法のような所有権の所在を問わない委託財横領罪の規定を欠くドイツでは大きな処罰の間隙が生じる。そこで, 経済的に他人に帰属する物・財産上の利益を保護するという要請を背任罪で実現しているようである。

立法形式としては, 処罰の実態を率直に捉えるオーストリア・スイス刑法の規定形式のほうが遥かに優れているように思われる。

【先行研究】

林幹人「続・ドイツ刑法判例研究 (17)」警研 59 卷 9 号 58-70 頁 (1988年)

譲渡担保の設定者に背任を認めた BGHSt 5, 61 (1953年6月16日) の翻訳に加えて, 背任罪の構成要件の概観と背信構成要件の主体に関する判例・学説が紹介されている。

上寫一高『背任罪理解の再構成』80-115 頁 (成文堂, 1997年)

背信構成要件の主体に含まれる範囲について, 判例を詳細に紹介した上で, 実際の処罰範囲の類型化を行う (特に, 105 頁以下)。

第二項 信任関係による財産保護義務**1. 信任関係に基づく場合 (Rn. 31)**

財産保護義務の発生根拠は, ①法規, ②官庁の委託, ③法律行為に加えて, ④信任関係でも足りると定められている。法律関係が最初から無効であったり, 法律関係の終了後であったりしても, なお信任関係を認めて財産保護義務が認められうる。例えば, 解雇された支配人が金庫の鍵を有している場合が挙げ

28) 上寫一高『背任罪理解の再構成』108 頁 (成文堂, 1997年) は, 行為者が他人の利益のために用途の定められた金銭を委ねられた場合に背任罪が認められていると整理する。

られる。

2. ならず者背任 (Ganovenuntreue) (Rn. 32-34)

争いがあるのは、法律・公序良俗違反によって法律行為が無効になる場合（民法134・138条）であっても、事実上の信任関係が認められるかであり、ならず者背任と呼称されている。

違法に取得された占有も、違法目的に使用される財産も保護されることとパラレルに、財産保護義務を認めるのが通説的見解である。例えば、BGHSt 8, 254（1955年11月17日）においては、西ドイツに敵対する東ドイツの団体の責任者が、西ドイツをかく乱するための金銭を着服した事案において財産保護義務が認められている。

ただし、違法な約定を実行しないという振舞いについては義務違反がないと評価することで背任の成立範囲は制限される。

第二款 行為態様

第一項 財産保護義務の違反 (Rn. 35-38)

権限濫用と異なり、法律行為だけでなく事実行為も義務違反を構成しうる。また、作為だけでなく、不作為によることもありうる。例えば、損害賠償請求権の行使を依頼された弁護士が適切な措置をとらず時効にかけてしまったような場合である（BGH NJW 1983, 461（1982年11月11日））。

背任罪は不作為形態の場合には真正不作為犯である。なお、不作為犯について任意的減輕を認める13条2項が適用されるかには争いがあり、BGHSt 36, 227（1989年7月21日）は適用を認めている。

第二項 合意による構成要件阻却 (Rn. 39)

財産の保持者が行為者の行為に合意している場合、義務違反性が認められないため、背任罪の構成要件該当性が否定される。法人の場合、財産保持主体に代わる意思決定機関による合意が問題となる。

合意の有効性の判断は、違法性を阻却する

同意に関する基準に類似しており、処分権がなかったり、意思欠缺があったり、違法目的であったりする場合には合意の有効性は否定される。

第三項 会社を被害者とする背任

1. 主体 (Rn. 40, 41, 44-48)

有限会社の取締役は、濫用構成要件、背信構成要件双方の主体に該当する。事実上の取締役も同様に主体になるが、背信構成要件しか適用されない。

経済的な所有者である社員（出資者）については、従前は他人のための財産保護義務を負わないと解されていた。しかし、BGHSt 49, 147（2004年5月13日）、BGHSt 54, 52（2009年7月31日）においては、親会社が子会社の資本金を侵害したり、子会社の存立を危機にさらしたりする場合について、子会社の社員である親会社は背信構成要件の主体になり、親会社の代表者も刑法14条1項1号²⁹⁾によって子会社に対する背任の主体になると判示されている。

2. 合意

(1) 合意の成立要件 (Rn. 42)

合意についてみると、社員が総意によって義務違反に合意しているかが基準になる（株式会社について、BGHSt 50, 331（2005年12月21日）。有限会社について、BGHSt 55, 266（2010年8月27日））。1人会社の場合、取締役を兼ねていても単独社員による合意で足りる。社員全員が承諾していれば、その形式は問われない。これに対して、多数決の場合は、手続きに沿った社員総会が必要であるかについては、BGHSt 55, 266（2010年8月27日）は棚上げしている。

(2) 社員による合意の限界 (Rn. 43)

有限会社には法人格が認められており、出資者である社員とは独立の存在である。そこで、通説は、会社の資本金を侵害したり、会社の経済的存立を危機にさらしたりするような場合には、社員による合意は認められない

29) 法人が身分犯の主体に該当する場合、法人の代表者等にまで主体の該当性を拡張する規定。

と解している (BGHSt 49, 147 (2004年5月13日), BGHSt 54, 52 (2009年7月31日))。

反対説は、社員は経済的な所有者である以上、債権者保護は 266 条ではなく、283 条 (破産犯罪) の問題であると指摘している。

【先行研究】

正井章彦「企業買収における経営者への功労金の支払い」早稲田法学 82 巻 3 号 59-129 頁 (2007 年)

ドイツ社会で大きな話題になったマンネスマン事件 (BGHSt 50, 331 (2005年12月21日)) を詳細かつ緻密に紹介している。

品田智史「背任罪における任務違背 (背任行為) に関する一考察 (2・完)」阪大法学 59 巻 2 号 265-302 頁 (2009 年)

背任行為について、近時の判例・学説を大変わかりやすく紹介している。

山本雅昭「企業経営と背任罪の成否」法学 75 巻 6 号 931-938 頁 (2012 年)

品田論文による紹介と同様に近時の判例を概観。

第三款 財産上の損害

第一項 損害の存否の判断基準

1. 財産保護義務による制限 (Rn. 49-52)

理論構造は、詐欺罪・恐喝罪における判断と同一である。ただし、財産保護義務違反という行為態様が定められているため、財産保護義務が保護する財産のみに保護の範囲は制限される。

例えば、取締役が賄賂を受領して、支払い代金を水増しして事業主に損害を加えた場合、水増し分について背任は成立する。しかし、賄賂分については、業務主に引渡す義務を負うものの、財産保護義務の範囲に入らないため、損害額には含まれない (大学病院の部門長が個人的に受領した寄付について、財産保護義務が及ばないとするものとして、BGHSt 47, 295 (2002年5月23日))。

2. 財産に対する具体的な危険 (Rn. 55-58)

詐欺罪と異なり、利得目的という要件がなく、しかも未遂処罰規定をもたない背任罪においては、財産に対する危険のみで財産上の損害を認めることについて、より慎重である

べきと指摘されていた。このような指摘を背景として、BGHSt 51, 100 (2006年10月18日) は、財産に対する具体的危険の認識・認容だけでなく、危険の現実化に対する認容を要求することで、背任の過剰な拡張を回避した。しかし、学説では、客観面を限定すべきと批判されていた。

近年、憲法裁判所は、財産に対する具体的危険を現在の損害と評価することには憲法上の疑義はないとしつつも、経済的に了解可能な形で損害の算定を行うことを要すると判示した (BVerfGE 126, 170 (2010年6月23日))。BGH は憲法裁判所の立場に従い、弁済期の到来していない債務の弁済が財産上の損害に該当するかについて、概括的な判断では足りず、個別の事情に鑑みて確定すべきと判示している (BGH StV 2011, 733 (2011年7月5日))。

【先行研究】

菅沼真也子「ドイツ判例に見る背任罪の故意」比較法雑誌 (中央大学) 46 巻 4 号 289-309 頁 (2013 年)

背任罪の損害に関する故意を限定する BGHSt 51, 100 (2006年10月18日) を含んで、背任罪の故意に関する判例・学説を紹介。

第二項 問題になる諸事例

1. 公的資金と背任 (Rn. 52)

公的資金については、詐欺罪における目的の失敗の議論が重要な役割を果たす (194 頁)。

公的資金の目的外使用については、目的が達成されていないのに資金が使用された点を捉えて、国家が財産上の損害を受けたと評価できるのが原則である。

ただし、州予算の範囲を超えて劇場で催し物が開催されたため、予定以上の支出が必要とされた事案において、BGHSt 43, 293 (1997年11月4日) は、単なる予算の使用方法違反だけでは財産上の損害は認められないと判示している。財産処分 of 自由自体は保護されず、公的資金の使用分と反対履行が等価的であるかという判断枠組みが必要であるとす。ただし、たとえ、等価的な反対履行が

あったとしても、予算の制約を超えることで、経済的に重大な借金が必要となり、予算編成の自由を失い、特に政策形成の自由が侵害される場合には、財産上の損害が認められるとしている。

2. 財産を増加させない場合 (Rn. 54)

義務違反によって、確実に生じたはずの財産の増加を逃した場合についても、財産上の損害と評価できる。通説は、この理由づけとして、財産増加の見込み自体が財産と評価できることを挙げている（詐欺罪について、191頁）。これに対して、財産保護義務は全体財産の増加も含むことに理由を求める議論もある。

3. 填補能力と填補意思 (Rn. 59)

一時流用が行われていても、填補能力と填補意思がある限り、財産上の損害は否定される（BGHSt 15, 342 (1960年12月16日)）。ただし、現実の填補可能性が必要であって、填補の単なる見込み・期待では足りない。

オーストリアの委託財横領罪においては利得目的を否定する場合とされている点については、178頁。

4. 裏金の作成 (Rn. 60-65)

贈賄用の資金を準備するために、会社の金銭から会社とは異なる名義の口座に裏金を作成した場合について、背任罪が認められている。

BGHSt 52, 323 (2008年8月29日) 及び BGHSt 55, 266 (2010年8月27日) においては、たとえ本人のために使用する意図であったとしても、裏金の作成によって本人から当該財産が確定的に奪われたとして、財産に対する具体的危険ではなく、確定した損害が認められると判示している。そして、裏金の使用による会社の利得は曖昧なものであり、財産上の損害の填補も認められないとしている。

第三部 事後関与の罪

第一章 総説

1. 庇護罪と赃物罪

日本と異なり、ドイツには、財産犯への事後的関与について、259条の赃物罪以外に257条の庇護罪という犯罪類型が存在する。

赃物罪は、本犯者が創出した物の違法な占有状況の維持を処罰するものであって、物の更なる移転又はその恐れを処罰するものである。

これに対して、庇護罪は、先行する違法行為から生じた利得を本犯者に確保させる行為を処罰するものであるといわれるが、日本人には理解しにくいと思われる。

ドイツでは庇護罪に隣接して258条に処罰妨害罪が定められており、対人的な庇護罪と呼ばれている。つまり、違法行為が行われた後、本犯者自身に援助を与えるのが対人的な庇護罪である一方、違法行為から生じた利得の確保を援助するのが対物的な庇護罪なのである。

2. 処罰範囲の対比

庇護罪と赃物罪の基本理念を対置するだけでは、実際の処罰範囲は理解できない。そこで、両罪の保護法益と成立要件を表にして並べてみる。

	庇護罪	赃物罪
法益	①司法作用 ②本犯の被害者	①違法な占有状況が維持されないこと ②一般的な治安
主体	①本犯の正犯者除外 ②本犯の共犯者は原則除外	①本犯の正犯者除外 ②本犯の共犯者は主体に入る
客体	本犯によって直接に得られた利益 例外：金銭	本犯によって得られた物それ自体 例外：なし
行為態様	利益の確保に適したあらゆる行為	①自己又は第三者が入手+本犯者の了解 ②有償処分への関与+本犯者の利益
主観的要件	本犯者に利益を確保させる意図	自己利得又は第三者に利得させる意図

特徴的な相違としては、客体について赃物

罪が有体物に制限されているのに対し、庇護罪は利益まで包含されている点が挙げられる。また、行為態様をみると、庇護罪は広く援助行為が処罰されているのに対し、赃物罪では入手か有償処分への関与だけが処罰対象になっている。さらに、主観的超過要素について、庇護罪は本犯者のためであるのに対し、赃物罪は自己又は第三者のためである。

