

—目次—

1	第11巻の刊行にあたって	岩村正彦
---	--------------	------

投稿論稿

3	設問としての「契約の解釈」 ——契約をめぐる議論空間の整序にむけて——	池田悠太
72	「家族」間における子の奪い合いに対する 未成年者拐取罪の適用に関する試論	佐野文彦
151	詐害行為取消訴訟における債務者の訴訟上の地位 ——民法（債権関係）改正法案を素材として——	塚本 恒
176	行政決定における裁量基準の適用と個別化の要請	船渡康平

寄稿論稿

212	アメリカの大規模民事紛争「解決」： 引き潮のクラス・アクションと上げ潮の広域係属訴訟	浅香吉幹
222	支配株主と少数派株主のエージェンシー問題に関する覚書 ——社外取締役などにどこまで期待できるのか？——	加藤貴仁
236	19世紀アメリカにおける大学附属ロー・スクール ——イェール・ロー・スクールを中心として——	加毛 明
268	マレーシア・シンガポール鉄道用地事件仲裁判決	中谷和弘
275	ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪	樋口亮介

320	特集：学生論稿執筆経験者インタビュー企画	
-----	----------------------	--

337	投稿論稿選出理由	
-----	----------	--

–Contents–

1	Foreword (<i>in Japanese</i>)	Masahiko IWAMURA
<hr/>		
3	L'interprétation des contrats : methodes et contextes (<i>en Japonais</i>)	Yuta IKEDA
72	The Crime of Child Abduction and the Child Custody Dispute (<i>in Japanese</i>)	Fumihiko SANO
151	Obligor's Intervention in Obligee's Suit for Rescission of Fraudulent Act: A Study Based on the Government's Proposal for Obligations Law Reform (<i>in Japanese</i>)	Ko TSUKAMOTO
176	Probleme bei der Anwendung von Ermessensrichtlinien in der Verwaltungsentscheidung (<i>auf Japanisch</i>)	Kohei FUNATO
<hr/>		
212	Falling Class Action and Rising Multidistrict Litigation: Recent Developments of Aggregate Litigation in the United States (<i>in Japanese</i>)	Kichimoto ASAKA
222	To What Extent Can We Expect Outside Directors to Deal with Agency Problems between Controlling Shareholders and Minority Shareholders? (<i>in Japanese</i>)	Takahito KATO
236	University Affiliated Law School in the 19 th Century: The Yale Law School and Its Distinguishing Features (<i>in Japanese</i>)	Akira KAMO
268	The Railway Land Arbitration between Malaysia and Singapore (<i>in Japanese</i>)	Kazuhiro NAKATANI
275	Nutshell on German Criminal Law, Special Part, Crime against Official Functions (<i>in Japanese</i>)	Ryosuke HIGUCHI
<hr/>		
320	Interviews with Authors (<i>in Japanese</i>)	
<hr/>		
337	Editor's Comments (<i>in Japanese</i>)	
<hr/>		



第 11 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院ローレビュー第11巻が刊行の運びとなった。昨年、第1巻の刊行から10年目という節目の年を迎えたが、本巻の刊行によって、本誌はつぎの10年へ向けての新たな1歩を踏み出すことになった。

本誌は、2004年に創設された東京大学の法科大学院は「創造的な能力の涵養こそをその教育の目標とすべき」という考えの下で、そうした「能力の涵養のためには、特定の法的な問題について理論や実務のリサーチをし、それを踏まえて自分なりの解決策を模索して、その結果を論文等の文章に著していくという作業はきわめて有効である」（括弧内の引用は、本誌第1巻の高橋宏志研究科長（当時）の「創刊の辞」より）という観点から創刊された。

本誌の編集に当たるのは法科大学院の学生諸君であり、幸いにも毎年優秀な学生諸君が大変手間のかかる作業であることも厭わず編集に従事し、毎年刊行を実現している。本巻についても同様であり、今年度の編集委員を務めてくれた学生諸君に心からの謝意を表したい。

本誌は、本法科大学院の教員から寄せられた論稿に加えて、法科大学院生が投稿してきた原稿の中から、教員のレフェリーと学生の編集委員会による厳正な審査によって厳選された論文を掲載しており、高い評価を得ている。とくに学生の執筆した論文で本誌に掲載されたものは、相当高度で本格的である。その意味では、先に引用した本誌創刊の目的は十分に達せられているといつてよい。

本巻でも、上記の編集の方針は維持されている。法科大学院学生の投稿は例年通り多く、16編であった。そのうちから厳選された4編が本巻に掲載されている。現役の学生諸君は、この採択結果にひるむことなく、ぜひ積極的に投稿をして欲しい。先に引用した高橋・元研究科長の創刊の辞にあるように、論文の執筆は、法律家としての能力の向上に必ず寄与するからである。また、多くの学生諸君からの投稿があるということは、とりもなおさず、「創造的な能力の涵養」という本法科大学院の目標に沿った学生諸君の勉学が行われていることの証でもあるからである。さらには、多くの投稿の中から厳選された論稿が掲載されることが、本誌の評価をさらに高めるからでもある。

本研究科としては、引き続き、本誌の刊行について、可能な限りのサポートをしていくつもりである。皆様にも、これまで以上のご支援をお願いしたい。

2016年9月

東京大学大学院法学政治学研究科長

岩村正彦

東京大学法科大学院ローレビュー第11巻には、投稿締切日である2016年3月11日までに、16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11期編集委員会は、掲載論稿として4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11期編集委員会

設問としての「契約の解釈」

——契約をめぐる議論空間の整序にむけて——

2014年4月入学

池田悠太

I. 序章

1 問題の所在

- (1) 出発点としての「契約の解釈」
- (2) 文脈における「契約の解釈」
- (3) 設問としての「契約の解釈」
- (4) 問題状況
- (5) 「契約内容の確定」の手段としての「契約の解釈」

2 課題の設定

- (1) 課題
- (2) 構成
- (3) 補足

II. 契約内容確定問題と設問としての「契約の解釈」

1 損害賠償請求・その1

- (1) 過失責任主義と帰責事由
- (2) 契約の拘束力と帰責事由
 - a 森田宏樹『契約責任の帰責構造』
 - b 潮見佳男『債権総論』
 - c 対比
 - d 検討

2 損害賠償請求・その2

- (1) 相当因果関係説と賠償範囲
- (2) 保護範囲説と賠償範囲
 - a 平井宜雄『損害賠償法の理論』
 - b 潮見佳男『債権総論』
 - c 対比
 - d 検討

3 履行請求

- (1) 外在的制約としての事情変更
- (2) 内在的限界としての事情変更

4 小括

- (1) 設問のねらい
- (2) 解答方法論への示唆

III. 契約内容確定法理と解答方法論としての契約解釈論

1 「契約の解釈」の構造——契約解釈論の展開

- (1) 一元的構造・その1 ——「表示の意味」
- (2) 多元的構造——本来的解釈・規範的解釈・補充的解釈
- (3) 一元的構造・その2 ——「共通の意思」

2 「契約の解釈」の限界

- (1) 「契約の解釈」と「意思表示の解釈」
 - a 山城一真『契約締結過程における正当な信頼』
 - b 検討
 - c まとめ

(2) 「契約の解釈」と「契約の補充」

- a 山本敬三「補充的契約解釈」——補充的契約解釈による個別的補充と法適用による典型的補充
- b 沖野眞已「契約の解釈に関する一考察」——個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と典型的解釈
- c 石川博康『「契約の本性」の法理論』——本性的要素に基づく類型的な契約補充
- d 比較検討
- e 課題

3 契約内容の正当化

- (1) 契約における「自律」と「他律」
 - a 山本敬三による「融合論」
 - b 森田修による応答
 - c 比較検討
- (2) 契約における「現在化」
 - a 森田修による問題提起
 - b 山本敬三による応答
 - c 比較検討
- 4 小括
 - (1) 契約内容確定法理
 - (2) 契約内容の正当化

IV. 結章

1 総括

- (1) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その1——帰責事由
- (2) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その2——賠償範囲
- (3) 履行請求をめぐる議論空間から——事情変更

2 残された課題

I. 序章

1 問題の所在

(1) 出発点としての「契約の解釈」

- (a) 人と人との間の取決めに法律家が対峙

し、そこに「契約」を見てとるときには、「解釈」という営みが行われる。「契約の解釈」は、契約がある限り必ず問題になる営みであり¹⁾、その意味で契約の法的取扱いにおいて出発点をなすものであると言える。

(b) そして、契約の解釈の重要性については学説も従来から認識しており、それに関す

1) もっとも、「解釈」の用語法によっては本文のように言うことができない。すなわち、一定の場合には契約の解釈が行われないことを認める見解もあり、それに従えば、本文のように言うことはできないことになる。具体的には、契約の解釈が行われる条件なるものを指定する見解がそれに当たる。

たとえば、平井宜雄『債権各論 I 上 契約総論』84-85 頁（弘文堂，2008）は、「合意のあったことを推断させるに足るだけの外形的事実が存在すること」(①) および「合意の意味が明確でないこと」(②) を契約の解釈が必要となる「要件」として提示する。ここには、契約内容の確定にあたって契約の解釈が行われない場合があるという見方が示されている。

しかし、以下のとおり、これら①または②の要件を欠く場合にも「契約の解釈」が行われていると考えることは可能であり、本稿はそう考える。

まず、①は「外部に現れない心理学的意味での『意思』は、証拠による事実の認定がすべてである法の世界では、これを論じる余地がない」ことから導かれた要件であり（同 84-85 頁）、①の要件が充たされない場合には解釈対象——同書においてそれは内心的効果意思の合致としての「合意」である（同 84 頁）——が存在しないという趣旨に基づくものと解される。そして、同書によれば、「合意の存在が認定できないときは、合意がなかったもの（不成立）として扱」い、「そしてその不成立が、契約の達成しようとしていた主要な目的……の達成を不可能にさせるに至った場合には、契約全体が不成立であると解す」ことになる（同 102 頁）。しかしながら、第一に、①の要件を欠いて合意の成立（ひいては契約の成立）が認められない場合について、「解釈」が行われるがその結果合意ないし契約の存在が認められないのだと言うことも十分に考えられる。そして、同書も全体としてみれば、平井自身、上記の同書 102 頁の叙述において、「以上の基準を用いても、合意の存在が認定できないときは」（傍点引用者）合意が不成立として扱うべきだとしているところ、「以上の基準」とは、それまでに述べられる「契約の解釈に関する基準」とくに「本来的解釈」に関するそれに他ならないのであって、合意不成立という結論を導くに際して「解釈」が行われることを示していると言える。また第二に、——そこである「規範的解釈」を含めて（同 104 頁）つねに合意の存在が認定されるものとする平井説とは異なって——内心的効果意思の合致を認定できない場合であっても何らかの形で契約内容を解釈によって確定することを説く通説的見解による場合には、そもそも①の要件を置くことはあり得ない。

次に、②の要件は、「あらかじめ合意したことを疑問の余地なく明確かつ詳細に契約書に表現しておけば、裁判所においてもそれをそのまま権利義務であると解釈される程度が大であればあるほど、……契約法学の任務〔引用者注：権利義務関係の設計〕はよりよく果たされると思われる」（傍点引用者）ことを理由に、挙げられている（同 85 頁）。しかしながら、平井自身が指摘する「解釈の余地のないほど明確な条項がありうるか……についても疑問が生じうる」ことや「争いが起こるのは何らかの意味で解釈の余地のある条項であろう」こと（以上、同 85 頁）に加えて、「解釈の余地のないほど明確」だということもやはり「解釈」によって導かれる——「解釈の余地がな

る議論は既に一定の蓄積を見ている。ごく大まかに学説史を振り返れば、伝統的見解が形成された1920年代前後²⁾、それに対して批判が加えられ新たな通説が形成された1960年代前後³⁾、という二つの画期に続いて、第三の画期とも言うべき1990年前後に、二つの本格的な研究⁴⁾が現れたことで、議論は深化を見ている。

(2) 文脈における「契約の解釈」

(a) 問題領域のつながり ところで、他の問題についても言えることではあるが、契約の解釈という営みが、それ自体を自己目的として行われるという状況は考え難い。契約の解釈は、もっぱら何らかの文脈において、他の問題とあわせて問題となるものと考えられる。すなわち、或る人と或る人との間にいかなる契約が存在している(いた)のか、ということが法的に問題になるのは、もっぱら紛争の局面においてであると考えられる。ここでいう紛争とは法的なそれであり、とりわけ、何らかの請求の当否が問題になる場面である。何らかの請求の当否を判断するにあたって、何らかの要件の充足性を判断するために、契約の解釈が行われるものと考えられる。

このことは訴訟の場面において顕著である。訴訟の場において、契約の解釈そのもの

が独立に問題になることはないであろう。訴訟は紛争の存在を前提としている。そして、訴訟は多くの場合給付の訴えという形をとり、その中で契約の解釈が問題になる。たとえば、履行請求に際して、請求されている内容の履行請求権が存在するかどうかを明らかにすべく、契約の解釈が行われる。あるいは、損害賠償請求に際して、「債務者が債務の本旨に従った履行をしないとき」(民法415条前段)という要件が充足されているかどうかを明らかにするために、契約の解釈が行われる。もちろん、訴訟といっても確認の利益があれば確認の訴えという形をとることもあり、この場合には一定内容の契約が存在することを確認することそれ自体が問題となり、契約の解釈それ自体が問題となるとも言える。とはいえ、確認の利益はその確認が紛争解決に資する場合に認められるのであるところ、潜在的に何らかの請求に基づく紛争を前提にしていると言える。

以上では訴訟を念頭に置いていたが、訴訟外で行われる契約の解釈についても同様である。ほとんどの場合には、紛争になったらどうなるか、何を請求できるかということを考えるために、いわば潜在的な紛争・請求を念頭に置いて解釈を行う。たしかに、一切紛争・請求を度外視していかなる内容の契約が

い」というのは「他の解釈の余地がない」ということに他ならない——のではないかと考えられる。したがって②の要件を欠く場合も「解釈」が行われていると言うことも十分に考えられる。そして、上記引用箇所傍点部分からは、平井自身もやはり「解釈」が行われることを認めていることが窺える。

以上の検討を踏まえて、本稿では「契約の解釈」が行われる局面について上記①②のような制限は設けず、契約を語る限りつねに問題になるものとする。

なお、以上は、契約内容の確定にあたって契約の解釈が行われない場合があるのではないかという問題に関する検討であったが、これとは別に、契約内容の確定は契約の解釈に尽きるのかという問題もある。後者については後述する(本稿I 1(5))。

2) ここではとくに暁道文藝「法律行為ノ解釈(民法第九十二条)」京都法学会雑誌10巻11号293頁(1915)、同「続法律行為ノ解釈(1)～(3・完)」京都法学会雑誌11巻5号677頁、7号979頁、11号1634頁(1916)、我妻栄「ダントの『裁判官の解釈的作用』」『民法研究I』51頁(有斐閣、1966)[初出1923]、同『民法総則』371頁以下(岩波書店、1930)を念頭に置いている。

3) ここではとくに川島武宜「法律行為」法セ9号11頁(1956)、同『民法総則』187頁以下(有斐閣、1965)、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能(1, 2・完)」法協77巻6号603頁、78巻1号27頁(1961)、内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐり」法学研究38巻1号187頁(1965)、賀集唱「官判を押しした契約は有効か」判タ229号32頁(1969)、同「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商60巻2号179頁(1969)、星野英一『民法概論I(序論・総則)』174頁以下(良書普及会、1971)を念頭に置いている。

4) 山本敬三「補充的契約解釈——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察——(1)～(5・完)」論叢119巻2号1頁、4号1頁、120巻1号1頁、2号1頁、3号1頁(1986)、沖野眞巳「契約の解釈に関する一考察——フランス法を手がかりとして——(1)～(3)」法協109巻2号245頁、4号495頁、8号1265頁(1992)。

存在しているのかということ解釈することは一応あり得る。しかし、そもそも契約は何らかの法的効果を生じさせるものであり、そこでいう法的効果とは権利義務関係である。契約の解釈の意義いかんという問いには様々な答え方があり、争いもあるところではあるが、少なくとも契約の解釈が契約内容を確定する機能を持つことには争いがない。そして契約内容とは権利義務関係なのであり、それを明らかにする必要があるのは何らかの紛争・請求の中においてであろう。

(b) 議論空間のつながり 以上は、私人ないし裁判官の営みという、いわば現象面での説明であったが、これに加えて、それについて論じる学説の議論にも目を向けてみたい。

現実に生起する法的紛争は多種多様であるが、上記のように、そこには、いくつかの問題が存在し、それらが文脈を形成し、交錯・結合している様子が見て取れる。これらの問題一つ一つを「問題領域」と呼ぶこととすると、問題領域およびそれらの間に存在する文脈は、法律家による議論、とくに学説としてのそれによって見出されたものだと言える。学説は法的紛争のカオスの中から問題を一定の範囲で切り取り、そのうえで議論を展開しているものと言えよう。こうして区切られた議論の範囲を、ここでは「議論空間」と呼ぶこととする。問題領域は議論空間のあり方を投影して画され、議論空間は問題領域ごとに形成される。そして、問題領域も議論空間も、タイルのように間隙なく敷き詰められているわけではなく、重なったりつながったりしながら、存在している。

契約の解釈に関連して上記(a)の例に沿って言えば、一方で、区切り方はさまざまなレベルで存在するものの、たとえば「契約責任」「債務不履行」「履行請求権」「(債務不履行に基づく)損害賠償請求権」……といった形で、問題領域を画して議論空間が形成されている。そこでの議論の結果として、契約の解釈が問われるに至ることになる。他方で、もちろん、「契約の解釈」という議論空間も存在している。そこでは、いかにして契約の解釈を行うかということが議論されている。後者

を「狭義の契約解釈論」と言うことができようが、前者もあわせて、一連の文脈の中にある議論空間をまとめて「広義の契約解釈論」として捉えることができよう。

(3) 設問としての「契約の解釈」

(a) 契約の解釈という営みに関する議論が複数の問題領域に係る議論空間にまたがる文脈の中に存在しているということは以上に述べたとおりであるが、このことを別の視点から見ると、次のように言うこともできよう。すなわち、「契約の解釈」は一つの〈設問〉であり、それを置くに至る議論と、それに答えるための議論とがある、ということである。このことについて、以下敷衍する。

まず、契約の解釈という営みの一つ一つは、解釈者が、契約(と認められるべき取決)を前にして、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いを立ててそれに答える営みであると言える。この、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いの一つ一つを、本稿では「設問としての『契約の解釈』」ないし『契約の解釈』という設問」として捉えることとする。

こうして、契約の解釈という営みを、「契約の解釈」という設問を置き、それに解答を与えるというプロセスとして捉えたとき、このプロセスに関連する議論空間は以下のように大きく二つに分けて捉えることができよう。すなわち、一方で、「この契約をいかに解釈すべきか」という問い(「契約の解釈」という設問)を立てるのは、何らかの議論空間において、或る問題領域について「この問題を解くために、契約を解釈すべきである」ということが言われるからである。この議論空間はたとえば契約責任論や債務不履行責任論といった議論空間であり、「設問を置く側の議論空間」として捉えることができる。他方で、「この契約をいかに解釈すべきか」という問い(「契約の解釈」という設問)に答えるにあたっては、「およそ契約はいかに解釈すべきか」という問いに対する答えを用いることになる。この「およそ契約はいかに解釈すべきか」を論じる議論空間は「解答方法を用意する側の議論空間」として捉えることができるが、それに相当するのが狭義の契約

解釈論であり、「解答方法論としての契約解釈論」と言うことができよう。

以上を要するに、「設問を置く側の議論空間」における議論の結果として「設問としての『契約の解釈』」が置かれたことを承けて、「解答方法論としての契約解釈論」たる狭義の契約解釈論の成果を用いて解答を与える、というプロセスとして、契約の解釈という営みを捉えることができる。

(b) ところで、以上のような「設問」の用語法に関して、以下のような注意が必要である。

そもそも、あらゆる議論は何らかの設問に解答する試みであると言える。たとえば、「貸借権の無断譲渡・無断転貸を理由とした賃貸借契約の解除はいかなる場合に認められるか」という設問を置き、それに対して信頼関係破壊法理を解答として与える、ということが行われる。このように、各議論空間にはつねに一つの設問があると言える。本稿が提示した上記(a)の枠組でも、「解答方法論としての契約解釈論」には「およそ契約はいかに解釈すべきか」という設問があり、「設問を置く側の議論空間」にも、たとえば「損害賠償請求の要件は何か」といった設問が置かれる。これらも設問であることには違いないが、しかし、あえてそれらに注目する意義も乏しい。これに対して、本稿が注目するのは、それらとは位相を異にする「設問」である。すなわち、本稿で注目する「設問」は、そのようにおよそ議論空間において置かれるいわば一般的な設問ではなく、「この契約をいかに解釈すべきか」というレベルでの、いわば個別的な設問である。なお、上記の解除の例で言えば、「この賃貸借契約は解除できるか」という設問や、あるいは「この契約関係において背信的行為はあったか」といった設問がこのレベルに位置する。

以上のことを、議論の主体という観点から換言すれば、本稿でいう「設問としての『契約の解釈』」は、議論空間における論者——実際のところ具体的には研究者ということになろう——が自身のために設定する一般化された問いではなく、紛争に直面した当事者ないし裁判官が自身のために設定する個別的な

問いであり、あるいはまた、彼らが議論空間を参照する点に鑑みれば、研究者が裁判官に対して提供する問いである、ということもできよう。

なお、付言するに、議論空間での議論は一般性をもった形で展開されるものであり、それは、「契約の解釈」という設問を置く側の議論空間における議論についても当てはまることである。そこでは、特定人と特定人との間の契約が念頭に置かれているわけではなく、一般化された形で論じられるから、「契約をいかに解釈すべきか」を問うべきである、という形で論じられる。その意味で設問としての「契約の解釈」は一般性を有しているが、それは、あくまでも、「この契約をいかに解釈すべきか」という問いの集合体、という意味においてであり、先に対比した狭義の契約解釈論における「およそ契約をいかに解釈すべきか」という問いの一般性とは意味を異にしている。たとえば、「損害賠償請求の要件は何か」という問いに答えるべく置かれた、集合体としての「契約をいかに解釈すべきか」という問いを、まさに個別の契約についての「この契約をいかに解釈すべきか」という問いへと個別化し、そこで「およそ契約をいかに解釈すべきか」という(一般的な)問いとの接点が生まれることになるのである。

(c) そうした意味での「設問」があり、議論空間がそれを介してつながっている、という構造は、契約の解釈に関する場合に限られず、一般に見られるものである。たとえば、再び上記の解除の例で言えば、「貸借権の無断譲渡・無断転貸を理由とした賃貸借契約の解除はいかなる場合に認められるか」に関する議論空間では、信頼関係破壊法理のもとで、「この契約関係において背信的行為はあったか」という設問が置かれる。その結果、「およそ背信的行為はいかなる場合に存在すると言ふべきか」に関する議論空間に移り、そこで設問への解答方法を得たうえで、背信的行為の有無を判断することになろう。

ただ、その中でもとくに、契約の解釈に関する議論の場合には、先に確認した意味における「設問」に注目する意義があるように思

われる。というのは、多くの場合には、あえて「設問」に注目せずとも、既に見たような議論空間のつながりは意識されており（たとえば信頼関係破壊法理に関する上記の例で言えば、解除の要件を論じるときも、背信的行為の有無をどう判定するかを論じるときも、相互の議論のつながりは意識されていると思われる。）、あえて「設問」に注目する意義は必ずしも大きくないと考えられるのに対して、契約の解釈に関する議論の場合には、こうした議論空間のつながりについての意識の存在が、必ずしも明らかではないと考えられるからである。

すなわち、従来、契約の解釈に関する議論と言えば狭義の契約解釈論であり、解答方法論としての契約解釈論であった。その際、「契約の解釈」という設問の存在は前提とはされているものの、その存在は自明のものと考えられ、必ずしも設問を置く側の議論空間につ

いて特段の意識が向けられてこなかったものと思われる⁵⁾。他方、「契約の解釈」という設問を置く側の議論も、設問を置くところ、あるいは契約解釈論との接合の重要性を説くところで止まり、解答方法論との整合性については必ずしも十分に意識されてこなかったものと思われる⁶⁾。

しかるに、個別的な設問としての「契約の解釈」に注目することには、契約の解釈をするということは自明ではないということ意識できること、個別的な設問を媒介としてつながる議論空間の構造を意識化し、議論空間をつなぐ文脈に意識を向けることができること、といった意義があろう。

(4) 問題状況

(a) 問題領域と議論空間、それらをつなぐ文脈、設問の置かれ方、といったものに注目する以上のような枠組の下で、「契約の解釈」に関連する契約法学の議論状況を一瞥する

5) 近年の代表的な教科書を概観するに、まず、山本敬三『民法講義 I 総則 (第3版)』(有斐閣, 2011) は134頁以下、佐久間毅『民法の基礎 1 総則 (第3版)』(有斐閣, 2008) は67頁以下、河上正二『民法総則講義』(日本評論社, 2007) は246頁以下で、それぞれ「法律行為の解釈」(河上のものは「法律行為・意思表示の解釈」)を論じている。こうした扱いは体系を重視したものであり、かつ伝統的なものであると言えよう。そこでは文脈から切り離された法律行為が静態的に論じられていると言うことができよう。これに対して、内田貴『民法 I 総則・物権総論 (第4版)』(東京大学出版会, 2008) は同様に「法律行為」の章で「法律行為の解釈」について言及するものの(同344頁)、実質的な説明は「契約の有効性」という章で「契約内容についての一般の有効要件」としての「確実性」について論じの中で、「解釈による契約内容の確定」という項目の下に、なされている(同269頁以下)。そこではまず「契約の解釈によって契約内容を確定することになる」状況として「当事者が定めなかった契約条件を事後的に補う」必要が生じる場合や「当事者が明示的に合意していても、合意内容が不明確で意味がはっきりしない場合」が挙げられ、前三者と比べたとき相対的に動態的な視点が強いと言えよう。また、大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論 (第3版)』(有斐閣, 2007) は、「契約の効力」たる「債務の発生」について論じの中で「債務の内容」を定める作業として論じている(同108頁)。そこでも「契約の解釈という作業が必要となる」のが「契約内容が不明瞭なために、何を決めただかについて当事者間に意見の対立が生じる」場合であることをまず述べており、動態的な視点が取り入れられていると言えよう。以上のように、教科書ごとに特徴が見られ、とくに内田のものや大村のものには動態的な要素が強いと言えるが、総じて、いかなる場合に問題になるのかということについてそれほど立ち入った言及はないと言ってよかろう。

6) たとえば、初期のものとして、潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣, 1991) [初出1984-1990] は、「義務構造論と契約解釈論・債務発生原因論との接合」を図るものであったが(同i頁(まえばき)), 著者自身前者の「意義を検証することを試みた」と述べており(同ii頁(まえばき)), あくまでも前者の議論空間にとどまった検討であると言える。たとえば、「債務発生原因たる契約と義務構造論とを繋ぐものとしての『給付』(給付行為を経て給付結果が実現していく過程の総体)を中心に、債務者が負う各種行為義務の基本構造を分析する」という姿勢のもとに「債権関係における給付義務の構造」が検討され(同7頁), 『債権者に給付結果を実現すべき義務』(給付結果実現義務)たる「給付義務」と「給付結果実現のために(給付結果実現を目的として), 履行過程において具体的になされるべき行為(作為・不作為)」をする義務たる「具体的行為義務」との二元的構造が示される際に(同49-51頁), このように把握することが、「合意内容から何が給付結果であるのかを確定する行程が先ず存在し、次いで、履行過程において債務者が具体的になすべきことが確定されるという行程が存在するという、契約の解釈方法にもつながる」と述べられているが(同51頁), あくまでも義務構造論を主題とする論文であることから、そう述べることで終わっており、契約解釈論の議論空間にも身を置いてたとえばそれまでの契約解釈論との関係について検証するといったことが行われているわけではない。潮見佳男『債権総論 I (第2版)』28頁(信山社, 2003)も、「解釈ならびに法規の適用を通じてこの債権者利益(契約利益)が何であるかを確定していくところこそ重要である」と述べるにとどまっている。

と、以下の諸点が興味を惹く。

(b) 第一に、設問を置く側の議論空間に目をやると、「契約の解釈」という設問が置かれる文脈が増えている、すなわち設問を置く側の議論空間が増えていると言える。すなわち、とくに1990年代以降の民法学においては、契約を基点として債権法の諸問題を考えるという傾向が見られる⁷⁾。そこでは「契約内容の確定」ないし「契約の解釈」という問題が、契約責任論⁸⁾における種々の問題を解くための下位の問題として設定されている。

そこには、まず、それらの問題領域について論じるために「契約内容の確定」ないし「契約の解釈」という設問を置くことにはいかなる意味があるのか、言い換えれば、なぜそうした形で設問を置くようになってきているのか、ということにつき検討を促す契機が含まれている。そして、設問を置くに至る文脈と、解答方法論としての契約解釈論との整合性につき検討を促す契機も含まれている。たしかに、設問を置く側の議論空間が増えることから直ちに解答方法論の再検討の必要性が導かれるわけではない。というのも、設問を置く文脈が増えたとしても、そのそれぞれにつき、既

に一定の蓄積を見ている解答方法論としての契約解釈論を、単純に接合すれば足りるようにも思われるからである。しかしながら、果たして単純に接合すれば足りるのか、そうしてよいのか、という点は検証に値する。というのは、設問を置く側の議論に何らかのねらいがあり、解答方法につき一定の含意があるのだとすれば、そこで念頭に置かれる解答方法と、契約解釈論で論じられる解答方法との間に齟齬がある可能性があり、もし齟齬があるとすれば二つの問題領域間での調整——或いは問題設定の仕方を変更すること、或いは解答方法論を修正ないし精緻化すること、など——が必要になると考えられるからである。両者に齟齬はないかということを確認する必要がある。

(c) 第二に、解答方法を用意する側の議論空間における動向として、2015年2月まで開催されていた法制審議会民法（債権関係）部会において契約の解釈に関する規定をめぐっても議論が行われたことが挙げられる。そこでは、主に学者委員と実務家委員との間で——立法作業という特殊な文脈においてではあるが——契約解釈準則をめぐって意見の一致が見られなかった⁹⁾。

7) 本文に述べた傾向については、「契約責任論の再構築」と題する2006年日本私法学会シンポジウムにおいてまとまった議論が展開された（そこの討論は、潮見佳男ほか「契約責任論の再構築」私法69号3頁以下（2007）に掲載されている。また、潮見佳男、山本敬三、窪田充見、小粥太郎、松岡久和による各報告はジュリ1318号81頁以下（2006）に掲載されている。こうした状況認識は、学界に広く見られるものであると言ってよさそう。ただ、その具体的な画期をどこに設定するかについては、微妙な差異もある。たとえば、中田裕康は、「1990年前後という時期」を「転換期」と見ており（潮見ほか・同5頁〔中田裕康発言〕）、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号87頁、87頁（2006）も「1990年代に入り、新たな展開がみられる」とする。これに対して潮見佳男「総論——契約責任論の現状と課題」ジュリ1318号81頁、81頁（2006）『債務不履行の救済法理』1頁（信山社、2010）所収は「1990年代半ば以降にわが国で活性化した」としており、「活性化」を問題にしていることにもよるのであろうがやや遅めに転換期を見出していることが窺われ、逆に森田修『新しい契約責任論』は新しいか——債権法改正作業の文脈化のために」ジュリ1325号210頁、210頁（2006）は「平井説（平井宜雄『債権総論』〔弘文堂、1985〕43頁・45頁）以後は、『債務の本旨』を契約解釈と結び付ける立場が、既に一定の市民権を得ている」「この点については『新しい契約責任論』の発想は、少なくとも筆者には旧聞に属するとさえ感じられた」としており、より早い時期に転換期を見出していることが窺われる。また、1990年前後を転換期と見る中田も、森田と同様に、「債権をその発生原因、特に、契約との関係で考える動きが現れ始め」たのは「1980年代半ばから」であるとしている（潮見ほか・同6頁〔中田裕康発言〕）。

8) 「契約責任」という問いの立て方自体に、既に契約重視の観点が反映されているとも言えよう。

9) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013年7月4日補訂）（<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>）（以下、単に「中間試案」というときはこれを指す。）には「第29 契約の解釈」という項目のもと立法提案が置かれており、第85回会議まで議事が重ねられたが（法制審議会民法（債権関係）部会第85回会議事録（2014年3月4日）（<http://www.moj.go.jp/content/000125618.pdf>）1頁以下、民法（債権関係）部会資料75B「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(1)」（<http://www.moj.go.jp/content/000121260.pdf>）5頁以下）、結局、「契約の解釈」の論点は取り上げられないこととなった（法制審議会民法（債権関係）部会第92回会議事録（2014年6月24日）（<http://www.moj.go.jp/content/001129009>））。

そこには、従来の学説をあらためて反省することを促す契機があるとともに、そこでの実務家委員の発言には、そこから従来の学説とは異なる契約解釈論を構成することができるようなものが含まれているように思われる。

(d) 第三点は、設問を置く側の議論空間に関係するとも、解答方法を用意する側の議論空間に関係するとも言える。近時、契約締結過程の事情と契約内容の確定との関係を論じる研究で、契約の解釈による契約内容の確定と意思表示の解釈によるそれとを意識的に区別し、後者固有の意義を説くものが現れた¹⁰⁾。これは、一方で、「契約の解釈」という設問を置いてきた各議論空間において「契約の解釈」という設問のみならず「意思表示の解釈」という設問も置くべきことを説くものであるとも言えるとともに、他方で、設問として「契約内容の確定」を措定した場合には、「契約内容の確定」という設問に対する解答方法として、「契約の解釈」という設問を置くのみならず「意思表示の解釈」という設問を置くべきことを説くものであるとも言え、「契約内容の確定」という設問に対しては解答方法論に位置付けられる。

ここには、「契約の解釈による契約内容の確定」という営みを相対化する視点が示されており、契約内容の確定という問題のうち「契約の解釈」によって捕捉されるのはどの範囲なのか、「意思表示の解釈」によってしか捕捉し得ない問題があるのか、といったことを検討する契機が含まれていると言える。

(5) 「契約内容の確定」の手段としての「契約の解釈」

(a) 本稿は「契約の解釈」に注目するものであり、(1)ないし(3)でも、「契約の解釈」に注目して、本稿が則る枠組について提示してきた。

しかるに、(4)において取り上げた素材を見ると、まず第一点に関しては、「契約の解釈」を問題にするものもある一方で、単に「契約内容の確定」という問題の立て方をしているものもある¹¹⁾。次に、第三点に関して言えば、「契約の解釈」も「意思表示の解釈」も、それによって「契約内容の確定」がなされるという点においては共通している。既述のとおり、第三点は、直接に「契約の解釈」という設問を置くか「意思表示の解釈」という設問を置くかという点に関する議論として見ることもできるが、中間に「契約内容の確定」という設問を措定すれば、「契約内容の確定」という共通の設問に対する解答方法をめぐる議論として位置付けられることになる。

そこで、本稿における以下の議論を進めるにあたっては、「契約の解釈」とは別に「契約内容の確定」という中間項を設けることが有用であると考えられる。

(b) この「契約内容の確定」と「契約の解釈」との関係については、理解が分かれるであろう。

もっとも、まず、「契約の解釈」によって「契約内容の確定」が行われる（「契約の解釈」 \subseteq 「契約内容の確定」）、という関係にあることについては、異論がないと言ってよからう。たしかに、「契約の解釈の意義」は何かと問えば「表示行為の有する意味を明らかにすること」¹²⁾「当事者ノ共通ノ意思ヲ推尋スルコト」¹³⁾などといった様々な見解が提示されることになるが、そこにある対立は解釈の基準ないし方法（契約の解釈をどのように行うか）に関する対立であって、契約の解釈とは契約内容を確定することである、あるいは契約の解釈には契約内容を確定する機能がある、という点（契約の解釈とは何であるか、何のために行うか）については異論がないものと思われる¹⁴⁾。

pdf) 56頁以下、民法（債権関係）部会資料 80-3「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その2）補充説明」（<http://www.moj.go.jp/content/000124580.pdf>）31-32頁）。

10) 山城一真『契約締結過程における正当な信頼』（有斐閣、2014）。

11) ただ、こうした違いが意識的なものかどうかは定かではなく、後者の場合も「契約の解釈」と同義のものとして「契約内容の確定」を語っているということも考えられる。

12) 我妻栄『新訂 民法総則（民法講義I）』249頁（岩波書店、1965）。

13) 平井・前掲注1)84頁。これは旧民法財産篇356条の表現である。

14) たとえば星野・前掲注3)175頁が「法律行為の『解釈』とは、ごく大ざっぱに言えば、法律行為の意味内容

そのうえで、「契約内容の確定」が「契約の解釈」に尽きるのかということについては争いがあり¹⁵⁾、「契約内容の確定」は「契約の解釈」に尽きると考えることもできる一方で（「契約の解釈」＝「契約内容の確定」¹⁶⁾、「契約の解釈」とは別に「契約の補充」といったものを観念することも考えられる（「契約の解釈」⊃「契約内容の確定」¹⁷⁾）。

ただ、いずれにせよ、「契約の解釈」は「契約内容の確定」の手段であると言える。そして、(1)で述べたことと関連して、「契約の解釈」が「契約内容の確定」のために必ず行われるということも異論がないと思われる。そうすると、「契約の解釈」を問うときは「契約内容の確定」を問うており、「契約内容の確定」を問う場合も「契約の解釈」を問うことを含んでいる、という関係が認められよう。

(c) (a)のとおり「契約内容の確定」に注目することとしても、(1)ないし(3)で示した枠組は、基本的にそのまま妥当する。ただ、「契約の解釈」という設問の上位（ないし等位）の設問として「契約内容の確定」という設問が置かれることで、以下のように構造が若干複雑になる。すなわち、①「契約内容の確定」という設問（以下、「契約内容確定問題」という。）を置くに至る議論空間と、②それに対する解答方法として契約内容の確定方法（以下、「契約内容確定法理」という。）を論じる議論空間とがあり、後者（②）は同時に「契約の解釈」という設問を置くに至る議論空間でもあり、③それに対する解答方法としての契約解釈方法を論じる議論空間がある、という構造になる。

2 課題の設定

(1) 課題

以上の問題意識を承けて、本稿では、以下の三つの課題に取り組むこととしたい。

第一に、「契約の解釈」という設問が置かれるのはいかなる議論空間においてであるか、設問が置かれるに至る文脈を把握すること。そして、1(5)での検討を承けて、このことを、契約内容確定問題が置かれるのはいかなる議論空間においてであるか、ということを検討することを通じて行う。

第二に、「契約の解釈」という設問に対する解答方法として、契約の解釈方法についていかなる議論が蓄積されているか、近時の動向に注意しながら、契約解釈論の現状を明らかにすること。これも同様に、契約内容確定法理についていかなる議論が蓄積されているか、ということを検討することを通じて行う。

第三に、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間との接合可能性について検証すること。すなわち、或る議論空間において「契約の解釈」という設問が置かれた後、（狭義の）契約解釈論の議論空間に移行することで、問題を解決することができるか、複数ある言説の組合せに、限定はかからないか、といったことを検証する。そして、この課題に関しても、「契約内容の確定」というレベルに注目することとし、契約内容確定問題を置く側の議論空間と、契約内容確定法理を用意する側の議論との関係を検討するという形で論じる。

なお、1(4)で注目した問題状況のうち第一点は第一の課題と第三の課題、第二点は第二の課題と第三の課題、第三点は第二の課題

を明らかにすることである」としているほか、本文で挙げた我妻、平井についてもそのように言うことができる。我妻・前掲注12)248頁には「目的の確定（法律行為の解釈）」とあり、法律行為の解釈とは「法律行為の目的——当事者がその法律行為によって発生させようとした効果——を確定」することであるという理解が示されている。また、平井・前掲注1)69頁にも契約の解釈という作業によって「権利義務関係の存否・内容〔が〕……判断される」という理解が示されている。その他、山本・前掲注5)134頁、佐久間・前掲注5)67頁、河上・前掲注5)246頁、内田・前掲注5)269頁、344頁、大村・前掲注5)108頁。

15) 詳しくは本稿Ⅲ2(2)で論じる。

16) たとえば沖野・前掲注4)の採用する捉え方はこれに当たる（「(2)」543頁）。

17) たとえば石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010）はこの立場に立つ（22頁）。

に、おおむね対応することになる。

(2) 構成

以下では、1(1)ないし(3)で示した枠組に則り、設問を置く側の議論空間と解答方法を用意する側の議論空間とに大きく分けて、議論を進める。そして、1(5)での検討を承けて、さしあたり、「契約内容の確定」という設問に照準を合わせる。

Ⅱでは、設問を置く側の議論空間を検討する。契約内容の確定が問題になる文脈は多様であるが、ここでは三つに絞って取り上げる¹⁸⁾。第一に、損害賠償請求に関するものとして、その要件論から帰責事由をめぐる議論を取り上げる(1)。第二に、同じく損害賠償請求に関するものとして、その効果論から賠償範囲をめぐる議論を取り上げる(2)。これら二つの議論空間では、伝統的には債権総論的な発想からの答え方がされていたところ、近時、「契約内容の確定」という設問を置くことで問題に答えようとするようになってきている。第三に、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論を取り上げる(3)。ここでも、事情変更法理の問題を契約内容の確定の問題と捉える見解が有力に説かれている。

ところで、第一・第二の議論空間においては「契約内容の確定」という設問を置くことが通説化していると言えるのに対して、第三の議論空間では「契約内容の確定」という設問を置くかどうかについてそもそも有力な反対がある。内容を先取りすると、この反論は、解答方法が十分でないということに由来するものであり、解答方法を用意する側の議論空間との対照によって導かれたものである。しかるに、解答方法を用意する側の議論空間との対照が必要であることは第一・第二の議論空間において設問が置かれる際にも同様であって、まさに本稿における第三の課題

はそれを行おうとするものに他ならない。第一・第二の議論空間で異論がないのもこうした対照の問題が意識されていないだけかもしれないのであって、本稿はそこに意識を向けようと試みるものである。かくして、第三の議論空間において見られる、設問の置き方に関する議論は、本稿が第三の課題の下で論じようとしていることと、内容的には同質であると言える。したがって、それらの検討は、後述のとおりまとめてⅣ1で行うこととする。

Ⅲでは、解答方法を用意する側の議論空間を検討する。契約内容の確定方法については、これまでとくに契約の解釈に関する議論空間で論じられてきた。そこで、まず1では、「契約の解釈」による契約内容の確定を扱う。そこでは従来の契約解釈論の展開を振り返り、契約の解釈という営みの「構造」について、大まかな傾向を示したい。次に2では、契約の解釈以外による契約内容の確定について扱う。そこでは、一方で、「解釈」の内側の問題として、「契約の解釈」と区別されるものとしての「意思表示の解釈」による契約内容の確定を観念すべきかどうかを検討するとともに(1)、他方で、「解釈」の外側の問題として、「契約の解釈」と区別される「契約の補充」を観念すべきか、法の適用との関係を中心に検討する(2)。これらは、契約の解釈という営みの「限界」について検討する作業であるとも言える。以上を踏まえて、3では、以上の1,2とは異なる次元に移り、契約内容の確定をどのように正当化するかという問題について扱う。具体的には、まず、自律の契機と他律の契機をどう考えるかという問題を(1)、次に、事前にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」の問題を扱う(2)。

最後に、Ⅳにおいて、以上の検討を総括し、設問を置く側の議論空間で想定されていた契

18) そのすべてにつき検討を加えることは、契約法ひいては債権法の総点検とも言える壮大な作業を意味するところ、それを本稿で行うことはできないし、必要でもない。本稿では、契約重視の潮流の「2006年日本における到達点を示すもの」(潮見ほか・前掲注7)7頁)とされる、前掲注7)で言及した2006年日本私法学会シンポジウムを手がかりに、以下の三つを選択した。それらに注目したのは、それらにおいてはとくに契約内容確定問題への移行が顕著に見られること、本格的な研究も複数存在し、議論が充実していること、といった理由による。さらに事情変更をめぐる議論は、契約内容確定法理に関する理解を反映した議論を含んでおり、それ自体、契約内容確定問題を置く側の議論と契約内容確定法理を用意する側の議論とが関連する様を示すものと言え、興味深い。

約内容確定法理と、解答方法を用意する側の議論空間で論じられていたそれとの整合性につき検討を加えるとともに（1）、残された課題を提示する（2）。

なお、(1)で掲げた課題との関係について言えば、第一の課題と第二の課題がそれぞれⅡとⅢに、そして第三の課題がⅣ1に、対応することになる。

(3) 補足

最後に、個別的な実定法上の概念との関係について、若干付言しておきたい。すなわち、現行民法典には、「債務の本旨」（民法415条前段、493条本文）や「契約の本旨」（民法600条）、「委任の本旨」（民法644条）といった概念が存在している。また、民法改正法案¹⁹⁾では、新412条の2第1項や新415条1項但書において「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という表現が用いられており、新400条、新483条でも同様の表現が用いられている。また、新562条1項本文等では「契約の内容」という表現が用いられている。その他、判例法上でも、種々の表現が用いられる。

こうした概念がある場合、各議論空間における議論は、これらの概念の解釈いかんという形で行われる。その意味で、これらは各議論空間における設問である。そして、それに対する解答として、契約内容の確定がさらに設問として置かれることになる。

こうした下位の設問としての契約内容の確

定と、上位の設問としての各概念への包摂との関係については、まさに各議論空間において論じられる各実定法の解釈によって定まるものである。場合によっては、契約内容と、上位の設問であった概念との間には、齟齬があることも考えられる（とりわけ新412条の2第1項などにおける「及び取引上の社会通念」という部分をどう解釈するかは問題であろう。ただし、これは改正法の解釈の問題であり、本稿では立ち入らない。）²⁰⁾。また、「契約内容」の概念が、文脈ごとにいわば伸縮するというものも考えられる。

実定法上このような概念がある場合には、設問を置く側の議論空間の分析にあたっては、こうした齟齬や伸縮の有無についても注意する必要がある。

Ⅱ. 契約内容確定問題と設問としての「契約の解釈」

Ⅱでは、契約内容確定問題を置く側の議論空間につき検討する。具体的には、いかなる文脈において——何に対抗して、いかなるねらいの下に——設問として契約内容確定問題が置かれているのかということ进行分析することがⅡの課題である。

具体的な素材としては、まず、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求に関するものとして、その要件論から帰責事由に関する議論と（1）、その効果論から賠償範囲に關

19) 平成27(2015)年3月31日に国会に提出された、「民法の一部を改正する法律案」を指す。

20) 多くの場合直ちに「契約内容」と等置されるように思われるが、条文上の概念の意味内容という点に注意を向け、中間試案において用いられていた「契約の趣旨」という概念について、現行法の「本旨」概念と対比しつつ論じるものとして、石川博康『契約の趣旨』と『本旨』法時86巻1号22頁(2014)がある。

そこでは、①合意に基づく規範と②法に基づく規範との重層構造の存在が示されている(同28頁)。そして、「合意に基づく規範と法に基づく規範との階層構造を反映した契約内容の実体的把握」(同28頁)という表現からは、石川は重層構造をなす①②がいずれも「契約内容」に含まれると解しているものと解される。そのうえで、実定法上の概念の解釈として、一方で、歴史的分析を踏まえ、「本旨」概念に包摂されるのは本来的に①に限定されるという理解が示される。たしかに「仮想的な機能」(同28頁)としては①と②の重層構造を「本旨」の概念が担うこともできることを指摘する。具体的には、民法644条と商法505条との重層構造を民法644条の内部にも反映させるという形で、民法644条の解釈としても②を拡張的に把握することができる。とはいえ、①も②も「本旨」の概念によって包摂し得るものと考えられるというわけではない、と明確に区別しており、あくまでも「本旨」概念は本来的に①を包摂するものだという理解が示されている。他方、これに対して、「契約の趣旨」という概念は、直截に①②の重層構造を担い得るものとして描かれている(以上、同28-29頁)。

石川の解釈論において、結論的には条文が「本旨」概念を用いている場合と「趣旨」概念を用いている場合とで「契約内容」との関係に差は出ないものの、仮に「本旨」概念の仮想的な機能を排して①のみを担うものと解することを貫いた場合には、「本旨」概念を用いている場合と「趣旨」概念を用いている場合とでは、「契約内容」との関係が異なることになる。

する議論を(2)、それぞれ取り上げる。次に、契約上の債務の履行請求に関するものとして、事情変更があった場合に関する議論を取り上げる(3)。

1 損害賠償請求・その1

まず、1では、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求の要件論から、帰責事由の解釈に関する議論を取り上げる。債務不履行に基づく損害賠償請求の要件として帰責事由の存在が必要であると一般に解されているところ、伝統的には「故意・過失またはこれと同視すべき事由」をもって帰責事由とされていたのに対して(11)、近時、契約上の債務の内容いかんによって帰責事由の有無を判断するという見解が示されており(12)、後者では契約内容確定問題が提起されていると言える²¹⁾。具体的な検討素材としては、前者を代表するものとして我妻栄の見解を取り上げ²²⁾、後者を代表するものとして森田宏樹の見解と潮見佳男の見解を取り上げる²³⁾。

(1) 過失責任主義と帰責事由

伝統的見解は、「帰責事由」を「債務者の故意・過失またはこれと同視すべき事由」と解する²⁴⁾。そのうち、「債務不履行を生ずべきことを知って、あえて何事か……をすること、または何もしないでいること……」をいう「故意」と、もっぱら「いわゆる履行補助者の故意過失」に代表される「信義則上債務者の故意過失と同視される事由」とを除いたところの「過失」は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにある者として一般に要求される程度の注意(善良なる管理者の注意に同じ……)を欠いたために、

債務不履行を生ずべきことを認識しないこと」をいうとされる²⁵⁾。

帰責事由要件は最軽過失(culpa levissima)の理論の影響を受けて置かれたものであるとされ²⁶⁾、「厳格な過失主義が緩和され」「故意過失より広い概念」となっているとされるものの²⁷⁾、責任能力が必要だとする理由として「過失責任」であることを挙げていることにも照らせば²⁸⁾、以上の解釈は過失責任の考え方を基礎に置いたものだと言える²⁹⁾。

(2) 契約の拘束力と帰責事由

これに対し、森田や潮見は、契約上の債務の内容に着目して帰責事由の有無を判断すべきことを説く。

a 森田宏樹『契約責任の帰責構造』

まず、森田は、フランス法の結果債務・手段債務論が前提とするような契約責任の帰責構造の捉え方、すなわち「債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと、という点に求めることができ、その帰責の根拠は、契約の拘束力にある」という理解を前提に、「債務不履行における『帰責事由』の判断は、契約上の債務の内容・射程についての解釈に帰着することになる」、³⁰⁾「債務者が契約上負った債務の射程ないし厳格さの程度に応じて、『帰責事由』の内容やその判断の仕方も異なってくる」と説く³⁰⁾。

以上のような理解に基づき、「契約上の債務の射程ないし厳格さの程度によって——すなわち、債務者が結果の実現が確実であると約束したのか否か、という結果の確実性(射倖性)によって——結果債務と手段債務とに区別して「帰責事由」の要件を判断するこ

21) 山本・前掲注7)89-90頁、92-93頁、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリ1318号117頁、117-120頁(2006)が要点を整理している。

22) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義IV)』(岩波書店、1964)。

23) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について——債務不履行における『帰責事由』『契約責任の帰責構造』1頁(有斐閣、2002)[初出1993]、潮見・前掲注6)債権総論I。

24) 我妻・前掲注22)105頁。

25) 我妻・前掲注22)106頁。

26) 我妻・前掲注22)100頁。

27) 我妻・前掲注22)105頁。

28) 我妻・前掲注22)111頁。

29) 山本・前掲注7)89頁、潮見・前掲注6)債権総論I 261-262頁。

30) 森田・前掲注23)49頁。

とが有意義であると説く³¹⁾。すなわち、一方で、債務者が結果の実現が確実であると約束した場合には、「結果の不実現があれば、それが不可抗力によらない限り、その不履行の事実のなかに債務者の『帰責事由』が含まれていると判断される」ことになり、この類型が結果債務だとされる³²⁾。他方で、債務者が結果の実現が確実であると約束したのではない場合には、「債務者に『帰責事由』があると認定判断するためには、結果の不実現のみならず債務者が一定の行為義務違反があったことの評価を必要とする」ことになり、この類型が手段債務であるとされる³³⁾。

b 潮見佳男『債権総論』

次に、潮見説を取り上げる。潮見は、債務不履行責任の「帰責原理面」について、「保証責任」と「過失責任」との「二元的構造」を説く³⁴⁾。著書の各所で述べられていることを再構成しつつ概観すると、以下のよう

なろう。

すなわち、「保証責任」とは、「行動可能性や結果発生認識可能性を欠く」がゆえに「行為義務を課すること」ができないときであつても、「債権関係に入った当事者（債務者）……[が] 当該債権関係の中で、債権者にとって獲得が期待されている利益、すなわち給付利益の実現それ自体をみずから担保（保証）することを引き受けている場合」に、「結果保証を帰責事由として債務者に責任を負わせる」というときの責任をいい³⁵⁾、「過失責任」とは、「債権関係が正常に展開するために必要とされる様々の具体的行為（作為・不作為）」をする「具体的行為義務」に対する違反があつたときに、「過失責任の原理に基礎を置」いて「義務違反を根拠に」責任を負わせるというときの責任をいう³⁶⁾、といった二元的な構造が提示されている³⁷⁾。

31) 森田・前掲注23)49頁。

32) 森田・前掲注23)49頁、47頁。

33) 森田・前掲注23)49頁、47頁。

34) 潮見・前掲注6)債権総論I271頁。

35) 潮見・前掲注6)債権総論I275頁、271頁。

36) 潮見・前掲注6)債権総論I272頁、273頁。

37) もっとも、ここに示された見解における「過失責任の原理」に対する態度は一義的には明らかでない（このことについて、山本・前掲注7)93頁注25が指摘している。）。というのも、潮見・前掲注6)債権総論Iにおいて、一方で、具体的行為義務違反を根拠に債務者の負う損害賠償責任は「過失責任の原理に基礎を置くものである」とされ（同273頁）、「『債務者が何故に帰責されるのか』という帰責の原理を説明し、債務者自身または補助者の行為の結果を債務者に帰属させることを正当化するための根拠となる原理として『過失責任』（＝「注意を欠いた意思決定・行為操縦に対する規範的非難を理由とする責任）」を挙げるのは適切である」と確認しているのに対して（同275頁）、他方で、「過失責任は『原則』としての地位を滑り落ちる」（同270頁）「過失責任の原則を採用しない」（同282頁）とも述べられているからである。過失責任が『原則』としての地位を滑り落ちることは、「①『自己決定により引き受けた結果については、その実現がされることにつき、決定主体が負担すべきである』という『自己決定による自己責任』の原理（＝『契約により引き受けた結果が実現されることについての責任』）」と、②『契約で実現を保障された利益の保持へ向けた債権者の期待が保護されてこそ、国家による自己決定の尊重・支援が実現される』という判断を基礎に据え」ることから導かれており（同270頁）、代わって「①『債務者が契約において約束した利益を債権者が獲得していない場合は、約束違反が存在する』との立場を基点に据えて、『債務内容』——ただし、履行過程での具体的行為義務のみならず、結果実現保証をも含み得るものである——を吟味した上で、そこからの逸脱をもって債務不履行と捉え、そのうえで、②例外的に、契約類型上の危険分配あるいは特別に約定された危険分配の枠を超えた障害（不可抗力・偶発的事故に対応）と債権者に圧倒的な帰責性がある障害についてのみ債務者の免責を認めるという方向」が示される（同270-271頁）。

ここに看取される二つの傾向のうち、後者を重視して、「過失責任」は本当のところ帰責原理の地位にないのだと読む可能性は存在する。実際に、山本敬三は、潮見説について、「『過失責任』を『帰責原理』と呼ぶのは、少なくとも誤解を招くものといわざるをえない」とまで述べる（山本・前掲注7)93頁注25）。たしかに、過失責任の原則性を否定して契約における典型的または個別的な危険分配の逸脱のみをもって免責事由とする方向を示していることからすると、「過失責任」という考え方は放棄されたかのように映る。そして、「二元的構造」の一翼に残されている「過失責任」についても、「債務不履行における過失の標準としての『注意』は、契約債務の履行過程上の具体的行為義務と一致する」と見ていることから（潮見・前掲注6)債権総論I274頁）、責任の根拠を『契約を守らなかった』ことに求めていると考えることも可能である（山本・前掲注7)93頁注25）。

しかしながら、やはり「過失責任」は繰り返し「原理」「帰責原理」として位置付けられているのであつて、帰

c 対比

(a) 過失モデルと契約モデル 以上に概観した森田説および潮見説を、(1)で見た我妻説と対比したとき、我妻説が過失責任主義に基づいて契約を少なくとも明示には意識することなく帰責事由を理解していたのに対して(過失モデル)、森田説と潮見説はいずれも契約の解釈による契約内容の確定に基づいて帰責事由の有無を判断することを説くという点において共通している(契約モデル)。

(b) 契約=契約モデルと契約=過失モデル

しかし、森田説と潮見説との間には、帰責の根拠となる原理の面において、決して小さくない差異を見出すことができる。森田は「契約の拘束力」を帰責の根拠として一貫して提示するのに対して、潮見は、「自己決定による自己責任の原理」に指導される「保証責任」の領域とならんで「過失責任の原理」に指導される「過失責任」の領域を認めているからである。潮見説のうち、保証責任の領域については帰責原理の面においても森田説との差異はほとんどないが、過失責任の領域において、森田説との相違が見られるのである。この相違を捉えて、森田説に見られる考え方を「契約=契約モデル」、潮見説に見られる考え方を「契約=過失モデル」と呼ぶことができよう。後述のように両者の差異はあまり強調しすぎるべきではないのかもしれない

いが、少なくとも、検討に値する相違だと言うことはできる。

d 検討

(a) 契約=過失モデル——潮見説 叙述の順序を入れ替えて、まず潮見説から検討を加える。潮見説は、保証責任と過失責任との二元的な構造を提示するものである。

まず、このうち、保証責任原理の領域では、帰責事由の有無は結果保証の存否および内容の判断を通じて判断されることになるが、結果保証は、「法律上で結果保証が要求されている場合」(①)のほか、「当事者間で特別に保証約束がされている場合」(②)に認められること、「物の引渡しを目的とする双務契約上の債務で、引き渡された契約目的物に関する権利に瑕疵がある場合や、物に瑕疵がある場合」(③)に「『当該契約において、このような瑕疵のない物の給付が契約内容となっているかどうか』が、個別の契約解釈により両当事者が意図し、あるいは評価に入れた点を探求する中で確定されるべきこととなる」こと、「目的物の調達を引き受けている場合」(④)に「個別の契約解釈により債務者が引き受けた『調達』の意味を確定する必要がある」ことが述べられている³⁸⁾。ここでは、「契約解釈」によって「契約内容」を確定し、結果保証の有無を判断することが要請される、ということが明示されている³⁹⁾。

責原理の地位にあるものとして読むべきであろう。むしろ次のように読むべきではなからうか。すなわち、過失責任の『原則』としての地位」を否定した後に「正しい」「方向」として示されている「①……債務不履行と捉え、②例外的に、……のみ債務者の免責を認める」という判断枠組は、あくまでも「二元的構造」のうち「保証責任」のみに妥当するものなのであろう。というも、「②例外的に、……のみ債務者の免責を認める」ということは、潮見の説く「二元的構造」のうち「保証責任」についてのみ説かれており、これに対して「過失責任」については債務不履行とは別に帰責事由(としての過失)を問わないとされるのである(潮見・前掲注6)債権総論I275頁)。要するに、ここで放棄されているのは「過失責任」の「原理」性ではなく「原則」性なのである(「過失あれば責任あり」「過失なければ責任なし」のうち後者を否定しても前者は残る。)。すなわち、二元的構造を認めるという意味において過失責任の『原則』としての地位」を否定したにとどまり、「過失責任」の「原理」自体を否定しているわけではなく、むしろ「過失責任」は「帰責の原理」として認められていると解釈すべきだろう。

なお、既に見た森田説を「帰責原理と債務不履行との一体性を強調するもの」として取り上げて、それについて「もともと、結果債務と手段債務という2つの『責任類型』は、帰責の根拠が契約上の債務の拘束力にあるという点では『共通する帰責構造』を前提としており、『契約上の債務の内容・射程』によって『帰責性の判断のあり方』が異なる」と言う」と述べる箇所があるが(潮見・前掲注6)債権総論I271頁)、「もともと」は「……前提としており」にかかっていると読む、すなわち、『契約上の債務の内容・射程』によって『帰責性の判断のあり方』が異なる」という意味で「帰責原理と債務不履行との一体性を強調する」点では自説と共通するもの、帰責構造が二類型において共通する点では自説と異なるという趣旨に解釈することで、本文に述べた潮見説理解と整合する。

38) 潮見・前掲注6)債権総論I276-277頁。

39) ただし、潮見・前掲注6)債権総論Iには、③について、「両当事者の意図ない評価が契約解釈によっても

(1)で見た伝統的見解と異なって「保証責任」の領域を設けたのは、行為義務を課することができない場合でも、債務者が自己決定により給付利益の実現を引き受けている場合にはそのことを根拠に責任を負うべきものと解したためであるが、その結果として、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

次に、他方の過失責任原理の領域においては、過失を基礎づける義務違反の有無を判定するために注意義務の内容が問題となるところ、『契約において、いかなる注意が債務者に義務づけられているのか』という視点が、契約責任における過失にとって決定的である」こと、「その際、『契約により給付のための能力を引き受けたこと』が重視され、『契約中において債権者が債務者に対して有している期待の保護』という角度から、債務者の尽くすべき注意の内容が確定されるべき」であること、「注意の内容、さらにはその前提となる債権者の期待の内容は、両契約当事者の合意から導き出されることもあれば、注意内容につき合意がなされていない場合には、補充的契約解釈を通じて確定されることもある」ことが述べられており⁴⁰⁾、契約の解釈によって契約内容の確定をすることを通じて過失の前提となる注意義務の内容を確定すべ

きことが要請されている。

「過失責任」の領域では、(1)で見た伝統的見解と同様に、過失を根拠に帰責するものとされるが、そこで、注意義務の内容を、契約内容に照らして判断することとしたために⁴¹⁾、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

(b) 契約＝契約モデル——森田説 次に、森田説の検討に移る。森田は、「契約上の債務の内容・射程についての解釈」によって帰責事由の内容および判断構造が決まる旨を説く。そして、「契約上の債務の内容・射程」を判断することは契約内容の確定に他ならず、そのうえ、契約上の債務の内容・射程を定めるのは「解釈」であると述べられていることからすれば、——必ずしも明示的に述べられているわけではないにせよ——そこでもやはり契約の解釈による契約内容の確定が問われているものと言える。

森田は、潮見が保証責任と過失責任との二元的構造を説くのと異なり、一元的に「契約の拘束力」を帰責根拠として掲げる。森田は、帰責事由を「不法行為法上の過失とほぼパラレルに理解してきた」⁴²⁾ 従来の通説に代えて、契約の拘束力にこそ帰責性の基礎があるという理解を示すが、それは、潮見説と同様、契約を離れて帰責事由を判断すること

確定されない場合、「双務契約においては……引き受けたものと見るのが素直である」という記述もある(同276-277頁)。また、④について、「個別の契約解釈により……確定する必要があるが」に続けて「目的物の獲得についての結果実現保証が認められるべきである」という記述がある(同277頁)。これらの記述の解釈の仕方は様々あり得ると考えられるが、④において、「……認められるべきである」と言う以上もはや「契約解釈」と言うまでもなくなりそうであるところ、それでも契約解釈という構成をとろうとしていることからすれば、③では明確に「契約解釈によっても確定されない」と述べているにもかかわらず、いずれの場合についても、契約解釈の指針を提供しているものを見ることができよう。

40) 潮見・前掲注6)債権総論I274頁。

41) 我妻説は、「債務者の職業、その属する社会的・経済的地位などにある者として一般に要求される程度の注意」「善良なる管理者の注意」を標準とするところ(我妻・前掲注22)106頁)、そこでは職業・地位が考慮されてはいるが、そこで契約によっていかなる注意をすべきことと取り決められているかという考慮は表れていない。潮見説は、それに対して、過失責任の帰責にあたって契約において取り決められた内容を考慮すべく、過失判断の前提として、契約内容の確定、契約の解釈を問うものである。

なお、山本・前掲注7)93頁は、森田のいう手段債務、潮見のいう過失責任の領域につき、それらは「債務者の具体的な行為についての評価が……必要となる」場合であるところ、「そうした評価が必要となる場合は、結果として、伝統的理論による過失の判断と大幅に重なることになる」と述べる。たしかに、行為についての評価が必要となるという点においては「大幅に重なる」と言える。しかし、そこで評価の標準を決めるものが何であるかという点に目をやったとき、契約で定められた注意義務という発想は伝統的理論においては少なくとも表面には表れていない。そこには有意な差を認めてよいのではなからうか(なお、山本はそのうえで過失責任の原則が責任の根拠となるか、債務者がそのように具体的な行為をすることが契約で約束されたからにすぎないと考えるか、という点に伝統的通説と森田説・潮見説との差を認める。)

42) 森田・前掲注23)51頁。

を否定することとともに、「契約上の債務の内容・射程を決定することは、原則として当事者の意思に委ねられていること」を認め、「債務者が結果の実現それ自体を約束すること」を認め、その場合に結果の不実現をもって原則として帰責事由ありとすることを認めるべきだと考えることによる。そして、その結果として、「契約内容の確定」「契約の解釈」が問われるに至ったものと言える。

(c) 帰責原理の相違 (aa) 森田説と潮見説とは、以上のとおり、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問を置くことで帰責事由の有無を判断することを説く点で共通しており、伝統的な見解に対する問題意識や解釈論のねらいもほぼ共通していると言えよう。しかし、既に見たとおり、両説の間には、帰責原理の説明において差がある。このことは、両説の含意や、ひいては両説における「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問のもつ意義に反映してはいないだろうか。

両説の帰責原理の説明における差異の所在をあらためて確認するに、潮見説における保証責任の帰責原理は「自己決定による自己責任」の原理であり、その限りで、「契約の拘束力」を帰責根拠とする森田説とほぼ共通する。両説の差異が顕在化するのが、潮見説という過失責任、森田説という手段債務の領域においてである。後者においてはそこでも「契約の拘束力」が帰責根拠とされるのに対して、前者においてはそこでは「自己決定による自己責任」の原理は後景に退き「過失責任の原理」が前面に出るからである。

たしかに、潮見説における過失責任の領域において「過失責任」が帰責原理とされるといっても、過失の判定基準が契約の定めによって定まる以上、その領域においてもなお「自己決定による自己責任」ないし「契約の拘束力」といった原理・根拠は間接的に妥当しているといえる⁴³⁾。そして、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問の意義も、その限りにおいて共通しているといえる。

しかしながら、潮見説が「過失責任の原理」

を介在させること、反対に森田説が「過失」概念を一切排除していること、といったことを重視した場合、そこに何らかの含意を見出せないであろうか。森田が潮見説に承接している箇所があるので、それを手がかりに考えることとしたい。

(bb) まず、森田は、契約＝過失モデルが「過失責任」の領域で「過失責任の原理」を帰責原理とすることについては、それが「債務者が結果の実現それ自体に義務づけられるということ」を否定するものである⁴⁴⁾。すなわち、森田は、北川善太郎や前田達明のものと並んで潮見の過失責任に関する見解を「伝統的通説の理論的正当化の試み」として取り上げて以下のように分析している⁴⁵⁾。いわく、それらはいずれも「帰責事由とは契約によって債務に課された一定の具体的な行為義務を果たさないことであると捉える」見解であるが、そのように捉えるのは、「一見すると当事者が結果の実現を約束したように見える場合でも、理論的に正確に言えば、債務者は、結果の実現それ自体ではなく、それを実現するための一定の具体的な行為に義務づけられているにすぎない、とみている」からである。そして、そのような理解は「債務者が結果の実現それ自体に義務づけられるということ」を否定するものである⁴⁶⁾が、「契約上の債務の内容・射程を決定することは、原則として当事者の意思に委ねられていることを認めるならば」結果の実現それ自体に義務づけられる余地を認めるべきである、と批判する。

もっとも、過失概念によって帰責を基礎づけること自体については、森田も特段の批判を加えておらず、その点は論駁されたとは言えない。

また、上記の問題点も、保証責任の領域の肯定により直ちに解消される。森田も、フランス法にいう結果債務に相当する類型について、保証責任として責任を認める際に説かれていることは、「結果債務における『帰責事由』と実質的にはほとんど異なるものではな

43) この点を強調するのが、前掲注 37) で見た山本敬三の潮見説理解である。

44) 森田・前掲注 23)52 頁。

45) 森田・前掲注 23)51-52 頁。

い」ものであると認識している⁴⁶⁾。

(cc) そこで、森田は、潮見説による場合と森田説による場合とで「実際上の法的解決にはあまり相違はなく、単に理論的な説明ないし用語に差異があるにすぎないともいえよう」と述べる⁴⁷⁾。ただ、そのうえで、森田は、森田説が潮見説（「過失責任と保証責任という二つの責任類型を併存的に認める見解」）よりも理論的にすぐれている点として、「右にいう二つの類型〔引用者注：過失責任と保証責任〕が、それらの帰責の根拠は契約上の債務の拘束力にあると言う点では共通する帰責構造を前提としていることを明らかにすると同時に、そのなかで契約上の債務の内容・射程によって帰責性の判断のあり方が異なってくることを説明しうるような枠組みを提示している点」（傍点原文）を挙げている⁴⁸⁾⁴⁹⁾。

このうち、「契約上の債務の内容・射程によって帰責性の判断のあり方が異なってくる」との説明は、巧拙こそ問い得るものの両説とも成功していると言ってよい。やはり、森田自身の分析によっても、究極的には、両モデルの差異は「それらの帰責の根拠は契約上の債務の拘束力にあると言う点では共通する帰責構造を前提としていること」を明らかにして「そのなかで」説明するかどうか、という点に帰着すると言える。

まず、一元的に説明できるという理論的な

美しさが森田説の方には備わっているということは確かである。しかし、それを超えて、さらなる含意を見出すことはできないだろうか。

(dd) 既に述べたとおり、過失概念を用いること自体の弊害はここでとくに指摘されているとはいえない。森田論文のねらいは、「比較法的にもやや特異なドイツ法の影響を受けたわが国の伝統的通説が説くような『帰責事由』の理解を再検討し、わが民法典の規定の構造により適合的であり、わが判例法に示された実際の解決を説明し、体系化するような『帰責事由』の理論的定式化を行う」ことにあるとされているところ⁵⁰⁾、たしかにドイツ的な理解は再検討に付され、そして、「わが民法典の規定の構造により適合的であり、わが判例法に示された実際の解決を説明し、体系化するような」理論的定式化も成功を収めている。しかし、森田論文とは別のモデルによる、過失概念を用いた定式化の可能性は直接には否定されていない。否定される理由があるとすれば、対抗モデルとしての森田論文の定式化が成功していること自体のみである⁵¹⁾。かくして、「過失責任の原理」の下で契約を基点とした過失判断を行うことも否定されはしないと考えられる。したがって、結果債務に当たるものを除き、過失に基づく責任として構成し得る限りにおいて⁵²⁾ そう構成してもよかつたはずである。

46) 森田・前掲注 23)53 頁。

47) 森田・前掲注 23)53 頁。

48) 森田・前掲注 23)54 頁。

49) なお、この点における理論的な優劣に加えて、森田・前掲注 23) では、債務不履行責任の規定の構造への適合性の問題も論じられている。これは、潮見説が 415 条に規定される債務不履行責任を狭く解してそれとは別個の責任として「保証責任」を構成しているということを前提にした批判であったが（森田・前掲注 23)53 頁および 58 頁注 132）、その後潮見は、森田論文「の指摘を受けて、『保証約束を帰責事由とする債務不履行責任』も民法 415 条から導かれることを明確にし」（森田・前掲注 23)60 頁）、本稿が検討対象としている『債権総論 I(第 2 版)』（潮見・前掲注 6) 債権総論 I）に至っている。したがってその点はここで問題にしているモデル間の優劣にもはや関係しない。

50) 森田・前掲注 23)48 頁。

51) これに関連して、山本は、契約の拘束力に帰責の根拠を求めれば「もはや、それとは別に過失責任の原則を持ち出す必要も理由もないわけである」と説明する（山本・前掲注 7)92 頁。なお山本・前掲注 7) では「過失責任の原則」の語が潮見・前掲注 6) 債権総論 I における「過失責任の原理」の意味において用いられていると思われる。）。たしかに「必要」がないことは森田が行った理論的定式化が成功していることそれ自体によって直ちに示されているといえるが、「理由」もないことは論証されていないのではなからうか。

52) 翻って森田説における結果債務、潮見説における保証責任に当たる類型について、「過失」概念に包摂できないのは自明なのか、ということはお一考に値するように思われる。潮見は、保証責任につき過失責任の原理に根拠を置く帰責の可能性を否定するにあたって、①過失は具体的行為義務違反であること、②行為義務は「そ

それにもかかわらず「契約の拘束力」という帰責根拠による説明を採用することの意味を考えるに、そこに森田説における「契約の拘束力」への強いこだわりを見出すことができよう⁵³⁾。そうするとさらに、そこでいう契約の拘束力の根拠は何か、という問いが誘発されるが、これは古典的な議論につながる。意思による基礎づけ、信頼による基礎づけ、など複数考えられるが、森田説の内在的な理解としては、「意思」による説明が整合的であろう⁵⁴⁾。

(e) 他方で、潮見の掲げる「過失責任の原理」には、「故意過失がなければ責任を負わない」という消極面（行動の自由の保障）と、「故意過失があれば責任を負う」という積極面とが考えられる。そのうえで「過失」を「契約において合理的に期待可能な努力を債務者がしないこと」の意味で捉える場合には、消極面は大きな意味を持たないとして、積極面は、「契約において合理的に期待可能な努力をすべし」という規範命題となり、ここから「契約は守らねばならない」までの距離はほとんど存在しない。したがって、過失概念を媒介して、「契約の拘束力」やそれと類似する「自己決定・自己責任の原理」は、過失責任の原理の中でも働く。

しかし、第一に、その場合はやはり「自己決定・自己責任の原理」（あるいは「契約の拘束力」と帰責性との距離が遠い。第二に、「保証責任」が「自己決定による自己責任」の原理に基礎付けられるものとしつつ「過失責任」を「過失責任の原理」で基礎付けると

き、「保証責任」と区別されるものとしての「過失責任」においては「自己決定による自己責任」の原理が働かないようにも映る。こうした点を踏まえると、「自己決定・自己責任」あるいは「契約の拘束力」を一元的に帰責根拠ないし帰責原理として掲げる場合の方が、それらを重視する程度が高まるということが言えよう。

(f) 以上を要するに、潮見説で過失が語られ、森田説で過失が語られないという差異については、潮見説においてはときに「自己決定・自己責任の原理」と帰責事由の解釈とのつながりが間接的になるのに対して、森田説においてはつねに「契約の拘束力」と帰責事由の解釈とが直接的につながっているという違いとして捉えられる。このことが「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問のニュアンスに反映するということは考えられる。

もっとも、直接・間接の違いこそあれ、潮見説も森田説も、「契約の拘束力」「自己決定・自己責任の原理」を契約責任の局面においても重視するという点においては類似している。むしろ、「契約内容の確定」「契約の解釈」という設問の持つ意義に関してより重要なことは、両説が掲げる帰責根拠と整合的な契約内容確定法理・契約解釈方法が要請される、ということであろう。すなわち、潮見説の場合には、自己決定とは何かということが問われるべきことになる。これに対して、森田説の場合には、「契約の拘束力」を帰責根拠とすることだけからは、いかなる契約内容確定法理・契約解釈方法も整合すると言える

れが規範的な命令・禁止に適合する債務者の行為に向けられたものである以上）行為義務は行動可能性や結果発生認識可能性を前提とすること、といった理解を前提に、行動可能性や結果発生認識可能性を欠く状況下で行為義務を課することができないことを理由としている（潮見・前掲注6）債権総論1275頁、同『契約責任の体系』202頁（有斐閣、2000）。しかし、①②の理解につき検討の余地は本当にないのであろうか。たとえば、過失が行為義務違反であること（①）を維持しつつ、行動可能性や結果認識可能性がない場合であっても行為義務が課されることはあるということ（②）は考えられないのであろうか。もっとも、これが共通理解の醸成されている概念の再編作業になるのだとすれば弊害も大きい。実質的にも、行動の自由の保障という観点を放棄せざるを得なくならないか、単なる契約の拘束力の言い換えになるとすれば概念としてかえって不要にならないか、といった点につき考えることが必要になると思われる。

53) このほか、潮見が過失の研究から出発した（潮見佳男「契約責任における『過失の標準』」前掲注52）契約責任の体系177頁〔初出1993〕、同『なす債務』の不履行と過失の判断構造同211頁〔初出1996〕の) に対し森田はそうではないという研究史の観点からの違いもあろうか。

54) 必然的な根拠はないが、「自らの意思（合意）によって設定した契約規範に……」（森田・前掲注23）49頁とあること、その他「意思」による説明が重視されていること（同52頁参照）が手がかりとなろう。

が、そこから立ち入って「意思によって定めた」ことを重視するに至ると⁵⁵⁾、「意思によって定めた」ことは何かということが問われるべきことになる(この問題についてはIV 1において再び取り上げる)。

2 損害賠償請求・その2

2では、契約上の債務の不履行に基づく損害賠償請求の効果論から、賠償範囲に関する議論を取り上げる。伝統的見解は、民法416条1項が相当因果関係の原則を定めているものと解し、そのうえで同条2項にいう予見可能性を債務者の不履行時における予見可能性と解釈した(1))。これに対して、両当事者の契約時の予見可能性を契約の解釈によって判断することによって賠償範囲が決定されるものとする見解や、予見可能性には還元しないものの契約の解釈として契約を基点にリスク分配に関する判断を行うべきものとする見解が説かれている(2))⁵⁶⁾。後者としてここで挙げたのはそれぞれ平井宜雄と潮見佳男の見解であり⁵⁷⁾、前者を代表するものとしては我妻栄の見解を取り上げる⁵⁸⁾。

(1) 相当因果関係説と賠償範囲

伝統的見解は、賠償範囲は「債務不履行と相当因果関係に立つ全損害」であるとしたうえで⁵⁹⁾、民法416条1項がその相当因果関係の原則を定めており、同条2項がその基礎とすべき特別の事情の範囲を示していると解釈する⁶⁰⁾。そして、予見可能性は債務不履行

行時を標準として債務者について見る⁶¹⁾。そこでは、標準時に関して「債務不履行時に損害の拡大する事情を予見または予見しうべきに拘わらず不履行をなす者は、その賠償をなすべきのは当然だからである」と述べられていることからして⁶²⁾、契約の定めを基準とするというよりは外在的に規範が設定されるという考え方に立っていることが窺われる。ここに、過失責任主義の考え方が見られる⁶³⁾。

(2) 保護範囲説と賠償範囲

a 平井宜雄『損害賠償法の理論』

「相当因果関係」概念に代えて、「被告の……行為という事実と……損害と評価される事実との間に存在する *conditio sine qua non* の関係」をいう「事実的因果関係」⁶⁴⁾、「事実的因果関係に立つ損害のうちどこまでを賠償させるのが妥当かという裁判官の政策的価値判断」をいう「保護範囲」⁶⁵⁾、そして「保護範囲内に存すると判断された損害をどのようにして金銭に評価するか」をいう「損害の金銭的評価」⁶⁶⁾という三つの理論的な分析道具概念を用意した平井は、このうち契約不履行に基づく損害賠償に関する保護範囲につき、次のように説く。

まず、「契約不履行にもとづく損害賠償において保護範囲を決定する基準となるのは416条であり」⁶⁷⁾、416条は予見可能性を「究極の要件」として賠償範囲を決定している⁶⁸⁾。そして、「予見可能かどうかは、……、契約不履行のあった当該契約当事者の

55) 森田・前掲注23)49頁においては「債務不履行責任における帰責性は、約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと、という点に求めることができ、……」という考え方が示されている。

56) 同様に伝統的見解と近時の見解とを対比するものとして、山本・前掲注7)90頁、93-94頁、潮見佳男「損害賠償責任の効果——賠償範囲の確定法理」ジュリ1318号127頁、128-135頁(2006)。

57) 平井宜雄『損害賠償法の理論』(東京大学出版会、1971)、潮見・前掲注6)債権総論I。

58) 我妻・前掲注22)。

59) 我妻・前掲注22)118頁。

60) 我妻・前掲注22)120頁。

61) 我妻・前掲注22)120頁。

62) 我妻・前掲注22)120頁。

63) 山本・前掲注7)90頁。

64) 平井・前掲注57)135-136頁、142頁。

65) 平井・前掲注57)138頁、142頁。

66) 平井・前掲注57)142頁。

67) 平井・前掲注57)169頁。

68) 平井・前掲注57)171頁。

職業……，目的物の種類……，契約の目的……，契約当事者間の属する取引圏における慣行などを考慮し，当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断にもとづいて決定しなければならない⁶⁹⁾。このことから，平井は，「したがって，契約不履行における保護範囲の決定は，右のような政策的価値判断に導かれるところの契約の解釈という作業に等しくなるわけである」と述べる⁷⁰⁾。

そして，以上を基礎として，保護範囲を決定する「予見可能性」は，①契約締結当時における②両当事者のそれであることを説く。すなわち，②につき，「契約不履行にもとづく損害賠償の範囲は，契約の解釈に帰着するものであるとすれば，それはまさに契約両当事者にとっての問題である」として，実際上は債務者の予見可能性が重要だとしても理論上は両当事者の予見可能性を要求すべきだとする⁷¹⁾。さらに，①につき，「予見可能性の判断は究極的には契約の解釈に帰着する」ところ，「契約の解釈という作業は，契約締結当時の状況を背景として裁判所による当事者の合理的意思の探究ないしその名のもとにおける新たな規範の創出を意味する」のであって「保護範囲の画定に際しての契約の解釈もこれを前提とする」ので，予見可能性は契約締結当時において判断されるべきだとする⁷²⁾。そして，②の結論は，「契約の機能」の観点，すなわち，「契約の締結によって当事者は相互に一定の利益を取得することを目的とし，その利益の計算の上に立って取引関係を発展させる」のであって，当事者は契約によって得ようとする利益を「計算しつつ契

約関係に入る」のであるから，「契約不履行における損害賠償は，契約によって当事者が得ようとした利益の賠償として把握されなければならない」，という観点からも正当化されている⁷³⁾。

以上のとおり，平井は，「契約の解釈」によって契約締結当時の両当事者の予見可能性を判断することで保護範囲を決定すべきことを説いている。

b 潮見佳男『債権総論』

上記の平井説を承けて，その「制限賠償原則」と「保護範囲論」を支持しつつも「賠償範囲の確定問題を『予見可能性に基づく制限賠償』の思考様式に依拠させることに対して」疑問を唱えるのが⁷⁴⁾，潮見説である。

平井説に対して，潮見は，『契約によって保護された債権者の利益』を確認して『契約の意味と目的に従った責任の限界づけ』を図る際に考慮すべきファクターを，すべて契約当事者の『認識』の平面へと還元して，『予見可能性』概念に基礎付けられた賠償範囲確定ルールに凝縮できるのかが問題⁷⁵⁾。賠償範囲の確定は「当為規範のレベル」が決定的であるところ，「この当為規範に盛り込まれる内容を『予見』という認識レベルにすべてを還元し，正当化するのは，契約内容を確定しその履行過程でのリスク分配規準をあらゆる規範命題の言明として適切さを欠く」というのである⁷⁶⁾。

そのうえで潮見は，自身の見解を次のようにまとめる。「このように『予見可能性』に賠償範囲確定にあたっての決定的意義を見出さないとすれば，……『履行障害についてのリスク分配に関して，契約を基点として価値判断をおこなう』プロセスに焦点を当て

69) 平井・前掲注 57)171 頁。

70) 平井・前掲注 57)171 頁。

71) 平井・前掲注 57)173 頁。

72) 平井・前掲注 57)180 頁。

73) 平井・前掲注 57)180-181 頁。

74) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 351 頁。

75) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 351 頁。

76) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 352 頁。なお，これに伴って，416 条 2 項の『予見可能性』の対象は，「賠償範囲確定（履行障害についてのリスク分配）のための契約解釈にあたりどこまでの事情を取り込むかという観点から，文字通り『特別の事情』として捉えるのが適切であるということになる」とする（同頁）。

77) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 352 頁。

た分析が重要となる」⁷⁷⁾。「保護範囲による賠償範囲の確定」として問題となる作業は、平井の説くように『「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」……の具体化」作業であり、『契約の解釈』に還元される作業」である⁷⁸⁾。そして、『債権』（ないしは、契約から契約当事者に生ずる地位）に結びつけられたリスクに関する規範的評価」であり、『債務不履行がされたときに、実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスクをどの範囲で債務者に負担させるべきか』という点に関する当為判断」である⁷⁹⁾。

以上のとおり、潮見は、予見可能性への還元は拒絶しつつ、なお『契約の解釈』に還元される作業」⁸⁰⁾として、契約を基点としてリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を確定すべきことを説いている。

c 対比

(a) 相当因果関係説と保護範囲説 我妻説が過失責任主義を背景として相当因果関係説に立つのに対して、以上に概観した平井説と潮見説は、いずれも保護範囲説として位置付けられる。そして、両者はいずれも、「契約の解釈」によって賠償範囲を確定することを説く点において共通している（契約モデル）。

(b) 契約＝予見モデルと契約＝利益モデル

しかし、両説の間には構成の差が存在している。いずれにおいても「契約の解釈」として「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」を行うことになるのであるが、平井説は、その作業をすべて契約締結時における「予見可能性」の判断に還元する（契約＝予見モデル）。それに対し潮見説は、同じ作業を予見可能性の判断に

は還元されない判断として、契約利益の実現についてのリスク分配に関する当為判断をそれとして行う（契約＝利益モデル）。

d 検討

(a) 契約＝予見モデル——平井説 平井は、保護範囲の決定のために予見可能性の判断を行うべきことを説くところ、その予見可能性の判断が「契約の解釈」であることを明言する⁸¹⁾。

