

—目次—

1	第10巻の刊行にあたって	西川洋一
---	--------------	------

投稿論稿

---

3	ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み	佐野文彦
31	濫用的会社分割と詐害行為取消権	長谷川翔大

寄稿論稿

---

63	民事判決書の在り方についての一考察	家原尚秀
80	共和政初期アメリカにおける法学教育 ——リッチフィールド・ロー・スクールを中心として	加毛 明
103	通信傍受法の改正について	川出敏裕
111	東京地判平成25年4月25日（LEX/DB25512381）について、 遙か Plautus の劇中より	木庭 顕

10周年記念特集：東京大学法科大学院ローレビューの足跡と展望

---

137	ローレビュー創刊当時の経緯に関する覚書	村上祐亮
143	ローレビュー今後の展望	松原健太郎

146 ローレビュー歴代掲載論稿一覧（第1巻～第9巻）

---

153	投稿論稿選出理由	
-----	----------	--

–Contents–

1	Foreword ( <i>in Japanese</i> )	Yoichi NISHIKAWA
<hr/>		
3	An Analysis of Stalking Crime about the Interpretation of the Present Statute and the Legislative Problem ( <i>in Japanese</i> )	Fumihiko SANO
31	Actio Pauliana and Corporate Spin-offs Constituting Fraudulent Transfer ( <i>in Japanese</i> )	Shota HASEGAWA
<hr/>		
63	A Consideration about Matters to be Stated in Judgment Document in Civil Suits ( <i>in Japanese</i> )	Naohide IEHARA
80	Legal Education in the Early Republic: The Litchfield Law School and Its Legacy ( <i>in Japanese</i> )	Akira KAMO
103	Revision of the Wire and Electronic Communications Interception Act ( <i>in Japanese</i> )	Toshihiro KAWAIDE
111	A Comic Partnership and the Romanist Way of Laughing at ( <i>in Japanese</i> )	Akira KOKA
<hr/>		
137	A Retrospective Note on the Origin of the University of Tokyo Law Review ( <i>in Japanese</i> )	Yusuke MURAKAMI
143	Future Prospects of the University of Tokyo Law Review ( <i>in Japanese</i> )	Kentaro MATSUBARA
<hr/>		
146	Previous Articles (vol.1~vol.9) ( <i>in Japanese</i> )	
<hr/>		
153	Editor's Comments ( <i>in Japanese</i> )	



## 第 10 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビューが、記念すべき第 10 巻の刊行を迎えた。誠に慶賀すべきことである。

第 10 巻には法科大学院学生から 13 編の応募があり、学生を中心とした編集委員会による厳正な審査に基づき、その中から 2 編採録された。これに加えて、教員から 4 編の投稿があった。多忙きわまりない勉学生活を送りながら自主的な研究を進め、論文を執筆して投稿した多くの学生諸君、そしてアメリカとは異なり、学生主体の編集チームにかかる一流法律雑誌という伝統の全くない環境の中で着実な発行を支えてきた歴代の編集委員の皆さんのご努力に、心より敬意を表したい。

しかしもとより、アメリカでも、ローレビューは最初から現在のように重要な意味を持った刊行物であったわけではない。第 11 代アメリカ連邦最高裁長官 Charles Evans Hughes (1862-1948) は、イェール・ロージャーナルの第 50 巻巻頭言で、かつての先輩判事 Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) に関する想い出として、あるとき法廷で弁護士がローレビューに掲載されたケースノートを用いたのに対して、Holmes が「それは work of boys に過ぎない」と言ってたしなめたことを伝えている。「彼 (=Holmes) は、自分が判決意見の中で述べたことを、学生が褒めて、それは『法の正しいステイトメントである』などと言うのは、いくら何でも行き過ぎだと考えたのである」。このエピソードは 1910 年頃ないしそれ以後のことと思われるので、学生の編集によるローレビューの先駆けであるハーバード・ローレビューの創刊以後すでに約四半世紀を経ていたことになる。

しかしこれに続けて Hughes は、その後良いローレビューのケースノートや論文に対する評価が如実に高まったことを強調し、そして、いまや慎重な判事ならば、難件に直面したとき、その問題がローレビューで議論されていないかまずチェックすると言っても過言ではない、とすら述べている (50 Yale L.J. 737 (1941))。すなわちアメリカでも、大学のローレビューがその真価を認められるためには、数十年の長きを要したわけである。

東京大学法科大学院ローレビューが、今後 10 年、20 年の間にいかなる発展を遂げるかは、ひとえに著者及び編集委員としてそれを担う学生諸君の努力にかかっている。本研究科としては可能な限りのサポートを続けていきたいと考えているので、皆さまにもこれまで以上に多くのご支援をお願いしたい。

2015 年 8 月

東京大学大学院法学政治学研究科長

西 川 洋 一

東京大学法科大学院ローレビュー第10巻には、投稿締切日である2015年3月9日までに、13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10期編集委員会は、掲載論稿として2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10期編集委員会

# ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み

2014年4月入学

佐野文彦

- I. 問題の所在
- 1 はじめに
  - 2 ストーカー行為罪の問題
  - 3 問題の明確化
    - (1) 第1の問題
    - (2) 第2の問題
    - (3) 第3の問題
  - 4 本稿の目的とその考察方針
- II. ドイツにおけるストーキング処罰の概略
- 1 はじめに
  - 2 成立要件概観
  - 3 ドイツ刑法 238 条に要求される構成要件的结果
    - (1) はじめに
    - (2) 構成要件的结果
  - 4 獲得された知見と日本法への示唆
    - (1) 実質的被害論
    - (2) 総合的被害の要求
- III. 日本法再考 1 —— 解釈論的考察
- 1 検討対象 1 —— ストーカー行為罪の構造
    - (1) 処罰根拠の解明
    - (2) 個別行為の危険性 —— 「不安方法」の構造上の位置づけ
    - (3) まとめ
  - 2 検討対象 2 —— 「不安方法」の内実
- IV. 日本法再考 2 —— 立法論的課題
- 1 はじめに
  - 2 IIIから導かれる立法論的課題
    - (1) 問題の所在
    - (2) 問題点及び改正すべき点
    - (3) 小括
  - 3 IIIより波及する立法論的課題
    - (1) 問題の所在
    - (2) 解決の道筋
    - (3) 小括
- V. おわりに
- I. 問題の所在
- 1 はじめに
- 女子大学生が元交際相手から悪質なストーキング<sup>1)</sup>を受けていたにもかかわらず、警察の早期介入がなされず、同女の殺害という結末を迎えた桶川ストーカー事件から、はや16年が経つ。同事件を契機として2000年に

1) 以下、ストーカー規制法2条2項で定義される「ストーカー行為」と区別するために、社会現象としてのストーカー行為は全て「ストーキング」と記すこととする。

「ストーカー行為等の規制等に関する法律」(以下「ストーカー規制法」)が制定され、ストーキングに対する法的規制が大幅に拡張されることとなった。同法制定後ストーカー事案の認知も飛躍的に高まり、平成26年度のストーカー事案認知件数は22,823件と法施行後最多数を記録しており<sup>2)</sup>、同法の重要性は日を追うごとに増しているのが現状である。

もともと、同法制定までは民事不介入・刑法の謙抑性から「金銭・男女間・家庭内トラブルの3つには……、私人間の関係に介入して、結果的に国民の基本的な人権を侵害することを懸念して警察は積極的に対応がとりにくかった」とされている<sup>3)</sup>ことから分かるように、定義が難しく<sup>4)</sup>且つ「軽犯罪法以上、刑法未満」<sup>5)</sup>と解されてきたストーキングに対して国家刑罰権による規制を加えることについては、様々な解釈論上・立法論上の困難が生じているのが現状である<sup>6)</sup>。

## 2 ストーカー行為罪の問題

国家刑罰権による規制という観点からストーカー規制法を見ると、同法は、警告及びその違反による禁止命令等の発付という手続を前提とした禁止命令等違反罪(14条<sup>7)</sup>、15条)と、「ストーカー行為」に該当すれば直ちに成立するストーカー行為罪(13条)という2つの犯罪類型を設けている。

刑罰には最も峻厳な法的制裁として私人の自由を制約する側面があるところ、刑罰権の過剰な行使は避けられるべきであり、特に上述の性質を有するストーキングに対しては処罰範囲の明確且つ適切な限定が必要となる。しかしながら、ストーカー行為罪には禁止命令等違反罪と比べて法文上の限定が少ない点が注目される。例えば、禁止命令等違反罪は、上記手続に加えて、警告・禁止命令等の発付において3条違反行為、すなわち「つきまとい等」<sup>8)</sup>をして被害者に対して現実に「身

2) <https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/seianki26STDV.pdf> (2015年9月3日最終閲覧)。

3) 大谷實監修『有斐閣リブレNo.42 わかりやすいストーカー規制法』10頁(有斐閣、2002)、瀬川晃「ストーキングと刑事規制」産大法学34巻3号112頁、114頁(2000)。

4) 瀬川・前掲注3)114頁。

5) 大谷・前掲注3)9頁。

6) 制定直後より、立法の拙速性を指摘するもの(岡田久美子「ストーカー行為等規制法」法セミ550号61頁、63頁(2000)等)や、「議員や官僚の立法起案能力に対する深刻な疑問を感じざるを得ない」とまで批判するもの(原田保「ストーカー規制法の問題点」愛知学院大学論叢法学研究43巻1号131頁、158頁(2002)が発表されたように、その規制の在り方については厳しい批判が向けられていた。

また同法については、現在に至るまで法改正及び運用の明確化が数多く行われている。近時のものを指摘するならば、2014年8月にもその在り方に関する有識者検討会報告書が出されている。同検討会を、以下「有識者検討会」と略す(議事要旨については：<https://www.npa.go.jp/seisaku/index.htm>、報告書については：<https://www.npa.go.jp/safetylife/seianki/stalker/report/report.pdf>) (2015年9月3日最終閲覧)。

7) 以下、特に条文名の記載がない場合は、ストーカー規制法の条文を指すものとする。

8) 「つきまとい等」は以下の要件を充足した場合に成立する(2条1項)。すなわち、

①特定の人への好意感情又はその不充足への怨恨感情の充足を目的として、

②当該特定の人、又は特定の人と社会生活において密接な関係を有する者に対して、

③2条1項1号～8号所定のいずれかの行為をすること

1号行為：つきまとい、待ち伏せし、進路に立ちふさがり、住居等(住居、勤務先、学校その他その通常所在する場所)の付近で見張りをし、又は住居等に押し掛ける

2号行為：その行動を監視していると思わせる事項を告げ、又はその知りうる状態に置く

3号行為：面会・交際その他義務のないことを行うよう要求する

4号行為：著しく粗野又は乱暴な言動をする

5号行為：電話をかけても何も告げず、又は拒まれたにもかかわらず、連続して電話をかけ、ファクシミリ装置を用いて送信し、若しくは電子メールを送信する

6号行為：汚物、動物の死体その他の著しく不快又は嫌悪の情を催させるような物を送付し、又はその知りうる状態におく

7号行為：その名誉を害する事項を告げ、又はその知りうる状態におく

8号行為：その性的羞恥心を害する事項を告げ、若しくはその知りうる状態におき、又はその性的羞恥心を

体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安」を覚えさせることが必要となっている。これに対し、ストーカー行為罪は、何ら事前の行政手続等を踏まずとも、そして被害者が上記不安を現実に加えなくとも、成立しうる。2条2項によれば、「ストーカー行為」は原則として「つきまとい等」が「反復」されれば成立し、「つきまとい等」が1号～4号行為によってなされる場合に限って、それらが体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法（以下「不安方法」）によらなければならないという限定が付されているだけである。

両者を比較すると、ストーカー行為罪の処罰範囲は適切に限定されているのか、そして限定されているとすればそれはいかなる判断過程を経て限定されるものであるのか、という問題が立ち現れる<sup>9)</sup>。

### 3 問題の明確化

このストーカー行為罪の処罰範囲の限定という問題意識は、以下のように3つに具体化される。

#### (1) 第1の問題

第1の問題は、5号～8号行為については、それが複数回行われれば、常に直罰規定たる13条の適用を受け、直ちに国家刑罰権の発動を受けるのかという問題である。例えば、相手方から拒絶された後にメールを連続して相手方に送り、間隔をあけて同様にメールを連続して相手方に送った場合(5号後段行為)や、名誉や性的羞恥心を害する事項を含む文

面を2度相手方に送信した場合(7号行為・8号行為)、直ちに国家刑罰権の発動を受けるのだろうか。ここで5号～8号行為が複数回行われたとしても常にストーカー行為罪が成立する訳ではないとするならば、それは一体いかなる見地から制限され、その制限が条文上いかなる文言の解釈から導かれるのかという問題が成立する。

5号～8号行為を「反復」すれば「ストーカー行為」が成立すると条文上されていることからすれば、以上の問題点への解答を与えるためには「反復」要件の意味・意義を明らかにすることが重要であり、そのためにはストーカー行為罪全体の構造を明らかにすることが有益であるように思われる。

#### (2) 第2の問題

第2の問題は、処罰範囲の数少ない限定たる「不安方法」が5号～8号行為には要求されていない点はいかなる見地から正当化されるのかという問題である。上記の例を用いて述べるならば、相手方から拒絶された後にメールを連続して相手方に送る行為や、名誉や性的羞恥心を害する事項を相手方に告げる行為は、直ちに「ストーカー行為」を構成する「つきまとい等」に該当する。これに対し、非義務行為(例えば恋愛関係の修復)を口頭で要求する行為(3号行為)や相手方を待ち伏せする行為(1号行為)が「ストーカー行為」を構成しうる「つきまとい等」と評価されるためには不安方法が要求されている。

この両者の区別は合理的であろうか、そして合理的であるのならばいかなる見地から説明され、正当化されるのだろうか。特に5号後段行為については、メール等の電子通信手段が日常生活においても頻繁に利用されるも

害する文書や図画その他の物を送付し、若しくはその知りうる状態におく

なお、5号行為につき、「拒まれたにもかかわらず、連続して電話をかけ、ファクシミリ装置を用いて送信し、若しくは電子メールを送信する」行為は、正確には「5号後半行為」というべきであるが、一般的な呼称に従い、「5号後段行為」と記述する。「5号前段行為」についても同様。

9) 禁止命令等違反罪も、行政処分違反に対する処罰という側面を有しており、行政法と刑事法の交錯する分野の1つとして興味深い研究対象ではある。しかしながら、上述のように成立要件には多くの限定が課されており、問題となりうるのはむしろその性質や手続であるのだから、処罰範囲の適切な限定という見地からは、直罰規定たるストーカー行為罪の成立要件を検討することの重要性の方が高いように思われる。そこで、本稿では禁止命令等違反罪の検討は割愛したい。もっとも、後述するように、警告・禁止命令が想定する不安と、不安方法の想定する不安の内実は同一であるため、不安方法の確定に関する後述の検討は、警告・禁止命令等の発行要件の検討にも有用である。

のであることから、区別の合理性が問題になりえよう。また、仮に第1の問題に対して、5号～8号行為は複数回行えば常に直罰規定の適用を受けるのだという解答を与えるのならば、この区別の合理性はより一層問題となる。

この問題に解答を与えるためには、「不安方法」が要求されている趣旨に遡ってストーカー行為罪の構造を明らかにすることが重要である。

### (3) 第3の問題

第3の問題は、処罰範囲の限定要素たる「不安方法」の内実はいかに判断されるものなのかという問題である。ストーカー行為罪の処罰範囲の限定という見地からは、同罪に課された数少ない条文上の明示的限定である「不安方法」には重要な意義が認められるはずである。

しかしながら、いかにして「不安方法」を判断すべきであるのか、という1号～4号行為がストーカー行為を構成しうるか否かを決する問題について、解釈指針を示す文献は調査した限り存在しない。この点における具体的な測定基準を明らかにせず個々の事案の解決を図れば、犯罪の成立要件並びに範囲を過度に不明確にすると共に、ひいては「不安方法」という要件が設けられた趣旨自体を没却するおそれがある。

このように、条文上課された限定である「不安方法」は、いかにして判断されるものであるのかという問題が成立する。

## 4 本稿の目的と考察方針

以上より、ストーカー行為罪の処罰範囲の適切な限定という問題意識から、ストーカー行為罪全体の構造並びにその重要部分たる

「反復」及び「不安方法」の内実を解き明かすことによって、3において指摘した諸問題に一定の解答を与えることを本稿の目的としたい。

考察の順番としては、まず、問題を検討するための知見を得るために、諸外国の法制度、中でもドイツ法を参照し(Ⅱ)、次に、そこで得られた知見も基にしながら、上記問題に対してストーカー規制法の解釈を通じて検討を深めることとする(Ⅲ)。また、解釈により明らかとなった立法論的課題や、議論の波及する立法論的課題についても付言することとしたい(Ⅳ)。

## Ⅱ. ドイツにおけるストーキング 処罰の概略

### 1 はじめに

1980年代にアメリカで社会問題として一般的に議論されるようになったストーキング<sup>10)</sup>については、現在諸外国で処罰規定が設けられている。本稿は中でも2007年と比較的近時に<sup>11)</sup>制定されたドイツ刑法238条を参照する。これは、同規定の構造が理論的に比較的明瞭であって、処罰規定の構造そのものを解き明かす必要のある日本法の問題を解決するにあたって有用であると考えられるからである。

もっとも、同条の全内容につき紹介をすることは冗長に過ぎるきらいがあるため、ここでは成立要件を概観した上で、特にⅢでの検討で必要になる部分のみ紹介したい<sup>12)</sup>。

### 2 成立要件概観

238条1項の「つきまとい」(Nachstellung)

10) Vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., 2013, § 238 Rn.3.

11) アメリカでは1990年のカリフォルニア州を嚆矢として1995年までにメーン州を除く全ての州とコロンビア特別区においてストーキング対策の特別法が制定され、イギリスでは1997年にProtection from Harassment Act 1997が制定された。またベルギーでは1998年、オランダでは2000年、オーストリアでは2006年に刑法典上にストーキングに対する犯罪構成要件が定められた。参照、齋藤純子「ドイツのストーキング対策立法——『暴力保護法』と『つきまとい処罰法』」外国の立法233号98頁, 121頁(2007)。

12) なお、紹介にあたっては、基本的にFischer, a.a.O.(Anm.10)を参照し、適宜、Johannes Wessels, Strafrecht Besonderer Teil/1, 31. Aufl., 2007, 齋藤・前掲注11)や、嘉門優「ドイツにおけるストーカー行為処罰規定の新設について」國學院法學45巻4号67頁(2008)を参照した。

は、他人に対して、

①つきまとうこと

②①によってその者の生活形成を重大に侵害すること

③①が無権限に<sup>13)</sup>なされること

が充足された時に成立する。

そして、①つきまとうことは、

(i)以下に掲げるいずれかの行為をすること

1号行為：空間的近くに行くこと

2号行為：接触を試みること

3号行為：個人情報不正使用により、注文をしたり、第三者をして接触させたりすること<sup>14)</sup>

4号行為：相手方又は近い人の、生命、身体の完全性、健康、自由の侵害を内容とする脅迫を行うこと

5号行為：以上の行為に相当するその他の行為を行うこと<sup>15)</sup>

(ii)(i)を執拗になすこと

の二つが充足された時に成立する。

なお、238条1項に定めるつきまといは(条件付)親告罪であると規定されているが、4項但書により、特別な公共の利益が認められ

る場合<sup>16)</sup>には、職権により刑事訴追がなされることもある。また、加重規定が2項及び3項に設けられている。

### 3 ドイツ刑法 238 条に要求される構成要件の結果

#### (1) はじめに

処罰範囲限定の見地からして、ドイツにおけるストーキング規制には、①行為態様が具体的に1号～4号に摘示されているにもかかわらず、受血的構成要件が5号に規定されていること、②危険犯・適性犯ではなく侵害犯として規定されていること、③目的要件ではなく無権限要件を設けることで、恋愛関係以外のストーカー事案も適用対象としていること、といった特徴が見受けられる。

全て重要な特徴ではあるが、ここではⅢでの検討で特に重要である②の特徴について見ることとする。

#### (2) 構成要件の結果

238条は構成要件の結果として「生活形成の重大な侵害」を要求しており<sup>17)</sup>、オーストリアの規定<sup>18)</sup>とは違って侵害犯として規

13) 「無権限」については、報道の自由との関係で特に議論されており、ジャーナリストの職務活動を保護するため刑法193条(侮辱罪の適用除外)の準用等を規定すべきだという批判もあったが、ジャーナリストによる執拗なつきまといが被害者の基本権を侵害し、それによって被害者の生活形成が重大に侵害されるならば、もはや保護の対象にはならない等の理由から、報道の自由だけを特別に配慮する規定は置かれなかった。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.28.

14) 条文の和訳は基本的に、齋藤・前掲11)120頁によったが、3項の末尾(Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen)につき同論文では「第三者にその人に接触させようとする」となっていた。しかし、正確には「第三者にその人に接触させること」が正しいと思われる。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.15cも「第三者によるただの未遂だけでは既遂にはならない;むしろ接触を「行う」こと、つまりコミュニケーション行為が(少なくとも一方に)到達することが必要である」としている。

15) 具体的に5号行為が何を把握するのかという点には議論があり、連邦参議院草案の根拠に挙げられた事例は1号～4号や他の条文によって把握されているという理由から、5号の必要性自体に疑問を呈する見解もある(Wessels, a.a.O.(Anm.12), Rn.369e)。もっともFischerは以下のような事例が5号行為では把握されているとする(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.17): 第三者に対して被害者又はその近い者だと主張すること、名誉を毀損するような被害者に対する容疑の根拠に至るような偽造の痕跡を残すこと、無権限で或は権限をもってなされた被害者を晒し者にするような写真撮影、新聞の死亡広告欄に被害者の名前を載せること、インターネットのフォーラム等に品位を落とすような記入をすること、2号に該当しない範囲で花等を被害者の自動車等の上に置き去りにすること、可罰的又は社会的に容認できない事実の公表をもって脅迫すること、被害者と交友関係にあるグループの監視、個人情報や習慣等を探り出すこと、私立探偵に監視や模索を委託すること、自殺による脅迫、被害者について隠れて隣人や職場の同僚に探りをいれるような調査報道等。

16) 利害関係人の範囲を超えた法的平和(der Rechtsfrieden)に関する重大な行為や、被害者が恐怖や脅迫によって申立を断念したり行為者の影響によって告訴を取り下げたりする場合を想定しているとされる。Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.38.

17) この点に関連して同条の保護法益に関して様々な理解が存在している。238条が刑法典第18章に位置づけられていることから、238条の「つきまとい」は、広い意味での人の自由に対して向けられていると解することが

定されているが、これは、危険犯として規定することが明確性の原則に鑑みて妥当でない<sup>19)</sup>と判断されたからである<sup>19)</sup>。

この成立要件は「生活形成」、「侵害」、「侵害の重大性」の3つである。

「生活形成」とは生活の客観的外面的形成を意味するため、その侵害は、日常の経過・活動・計画等における個々の重要な決定に作用を及ぼすものである必要があり、被害者が主観的に有害に感じるだけでは構成要件の結果は成立しない<sup>20)</sup>。

また、生活形成の「侵害」は、被害者がその意思に反して生活形成に関する制限や変更を行った場合、又はそれらが被害者の意思無しに、若しくは意思に反して第三者によって行われた場合に、成立する<sup>21)</sup>。

そして問題になるのは、どれほどの侵害があれば「重大な」侵害であると認定できるかである。この点につき立法者は、「具体的文脈において、重要で深刻で重大だとされる侵害であり、そのような侵害は、標準的で通常甘受されうる不当な侵害を、著しく且つ客観化可能な程度に越えたもの」が「重大な侵害」であるとしたとされる<sup>22)</sup>。もっとも、合理的な第三者が重大な侵害だと自覚するか否かは重要ではなく、具体的な被害者の自由の範囲の侵害が問題になるとされる<sup>23)</sup>。

重大な侵害の例としては、別の町への転居、仕事を変えたりやめたりすること、休暇

活動の重要な部分の中止、名前や住所の変更、偽名の宛名での住所にしたり偽名で仕事を行ったりすることで通常社会的に連絡可能である状態をやめること等が挙げられる一方、重大でない侵害の例としては、留守番電話に入れた注文(3号行為)、電話番号やメールアドレスの変更、通常の一日の経過における些細な延期や変更、確定した休暇活動の一時的な断念等が挙げられている<sup>24)</sup>。もっとも、重大でない複数の侵害の累積によっても、重大な侵害が認められうる<sup>25)</sup>とされる。

#### 4 獲得された知見と日本法への示唆

以上、ドイツにおけるストーカー処罰の一端を紹介したが、日本法における問題点との関係では、ここから得られる以下の2つの知見が重要となる。

##### (1) 実質的被害論

###### a 獲得された知見

ドイツにおいてまず見受けられるのは、実行行為によって惹起される実質的被害との関係で処罰範囲を確定するというアプローチ(いわば実質的被害論)である。構成要件的结果として生活形成の重大な侵害という具体的な侵害結果を設けた上で、238条1項5号に受血的構成要件(Auffang-Tatbestand)が設けられていること<sup>26)</sup>、同項1号～4号が

---

できるが、連邦議会報告書によれば、238条は「個人の生活領域」(individueller Lebensbereich)を保護しているとされる(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.2)。これに対して、同条は「個人的／人格的生活形成の自由」(die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung)を保護しているとする見解(Wessels, a.a.O.(Anm.12), Rn.369a)や、「恐れからの自由」(Freisein vor Furcht)を保護しているとする見解・「個人の法的平穩」(individueller Rechtsfrieden)を保護しているとする見解(嘉門・前掲注12)88頁、89頁)も存在する。

18) オーストリアでは刑法107a条がストーカー処罰を規定しており、同条1項で「ある者に権限なく執拗につきまとう者(2項)は、1年以下の自由刑に処する」と規定した上で、2項で「ある者に執拗につきまとう者とは、その者の生活形成を不当に侵害するのに適した形で、次の各号のいずれかに掲げる行為を長期間継続するものである」としている(四條北斗「漸次犯」という概念について——ストーキングという構成要件と実行行為——」東北学院法学73号256頁、245頁(2012)、下線は筆者による)。なお、オーストリア刑法107a条には、ドイツ刑法238条1項5号のような受血的構成要件は設けられていない。

19) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.21.

20) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.22.

21) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.22.

22) 嘉門・前掲注12)84頁。

23) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.24.

24) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.23,24.

25) Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.24.

26) 現に同規定は、現実のストーカー行為の多様性から、全ての行為態様を具体的に規定することが困難であ

比較的抽象的な文言を用いて規定されている<sup>27)</sup>こと、また取材の自由であっても被害者の生活形成の重大な侵害をもたらす活動であれば基本的に保護に値しないとといった議論がなされていること<sup>28)</sup>等に鑑みれば、実質的被害を基本的視点として同一被害をもたらす行為態様につき網羅的に規制対象とするアプローチが採られていると解することができよう。

いかなる種類の行為態様であっても、同じ可罰的な結果ないし危険をもたらす行為であれば原則的に同等の国家刑罰権の対象となるべきである反面、実質的被害を觀念することなしに、内実の不明確な理由のみで国家刑罰権が発動することは避けるべきであることからすれば、上記アプローチは実質面として支持することができよう。

#### b 日本法への示唆

以上のように実質的被害との関係で処罰範囲を網羅的に把握していく思考枠組は、ストーカー行為罪そのものの構造を明らかにする必要がある日本法における考察において示唆的であるように思われる。

確かに日本法は、受血的構成要件を設けず且つ2条1項1号～8号で比較的具体的な文言をもって行為態様を規定してはいるものの、多種多様な行為態様を列挙していることも事実であり、現行法で把握できていない行為態様に対する関心は有識者検討会等においても高かった。また、ストーカー行為罪の成立要件には目的要件が存在しているが、立法

論上の疑義を指摘する文献も数多くあり、有識者検討会においても改正を望む声が多く存在していた<sup>29)</sup>。

以上の点に鑑みれば、実質的被害を基本的視点として網羅的に規制対象をおく姿勢を日本法に認めることも合理的であろう。その上で規制範囲に関して、行為態様の限定や目的要件等が、別個の観点からの更なる処罰範囲の限定として存在していると捉えるべきであろう。

### (2) 総合的被害の要求

#### a 獲得された知見

実質的被害論が見受けられるドイツ法において更に注目されるべき点は、同法が、全体を構成する個別行為により惹起される被害ではなく、ストーキング全体によって惹起される被害（以下「総合的被害」）に着目しているという点である。すなわちドイツ刑法238条は、無権限に執拗に1項1号～5号の行為をなすことで生活形成の重大な侵害という結果を発生させた者に対して刑罰権が発動する旨を規定しており、個々の行為の惹起する被害ではなく全体として惹起される被害に着目しているのである。この姿勢は特に、重大でない侵害の累積によってでも「生活形成の重大な侵害」が認められるとされている点に見受けられよう。

このように総合的被害に着目するという姿勢は英米においても基本的に見受けられるところであって、一層注目に値するように思われる<sup>30)</sup>。

ること、また技術的發展により生じうる新たなストーカー行為を規制する必要があること等の考慮から設けられたとされる。嘉門・前掲注12)82頁。

27) 例えば、ドイツ刑法238条1項1号は「相手方への空間的接近」、同項2号は「接触を試みること」と規定している。

28) 前掲注13)を参照。

29) 瀬川・前掲3)122頁、中川正浩「ストーカー規制法の検討」警察学論集62巻6号20頁、38頁以下(2009)、木村光江「児童買春等処罰法、ストーカー規制法、DV防止法の運用状況と課題」東京都立大学法学会雑誌117頁、142頁(2002)、園田寿「ストーカー——規制法の成立とその背景——」法教239号2頁、3頁(2000)。なお、有識者検討会については、前掲注6)参照。

30) 本稿では本格的な紹介は差し控えたが、アメリカやイギリスにおいても同様の思考枠組が取られていると思われるため、ここで紹介を行っておく。

アメリカにおけるストーカー規制は州によって異なるが、1993年に作成されたA Model Anti-Stalking Code for Statesは、“Any person who: (a) purposefully engages in a course of conduct directed at a specific person that would cause a reasonable person to fear bodily injury to himself or herself or a member of his or her immediate family or to fear the death of himself or herself or a member of his or her immediate family; (b) has knowledge or should have knowledge that the specific person will be placed in reasonable fear of bodily injury to himself or herself or a member

**b 日本法への示唆**

以上のように全体として惹起される被害に処罰根拠を求める姿勢は、そもそもの処罰根拠を含めストーカー行為罪の構造を明らかにすべき日本法の考察にあたっても有用であるように思われる。特に日本法が、ドイツ法のように具体的侵害結果を総合的被害として明文で要求することはせず、むしろ逆に一部の個別行為に「不安方法」という限定をかけていることからすれば、対比により得られるものも大きいと考えられる。

**Ⅲ. 日本法再考 1 —— 解釈論的考察**

**1 検討対象 1 —— ストーカー行為罪の構造**

**(1) 処罰根拠の解明**

**a 「反復」要件の実質的解釈**

**(a) 実質的被害への着目**

それでは、まず第1の問題、すなわち5号～8号行為が複数回行われれば常に直罰規定の適用を受けるのかという問題から取り組みたい。前述のように「同一の者に対し、つきまとい等（中略）を反復してすること」が、

直罰規定の適用を受けるストーカー行為と定義されていることから、一見すると常に適用を受けるという解答になりそうである。

しかしながら、そのような解答は「反復して」という文言を、形式的に「2回以上」と解釈することを前提としているが、そのような解釈に従うならば、「つきまとい等」を1回行い、その1年後に「つきまとい等」を1回行ったとしても、それが必ずストーカー行為を構成することになり、解釈として無理があるように思われる。従って、「反復して」という文言には、「複数回」以上の意味が含まれていると解するべきであろう。

実際、最高裁もこの理解に整合的な判決を出している。最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁は、「ストーカー規制法2条2項では「反復して」と定められているが、何をもって「反復して」と評価するのか明らかではなく、同条項の「反復して」という文言は不明確であって、憲法31条に違反する」という主張に対して、「ストーカー規制法2条2項にいう「反復して」の文言は、つきまとい等を行った期間、回数等に照らし、おのずから明らかとなるものであり、不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠くものである」と判断している。ここで注目すべき

of his or her immediate family; and (c) whose acts induce fear in the specific person of bodily injury to himself or a member of his or her immediate family or induce fear in the specific person of the death of himself or herself or a member of his or her immediate family; is guilty of stalking”としている。具体的要件については州によって異なるが、基本的に“a course of conduct”が一定の重大な恐怖 (fear) を惹起する場合に処罰されるという思考枠組については共通しているように思われる (<https://www.victimsofcrime.org/our-programs/stalking-resource-center/stalking-laws/criminal-stalking-laws-by-state> (2015年9月3日最終閲覧))。

次にイギリスにおけるストーカー規制であるが、イギリスは1997年に「嫌がらせ防止法」(Protection from Harassment Act 1997)によって、ストーカーを含めた「嫌がらせ」一般について刑罰規定を設けた。そこでは2条で“A person who pursues a course of conduct in breach of section 1 is guilty of an offence”とした上で、1条1項で“A person must not pursue a course of conduct- (a) which amounts to harassment of another, and (b) which he knows or ought to know amounts to harassment of the other”としている。ここでも“a course of conduct”が「嫌がらせ」に達する (amount to harassment) 場合に処罰するとされていることから明らかなように、総合的被害が要求されている。

なお、英米のストーカー規制を紹介する日本語の文献としては、中川正浩「いわゆる「ストーカー問題」管見——英米における「ストーキング防止法」の概要について——」警察政策研究2号108頁(1998)、藤田尚「ストーカー犯罪の実体と将来の課題——ストーカー規制法成立後の現状と問題点について——」中央大学大学院研究年報36号201頁(2006)等がある。アメリカのストーカー規制を紹介する英語の文献としては、Amy C. Radosevic, *Thwarting the stalker: Are anti-stalking measures keeping pace with today's stalker?*, 2000 U.Ill L. Rev. 1371 (2000) 等。イギリスのストーカー規制に関する、バリスタによる詳細な紹介として、Paul Infield and Graham Platford, *THE LAW OF HARASSMENT AND STALKING*, (2000)。また、イギリスでは2012年に、一定の重大な「嫌がらせ」行為については刑を加重する規定を加える等の改正を行っており、その紹介としてはJudith Gowland, *Protection from Harassment Act 1997: The 'New' Stalking Offences*, 77.5 *The Journal of Criminal Law* 387 (2013)、河島太朗「短信」月刊版外国の立法254-1号29頁(2013)。

なのは、最高裁が期間及び回数等を判断基底としながら「反復」を解釈しているということであり、これはすなわち、一回一回の行為の間の期間が長ければ、より多くの回数の行為が、ストーカー行為の成立のために要求されることを意味していると解するのが合理的であろう。

それでは、期間や回数等を判断基底に「反復」要件を判断するとして、いかなる基準で同要件は判断されるべきであるか。「つきまとい等」を「反復」することが基本的な可罰性を基礎付けていることからすれば、この実質的観点を明らかにするためには、ストーカー行為罪の処罰根拠に遡る必要がある。そして、II 4 (1)での検討を踏まえれば、ここではストーカー行為により惹起される実質的被害に着目することが必要となろう。

#### (b) 総合的被害への着目

それでは、ストーカー行為の処罰根拠は、いかなる実質的被害に求められるのだろうか。

そもそも、なぜストーカー行為の可罰性が争われていたかと言えば、社会現象としてのストーキングは、一つ一つの行為に分断してそれらを個別に観察するといずれも可罰的でないという意味において「刑法未満」<sup>31)</sup>とされてきたからであった。しかしながら、そ

れらを合わせた行為が全体として被害者を苦しませているという現実に対する社会的認知が、「軽犯罪法以上」であるストーカー行為の処罰の要請を基礎付けているのである<sup>32)</sup>。そうであるならば、そのような要請が存在する限度において国家刑罰権の発動が必要とされ且つ許容されることになろう。すなわち、複数の行為全体によって惹起される被害としての総合的被害に着目し、一定の総合的被害に達する程度に「反復された」場合にストーカー行為が成立し、国家刑罰権が発動すると捉えるのが自然と言えよう<sup>33)</sup>。

以上の観点から上記最判を解釈するならば、ストーカー行為罪の成立のためには、一定の総合的被害が要求されているからこそ、各々の行為の間の期間の長さが回数と関連するのだと説明されることになる。すなわち、短期間に複数回「つきまとい等」が行われた場合には、2回目の行為が「1回目の行為から間髪いれずに行われた「つきまとい等」という意味を持ち、行為全体により惹起される被害が大きくなるのに対して、2回の間があまりにも時間的にかけ離れている場合には、2回目の行為の時点で1回目の行為の影響は非常に小さくなっていることから、短期間で行われた場合と同程度の被害に至るまでには、更なる回数の「つきまとい等」が必要

31) 大谷・前掲注 3)9 頁。また、ドイツでも「重大なストーカー行為の場合であれば……当然に従来の刑法典上の犯罪規定により対処しうが、いわゆる「軽いストーカー行為 (milder Stalking)」つまり電話をかけることといった、個々の行為自体は社会的に相当で、刑罰的には中立的な行為の場合には対応できない」という点が認識されていた (嘉門・前掲注 12)74 頁)。

32) 「相手方を絶望的に不安に陥れる行為は、無限にあります。しかし、個別に取りだせばその多くが犯罪ではありません。ところが、その反復継続が、被害者の平穏な生活を決定的に狂わせるのです。」(大谷・前掲注 3)9 頁)。

イギリスにも類似の議論がある。「……個々の出来事 (individual incidents) に着目することによって、『ほとんどのストーカー被害者が苦しむ苦難の全体像』 (totality of the ordeal suffered by most stalking victims) が見過ごされてしまう。これは、一つ一つの個々の出来事よりもむしろ『全体としての』振る舞い (the behaviour 'as a whole') が苦悩をもたらしているとしばしば明確に述べるストーカー被害者の個人的体験談を読むことで裏付けられる。行動の全体像という点と密接に関連するのは、行動の執拗な性質 (the persistent nature) である。執拗さはストーカーの振る舞いの顕著な特徴の一つであり、多くの被害者にとっては、分離してみた一つ一つの行動よりも、むしろ常に注目してなければならないという性質が苦悩を与えるものである。その行動が『一度きり』以上のものであると被害者に一度でも明らかになった途端、次の出来事がいつ起こるか不確かであるということが、その出来事自体と同程度に苦痛を与えるのである。」Judith Gowland, *supra* note 30, at 389, 下線は筆者による。

33) 同様の考えは、ドイツの漸次犯概念を日本のストーカー規制法にも適用しようとする考え (四條・前掲注 18) にも見受けられる。この考えは、ストーキングに対する構成要件の特殊性は「次第に既遂に接近する行為の反復」によって実現されることにあり、それ自体軽微な法益侵害性しか持たない複数の行為が一体となって当罰的な違法行為を形成していると捉えた上で、ストーカー行為の成立のためには、「反復して」とあるので最低 2 回の行為が必要になるが、常に 2 回の行為で十分という訳ではなく、用いられる行為の強度や個別の行為の時間的連関によっては、更に多くの行為がなされて初めて当罰の程度に達することもあり得るとする。

となるのであろう。

現に同判決の調査官解説も、「社会通念に照らせば、通常人であれば自分のしようとしているつきまとい等をどの程度繰り返せば、相手に恐怖、不安、苦痛等を与え、相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害することになるかについて常識的に判断することができるように思われる」としており<sup>34)</sup>、「反復」という文言に、一定の総合的被害に達する程度に反復するという意味が込められているという理解と整合的であるように思われる。

## b 総合的被害の内実

### (a) 内実を解き明かす必要性

以上のように、ストーカー行為により惹起される実質的被害としての総合的被害を基準に「反復」要件を判断すべきであるとして、ここにいう総合的被害の内実は何であろうか。上記理解からは、一定の総合的被害への到達が処罰を基礎付けていることになることから、この問題は、ストーカー行為罪の処罰根拠の内実はいかなるものかという問題や、ストーカー行為罪の保護法益の内実は何であるのかという問題に接近する。

確かにストーキング自体、必ずしも確立した定義を持たないような把握困難なものであり<sup>35)</sup>、その処罰規定の保護法益を把握するのも非常に困難である<sup>36)</sup>。総合的被害の要請を暗黙の前提としていると見られるテキストをみても、多くの場合、その内実は明らか

とされていない<sup>37)</sup>。しかしながら、この点を不明確にしたままで個別解釈を行えば、成立要件を不明確にし、総合的被害が要求される趣旨を没却するおそれがあることから、内実を明らかにする必要がある。

### (b) 「生活の安全と平穩」への着目

まず、ストーカー行為罪の保護法益が、不特定多数人の安心感のような、法益としての適格性の疑わしい社会的法益ではなく、個人的法益であると正当に解されていることからして<sup>38)</sup>、個人的法益に関する被害であるということは前提とできよう。

この点につき、ストーカー規制法の目的規定(1条)において「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穩に資すること」が同法の目的とされていることから、ストーカー行為罪の保護法益を「個人の身体(生命を含む)、自由、名誉および生活の平穩」とする見解がある<sup>39)</sup>。確かに同罪は究極的にはこれらの権利利益を保護するものであるかもしれないが、その侵害ないしその危険の発生を総合的被害とすることは非常に漠然としていて、その内実を更に明らかにする必要がある。

また、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止」という目的が、「ストーカー行為等が凶悪な犯罪等にエスカレートする可能性を未然に防止する」<sup>40)</sup>という目的であると解されていることからすれば、

34) 山田耕司「判解」曹時 57 巻 12 号 312 頁, 323 頁 (2005)。

35) 瀬川・前掲注 3)114 頁。

36) 嘉門・前掲注 12)88 頁。

37) 前述のように、前掲・最判平成 15 年 12 月 11 日はストーカー行為罪について「……中でも相手方に対する法益侵害が重大で、刑罰による抑制が必要な場合に限って、相手方の処罰意思に基づき刑罰を科すこととした」と述べているものの、その重大な「法益侵害」の内実は明らかとされていない。また、江見健一「ストーカー規制法 2 条 1 項 5 号の連続して電話をかける等の行為について」研修 696 号 87 頁, 93 頁 (2006) は、「つきまとい等の反復性は、当該行為が行政措置相当性を越えて当罰性を有することを根拠づける要件である」とするが、その「当罰性」の内実は明確ではない。なお四條北斗「ストーキングに対する構成要件の正当化ないし正統性について—— Kristian Kühl の見解を中心に——」東北学院法学 75 号 137 頁, 140 頁 (2014) は、社会一般の安心感のような社会的法益を保護法益と解することは法益としての適格性が疑わしいという点、実質的に被害者の個人的な「安心感」という感情を保護することになりかねないことについて注意が必要となる点を指摘している。

38) 「……「単純に個人に帰するものではない社会的法益」とは何を指すのであろうか。それが社会一般の安心感のようなものとして理解されるのであれば、それに対しては、『国民の生活の平穩』が不特定多数人の生命・身体・自由等の危険に還元されない『安心感』であるとすれば、その法益としての適格性は疑わしく、これを保護しようとする法律は象徴立法に墮するおそれがある」との指摘が妥当しよう(四條・前掲注 37)140 頁)。

39) 瀬川・前掲注 3)117 頁。

40) 檜垣重臣『ストーカー規制法解説〔改訂版〕』9 頁(立花書房, 2006)、大谷・前掲注 3)8 頁。

これらはストーカー行為それ自体により直接的にもたらされる被害を捉えていないということになる。そして、エスカレート後の行為がストーカー行為時点で予定されているとは必ずしも言えず、あくまでも別個の意思決定に基づく後続行為により生じる可能性があるにすぎない被害を総合的被害の内実として捉えることは、広範且つ漠然に過ぎるように思われる<sup>41)</sup>。

以上からすれば、実質的被害としては、「生活の安全と平穏」に対する侵害ないしその危険の発生を捉えることが明確な処罰範囲の限定という見地からは支持されよう。

### (c) 更なる具体化

もともと「生活の安全と平穏」の内実も明らかではない。これを最も緩やかに解するのであれば、主観的感情としての平穏ないし安心感といったものを意味していると捉えることになる<sup>42)</sup>。しかしながら、主観的な安心感等の保護がストーカー行為罪の処罰根拠を基礎付けていると解するのは、広範且つ不明確に過ぎるといふ実質面もさながら<sup>43)</sup>、解釈論上も難しいと思われる。

例えば6号行為について考えると、ある日突然動物の死体を住居に送りつけられた場合、それが仮にたった1回限りの行為であったとしても、被害者としては、えも言われぬ恐怖・不安・苦痛を味わうことになるであろう。しかしながら、ストーカー規制法においては、この1回の行為だけでは国家刑罰権は発動しない。このように被害者の心的平穏を

乱すような行為であったとしてもそれだけではストーカー行為罪としての処罰根拠を基礎付けられないという評価がなされているのである。

以上の理解の一端は、前掲・最判平成15年12月11日の調査官解説にも見られる。前述のように同解説は「通常人であれば自分のしよとしてしているつきまとい等をどの程度繰り返せば、相手に恐怖、不安、苦痛等を与え、相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害することになるかについて常識的に判断することができる」としている。ここでは総合的被害として、単なる主観的感情としての平穏の侵害に止まらず、それによって「相手方の行動等を制約するなどして相手の法益を侵害する」という具体的影響が発生することを要求しているのである。

それでは、この「相手の法益」の「侵害」とは何を意味するのだろうか。これは以下のように解するべきであろう。そもそも、かつてストーカー行為が可罰的と解されてこなかったのは、人間関係においてまま生じる主観的感情の変化には国家刑罰権は介入すべきではないところ、ストーカー行為による被害も、ただの「恋人間のもめごと」や「人間関係のトラブル」にすぎないと考えられてきたからであった<sup>44)</sup>。しかしながら、不安感を覚えさせる行為が、1回限りではなくまさに「反復」されることによって、単なる不安感の惹起を越えて、被害者が自らの生活を安全且つ平穏に形成していくことを困難にしてい

41) この点に関して『つきまとい等』と『個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生』という結果との関係が明確でない以上、処罰を必要とする程度に達しているのかの基準を見出すことができない。実際の侵害を生む行為、もしくは侵害を発生する危険ある行為のみを規制し、しかも処罰すべき実質があるかどうかを段階的に判断することを要請する刑法の理念、犯罪論の思考方法に照らして、問題があることは明らかである」という見解がある（金澤真理『刑法の基本理念から見たストーカー規制』法と民主主義483号50頁、52頁（2013））が、本稿に記したように、そのような不明確且つ関連性が十分に認められない危害の発生を実質的被害として捉えるべきではなく、他の被害を捉えるべきだという結論が望ましく思われる。

42) 現にそのように解するものとして橋本裕蔵『ストーカー行為等規制法の解説』11頁（一橋出版、2001）。また嘉門・前掲注12)68頁も同旨と思われる（「人々の安全、安心感の保護が「刑法」という手段によって行われることが目指されている」）。

43) この点については以下の批判が妥当でしょう。「しかし、周囲に不安を抱かせるとしても、単に奇異であるだけで、実際には害を及ぼすことがない行為を処罰することはできない。それ故、国家が刑罰権を発動させる実質的な理由を、惹きおこされ得る害に結びつけて説明することが必要とされる」金澤・前掲注41)51頁。

44) 「……『痴情のもつれ』などとして、家庭内の問題として片づけられてきました。」「その被害の深刻さは『男女間のもめごと』などと過小評価されがちです。」長谷川京子ほか『ストーカー 被害に悩むあなたにできること—リスクと法的対処—』8頁、3頁（日本加除出版、2014）。

るという社会実態<sup>45)</sup>の認知こそが、ストーカー行為独自の当罰性・可罰性を基礎付けるようになったのである。ドイツで刑法238条が制定された背景にもストーキングが「(筆者注：被害者の)それまでの生活を破壊するものである」という認識が存在した<sup>46)</sup>。

以上の検討<sup>47)</sup>からすれば、被害者個人の日常生活を安全且つ平穩に形成していく権利ないし利益に対する被害を実質的被害と解するべきである。そのような被害をもたらす程度に「反復」することがまさにストーカー行為独自の当罰性・可罰性を基礎付けているのであって、これが「反復」要件の設けられた趣旨と解することができる。

それでは、総合的被害としてはいかなる程度の被害が観念されるか。以上を前提とすれば、日常生活を安全且つ平穩に形成する権利ないし利益という意味における「日常生活の形成」に対する侵害ないしその危険が観念されることになる。もっとも、ドイツ刑法238条等とは異なり、具体的侵害結果が明文として書かれていない以上、ドイツのような侵害犯としてではなく危険犯として構成されることになる。すなわち総合的被害としては、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する侵害という法益侵害の危険の発生を観念するべきであるということになるのである。

## (2) 個別行為の危険性——「不安方法」の構造上の位置づけ

### a 日本法の特徴

前項で述べたように、ストーカー行為罪に相当する諸外国の処罰規定は総合的被害を要求しているが、そこでは全体を構成する個々の行為について被害惹起等は要求されていない。総合的被害の惹起が処罰根拠であるとするならば、それを構成する個別の行為について被害や行為の危険性等を認定する必要はなく、一連のストーカー行為全体としての被害発生のみを検討すれば必要十分であるはずである。

しかしながら、日本法を見ると、1号～4号行為は不安方法、すなわち「身体の安全、住居などの平穩若しくは名誉が害され、または行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」によって行われなければ、ストーカー行為を構成する行為とは評価されないと条文上明示されている。ここでは、ストーカー行為を構成する個別行為の危険性<sup>48)</sup>に着目した処罰範囲の限定がなされているのである。

### b 「不安方法」の位置づけ

#### (a) 「不安方法」を要求する必要性

それでは、なぜ日本法においては個別行為の危険性が一部に要求されるのか。実質的被害との関係では必ずしも必要でないことからすれば、これは更なる処罰範囲の限定として別個の観点から加えられた制約であると解するのが合理的である<sup>49)</sup>。

45) 「……被害者が生活する領域に向けたストーキングは私生活への侵入であり、被害者が容易に逃げ出せないだけに、脅威と不安は被害者を追い込み、耐えがたい状況をもたらします。被害者は、ひっきりなしになる自宅の電話の音に追い込まれ、ちょっとした物音におびえたり些細な変化にも不審を感じて不安になり、尾行や待ち伏せが恐くて外に出られなくなります。不安から逃れるには、自力で引越しをし、勤務先を替え、あるいは学校を休み、相手の知らない場所に身を隠すしかなくなります…私生活への不気味な接近は、安全の上に成り立っている人の生活を根底から揺さぶる脅威なのです。」長谷川ほか・前掲注44)3頁。また前掲注32)に引用したテキストも以上の理解と整合的である。

46) 「被害者側から見ると、ストーキングは、それまでの生活を破壊するものである。付き添いがなければ外出できなくなったり、住居や仕事を変えなければならなくなることもある。個々の行為だけではなく、ストーキング全体として及ぼす影響を見る必要もあるだろう。」齋藤・前掲注11)100頁。

47) 以上のような総合的被害の捉え方に関する議論は、ドイツにおける保護法益論における議論に類似している。参照、前掲注17)。

48) 規定の文言からして、これは当該行為により惹起される被害としての危険ではなく、行為それ自体の危険性を捉えているというべきであろう。同旨、高森高徳「研修の現場から」研修681号83頁、88頁(2005)。

49) 高森・前掲注48)88頁が「立法論としては、不安方法を要件とすることには疑問がある」とするのは、処罰根拠とは関係がないという意味において賛同できよう。もっとも、後述するような理解からすれば立法論として

すなわち、各々一つ一つの行為自体は可罰的でないがその反復継続によって被害者の生活形成を侵害するストーカー行為に刑罰を科すことには、立法上多くの問題が含まれていたが、その中の大きな問題の一つとして、私人の行動の自由等の基本的人権を著しく制約してしまうのではないかという点が挙げられていた<sup>50)</sup>。この点を重要視するならば、ある行為について可罰的行為と評価することだけではなく、可罰的行為を構成しうる行為と評価することも、私人の行動の自由に対する萎縮等を生じさせることからして、行動の自由等として保護すべき行為については可罰的行為を構成しうる行為からも除外する必要性があるということになる。換言すれば、刑罰の最も峻厳たる法的制裁としての側面から導かれる刑法の謙抑性の観点からして、一定以上の要保護性を持った行動等についてはストーカー行為を構成しうる行為としても評価することはできないという政策的判断に基づき、個別行為の危険性が要求されることになると説明することができる。

#### (b) 「不安方法」を要求する合理性

なお、以上のように政策的要素を持つ理由から個別行為の危険性が要求されるのであるならば、諸外国の処罰規定は個別行為に着目しないにもかかわらず、日本においてのみ要求することは妥当な政策的判断であるのかという疑問が生じうる。確かに、例えばドイツを見ると、ドイツ刑法 238 条は個別行為の性質を検討せずとも生活形成の重大な侵害を全体として惹起すれば処罰されうるとしているのであって、個別行為に着目していないということについての批判はあまり見受けられな

い。

しかしながら、総合的被害の内実として検討した通り、日本法の特徴は、ストーカー行為罪が日常生活を安全且つ平穩に形成していく利益ないし権利の侵害犯ではなく危険犯として構成されるところにある。すなわち、ドイツにおいては生活形成の重大な侵害という具体的な侵害結果の惹起が要求されていたのであり、全体として惹起の要求される被害は比較的重大で比較的明確であるのに対して、日本法では危険犯として構成されることから総合的に要求される被害内容が比較的不明瞭であるという問題がある<sup>51)</sup>。このような総合的被害の特徴に鑑みれば、日本法においては個別行為の危険性に注目するという立場も、刑法の謙抑性の観点から妥当であると評価することができよう。

#### c 1号～4号行為と5号～8号行為との 区別

##### (a) 立案担当者の説明から導かれる理解

以上により個別行為の危険性を要求することが必要且つ合理的であることは明らかとなったが、それではなぜ1号～4号行為についてのみ「不安方法」が要求されているのであろうか。

この点については、「第5号から第8号に掲げる行為については、その行為自体が、社会通念上、相手方の身体的安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるものと評価できるものであるが、第1号から第4号に掲げる行為については、通常人をして、相手方の身体的安全、住居等の平穩若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不

非合理的であるとまでは言えないだろう。

50) 「われわれは、だれかに手紙を書き、街中を散歩し、好きなときに立ち止まる自由があります。それをいつでも好きなときに行う自由もあります。好きな人の行きつけの店なら、だれもが知りたいと思うでしょう。片想いの相手に一方的に愛を告白するのも自由です……つきまとい等の行為を広く規制すると、本来国民に認められた様々な基本的人権までも規制してしまうおそれがあります。」(大谷・前掲注 3)9頁)。

51) 前述のように、ドイツ刑法 238 条が侵害犯として規定されたのは、危険犯として構成することが明確性の原則に鑑みて妥当でないと判断されたからである。

なお、アメリカの A Model Anti-Stalking Code for States は、傷害や死亡といった生命身体に対する侵害の不安を通常人に対して惹起する危険性を要求しているし、それに加え被害者本人がそのような不安を抱くことを要求している(前掲注 30))。また、イギリス法は確かに harassment という不明瞭な総合的被害を要求しているが、Protection from Harassment Act 1997 の 1 条 3 項において、“in the particular circumstances the pursuit of the course of conduct was reasonable” といった場合等について適用除外を設けており、実質的にはここにおいて行為者の行動の自由との調整が図られていると思われる。

安を覚えさせるとまでは評価できないことから」1号～4号行為に限って限定が付されたのだという説明がなされている<sup>52)</sup>。これは5号～8号行為は「不安方法」を充足するので敢えて「不安方法」を要求するまでもないという説明である。

しかしながら、この理解には問題があるように思われる。まず条文の解釈の問題として、明示的に条文が全ての号行為ではなく1号～4号行為に限って不安方法を課しているにもかかわらず、その点を没却するように解釈することには抵抗があり得よう。加えて5号～8号行為が常に「不安方法」を充足する訳ではない。例えば5号行為を例にとると、発信者番号を通知しない形で（非通知設定で）、いわゆるワン切りの形で電話がかけられた場合、相手方においては間違い電話を疑うことも通常であり、常に不安方法を充足する訳ではない。また、拒絶したにもかかわらずメールを二度送信されたとしても、従前の事情如何によっては常に不安方法が充足される訳ではない。

従って、上記説明では1号～4号行為との区別につき合理的説明ができていないと言えないだろう<sup>53)</sup>。

#### (b) 「不安方法」の位置づけから導かれる理解

そこで「不安方法」が要求される理由に立ち返って検討すると以下のように説明することができよう。

前項で論じたように、個々の行為についての危険性は、処罰根拠たる総合的被害との関係ではなく、あくまでも行為者の行動の自由等との調整という意味において要求されているにすぎない。そうだとするならば、萎縮等

を通じて行為者の行動の自由等を過度に制約してしまうおそれがある行為類型については、一定の重大な危険性を要求し、そうではない行為類型については、より軽微な危険性で足りるとすることも、立法政策として許容されうるように思われる。そして、比較的間々行われる行為類型については萎縮を回避する必要性が大きいと言えることから、そのような類型を1号～4号行為に割り振り、一定の重大な危険性として不安方法を要求することで、不安方法によらない1号～4号行為という萎縮を回避する必要性の大きい行為を、可罰的行為たるストーカー行為を構成しうる行為から除外しているのだと評価することができよう。

この観点から1号～4号行為と5号～8号行為を考察してみると、前者につき可罰的行為を構成しうる行為と評価するよりも後者につき可罰的行為を構成しうる行為と評価する方が、行動の自由の萎縮等の基本的人権の過度な制約は比較的生じにくいと考えられる。例えば3号行為（非義務行為の要求）について、関係終了を告げられた者が相手方にその場で関係修復を求める行為は全て可罰的行為を構成しうる行為になるという評価を与えることは、著しく行動の自由等を萎縮させるものであろう。これに対して、汚物や動物の死体を送りつける行為（6号行為）が全て可罰的行為を構成しうる行為であるという評価を与えることについては、同様の議論は妥当しないだろう<sup>54)</sup>。

以上のように、処罰根拠としてではなく、私人の行動の自由等との調整という観点から個別行為の危険性が要求されていると考えれば、1号～4号行為と5号～8号行為との「不

52) 檜垣・前掲注40)22頁, 23頁。

53) 上記批判に対しては、上記趣旨に鑑みて5号～8号行為を、「不安方法を充足する方法でなされた」5号～8号行為と解釈すればよいという再反論が想定される。例えば5号後段行為を「(不安方法を充足する程度に)連続して」架電等を行う行為と限定解釈すればよい(江見・前掲注37)93頁に同旨)という再反論である。しかしながら、それは5号後段行為の解釈について再反論になったとしても、例えば無言電話(5号前段行為)について言えば、「不安方法を充足する方法で」という限定を読み込む文言すらなく、解釈論上の限界があるように思われ、この意味において上記理解を貫徹することは難しいと思われる。

54) 5号前段行為(無言電話)についても同様のことが言えよう。また、7号行為や8号行為についても、それを公に言えば名誉毀損に該当しうる行為であって、それと同内容を相手方に告げること一般を、可罰的行為を構成しうる行為と評価したとしても、私人の自由の過度な制約となるとは思われない。もっとも、5号後段行為については疑義があり得る。IV 2参照。

均衡」も原則として正当化されるだろう（第2の問題への解答）。また、不安方法の認定にあたっては、相手方に知られることのないように行為者が「つきまとい等」を行ったとしても、相手方が当該行為を認識した場合に不安方法にいう不安を抱くか否かで判断すべきという裁判例<sup>55)</sup>がある。これも、実質的被害との関係ではなく行為者の行動の自由等との調整の観点から「つきまとい等」が要求されているという本稿の理解からすれば、問題なく説明がつくだろう。

### (3) まとめ

#### a 本稿のアプローチについて

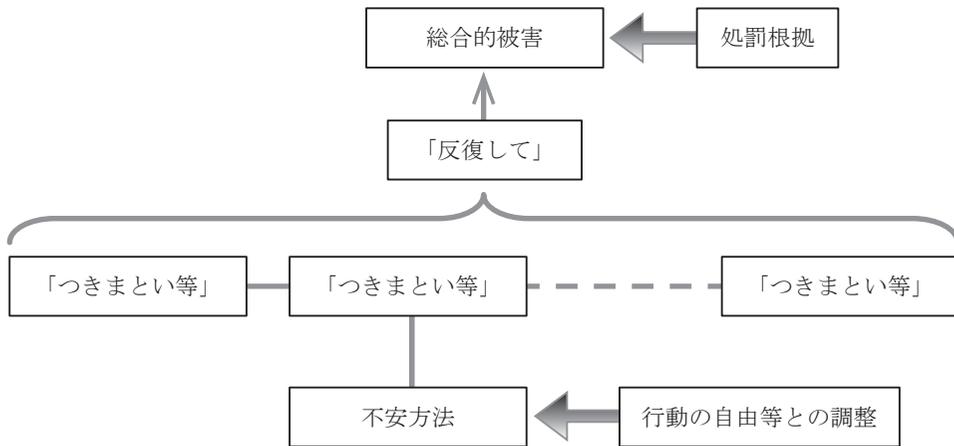
以上の検討をまとめるならば、各号行為の解釈を経て明らかとなった行為態様につき、私人の行動の自由との調整の観点から一定の

行為には不安方法の限定をかけた<sup>56)</sup>上で、それらの行為全体による総合的被害が、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する侵害という法益侵害の危険の発生に達する程度に「反復」<sup>57)</sup>されたと評価できる場合には、国家刑罰権が発動することになる。

以上を前提とすれば、ストーカー行為罪には、①「つきまとい等」の各号行為の解釈、②各々の行為により惹起される個別行為の危険性、③行為全体により惹起される総合的被害、という3つの観点からの処罰範囲の限定が付されていると理解できる。

そして本稿のアプローチは①～③の処罰範囲限定の契機を自覚的に区分し、特に②及び③によって処罰範囲の限定をかけるアプロー

(図表1)



55) 東京高判平成24年1月18日研修791号15頁。

56) もっとも、不安方法を満たさない1号～4号行為が行われても、そのような行為が行われたという事実自体は、その後行われた「つきまとい等」により惹起される危険ないし不安の判断にあたって、従前の事情の一つとして考慮されうることになるのだから、不安方法を要求することが私人の行動の自由との調整という役割を果たしているのかという疑義は確かに存在する。しかしながら、可罰的行為を構成しうる行為として「その行為は犯罪である」と評価されることによりもたらされる萎縮を防ぐという役割は果たしていること、また、ストーカー行為が成立するためには最低でも2回の行為は必要であるのだから、不安方法を満たさない1号～4号行為がストーカー行為を構成しないとすることは処罰範囲の限定という役割も果たしていることからすれば、不安方法が要求される意義は存在すると思われる。

57) なお、「反復」について、これは①同一号に定める同一行為の繰り返しを指すのか、②同一号に定める同一類型行為の繰り返しをさすのか（以上、限定説）、③号に関係なく「つきまとい等」の繰り返しを指す（非限定説）のかという議論が存在し、最決平成17年11月25日刑集59巻9号1819頁は、特段の理由を付すことなく非限定説を採用した。本稿の理解からすれば、どの号行為によって行われようとも上記総合的被害に達する程度に「反復」されれば、それはストーカー行為としての可罰性を基礎付けることから、非限定説を採用することが合理的といえ、その意味において同決定は支持することができる。

ちだと評価することができる。①の各号行為の解釈は、ストーカー行為罪の成立要件以外にも重要性を持つ解釈であって、①の各号行為の限定的解釈は直罰規定たるストーカー行為罪の範囲の限定だけでなく、4条・5条の警告・禁止命令等の発付要件の限定としての役割も果たすことになる。上述のように両者の性質は異なること等からすれば、処罰範囲の限定の契機は自覚的に区分されるべきであろう。そして警告・禁止命令等の発付主体たる行政が、それらの発付にあたって判例を参照するにしても、判例が①～③のどの観点から処罰範囲を限定しているのかにつき留意する必要がある。

**b ストーカー行為罪の構造から導かれる処罰範囲の限定**

**(a) 総合的被害との関係での限定**

以上に加えて、ストーカー行為罪の構造からは、ストーカー行為罪の成立範囲には解釈論上限定が加えられることになる。

まず総合的被害が要求される帰結として、5号～8号行為による「つきまとい等」を2回行ったとしても、必ずしもストーカー行為罪は成立しないことになる。例えば、連絡を拒絶された者が複数回架電ないしメールする行為と、やや時間的間隔を開けた上で複数回架電ないしメールする行為とは、それぞれ常に、条文上ストーカー行為を構成しうる「つきまとい等」に該当する<sup>58)</sup>。しかしながら、その2回の行為によって必ずしも「反復」要件が満たされる訳ではないため「ストーカー行為」と認定できる訳ではない。その会話内容や文面、頻度、架電先、時間的間隔、連絡の拒絶を受けるに至った経緯等の諸事情を考察することによって、日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利に対する危険が生じていると判断できる場合に限り、直罰

規定の適用を受けることになる(第1の問題への解答)。

また、ストーカー行為を構成しうる個々の行為の認定にあたっては、上記総合的被害との関係を意識しながら認定を行う必要がある。例えば、5号後段行為に関係して、被害者不在時の架電、着信拒否状態への架電、勤務先への架電については、これまで積極的な理由が付されることなく、「被害者が認識しうる状態においたと評価できること」で足りるとされたり、「了知し得べき場所になされれば足りる」とされたりしてきた<sup>59)</sup>。これについては、ストーカー行為を構成する個々の行為も上記総合的被害の発生に寄与する危険性を有するべきであるという判断に基づいていると評価することができよう。そのような理解からは、被害者が認識しうる状態においたとは評価できない場合<sup>60)</sup>等には、ストーカー行為を構成する5号後段行為は成立しないことになる。

**(b) 不安方法の要求される趣旨から導かれる限定**

次に不安方法が1号～4号行為に限りて要求される趣旨からも限定が導かれる。すなわち、不安方法が5号～8号行為には要求されていないのは、5号～8号行為については全て可罰的行為を構成しうる行為と評価したとしても、私人の有する行動の自由等について過度の制約を加えないという判断がなされたからであった。この点からすれば、各号行為の要件自体は、この趣旨を没却しないように厳格に解釈されるべきであることになる。例えば5号後段行為について言えば、「拒まれたにもかかわらず」という文言は「拒まれていることが通常人をして推知させる状態であるにもかかわらず」というように緩和して解釈されるべきではなく、相手方からの拒絶の

58) もっとも、IV 2で指摘するように、本稿は、そもそもこれらの行為が常にストーカー行為を構成しうる「つきまとい等」に該当するという条文自体に問題があると考え、法改正が望まれる部分であると考え。しかしながら、そのような法改正が行われなくとも、総合的被害による処罰範囲の限定が存在しているのだ、というのがここでの主張である。

59) 北島孝久「ストーカー行為等の規制等に関する法律違反の各種事例と判決、関連する法律上の問題点」研修644号3頁(2002)、東京高判平成15年3月5日法時80巻5号105頁、東京高判平成15年3月26日裁判所HP参照(平成14(う)2811号)。

60) 例えば着信履歴や受信履歴に残らないように着信/受信拒否をしていた場合等。

意思が行為者に対して明示されていることを必要とするべきである。相手方からの拒絶の意思表示の認識が、行為者の行動の自由の過度の制約を否定する根拠となるのであるから、緩和して解釈することは、少なくとも現行法上は慎まなければならない<sup>61)</sup>。

## 2 検討対象2 —— 「不安方法」の内実

### (1) 考察の指針

次に、ストーカー行為罪の構造の中でも重要な位置を占めている「不安方法」の内実についての考察に移りたい(第3の問題)。前述のように、「不安方法」とは「身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」のことを指し、3条との文言上の比較からも明らかなように、上記不安を相手方に覚えさせるか否かは一般人・通常人を基準に判断されることになる<sup>62)</sup>。

この「不安方法」の内実については以下のような方針で考察を進めるべきである。

すなわち、不安とは、将来的に何らかの法益が侵害されることの想起に伴う感情である。そして将来的な法益侵害は、当該行為によって惹起されるのではなく<sup>63)</sup>、行為者ないし第三者<sup>64)</sup>による第二行為によって行われることになる<sup>65)</sup>。一般人・通常人の立場からして当該第二行為が通常行われると評価できる場合には、そのような法益侵害が発生

するという不安を覚えさせる方法だと一般人・通常人の立場から評価することができよう。

従って、不安方法は、①いかなる法益侵害を伴う第二行為が想定できるかという想定法益侵害の確定を行った上で、②そのような第二行為は通常行われるという意味において想定法益侵害の現実化の通常性が認められる場合に、成立することになるだろう。例えば恋愛関係の修復を求める行為(3号行為)の反復が当然にストーカー行為を成立させる訳ではないのは、それによって想定される身体の安全等に関する法益侵害が通常現実化するとまでは当然には認定できないからであろう。

もともと、①の確定と②の認定とは相関してなされることになる。いかなる行為についてもあらゆる想定法益侵害を置くことはできるのであって、②で認定される可能性のある想定法益侵害に絞る作業が①の確定に内在していることは否定できない。そこで以下の検討においては、いかなる想定法益侵害が条文上設定されるかという点を②で検討した上で、③で具体的に1号～4号行為を考察することで、いかなる場合に不安方法が充足されるかを個別的に検討することとしたい。

### (2) 想定法益侵害の確定

#### a 条文上把握される想定法益侵害

条文上、不安方法は「身体の安全、住居等の平穏若しくは名誉が害され、又は行動の自由が著しく害される不安を覚えさせるような方法」とされているため、条文上把握される

61) 同様のことは6号～8号行為にも妥当する。例えば6号行為の「著しく不快又は嫌悪の情を催されるような物」も、同号行為が間々行われる行為類型を含まないように解釈されるべきであろう。

62) もっとも判断基準と判断基底とは異なり、一般人・通常人といっても、それは被害者のような状況に置かれた一般人・通常人を指す。大阪高判平成16年8月5日研修677号105頁が、ストーカー行為の相手方となったものをして通常その身体の安全等にいかなる危害を加えられるかもしれないという不安を覚えさせる方法により行われたか否かで決するべきとするのは、相手方のような状況に置かれた一般人・通常人がそのような不安を覚えるかどうかで決するという意味であろう。この意味において同判決は支持できる。

63) 当該行為により法益侵害が惹起されれば、現実的な法益侵害が発生している。そして、ストーカー規制法が把握している想定法益侵害に対応する現実的な法益侵害については、多くの場合、刑法上の犯罪が成立する。例えば身体の安全に危害を加える行為は暴行罪・傷害罪等を成立させ、名誉を害する事項を公開の掲示板等に書き込む行為は名誉毀損罪を成立させる。

64) 例えば「友人グループと共に監視をしている」旨を告知する場合は、その友人グループによる第二行為も想定されることになる。

65) 確かに第一行為自体でも法益侵害をもたらす場合はある(例えば名誉を害する事項の告知を人前でされた場合など)。しかしながら、それによって「不安を覚えさせる」ということは、当該行為以降の第二行為を想定していると考えるべきであろう。この点につき後掲注70)参照。

想定法益侵害は、身体の安全の侵害、住居等の平穩の侵害、名誉の侵害、行動の自由の著しい侵害に限定されている。すなわち、その他の法益の侵害に関する不安を覚えさせる方法であれば、それはストーカー規制法の規制対象ではないことになる<sup>66)</sup>。