このように、本犯者のために行われる庇護罪と、自己又は第三者のために行われる赃物罪を別の条文で規定し、客体・行為態様も異ならせるのがドイツ刑法の特徴である。

3. オーストリア刑法との比較

オーストリア刑法 164 条 1 項においては、財産に対する罪によって得られた物の隠匿・換価の援助行為を処罰し、2 項においては購入その他の入手行為を処罰している。そして、庇護罪は刑事訴追・執行を免れさせる罪 (299 条) であって、对人的な庇護罪のみを処罰対象にしている。

オーストリアでは、対物的な庇護罪と赃物罪を条文上区別して規定するという立法形式が採用されておらず、ドイツ刑法の規定形式が一つの選択肢に過ぎないことが了解できる。

【先行研究】

豊田兼彦「盗品等に関する罪について (1, 2)」愛知大学法学部法経論集 159 号 843 頁, 160 号 83-96 頁 (2002 年)

1974 年に改正された現行法の庇護罪・赃物罪の概観と法益論のわかりやすい紹介を踏まえて、OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979 年 3 月 22 日) を素材に被害者への盗品売却援助事例を検討している。

第二章 庇護罪

第一節 総説 (Rn. 1-3)

【条文】

257 条 1 項 違法な行為を行った他の者に犯行の利益を確保させる目的で、そ

の者を援助した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

3 項 本犯への関与を理由として可罰的である者は、庇護を理由としては罰せられない。ただし、本犯に関与していない者に対して庇護を教唆した者については、この限りではない。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：本犯者以外の者
- (2) 客体
 - (a) 他人の違法行為 (本犯)
 - (b) 本犯によって取得された利益 (ein durch die Vortat erlangter Vorteil)
- (3) 行為態様：利益を確保する際の援助行為 (Hilfeleistung bei der Vorteilssicherung)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 本犯者に利益を確保させる目的 (Absicht der Vorteilssicherung)

II 違法性

III 責任

法定刑—5 年以下の自由刑又は罰金 ただし、先行犯罪の法定刑を超えない範囲 未遂処罰なし

まずは、ドイツの連邦通常最高裁の判示を通じて、庇護罪がいかなる犯罪かを確認する。

「庇護罪の本質は、司法妨害である。つまり、妨害行為がなければ被害者又は国家機関が本犯者の責任を追及することで実現されるはずの適法状態の回復を妨害するということである。本犯者に対する責任追及によって行われる被害者に加えられた損害を回復し、本犯によって得られた利益を本犯者から再び剥奪する可能性を、庇護罪の行為者は失わせるか、減少させる。」(BGH NSTz 1994, 187 (1993 年 11 月 16 日))

違法行為から得られた利益については、国

家機関又は被害者によって原状回復がなされるのが本来であり、原状回復の見込みを侵害するのが庇護罪である。したがって、庇護罪は、犯行の影響を除去するという司法作用を保護するものであるが、それと同時に、原状回復請求権をもつ被害者の保護にも資する点で個人的法益に対する罪という側面も持つ。公共の利益も同時に保護される限り、庇護罪に同意することは認められない。

司法作用に対する罪である点では財産犯に分類することは必ずしも適当ではないものの、実際には本犯が財産犯であるのが典型的である。したがって、財産犯概論の対象としてここで紹介する。

典型例としては、犯罪によって本犯者が取得した被害品を隠匿したり保管したりする行為である。

本章に対応するのは、Rengier, §20, Begünstigung, 361-369 頁である。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

第一項 本犯の正犯者の除外 (Rn. 19)

明文上、「他の者」と定められているため、本犯者は庇護罪の主体になりえず、自己庇護は不可罰である。

第二項 本犯の共犯者

1. 本犯の共犯者の庇護罪による可罰範囲 (Rn. 19)

257 条 3 項 1 文によって、本犯の共犯者についても庇護罪で処罰されないと定められている。これは、共罰的事後行為と理解されている。ただし、257 条 3 項 2 文は、本犯に関与していない者に庇護を教唆した場合には庇護罪の教唆が成立すると定めている。学説では、この定めについては疑義が示されている。

2. 本犯の幫助と庇護罪の区別 (Rn. 18)

本犯の既遂以前の関与者は専ら本犯の幫助として処罰される。また、本犯の終了後の関与者については専ら庇護罪として処罰される。問題となるのは、本犯の既遂後、終了前の関与者である。この段階での幫助がありう

ると考える場合、本犯の幫助と庇護罪の関係が問題となる。

この点、BGHSt 4, 132 (1953 年 4 月 23 日) は、幫助と庇護罪は排他的関係に立つとして、行為者の意図が本犯行為を成功させることに向けられているか、本犯が得た利益の確保に向けられているかによって区別している。これに対して、257 条 3 項 1 文により幫助を優先すべきという議論もなされている。

第二款 客体

第一項 先行する違法行為 (本犯) (Rn. 5)

本犯には構成要件該当性・違法性は必要であるが、責任は不要である。贓物罪と異なり、財産に対する違法行為には限られていない。未遂も含めていかなる犯罪であれ、剥奪可能な利益を得た限りは、あらゆる犯罪が本犯たりうる。本犯は財産犯が典型ではあるが、例えば、収賄罪も本犯たりうる。

第二項 本犯によって取得された利益

1. 本犯者の元での利益の残存 (Rn. 6)

本犯者に対する責任追及による利益の剥奪を妨害するという庇護罪の性質上、庇護行為の時点で、本犯者の元に利益が残存していることが必要になる。

2. 代替利益 (Ersatzvorteile)

(1) 直接性 (Rn. 7, 8)

問題は、いかなる範囲で利益が残存していると評価されるかである。違法行為に由来する当初の利益が別個の利益に転換した場合(代替利益、と呼称される)でも、なお庇護罪が成立しうるかが問題になる。

257 条の文面上、代替利益を含むことも可能である。しかし、257 条の処罰範囲を過剰に拡張することを回避すべく、違法行為から「直接」取得した利益に限定すべきと考えるのが判例・通説である。例えば、BGH NStZ 2008, 516 (2008 年 4 月 29 日) は、窃盗犯人が盗品を売却した代金を振り込んだ口座から現金を引出して本犯者に渡す行為について、庇護罪の成立を否定している。直接の利益は盗品であって、その売却代金は直接性を欠くため庇護罪の客体にならないからであ

る。

(2) 直接性の例外 (Rn. 9)

金銭については直接性の例外とされている。両替・口座移動・投資がなされても、物の同一性は問題にならず、現金と同等の処分可能性だけが問題だからである。

例えば、詐欺によって得た小切手をフランクフルトの口座に入金した後、ルクセンブルクの銀行に振込んで株と外国国債に投資し、さらに売却した金銭について、現金化して本犯者に渡した行為について、BGHSt 36, 277 (1989年10月24日)は庇護罪を認めている。その際、BGHは、経済的考察方法によると、金銭的価値を有する利益がいかなる形態で残存しているかは重要ではないと判示している。

第三款 行為態様

第一項 定義

利益の確保を援助する行為をいかに定義するかについては争いがある。少数説は、行為者の認識上、利益確保に適したあらゆる行為を含むと解している。しかし、通説は、利益の確保に客観的に適しているとともに、主観的にも利益を確保するつもりでの行為と理解している。つまり、援助行為とは、利益剥奪から本犯者を守り、原状回復の見込みを悪化させるのに客観的に適した行為でなければならない。

第二項 問題となる行為類型

1. 盗品の売却援助 (Rn. 11)

盗品の売却を援助する場合、直接に得られた利益である盗品は本犯者から失われる。それにもかかわらず、経済的な換価によって本犯者が利益を剥奪されることから保護されていれば、援助行為に該当すると理解されている。ただし、単なる換価の援助では足りず、利益の剥奪からの保護という要素が必要であることに注意が必要である。

例えば、BGHSt 2, 362 (1952年5月15日)は、盗品である自転車の売却先を探すことに関与する行為について、盗品の経済的価値を本犯者に確保するとともに、所有権者のため

に盗品が剥奪されることを妨害しているとして庇護行為に該当すると判示している。

なお、盗品の売却援助は赃物罪にも該当しうる (219頁)。庇護罪と赃物罪の双方の成立要件が充足されていれば観念的競合になる。

2. 物の保護 (Rn. 12)

盗品を修理したり壊れないように保護したりする場合については、主観的に利益の確保に向けられたものとはいえないとして援助行為に該当しないと解されている。

3. 不作為 (Rn. 13)

保障人的地位が認められる限り、不作為による援助もありうる。例えば、盗品を発見した警官が何もしない場合である。

第四款 主観的要件

第一項 故意 (Rn. 14)

故意の対象に本犯者の存在も含まれる。しかし、いかなる種類の犯罪であったかにまで故意は及ぶ必要はない。本犯者が違法行為によって利益を得たことに対する故意で足りる。

第二項 主観的超過要素

1. 意図の必要性 (Rn. 15)

通説は、本犯者に利益を確保させることについて意図が必要と解している。そのような解釈によって、庇護罪の客観的な構成要件の広範さを制限できるからである。単に、本犯者の利益確保が必然的な帰結であるという認識では足りない。行為者が、原状回復の見込みを悪化させ、本犯者を剥奪から保護することを意図していることが要求される。

2. 被害者への盗品売却援助事例 (Rn. 16, 17)

本犯者に利益を確保させる目的という要件によって処罰範囲が制限される具体例として議論されているのは、本犯者から被害者に盗品を売却することに関与する場合である。

この場合、第三者への売却の援助と同様、本犯者に経済的価値が確保されていることに注目すると客観的構成要件の充足は認められ

る。その上で、主観面について、被害者のために盗品を取戻すためであって、本犯者の利益確保がやむを得ないことと考えているだけでは、本犯者に利益を確保させる目的を欠くとか、被害者の利益に反することの意図が必要であるとかいった議論がなされている(OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979年3月22日))。

【先行研究】

伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流(2)」名城法学62巻1号25-30頁(2012年)

本犯者に利益を確保させる目的に関する判例・学説が丁寧に紹介されている。

第三章 贓物罪

第一節 総説(Rn. 1, 2)

【条文】

259条1項 自ら利得し又は第三者に利得させるために、他の者が盗んだ物又はその他他人の財産に対する違法な行為により他の者が得た物を、買い取り、自己若しくは第三者のために入手し、又は、これらの物を有償処分し若しくは有償処分を助けた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：本犯の正犯者の除外
- (2) 客体
 - (a) 他人の財産に向けられた違法行為(本犯)
 - (b) 本犯が取得した物(eine durch die Vortat erlangte Sache)
- (3) 行為態様：本犯者の了解に基づく(im einvernehmlichen Zusammenwirken mit dem Vortäter)
 - (a) 購入その他の入手行為(Verschaffen)又は

(b) 有償処分への関与

- ①独立した立場での関与(Absetzen)又は
- ②従属した立場での関与(Absetzhelfen)

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 利得目的

II 違法性

III 責任

法定刑—5年以下の自由刑又は罰金
未遂処罰あり(3項)

贓物罪は財産犯である。贓物罪の違法性は、本犯者の了解の下、本犯者が創出した違法な占有状況を維持する点にある。この考えは、維持説(Perpetuierungstheorie)と呼称されている。典型的な違法行為は、盗品を他の者が処分できるように移転させる行為である。

さらに、議論はあるものの、贓物罪は一般的な治安も保護すると解するのが通説である。贓物犯人の特別な危険性は、贓物の購入への期待によって窃盗等の財産犯への動機を与える点にある。そこで、贓物罪によってブラックマーケットの防止が行われるべきとの理解がなされている。

本章に対応するのは、Rengier, §22, Hehler, 384-403頁である。

【先行研究】

中谷瑾子「贓物罪の本質」綜合法学44号61-63頁(1962年)

贓物罪の条文が1974年に改正される以前の法益論を簡潔に紹介。その後の議論の簡潔な紹介として、同「贓物罪の本質と贓物の意義」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻財産犯論』301頁、302頁(法学書院、1993年)。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

第一項 本犯の正犯者

1. 本犯の正犯者の除外(Rn. 42)