もっとも、ここでいう「契約の解釈」は、あくまでも、「契約不履行のあった当該契約当事者の職業……、目的物の種類……、契約の目的……、契約当事者間の属する取引圏における慣行など」を考慮した「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」に基づく予見可能性の判断に他ならない⁸²⁾。それは、本稿がこれまで念頭に置いていた、そして一般に念頭に置かれる、契約内容の確定の手段としての契約の解釈ではない。このことは平井自身明言するところであって、「契約の解釈といっても、ここで問題となっているのは、通常言われるもの——法律行為の解釈の一環としての契約の解釈、すなわち当事者の意思あるいは表示の意味を明らかにする作業としての契約の解釈——とは性質を異にする」、「後者の意味での契約の解釈によって契約の意味内容が明確に定まっている契約について不履行があったときにはじめて、保護範囲を決定する作業としての契約の解釈が問題となる」、ということが述べられている⁸³⁾。このように、平井自身の整理によれば、平井説は契約の解釈という設問を置くものではあるが、契約内容確定問題を置くものではない、ということになる。さらに、一方では、用語法につき外在的な基準に立脚して、契約の解釈ということばは用いられていてももはや契約の解釈と見るべきではないと言うこともできよう。ただ、他方で

78) 潮見・前掲注6) 債権総論 I 352 頁。

79) 潮見・前掲注6) 債権総論 I 353 頁。

80) 潮見・前掲注6) 債権総論 I 352 頁。

81) 平井・前掲注57) 171 頁。

82) 平井・前掲注57) 171 頁。

83) 平井・前掲注57) 171 頁。

は、こうした作業もまた契約内容の確定なのだと言う余地もある。そうした中で本稿では、契約内容の確定と言えるもの、または契約内容の確定ということばが用いられているものを広く「契約内容の確定」として取り上げることとし、「契約の解釈」についても同様とする。したがってここでの議論も契約内容確定問題、設問としての「契約の解釈」を提示するものとして、位置付けることとする。

ここでの「契約の解釈」が予見可能性の判断に他ならないことから、「契約の解釈」という設問が置かれる理由も、保護範囲を決定する基準となるのが民法416条であり、同条が予見可能性によって損害賠償の範囲を制限しているから、ということになろう⁸⁴⁾。

ところで、予見可能性につき、両当事者の契約締結時におけるそれを判断すべきだという解釈論的帰結を導いているのは、予見可能性の判断が契約の解釈に帰着するということである⁸⁵⁾。もっとも、そこでいう「契約の解釈」が契約内容の確定作業とは性質の異なるものであって種々の事情を考慮して政策的な価値判断のもとに予見可能性を判断するという作業なのであれば、通常の契約内容確定手段としての契約解釈と同じように「それは契約両当事者にとっての問題であ」⁸⁶⁾るとは必ずしも言えないように思われる。予見可能性を債務者について考えることは可能であり、その場合も同質の判断が行われると考えられるからである。同様に、「契約の解釈という作業は、契約締結当時の状況を背景として裁判所による当事者の合理的意思の探究ないしその名のもとにおける新たな規範の創出を意味する」⁸⁷⁾ということは、通常の契約解釈については言えるとしても、「これを前提とする」にとどまる「保護範囲の画定に際しての契約の解釈」⁸⁸⁾については自明でな

く、後者について「契約締結当時においてなされるべきことが帰結される」⁸⁹⁾とは必ずしも言えないように思われる。

ここで、契約締結時の予見可能性を問題にすべきことが、「契約の機能」の面から正当化されることが述べられていること⁹⁰⁾に注目したい。ここに実質的な理由があると考えられ、契約の解釈だから両当事者の契約締結時の予見可能性が問題になるというよりもむしろ、「契約の締結によって当事者は相互に一定の利益を取得することを目的とし、その利益の計算の上に立って取引関係を発展させる」という「契約の機能」があり、それゆえ「契約不履行による損害賠償は、契約によって当事者が得ようとした利益の賠償として把握されなければならない」⁹¹⁾、という理解、つまり当事者の契約締結時の判断を尊重すべきとの理解から、両当事者の契約締結時における予見可能性を問題とすべきことが導かれ、それとともに予見可能性の判断としての「契約の解釈」が問われるに至る、と理解するのが適当だと思われる。

(b) 契約＝利益モデル——潮見説 平井説が、意識的に、契約締結時の予見可能性を問題にしていたのに対して、潮見説は、これまた意識的に、問題を「予見」という認識レベルから切り離す。それでも、潮見説は、平井説と同様、契約を基点としたリスク分配に関する価値判断によって保護範囲を決定するものとし、かつ、その判断を「契約の解釈」に還元する。

ここでいわれる「契約の解釈」という作業の内実は、『債権』（ないしは、契約から契約当事者に生ずる地位）に結びつけられたリスクに関する規範的評価』『債務不履行がされたときに、実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスクをどの範囲で債務者に負担させるべきか』という点に関する為

84) 平井・前掲注57)169頁。

85) 平井・前掲注57)173頁，180頁。

86) 平井・前掲注57)173頁。

87) 平井・前掲注57)180頁。

88) 平井・前掲注57)180頁。

89) 平井・前掲注57)180頁。

90) 平井・前掲注57)180頁。

91) 平井・前掲注57)180頁。

判断」であって⁹²⁾、これは平井説における「当該契約当事者にどれだけの範囲について損害賠償義務を負わせるのが妥当かどうかという政策的な価値判断」と一致する⁹³⁾。

そこでは、賠償範囲の確定はリスク分配に関する規範的な判断によるべきであるという理解の下で、認識とは切り離れた形で、かつ、契約を基点として、そうした価値判断を行うべきことが説かれ、そうした価値判断として「契約の解釈」が問われるに至っている。「契約の解釈」とされるのは、「実現を企図された契約利益の実現・不実現に伴うリスク」が問題になっているからであり、「契約を基点として価値判断をおこなう」からである。また、認識のレベルから切り離されているのは、総合的に規範的な評価をすべきであり、それを認識レベルに還元するとフィクション性が強まるので適切でないと考えていること、リスク分配を含めた契約内容がその都度定まるもの、時間的に広がりをもった存在として契約を理解していること、などによるものと考えられる。

(c) 両説における「契約の解釈」の特徴

平井説においても潮見説においても、「契約の解釈」として行われる価値判断は、どの範囲で賠償義務＝リスクを負担させるべきかということにかかわるものであって共通である。そのうえで、平井説は、当事者による事前設計という要素を重視して、予見可能性の問題として論じる。そこでは、当事者を經由した判断の正当化が行われる。これに対し

て、潮見説では、予見とは切り離れた形で契約利益に関するリスク分配を論じる。そこでは、判断者の判断が正面から問われることになる。

3 履行請求

3では、契約締結後の事情が変動した場合に履行請求を免れることを認める法理として一般に存在が認められている事情変更法理に関する議論を取り上げる⁹⁴⁾。事情変更法理は、伝統的には信義則に基づいて外在的に契約の拘束力を制限する法理として位置付けられてきたが(1)、近時、これを契約内容の確定問題として位置付けるべきことを説く見解が現れている(2)。具体的には、前者を代表するものとして五十嵐清の見解を⁹⁵⁾、後者を代表するものとして吉政知広の見解を⁹⁶⁾、それぞれ中心に取り上げる。

(1) 外在的制約としての事情変更

伝統的見解を代表する五十嵐説では、「事情変更の原則」は「従来の私法理論の形式的適用より生ずる不公平な結果を是正するために認められるものであり、まさに信義則適用の一場面であるということができ」、「この原則の適用を認めるべきかどうかの最終的判断にあたっては、信義則によらざるをえないであろう」とされる⁹⁷⁾。ここには、契約外在的な制約として、事情変更法理を位置付ける見方が示されている。

もともと、五十嵐は、勝本正晃によって提

92) 潮見・前掲注6)債権総論I353頁。

93) 潮見・前掲注6)債権総論I352頁。

94) 「事情変更の原則」を体系的にどう位置付けるかについては、その効果論が安定を見ていないのみならず、想定される効果が複層化していることから、必ずしも容易ではない。たとえば潮見・前掲注6)債権総論I197頁は、「事情変更・行為基礎障害の理論」が、契約内容改訂へのイニシアティブを与えるという「オフェンス面」と、履行請求に対する履行拒絶の抗弁となるという「ディフェンス面」との両面を持つことを指摘しつつ、あくまでも「便宜的に」、「履行請求権の貫徹障害」という項目の下で取り扱うことを宣言する。また、山本敬三『民法講義IV-1契約』101頁以下(有斐閣,2005)は、「契約の効力」のうち「契約の履行」に関する問題の一つとして「事情変更」を取り上げるが、それは「契約の締結後、債務の履行に障害が生じたことを理由に債務の履行をまぬがれる可能性」と「契約の締結後、反対債務の履行に障害が生じたことを理由に債務の履行をまぬがれる可能性」との両者にかかわるものとされている(同56頁,93頁)。

95) 五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣,1969)、谷口知平=五十嵐清編『新版注釈民法(13)』63頁以下〔五十嵐清〕(有斐閣,1996)。

96) 吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範」『事情変更法理と契約規範』9頁(有斐閣,2014)〔初出2003〕。

97) 谷口=五十嵐編・前掲注95)68頁〔五十嵐清〕。

示された「事情変更の原則は意思表示の問題に非ず」という命題⁹⁸⁾を検討する際に、「今日では、ライト卿やラーレンツの理論に見られるように、事情変更の原則を意思表示の客観的解釈として構成する可能性が与えられている」と述べ、「この点からの再検討が必要である」としている⁹⁹⁾。そして、そこには、「もつとも、勝本博士自身、その後、意思表示の客観的解釈の必要性を認め……、さらに、昭和32年4月29日の日本私法学会の席上、事情変更の原則を契約の解釈として認めうる旨、発言された。」という脚注が付されている。この点を捉えて、たとえば内田貴は、五十嵐が「事情変更の原則を契約の客観的解釈で正当化する見解」に立っていると見るようである¹⁰⁰⁾。しかし、これ以上の論及はないこと、のちに上記箇所を参照されていた「ラーレンツ」の行為基礎論につき「ドイツでも異論が多く、わが国でどの程度採用されるかは疑問であるが」と述べたり、「信義則によらざるをえない」と述べたりしていることからすれば¹⁰¹⁾、五十嵐は、最終的には、契約の解釈として事情変更の原則を認める見解には立っていないと見るべきであろう。

ところで、我妻の見解もまた、基本的にこうした伝統的見解と共通するものと言えるのであるが、そこには折衷的な要素も見出し得る。というのも、一方で、要件として「契約の文言通りの拘束力を認めては信義の原則に反した結果となること」を挙げていること¹⁰²⁾や、事情変更の原則が「新しい契約理論から当然に」認められるべきものであるとしているところ¹⁰³⁾、「新しい契約理論」とは「契約をもって、私人間の関係を合理的に

処理する——重要な、然しあくまでも、一つの——手段に過ぎない」という考え¹⁰⁴⁾、契約も「種々の方面からする社会の意識的統制に服する」という考え¹⁰⁵⁾を指しているものと考えられることからすれば、事情変更の原則を契約外在的な制約として位置付けていると言えるが、他方で、「事情変更の原則とは、すべての契約は、暗黙のうちに、『その契約が締結された時の事情がそのまま存続する限りにおいてのみ効力を有する』という約款(clausula rebus sic stantibus)を含んでいる、従って、その事情が変更したときは、契約は、もはや拘束力をもたない、という意味である」(傍点引用者)という記述があり¹⁰⁶⁾、これを、「事情変更の原則は、……認められるべきものである」という箇所¹⁰⁷⁾にそのまま当てはめると、我妻説において認められているところの事情変更の原則も、暗黙の約款によるものとして契約内在的なものとする余地もあるからである。とはいえ、「約款」という説明は歴史的説明にとどまっておき、「契約内容決定の自由とその制限の形式」という項目の下で論じられていることからすれば、やはり契約外在的な説明と受け取るべきであろう。

(2) 内在的限界としての事情変更

これに対して、事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けるのが、吉政説である。吉政は、まず、契約締結後の事情変動をめぐるドイツ法の議論の中に、「当事者の意思表示に着目するアプローチ」(意思表示アプローチ)と「当事者が設定した契約規範に着目するアプローチ」(契約規範アプローチ)という二つのアプローチを見出す¹⁰⁸⁾。いわ

98) 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』25頁以下、461頁以下(有斐閣、1926)。

99) 五十嵐・前掲注95)149頁。

100) 内田貴『契約の時代』112頁(岩波書店、2000)〔初出1993〕。そしてその見解が「有力である」とする(同118頁)。

101) 谷口=五十嵐編・前掲注95)66頁、68頁〔五十嵐清〕。

102) 我妻栄『債権各論上巻(民法講義V-1)』26-27頁(岩波書店、1954)。

103) 我妻・前掲注102)26頁。

104) 我妻・前掲注102)26頁。

105) 我妻・前掲注102)12頁。

106) 我妻・前掲注102)25頁。

107) 我妻・前掲注102)26頁。

108) 吉政・前掲注96)51頁。

く、前者は、「当事者がその意思表示の内容に拘束されるという理解」を出発点に据え、「当事者が事情変動についてどのような表象を有していたのかという点」は、「原則として、法的に顧慮されない動機として」位置付け、ただ「一定の要件の下で本来ならば動機に過ぎないはずの事情変動に対する表象を顧慮して修正を行なう」というものであり¹⁰⁹⁾、そこで事情変更法理は「原則としてそのまま承認されるはずの当事者意思に対する制限」として位置付けられるのに対して¹¹⁰⁾、後者は、「契約を締結することによって、当事者は事情変動によって生じうる不利益を配分する一定の規範に拘束されるという理解」を出発点に据え、「当事者がいかなる場合に給付義務から解放されるのかという点」を「当事者が設定した契約規範に照らして」判断するというものであり¹¹¹⁾、そこで事情変更法理の問題は「当事者の合意とリスク配分に関する規範からなる、契約規範の内容確定と適用の問題に解消されることになる」¹¹²⁾。そのうえで、日本法の「事情変更の原則」が「意思表示アプローチ」に対応するものと捉えつつ¹¹³⁾、「契約を通じてどのような権利義務関係を設定するかということは、当事者の私的自治に委ねられている」のであるから、「事情変更法理を、当事者が締結した契約の内容を制限または変更する法理として位置付けようとする、意思表示アプローチの前提」は適切でなく、「むしろ、当事者が契約においてどのような事情変動を克服することを義務づけられているのかという点が問題にされなければならないはずである」とし、日本法においても「契約規範アプローチ」を採用すべきことを説く¹¹⁴⁾。

ここでは、契約締結後の事情変動に関するリスク分配を行うために、契約内容の確定という問いが立てられており、そこには契約を通じて当事者が自ら権利義務関係を設定する

ことを尊重するねらいがある、ということが言える。

もっとも、以上のように事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けることに対しては、有力な異論もあるところであるが¹¹⁵⁾、内容を先取りすれば、それらは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の当否は「契約内容の確定」によって対処できるか、ということを考えることで明らかになると言えるため、IV 1 で検討する。

なお、吉政説において、「契約内容の確定」が「契約の解釈」によって行われるのかどうかについてはとくに言及がないが、「契約の解釈」として行われるとわれわれが考えるべきかどうか、この問題を考えることで明らかになる。

4 小括

以上、II では「契約の解釈」「契約内容の確定」といった設問を置く側の議論空間の状況を検討してきた。ここで、設問が置かれた文脈 (1) と、解答方法にかかわる含意 (2) とに注意しながら、検討結果をまとめておきたい。

(1) 設問のねらい

まず 1 では、損害賠償請求の要件論から、帰責事由をめぐる議論空間を取り上げた。ここではとくに森田宏樹の見解と潮見佳男の見解を検討したが、いずれも、「契約の解釈」によって「契約内容の確定」を行い、それによって帰責事由の判断構造、帰責事由の有無を決すべきことを説くものであった。そして、そこでの「契約内容」とは、債務者は何に義務付けられているのか、というまさに契約上の債務の内容・射程に関するものであった。すなわち、結果の実現それ自体を約した

109) 吉政・前掲注 96)52-53 頁。

110) 吉政・前掲注 96)54 頁。

111) 吉政・前掲注 96)54-55 頁。

112) 吉政・前掲注 96)57 頁。

113) 吉政・前掲注 96)58 頁。

114) 吉政・前掲注 96)60-61 頁。

115) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I や、石川博康『再交渉義務の理論』(有斐閣, 2011)。

のか一定の注意義務を負うにとどまるのか、後者の場合いかなる行為義務を負っているのか、といった内容であるが、そこには、程度ないし濃淡の要素があることに特徴があると言える。

次に2では、損害賠償請求の効果論から、賠償範囲の確定をめぐる議論空間を取り上げた。そこではとくに平井宜雄の見解と潮見佳男の見解を検討したが、いずれも、「契約の解釈」として、どこまで賠償させるべきかというリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を決るべきことを説くものであった。そして、とくに平井説においてはそこでの「契約の解釈」は「契約内容の確定」とは異なるものとして捉えられていることが明示されていた。それを捉えて、ここで言われている作業はもはや「契約の解釈」とも言えないと位置付けることも可能であるが、逆に、このような作業をも「契約内容の確定」作業に含めて理解する余地もあろう。

最後に3では、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論空間を取り上げた。具体的にはとくに吉政知広の見解を取り上げて検討したが、そこでは、契約締結後の事情変動に伴うリスク分配を、「契約内容の確定」として行うべきことが説かれていた。これに対して、契約内容の確定問題として捉えることに対しては異論もある。それらは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の可否は「契約内容の確定」によって対処できるか、ということを考えることで明らかになる(IV 1で扱う)。ところで、吉政説において、「契約内容の確定」が「契約の解釈」によって行われるのかどうかについてはとくに言及がないが、「契約の解釈」として行われるとわれわれが考えるべきかどうか、この問題を考えることで明らかになる。

(2) 解答方法論への示唆

1で取り上げた議論空間における森田説と潮見説は、第一に、いずれも帰責事由の判断を「契約内容の確定」とりわけ「契約の解釈」に帰着させるものであるが、それは、帰責の根拠を、森田説の場合は直接に「契約の拘束力」の原理に、潮見説の場合は直接または間

接に「自己決定による自己責任」の原理に、求めていることによる。そうすると、そうした帰責根拠の理解に整合的な契約の解釈が求められると言えよう。一方の森田説に沿って言えば、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるということからは、「契約」の内容は何かということ問うべきことまでしか導かれないが、さらに、そこでは「約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思(合意)によって設定した契約規範に従わなかったこと」に帰責性が求められるとも言われていることからすると、とりわけ、「約束したこと」とは何か、「自らの意思(合意)によって設定した契約規範」とは何か、ということ問うべきである、と言える。他方の潮見説では、「自己決定によって引き受けた」ことに帰責の根拠を求める以上は、「自己決定」は何か、ということ問うべきである、と言える。また第二に、確定すべき「契約内容」といっても、それは、結果の実現それ自体を約したのか一定の注意義務を負うにとどまるのか、後者の場合いかなる行為義務を負っているのか、といった内容である。そうした「強度」については明示の定めを置いていないことも多いと考えられるため、定めがない場合の「契約の解釈」「契約内容の確定」がいかにして行われるべきかということが重要性を持つ。

2で取り上げた議論空間における平井説と潮見説は、いずれも賠償範囲の確定のための価値判断を「契約の解釈」として行うことを説くものであるが、そこで要請される「契約の解釈」は、まず、価値判断を引き受けるものでなければならないこと、次に、そこでの価値判断は、契約を基点とした判断でなければならないこと、を指摘することができる。さらに、そこから先になると、平井説における「契約の解釈」は、契約締結時の当事者の予見可能性という「事前」の「認識」を構成する作業として捉えられるのに対して、潮見説における「契約の解釈」は、より直截な価値判断であり、事後的な価値判断として事後の観点から現在におけるリスク分配規範を導く作業として捉えられるという違いも見られる。

3で取り上げた議論空間における吉政説

は、「契約内容の確定」によって契約締結後の事情変動に関するリスク分配のあり方を定めるべきことを説くものであった。そこで念頭に置かれている実質は「契約を基点とした判断」であり、そのようなものとして「契約内容の確定」作業を行うべきことが説かれていると言える。また、この問題領域においてはほとんどの場合契約に明示の定めがないことから問題化していると考えられ、定めがない場合の「契約内容の確定」がいかにあるべきかが問われる。

Ⅲ. 契約内容確定法理と解答方法論としての契約解釈論

Ⅲでは、解答方法を用意する側の議論空間につき検討する。契約内容の確定という問題に対していかにして解答するか、すなわち、いかにして契約内容の確定を行うかということに関する議論を分析することがⅢの課題である。

具体的には、まず、契約内容を確定するための最重要の手段である「契約の解釈」についての議論を検討する(1)。次に、「契約の解釈」以外の方法による契約内容の確定について検討する(2)。そのうえで、以上とは次元を異にする議論として、契約内容をいかにして正当化するかという、原理的な問題を検討する(3)。

1 「契約の解釈」の構造——契約解釈論の展開

「およそ契約はいかに解釈すべきか」という解答方法をめぐる議論こそ、いわゆる契約の解釈に関する議論、契約解釈論であり、これまでに一定の議論の蓄積を見ている。1では、これまでの契約解釈論の展開を振り返り、「契約の解釈」という設問——すなわち

「この契約をいかに解釈すべきか」という設問——に対していかなる解答方法がこれまでに用意されているかということを検討する。

もっとも、契約の解釈に関する学説史研究という観点からは、既に複数の先行研究が詳細な分析を行っている¹¹⁶⁾。そこで、以下の記述は、先行研究以降の動向を付加するとともに、とくに重要と思われる見解について、契約の解釈という営みの構造、という観点から位置付けを与える、といった程度にとどめる。

(1) 一元的構造・その1——「表示の意味」

大正時代から昭和初期にかけて確立した伝統的通説は、一元的な構造を持つものであった。ここでは、その代表的論者である我妻栄の所説¹¹⁷⁾を取り上げる。

我妻説は、法律行為の解釈を、「表示行為の有する意味を明らかにすること」「表示行為が有すべき客観的な意義を決定すること」だとする¹¹⁸⁾。これは、「解釈の本質」から導かれている。いわく、「法律行為解釈の任務」は「第一に、普通人のする表示行為を組成する言語・挙動などの曖昧・不完全なものを明瞭・完全にし、第二に、非法律的なものを法律的に構成し、かようにして、当事者の達しようとする社会的目的に法律的助力を与えることのできる基礎を作ること」であって、「表意者のかくれた真意(内心的効果意思)を探究すること」ではない(後者を任務と考えるのは「誤った個人意思自治の思想に膠着して、意思表示が専ら表示行為を介して為されるものであることを忘れた考」である。)¹¹⁹⁾。そして、解釈の「重要な標準」として、「当事者の目的」「慣習」「任意法規」「信義誠実の原則」の四つが挙げられる¹²⁰⁾。なお、「意思表示のなされた当該の事情」は、標準ではなくむしろ表示行為そのものを組成するものとして位置付けられている¹²¹⁾。

この我妻説は、解釈を「表示の意味」の探

116) 野村豊弘「法律行為の解釈」星野英一編代『民法講座第1巻』291頁(有斐閣、1984)、山本・前掲注4)、沖野・前掲注4)。

117) 我妻・前掲注2)「ダンスの『裁判官の解釈的作用』、『民法総則』、我妻・前掲注12)。

118) 我妻・前掲注12)249頁、256頁。

119) 我妻・前掲注12)249-250頁。

120) 我妻・前掲注12)250頁。

121) 我妻・前掲注12)250頁。

究として一元的に捉えるものであり、後述の見解と比較した場合に、一元論として特徴づけることができる。もちろん後述の見解も解釈につき定義を加えようとするれば「意味」に一元的に還元することにもなりその点では異なるのであるが、ここでは、判断構造が重層化しておらず考慮要素としての標準が挙げられるにとどまっている点が、その一元論たるゆえんである。

(2) 多元的構造——本来的解釈・規範的解釈・補充的解釈

(a) 序 以上にみた我妻の立場は、曄道文藝のそれ¹²²⁾とあわせて通説的見解を形成したが¹²³⁾、昭和30年代以降、さまざまな観点から再検討が行われて現在に至っている。その内容は、沖野眞巳により、①第一に「いわゆる『法律行為の解釈』には、法律行為の意味を客観的に確定する作業と裁判官が法的価値判断に基づいて法律行為の内容を合理的に確定する作業という異なる二つの作業が含まれていることが指摘された」こと、②第二に「『解釈』の方法・基準を考えるにあたってとりわけ、法律行為一般について論じることに対する疑念が表明された」こと、③第三に「契約の場合に、当事者の意思が一致しているときには、表示の客観的意味を問うことなく、当事者が一致して表示に付与した主観的意味で表示が効力を有することを認めるべきであることが……主張された」こと、④第四に「解釈には『意味の発見』と『意味の持ち込み』という二種の異なる作業があり、具体的な解釈基準もそれを前提として論

じられるべきだ」と主張されたこと、の四点にまとめられている¹²⁴⁾。この四点に、⑤補充的契約解釈という作業の存在が指摘されたこと、を加えた五点をもって、現在までの動向と言うことができる。

これらのうち、②は本稿も既に前提としている。次に、①④は、川島論文¹²⁵⁾や穂積論文¹²⁶⁾によるところが大きいものである。これらも契約の解釈をめぐる議論としてきわめて重要であるが、社会学的関心によるところが大きく必ずしも解釈論的主張を伴うものではないこと¹²⁷⁾、①④で説かれる「意味の発見」と「意味の持ち込み」との区別は、③⑤で説かれる後述のような区別と独立のものであり、直接に解釈論的な枠組を示す後者を独立に取り上げることができると考えられること¹²⁸⁾から、ここでの叙述からはさしあたり除外する。本稿にとって重要なのは、具体的な解釈方法に関する③⑤である。これらによって、契約の解釈という営みが、重層構造を持つものとして考えられるようになったと言える。以下、こうした動きについて敷衍する。

(b) 本来的解釈の分離 (aa) まずもって両当事者の共通の意思を探究し、それがあれば両当事者が一致して表示に与えた意味によって解釈すべきことについては、ほぼ¹²⁹⁾異論がない。これは「主観的解釈」「事実的解釈」などとも呼ばれるが¹³⁰⁾、本稿では「本来的解釈」と呼ぶこととする。

本来的解釈の存在を強調したのは、星野説¹³¹⁾、内池説¹³²⁾、賀集説¹³³⁾であった。また、平井説¹³⁴⁾も本来的解釈を説くもので

122) 曄道・前掲注2)「法律行為ノ解釈(民法第九十二条)」,「続法律行為ノ解釈」。

123) 沖野・前掲注4)「(2)」500頁。

124) 沖野・前掲注4)「(2)」514-519頁。

125) 川島・前掲注3)「法律行為」。

126) 穂積・前掲注3)。

127) 平井・前掲注1)87頁。

128) 沖野・前掲注4)「(2)」521-522頁も、「狭義の解釈」「補充的解釈」「修正的解釈」の区別と「意味の発見」「意味の持ち込み」との対応関係が明らかでないことを論じている。

129) 例外として、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について——意思表示の解釈方法に関する一考察——」一橋大学研究年報法学研究19号181頁以下(とくに305-306頁)(1989)がある。

130) 沖野・前掲注4)「(2)」521頁。

131) 星野・前掲注3)。

132) 内池・前掲注3)。

133) 賀集・前掲注3)「盲判を押しした契約は有効か」,「契約の成否・解釈と証書の証明力」。

134) 平井・前掲注1)。

ある。各論者の示す論拠は異なっており興味深い。ここでは星野説と平井説とを比較するとどめる。一方で、星野説は、「契約当時は実は意思の合致があったが、一方が、後からそれでは都合が悪いと思って、自分はそういうつもりではなかったといつてがんばることがしばしばある」が「後から開き直った者を保護する必要はない」ということを理由としている¹³⁵⁾。これに対して平井説は、『表示の合致』または『意思の合致』のいずれから出発すべきかは、決定するのにはなほだ困難な問題である」としつつも、「意思理論の存在する法系におけるように過度に意思を重視するというイデオロギー（たとえば、フランスにおけるように、すべての権利義務を意思から導き出すような）からは自由でなければならない」が、財の配分の仕組みとしての市場機構の重要性や、将来の権利義務関係を設計するという契約法学の任務などからすると、「契約上の権利義務関係の基準、すなわち契約の解釈の対象は、内面的効果意思の合致……である」と述べている¹³⁶⁾。両者を比較すると星野説の方がミクロの観点、平井説の方がマクロの観点からアプローチしていると言えそうであるが、いずれにせよ、これらの理由から、本来的解釈の優先性はほぼ一致して肯定されている。

(b) こうして当事者の意思が一致している場合が切り出されるとして、当事者の意思の一致が認められない場合にどのように扱うかという点については、様々に見解が分かれる。ここでは、平井説、星野説、内池説および賀集説、の三つを取り上げる。「本来的解釈」に当たらない場合を「規範的解釈」と呼ぶことが多く、本稿でもその呼称を用いる。もっとも、その内容が様々に異なることは以下に示すとおりである。

まず、平井説は、この場合に合意の成立を

認めない。たしかに平井説は共通の意思の探究のほかに「規範的解釈」の存在を認めている。すなわち、「本来的解釈（つまり『共通の意思の推尋』）という形をとりつつも、あるいはそれをもとらないで、行われるところの裁判官による規範の定立、すなわち、契約当事者の意思如何に関わりなく行われる契約上の権利義務を創造する作業」としての「規範的解釈」を措定する¹³⁷⁾。その意味で、本来的解釈と規範的解釈との二元的構造を持つ。しかし、そこでいう規範的解釈は、「契約当事者間に合意が存在する（つまり、契約が成立する）場合において……、その合意どおりの権利義務関係の成立を承認するのは適切でない、と判断されるときに登場する」ものであって¹³⁸⁾、「合意の存在が認定できないときは、合意がなかったもの（不成立）として扱」われるのである¹³⁹⁾。

これに対して、以下に見る二つのように、多くの見解はこの場合も何らかの意味での成立を認める。

まず、星野説は、両当事者の内心の意思が一致している場合について上記のとおり伝統的通説を批判したものであるが、それ以外の場合つまり両当事者の内心の意思が一致していない場合の処理については、伝統的通説と異なる。すなわち、「両当事者により表示されたところが一致していれば契約は完全に成立」するものとし、「慣習」「任意規定」「条理」（「信義誠実の原則」）を参考にして「契約に用いられた用語その他の客観的な意味」に解すべきだとする¹⁴⁰⁾。これは、「各自は、その使用する言葉その他の表現方法がその社会において有する意味に解されることを覚悟して行動するべきものであり、表現方法の意味につき間違っただけで考えていた人は、客観的な意味に解されて不利を蒙ってもやむを得ないとすべきだからである」とされる¹⁴¹⁾。結局、

135) 星野・前掲注3)176頁。沖野はこれを「実質的配慮」「実質的な考慮」と評している（沖野・前掲注4）「(2)」516-517頁）。

136) 平井・前掲注1)80-84頁。

137) 平井・前掲注1)102頁。

138) 平井・前掲注1)104頁。

139) 平井・前掲注1)102頁。

140) 星野・前掲注3)176-178頁。

141) 星野・前掲注3)177頁。

星野説における契約の解釈は、共通の意思の探究と、表示の客観的意味の探究との二元的構造を持っていると言える。

これに対して、内池説・賀集説は、これらも星野説と同様両当事者の内心の意思が一致している場合について伝統的通説を批判したものであるが、それ以外の場合つまり両当事者の内心の意思が一致していない場合についても、伝統的通説と袂を分かたず。すなわち、内池説においては、「当事者の主観的合致は契約成立の要素を為す」と解する結果「当事者間に了解を欠く場合は、不合意の観念に含まれることとなり、そのうち誤解に基づく不合意は契約の成立を妨げ、錯誤に基づく不合意の場合には一定の場合にのみ無効となると解する¹⁴²⁾。そこでは結局、表現行為面における責任が双方にある場合には不成立となり、いずれか一方にある場合には他方の付与した意味によって解釈されることとなる¹⁴³⁾。賀集説においても、真意の合致が認められない場合には「表示をまちがえた一方当事者の意思表示を補充して完成させ」「他方の意思表示に符合させる」ことで結局後者の付与した意味によって解釈することとなる¹⁴⁴⁾。内池説・賀集説における契約の解釈は、共通の意思の探究と、各当事者の帰責性判断との二段階から成る二元的構造を持っていると言える。

(c) 補充的解釈の発見 以上が③の概観であったが、次に⑤について見ると、山本敬三「補充的契約解釈」¹⁴⁵⁾によって、定めがない場合に行われる契約解釈として、補充的解釈という作業の存在が指摘された。それは、契約中に定めがない場合でも「できるかぎり両当事者の下した評価を尊重し、個々の事案に即した解決をはかろうとする」ものである¹⁴⁶⁾。川島武宜『民法総則』¹⁴⁷⁾以来、解釈と補充との区別は意識されてきたが、解

釈と区別される補充についてはもっぱら客観的規範の適用が問題とされてきたところ、個別的な補充として補充的解釈という中間項を指定すべきことが説かれたのである。

(d) 小括——中間試案 以上概観した動向のまとめに代えて、今般の債権法改正における立法提案をここで確認することとした。

法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」「第29 契約の解釈」は、以下のように定めている。「1 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って解釈しなければならないものとする。／2

契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。／3 上記1及び2によって確定することができない事情が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈しなければならないものとする。」¹⁴⁸⁾（以下、順に「第一ルール」「第二ルール」「第三ルール」と呼ぶ。）

ここでは立法過程の評価に詳しくは立ち入らないが、以上の立法提案に対して、学者委員から賛成こそあれとくに反対は出ておらず、おおむね学説の共通理解を表していたと言ってよいと思われる。もちろん、規範的解釈のあり方については様々な見解があり、上記(b)で取り上げた見解の中にも第二ルールと一致しないものもある。また、第三ルールに示されたような補充的解釈の理解をめぐっては必ずしも一致を見ていないと思われる。し

142) 内池・前掲注3)218-219頁。

143) 内池・前掲注3)219頁。沖野・前掲注4)「(2)」517頁も参照。

144) 賀集・前掲注3)「契約の成否・解釈と証書の証明力」200頁、201頁。

145) 山本・前掲注4)。

146) 山本・前掲注4)「(5)」37頁。

147) 川島・前掲注3)民法総則188頁以下（「法律行為の解釈」）、250頁以下（「有効な法律行為の効果意思の補充」）。

148) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注9)「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」。

かし、少なくとも、この中間試案のように重層化したものとして契約の解釈という営みが捉えられていること、とりわけ第一ルールのとおり本来の解釈の優先性は認められていること、という点においては現在のところほぼ一致を見ていると言うことはできよう。

(3) 一元的構造・その2 —— 「共通の意思」

以上が、学説の大まかな流れであり、現在は学説史上安定期に入っていたように思われる。しかし、債権法改正の過程において、上記(2)(d)で見た中間試案に対して、学者委員は賛成したもの、実務家委員とくに裁判官の反対が強かったためコンセンサスが得られず、立法が見送られるという事態が生じた。この一連の事実について、単に学説に対する実務の無理解として済ませることはできないと思われる。この過程でなされた実務家委員の発言から反対論を再構成すると、また一つの契約解釈論のモデルが浮かび上がる。

ここでは、とくに第二ルールと第三ルールについての反論の一部を取り上げる。まず、中間試案の第二ルールに対しては、それが第一ルールのための事実認定の問題であるとすると第一ルールとの区別が困難である、との反論が加えられた¹⁴⁹⁾。もっとも、そこでは「この第2ルールで契約の内容を確定できるときは、これは第1ルールに戻って意思が合致していると認定できる場合がほとんどではないかと思うわけです」ということが言われているが¹⁵⁰⁾、それはまさに「契約の内容についての共通の理解をしていた」として第一ルールが適用される場面であって、第二ルールが適用される「契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないとき」ではない。したがってこれは第二ルールに対する反論となっていないのであるが、こうした発言を立法提案の内容に関する単なる誤解として済ませることなく、こうした反論が出てくる背景を推察するに、第一ルールと区別される

第二ルールは存在しないのだ、つまり、表示の解釈は共通の理解の探究に尽きるのであって、それ以外にはあり得ないのだ、という主張として再構成することが考えられる。

次に、第二ルールと第三ルールとの関係に関して、第二ルールが第一ルールのための事実認定に関するものではないとすると今度は第三ルールとの境界が分かりにくい、という反論が加えられた¹⁵¹⁾。何らかの表示はあるが共通の理解がない場合に第二ルールが適用され、第一・第二ルールを適用しても定めがないことがわかり、したがって表示もない場合に第三ルールが適用されると応答できようが、そもそもこうした反論の背景には、ルールが重層構造をなすこと自体を否定する考えがあるのではないかと思われる。

また、第三ルールに関して、「この第3ルールを使う場合というのは、実務的には実際には黙示の合意を認定できる場合がほとんどであります。」という反論が加えられている¹⁵²⁾。これは、第一ルールが適用されているということに他ならないが、むしろ、第一ルール以外に第三ルールは存在しないという主張として再構成することが考えられる。

他にも多様な反論が加えられているが、さしあたり以上の三点からだけでも、次のような契約解釈論モデルを再構成することができる。すなわち、中間試案のように三つのルールの重層構造を観念するのではなく、すべてを第一ルールで処理するというモデルである。それは、「共通の意思」の認定に一元的に考えるものである。もっとも、その守備範囲が広いぶん、中間試案における「共通の理解」と比べると、そこでいう「意思」は、実証性がより乏しく、解釈者によって構成されたものという性格がより強いものとして捉えられる。

このように、重層構造を精緻化してきた従来の方向性とは反対に、解釈作用を共通の意思の探究へと一元化し、裁判官の解釈作用に

149) 法制審議会民法（債権関係）部会第85回会議事録・前掲注9)（以下、「第85回会議事録」として引用する。）6頁、18頁〔永野委員発言〕。

150) 第85回会議事録・前掲注9)6頁〔永野委員発言〕。

151) 第85回会議事録・前掲注9)6頁〔永野委員発言〕。

152) 第85回会議事録・前掲注9)6-7頁〔永野委員発言〕。

多くを委ねつつ、すべてを「意思」から正当化するというモデルもあり得ることが、最近の立法過程からは窺えるところである。

2 「契約の解釈」の限界

2では、「契約の解釈」以外の方法による契約内容の確定を行う必要性につき、検討を加える。まず、同じく「解釈」でも、契約の解釈とは区別されるものとして「意思表示の解釈」を観念すべきかどうかということを検討し(1)、次に、「解釈」に限界を認め、契約の解釈とは区別されるものとして「契約の補充」を観念すべきかどうかということを検討する(2)。

(1) 「契約の解釈」と「意思表示の解釈」

契約内容の確定にあたっては、「契約の解釈」によるのではなく、「意思表示の解釈」によることも考えられる。意思表示は契約の構成要素であることからすれば、いずれを解釈対象として措定しようとも、実践的に差が生じることは考えにくい。両者には、思考様式の点において大きな違いがある。(1)では、「契約の解釈」とは区別される営みとしての「意思表示の解釈」による契約内容の確定を考える必要があるか、ということを検討する。

従来は、むしろ、内容確定のための解釈という作業は、法律行為の解釈、とくにその構成要素である「意思表示」の解釈という形で論じられることが多かったが、1990年前後から「契約」の解釈という形で論じられるようになり¹⁵³⁾、現在に至っている。しかし、これに対して、そうした動向を意識した上でなお、「契約の解釈」と区別される「意思表示の解釈」の意義を説く研究が最近になって

現れている。山城一真『契約締結過程における正当な信頼』¹⁵⁴⁾がそれである。ここ20年余りの潮流に逆行する動きにも見えるこの主張の論拠を検討し、両者の区別の必要性につき検討を加えるというのが、(1)の具体的な課題となる。

山城一真『契約締結過程における正当な信頼』

(a) 山城論文の課題と結論 はじめに、山城の説くところを確認する。各所に重点を異にするいくつかの記述が存在しているが、それらを再構成しつつ提示すると以下のようになる。

まず、そもそも山城論文は、「契約形成論」を論じるものである。すなわち、「当事者の契約締結過程の行為によって契約(内容)を策定すること」として定義されるところの「契約(内容)の『形成(formation)』』という問題を論じている¹⁵⁵⁾。このことは、「目的」ないし「終局的な目的」が契約内容と契約締結過程との関係についての考察にあるという記述とも平仄を合わせている。すなわち、「本研究の目的は、……〔契約上の規律の内容を決するのは契約交渉ではなく契約であるが、契約交渉は契約の解釈にとってしばしば非常に大きな意味をもつという〕契約法の基本原則を踏まえううえで、契約締結過程という『空間的・時間的な拡がり』が、契約内容の形成に対してどのような影響を与えるかを考察することにある」という記述や、「本研究の終局的な目的は、……〔契約の内容形成¹⁵⁶⁾と契約締結過程と〕の関わりが、理論的、実践的にどのような意義をもつかを解明する点にある」という記述があるが¹⁵⁷⁾、これらは、契約形成論を扱うということとほぼ同義である。

153) 大村敦志『典型契約と性質決定』9頁(有斐閣、1997)[初出1993-1995]、小粥太郎「最近の契約法学の一つの傾向について」早稲田法学71巻1号195頁、205頁(1995)。山本・前掲注4)、沖野・前掲注4)がその画期に位置する。

154) 山城・前掲注10)。以下、「山城論文」という。

155) 山城・前掲注10)30頁。そこでいう「契約締結過程の行為」とは、「契約交渉から意思表示までを含む一連の行為」と定義されている(同頁)。

156) 厳密には、前記の「契約(内容)の形成」の定義からして、「契約締結過程」という要素は既に「契約の内容形成」に含まれているので、両者の「関わり」という表現は釈然としないが、契約内容の確定と、契約締結過程との関わり、という意味であろう。

157) 山城・前掲注10)1頁、2頁。

そのうえでさらに、山城論文は、「課題」という表現の下にいくつかのことを述べている。フランス法との比較に関する固有の課題を除いても、以下のようなことが言われている。まず、最も直截に課題を提示していることが予想される「本研究において取り組まれるべき理論的・実践的課題を整理する」箇所では、『契約締結過程』と『契約』という時期区分に即して、解釈の対象について『意思表示』と『契約』という論理的区分を設定することの正当性と有用性を裏付ける」という「第一の課題」、 「意思表示の解釈における『意思』『表示』の調整方法を、具体的な問題領域に即して考察する」という「第二の課題」、 『意思表示』の解釈を『契約締結過程における手続的適正性』の保障手段という観点から捉えることにより、その機能を関連諸法理との比較において考察する」という「第三の課題」を列挙している¹⁵⁸⁾。またこれらとは別に、それに先立って、一方で、「契約の内容形成」と「契約締結過程」との「関わり」の持つ「理論的意義」について述べる箇所では、『意思表示の解釈』の存在意義を再考することを課題とする」と述べており¹⁵⁹⁾、他方、「実践的意義」について述べる箇所では、契約締結過程の諸事情の取扱い、とくに契約書外の事情の取扱いが問題となった事例における裁判例の態度の相違の「意味するところ」が何かを説明することが「目的」とであると述べている¹⁶⁰⁾。このほか、『意思表示』の解釈をめぐる理解を深めるために、本研究がどのような手順を用意しているか」という一節も手がかりとなる¹⁶¹⁾。

これらの相互関係は直ちには明らかでないが、本稿に必要な限りで再構成すれば、山城論文は、契約形成論の領域において、「意思

表示の解釈」の役割があることと、いかにして「意思表示の解釈」を行うかを論じたものと言ってよいだろう。この整理は、総括の冒頭の「本研究の基本的視点は、『意思表示』の解釈が、『契約』の解釈によっては捕捉し得ない一定の役割を果たしているのではないか」というものであった¹⁶²⁾という記述や、全体の要約の冒頭の「考察の出発点は、『意思表示』の解釈と『契約』の解釈の問題領域を時的・論理的区分に即して識別し、前者に固有の規律を探究することにある」¹⁶³⁾という記述とも整合的だと言える。

以上のように捉えられる課題ないし目的に対する結論として、まず、「『意思表示』の解釈の特性」につき、「意思表示は、……契約そのものとは異なる規律の論理を有する。具体的には、『意思表示』の解釈においては、『契約』の解釈におけるとは異なり、各当事者における契約締結過程の手続的適正性の保障という要請が前面に押し出されることとなる」ということ、それに対応して、「意思表示の本来の解釈は、直ちに『契約』の解釈でもある」のに対して意思表示の規範的解釈には『契約』の解釈とは不連続な問題が含まれている」ということ、が述べられる¹⁶⁴⁾。なお、以上が「理論上の問題」と総称されている。

次に、「意思表示の解釈」、とくにその規範的解釈に関する「解釈論的提言」を示す。すなわち、「契約締結過程において、不適切な表示を行い、あるいは適切な表示を怠ったことによって相手方の信頼を裏切ったことにつき、契約内容の形成というかたちでサンクションを課する機能を担う」ものとして「意思表示の規範的解釈」を捉え、それを「契約締結過程における手続的適正を保障する諸法

158) 山城・前掲注10)27-28頁。

159) 山城・前掲注10)8頁。さらに「意思表示の解釈は、……『意思』のあり方との関わりをもつ」ということが言われ、具体的な現れとして「意思がいかにして形成されるか」「意思形成がどのような場合に障害されるか」「不法行為法理との交錯」という三つの問題の存在も指摘されている(同頁)。

160) 山城・前掲注10)20頁。

161) 山城・前掲注10)21頁。

162) 山城・前掲注10)419頁。

163) 山城・前掲注10)445頁。

164) 山城・前掲注10)444頁。

理の一環」として位置付ける¹⁶⁵⁾。

(b) 山城論文における「意思表示の解釈」と「契約の解釈」の区別 このように、契約締結過程の規律を担うものとして「意思表示の解釈」を捉えるのが山城論文であると言えるが、本稿の関心は、そこで示された契約締結過程の規律のあり方の当否にではなく、そうした役割を「意思表示の解釈」に担わせる一方、「契約の解釈」には担わせられないと解されている点にある。山城論文は、『意思表示の解釈』と『契約の解釈』との基底的区别を前提とし「たうえでの『意思表示の解釈』の存在意義¹⁶⁶⁾、『契約』の解釈では捕捉し得ない一定の役割¹⁶⁷⁾、意思表示の解釈に「固有の規律」¹⁶⁸⁾を探究するものであり、上記のような規律は、意思表示の解釈に固有の役割として捉えられている。しかしながら、仮に山城論文が提言するような解釈論を実現するとしても、「契約の解釈」という形で実現することもできるのではなからうか。果たして「契約の解釈」によっては達成できないものなのであろうか。

「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別については、山城論文は以下のような理解を示している。すなわち、「意思表示の解釈」は「契約の成立段階において、外部に表示された各当事者の意思を探究する作業」であるのに対して、「契約の解釈」は「契約の内容確定段階において、契約条項に与えられた両当事者の共通の意図を探究する作業」であるというのである¹⁶⁹⁾。さらに両者の「特徴」につき、前者は「契約の締結過程を通じて、契約という債権発生原因を発動させるのに見合った意思決定行為がなされたかを検証すること」「契約を『手続的』に規律すること」であるのに対して後者では「有効に成立し、内容形成が行われた契約の存在を前提として、その内容を規制することが問題になり

得」、『内容的』規律としての性格をも認めることができる」と対比される¹⁷⁰⁾。

この記述を踏まえると、山城論文が、契約締結過程における行動に基づく契約内容の形成という役割を「契約の解釈」は捕捉し得ず、「意思表示の解釈」は捕捉し得ると解するに至った論理は、[i] 契約締結過程の手続的適正性の保障は「意思表示の解釈」固有の役割である、[ii] 契約締結過程の行動に基づく契約内容の形成は契約締結過程の手続的適正性の保障の一環である、[iii] ゆえに契約締結過程の行動に基づく契約内容の形成は「意思表示の解釈」固有の役割である、というものであると考えられる。

b 検討

(a) 問題の所在 しかし、大前提である[i]は決して自明なものではない。これは「基底的区别」として山城論文が設定する上記の区別から導かれたものであるが、この区別が必然でなく、区別に関する他の理解が可能なのだとすれば、[iii]の結論をとる必要もなくなる。そこで、以下では、山城論文の設定する「基底的区别」の必然性につき検討を加える。

山城論文が「基底的区别」を設定するのは、『成立段階』『内容確定段階』という時的区分は、『意思表示』『契約』という論理的区分を反映したものとみることができる」という理解にもとづいている¹⁷¹⁾。これはすなわち、「成立段階」においては「意思表示の解釈」が、「内容確定段階」においては「契約の解釈」が、それぞれ問題になるという時的=論理的区分があるという理解である。

しかしながら、第一に、この時的=論理的区分は適切か、すなわち「成立段階」では「意思表示の解釈」しか問題になり得ないのか、第二に、仮に適切だとしても「契約締結過程の手続的適正性の保障」は「成立段階」でし

165) 山城・前掲注 10)444 頁。

166) 山城・前掲注 10)8 頁。

167) 山城・前掲注 10)419 頁。

168) 山城・前掲注 10)445 頁。

169) 山城・前掲注 10)7-8 頁。

170) 山城・前掲注 10)7-8 頁。

171) 山城・前掲注 10)7 頁。

か問題になり得ないのか、という二つの疑問が生じる。以下これらの疑問につき検討する。

ところで、山城は、この時的＝論理的の区分に関する理解を、沖野眞巳の所説から導出している。そこで、沖野の説く「成立」「内容確定」や「意思表示」「契約」の意味するところを明らかにすることを通じて、山城論文の理解を批判的に検討し、別の理解を抽出できないか考えたい。

(b) 「時的区分」と「論理的区分」との結合の当否 たしかに、沖野は、①「契約の成立段階における解釈の問題と契約の内容確定段階におけるそれとを分けることによって日本の議論を整理できるのではないか」という指摘と、②「解釈の対象を契約とするか、申込・承諾の意思表示とするかは重要な視点である」という指摘を行っている¹⁷²⁾。

そこから山城は、「……沖野教授の分析は、次のように整理されよう」と述べて、まず①につき、「『成立段階』においては、いまだ『契約』の存しない段階（契約締結過程）を扱うことから、交渉の各当事者によって契約を成立させる『行為』が問題となる」のに対して「『内容確定段階』においては、成立した『契約』がいかなる内容のものかを確定する作業が行われるから、その契約の両当事者によって既に成立させられた『規範』が問題となる」と「整理」する¹⁷³⁾。次に②につき、典型的な場面として二つの意思表示が顕出された契約書の存在を想定したうえで、「二つの意思表示が一つの証書の上になされていることに注目し、そこから両者の合致を推定する際には、『契約』が問題となる」のに対して「二つの意思表示がなされている以上、各々の内容を個別に確定し、その合致の有無を確かめなければならないと考えるならば、『意思表

示』が問題となる」と「整理」する¹⁷⁴⁾。そのうえで、『成立段階』においては、どこまでの事柄について合意が成立したかが確定されるのだから、複数の意思が一つの証書に顕出される場合であっても、問題とされるのはあくまで『各当事者』の意思、つまり意思表示でなければならない」とも述べ¹⁷⁵⁾、先に引用したとおり、「かくして、『成立段階』『内容確定段階』という時的区分は、『意思表示』『契約』という論理的区分を反映したものとみることができる」と述べるに至る¹⁷⁶⁾。以上の山城の理解は、沖野の指摘①と指摘②をそれぞれ「時的区分」と「論理的区分」として「整理」したうえで、そこに、成立段階においては意思表示しか問題となり得ないという理解を合わせることで、「時的区分」と「論理的区分」とを「統合」¹⁷⁷⁾したものであると言える。

しかしながら、沖野の元来の所説と、山城によるその解釈との間には、隔りがある。沖野が①②を指摘した文脈で何を述べていたかをさらに確認するに、沖野は其中で、「成立段階における解釈」の対象は「契約」または「意思表示」のいずれでもあり得ること、それに対して「内容確定段階における解釈」の対象は「契約」であること、を述べている¹⁷⁸⁾。この時点で既に、山城論文のいう時的区分と論理的区分との一致は、沖野の説くところでないと言えよう。すなわち、沖野は明示的に「成立段階」における「契約」の解釈の可能性を肯定しているのである（山城自身もこの箇所を引用している¹⁷⁹⁾）。それどころか、沖野は、「成立段階」における「意思表示」の解釈も「完全に意思表示を解釈の対象としていると言えるかは疑問がないわけではない」とし、さらには「契約の解釈は、法律行為ないし意思表示の解釈一般の問題に帰

172) 沖野眞巳「フランス法における契約の解釈」私法 54 号 276 頁、282 頁（1992）。

173) 山城・前掲注 10)6 頁。

174) 山城・前掲注 10)6 頁。

175) 山城・前掲注 10)7 頁。

176) 山城・前掲注 10)7 頁。

177) 山城・前掲注 10)6 頁。

178) 沖野・前掲注 172)282 頁。

179) 山城・前掲注 10)6 頁。

着するのではない」という理解の可能性も示唆している¹⁸⁰⁾。したがって、山城論文にいう「時的区分」と「論理的区分」とは、必ずしも一致するものではなく、「成立段階」において「契約」の解釈を問題にする可能性も大いに存在し、現にそのような見方も沖野によって示されているものと言うべきである。

(c) 「成立段階」の理解 以上が上記第一の疑問に関する検討結果となるが、続いて第二の疑問に関する検討も行いたい。これは、「成立段階」の意味するところは何か、という疑問であり、①にいう「成立段階」「内容確定段階」の区別とは、「時的区分」なのか、という疑問であると言い換えられる。

この点、山城は、沖野の指摘①で示された区別を「時的区分」(傍点原文)として解釈している¹⁸¹⁾。この理解は、「成立段階」では「いまだ『契約』の存しない段階(契約締結過程)」を扱うのだという記述に現れている¹⁸²⁾。そして、ここでいう時的区分は、解釈者の判断の時的区分であるにとどまらず、手続的／内容的の区別まで含意したものである¹⁸³⁾。

これに対して、沖野の元来の意図が山城のいう意味での時的区分の設定にあったのかどうかは疑わしい。沖野は、成立段階と内容確定段階の区別を語るときに、契約の構造的な理解を意識していると読めるからである。すなわち、沖野は「成立段階における解釈」を問題にしている議論の例として、「まず各当事者が表示に付与した主観的意味を確定し、双方の主観的意味が合致している場合にはその意味により、そうでない場合には各当事者の帰責性ないし正当性を判断していずれかの主観的意味を表示の意味とし、いずれにも帰責性ないし正当性がない、あるいは双方に帰責性ないし正当性があるときは無意識的不合意

として契約は不成立とすべきであるとの見解」を挙げている¹⁸⁴⁾。そして、この見解が「内容段階の解釈」を問題にした議論ではないことについて、この見解は「いかなる場合においても当事者の主観的意味と異なる第三の意味は妥当しないと主張する」が、「解釈が争われている事項が契約の成否を左右するものではない場合、帰責性ないし正当性判断の結果表示に意味を付与し得ない場合には、端的に慣習等の基準によるにせよ、なお表示を重視してその客観的意味によるにせよ、いわゆる第三の意味によって契約内容を確定せざるを得ないと思われる」ことから、この見解は「その対象を契約の成否を左右するほどの重要な事項に限定していると考えざるを得ない」、と論じている¹⁸⁵⁾。ここからわかるのは、沖野の所説において、「成立段階における解釈」は、「契約の成否を左右する」事項すなわち本質的要素について行われるものであり、いわば無内容を付与すること、すなわち不成立とすることもあり得る判断であるのに対して、「内容確定段階における解釈」は、本質的要素もそれ以外の事項も含めて行われるものであり、それらの事項につき契約が成立していることを前提にしたものであるため必ず何らかの内容を付与することとなる判断であると解される。こうした二つの段階も、解釈者の判断過程という意味においては「時的区分」であるが、その限りでの「時的区分」でしかない。むしろ、単なる時的区分ではなく、契約に関する構造的な理解を伴った区分として提示されたものと見るべきであって、山城のいう、契約締結過程を手続的に規律するものか否かという区分とは視点を異にするものであったと言えよう。

以上を踏まえれば、沖野の所説のような考え方からは、「内容確定段階」において「契約締結過程」の「手続的」規律という要素を

180) 沖野・前掲注 172)282-283 頁。

181) 山城・前掲注 10)7 頁。

182) 山城・前掲注 10)6 頁。

183) 手続的／内容的の区別は、時的区分と論理的区分とが結合したうえで説かれているものであるが、「手続的」規律が問題になるということは「意思表示」だからという点(論理的区分)よりは「成立段階」だからという点(時的区分)から導かれているように思われる。

184) 沖野・前掲注 172)282 頁。

185) 沖野・前掲注 172)282 頁。

考慮することも何ら妨げられないということとなり、仮に沖野の所説を山城がそう読んだように「成立段階においては意思表示の解釈、内容確定段階においては契約の解釈」と読んだとしても、なお「成立段階」と「契約締結過程の手続的適正性の保障」とは必然的なつながりをもたないということになる。これが、上記第二の疑問に関する検討結果である。

(d) 小括——「基底的区别」の必然性の不存在　かくして、「成立段階＝意思表示の解釈＝契約締結過程の手続的適正性の保障」という図式を背景に持つ山城論文と、それが依拠していた沖野の所説との間には、二重の意味において齟齬があったということがわかった。したがって、山城論文のいう「時的＝論理的区分」「基底的区别」は必然的なものではなく、「契約締結過程における手続的適正性の保障」とのつながりの必然性の欠如とあわせて、上記 a (b) で整理した大前提 [i] は必然的なものではなく、別の理解もあり得ると言えよう。

(e) 「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別・再論　ところで、以上のように①成立段階における解釈と内容確定段階における解釈との区別と②意思表示の解釈と契約の解釈との区別とを分けて考える理解に立った場合、①②それぞれの区別の意味につき再度明確化する必要が生じる。このうち、①の内容については既に(c)で検討したとおりである。以下では残る②の内容につき検討を加えたい。②の区別は、沖野や大村敦志によって示されていた区別であるので、山城のほか、沖野、大村の説くところを手がかりにして考える。

山城は、「意思表示の解釈」と「契約の解釈」との区別(②)につき、「判断枠組の相違」¹⁸⁶⁾によって特徴づけられる「論理的区分」¹⁸⁷⁾として理解する。もっとも、その区

別は時的区分としての①の区別を反映したものであるとして把握されており¹⁸⁸⁾、そのうえでもっぱら時的区分に関心を持っているように見える。

これに対して、まず、沖野が②の区別を指摘するとき、いかなる違いが念頭に置かれていたであろうか。沖野は、意思表示を解釈の対象とするものの例として「各意思表示につき表意者と表示受領者を分け、各々の主観的意味、表意者が受領者が理解すると認識すべきであった意味、受領者が認識すべきであった意味、等によって各意思表示の意味を確定したうえで双方の意思表示の合致をみるという見解」を挙げるのに対して、契約を解釈の対象とするものの例として「各当事者の主観的意味を確定し、帰責性ないし正当性を問うことによって表示の意味を確定するという見解」を挙げている¹⁸⁹⁾。そして、前者の見解につき、「受領者の帰責可能性や受領者の了解の期待可能性が問われるとき、受領者がなした意思表示につき改めて表意者としての受領者の帰責可能性や了解の期待可能性が問題とされることが前提とされているのかどうか疑わしい」ことから「完全に意思表示を解釈の対象としていると言えるかは疑問が残る」とも述べている¹⁹⁰⁾。さらに、「意思表示の解釈を行う前提作業として、対象となる意思表示の確定、つまりどれが申込であり承諾であるかを確定する必要がある」が、「承諾とは申込に対する無条件の同意と理解されているから、申込を確定しそこで表意者、受領者の帰責可能性を明らかにしてその意味を決定すると、承諾の意味の確定も尽くされてしまうのではないかと考える余地があり、そうすると「契約の解釈は、法律行為ないし意思表示の解釈一般の問題に帰着するのではない」と言うことができよう」とも述べる¹⁹¹⁾。以上からすれば、複数の当事者がいて二つ以上の意思表示が向き合っているという「複数性」

186) 山城・前掲注 10)6 頁。

187) 山城・前掲注 10)7 頁。

188) 山城・前掲注 10)7 頁。

189) 沖野・前掲注 172)282 頁。

190) 沖野・前掲注 172)282-283 頁。

191) 沖野・前掲注 172)283 頁。

を視野に入れるのが「契約の解釈」、そうではなく分析的に単独の意思表示について見るのが「意思表示の解釈」、という区別であり、思考の様式に関する区別であると言えよう。そして、意思表示の解釈であっても契約におけるそれである以上は複数性を視野に入れざるを得ず、あくまでも契約の解釈として思考していることになるのではないか、という指摘がなされていると言える。山城が両者の区別を「判断枠組の相違」として捉えるのは、その限りにおいて正当だということになるだろう。

また、大村が「意思表示」の解釈に「ウエイト」を置いた論じ方から「契約」の意味の決定に「ウエイト」を置いた論じ方への移行を語る際にも¹⁹²⁾、上記のような思考の様式の相違に注目していると言えよう。これに対して山城は、大村の示す「意思表示」「契約」の区別について、「二つの解釈が、契約の『成立』を基準時として区別されるという観念に基礎を置いている」と解釈したうえで¹⁹³⁾、「成立段階」「内容確定段階」の区別に対応するものと解釈しているが¹⁹⁴⁾、大村の議論はそのような時的区別を説くものではなからう。大村が解釈につき「意思表示」「契約」を対比させるのは、あくまでも「契約の基礎理論に関する研究のグループに属する」「契約の解釈に関する二つの研究」の中に「典型契約の持つ意味をより積極的に評価しようという態度を見いだす」一環においてであり¹⁹⁵⁾、解釈についても契約単位で思考するようになった結果、「解釈の基準として、契約当事者の意思を重視すべきか任意規定を重視すべきかという問題が提起されている」こと、「その際、当事者意思と任意規定は、主観＝客観という次元ではなく、個別＝典型と

いう次元において、把握されている」ことを指摘することに主眼があったのであって¹⁹⁶⁾、従来は契約の成立前に注目して意思表示の解釈を問題にしていたのに対して近時は契約の成立後に注目して契約の解釈を問題にするようになっていて、という主張をしているわけではなからう。やはり大村のいう「意思表示」「契約」の区別は沖野のいう「意思表示」「契約」の区別に対応するのであって、沖野のいう「成立段階」「内容確定段階」の区別にも、山城によれば沖野がいうとされる「成立段階」「内容確定段階」の区別にも、対応するものではなからう。

こうして見ると、契約締結過程の事情に基づく契約内容の形成を行う際も、両当事者の事情を考慮するものと考えられるので、むしろ、「意思表示の解釈」よりも、「複数性」に注目した「契約の解釈」の方が適当な枠組であると言えるように思われる¹⁹⁷⁾。

c. まとめ

以上、山城論文の問題提起を手がかりに、契約内容確定方法として「契約の解釈」によっては捕捉し得ず「意思表示の解釈」によらなければ捕捉し得ない機能があるのではないかということを検討したが、必ずしもそのようなことはなく、「意思表示の解釈」との対比において「契約の解釈」の限界が明らかになることはなかったと言える。

(2) 「契約の解釈」と「契約の補充」

「契約内容の確定」は、「契約の解釈」に尽きるのか。「意思表示の解釈」との関係での限界は考える必要がないことは(1)で論じたとおりであるが、次に、(2)では、「契約の補充」との関係を考える。

そもそも契約当事者がある事項について少

192) 大村・前掲注 153)9 頁。

193) 山城・前掲注 10)5 頁。

194) 山城・前掲注 10)6-7 頁。なお、ここでは後者は「沖野教授のいう」(同 6 頁)区別として述べられているが、あくまでもそれは山城が沖野のいうところとして理解したものである。それが、沖野自身のいうところとして本稿が理解するものと異なることについては既述のとおりである。

195) 大村・前掲注 153)8-10 頁。

196) 大村・前掲注 153)9-10 頁。

197) 意思表示の解釈によらねばならない理由はないことが本文の検討を通じて示されたいま、山城論文が「意思表示の解釈」に関するものとして論じたことを、「契約の解釈」に関するものとして論じることには、他に障害はないと考えられる。具体的な問題解決に際して、山城論文の成果として得られた解釈論的提言を、「契約の解釈」によって実現することは十分にあり得よう。

なくとも明示的には定めていなかった、という状況は往々にして考えられるところであるが、その場合の「契約内容の確定」のあり方については、「契約の解釈」の理解いかんにかかわって、考え方が分かれる。この点につきいかなる考え方があり得るか、検討を加えるのが(2)の課題である。

a 山本敬三「補充的契約解釈」——補充的契約解釈による個別的補充と法適用による典型的補充

(a) 日本民法学の学説史上、「補充」の問題を正面から取り上げ、「契約の解釈」の領分を意識しつつ本格的に論じたものとして、山本敬三「補充的契約解釈」¹⁹⁸⁾(以下、(2)において「山本論文」という。)がきわめて重要である。山本論文は補充的契約解釈の存在を肯定するものであるが、それがいかなる法作用であるかにつき、「位置づけと役割」「前提要件と限界」「方法と基準」に分けて説明されているので、順にその説くところを確認し、補充的契約解釈の特徴を把握することとしたい。

(b) 補充的契約解釈の「位置づけと役割」については、「補充的契約解釈の許否」と「任意法規と補充的契約解釈との関係」という二つの問題を通して分析されている。まず、「許否」の問題は、「表示の意味づけとしての解釈」と「法の適用としての補充」との間に「補充的契約解釈という第三のもの」が認められるか、という形で定式化されたうえで、それを認める見解と認めない見解とで必ずしも結論において差が生じるものではないが、補充的契約解釈を認める見解の意義は「両当事者が契約の中で下した評価を貫徹するという、すなわち両当事者のなした契約をできる限り尊重するという」ことを制度的に担保するところに求められるとされる¹⁹⁹⁾。そして、「任意法規と補充的契約解釈との関係」

については、補充的契約解釈を認めない見解からも事件の個別性は考慮に入れられるのであるが、補充的契約解釈を認める意義は、「事件の解決手段が任意法規だけではないことを制度的に明確にし、さらに任意法規が適用できないと思われる場合にも、補充的契約解釈という契約に依拠する制度があれば、より一層任意法規の呪縛から免れ、契約に即した個別的な解決を導く道が開かれる」という点にあるとされる²⁰⁰⁾。そして、以上を踏まえて、補充的契約解釈の「位置づけと役割」は「契約の尊重、それに即した事件の個別的解決」にあると言えるものとされる²⁰¹⁾。

(c) 次に、補充的契約解釈の「前提要件」は、「いわゆる契約の欠缺」であるとされる²⁰²⁾。この要件は、狭義の解釈との関係、任意法規の適用との関係、法による補充一般との関係の三通りで問題になる。第一に、狭義の解釈との関係では、一般に「(意思)表示の意味づけ……、つまり表示行為の意味の確定」としての「狭義の解釈」が尽きた場合に、「特に規律されていない」場合であるとして、補充的契約解釈が行われる、とされる²⁰³⁾。ただ、そのうえで、「表示」とは「表示行為、つまり法律行為上の表示として認識される態容」であるが、これは「言語その他の表示記号、表示手段そのもの」を指すことも「それと密接に関連した諸事情」をも含めたその全体を指すこともあること、「意味の確定」において規範的な基準が用いられ、規範的な評価が及ぶこともありうることから、狭義の解釈と補充的契約解釈との区別は流動的であるということが指摘されている²⁰⁴⁾。第二に、任意法規の適用との関係については、契約においてある問題が規律されていないならば既に契約欠缺と言うべきであって、任意法規からも空白の問題の規律が出てこないということは不要であり、欠缺が任意法規で

198) 山本・前掲注4)。

199) 山本・前掲注4)「(3)」18-22頁。

200) 山本・前掲注4)「(3)」22-28頁。

201) 山本・前掲注4)「(3)」28頁。

202) 山本・前掲注4)「(4)」2頁。

203) 山本・前掲注4)「(4)」3頁。

204) 山本・前掲注4)「(4)」3-6頁。

補充されるか補充的契約解釈で補充されるかは別の問題として思考すべきだということが述べられる²⁰⁵⁾。第三に、法による補充一般との関係で補充的契約解釈が行われるべきなのはいかなる場合かということについては、「それを規定することが契約目的によれば欠くことができないような場合」、「仮定的当事者意思によれば規律を要する場合」、「両当事者により創設された規律の基礎にある両当事者の規律企図の実現に必要な規定がない場合」、「法律行為の連関から両当事者の理解可能性・帰責可能性の要件を満たすところまで」、「当該の点を補充しなければ契約目的が危殆化されることになる場合」、といった諸基準が挙げられていることが確認されている²⁰⁶⁾。

他方で補充的契約解釈の「限界」については、「契約対象の拡張の禁止」と「契約修正の禁止」が一般に挙げられるところ、前者は前提要件が充たされなければならないことと一致し、後者は、契約欠缺を埋めることによって当事者の合意そのものが変更されるに至ってはならないことを意味する、とされている²⁰⁷⁾。

(d) 補充的契約解釈の「方法と基準」に関しては、まず、「仮定的当事者意思」が代表的かつ指針的な基準であるとされる²⁰⁸⁾。それは、現実の意思が存在しない状況で、『両当事者が規律を要する点を考えていたならば』という仮定の下で、両当事者が規律したのであること」を意味するとされる²⁰⁹⁾。その中でも「具体的な両当事者が契約締結の際に規律されるべき点を考えていたならば何を合意したか」という「個別的仮定的当事者意思」と、「両当事者の個人的な性格を顧慮せ

ず、より客観的に観察する」ことで得られる「客観的仮定的当事者意思」との間でニュアンスの差があるところ、前者を基準とすることに対する評価は一般にかなり消極的であり、仮定的当事者意思が基準とされるときは客観的仮定的当事者意思の意味で用いられているのが一般であるとされる²¹⁰⁾。そして、そのように仮定的当事者意思を用いる場合には、具体的な基準を提供するというよりも、むしろ裁判官に対して具体的な契約における両当事者の評価を尊重することを命ずることに力点が置かれており、補助概念として裁判官が判決をなすのを容易にしうという存在理由を持つものとされる²¹¹⁾。そのうえでそこに含まれる多様な要素の精確化が必要であるが、「学説の対応は抽象論にとどまり」、「ドイツにおいてもまだ確立した方法論は存在」しないとされる²¹²⁾。もっとも、ザンドロック、ゾンネンベルガー、リュエデリッツらによる「一定の観点から補充的契約解釈の方法、基準を整理しようとする試み」から、全体的な分析枠組として、「両当事者が実際になした評価を中立的に展開するという方法」と「かかる評価に対して介入し、それとは別の規範的観点から解決を図るという方法」という視点、「個別的、具体的な方法」と「典型的、一般的な方法」という視点が提示されている²¹³⁾。それに即して、一方で規範的補充方法については正面から認めるわけにはいかないとされ²¹⁴⁾、他方、中立的個別的補充方法として契約目的、契約連関、慣例、契約締結の際の諸事情が、中立的典型的補充方法として取引慣行や契約目的、契約連関が挙げられている²¹⁵⁾。

(e) 以上をもとに、山本は補充的契約解釈

205) 山本・前掲注4)「(4)」6頁。

206) 山本・前掲注4)「(4)」6-9頁。

207) 山本・前掲注4)「(4)」10-12頁。

208) 山本・前掲注4)「(4)」18頁。

209) 山本・前掲注4)「(4)」19頁。

210) 山本・前掲注4)「(4)」19-21頁。

211) 山本・前掲注4)「(4)」22頁。

212) 山本・前掲注4)「(4)」22頁、23頁、25頁。

213) 山本・前掲注4)「(4)」25-26頁。

214) 山本・前掲注4)「(4)」33頁。

215) 山本・前掲注4)「(4)」26-32頁。

の基本的な考え方を抽出するに至る。「一般論において確認された契約の尊重という要請は、補充的契約解釈をめぐる議論において一貫して看取することができた」とし、「補充的契約解釈を貫く考え方は、この契約の尊重であると言うことが許されよう」と述べてのである²¹⁶⁾。すなわち、「両当事者が決めたことをできる限り尊重すべきであるという、狭義の解釈において第一に重視されるべき私的自治に基礎を置いた要請が、合意が存在しない契約欠缺の場合にも同じく尊重されねばならないとされるのである」としている²¹⁷⁾。なお、同時に、「意思」との関係では、「かような要請を実現するにしても、当事者『意思』ではなく、両当事者の利益調整の結果としての契約に焦点が当てられた」ということを指摘している²¹⁸⁾。

(f) 以上はドイツにおける補充的契約解釈論に関する考察であったが、最後に、「我々は……ドイツの補充的契約解釈論から示唆を受ける点が少ない」として、以上の議論を日本法の議論としても展開できることが示される²¹⁹⁾。そこでは、両当事者のなした契約を尊重するという考え方は「本質的な要請」を含んでおり、「当事者の一致した意思ないし主観的意味を尊重する方向と十分結合が可能であろう」ということ、「個別—典型という視点」を持つことで正確な議論が望めること、契約目的、契約連関をめぐる議論、取引慣行、契約類型の位置づけ、規範的・評価的な基準を認めるとしてその内実・要件、といったものを議論する場として補充的契約解釈が重要な位置を占めること、が述べられる²²⁰⁾。

(g) 以上を要するに、「表示の意味の確定」によっては定めが見出せない場合に「補充

が問題となり、その際、既になされた契約を尊重して個別的に補充するために補充的契約解釈が、それ以外に典型的な補充を行うために法適用が、それぞれ行われる、という枠組が示されていると言える。

ここでは、最初に、定めがあるかどうか——厳密には、「表示」があるかどうか——を問うことになる。そのうえで、表示があるとするれば、表示の意味を確定できるかどうか問題となり、それで確定できればその意味で契約内容を確定する（狭義の解釈）。これに対して、表示があっても意味を確定できない場合、またはそもそも表示がない場合には、——それが本質的要素に属さない限り²²¹⁾——補充が問題となる。その補充のために、まずは——狭義の解釈で定まった——契約の定めを尊重した、個別的な補充が試みられる。これが補充的契約解釈である。そして最後に、典型的な補充として、法適用による補充が行われることになる。

b 沖野眞巳「契約の解釈に関する一考察」——個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と典型的解釈

(a) 次に、もう一つ、本格的な研究として、沖野眞巳の研究を取り上げる。なお、沖野の所説を分析するに先立ち、分析対象となるテキストにつき若干の説明を要する。というのも、沖野の論文のうち、契約の解釈に関する詳細な議論が展開されている「契約の解釈に関する一考察」²²²⁾（以下、(2)において「(沖野)第一論文」という。）は、基礎的作業としてフランス法の考察を行い、そこから日本の議論への示唆を探る、という計画のもとに執筆されたものであるが、日本の議論の整理と問題点の指摘の後、フランス法の考察の途中で終わっており、日本法への示唆には至ら

216) 山本・前掲注4)「(4)」46頁。

217) 山本・前掲注4)「(4)」46頁。個別性との関係では、補充的契約解釈は個別的なものも典型的なものもその内部に取り込んでいるので、そのすべてが事件の個別的解決の要請に集約されるとは言えないが、「任意法規、取引慣行などの典型的解決をはかるものに対して、個別的な解決をはかる拠り所があれば必ずそれを顧慮することを当然の出発点とするものである」ことを指摘している（同47頁）。

218) 山本・前掲注4)「(4)」47頁。

219) 山本・前掲注4)「(5・完)」39頁。

220) 山本・前掲注4)「(5・完)」39-40頁。

221) 本質的要素につき定めがないということになれば、契約は不成立となり、補充は問題とならない。

222) 沖野・前掲注4)。

ず未完となっているからである。他方、沖野自身によるその要約とも言える論文「フランス法における契約の解釈」²²³⁾ (以下、(2)において「(沖野)第二論文」といい、第一論文とあわせて「沖野論文」という。)において、日本法の問題として、「個別と典型という視点」を導入すべきことが説かれている。ここでは「当事者の個別事情に即した解釈か、それから離れたより典型・類型的な解釈かという視点」の重要性が説かれているのであるが、これは、フランス法の議論の特色として第一論文でも指摘されている内容と一致する。そこで、以下では「個別と典型という視点」に関して第一論文においてフランス法の考察として述べられていることを、沖野による日本法上の議論としても取り上げることとする。

(b) 沖野第一論文において、「個別と典型という視点」は、フランスにおいて通説化したとされる「ドゥルッ、グノオの主観・客観二元論」の中に見出されている。それは、契約解釈において第一には「両当事者の共通の意図の探究」をすべきであり、ただ「両当事者の共通の意図が存在しない場合」には「端的に一般利益および衡平という客観的基準によって契約内容を決することになる」という見解であるとされる²²⁴⁾。ここに、「当事者が何を取り決めたかを当事者の具体的事情に即して決定する、個別具体的解釈」と「より抽象的な基準によって内容を確定する典型的

(ないし類型的) 抽象的解釈」という対比が見出されており、「個別具体から典型抽象へという視点」が見出されている²²⁵⁾。

ここで注意すべきは、第一に行われる個別的解释で探究される「両当事者の共通の意図」には、「明示の意思」のほか「黙示の意思」「仮定的・潜在的 (virtuelle) な意思」も含まれているとされることである²²⁶⁾。そこでは、「偶々両当事者がその問題点について定めていなかったとしても、何らかの状況から契約時に彼らがその場合に選択すべき解決について合意していたと断言し得るのであれば、裁判官はここでもまた意思の原理を適用できる。裁判官は両当事者の仮定的な (éventuelle) 共通の意図に想を得るわけである」というドゥルッの言葉が引用されており²²⁷⁾、明示には定めていなかったが定めていたと言える内容をもって「黙示の意思」「仮定的・潜在的な意思」としていることがわかる²²⁸⁾。

第二段階である典型的解釈が行われる「両当事者の共通の意図が存在しない場合」に該当するのが「付随的な点に関して両当事者に合意がない場合、あるいは両当事者がある問題について全く考えていなかった場合」であるとされるが²²⁹⁾、第一段階に関する上記の記述からすれば、それらは単に「定めていなかった」というだけではなく、黙示的・仮定的・潜在的な意思すらもない場合を指していると読むべきであろう。

223) 沖野・前掲注172)。

224) 沖野・前掲注4)「(3)」1273-1274頁。

225) 沖野・前掲注4)「(3)」1297頁。

226) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

227) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

228) 「定めていなかったとしても……合意していたと断言し得る」というのは矛盾しているようにも聞こえるが、整合的に読むとすれば、①「定めようとするれば合意していたと断言し得る」と読むか、②「定めていなかったように見えても」と読むか、二通りほどの解釈が考えられる。最終的に「合意していた」と「断言」する以上両者に大差はないが、定めていなかったことを認めつつ仮定的に定めを認定する①と、そもそも定めていたことにする②とは、正当化の方法ないしレトリックとして、有意な違いがあると言ってよからう。この引用箇所は「仮定的な (éventuelle) 共通の意図」の説明であり、「仮定的」という訳語は、①の解釈と親和的であるが、さしあたり仏和辞典 (小学館ロベール仏和大辞典編集委員会編『小学館ロベール仏和大辞典』(小学館、1988))を参照するに、éventuelの語義は「場合によっては起こりうる、可能性のある、潜在的な；不確定な」等とされており、定めていれば定めを置いたという意味にも (①)、定めはあるものの現実には明示されるに至っていないが、ある拍子に明示される、という意味にも (②) 用いることのできる語ではないかと考えられる。むしろ「状況からすれば」合意していたと断言し得る」という一節は②の解釈に親和的である。いずれも考えられるところであるが、本文では②の解釈をとった。

229) 沖野・前掲注4)「(3)」1274頁。

(c) 以上を要するに、明示のものから黙示のもの、仮定的・潜在的なものまでを含む個別的な共通の意図の探究と、それが尽きた場合の典型的解釈とから成る「二元論」が描かれている。この枠組における明示の合意がない場合の取扱いは次のようなものだと考えられる。すなわち、まず、個別的に黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思を探究してそれによって契約内容を確定する。次に、典型的に一般利益や衡平といった基準によって契約内容を確定するのである。

ここでは、まず、明示的に表示された共通の意思（明示の合意）があるかどうか探究されることとなる。次に、定めがなくても——厳密には、明示の合意がなくても——両当事者が合意していたと言えないか、すなわち黙示的・仮定的・潜在的な合意があると言えないか、ということを行うことになる。ここまでに行われるのが、個別的解釈である。そのうえで、——本質的要素以外について²³⁰⁾——合意が存在となれば、典型的解釈が行われることとなる。そこでは、一般利益や衡平といった客観的基準によって契約内容が決定される。

o 石川博康『「契約の本性」の法理論』——本質的要素に基づく典型的な契約補充

(a) 契約解釈に関係する本格的な研究は1990年前後の山本論文、沖野論文以来現れていなかったが、近時、それらとは視角を異にするものの密接に関連するものとして、石川博康『「契約の本性」の法理論』²³¹⁾（以下、(2)において「石川論文」という。）が現れている。

はじめに、本稿の関心の対象と石川論文の全体像との関係を確認しておく必要がある。石川論文は、契約概念の中核に「合意」という要素を認めつつ、任意法規等による補充（合意に対する法の補充的作用）や公序良俗に関する法規定等による修正（合意に対する法の修正的作用）があり得ることから、契約上の権利義務の内容が「合意によって定められたこと」と完全に一致するわけではない、という点に注目し、「合意に対して法が与える補充的・修正的作用」という——巨大な——問題に対して、「契約内容の実体的構造に関するいかなる考慮が契約の補充や内容規制の作用をどのように支えているのか」という統一的な分析視角の下に、取り組むものである²³²⁾。この、合意に対して法が与える補充的作用と修正的作用という二つの法作用のうち、本稿の関心は、前者の補充的作用にある。

(b) 合意に対して法が与える補充的作用の問題の検討にあたっては、最初に、イタリアとドイツにおける契約の解釈と補充をめぐる法状況の検討をもとに、「契約の内容決定手続」が「合意の意味の解明としての契約解釈」と「契約上の空白部分の補充としての契約補充」という二種類の作業に区別されること²³³⁾、そして契約補充が契約解釈によっても埋められ得ない欠缺部分の存在を前提としてのみ行われ得ること（契約の解釈と補充との段階構造）、契約補充の作業の内部において段階構造が存在すること（各手続内部での段階化）、といった基本的理解が——イタリアとドイツに共通して認められるのみならず普遍的なものとして²³⁴⁾——示される²³⁵⁾。

230) 本質的要素につき定めがないということになれば、契約は不成立となり、補充は問題とならないことは既述（前掲注221）のとおりである。

231) 石川・前掲注17)。

232) 石川・前掲注17)2頁, 38頁。

233) ここでは明言されていないが、契約補充が「法による」ものであることは前提とされていると考えられる。石川・前掲注17)2頁, 3頁, 24頁等。

234) 「契約の内容決定手続に関し、契約における合意の意味の解明としての『契約解釈』と契約上の空白部分の法による補充としての『契約補充』という二種類の作業が区別されること」が「比較法的にはしばしば看取される事態である」と述べられていること、「合意によって当事者が自律的に定めた契約規範の内容を明らかにすることが本来的な意味での契約解釈であり、そのような本来的な意味での契約解釈という作業の他に、任意法規や慣習などによって当事者の合意内容を超えて契約内容を補充するという作業が介在するというものについては……広く承認されていると言ってよいであろう」ということについて「例証」すべく、イタリアとドイツの法状況が取り上げられているということから（石川・前掲注17)3-4頁）、このように言うことができる。

235) 石川・前掲注17)22-23頁。

そのうえで、「契約の解釈および補充の構造という内容決定手続レベルの問題に関する検討は、それらの内容決定手続の結果として導かれる契約規範の構造という実体的規範レベルの視点によっても支えられなければならない」という問題意識のもと、「契約解釈や契約補充というそれぞれの内容決定手続の結果として導かれるべき契約規範の内容を踏まえて、特にそれぞれの規範内容の相互関係とその内部構造に照らして、法による契約補充の構造を理解する」という分析視角が、「法による契約補充の構造についてのさらなる理解」のために、用意される²³⁶⁾。この問題意識は、上記のとおり「当事者の具体的な合意を前提としたそこにおける規律の欠缺に関してしか契約補充が作用し得ない」以上、「契約補充によって補充されるべき契約内容を決定する際の出発点となるのは、当事者の合意によって定められた契約規範それ自体でしかあり得ない」ため、「任意法規による補充に関しても、信義誠実や取引慣習の考慮というより一般的な補充に関しても、その前提として、当事者の合意に基づく契約規範が法による契約補充との関係でどのように法的に把握されるべきかがまず問われねばならない」、との考えに基づくものである²³⁷⁾。より具体的には、「どのような合意上の契約規範がいかなる論理を経由して任意法規や信義則等による契約補充をもたらすのか」という問題意識をもって、契約内容の実体的構造についての検討を行うこと」が課題として設定される²³⁸⁾。

(c) 以上の課題に答えるべく石川論文が用意した分析方法は、「三分法の理論は、契約

の類型性に関する考慮を基礎とする理論であって、契約の補充や規制と関係しつつ契約内容を典型的に整序するという機能を果たすものである、という仮説」に基づき²³⁹⁾、「契約規範の内容に関する本質的要素 (substantia; essentialia) ・本性的要素 (naturalia) ・偶有的要素 (accidentalia) の三分法の理論」について検討し、「そこから得られる示唆を基礎としつつ、契約の補充と内容規制をめぐる問題について考えていく」というものであって²⁴⁰⁾、重厚な歴史研究を含むものであるが、本稿ではそのうち解釈論に直結し得る結論部分のみを取り上げることとする²⁴¹⁾。

(d) まず、三分法の理論は、「本質的要素 (essentialia) に関する当事者の規律から帰結される一定の契約類型を前提とし、その契約類型に関して通常備わるべき契約規範が本性的要素 (naturalia) として合意を超えて契約内容に補充されるとともに、その本性的要素に関する変更または排除は (偶有的要素 [accidentalia] としての) 当事者による具体的な規律によつてのみ行われ得る」というものであり²⁴²⁾、石川論文はこの理論の現代的な意義を説くものである。そこでは、法による補充的作用は、本性的要素の補充として捉えられることになる。そのうえで石川は、とくにドイツにおける議論に示唆を受け²⁴³⁾、以下のように「本性的要素の二元的構成」を説く。すなわち、一定の契約類型における本性的・典型的な契約内容としての本性的要素には、①「典型契約規定のような一定の法定類型を前提とした法規定」と、②「いわゆる現実類型——社会的な相互行為において自生的に生起するとともに、現実の契約関係の背後