ここで条文上注目し値するのは、行動の自由についてのみ、「著しい侵害」という重大な侵害に限っていることである。この点に着目し、以下「行動の自由の著しい侵害」について考察を行うことで、想定法益侵害の内実を明らかにしたい。

#### b 「行動の自由の著しい侵害」への着目

##### (a) 「侵害」の意味

まず問題になるのは、行動の自由の侵害がいかなる場合に発生するかであるが、このとき、行動の自由についての直接的物理的制約のみを「侵害」と捉えることは狭きに失するように思われる。

例えば、監視していると思わせるような事項を告げる2号行為について考えると、被害者がどこの駅から通勤し、何時ごろ何線に乗り換えたか、仕事が終わった後にどのような1日を過ごしたのかといった事項につき毎日被害者に告知するような場合、身体の安全や通常所在地の平穩を害する第二行為が通常発生するとまでは言えない<sup>67)</sup>上、直接的物理的制約を伴うような第二行為<sup>68)</sup>が通常発生するとまでも言えない。しかしながら、そのような告知を今後も受け続けるならば、被害者としては、外出や日々の生活活動につき萎縮せざるを得なくなるだろう<sup>69)</sup>。

このように、行動の自由は身体の安全等と異なり、被害者自身の意思に基づく行使・不

行使を観念できるものである以上、その想定される侵害についても、直接的物理的制約だけではなく、被害者による行動の自由の萎縮まで観念するべきであろう<sup>70)</sup>。

##### (b) 「著しい」の意義

行動の自由の侵害にはその萎縮も含まれるという特色に鑑みれば、行動の自由についてのみ条文上著しい侵害が要求されている理由について以下のように説明できる。

すなわち、社会において人間関係を構築するにあたっては、他者の言動によって自らの言動を自粛したり取りやめたりするようなことは、間々発生しうることであり、そのような萎縮は、行動の自由等が行為者の側に対して保障されることの帰結として、通常は国家刑罰権による保護が与えられるものではない。つまり、受け手の行動の自由がその者の行使・不行使に係る自由である以上、その萎縮をもたらすような行動は全て刑罰の対象とするというのは広範に過ぎるため、限定を行うべきだということになろう。

これをストーカー規制法に關係する事例によって述べるならば、例えば、ある芸能人に対して恋愛感情を抱くファンが、当該芸能人が現れるという噂のある飲食店において、当該芸能人を2度見張る行為は、当該芸能人がその飲食店を使いにくくなるという意味において行動の自由の萎縮をもたらす行為かもしれないが、それによって直ちに当該行為が刑罰の対象となるというのは過大であるということになる。

##### (c) 「著しい」の判断方法

以上により行動の自由の侵害について別個の考慮が必要であることは明らかとなった

66) 例えば被害者の財産に対する侵害等に関する不安は除外されることになる。

67) もちろんその告知と共に、被害者に対して加害を加えるような内容の告知等もあれば、話は別である。また、住居や職場等に関する内容の告知があっても、話は別である。

68) 例えば逮捕・監禁の行為。

69) このとき、萎縮をもたらすような第二行為が想定されるし、上記のような告知を継続的に受けていたならば、そのような第二行為が発生することの通常性も認められるだろう。

70) 確かに、行動の自由の萎縮をもたらす行為は、実行行為時点で被害者に萎縮させるものであって、将来的に萎縮が起きるのではないかという不安とは観念しにくい。しかしながら、行為時点で行動の自由が萎縮する行為については規制対象とならず、将来的に行動の自由が侵害されるおそれを抱かせる行為については規制対象となるというのは均衡を欠くだろう。そこで、行為時点で被害者の行動が萎縮する場合を考えると、通常そのように萎縮した心理状態はその後継続し、その後行動に移そうとした時にも萎縮状態は継続しているはずである。このように、行為時点で行動を萎縮させる行為は将来的にも萎縮を継続させる行為であるという意味において、将来行動の自由が侵害されるような不安を抱かせる行為でもありと評価できよう。

が、ここで次に、いかなる観点から「著しさ」が判断されるかが問題となる。この時、身体の安全・住居等の平穩・名誉の侵害と並べて、行動の自由の著しい侵害と掲げられている以上、それは身体の安全・住居等の平穩・名誉といった法益の侵害と同等の侵害である必要があるが、いかなる見地から「同等」と判断すべきかが問題となるのである。

ここで行動の自由の侵害との比較対象として、住居等の平穩の侵害を取り上げたい。住居等とは通常所在地を指す(2条1項1号)が、注目すべきは、同号の「見張り」行為について、通常所在地付近における「見張り」のみが規制対象とされており、主として住居等の平穩を侵害する行為として規定されていると判断できることである。

しかし、通常所在地以外の場所(例えば旅行先)における「見張り」についても、当該場所に行きにくくなるという意味において行動の自由を制約しうる行為であるにもかかわらず、このような「見張り」行為は規制対象となっていない。

ここでこの規制の区別の理由を考えると、これは日常生活を安全且つ平穩に形成するに当たっての重要さが異なるからではないかと思われる。すなわち、日常生活を安全且つ平穩に形成していくにあたっては、住居や職場等を変更することは非常に困難であり、その平穩については極めて高い重要性が認められるのに対して、旅行先や飲食店を変更することは、日常生活を形成するにあたっては相対的にその重要性が低いと言える。従って、後者のような行動の自由の変更を生じさせうるような行為は、ストーカー行為罪の保護法益ないし実質的被害に鑑みて当罰性が低いと解されることから、規制対象から除外されたということができよう。

すなわち、「見張り」行為について、住居等の平穩の侵害についてのみを想定法益侵害とし、通常所在地付近での行為のみを規制範囲とした理由は、それが日常生活の形成に当

たって重要な意味を持っているからだということが出来る。そして、同様の見地からして、身体の安全や名誉といった権利利益も日常生活の形成に当たって同等の重要性を持つものと評価することができよう。

このように、ストーカー規制法は日常生活の形成にとって重要な法益に関する危険の惹起について規制しているという理解を前提にすれば、行動の自由の侵害についても、日常生活の形成にあたって重要な意味を持つものに限って、想定法益侵害において把握されていると考えるべきだろう。すなわち、日常生活の形成という規範の見地からして、身体の安全・住居等の平穩・名誉といった法益の侵害と同等の侵害だという評価を与えられるものが、行動の自由の「著しい」制約であるということになる<sup>71)</sup>。

### c 小括

以上の検討をまとめるならば、ストーカー行為罪が日常生活を安全且つ平穩に形成する利益ないし権利を保護法益とするところ、そのような日常生活の形成という規範の見地から重要性が認められる法益侵害が将来的に発生するという不安を覚えさせるような方法が、1号～4号行為がストーカー行為を構成しうる行為と認めるに足るだけの危険性たる「不安方法」として把握されていることになる。

## (3) 想定法益侵害の現実化の通常性

### a 見取り図

それでは、いかなる場合に上記想定法益侵害が通常現実化すると一般人・通常人の立場から評価されることになるのだろうか。ここでは1号～4号行為につきIIでの紹介も踏まえながら、各号行為の定義及び特徴を明らかにした上で、各号行為ごとに現実化の通常性が認められる場合につき述べたい。もっとも、全ての行為態様につき文章にして記すことは煩雑に過ぎるきらいがあるため、まとめた図表をまずは添付することとし、特段紹介の必要なものに限って、その後に説明を付し

71) 前述の通り、ドイツにおける生活形成は、「生活の客観的外面的形成を意味する」とされ、その侵害は、「日常の経過・活動・計画等における個々の重要な決定に作用を及ぼすものである必要がある」とされていた。ドイツにおける議論を直輸入することは避けなければならないが、本稿で記した議論を基にするならば、基本的にドイツにおける上記理解が日本法においても妥当すると考えることに特段の問題はないように思われる。

(図表 2)

号	行為態様	定義	特徴	不安方法の認定
1号	つきまとい	敢えて定義すれば、「一定時間、相手方のそばを離れず付き従うこと」	相手方との空間的接近の継続。	「待ち伏せ」同様の判断枠組となる。もっとも、継続性のある行為態様であるため、「待ち伏せ」よりも不安方法を認定しやすい。
	待ち伏せ	「自らの気持ちを伝える意思・目的をもって、相手が来るのを待つこと」 もっとも、隠れて待つ必要・予期せぬ状況である必要はない。	相手方との直接的接触の意思を持った行動で、直接的に接触する可能性が高い。	時間・場所・行為態様・従前の事情等を総合考慮して不安方法の存否を決する。身体の安全や行動の自由の侵害が想定法益侵害として考えられる。
	立ちふさがり	敢えて定義すれば、「行く手をさえぎること」	物理的行為・威圧的態度と共になされることが多い。	身体への危害・物理的拘束の発生という不安の惹起のおそれ→身体の安全の侵害が想定法益侵害として考えられる。
	住居等付近の見張り	「住居等付近で一定時間継続的に動静を見守ること」	直接的接触の意思がなく、接触可能性は低い。	「住居等付近」に場所を絞っているため、住居等の平穩の侵害を想定法益侵害とする不安方法が認定しやすい。
	住居等への押し掛け	「相手方が拒絶し又は拒絶することが予想されるのに住居等へ行く行為」 もっとも在宅の必要はない。	住居等の平穩を直接的に害する行為でもある。	いつ将来的に住居等へ侵入してくるのか分からないという意味において、住居等の平穩の侵害が想定法益侵害として考えられる。
2号	監視事項の告知、又はその知りうる状態に置くこと	「監視している事実又は監視していないければ知り得ない事項を、相手方へ告知したり相手方が日常生活にて了知しうる状態に置くこと」	自らの知らぬ間に監視されていたという事実に関する被害者の認識を基礎付ける。	監視内容の私的さから、住居等の平穩等に関する不安惹起のおそれがある。また、複数時点での監視内容から、いつどこで見られているか分からないという不安を惹起し、行動の自由の著しい侵害に関する不安を惹起するおそれもある。
3号	非義務行為の要求	定義不要。正当な権利であっても当該権利を濫用すれば非義務行為の要求となる。	通常、私人には要求に対して拒否する自由があるため、不安惹起のおそれがあるとは限らない。	要求に際し、要求に従わなかった場合の法益侵害に関する示唆がなされることが多く、その点を捉えて不安方法を認定することができる場合が存在する。
4号	著しく粗野／乱暴な言動	前者：「相応の礼儀を守らない不躰な言動のうち一般人から見て放置できない程度に強度なもの」 後者：「不当に荒々しい言動」 もっとも被害者に直接向けられる必要はない。	被害者との直接的接触の必要がないとすると、様々な行為態様を包含することになるため、不安方法が認定できるか慎重に判断する必要がある。	<ul style="list-style-type: none"> <li>・暴行未満型：被害者に向けた言動。身体の安全が想定法益侵害となる。</li> <li>・住居等平穩侵害型：被害者の住居等付近での言動。例。住居前でクラクションを鳴らし続ける行為。</li> <li>・社会関係侵害型：被害者の関係者付近での言動。名誉侵害や行動の自由の著しい侵害に関する不安を惹起するおそれ。</li> </ul>

たい。

b 特段検討すべき各号行為別の解釈

(a) 1号行為——「待ち伏せ」行為

1号行為は、つきまとい・待ち伏せ・進路での立ちふさがり・住居等付近の見張り・住

居等への押し掛けを把握しているが、ここでは「待ち伏せ」行為に限って説明する。

・「待ち伏せ」の定義及び特徴

東京高判平成24年5月24日高等裁判所刑事裁判速報集(平24)号126頁は「待ち伏せ」

の意義につき、①行為者が隠れて待つ場合に限定する理由はなく、②相手方が予期せぬ場所や状況の下でなされる必要はないが、③相手方に対して話しかける、或は自己の姿を見せる等して、自らの気持ちを伝える意思ないし目的があることが必要であると解されるとした。③を要件とすることについては批判的な見解もある<sup>72)</sup>が、本稿は、以下のように「待ち伏せ」と「見張り」の区別という観点から、③を要求する判例を支持したい。

ストーカー規制法において、「待ち伏せ」はどこでなされても規制対象となるのに対し、「見張り」は住居等の通常所在地においてなされなければ規制対象とならない。その区別としては、相手方に話しかけたり自己の姿を見せたりする意思・目的(③)があれば、それは相手方との直接的接触の可能性を高めると同時に、直接的接触の意思も表われることになるため、その相手方において身体の安全を想定法益侵害とする不安を惹起しうることになり、そのような不安の惹起は、どの場所で行われようが同等に生じる<sup>73)</sup>。以上のように、ストーカー規制法の構造から③の要件が必要であると言える<sup>74)</sup>。

そして「待ち伏せ」と「見張り」には、日本語の意味としての隔たりがあり、「待ち伏

せ」には、相手方との接触等に関する主観的意思が要求されている<sup>75)</sup>ため、言葉の解釈の問題としても③を要求することは正当であろう。

#### ・不安方法による「待ち伏せ」行為

以上のように特徴付けられる「待ち伏せ」行為について、いかなる場合に不安方法を認めることができるか。

まず上記特徴からすれば身体の安全に関する不安方法が認定されやすい。その認定にあたっては、周囲にどれほど人がいるかという点に関連して時間や場所<sup>76)</sup>、危険性という観点から行為態様<sup>77)</sup>、そして従前の事情<sup>78)</sup>等が考慮されることになる。

そして、行動の自由を想定法益侵害とする事例も存在しうる。確かに、例えば前述の、好意の感情の相手方たる芸能人が訪れるという噂の飲食店に待ち伏せする行為だけでは、仮にその行為により行動が萎縮することがあっても当該飲食店に行くのを止めるという結果を生じるのみであって、日常生活の形成にとって重要な自由に関する不安は認められにくい。しかし当該飲食店だけでなく通勤中の電車や道路、旅行先といった種々の場所に出現することで<sup>79)</sup>、次に外出した時にも行為者が待ち伏せをしているのではないかとい

72) 滝谷英幸「判批」法時86巻4号124頁(2014)。

73) これに対して「見張り」は、ここで記した「待ち伏せ」の特徴を欠くことから、原則的に身体の安全に関する不安の惹起ではなく、住居等の平穏や行動の自由に関する不安の惹起が認められることになるため、日常生活の形成にとって重要性が認められる場合に限り成立するのが原則となり、住居等の通常所在地についてのみ規制対象となっていると説明できるだろう。

74) この判例については、1回目は相手方の行動パターンを把握し2回目で気持ちを伝えたときにはストーカー行為が成立しないのは不合理であり、③は要件とするべきではないという批判がある(滝谷・前掲注72))が、そのような事例では第一行為は「見張り」に該当する余地があり、その場合ストーカー行為が成立することになるように思われる。確かに通常所在地以外の場所での第一行為は、規制対象となる「見張り」ではない。しかし裏を返せば、通常所在地以外での「見張り」を「待ち伏せ」と構成し規制対象とすることは、「見張り」を通常所在地に限定して規制対象とした法の趣旨を没却することになるだろう。

75) 例えば、大辞林によれば、待ち伏せは「人を襲ったりするために隠れて待つこと」とされ、見張りは「見て番をすること」とされている(松村明編『大辞林〔第3版〕』(三省堂、2006))。また、広辞苑によれば、待ち伏せは「相手の不意をつかむために隠れていてその来るのを待つこと」、見張りについては「見張る ①……②あたりを注意深く見渡して番をする」とされている(新村出編『広辞苑〔第6版〕』(岩波書店、2008))。以上のように日本語としての言葉の意味からも、直接的接触の意思ないし目的が区別のメルクマールになっている。

76) 例えば人気のない夜道に待ち伏せされた場合の方が、人が大勢いる昼間の駅にて待ち伏せされた場合よりも、身体の安全に対する侵害行為の発生可能性は高まる。

77) 例えばナイフをちらつかせながら待ち伏せするような行為は、想定される第二行為が生命身体に対する侵害を加えるものであることを容易に想起させる。

78) 以前に警察に相談し警告が出されていたにもかかわらず待ち伏せされる場合や、脅迫的な異様の文面を受け取った後に待ち伏せされる場合には、想定法益侵害の現実化の通常性が認められやすいだろう。

79) なお、職場や住所等、日常生活の形成にとって重要な場所に待ち伏せされることについても、そのような

う恐怖から、およそ外出すること自体について通常萎縮するような場合、日常生活の形成にとって重要な法益の侵害が予想されるとして、行動の自由の著しい侵害の不安を認定することもできるだろう<sup>80)</sup>。

**(b) 3号行為——非義務行為の要求**

3号行為は、面会交際その他義務のないことを要求することを把握しているが、そもそも非義務行為の要求に対して私人には拒否する自由があり、何らかの重大な不安が惹起されるとは限らないところ、いかなる場合に不安方法が肯定されるのだろうか。

3号行為類似の規定として想起されるのは、「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、または暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、または権利の行使を妨害」する罪である強要罪（刑法 223 条）である。これと比較すると 3号行為は、行為態様の限定がなく、また実際に被害者が非義務行為を行う必要もない。こういった意味で強要未満の行為類型を 3号行為は把握するものと理解できる<sup>81)</sup>。

以上のように 3号行為の性質を理解するならば、非義務行為の要求について、相手方が断る自由を有しているにもかかわらず、不安方法が成立しうる場合があることも首肯しうる。すなわち、通常は非義務行為の要求に当たっては、当該要求に従わなかった場合の法益侵害を示唆するものが多いと思われる。その示唆は、明示的に法益侵害を示唆するものに限らず、黙示的な示唆も含まれる。例えば極めて威圧的な態度をとることによって、身体的安全等への侵害を示唆する場合や、職場の上司から職業上の利益／不利益が示唆される場合のように日常生活の形成にとって重要な行動の自由の侵害を示唆する場合がこれに

該当する。そして、これに対して、何等そういった事情が認められない中でただ非義務行為を要求する場合は、それ自体が他号行為を成立させる場合は当該規定により捕捉されることは当然であるが<sup>82)</sup>、それ以外は原則として不安方法を成立させないということになるだろう。

**3 まとめ**

以上、現行法につき相当程度に具体例を交えながら考察を行うことにより、処罰根拠としての総合的被害の存在及びその内実、そして私人の行動の自由等との調整としての「不安方法」の意義及びその内実を明らかにすることで、Ⅱで摘示した諸問題に対して一定の解釈論上の解答を提示することができたように思われる。以上のような具体的事実に基づく<sup>83)</sup> 条文に即した判断をもって、当罰性の高さや悪質性を論じることができれば、処罰範囲が主観的に不明瞭に拡張していくことは防げるのではないかと思われる。

**Ⅳ. 日本法再考 2 ——立法論的課題**

**1 はじめに**

Ⅲにおいては、現行法におけるストーカー行為罪の構造及びその重要部分たる「不安方法」の内実につき、解釈論上の考察を行った。もともと、こうして明らかとなった処罰範囲が、社会的事実としてのストーキングに鑑みて、妥当なものであるかについては別途の考慮を要する。

ストーカー行為罪の構造自体については、

重要な場所に行きにくくなるという萎縮の惹起を捉えて、行動の自由の著しい侵害の不安を認定することも可能であるが、その場合には、不安方法で行われた「通常所在地付近での見張り」も成立することになるだろう。

80) なお芸能人については、その職業の性質上、待ち伏せ行為に対する同意が認められやすい場合がある。すなわち不特定多数の第三者との接触ないし接近を目的とするイベント等において待ち伏せする者があったとしても、その待ち伏せ行為によって上記不安を覚える可能性は低く、原則としては不安方法が認められないという帰結になるだろう。

81) 安富潔「ストーカー行為等の規制に関する法律」捜査研究 607 号 17 頁, 18 頁 (2002)。

82) 例えば要求自体に性的羞恥心を害する事項の告知が含まれる場合は 8号行為で捕捉される。

83) 従って被害者や警察・検察としては、ストーカー行為罪の成立に向けた主張立証を目標とするならば、事細かに具体的事実について情報を収集・保全することが必要となる。

IIで挙げた諸外国とは異なる独自のものであることは否定できないが、それ自体に非合理性がある訳ではない。本稿のような理解からは十分に合理性をもって説明することができ、また、この構造に基づいて現行法が既に15年も運用されてきていることからすれば、当該構造それ自体について立法論上の批判を行う必要性及び合理性は低いだろう。

そこで、ストーカー行為罪の構造それ自体は前提とした上で、当該構造との関係での立法論上の問題につき付言することとしたい。

## 2 IIIから導かれる立法論的課題

### (1) 問題の所在

IIIにおける考察から明らかとなったのは、処罰根拠は総合的被害に求められ、行為者の行動の自由等との調整の観点から、一定のストーカー行為を構成しうる行為にも個別行為の危険性として不安方法が求められるという構造であった。

この構造自体に不合理な点はなく、また、総合的被害の内実としても、ドイツ刑法238条に対して、行為と結果との間の因果関係を明確に証明することが困難である点や、目的である被害者保護を有効に行う必要性の観点から結果要件は不要とすべきである点が指摘されている<sup>84)</sup>ことからして、危険犯として構成することに合理性が認められる。

もっとも問題となりうるのは、不安方法に関する問題である。本稿の理解からすれば、現行法は、行為者の行動の自由等への過度な制約を避ける必要性の高低に応じて、不安方法を要求する行為と要求しない行為とを区別している。このような区分自体の合理的説明に関してはIIIで展開したが、各々の行為の割り振り自体が適切であるかについては別途の考慮を要する。

### (2) 問題点及び改正すべき点

1号～4号行為につき不安方法が要求されるべきであることには異論がないように思われる。高校生が恋愛感情を抱く相手方に対してプレゼントを贈ろうと高校の廊下で待ち伏

せする行為(1号行為)、職場の同僚が好意の対象である相手方の服装を覚えて翌日その点につき話しかける行為(2号行為)、好意の対象である相手方を食事に誘う行為(3号行為)、職場の同僚から恋愛関係の解消を告げられた者が同じ職場の同僚である親友を相手に飲み屋で荒々しく又は粗野に愚痴を述べる行為(4号行為)といった諸行為が全て可罰的行為を構成しうる行為だと評価することは、行為者の行動の自由への過度な制約となるだろう。

5号～8号行為についてはどうか。既述のように6～8号行為については私人の自由の過度な制約とはならないが、ここで問題となるのは5号行為である。5号前段のような無言電話については過度な制約とならないが、考慮を要するのは5号後段である。確かに5号後段行為は、相手方の拒絶意思を自覚的に無視して相手方との接触を図り続けようとする行為であるが、これが一律に、可罰的行為を構成しうる行為と評価されるべきかどうかは別問題である。

例えば、恋愛関係にあった相手方から突然、交際関係の終了と共に今後の連絡を一切拒絶する旨のメールやSMSによる連絡があった場合に、それに対して、理由を問う等する旨の連絡を複数回行うことは間々ありうるものであって、それらを全て、可罰的行為を構成しうる行為と評価することは、私人の行動の自由を著しく萎縮させるものであるように思われる。ここにいう萎縮の問題は、非義務行為の要求全てを、可罰的行為を構成しうる行為と評価することによる萎縮と同様の問題であり、この点の均衡を欠くことは問題であると本稿は考える。メールやSMSといっても、必ずしも1回の送信内容に表現内容全てが込められる訳ではなく、一体となった表現内容を、近接した時間内に、複数回に分けて送信することもあるのであって、これを「相手方に拒まれたにもかかわらず連続して電子メールを送信」する行為であるとして、常に可罰的行為を構成しうる行為とは評価すべきではないだろう。

84) 嘉門・前掲注12)89頁。

特に5号後段行為は、かつては架電やファクシミリ送信行為に限定されていたが、法改正によりそれらとの事実としての類似性からメール送信行為も含むようになり、後述のように今後の法改正でSNSにおけるメッセージ送信行為も含む流れにあるのであって、電子通信手段一般を利用する行為へと拡張していく方向にあるように思われる。この方向性の中では、ますます上記の点は問題であり、電子通信手段が一般的に頻繁に使用される現代社会の実態に照らしてみれば、全て不安方法を要求しないというのは妥当ではないだろう。

### (3) 小括

以上の検討から、5号後段行為については個別行為の危険性として不安方法が要求されるべきである。従って、改正案としては、2条2項括弧書きの「前項第一号から第四号までに掲げる行為」を「前項第一号から第四号までに掲げる行為並びに第五号後半に掲げる行為」とすることが妥当であると考えられる。

## 3 IIIより波及する立法論的課題

以上、ストーカー行為罪の構造という見地から導かれる解釈論的・立法論的課題につき考察を行ったが、ストーカー行為罪の処罰範囲を限定する要素としては、他に、「つきまとい等」の行為態様の限定列举と、「つきまとい等」の目的要件とが存在している。後者については本稿の議論とは関連性を有しないため検討は省略するが、前者の合理性には本稿の議論が波及しうるため、この点に関する立法論的課題につき最後に付言しておく。

### (1) 問題の所在

ストーキングの実態は、「多種多様な行為を使って被害者に迫り、精神的に追い詰めていく」ものであり<sup>85)</sup>、ストーキングは「必

ずしも確立した定義をもたない行為である」<sup>86)</sup>とされる。日本法においては、そのようなストーキングをなるべく網羅的に把握し、刑罰ないし警告等の対象としようとして、2条1項の「つきまとい等」は8種類の行為態様を把握していることは既に述べた。

しかし、この8類型によって多種多様なストーキングを全て網羅的に把握しきれているかどうかについては検討を要する<sup>87)</sup>。把握しきれていない行為態様が存在するのであれば、同等の法益侵害を生じさせる行為について、ストーカー規制法が把握しているか否かという事情によって規制対象となるか否かが変わるという事態が生じることになり、この点は早急の改善を要することになる。

### (2) 解決の道筋

#### a 解決のアプローチ

多様な行為態様への対応という観点から日本並びに英米独のストーカー行為処罰規定を見ると、以下の三つのアプローチがあることが分かる。

第1に、行為態様の摘示をおよそ撤廃するというアプローチである。これは英米において見られる発想である。このアプローチを採用すると、日本法では1号～8号の行為態様の摘示が不要となる。

第2に、受血的構成要件を設けるというアプローチである。これはドイツにおいて見られる発想である。このアプローチを採用すると、日本法では9号行為として「その他これらに相当する行為」という摘示がなされることになる。

第3に、上記2つのような包括的規制を置くのではなく、なるべく多種多様な行為態様を想起ないし調査し、ありうる行為態様を条文に記すというアプローチである。これは現在日本で採用されているアプローチであり、このアプローチからは、諸外国の規制等を考察して、日本法で欠如している行為態様につき摘示する作業を行うこととなる。

85) 中川・前掲注29)32頁。

86) 瀬川・前掲注3)114頁。

87) 前田雅英「判批」捜査研究761号23頁、28頁(2014)は「ストーカー規制法上の規制対象行為と同様に相手方に不安を与える行為と評価できるにもかかわらず、現在は規制対象となっていない行為類型が存在していることも事実である」とする。

## Ⅱ 第1のアプローチ

Ⅲで明らかとなった日本法のストーリー行為罪の構造からすれば、第1のアプローチは採り得ないように思われる。すなわち、日本法においては、行為態様の性質によっては行為者の行動の自由等との調整が「不安方法」においてなされていることからすれば、一つ一つの行為態様を摘示することに意味があるのだから、全て撤廃するということはできないように思われる。

## Ⅲ 第2のアプローチ

ストーリー行為罪の構造からすれば、受皿的構成要件として「その他これらに相当する行為」という9号行為を設けた上で、1～8号行為に摘示されない行為は間々ありうるとして9号行為については私人の自由との調整が高度に必要であるという前提に立ち、9号行為がストーリー行為を構成しうる行為と評価されるためには不安方法が必要とされるという立法を行うことも不可能ではない。

しかしながら、ここでは刑罰法規の明確性の原則との調整が必要となる。すなわち、ド

イツにおいてドイツ刑法238条1項5号の明確性について議論されていた<sup>88)</sup>ように、「その他これらに相当する行為」は、それ以外の号行為とは全く別の行為を指し、それは侵害内容によってでしか明らかにならない。従って、「その他これらに相当する行為」に対する規制が合憲であるか否かという問題として、「相手方に対して、不安方法によってある行為を反復してなし、それが相手方の生活形成に関する危険を惹起した場合」に処罰するという処罰規定が、刑罰法規の明確性の原則に鑑みて妥当であるかという問題と同等の問題が生じるのである。

この点については、刑罰法規の明確性には「公正な告知」(fair notice)としての役割があるところ<sup>89)</sup>、Ⅲ2で考察したように、不安方法がいかなる場合に認められるかについては、各号行為の性質に鑑みながら個別具体的に解釈していくことでようやく明らかになるものであり、公正な告知としての役割を果たさないのではないかという疑義があること、また、ドイツにおいては侵害犯構成であ

88) Fischerは同号が明確性の原則を満たさないとするが、その理由を敷衍するならば以下の通りである(Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.6-6b, 17-17c)。

まず、類推解釈が許容されるためには、それが上位概念の法定事例に結びつけられ、その範囲の内側に留まらなければならない。十分に明確な拠り所たる上位概念を見つけることなしに他の可罰的振る舞いと「評価された比較」による方法での構成要件の限界の確定を委ねる刑罰構成要件は、基本法103条2項の要請を満たさない。238条1項5号の確定のために拠り所となる上位概念は「つきまとい」である。確かに「つきまとい」という言葉は、狩猟権侵害に関する刑法292条から借用されたものであるが、これは役に立たない。例えば238条は心理的負担を被害者に与えるような「つきまとい」を想定しているが、動物を対象とする292条の「つきまとい」では役に立たない。従って「つきまとい」は、構成要件の結果である「生活形成の侵害」を考慮しなければ確定することができない。また、5号が明らかにする構成要件は、1号～4号行為とは関係しない別の行為であるため、5号行為の内容は、侵害内容たる構成要件の結果によってでしか明らかにならない。しかしながら、292条の「つきまとい」が個々の振る舞いの具体的描写なく合憲であるのは、それが他者の狩猟権侵害という明確且つ具体的な結果に向けられているからであるのに対して、238条のように、対象を殺したり捕まえたりするのではなく、その生活形成を侵害するという結果は、それ自体では明確且つ具体的ではなく、1～4号行為の振る舞いを考慮することで確定できるものである。

そうすると、1号～4号行為に「相当する振る舞い」というのは、そこに記述された振る舞いによっては明らかにならず、上位概念たる「つきまとい」の内実は、結果として記述されている侵害により明らかになるものであるが、侵害という結果は「つきまとい」の概念によって明らかになるものである。従って、類推解釈を単に組み合わせただけの、循環する定義(eine zirkelhafte Definition)として規定されているだけであり、十分な明確性は有しない。

89) 「およそ、刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされるのは、その規定が通常の判断能力を有する一般人に対して、禁止される行為とそうでない行為とを識別するための基準を示すところがなく、そのため、その適用を受ける国民に対して刑罰の対象となる行為をあらかじめ告知する機能を果たさず、また、その運用がこれを適用する国又は地方公共団体の機関の主観的判断にゆだねられて恣意に流れる等、重大な弊害を生ずるからであると考えられる」(徳島市公安条例事件(最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁))。なお、この「公正な告知」と「恣意的執行の防止」の2つの役割は、アメリカにおいても見られる(City of Chicago v. Morales, 527 U.S. 41, 119 S.Ct 1849, 144 L.Ed.2d 67 (1999), ヨシュア・ドレスラー『アメリカ刑法 Understanding Criminal Law』59頁(レクシスネクシス・ジャパン株式会社, 2008))。

るにもかかわらずドイツ刑法 238 条 1 項 5 号の合憲性について厳しく批判がされていたところ、日本法におけるストーカー行為罪が危険犯構成であり、処罰根拠たる法益侵害の内容がそれ自体では比較的不明瞭であること等からして、受血的構成要件を設けることは妥当でないように思われる。

もっとも、この点について結論を出すためには、刑罰法規の明確性の原則について立ち上がった議論を行う必要があるため、以上のように方針のみを記すに止めた。

#### d 第 3 のアプローチ

それでは、現在の日本法同様、一つ一つ行為態様を摘示し、不安方法を要求する行為類型とそうでない行為類型とに割り振るというアプローチを採るならば、いかなる行為態様を、現行法に加えて指摘する必要があるだろうか。

ここではドイツ法や有識者検討会で摘示さ

れた行為態様等と現行法との比較を行うことが有益であるが、その検討結果を記すと、有識者検討会で追加すべきとされた行為態様<sup>90)</sup>に加えて摘示が必要と思われる行為態様は、「同じ住宅の住居等へ転居することによって住居等の平穩を害する行為」<sup>91)</sup>、「被害者の生命侵害を社会通念上暗示する事柄を被害者に告知し又はその知りうる状態におくこと」<sup>92)</sup>、「個人情報不正使用により、注文をしたり、第三者をして接触させたりすること」<sup>93)</sup>、「盗撮、盗聴、GPS の設置等により、被害者の意思に反して被害者の行動を把握すること」<sup>94)</sup>であり、最初の 2 つについては不安方法を要求する類型として規定すべきである<sup>95)</sup>。

#### (3) 小括

以上検討したように、現行法は多様な行為態様に必ずしも対応できている訳ではなく、少なくとも前項に挙げられた行為態様につい

90) 有識者検討会では「はいかい」行為（例：被害者宅付近をはいかいし、被害者宅から見える路上に好きな花を置く行為）、SNS におけるメッセージ送信行為等が、新たな行為態様として追加されるべきであるとされた。

91) つまり「住居等への押し掛け」には該当しないが、住居等の平穩に関する不安を惹起するおそれのある行為である。ドイツでは 1 号行為で把握されるとする見解が存在した（Fischer, a.a.O.(Anm.10), § 238 Rn.13）。

92) ドイツでの 5 号行為として、被害者の氏名を新聞の死亡広告欄に掲載する行為を含める見解も存在した（前掲注 15)）。動物の死体を送付する行為が、そのメッセージ性から、身体の安全に関する不安を惹起するおそれがあることからすれば、同様に規制対象となるべきであろう。もっとも、死体の送付とは異なり「社会通念上暗示する事柄」自体には多種多様なものがありうることから、不安方法を要求する類型として摘示されるべきであるように思われる。

93) ドイツにおける 3 号行為である。「頼んでもいない出前が毎日のように自宅にくる」行為が把握されていない点を指摘するものとして、山田秀雄編著『Q&A セクシュアル・ハラスメント ストーカー規制法解説（第 2 版）』161 頁（三省堂、2004）。

94) ドイツでは 5 号行為で被害者を晒し者にするような写真撮影や監視行為を把握する見解が存在した（前掲注 15)）。

95) 監視行為等については、特に立法の必要があるように思われる。現行法の立場からすれば、GPS 機能付きの携帯電話器が車両等に密かに取り付けられていたり、盗撮カメラや盗聴器が住居等に設置されていたりしても、監視していると思わせる事項の告知等が行為者の側からなされなければ、第三者や被害者自身が同機器を発見したとしても、それが住居等付近の「見張り」に該当しない限り、ストーカー規制法の規制は及ばないということになる。しかしながら、盗撮や盗聴等によって被害者の生活が監視されていること自体が、被害者の不安等を惹起するのであって、それが加害者によって告知されるから不安等が惹起されるのではないことからすれば、盗撮や盗聴自体についても規制が及んでしかるべきであろう。ドイツでは 5 号行為の中で把握されていた。

この点は、既に判例実務においても問題となっている。例えば、「待ち伏せ」の意義が問題となった前掲・東京高判平成 24 年 5 月 24 日においては、事案の本質は、行為者が被害者の父親の使用車両の底部に GPS 機能付きの携帯電話器を密かに取り付けしていたというものであった。しかし監視行為自体が規制対象となっていないがために、被害者の行動を把握していた行為者の姿が被害者から度々目撃されていた点を捉えて「待ち伏せ」行為が成立しているとされたのであった。すなわちこの事案においては、事案の本質から外れた形でのストーカー規制法の適用を行うしか方法がなかったのである。また、有識者検討会においても、オンライン型ストーカー対策を要求する意見の中において、スマートフォンや携帯電話の GPS 情報の悪用、パソコンのウェブカメラを遠隔操作することによる部屋の様子の盗撮、尾行用の GPS 装置の設置といった行為等の行為を挙げるものも存在している。

以上からすれば、監視行為自体を規制対象にすべきであることは明らかであろう。

ては新たな規制が必要である。もっとも、その規制方法として、逐一摘示を行うか、或は受血的構成要件を設けるかについては、本稿の議論の射程を外れるため、ここでは留保しておきたい。

## V. おわりに

以上、ストーカー規制法におけるストーカー行為罪の構造並びに解釈の考察を経て、ストーカー行為罪の処罰範囲がどのようにして限定されているのかを明らかにし、今後の改正指針についても一定の提言を述べることができた。

諸外国の法制度に共通してみられた思考枠組は、複数の行為全体によって惹起される被害に処罰根拠を求める方針であり、その萌芽は日本の判例実務及び学説の理解にも徐々に表れてきているところであって、基本的に日本でも妥当する方針であろう。

そしてあくまでもこの点を前提とした上で、ストーカー処罰により制約されうる私人の行動の自由等との調整を図る必要性から、様々な観点からの処罰の限定方法が存在した。総合的被害として重大な被害を要求する方法や、合理的な行為は処罰しないという幅広い例外規定を設ける方法等、様々な観点からの限定が諸外国に存在していたが、日本法はストーカー行為罪をあくまでも危険犯と構成した上で、目的要件の存在・行為態様の摘示といった処罰限定に加えて、「不安方法」を一定の行為について要求するという処罰の限定を行っている」と解することができた。

このように当罰性を有する行為に対する刑罰権の行使と、私人の行動の自由との調整が、諸国家の法制度によって様々な構造をもって立ち現れていることが認識されなけれ

ばならない<sup>96)</sup>。ストーカーに対する社会的意識の高まりから改正の多いストーカー規制法であるが、社会的要請に場当たり的に応答したり、諸外国の法制度との表面的な比較を行うことで処罰範囲を拡大ないし縮小させたりするのではなく、構造との関係での条文の意義を理解しながら、法改正等が行われる必要があるだろう。

ストーカー規制法には解釈論上の問題も含め検討されるべき問題が様々な存在している<sup>97)</sup>が、処罰の構造の一端を明らかにするという意義を本稿が果たしたところで、ひとまず筆を擱くこととしたい。

### \* 謝辞

本稿は、筆者が2014年度に提出したリサーチペーパーに加筆・修正を加えたものである。

執筆にあたっては、多くの先生・先輩・同期・後輩、そして家族の暖かいサポートを頂いた。この中から1人でも欠けていけば、本稿は今ある形で成立することはなかったように思う。特に、樋口亮介先生には、指導教員として、佐藤輝幸さん（現法政大学准教授）には、先達として、筆者の自主性を最大限に尊重しながら、外国法の指導から内容の議論にわたるまで、真摯に的確にご教示頂いた。紙幅の関係で全員のお名前を挙げるができないことが悔やまれるが、皆様一人一人に心から感謝の意を表したい。

「刑法が犯罪および刑罰（中略）を規定するのは、犯罪現象に対処するためであるから、刑法の機能をあきらかにするためには、まず、犯罪現象がどのようなものであるかを知らなければならない<sup>98)</sup>」のであるし、刑罰が「違反行為を犯罪と烙印つけて強い社会倫理的非難を加える<sup>99)</sup>」ものである以上、

96) 藤本哲也「ストーカー規制法の問題点」戸籍時報699号110頁(2013)、同「「ストーカー行為等の規制等の在り方に関する報告書」について」戸籍時報719号78頁(2014)は、ストーカー規制法の基本構造を改める必要がある旨を強調するが、そこで念頭に置かれているのは警告及び禁止命令等の手続要件に関する構造であって、ストーカー行為罪の構造については触れられていない。本稿の理解からすればストーカー行為罪の構造自体を改正する必要性まではないだろう。

97) IV3にて指摘した問題に加えて、ストーカー行為罪を親告罪とすることは是非、同罪の実行行為の範囲、同罪と他の犯罪との罪数関係、禁止命令等違反罪の性質並びに手続等々、問題を挙げれば切りがない。

98) 団藤重光『刑法綱要総論〔改訂版〕』7頁(創文社、1990)。

「刑法解釈論が単なる言葉遊びに堕ちてはならない」<sup>100)</sup>。そのためには、処罰範囲の明確化のみならず、如何なる問題が現実社会に存在し、多様な制裁<sup>101)</sup>の中から敢えて刑罰を選択することで如何なる目的を実現することを欲し、そして実現することが可能なのかを、自覚的に主体的に常に問い続け、観察し続ける姿勢が、刑事学に求められよう。

それにもかかわらず、ストーカーという重大な社会問題の考察にあたり、筆者には勿体無い程のサポートの中で、本稿が直罰規定の適用範囲の明確化という極めて限定的な局面の検討に終わった<sup>102)</sup>のは、偏に筆者の能力不足による。しかし、それでもなお本稿に見るべきものがあるならば、望外の喜びであるし、それは偏に周りの皆様のおかげである。

(さの・ふみひこ)

---

99) 佐伯仁志『制裁論』128頁(有斐閣, 2009)。

100) 橋爪隆『正当防衛論の基礎』ii頁(有斐閣, 2007)。

101) 「社会規範の違反に対して、その行為を否認したり思いとどまらせたりする意図でもって行われる反作用であり、一定の価値・利益の剥奪ないし一定の反価値・不利益の賦課を内容とするもの」としての制裁を意図している(佐伯・前掲注99)7頁)。なお、田中成明『法的空間 強制と合意の狭間で』137頁以下(東京大学出版会, 1993)参照。

102) 例えば、日本刑法学会第93回大会(2015年5月)分科会Ⅲでは主として刑事政策の側面からストーキングが取り扱われていた。「刑法だけを孤立させて考察の対象とするのではなく、他の法律その他の社会統制の手段の一つとして刑法を考え、刑事政策や他の諸科学の成果をふまえて、刑法の果すべき任務を考えなおすことや「どこに本当の問題があるかを明かに」すること(平野龍一『刑法 総論Ⅰ』i頁(有斐閣, 1972))は特に現代において必須であるように思われる。参照、川出敏裕「刑事政策の時代」法教410号1頁(2014)。

# 濫用的会社分割と詐害行為取消権

2013年4月入学

長谷川翔大

## I. 序

- 1 問題の概要
- 2 本稿の問題関心
- 3 視座のズレ
  - (1) 抑止効果への着目
  - (2) 詐害行為取消類型への着目

## II. 取消しの可否（取消対象論）

- 1 可否の前提としての取消対象論
  - (1) 平成24年最判
  - (2) 取消対象論は必要か？
  - (3) 目的物の可分性

## III. 取消しの要件

- 1 須藤裁判官補足意見
- 2 学説状況
  - (1) 導入
  - (2) 適用条文による分類
    - a 160条説
    - b 161条説
    - c 162条説
  - (3) 中間整理
  - (4) 田中説による前提の相対化
  - (5) 条文による分類の問題点・対立軸の抽出
- 3 私見
  - (1) 対立軸③——損害発生メカニズム

- a 個別的検討
  - (a) 破産申立権の有無
  - (b) 対抗的民事再生申立権の有無
  - (c) 債務者の交渉機会及び経営者に対するモニタリング機能の喪失
  - (d) 引当て財産が事業会社の株式となること
  - (e) メザニン・レンダーたる地位への強制的変更
- b 小括
- c 新たな懸念

- (2) 対立軸①——偏頗行為否認の適用範囲についての一試論——
  - a 前提
  - b 本論
    - (a) 有害性二元説？
    - (b) 弱い債権者平等と強い債権者平等または bonorum possessio
    - (c) 名目額考慮の必要性・許容性
    - (d) 小括
- (3) 対立軸②——160条の適用範囲——
  - a 161条の趣旨
  - b 「害する」
- (4) 結論
- (5) 追補

## IV. 取消しの効果

- 1 若干の前提
  - (1) 詐害行為取消権と否認権の違い
  - (2) 取消対象論との関係
- 2 民法改正要綱案概観
- 3 受益者から債務者への返還
  - (1) 返還の範囲
    - a 包括承継性
    - b 事業性
  - (2) 現物返還原則について
- 4 債務者から受益者への返還
  - (1) 「反対給付」としての返還請求
    - a 株式について
    - b 債務引受けについて
  - (2) 不当利得返還請求
  - (3) 会社法52条1項類推適用

## V. 終章

- 1 詐害行為取消しの可否
  - (1) 議論の整理
  - (2) 民法改正要綱案・新会社法の下での詐害行為取消権行使の可否
- 2 予想される批判とこれに対する応答
- 3 結語

## I. 序

### 1 問題の概要

濫用的会社分割は、平成17年度の会社法制定により顕在化した問題である。問題の概要を明らかにするため、まず会社分割制度の創設とそれが濫用されるに至った経緯を素描する<sup>1)</sup>。

会社分割制度は平成12年度商法により導入されたものであり、新設分割は「株式会社……が、その事業に関して有する権利義務の全部または一部を、……分割により設立する会社に承継させることを目的とする会社の行為」(会社法2条30号)と定義される<sup>2)</sup>。会社分割により、会社の事業の一部を切り出して別会社化するなどの組織再編を容易に行うことができる<sup>3)</sup>。

会社分割により、分割を行う会社(以降、「分割会社」という)の債権者の一部は新設された会社(以降、「新設会社」という)に移転し<sup>4)</sup>(以降、このように新設会社に移転

した債権者を「承継債権者」という)、残りは分割会社に残存する(以降、このように分割会社に残存した債権者を「残存債権者」という)。平成12年商法は残存債権者については会社分割について催告を受けまた異議を述べる権利を与えなかった。これは、分割会社は設立会社から移転した純資産の額に等しい対価を新設会社株式として得ているのだから分割会社の財務内容に変更はなく、会社分割により残存債権者は害されない<sup>5)</sup>、との理由による。

もともと、平成12年商法の下では、分割会社に分割後も債務の履行の見込みがあることが会社分割の効力要件であるとの見解が有力であった<sup>6)</sup>ため、残存債権者が害されるような会社分割は抑止されていた。平成17年会社法において債務の履行の見込みを要しないとも思える文言<sup>7)</sup>が採用されると、残存債権者に対しては秘密裏に会社分割を行える制度を奇貨として、残存債権者を害する会社分割が頻発するようになった<sup>8)</sup>。その典型例は、収益性の高い事業部門を事業の継続に必要な商取引債権とともに切り出し、金融債

1) 以下の問題状況の記述は、岩原紳作「総論：会社法制見直しの契機と意義(特集 会社法制のゆくえ：会社法改正中間試案の考察)」ジュリ1439号12頁(2012)以下に多くを負う。

2) 江頭憲治郎『株式会社法(第5版)』882頁(有斐閣, 2014)。

3) 同一の効果を得る方法として、事業の現物出資による会社設立や会社設立後の事業譲渡が考えられるが、それぞれ検査役の調査が必要となる、移転する債務の債権者の個別の同意が必要となる等手続き上の煩瑣が生じるのに対し、会社分割では「組織法的な行為」と構成することでそれらの手続きが不要となる。以上につき江頭・前掲注2)885頁参照。また、会社分割制度の立案担当者の見解として、原田晃治「会社分割法制の創設について」(〔上〕,〔中〕——平成12年改正商法の解説——)商事1563号4頁,商事1565号4頁(2000)。

4) 債務の移転は会社分割の必須の要素ではない。事後的な矯正の可能性はともかく、権利のみを切り出す会社分割も可能である。

5) もともと、本稿筆者はこの理由付けに違和感を覚えている。将来にわたって継続的なキャッシュフローを生み出し続け、清算価値での換価も可能な事業と隔離される不利益が新設会社株式の交付で全て填補されるのか、疑問がある。同様の疑問を示すものとして、森本滋「会社分割制度と債権者保護——新設分割を利用した事業再生と関連して——」金法1923号28頁,38頁注39(2011),田中亘「判批」ジュリ1327号140頁,141頁(2007)参照。また、当時の会社更生法についてであるが、営業譲渡は対価の多寡を問わず債権者を害するとした東京地判昭和46年12月24日判時659号85頁がある。

また、残存債権者の地位はメザニンファイナンスにおけるメザニンレンダー、それも最も劣後的な形態とされる構造劣後形態におけるメザニンレンダーの地位と酷似することに注意すべきと考える。奥総一郎「メザニン(劣後)デット・優先株式」銀法655号5頁,7-8頁(2006)参照。

6) 森本滋編『会社法コメンタール17——組織変更,合併,会社分割,株式交換等[1]』268頁〔神作裕之〕(商事法務,2010)。旧法下の判例について、田中・前掲注5)140頁参照。

7) 平成12年商法は「履行ノ見込アルコト」を開示事項として要求していたのに対し、会社法は「履行の見込み」の開示しか要求しないことによる。ただし、現在でも履行の見込みは会社分割の効力要件であるとする有力な見解がある。江頭・前掲注2)899頁注3参照。

8) 法務省「法制審議会会社法制部会第12回会議議事録」45-46頁〔鹿子木発言〕(2011年8月31日)は、濫用的会社分割の事例は「非常に多い」とする。

権は残存させるというものである<sup>9)</sup>。かかる現況を反映して、本稿では、「優良事業を新設会社として切り出す会社分割によりなんらかの意味で残存債権者が害されるため、残存債権者に私法上の救済<sup>10)</sup>が与えられるべきもの」を濫用的会社分割として定義する。同時に、本稿では残存債権者としては商取引債権者ではなく金融債権者<sup>11)</sup>を、分割後に分割会社がただちに清算手続きに入らないこと<sup>12)</sup>を、それぞれ前提としている<sup>13)</sup>。

## 2 本稿の問題関心

濫用的会社分割と詐害行為取消権をめぐる問題は、すでに広く論じられてきた<sup>14)</sup>。また、現時点での最高裁の立場<sup>15)</sup>も既に一部

明確である。このような判例・学説の蓄積にもかかわらず、また他の法的救済手段の存在にもかかわらず、あえてこの主題を選択するのは次の理由による。

第一に、「会社法の一部を改正する法律」(平成26年6月20日可決成立、平成26年6月26日公布)の成立及び要綱案<sup>16)</sup>の上梓に至った民法改正である。要綱案によれば、詐害行為取消権は破産法の160条161条162条に倣った類型化がなされ<sup>17)</sup>、第16・1、第16・3、第16・4という規定が設けられることになる。各取消類型について要件及び効果が詳細に定められるから、濫用的会社分割は民法改正要綱案の下でも取り消され得るのか、その場合いずれの類型で取り消されるのか、従来の議論を整理する必要がある<sup>18)</sup>。

9) 具体的態様については西村賢「中小企業の事業再生の手法としての会社分割」土岐敦史=辺見紀男編『濫用的会社分割 その態様と実務上の対応策』139頁(商事法務、2013)及び岡正晶「濫用的会社分割に対する立法提案」門口正人退官『新しい時代の民事司法』371頁、376頁(商事法務、2011)参照。

10) 詐害行為取消権以外にも、法人格否認の法理や会社分割無効の訴え、会社法22条類推適用などが考えられる。

11) 濫用的会社分割の典型的形態が事業の継続に必要な商取引債権者のみを承継債権者、そうではない金融債権者を残存債権者とするものだからである。この点に関連して、商取引債権への弁済は民事再生法上許容されている(民事再生法85条5項後段)ことから、商取引債権が優遇される結果を一概に否定すべきではない旨が解かれることがあるが、民事再生法上弁済はあくまで裁判所の許可を要することに留意する必要がある。

12) 否認権ではなく詐害行為取消権の行使を問題にする以上、少なくとも一定期間は分割会社が法的倒産手続きに入らないことを前提とするのが妥当と考えたことによる。

13) また、議論を単純化するため会社法763条1項12号所定の行為、すなわち分割会社からの資産流出行為がされない場合を前提としている。岡・後掲注14)68頁参照。

14) この問題については論議が非常に多いが、明快な鳥瞰図を提供するものとして岡正晶「濫用的会社分割」ジュリ1437号66頁以下(2012)、網羅的な検討を加えるものとして神作裕之「濫用的会社分割と詐害行為取消権〔上〕、〔下〕——東京高判平成22年10月27日を素材として——」商事1924号4頁、1925号40頁以下(2011)、難波孝一「会社分割の濫用をめぐる諸問題『不患貧、患不均の精神に立脚して』」判タ1337号20頁以下(2011)、裁判例の詳細な紹介として滝澤孝臣「会社分割をめぐる裁判例と問題点」金法1924号62頁以下(2011)、「民法改正または会社法改正との関係を正面から論じるものとして、山本和彦「濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権」土岐=辺見編・前掲注9)1頁以下、田中亘「会社法改正の視点からみた濫用的会社分割」土岐=辺見編・前掲注9)19頁以下、井上聡ほか「会社分割をめぐる諸問題——判例を材料に派生論点を考える——」金法1923号40頁(2011)以下、笠原武朗「組織再編——株式買取請求権関係と濫用的会社分割を中心に」法教402号28頁(2014)以下、北村雅史「濫用的会社分割と詐害行為取消権〔上〕、〔下〕——最判平成24年10月12日を踏まえて——」商事1990号4頁、商事1991号10頁以下(2013)、金融法委員会「濫用的会社分割に係る否認要件とその効果についての中間論点整理」金法1996号13頁以下(2014)参照。

15) 最判平成24年10月12日民集66巻10号3311頁

16) 法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する要綱案」(2015年2月10日)(<http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>, 2015年3月8日最終閲覧)。以下、民法改正要綱案と略記する。

17) 潮見佳男『民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の概要』70-74頁(金融財政事情研究会、2014)。なお、民法上の詐害行為取消権の類型化の趣旨は否認権との齊一にあり、偏頗行為否認についても破産法上の要件に加重する形での類型化がされたことから、濫用的会社分割を巡る破産法上の議論は、ほぼそのままの形で民法上の濫用的会社分割と詐害行為取消権を巡る議論に妥当する。以上について、金融法委員会・前掲注14)14頁注3、松下淳一「濫用的会社分割についての覚書」事業再生と債権管理138号146頁、148頁(2012)、田中・前掲注14)27頁、法制審議会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」(平成25年2月26日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>, 最終閲覧2015年3月9日)165頁以下参照。

どの類型によるべきかを決定するにあたっては、濫用的会社分割の本質は何かを検討される必要がある(濫用的会社分割それ自体の性質決定の必要性、決定された性質に基づく要件の明確化の必要性)。本稿では、II、III 1、III 3、V 1が対応する部分となる。

さらに、直接請求権が認められた以上もはや詐害行為取消権の行使を認めるべきではないとの見解が一部にある<sup>19)</sup>。併存を認めるのが立法者の見解である<sup>20)</sup>が、なぜ併存するのか、一応の理由を示す必要があると考えている。

第二に、平時を規律する会社法と倒産諸法の間を架橋するものとして詐害行為取消権を位置付けられないかという関心<sup>21)</sup>である。

平時を規律する会社法では債権者が会社の行為に関与する必要は乏しく、また関与が好ましくもないから、債権者には組織再編等一定の場合を除いては取締役の任務懈怠を責任追及するという間接的な関与しか認められていない。他方、法的倒産処理は債権者の主導により行われる。債務超過ではあるが法的倒産処理が開始されていない会社の債権者は、主導権を確保するためには法的倒産処理へ移行する必要がある。

しかし、法的倒産処理への移行は不可逆的

な事業価値の毀損をもたらし得る<sup>22)</sup>。そこで、詐害行為取消権を活用することで法的倒産処理に入らずに債権者に一定の経営関与を認めることはできないか<sup>23)</sup>。この観点からはいかなる会社分割が取り消され、いかなる効果が生じるかが明らかにされる必要がある。また、債権者に交渉力を付与するため、詐害行為取消権に強力な効果を認めることも構想される(要件及び効果の明確化の必要性、効果についての政策的判断)。本稿では、III 3、IV 3及びIV 4がこれに対応する。

第三に、詐害行為取消権の「転用」理論<sup>24)</sup>に対する共感である。本稿はあくまで濫用的会社分割に関する論点を整理するものであり、「転用」理論を直接の対象とはしないが、詐害行為取消権が広く信用秩序の維持のために活用される<sup>25)</sup>ための前提条件の整備にわずかでも資することを狙いとしている。具体的には、破産法の類型化を受けて改正される民法の詐害行為取消類型の適用関係の明確化を図るものである(狭義詐害行為と偏頗行為、相当対価処分行為の適用関係の明確化)。本稿では、III 3(2)及び(3)がこれに対応する。

18) 森田修「契約複合と詐害行為取消権」NBL996号17頁(2013)注11は「破産法上の否認のように取消対象の法律行為としての精密な法性決定(原文ママ)を前提とした枠組みの下では、先決問題として深刻化する」と指摘する。

19) 後掲注197)参照。

20) 法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」商事1952号19頁、56頁(2011)参照。

21) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(3)」北大法学論集59巻3号85頁、119頁以下(2008)参照。水野論文はアメリカの議論を紹介するものだが、債務超過状態における株主と債権者の利害対立は日本法でも解決されるべき問題であるから、参考になる。また、水野論文が紹介している議論は「詐害取引法」の存在意義自体を債務超過状態における債務者の行動の適切化に求めるようであるが、本稿では詐害行為取消権の趣旨は民法の通説に従い信用秩序の維持にあるとしつつ、債務超過企業の行為について詐害行為取消権が行使される場面では債務者の行動の適切化という機能を果たすだろうと考えているにとどまる。

22) 清算解体すればgoing concernは完全に破壊され、再生型であっても法的倒産処理に突入したことによる信用毀損は大きいとされる。

23) ここでは詐害行為取消権の現実の行使ではなく、債務者は詐害行為取消権が行使されるリスクを回避するために秘密裏に会社分割を行うことなく私的整理に臨み、債権者が詐害行為取消権の威力を背景に濫用的な会社分割について中止・是正を受け入れさせることを想定している。さらに、副次的な効果として、後掲注139)に示すような効果も期待できる可能性がある。

24) 片山直也「新たな自由社会における詐害的な行為に対する私法上の法規制——フランスの『詐害(fraude)』法理からの示唆——」NBL986号10頁、14頁(2012)。

25) 中田裕康『債権総論(第3版)』256頁(有斐閣, 2014)は、詐害行為取消権は破産法上の否認権と必ずしも同一の権利ではなく「私的整理の規律及び私的交渉の促進」を促す権利でもあり、いわゆる逆転現象を肯定する。

### 3 視座のズレ

また、本稿では必ずしも一般的ではない可能性のある視座から濫用的会社分割と詐害行為取消権という問題を捉えている。奇異な印象を与える可能性があるため、視座にズレがあるとすればそれはなぜ生じたのか、ここで付言しておきたい。

#### (1) 抑止効果への着目

濫用的会社分割と詐害行為取消しの文脈では、しばしば新設会社の事業継続に配慮する必要がある、という見解が示される<sup>26)</sup>。しかし、本稿はこの点に重きをおいていない。

理由の一は、そもそも濫用的会社分割を行うまでに追い詰められた事業に、その継続に配慮する価値があるのかという疑問である。going concern は尊重されるべきことに疑いはないが、going concern の尊重は闇雲な事業継続を志向しない。非効率な事業は清算してより効率的な事業へと資源を分配すべきである<sup>27)</sup>。

理由の二は、詐害行為取消しの効果を事業

継続を困難にするものにしておくことで、事業の継続を企図して濫用的会社分割が行われることを抑止できないかという期待<sup>28)</sup>である。会社法改正により個々の債権者の新設会社に対する直接請求が認められた<sup>29)</sup>以上、詐害行為取消権の負うべき役割はその存在により濫用的会社分割が行われることを抑止<sup>30)</sup>し、経営者と債権者との協議による透明な私的整理を促進<sup>31)</sup>することではないかと本稿筆者は考えている。

#### (2) 詐害行為取消類型への着目

濫用的会社分割をどの類型で取り消すかを論ずるに際し、債務承継を資産移転の対価と捉える<sup>32)</sup>など、会社分割という行為の捉え方を操作するものがある。

本稿では、会社分割については「権利義務の集合体を切り出し、切り出したものの価値を表象する対価として株式を受け取る行為」である<sup>33)</sup>ことを前提とし、詐害行為類型相互の関係を論じることで会社分割がいずれの類型で取り消されるのかを論じる。一つには会社分割という事象の捉え方を操作するのは技巧的に過ぎる<sup>34)</sup>と考えたためであり、一

26) 極めて多いが、さしあたり井上ほか・前掲注 14)71 頁参照。浅田隆「会社分割を対象とする詐害行為取消権の行使を肯定した判決の検討」NBL939 号 44 頁, 48 頁 (2010) は残存金融債権者としても金銭賠償で足りる旨を述べる。

27) この着想は、田中・前掲注 14)23 頁の指摘に極めて多くを負う。

28) 神作裕之「商法学者が考える濫用的会社分割問題——会社分割法制の中で、できる限りの手当てを望みたい」金法 1924 号 36 頁, 54 頁 (2011) は、「濫用的な会社分割を抑制し、詐害行為取消や否認といった巻き戻しのな処理に頼る場面を減少させていくことが、望ましい方向であると思います。」とする。巻き戻しコストは大きな問題であり、直接請求権への一本化も立法論としてはあり得たと思われるが、後述するように詐害行為取消権の行使も引き続き認められるのであれば、直接請求権には果たせない役割を詐害行為取消権に負わせるのが妥当であろう。

29) 新設された会社法 764 条 4 項は、「新設分割会社が新設分割設立株式会社に承継されない債務の債権者を害することを知って新設分割をした場合には、残存債権者は、新設分割設立株式会社に対して、承継した財産の価額を限度として、当該債務の履行を請求することができる」と定める。

30) 濫用的会社分割に固有の文脈ではないが、詐害行為取消権の存在が一定の抑止効果を有しているという実務家の意見を述べるものとして、法制審議会民法（債権関係）部会「第 5 回会議議事録」（平成 22 年 3 月 9 日）（<http://www.moj.go.jp/content/000047181.pdf>, 最終閲覧 2015 年 3 月 9 日）34 頁 [大島発言]。

31) 立法論として債権者と債務者の協議を促進しようという提案として、赫高規「会社分割に対する詐害行為取消権および否認権の行使」NBL957 号 42 頁, 48 頁 (2011)、滝澤・前掲注 14)75 頁など。本稿は、同様の効果を現行法及び要綱案の解釈論として狙ったものである。

32) 伊藤眞教授はかかる操作を通じて一定の解決を導かれる（伊藤眞「会社分割と倒産法理との交錯——偏頗的詐害行為の否認可能性——責任財産の割合的減少をどのように捉えるか」NBL968 号 12 頁, 19 頁 (2012)）。そのほか、井上ほか・前掲注 14)61 頁井上発言や 73 頁小林発言は負債の移転に対価としての性質があると述べており、実務家の間では一般的な認識である可能性もある。

33) 江頭・前掲注 2)893 頁は分割会社から新設会社に承継される権利義務の対価として株式等が交付されるとする。森本編・前掲注 6)381 頁 [神作裕之]、西村総合法律事務所編『M&A 法大全』801 頁（商事法務、2001）も同様。分割会社が、どれだけ消極財産を移転することができるからこれだけの積極財産を新設会社に移転させる、ということ意識しているとは考え難いのではないだろうか。

つには会社分割以外の詐害的な組織再編行為が現れた場合に備え、それに対処するために取消類型相互の関係を整理しておく必要を感じたためである<sup>35)</sup>。

## II. 取消しの可否（取消対象論）

### 1 可否の前提としての取消対象論

#### (1) 平成 24 年最判

分析的に捉えれば、新設分割は少なくとも①新設会社の設立、②新設会社に対する積極財産の移転、③新設会社に対する消極財産の移転、④新設会社から分割会社への株式の交付、と 4 段階に分解できる<sup>36)</sup>。会社分割がこのように複合的な性格の行為であることから、その詐害行為取消しに際しては、何が取消しの対象となるのかが問題とされる<sup>37)</sup>。仮に会社分割全体が取り消されて新設会社の法人格の取得までが当事者間でのみ相対的にその効果を否定されると、対世効ある会社分割無効の訴えを法定した趣旨を没却しかねないためである<sup>38)</sup>。そのため、取消しが可能であるとの結論を導くために取消しの対象を

限定する見解<sup>39)</sup>や、取消しの対象が新設分割である以上取消しが認められるべきでない<sup>40)</sup>とする見解が存在する。

この点、前掲最判平成 24 年判決は次のように判示する。

「新設分割株式会社の債権者は、民法 424 条の規定により、詐害行為取消権を行使して新設分割を取り消すことができると解される。この場合においては、その債権の保全に必要な限度で新設分割設立株式会社への権利の承継の効力を否定することができる」（傍点は本稿筆者が付した）。

ここからは、取消対象は「新設分割」であること、しかし効力は「債権の保全に必要な限度で新設分割設立会社への権利の承継の効力を否定する」に留まること、現行法の下では新設分割は詐害行為取消権により取り消せること、以上三点が読み取れる。最高裁は、取消しの対象と効力を分離して考えている。

#### (2) 取消対象論は必要か？

最高裁のように取消対象と効果とを分離した場合、会社分割の詐害行為取消しの可否について、取消対象論を独立して論じる意味は乏しくなる<sup>41)42)</sup>。

34) 伊藤・前掲注 32)23 頁も「債務の承継も……資産の移転の対価と見る余地がある（傍点は本稿筆者）」としている。また、後掲注 64) も参照。

35) 井上ほか・前掲注 14)79 頁の井上発言は、権利義務が同時に移転するような取引に対してそのような行為はどの類型によって否認・取り消されるのかの議論が従前十分になされてこなかったことを指摘する。また、郡谷大輔「会社分割法制上の法実問題」事業再生と債権管理 132 号 58 頁、64 頁（2011）は従来の詐害行為取消権・否認権をめぐる議論が比較的単純な法律関係を想定してきたことを指摘する。

36) 森田・前掲注 18)11 頁参照。

37) 黒木和彰＝川口珠青「濫用的会社分割をめぐる問題点」金法 1902 号 63 頁、69 頁（2010）、上田慎「濫用的会社分割に対する否認権行使にかかる論点整理」土岐＝辺見編・前掲注 9)107 頁、109 頁。

38) 北村・前掲注 14)「濫用的会社分割〔下〕」11 頁、黒木＝川口・前掲注 37)72 頁。ただし、債権法改正により相対効制度が改められることにつき、後掲注 159) 及びそれに対応する本文参照。

39) 黒木＝川口・前掲注 37)72 頁等。平成 24 年判決の第一審及び控訴審がかかる考え方を採っている可能性を指摘するものとして、山本和彦ほか「シンポジウム 濫用的会社分割を考える」土岐＝辺見編・前掲注 9)207 頁〔田中亘発言〕も参照。

40) 岡伸浩「濫用的会社分割と民事再生手続」NBL922 号 6 頁、9 頁（2010）。

41) 最高裁が無造作に新設分割を取り消すとしたのもこのような発想によるものと本稿筆者は考えている。背後には何をもって一つの行為と考えるか、そもそも行為の個数という概念は必要かという問題が控えていると考えられるが、本稿では検討の対象から除外する。

42) 他方、新設分割自体を取消対象とすることのメリットとしては、訴訟提起にあたって個別の財産を特定する必要がないという便宜を原告に与えることができる、というものが考えられるであろう。個別財産の取戻しを認める場合に最終的に特定を要求するとしても（井上ほか・前掲注 14)70 頁〔山田誠一発言〕、特定の困難さを原因に価格賠償を認める余地がある以上（東京高判平成 22 年 10 月 27 日判時 2083 号 148 頁は、「(新設会社)が事業を継続していることにより変動しているため承継された資産を特定してこれを返還させることは著しく困難である」ことを理由の一つとして価格賠償を認めている。神作・前掲注 14)「濫用的会社分割〔下〕」46 頁参照。）、無意味ではないと考える。伊藤邦彦「濫用的会社分割に対して金融債権者が取り得る対応策の検討」全法 1918 号

取消しの効力それ自体については後に論じる(IV 3, 4)から、ここで問題にすべきは、取消しの対象を「新設分割」としながら効力のみを判示のように限定できるかである。

かかる限定の可否は、二つの層に切り分けることができる。

第一は、「新設分割」を対象として詐害行為取消権の行使を認めると、新設会社の法人格の取得等組織法的な行為の効力までも否定されないかという点である。

これについては、責任財産の保全という詐害行為取消権の趣旨から、取り消しても責任財産の保全に資さない組織法的な行為の効力は否定されないとの結論が導けるように思われる<sup>43)</sup>。

第二は、効力は財産的行為にしか及ばないとしても、すべての財産移転が取り消されると、結果として組織法的行為にまで取消しの効果が及んでしまわないかという点である<sup>44)</sup>。

詐害行為取消権の効果について、最高裁は取消債権者の債権額が詐害行為の目的となる財産の価額に満たず、その財産が可分である場合、債権者は、被保全債権額の範囲でのみ取り消すことができるとする準則を示している<sup>45)</sup>。かかる準則は債権法改正で議論の対象となったが、従来通りの準則が維持される

こととなった<sup>46)</sup>。よって、「財産が可分」であるなら、取消しの対象を新設分割としてもその効力を限定することが可能となり、結果として組織法的行為にまで取消しの効果が及ぶという懸念はあたらないといえる。

### (3) 目的物の可分性

ここでは、取消しの対象となる法律行為(会社分割)の可分・不可分と、目的物(会社分割により移転する積極消極の財産の総体)の可分・不可分とを区別して考えることが許されよう<sup>47)</sup>。会社法が一つのパッケージとして用意した会社分割という行為を、それを構成する一個一個の行為に分解して論じるべきでない<sup>48)</sup>としても、その行為により移転する財産までもが必然的に不可分となるわけではないと考える。

したがって、取消対象を「新設分割」としても、そのことから取消しの効力を個別財産の移転の効果の否定に限定することはなんら妨げられない、というのが本稿筆者の結論となる<sup>49)</sup>。よって、効力それ自体の限定の可否が取消しの可否を決することになり、詐害行為取消しの可否はIVでの効果の検討を待って明らかにされる。

101頁, 106頁(2011)参照。

43) 内田博久「倒産状態において行われる会社分割の問題点」金法1902号54頁, 58-59頁(2010)参照。相対効しか有さない詐害行為取消権の行使によっては、対世効で規律されるべき法人格の消長には影響を及ぼし得ない、という立論も可能であろう。井上ほか・前掲注14)71頁〔村田渉発言〕参照。森田・前掲注18)15頁注8は取消しの効果が及ぶ主観的範囲を限定する「相対効」が裁判例において取消しの効果の客観的範囲を限定するかのように入れられていることを指摘するが、上記の観点からは整合的に説明できる。最終的な結論こそ異なるが、松下・前掲注17)151頁も組織法的効果に影響を及ぼさないことについて同旨。ただし、民法改正要綱案の下ではかかる「相対効」の観念が変更されることについて、前掲注38)参照。

44) 弥永真生「株式会社の新設分割と詐害行為取消——東京高判平22.10.27を契機として」金法1910号37頁(2010)。また、神作・前掲注28)41頁三上発言参照。他方、赫・前掲注31)47頁は現物出資された土地に汚染が見つかりその除染費用で設立された会社の基礎が危うくなった場合と同様影響は及ばないとするが、偶発的に財産的基礎が危うくなった場合と、適宜的に財産の移転が全て取り消された場合を同視するのは無理があると考えられる。

45) 中田・前掲注25)261頁。

46) 法務省「法制審議会民法(債権関係)部会第82回会議事録」53-54頁〔金関係官発言〕(2014年1月14日)。要綱案第16・8参照。

47) 神作・前掲注28)38頁。北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁はより強く、わけて考える必要があると述べる。