明文によって、贓物罪の主体から本犯者は除外されている。本犯が共同正犯の場合でも

同様である (BGHSt 33, 50 (1984 年 10 月 10 日))。

本犯者が贓物罪を教唆・幫助した場合にも、通説によると、少なくとも不可罰の事後行為になる。しかし、そもそも構成要件該当性が否定されるとの学説もある。

2. 贓物の再取得 (Rn. 43)

贓物罪が成立した後、贓物犯人から元の本犯者が贓物を再び取得する場合には争いがある。

この場合、贓物が本犯に該当する以上、元の本犯者による再取得に 259 条を適用することは可能である。しかし、元の占有が回復されただけであって新たな法益侵害性を欠くとか、本犯の共罰の事後行為になるといった指摘もなされている。

第二項 本犯の教唆・幫助者 (Rn. 42)

本犯の正犯者とは異なり、本犯の教唆者・幫助者については、贓物罪の主体たりうると解されている。本犯の教唆・幫助と贓物罪は、罪数上、併合罪 (実在的競合 *Realkonkurrenz*) になる。

その理由としては、本犯者の領得意思は本犯によって評価されており、事後処分を独立に評価する必要はないのに対して、本犯の教唆・幫助行為は本犯の共犯として評価されるにとどまるため、事後処分への関与は贓物罪として独立に評価する必要があることが挙げられている (BGHSt 7, 134 (1954 年 12 月 20 日))。

【先行研究】

齋野彦弥「続・ドイツ刑法判例研究 (18)」警研 59 卷 11 号 59-69 頁 (1988 年)

BGHSt 13, 403 (1959 年 11 月 20 日) の翻訳に加えて、本犯者の共犯者が贓物罪の主体たりうるかについての議論が紹介されている。

第二款 客体

第一項 財産に向けられた違法行為 (本犯)

1. 本犯に含まれる範囲 (Rn. 3, 4)

財産犯が贓物罪の本犯になることに争いはない。贓物罪も贓物罪の本犯たりうる。

通説によると、財産犯に加えて、他人の財産を侵害して違法な占有状況を創出する場合も含まれると理解されている。例えば、適法な請求権があると誤信して詐取・喝取を行った場合、強要罪のみ成立するものの、それでも本犯に該当する。

2. 物の所有権者の承諾 (Rn. 4a)

所有権者が占有状況を承諾している場合、例え、犯罪行為に基づいた占有であっても贓物罪は成立しない。

例えば、所有権者と他の者が共謀して、他の者に自分の車を窃取されたかのように装って保険詐欺 (265 条) を行った場合、当該車は犯罪によって得られた物ではあるものの、贓物罪の客体たりえない。所有権者が承諾している以上、当該占有状況は違法とはいえないからである。したがって、当該車を第三者が情を知って購入しても贓物罪は成立しない。

第二項 本犯が取得した物

1. 取得

(1) 定義 (Rn. 5)

取得とは、現実の (共同) 処分力を得ることと定義されており、間接占有も含まれる、と解されている。本犯が既遂であるのが通常であるものの、未遂段階でも本犯者が物を取得するに至ることはありえる。

(2) 本犯と贓物罪の時間的關係 (Rn. 6-9)

判例・通説は、贓物罪に該当する行為が行われるより前の時点で本犯行為が行われていなければならないと理解している。これに対して、少数説は、本犯と贓物罪に時間的切れ目 (*zeitliche Zäsur*) は必要ないと主張している。

通説は、文言に加えて、違法な占有状況の維持という贓物罪の処罰対象からすると、違法な占有状況が予め生じていることが必要であること、本犯と事後行為の混同を避けることを論拠にしている。これに対して、少数説は、時間的切れ目は偶然的なものであることを指摘している。

例えば、プティックの責任者 G がブラウ

スを手に取って、恋人Fに「プレゼントするよ」と言ったので、Fがそのブラウスを持ち去った場合を考える。

背任罪については背信構成要件が充足されるのは、Fがブラウスを持ち去って占有が失われた時点であり、F自身が処分力を取得する行為と全く同一であるため、Fに赃物罪は成立しない。

これに対して、横領罪については、プレゼントすると述べた時点で既遂になり、その時点で違法な占有状況が創出される。したがって、Fの持ち去り行為は赃物罪に該当する。

仮に、Gがブティックの中の「好きなブラウスを持って行っていいよ」と述べてFがそうした場合、Fが持ち去った段階で客体が特定されて横領が成立するため、Fに赃物罪は成立しない。

BGH NJW 1959, 1377 (1959年5月8日)は、ガソリンタンクの管理者Mが、ガソリン使用を水増しして、差分を着服した後、そのガソリンを被告人に売却した事案において、ガソリンの容器から取り出したときにガソリンを領得しており、その後に被告人に移転しているので、赃物罪が成立すると判示している。これに対して、BGH StV 2002, 542 (2001年11月28日)は、譲渡担保に入れた乗用車をBが被告人に渡し、被告人はそれを売却した事案において、被告人は横領への関与を行っており、赃物罪は成立しないと判示している。

2. 物

(1) 有体物 (Rn. 10)

赃物罪の客体は有体物のみであって、債権は含まない。ただし、権利を化体した証書については赃物罪の客体たりうる。動産でなくてもよいし他人性も不要である。無主物や自己物であっても、財産に対する罪によって取得された場合には赃物罪の客体たりうる。

(2) 代替物 (Rn. 11-14)

当初の取得物それ自体にしか赃物罪は成立しない。すなわち、物質的な同一性が必要である。したがって、本犯が取得した物が換価や両替等によってその同一性を失った場合、

赃物罪は成立しない。ただし、代替物の取得が新たな犯罪に該当するのであれば、その新たな犯罪を本犯として赃物罪が成立するのは勿論である。

例えば、現金を窃取した本犯者が、情を知らない店でネックレスを購入して情を知る恋人にプレゼントしても恋人に赃物罪は成立しない。①現金の窃取行為からするとネックレスは代替物であって赃物罪は成立しない。②ネックレスの購入行為に際して、販売相手は民法929条・932条の善意取得によって現金を得るため詐欺罪は成立しない。したがって、ネックレスは詐欺によって取得した物ともいえないからである。

なお、現金については、両替で赃物罪が成立しなくなるのは妥当でないとして、価値総額が維持されている限り赃物罪を認める見解もあるが少数にとどまっている。

【先行研究】

中谷瑾子「いわゆる“Ersatzhehlerei”と赃物罪立法について」法学研究（慶應義塾大学）35巻7号716-722頁、731-739頁（1962年）

代替物に対して赃物罪を認める議論と立法案を検討する。英米法、仏伊法、オーストリア・スイス法まで概観して比較されていて資料的価値が高い。

第三款 行為態様

赃物罪の行為態様は二種類である。一つは、現実の処分力を入手する行為であって、所有権犯罪における領得概念と同一に解されている。もう一つは、本犯者による有償処分への関与である。

さらに、明文にはないものの、入手行為・有償処分への関与いずれについても、本犯者の了解が必要と解されている。

第一項 入手行為

1. 本犯者の了解 (Einvernehmliches Zusammenwirken)

(1) 本犯者の了解の必要性 (Rn. 18-21a)

本犯者の了解の必要性は、特に、領得行為において顕在化しやすい。本犯者から窃盗・強盗によって本犯者が取得した物を領得した

場合、本犯者の了解を欠くため赃物罪は否定される。

本犯者からの詐欺・恐喝については赃物罪が成立するかは議論がある。かつての通説は、欺罔・強要によるとしても事実上の協力関係は認められるとして赃物罪を肯定していた。

しかし、現在の通説はこのような場合に赃物罪を否定している。一般的な治安の維持という赃物罪の副次的保護法益からすると、詐欺・恐喝がなされることで財産犯への動機が与えられることは考えられないため、赃物罪を否定すべきと考えられる。

BGHSt 42, 196 (1996年7月27日)は、詐欺による収益を恐喝した事案において赃物罪を否定している。

(2) 善意者の介在 (Rn. 22)

本犯者と悪意の入手者の間に直接の関係がなく、善意の第三者が介在している場合に、赃物罪を認めてよいかには争いがある。

OLG Düsseldorf JR 1978, 465 (1977年4月5日)は、盗品である指輪をプレゼントされた善意の娘から更にプレゼントされた母親について、善意の前占有者が占有移転を了解していれば足りるとして赃物罪を認めている。しかし、本犯者との関係が認められない場合には、赃物罪の適用は否定すべきとの批判もなされている。

2. 入手

(1) 入手の意義

(a) 定義 (Rn. 23)

入手とは、独立した現実の処分力の取得をいう。本犯者と無関係に、自らの為に物を処分できる状態を意味する。ただし、複数名での取得も可能であって、共同の処分力でも足りる。現実の処分力を得たと評価されるのは、領得意図が認められる場合である。

(b) 入手の該当性が否定される場合 (Rn. 24)

① 損壊意図

損壊の意図で盗品を受領した場合には、領得性を欠くため、自己のために入手したという評価が否定される。BGH NStZ 1995, 544

(1995年7月5日)は、盗品である乗用車を200マルクで処理することを窃盗犯又は赃物犯であるZに対して引き受けた被告人について赃物罪を否定している。

② 保管・一時使用

入手という評価を受けるのは、本犯者からの影響を受けることなく自由に物を処分できる場合だけである。したがって、単に物を保管したり、一時的な使用を許されたりするだけでは入手に該当しない。BGH wistra 1993, 146 (1992年11月13日)は、窃盗犯又は赃物犯である兄弟から車を無償利用させてもらっていた被告人について赃物罪を否定している。

③ 処分の媒介者

盗品の処分を引受ける媒介者も本犯者からの影響を受ける立場にあるため、自己の物にしたという評価を受けず、有償処分への関与という第二の行為態様の該当性を検討する必要がある。

④ 共同消費

本犯者と共同で消費する場合にも処分力を現に得たとはいえないため、入手に該当しない。BGH NStZ 1992, 36 (1991年9月11日)は、精神安定剤を強盗した本犯者と一緒に使用した者について、赃物罪の成立を否定している。

(c) 間接占有による入手 (Rn. 25)

入手に該当するには、本犯者から独立した現実の処分力を取得していれば足りる。したがって、直接占有を取得することは不可欠ではなく、間接占有の取得でも足りる。BGHSt 27, 160 (1977年3月29日)は、詐取した家電製品が担保に入れている場合に、本犯者から担保証書を受領した事案において、間接占有でも入手に該当するとして、詐取された物自体の入手を認めている。

(2) 第三者のための入手 (Rn. 26)

入手は第三者のためでもよい。この場合の第三者は、善意・悪意を問わない。例えば、

雇用主のための従業員の領得行為や、妻のための夫の領得行為が考えられる。

(3) 既遂時期 (Rn. 27)

現実の処分力を得た段階で既遂になる。購入の場合についても、購入契約の締結では足りない。

第二項 有償処分への関与

1. 関与形態

(1) 独立性・従属性 (Rn. 31)

有償処分への関与については、本犯者による有償処分を独立した立場で援助する場合 (Absetzen) と、本犯者に従属した立場で援助する場合 (Absatzhilfe) が構成要件上、書き分けられている。

(2) 従属的関与の成立範囲 (Rn. 32)

本犯者による有償処分に従属的に援助する行為は、本犯者による有償処分の幫助に相応するものである。幫助という性格から、従属的な援助者は本犯者の陣営に属することが必要である (BGH NStZ 2008, 215 (2007年12月4日))。

したがって、本犯者以外の有償処分行為者や購入者を援助する行為は、有償処分への援助に該当しない。ただし、有償処分行為者や購入者に成立する赃物罪に対する幫助犯が成立する (BGH NStZ-RR 2005, 373 (2005年9月6日))。

2. 共通する問題

(1) 本犯者に経済的利益をもたらす換価 (Rn. 28, 29)

独立・従属を問わず、有償処分への関与については、本犯者の了解に加えて、本犯者に経済的利益をもたらすような換価であることが必要と理解されている。換価には、売却の他、交換や担保化も含まれるが、贈与は含まれない。したがって、贈与の場合は、入手に該当する場合のみ赃物罪が成立する。