236) 石川・前掲注 17)24 頁。なお、この分析視角は、石川論文を通底する「契約内容の実体的構造」ないし「契約規範の構造」という分析視角の下位にある視点の一つとして提示される「合意に基づく契約規範と法に基づく契約規範とを区別する視点」が、具体的に敷衍された結果であるとされている (石川・前掲注 17)38-39 頁)。

237) 石川・前掲注 17)24 頁。

238) 石川・前掲注 17)24 頁。

239) 石川・前掲注 17)43-44 頁。

240) 石川・前掲注 17)41 頁。

241) もっとも、以下は「歴史的・比較法的考察から導かれる示唆を、その限りにおいてより具体的な形で提示する」ものであって、「暫定的かつ綱領的な見通し」にすぎず、「日本法における個別的な問題に関する解釈論や立法論の提示を目的としたものではない」ことが前もって強調されている (石川・前掲注 17)505 頁)。

242) 石川・前掲注 17)505-506 頁。この理論の内容については、41-43 頁にはじまり、論文全体を通じて説かれるところである。

243) 石川・前掲注 17)407-408 頁等。

にある社会規範や共通理解から構造化される社会的存在——を基礎として」具体化・定型化されるところの「その契約関係における社会規範などを基礎としたより社会的文脈に依存した規範」とが含まれると言う²⁴⁴⁾。そうすると、本性的要素を基礎とする法作用としての契約補充も、①「任意法規を基礎とする本性的要素」が関係する「その具体的な任意法規に従った契約規範の補充」と、②「信義則を基礎とする本性的要素」が関係する「現実類型を基礎とした社会規範や内在的規範に従った規範補充」とに二元化することになる²⁴⁵⁾。

このうちとくに②は、一方で、内容規制との関係で、三分法の理論の機能を十分に果たすためには「本質的要素や本性的要素の内容等に関するより個別的な把握による実効化」が必要であるという視点から説かれるものであり²⁴⁶⁾、また他方で、信義則による契約の内容補充との関係で、それが「現実類型における内在的規範や社会的規範に従った契約補充等として」「個別の任意法規に基づく契約補充……とは異なった理論的特質において」把握されるという視点、および「信義則による契約補充作用を一定の理論枠組みの中に囲い込みかつそれを適切に統御するためには、現実類型上の本性的要素を経由しつつ行われる法的作用として信義則等を媒介とした社会規範に従った契約補充を把握することが有用である」という視点から説かれるものである²⁴⁷⁾。

(e) 以上を要するに、石川論文の示す枠組においては、まず、「合意の意味の解明」として「契約解釈」が行われ、それによって埋められ得ない欠缺がある場合に「契約補充」が行われる。その契約補充は、契約類型に備

わる本性的要素の補充として捉えられるものであり、法定類型の本性的要素の補充としての任意法規による契約補充と、現実類型の本性的要素の補充としての信義則による契約補充との二元的構造を持っていると言える。

ここでは、まず、「合意の意味の解明」としての契約解釈が行われる。ここでいう「合意の意味の解明」が何を意味するのかは必ずしも明らかでないが、契約解釈の内実が「合意に際しての当事者の真意を探求するもの」か「当事者がなした合意の客観的意味の探求」かという「いわゆる法律行為（契約）の解釈における意思主義と表示主義の対立」にも拘わらず「合意によって当事者が自律的に定めた契約規範の内容を明らかにすること」が「本来的な意味での契約解釈」であることが承認されているという記述²⁴⁸⁾や、イタリアの例では「当事者の共通の意図の探求としての主観的解釈」と「規範的な観点からの合意の客観的意味の探求としての客観的解釈」とが合わせて「契約解釈」とされていること²⁴⁹⁾、ドイツの例で補充的契約解釈が本質的に契約解釈と異なる性質の作用であることを述べる際に「契約上の規律に関してその意味を探求する」ことが契約解釈であるとの理解が示されていること²⁵⁰⁾、からすれば、その確定方法はともかく、——表示とその意味の探求にせよ、共通の意思の探求にせよ——何らかの確定方法から、合意の有無およびその意味を確定すること、という広い意味で捉えるべきことがわかる。したがってまず「合意」があるかどうか判断され、そのうえで、一定の意味内容を持った合意があるとされればその内容が契約内容となり、他方、そのような合意が認められなければ、——それが契約の本質的要素にかかわらない限り²⁵¹⁾

244) 石川・前掲注 17)507 頁。なお、この法定類型と現実類型との二元化に伴い、契約類型への帰属は重層的なものとなり得るとされる(石川・前掲注 17)508 頁)。

245) 石川・前掲注 17)507-508 頁。

246) 石川・前掲注 17)506 頁。

247) 石川・前掲注 17)509 頁。

248) 石川・前掲注 17)3 頁。

249) 石川・前掲注 17)6-7 頁。

250) 石川・前掲注 17)14 頁。

251) 本質的要素に関して合意が存在しなければ契約は不成立となり、補充は問題にならないことは既述(前掲注 221), 前掲注 230)) のとおりである。

——契約解釈によってはその事項について欠缺を埋められないものとして、契約補充が行われることになる。そして、契約補充は、欠缺を伴いつつ成立している契約が包摂される現実類型と法定類型の、本性的要素の補充として行われることになる。

d 比較検討

(a) 序 以上、山本論文、沖野論文、石川論文の内容を見たことで、契約内容の確定方法につき、現時点で異なる三つのモデルが存在していることがわかった（以下、「山本モデル」「沖野モデル」「石川モデル」という。）。以下、これら三つのモデルを比較することでそれぞれの特徴をより明確に把握することとしたい。後述のとおり「定めがない」ということの意味も各モデルにおいて異なっているのでそれ自体検討を要するが、さしあたり、大まかな意味で「定めがない」場合の取扱いに注目して、検討してゆく。

(b) 山本モデルと沖野モデル (aa) まず、山本モデルと沖野モデルを比較検討する。前提として、山本モデルにおける「定めがない」場合とは、表示がない——より正確には、意味を確定し得る表示がない——場合をいうのに対して、沖野モデルにおける「定めがない」場合とは、一定内容の明示的な共通の意思——明示的合意——が認められない場合をいう。このように、「定めがない」場合の範囲がそれぞれにおいて異なっており、このままでは比較が困難であるが、ここではさしあたり、山本モデルにおける「定めがない」場合に局面を固定したうえで、それが沖野モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

山本モデルにおいて、「定めがない」場合には、まず契約に即した個別的な補充としての補充的契約解釈が、次に典型的な補充としての法適用が、行われることになる。こうした局面は、沖野モデルにおいていかに扱われることになるのであろうか。この場合、明示

的な共通の意思は存在せず、沖野モデルにおいても「定めがない」場合に当たると言えようから、個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究と、典型的解釈とがあり得ることになる。

(bb) ここで、沖野論文自体において山本論文を位置付ける記述があるので、その内容を確認しておく。沖野第二論文では、「個別と典型という視点」が提示される際、それは「山本助教授が補充的解釈に関して主張されたところであるが、ここで再度強調したい」と述べられており²⁵²⁾、山本論文との連続性が意識されている。そこで「強調したい」理由としては、仮定的意思の問題が鮮明になること、規範的解釈と補充的解釈の関係が明確になること、の二点が挙げられている²⁵³⁾。このうち第一点は、仮定的意思が個別的解釈において探究される共通の意思として問題になることと対応するものと思われる。他方、第二点に関しては、「意思表示がある場合を規範的解釈の問題、ない場合を補充的解釈の問題とする見解」も「当事者の合意を補うのが補充的解釈であるとの定義」も不適切であるとしたうえで「個別的解釈・典型的解釈という軸の導入により、この点にも解決が与えられる」と述べられているが²⁵⁴⁾、そこでいう「解決」の意味をどう理解すべきか、直ちには明らかでない。規範的解釈と補充的解釈との区別に代えて個別的解釈と典型的解釈との区別を導入することを説いているとも読めるが、そこまでは含意しておらず、個別と典型との区別が規範的解釈と補充的解釈との区別の基準になることを説いているとも読める。ただ、そうだとすると、それらの対応可能性は二通りいずれも一応考えられる。第一に、個別的解釈のうち明示の共通の意思の探究（本来的解釈）以外のものを規範的解釈と、典型的解釈を（共通の意思の不存在を補うという意味で）補充的解釈と、対応させることが考えられる。この読み方によれば、「補充的解釈」は両当事者の共通の意思が存在しな

252) 沖野・前掲注 172)283 頁。

253) 沖野・前掲注 172)283 頁。

254) 沖野・前掲注 172)283 頁。

い場合における典型的解釈に対応することとなるが、山本論文における補充的契約解釈は、個別性をその特徴とするものであるから、沖野論文における二元論で言えば、第一段階である個別的解釈の方に該当することになるはずである。山本論文における補充的契約解釈と、ここで規範的解釈と対置されている補充的解釈とを同内容のものとして捉える限り、この読み方は採用できない。そこで、第二に、個別的解釈のうち明示の共通の意図の探究（本来的解釈）以外のものを補充的解釈、典型的解釈を規範的解釈、と区別することを説くものと考えることができよう。

以上のような記述があることを踏まえつつ、以下、山本モデルとの対応関係につき検討を加える。

(c) まず、山本モデルにおける個別的補充としての「補充的契約解釈」に相当し得るものとして、沖野モデルにおいては、個別的解釈としての「両当事者の共通の意思」の探究のうち明示的な共通の意思の探究でないもの、つまり黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究がある。

補充的契約解釈と黙示的・仮定的・潜在的な意思の探究とは、個別的な性格において共通しており、一致することもあるであろうが、山本モデルにおける「表示の意味」をどう理解するかという点にもかかわって、一致するとは限らない。

また、仮に一致するとしても、ここには、山本モデルにいう補充的契約解釈が、契約に定めがないところを補充すると構成されるものであるのに対して、沖野モデルでは、明示的合意がないという意味では「定めがない」としても、あくまでも——黙示的・仮定的・潜在的であれ——合意が存在し、それを探究するものと構成される、という違いが見受けられる。

(d) 次に、山本モデルにおいて補充的契約解釈と区別される一般的補充としての「法適用による補充」は、その一般性ゆえに、沖

野モデルにおいては、典型的解釈に相当し得る。

もつとも、同じく「典型的」と言っても、沖野モデルではもっぱら一般利益・衡平・慣習といった一般条項的なものが念頭に置かれるのに対して、山本モデルにおいては一般条項とともに任意法規が念頭に置かれているという違いがある。

また、仮に内実が共通しているとしても、山本モデルはこれを契約解釈とは区別したのに対して、沖野モデルにおいてはこれも契約解釈に含めている、という違いが見受けられる。この違いは、沖野第一論文における「解釈」の意味に由来していると考えられる。すなわち、ドゥルウ、グノオの学説について個別に確認されているわけではないものの、フランス法の考察全体に際して、「学説が『解釈』に関する諸原則・諸基準や裁判官の活動を語る時に想定している作業をもって広義の『解釈』と捉える」こととすることが述べられており、そこでは、①「契約中の諸規定の意味を明確にすること」を意味する「狭義の『解釈』」のみならず、②「法性決定」（狭義の解釈「によって契約の具体的内容が定められて後」「契約の性質、契約が属しその適用を受ける法的カテゴリーを決定すること」）や③「契約の法的内容の確定」（「法性決定の後、法律上当該契約に付される効果を決め、あるいは法律上の規定のないときに当該契約の効果に関する客観的原則に従い効果を決定すること」）も含めて「解釈」の問題を見ることがとされている²⁵⁵⁾。このことと、フランス法において契約の解釈が成立段階とは異なる「契約の効果の問題、瑕疵なく成立した契約の内容確定の問題」と位置付けられているとされていること²⁵⁶⁾とあわせて、広く契約内容を確定する作用を「契約の解釈」に含めていると考えられる。山本論文において主題的に行われるような「契約解釈」と「法適用」との区別は、沖野論文においては想定されていないように読めるのである²⁵⁷⁾。同じ「個

255) 沖野・前掲注4)「(2)」542-543頁。

256) 沖野・前掲注4)「(3)」1298頁。

257) 既に述べたように、沖野論文における個別—典型的のスペクトラムにおいて、「典型」として語られるのはもっぱら一般利益、衡平、慣習といったものであり、任意規定の位置付けが必ずしも明らかでないが、その一因はこ

別と典型という視点」を持ちながら、一方で山本モデルにおいては、補充的契約解釈を含めて個別的な法作用として契約解釈が、典型的な法作用として法適用が、それぞれ特徴づけられていたのに対して、他方で沖野モデルにおいては、広義の契約解釈の内部において個別と典型との区別が見出されている、と言えよう。

(c) 山本モデルと石川モデル (aa) 次に、山本モデルと石川モデルを比較検討する。前提として、山本モデルにおける「定めがない」場合が意味を確定し得る表示がない場合を指すところ、石川モデルにおいて「定めがない」場合という、「合意の意味の解明」ができない場合を指すことになる。石川モデルにおける「合意の意味の解明」は契約解釈に関する複数の理解を反映して複数の捉え方が可能な定式であり、石川モデルにおける「定めがない」場合とは、一方で、山本モデルにおける「定めがない」場合と一致するものとして捉えることもできるが、他方で、別の捉え方をする余地もある。そこで、以下では、山本モデルにおける「定めがない場合」に局面を固定したうえで、それが石川モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

既に見たように、山本モデルにおいて、「定めがない」場合には、まず契約に即した個別的な補充としての補充的契約解釈が、次に典型的な補充としての法適用が、行われることになる。同じ局面は、石川モデルにおいてはどのように扱われることになるのであろうか。

(bb) まず、山本モデルにおける個別的補充としての補充的契約解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルという個別的解釈と一致するものとして捉えた場合、この局面（山本モデルにおける「定め

がない」場合）において、石川モデルにおいては、沖野モデルにおけるのと同様に、なお契約解釈として、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が行われることになり、これが補充的契約解釈による個別的な補充に相当し得ることになる。

この場合には、上記(b)(cc)で述べたのとほぼ同様のことが言える。まず、山本モデルにおける補充的契約解釈と石川モデルにおける黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究とは、一致するとも一致しないとも考え得る。また、仮に一致するとしても、山本モデルでは定めがないところを補充するという構成がとられるのに対して石川モデルでは定めがあると構成されることになる、という違いがある。

第二に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」に、山本モデルにおける狭義の解釈と補充的契約解釈とをともに含めるという可能性も、一応考えられる。

もっとも、石川論文内在了的に見た場合、この可能性は乏しいであろう。石川論文のモデル提示部分から一度離れて、冒頭で契約解釈と契約補充の段階構造の普遍性を例証する際のドイツ法に関する叙述に目を向けると（石川論文序章）、そこでは補充的契約解釈の位置付けについてある程度詳細に言及されており、そこで石川の態度が示唆されている。そこでは、ドイツにおける補充的契約解釈が「契約解釈としての形式と契約補充としての実質とをともに備える」という折衷的な性質が指摘され²⁵⁸⁾、一方で「具体的な契約に定められた意味に従った解決を探求する個別具体的な判断であるという点において、……契約の『解釈』としての性質を備える」ことが言われるものの²⁵⁹⁾、契約解釈としての側面について述べるのはその一箇所にとどまり、他方で、「契約上の規律に関してその意味を探求するものではなくむしろ契約上の規律の欠缺に際してそれを填補するものであるという点で、本質的に契約解釈とは異なる性質の

こにあるのではなからうか。

258) 石川・前掲注17)21頁。

259) 石川・前掲注17)16頁。

作用」であること²⁶⁰⁾、「契約における空白部分を補充するという意味での契約補充としての側面」を有していること²⁶¹⁾、「法律問題としての規範的な契約補充の側面」を有していること²⁶²⁾、が繰り返し指摘されており、あくまでもそれが契約補充としての実質を持つことの方に力点が置かれているように読める。こうした記述を踏まえれば、石川モデルにおいて契約解釈として補充的契約解釈に当たる作用が認められることは考えにくい。

第三に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルという明示的な共通の意思の探究に限定した場合や、山本モデルにいう表示の意味の探究と一致するものと捉えた場合には、この局面（山本モデルにおける「定めがない」場合）において、もはや契約解釈の余地はないことになる。

このとき、一つには、石川論文においては明示されていないものの、契約解釈でも契約補充でもない折衷的なものとして、別途、補充的契約解釈を行うということが一応考えられる。しかしながら、「契約補充は、契約解釈によっても埋められ得ない欠缺部分の存在を前提としてのみ行われ得る」ことを述べる際に、ドイツにおいて「解釈と補充の折衷的性質を有する補充的契約解釈という手続が存在すること」について、「契約解釈手続の内部構造や解釈と補充の限界づけに関しては必ずしも十分に明確なものとされてはいない」と評しつつ、「しかし、契約補充に関して言えば、契約補充が契約上の規律の欠缺を前提としてまたその点に関してのみ行われ得るということはイタリアとドイツにおいて共通し

て認められており、……」と続けていることから²⁶³⁾、折衷的性質に対する消極的な評価と、契約解釈と契約補充との二分法を貫徹することへの志向が窺えるのであり、石川モデルにおいて、契約解釈と契約補充以外に別途折衷的な作用が認められることはないものと考えられる。

そうすると、このときは、石川論文のいう契約補充が行われることになると考えられるが、それは、法定類型ないし現実類型に関する本性的要素の補充である。山本モデルにおける補充的契約解釈は、個別性をその特徴とするものであるが、『契約の本性』による契約規範の類型的『規整 (Ausgestaltung)』²⁶⁴⁾を主題とする石川論文が、類型性を離れて個別的な補充作用を認めるということはないものと考えられる。たしかに、現実類型の構成いかんによっては、実質的に個別性を考慮しているのに近い作用が行われるということは考えられる。しかし、あくまでも類型的な作用なのであり、個別の契約への着目を謳う補充的契約解釈とは性質を異にすると言ふべきであろう。

この場合、契約補充につき、山本モデルが個別的な補充と典型的な補充とを二元的に措定するのに対して、石川モデルが典型的な補充のみを措定する、という違いが見受けられることになる。これは、山本モデルの個別志向と石川モデルの類型志向という差異に由来していると言える。また、山本モデルが法に基づく補充と（補充的）契約解釈に基づく補充とを二元的に措定するのに対して、石川モデルはおおよそ補充を法に基づく補充として捉える²⁶⁵⁾、という違いもある。これも第一の

260) 石川・前掲注 17)14 頁。

261) 石川・前掲注 17)21 頁。

262) 石川・前掲注 17)21 頁。

263) 石川・前掲注 17)22 頁。

264) 石川・前掲注 17)524 頁。

265) なお、「任意法規や慣習などによって当事者の合意内容を超えて契約内容を補充するという作業」が『解釈』という作業に含まれるべきものであるのか、あるいはそれとは異質な作業であるのかについては意見の相違があり得る」とされ、さらにその問題は①「任意法規や慣習などによる契約補充」と「契約解釈において探求されるべき当事者意思」との関係という「契約補充の意義をめぐる問題」と②「任意法規や慣習などによる契約補充」が「解釈」の一環として位置付けられるかという「契約補充の体系上の位置付けの問題」という二つのレベルに分化させられているが（石川・前掲注 17)3 頁）、ここでの争点はあくまでも法に基づく補充としての「任意法規や慣習などによる契約補充」もまた「解釈」と言えるか、という問いであり、法に基づくという点に関しては争いがないものと捉えられている。

相違点から帰結するものと見ることもできるが、それだけでなく、こちらは石川論文の問いの立て方にも由来していると言えよう。すなわち、石川論文の出発点は、「合意に対して法がもたらす……補充的……作用に関し、どのような理論的基礎といかなる契約法体系上の位置付けとが与えられるべきか」という問題にあるところ²⁶⁶⁾、この段階で既に、「合意」と「法」との対置が行われている。また、契約内容の実体的構造からの分析という視角が用意され、そこで「合意に基づく契約規範と法に基づく契約規範とを区別する視点」が示されているが、そこで既に合意と法との二分法的思考にコミットしているのである。もちろん、問題設定ないし分析視角の設定の際に二分法に立脚しつつ結論において折衷的なものを認めることということも一般論としてはあり得るが、石川論文はその途をとらなかった。

(c) 次に、山本モデルにおける典型的補充としての法適用による補充には、石川モデルにおける契約補充が相当すると言える。任意規定の適用による補充は法定類型の本性的要素の補充、信義則の適用による補充は現実類型の本性的要素の補充として、それぞれ位置付けられることになる。

もっとも、石川モデルは、法規範の内容を、類型の本性的要素として捉えるという点において、山本モデルと異なっている。任意規定は何らかの類型ごとに設けられているので、任意規定の適用による補充については両モデル間の差異が実際に生じることはないと考えられるが、信義則の適用による補充については、石川モデルではそれを類型的な補充として捉えるのに対して、山本モデルは必ずしもそうでない、という違いが生じる。山本論文のいう典型性は個別の契約を離れることを意味するところ、石川論文ではそこからさらに進んで、そうした個別の契約を離れた規範が、類型的に定まっているということも説かれているものと言える。

(d) 沖野モデルと石川モデル (a) 以上、山本モデルと沖野モデル、山本モデルと

石川モデルを比較検討し、山本モデルをかすがいとして三者の特徴が一定程度明らかになったと思われるが、最後に、沖野モデルと石川モデルの比較検討も行いたい。

ここでは、沖野モデルにいう「定めがない」場合として、明示的な共通の意思が認められない場合に局面を固定したうえで、それが石川モデルにおいてどのように取り扱われるか、という形で比較検討を試みることにする。

この局面において、沖野モデルにおいては、個別的解釈として黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が、次に典型的解釈として一般利益や衡平といった客観的基準の適用が、行われることになる。同じ局面は、石川モデルにおいてはどのように扱われることになるのであろうか。

(b) まず、沖野モデルにおける個別的解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルにいう個別的解釈すなわち明示的・黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究として捉えた場合、この局面（沖野モデルにおける「定めがない」場合）において、まず、契約解釈として黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が行われる。

これは、まさに沖野モデルにいう個別的解釈と一致する。石川モデルも、「合意の意味の解明」に黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究を含めることによって、契約解釈・契約補充の二分法のうち契約解釈の枠内で、個別性を追求し得るのである。

第二に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、沖野モデルにいう「定めがある」場合すなわち明示的な共通の意思の探究に限定して捉えた場合、この局面（沖野モデルにいう「定めがない」場合）では、契約解釈は尽きたものとして、契約補充として本性的要素の補充がもっぱら行われる。

この場合、沖野モデルでは、典型的解釈と

266) 石川・前掲注17)2頁。

は別に、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究により個別的解決を実現するという方法があるのに対して、石川モデルでは類型的な補充のみが行われ、個別的解釈に相当するものを行う余地がない、という違いが生じることになる。この違いは、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究を認めるかどうかの違いとともに、石川モデルが契約補充において類型性を重視するという点に由来するものと言える。

第三に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」を、山本モデルという狭義の解釈すなわち表示の意味の確定として捉えた場合、この局面（沖野モデルという「定めがない」場合）において、なお契約解釈として表示の意味の確定が行われる余地がある。明示的な共通の意思がないというときであっても、表示はあり、その意味を共通の意思以外の方法で確定するということが行われることになろう。

この場合、沖野モデルにおける個別的解釈と、個別性を持つという点においては共通するものであるが、沖野モデルが共通の意思という構成をとるのに対して、表示の意味の確定という構成をとるものであり、構成において差異があり、内実も異なるであろう。

(c) 次に、沖野モデルにおける典型的解釈に相当するものは、石川モデルにおいて見出し得るであろうか。

第一に、石川モデルにおける契約解釈すなわち「合意の意味の解明」として沖野モデルという典型的解釈まで含めるという理解も一応あり得るが、沖野モデルが契約内容確定をもっぱら契約解釈に担わせているのに対して（上記(b)(dd)）、石川モデルが契約解釈と契約補充との二分法を採っていることからすると、このような理解は採用し難いように思われる。

そこで第二に、石川モデルにおける契約補充が、沖野モデルにおける典型的解釈に相当し得るかどうかにつき検討するに、石川モデルにおける契約補充は、法による補充であって、沖野論文において個別性と対置されるところの典型性を有していると言えるため、沖野モデルにおける典型的解釈に相当し得る。

もつとも、まず、沖野モデルはここでもなお「解釈」が行われるものとする一方、石川モデルにおいては解釈と区別されるところの「補充」として観念されているという違いがある。これは、上記(b)(dd)で述べたような、沖野モデルにおける解釈の広義性に由来するものと言える。また、石川モデルにおける契約補充は、現実類型ないし法定類型の本性的要素の補充として行われる類型的なものであるのに対して、沖野モデルにおける典型的解釈は、必ずしもそうではないという違いがある。ここでは、上記(c)(cc)で述べたのと同様、沖野論文という典型性が個別の契約から離れることを意味するところ、石川論文ではそこからさらに進んで内容の類型性が説かれているとすることができる。

(e) まとめ 以上三通りの比較検討により、とくに山本モデルの持つ①解釈の狭義性と②解釈・補充の二元性、③補充における個別・典型の二元性、沖野モデルの持つ①解釈の広義性と②補充の解釈への解消、③解釈における個別・典型の二元性、石川モデルの持つ①解釈の狭義性と②解釈・補充の二元性、③補充における類型性、といった特徴が示されたものと考えられる。

e 課題

以上に見た三つのモデルはいずれもあり得るモデルと言うべきであるが、いずれをとるにせよ、難点ないし課題は残る。

第一に、石川モデルについては、まず、モデル自体の問題として、一方で、契約解釈の領分を広く理解し、たとえば黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究をも契約解釈に含める場合、それが契約補充の局面において説かれる契約規範の類型的規整という考え方といかなる関係に立つのか、という疑問が生じる。黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の認定が広がることになれば、補充を類型的に規整することの意義が薄れるおそれがある。他方、石川モデルにおける契約解釈と契約補充との二分法の下では、類型を離れた個別的考慮を担い得るのは契約解釈のみである。そうすると、契約解釈の領分を狭く理解し、たとえば明示的な共通の意思の探究に限定的な場合には、明示的な共通の意思がない

場合に個別的考慮を担い得る作用がないことになるが、それでよいか、という疑問が生じる。さらに言えば、果たして補充的作用はすべて「類型性」で説明できるのか、という疑問も残る。たしかに、本性的要素に注目した理論枠組を用いることによって、内容規制と契約補充とを制御することが可能になると言え、本性的要素を個別具体的に把握すれば実効性も欠かないとも思えるが、そのような類型による説明に限界はないか、とりわけ、現実類型として構造化されるには社会規範や共通理解が必要であり、個別具体性に限界があると考えられるがそれでよいか、といった疑問を提起できよう。

次に、実践的な課題もあろう。すなわち、契約補充は法定類型に関する補充と現実類型による補充とから成るところ、前者については問題が少ないが、後者を機能させるためには、現実類型の適切な整備が不可欠となる。「契約規範の補充や規制に際しては、その契約を背後の取引関係や社会的文脈に還元しつつ、その契約に関し各当事者において了解されている定型的期待を基礎として現実類型を解釈学的 (hermeneutisch) に構成することが、有益であり必要的な作業となる」のである²⁶⁷⁾。そうした現実類型の構成という課題が残ることになる。

第二に、沖野モデルについては、まず、モデル自体の問題として、「定めがない」場合の個別的な考慮を引き受けるのは個別的解釈としての共通の意思の探究であるが、それは適切か、という疑問を提起できよう。一方で、個別的な考慮の要請を重視すれば、それは、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思を広く認定するということになるが、それは過度の擬制につながる。他ならぬドゥルウ、グノォが19世紀フランスの註釈学派の古典理論に対して意思擬制の非現実性という観点から批判を加えているとされているのであり²⁶⁸⁾、だからこそ意思の不存在の場合の典型的解釈という途を設けているのである。他方で、擬制の抑制を重視すれば、結局典型的

解釈に委ねることになるが、それでは個別的考慮が担保されないことになり、ディレンマが想定される。

次に、沖野モデルによった場合の実践的な課題もあるであろう。それはとくに、黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思はいかにして認定されるのか、という問題として現れる。

最後に、山本モデルは、個別と典型という視点、解釈と補充という視点を取り入れておりモデルとしてはバランスがとれていると評価できようが、実践的な課題は大きい。他ならぬ補充的契約解釈の方法をいかにして可視化・定式化するのか、という問題である。「実際に補充的契約解釈をどのように行うかという問題は極めて重要な問題である²⁶⁹⁾。当時ドイツにおいてもまだ確立した方法論は存在しなかったとされるが、これが重要な問題であることは間違いない。

3 契約内容の正当化

以上、契約内容確定法理につき、契約の解釈と、その外側とに分けて検討を加えた。続いて3では、契約内容をいかにして正当化するかという問題を検討する。これは1, 2とは次元を異にする議論であるが、これも契約内容をいかにして確定するかということにつながる。まず、契約内容の確定に際して自律の契機と他律の契機とがどのように存在しているかという問題を(1)、次に、契約内容はすべて事前に規律されていたことにするのかどうかという問題、いわゆる「現在化」の問題を検討する(2)。

(1) 契約における「自律」と「他律」

(1)では、契約内容の正当化にかかわる問題の第一として、契約内容およびその確定作業において、自律の契機と他律の契機をどう見出すか、という問題を検討する。この問題は難問であるが、ここでは、この問題について考える手がかりとして、山本敬三の説く「融合論」を取り上げる。

267) 石川・前掲注17)508頁。

268) 沖野・前掲注4)「(3)」1267頁。

269) 山本・前掲注4)「(4)」23頁。

a 山本敬三による「融合論」

まず、山本の所説を確認する。山本は、契約内容の確定が「当事者の自律的な合意の確定と他律的な規範による補充という2つの作業からなる」という理解を「二元論」、それに対して「当事者の自律的な合意の確定と他律的な規範による補充を対立的にとらえるのではなく、むしろ融合的に捉える考え方」を「融合論」と呼び、両者を対比させている²⁷⁰⁾。

二元論は、さらに「厳格な合意観」と「柔軟な合意観」とに分類され、前者では「合意の内容が比較的リジッドにとらえられ」るため、「他律的な規範による補充が働くべき場面が相対的に広」いのに対して、後者では「合意の内容をより柔軟に理解する」とされる²⁷¹⁾。

これに対して融合論は、「契約という行為がそもそも契約制度を前提としてはじめて考えられる行為——制度的行為——であるというところに「ポイント」がある考え方であり、「制度的行為としての契約をするとは、そのような契約制度を構成する諸ルールによって内容を規定された行為をおこなうことにほかならない」という考え方であるとされる²⁷²⁾。そのうえで、融合論には他律の契機と自律の契機とが共存していることが確認される。すなわち、「結局のところ——それ自体としては——他律的な規範が適用されることになる」点に着目すれば「二元論によるのと異ならないとみることもできる」が、「制

度的行為の意味内容はその制度を構成するルールによって規定されざるをえないとしても、まさにそのような行為をすることを当事者がみずから選び、決めていることに変わりはない以上、そこに当事者の『自律』をみてとることもできる」とされる²⁷³⁾。もっとも、融合論でいう「契約制度を構成するルール」は典型的な場合を想定したものであるところ、その適用には「個々の当事者が契約により実際に行った決定」が優先すること、さらに、契約に欠缺がある場合にも「当事者が契約により実際におこなった決定」から「一定の指針」を引き出してそれにしたがって「その欠缺を補充すること——補充的契約解釈——が要請されることが説かれる²⁷⁴⁾。

b 森田修による応答

以上に見た山本の見解については、森田修によって検討が加えられている。そこで次に、森田の所説を確認する。

森田は「〈事実としての意思〉と〈規範としての意思〉との関係」を問う。より具体的には、『新しい契約責任論』がいうところの意思はどこまで規範化されているか、その中の事実としての意思はどのように位置付けられるか、その位置付けの仕方は適切か、といった問題」を提起する²⁷⁵⁾。

そのうえで森田は、山本の立場について次のように理解する。すなわち、一方でそれは『事実として存在する当事者の自然的な意思』への絶対的拘束を主張するものではな

270) 山本・前掲注 7)99 頁。

271) 山本・前掲注 7)100 頁。

272) 山本・前掲注 7)101 頁。

273) 山本・前掲注 7)101-102 頁。さらに山本は、「二元論によるのと異ならないとみることもできる」との箇所を承けて「そうした他律的な規範が当事者を拘束しているのだから、そこまで含めて『契約内容』を構成すると呼ぶことは、違和感が残るかもしれない」と述べ、しかし「当事者の『自律』をみてとることもできる」と考えるならば「これもまた『契約内容』を構成する——つまり契約の拘束力にもとづく効果であり、それとは別の根拠にもとづく法定の効果ではない——ということも不可能ではないだろう」と述べている（同 101-102 頁）。これは、『契約内容』を構成して「契約の拘束力に基づく効果」をもたらすのは自律的な合意に基づくものに限られるという理解を前提とした記述であると読める。しかしながら、二元論においても「契約内容」の確定が自律的な合意の確定と他律的な規範による補充とからなるものと理解されてきた（と述べられている（同 99 頁））のであって、他律的な規範による補充も「契約内容」であり、それによる拘束もまた「契約の拘束力に基づく効果」として考えられてきたのではなからうか。この箇所でも述べられようとしていたのはあくまでも「自律」か「他律」かということであって、契約内容か否か、「契約の拘束力に基づく効果」か「法定の効果」か、といった問題ではないのではなからうか。

274) 山本・前掲注 7)102 頁。

275) 森田・前掲注 7)210 頁。

く、「山本報告にいう意思・合意もまた規範化されざるを得ない」²⁷⁶⁾。他方、「山本教授は……〈契約は白地から作り上げるものではない〉という見方をたびたび述べたが、そこでの『類型』への依存……の背後に、『深層意思』なる裏打ちを貼ろうとする構想を持っているとすれば、山本教授の〈事実としての意思〉への拘泥はなお根強い」と見る²⁷⁷⁾。

そして、「融合論」の立場に対して、それは「解釈論としては当然あり得る」としつつ、「なぜ契約規範を契約意思に基づくものとして構成するのか、なぜ契約責任をもつばら自律の形式で一元的に表現しなくてはならないのか」と問う²⁷⁸⁾。そして、二元論を採っても「自律の領域を確保することは可能であり、「むしろ二元論は、事実としての意思によって基礎付けられる責任の範囲がどこまでかを構成上可視的とすることによって、意思の規範化による他律の浸潤への適切な歯止めを可能にし、事実としての意思による自律を（そう望めば）むしろ確保するのではないか」、と結ぶ²⁷⁹⁾。

c 比較検討

(a) 「融合論」と「二元論」 ここで、山本の所説と森田の所説とを対比すると、融合論と二元論の分岐点がよく明瞭になる。両者の間には、発生原因は同じでも、それを「自律」と捉えるかどうかという点において差があるのである。

(b) 「融合論」への疑問の検討——「意思」か「契約」か ところで、融合論に対する森田の疑問につき、次のような疑問がある。すなわち、森田は、融合論につき、「契約規範を契約意思に基づくものとして構成すること」を問題視する²⁸⁰⁾。翻って、山本のいう

融合論が「自律の形式で一元的に表現する」²⁸¹⁾ことは確かであるが、そこでは《契約制度を構成するルール》による拘束も想定されているのであって、自律即ち契約意思という理解に立てばともかく、必ずしも「契約意思」に基づくものとして捉えているとは言えないのではなかろうか。

実際に、ここで——山本自身が融合論に立っているとして——、山本の報告全体を概観してみても、「新しい契約責任論」の描写において山本は、「契約で約束した」²⁸²⁾という表現も用いているが、基本的には「契約」「契約の拘束力」によって説明する理論として描写しており²⁸³⁾、必ずしも「意思」にこだわっているようには思えない。

以上の疑問は、森田が「〈規範としての意思〉との関係」を問うていることに対する疑問にもつながる。すなわち、森田が二元論の利点として挙げるのは、「自律と他律との共存」を認めることで「どこまでが〈事実としての意思〉に基づく責任であり、どこからはそれに解消されない責任根拠規範に基づくかを端的に示す」ことである²⁸⁴⁾。そこでは「事実としての意思による自律」の確保に主眼があり、そのうえで、事実としての意思に基づく範囲と自律の範囲とが一致すること（事実としての意思＝自律）に対して積極的な評価を下していると思われる。しかるに、その侵害（事実としての意思≠自律）の態様としては、[A] 意思が規範化されること（規範としての意思との関係。事実としての意思≡意思≡自律）と、[B] そもそも意思以外も自律に基づくものとみなすこと（事実としての意思≡意思≠自律）とが考えられ、両者は区別され得るものである。

276) 森田・前掲注 7)211 頁。

277) 森田・前掲注 7)211 頁。

278) 森田・前掲注 7)211 頁。

279) 森田・前掲注 7)211 頁。

280) 森田・前掲注 7)211 頁。

281) 森田・前掲注 7)211 頁。

282) 山本・前掲注 7)92 頁。

283) 山本・前掲注 7)91-99 頁。なお、解除につき「契約において何が合意され……」という表現もあるが（同 95 頁）、重大な契約違反に関する記述であり、契約の中核部分が問題になるので、それはいずれにせよ合意に基づくものであり、決め手にはならないように思える。

284) 森田・前掲注 7)211 頁。

森田は随所で[A]すなわち「意思の規範化による他律の浸潤」を問題視し、「〈事実としての意思〉と〈規範としての意思〉との関係」を問うているが、融合論が自律は「意思」に基づく場合に限られないとするのであれば（意思≡自律）、[A]の問題は背景に退くはずであり、「事実としての意思」と「自律」との関係に関する内在的な批判としては、[B]を問題とすべきではないかと考えられる。しかるに森田は上記のように融合論もなお「意思」に基づく構成をとっている（意思＝自律）と捉えていると見る余地があり、それがゆえにもっぱら[A]が問題とされているのではないかと考えられる。

(c) 「融合論」再考 翻って、山本のいう融合論につきあらためて検討を加えるに、そこでは、契約内容として、①当事者間で合意されたもの、②補充的契約解釈によって補充されるもの、③法適用によって補充されるもの、という三種類が想定される。そのうえで①ないし③はいずれも「自律」に基づくものとして把握されるのであり、その意味では一元的であるが、その中でもなお差異は存在している。

まず、①が優先して行われるべきことがその個別性から導かれるが、それは究極的には、「私的自治の原則から出てくる当然の要請」としての「個々の当事者が契約により実際におこなった決定が……原則として尊重されなければならない」という要請から導かれる²⁸⁵⁾。このことは、①は「自律」に基づく程度が大きいからだとも言い換えられる。

次に、②が③に優先することも、同様の要請が「あてはまる」こと、「契約制度のもとで可能なかぎり当事者の自律を尊重するため」という理由から導かれている²⁸⁶⁾。

最後に、①と②との優劣関係は明らかでないが、同等、あるいは①の方が実際に決定されているぶん②より大きい、と考えられよう。

かくして、「自律」に立脚する程度に関し

て、① \geq ② $>$ ③というスペクトラムが描けることとなる。

(d) 「自律」と「他律」 以上の検討を踏まえ、さらに融合論から二元論までもを含めた形で視野を広げると、「契約内容」の基礎としての自律ないし他律のスペクトラムとして、 α ：「つよい自律」、 β ：「よわい自律」、 γ ：「他律」、というグラデーションが考えられる（場合によっては β の中にも強弱があるだろう）。

そして、融合論からは①②③が α と β の中に位置付けられ（①②[$\subset \alpha$] $>$ ③[$\subset \beta$]; または①[$\subset \alpha$] $>$ ②[$\subset \beta$ 1] $>$ ③[$\subset \beta$ 2]), 二元論からは①③が——おそらく②を想定していない—— α と γ とに位置付けられる（①[$\subset \alpha$] $>$ ③[$\subset \gamma$]), という整理ができればよい。

(2) 契約における「現在化」

(2)では、契約内容の正当化に関する問題の第二として、契約締結時にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる問題を取り上げる。そこには、解釈・内容確定の対象である「契約」の存在形態をどのように考えるかという理解が反映されていると言える。

a 森田修による問題提起

この問題に関して手がかりとなるのは、森田修の所説である。具体的には、2006年日本私法学会シンポジウムを承けて書かれた、森田修『『新しい契約責任論』は新しいか——債権法改正作業の文脈化のために』²⁸⁷⁾を取り上げる。これは短い論稿ではあるが、森田の問題意識が端的に示されており、それとともに一定の態度表明もなされているものと言える。

その中で森田は、『『現在化 (presentiation)』をどう考えるか』という問題として、「当事者の合意が契約締結時にすべての不履行プロセスを抽象的には規律し尽くしていると考えられるか否か」という問題を提起する²⁸⁸⁾。そして、「現在化」の論理、すなわち「契約によっ

285) 山本・前掲注7)102頁。

286) 山本・前掲注7)102頁。

287) 森田・前掲注7)。

288) 森田・前掲注7)211頁。

て当事者がいかなる責任を負担したかということが、契約締結時に確定可能であるとすると論理が、「契約締結時の『当事者の合意』に依拠して『契約内容の確定』を行い、そこから『契約によるリスク配分』として契約規範を取り出し、契約規範が、『過失責任主義』を媒介することなく、契約責任の法律効果を決定するという『新しい契約責任論』の背骨を形成している」ことを指摘する²⁸⁹⁾。

そのうえで、森田は、日本私法学会における山本敬三の報告について、ここでは「意思……〔が〕融合論の一元論的に規範化されるかわりに、当事者の〈事実としての意思〉においては予想されていなかった契約締結時以降の事態にも、当初契約意思によってリスク配分の規範が用意されていたと構成することで、融通無碍に対処し得ることになる」²⁹⁰⁾として捉え、それに対して否定的に応接する。すなわち、森田は、「債務不履行後の当事者関係の規律、すなわちその時点での契約規範を現在化の呪縛から解放して当初契約意思から切断する立場においては、翻って当初の当事者の合意を規範化する必要はなくなる」ことを述べており、それに続けて「〈事実としての意思〉への志向の強い」ものとして「潮見教授にとっての『当事者の合意』を挙げ、そこに「現在化の呪縛を去って、当初契約意思の守備範囲を限定すること……が、債務不履行後の契約規範をそれとして端的に設計することによって意思の規範化への適切な歯止めを可能にし、かえって当初の意思による関係の規律を適切に尊重する可能性が示されている」、と結ぶ²⁹¹⁾。ここには、森田自身の、意思についての〈事実としての意思〉への志向や、「現在化の呪縛」に対する否定的態度が示されていると言える。

ところで、こうした森田の「現在化の呪縛」への否定的態度は、森田の契約責任論、とく

に解除論においてかねてより強調されてきたものである。そこではより詳細に森田の見解が示されているので、参照することが有益であろう。

その中で森田は、「履行期までの当事者間の権利義務関係は、それを規律する基準点が、当初の契約における当事者の合意に求められ、初発の不履行の評価にあたっては **presentation** の視点が維持される」のに対して、「初発の不履行後の当事者の権利義務関係は、不履行による契約紛争を解決する交渉のための信頼関係を維持する義務を中核として、当事者の当初合意に必ずしも拘束されずに評価されるものに変容する」という視点を、「契約責任論に対する……基本的視点」として提示する²⁹²⁾。そのうえで、これを実現するための法律構成について、「当事者が当初約定した実体的な権利義務関係とは独立の要素（不履行時の市場の状況、当事者の履行能力等々）」を考慮に入れるために、「裁判官の事後的な裁量の余地を正面から認める方向で解除の要件としての催告概念の柔軟化を……図るべきである」と説く²⁹³⁾。これに対して、別の法律構成として、「不履行後の交渉解決のための信頼維持義務を、契約時に実体法上あらかじめ確定しているものとして想定し、その違反によって無催告解除権という形成権が当事者に発生すると構成」することで「不履行後の当事者関係も含めて『債務不履行』の要件の中に一括する」構成も想定するものの、これでは「おそらく事前的な当事者意思を基準とした債務不履行・過失の擬制的な性格（これこそが **presentation** の呪縛に他ならない）を強めることになろう」としてこれを拒絶する²⁹⁴⁾。こうして、森田は、解除の可否を判定するにあたり契約締結後の状況も含めて種々の考慮に入れることを説くと同時に、契約締結時の当事者意思の擬制的な性格

289) 森田・前掲注 7)211 頁。また、この論理は「『手段債務・結果債務論』にも共有されている」と指摘する（同頁）。

290) 森田・前掲注 7)211 頁。

291) 森田・前掲注 7)211-212 頁。

292) 森田修『契約責任の法学的構造』414 頁（有斐閣、2006）〔初出 1999〕。

293) 森田・前掲注 292)415 頁。

294) 森田・前掲注 292)415 頁。

を拒絶している。

こうした議論を背景に持ちながら、あらためて指摘されているのが、「現在化の呪縛」なのである。

b 山本敬三による応答

次に、これに対して、森田修によって「『現在化』の立場を鮮明に打ち出している」²⁹⁵⁾とされているところの山本敬三の所説を確認する。

もっとも、山本の「現在化」についての考え方が比較的明確に示されるのは、上記シンポジウムにおける報告それ自体というよりも、質疑応答の際の発言であると言えるので、ここではそちらを参照する。すなわち、「すべての契約規範は、契約成立時に確定しているとする『現在化』の考え方との関係については、どのように考えることになるのでしょうか」²⁹⁶⁾という質問に対して、山本によって応答がなされている。

すなわち、山本は、森田修の指摘のうち、「不履行後の関係につき紛争解決のために当事者がおこなう再交渉のプロセスに正当な位置づけをあたえるべきであるという主張」が重要な指摘であることを認めつつ、「果たして従来の見解が、……本当に『現在化』に『呪縛』されてきたのかどうか」は検討の余地がある、と応答する²⁹⁷⁾。

そこでは、二元論でも融合論でも、信義則等の他律的規範の適用があることが指摘され、したがって「現在化」の批判は当たらない、と述べられる²⁹⁸⁾。また、補充的契約解釈も、契約締結後の決定を見出せればそれも取り込むものであること、実際に行われた契約を出発点としたその継続形成を意味するものであることから、「現在化」の発想とは異

なる、と述べられる²⁹⁹⁾。

総じて、『契約時の合意』に純化された『近代的契約』か、『締結前から履行過程に至るプロセスを取り込んだ契約』かという二項対立的な問題設定そのものが、うまく……議論状況にあてはまっていないのではないかと述べられている³⁰⁰⁾。

c 比較検討

(a) 前提 以上に概観した両者の見解を比較検討するに、まず注意すべきは、①契約内容が（実際に）確定するのがいつかということと、②契約内容が規律されていた（とされる）のがいつかということ、さらに、③契約内容の確定にあたって斟酌する事情はどの範囲かということは、区別して考えなければならないということである。

このうち、①は、紛争の発生を承けてたとえば裁判官が確定するのであるから、これが事後的であることについては争いの余地がない。他方、②③については争いがあり得、実際に争われている。③について事後的な事情を斟酌することにしても②についてあくまでも事前に規律されていたことにするということは考えられるのであって、これらは区別できる。そして実際に、上記 a で引用した森田の解除論では、同じく③について事後的な要素を顧慮するにしても②についてどう構成するかということが主題とされていた。こうした区別については、③は発見のプロセス、②は正当化のプロセスに関係するということもできよう。

そして、森田が問題として提起する「現在化の呪縛」は、②にかかわるものと見るべきである³⁰¹⁾。他方、山本も、「この『現在化』というのは、契約当事者の権利義務関係は、

295) 森田・前掲注 7)211 頁。

296) 潮見ほか・前掲注 7)10 頁 [森田宏樹発言]。

297) 潮見ほか・前掲注 7)20 頁 [山本敬三発言]。

298) 潮見ほか・前掲注 7)20-21 頁 [山本敬三発言]。「二元論」「融合論」については本稿 III 3(1)参照。

299) 潮見ほか・前掲注 7)21 頁 [山本敬三発言]。

300) 潮見ほか・前掲注 7)21 頁 [山本敬三発言]。

301) 「すべての契約規範は、契約成立時に確定しているとする『現在化』の考え方」(潮見ほか・前掲注 7)10 頁 [森田宏樹発言])、「契約当事者の権利義務関係が契約締結時にすべて決まっているとする presentation の思想」(森田・前掲注 283)393 頁)、「当事者の合意が契約締結時にすべての不履行プロセスを抽象的には規律し尽くしている」と考える」(森田・前掲注 7)211 頁)、「契約によって当事者がいかなる責任を負担したかということが、契約締結時に確定可能であるとする」(同頁)、などさまざまな表現が用いられている。とくに最後のものは若干紛らわし

最初の契約を締結した時にすべて決められているという考え方を指します」と述べており³⁰²⁾、②の意味で現在化を捉えていると言えよう。

(b) 検討 このように、「現在化」の意味を共有していると考えられるとして、山本の立場につき、一方で森田は現在化を志向するものと見ており、他方で山本自身は現在化を志向するものではないと述べている。

それでは、山本自身が実際にどのような立場に立っていると見るべきかということはさしあたり措くとしても、自律的な合意の確定、他律的規範による補充、補充的契約解釈、といった各種の契約内容確定法理による契約内容の確定について、現在化の有無をどのように考えるべきであろうか。山本の発言を手がかりに検討を加えることとしたい。

第一に、山本は、自律的な合意の確定による契約内容の確定について、二元論のうち柔軟な合意観を取り上げる際に、「合意の内容を柔軟化するという発想」には、「そこでいう合意を当初の意思の合致にリジットに限定するのではなく、契約の履行のプロセスでのやり取りをふくめて、当事者の合意にあたるものを可能なかぎり拾い上げていくということ」も含まれているということ、少なくともそうした方向も排斥されていないということを述べている³⁰³⁾。

たしかに、二元論に限らず融合論においても、柔軟な合意観の発想から、さらに進んでこうした考え方をとるのであれば、現在化の否定につながると言える。もっとも、柔軟な合意観が現在化の否定に直結するわけではなく、ここで言えるのは現在化の否定も排斥されないということにとどまるであろう。

第二に、山本は、他律的規範の適用による契約内容の確定について、それが現在化を志向するものでないことを述べている。すなわち、二元論のうち厳格な合意観について、「他

律的規範によることが当然の前提とされている」ことから、「『当初契約意思』にすべてを還元するという発想がそもそもとられていないことが述べられる³⁰⁴⁾。また、二元論のうち柔軟な合意観についても、「あくまでも二元論」であり、「信義則による補充を当然予定している」ことが述べられるが³⁰⁵⁾、これは厳格な合意観について述べたことと同様のことが当てはまることを示唆するものと言える。融合論についても、「少なくとも一定の限度で、当事者の自律的な合意の確定と、契約制度を構成するそれ自体としては他律的な規範の適用が一体のものとして融合的にとらえられる」という契約の捉え方をするものであり、そうすると、「契約の履行過程で出てくるさまざまな問題に関する規律も、その意味での契約内容を構成するものとして捉えられ」、「契約をするということは、そのような規範によって内容を規定された制度的な行為をすることである」ことになるから、「『現在化』という批判はそぐわない」とする³⁰⁶⁾。

もっとも、他律的規範の適用があるということから、必ずしも現在化が否定されるとは限らない。というのも、ここでいう他律的規範の適用は、契約内容を決定するものであるところ、他律的規範を適用した契約内容の確定が、履行過程で徐々になされると考えるのか、契約締結時点でなされていたことにするのかということ、いずれもあり得ると考えられるからである。「当初契約意思」にすべてを還元するという発想がそもそもとられていない、とも言われるが、他律的規範の適用があるがゆえに「契約意思」には還元されないとしても、なお「当初」に還元されるということはあり得るのである。このように、他律的規範の適用による契約内容の確定は、現在化の否定にも肯定にも結び付くものと言わなければならない。

第三に、山本は、補充的契約解釈について、

いが、いずれも本文②の問題に関するものと見るべきだろう。

302) 潮見ほか・前掲注7)19頁〔山本敬三発言〕。

303) 潮見ほか・前掲注7)20-21頁〔山本敬三発言〕。

304) 潮見ほか・前掲注7)20頁〔山本敬三発言〕。

305) 潮見ほか・前掲注7)20頁〔山本敬三発言〕。

306) 潮見ほか・前掲注7)21頁〔山本敬三発言〕。

契約締結時および契約締結後の両当事者の決定を尊重しながら、実際におこなわれた契約の「継続形成」を行うものであるから、現在化の発想と異なる、と述べている³⁰⁷⁾。

たしかに、このうち後半部分すなわち契約の継続形成であるということ認めるとすれば、補充的契約解釈は現在化の否定と必然的に結びつくことになる。これに対して、前半部分すなわち契約締結後の決定をも尊重するという点だけからは、必ずしも現在化の否定は導かれない。補充的契約解釈で「尊重」される「決定」が契約内容そのものをいうのだとすればまさに現在化を否定するものでしかあり得ないことになろうが、これは最終的な契約内容というよりは上記(a)でいう③に当たるものにすぎないとも考えられ、そうすると、契約締結後の決定を考慮事情として(③)、契約締結時に規律されていたことにする(②)ということは、なおあり得るのである。現在化を否定するとすれば、もっぱら後半部分すなわち継続形成であるという点によることになる。

以上の検討から、いずれにおいても、現在化を否定する余地があるということがわかるとともに、逆に現在化を肯定することもあり得るとことが確認できる。自律的な合意の確定、他律的規範による補充、補充的契約解釈、といった契約内容確定法理それ自体は、現在化の肯否とは独立のものと言えよう。翻って、上記bで見た山本の議論は、中立的ないし論理的に、各種の契約内容確定法理と現在化の肯否との関係を論じたものとして、上記aで見た森田の議論は、山本がそのうち現在化を肯定する立場にコミットしているとした場合における問題点を指摘するものとして、それぞれ捉えることができる。

4 小括

以上、Ⅲでは、「契約の解釈」を中心に、「契約内容の確定」の方法に関する議論空間、すなわち——Ⅱで見た議論空間において置かれた設問に対する——解答方法を用意する側の

議論空間の状況を検討してきた。ここで、契約内容確定法理の諸相と((1))、その正当化((2))とに注意しながら、検討結果をまとめておきたい。

(1) 契約内容確定法理

(a) 契約の解釈 1では、「契約の解釈」に視点を定め、これまでいかなる議論が蓄積されてきたかを概観した。そこでは、「契約の解釈」が、伝統的には表示の意味の確定という一元的な営みとして把握されてきたところ、共通の意思が認められる場合の本来的解釈が分離独立し、また、定めがない場合の補充的解釈の存在が指摘されるといったことを通じて、多元的な構造をもつ営みとして把握されるようになっていったということが確認された。もっとも、最近の立法過程における実務家委員の発言には、「共通の意思」に還元する理解も示唆されており、「契約の解釈」という営みの構造につき再検討の契機が認められた。

(b) 意思表示の解釈 2(1)では、「契約の解釈」による契約内容の確定とは区別されるものとして「意思表示の解釈」による契約内容の確定を措定する必要があるか、という問題について、最近の契約締結過程に関する研究を手がかりに、検討を加えた。そこでは、一定の役割を捕捉するために「契約の解釈」と区別される「意思表示の解釈」を措定すべきだとする理由はとくにないこと、むしろ当事者の複数性を考慮しやすい「契約の解釈」という設問の方が適切だと思われることを述べた。

(c) 契約の補充 2(2)では、定めがない場面における契約内容の確定にとくに注目し、「契約の解釈」と区別される「契約の補充」を措定するかどうかということを含めて、補充に関する問題を検討した。そこでは、契約解釈の広狭によって別途補充を観念するかどうか左右されていること、補充のあり方については「個別と典型」「類型性」といった観点からどのような態度をとるかによって左右されていることが確認された。

307) 潮見ほか・前掲注7)21頁〔山本敬三発言〕。

(2) 契約内容の正当化

(a) 契約における「自律」と「他律」

3(1)では、契約内容の正当化に関する問題の第一として、契約内容およびその確定作業において、自律の契機と他律の契機をどう見出すか、という問題を検討した。そこでは、合意に基づく規範と法に基づく規範とがあるとして、一方には前者を自律の契機、後者を他律の契機と見る見方があるが、他方には前者も後者ともに自律の契機と見る見方があるということを確認した。前者は二元論、後者は融合論と呼ばれるが、融合論は、制度的行為の考え方に立脚していた。それとともに、「自律」を基礎付け得る「契約」「意思」「事実としての意思」といった要素は、レベルを異にして重層構造をなしているということ意識する必要があること、また、自律から他律に至るまでには連続的なスペクトラムがあるということ述べた。契約内容の正当化にあたっては、自律のレベル、契約のレベル、意思のレベル、これらのどこに焦点を当てて論じるかが重要になる。

(b) 契約における「現在化」 3(2)では、契約内容の正当化に関する問題の第二として、契約締結時にすべてが規律されていたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる問題を検討した。そこでは、契約内容の確定にあたって斟酌する事情の範囲の問題とは別に、いつ規律されていたことにするのかという問題があるということを確認した。そして、後者の問題については、契約締結時に規律されていたこととする見方とそうでない見方とがある。契約内容の正当化にあたって、前者は当事者にも責任を割り振る傾向にあるもの、後者は判断者にもつぱら責任を負わせる傾向にあるもの、として特徴づけることができよう。

IV. 結章

1 総括

1では、以上に見た、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間との状況について、本稿の第三の課題として掲

げたところの両者の関係について検討しながら、まとめることを行う。各議論空間の状況についてはⅡ、Ⅲそれぞれの小括として既に要約したところであるから、ここでは、両者の関係を中心に総括する。その際、前者の議論空間を座標軸とすることとする。

(1) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その1——帰責事由

(a) 設問としての「契約の解釈」「契約内容の確定」 Ⅱ1では、損害賠償請求の要件論から、帰責事由をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、「契約の解釈」による「契約内容の確定」を通じて帰責事由の判断構造、帰責事由の有無を決すべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、そこでの議論は、損害賠償責任の帰責根拠に関する一定の理解に立脚しているものであるところ、そこで示された帰責根拠と契約内容確定法理のあり方が整合することが必要となる。また第二に、そこで確定すべきとされる契約内容は債務の強度であるところ、それについて定めがない場合も多く、その場合の契約内容確定法理が重要性を持つ。以下では、これら二点につき、解答方法を用意する側の議論空間に位置付けてさらに検討する。

(b) 帰責根拠と契約内容確定法理との関係

(aa) 契約の解釈による契約内容の確定によって帰責事由の有無を判断すべきだとされるのは、損害賠償責任の帰責根拠を、森田説は直接に「契約の拘束力」の原理に、潮見説は直接または間接に「自己決定による自己責任」の原理に、それぞれ求めていることによる。そうすると、そうした帰責根拠の理解に整合的な契約の解釈が求められる。

(bb) まず、森田説に沿って検討する。ここでは、「契約」のレベルと「意思」のレベルとが重なり合っている。

一方で、帰責根拠に関する言明が「契約」のレベルにとどまる場合にはあらゆる契約内容確定法理が整合する。というのも、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるということ自体からは、「契約」の内容が何かを問うべきだということまでしか導かれないからである。

しかし他方で、帰責根拠に関して「意思」

のレベルにまでコミットした場合、契約内容確定法理としては、「意思」から正当化される法理が整合する³⁰⁸⁾。すなわち、森田説においては、帰責根拠が「契約の拘束力」にあるというだけでなく、さらに、「約束したことを履行しなかったこと、つまり、債務者が自らの意思（合意）によって設定した契約規範に従わなかったこと」に帰責性が求められるということまで述べられている³⁰⁹⁾。そうすると、「約束したこと」とは何か、「自らの意思（合意）によって設定した契約規範」とは何か、ということを問うべきである、と言えるのである。もっとも、「契約当事者がその合意により設定する規範」に「連動して適用される客観的規範」の拘束力の根拠も「当事者の合意」にあるのだとすれば³¹⁰⁾、それに対する違反が帰責性を基礎付けるような契約規範は、合意によって設定した契約規範それ自体には限られず、それに連動するものもまた含まれると言い得る。

そこで、解答方法を用意する側の議論を踏まえ（Ⅲ）、その場合の具体的な契約内容確定法理との適合性について検討を加える。まず、契約解釈方法としては（Ⅲ 1）、個別に見ると、本来的解釈が「共通の意思」に立脚するものであって適合的である。全体的な構造を見ると、平井説や、立法過程から再構成された「一元的構造・その2」が、「共通の意思」にもつばら立脚するものであって、適合的と言えよう（Ⅲ 1）。次に、補充のモデルとしては（Ⅲ 2(2)）、とりわけ沖野モデルのうち個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究が、「共通の意思」に還元するものであって適合的である（石川モデルにおける契約解釈にそれを含める場合も同様である。）。また、合意により設定する規範に連動して適用される客観的規範もまた適合的であるとすれば、石川モデルのうち、契約解釈として共通の意思の探究を据えた場

合には、契約補充も合意によって設定した規範から導かれることになるので、適合的であろう。同様に、山本モデルにおける補充的契約解釈は、それ自体意思に基づくものではないが、狭義の解釈として共通の意思の探究を行い、それを尊重しつつ補充的契約解釈を行うというときは、これも合意によって設定した規範から導出されるものとなるので、適合的だということになる。

もっとも、同じ「意思」という語が使われていても、たとえば永野委員らのいう「意思」と、森田説にいう「意思」とが同質と言えるかどうかは検討の余地がある。

なお、森田説が「意思」を重視している背景には、フランス法研究から立論しているという事情があると言えよう。Ⅲ 2(2)で取り上げた沖野第一論文に示された理解のように、「共通の意思」を基本に据えるのが、フランス法における契約内容の確定に関する一般的理解であると考えられるからである。

(c) 次に、潮見説に沿って検討を加える。潮見説では「自己決定によって引き受けた」ことに帰責の根拠が求められるため、「自己決定」は何か、「自己決定」がいかなる内容のものとして存在しているか、ということを確認すべきだということになる。

そうすると、ここで、「自律」をめぐる議論（Ⅲ 3(1)）と接続する。「自律」概念と「自己決定」概念との異同についてはさしあたり同一のものとして考えたうえで、Ⅲ 3(1)での検討結果を参照すると、帰責の根拠となる「自己決定」を契約のレベル、意思のレベル、事実的な意思のレベル、といった重層構造の中でどこに見出すかということと、契約内容確定法理がその中のどのレベルで正当化を図っているかということとを検討し、それらを一致させることで、「自己決定による自己責任」の原理に整合的な契約内容確定法理が措定できると言えよう。

308) 本稿Ⅲ 3(2)での議論で示唆した発見のプロセスと正当化のプロセスとの区別に即していえば、ここで問題にしているのは後者である。

309) 森田・前掲注 23)49 頁。

310) 森田・前掲注 23)i 頁（はしがき）には、「契約上の債務は、契約当事者がその合意により設定する規範と、それに連動して適用される信義則などの客観的規範との総体によって構成されると捉えることができるが、そのような契約上の債務という規範の拘束力の根拠は、当事者の合意にあると一般に観念されている」とある。

たとえば、二元論からは合意に基づく規範、融合論からはあらゆる規範が、自律に基づくものとされ、自己決定原理と整合的だということになる。もっとも、設問を置く側の議論がいうところの「自己決定」の含意によっては、それがⅢ 3(1)でいうところの「つよい自律」に限定されるなどといったこともあり得るだろう。

(c) 定めがない場合における契約内容の確定 債務の強度という要素は、売買の目的物や賃貸借の期間などといったものと異なり、従来あまり意識されてこなかったと言える。したがって、当事者がそれについて定めを置いていないということがしばしば想定される。そこで、そのような場合における契約内容確定法理が重要になる。

翻って、従来の契約解釈論は、Ⅲ 1で概観したところからもわかるとおり、もっぱら何らかの表示があると言える場合について、その意味をいかに解すべきかを議論してきた(本来的解釈、規範的解釈)。

それでも、補充的契約解釈の存在が指摘されるなど(Ⅲ 1)、定めがない場合の契約内容の確定をめぐる議論は一定の蓄積を見ている(Ⅲ 2(2))。Ⅲ 2(2)での検討の結果、補充に関しては、「補充的契約解釈による個別的補充」と「法適用による典型的補充」とを措定する山本モデル、「個別的解釈としての黙示的・仮定的・潜在的な共通の意思の探究」と「典型的解釈」とを措定する沖野モデル、「本性的要素に基づく類型的な契約補充」を措定する石川モデル、といった考え方があることが確認された。こうしたモデルに従って、契約内容の確定が行われることになる。

ただ、同時に、これらのモデルがそれぞれ課題を抱えていることも同時にそこで指摘したとおりである。

(2) 損害賠償請求をめぐる議論空間から・その2——賠償範囲

(a) 設問としての「契約の解釈」 Ⅱ 2では、損害賠償請求の効果論から、賠償範囲

の確定をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、「契約の解釈」として、どこまで賠償させるべきかというリスク分配に関する価値判断を行うことで、賠償範囲を決すべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、そこでいわれる「契約の解釈」は、価値判断を担うものであった。第二に、そこでは契約を基点とした価値判断が行われる。第三に、そうした価値判断を契約締結時の当事者の予見可能性に還元するか、還元せずに直截的な価値判断とするか、という問題があった。以下では、この三つの問題を、解答方法を用意する側の議論空間の中で把握することを試みる。

(b) 価値判断 第一に、「契約の解釈」として何らかの価値判断が行われるということそれ自体は、従来の契約解釈論においても認められてきた。嚆矢と言えるのは、Ⅲ 1で言及した、川島武宜「法律行為」³¹¹⁾、穂積忠夫「法律行為の『解釈』の構造と機能」³¹²⁾である。

(c) 契約を基点とした判断 第二に、契約を基点とした判断ということに関しては、これは補充的解釈においてとられる思考様式であり、従来の契約解釈論にとって決して異質のものではないと言える。本稿では、補充的解釈については、Ⅲ 1のほか、Ⅲ 2(2)でも検討した。

ただし、平井説は、当事者の意思あるいは表示の意味を明らかにする作業としての契約の解釈によって契約の意味内容が明確に定まっている契約について不履行があったときにはじめて保護範囲を決定する作業としての契約の解釈が問題となるということから、「通常言われる」契約の解釈とは性質を異にするものと位置付けている³¹³⁾。しかし、或る事実が不履行の場合の賠償範囲に含まれるかどうかということもまた契約内容であると解する余地もあり、そうすれば補充的契約解釈による契約内容の確定を行っているのと差がなくなる。ただ、やはり、最終的な判断対

311) 川島・前掲注3)「法律行為」。

312) 穂積・前掲注3)。

313) 平井・前掲注57)171頁。

象が予見可能性であることには変わりがなく、両当事者が予見可能であることと契約内容であることとの間には、なお距離があるということは確かである。

(d) 「現在化」の有無 第三に、平井説と潮見説との比較からは、同様の作業であっても、契約締結時の認識レベルに還元するか否かという点で差が生じ得ることがわかったが、ここで論じられる内容は、契約締結時にすべて規律していたことにするのかどうかという、いわゆる「現在化」をめぐる議論と共通する。予見可能性に関して、平井説は現在化を志向し、潮見説はそれを拒絶するものだと言うことができよう。

そこで、現在化をめぐる議論空間に目を転じると、まず、Ⅲ 3(2)での検討の結果、発見のプロセスと正当化のプロセスとを区別して論じるべきこと、現在化の問題は後者にかかわるものであること、が確認された。このことは、賠償範囲をめぐる議論についても同様に妥当するものであり、実際に、平井説は、正当化のプロセスにおいて現在化を志向しつつも発見のプロセスとしての価値判断においては契約締結後の事情を斟酌することを必ずしも否定するものではなからう。

次に、従来の契約解釈論において「現在化の呪縛」が存在しているのかどうかということは必ずしも明らかにならなかったが、契約解釈論という議論空間においてこうした問題が意識されてきたとは言えないところ(Ⅲ 1)、そのことが、基本的には現在化が行われてきたのではないかということを示唆している。その意味においては、賠償範囲を確定するための「契約の解釈」について言えば、平井説におけるそれの方が従来の契約解釈論における「契約の解釈」と親和的であると言える。

(3) 履行請求をめぐる議論空間から——事情変更

(a) 設問としての「契約内容の確定」

Ⅱ 3では、履行請求に関するものとして、事情変更をめぐる議論空間を取り上げて検討を加えた。そこでは、契約締結後の事情変動に

伴うリスク分配を、「契約内容の確定」として行うべきことが説かれていた。

しかるに、第一に、ここでも、「契約内容の確定」の内実は、契約を基点としたリスク分配の判断であった。第二に、ここでも、定めがない場合の契約内容の確定が重要性を持つ。そして第三に、事情変更の問題を契約内容の確定問題として捉えることに対しては有力な異論がある。それは、契約内容の確定によっては対処し得ないということから来る異論であるところ、異論の当否は「契約内容の確定」の限界の有無を検討することで明らかになる。以下では、上記第一点・第二点につき簡単に言及したのち、第三点につき、解答方法を用意する側の議論空間に立ち入りながら検討を加える。

(b) 契約を基点とした判断 契約を基点とした判断が補充的解釈においてとられる思考様式であることについては、上記(2)(c)で述べたとおりである。

(c) 定めがない場合における契約内容の確定 上記(1)(c)で述べたように、定めがない場合における契約内容確定法理については、Ⅲ 2(2)で検討したとおりである。

(d) 契約内容確定法理の限界 (aa) 事情変更法理を契約内容確定問題として位置付ける吉政説に対しては、潮見佳男や石川博康による異論がある。ここでの議論は、論者の契約内容確定法理に関する理解を反映した形で展開されている。

(bb) まず、潮見は、「契約利益の確定手続を経て『契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分』が判明した後に、これを超えるリスクにどう対処すべきかが問題となるのが、*clausula rebus sic stantibus* 原則が機能する問題領域であるから、事情変更法理を、当事者の自律的活動を基礎とした契約内容の確定問題に収斂するだけでは問題の解明にとってなお不十分と思われる」とする³¹⁴⁾。そのうえで、「『通常の危険を前提として設定された契約上の危険分配』とこれに対処すべく定立された規範群をもってしてはもはや処理するのが適切でない

314) 潮見・前掲注6) 債権総論 I 221 頁。

『通常の危険を超える異常事態』については、契約当事者の意思や評価とは関係のないところで生じた事態の変更に伴う危険の分配が問題となっているのであるから、これを処理するための特別の法理（他律的規範）が必要とされる」のだと捉え³¹⁵⁾、「契約内容となっているリスク分配（具体的なリスクが現実化したときにこれにどのような法律効果を結びつけるかを契約中で規律している場合）については、契約によるリスク引受け——合意内容の確定および補充的契約解釈を経て確認される——を尊重すべきであって、事情変更・行為基礎障害の法理による修正は妥当しない」一方、「契約で引き受けられたリスクを超えるリスクが発現した場合には、「事情変更・行為基礎障害の問題として処理すべき」だと説く³¹⁶⁾。

これに対しては、山本敬三から、「『通常の危険を超える異常事態』——たとえば、価格統制令が施行され、知事の認可が必要になった上、土地区画整理事業地区に属しているため、評価が困難になったという事情——は、売主が克服すべき障害には属さないという指針が取引社会にあり、契約当事者もそれを前提として契約していると考えれば、これもまた『契約によるリスク配分規範』によって処理される問題であるということが出来る」からやはり契約内容を確定する作業に吸収されると言えるのだという再反論がある³¹⁷⁾。もっとも、これに対してはさらに——それを契約解釈と捉え直したうえで——「そこでいう契約解釈には過度の擬制が入り込まざるを得ないのではないか」「過去志向の判断枠組みで事情変更の問題を適切に解決できるのか」という疑問も北山修悟によって

提起されているところである³¹⁸⁾。

なお、吉政論文における「当事者の合意とリスク分配に関する規範からなる、契約規範の内容確定と適用の問題に解消される」という契約規範アプローチの定式³¹⁹⁾は、初出論文では、「当事者の具体的合意と、契約を締結することによって当然に適用される常素からなる、契約規範の適用に解消される」というものであった³²⁰⁾。これはフルーメの見解³²¹⁾に従ったものであったといえるが、この見方に対しては、石川から、「本性的要素に基づく規範はその類型的性質ゆえに個別的・特殊的状況の全てを覆い尽くすものとはなり得ない」ことから「合意や法に基づく契約規範をいかに拡張しようとも、契約締結後に生じ得る全てのリスクについての配分の基準を、そのように契約締結時において事前に設定されている規範の中から導出することは不可能であると考えざるを得ない」との批判が加えられている³²²⁾。石川は、事情変更法理は「契約に際して当事者による予見および配分がなされ得なかつたリスクが現実化したことによる問題に対処するもの」であり、「契約によっても法によってもそのリスクの配分が行われていない場面——いわゆる契約と法の『二重の欠缺 (Doppellücke)』の場合——」でのみ適用されるものと理解し、いわば契約規範の外に位置付ける³²³⁾。ここには、石川の契約内容確定法理に関する理解が反映されていると言えよう。すなわち、石川は、「契約によって」すなわち「補充的契約解釈などによる契約解釈の作用」によっても、「法によって」すなわち「任意法規や信義則等に基づく契約補充の作用」によっても、「当該事情変更に関するリスクの配分をもたらす規範

315) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 222 頁。

316) 潮見・前掲注 6) 債権総論 I 222-223 頁。

317) 山本・前掲注 94) 104 頁注 21。

318) 北山修悟「事情変更の原則」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊 225 頁 (2007)。

319) 吉政・前掲注 96) 57 頁。

320) 吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義 (2・完)」民商 128 巻 2 号 185 頁 (2003) (以下、これを「吉政旧稿」といい、吉政・前掲注 96) を「吉政論文」という)。

321) 吉政・前掲注 96) 28 頁。

322) 石川・前掲注 115) 347 頁注 3。

323) 石川・前掲注 115) 346 頁。

が契約規範に組み込まれ得ない」場合に、「事情変更法理という他律的な規範」による規律が要請される、という構造を示す³²⁴⁾。そして、事情変更法理の作用は「解釈」や「補充」と異なる「契約内容の修正」という法作用であると理解している³²⁵⁾。

(c) 以上の議論の中には、契約当事者間のリスク配分規範の確定における契約解釈の役割、補充的契約解釈の可能性につき見解の相違が見出せる。

一方で、吉政や山本は、契約のうち定めがある部分を手がかりにして契約当事者間のリスク配分規範を導出することが、補充的契約解釈という法作用によって可能であると考えていると言える。他方、これに対して、潮見や石川は、契約当事者間に妥当する規範を契約規範で網羅することはできないという理解——補充的契約解釈³²⁶⁾、さらには法による補充にも限界がある、という理解——を示していると言える³²⁷⁾。かような限界を見出したうえで、潮見も石川も「他律的規範」としての事情変更法理を用意するのである。

しかし、まず、吉政旧稿に対する石川の批判は、本性的要素の非網羅性に基づくものであったが、これに対しては、補充的契約解釈にはそのような限界はないという応答が可能である。本質的要素に関する合意を基点として本性的要素の補充によって典型的な補充をすることには限界があるとしても、本質的要素に関する合意を基点として補充的契約解釈によって個別的な補充をすることは否定され得ないのである。これはまさに、石川の示す、類型性に立脚した契約内容確定モデル(本稿Ⅱ 2(2))の限界を反映したものに他ならない。

また、石川の批判対象となった吉政旧稿か

ら内容を変更した吉政論文によった場合には、そこで行われる契約内容の確定作業は、石川が契約規範外的なものとして位置付ける事情変更法理の作用と、大差がなくなるのではないかとも思われる。石川は、契約解除はさて置き、契約改訂については、整合性の原理によって正当化しているのであって³²⁸⁾、本質的要素との整合性からリスク配分を考えるという思考形態をとることになる。翻って、これは、吉政論文が想定する補充的契約解釈の作用と、大差がないように思えるところである。

次に、潮見の説くところに対しても、同様の疑問を提起することができる。潮見は、①「契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分」と②「これを超えるリスクにどのように対処すべきか」、あるいは①「通常の危険」と②「通常の危険を超える異常事態」を区別し、①「契約上の危険配分」は①「通常の危険」を前提としているものとするのであるが、「契約利益の確定手続」によって判明するのは①、すなわち「契約締結によって当事者により自律的に引き受けられたリスク配分」「通常の危険を前提として設定された契約上の危険配分」とこれに対処すべく定立された規範群に限られる、という理解もまた前提となっている。しかしながら、吉政論文が説くのはまさに②をも契約内容の確定によって導出できるということであるところ、「契約利益」を、①②を包摂するメタレベルの利益として観念すれば、契約利益の確定手続によって②まで導出することも考えられ、補充的契約解釈がそれを担い得ると考えられる。

こうした検討を踏まえれば、補充的契約解釈によって対処し得ると考えることも可能で

324) 石川・前掲注 115)346-347 頁。

325) 石川・前掲注 115)347 頁。

326) 潮見も石川も、「補充的契約解釈」によってもリスク配分規範を発見できないことを明示している。潮見・前掲注 6) 債権総論 1 223 頁、石川・前掲注 115)346 頁。

327) たしかに山本も、その補充的契約解釈に関する所説からすれば(本稿Ⅲ 2(2))、その外側に典型的補充としての法適用を想定しているはずであるから、補充的契約解釈の限界を認めることも考えられるが、本文に先に引用した再反論からは、契約の領域での解決がほとんどの場合に可能であると考えていることが窺える。

328) 石川・前掲注 115)348 頁。本質的要素の存続と、リスクの配分をもたらす規範の不存在との間に、規範構造上の不整合があるとす。

あり、事情変更法理を契約内容確定問題として位置付けることは可能であると考えられる。

(d) 結論としていずれに解するにせよ、本稿の関心からは、以上のように、事情変更法理をめぐるのは、解答方法を用意する側の議論空間における、当事者の定めを基点とするリスク分配によっては対処し得ない問題状況を想定するかどうかという議論と連動して、設問を用意する側の議論空間において、契約内容確定問題を置くかどうか論じられているということが、それ自体として重要である。

2 残された課題

以上が、本稿において設定した課題に関する検討結果であるが、最後に2では、本稿で行った議論をより広い文脈に位置付けるとともに、それとの関係で、残された課題を提示したい。

(a) 契約をめぐる議論空間の整序 本稿では、「契約の内容確定」、とりわけ契約の法的取扱いの出発点をなす「契約の解釈」という営みに注目したうえで、それに関する議論空間を、「この契約をいかに解釈すべきか」という設問を用意する側の議論空間と設問に対する解答方法を用意する側の議論空間とに区別して（以下、こうした分析視角を、「設問＝解答方法モデル」と呼ぶ。）、これまでに、各議論空間の状況と、議論空間相互の関係とについて検討を加えてきた。

こうした作業は、契約の解釈という営みを手がかりとして、より広く契約をめぐる議論空間の整序——契約法の構造把握——を試みるものであったとすることができる。というのも、契約をめぐるもの、という形で広く議論空間を視野に収めたとき、そこには様々な言説が複数の重層的な議論空間を形成しながら存在しているところ、その中で、契約の内容確定、とりわけ契約の解釈という営みに注目しつつ、設問＝解答方法モデルという一定の分析視角を用いることによって、部分をなす議論空間相互の関係が明らかになり、全体としての議論空間の構造が一定程度浮かび上がったものと考えられるからである。

このように契約をめぐる議論空間を整序することは、それ自体が一つの目的であるとともに、それにはさらに次のような意義がある。すなわち、契約をめぐる言説は複数の議論空間に分かれて存在しているところ、複数の議論空間相互の関係を問い、全体としての議論空間を整序することで、複数の言説のあり得る組合せが明らかになり、広く契約をめぐる議論空間に貫通する「契約論」の可能性がいくつか明らかになるものと考えられる。そして、それによって始めて、契約をめぐる議論空間の全体を支える基本的な契約観としていかなるものが考えられ、さらにはそこからどう選択すべきか、ということを実感的に論じることも可能になるものと考えられる（本稿で扱われたものとして、たとえば、自律に立脚する契約観、現在化を肯定する契約観、典型的な契約観、など）。

(b) 残された課題・その1 ——設問＝解答方法モデルの中で 以上のように、本稿は、契約をめぐる議論空間の整序の試みであったと言えるが、そこには、契約の解釈という営みに注目するという、および、分析視角として設問＝解答方法モデルを用いること、という二つの前提が置かれていた。しかるに、この二つの前提のうち前者はさしあたり固定したうえで、それでもなお以下のような課題があると言えよう。

第一の課題は、設問＝解答方法モデルによる議論空間の整序作業をより充実したものとするとともに、ひいては基本的な契約観のレベルにおける検討につなげる、ということである。すなわち、本稿で行ったような議論空間の整序作業は、既に述べたように、終局的には基本的な契約観の検討作業につながり得るものであるところ、本稿での検討は、前者にとどまるとともに、前者についても不十分にとどまる。そこで、前者の検討を充実させながら、後者にまで検討を及ぼすこと、それが残された課題の第一である。

とりわけ、解答方法を用意する側の議論空間として位置付けられる議論についての検討を、より立ち入って行うことが必要となる。ここでは三点を挙げる。まず、自律と他律をめぐる議論について、そこで示唆される

契約観にまで立ち返って検討を行うことが必要であろう³²⁹⁾。次に、現在化をめぐる議論について、より立ち入った検討を加えるためには、現在化を否定した場合の契約内容確定のあり方いかんという問題まで検討する必要がある³³⁰⁾。さらに、本稿では正面からは取り上げなかったが、契約内容の確定という観点からは、法適用による契約内容の確定をどう考えるか、より一般的には思考様式に關係して類型をどう考えるか、という問題は重要である。これまでに蓄積されてきた典型契約論・性質決定論³³¹⁾に関する検討を出発点として考察を加える必要がある。

他方で、設問を置く側の議論空間も、Ⅱで取り上げた三つには限られない。一例として、損害賠償請求の要件論のうち、「その債務の本旨に従った履行をしないとき」(民法415条本文)という要件の解釈論も、設問を置く側の議論空間として位置付けられる。そこには債務の構造に関する議論も含まれる。

そして、以上のように、説明対象を増やしてゆきながら設問＝解答方法モデルによる分析を進め、設問を置く側の議論空間と解答方法を用意する側の議論空間とをつなぐ文脈を明らかにして整合性の有無を問い、あるいは

また、そのように複数存在する文脈同士の相互関係を明らかにして整合性の要否・有無を問うことは、その先にある、契約をめぐる議論空間全体を通じる基本的な契約観の検討につながるであろう。

(c) 残された課題・その2 ——設問＝解答方法モデルを超えて 以上は、さしあたり設問＝解答方法モデルを維持することを前提とした課題であったが、第二の課題は、設問＝解答方法モデルという分析視角の再検討である。契約をめぐる議論空間の整序のための分析視角は、設問＝解答方法モデルに限られない。そして、設問＝解答方法モデルには以下のような欠点があることもまた既に示唆されている。

まず、一方の、解答方法を用意する側の議論空間について見れば、設問＝解答方法モデルによった場合、解答方法を用意する側の議論空間の一部しか注目されないおそれがある。たとえば、既に上記(b)で挙げた典型契約論・性質決定論は、契約内容確定法理に関する議論として重要であることは言うまでもないが、それにもかかわらず本稿の分析視角の下では正面からは取り上げられなかった³³²⁾。その理由としては、従来の典型契約論・性質

329) たとえば、たびたび取り上げた山本敬三の見解は、補充的契約解釈論にせよ、制度的行為論による融合論にせよ、リベラリズムの考え方を基礎に据えていると考えられる(そのうえで前者は個別的なるもの、後者は典型的なるものにかかわる。とくに後者につき、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(2・完)」論叢133巻5号2-7頁(1993)。)のほか、複数存在している言説につき、それらの異同を整理し、検討を加えることが課題となる。そして、この議論空間についてのこうした検討は、契約をめぐる議論空間全体における検討につながるものが多いであろう。

330) 現在化を否定する言説としては、本稿で取り上げた森田修によるもののほか、山本顯治によるもの(山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生に向けて——(1)～(3・完)」民商100巻2号198頁,3号387頁,5号808頁(1989)など)や、内田貴によるもの(内田・前掲注100)などがある。契約を動態的に捉えるこれらの見解から、どのような契約内容確定法理が導かれるのか、それぞれの契約観を支える基本思想も含めて、検討することが必要であろう。ここで若干の見通しを示せば、山本の場合には、「プロセスとしての法」(山本顯治「契約規範の獲得とその正当化」私法53号218頁,220頁(1991)、同「契約規範の獲得とその正当化」谷口知平追悼『谷口知平先生追悼論文集 第2巻 契約法』69頁,69頁(信山社,1993)など)という考え方のもと、私的自治に適う契約内容の確定方法として、まさに当事者による交渉を通じて契約内容の確定を行うことが(山本・「契約交渉関係の法的構造についての一考察(2)」405頁)、他方で内田の場合には、關係的契約モデル(内田・前掲注100)30頁)のもと、裁判官による一般条項を通じた内在的規範の吸い上げを通じて契約内容の確定を行うことが(内田・前掲注100)63-64頁)、それぞれ想定されることになる。

331) 代表的なものとして、来栖三郎『契約法』736頁以下(有斐閣,1974)、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約——リース契約を手がかりにして」加藤一郎古稀『現代社会と民法学の動向(下)』277頁(有斐閣,1992)、大村・前掲注153)、石川・前掲注17)、森田修「フランスにおける『契約の法性決定』(1)～(6・完)」法協131巻12号2415頁(2014)、132巻1号79頁,4号664頁,9号1654頁,11号2009頁,12号2288頁(2015)など。