48) 井上ほか・前掲注14)69頁〔村田渉発言〕、伊藤・前掲注32)19頁。赫・前掲注31)43頁も同旨。私見も賛成する。

49) 前掲最判平成24年判決のほか、東京高判平成22年10月27日判時2083号148頁、東京地判平成22年5月27日金法1910号77頁が同様の構成を採る。滝澤・前掲注14)70頁参照。



(2) 適用条文による分類<sup>57)</sup>

## a 160条説

まず、会社分割により分割会社の積極財産が絶対的に減少したことを認め、160条を適用するもの<sup>58)</sup>として、鹿子木康判事の見解、伊藤眞教授の見解、分割会社の承継債権に係る重疊的債務引受に着目する見解（分割会社が承継債務について保証する点を捉える見解）がある。

鹿子木判事は、新設会社が負債を承継しない場合とした場合の新設会社株式の価値を比較し、負債を承継した場合にはしない場合と比べて交付される株式の価値が低下しており、価値の低下した株式の交付では新設会社に移転した積極財産に見合う対価とはいえず、積極財産の減少が認められるとする<sup>59)</sup>。

しかし、なぜ負債の承継のない会社分割を仮定して株式の価値を算定し、それを現実に行われた会社分割の「相当な対価」とするのか明らかでない。また、債務の承継により会社分割により得られる対価が減少するとの理由付けは、それにより残存債権者の引当財産が消極財産の減少という形で増加することを看過しており、妥当でないと考えられる。

債務承継により残存債権者の引当財産が増加する点に着目するのが伊藤眞教授の見解である。伊藤教授は、会社分割を「株式の交付＋債務の引受け」を対価とする資産の移転で

あると評価する<sup>60)</sup>。その上で対価としての債務引受については債務を実価で考慮することが許されるとして、分割会社は移転した積極財産に対応するだけの対価を得ておらず、絶対的な責任財産の減少が認められるとする<sup>61)</sup>。

伊藤説は移転する債務の実価を考慮する余地を見いだした点で「巧妙な見解」<sup>62)</sup>と評価されており、伊藤説の発表を受けて162条説を伊藤説に改めるとする見解が発表されるなどしている<sup>63)</sup>。

しかし、債務の承継が資産移転の対価であるという構成はやや技巧的であるように思われる<sup>64)</sup>。また、結局一部の債務が引き受けられたこと、すなわち債権者が不平等に取り扱われたことを理由に狭義詐害性を認める以上、通説的な有害性二元説の理解とは緊張関係に立つ<sup>65)</sup>といえよう。

裁判例の中には分割会社が承継債務について保証した点を捉え、債務が減少せず積極財産のみが逸出したとの理由で160条該当性を認めたものがある<sup>66)</sup>。しかし、通常かかる保証は承継債権者に対する異議手続きを省略するために行われるにすぎず分割会社の内部的な負担割合は0%であることが多く実質的には債務が消滅しているといえることから、保証の点に着目することには問題がある<sup>67)</sup>。

以上に対し、160条の適用範囲を仮定弁済

57) 例えば井上ほか・前掲注14)46頁〔山田誠一発言〕。また、それに依拠することを明示するものとして森田・前掲注18)15頁。そのほか、破産法（及びその規律を導入する民法改正要綱案）の条文構造に親和的なためか、3分類に依拠した論攷が非常に多い。伊藤眞ほか『条解 破産法（第2版）』1068頁（弘文堂、2014）も同様の分類に基づく。しかし、かかる3分類には後述するような問題があると考えられる。

58) 160条の適用の前提として責任財産の絶対的減少を要求すること自体、自明ではない。後述するように、期待弁済率の低下をもって160条を適用することも十分に考えられる。

59) 鹿子木康ほか「事業承継スキームの光と影～濫用的会社分割を考える」事業再生と債権管理132号24頁、49頁〔鹿子木康発言〕（2011）。

60) 伊藤・前掲注32)22頁以下。内田・前掲注43)59頁も債務承継を対価と明示はしないが、ほぼ同様の見解を示す。

61) 単純化すれば、額面1000万円の債務を引き受けてもらうために1000万円を支払う行為は、一見1000万円の出捐に対して1000万円の消極財産の減少という相当な対価が得られているように見えるが、承継される債務が実価100万円に低下していた場合、減少する消極財産は100万円のみであり、900万円の積極財産が減少しているといえる、というのが伊藤説の骨子であろう。

62) 山本・前掲注14)12頁。

63) 岡正晶「判批」金判1405号1頁（2012）。

64) 金融法委員会・前掲注14)18頁は「一体として否認の対象と見るべき」との批判を紹介する。

65) 金融法委員会・前掲注14)18頁参照。

66) 福岡地判平成21年11月27日金法1911号84頁が正面からこの構成により詐害性を認める。福岡地判平成22年9月30日金法1911号71頁もこの点を重視して詐害性を肯定する。難波・前掲注14)26頁、32頁参照。

率の低下で画した上で160条の適用を認めるのが、松下淳一教授の見解である<sup>68)</sup>。債務承継を対価と構成するなどの技巧的な操作の必要は無くなるが、結局は債権者の不平等を問題にしているのではないかと批判がある<sup>69)</sup>ほか、仮定弁済率の低下をもって160条を適用すると、161条と160条を区別して否認対象行為の明確化を図った破産法の趣旨とも緊張関係に立つものと思われる。

#### b 161条説

第二の立場は、会社分割はその性質上移転した積極財産と消極財産の総体の価値を表象する株式が分割会社に交付されるものである以上、アプリアリに相当対価による財産処分である<sup>70)</sup>とし、161条による否認のみを認める立場である<sup>71)</sup>。新設分割により分割会社の残存債権者は害されることがないから債権者異議手続の対象としなかった、という会社法の建前に最もよく合致する。そのため、裁判例にはこの見解に立脚するとみられるものが多い<sup>72)</sup>。この立場に対しては、新設分割は161条の要件である「隠匿等のおそれを現に生じさせる行為」といえないのではない

か<sup>73)</sup>、その点を回避するために要件を緩和すると会社分割が行為の悪性を問わずほとんど否認の対象になってしまうのではないかと<sup>74)</sup>、との批判がなされている。

#### c 162条説

第三の立場は、問題の本質は承継債権者と残存債権者の間の不平等にある以上、債権者不平等を是正する162条を適用すべきとするものである<sup>75)</sup>。

代表的な論者は山本和彦教授、山田誠一教授及び井上聡弁護士である<sup>76)</sup>。問題の本質が債権者間の不平等にあるという認識は162条説以外の論者にも広く共有されている<sup>77)</sup>ようだが、承継債権者は事業の収益から満足を得るのであって移転した積極財産により弁済や担保の供与を受けるのではない<sup>78)</sup>、そもそも「担保の供与」もなければ「債務の消滅」もない<sup>79)</sup>、承継債権者を受益者とする受益者の悪意という要件を満たさず取り消せる場合が極めて限定される<sup>80)</sup>、等の批判がある。

また、162条説のヴァリエーションとして、受益者を承継債権者ではなく新設会社であると

67) 井上聡「濫用的会社分割における問題の本質」金法1903号4頁、5頁(2010)参照。会社分割の場合には新設/承継会社に対する求償権が実質的な価値を持つ可能性があることにつき、井上ほか・前掲注14)45頁〔小林信明発言〕も参照。

68) 松下・前掲注17)146頁以下。

69) 金融法委員会・前掲注14)19頁参照。

70) 森田・前掲注18)は「定義上財産減少行為となり得ない」と表現する。北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」13頁も同様。弥永・前掲注44)39頁も「剰余金の配当等を伴わない単独新設分割なので、等価性は認めざるを得ない」とする。

71) 注70)にあげた諸見解のほか、難波・前掲注14)33頁、井上ほか・前掲注14)48頁〔村田渉発言〕、黒木和彰＝川口珠青「濫用的会社分割に対する一試論(下)」銀法736号38頁、40頁(2011)。

72) 東京地判平成22年5月27日金法1902号144頁、東京高判平成22年10月27日金法1910号77頁等。福岡地判平成22年9月30日金法1911号71頁は161条による否認の可能性も認める。

73) 小林信明＝山本和彦編『実務に効く事業再生判例精選』206頁(有斐閣、2014)。

74) 井上ほか・前掲注14)62-63頁参照。

75) 山本・前掲注14)4頁、井上・前掲注67)7頁、井上ほか・前掲注14)47頁〔山田誠一発言〕。

76) 山本教授は承継された債務が分割会社に復帰すれば原状回復は成る(山本和彦「会社分割と倒産手続」事業再生と債権管理132号12頁、20頁(2011))とする一方で、井上弁護士は債務の復帰のみならず分割会社から新設会社への価額償還請求が必要とするようである(井上・前掲注67)7頁)。本稿筆者は、債権者不平等が問題であるとする以上は、承継債務の復帰をもって原状回復が成るとすることが論理的には一貫すると考えている。

77) 金融法委員会・前掲注14)13頁は、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおそ共有されているように思われる」とする。

78) 伊藤・前掲注32)、松下・前掲注17)148頁。

79) 田中・前掲注14)26頁。

80) 伊藤ほか・前掲注57)1069頁注31、岡・前掲注14)69頁。この問題は、「通謀の害意」を要求する民法改正要綱案の下ではより深刻になる。受益者の主観的要件がほとんど充足されないのは濫用的会社分割が通常想定されていた債務消滅・担保供与行為と異なる性質を有するからであるとの指摘がある。片山・前掲注24)14頁注30、田中・前掲注14)26頁等。

するものがある<sup>81)</sup>。承継債権者が受益者であるとした場合の担保供与も弁済も受けていないという問題は回避可能であり、また会社分割の時点において新設会社は存在していない以上その主観を問題にする余地はないとの見解<sup>82)</sup>を採れば、162条説が孕む受益者の主観的要件の充足が困難であるという問題も解消できる。しかし、偏頗行為であると評価しながらなぜ承継債権者以外の者が受益者であると構成できるのか<sup>83)</sup>、疑問が残る。

### (3) 中間整理

以上の議論を中間的に整理すると、次のようになる。

まず、161条によるべき場合があることはすべての立場から広く承認されている<sup>84)</sup>。

160条説と162条説に対してはそれぞれ無視し得ない批判がある。160条説に対する最も強力な批判は、実質においては債務の実価を考慮して債権者不平等に対して160条で介入していることになる<sup>85)</sup>というものであろう。160条説に立つ見解の多くは結局なんらかの形で一部の債権者が承継されたことを理由に狭義詐害性を認めるから、債権者平等を害する行為は160条の対象にはならないとの前提に立つ限り、これは極めて強力な批判である。

他方、162条説に対する理論上の批判として重要なのは、「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為」とは言い難いではないのではないかというものである。表現は多岐にわたるが、大要、①受益者たる承継債権者に利益が帰属することが

確定していない、②会社財産自体が弁済や担保に供されたのではない、③いかなる形式の担保か不明である、という3点に集約できよう。しかし、将来債権譲渡担保であると構成すればいずれの批判も免れるように思え、決定的な批判とはならないように思われる<sup>86)</sup>。

### (4) 田中説による前提の相対化

有害性二元説との関係で理論的にやや難のある160条説と実効性に難のある162、161条説という構図が前節までの検討で明らかになった。これらに対して、明快な解決策を提示するのが田中説<sup>87)</sup>である。その骨子は、次の通りである。①162条は「債務の消滅」「担保の供与」を対象にしているに過ぎない。②160条1項の対象とならないのも「債務の消滅」「担保の供与」のみであり、それ以外の行為は161条の対象となるものを除いて160条の対象となる。③会社分割は「債務の消滅」でも「担保の供与」でもない以上、当然に160条の適用対象である。

160条をいわば一般規定として捉える田中説からは、162条説に対し、162条をまさに文理どおりに捉えて、担保設定契約がどこにもない以上「担保の供与」はない、債務は新設会社の下で存続しており「債務の消滅」もない、という文言上ではあるがそれ故に強力な批判が可能になる<sup>88)</sup>。

田中説の問題点は、有害性二元説と正面から衝突することである。特に、破産法の立法過程で一般規定と債務消滅担保供与についての特則という中間試案<sup>89)</sup>が成案の段階で完全に狭義詐害行為と偏頗行為を区別するよう

81) 浅田・前掲注26)49頁。また、井上ほか・前掲注14)65頁以下の井上発言もかかる構成の可能性に言及する。

82) 赫・前掲注31)43頁注6、田中・前掲注5)143頁。

83) 松下・前掲注17)148頁。浅田・前掲注26)49頁は、財産の交付を受けたのは新設会社だから、という形式的理由をあげている。

84) 160条説からは伊藤・前掲注32)26頁、田中・前掲注14)26頁、162条説からは山本・前掲注14)9頁が正面から161条による否認の可能性を認める。

85) 債務の実価考慮は債権者平等の要請であることについて、後掲注127)参照。

86) 発生不確実な債権を担保に供するものであるから確定的に利益が帰属しておらず、会社財産自体による弁済や担保供与ではなく、広く一般に認められた非典型担保だからである。金融法委員会・前掲注14)22頁はかかる構成の可能性に言及する。

87) 田中・前掲注14)25頁以下。

88) これに対し債権者不平等はあくまで162条で解決されるのだという立場からは、162条と160条の間に空隙を生じることを認めない限り、このような文理上の限定を加えることは困難であろう。

89) 山本・前掲注54)49頁。

変更されたことからすると、破産法が採ることを検討しながらあえて採らなかつた立場を採るものであるともいえる。とはいえ、田中説と従来の説を対照することで、有害性二元説及びそこから導出される債権者平等を害する行為は160条の適用対象とならないという命題こそがこの問題の桎梏であることが明らかになる。

(5) 条文による分類の問題点・対立軸の抽出

(2)のような条文ごとの分類によると、異なる前提に立つにもかかわらず結果として同一の条文を適用する見解の間にある差異は相対化されてしまい<sup>90)</sup>、根本的な対立を捉えにくくする恐れがある。他方で、最終的な適用条文が異なるだけで、見解に一致している部分があってもそのことが視えにくくなり<sup>91)</sup>、対立の不要な輻輳を招きかねない。そこで、以下では、最終的に何条を適用するかを（その前提において）左右している主要な対立軸を抽出することを試みる。

以上の分類からまず明らかなのは、学説は162条の適用範囲の広狭を巡って対立しているということである。

一方の極には、債権者間の不平等は全て162条で対応されるべきという判断を先行させ、債務消滅行為・担保供与との類似性を比較的緩やかに認める見解がある<sup>92)</sup>。

これに対して類似性をより厳しく捉える見解<sup>93)</sup>が存在し、さらに進んで担保供与そのもの、債務消滅行為そのものでない限り162条の適用はないとする見解<sup>94)</sup>が他方の極に存在する。この162条の適用範囲をめぐる対

立を、対立軸①として設定する。

次に、同じく条文の適用範囲を巡って、160条と161条の関係という点にも対立軸が存在する。第一は、160条の適用範囲を責任財産の絶対的減少の有無によって画するもの<sup>95)</sup>であり、第二は、160条の適用範囲を期待弁済率の客観的減少で画するもの<sup>96)</sup>である。この点の対立を、対立軸②として設定する。

そして、条文の適用範囲を離れて、濫用的会社分割という事象の本質をどこに求めるかという対立軸がある。

この点については、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおよそ共有されている」<sup>97)</sup>ようであり、多数説は濫用的会社分割の本質を債権者間の不平等に求めるようである。

しかし、これに対しては、会社分割により「債務者が、法的整理あるいは私的整理であれば必要となるであろう債権者の同意を得ることなく事業の存続・維持を図る」という点を指摘し、債権者の事業の存続を認めるかどうかを判断する機会が奪われることをも本質的な問題と捉える有力な異説が存在する<sup>98)</sup>。事業が残存債権者の手の届かないところに持ち去られることを問題とする趣旨と解されるが、そのことをより直截に表現すると問題の本質は「分割会社関係者の支配下で事業を安定的に継続させる」ために「残存債権者から資産を隔離」すること<sup>99)</sup>、となろう。このような濫用的会社分割の本質を奈辺に求めるかの対立を、対立軸③として設定する。対立

90) 伊藤説、鹿子木説、田中説、松下説は共に160条説に分類されることになるが、その論理は異なるものである。

91) 例えば等しく債権者不平等を問題にするにもかかわらず、鹿子木説・伊藤説は160条説、難波説は161条説、井上説・山本説は162条説に分類されることになる。

92) 本稿の整理では、山本教授、山田教授、井上弁護士の見解がここに位置付けられる。

93) 伊藤教授の見解である。伊藤・前掲注32)17頁における検討を見る限り、債務消滅そのもの担保供与そのものでもない行為についても162条が適用される余地を認めているようである。

94) 田中・前掲注14)25頁。

95) 伊藤ほか・前掲注57)1072頁。

96) 田中・前掲注14)27頁。藤原＝稲生・前掲注50)7頁も同様の結論を採る。

97) 金融法委員会・前掲注14)13頁は、「問題の本質が、分割会社に残された債権者と新設会社に引き継がれた債権者との間に生ずる不公平な結果にあることも、おおよそ共有されているように思われる」とする。

98) 田中・前掲注14)26頁。

99) 黒木＝川口・前掲注71)8頁。

軸③は、残存債権者の不利益は一部の債権者が承継されたことから、すなわち債権者の不平等から生じているのか、それとも全債権者が残存債権者となったとしても変わらず生じるのか、という対立と言い換えることもできる<sup>100)</sup>。

以上を前提に、以下私見を述べる。本稿はあくまで濫用的会社分割が何条により取り消されるかを検討するために条文の適用範囲を明らかにするものであるから、まず対立軸③についての立場を明らかにし、それを前提に①、②について議論することとする。

### 3 私見

#### (1) 対立軸③——損害発生メカニズム

新設分割それ自体によっては残存債権者が害されることはないという会社分割制度の建前を容れる限り、残存債権者が害されたとすれば、客観的には残存債権者は害されておらず財産が変質したにすぎない（従って161条による取消しのみが可能になる）とするか、

承継債権者が優遇された結果、すなわち債権者不平等の結果として反射的に害されたのだとするか、のどちらかが妥当であろう<sup>101)</sup>。ここに債権者不平等は162条で処理されるべき問題だという前提を加えると、論理的には160条によるべき余地は消滅してしまう<sup>102)</sup>。これが、中間整理で理論的には162条説又は161条説が的確であるようにみえた理由であると推測する。

しかし、正面から新設分割それ自体によって客観的に残存債権者が害され得ることを認めることができれば、端的に160条を適用する途が開ける<sup>103)</sup>。新設分割それ自体によっては残存債権者が害されることは本当でないのか<sup>104)</sup>、明らかにする必要がある<sup>105)</sup>。

#### a 個別的検討

残存債権者の地位は、会社分割の前後で、a事業を行うA会社の債権者から、A会社の100%親会社であるA'社の債権者へと変更されるといえる。これは、新設分割により一時的に分割会社は新設会社の100%株主となるためである<sup>106)</sup>。そこで、a事業を行うA会社の会社債権者αと、A会社の100%親会社

100) 井上ほか・前掲注14)67頁の一部の債権者が優遇されたことにより株価が下がっており承継された債務を復帰させれば事足りることを指摘する山本和彦教授の発言と、黒木=川口・前掲注71)39頁の債務を一切承継しない場合であっても会社分割が詐害性を有することがあり得るとの指摘が鮮やかなコントラストを成す。

101) 新設分割をアプリオリに相当の対価を得てなされる行為であるとする神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」が161条と162条による否認の可能性のみを問題にしているのが示唆的である。内田・前掲注43)62頁も、債務の移転がなされない場合には161条による否認のみ可能であるとす。

102) 有害性二元説の通説的な理解による限り、債権者不平等が問題であるとしながら160条による取消しを認めるのはほとんど論理矛盾であろう。本稿におけるように①162条が全ての債権者不平等に対処するものではないことを認め、かつ②162条から溢れる債権者不平等について160条または161条により対処する余地を認めれば矛盾は回避できるが、②は通説的な有害性二元説の理解と鋭く対立する。160条説に対する「債務の実価を詐害性の判断において考慮することになる」という批判（金融法委員会・前掲注14)18-19頁、山本・前掲注14)6-7頁）が、鋭くこの点を指摘する。

103) 債務承継の有無に関係なく残存債権者の地位の変動を問題視するので、実価を考慮して債権者不平等を問題にしているという批判があたる余地はない。この見解に対しては、むしろ事業もしくは個別財産が株式に変質しただけであり161条によるべきではないかが主たる問題となる。

104) 平成12年商法の立法段階からすでにこの疑問は呈されてはいた。浅田・前掲注26)46頁参照。以下は、この疑問に答えようと試みるものである。

105) なお、本稿筆者は、分割会社は新設会社の全株式を交付されるのであり、その時点では切り出された資産の価値を将来収益も含めて全て把握していると考えている。同旨、岡・前掲注9)368頁、井上・前掲注67)6頁、滝澤・前掲注14)71頁。しかし、このことは160条の適用が排除されることを意味しない。「分割会社が新設会社に承継させた資産の価値を完全に把握していること」と、「執行が困難になっている等により分割会社の債権者が害されていること」は同時に起き得るからである。神作・前掲注14)「詐害行為取消権〔下〕」40頁参照。詳細はⅢ3(3)に述べる。

106) 現実の会社分割の事例においては交付を受けた株式を直ちに第三者に売却することが少なくないようであるが、これは新設分割それ自体とは別に生じる事象であるため、ここでは同時に生じる事象である新設会社の株式の交付時点までを考察対象とした。以上につき、森田・前掲注18)11頁参照。

A'の債権者βの間にはいかなる差異があるか検討する。

なお、以下の検討に先立ち、債権者は債務者に対して融資に際する契約等によって自衛を図るべきであり、自衛が可能であるなら法が強制的に債務者たる会社の行動を制約するべきではない、という議論<sup>107)</sup>が会社分割の場合には妥当しにくいことを明らかにしておきたい。これは、コベナンツ等で会社分割を禁止して自衛を図っても、違反に対して損害賠償請求をなし得るに過ぎず、しかも請求の客体になるのは不良資産のみが残された分割会社または取締役であり、どの程度実効性があるのか疑問があるためである<sup>108)</sup>。

(a) 破産申立権の有無

αは、継続企業価値を前提にしても現時点で清算した方が自らにとって有利<sup>109)</sup>であると考えられる場合、A会社の破産を申し立てることができる。また、他の債権者が個別執行を開始した場合に破産申立をすることで包括執行へと移行することも可能である。

他方、βはもはや事業の継続よりも清算が自己に有利であると考えても、破産を申し立てる権利を有さないし、包括執行へと移行する権利も認められない。

(b) 対抗的民事再生申立権の有無

αは他の債権者が破産申立をした場合であっても、民事再生手続きの申立てをすることにより、清算価値保障原則の要請を満たす限り、事業の解体清算を阻止し将来にわたる収益からの弁済を選択することができる。アと同様、法的倒産処理による包括執行への強制的な移行を請求することもできる。

βには以上のような選択肢は法的に認めら

れていない。

(c) 債権者の交渉機会及び経営者に対するモニタリング機能の喪失

αは一定の経営改善策を条件とする弁済猶予等によって交渉することができるのに対し、βは強制執行をかけても株式を売却することができるに過ぎないため、交渉力が大きく減殺される<sup>110)</sup>。

(d) 引当て財産が事業会社の株式となること

αはAの個別財産に対して強制執行をかけることができるが、βは株式に対する強制執行が可能のみである。非上場株式の換価は通常困難であり、βの強制執行が奏功するかは疑わしい。

また、Aの取締役はαに対しても任務懈怠責任を負い得る。そのため、取締役は債務超過状況において、株主のみの利益を優先することは許されない。経営状態の悪化した会社における取締役の善管注意義務は株主の利益と債権者の利益との適切な均衡点を模索することにあるといえよう<sup>111)</sup>。

他方、A'の会社財産はAの株式である。Aが債務超過に陥った場合、株式の価値は0になる。この状況でA'取締役に要請されるのはごく単純化すれば会社財産の最大化——A会社株式の価値の増大であり、早期の破産申立による債権者の取り分の確保といった配慮は不要になる。αはA取締役によって一定の限度で利益を保護されるべき地位に立っていた一方で、βはA'取締役によってその利益を考慮されることはない立場に立たされている、といえる。

107) 水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(1)」北大法学論集 58 巻 6 号 1 頁, 6 頁 (2008) 参照。

108) 金融債権者は事前にコベナンツ等により自衛できる可能性があるが、濫用的会社分割をコベナンツ等により事前に抑止するのが困難なことについて、伊藤・前掲注 42)106 頁参照。

109) 単純に最終的に回収できる金銭の合計額のみを問題にすれば企業の継続を選択することが合理的なことが多いように思われるが、将来得られる金銭は現在価値に割引引く必要があるし、その際の割引率は債権者の資金需要に大きく影響されるため、いずれが有利かは個別具体的な判断に依らざるを得ない。

110) 田中・前掲注 5) 参照。

111) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(3・完)」法協 102 巻 8 号 1431-1531 頁, 1480 頁(1985)は、「経営危機」に際しては「債権の可能性や倒産処理の方法などにつき一層の慎重さをもって考慮検討すること」が「取締役の善管注意義務に含まれる」とする。江頭・前掲注 2)503 頁は以上を引用した上で「債務超過またはそれに近い状態の株式会社」では、「会社債権者の損害拡大を防止するため取締役には再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されて」いるとする。

(e) **メザニン・レンダーたる地位への強制的変更<sup>112)</sup>**

会社分割により事業及びキャッシュフローが新設会社に移転され、かつ、分割後の分割会社と新設会社等との間に特段の取引関係がない場合を前提とすると、会社分割後は、残存債権者に対する当該事業からの弁済原資は、新設会社からの配当のみとなる。このことは、会社分割による承継資産・事業からの弁済に関する限り、残存債権者は、新設会社の債権者に対して強制的に弁済順位が劣後させられることを意味する<sup>113)</sup>。分割以降に新設会社の債権者となる者との関係でも劣後することになる<sup>114)</sup>から、この劣後化は債権者不平等というより残存債権者の債権の端的な劣化の問題といえる。

**b 小括**

以上、権利<sup>115)</sup>と呼べるものから事実上の利益にすぎないようなものまで、雑多に検討を行ってきたが、会社分割により残存債権者の地位はこれだけの影響を受けるものである。もはや、新設分割自体によって残存債権者が害されることはないという前提は破棄していいように思われる<sup>116)</sup>。

**c 新たな懸念**

ただ、会社分割により一部の債権者が新設

会社に承継された場合、そのような債権者の不平等取扱いにより残存債権者に対する弁済率が悪化し得ることもまた事実である。

問題は、新設分割自体による詐害(狭義詐害行為)と、債権者の不平等取扱いによる詐害とが、実際の会社分割においては同時に生じている可能性があることである<sup>117)</sup>。

このとき、債権者不平等は狭義詐害行為の対象にはならないとの原則を墨守すると、160条または161条による取消しのためには狭義詐害行為がなされたことの立証<sup>118)</sup>、すなわち、詐害の結果の少なくとも一部は債権者不平等以外によって生じたこと立証が求められることになる。債権者が害される結果が生じていたとしても、それが狭義詐害行為(に該当し得る行為)から生じたものであることが立証できなければ、狭義詐害行為があったとは立証できないからである。しかし、生じた損害のうちどの部分が債権者不平等以外を原因にして生じたのかはおそらく立証不可能である。すると、原告が160条または161条に基づく取消しの訴えを起した場合、原告が立証責任を負う狭義詐害行為の存在を立証できず、請求棄却という帰結になる可能性がある<sup>119)</sup>。

二重の意味で債権者が害されている可能性

112) 栗沢方智＝櫻庭広樹「濫用的会社分割の当事会社に対する会社更生手続きの債権者申立の検討」金法1915号76頁(2011)。

113) 構造劣後形式のメザニンはあまりにも劣後的すぎるためレンダーに対する魅力に乏しく、欧米ではすでに廃れたという。いわば“無議決権普通株式”とでもいうべき金融商品であるから、かもしれない。以上につき奥・前掲注5)7-8頁参照。残存債権者の地位がこのように非常に劣後的なものになるということには十分に留意しておく必要がある。とりわけ、長期にわたって弁済される金融債権の場合には、かかる劣後化の影響は非常に大きいといえよう。

114) 分割以降に新設会社の債権者となった者と残存債権者は一度も共同の貸倒れリスクを負担していないから、これは狭義詐害性と対置される債権者不平等の問題ではない。

115) (a)については私法的破産請求権という名称がすでに与えられている。水元宏典『倒産法における一般実体法の規制原理』5頁(有斐閣, 2002)。(b)と合わせて、法的倒産請求権と呼ぶことも可能であろう。

116) ただし、160条と161条の適用関係の問題から、あくまで財産が変質しているのみであり161条の対象となるにすぎないのではないかという問題は残る。この点は後述する。

117) 山本ほか・前掲注39)213頁〔奥総一郎発言〕は「偏頗性の問題、あるいは詐害性の問題のどちらと捉えても、違和感はない」旨述べるが、これは濫用的会社分割が狭義詐害性と債権者不平等性を併有することが非常に多いからであろう。岡・前掲注14)68頁は「ハイブリッド型の違法行為」であるとする。

118) 難波・前掲注14)25頁、岡口基一『要件事実マニュアル第3巻 商事・手形・執行・破産・保険・金融・知的財産(第4版)』371-376頁(ぎょうせい, 2014)参照。

119) 偏頗行為として取消しを求めた場合も偏頗行為の存在を原告が立証する必要がある(難波・前掲注14)25頁)以上、同様である。ただ、偏頗行為の場合有害性の欠缺を受益者が抗弁として主張立証すべしとの指摘があり(伊藤ほか・前掲注57)1063頁)、これを前提とすれば偏頗行為取消しの訴えを提起すれば被告に狭義詐害性の立証責任が転嫁され本文のような問題は生じないとも思える。立証責任の所在の究明が必要であるが、これについては他日を期したい。また、積極財産の移転のみ、承継債権者に対する債務承継等のみを独立して否認対象とすれば

があるとき、まさに二重の意味で害されているが故に結局請求が認められないというこの帰結は、明らかに信義に反する<sup>120)</sup>。この帰結を論理的に回避するための一つの方法は、民法719条1項後段に相当する規定を設けることである<sup>121)</sup>。もう一つの、そして解釈論として可能な方法は、たとえ債権者平等を害する行為であっても、狭義詐害行為による否認の対象となる行為があることを認める解釈論を構築することである<sup>122)</sup>。以下は、対立軸①についての検討であると同時に、その試みである<sup>123)</sup>。

(2) 対立軸①——偏頗行為否認の適用範囲  
 についての一試論——

a 前提

まず、162条、160条1項は条文の文言上相互に排他的な規定である。160条1項柱書きは「債務の消滅に関する行為」「担保の供与」を適用除外としており、反対に162条は「債務の消滅に関する行為」「既存の債務についてされた担保の供与」を適用対象としているためである。これは、有害性二元説を是とするか否かを問わず、文言上動かないところ

だと思われる。よって、同時交換的行為の点を除けば、162条の適用対象となることは、160条1項の適用除外となることの裏返しである。

また、債権者不平等に対応するといわれる162条1項は「既存の債務についてされた担保の供与又は債務の消滅に関する行為」のみを対象にしており、文言上すでに、債権者平等を害するが偏頗行為ではない行為を想定できることに注意を喚起しておきたい。

b 本論

(a) 有害性二元説？

有害性二元説の大まかな内容はすでにIII 2(1)に述べた通りである。

しかし、狭義詐害性と偏頗性の二種類の有害性があることを前提としても、排他的満足が害される場合と集団的満足が害される場合(債権者平等の侵害により、優遇されなかった債権者にとっての責任財産が減少している場合)を二分し、それぞれに適切な規制を設ける選択肢は直ちには排除されない<sup>124)</sup>。二種類の有害性があるということから、債務の消滅及び担保の供与は狭義詐害性を有さない

かかる結論は回避できるが、それが妥当でないことについては前掲注44)参照。

120) したがって、最もシンプルには、信義則により被告の「行われたのは偏頗行為だ」との主張を封じ、反射的に狭義詐害行為の存在を認めるという解決が考えられないではない。会社法429条の有利発行についてであるが、田中亘「募集株式の有利発行と取締役の責任」松澤還暦『会社法と商事法務』145頁、197頁(商事法務、2008)参照。ただ、狭義詐害行為と偏頗行為は条文上截然と区別されており、被告の反論を信義則で封じられるかはやや疑問がある。また、この場合そもそも詐害行為か偏頗行為かで被告適格の所在が異なるという問題があり、一層複雑である。

121) 廃液に含まれる有害物質により健康被害を受けた者が、A工場の廃液に含まれる有害物質aとB工場の廃液に含まれる有害物質bのいずれかが原因であるということ立証しても、aとbのいずれが原因であるかを突き止められなければ、709条1項に基づく請求は棄却されざるを得ない(平野裕之『民法総合6 不法行為法』250頁(信山社、2007)参照)。これが719条1項後段なき場合の帰結であり、aが狭義詐害行為に、bが偏頗行為に相当する。

122) これを認めることができれば、会社分割は一括して狭義詐害行為として扱えばよく、立証不可能という問題は生じない。その他の解決方法として同時審判申出共同訴訟が想起されるかもしれないが、同時審判申出共同訴訟でも狭義詐害行為の存在も偏頗行為の存在もいずれも立証できないという帰結はあり得る。代理権に基づく本人への請求と無権代理人の責任追及が同時審判申出共同訴訟により合理的に解決されるのは、たまたま「代理権の存在」が本人に対する請求原因であると同時に無権代理人の抗弁でもあるために抗弁成立なら本人に対する請求認容、本人に対する請求棄却なら抗弁が不成立という関係が成立しているためである。

123) 本文に示した懸念があたらないとしても、162条の適用範囲が争われている状態であるから、その範囲を一部であれ明確にすることには一定の意味があると考えられる。

124) 偏頗行為否認は、実価による弁済すら否定して破産配当を強制するものである。債権者平等を害する部分はいくまで実価を上回って弁済を受けた部分のみとも言い得るから、その部分のみを返還させるという処理は直ちには排除されない。山本克己「否認要件に関する考察」別冊NBL69号111頁以下(2002)、特に113頁以下参照。旧法についての文献であり、また偏頗行為否認の時的限界の前倒しを論じる文脈ではあるが、有害性に二種類あることを認めても直ちに現行破産法のような解決が導かれるわけではないことを示すものとして意義がある。二種類の有害性があるという前提と現行破産法の規律を架橋するには、支払不能以前は債権者平等を問題にしない、という操作と、支払不能以降は実価による弁済すら認めない、という二つの操作を加える必要がある。

という現行破産法の規律<sup>125)</sup>を導くには、少なくとも、消滅する債権は名目額で評価する<sup>126)</sup>という操作を加えることが必要になる。

債務を名目額で評価することは、偏頗行為否認が可能になる場面、すなわち支払不能の場合を除いては、債権者平等を問題にしないことを意味する。債務を実価で考慮する理由は、債権者平等の要請以外には見いだせないからである<sup>127)</sup>。

#### (b) 弱い債権者平等と強い債権者平等または bonorum possessio

そして、破産法は確かに債権者不平等を是正する偏頗行為否認の対象となる行為を、支払不能以降のものに限定している<sup>128)</sup>。これは、債権者平等<sup>129)</sup>を要求できるのは原則として破産手続開始決定以降であり、その効力を遡及させるとしても破産原因たる支払不能

が存在する時点が限界であるという理由による<sup>130)</sup>。

162条による偏頗行為否認は実価による弁済すら否定し、破産配当を強制する。このような、債権者が実価による弁済すら受けてはならないという意味でのいわば「強い債権者平等」<sup>131)</sup>を強制できるのは支払不能の局面に限ることも妥当であろう。

しかし、債権者平等は私法の一般原則である<sup>132)</sup>。債権者平等という概念を、私法上の一つの原則として通用する抽象度で表現すれば、「特定の範囲の財産の集合体又は特定の財産について、それを引当てとしうるが互いに優先しない債権を有する複数の債権者がいて、債権の総額が財産の総額を上回っているときは、債権額に応じた比例弁済が行われる」となる<sup>133)</sup>。したがって、債務超過であれば原則として比例弁済が要求されるはず

125) 160条1項柱書括弧書きの存在により債務消滅行為及び担保供与行為は160条1項によっては否認できず、これらの行為は非義務的偏頗行為の例外を除いて、支払不能以降に行われたものに限り否認することができる。

126) 債権を名目額で評価するなら、債務を消滅させる行為は債務者の責任財産を計数上変動させないから、狭義詐害行為にあたることはない。そして、債権を名目額で考慮することは160条2項が債権の額面額を上回る部分のみを否認の対象としていることから明らかだという。伊藤眞ほか編『新破産法の基本構造と実務』ジュリ増刊380頁〔山本克己発言〕(2007)。ただし、条文上は「消滅した債務の額」を超える部分が否認できるのであり、文言からただちに債権を額面額で考慮することが導かれるわけではない。宗田親彦『破産法概説(新訂第4版)』362頁(慶應義塾大学出版会, 2008)は、「消滅した債務の額」は実価である、とする。

127) 実価というものはそもそも債務超過時における比例弁済を前提にした概念である。そして、比例弁済は債権者平等原則以外からは導き得ないであろう。宗田親彦「詐害行為否認と偏頗行為否認一本旨弁済の否認について」明治学院大学ローレビュー2巻3号3頁(2006)は債権者平等原則が債権を実価で考慮することを要求し、名目額での弁済が狭義詐害性を有することを、「平等違反が実は詐害行為すなわち財産の減少になる」と表現する。

128) 厳密には「破産申立」も基準時となるが、それは「支払不能」が先行しその後「破産申立」という経過が想定されているためである。破産申立時に支払不能でなかった場合、破産申立は却下され、否認権が行使されることはない。

129) 本稿での表現にひきなおせば、この債権者平等は「強い債権者平等」ということになる。ここで、「強い債権者平等」「弱い債権者平等」について若干敷衍しておく。「弱い債権者平等」とは、私法の領域に広く妥当する指導指針ないしは原理であり、他方で他の原理や指針によって上書きされ得るものを指している。一方、「強い債権者平等」とは、特定の状況において具体的な制度によって債権者間の平等が強く担保されていることを指している。

130) 山本・前掲注124)118頁及び山本克己ほか『新破産法の理論と実務』258頁〔畑端穂〕(判例タイムズ社, 2008)参照。この理由からは、立法論としては法人破産では債務超過時まで偏頗行為否認を認める立論があり得ることになる。伊藤ほか・前掲注126)407頁〔山本和彦発言〕。

131) 比例弁済を受けることも禁止される。凡そ破産財団に手をつけることが禁じられていると換言できる。破産配当の強制は破産時における実価弁済を受けているのと同様であるとの反論が考えられるが、平時においては顕在化していなかった債権間の優先劣後関係に従って弁済率が定まり、破産手続きの費用も控除した残りについて比例弁済に与れるに過ぎないから、破産配当は破産決定時における実価弁済とは同視できないと考える。このような強度の財産的拘束の淵源は、ローマ法における bonorum possessio に求めることができる。bonorum possessio につき木庭頭『法存立の歴史的基盤』844頁以下(東京大学出版会, 2003)及び同『現代日本法へのカタバシス』170頁(羽鳥書店, 2011)以下参照。possessio の語から想起されるように、「占有」概念にも関わる。

132) 中田裕康「債権者平等の原則の意義」曹時54巻5号1284頁(2002)は、「この原則を民法の基本原則と位置付け」る見解が「現在もなお多い」とする。

133) 中田・前掲注132)1310頁。

である<sup>134)</sup>。支払不能でない限り債権者平等は問題にならない、との立場は直ちには採用できない。債務超過時には債権の価値は比例弁済を前提にした実価まで低下するのであり、それを超えて名目額で弁済を受ける行為は責任財産の減少を招く行為にあたるはずである。

翻って、債務消滅行為・担保供与行為が狭義詐害性を有さないのは、債務超過時にあっても債権は名目額で考慮する——支払不能以前では弱い債権者平等をも排除する——という立場が選択されたから、となる。

### (c) 名目額考慮の必要性・許容性

債権者平等原則は私法の全場面に妥当する一般原則であり、その排除には相応の理由が要求されよう<sup>135)</sup>。そして、その理由は比例弁済コストであると考えられる<sup>136)</sup>。破産時以外、不断に変化する財産状況に応じて変化する比例弁済率をフォローすることはほとんど不可能であり、これを要求すると債務超過に陥った主体が経済活動を営むことはおよそ不可能になる。これは比例弁済のコストがあまりに高いことを意味し、かかる不合理な事態を避けるためには債権者平等原則を後景化することも許されよう。これが、債権を名目額で考慮する理由、すなわち債務消滅行為が狭義詐害行為ではないとして160条1項括弧書きで除外されている理由である。よって、この理由が妥当しない限り、債権者平等は排除されないものであり、債務は実価で考慮すべ

きである。

また、担保供与行為が狭義詐害行為から除かれているのは、清算義務を観念すれば担保供与行為は債務額を上回る責任財産の流出を招くものではないからである。清算義務の課されていない担保供与の場合、実質的に過大な代物弁済となって狭義詐害行為の性質を有する場合があると言わざるを得ないから、「担保の供与」に含めることは許されないとされる<sup>137)</sup>。

以上の理由により、本稿筆者は160条1項の適用除外の範囲、すなわち162条の射程は、弁済・担保供与との強い同質性が認められる行為に限定され、強い同質性を認めるための必要条件として担保供与行為については清算義務が課されている担保の供与であること、債務消滅行為については比例弁済コストが高く事実上比例弁済を望むことができない債務消滅行為であることが必要と考えている。

### (d) 小括

上記私見によれば、濫用的会社分割が162条の適用対象になるか、という問題は、濫用的な会社分割が比例弁済コストの高い債務消滅行為といえるのか、あるいは、清算義務の課された担保供与と同視できるのか、という二点にかかる。そこで、以下それぞれについて詳論する。

比例弁済のコストについては、いくつかの場合をわけて考える必要がある。

134) 私法の一般原則として built-in された債権者平等原則が債務超過を契機として作動し、強制執行や支払不能等、債権者平等が強く要求され、かつ債権者平等を実現するコストが低下する局面においてその作用が極大化する。built-in された私法の一般原則としての債権者平等を、ここでは弱い債権者平等と表現している。

135) 本稿と最終的な理由付けは異なるが、山本・前掲注53)「否認権(下)」124頁は慎重に債務超過時において債権者平等を排除できることの根拠付けを図る。山本教授は債務超過時であっても信用があれば全ての債権を弁済可能であることから債権者平等の要請を後退させるようだが、債務超過の判断にあたって破産法では信用を考慮に入れない(伊藤ほか・前掲注57)126頁)のに対し、民法では信用を考慮することが通説的であり(奥田昌道編『新版 注釈民法(10) II 債権(1) 債権の目的・効力(2)』846頁〔下森定〕(有斐閣, 2011)), 山本教授の見解では民法上の債務超過以降支払不能まで債権者平等の原則が排除されることを説明できなくなる可能性がある。

136) 中田・前掲注132)1311頁は、「債権者平等の原則が倒産以外の場面でどこまで適用されるかは、非優先性についての実質的判断と比例弁済コストの負担の評価によって決まる」とする。また、同1307頁は「非優先性についての前述の実質的判断に加えて、比例弁済コストを考慮した結果、比例弁済がなされるべき債権について、『債権者平等の原則』が認められる、ということになる」とする。

137) 160条2項が債務消滅行為のみを対象とし担保供与を対象としていないことが以上のことを裏から示している。敷衍すれば、清算義務がある限り担保供与行為は過大な代物弁済の実質を持ち狭義詐害行為となることはあり得ず、逆に清算義務の課されない担保供与行為は過大な代物弁済の実質を持ち狭義詐害行為にあたる場合がある。非典型担保の供与が160条2項による否認の対象となるかという文脈ではあるが、伊藤ほか・前掲注57)1073頁が同旨を説く。山本・前掲注53)「否認権(上)」80頁も161条該当性について同旨。

場合の第一は、全ての債権者を平等に取り扱う場合である。すなわち、全ての債権を承継するか、全ての債権者を残存させるか、あるいは全ての債権について一定の割合を承継させるか、という場合である。

この場合、ここで行われていることは比例弁済に類似する。比例弁済とは債権者を平等に取り扱うべしとの原理から要請されるものであって債権者を平等に取り扱うことを意味し、ここではあたかも比例弁済がなされたのと同様債権者は平等に取り扱われているからである。したがって、このような措置に多大なコストがかかる場合、162条が作動する可能性はある。しかし、上にあげた例からほとんど明らかなように、これらの措置にはほとんどコストがかからない。比例弁済のコストとは債務の実価を計算することのコスト<sup>138)</sup>であるが、これらの事例では単に債権者全員について等しく取り扱えば足り、債務の実価を計算する必要はないからである。よって、このような会社分割は結局162条の適用対象とはならない。

場合の第二は、債権者間の取扱いに不平等が存在する場合である。この場合は、さらに二つの場合にわけることができる。一つ目は、事業を新設会社の下で継続するため、事業とその継続に必要な債権者を承継する場合であり、すなわち典型的な濫用的会社分割の事例である。この場合にも、分割会社はやはり承継される債務の実価を計算してはいないと思われる。事柄の性質上論証には至らないが、このような会社分割を行う当事者が承継

する債権を決定するにあたってする考慮は、事業の継続にどの債権が必要かという考慮であり、債務の実価を計算して全債権者に按分弁済を行おうとする考慮ではないといて大過ないであろう。このように、比例弁済を行おうとする契機がそもそも存在しない以上、比例弁済のコストも存在しないといえる。よって、この場合が160条括弧書きにいう「債務の消滅」にあたりと解することはできない。160条括弧書きにそもそもあたらぬ以上、162条が作動する余地もないから、この類型の会社分割もやはり162条の適用対象とはならない<sup>139)</sup>。よって、そのような会社分割が「債務消滅行為」として否認の対象となることはない。二つ目は、上記と異なり、分割の目的が新設会社の下での事業の継続ではなく、一部の債務を分割会社から切り離す目的を持って——切り離しの目的はBSの改善にあることが多い——、一部の債権を引当てとなる財産とセットで新設会社に承継させる場合であり、いわゆるデットアサンプションのような場合である<sup>140)</sup>。この場合には、分割会社はまさに承継させる債権にどれだけの弁済をなすことが可能かを考慮する契機が存在する。従って、比例弁済を要求する契機が存在する以上、比例弁済のコストが問題になり、この場合においてこのコストが極めて高いことは通常弁済となら異ならないから、かかる類型の会社分割は「債務の消滅に関する行為」にあたりと考える。

もっとも、この類型の会社分割は本稿での検討の対象から外されているから、議論の骨

138) より精確には、「①分配の対象となる財産の確定、②分配を受ける債権者の範囲の確定、③分配の基準となる債権の確定とその金銭化」、及び「分配対象財産の総額が総債権額を下回るか、少なくとも下回る可能性があること」の確定が比例弁済のためには前提として必要であり、この前提条件を整えるコスト及び算出された割合にしたがって実際に比例弁済を実施するコスト、さらには「比例弁済の過程における事実上・法律上の判断や評価が結果的に誤っていた場合に、責任を負いまたは不利益を引き受けるリスクを引き受ける」コストが比例弁済コストには含まれる。中田・前掲注132)1306頁参照。

139) 後述するように本稿筆者は期待弁済率の低下をもって濫用的会社分割を取り消せると考えているが、これは比例弁済を要求しているわけではない。残存債権者に生じる不利益を補うだけの価値を生み出す会社分割なのかという判断を要求しているのみである。水野・前掲注107)25頁は取消しによる威圧の下詐害的な取引が行われなくなるといって過程を分析したアメリカの議論を紹介するが、本稿の主題にひきなおせば、残存債権者の期待弁済率を低下させるような会社分割は取消しの対象となることが明らかになることにより、会社分割を行う当事会社が期待弁済率の減少を防ぐべく分割する資産の最適な構成を模索することで、社会経済の利益に資するといえよう。

140) 金融法委員会・前掲注14)17頁は、「ケース3」としてこのようなデットアサンプションの場合を取り上げ、その他の会社分割と異なる解釈が行われる可能性を示唆する。

格には影響を与えない。結局、本稿が検討の対象としている類型の濫用的会社分割には比例弁済コストが債権者平等を排除するほどには存在しないから、「債務の消滅に関する行為」として162条の適用対象となることはない。

担保権設定との同視可能性については、次のようにいえる。承継債権者のみの引当てとなる財産が生じたことをもって担保権が設定されたと言い得るとしても、担保権者たる承継債権者になんらの清算義務が生じていない以上、160条1項柱書括弧書きにいう「担保の供与」にあたるということとはできない。

よって、本稿が検討の対象としている類型の会社分割は160条括弧書きの「債務の消滅に関する行為」にも「担保権の設定」にもあたらず、翻って、160条の射程が及び得るといえる。

### (3) 対立軸②——160条の適用範囲——

上記の検討から本稿が検討の対象とする類型の濫用的会社分割が160条で取り消し得る場合があることは明らかになった。次なる課題は、161条による取消しが認められる場合と160条による取消しが可能な場合との区別である。

前提として、160条の適用範囲は、161条の適用範囲に連動する。これは、161条が「相当の対価」を得た場合の特則であり、「相当の対価」を得ている限り160条の適用を排除するからである。「相当の対価」を得れば債権者を「害する」とはいえず、「相当の対価」に満たない対価しか得ていないことが債権者を「害する」ことである。

#### a 161条の趣旨

161条の文理から明らかなのは、「相当の対価」による財産の処分については否認の可能性が相当限定されていることである。かかる限定の趣旨が債権者の財産処分権の尊重と債権者の引当財産維持への期待の調和にあ

る<sup>141)</sup>ことは争いがないところだと思われる。とはいえ、財産処分権の尊重と引当財産維持への期待のどちらにより重点をおくかで異なる二通りの解釈があり得る。

第一は、財産処分権の尊重に重きをおく見解である。財産状態の悪化した債務者の行う相当対価での換価行為がのちに詐害行為として否認される可能性があるとして、窮境にある債務者の経済活動が困難になる。これは、取引の相手方が否認のリスクを恐れて、財産状態の悪化した債務者との取引に萎縮的になるためである<sup>142)</sup>。萎縮効果を取り除くには、正常な取引、つまり「相当の対価」を支払って行われる取引は原則として否認の対象にならないことが重要である。そうすると、財産の種類の変更は原則として否認の対象にならず、161条各号の要件を満たす例外的な場合にのみ否認できるとの解釈が要求される。

第二は、債権者の引当財産維持への期待により重きをおく見解である。「相当の対価」を得ている限り客観的には債権者の期待弁済率は変わらないことから否認の可能性を原則として否定し、それにもかかわらず期待弁済率を減少させるような事情がある場合に限って否認を認めたのが161条であるとする捉え方である<sup>143)</sup>。

#### b 「害する」

第一の捉え方からは、予測可能性の担保という観点から、161条は責任財産を変質させるのみで減少させない行為を160条の対象から除いていると考えることになろう。その場合、160条は責任財産を絶対的に減少させる行為にのみ適用され<sup>144)</sup>、「害する」とは責任財産の計数上の減少を意味する<sup>145)</sup>と思われる。

しかし、かかる見解によると、責任財産の組成が変更するのみ<sup>146)</sup>であり、かといって偏頗行為にもあたらない行為は161条の対象となるのみである。161条の要件の厳格さに

141) 伊藤ほか・前掲注57)1081頁参照。

142) 法制審議会・前掲注17)167頁によれば、民法改正の過程ではこちらの見解が前提になっているようである。

143) 田中・前掲注14)26頁参照。

144) 伊藤ほか・前掲注57)1072頁参照。

145) 法制審議会・前掲注17)169頁。

146) 会社分割がこのように捉えられることについて、前掲注105)参照。

鑑みれば、否認の可能性は大きく限定される。一つの割り切りとしてはあり得るのかもしれないが、組織再編等複雑な行為に対する詐害行為取消しの余地を大きく狭めるものであり、詐害行為取消権の信用秩序の維持という機能を減殺しすぎるきらいがあると考えられる<sup>147)</sup>。

第二の捉え方からは、161条は客観的には期待弁済率を減少させない行為に適用されることになる。反射的に160条は期待弁済率を低下させる行為に適用され、「害する」とは期待弁済率の減少を意味する。いわば160条を詐害行為に対する一般条項として機能させる方向を志向するが、副作用として客観的に期待弁済率を減少させる/させないとは何によって判断されるのか、160条と161条の境界が相当不明確になるという問題は生じる。

いずれの見解が妥当かは、「萎縮効果の除去」と「(未知の取引に対する)160条による否認可能性の確保」のいずれを重視すべきかに依る。検討すべきは、160条の適用対象を、責任財産を計数上減少させる行為とすることで、適用範囲の明確化による萎縮効果の除去が達成できるかであろう。

160条の適用対象が明確になり萎縮効果が除去される、というためには財産が減少する場合と変質する場合が明確に画される必要がある。「相当の対価」を得ている場合が財産の変質であり、得ていない場合が財産の減少であるから、「相当の対価」が一義的に定ま

るならば160条の適用範囲は明確化できる。しかし、「相当の対価」は幅のある概念であるとされるから、これは結局不可能であろう<sup>148)</sup>。結局、160条の外縁を明確に定めることがどのみち不可能なら、新たに登場する可能性のある詐害的取引に対応する余地を広く残しておくために、期待弁済率の減少<sup>149)</sup>をもって160条の「害する」とするのが妥当と考える。

#### (4) 結論

以上の検討によれば、債務者会社の主観とは無関係に期待弁済率を低下させる会社分割は160条1項によって、客観的には期待弁済率を低下させない行為は161条によって、それぞれ取り消されるべきこととなる。

なお、期待弁済率の判断時点と判断方法について簡単に付け加えておく。まず、判断時点は会社分割の効力発生時とすべきである。事後的な事情によって詐害性を認めるべきではない<sup>150)</sup>。次に、算定の方法であるが、一つには裁判所による期待弁済率の低下の有無の判断が困難を極めることは容易に想像ができる。さらに、会社分割は優れて経営判断に関わる事項であり、裁判所がこれに介入することに抵抗を覚えないではない。仮に会社分割により損害が生じたとして取締役の責任を追及すると経営判断原則により請求が棄却されるのに、会社の事業との関係ではより重大な効果をもたらす詐害行為取消しの訴えは認容されるとの帰結が生じるとすると、やや違和感を覚える<sup>151)</sup>。さしあたり、期待弁済率

147) 161条により対応できる範囲が狭いのではないかという指摘はすでにされているところである。伊藤ほか・前掲注126)394頁以下の議論参照。本稿は、161条の適用範囲が狭すぎるという問題に対して、161条の要件を緩和することなく、160条の適用により解決することを志向する。

148) 伊藤ほか・前掲注126)393頁〔田原睦夫発言〕は「相当の対価」が「幅のある概念であるということが正面から認められました」とする。一定の幅のある概念であることは争いのないところだと思われるが、だとすると「相当の対価」により画される160条の外縁は不明確にならざるを得ない。また田原判事は同様の箇所でも161条の適用範囲が狭く解されすぎているのではないかという疑問を示されているが、本稿筆者は161条が要件を精密に定めた以上は、161条の適用範囲は文言通り狭く、その外にある行為は160条で捕捉すべきと考えている。水野・前掲注107)15頁は取消しによる威圧があることで債務者の行動を合理化するという目的のためには、あえて基準を不明確なままにしておくことがあり得て良い旨を指摘する。

149) また、仮に「害する」に対応する主要事実を「期待弁済率の低下」と設定するとしても、実際の訴訟の現場では廉価処分の有無等を巡って攻撃防御が行われることになり、「計数上の減少」が主要事実である場合と比して実際の影響はほとんどないと思われる。

150) 松下・前掲注17)149頁参照。

151) 取締役の個人的責任が追及されているわけではないという点で一応の区別はできなくはないが、専門的事項に対して裁判所が後知恵で介入するという問題は今回の場合にも生じてしまう。経営判断原則が単に賠償による取

の判断にあたって、算定の過程で十分な検討が尽くされたことを前提に取締役の判断を尊重するという形で調整を図るのが妥当ではないかと考えるが、詳細な検討は他日を期したい。

#### (5) 追補

以上では新設分割により分割会社が新設会社株式を取得するまでを考察の対象としてきたが、実際の会社分割ではその後に株式を売却して現金化することがよく行われるという<sup>152)</sup>。このような場合には、一連の行為のどの部分が取消しの対象となるかという点がさらに問題になる。

会社分割の当初より株式売却の相手方や売却価格まで決定されていたような場合は、分割会社との関係では金銭を対価とする吸収分割が行われたのと同様の実質を持つ<sup>153)</sup>。新設分割の実行時に対価として得られると想定されていた金銭の額により期待弁済率が減少するのかもしれないに依り、上記の検討と同様の処理をすれば足りると思われる。

これに対して、会社分割後に株式売却の相手方や売却価格が決定された場合には、会社分割とその後の株式売却を別個に検討すべきと考える。会社分割と株式売却のそれぞれについて、160条及び161条の成否を検討することになる<sup>154)</sup>。

---

締役の萎縮を回避するのみでなく裁判所による後知恵的介入を防ぐ意義を有することにつき、落合誠一『会社法要説』95頁（有斐閣，2010）参照。

152) 西村・前掲注9)147頁等。小林＝山本編・前掲注73)206頁は「会社分割では、交付された承継会社の株式を譲渡してその譲渡対価を受領することを前提に行われることも多し」とする。

153) 株式を売却して金銭化してしまえば、分割会社の財産との関係では、新設分割により100%子会社を作ることと吸収分割を行い相手方会社から金銭を取得することとの間に差異はない。支配権プレミアムの有無が株式の売却価格に影響すると思われるが、それを織り込んで決定された売却価格によって期待弁済率の変化を判断すれば足りる。小林＝山本編・前掲注73)206頁は、当初から交付された株式の譲渡による金銭化が想定されていたような場合、金銭化までの一連の行為が全体として一個のものであるとして扱われるべきという見解があることを指摘する。

154) 同旨、松下・前掲注17)151頁。

155) 中田・前掲注25)237頁。神作・前掲注28)39頁もこの点に言及する。

156) この点を推していくと、「否認権行使の効果はその対象となった法律行為の全体に及ぶ」との結論が導かれるとも思える。この推論が正しい場合、効果が全体に及ぶことによる不合理な結果を防ぐ（黒木＝川口・前掲注37)72頁）ために、取消対象を限定しようとする議論には一定の意味が見いだせる。もっとも、否認権の趣旨——なんらかの意味で債権者を害する行為を取り消し、責任財産の回復を図る——から、趣旨を害するところまで効果を拡張しない（消極財産は取り戻さない）という立論は可能であると考えられる。神作・前掲注14)「濫用的会社分割」[上] 12頁注9参照。

157) 「反対給付」概念に関する限りで否認権の議論も参照する。この点については、今般の債権法改正により優先権付与の点を除いて破産法と同様の規律が導入されたためである。民法改正要綱案第16・11参照。

158) 村上裕「濫用的会社分割：平成22年5月27日東京地裁判決を素材として」関俊彦古稀『変革期の企業法』219頁（商事法務，2011）等。前掲注39)も参照。

## IV. 取消しの効果

### 1 若干の前提

#### (1) 詐害行為取消権と否認権の違い

効果を論ずるにあたって注意すべきは、詐害行為取消権と否認権とで、効果が大きく異なる可能性がある点である。すなわち、詐害行為取消権は、取消債権者の債権額の範囲内でのみ行使できるが、否認権にはこのような制約はない<sup>155)</sup>から、否認権の行使の効果を被保全債権額によって限定することはできない<sup>156)</sup>。よって、否認権行使の効果についての議論は詐害行為取消権行使の効果について直ちには妥当しない。以上の理由から、本章では詐害行為取消権の効果を直接検討している学説を主たる検討の対象とすることとする<sup>157)</sup>。

#### (2) 取消対象論との関係

学説の中には、詐害行為取消権の効果を積極財産の取戻し又は個別財産の取戻し等に限定するために、取消しの対象は積極財産の移転である、あるいは個別財産の移転である、という論理構成を採るものがみられる<sup>158)</sup>。本稿筆者はすでに取消対象と取消しの効果の及ぶ範囲を一致させる必要はないとの立場を

とることを示した（Ⅱ1(2)）。そのような立場からは、効果を限定するために取消対象を限定する見解の論拠を、効果のみを限定する見解の論拠として扱うことも許されるところとされている。そこで、以下では、直接には取消対象を限定する見解の論拠として述べられているものを、効果を限定する見解の論拠として紹介することとする。

## 2 民法改正要綱案概観

前章までの検討を前提にすると、濫用的会社分割は要綱案の破産法160条1項に対応する規定で取り消されることになる。この場合、取消しの効果は次の二つの規定によって規律される。

**第16・10** 1又は6の取消しの請求を認容する確定判決は、債務者及びその全ての債権者に対してもその効力を有する。

**第16・11** 債務者がした財産の処分に関する行為（債務の消滅に関する行為を除く。）が取り消されたときは、受益者は、債務者に対し、当該財産を取得するためにした反対給付の返還を請求することができる。債務者が当該反対給付の返還をすることが困難であるときは、受益者は、価額の償還を請求することができる。

現行法及び現在の判例法理からの大きな変更点として、債務者に対しても「確定判決」が「効力を有する」こと<sup>159)</sup>、受益者は債務者に対して「反対給付の返還」を請求することができる<sup>160)</sup>ことの二点をあげることができる。以下、かかる変更により生じる影響に配慮しつつ、詐害行為取消しの効力を論じる。

## 3 受益者から債務者への返還

### (1) 返還の範囲

既述のように、取消しの効力の及ぶ範囲を被保全債権の額によって限定しないという方針が一度は債権法改正の俎上に乗せられたものの、最終的に採用されるには至らなかった<sup>161)</sup>。従って、民法改正要綱案の下でも取消しの目的物が可分であるならば被保全債権額の限度でのみ取消しの効果が生じることになる<sup>162)</sup>。複数の資産が移転される通常の分割を前提すれば、これを素朴に見る限り会社分割により移転している財産は可分である。目的物が可分であるというにあたって妨げとなり得るのは、次の二点である。

#### a 包括承継性

会社分割は部分的包括承継であると言われ、包括承継であるということを理由に、移転する財産の可分性に疑問を呈する見解がある<sup>163)</sup>。しかし、包括承継は本来（法）人格の消滅局面においてのみ生じるものである。分割会社が存続することが制度上予定されている会社分割において「包括承継」であることに積極的な意味が見いだせるか、疑問がある。高々権利義務が一括して移転し、債権者の同意なくして免責的債務引受の効果を生じさせることを説明するという程度の意味しかないと考える。事実、分割の場面では合併と異なり個々の財産について対抗要件の具備が要求され、新設会社と分割会社からの譲受人が対抗関係に立つ結果、個々の財産の移転の効果が否定されるということがあり得る。「包括承継」は会社分割の場面においては権利義務が一括して移転することを説明するための機能概念として用いられているに過ぎず、「包括承継」であるということから、移転する財産の不可分性を導くことは支持でき

159) 取消しの効力は債権者受益者間に留まり債務者には及ばないというのが現時点での確立した判例法理である。中田・前掲注25)260頁参照。

160) 従来は被保全債権が受益者所有の財産により弁済され債務者が受益者の財産により利益を得たとして不当利得返還請求をする必要があった。中田・前掲注25)271頁参照。

161) 前掲注46)参照。

162) 要綱案第16・8参照。要綱案では「目的が可分」という表現になっているが、「客体が可分」であることを意味する。潮見・前掲注17)79頁参照。

163) 弥永・前掲注44)37頁。

ないと考える<sup>164)</sup>。立案担当者の見解もこれを支持する<sup>165)</sup>。

#### b 事業性

第二に、会社分割により移転する財産体は事業譲渡の客体たる性質、すなわち「一定の営業目的のために組織された有機的体の全部または一部」(以下これを「事業性」という)たる性質が認められる場合には、移転する財産は可分と言えないのではないかが問題となる。

しかし、事業性にはそれを移転する場合に株主総会決議が必要になるという以上の効果を認めるべきではないであろう。事業性という外縁が不明確な概念<sup>166)</sup>により、事業に対する重要度も区々に異なる個別財産が不可分になるという重大な効果を認めることには疑問がある<sup>167)</sup>。事業性の認められる財産体から個別の財産を取り戻すことを認めると事業価値が毀損されるとの懸念を示す見解があるが、その懸念に対しては事業性がある限り個別財産の取戻しはできないという硬直的な帰結より、取戻しの対象となっている財産の事業存続にとっての重要性によっては、例外的に現物返還が困難であるとして価格賠償を認める方が妥当なように思われる<sup>168)</sup>。

以上より、目的物が可分であるということを防げる事情は存在しないことが明らかになった。よって、詐害行為取消しの効果は被保全債権額によって限定される。

#### (2) 現物返還原則について

民法改正要綱案第16・7(1)は、現物返還を原則としつつ、それが「困難」であるときは価格賠償を請求できるとする。従来の判例法理を明文化したものであるという<sup>169)</sup>。

「困難」とは多分に評価的な概念であるから、物理的に困難といった場合に限定する必要はなく、承継債権者残存債権者その他の利害関係人の利害調整の結果現物返還が好ましくない場合には「困難」と認めることが許されよう<sup>170)</sup>。

そして、詐害行為取消しの効果の文脈においては、新設会社の事業の継続に配慮すべきであり、価格賠償を原則とすべき、あるいは価格賠償が好ましいという見解が示されることがある。また、判例も比較的緩やかに価格賠償を認めていると指摘される<sup>171)</sup>。

もっとも、本稿筆者は原則としては現物返還が要求されると考えている<sup>172)</sup>。主に以下二つの理由による。

第一に、金銭賠償が認められることにより取消債権者に直接金銭の交付がなされ優先弁済を受けるというメカニズムが明文では否定されなかった<sup>173)</sup>以上、金銭返還がなされる場合には、残存債権者のうち詐害行為取消訴訟を提起した者のみが満足を得るという事態になる。これはメインバンク等に、濫用的会社分割の策動を知らながらあえてこれを行わせておいて、その後には詐害行為取消訴訟を行

164) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁。

165) 郡谷・前掲注35)59頁以下、江頭憲治郎ほか「会社法下における企業法制上の新たな課題〔下〕」商事1789号14頁〔相澤哲発言〕(2007)、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法——千問の道標』723頁(商事法務, 2006)。

166) 有機的体として機能するとは何を意味するのか、事業の承継はどのように判断するのか等、「事業」の判断にあたっては明確な線が引きにくい。

167) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」12頁。営業譲渡が詐害行為取消しされた事例である東京地判平成11年12月7日判時1710号125頁も同様の結論を採る。

168) 井上ほか・前掲注14)71頁〔山田誠一発言〕は事業継続への配慮は不要とする。基本的に賛成するが、事業自体の効率性にも経営者の資質にも問題がないのにシステミックリスクに巻き込まれて経営状態が悪化するなどした場合には例外的に事業継続に配慮することもあり得る良いと考える。

169) 潮見・前掲注17)78頁、法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(7)」(2014年1月14日)51頁。

170) 現在の判例法理の下でも、受益者のもとで目的物である不動産に付着していた受益者を抵当権者とする抵当権設定登記が抹消されたような場合に価格賠償が認められている。中田・前掲注25)262頁参照。

171) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」46頁参照。

172) エンフォーースメントの点を除き、本田知成「判批」金法1996号6頁, 14頁(2014)参照。

173) 要綱案に採用された案に付された補足説明によれば「相殺禁止の規律について明文の規定を置くことは見送ることとし、実務の運用や解釈等に委ねることとした」ということである。法制審議会・前掲注169)55頁。

使用するインセンティブを与えかねない。濫用的会社分割を未然に防ぐ上で、取消権を行使するためのモニタリング能力を有する債権者に、会社分割を行わせるインセンティブを与えてはならない。

第二に、金銭返還で足りるということになると、直接請求を認める新設規定との差異が極めて小さくなる<sup>174)</sup>。本稿筆者は、新設規定と詐害行為取消権を併存させる趣旨は、事業継続を可能ならしめる可能性を有しているという点で濫用的会社分割は単なる廉価売却等に比して経営者にとって誘惑的であり、それ故に一般的な詐害行為よりも行われやすい濫用的会社分割に対する抑止効に求めるべきと考えている。抑止効果を確保するには、濫用的会社分割を行ったところで現物返還の原則により結局事業が立ち行かなくなる可能性が高い——むしろそれが原則である、ということが重要であろう。

補充的な第三の理由として、金銭返還を原則としたところで返還するだけの手元資金がなければ強制執行を受けて事業は解体されることになり、他方で返還するだけの手元資金があるのであれば被保全債権を第三者弁済すれば足りる<sup>175)</sup>のであるから、金銭返還を原則としたところで新設会社の事業の継続に資するところは大きくない、ということがあげられる。

以上、現物返還原則という強固な判例法理

に変更を迫るだけの必要性が乏しく、むしろ現物返還を要請する要素があることから、本稿筆者は現物返還の原則が濫用的会社分割の文脈においても維持されるべきと考える。ただし、十分に合理的と考えられる私的整理案に同調しない少数債権者がいわば濫用的に詐害行為取消権を行使してきた場合には、別論である<sup>176)</sup>。

## 4 債務者から受益者への返還

### (1) 「反対給付」としての返還請求

160条または161条による否認を認める見解の中には、168条<sup>177)</sup>により「反対給付」の返還請求として発行した株式の返還及び引き受けた債務の再承継を求めることができる、とするものがある<sup>178)</sup>。以下、株式の返還及び債務の再承継につき個別に検討する。

#### a 株式について

「反対給付」について破産法及び民法改正要綱案に特に定義規定などはおかれていないが、破産法168条については、「破産財団において、受益者が破産者に返還した財産と、受益者が当該財産の取得のためにした反対給付の双方を、不当に（二重に）利得することになってしまうという問題を考慮した<sup>179)</sup>」という説明がされる。「反対給付」の返還請求を不当利得返還請求として構成するものと解されるが、「このような考慮は、詐害行為

174) 郡谷大輔「詐害的な会社分割における債権者の保護」商事1982号14頁（2012）は新設規定と詐害行為取消権の間にほとんど差異がないことを指摘する。立案担当者の見解のように詐害行為取消権と新設規定の併存を認めるなら、詐害行為取消権に新設規定にはない効果を持たせるのが妥当であると考ええる。

175) このようにして第三者弁済が行われる場合、上にあげた事業継続を不可能にするような詐害行為取消権の効果によって濫用的会社分割に対する抑止効を確保する、という目的は達成できないことになる。狭義詐害行為に対応する詐害行為取消権は個別債権の満足のための権利ではなく共同担保の保全のためのものと位置付けられているが（要綱案第16・10は、詐害行為の類型を問わずに全ての債権者に取消しの効果が及ぶものとしている）、要件として被保全債権の存在が要求されている以上、被保全債権が弁済された場合に取消請求が認容されないのもやむを得ないことといえよう。