(2) 被害者への売却援助事例 (Rn. 30, 30a)

物を被害者自身に売却する場合、有償処分への関与に該当するかが問題となる。この場

合、違法な占有状態の継続はなく、適法な占有状態が回復されていることに鑑みて、被害者が自己の物であることを知っているか否かにかかわらず、有償処分への関与に該当しないと解されている。

さらに、BGHSt 43, 110 (1997年6月17日) においては、適法な占有状態の回復という見地から、被害者自身ではなく、覆面捜査官に売却するような場合にも有償処分への関与による赃物既遂は成立せず、不能未遂にとどまると判示されている。

(3) 処分結果 (Absatzerfolg)

(a) 処分結果の要否 (Rn. 33-36)

有償処分が現に行われたことが必要かどうかについては、判例と通説が対立している。

判例においては、旧法下からの沿革と刑事政策的見地に鑑みて、有償処分に向けられた行為があれば既遂に至ると解されている (BGHSt 27, 45 (1976年11月4日))。

しかし、通説は、文言上、有償処分とは他人に物が現に移転した場合を意味すると批判している。また、有償処分の援助については、文言の制約はないものの、独立関与と従属関与の処罰範囲の平仄を合わせるという見地から、現に物の移転がなされたことを要求すべきと指摘している。さらに、赃物罪の違法性は違法な占有状況の維持であることから、独立の処分力が新たに得られることを要求すべきとの理由が挙げられている。

(b) 不要説における既遂・未遂時期 (Rn. 40)

有償処分が現に行われることを不要とする場合、いかなる行為が有償処分又は有償処分の援助に該当して既遂に至るか、さらにはどの範囲で未遂が成立するかが問題となる。

①有償処分

有償処分に独立に関与する場合については、有償処分のための何らかの行動を行えば既遂になる。したがって、未遂の成立範囲は狭い。

②有償処分の援助

有償処分に従属的に関与する場合、本犯者

の処分行為に対する幫助的性格に鑑みて制限がなされている。有償処分の援助が既遂に至るのは、本犯者が有償処分のための何らかの行動を行い、援助行為が有償処分の計画を促進するものであり、かつ、本犯者から見て有償処分が開始されたといえる場合である。

これに対して、客観的に有償処分のための何らの行為も行われていないものの、本犯者が有償処分を開始していると援助行為者が考えていれば未遂が成立する。

こういった事情がない場合、援助行為が行われていても不可罰の予備にしかならない。例えば、本犯者に対する従属的な援助行為として、将来の売却のために盗品を保管したり運搬したりするような場合は不可罰の予備である (BGH NJW 1989, 1490 (1988年12月16日))。他にも、BGH NSTz 2008, 152 (2007年8月30日)においては、窃取した債務証券の換金を手伝うために、換金できるかを調べるために銀行に問合せを行っただけでは、有償処分が開始されていないとして予備にとどまると判示されている。

第四款 主観的超過要素

1. 利得目的 (Rn. 37)

行為者又は第三者を利得させる意図が要求されている。何らかの追加的な金銭的利益であることが必要であるものの、詐欺・恐喝罪の利得目的と異なり、素材同一性は不要と解されている。例えば、赃物を通常の市場価格で購入しても利得目的は認められない (OLG Hamm NSTz-RR 2003, 237 (2003年3月27日))。

2. 本犯者に利益を得させる場合 (Rn. 38)

本犯者に利得させる場合であっても、第三者利得に含まれるかには争いがある。

BGH NSTz 1995, 595 (1995年5月18日)は本犯者への利得目的は第三者に利得させる意図に該当しないと判示する。その論拠は、本犯者は「他の者 (ein anderer)」という文言であるのに対して、「第三者 (einen Dritten)」という文言であって両者は区別すべきであること、また、本犯者に利益を得させる場合を処罰するのは、庇護罪の役割であるこ

とに求められている。

おわりに

本稿においては、過去に積み重ねられた知識と未来に向かって積み重ねられていくべき思考を繋ぐ橋を作ることを目指した。ドイツ法の知識のどの部分をどのように日本法に生かすのか、ないし、どの部分は反面教師として拒否すべきかという比較法的提言は未来に向かうものとして今後の課題としたい。

本稿のきっかけは、小池信太郎さんと深町晋也さんとドイツでの留学時期が偶然重なった縁で2010年から開始した勉強会に遡る。その際、ドイツで受講している講義の内容を日本語で再現できないか、との発案がなされた。そこで、勉強会において講義と教科書の内容をまとめるとともに、判例の判旨を把握する作業を何度も繰り返した。帰国後、2011年・2012年秋学期に慶應義塾大学において「ドイツ法Ⅱ」を小池さんと共同担当して講義ノートを作成した。

深町さんと小池さんには、毎回の勉強会や講義後、ドイツの財産犯の理解についての正確性やわかりやすい紹介方法について長時間議論していただいた。御両名の協力なくしては、本稿の執筆はおよそありえないものであり、共同著作とさえ呼ぶべきものである。また、慶應義塾大学大学院生の藪中悠、東京大学法科大学院修士の武田夕子、山名淳一、神谷竜光、大須賀謙一、津久井康太郎、東京大学助教の大谷祐毅にも講義ノートの作成に協力していただいた。多くの人の協力を仰げたことに深く感謝する。

(ひぐち・りょうすけ)

【判例索引】

RGSt 3, 344 (1881年2月11日).....	151頁
RGSt 22, 2 (1891年3月7日).....	160頁
RGSt 32, 165 (1899年5月1日).....	151頁
RMG 2, 278 (1902年4月14日).....	155頁
RMG 13, 236 (1907年5月1日).....	155頁
RGSt 40, 222 (1907年6月18日).....	172頁
RGSt 55, 59 (1920年6月29日).....	159頁
RGSt 70, 225 (1936年5月14日).....	182頁

OGH SSt 20/114 (1949年9月13日) …175頁	BGHSt 17, 254 (1962年5月4日) ……194頁
BGHSt 1, 262 (1951年6月19日) ……171頁	BGHSt 18, 221 (1963年1月16日) ……186頁
BGHSt 2, 364 (1951年11月25日) ……188頁	BGHSt 19, 387 (1964年1月21日) ……159頁
BayObLG NJW 1952, 798 (1952年2月13日) ……190頁	BGHSt 20, 32 (1964年9月15日) ……167頁
BGH NJW 1952, 796 (1952年5月2日) ……185頁	BGHSt 20, 194 (1965年4月6日) ……166頁
BGHSt 2, 362 (1952年5月15日) ……214頁	BGH GA 1966, 244 (1965年6月11日) ……157頁
BGHSt 4, 132 (1953年4月23日) ……213頁	OGH EvBl 1967/357 (1967年1月27日) ……175頁
BGHSt 6, 377 (1953年5月7日) …154, 155頁	OLG Celle NJW 1967, 1921 (1967年3月16日) ……161頁
BGHSt 4, 210 (1953年5月21日) ……155, 166, 167頁	BGHSt 21, 377 (1967年11月21日) ……169頁
BGHSt 5, 61 (1953年6月16日) ……208頁	BGHSt 21, 384 (1967年11月28日) ……195頁
OLG Hamburg MDR 1954, 697 (1954年2月24日) ……161頁	BGHSt 22, 45 (1968年1月26日) ……161頁
BGHSt 5, 358 (1954年3月16日) ……194頁	BGHSt 22, 88 (1968年2月20日) ……184, 189頁
BGHSt 7, 134 (1954年12月20日) ……216頁	BGHSt 22, 180 (1968年6月12日) ……156頁
BGHSt 7, 197 (1955年1月18日) ……185頁	BGHSt 22, 190 (1968年7月5日) ……208頁
BGHSt 7, 252 (1955年3月17日) ……202頁	BGHSt 22, 350 (1969年3月14日) ……168頁
BGH NJW 1955, 1404 (1955年6月10日) ……166頁	BGHSt 23, 46 (1969年8月8日) ……166頁
OGH SSt 26/66 (1955年9月27日) ……177頁	BGHSt 23, 294 (1970年6月30日) ……204頁
BGHSt 8, 254 (1955年11月17日) ……209頁	BGHSt 23, 300 (1970年7月16日) ……190頁
BGHSt 9, 162 (1956年5月4日) ……169頁	BGHSt 24, 115 (1971年3月5日) ……171頁
BGHSt 12, 207 (1958年12月12日) ……207頁	BGH MDR/D 1972, 17 (1971年10月14日) ……187頁
BGH NJW 1959, 1377 (1959年5月8日) ……217頁	OGH SSt 43/10 (1972年3月9日) ……178頁
BGHSt 13, 207 (1959年7月14日) ……152頁	BGHSt 25, 224 (1973年8月30日) ……201, 202頁
BGHSt 13, 403 (1959年11月20日) ……216頁	BGH VRS 48, 175 (1974年11月27日) ……184頁
BGHSt 14, 38 (1959年12月7日) ……172頁	BGE 101 IV 33 (1975年2月3日) ……176頁
BGHSt 14, 170 (1960年3月11日) ……187頁	BGHSt 26, 95 (1975年2月27日) ……169頁
BGHSt 15, 24 (1960年6月3日) ……193頁	BGHSt 26, 346 (1976年6月18日) ……203頁
BGHSt 14, 386 (1960年7月5日) ……201, 201, 202頁	BGHSt 27, 45 (1976年11月4日) ……219頁
BGHSt 15, 342 (1960年12月16日) ……211頁	BGHSt 27, 160 (1977年3月29日) ……218頁
BGHSt 16, 1 (1961年2月23日) ……195頁	OLG Düsseldorf JR 1978, 465 (1977年4月5日) ……218頁
BGHSt 16, 220 (1961年7月18日) ……191, 193頁	BGH NJW 1977, 1460 (1977年5月10日) ……161, 162頁
BGHSt 16, 321 (1961年8月16日) ……190, 191頁	BGH MDR/H 1978, 625 (1978年2月28日) ……208頁
BGHSt 16, 271 (1961年10月6日) ……156, 156頁	BayObLG JR 1979, 296 (1978年10月3日) ……157頁
BGHSt 16, 341 (1961年12月5日) ……166頁	BGHSt 28, 224 (1978年12月13日) ……169頁
BGHSt 17, 87 (1962年1月12日) ……163頁	
BGHSt 17, 147 (1962年2月20日) ……191頁	

BGH GA 1979, 390 (1979年1月23日)	BayObLG NJW 1987, 1654 (1987年2月5日)
.....156頁182頁
OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (1979年3月22日)	BGHSt 34, 309 (1987年3月17日)
.....212, 215頁161, 171頁
BGHSt 29, 129 (1979年11月13日)	OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (1987年6月19日)
.....153頁185頁
BGHSt 29, 165 (1979年12月19日)	BGHSt 34, 394 (1987年7月9日)
.....181, 194頁203頁
BGH NStZ 1981, 435 (1981年6月24日)	OGH SSt 58/78 (1987年10月22日)
.....157頁177頁
OLG Koblenz NJW 1984, 2424 (1982年6月24日)	BGHSt 35, 152 (1987年12月16日)
.....158頁158, 161頁
BGHSt 31, 93 (1982年6月30日)	BGH NStZ 1988, 216 (1987年12月17日)
.....194頁203頁
BGH NJW 1983, 461 (1982年11月11日)	BGH wistra 1989, 60 (1988年9月21日)
.....209頁208頁
OLG Hamm NStZ 1983, 266 (1982年11月29日)	BGH NJW 1989, 1490 (1988年12月16日)
.....171頁220頁
BGH GA 1983, 411 (1983年3月9日)	BGH NJW 1990, 2005 (1989年6月16日)
.....203頁181頁
BGE 109 IV 27 (1983年4月8日)	BGHSt 36, 227 (1989年7月21日)
.....176頁209頁
BGH NJW 1983, 2827 (1983年5月5日)	OGH JBl 1992, 605 (1989年10月24日)
.....158頁158頁
BGH NStZ 1983, 455 (1983年5月26日)	BGHSt 36, 277 (1989年10月24日)
.....208頁214頁
BGHSt 32, 88 (1983年9月22日)	BGH NJW 1990, 2569 (1990年3月8日)
.....203頁162頁
BGH NJW 1984, 501 (1983年10月10日)	OGH JBl 1991, 808 (1990年10月30日)
.....204頁174頁
BGHSt 32, 211 (1983年12月21日)	OLG Düsseldorf NJW 1992, 60 (1991年4月15日)
.....192頁171頁
BGH NJW 1985, 812 (1984年9月26日)	OLG Köln NJW 1992, 125 (1991年7月9日)
.....162頁198, 198頁
BGHSt 33, 50 (1984年10月10日)	BGH NStZ 1992, 36 (1991年9月11日)
.....216頁218頁
BGH NJW 1985, 1564 (1984年11月28日)	BGHSt 38, 120 (1991年11月22日)
.....159頁158, 197頁
OGH SSt 56/17 (1985年3月5日)	BayObLG NJW 1992, 1777 (1991年12月12日)
.....175頁160頁
BGH NJW 1985, 1911 (1985年3月20日)	BGH NStZ 1992, 233 (1992年1月16日)
.....155頁189頁
BGHSt 33, 244 (1985年6月13日)	BGH NJW 1992, 2167 (1992年5月12日)
.....189, 206, 207頁190頁
OGH JBl 1986, 261 (1985年10月29日)	BGHSt 38, 295 (1992年5月15日)
.....158頁169頁
BGH StV 1986, 530 (1986年9月5日)	BGH wistra 1992, 299 (1992年6月23日)
.....204頁186頁
BGH wistra 1987, 136 (1986年12月23日)	BGHSt 38, 345 (1992年9月1日)
.....207頁193頁
BGH NStZ 1987, 222 (1987年1月8日)	BGHSt 39, 100 (1992年10月20日)
.....200頁166頁