332) 本稿でも、補充の場面に関する限りで「類型」につき検討を加えたが(Ⅲ2(2))、議論の全体を視野に収めることはできなかった。

決定論においては、関係する何らかの典型契約規定が存在する場合の契約内容の確定に主眼が置かれ、そのうえで典型契約規定・典型契約制度の意義や類型的思考の意義について考察されていたという傾向があるところ³³³⁾、設問＝解答方法モデルのもと、Ⅱで取り上げたような設問を置く側の議論空間を踏まえたとき、それらにおいて確定すべきとされる契約内容がいずれの場合もリスク分配に関係しており、それに関して直接に定めた典型契約規定が存在しない場面であった、ということが挙げられる。ここには、設問＝解答方法モデルによった場合、解答方法を用意する側の議論空間のうち、設問を置く側の議論空間との接合部分に注意が集中することに伴って、その余の部分に対する関心が薄くなるということが示唆されている。もちろん、設問を置く側の議論空間との接合部分にとどまらずに解答方法を用意する側の議論空間の検討を進めればよいとは言えるものの、その検討を有益なものにするためには別途何らかの視点を用意することが求められよう。

また他方で、設問を置く側の議論空間についても、視野に収められるものが限定されるおそれがある。たとえば、錯誤論について言えば、そこでは、しばしば、動機が「意思表示の内容」「法律行為の内容」「契約内容」になっているか否か、ということが問われる。そこでの問いは、論者によって、まさに契約内容確定問題と言える場合もあるが、一般的な意味における契約内容確定問題とは異なる場合もあり、設問＝解答方法モデルによっては議論空間をうまく捉えきれないおそれがある。しかし、そこで問われることは契約内容確定問題と或いは一致し、或いは隣接ないし密接に関連するものだと言うことができ、分析対象に含めることは有益であろう。

さらに言えば、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間とが区別困難となる場合もある。たとえば本稿でも、損害賠償請求をめぐる議論の位置付けは

設問＝解答方法モデルにおける区別に親和的であったのに対して、事情変更をめぐる議論は、設問を置く側の議論空間と、解答方法を用意する側の議論空間とにまたがって展開されていた(Ⅱ 3, Ⅳ 1)。また、山城論文の位置付けについても、一定の検討を要した(Ⅰ 1(5))。他にも一定の工夫によりモデルに取り込むことは可能であると考えられるが、工夫が必要になること自体がモデルの限界を示唆しているということもまた確かである。

以上のように、分析対象として取り込む議論空間を増やしつつ分析視角自体を更新するということが考えられる。契約をめぐる議論空間を整序するための分析視角として、設問＝解答方法モデルの限界を見定め、新たな視点を獲得するということが、残された課題の第二である。

(d) 結語 以上大きく分けて二つの課題を挙げたが、いずれに関しても、説明対象を増やしてゆくことで、分析視角が精緻化してゆくことが期待される。既に挙げたような議論空間を取り込むことのほか、より一般的には、学説のみならず裁判例に見られる言説をも議論空間として取り込むこと、また、日本の議論空間のみならず外国の議論空間にも目を向けること、といったこともまた有益となる。

分析視角として最後まで設問＝解答方法モデルを維持するにせよ、それを最終的に放棄するにせよ、契約をめぐる議論空間を整序し、ひいてはその議論空間における言説を支える基本的な契約観を提示すること——これが本稿の先にある課題である。

* 本稿は、2016年1月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出した研究論文に、若干の加筆修正を施したものである。

指導教授としてご指導いただいた大村敦志先生、大村先生とともに口述試験の労をおとりいただいた道垣内弘人、森田修両先生をはじめとして、お世話になったすべて

333) もちろん、たとえば大村・前掲注153)は類型の生成を論じ(同306頁)、石川・前掲注17)は現実類型を指定し(同507頁)、森田・前掲注331)も帰納的分類を説いていたが(「(5)」2017頁)、やはり本稿Ⅱが取り上げたような議論に直ちには当てはまらないと言ってよいであろう。

の方々に、心より感謝申し上げます。

(いけだ・ゆうた)

論説

「家族」間における子の奪い合いに対する 未成年者拐取罪の適用に関する試論

2014年4月入学

佐野文彦

I. 序論

1 問題の概要

- (1) 平成17年決定の出現
- (2) 平成17年決定の持ちうるインパクト
——刑法224条の適用を巡る温度差

2 本稿の検討対象

II. 問題の所在

1 「家族間における子の奪い合い」とい う問題状況

- (1) 紛争の種類
- (2) 民事上の手続
- (3) 民事上の手続の限界：刑罰権行使の現実
的要請

2 現在の「未成年者拐取罪」に関する議論 状況

- (1) 現在の議論状況の俯瞰
- (2) 看取される問題——説明能力の欠如とそ
の原因

3 考察方針

- (1) 明確化された問題
- (2) 考察の順番

III. 検討の前提1——未成年者拐取罪の沿 革

1 はじめに

2 旧刑法

- (1) 旧刑法制定過程
- (2) 旧刑法時代の学説の状況
- (3) 旧刑法時代に関する沿革的考察及び現在
への示唆

3 現行刑法

- (1) 現行刑法制定過程

- (2) 改正刑法仮案制定過程

- (3) 現行刑法制定直後の学説の状況

- (4) 現行刑法制定時・制定直後に関する沿革
的考察及び現在への示唆

4 獲得された知見

- (1) 趣旨と要件の連動
- (2) 趣旨にかかる問題：保護法益論
- (3) 構成要件にかかる議論

IV. 検討の前提2——ドイツ刑法235条 を巡る議論

1 はじめに

2 前提知識：ドイツ「親権」法概略

- (1) 親の配慮（Sorge）について
- (2) 子の引渡し
- (3) 子との交流

3 ドイツ刑法235条の紹介

- (1) 新旧ドイツ刑法235条の規定
- (2) 沿革との「ズレ」
- (3) 拐取罪一般にかかる議論

- (4) 「家族間における子の奪い合い」への適
用に関する議論

4 獲得された知見

- (1) 変容したドイツ法学説——変容しなかつ
た日本法学説
- (2) 未成年者拐取罪一般に関する知見——配
慮権を中心に据えた要件解釈論
- (3) 家族間への適用に関する知見

V. 検討

1 はじめに

2 検討方針——趣旨・要件解釈の切断と の対峙

- (1) 問題意識の深化——裏付けの獲得
- (2) 具体的方針

3 構成要件解釈

- (1) 二つのモデルの対置・融合
- (2) 残された構成要件解釈
- (3) 小括

4 違法性阻却の検討

- (1) はじめに
- (2) 保護状態が不良に変更されたとは言えない場合
- (3) 未成年者自身の同意
- (4) 保護状態が不良に変更されたとしても許容される場合

(5) 修正の余地：行為態様の考慮

(6) 本稿の帰結

5 平成 17 年決定の検討

- (1) 事案の概要
- (2) はじめに：全体の構造
- (3) 構成要件該当性に関する検討
- (4) 違法性阻却に関する検討
- (5) 反対意見・補足意見の意義

6 残された課題——国外移送目的拐取罪

VI. 結語

【資料編】

「行為者と人的配慮権者が等しく子の幸福を願う時、それは完全なる悲劇である。¹⁾」

I. 序論

1 問題の概要

(1) 平成 17 年決定の出現

一別居の子連れ去り，父でも「犯罪」—

これは，最高裁決定平成 17 年 12 月 6 日（以下「平成 17 年決定」）²⁾ を報じる朝刊の見出し³⁾ である。

国際結婚破綻後に日本人妻が子を一方的に日本に連れ帰った場合，それが子の幸福を願って行われたものであったとしても，“kidnapping”等として当該外国で犯罪を構成しようという情報⁴⁾ は，国際結婚の増加やハーグ条約（国際的な子の奪取の民事上の

側面に関する条約）締結等の情勢の変化により広まりつつある。それを報じるメディアにおいて扇情的な文字が躍るように，かような情報であっても，なお一定の驚きをもって受け止められていることが見て取れる⁵⁾。

しかし，この平成 17 年決定は国外への連れ去りを取り扱ったものではない。東京都にいる夫が，青森県で別居していた妻の下にいた子を連れ去り，7 時間後に青森県内の林道上で逮捕された純粋国内事案である。かかる事案につき最高裁は，未成年者略取罪（既遂）の成立を肯定した。すなわち，親による連れ去りであっても未成年者略取罪の「構成要件に該当」し，行為者が親権者の 1 人であることは，「その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情である」としたのである。

そうすると，親権者間における子の奪い合いであっても，そしてそれが国内にとどまる

1) Arzt und Weber, Strafrecht besonderer Teil: Lehrheft 3., neu bearbeitete Aufl. 2015, S.269 Rn.4. また, Klaus Geppert, Kindesentziehung beim „Kampf um das gemeinsame Kind“, Gedächtnisschrift für HILDE KAUFMANN (1986) S. 759 (以下 Geppert) 参照。

2) 刑集 59 卷 10 号 1901 頁。

3) 朝日新聞朝刊 2005 年 12 月 9 日 38 面。

4) 例えばアメリカにおける International Parental Kidnapping につき 18 U.S.C.A. §1204, また Wayne R. LaFave, CRIMINAL LAW ch. 18 (5th ed. 2010) 参照。

5) 例えば「民事不介入の考えが根強い日本では，片方の親が子どもを国外に連れ去っても，逮捕状が出ることはまれだ。だが，共同親権が主流の豪州では，片親の同意がなければ他の自治体に転居すらできない。」杉山麻里子「(事件 追う迫る) 母は誘拐犯になった 国際結婚破綻, 「娘と帰国するしかなかった」」朝日新聞朝刊 2009 年 11 月 24 日 33 面。

ものであったとしても、その行為は構成要件に該当する、すなわち違法性阻却等がなされない限り可罰的行為であると評価され、更にそれが親によってなされたということは、違法性阻却判断における単なる一つの「事情」としてしか考慮されない、という帰結が導かれる。

(2) 平成 17 年決定の持ちうるインパクト
——刑法 224 条の適用を巡る温度差

ここで最高裁は、行為者が親であったということを、単に違法性阻却の一事情とするのではなく、違法性が「例外的に」阻却されるか否かの一事情であるとしている⁶⁾。そして、同決定の今井補足意見は「親子の情愛から出た行為であるとしても、特段の事情のない限り、違法性を阻却することはない」とまでしている。このように、仮にかかる違法性阻却が真に「例外的」であるならば、親による子の連れ去りであっても、そしてそれが国内にとどまるものであったとしても、「特段の事情のない限り」、可罰的な「略取」「誘拐」と評価され、その親はいわゆる「犯罪者」と評価される事態になる。そして、子の監護を巡る紛争たる「子の奪い合い」⁷⁾には、離婚後又は別居中の親の下からの連れ去りのみならず、いわゆる「子連れ別居」「子連れ里帰り」まで多種多様な事例が含まれるが、かかる解釈からは、親が子の幸福を願って行った行為であったとしても、基本的にはこれら全てが国家刑罰権の対象となり、現実的には全てを

検察官の広範な起訴裁量に委ねるということになる。

確かに、適用される刑法 224 条が「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、三月以上七年以下の懲役に処す」というシンプルな規定を備えるのみであり、主体の限定も、或いは主体に応じた行為態様の限定も設けていないことからすれば、このような帰結も解釈論上ありうる選択肢ではある。

しかし、かような峻厳な国家刑罰権の適用については激しい異論が存在する。すなわち、このように違法性阻却を真に「例外的」と扱うか否かについては、司法内部においてすら⁸⁾明白な温度差が存在するのである。それは、平成 17 年決定に、「本件のようなありふれた連れ出し行為について当罰的であると評価する」ことは適切でないとする滝井反対意見と、それに明確に反論する上記今井補足意見が付されているというだけではない。同決定の調査官解説すら、「態様がさほど悪質でなく、子の利益を大きく害するものでもないようなものについては、家庭内におけるいわば放任行為として社会通念上許容されるものと扱う余地も少なくないものと思われる」と評価しており、真に「例外的」であるとは言えない程度に幅広く違法性阻却の余地を肯定しているのである⁹⁾。

そもそも、刑事罰の介入については、実務上も親権者間の子の奪い合いについては同罪の適用を否定する運用であった¹⁰⁾し、学説

6) 構成要件該当行為は原則的に違法性が肯定される行為であるという意味において「例外的」と摘示されたに過ぎないという読み方もありうるが、最高裁は「違法性を阻却する」という文言を用いるときに「違法性を例外的に阻却する」と敢えて明示することは通常ない（例えば自救行為につき最決昭和 46 年 7 月 30 日刑集 25 卷 5 号 756 頁）。

7) 早川眞一郎「「ハーグ子奪取条約」断想——日本の親子法制への一視点」ジュリ 1430 号 12 頁（2011）。指摘されているように、「子の奪い合い」は、主に両親間の関係が破綻した際に発生する子の監護を巡る紛争のことを指し、裁判上の争いとしてではなく、子の身柄を實力で奪い合うという争いとして生じることもある。これ以降、「子の奪い合い」としては、子の身柄を實力で奪い合う争いを指すものとして取り扱う。

8) 司法の外においても批判は存在する。たとえば、松田研一「憂慮すべき子どもの奪い合い」戸籍時報 665 号 74 頁、76 頁（2011）。また、平成 17 年決定の射程が不明瞭であることを指摘するものとして、橋爪隆「違法性阻却原理論」伊東研祐＝松宮孝明編『リーディングス刑法』181 頁、195-196 頁（法律文化社、2015）。

9) 前田巖「判批」最高裁判所判例解説刑事篇平成 17 年度 671 頁、694 頁（2008）。

10) 例えば、警視庁刑事部の質疑回答集を紐解くと、離婚話中に勝手に子供を連れ出した母親につき、未だ親権者たる身分を失っておらず、子供がその保護下にある限り未成年者拐取罪は成立しないとされ（警視庁刑事部総務課刑事資料係編「質疑回答集（2号）」（1962））、また、未成年者拐取罪の主体は被拐取者の上に監督権を有しない者であるとされていた（警視庁刑事部総務課編「質疑回答集（2号）」（1964）、もっとも祖父母は同罪の主体となるとされている）。現在においても警察が民事不介入として関与を避けているという指摘すらある（佐藤淳子

上も「家族間の愛情の葛藤に刑事罰を持ち込むことには立法者も法曹関係者も一般に消極的であろう」として、刑事罰という制裁の行使には否定的であった¹¹⁾。それが現在では、親であっても「例外的」場合に該当しなければ処罰されるという明確な最高裁決定が存在するという事態となっており、この問題を巡って我々は重大な転換期を迎えている¹²⁾と言える。

2 本稿の検討対象

かくして立ち現れた「家族間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用」を巡る問題について検討を加える論稿は、この問題の重大性に比して驚くほどに少ない。この帰結の差異が実生活に持ちうるインパクトの大きさと、近時の最高裁決定による態度決定の変化、そしてそれを巡って司法内部にさえ存在する明確な価値判断の対立に鑑みれば、検討の必要性は極めて高いと言えよう。

この問題に対しては、諸外国が立法論上の解決を図っている¹³⁾ことからすれば、日本においても立法論上の解決が将来的には望まれる。しかしながら、如何なる法改正が適切であるかを論じるためにも、また法改正が実現するまでの事案の適切な解決のためにも、現行法上の解釈論として如何なる範囲が拐取罪として捕捉されるかを議論することが、まずは必要である。

以上を踏まえ、本稿は、現在の日本法における未成年者拐取罪に関する解釈論的議論を、家族間への適用事例も射程に入れながら

整理・展開し、平成17年決定の判示等の意義を明らかにすることで、この問題に対する一定の視座を提供することを目標とした¹⁴⁾。

もともと、ここで一点重要な検討対象の限定を置く。それは、本稿は国内における子の奪い合いを巡る議論を直接の検討対象とし、国外への連れ去りを巡る議論については除外するということである。前者について主として¹⁵⁾適用されるのは未成年者拐取罪（刑法224条）であるのに対して、後者について適用されるのは国外移送目的拐取罪（刑法226条）であり、後者を巡る問題も近時アクチュアリティをもって立ち現れている¹⁶⁾。しかし、「家族間における子の奪い合い」に対する拐取罪の適用の原則形態は、国外移送目的を有するか否かを問わない前者の適用であり、後者はいわばその発展形態である。後述するように、この原則形態を巡ってすら従前の議論は不十分であり、詳細な検討を必要とすることから、国内問題にかかる議論の整理・展開に本稿は主眼を置き、国外問題については残された課題として最後に付言するにとどめることとした。

II. 問題の所在

それでは、かくして立ち現れた問題に対する従前の議論状況は如何なるものであったのだろうか。仮に、解釈論上明確且つ適切な基準が存在するならば、解釈論上の検討を行う必要性は低い。

そこで、ここでは以下の順序で現在の議論

「子の奪い合い～法的解決手段とその限界」戸籍時報 656号 61頁（2010）。

11) 早川眞一郎「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題 下』1209頁、1236頁（有斐閣、1996）。

12) 最高裁自身も、家族間における子の奪い合いに対して未成年者拐取罪の適用を肯定しながらも、量刑にかかる判断において、本来的には家庭裁判所の調停手続や当事者間の話し合い等により解決を図るのが相当であるとしており、そのスタンスは一義的ではない。参照、最判平成18年10月12日判時1950号173頁。

13) アメリカにつき前掲注4)、イギリスにつき Child Abduction Act 1984, s.1及びs.2参照。更にドイツについてIV参照。

14) なお、テーマ設定としては「家族」の定義が必要であるように思われるが、それ自体深淵な問題である（参照、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015）（特に395頁以降や478頁以降））ため、ここでは、親子に限られない幅広い人間関係をイメージして（同397頁、398頁）議論を進めたい。なお参照、後掲注328）。

15) 性的虐待を行う親による拐取については刑法225条を適用することも十分に考えられるが、一般的な「家族間における子の連れ去り」に適用が想定されるのは刑法224条であろう。

16) 例えば、最決平成15年3月18日刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」）。

状況を俯瞰する。まずは、問題の外在的状況として「家族間における子の奪い合い」を巡って如何なる民事上の手続が設けられているのかを紹介し、何故かかる状況に刑事罰を適用する必要があるのか、その現実的要請が如何なる意味で語られているのかを踏まえる。次に、適用される刑法 224 条一般の議論を俯瞰し、かかる状況への適用を議論するに耐えうる強度を備えているかを検討し、適用を肯定した平成 17 年決定の文言と照らし合わせながら問題を整理する。そして明確化された問題を踏まえ、考察の方針を立てることとしたい。

1 「家族間における子の奪い合い」という問題状況

(1) 紛争の種類

「家族間における子の奪い合い」は、離婚・未婚夫婦間における紛争、別居夫婦間における紛争、両親以外を巻き込んだ紛争、という形で生じうる¹⁷⁾が、この分類は親権・監護権の帰属という観点からなされうる。すなわち、離婚・未婚夫婦間においては一方親が単独親権を有することが基本的には想定されている¹⁸⁾のに対して、別居中であったとして

も婚姻中の夫婦双方に親権が帰属し、その共同行使が想定されている¹⁹⁾。

なお、この点、親権や監護権といった概念の整理が問題となる。これらの概念の内実を適切に明らかにすること自体難しい問題である²⁰⁾が、現在一般的に理解されているところによれば、親権には身上監護権と財産管理権が含まれていること²¹⁾、身上監護権は民法 820 条に規定されているが、その枠内で民法 821 条以下の居所指定権・懲戒権・職業許可権等が語られることが多いこと²²⁾が指摘できる。また、「監護権」といった場合には、身上監護権のうち狭義の監護権から、それに教育等を含む広義の監護権、続いて身上監護に必要な財産管理も含む最広義の監護権が想定されうる²³⁾ため、監護権と一言に言っても内実は定まらないが、「監護」とは、子の身体的側面を監督し保護することであり……「教育」とは、子の精神的発達を図ることである²⁴⁾だとか、監護と教育の「両者は一種の行為の両面であり表裏をなすものであり、監護と教育との両者が相まって初めて、子は一人前の社会人に育成されるものである」²⁵⁾だとか、監護教育義務は「義務者が子の生活に必要な具体的事項につき配慮すべき義務である」²⁶⁾といった説明がなされて

17) この分類につき、園尾隆司監修・杉山初恵著『民事執行における「子の引渡し」』6頁、10頁（民事法研究会、2010）参照。子の引渡しに関する紛争分類であるが、基本的に本稿が対象とする子の奪い合いに関する紛争にも妥当する。

18) 離婚に際しては協議・審判・裁判において父母の一方が親権者とされるし、未婚夫婦については原則として母が親権者となるが、父が認知した後は協議・審判によって父が親権者となり母が親権を喪失することもある（民法 819 条）。

19) 民法 818 条。父母の意思が異なる場合の調整の規定は日本民法典には規定されていない。なお参照、窪田充見『家族法〔第 2 版〕』291-292 頁（有斐閣、2013）。

20) 参照、大村敦志「親権・懲戒権・監護権——概念整理の試み」野村豊弘古稀『民法の未来』559 頁（商事法務、2014）。

21) 整理として、近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』140 頁以下（成文堂、2011）、國府剛「親権」星野英一ほか編『民法講座 第 7 巻 親族・相続』235 頁、259 頁以下（有斐閣、1984）。もっとも、「身上監護権＝親権-財産管理権」という理解に対してありうる疑義として、大村・前掲注 20)572 頁。

22) 例えば、鈴木祿弥『親族法講義』143 頁以下（創文社、1988）、窪田・前掲注 19)275 頁以下、近江・前掲注 21)140 頁以下、國府・前掲注 21)259 頁以下等。もっとも、これらの権利義務が 820 条の身上監護権を具体化していると捉えられるかについては疑義がある（窪田・前掲注 19)276 頁）。

23) 大村・前掲注 20)574 頁。もっとも、狭義の監護権に懲戒を含むか含まないかについては論者により異なりうるようであり、「狭義の監護権」と言っても内容が一義的に定まる訳でもないようである。参照、鈴木・前掲注 22)143 頁。

24) 近江・前掲注 21)140 頁。

25) 於保不二雄＝中川淳編『新版 注釈民法 (25) 親族 (5)〔改訂版〕』64 頁、65 頁〔明山和夫・國府剛〕（有斐閣、2004）。

26) 鈴木・前掲注 22)148 頁。

いる。

(2) 民事上の手続

それでは、「家族間における子の奪い合い」に対して、民事上では如何なる手続が設けられているのだろうか。民事上は、子を自己の側に引き渡すよう請求する「子の引渡し」に関する請求手続という形で議論されることが多く、親権に基づく妨害排除請求²⁷⁾、家事事件手続法に基づく手続、そして人身保護法に基づく請求とが存在しているが、ここでは、後者二つにつき俯瞰する。

a 家事事件手続法に基づく手続

まず、家庭裁判所に対して、民法 766 条 1 項、家事事件手続法別表第 2 の 3 の項の規定の適用・類推適用により²⁸⁾、家事調停・家事審判（子の監護に関する処分等）を申し立て、子の引渡しを求めることが考えられる。

そこでは子の利益の観点から、様々な事情を総合的に比較衡量して審判が行われるが、その考慮事情としては、父母の状況（生活歴・就労状況・経済状況・心身の状況・平均的スケジュール・家庭の状況・監護補助者等）・子の状況（生活歴及び過去の監護養育状況・心身の状況・現在の生活状況・紛争に対する子の認識の程度等）・監護方針（養育方針・監護環境・面会交流の意向等）等といった事情が挙げられている²⁹⁾。

b 人身保護法に基づく請求

次に、高等裁判所・地方裁判所に対して、人身保護法に基づく人身保護請求手続を行うことが考えられる。人身保護法は、本来的には、国家或いはこれに準じるような権力・支

配力を持った機関や団体による権力の不当な行使を規制する制度であり、法律上正当な手続によらないで身体の自由の拘束が行われている場合にその拘束からの救済を請求する制度（参照、同法 2 条）であるが、実務により子の引渡しにおいて利用されている³⁰⁾。もっとも、後述する判例の準則からも明らかのように、子の引渡しに関する問題一般については、基本的に家庭裁判所の守備範囲とし、人身保護請求はあくまで補充的な手段として位置付けられるのが通常である³¹⁾。

人身保護請求が認められるためには、身体が自由が拘束され、その拘束が法律上正当な手続によらないで行われていることが必要（人身保護法 2 条）であり、これは、拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分が権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顕著である場合に限り認められる（人身保護規則 4 条）。

子の奪い合いの局面においては、この「顕著な違法性」の要件が問題となる。

まず、監護権者間での争いにおいては、「夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則 4 条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の福祉に反することが明白であることを要する」とされ³²⁾、それには、拘束者に対して引渡しを命ずる仮処分又は審判が出されているにもかかわらず右仮処分等に従わない場合（審判等違反類型³³⁾）と、請求者の監護の下では安

27) 最判昭和 35 年 3 月 15 日民集 14 卷 3 号 430 頁。

28) 民事訴訟によるべきとする見解もあるが、家裁実務では家庭裁判所が審判事項として取り扱っているようである。参照、石田文三ほか『三訂版「子どもの引渡し」の法律と実務』75 頁以下（清文社、2014）。

29) 石田ほか・前掲注 28)21 頁、22 頁。

30) 園尾監修・杉山・前掲注 17)21-22 頁。

31) 参照、最判平成 5 年 10 月 19 日民集 47 卷 8 号 5099 頁可部補足意見、園尾監修・杉山・前掲注 17)25 頁以下、石田ほか・前掲注 28)75 頁。

32) 前掲最判平成 5 年 10 月 19 日。かつては、いずれに監護させるのが子の幸福に適するかという実体的判断を通じて拘束の違法性を判断するとされていた（最判昭和 43 年 7 月 4 日民集 22 卷 7 号 1441 頁）が、夫婦間における子の奪い合いを巡る問題は、本来、調査官等による調査を利用できる家庭裁判所によって処理されるのが適切であるという見解が多数になったこと等を背景に、このように変更されたとされる。参照、窪田・前掲注 19)300 頁以下。

33) 瀬木比呂志「子の引渡しに関する家裁の裁判と人身保護請求の役割分担——子の引渡しに関する家裁の裁判の結果の適正な実現のために——」判タ 1081 号 49 頁、60 頁（2002）。なお、これに準じて、調停手続における合意違反においても顕著な違法性が認められている（最判平成 6 年 7 月 8 日判時 1507 号 124 頁、最判平成 11 年 4

定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下では著しくその健康が損なわれたり十分な義務教育を受けることができなかつたりする等、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することはできない場合(虐待・親権濫用類型³⁴⁾)とがあるとされる³⁵⁾。

次に、監護権者から非監護権者への請求においては、「法律上監護権を有しない者が幼児をその監護の下において拘束している場合に、監護権を有する者が人身保護法に基づいて幼児の引渡しを請求するときは、請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされているものであるから、被拘束者を監護権者である請求者の監護の下に置くことが拘束者の監護の下に置くことに比べて子の幸福の観点から著しく不当なものでない限り、非監護権者による拘束は権限なしにされていることが顕著である場合に該当」とされており³⁶⁾、仮に非監護親の下での監護が平穩であったり長期にわたっていたり、その生活環境に慣れていたりしたとしても、そのことは影響を及ぼさないとされる³⁷⁾。

(3) 民事上の手続の限界：刑罰権行使の現実的要請

以上のように、「家族間における子の奪い

合い」には様々な類型が存在しているが、民事上一定の手続が設けられており、民事上の解決等も十分ありうる状態であるし、審判前の保全処分や人身保護請求等により一定の迅速な判断も可能となっていると言える³⁸⁾。

しかし、仮にかかる判断が行われたとしても、その執行においてはなお問題が存在する。まず、人身保護法に基づく手続については確かに刑罰が存在してはいるものの、その適用例はほとんどない³⁹⁾。また、家事事件手続法に基づく手続において子の引渡しが認められたとしても、相手が任意に履行しない場合の執行方法は、間接強制にとどまるとする大審院判例が存在する⁴⁰⁾。これに対しては、間接強制そのものの悪影響⁴¹⁾や、速やかな判断の実現の必要性、更に直接強制が不能となれば自力救済が誘発されかねないことから、直接強制を認めるべきとする見解も強く⁴²⁾、現に認める下級審判例も確かに存在している⁴³⁾。しかし、直接強制を認めるとしても、親が子を抱えて離さない場合等においては執行不能になると解されており⁴⁴⁾、有効性が十分に担保されている訳ではない。

加えて、以上の執行の問題が緩和されたとしても、これらの手続は実力奪取に対する制裁・威嚇を目的としていないこと⁴⁵⁾から、例えば仮に人身保護法に基づく手続における刑罰が実効性を有するに至ったとしても、か

月 26 日判タ 1004 号 107 頁)とされる(石田ほか・前掲注 28)77 頁)。

34) 瀬木・前掲注 33)60 頁。もっとも当事者主義の下で虐待の事実を立証するのは困難であるとされる(園尾監修・杉山・前掲注 17)25 頁)。

35) 最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁。

36) 最判平成 6 年 11 月 8 日民集 48 卷 7 号 1337 頁。

37) 最判平成 11 月 5 月 25 日家月 51 卷 10 号 118 頁。

38) 吉田彩「子の引渡しをめぐる人身保護請求と家裁における保全処分の関係について」右近健男ほか『家事事件の現況と課題』(判例タイムズ社, 2006) 133 頁, 143 頁。

39) 園尾監修・杉山・前掲注 17)24 頁。現に LLI で人身保護法 26 条について判例を検索したところ(2015 年 12 月 17 日)、該当するものは 1 件のみであった(福岡地小倉支判昭和 54 年 12 月 25 日刑事裁判月報 11 卷 12 号 1624 頁)。

40) 大判大正元年 12 月 19 日大審民録 18 卷 1087 頁。

41) 面会交流の間接強制の局面ではあるが、コリン P. A. ジョーンズ『子どもの連れ去り問題 日本の司法が親子を引き裂く』215 頁以下(平凡社新書, 2011) 参照。

42) 田中由子「子をめぐる家事事件の審理と運営について——初めて家事事件を担当する裁判官のために——」家月 62 卷 4 号 1 頁, 39 頁。また、園尾監修・杉山・前掲注 17)69 頁以下、石田ほか・前掲注 28)95 頁以下。

43) 石田ほか・前掲注 28)90 頁以下。

44) 園尾監修・杉山・前掲注 17)73 頁以下、石田ほか・前掲注 28)97 頁以下。

45) この点を問題視するものとして、例えば滝沢奈津子「子の奪い合い紛争への略取誘拐罪の適用」明治大学大学院法学研究科 法学研究論集 28 号 95 頁, 117 頁(2007)。なお、審判前の保全処分については、本案の審判申

かる手続が開始される前の段階における子の実力奪取に対する抑止とはならない。そして、家族間における子の奪い合い自体が子に対して悪影響を及ぼすことは以下のように指摘されている。

「……このタイプの紛争の悲惨さの相当部分は、実力による子の奪取がしばしば行われることに起因するのではないかと痛感するからである。もちろん、それだけが悲惨さの原因ではない。実力による奪取が生じていなくても十分に悲惨な例はある。しかし、もし仮に、これまでの裁判例の事案すべてから実力による奪取という事実がきれいに消え去ったとすれば、判例やケース研究を読みながら——パジャマ姿でさらわれて飛行機に乗せられた子、実力による奪い合いによって両親の間を四回も行き来させられた子、車二台に分乗した男三人を引き連れた父親に待ち伏せされて路上で母親の手元からむりやり連れ去られた子、その他大勢の子どもひとりひとりの情景を思い浮かべて——非人間的な悲惨さに暗澹とする程度はずっと低くなるであろう。」⁴⁶⁾

こうした子の奪い合い自体の及ぼす悪影響等に鑑みて、これを根本的に抑止する必要性を強調するならば、子の実力奪取それ自体に対する制裁が要請されることになると言える。

2 現在の「未成年拐取罪」に関する議論状況

それでは、かかる要請に対応する犯罪たる

未成年者拐取罪を巡って如何なる議論が繰り広げられているか、そしてそれが上記問題状況への適用に耐えうる程度のものであるのか、現在の議論状況につき検討を行いたい。もともと、「現在」と言っても、整理の都合上、戦後から執筆時点に至るまでの学説を対象とする。

(1) 現在の議論状況の俯瞰

a 構成要件概観

未成年者拐取罪は、「未成年者を略取し、又は誘拐した者は、三月以上七年以下の懲役に処す」として、刑法 224 条に規定されている。

条文から明らかなように、構成要件要素は、客体が未成年者であることと、行為態様が略取又は誘拐であることの二つだけであるため、処罰範囲確定の見地からすれば、鍵となる概念は構成要件的行為たる「略取誘拐」である。

もともと、現在のところ、本罪について主として議論の対象となっているのは、構成要件要素ではなく、本罪の保護法益である。そこで、まず本罪の保護法益に関する現在の議論が、如何なる観点からなされているのかを整理した上で、「略取誘拐」概念につき整理しておきたい。

b 保護法益論

周知の通り、保護法益については、監護権を保護法益とするか否かにつき、議論が展開されている。論者がどれほど意識的であるかは不明であるが、現在の学説としては、監護権を保護法益とするもの⁴⁷⁾、子の自由や安全を保護法益とするもの⁴⁸⁾、監護権と子の

立が認容される蓋然性と保全の必要性を要件とする判断と、連れ去りの事案には原則引渡しを認めるという判断とが裁判例上存在しており、後者の立場から子の実力奪取に対する対応を図るべきとする見解もある(山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学 45 卷 3・4 号 207 頁 (2012)) が、吉田・前掲注 38)143-144 頁の指摘する通り、審判前の保全処分に強硬措置等による威嚇は備わっていない。

46) 早川・前掲注 11)1212 頁。また後掲注 345) 参照。

47) 吉田敏雄「行動の自由の保護」阿部純二ほか編『刑法基本講座<第 6 巻>——各論の諸問題』77 頁, 83 頁 (法学書院, 1993)。

48) 「子の自由」(木村亀二『刑法各論』64 頁 (法文社, 1952), 佐伯千仞『刑法各論』121 頁 (有信堂, 1972), 中森喜彦『刑法各論 [第 2 版]』53 頁 (有斐閣, 1996), 浅田和茂ほか『刑法各論 [補正版]』103 頁 (青林書院, 2000) (「人がその生活の中で形成する社会関係において生活環境を保持する自由」を保護しているとする), 香川達夫『刑法講義 各論』352 頁 (成文堂, 1982) (「人の本来的な生活場所における自由の侵害さえあればたりる」), 但木敬一ほか『実務刑法 [三訂版]』332 頁 (立花書房, 2002) (自己の通常的生活環境の中で生活する自由の侵害)) とするものと、「子の自由や安全」(平野龍一『刑法概説』176 頁 (東京大学出版会, 1977), 野村稔『刑法各論 [補正版]』94 頁 (青林書院, 2002) (本来的な生活場所における安全と行動の自由), 板倉宏『刑法各論』65 頁 (勁

自由や安全を保護法益とするもの⁴⁹⁾等が展開されている⁵⁰⁾。

この保護法益の議論は、以下のような、可罰性の間隙や不当な処罰の防止という観点との関係でなされることが多い。

(a) 監護権を保護法益に含めることに対する批判と応答

まず、親の監護権の下にある未成年者が誘拐に同意した場合について、監護権を保護法益とする立場からは常に本罪が成立してしまい、それは現代においては妥当ではないとい

う指摘がなされている⁵¹⁾。もっとも、監護権を保護法益に含めない立場でも、未成年者の同意は違法性を阻却しないと解する見解は存在する⁵²⁾。

また、監護権を保護法益とすると、監護権者の同意があれば犯罪が成立せず、監護権者は本罪の主体たり得ないという指摘がなされている⁵³⁾が、これに対しては、監護権は未成年者の利益のためにあるものであるから、成人に近い判断力を持つ未成年者の意思に反する場合には監護権者の同意があっても違法

草書房, 2004), 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔第2版〕』73頁(成文堂, 2006), 前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』104頁(東京大学出版会, 2007), 林幹人『刑法各論〔第2版〕』83頁(東京大学出版会, 2007), 西田典之『刑法各論〔第5版〕』75頁(弘文堂, 2010), 山口厚『刑法各論〔第2版〕』92-93頁(有斐閣, 2010), 木村光江『刑法〔第3版〕』266頁(東京大学出版会, 2010), 伊東研祐『刑法講義各論』68頁(日本評論社, 2011), 大谷實『刑法各論〔第4版〕』62-63頁(成文堂, 2014), 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』104頁(成文堂, 2014)とするものがある。

「安全」を保護法益に含めない理由としては、生命・身体の危険が高い訳ではない拐取罪にとって生命・身体の安全性の危険は本質的ではなく、本罪は自由に対する侵害犯であるということ(浅田ほか・同103頁, 山中敬一「行動(精神)の自由に対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』44頁, 56頁(日本評論社, 1996))が挙げられる。また「安全」を保護法益に含める理由としては、(後述のb以外には)本罪では保護された生活環境から引き離された被害者が生命・身体への危険等にさらされることから、法定刑が逮捕罪・監禁罪よりも重く定められていると解されること(井田良『刑法各論〔第2版〕』56頁(弘文堂, 2013))が挙げられている。

49) 判例はこの立場であると解されている(大判明治43年9月30日刑録16輯1569頁, 大判大正13年6月19日刑集3巻502頁等)が, 前掲注48)における議論と関係して, 「監護権と子の自由」とするもの(青柳文雄『刑法通論II各論』365頁(泉文堂, 1963), 安平政吉『改正刑法各論』94頁(弘文堂, 1960), 内藤謙=内田文昭『刑法読本』181頁(有斐閣, 1981), 團藤重光『刑法綱要各論〔改訂版第3刷増補〕』459頁(創文社, 1988), 福田平『刑法各論〔第3版増補〕』175頁(有斐閣, 2002), 大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』82頁(有斐閣, 2005), 松宮孝明『刑法各論講義〔第2版〕』96頁(成文堂, 2008))と, 「監護権と子の自由や安全」(参照, 井田・前掲注48)56頁)とするものがある。もっとも, 監護権「と」子の自由等が保護法益であるという意味は論者によって異なっており, 未成年者に判断能力等が乏しい場合には監護権の保護が第一次的となり, 判断能力を有するようになれば自由の保護が第一次的なものとなると解する見解もある(日高義博『未成年者拐取罪と被害者の承諾』川端博=日高義博『基本論点刑法』160頁, 163頁(法学書院, 1989))。

なお, これらに対しては, (後述のb(a)以外にも)拐取罪の多面性・多層性を認めることになり, 罪質を曖昧なものにするという批判(浅田ほか・前掲注48)103頁)や, 監護権はあくまでも被保護者の利益擁護のための権利であるのだから, 被拐取者の意思から切断された監護権を保護することは妥当でないという批判(伊東・前掲注48)68頁, 曾根・前掲注48)73頁)があてられている。

50) なお, 「人的保護関係」を保護法益とする見解もあるが, 人的保護にあるという未成年者の利益を保護しているのか, そのような秩序を保護しているのか, 内実は定かでないし, 論者によってニュアンスも異なる。人的保護関係はかつてのドイツにおけるドイツ刑法235条の保護法益をFamiliengemeinschaftと解する見解に由来するものと思われる(参照, 井上正治=江藤孝『刑法学〔各則〕』55頁(法律文化社, 1979))が, これを既述の他の法益と同視する見解もあること(伊東・前掲注48)68頁等)等に鑑みて, ここでは独立に紹介は行わない。なお, 後掲注315)参照。

51) 林・前掲注48)83頁, 西田・前掲注48)77頁, 伊東・前掲注48)68頁。

52) 香川・前掲注48)354頁。また, 未成年者の安全を保護法益に含めた上で, 監督者による保護された環境下になければその安全が保障されない場合には未成年者の同意が無効になるとする見解も存在する(北川佳世子「略取・誘拐罪の保護法益」三原憲三ほか編『刑法ゼミナール〔各論〕』43頁, 45頁(成文堂, 2006))。

53) 木村亀二・前掲注48)65頁, 林・前掲注48)83頁, 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』74頁(齋藤彰子)(弘文堂, 2007)(この点につき「妥当とは思われない」と主張している)。もっとも, 保護監督権を保護法益としたとしてもそれは第三者との関係であって, 未成年者との関係では保護法益にならないことから, 保護監督者も主体となりうると解する見解もある(岡野光雄『刑法要説〔第5版〕』59-60頁(成文堂, 2009), これも主体とならないことにつき「不都合な結果」という), 西田・前掲注48)77頁。

性を阻却しないという見解⁵⁴⁾や、保護監督者による略取誘拐は権利濫用であり犯罪の成立を認めることが許されるとする見解が主張されている⁵⁵⁾。

(b) 自由・安全のみを保護法益とすることへの批判と応答

次に、被拐取者の同意があり、又は被拐取者が意思能力・行動能力を欠く嬰兒であり、且つ現在の生活環境と同程度安全な又はより安全な生活環境に移すときでも、親権者等の同意がなければ可罰的であると考えるならば、監護権の侵害が理由となっているはずであると指摘がなされている⁵⁶⁾。これに対しては、本罪は安全に対する抽象的危険犯であると解する見解⁵⁷⁾や、「安全」を子の福祉的側面から総合的に判断すべきであるという見解⁵⁸⁾、また安全性に解消されない「監護権」の内実として、「監護権者がそばにいることから生じる被拐取者の福祉的利益」として保護されているという見解が主張されている⁵⁹⁾。

(c) 自由を保護法益とすることに対する批判と応答

また、自由を保護法益とするのであれば、自由を意識し得ない幼児に対しては略取誘拐

罪が成立しないのではないかという指摘がなされている⁶⁰⁾。これに対して、意識の定かでない年齢層は、親権者の下で養育される状態が、法の意味で「自由」な状態であると解せばよいという反論⁶¹⁾や、嬰兒も両親との生活環境を形成しそれを保持する社会的自由を有すると解することができるという反論⁶²⁾がなされているが、事実上の行動能力がない者について自由の侵害という観点から本罪の成立を肯定することはできないという再批判がなされている⁶³⁾。

c 構成要件要素

略取誘拐の定義としては、「人を現在の生活環境から離脱させ、自己又は第三者の実力支配下に移すこと」とされることが多い⁶⁴⁾。もっとも、「現在の生活環境」ではなく「現に保護されている状態」とするものもあれば⁶⁵⁾、「現在の生活環境から離脱させ」の要件を要求しないものもある⁶⁶⁾。後者の見解の理由としては、一度拐取された者の拐取も当罰性があるという点が挙げられることがある⁶⁷⁾。

なお、略取は被害者又は保護監督者に対する暴行又は脅迫を手段とするのに対して、誘拐はこれらの者に対する欺罔又は誘惑を手段

54) 松宮・前掲注 49)96 頁。

55) 西原春夫ほか『刑法学 4《各論の重要問題 I》』116 頁〔日高義博〕(有斐閣, 1987)。

56) 井田・前掲注 48)56 頁。

57) 林・前掲注 48)83 頁。

58) 高橋・前掲注 48)104 頁。

59) 伊藤ほか・前掲注 53)74-75 頁〔齋藤彰子〕。

60) 井上=江藤・前掲注 50)55 頁, 西原ほか・前掲注 55)115 頁〔日高義博〕。

61) 内田文昭『刑法各論〔第 2 版〕』128 頁(青林書院, 1984), 伊東研祐『現代社会と刑法各論〔第 2 版〕』113 頁(成文堂, 2002)。また香川・前掲注 48)354 頁は、「抽象的な自由概念の設定が可能」とする。

62) 山中・前掲注 48)57 頁。

63) 植松正ほか『現代刑法論争 II〔第 2 版〕』61 頁〔日高義博〕(勁草書房, 1997)。

64) 内藤=内田・前掲注 49)181 頁, 日高・前掲注 49)160 頁, 中森・前掲注 48)53 頁, 福田・前掲注 49)175 頁, 曾根・前掲注 48)74 頁, 前田・前掲注 48)103 頁, 川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法〔第 3 巻〕』47 頁, 49 頁〔平城文啓〕(立花書房, 2006), 伊藤ほか・前掲注 53)75 頁〔齋藤彰子〕, 西田・前掲注 48)75 頁, 山口・前掲注 48)89 頁, 伊東・前掲注 48)67 頁, 井田・前掲注 48)56 頁, 今井猛嘉ほか『刑法各論〔第 2 版〕』69 頁〔橋爪隆〕(有斐閣, 2013), 前田雅英ほか編『条解刑法〔第 3 版〕』656 頁(弘文堂, 2013), 大谷・前掲注 48)65 頁。

65) 参照, 青柳・前掲注 49)365 頁, 安平・前掲注 49)95 頁(「一定の保護状態」), 團藤・前掲注 49)459 頁。

66) 例えば, 植松正『刑法学各論』203 頁(勁草書房, 1952)や, 木村亀二・前掲注 48)64 頁, 香川・前掲注 48)352 頁。なお, 大審院判例ではあるが「誘拐罪は犯人が詐欺又は誘惑の手段に因りて他人を自己の実力の支配内に置き之をして其の居所を移さしむる場合に於て成立するものとす」としたものがあつた(大判大正 12 年 12 月 3 日刑集 2 巻 915 頁)が, これが場所的移転を必要とするとしたものか否かについては異論がある(阿部純二『基本判例双書 刑法〔各論〕』45 頁(同文館, 1981))。

67) 佐伯・前掲注 48)120 頁。

として行われると解するものが多い⁶⁸⁾。

(2) 看取される問題——説明能力の欠如と
その原因

a 「家族間における子の奪い合い」への
適用にかかる問題の顕出

(a) 問題に対する説明能力の欠如

以上の議論状況を見ると、未成年者拐取罪に関する議論のほとんどは保護法益論に集中してなされている。しかしながら、現在多くの学説上、家族間における適用を見据えた形で保護法益論の議論が展開されていないことも相まって、このような議論状況では「家族間における子の奪い合い」への適用について適切な説明を行うことができないように思われる。

例えば、未成年者の「自由や安全」を保護法益とする立場からは、家裁の調停等において嬰兒の監護権を失った親が、未だに自分が適切に養育できると考え、監護親の下から連れ去った場合、嬰兒に何等の危害も加えられないときにはその「自由」も「安全」も侵害されていないことから、不可罰となるはずである。かかる結論は、それ自体問題がありうる⁶⁹⁾し、また仮にこれが親でなくとも祖父母や無関係な第三者（例えば近隣住民）が、同様の事情の下に連れ去っても不可罰となることを意味することから、適切でもなければ最高裁の立場とも乖離している⁷⁰⁾。このような場合になお「自由」や「安全」が侵害されているというのであれば、それは如何なる場合に侵害されていると言えるのか、それは親権者間での争いの場合にも同様に当てはまるのではないかと、といった問題が生じ、そこで捉えられる被侵害利益は果たして「自由」や「安全」という言葉に包摂されるものなのかという疑義が生じる。

そこで別に主張されている、未成年者の「監護権」も保護法益に含める立場はどうか。こうすると被拐取側の監護権の侵

害を捉えることができるようにも思われる。しかし、監護権と子の自由や安全が保護されるとして、子の自由や安全が害されなくとも相手方の監護権の侵害のみで可罰性が基礎付けられるものなのか定かではない。また、一方の監護権の侵害のみで可罰性が基礎付けられるのであれば、相手方の監護権を侵害するがより安全な場所に連れ去った場合や、相手方の同意はあるが安全性の低下する場所に連れ去った場合、また、非監護権者（祖父母や無関係な第三者等）の下にいる子を監護権者がより劣悪な環境の場所へ連れ去った場合や、被拐取者の同意がある場合等々について、可罰的であるのか、構成要件該当性・違法性阻却はどのような判断になるのか、明確に論じられることは少なく、また定かでもない。

(b) 平成 17 年決定の判示

以上の不明瞭さは、平成 17 年決定の文言に照らしても明らかである。

平成 17 年決定の事案は、被告人が、別居中の妻 B 及び両親により養育されていた C について、C が祖母 D と共に保育園から帰宅する途中に連れ去ったというものであるが、以下のような判示を行っている。

「被告人は、C の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穩に生活していた C を、祖母の D に伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の 1 人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される。」

「被告人は、離婚係争中の他方親権者である B の下から C を奪取して自分の手元に置

68) 木村亀二・前掲注 48)66 頁、青柳・前掲注 49)365 頁、内藤＝内田・前掲注 49)181 頁、大塚・前掲注 49)83 頁、浅田ほか・前掲注 48)104 頁、前田・前掲注 48)103 頁、伊藤ほか・前掲注 53)75 頁〔齋藤彰子〕、西田・前掲注 48)75 頁、山口・前掲注 48)91 頁、伊東・前掲注 48)67 頁、井田・前掲注 48)56 頁、今井ほか・前掲注 64)70 頁〔橋爪隆〕、大谷・前掲注 48)65 頁。

69) 非監護親による監護親の下からの連れ去りとして、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高検速報 458 号。

70) 例えば前掲最判平成 18 年 10 月 12 日。

こうしたものであって、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものということではできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまることと評することもできない。以上によれば、本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められないのであり、未成年者略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

同決定の文言を見ると、未成年者の「自由」や「安全」といった文言が決定文上に一切現れていないことからわかるように、本罪の保護法益が監護権であるか自由や安全であるかといった問題は俄には看取できない。加えて、同決定では、当該行為がどれほど未成年者の「自由」を制約したのか、或いはどれほど未成年者の「安全」を害したのか、という雑駁な議論をフリーハンドで行っている訳ではないのである。更に、「監護権」の侵害を捉えていると解したとしても、それは構成要件該当性判断で如何なる意義を有しているのか、また違法性阻却判断においてかかる侵害の存在や行為者が親権者であることが如何なる意義を有しているのかも不明確である。

そうすると、これまでの学説上の議論だけからは平成17年決定の文言を適切に分析することはできない。そして、上述の説明能力の欠如にかかる指摘も踏まえれば、同決定の射程を適切に議論することもできないと言えよう。

b 問題の諸原因

それでは、何故このような不明瞭な議論状況に至っているのだろうか。

様々な原因が想定されうるが、第一に挙げられるのは、保護法益論を巡る問題の内実が不明確であるということである。平成17年決定が、「自由」や「安全」の侵害の程度と

いう雑駁な議論をしている訳ではないということは、こうした抽象的文言のみを起点としていては事案の適切な分析ができないことを意味する。その上、「自由」や「安全」を保護法益として主張する学説には、「自由」が親権者の下で養育される状態を指す等というように、もはや自由に包摂されない権利利益が包摂されるに至るものさえあり、保護法益として措定されるものすら不明確になっている。更に、監護権者又は被拐取者の同意がある事例の可罰性を巡る問題等、前述のように保護法益論における対立が結論の差異に当然に反映されるのか不明であるような問題についても、保護法益論の中身として議論されており、果たして保護法益論が如何なる点において実益を有するのかも定かではない。こうした内実と実益の不明確な議論がなされている状態では、平成17年決定の文言の分析を含め、適切な議論が構築できるには思われない。

そして、第二に、こうした保護法益の議論が、重要な構成要件要素たる「略取誘拐」と全く結びつけられずに展開されているという点が指摘されなければならない。すなわち、保護法益論が観念的に展開される一方で、それとは無関係に構成要件要素が確定されているという切斷が学説上存在している。しかし、そもそも、親権者であったとしても未成年者拐取罪の構成要件に捕捉されるのか否かを決するためには、理念的に言ってこれが捕捉されるべきであるにせよ捕捉されないにせよ、その構成要件要素が確定されていないければ現実の運用としては議論できないはずである。それにもかかわらず、当否が観念的な保護法益論においてのみ決せられ、それが如何なる構成要件解釈として実現するかが不明確であるならば、かかる問題を適切に分析することはできない。こうした保護法益論と要件解釈論との連動の不在が、上記の不明瞭な議論状況の一因となっているように思われる。

かくして、刑法224条自体の内在的検討として、保護法益論と要件解釈論につき、両者の連動も意識しながら議論を展開する必要性が、ここでは認められると言える。

3 考察方針

(1) 明確化された問題

以上の議論状況の俯瞰により、刑事罰の適用の現実的要請と、要請に第一義的に応えることとなる刑法 224 条を巡る問題が明らかとなった。

「家族間における子の奪い合い」に対する刑法 224 条の適用を議論するためには、まずはかかる議論に耐えうるだけの刑法 224 条自体の内在的検討が必要となる。そして、前述のように、ここでは保護法益論と要件解釈論につき、両者の連動を意識した刑法 224 条の更なる調査・検討が要請される。

その上で、「家族間における子の奪い合い」に適用された場合に如何なる帰結が導かれるのか議論を行う必要がある。平成 17 年決定が、構成要件該当性のみならず、違法性阻却の判断についても様々な事情を摘示していることに鑑みても、それらの事情が如何なる関係にたっているのかも含めて、かかる議論の展開が必要となる。

(2) 考察の順番

そこで、以上の問題に対する視座の提供のために、以下のような考察の順番を辿る。

まず、未成年者拐取罪が如何なる性質を持つ犯罪として従前議論がなされ、刑法 224 条が取り扱われてきたのかについて、旧刑法起草過程まで遡って紹介を行うことで、現在の錯綜した議論状況が如何なる過程を経て立ち現れてきたのかにつき、考察を行う(Ⅲ)。ここでは、保護法益論と要件解釈論の連動の不在が如何なる背景の下に立ち現れてきたのかという沿革的考察と、そのような背景の中で議論されてきた立法過程及び従前の学説における議論からの示唆の獲得という二つの見地から検討を行う。

次に、日本以外の国、ここではドイツにおいて、かかる問題が如何なる形で解決を試みられているのかにつき紹介を行う(Ⅳ)。こ

こで諸外国の中からドイツを選択したのには複数の理由がある。まず、Ⅲで見ると、刑法 224 条を巡る戦前の学説の形成においてはドイツ法がしばしば参照されていることから、ドイツ法の構造を見ることは、日本の議論状況を整理することに直接的な意味を持つ。加えて、ドイツにおいては 1998 年に刑法 235 条につき法改正がなされており、その内容が親族を主体とする場合とそれ以外の者を主体とする場合とについて適用範囲を区別するというものであることから、「家族間における子の奪い合い」への適用にかかる解釈論・立法論として参照されるべきものは多いと思われるからである。

Ⅲ. 検討の前提 1 ——未成年者拐取罪の沿革

1 はじめに

それでは、まず未成年者拐取罪の沿革に関する検討に移りたい。

周知の通り、現行刑法は、明治 13 年 7 月公布・明治 15 年 1 月施行の旧刑法に代わって、明治 40 年 4 月に公布され、翌年 10 月から施行されたものである⁷¹⁾。未成年者拐取罪について沿革を紹介する文献は少ない⁷²⁾ことから、旧刑法の起草過程まで遡って、議論状況を整理することとしたい⁷³⁾。もっとも、未成年者拐取罪のみを対象とすると、全体の中での位置付けが不明確となるため、拐取罪全体を対象とする。

順序としては、旧刑法時代と現行刑法時代とを区分し、各々において、制定過程とその時代の学説の状況を整理するという形をとることとしたい。

2 旧刑法

(1) 旧刑法制定過程

旧刑法の編纂は、西欧近代法の原理に基づ

71) 内田文昭ほか編著『刑法〔明治 40 年〕(1) -I 日本立法資料全集 20』3 頁 (信山社, 1999)。

72) 先行研究としては、荻原由美恵「子の奪い合いとその法的対応」『春夏秋冬 中央学院大学創立 40 周年記念論集』3 頁, 6 頁 (成文堂, 2006) があるものの、規定の変遷が紹介内容の中心となっている。

73) それ以前の規定 (新律綱領等) については、力が及ばず、省略する。

く諸法典の編纂作業の一つとして推進された⁷⁴⁾が、これは、司法省の編纂、審査局の審査修正、元老院の審議という三つの段階を経て行われた。このうち、司法省の編纂過程は、①日本人編纂委員のみにより編纂作業を試みた時期と、②御雇仏国教師ボアソナード主導の下で編纂を進めた時期の二つに分かれ、①では、刑法草案取調掛における刑法編集会議を通じて「日本帝国刑法初案」が作成され、同草案は明治9年5月17日に元老院の審議に付されたが、審議を経ずに返還された。そうした経緯の後に、②のような編纂作業が進められたとされる⁷⁵⁾。

①の時期における略取誘拐罪に関する資料は、筆者が調査した限り存在しなかったものの、②の時期における資料は存在したため、この点に絞って紹介を行う。なお、②の時期の条文制定は、日本刑法草案第一稿⁷⁶⁾、日本刑法草案第二稿⁷⁷⁾、確定日本刑法草案⁷⁸⁾、旧刑法という順序を辿っており、日本刑法草案第一稿の基となった第一案・第二案も含めながら考察を行う。

a 条文概観

旧刑法で拐取罪は、以下のような規定となっていた⁷⁹⁾。なお、便宜上仮名の部分は平仮名に直してある⁸⁰⁾。

「第三編 身財財産に對する重罪輕罪」「第一章 身體に對する罪」「第十節 幼者を略取誘拐する罪」

第三百四十一條 十二歳に滿さる幼者を略取し又は誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は二年以上五年以下の重禁錮に處

し十圓以上百圓以下の罰金を附加す

第三百四十二條 十二歳以上二十歳に滿さる幼者を略取して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は一年以上三年以下の重禁錮に處し五圓以上五十圓以下の罰金を附加す 其誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者は六月以上二年以下の重禁錮に處し二圓以上二十圓以下の罰金を附加す

第三百四十三條 略取誘拐したる幼者なることを知て自己の家屬僕婢と爲し又は其他の名稱を以て之を收受したる者は前二條の例に照し各一等を減す

第三百四十四條 前數條に記載したる罪は被害者又は其親屬の告訴を待て其罪を論ず 但略取誘拐せられたる幼者式に従て婚姻を爲したる時は告訴の効なし

第三百四十五條 二十歳に滿さる幼者を略取誘拐して外國人に交付したる者は輕懲役に處す

このように見ると、旧刑法においては客体を未成年者に限った形で規定がなされていたことや、未成年者の中でも「十二歳」以上か否かでその保護の態様を変えていたことが読み取れる。

b 制定過程における議論

それでは、以上の規定は、如何なる議論過程を経て現れたのであろうか。「幼者を略取誘拐する罪」は当時のフランス刑法345条以下の規定を参考に規定されたものである⁸¹⁾が、その制定過程における議論については、確定日本刑法草案に至るまでフォローするこ

74) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(1) 日本立法資料全集29』5-7頁(信山社, 1994)。

75) 以上、西原ほか編著・前掲注74)3頁。

76) 拐取罪の該当箇所につき、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(2)-I 日本立法資料全集30』276頁(信山社, 1995)。

77) 拐取罪の該当箇所につき、西原ほか編著・前掲注76)384頁。

78) 拐取罪の該当箇所につき、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(2)-II 日本立法資料全集31』840-841頁(信山社, 1995)。

79) 内田ほか編著・前掲注71)143頁以下参照。

80) 以下、資料編を除き、仮名の部分は平仮名に直してある。なお、第三百四十四條について、内田ほか編著・前掲注71)144頁では、「告訴を待て」となっていたが、松尾浩也ほか『刑法沿革綜覧』49頁(信山社, 1990)は、「告訴を待て」としており、制定過程の草案においても常に「告訴を待て」という記載になっていたことから、ここでは「告訴を待て」と記す。

81) 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(3)-III 日本立法資料全集34』331頁(信山社, 1997)。当時のフランス刑法では、相続権を害する場合と男女の情欲上なされる場合とで分けて規定されていたが、いずれにしても身体に対して害が加えられることが多いため、日本法では第三編に規定されることとなったようである。

とが可能である⁸²⁾ため、その限度において紹介することとした。

(a) 罪質

本罪を設ける趣旨として、ポアソナードは、誘拐の罪として「相續權を害する」もの⁸³⁾と「男女の情欲上より犯す」ものについてフランス刑法が規定を置いているものの、両者とも身体に対して害を及ぼすものであるから第三編（人に對したる重罪輕罪）に規定されるべきものであると説明している⁸⁴⁾。そして、ポアソナードによる刑法草案註釋には、極幼児を略取する目的は、「多少危険ある身體の藝術」等（かるわざ等を指していると思われる。）を行わせて金銭を得る目的であったり、女子の「徳行を汚さんか爲め」に行うという目的であったりすると指摘されている⁸⁵⁾。

このような趣旨は各々の要件に関する議論において度々姿を現すことになる。

(b) 主体要件

・親等に関する条文の存在・不存在

旧刑法においては、犯罪の主体について現行刑法同様何等規定されていない。しかしながら、旧刑法制定過程においては犯罪の主体が明示される時期が存在した。

すなわち、日本刑法草案第一稿においては、十二歳以下の幼者の略取誘拐にかかる第四百十九條（「十二歳以下の幼者を略取し又は偽計を以て誘拐したる者は二年以上五年以下の重禁錮二十圓以上二百圓以下の罰金に處す」）について、

「第四百二十一條 尊屬の親自己の幼者を略誘し又は其尊屬の親の許諾を得て其幼者を略誘したる者は第四百十九條に記載したる刑に二等を減す」

という条文が設けられていたのである。しかし、この条文は日本刑法草案第二稿の段階で

は姿を消している。

・立法趣旨

それでは、かような条文の制定・削除の背後では如何なる議論がなされたのであろうか。日本刑法草案會議筆記を紐解くこととしたい。

まず、第一案の段階で略取誘拐罪を設ける際、真っ先に議論の対象となったのは、略取誘拐罪と共に「略賣の罪」を共に設けるべきではないかという点であった⁸⁶⁾。この点、親は自分の子供を略取できないため略取の条文に加えて略売の条文も置くべきだとする鶴田皓（日本人編纂委員代表⁸⁷⁾）に対して、ポアソナードは、人身は売買できるものではなく不正の契約であること、人身売買を罰する法律を置くと日本では人身売買がよく行われているという印象を与えてしまうこと、仮に置くなら公に対する罪の中で黒奴売買と共に設けるか議論すべきであることを主張し、結果的に略売の罪は設けられなかった。

もっとも、子供を娼家等に売する場合も罰すべきではないかという問題意識は残る。そこで、実父母による略取誘拐を犯罪として捕捉すべきではないかという議論が生じた。当初、ポアソナードも、自分の子供を誘拐して他人に付与できる訳ではないのだから、尊屬親が自己の子供を誘拐しても処罰すべきであると⁸⁸⁾、第一稿第四百二十一條の条文が制定されるに至った。

しかしながら、第一稿作成後にポアソナードは立場を変更し、「尊屬の親」に祖父母は含まれるけれども、略取とは盗取を意味するのだから父母は自分の子を略取するということではできないという議論の展開を始めた⁸⁹⁾。これに対して、鶴田皓は、幼者を不寥闕の地へ捨て去る行為と全く同じなのに罪とならないのは不都合である等の主張を行ったが、ポ

82) 西原ほか編著・前掲注 81)330 頁, 361 頁。

83) 「甲者の相續を得んか爲乙者（甲者の親戚中の者）にて甲者の子即丙者を略取して之れを隱匿することあり」と説明されている（西原ほか編著・前掲注 81)338 頁）。

84) 西原ほか編著・前掲注 81)331 頁。

85) ポアソナード『刑法草案註釋 卷之下』489-490 頁（司法省, 1886）。

86) 西原ほか編著・前掲注 81)332-333 頁。

87) 西原春夫ほか編著『旧刑法 [明治 13 年] (3) - I 日本立法資料全集 32』6 頁, 14 頁（信山社, 1996）。

88) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

89) 西原ほか編著・前掲注 81)349 頁。

アソナードは、子供を娼妓に売ろうとしても途中で神社に参拝する等して結果的に娼妓にしていないのであれば悪事とは言えないという主張や、娼妓にしたのであれば淫行を幫助する罪として論じればよく、それ以外の苦行のために売ったとしても不正の契約であるからいつでも破ることができ取り戻せる旨の主張、子供を売ることを禁止するならば別の条文を設けるべきである旨の主張等を行った⁹⁰⁾。

こうして結果的に、父母による子供の略取誘拐は対象とならない方向で議論は進められ、第二稿において第一稿第四百二十一條に相当する条文は削除されたが、反発は大きく残っていた⁹¹⁾。現に、第二稿作成後に「十二歳以下の幼者を略賣したる者は矢張此略取の罪と爲すへき積りなりし」という鶴田の発言が存在する⁹²⁾。

以上の議論過程に鑑みるに、確かに父母も略取誘拐の主体となりうるのではないかという問題意識自体は旧刑法においても存在していたが、前述の罪質の議論からしても明らかのように、それは専ら子の人身売買に関する状況を念頭においていたこと、また父母を主体から除くか否かについては、略売を処罰できなくなることへの反発も大きく、明確でないということが指摘できると言えよう。

(c) 客体要件

前述したように、旧刑法において客体は未成年者に限定されており、また未成年者の中でも十二歳前後においてその保護の態様を変えているが、かかる規定振りは第一案より継

続してなされている。

これは如何なる立法趣旨に基づくものであろうか。同じく日本刑法草案会議筆記を紐解くと、まず、二十歳以上の者の誘拐は規定しなかったのは、イタリア刑法が二十歳以上の者の誘拐は処罰しておらず、その理由が二十歳以上の者を承諾なく暴行脅迫をもって無理に誘拐すれば逮捕監禁罪が成立するからであることになったためであるとされている⁹³⁾。また、二十歳以下の者に対する刑の軽重の区別の理由は述べられていない⁹⁴⁾が、十二歳で区別したのは、第一編総則における「宥恕不論罪の本條」において十二歳で区別していることとの均衡が理由として挙げられている⁹⁵⁾。

(d) 行為態様

・行為態様にかかる規定の変遷

行為態様については規定の変遷が見られる。すなわち、十二歳以下の幼者を客体とする場合について、第一稿は「略取し又は偽計を以て誘拐したる者」としていたのに対して、第二稿・確定稿は「略取し又は偽計其他の方法を以て誘拐したる者」となっており、その上で旧刑法は「略取し又は誘拐して自ら藏匿し若くは他人に交付したる者」となっている。

この点、第二稿作成時点において「偽計」以外の方法による「誘拐」が捕捉されている。この点については、「略取とは強取するを云ひ誘拐とは和誘を云ふなり而して其他の方法とは何等の所爲を云ふか」という鶴田の質問に対して、「方法とは先づ暴行脅迫を云ふ」

90) 西原ほか編著・前掲注 81)350-351 頁。なお、鶴田皓からは、民間同士承諾の上で売買してしまえば誰も訴えることなく売買が禁止されないのではないかという主張、そして人身売買が従来の風習となっているからそれを一変させるためにも必ず罰する法律を立てなければならず、一旦出した禁令を廃止するのも弁明に差し支えるといった主張が出されたが、ポアソナードは、裁判によって効力を失わせるのではなく当然に売買の効力がないとすれば、親はいつでも子供を取り返すことができ、その際の代金については裁判所に訴えても賭博の貸金の返還を請求できないように裁判上請求することができなくなるのだから、おのずからだれも売買しなくなるだろうと主張している。参照、西原ほか・前掲注 81)354-356 頁。

91) 例えば、「政府より禁令を出したる罪を罰する刑法を置かざるは實際に於て太た不都合なり然し「ポアソナード」は此方の主意と大に見解を異にし之れを拒むの説を主張せられは已むを得ざるに付先ず其説に従ふべし」と鶴田皓は述べている。参照、西原ほか編著・前掲注 81)357 頁。

92) 西原ほか編著・前掲注 81)359 頁。

93) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

94) 西原ほか編著・前掲注 81)334 頁。

95) 西原ほか編著・前掲注 81)343 頁。

とボアソナードは答えている⁹⁶⁾。

なお、旧刑法においては「偽計其他の方法を以て」という表現が消えていること、また略取誘拐に加えて「自ら藏匿し若くは他人に交付したる」という行為態様要件が加えられたことが指摘できるが、かかる要件は確定日本刑法草案後に加えられたものであることから、前述した理由からその立法趣旨は調査できない。

・「略取誘拐」の意義について

また、以上に加えて、旧刑法には現れていないものの、日本刑法草案第二稿第三百九十五條にかかる議論が注目に値する。

これは二十歳未満の者が駆け落ちした場合に関する条文であり、「二十歳に満たざる幼者同謀して共に逃亡したる者は誘拐を以て論ずるの限に在らず 然れも其情狀に依り満二十歳に至る時間之を懲治場に拘置することを得」とされている。そして、かかる規定が設けられた趣旨は、「略取誘拐とは畢竟偽計を以て人を騙し欺ひて連れ出たす等の所爲而已に係る」のであるから、二十歳未満の者が双方相談の上で駆け落ちするときは別に論じるべきであるという点に求められている⁹⁷⁾。

かかる規定は、元来無罪とすべき者を行政上の処分にて懲治場に拘置しているのは格別裁判上でこれを拘置するというものではないから削るべきであるという理由から削除されている⁹⁸⁾。この削除理由に鑑みても、双方相談の上で駆け落ちする場合には「略取誘拐」とは言えないのではないかという問題意識は旧刑法においても存続していると言えよう。

(2) 旧刑法時代の学説の状況

それでは、旧刑法に関する学説の状況は如何なるものであったのだろうか。

a 罪質と各要件との連動

本罪の罪質につき明言する学説は少ないものの、論者の微妙なニュアンスのずれに着目すると、以下のように整理することが可能である。そして、ここで注目に値するのは、罪質の理解に応じて異なる要件解釈が導かれているように見える点である。

(a) 罪質①：保護監督権を中心に据える見解

まず見受けられるのは、「保護監督する父母若くは後見人の権利」としての「管督および教育権」の侵害を罪質として捉える見解である⁹⁹⁾。論者によっては、「幼者の父母若くは後見人の下に在て保護教養せらるるの権利」を奪うと同時に「監督権を害する」とするように、幼者の権利の侵害も踏まえる者もいるが、主たる性質は「父母若くは後見人の監督権を害するの點に在り」とされている¹⁰⁰⁾。

この見解からは、主体について父母後見人は除外され、更に第三者が主体であったとしても父母後見人が承諾した場合は本罪が成立しない¹⁰¹⁾。更に、略取誘拐の定義が「詐偽強迫若くは暴行に依り権利なくして幼者を其父母若くは後見人より奪取するの所爲」¹⁰²⁾というように、誰から「奪取」されたのかにつき限定されていると言える。

なお、略取誘拐を「不法に監督者の監督を脱出せしむるの所爲」という見解に立ちながらも、窃盜の目的たる財物が事実所有者の手中になかったとしても所有者に属しているのと同様に、一度監督者の監督を脱した者であっても監督者の監督下にあるとして、このような状態にいる幼者の略取誘拐は本罪を成立させるという見解も主張されている¹⁰³⁾。

96) 西原ほか編著・前掲注 81)359 頁。

97) 西原ほか編著・前掲注 81)347 頁。

98) 西原ほか編著・前掲注 81)360 頁。

99) 「奪取の目的は幼者なるも眞に被害の物體たるべきものは父母若くは後見人の管督および教育権なり」江木衷『現行刑法各論〔改正増補 2 版〕』317 頁（博聞社・有斐閣，1889）、「幼者の権利を害するよりも寧ろ其幼者を保護監督する父母若くは後見人の権利を害するに成るものとす」亀山貞義『刑法講義卷之二』493 頁（講法會，1898）。

100) 亀山・前掲注 99)494 頁。

101) 亀山・前掲注 99)494 頁。

102) 江木・前掲注 99)317 頁。

103) 勝本勘三郎『刑法折義 各論下卷』202-203 頁（講法會・有斐閣書房，1900）。

(b) 罪質①' : 若干の拡張?

この点、①とは若干ニュアンスを異にし、「本節の罪は父母祖父母若くは後見人の手に養育せらるる幼者を略取又は誘拐する罪なり」として、略取誘拐は「父母祖父母若くは後見人の諾否を問はず之を奪取するを以て構成す」とする見解が目目される¹⁰⁴⁾。

すなわち、ここでは「祖父母」からの「奪取」も処罰の範囲に包摂されているのである。論者の趣旨は明確ではないが、誰から奪取されたのかにつき、厳密な意味での「監督権」の存否を離れて「祖父母」にまで拡張されていると評価することができる。

(c) 罪質② : 幼者の自由等を捉える見解

しかしながら、以上の流れとは全く別の見解も存在する。すなわち、「幼者に対する監督者の権利を保護」という見解について、監督者のない幼者等の自由等も保護に値するとして批判し、本罪が「監督権若くは幼者の身體の自由（略取に對して）品行の善良（誘拐に對して）を保護する精神」であるとする見解も主張されている¹⁰⁵⁾。

そして、この見解からは、略取誘拐は「被害者の現在する場所より他の場所へ伴れ行く」こと¹⁰⁶⁾、「被害者の現在する個所より他の個所に伴行する行為を指稱す Entführen」¹⁰⁷⁾とされている。論者の見解自体一様ではない¹⁰⁸⁾ものの、ここでは、誰から奪取されるのかという点を離れて「現在する場所」から奪取されるという点を捉えていることに、罪質①①' との重大な違いがあること

が看取されよう。

(d) 罪質②' : ①との折衷?

幼者の自由を捉えるにしても、「身體の自由」とは異なり、本罪の保護する利益は「幼者か自己を自己の監護者の監護の下に置く」と云ふ意思實行の自由（行為の自由）であるとする見解¹⁰⁹⁾も主張されている。

この見解からは、保護される利益は幼者の利益であっても、略取誘拐は「従来の監護権者の支配を破て他の支配の下に移すことを意味」することになる¹¹⁰⁾。また、幼者は自らこの利益を処分する能力を持っていないために、かかる利益を処分する権限を有する者は本罪の主体とはならないこと、監護権を有しない実父母であれば本罪の主体となること、幼者自身は本罪の客体であるから本罪の主体として罰されないしこれを幫助した者も罰されないことが主張されている¹¹¹⁾。

この見解は、いわば幼者の側から罪質を捉える一方で、その中で監護権者との関係性も意識するものであり、①との折衷的要素を含んでいると言うことができよう。

b その他要件解釈について

以上の罪質と要件解釈との連動に加えて、以下の点が見受けられる。

(a) 略取誘拐の限界について

「略取誘拐」については、その限界に関する議論の対立が看取される。

すなわち、誘拐の定義において欺罔行為を念頭に置く学説が多い¹¹²⁾一方で、それには限定せずに「誘惑」や「誘導」も誘拐に含ま

104) 磯部四郎『刑法講義下巻』971頁（八尾書店、1893）。

105) 岡田朝太郎『日本刑法論各論之部』837-838頁（有斐閣書房、1895）。

106) 岡田・前掲注105)835頁。

107) 岡田朝太郎『刑法講義案〔第5版〕』78頁（有斐閣書房、1902）。なお、同『刑法講義』237頁（明治大學出版部、1907）ではGntführenとなっているが、誤植であろう。

108) 岡田は『刑法講義』（前掲注107）では、監督者の下にいる意思能力なき幼者の拐取については監督者に対する罪、監督者の下にいる意思能力ある幼者の拐取については監督者及び被拐取者双方に対する罪、監督者なき意思能力ある幼者の拐取については被拐取者に対する罪であるとするに至っている。

109) 小疇伝『刑法各論』441-442頁（警察監獄學會・濟美館書店、1902）。

110) 小疇・前掲注109)442-443頁。

111) 小疇・前掲注109)441頁以下。

112) 「誑騙以て誘ひ行くを謂ふ」（宮城浩藏『刑法正義下巻』716頁（講法會、1893）、「謀略を用ひ欺瞞して其人に承諾を得せしめ誘引することを云ふ」（村田保『刑法註釋〔第2版〕』40丁（内田正栄堂、1881）、「欺騙以て携へ去る」（高木豊三『刑法義解』922頁（時習社発売・博聞社発売並印刷所、1881）、「詐偽の手段を以て之を誘ひ去るの義なり」（龜山・前掲注99)493頁）、「詐偽に出てたる奪取の所爲を誘拐」（江木・前掲注99)318頁）。

れるとする学説も一定数存在している¹¹³⁾。後者の立場にたてば、幼者の承諾の有無は犯罪の構成上関係ないことになりそうである¹¹⁴⁾一方で、幼者が真に承諾したり同行を求めたりした場合には誘拐は成立しないとする学説も存在している¹¹⁵⁾。

また、これとは別個の視点から、継母にいいじめられている子を救助しようとする等の「善良な意思」に基づいて行為がなされたときに、処罰すべきか否かについても議論が割れている¹¹⁶⁾。

このように、略取誘拐の限界事例に関する議論の中で、略取誘拐の成立範囲を限定すべきではないかという問題意識が存在していると言えよう。

(b) 蔵匿交付要件について

条文上存在する「自ら蔵匿し若くは他人に交付」という要件について、前者は搜索されても秘して出さない行為を、後者は他者に養育を放任する行為を指すとされている¹¹⁷⁾ものの、立法論上削除されるべきであるという論調が強い¹¹⁸⁾。すなわち、誘拐して遠くに逃げ公然と自家に養い置いている場合、蔵匿交付要件は欠けているが、被害者は「慈母鞠育の恩に浴するを」得ることなく、「被害者の身上に威権を有する者は大に自己の監督権を侵害」されることになるのであって、悪質性も損害も同等であると言えるからである¹¹⁹⁾。

(c) 客体要件について

本罪の客体について、二十歳未満となっていることについては、成人は民法上独立の地位を有しているとみなされることや、成人については逮捕監禁罪の規定により対処できることが理由として付されている¹²⁰⁾。

また、十二歳以上と十二歳未満で刑を区分している理由としては、十二歳以上の者は刑法上の責任を有していること¹²¹⁾や、十二歳以上になれば自分のことの是非を弁別し体力も備わっているため、これを誘拐しても援助を乞いたり自分で家に帰ったりすることができること¹²²⁾、保護監督を受ける程度も徐々に減少しているため、幼者を害する程度が小さいとともに父母後見人の権利を害する程度も小さいこと¹²³⁾等が挙げられる。更に、十二歳以上について行為態様が略取か誘拐かで刑が異なる理由としては、十二歳未満であれば無知無識に乗じて欺罔しやすいが、十二歳以上であれば欺罔を信じた過失があるということ¹²⁴⁾等が挙げられている。

(3) 旧刑法時代に関する沿革的考察及び現在への示唆

旧刑法起草過程及び旧刑法時代の学説の状況からは、以下のような事情が伺える。

a 沿革的考察

旧刑法の時代において、家族間における子の奪い合いに対する適用を意識した議論はなされていなかった。確かに親が犯罪主体となるか否かという点については、旧刑法起草過

113) 「偽計、教唆、誘惑等の手段を用ゆるに在り」(岡田・前掲注 105)835 頁、「勸奨し其承諾を得て他所に伴ひ去る」(飯田宏作『刑法各論講義』199 頁(和佛法律学校, 1895))、「誘へ出して拐取するの謂ひなり」(磯部・前掲注 104)972 頁、「詐欺又は誘導に因りて行はるるもの」(勝本・前掲注 103)202 頁、「詐欺又は誘導に出てたる場合」(小疇・前掲注 109)443 頁)。

114) 現にそのように解するものとして、小疇・前掲注 109)442 頁。

115) 磯部・前掲注 104)976 頁。

116) 亀山・前掲注 99)494-495 頁はかかる場合であっても、「幼者の権利を害することなしとするも其父母若くは後見人の監督権を害するに至ては其悪意を以てする場合と敢て異なる所」がないので本罪は成立するとする。もっとも、高木・前掲注 112) 922-923 頁は、過酷を見るに忍びず養子や継子を誘い出して蔵匿するような善意で出た行為についてはこの限りでないとする(宮城浩藏『刑法講義』937 頁(明治法律学校, 1884)も同旨か)。

117) 磯部・前掲注 104)973 頁。

118) 磯部・前掲注 104)974 頁、亀山・前掲注 99)496 頁、宮城・前掲注 112)717-718 頁。

119) 宮城・前掲注 112)717 頁。

120) 勝本・前掲注 103)201 頁。

121) 宮城・前掲注 112)718 頁。

122) 村田・前掲注 112)41-42 丁。同旨、高木・前掲注 112)925 頁。

123) 亀山・前掲注 99)497 頁。

124) 高木・前掲注 112)925 頁。

程において激しい議論が存在したものの、そこでなされた議論は、略売にかかる犯罪について本罪で捕捉されるべきであるという問題意識に基づいたものであり、現在存在している家族「間」に関する問題意識とは異質なものである。学説においても、家族間における子の奪い合いに対する適用にかかる問題に付言するものはなかった。

もっとも、他方で、学説においては、明示的に議論されることは少なかったものの、本罪の保護の対象が父母後見人の権利（監督権・監督及び教育権）か未成年者の自由かという対立が潜在的に存在していたことが看取できた。ここでは、かかる対立点が要件に明確に反映され、中でもそれは父母等からの奪取を捉えるのかそれとも場所からの奪取を捉えるのかという点に大きく現れていた点が注目される。このような罪質と解釈論との連動が、旧刑法下においては未だ存在していたと言えよう。

なお、これにつき二点付言しておく。

第一は、父母後見人につき「監督者」、その権利として「監督権」「管督および教育権」といった言葉遣いがされているということである。学説の展開がなされた当時の民法においても、親権の効力については「監護及び教育を爲す権利を有し義務を負ふ」と定められていた（旧民法 879 条）し、民法学説上例えば梅謙次郎も「監護、教育の権利」とするにとどまっており¹²⁵⁾、「監督権」という言葉は用いられていない。亀山貞義が、「父母若くは後見人の監督権を害する」罪質としながらも、それは「其幼者を保護監督する父母若くは後見人の権利を害する」ものであると説明していること、そしてそれと同時に「幼者の父母若くは後見人の下に在て保護教養せらるるの権利」が侵害されるという点を指摘していること等からすれば¹²⁶⁾、「監督権」等の文言の下においても監護教育にかかる権利を想定していたということが推測されるが、敢えて別異の単語を用いているという指摘も

可能である¹²⁷⁾。

第二は、略取誘拐の定義として、誰から奪取されるのかという点を離れ「現在する個所」から奪取されるという点を捉える見解が、ドイツ法を参照していた（Entführen）と思われることである。この点から、日本法の理解にあたってドイツ法との関係性を意識すべきであると言えよう。

b 現在への示唆

上述のような罪質と解釈論との連動が存在した点は、現行法下においてかかる連動が切断されていることに鑑みれば、現在の議論にとって大きく示唆的であると言える。

そして、罪質との連動以外の要件に関する問題としては、行為態様要件にかかる議論として、略取誘拐の限界事例への問題意識が色濃く存在していた。それは、沿革上見られた双方相談の上の駆け落ちの事例、学説上見られた幼者の真の承諾があった事例等に鑑みて、かかる事例の可罰性は認められるのかという問題意識が、「略取誘拐」という行為態様の解釈として存在していたことが注目され、この点も、「略取誘拐」という要件解釈論が再展開される必要のある現在においては、参考に値するように思われる。

また、主体要件にかかる議論としては、略売を巡る沿革上の議論の中で、親の犯罪主体性が議論されており、その否定の論拠として、略取は盗取を意味するという指摘や、略売等の事例に他罪で対処することができるという指摘がなされていたことは、現在の議論としても参考に値する。

3 現行刑法

未成年者を客体に据える旧刑法の規定振りには、現行刑法になると成年者も客体となる条文を取り込むことによって変容する。かかる変容は如何なる議論の変化をもたらしたのか、見ていくこととしたい。

125) 梅謙次郎『民法要義 卷之四』350 頁（和佛法律學校・明法堂，1900）。

126) III 2 (2) a (a) 参照。

127) なおドイツ法における「監督権」との関係につき、後掲注 223) 参照。

(1) 現行刑法定制過程

旧刑法施行直後から司法省では改正作業が始まっており¹²⁸⁾、第一回帝国議会から度々改正案が提出されたが、その度に審議未了等で実現せず、現行刑法が制定されたのは第二十三回帝国議会のことである(明治40年)。

第一回帝国議会に提出された明治23年刑法改正案¹²⁹⁾以降、明治30年刑法草案¹³⁰⁾、明治34年刑法草案¹³¹⁾、明治39年草案¹³²⁾等を経て現行刑法は制定されたため、かかる過程における議論を見ることとしたい。

a 条文概観

明治40年制定後にも改正が存在したことから、明治40年制定時の条文を概観しておく¹³³⁾。

「第二編 罪」「第三十三章 略取及び誘拐の罪」

第二百二十四條 未成年者を略取又は誘拐したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

第二百二十五條 營利、猥褻又は結婚の目的を以て人を略取又は誘拐したる者は一年以上十年以下の懲役に處す

第二百二十六條 帝國外に移送する目的を以て人を略取又は誘拐したる者は二年以上の有期懲役に處す

帝國外に移送する目的を以て人を賣買し又は被拐取者若くは被賣者を帝國外に移送したる者亦同し

第二百二十七條 前三條の罪を犯したる者を幫助する目的を以て被拐取者又は被賣者を收受若くは藏匿し又は隱避せしめたる者は三月以上五年以下の懲役に處す

營利又は猥褻の目的を以て被拐取者又は被賣者を收受したる者は六月以上七年以下の懲役に處す

第二百二十八條 本章の未遂罪は之を罰す

第二百二十九條 第二百二十六條の罪、同條の罪を幫助する目的を以て犯したる第

128) 内田ほか編著・前掲注71)4頁以下。

129) 拐取罪該当箇所につき、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)-III 日本立法資料全集20-3』190頁(信山社,2009)。明治23年の議会開設ならびに条約改正交渉との関係で、諸法典の編纂作業が本格的に取り込まれるようになり、法律取調委員会が外務省に設置され、その後司法省へ移管された。法律取調委員会は、旧刑法の不備を改正する一部改正案とすることを決め、議論を行い、刑法改正案を作成した。これは元老院での修正を経て、内閣総理大臣に付され、明治24年1月17日に第一回帝国議会に提出されたものの、会議終了で審議未了となった。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)-II 日本立法資料全集20-2』4-13頁(信山社,2009)。

130) 該当箇所につき、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(2) 日本立法資料全集21』176頁(信山社,1993)。第一回帝国議会にて議決に至らなかった後に、司法省は明治25年に刑法改正審査委員会を設立し、本格的に改正作業に取り組んだ。そして、明治28年12月に刑法改正案を脱稿し、それを受けて司法省は明治30年に刑法草案を刊行した。司法省は、この改正案を直ちに議院に提出することを検討したが、刑法改正反対の動きや刑事訴訟法改正案の作成が遅れていたことを受けて、政府は議院提出を見合わせた。以上、同5-10頁。

131) 該当箇所につき、内田ほか編著・前掲注130)491頁。政府は明治30年刑法草案の議院提出を見送った後、明治32年に再編された法典調査会の調査・審議に委ね、そしてそこで司法省で作成された明治30年刑法草案を原型とした根本的改正を行うこととなり、明治33年刑法改正案が作成された(以上、同10-11頁)。同案は刑事訴訟法改正案の作成の遅れも受けて、第十四回帝国議会への提出は見送られたが、そこに更に修正が加えられ整理された明治34年刑法改正案が第十五回帝国議会へと提出された。しかし刑法改正反対運動が激しく展開したことから、審議未了のまま会期が尽きることとなった。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(3)-I 日本立法資料全集22』5-13頁(信山社,1994)。