176) このように個別具体的な考慮を可能にするためにも、「事業性」から不可分性を導くべきでないと考えられる。また、実際に不合理な詐害行為取消権行使がなされた場合に、可分である複数の財産からどの財産を取り戻すかについて債権者に選択権が認められるとしても（神作・前掲注14）「濫用的会社分割〔下〕」45頁）、他にも債権額を満たす財産があるのであれば事業継続に不可欠な財産の取戻しを債権者が選択するような場合にはその選択を信義則権利濫用等一般条項で封じることが考えられよう。この場合、一般条項による処理から生じる予測可能性の低さは、濫用的会社分割の事前抑止という本稿の基本的構想に適合的である。

177) 対応する要綱案の規定は第16・11であるが、破産法168条によって代替する。

178) 伊藤ほか・前掲注57)1068頁、赫・前掲注31)47頁等。

179) 法制審議会・前掲注17)183頁。

180) 法制審議会・前掲注17)183頁。

取消権においても同様に妥当する<sup>180)</sup>との発想に基づいて要綱案が作成されていることから、要綱案の規定も同様に解されよう。

とはいえ、不当利得制度も一方的な利益の吐出しのみを目的とするわけではなく「公平の理念に従ってその矛盾の調整を試み」ることを目的とするもの<sup>181)</sup>であり、不当な利得の反射的な効果として損害を被ったものの損害の填補もその目的であるといえよう。すると、売買契約等が詐害行為であるとして取り消された一般的な場合においては、反対給付の返還請求権の趣旨は、なんらかの出捐をして取得した財産を一方的に奪われる受益者を救済するものであるといえる。この場合、「反対給付」とは「取消しの客体となった財産の取得のために出捐された給付」であると定義できさうである<sup>182)</sup>。

ここで新設会社から分割会社に交付された株式が「反対給付」すなわち「取消しの客体となった財産の取得のために出捐された給付」といえるかが問題となる。

一般に、株式発行を対価とする財産の譲受

け行為によって、譲受人たる会社に損害は発生し得ない<sup>183)</sup>。株式の発行は会社にとって何ら財産の出捐を伴わないからである。譲り受ける財産に対して発行される株式の数によっては既存株主から新株主への利益移転は生じる可能性があるが、会社財産は何ら毀損されない<sup>184)</sup>。

また、新設会社に移転していた財産が詐害行為取消により一部取り戻されたという状況は、経済的に見れば、現物出資された財産が予定された価額を有しなかった場合に類似する。このような場合、会社法は出資者に差額の支払義務を課しており<sup>185)</sup>、不足額に相当する部分の株式が会社に返還されるという処理はされていない<sup>186)</sup>。

結局、株式発行を対価とする取引においては会社の側に「取消対象財産の取得のために出捐された給付」は存在せず、新設分割において新設会社は株式を発行するのみであるから、「反対給付」はなされていないものと考えられる<sup>187)188)</sup>。「反対給付」がそもそもされていない以上、「反対給付」の返還請求を認める

181) 我妻榮『債権各論下巻一』938頁(岩波書店、1972)。

182) 伊藤ほか・前掲注57)1143頁は「否認対象行為の相手方が、その受けたものの対価あるいは見返りとして破産者に給付したものと定義する。本稿の定義とは、出捐(=受益者側に損害が生じる可能性)の有無に重点をおくかという点でやや異なるものと考えらる。

183) 森本編・前掲注6)132頁〔柴田和史〕。これに対し、有利発行の場合には会社に対する損害を観念する余地があるが、これは適正な価格で株式を発行していればより多くの資金を調達できた、という事態が想定できなくはないためである。

184) 神田秀樹編『会社法コンメンタール5——株式 [3]』148頁〔小林量〕(商事法務、2013)、山下友信編『会社法コンメンタール2——設立 [2]』154頁〔小林量〕(商事法務、2014)、郡谷大輔=岩崎友彦「会社法における債権者保護 [上]」商事1746号51頁(2005)参照。

185) 会社法52条1項及び212条1項2号。

186) 差額支払い義務の趣旨については株主間の不公正を是正するためのみであるという見解(相澤哲=豊田祐子「新会社法の解説(5)株式(株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則)」商事1741号15頁、27頁(2005))と、債権者の保護も含むという見解(浜田道代=岩原紳作編『会社法の争点』21頁〔青竹正一〕(有斐閣、2009))が対立しているが、株式の取戻しによっては会社財産が回復しないことは争いのない点だと思われる(山本ほか・前掲注39)209頁〔田中互発言〕参照)。反対給付として株式の返還を認める見解は、株式の取戻し後、自己株式の処分により差額の払込があったのと同様の会社財産を実現することを想定しているのかもしれないが、迂遠であろう。

187) 以上のことは、新設会社に移転する財産が詐害行為取消により減少したとしても、結局分割会社の保有する新設会社の株式の価値が低下するだけであり分割会社の側に「利益」が存在していないと換言することもできる。原田・前掲注3)13頁は「会社分割においては、設立会社または承継会社から分割会社に対して対価的な給付がされることはない」「分割会社に対する設立会社または承継会社の発行する株式の割り当ては、通常取引における対価という性質を有するものではない」とする。

188) 株式の交付は分割の対価ではなかったのか、との批判が予想される。160条または161条の成否については責任財産の減少変質が問題になっているから、「対価」には「流出した財産の価値代替物」という程度の意味しかない。これに対して反対給付の返還局面では反対給付の返還請求により回復されるべき相手方の損失が問題になるのであり、「対価」は「出捐」として把握される。原田・前掲注3)13頁の「通常取引における対価という性質を有するものではない」という表現も、設立会社の側に「出捐」がないということの意味するものと考えられる。

ことは困難と言わざるを得ない。

#### b 債務引受けについて

新設会社による分割会社からの債務の引受けを、財産移転の対価であると理解した上で、168条を通じて債務の再承継を求めることができる旨説く見解がある<sup>189)</sup>。しかし、新設分割においては権利義務が一括して移転し、その対価<sup>190)</sup>はあくまで新設会社株式であろう。形式的ではあるが、新設分割は分割会社の単独行為である<sup>191)</sup>以上、そもそも「反対給付」という概念が観念し得ないという問題もあると考える（これはaの検討においても妥当する）。

結局、承継された債務は「反対給付」ではなく新設分割によって分割会社から新設会社に移転した財産そのものであり、取消しの客体にこそなれ<sup>192)</sup>取り消されたことにより新設会社に生じる不利益を填補するために分割会社に復帰するような性格のものではないと考える。

#### (2) 不当利得返還請求

以上の検討により「反対給付」の返還請求として新設会社が分割会社になんらかの請求をすることは困難なことが明らかになった。次に、一般法理としての不当利得返還請求権について検討する。

詐害行為取消権の効果はあくまで債権者受益者間のみ生じるという現在の判例法理の下では、詐害行為取消しの後でも債務者受益者間の契約関係は有効であり、受益者は直ちに不当利得返還請求をすることはできないと解されている。取り戻された財産により債権者が満足を得て初めて、受益者の財産で債務者の債務が消滅し利得が生じたとして一種の求償利得を認めることが可能となる<sup>193)</sup>。

民法改正要綱案の下では、「確定判決の効力」が債務者に及ぶことになる。「確定判決の効力」には形成力も含まれる<sup>194)</sup>ことから、債務者受益者間でも取消しの効果が及ぶ範囲の財産移転の効果が遡及的に消滅することになると解される。債務者にも財産移転の効果を否定する効力が及ぶ以上、債務者の下に復帰した財産について「法律上の原因」が欠けるということは困難であろう。

したがって、詐害行為取消しにより財産を取り戻された受益者は取り戻された財産の価額の償還を不当利得に基づいて請求できないものとする。

#### (3) 会社法 52 条 1 項類推適用

会社法 52 条 1 項は、現物出資された財産の価額が当初有するとされていた価額に不足する場合に、不足額を発起人及び設立時取締役等に連帯して支払わせる規定である。そして、新設計画において新設会社に属するものとされた財産が、その移転の効果を遡及的に取り消されたという状況は、現物出資された財産が当初予定された価額に満たない場合、すなわち会社法 52 条 1 項が想定している場合に酷似する。新設分割が会社設立の性格を有する以上、52 条 1 項は責任の主体を「発起人」及び「設立時取締役」と定めるが、これを新設計画の作成者たる分割会社と新設計画に記載された新設会社取締役と読み替えることを躊躇う理由もないであろう。よって、新設会社は会社法 52 条 1 項の類推適用により、新設計画により承継するものとされた財産の価額と、分割の効力発生時において実際に承継した財産の価額<sup>195)</sup>との差額、すなわち取消しにより分割会社に復帰した財産の価額の支払いを分割会社に対して請求できるも

189) 伊藤・前掲注 32), 伊藤ほか・前掲注 57) 参照。

190) 繰返しになるが、この「対価」とは価値代替物のことであり、「反対給付」のことではない。

191) 森本編・前掲注 6)357 頁〔神作裕之〕参照。

192) この点については前掲注 156) を参照。

193) 現行法下の議論について、中田・前掲注 25)271 頁参照。

194) 潮見・前掲注 17)80 頁参照。

195) 判例法理である折衷説を前提に民法改正要綱案は作成されており（法制審議会・前掲注 17)162 頁）、判例の折衷説は形成権説と請求権説とを合わせたものであるから、要綱案上の取消権行使の帰結として取り消された財産の移転は遡及的に無効となる（福田清明「詐害行為取消しの範囲と現物返還—現状と責任説的基礎での再構築の可能性」明治学院大学研究所年報 26 号 83 頁、86 頁（2010））。すなわち、効力発生時において新設会社が実際に承継できたのは、新設計画記載の財産から、取消しにより分割会社に復帰した財産を除いたものである。

のと考える<sup>196)</sup>。

## V. 終章

### 1 詐害行為取消しの可否

#### (1) 議論の整理

以上、多岐にわたる論点を縷々論じてきた。ごく簡潔には、濫用的会社分割は詐害行為取消しの対象となること、その際160条1項に対応する規定で取り消されるべきであり、要件の「害する」とは残存債権者の期待弁済額を減少させることをいうこと、効果としては個別の財産の現物返還が原則とされること、新設会社からの給付請求は取り戻された財産の価額請求となること、その根拠は会社法52条1項の類推適用であること、が本稿筆者の結論である。

#### (2) 民法改正要綱案・新会社法の下での詐害行為取消権行使の可否

ここまでの検討で、濫用的会社分割は160条1項の要件を満たし得ること、その効果は個別財産の取戻しが原則であり、現物返還が

困難な場合には価格賠償が認められることが明らかにされた。したがって、詐害行為取消しによって会社分割の組織法的側面に事実上の影響も与えることはなく、民法改正要綱案との関係では従来通り会社分割を取り消すことが可能と結論できる。

残された問題は、平成26年改正後会社法との関係である。立案担当者は764条4項の直接請求権と並存して詐害行為取消権も行使可能であるとする。他方で、直接請求権の法定後は詐害行為取消権の行使は認められない旨を説く見解が存在する<sup>197)</sup>。

詐害行為取消権についての判例枠組みによっても新設会社への直接請求を認めるのとはほとんど同様の帰結を導けることはすでに示した通りである<sup>198)</sup>。そうすると併存を認める意味が明らかでなくなる<sup>199)</sup>が、一つの解答は廉価売却等に比べて行われやすい濫用的会社分割に対してはそれを行わせないためのエンフォースメントもより強力なものである必要がある、というものであろう<sup>200)</sup>。

かかる強力なエンフォースメントとして、本稿筆者は詐害行為取消権の行使による現物

196) 承継債権者の不利益への手当てとしても十分であろう。事業継続が困難になると承継債権者に予測外の不利益となる旨の指摘がある(黒木=川口・前掲注37)72頁)が、残存債権者を害することで生じた事業継続への期待は保護に値しないと考える。ただし、承継債権者が異議を述べる機会を有した可能性があるのに比して、承継債権者以外の新設会社債権者はそのような機会を有しないのであるから、別途の考慮が必要になろう。結局、事後的な取消しによる巻戻しコストはあまりに大きいという点に帰着し、事前の抑止を可能ならしめる解釈論が必要になると考える。

197) 笠原・前掲注14)32頁, 33頁, 高須順一「債権法改正作業と濫用的会社分割——改正法における詐害行為取消権行使の可能性」土岐=辺見編・前掲注9)45頁, 62頁。鳥山恭一「判批」法セ697号131頁(2013), 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」14頁も最高裁の立場からは認められなくなる可能性がある旨を述べる。

198) 郡谷・前掲注174)19頁は、さらに進んで新設規定によるべき場合はほとんど考えられないとする。

199) 並存を認める意味として、直接請求権は分割会社について倒産手続きが開始すると行使できなくなるのに対し詐害行為取消訴訟の場合には管財人に受継されることを理由とするものがある。郡谷・前掲注174)18頁参照。とはいえ、詐害行為取消訴訟は受継されても否認の訴えに変更されもはや債権者が独占的満足を得られる可能性はないこと、そもそも受継されるとも限らないことからすると、受継される可能性があることがどの程度債権者の利益に資するのかが、若干疑問がある。

200) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔上〕」4頁, 田中・前掲注14)21頁, 22頁。ただ、田中教授は詐害行為取消権の行使に加えて新設規定を設ける趣旨をエンフォースメントの点に求めており、going concernを破壊するような対抗措置を債権者に認めることによる抑止力の確保という“危険思想”は本稿筆者独自のものである。とはいえ、詐害行為取消権の原則を貫くのみであり、特別に効果を加重しているわけではない。存続に値するgoing concernを保全すべきなのは間違いないが、そのことを錦の御旗とした不透明な債務整理を許してはならない。不透明な債務整理に着手した時点で、そのgoing concernは存続に値する資格を失ったと換言できるかもしれない。田中・前掲注14)23頁は、「①そのような詐害行為をしなければならぬ経営状態に陥ったこと、及び、②実際に詐害行為がされたことの2点において、当該事業の効率性に対してはすでにして重大な疑念が提起されたと評価すべきであるように思われる」として、法的倒産処理以外にgoing concernの保全に特に配慮をすべきでないとする。本稿の見解は、特に②の点において、強い影響を受けている。また、水野吉章「詐害行為取消権の理論的再検討(7・完)」北大法学論集61巻3号155頁, 205頁注80(2010)は、個別財産の取り戻しによるgoing concernの破壊を「詐害行為への加担(主導)についての制裁として是認する」可能性について言及する。

返還を構想している。濫用的会社分割に対するインセンティブが事業存続への期待から生じているとすれば、対応するエンフォースの手段としては事業存続を困難にする効果を導くものが望ましいであろう<sup>201)</sup>。新設規定は分割以前の状態より新設会社の財産状態を悪化させない<sup>202)</sup>という点で、抑止力としては不十分なものであると考える。抑止力の確保という独自の存在意義は、詐害行為取消権の行使が引き続き認められることを正当化し得る。

以上より、本稿筆者は改正会社法の下でも詐害行為取消権の行使は認められるべきと結論する<sup>203)</sup>。

## 2 予想される批判とこれに対する応答

(1) 第一の批判として予想されるのは、債務超過会社の行う会社分割のほとんどが160条による取消しの対象となるのではないかというものである<sup>204)</sup>。資産5000、負債10000を有する会社が、資産5000と負債4000を切り出し、対価として1000を得るとする<sup>205)</sup>。分割後、分割会社の財産状況は資産1000、負債6000となっており、期待弁済率は分割前の2分の1から6分の1に低下している

<sup>206)</sup>。本稿の結論からはかかる会社分割も期待弁済額を低下させるものとして取消しの対象となるが、そうすると会社分割による事業再生というのは事実上不可能になるのではないかと、との批判である<sup>207)</sup>。かかる批判は、債務超過会社の会社分割の自由を広く認めるべきとの価値判断を前提にする。ここに、濫用的会社分割についての多岐にわたる見解を最も根底で規律する、債務超過会社が会社分割を行うことをどう評価するのかという視点が立ち現れる。

本稿筆者は、債務超過会社の会社分割の自由が制限されることもやむを得ないと考えている。

第一に債務超過会社において株主が平時と同様の意思決定権を持つことへの疑問がある<sup>208)</sup>。一般に、株式会社において株主が意思決定権者であるのは、株主が残余価値請求権者であり残余価値の最大化が会社財産の最大化を意味するから、と言われる。しかし、債務超過時にかかる理由付けはもはや妥当しない<sup>209)</sup>。有限責任であるから債務超過状態の悪化は株主に悪影響をもたらさず、債務超過が解消されない限り株主の持分は0のままであるから、株主はもはやリスク中立的な合理的判断者とは言えない。民事再生法43条が一定の要件の下とはいえ株主の意思によら

201) going concern の尊重という観点からは問題のある帰結であるが、濫用的会社分割を未然に抑止し透明性のある私的整理を促進するためにはやむを得ないと考える。

202) 分割会社の財産によって残存債権者に弁済をした場合には新設会社の負担がその分軽くなるためである。

203) 北村・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」14頁以下は、直接請求権による保護は残存債権者以外の債権者の保護の水準に達していないとして、同様の結論を導く。

204) 神作・前掲注14)「濫用的会社分割〔下〕」42頁、伊藤ほか・前掲注57)1069頁注19参照。

205) 説明の便宜のために、対価を数字で示している。かかるケースは、160条の適用範囲を責任財産の計数上の減少と把握する立場からは、160条の守備範囲から外れて161条の問題になる。

206) 実際には交渉力の不均衡により1000に満たない対価しか得られないと考えられ、その場合には弁済率はより低下することになる。もっとも、清算を前提とした早期売却減価を考慮に入れると、仮定的な弁済率は大きくは低下しないとも考えられる。

207) ただ、本稿と同様の結論になるはずの松下説は「のれんの切り出し等のプラス効果を持つ会社分割を相当広く否認の対象から外す効果を持つ点で、実践的に支持を得られやすい見解」であるという。金融法委員会・前掲注14)19頁。のれんの切り出しによるプラスの発生確率を高く見積もればこのようにもいえる。

208) 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護(2)」法協102巻5号881-977頁、943頁(1985)は「会社財産をもってその債務を完済し得なくなった時点、すなわち債務超過が発生した時点以降も会社の営業活動を継続するならば、それは債権者の損失の危険において行われるということを考えるべきである」とし、ドイツにおいて債務超過時に取締役の破産申立義務が定められていることを指摘する。破産申立義務の存在は、強制的に債権者にインセンティブを移すことを意味している。

209) 詳細は金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗ほか『会社法の経済学』191頁、193-198頁(東京大学出版会、1997)参照。

ずして事業譲渡を可能としているのも、会社が「債務を完済することができない」状況では株主が会社のコントロール権を持つことが妥当といえないことを根拠の一つとしている<sup>210)</sup>。以上より、債務超過状況では倒産手続き外での会社分割が制限されてもやむを得ないと、本稿筆者は考えている。

第二に、債務超過会社が会社分割を行うのであれば私的整理により債権者の了解を取り付けるか、法的倒産手続きによるべきとの価値判断である。これに対しては、全会一致を前提とする私的整理では一部の不合理な債権者の反対により事業再生が頓挫する、法的倒産処理手続きに入ると事業価値が大きく毀損するとの批判が考えられる。前者の批判は債権者の大部分は私的整理案に同意していて法的倒産処理に移行すれば会社分割を行える状況を想定しているといえよう。したがって、問題は法的倒産処理に入ることによる事業価値の毀損<sup>211)</sup>という問題をどう評価するかの点に吸収される。これは非常に困難な問題である。法的倒産処理により事業価値が毀損されるという問題がある一方で、他方には濫用的な会社分割に対する法的救済手段がないことを理由とする取引コストの増大及び信用の収縮という問題がある。が、後者をより重視すべきであろう。事業価値の毀損は一社の問題であるが、濫用的会社分割が多発することによる信用収縮は経済全体に悪影響を及ぼし得る<sup>212)</sup>。

第三に、平成17年度の会社法制定により債務超過会社の会社分割が可能になったことへの疑問である。そもそも、債務超過会社にも会社分割を認めることの是非は法制審議会

会社法制部会における審議対象となっていない。そのような会社分割を認める実際の必要性があるのか、議論がなされることが望まれる<sup>213)</sup>。会社分割においては、全ての積極財産を新設会社に移転させることも事後的な矯正の可能性はともかく可能なものであり、残存債権者がむしろ免責の債務引受をされた実質が生じ得る<sup>214)</sup>以上、債務超過会社に会社分割を広く認めるには、結局承継債権者と同程度の保護を残存債権者にも与えることが必要になろう。残存債権者の保護の水準が到底承継債権者の水準に及んでいない現状では、債務超過会社の会社分割は制限されてもやむを得ないと考える。

(2) 第二の批判として想定されるのは、仮に相当対価で債務の承継を伴わない事業譲渡・会社分割をした後に一部の債権者に弁済をしたのであれば、それぞれの行為が161条と162条の否認対象となるのみであるはずなのに、なぜ新設分割の場合にはそうではなく160条が適用されるのか、その差異は正当化できるのか、というものである<sup>215)</sup>。

確かに債権者の共同担保であった財産が失われ、一部の債権者のみが満足を得る、という点にのみ着目すれば濫用的会社分割と資産の相当対価譲渡後の一部の債権者への弁済は同視し得る<sup>216)</sup>。

この批判については、160条1項の適用対象となるかならないかを比例弁済コストの多寡で決する私見からは、新設分割の場合にはそもそも比例弁済を要求する契機が存在しないため比例弁済コストが存在しないのに対し、相当対価での事業譲渡（または吸収分割）後の一部の債権者への弁済の場合には、弁済と

210) 園尾隆司=小林秀之編『条解 民事再生法（第2版）』196頁〔松下淳一〕（弘文堂、2007）参照。

211) この問題が解消されつつあることを指摘するものとして、伊藤・前掲注32)15頁注9参照。

212) 注108)参照。

213) 以上第三の点につき田中・前掲注5)141頁以下参照。

214) 森本・前掲注5)39頁参照。

215) この批判に対しては、本文に述べる応答の他に、批判が前提とする、事業譲渡・会社分割が161条による取消対象になる、という状況がかなり限定的な場合であることが別途指摘し得るように思われる。すなわち、債務超過会社の行う事業譲渡・会社分割は、Ⅲ3(1)aでの検討を踏まえると、コングロマリット・ディスカウントが大きく解消されるような場合でない限り、「相当の対価」を得ることにならないという指摘である。

216) もとより、Ⅲ3(2)で論じたように債務消滅行為とも担保の供与ともいえないと本稿筆者は考えている。以下は、経済的実質において非常に似通った帰結となる、新設分割と、相当対価による事業譲渡後の一部の債権者への弁済とが、全く異なる扱われ方をすることは正当化できるのかという批判に備えた、補充的な検討である。

いう行為が含まれるため、比例弁済を要請する契機が存在し、この要請を排除して名目額での取扱いを可能にしないとおよそ分割会社の経済活動が不可能になり、したがって新設分割とは異なり「債務の消滅に関する行為」にあたる、という応答が可能ないように思われる。

また、会社分割を複数の行為の組合せで表現しようとするとき、最も適切なのは会社の設立と現物出資の組合せであろう。そして、会社の設立と現物出資という要素には売買の要素も弁済の要素も含まれていない。結局、相当対価売却後の弁済とは明らかに性質が異なると言わざるを得ないと考える。一つのパッケージとして与えられた会社分割というものを分解してその性質を論じることは会社法の趣旨に反するという指摘もできよう<sup>217)</sup>。

### 3 結語

濫用的会社分割と詐害行為取消権・否認権をめぐる議論は紹介したように錯綜したものとなっているが、その最大の要因は濫用的会社分割が偏頗行為と詐害行為の双方の性質を併せ持っていることといえよう。一定の状況を前提に精緻化された道具は、その前提が妥当しない場合にはひどく使い勝手が悪くなる。詐害性と偏頗性を併せ持つ行為の存在は、狭義詐害行為と偏頗行為を明確に切り分けた時点では想定されていなかったものと推察する。

この問題に対する最も明瞭な解決策はすでに田中亘教授によって示されている。にもかかわらず本稿が多くの紙幅を割いて162条と160条の関係を論じたのは、有害性二元説からいわば162条特則説へと舵を切るのであれば、特則の存在意義についての説明が必要になると考えたためである。結果、会社法上の問題意識に端を発した論攷であったにもかかわらず、少なからぬ部分が破産法に充てられることとなった。強固に理論化された有害性二元説に対する蟻の一穴として本稿筆者が

縫ったのは債権者平等原則であり、結果として抽象的な議論が展開されることとなったが、有害性二元説については否認・取消類型相互の適用範囲をめぐる議論にわずかでも資するところがあることを願っている。

効果についての議論は、詐害行為取消権についての従来の通説を維持するものとなった。会社法新設規定との類似性を前提に、併存するならば異なる存在意義を与えられるべきであると考え、存在意義として抑止力を求めたことによる。

これだけの紙幅を費やししながら、人的分割の場合や残存債権者以外の債権者の詐害行為取消しの可否、新設会社が取消し以前に一部の債権者に弁済していた場合の後始末、また他の救済手段との関係や一定の蓄積のある下級審の裁判例の分析等、多くの重要な論点を積み残してしまった。これらの点については他日を期したい。

#### \* 謝辞

本稿は、筆者が2014年度に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。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた田中亘教授には、筆者の問題意識が明確な像を結ばないうちから、幾度となく、議論する機会を設けていただき、形式の点から実質的な内容の点まで、非常に多くのご助言・ご示唆を賜った。未熟な筆者の的を射ない議論に辛抱強くお付き合い頂くことなくしては、本稿が完成をみることはなかった。

また、個別にお名前を出すことは差し控えるが、複数の先生方と本稿の対象とする問題について議論を交わす機会に恵まれ、多くの有益なご示唆を頂いた。

更に、68期司法修習生である朝倉亮太氏、大下真氏、檜垣宏太氏及び69期司法修習生である平野英氏には、本稿が未だ完成をみないうちから論稿に目を通していただき、多くの忌憚のない貴重な意見を頂戴した。出身法科大学院の内外を問わずこのような助言者に

217) 井上ほか・前掲注14)69頁〔村田発言〕、赫・前掲注31)43頁参照。

恵まれたことは、筆者にとって非常に幸運なことであった。

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問題点は、無論のこと全て筆者に帰責されるものである。他方、本稿にわずかでも見るべき点があるとするれば、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ます。

(はせがわ・しょうた)

## 論説

## 民事判決書の在り方についての一考察

東京大学法科大学院客員准教授・判事

家原尚秀

## I. はじめに

## II. 在来様式判決書とその問題点

- 1 民事判決書作成の目的
- 2 在来様式判決書の特徴
- 3 在来様式判決書の問題点

## III. 新様式判決書の登場

- 1 共同提言等による新しい様式の提言
- 2 新様式判決書の特徴
- 3 新様式判決書の意義
- 4 理論的な批判とその検討
- 5 実務的な問題点と共同提言の見直し
- 6 小括

## IV. 「事実及び理由」欄の記載事項

- 1 「請求」欄
- 2 「事案の概要」欄
  - (1) 冒頭部分
  - (2) 争いのない事実等（前提事実）
  - (3) 争点（及び当事者の主張）
- 3 「争点に対する判断」欄

## V. 判決書に関する近時の問題点

- 1 新様式か、在来様式か

- 2 要件事実理論を踏まえた新様式判決書

- 3 重複記載を避けるために

- 4 裁判所が認定する「物語」の記載

- (1) 「物語」の意義とその必要性
- (2) 「物語」を書く場合の留意事項

## VI. おわりに

## I. はじめに

民事判決書は、訴訟の目的となっている権利又は法律関係の存否等についての判断が示されるものであり、いわば当事者の訴えに対する裁判所の回答に当たるものである。民事訴訟の終局原因としては、判決のほか和解が相当な割合を占めている<sup>1)</sup>が、訴訟関係者は、判決の内容を意識した上で、和解をするか否かの選択をしているものであり、裁判所をはじめとする訴訟関係者は、常に判決を意識し、判決を目標として審理及び訴訟活動を行っているといえることができるであろう。そのため、判決には審理の結果が反映されるものであり、判決書は審理の報告書ともいえるべきものであるとされる<sup>2)</sup>。

1) 平成25年の第一審通常訴訟事件の既済事由のうち、判決によるものが43.2%と最も多いが、そのうち33.8%が欠席判決であるから、これを除く対席判決の占める割合は約28.6%にすぎず、和解による終局の割合34.1%がこれを上回っている（最高裁事務総局民事局「平成25年民事事件の概況」曹時66巻11号3109頁、3122頁（2014））。

2) 三浦潤＝加藤正男「新民事訴訟法における判決」判タ962号28頁、28頁（1998）、遠藤賢治「民訴法および民訴実務が判決書に期待するものはなにか」判タ1222号35頁、36頁（2006）、東京地裁プラクティス委員会第一小委員会「効果的で無駄のない審理を経た事件での新様式判決の在り方」判タ1340号61頁、62頁（2011）参照。

判決書の記載事項について民事訴訟法（平成8年法律第109号。以下「法」という。なお、旧民事訴訟法（明治23年法律第29号）を「旧法」といい、それとの対比で現行民事訴訟法を「現行法」ということがある。）253条1項は、主文、事実、理由等と列挙するにとどまる。ここにいう「事実」は、裁判所が認定する事実ではなく、当事者の主張する事実であるが、法は、これをどのように記載すべきかについて何も定めておらず、また「理由」の記載方法についても同条2項以外には何も規定されていない。

民事判決書については、周知のように在来様式<sup>3)</sup>と新様式<sup>4)</sup>の2つのタイプがある。在来様式は、司法研修所における要件事実教育の徹底・深化を受けて、昭和30年代後半頃から一般化した司法研修所の『民事判決起案の手引』に従った様式であり、「事実」については当事者の主張の全てを請求原因、抗弁、再抗弁等とその認否として整理して摘示し、「理由」については事実欄に摘示された論理的な構造に従って順次判断するという構成を採るものであって、確立後、相当の歴史を経た様式である。他方、新様式は、平成2年1月に東京高地裁及び大阪高地裁の民事判決書改善委員会による「民事判決書の新しい様式について」<sup>5)</sup>の提言（以下「共同提言」という。）によって初めて発表された様式であり、その後、平成4年2月に大阪高地裁民事判決書改善委員会によって<sup>6)</sup>、平成6年3月に東京高地裁民事判決書改善委員会によって<sup>7)</sup>、共同提言を一部見直す内容の報告がされ（以下「大阪報告」及び「東京報告」とい

う。また、共同提言と併せて「共同提言等」ということもある。）、その基本的な構成が定められたものである。新様式についても、共同提言から四半世紀が経過して実務に定着し、今日では判決書の大半を占めているという状況であるが、在来様式ほど定まった型のようなものがないことから自由度が大きく、なお、様々な工夫や改善が試みられている状況にある<sup>8)</sup>。

さて、法科大学院においては、「民事訴訟実務の基礎」などの法律実務基礎科目において要件事実を学修するものとされており、同科目においては、模擬記録や言い分方式の演習教材を検討する中で、当事者の主張を要件事実、すなわち、請求原因、抗弁、再抗弁等とその認否に整理して摘示することを学修するのが一般であろう。在来様式判決書には、当事者の主張する事実が要件事実に整理して摘示されることになるため、法科大学院において要件事実を十分に学修した修了生にとってはむしろ馴染みやすい様式であると思われる。他方で、新様式判決書については、私が知る限り、法科大学院においてその書き方や考え方を詳しく学修する機会はない<sup>9)</sup>、司法修習においても、民事判決書の全文起案というものは、必ずしも行われていないのが実情であろうから、判事補に任官した者は、実務に出てから初めて新様式で判決書を起案する者もいるであろうし、戸惑うこともあるのではないかと思われる。また、旧制度下で2年間の司法修習を経て任官した私のような者であっても、20年以上前の共同提言等が発表された当時の議論については、直

3) 司法研修所『10訂民事判決起案の手引』（以下、単に「起案の手引」と略記する。）98頁（法曹会、2006）参照。

4) 起案の手引107頁参照。

5) 最高裁事務総局編『民事判決書の新しい様式について——東京高地裁民事判決書改善委員会、大阪高地裁民事判決書改善委員会の共同提言』1頁（法曹会、1990）、判タ715号4頁（1990）以下も同じ。

6) 大阪高地裁民事判決書改善委員会「新様式の判決書の見直しの結果について」最高裁事務総局民事局監修『民事訴訟の審理の充実促進に関する執務資料』296頁（法曹会、1992）。

7) 東京高地裁民事判決書改善委員会「新様式による民事判決書の在り方について」最高裁事務総局民事局監修『民事訴訟の運営改善関係資料(2)』396頁（法曹会、1994）。

8) 近時の試みとして、東京地裁プラクティス委員会・前掲注2)62頁以下参照。

9) 遠藤賢治教授は「司法研修所あるいは法科大学院においても、民事判決書の記載事項に関する教育については新様式判決書を中心に据えるべきであろう。」とされる（遠藤賢治「民事第一審判決書の記載内容」曹時60巻3号703頁、710頁（注15）（2008））が、私が知る限り少なくとも法科大学院における民事訴訟実務の学修は、要件事実の学修が主たる内容であり、同教授が述べるような状況にはなっていない。

接参加したものではなく、諸先輩から伝え聞いているにすぎないため、新様式判決書を作成するに当たって、過去の議論に遡って、各項目の持つ意味やその背景にある考え方を十分に把握しておく必要性が高い。

そこで、本稿においては、新様式判決書が生まれた際にされた議論を振り返ることで、当時の議論が目指した在るべき民事判決書がどのようなものであったのかについて確認し、その上で、近時指摘されている問題点について触れ、若干の考察を加えるものとした。

## Ⅱ. 在来様式判決書とその問題点

### 1 民事判決書作成の目的

判決書作成の目的については、古くから、①訴訟当事者に対して、判決の内容を知らせるとともに、これに対し上訴するかどうかを考慮する機会を与えること、②上級審に対して、その再審査のため、いかなる事実に基づき、いかなる理由の下に、判決をしたのかを明らかにすること、③一般国民に対して、具体的な事件を通じ法の内容を明らかにするとともに、裁判所の判断及び判断の過程を示すことによって裁判の公正を保障すること、④判決をする裁判官自身に対しては、自己の考え、判断を客観視することを可能にすること、⑤判決が確定したのちに生じるその効力、特にその既判力・執行力・形成力の及ぶ範囲を判決自体において明確にすることなどがあるとされている<sup>10)</sup>。

共同提言より前までは、上記各目的についてその重要度の優劣が論じられることは余りなかったものの、事実摘示に関連して上記④の目的の重要性が説かれることは多かったようである。判決における事実摘示は、裁判官

が判決理由を起案するに先立ち、事実と争点とを明確に区別し、全資料を整備することにより、事案の全体を自らに明瞭に再認識させ、審理の完璧を反省させようとする意図があるとされ、裁判官をして、自己の審理が完全であったか否かについて、反省の機会を与えることになるとされていた<sup>11)</sup>。

### 2 在来様式判決書の特徴

司法研修所における要件事実教育の影響を受けて、前記のように昭和30年代の後半頃に普及した在来様式判決書は、次のような構成を採る。

- (1) 事件番号、事件名、口頭弁論の終結の日<sup>12)</sup>、表題、当事者、代理人等の表示
- (2) 主文
- (3) 事実<sup>13)</sup>
  - a 当事者の求めた裁判
  - b 当事者の主張
- (4) 理由
- (5) 裁判所の表示及び裁判官の署名押印

この様式は、判決書の実質的記載事項である主文、事実及び理由を三分し、事実欄において、まず「当事者の求めた裁判」として、原告による「請求の趣旨」と被告による「請求の趣旨に対する答弁」を記載し、次に「当事者の主張」として、権利の発生、変更、消滅等という実体法上の要件についての当事者の主張の全てを、主張立証責任の所在に従って、請求原因、抗弁、再抗弁等として整理して記載し、かつ、それに対する認否を記載することによって、それぞれの要件事実についての争いの有無を明らかにするものとされる。そして、理由欄においては、事実欄に示された要件事実の論理的な構造に従って、争いのない事実についても改めてその旨を記載してこれを前提とし、争いのある事実につい

10) 賀集唱「民事判決書の合理化と定型化」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座2』3頁、4頁（日本評論社、1969）、起案の手引1頁。

11) 兼子一「民事判決に於ける事実の意義」『民事法研究第二巻』29頁、44-45頁（酒井書店、1954）。

12) 口頭弁論の終結の日は、旧法下では必要的記載事項ではなかったが、判決の既判力の基準時となる重要な事項であるから、現行法253条1項によって、必要的記載事項とされた。

13) 旧法下では、「証拠に関する事項」を事実として記載すべきものとされていた（同法191条2項参照）が、現行法下では不要である。

ては証拠判断をして、事実関係を確定した上で、これに法規を適用して請求の理由の有無を判断するという形式ないし構造を採る（東京報告4頁）<sup>14)</sup>。

従来、第一審の判決書の実情摘示については、弁論主義の下で当事者が主張した主要事実の全てを争いの有無とともに記載しなければならない、続審制が採られているため上級審に対する準備書面又は準備手続調書としての役割を果たす必要があることからその記載が必要である、などと説かれることがあり、在来様式判決書は、弁論主義や控訴審の続審制に、その理論的根拠を有するものと解されていた。しかし、弁論主義は、判決の基礎とできるのは当事者の主張した主要事実のみに限られることと、当事者間に争いのない主要事実についてはそれに拘束されることを要請するにすぎないから、弁論主義を根拠とするとしても、判決書は、裁判所が判決主文を導くのに必要な限りでの主要事実についての当事者の主張と、そのそれぞれについての争いの有無を明らかにすることが要求されているにとどまるはずである。また、判決書が要約調書としての役割を果たすのであれば、控訴審の審理にとっては大いに便宜であろうが、当事者の主張立証については訴訟記録から明らかであるから、続審制の観点からも、当事者の主張立証の全てについて第一審の判決書に記載しなければならないとはいえない。したがって、上記のような見解に必ずしも十分な理論的な根拠があったというものではなく、在来様式の普及には、むしろ次のような実践的な意義が大きかったと考えるべきであろう<sup>15)</sup>。

すなわち、在来様式判決書は、民事実体法から導かれる要件事実の主張立証責任に忠実な構成（実体法的構成）を採るものであるだけに、裁判官は、その作成過程において自ずと実体法上の要件を確認することになって、判断の正確性が担保されるという利点があり

（東京報告5頁）、前記の判決書作成の目的④に沿うものである。そして、裁判所は、適正な判決書を作成するためには、争点整理段階においては、要件事実の理論を念頭に置いた訴訟指揮を積極的に行い、争点を絞った審理を行う必要があり、結果として充実した審理をすることにつながる<sup>16)</sup>。在来様式には、このような実践的な狙いがあったと考えられる。

### 3 在来様式判決書の問題点

在来様式判決書は、多くの諸先輩が長い年月をかけて完成させた様式であり、長期間にわたって民事判決書の当然の様式として普及していたものであるが、他方で、無駄な重複が多く、冗長で、平面的に過ぎるとか、当事者にとって分かりにくく、知りたいところに十分こたえていないというような批判が加えられることがあった（共同提言1頁参照）。

確かに、在来様式に従えば、当事者の主張する事実、主張立証責任の所在によって、請求原因、抗弁、再抗弁等に分断して記載されるため、法律家以外の者にとっては難解で、技巧的であるという側面もある。

また、在来様式判決書は、当事者の主張とその認否を対応させることによって事実レベルでの争点を把握し得るものであるが、当事者が形式的に争っているにすぎない事実であっても、実質的に争っている事実であっても、その違いを表現することは予定されていないため、何が主要な争点であるかを直ちに把握することができない。さらに、主要事実を支える間接事実については、重要な間接事実であっても、原則として事実欄には記載されないため<sup>17)</sup>、当事者が、主として、重要な間接事実のレベルで争っていた場合は、そのこと自体は、判決書に現れないことになる。

そして、在来様式の理由欄では、事実欄で

14) 村田渉＝山野目章夫編『要件事実論30講（第3版）』143頁（弘文堂、2012）参照。

15) 吉川慎一「判決書」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務（下）』111頁、115-118頁（ぎょうせい、1997）。

16) 吉川・前掲注15)117-118頁。

17) 起案の手引44頁。

摘示された事実について、それに対する判断を逐一説示する方式が採られていたため、事実欄の記載を理由欄で再度繰り返す形になり、その記載の重複によって判決書が長文化するという弊害があった（共同提言10頁参照）。加えて、理由欄の記載は、極論すれば「請求原因1は争いがなく、同2は……の証拠によって認められる。抗弁はこれを認めるに足る証拠がない。」などとの記載でも足りるということになりかねない<sup>18)</sup>。実際に、共同提言がされた当時、在来様式判決書について、要件事実だけを書いて判断するような「骨と皮だけ」の判決書がかなり見られるようになったとの指摘がされており<sup>19)</sup>、このような判決書を読んだだけでは、その事件の真の争点がどこにあるのか、当事者が争点をめぐってどのような主張をしているのか、争点について、裁判所がどのような証拠や間接事実に基づいて判断したのかが、およそ判明しない。

なお、上記のような「骨と皮だけ」の判決書さえもあったとされる在来様式判決書であるが、これを作成するのは容易であったかという点むしろ逆である。自ら起案してみれば容易に分かるが、法科大学院生や司法修習生の学修用に整理された記録教材ではなく、実際の事件について、訴訟の様々な局面で提出された当事者の主張を、要件事実の理論に従って、事情や間接事実から区別して要件事実当たる部分を抽出し、主張立証責任の所在に沿って、事実として正確に摘示することは、強靱な知力と膨大な労力を要する作業である。しかも、在来様式においては、当事者間に争いのない主要事実はもちろん、前記のとおり、当事者の主張した法律構成についての全ての要件事実を過不足なく摘示することが要求されていたから、当事者が弁論で主張

さえしていれば、たとえそれが判決主文に結び付かない主張であっても、全て主張立証責任の所在に従って論理的順序に整理して判決書に摘示しなければならず、その判決主文の説明のためだけに限れば、全くの徒労となる作業を裁判官に強いていたことになる<sup>20)</sup>。

### Ⅲ. 新様式判決書の登場

#### 1 共同提言等による新しい様式の提言

在来様式判決書について前記のような批判のある中で、平成元年に東京高地裁及び大阪高地裁に民事判決書改善委員会が設置された。その後、両委員会は、新しい民事判決書の在り方について検討を重ね、平成2年1月、在来様式の問題点を改善し、当事者が真に知りたいことに簡明かつ的確にこたえる平易な判決書を作成することを目指す新しい様式の判決書を提案し、公表した。共同提言は、新しい様式において特に留意すべき事項として、①当事者のための判決であることを重視し、事件における中心的争点を浮かび上がらせ、これに対する判断を平易簡明な文体を用い、分かりやすい文章で示すよう心掛けること、②常識的な文章の起案能力があれば書ける判決書を目指すこと、③形式的な記載、重複記載等の無駄を省き、簡潔なものとなるように心掛けること、④事実及び理由は、全体を通じて、主文が導かれる論理的過程が明瞭に読み取れる程度の記載で足りるものとする、ただし、中心的争点については、具体的な事実関係が明らかになるよう、主張と証拠を摘示しながら丁寧に記述するよう心掛けること、を挙げている。

18) 後藤勇「新様式の判決」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進(上)』717頁、719頁(判例タイムズ社、1994)参照。ただし、在来様式についても、このような「骨と皮だけ」の記載が推奨されていたものではなく、単に様式の問題ではない。起案の手引67頁は、在来様式の説示の要領等について「事実を認定できるか否かの説示は、判決理由の中心部分ともいえるべく、特に細密な注意をもってこれに当たるべきである」として、詳しく記載している。

19) 後藤・前掲注18)719頁、鈴木正裕ほか「ミニ・シンポジウム・民事判決書の新様式について」判タ741号4頁、6頁(堀野悌介発言)(1991)。

20) 吉川・前掲注15)120-121頁。

## 2 新様式判決書の特徴

共同提言等によって発表された新様式判決書は、次のような構成を採る。

- (1) 事件番号, 事件名, 口頭弁論の終結の日, 表題, 当事者, 代理人等の表示
- (2) 主文
- (3) 事実及び理由
  - a 請求 (申立て)
  - b 事案の概要
    - (a) 争いのない事実 (等) (「前提事実」などともされる。)
    - (b) 争点
  - c 争点に対する判断 (「当裁判所の判断」ともされる。)
- (4) 裁判所の表示及び裁判官の署名押印

新様式判決書は、判決書の実質的な内容部分である「事実」と「理由」を、「事実及び理由」として統合的に記載することに最大の特徴がある。事実及び理由欄には、まず、原告の請求の趣旨が記載され (ただし、在来様式よりも大幅に簡略化され、仮執行宣言や訴訟費用の判決に対応する原告の申立て、被告の請求の趣旨に対する答弁の記載は、省略されるのが通常である。)、当事者の主張する事実やこれに対する判断は、「事案の概要」と「争点に対する判断」に記載されることになる。

このうち、事案の概要は、当該事件がどのような類型のもので、どの点が中心的争点であるかを概説するものであり、争点に対する判断の記載と総合して、主文が導かれる論理的過程を明らかにするものであって、「争いのない事実」と「争点」とを簡潔に記載する方法が基本型になる (共同提言 3-4 頁)。また、当事者が形式的に争っているにすぎず、証拠等によって容易に認定することができる事実については、必ずしも「争点」として掲げる必要はなく、むしろ「争いのない事実等」として事案の概要欄に記載し、当事者が実質的に争っている中心的な争点のみを「争点」

として掲げることになる。なお、共同提言において示された新様式判決書のモデル案の多くには、争点欄には、中心的争点の概要が列挙されるにとどまり、争点に関する当事者の主張は、記載されていない。

そして、争点に対する判断においては、中心的争点についての判断を、認定事実とこれに関連する具体的証拠との結び付きをできるだけ明確にしながら丁寧に記述するが、これ以外の争点については、主文が導かれる論理的過程を明らかにするのに必要な限度で、概括的に判断が示されていれば足りる。また、共同提言は、証拠判断について、①書証の成立を含む証拠判断は、重要な争点になっている場合を除き記載する必要はないが、②証拠の評価が訴訟の勝敗を決するような場合には、証拠を採用する理由又はこれを排斥する理由を丁寧に説示し、それ以外には、反対証拠を採用しない又はそれが存在しない旨の断り書きはしないものとした (共同提言 4-5 頁)。

## 3 新様式判決書の意義

新様式判決書は、まず、当事者間に争いのない事実を示すことによって紛争の概要を明らかにし、これを前提とする争点を特定して、その争点について裁判所の判断を丁寧に示すという構成を採る。この構成は、裁判所が、当事者と協同して、争点整理の段階で、当事者の主張のうち、争いのない事実から事件の背景となる紛争の実態を把握し、当事者と裁判所の認識を一致させた上で、紛争の実態に適合した法律構成と中心的争点とを明らかにし、その中心的争点について実質的な証拠調べを集中して行うという現行法下の民事訴訟の審理方式に合致した構成であり<sup>21)</sup>、在来様式の実体法的構成と対比すると「訴訟法的構成」ということができる。すなわち、新様式判決書は、審理内容が争点中心型であることを前提としており、逆に言えば、審理の在り方が争点中心型の審理でなければ、新

21) 旧法下においても、共同提言時には、東京や大阪等の地方裁判所において、弁論兼和解期日を利用し、現行法下の運用を先取りするような争点整理手続が実施されていたものであり、共同提言等は、このような運用を踏まえて発表されたものである。

様式判決の実践的な目標を達成することはできないといえる<sup>22)</sup>。

また、新様式判決書は、前記のとおり、民事判決書が当事者のための判決であることを重視するものであり、共同提言は、難解であるとの批判が強かった判決書を当事者にとって理解しやすい平明な内容にすることを留意事項の1つとして挙げている。新様式を公表した共同提言は、平成2年1月当時、全国紙に取り上げられるほどの反響を呼んだものであり、分かりやすい判決書を目指すものとして好意的に報道された。

#### 4 理論的な批判とその検討

新様式判決書は、共同提言当時、在来様式判決書に習熟し、これに慣れ親しんでいた多くの法曹関係者からは、大きな衝撃をもって受け止められたようであり、その発表直後から多くの批判的な見解が表明され、構成や記載内容をめぐり、問題点が指摘された。

まず、理論的な問題点をいくつか挙げると、①旧法191条1項は、理由と峻別して事実及び争点を記載することを要求しており、「事実」と「理由」を統合的に記載することは違法である<sup>23)</sup>、②仮執行宣言の申立てがされた場合は、裁判所は必ず応答しなければならないから、このことを確認するためにもこの申立てがされたことを判決書に記載すべきである<sup>24)</sup>、③弁論主義及び控訴審の統審制の観点から、裁判所は、当事者の主張を全て事実摘示して公証する義務があり、判決書には、当事者の主張した主要事実の記載を省略することは許されない<sup>25)</sup>、④③と同様の理由により、当事者が争っている事実について、中心的争点から外して「争いのない事実等」として記載してしまうことは許されない<sup>26)</sup>、などであった。

しかし、①法253条1項(旧法191条1項)は、当事者の主張する事実と判決理由を記載すべきことを規定するにとどまり、これらが場所的・外形的に区別して記載されていることまでを要求したものではないといえるべきである。したがって、これらを「事実及び理由」として統合的に記載したとしても、違法にはならないであろう。

また、②法253条1項にいう「請求」とは、訴訟の審判対象である訴訟物と同義であるところ<sup>27)</sup>、判決の効力である既判力の客観的範囲を明らかにするため判決書に記載しなければならないと解されている。そうすると、仮執行宣言の申立ては「請求」には当たらず、必要な記載事項ではないから、これを判決書に記載しなくても違法とはいえない。確かに、裁判所は、当事者がした仮執行宣言の申立てに対して必ず応答しなければならないが、判断の遺脱が許されない訴訟法上の申立ては、仮執行宣言の申立てに限られるものではないし、判断の遺脱については、別の方法によってこれを防ぐことも可能であるから<sup>28)</sup>、そのために当該申立てがされたことを判決書に明記しなければならないというものではないであろう。

③の弁論主義及び統審制の観点からの批判については、前記のとおり、必ずしも理論的な根拠があったものではない。ただ、この点について、旧法191条2項は「事実及び争点の記載は口頭弁論に於ける当事者の陳述に基づき要領を摘示してこれをなすことを要す」と規定していたところ、共同提言は、同項につき、主文を導くのに必要な限りでの主要事実の全部についての当事者の主張とそのそれぞれについての争いの有無を明らかにすることを要求しているにとどまり、それ以外は全て任意的記載事項としたと解釈するものである(東京報告7-8頁)が、このように解する

22) 吉川・前掲注15)125-126頁。

23) 鈴木ほか・前掲注19)17頁〔松本博之発言〕、坂元和夫「判決書の簡略化」自正43巻12号37頁、38-40頁(1992)。

24) 小林秀之「民事判決書新様式の評価と検討」判タ724号4頁、14頁(1990)。

25) 坂元・前掲注23)38-40頁。

26) 木川統一郎「民訴法の基本理論からみた新様式判決」判タ752号4頁、12頁(1991)。

27) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』292頁(商事法務、1996)。

28) 後記IV3を参照。

ことができるかについては疑義がなかったとはいえない。しかし、現行法 253 条 2 項は「事実の記載においては、請求を明らかにし、かつ、主文が正当であることを示すのに必要な主張を摘示しなければならない」と規定しており、これは、従来の在来様式の判決書のように結論に関わりのない事実主張までも記載する必要がないとの趣旨を明らかにしたものであり（例えば、請求原因が認められないことから原告の請求を棄却する場合は、抗弁以下の記載は要しないことになる<sup>29)</sup>）、上記疑義は、立法的に解決されたところである。

④法は、主要事実についての争いの有無を明らかにすべきことは求めているものの、判決書上、争いがあるか否かの区別が明確にされるのであれば、ある事実がいずれの当事者の主張によるものであるか、又はいずれの当事者が主張立証責任を負っているものであるかが明らかになるように記載することまでを要求しているものではないであろう（東京報告 4 頁）。したがって、当事者が形式的に知らないし否認と述べて争っているにすぎない主要事実についてまで、主張立証責任の所在やいずれの当事者の主張であるかを明らかにするために争点欄に記載しなければならないというものではなく、「争いのない事実等」として、裁判所の認定事実として証拠を引用した上で記載することは許されると解される。

このように、新様式判決書に対する理論的な問題点については、その多くは根拠がなかったものであり、また、新様式判決書を前提とする現行法の施行によって解消されたものと考えられる。

## 5 実務的な問題点と共同提言の見直し

新様式判決書については、共同提言後、裁判所内部においても実務的な観点から批判的

な検討がされ、特に第一審の判決書を読む控訴審の裁判官からは、①訴訟物や附帯請求が不明確なものがある、②争点の摘示が曖昧で不的確なものがある、③必要な法律要件の検討や要件事実の記載が欠落しているものがある、④記載内容が簡単すぎて判決書のみからは事案の内容が分かりにくい、などの問題点が指摘された<sup>30)</sup>。共同提言については、元々見直しがされることが予定されていたが、上記のような指摘を踏まえて、東京・大阪の各委員会で活発な討議がされ、大阪報告及び東京報告により、次のとおり共同提言の内容が一部修正されるに至った。

①まず、訴訟物については、前記のとおり、判決書の必要的記載事項であるが、給付訴訟では、請求の趣旨には、一定の給付内容のみが記載され、その法的性質等は記載されないため、その記載のみでは、訴訟物は明らかにならない。在来様式であれば、請求原因とその末尾の「よって書き」によって訴訟物が明示されるが、新様式判決書では、請求原因を完結的に摘示することは予定されておらず、「よって書き」も記載されないため、必ずしも訴訟物が一義的に明らかになるとはいえない。したがって、極めて単純な事案であって、自ずから訴訟物が明らかとなるような事案を除き、事案の概要欄の冒頭に紛争の概要を簡潔に記載することによって、訴訟物を明らかにするのが相当であるとされた（東京報告 11 頁）。

次に、附帯請求についても、新様式判決書では、請求欄に請求の趣旨は記載されるため、一定の期日を遅延損害金等の起算日としたことが明らかになることはあるが、その期日を起算日とした理由は記載されないし、確定金額として請求されている場合は、起算日とした期日自体も記載されないことになる。このことから、附帯請求を認容する場合、争点に対する判断欄の末尾に「結論」欄を設け、主たる請求を認容する趣旨を結論的に記載するのと併せて、附帯請求の起算日の認定理由

29) ただし、当事者が抗弁以下を重要な争点として主張し、抗弁以下の事実の有無をめぐって審理がされたにもかかわらず、判決書作成段階において、請求原因で決着が付くことが判明したため、判決書に抗弁以下の事実を一切摘示しないというのは相当ではない。後記 IV 2 (3) を参照。

30) 大阪報告 2 頁, 4 頁, 吉川・前掲注 15) 126-127 頁。

を簡潔に記載するのが相当であるとされた（東京報告 37-38 頁）。

②争点の摘示方法について、共同提言に付されたモデル案では、争点に関する当事者の主張が記載されないものが大半であったし、争点自体の摘示についても、概括的に記載されるにすぎないものがあつた。しかし、争点欄については、当該事案の中心的な争点を設定し、その後の争点に対する判断欄で裁判所が判断すべき対象を明らかにするものであるから、争点を構成する具体的事実が摘示されるべきである。すなわち、「原告が所有権を有するかどうか」、「遺産分割協議が有効に成立したかどうか」、「売買契約の成否」などといった、権利状態の有無、法律行為の有効性、法的評価を掲げるのでは不十分であつて、所有権の取得原因とされる某月某日の贈与が認められるかどうかといった、具体的な主要事実のレベルで争点を記載すべきである（東京報告 24 頁）。また、規範的要件が争点となっている場合には、「過失の有無」などといった争点を挙げるだけでは不十分であつて、少なくとも当事者の主張の概略を典型的に記載する程度のことは必要であるとされた（東京報告 27 頁）。

③要件事実については、そもそも共同提言においても「事案の概要」の欄の記載と「争点に対する判断」の欄の記載とを総合すれば、主文を導き出すのに必要な要件事実の存否が漏れなく判断されていることが要求されることに留意する必要がある」とされていたものであつて（共同提言 10 頁）、必要な法律要件の検討が漏れることを許容していたものではない。前記のような問題点の指摘を踏まえ、主張の分析結果を厳密に記載する必要はないものの、主文を導き出すのに必要不可欠な事実、これを争いのない事実とそれ以外に分けて、その概要を事案の概要欄に記載すべきであり、新様式判決書であっても事案の概要欄に事実主張の記載をしなくてもよいとするものではないとされた（大阪報告 7 頁）<sup>31)</sup>。

④判決書の記載内容が分かりにくいという点に関連して、まず、「争いのない事実（等）」に記載すべき事項が再確認された。共同提言でも触れられていたが、当事者の主張する主要事実又は重要な間接事実のうち、機械的に争いのない事実のみを抽出しても、断片的な事実の羅列となるにすぎず、それによって紛争の背景となつた社会的事実をまとまりのあるものとして理解することができないことがある。したがつて、そのような場合は、機械的に争いがあるかどうかで区別して摘示するのではなく、軽微な争点に係るもので証拠等により容易に認定することができる事実は、争いのない事実と併せて記載し、それ以外の中心的な争点のみを争点として摘示するのが相当である。なお、反対に、当事者間に争いが無い主要事実であっても、争いのない事実欄に記載するとかえつて事案が理解しにくくなるような場合は、争点欄中に、争いのないことを明らかにした上で記載すべきであろう。東京報告は、上記のような考え方を確認した上で、事案の概要の争点欄の前には、争いがある事実が含まれることから、その場合、その表題は、当時既に使われていた「争いのない事実等」のほか、「前提事実」等とした方がふさわしいこともあるとされた（東京報告 10 頁、21-22 頁）<sup>32)</sup>。

また、請求原因、抗弁、再抗弁等と攻撃防御方法の位置付けが明示される在来様式判決書と異なり、新様式においては、単に争いのない事実や争いのある事実を摘示したのみでは、それらが実体法上どのような意味を持つのか明らかにはならない場合がある。そのような場合は、これらの事実の関係性について、訴訟物の記載と併せて事案の概要欄の冒頭において説明するか、争点欄の冒頭や争点欄に当事者の主張を具体的に記載して明らかにすることが相当であるとされた（東京報告 11-12 頁、28 頁）。

31) なお、東京報告では、共同提言と同様に、新様式判決書の参考例が示されているが、いずれの参考例においても、当事者の主張が記載されている。

32) 近時は「前提事実」とするものが多いように思われる。

## 6 小括

新様式判決書については、裁判所が省力目的のために当事者の主張を恣意的に選別して記載しているのではないかと、主たる争点を判断しやすい争点に恣意的に設定しているのではないかという、単なる記載方法にとどまらない批判がされることがあり、その背景には、争点整理段階で、裁判所と当事者の間で、争点の所在等について共通の認識が形成されないまま判決に至ったという審理内容の問題があると思われる。新様式判決書は、前記のような、当事者と協同した争点中心型の審理を前提にしているものであって、単に判決書の様式を変更したものではないことに留意する必要がある<sup>33)</sup>。

また、共同提言で示された新様式判決書のモデル案については、当事者の主張が記載されず、また、裁判所の判断についても、概括的に列挙された争点についての判断に絞った極めて簡潔なものが多かったことから、絶対的な情報量が欠けており、訴訟物も明らかにならないなどの問題点が多かったことは否定できない。大阪報告や東京報告は、問題点の指摘を踏まえて、前述のように共同提言の内容を一部修正しており、新様式判決書の各項目で記載すべき事項については、これらを踏まえて正しく認識しておく必要がある。

### IV. 「事実及び理由」欄の記載事項

前記のように、共同提言によって発表された新様式判決書は、若干の修正を経て基本的な構成が定まったものであるところ、ここでは、共同提言等（ただし、最後に発表された東京報告が中心となる。）が述べる「事実及び理由」欄の各項目に記載すべき事項について、簡単にまとめておくことにしたい。

## 1 「請求」欄

在来様式と同様に原告の請求の趣旨を記載するが、訴訟費用の申立て、仮執行宣言の申立て及び請求の趣旨に対する答弁については全て省略する（共同提言3頁）。ただし、主位的請求を認容する場合における予備的な請求、選択的な関係にある請求のうち1つの請求を認容する場合における他の請求など、主文に結論が示されない請求についても、記載するのが相当である（東京報告8頁）<sup>34)</sup>。

## 2 「事案の概要」欄

### (1) 冒頭部分

極めて単純な事案であって、「争いのない事実」及び「主要な争点」の記載によって自ずから訴訟物が明らかとなり、そこに記載された事実や争点として摘示された事実が実体法上どのような意味ないし位置付けを持つものであるかが明らかであるような事案を除いては、事案の概要欄の冒頭に紛争の概要を簡潔に記載することによって、訴訟物を明らかにし、あるいは争いのない事実や争点として摘示される事実や主張が実体法上どういう意味を持つものであるかを明らかにするのが相当である（東京報告11頁）。

### (2) 争いのない事実等（前提事実）

請求原因、抗弁、再抗弁等を構成する主要事実又は重要な間接事実のうち当事者間に争いのない事実を抽出して、時間的又は論理的順序に従って摘示し、これによって紛争の前提、背景ないし基礎を明らかにするのが基本となるが、当事者が不知又は否認として争ってはいても、格別の反証があるわけではなく、証拠等によって容易に認定できるような事実は、軽微な争点にすぎないものとして「争いのない事実等」において認定してよい（東京報告14頁）。また、主文を導くのに必

33) 吉川・前掲注15)127頁。

34) 遠藤・前掲注9)712頁は、主位的請求を認容する場合の予備的請求や他の選択的請求は、解除条件の成就により判断する必要がなくなるため、主文が正当であることを示すのに必要な記載事項ではなく、記載する必要はないとするが、請求を明らかにすることは、処分権主義の問題であるから、裁判所の判断いかんにかかわらず、判決書に摘示するのが相当であるし、法253条2項の文言にも沿うものと解される（吉川・前掲注15)133頁参照）。

要ではない事実についても、当該事案がどのような紛争であるかを理解するために不可欠な事実や、当事者が力を入れて主張し証拠調べも行われたような争点の基礎となる事実等については、記載をしておくのが相当である（東京報告 22 頁）。

なお、「争いのない事実等」の記載に当たっては、当該事実の主張当事者又はそれらがいずれの当事者の主張立証責任に属するものであるかを明らかにする必要はないが、主要事実については、当該事実が争いのない事実（擬制自由に係る事実を含む。）であるのか、証拠等によって認定した事実であるのかは明らかにする必要があるので、両者を区別することなく渾然として記載することは許されないし、後者については、認定根拠を示す必要がある（東京報告 14-15 頁）。

### (3) 争点（及び当事者の主張）

事実問題が中心的な争点である場合は、争点を構成する具体的事実を摘示する（東京報告 23 頁）。その際、権利状態の有無、法律行為の有効性、法的評価を掲げるのでは不十分であって、具体的な主要事実のレベルで争点を記載すべきであり、規範的要件が争点となっている場合には、これを基礎付ける事実について、少なくとも当事者の主張の概略を典型的に記載することは必要である（東京報告 23-24 頁、27 頁）。他方で、その事実が、請求原因、抗弁、再抗弁等のいずれに当たるかについては記載する必要がなく、また、必ずしも主張立証責任の所在に従って記載される必要はないし、典型的な事案で、主要事実の有無自体が争点の場合は、当該主要事実を具体的に争点の項目として掲げれば足り、必ずしもこれに関する当事者の主張を記載する必要はない（東京報告 24-25 頁）。しかし、非典型的な事案や争点を構成する事実が必ずしも典型的なものではない場合などでは、単に争いのある主要事実を摘示したのみでは、実体法上の意味が必ずしも明らかにはならないため、当事者双方の主張を対比して簡潔に記載することによって、争点の所在を明らかにするのが相当である。また、複数の争点があり、それを羅列しただけでは、その相互の位置付けが明らかでない場合には、主張当事

者とその具体的主張内容を記載し、相互の関係を明らかにするなどの工夫が必要である（東京報告 28 頁）。

争いのない事実を全て機械的に一括して記載するとかえって事案が理解しにくくなるような場合は、争いのない事実であっても、争点欄中に争いのないことを明らかにした上で記載することとしてもよい（東京報告 21-22 頁、32 頁）。

なお、主文を導くのに必要ではない事実についても、当事者が力を入れて主張し、証拠調べも行われたような争点については、概括的にでも記載しておくのが相当である（東京報告 35 頁）。

## 3 「争点に対する判断」欄

事案の概要欄の記載を前提として争点欄に掲げられた点について端的に判断を示せば足り、「争いのない事実等」として記載された間接事実を改めて記載するなどといった必要はない（東京報告 35-36 頁）。

当事者が真に争っている事項については、証拠の取舍選択の理由等を具体的に明らかにすべきであるし、間接事実から主要事実を推認する場合は、その判断過程を省略してはならず、推認の過程に忠実な記載をすべきである。また、認定判断される事実がいずれの主張立証責任に属するものであるのかを踏まえた記載をする必要がある（東京報告 36-37 頁）。

書証の成立に関する判断は原則として記載する必要はないが、特に成立が問題となる書証については、成立を認める理由ないし否定する理由をその書証の内容や成立の経過に即して具体的に明らかにすべきである（東京報告 37 頁）。

附帯請求については、事案の概要欄に、附帯請求の起算日やその根拠が記載されない場合も多いので、争点に対する判断欄の末尾に結論欄を設けて、主文に記載した一定期日を起算日とした理由を明示するのが相当である。また、請求が選択的に併合されている場合も、結論欄において、どの請求を認容したのかを明らかにする必要がある。なお、仮執

行宣言の申立てがあったが、これを付さない場合は、裁判を遺脱したという誤解を避ける意味で、結論欄にその趣旨を記載しておくのが相当である（東京報告 37-39 頁）。

## V. 判決書に関する近時の問題点

これまでに述べてきたような経過を経て一定の様式がほぼ確立し、実務に定着した新様式判決書は、判決書を分かりやすくするという点で一定の評価を受けているとされる<sup>35)</sup>。その一方で、近時においても、判決書の分かりにくさを指摘する声は一定の割合で存在しており<sup>36)</sup>、裁判官が、判決作成に当たって法律要件を正解せず、要件事実を十分に検討していないのではないかという指摘もされている<sup>37)</sup>。また、前記のように新様式判決書は、形式的な記載、重複記載等の無駄を省き、簡潔なものにすることを目指したものであるが、当事者の準備書面の表現をそのまま写し、コピーアンドペーストを多用し長文化する傾向があるとの指摘<sup>38)</sup>もされている。さらに、「争点に対する判断」の冒頭に、物語方式で時系列的に事実を認定する方式の判決書が増えてきており、共同提言等が必ずしも予定していなかった状況が生じているようにも思われる。残された紙幅で、これらの事項について若干の検討を試みたい。

### 1 新様式か、在来様式か

在来様式は、旧様式などとも呼ばれることがあるが、決して過去のものではなく、今日でも使用することのできる様式である。新様式の普及に伴い、ほぼ全ての事件について新

様式で判決書を作成している裁判官がいるようであるが、新様式判決書は、前記のように、争点整理が実施され、中心的な争点が特定された事案を前提とした様式であり、当事者の主張が真っ向から対立して全くの平行線をたどっている事件や、当事者が争点整理に協力しないために中心的な争点の形成ができないままで終わった事件など、審理の内容が争点中心型とはいえ結果に終わった事件については、むしろ、当事者双方の主張を整理して摘示するという在来様式の方が審理の内容を反映しており、記載しやすい面がある<sup>39)</sup>。今日においても、在来様式で作成された判決は一定程度存在するし、私は、比較的単純な事件の多い単独事件の2割程度は、在来様式で作成している。なお、事案の概要欄に「争いのない事実等（前提事実）」を設けず、訴訟物等を記載した後に、当事者の主張を「1 請求原因（原告の主張）」、「2 請求原因に対する認否及び反論（被告の主張）」のように記載するなどといった新様式と在来様式を折衷したような様式の判決書を作ることも少なくない。

### 2 要件事実理論を踏まえた新様式判決書

新様式判決書については、前述のように、共同提言直後の時期から今日に至るまで、必要な要件事実の摘示が欠落したものとあるとの指摘がされている。

そもそも、新様式判決書の作成は、裁判所の適切な訴訟指揮に基づいて要件事実の理論に裏付けられた事実主張が十分に尽くされることが前提条件となっており、裁判官が、審

35) 法務省民事局参事官室編・前掲注 27)290 頁。

36) 民事訴訟制度研究会が 2011 年に当事者を対象に行った調査結果によれば、判決内容の理解しやすさについて「理解しにくかった」又は「どちらかといえば理解しにくかった」と答えた割合が 23.8%であったと報告されている（民事訴訟制度研究会編『2011 年民事訴訟利用者調査』131 頁（商事法務、2012））。なお、大阪弁護士会が 2012 年に実施したアンケート調査結果によれば、判決書の説得力について「しばしば不十分」とする割合が 21%、「時折不十分」とする割合が 70%であった（米倉裕樹ほか「弁護士は民事裁判をどう見ているか」自正 64 巻 8 号 37 頁、43 頁〔山本雄大〕（2013））。

37) 後藤勇「適切な民事裁判実現のための一提言」判タ 1134 号 31 頁、31 頁（2004）、米倉ほか・前掲注 36)44 頁〔山本雄大〕。

38) 東京地裁プラクティス委員会・前掲注 2)66 頁。

39) 吉川・前掲注 15)127-128 頁。

理の途中段階で、当事者の主張を要件事実的に整理した手控えを作るなどして、当事者の重要な主張を見落とさないように注意し、適切な釈明をして不完全な審理をしないようにすれば、指摘されるような問題点は生じないはずであり、その旨の提言がされることが多い<sup>40)</sup>。しかし、裁判官が上記のような適切な審理をするように心がけることは、判決書の様式の選択によって異なるものではなく、いわば当然のことであり、判決書を起案する際にも、改めて当事者が提出した準備書面を精読するなどして、必要な要件事実にかかる主張の漏れがないかについて確認し、自らが行った争点整理が妥当であったかどうかを反省することは必要な作業である<sup>41)</sup>。

新様式判決書は、前記のように、当事者の主張の分析結果を在来様式のように厳密に記載する必要はないとの考え方に立っているものとされるが、他方で、主文を導き出すのに必要な要件事実の存否が漏れなく判断されていないからならぬし、主文を導き出すのに必要不可欠な事実を、これを争いのない事実とそれ以外に分けて、少なくともその概要を、事案の概要欄に記載すべきであるともされている（大阪報告7頁）。しかしながら、前記のように、今日に至るまで、要件事実の検討が不十分であるとの指摘を受けている状況においては、新様式判決書について、要件事実をより意識した記載方法を採用すべきであり、上記の点についても、主文を導き出すのに必要な主要事実については、概括的な摘示ではなく、具体的な事実として事実摘示を記載すべきであると捉え直す必要があるのではないか<sup>42)</sup>。そして、このような観点からす

ると、争点については、原則として、争点の項目を挙げるだけではなく、少なくとも争いのある主要事実レベルで当事者の主張を記載すべきであるし、争いのない主要事実（ただし、主文を導くのに必要なものに限る。）は、原則として「争いのない事実等」に記載される必要があることとなる<sup>43)</sup>。