BGH wistra 1993, 146 (1992年11月13日)	218 頁
BGHSt 39, 392 (1993年11月16日)	181, 182, 182 頁
BGH NStZ 1994, 187 (1993年11月16日)	212 頁
BayObLG JR 1994, 289 (1994年2月10日)	198 頁
BGE 120 IV 117 (1994年5月6日)	176 頁
BGH StV 1995, 73 (1994年7月12日)	208 頁
BGHSt 40, 331 (1994年11月10日)	199 頁
BGH NJW 1995, 539 (1994年11月10日)	190 頁
BVerfGE 92, 1 (1995年1月10日)	166 頁
BGHSt 41, 123 (1995年4月20日)	202 頁
BGH NStZ 1995, 595 (1995年5月18日)	220 頁
OGH SSt 62/53 (1995年6月20日)	179 頁
BGH NStZ 1995, 544 (1995年7月5日)	218 頁
BGHSt 41, 182 (1995年7月20日)	166 頁
BGHSt 41, 198 (1995年7月26日)	185, 185 頁
BGHSt 41, 224 (1995年8月23日)	208 頁
OLG Frankfurt NJW 1996, 2172 (1996年3月19日)	180 頁
BGHSt 42, 196 (1996年7月27日)	218 頁
BGH NJW 1997, 265 (1996年8月28日)	201 頁
BGHSt 42, 268 (1996年10月17日)	196, 196, 196 頁
BGHSt 43, 110 (1997年6月17日)	219 頁
BGH StV 1998, 80 (1997年10月22日)	203 頁
BGHSt 43, 293 (1997年11月4日)	210 頁
BGHSt 44, 34 (1998年2月12日)	152 頁
OLG Stuttgart NJW 1999, 1564 (1998年9月18日)	192 頁
OLG Düsseldorf NJW 2000, 529 (1999年7月19日)	207 頁
BGH NStZ-RR 2000, 234 (2000年2月29日)	154 頁
BGH NStZ 2000, 375 (2000年3月23日)	183 頁

BGHSt 46, 196 (2000年11月8日)	182, 182, 182, 183 頁
BGH NJW 2001, 981 (2001年1月18日)	193 頁
OGH EvBl 2001/144 (2001年3月21日)	177 頁
BGH NStZ-RR 2001, 268 (2001年4月3日)	156 頁
BGHSt 47, 1 (2001年4月26日)	181 頁
BGH NStZ 2001, 534 (2001年5月2日)	188, 188 頁
BGH NStZ 2002, 33 (2001年9月4日)	188, 204 頁
BGHSt 47, 160 (2001年11月16日)	198, 199 頁
BGH StV 2002, 542 (2001年11月28日)	217 頁
GenStA Frankfurt NStZ 2002, 546 (2001年12月7日)	152 頁
BGHSt 47, 243 (2002年2月6日)	173 頁
BGH NJW 2002, 2117 (2002年3月12日)	203 頁
BGHSt 47, 295 (2002年5月23日)	210 頁
BGH NStZ-RR 2002, 304 (2002年7月17日)	167 頁
BGH NStZ-RR 2003, 44 (2002年10月17日)	166 頁
BGH NStZ 2003, 313 (2002年12月5日)	183 頁
BGH wistra 2003, 230 (2003年1月15日)	193 頁
OLG Hamm NStZ-RR 2003, 237 (2003年3月27日)	220 頁
BGHSt 48, 322 (2003年8月7日)	204 頁
BGHSt 48, 365 (2003年10月15日)	167 頁
BGH NStZ-RR 2004, 110 (2003年12月4日)	181 頁
BGHSt 49, 147 (2004年5月13日)	209, 210 頁
BGH NStZ-RR 2004, 333 (2004年8月17日)	203 頁
BGH NStZ-RR 2005, 373 (2005年9月6日)	219 頁
BGH NJW 2006, 72 (2005年9月20日)	155 頁

BGH NStZ 2006, 38 (2005年10月13日)	203 頁
BGH NStZ 2006, 623 (2005年12月15日)	183 頁
BGHSt 50, 331 (2005年12月21日)	209, 210 頁
BGHSt 51, 100 (2006年10月18日)	210, 210 頁
BGHSt 51, 165 (2006年12月15日)	181, 194 頁
BGH NStZ 2008, 396 (2007年7月18日)	196 頁
BGH NStZ 2008, 152 (2007年8月30日)	220 頁
BGH NStZ-RR 2008, 76 (2007年10月18日)	203 頁
BGH NStZ 2008, 215 (2007年12月4日)	219 頁
BGH wistra 2008, 427 (2008年4月1日)	207 頁
BGHSt 52, 182 (2008年4月2日)	208 頁
BGH NStZ 2008, 516 (2008年4月29日)	213 頁
BGH NStZ 2008, 627 (2008年5月27日)	188, 188 頁
BGH NStZ 2008, 624 (2008年6月26日)	157 頁
BGHSt 52, 323 (2008年8月29日)	211 頁
BGHSt 53, 199 (2009年2月18日)	189, 189 頁
BGH NStZ 2009, 694 (2009年7月28日)	187 頁
BGHSt 54, 52 (2009年7月31日)	209, 210 頁
BVerfGE 126, 170 (2010年6月23日)	210 頁
BGHSt 55, 266 (2010年8月27日)	209, 209, 211 頁
BGH wistra 2011, 387 (2011年6月8日)	189 頁
BGH StV 2011, 733 (2011年7月5日)	210 頁
BVerfGE 130, 1 (2011年12月7日)	189 頁

論説

反対株主の範囲に関する 議論の再整理と若干の試論

東京大学非常勤講師・弁護士

松本拓生

I. はじめに

II. 会社法における株式買取請求権と取得価格決定申立権

- 1 会社法における株式買取請求権とその制度趣旨
- 2 全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立権
 - (1) 制度趣旨
 - (2) 株式買取請求権との関係
- 3 二つの権利の制度趣旨の違いをどのように考えるか

III. 反対株主の範囲

- 1 基準日との関係
- 2 公表時との関係
 - (1) これまでの議論
 - (2) 会社法改正に関する法制審議会の議論の状況
 - (3) 株主総会決議後の株主

IV. 立法案を含む若干の試論

- 1 反対株主の範囲についての実質的観点からの考察
- 2 公表時をどのように考えるか
 - (1) 公表時の判断基準
 - (2) 二段階買取における公表時の考え方

V. 最後に

I. はじめに

会社法では、定款変更や一定の組織再編などの場合の「反対株主」には株式買取請求権や取得価格決定申立権が認められているが、この「反対株主」については会社法の条文からはその範囲が必ずしも明らかではないということもあり、その制度趣旨も含めこれまで様々な議論がなされてきた。そして未だなお、昨今数多く行われている親会社による子会社の完全子会社化やMBO（マネジメント・バイアウト）に伴う少数株主の締め出し（スクイズアウト）といった事案においては、その手法として用いられる全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立権における公正な価格は何かといった根本的な問題はもちろんのこと、権利を行使しうる反対株主の範囲などを巡って、様々な紛争が生じている。

この反対株主の範囲について、次期の会社法改正において手当てをなすことを前提として議論もされたようであるが、最終的にはこの点の改正は見送られ（その理由とそれに対する筆者の意見などについては後述する。）、平成24年9月7日開催の法制審議会第167回会議において採択された「会社法制の見直しに関する要綱」¹⁾には含まれなかった。ということは、現時点までの議論や裁判例の集積によってこの問題は処理されるべきものと一般的には考えられている、と理解すること

1) 法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」（2012年9月7日）（<http://www.moj.go.jp/content/000102013.pdf>, 2013年7月23日最終閲覧）。

もできる。しかしながら、筆者は、いくつかの案件での実務上の経験を通じて、この問題についての現在の実務のあり方の再考の必要性や、現行法の解釈の限界を痛感させられることがあった。会社法上の株式買取請求権又は取得価格決定申立権の行使においてはこれまでも濫用の危険が再三指摘されていたが²⁾、近年、濫用の程度が著しく酷く、かつ、そのことが実務上、企業の健全な経済活動の遂行にかなりの悪影響を及ぼしているように思われるのである。筆者は個人的に、株式買取請求権又は取得価格決定申立権を行使することができる反対株主は実質的かつ合理的な範囲に限定すべきものと考えており、従前からその実質的かつ合理的な範囲とは何かについて考えを巡らせていたところである。そこで、このような観点からいわゆる反対株主の範囲を見直すことができないかにつき、会社法の施行から数年が経過してすでに様々な議論と重要な裁判例が蓄積されてきた手垢のついたテーマではあるが、この問題についてこれまでなされてきた議論の中身を改めて整理した上で、あるべき解釈の方向性と若干の立法論も含んだ現行法の解釈の限界への対処について、私見を述べてみたいと思う。

II. 会社法における株式買取請求権と取得価格決定申立権

ところで、冒頭で述べた問題についての検討の詳細に入っていくにあたり、その前提として、まず、現行会社法における株式買取請求権と取得価格決定申立権の趣旨と両権利の法的関係などについて、これまでの議論を踏まえながら改めて整理確認してみたい。

1 会社法における株式買取請求権とその制度趣旨

株式買取請求権とは、定款変更や一定の組織再編（事業譲渡、吸収合併、吸収分割、株式交換、株式移転など。）の場合に会社の株主に認められた権利（会社法 469 条, 785 条, 797 条, 806 条。以下会社法については条文番号のみを示す。）である。その趣旨は、当該定款変更や一定の組織再編に反対する株主に対して、公正な価格で株式を買い取れることを会社に対し請求する権利を与えることにより、その会社から退出して投下資本を回収する機会を保障するものであると一般的には解されており³⁾、株式買取請求をした株主と会社との間で買取価格についての協議が調わなかった場合には、株主又は会社は、買取価格の決定の申立をすることができるものとされている（470 条 2 項, 786 条 2 項, 798 条 2 項, 807 条 2 項）。

また、会社法の株式買取請求権と旧商法のそれとの違いとしては買取価格がいわゆる「ナカリセバ価格」から「公正な価格」に変更されたことが挙げられるが、これは会社法の下では、単に決議がなければ有したであろう株式の価値のみならず、当該組織再編等によって生じるシナジーをも少数株主に対して分配することが求められているものと解されている⁴⁾。そしてこれに伴い、会社法下の株式買取請求権は、経営者あるいは多数株主の行う決定に対するチェック機能が高められたものと理解されている（実際に、株式買取請求権がこの機能を有するという側面を個々の論点の解釈においてどの程度強調すべきかという問題については、後述する。）⁵⁾。特に