132) 第十五回帝国議会で刑法改正案が不成立となった後、それに対する意見書等も参考に改正作業が進められ、明治35年に刑法改正案が作成され、第十六回帝国議会に提出された。同議会では貴族院本会議の審議で可決されたものの、衆議院において審議未了となった。政府は同案につき、第十七回帝国議会にも提出したが、貴族院本会議第一読会が開かれた当日に衆議院が解散したため、またしても通過しなかった。その後、しばらく議院提出は見合わせられたが、明治39年6月に司法省内に法律取調委員会が設けられ、刑法改正作業が行われ、そこで作成された明治39年刑法改正案が第二十三回帝国議会に提出された。そして、議会で一定の修正が加えられながら、改正刑法が成立したのである。以上、内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(4) 日本立法資料全集24』5-6頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(5) 日本立法資料全集25』5-10頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』3頁(信山社,1995)、同『刑法〔明治40年〕(7) 日本立法資料全集27』5-12頁(信山社,1996)。明治39年刑法草案の拐取罪該当箇所については、同『刑法〔明治40年〕(6) 日本立法資料全集26』146頁(信山社,1995)参照。

133) 内田ほか編著(7)・前掲注132)408頁以下参照。

二百二十七條第一項の罪及び此等の罪の未遂罪を除く外本章の罪は營利の目的に出でざる場合に限り告訴を待て之を論ず 但被拐取者又は被賣者犯人と婚姻を爲したるときは婚姻の無効又は取消の裁判確定の後に非されは告訴の効なし

条文から明らかなように、客体に二十歳以上の者も取り込まれたことや、二十歳以下の者につき十二歳前後という年齢に応じた区分がなされていないこと、また行為態様として蔵匿交付要件が削除されたり¹³⁴⁾ 売買にかかる規制が設けられたり¹³⁵⁾ していることといった変化が見受けられる。

b 制定過程における議論等

それでは、如何なる議論を経てかかる条文が制定されたのだろうか。制定過程や立法理由書における議論を辿ることで探りたい。

(a) 罪質：主体・客体要件の変容・混合

旧刑法と比べたときの現行刑法の一番の特徴は、旧刑法には対応しない刑法 225 条が規定されたことである。すなわち、「營利、猥褻又は結婚の目的」による「略取又は誘拐」という、成年者にも未成年者にも適用しうる条文が設けられている。

しかし、現行刑法制定直前の明治 39 年刑法改正案においては、このような規定方法ではなかった。すなわち、

「第二編 罪」「第三十三章 人を拐取する罪」

「第二百四十七條 父母其他の監督者の承諾なくして未成年者を拐取したる者は三月以上五年以下の懲役に處す

偽計又は威力を用ひ父母其他の監督者の承諾を得て拐取したる者亦同し

前二項の行爲營利、猥褻又は結婚の目的に出でたるときは一年以上十年以下の懲役に處す

第二百四十八條 營利、猥褻又は結婚の目的を以て偽計又は威力を用ひ人を拐取したる者は一年以上十年以下の懲役に處す」と規定されていたのである。この規定においては、247 条 3 項の存在によって、未成年者の場合に対応する 247 条と成年者に対応する 248 条とが明確に区分されている。加えて、247 条は「父母または其他の監督者の承諾なくして」という要件を備えており、かかる要件が挿入されたのは同条にかかる犯罪が「父母又は監督者の権利の侵害」であることを明示するためであるとされている¹³⁶⁾ ことから

も、かかる区分が二つの条文の趣旨を分かちものであることが強調されていたとすることができよう。

ところが、現行刑法は、明治 39 年刑法改正案における 247 条 3 項と 248 条とを、一体として 225 条へと織り交ぜてしまった。その理由は立法資料上明確ではないものの、ここに、「略取誘拐罪」という一つの題目の下に刑法 224 条以下を一体として考察対象とする水脈の端緒を、見出すことができる。

134) この点に関する議論過程は明らかではない。明治 23 年刑法改正案作成過程においては、「未だ略誘なるや否を判断すへからざるに直に略誘罪を以て處分するは甚だ酷なればなり」という反対意見が出されているが、削除が決定されている。内田ほか編著 (1) - II・前掲注 129)466 頁, 471 頁, 478 頁。

もっとも、明治 30 年刑法草案の立法理由書によれば、「不法に他人の監督を侵し人の自由を害する所爲を罰せんとするの精神」であるからこの要件は不要であると述べられている。参照、中嶋晋治『改正刑法草案理由』243-244 頁 (有斐閣, 1899)。

135) この点、立法過程においては、「賣買」の規制については、「一の法律行爲」であるように見られる懸念があるため、「人の賣買」という文字は使わない方がいいという指摘 (花井卓蔵) がなされたが、妥当でないことは十分分かっているが事実を言い表す法律上の言葉がないから、やむなく用いた旨の説明が政府委員 (倉富勇三郎) からなされ、問題なく規定されることが決まっている。参照、内田ほか編著 (7)・前掲注 132)211 頁。

136) 明治 34 年刑法改正案の理由書ともいうべき第十五回帝国議會提出「刑法改正案参考書」に記載されている。参照、内田ほか編著 (3) - I・前掲注 131)150 頁。また、制定過程においても、この「監督者」の意義について、制定過程において「餘所に預けられて居ると云ふやうな場合に、此監督と云ふ字を書いても宜しいでございますか」という質問に対して、政府委員 (倉富勇三郎) が、事実としてはそのような者もいるであろうが、この原案で監督者というのは「法律上監督権のある人の積りであります」と述べられており、この点からも法律上の監督権についての侵害が捉えられていたとすることができよう。参照、内田ほか編著 (4)・前掲注 132)543 頁。

なお、削除については、明治 39 年刑法改正案に対して法律取調委員会の総会による修正として提言されているのみであり、理由は明らかでない。内田ほか編著 (6)・前掲注 132)94-96 頁。

(b) 客体要件

このような規定の混合をもたらす契機となった成年者の客体性であるが、客体要件の変更については、以下のような議論を経てなされていた。

まず、二十歳未満の者につき刑の区分を行っていないが、「例の簡明主義」によって裁判官の斟酌に委ねたものであるとの説明がなされている¹³⁷⁾。

次に、二十歳以上の者を客体とする処罰規定を設けた理由については、民法上の原則は必ずしも刑法の規定と一致することは必要でないこと、誘拐の方法も「大に進歩し」ていることを前提に、夫の婦女を誘拐して外国の淫売婦に売り渡すような行為を想定して、「二十歳以上の者と雖も絶対に保護の必要なにあらす」という点が挙げられている¹³⁸⁾。

なお、二十歳で区別をすることについては、第二十三回帝国議会における審議において、責任年齢を基準とすべきではないかという指摘が花井卓蔵から出されているが、政府委員（倉富勇三郎）は、十五、六歳の者に対して利益や策略をもって誘拐することは非常に簡単であること、法律においては、未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているのだから、知能が不十分であることを想像するのが適当であること等と反論し、維持されている¹³⁹⁾。

(2) 改正刑法假案制定過程

次に、戦前の学説の紹介に移る前に、大正10年に開始し、昭和15年に刑法改正假案が成立するまで続いた刑法改正作業に焦点を当てる。これは、この作業は刑法改正として実を結ばなかったものの、当時の議論を知るにあたっての貴重な資料であるためである。

刑法改正起草委員会での各則の審議は、昭和6年9月22日第152回から、昭和8年7

月25日第213回までの期間、昭和2年に公にされた「刑法改正豫備草案」を原案としてなされ、その後昭和8年9月12日第214回から昭和10年7月30日第286回までの各則の留保条項の審議がなされた¹⁴⁰⁾。

ここでは、これらの条文、すなわち「刑法改正豫備草案」¹⁴¹⁾、「刑法並監獄法改正起草委員会決議條項（刑法各則編第二次整理案）」¹⁴²⁾、「刑法改正假案」¹⁴³⁾の変遷の中で目を引く点、中でも行為態様にかかる叙述に焦点を当て、その背後でなされた議論を紹介する。

a 規定の変遷（行為態様）

刑法改正假案の該当箇所を見ると、現行法同様の条文が並べられている。例えば、未成年者については、「第三百七十六條 未成年者を略取又は誘拐したる者は十年以下の懲役に處す」と規定されている。

しかし、刑法改正豫備草案の段階では、未成年者について「第二百九十五條 未成年者を略取又は誘拐したる者は五年以下の懲治に處す 未成年者を勧誘して其の環境より離脱せしめたる者亦同し」と規定されていた。そして、この「勧誘して其の環境より離脱せしめたる」という行為態様の要件の摘示は、刑法各則編第二次整理案の段階では姿を消している。

b 議論過程

この背後では如何なる議論がなされたのだろうか。それを知るためには、刑法改正豫備草案制定の段階での議論と、刑法各則編第二次整理案に至るまでの刑法改正假案制定段階での議論を見る必要がある。

(a) 刑法改正豫備草案制定段階での議論

・参照資料

まず刑法改正豫備草案について、その立案過程を明らかにする資料は未だ発見されていないとする文献もある¹⁴⁴⁾が、その成立過程

137) 中嶋・前掲注134)243頁。

138) 田中正身『改正刑法釋義下巻』1140頁（西東書房、1908）。

139) 内田ほか編著（7）・前掲注132)209-210頁、288頁。

140) 林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』441-444頁（成文堂、2003）。

141) 該当箇所につき、林・前掲注140)496-497頁。

142) 昭和10年8月15日作成のものである。該当箇所につき、林・前掲注140)470-471頁。

143) 該当箇所につき、林・前掲注140)526-527頁。

144) 吉井匡「改正刑法假案成立過程における裁判所侮辱をめぐる議論」立命館法学345・346号3985頁、3989

をうかがわせるものとして「刑法改正原案起草日誌」¹⁴⁵⁾が挙げられる。刑法改正原案起草委員会は、昭和2年1月に発足し、同年3月ないし4月に刑法改正豫備草案を作成し司法大臣に報告している委員会である¹⁴⁶⁾ため、同委員会日誌を紐解くことは、刑法改正豫備草案の立案過程を明らかにするものと言えよう。

同委員会日誌を読み解くためには、その議論のたたき台となっている¹⁴⁷⁾刑法改正原案起草準備案を紐解く必要がある。現在資料として参照できる準備案は、手書きの資料である「刑法改正原案起草準備案(各則)(昭和二年二月一日稿)」¹⁴⁸⁾と「第一讀会修正草稿 刑法改正原案準備案(昭和二年二月十日稿)」¹⁴⁹⁾の二つである。これらの資料には手書きの修正等も記されている¹⁵⁰⁾が、以下のような条文が基になっていたことがわかる。

すなわち、二月一日稿においては、

「第二百八十七條(二二四) 未成年者を略取し又は之を欺罔若は勧誘して其の環境を離脱せしめ拐去したる者は六月以上五年以下の懲役に處す」

(修正:第二百八十六條(二二四) 未成年者を略取し又は誘拐して其の環境を離脱せしめたる者は五年以下の懲役に處す) となっているのに対して、二月十日稿においては、

「第二百八十七條(二二四) 未成年者を略取し又は誘拐して其の環境より離脱せしめたる者は五年以下の懲治に處す」

とした上で、修正として第二項に「未成年者を欺罔又は勧誘して其の環境を離脱せしめたる者(判読不能)前項に同じ」と加えられて

る者(判読不能)前項に同じ」と加えられている¹⁵¹⁾。

・議論の内容

以上の準備案を基にどのように刑法改正原案が作成されたのか。刑法改正原案起草日誌を紐解くと、略取及び誘拐の罪につき詳細な議論がなされたのは第12回(昭和2年2月28日)であるため¹⁵²⁾、昭和二年二月十日稿の条文を参考にしながら第12回を参照すると、泉二新熊による説明が行われている。

すなわち、泉二によれば、287条に現行法と異なり「其の環境より離脱せしめたる者」を加えたのは、今までは自己の勢力の範囲内に入れることを必要としていたのに対して、国際条約によれば「書面に依り欺はりて本人の環境を自然に脱せしむる如き場合も處罰を要求し」ていることや、仏国でも自己の支配内に入れることを要求しない趣旨であると記載しているものもあるためであるとされている。現行法を広く解することも不可能ではないものの「便利の爲め」に入れたとされているのである。

ここからは二つの点が看取される。一つは、昭和2年2月28日の段階では、「自己の勢力の範囲内に入れる」ことが略取誘拐のために必要であると一般的には捉えられているようであるということ、もう一つは、かかる要件は不要ではないかという問題意識の下、「環境より離脱」のみで本罪を成立させられるのではないかという提案がなされているということである。

(b) 刑法改正假案制定段階での議論

それでは、以上の議論を経て設けられた要件は、如何なる議論の下で姿を消したのだら

頁(2012)。

145) 東京大学法学部図書館蔵。

146) 吉井・前掲注144)3989頁。

147) 林・前掲注140)4頁。

148) 矯正図書館蔵。

149) 矯正図書館蔵。

150) 手書き故に判読不能なものも多く、また、ページ数を記すこともできない。

151) 本条には、多く修正が加えられてはその修正が消されるという作業が繰り返された跡があり、どれが最終的修正となったか定かではない。最終的修正として確定的に言えるのは、条文番号が変更されたことと、当該条文の第二項として「未成年者を欺罔又は勧誘して其の環境を離脱せしめたる者(判読不能)前項に同じ」と加えられたことである。

152) 最終的な修正は第17回(昭和2年3月30日)に行われているが、特段注目される議論はなされていない。

うか。刑法改正仮案制定段階での議論を見ることとした。

ここでは、昭和2年6月2日に刑法並監獄法改正調査委員会が発足し、この下に刑法改正起草委員会が設置され、その後はこの起草委員会を中心に刑法改正作業が進むこととなったこと¹⁵³⁾から、「刑法改正起草委員会議事日誌」¹⁵⁴⁾を紐解くことが有益である。略取誘拐に関しては、第16回(昭和2年10月25日)¹⁵⁵⁾や第17回(昭和2年11月1日)にも議論がなされているが、主要な議論がなされたのは、第199回(昭和8年4月4日)である。そこでは、未成年者拐取罪に関する豫備案第二百九十五條について以下のような議論がなされていた。

すなわち、「未成年者を勧誘して其の環境より離脱せしめたる者」への罰則を置いておくことについて、林頼三郎委員長から「未成年者に付ては勧誘して環境より離脱せしめたる場合は目的の如何を問はず處罰せらるることとなるや」と質問が提起され、牧野英一委員から「然り目的の如何を問はず違法性を阻却する場合は格別不法に為したる場合は該當す」という答えがなされた。これに対して、林委員長が「さすれば餘り廣きに失する虞れありと思料す」として削除を提案し、異議なく修正可決されているのである。

ここからは、三つの点が看取される。一つ目は、勧誘して生活環境を離脱させる場合に

ついて目的の如何を問わずに処罰することは広範に過ぎると捉えられていること、二つ目は、それでもなお略取誘拐がなされた場合(豫備案第二百九十五條一項)については当罰性は特段問題になっていないということ、三つ目は、従って略取誘拐の場合に実力支配下に置くことを不要とする見解が否定された訳ではないことである。

(3) 現行刑法制定直後の学説の状況

それでは、以上のような沿革の流れが存在する中で、現行刑法制定直後の学説では、如何なる議論がなされていたであろうか。

a 罪質と要件解釈の切斷

(a) 罪質に関する議論

この時期には未成年者拐取罪が如何なる権利利益を侵害しているのかという点について明示されることが多くなる。

例えば、泉二は、拐取罪は「不法に他人の生活上に於ける身體の地位を保持するの自由を侵害するもの」であると主張し¹⁵⁶⁾、意思無能力者に対する略取も、被害者の意思によらずとも自己の実力的支配下に移すことで自由を侵害できるため可能であるとする¹⁵⁷⁾一方で、「思慮成熟せざる未成年者をして監督権者の監督關係より離脱せしめ以て未成年者に對する監督權を侵害し牽いて未成年者の眞正なる利益を危うする罪」とも説明している¹⁵⁸⁾。

これに対して、監督者の利益をも保護され

153) 林・前掲注140)4頁, 56頁以下。

154) 東大法学部図書館蔵。

155) 例えばここでは、花井卓蔵委員から、未成年者を十八歳未満に改めるよう提案がされたが、池田克幹事から、豫備草案では婦女売買禁止に関する國際條約の要求に基づいて未成年者を二十歳未満としたと説明がなされている。

156) 泉二新熊『日本刑法論〔訂正増補13版〕』851頁(有斐閣, 1912)(現行刑法制定直後の1908, 1909年出版のものではこのような明示はされていなかったが, 1912年以降のものでは指摘されている)。

157) 泉二・前掲注156)851頁。

158) 泉二新熊『日本刑法論〔改訂増補21版〕』1177頁(有斐閣, 1916)。泉二は加えて他罪との区別も行っている。例えば、遺棄罪との区別という観点からは、略取誘拐は他人の上に不法な実力關係を設定したり意思に瑕疵を生じさせたりすることで自由を侵害するのに対して、遺棄は他人の扶助可能状態を変更させることで生命身體を危害するものであるということを指摘し、逮捕監禁罪との区別という観点からは、場所の移動を要する点に加えて「生活關係上に於ける身體の地位を保持するの利益としての身體上の自由」の侵害を本質とするか否かという点で異なるという説明を行っている。泉二・前掲注156)851-852頁。

なお、監督権等を意識しない叙述を行う見解も存在する。例えば、「吾人は身分職業並に性向に従ひ各自社會生存上自由の地位を有す 去れば各人適意の職業を選び適意の異性と家庭を作り任意の都鄙に居住す 斯の如くして吾人は自己の生存上の地位を定むるなり 之を一身上の自由と云ふ」等として、かかる自由の侵害を主張する見解(島田武夫『日本刑法新論 各論』193頁以下(松華堂, 1925))がある。もっとも、叙述のニュアンスからして、成年者等を想定しているようである。

ていると端的に主張する見解も多く主張されたり¹⁵⁹⁾、監督者の権利の義務性を重視して被害法益から除外することが主張されたりしている¹⁶⁰⁾。

(b) 行為態様に関する議論：罪質との切断

しかし更に重要なのは、かかる罪質の議論はなされるものの、その議論が要件解釈に反映されていない点である。すなわち、行為態様については、罪質の議論にかかわらず、「自己の實力の支配の下に移す」¹⁶¹⁾、「自己の實力支配内に移す」¹⁶²⁾、「實力上の支配を獲得する」¹⁶³⁾、「不法に人の支配の下に置くこと」¹⁶⁴⁾、「自己又は第三者の支配内に致すこと」¹⁶⁵⁾、「人を其の保護された状態より離脱せしめ、自己の事實的支配の下に置く行為」¹⁶⁶⁾というように、主として實力の支配の獲得という点に収斂しており、更にこれらにおいては、225条等にも同様の説明が加えられているのである。

このことは、旧刑法時代に「本節の罪は父母祖父母若くは後見人の手に養育せらるる幼者を略取又は誘拐する罪なり」として略取誘拐は「父母祖父母若くは後見人の諾否を問はず之を奪取するを以て構成す」としていた磯部四郎¹⁶⁷⁾の叙述にも現れている。すなわち現行刑法にかかる教科書において、磯部は本罪につき「監督者の監督権を侵害するに在る」としながらも、略取誘拐を「人を其現在する場所より他の場所に伴ひ行くを云ふ」とし、225条についても同じ説明を当てはめている

のである¹⁶⁸⁾。

ここから、二つの点が看取される。一つは、成年者を客体とする場合も包摂する形で略取誘拐罪一般の議論として略取誘拐要件が議論の対象となったこと、もう一つは、同時期に罪質の議論と行為態様にかかる成立要件の議論とが切断されたことである。そして更にもう一点付言するならば、大場茂馬が實力の支配の獲得という拐取の定義や本罪の趣旨等において、ドイツにおける判例学説の見解を度々引用していることから、やはりここでもドイツ法の影響を見ることができる。

b 主体・客体要件にかかる議論

もっとも、上述の罪質の議論が全く犯罪の成立範囲とかかわらなくなった訳ではないし、225条以下との成立範囲の区別が全く考えられていなかった訳でもない。

例えば主体要件について、監督権の侵害も本罪の性質に含める見解からは、監督者には未成年者を監督支配する権限が存在する以上、懲戒権の範囲を超えた場合であっても、暴行脅迫罪を構成したとしても本罪は成立しないという説明がなされている¹⁶⁹⁾。他方で、被拐取者の自由の侵害を本罪の性質として捉える見解からは、監督者は「未成年者を監護し之を懲戒し其居所を指定する等の権利」を有するため、その権利義務の範囲内では未成年者の意思に反してもその身上について適当な処置を行うことができ、監督者の「眞思」に基づき未成年者を自己の實力範囲

159) 牧野英一『刑法各論（講義案）』104頁（法政大学・有斐閣、1908）（1913年以降出版のものにおいても同様に主張している）、岡田庄作『刑法原論 各論』464頁（明治大学出版部、1914）（1915年以降の出版のものにおいても同様に主張している）、小野清一郎『刑法講義各論』199-200頁（有斐閣、1928）。

160) 宮本英脩『刑法大綱』306頁以下（弘文堂、1935）。

161) 泉二新熊『刑法各論』84頁（日本大学、1922）。

162) 岡田・前掲注159)467頁。

163) 大場茂馬『刑法各論 上巻』210頁（日本大学、1909）。

164) 草野豹一郎『最新日本刑法各論』166頁（1930）。

165) 牧野・前掲注159)104頁。

166) 小野・前掲注159)201頁。

167) III 2 (2) a (b)参照。

168) 磯部四郎『改正刑法正解』443-445頁（六合館、1907）。

169) 岡田・前掲注159)465-466頁。なお、大場・前掲注163)213頁は、ドイツ帝国裁判所判例等を引用しながら、監護懲戒権を有する者は主体にならないと記している。もっとも、225条以下については、猥褻目的・帝国外移送目的で行う権利は存在しないため、監督者であっても本罪が成立するという見解もある。参照、岡田・前掲注159)466頁。

内に移す行為は、未成年者の意思に反しても本罪を構成しないと説明されている¹⁷⁰⁾。

また客体要件については、監護者のいない幼者の略取誘拐につき、議論がなされている。すなわち、被拐取者の自由の侵害を本罪の性質として捉える見解からは、監督者なき未成年者に対しては本人の真意によることなく従来の地位に生活する自由を侵害する場合は拐取罪を構成するという説明がなされている¹⁷¹⁾。他方で、監督権等を保護法益に含める立場からは、迷子又は棄児を保護目的ないし善良目的で自己の支配下に移した場合には、彼等は特殊の行動をする能力はなく保護者の力を借りて行動できるに過ぎないのであって、保護により自由を失った者に対して自由を与えていることになるのだから本罪は成立しないという説明もなされている¹⁷²⁾。

c 略取誘拐の限界

なお、略取誘拐の限界にかかる問題意識については、旧刑法時代ほどではないものの、この時代にも存在している。例えば、誘拐行為の解釈として、完全な承諾能力を有する被害者に対しては欺罔手段が必要だが、承諾能力が完全でない被害者には欺罔以外の誘惑行為も誘拐行為たりうるという解釈が提示されたり¹⁷³⁾、誘惑とは欺罔の程度に至らないとしても甘言をもって被害者を動かしその判断を誤らせることであるという解釈が提示されたりしている¹⁷⁴⁾。もっとも、泉二が指摘するように、大審院判例上、誘拐に該当するためには虚偽の事実をもって被害者を錯誤に陥れることを必要としないし、また「未成年者の監督者を欺き未成年者の利害に関する判断を誤らしめて之を自己の支配内に移すことを承諾せしめ因て監督関係を離脱せしめ自己の支配内に移したるときは」誘拐罪が成立する¹⁷⁵⁾。

(4) 現行刑法定時・制定直後に関する沿革的考察及び現在への示唆

a 沿革的考察—問題の端緒

現行刑法定時・制定直後においても、やはり家族間における子の奪い合いに対する適用を検討対象として挙げるものは存在しなかった。しかしながら、その検討のために必要となる未成年者拐取罪一般に関する議論について、重要な端緒が看取された。

現行刑法定時において重要な転換点は、未成年者から成年者も含む人一般へと客体が拡張されたことであつた。かかる転換自体は、夫の婦女を誘拐して外国の淫売婦に売り渡すような行為等、成人等についても同様の保護が必要な場合が存在していたという点に鑑みれば、直ちに不当とは言えない。

しかし、問題はその規定のされ方であつたと言えよう。すなわち、明治39年刑法改正案247条3項と248条とが現行刑法225条へと織り交ぜられることにより、未成年者を客体とする場合と成年者を客体とする場合との区別が不明瞭となってしまった。このように、趣旨の混合が意識されないまま条文の改正が進んでいった中で、学説に目を転じると、拐取罪全体を共通した枠組で捉える方向性へと（自覚的か無自覚であるかは扱き）舵が切られていた。だが幾ら全体を共通して捉えようとも、未成年者拐取罪の独自性にかかる疑念は拭いきれず、趣旨に関する議論は存続する。こうして、上記枠組が先行する結果、趣旨にかかる理念的な議論の対立が、要件解釈への反映という営為と切断され、現在に至る混迷の一因となつたのではないかという点が推察される。当時においても、かかる切断の後に略取誘拐の定義として幅広く見られた実力的支配の獲得について、そのような支配の獲得は不要ではないかという問題意識

170) 泉二・前掲注156)852-853頁。もっとも、監督権の作用が猥褻目的での被監督者の他人への交付や外国移送目的での売買を適法にすることはなく、監督者が適法に処置する権能を有しない行為である以上、その承認があつても被監督者の真意によらず従来の地位から自己の実力範囲内に移す場合は拐取罪が成立し、その監督者も教唆従犯、正犯として本罪の主体となると解せるとしている（同853-854頁）。

171) 泉二・前掲注156)853頁。

172) 岡田・前掲注159)469頁。

173) 岡田・前掲注159)467頁。

174) 小野・前掲注159)201-202頁。

175) 泉二新熊『刑法大要〔全訂増補30版〕』586-587頁（有斐閣、1934）。

が現行刑法假案制定過程において既に看取された。

以上からすれば、現行刑法の解釈として、225条以下の解釈を如何にするかは別論、224条の解釈としては225条以下のそれと共通する必然性はないこと、そして制定過程においてもその区分は明確に認識されていたことは、やはり強調されてしかるべきであるし、要件解釈との連動が切断されたという問題状況も強調されてしかるべきであろう。

b 現在への示唆

もっとも、以上のように理念的に展開された始めた罪質の議論については、保護法益論という見地から得られる示唆も大きいことは確かである。中でも、「監督権」の侵害と未成年者の自由の侵害とが意識される中で、両者の関係性について、学説上「未成年者に対する監督権を侵害し牽いて未成年者の真正なる利益を危うする罪」であるという説明がされている点が示唆的である。すなわち、両者は必ずしも別個独立の対立的概念として捉えられていた訳ではないのである。

また、構成要件要素という観点からは、客体要件については二十歳という年齢の区別を行う妥当性について、法律においては、未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているのだから、知能が不十分であることを想像するのが適当であるという見解が起草段階で示されていたことは示唆的である。

更に、行為態様については、略取誘拐の限界についても引き続き議論が存在していたと言える。それは、勧誘によって環境を離脱させるだけでは処罰が広すぎるのではないかという現行刑法假案制定過程の問題意識に加えて、学説上の誘拐の定義の限定という作業にも看取することができる。

4 獲得された知見

以上、日本における未成年者拐取罪等の沿革を概観してきた。本罪について家族間にお

ける子の奪い合いに対する適用を想定した議論は、旧刑法制定過程から戦前に至るまで、すなわちⅡの議論とあわせるならば最高裁決定が出されるまで、明示的になされることはなかったと言える。この点については、従前の議論は不十分であり、家族間への適用も踏まえながら議論を再展開する必要があると言えよう。

もっとも、その議論の再展開のためには、Ⅱで述べたように未成年者拐取罪一般にかかる議論を整理・検討しなければならない。この点につき、沿革の検討からは以下のような知見を獲得することができる。

(1) 趣旨と要件の連動

未成年者のみを客体とする旧刑法下においては、未成年者拐取罪にかかる条文が如何なる権利利益を保護しているのかという趣旨の議論と、未成年者拐取罪の構成要件要素として重大な意義を持つ略取誘拐という要件の議論とが、潜在的にはあれ確実に連動していた。しかし、現行刑法が成年者も保護客体として捉えた際、異なる客体を対象とする条文を織り交ぜる形で刑法225条が制定され、刑法224条と他の条文との区別にかかる意識が生じにくい条文の構造が編み出されてしまった。この中で、学説上の議論は、略取誘拐という要件について拐取罪全体を通して確定する傍ら、未成年者拐取罪の趣旨にかかる理念的な議論を展開していくこととなり、趣旨と要件とが切断された現在の議論状況が形成されてきたという一つの流れが推察される。そして現に、現在の日本法学説を見ると、保護法益として「自由や安全」を摘示し、更に行為態様を「人を現在の生活環境から離脱させ、自己又は第三者の実力支配下に移すこと」等と定式化する多くの見解に共通して看取されるのは、自覚的であれ無自覚的であれ、刑法224条にとどまらず刑法第33章に規定された略取誘拐の罪全体に共通する保護法益として「自由」や「自由や安全」を摘示し、また行為態様を摘示しようとしているということである¹⁷⁶⁾。

176) 略取誘拐罪一般として議論の整理を行っていると思われるものとして、例えば山中・前掲注48)55頁以下、曾根・前掲注48)72頁以下、木村亀二・前掲注48)83頁以下、大谷・前掲注48)62頁以下。また山口・前掲注48)90

かかる見地からすれば、刑法 225 条以下の議論は格別、少なくとも刑法 224 条については他の条文と切り離して、趣旨を考察し要件へと反映させるといふ思考枠組をとることが求められると言えよう。趣旨と切断して確定された要件解釈については、刑法改正仮案等においても妥当性が問題視されていたのであり、再考の余地があると言える。

(2) 趣旨にかかる問題：保護法益論

もともと、行為態様との連動を意識すべきであるにしても、本罪の趣旨自体についても、以下の三点において問題が存在していたように思われる。

第一は、父母後見人等の権利の保護と捉える見解について、かかる権利の内実が明らかではない。それは監督権等と語られることも多かったが、如何なる内容の権利が何故保護されるのかについて明示的に議論がなされてこなかったように思われるのである。そして、Ⅱでみたように同様の問題は未成年者の「自由」等と解釈する見解にも妥当する。かかる点が明確化されなければ、それによる構成要件解釈も明らかにならない。

第二は、未成年者の「自由」等と捉える見解について、旧刑法下においては少数であったのに対して、要件と切断され観念的に展開されるに至った現行刑法下においては徐々に支持を増している。旧刑法下においては、監督権等の侵害を捉える見解が多数ある中で、監督者のない幼者の自由等の保護のために、保護法益としてはいわば補充的に主張され始めた未成年者の「自由」であったが、現行刑法下においては他罪と共通して未成年者の「身體の地位を保持するの自由」等を保護法益として捉える見解へと発展し、現在に至っている。前述のように、未成年者拐取罪の趣旨を一旦刑法 225 条以下と切断し、むしろ刑法 224 条の構成要件解釈と連動させるべきであるという点に鑑みれば、「自由」という文言からも一旦は解放され、その内実が議論されるべきであるように思われる。

第三に、両者の見解について、父母後見人等の権利の保護と捉えるか未成年者の自由等の保護と捉えるかについて、現在では二項対立的な議論がなされることが多いが、必ずしも沿革上常にそのように考えられてきた訳ではないということである。すなわち、「自己を自己の監護者の監護の下に置く」と云ふ意思実行の自由（行為の自由）や幼者の保護教育される権利という形で子供の側から捉える見解の存在や、「監督権者の監督関係より離脱せしめ以て未成年者に對する監督権を侵害し牽いて未成年者の真正なる利益を危うする」罪であると捉える見解の存在に見られるように、父母後見人等の権利の保護と未成年者の保護は必ずしも対立するものとして理解されてきた訳ではないということが指摘できよう。

(3) 構成要件にかかる議論

構成要件、特に行為態様についても内面的な問題意識が旧刑法から存在していた。すなわち、父母後見人等の権利が侵害されたり、子が一定の状態を離脱したりしたとしても、略取誘拐が成立しない場合があるのではないかという問題意識である。そこにおいては、幼者の「真の承諾」があった事例や、なされた行為が「勧誘」に過ぎない事例等において可罰性は認められないのではないかという議論が展開されている。

また、主体要件については、人身売買・虐待にかかるような悪質な事例については親も主体になりうるのではないかということ、客体要件については、法律上知能が不十分のものとして取り扱われているという点を理由に二十歳で刑法 224 条と 225 条とが区別されているが、それで適切であるのかということ等といった問題意識が展開されていたことは参考に値する。

頁も、「行動の自由及び被拐取者の安全を保護法益としつつ、両者についての法益侵害性を総合的に評価して、当罰の程度に至っていると解されるいくつかの類型的略取・誘拐行為に限って、処罰の対象とするものと解される」としている。

IV. 検討の前提2 —— ドイツ刑法 235条を巡る議論

1 はじめに

それでは、次にドイツ刑法における議論状況につき紹介を行いたい。

II 3での指摘に加えて、IIIで考察したようにドイツ刑法が日本の学説において度々参照されていたことから、日本刑法224条等に相当するドイツ刑法の条文の理解が必要であることは更に裏付けられた。そして、ドイツ刑法の条文を見ると、日本刑法224条に相当する条文はドイツ刑法235条であると言えることができる。

もっとも、ドイツ刑法の前提とする家族法・家族観が日本のそれらとは異なりうることから、最初にドイツ家族法のうち関連する規定等に関する知見につき紹介を行った上で、ドイツ刑法235条をはじめとする議論の紹介に移りたい¹⁷⁷⁾。

2 前提知識：ドイツ「親権」¹⁷⁸⁾ 法概略

ドイツ民法典(BGB)において、「親権法」に対応する規定は、第4編「家族法」第2章「親族」第5節「親の配慮」に置かれている(ド

イツ民法1626条～1698b条¹⁷⁹⁾ため、この中で¹⁸⁰⁾特に関連すると思われる部分につき、その概略の紹介を行う。

(1) 親の配慮(Sorge)について

a 「親の配慮」概念

(a) 歴史

1896年に成立したドイツ民法典においては、支配権的性格を有するローマ法における「父権」に由来する「親の権利、力(elterliche Gewalt)」という言葉が用いられてきたが、1970年代初頭の西ドイツにおける新児童保護運動を受けて、1979年改正(「親の配慮の新たな規制に関する法律」1979.7.18)により「親の配慮(eleterliche Sorge)」という言葉が用いられるようになったとされる。すなわち、この言葉の置き換えによって、親権制度が親の支配権的色彩を取り去り、子の福祉を指導理念とする、自立した個人へと子の保護と補助のための制度へと転換したとされている¹⁸¹⁾。

(b) 性格

「配慮」(Sorge)は、ナチス時代の国家による家族介入と集団教育への反省から、「親の自然の権利」とされ、基本権として位置付けられている(基本法6条2項)が、連邦憲法裁判所によれば、これは権利と義務とが最初から不可分に結びついたものであり、国家に対する関係では自由権であるが、あくまでも「子の福祉」のために保障されているので

177) ドイツ家族法については日本語での紹介文献が多数存在するため、それらの先行研究に依拠して説明を行うが、ドイツ刑法235条については紹介文献がほとんど存在しないため、ドイツ語文献・立法資料等を適宜参照しながら紹介を行う。

178) 後述するようにドイツでは「親権」ではなく「配慮」という概念を用いた規律が採用されているものの、「親権法」という言葉を用いた紹介が行われることもあるようである。例えば、岩志和一郎「ドイツの親権法」民商136巻4-5号497頁(2006)。

179) 以下2の紹介において、特段の指定がない限り、条文番号はドイツ民法の条文番号を指す。

180) そのため、第4編第2章第6節「補佐」(Beistandschaft)(婚姻していない母から生まれた子の父性確認等のために少年局が支援を行う(1712条))や、第4編第3章「後見、法的世話、保護」(未成年者や心身に障害を有する成年者等、他者による支援を必要とする者に対して法律上の支援者を付与するための制度)等についての紹介は省略する。なお、以上の説明及び訳語につき、ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(三)」民商144巻1号123頁、165頁以下(2011)、同「親としての配慮・補佐・後見(四)」民商145巻1号85頁、85-88頁(2012)。

181) 以上、大村敦志ほか編著『比較家族法研究——離婚・親子・親権を中心に』423頁、424頁〔西希代子〕(商事法務、2012)。沿革については岩志・前掲注178)497-503頁。

なお、配慮の共同性を明確にするために、そして親の配慮には権利よりも義務が多く結びついていることを明示するために、1997年に「父と母は……権利を有し、義務を負う」という規定は「両親は……義務を負い、権利を有する」と変更されたとされる。岩志・前掲注178)503頁。

あり、他の自由権とは異なり受託的権利ないし受託者の自由であるとされている¹⁸²⁾。

(c) 内容

親の配慮は、身上配慮（身上監護、*Personensorge*）及び財産配慮（財産管理、*Vermögenssorge*）により構成される（1626条1項）が、本稿の問題関心との関係上、ここでは前者に限って紹介する。

身上配慮は、子の成長の助成と、自己責任と社会生活を送る能力を備えた人格に向けた教育のための、事実的ならびに法的行為の全てを指し¹⁸³⁾、子の身上に関するあらゆる事項を包含する¹⁸⁴⁾。そして、「特に¹⁸⁵⁾、子を

保護し、教育し、監督し、その居所を指定¹⁸⁶⁾する権利及び義務を含む」（1631条1項）とされているため、身上配慮権者は、これらの権利義務¹⁸⁷⁾として、衣食等の世話のみならず身体・精神・道徳・知能等の様々な面の世話¹⁸⁸⁾や、子が遭遇する、又は子自身が引き起こす危険からの子供の保護を行うことができる¹⁸⁹⁾。

b 「親の配慮」の帰属と行使

(a) 配慮権者

配慮権の帰属については、西・前掲注181)431頁の表を参考に¹⁹⁰⁾図示すると、以下ようになる¹⁹¹⁾。

図表

父母の関係		配慮権の帰属
①婚姻中（③を除く）		共同配慮（1626条1項）
②婚姻関係にな い場合	父母による共同配慮表明	共同配慮（1626a条1項）
	（子の出生後の）父母の婚姻	
	家庭裁判所による付与	
	上記以外	原則母の単独配慮（1626a条3項）（cf. 1671条2項）
③継続的別居 or 離婚後	配慮権委譲申立	母又は父の単独配慮（1671条1項）
	上記以外	共同配慮（1626条1項）

182) 西・前掲注181)425頁、426頁。

183) 岩志・前掲注178)513頁。

184) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見（一）」民商142巻6号633頁、664頁（2011）。

185) 他にも身上配慮は及ぶ（例えば代理（1629条1項）、交流決定権（1632条3項）等）。

186) 後述する1632条1項に規定する引渡請求権の根拠になる。

187) なお、監督義務につき、「父母の影響力は子が自己責任を備えるにつれて後退する。子の発育を促すには、新たな世界を発見し、危険に慣れる、一定の自由な枠を子に与えることも必要である。この自由な枠が子には教育的な手段であることを父母は常に考慮していなければならない。」とされている。ドイツ家族法研究会・前掲注184)665頁。

188) 懲戒行為は、かつては教育権の一内容として承認されていたが、2000年の「教育からの暴力の排除と子の扶養法の改正に関する法律」により、子供の「暴力によらず教育される権利」が認められ、「体罰、精神的侵害及びその他の尊厳を害する措置は許されない」とされている（1631条2項）。参照、岩志和一郎「暴力によらずに教育される子の権利——ドイツ民法のアピール——」早稲田法学80巻3号1頁（2005）。

189) 西・前掲注181)427頁。

190) 同文献の図は、現1671条1項3号に相当する内容を含まず、1672条を含んでいるが、現在では、連邦憲法裁判所の違憲判決（BVerfGE 127, 132 v. 21.7.2010）等に由来する2013年4月16日法による変更により、1626a、1671条の規定は変更され、1672条は削除されている。

191) 配慮権の委譲申立てとは、両親のいずれかの申立により配慮権の全部又は一部の委譲を申し立てることであり、それが認められるのは「（14歳以上の子が反対しておらず）他方の親が同意したとき」又は「共同配慮の取りやめ及び申立人への委譲が、子の最善の福祉に最も適合すると予想されるとき」に限られる（1671条1項）。なお、②で母が単独配慮をしている場合にも、申立により一定の場合に父に配慮権が付与されることがある（1671条2項）。

(b) 共同配慮権者間の調整

両親は、「自己の責任と双方の合意により、子の福祉のために行使しなければなら」ず、意見が異なる場合には一致するよう努めなければならない(1627条)。そして、子にとって重要な配慮事項(後述の(c)参照)について意見が一致しないときは、家庭裁判所に申し立てることで、一方に決定を委ねさせることができる(1628条)。

(c) 別居中の行使に関する規定

(b)に記した1627条は別居中の父母にも適用されるが、子と同居している親は「日常生活の諸事務」¹⁹²⁾について単独で決定する権限を有し、普段子と同居していない親は、他方の事前同意又は裁判所の決定により、子と共に居住するときに限って、「事実上の世話に関する事務」について単独で決定する権限を有する¹⁹³⁾(1687条1項)¹⁹⁴⁾。しかしながら、「子にとって重要な意味を有する事務」¹⁹⁵⁾については、共同配慮権者の合意が必要となる(同項)。

○ 「親の配慮」の制限

子の身体的、知的若しくは精神的福祉又は財産が危険にさらされる場合において、両親が危険を回避しようとしないうとき、又は危険を回避できる状態にないときは、家庭裁判所が必要な措置をとる必要がある(1666条1項)とされ、社会福祉援助のみならず配慮権

剥奪等も行われうる(同条3項)¹⁹⁶⁾。

(2) 子の引渡し

身上配慮は、「子を違法に父母又は父母の一方に渡していない者に対し、子の引渡しを求める権利を含む」(1632条1項)¹⁹⁷⁾。もっとも、この引渡請求は、身分法上の特別なものとして位置付けられており、物権法上の返還請求権と同じように扱うことはできないとされる¹⁹⁸⁾。

請求権者は事実上の身上配慮を行っている者であり¹⁹⁹⁾、名宛人は、子を父母又は父母の一方に違法に引き渡さない者である。

まず、「引き渡さない」とは、子の居所を隠す、子をたらい回しにする等、父母が居所指定権を行使することが困難となることが必要であり、第三者が自身で判断できる子に居所や食料を与えることによりその父母に従わない機会を与える等、完全に受け身の形で対立しているだけの場合は、該当しないとされる²⁰⁰⁾。

また、居所指定権のある身上配慮者に対し子を引渡ししていないことは、その者に同順位の居所指定権がある場合又は引き渡さないことに正当な理由がある場合を除き、違法であるとされる。もっとも、引渡請求が権利濫用となる場合は違法性が否定される場合もあるし、父母間での引渡請求においては、引渡しが子の福祉に合致する場合にのみ請求が認

192) 1687条1項において「たびたび必要となり、かつ、子の発育に重大な変化をもたらしうる効果を有しないもの」と定義されており、食事、就寝時間、選択された学校における具体的活動・勉強内容、課外活動・塾等、日常の自由時間の過ごし方、友人との交流、通常の病気等の治療、日常のしつけ、小遣い、少額の贈与された金銭の管理、子が処分を許された財産の範囲での利用等が該当するとされる。西・前掲注181)434頁、435頁。

193) 主な適用事例は、面会交流の場合であり、ここでの「事実上の世話に関する事務」とは、例えば、子が何を食べるのか、何時に就寝するのか、テレビをどの程度見せるのかということであり(参照、ドイツ家族法研究会(三)・前掲注180)151頁)、「日常生活の諸事務」よりも狭い範囲の事務を指す(西・前掲注181)435頁)。

194) もっとも、いずれの権限も、子の福祉のために必要な場合は家庭裁判所によって制限・排除されうる(1687条2項)。

195) 日常生活の事務以外の事務であり、しばしば生じるものではなく、子の発育に通常は重大な影響を及ぼす、又は及ぼしうるものを指すとされる。具体例としては、日常の監護の領域における基本決定、居所の定め、氏の定め、学校教育、宗教教育、職業訓練、緊急事態を除く外科的侵襲等が挙げられる。以上、ドイツ家族法研究会(三)・前掲注180)149頁。

196) なお、少年援助法(連邦社会法典第8章、SGB VIII)も含めたドイツにおける児童保護について、岩志和一郎「子の利益保護のための親権の制限と児童福祉の連携——ドイツ法を参考として」法時83巻12号18頁(2011)。

197) 当該引渡請求にかかる争訟については、家庭裁判所が決定する(同条3項)。

198) ドイツ家族法研究会「親としての配慮・補佐・後見(二)」民商143巻4=5号548頁、549頁(2011)。

199) ドイツ家族法研究会・前掲注198)549頁。

200) ドイツ家族法研究会・前掲注198)550頁。

められるとされる²⁰¹⁾。

(3) 子との交流

a 交流権・交流義務の内容

子は、父母双方と交流 (Umgang) する権利を持ち、父母は子と交流する義務を負い、権利を有している (1684 条 1 項)、父母は、子と他方との交流・関係を侵害してはならない (同条 2 項)。「親の双方との交流は、原則として子の福祉に適う」(1626 条 3 項)とされており、親子の関係の保護、親子双方の利益、ひいては父母の関係構築・維持にも資するとされている²⁰²⁾。

また、条文の文言が、かつては「直接的な交流 (persönlicher Umgang)」とされていたが、現在は「交流 (Umgang)」となっており、訪問のみならず手紙や電話等による接触も含む包括的なものとなったとされている²⁰³⁾。

b 交流権の性質

交流権については、血縁に基づく親の自然権という性質から、親の責任を果たすために保障されている権利であるという性質へとその理解が変遷したが、児童の権利条約²⁰⁴⁾が親との接触を子の権利としていることとも相まって、子自らが親と交流する権利を有するとする見解が有力に主張されるようになり、1684 条では、交流をまず子の権利と明確に位置付けている。もっとも、交流は子の権利であるものの、これは交流の直接的な請求権

が子供にあることを意味するものではない²⁰⁵⁾。

c 交流の実行

交流の方法や範囲等については、当事者の合意があればそれが優先するが、家庭裁判所で詳細を取り決めることもできる (1684 条 3 項)。

交流の実行にあたっては、親は子と親の他方との関係に影響を与えたり教育を妨げたりすることは行ってはならない (同条 2 項)。これは、善行条項 (Wohlverhaltensklausel) と呼ばれ、制裁規定は存在しないものの、義務履行を促すことはできる他 (同条 3 項)、義務違反につき親の配慮の制限 (1666 条) や交流権の排除・制限 (1684 条 4 項) の問題として処理ができるとされる²⁰⁶⁾。

3 ドイツ刑法 235 条の紹介

以上の家族法上の規定等を前提に、ドイツ刑法 235 条の紹介へと移りたい。未成年者奪取 (Entziehung Minderjähriger) について規定するドイツ刑法 235 条は、前述の通り、1998 年の第六次刑法改正によって、大幅にその規定を変容させていることから、まずは新旧ドイツ刑法 235 条の規定につき俯瞰した上で、議論状況の紹介に移りたい²⁰⁷⁾。

201) 以上、ドイツ家族法研究会・前掲注 198)550 頁, 551 頁。

202) ドイツ家族法研究会 (三)・前掲注 180)138 頁, 138-139 頁。

203) ドイツ家族法研究会 (三)・前掲注 180)140 頁。

204) 児童の権利条約は、9 条 3 項において、父母のいずれとも人的関係及び直接接触を維持する子どもの権利を尊重するよう加盟国に求めている。この点、面接・交流が親のみならず子どもの権利であることも明確にした点で意義は大きい (喜多明人ほか編『逐条解説』子どもの権利条約』93-94 頁 (日本評論社, 2009)) 一方、「尊重する」(shall respect) は、「尊重する」という抽象的な義務を謳ったに過ぎず、同項に規定された権利が完全に行使される保障をまで求める趣旨ではないと解される」とされる (波多野里望『逐条解説 児童の権利条約 [改訂版]』61 頁 (有斐閣, 2005))。

205) 以上、岩志・前掲注 178)522 頁。この明確な位置付けが、交流の原則的肯定の根拠や、子の権利の積極的実現のためのシステム確保の要請を基礎付けているとする。

206) 岩志・前掲注 178)524 頁。

207) ここでの議論に用いるドイツ語文献等について、ここでまとめて紹介を行っておく。

まず、一般公開されている立法理由書 (BT-Drucks, 以下 BT-Drs.) として、第六次刑法改正にかかる部分につき BT-Drs.13/8587。

また、第六次刑法改正にかかる注釈書につき Friedrich Dencker/ Eberhard Struensee/ Ursula Nelles/ Ulrich Stein., EINFÜHRUNG IN DAS 6. STRAFRECHTSREFORMGESETZ 1998, S. 63 Rn. 32 (Nelles) (以下 Nelles)。

次に、コンメンタールとして、

Laufhütte/ Saan/ Tiedemann, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12., neu bearbeitete Aufl., Siebenter Band, 2. Teilband, 2015 (§ 235 につき Christoph Krehl, 以下 LK-Krehl)

(1) 新旧ドイツ刑法 235 条の規定

1998 年改正前条文は以下の通りである²⁰⁸⁾。

「第 235 条

①偽計、脅迫又は暴力によって、父母、後見人又は保佐人の手から 18 歳未満の者を奪った者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。

②特に重い事態においては、その刑は 6 月以上 10 年以下の自由刑とする。行為者が利欲心から行為したときは、原則として、特に重い事態が存する。」

これに対して、現在の条文は以下の通りである²⁰⁹⁾。

「第 235 条

①以下の者は 5 年以下の自由刑又は罰金刑に処す。

1 18 歳未満の者を、暴行、重大な害悪を加える旨の脅迫、若しくは偽計 (List) によって、又は

2 子供 (Kind) の親族以外の者で、子供を両親、親の片方、後見人、又は保佐人 (Pfleger) から奪取する者、又は両親、親の片方、後見人、又は保佐人に渡さない者

②以下の者も前項同様に処す。すなわち、

1 子供を、両親、親の片方、後見人、又は保佐人から、外国へ運び去る目的で、奪取する者

2 子供が国外に連れ出され若しくは外国に赴いた後に、両親、親の片方、後見人、又は保佐人に、子供を外国にて引き渡さない者

③1 項 2 号と 2 項 1 号の場合は未遂も可罰的である。

④以下の場合、1 年以上 10 年以下の自由刑に処す。

1 行為者が、被害者に対し、当該行為により、死の危険、重大な健康被害の危険、又

は身体的若しくは精神的発育に対する著しい損害の危険を与える場合

2 有償で、又は自己若しくは第三者の営利を目的として行為をなす場合

⑤行為者が、行為により被害者の死を引き起こした場合、3 年以上の自由刑に処す。

⑥4 項のうちそれほど重くない事案では 6 月以上 5 年以下の自由刑を科し、5 項のそれほど重くない事案では 1 年以上 10 年以下の自由刑を科す。

⑦1 項から 3 項にかかる事案において未成年者奪取罪は、刑事訴追機関が刑事訴追に関する特別の公共の利益のために職権による訴追が必要であると評価しない限り、告訴によってのみ訴追される。」

(2) 沿革との「ズレ」

a 「実力支配」「個所の移動」の存在箇所
(a) ドイツ刑法 235 条での不存在

新旧ドイツ刑法 235 条の条文を見ると、これは明らかに現在の日本刑法 224 条に相当する規定である。すなわち、成立範囲に争いはあるものの、第三者によって父母等の下から子が連れ去られた場合という典型的な「略取誘拐」事例について、特段の目的要件を課すことなく可罰性を認めるという意味において、両条文は共通しており、日本刑法 224 条の考察にあたっては、ドイツ刑法 235 条の参照が求められるとすることができる。

しかしながら、後述するドイツ刑法 235 条の議論を見ると、日本刑法 224 条の議論状況とは大きく異なっている。それは現在の日本刑法 224 条の議論と異なるというにとどまらず、ドイツ刑法の判例学説を参照していたと思われる旧刑法・現行刑法下の学説とも異なるのである。例えば略取誘拐の定義について、岡田朝太郎は、ドイツの議論を援用することを明示して「被害者の現在する個所より

Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans-Ullrich Paeffgen, Nomoskommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 3. Band., 2013 (§ 235 につき Sonnen, 以下 NK-Sonnen)

Albin Eser, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29., neu bearbeitete Aufl., 2014 (§ 235 につき Eser/Eisele, 以下 Schönke/Schröder- Eser/Eisele)

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 62. Aufl., 2015 (以下 Fischer)。

また、旧法下の論文として、Geppert, a.a.O.(Anm.1)。

208) 法務資料 439 号 162 頁参照。

209) 法務資料 461 号 146-147 頁参照。もっとも法務資料から適宜訳を変更した点もある。

他の個所に伴行する行為」としていた²¹⁰⁾し、大場茂馬も、ドイツの見解を引用しながら「實力上の支配を獲得する」としていた²¹¹⁾。これに対して、ドイツ刑法 235 条の要件たる「奪取」(Entziehen)については、後述するように、一般的には、確実な持続をもってなされる配慮権者からの空間的分離と定義されており、「実力支配」や「個所の移動」等といった概念は使われていないのである。

そこで今一度戦前までの学説の議論を見返すと、岡田朝太郎は略取誘拐の定義において Entführen という単語を引用し、勝本勘三郎は罪質の説明の中で Menschenraub という単語を用いていた²¹²⁾。すなわち、ここでは Entziehen という単語が用いられていない。

そして重要なことは、これらの単語は現在ドイツ刑法の条文においては別の条文に発見されるということである。例えば、Menschenraub は「人の強取」として、遺棄したり軍事関連の用務につかせたりする目的で「捕らえる」(bemächtigen) 行為についてドイツ刑法 234 条に定められている²¹³⁾し、「誘拐する」という訳語が当てられる Entführen は、「恐喝利用のための人身強取」として、恐喝利用目的で人を「誘拐」したり(entführen)「捕らえ」たり(bemächtigen)する行為の処罰を定めるドイツ刑法 239a 条²¹⁴⁾の中に、規定されている。

(b) 他の条文との接近——ドイツ刑法 235 条との乖離

そこで、ドイツ刑法 234 条と 239a 条の議論を見ると、以下のような議論が看取される。すなわち、ドイツ刑法 234 条の保護法益は「個人的自由、つまり自己決定能力を物理

的障害なく通用させられる状態」であり、「捕らえる」(bemächtigen)とは、「物理的支配(physische Herrschaft)を獲得する(erlangen)」こととされていること²¹⁵⁾、ドイツ刑法 239a 条の保護法益は、「第三者の憂慮や財産に加えて」「誘拐された者の自由及び精神的身体的完全性」であり、「誘拐する」(entführen)とは、「行為者の自由な影響にさらされる他の場所(Ort)へ運び去ること(Verbringen)」とされていること²¹⁶⁾が見て取れるのである。

一見して明らかなように、これは日本における議論と近接する。ドイツ刑法 239 条の保護法益の議論はまさに日本法学説にいう「被拐取者の自由や安全」に極めて類似するし、ドイツ刑法 234 条の行為態様は現行刑法下の日本学説にいう「実力支配の獲得」に類似し、ドイツ刑法 239a 条の行為態様は岡田朝太郎のいう「個所の移動」に他ならない。

しかし重要なことは、これらの議論は現在のドイツ刑法 235 条には通用していないということ、そして日本刑法 224 条と類比されるべきはドイツ刑法 235 条であるということである。ここで、従前のドイツ刑法の参照が適切であったのか、或いは従前の参照を現在まで継続することが適切であるのか、という疑義が生じる。

b かつての学説において参照されたドイツ刑法議論の探究

それでは、ドイツ刑法を明示的に参照していた岡田朝太郎や大場茂馬は如何なる議論を参照していたのだろうか。岡田朝太郎については明示的ではないものの、両者とも Reinhard Frank や Franz von Liszt の見解を大い

210) III 2(2) a(c)参照。

211) III 3(3) a(b)参照。

212) 勝本・前掲注 103)201 頁。

213) ドイツ刑法 234 条 1 項「無援状態において人を遺棄するため、又は、外国における軍事施設若しくは軍事類似設備で用務につかせるために、暴行を用い、重大な害悪を加える旨の脅迫により又は策略により、人を捕らえた者は、1 年以上 10 年以下の自由刑に処する。」(法務資料前掲注 209)を参考に一部変更)。

214) ドイツ刑法 239a 条 1 項「自己の安否をめぐる被害者の憂慮若しくは被害者の安否をめぐる第三者の憂慮を恐喝に利用するために、人を誘拐し若しくは捕らえた者、又はこれらの行為により行為者が生じさせた人の状態をかかす恐喝に利用した者は、5 年以上の自由刑に処する。」(法務資料前掲注 209)を参考に一部変更)。

215) 例えば Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 234 Rn. 2-3.

216) 例えば Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 239a Rn. 2,4, Schönke/Schröder-Eser/Eisele, Rn. 2,6.

に参照していると思われる²¹⁷⁾。

そこで、19世紀末・20世紀初めの彼等の教科書²¹⁸⁾を紐解くと、以下の議論がなされていることがわかる。

まず、前提として、当時の刑法は、234条にて遺棄したり奴隷にしたり軍事関連の用務につかせたりする目的で捕らえる (bemächtigen) 行為につき定め、235条にて (現行ドイツ刑法 235条同様の) 未成年者を奪取する (entziehen) 行為につき定めており、それとは別個に 236, 237条にて猥褻又は婚姻目的での婦女の誘拐 (entführen) が定められていた。そして、「誘拐罪」については、236条は偽計・脅迫・暴行により婦女を誘拐する行為を定めるのに対して、237条は未成年者且つ未婚の婦女をその承諾を得ながらも両親、後见人又は養育人の承諾なくして誘拐する行為を定めていた。

そして、Lisztは、234, 235条を広義の「人の強取」(Menschenraub)に含め、前者を狭義の「人の強取」、後者を「幼者の強取」(Kinderraub)と呼称し、236, 237条の「誘拐罪」(Entführung)とは章を分けて整理している²¹⁹⁾。しかし、その上で、「人の強取」については、234, 235条を区分することなく「人に対して直接に身体的支配を得ること」と定義する²²⁰⁾一方、236, 237条について

も「直接的身体的支配の獲得」と定義しており²²¹⁾、特に未成年者の未婚の婦女を誘拐する場合を定めた237条については「両親又は後见人の支配関係及び保護関係を破る全ての手段が誘拐に包含される」²²²⁾としているのである²²³⁾。

Frankも、逐条解説の中で、234条について「捕らえること」(Bemächtigung)とは人に対する物理的支配の獲得であること²²⁴⁾、235条について「奪取する」(Entziehen)とは「父母又は後见人の力関係ないし保護関係の事実上の解消、及び他の同様の (力関係/保護関係の) 事実上の創設」であること²²⁵⁾、誘拐罪についても異なる場所へ移動させるだけでなく「事実上の支配関係の創設」が行われる必要があること²²⁶⁾を述べている。

c 沿革上推察される事実

19世紀ドイツ法学説全体を考察することができた訳ではないという留保は必要であるものの、少なくとも日本法学説が多く参照していたと思われる点を参照すれば、以下のことが推察される。すなわち、日本法学説が参照したと思われる19世紀ドイツ法学説においては、「人の強取」と「誘拐罪」とが分けて規定されていたにもかかわらず、そして悪質な目的の限定の有無という差異が存在したにもかかわらず、悪質な目的の強取 (Men-

217) 大場は略取誘拐罪にかかる叙述の中でも、明示的に「フランク氏」「フォン・リスト氏」として引用を行っている (大場・前掲注 163)211頁等や翌年以降 (4版以降) の同著書の同箇所につき参照)。岡田朝太郎は明示的でないが、第三編第一章「第十節 幼者を略取誘拐する罪」の直前の「第九節 幼者又は老疾者を遺棄する罪」において Frank の記述を引用したと思われる箇所が存在する (参照、岡田朝太郎『刑法各論講義 完』66丁 (講義録であり年数等不明))。

218) Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetze, 2., neu bearbeitete Aufl., 1901 (以下 Frank), Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, achte durchgearbeitete Aufl., 1897 (以下 Liszt)。

219) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101, 103.

220) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101 I (S. 375).

221) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 103 II (S. 384).

222) Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 103 III 2 (S. 386).

223) また一点注目されるべき事実として、Lisztは刑法 235条について、両親や後见人も、(客体に対する) 監督権 (die Aufsicht) が剥奪された場合や単独帰属しない場合には、刑法 235条の行為主体になりうるとしている (Liszt, a.a.O.(Anm.218), § 101 III (S. 376))。前述したように、身上配慮の中身の一つとして「監督権」(das Recht zu beaufsichtigen) がドイツ民法 1631条に規定されていること、かかる規定が1900年頃より存在していることからすれば、推察の域を出ないが、このドイツ法の理解が日本刑法学説上しばしば見られた「監督権」なる言葉遣いに影響を与えているのではないかと、とも考えられる。

224) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 234 I 1 (S. 290).

225) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 235 III (S. 291).

226) Frank, a.a.O.(Anm.218), § 236 II (S. 291-292).

schenraub), 単純な未成年者の奪取 (Entziehen), 更に婦女の誘拐 (Entführen) といったもの全てを通じて, 支配の獲得・支配関係の創設という概念により比較的統一的に行為態様が捉えられていることがわかる。そして, II IIIでの議論を参照すれば, これは現行刑法制定後の日本刑法 224 条以下の議論状況に極めて類似していると言えよう。

しかしながら, 重要であるのは, 現在のドイツ学説はそのようには理解していないということである。ドイツにおいては, 少なくとも人の強取にかかるドイツ刑法 234 条や, 恐喝目的の誘拐にかかるドイツ刑法 239a 条の法益・文言解釈と, 未成年者奪取にかかるドイツ刑法 235 条のそれらとは大幅に乖離しているのである。ここに, 沿革との「ズレ」, そしてドイツ法学説と日本法学説の「ズレ」の要因が看取される。

(3) 拐取罪一般にかかる議論

それでは, ドイツ刑法 235 条を巡っては如何なる議論が展開されているのだろうか。まずは拐取罪一般にかかる議論について整理を行い, その後に第六次刑法改正において挿入された「家族間における子の奪い合い」への適用に関する議論について紹介を行いたい。

a 保護法益論

(a) 総論

これまで判例上, 刑法 235 条の保護法益は, 子供に対する親の又はその他親族法上の配慮権 (Sorgerecht) であるとされ²²⁷⁾, 当該規定は間接的に (mittelbar) のみ子供の利益に資するとされており²²⁸⁾, 配慮権の刑法上の保護の反射 (Reflex) としてのみ問題となっていた²²⁹⁾。

しかしながら, 第六次刑法改正において 4

項が挿入されたことと相まって, 奪取された者も直接的に (unmittelbar) 保護されていると解されるようになり²³⁰⁾, 未成年者自身の身体的精神的完全性 (körperliche und seelische Integrität) も保護法益に含まれると解されているに至っている²³¹⁾。もっとも, こうした未成年者の権利は, 未成年者の養育権を映す配慮権の刑法上の補強を通じて十分に保護されるのであって, 法益保護の観点からすれば, 一つの同じ法的考え (Rechtsgedanken) の二つの異なった側面に過ぎないとする見解もある²³²⁾。

(b) 各論①: 配慮権

ここでの配慮権は, 民法 1631 条以下にいう配慮権であり, 未成年者を世話・養育・監督し, 居住地を決定する権利を含むものであるが, ここで保護されているのは, 法的地位としての人的配慮権であり, 犯行時にその権限を自分で又はその他の者を通じて主張していたかどうかは問題とならないとする見解が主張されている²³³⁾。

なお, 共犯関係について興味深い議論が展開されていることを一点付言しておく。すなわち, 学説の中には, 未成年者は行為者にも幫助者にもなり得ないとするものがあり, その理由としては, 刑法 235 条は未成年者の保護に直接資するが, 当該規定は未成年者自身に対する配慮権について未成年者側からの侵害からは保護していないという点が挙げられている²³⁴⁾。これによれば, この「自己の奪取」については, 正犯行為が欠如しているために, それを教唆したり援助したりしても不可罰であるが, その一方で, 未成年者の側ではただ幫助だけするような可罰的な未成年者奪取の正犯行為との区別については問題とな

227) BGHSt 1,364, BGHSt 10,376, BGHSt 39,239, BGHSt 44,355.

228) BGHSt 39,239. Geppert は, 旧法下での論文であるが, 刑法 235 条を自由に対する罪 (Freiheitsdelikt) と解する理解を「定評通り誤った体系的な位置付け」(anerkanntermaßen verfehlten systematischen Standorts) とまで言う (Geppert, a.a.O.(Anm.1), S. 771)。

229) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 32

230) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

231) NK-Sonnen, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 3, Schönke/Schröder-Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 1, Fischer, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 2, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 35ff. 等参照。

232) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 37.

233) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 2, 6.

234) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 113.

りうるとされている²³⁵⁾。

(c) 各論②：子との交流権

また、第六次刑法改正の立法理由書においても指摘されているように、子との交流権も保護法益に含まれ、行為の相手方が配慮権を有していなくとも、民法 1634 条に基づき直接交流権を有する場合には、刑法 235 条が適用されうる²³⁶⁾。

これは、配慮権を有する親であっても、配慮権は有しないが子との交流権を有するもう片方の親に対して、本罪を行うことが可能であるということの意味し、判例上も肯定されている²³⁷⁾。そして、これは以下の理由に基づく²³⁸⁾。すなわち、交流権は、配慮権を有しない片方の親が実際に会ったり相互に話し合ったりすることを通じて、子供の身体的精神的健康状態とその発育について持続して確信を抱き、子との親戚関係を維持すること等に資する。これにより、もう片方の親と子との間が疎遠になることが防がれるのみならず²³⁹⁾、もう片方の親は「予備の片方の親」(Reserveelternteil)であって、一定の場合に²⁴⁰⁾ 配慮権者たる地位に再びつきうる者であるのだから、交流権は子供の順調な発育に資するのである。

b 構成要件要素：奪取

それでは、かかる保護法益論を前提に、構

成要件要素についてはどのような議論が展開されているだろうか。現在、刑法 235 条には様々な行為類型が主体に応じて定められているが、奪取又は引き渡さないことが共通の要件となっている。

(a) 「奪取」

奪取とは、片方の親の配慮権が「一定の時間事実上無効にされたり、行使不能な程度にまで本質的に侵害されたりしている場合」に成立するとされ²⁴¹⁾、配慮権者からの空間的分離 (räumliche Trennung) が確実な持続 (gewisse Dauer) をもって行われることが必要であるとされる²⁴²⁾。もっとも、その持続が本質的な侵害にとって十分であるか否かは、その個別事情及び刑法 235 条の目的に従って決される必要があり²⁴³⁾、時間的要素のみならず、未成年者が身体的精神的に危険にさらされたか否か、侵害の強度、未成年者の年齢や保護の必要性等が考慮されるとされる²⁴⁴⁾。

保護法益が法的地位としての配慮権であるという立場からは、配慮権者が監督権を事実上実行していない場合にも成立しうることから、配慮権者の直接的支配領域を脱することは「奪取」にとって必要でない(監督権者無しで道路上にて遊んでいる子供に対しても成立する)²⁴⁵⁾。また未成年者が配慮権者によ

235) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 114.

236) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

237) BGHSt 10,376, BGHSt 44,355. なお、前者の判例や LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 4 は、配慮権から交流権が導かれるとしたり、配慮権の一部として交流権が保護されているとしたりしているが、後者の判例においては、配慮権を有しない片方の親の交流権は「今日もはや配慮権の残りの構成部分として理解される訳ではなく(しかしなお RGSt 66,254, BGHSt 10,376, 378), 基本法 6 条 2 項第 1 文を通じて保護されている自然権としての親権より導きだされるものである(参照, BVerfG, Urt. vom 29. Oktober 1998- 2 BvR 1206/98) ……」とした上で、それでもなお交流権は刑法 235 条の保護範囲に含まれるべきである旨が述べられている。なお、配慮権とは全く異なる性質であることを理由に反対する見解として、Geppert, a.a.O. (Anm.1), S. 775ff.

238) BGHSt 44,355, 358ff.

239) このように疎遠になることが防がれるべきであることは新民法 1626 条 3 項第 1 文 (子の福祉には、原則として、父母双方との交流を含む) に具体化されているとされている。

240) 民法 1678 条 2 項 (婚姻していない場合の配慮の帰属につき、配慮の事実上の障害又は停止による他の一方への変更)、1680 条 2 項及び 3 項 (単独配慮者の死亡又は配慮権者の配慮の剥奪の場合の配慮権帰属の変更)、1696 条 (子の福祉の危険の回避のための、裁判所の決定及び裁判所の承認を得た和解の変更) といった条文番号が、判決文では挙げられている。

241) BGHSt 10,376, 378.

242) Schönke/Schröder-Eser/Eisele, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 6.

243) BGHSt 10,376, 378.

244) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 53-54.

245) LK-Krehl, a.a.O. (Anm.207), § 235 Rn. 47.

り委託された者の事実上の監護下にいる場合や、既に未成年者が既に両親から奪取されている場合であっても、「間接的な」奪取が可能である²⁴⁶⁾。

なお、旧法下の見解として、子を巡る両親の争いにおいては、「奪取」を、子を人的配慮する地位を「全体として長時間違法に自己のために請求する」と制限解釈すべきであるとするものもあった²⁴⁷⁾が、現行法においては規定の文言にも目的にもそぐわないという批判が当てられている²⁴⁸⁾。

(b) 「引き渡さないこと」

また、「引き渡さないこと」は、民法 1632 条 1 項の「引き渡さないこと」に相当するとされている。すなわち、滞在地を隠したり、他の場所へ宿泊させたり、引渡しの求めに応じないよう子供に干渉したりすることで、引渡しを困難にするような場合に成立するのであって、付随的だがしかし引渡しの要求に対して消極的に振る舞うことによって、子供が配慮権者に従わない前提を作っただけの場合には成立しないとされるのである²⁴⁹⁾。

c 阻却事由：同意

なお阻却事由の一つに、保護法益論と関係すると思われる同意の問題が存在するため、この点についても付言する²⁵⁰⁾。

(a) 配慮権者による同意

配慮権者による同意 (Einverständnis) がなされた場合、もはや配慮権者の意思に反し

た奪取・引き渡さないことが存在しない以上、構成要件不該当となる²⁵¹⁾。もっとも、暴行・重大な害悪を加える旨の脅迫・偽計により惹起された同意は無効であるし、行為者の追求する目的について欺かれた場合についても無効である²⁵²⁾。

なお、同意が公序違反であったか否かは同意の有効性において顧慮されないとする見解が存在している。すなわち、刑法 235 条は、法律上の配慮権の侵害から保護しようとしているのであって、配慮権者による配慮権のありうる濫用から未成年者を保護しようとしているのではなく、そのような場合は少年の保護に資する規定や一般規定による処罰があり得たとしても、刑法 235 条では処罰され得ないという見解である²⁵³⁾。

(b) 未成年者の承諾

未成年者の承諾があったかどうかということは重要ではなく、原則として行為を正当化することはないとされている²⁵⁴⁾。第六次刑法改正にて未成年者の権利も保護されているものの、未成年者が固有の決定権限を有する訳ではなく、自分勝手な決定によって配慮権を取り除く権限も有しないからであるとされる²⁵⁵⁾。

(4) 「家族間における子の奪い合い」への適用に関する議論

それでは、以上の未成年者奪取罪の一般論を前提に、「家族間における子の奪い合い」

246) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 48-49.

247) Geppert, a.a.O.(Anm.1), S.783.

248) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 43.

249) BT-Drs. 13/8587 S. 38ff.

250) なお、その他にも正当防衛や正当化緊急避難、一定の場合における自救行為についても違法性阻却の可能性が認められているが、行為者にとっては誤ってなされたように思われる裁判上の配慮権に関する決定の独断的修正は正当化されない (Geppert, a.a.O.(Anm.1), S. 786ff., Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 20, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 104)。

251) Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 8, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 93.

252) NK-Sonnen, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 30, Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 8. しかしなお、同意の基礎となっている目的の変更等はそれが本質的でなるとき (例えば父親が娘と映画館へ行かなくてはならなかったが、そのかわりにダンスの催し物に連れて行った場合) には、有効性に影響を与えないとされる (LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 95)。

253) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 96ff.

254) Schönke/Schröder- Eser/Eisele, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn .8, LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 101. もっとも、未成年者が錯誤なく自由意思で行為者についていった場合には、行為者により配慮権者等に対して 1 項 1 号に掲げる所為が用いられた場合にのみ可罰的になるという見解もある (LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 100)。

255) LK-Krehl, a.a.O.(Anm.207), § 235 Rn. 101. 民法 1626 条以下に鑑みても明らかであるとされる。

に対する適用について、如何なる議論を経て新ドイツ刑法 235 条の条文に至ったのかにつき紹介を行いたい。

a 規定の変遷

(1)で紹介を行った旧法と現行法の条文の相違からすれば、「家族間における子の奪い合い」という側面において²⁵⁶⁾、新法には、行為主体が子供の親族である場合とそうでない場合について、以下の二点において可罰的範囲に差異が存在するという特徴が存在することがわかる。一つは、後者の場合は子供を奪取し又は引き渡さなければ常に罪責を問われる（構成要件的行為の限定が少ない）のに対して、前者の場合は 1 項 1 号に掲げられた所為でなされた場合又は 2 項に掲げられた外国関連の場合以外には罪責を問われないということであり、もう一つは、後者の場合は未遂が常に可罰的であるのに対して、前者の場合は外国へ運び去る目的の奪取の場合にのみ可罰的であるということである。

b 改正理由

(a) 改正の必要性

そこで、かかる点に関する改正理由を探るべく立法理由書²⁵⁷⁾を紐解くと、客観的構成要件、特に「暴行、脅迫、又は偽計」という限定、及び未遂処罰規定の不存在により、可罰性の間隙等が生じていないか、という問題設定の下で議論が行われている。

すなわち、立法理由書は、現在、未成年者奪取罪の保護法益は、両親の又は他の家族法上の配慮 (Sorge) であり、刑法 235 条は間接的にのみ子供の利益に資するとされているとした上で、例えば以下のような場合につき可罰性の間隙が存在するとする。

まず、乳母車に置かれた乳児を暴行、脅迫、偽計を用いることなく「窃盗」(Diebstahl) したり²⁵⁸⁾、スーツケースに乳児を入れて守

衛の目をかいくぐって寄宿舎から誘拐したりするような場合、未成年者奪取罪は成立しないし、幼児は移転につき対立する個々の意思を作ったり示したりすることはできないため、(ドイツにおける) 支配的見解によれば監禁罪 (刑法 239 条) に対する処罰も問題にならない。次に、行為者が子供と外国旅行に出た上で、行為者がその後子供を引き渡し戻さないことを初めて決心したような場合について、処罰されないため、行為者は刑事訴追を恐れる必要がなく国内に帰って来ることができてしまう。更に加えて、未遂処罰規定が存在しないため、乳母車の窃盗未遂は可罰的だが、乳母車に置かれた乳児の奪取未遂は可罰的でない、という耐え難い評価矛盾 (Wertungswiderspruch) を導いてしまう。

以上の問題状況に対して、構成要件を拡張することは、これまでも試みられてきたことであるし、他国においても刑法 235 条による場合よりも広く刑法上の保護を与えているのであるから、規定を拡張することが適切である。しかしながら、ただ拡張するだけでは、離婚ないし別居して暮らしている両親の争いにおける子供の奪取に関する事例につき、より大きな範囲で刑罰規定により把握されることとなり、その場合、家族間紛争が刑法上の方法により強く解決され、離婚手続や配慮権に関する手続が刑事手続へと置き換えられてしまうという危険が存在する²⁵⁹⁾。

そこで、父母又はその他親族 (ドイツ刑法 11 条 1 項 1 号) による所為については、刑法 235 条の変更を限定的なものにとどめたとされている。

(b) 改正の必要性に対応する個別規定

立法理由書²⁶⁰⁾によれば、4 項第 2 文 1 号が若者の順調な身体的精神的発育を目指していることから明らかなように、本改正は、刑

256) なお、刑が加重される場合が拡大しその法定刑が重くなったこと、旧法において絶対的親告罪とされていた (旧刑法 238 条 1 項) のに対し相対的親告罪となったことも相違点である。前者については、235 条は子供や青年の保護にも資するため、加重構成要件に関する拡張が適切であるからだとされている。BT-Drs. 13/8587 S. 39.

257) BT-Drs. 13/8587 S. 23ff.

258) 乳児を乗せた乳母車をそのまま押して連れ去れば、暴行・脅迫・偽計といった構成要件的行為を行うことなく、配慮 (権) を侵害できるという趣旨であると思われる。Vgl. Nelles, a.a.O. (Anm.207), S.63 Rn. 32 (Nelles).

259) 1962 年刑法草案においても、意識的に暴行・脅迫・偽計という構成要件の行為を保持した上に、行為者の範囲を親としての配慮権を有しない者へと制限しようとさえ試みられたとされている。

260) BT-Drs. 13/8587 S. 38.

法 235 条が、配慮 (Sorge) のみならず、奪取された者をも直接的に (unmittelbar) 保護するというに基づいているとされる。

そして(a)の必要性に対応して、以下のように規定されているとされる²⁶¹⁾。

まず、親族以外の者による子供(14歳未満)の奪取については、暴行も脅迫も偽計も用いない、連れ去りそのものが処罰の対象となり(1項2号)、未遂の段階で可罰的となっている(3項)ことで、乳児や幼児の隠れた連れ去り(heimliche Wegnahme)に関する可罰性の間隙が閉じられることになる。

次に、親族による場合は、暴行・脅迫・偽計による場合(1項1号)か、外国関係の場合(2項)に限定される。前者については可罰性の拡張は意図されていない²⁶²⁾のに対して、後者については外国関係の所為に関する可罰性の間隙を閉じるために、暴行・脅迫・偽計といった限定もない上に、「引き渡さないこと」²⁶³⁾が明確に挙げられている。この可罰性の拡張が正当化されるのは、行為者が子供を外国、特に別の文化圏の国へと連れ去ったならば、親としての配慮権に関するドイツの判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況となり、近いうちに連れ戻すことが不可能ならば、人的配慮は事実上一時的のみならず終局的になくなりうるためである。

4 獲得された知見

以上のドイツ刑法 235 条を巡る議論を経て、様々な知見が獲得される。

(1) 変容したドイツ法学説——変容しなかった日本法学説

ドイツにおける未成年者奪取罪を巡る議論は、現在の日本における学説の展開と大きく乖離していた。そして現在の日本の学説と同様の議論の展開、すなわち略取誘拐全般について統一的に理解する学説の流れは、日本学説が影響を受けた 19 世紀末のドイツ学説に見受けられる。ドイツの学説は 19 世紀末か

ら 21 世紀に至るまでの間、成人も対象とされる加害・営利等の悪質な目的での強取ないし誘拐に関する議論と、特段の目的要件を付さない未成年者奪取に関する議論とを峻別するに至っていた。この学説の変容は、20 世紀初めよりいわば変化を止めてしまった日本の学説にとっても、重要なものとして受け止められるべきものであると言えよう。

(2) 未成年者拐取罪一般に関する知見——配慮権を中心に据えた要件解釈論

そして、かかる峻別を果たしたドイツ学説は、配慮権を保護法益論の中心に据えた要件解釈論を展開していた。本稿との問題意識の関係では、保護法益論が様々な要件解釈と結びついて展開されていた点が注目される。すなわち「奪取」の定義からその成立範囲を巡る議論においてまで、基軸として保護法益論が機能しているのである。

もっとも、ここでも付言されるべき点がある。一つは、配慮権を中心にしているとしても、交流権についても子供の順調な発育に資するという観点から保護法益に取り込まれていたということ、もう一つは、未成年者自身の身体的精神的完全性も直接的な保護法益として含まれるようになってはいるものの、それを一つの同じ法的考えの二つの異なった側面に過ぎないと評し、奪取の成立にあたって未成年者に対する侵害の程度を考慮したり、配慮権が未成年者側からは保護されていないとして未成年者を本罪の主体から除外したりする見解も存在したように、配慮権の保護と未成年者自身の保護とを連続的に捉える見解も存在したことである。

なお、構成要件解釈としては、親権濫用事例について他の規定による保護を図るべきであり刑法 235 条の解釈には取り込まないという見解、「引き渡さないこと」が成立するためには行為者の消極的な振る舞いでは足りず、また未成年者による自己の奪取の幫助も不可罰であるという見解の存在も注目に値する。

261) BT-Drs. 13/8587 S. 38ff.