また、同様の観点から、争点は、原則として、間接事実レベルではなく主要事実レベルで設定し、重要な間接事実を、当該争点に関する当事者の主張として記載するのが相当であると考えている。そして、争点の位置付けを明確にするために、請求原因、抗弁、再抗弁等のどこに位置付けられるのかを括弧内に付記することなども考えられるし、複数の請求が選択されていて、1つの請求について複数の争点があるような場合には、争点の項目を階層化するなどして、視覚的にも分かりやすくするという事も考えられる<sup>44)</sup>。なお、当事者の主張については、主張立証責任の所在を明らかにするために、主張責任を負う側の当事者からその主張を記載するのが相当である<sup>45)</sup>。

### 3 重複記載を避けるために

事案の概要欄の冒頭で記載する事件の要約が長くて、かえって分かりにくいという指摘を受けることがある<sup>46)</sup>。前記のように共同提言等は、極めて単純な事案を除いて訴訟物を明示すべきであるとするが、近時の新様式判決書は、典型的な事案であっても事案の概要欄の冒頭に附帯請求を含めて訴訟物の概要を明記するものが多い<sup>47)</sup>。

40) 後藤・前掲注18)732-733頁。

41) 後藤・前掲注18)733頁参照。一方、遠藤・前掲注2)39頁、同・前掲注9)717頁は、これを疑問とする。

42) 吉川・前掲注15)136頁参照。ただし、当事者間で契約締結の事実について争いがない場合に、その日時等の省略が許されないとまで、厳密に考える必要はないであろう。

43) 冗長な記載を避けるために、共同提言に立ち返り、事案の概要欄に当事者の主張を記載しないということも考えられる（東京地裁プラクティス委員会・前掲注2)64頁）が、当事者の主張が冗長な判決書の多くは、当事者の準備書面をそのまま書き写すなどして、多くの間接事実や些細な事情まで取り込んで記載していることに原因があることが多く、主要事実を記載する程度であれば冗長になることはないであろう。

44) 請求1について争点が2つ、請求2について争点が1つある場合、単純に「争点(1)、争点(2)、争点(3)」と記載するのが一般的であろうが、私は、「争点(1)ア、イ、争点(2)」などと、争点の項目を階層化して記載することがある。

45) 東京地裁プラクティス委員会・前掲注2)64頁参照。

46) 小林啓二「判決文の作成について」判タ1021号6頁、6頁（2000）。

しかし、訴訟物は事案の概要欄の記載全体から特定されれば足りるのであるから、冒頭では端的な記載にとどめるのが相当である。

なお、附帯請求について、その起算日や起算日の根拠を含めて明示しなければならないとすると、冗長になることが多いし、主たる請求が複数ある場合や、主たる請求が1つであっても一部弁済が繰り返されているような場合は、別表を引用しなければ説明できないような複雑な記載になることがある。附帯請求の起算日については請求欄に記載されることもあるし、その根拠については、例えば、訴状送達日の翌日以降の遅延損害金を求めるというように典型的な事案であれば、必ずしも明示する必要はない(大阪報告 45 頁参照)。また、前記のように争点に対する判断欄の末尾に結論欄を設けて、その中で説明することも可能である。以上から、私は、単独事件では、事案の概要欄の冒頭において、附帯請求が訴訟物として選択されたことを示すようにしているものの、原則として、起算日やその根拠を記載することはない。

また、「争いのない事実等」に記載された事実が、「争点に対する判断」において再び記載され、重複記載となることがある。「争いのない事実等」は、社会的にまとまりのある一群の事実関係や当該事案の背景ないし基盤をなす事実を争点欄の前に記載することによって、事案ないし訴訟関係の明確な理解に資することになるとともに、当該事案の中心的な争点がどこにあるかを明らかにすることにその目的があるから、争点欄の記載を理解するために必要な範囲でコンパクトに記載するのが相当であろう。

#### 4 裁判所が認定する「物語」の記載

##### (1) 「物語」の意義とその必要性

「争点に対する判断」の記載について、①最初に認定事実を一括して記載し、次にこれを引きながら争点の判断をする方法(以下「物語方式」という。)と、②争点ごとに関係する認定事実とこれに基づく判断とをまとめて記載する方法が考えられる<sup>48)</sup>が、近時は、物語方式を推奨する立場<sup>49)</sup>が有力であるようにも感じられる。

本来、判決書は、各争点の証拠構造に即して、直接証拠や間接事実を過不足なく示せば足り、間接推認型の事実認定をする場合であっても、争点ごとに認定事実を記載してゆく方式(以下「事項別認定方式」という。)が基本になるはずである。しかし、各争点に関係する要証事実、それぞれが社会的に切り離されて存在しているものではなく、一連の時間的経過ないし社会的関係性をもって存在していることが通常であり、当事者も、複数の要証事実をめぐる一定の物語性を持った主張を展開し、陳述書や尋問においても、そのような陳述ないし供述するのが一般的である。今日の民事訴訟の審理においては、当事者の主張ないし供述を、1つのストーリーとして把握し、その一貫性や合理性、争いのない事実や信用性の高い書証等によって認定される「動かし難い事実」との整合性を判断して、いずれのストーリーが採用できるか、あるいは、第三のストーリーが認定できないかというように、事実認定を検討することが一般的であろう<sup>50)</sup>。そして、このような民事訴訟の審理や事実認定の手法を前提とすると、各争点の判断に入る前に、裁判所が認定した事実を一連の物語として提示する方が、

47) 東京地裁プラクティス委員会・前掲注 2)63 頁は、「事案の概要欄の冒頭において、「本件は、原告が……求めた事案(事件)である。」として、訴訟物が何であるかを端的に示す事案の要旨を記載するのが一般である。」とする。

48) 起案の手引 92 頁、共同提言 12 頁参照。

49) 河村浩「民事裁判の基礎理論・判決書の構造分析」法時 85 卷 8 号 79 頁、82 頁(2013)。

50) 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』26-27 頁(法曹会、2007)、司法研修所編『事例で考える民事事実認定』9 頁、56-57 頁(法曹会、2013)。

審理の報告書というべき判決書の書き方としては望ましいということもできるし、当事者も理解しやすいという側面がある。このような観点から今日の多くの判決書では、物語方式が採用されているものと考えられる。

しかし、このような物語方式の説示が妥当するのは、上記のようにストーリーとの関連性で要証事実の有無を判断する必要がある事件であり、必ずしも全ての事件で妥当するものではない。実際の訴訟においては、ストーリーと関連性を検討せずに、要証事実の有無を判断しうる事件や、各争点の関連性が薄く、個別に判断した方が分かりやすい事件も少なくない。前記のように、判決書の基本型は事項別認定方式であり、私は、比較的単純な事件の多い単独事件では、必ずしも物語方式が妥当するものではないと考えている。

## (2) 「物語」を書く場合の留意事項

まず、「争いのない事実等」に記載した事実との重複をどうするかという問題があるが、前記のように、「争いのない事実等」に記載すべき事項を争点の理解に必要な範囲に絞れば、さほど重複は生じないし、やむを得ず、重複が生じる場合であっても、争いのない事実等では概括的に認定し、判断部分で詳細に認定するなど（その逆もある。）、単なるコピーアンドペーストにしない工夫をすべきであろう。

次に、争点に対する判断冒頭の認定部分において、どこまでの事実を記載すべきであるかという問題がある。この点については、冒頭認定部分について、要証事実の有無に対する判断に必要な間接事実を示しておく前置きのようなものという理解をするか、より積極的に、当該紛争について裁判所が認定したストーリーを提示すべきであるという理解をするか、という裁判官の理解の違いによって異なってくるように思われる。前者の理解に沿ったスタイル（以下、便宜上「間接事実前置型」という。）では、冒頭認定部分には、専らその後の各争点に対する判断部分で使われる間接事実が時系列的に並ぶことになる

が、後者の理解に沿ったスタイル（以下、便宜上「ストーリー提示型」という。）では、判断部分で直接使われることのない前後の経緯や紛争の背景事情等といった事実も取り込んで認定されることになる。さらに、ストーリー提示型においても、個々の要証事実の有無についての判断は争点に対する判断部分に譲り、冒頭認定部分では当該要証事実を除外した間接事実等を認定することと定めるというスタイル（以下、便宜上「ストーリー提示・間接事実型」という。）と、冒頭認定部分において個々の要証事実の有無を取り込んで事実を認定し（いわば結論部分が最初に示されることとなる。）、その後の争点に対する判断部分で当該要証事実を認定した理由について説明をするというスタイル（以下、便宜上「ストーリー提示・結論型」という。）に分かれるように思われる。ストーリー提示・間接事実型は、冒頭認定部分について、ストーリーを示すという積極的な意味を持たせようとするものであるが、当該部分で認定された事実を引用してその後の争点に対する判断部分が作成されることになるため、判決書全体における冒頭認定部分の役割は、間接事実前置型と同様であるということが出来る。他方、ストーリー提示・結論型は、冒頭認定部分について、裁判所が証拠によって認定した最終的なストーリーの全体像を提示すべき箇所であると捉えるものであり、争点に対する判断部分と切り離された、独立した役割を与えるものということが出来るであろう。

間接事実前置型やストーリー提示・間接事実型は、まずは、客観的な書証等によって間接事実（その多くは、いわゆる「動かし難い事実」といわれるものであろう。）を認定し、これに経験則を適用して主要事実を推認するという裁判所の心証形成に沿った順序で、段階的に判断部分全体を作成しようとするものであるということができ<sup>51)</sup>、このような裁判所の心証形成の過程が判決書にそのまま現れることから、当事者や控訴審の裁判官にとってその検証が容易であるという利点があ

51) 司法研修所等では、伝統的にこのような手法が推奨されてきたものと思われる（起案の手引 81 頁、92 頁参照）。

るといえる。他方で、冒頭認定部分には、書証等によって直接認定される「動かし難い事実」が時系列的に並ぶことが多くなるため、「争いのない事実等」との重複記載が生じてしまうことがあるし<sup>52)</sup>、その後の判断部分では、冒頭認定部分に記載した事実を引用して、要証事実の有無を推認するという手法が採られるため、判断部分との重複記載が生じることは避けられず、特に、間接事実前置型ではほぼ全ての事実が重複して記載されることになってしまう。また、冒頭認定部分では、できるだけ客観的で、評価を伴わない中立的な事実を記載するという観点から、このような契約書があるといった生の証拠の存在が記載されるという例もあり<sup>53)</sup>、必ずしも意味付けが明らかにならないまま、生の事実が羅列されてしまうというおそれもある。これに対し、ストーリー提示・結論型では、以上のような懸念は少なくなるが、冒頭認定部分について、争点に対する判断部分から独立した異なる役割を与えるという点で、そもそもそのような書き方の是非自体について疑問を抱く裁判官もいると思われる。また、冒頭認定部分には、証拠等によって直接的に認定される事実のほか、証拠等によって認定された間接事実から推認される事実も併せて記載されることになるため、証拠と認定事実との具体的な結び付きが曖昧になるという危険がある<sup>54)</sup>。なお、これは、ストーリー提示・間接事実型にも共通する問題ではあるが、特にストーリー提示・結論型では、冒頭認定部分に争点に対する判断部分から独立した内容が記載されることになるので、争点に対する判断との関係が不明確な事実が認定されてし

まうおそれがあるように思われる。

上記のような冒頭認定部分についての理解の違いやこれに基づく記載内容の差異<sup>55)</sup>については、これまで余り意識的に議論されることがなかったものと思われる。私は、後の判断部分で使用する間接事実を前置するだけであれば、わざわざ物語方式を採る必要はなく事項別認定方式を採ればよいのであるから、物語方式を採用する際には、裁判所が認定したストーリーを積極的に提示するのが相当であると考えているが、その上で、冒頭認定部分に結論を取り込んでストーリーの全体像を示すのが相当であるか、それとも結論部分を除いた間接事実の記載にとどめるのが相当であるかについては、まだ、答えを持つに至っていない。この点については、どちらの見解が妥当なのか、又は、両方の見解があり得るとして、どのような類型ないし証拠構造の事案にいずれのスタイルが妥当するのかなどといった論点があるように思われるが、ここでは、冒頭認定部分の記載について、複数のスタイルがあると考えられることを述べるにとどめ、今後の議論に委ねることにしたい。

最後に、物語方式を採用する場合に、証拠をどのように引用するのが相当かという問題がある。項目ごとに証拠を引用するなどして、当該事実の認定根拠となった間接証拠と間接事実との結び付きを明確にするのが望ましいとの考え<sup>56)</sup>があるが、特定の書証や証言等が頻繁に引用され、煩瑣になることも少なくないし、かえって判決の読みやすさを損なうおそれもある。なお、私は、まず冒頭に「証拠（甲1, 3, 6～9, 乙1, 証人〇〇）及

52) ただし、前記のように「争いのない事実等」に記載すべき内容を限定的に捉えるのであれば、この重複記載は大きな問題とならない。

53) 証言の信用性が争われているような場合に、「証人Aは……と供述する」というような事実が記載される例もあるようであるが、さすがに、これは証拠の丸写しにすぎず、裁判所が認定した事実ではない。冒頭認定部分でこのような記載することは意味がなく、基本的には避けるべきであろう。

54) 起案の手引 78 頁参照。

55) ただし、本稿で述べた3つのスタイルは、典型的なタイプとして整理したものであり、実際には、相対的な差異があるにすぎないであろう。例えば、間接事実前置型の裁判官においても、冒頭認定部分の読みやすさを意識すれば、争点に対する判断部分で使用する事実を時系列的に並べるだけではなく、その前後の事情も併せて記載するのが通常であろう。また、ストーリー提示型の裁判官であっても、判決書に争点と全く関係のない事実を認定するのは相当ではないとの観点から、冒頭認定部分においても、争点に関連する事実限定した事実を記載するのが通常であろう。

56) 河村・前掲注 49)82 頁。

び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。」などと一括して証拠を引用し、個別の認定箇所、必要に応じて契約書等の重要な証拠を摘示するという方法を採用することが多い。主要な争点を認定する際にその認定根拠を明確にすればよいという観点からは、冒頭認定部分に記載する事実の全てについて個別に証拠を引用することは本来的には要求されていないともいえるので、上記のような折衷的な方法でも十分であると考えている。

## VI. おわりに

本稿は、判事になって数年が経過した程度の一裁判官の試論にすぎず、特にVで述べたところは、議論が熟していない事項もあり、今後の検討課題と思われる。前述のとおり、民事判決書は、本来、手続を利用する当事者のために作成されるべきものであるから、これからも、当事者の意見等を踏まえて、更に議論していく必要がある。

また、本稿は、司法修習生や修習を終えたばかりの若い法曹を主な読者として想定し、普段は振り返ることが少ない、平成初期にされた議論を紹介することを目的の1つとした。本稿が、駆け出しの弁護士として新様式判決書を受け取ってこれを分析し、又は任官したばかりの判事補としてこれを起案する際の一助となれば幸いである。なお、できる限り多くの文献を引用するスタイルを採ったが、特に、平成初期の原著である共同提言等については、原典に当たって読まれることを強くお薦めしたい。

(いえはら・なおひで)

論説

# 共和政初期アメリカにおける法学教育 ——リッチフィールド・ロー・スクールを中心として\*

東京大学准教授

加毛 明

## I. 目的と対象

## II. 背景と問題

### 1 徒弟制

- (1) イングランドにおける法曹学院の衰退と徒弟制の普及
- (2) アメリカの状況と問題点

### 2 大学における法学教育

- (1) ブラックストンのイングランド法講義
- (2) アメリカの大学における法学教育の試み

## III. 創設と運営

### 1 リーヴ

- (1) リッチフィールド定住まで
- (2) 法学教育の開始

### 2 リッチフィールド

- (1) リッチフィールドの重要性
- (2) サラ・ピアス女性アカデミー

### 3 グールド

## IV. 教育と学生

### 1 教育

- (1) 理念
- (2) 講義の内容
- (3) 講義の期間・受講料
- (4) 講義のスタイル
- (5) 模擬裁判
- (6) 口頭試験・卒業

### 2 学生

## V. 衰退と遺産

### 1 衰退の原因

- (1) 大学附属ロー・スクールの登場
- (2) 運営面での問題
  - a 後継者の問題
  - b 財政的基盤の脆弱さ
- (3) 教育面での問題
  - a 教育方法の問題
  - b 他の学問領域からの孤立

### 2 後世の法学教育への影響

## I. 目的と対象

本稿は共和政初期のアメリカにおける法学教育について検討する。このような検討対象を設定する理由は、第1に法曹養成教育に関する日米比較の前提を明らかにすることに求められる。法科大学院制度の導入から10年

以上が経過した現在において、アメリカの法学教育の理念・方法の変遷について検討することには、わが国の法学教育を取り巻く状況を相対化する意義が認められるだろう。第2に、法学教育は——狭義の法曹養成という目的を超えて——法学という学問の在り方を基礎づける。それゆえ日本とアメリカにおける法学の在り方を比較する前提として、それぞ

\* 本稿はJSPS 科研費 24730101 の助成を受けたものである。

れの国における法学教育の違いを明らかにする必要があると考えられる。

以上の研究目的との関係において、本稿が取り上げる対象は極めて限定される。本稿はアメリカの独立から1830年代に至るまでの時期に焦点を当てる。その際、検討の中心となるのは、コネチカットのリッチフィールド(Litchfield)という町に存在していたロー・スクールである<sup>1)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールは、1人の法律家によって設立された小規模な教育機関であるにもかかわらず、18世紀末から19世紀初頭のアメリカにおいて最も成功した法曹養成機関であったとされる。アメリカ全土から学生を集め、多数の著名な卒業生を輩出するとともに、アメリカにおける法学教育のモデルを確立したのである。

リッチフィールド・ロー・スクールの重要性については、わが国の先行研究においてもしばしば指摘されてきた。しかし、ロー・スクールが設立された背景事情や、その教育の理念・具体的内容、さらには後世の法学教育に及ぼした多面的な影響については、踏み込んだ検討がなされているわけではない。そこで本稿は、上述した研究目的を達成する第一歩として、リッチフィールド・ロー・スクールを中心とする共和政初期のアメリカにおける法学教育を検討課題として設定するのである。

## Ⅱ. 背景と問題

### 1 徒弟制

#### (1) イングランドにおける法曹学院の衰退と徒弟制の普及

リッチフィールド・ロー・スクールが創設され、成功を収めた背景には、これに先立つ時代の法曹養成システムが多くの問題を抱えていたという事情がある。まずイングランドの状況からみていこう。イングランドでは15世紀以降、法曹学院(Inns of Court)によって、コモン・ローのバリスタ(法廷弁護士)の養成が担われてきた<sup>2)</sup>。大学——オックスフォードとケンブリッジ——において伝統的に講じられてきたのは、ヨーロッパ大陸の大学と同様、ローマ法と教会法であり、コモン・ローは教育の対象とされなかったのである。しかし、17世紀中葉の革命期に、法曹学院は教育機関としての機能をほぼ停止することになる<sup>3)</sup>。その結果、この時期以降、バリスタを目指す若者は、独習とともに<sup>4)</sup>、実務家——とくにソリシタ(事務弁護士)——のもとでクラークとして働くことによって法的知識を身につけることになった<sup>5)</sup>。徒弟制(apprenticeship)が当時の法学教育にとって一般的だったのである。そこでは、ソリシタがクラークになる者(の家族)から一定の金額を受け取るとともに、自らの法律事務所において法律文書の複写などの作業を行わせた<sup>6)</sup>。その代わりとして、クラークは法律事務所において——当時未だ非常に貴重であった<sup>7)</sup>——法律書や判例集を利用することを認

1) リッチフィールド・ロー・スクールについて検討する代表的な先行研究として、田中 [1968] 276頁、大川 [2002] 268-269頁。

2) Baker [2013] p 146.

3) Baker [2013] p 166, Langbein [2004a] p 19.

4) 独習の形態として代表的なのが、アルファベット順に書き込みのできるノート——「法備忘録 (commonplace book)」と呼ばれる——に学んだ内容を書き込んでいき、職業生活を通じて利用できる一種の百科事典を作成するというものであった (Langbein [2004a] p 19)。

5) Langbein [2004a] p 19.

6) Langbein [2004a] p 19.

7) Lobban [1997] は、イングランドにおいて法律書の出版数が18世紀を通じて一定であり、1780年以降に急増したことを指摘する (pp 71-74)。その原因としては、印刷業者及び販売業者による書籍出版のコントロールが挙げられている (pp 74-80)。

められたのである<sup>8)</sup>。

## (2) アメリカの状況と問題点

植民地時代のアメリカでは、とりわけ南部を中心として、法律家になるためロンドンに赴き、法曹学院に登録する者も存在した<sup>9)</sup>。しかし旅費や生活費が高くつく一方で、十分な教育を期待できなかつたため、次第にアメリカにおいて徒弟制が普及することになる<sup>10)</sup>。とりわけニュー・イングランドでは早くから徒弟制による法学教育が確立し<sup>11)</sup>、それが他の地域にも拡大していった。トマス・ジェファソン (Thomas Jefferson)、ウィリアム・リヴィングストン (William Livingston)、ジョセフ・ストーリー (Joseph Story)、ジェームズ・ケント (James Kent) など、徒弟修業を経て法曹資格を取得したのである。

しかしながら、徒弟制による法曹養成には——イングランドにおいてもアメリカにおいても——深刻な問題が存在した。教育の内容と質が実務家の資質に依存し、十分な指導がなされない例が多かつたのである<sup>12)</sup>。リヴィングストンやジェファソンも徒弟制に批判的な態度をとっていた<sup>13)</sup>。このような徒弟制による教育に対する不満が、リッチフィールド・ロー・スクールが設立され、成功した重要な要因と考えられるのである。

## 2 大学における法学教育

### (1) ブラックストンのイングランド法講義

もともと18世紀において徒弟制以外に法学教育の方法が存在しなかつたわけではな

い。大学が法学の講義を行うようになったのである。前述のようにイングランドの大学では伝統的にイングランド法 (コモン・ロー) の講義が提供されてこなかつたが、18世紀中葉になると、そのような伝統に変化が生じる。1753年以降、オックスフォード大学において、ウィリアム・ブラックストン (William Blackstone) がイングランド法の講義を始めたのである<sup>14)</sup>。そして1758年にチャールズ・ヴァイナ (Charles Viner) の遺産によってオックスフォード大学にイングランド法の講座が設置されると、ブラックストンはその初代担当者に任命された<sup>15)</sup>。ブラックストンはオックスフォード大学での講義をもとに1765年から1769年にかけて『イングランド法積義 (Commentaries on the Laws of England)』(以下、『積義』という) を公刊した。ブラックストンの『積義』については既に様々な先行研究が存在するが、以下では、本稿の検討対象である共和政初期アメリカにおける法学教育との関わりでのみ、その内容を検討することにしよう<sup>16)</sup>。

ブラックストンが大学において法学の講義を始めた背景には、当時一般的であった徒弟制への批判的な態度があつた。徒弟修業では法実務の細かい問題にばかり関心が向けられ、法実務が拠って立つところの第一原理 (first principles) について何も教えられないことがない。それゆえ、徒弟制を通じて法を学んだ者は、確立した先例を墨守するばかりで、法の精神 (spirit of the laws) や正義の自然的基礎 (natural foundations of justice) に基づいて議論を構成したり、理解したりす

8) Langbein [2004a] pp 19-20.

9) McKenna [1986] p 6, Langbein et al. [2009] pp 935-936.

10) Langbein et al. [2009] p 936.

11) McKenna [1986] p 6.

12) McKenna [1986] p 13, 大川 [2002] 268頁, Langbein [2004a] p 20. 植民地時代のアメリカにおける徒弟制の状況・問題点の詳細については大内 [2008b] 35-42頁参照。

13) リヴィングストンが1745年に投稿した徒弟制を批判する新聞記事について Langbein et al. [2009] p 939参照。ジェファソンが年少の親類に宛てた手紙の中で徒弟制を批判していたことについて McKenna [1986] p 14, Langbein [2004a] p 20参照。

14) ブラックストンがイングランド法の講義を開始した経緯については堀部 [1969] 508-509頁, Nolan [1976] pp 733-734, 松平 [1979] 462-463頁参照。

15) 堀部 [1969] 509頁, Nolan [1976] p 734, Lobban [1997] pp 81-82, Langbein [2004a] p 21.

16) 本稿の検討対象との関係では、アメリカ法形成に対するブラックストンの『積義』の影響を批判的に検討するものとして Nolan [1976], 大内 [2008a] が存在する。

ることができない<sup>17)</sup>。また徒弟修業が些末な法律文書を書き写すという単調な苦役に陥りやすいとすれば、身分・財産・学識のある者が法曹の道に進まなくなるおそれもある<sup>18)</sup>。そのような事態を避けるために、ブラックストーンは、法曹になる前段階に大学教育を置き、法に関する初歩的知識の教授を大学教育の一部に組み入れるべきであるとしたのである<sup>19)</sup>。

ブラックストーンは講義開始の当初から、受講生として、将来国政や地方行政に携わることになる学生とともに、実務法曹を目指す学生をも想定していた<sup>20)</sup>。ブラックストンの『積義』では、法的知識の習得が、陪審や治安判事、議会議員としての務めを果たすジェントルマン層、貴族、さらには聖職者や医師などにとって重要である理由が詳細に述べられている<sup>21)</sup>。これらの者に必要とされる一般的な法的知識の提供と併せて、法曹志望者に対する実務の前提的知識を与えることが、ともにブラックストンの講義及び『積義』の目的とされていたのである<sup>22)</sup>。

ブラックストンの『積義』の内容についても簡単にみておこう。まず、『積義』の叙述には、当時のヨーロッパ大陸における自然法の観念が影響を与えている<sup>23)</sup>。ブラックストーンは、自然法の実定法に対する優越を前提として、現に妥当する実定法は自然法に直接的又は間接的に基礎を置くものであるとする<sup>24)</sup>。イングランド法（コモン・ロー）もまた自然法に由来するのであり、裁判所の下す判決はそのようなイングランド法（コモ

ン・ロー）の証拠として理解されるのである<sup>25)</sup>。

次に、以上の点とも関連して、ブラックストンの『積義』は、17世紀・18世紀のヨーロッパにおける「提要派（institutionalist）」と呼ばれる法律書のジャンルに属するものと考えられる<sup>26)</sup>。これは、国民国家の形成・発展を背景として、ある国に妥当する法を包括的に叙述する目的で執筆された一群の法律書である。それはまた、その国の大学における法学教育のために用いられることを想定しており、ローマ法大全の『法学提要』の叙述形式——インスティテュート方式——を採用する点に特徴がみられる<sup>27)</sup>。ブラックストンの『積義』もまた、国民国家としてのイングランドの法を包括的に叙述し、大学での教育に用いるために執筆されたものといえることができる<sup>28)</sup>。

ブラックストーンは『積義』の叙述において、国の法が正しいことを命じ、不正を禁止する（commanding what is right and prohibiting what is wrong）ものであることを前提として、権利（rights）——イングランド法が命じること——と権利侵害（wrongs）——イングランド法が禁じること——という区別を採用する。そして権利は「人に関する権利（Rights of Persons）」と「物に関する権利（Rights of Things）」に、権利侵害は「私的権利侵害（Private Wrongs）」と「公的権利侵害（Public Wrongs）」に区分されるとして、それぞれを第1巻から第4巻にあてる<sup>29)</sup>。第1巻は、イングランド法の学習・性質・範

17) Blackstone [1979] p 32 (邦訳として石井 [1986] 782 頁)。

18) Blackstone [1979] p 33 (邦訳として石井 [1986] 782-783 頁)。

19) Blackstone [1979] p 33 (邦訳として石井 [1986] 783 頁)。

20) 松平 [1979]459-460 頁, Cairns [1984] p 325. 1753 年の講義開始に際してのアナウンスメントにもこの点が明記される (Dicey [1932] pp 298-299)。

21) Blackstone [1979] pp 8-14 (邦訳として石井 [1984] 338-342 頁)。

22) 松平 [1979] 463-465 頁。

23) 松平 [1979] 481-482 頁。

24) Blackstone [1979] p 41.

25) Blackstone [1979] p 71.

26) 提要派の法律書が登場した背景及びその特徴については Langbein et al. [2009] pp 838-840 参照。

27) Cairns [1984] は、17～18 世紀のイングランドにおいても、提要派の法律書が必要とされる素地があったとする (p 339)。

28) Cairns [1984] p 359, Langbein [2004a] p 21.

29) Blackstone [1979] p 118. この点にマシュー・ヘイル (Matthew Hale) の著作 (The analysis of the law (1713))

団に関する導入部に続いて、第1編として人の権利や法的地位・法人を扱う。導入部にイングランドの国制に関する叙述が含まれるほか、第1編第1章では個人の絶対権としての人権も扱われる。第2巻は物的財産の種類と取得原因、人的財産の種類と取得原因を対象とし、物的財産・人的財産の取得原因として相続や贈与などが論じられる。なお人的財産の取得原因の1つとして契約 (contract) が取り上げられるが、その扱いは当時としても不十分であったと考えられる<sup>30)</sup>。第3巻は第3編「私的権利侵害 (Of Private Wrongs)」にあてられるが、その大半は民事訴訟手続に関する説明であり、不法行為 (torts) に関する叙述は僅かにとどまる<sup>31)</sup>。第4巻では公的権利侵害 (Of Public Wrongs) として刑事法・刑事訴訟手続が扱われ、終章に「イングランド法の起源、進化及び漸進的改革」が置かれている。

以上の『積義』に結実した、ブラックストーンによる大学での法学教育の試みは、しかしながら、最終的には失敗に終わることになる。ブラックストーンは1759年にロンドンでの実務を再開し、1766年にはヴァイナ講座教授の職を退いた<sup>32)</sup>。ブラックストンの後任者たちはブラックストーンほどに学生を集めることができず<sup>33)</sup>、ヴァイナ講座は19世紀末の大学改革まで、名目上のポジションと

なったのである<sup>34)</sup>。

## (2) アメリカの大学における法学教育の試み

次に独立後のアメリカの状況についてみていこう。18世紀末以降、アメリカ各地の大学に法学教授のポストが設けられるようになる。新たに誕生した共和国家の指導者層を育成するうえで法学教育の重要性が認識されたのである<sup>35)</sup>。もっともこの時期の大学における法学教育の試みは短命に終わることになる。

1779年、当時ヴァージニア州知事であったジェファソンは、ウィリアム・アンド・マリー大学に法学の教授ポストを設置し、かつて自らの教師であったジョージ・ウィス (George Wythe) を初代教授に任命した<sup>36)</sup>。ウィスが1791年に辞任した後は、ジョージ・タッカー (St George Tucker) が跡を継いで1804年まで講義を行っている<sup>37)</sup>。コロンビア大学は1793年12月にケントを法学教授に任命した。ケントは、1794年の11月から最初の講義を開始したが、翌年以降、学生が減少し、1797年5月には教授職を辞することになった<sup>38)</sup>。フィラデルフィア大学 (後にペンシルヴァニア大学に統合) においても、1790年からジェームズ・ウィルソン (James Wilson) のもとで3年間の法学コースが設置されたが、2年目の終わりには講義

の影響がみられることについて松平 [1979]468-469 頁参照。これに対して Cairns [1984] は、その影響を認めつつも (p 340)、ブラックストーンがヘイルの著作を参考にしたに過ぎないとし (p 341)、その例として『積義』には——ヘイルの著作では扱われない——公的権利侵害 (刑事法・刑事訴訟手続) が含まれることなどを指摘する (p 343)。

30) Langbein [2004a] p 29.

31) Cairns [1984] は、権利と権利侵害を軸とする『積義』の体系が、人・物・訴権というインスティテュート方式に合致しないようにみえるとしつつ、第3編がその大半を民事訴訟手続に割いていることから両者の類似性が明らかになるとする。また公的権利侵害として刑事法・刑事訴訟手続に関する叙述が含まれる点も、その類似性を示すものであるとする (pp 343-344)。

32) 1770年以降は王座裁判所・民間訴訟裁判所の裁判官を歴任している (堀部 [1969]507 頁, Nolan [1976] p 735)。

33) 松平 [1979] 465 頁。

34) Langbein [2004a] p 21.

35) Carrington [1990] pp 527-528, Langbein [2004a] p 35.

36) McKenna [1986] p 143, Carrington [1990] p 533. Reed [1976] は、ヴァージニアではニュー・イングランドと異なり徒弟制の伝統が強固でなかったことが、ジェファソンの試みを後押ししたと指摘する (p 116)。

37) Reed [1976] p 117, McKenna [1986] p 143, Carrington [1990] p 538.

38) Reed [1976] pp 120-12, Fisher [1933] p 24, 大川 [2002] 269 頁。ケントは1824年に再度、コロンビア大学で法学の講義を行っており、その成果として公刊されたのが『アメリカ法積義 (Commentaries on American Law)』(1826-30年) であった。

が中止された<sup>39)</sup>。さらに徒弟制が早くから確立していたニュー・イングランドにおいても、大学における法学教育が試みられることになる。例えばイェール大学では既に1777年に法学教授のポスト設置が提案され、その提案自体は採用されなかったものの、断続的に法学の講義が行われた。そして1801年にエリズア・グッドリッチ (Elizur Goodrich) が法学教授に任命され、1810年まで講義を行ったのである<sup>40)</sup>。

これらの大学における法学教育の基礎とされたのが——当時のアメリカにおいて広く読まれていた<sup>41)</sup>——ブラックストンの『積義』であった<sup>42)</sup>。『積義』が利用された背景には、同書が体系的・網羅的なコモン・ローの叙述という点で優れていたことのほかに、当時のアメリカ固有の事情があったと考えられる。独立直後のアメリカでは、なぜ自分たちが否定した王権に臣従する裁判官によって形成されたコモン・ローに従わなければならないのかという疑問が生じることになった。この疑問に対してブラックストンの『積義』は一定の解決を与えた。前述のように、ブラックストンはコモン・ローという実定法の根拠を自然法に求めていた。『積義』は自然法を具現化するコモン・ローが普遍性を有する——独立後のアメリカでも適用しうる——ものであることを示すものであったと考えることができるのである<sup>43)</sup>。

この時期のアメリカの大学における法学教育は、学生が市民としての役割を果たすうえで必要な法的知識を付与するものと位置づけられていた<sup>44)</sup>。実務法曹にとって必要な専

門的知識を習得できるように設計されていなかったものであり、このことが、大学での法学教育が学生の人気を集めず、短命に終わった主たる原因であると考えられる。実務法曹を目指す者は大学の法学教育を頼ることができず、結局、前述した法律事務所での徒弟修業によらざるを得なかったのである。そして、このような状況を背景として、リッチフィールド・ロー・スクールが登場することになる。

### Ⅲ. 創設と運営

後にリッチフィールド・ロー・スクールと呼ばれることになる法曹養成機関は、タッピング・リーヴ (Tapping Reeve) という法律家によって設立された。リーヴは20年近くにわたって1人でロー・スクールを運営した後、かつての教え子であるジェームズ・グールド (James Gould) をロー・スクールの共同経営者に加えた。50年に及ぶ歴史において、リッチフィールド・ロー・スクールはこの2名の法律家によって運営されたのであり、彼らがロー・スクールを所有するという形態 (proprietary law school) が維持されたのである。ロー・スクールの設立は、計画的なものというより偶然の事情が重なった結果というべきであり<sup>45)</sup>、グールドの加入もリーヴとグールドそれぞれの個人的理由に基づくものであったといえる。そこでまず、リーヴとグールドに焦点を当てつつ、リッチフィールド・ロー・スクールが設立され、発展していった経緯についてみていくことにし

39) Reed [1976] p 122, McKenna [1986] pp 143-144, 大川 [2002] 269 頁。

40) Reed [1976] p 136.

41) 1771年に出版されたアメリカでの初版は商業的成功を収め、その後も版を重ねられている (Langbein [2004a] p 22, 大内 [2008a] 402-403 頁)。

42) Nolan [1976] pp 761-763, 大内 [2008a] 403-405 頁。もっとも『積義』が無批判に受容されたわけではない。例えばウィリアム・アンド・マリー大学でウィスの跡を継いだタッカーは、リパブリカンとしての立場からブラックストンの『積義』がイングランドの土地保有階級の利益保護を図るものであることに批判的であり (Klafter [1994] pp 48-49), 1803年には『積義』に注釈を加えた5巻組みの著作 (いわゆる Tucker's Blackstone) を公刊した。この著作については、アメリカにおける『積義』の影響を決定的なものにしたという評価がある一方で (Reed [1976] p 117, Nolan [1976] pp 761-762, 大内 [2008a] 404-405 頁), アメリカ法において『積義』の持つ意味を限定・変更したという理解も示されている (Klafter [1994] pp 43, 61-62)。

43) Langbein [2004a] p 22.

44) Reed [1976] p 134, Carrington [1990] pp 532-533, Langbein et al [2009] p 943.

45) Fisher [1933] p 1.

よう。

## 1 リーヴ

### (1) リッチフィールド定住まで

リーヴは、1744年、ロング・アイランドに牧師の息子として生まれた<sup>46)</sup>。1759年ニュー・ジャージー大学（後のプリンストン大学）に入学し、卒業後グラマー・スクールでの教育経験を経て、1768年には同大学のチューターに就任した。この当時、リーヴの関心は教育に向けられていたと考えられるが、やがてその関心を法律へと移すことになる<sup>47)</sup>。1771年にハートフォードのジェシー・ルート（Jesse Root）のもとで徒弟修業を開始し<sup>48)</sup>、翌72年にはリッチフィールドの法曹協会から法曹資格を授与された。そして1773年秋に自宅兼用の法律事務所をリッチフィールドに開設し、実務家としての活動を開始したのである。

これに先立つ1773年6月、リーヴは長年交際を続けてきたサリー・バー（Sally Burr<sup>49)</sup>）と婚姻している。リッチフィールドにおけるリーヴの成功の1つの要因は、サリーとの婚姻であったと推測される<sup>50)</sup>。バー家は1630年にマサチューセッツに移住したピューリタンの一員であり、名門として知られていた。サリーの父アーロン・バー（Aaron Burr Sr.）は長老教会の牧師であるとともに、教育者としてニュー・ジャージー大学の創立に関わり、第2代学長を務めた。アーロン・バーは1752年にエスター・エドワーズ（Esther Edwards）と結婚したが、彼女の父ジョナサン・エドワーズ（Jonathan

Edwards）は「ピューリタンの中のピューリタン」と称されるほどニュー・イングランドでは著名な宗教家であった<sup>51)</sup>。

サリー・バーは、アーロン・バーとエスター夫妻の長女として1754年に生まれた。その2年後には、後にアメリカ合衆国副大統領となるアーロン（Aaron Burr Jr.）が誕生している。しかし、1757年から58年にかけて父アーロン・母エスターが相次いで死亡すると、幼い姉弟は母方の叔父ティモシー・エドワーズ（Timothy Edwards）によって育てられることになった<sup>52)</sup>。

弟のアーロンが7歳になったとき、ティモシー・エドワーズは彼のために家庭教師を雇った。それが大学を卒業したばかりのリーヴだったのである。こうしてリーヴはサリーとアーロンの姉弟と関わりを持つことになり、やがてサリーと交際を始めることになる。当初、ティモシーをはじめとするエドワーズ家の人々はサリーとリーヴの交際に難色を示していた<sup>53)</sup>。リーヴが法曹という比較的実入りの良い職業を選択した背景には、サリーとの婚姻を認めてもらうという事情があったと考えられるのである。

### (2) 法学教育の開始

次に、リーヴが法学教育を始めることになった経緯についてみていこう。ここでもサリーとアーロンの姉弟の存在が関係している。アーロンは、1772年にニュー・ジャージー大学を卒業した後、父や祖父の跡をおって聖職者となることを考え、翌73年秋から会衆派の神学者ジョセフ・ベラミー（Joseph Bellamy）のもとで神学の勉強を開始した。しかし、神学が性に合わなかったためか、す

46) 父アブナー・リーヴ（Abner Reeve）は飲酒癖のために何度か聖職を失ったが、最終的にはヴァーモント州の第一会衆派教会の牧師として信者の敬愛を集めたとされている（McKenna [1986] pp 20-21）。

47) リーヴは1769年11月9日付けのサリー・バー宛ての手紙の中で法律職に対する関心を語っている（McKenna [1986] pp 22, 28）。

48) ルートは1756年にニュー・ジャージー大学を卒業後、1763年に法曹資格を取得するまで聖職に就いていた。McKenna [1986] は、このことがルートとリーヴを結び付けた1つの要因であったと推測する（p 29）。

49) 本名はサラ（Sarah）であったとされる（McKenna [1986] p 24）。

50) Langbein [2004a] p 24.

51) McKenna [1986] p 23. 1757年、エドワーズは義理の息子アーロン・バーの跡を継いでニュー・ジャージー大学の第3代学長となったが、翌1758年3月22日に天然痘で死亡した。

52) McKenna [1986] p 25.

53) サリーの年齢に加えて、リーヴの父が飲酒癖のために聖職を失ったという事情（前掲注46）があったことが、その理由と推測されている（McKenna [1986] p 27）。

ぐにリッチフィールドに移住し、義兄であるリーヴのもとで法律の勉強を始めることになる<sup>54)</sup>。こうして、アーロンはリーヴの最初の学生となったのである。

アーロンに引き続いて、リーヴは法律家を目指す若者たちに対して教育を施すようになった。リーヴのもとで学んだ初期の学生の中には、スティーヴン・ブラッドリー (Stephen R. Bradley) ——後のヴァーモント州初代上院議員——、オリバー・ウォルコット (Oliver Wolcott Jr.) ——後のコネチカット州知事、合衆国財務長官——、ユライア・トレシー (Uriah Tracy) ——後のコネチカット州上院議員——などが存在した<sup>55)</sup>。リーヴが早くから優秀な学生を集めることができた一因として、サリーとの婚姻によるパー家・エドワーズ家とのつながりがあったことが指摘されている<sup>56)</sup>。

また、リーヴが法学教育に専念することになった理由としては、妻サリーの健康問題があったことも見逃せない。サリーは幼少時から病気がちで、慢性的なぜんそくに悩まされ、成人してからの多くの時間を病床で過ごしていた<sup>57)</sup>。リーヴは献身的にサリーを看護し<sup>58)</sup>、リッチフィールドを長期にわたって離れざるを得ない公職に就くことを断念した。例えば1792年5月にはコネチカット州議会の議員への指名を辞退している<sup>59)</sup>。ロー・スクールでの教育は、リッチフィール

ドを離れなくて済むという点で、リーヴにとって魅力的であったといえよう。妻サリーの健康状態が間接的にリーヴの職業の選択に影響を及ぼしたと考えられるのである<sup>60)</sup>。

リーヴの教育の評判が広まるにつれて、さらに多くの学生が彼のもとに集まるようになる。そのような中でリーヴは、1780年代初頭には法律事務所を閉鎖し、学生たちの教育に専念することになった<sup>61)</sup>。リーヴは当初、法律事務所を兼ねた自宅の客間で学生の教育を行っていたが<sup>62)</sup>、学生の増加にともなって手狭となったため、1784年に、教室と図書室としての機能を備えた20フィート×22フィートの小さな建物を自宅に併設した<sup>63)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールはリーヴの法律事務所が発展する形で生まれたため、明確な設立の時点が存在するわけではない。しかし、法学教育のための建物——アメリカ初の法学教育専用の校舎——が建てられた1784年は、リッチフィールド・ロー・スクールにとっても、またアメリカの法学教育史においても画期をなす年であるといえるだろう。

## 2 リッチフィールド

### (1) リッチフィールドの重要性

リッチフィールド・ロー・スクールが成功を収めた背景には、リーヴの教育者としての

54) Fisher [1933] pp 1-2, McKenna [1986] pp 40-41.

55) 3名の経歴についてはFisher [1946] pp 25, 127, 138 参照。

56) Reed [1976] p 130, Langbein [2004a] p 27.

57) サリーの病弱な体質は、幼少期に両親を失ったトラウマに起因するものであるという指摘も存在する。McKenna [1986] は、アーロンがサリーに宛てた手紙において、姉の健康状態を心配する一方、サリーが心身の不調を気にし過ぎることへの苛立ちを明らかにしていることを指摘し、サリーの病状が心気症であった可能性を指摘する (pp 50-51)。

58) McKenna [1986] p 49. 妻の症状を緩和するため、リーヴは自宅の南側に、高い天井と大きな6つの窓を持つ部屋を増設している。

59) McKenna [1986] pp 53-54.

60) McKenna [1986] は、リーヴが実務家としてもリッチフィールドで成功していたことを指摘し、法学教育に専念した理由が、収入の確保というよりも、妻サリーに付き添っていられるようにするためであったとする (pp 51-54)。

61) Langbein [2004a] p 27.

62) McKenna [1986] p 59.

63) この建物は1833年のロー・スクール閉鎖後、数度にわたって移築され、住居や商店として利用されたが、1930年代に元の場所に戻された。現在では、リッチフィールド歴史協会 (Litchfield Historical Society) によって維持・保存され、一般に公開されている。リッチフィールド・ロー・スクールの校舎の歴史についてはFisher [1933] p 4 参照。

資質とともに、リッチフィールドという町の重要性があったことも見逃してはならない。コネチカット北西部に位置するリッチフィールドは、18世紀において交通の要衝であった。当時の主要な交通手段の1つは乗合馬車 (stagecoach) であったが、その東西・南北を結ぶ街道がリッチフィールドで交わっていた<sup>64)</sup>。そのため独立戦争の期間中、リッチフィールドは、ニュー・イングランドへ内陸部から物資を輸送する際の基地としての機能を果たした<sup>65)</sup>。戦争が終結する頃には、リッチフィールドは、コネチカットで4番目に多くの人口をかかえるようになり、地方行政庁や法曹協会を有する政治・経済・文化の中心地としての地位を確立した<sup>66)</sup>。多くの上流階級の家族が居住し、高等教育を受けた多数の若者が集う環境が、リーヴによるロー・スクール開設を後押しした一因になったと考えられる<sup>67)</sup>。

また当時のコネチカットではフェデラリスト党が政権を握っており、リッチフィールドの指導者層——法曹協会のメンバーを含む——の多くもフェデラリストであった<sup>68)</sup>。そのような状況の中で、熱心なフェデラリストであったリーヴは、リッチフィールド社会に確固たる地位を築くことができたのであ

る<sup>69)</sup>。ロー・スクール繁栄の背景に、そのような政治環境があったことも忘れてはならないだろう。

## (2) サラ・ピアス女性アカデミー

さて18世紀末から19世紀初頭にかけてのリッチフィールドの社会的・文化的環境を理解するうえで重要なのが、サラ・ピアス (Sarah Pierce) の女性アカデミー (Female Academy) の存在である。このアカデミーは1792年に設立されたアメリカ最古の女性教育機関の1つである。当初は、若い女性が社交界にデビューするための教養教育を行う学校 (finishing school) としての性格を有していたが、アカデミーの発展とともに、女性に男性と同様の教育を施すというサラ・ピアスの理念のもと、地理学・歴史学・化学・天文学・植物学などが講義されるようになった<sup>70)</sup>。女性アカデミーは1810年代半ばから20年代半ばにかけて最盛期を迎えることになり、その閉鎖までに<sup>71)</sup> 学んだ女性の数は3000名を超えるとされている<sup>72)</sup>。

サラ・ピアス女性アカデミーはリッチフィールド・ロー・スクールとも深い関わりを持っていた<sup>73)</sup>。まず、アカデミーに学ぶ女性の多くがロー・スクールの学生・卒業生の姉妹や従姉妹であった<sup>74)</sup>。またロー・ス

64) Baldwin [1971] p 464, Reed [1976] p 129, McKenna [1986] p 67, Brickley [1993] p 20, Langbein [2004a] p 24.

65) McKenna [1986] p 42. このほか当時のリッチフィールドには戦争捕虜を収監する施設が置かれ、ウィリアム・フランクリン (William Franklin) ——ベンジャミン・フランクリン (Benjamin Franklin) の息子——が収監されたことでも知られる (McKenna [1986] p 44)。

66) Brickley [1993] p 20, McKenna [1986] p 69.

67) Langbein [2004a] p 24.

68) McKenna [1986] pp 90, 156, 158.

69) リーヴは1800年の大統領選挙において、ジェファソンではなく、義弟であるアロン・バーを支持するようフェデラリスト党の議員に働きかけたとされる (McKenna [1986] pp 129-130)。そしてジェファソンが大統領に就任すると、リーヴはリッチフィールドの地方紙に、ジェファソンとリパブリカン党を批判する記事を数多く投稿した。そのため1806年には、文書による名誉毀損の罪で訴追されるに至っている (Fisher [1933] pp 21-22, McKenna [1986] p 157)。

70) McKenna [1986] p 75. サラ・ピアスの教育理念及び女性アカデミーにおける革新的な教育の取組みについては Brickley [1993] pp 42-60 参照。

71) サラ・ピアス女性アカデミーの閉鎖時期について、McKenna [1986] は、1855年までアカデミーが継続していたとする (p 75)。これに対して Brickley [1993] は、サラ・ピアスを補佐していた甥のジョン・ピアス・ブレイス (John Piece Brace) がアカデミーの運営から身を引いた1832年末に、実質的にアカデミーは閉鎖されたとする (p 69)。

72) McKenna [1986] p 70. その中にはハリエット・ビーチャー・ストウ (Harriet Beecher Stowe) も含まれていた。

73) 1798年にリッチフィールドの有力者の寄付によって女性アカデミーの校舎が建設された際、寄付者リストの筆頭であったのがリーヴの名前であった (McKenna [1986] p 75)。

74) McKenna [1986] p 71, Fisher [1933] p 11.

クールと女性アカデミーの卒業生同士が結婚する例も多数に上った<sup>75)</sup>。リーヴとサラ・ピアスは定期的に結婚の候補となる学生のリストを交換していたとされており、女性アカデミーの存在がロー・スクールに学ぶ1つの魅力であったと考えられるのである<sup>76)</sup>。

リッチフィールド・ロー・スクールとサラ・ピアス女性アカデミーという2つの教育機関は、リッチフィールドの評判を高めるものであった。両者が最盛期を迎えた1820年代には、リッチフィールドに黄金時代が到来したのである。

### 3 グールド

1797年3月11日、長い闘病生活の果てに妻サリーが死去すると、リーヴは人生の転機を迎える。サリー死去から数か月後、コネチカット州最高裁判所の裁判官に2名の空席が生じたのである。いまやリッチフィールドにとどまり続ける必要のなくなったリーヴは、最高裁判所裁判官になることを承諾した<sup>77)</sup>。その後リーヴは1814年に首席裁判官に就任し、1815年に定年で退任するまで最高裁判所裁判官としての職責を果たすことになる。毎年一定期間リッチフィールドを離れざるをえなくなったリーヴは、ロー・スクールの講義を分担するため、共同経営者を迎えることを決心した<sup>78)</sup>。そうして選ばれたのが、ジェームズ・グールドだったのである。

グールドは1770年12月5日、コネチカットのブランフォードの医師の家系に生まれた。幼少期から遺伝的な眼病を患っており、

イエール大学在学時には級友に課題を読み聞かせてもらう必要さえあったとされる。それにもかかわらずグールドは、1791年の卒業時に、卒業生代表の挨拶を行っている<sup>79)</sup>。1793年初頭からニュー・ヘイヴンのチャールズ・チョーンシー (Charles Chauncey) の法律事務所のクラークとなったが、同年秋にイエール大学のチューターに就任したため法律家としての修業を中断することになる<sup>80)</sup>。1年半後、グールドはリッチフィールドに移り、リーヴのもとで法律の勉強を再開した。3年後の1798年、グールドはリッチフィールドの法曹協会から法曹資格を授与されることになった<sup>81)</sup>。

1798年はさらに2つの意味でグールドにとって特別な年となった。まず同年10月にサリー・トレシー (Sally Tracy) と結婚した<sup>82)</sup>。サリー・トレシーの父は、前述したリーヴの教え子ユライア・トレシーであり、当時はコネチカット選出の上院議員を務めていた<sup>83)</sup>。結婚に引き続いて、グールドがリッチフィールド・ロー・スクールの共同経営者となることが公表された。リーヴがグールドに申し出を行った理由については既に述べたが、グールドがリーヴからの申し出を承諾した背景には、当時、英仏との緊張関係の高まりのためにアメリカ経済が停滞期にあったことが指摘されている<sup>84)</sup>。そのような中でロー・スクールの共同経営者になることは、若いグールドにとって魅力的であったと考えられる。グールドはリーヴからの申し出を受けるに際して、実務活動を続けることを条件にしたが、実際には、ロー・スクール

75) Fisher [1933] p 12.

76) Reed [1976] pp 129-130, McKenna [1986] p 25.

77) Baldwin [1971] pp 473-474, McKenna [1986] pp 54, 89. Goetsch [1979] は、空席の1つはリーヴをかつて指導したルートが首席裁判官に就任したことに伴って生じたとする (p 14)。なおリーヴはサリー死去の翌春、長年リーヴ家で家政婦を務めてきたエリザベス・トムソン (Elizabeth Thompson) と再婚している (McKenna [1986] p 92)。

78) Baldwin [1971] p 456, McKenna [1986] p 93.

79) Baldwin [1971] p 456, Fisher [1933] p 16, McKenna [1986] p 94.

80) Baldwin [1971] p 457, McKenna [1986] p 95.

81) McKenna [1986] pp 95-96.

82) Baldwin [1971] p 465, Fisher [1933] p 17, McKenna [1986] p 98. サリー・トレシーもサラ・ピアス女性アカデミーの卒業生である。

83) トレーシーには4人の娘がいたが、いずれもリッチフィールド・ロー・スクールの卒業生と結婚している (Baldwin [1971] p 465, McKenna [1986] pp 55-56, 99)。

84) Baldwin [1971] p 458, McKenna [1986] p 96.

での教育に注力した<sup>85)</sup>。その後 1816 年にはコネチカット州最高裁判所の裁判官に就任しているが<sup>86)</sup>、1819 年にその地位を失うと<sup>87)</sup>、その後は再び教育に専念することになった。

## IV. 教育と学生

### 1 教育

#### (1) 理念

次にリッチフィールド・ロー・スクールの教育についてみていこう。リッチフィールド・ロー・スクールは、当時のアメリカで他に類を見ない法学教育を提供することで大きな成功を収めた。まずその教育の理念から検討を始めることにしたい。

リッチフィールド・ロー・スクールの教育の在り方はリーヴによって確立されたと考えられる<sup>88)</sup>。リーヴは、実定法の背後にある原理 (principles) の重要性を強調した。1816 年に公刊した著作において<sup>89)</sup>、リーヴは、同書の目的が、諸々の判決から個々の法的問題を支配する原理を引き出すことにあるとする。そしてそのような支配原理を導きの星とすることで、法の一貫性・体系的性が維持されるとした<sup>90)</sup>。さらにリーヴはロー・スクールの講義において、原理は先例 (precedents) に優越し、ある先例が原理に反する場合には、裁判所はその先例の拘束力を否定

しなければならないと説明していた<sup>91)</sup>。このように実定的な法準則の背後にあって、その拘束力を基礎づける原理の探求が、リーヴの法学教育の中心に据えられていたと考えられる。

リーヴの法学教育の理念はグールドにも引き継がれる。グールドは、1822 年に法律雑誌に寄せた文章の中で、自らの法学教育の理念について明示的な説明を行っている。まず法学教育の目的は、法を孤立したルールの集合としてではなく、相互に関連する合理的な原理の体系として教えることに求められる<sup>92)</sup>。この点で、当時出版されていた法律書は、法理 (doctrines) ・準則 (rule) について非常に詳しく説明する一方で、原理 (principles) ・理由 (reason) にほとんど言及しない点で、不十分であると評価される<sup>93)</sup>。そこで、リッチフィールド・ロー・スクールの講義では、実定的な法理・準則を可能な限り、その原理に遡って説明することが目指される。そのような講義を通じて、学生は、一見すると恣意的で非合理的にみえる法理・準則が、合理的な原理に基づいていることを発見することになる<sup>94)</sup>。その結果、学生は個々の法理・準則をよりよく記憶できるようになり、またそれらをよりよく分析・適用できるようになるとされるのである<sup>95)</sup>。

以上のようにリーヴとグールドは実定法の背後にある原理を重視していた。そこには、当時のアメリカの法律家が直面していた課題

85) McKenna [1986] p 96.

86) Baldwin [1971] p 474, McKenna [1986] p 102.

87) 1818 年までコネチカットではフェデラリスト党が政権を握っており、フェデラリストであるリーヴやグールドが最高裁判所裁判官に指名されたのも、このことを背景として理解される。そして 1818 年にフェデラリスト党が政権の座を追われた結果として、1819 年にグールドは最高裁判所裁判官への再任を拒絶されることになった (Baldwin [1971] p 479, McKenna [1986] p 104)。

88) McKenna [1986] は、グールドがロー・スクールの経営に参加した時点で教育の方法や内容は既に確立していたことを強調する (p 82)。

89) Reeve [1981]。リーヴは 1815 年に最高裁判所の首席裁判官を退任した後、経済的苦境に陥った。同書は収入の増加を目的として執筆されたものとされる (Fisher [1933] pp 14-15)。

90) Reeve [1981] Preface.

91) Goetsch [1979] pp 3-4 (リッチフィールド・ロー・スクールの学生が残したノートの記述に基づく)。

92) Gould [1822-23] p 402.

93) Gould [1822-23] p 402.

94) Gould [1822-23] pp 402-403.

95) Gould [1822-23] p 403. 以上の理念に基づいてグールドは 1832 年に訴答手続に関する著作を公刊している (Gould [1972] pp viii-ix)。

が影響を与えていたと考えられる。イングランドからコモン・ローを承継しつつも、アメリカに独自の法を発展させるという課題である<sup>96)</sup>。とりわけ、原理への違反を理由とする先例変更を積極的に評価するリーヴの態度には、このことが典型的に現れているといえるだろう<sup>97)</sup>。

## (2) 講義の内容

次にリッチフィールド・ロー・スクールの講義の具体的内容についてみていくことにしたい。リッチフィールド・ロー・スクールの講義については、各大学の図書館やリッチフィールド歴史協会に保存された当時の学生のノートから、その内容が明らかになる<sup>98)</sup>。それによれば、リーヴの講義は基本的にブラックストンの『釈義』に従うものであったと評価することができる<sup>99)</sup>。同書はコモン・ローの普遍的性格を示すものとして広く読まれており、前述のような法学教育の理念を有するリーヴがこれに基づいて講義を行うことは、ごく自然であったと考えられるのである<sup>100)</sup>。

もっともリーヴは『釈義』の内容からいくつかの重要な変更を行っており、そのことがリッチフィールド・ロー・スクールにおける法学教育の特徴を考えるうえで興味深い。ま

ず第1巻のイングランドの国制に関連する部分が除外されるが、これは当時の政治状況を前提として理解しやすいところである。リーヴの講義は、第1巻の人の権利・法的地位に関する部分と、第2巻及び第3巻の民事法・民事訴訟手続を対象とするものであった<sup>101)</sup>。ただし『釈義』において十分に論じられていなかった契約(contract)が独自の講義項目とされていたことには注意が必要である。また『釈義』では扱われていないものの<sup>102)</sup>、手形や保険など実務上の重要性の高い商事法の領域が講義科目に付け加えられている。さらに『釈義』の第4巻が刑事法・刑事訴訟手続を対象としていたのに対して、リーヴは講義でこれらをほとんど取り上げなかったとされている<sup>103)</sup>。刑事法は、後にグールドがロー・スクールに加わってから、講義されるようになったのである<sup>104)</sup>。

以上の講義内容はいくつかの主題(subject)に分類されていた。主題の数は、リーヴのみが講義を行っていた初期の段階では10～13程度であったが<sup>105)</sup>——おそらくはグールドが共同所有者になったことを契機として——中期以降、40～48の項目に細分化されることになった<sup>106)</sup>。講義は、大要、州(邦)に関する法、人の権利・法的地位に関

96) Goetsch [1979] pp 7-8, 11-12.

97) Goetsch [1979] は、リーヴが1790年代の講義において、イングランドの先例を離れてアメリカが独自にコモン・ローを発展させることができると説いていたことを紹介する(pp 9-10)。

98) 学生のノートの保存場所については McKenna [1986] pp 183-186 (Appendix IV) 参照。またリッチフィールド歴史協会に保存されたノートの種類及び内容については同協会のウェブサイト (<http://www.litchfieldhistoricalsociety.org/archon/?p=collections/findingaid&id=10&rootcontentid=3068>, 2015年8月19日最終閲覧) に詳細な紹介がある。

99) Nolan [1976] p 762, McKenna [1986] p 81, Langbein [2004a] pp 26-27, 大川 [2002] 268頁, 大内 [2008a] 405頁。

100) Klafter [1994] は、リーヴのフェデラリストとしての信条と講義における『釈義』の利用を結び付けて理解する(p 48)。

101) Langbein [2004a] p 29.

102) その理由として Cairns [1984] は、商事法が商人の慣習によって規律され、イングランドの法であるコモン・ローとは区別されるものと観念されていたことを挙げる(pp 353-354)。

103) Reed [1976] p 131, Langbein [2004a] p 29. 後述するニュー・ヘイヴン・ロー・スクールの創設者ステーブルズは、刑事法の講義を行うに際して、リーヴの講義を参考にできなかったと述べている(McKenna [1986] p 117)。なおステーブルズがリッチフィールド・ロー・スクールの学生であったか否かに争いがあることについては、後掲注165)参照。

104) Gould [1822-23] は、週に1度夕方に刑事法の講義を行うようになったとする(p 402)。

105) McKenna [1986] p 81.

106) リーヴとグールドが共同で講義を行っていた時期について、McKenna [1986] は40項目(p 64), Baldwin [1971] は41項目(pp 469-471)を挙げている。リーヴの引退後、グールドが単独で講義を担当するようになってからは、講義は48項目に再編された(Sheppard [2007] p 181, Baldwin [1971] p 482, Fisher [1933] pp 6-8)。

する法、契約、民事訴訟手続、商事法、プロパティという順序で展開された<sup>107)</sup>。

講義の内容に変遷はあったものの、総じていえば、リッチフィールド・ロー・スクールの教育は、私法分野の重視と公法・刑事法分野の軽視によって特徴づけられる<sup>108)</sup>。これは、ロー・スクールがリーヴの法律事務所が発展したものであるという事情に基づくものと考えられる。当時、刑事事件は上層の法律家の仕事とは考えられておらず、憲法問題に関する法律実務もほとんど発達していなかった<sup>109)</sup>。その意味でリッチフィールド・ロー・スクールの教育は、あくまで当時の法曹実務家に必要とされる内容に特化していたことができる。そして私法分野を主たる教育の対象とすることは、その後のアメリカ合衆国における法学教育にも引き継がれていくことになる<sup>110)</sup>。

### (3) 講義の期間・受講料

リッチフィールド・ロー・スクールにおいて講義内容が一通り終了するのにかかる期間は——時期による変動はあるものの<sup>111)</sup>——通常約14か月であったとされる<sup>112)</sup>。当時は明確な学事歴が存在せず、学生は——主要な主題からの受講を勧められていたもの——基本的には自らの都合に合わせてロー・スクールに登録することができた<sup>113)</sup>。ロー・スクールにおいて学事歴が採用され、

基礎的な主題から発展的なものへと段階的に進むカリキュラムが編成されるようになるのは、1870年代にハーヴァード・ロー・スクールにおいてクリストファー・コロンブス・ラングデル (Christopher Columbus Langdell) の指導のもとに行われた一連の教育改革を待たなければならないのである<sup>114)</sup>。

講義が1年を超える期間に及ぶことから、授業料も最初の1年について100ドル、2年目について60ドルと定められていた<sup>115)</sup>。これはリーヴが法学教育を始めた頃に一般的であった徒弟制による料金と比較して安価であったとされている<sup>116)</sup>。

### (4) 講義のスタイル

続いてリッチフィールド・ロー・スクールの講義のスタイルについてみていこう。

リーヴとグールドは平日毎日、午前中に90分程度の講義を行った<sup>117)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールの教育の特徴は、リーヴとグールドが講義ノートをつくりと学生に読み聞かせ、学生に一言一句書き取らせるようにしたことにある<sup>118)</sup>。学生は講義が終わると、1日の残りの時間を自らのノートの作成にあてた。午前中に書き取った内容を清書するとともに、図書室で関連する法律書や判例集を確認し、必要な内容を補充することでノートを仕上げたのである<sup>119)</sup>。グールドは、法的知識の習得にとって、自らの手で

107) McKenna [1986] p 120.

108) McKenna [1986] p 65, Langbein [2004a] p 29.

109) Langbein [2004a] p 29.

110) Langbein [2004a] p 29.

111) Fisher [1933] は、カリキュラムの終了に14か月から18か月かかったとする (p 5)。またグールド自身も1827年の手紙の中で講義全体に15か月かかると述べていたとされる (McKenna [1986] p 120)。

112) Gould [1822-23] pp 401-402, Baldwin [1971] p 483, Reed [1976] p 131, McKenna [1986] p 63, Langbein [2004a] p 27.

113) Fisher [1933] p 6.

114) Langbein [2004a] p 28.

115) Sheppard [2007] p. 182, Baldwin [1971] p 483, Fisher [1933] p 5. この金額はリッチフィールド・ロー・スクールの歴史を通じて一定であった (McKenna [1986] p 139)。

116) もっとも学生はリッチフィールドに下宿しなければならず、そのための費用は年間45ドル程度かかったとされる (Fisher [1933] p 6)。

117) Reed [1976] p 131, Langbein [2004a] p 27. グールドは、1820年代初頭に法律雑誌への寄稿の中で、講義の長さが当初一定していなかったところを90分に延長・統一したと述べている (Gould [1822-23] pp 401-402)。

118) Reed [1976] p 131, Langbein [2004a] p 27. リーヴがしばしばノートに書かれていることから逸脱して講義を行ったのに対して、グールドは忠実に講義ノートを読み上げる形で講義を行ったとされる (Baldwin [1971] pp 468-469, Fisher [1933] pp 17-18, McKenna [1986] pp 147-148)。

119) Gould [1822-23] p 403, Langbein [2004a] p 27.

ノートを作り上げることが最も効果的であると考えていた<sup>120)</sup>。ロー・スクールのカリキュラムを終える頃には、こうして作成したノートが学生の手許に残ることになる。ノートの分量はロー・スクールの歴史を通じて徐々に増加し、1820年代の最盛期には大型のノート(9.5インチ×7.5インチ)で5巻組みになったとされる<sup>121)</sup>。それらは、卒業生のその後の職業生活において参照され、必要に応じて新たな情報を書き加えるべきものとされたのである<sup>122)</sup>。

次に、学生がノートの作成に際して、どのような法律書を参照していたのかについてみておこう。この点の手がかりとなるのが、学生生活のルールを定めた「法律事務所規則(Laws of the Office)」である。この規則は18カ条から成り<sup>123)</sup>、1806年頃採択されたものと考えられている<sup>124)</sup>(その後、規則を補充する形で一連の「決議(Resolution)」がなされている<sup>125)</sup>)。規則の最初の4カ条はロー・スクールの図書の利用に関連するが、第3条は、ロー・スクールの建物から書籍を持ち出した者に罰金を科すことを定める。ただしその例外として「特別扱いの許された書籍(privileged books)」については建物外への持ち出しが認められていた。これらの書籍は学習にとって重要であるために、特別の取扱いが認められていたのである。そのような書籍として、第3条は次のものを列挙する——“Blackstone’s *Commentaries*, Powell’s *Elementary Treatises*, Woodeson’s *Lec-*

*tures*, Epinasse’s *Nisi Prius*, Kyd on *Awards*, Jones on *Bailments*, [St. Germain’s] *Doctor and Student*, Lovelass on *Wills*, Fearne on *Remainders*, Gilbert’s *Law of Evidence*, Swift’s *A System of the Laws of the State of Connecticut*, *Lawyer’s Magazine*, Cooke’s *Bankrupt Laws*, Gilbert on *Devises*, Wilson on *Awards*, Sullivan’s *Lectures*, *Baron and Femme*, *Boots’ Historical Treatises*, Cunningham on *Bills of Exchange*, Jacob’s *Introduction*, …… , Bacon’s *Abridgement*, *Law of Costs*, Haines’ *Law Tracts*, *Institutii Legis*, [Coke’s] *Institutes*, [Blackstone’s] *Tracts of the English Constitution*, Gilbert’s *Common Pleas*<sup>126)</sup>”。このリストではブラックストンのコメントリーを筆頭にイングランドの法律書が列挙されている(その例外がゼファナイア・スウィフト<sup>127)</sup>(Zephaniah Swift)の『コネチカット州法体系(*A System of the Laws of the State of Connecticut*)』(1795-1796年)である<sup>128)</sup>)。独立から最初の四半世紀の間、アメリカには固有の法学文献が存在しなかったことを考慮すれば<sup>129)</sup>、この点は理解しやすいところである。

次に判例集についてみていこう。リッチフィールド・ロー・スクールの講義において法理の典拠として引用され、学生が参照したのはイングランドの判例集であった。イングランドでは18世紀を通じて判例集の数が増大するとともに、とりわけ1740年代以降、判例集の質が向上した<sup>130)</sup>。エクイティについてPeer WilliamsやVernonの名前を冠し

120) Gould [1822-23] p 404.

121) Baldwin [1971] p 469, Fisher [1933] p 5, McKenna [1986] pp 63, 81, Langbein [2004a] p 27.

122) Langbein [2004a] は、このような学生のノートとイングランドの法備忘録(前掲注4)参照)の類似性を指摘する(p 27)。

123) 法律事務所規則の原本はリッチフィールド歴史協会に保存されているが、破損のため一部判読不能になっている(Fisher [1933] p 10)。判読可能な部分については、McKenna [1986] pp 177-178 (Appendix I), Sheppard [2007] pp 185-187 参照(ただし前者は15カ条のみを掲載する)。

124) Fisher [1933] p 9.

125) McKenna [1986] pp 179-180 (Appendix II) には22の決議が収録されているが、規則よりも破損の程度はひどく、その内容を判読できないものもある。

126) McKenna [1986] p 177. なお Sheppard [2007] p 185 も参照。

127) スウィフトはリーヴとともにコネチカット州最高裁判所の裁判官を務め、1815年のリーヴ退任後、その跡を継いで首席裁判官に就任した(McKenna [1986] p 102)。1816年にグールドが最高裁判所の裁判官に就任した後の両者の関係についてはBaldwin [1971] pp 474-477, McKenna [1986] pp 102-104 参照。

128) スウィフトの著作とブラックストンの『釈義』の関係についてはKlafter [1994] p 48 参照。

129) Langbein [2004a] pp 18-19.