2) 典型的な類型としては、受取配当の益金不算入の制度を利用した税務上のメリットを追求したり、価格が確定するまでの年 6 分の商事法定利率を狙うといった場合が挙げられる。

3) 江頭憲治郎『株式会社法（第 4 版）』774 頁（有斐閣，2011）、森本滋編『会社法コンメンタール 18 ——組織変更、合併、会社分割、株式交換等（2）』96 頁〔柳明昌〕（商事法務，2010）など。なお、株式買取請求権の制度趣旨を、資本多数決によって企業価値が毀損されることへの損害の填補と考える見解として、神田秀樹「株式買取請求権制度の構造」商事 1879 号 4 頁，5 頁（2009）。

4) レックス・ホールディングス事件・最決平成 21 年 5 月 29 日金判 1326 号 35 頁。

5) 藤田友敬「新会社法における株式買取請求権制度」江頭憲治郎選『企業法の理論（上）』261 頁，275-277 頁（商事法務，2007）。特に、会社法下における株式買取請求権においては、①企業再編等によるシナジーの再分配機能と②企業再編がなされなかった場合の経済状態の保証機能の二つの機能が併存しているとされる。

昨今においては、このチェック機能を重視する立場から、株式買取請求権に少数株主保護の役割を大いに期待する方向での解釈論がなされることが多いように思われる⁶⁾。

2 全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立権

(1) 制度趣旨

これに対して、会社法によって初めて導入された全部取得条項付種類株式の取得を利用した少数株主の締め出し(スクイーズアウト)の場合には、上記と同一の内容を有する株式買取請求権(116条1項2号)に加えて、最初から取得価格決定の申立をすることが認められている(172条)。この取得価格決定申立権の制度趣旨であるが、全部取得条項付種類株式の取得対価の算定方法はあらかじめ定款で定められておらず、取得を決定する株主総会決議で初めて定められる。そのため、この取得対価が公正なものであるという保証がないにもかかわらず、株主には会社により株式を取得されるという重大な効果が生じる可能性があるため、反対株主に対して取得対価の決定の申立権を保障した⁷⁾ものであり、組織再編等に際しての反対株主の株式買取請求権と同じ機能を有すると説明されている。この場合の取得価格について条文上は明確に定められていないが、株主総会の多数決により不当な取得対価が決定されるおそれに対する救済方法であるという点で、株式買取請求権と制度の目的は同様であるため、裁判所が決定すべき価格は公正な価格であるべきであると解されている⁸⁾。

(2) 株式買取請求権との関係

このように両権利は類似した機能と制度趣旨を有しているように思われるため、次に問題となるのはこの場合の上記の両権利の法的関係である。この点については、株式買取請求に係る買取りの効果は、同請求に係る株式の代金支払時に生ずるとされ(117条5項)、株式買取請求がなされたことにより、定款変更や全部取得の効果自体が妨げられるという法的構成にはなっていないため、仮に株式買取請求権を行使しても全部取得条項付種類株式の会社による取得日までに価格についての協議が調わない場合には、その取得日以降は買取請求の対象となる株式が存在しなくなり、株式買取請求権はその申立適格を失うものとされている⁹⁾¹⁰⁾。よって、全部取得条項付種類株式の取得対価に不満のある株主による現在の実務上の対応は、ほぼ全て取得価格決定申立権の行使により行われているといつてよい¹¹⁾。実質的にも、全部取得条項付種類株式における取得価格決定申立権の場合には株主はその株式を取得されてしまうことが確定しているのだから、株式の買取りを請求するのではなく、対価について争うというのが本筋でもある。

3 二つの権利の制度趣旨の違いをどのように考えるか

上記のような制度趣旨を有するこれらの権利であるが、会社法は、株式買取請求権については条文上「反対株主」という概念を定め(116条2項、469条2項、785条2項、797条2項、806条2項)、そして取得価格決定

6) この点の問題点を端的に指摘するものとして、北川徹「現金対価による少数株主の締め出し(キャッシュ・アウト)をめぐる諸問題」商事1948号4頁、7-10頁(2011)。

7) 山下友信編『会社法コンメンタール4——株式(2)』103頁〔山下友信〕(商事法務、2009)。

8) 最決平成21年前掲注4)もそのように判示している。

9) 最決平成24年3月28日民集66巻5号2344頁。

10) なお、この法的構成が、吸収合併の場合における存続会社と消滅会社それぞれの反対株主の株式買取請求権と合併の効力発生日における関係と比してバランスを欠くことを示唆するものとして、山下編・前掲注7)111頁〔山下友信〕参照。

11) なお、法制審議会・前掲注1)第2部第3の2において、株式買取請求権における株式等の買取りの効力発生が定款変更等の効力発生日と改められたことを受けて、この改正後は両権利に基づく請求が併存しうる可能性を指摘するものとして、山下友信編『会社法コンメンタール3——株式(1)』201頁〔柳明昌〕(商事法務、2013)参照。

申立権については「反対株主」という定義こそ用いないものの同一の内容を有する株主の属性について規定を置き（172条1項。以下では、便宜上この場合の株主も「反対株主」と表記することとする。）、ともにこの「反対株主」のみが権利を行使できるとする構成を採っている。そうすると、これらの権利の制度趣旨の関係をどのように理解するかが問題となる。この点、株式買取請求権は反対株主に取引所等を通じた売却機会に加えて追加的な保護を与えるものであるのに対し、取得価格決定申立権はそのような保護を与えるものではなく全部取得条項付種類株式を保有する株主を保護することにその主眼があることから、両制度の趣旨を別なものと理解し、取得価格決定申立権は反対株主のみに限るべきではないとする見解もある¹²⁾。確かに、全部取得条項付種類株式の場合には、株主総会で反対の議決権を行使するか否かにかかわらず株主はその地位を強制的に奪われてしまうのに対し、（少なくとも対価が株式である）その他の組織再編等においてはそのような状況にあるわけではないから、これらの2つの場合を制度的に分けて理解することには一定の合理性があるものと思われる¹³⁾。しかし、筆者としては、少数株主の締め出しの効果を有する場合を統一的に理解してその保護の制度を考えるべきであるという点においてはこの考え方に賛成するも、株主の地位からの締め出しの場合にそのことにもっとも利害関係を有するのはあくまでも当該締め出しの事実が明らかになった時点での株主であり、かつ株主によるチェック機能もそのもっとも利害関係を有する株主によって果たされればよいのではないかと考える。すなわち、対価が株式であるその他の組織再編等においては、組織再編等の結果生じる新たな経営体制に関与

する趣旨で、当該組織再編等の事実が明らかになった後に株主となった者によるチェック機能（それは当該組織再編等の後の新しい株式を保有するということによってなされるし、当該組織再編等の条件を改めて検証した結果、最終的には株式買取請求権の行使という形でなされることもありうるであろう。）が果たされるべきと考えることには十分に合理的な理由があると考えられる。その一方で、全部取得条項付種類株式における取得価格決定申立権については、結果として株主は締め出されてしまうのであるから、チェック機能は取得価格を争うという形でしか果たされない。とすれば、株主によるチェック機能は、その取得価格についてもっとも利害関係を有する当該締め出しの事実が明らかになった時点での株主にのみ認められれば十分であるものと考えられる。両制度を理解するにあたっては、あくまでもこのような視点からの検討が必須であるものとする。

Ⅲ. 反対株主の範囲

1 基準日との関係

旧商法時代においては、買取価格が「ナカリセバ価格」であったということもあり、基準日以後に株式を取得した株主は株式買取請求権を有しないものとする見解が多数説であったと思われる。しかし、その後の会社法の立法過程においては、特にこの点について改正を加えようという明確な議論があったことはうかがわれないものの¹⁴⁾、現時点では基準日後の株主にも株式買取請求権を認めようという考え方が有力となっているようである。その理由としては、①（前述の立法過程はともかく、）条文の文言としての「株主総

12) 弥永真生「反対株主の株式買取請求と全部取得条項付種類株式の取得価格決定（上、下）」商事 1921 号 4 頁、1922 号 40 頁（2011）。

13) 弥永・前掲注 12)1921 号 4-6 頁参照。

14) 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」28-29 頁（2003 年 10 月）（<http://www.moj.go.jp/content/000071773.pdf>, 2013 年 7 月 23 日最終閲覧）参照。そこでは、議決権制限株式を有する株主に株式買取請求権を保障することについてのみ議論がなされている。実際に、旧商法時代においても、株式買取請求権を行使することができるのは株主総会において議決権を行使しうる株主に限られ、無議決権株式を有する株主は権利を行使することができないものと解されていた（上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法（5） 株式会社の機関（1）』286-287 頁〔穴戸善一〕（有斐閣，1986））。

会において議決権を行使することができない株主」には、形式的に基準日後の株主も含まれると読めること、②基準日は最大で株主総会の3か月前に設定されることができると、基準日時点ではまだ株主総会においてどのような事項が決議されるかが明らかでない場合もあり、基準日後の株主にその後の株主総会においてどのようなことが決議されても保護を与えないというのは、いわば暗闇への跳躍を強いるものであるということ、③無議決権株式につき基準日後にも無条件で株式買取請求権を認められていることとの均衡¹⁵⁾、といった点が挙げられている。

なお、このような見解には根強い反対説もあり、その立場の論者は、上記の立法過程や、条文の文言については「株主総会において議決権を行使することができない株主」を「株主総会において議決権を行使することができない『株式を保有する』株主」と読むことができるなどといった理由を挙げている¹⁶⁾。

個人的には、法律の解釈はまずは条文の文言を形式的にどのように読むことができるかという点から入るべきであり、さらに文言からだけではその意味するところが明確ではない場合においては（契約書の条文の解釈などと同様に）その条文の作成過程や立法当事者の意思を尊重して解釈すべきであると考えている。また、その解釈によって導かれるべき結論は実務的に妥当なものでなくてはならないとも考えている。よって、旧商法下の解釈とも合致し、基準日により形式的かつ画一的に反対株主の範囲を画することのできる否定説に立つことが合理的であるが、その一方で、会社法において新たに認められた全部取得条項付種類株式によるスクイーズアウトの場面では、当該株式の保有者は（基準日後の株主であっても）強制的に株主たる地位を奪われるのであるから、そのような株主を保護

すべき必要性があるとも考えられる。さらに、上記の肯定説の論拠のうち、②の基準日後の株主にいわば暗闇への跳躍を強いるものであるとの主張には一定の合理性があるようにも思われるので、以下ではまずは肯定説に立つことを前提として議論を進めたい。

2 公表時との関係

上記のように基準日後の株主に株式買取請求権を認めるとしても、一定の組織再編等が公表された後に株式を取得した、いわゆる公表後の株主にも権利の行使を認めるべきか否かは、別途問題となる。

(1) これまでの議論

基準日と同様に、この論点についてもこれまで様々な見解が出されているが、現時点では公表後の株主にも株式買取請求権を認めるという説が有力と思われる¹⁷⁾。旧商法時代においても、争いはあったが、肯定説が有力であったようである¹⁸⁾。ただし、この肯定説であっても、買取価格としての公正な価格が株主の取得価格を超えるべきではないという見解や、買取価格の算定において株式が組織再編等の公表後に取得されたことを考慮すべきという見解もあり、実際にこれに沿った下級審裁判例¹⁹⁾も見られるところである。しかしながら、これらの見解の基礎にあるのは、基本的にその後の組織再編等により交付される対価の価値が取得価格と同一かこれに近いものである場合には、取得価格以上の差額を取得する目的での投機的行動は認めるべきではないという価値判断のように思われ、また後述するように、実務上は組織再編等の公表後すぐに株価が組織再編等の対価の価値に近いところまで上昇するのが一般的であるから、そのような考え方を採るのであれば、むしろ端的に公表後の株主には権利を認めな

15) 弥永真生「反対株主の株式買取請求権をめぐる若干の問題」商事1867号4頁、7-8頁（2009）。

16) 郡谷大輔「組織再編における反対株主買取請求権の実務対応—株主の範囲と株式の取得時期」ビジネス法務2009年1月号58頁、60-62頁（2009）、藤原総一郎ほか『株式買取請求の法務と税務』14-16頁（中央経済社、2011）など。