262) 改正前においても、不真正不作為犯の規定(13条)によって、1項にいう引き渡さないことも奪取と評価されうるとされている。

263) この内実についてはIV 3(3)b参照。

(3) 家族間への適用に関する知見

また、ドイツ法は家族間への適用について立法論的解決を図っていた。

そこでは、家族間であったとしても他方配慮権者の配慮権や交流権の侵害によって本罪が成立すると判例上も立法理由書上もされているように、家族間に適用されることは当然の前提とした上で、なお親による子の奪取については、離婚手続等が刑事手続へと置き換えられてしまう危険性から、第三者による事例とは別異に解する必要性が認識されているのである。構成要件解釈の限定については解釈論上の難しさが指摘されており、ドイツにおいては、親族とそれ以外の第三者について可罰的範囲を異にする区別を置くことで、この点を立法で解決したと言えよう。

もっとも、立法的解決を図った新法においても、親族による子の奪取は、一定の行為態様による場合や外国関係の場合については当罰性を有すると考えられており、外国関係の場合については、配慮権に関する判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況にあるという点が理由として挙げられていたという点は、注目に値する。

V. 検討

1 はじめに

以上の前提知識を基に、本稿に与えられた課題、「家族間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用」について検討を加えることにしたい。

ここでは、ⅢⅣを通じて明らかになった現行日本刑法 224 条を巡る問題につき付言し、検討方針を明らかにした上で (V 2)、家族間への適用も見据えながら、本条の構成要件にかかる議論 (V 3) 及び違法性阻却事由にかかる議論 (V 4) を検討し、最後に平成 17 年決定について本稿の視点から分析を加え (V 5)、残された課題に付言する (V 6)

こととしたい。

2 検討方針——趣旨・要件解釈の切断との対峙

(1) 問題意識の深化——裏付けの獲得

ⅡⅢⅣを経て看取され、そして深化した問題意識は、以下の通りである。

すなわち、日本の学説において、旧刑法が拐取罪の客体を未成年者に限定していた時期には、未成年者拐取罪にかかる条文の趣旨にかかる議論と同罪の構成要件解釈にかかる議論とが連動していたのに対し、現行刑法が成年者も保護客体とし、刑法 224 条と他の条文との区別にかかる意識が生じにくい条文の構造を持つに至った時期においては、略取誘拐という要件について拐取罪全体を通して統一的に確定される傍ら、それでもなお拭いきれない未成年者拐取罪の趣旨にかかる理念的な議論が展開されることとなり、趣旨と要件とが切断された現在の議論状況が形成されてきた²⁶⁴⁾。その結果、「家族間における子の奪い合い」について、本罪が如何なる範囲で捕捉するのかという点も含めて、全く不明瞭な議論状況が形成されていると言える²⁶⁵⁾。

そして、かかる切断が発生した時期に参照されたドイツ法学説も、未成年者奪取の条文の議論と加害・営利等の悪質な目的にかかる強取・誘拐の条文の議論とについて、比較的統一的に趣旨・要件を捉えており、無視できない程度には日本法学説へも影響を与えたと言える²⁶⁶⁾。しかし、ドイツ法学説は、現在に至っては未成年者奪取罪にかかる議論と他罪にかかる議論とを明確に峻別し、保護法益論において独立の趣旨を定立した上で、かかる保護法益を起点に据えて各種要件を解釈しており、趣旨と要件との連動を獲得するに至っている²⁶⁷⁾。そして、かかる連動の下において、相手方の配慮権等の侵害という罪質を起点として解釈論が組み立てられ、それを前提とした場合に「家族間における子の奪い

264) 以上、Ⅲ 4。

265) 以上、Ⅱ 2(2)。

266) 以上、Ⅳ 2(2)。

267) 以上、Ⅳ 2, 3。

合い」という問題状況について解釈論的議論が如何なる帰結を導くかが明瞭となったために、立法的解決に至るまでの見通しも明瞭に立つに至ったと言えよう²⁶⁸⁾。

翻って、日本法学説は未だに他の条文との共通性を、積極的な必要性なく、しかも明示的な議論対象とすることなく、維持し続けている²⁶⁹⁾。確かに、複数の条文を共通して理解し、適切な議論の展開を行うことが可能であるならば、それが望ましい。しかしながら、趣旨と要件とが切断される結果、何故そこに言う構成要件解釈が導かれるのか不明なまま理念的に趣旨が議論されるという結果が発生し、そして「家族間における子の奪い合い」という可罰的範囲がシビアに争われる問題に対して説明能力を欠くという事態に陥っている²⁷⁰⁾ならば、かかる状態を放置することは明らかに許容されない²⁷¹⁾。複数の条文を個別に検討した結果が共通するのであれば、統一的に解釈されることも許容されるが、統一的解釈自体を所与のものとするがために適切な個別の検討が阻害されるのであれば、それは許容されないだろう。

かくして、刑法 224 条を巡っては、他の条文とは独立して、要件との連動を意識しながらその趣旨が考察されるべきである、という検討方針が確立することとなる。

(2) 具体的方針

そして、以上の検討方針から、二つの具体化された方針が設定される。

一つは、他の条文との共通性を所与としない趣旨の設定である。例えば、刑法 224 条の保護法益を「自由」とする見解には、自由を意識しない嬰兒を客体とする場合の可罰性を説明できていないという批判、また保護法益を「安全」とする説明には、第三者が客観的に安全な場所へ連れ去る場合の可罰性を説明

できていないという厳しい批判が当てられている。上記検討方針に鑑みれば、かかる批判が存在する中で、他罪が加害目的等の悪質な目的を有する場合の可罰性を規定しているからと言って、刑法 224 条の保護法益までも「自由」や「安全」とする必要はない、ということが言える。すなわち、「自由」の解釈に自由とは呼べない利益を包摂したり、「安全」という言葉を維持した解釈論を展開したりする必然性は存在しないのである²⁷²⁾。

もう一つは、要件との連動を意識した趣旨の議論展開である。例えば、略取誘拐の定義は、旧刑法下においては、父母後見人の権利を保護法益に据えると「父母若しくは後見人より奪取するの所爲」となり、幼者の「自由」等を保護法益に据えると「被害者の現在する個所より他の個所に伴行する行爲」となっていた²⁷³⁾。このように、如何なる権利利益の侵害を罪質として据えるかが、誰・何処から連れ去ることを略取誘拐は意味するのかに反映される、という趣旨と要件との連動が意識されるべきことになる。

3 構成要件解釈

それでは、刑法 224 条の構成要件に関して検討を加えたい。

前述したように、刑法 224 条の構成要件は、客体が未成年者であることと、行為態様が略取又は誘拐であることである。そして、「略取誘拐」概念の解釈においては、本罪が如何なる権利利益侵害を捉えるものかという趣旨に関する議論が反映されることになるが、IIIIVの考察に鑑みれば、ここでは、趣旨と要件の連動を巡って二つのモデルが考えられる。

268) 以上、IV 3(3)及び(4) b(b)。

269) 以上、II 2(2) b、III 4(1)。

270) 以上、II 2(2) a。

271) このように 225 条以下と切り離して 224 条を考察対象とすることには、「拐取罪の多面性・多層性を認めることになり、罪質を曖昧なものにするという批判」がありうる（前掲注 49 参照）が、現に存在する多面性を無視し一面的に捉えることの方が、結果的に一面的な罪質を抽象的にし曖昧にするのであって、個別の罪質の検討を明確に行うことこそが求められているように思われる。

272) 参照、II 2(1) b、II 2(2) b。

273) III 2(2) a。

(1) 二つのモデルの対置・融合

a 監護権を起点とするモデル

一つの考えるモデルは、ドイツにおいて見られたように、監護権侵害を起点として捉えるモデルである。もっとも、そのモデルの中には様々なバリエーションが考えられる。

(a) 「監護権」説

最初に想定されるモデルは、本罪の保護法益として監護権を設定した上で、略取誘拐を「監護権者の下から離脱させること」と捉えるモデルである。すなわち、監護権行使・監護義務履行が妨げられる状態が作出されたという意味で、監護権者の下を離脱させることを本罪が捉えると解するのである。

もっとも、未成年者が監護権者と共にいる場合でなければ本罪が成立しない訳ではない。例えば監護権者が遠方の寮付きの中学校に預けていたような場合、寮の職員によって身の回りの世話はされてはいるものの、かかる職員は監護義務の履行補助者と見られている²⁷⁴⁾ことから、仮に寮から当該未成年者を連れ去ったような場合には、監護権者たる地位が侵害されていると捉えられることになり、略取誘拐の構成要件に該当するということになる。

(b) 「監護権」説の批判への応答

以上の監護権説については、IIで紹介した

ように²⁷⁵⁾従来厳しい批判が加えられてきたが、現在なされている批判は必ずしも射ているとは思われない。

第一に、その趣旨について、監護権を保護法益に設定すること自体が、子は親のものといった観念が潜んでおり、妥当でないという批判が存在する²⁷⁶⁾。しかしながら、「監護権」の存在自体が承認される限り、監護権を保護法益に据えることが理念的に排斥されることはないだろう。すなわち、「監護……をする権利」(民法820条)を排斥するならば格別、権利性を帯びた監護権の存在自体を承認するならば、それを保護法益に据えることが妥当性を欠くという理にはならない。確かに、子は親の私有物ではなく一個人として尊重されるべき存在であるし、ここでの監護権は子の監護養育のために行使されるべき義務性を帯びたものである²⁷⁷⁾ものの、如何なる監護が適切であるのかには一定の幅がある²⁷⁸⁾中では、一般に子の最善を図ろうとするとされる者²⁷⁹⁾が、他者から濫りに干渉されずに監護養育を行うという、国家や第三者との関係で権利性を帯びた監護権²⁸⁰⁾が承認されうる。かかる意味において、監護権の保護を通じて最も適切に未成年者が保護される²⁸¹⁾と捉えるならば、監護権を保護法益に据えることが理念的に排斥されるということ

274) 鈴木・前掲注22)148頁。

275) II 2(2)a(a)参照。

276) 大谷實『刑法各論の重要問題』121頁(立花書房,1990)。また宮本・前掲注160)参照。

277) 参照,民法820条。また,窪田・前掲注19)271頁以下。

278) 窪田・前掲注19)273頁。

279) 親についての叙述として,樋口範雄「子どもの権利の法的構造——国の役割とそのしくみを含んで——」家族<社会と法>10巻124頁,136頁(1994)。また,「私たちの社会は依然として,財を個人に委ねる,子を親に委ねることが,よい結果をもたらす(ことが多い)と信じている社会なのであろう」(大村・前掲注14)251頁),「われわれの法律やさまざまな社会組織は,親は完全な人間ではありえないにせよ,子どもが元気に育ち,まずまず健康なおとなに成長するためには親が世話をするのが最もよく,親の役割はいかなる代替施設にもまさる,とする考えかたを反映している。遺棄する,放置する,あるいは虐待するなどの行為がないかぎり,親は基本的に自分の方針ののっとなって子どもを育ててよいことになっている」「社会=傍観者のこの図式は,言いかえれば親以外の者は手を出さない約束が成立していることをあらわしており,親だけに世話をしてもらうのだという安心感を子どもが持っていることを意味している」と指摘されている(ゴールドスタイン&ソルニット(片岡しのぶ訳)『離婚と子ども』30頁(晶文社,1986))。

280) 「親が子を保育・監護・教育することは,国家社会に対する重大な義務である。これを権利だというのは,この義務を遂行するために,他人に濫りに干渉されないという意味である」(我妻榮ほか『民法3親族法・相続法[第2版]』178頁(勁草書房,2005))また,棚村政行「日本法の問題整理」家族<社会と法>24巻57頁,63頁(2008)頁や,窪田・前掲注19)273頁以下。「監護教育義務の履行協力請求権」として捉えるものとして,佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民法の対話』327頁[道垣内弘人発言](有斐閣,2001)。

281) 前掲注279),III 3(3)a(a),IV 3(3)a参照。

はないだろう。

第二に、その成立範囲について、監護権者の同意があれば犯罪が成立せず、監護権濫用に相当する事例においても監護権者は本罪の主体たり得なくなってしまう、妥当ではないという指摘がなされている。しかし、旧刑法制定過程²⁸²⁾やドイツ²⁸³⁾において指摘されていたように、このような場合に「略取誘拐罪」という罪名を与える必然性がある訳ではない。すなわち、現在では児童福祉法²⁸⁴⁾をはじめとして罰則規定が設けられており、他ならぬ本罪によって「監護権者による監護権のありうる濫用から未成年者を保護」する必要があるというのは所与の前提ではないのである²⁸⁵⁾。

第三に、同様に成立範囲について、監護権者は反対しているが未成年者自身が同意している場合につき、監護権説からは常に本罪が成立してしまうという指摘がなされている。これについては、そもそも、現行刑法制定過程で「未成年者」という年齢が維持されたのが、未成年者は法律上未だ知能が不十分のものとして扱われているという点に基づいている²⁸⁶⁾以上、このような場合にも常に本罪が成立するという解釈論もありうる。また、このような事例については、後述する²⁸⁷⁾ように、子の利益のみを保護法益とする立場からも当然に不可罰の場合がありうるという結論に至る訳ではない。そして、更に重要な

は、監護権を保護法益としても、このような事例について一定の場合に可罰性を否定することも可能であるということである。すなわち、ドイツにおいて「未成年者自身に対する配慮権について未成年者側からの侵害からは保護していない」と指摘されていた²⁸⁸⁾ように、監護権が国家や第三者との関係でのみ権利性が認められているとすれば、監護権は未成年者自身の適正な判断に基づく離脱からは保護されないという趣旨の理解も可能である。かかる理解に基づけば、「略取誘拐」を、未成年者自身の適正な判断に基づく離脱を包含しない形で解釈することも可能である。沿革においても、例えば改正刑法假案制定過程では、「勧誘」では足りず「誘惑」がなされる必要があると指摘されていた²⁸⁹⁾し、また学説上も「誘惑」は適正な判断を誤らせることにより基礎付けられる²⁹⁰⁾という指摘がある。このような解釈からすれば、適正な判断を行う能力を備えた子の適正な判断に基づいた場合には、いわば「離脱した」のであって「離脱させた」のではないとして、「略取誘拐」が存在しない²⁹¹⁾という理由で構成要件該当性を否定するという理解もありうるのである²⁹²⁾。

(c) 拡張されたモデル：修正「監護権」説？

もっとも、監護権を起点とするにしても、配慮権を起点としていたドイツにおいて交流

282) III 2 (1) b (b)参照。

283) IV 3 (3) c (a)参照。

284) 同法 34 条に掲げられた行為（淫行をさせる行為（1 項 6 号）、刑罰法令に触れる行為をなすおそれのある者に、情を知って、児童を引き渡す行為（1 項 7 号）等）違反については同法 60 条に罰則規定が設けられている（34 条 1 項 6 号違反については 10 年以下の懲役若しくは 300 万円以下の罰金、又はその併科が規定されている）。

285) また厳密に言えば、こうした悪質性の高い拐取の殆どは 225 条等の対象であり、224 条の対象ではない。

286) III 3 (1) b (b)参照。

287) V 4 (3)参照。

288) IV 3 (3) a (b)参照。

289) III 3 (2) b (b)参照。いわば、「勧める」域を超えて「惑わす」必要があるということであろう。

290) III 3 (3) c 参照。

291) 同様の見解にたつと思われるものとして、西原ほか・前掲注 55)118 頁以下〔日高義博〕。

292) この点、松澤伸「判批」ジュリ 1389 号 108 頁（2009）は、監護権の実態は民法との関連ではおよそ 9 歳未満の場合に限られるとして、19 歳の者と駆け落ちしたような場合には未成年者拐取罪は認められないとする。しかし、監護権は未成年者一般に対して認められるものであるから、仮にこの見解が 9 歳以上には監護権の要保護性が一般的に欠けるというのであれば、それは妥当ではない。そこで引用されている佐伯＝道垣内・前掲注 280)326 頁〔道垣内弘人発言〕も、9 歳以上の子が監禁状態ではなく自由意思で留まっている場合、人身保護法における「拘束」が欠ける、としているのであり、その見解を類推するならば、刑法 224 条においては「略取誘拐」という構成要件の行為が欠けるか否かを議論の対象とすべきであるように思われる。

権までも保護法益に含まれていたように、監護権の保護のみで妥当な可罰的範囲が導かれるのかには、疑義がありうる。面会交流権については両様の理解がありうる²⁹³⁾にしても、家事審判前の保全処分等によって子が非監護権者の側に引き渡されていた場合に監護権者が無理矢理連れ去っても本罪が成立しないという帰結や、監護権者の意思に反してでも行える児童福祉法上の措置（同法28条）により施設に入所していた子を監護権者が無理矢理奪い返したような場合にも本罪が成立しないという帰結は不当であるように思われる。

そして、そもそも監護権が保護に値するものが、子の最善は監護権者の下において図られるという意味で子の利益に資するという点に求められる²⁹⁴⁾とするならば、公権的に監護権者以外の者の監護が適切であると判断されたような場合にも、本罪による保護を与えるという解釈もありうるだろう。かかる意味において、いわばその保護に権利・権限・法的地位という形で法的な裏付けが存在する場合には本罪の保護が及ぼされるという理解がありうる。このような立場からは、保護法益には、監護権に加えて、法的な裏付けを持つ保護の権利・権限・法的地位（児童福祉施設の長の権限、保全処分等に基づく地位等）が含

まれる²⁹⁵⁾ことになり、略取誘拐とは、「監護権者或いはその保護に法的裏付けを有する者の下から未成年者を連れ去ること」という定義がなされることになる。

(d) 監護権を起点とするモデルの限界

しかしながら、監護権を起点とするモデルには、それが被害の実態と必ずしもそぐわないという問題が存在する。例えば、父母が祖父母に子を数年間委託していたが、父母が祖父母に子を戻すよう求めたところ、祖父母がこれを拒み法的紛争に至るまでしていた際に、祖父母の下から無関係な第三者が子を連れ去る行為を考えたい。かかる行為が未成年者略取誘拐罪との関係で可罰的たるべきであるという点に異論はないと思われるが、祖父母は何等監護養育にかかる権利権限を有していないし、また父母の委託を受けていたのではないから父母の監護権が行使されていたとも言えない。従って、この点の可罰性を基礎付けるためには、監護権者の意思に反して他者の下で保護されていようと、またその他者が自らの支弁により保護していたとしても、そこからの連れ去りは父母の監護権者たる地位の侵害であると捉えざるを得ないが、被害の実態にはそぐわないであろう。

かかる問題は、父母が不慮の事故等により死亡してしまった場合の処罰の間隙を巡っ

293) すなわち、面会交流については、民法典上に明示的に定められていない日本では、そもそも実体的請求権としての権利性を認めるか認めないかにつき民法上も議論のあるところである（善元貞彦「面接交渉とその制限」右近ほか・前掲注38）158頁、159頁、栗林佳代『子の利益のための面会交流——フランス訪問権論の視点から——』38頁以下（法律文化社、2011）ものの、実体的請求権としての性格が否定されたとしても、少なくともその審判対象性は肯定されている（最決平成12年5月1日民集54巻5号1607頁、また梶村太市「子のための面接交渉」再々論」小野幸二古稀『21世紀の家族と法』207頁（法学書院、2007）。なお、間接強制を認める近時の決定として、最決平成25年3月28日民集67巻3号864頁（平成24年（許）48号）、最決平成25年3月28日判時2191号46頁（平成24年（許）41号）、最決平成25年3月28日判時2191号46頁（平成24年（許）47号）（同日における三つの決定である。）。そして、面会交流が「予備の片方の親」たる親との繋がり等を保つことにより子の順調な発育に資するものであると捉えることができる（IV3(3)a(c)）のならば、監護権がそもそも子の監護養育のために一定の権利性をもって承認されてきたこと（V3(1)a(b)）に鑑みて、子の監護に関する審判事件の審判によって認められた面会交流も未成年者拐取罪によって保護されると解することも不可能ではない。もっとも、面会交流は監護権の一部をなすのではなく全く別の性質のものであると捉えるならば（前掲注237）参照、本罪によっては保護されないという帰結を導くことになる。

294) V3(1)a(b)参照。

295) なお、家族間における子の奪い合いという観点からすれば、扶養義務（民法877条以下）の履行に基づく監護の保護も問題となりうるが、扶養義務は生活困窮者の救済のための義務としての側面が強く、監護権のように他者に濫りに干渉されないという意味で扶養を「行う」権利として認められている訳ではないこと（於保＝中川編・前掲注25）767頁〔塙陽子〕、共同生活関係の必要性による義務性の肯定（同726頁〔床谷文雄〕）であっても帰結は同じである）や、公的扶助の補充性も一般的に国家の資力の限界から説明されていること（同767頁〔塙陽子〕、我妻ほか・前掲注280）223頁）等からすれば、「公権的に監護権者以外の者の保護が適切であると判断されたような場合」という保護範囲の拡大の根拠は妥当しないだろう。

て、先鋭化する。例えば、未成年者が祖父母を含め三世帯で暮らしていたところ、監護権者たる両親が死亡したため、祖父母が事実上養育を引き継いでいた場合、未成年者にとって監護権者が存在しない以上、ここから第三者が連れ去ったとしても、監護権者たる地位が侵害されたと捉えることはできない。そうすると、監護権を起点とするモデルを貫けば、未成年後見人等が選任されていない場合、上記行為は当該未成年者にかかる何等の権利・権限・地位をも侵害しないことから、他罪に該当せず且つ刑法 225 条以下所定の目的によらない限りは、誰でも刑事制裁による威嚇なしに当該未成年者を奪い合うことができるといふ帰結が導かれることになる。

この帰結を避けるためには、祖父母が未成年後見人等になりうる地位にいると想定したり、監護権者死亡により直ちに未成年者は国家に保護されるという擬制を想定したりすることになるだろうが、前者はもはや法的地位とは呼称できず、後者は明らかに被害の実態にそぐわない解釈論となる上、祖父母等の下から連れ出しても国家の保護を逸脱したとも言えない以上、行為態様の解釈が不明瞭になる。

そして、監護権の保護がそれを通じた未成年者の保護に通じていたこと、またこれまでの議論は結局のところ如何なる状態の下にいる未成年者を保護すればよいのかという点に収斂することからすれば、以上の難点を回避するためには、より直截に、未成年者の利益

を起点としたモデルが望まれることになる²⁹⁶⁾。

b 子の利益を起点とするモデル

(a) 「自由」「自由と安全」説の不適切さ

まず、子の利益を起点とするモデルの一つとして日本法学説上想定されているのは「自由」又は「自由と安全」である。しかし、前述のように「自由」とすることには嬰兒の略取誘拐の可罰性にかかる問題が、「安全」とすることには客観的に安全な場所への略取誘拐の可罰性にかかる問題が存在した。

加えて、このような保護法益を想定した場合に如何なる構成要件が導出されるのであるかが全く不明確である。確かに、広い意味で言えば、未成年者拐取罪によりこれらが侵害されていると言うことが可能かもしれないものの、これが本罪の保護する権利利益を正確に記述する言葉であるようには思われない。すなわち、未成年者拐取罪に限らず、ほとんど全ての犯罪が「自由」や「安全」を侵害しているのではないかと、という疑義が抱かれる。「処分可能な法益（身体の完全性や財産等）に対して向けられた全ての犯罪が、結局のところ被害者の自由領域を侵害する」のである²⁹⁷⁾し、法益が保護されている状態を「安全」と捉えれば²⁹⁸⁾、全ての犯罪が安全を侵害・危殆化していることになる。

従って、行為の違法性の決定²⁹⁹⁾に資するほどに法益が特定されていないのではないかと³⁰⁰⁾という疑義が生じる³⁰¹⁾。V 2 で指摘したように「自由」「安全」という言葉遣い

296) なお、このような権利に解消されない事実状態が保護されるべきか否かという論点は、窃盗罪における本権説と占有説の対立を想起させる。そしてかかる対立においては、いわゆる修正本権説の論拠として、他罪の不法内容による処罰の回避や当罰性の判断基準呈示の必要性から構成要件段階での類型化の必要性が存在し、構成要件段階での処罰の限定も重要である旨が説かれている（島田聡一郎「財産犯の保護法益」法教 289 号 96 頁、105 頁（2004））、また佐伯仁志「窃盗罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』166 頁（有斐閣、2007））。しかしながら、所有権の保護と監護権の保護の同視には批判もありうるどころであるし（もっとも、大村・前掲注 14）251 頁、大村・前掲注 20）562 頁）、仮に類似するものがあつたとしても、物の所有権は相続の対象となりうること、物については窃盗罪のみならず占有離脱物横領罪等の規定も存在していること等からすれば、本罪における議論としては同視に限界があると言える。かかる意味において「人」と「物」は同視し得ず、事実状態であってもなお一定の場合には保護に値しないかが問題となるのである。

297) Arzt und Weber, a.a.O. (Anm.1) S. 267 Rn. 1.

298) 「安全」とは「安らかで危険のないこと」である（新村出編『広辞苑〔第 6 版〕』（岩波書店、2008））。未成年者の安全の抽象的危険は、未成年者の関連する全ての犯罪で発生するように思われる。

299) 今井ほか・前掲注 64）10 頁〔今井猛嘉〕。

300) その問題の一端として、「自由」を保護法益と解しながらもその内実に変容を加える学説の展開が位置付けられるように思われる（II 2 (1) b 参照）。

301) もっとも、このように解したとしても、逮捕監禁致死・致傷罪が設けられているように（刑法 221 条）、立

に固執する必要がなく、上述のような問題がある以上は、このような言葉を離れて、行為態様との連動を意識しながら考察が行われるべきであるように思われる。

(b) 状態への着目

そして、一定の状態下からの離隔が主として想定される本罪においては、V 3(1)a での検討からも立ち現れるように、かかる状態ないしその状態の下にいる利益を保護法益として設定するモデルが考えられよう。これは、保護法益を未成年者の自由や安全と解する見解が、なお本罪の行為態様として生活環境からの離脱・一定の実力的支配の獲得³⁰²⁾を想定していた³⁰³⁾ことや、保護法益を「自由」と解する見解が「親権者の下で養育される状態」を「自由」と解するに至っていたこと³⁰⁴⁾等からも裏付けられる。

このモデルにおいては、どのような状態が本罪の保護の対象として適切であるかという点を直截に議論の対象とすることができる。そして、本罪の保護の対象として適切な状態が端的に保護法益に反映され、また端的に行為態様の解釈に反映される。すなわち、一定の状態が保護法益として措定され、「略取誘拐」とは、その一定の状態を離脱させることであると解釈されることになる。

(c) 「状態」モデル：様々なバリエーション

それでは、どのような状態が保護の対象になるだろうか。かかる状態の理解に応じて、このモデルの中にも様々なバリエーションが生じることになる。

最も狭いモデルは「親権者と共にいること」を保護対象とするものである³⁰⁵⁾が、親権と監護権が分属する場合があること³⁰⁶⁾、また未成年者を遠方の寮に住ませることがありうることからすれば、かかる対象の狭さは不当である。次に狭いモデルは、監護権者の監護権行使・監護義務履行として監護養育されている状態にいることを保護対象とするものであるが、児福法 28 条に基づき入所していた子を監護権者が無理矢理奪い返すことを処罰対象から除外することの不当性³⁰⁷⁾に鑑みれば、これも不当である。そして次に考えられるモデルは、監護権又は公権的に裏付けられた保護の状態を保護対象とするものであるが、これも三世帯で同居していたが父母が亡くなった場合の未成年者の保護³⁰⁸⁾に鑑みれば妥当でない。

ここから更に拡張して、このように祖父母が父母の養育を事実上引き継いだ場合にまで本罪の保護を与えるならば、「保護されている

法論上、ドイツのように被拐取者に対する生命身体への危険が生じた場合の加重規定等を設けることは妨げられない。

302) なお、実力的支配が如何なる見地から理解されるかについては後述するが、一定の状態からの離脱から切り離された「実力的支配」はここでは想定されていないことに注意が必要である。例えば、第三者が人通りのある公道で嫌がる子を（その場を動くことなく）抱きかかえ続けていたとしても、逮捕監禁罪が成立しうるとは別に、略取誘拐罪が成立する訳ではない。

303) II 2(1)c 参照。また既遂時期としても、生活環境からの離脱・実力的支配の獲得という点が想定されている（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 11 卷 [第 3 版]』535 頁 [山室恵]（青林書院，2014）、大塚仁＝川端博『新判例コンメンタール刑法 5 罪 (2)』532 頁 [齋藤信率]（三省堂，1997））が、そこまで至らなかったとしても広い意味での「自由」や「安全」は侵害される。例えば、自転車を通りかかった被害者を両腕で抱え上げて強いて自転車から降りし普通乗用自動車内に押し込んだ上、その両手首・両足首を結束バンドで縛り、その顔面や腹部を拳骨で殴り、頬に電工用ナイフの刃部分を押し当てながら脅迫したが、付近を通りかかった車両の運転手に目撃され、且つ、身の危険を感じた被害者（13 歳）が上記普通乗用自動車の助手席側スライドドアから路頭に転がり出て逃げた事例においては略取未遂となっている（千葉地判平成 27 年 4 月 27 日 LEX/DB 25540508）。特に安全の抽象的危険犯と捉える理解に対しては、もはや子を抱え上げた段階で安全への抽象的危険が生じているのではないか、という点が指摘できよう。

304) II 2(1)b(c)参照。

305) II 2(1)b(b)参照。

306) なお、親以外の者の監護者指定については、二宮周平「父母以外の者を子の監護者に指定することの可否」右近ほか・前掲注 38)113 頁参照。

307) V 3(1)a(c)参照。

308) V 3(1)a(d)参照。

る状態」を保護法益とすることが適切であろう。

この点、「監護養育されている状態」を保護の対象とすることが考えられ、これは一見妥当なようにも思われる。しかしながら、ここで監護権・監護義務と切り離された「監護」を想定することができるのかという問題が生じる。すなわち、「監護」とは未成年者を「一人前の社会人に育成」するためにその身体的精神的発達を図るものであるとされる³⁰⁹⁾ところ、それは一定の期間をもって行われる必要があるのだから、未成年者が成人になるまで監護する義務を負わされた監護権者とは異なり、現在のところ事実上世話をしているに過ぎない者について、その主観的意図がどうであれ、今後も子が成人するまで身体的精神的発達を図るはずだと「監護」を想定することは適切でないように思われる。加えて、死亡した父母の代わりに事実上祖父母が未成年者の面倒を見ている事例についても、その祖父母が高齢故に身体的理由ないし金銭的理由により数年後には別の者に未成年者後見人等を頼もうと思いつきながら世話をしていたとしてもなお、第三者から奪取される事態からは本罪により保護されるべきであるように思われる。

以上の事実、及び、このような一時的な保護について「監護」と名付けることは民法上の議論との混同を招きうることからすれば、「監護」という言葉を用いず、「保護されている状態」を本罪の保護の対象として措定するモデルが最も適切であろう³¹⁰⁾。このように未成年者が他者からの保護を受けている状態から離脱させることが、かかる状態から派生する複合的な生活上の利益を侵害する³¹¹⁾ことになり、当罰性を基礎付けるのである。このモデルからは、未成年者の「保護状態下にいる利益」が保護法益として措定され、略取誘拐の定義は「保護された状態から離脱させること」となる。

もっとも、ここでは、如何なる事実が存在すれば、その者の「保護」の下にいと評価されるのかという問題が浮上する。小学校への登下校中であつたとしても子は親の保護状態の下にいと考えられるように、例えば海水浴場を訪れた家族において子が迷子になり一時的に迷子センターで保護されているような場合には、そこから第三者が連れ去つたとしても、それは迷子センターの職員の保護からの離脱というよりも、親の保護からの離脱と構成されるように思われる。この点は個別具体的事例における検討に委ねざるを得ないが、保護状態から派生する複合的な生活上の利益という見地からすれば、「保護」の主体とされる者が少なくとも自らの支弁で衣食住等の生活上の重要な要素を提供していることが必要であろう。かかる見地からは、監護権者が子を寮に委託したような場合には、監護権者による支弁で衣食住等の要素が提供されていることから、そこでもなお監護権者の「保護」の下にいと構成されることになる。

なお、これ以上の保護の範囲の拡張は不当であると思われる。例えば、これ以上の保護の範囲の拡張として、ただの「状態」を保護の対象とするモデルも考えられはする。しかしながら、そうすると例えば、虐待・不保護等が行われている場合についても本罪が捕捉することになるものの、監護権等の権利権限の保護を起点とするならば格別、未成年者の利益を起点とするモデルとしては受容し難い。また、ただの「状態」が保護の対象となると、例えば父母と小学生の子のみが住居を共にしていたが、父母が亡くなったため遠方に暮らす祖父母が引き取りに来た場合のように、誰も「保護」する者がいない中で第三者がその「状態」を離脱させて「保護」を与えようとする場合にも本罪の構成要件に捕捉されることになるが、かかる帰結についても、未成年者の利益を起点とするモデルとして受容し難いことからすれば、第三者による「保

309) II 1(1)参照。

310) なお、子供の事実的生育環境という言葉を用いる文献として、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』129頁以下(成文堂, 2009)。

311) 杉山博亮「略取・誘拐・人身売買罪の保護法益」岩井宜子古稀『刑法・刑事政策と福祉』429頁, 442頁以下(尚学社, 2011)。

護」を想定した「状態」が指定されるべきであろう³¹²⁾。

c 小括——止揚された保護法益論

以上、議論の帰結として、本稿は、状態モデルが適切であると考え、その中でも「保護状態下にいる利益」を保護法益とすることが最も適切であると考えに至った。本稿の立場からは、略取誘拐の定義は「保護された状態から離脱させること」をその中核的要素とすることとなる。

もっとも、より重要なのは、従来保護法益論は「監護権」と「子の自由や安全」と二項対立的に議論されてきたが、それは如何なる状態が本罪の保護に値するかという「状態」モデルに全て止揚されるということである。すなわち、保護法益論と要件解釈との連動を意識するならば、監護権説の帰結たる「監護権者からの奪取」は「監護権行使・監護義務履行として養育されている状態からの奪取」という側面を持つことになるのだから、かかる帰結をもたらす説が「監護権」説か「子の自由や安全」説かという議論は、まさに「一つの同じ法的考え(Rechtsgedanken)の二つの異なった側面に過ぎない」³¹³⁾ものを議論していることになる。このように、親の権利と子の利益とを対立的に捉えるよりも、如何なる状態が保護の対象となるべきかという

観点からの議論³¹⁴⁾に止揚し捉える³¹⁵⁾方が、より建設的であるように思われるのである。

なお、かかる帰結からすれば、保護法益を「監護権と子の自由や安全」と重疊的に解する必要はないと言うことができよう。

(2) 残された構成要件解釈

それでは、以上を前提に、構成要件解釈として残された問題につき付言しておきたい。

a 「実力の支配」の帰趨

趣旨と行為態様の連動という観点からすれば、略取誘拐罪成立のためには、一定状態から離脱させた後に「自己又は第三者の実力支配下に移す」ことは必ずしも必要ではない。IIIIVにおいて確認できたように、かかる要件はドイツ刑法上の「強取」解釈やそれに類する日本刑法225条等の条文の解釈としては対象となり得たとしても、条文ごとの要件解釈という見地からすれば、未成年者奪取・拐取罪において必要ではないだろう。

それでは「自己又は第三者の実力支配下に移す」ことを要求することは不当であろうか。ここで、旧刑法の学説において、旧刑法下において十二歳以上で法定刑を異にする理由として「十二歳以上になれば自分のことの是非を弁別し体力も備わっているため、これを誘拐しても援助を乞いたり自分で家に帰っ

312) 杉山・前掲注311)は、未成年者の「現在の生活環境」を保護法益とした上で、未成年者の現在の生活環境が「劣悪」な場合には、そのような場合からの「良好」な生活環境への移転には実質的な法益侵害がないとして、違法性阻却がなされるとしている。しかし、本文に述べたような父母が亡くなった事例において、そのような場合に直ちに「現在の生活環境」からの離脱に実質的な法益侵害がなくなるというのであれば、それは第三者からの保護を生活環境において前提しているのであって、刑法224条の議論における「生活環境」の中身は、誰からの保護とも切り離された「状態」ではない。更に、家族旅行先で第三者により子が連れ去られたとしても拐取が認められるように、日常生活圏外でも成立することからすれば、それは誰からの保護とも切り離された「状態」としての「生活環境」ではなく、第三者との関係性で指定される「状態」であるように思われる。また、論者の言う「劣悪」「良好」に関する問題点として、後掲注337)参照。

なお、第三者による保護がない場合であっても、刑法225条以下の犯罪が成立するか否かについては別論である。

313) IV 3 (3) a (a)参照。

314) なお、「保護関係」という保護法益を設定し、間接拐取を想定した問題設定を立てるものではあるものの、「事実上の保護関係のみをいうのか、逆に法律上のそれに限定するつもりなのか。こうした最も初歩的な疑問に対してすら、必ずしも明快な解答が与えられていない現状に不安を感じる」と適切に指摘するものとして、香川達夫「略取誘拐罪の本質」同『刑事立法とその批判』90頁、102-103頁(成文堂、1970)。もっとも、同文献は、権利濫用の場合を想定しながら「法律上のそれに」限定する見解を採用する。

315) なお、残された考えとして、監護養育する側と監護養育される側との間に存在する「保護状態」、ないしそのような人的保護関係自体を保護法益とする考えも存在しうる(なお、人的保護関係を保護法益とする説はかかる見地から再構成される(参照、前掲注50))。もっとも、保護法益の帰属主体を明示するという観点から、ここでは保護状態下にいるという未成年者自身の利益を保護法益とするという立場をとりたい。

たりすることができる」という点が挙げられていたこと³¹⁶⁾が想起される。すなわち、ここでは、いわば元々の状態への復帰の可能性の大小も違法性の大小に影響を持ちうるという点が認識されているのである。

かかる見地からすれば、一旦は保護状態を離脱したとしても、未成年者自身により、若しくは監護権者や第三者により監護権者の下へと戻される可能性は十分存在するのに対して、仮に未成年者が行為者等の実力支配下にあるならば、そのような可能性が低くなるという点を見出すことができる³¹⁷⁾。このような意味において、保護状態を一定の確実性をもって離脱させたことが本罪の成立にとって必要であるとするならば、行為者等の実力支配下に置かれたことも必要であるという説明³¹⁸⁾が、(後付けではあるものの)一応は可能である³¹⁹⁾。

b 「略取」「誘拐」の区別

前述のように、日本法においては、略取を暴行脅迫によるもの、誘拐を欺罔誘惑によるものと定義するものが多かった³²⁰⁾。しかしそれでは、ドイツにおいて問題にされていたように、嬰兒の乗ったベビーカーを押して連れ去る事案³²¹⁾のような、これらの手段を用いない第三者による保護状態の離脱について、「暴行」をそのような行為態様まで含め

る広範な概念と解さない限り、捕捉することができないという問題が発生してしまうように思われる。

従って、被拐取者の意思によらないものが略取で、被拐取者の瑕疵ある意思によるものが誘拐であるという区別を行うにとどめる³²²⁾ことが妥当であろう。

c 「保護状態からの離脱」を巡る問題

また、「保護状態からの離脱」という点についても、以下の二点が問題となる。

一つは、一定の状態からの「離脱」というときに、何処まで行けば離脱に至ったかという点である。これは、如何なるモデルを採用したとしても問題となるように思われる。個別具体的な判断は事案に依存するとしか言えないが、少なくとも、登下校中等、当該「保護」を行う主体によって一般的に未成年者が自由に行動することが許容される範囲内³²³⁾においては、保護状態に存すると言うことができよう。

もう一つは、離脱させるために用いられる暴行や欺罔等の行為の相手方である。保護法益が未成年者の保護状態の下にいる利益であるならば、監護権者に対して暴行脅迫等の行為を行った場合、本罪が成立するという帰結には直ちには至らないようにも思われるが、監護権者を「欺き利害判断を誤らしめ監督者

316) III 2(2)b(c)参照。

317) 例えば、監護者の下を離れながら行為者の実力的支配下等に置かれていない事例としては、幼児が東京駅のホームで親権者と共に行ったところ、第三者が親権者の目を盗んで幼児を欺罔誘惑して新幹線に乗車させ、第三者自身はホームに戻った後に新幹線が発車したような場合が挙げられる。このような場合に、(生命身体への危険を理由に遺棄等が認められる余地はあるかもしれないが)「誘拐」事件が生じたと捉えないのは、結局第三者等による保護状態への復帰が想定されているからではないか。

318) かかる見地からすれば、「実力支配下にある」というためには、未成年者自身により、若しくは監護権者や第三者により保護状態へと戻される可能性が低いことで足りることになる。従って、現に行為者等により監督されている必要はないし、一定の場合には行為者が置き去りにした場合にも「実力支配下」にあると評価される余地があることになる。

319) なお、実力支配下に置くことを行為態様として要求することについて、これを被拐取者の自由侵害の観点から理解すると、自由の観念できない嬰兒にさえ実力支配下に置くことを要求する必然性が説明できない。また、実力支配下における危険という観点から理解すると、養育目的での拐取について説明がつかない。以上の批判は保護法益論における批判と同様である。

320) II 2(1)c 参照。

321) IV 3(4)b(a)参照。

322) 例えばIII 3(3)b 参照。

323) 参照、西原ほか・前掲注55)124頁以下〔日高義博〕。また日常の行動範囲を超えて独りでは帰れない場所に至ることを拐取の要件として要求しているように思われる判決として、東京高判平成11年9月3日東京高裁判決時報刑事50巻86頁。「実力的支配」の要否にかかる議論のように、元の状態への復帰という観点を正当とするならば、離脱の判断においても独りで「保護」を行う者の下へと帰ることができるか等といった観点も加味されることになる。

をして未成年者を自己の支配内に移すことを承諾せしめ」た場合であっても本罪が成立する³²⁴⁾。この理由としては、以下のような説明がつかさう。すなわち、未成年者の適正な判断に基づくものでない限り³²⁵⁾、未成年者を保護された状態から離脱させる行為は「略取誘拐」に該当する³²⁶⁾が、監護権者の有効な監護権行使に基づくものであれば、正当行為（刑法35条）として当該行為の違法性は阻却される。しかし監護権者がその監護権行使にあたって欺罔行為等により錯誤に陥っていた場合には、当該監護権行使は無効となり正当行為としての違法性阻却が否定される余地がある。かかる見地からすれば、監護権者の監護権行使を無効とするような暴行脅迫欺罔等が監護権者に対してなされた場合には本罪が成立するが、そこまで至らないような誘惑が監護権者に対してなされたに過ぎない場合等、監護権行使の有効性が認められる場合には、本罪の成立が否定されるということになる。

d 家族間における「略取誘拐」の限定？

最後に、上述の略取誘拐の定義では、家族間における子の奪い合いにおいても第三者と同様の行為態様が捕捉されることとなる。この点につき、可罰的範囲が広すぎるとして、家族間における子の奪い合いには別の定義を要求するという考えもありうるところではある。

確かに、ドイツ法では、外国関連以外の家

族間における子の奪い合いについては、行為態様が暴行・重大な害悪を加える旨の脅迫・偽計に限定されていたことからすれば、家族間か否かで区別するように略取・誘拐概念を構成することも一つの考え方としてはありうる。また、そこでの実質的考慮として、家庭内の法的紛争は家庭裁判所の判断になじむのであって、家庭裁判所による手続が刑事手続へと移行してしまう危険が存在する³²⁷⁾という点も傾聴に値するし、家族間紛争に対して国家刑罰権は謙抑的であるべきという価値判断もありうる³²⁸⁾ところではあり、立法論上は考慮に値する³²⁹⁾。

しかしながら、家族間か否かで規定を別にせず同一の構成要件（刑法224条）しか持たない日本法においては、構成要件解釈の問題として行為態様を別異に扱うことは、解釈論上難しいように思われる³³⁰⁾。特に、如何なる人間関係が「家族」として別異に扱われるべきなのか定かでないこと、仮に親族等を別異に扱うべきであると考えれば、親族等を別異に扱う刑法244条等と同様の規定がない中では、やはり条文の文言の解釈としては限界があるのではないかと思われることからすれば、一層この理は妥当するよう思われる。

従って、平成17年決定が指摘するように、「被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情である」と解すべきであって³³¹⁾、あくまでも構成

324) 参照、大判大正13年6月19日刑集3巻502頁。

325) V4(3)参照。

326) V3(2)b参照。

327) IV3(4)b(a)参照。

328) その前提としては、監護権者と子以外の人間関係を含めた幅広い人間関係を「家族」と呼称し、いわばそこにおける親密圏に対して国家刑罰権が抑制的になるべきである、という価値観に立脚することになる。もっとも、かかる価値観に立脚したとしても、そこにおける「家族」の定義に対応して、如何なる規律となるかはなお議論の余地がある。なお、「特定の人との身体的・感情的な関係を含む日常的な（無意識的な）関係」を「継続的・安定的に、かつ、包括的に結び合う人々」のことを「家族」として再定義するものとして、大村・前掲注14)398頁。また前掲注14)参照。

329) もっとも、家庭内紛争が刑事手続に持ち込まれることを立法により限定しようとしたドイツでも、両親・片方の親・後見人・保佐人からの離隔を捉えており、それ以上の者を保護の範囲に含めている訳ではない。IV1, 3参照。

330) ドイツでの同様の試みについても、解釈論上の限界が指摘されていた。参照、IV3(3)b(a)。なお、刑法226条に関する事案ではあるが、平成15年決定に関する同様の指摘として、福岡伸一郎「判批」最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度174頁、180頁。

331) なお、沿革上は善意目的でなされた連れ去りは拐取罪には該当しないという解釈論が呈示されていた（例えばIII2(2)b(a)）が、現在では、例えば第三者が自己の子供として養育する目的で連れ去った場合等、善意目的

要件段階では家族間であるか否かは考慮しない方向で議論されるべきであろう。

(3) 小括

以上により、未成年者拐取罪は、未成年者の保護状態下にいる利益を保護法益とし、略取誘拐の定義は、保護された状態から離脱させること、又はそれに加えて行為者等の実力支配下に置くこと、とまとめられる³³²⁾。

これが家族間における子の奪い合いに適用されれば、虐待等にわたっておらず保護されている状態に子がいる場合には、そこから子を離脱させる行為は本罪の構成要件により捕捉されることになる。そうすると、住居を異にする監護者間の子の奪い合いのみならず、同居中の共同親権者についての子連れ里帰りも、また祖父母が主体となって「保護」している状態から監護権者が連れて帰る場合にも、広く本罪の構成要件により捕捉される³³³⁾ こととなり、最終的な可罰的範囲については違法性阻却判断により決されることになる。

4 違法性阻却の検討

(1) はじめに

それでは、次に、本罪の違法性阻却が如何なる場合に認められるかにつき検討を行いたい。V3で検討したように、本罪の構成要件が幅広く事案を捕捉すること、家族間に関する処罰限定の契機は違法性阻却に求められること等からして、違法性阻却の余地に関する議論は重要な意義を有することになる。

前述のように、本罪の保護法益は、保護状態の下に存する未成年者の利益である。する

と、違法性が認められなくなるのは、①保護状態が不良に変更されたとは言えない場合、②保護状態の下にいることの放棄に未成年者自身の有効な同意がある場合、③保護状態が不良に変更されたとしてもなおそれが許容されるような場合、の三つに分けて、まずは検討することができるように思われる。

(2) 保護状態が不良に変更されたとは言えない場合

a 違法性阻却が認められる理由

まず、保護状態の不良変更が認められない場合に関する違法性阻却について検討したい。

現に未成年者が存在する保護状態から未成年者を離脱させれば、その状態にいる未成年者の利益は侵害される。しかしながら、V3での検討において、「保護」の中にも、一時的な保護にとどまるものから、監護権・監護義務に裏付けられた長期的な「監護」に至るまで、バリエーションが存在したことが明らかになっている以上、保護の状態を離脱させたからと言って、離脱後の状態を考えることなく全て一律に可罰的であるとするのは不適切である。例えば、旅行に出るために知人に子を数日ないし数週間預けていた監護権者が、帰宅後子の引渡しを求めたところ、子への愛着が湧いた当該知人が引渡しを拒み、子に衣食住を自らの支弁で提供し始めたため、監護権者が当該知人の承諾無しに実力で連れ戻した場合、略取誘拐罪による処罰がなされるべきでないことは明らかであろう。この事例においては、監護権者の引渡しの求めにより、未成年者が存する状態は、監護権行使として「監護」されている状態から知人に「保

や無害な目的であったとしても他の要件等が備われば拐取罪の成立は肯定されることに異論はあまりないだろう。

332) なお、このとき「引き渡し」作為義務を肯定することにより、「引き渡さない」という不作為を捕捉することも不可能ではない。特に、不作為犯成立を肯定しなければ、第三者の下に幼児がいた場合に、監護権者たる両親からの引渡しの求めに対して、第三者が幼児を誘惑しながら自己の下に置き続けた場合に、幼児が第三者の下に移動した時点における当該第三者の行動等につき立証しなければ本罪を認めることができず、例えば、場合によっては、幼児が遊んでいる途中に勝手に第三者の家に侵入した事案が捕捉されない事態が発生しうる。しかしながら、家族間における子の奪い合いについても、監護権者等の求めに応じないことが全て本罪の構成要件に捕捉されることになり、幅広い事案が包摂されうるため、作為義務を限定することも考えられる。もともと、以上の議論を行うためには錯綜した不作為犯の議論に立ち入った検討が必要となるため、詳細な検討はここでは控える。不作為犯一般に関する近時の論稿として、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂、2010)、橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法教 421 号 85 頁 (2015) 参照。

333) 子連れ里帰りであっても、他方親権者を含む保護状態を離脱していることは否定できない。

護」されている状態へと性質を変えたと考えられるところ、監護権者の連れ戻しは、知人の保護状態から、より長期的な視点も含めて未成年者にとって何が適切な監護であるかを選択できる監護権に裏付けられた状態へと移動させる行為であると評価される。このように、保護された状態から離脱したとしても、それと同価値な、或いはそれを上回る価値を持った状態へと移行させようとしていると評価できる場合には、未成年者の存する状態が不良に変更されていないとして可罰性を否定することが考えられるのである。

かかる見地からは、被拐取側における保護状態と、拐取者が当該未成年者を移行させようとしている拐取後の保護状態とを比較して、不良変更が認められるか否かを決することになる。しかし、如何なる基準から優劣を判断すべきであるかについては一考を要する。すなわち、繰り返して述べてきたように、如何なる監護養育が適切であるかには大きな幅があるのであって、如何なる状態が子の福祉に資するかについては、家庭内の様々な法的紛争を解決するための人的物的施設並びに諸手続が整備されている家庭裁判所³³⁴⁾において多種多様な事情³³⁵⁾を考慮することによって初めて正確に判断される事柄である以上、刑事手続において優劣を総合的に判断することには大きな限界がある。このことは、民事手続たる人身保護請求の手続においても、家族の問題を家裁ではなく地裁等が扱う不適切さから、監護権者間の請求について謙抑的な姿勢が示されるようになったこと³³⁶⁾からも裏付けられる。

このように、事実的にどちらの保護が適切かを個別具体的に刑事手続で確定することが困難である³³⁷⁾とすれば、保護状態の比較に

は一定の基準が必要になり、以下のような二つの場合、すなわち保護の優劣が法的に認められている場合と認められていない場合に分けて、違法性阻却の余地が検討されうることになる。

なお、拐取者がそもそも未成年者を保護する意思を有していない場合、例えば未成年者の虐待を開始・継続する意思で拐取したと認められるような場合には、保護された状態から保護されていない状態へ移行させている以上、違法性阻却は否定されるのであり、この点は拐取者が監護権者であろうとなかろうと同じである。

b 保護の優劣が法的に認められている場合

まず、未成年者の保護の優劣が法的に認められると言える場合には、原則として、それに基づいた保護状態の比較がなされる。

すなわち、V 3 (1) a の検討結果を踏まえて具体的に言うならば、第1に、監護権の裏付けを持つ状態又は公権的に保護が適切であると判断された状態は、そうでない状態よりも法的に優越すると判断される³³⁸⁾。例えば、前述の知人の下から保護の意思を有する監護権者が連れ戻す事案については、法的に優越する状態に移動させているため違法性が阻却される一方、監護権者の下で養育されていた嬰兒を第三者が客観的に安全な場所へと連れ去る事案については、監護権の裏付けを持つ状態から単なる保護の状態へと移動させているため違法性は阻却されないことになる。

第2に、監護権者とは別に公権的に保護が適切であると判断された者が存在する場合には、その判断の趣旨に鑑みて、優劣が判断される。例えば、家事審判前の保全処分により

334) 平成17年決定今井補足意見参照。

335) 参照、II 1。

336) 前掲注32)参照。また、山口・前掲注45)198頁。

337) この点、未成年者の現在の生活環境が劣悪か、良好か、どちらとも言えない場合に場合分けして保護の態様を変えるように読める文献も存在する(杉山・前掲注311)448頁以下)が、その基準が明確でないように思われる。

338) かかる結論は、人身保護法において監護権者から非監護権者に対して請求がなされた場合に、「請求者による監護が親権等に基づくものとして特段の事情のない限り適法であるのに対して、拘束者による監護は権限なしにされている」として、原則非監護権者による拘束は顕著な違法性を帯びるとされていることも平仄が合う。II 1 (2) b 参照。

監護権者でない親の下に子が引き渡された場合には、保全処分趣旨として監護権者の下にいるよりも監護権者でない親の下にすることが保護として適切であるとされている以上、監護権者による連れ去りも違法性を阻却しない。児福法 28 条に基づく措置により保護されている子についても同様である。他方で、親権者以外の第三者が子の監護者として指定された場合には、当該決定における親権と監護者の監護との優劣の判断に基づいて、保護状態の優劣も決されることになろう³³⁹⁾。

保護の優劣が法的に認められていると
c 言えない場合①：監護 vs. 監護

それでは、次に、保護の優劣が法的に認められているとは言えない場合はどうであろうか。主たる例としては共同監護権者が別居を行っている場合が想定されることから、まずはこれについて検討を加えたい。

(a) 人身保護法の参照

ここでまず参考になるのは人身保護法にかかる規律である。人身保護請求においては、監護権者から監護権者に対して人身保護請求がなされた場合には、拘束者下における監護が「子の福祉に反することが明白」である場合に限り、「顕著な違法性」が肯定されて当該請求が認められており、「子の福祉に反することが明白」な場合には、拘束者に対して引渡しを命ずる仮処分又は審判が出されているにもかかわらず右仮処分等に従わない場合（審判等違反類型）と、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下では著しくその健康が損なわれたり十分な義務教育を受けることができなかつたりする等、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することはできない場合（虐待・親権濫用類型）の二つが存在していた³⁴⁰⁾。

そうすると、未成年者の保護にかかる状態が審判等に違反している場合や、当該状態において虐待や親権濫用がなされており且つ子

が他方の監護の下では安定した生活が送れるような場合には、他方の保護状態に劣後することになる。もっとも、後者について言えば、もはや保護された状態とは呼べない。前者については、家事審判違反については公権的に保護が劣後すると評価されるような事案として V 4(2)b に解消される事案であるが、審判等違反類型に含まれる他の事案、例えば、離婚調停において調停委員会が関与した上で形成された合意に違反するような場合³⁴¹⁾については、なお独立の意味を持つだろう。

以上からすれば、保全処分不遵守に準じるような審判等違反類型については、かかる違反の認められる監護権者による保護状態が、他方の監護権者による保護状態に劣後するという結論が導かれる。

それでは、以上の規律からして保護状態が劣後するとは評価できないような場合には、保護状態の優劣は如何にして判断されるのだろうか。以上の人身保護法にかかる規律は、上記二類型以外には人身保護請求が「認められない」ことを示すだけであり、それは拘束者とされる側の状態の価値を高く見ているとも捉えられるし、両者の状態の価値を等しく見ているとも捉えられる。

従って、かかる見地から以下の二つのアプローチが導出される。

(b) ①原則不介入アプローチ

監護権者の選択した保護状態は、それが拐取した側のものであろうが拐取された側のものであろうが、監護養育の観点からすれば原則として同等の価値を有していると考えられる。この立場を貫くならば、監護権者間の子の奪い合いにおいては、原則として、拐取により侵害された保護状態と同価値の利益を有する保護状態が子に与えられている以上、実質的に違法性が阻却されるという帰結が導かれる。

もっとも、このアプローチをとったとしても、拐取により侵害された保護状態と同価値

339) 親以外の者の監護者指定については、二宮・前掲注 306) 参照。

340) II 1 (2) b 参照。

341) 参照、最判平成 11 年 4 月 26 日判タ 1004 号 107 頁。

の利益を有するとは言えないような特段の事情が認められる場合には、違法性が阻却されないことになる。例として、同意能力が認められる未成年者³⁴²⁾が当該拐取に明示的に反対しているような場合には、いずれの保護状態が自己に適切か選択が可能な未成年者が低価値であると判断した保護状態しか未成年者に与えられていない以上、違法性は阻却されないこととなろう。また、拐取者が、仮に一時的な保護の意思を有していたとしても「監護」を行う意思を有していないと認められる場合にも、監護された状態に劣後する状態に移行されたと捉え、違法性阻却を否定することが考えられる。

(c) ②現状維持アプローチ

しかしながら、以上に対して、同じ「監護権者の選択した保護状態」と言っても、現に子が存する保護状態の方が現状維持の利益³⁴³⁾ないし継続性の原則³⁴⁴⁾に鑑みて価値は高いという価値判断もありうる。かかる立

場からは、監護権者による奪取であっても実質的に違法性は阻却されないということになる³⁴⁵⁾。

この立場に対しては、現状維持の重要性を貫くならば、いわゆる「子連れ里帰り」についても原則として違法性が肯定されることになってしまい、可罰的範囲が広すぎるのではないかという批判的見方が多い³⁴⁶⁾。もっとも、これは微妙な問題である。リロケーション等の整備が不十分である日本の現状においては、子連れ里帰りには「むしろ当然のことであって、それ自体、何ら非難されるべきことではない」という評価³⁴⁷⁾が裁判例上与えられることもあるように、民事上一般的には違法・不当ではないと評価されることが多い³⁴⁸⁾。一方で、子連れ里帰りと言っても子にとって重大な危害をもたらすものであるという認識が広がっており³⁴⁹⁾、国際的なコミュニティにおいては子連れ里帰りに対して比較的厳しい傾向にあるとされている³⁵⁰⁾。かか

342) V 4(3)参照。

343) 菱川孝之「判批」ジュリ 1272 号 155 頁, 159 頁 (2004)。

344) 棚村・後掲注 362)97 頁等。

345) この立場は、ハーグ条約の方向性と軌を一にするように思われる。すなわち、同条約では、子の居所指定権を中核とする「監護権」(同 5 条)を侵害するような子の不法な奪取(同 3 条 1 項)について、不法な連れ去り等から 1 年が経過していないような場合には(同 12 条)、監護権の実態に関する判断を行わずに(同 16 条)原則として子を返還する(なお、同 12 条, 13 条)ことを中核としている。そして、この条約の前提の認識としては、「奪取(enlèvement; abduction)によってそれまでの生活の場から突如もぎ取られて新しい環境で暮らすことを強いられるのは、それ自体が子にとって重大な危害である。それにもかかわらず、監護権を巡る法的争いにおいては、「子の最善の利益」の名の下に、奪取をした親に対して結局のところ監護権が与えられることが少なくなく、また、奪取に対する有効な原状回復手段もない。そのために、奪取が頻発し、子の利益は大きく損なわれる結果となっている。そこで、奪取の抑止、および奪取が生じた場合の迅速な原状回復が、子の保護のために強く要請される。」という点が指摘されている(早川・前掲注 11)1231 頁)。なお、ハーグ条約については、横山潤「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」曹時 63 卷 3 号 1 頁 (2011)、早川眞一郎=大谷美紀子「日本のハーグ条約加盟をめぐる」ジュリ 1460 号 ii 頁 (2013)等を参照。

346) 例えば内海朋子「判批」別冊ジュリスト 221 号(刑判例百選Ⅱ各論〔第 7 版〕)26 頁, 27 頁 (2014)。また刑法 226 条についてであるが菱川・前掲注 343)159 頁も参照。

347) 大阪高決平成 17 年 6 月 22 日家月 58 卷 4 号 86 頁。

348) 早川眞一郎「『国際的な子の監護』をめぐる問題について」判タ 1376 号 47 頁, 48 頁以下 (2012)。

349) 「両親のいっぽうが家を去るとき……子どもはひどい精神的動揺を味わうことになる。両親が喧嘩をする場面はなくなり、ピリピリしていた空気も消えてほっとする反面、両親そろっていたためにこそあった安心感が失われて、子どもの気持ちは混乱し、心細くて途方にくれる……」(ゴールドスタインほか(片岡訳)・前掲注 279)36 頁以下)、「片親による連れ去りは子どもに両者の不和を決定的なものと感じさせ、和解への希望を大きく失わせる出来事となる。片親との分離によって夫婦間の対立に立ち会わなくてもよくなったり、分離した親に虐待的養育やドメスティック・バイオレンスがあった場合には、そうした否定的なイベントから解放された安心感がありつつ、それでもなお、子どもには分離した親への追慕や和解への希望を捨て去ることは難しく、複雑で不安定な心理状態におかれることになる」(菅原ますみ「ハーグ条約における解放実施事務と子の心理」新民事執行実務 12 号 53 頁, 54-55 頁 (2014))、また前掲注 345)参照。

350) 早川・前掲注 348)52 頁。また、子連れ別居が外国人配偶者にとっては子を連れ去る行為と映るという指摘として、大谷美紀子「別居・離婚に伴う子の親権・監護をめぐる実務上の課題」ジュリ 1430 号 19 頁, 21 頁 (2011)

る見地からすれば、リロケーションやDVからの実効的保護等の環境整備に関する前提条件を確保した上で子連れ里帰りを原則禁止とすべきだという方向性に関する主張³⁵¹⁾も傾聴に値すると思われる。

しかしながら、そのような主張も、現在は子連れ里帰りを原則禁止とするための前提条件が未だ整備されているとは言えないということ前提にしている。そうであるならば、前提条件が十分に整備されていない中で、親の行為に犯罪としてのスティグマを課すこととなる峻厳な国家刑罰権³⁵²⁾が、この問題状況に介入することは、やはり未だ許容されないというべきではないか、と思われる。

d 保護の優劣が法的に認められていると言えない場合②：保護 vs. 保護

残された問題として、監護権や法的裏付けの存在しない保護の状態にいる未成年者を、同じく裏付け等のない保護の状態へと移す第三者の拐取を如何に評価すべきであろうか。これも結局のところ、上記の原則不介入アプローチをとるか、現状維持アプローチをとるかにより、その帰結が導かれるということになる。そして、かかる場合には死亡した親の養育を引き継いだ祖父母の下にいる未成年者を無関係な第三者からの拐取から保護する必要性が存在すること等からすれば、監護権者間の場合とは異なり、ここでは現状維持アプローチを採用するという帰結が妥当であるように思われる。

ここで監護権同士では原則不介入アプローチを採用し、単なる保護状態同士では現状維持アプローチを採用することの整合性は、以下のような説明が一応は可能である。すなわち、繰り返し述べているように何が適切な監護であるかには一定の幅が存在するところ、現状維持の利益を害してでも状態を変更することが監護として適切である場合も存在する

のであるから、拐取者に如何なる監護が適切かを決する権利が認められている場合には、刑事裁判所の目から、現状維持の利益が害された一事をもって拐取後の状態が拐取前より劣後すると判断することは適切でない。これに対して、拐取者にかかる権利が認められていない場合には、拐取者に監護義務が認められず長期的な「監護」が行われる前提を欠くことと相まって、拐取行為が、現状維持の利益を害してでもなお適切である状態に変更する行為であると評価される余地がない以上、現状維持の利益の侵害をもって、拐取後の状態が劣後するということが適切である。

そうすると、例えば、三世帯で暮らしていたが父母が死亡したために事実上養育を引き継いだ祖父母の下での養育について、適切でないと考えて他方の祖父母が子を引き取るためには、祖父母の下での養育が保護状態とは呼べないような場合等の場合を除き、民事上の手続によるべきであり、そのような手続によらない連れ去りは未成年者拐取罪を構成するということになる。

e 小括

縷々述べてきたが、以上の検討の帰結は以下ようになる。

まず、拐取者が保護する意思を有しているとは言えない場合は、保護状態から保護のない状態へ移される以上、違法性は阻却されない。

次に、拐取者が保護の意思を有している場合は、法律・審判・調停等においてその者の監護ないし保護が被拐取側の監護ないし保護よりも優越すると認められているときは違法性が阻却され、逆に劣後すると認められているときは違法性が阻却されない。そして、それでは優越するとも劣後するとも認められないときには、監護権者同士であれば原則として違法性が阻却されるのに対して、非監護権

(「多くの外国人親にとって、子の共同親権者であるにもかかわらず、子の所在もわからない、子が勝手に転校させられ、どの学校に通っているかも知られされない、子と会うことも電話で話すこともできず、子が健康で安全でいるかどうかもわからないという状態に対し、法的な救済手段がないということが理解できない)。

351) 早川・前掲注 348)53 頁。

352) 参照、佐伯仁志『制裁論』128 頁(有斐閣, 2009)。なお、「親が犯罪者になったら、苦しむのは子どもだ。子の奪い合いに安易な刑事介入を認めるのではなく、家裁で解決すべきだ」という指摘(滝井繁男元最高裁判事)もある(「[きしむ親子] (2) 実の娘 連れ戻し「有罪」 親権争い(連載)」読売新聞 2012 年 10 月 23 日)。

者同士であれば違法性が阻却されない。

(3) 未成年者自身の同意

a 違法性が認められなくなる根拠

保護法益を、保護状態の下に存する未成年者の利益と解すると、その法益主体たる未成年者自身の同意が存在する場合には、それはいわゆる「被害者の同意」と位置付けられ、当該行為の違法性が認められなくなることになる³⁵³⁾。

b 問題の本質

この点、既に紹介したように、子の利益のみを保護法益とする立場からは、高校生等の一定の年齢以上については、かかる場合については不可罰になると主張されることが多い³⁵⁴⁾。明示的ではないが、その論拠は、一定の年齢以上になれば未成年者には同意能力が備わるのだから、当該年齢未満であれば監護権者による同意が行われるのに対して、当該年齢以上であれば未成年者本人が同意するのであって、監護権者には同意権限は存在しないというものであろう。

しかしながら、以上の論拠から高校生等の年齢以上の子の同意によって不可罰となることは自明の理ではない。何故ならば、そもそも現行刑法 224 条が「未成年者」と定められたのは、法律では未成年者は未だ知能が不十分のものとして全て規定されているため知能が不十分のものとして扱うことが妥当であるという判断に依拠している³⁵⁵⁾のであるから、未成年者の被拐取者の意思表示には一律に瑕疵があるとす³⁵⁶⁾ならば、未成年者拐取罪において未成年者の同意は常に考慮されないということになるからである。

これは、保護法益を子の利益に求める従来の複数の立場に対する批判となる。すなわち、この立場が、監護権説に対して未成年者

が真の同意をしていても可罰的になるのは不当であると批判するならば、それは、未成年者が真の同意をしていても子の「判断の適正を誤らせる」誘惑に該当する行為がなされていると評価することを前提としており³⁵⁷⁾、その立場を一貫させるならば、子の利益のみを保護法益としたとしても、適正な判断を行う同意能力に欠けている者の同意は無効であり可罰的であるという結論に至ってしまうはずである。

従って、監護権説と子の利益を保護法益とする立場との対立点として従来論じられてきたこの論点の本質は、如何なる場合に未成年者は「保護状態」の下から離脱することについて「適正な判断」をできるようになるかということであり、保護法益論に関係なく、そのような場合にはいずれの説からしても不可罰と解すべきである。

c 検討①：一般論

それでは、まず第三者による拐取の事例において、目安としてどれほどの年齢に至れば適正な判断をする能力を得るに至ったというべきであろうか。前述したように 20 歳によって切り分けるという立場もありうる一方、20 歳に至っていなかったとしても、個別事案に応じて、同意能力及び同意の有効性が認められる場合には同意による阻却を認める考え方もありうる。そして、ここでの考え方には二つ方向性があるように思われる。

一つは、未成年者拐取罪よりも法定刑が重い強制わいせつ・強姦の罪に関して、同意年齢が 13 歳とされている(刑法 176 条, 177 条)ことに鑑みて、同意年齢を低く見る考え方である。すなわち、法定刑に鑑みて保護状態よりも重要な法益である性的自由³⁵⁸⁾に関して同意年齢が 13 歳と規定されているのだから、

353) なお、かかる点については、被害者の同意が構成要件を阻却するのか違法性を阻却するのかという体系的な議論が存在する(違法性阻却事由説への批判も含め、参照、小林憲太郎「被害者の同意の体系的な位置づけ」立教法学 84 号 18 頁, 21 頁以下(2012))が、いずれにたつたとしても同様の帰結を導くことが可能である以上、ここでは体系的議論には立ち入らず、便宜上違法性阻却の枠組に入れた上で、如何なる場合に、本罪成立を否定する同意が認められるかという点につき議論を展開することとしたい。

354) II 2(1)b(a)参照。

355) III 3(1)b(b)参照。

356) 西原ほか・前掲注 55)118 頁, 120 頁〔日高義博〕。

357) V 1(2)a(b)参照。

358) 性犯罪の保護法益を性的自由(自己の身体を性的に利用されない自由)と解する近時の論稿として、佐伯

ましてや保護状態についてはそれよりも低い年齢でも同意可能であるとする見解である。

もう一つは、逆に依然として成年者に比するような高い年齢が必要とされる考え方である。すなわち、(その趣旨には議論があるものの) 児童(満18歳に満たない者)に淫行をさせる行為は刑罰をもって禁じられている(児童福祉法60条1項, 34条1項6号)こと、また仮に法益の重要性に劣るとしても、法益の重大性と法益処分を適正に判断する能力とは必ずしも相関しないこと³⁵⁹⁾からすれば、比較的高い年齢³⁶⁰⁾を要求することもありうるように思われる³⁶¹⁾。

d 検討②：監護権者間等についての議論の修正の余地

もっとも、以上のような議論は、典型的な略取誘拐罪、すなわち監護権等の法的裏付けが認められる保護状態と、そうではない保護状態との間での選択を想定した事案に関する議論である。この点、養子縁組に関する意思能力は15歳で認められており(民法797条1項)、判例実務においても15歳以上の子の監護者に関する意思は、自己の境遇についての自主的判断力を備えているとして尊重されているという指摘、そして更なる意思の尊重を求める指摘もある³⁶²⁾。そして、第三者による「拐取」の場合とは異なり、保護の合理性が法的に担保された状態同士の選択であら

ば、比較的低い年齢の未成年者であってもなお選択能力を認めることが許容されると捉えることができるならば、そのような状態の間については典型的な略取誘拐罪の場合よりも低い年齢で同意能力を認めることも許容されよう。

もっとも、正確な子の意思を把握する諸手続の用意された家裁での子の意思の取扱いを、日常生活において親等が子に対して行う「略取誘拐」の場合に類推することはできない³⁶³⁾という点に注意が必要である。

(4) 保護状態が不良に変更されたとしても許容される場合

それでは、保護状態の不良変更が認められ、かかる変更に対する未成年者の有効な同意が存在しなかったとしてもなお、違法性が阻却される場合はあるのだろうか。

まず、正当防衛や緊急避難が認められること自体には異論の余地がないだろう。例えば、第三者が、帰宅途中に犯罪被害にあっていない未成年者を発見したため、当該未成年者を自己の車に乗せて走り去ったような場合、仮に保護状態の下にいる利益を侵害しており、そして当該第三者による保護状態がそれを上回るものでなかったとしても、それでもなお生命身体の利益の保護等、それを上回る利益が認められ、違法性が阻却される余地が認められることになろう。

仁志「刑法における自由の保護」曹時67巻9号1頁, 37頁(2015)。

359) 例えば、民法上、未成年者の子が婚姻するにあたっては父母の同意が必要とされており(民法737条)、その趣旨は、必ずしも思慮分別の定まらない未成年者の配偶者選択の誤謬を防ぐためであるとされている(青山道夫=有地亨編『新版 注釈民法(21) 親族(1)』235頁〔大原長和〕(有斐閣, 1989))。もっとも、配偶者の選択と保護状態の選択は必ずしも同一ではない。

360) なお、「満18歳に達した大学生ともなれば、自己の行動に対する意思決定の自由は、相当程度尊重されるべきであって、同人が、自己の自由な意志により、あえて親権による保護関係から離脱して特定の人物又は政治集団と行動を共にすることを希望しているときは、右意思決定に対する親権の介入を相当ならしめる特段の事情の存しない限り、第三者が、右未成年者を親権による保護関係から離脱させたからといって、同人の自由を侵害したことにはならないと解すべきである。」とする判例がある(大阪高判昭和62年9月18日判タ660号251頁)一方、14歳の家出少女に家出方法を教示したり航空券等の提供をしたりした事案で、元々少女に家出の願望があったものの、「被告人とのやり取りの中で、被害者の家出の意思が具体化し、確定的なものとなつた」として「誘惑」を肯定するものもある(釧路地判平成24年7月19日LLI/DB06750364)。

361) なお、逆に、成年者と同等の判断能力を有する未成年者の存在を認めるとすると、その者は、その能力にもかかわらず成年者(刑法225条)以上の保護を刑法224条により受けることになる。

362) 棚村政行『子どもと法』98頁(日本加除出版, 2012)。

363) 「子の意思の尊重」という名目の元で親が子に意思を押しつける危険性があること、子は現在自分が生活を共にしている親の意向に沿う発言をせざるをえない状況に置かれがちであることなど、子の真意を確認することは困難を伴うことも多く、子の意思については慎重に判断されなければならない」と指摘されている(石田ほか・前掲注28)24頁)ように同意の有効性については慎重な判断が必要である。

このように考えると、以上に加えて違法性阻却の一般原理として³⁶⁴⁾、法益衡量・優越的利益の見地から、保護状態の不良変更によりそれを上回る権利利益の保護が認められるような場合について、なお違法性が阻却される余地が存在するように思われる。

かかる見地からは、例えば、治療同意権が問題になりうる³⁶⁵⁾。すなわち、監護権者たる両親 AB が別居していたときに、両者の子 C について被拐取側 A の保護状態が拐取側 B の保護状態よりも優越するようなときであったとしても、手術等の C の治療を A が拒絶していたような場合に、B が拐取し治療を受けさせることによって、C の生命身体の利益が保護されるような事案が考えられる。かかる事案において、監護権者或いは子の代行として、監護権者或いは親による治療同意が認められるとする見解³⁶⁶⁾に鑑みて、違法性が阻却される余地はないかが問題となりうるのである。確かに、被拐取側において、保護者が児童に必要な医療を受けさせない「医療ネグレクト」³⁶⁷⁾が発生しているような場合については、それが児童虐待に至るような重大な場合にはもはや「保護状態」下にないとして構成要件該当性を否定することもありうるものの、「医療ネグレクト」にも検診・予防接種を受けさせないといったものまで含まれる³⁶⁸⁾ように概念に大きな幅があるのであって、児童虐待には至らないものの児童に必要な医療を受けさせていない監護親からの

監護親による奪取についてはなお問題となるのである。

これには両様の考え方がありうる。すなわち、一方では、親権は共同行使が原則であることや、親権喪失宣告の家事審判における保全処分が手続として存在していること³⁶⁹⁾等に鑑みて違法性阻却を否定することも考えられる。他方で、未成年者の治療の決定に際して監護権者の意見が分かれている場合には、子の最善の利益を基本にいずれかの同意する処置を医師が選択することを許容する見解³⁷⁰⁾等に基づき、治療拒絶が児童虐待に至っていないかつ、拐取側の監護親にも子の治療同意を行う権限が存在するとして、一定の場合には³⁷¹⁾違法性阻却を肯定することも考えられる。

(5) 修正の余地：行為態様の考慮

以上(2)から(4)まで展開してきた議論に対しては、一定の立場からは議論を修正する余地がある。すなわち、法益衡量・優越的利益の見地からすれば、保護状態が不良に変更されなかったとしてもなお別個に侵害される利益が存在すれば違法性阻却を否定するという考えがありうるからである。

もっとも、これに対しては、当該構成要件の保護法益の外にある不法を算入して処罰を肯定することになるため、罪刑法定主義上問題があるという批判が考えられる³⁷²⁾一方、仮にこれを否定し、かかる算入を肯定する³⁷³⁾のであれば、その他の権利利益の侵害

364) 参照、小林憲太郎「違法性とその阻却——いわゆる優越利益原理を中心に——」千葉大学法学論集 23 巻 1 号 1 頁 (2008)。

365) 子と治療同意権を巡る問題一般については、小山剛＝玉井真理子編『子どもの医療と法』(尚学社、2008) 参照 (特に、保条成宏＝永水裕子「Ⅱ. 日本法の現状と課題」(同 29 頁以下))。

366) 西希代子「親権 (2) ——親権の効力」大村ほか編著・前掲注 181)273 頁、286 頁。

367) 畑中綾子「同意能力のない子に対する親の治療拒否をめぐる対応——医療ネグレクトへの介入——」岩田太編『患者の権利と医療の安全——医療と法のあり方を問い直す——』51 頁、51-52 頁 (ミネルヴァ書房、2011)。

368) 畑中・前掲注 367)52 頁。

369) 親による治療拒絶がなされている場合の対応としては、親権喪失の保全処分が実務上用いられている。参照、保条成宏＝永水裕子「日本法の現状と課題」小山＝玉井編・前掲注 365)29 頁、48 頁以下。

370) 「倫理上の問題はともかく、一方の同意さえあれば法律上の問題は起こらないとの見解もあるが、この場合は子の最善の利益を基本として両親のどちらかが同意する処置を選択する方法をとるのが適切ではないかと解される。」手嶋豊『医事法入門 [第 3 版]』261 頁 (有斐閣、2011)。

371) 軽微な医療治療については別異に解する余地がある。そのような場合には、優越的利益を違法性阻却原理に据える考え方からすれば、保護状態を離脱する不利益が治療による利益を上回るため違法性阻却が否定されるという説明になろう。

372) 例えば、山口厚『刑法総論 [第 2 版]』103 頁以下 (有斐閣、2011)、島田・前掲注 296)105 頁。

373) 例えば佐伯仁志「違法性の判断」法教 290 号 57 頁、60 頁 (2004)、小林・前掲注 364)56 頁以下。

を違法性阻却の中で考慮することが可能になるであろう。

以上の議論の例としては、平成15・17年決定で掲げられていた行為態様が挙げられる。すなわち、行為態様が粗暴で強引なものであり、それによって未成年者ないし第三者に対して危害を加えるものであったのならば、その権利利益侵害を捉えて違法性阻却を否定することが考えられる。もっとも、その場合には、保護状態が優越する状態へ粗暴に移行させた場合、かかる危害の発生と保護状態の優越さとの比較衡量を如何にして行うかという問題は生じることになる。

それでは、構成要件の保護法益の外にある不法の算入を否定する立場からは、行為態様は何等考慮に値しないのだろうか。保護状態下に存在するという未成年者自身の利益が保護法益として捉えられていることを前提にするならば、ありうる理解としては、かかる未成年者の利益と関連付ける解釈を展開することになる。ここで参考になるのは、子の引渡しの執行方法に関する議論である。すなわち、子の引渡しを間接強制ではなく直接強制により実現することに対する懸念事項として、執行官が未成年者をその意思に反して、或いは未成年者を抱く親から無理矢理に連れ出すことには、未成年者に対して身体的精神的損害を強く生じさせる危険性が存在する、という点が認識されている³⁷⁴⁾。

そこで、この点を捉えて、「強引」な子の奪取は未成年者に対して強い身体的精神的損害を加えるものであり、ひいては未成年者の養育の利益等にまで不利益を及ぼすものであるということを前提に、保護状態の価値を基礎付ける養育の利益を害するような行為態様の粗暴さ・強引さは、保護法益と関連する理由により違法性阻却を否定することとなると解する理解もありうる。

しかしながら、上述のように³⁷⁵⁾本罪は、

広範な意味における自由や安全を保護しているのではなく、あくまでも保護状態の下にいる利益を保護していると解されるのだとすると、このように理解したとしてもなお、保護法益に含まれない法益の侵害による違法性阻却の否定に反対する見解からは、支持され得ないという帰結に至るだろう³⁷⁶⁾。

(6) 本稿の帰結

以上から、本稿の議論の帰結として、以下のような場合に違法性阻却が肯定される。

まず、保護状態を不利に変更していないと評価できる場合について、行為態様の粗暴さが認められない場合或いは行為態様による危害の発生を違法性阻却において考慮しない場合には、原則として違法性が阻却される。具体的には、拐取者が保護の意思を有し、且つ法律・審判・調停等においてその者の監護が被拐取側の監護よりも優越すると認められているときや、拐取者たる監護権者が保護の意思をもって監護権者から拐取するときには、違法性が阻却される。

次に、保護状態の下にいる利益の放棄について、同意能力ある未成年者による有効な同意がなされた場合、構成要件ないし違法性が阻却される。

更に、保護状態を不利に変更している場合であっても、それを上回る権利利益の保護によって、違法性が阻却される。それには、正当防衛や緊急避難が挙げられ、更には治療同意権の行使によっても、違法性が阻却される余地が存在している。

なお、以上の議論を体系的に整理するならば、同意の問題は構成要件ないし実質的違法性阻却の問題として位置付けられ、その他の問題については、まず監護権行使として認められるものについては正当行為の問題として位置付けられ、次に正当防衛・緊急避難等については刑法36条・37条の問題として位置づけられ、それ以外のものについては実質的

374) 石田ほか・前掲注28)98頁、遠藤真澄「子の引渡しと直接強制——主に家裁の審判、保全処分と直接強制の在り方について——」家月60巻11号1頁、37頁以下(2008)。また、菅原・前掲注349)53頁も参照。なお、直接強制の方法の実務上の工夫については、園尾監修・杉山・前掲注17)85頁。

375) V3(1)b参照。

376) もっとも、同意能力を有する未成年者の同意に反するような拐取については、違法性が阻却されない旨は既に指摘した。V4(2)c(b)参照。

違法性阻却の問題として位置付けられることになるだろう。

5 平成 17 年決定の検討

それでは、最後に、以上の本稿の帰結からは、平成 17 年決定が如何なるカタチをもって見えることとなるのか、検討を行うこととしたい。

(1) 事案の概要

平成 17 年決定は、以下のような事案にかかる決定である。

被告人は B³⁷⁷⁾ との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で共同生活をしていたが、平成 13 年 9 月 15 日、B と口論した際に被告人が暴力を振るう等したことから、B は C を連れて青森県八戸市内の B の実家に身を寄せ、別居するようになった。

このとき、C は、根本的治療としては手術を要する鼠径ヘルニアに罹患していたものの、重度ではなかった。そして、B は、平成 14 年 11 月 12 日に C を被告人に会わせて医師の説明を共に受けて手術を C に受けさせる予定でいたが、被告人が起こした未成年者略取事件³⁷⁸⁾ が起訴猶予処分になったことを受けて、離婚訴訟の提起を弁護士に依頼し、また当日 C と共に病院に行くことはなかった。

被告人は、C と会うこともままならないことから、C を B の下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようと企てた。そして、被告人は、平成 14 年 11 月 22 日午後 3 時 45 分頃、保育園の南側歩道上において、B の母である D に連れられて帰宅しようとしていた C を抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車に C を同乗させた上、同車を発進させて C を連れ去った。その行為態様は、B に代わって迎えにきた D が、自分の自動車に C を乗せる準備をしている

すきについて、被告人が C に向かって駆け寄り、背後から自らの両手を両脇に入れて C を持ち上げ、抱きかかえて、あらかじめドアロックをせずエンジンも作動させたまま停車させていた被告人の自動車まで全力で疾走し、C を抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから C を助手席に座らせ、発進したというものである。なお、その際、被告人は、D が被告人の車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブを掴んで開けようとしたり、窓ガラスを手で叩いて制止しようとしたりするのにも意に介さず、発進している。

その後、同日午後 10 時 20 分頃、青森県内の民家等もない林道上において、C と共に車内にいるところを警察官に発見され、通常逮捕された。

(2) はじめに：全体の構造

まず、平成 17 年決定は、構成要件該当性を肯定した上で、「被告人が親権者の 1 人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情である」と付言し、本件での違法性阻却を否定している。これは、前述のように³⁷⁹⁾、未成年者拐取罪について家族間か否かで規定を別にせず同一の構成要件しか持たない日本法においては、構成要件解釈の問題として行為態様を別異に扱うことは、解釈論上難しく、そうした事情は違法性阻却の判断において考慮すべきであるという点から支持される。

(3) 構成要件該当性に関する検討

次に、構成要件該当性について見ていきたい。

前述のように、平成 17 年決定は、「被告人は、C の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穩に生活していた C を、祖母の D に伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されて

377) 人物関係の摘示については高裁以降のものを採用している。なお、第一審では、母親 A、子 B、保育園 C、祖母 D という名称がふられていた。

378) 第一審判決認定事実によれば、被告人は、平成 14 年 8 月に、知人の女性に C の身内を装わせて保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々する等したが、9 日後に沖縄県下で未成年者略取の被疑者として逮捕されたことがあった。この件については、本件犯行の約 2 週間前に起訴猶予処分を受けているようである。

379) V 3 (2) d 参照。

いる環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らか」であるとしている。

平成17年決定において、「未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らか」であるということは、「保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いた」という点から認定されている。ここで注目されるのは「保護されている環境」からの離脱を捉えていることであり、この点につき、本稿の帰結からは三つ重要な含意が読み取れる。

一つ目は、それはただの「環境」からの離脱ではなく「保護されている」環境である必要があるとされていることである。現に本決定は、Cが「監護養育されて平穏に生活していた」点を取って認定しているのであり、監護養育のなされない育児放棄等がなされている場合には、本罪の保護が及ばない可能性を示唆していると言える。本稿の立場からは、これは、保護法益が「親権者と共にいる事実」自体ではなく、保護状態下にいる未成年者の利益であるという帰結から支持される。

二つ目は、構成要件該当性を肯定するにあたって摘示されているのは「保護されている環境」であり、法的裏付けのある環境ではないということである。確かに、本決定はBがCの共同親権者である点を指摘しているものの、それによって立証されている対象はあくまでも「保護されている環境」である。そうすると、共同親権者による監護は原則として適法なものである³⁸⁰⁾という意味において、未成年者のいる状態が監護養育の意思に基づくものであることを推認させる一事情として位置付けられていると考えられるように思われる。以上のことは、本稿の立場からは、保護法益たる状態に法的裏付けは必要ないという帰結から支持されることになる。

三つ目は、略取誘拐の成立において「自分の事実的支配下に置いた」という点が摘示されていることである。前述したように、かか

る要件は必要不可欠のものであるとは考えられないものの、かかる要件を要求することが不当とは呼べず、保護状態への復帰可能性という観点から理解することが可能である。

(4) 違法性阻却に関する検討

a 全体の構造

以上を前提に、違法性阻却判断について検討を行いたい。

平成17年決定は、「被告人は、離婚係争中の他方親権者であるBの下からCを奪取して自分の手元に置こうとしたものであって、そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情は認められないから、その行為は、親権者によるものであるとしても、正当なものと言うことはできない。また、本件の行為態様が粗暴で強引なものであること、Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること、その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあつたとも認め難いことなどに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容されうる枠内にとどまるものと評することもできない」として、「本件行為につき、違法性が阻却されるべき事情は認められない」と判示している。

ここからは二点重要な構造を読み解くことができる。

一つは、本決定は違法性阻却を二つの段階に分けて判断しているということである。この点、本決定について、決定文に掲げられた全ての事情を総合的に考慮する枠組を呈示するものも見受けられる³⁸¹⁾。しかしながら、決定自体は、「……正当なものということはできない」という文章と「……社会通念上許容されうる枠内にとどまるものと評することもできない」という文章の二段構造になっている。そして上告趣意がかかる区分を行っていない³⁸²⁾ことから、最高裁は取って二つ別個の判断基準があるという枠組を提示してい

380) II 1 (2) b 参照。

381) 例えば、日高義博「親権の行使と未成年者拐取罪」町野ほか編・前掲注 311)416 頁, 425 頁, 佐藤琢磨「判批」刑事法ジャーナル 4 号 92 頁, 98 頁 (2006)。

382) 参照, 刑集 59 卷 10 号 1909 頁以下。

ると解され、その文言から、正当行為（刑法35条）の判断基準と実質的違法性阻却の判断基準が提示されていると見ることが妥当であろう³⁸³⁾。従って、両者の判断要素を混合させた違法性阻却判断³⁸⁴⁾は、内実を更に不明確にするものであり、許容されない。

もう一つは、本決定は実質的違法性阻却について、家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるか否かという基準を提示しているということである。これは、諸事情を総合考慮して法秩序全体の精神ないし社会的相当性の観点から実質的違法性を判断する判例理論の流れにあると評価することが可能である³⁸⁵⁾。

もっとも、かかる判断には、内実を実質化すれば優越的利益説に等しくなるのではないかという批判も強いところである³⁸⁶⁾し、特に本罪について言えば子の福祉という刑事手続における総合的判断の困難な事象が介在するのである³⁸⁷⁾から、結局のところ、何を判断要素として如何なる見地から違法性を判断するかを考察することが重要であるように思われる³⁸⁸⁾。

b 正当行為

まず、正当行為について、本決定は、「そのような行動に出ることにつき、Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」が認められれば、正当行為として違法性が阻却される余地を認めている。

ここで注目されるのは、構成要件該当性においては「保護」された環境という言葉を用いていたのに対して、正当行為については

「監護養育」という言葉が用いられているということである。本稿の帰結からすれば、これは、保護法益論としては単なる一時的な「保護」を摘示しているのに対して、正当行為の要件としては監護義務に裏付けられ一定の期間を内在させる「監護」の状態に移行することを摘示しているものと理解される。

かかる理解からすれば、これは監護権に基づく正当行為を示していると解される³⁸⁹⁾。すなわち、未成年者の保護状態が保護法益として考えられているところ、監護権は未成年者を監護に服させる「自力執行的権能を含むものといえるから、」一定範囲で「子を自己の監護下に置くために一定の有形力を行使することも許容」されている³⁹⁰⁾という点を指摘するものと思われる³⁹¹⁾。

それでは、如何なる場合に監護権行使としての違法性阻却が肯定されるのだろうか。本稿の分析枠組に従って検討すると、まず、保護状態の優劣という観点からは、被拐取側が保護状態であると評価される場合に、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」に基づく正当行為が許容されるのは、拐取側の保護状態が被拐取側の保護状態に法的に優越すると認められる場合に限られると思われる。両者の間に法的優劣が認められない場合には、同価値であることを理由に実質的違法性阻却がなされる可能性があることは格別、被拐取側の状態を侵害する「権利」「権限」までもが拐取側に認められている訳ではないのであり、かかる理は、人身保護法の規律を見ても明らかである³⁹²⁾。すると、本件

383) 同様の理解として、前田・前掲注9)692頁、松澤・前掲注292)110頁、滝沢・前掲注45)113頁。

384) 例えば前掲高松高判平成26年1月28日。

385) 佐藤・前掲注381)97頁。

386) 例えば佐伯・前掲注373)58頁以下。

387) V4(2)a参照。

388) 佐藤・前掲注381)97頁。

389) 同旨、前掲注383)記載の各文献。実質的違法性阻却判断と分けて判断するのであれば、何らかの法令行為等を想定することが適切であるように思われる。

390) 以上のように指摘するものとして、前田・前掲注9)686頁。

391) 従って、非監護権者による奪取にもかかわらず監護養育の必要性を論じている前掲高松高判平成26年1月28日の当該説示は、正当行為と実質的違法性阻却を明示的に区分した平成17年決定の趣旨を没却し、限界の不明確な総合衡量へと運用を傾けるおそれがある（現に中村功一「判批」警察学論集67巻6号163頁（2014）はかかる区分を取り払った枠組を採用している（同173頁））ため、妥当でないように思われる。