た判例集、コモン・ローについて Burrow, Cowper, Douglas の名前を冠した判例集などが公刊されたのである<sup>131)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールもこれらの判例集を所蔵しており<sup>132)</sup>、学生のノートにも頻繁に引用されている<sup>133)</sup>。

もっとも注意すべきは、グールドが判例集の用い方に慎重な態度をとっていたことである。グールドは、学生に対して、判例集を参照する目的を講義の内容を確かめることや特定の問題について検討することに限るべきであるとし、学生が法についての概略的知識を習得するまでは判例集を読まないように勧めている<sup>134)</sup>。学習の初期の段階にある学生にとって、判例集の検討は要求が高すぎると考えたのである。この点は、後の法学教育の展開と対比した場合に、リッチフィールド・ロー・スクールの教育の際立った特徴であるといえる。1870年代にラングデルの指導するハーヴァード・ロー・スクールでは、学生は上訴審判決の検討から法理を導出するよう指導された。二次文献ではなく、一次文献が重視されたのである<sup>135)</sup>。このような考え方の背後には、リッチフィールド・ロー・スクールをモデルとして発展した当時一般的であった教育方法に対する消極的な評価があったと考えられる。

#### (5) 模擬裁判

リッチフィールド・ロー・スクールでは教育の一環として学生による模擬裁判も行われた。模擬裁判についての詳細を定めるため1796年には「リーヴ法律事務所の法学生による討論団体の規則 (Rules of the Debating Society of Law Students in Mr. Reeve's Office)

<sup>136)</sup>」が採択されている。この規則によれば、模擬裁判は毎週木曜日の夜に開催された(第1条)<sup>137)</sup>。討論団体の役員として議長 (president)、副議長 (vice-president)、書記 (clerk) が置かれた。模擬裁判では、毎回4名のメンバーが、2名ずつ原告と被告に分かれて討論を行い(第7条)、模擬裁判の開催に先立って通常の裁判手続において必要とされるのと同様の書面を提出しなければならなかった(第8条)。議長は、模擬裁判において首席裁判官となり、アルファベット順に持ち回りで選出された2名のメンバーとともに裁判官として判決を下し、判決の理由を述べるものとされた(第6条)。判決及びその理由は、書記によって記録され、議長の指示があった場合にはリーヴに報告され、その意見が聴取された(第5条)。判決の審査は、後にリーヴのほかグールドやその他の法律家が担当することもあったとされている<sup>138)</sup>。なお模擬裁判で扱う問題の決定について、規則には、討論担当者が協議することを前提とした定めが置かれているが(第11条)、1820年代初頭にグールドは、自身が模擬裁判のために仮設事例を作成して学生に提供していると説明している<sup>139)</sup>。

#### (6) 口頭試験・卒業

リッチフィールド・ロー・スクールには、単位や卒業を認定するための試験制度が存在しなかった<sup>140)</sup>。ただし毎週土曜日に、その週に学んだ内容を確認するための試験が行われていた<sup>141)</sup>。この試験は通常口頭で行われ、場合によって3時間にも及ぶことがあったとされている<sup>142)</sup>。

以上に関連して、一連の講義を受講し終え

130) Lobban [1997] pp 82-83.

131) リーヴはとりわけ Cowper の判例集の信頼度の高さを評価していたとされる (McKenna [1986] p 114).

132) リッチフィールド・ロー・スクール所蔵の判例集については Sheppard [2007] p 186 参照。

133) McKenna [1986] p 114.

134) Gould [1822-23] p 403.

135) Langbein [2004a] p 27.

136) McKenna [1986] pp 181-182 (Appendix III), Sheppard [2007] pp 183-184.

137) 模擬裁判の開催曜日には変更がみられる。Fisher [1933] は、1828年1月30日付けの学生の手紙に月曜日の夜に模擬裁判が開かれていた旨の記述があることを指摘する (pp 8-9)。

138) Fisher [1933] p 8.

139) Gould [1822-23] p 404.

140) Langbein [2004a] p 26.

141) Reed [1976] p 131, Fisher [1933] p 8, McKenna [1986] p 85.

た学生に対してリッチフィールド・ロー・スクールが学位を授与することはなかった。卒業生は、リーヴやグールドからロー・スクールの講義を受講したことを証明する文書を受け取り、それを各地の法曹協会に提出したのである<sup>143)</sup>。もともと法曹資格取得のためには、さらに一定期間の法律事務所における実務経験が必要であったことには注意が必要である。ロー・スクールの講義に出席することは、法曹資格取得のための一部の要件に過ぎなかったのである<sup>144)</sup>。

## 2 学生

リッチフィールド・ロー・スクールの学生についてみていこう。グールドの共同経営者就任に伴って、1798年以降、正式な学生名簿が作成されるようになった<sup>145)</sup>。それによれば、1798年からロー・スクールが閉鎖される1833年までの間に、800名を超える学生が登録している<sup>146)</sup>。リーヴが1人でロー・スクールを運営していたそれ以前の時期については正式な記録は残されていないが、約200名の学生が登録していたと推定すると<sup>147)</sup>、リッチフィールド・ロー・スクールに学んだ学生数は1000名を超えることになる<sup>148)</sup>。登録学生数が最大だったのは1813

年の55名であり、1817年の48名、1823年の44名がそれに続く。1810年代から1820年代半ばまでが、リッチフィールド・ロー・スクールの最盛期であったといえるだろう<sup>149)</sup>。

リッチフィールド・ロー・スクールには、当時のアメリカ全土から学生が集まった<sup>150)</sup>。全学生の3分の1がコネチカット、4分の1がニュー・ヨークとマサチューセッツ、5分の1が南部のジョージア、サウス・カロライナ、メリーランドの出身であった<sup>151)</sup>。当時の交通事情を考慮すれば<sup>152)</sup>、遠方から多くの学生を集めていたことは特筆に値する。リッチフィールド・ロー・スクールは、コネチカットあるいはニュー・イングランドに限定されることなく、アメリカ全土の法曹養成機関としての性格を有していたのである<sup>153)</sup>。

この点に関連して、学生の政治的立場にも多様性がみられた。前述のようにリーヴやグールドを含む当時のリッチフィールドの指導者層はフェデラリストであったが、ロー・スクールの学生の中にはリパブリカンも含まれていた。例えば1805年には、南部サウス・カロライナ出身のジョン・カルフーン(John Calhoun)がリッチフィールド・ロー・スクールに登録している<sup>154)</sup>。

142) McKenna [1986] p 85.

143) McKenna [1986] p 141, Langbein [2004a] p 26.

144) Reed [1921] p 132, McKenna [1986] pp 120, 138, Langbein [2004a] p 26.

145) McKenna [1986] p 107.

146) 1798年から1833年の年ごとの学生の登録数については McKenna [1986] p 151 参照。

147) McKenna [1986] は、210名という数字が最も信頼できる数値であるとする (p 107)。Baldwin [1971] pp 483-484, Reed [1976] p 130 も参照。

148) Fisher [1933] p 25, McKenna [1986] p 107, Langbein [2004a] p 23. Fisher [1946] は、そのうちの903名について、その経歴を調査している。

149) Fisher [1933] は、1809年から1826年までの期間について、イェール大学の卒業生が1167名、ハーヴァード大学の卒業生が1067名であるのに対してリッチフィールド・ロー・スクールの登録学生数が566名にもものぼることを指摘する (p 27)。McKenna [1986] p 150 も参照。

150) 1798年以降にリッチフィールド・ロー・スクールに登録した学生の出身地については McKenna [1986] p 145 参照。McKenna [1986] は、少数であるもののカナダやイングランドなどからもリッチフィールド・ロー・スクールに登録する学生が存在したとする (p 107)。

151) Langbein [2004a] p 25.

152) 当時の交通事情については Fisher [1933] p 26 参照。

153) Langbein [2004a] p 25.

154) カルフーンはリーヴやグールドを優れた教師であると評価しており (McKenna [1986] p 158)、リーヴが晩年に経済的苦境に陥ると寄付を募ることに協力している (Fisher [1933] pp 15-16)。ただしリッチフィールドでカルフーンが置かれていた状況については McKenna [1986] pp 124-135, 158-159 参照。

次に、ロー・スクールへの登録の要件ではなかったものの、学生の多くはリッチフィールドに来る以前に大学で学位を取得していた<sup>155)</sup>。学生の出身大学の筆頭はイエールであり、プリンストン、ハーヴァード、ブラウンなどの各大学がこれに続いた<sup>156)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールは法律事務所における徒弟制から発展したのであり、大学卒業後に法律家としての訓練を受けることは、当時においては一般的であったといえることができる<sup>157)</sup>。

学生の卒業後の進路は多彩であった。2名の合衆国副大統領——アロン・バーとカルフーン——のほか、3名の連邦最高裁判所裁判官、14名の州知事、34名の州最高裁判所裁判官、100名を超える連邦議会議員を輩出した<sup>158)</sup>。その他、ビジネス、ジャーナリズム、教育、文学の分野で活躍した卒業生も数多く存在したのである<sup>159)</sup>。

## V. 衰退と遺産

### 1 衰退の原因

#### (1) 大学附属ロー・スクールの登場

1810年代から20年代半ばにかけて最盛期を迎えたリッチフィールド・ロー・スクールであるが、1820年代後半になると衰退期を迎え、1833年には閉鎖に追い込まれる。その主たる原因は、当時勃興しつつあった大学

に附属するロー・スクールとの競争に敗れたことにある<sup>160)</sup>。リッチフィールド・ロー・スクールの成功に刺激を受けて、18世紀末から19世紀初頭にかけて、実務家の経営するロー・スクールが各地に設立されるようになった<sup>161)</sup>。これらの私設ロー・スクールのうちのいくつかは大学との結びつきを強めることになる。前述のように18世紀末以降、アメリカの大学は法学の教授ポストを設け、一般向けの法学教育を試みたが、その多くは失敗に終わった。これに対して、19世紀前半には、既に一定の評判を確立している私設ロー・スクールを大学組織に取りこむという現象が生じる。一例として、ニュー・ヘイヴン・ロー・スクール (New Haven Law School) とイエール大学の関係をみておこう<sup>162)</sup>。

セス・ステープルズ (Seth Staples) は1797年にイエール大学を卒業した後、デイヴィット・ダゲット (David Dagget) の法律事務所では法律を学び、1799年に法曹資格を取得した<sup>163)</sup>。ステープルズは資産家であったらしく、翌1800年にニュー・ヨークの書籍販売業者アイザック・ビアーズ (Isaac Beers) を通じて、当時としては最上級の法律書のコレクションを購入した。そしてこのコレクションを利用して、ステープルズは学生の教育を始めたのである<sup>164)</sup>。ステープルズは——リッチフィールド・ロー・スクールの学生ではなかったとされているが<sup>165)</sup>——

155) Langbein [2004a] は、全学生のおよそ3分の2が大学で学位を取得していたとする (p 26)。

156) Fisher [1933] pp 25-26, McKenna [1986] pp 145-146.

157) Langbein [2004a] は、この点をとらえて、アメリカの法学教育が最初期から大学卒業生に対する教育 (graduate education) であり、ヨーロッパ大陸の大学における法学教育とは異なることを強調する (p 26)。

158) Langbein [2004a] p 23.

159) 詳細については Fisher [1933] pp 27-31 参照。

160) Fisher [1933] p 25, Langbein [2004a] p 29.

161) 1835年までに成立した私設ロー・スクールについては McKenna [1986] p 123 参照。

162) 個別的な事情は異なるものの、ノーサンプトン・ロー・スクールとハーヴァード大学も同様の例である。ノーサンプトン・ロー・スクールは、サミュエル・ハウ (Samuel Howe) ——リッチフィールド・ロー・スクールの卒業生——の法律事務所から、1823年に設立された。ハウの後継者であるフッカー・アシュマン (Hooker Ashmun) が1829年にハーヴァード大学から教授ポストを与えられたことによって、ノーサンプトン・ロー・スクールはハーヴァード大学に編入されたのである (Langbein [2004a] pp 23, 41 fn 50)。

またやや時代は下るものの、コロンビア大学は、セオドア・ドワイト (Theodore Dwight) が1853年にハミルトン大学の支援のもとで開校したロー・スクールを、1858年に編入している (Langbein [2004a] pp 23, 42 fn 51)。

163) Hicks [2001] p 5, Langbein [2004a] p 32.

164) Hicks [2001] p 9, McKenna [1986] pp 168-169, Langbein [2004a] p 32.

165) この点については見解の対立がある (Hicks [2001] p 5)。Fisher [1946] は、ステープルズを1798年の登録

リッチフィールド・ロー・スクールのノート  
を入手し、その教育方法を参考にしていたと  
考えられる<sup>166</sup>。ステーブルズは、1820年に、  
かつての教え子であるサミュエル・ヒッチ  
コック (Samuel Hitchcock) をニュー・ヘイ  
ヴン・ロー・スクールのパートナーとして迎  
えると、1824年には、法律書のコレクション  
を含むロー・スクールの権利をヒッチコック  
に売却し、自らはニュー・ヨークに移って  
実務に専念した<sup>167</sup>。ステーブルズが去った  
後、ヒッチコックは、かつてステーブルズの  
教師であったダゲットをロー・スクールの共  
同経営者に迎えた<sup>168</sup>。ダゲットは1813年  
から1819年までコネチカット選出の上院議  
員を務め、法律家・政治家としての名声を確  
立していた。このダゲットの加入がニュー・  
ヘイヴン・ロー・スクールとイエール大学の  
結びつきを生み出すことになる。1826年、  
ダゲットはイエール大学の法学教授に任命さ  
れた。このポストは、前述のグッドリッチが  
1810年に辞任して以来、空席となっていた  
ものであった<sup>169</sup>。1826年以降、イエール大  
学のカタログには、神学校 (Theological De-  
partment) と医学校 (Medical Institution)  
という2つの大学卒業者を対象とする教育機  
関 (graduate school) と並んで、ロー・スク  
ールについても教員とカリキュラムが掲載さ  
れるようになる<sup>170</sup>。さらにイエール大学は  
1830年にヒッチコックにも教授ポストを与  
え、1843年にはロー・スクールの卒業生に

学位を授与することになった<sup>171</sup>。こうし  
て、ステーブルズの創設したニュー・ヘイヴ  
ン・ロー・スクールは、ダゲットとヒッチ  
コックの指導の下で、イエール大学に組み込  
まれることになったのである。

このような大学附属ロー・スクールとの比  
較において、リッチフィールド・ロー・スク  
ールが弱点を抱えていたことが、1833年  
の閉鎖につながるようになったのである。以  
下では、その弱点を、ロー・スクールの運営  
体制と教育内容の双方の側面からみていこ  
う。

## (2) 運営面での問題

### a 後継者の問題

まずロー・スクールの運営面に関しては後  
継者確保の問題がある。いまだロー・スク  
ールが最盛期にあった1820年9月に、リーヴ  
は高齢と健康状態を理由として<sup>172</sup>、ロー・  
スクールの経営から退いた<sup>173</sup>。リーヴが  
グールドを共同経営者とした理由については  
既に述べた通りであるが、リーヴは自らの血  
縁者を後継者としてすることができなかつた。  
リーヴと妻サリーとの間には、1780年10月  
3日に一人息子であるアーロン・バー・リー  
ヴ (Aaron Burr Reeve) が誕生した。しかし、  
アーロンは幼少時から病弱で、イエール大学  
卒業に7年を費やした<sup>174</sup>。大学卒業後は  
リッチフィールド・ロー・スクールに登録  
し、1806年に法曹資格を取得してニュー・  
ヨークで実務家となったが、健康状態の悪化

学生に数えている (p 119)。また McKenna [1986] も、ステーブルズが講義の準備に際してリーヴのノートを参照していることから (前掲注 103 参照)、リッチフィールド・ロー・スクールの講義に出席していたと推測されるとする (pp 117, 169 fn 78)。これに対して Langbein [2004a] は、1797年から98年にかけてステーブルズが友人に宛てた手紙の差出地がいずれもニュー・ヘイヴンであることから、ステーブルズが1798年にリッチフィールド・ロー・スクールに登録したとは考え難いとする (pp 33, 50 fn 139)。

166) McKenna [1986] p 170, Langbein [2004a] p 32.

167) Langbein [2004a] p 33.

168) Hicks [2001] p 20, Langbein [2004a] p 33.

169) Hicks [2001] p 4, Langbein [2004a] p 34.

170) Hicks [2001] p 20, Langbein [2004a] p 34.

171) Hicks [2001] p 24, Langbein [2004a] p 34.

172) リーヴの能力低下に関する学生たちの評判をめぐるリーヴとグールドの不和については McKenna [1986] pp 161-164 参照。

173) リーヴとグールドはロー・スクールの学生がリーヴの蔵書を引き続き利用することをリーヴが認める代わりに、ロー・スクールの収入の一定割合をリーヴに支払うことを合意した (Baldwin [1971] p 481, Fisher [1933] p 15, McKenna [1986] p 160)。もっともこの合意は双方にとって満足のいくものではなく、最晩年のリーヴとグールドの仲は険悪であったとされる。

174) McKenna [1986] pp 151-153.

により 1809 年 9 月 1 日に 28 歳の若さで死亡している<sup>175)</sup>。アーロンは、死の直前に息子 タッピング・バー・リーヴ (Tapping Burr Reeve) をもうけていた。祖父となったリーヴは孫をリッチフィールドに引き取って養育したが<sup>176)</sup>、その成長を見届けることなく、1823 年 12 月 27 日に死亡した。孫のタッピングも、イエール大学を卒業する直前の 1829 年 8 月 2 日、腸チフスが原因で 20 歳の若さで急死した<sup>177)</sup>。こうしてリーヴの血筋は途絶えたのである。

血縁の後継者に恵まれなかったという点では、グールドも同様であった。リーヴの引退後、グールドは、かつての教え子であるジェーブズ・ウィリアムズ・ハンチントン (Jabez Williams Huntington) ——後のコネチカット州選出の上院議員——とオリジェン・ストーズ・シーモア (Origen Storrs Seymour) ——後のコネチカット州最高裁首席裁判官——による助力を受けつつも、単独でロー・スクールを運営していた<sup>178)</sup>。しかし健康状態の悪化に加えて、1830 年に息子ジェームズ・リーヴ・グールド (James Reeve Gould) を亡くすと、グールドはその後約 1 年間ロー・スクールの講義を行うことができなくなった<sup>179)</sup>。これに自らの健康状態の悪化が重なったことで<sup>180)</sup>、グールドはリッチフィールド・ロー・スクールの閉鎖を決めたのであった。

以上のようにリッチフィールド・ロー・ス

クールの運営は、リーヴとグールドという 2 人の共同経営者の個人的才覚に依存していたと評価することができる。そしてリーヴとグールドの血縁者を含め、適切な後継者を見出せなかったことが、ロー・スクールの閉鎖に結び付いたと考えられるのである<sup>181)</sup>。運営面における個人への依存という問題は、初期の大学附属ロー・スクールにも存在した。例えばイエール大学への編入後、10 年以上にわたって、ニュー・ヘイヴン・ロー・スクールの運営はダゲットとヒッチコックに依存していた<sup>182)</sup>。しかし、大学という組織に編入されたことで、ロー・スクールの継続に対して一定の配慮が生じたことも事実である<sup>183)</sup>。これに対して、リッチフィールド・ロー・スクールはリーヴとグールドの個人所有形態であったために、後継者問題がより深刻な形で生じたと考えられるのである<sup>184)</sup>。

#### b 財政的基盤の脆弱さ

リッチフィールド・ロー・スクールの運営体制に関するもう一つの問題は、財政基盤の薄弱さである。ここでもロー・スクールの個人所有という形態が問題となる。リッチフィールド・ロー・スクールは、リーヴとグールドが個人として獲得できる資金しか事業に利用できなかったからである<sup>185)</sup>。これに対して大学附属のロー・スクールは大学への寄付金によって財政基盤を整えることができた。資金獲得手段の違いの点でも、リッチフィールド・ロー・スクールは大学附属の

175) Fisher [1933] p 14, McKenna [1986] pp 153-154.

176) Fisher [1933] p 14, McKenna [1986] pp 154-155.

177) Fisher [1933] p 14, McKenna [1986] p 155.

178) ハンチントンは土曜日の口述試験を担当し (Baldwin [1971] p 482, Fisher [1933] p 19)、シーモアは口述試験とともに、時折グールドに代わって講義を行ったとされる (McKenna [1986] pp 171-172)。シーモアは 1833 年のロー・スクール閉鎖後、学生を自らの法律事務所に引き取って教育を続けた (Fisher [1933] p 20)。

179) この間、ロー・スクールの講義は、グールドの別の息子ジョージ・グールド (George Gould) が代行した (Fisher [1933] p 20, McKenna [1986] p 174)。

180) このほか、民事訴訟における訴答手続に関する著作 (Gould [1832]) の執筆のため、講義にかける時間を削らざるを得なかったという事情も指摘されている (Fisher [1933] p 20)。

181) Langbein [2004a] p 30. なおグールドのもう 1 人の息子であるウィリアム・トレーシー・グールド (William Tracy Gould) は法曹資格取得後、ジョージアのオーガスタに移住し、ロー・スクールを開講している (Fisher [1946] p 55)。

182) Langbein [2004a] p 35.

183) イエール大学のロー・スクールは 1845 年と 1869 年に消滅の危機を迎えたが、大学の介入によってその危機を乗り越えた。その詳細な事情については Langbein [2004b] pp 56-60 参照。

184) Langbein [2004a] p 30.

185) Langbein [2004a] p 31.

ロー・スクールとの競争において不利な立場に置かれていたのである<sup>186)</sup>。

### (3) 教育面での問題

#### a 教育方法の問題

以上の運営面のほか、リッチフィールド・ロー・スクールはその教育面でもいくつかの問題を抱えていた。前述のように、リッチフィールド・ロー・スクールでは、学生がリーヴとグールドの講義を筆記し、ノートを作成することに、教育の主眼を置いていた。そこには、法律書が未だ希少で学生が入手できないという前提があったといえる。しかしながら、19世紀における法律書の出版拡大とともに、その前提が崩れることになる<sup>187)</sup>。いまや学生が法律書を購入することを前提とした教育が可能となったのである<sup>188)</sup>。

さらに法律書の希少性と関連して、リーヴとグールドがロー・スクールの講義を対外的に秘匿すべきと考えていたことも重要である<sup>189)</sup>。リーヴもグールドも——部分的なものを除いて<sup>190)</sup>——講義内容の出版には消極的な態度をとっていた<sup>191)</sup>。講義内容の出版によって、ロー・スクールに登録する学生が減少することをおそれたのである<sup>192)</sup>。実際、晩年のグールドの悩みの種は、ロー・スクールの卒業生が自らのノートを他人に売却することであったとされている<sup>193)</sup>。このような態度もまた法律書の出版拡大とともに時代遅れになっていったと考えられるのである。

#### b 他の学問領域からの孤立

大学附属のロー・スクールの教育——とりわけ19世紀後半以降のそれ——との対比に

において、リッチフィールド・ロー・スクールの教育の特色といえるのが、法学の自律性という前提である<sup>194)</sup>。リーヴとグールドは法の体系性・一貫性を重視する一方で、そのような法学を他の学問領域と切り離れた形で——それも14か月という短期間のうちに——教育できると考えていた。その前提には、法学が自律的な学問領域であるという理解があったものといえる。リッチフィールド・ロー・スクールがリーヴの法律事務所から発展する形で設立され、実務法曹の教育に特化したカリキュラムを提供していたことからすれば、この点も理解しやすいところである。これに対して大学附属のロー・スクールでは、大学組織の中に組み込まれたことに伴って、法学と他の学問領域との結びつきが強められることになる<sup>195)</sup>。その後のアメリカにおける法学教育の展開をみると、以上の点もリッチフィールド・ロー・スクールの教育の限界を示すものと評価できるだろう。

## 2 後世の法学教育への影響

最後に、本稿のまとめを兼ねて、リッチフィールド・ロー・スクールが続く時代の法学教育に及ぼした影響についてみておきたい。その影響は、ロー・スクールの運営面ではなく、主として教育内容に関わるといえる。

まず最も重要なことは、リッチフィールド・ロー・スクールによって、それまでの法律事務所における徒弟修業ではなく、講義形式で法的知識を体系的に学ぶという教育方法が確立されたことである<sup>196)</sup>。リーヴやグー

186) Baldwin [1971] p 486, McKenna [1986] p 174, Langbein [2004a] p 31.

187) Langbein [2004a] p 30.

188) そのような教育方法の詳細については Langbein [2004b] pp 54-56 参照。

189) Reed [1976] p 131, McKenna [1986] p 119.

190) リーヴが晩年の経済的苦境を原因として著作 (Reeve [1981]) を出版していること、及びグールドがロー・スクール閉鎖の直前に著作 (Gould [1972]) を公刊していることについては、前掲注 89) 及び注 180) 参照。

191) Langbein [2004a] pp 30-31.

192) Reed [1976] p 131.

193) McKenna [1986] p 171.

194) Langbein [2004a] p 31.

195) Langbein [2004a] は、この点が1870年代のイェール・ロー・スクールを特徴づけるものであるとする (p 31)。なお他の学問分野との交流の重要性は、ブラックストーンが強調するところでもあった (Blackstone [1979] pp 33-34 (邦訳として石井 [1986] 783 頁))。

ルドは、法を単なる実定的ルールのコレクションではなく、一定の原理に基づいた学問の対象として構成したのである。このことが、アメリカの大学教育において法学が確固たる地位を築く一因になったと考えられる。

次に教育の内容についても、リッチフィールド・ロー・スクールは続く時代の大学附属ロー・スクールに影響を与えている。まず教育の主たる対象が私法分野とされた。私法分野の重視はアメリカの法学教育における強固な伝統を形成することになる<sup>197)</sup>。このことはリッチフィールド・ロー・スクールに代表される初期の私設ロー・スクールが法律事務所から生み出されたという事情によるものと考えられる。

このことに関連してロー・スクールの教育目的の主眼が実務法曹の養成に置かれたことも重要である。既にみた通り、独立後のアメリカにおいて大学に法学教授のポストが設置された当初、教育の目的とされたのは、狭義の法曹実務家となるための訓練ではなく、一般向けの教養としての法学教育であった<sup>198)</sup>。これに対して、19世紀に入って大学が私設ロー・スクールを編入する段階になると、教育の目的は実務法曹の養成にシフトする。編入されたロー・スクールにおいて行われていた教育の内容が引き継がれたのである<sup>199)</sup>。これは、当時、法学教育として求められていたところを反映するものと考えることができる。

最後にリッチフィールド・ロー・スクールが、特定の州の法律ではなく、アメリカ全体に妥当する法を教育の対象としたことも重要である。その結果として、リッチフィールド・ロー・スクールは当時のアメリカ全土から学生を集めることになった。このようなロー・スクールの全国的な教育機関としての性格は、続く時代の大学附属のロー・スクールにも引き継がれることになるのである<sup>200)</sup>。(かも・あきら)

《文献》

- Baker, John H., "The Third University of England," John H. Baker, *Collected Papers on English Legal History vol. I*, Cambridge University Press, 2013, pp 143-167 (first printed as *The Third University of England: the Inns of Court and the Common-Law Tradition*, Selden Society, 1990).
- Baldwin, Simeon E., "James Gould," William Draper Lewis ed., *Great American Lawyers vol. II*, Rothman Reprints, 1971, pp 453-487 (originally published by John C. Winston Company, 1907).
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England: volume 1: Of the Rights of Persons (1765)*, University of Chicago Press, 1979 (originally published by Clarendon Press, 1765).
- Brickley, Lynne Templeton, Sarah Pierce's Litchfield Female Academy, Catherine Keene Fields & Lisa C. Kightlinger, *To Ornament Their Minds: Sarah Pierce's Litchfield Female Academy 1792-1833*, Litchfield Historical Society, 1993, pp. 20-81.
- Cairns, John W., "Blackstone, an English Institution: Legal Literature and the Rise of the Nation State," *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 (3), 1984, pp 318-360.
- Carrington, Paul D., "The Revolutionary Idea of University Legal Education," *William & Mary Law Review*, 31 (3), 1990, pp 527-574.
- Dicey, Albert Venn, "Blackstone's Commentaries," *Cambridge Law Journal*, 4 (3), 1932, pp 286-307 (originally published in *National Review*, 14 (1909) pp 635-675).
- Fisher, Samuel H., *The Litchfield Law School: 1775-1833*, Yale University Press, 1933.
- Fisher, Samuel H., *Litchfield Law School: 1774-1833*, Biographical Catalogue of Students, Yale University Press, 1946.

196) Goetsch [1979] p 14, Langbein [2004a] p 32.

197) Langbein [2004a] p 32.

198) McKenna [1986] p 122.

199) McKenna [1986] pp 121-122.

200) Langbein [2004a] p 32.

- Goetsch, Charles C., "The Litchfield Law School: A Modern View" (unpublished paper presented to the annual meeting of the American Society for Legal History, fall 1979, copy on file with Litchfield Historical Society).
- Gould, James, "Law School at Litchfield," *United States Law Journal*, 1, 1822-23, pp 400-405.
- Gould, James, *A Treatise on the Principles of Pleading, in Civil Actions*, Arno Press, 1972 (originally published by Lilly and Wait, 1832).
- Hicks, Frederick C., *History of the Yale Law School to 1915*, Lawbook Exchange, 2001 (originally published by Yale University Press, 1935-1938).
- Klafter, Craig Evan., "The Americanization of Blackstone's Commentaries," Elisabeth A. Cawthon & David E. Narrett, eds., *Essays on English Law and the American Experience*, Texas A&M University Press, 1994, pp 42-65.
- Langbein, John H., "Blackstone, Litchfield, and Yale: The Founding of Yale Law School," Anthony T. Kronman, ed., *A History of the Yale Law School: The Tercentennial Lectures*, Yale University Press, 2004a, pp 17-52.
- Langbein, John H., "Law School in a University: Yale's Distinctive Path in the Later Nineteenth Century," Anthony T. Kronman, ed., *A History of the Yale Law School: The Tercentennial Lectures*, Yale University Press, 2004b, pp 53-74.
- Langbein, John H., Renée Lettow Lerner, Bruce P. Smith, *History of the common law: the development of Anglo-American legal institutions*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- Lobban, Michael, "The English Legal Treatise and English Law in the Eighteenth Century," *Juris Scripta Historica*, 13, 1997, pp 69-88.
- McKenna, Marian C., *Tapping Reeve and the Litchfield Law School*, Oceana, 1986.
- Nolan, Dennis R., "Sir William Blackstone and the New American Republic: A Study of Intellectual Impact," *New York University Law Review*, 51, 1976, pp 731-768.
- Reed, Alfred Zantzigner, *Training for the Public Profession of the Law: Historical Development and Principal Contemporary Problems of Legal Education in the United States with Some Account of Conditions in England and Canada*, Charles Scribners's Sons, 1921.
- Reeve, Tapping, *The Law of Baron and Femme; of Parent and Child; of Guardian and Ward; of Master and Servant; and of the Powers of Courts of Chancery, with an Essay on the Terms, Heir, Heirs, and Heirs of the Body*, W.S. Hein, 1981 (originally published by Oliver Steele, 1816).
- Sheppard, Steve ed., *The History of Legal Education in the United States: Commentaries and Primary Sources vol I*, Lawbook Exchange, 2007 (originally published by Salem Press, 1999).
- 石井幸三, 「一八世紀イギリスにおける法学教育について(二)——ブラックストン(上)——」, 『龍谷法学』17巻3号, 1984年, 334-348頁
- 石井幸三, 「一八世紀イギリスにおける法学教育について(三)——ブラックストン(下)——」, 『龍谷法学』18巻4号, 1986年, 774-788頁
- 大川裕紀子, 「ラングデルの功罪——大学における法学教育——」, 大木雅夫古稀『比較法学の課題と展望』, 信山社, 2002年, 267-288頁
- 大内孝, 「ブラックストンと「アメリカ法形成期」考——序——」, 『法学』72巻3号, 2008年a, 390-430頁
- 大内孝, 『アメリカ法制史研究序説』, 創文社, 2008年b
- 田中英夫, 『アメリカ法の歴史 上』, 東京大学出版会, 1968年
- 堀部政男, 「ウィリアム・ブラックストン——その生涯と『イギリス法積義』——」, 『一橋論叢』61巻4号, 1969年, 505-520

頁

松平光央, 「ブラックストーン考」, 内田力藏古  
稀『現代イギリス法』, 成文堂, 1979年,  
457-515頁

## 論説

## 通信傍受法の改正について

東京大学教授

川出敏裕

- I. はじめに——改正の背景
- II. 対象犯罪の拡大
  - 1 合憲性
  - 2 対象犯罪の拡大の必要性と合理性
- III. 通信傍受の手續の合理化・効率化
  - 1 現在の手續の問題点
  - 2 新たな傍受の仕組み
  - 3 新たな仕組みに関する論点

## I. はじめに——改正の背景

本年3月に第189回国会に提出された「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」は、一部修正のうえ衆議院で可決されたものの、参議院での審議未了により継続審議となった。本法案は、2011年5月に法務大臣から発せられた諮問第92号を受けて、法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会（以下、「特別部会」という。）において行われた調査審議の結果としてなされた答申<sup>1)</sup>に基づくものである。その内容は多岐にわたるが、上記諮問の中で、「取調べと供述調書に過度に依存

した捜査・公判の在り方の見直し」が明記され、特別部会においても、「取調べへの過度の依存を改めて適正な手續の下で供述証拠及び客観的証拠をより広範囲に収集することができるようにするため、証拠収集手段を適正化・多様化する<sup>2)</sup>」という点が、調査審議にあたっての基本理念の1つとされたことに対応して、本法案には、その実現を意図したいくつかの制度の創設や改正の提案が含まれている。犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（以下、「通信傍受法」という。）の改正もその1つであり、それは、通信傍受の利用を拡大し<sup>3)</sup>、客観的証拠をより広範囲に収集できるようにすることにより、取調べによる供述の獲得に過度に依存した状態を解消することを目的としている。

今回の通信傍受法の改正案の主たる内容は、通信傍受の対象犯罪の拡大と、通信傍受の手續の合理化・効率化である。いずれも、上記のような狙いのもとに、これまでよりも通信傍受を利用しやすくする方向での改正であり、そこを捉えて、本改正案に対しては、警察による通信傍受権限の濫用、ひいては監視社会を招くといった批判もなされている。そこで、本稿では、特別部会及び国会での審

1) 法制審議会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果」(2014年9月)。

2) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」(2013年1月)。

3) 2000年8月15日の通信傍受法の施行から2014年末までの間に、通信傍受が実施された事件数は99件であり、概ね年間10件程度にとどまっている。また、令状の発付件数は、年によってばらつきがあるものの、概ね年間30件前後である。これに対し、諸外国における年間の通信傍受の実施件数又は令状の発付件数は、アメリカで2376件(2009年)、イギリスで1514件(2009年)、フランスで約2万件(2004年～2007年)、ドイツで5348件(2008年)となっている(法務省「取調べの録音・録画制度等に関する国外調査結果報告書」(2011年8月))。単純な数の比較はできないにしても、わが国における通信傍受の実施件数が極めて少ないことがわかる。

議内容も踏まえつつ、今回の改正案の理論的根拠とそれが実務にもたらす影響を検証し、上記の批判の妥当性につき検討を加えることにしたい。

## II. 対象犯罪の拡大

現行の通信傍受法においては、通信傍受の対象犯罪は、薬物関連犯罪、銃器関連犯罪、集団密航の罪、組織的殺人の4種類に限られている。これに対し、今回の改正案では、新たに、①爆発物の使用、②現住建造物等放火、③殺人、④傷害・傷害致死、⑤逮捕・監禁関係の罪、⑥略取・誘拐関係の罪、⑦窃盗、⑧強盗・強盗致死傷、⑨詐欺・電子計算機使用詐欺、⑩恐喝、⑪児童ポルノ関係の罪、を対象犯罪に加えるものとされている。

こうした対象犯罪の拡大の当否については、それが憲法上許されるのかという観点と、仮に合憲だとして、その拡大に合理性があるのかという2つの観点から検討する必要がある。

### 1 合憲性

まず第1の点は、通信傍受が通信の秘密やプライバシーを侵害するものであることから、それが憲法13条及び21条2項に反しないといえるためには、それに見合うだけの重大な犯罪でなければならないという観点から問題とされるものである。通信傍受法の制定前に、検証許可状によって電話を傍受したことの合憲性が問題とされた事件において、最高裁は、電話傍受は、一定の要件のもとでは、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきであるとしたうえで、次のように判示していた<sup>4)</sup>。

「重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に

関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されると解するのが相当である。」

このように、最高裁は、電話傍受が憲法上許容されるための要素の1つとして、それが「重大な犯罪に係る被疑事件」を対象としたものであることを挙げていた。そして、同決定は、覚せい剤の営利目的譲渡事件を対象としたものであったから、判例上は、覚せい剤の営利目的譲渡は、電話傍受の合憲性を認め得る重大な犯罪であるという立場がとられていることになる。

通信傍受が合憲であるためには対象犯罪が重大なものでなければならないとする考え方は、通信傍受法のもとにおいても同様に妥当する。そして、通信傍受法は、判例上合憲性を認め得るとされた覚せい剤の営利目的譲渡を含む、現在の4種類の犯罪は、この意味での犯罪の重大性を充たすものだという前提で制定されたものである。そうだとすれば、少なくとも、これらの罪に匹敵するような重大性を持った犯罪であれば、それらを対象犯罪に加えたとしても合憲といえることになる。

問題は、この意味での「犯罪の重大性」が、いかなる基準によって判断されるのかである。ここでは、前述のとおり、通信の秘密やプライバシーの権利を制約しても、その事実を解明し、犯人を処罰すべき必要性が認められるかどうかの問題なのであるから、そうだとすれば、重大な犯罪にあたるか否かは、罪名や法定刑だけで判断されるのではなく、当該犯罪が国民の権利・利益を侵害する程度が大きいかどうかという観点から、その社会的有害性や危険性をも考慮して判断されるべきものであろう<sup>5)</sup>。ただし、それを個別の事件ごとに考えることになると、どのような罪

4) 最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。

5) 笹倉宏紀「通信・会話傍受」法時86巻10号30頁(2014)。

であっても、事案によっては重大な権利侵害を伴う場合がありうるから、限定はほとんど不可能になる。それゆえ、ある程度典型的に考える必要がある。

その観点から見ると、今回、対象犯罪として加えることが予定されている罪は、いずれもそれに見合ったものであるといえる。暴力団によって、一般市民を標的に、その生命身体に対して危害が加えられる事案はもちろんのこと、多数の国民の老後の蓄えを奪うような振り込め詐欺の事案、さらには児童の心身に計り知れない害悪を及ぼす児童ポルノの組織的な製造・提供事案などが、侵害される権利・利益の性質やその侵害の程度から見て、薬物の密売事案と比べて重大性に劣るとは到底いえないであろう。

もっとも、例えば窃盗や詐欺などについては、その罪名だけからは、この意味での重大性を持たない軽微な事案が対象に含まれる可能性がある。そこで、改正案では、重大な犯罪が対象であることを明確にするため、新たに対象犯罪に加えられる罪については、「あらかじめ定められた役割の分担に従って行動する人の結合体により行われるもの」という組織性の要件を付加している。

こうした要件を加えるべきか否かについては、特別部会においても意見の対立があり、組織性の有無は通信傍受をすることにより解明されるものであり、令状の請求段階でその疎明を求めるのは過度な要求であるうえ、この要件を付加しなくても、既存の数人共謀の要件と補充性の要件を充たす場合というのは、実際には組織によって行われるものに限定されるという理由から、組織性の要件を付加すべきではないという意見も強かった。他方で、実際に対象が限定される保障はないという意見も強く、それを法律上も担保するため、最終的に、上記の組織性の要件が入れられたのである。

これに対しては、組織犯罪として行われる場合に限定するためには、上記の要件では不十分であり、組織的犯罪処罰法(2条1項)における「組織」の定義(指揮命令に基づき、あらかじめ定められた任務の分担に従って構成員が一体として行動する人の結合体)や、

「団体」の定義(共同の目的を有する多数人の継続的結合体であって、その目的又は意思を実現する行為の全部又は一部が組織により反復して行われるもの)を適用すべきだとする意見もあった。これによれば、改正案が定める組織性要件に加えて、指揮命令系統という階層構造が存在することや、行為の反復継続性が必要となる。

しかし、この意見に対しては、これらは、行為の加重処罰を基礎づける実体法上の要素であって、それを、ここで問題とされる組織性の内容に転用する必然性はないという反論がなされた。また、必ずしも明確な階層構造が認められない組織によって行われる犯罪もあり、それを対象から除外するのは妥当でないという指摘もあった。さらに、捜査機関側からは、令状を請求する段階で、当該組織内部の指揮命令系統の内容や、当該組織による犯罪の反復継続性について疎明資料を要求するのは、捜査機関に不可能を強いるものだという指摘もなされた。「あらかじめ定められた役割の分担に従って行動する人の結合体により行われるもの」という要件は、この指摘を踏まえて、捜査機関が傍受令状を請求する段階で疎明ができるぎりぎりの線を規定したものである。そして、単発の共同正犯のような軽微な事案を外すという点からは、この要件で十分であると思われる。

## 2 対象犯罪の拡大の必要性和合理性

以上のように、改正案による対象犯罪の拡大は憲法に適合したものであると評価できる。そのうえで、次の問題は、現行法が前述の4種類の罪に対象犯罪を限定していることを踏まえて、対象犯罪を拡大することに合理性があるのかである。その前提として、そもそも、なぜ、現行法上、対象犯罪がそのように限定されているのかを明らかにしておく必要がある。

通信傍受法の制定の際の政府提出法案は、一定の重罪と組織的に敢行されることが多い犯罪を広く通信傍受の対象としていた。しかし、その時点では、通信傍受制度を導入する

ことへの反対論が強かったこともあり、国会審議において、その当時の犯罪情勢に照らして、この捜査手法が必要不可欠と考えられる最小限度の範囲に限定されたという経緯がある<sup>6)</sup>。4種類の罪の中に、当時深刻な問題とされていた集団密航の罪が含まれている点にそれがよく現れている。つまり、現行法が4種類の罪に対象犯罪を限定したのは、その解明のために通信傍受が有効な犯罪がこれらに限られるという趣旨ではなかったのである。そうだとすれば、その後の犯罪情勢の変化を踏まえて、既存の対象犯罪に匹敵するだけの必要性が認められる犯罪を通信傍受の対象に加えることには十分に合理性が認められるはずである。そして、振り込め詐欺事案を典型として、今回、対象犯罪に加えるものとされている罪については、現時点において、この意味での必要性が認められるといえるであろう。

もっとも、これに対しては、対象犯罪の拡大は、そのための立法事実、つまり、その必要性が明白な特殊詐欺事案だけに限定すべきだとする意見もあり、国会審議の過程で、その趣旨の修正案が野党から提示された。この提案をどう評価するかは、何をもちて必要性が高いと見るかに関わってこよう。例えば、修正案によれば、組織的な生命身体犯が対象犯罪から除外されることになるが、北九州で起きているような暴力団による一般市民を標的にした事案について、仮に、通信傍受の導入によって、そうでなければなしえなかった事案の解明が可能となるのであれば、それを導入する必要性は十分認められると思われる。振り込め詐欺のように、その種の事案が多数発生しているという点が、立法事実を基礎づけるうえで重要な意味を持つ犯罪類型もあれば、上記の事案のように、数が決定的な意味を持たない犯罪類型も存在するのである<sup>7)</sup>。

### Ⅲ. 通信傍受の手續の合理化・効率化

#### 1 現在の手續の問題点

現在の通信傍受は、通信事業者の施設で、事業者の常時立会いのもとに、リアルタイムで行うかたちにとられている。このことが、捜査機関、事業者双方にとって大きな負担となっている<sup>8)</sup>。具体的には、通信事業者側は、一定期間、傍受を実施するための設備を設置した場所を確保するとともに、それにふさわしい立場にある従業員を立会人として選定しなければならない。その間、その従業員は本来の業務ができないことになる。捜査機関側も、複数の捜査官が、通信事業者の施設に赴いたうえ、いつかかってくるかわからない電話をひたすら待たねばならない。

加えて、負担が大きいということだけならまだしも、それが通信傍受の実施に対する事実上の障害となっている。例えば、深夜に傍受を行うことは、立会人の確保という観点から困難であることは容易に想像がつくところであるし、ましてや24時間態勢で傍受を行うのは事実上不可能であろう。また、傍受を行う場所や立会人の確保のためには、捜査機関と通信事業者の間での協議と、通信事業者側の準備期間が必要となるため、緊急に傍受を行う必要が生じたとしても、それには対応できない。

こうした点を考えると、これまでは、本来傍受できたはずの犯罪関連通話が傍受できないままに終わっていた例が少なからずあったものと推測される。しかし、傍受の必要性があり、かつ法律上の要件が具わっているにも関わらず、事実上の理由から傍受が実施できないというのは適当ではなく、それに対しては何らかの対応をする必要がある<sup>9)</sup>。また、

6) 三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』447頁（法曹会、2001）。

7) 児童ポルノ関連犯罪については、児童の心身にもたらす害悪の大きさということに加えて、そのデータがインターネットを通じて国境を越えて拡散することが珍しくないため、その証拠収集のために国際的な捜査協力が必要であることも、それを通信傍受の対象犯罪とすべきかどうかにあたっての考慮要素となる。

8) 特別部会第15回会議事録〔島根悟幹事発言〕、特別部会第1作業分科会第5回議事録〔通信事業者からのヒアリング〕。

捜査機関や通信事業者が負っている負担自体についても、解消できるものであれば解消するのが合理的である。

そこで、今回の改正案では、これらの問題を解決するため、大きくは3つの点で新たな傍受の仕組みを設けるものとしている。

## 2 新たな傍受の仕組み

第1に、「一時的保存」の方法による傍受の仕組みを作り、捜査機関が、リアルタイムではなく、いったん保存された通信を事後的に「再生」<sup>10)</sup>して聴取するかたちもとれるようにしている(改正法案20条1項、23条1項2号。以下、法律名のない条文番号は同じ。)。この一時的保存がなされる場合には、通信を記録すると同時に自動的に暗号化がなされ(2条5項)、それを、あらかじめ提供された暗号鍵を用いて復号し、通信を復元したうで再生することになる<sup>11)</sup>。この方法

による傍受を行うためには、それについて裁判官の許可が必要とされている(4条3項、20条1項)。

第2に、通信事業者の施設で傍受をするのではなく、通信事業者から通信を送信させ、捜査機関の施設でそれを傍受することができるかたちも取り入れている(23条1項)。この場合には、通信事業者により、傍受の実施期間内に行われた全ての通信につき暗号化がなされたうで、捜査機関の手元にある「特定電子計算機」<sup>12)</sup>に伝送がなされ、それを捜査機関が復号したうで、傍受を行うことになる。その際、捜査機関が受信と同時に傍受を行う方式(同項1号)と、前述の一時的保存の方法による傍受を行う方式(2号)の両方が可能である。この方法による傍受についても、裁判官の許可が必要である(4条3項、23条1項)。

第3に、上記の特定電子計算機を用いた捜査機関の施設での傍受については、それを立

9) これに対しては、通信事業者の施設で、事業者の常時立会いのもとにリアルタイムで傍受を行うことが必要とされていることにより、運用上通信傍受の実施が抑制され、そのことが補充性の要件を担保してきたのであるから、現在の制度を維持すべきだという意見もある。しかし、通信傍受法で求められている補充性の要件というのは、通信傍受以外の捜査方法によっては、犯人の特定や犯行状況・内容の解明が著しく困難であることを意味しており(3条1項)、事実上の制約から実施を差し控えることは、補充性とは全く関係がないことである。むしろ、傍受の必要性があり、法定の要件が具備しているにもかかわらず、事実上の制約から実施ができないというのは不相当であり、そのような状況は解消されるべきものである。上記の意見は、傍受の実施は少なれば少ないほどよいという考え方を背景とするものであり、その考え方自体が妥当でないと思われる。

10) 「再生」とは、一時的保存をされた暗号化信号(暗号化により作成された信号)の復号により復元された通信について、電子計算機を用いて、音の再生、文字の表示その他の方法により、人の聴覚又は視覚により認識することができる状態にするための処理をすることをいう(2条6項)。

11) 一時的保存の方法による傍受が通信事業者によってなされる場合(20条1項)には、その実施場所において、通信事業者が通信を復元し、それを捜査機関が再生するかたちになる(21条1項)。他方、通信事業者から伝送された通信について、捜査機関が一時的保存の方法による傍受をする場合(23条1項2号)は、捜査機関が、それを自ら復元し、再生することになる(23条4項)。

12) 特定電子計算機とは、法律に明記された以下の機能の全てを有する電子計算機をいう(23条2項)。

- 1 伝送された暗号化信号について一時的保存の処理を行う機能
- 2 伝送された暗号化信号について復号の処理を行う機能
- 3 通信をリアルタイムで傍受し、又は一時的保存された通信を再生すると同時に、全て、自動的に、暗号化の処理をして記録媒体に記録する機能
- 4 傍受の実施をしている間における通話の開始及び終了の年月日時、リアルタイムでの傍受をした通信の開始及び終了の年月日時、一時的保存の場合の再生をした通信の開始及び終了の年月日時その他政令で定める事項に関する情報を伝達する原信号を作成し、当該原信号について、自動的に、暗号化の処理をして前号の記録媒体に記録する機能
- 5 第3号の記録媒体に記録される同号の通信及び前号の原信号について、前2号に掲げる機能により当該記録媒体に記録すると同時に、暗号化の処理をすることなく他の記録媒体に記録する機能
- 6 入力された対応変換符号が第2号に規定する復号以外の処理に用いられることを防止する機能
- 7 入力された変換符号が第3号及び第4号に規定する暗号化以外の処理に用いられることを防止する機能
- 8 第1号に規定する一時的保存をされた暗号化信号について、第2号に規定する復号をした時に、全て、自動的に消去する機能

会いなしで行うことができるものとしている(23条1項)。

### 3 新たな仕組みに関する論点

こうした新たな傍受の仕組みの導入については、それぞれに問題となりうる点がある。まず、一時的保存の方法による傍受については、憲法35条における対象の特定の要請に基づき、傍受令状において「傍受すべき通信」を明示すべきものとされている(6条)にも関わらず、無関係な通信まで含めて全てを傍受することを認めるものであるから、憲法35条に違反する疑いがあるという意見がある。

しかし、一時的に保存された通信は、その段階では内容を聴取することは想定されておらず、実際にも、捜査機関がその内容を知ることにはできない。通信の秘密であれプライバシーであれ、その内容が知られるのであれば、憲法35条の規制を及ぼすべき程度の権利侵害があるとはいえないであろう。したがって、一時的保存による傍受は、憲法35条の「押収」には該当せず、それゆえに、傍受令状に記載された「傍受すべき通信」でいうところの「傍受」にはあたらないから<sup>13)</sup>、それが憲法35条の特定性の要請に反することはないと考えられる<sup>14)</sup>。

また、一時的保存がなされた通信については、復号のうえ、リアルタイムでの傍受と同様の方法で再生がなされ、それと同時に全ての通信が自動的に消去されるから(23条2項8号)、捜査機関が通信の内容を知りうる範囲は、既存の傍受方式の場合と差異はな

い。したがって、通信の秘密やプライバシーに対する侵害が、格段に増加するものでもないといえる。

次に、通信事業者から通信データを伝送して、捜査機関の施設で傍受ができるようにした点については、そのこと自体によって法的な問題は生じない、ただし、その過程で通信が漏えいする可能性があるという事実上の問題があるが、これは、例えば、そのための専用回線を設けるなどの確実なセキュリティ対策をとることによって解決すべき事柄である。

もっとも、それとは別に、改正案では、前述のとおり、通信データの伝送に際しては、通信事業者により暗号化がなされ、それを復号することは、捜査機関の施設にある特定電子計算機でしか行うことができないものとされている。したがって、仮に、伝送の過程で漏えいがあったとしても、その内容が他者に知られることはないので、その点の対応はできていくということになろう。

最後に、捜査機関の施設で行う傍受について通信事業者による立会いをなくすことに対しては、これにより、捜査機関によって不適正な傍受がなされる危険性が高まるのではないかという意見があり、国会における審議の過程でも、同様の懸念が繰り返し表明された。この問題を考えるにあたっては、その前提として、そもそも、現行法のもとで立会人にはどのような役割が期待されているのかを明らかにしておく必要がある。

立会人の主たる役割は、通信の外形的な状況についてチェックをすることにある。具体的には、①傍受のための機器を接続する通信

13) 通信傍受法においては、傍受が「現に行われている他人間の通信について、その内容を知るため、当該通信の当事者のいずれの同意も得ないで、これを受けること」と定義されているため(2条2項)、通信の一時的保存も傍受には該当することになる。しかし、該当性判断のための傍受(13条)という概念が認められていることから明らかなとおり、傍受令状に記載された「傍受すべき通信」でいう「傍受」は、それよりも狭い概念であり、犯罪関連通信の内容を聴取することを意味している。

14) 一時的保存の方法による傍受の許容性を、内容を確認することなくフロッピーディスク等を差し押えることを認めた判例(最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁)との対比で検討する見解が見られる(笹倉・前掲注5)33頁、緑大輔「物的証拠収集の新たな手段」法時85巻8号26頁(2013))。しかし、一時的保存の方法による傍受が、憲法35条の「押収」にあたらないとすれば、同決定で問題とされた、関連性のない対象を「押収」しているのではないかという問題はそもそも生じない。したがって、一時的保存の方法による傍受の許容性を基礎づけるために同決定を援用するのは正しくないし、逆に、同決定が示す要件を充たしていないことを理由に、その許容性に疑問を呈する見解も正鵠を射ていないことになる。

手段が傍受令状により許可されたものに間違いがないか、②傍受令状により許可された傍受ができる期間、時間等が遵守されているか、③傍受すべき通信か否かの該当性判断のための傍受、いわゆるスポット傍受が適正な方法で行われているか、④傍受をした通信について全て録音がなされているか、という4つの点がチェックの対象になる<sup>15)</sup>。

そこで問題となるのは、こうした立会人によるチェック機能が、特定電子計算機を用いた新たな傍受の仕組みによって代替できるのかである。まず、①と②の点については、新たな仕組みのもとでは、通信事業者が、傍受令状によって許可された傍受実施期間内において、令状で対象とされた通信手段を用いて行われた全ての通信を暗号化したうえで、捜査機関の施設にある特定電子計算機に伝送するわけであるから、通信事業者自身によって、この2つの点の適正は担保されることになる。また、④についても、前述のとおり、特定電子計算機は、傍受ないし再生した通信を、それと同時に全て自動的に暗号化して記録する機能を備えたものとされているため(23条2項3号)、この点も代替し得ることになる。

これに対し、③のスポット傍受の適正さのチェックについては、直接にこれに代わるものはない。もっとも、スポット傍受が真に適正になされているかをチェックするためには、通信内容を聴くことが必要であるが、現行法のもとでは、立会人は通信の内容を聴くことはできないから、立会人がなしうことは、外形的にスポット傍受と思われる措置を捜査機関が行っているかどうかのチェックにとどまる。その意味で、現行法のもとでも、立会いの意義は限定されたものであり、スポット傍受の適正さを担保する核となるのは、むしろ、傍受の経過が全て記録されるこ

とにより、それを事後的に検証できることである。この点は、前述のとおり、新たな仕組みのもとでも担保されているから、立会人がいる場合と本質的な部分では差異はないといえることができる<sup>16)</sup>。

現行法のもとでの立会人のもう1つの役割は、傍受の終了後に、裁判官に提出する記録媒体を封印することである。この趣旨は、記録の改ざんを防ぎ、傍受が適正に行われたか否かを事後的に検証できるようにすることにある<sup>17)</sup>。これについても、前述したように、新たな仕組みのもとでは、特定電子計算機が、傍受をした通信の全てと傍受の経過を、自動的に、かつ、暗号化して改変できないように記録することになるため(23条2項3号・4号、26条1項)、立会人による封印に代わる機能をはたしうることになる。

以上のとおり、現行法のもとで想定されている立会人の役割は、新たな仕組みによって代替し得るものと考えられるが、これに対しては、立会いには、人の目があることにより、捜査機関が違法行為を行いくくなるという事実上の効果があり、立会いを廃止することにより、それが失われてしまうという批判がある。

このような事実上の効果は、法律が立会いの機能として予定したものではないが、立会いがそうした効果を持つこと自体はそのとおりであろう。したがって、立会いをなくすことによって、こうした抑止効果がなくなることなどをどう考えるべきかが問題となるが、これについては、その前提として、そこで抑止が想定されている捜査機関の違法行為とは何であるのかを具体的に考えてみる必要がある。

まず、新たな仕組みのもとでは、そもそも、現在、立会いによって抑止されると想定されている違法行為自体が存在しなくなる場合がある。例えば、傍受期間の不遵守などが、こ

15) 三浦ほか・前掲注6)491頁。

16) 現行法のもとで立会人が行っているチェック機能を完全に代替するために、特定電子計算機に、スポット傍受のかたちでしか傍受ないし再生を行うことができない機能を組み込むことも考えられ、実際の運用においては、それが想定されているようである(特別部会第1作業分科会第1回会議議事録[加藤正康参考人発言])。もっとも、この機能は、特定電子計算機が備えるべき機能として法定されていないが、これは、そもそも、スポット傍受自体が、通信傍受規則(11条)に基づき、該当性判断のための傍受の一方法として行われているものにすぎず、法定されたものでないことによる。

17) 三浦ほか・前掲注6)519頁。

れにあたる。さらに、捜査機関が違法行為をしても無意味な場合もある。例えば、指定された特定電子計算機に他の電子計算機を接続することによって、通信事業者から伝送された通信を二重に傍受したとしても、暗号鍵は、特定電子計算機でしか利用できないようにする技術的措置が施されているから（9条2項ロ）、捜査機関は二重に傍受した通信を復号化することができない。そうすると、そのような違法行為をしても無駄であるから、そのことが違法行為への事実上の抑止力として働くであろう。

問題は、このいずれにもあたらない違法行為であるが、前述したとおり、傍受をした通信の全てと傍受の経過が自動的に記録されるため、捜査機関が行ったことは、全て事後的に検証可能である。そうである以上、その過程で捜査機関が違法行為をすれば当然に発覚することになるので、そのことが、立会いがなくとも、十分な抑止効果として機能するものと考えられる。

これに対し、国会における審議の過程では、事後的に検証が可能であるといっても、現行法のもとで、通信の当事者から傍受記録や原記録の聴取・閲覧が申し立てられた事案や、不服申立てがなされた事案がほとんどないことからすると、事後的な検証が実効性を持つものかは疑問であり、そのことだけで立会いが不要と言い切ることはできないという意見が繰り返し出された。そこで、衆議院の段階で、通信の当事者に対する通知事項に、傍受記録及び原記録の聴取・閲覧等ができること、及び不服申立てができることを追加するという法案修正がなされるとともに、運用上、捜査機関の施設で行われる傍受には、捜査に関与していない警察官が立ち会うものとされたのである。

以上のとおり、若干の修正がなされたものの、前述した新たな仕組みの導入に伴う問題点として考えられる点は、いずれも解決できるという理解のもとに、改正案の審議が進められている。もっとも、当然のことであるが、この新たな仕組みは、特定電子計算機が想定どおりに機能することを前提とするものであるから、それが担保されることが出発点

となる。

この点については、特定電子計算機を導入するにあたり、その仕様書が公開されるものとされているから、それにより、その機能についての事前の客観的な検証が可能である。さらに、前述のとおり、こうした新たな仕組みを使った傍受を行うことについては、裁判官がその相当性を判断して許可を与えるものとされているので、その審査を通じても装置等の適正さが担保されることになろう。

（かわいで・としひろ）

## 論説

# 東京地判平成 25 年 4 月 25 日 (LEX/DB25512381) について、遙か Plautus の劇中より

東京大学教授

木庭 顕

- 0 序
- 1 事案、及びその問題点
- 2 背景に存する問題
- 3 Plautus の劇中より
- 4 *societas* 原型
- 5 変化の兆候
- 6 領域降下
- 7 本件契約を修正する
- 8 かりそめの概観

## 0 序

以下は標記判決を論ずるものであるが、いわゆる「評釈」でも「判例研究」でもない。つまり、他の判決や判例理論との関係においてその意義や射程を計測するものではないし、判決文の分析をするものでもない。2013年の東京において一個の裁判がなされたという事実、そこに至る人々の活動が有ったという事実、について論ずる。筆者は法律家ではなく、歴史学徒であるにすぎない。もっとも、日本の現代史を専門とするのではなく、ギリシャ・ローマを専門とする。これは大きな限界を意味するが、しかしギリシャ・ローマの事柄は常に現代の現実の一部としてその音を密かに響かせているから、反面で、聴こえにくいその音を捉えうるという利点を持つ。

## 1 事案、及びその問題点

まずは、当の判決文から知りうることを確認しよう。

株式会社 P (本訴被告、反訴原告) は株式会社 Q (本訴原告、反訴被告) との間で「事業契約」を締結した。P は「コンピュータソフトウェアの製作及び販売等を主たる目的とする」。Q は「CD・ビデオ・DVD 等の映像・アニメーション・音声ソフトの企画、脚本及び制作等を目的とする」。P は「姫騎士リア」なる PC ゲームにつき著作権を有していたが、これに目を付けた Q が著作権許諾を受けて (自力で) アニメ化したいと申し入れる。しかし P は、自ら製作し自らの販売網を使って販売したいと考える。とはいえ、製作作業自体は Q に委ねるつもりである。にもかかわらず、「委員会方式」を提案した。裁判所の認識においては、P は「請負方式」と「委員会方式」を区別した上で、「その場合の予算について、委員会方式の場合には実費のみであることを教示し、併せて請負方式による場合に必要となる製作費の額を提示した」。両者は打ち合わせを重ね、その間に、P は「製作費を削減したいこと、利益が出ない場合にはリスクを受け持つてほしいこと」を「要望」している。結局両者は、争いのない事実として、「共同出資」をする契約を締結する (P : 804 万円, Q : 306 万円)。Q が製作し P が販売するのであるが、P が売り上げから価格の半分相当を先取りし、残りを両

者が出資比率で按分する、ことを骨子とする合意がなされた。

P にとって出資の実行は Q の口座に金銭を払い込むことを意味した。Q はこれを製作費用に充てる。この点は契約の文言通りであるが、裁判所の認定によれば、それ以外にも P は漸次 Q の要した費用を払い続けて行く。他方、P は按分するはずの利益を Q に払わなくなる。かくしてまずは Q がこの分の支払いを求めて P を訴え、P は払った費用のうち過剰と判定した分について賠償を求める反訴を提起した。P は弁論において契約の合意内容が「委員会方式」であったことを主張した如くである。その場合であれば自己の主張を正当化しうるのは何故かについてどのように説明したのか不明である。Q は同じく「請負方式」を主張したようである。自己の請求との論理的な関係についてどのように言ったのか、これも不明である。裁判所は、両方の側面が有るとしつつも、「請負方式」の面も否定しえない以上は、Q の主張に分が有ると判断した。理由と結論との間の論理的な関係は必ずしも明らかでない。

当事者や裁判官が採った論理構成以前に、本件事案は不審な点に満ちている。第一に、「出資」に関する合意が何を意味しているか判然とししない。裁判所は、一個の **rebus** としてのこの契約を「委員会方式」で解した場合の一個の解釈手段として「任意組合または匿名組合」という語を用いる。それならば確かに「出資」を言うことになっている。かつ、(一種の非対称性が有るとはいえ) P も事業をする以上は「匿名組合」と断ずることには無理が有るから、まずは民法典の「組合」を手掛かりとすべきことになる。しかしその「組合」における「出資」とは何か。当事者が明確な概念を持っていたとは言い難く、裁判所もまたそうである。その「出資金」がいきなり Q の費用投下に向けられること、そしてとりわけ、その先の追加的な費用投下のために P が次々に同種類の給付を続けること、これと「出資」との間に如何なる関係が設定されているのか、誰も問うていないことは不思議とするしかない。

もちろん、だからこそ、「出資」は無視さ

れ契約の「請負」的側面がクローズアップされた。裁判所が実質的に吟味したことは、Q の費用投下に何か無駄使い、さらには横領に当たること、が無かったかどうかであり、結局すべて必要な経費であったとされ、P が負担して当然であったとされた。しかし、第二に、これがまたキツネにつままれたように奇妙である。「請負」であれば、注文主は予め合意された対価を支払い、請負人は成果を引き渡す。双方の給付は同時履行の関係に置かれる。つまり請負人が成果を得るために要する費用は請負人の負担であり、彼が対価を交渉する時にその費用を見積もるのであり、この見積もりに全てのリスクがかかる。甘く見積もれば破綻を免れない。しかし本件では、近代日本では珍しくないとはいえ、請負人が駄々っ子のように、「おかあちゃん、また費用がかかったよう、また幾ら幾らおくれ」と泣き、注文主がおかあさんのように、「しようがないわねえ、この子ったら、ほら持ってお行き」と言ってお金を出してやっている。

第三に、もっとわからないのは、P がもし「委員会方式」のつもりであったならば、何故この「おかあちゃん」に応じたのかである。「リスクを Q にも負担させる」はずではなかったのか。P は、おそらく、「請負方式」という選択肢も明示しながら交渉した結果「共同出資」の合意を取り付けた以上は「委員会方式」が採用されたと思ったであろう。この時の思惑はどのようなものだったのだろうか。魂胆は明白である。アニメ版「姫騎士リア」がヒットするかどうか、やや水ものであると思った。儲かった場合の利益を独占しえないかわりに、リスクを分担してもらおうとしたに違いない。悪い考えであるとは到底思えない。であるのに、ずるずると言われるがまま費用を注ぎ込むという最悪の事態に立ち至ったのは何故であろうか。気になるのは、「被告の主張」として採録されている以下の思惑である。「委員会方式によると、製作費は、原告(Q)の利益を考慮しない「実費」のみであり、原告は、売上金の分配(配当金)によって利益を得ることになる」。この文章の意味が明確であるとは到底言えないが、請負代金には請負人の取り分つまりマージンが

含まれるが、「委員会方式」であれば、かかった費用だけ払ってやればよい、請負人の利益の分は予め定まるものではなく売り上げに連動する、と言いたいには違いない。あつと驚くことには、「委員会方式」だからこそ相手の（マージンを除く）費用（だけ）を負担するのであるという意識をPが持ったということである。雇用を想定すればはつきりする。利益は一旦丸ドリであるが、これを還元しなければならず、さらに被用者のための社会制度上の負担がかかる。請負であれば社会制度上の負担は免れるが、請負人から利ザヤを吹かけられる。「委員会方式」ならばこれらの全てが省けて「ローコスト」である、とPは思ったのである。「実費だけで済む」と。その「実費」が怖いとも知らず。

しかし、Pは何故（「マージンを負担しなくてよい」から論理的に飛躍して）「実費は負担しなければならない」と思ったのだろうか。この点は大きな謎である。「請負方式」であったとしても費用は全てQの負担のはずで、Pに負担せよというQの主張自体おかしいのであるが、しかしもっと奇妙であるのは、その費用負担をPもが認め、その過剰のみを非難するにすぎない点である。対応して、「委員会方式」というrebusとの珍妙な抱き合わせが請負契約をも逸脱させたと言っているが、それにしても、Qがかかった費用をどこまでもPに請求しようと思った点は奇妙である。双方に、何かどこかで通じている不可思議な思い込みが有るのではないか。

## 2 背景に存する問題

何時の頃からか、またどの程度までか、を検証する術を持たないが、現在の経済社会において、もうかれこれしばらく前から、一個の事業体が他の事業体と共同で事業をするという必要が有力に存在していることは疑いない。共同で事業をするということは、第一に自分で、つまり高々自分の内部を分節させて、その事業をするというのでないということの意味する。しかし第二に、場合によって共同で出資し第三の独立の事業主体を立ち上げるというのではない、ということをも意味

する。言ってみれば中間で中途半端なのであるが、何故このような形式が必要とされるのであろうか。

自分で事業をするということは、費用果実関係のリスクを全部自分で負うということの意味する。特に果実産出体、つまり施設・人員・技術・ノウハウ・顧客・販路等々のまとまった複合体、を一から構築しなければならない場合、そうでなくとも自分に属するそれを飛躍的に発展させなければならない場合、必要となる大きな投資はそのまま大きなリスクを意味することになる。もちろん、その冒険に値するならば取返して自ら手掛けるか、そういう事業に投資する。しかしそうでない場合、自らに属する既存の果実産出体と他者に属するそれを組み合わせ一段高度な果実産出体を構築するというのが考えられる。この場合、リスクが分散されるばかりか、少ない費用でヴァージョンアップしうる。さらに、既存の果実産出体をそのままの形で置くから、他と融合させて跡形もなくしてしまうというリスクを回避できる。中期的な組み合わせの後にもより豊かになって保存されているから、また別の組み合わせにチャレンジしたり、別の発展を目指したりということも可能である。加えて、個々の果実産出体が相対的に独自に動くことによる質の高いパフォーマンスも期待できる。それぞれが自由に動きなおかつ調和している方が高い協働を達成できるということは言うまでもない。それぞれが制約を感じたり、寄り掛かり依存したり、手を抜いたり、ということが生じにくいということもある。自分に合った最も納得のいくパフォーマンスをしているときに最高のものが得られることは当たり前である。

とはいえ、これが何故20世紀の末以降クローズアップされるのか、何か新たな構造的な理由が有るのか、それとも何かの行き詰まりのためリスクを一手に担う力を誰もが持たなくなったに過ぎないのか、或いはその両方なのか、はわからない。

以上のような漠然とした見通ししか持ちえないのではあるが、一つ確かなことは、この「姫騎士リリア」事件においてはPもQも到底共同事業をするために不可欠な基本意識を

装備していないということである。P は販路と著作権を有する。そしてリスクを分散することを心得ている。しかし最悪であるのは、Q から上がって来る成果をいちいちチェックするばかりか、その費用の使い方についていちいち報告をさせる。その前提として何故か費用を出してやっていることについては既に述べた。これは相手を信頼していないからであり、相手の自由を極大化することによって自らに得られるものを極大化しようという考えに全く欠ける。相手を労働力としか考えていないのではないか。労働力としては使うが社会保障関係の給付は免れたいだけのブラックなやり方だったのではないか、偽装請負に近いのではないかと疑われるほどである。Q もまた、だらだらと開発作業をしてもすればするだけ P が支払うので、完全にモラル・ハザードを生ぜしめている。自分の仕事には口を出させないというプライドはゼロである。共同出资方式に乗ったのは、請負代金よりはよさそうだからのところだったかもしれない。そもそも初めは著作権を単純に借りて自分で事業をするつもりだったから、何だか他人の事業になった感じがして投げやりになったのかもしれない。それでいてぶら下がっていれば金銭だけは流れて来る。

もちろん、これは日陰の産業の取るに足りない企業に関する記憶に残らないエピソードなのだろう。このようなケースを一般化して物事を捉えることはできない。高度なビジネスが展開される局面では明晰な意識とエレガントな法律構成が華麗な舞を披露してくれているはずである。と考えた時に、しかしやはり気になることが有る。それは先に述べたことである。繰り返すと、P は「委員会方式」

を意識して却っておかしなスパイラルに巻き込まれた。請負という日本近代特有の泥沼にはまったわけではなかった。裁判所は「委員会方式」を組合のパラダイムで理解した。しかるに、P にも、そしてまたその訴訟代理人にも、「何と愚かなことか、せめて法科大学院で勉強するくらいのことはすればよかったのに」と非難を向ける、その資格をわれわれは有するだろうか。このようなタイプの共同事業をきちんと規律する精緻な概念構成をわれわれは用意して待っているだろうか。そのようなものとして最も有力であるのは、この判決に教えられなくとも、組合であるが、組合に関する言説のどこをつついても気の毒な P とその訴訟代理人に対して目の覚めるような法的助言を与えるためのヒントは出て来ないのではないか。否、そもそも言説自体極めて乏しい。仕方なく、たとえ租税回避のためとはいえ、英米法の *partnership* を借りて来なければならぬ<sup>1)</sup>。もしそうだとするならば、われわれの如何にもみすばらしい事案をあざ笑う実務は日本には存在せず、却ってこの事案は一種典型的な光景であるという可能性も否定し切れない。

### 3 Plautus の劇中より

Plautus の *Mercator* においては<sup>2)</sup>、父 Demipho の出資を受けた息子 Charinus が海外で商用を果たす中 Pasicompsa という女性と恋に落ち、自由の身でなかった彼女を請け出して船倉に隠し帰国する。しかし生憎父に見つかってしまい、しかも父は Pasicompsa を我が物にしようとする。父は転売を主張し、オークションでダミーを使い自己競落す

1) イタリアの影響を受けて法人化へと傾くスコットランドと対照的に 16 世紀末の Law Merchant はコモンロー法律家の頑迷さ故にこれを拒む (W.HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW VIII 198 (2 ed., London 1937))。19 世紀後半以降組合を法人化し 1970 年代に法典に書き込んだ (但し組合財産を「皆の物」というより「誰のものでもない物」にしたのであるように思える) フランスに比してさへ組合原型 (後述) を残したイングランド法の功績はここへ遡るようであり、次いでエクイティの側からの慎重な介入が組合法を作ったとされる。F. Pollock による 1890 年の The Partnership Act はしかも一層古典的に原型を抜き出した (版を重ねた F. POLLOCK, A DIGEST OF THE LAW OF PARTNERSHIP (13 ed., London 1937) は記念碑である)。2008 年において、イングランドは法人数 220 万に対し組合数 46 万を誇る (G. MORSE, PARTNERSHIP LAW 2 (7 ed., Oxford, 2010))。近世以降についての (信用の基本構造を視野に入れた) 本格的な比較的研究が待たれる所以である。

2) 以下については、木庭顕『法存立の歴史的基盤』[以下、「POSS」という] 727 頁以下、839 頁以下 (東京大学出版会, 2009) を参照。

るつもりである。この時息子が抵抗のために繰り出す作戦の一つは、Pasicompsaは第三者と「共同で」買ったのであるから、一存で転売することなどできない、と主張することであった。父は、その第三者の転売意思が推定されるから、何の問題も無いと応ずる。代理もしくは授権のロジックを使うのであるが、(いちいち委任者の意思を確認し直さなければならぬ) 委任 *mandatum* の趣旨を捻じ曲げている様が皮肉られていると解される。「父」は *Plautus* の全作品において徹頭徹尾諷刺の対象であるが、父 *Demipho* が息子 *Charinus* を鵜飼の鵜の如き手足として使い *Pasicompsa* を得る仕方が強く批判されている。*Demipho* にとって *Pasicompsa* はただの欲望の対象であり、これが息子の生涯を賭けた恋愛を蹉跎させようとしているのである。確かに資金は *Demipho* が出した。しかしだからと言って *Pasicompsa* を好きに売り飛ばしてよいのか。まして手を付けてよいのか。立ち足はだかかったのが「共同」の論理である。*Pasicompsa* が「共有の」「*communis*」状態に置かれていると言われるから、同一物を二人と一緒に掴んでいる、或いは共同で所有している、というイメージが持たれやすいが、第一に、この語自体、「誰のものでもない」、「誰も掴んでいない」ことを指示する。第二に、*Charinus* の言い方自体、実質的に第三者が委任者であり、自分は受任者にすぎず、買うところまでは受任されているが、転売に関する限りさらなる受任を要する、というものである。いずれにせよ勝手は許されない。おそらく、ならばその第三者＝委任者は勝手にできるかと言えば、そうではなく、途端に *Charinus* の方が委任者として現れるだろう。どちらからも勝手に許されないので、「*communis*」という語が使われた<sup>3)</sup>。

かくして父からの息子の自由 (彼の恋愛)

が往復の委任と“*communis*”に懸っているのであるが、これにまた、*Pasicompsa* の自由が懸っている。彼女が自由を得て *Charinus* と結ばれるのか、それとも *Demipho* の恣となるのか。“*communis*”は、二人の手によって押さえられているというのではなく、どちらからも自由たるを意味している。その自由は、第三者の側が *Charinus* に勝手をさせず、その逆も成り立つ、ことによって保障されている。しかもこの牽制は両者が互いに自由であることを絶対の前提としている。(危うく *Charinus* が *Demipho* に対してそうなりかけたように) どちらかが誰かの手足であってもいけなく、両者が一体化すればなおいけなく。

*Plautus* の喜劇は紀元前 200 年頃のものであり、彼の全作品がわれわれの契約法、諾成契約等凡そ *bona fides* に基づく法制度、を生んだ社会的環境と深く関係していることは周知の事実である<sup>4)</sup>。*bona fides* に基づく諾成契約としての組合 *societas* が発達した民法制度として機能しているのを見ることが出来る最初の史料は、確かに紀元前 70 年代の *Cicero* の二本の法廷弁論である。しかし既にこの頃には、この制度が長い間にわたって発展して来た挙句に重要な変質を被りつつあることが見られる。裏から言えば、むしろ紀元前 2 世紀の *societas* 像が貴重であるということになる。紀元前 2 世紀は、ローマが地中海世界大に版図を広げ、活発な都市間 (国際) 取引を管轄に収め、ローマ独特の民法なる制度を一層高度なレベルにもたらした時代である。

#### 4 *societas* 原型

では、紀元前 2 世紀の *societas* 原型は具体的にはどのようなものであったか<sup>5)</sup>。まず、

3) 二人揃えば勝手ができるか。もちろん政治システムそのものと違って「皆が揃っても勝手に許されない」という絶対の原則が妥当するわけではないが、制度自体がその上に基礎付けられている *bona fides* には拘束される。つまり手を付けることはできない。共同で手を付ける手段、「共同占有」の如き道は存在しない。まして個々の部分的に使用収益が発生することはありえない。「共有」はそれはそれで少々曖昧な概念であるが、「合有」とは正反対である。

4) この点に関するこれまでの認識、及び筆者の認識の詳細については、POSS, 699 頁以下で述べた。

5) *Quintus Mucius* 以来 *societas* の起源に相続が存することは認識されている (*Mucius* の知的営為については、A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, p. 63ss. が優れた分析を提供する) が、われ

通常のローマ法の教科書、特にドイツのそれを参照しても無駄である。少なくとも独自に発展して行った「共有」という制度群との混交<sup>6)</sup>から原型を解放しなければならない。その作業は、最近では既に Arangio-Ruiz によってなされた<sup>7)</sup>。「共有」の理解についてももちろん深刻な対立が有るが、それと密接に関連して組合を基本的に集団の物的な関係、とりわけ家団論、などに回収する傾向<sup>8)</sup>は現在のローマ法学においてもなお新たな装いのもとに見られるところである<sup>9)</sup>。societas をそうした脈絡から切り離した Arangio-Ruiz は、切り離しの陣営の最終版とでも言

うべき作品を著したことになり、基本として引用されるべきである。

さてその原型であるが、以下のようにしてそれを再現してみよう。要するに物的な関係を排除して組合を純然たる契約関係と捉え、そのコロラリーとして組合に法主体性、例えば法人格を認めず、したがって組合を代理して行為するなどということは認めない、つまり代理を伴わない委任のみの束として組合を概念するのである<sup>10)</sup>。S<sub>1</sub> は冷凍水産物の国際取引に精通している。S<sub>2</sub> は冷凍蛸のタコヤキ用加工業者の間にネットワークを持っている。S<sub>1</sub> と S<sub>2</sub> は今 50 ずつ出資して組合契約

---

われは (19 世紀風の) 発生史的 (実証主義的) 原型探求をするのではない。したがって家族制度に回収するなど論外であり、何故相続が起源となるかについても政治システムの関与という点にその理由を見る。

6) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2 Aufl., München, 1971, S. 410ff., S. 572ff. のように「共有」制度と組合とを重ねて捉える見方が何時何故成立したかは大きな問題であるが、若い研究者に探求を委ねる。少なくとも P. F. Girard は 20 世紀に大きく入っても組合の叙述に物的関係を一切含ましめない伝統を保持する (*Manuel élémentaire de droit romain*, 7 éd., Paris, 1924, p. 605sq.). ちなみに彼は共有をも無視する。組合が契約たる以上物的関係をもたらさないという理解は少なくとも人文主義法学以来の安定した認識であると思われる。物的関係を持つためには法人格を要するが、まさに組合は法人格を持たないところに特徴が有る、というヴァージョンに Savigny 以来置き換わるはずであり、法人を迂回し共有という形で物的関係を持つに至る経過は不明である。ちなみに、Puchta の *Cursus der Institutionen*, Bd. 3, Leipzig, 1847, S. 108ff. (Rudorff による第 2 版, Bd. 3, Leipzig, 1851, S. 109ff. は、踏襲) 組合契約を叙述したのち、契約によらなくとも *communio* から同種の関係が生ずるとし、裏から言えば組合によって共有を創出することもできると解し、区別を維持しつつも契約の叙述に共有を割り込ませる。典拠を挙げないことからすると、近接性は普通法時代から認識され、19 世紀の後半以降その事実独特の重みが与えられたということかもしれない。なお、後述のように法文においては共有制度との近接性は卒然と読み限り全く自明である。人文主義が精密に峻別し、しかし 19 世紀ドイツのローマ法学が古事学的精度を上げて甦らせたのかもしれない。かつ、いずれにせよ、古典的理解において (峻別するとしてなお) 物的平面との関係がどうなっているのかについての明示的な探求が欠けたことも確かである。

7) V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950.