17) 神田・前掲注3)7-8頁、藤田・前掲注5)295頁など。

18) 上柳ほか編代・前掲注14)287頁〔穴戸善一〕。

19) 東京地決昭和58年10月11日下民集34巻9-12号968頁、ダイワボウ情報システム事件・大阪地決平成22年3月30日資料版商事法務314号31頁など。

いという考え方の方が落ち着きが良いように思われる。

この問題意識については、サンスター事件大阪高裁決定²⁰⁾が、「公開買付けにおいて公表された株式の買取価格が、取得日の公正な価格を下回るという予想のもとに、その差額を取得するために当該株式の買取価格の増額を要求することも、株式取引の手法として不当とはいえない」と判断し、最高裁が特別抗告を棄却したため、現時点ではこの決定を基準に実務は対応を検討しなければならないことになる。しかし、II 2 で述べた全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立権の趣旨からすれば、このような差額を取得することが保護に値するとは到底思われぬ²¹⁾。前述したとおり（かつ実際にこの事件でもそうであったようであるが）、全部取得条項付種類株式によるスクイズアウトの場合には公開買付けが先行することが一般であり、その公開買付けが公表された直後に株価は公開買付けに限りなく近づくため、その価格付近で株式を取得した公表後の株主は、リスクフリーで公開買付け価格と（この株主が主張するところの）公正な価格との差額の取得を追求できることとなり、株主に対して過度な保護となりうる。

また、すでに指摘されているところではあるが²²⁾、基準日と公表日との時間的関係の問題もある。つまり、実際の組織再編等は①公表日→基準日→株主総会→効力発生日という順で進行する場合と、②基準日→公表日→株主総会→効力発生日の順で進行する場合との2つのパターンがありうる。ちなみに、例えば基準日後の株主には株式買取請求権を認めないにもかかわらず公表後の株主には権利行使を認める旧商法下の通説的な見解は、この論点については、理論的には①のパターンのみを前提として議論をしていたものと考えられるが、②のパターンの場合には基準日後

であるからという理由だけで株式買取請求権を認めないという考え方をこの立場が採るのであれば、会社法においては基準日後の株主においても権利を認めることを前提に、公表日後の株主に権利を認めることの理由付けとして旧商法下での理由付けをそのまま用いるのは、首尾一貫していないようにも思われる。

以上から、やはり筆者としては、公表後の株主には株式買取請求権を認めるべきではないという考え方を支持したい。また、上記の②基準日→公表日→株主総会→効力発生日のパターンにおける基準日「後」公表日「前」の株主に対しては、前述した基準日後の株主にいわば暗闇への跳躍を強いるものであるとの主張には一定の合理性があると考えため、株式買取請求権を認めてもよいものと考ええる。

(2) 会社法改正に関する法制審議会の議論の状況

なお、この論点については、前述のとおり、「会社法制の見直しに関する要綱」²³⁾では、公表後の株主に株式買取請求権を認めるかどうかについての対応はなされず、とりあえずは現時点の議論の状況がそのまま維持されることとなったものと考えられる。具体的には、法制審議会においては、組織再編の条件を知らずして株式を取得した者を株式買取請求権により保護する必要はないのではないかと、投機的な株式取得も生じかねないのではないかとという問題関心に対し、このような考え方に与する意見もあった。しかし、適正価格ではない条件で組織再編が行われようとしているときに、反対票を固めるために株式を購入して株主総会で反対し、株式買取請求権を行使するというようなことは不当ではない等の反対論もあり、またパブリックコメントにおいても賛否両論があり、かつ株式買取請求に係る株式等に係る価格決定前の支払制度

20) 大阪高決平成21年9月1日金判1326号20頁。

21) 同旨の見解として、十市崇「判批(下)」商事1881号12頁、18頁(2009)〔別冊商事法務編集部編『MBOに係る株式取得価格決定申立事件の検討』別冊商事法務346号119頁(2010)所収〕など。なお、反対の見解として、弥永・前掲注12)1922号42頁など。

22) 十市崇＝館大輔「反対株主による株式買取請求権(上)」商事1898号89頁、92-95頁(2010)。

23) 法制審議会・前掲注1)。

の新設など一定の手当てを行うことにより濫用的な株式買取請求権の行使は相当程度防ぐことができると考えられるため、見直しを行わないものとした、と説明されている²⁴⁾。よって、法改正によって公表後の株主に対して株式買取請求権の行使を認めないという対応がなされる可能性は、とりあえずなくなったものと思われる。

確かに、この論点については賛否両論あり、またどちらの対応を採るべきかは一種の立法政策の問題でもあるため、決して簡単な問題ではないであろう。そこで、それぞれの立場が主張している理由について、少し具体的に検討してみることにする。まず、公表後の株主にも株式買取請求権を認めてよいという立場は、濫用的な株式買取請求権の行使の基本的な問題は、税制上の優遇と価格に対する年6分の商事法定利率を得ることができるという点にあり、このような濫用的な権利行使の態様に対しては、税制改正と仮払いによる利息の発生を認めれば問題は解決する、そして、独立当事者間の組織再編においては実際の買取価格が原則として公正な買取価格であると判断するという判例法理は急速に固まりつつあり、これを争うには反対株主が必要な事実を主張立証しなければならないから実際の弊害は少ない、としている²⁵⁾。しかし、反対票を固めるために株式を購入して株主総会で反対し、株式買取請求権を行使するというようなことは不当ではないという見解に対しては、そうであれば反対株主の範囲は端的に（旧商法におけるのと同様に）株主総会で議決権を行使することができるかどうかという点のみで決すべきであり、この場面でだけ議決権行使による株主のチェック機能を強調するのは、現行法の条文や体系とそ

ぐわないという反論が考えられるように思われる。また、税制上の優遇と利息狙いのどちらのケースにおいても、その手当ての有無とは関係なく、公表後の濫用的反対株主が特段のリスクなく提訴できるという事実には変わりがなく、そのような場合に対象会社が過度に応訴の負担を強いられるという側面を軽視すべきではない。すなわち、権利行使要件を明らかに満たしていないような場合を除けば、株式買取請求や取得価格決定申立権の行使を受けた対象会社は裁判においてそれ相応の対応を要求されることとなる。そのほとんどの場合において、当然ながら「公正な価格」とは何かということが争点となるため、上記のように基本的には反対株主に必要な事実の主張立証責任があるとしても、まずはその前提として、対象会社もその価格を決定した基礎となる事業計画や第三者算定機関による株式価値算定書などの情報の提供を求められるのが通常である。しかしながら、このような情報には極めて秘匿性の高い内容が含まれていることが多く、これらの情報を公表後の反対株主に開示することは、対象会社としては非常に抵抗があることが多いように思われる²⁶⁾。また、外部の第三者算定機関に株価算定を委託した場合の算定書についても、第三者算定機関の内部的な運用ルールとしてその内容を外部に提出することができる場合は裁判所などの公的な機関に提出する必要があるような場合に限られていることが一般であり、このような反対株主に対して算定書を開示することに対して第三者算定機関の了承を得ることが困難な場合も少なくない。さらには、昨今は裁判関係書類やその証拠などもインターネット上で簡単に開示できてしまうところ、もしこの反対株主の属性からこの

24) 岩原紳作「『会社法制の見直しに関する要綱案』の解説(5)」商事1979号4頁,8頁(2012)〔別冊商事法務編集部編『会社法制の見直しに関する要綱の概要』別冊商事法務372号43頁(2012)所収〕。

25) 法制審議会会社法制部会「法制審議会会社法制部会第7回会議事録」39頁〔田中亘発言〕(2010年11月24日)(<http://www.moj.go.jp/content/000060893.pdf>, 2013年7月23日最終閲覧)。

26) 対象会社も第三者算定機関も、裁判所のみ情報を提供することに抵抗がある場合は少ないと思われるが、公正な価格の判断には裁判所の広範な裁量が認められているとはいえ、裁判手続としては、証拠は全当事者に開示されるべきことが当然の原則である。そして(公表前後を問わず)株式買取請求権を行使する反対株主は、あえて権利を行使してきている以上、自ら収集した情報に基づいてその主張に合理性があると考えていることがほとんどであろうが、そのような場合であっても対象会社からの情報の提出が全く必要ないという場合は考えにくい。

ような行為が行なわれる蓋然性が高いと考えられる場合には、当該反対株主と秘密保持契約などの合意を締結することが必要となってくる。しかし、例えば契約上の義務に違反した場合の制裁をどうするかなどの点で合意に至ることが非常に困難な場面も容易に想定される。さらには、平成25年1月1日から施行された改正後の非訟事件手続法では会社非訟事件にも文書提出命令の適用があることが明確になったため、これらの文書の提出義務を巡っての争いが増えることも容易に想像される。

また、法制審議会においては、(反対株主による取得が公表の前後であるかが明確ではない場合に)株式買取請求権の存否について争いが増えることが懸念として挙げられたようであるが、これは公正な価格の判断と比較すれば極めて純粋な法律解釈の問題であって、むしろ法律解釈を旨とする裁判所の専門領域といえるし、かつ後述するような金融商品取引法上の公表の概念を援用する考え方を採用することにより公表後か否かの判断もそれほど困難であるとは思われないため、少なくとも現在の状況よりは実務上の負担が軽減するものと考えられる。

(3) 株主総会決議後の株主

なお、この点に関連して株主総会決議後の株主をどのように取り扱うかも論点となりうるが、これについては株主総会決議後の株主は株式買取請求権を有しないという結論で、判例上も学説上も異論がないように思われる。しかし、この考え方は結論としては妥当であるとしても、会社法の条文から明確に読み取れる解釈ではないため、反対株主の範囲は、結局はどのような株主に権利の行使を認めるべきなのかという立法政策的な実質的考慮から導かれるべきものということもできる²⁷⁾。とすれば、結局のところ、反対株主の範囲を合理的に確定するためには、これまで述べてきたところを踏まえた実質的な観点からの検討が必要となるものと思われ、またそのような観点からの検討も許容されているものと考えられる。

IV. 立法案を含む若干の試論

1 反対株主の範囲についての実質的観点からの考察

以上を纏めると、反対株主の範囲について検討するにあたっては、以下のような視点からの検討が有用なものと思われる。

- ① 株式買取請求権と取得価格決定申立権を異なる趣旨に基づく制度と位置付けるか否か
- ② 株主が金銭等の交付によりその地位を奪われてしまうか、それとも他の株式を交付されることにより株主の地位を維持することができるか
- ③ 株式買取請求権と取得価格決定申立権にどの程度の株主によるチェック機能を期待するのか、そしてそれはどの株主に認めるべきなのか

①については、すでに述べたとおり、基本的に両制度は制度趣旨として共通する点があるものの、全部取得条項付種類株式における取得価格決定申立権については、当該締め出しの事実が明らかになった時点での株主によるチェックが認められれば十分である。そうすると、この場合の考え方は全部取得条項付種類株式における取得価格決定申立権のみならず、対価が金銭等による場合の組織再編等においても妥当するものと考えられるので、結局のところ、株主のチェック機能はこのように株主が金銭等の交付によりその地位を奪われてしまう場合に、特に保障されるべきであるということになるものと思われる。そして、このように、あくまでも締め出される場合の対価が妥当か否かをチェックするという機能を重視した場合には、保護されるべき株主はそのような締め出しの事実が明らかになった時にその地位を奪われるおそれのある株主、すなわち公表時における株主であるべきということになる。

27) 同様の指摘として、郡谷・前掲注16)61-62頁。

2 公表時をどのように考えるか

(1) 公表時の判断基準

そうすると次に問題となるのは、いつをもって公表があったと考えるか、である。この点については単に組織再編等があることが公表されるだけでは足りず、当該組織再編等の条件などの詳細が開示されることが必要であるとする見解が有力であると思われるが²⁸⁾、基本的にこの考え方に沿って判断するということが問題はないものとする。一般的には、このような条件などの詳細が開示されるのは、原則として対象会社による金融商品取引所の規則に基づく適時開示時点であると思われるものの、会社法の枠組みの中で直接それを取り込むことは難しいようにも感じられる。よって、筆者としては、金融商品取引法上の内部者取引規制の解除要件である「公表」の概念を参考とするという考え方を提案したい。なぜなら、内部者取引規制の趣旨は特定の重要事実について知悉している内部者が、公表前にその重要事実の内容が反映されない株価に基づいて取引を行うことを禁止する点にあり²⁹⁾、解除要件としての「公表」があれば、すでに法的にはこの重要事実が株価に反映されている状態であるとも考えることもできる。そうであれば対象会社の株主がスクイーズアウトされるという事実がすでに株価に織り込まれた段階の後で株式を取得した場合には権利行使を認めるべきではないという考え方に立った場合に、事実が株価に織り込まれた段階を判定する基準として、この「公表」という重要事実が株価に反映された時点の考え方を援用できるともいえるからである。