392) V4(2)c(a)参照。

のように両者の保護状態の法的優劣が認められないような事例においては、その保護状態の優劣という観点からは、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」という要素によって正当行為が裏付けられることはなくなる。

しかし、保護状態の優劣が存在しなくとも、なお当該行為が許容される場合に該当する余地がある。そのような場合として本稿が摘示したのは治療同意権行使等による違法性阻却の余地であった。平成17年決定についても、第一審・第二審は、被告人が鼠径ヘルニアの手術を受けさせるために本件犯行に及んだという主張について検討を加えている。かかる見地からは、子の症状如何によっては、まさに「監護養育上それが現に必要とされる」場合として正当行為が認められる余地もあると言え、その意味をも平成17年決定は含意しているということもできよう。

なお、一点付言する。本決定につき、目的の正当性と行為の相当性という視点から整理を行おうとするものも存在し、かかる見解は、子を自らの下に奪回したいという目的では正当化されないという点を本決定が判示していると捉えているようである³⁹³⁾。しかし、本決定は、その文言からすると、監護養育の目的の有無ではなく、「監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」という監護養育の客観的必要性の有無を議論の対象としている。従って、確かに正当行為として認められるためには正当な目的が必要であるように思われるが、目的という観点から本決定の文言を理解することは妥当でないように思われる³⁹⁴⁾。

c 実質的違法性阻却

(a) 決定文の分析

それでは、次に、実質的違法性阻却の判断について見ていきたい。

ここでは、行為態様・未成年者の年齢・拐取者の養育の見込みを摘示した上で、家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるものとは評されない旨が指摘されているものの、前述のように、かかる総合衡量においては、何を判断要素として如何なる見地から違法性を判断するかを考察することが重要となろう。

そこで、本稿の議論を参考に検討を加えると、以下ようになる。

まず、保護状態が不良に変更されているとは言えない場合には違法性阻却が肯定される。本件は監護権者同士の争いであるため、原則不介入アプローチに立脚すると、拐取後の状態が保護された状態ないし監護された状態とは言えないような場合や、同意能力のある未成年者の有効な同意として被拐取側の保護状態が選択されている場合を除き、違法性阻却が肯定される。この点、本決定は「監護養育の見込み」の不存在を違法性阻却の否定理由の一つとして挙げている。監護権者による保護について監護養育の見込みがないと刑事裁判所が断ずることには困難を伴うものの³⁹⁵⁾、拐取後の状態が保護・監護された状態と評価できるか否かの一考慮要素にはなりうる。

次に、未成年者が「自分の生活環境についての判断・選択の能力」を備えているような場合には、その有効な同意によって構成要件ないし違法性が阻却される余地があるが、本件ではそのような能力が備わっていない以上、かかる点につき検討の余地がない。

393) 松澤・前掲注292)110頁。

394) なお、松澤・前掲注292)111頁は、子を自分の下に奪取したいという目的を「極めて独善的な欲求に基づいている」のであり目的が正当でないとする。しかし、子を自分の下に奪取したいという目的と、子は自分の下でよりよく養育されると思い拐取したという場合の目的とが、明確に分離されるかは確かでないように思われる。もっとも、正当な目的が必要であることは記した通りであり、奪取目的が監護養育目的を逸脱するものである場合のように、奪取行為に親権の濫用等が認められるような場合（参照、谷田貝三郎「親権の濫用」末川博古稀『権利の濫用』96頁、100頁（有斐閣、1962））には、正当行為が成立しないことは言うまでもない。

395) 本件においても養育の見込みがないと断ずることが可能なか疑義は存在する（参照、反対意見）。もっとも、被告人に対してDV保護命令に基づき接近禁止命令が出されているような事案であり、監護養育の見込みないし意思を否定するに足る事実が存在した可能性はある。

そして、仮に保護状態の不良変更が認められなくとも、一定の場合には違法性阻却が否定される³⁹⁶⁾。そして、構成要件の保護法益の外にある不法の算入を肯定する立場からは、本件のような行為態様の粗暴さや強引さ³⁹⁷⁾によって違法性阻却が否定されることになる。

(b) 原則不介入・現状維持アプローチへの示唆

以上からすれば、仮に違法性阻却として摘示された3要素が全て意味を持つとするならば、本稿の議論からは、平成17年決定は原則不介入アプローチを採用していることになるように思われる³⁹⁸⁾。また、仮に現状維持アプローチを採用し、子連れ里帰りも原則として可罰的であるとするならば、平成17年決定の事案は、拐取された側のBが子Cを連れてBの実家に身を寄せていたところ、被告人が拐取したというものであり、そもそもBの子連れ里帰りが未成年者拐取罪に該当するおそれが存在し³⁹⁹⁾、その場合、当該事案における被告人の行為は、いわゆる自救行為としての側面も有していたはずである⁴⁰⁰⁾にもかかわらず、本決定は、かかる自救行為等の枠組で問題を捉えた説示をしていない。

従って、本決定は、原則不介入アプローチに立脚しており、子連れ里帰りについては原則として射程に含めていないと解することが

自然であるように思われる。もっとも、最高裁は上記3要素「などに徴すると、家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない」としたにとどまる。従って、この3要素は、各々の欠缺が常に実質的違法性阻却の肯定に大きく資するような意味をもっているとは必ずしも言えない⁴⁰¹⁾のであり、今後の判例の展開によっては、現状維持アプローチにたつことで、同意能力ある被拐取者による有効な同意の不存在等以外の実質的違法性阻却が大幅に否定される可能性も存在しているといえよう。

(5) 反対意見・補足意見の意義

なお、平成17年決定の検討の最後に、前述した⁴⁰²⁾反対意見・補足意見の対立について付言しておきたい。反対意見と補足意見においては、家庭裁判所の役割を重視した上で、刑事司法機関の介入が極力避けられるべきか、むしろ積極的に介入すべきか、という点が議論されていた。

まず、これまで見てきた通り、未成年者拐取罪は家庭裁判所の手続違反を処罰する犯罪ではないのだから、家庭内の法的紛争につき「家庭裁判所による解決を困難にする」から構成要件該当性が肯定される訳ではない。そして、更に言えば、刑事司法機関の介入が積極的・消極的であるべきだという価値判断から何の論理も経ることなく違法性阻却を否

396) 上述のように、原則不介入アプローチにたつたとしても、未成年者が当該拐取を拒絶しているような場合には、違法性阻却が否定されるが、本件においては未成年者に同意能力がないため、かかる点は問題にならない。このような意味においても、決定文の「自分の生活環境についての判断・選択の能力」の有無に関する摘示は重要性を持つことになる。

397) 本件では、第一審判決は「追い掛けてきたDが運転席のドアノブに手を掛けるなどして制止するのを顧みることなく」発進していることや、その結果「Dは、路上に転倒し、右腕と左膝を負傷した」点を摘示して粗暴さを基礎付けており、祖母への危害を捉えている。これに対して、第二審判決は「Cの心身に悪影響を及しかねないこと」を摘示しており、子への危害を捉えているように思われる。

398) 現状維持アプローチをとるならば、拐取先の養育の見込みや行為態様の粗暴さを指摘する必要なく違法性阻却が否定される。

399) 現に、母親の行為こそ拐取罪に該当し父親は連れ戻したに過ぎないという批判も存在している。参照、松田・前掲注8)76頁。

400) 本罪の保護法益を一定の保護状態の下にいる利益とすると、本罪は状態犯と解されるように思われる。状態犯に解した上で判例の帰結と整合をとるものとして、杉山・前掲注311)451頁以下。

401) 前田・前掲注9)693頁も、「あくまで事例判断であるから、考慮事情がこれらの要素に限られることを意味しないし、また、どのような事案において実質的違法性が阻却されると判断されるのかは、今後の事案の集積を待つことになろう」としている。

402) I 1(2)参照。

定・肯定するというのは、内実があまりに不
明確で許容され得ない。

従って、この「家庭裁判所の役割」論の位
置付けが問題となるが、これまでの本稿の見
地からすれば、これは実質的違法性阻却にお
いて原則不介入アプローチをとるべきか現状
維持アプローチをとるべきかの価値判断にお
ける対立として位置付けられるだろう。すな
わち、家庭内の法的紛争については家庭裁判
所による解決が期待されているところ、現実
に存在する保護状態の価値を高く評価するか
否かが、一面においては刑事司法機関の介入
が積極的であるべきか否かという側面を有す
ることになるのである。

以上の意味において、反対意見中の「ある
時期に、公の手続によって形成された訳でも
ない一方の親権者の監護状態の下にいること
を過大に評価し、それが侵害されたことを理
由に、子の福祉の視点を抜きにして直ちに刑
事法が介入すべきではないと考える」という
説示や、補足意見中の「子の福祉という観点
から見ても、一方の親権者の下で平穏に生活
している子を実力を行使して自らの支配下に
置くことは、子の生活環境を急激に変化させ
るものであって、これが、子の身体や精神に
与える悪影響を軽視することはできないとい
うべきである」という説示についても首肯す
ることができるように思われる。

もっとも、原則不介入アプローチをとった
としても反対意見のように本件の行為が不可
罰と判断される訳ではないということ、補足
意見の価値観を貫徹して現状維持アプローチ
をとるとまで最高裁決定が踏み切ったとも言
えないということは、これまで論述してきた
通りである。

6 残された課題——国外移送目的 拐取罪

最初に述べたように、本稿は、「家族間にお
ける子の奪い合い」のうち国内事案に焦点
を絞って検討を進めてきた⁴⁰³⁾。それでは、
国外事案に対する拐取罪の適用は如何なる様
相を呈するのであろうか。本稿が検討を進め
てきたように、かかる問題を議論するにあ
たっても、他罪の議論を何の検討も無く類推
するのではなく、刑法 226 条（国外移送目的
拐取罪）⁴⁰⁴⁾ 内在的な議論が必要となる⁴⁰⁵⁾
が、ここでは、国外事案・刑法 226 条特殊の
問題として、如何なる課題が存在しているの
かについて、最後に付言しておきたい。

まず、刑法 226 条の構成要件解釈につい
て、最高裁は、刑法 226 条にかかる平成 15
年決定⁴⁰⁶⁾と平成 224 条にかかる平成 17 年
決定について同様の構成要件解釈を展開して
いる。平成 15 年決定は、別居中のオランダ
人の夫が、日本人妻の下にいる子をオランダ
に連れ帰るために連れ去ろうとした事案に関
する決定であるが、「保護されている環境か
ら引き離して自分の事実的支配下に置いたの
であるから、被告人の行為が国外移送略取罪
に当たることは明らか」とであると判示してい
る。これは平成 17 年決定の枠組と共通する
ものであり、現に平成 17 年決定自体、構成
要件該当性の判断において平成 15 年決定を
引用している。

しかしながら、刑法 226 条の解釈がこれ
で良いのかには検討を要する。刑法 226 条は客
体を未成年者に限定しておらず、成年者も客
体となりうるところ、第三者から「保護され
ている環境」にいる成年者のみが客体に含ま
れるという解釈は奇妙であり、「保護されて
いる環境」にいない成年者も客体に含まれる
はずである。そうすると、成年者と未成年者

403) I 2 参照。

404) 「所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、二年以上の有期懲役に処する」と規定されている。なお、平成 17 年法律第 66 号による改正前であれば刑法 226 条 1 項は「日本国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、二年以上の懲役に処する」と規定していた。

405) V 2 参照。

406) 前掲注 16) 参照。

で同一条文の解釈を変えるということになるはずであるが、かかる解釈が許容されるのか、また妥当であるのか、そしてそれに関連して本罪の罪質は如何なるものとして措定されるのか⁴⁰⁷⁾、といった点について詳細な検討を要しよう。

次に、仮に共通した構成要件解釈が肯定されるにしても、違法性阻却の判断が問題となる。最高裁は平成15年決定と平成17年決定の違法性阻却判断を明らかに変えている。すなわち、平成15年決定は「その態様も悪質であって、被告人が親権者の1人であり、長女を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらないから、国外移送略取罪の成立を認めた原判断は、正当である」と述べるにとどまり、これまで検討した平成17年決定の詳細な判断とは明らかに異なる。ここでは、例えば国内事案では拐取後に民事上の手続による解決を望むことができるが、国外事案では日本における「判決が通常実行され得ない又は実行され難い状況」となり民事上の手続による解決が望めなくなる⁴⁰⁸⁾という違いや、これに関連して法定刑の差異にも現れているように国外移送目的拐取罪の違法性が異なる⁴⁰⁹⁾という違いを強調して、国外事案では違法性がまさに「特段の事情のない限り」阻却されない⁴¹⁰⁾のだとdistinguishすることも考えられる。しかし、そもそもの国外移送目的拐取罪の罪質についての詳細な検討がなければ、その罪質に基づく犯罪につき違法性阻却を適切に論じることができないのだから、やはり刑法226条内在的な検討が必要とされると言えよう。

VI. 結語

以上、未成年者拐取罪、及びそれを家族間における子の奪い合いに適用した平成17年決定の射程等を中心に検討を行ってきた。度々述べてきたように、本稿はありうる解釈論を展開したにとどまる上、本稿の採用した見解が唯一のありうる見解ではないし、様々な異なるアプローチの存在についても提示を行ってきた。

それでもなお本稿が議論を展開したのは、至ってシンプルな規定である刑法224条を巡る議論にもかかわらず、本質的議論を妨げる二つの可視化されていない障壁が存在したのために、不必要に複雑な議論が展開されていたように思われるからである。一つは、要件解釈において存在した他の条文との見えざる束縛、もう一つは、それ故に発生した趣旨と要件解釈との切断であった。切断された趣旨の議論においては、一部ではまるで「親の利益」対「子の利益」のようなイデオロギッシュな対立であるかのように振る舞われてきたし、また、保護法益論が決定的でない事例についてもあたかも保護法益論の問題であるかのように振る舞われてきた。

沿革を通じて可視化した二つの障壁を除去した先に本稿が見出した本質的議論は、未成年者の存在する状態の保護が如何なる範囲・程度で認められるのかという決断の問題であった。すなわち、刑事罰による保護を一定の状態に与えるにあたって、事実的な保護の状態があれば原則として保護に値すると捉えるのか、一定の法的裏付けが必要と捉えるのか、そして、それは監護権者等による奪取によっても変更され得ない程度に保護に値する

407) 罪質との関係で言えば、国外移送目的で未成年者を略取誘拐した場合には国外移送拐取罪のみが成立するとされている(参照、大判昭和10年6月6日刑集14巻625頁)こととの関係も問題となる。

408) IV 3(4) b(b)参照。

409) 「同一国内で移送された場合より元の居場所に戻ることがはるかに困難になる上、元の所在国とは異なった文化の地での生活が強いられることになり、国家から受けられる庇護の程度も違ってくる」(前田ほか編・前掲注64)662頁)という点から、「現に所在する国に引き続きとどまる」利益の重要性(山口・前掲注48)100頁)を強調することが考えられる。

なお、旧刑法345条についてはあるが、村田保は、被拐取者の捜索が難しく被拐取者自身も自分で復帰できないという情状の重さに加えて、「日本人口を減殺したる罪なれば略取誘拐に於て最も重き罪と爲す」としていた(村田・前掲注112)44丁)。興味深い採用し難い。

410) いわば現状維持アプローチに近い解決法をとるということである。

のか、そこで変更を承認するならば如何なる範囲で認めるべきなのか、という保護の範囲・程度の問題こそが、より本質的な問題であるように思われるのである。

そして、こうした問題に向かい合わなければ、「家族間における子の奪い合い」というこれまで刑事罰の介入が想定されてこなかった問題への本罪の適用は、「通常の判断能力を有する」と思われる「一般人」が「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」を持ち得ない。「検察官を信頼して任せておけばすべてうまくいく、という発想は……刑法理論のあるべき姿には反して」いる⁴¹¹⁾。

〔追記〕

脱稿後、西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(4) - I 日本立法資料全集 36 - I』(信山社, 2016), 西原春夫ほか編著『旧刑法〔明治13年〕(4) - II 日本立法資料全集 36 - II』(信山社, 2016), 橋爪隆「判例講座・刑法総論(第6回) 実質的違法性の判断」警察学論集 69巻7号 116頁(2016)に触れた。

* 謝辞

本稿は、2015年度に提出した研究論文に加筆・修正を加えたものです。執筆にあたり、公益財団法人未延財団からは、法科大学院奨学生としてご支援を頂きました。

また、昨年度に引き続き、本稿の執筆にあたって、多くの方々の暖かいサポートを頂きました。特に、橋爪隆教授には、ご多用のところ、指導教員として、テーマ選択から議論の内容にわたるまで、様々な観点から多くのご指導を賜りました。更に、今思い返すと4年も前になりますが、Ⅲで用いた沿革の手法の多くは、筆者が学部3年生のときに樋口亮介准教授の演習で学んだものに由来します。先生方には、感謝の念が尽きません。

加えて、本稿の公開にあたって、株式会社商事法務、そして友人の小谷侑也さんには、旧字体も用いた論稿の公開に向けて、多大な

るお力添えを頂きました。

論文執筆はこれで2回目になりますが、謝辞として申し上げたいことは、昨年度の論稿と変わりません。すなわち、数多のサポートの中で、検討されるべき問題の広さと深さに比して、本稿が極めて限定的な局面の検討に終わったのは、偏に筆者の能力不足によるものです。しかし、それでもなお本稿に見るべきものがあれば、望外の喜びであり、それは偏に周りの皆様のおかげです。

【資料編】

本稿で参考とした資料は複数の文献に跨って点在していることから、まとめて掲載することが資料的価値として重要であると考え、資料編として掲載する。

【資料編 1：旧刑法定程】

第一案⁴¹²⁾

「第十一章 幼児ノ家屬ノ權ヲ害スル重罪及ヒ輕罪」

第一條 尊屬ノ親ニアラスシテ七歳以下ノ幼児ヲ盜取シ又藏匿シタル者ハ左ノ例ニ照シ處斷ス

- 一 其幼児ヲ見出サトル時ハ重懲役ノ長期
- 二 其幼児ヲ見出シタル時ハ二年ヨリ五年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ二百圓ニ至ル罰金

三 其幼児ヲ見出スト雖モ癡篤疾若クハ不具ニナリタルニ犯人其怪我ノ原由又之レヲ防止シ能ハサルノ證ヲ立テサル時ハ寥闕ナル場所ニ幼児ヲ棄テタル者ノ爲メ定メタル刑ニ處ス

第二條 生キタル子ト生キタル子ト交換シ又死シタル子ト生キタル子ト交換シタル時其子ノ一人ヲ盜取シ又藏匿シタル者ハ前條ニ記載シタル區別ニ從ヒ前條ノ刑ニ處ス

第三條 生キタル子ト死シタル子ト交換シ又子ヲ産マサル婦ニ子ヲ産ミタルト言ヒ掛ケタル者ハ一年ヨリ三年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ百圓ニ至ル罰金ニ處ス

411) 佐伯 = 道垣内・前掲注 280)146頁〔佐伯仁志発言〕。

412) 西原ほか編著・前掲注 81)338頁。

但シ盜取シタル子ヲ以テ交換シ又言ヒ掛ケ
ヲ爲シタル時ハ第一條ニ記載シタル刑ニ處ス
第四條 尊屬ノ親子ヲ盜取シ又ハ藏匿シタル
時ハ前數條ニ記載シタル刑ニ二等ヲ減ス

第二案⁴¹³⁾

「第十一章 幼兒ノ家屬ノ權ヲ害スル重罪
及ヒ輕罪」

第一條 尊屬ノ親ニアラス且尊屬ノ親ノ許
諾ヲ得ス七歳以下ノ幼者ヲ略シ又ハ偽計ヲ以
テ誘出シ自己ノ權内ニ置キ又ハ他人ノ家ニ與
ヘタル者ハ左ノ如ク處斷ス

一 瘡疵又癩篤疾ニアラス幼兒存在スル時
ハ二年ヨリ五年ニ至ル重禁錮并ニ二十圓ヨリ
二百圓ニ至ル罰金ニ處ス

二 其幼者ヲ見出スト雖モ癩篤疾若シクハ
不具ニナリタルニ犯人其怪我ノ原由又之レヲ
防止シ能ハサルノ原由ヲ證セサル時ハ幼兒ヲ
放棄シ因テ身體痠傷ヲ爲シタル者ノ爲メ定メ
タル刑ニ處ス

三 其幼兒ノ存在セサル時ハ重懲役

第二條 略シ又ハ誘出シタル幼者ヲ其情ヲ
知テ自己ノ家族ト爲シ又ハ其他ノ名義ヲ以テ
引受ケタル者ハ前條ノ共犯(副正犯)ト爲シ
テ處斷ス

第三條 養子ニ係ル條件ヲ除クノ外尊屬ノ
親又ハ凡人其尊屬ノ親ノ許諾ヲ得テ幼者ヲ其
家ヨリ出シタル者ハ第一條ノ第一項ニ記載シ
タル刑ニ二等ヲ減ス

第四條 十二歳以上二十歳以下ノ幼者ヲ略
シタル者ハ前數條ニ記載シタル刑ニ一等ヲ減
ス

若シ十二歳以上ノ幼者ヲ和誘シタル時ハ二
等ヲ減ス

但シ告訴告發ヲ待テ其罪ヲ論シ其幼兒ト婚
姻シタル者ノ處分ノ方法モ亦第十二章ノ例ニ
從フ

日本刑法草按 第一稿⁴¹⁴⁾

「第三編 人ニ對シタル重罪輕罪」 「第十一
章 幼者ヲ略取シ及ヒ誘拐スルノ罪」

第四百十九條 十二歳以下ノ幼者ヲ略取シ
又ハ偽計ヲ以テ誘拐シタル者ハ二年以上五年
以下ノ重禁錮二十圓以上二百圓以下ノ罰金ニ
處ス

第四百二十條 略取又ハ誘拐シタル幼者ナ
ルコトヲ知テ自己ノ家屬ト爲シ又ハ其他ノ名
稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前條ノ共犯ト爲
ス

第四百二十一條 尊屬ノ親自己ノ幼者ヲ略
誘シ又ハ其尊屬ノ親ノ許諾ヲ得テ其幼者ヲ略
誘シタル者ハ第四百十九條ニ記載シタル刑ニ
二等ヲ減ス

第四百二十二條 十二歳以上二十歳以下ノ
幼者ヲ略取シタル者ハ第四百十九條ニ記載シ
タル刑ニ一等ヲ減ス 其誘拐シタル者ハ二等
ヲ減ス 但訴ヲ待テ其罪ヲ論シ又其幼者ト婚
姻シタル者ノ處分ハ第四百二十九條⁴¹⁵⁾ノ例
ニ從フ

第四百二十三條 略誘スル所ノ幼者若シ癩
篤疾ト爲リ其致傷ノ原由又ハ之ヲ防止スルコ
ト能ハサルノ原由ヲ證明スルコト能ハサルト
キハ幼者ヲ寥闕ナラサル地ニ放棄シ因テ癩篤
疾ニ致シタル者ト同ク處斷ス

若シ幼者存在セスシテ其原由ヲ證スルコト
能ハサル時ハ重懲役ニ處ス

日本刑法草案 第二稿⁴¹⁶⁾

「第三編 人民ニ對スル重罪輕罪」 「第十一
節 幼者ヲ略取誘拐スル罪」

第三百九十條 年齢十二歳ニ滿タサル幼者
ヲ略取シ又ハ偽計其他ノ方法ヲ以テ誘拐シタル
者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十圓以上
五十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百九十一條 十二歳以上二十歳ニ滿タ
サル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下
ノ重禁錮十圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス

413) 西原ほか編著・前掲注 81)342 頁。

414) 西原ほか編著・前掲注 76)276 頁。

415) 「第四百二十九條 前數條ニ記載シタル條件ニ於テ被害者丁年以上ナレハ其告訴ヲ待チ若シ幼者ニ係レハ尊
屬ノ親若クハ後見人監察者ノ告發ヲ待テ其罪ヲ論ス 若シ犯人式ニ從テ其婦女ト婚姻ノ礼ヲ行ヒタル時ハ已ニ推
問ヲ始ムト雖モ直チニ其訴ヲ解クヘシ」(第十二章 猥褻姦淫重婚ノ罪) 西原ほか編著・前掲注 76)277 頁。

416) 西原ほか編著・前掲注 76)384 頁。

其誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮
五圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百九十二條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬ト爲シ又ハ其他ノ名稱
ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ニ記載シタル
略取誘拐ノ本犯ト同ク論ス

第三百九十三條 略取誘拐ノ罪ハ被害者又
ハ其代人ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

若シ略取者式ニ從テ其幼者ト婚姻ノ禮ヲ行
ヒタル時ハ已ニ推問ヲ始ムト雖モ直チニ其訴
ヲ解ク可シ

第三百九十四條 幼者ヲ略取シタル者若シ
其幼者癱篤疾ト爲リ其致傷ノ原由ヲ證明スル
コト能ハサル時ハ毆打創傷ノ各本條ニ照シ一
等ヲ減ス

若シ幼者存在セスシテ其原由ヲ證スルコト
能ハサル時ハ重懲役ニ處ス

第三百九十五條 二十歳ニ滿タサル幼者同
謀シテ共ニ逃亡シタル者ハ誘拐ヲ以テ論スル
ノ限ニ在ラス 然レモ其情狀ニ依リ滿二十歳
ニ至ル時間之ヲ懲治場ニ拘置スルコトヲ得

確定日本刑法草案 完⁴¹⁷⁾

「第三編 人ノ身體財産ニ對スル重罪輕罪」
「第一章 身體ニ對スル罪」「第十節 幼者ヲ
略取誘拐スル罪」

第三百八十條 年齢十二歳ニ滿サル幼者ヲ
略取シ又ハ偽計其他ノ方法ヲ以テ誘拐シタル
者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮二十圓以上五
十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百八十一條 十二歳以上二十歳ニ滿サ
ル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下ノ
重禁錮十圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス 其
誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ重禁錮五
圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百八十二條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬僕婢ト爲シ又ハ其他ノ
名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ニ記載
シタル略取誘拐ノ本犯ト同ク論ス

第三百八十三條 略取誘拐ノ罪ハ被害者又
ハ其親屬代人ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス

若シ略誘者式ニ從テ其幼者ト婚姻ヲ爲シタル
時ハ告訴ノ效ナキ者トス

第三百八十四條 略誘シタル所ノ幼者若シ
癱篤疾又ハ死ニ至リ其原由ヲ證明セサル時ハ
略誘者ヲ毆打創傷ノ刑ニ處ス

若シ幼者現存セスシテ其所在ヲ證明セサル
時ハ重懲役ニ處ス

第三百八十五條 二十歳ニ滿サル幼者同謀
シテ共ニ逃避シタル者ハ誘拐ヲ以テ論スルノ
限ニ在ラス

明治 13 年刑法 (旧刑法) 418)

「第三編 身體財産ニ對スル重罪輕罪」
「第一章 身體ニ對スル罪」「第十節 幼者ヲ略
取誘拐スル罪」

第三百四十一條 十二歳ニ滿サル幼者ヲ略
取シ又ハ誘拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交
付シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ處
シ十圓以上百圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第三百四十二條 十二歳以上二十歳ニ滿サ
ル幼者ヲ略取シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交
付シタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ處
シ五圓以上五十圓以下ノ罰金ヲ附加ス 其誘
拐シテ自ラ藏匿シ若クハ他人ニ交付シタル者
ハ六月以上二年以下ノ重禁錮ニ處シ二圓以上
二十圓以下ノ罰金ヲ附加ス

第三百四十三條 略取誘拐シタル幼者ナル
コトヲ知テ自己ノ家屬僕婢ト爲シ又ハ其他ノ
名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ前二條ノ例ニ
照シ各一等ヲ減ス

第三百四十四條 前數條ニ記載シタル罪ハ
被害者又ハ其親屬ノ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス
但略取誘拐セラレタル幼者式ニ從テ婚姻ヲ爲
シタル時ハ告訴ノ效ナシ

第三百四十五條 二十歳ニ滿サル幼者ヲ略
取誘拐シテ外國人ニ交付シタル者ハ輕懲役ニ
處ス

なお刑法編集会議の際には、箕作麟祥(みつくり・りんしょう)訳『仏蘭西法律書・刑法』が参考にされたとされる⁴¹⁹⁾。そこにお

417) 西原ほか編著・前掲注 78)840-841 頁。

418) 内田ほか編著・前掲注 71)143-144 頁。

419) 西原ほか編著・前掲注 74)3 頁。

いて略取・誘拐罪に係る条文としては、「第二卷 平民ニ対スル重罪及ヒ輕罪」「第一章 人ニ對スル重罪及ヒ輕罪」「第六款 小兒ノ身上ノ證ヲ妨ケ或ハ其證ヲ亡ハントシ又ハ其性命ヲ危ウスル輕重罪、幼者ヲ誘拐スル罪、埋葬ノ規則ニ背ク罪」「第二節 幼者ヲ誘拐スル罪」に置かれている第三百五十四條～第三百五十七條の条文が挙げられる⁴²⁰⁾。

第三百五十四條 詐偽又ハ暴行ヲ以テ幼者ヲ誘拐シ又ハ誘拐セシメタル者又ハ幼者ヲ其指令或ハ管照ヲ爲ス者ノ置キタル場所ヨリ他所ニ誘出シ又ハ他所ニ出行セシメ又ハ其誘出或ハ出行ヲ爲サシメタル者ハ徒刑場内ニ於テ使役スル刑ニ處セラル可シ

第三百五十五條 若シ滿十六歳以下ノ女ヲ誘拐シ又ハ誘出セシメ時ハ其犯人有期ノ徒刑ニ處セラル可シ

第三百五十六條 十六歳以下ノ女自カラ誘拐ヲ受クルヲ肯シタル時又ハ其女自己ノ意ヲ以テ誘拐者ニ隨行セシメ時其誘拐シタル者二十一歳以上ナルニ於テハ其犯人有期ノ徒刑ニ處セラル可シ

若シ其誘拐シタル者二十一歳以下ナル時ハ二年ヨリ少カラス五年ヨリ多カラサル時間禁錮ノ刑ニ處セラル可シ

第三百五十七條 誘拐者其誘拐シタル女ヲ妻ト爲ス時ハ民法ニ循ヒ其婚姻ヲ取消ス可キノ求メヲ爲ス權アル者ノ外其罪ヲ訴フ可カラス 又其婚姻ヲ取消スノ言渡ヲ爲シタル後ニ非サレハ其誘拐者ヲ刑ニ處ス可カラス

【資料編 2：現行刑法定制過程】

明治 23 年改正刑法草案⁴²¹⁾

「第三編 私益ニ關スル重罪及ヒ輕罪」「第二章 自由ニ對スル罪」「第三節 幼者ヲ略取、誘拐スル罪」

第三百二十四條 十二歳ニ滿サル幼者ヲ略取シ又ハ誘拐シタル者ハ二年以上五年以下ノ有役禁錮及ヒ十圓以上百圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百二十五條 滿十二歳以上二十歳ニ滿

サル幼者ヲ略取シタル者ハ一年以上三年以下ノ有役禁錮及ヒ五圓以上五十圓以下ノ罰金ニ處シ誘拐シタル者ハ六月以上二年以下ノ有役禁錮及ヒ五圓以上三十圓以下ノ罰金ニ處ス

第三百二十六條 略取、誘拐シタル幼者ナルコトヲ知テ自己ノ家屬、僕婢ト爲シ又ハ其他ノ名稱ヲ以テ之ヲ收受シタル者ハ略取、誘拐ノ從犯ヲ以テ論ス

第三百二十七條 略取、誘拐ノ罪ハ被害者又ハ其法律上代人ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス

第三百二十八條 此節ニ記載シタル罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

明治 28 年刑法草案⁴²²⁾

「第二編 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ略取スル罪」

第二百八十一條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ二十歳未滿ノ幼者ヲ略取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威力ヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ略取シタル者亦同シ

第二百八十二條 營利ノ目的ヲ以テ威力又ハ偽計ヲ用ヒ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ威力又ハ偽計ヲ用ヒ人ヲ略取シタル者亦同シ

第二項ノ罪ハ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但略取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻不成立又ハ無効ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百八十三條 營利ノ目的ヲ以テ被略取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百八十四條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取シ又ハ賣買シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

略取又ハ賣買セラレタル者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百八十五條 本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

420) 西原ほか編著・前掲注 74)398 頁。もともと、日本刑法草案会議筆記においてボアソナードが参照している条文とは異なっている。参照、西原ほか編著・前掲注 81)331 頁。

421) 内田ほか編著 (1) -III・前掲注 129)190 頁。

422) 内田ほか編・前掲注 130)176 頁。

明治 30 年刑法草案⁴²³⁾

「第二編 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ略取スル罪」

第二百八十五條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ二十歳未満ノ幼者ヲ略取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ略取シタル者亦同シ

第二百八十六條 營利ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ略取シタル者亦同シ

第二項ノ罪ハ被害者又ハ親族ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但略取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻不成立又ハ無効ノ裁遂確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百八十七條 營利ノ目的ヲ以テ被略取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百八十八條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取シ又ハ賣買シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

略取又ハ賣買セラレタル者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百八十九條 本條ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

明治 33 年刑法改正案⁴²⁴⁾

「第二節 罪名」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ拐取スル罪」

第二百七十一條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十二條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十三條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ拐取シタル罪ハ被害者又ハ其法定代理

人ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百七十四條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百七十五條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百七十一條第一項、第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣買者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百七十六條 本節ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百七十七條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ剝奪公權ヲ附加スルコトヲ得

明治 34 年刑法改正案⁴²⁵⁾

「第二編 罪」「第十二章 自由ニ對スル罪」「第三節 人ヲ拐取スル罪」

第二百六十三條 父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母又ハ其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十四條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十五條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ拐取シタル罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百六十六條 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十七條 國外ニ移送スル目的ヲ以

423) 内田ほか編・前掲注 130)176 頁。

424) 内田ほか編著・前掲注 130)491 頁。

425) 内田ほか編著・前掲注 131)56-57 頁。

テ第二百六十三條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百六十八條 本節ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百六十九條 本節ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

明治 35 年刑法改正案⁴²⁶⁾

「第二編 罪」「第三十三章 人ヲ拐取スル罪」

第二百六十二條 父母其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十三條 營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十四條 拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百六十五條 前三條ニ記載シタル罪ハ營利ノ目的ニ出タルモノヲ除ク外告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但拐取セラレタル者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百六十六條 國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百六十二條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百六十七條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百六十八條 本章ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

明治 39 年刑法改正案⁴²⁷⁾

「第二編 罪」「第三十三章 人ヲ拐取スル罪」

第二百四十七條 父母其他ノ監督者ノ承諾ナクシテ未成年者ヲ拐取シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

偽計又ハ威カヲ用ヒ父母其他ノ監督者ノ承諾ヲ得テ拐取シタル者亦同シ

前二項ノ行爲營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ニ出タルトキハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百四十八條 營利，猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ偽計又ハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百四十九條 拐取者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百五十條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ第二百四十七條第一項，第二項ノ罪ヲ犯シ又ハ偽計若クハ威カヲ用ヒ人ヲ拐取シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百五十一條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百五十二條 第二百四十七條乃至第二百四十九條ノ罪及び其未遂罪ハ營利ノ目的ニ出タルモノヲ除ク外告訴ヲ待テ之ヲ論ス

但被拐取者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

第二百五十三條 本章ノ罪ヲ犯シタル者ニハ公權剝奪ヲ附加スルコトヲ得

同貴族院修正案⁴²⁸⁾

「第二編 罪」「第三十三章 略取及ヒ誘拐

426) 内田ほか編著(4)・前掲注 132)55 頁。

427) 内田ほか編著(6)・前掲注 132)146 頁。

428) 内田ほか編著(7)・前掲注 132)50 頁。

ノ罪」

第二百二十五條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十六條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十七條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百二十八條 前三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十九條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百三十條 第二百二十七條ノ罪、同條ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百二十八條第一項ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ除ク外本章ノ罪ハ營利ノ目的ニ出テサル場合ニ限り告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

改正刑法⁴²⁹⁾

「第二編 罪」「第三十三章 略取及ヒ誘拐ノ罪」

第二百二十四條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十五條 營利、猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十六條 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ賣買シ又ハ被拐取者若クハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者亦同シ

第二百二十七條 前三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若クハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ懲役ニ處ス

營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百二十八條 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス

第二百二十九條 第二百二十六條ノ罪、同條ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百二十七條第一項ノ罪及ヒ此等ノ罪ノ未遂罪ヲ除ク外本章ノ罪ハ營利ノ目的ニ出テサル場合ニ限り告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

【資料編3：改正刑法假案制定過程】

（準備案の資料には手書きの修正等も記されている⁴³⁰⁾ため、修正される前のものを各々の案として紹介し、手書きの修正等については適宜その下に「修正：」として記す）

刑法改正原案起草準備案（昭和二年二月一日稿）⁴³¹⁾

「第三十二章 略取及拐去ノ罪」

（修正：第三十二章 略取及誘拐ノ罪）

「第二百八十七條（二二四） 未成年者ヲ略取シ又ハ之ヲ欺罔若ハ勸誘シテ其ノ環境ヲ離脱セシメ拐去シタル者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處ス」

（修正：第二百八十六條（二二四） 未成年者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ其ノ環境ヲ離脱セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス⁴³²⁾）

「第二百八十八條（二二五） 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ拐去シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス 營利ノ目的

429) 内田ほか編著(7)・前掲注132)408頁以下参照。

430) 手書き故に判読不能なものも多い。

431) 前掲注148)参照。

432) なおその横に「二九九條第二項 ◎第二八七條第二項乃至第二八九條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ（判読不能）シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス」と加筆されている。

ヲ以テ人ヲ略取又ハ拐去シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十七條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シテ人ヲ誘拐シタル者亦同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス)

「第二百八十九條(二二六) 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ拐去シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十八條)

「第二百九十條(欠) 被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス」

(修正：第二百八十九條(二二六))

「第二百九十一條(欠) 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス)

「第二百九十二條(二二七) 第二百八十七條乃至第二百九十條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收容若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ六月以上五年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十一條(二二七) 第二百八十六條及第二百八十七條第一項ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス⁴³³⁾)

「第二百九十三條(二二七) 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲役ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルト

キハ二年以上十年以下ノ懲役ニ處ス」

(修正：第二百九十二條)

「第二百九十四條(二二八) 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」

(修正：第二百九十三條)

「第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條ノ罪、第二百八十八條第一項ノ罪及此等ノ罪ヲ幫助スル目的ヲ以テ犯シタル第二百九十二條ノ罪、第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ」

(修正：第二百九十四條(二二九) 第二百八十六條ノ罪、第二百八十七條第一項ノ罪、第二百九十一條第一項ノ罪及第二百九十二條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ)

刑法改正原案準備案(昭和二年二月十日稿)⁴³⁴⁾

「第三十二章 略取及誘拐ノ罪」

「第二百八十七條(二二四) 未成年者ヲ略取シ又ハ誘拐シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス」⁴³⁵⁾

「第二百八十八條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シテ人ヲ誘拐シタル者亦同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十七條(二二五) 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ隱避シ人ヲ欺罔又ハ勸誘シテ誘拐シタル者亦前項ニ同シ 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ

433) その横に「◎二八七条ヨリ(判読不能)ルコト」と加筆されている。

434) 前掲注149)参照。

435) 本条には、多く修正がくわえられてはその修正が消されるという作業が繰り返された跡があり、どれが最終的修正となったか定かではない。最終的修正として確定的にいえるのは、条文番号が変更されたことと、当該条文の第二項として「未成年者ヲ欺罔又ハ勸誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者(判読不能)前項ニ同シ」と加えられたことである。

誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス)

「第二百八十九條(二二六) 帝國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ拐去シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十八條)

「第二百九十條(二二六) 被拐取者又ハ被賣者ヲ帝國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲治ニ處ス」

(修正：第二百八十九條)

「第二百九十一條(欠) 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス)⁴³⁶⁾

「第二百九十二條(二二七) 第二百八十七條及第二百八十八條第一項ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 第二百八十八條第二項乃至第二百九十條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ行為ヲ爲シタル者ハ七年以上ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十二條(二二七) 第二百九十一條乃至第二百八十七條第一項第二項及前条ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 第二百八十七條第三項、第二百八十八條及第二百八十九條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ前項ノ行為ヲ爲シタル者ハ一年以上七年以上ノ懲治ニ處ス)

「第二百九十三條(二二七) 營利又ハ猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上十年以下ノ懲治ニ處ス」

(修正：第二百九十三條 猥褻ノ目的ヲ以

テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ一年以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上十年以下ノ懲治ニ處ス)

「第二百九十四條(二二八) 本章ノ未遂罪ハ之ヲ罰ス」

「第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條ノ罪、第二百八十八條第一項ノ罪、第二百九十二條第一項ノ罪及第二百九十二條ノ罪、第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ效ナシ」

(修正：第二百九十五條(二二九) 第二百八十七條第一項第二項ノ罪、第二百九十一條ノ罪、第二百九十二條第一項ノ罪及第二百九十三條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂罪ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ效ナシ)

「刑法改正豫備草案」⁴³⁷⁾

第二百九十一條 猥褻又ハ結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ十年以下ノ懲治ニ處ス

營利ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス 常習トシテ犯シタルトキハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス

第二百九十二條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ二年以上ノ有期懲治ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ居住國外ニ移送スル爲人ヲ勸誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者ハ前項ノ誘拐ヲ以テ論ス

第二百九十三條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲治ニ處ス

第二百九十四條 前二項ノ罪ヲ犯ス目的ヲ

436) その横に「第二百九十一條 未(判読不能)者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ(判読不能)ス」と書かれている。後の刑法改正原案起草準備委員会第十二回を見る限り、修正前第二百八十七條が移動したものと思われる。

437) 林・前掲注140)496-497頁。

以テ其ノ豫備ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十五條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス 未成年者ヲ勧誘シテ其ノ環境ヨリ離脱セシメタル者亦同シ

第二百九十六條 第二百九十一條第一項又ハ前條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十一條第二項, 第二百九十二條又ハ第二百九十三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ六月以上七年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十七條 猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ六月以上七年以下ノ懲治ニ處ス 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ 常習トシテ犯シタルトキハ一年以上十年以下ノ懲治ニ處ス

第二百九十八條 第二百九十一條乃至第二百九十三條ノ罪及第二百九十五條乃至前條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第二百九十九條 第二百九十一條第一項ノ罪, 第二百九十五條ノ罪, 第二百九十六條第一項ノ罪及第二百九十七條第一項ノ罪並此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス 但シ被拐取者又ハ被賣者犯人ト婚姻ヲ爲シタルトキハ婚姻ノ無効又ハ取消ノ裁判確定ノ後ニ非サレハ告訴ノ効ナシ

「刑法並監獄法改正起草委員會決議條項（刑法各則編第二次整理案）」（昭和10・8・15）⁴³⁸⁾

「第三十二章 略取及誘拐ノ罪」

第二百九十條ノ三 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十一條 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者亦前項ニ同シ

第二百九十一條ノ二 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十二條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十三條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十四條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備又ハ通謀ヲ爲シタル者ハ二年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十四條ノ二 結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十五條 削除

第二百九十六條 第二百九十一條乃至第二百九十三條ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十條ノ三又ハ第二百九十四條ノ二ノ罪ヲ犯シタル者ヲ幫助スル目的ヲ以テ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第二百九十七條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者又ハ被賣者ヲ收受シタル者亦前項ニ同シ

第二百九十七條ノ二 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ一年以上ノ有期懲役ニ處ス

第二百九十八條 第二百九十條ノ三乃至第二百九十三條ノ罪及第二百九十四條ノ二乃至前條ノ罪ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第二百九十九條 第二百九十條ノ三ノ罪, 第二百九十一條第二項ノ罪, 第二百九十四條ノ二ノ罪, 猥褻ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐セラレタル者ニ關スル第二百九十六條第一項ノ罪, 第二百九十六條第二項ノ罪及第二百九十七條ノ罪並ニ此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待テ之ヲ論ス

438) 林・前掲注140)470-471頁。

「刑法改正假案」⁴³⁹⁾

「第二編 各則」第三十四章 略取及誘拐ノ罪」

第三百七十六條 未成年者ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

第三百七十七條 營利ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ一年以上ノ有期懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ略取又ハ誘拐シタル者亦前項ニ同ジ

第三百七十八條 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百七十九條 居住國外ニ移送スル目的ヲ以テ人ヲ略取若ハ誘拐シ又ハ賣買シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十條 被拐取者又ハ被賣者ヲ居住國外ニ移送シタル者ハ五年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十一條 前二條ノ罪ヲ犯ス目的ヲ以テ其ノ豫備又ハ通謀ヲ爲シタル者ハ三年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十二條 結婚ノ目的ヲ以テ人ヲ略取又ハ誘拐シタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十三條 第三百七十七條乃至第三百八十條ノ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ七年以下ノ懲役ニ處ス

第三百七十六條又ハ第三百八十二條ノ被拐取者ヲ收受若ハ藏匿シ又ハ隱避セシメタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

第三百八十四條 營利ノ目的ヲ以テ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受シタル者ハ十年以下ノ懲役ニ處ス

猥褻ノ目的ヲ以テ被拐取者、被賣者又ハ被移送者ヲ收受シタル者亦前項ニ同ジ

第三百八十五條 常習トシテ前條ノ罪ヲ犯シタル者ハ二年以上ノ有期懲役ニ處ス

第三百八十六條 第三百七十六條乃至第三百八十條及第三百八十二條乃至前條ノ未遂犯ハ之ヲ罰ス

第三百八十七條 第三百七十六條ノ罪、第三百七十七條第二項ノ罪、第三百八十二條ノ罪、第三百八十三條第一項中猥褻ノ目的ヲ以

テ拐取セラレタル者ニ對スル罪、第三百八十三條第二項ノ罪及第三百八十四條第二項ノ罪並ニ此等ノ罪ノ未遂犯ハ告訴ヲ待チテ之ヲ論ズ

(さの・ふみひこ)

439) 林・前掲注 140)526-527 頁。

論説

詐害行為取消訴訟における債務者の訴訟上の地位

——民法（債権関係）改正法案を素材として——

2015年4月入学

塚本 恒

I. はじめに

II. 詐害行為取消訴訟の被告適格について

- 1 被告適格の判断枠組みについて——会社訴訟を参照して——
- 2 部会審議における詐害行為取消訴訟の被告適格の議論
 - (1) 第一読会
 - (2) 第二読会
 - (3) 第三読会
 - (4) 小括

III. 債務者が訴訟参加した場合の権能について

- 1 共同訴訟的補助参加の要件論について

2 共同訴訟的補助参加の効果論——請求処分行為への牽制権について——

- 3 当事者適格判断における債務者の利益状況判断との関係
- 4 被告側における共同訴訟参加と共同訴訟的補助参加の異同
- 5 問題となる個別の請求処分行為類型について
 - (1) 請求の認諾、債務者に実体法的效果を及ぼすような和解について
 - (2) 債務者に実体法的效果を及ぼさないような和解について
 - (3) 訴えの取下げ同意について

IV. 結びに

I. はじめに

詐害行為取消権に関する民法（債権関係）部会における審議では、責任説が検討されたほかは、現行の判例法理であり折衷説の採る相対的取消しの理論¹⁾を修正して、債務者に対しても取消しの効力を及ぼす規律を採用することを前提として議論が為され、改正法案においても債務者にも取消判決の「確定判決の効力」を及ぼすこととされた（改正法案

425条）。相対的取消しを前提とすると、債務者には取消しの効果が及んでいないはずである。それなのに、債権者と債務者の関係において追行されるものである強制執行においては、取消しにより債務者の下に逸出財産が回復されたことを前提に、債務者に属する財産として債権者が強制執行できることとなっている。このことが致命的な欠陥であるとの学説の指摘²⁾を踏まえて、部会では「端的に詐害行為取消しの効果は債務者にも及ぶことを前提に制度設計をする」³⁾ことが志向さ

1) 大連判明治44年3月24日民録17輯117頁。

2) 中野貞一郎「債権者取消訴訟と強制執行」『訴訟関係と訴訟行為』160頁、166頁（弘文堂、1961）〔初出1960〕は、かかる欠陥が看過されてきたのは、執行法上取消しの効果が及んでいないことを職権斟酌することもできず、異議としても主張しえないため表面に出てこないからであるとする。

3) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料73A 民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（7）」

れたためである。

詐害行為取消訴訟の被告適格について、かねてから詐害行為取消権の法的性質と関連付けられて論じられていたところ、民法（債権関係）改正法案では法的性質の問題と切り離し、債務者にも「確定判決の効力」を及ぼしつつ（改正法案 425 条）債務者の被告適格を否定し（改正法案 424 条の 7 第 1 項）、必要的訴訟告知（改正法案 424 条の 7 第 2 項）に留めた（以下、債務者の被告適格を否定して訴訟告知を義務付ける構成を訴訟告知構成と呼ぶ）。債務者の被告適格の存否については現行法（と、それを元にした判例法理）において多数議論がかわされ、法制審の部会審議においても議論された。しかし、被告適格を否定した場合、補助参加人として訴訟に参加した債務者の訴訟における取扱いが、債務者が共同被告とされた場合とどのように異なるのかということ、十分に議論されてこなかったように思われる。後に検討するように、部会審議では訴訟上の和解による終結を妨げないことが訴訟告知構成の利点として挙げられていたが、共同訴訟的補助参加人の規律として、請求処分行為への牽制権を参加人が持ちうるかということ、両説分かれているにもかかわらず、訴訟告知構成になったとき訴訟上の和解がいかに取り扱われるかということについては関心が払われていなかった。被告適格の問題が利害関係人の実体法上の地位に対応した手続保障の問題として検討されるべきものであり、共同訴訟的補助参加の成立要件に関しても判決効拡張によって第三者が受ける不利益の実質が考慮されるべきであり、共同訴訟的補助参加人の権限の問題も当事者適格が否定された趣旨に鑑みて参加人の実体法上の地位にふさわしい権限が与えられているかという観点から議論されるものであれば、被告適格が否定された改正法案において、債務者が訴訟参加人として持ちうる権限を考える際にも、被告適格を否定したと

きの立法判断を参照した解釈論が求められるのではない。被告適格が与えられなかった趣旨の解釈如何によって、参加人として有する権限も変わってくることになりそうである。

ところで、債務者に判決効を拡張しつつ被告適格を否定した改正法案の規律については、「明治 44 年判例以来、一体的関係にあると考えられてきた感のある被告適格の問題（相対的取消構成を放棄すれば、必然的に債務者を被告に加え固有必要的共同訴訟にせざるを得ないという問題）」が「義務的訴訟告知制度を導入することで巧みに回避されている」との評価⁴⁾や『要綱仮案』が、債務者の被告適格を否定した上で、『訴訟告知』に留めた点には一定の評価が与えられるべきであろうとするもの⁵⁾がある一方、「なお、詐害行為取消権においても同様に、債務者に対する訴訟告知の制度が提案されている（要綱第 16 の 7 (4) 参照）。しかし両者（債権者代位権と詐害行為取消権：筆者注）の法的意味は全く異なる点に注意を要する。後者は、既判力を及ぼす（同 10 参照）根拠となる訴訟告知であり、従来の民事訴訟法が知らない異例の制度であり、判決効が及ぶことを前提とした手続保障の制度である債権者代位の場合とその位置づけを異にする。」⁶⁾との懐疑的な論評も為されているなど、評価が分かれているところであるように思われる。この評価の相違は、直接的には改正法案が債務者を当事者とせず訴訟告知を受けるのみとされたことに対するものであるが、債務者が被告とされたときの弊害として懸念されていた事態は、訴訟告知を受けた債務者が参加した場合にも生じうるのではないかと思われ、債務者の補助参加人としての権限の解釈論にも影響を与えてきそうである。

また、改正法案を肯定的に評価する論者から、詐害行為取消訴訟の請求認容判決は形成判決であるがゆえに、当事者ではない債務者に対しても、判決効が拡張され⁷⁾、自己の与

56 頁（2014 年 1 月 14 日）（<http://www.moj.go.jp/content/000118685.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧）。

4) 高須順一「詐害行為取消権」NBL1047 号 13 頁, 19 頁（2015）。

5) 片山直也「債権者代位権・詐害行為取消権」法時 86 卷 12 号 64 頁, 68 頁（2014）。

6) 山本和彦「債権者代位権」NBL1047 号 4 頁, 9 頁注 28（2015）。

7) 高須順一「訴訟告知の効力（下）～債権法改正の文脈において～」NBL1064 号 43 頁, 46 頁（2015）。

り知らぬところで生じた認容判決の判決効が及んでくることを阻止するべく、必要的訴訟告知の規律が採用された⁸⁾との分析が為されている。しかし、その分析においては、形成訴訟の被告適格の問題として何故債務者を被告としないことが許されるのか、あるいは訴訟告知が判決効拡張を正当化する手続保障であるのならば債務者は自己に不利益な訴訟結果の出現を阻むべく具体的に何が可能であるのか、といった検討は不十分のまま残されている。

そこで、部会資料と議事録を紐解き、部会審議における被告適格の議論の検討を踏まえ、そこで債務者の実体法的な地位としてどのようなものが観念されていたのか考察し、そのような地位にある債務者に訴訟上与えられるべき権限の問題として、補助参加人としての権限を検討したい。

Ⅱ. 詐害行為取消訴訟の被告適格について

1 被告適格の判断枠組みについて ——会社訴訟を参照して——

詐害行為取消訴訟の被告適格は、従来詐害行為取消権の法的性質論とリンクした形で議論されていた。現行法の下での判例法理たる折衷説において債務者は被告適格を有しないとされる根拠は、詐害行為取消権の効果は債務者には及ばない(相対的取消しである)ことに求められており⁹⁾、その後の学説も、取消権の法的性質・効果から債務者の被告適格の有無を導いていた¹⁰⁾。このような従来の議論とは異なり、部会審議の過程においては、(責任説の検討が為されたほかは)債務者に対しても取消しの効果が及ぶことを前提

として、債務者に被告適格を認めるべきか、被告適格を否定して債務者への訴訟告知を義務付けるに留めるべきであるかということが議論され、改正当案では訴訟告知構成が採用されることとなった(改正当案424条の7)。形成判決の判決効が及ぶことを前提に、自己の法的地位が変動する者について被告適格の有無が議論されたという点において、ここでの議論は、従前の詐害行為取消訴訟の被告適格をめぐる議論よりも、むしろ役員等選任株主総会決議の取消訴訟や役員等解任の訴えにおける被告適格の議論が参考になるように思われる。そこで、株主総会決議を争う訴えと役員等解任の訴えにおける被告適格に関する議論の枠組みを参照したい。

株主総会決議取消の訴えのうち取締役選任決議を内容とする総会決議の取消しを求めるもの(以下取締役選任決議取消の訴えと呼ぶ)の被告適格については、旧商法下時代は、会社被告説、取締役被告説、共同被告説が対立を見せていた。会社の被告適格が法定された会社法においても、その理論的根拠に決着が付いているとは言いがたい状況であり、会社のみが被告適格を有するか(取締役の被告適格が否定されていると解されるか)については、まだ議論の余地が残っている¹¹⁾。被告適格を判断する枠組みには、実体法的アプローチと訴訟法的アプローチの2つが対立している。通説¹²⁾は、株主総会決議が会社の意思決定であり会社が総会決議の処分権を有することを根拠に、会社のみを被告とすべきだとして会社被告説を採っており、実体法的アプローチを採るものであると解される。

通説に対して、谷口安平は、判決効の拡張規定を持つ訴訟の被告適格について、訴訟法的アプローチから考えられるべきものであって、取締役に被告適格が与えられるべきであ

8) 高須・前掲注7)46-47頁。

9) 折衷説のリーディングケースとされる大連判明治44年3月24日前掲注1)は、債務者と受益者双方が被告となり必要的共同訴訟であるとした大連判明治38年2月10日民録11輯150頁を判例変更している。

10) 中田裕康『債権総論(第3版)』259-260頁、272-277頁(岩波書店、2013)参照。

11) 以下の整理は中島弘雅「いわゆる『組織法』上の訴えの当事者適格、訴訟上の会社代表者をめぐる問題」民訴雑誌55号127-141頁(2009)、中島弘雅「法人の内部紛争における被告適格・再論——会社法上の確認訴訟・形成訴訟を素材として——」新堂幸司古希『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』731-768頁(有斐閣、2001)に依拠するものである。

12) 伊藤眞『民事訴訟法(第4版補訂版)』192-193頁(有斐閣、2014)参照。

るとの批判を加えた。その理由付けは、「決議の効力といった事柄は完全な内部の意思決定過程の問題であって、総会決議がなされるについて『会社』そのものは何ら発言権を有していないのである」から、会社を被告とするべきではなく、「判決効を広範囲に拡張しなければならぬ場合において、当該請求につき最も密接かつ正反対の利害関係をもち、そのためにその者を除外した判決でその者を拘束することが不当であり、他方最も充実した訴訟追行が期待できるためにその結果を非当事者にも拡張することが不当でなくなるような、そのようなものが原告・被告たるべき」であり、「そのような者が複数いる場合には固有の必要的共同訴訟であるべき」であるから、取締役が被告とされるべきであるとするものである¹³⁾。同じく訴訟法的アプローチを採る論者でも被告適格についての見解は分かれており、「株主や取締役など重大な利害関係を有する多数の者の利害を調整・集約し、その結果に従って訴訟追行がなされることを保障する方法として、これらの利害関係者全員によって構成され、運営される会社という組織を被告に据えるのが最も妥当である」とする者¹⁴⁾、会社が被告とされることによって「訴えを適法に成立させ、かつ、決議の存在及び効力が維持されることに利害を有する者が、被告側に参加できる状態を作出」することに意義を見出し、会社被告説を採る者¹⁵⁾もある。

取締役選任決議取消の訴えにおける紛争の实质は会社の支配権争いであり、「コップの

中の嵐」に過ぎないとする指摘¹⁶⁾は妥当であろう。法人制度は対外的関係において真の意味をもつ法技術であるから、内部の意思決定の問題に関しては「会社」は何ら独自の利益を持っていない形骸なのであって¹⁷⁾、谷口説の批判する通り、会社の意思決定であるからという通説の理由付けは十分な説得力があるとは言いがたい。取締役選任決議のように、強度の実体法上の利害関係を持つ者と法律行為の当事者が異なる場合には、法律行為の当事者如何という形式的側面に囚われることなく、紛争で争われている実体法上の利害関係が訴訟の場に適切に反映されているかどうか吟味されるべきではなからうか。会社の内部紛争にまつわる訴訟に関しては、株主・取締役を含めた全内部関係人が潜在的な利害関係者なのであって、画一確定の要請からこれら全利害関係人への判決効拡張を正当化するような適切な被告の選定が問題となるとするアプローチを是認した上で、誰が被告として訴訟追行すべきかということが問題とされるべきであると思われる。

旧商法 257 条 3 項の取締役解任の訴えについても、実体法的アプローチからは会社と取締役の委任関係の解消を求めるものであるから、会社と当該取締役が共同被告とされると説明される¹⁸⁾ところ、最判平成 10 年 3 月 27 日民集 52 卷 2 号 661 頁は「会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えである」という実体法上の形式面のみならず¹⁹⁾、「この訴えにおいて争われる内容は、『取締役ノ職務遂行ニ関シ不正

13) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一選『民事訴訟の理論(下)』51頁、59-60頁(有斐閣、1970)〔同『多数当事者訴訟・会社訴訟——民事手続法論集第2巻』201頁(信山社、2013)所収〕。

14) 福永有利「法人の内部紛争の当事者適格」『民事訴訟当事者論』384頁、399-400頁(有斐閣、2004)〔初出1981〕。

15) 山本克己「判批」民商 95 卷 6 号 924 頁、933-934 頁(1987)。

16) 谷口安平「団体をめぐる紛争と当事者適格」ジュリ 500 号 322 頁、326 頁(1972)〔同・前掲注 13) 多数当事者訴訟・会社訴訟 228 頁所収〕。

17) 谷口・前掲注 13) 58-59 頁。

18) 前田庸『会社法入門(第12版)』410頁(有斐閣、2009)。

なお、本問靖規「企業内部紛争における当事者適格について——取締役解任の訴えにおける被告適格に関する近時の最判を機縁として——」原井龍一郎古希『改革期の民事手続法』621頁、624-625頁、632頁(法律文化社、2000)は、取締役解任の訴えは第三者の婚姻取消権のような実体法上の介入権を株主に取締役に対する直接の権利として認めたとの前提で理解することは困難であり、取締役の会社内部における機関としての地位を剥奪する制度であるから、実体法的観点から取締役の被告適格は導かれまいと批判する。

19) 同判決の調査官解説は、取締役解任の訴えの法的性質を「取締役の機関としての地位の剥奪を求めるもの」

ノ行為又ハ法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事実』があったか否かであるから、取締役に対する手続保障の観点から」も取締役にも被告適格が認められるべきであると判示している。同判決の調査官解説によれば、取締役解任の訴えに関しては、「一般的に、当該取締役の行為の適否が直接の争点とされるのである」ことから、取締役の手続保障の見地から取締役にも被告適格が認められるべきものであるとの解釈が示されている²⁰⁾。もっとも、ここで言う「手続保障」とは、形成判決により訴訟法上の拘束力が生じることに見合うだけの手続保障という観点ではなく²¹⁾、請求の要件が専ら取締役に関するものであることから、当該要件を争う機会を十分に与えるべきであるという含意のもとに「手続保障」という用語が用いられているものであることに留意は必要である²²⁾。

以上、会社訴訟を例に、実体法的アプローチ・訴訟法学的アプローチについて検討した。詐害行為取消権が債務者・受益者等双方に取消しの効力が及ぶような形で制度設計されるのであれば、会社と取締役との委任関係の解消をもたらす取締役選任決議取消の訴えや取締役解任の訴えと同様、被告適格は実体法的アプローチ・訴訟法学的アプローチのどちらから検討することも可能であるように思われる。また、仮に訴訟法学的アプローチが採られたとしても、利害関係人の実体法上の利益は訴訟にどのように反映されるべきと考えるのか、また当事者とされることによって「手続保障」として保障される利益がいかなるものであるのかによって、誰に被告適格を与えるべきかという結論は様々になってくること

は、詐害行為取消訴訟においても同様であるように思われる。先に確認した会社訴訟における被告適格の判断枠組みの議論を補助線として、部会審議において詐害行為取消訴訟の被告適格がどのように議論されていたのか、以下検討する。

2 部会審議における詐害行為取消訴訟の被告適格の議論

第一読会から中間試案まで採られていた債務者・受益者等を共同被告とする構成（以下共同被告構成と呼ぶ）ではなく、債務者に被告適格を認めない案を本文で記した第82回会議の部会資料である部会資料73Aは、

「債務者を被告とする場合の併合形態は固有の共同訴訟であるから、債務者が行方不明であったり、法人である債務者の代表者が欠けていたりする場合には、公示送達や特別代理人の選任が必要となり、債務者が死亡した場合には、訴訟手続が中断するなど、円滑な訴訟の進行が害されるおそれがある旨の指摘、詐害行為取消訴訟の紛争の実態は限りある責任財産の奪い合いであり、債務者は詐害行為取消訴訟について実際上の利害関係を失っている（訴訟の帰すうに関心を失っている）ことが多いため、債務者を被告とすることを強制する必要性は乏しいことが多く、手続保障としては債務者への訴訟告知がされれば足りる旨の指摘、上記のとおり多くの債務者は詐害行為取消訴訟を積極的に追行する意欲に乏しいと考えられるから、債務者を被告とするとむしろ和解等による柔軟な紛争解決の妨げとなる可能性がある旨の指摘がある。

か「会社と取締役間の委任関係の解消を求めるもの」か割り切るとは困難であり、「取締役解任の訴えは会社と取締役間の委任関係の解消を求めるものである」ことから会社と取締役との共同被告説を導く議論は、いささか形式論理的であり、かつ結論先取りの感があって、必ずしも説得力があるとは言えないとする（河邊義典「判解」最判解民事篇平成10年度（上）363頁、374頁（2001））。

20) 河邊・前掲注19)377頁。なお、取締役選任決議取消の訴えは「当該決議自体に瑕疵が存するか否かを審理判断するものであり、その瑕疵の内容として、取締役の個人的問題が主張されることもあり得るが、それとは無関係の手続的瑕疵が主張されることも多い」点で別異に解されるとする（河邊・前掲注19)379頁）。

21) 仮にそのような観点に立つのであれば、後訴において取締役たることの地位の主張が遮断されることに着目すべきであるし、取締役選任決議取消の訴えと別異に解する根拠が薄弱となる。

22) なお、畑瑞穂「詐害行為取消訴訟の構造に関する覚書」石川正古希『経済社会と法の役割』1163頁、1179頁（商事法務、2013）は、この点が取締役選任決議取消の訴えとの当事者適格の違いをもたらす性質のものであるか疑問の余地があるとする。

これらの指摘を踏まえ、上記判例の結論を維持し、債務者を被告とする必要はない（債務者に被告適格はない）旨を定めることとした。」

と説明する²³⁾。民法（改正法案）部会審議過程における被告適格の審議過程を検証し、この記述へ至る過程を確認することで、債務者に被告適格が無いとした判断がいかなる根拠に基づくものであったのか読み解いていく。

(1) 第一読会

第5回会議で示された部会資料7-1において、「(2) 債務者に対する取消しの効果—詐害行為取消訴訟における債務者の地位」として、

「現在の判例法理（折衷説）の下では、取消しの効果は、取消債権者と受益者・転得者との間で相対的に生じ、債務者には及ばないとされ、詐害行為取消訴訟の被告は受益者又は転得者のみとなるとされているが、このような相対的取消しに対しては、債務者に取消しの効力が及ばないにもかかわらず、債務者の下に逸出財産が回復され、債務者の下で強制執行が行われることを理論的に説明することができないといった問題点が指摘されている。

このような判例法理が抱える理論的問題点を克服するには、取消しの効果を債務者にも及ぼすようにすることが考えられるところ、そうであれば、債務者が手続に関与する機会を保障することが必要となる。

このような観点から、詐害行為取消訴訟に

おいては、受益者又は転得者のみならず、債務者をも被告とすべきとする見解もあるが、これについてどのように考えるか。」²⁴⁾

という問題提起が為され、部会資料7-2による補足説明において、共同被告構成を採って債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすることによる手続的負担の増大に対する批判についても、

「債務者が所在不明となっている場合などには公示送達の手続を用いることもできることなどを考慮すると、債務者を詐害行為取消訴訟の被告としたからといって、詐害行為取消権の行使が困難になるほどの負担が生じるとは考え難い。

むしろ、被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足などについては、受益者・転得者にとっては他人である債務者に関する事柄であるため、受益者・転得者のみを被告としていたのでは、十分な防御が期待できないところ、債務者をも被告とすることにすれば、これについての十分な防御も期待できることになるというメリットも見込まれる」²⁵⁾

との説明が為されていた。

第5回会議の審議においては「所在不明になっている債務者が訴訟をやった後、実は死んでいたということが分かったような場合には、結局それは本来の被告はその相続人かもしれないけれども、固有の共同訴訟の被告が足りなかったということになり、判決が覆るおそれが将来出てきて不安定な結果を招かないかという懸念が示され²⁶⁾、債務者に対しては訴訟告知に留める案の検討の余

23) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注3)51頁。

法制審議会民法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第82回会議議事録」53頁〔金洪周発言〕（2014年1月14日）（<http://www.moj.go.jp/content/000124765.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）も同旨。

24) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料7-1 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（2）」11-12頁（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000033452.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

25) 法制審議会民法（債権関係）部会「部会資料7-2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（2）詳細版」46頁（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000033453.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

26) 法制審議会民法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第5回会議議事録」37頁〔山本和彦発言〕（2010年3月9日）（<http://www.moj.go.jp/content/000047181.pdf>、2016年1月11日最終閲覧）。

この発言からでは、訴訟提起時に債務者が既に死亡していたにもかかわらず（承継者ではなく）債務者を被告として訴訟提起をしてしまった場合を懸念しているのか、訴訟係属中に債務者が死亡していたにもかかわらずそれを看過して判決をしてしまった場合を懸念しているのか、必ずしも明らかではない。前者の場合は、訴訟告知構成を採っても、訴訟告知したことが訴訟適法要件となるのであれば同様の問題が生じてくる（自己に不利な判決の出現を阻む機会の保障として、債務者が訴訟に参加する機会は保障されるべきであるから、債務者の手続保障の見地から適法な訴訟告知を欠く場合には訴えを却下すべきであろう。高須・前掲注7)47-48頁も、詐害行為

地も示唆されていた²⁷⁾。

以上の審議を踏まえて、中間論点整理では第10の1(2)において、

「取消しの効力が債務者に及ばないこと(相対的取消し)に起因する理論的問題点(前記(1)参照)を克服するために、詐害行為取消訴訟において、受益者又は転得者のみならず債務者をも被告とするか、又は債務者に対する訴訟告知を要するものとするなどして、取消しの効力が債務者にも及ぶようにするかどうかについて、更に検討してはどうか。」²⁸⁾

と整理され、事務局において、「議事の概況等」として、

「第5回会議においては、詐害行為取消訴訟において債務者を被告とすることに理解を示しつつも、所在不明だと思われていた債務者が実は死亡していた場合などへの対応に不安を指摘する意見があった。また、否認訴訟においては破産者を被告とする必要はないとされていることから、詐害行為取消訴訟においても必ずしも債務者を被告としなければならないものではなく、例えば、債務者に対する訴訟告知を義務付けることでも足りるのではないかという意見があった。」

との補足説明が付されていた²⁹⁾。

(2) 第二読会

第二読会においては、部会資料35において、甲案として共同被告構成が維持されたことに加えて、乙案として詐害行為取消訴訟は受益者又は転得者のみを被告とすれば足りるが、債務者に対しては訴訟告知をしなければならない旨の規定を設けるものとする訴訟告知構成が提案されていた³⁰⁾。そこでは甲案の説明として、第一読会で示されていた共同被告構成の説明が維持される一方で、乙案について、

「甲案に対しては、否認訴訟では破産者(債務者)を被告とする必要はないとされているから、詐害行為取消訴訟においても必ずしも債務者を被告とする必要があるとまでは言えないとの観点から、例えば、債務者に対しては訴訟告知をする必要がある旨の規定を設けておけば足りるとの見解が主張されている。」との説明が付されていた³¹⁾。

第41回会議の議論においては、共同被告構成を採ると、債権者代位訴訟と予備的併合提起した場合に主観的予備的併合になり不都合ではないかとの意見³²⁾が出る一方で、訴

取消請求認容判決によって改正法案425条の3の返還請求権が生じる等債務者・受益者等の間での求償関係の発生がセットになっているが、訴訟告知を欠いていた場合判決効拡張を否定することとすると反対給付の返還請求権等を失う受益者等が不利益を被ることになり、受益者等に酷である。訴訟告知懈怠の不利益は本来訴訟告知を義務付けられていた債権者が負うべきであるから、訴えを却下すべきである、とする。)

27) 「論理的に、債務者に効力を及ぼす場合に被告にしなければならないかどうかというところも考えてみる余地はあるような感じはしております。御承知のように否認権について、否認訴訟は従来から形成訴訟説と給付確認訴訟説の争いがあったわけですが、現在は給付確認訴訟説が一般的だと考えられていて、当然債務者は被告にする必要はないと理解されているところでありますけれども、もちろん否認権の場合とはやや局面は違うわけですが、その効力を及ぼす場合に必ず被告にしなければならないということもなさそうな感じもして、その債権者代位と同じように訴訟告知ぐらいで足りるというようなことも制度としてはあり得ないことはないような気がいたしまして、ここはもう少し考えていただく余地はあるかなと思っております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注26)37-38頁[山本和彦発言]。

28) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」27頁(2011年5月10日)(<http://www.moj.go.jp/content/000074384.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

29) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」69頁(2011年5月25日)(<http://www.moj.go.jp/content/000074425.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

30) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料35 民法(債権関係)の改正に関する論点の検討(7)」56頁(2012年1月17日)(<http://www.moj.go.jp/content/000083640.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

31) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注30)57頁。

32) 「債権者代位権の議論では、債務者の地位については訴訟告知説でほぼ固まりつつあり、ここを被告にする考え方は今のところ出ていない。その中で、詐害行為取消訴訟について、債務者を被告としなければならないとなったときに、主位的請求と予備的請求を出そうとすると、主観的予備的併合になり、この訴訟がうまく動かないのではないかと。そこで、逆の発想で、そうだとすると、甲案ではなくて乙案を採って訴訟告知で足りることとして、その上で債務者に訴訟告知による効果として、それは訴訟告知の効果としていいのかがどうかは問題ですが、債務者に効果を及ぼす、こういう枠組みもあるのではないかと、検討を進めております。」法制審議会民

訟告知のみを受ける者に判決効を拡張することが可能であるのか理論的にはなお慎重な検討が必要であるとする意見も出された³³⁾。また、第42回会議に提出された委員等提出資料において、共同被告構成が債権者代位との併合提起や和解による終結、訴えの取下げを阻害するのではないかという懸念が示されていた³⁴⁾。

詐害行為取消訴訟の被告適格については、第2分科会における補充的な審議に回された。第2分科会第3回会議では、共同被告構成を採ると固有必要的共同訴訟の規律が及ぼ

され煩瑣であること、原告としては債務者をも被告とせねばならず面倒であること、詐害行為取消訴訟が複数回提訴された場合に債務者に過剰な応訴の負担を招きうること、といった懸念が示された³⁵⁾。固有必要的共同訴訟の規律による実際上の不便として一番懸念されたことは、訴訟上の和解による訴訟終結が困難になることであった³⁶⁾。「債務者も被告にする場合に、受益者と債権者のみで和解ができるのか。そのときに常に債務者の意思が関与するとすればできない場面が出てくる。もちろん、債務者は和解をしたからと

法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第41回会議議事録」50頁〔中井康之発言〕（2012年2月14日）（<http://www.moj.go.jp/content/000097748.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

33) 「私は、前の部会でも、乙案的な考え方もあるのではないかということを示し上げたいと思いますが、理論的には、乙案のようなことが成立するかどうかということは、なおかなり慎重な検討が必要だろうと思っています。

要するに、債務者に対して判決効を及ぼすという前提として、訴訟告知に基づいた判決効を及ぼすという制度は、私が知る限りはないのではないかと思います。そういう新たな制度を作るか、あるいは債権者代位と同じような構成をするのであれば、受益者あるいは転得者が債務者の訴訟担当をしているという形になるのかもしれませんが、そういう構成が果たしてできるかどうかということも、なお考えていかなければいけないと思いますので、慎重な検討が必要だろうと思っていますということだけ申し上げます。」法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注32)53頁〔山本和彦発言〕。

34) 「債務者を被告とすることが義務付けられれば、主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり実務上支障を来すことになるし、また、取消債権者と受益者等との間で債務者の権利義務に影響を及ぼさない内容の和解をするときや取消債権者が訴えの取下げをするに際しても常に債務者の同意を得ることが必要となりかねず柔軟な解決の妨げとなりうるからである。

この場面における債務者の手続保障としては、原告に対し債務者への訴訟告知を義務付け、詐害行為取消訴訟の手続関与の機会を与えることで十分であるものと考えられる。」大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権の条文提案」14頁（2012年3月6日）（<http://www.moj.go.jp/content/000096656.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

35) 「甲案を採るといことになる共同被告にせねばならない。これは固有必要的共同訴訟という意味だと思いますから、そういう意味では、訴訟の在り方一般としてかなり厳しい制約を課すことになるだろうと。訴える債権者からすれば、必ず債務者も被告としなければならないという煩わしさが付いて回る。それから、訴えられた被告としては、それで決着が付けばもちろんいいのかもしれませんが、後でウのところに出てくるように、複数の詐害行為取消訴訟、競合してもいいのではないかと。これは必ずしも、部会資料にありましたように、1回で決着を付けましょう、矛盾判断はあつてはなりませんとは言わずに、それぞれ詐害行為取消訴訟、訴訟物は別だという理解の下に、債権者が誰か勝てばいいという話になるわけですから、引っ張り込まれた債務者のほうはその度に全部付き合わされて、全ての裁判に被告として対応せねばならないというのも酷ではないか。被告の利益のためというはずなんだけれども、実際には違う面もあるのではないかと。参加の機会を保障するという意味なら訴訟告知で足りるのではないかという気もしております、乙案のほうが合理的ではないかと思っております。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会「法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会第3回会議議事録」21-22頁〔高須順一発言〕（2012年5月15日）（<http://www.moj.go.jp/content/000101191.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧）。

36) 「和解のことを考えても、乙案のほうがよろしいのではないかと」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22頁〔中井康之発言〕、「詳しくなくて申し訳ないですが、固有必要的共同訴訟性というのが何か制限にはならないかという点を、ちょっと危惧はしているんですが。そこは規定を設ければいいということなんでしょうか、この場合には。例えば同意を得ればよいということでしょうか、株主代表訴訟もいろいろ考えた上で規定を作って、和解のことを決めたわけだから、同じようにということでしょうか。

固有必要的共同訴訟という性質との兼ね合いで、整合的なものを考えねばならないけれども、それがどこまで現実的な制度として作れるんでしょうかという心配がありますということ意見に変えさせて（原文ママ）いただきます。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔高須順一発言〕。

いて、その後、また別途、詐害行為取消で訴えられる可能性はありますが、そのリスクを採って和解をしている事例が現にありますので、その実務が事実上否定されることにならないか、「現在は受益者と取消債権者のみで和解をしている例はたくさんありますので、その実務はそれなりに有用で、債権者もそれによって一定の目的を達している」³⁷⁾という要請から、訴訟告知構成を採るべきだと主張された。この見解に対しては、様々な角度から疑問が呈された。第一に、解決金的和解なのであれば³⁸⁾、訴訟外の和解を行って訴えの取下げをすれば——被告の取下げ同意が問題となるのであれば請求の放棄をすれば——同様の効果を得られるのであって、固有必要的共同訴訟たることが障害にはならないのではないかというものである³⁹⁾。第二に、解決金的和解なのであれば、行為が取り

消されることもなく債務者に法的な効果が及ぶことは無いため債務者にデメリットは無く、債務者の関与が必要になるからといって和解が困難になることはないのではないかというものである⁴⁰⁾。第三に、被告とされるわけではなく、訴訟告知されるに留まる者に対して判決効を拡張することが正当化できるのかという疑問である⁴¹⁾。第一の疑問には、解決金に債務名義を得たいニーズがある以上、裁判上の和解ができることが望ましいとする再反論が為されている⁴²⁾。

第62回会議において更なる補充的な審議が行われた。そこでの委員等提出資料においては、共同被告構成の不都合として、債務者を被告とすることにより送達手続が負担となること、固有必要的共同訴訟の規律が適用されることとなり、債務者欠席時に自白や和解、取下げによる早期の訴訟終結が困難にな

37) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22-23頁〔中井康之発言〕。

38) 訴訟告知構成を支持する者は、「一部認容的和解ではないと思います。金銭支払債務を約束はするけれども、それは詐害性を認めたとか廉価売買を認めたから、その廉価部分の一部償還的に行う和解という理解はしていないと思います。解決金としての支払いで、その後、受益者のほうは再訴のリスクは100%負っているという理解をしています。間違っているかもしれませんが、そういう和解の実務ではないかと思うんです。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔中井康之発言〕、「中井先生のおっしゃるとおり、和解によって5,000万円の債務名義を作って、本来の訴訟物に関する訴えは取下げをすることになると思います。受益者に対する訴えを取り下げて受益者が同意する。ですから、訴訟物については何らの処分もなかったことになり、別の債権者から再訴を受ける可能性は当然残ります。ただし、『本件に関し、この和解条項に定めるもののほかに何らの債権債務がないことを確認する。』というような清算条項が通常は入りますので、和解をした取消債権者については再訴ができなくなります。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24-25頁〔岡崎克彦発言〕、「和解をしようとする段階では、詐害行為になる、ならないことは決着を付けずに、結局再訴の危険は背負うんですね。背負ったままで和解をすることがどうかの判断を受益者はすることになるんだと思うんですが。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)25頁〔高須順一発言〕、という発言に見られるように、和解による詐害行為取消権の行使を前提としているわけではなく、受益者等が債務者に解決金を支払うのみの和解を想定しているようである。

39) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔道垣内弘人発言〕、法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔山本和彦発言〕。

40) 法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)23頁〔金洪周発言〕。

なお、この点については共同被告構成を採って債務者が欠席すると、債務者の同意を取り付けられないことから和解ができなくなり弊害があるとの反論が考えられるところであり、後で確認するように、第62回会議の委員等提出資料において実際に為されている（後掲注43）参照）。

41) 「理論的に訴訟告知で絶対既判力を及ぼしてはいけなくてまでは思いませんけれども、ただ、訴訟告知というのは訴え提起とは違って、基本的には参加したければ参加してくださいと、参加しなければ、不利な効力が及ぶことはあるけれども、参加的効力という範囲内で及ぶというのが普通の訴訟告知の制度なので、ここでだけそれほど強い効力を及ぼすような訴訟告知というものがあるのかどうかというのは、ちょっと違和感みたいなものはありますが、被告にしてしまうとちょっとあれなんじゃないかな。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)22頁〔山本和彦発言〕。

42) 「今、前提が両方も裁判外での和解ですね。でもどうでしょう、取消債権者と受益者で和解が成立して、直ちに払えないときには分割になって、債務名義化することを求められることがあると思いますから、そうすると、常に裁判外で完璧に処理ができるかと言ったら、そうではないように思います。実務的には、訴訟上の和解で解決することを取消債権者も望むのではないかと。それに対しては、スムーズな和解ができるか問題が生じるのではないのでしょうか。」法制審議会民法（債権関係）部会第2分科会・前掲注35)24頁〔中井康之発言〕。

ること、債務者に発生した中断事由によって訴訟手続全体が中断すること、債権者代位訴訟との併合提起が困難となることが挙げられていた⁴³⁾。また、別の委員等提出資料においても、債務者が被告となることにより債権者代位訴訟との併合提起が困難になること、和解や取下げに対する同意を取り付けることが困難になること、債務者の手続保障として

は共同訴訟的補助参加人の地位を保障すれば足りることが挙げられていた⁴⁴⁾。共同被告構成を採る立場からの反論として、訴訟告知を受けた者は単に訴訟が係属したことを知らされるのみで、自分の側で参加しなければならない負担を負っているのであって、そのような者に対して判決効を拡張することは説明が難しいとの指摘が為された⁴⁵⁾。他方、再

43) 「⑨立法提案では、債務者をも被告とするので、詐害行為取消訴訟の性格は、固有必要的共同訴訟となると考えられる(大判明治38.2.10)。

この点、詐害行為取消訴訟は、債務者が自己破産の申し立てをしない場合に、破産手続外で利用されるものであり、債務者が夜逃げしていることも多分に想定される。そうすると、固有必要的共同訴訟となる以上は、債務者の所在確認が必要となり、所在不明の場合の公示送達手続が必要となり、負担が重くなる。

⑩立法提案では、債務者が期日欠席の場合は、受益者(又は転得者)の自白や認諾も効力を生じなくなり、取消債権者は全ての実事について立証することが必要になるなど、裁判所のみならず、訴訟当事者にとっても訴訟手続が過重なものとなる。

⑪立法提案では、固有必要的共同訴訟であるため、弁論を分離することができず、債務者が欠席する限り、受益者(又は転得者)についてだけ、訴訟上の和解もできない。

⑫立法提案では、受益者(又は転得者)が本案について、請求の棄却を求めた後は、債務者が欠席する限り、(裁判外の和解とともに)受益者(又は転得者)が訴えの取下げに同意することもできない。

⑬立法提案では、債務者について、中断事由が生じると、訴訟手続全体が中断することになる。

⑭これまでの実務では、債務者から受益者への不動産譲渡等の外観が存在する場合、当該譲渡等が仮想のものか真実のものかを判断することは容易ではないため、a 当該譲渡等が無効である旨主張して債務者に代位する所有権移転登記の抹消登記手続請求等と、b 当該譲渡等が有効であることを前提とする詐害行為取消請求とを選択的あるいは予備的に併合して提起する例が多く見られた訴訟形態であった。

ところが、立法提案のように詐害行為取消訴訟において債務者をも被告とすることを要した場合、訴えの主観的予備的併合が不合法である旨判示した最二小判昭和43年3月8日に照らし、従前の実務における訴訟形態が制約を受けることになると思われるが、従前の訴訟形態で訴え提起に特段の問題があるとは考えられていないことを勘案すれば、このような実務に支障が生ずるおそれがある改正は相当ではない。」東京弁護士会法制委員会有志「民法(債権関係)の改正に関する論点の補充的な検討(2) 詐害行為取消権(責任説)」3-4頁(2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000104098.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第62回会議事録」36-37頁[高須順一発言](2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109168.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)も同旨。

44) 「債務者を被告とすることが義務付けられれば、主観的予備的併合を認めない現行判例を前提とすると債権者代位訴訟に詐害行為取消訴訟を予備的請求として併合提起することが困難になり実務上支障を来すことになるし、また、取消債権者と受益者等との間で債務者の権利義務に影響を及ぼさない内容の和解をするときや取消債権者が訴えの取下げをするに際しても常に債務者の同意を得ることが必要となりかねず柔軟な解決の妨げとなりうる。

そこで、取消債権者は債務者への訴訟告知を義務付けられるものとしたうえで、後記『6 詐害行為取消しの効果』のとおり、債務者に取消認容判決の判決効を及ぼすのが妥当である。判決効が及ぼされるにもかかわらず当事者適格を有さない者が補助参加した場合(遺言執行者の訴訟に相続人が補助参加した場合、株主総会決議取消し・無効確認・不存在確認の訴えの被告会社側に株主が補助参加した場合等)には、いわゆる必要訴訟的補助参加人(原文ママ)として必要的共同訴訟人に準じた訴訟進行上の地位が与えられるとするのが民事訴訟法上の定説であり、この場面における債務者の手続保障は、必要訴訟的補助参加人として訴訟に関与できる機会が与えられることで十分である。」大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権に関する部会資料51(中間試案提案のたたき台)の修正提案」3頁(2012年11月13日)(<http://www.moj.go.jp/content/000104099.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