8) F. Wieacker, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 60ss. が特に 1 節を設けて批判するように、組合を物的に捉える傾向が広く一方の陣営を成していたとはいえ、Wieacker のヴァージョンはかなりエキセントリックである。19 世紀後半のドイツの「民族」的傾向を露骨に示す B. W. Leist, *Zur Geschichte der römischen Societas*, Jena, 1881 の起源論が嚆矢であると思われる。

9) 類型論を通じて部分的に Wieacker を弁護するのは、F. S. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, Frankfurt a. M., 2004 である。A. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigung. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Wien, 2010 は、会社法学の影響を受けて資本集積の組織形態、投資家や債権者の保護などを論ずるが、組合に関する限りは未発達ないし不適合を指摘するばかりである。物の一体化を如何に達成し、かつ如何に関係当事者間のコンフリクトを調整するか、という関心しか持たない。両著共に結局は古い観点、つまりどうやって分割請求を防ぐか、どうやって組合に当事者能力を調達するか等々、という観点到り制約され、どうやって多元的協働を実現するかという観点はゼロである。19 世紀以降の古い観点は法人化の観点であったわけであるが、Fleckner など組織形態ばかり論じながら少なくとも Savigny 以来の法人理論に触れない。もちろんローマ法源に法人理論を求める方が誤りであり、その点でも Fleckner の試みはとんでもなく見当はずれである。なお、Meissel, Fleckner 共にテキストの扱い方が極度に幼稚で、ロマニストとしての訓練も歴史学の訓練も全く受けていないこと、或いは (この分野では) そうした訓練がそもそもヨーロッパから失われたということ、を強烈に印象付ける。

10) もちろん本稿では初歩的な認識にすら至らないが、partnership の場合、組合員相互、そして組合そのもの (“firm”) に対して、agency の関係が認められるようである (POLLOCK, *op. cit.*, ed. Gower, p. 29ff.). にもかかわらず法人格は認められないから、これは「組合代理」ないし代表ではなく、第三者 T<sub>2</sub> が厳密に組合の目的の範囲でスルーして S<sub>1</sub> を直接に訴えうるとしたに過ぎない。そもそも agency を「代理」と訳すことも適当ではない。組合のためにするのはあっても組合の名でするとは特定されていない。

を締結することとした。S<sub>1</sub>はT<sub>1</sub>と売買契約を締結し、100の冷凍蛸を仕入れる。これを自己の名義で倉庫に寄託する。S<sub>2</sub>はタコヤキ用加工業者T<sub>2</sub>と売買契約を締結し、これに110で卸す。110の売買代金がS<sub>2</sub>名義の口座に振り込まれた。一つの可能性として、直ちに、ここからS<sub>1</sub>へと50費用償還＝出資金返還され、5利益配当される。S<sub>2</sub>は同様に55を場合により自己の別口座に移転する。そうするかしないかはS<sub>1</sub>S<sub>2</sub>間の合議による。これも既に組合であるが、組合に継続性を要求する考え方もありうる。つまり110のうち少なくとも100を、さらには110全部を、次の冷凍蛸購入に充て、同じ操作を繰り返していく。S<sub>1</sub>名義の冷凍蛸は恒常的に倉庫に寄託され、S<sub>2</sub>名義の金銭は恒常的に口座に置かれる。否、S<sub>1</sub>がまたしても自分の手持ちの資金から用立てるか組合の口座から出金するかかわからないが、後者の場合でも「出て行った分」もプラスとしてヴァーチャルに組合にとどまるから、帳簿上組合の100+10は動かない。倉庫と銀行に帳簿上恒常的に組合資産が見出されることとなる。「組合財産」は「組合が占有する」のでは決してなく、差し当たり組合員が個々の部分を個人として占有するにすぎず、ただ相互の合意の中でそれを各自が勝手に費消することがないこととなっており、その限りでそれらの財は特定の目的に縛られているように見えるということ

どまる<sup>11)</sup>。そして、何を利益とし何を分配するか、何がフローとしての追加の費用負担(短期費用償還分)なのかそれとも追加の出資なのか、これらはいずれも何を元手と考え何を果実と考えるかという帳簿の問題である。

以上のような(組合財産を物的に概念しないままその実質を手に入れる回り道の)工夫は、一見したところと反対に、共同事業、特に償還されずに置かれる財、を個別の利害から守るためになされる。組合による占有を認めるときには、占有エイジェントを発生させ、その者、事業執行者、の越権は直ちに組合財産に響く。後発的に事業執行者の責任を問う以外に無い。ところが組合の正規の法律構成によれば、執行組合員はその行為を組合の目的に照らして正当化し改めて請求していかなければならない<sup>12)</sup>。この点はMercatorの中でCharinusが説く通りである。

## 5 変化の兆候

紀元前1世紀初頭、著名な喜劇役者Rosciusは、Fanniusとの間で組合契約を締結する。Fanniusの奴隷である才能豊かな若いPanurgusを喜劇役者として育てようというのである<sup>13)</sup>。Fanniusの出資が現物であり、彼の寄与が単純な占有(mancipium)であること、Rosciusの出資と寄与が労務であること、が目を引く。組合財産はPanurgus

11) 基本線がこうだとしても、敢えて組合財産を共有することもまた許されるかどうかについては後述する。因みにpartnershipの場合には、後述の領域降下に対応するが如くに信託が使われるようである。つまり組合のために取得した物を一組合員が保有する関係を信託とすることによって組合財産を演出するのである。POLLOCK, *op. cit.*, p. 63のみならず、MORSE, *op. cit.*, p. 207ff.でも維持されている。そもそも組合員は組合財産に対してpossessionを解散時まで持たず、beneficial interestのみであるというのである。estateのロジックに組合対応が内蔵されているのを見る。

12) 組合債権者T<sub>2</sub>から見ると、S<sub>1</sub>を訴える術が原則無いということになる。S<sub>2</sub>に関する包括執行の過程で破産財団がS<sub>1</sub>に対するactio pro socioを有することとどまる。財団のactio pro socioはもちろん出資分を越えてS<sub>1</sub>の資力一杯追求してくるからこの意味で無限責任ではあるが、総組合債務の出資比率分を越えることが無い。連帯債務は本来のものではない(後述)。破産者＝受任者に関し委任者のための倒産隔離が組合契約の存在のために解除されるということとどまる。しかも、有限責任であれば却って出資分はS<sub>2</sub>が何をしようとして取り返せないが、組合であればbona fidesを基準として否認できるから、責任は持たなければならないがS<sub>2</sub>の無謀やT<sub>2</sub>の付け入りに対して防御される。なお、近代の古典的partnershipにおいては、委任効果拡張のコロラリーとしてS<sub>2</sub>が組合のためにした契約に対してS<sub>1</sub>が直接“liability”を負う(POLLOCK, *op. cit.*, p. 41ff.)。見返りにS<sub>2</sub>破綻時にS<sub>1</sub>はT<sub>2</sub>を“pay off”し自分が破産債権者となることが予定される(p. 137)。但し、組合固有の支払不能が概念されワンクッション置かれる上、その効果として全組合員につき資産凍結がなされる(p. 137ff.)。物的共同は依然排除されるのであり、ただ信用共同は追求される。

13) Ciceroの法廷弁論、*Pro Roscio comoedio*は、おそらく紀元前70年代前半から半ばにかけての時期になされたと考えられている。原事件は90年前後、同盟市戦争前後ということになる。

という少年そのものである。とはいえ、Roscius が芸芸を仕込むことによって Panurgus が将来稼ぎ出すであろう収益がこの組合の目的であり、Panurgus は単純な労働力ではなく、芸術品にも似た資産である<sup>14)</sup>。しかるに、今この Panurgus が Flavius という者によって殺されてしまった。不法行為に基づく損害賠償訴訟はどのような形態を採るであろうか。

まずは Fannius が “cognitor” として Flavius を訴えた。その訴訟の争点決定を受けた和解において、今度は Roscius が当事者となり、Roscius は Flavius から賠償の代物弁済として或る荒れ果てた農場を受領する。Roscius は時代の流れ<sup>15)</sup> に乗り、立派な収益をもたらす農場へとこれを成長させる。収まらないのは Fannius である。同じく収まらない Flavius と八百長を仕組み、賠償和解をする。それは改めて Roscius の分まで含むという。そして、こちらが山分けだから、かつての農場も山分けでなければならぬ、として Roscius を今訴えたわけである。

タコヤキ・モデルで思考する限り、 $S_2$  が  $T_2$  に代金請求訴訟を起こしたとしても、これが組合のためであることを明示する必要は無い。 $S_2$  は得た 110 をそのままペンディングにするか、そのうち 55 を  $S_1$  に支払うであろうし、それをしなければ  $S_1$  は  $S_2$  を bona fides 上の組合訴権にて訴える。請求額は懲罰的なものになる。Panurgus の場合も、単純に考えれば Fannius の損害が第一次的である。しかしそれでは大した額にならない。Roscius が手塩にかけて育てた若い喜劇役者だからこそ高い額の賠償になる。ならば別次元に具体的な占有を概念すればよいではないか。「法人」のような「第三者」が占有して

いるという法律構成を採るのはどうか。しかし Roscius と Fannius が組合契約により互いの信義に賭けて縛り合ったからこそ Panurgus に別次元の価値が生まれたのではないか。「第三者」が占有すればその者（もしくはそれを代表する者）が勝手をするだろう。Panurgus に単純な労働をさせかねない低い次元に引きずり降ろされる。Roscius は預かったにすぎず、Fannius は預けてしまっており、直接把握する第三者は居ない、からこそ高い価値が保たれる。つまり双方向の委任のような法律構成が採用されたからこそ高い価値が計算される。

本件弁論においても、委任という基本モデルは強く意識されていた。Fannius が “cognitor” として訴えたというのが、15 年後たるこの弁論における認識なのか、15 年前に当事者がそのように主張したのか、わからない。しかし、Roscius のために弁論する Cicero はこれを① Roscius 個人のための “cognitor” と解し<sup>16)</sup>、次いで②その Roscius 個人は組合のためでなく自分のために和解したのである、故に③全額自分のためであって半分を Fannius に渡す理由は無い、という線で論ずる。①は「組合のために」を排除する趣旨であるが、この「のために」は委任の趣旨である。確かに 53ff. は「Roscius の代理人」を盛んにイメージしていくようにも見えるが、しかし決定的なことには、文言として “suo nomine” との対比は保たれる。つまり、「他人の名で」が代理であり、「他人のために」が委任であるとする、後者の線は固持され、組合のためでないことの強調のレトリックとして「とどのつまりは Roscius がしたのと同じだ」と言われるにすぎない<sup>17)</sup>。次に②であるが、受任者 “cognitor” が自分の名

14) *Pro Rosc. Com.* 28: Quid erat enim Fanni? Corpus. Quid Rosci? Disciplina. Facies non erat, ars erat pretiosa. — nemo enim illum ex trunco corporis spectabat sed ex artificio comico aestimabat.

15) POSS, 928 頁以下参照。複合構造を持った新式の商業生産向け農場が紀元前 1 世紀に入る頃発達し、これが所有権概念を生む背景を成す。

16) 32: in hanc rem me cognitorem dedisti の意味は自明でない。この言葉自体 Fannius のものかどうかかわからないが、そうだとすると、事実として Roscius が組合のための訴訟を Fannius に委ねたという意味にも解しうる。

17) 53: Quid interest inter eum qui per se litigat et eum qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio, ferres tuum; cum suo nomine petiit, quod abstulit, tibi non sibi exegit? Roscius が自分の名でした和解と、Fannius が cognitor としてした訴訟が対比されている。Fannius が Roscius の名であるということは考慮の外である。なお、ロー

でした訴訟の帰結を今委任者 Roscius が和解という形式で引き受ける委任であるというのである。“pro me”という表現がそのことを確認する。但し、それがさらに組合の脈絡に置かれている。半分だけ委任関係 (Roscius 分) になり、残りの半分は自分のため (Fannius 分) である。前の半分 (Roscius 分) については受任者から委任者への再移転を要する。それがされた段階で Roscius と Flavius は和解 = 代物弁済に及んだ、と Cicero は解する。第一段階の一部、つまり一旦 Roscius が Fannius 経由で全体分 “pro re tota” を受け取り、半分を Fannius に返すなどという迂遠なことがあるか、という *reductio in absurdum* である<sup>18)</sup>。ローマの場合、「訴訟代理」は代理でなく委任であるから、手続法上の委任と組合の委任を一石二鳥にした方が効率的だと言ったことにもなる。

しかしながら、基本を固持しようとするぎりぎりの試みが却って新たな事態の存することを示唆する局面も有る。Cicero は、Roscius が組合のための第一段階 (言わば Fannius を訴訟代理人とし自分を組合受任者とする弁済受領) をしたのではなく自分のための第二段階をしたのであるということの論証のため、争点決定において “*neminem amplius petiturum*” 条項が付されなかったことを決定的な論拠として挙げる<sup>19)</sup>。組合のためであったならば、被告 Flavius は他の組合員から重複して訴えを提起されることを怖れるはずである。「他の誰も訴えないであろう

ことを」私が保証し (*satis dare*) ますという宣誓文言の付加を原告にさせることによってこの重複が防がれたはずであるというのである。既判力の第三者効ではなく、原告が自らの信義に賭けて他の組合員からの重複を阻止するというにすぎないが、そんなことが起これば宣誓者の破滅であるから、効果的である。というわけで、委任モデルをぎりぎりまで貫徹させたに過ぎない。にもかかわらず、「受任者たる一人の組合員についての訴訟の結果を有するに過ぎないにもかかわらず、それが却って二重の意味というフィルターを介して財の高次の状態を維持するに資する」という点が微妙に崩れ、一義的な解決が欲せられ始めていることが窺われる。

さらに、この 15 年間に物事が大きく変化したことを物語るのは、一旦委任モデルを使って「Roscius 単独」を引き出した Cicero が持分モデルを持ち出した事実である。Roscius はあくまで組合の脈絡で、しかし自分の分だけを、受け取ったのである、何故ならばこのように各持分は独立であるからである、と Cicero は弁じた<sup>20)</sup>。お前も残り半分について 12 年後独立に和解したではないか、と。これは素人 (陪審) に帰結のみをわかりやすく説明するためのレトリックであるが、危険な短絡でもある。待つてましたとばかり (Fannius のために弁ずる、これも当代一流の弁論家つまり有力な政治家たる) Piso は、どの切片を取ってもその半分が Fannius のものなのだ、というカウンターを浴びせる<sup>21)</sup>。

マではいわゆる「訴訟代理」自体、訴訟代理人に本人の名における訴訟行為をさせるのではない。cognitor も procurator も自身が当事者である (*opinio communis*, vgl. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, S. 152)。つまり代理ではなく委任である。判決の効果のみ本人に及び、かつオートマティックなのではなく、手続が介在しうる。

18) 32:Vtrum pro dimidia parte an pro re tota? planius dicam: utrum pro me an pro me et pro te? Pro me……はいずれも委任の言語である。但し、後半の言葉遣いは、早くも Cicero が後述の持分的発想を密かに忍ばせた結果である。なお、POSS, 843 頁の叙述は、テキストが見せるこうした襲を飛ばして委任モデルをいきなり引き出す時点で性急の誹りを免れない。

19) 35: Quid ita satis non dedit amplius assem neminem petiturum? 和解についての二つの解釈を示す語は、“de sua parte” 対 “de tota re” または “de tota societate” である。

20) 37: Defensio mea quae est? Roscium pro sua parte cum Flavio transegisse.

21) 52: Petisse, inquit, suam partem Roscium a Flavio confiteor, vacuam et integram reliquisse Fanni concedo; sed, quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo. 文字通りには、「Roscius が自分の分を請求したにとどまり、Fannius の分は手つかずにおかれた、ということは認めよう、しかし Roscius が獲得した物は組合の共有物となると主張し争う。」というのであり、各人が自分の獲得した分を共有にもたらずというワンクッションは維持されている。しかし帰結としては次々にくわえて来た獲物を一つの山に積んでいくイメージである。

かくしてパラダイクマが“*communis*”論に移り<sup>22)</sup>、Cicero は相続財産を持ち出して持分モデルを基礎付ける<sup>23)</sup>。“*communis*”は、タコヤキ・モデルにおいて宙ぶらりんのまま誰に帰属するでもない状態を指したのに、そしてそれは却って第一次的には「一人一人が持つ」以上ではありえないことによって支えられていたのに、何時の間にか（その場限りのレトリックにせよ）「二人で持つ」ようなことになり、持分で持つのか、それとも文字通り二人でどの部分も握っているのか、で対立が始まった。おまけに、幾ら発生学的な故郷であるとはいえ、相続のパラダイクマが直接援用される<sup>24)</sup>。後の共有論の先駆けである。そしてこれらの変化の根底に、本件において組合の対象事業が Panurgus の人身に専ら依拠するものであった、という事情が存す

ることは疑いない。

## 6 領域降下

紀元前 1 世紀前半は、所有権概念が確立され、法のみならず社会全般の基軸となっていく時代である。所有権 *dominium* が対象とする典型的な財は、同時期に形成されていった新しいタイプの農場である。Roscius は代物弁済として受け取った農場をまさに所有権が成り立つそれへと変身させた。複合的な構造を備え、市場に向けて農産物を生産するのであるが、市場に直ちに依存せず、多角的な経営体として市場の変化に対して持続力を有する。長期的な観点で投資をし、持続的な収益を上げうる<sup>25)</sup>。Cicero の法廷弁論、*Pro Quinctio* には<sup>26)</sup>、組合がその資産をこのタ

22) Cicero は相続財産を持ち出す前に合有風共有論の内在的なおかしさを言う。一旦共有にもたらしておいて改めて持分を請求しなければならないという不条理を突くのである。組合に対する持分請求はできるのか (*Quaero enim poteritne Roscius ex societate suam partem petere necne*)。持分請求ができないなら、何のために一体 Roscius は頑張って獲得したのか (*Si non potuit, quem ad modum abstulit?*)。できるというなら、初めから組合のためでなく自分のために訴えればよかつたではないか (*si potuit, quem ad modum non sibi exegit?*)。自分のために請求するためにまず他人のために訴える（という迂回をする）馬鹿がどこに居ようか (*nam quod sibi petitur, certe alteri non exigitur*)。それとも、不可分の部分をまず請求しておいてそれを平等に割り振ったというのか (*si quod universae societatis fuisset petisset, quod tum redactum est aequaliter omnes partirentur*)。しかし部分を請求したという事実は残るではないか (*nunc cum petierit quod suae partis esset*)。その場合でも自分が獲得した物が自分のためではないというのか (*non quod tum abstulit soli sibi exegit*)。ここで先に引用した 53:quid interest……が続く。つまり *cognitor* の委任関係を強引にあたかも委任者の名における代理関係の如くに仕立てる。これはレトリックの滑りであり、全く不要であった。各人が各人のためにという単純な原理を例解するために、まさに各人が各人のために振る舞いながら誰の物でもない物を実現する委任を解体する必要は無かつた。だからこそこれは一時のレトリックで本気の解体ではなかつた。しかもなお、微妙に足を取られて“*communis*”の語義の変質を招く萌芽が垣間見えたとも言える。

23) 55:Simillima enim et maxime gemina societatis hereditatis est;quem ad modum socius habet partem, sic heres in hereditate habet partem. Vt heres sibi soli non coheredibus petit, sic socius sibi soli non sociis petit;et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte qua hereditatem adiit, socius ex ea qua societatem coiiit. 相続財産占有においても、確かに、別途立つ相続財産占有者以外の相続人等が勝手に皆のために何か請求するということがあってはならない。個々の相続人は自分のためだけに動かなければならない。「持分は割合で概念し金銭価額による評価を前提する」ということは、実体を分割せずに置くことを含意するが、これは「公的な」という意味の共同部分に手を付けさせないことと異なる。相続財産は後者の原理を一部、組合はただ理念的にのみ、借りたにすぎない。ところが今回は、資産がたまたま単体の身体でもあったから、そしてその身体に対する侵害が問題であるから、その身体が後者の原理を可視化し、かつその物的実体につき「共有」持分概念が物的な方向に解される危険が伴った。

24) 相続財産については持分は概念されえない。それは相続分であり、遺産分割時における計算の根拠に過ぎない。したがって、分割前に持分から果実を取るということはできない。相続財産からの果実は相続財産に帰属させなければならない。「可分債権」という奇妙なロジックによって途中配当を認めるような判決があったとしたならば大混乱である。相続人が相続分を持分の如くに扱うのを妨げる障壁は相続人団が作り *praetor* がコントロールする政治システムである。組合ではこれが組合員間の *bona fides* と委任の感覚に委ねられ、脆弱である。単なる共有の場合には不存在である。かくして Cicero が (<障壁→その先の分配>という分節を言って合有的思考を斥けるためとはいえ) 持分思考を掲げるために相続財産を援用したことは、複数の点でミスリーディングであり、やがて持分を通じて障壁を突破しその部分の費用果実関係を直接掌中に収める、つまり直接領域上の占有を把握する道を拓いたとも言える。

イブの農場に投資する事案が現れる。S<sub>1</sub>が自ら農場を購入すると同時に果実たるワインをS<sub>2</sub>が売る、というような形態が現れてしかるべきである。しかし現実にはそうならず、S<sub>1</sub>もS<sub>2</sub>も専ら農場の経営に直接タッチすることに固執するのみであった。挙句の果て、Quinctius側、つまりCiceroが代弁する側は、組合を解散して単独で投資したと主張する。とにかくS<sub>1</sub>たるQuinctiusは農場を購入し経営し始めた。S<sub>2</sub>たるNaeviusもこれに関わるから、組合は本当に解散されていたのだろうかと思うが、S<sub>1</sub>側はS<sub>2</sub>を共同経営者というより農場のマネージャーに過ぎないと概念するようである。問題はNaeviusがQuinctiusの関与を排除すべく封鎖し、農場の占有を乗っ取ってしまったことから生じた。つまり、第一に二人が直接占有に絡まり、そして第二に一方が他方のアクセスをブロックする占有侵奪が発生したのである。事業連関に分節が欠け、占有、つまり一元的な費用投下=果実収取関係に事業が特化してしまうことが如何に組合、ひいては事業共同にとって危険かということが示されている。

さて、ギリシャ・ローマ史学の基本カテゴリーを用いるならば、ギリシャ・ローマ社会は都市と領域という厳格な(差し当たり空間的)二元構造を有する<sup>27)</sup>。都市は基本的に政治システムが営まれる空間であり、次いで、頂点の政治システムに従属する二次的な政治システムのための諸都市が発達すると、これが高度な信頼関係に基づく取引のための空間ともなる。委任と組合は元来この最後のbona fides上の取引関係に限定して用いられた。他方都市外の空間、つまり領域は生産のための空間であり、当初このみを民法と占有原理が規律する。しかし二次的な政治システムのための諸都市とそこにおける取引が発達すると、後者をも民法が規律し始める(契約法)。所有権は、領域上の生産装置

をbona fides上の取引の場にもたらしたりbona fides平面上の投資対象とするためのデバイスとして紀元前1世紀に新たに登場した。組合はこの所有権を手掛かりに言わば領域に降りようとした、或いは所有権と共に領域の占有をbona fides平面上に引っ張り上げようとした、と思われる。そのためには組合事業の内容を所有権に基づく収益獲得と定めればよいだけであるはずである。領域に降りるとは言っても、組合員が皆で一個の占有をするという必要は無い。一人、もしくはエージェントが占有し、他は出資し、その間で利益を分配すればよいだけではないか。消費貸借で出資するならば出資者はただの債権者であり、リスクを負わないかわりに利益が多くともそれに与れないから、ハイリスク・ハイリターンのために組合が選択され、この場合出資側は既にして一種占有抜きのエクイティー関係に立つ。しかし組合の観点からすれば、その場合の問題は、「それぞれが相対的に独立の事業に関わりながら出資する」というのではなく「ただ投資する」のであるとすると非対称性が生まれるということである。相互に委任し合うことによって、つまり両側から引っ張ることによって、初めて質の高い協働が達成されるということを忘れてはならない。組合の領域降下は単一着地点の占有を独占する業務執行組合員ないし業務執行者の専横を許す。さらには、それをさせまいとする投資者組合員が占有に介入する、つまり悪い債権者の如くに単一の費用果実関係に介入する、道が開かれる。するとその先に、共に単一の費用果実関係をするという画像が現れて来る。

組合のこうした領域降下が大規模に見られたか、つまり農場の共同経営を内実とする組合が元首政期のローマ社会で発達したか、はわからない<sup>28)</sup>。しかし、*Digesta*というテキストの史料価値の低さ、扱い方の難しさ、

25) POSS, 970頁以下参照。

26) POSS, 930頁以下参照。

27) 木庭顕『政治の成立』332頁以下(東京大学出版会, 1997), ローマについてはPOSS, 305頁以下, 参照。二次的都市空間とその領域との関係はPOSS全体で追跡した事象である。

28) 単一の農場の経営を対象とする類型はむしろ古くからpartnershipの実務マニュアル上定番の項目を形成させ、規律さえ独自である。

を差し引いても、元首政（特に前）期の法学者たちの最大の悩みは、組合に関する限り、その領域降下問題であった、ということを用いるように思われる。既に述べたように組合と共有の異同は学説上の争点で有り続け、Arangio-Ruiz は両者の分離にひとまず成功したのではあるが、実は、共有関係があるからと言って必ずしも組合契約が存するとは限らないという見解が正規のものであったということ論証した<sup>29)</sup>にとどまり、組合契約が共有関係を発生させうるし、またこれと両立しうる、ということは当然のこととされた。societas 原型の契約イメージ、つまりとりわけ第三者効の排除、代理の排除、はもちろん彼に限らず誰しもが承認するところであるが、これを共有関係と曖昧に共存させるのが通例であり、組合が合意によっては共有関係を内容としうるという点は分離を最も徹底させた Arangio-Ruiz もまた当然とする。しかし、紀元前 1 世紀前半における変化の向こう側に突き抜けて遡れば、両者が排斥し合う本来の像が得られるのではないか？ これが Plautus に着眼すると同時に Cicero のテキストをディアクロニク<sup>30)</sup>に読むわれわれの意図であった。組合と狭義の共有レジームは或る特殊な歴史の過程を通じて接近したのではないか。このことは組合が相続を発生学的故郷とすることと互いに排斥し合わないが、元首政期の古事学的傾向によって発生学的故郷を強調する背景には特定のバイアスが有りうる。そしてその歴史的過程とは組合の領域降

下なのではないか。もっとも、差し当たり共有関係と領域降下は別の次元の問題である。既に述べたように“communis”という語も典型的な共有レジームを前提せずタコヤキ・モデルの宙ぶらりん状態について用いられたのである。領域降下をし、かつ“communis”という語を用いてなお、狭義の共有レジームに陥らないということは論理的には可能である。しかし、事実として、つまりおそらく一種の混乱として、組合と狭義の共有レジームが融合していったとするならば、その理由は領域降下だったのではないか。このことは Cicero の法廷弁論からする限りは強く疑われる。そして、Arangio-Ruiz による限り少なくとも正規の観念においては組合と共有の区別は貫徹されるのではあるが、しかし他方、区別の必要を説く法学テキストの存在は却って混同の傾向の存在を物語るとも言えなくはない。端的に混同するテキストも有り、現代にいたるまで論争的であるとすると、その根源に、次第に混同されるようになったという歴史的動向が有ったのではないか。

Digesta の全断片から societas 関連のものを網羅的に抜き出すことは不可能であるが、よく引かれる代表的なテキストを一瞥するだけで、まず Quintus Mucius Scaevola と Servius Sulpicius Rufus<sup>31)</sup> の間の論争がテキスト断片群の最も古い層に属するというを知りうる。つまり紀元前 1 世紀前半から半ばの二世代間の論争であり、論点は societas leonina であった<sup>32)</sup>。一方が利益のみを、他方が損

29) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 50ss.

30) 「ディアクロニク」という語が、「通時的」という訳とともに「時系列上の変化を辿る」という意味に用いられることが有るが、極めて遺憾である。元来構造主義言語学の（音韻論の）術語である以上は、同一の構造上に、つまりサンクロニクには同一のシステムの上に、微妙なシフトが見られるということを目指す。逆に言えば、それらを貫通するからこそ（サンクロニクな）構造なのであり、他方、ディアクロニクに捉える場合にも、表面のヴァリエーションを見るのではなく、様々なヴァージョンを通約する何かを見ていなければならない。そうでなければ、まずはクロノロジクな変化に過ぎない。

31) この両者については、Schivone, *op. cit.*, p. 25ff. が決定的である。一般に法学史の水準を塗り替えた研究であり、以後 Digesta 諸断片を解するときにはこの水準を踏まなければならないこととなった。現にそうした水準を踏まえた (Lenel のそれに替わる) 新しい Palingenesia を作成する作業は Schivone を中心とするグループによって開始されている。

32) D.17.2.30(Paulus, 6 ad Sabinum):Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat:Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto:sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. なお、Mucius も Panurgus のようなケースの限りで純然たる bona fides 上の societas でないものを

失のみを、取る組合を無効とする *Mucius* に対して、*Servius* は条件付きで認める。単純に利益が一方に、損失が他方に、直行で帰属する合意は無効であるが、組合帳簿のところ一旦利益と損失を手じまいした上で計上された利益をどう分配するかは契約の自由の問題であるというのである<sup>33)</sup>。*societas* 原型においてもこの種の長期の損益計算をすることは帳簿上不可能ではないが、 $S_1$  も  $S_2$  も一旦組合財産に全てを組み入れた上で改めて利益を取り戻すとは考えにくい。事業に関わるその経過において求償を受け、(取るなら)利益を先取りする。*Servius* の問題設定は、そうではなく費用果実関係が一旦オートマティックに完結し、これを分け取る、ときに意味を持つ。既に活動に非対称性が存し<sup>34)</sup>、それに人を割り振って一方が農場を営み他方が出資のみするということもありうる。このとき、出資する側は損失の方は引き受けないという(一種の有限責任の)合意を付加する誘惑は大きいであろう。そしてそもそもこうした関係が成り立つのは、(単なる債権者と)はまた違って利益には無限に与る以上、それは物的な関係であるが、(そういう)物的な関係に立ちながら同時に損益手じまいのみをす

ればよい(リスクは転嫁する、つまり占有からは距離を取る)という(地に降りながら地に着かない)ボックス席(サブリースによってリスクをヘッジした所有者たる地位を考えればよい)が個別の占有=費用果実関係に設置され、かつここに複数人が座れるからである。

このボックスは所有者たる受益の地位に対応するから、これを DOM ボックスと名付ければ、*Servius* ないし *Servius* の弟子達は組合の領域降下を認めつつもそれをこのボックスまでにとどめることに腐心したと考えられる。損益を一旦手じまいさせるのは、損益に直接個々の手を染めること、本当に領域に降りてしまうこと、は許さない趣旨である。*Servius/Alfenus* によれば、*socius* たる所有者 *dominus*= $S_2$  は、自分の農場管理人 *procurator* が一存で  $S_1$  に解散を通告しても、これを有効としたり批准したりしうる、という<sup>35)</sup>。*procurator* が下部を押しえて DOM ボックスが堅固に構築されていれば、*procurator* の投資目的達成判断によって直ちに組合を解消しようというのである。組合は初期投資を呼び込む手段であり、所有者躯体が立ち上がったならば以後所有者たるヴィークル

想定し始めているが、(本文で後述する) DOM ボックスの損益計算ではなく、あくまで帳簿と金銭評価 *aestimatio* を共同するものとする (D.44,7,57=Pomp.36, ad Quintum Mucium: In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit aliud qui cum his contrahi, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu constituit.)。

33) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 97ss. が決定的である。つまり、Gaius (Inst., III, 149 Riccobono: Quod Q. Mucius <contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia) が極めて単純な無効説対有効説の対立を伝えるところ、前者が *Mucius* に違いないものの、後者に関してはテキストが壊れており、ここを *Servius* で補う通説に対して Beseler (*SDHI*, 4, 1938, p. 205ss.) が *Cassius* に直した。これに対し Arangio-Ruiz は本法文 D.17,2,30 の *Servius* が単純な有効説を唱えるものでなくむしろ相手の *Mucius* 説を繊細に彫琢する(結果部分的に有効とする)ものであると指摘した。F. Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 26s. は Arangio-Ruiz が Beseler を批判し単純に通説に戻した趣旨で論ずるが不正確である。かつ、例えば D.17,2,29,2: Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare から *Cassius* に早くも単純有効説を見ることは十分に可能と思われる。つまり DOM ボックス内追い込みが失敗に終われば、損益差し引きを待たずに売上からいきなり上前をはねる優先弁済債権者のような出資者が現れよう。実質上費用果実関係に手をつっ込んでいるのである。

34) Bona, *op. cit.*, p. 24ss. は、Gai. Inst. III, 149 や Inst. III, 25, 2 を根拠に、*Servius* が占有内費用(労務)を負担する組合員の寄与を考慮するために損益分配をより柔軟に解したとする。*Servius* が非対称性を考察したことは確かだとしても、費用償還と利益分配を混同したとは限らない。その種の費用償還が問題になるということ、利益分配につき柔軟に合意するというこの間に関係は存しうるが、二つのことを短絡させるわけには行かない。おそらく *Servius* の考えが通説化教科書化するときに短絡が生じたと思われる。後述の隔壁崩落のコロラリーである。

35) D.17,2,65,8: quod *Servius* apud *Alfenus* ita notat: esse in potestatem domini, cum *procuratori* eius renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem.

が運転されていくだけでよい。S<sub>2</sub> さえ物的には農場を押さえていなかったのであり、これが非対称性を緩和している。農場のケースではないが、Alfenus は、二人が共同で文法を教え利益を共同する組合において、違約罰を定めた stipulatio が組合訴権を消尽させないという<sup>36)</sup>。たまたま S<sub>1</sub>S<sub>2</sub> 双方が同一の費用果実関係(実労働)に携わるが、それを規律するためのペナルティーは占有内問題であり、DOM ボックスで計算した以降の分配に関わる組合訴権とは関係ないというのである。DOM ボックスの床が抜けて両者が同じと概念される後述の把握との差異は著しい。

所有権躯体を基礎として組合を構築するという立場を受け継ぐのは Labeo であったと思われる。そしてそれを伝える媒体は Proculus であったかもしれない<sup>37)</sup>。Labeo は、(何時でも解散しうるが故にこそ却って高度な信頼を育むという bona fides の精神に基づく解散自由の原則にかかわらず) 組合を解散させない方が組合員の利益になる場合には、

関係解消を被った側が組合訴権を行使しうるとした。例えば共同で買った“mancipia”を今売ったのでは損失が出る場合、そうでなければ正しくないというのである<sup>38)</sup>。“mancipia”は文字通りには同一占有内労働人員(「奴隷」)だが、法学設例特有の表現であり、実質農場経営体のことであると解しうる<sup>39)</sup>。組合契約の解消は共有物分割、つまり競売=農場解体を意味するから、Labeo は going concern value を見ていることになる。取引を通じての利益を分配しようというのではないが、何かを共同で利用しようというのではなく、資産としての果実産出体の保持、しかもキャピタル・ゲインがねらいである。Labeo はしばしば考えられない逸脱に対してからかうように鋭い警告を発するスタイルを有するが、そのような調子で、組合員の一人が利益を得たのに組合財産にそれをもたらさずその金銭で利殖をしたとき、その組合員は高利を支払うべしという<sup>40)</sup>。一方で、確実に差額を得るのではなくスペキュレーション、つま

36) D.17,2,71 は Paulus による Alfenus, *Digesta* の要約からの断片 (51 Lenel) である。Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset—pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati “ea ita dari fieri spondes?” sed “si ea ita facta non essent, decem dari?” non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam……et ideo societatis iudicio agi posse. 前半はペナルティーを組合訴権で求めることはできないと言い、後半は、(論理的にはトートロジーだが) 何故ならば stipulatio につき訴えた後でもそれは(誓約文言を根拠とする)ペナルティー分だから組合訴権本体がまだ残っている、と論ずる。

37) D.33,6,16=34 Lenel は Proculus が Labeo の著作に付したテキストそのものであり、Lenel は、ここからして 35ff. において Labeo/Proculus と彼が見えず断片を集める。殆どが Iavolenus によるテキストであることが注目される。

38) D.17,2,65,5(Labeo, 237 Lenel=Proculus, 36 Lenel):Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione:nam si enimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. cf. Arangio-Ruiz, p. 154s.; Bona, *op. cit.*, p. 83ss.. Bona が気付く通りこの Paulus 文においては Proculus/Labeo のプレゼンスが顕著であり、引用文に続いて、Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem:semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. というテキストが置かれる。解散が組合資産価値減少でなくとも個別組合員の利益を害する場合にさえ認められないというのである。その個人が何かリエゾンによる利益を得ている場合などであろうが、原型であるならば組合の事業範囲内でさえ互いに独立に遂行される。その外の活動への影響が問題とされるということは、組合自体の物化が進んだ証左であると考えられる。Arangio-Ruiz は解散の自由を制約するのではないかと「内容上の疑問」を呈する。

39) 前掲掲 38) の Bona のように、奴隷を市場で短期売買している商人を念頭に置くことは正しくない。組合資産の基底価値減少を問題としているからである。

40) D.17,2,60pr.(Pomp.13 ad Sabinum=Labeo, 280 Lenel):Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait. タコヤキ・モデルにおいて、S<sub>2</sub> が得た金銭はそのままに置かれる。受任者がこれで利殖をすれば破滅であるが、他方、これを直ちに償還しなければならないということはない。ところが Labeo は遅滞を言う。ということは、組合員は直ちに物的な意味の組合資産に利益を移転する債務を負うということであり、ということは、そのような物的な意味の組合資産が概念され始めているということである。

り一攫千金の費用投下・果実収取をする余地が組合周辺に生まれている。他方で、しかし *Labeo* はあくまでそれを *societas* 原型に模し、言わば治癒させ、利得を還元させようとする。さらに彼は、一組合員が奴隷達を移送中彼らに襲われ負傷したという場合、いきなり共有物占有に際して損害を被ったと言うことはできず、差し当たりはその組合員固有の問題であるという<sup>41)</sup>。自分の財産管理が悪かっただけであると。果実産出体としては物的な一体性を重視しつつも占有の次元は個別にとどめる。本当の地面に降ろすつもりがない。

組合の領域降下は直ちには組合員が物的に共同するということを意味せず、DOM ボックス上で極力原型に即した法律構成が維持された、として、そこからさらに微妙にパラダイクマを転換させることに関わった少なくともその一人が *Sabinus* であることはかなりの確度で言いうるように思われる。組合関連の断片の多くが *ad Sabinum* というジャンルに属する<sup>42)</sup>。例によって編纂者が偏ったソースから抜粋したと考えることもできなくはないが、このタイトルを冠した複数の法学者が組合に関連して引用されるので、ジャンル自体が有力なソースであったことを否定しえない<sup>43)</sup>。もちろん *ad Sabinum* は *Sabinus* の考えに従うことを意味しないから、内容を *Sabinus* に遡らせるわけには行かないが、彼により基本パラダイクマが設定され、そのパラダイクマは一個の問題関心を伝達するもので

あった、としても意外ではない。そのパラダイクマ上解決方向はむしろ対立するとしても、基本設定のところでも既に強いバイアスというものが認められはしないか。組合契約の相手が有害な物を構築し財産を害したり自分が享受できなくなるのを恐れ、工事を阻止したり構造物を撤去させたい。その場合、地役権ではなく、組合員としての共有物分割訴権によるべし、というのである。但し、撤去に関する限り組合にとって利益になる場合でなければならぬ<sup>44)</sup>。*Sabinus* は共有について論じたにすぎず、主語を“*socius*”に置き換え、剩え「組合にとって利益になる場合」と書き加えたのはその後の層であった、のかもしれない。それでも、例えば農場を共同経営する関係において地役権を言いたくなる物的関係が生じている。共同経営の趣旨ないし価値を害する行為を阻止するために、*bona fides* ではなく、領域上の連関を主張したくなる状況が現れている。かくして、流石に地役権は斥けられても、DOM ボックス内の関係が損益の関係よりは「共有」の関係と捉えられ始める。少なくとも共有物分割請求を準用し、工事凍結の上、競売にかけようというのである。工事が完了していれば、売却に有利な限りで撤去も許される。明らかに、確かにまだ端的な占有ではなく市民的占有の共同ではあるが、しかしその市民的占有が解体されかかっている。

別の断片は *Ulpianus* もまた *ad Sabinum* を書いたことを示すが、ここで *Ulpianus* は彼

41) D.17,2,60,1:*Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est:impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit*……. この後 *Iulianus* は *vis maior* に関して共同の負担を言う (D.17,2,52,4)。Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 193s. は引用による変成の可能性を無視し、単純に *Labeo* の見解を異端と見る。

42) *Sabinus* の役割の大きさが早くから気付かれてきた点につき、*cf. Bona, op. cit.*, p. 14.

43) *Lenel* から判断する限り、*Pomponius, Paulus, Ulpianus* の“*ad Sabinum*”が存在し、まずその分量が多く、かつ相続に関する部分が大半を占める。*Sabinus* のどの著作という指示をいずれの場合も欠く。特定の農場に場面を設定し相続や夫婦財産制度を絡ませ、その限りで共有を論じ、そこに組合や売買を挿入する、というジャンルの呼称であったのではないかと思われる。*Sabinus* 自身のプレザンスは意外に低いのである。「*Sabinus* 風」を創設した、つまりパラダイクマを設定した、と後から記憶されたのではないか。

44) D.8,2,26(Paul.15 ad Sabinum):*In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat:nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut ad opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli. Itaque* の一文は「組合の場合大きな争いは大概分割訴訟になっちゃうよね」という落書き風感想であり、*interpolatio* であろうとなかろうと削除して読むしかない。*cf. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 37s.. なお *Arangio-Ruiz* にとってはこの地役権回避は物的関係排除の痕跡である。

らしく擬古典的に、特定の価格で何かを売ってくれと頼むのは委任でもなければ組合でもない、と（今日の法律家の耳が痛くなるとしても）余りに当たり前のことを得意げに確認する。そうしておいて *Iulianus* の *Digesta* を引く。*Iulianus* の抜粋対象が *Sabinus* であることは脈絡上排除されないが、*Iulianus* は、土地を譲りコンドミニウムを建てさせ一つの آپルトマンを対価として（ただで）受け取るという契約は決して組合でないという。ふるっているのはその理由である。「組合契約を締結したら所有権者でなくなるなどということがあるわけないだろ（しかし本件では所有権者でなくなっている）」というのである。子供や家畜を共同で育てて高く売るというときにこそ、これは組合だと言うべきだという。不動産開発ケースとは異なり、「ほら、あんたはずっと所有権者のままだろ」という<sup>45)</sup>。物的権能を留保することにより関与しないしチェックをしていく、ということが観念されている。*Sabinus* に存した萌芽を展開したものであろう。衝撃的であるのは、

*Ulpianus* が原則を確認しつつ、不動産開発ケースを組合とは概念しえない *Iulianus* を追認する点である。*S<sub>1</sub>* が土地を購入し、*S<sub>2</sub>* が建物を建て、利益を分配する、ということを実現するならば、不動産信託等々様々なスキームが考えられるが、組合も有力である。その場合、*S<sub>1</sub>* から *S<sub>2</sub>* に土地を譲るような行為は介在しない。受任者が委任者のために買うとき、二人の間に引渡は有っても譲渡が無いのと同じである。*S<sub>1</sub>* は *S<sub>2</sub>* のために買った。*S<sub>2</sub>* は *S<sub>1</sub>* のために建てた。その後、何をどう分配するかは自由である。ところが *Iulianus* は、物的な帰属関係（アパートマンの分配）についての取り決めに着目する。そして組合のメルクマールを当事者の物的関与継続に置くのである。もちろん、*Arangio-Ruiz* が指摘する通り、共有だからと言って組合とは限らないという弁別の意識は存在し、おそらくは *ad Sabinum* の系譜においてこそ維持される<sup>46)</sup>。しかし、どのみち共有物分割訴訟になるのだから、同じことであるという *Gaius* らしいテキストも存在する<sup>47)</sup>。遺贈が二人

45) D.19,5,13pr. et 1(Ulp.13 ad Sabinum):Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium detractiois, sed sibi certum pretium excepit. *Iulianus* libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorretere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit:competit igitur pro socio actio. sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. “abhorretere haec ab area eo” は、「(*Iulianus* が) area 土地区画のケース、つまり不動産事業のケース、から以下の点で離れる（と書いた）」という意味であり、“idem se quod in area dicturum” は、「(*Iulianus* が) 私は area 土地区画のケースと同様のことを言うだろう（と書いた）」という意味である。しかし同時に、それぞれ（むしろ *literatim* には）「そのエリアから離れる」、「そのエリアで言ったこと」とも解しうる。つまり意味を二重にするタイプの駄洒落である。*Arangio-Ruiz, op. cit., p. 70* (“D.15”は“D19”の誤植)は前段を「組合意思」の問題と解するがどうか？ 事業の分節がどこか組合を妨げるという先入見をローマの法学者と共有するのではないか？ だから後段はむしろ組合に適することに気付かずこれに言及しない。

46) D.17,2,31(Ulp.30 ad Sabinum):Ut sit pro socio, societatem intercedere oportet:nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus sepatatim emimus partes eorum non socii futuri. この法文は *affectio societatis* 論の根拠法文である（*interpolatio* の問題を含めて *cf. Arangio-Ruiz, op. cit., p. 68ss.*）。相続遺贈ケースや共同購入ケースが組合に至らない共有レジームとして捉えられている。以下に見るようにそれらにおいては少なくとも組合を類推的に適用するテキストが多い。

47) D.10,3,2pr.(*Gaius* 7 ad edictum provinciale):Nihil autem interest cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit:nam utroque casu locus est communi dividendo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt:sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. たまたま共有をする組合が有ったとしても、組合たると組合たらずるで共有の関係に変わりはなく、どうせ共に共有物分割訴訟になる、というのであるから、弁別説と矛盾することを言っているのではない (*Arangio-*

に対してなされたとき、その二人の間の責任原理が善管注意義務でなく自己の物のための注意義務であるのは、確かに二人の間に *societas* が有るとしても、その基礎が合意ではなく物であるからである、とする断片も存在する<sup>48)</sup>。「単一の物を基礎とする組合」(*societas unius rei*)という術語も使われたと見られる<sup>49)</sup>。領域上の単独エイジェント *nuntius* を使う場合も有る<sup>50)</sup>。もっとも、単独のエイジェントを使う共同請負は組合ではないというテキストも有る<sup>51)</sup>。とはいえ、組合員が DOM ボックス内とはいえ端的に物的な関係に立つという観念は遅くなるほどとどまるところを知らず、例えば以下のような断片が存在する。*S<sub>2</sub>* が死亡したので、共有物分割となるが、*S<sub>2</sub>* は娘につき嫁資を約していた。娘の夫 *A* はこれにつき請求権を有する。*S<sub>1</sub>* の *pro socio*、つまりおそらく共有物

分割請求訴権と習合したもの、と嫁資請求権の関係はどうか。*S<sub>1</sub>* と *A* は共に相続債権者類似であるが、*S<sub>1</sub>* の方は相続人にも類似し、したがって劣後するという結論が導かれる<sup>52)</sup>。劣後は債権者でないこと、占有を意味する。

以上とは別の経路の変化が、*Servius-Alfenus-Labeo* という、最初に領域降下を果たした系譜の延長線上、むしろ *Sabinus* の反対側、*Proculus* のテキストに認められる<sup>53)</sup>。*ad Sabinum* 内の一断片において、原型に近い類型を扱う *Sabinus* が引用された後、不意に *Proculus* が引かれる。*S<sub>1</sub>* が共有物に直接費用投下し、*S<sub>2</sub>* がそこから直接果実収取したとき、*S<sub>1</sub>* は *pro socio* と *communi dividendo* の両方を使えるが、一方を使うと他方は消尽する、というのである<sup>54)</sup>。その処理は一見古典的であるが、前提問題として、組合

Ruiz, *op. cit.*, p. 55ss. はまさにこの断片を弁別説のため勝ち誇るように引用する)。しかし共同購入ケースが組合側の事実上の典型であるかのように書かれていることも確かである。

48) D.10,2,25,16:talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit:nam et has coniunxit ad societatem non consensus, sed res. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 59 はこの断片を、“societas” が明示されているにかかわらず、「だから共有と組合は現に区別されているではないか」と言うために使う。

49) D.17,2,5pr.:63pr.:65pr.

50) D.17,2,4pr.:Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est. cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 58s.. “per nuntium” を合意の手段と解するが、何故 “re” と並行なのか説明がつかない。

51) D.17,2,33: Ut in conditionibus publicorum item in emptionibus:nam qui nolunt interse contendere solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen ex communiter gesto tenetur. 公共工事の請負と同様、共同購入の場合も、一人のエイジェントを使ってするのは全然組合でないといわれる。事実のレベルだからで、後見人の裁可無しに被後見人が組合を結んでも無効であるのと同じだという。“communiter gestum” という責任 (cf. D.17,2,32) しか、つまりおそらく *in factum* の訴権に対する責任しか負わないというのである。合意によって別々の行為が高度に協働するのが組合で、一つの閥鍋をつつく JV は決して組合でない!と言っている。

52) D.17,2,81:Si socius pro filia dotem promisit et prius quam solveret herede ea relicta decessit:quae postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est. quaesitum est, an, si pro socio ageret, dotis quantitatem praecipere deberet, si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur.

53) 但し、*Proculus* が *Sabinus* と何か一貫した立場や理論上の対抗をしたというのではない。領域の構造、所有権を支える躯体の構造、について見解の対立があったとも思わない。*Sabiniani* と *Proculiani* の対立にその種の意味が有ったわけではないという通説に従う。*Proculus* が組合の問題に関して何であれ *Sabinus* とは反対の線を出したということとどまるかもしれない。

54) D.17,38,1(Paul.6 ad Sabinum=Proculus, 31 Lenel):Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividendo me consecutum et altera alteram tolli Proculus ait. おそらく DOM ボックス内での古典的な形姿を追求した *Sabinus* の断片に続けて卒然とこれを貼り付ける *Paulus* の無神経な感覚が興味深い。むしろ、そういうケースにおいては組合訴権ではなく共有物分割で行けという *Gaius* の D.17,2,34 (Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus merceus unus perceperit vel deteriorem fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividendo) に古典説の残滓を見るかもしれない(「共同相続人の場合はもちろんのこと、そうでない場合も」と、相続の結果たる共有を堂々と組合と混ぜて来るのではあるが)。組合解消後に共有物に費用を投じた組合員は組合訴権を使うことができず共有物分割の計算に際して考慮されるだけだという D.17,2,65,13:Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse. sed communi

員は、DOM ボックスのハッチを開けて下に降り費用投下・果実収取に直接手を染め始めている<sup>55)</sup>。まるで苦楽を共にする如くに利益も損害も共にするのだと、Manlius Capitolinus 風、ということは共和初期領域風、に高らかに謳われる<sup>56)</sup>。Proculus を離れるが、持分自体が物的に概念されることも始まる。S<sub>1</sub> が三頭、S<sub>2</sub> が一頭、馬を供出し四頭立てにして売る組合契約で、その一頭の方が売却前に死んでしまったとき、つまり共有物が滅失したとき、どうするかという問題が立てられ、S<sub>2</sub> は対価に与れないという答えが用意される<sup>57)</sup>。その一頭が死ななかった場合の引渡に至って初めて二人が二人がかりでエイヤと引き渡すための二人がかりの占

有というおぞましいものが出来上がる（それが成立した組合関係だ）というのであろう。

領域降下が“fundus”という形で端的に現れることは法文上は多くない。そもそもその場合にはまだしも所有権という歯止めが存し、DOM ボックスという装置が有った。Proculus に見られるその外での端的な着地の起源は、別ルート、即ち消費貸借ではなかったかと推測される。本来 bona fides に服すべき取引空間 = 銀行が組合を通じて消費貸借をするのである。こちらの側では早々に Labeo において一步が踏み出されたようである。Proculus は、S<sub>1</sub> と S<sub>2</sub> が金銭を出し合っ

て組合の名で高利貸しをする組合について扱う<sup>58)</sup>。Labeo-Proculus-Neratius の線上にお

dividendo iudicio huius quoque rei ratio haberetur: nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest. にまで先述 D.17,2,65,8 (前掲注 35) 参照) の“Servius apud Alfenum”をかけることができるかどうかかわからないが、両者をテクニカルに区別する姿勢からしてこれが同一系譜上の Proculus 以前に遡ることはほぼ確かである。

55) Cf. D.17,2,62(Pomp.13 ad Sabinum=Aristo, 20 Lenel): Si Titius cum quo mihi societas erat decesserit egoque cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interese, utrum per se partes meae vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. 「Neratius も Aristo も」は、実質的に (1-2 世紀の変わり目頃における) 「Proculiani も Sabiniani も」を意味する (vgl. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz, 1967, S. 131, 141, 144)。S<sub>1</sub> が S<sub>2</sub> の表見相続人 A と一緒に共有物を売り、対価を山分けしたところ、真の相続人は B であると判明、B は S<sub>1</sub> にも請求しうるか、それとも A だけにか、と問われる。

56) D.17,2,67pr.(Proculus, 93, Lenel): Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur. sed si pretium communicatum sit sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? Sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliis servari non potest, rationeque defendi posse, quoniam, societas cum contrahitur, tam lucrum quam damnum communio initur. 組合の決定を受けて共有物の売却を委任された組合員は、代金分配に際して (売主の責任を将来第三者から追及された場合に備える) 宣誓保証を得るべきである。しかし、この宣誓保証抜きに彼が代金還元をしてしまったとき、もし組合員の中に支払い不能の者が居て (担保責任を支払った分の) 求償に応じえない場合、他の者にその分を請求できるか? (無理であるように見えるが) 「しかし Proculus は」、他の者達が負担すべきだと考え、かつ十分に理由付けようと考えた。「組合契約を締結した以上は利益も損害も共同するのじゃ」。「共有物を売る」という観念、代金をさっさと分配するという観念、担保責任 (の観念自体も異とするに足るが、これ) を問われた時にその都度分け直し組合財産保存の観念が無いこと、いずれも特徴的である。なお、Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 85s. はこの断片を、他の組合員が第三契約者と直接の責任関係に立たないことの例証とするが、それは当たり前で、この断片が示すのはもっと微妙な変化である。

57) D.17,2,58pr.: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

58) D.17,2,67,1: Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usuraeque perceperit, ita demum usuras parti debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. 衝撃的であるのは、高利貸しないし消費貸借が登場するというばかりか、「共有の金銭」を組合の名で貸したときは山分けだが、個人の名で貸したときには全取りしてよい、と言われる点である。つまり共同型がありうるというのではなく、委任型が排除されて共同型でなければ

いては、銀行を営む組合につき、 $S_2T_2$ 間の特約・和解・更改等に基づく $T_2$ の人的抗弁を以て $S_1$ に対抗しようとされる。 $S_1$ も $T_2$ に対し連帯債権を持つことに見合うというのである。そこでLabeoが引かれる。Labeoは、たとえ $T_2$ が $S_1$ に直接弁済することを認めるにしても、だからと言って( $S_1$ が直接の契約当事者になるわけではないから) $S_1$ は更改することはできないというのであり、微妙なズレが有る<sup>59)</sup>。delegatioやacceptilatio等の債務処理においてショート・カットがなされるとしても、組合の契約的骨格、したがって抗弁承継関係を左右しないというのである。金銭債権が平準化し信用の都市領域区別が解消した結果たまたま $S_2$ をスルーする関係が生ずることが有るとしても、連帯債務の反射的效果で $S_1S_2$ に共通に抗弁が及ぶというのではないというのである。しかしProculusは直接効というところだけを取り出してLabeoを論拠に使った。組合＝銀行がお金を集め積み上げどっと消費貸借する方向が芽を出し始めている。翻って考えれば、連帯債権債務という概念自体、それが組合に適用されること自体、組合原型からの致命的な逸脱が始まったことを意味する。ひとまず $S_2$ が全てのリスクを引き受けるのでなければ重大なモラル・ハザードが生じるからである。

組合を概念できないというのである。もちろん、quoniam以下の従属節が明らかにする通り消費貸借だからこそであり、およそ全ての事業に関して言われているわけではない。しかしまさに消費貸借のような事業への進出こそは共同型を余儀なくさせるということでもある。なお、LenelはProculusに帰せしめないようであるが、直前の67pr.(前掲注56)を受けると考えるのが自然であるように思われる。つまり“Si unus ex sociis”という書き出しが共通である。Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 86s. はここでも直接効果がまだ認められていないことを以て満足する。稲穂を全て刈り取られてしまってもまだ茎が残っていると言うようなものである。

59) D.2,14,27pr.:Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Attilius Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere:tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo:nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur:sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi crediderint, licet novare non possint. “Si unus ex sociis”というstilèmeがここにも登場する。Labeoの後段は、プリンシパルへの弁済を知ったエイジェントに更改が許されるわけがない、というもので、Labeo好みのマネージャー事例である。しかしLabeoはこれと組合における抗弁遮断問題を一緒にする気は無かったであろう。なお、Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 83はこの法文から連帯債務を言い、原型に連帯債務を含めて違和感を覚えぬ。物的関係の側には神経質であるが、消費貸借となるとノーガードである。なお、JVに関する後掲注68)を参照のこと。

60) D.17,2,47(Ulp.30 ad Sabinum):Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit. Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt. というわけでCelsus, Iulianus, Pomponiusが列を作る。前段はcondictio ex causa furtivaならばactio poenalisではないから重畳し消尽するというものであり(cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 195s.), poenalisという機能面でしか区別できず、そもそも組合訴権がbona fides上のものであることなどすっかり忘れていた。

61) D.17,2,45(Ulp.30 ad Sabinum):Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet:sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet.