ここで、「公表」とは、重要事実について、上場会社等又はその子会社により多数の者の知り得る状態に置く措置として政令で定める措置がとられたこと、又は上場会社等若しくはその子会社が提出した有価証券届出書、有価証券報告書その他金融商品取引法 25 条 1

項に規定する開示書類に記載され、これが公衆縦覧に供されたことを意味するとされており（金融商品取引法 166 条 4 項）、上記の政令で定める措置としては、「上場会社等がその発行する有価証券を上場する各金融商品取引所の規則で定めるところにより、重要事実を当該金融商品取引所に通知し、これが当該金融商品取引所において電磁的方法により日本語で公衆の縦覧に供されたこと」（金融商品取引法施行令 30 条 1 項 2 号、有価証券の取引等の規制に関する内閣府令 56 条）が認められているから、いわゆる組織再編等の条件などの詳細についての適時開示があった時をもって、「公表」があったものと考えることができる。

(2) 二段階買収における公表時の考え方

そうすると次に問題となるのは、全部取得条項付種類株式によるスクイーズアウトの場合の公表をいつの時点と捉えるのかである。すなわち、公開買付けが先行するいわゆる二段階買収の場合には、最初の公開買付開始のプレスリリースの時点ではあくまで公開買付けの条件が開示されるに過ぎず、対象会社としてはその公開買付けに賛同意見を表明し、公開買付けの成立を条件としてスクイーズアウトの手続を実行する予定であることを公表したに過ぎず、先に述べた全部取得条項付種類株式の取得の条件の詳細までが公表されたらまでは評価できないと考える余地もありうるからである。

この点、対象会社の賛同意見表明プレスリリースにおいては、一般に「具体的には、本公開買付けが成立した後、公開買付者は、平成●年●月下旬を目途に本完全子会社化手続を完了させるよう、①当社において普通株式とは別の種類の株式を発行することができる旨の定款の一部変更を行うことにより、当社を会社法（平成 17 年法律第 86 号。その後の改正を含みます。以下「会社法」といいます。）に規定する種類株式発行会社とすること、②当社の発行する全ての普通株式に全部取得条項（会社法第 108 条第 1 項第 7 号に規

28) 十市＝館・前掲注 22)98-99 頁注 15 参照。

29) 長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス 金融商品取引法』903 頁、905 頁（商事法務、2009）。

定する事項についての定めをいいます。以下同じです。)を付すことを内容とする定款の一部変更を行うこと及び③当社が全部取得条項の付された当社普通株式の全部(ただし、当社が所有する自己株式を除きます。)を取得し、当該取得と引き換えに普通株式とは別個の種類の当社の株式を交付すること、並びに上記①ないし③を付議議案に含む臨時株主総会を開催し、上記①ないし③を上程すること及び上記②の定款一部変更を付議議案に含む当社の普通株主による種類株主総会を開催し、上記②を上程することを当社に対して要請する予定です。なお、公開買付者は、上記の臨時株主総会及び種類株主総会において上記各議案に賛成する予定です。上記各手続が実行された場合には、当社の発行する全ての普通株式に全部取得条項が付された上で、その全て(ただし、当社が所有する自己株式を除きます。)が当社に取得されることとなり、当社の株主(ただし、当社を除きます。)には当該取得の対価として当社の別個の種類株式が交付されることとなりますが、当社の株主のうち交付されるべき当該別個の種類株式の数が1株に満たない端数となる株主に対しては、会社法第234条その他の関係法令の定める手続に従い、当該端数の合計数(合計した数に端数がある場合には当該端数は切り捨てられます。)に相当する当該別個の種類株式を売却することなどによって得られる金銭が交付されることとなります。なお、当該端数の合計数に相当する当該別個の種類株式の売却価格については、当該売却の結果、各株主に交付されることになる金銭の額が、本公開買付価格に当該各株主が所有していた当社普通株式の数を乗じた価格と同一となるよう算定される予定です。また、全部取得条項が付された当社普通株式の取得の対価として交付する当社の株式の種類及び数は、本日現在未定ですが、公開買付者は当社に対し、公開買付者が当社の発行済株式(ただし、当社が所有する自己株式を除きます。)の全てを所有することとなるよう、本公開買付けに応募されなかった当社の各株主に対し交付しなけ

ればならない当社の株式の数が1株に満たない端数となるよう要請する予定です。」(下線部は筆者による)といったような記載がなされることが多く、確かにこの内容だけからでは、まだ対象会社として全部取得条項付種類株式の発行のための定款変更とその取得条項に基づく株式の取得が実行されるか否かはまだ確定的ではなく、かつ全部取得条項付株式の取得の条件等の詳細也未定のようにも思われる。

しかし、内部者取引規制において重要事実の決定があったか否かは実質的に考えられており、いわゆる村上ファンド事件最高裁決定³⁰⁾は、「公開買付け等の実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず、一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されないために、……『公開買付け等を行うことについての決定』というべき実質を有しない場合があり得るのは別として、上記『決定』をしたというためには、……[会社の業務執行を決定する]機関において、公開買付け等の実現を意図して、公開買付け等又はそれに向けた作業等を会社の業務として行う旨の決定がされれば足り、公開買付け等の実現可能性があることが具体的に認められることは要しない」(亀甲括弧内は筆者による)として、極めて早い段階での重要事実の決定を認定している。

そして本件のようないわゆる二段階買収の場合には前置される公開買付けが成立すればほぼ間違いなくその後の全部取得条項付種類株式を用いた完全子会社化への手続が進行するのであり、「実現可能性が全くあるいはほとんど存在せず」ということはできない上に、上記のプレスリリースの下線部で示したように通常は公開買付価格と同一の価格によって全部取得条項付種類株式による取得が行われるのが一般であり、またこれを期待してプレスリリース後すぐに市場株価が公開買付価格と同額近くまで上昇するのが一般的であるので、この開示をもって「一般の投資者の投資判断に影響を及ぼすことが想定されない」ということもできないものと考えられ

30) 最決平成23年6月6日刑集65巻4号385頁。

る。

よって、いわゆる二段階買収の場合には、前置される公開買付けの開始に対して対象会社が賛同意見表明をした時点をもって、発行のため定款変更とその取得条項に基づく株式の取得が実行されること、及びその全部取得条項付株式の取得の条件等の詳細について重要事実の決定がなされ、かつそれについての公表があったものと考えてよいものと思われる³¹⁾。なお、極めて例外的なケースとして、当初の公開買付けが成立したにもかかわらずその後のスクイーズアウトが予定通り実施されない場合や、その後のスクイーズアウトの条件が当初の公開買付けにおいて開示されていたものと異なる場合の処理についても問題となりうる。しかしながら、前者はそもそも反対株主による権利の行使ができない場合であるので（そのように態度を翻す会社に対する市場での評価云々はともかく）法的な問題は少ない上に、後者は当初の公開買付けにおいてその後の全部取得条項付種類株式による取得に関する条件が決定されかつ「公表」がなされたわけではないと考えてよいと思われるため、弊害は少ないものとする。

V. 最後に

以上、反対株主の範囲について、いわゆる典型的な組織再編等の場合とスクイーズアウトの場合、そして株主に交付される対価が株式である場合と現金である場合とに分けて、それぞれの制度趣旨から異なる取扱いをする余地がないかという視点に立ち、若干の試論を述べた。急激かつ劇的な改正を経た会社法

においては、解釈や実務上の取扱いが不明確な点が多く発生することはやむを得ない。むしろ重要なのは、具体的な問題点や不都合が生じた場合には、実務上の要請も踏まえた上での合理的な解釈論の確立や、場合によっては法改正などの方法で迅速かつ柔軟な対応を行うことであろう。本稿では詳細について触れることができなかったが、「会社法制の見直しに関する要綱」³²⁾においては、いわゆる特別支配株主の株式等売渡請求も導入されており、これらの制度と併せてスクイーズアウトの実務が今後より洗練されてくることを大いに期待したい。

(まつもと・たく)

31) なお、テコム事件・最終平成24年2月29日民集66巻3号1784頁においても公表時がいつかが問題となったが、上記の基準を当てはめた場合であっても、公表時は単に経営統合の検討が開始されたことが公表された平成20年9月4日ではなく、株式移転計画などの詳細が公表された平成20年11月18日ということになるものと考えられる。そうすると、私見であっても、この事件で問題となったエフィッシモによる株式の買い占めのうち、平成20年9月4日以降平成20年11月18日以前に買い占めた部分についてもその後の株式買取請求権は認められることになるが、エフィッシモには株式移転後の株式を保有して新体制下における経営に口出しするという選択肢も認められる以上、買い占めそのものが濫用的な株式買取請求権の行使を目的とするものと断定するのは困難であり、このような結論もやむを得ないものと思われる（ただし、買い占めを行なった者の属性により、事案によって個別の事例的な判断がありうることは筆者も否定しない）。なお、この事案の詳細とその評釈については、太田洋「判批（上、下）」商事1906号53頁、1908号47頁（2010）及び石綿学「判批（上、下）」商事1967号12頁、1968号13頁（2012）参照。

32) 法制審議会・前掲注1)。

執筆者一覧

天野 良	2012年4月既修コース入学
岩川隆嗣	2011年4月既修コース入学・2013年3月同コース修了
岡成玄太	2012年4月既修コース入学
吉川 慶	2011年4月既修コース入学・2013年3月同コース修了
吉田咲耶	2011年4月既修コース入学・2013年3月同コース修了
原田 央	大学院法学政治学研究科准教授
樋口亮介	大学院法学政治学研究科准教授
松本拓生	大学院法学政治学研究科非常勤講師

編集委員一覧

学生編集委員

三隅諒 大橋久維 小原隆太郎 川内裕登 坂本涼 重田裕之
瀬戸口祐基 角田龍哉 土岐将仁 武士俣隆介 舛谷寅彦 吉川慶

教員編集委員

松下淳一 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
川出敏裕 大学院法学政治学研究科教授
菱田雄郷 大学院法学政治学研究科教授

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.8 2013年9月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033

東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、原則としてE-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。

東京大学法科大学院ローレビュー Vol.8

2013年9月26日 初版第1刷発行

編 者 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

発 行 者 藤 本 眞 三

発 行 所 株式会社 商 事 法 務

〒103-0025 東京都中央区日本橋茅場町3-9-10
TEL 03-5614-5643・FAX 03-3664-8844〔営業部〕
TEL 03-5614-5649〔書籍出版部〕

<http://www.shojihomu.co.jp/>

落丁・乱丁本はお取り替えいたします。 印刷／(有)シンカイシャ
© 2013 国立大学法人東京大学大学院法学政治学研究科 Printed in Japan

Shojihomu Co., Ltd.

ISBN978-4-7857-2122-0

*定価は表紙に表示してあります。



Vol.8 (2013.9)

The University of Tokyo Law Review

A Review of the Legal Definition of “Medical Practice”

Ryo AMANO

The Validity of Parallel Debt

Takatsugu IWAKAWA

**A Single Aspect of Problems on Standing to Sue or to Be Sued
of Japanese Testament Executor**

Genta OKANARI

**Deciding the “Fair Price” for Minority Shareholders in MBO
Transactions: Structure of the Court Decisions**

Kei YOSHIKAWA

**Regulations of international adoption services under the 1993
Hague Convention and Japanese Law**

Sakuya YOSHIDA

**An interim report on Savigny’s methodology and his founding
of a modern historical jurisprudence**

Hisashi HARATA

**Nutshell on German Criminal Law, Special Part, Crime against
Property**

Ryosuke HIGUCHI

**Overview of existing discussions and attempt for new arguments
regarding the definition of dissenting shareholders**

Taku MATSUMOTO