そしてついには、「一人の組合員が共有物に損害を与えたときには、他方の組合員は不法行為訴権を使いうる」とまで言われるようになる<sup>60)</sup>。しかも「いや、組合訴権も使えるが、一方を使ったならば他方は使えない」と錯綜する<sup>61)</sup>。同じad Sabinumというジャンルの内部においてである。その果実をくすねることができるのである。くすねられた方は、自分が直接果実採取する分を奪われたと感ずる。原型におけるのであれば、組合員や業務執行者が受任者として先に何かをし、高々求償を求める訴訟のみが起きる。窃盗不法行為訴権は概念しえないのである。

Proculus 辺りから始まり、消費貸借関連ではさらに早くから始まっていたと見られる、この傾向は、結局所有権を支える構造すら崩れ、何か(あれほどSavignyがありえないと言った)「共同占有」の如き物が現れる過程である。翻って言えば、そもそも領域降下は、物的な関係の中でなければ互いに相手を信頼できなくなったことに対応する。原型においては、互いに他人のためであるということさえ知らぬふりで、しかし相手はきっと自分のためにやってくれるだろうと信じ、とにかく自分のすべきことをしたのであった。一人一人の高度な自由が保存されたまま、完璧な共鳴が達成された。極めて質の高い協働

が生まれていた。

もちろん、テキストの上で、しかも極めて恣意的に集められたテキスト上で、如上の変化が認められたとしても、この事実の評価は非常に難しい。紀元前 1 世紀における所有権の発達、Labeo つまり Augustus の時代における概念構成の精緻化、くらいまでは何とか論証可能であり、そうした社会変化の中で組合の領域降下は現実のものであったであろうということまでは相対的に高い確度で言うことができる。しかしその先、Sabinus/Proculus のレベルに認められるのではないかと推測した変化は確かなものではない。そもそもこの二人の年代、つまり prosopography 自体確かでないし、紀元後 1 世紀第 2 四半期という大方の推測に従ったとしても、同時代に関する他のデータとの突合せをしうる状態にはない。そのような蓄積が歴史学自体に無い。ただ、DOM ボックスへの追込みとその DOM ボックスの崩壊が、対抗的にはあるが非常に早い時期に訪れたという予想は立つ。そして、断片群は高々紀元後 1 世紀の残影をいつまでも映し、Pomponius/Iulianus レベルで最早 *societas* は記憶にしか過ぎなかった、のではないか。相続等に際して偶発的に発生する状況処理するためのモデル<sup>62)</sup>ではあっても、経済社会の中で信用を形成する重要な用具であることは最早決してなかったのではないか。

## 7 本件契約を修正する

以上で少し覗いて見たようなテキストを基礎として、中世以来のヨーロッパの人々が思

考と経験を積み上げ、これを基礎として近代の日本の人々が思考と経験を積み上げて来たわけであるが、この長いトンネルの中を解剖する仕事は余りにも膨大で、若い研究者達に譲らざるをえない<sup>63)</sup>。その長いトンネルを抜けたところに本件、即ち「姫騎士リリア」事件が起こったと仮定しよう。不思議なことに、トンネル部分を隠して見るが故に見えるという要素が見えて来る。それが見えて来ると、契約が元来どうでなければならなかったかということがはっきりして来る。

まず本件契約が請負ではありえなかったことは疑いない。元来の *locatio conductio* であれば、*conductor* たる Q が定まった対価を払って仕事をし、自ら販売して元を取る。これは P の著作権を使用する、通常実施権を得る、契約となる。近代の請負の場合は、対価の向きが逆転し、Q は対価を得て成果を P に引き渡す。これは問題を惹き起こしやすい形態であるが、しかしこの場合でも対価は予め定まっている。しかるに本件では、対価を定めず、利益に応じて分配するというのであるから、これはいずれの *locatio conductio* でもない。かくしてそれはいずれにせよ組合に近い。そうであれば、組合として一定の合理性<sup>64)</sup>は追求されなければならない。

Q の費用投下の部分において問題が発生したということは明らかである。第一にそもそもどこまでが契約の趣旨に合致した合理的な費用投下なのかが曖昧であり、第二にその負担区分について曖昧である。その前提として、P と Q が共に費用投下するのであると考えられており、実際には Q は P に無際限に寄り掛かって行った。反対の側では、これ

62) 今回は *societas omnium bonorum* について論ずることはできないが、Gaius 等に従い相続という故郷から自然に導かれる形態であるとする (cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 120ss.) よりも、再度相続過程に吸収され営利性を後景に退かせた形態とする (Bona, *op. cit.*, p. 104ss.) 方が説得的である。例えば P 死亡後息子兄弟 S<sub>1</sub>S<sub>2</sub> が相続財産をそのまま *societas* とするのだが、このとき彼らの全資産がそこに含まれる、つまり相続財産以外に資産を持たない、ことが前提となる。息子たちが少なくとも相対的に独自の経済活動をしていなかったということである。緩やかに資産がこうした分節を欠くようになったことと関係するであろう。相続財産が拠り所とする都市がそのような経済活動を展開する場であるというよりも、単一的資産の束と化しているものであり、単一的資産の典型は単一の所有権ないし大土地所有であろう。都市参事会層の資産がそのように変化したということである。単一の所有権ないし大土地占有となったことの証しと思われる。D.26.7.47.6 におけるように商業に携わっても同一の構造を作る。Gaius 等の術学的復古的概念構成の裏にあった事情と思われる。

63) 今回は近世以降の、そして日本の、立法史・学説史について一切言及しないこととする。若い研究者たちに託す。

64) 石川博康「典型契約冒頭規定の存在意義」法教 406 号 33 頁以下 (2014) に優れた記述が有る。

に応じて両者は闇鍋を共につくように利益を山分けするのであると考えられた。つまり「そのようにして果実を共に収取すること」と「組合における利益分配」とは区別されなかった。この点と深く関係しているのが「出資」なるものの性質である。これが直ちには払い込まれなかったことはむしろ評価する。これがやがて費用に充当されるということも問題ない。しかし、どのみちやがて費用に充当されるからと言って組合資産を費用が素通りしてよいわけではない。同様のことは利益についても言うことができる。どのみち組合員に分配されるからと言って組合資産を利益が素通りしてよいわけではない。それどころか、出資は利益計算の基礎となる。分配の比率を決めるというのではない。出資を上回る分が初めて利益たるのである。組合は、一旦利益を組合資産に置いてこれを留保するのか分配するのかを厳密に議論しなければならない。出資分と利益分を区別するこの線は幾何学の線のように会計上帳簿上のものであり、抽象的な思考力が要求される。いきなり二人で働くかわりにいきなり二人で手を出して獲物を貪り食ったり山分けしたりする山賊には所詮無理な代物である。

かくして、契約においては、「Qの費用投下につき、組合ないしPは合理的と厳密に判断される限り出資比率に応じて求償に応ずる」と明記されなければならない。ここで審査が入る。Qは、これは他人のためにしているのであるから、厳密に遂行しなければならない、必ず相手は引き受けてくれるだろうと信頼し切ってしまうのではあるけれども、しかし厳密さが欠ければリスクの全ては自分が引き受けなければならない、という緊張を強いられる。このことは、主としてQの取引相手に重大な作用をもたらす。取引相手というのは、原材料供給者、労働力供給者である。彼らもまたQを信用して取引するであろう。しかしそのとき、PQ間の信頼関係は重要なメルクマールになる。Qは自分勝手にやっているのではなく、少なくともPとの関係で縛り合っており、それは一定の経済的合理性を厳密に議論してのことだろう、と判断するのである。Pとて同じである。まず著作権

を無償で使わせる。これはQにとって大きなアドヴァンテージであるはずであるが、判決は顧慮しない。PとしてはQを全面的に信頼し、きっと優れた成果がもたらされ、その結果第二次的に、販売から利益が得られ、著作権提供の分が回収されるだろう、と考えたはずである。労働力を安く調達しよう、社会的費用も浮かせよう、信用できないから口も出そう、その替わり仕方がないから「おかあちゃん」と泣きついて来たらお金を出してやろう、では話にならない。Pの取引先についても同様である。PQ間の固い信頼関係を見て仕入れに入る。商社が入れば予め支払われる。「連結のポイントごとにチェックがなされている」と信頼できれば安心である。さもなければ現物をチェックして現金で買う。

以上の全部が合意において全くイメージされていなかったと考えられる。契約は合意に依存し、合意は将来につき絵を描くことを意味する。優れた絵には伸びやかさが備わる。中の当事者は創造的に振る舞う。しかし、この「姫騎士リリア」事件においてはそうはならなかった。どうしてであろうか。少なくともPは「委員会方式」という語に誘導されて組合に接近した。しかしタコヤキ・モデルは思いもつかないことであった。何故思いもつかなかったらうか。何よりも領域降下は必然であった。製造・製作が事業の内容である。ここへ信用を投下しなければならない、Pが有する販売上の信用をここへ連結しなければならない、というのは近代の条件であり、われわれがローマにおける所有権成立前に戻ることが許されないのは当然である。しかし、ならばこそ近代は領域降下しながらなお組合のエッセンスを失わない離れ業に挑戦しなければならないのでないか。降下しながら見事に再浮上して見せなければならなかった。このことが全く意識されなかった。それどころか、組合を領域降下させる以上はハッチ開放型以外にないと思い込んだ。否、そもそもこれ以外のことを全くイメージしていないのである。初めから一緒くたに材料をぶち込み、一緒くたに鍋をつつく。互いを利用し、互いに寄り掛かり、あわよくば出し抜いてうまい汁を吸おうとする。山賊同士

の結託と変わらない。法律家が関与すればよかつたか。双方の訴訟代理人ばかりか裁判官もまた必要な想像力を持っていない。彼らの勉強不足であろうか。共有をしも合有と解する日本の法律学がその部分においてハッチ開放に加担していると言えるかどうかはわからない。混乱を指摘する余地さえ無いほどに内容が無い。分量さえ無い。おそらく P や Q の頭に作用したのと同じファクターが作用したに違いない。では日本の法律学がヨーロッパの法律学、はたまたローマ法の勉強を怠ったか。おそらく、勉強し過ぎたということはあっても勉強しなかったということはなかったであろう。

問題の射程は思いのほか大きい。その全部につき論ずる場ではないが、一点のみを示唆するとすれば、Q 内部のことを考えてみよう。組合はもちろん信用の一形態であり、Q から見れば信用を得て活動を開始したのである。その活動は領域上のものである。つまり物的な脈絡において労働を投下し果実を得る。組合にとっては領域降下を意味し、だからこそこの混乱の全てが生じたとも言うことができる。しかしそこを敢えて踏みとどまり、提案したように強引にでも組合原型に即して契約を詰めていればどうであつたらうか。雇用契約や請負契約を通じて具体的に働く者は組合から見ると第三者である。いや、正確に言えば、第三者でありうる。P と Q のもたれかかり合いは無定量の曖昧な費用投下をもたらす。ひょっとするとそれは働く者にじゃぶじゃぶと流れて来る金銭を意味するかもしれない。しかし無意味かつ無定量に働かせることを意味するかもしれない。現に P は結局なかなか支払わなくなった。その皺寄せはどこに行っているであろうか。組合原型は、占有内部において労働する者の取り分を大きくするかどうかはわからないが、少なくとも厳密にし、何より信頼に基づくものにす

る可能性を秘める。つまり占有内の関係をその外に引っ張り出し、独立の当事者の間の関係にする。裏から言えば、領域降下のリスクは、協働の契約関係が占有内の曖昧な関係の中に引きずり込まれる点に存する。しかるに、この後者は現代の世界において依然凡そ暴力、不安、経済非合理性等々の温床であるから、組合原型復原の意味は存外大きいと言わねばならない。つまりその分法律学の責任は重大である。

## 8 かりそめの概観

「姫騎士リリア」事件を離れて日本の一般的状況を見るとどうか。「組合」が意識される場面のみを取り出して検証することは方法論上誤りである。少なくとも、ローマで紀元前 2 世紀に現れたタイプの信用、bona fides 型の信用、一般がどうか、とりわけ製造・製作の場面でどうか、を見なければならぬ。その上で、領域降下型の共同事業、とりわけ共同開発・共同製作が現代の日本においてどのような法的な形態においてなされ、どのような法的な問題を抱えているのか、に関する実証研究がなされなければならない。司法の平面に昇ってこないレベルでかなり広範に協働が模索されていることは明らかである。他方、司法の平面に昇ってくる案件を網羅的に見ることは困難であり、そもそもどのように切り出すのか、どのように検索するのかさえ、明らかでない。

そうした中で、あくまで、極最近の判決例をばらばら恣意的に眺めていると、というに過ぎないが、まず第一に目立つのは、組合が租税回避のためのトリックに用いられるケースである。隔壁が抜けて各組合員が直接費用果実関係に立つという概念構成は、費用つまり減価償却費を組合員の包括所得計算において勘案させるということをも可能にする<sup>65)</sup>。

65) 最判平成 18 年 1 月 24 日民集 60 卷 1 号 252 頁 (映画の購入、配給委託)。結局この類型においては、S<sub>1</sub> が S<sub>2</sub> の領域降下に便乗しその費用投下(フィルムの減価償却)を包括所得計算上含ませるのであるが、実際には(組合自体というより)組合から locatio conductio を通じて引き受けた C (しかも映画の売主)が業務執行者として領域降下する(循環取引、実質は匿名組合)。そこを最高裁に突かれ、S<sub>1</sub> は(共有ないし合有のつもりだろうが)そもそも所有権にありついていない、つまり領域に降り立つに至らなかったと切り捨てられた。本来は、そうでなくとも組合である以上は減価償却は認められないと結論付けるべきであつた。

共有レジームを信じ切って組合＝「パススルー課税」という思い込みが存するからである。本来はまずS<sub>2</sub>が租税を独自に負担し、これを組合資産から差し引きうるか、S<sub>1</sub>に対して求償請求しうるか、という緊張感が存在するはずである<sup>66)</sup>。初めから節税のみを目的とする投資に誘われたS<sub>1</sub>は何もS<sub>2</sub>をチェックしないし、楽ではあろうが、騙されやすいだろう。このような租税回避を否認することは信用に正しい形態を与えるという観

点から極めて重要である。いずれにせよ、ここでは民事法の混乱を奇貨として悪用する人々が躍動した。

第二に、JVの問題が存在する。まず、これが公共事業請負のための談合組織として使われ摘発され、自治体からの賠償請求訴訟を招いているのである<sup>67)</sup>。さらには、多重的請負関係の中で、「姫騎士リリア」事件におけると同じく、請負契約上の責任を回避するために使われる<sup>68)</sup>。組合は請負よりなお一

66) 租税法上の問題に立ち入る資格は無いが、課税が私法上の「資産の帰属」を尊重すべきであるのは占有を基準として課税しなければ市民社会＝経済社会が壊れ元も子もないからであり(瀧圭吾「所得課税における年度帰属の問題」金子宏編『租税法の基本問題』200頁以下(有斐閣, 2007)), 帰属する「資産」は資産の占有や市民的占有を含め様々な占有であり、当事者の意思が尊重されるのはこの占有を動かす限りである。本件の場合当事者は租税回避のため本当に占有を「パススルー」の方向に動かしたつもりなのだからそれを否認することはできないケースである。租税回避を認めないためには、「キツネではなくタヌキを欲したぞ」と言うのでなく、「キツネは課税される」ことを論証しなければならない(藤谷武史「判批」租税法研究29号165頁以下(2001))。さてキツネつまり組合であるとした場合、S<sub>2</sub>個人の所得とは別の所得が一旦発生したことは疑いない。かつ、組合資産への組み入れは計算上にとどまり占有移転は無いから、S<sub>2</sub>段階での一旦の所得計算は免れない。費用はここで勘定されてしまう。第二段階でも組合資産のところに第二次的な所得が発生するという事は無く、所得はスルーし、利益分配後に各組合員の個人包括所得に流れ込む。費用は無関係である。さて、これらにどのように課税するかはまさに難しい問題であるが、翻って考えればその点では基本的に法人税と同様である(「導管課税」と「実体課税」というドグマに陥ることなく法人課税に導管フィルターを見る増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究30号1頁以下(2002)、増井良啓『租税法入門』176頁以下(有斐閣, 2014)に素晴らしい考察を見出し、さらに瀧圭吾「法人税の納税義務者」金子編『租税法の基本問題』418頁以下に諸説の優れた概観を見出す)。そもそも所得税自身、(その包括性に現れた)政治的な性質の負担単位を占有(産業の費用果実関係)割に換算するための近似的手段であるが、政治システムの求心力が弱体化すれば組織し束ねるポイントではなく果実ごとに、とりわけ信用の取り分ごとに(短期信用ならば果実と分節的に、長期信用ならば込みで)課税する消費税ないし付加価値税方式が脚光を浴びる(藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子編『租税法の基本問題』272頁以下)。しかしどう課税するにせよ、法人や組合が一旦仕切りを構成することが正しいパラメータを供給する。信用の単位を実質的に判定し果実産出体の外延を画し信用利益分と区分するのである(中仕切り最適化に取り組む藤谷武史「所得課税における法的帰属と経済的帰属の関係・再考」金子宏ほか編『租税法と市場』184頁以下(2014)が占有を信用実質との関係で深いレベルで捉え、組合に関する注50-198頁を含め、見事な見通しを提供する)。

67) 例えば、横浜地判平成24年7月4日(LEX/DB25481909)、横浜地判平成24年4月26日(LEX/DB25483297)。興味深いのは最判平成26年12月19日(LEX/DB25505632)である。ABがJVにて談合し公正取引委員会(以下、「公取」という)から課徴金を食らったところ、注文者たる公共団体Xが特約に基づき賠償をABに請求した。原審は連帯債務として両者につき賠償を認めたが、最高裁は連帯を否定し、かつBについては公取の審判が確定していないとして請求を斥けた。珍妙なのは最高裁がABそれぞれにつき個別の実体で談合違法性を判断しこれに基づいて責任を負わせるアプローチを採った点である。皆で鍋をつつく以上一人一人の箸の汚れを個別にチェックするという含有イメージの作用である。「代表者」(直接契約当事者)Aに対してXが有する(lex poenalisに基づく)抗弁がBに対して有効かというポイントは審理されず素人の判断がなされた。

68) 典型的であるのは大阪地判平成15年7月24日(LEX/DB28100163)であり、大阪の校舎建築に際し元請共同事業体JV<sub>1</sub>から請け負ったJV<sub>2</sub>の一構成員会社が破産したケースである。管財人Xは他の組合員Yに対してactio pro socioないし(Yも破綻＝清算＝解体とした場合)communi dividundoを提起した。ところがYは、「破産会社の下請がJV<sub>1</sub>に代位請求したし、JV<sub>1</sub>が解除して来たためJV<sub>2</sub>には何も支払われておらず、共有分割に値するものが存在しない」と抗弁した。組合は無きが如しであり、そもそも関係自体掴み合う現物がそこにある限りのものと捉えられている。破産会社は工事実績を上げたと認定されており、Yは「保証」の、つまり工事の費用をバックアップし繋ぐ役割を与えられていたが、Yはこの役割を果たさず、それでいてJV<sub>1</sub>からの金銭には与ろうというのであったため、これが実働会社の破綻を招いた。裁判所は請負と法律構成しYの責任を問うしかなかった。関東の物流センター建設に関する東京地判平成14年2月23日(LEX/DB28072545)は、Y<sub>1</sub>+Y<sub>2</sub>+AというJVに関し、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>に対する下請Xの売掛代金請求が組合＝連帯債務の名のもとに認容された。Y側は、「Y<sub>1</sub>のみが代表として業務執行しうるのでAがXと勝手にした契約に対して責任を負わない」と主張した。Aが単独でした契約に対して

段と各当事者に厳格な責任をもたらすはずであるが、共有=合有ドグマのため、全般的な信用不足の惨めな状況の中でもたれかかりと責任逃れの手段として用いられている。

第三に、匿名組合の問題が存在する。匿名組合においては<sup>69)</sup>、出資者は事業にタッチせず、営業者が単独でひとまず全てを引き受ける、という偏頗な形態が採られるのであるが、通常の組合がこの関係を対称的に二つ重ねるところ、それをしないのであると解される。つまりその限りで、組合本体が共有レジームとの混線のため崩れていった後、却ってこちらで独立間接の関係が維持されている。偏頗性は領域降下のための工夫である。合議体さえ欠くから出資者は（債権者として保護されないにかかわらず）エクイティー上の関与者に比してさえ発言権を持たない。長期的な収益の達成を楽しみながら口出しせず、に気長に待つのである。たとえ失ってもよい、この事業に賭ける、ということである。むしろ領域降下そのものを信ずる。つまり営業者の確たる物的基盤、元来は所有権を支える構造の高度の存在、つまりワインを生産するシャトーなど、さらには IP を有する固い中小製造業、新規の高度技術を生かそうとするヴェンチャー、などが想定されている。営業者が却って領域にしっかり足を降ろしていることが要件である。占有、この場合市民的占有、の信用が基礎に存する。ならば黙って資金を提供し口を出さないに限る。さて、現

代日本ではこの後段が欠け、ハイリスク・ハイリターンを宣伝しモニタリングの意欲も能力も無い投資家を引っ掛けるための道具になってしまった<sup>70)</sup>。事業は通常売り抜け型の不動産信託などで、すぐに返さなければならぬ融資を得てスペキュレーションをするのである。領域降下をしないタイプが極めて未発達であるにもかかわらず、領域降下をすべき場合に却って本当には足を地に付けないのである。

実際、極めて興味深いことに、領域降下をする必要のない形態につき一定の需要が発生していると認められるにかかわらず、この方はもの見事に領域降下してしまう。この場合領域降下は事業を生産の場面に置くというのではなく信用供与を合有型消費貸借にするという格好になる。第一に、組合が意識されるわけではないが、まさに意識されないことが問題であるという意味で、シンジケート・ローンを超えることができる。アレンジャー兼代理人が束ねて消費貸借するのであるが、債務者ないし先行債権者と通じて不良債権を掴ませる、肩代わりさせる、場合が生ずる。リスクが分散されるだろうと考え、或いは付き合いで仕方なく、参加した貸し手は、モニタリングをアレンジャーに任せたり、端的に相手と通じた代理人に任せ切りだったりするが、にもかかわらず代理を通じ消費貸借の直接の当事者となる<sup>71)</sup>。組合であるならば、アレンジャーは細心の注意を払う。他の組合

でも場合により求償に対する責任を負うのが組合であるのに。しかし A の破綻に際して Y<sub>1</sub> に直接請求する X もこれを認容する裁判所もまた分節的法律構成を欠く点で混乱している。A が Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub> に対して有した *actio pro socio* を破産財団が有するのであり、X は破産財団を介して間接的に債権を回収するしかない。共有=合有ドグマに安易に従った最判平成 10 年 4 月 14 日民集 52 卷 3 号 813 頁が金科玉条の如く引用されるのは遺憾である。神田川改修工事に関する東京地判平成 25 年 2 月 28 日 (LEX/DB25510857) は殆ど救い難い事案を見せてくれる。A 会社のオーナーが実質全て取り仕切っているのであるが、傘下の複数の会社 a1+a2+a3……が JV を作って請け負った。この工事に関して売掛代金債権を有する X はしかし Y 会社に請求した。Y もまた実質 A の子会社であり事実上 A と一体化している。裁判所は AY 間に「組合」関係を認定し、請求を認容した。隠れた「組合員」が隠れた金庫番として存在し、取引相手は端からそこへかかって行くし、債務者側はそれを犠牲に供し勘弁して貰うつもりである。つまり Y は避雷針であり、組合=連帯債務はそのような曖昧な駆け引きのアーリーナを提供しているのである。

69) 神作裕之「報告 交互計算・匿名組合——商行為法と金融法の交錯」NBL935 号 27 頁以下 (2010) が的確に特徴を捉える。

70) 大阪高判平成 25 年 1 月 25 日 (LEX/DB25500788) に見られる手口が代表的である。SPC が営業者となり、これがノンリコースローンを受け入れてレバレッジをかけ、この資金を不動産信託に投資する。この不動産信託事業が破綻し、投資額が全て失われた。収益が上がりなくとも現物が残るはずであるのに、レバレッジをかけたために債権者に全部持って行かれたのである。不動産開発の不良債権を握らせたにとどまる。

71) 最判平成 24 年 11 月 27 日判時 2175 号 15 頁の事案では、先行シンジケートローンが焦げ付いたことを受けて地域金融機関 Y が破綻会社 A のために画策し、同じく地域金融機関たる X<sub>1</sub>+X<sub>2</sub>+X<sub>3</sub> の代理人としてこの三者の名

員に転嫁できるかどうかはわからないからである。彼らを説得しなければならず、説得できなければ全て自分一人で引き受けなければならない。自ずから徹底的に借り手をチェックするであろう。シンジケート・ローンにおいては、もたれ合いなすり合いの構造が存在し、行き詰った信用のはけ口となっている。多くを巻き込んで広く薄く犠牲者を出して不良債権をさばくのである。鳴り物入りで導入されるわけである。

第二に、投資事業組合を巡る詐欺的な案件を挙げることができる<sup>72)</sup>。投資事業有限責任組合法の制定・改正<sup>73)</sup>もベンチャー振興等の意図とは別にスペキュレーションの後始末か再興を利している。事業会社に投資する格好で実際には端的な消費貸借をし合有的に皆で直接金銭を流し込むスキームが組み

るので、出資者は確実に全額を剥ぎ取られる。投資事業組合を複数組み合わせる複組合を使ったパラレル・ファンドという詐欺的スキームも存在する<sup>74)</sup>。本来ならば、出資者は直ちに金銭を失うはずがない。執行組員がたとえ消費貸借しようと、*actio pro socio*で求償していかなければならない。詐欺的な取引であればこれを拒むことができる。ところがこれらの事案では、いずれも出資者は原告となり取り返そうとしているのである。

第三に、パテント・プール紛争の存在を指摘しうる。複数の特許を組み合わせる競争力を獲得しようというのであるが、高度の相互信頼が不可欠であることは言うまでもなく、知的財産権は一般に高度な信頼を基礎として成り立っている。しかしこの基盤を欠くために合議体が機能せず、思い通りにならない

---

でAに対する融資の契約をAと締結するのである。YはAの粉飾決算について知っていたと認定された。YのXに対する*actio pro socio*が棄却されたというのではなく、払ってしまったXがYの責任を問うという形になっている、ところが転倒している。

72) 例えば、東京地判平成24年6月29日(LEX/DB25495234)。或る投資組合の業務執行組員Xが別の組合に組合の名で出資する。この第二の組合はマカオの土地を買うというA社に出資したところ、A社はマカオの土地を買うのではなくB社に貸し付け(消費貸借)、B社の「受益者かつ実質的支配者」Y<sub>1</sub>がこれを「費消した」。そもそもY<sub>2</sub>らがA社に資金を集めてマカオの不動産事業の上にヴィークルを走らせるスキームを作っていたのだが、XはそうしたY<sub>2</sub>に絡まっていく(「オレにもうまい汁を吸わせろ」)。他方Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>の紹介でCに資産運用を任せ、CがB社を設立し資産を運用し始めたが、Y<sub>2</sub>の指示によりA社の取締役でもあるCがA社からB社への送金を行った。Y<sub>1</sub>はその後資産運用委託関係を解消している。Y<sub>2</sub>はこれを避けたかったので第二の投資組合からA社に入った金銭をB社に流したと考えられる。目的を達せずY<sub>1</sub>から切られた。XとY<sub>2</sub>らは「リッツカールトン東京」にて「本件送金」問題につき「手打ち」をしている。Y<sub>2</sub>は当時別の刑事事件にて訴追されている。裁判所はXの「任意的訴訟信託」を認め、彼に組合のための訴訟をさせたが、実体審理で出資金返還請求を棄却した。Xも含め、集めた資金そのものを「山賊の分捕り合戦」の対象としているのである。山賊構造を成り立たせるのは組合の合有的構成である。皆で手掴みの消費貸借をし、しかも(しばしば架空の)土地の上に徒党を築く資金とする。本件ではXもまたグルであり、第一の組合の他の組員もそうかもしれないが、本来であれば組員の出資分は直ちには「行って」しまわない。相手は後から徐々に*actio pro socio*で償還請求しなければならぬ。そのときにこの事案であれば優に拒絶しうるのである。そもそも組合と消費貸借はそれぞれ*bona fides*の空間と領域に棲息するのであるから、決して遭遇することがないはずである。ちなみに、本件では「任意的訴訟信託」が笑わせてくれるが、代理にさえなっておらず、盗賊の親分に弁償すればきっと子分は黙るだろうというだけのことである。

73) 寺本振透=福田匠「投資事業有限責任組合法の改正」商事1657号37頁以下(2003)参照。恐ろしく文献が少なく、かつ学問的な検討は皆無である。民法上の組合に比して有限責任とするかわりに多少の用途制限をするのであるが、どちらにせよ形態の考察が無いために、あれに使わせよう、いやこれに限定しよう、などと言っても実務はお構いなしに走る。

74) 東京地判平成24年4月16日(LEX/DB25494300)の事案では、Y社が複数の投資組合の執行組員を兼ねており、どのファンドの目的も株式の売買であったが、或る株式を買って一部分売り抜け利益を出したものの残部については売り遅れ損失を出した。この時Yは売り抜け分を幾つかの組合分として付け、売り遅れ分を或る組合分として付けた。この組合の組員XがYを信義則違反により訴えたが、Yの言わばビジネス・ジャッジメント内の事柄として請求棄却となった。確かに判断を揃える必要は無いが、Yは一旦自分の手元で売り買いのヘッジを完了し、結果を組員に還元することを要する。個々の操作をスルーして個々の組員、この場合は(組合が組合を形成しているから)個々の組合、に付けることは許されない。*societas leonina*問題の例解のためにパラレル・ファンド問題は有益である。元来は出資と利益分配の関係をどうするかについては完全に自由に合意したのに、この種のスルーの可能性が生じ、*Mucius*は*societas leonina*を無効とし、*Servius*は認めつつ厳格に規律することとしたのである。

当事者がさっさと自分のパテントを引き上げてしまう<sup>75)</sup>。独立の部分で協働させるのではなく、自分の都合の良いように一体化させ、わっしょいわっしょいと皆で汗をかこうというにとどまるのである。驚くのは、弁護士事務所もこれと同じであることである<sup>76)</sup>。法律家もまた組合を全く理解していないのである。

非営利型の案件も少し見られるが、ここでは非営利性が緊張の欠如をもたらす<sup>77)</sup>。当事者が自らの利益を真剣に追求するというのがこの信用の形態にとって如何に大事かということがわかる。しかもそうしたルーズさを悪用し不当に利益を図る傾向も見られる。

最後に、おそらくこれは旧来からの、相続の過程から流れた共有関係を基礎とする組合が存在する<sup>78)</sup>。相続財産の規律自体に透明性が欠けるうえに、共有と組合の識別がなされていないために、甚だしく混乱している。

(こば・あきら)

---

75) 東京地判平成 20 年 12 月 26 日 (LEX/DB25502407) の事案においては、Y 社等七社が工業所有権や実用新案を持ち寄って X 社を設立、それぞれ X に通常実施権を付与、X から再実施権を付与されて各自事業を続ける、ということになった。ところが Y が不満で離脱、X は再実施権付与を拒否して対抗したが、Y はそもそもの実施権を返却するように請求し争った。X のところを組合たるべきところ法人とした点が大きな失敗である。Y は「個別契約方式」を主張したとされ、一体化し一律になった内容に従うことにメリットを感じなかった。個別個性的に利用し合い清算する方式を考えたと思われる。ところが他のメンバーは軸足を成す Y の技術に寄り掛かることを考えていたようである。

76) 例えば東京地判平成 22 年 3 月 29 日 (LEX/DB25470340) では、二人の弁護士が大ゲンカし一人が出て行った後、男女関係と暴力沙汰を含めて泥仕合をし、それを材料としてありとあらゆる請求をぶつけ合っている。一人が得た分をどう還元するのか、規定も帳簿も無いことに驚く。山賊の山分けのようなことしかするつもりが無い。裁判所も山分けの計算を一生懸命手伝うばかりである。

77) 東京地判平成 24 年 6 月 15 日 (LEX/DB25495144) = 「すみれの会」事件が目される。仲良し四人のグループが金銭を積み立てては旅行をしていた。名義を X<sub>1</sub> とする銀行預金である。ところが X<sub>1</sub> に対する債権者 (信販債権回収会社) Y がこの預金を差し押さえた。銀行は払い出した。そこで X 組合として、さらには X<sub>1</sub> ~ X<sub>4</sub> 個人として、Y に対して不当利得返還請求訴訟が提起された。裁判所は組合を認定せず、X<sub>1</sub> を信託受託者とし、X<sub>1</sub> についてのみの請求を認容した。組合の理解がおかしなために使えず、(X<sub>1</sub> は受託者たるには到底値しないから本当は無理であるが) 信託というバイパスを使って実質組合原型のロジックを貫徹した優れた判決である。決して集団を概念せず個人の問題の連鎖としながら、なお個人の債権者から隔離する、というのが組合のエッセンスである。それにしても、組合であれば X<sub>1</sub> の信用と資力がポイントであるのに、他のメンバーは費用前払いしなければならず、しかも信用し切ってチェックしなかったのである。一方営利法人、他方公共団体の狭間で非営利法人ほど認めたくないものはないと (歴史上長く) されてきたが、自らの利益を厳密に計算する思考が無いところに本当の信頼は築きえないということがこの事案からもわかる。ペーネロペイアはオデュッセウス帰還に感激する前に徹底的にアイデンティティーを吟味した。

78) 例えば東京地判平成 24 年 12 月 27 日 (LEX/DB25499084)。相続財産占有者を一人定めて規律するということが無いため、共同相続人が皆で費用果実連関に立つ。つまり直接領域に降りてしまう。本件は共同で建てたビルからの収益を争うのであるが、組合の存在が擬制されたものの、それは離脱した一人の利益分配請求に他の全員が分割して応じなければならないという結論を導くために用いられる。「同一占有に関連する費用果実が誰に帰属するのかわからない」という状況を作り出したのは却って間違っ組合概念を使うからであるということに裁判所も気付かない。

## 10周年記念特集：東京大学法科大学院ローレビューの足跡と展望

## 特集①

## ローレビュー創刊当時の経緯に関する覚書

弁護士

村上祐亮

- I. 本誌創刊の着想
- II. 最初の支援者
- III. 編集委員会の発足と論稿の募集
- IV. 教員への寄稿の依頼
- V. 学生論稿の審査基準を巡る議論
- VI. クオリティ・コントロールの確保
- VII. 審査の公正性の確保
- VIII. 誌面やウェブサイトのデザイン
- IX. 創刊号の公表
- X. 最後に

東京大学法科大学院ローレビューが第10巻の刊行を迎える。この記念すべき節目に当たり、第1期学生編集委員として本誌の創刊に関与する機会を得た者として、当時のいきさつを簡単に振り返ってみたい。本誌の成り立ちにつき、幾ばくかでもご関心をお持ちの方の目に留まる部分があれば幸いである。

## I. 本誌創刊の着想

創刊号冒頭の「編集方針について」に記したとおり、本誌は、あらゆる面において学生主導で企画・運営されてきた点に本質的特徴

の一つがあるが、その成り立ち自体も例外ではない。ちょうど法科大学院制度が創設された2004年に第1期生として入学した私がクラスメイトだった沼田知之君・西澤健太郎君の両名と共にローレビュー創刊に向けて活動を開始したのは初年度の授業も終盤を迎えつつある2004年度の冬のことであった。その頃、我々がローレビューの刊行を考えるに至った経緯は、概ね、次のとおりである。

当時、法科大学院は産声を上げたばかりであり、学生・教員共に文字通り「手探り」の状態にあった。私にとっても全てが新鮮であったが、とりわけ既修者コースの最初の学期で体験したソクラティック・メソッドによる授業は鮮烈な印象を与えるものであった。学生と教員が、対話・議論を通じて、複雑な事実や複数の先例の中から本質的に重要な要素とそうでない要素とを見極めながら法的な議論を組み立てていく、そして、その先に未だ解明されていない問題を徐々に浮かび上がらせるという営みは知的好奇心を刺激してやまなかった。初年度ゆえに、先輩の代から引き継がれるノートや参考資料の類などあるはずもなく、毎日のように継続資料室（法学部図書館）に籠っては文献を読み漁り、答えのない問題について友人と延々と議論することを繰り返していた。大変ではあったが、不思議と楽しい日々であった。

このような日々の授業や学習の過程においては、研究の最前線に見えてくる先端的な問題意識や調べてもよく分からない未解明論点等、様々な「気付き」や発見が不断にあった。

そして、このように自分の中で芽生えた問題意識を端緒として研究論文やリサーチペーパー等を著すことで一定の研究活動を行う機会が学生には与えられており、初年度から少なからぬ学生がそのような機会を積極的に活用していた。

かかる状況を見たときに、そうした学生の研究活動の成果の中に学問的に優れた評価に値するものがあるならば、それを一般に公開せずに学内に留めておくのは単純に「もったいない」ように思われたし、また、学生側にとっても、研究成果を発表するための何らかのプラットフォームが用意されていることが一つの動機付けとなり、総じて学内における研究活動への取組みがより一層盛んになるのではないかと思われた。

また、当時の法科大学院には、学生・教員共に新しい制度の担い手として道を切り拓いていかんとする前向きな空気とエネルギーが満ち溢れており、その中であって、もし上記のような目的からローレビューを制度化する意義があるのであれば、そのための準備作業は、縁あってたまたま第1期生として入学した世代が率先して行うべきではないかという漠然とした思いもあった。

以上がローレビューの刊行を検討するに至った当初の理由であり、また、現在に至るまでの本誌の主たる目的・機能の一つである。本誌が、その成り立ちにおいて、プロの研究者の論文の編集・掲載を主たる目的とする米国のローレビューとは大きく異なるゆえんである<sup>1)</sup>。

## II. 最初の支援者

上記のような考えから本誌の刊行を検討するに至った次第であるが、大学の名を冠した形で新たな雑誌を立ち上げ、それをカリキュ

ラムの枠外ではあるが事実上制度化するためには大学側の理解と協力が必要となることは自明であった。

そこで、最初に学生側から打診・相談をさせて頂いたのが、当時、法曹養成専攻長を務められていた井上正仁教授、そして、かつて Harvard Law Review の編集長を務められたご経験をお持ちの Daniel H. Foote 教授の御両名であった。有難いことに、両先生からは学生側の自主的な提案の意義と方向性につき賛意を示して頂き、また、その後、井上先生には学内で必要な調整の労をとって頂いた。

その結果、法科大学院開設2年目(2005年度)に入って間もない頃には、新たに専攻長に就任された山下友信教授の積極的なご支援の下、財政的な制約から当初は印刷媒体ではなく Web 形式での公表とする方向で、学生が主導して検討を続けることが基本的な方針として決まった。また、それまで学生有志3名で対応していたところ、学生側での協力を更に増員し始めたのもこの頃のことであった<sup>2)</sup>。そして、そこからの準備作業は、文字通り、ほとんど全てを学生の手でゼロから作り上げていくものとなった。

## III. 編集委員会の発足と論稿の募集

2005年の秋には学生編集委員と教員編集委員から成る編集委員会が改めて正式に発足した。そして、創刊号を世に出すためには、まず何よりも先に学生に対して論稿の募集を呼びかけておく必要があったため、学生編集委員の最初の準備作業は、投稿規程や文献引用の統一的なルールの策定、論稿の募集から審査・編集を経て最終的な刊行に至るまでのスケジュールの検討等、論稿の募集に向けたものが中心となった。

1) 東京大学では、かの Harvard Law Review (1887年創刊)よりも一足先に『法学協会雑誌』が1884年に創刊されており、今日に至るまで、同誌が法学研究者による論文発表の場として主要な役割を担ってきた。他の主要な大学も同じような状況にあり、この点だけをとっても、我が国の法学雑誌をとりまく環境は米国のそれとは歴史的に大きく異なっているため、もとより米国の Law Review 制度と同列に論じることはできない点には留意が必要である。

2) その後、しばらく時間をかけて徐々に増員していくことになったが、最終的には、粟生香里、倉橋雄作、東陽介、松井裕介の4名が新たにチームに加わり、初代の学生編集委員7名の顔ぶれが揃った。

2005年の冬には創刊号に向けた論稿募集の告知がなされ、2005年末の締切りまでに合計25本の学生論稿が投稿された。当時、既修者コース第1期生が約200名程度だったことを考えると、法科大学院の集中的なカリキュラムの中で、かつ、新制度の下での初の司法試験を半年後に控えた状況にあって、25本もの学生論稿（投稿者27名、共著論稿2本）が集まったことは特筆すべき事実であったように思う。

#### IV. 教員への寄稿の依頼

学生論稿の募集を告知した2005年冬頃には、本誌の第2の意義・目的として、東京大学法科大学院の教員、とりわけ実務家教員による研究成果の公表を目指すという方針を決めていた。そこで、学生向けに論稿を募集するのとはほぼ時期を同じくして、学生編集委員が当時教鞭をとられていた実務家教員の先生方に対して直接に寄稿の打診・依頼を行った。創刊号に寄稿頂いた実務家教員の先生方は実務の第一線で華々しく活躍されている方ばかりであり、「超」が付くほど多忙な日々の中、唐突な学生の依頼を快諾し、論文を寄稿頂いたことには感謝の言葉がなかった。

なお、実務家教員の先生方に寄稿を依頼するという当時の方針は、既存の法律雑誌との差別化という観点から、そして、法科大学院学生の編集による法律雑誌という位置付けからも、さしあたり、実務家教員による論稿を掲載することが、法科大学院で行われている新たな研究教育活動の一端を社会に公開するという点で意義が大きいと考えたことによる。

もっとも、本誌第2巻からは、早くも、研究者教員からの寄稿論文も掲載されるようになり、その後、その流れは更に拡大・定着していくこととなった。今や研究者教員にとっても、本誌はオルタナティブな論文公表の場として認知されるに至っているようであ

る<sup>3)</sup>。

#### V. 学生論稿の審査基準を巡る議論

さて、既修者コース第1期生にとって卒業の年に当たる2006年に入り、いよいよ前年末までに集まった25本もの学生論稿を審査するフェーズに移ることになる。やや無責任に聞こえるかもしれないが、審査方法の詳細は、この頃になっても未だ固まっていなかった。特に学生論稿にどの程度の水準を要求するかについては編集委員会の中でも議論があった。

我が国には同種の法律雑誌の前例が全くない中、実際に審査をした結果としてどれだけの数の論稿が掲載されるかは予断を許さない状況にあった。また、学生が法科大学院における密度の濃いカリキュラムをこなしつつ研究・執筆を行うには自ずと限界もあることが予想された。そのため、審査基準をある程度緩めて幅広に論稿を掲載しようとする「手堅い」進め方を志向する意見があったのは自然なことであった。要するに、創刊号に僅少の論稿しか掲載されないのでは、あまりに格好が付かないし、後が続かないのではないかと、という懸念である。

しかし、かかる保守的な意見に対しては、そうは言っても、大学の名を冠したローレビューを創刊する以上は、真に学問的な批判に耐えうるだけの新規性・創造性を備えた論稿を厳選した上で掲載するのでもなければ、新たな法律雑誌としての付加価値・存在意義を確立することはできず、中長期的に見て、質の高い論稿が集まらず、ひいては、継続的な刊行自体が危ぶまれるおそれがあるのではないかと「攻め」の意見もあった。

どちらかという、後者の考え方をとる者が学生編集委員に多く、結局、「攻め」の路線で行くこととなった。当時の学生編集委員の間では、せっかくのローレビューも学生の

3) 将来的に、学外の研究者・実務家等からの論稿も募集対象に含めるか、そして、学生論稿以外の論稿についても学生論稿と同等の査読や審査を行うか、といった点は、今後検討すべき課題であるが、本稿では踏み込まない。

自己満足のための卒業文集のようなものに終わってしまったのは刊行する意味がなくなってしまうという思いが強かった。

## Ⅵ. クオリティ・コントロールの確保

実際に行われた審査の過程や方法を詳細に紹介することはできないが、2点ほど、特に意を用いた点を紹介する。まず、第1点目は、上記のような審査基準を巡る議論もあり、クオリティ・コントロールの確保が重視されたことである。

一定程度の新規性・創造性の有無が審査のポイントとされたことから、編集委員は、査読の前提として、各論稿のテーマに関する先行文献や引用文献を網羅的に探索し調査する必要があった。その上で、執筆者が論じる論点について編集委員自らも頭を使って考え、議論の正当性・説得力や論の運びの精確さ等を丹念に吟味していくことが求められた。そのため、学生編集委員にとっては、司法試験に向けた準備と同時並行で精神的にも辛い作業をこなす羽目になったが<sup>4)</sup>、それは、同時に、未解明の問題に対するアプローチの仕方や文献引用等の作法を含めて、「論文を書くとはどういうことか」を改めて集中的に勉強する機会にもなった<sup>5)</sup>。

また、集まる論稿は分野もテーマも様々であるから、専門的な知識・経験という点で審査を担当する学生編集委員には自ずと限界があることも予め想定された。そこで、各論稿の審査に当たっては、必ず当該分野を専門とする教員からも論稿に関する意見・評価を徴することとした。ただ、このように書くと、結局、教員の意見が最も影響力を持つのではないかと勘繰る向きもあるかもしれない。しかし、実際は逆であり、教員の意見よりも学

生の意見の方が厳しいことがむしろ多く、教員の意見を参考にしつつも、学生編集委員の間で積極的な意見交換が行われた。その結果、一定の水準を満たす論稿の採否については学生編集委員の裁量に委ねられる部分が大きかった。

## Ⅶ. 審査の公正性の確保

クオリティ・コントロールの観点に加えて、もう一つ、審査の過程で重視されたのが、いかに審査の公正性を確保するかという点である。実際に投稿期限までに集まった学生論稿は、いずれも手間と時間のかけられた、気合いの入ったものばかりであり、その意味でも、恣意的な審査がなされることは決してあつてはならなかった。

具体的な方策としては、まず、査読を担当する編集委員には各論稿の執筆者が特定されないよう徹底的な匿名審査のための技術的体制を整えた<sup>6)</sup>。また、特定の編集委員の評価や印象だけが審査結果を大きく左右することがないように、一つの論稿の評価には必ず複数の編集委員が関与することとし、かつ、何度となく編集委員間で審査会議を開き、議論に議論を重ねて慎重に採否を見極めた。

学生が書いた論稿を同じ学生の立場にある編集委員が審査し採否を決めるという制度は特異なものであり、執筆する学生にとっては、自らの論稿が公正に審査されるという信頼感がなければ、ただでさえ忙しい通常のカリキュラムの中で、手間と時間をかけて論文を作成・投稿しようとするモチベーションが湧きにくいはずである。その意味で、審査の公正性をいかに確保し、かつ、投稿者の信頼をいかに維持するかという点は、今後も本誌の将来を占う非常に重要な課題であり続けると言えよう。個々の学生編集委員が、一つ一

4) なお、現在では、審査・編集作業は司法試験の後に行われることになっている。

5) 法科大学院における本誌の存在意義は、こうした学生編集委員にとっての教育的効果という点にも見出すことができよう。むしろ、米国では、Law Review 制度が Law School で行われる教育活動の重要な一部を構成するものとして事実上位置付けられている実態がある。詳細については、Daniel H. Foote, *Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education*, 本誌第6巻(2011) 257頁, 269頁以下参照。

6) そもそも論稿を募集する段階から、匿名性を確保するための形式的・手続的なルールを投稿規程の中で定め、応募者にはこれを遵守すべきことを周知徹底した。

つの論稿に注がれた投稿者の熱意と労力に思いを致し、最後まで真摯な気持ちで査読作業に当たるべき責務を負っているゆえんである。

## VIII. 誌面やウェブサイトのデザイン

ここで、論稿の審査以外の準備過程についても若干触れておきたい。創刊当時から本誌は法学政治学研究科の公式サイトにリンクが貼られ、また、今や株式会社商事法務から紙媒体でも出版されているから、あるいは意外に思われる方もいるかもしれないが、本誌のレイアウト、デザイン、誌面構成等は、全て学生編集委員が考え、自らの手で作成したものであった。例えば、本誌の表紙デザインは沼田知之君の作品である。また、2段組みの本文に1段組みの脚注を用いる紙面スタイルは、当時、西澤健太郎君が自らの手で作成した脚注自動調整プログラムを用いて制作されていた<sup>7)</sup>。

本誌のウェブサイトも、そのデザインや内容だけでなく、実際のサーバー上でのサイト作成作業も含めて、全て両氏の手により準備された力作であった。ウェブサイトの調整は創刊号の公表直前まで続けられ、当時自習室の片隅に用意された編集室の中で深夜・早朝に及ぶ作業が繰り返された。

## IX. 創刊号の公表

前述のとおり、学生論稿の査読・審査は、第1期生の卒業後も司法試験の準備と並行して進められた。司法試験の実施に伴う編集作業の一時中断の後、7月上旬には掲載論稿が決定し、各執筆者と共同での補正・校正作業を経て、8月には誌面が完成するに至った。

本誌創刊号は、2006年8月末にウェブ上で公表された。創刊号には7本の学生論稿と4本の教員論文が掲載された。法学政治学研

究科の公式ホームページ内にリンクが貼られたこともあってか、公表直後から、インターネット上での反応も含め、静かに、しかし、着実に反響が広がっていった。

その後、創刊号に掲載された論文も含め、本誌に掲載された学生論稿が、プロの研究者や実務家の論文・書籍の中で引用されることが徐々に増えていき、今ではそれが当たり前のことと受け止められている。

また、当初は公式サイト上のみでの公開であったが、その後間もなくオンラインデータベースのWestlaw Japanにも掲載されるようになったほか、第4巻からは既刊分を含めて紙媒体でも発行されるようになり、更に、第7巻からは株式会社商事法務から出版・販売されるようにまでなった。縁あって創刊号の作成・編集に関与した者としては感慨深いものがある。

## X. 最後に

ここまで、本誌創刊に至る検討・準備がいかに学生主導で行われたかという点を縷々述べてきた。しかし、本誌創刊が学生の自助努力のみによって成し得たわけではないことを最後に強調しておきたい。

そもそも編集委員会は学生編集委員と教員編集委員から構成されており、学生編集委員は必要に応じて教員編集委員に助言や協力を求めることができる体制になっていたし、前述のとおり、論稿の審査に当たっては、各専門分野の教員から意見・評価を徴することとなっていた。また、ハードの面でも、論稿の募集や投稿規程の告知等の事務については大学の協力が必要不可欠であったし、編集室や編集作業用のPC、紙面編集用のソフトウェア等の備品も大学から提供して頂いた<sup>8)</sup>。

そして、何より、大学の名を冠した法律雑誌を学生主導で創刊するという前代未聞の提案を前向きに評価・支援して頂いた教授の先生方のご厚意、そして、かかる大胆な企てを

7) そして、この誌面デザイン用のプログラムは、その後の代の学生編集委員によって更に「バージョンアップ」が重ねられていくこととなる。なお、現在では、脚注等の調整は株式会社商事法務によって行われている。

8) とりわけ、当時、両角吉晃教授からは、こうしたIT関係や編集室のセットアップに関して、文字通り、ハンズオンでご協力を頂いた。

最終的に承認して頂いた法学政治学研究科の寛大な理解と学生への信頼がなければ、本誌が世に出ることは決してなかったはずである。

本誌の将来のあり方は、今後の各期の編集委員が決めていくものであり、その点にこそ学生主導の法律雑誌としての本誌の特徴の一つがある。しかし、大学からの付託、渾身の力作を投稿せんとする学生からの信頼、そして、法律雑誌としての評価を決める学界・社会からの期待を裏切ることがあるとすれば本誌の将来は危ういかもしれない。逆に、この点を忘れずに、各期の編集委員が真摯な気持ちで取り組む限りは、今後の時代の変化にかかわらず、本誌の存在意義及び編集委員の活動の正当性が疑われることはないはずである。今後の本誌の更なる発展と法律学・法曹実務への継続的な貢献を強く信じている。

(むらかみ・ゆうすけ)

## 10周年記念特集：東京大学法科大学院ローレビューの足跡と展望

## 特集②

## ローレビュー今後の展望

東京大学教授

松原健太郎

## I. はじめに

## II. 投稿資格者の範囲

## III. 教員論稿の審査

## IV. 審査の基準

## V. 歴史的役割

## I. はじめに

法科大学院制度全体の先行きが不透明な中、ローレビューの今後の展望については、懐疑的になるのが先ずは自然な反応かとも思われます。にも拘わらず、この寄稿を求められることにさほどの違和感がないのは、設立当初から多くの問題点を指摘され、現実にも多くの困難に直面し続ける法科大学院において、このローレビューが当初の期待を裏切らぬ成果を挙げており、今後も発展しようと考えられるからに他なりません。法科大学院制度とは独立に、本学に法律学を学ぶ優秀な学生がある限り、ローレビューの発展は可能と筆者は考えます。

アメリカ合衆国の各ロースクールで編集されるローレビューを念頭に東大のローレビューが構想されたことは創刊号で当時の高橋研究科長が言われた通りです。ただ、アメリカとの諸条件の違いは当初から十分に意識され、単純な模倣は慎重に避けられて現在の

ような形態が固められてきました。

職業的な研究者を中心とする執筆者の論稿を学生である編集委員が審査し、編集して世に出す、というアメリカのローレビューの形態を本誌がとってこなかったことには十分な理由があり、それが本誌の独自の強味ともなっています。他方、こうした形態がアメリカの法学界におけるローレビューの高い地位を担保していることも確実と思われ、筆者が過去五期にわたって教員編集委員を務める中で何度か話題になった変革の可能性は、いずれもこうした形態への志向をどこかに包含するものであったように感じられます。以下本稿は、II. 投稿資格者の範囲、III. 教員論稿の審査、IV. 審査の基準、V. 歴史的役割、と項目を分けてもう少し具体的にこれら変革の可能性について述べ、今後なされるべき議論の一助たり得ればと思うものです。

## II. 投稿資格者の範囲

言うまでもなく、これまで投稿資格者を（後に述べる教員の寄稿論稿を除いて）本法科大学院の学生と最近の卒業生に絞り、その範囲から投稿された論文について厳正な審査を行って掲載論稿を決定してきたことは、本誌の大きな特徴となっています。

法科大学院の課程を修了して間もない（或いは修了してすらいらない）学生が、このように一定の評価を確立しつつある学術雑誌に自ら書いた論考を一種独占的に掲載できるという事態は、少なくともアメリカのローレ

ビューには存在しないものです。そのような場を学生・卒業生に提供していること、そしてこうした範囲から学術的に有意義な論稿が出され続けていること、これらは十分に評価に値する事柄と思われ、法科大学院での教育への貢献は、この点については当初の期待通りになされていると考えられます。

しかしながら、学術雑誌としての(学問的)意義の最大化、投稿される論稿の質的・量的な充実といった価値を重視するのであれば、投稿資格者の範囲は広くとる方が望ましいということになります。その際、所属に関係なく研究者、実務家、学生から投稿を募り、平等に(実際にはこの平等性の確保がなかなか難しいという話も聞きますが)審査の俎上に乗せられる、という形態が一つの範型となります。

どういった価値をどれだけ優先するのか、一義的には決まりませんが、アメリカのローレビューには、それが最先端の法学的な議論を掲載しているという評価を早期に確立し、判例等にも引用されて影響力を強め、有力な実務家・研究者も競ってそこに論稿を掲載しようとし、学生もそれに見合った質の編集作業を目指し、学術雑誌としての質が向上し、また影響力を強める、という幸運なサイクルに乗った、という物語がついて回るように見えます。こうした物語自体単純化されたもので、また有効に成立する部分についても現代日本に存在しない様々な外的要因に後押しされたという側面はあると思われ。しかしながら実務家・研究者がものする先端的な論稿を学生である編集委員が責任をもって審査して掲載可否を決め、更に最高水準の法学雑誌を作り上げる、という方向を本誌も目指すのかどうか、「歴史的役割」の部分で再度触れますが、今後の編集委員達が考えることになるでしょう。

### Ⅲ. 教員論稿の審査

上述の最後の点に密接に関わるのが、現在「寄稿論稿」と位置付けられている、法科大学院教員による論稿の扱いです。これらについては掲載可否の審査は行われず、掲載を前

提として編集作業が行われます。

この制度には、幾つかの尤もな理由があります。まず現実的な問題として、創刊間もない法学雑誌が広く認知されようとする上では、学界で一定の経験なり知名度なりを有する本学法科大学院の教員に寄稿を求めることが早道であり、その際に敷居をやや下げておくという判断には、一定の合理性があると思われ。現に、一定数の教員が自らの学問に十分な意義を有するような論稿を発表する場として本誌を認識し、活用することで本誌の質と活力に貢献しているという印象をもちます。

またこれがアメリカのロースクール生に対する日本の学生の特徴かどうかは判りませんが、自分達はその授業を受ける教員、しかも多くの場合学生の求めに応じて寄稿する教員の論稿を審査することに対する(ある種の謙虚さから来る)心理的抵抗があるようです。これには多くの場合充分な根拠もあり、アメリカのローレビューについても、学生の編集委員が理解不十分なままに論稿に対する不当な評価をしたり的外れな改変を求めたりするという逸話は、極めて日常的に耳にするものです。

(それだけではないでしょうが)こうした考慮の結果、本誌には厳正な審査を経た「投稿論稿」とそれを経ない「寄稿論稿」が存在し、後者については必然的に玉石混濁となるリスクが伴う、という状況になっています。これを問題であると認識するか否かが、恐らく本誌が今後辿るであろう道筋において一つの分岐点となると考えられます。

投稿論稿、寄稿論稿の間の区別は維持するとしても、後者を全くのノーチェックとするのではなく、一定の条件のもとでは不掲載の判断をできるようにするか。或いは更に根本的に、両者の区別自体を撤廃して、論稿を一律に審査の対象とするか。いずれにしても「教員の論稿について掲載可否を判断する能力が学生編集委員にある」という命題を肯定せねばなりません。何か客観的な基準によって一律に真偽を決定することが極めて困難なこの命題については、結局は高次の総合的な判断として肯定・否定を決せざるを得ないよ

うに思われます。

そしてこの点について筆者の個人的な感想を付け加えれば、投稿論稿に対して行われる真摯かつ厳正な審査、筆者がかつて寄稿を行なった際に担当の編集委員が示した極めて高い編集能力、これらを目の当たりにした経験からは、こうした編集委員会の審査にかかることは研究者としてむしろ歓迎すべき機会と考じられます。また学生編集委員が教員からみて間違った判断をするようであれば、それを指摘しその水準で議論することは極めて貴重な教育機会であろうと思われます。

#### IV. 審査の基準

さて、上記に真摯かつ厳正な審査、と書きましたが、本誌が取る審査基準にはやや特殊な側面があります。即ち或る投稿に対して「この部分を直せば掲載に価すると思われる」「この点を変更した原稿を改めて審査すれば掲載可という判断が出る可能性が高い」といった位置づけがなされた場合、そういった変更（改善）が最初に投稿されたものとの論稿としての同一性を損なうか否かが厳しく審議され、損なうという判断がされた場合には、たとえ改善後の論稿が掲載予定のどの論稿よりも優れたものになると予測される場合でも、不掲載という結論が出されます。

固よりこれは十分な正当性をもつ判断の在り方であり、とりわけ審査が投稿論稿同士の競争としての側面をもつ中で、この競争の公正性を確保するという意味において有効なものです。しかしながら、最終的に如何に質の高い論稿を数多く載せた学術雑誌を発行できるかという一種功利的な利害関心からは、潜在的に優れた論稿を落としてしまうという意味で一定のコストを伴う審査方法であるとも言え、公正性を多少損なう結果となってもこの点を変更すべきか否か、公正性を可能な限り損なわない変更とはどういったものか、これらは今後議論される余地のある問題と言えましょう。

#### V. 歴史的役割

ここで言う歴史的役割とは、「ローレビューの歴史における歴代執筆者・編集委員の役割」と「日本の法学におけるローレビューの役割」という関連する二つの事柄を指します。

前者については、執筆者がローレビューの水準を直接に担うことは当然としても、上記に挙げたような幾つかの問題について議論し、判断する主体が、歴代の編集委員会であること、そこに教員編集委員が関わる可能性があるとしても、先ずは学生編集委員であること、を強調したいと思います。何か自分が影響を及ぼすつもりのない事柄についてまで判断を求められているように感じるかも知れませんが、本誌の在り方を決めてゆくのは、歴代編集委員の判断の積み重ねであり、各委員はその際に自分の任期を越えた中長期的な視野を或る程度もった判断をする、大袈裟に言えば歴史的責任を負うことになるでしょう。

そしてそのような判断をしていく際に、ローレビューを日本の法学界の中でどのような位置づけをもつものとしたのか、現在の学生論稿発表の場としての長所を大切に育てるか、影響力のある学術雑誌としての側面を優先して（言わばアメリカ型の）ローレビューの形態を志向するのか、微妙な判断を迫られそうです。筆者がこれまで接してきた編集委員の間でも、この点についての意見は分かれていたように思います。中長期的視野を失わずに目前の課題についてしっかりと判断する、そういった積み重ねが今後求められることと存じます。

（まつばら・けんたろう）

## ローレビュー歴代掲載論稿一覧（第1巻～第9巻）

### 第1巻

#### 教員論稿

---

特許訴訟のための技術の理解	城山康文
会社法施行に伴う実務界での事象——6月総会直後の雑感を中心に——	武井一浩
会社法下の株主総会における説明義務	松井秀樹
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	三笥 裕

#### 学生論稿

---

訴訟告知により発生する参加的効力について	内海博俊
引用の適法要件	川原健司
労働協約の不利益変更と司法審査	高松顕彦
経営危機時における取締役の債権者に対する責任について	田中秀樹
シンジケート・ローンにおけるアレンジャー及びエージェントの法的地位——参加機関に対する情報開示義務について——	濱崎淳子
新株予約権付与課税の基本構造	前川陽一
逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動——比較法的観点からの一考察——	村上祐亮

### 第2巻

#### 投稿論稿

---

環境・公害事件における差止請求——より良い環境で生きるために—— ＝環境権と事案解明義務＝	飯田泰士
患者の自己決定権に関わる医師の説明義務に関するガイドライン——メディカル・リスク・コントロールを踏まえて——	飯田泰士

裁判員裁判における少年の刑事事件	岩堀 裕
共同開発契約において成果帰属を共有とする場合の問題点	大場規安
準拋法の選択, 解釈と抵触法的な等価性	國井敏明
タックス・ヘイブン対策税制の問題点と, その解決策の検討 ——租税条約との関係において	山本哲也

## 寄稿論稿

株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題	伊藤 眞
刑事訴訟における「上告受理」制度	古江頼隆
エジプト民法典小史	両角吉晃

## コラム・書評

コラム 「9・11以降の国際的寄付税制」	増井良啓
書評 新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む	山本隆司

## 特別寄稿

法科大学院3年間を振り返って	伊藤 眞
----------------	------

## 第3巻

## 投稿論稿

根抵当権と被担保債権の譲渡——セキュリティ・トラスト論議を機縁として——	阿部裕介
内部告発の法と経済学：公益通報者保護法の検討	岩崎将基
第9条——特に平和的生存権の現代的意義について——	岡本直也
プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈	佐藤安紘
憲法上の財産権保障の意義について	清水 潤

裁判員制度に関する一考察—— Tocqueville を通じて

鳥生真紗子

## 寄稿論稿

---

アメリカ弁護士のクラス・アクション戦略

浅香吉幹

アメリカにおける投資ファンドの規制

大崎貞和

内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項について

小林俊夫

水道事業の官民連携に関する法律上の問題点

高橋玲路

Protection of Patent License Against Subsequent Patent Holder in Japan

Shinto TERAMOTO

労働審判制度の解決機能とインパクト

徳住堅治

私の家事実務手帳 離婚訴訟における離婚給付の取り扱い

野崎薫子

Utilitarianism and Freedom of Speech -Why and how broadcasting should be regulated-

Yasuo HASEBE

契約総則上の制度としての代金減額——債権法改正作業の文脈化のために

森田 修

独占禁止法の改正と審判制度

矢吹公敏

## 第4巻

## 投稿論稿

---

金融商品取引法 21 条の 2 第 1 項に基づき損害賠償を請求する際の主張・  
立証方法について

浅江貴光

特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転  
——賃貸借契約とライセンス契約を素材として——

荒木玲子

証明責任とその周辺概念の論理プログラミングによる定式化

佐藤 健

刑事訴訟における択一的認定——同一構成要件内の択一的認定を中心に——

松本 渉

**寄稿論稿**

明渡し、除却か ——「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第2民事部——	太田匡彦
建築関係訴訟の運営について——民事調停手続の活用を中心として——	岡崎克彦
訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係 ——訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として——	小野 傑
権限濫用の法理について	交告尚史
刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義	樋口亮介
金融商品取引法における国際会計基準のエンフォースメント	松尾直彦
The Functioning of a Land Market in Qing South China: Comments on a Set of Guangdong Land Deeds	Kentaro MATSUBARA

**第 5 卷**

**投稿論稿**

我が国解雇法制における金銭解決制度導入の可能性——国際比較を通して——	生田大輔
憲法学から見た行政裁量とその統制	太田健介
居住用建物賃貸借における更新料特約の有効性の判断構造	佐藤孝一
第三者効と第三者再審	巽 智彦
中立的行為による幫助における現代的課題	西貝吉晃
日本の裁判所における国際人権法——国内適用論の再構成——	松田浩道

**寄稿論稿**

振替証券法制に関するユニドロア条約	神田秀樹
「債権法改正の基本方針」に対するロマンスト・レビュー，速報版	木庭 顕
会社法 322 条 1 項の「損害を及ぼすおそれ」についての実務上の考察	小林俊夫

弁護人からみた警察庁と最高検察庁の足利事件検証報告書 ——足利事件が教えるわが国の刑事司法の課題——	佐藤博史
刑事司法分野における法整備支援	千田恵介
競業避止義務は事業の譲渡の要件か	田中 亘
社会ネットワーク分析を法学に応用する	寺本振透
日本の死因究明制度	吉田謙一，辻村（伊藤）貴子

## コラム

---

行動経済学から見た個人寄付の一側面	増井良啓
-------------------	------

## 第6巻

### 投稿論稿

---

国際投資仲裁における人権保障と多国間投資協定	石塚翔太郎
給付行政と「自由意識の喪失」	西上 治
性同一性障害者をめぐる法及び社会制度についての考察	根本 拓
外資規制法の構造分析 ——安全保障を理由とする投資規制の比較法的分析と事例研究——	本郷 隆

### 寄稿論稿

---

裁判員制度への人々の態度：裁判員等の記者会見と守秘義務について	太田勝造
貸貸人の「貸す債務」と民法（債権関係）改正論議 ——東日本大震災の借地借家相談を素材として——	岡 正晶
「企業内法曹」について一考	唐津恵一
デジタル時代の事件報道に関する法的問題	宍戸常寿
判例に関する覚書——民事判例の主論を中心として	土屋文昭

An Optimal Tax That Destroyed the Government  
— An Economic Analysis of the Decline of the Tang (唐) Dynasty

Minoru NAKAZATO

イタリア・コスタリカ借款事件仲裁判決

中谷和弘

Student-Edited Law Reviews and Their Role in U.S. Legal Education

Daniel H. FOOTE

金融商品取引法の国際的適用範囲

松尾直彦

第 7 卷

投稿論稿

社債権者集会決議による社債の元金減免の可否と社債権者の合理的意思決定

岩間郁乃

相続税法と遡及効——裁判例・裁決例の分析から——

長戸貴之

限定責任信託における受託者の第三者に対する責任

藤岡祐治

「大学の自治」に関する試論——社会・正当性・構造——

本郷 隆

施設内処遇に続く社会内処遇の検討

山名淳一

監査役および社外取締役へのストックオプション付与について

吉川 慶

寄稿論稿

ホルムズ海峡と国際法

中谷和弘

もしも最高裁が民法 900 条 4 号ただし書の違憲判決を出したら

中村 心

Montesquieu's Significance for Contemporary Japan

—— What Japanese Constitutional Scholars Have Failed to Learn from Montesquieu ——

Yasuo HASEBE

第 8 卷

投稿論稿

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にかかるとの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

### 寄稿論稿

---

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

## 第9巻

### 投稿論稿

---

遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟——その比較法的研究	岡成玄太
行政処分 of 反復禁止効と既判力	坂本 涼
公共用物上の不法占拠者の排除——公物管理権の法的性質試論	土井 翼

### 寄稿論稿

---

捜査段階における差押えの関連性について ——最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁を中心に——	石山宏樹
弁護士の民事訴訟におけるパフォーマンス評価：法曹の質の実証的研究	太田勝造
営業秘密——保護の経緯と秘密管理性	末吉 互
株式取得価格決定申立事件の審理についての一考察	鈴木謙也
ユーロトンネル事件国際仲裁判決	中谷和弘
エジプト民法典における保険法関連規定	両角吉晃

## 投稿論稿選出理由

### ストーカー行為罪に関する解釈論と立法論の試み

佐野文彦

本稿は、ストーカー行為罪の構成要件について、先行研究にあまり見られなかった解釈論と立法論を講じた点に、高い新規性が認められる。特に、「反復して」という文言の解釈を通じて処罰範囲の明確化を図るというアプローチは、これまでなされてこなかったものである。またその前提として、従来議論の薄かったストーカー行為罪の保護法益について分析的に議論し、高い成果を得ている。解釈論を活かした立法論も、価値が高いものと評価した。さらに、論稿全体の論理も概ね精確であり、ドイツ法の分析から得られた知見を活かしてうまく解釈論に結び付けている点も、高く評価した。

もっとも審査会議では、ドイツ法研究に関し更なる洞察が望まれるという意見が出た。例えば、ドイツ刑法学の先行研究について、参照が不十分との疑義を生みかねないという指摘がなされた。また、日本法の解釈論についても、「反復」要件の解釈にあたって参照されているのは主に社会学的議論であり、解釈論としての許容性への言及が不十分であるとの指摘がなされた。以上の点は、本稿について消極的評価の対象となった。

とはいえ、本稿のもつ新規性・論理的精確性は高く評価されるべきであり、外国法の援用等における瑕疵も、それらの評価を減殺するほどではないと考え、世に公表すべき論稿として、掲載可と判断するに至った。

### 濫用的会社分割と詐害行為取消権

長谷川翔大

本稿は、濫用的会社分割と詐害行為取消権というテーマにつき、民法改正への理論的対応と、平時と倒産時の架橋という問題関心に基づいて、網羅的な検討を行ったものである。このテーマ自体には膨大な先行研究が存在するものの、既存の議論の枠に留まらず法分野の垣根を超えた創造性ある議論を展開しており、評価に値する。論証の過程に関しても、とりわけ取消要件の検討箇所で見られるように、先行研究の丁寧な分析・整理から問題点を抽出した上で、条文の趣旨の検討に立ち戻りながらそれらの問題点に回答していくという形で議論がなされており、高い論理性が認められる。このような論証の過程を経て、濫用的会社分割における詐害行為取消権の条文的位置付けにつき債権者平等の視点を導入するなど、実用的な私見の提供を試みており、本稿の新規性として高く評価することができる。

もっとも、幾つかの懸念点も指摘しうる。例えば、破産法 162 条と 160 条の適用関係における比例弁済コストの当てはめにつき、疑問を呈される余地がある。また、160 条と 161 条の適用基準である期待弁済率につき、その具体的な算定方法に論究のない点が惜しまれる。

とはいえ、上記の懸念点を踏まえたとしても、論稿全体の論理性を覆す程度には至っておらず、他方で、創造性、新規性が高い評価に値することから、世に公表する価値が十分に認められる論稿であるとして、掲載を可と判断するに至った。

## 執筆者一覧

佐野文彦	2014年4月既修コース入学
長谷川翔大	2013年4月既修コース入学・2015年3月同コース修了
家原尚秀	大学院法学政治学研究科客員准教授・判事
加毛 明	大学院法学政治学研究科准教授
川出敏裕	大学院法学政治学研究科教授
木庭 顕	大学院法学政治学研究科教授
松原健太郎	大学院法学政治学研究科教授
村上祐亮	弁護士

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

小谷侑也 安部慶彦 伊藤佑貴 岩崎卓真 河野充志 後藤智子  
小宮慶久 佐藤康紀 菅原滉平 永井香帆 長谷川翔大 南 瑛之  
森 勇貴

### 教員編集委員

白石忠志 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
松原健太郎 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

## 編集後記

秋雨降りやまぬキャンパスにて、編集作業を顧みながらこの編集後記を執筆している。「学生主体」のローレビューとは何であるのか、どこへ向かってゆけば良いのか、議論は尽きないところである。法曹養成専攻長の委嘱を受けた13名の学生編集委員は、3名の教員編集委員の助けを受けながら、丸1年もの編集作業の中で様々な議論を交わしてきた。

厳正なる審査の結果、第10巻には2編の学生論稿を掲げることとなった。これに、4編の教員論稿及び2編の特集論稿が加わり、誌面は大いに賑わっている。幅広い分野に関する多様な視点からの論稿を採録できたこと、長きにわたり本誌が本学学生の研究発表のフォーラムを提供し得たことは、編集委員一同にとって大きな喜びである。編集委員は、法学界の未来を拓く使命感を抱いて委員を務めており、ローレビューの今後を見据えているからこそ、苦悩をも抱く。

例年に比して学生からの投稿本数が減少したという事実と直面し、ローレビューの今後を案ずる声が挙がる場所である。学生論稿の多くは、リサーチペーパーもしくは研究論文として執筆されたものである。本学の学生のうちこれらを執筆する者の数は多くはないし、生みの苦しみを経たこれらの論文のうち、本誌に投稿されるものの比率もさほど高くない。最終的な投稿数は、漸減傾向にあるようだ。この現状を危惧する声が、内外から寄せられる。

ある法科大学院生は、投稿を思いとどまった要因として「投稿論文集としてのハードルの高さ」を挙げていた。確かに、審査基準を超えて投稿可と判断される論稿が、優秀かつ魅力的なものであることは、本誌を一読してもらえればご理解いただけよう。喜ばしいことである一方、そのことが本誌への投稿を少しでも考える学生にとってのハードルとなるのであれば、我々編集委員はそれを取り払う努力をする必要がある。その方策として、種々のガイダンスや積極的な声かけを行い、今期はさらに投稿資格を拡大するという変革に踏み出した。これに留まらず、二の矢三の矢を放つような、創造性を持った活動が、我々編集委員には求められてゆくことになるだろう。

法科大学院制度に向かって吹く風は強く、学生からみて必ずしも芳しくはないかもしれない。だが、ローレビューという活動が、内側から法科大学院を盛り上げることもできるのではないかと、私は考えている。未来を創造するのは我々学生であり、個々がそれぞれに隆盛のキーマンとなっているのである。未来が明るいかどうかは、未来を行く人間が決めることである。

ひとまず、主たる投稿主体である法科大学院生の皆様には、苦しみを経て生み出した論稿が世界に羽ばたいてゆき、研究者・実務家の目に留まり評価・批判の対象となるという恵まれた経験を、ぜひ本誌を通じて行っていただきたいところである。投稿者、編集委員、それぞれがそれぞれに、ローレビューの、ひいては法科大学院の発展を支える力となればと考えている。どうか、力作を積極的にお寄せいただきたい。

2006年に創刊された東京大学法科大学院ローレビューも、ついに第10巻を刊行することができた。紙媒体の発行体となってくださる株式会社商事法務の皆様、我々の活動を後押ししてくださる教員編集委員の皆様、またここまでの歩みを支えてくださった法科大学院関係者の皆様には、大いなる感謝をお伝えするとともに、さらなるご指導ご鞭撻をお願いしたい。そして、編集委員一同、ローレビューの行く末を担う学生として、その活力をもって、次巻以降の更なる発展を期して精進してゆきたい。秋雨はいずれ、天高き秋晴れへと変わることだろう。

第10期編集委員長 小谷侑也

## 東京大学法科大学院ローレビュー Vol.10 2015年11月発行 The University of Tokyo Law Review

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所法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrlr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※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、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。