45) 「最初は訴訟告知で何とかならないかということはあるんですけども、やはりなかなか訴訟告知で既判力を及ぼすということは難しいのかなと、この前、債権者代位権における訴訟告知とか、あるいは株主代表訴訟における訴訟告知とは全く性質が違うわけですね。これはもう訴訟担当で既判力が及ぶことを前提として、手続法上として訴訟告知をやるというわけですので、それは訴訟告知で十分だということになるんだと思うんですが、これはおおよそ訴訟担当では判決効の拡張は説明できないだろうと思いますので、訴訟告知で直接既判力を及ぼすという考え方だと思うんですけども、なぜ、訴状の送達、つまり被告にせずに、しかし、効

反論として、ここで問題となる「債務者に及ぶ判決効」とは形成力の問題であり、当事者とはされず訴訟告知を受けるのみとなる債務者への拡張を考える余地があるのではないかという指摘も為された⁴⁶⁾。

中間試案では、第15の1(3)において、受益者に対する詐害行為取消訴訟の請求は「債務者及び受益者を被告とするものとする。」とされ本文では共同被告構成が採られたが、「(注2)上記(3)については、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付けるとする考え方がある。」として訴訟告知構成をも検討する趣旨の注記が付された⁴⁷⁾。

中間試案には、事務局において、概要として、

「本文(3)は、詐害行為取消訴訟において受益者のみならず債務者をも被告としなければならないとするものである。判例(上記大連判明治44年3月24日)は、詐害行為取消しの効果が債務者には及ばないことを理由に、債務者を被告とする必要はないとしている。しかし、詐害行為取消しによって逸出財産が債務者の責任財産に回復され、強制執行の対象となるにもかかわらず、詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないとするのは、整合的でないと批判がされている。この批判を踏まえて詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債務者にも詐害行為取消訴訟に關与する機会を保障する必要がある。本文(3)は、以上の観点から、判例とは異なる規律を明文化するものである。もっと

も、詐害行為取消しの効果が債務者にも及ぶことを前提としつつも、取消債権者の手続上の負担等を考慮して、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるという考え方があり、これを(注2)で取り上げている。」⁴⁸⁾

との記載が為されていた。

また中間試案では、事務局において、補足説明として、

「詐害行為取消しの効果を債務者にも及ぼすのであれば、債務者にも詐害行為取消訴訟に關与する機会を保障する必要がある。その観点から、詐害行為取消訴訟においては、受益者又は転得者のみならず、債務者をも被告としなければならないとする本文(3)の考え方がある。もっとも、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告とすると、取消債権者の手続上の負担等が増すと批判がされており、債務者を被告とするのではなく、債務者に対する訴訟告知を取消債権者に義務付ければ足りるとする(注2)の考え方もある。この考え方に対しては、債務者が所在不明である場合には公示送達の手続を利用することが可能であるし、詐害行為取消権の要件である被保全債権の存在、債務者の無資力、債務者の主観的事実などはいずれも債務者に關する事柄であり、受益者又は転得者のみを被告としていたのでは的確な防御を期待することができないことから、現在の裁判実務においても、債務者を呼び出して証人尋問をしたり、訴訟上の和解をするに当たって債務者を利害關係人として關与させたりしているとの指摘がされ

力としては被告になったのと全く同じ効果が及んでしまうのか。訴訟告知では、単に訴訟を継続(原文ママ)したということを知らせているだけですから、自分の側で参加しなければいけないわけですが、そういう負担を負わせながら判決効を被告になったのと同じ判決効を及ぼしてしまうというのは、やはりなかなかこれは説明し難いのではないかとこの感触を持って、いろいろ問題があるというのは私もよく理解できるんですけども、これは被告に必要な共同訴訟にすることによってやむを得ないのかなと、今のところそういう印象を持っているということです。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注43)38頁[山本和彦発言]。

46) 「詐害行為取消権の基本的な構造について、先ほど議論があったところですが、私個人としては、山本和彦幹事がおっしゃったようなハードルがいろいろあることは確かですが、固有の共同訴訟ということ回避することをなお考えたいという気がしております。この場合、既判力を債務者に及ぼすというよりは、多分、形成力を及ぼすことが問題となっているのではないかとこの気もいたしますし、もう少し考えられないかなという印象であります。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注43)40頁[畑瑞穂発言]。

47) 法制審議会民法(債権関係)部会「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」22-23頁(2013年3月11日)(<http://www.moj.go.jp/content/000108853.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

48) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案(概要付き)」59-60頁(2013年3月19日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109163.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

ている。」⁴⁹⁾

との説明が加えられていた。

(3) 第三読会

第 82 回会議の部会資料 73A では、第 6 の 6 (3) で受益者・転得者を被告とすること、(4) で債権者に、訴え提起から遅滞なく債務者に対する訴訟告知を義務付けることが提案されており、共同被告構成が削除され、訴訟告知構成へと転換している⁵⁰⁾ (説明については前掲注 3) に対応する本文を参照)。もっとも、審議においては、自己の権利関係に直接の変動を受ける者であって、自己の行為が直接の争点となる債務者は、当事者としての手続保障を受けるべき地位にあるという意見も出された⁵¹⁾。

(4) 小括

以上の法制審議会における部会審議の様子から、立案時の被告適格の議論として次のようなことが考えられていたのではないかということが推測される。第一に、実体法的アプ

ローチを採れば、他人間の法律行為を(両当事者に効力が及ぶような形で)取り消すことから直ちに共同被告構成が導かれることとなると思われるところ、部会において債務者の被告適格を否定する立場を採った委員・幹事はこのような実体法的アプローチを採っていないと言える。「実際上の利害関係を失っている」だとか「訴訟の帰すうに関心を失っている」といった理由付けから、訴訟における当事者とすべき必要性は乏しいとする、訴訟法上の考慮から結論を導いているものと思われる。また部会において共同被告構成を熱心に主張していた立場を採る委員・幹事も、その主張の中核としては⁵²⁾、自己の法律行為が取り消されたという判断が既判力を有するのであれば、既判力ある判断に拘束される者には訴訟における手続保障が十分に為されるべきであるという観点から、共同被告構成が主張されていたと言える⁵³⁾。つまり部会審議においては訴訟告知構成、共同被告構成ど

49) 法務省民事局参事官室「民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明」163-164頁(2013年4月16日)(<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>, 2016年1月11日最終閲覧)。

50) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注3)49-50頁。

51) 「行使の手続の点で今回受益者のみを被告として、債務者に対しては訴訟告知で判決効を及ぼすという構成に変更されたということですが、これについては私何度か申し上げたと思いますが、その繰り返しですけれども、やはりそういう御提案には賛成しかねるということです。この訴訟の目的は債務者の権利関係を直接に変更する効果をもたらすものであって、また、債務者の行った行為の相当性というか、それが直接の争点になることですので、やはり民事訴訟の普通の考え方からすれば、それは債務者は当事者になって、当事者としての手続保証(原文ママ)を受けるべき地位に立つということが言えるのではないかというふうに思っています。訴訟告知をすればいいという考え方は、結局訴訟告知で補助参加人として入ってこいと、積極的に入ってこいと、その場合によっては費用を払っても入ってこいと。そうでないと、そのまま全然訴訟で問題にされずに判決効を及ぼしてしまうということになってしまうということでもありますので、私自身のやはり手続保証(原文ママ)の相場観からすると、それはやや逸脱しているというふうに言わざるを得ないということでもあります。ただ、もう本部会はここまで来ていますので、他の部会の委員、幹事がそういう手続保証(原文ママ)で債務者は十分だということで大勢がそういうことであれば、もうこれ以上は申し上げませんが、一言だけそれは言わせていただきたいと思います。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注23)「法制審議会民法(債権関係)部会第82回会議議事録」56-57頁〔山本和彦発言〕。

52) もっとも、第三読会では、債務者の行為の相当性が訴訟の争点となることも付加的に述べられており(前掲注51)参照)、先に確認した前掲最判平成10年3月27日のような意味での手続保障の観点も指摘されていないわけではない。

53) 「第三者が当事者間の法律関係を否定する形成訴訟については、当該法律関係の両当事者を共同被告とする方向が主流ということになりそうである」が、「将来にわたる継続的な法律関係を否定する場合(役員解任の訴え等)と、過去の法律行為の効力を否定して、目的物の返還等を求めることに重点がある場合(詐害行為取消訴訟)との違いからすると、詐害行為取消訴訟において、いわば受益者等に重点を置いて債務者については訴訟告知構成をとることは、やはり十分にありうる選択肢である」とする見解(畑・前掲注22)1179頁)は、過去の一回的な(法律)行為を取り消して原状回復させることに関する債務者の実体法上の利害は、目的物の返還等の相手方に比して小さいことに論拠を置いていると思われる。

しかし、かかる見解は、「債務者に及ぼすことが問題になっているのは、既判力というよりもむしろ実体的な形成力であり」、「もともと『相対的取消し』であっても実質的には債務者に影響があったにもかかわらず、債務者は被告とされていなかったことからすると、債務者に効力を及ぼすことを正面から認めることになる」と直ちに必

ちらを採る論者からも、実体法的アプローチから直ちに被告適格を導くことは為されておらず、取消判決の既判力に拘束されることとなる債務者に与えられるべき手続保障の問題として議論されていた。第二に、原案であった共同訴訟構成に対し部会場で述べられていた異議に照らすと、共同被告構成の難点として、固有必要的共同訴訟の規律が及び、債務者に必要的共同訴訟人としての権利が与えられること（具体的には、共同訴訟人が単独とする和解に対して牽制権を持つこと、訴訟中断事由により訴訟手続が中断すること）によって円滑な訴訟が阻害されることが懸念されていたと言える。第三に、詐害行為取消訴訟の債務者の実体法的地位について、「限りある責任財産」が「奪い合」われるような危機時期にある者が観念され、危機時期にあることから詐害行為取消認容判決も実質債権者間での取り分の適正化が為される効果を持つのみであり債務者に対する実体法上の利害関係が薄く、翻って要求される手続保障の程度が低くなると考えているのではないかと思われる。

部会審議における立法判断に鑑みると、債務者に当事者適格が否定された以上、仮に共同訴訟的補助参加人となとしても（共同訴訟的補助参加が成立するか否かについては後

に検討する）、当事者に準じた権限を与える余地はないとする見解は十分に考えられる。他方、共同訴訟的補助参加の解釈論として、債務者に当事者と同等の訴訟上の権限を認めることも考えられる。共同訴訟的補助参加人としての地位が保障されれば当事者とされた場合と実質同等の手続保障が受けられることから、判決効拡張を受けるものについて手続保障の見地から（副次的な）被告適格を認める要はないとの主張は会社関係訴訟においても見られたところであるが⁵⁴⁾、かかる見解は共同訴訟的補助参加人が当事者に準ずる権限を持つことを前提としている。この点、共同被告構成に対して和解による訴訟終結を妨げることにならないかという懸念が再三示されていたことからすると、部会審議においては、特に債権者と受益者等との二当事者和解を念頭に置いて、固有必要的共同訴訟人と共同訴訟的補助参加人の権限に違いがあることを前提として、共同訴訟的補助参加人であれば権限が弱くなるから円滑な訴訟が可能になると考えているとも解されないでもない。

しかし、特に債務者が行方不明であり、被告とされても訴訟を欠席した場合に、共同被告構成が採られるとすると不便であることが懸念されていたこと⁵⁵⁾、自ら参加してきた債務者について「通常訴訟の帰すうに関心を

要的共同被告にすべし、というのはやや形式的に過ぎるように思われ」こと（畑・前掲注22）1176頁）を前提として、「実体的な形成力が及ぶことは別として、当事者にならない以上は債務者に既判力は及ばないことになりそうである」（畑・前掲注22）1183頁）から、債務者に対する判決の効力はさほど大きくない（現行法の相対的取消構成によるものと同様の効力しか債務者に及ばない）と解することによって債務者に被告適格を認めなくてもよいという結論を導いているのではなからうか。債務者に被告適格を認めるとしても、それが副次的なものであることは否めないが、後述するように改正法案においては債務者に既判力も及ぶと解されることも考慮すると、過去の一回的な（法律）行為を取り消して原状回復させる効果を持つに過ぎないことのみでは、既判力を含めた判決効拡張の根拠としては弱いのではないかと思われる。

54) 取締役選任決議取消の訴えについて、山本弘ほか「会社法の制定と民事手続上の問題点」民訴雑誌55号125頁、175-176頁〔松本博之発言〕(2009)、本間靖規「会社訴訟における被告適格」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』204頁、221頁（商事法務、2014）。取締役解任の訴えについて、本間・前掲注18）632-633頁。

55) 「東弁の意見書の3ページ⑩のところ、固有必要的共同訴訟とすると、債務者が期日を欠席するような場合には、受益者のみの自白や認諾というのは効力が生じなくなる。共同被告とされた者の1人のみによる不利益な訴訟行為なので、それは効力が生じないというのが必要的共同訴訟の場合の規定ということになりますので、そういう場合には効力が生じないということで、自白があると認諾しているという前提での訴訟ができなくなる。常に立証が要求されるというようなことで使い勝手が悪くなるのではないか、これが⑩です。それから⑪なんです、固有必要的共同訴訟になると、弁論の分離ももちろんできませんので、債務者が欠席する限り、受益者あるいは転得者についてだけとの間で訴訟上の和解もできないということになる。そうなりますと、結局、和解による解決というのが日本では相当多くなされておるわけですが、その自由が奪われてしまう。取り下げてしまえばというのが一つあるわけですが、実は、これも固有必要的共同訴訟になりますと、ある被告のみが取下げ

失っている」との指摘が当たらないことを考えると、訴訟告知を受けても参加してこない債務者と、訴訟参加してきた債務者の利害状況を別異に解し、手続保障について差を設けて考える余地は残されているのではなかろうか。債務者が共同被告とされる場合には一律に（訴えを提起した原告のイニシアティブによって）当事者としての手続保障が与えられるのに対して、共同訴訟的補助参加人には被告のイニシアティブによって当事者に準じた手続保障を受けうる立場が与えられていると解した上で、部会審議で共同被告構成に示されていた懸念は、訴訟告知構成が採られたとすると訴訟参加してこないと思われるような債務者にまで、一律に当事者としての手続保障を与えることに対する弊害を念頭に置いていたものと解する余地は残っているように思われる。訴訟告知構成が採られたことは当事者に準じた手続保障を被告のイニシアティブにかからしめる立法判断であったと解する余地は残されているのではなかろうか。

Ⅲ. 債務者が訴訟参加した場合の権能について

1 共同訴訟的補助参加の要件論について

通説的見解は、判決効の拡張を受ける第三者について手続保障の見地から補助参加人の地位・権限を強化すべきとして、共同訴訟的補助参加の概念を承認している⁵⁶⁾。もっとも、共同訴訟的補助参加の成否について、判決効が第三者に及ぶそのことが、第三者にいかなる不利益を及ぼすかという考慮が必要である⁵⁷⁾旨を説く者もあり、判決効拡張を要件とすることに異論は無いが、更なる要件を付加すべきか否かということについて争いがある。具体的には参加人に不利な(実質敗訴)判決の効力が及ぶ場合に限定されるとする見解⁵⁸⁾、参加人が判決効拡張により自己の権利、法的性質を害される場合に限定されるとする見解⁵⁹⁾、主たる請求との関係で参加人の法律関係に当事者と同じ程度の強い関係性を要するとする見解⁶⁰⁾、破産財団について管理処分権を有しない破産者を共同訴訟的補助参加人として権限強化することへの異論⁶¹⁾が挙げられる。また共同訴訟的補助参加の申立てを要するとすることにより、共同

によって出て行くということもできませんので、これが⑩に書かれているわけですが、取下げによる解決ということも不可能になるのではないかと考えた場合に、今回、被告に債務者を入れるということが実際の訴訟の場面においては非常に使い勝手が悪くなる危険があるのではないかと。法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注 43)36-37 頁〔高須順一発言〕。

なお、高須幹事は中間試案公表後、共同訴訟構成を批判して「債務者が行方不明の場合や訴訟に非協力的な場合、訴訟上の和解や取下げが制限され、詐害行為取消訴訟を極めて硬直的なものとしてしまう」と記しているが（高須順一「みえてきた平民法の姿——実務の観点からの検証」ひろば 66 巻 5 号 32 頁, 36 頁 (2013)）、ここでも「訴訟に非協力的な場合」というのが出廷に応じない場合を指すのか、債権者と敵対的な訴訟行為をする場合を指すのか必ずしも明らかではない。

56) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第2版補訂版）』470 頁（有斐閣, 2014）、新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』817 頁（弘文堂, 2011）。

57) 井上治典「補助参加の利益」『多数当事者訴訟の法理』65 頁, 69-71 頁注 4（弘文堂, 1981）〔初出 1970〕。

58) 瀧川叡一「株主総会決議の効力を争う訴訟における訴訟参加——共同訴訟的補助参加を中心として——」松田判事職四十年『会社と訴訟（上）』321 頁, 333 頁（有斐閣, 1968）、民事訴訟法改正研究会の改正提案（以下民訴改正草案）も同旨（匿名記事「共同訴訟的補助参加」三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリ増刊 32 頁, 36 頁 (2012)）。

59) 高橋・前掲注 56)474 頁注 55。

60) 本間靖規「共同訴訟的補助参加について」梅善夫＝遠藤賢治古希『民事手続における法と実践』667 頁, 688 頁（成文堂, 2014）。

61) 高橋・前掲注 56)475-476 頁注 57。

訴訟的補助参加と通常の補助参加の選択権を参加人に与えるべきであるとする見解⁶²⁾も存在する。また、「判決効」の内容としては既判力が及ぶことが前提とされていることから⁶³⁾、形成力は及ぶが既判力は拡張されない第三者については、通常の補助参加人となると解されるものと思われる⁶⁴⁾。

債務者との関係で、改正法案 425 条が定める判決効拡張は形成力のみにより、既判力は拡張されていないと解することができるのであれば、債務者は通常の補助参加人となることの解釈⁶⁵⁾も可能となる。しかし部会審議の経過を参照すると、改正法案 425 条についてそのような解釈は困難であるように思われる。第 62 回会議で審議された部会資料 51 には、本文では「詐害行為取消しの訴えに係る請求を認容する確定判決は、債務者の全ての

債権者に対してその効力を有するものとする。」と記される一方、「(概要)」として「詐害行為取消訴訟の判決の形成力が、債務者の全ての債権者(詐害行為時や判決確定時の後に現れた債権者を含む。)に及ぶことを示すものであり、民法第 425 条の解釈の問題として議論されてきた点に関して、ルールの明確化を図るものである。」と記されており⁶⁶⁾、他の債権者に対する判決効拡張は形成力のみに限られるという趣旨で提案されていた⁶⁷⁾。この案に対して、取消後執行段階で配当に参加した他の債権者に対し、受益者等から不当利得返還請求による蒸し返しが行われるおそれがあるのではないかという疑問が呈され⁶⁸⁾、関係官から指摘を踏まえて修正する旨の回答がされていた⁶⁹⁾。共同被告構成においては、債務者には当事者として判決効が

62) 民訴改正草案(三木=山本編・前掲注 58)36 頁。

63) 伊藤・前掲注 12)648 頁。

64) なお、現行法においてそのような地位に立っていると解されている第三者として行政事件における抗告訴訟の利害関係人が挙げられるが(通説は行政事件訴訟法 32 条 1 項の定める第三者効を既判力の拡張ではなく、形成力の拡張であると解する。宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法(第 5 版)』275 頁(有斐閣, 2015)参照。)、第三者の訴訟参加について行政事件訴訟法は特則を有しており、同法 22 条 4 項は明文で民事訴訟法 40 条 1 項から 3 項までの規定を準用している。

65) 畑・前掲注 22)1184 頁。

66) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料 51 民法(債権関係)の改正に関する論点の補足的な検討(2)」11 頁(2012 年 11 月 6 日)(<http://www.moj.go.jp/content/000103868.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

67) 「部会資料 51 の 18 ページの『取り上げなかった論点』の 2 番目に、詐害行為取消訴訟の競合という論点があります。そこでは、詐害行為取消訴訟は、各債権者が自己の有する詐害行為取消権を訴訟物としてそれぞれ訴訟を提起し、それぞれ個別に手続が行われ、それぞれ個別に判決がされる、形成力の拡張はされるが既判力の拡張はされないという趣旨のことを具体的に明文化してどうかという提案がされて、その提案に関する部会の審議では、提案の内容自体に問題はないけれども、あえて条文に書くまでのことではないといった御意見を頂いたところです。今回の提案はそこでの議論を前提としておりましたので、既判力についてはそれぞれ個別にのみ生じるという前提でおりました。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)45 頁[金洪周発言]。

68) 「今の第 1 点なんですけれども、私は分からないところがあって、この形成力か既判力かという議論は、行政訴訟、取消訴訟とか、株主総会決議取消訴訟では、私は余り実益がない議論かなと思って、既判力が及ぶからといって、そこで何か具体的な違いが生じる場面は余り少ないのではないかなと思ってはいるんですが、この場面も果たしてそうかどうかというのはよく分からなくて、例えば、詐害行為取消しがされたことを前提として不動産が戻ってきた。それに強制執行を掛けてほかの債権者も配当に参加した。ところが、受益者が後で、ほかの債権者に対して、いや、あの詐害行為取消しは要件を欠いている。だから、取り消されていないんだ。取消しは自分の財産なんだ。だから、その配当は不当利得だというような不当利得返還訴訟なんかを起こしたときに、その他の債権者には既判力は及ばないと言っちゃっていいのかどうか、それが実体法上、不当利得として成立するかどうか私はよく分からないですけれども、詐害行為の要件を欠いているという主張がなお受益者は後から、他の債権者に対してはできるという、既判力では遮断されないということで果たしていいのだろうかということはちょっと気になっていますので、果たしてこう断言していいのかなというのはちょっと心配なところもあるんですが。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)45-46 頁[山本和彦発言]。

69) 「他の債権者と債務者に形成力さえ及んでいれば今御指摘があったような問題は生じないという考え方が一つあり、その考え方に従って先ほどの発言をいたしました。でも、そもそもここでの提案は、本文で形成力に限定するとしているわけではありませぬので、概要欄の形成力に限定する旨の記述を、今の山本和彦幹事の御指摘を踏まえて修正するということになるかと思っております。ただ、敗訴判決の既判力が他の債権者にも及ぶとすると現在の実務や一般的な説明と異なることになるかと思っておりますので、その点は引き続きこの勝訴判決に限った場合の既判

及ぶと解されていたようであるが、訴訟告知構成を採った部会資料 73A 以降では、「前記 1 (1) 又は 5 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。」(部会資料 73A 第 6 の 9)⁷⁰⁾ と、他の債権者に対する判決効拡張と合わせて、認容判決の判決効拡張規定によって、債務者に判決効を拡張することが明示されることとなった。

部会資料 73A と同様の記載が為されている

た部会資料 79-1⁷¹⁾ について「判決の効力が及ぶ」とは何を意味するのかという質問が為された⁷²⁾ のに対し、関係官から認容判決の既判力と形成力が拡張される趣旨であるとの説明が為された⁷³⁾。債務者に対して形成力のみならず既判力をも拡張することに対する異論が唱えられたものの⁷⁴⁾、不当利得返還請求の問題を考えると債務者に対して既判力を及ぼす必要があるとの意見が出された⁷⁵⁾。

以上の議論を踏まえれば、部会審議におけ

力の拡張というところで説明をすることになるとは思います。その理解を前提に適宜の修正をしたいと考えております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 43)46 頁〔金洪周発言〕。

70) 法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 3)55-56 頁。

71) 法制審議会民法(債権関係)部会「部会資料 79-1 民法(債権関係)の改正に関する要綱仮案の原案(その 1)」15 頁(2014 年 6 月 10 日)(<http://www.moj.go.jp/content/000124056.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

72) 「判決の効力が及ぶということ、最後の段階なので少し確認させていただきたいのですが、一体その言葉でもって何をそこに読み込もうとされているのでしょうか。少し御説明いただけませんか。」法制審議会民法(債権関係)部会「法制審議会民法(債権関係)部会第 91 回会議事録」37 頁〔潮見佳男発言〕(2014 年 6 月 17 日)(<http://www.moj.go.jp/content/001129006.pdf>, 2016 年 1 月 11 日最終閲覧)。

73) 「2 点目につきましては、中間試案の前に部会で議論がされた結果としての理解ですけれども、判決効の中身としては認容判決の形成力と既判力、これらがいずれも債務者及び他の全ての債権者に対して及ぶということを前提としております。形成力というのは、大ざっぱに言いますと、取消しの効果、詐害行為が取り消されたという法律状態が債務者及び他の全ての債権者にも及ぶということで、例えば他の債権者は詐害行為が取り消されたことを前提に、債務者の下に回復された不動産について強制執行をかけるなどの行動をとることが許されるといった意味です。既判力につきましては、その形成訴訟における形成要件の存在についての既判力のことでありまして、大ざっぱに言えば、その詐害行為取消訴訟の原告である取消債権者が詐害行為取消訴訟の認容判決によって詐害行為を取り消し得る地位にあったこと、このことが債務者及び他の債権者との関係でも確定する、既判力によって確定し、もはや蒸し返すことができなくなるという意味です。形成力の方は、とにかく誰か一人の取消債権者が認容判決を得れば全ての債権者、既に敗訴判決を下されていた債権者も含め全ての債権者がその状態を主張、利用することができるということで、比較的分かりやすいようにも思いますが、既判力の方は、それが実質的に機能するのは、例えば他の債権者が詐害行為が取り消されたことを前提に、債務者の下に回復された不動産についての強制執行手続に参加して配当を受けたような場面で、詐害行為を取り消されたはずの受益者がその配当を受けた他の債権者に対して、あの詐害行為取消訴訟の認容判決は実は誤りであって、形成要件が本当は存在しないのに誤って存在すると判断されたものであるなどと主張して、配当金を不当利得であるとして返還請求をするということが起きるかもしれない、そのようなことを既判力によって阻止する、こういう機能を果たすことを想定しております。あくまで認容判決の効力のみで、棄却判決にはそのような効力はありませんけれども、以上申し上げたことを前提にここでの判決効の意味を理解しております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 72)37-38 頁〔金洪周発言〕。

74) 「私個人の意見は多分事務当局のおつもりと完全には一致しないところがありまして、特に既判力が拡張されるということはどうなのかなとは思っております。ただ、実体的な意味での形成力は今回債務者に及ぼすということになったわけですし、ほかの債権者にも及ぶということで全く特に問題はないだろうと。取り分け現行法との連続性ということを考えれば、今まで全ての債権者に及ぶと書いてある所に債務者を付け加えるということで、問題が生じるわけではないだろうと考えております。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注 72)40 頁〔畑瑞徳発言〕。

75) 「私が先ほど有益でも有害でもないとし上げたのは、その全ての債権者に対してという部分でございます。債務者に対しては判決効が及ぶということを書かないと、現在の提案は、私の意見は違いますが、債務者は被告にしないという、ただ訴訟告知だけをするということですから、民事訴訟の通常理解からすれば債務者に対しては到底判決効は及ばない、既判力は及ばないはずであります。

ですから、仮に形成力、形成的効果というか実態的效果(原文ママ)が債務者に及ぶと書いたとしても、訴訟法上は債務者に既判力は及ばないということになってしまいますので、そうだとすれば債務者のその他の債権者に対しても既判力は及ばないということになり、金関係官が繰返し言われている不当利得等の問題が発生する可能性があるということになりますので、その全ての、債権者の部分は私はどちらでもいいとかどちらか考えられると思いますけれども、債務者に対してはやはり確定判決の効力が及ぶということを書かないとなかなか難

る立案時の判断としては、債務者に対しても既判力と形成力双方が拡張されるものと定めた⁷⁶⁾と解することが相当ではないかと思われる⁷⁷⁾。債務者は取消判決によって受益者に対して何らかの求償債務を負うこととなり(改正法案においては425条の2の反対給付の返還請求が一般的となるか)、取消判決により自己の権利を害される者である。また、債務者は受益者側に参加することが通常であると考えられるところ、その場合には取消判決の既判力が拡張されるということは敗訴判決の既判力が拡張されるということを意味する。更に、詐害行為取消権は債務者無資力が本案判決の要件とはなっているものの、破産者のように、当該訴訟前に(破産手続開始決定によって)財産の管理処分権を失っている者ではなく、「無資力ではない」という主張もありうる立場であって、破産者とは状況

異にするとと言える。したがって既判力拡張を受ける者という以上に要件を絞るべきだとする各種議論を採用したとしても、なお詐害行為取消訴訟の債務者は共同訴訟的補助参加の要件を満たし、債務者は共同訴訟的補助参加できると言えるのではなからうか。

共同訴訟的補助参加の効果論

2 ——請求処分行為への牽制権について——

学説は、共同訴訟的補助参加とされることによる効果として、被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為も有効に為しうることとなり、その結果被参加人のした自白等自己に不利な訴訟行為を阻止することができることとなり、必要的共同訴訟人と近い規律になり⁷⁸⁾とされる点で一致を見ている。また、

しいのかなと思っっているということです。」法制審議会民法(債権関係)部会・前掲注72)42頁〔山本和彦発言〕。

しかし、「金関係官が繰返し言われている不当利得等の問題」は前掲注73)の発言内容を指していると読み取れるところ、前掲注73)で金関係官が述べる不当利得返還請求による蒸し返しの可能性は受益者等と他の債権者との間の関係についてのものであり、山本和彦幹事が債務者について生じる「不当利得等の問題」としてどのような問題を懸念していたのか、必ずしも明らかではない。

なお、債務者と受益者等との間で問題となる求償訴訟において蒸し返しを遮断するのであれば、債務者が被告側に参加した場合には参加効力による遮断として説明可能であるように思われるし、参加しなかった場合であっても、畑・前掲注22)1183頁が示唆するように、遮断効を参加効力の問題として説明する余地は残されているように思われる(畑・前掲注22)1187頁注69が注記するように、訴訟告知した者の相手方と被告告知者との間の効力の問題となり、訴訟告知による参加効力の典型的局面から外れるという問題は残る)。付言すれば、共同被告構成を採ったとしても債務者と受益者等との間には請求が存在しないため既判力の主観的範囲の問題が生じ、当事者として債務者にも既判力が及ぶことから、当然に債務者と受益者等の蒸し返しの遮断が導かれるわけでもない(畑・前掲注22)1183頁。共同訴訟人相互における既判力の主観的範囲の問題について、取締役解任の訴えに関して垣内秀介「形成判決の効力、訴訟担当資格者間の形成効の波及、払戻金額増減の裁判の効力」神作ほか編・前掲注54)359頁、380-384頁、遺産確認訴訟に関して笠井正俊「遺産確認訴訟における確定判決の既判力の主体的範囲」伊藤真古希『民事手続の現代的使命』155-182頁(有斐閣、2015)参照)。

76) 潮見佳男『民法(債権関係)改正法案の概要』87頁(金融財政事情研究会、2015)も同様の見解に立つ。

77) 部会審議の議論は、後訴における不当利得返還請求によって蒸し返しが生じることを懸念し、かかる蒸し返し請求を遮断するために既判力を作用させる必要があると解しているようである。第91回会議における金関係官の説明(前掲注73)参照)は、形成訴訟の形成力の要件として形成原因の存在をも要求する二重要件説を前提に、形成原因の存在に既判力を作用させなければ不当利得返還請求における不当取消の主張を遮断できないと考えているように思われる。形成判決の存在のみが形成力の要件であると解する単一要件説を採用するのであれば、不当利得返還請求による蒸し返し遮断のために既判力を作用させる必要も無いとは考えられる(形成判決の既判力と形成力の関係について、会社訴訟に関するものであるが、垣内・前掲注75)365-377頁参照。「単一要件説」「二重要件説」との整理も同論文に依る。)

しかし、単一要件説を採って、既判力を及ぼす必要がないと解しても、単一要件説からは形成判決の存在のみが要件であり(取消判決の形成力は形成原因の不存在によっても揺るがないと解される)、受益者等の反対給付の返還請求訴訟等求償訴訟において債務者は不当取消を理由に返還請求を拒むことができなくなるため、既判力が及ばないと解する実益は乏しいように思われる。また二重要件説を採って債務者には形成力のみ及ぶと解する余地は残されているものの、受益者等が配当参加した他の債権者に対してする不当利得返還請求を遮断する必要があり、既判力が拡張されるのであれば、同一の条文で並列に記されている他の債権者と債務者とについて、「確定判決の効力」の意味を別異に解することは、条文解釈上無理があるように思われる。

78) 高橋・前掲注56)470頁、新堂・前掲注56)818頁。

共同訴訟的補助参加人といえども補助参加人であるため、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解などの訴訟自体を処分する行為はできず⁷⁹⁾、この点が共同訴訟的補助参加人と必要的共同訴訟人の決定的差異と考えられている⁸⁰⁾。

共同訴訟的補助参加人が請求処分行為を為しえないとしても、被参加人が請求処分行為を単独で行うかということとは別途問題となり、肯定説⁸¹⁾、否定説⁸²⁾双方が存在するほか、当事者適格が否定される趣旨から二類型に区別する折衷説⁸³⁾も存在する。肯定説は、「被参加人の請求処分行為のうち、訴えの取下げはもとより、和解、請求の放棄、認諾についても、当然に第三者にその効果が及ぶものかどうかは明らかではなく、また、第三者には実体法上当事者による和解等の処分権限を否定する権限がないのであれば、訴訟法上も処分行為に介入することはできないと説明することにより、参加人による介入権を否定することは可能になる」ことを根拠としたり⁸⁴⁾、当事者処分権主義維持の思想に基づくものであると分析されたり⁸⁵⁾している。否定説は主張・立証の局面において参加人に独立の地位を認めた趣旨を請求処分行為にまで及ぼすものであると思われる⁸⁶⁾。折衷説は当事者適格を奪われた趣旨を、実体的利害からすると当事者適格を与えられても差し支え無い地位にあるが法規制の便宜上当事

者適格を絞った場合と、実体上の地位から当事者適格が否定されないし当該第三者が当事者適格を放棄した場合の二類型に分けて考えて、前者の場合には極力当事者に準じた扱いをすべきであり被参加人の請求処分行為を阻止できると解すべきだが、後者の場合には請求処分行為の阻止権を与えるまでもないとする⁸⁷⁾。

肯定説は共同訴訟的補助参加人が実体法上処分権を有していないことを重視する考え方であり、実体法上の処分権の問題から当事者適格が否定されたのと同様に、請求処分行為に対する牽制権は、共同訴訟人に与えられたとしても、実体法上処分権を有しない者には認めないとする趣旨なのではないかと思われる。否定説は、共同訴訟的補助参加人の要件を満たしたことから実質的当事者性が認められ、可能な限り参加人の牽制権を保障すべきだという考えに基づいているのではないかと思われる。折衷説も、従来共同訴訟的補助参加として議論されていた補助参加人の類型の中に、当事者に準ずる扱いを受けるべきものとそうではないものが混在していたとの認識のもとに、実体法上の地位の差異に基づいて二つの類型に振り分けるという考えなのではないかと思われる。

共同訴訟的補助参加人は被参加人のした自己に不利な訴訟行為を阻止することができる点で、民事訴訟法40条1項と同様の規律が

79) 高橋・前掲注56)470頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第8版)』781頁〔上野泰男〕(弘文堂、2015)。

80) 山本ほか・前掲注54)163-164頁、176頁〔中島弘雅発言〕。

81) 民訴改正草案(三木＝山本編・前掲注58)38頁)、山本ほか・前掲注54)164頁〔中島弘雅発言〕。

井上治典「共同訴訟的補助参加論の形成と展開」前掲注57)109頁、124-125頁〔初出1968〕は井上・同123頁で紹介するワルスマンの肯定説がドイツで通説的見解であると紹介する。

82) 三宅省三ほか編集代表『注解民事訴訟法I』440頁〔井上治典〕(青林書院、2002)、松本＝上野・前掲注79)782頁〔上野泰男〕。

83) 林田学「共同訴訟的補助参加」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点(新版)』ジュリ増刊144頁、145頁(1988)、高橋・前掲注56)471-472頁。松原弘信「共同訴訟的補助参加の理論的基礎——『当事者総論』との関わりに留意して」伊藤真古希・前掲注75)571頁、589頁も、「共同訴訟的補助参加の要件を満たす具体的な訴訟類型上の違いを抜きに十把一からげに共同訴訟的補助参加の効果ないし参加人の地位を一律に解し、当事者は自由に処分行為が出来るのに対して共同訴訟的補助参加人はできない点で両者は決定的な違いがあると解してきた通説的見解を見直すべきであ」り、林田・高橋説を基本的に妥当とした上で、詐害性の有無を組み合わせると要件・効果を規律すべきであるとする。

84) 三木＝山本編・前掲注58)38頁。

85) 井上・前掲注81)123頁(井上によるワルスマンの見解の分析として)。

86) 三宅ほか編代・前掲注82)440頁〔井上治典〕。

87) 林田・前掲注83)145頁、高橋・前掲注56)471頁。

及ぶこととなる。ここで、民事訴訟法 40 条 1 項により共同訴訟人が単独でした不利益な行為が効力を生じないことの趣旨が何であるのかということが問題となるが、伝統的には、類似必要的共同訴訟においては民事訴訟法 40 条 1 項の趣旨は、既判力抵触のおそれを排除することに求められていた⁸⁸⁾。しかし、近時の有力説によれば、他の共同訴訟人の敗訴判決を導くような当該共同訴訟人の行為を牽制することにより、自己の実体的地位について権利を保護する機会が制限されることを阻む手続上の地位を与えることにありと解されている⁸⁹⁾。かように解するのであれば、類似必要的共同訴訟における共同訴訟人の地位と、共同訴訟的補助参加人の地位に共通の基盤を見出すことができるのであり、当事者適格の有無が地位に影響を与える点は自己が請求を処分することに関する部分のみであろう、ということになる⁹⁰⁾。

類似必要的共同訴訟に関する伝統的通説に従うのであれば、確かに、共同訴訟的補助参加における民事訴訟法 40 条 1 項の機能も、共同訴訟的補助参加人が独立した訴訟行為を為すことが可能であることを前提に、共同訴訟的補助参加人と被参加人の訴訟行為が抵触する場合に、どちらか一方の訴訟行為の効力のみを有効にすることによって訴訟上の効果の基礎を統一させるものであると解されることとなる。共同訴訟的補助参加人自身は請求処分行為を為しえない以上、共同訴訟的補助参加人の方の行為に統一させる理由は乏しく、請求処分行為に対する牽制権を否定させる方向へと結びつくのではないかと思われる。しかし、類似必要的共同訴訟については近時の有力説の理解が妥当であるように思われ、これを前提とすれば請求処分行為に関しては共同訴訟的補助参加人の請求処分行為に対する牽制権が、参加人に当事者適格のないことから直ちに否定されることはないのでは

ないか。被参加人のする和解等の効力が実体法上参加人に及ばないため事実上の効果を有するに過ぎないと解される点についても、類似必要的共同訴訟においても同様の問題が生じると解され⁹¹⁾、通説は訴訟上の和解が事実上一部敗訴のお墨付きを与える効果に着目して共同訴訟人の単独とする和解の効果を一律に否定していると思われることに鑑みると⁹²⁾、問題となる請求処分行為について不利益性の有無について検討が必要ではあるものの、直ちに牽制権を否定することは出来ないように思われる。

既判力が及ぶ者の中にも、破産者のように実体法上の地位として当事者に類する程度の強度の手続保障を与える必要があるとは言えない者も混在しているとする折衷説の指摘は妥当であり、詐害行為取消訴訟の債務者の実体法上の地位からして当事者並みの権能が与えられるべきであるか、更なる吟味が必要であるように思われる。また、牽制権の基礎を自己に不利益な結果の阻止に求めるのであれば、牽制対象となる行為が参加人にとって牽制権を必要ならしめる程度のものであるか、吟味が為される必要がある。

3 当事者適格判断における債務者の利益状況判断との関係

折衷説の立場を是とした上で詐害行為取消訴訟における債務者の共同訴訟的補助参加人としての権限を検討することとなると、債務者に当事者適格が否定された趣旨の吟味が必要となる。そこでは、債務者は実体法上の地位からして当事者としての権利を保障するまでもなく、被告適格を与えるとかえって和解等による円滑な訴訟終結を妨げるとする判断が被告適格の判断において為されていたのであり、補助参加人の権限として当事者と完全に同等の権利を与えることは、当事者適格に

88) 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』385頁（酒井書店、1965）、伊藤・前掲注12)630頁。

89) 高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位——多数当事者訴訟における合一確定の意義——」新堂古希・前掲注11)641頁、649頁。

90) 高田・前掲注89)647頁、652-653頁注12。

91) 高田・前掲注89)666頁注43。

92) 高田・前掲注89)663頁。

における立法の狙いを損なうものとなるのではないかという疑問が生じてくる。会社の組織に関する訴えにおける原告にとって、取締役等の利害関係人は提訴時に必ずしも明らかではなく、被告を会社に恒定することについて原告の利益が存すると言える⁹³⁾ため、会社訴訟においては被告を誰とすべきか明確化するという訴訟上の便宜のために取締役等の利害関係人の被告適格が否定されたと解することもできるが、詐害行為取消訴訟の原告たる債権者にとって、債務者が誰であるかということは明らかな事項であり、詐害行為取消訴訟の被告適格に関してはかかる利益に対する考慮に基づくものとは考えにくい。そうすると、債務者は便宜上当事者適格が否定された者というよりも、むしろ実体法上の地位に基づく根拠があって当事者適格が否定された者であり、当事者に準じた権限までは与えられるべきではない類型の者ではないかという疑念が生じうる。そこで、債務者に当事者適格が否定された趣旨を再確認したい。

部会審議における当事者適格の判断では、債務者の実体法上の地位として詐害行為取消権の行使は実質限りある責任財産の奪い合いであることが根拠に挙げられていた。詐害行為取消の要件に債務者無資力があり、債務者無資力状態において債務者は自己の財産管理について債権者の一方的干渉を甘受すべき地位に立たされており⁹⁴⁾、取消権が行使され目的財産が債権者に直接給付されることも債権者間の配当の変更にすぎないのであるから、債務者が牽制できない筋合いのものであるとの考えが背景にあるようにも思われる。しかし、否認訴訟においては、それに先立つ

破産手続開始決定により破産者の支払不能又は債務超過が公証されているのに対して、詐害行為取消訴訟において債務者の無資力は詐害行為取消訴訟の審理において明らかにされることであり、債務者が無資力状態にはないと争うことも想定されているものである。無資力状態にない債務者については、詐害行為取消権の行使も限りある責任財産の奪い合いであるとする趣旨が妥当せず、少なくとも無資力状態にないことを主張する債務者については、当事者に準ずる手続保障を要するのではないかと考えられる⁹⁵⁾。部会審議において自ら主体的に訴訟に関与しない債務者が念頭に置かれており、主体的に参加した債務者の手続保障についてはなお別異に解する余地が残っていたことを考えると、訴訟参加した債務者は自己のイニシアティブにおいて当事者に準ずる手続上の地位を獲得するとする解釈も採りうるように思われる。

4 被告側における共同訴訟参加と共同訴訟的補助参加の異同

被告とされることが必須では無いものの第三者のイニシアティブで被告側当事者としての権能を獲得することができる枠組みとしては、当該第三者に被告適格を認めて共同訴訟参加を可能とする規律が考えられる。債務者の当事者適格が否定された趣旨は債務者に当事者同等の権限を与えることを拒む立法判断なのであり、もし仮に債務者について当事者同等の権限を与える趣旨なのであれば債務者に当事者適格が認められ、何らかの形で共同訴訟参加する道筋が残されていたはずではな

93) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版補訂版)』313頁(有斐閣, 2013)参照。

94) 否認訴訟とのアナロジーで言えば、支払不能等破産原因の存在による管理処分権の喪失なのであろうが、詐害行為取消権の要件たる無資力性は支払不能と完全には一致しないと考えられているところ、破産原因の存在による管理処分権の喪失のアナロジーで語ることに限界があると思われる。民法(債権関係)改正法案では、債権者代位において債務者は管理処分権を失わないとされた(改正法案423条の5)ことからすると、債務者の無資力性から管理処分権の喪失を導くことも放棄されたように考えられる。そうすると、債権者代位権の規律を踏まえて考えると、債務者のもとに管理処分権は残存しながらも、債権者による責任財産保全措置による介入を甘受すべき実体法上の地位が観念されているということであろうか。

95) 債権者代位訴訟における債務者無資力要件は法定訴訟担当の要件であるから、債務者は後訴において代位権限不存在を主張することで既判力による遮断を免れることが可能になるが(畑端徳「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第5版)』226頁, 227頁(2015)), 詐害行為取消権は債権者固有の権利を請求するものであるから、無資力要件も本案判決の要件となると解される(飯原一乗『詐害行為取消訴訟』336頁(悠々社, 2006))。

いか。共同訴訟参加する道を閉じた立法判断は、債務者がイニシアティブを取る形であり、受益者等の請求処分行為への牽制権を否定する含意を持つのではないか、という疑問が生じうる。

共同訴訟的補助参加も、共同訴訟参加も、どちらも参加人が現れて訴訟参加しない場合には被参加人は自由な訴訟追行が可能であるが、参加人の登場によって被参加人の訴訟行為に拘束が加わる。固有必要的共同訴訟と異なり、自らのイニシアティブによって参加してくるのであれば、当初の原告・被告以外の第三者に牽制権が認められていないという点において共通であると言える。共同訴訟的補助参加人には当事者適格が無く、請求の当事者となっていないことのみが相違点となる。

詐害行為取消訴訟において債務者は被告側に回る者として想定される。当事者適格を認めて共同訴訟参加の道を開くにしても、受益者等を被告とすることが訴訟適法要件として十分であると定められているから、任意的な当事者適格者と解するほかなくなってしまう。しかし、任意的な被告適格者たる債務者をも被告とすることは受益者等と合わせて被告とすることが求められ片面的な訴訟共同の必要が生じる構成となり、現行の体系において馴染みの薄いこのような構成が果たして可能であるのか疑問が残る⁹⁶⁾。

被告側に共同訴訟参加する場合に原告の請

求と相反する主張を内容とする請求を要求する見解⁹⁷⁾もあるが、通説は、被告側に共同訴訟参加する者は請求棄却の申立てをすれば足りるとする⁹⁸⁾。請求棄却の申立てをもって原告の請求と反対の請求をしているものとみなす見解⁹⁹⁾に従えば共同訴訟参加人と原告の間では「反対の請求」が審判対象たる請求となるのだろうが、そのような擬制は不要であるとする立場は、原告の被参加人に対する請求を原告と共同訴訟参加人との関係においても借用し、同様の請求が審判対象となると解しているものと推察される。詐害行為取消訴訟の文脈において「反対の請求」を擬制するのであれば、詐害行為取消権不存在確認の訴えが考えられるが、債務者の債権者に対する詐害行為取消権不存在確認の訴えを債務者単独が行行使することは通常は許されず¹⁰⁰⁾、債権者の受益者等に対する詐害行為取消訴訟と併合提起する限りで適法な請求と解するほかないように思われるが、このような消極的確認の請求を観念することがかなり技巧的な構成であることは否めない。原告側に参加する共同訴訟参加人は被参加人の被告に対する訴訟が存在しない場合でも単独で訴訟提起できることと平行に、被参加人のした請求にも独自の訴えとしての意義を見いだせるのに対して、被告側に共同訴訟参加する者が原告の被参加人に対する請求を借用する構成を採る場合、一般に自己を被告とする訴えを強制提起させることはできないことか

96) 松原弘信「会社関係訴訟の被告適格 手続法の視点から」川嶋四郎＝中東正文編『会社事件手続法の現代の展開』161頁、176-177頁（日本評論社、2013）〔初出2012〕は、取締役選任決議取消の訴えについて、会社を必要的被告適格者と解した上で取締役を任意的被告適格者と解し、両者を共同被告とする訴訟は片面的類似必要的共同訴訟であると解することは、会社法の明文には反しないと思われるものの、伝統的な共同訴訟論や当事者適格論ではなじみの薄い諸概念を用いることとなり、現行民法の当事者適格論や共同訴訟論の体系とうまく整合させることができるか、問題がありそうであるとする。

97) 山木戸克己「訴訟参加と訴訟承継」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第1巻』273頁、299頁（有斐閣、1954）。

98) 伊藤・前掲注12)634頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』546頁〔井上治典著、松浦馨補訂〕（有斐閣、2008）、三宅ほか編代・前掲注82)523頁〔日比野泰久〕、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法I（第2版追補版）』510頁（日本評論社、2014）、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法1（第3版）』別冊法学セミナー197号148頁〔佐野裕志〕（日本評論社、2008）。

99) 上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法（2）当事者（2）・訴訟費用』273頁〔加波眞一〕（有斐閣、1992）、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法（2）（第2版）』312頁〔小室直人＝東孝行〕（第一法規出版、1991）。

100) 受益者等を被告とすることが詐害行為取消訴訟の訴訟適法要件となることの裏返しとして、債務者が詐害行為取消権不存在確認の訴えを提起する場合には、受益者等と共同で訴えなければ当事者適格を欠くこととなると思われる。

ら、参加人を相手方とする請求は参加人に当事者たる地位を与えるための擬制的なものに過ぎない性格のものとなるのではないか¹⁰¹⁾。いずれにしても、当事者適格を与えることの基礎にある実体法上の地位の差異を越えて、請求の名宛人となることに訴訟上の特別の意味を見出すことは難しいように思われる。

以上のように、受益者等を被告としなければならぬ規律を前提として、債務者に任意的な被告適格を与えることは、訴訟法技術的な問題として適切な規律を用意することに困難がある。また、被告側への共同訴訟参加において参加人が請求の名宛人となることは擬制的なものに留まることから、請求の名宛人ではないことを殊更に重視すべきではなく、翻って請求の名宛人となりえないとした立法判断に、債務者が参加した場合に当事者並みの権限を与えるべきかという文脈においては、さしたる意味はないということになりそうである。そうすると、債務者の任意的な被告適格を否定して共同訴訟参加の道を閉ざしたことも、請求処分行為について当事者並みの権限を否定する趣旨というよりも、訴訟法技術的な側面から採用されなかったと解すべきではないか¹⁰²⁾。債務者の補助参加人としての権限も、当事者適格の有無に囚われず実体法上の地位の観点から考察されるべきであり、取消判決によって自己の行為が取り消されることとなり、かつ債務者無資力や債務者害意といった要件は債務者本人に主張立証を尽くさせることが実体的に適正な判決のために有益であると解されることから、債務者について類似必要的共同訴訟人と比すべき実質

的な当事者性は認められるのであって、債務者が主体的に参加してきた場合の権限についても実質的な当事者性にふさわしい権限が認められるべきであり、当事者適格や請求定立に欠けることを重視すべきではないものと思われる。

5 問題となる個別の請求処分行為類型について

債務者が共同訴訟的補助参加人として牽制する対象となる各種請求処分行為について、牽制権を認めるべきであるような基礎があるかどうか、類型ごとに検討していく。

(1) 請求の認諾、債務者に実体法的効果を及ぼすような和解について

詐害行為取消権の行使は、条文中「裁判所に請求することができる」（現行法・改正法案共に424条1項）となっていることに加え、他人のした法律行為を取り消すという重大な効果をもたらす、第三者の利害に大きな影響を及ぼすので裁判所に要件充足の有無を判断させる必要があり、かつ取消しの効果を判決主文で明確にすることが必要であるから、訴えによって行使することを要するとされる¹⁰³⁾。訴えによる行使が要求される趣旨に鑑みると、当事者の合意に立脚した請求の認諾や和解によって取消判決と同等の効力を発生させることは出来ないものと解されることとなり¹⁰⁴⁾、この類型に対する牽制権を考える要はないこととなる。

(2) 債務者に実体法的効果を及ぼさないような和解について

受益者等が債権者に対し解決金を支払うこ

101) もっとも、訴えが取り下げられ被参加人との関係で請求が消滅した場合は、共同訴訟参加人を名宛人とした請求がなお残存し訴訟が継続するという点では、共同訴訟参加人が請求の名宛人となっていることは意味を有する。しかし、後に検討するが、仮に共同訴訟的補助参加人が被参加人の取下げ同意をも牽制できると解する立場を採る場合には、この点もさしたる差異ではなくなる。

102) 念のため付言すれば、部会審議の場で債務者に任意的な被告適格を与え類似必要的共同訴訟とする構成が検討された形跡はない。

103) 中田・前掲注10)258-259頁。

104) しかし、ここで述べられることは詐害行為取消権固有の問題というよりも（第三者効を持つ）形成訴訟一般の問題であるように思われる。第三者の手続保障が為されている場合には対世効を持つ形成訴訟について第三者を拘束する和解をも認めようとする立場に立つのであれば、必要的訴訟告知の規律（改正法案424条の7第2項）によって債務者の手続保障は尽くされていると解して、債務者を拘束するような形での和解条項の効力を認める余地は無いではないように思われるが、他の債権者に対する効力との関係との調整も含め、それ自体更なる検討を要する事項である。垣内秀介「訴訟上の和解の要件および可否」神作ほか・前掲注54)335頁、350-352頁参照。

とを内容とする和解が想定される。債務者無資力要件を満たさない債務者については、債務者を当事者とする行為の効力を覆す請求について被告適格を否定する趣旨が妥当しないことは先に確認した。破産手続開始決定が先行していることが前提となる否認訴訟と異なり、無資力状態にない債務者に関する吹っ掛けの訴訟提起も可能であることからすると、少なくとも無資力要件を争う債務者については、自己に不利益な訴訟結果を阻止すべく共同訴訟人並みの牽制権が保障されなければならないと言える。無資力要件を争う債務者と、認める債務者として規律を分ける解釈論も採りえないではないが、主張の有無によって規律を分けることは訴訟手続の安定を害することや、審理が流動的で主張が固まっていないう局面においても和解は為されうることを考えると、無資力要件を争う主張をしているか否かにかかわらず一律に解するほかないのではない。

債務者は和解契約の当事者ではなく、実体法上の効果は何ら及んで来ないため、取下げ同意と同じく訴訟終了効のみが問題となるようにも思われる。訴訟外で債権者と受益者等が和解することは可能であるはずであり、独立当事者参加の二当事者間和解に対する牽制可能性と同様の問題が生じる。ここでは、債務者に対する事実上の不利益を排除する権能を認めるという観点から、訴訟上の和解が成立することにより調書という形で裁判所のお墨付きが与えられることを阻止すべく債務者の牽制権を認めてしかるべきなのではないかと思われる¹⁰⁵⁾。債権者との二当事者和解に応じる受益者等は、実質においては、当該訴訟における敗訴の可能性を見据えて解決金の支払いに応じていると思われ、訴訟外の和解による解決は事実上詐害行為取消請求の一部認容的な性格を持っているのではないかと考

えられる¹⁰⁶⁾。請求の一部認容的な性格を持つ和解に対して裁判所のお墨付きが与えられることは債務者に不利益に働くものであり、特に無資力要件を争う債務者がかかる「お墨付き」を阻止することに対しては重大な利害が存する。無資力要件を争う主張の有無によって規律を分けることは手続の不安定を招きかねないことからすれば、債務者には一律に、かかる不利益の排除のため解決金的和解に対する牽制権も認められるべきではなかろうか。

(3) 訴えの取下げ同意について

原告たる債務者が詐害行為取消請求を取り下げ、受益者等が同意した場合に、債務者は取下げ同意を阻止することができるのか。取り下げられるとすると再訴の可能性を負うこととなり、取消しを阻止すべく債務者は後訴に再び参加して牽制しなければならぬコストを負担することとなり、独立当事者参加の原告・被告（被参加人）二当事者のみの同意による訴えの取下げの可否と同様の問題が生じると考えられる。また、受益者等に対する訴えの取下げにより詐害行為取消権の存否に関する判決を得る機会が失われてしまうという点において、他の共同訴訟人の取下げ同意により自己に対する請求も審理を受ける機会を失うこととなる固有必要的共同訴訟人の一人が単独で訴え取下げと同様の問題が生じる。

前者の問題に関して独立当事者参加における議論を参照して検討すると、必要的訴訟告知により債務者の与り知らぬところで後訴が提起される危険は排除されており、参加人の同意も必要とする学説¹⁰⁷⁾が問題とするところの参加人排除のための取下げの濫用の危険は少ないように思われる。そうすると、再度の訴訟提起があればその段階で参加すればよい¹⁰⁸⁾と考え、債務者の同意は要さないかと考

105) 独立当事者参加の二当事者間和解について高橋・前掲注 56)526 頁。

106) 分科会での審議において、法形式上は詐害行為取消権について判断が示されない解決金的和解とならばいいえ、被告が和解に応じて解決金を「払う理由は、詐害行為取消訴訟で敗訴するリスクがあるから片付けてしまおうということで、和解に応じるんだらうと思いますので、実質は詐害行為取消訴訟の一部認容に近いのではないかと私は思います」との指摘が為されていた（法制審議会民法（債権関係）部会第 2 分科会・前掲注 35)25 頁〔岡正晶発言〕）。

107) 独立当事者参加について、高橋・前掲注 56)541 頁。

108) 独立当事者参加について、高田・前掲注 89)662 頁。

えられるのではなかろうか。後者の問題についても、債務者に被告適格は認められなかった以上請求につき独自に審判を受ける利益が保障されているわけではなく、受益者等の訴訟行為を牽制することを通して自己に不利益な判決の作出を阻める地位が与えられるに過ぎないのであるから、訴え取下げにあたり債務者の同意は不要であると解して差し支えないように思われる。

IV. 結びに

詐害行為取消訴訟の被告適格に関して、部会審議では債務者は固有必要的共同訴訟の規律の準用により一律に和解に対する牽制権を認めるべきほどの実体法上の利害関係を有していないとの判断が為されていたのではないかと推察できた。しかし訴訟に主体的に関与してこない債務者についてはともかく、債務者に関する要件（特に債務者無資力要件）を争う債務者について、限りある責任財産の奪い合いである訴訟の帰すうに無関心であるとの指摘の射程は及ばず、主体的に訴訟参加して取消しを争う債務者については別異に解する余地が残されており、共同訴訟参加の道を閉ざした立法判断も訴訟参加してきた債務者に当事者に準じた権限を与えることを排除する趣旨までは含んでいないのではないとも言える。部会審議では共同訴訟構成と訴訟告知構成の最大の差異として、和解に対する債務者の同意の要否が念頭に置かれていたようではあるが、債権者と受益者等の間の訴訟上の和解が事実上請求の一部認容的な色彩を帯びることに鑑みれば、共同訴訟的補助参加人として主体的に訴訟に関わってきた債務者については、その実質的な当事者性が

らして、牽制権が認められるべきなのではないかと考えられる。

共同訴訟的補助参加人の権限については、参加人に手続の中止・中断事由が生じた場合に手続全体が中止・中断するかという問題や、参加人は参加前の訴訟状態を承継するか否かという点があり、債務者の共同訴訟的補助参加人の権限の限界として、さらなる検討を要する問題として残されている。

共同訴訟的補助参加人に発生した手続の中止・中断事由による訴訟手続の中止・中断について、学説は肯定説¹⁰⁹⁾、否定説¹¹⁰⁾、参加人が手続から除外されることによる不利益から手続の中止・中断が必要ときに限って裁判所が中止を命じるべきとする折衷説¹¹¹⁾に分かれている。否定説や折衷説は、肯定説によると参加人に当事者適格が否定された趣旨が損なわれると言う。部会審議においても債務者死亡時に訴訟手続全体が遅滞することが懸念されていたようであるが、自ら訴訟参加してきた債務者の実質的な当事者性を考慮すれば手続の中止・中断を認めて主張立証の機会を保障しても差し支えないように思われるが、より詳細な検討が要される。

参加前の訴訟状態を承継するかという問題に関しては、提訴時に訴訟告知を受けていることから、訴訟係属を知っていたにもかかわらず参加していなかったことの不利益を負担することを否定する理由に乏しいように思われ、従前の訴訟状態を覆滅されないことに対する相手方の利益の方を保護するべきであるように思われる¹¹²⁾。民訴改正研案のように、詐害性を持つ訴訟に関してのみ、訴訟状態の承継を否定して自己に不利益な判決を阻止する権限を認める¹¹³⁾ことも考えられるが、詐害防止参加の制度を残すのであれ

109) 兼子・前掲注 88)407 頁、高橋・前掲注 56)470 頁、松本＝上野・前掲注 79)782 頁〔上野泰男〕、本間・前掲注 60)689 頁。井上説も肯定説を採るが（井上・前掲注 81)144 頁、三宅ほか編代・前掲注 82)440 頁〔井上治典〕、同説は通常の補助参加人についても参加人に発生した中止・中断事由による手続の中止・中断を認める（井上・前掲注 81)146-147 頁）。

110) 三ヶ月章『民事訴訟法（法律学講座双書）（第3版）』287 頁（弘文堂、1992）。

111) 新堂・前掲注 56)818-819 頁、伊藤・前掲注 12)649 頁。

112) 高田・前掲注 89)651 頁注 9 も、「訴訟係属の『通知』により参加の機会を保障しつつ、参加することのできる時点以降に生じた事由については、原則として異議を申し立てることは出来ないという規律」を示唆している。

なお、本間・前掲注 60)688 頁は、訴訟状態の承継を全面的に肯定する。

113) 三木＝山本編・前掲注 58)38 頁。

ば¹¹⁴⁾、受益者等に反対給付の返還請求権(受益者については改正法案 425 条の 2、転得者については改正法案 425 条の 4) 不存在確認の訴えを提起して詐害防止参加をすることで対処すれば足りるように思え、債務者が共同訴訟的補助参加する場合には承継を肯定してよいように思われるが、更なる検討が求められよう。

民法(債権関係)改正法案における詐害行為取消訴訟の枠組みを、債務者がイニシアティブを取り共同訴訟的補助参加することによって実質的に当事者と同等の手続保障を確保できる枠組みとして理解することで、拙いながら、債務者の共同訴訟的補助参加人としての権限の解釈論に一定の指針を示せたのであれば、本稿の目的が達せられたと言える。しかし請求処分行為に対する牽制権、特に和解に対する牽制権という限定的な局面に焦点を当てて議論を展開したに留まり、共同訴訟的補助参加人の権限論一般としては、まだなお不分明な点を残さざるを得なかった。立法論として、利害関係人の手続保障上の要請に応えるために何が求められるのかという点も、被告とされることと共同訴訟的補助参加人となることとの間での権限の差異に関する解釈論の不明確性の影響を受け、結論を導きがたい状況になっているように思われる。共同訴訟的補助参加人の権限について、今後一層精緻な議論が求められているのではなかろうか。

*

本稿は、筆者が 2016 年 1 月に東京大学法科大学院へ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。

リサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた垣内秀介教授には、構想段階から議論をする機会を多数設けていただいた。この場を借りて厚くお礼申し上げたい。また、個別に名前を挙げることは差し控えるが、本稿の執筆にあたっては複数の方々からコメントを頂戴した。中でも、学友の町田哲哉氏に

は、草稿全般に目を通していただき、忌憚のない意見を頂戴した。これらの方々に対しても、お礼申し上げたい。

言うまでもないことだが、本稿に残されている数々の問題点は、全て筆者である私に帰責される。他方、少しでも見るべき点が残っているとすれば、それは、以上全ての方々のご助力なしには生まれえなかったものである。重ねてお礼申し上げたい。

なお、畑瑞穂「債権法改正と民事手続法——債権者代位権と詐害行為取消権」司研 125 号 128 頁(2016)には、本稿脱稿後に触れた。

(つかもと・こう)

114) 民訴改正研案では詐害訴訟参加の廃止も合わせて提言されている。匿名記事「独立当事者参加(詐害防止参加)」三木=山本編・前掲注 58)46-51 頁。

論説

行政決定における裁量基準の適用と個別化の要請

2015年4月入学

船渡康平

I. 序論

- 1 裁量基準の一律適用の可否という問題
- 2 課題の設定と検討の方法
 - (1) 課題の設定
 - (2) 検討の方法

II. 裁量の概念をめぐる対立

- 1 概念の整理——塩野宏の指摘
- 2 前史
 - (1) 佐々木惣一の見解
 - (2) 法律上の自由な判断の余地としての裁量
- 3 構造化説
 - (1) 石井良三の見解
 - (2) 第一の揺らぎ——裁量基準設定説
 - a 渡辺洋三の見解
 - b 杉村敏正の見解
 - (3) 第二の揺らぎ——手続的審査方式
 - (4) 評価
- 4 個別化説
 - (1) 事案の特殊事情審査義務説
 - (2) 自己拘束論
 - (3) 裁量拘束禁止原則説
 - (4) 衡量の過程としての裁量説
 - (5) 評価
- 5 併存説
 - (1) 概要
 - (2) 併存説の内在的理解
 - a 「包括的権能の付与」の意味
 - b 専門的・技術的知見への着目
 - c 行政機関の地位の特殊性
- 6 小括と次章への展開

III. 個別化説内部での対立

- 1 一律適用を否定する立場
- 2 一律適用を肯定する立場

IV. 委任の要否の対立

- 1 基本構造の成立

- 2 対立点の形成——委任と裁量基準の関係

- (1) 学説の分析
- (2) 対立点の形成

V. 中間総括と更なる問いの獲得

- 1 中間総括
- 2 委任論の位置付け
 - (1) 法律による行政と通達による行政
 - (2) 自己拘束論による説明とその限界
 - (3) 委任論の観点の必要性
- 3 更なる問いの獲得

VI. 検討

- 1 裁量の概念の理論的検討
 - (1) 構造化説
 - (2) 併存説
 - (3) 個別化説
- 2 個別化説内部での対立の検討
 - (1) 理論上の問題
 - a 考慮事項の観点の導入
 - b 裁量基準による考慮事項の具体化
 - (2) 事実上の問題
- 3 委任と裁量基準
 - (1) 委任の要否
 - a 「法規」概念の定義
 - b 法規と裁量基準
 - (2) 基本構造への批判
 - (3) 裁量基準と委任
 - a 行政手続法制定による委任
 - b 裁量の付与による委任
 - (4) 委任の方法
 - a 白紙委任の禁止
 - b 黙示の委任の許容性
 - c 委任の特定性

VII. 結論

I. 序論

1 裁量基準の一律適用の可否という問題

行政機関がある行政決定¹⁾を行うときに、行政機関に裁量が付与されており、裁量基準を定立しそれを適用する場合を想定する。その場合、その基準に専ら従って行政決定をすることができるのか、それとも基準に従うだけでは不十分で、なおそこから離れたうえで行政決定をしなければならないのか。これは、裁量基準を一律²⁾に適用することが可能であるのかという問題である。この問題は、行政決定の迅速性や効率性、行政決定についての国民の予測可能性の担保の要請をどこまで追求するかという実際上の争点と密接に関わる。そしてまた、裁量概念の理解・裁量基準の法的性質などの行政法学上の根本的な理論的争点と関わるという重要性を持つ。

以上のように検討の必要性が大きいため、

この問題に関する議論は豊富に蓄積している。一方には、行政機関ごとに判断が恣意的に行われ区々となる危険を防ぐことを重視し、裁量基準は一律に適用されるべきであるという立場³⁾が存在する。この立場は、わが国では1950年代に主張され始め、1980年代前半までには多数を占めていたと理解される。他方には、裁量基準を一律に適用することで、行政機関が基準に盛り込んだ要素のみを考慮し、事案の無数の事情を考慮の外に追いやることを危惧し、裁量基準は一律に適用されるべきではないとする立場⁴⁾が存在する。この立場は、特に1980年代半ばから主張され始めたものであり、現在ではこの立場が有力であると思われる⁵⁾。しかし、近時新たに一律適用を認める見解⁶⁾が登場し、議論は新たな局面を迎えている。

2 課題の設定と検討の方法

(1) 課題の設定

このように長年の議論の歴史があるにもか

1) 行政裁量が存在するのは行政行為に限らないから、本稿は行政の行為形式・決定を一般的に考察対象にするために行政決定という語を用いる。本稿の題名に行政決定という語を用いた所以である。しかし、行政裁量の考察の場としては従来行政行為が中心であり、本稿の検討の対象とする問題についても、裁判例・学説ともに行政行為を中心として議論が展開されてきた。それゆえ、以下の叙述においては行政行為が検討の中心となることをお断りしておく。

2) 本稿では、「一律」と「画一的」・「機械的」という表現は同一の意味で用い、引用の関係で表記が必要な場合は基本的に「一律」に統一する。

3) この立場を明示する人物・論攷として、位野木益雄ほか「行政事件訴訟の審理をめぐる実務上の諸問題」6判タ16巻8号17頁、27頁〔白石健三発言〕(1965)、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』18頁(三省堂、1987)〔初出1984〕、濱秀和「はじめに」『行政訴訟の実践的課題』v頁、viii頁(信山社、2012)。明示はしないがこの立場を採ると理解できる論攷として、石井良三「自由裁量の処分(1)～(3・完)——公益原則を中心として——」曹時7巻1号50頁、3号341頁、4号451頁(1955)、渡辺洋三「法治主義と行政権——「法律による行政」とはなにか——」『現代国家と行政権』45頁、107-109頁(東京大学出版会、1972)〔初出1958〕、杉村敏正「自由裁量論の検討」『法の支配と行政法』189頁、207-209頁(有斐閣、1970)〔初出1963〕、町田顕「通達と行政事件訴訟——通達の裁判基準性を中心として——」司研1968年2号29頁、48-51頁(1968)がある。

4) 最初に議論を紹介したのは阿部泰隆『フランス行政訴訟論』184-187頁(有斐閣、1971)〔初出1968-1969〕とされている。その後の文献としては、交告尚史「個別審査と画一的処理——フランスの行政判例に見る裁量統制の側面(1)～(3・完)」自治60巻12号132頁(1984)、61巻3号129頁、61巻4号134頁(1985)、大貫裕之「事案の特殊事情審査義務の法理について(1, 2・完)——フランスにおける裁量統制の側面」自治64巻10号112頁、11号100頁(1988)、兼子仁ほか『ホーンブック行政法(新版)』170-171頁〔磯野弥生〕(北樹出版、1995)、兼子仁『行政法学』97-98頁(岩波書店、1997)等。

5) 小早川光郎『行政法講義 下I』24-25頁(弘文堂、2002)、山本隆司「日本における裁量論の変容」判時1933号11頁、16頁、20頁注55(2006)、宇賀克也『行政法概説I(第5版)』289頁(有斐閣、2013)等。

6) 深澤龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義」『裁量統制の法理と展開——イギリス裁量統制論』59頁、118-128頁(信山社、2013)〔初出2003〕。常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(上, 下)——裁量基準の本来的拘束性」判評636号(判時2133号)148頁、156頁注19(2012)、判評638号(判時2139号)148頁、159頁注132(2012)は深澤の見解に賛成する。また、角松生史ほか「学界展望」公法76号265頁、268頁〔北村和生〕(2014)は、深澤の整理が妥当であると言う。

かわらず、学説の対立は未だ明確な決着を見えていない。この原因はどこに求められるか。筆者は、個々の議論の蓄積はあるものの、それぞれの論者の試みを連結する総合的な思索が先行研究において欠落していることに着目し、対立が未決着である原因はここにあると考える。つまり、個々の主張を全体の議論構造の中に位置づけ評価する作業がないため、その主張が持つ意義と問題点が十分に認識されておらず、それゆえ、学説間の理論的な対立点や議論を決着づけるための視点が導出されていないのではないか、という疑問がある。

以上のような認識から、本稿は、裁量基準の一律適用をめぐる議論の対立点とそれに対する議論状況を整理し、現段階での結論を提示することを目的とする。そして、解決すべき課題を「裁量基準を一律に適用することを肯定する立場と否定する立場の対立点はいかなるものか。この対立点につき両立場はいかなる態度を採り、理論的に見ていかなる結論が採られるべきか。」として設定する。

この課題を明確化するため、六点の補足説明を付す。第一に、裁量基準を一律に適用できるということは、裁量行使を伴う行政決定において、行政機関は裁量基準に盛り込まれた要素以外の要素を考慮する必要がないこと、すなわち、常に裁量基準からの逸脱が要請されず、裁量基準に従って決定を行うことそれ自体は違法ではないこと（裁量基準から逸脱すべしとの要請が生じないこと）を言う。第二に、厳密には、逸脱の要請が生じない規範は、行政機関による任意の逸脱が許容されるものと許容されないものとに分けることができる⁷⁾。本稿では「裁量基準を一律に適用できるか」という問題を扱うのであるから、基本的には逸脱の要請についてのみ検討することになる。逸脱の許容性の観点からの

検討は必要な限りで行う（IV、VI 3 参照）。第三に、基準から逸脱せよという要請が生じないことは、基準に盛り込まれた要素の他に考慮すべき要素があったが、行政機関がそれを十分に検討した結果逸脱の必要性がないと判断し裁量基準を適用して決定することとは異なる。本稿が着目するのは逸脱の要請の存否自体である。第四に、当然ながら、基準の適用の方法によっては行政決定が違法となることがありうる。例えば、基準の適用において重大な事実誤認があった場合や、目的・動機違反、手続的瑕疵などが考えられる。本稿で扱うのは、裁量基準に盛り込まれた要素以外に考慮すべき要素がなく、行政機関が裁量基準への適合性のみによって判断をすること自体の違法性がないという命題の当否である。第五に、本稿では、裁量基準自体は適法であることを前提とし、違法である場合⁸⁾を検討の対象から除く。なぜなら、この場合にはその裁量基準はおおよそ適用されてはならないはずであって、一律適用を論ずる余地はないからである。第六に、本稿の検討対象からは地方公共団体が条例の形式で裁量基準を定立する場合と、法律に基づかない行政決定における基準を基本的に除く。前者は地方公共団体による立法作用であり、行政機関による裁量基準の定立が立法作用とは考えられていないことを踏まえると、大きく性質を異にするからである。後者は、法律によって与えられていない場合の裁量は、法律の根拠がある行政決定における裁量と同一の性質であるとは必ずしも言えず、裁量基準も同一の性質とは言えない可能性があるからである⁹⁾。

以上を踏まえて課題をより正確に述べると、次のようになる。「適法な裁量基準を定立し適用して行う裁量行使に際し、常に裁量基準からの逸脱が法的に要請されることはなく、裁量基準を適用したことそれ自体で行政

7) 基準からの逸脱が要請される場合と許容される場合を区別する思考は、学説において意識されているように思われる。山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明＝山本隆司編『融ける境 超える法5 環境と生命』3頁、10頁（東京大学出版会、2005）、宇賀・前掲注5)289頁、塩野宏『行政法I（第6版）』118頁（有斐閣、2015）。

8) 小早川光郎編『行政手続法逐条研究』ジュリ増刊245-246頁〔浜川清発言〕（1996）には、基準が違法である場合一律適用できないという趣旨が含まれているように思われる。

9) 塩野・前掲注7)119頁は、法律の具体的定めがない場合の給付基準を「広い意味での裁量基準」としており、通常の裁量基準との差異を示唆する。

決定が違法になることはない』という命題を肯定する立場と、否定する立場の対立点はいかなるものか。この対立点につき両立場はいかなる態度を採り、理論的に見ていかなる結論が採られるべきか)。

(2) 検討の方法

以上の課題の考察に際し、本稿が採る方法は学説史研究である。なぜなら、この方法によることで議論の全体構造が明らかになることに加え、課題の解決のためには個々の見解の適切な理解が必要であり、ある見解の適切な理解のためには他の見解との関係の中に位置づけることが一つの重要な作業であるからである。裁判例は、個々の事案に対する個別判断を示すという性格がある以上、原理的な側面を扱う本稿の課題に照らし、検討素材の中心とはせず、学説の理解のために補助的に扱う。

叙述の仕方としては、できるだけ明確に対立構造を描くために、対立点ごとに分けたいとて時系列に沿って学説の展開を示し、それぞれの対立点が形成されてきた経緯を示す。

本稿は以下のように構成される。まず、裁量概念をいかなるものとして捉えるかについて対立が形成されたことを明らかにする(Ⅱ)。次に、Ⅱで述べた裁量概念のうち、同一の裁量概念に依拠する学説においても裁量

基準の一律適用を認めるかについて対立が形成されたことを示す(Ⅲ)。さらに、委任の観点から問題を捉えた対立点の形成を示し(Ⅳ)、委任の観点が全体の議論構造においていかなる位置付けを持つべきかを検討するとともに、課題の解決のために必要な問いを獲得する(Ⅴ)。そして、獲得された問いに対し理論的な見地から検討を加え、課題の解決を目指す(Ⅵ、Ⅶ)。

Ⅱ. 裁量概念をめぐる対立

1 概念の整理——塩野宏の指摘

裁量基準の一律適用が論じられるのは、行政庁が裁量基準に依拠して行った行政処分が訴訟において裁量の逸脱・濫用により違法となるかどうか、という局面が典型的である。そこでは、裁量権を、裁量基準に従った決定をすることと理解してよいのかどうかという、裁量基準との関係に着目した行政裁量の概念¹⁰⁾が問題となる。それゆえ、裁量基準の一律適用について論じた諸学説が、行政裁量の行使の在り方と裁量基準の関係をいかに捉えるか、という対立点を有していたことは容易に想像できよう¹¹⁾¹²⁾。本章ではこの対立点の形成を示すが、叙述を明確にするため

10) 王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造(1)——裁量処分取消訴訟における要件事実論へのアプローチ——」国家119巻11・12号768頁,804-805頁(2006)は、『行政裁量の観念』とは何か。この問題は、『行政裁量』というものに複数の側面ないし性質があるため、概念規定の仕方としては、論者の自由に委ねる面がある」と言う。

ここで、本稿以前に裁量と裁量基準との関係について触れた王天華の研究との差異を述べておく。王は、本稿でも取り扱う、佐々木惣一の裁量論と、杉村敏正・渡辺洋三・石井良三・小早川光郎らの裁量論との思想の系譜を指摘するが、本稿も佐々木の裁量論と以降の学説には思想の系譜が存在すると考える点で共通する。しかし、王は、取消訴訟における主張立証責任の分配と要件事実論を考える前提として裁量観念について検討する必要があるという認識から、「裁量二元論」と「裁量一元論」という裁量観念の分類を採用する(同論文805-807頁)。そこでこの分類の基準は、裁量は裁量の授權規範から拘束されるかどうか、であり、裁量基準を扱う裁量学説は授權規範から拘束される裁量観念としての裁量一元論の中で分析される。対して本稿の視点は、裁量基準を一律適用することと裁量の意義との関係如何である。王の研究には、裁量基準を一律に適用することの是非という視点や、裁量を付与された行政機関は個別に判断すべきかそれとも一律に判断すべきかという視点はなく、これらの点が本稿との差異である。

11) 外国法研究を基礎にした研究では、裁量基準と関連する外国法の裁量概念は日本の裁量概念とは異なるという指摘がなされている(大貫・前掲注4)「(2・完)」118頁、交尚史「行政の階層構造と裁量権行使の在り方——機関委任事務における裁量基準をめぐって——」商大論集41巻2・3号237頁,252頁注24(1989)、山下竜一「行政法の基礎概念としての行政裁量」公法67号214頁,217頁(2005)、深澤・前掲注6)119頁)。しかし、筆者の管見では、この観点からの裁量概念の対立の在り様について明示的に述べた論攷は見当たらない。

12) 大貫・前掲注4)「(1)」117頁、門脇雄貴「行政基準の法的位相——フランスにおける解釈通達とディレクティブの展開——」本郷法政紀要10号81頁,88頁(2001)、仲野武志「判批」自治77巻6号126頁,128-129頁(2001)は、個別事情考慮義務を裁量論の問題ではなく法解釈論上の問題として扱っている。また、仲野武志「判批」判評578号(判時1956号)177頁,178-179頁(2006)は、「考慮事項発見義務」を法令解釈上一義的に導出される

に、裁量基準との関係から捉えた行政裁量の概念がいかなるものであるのかについて事前に整理しておく。

この整理には、塩野宏の指摘を参照することが有益である。行政手続法に係る座談会において裁量基準の一律適用の可否についての議論がなされたが、塩野は次のような発言をしている。基準の性質として一律適用できるとしてよいかという問題¹³⁾、すなわち裁量基準の一律適用の可否の問題は、「もう少し突っ込んでいくと、裁量権行使とはどうあるべきかということと関係してくると思います。要するに、最適をねらうのだったら、基準を作っても、それはほんの基準であって、最適な選択をする義務があるということになります。そうではなく、裁量権というのは、いくつかのものをとる、そのどれをとっても『まあ、いいですよ』と、そういうものとしてあるとした場合には、ある一定の基準を作ったら、それはある程度機械的に適用してもパスだと言わなければ、行政は負担過重でやりきれません。常に二次的な選択、三次的な選択もある、それが裁量権行使だと言って

はじめて基準論が出てくるわけです。」「裁量権とはどういうものかということ議論しないといけないという感じがします。」¹⁴⁾

この発言に現れた二つの裁量概念を分析する。まず前者の裁量の概念は、裁量とは最適選択の義務であり、基準を作っても当然には最適な選択がなされたとは考えず個別の審査を行うべし、というものである。これは、裁量基準の一律適用を当然には認めない裁量概念である。対して後者の裁量の概念は、裁量とは一定の枠内での選択の自由であって、行政機関は裁量基準を設定し、それを従うべき枠として扱い裁量行使をすることができる、というものである。これは、一律適用できる裁量基準の設定と適用を当然に認める裁量概念である¹⁵⁾¹⁶⁾。

そこで本稿は、これらの裁量概念を分析の道具として裁量に関する学説を検討するが、作業を円滑にするために二つの裁量概念について便宜上の名称を与えることとしよう。塩野発言のうち前者の裁量概念を、裁量を付与された行政機関は、ある一つの要件設定とその一律適用によって当然には自らの判断を構

義務としており、考慮事項を発見し考慮する義務を原則として法解釈上の問題として考察する。これらの見解からすれば、裁量基準からの逸脱が要請されるかどうかは裁量が与えられた趣旨によるのであって、それは法解釈論の問題である、ということになろう。理論的に重要な指摘であり、これらの見解の存在を重視すれば、裁量の概念における対立ではなく、「法解釈によって裁量基準の一律適用が認められるか」という対立を取り上げる必要がある。それにもかかわらず本稿が対立点として裁量の概念をめぐる理解を取り上げたのは以下の理由による。第一に、論者においても、「当該事項が特殊な案件においてのみ現れる性質のもの」(仲野・判評論文 179 頁)である場合には裁量論からの検討が必要であると考えているように思われる。第二に、本章で検討するように、学説のほとんどが裁量の概念の観点から議論を行っており、法解釈論の観点からの議論はしていない。第三に、法解釈によっていわば一般原則として考慮義務を捉える場合と、裁量を与えられた場合に内在する義務によって考慮義務を捉える場合とでは、少なくとも本稿の問題に限れば説明の仕方が違うにすぎないように思われる。

13) 本文中で引用する塩野発言の直前の発言を参照。小早川編・前掲注 8)246 頁〔浜川清発言〕。

14) 以上につき、小早川編・前掲注 8)246-247 頁〔塩野宏発言〕。厳密には、塩野が「ある程度機械的に」と述べていることから、一律適用を認める発言であるかについては疑問の余地もある。しかし、塩野の発言に続く浜川清の応答と塩野の再応答をみれば、塩野発言は裁量基準の一律適用を認める裁量概念を念頭に置いていたと言える。

15) さらに、高木光「法規命令による裁量拘束——保険薬局指定処分を題材とした一考察——」論叢 172 巻 4-6 号 80 頁, 100 頁 (2013) は、法律が行政裁量を認める理由はさまざまであり、「個別案件を、基準に基づいて『標準化』された形で処理することが適切な領域もあれば、個別案件ごとにその案件の個性に応じた処理(を：筆者注)することが適切な領域もある」と言う。

16) 用語法について整理しておく。王天華「行政裁量の概念と取消訴訟の構造(3, 4)——裁量処分取消訴訟における要件事実論へのアプローチ——」国家 120 巻 3・4 号 193 頁, 216 頁, 5・6 号 325 頁, 386-388 頁 (2007) によれば、本稿で取り上げる学説は、裁量一元論の系譜に属するが、裁量一元論は、「自由裁量」を「法の拘束……の尽きるところに生ずる、法の彼岸の事象」と捉える。定義上法による統制が及ばない領域である「自由裁量」について、その行使が「法的にどうあるべきか」を語るのは矛盾である。それゆえ、本稿が言う裁量概念とは、法の彼岸にある領域ではなく、裁量行為における裁量行使の在り方という意味である。大貫・前掲注 4)「(2・完)」118 頁や前掲注 14)の塩野発言も、裁量権行使の在り方と裁量権の在り方を互換的に捉えている。

造化させることなく、最善の結果を達成するために個別的に判断していくという意味で、本稿では「個別化説」¹⁷⁾と称する。後者の裁量概念を、裁量を付与された行政機関は、ある一つの裁量基準の形で要件を設定しそれに従って行政決定を行うという方法で自らの判断を構造化させていくという意味で、本稿では「構造化説」¹⁸⁾と称する。構造化説においては、裁量基準からの逸脱の要請はない。

以下では、この裁量概念に基づき、学説においていかなる議論が展開されてきたかを検討する。裁量概念の在り方は、論者が裁量概念をいかに定義したかという点に加え、裁判所による裁量統制によっても明らかになるから、論者が裁判所による統制の方法をいかに構想したかも視野に入れる必要がある。

2 前史

わが国の裁量学説は行政法学の揺籃期から展開されてきたが、裁量論において裁量基準につき直接に述べた学説が登場するのは戦後になってからである。しかし、それらの学説と思想の系譜が指摘されている¹⁹⁾戦前の学説が存在する。それは佐々木惣一の見解であり、本節では、以降の叙述の前提を確認する意味も込めて、戦前の学説について概観する。

(1) 佐々木惣一の見解

佐々木惣一によれば、行政の活動は公益に適合しなければならないという公益原則は法

上の要求(条理法)であるが、公益とは一般的な標準(目的)にすぎない。そして、公益という一般的な標準に合う個々の行政活動に特有な標準を定めることによって行政活動を決定することができるようになるのである。この前提の下で、「自由裁量とは行政機関が特定の行政の活動を為すに当て、其の直接の標準とすべきものを自ら定むること」である²⁰⁾。この自由裁量は、法の羈束と対置されるものであるが法の制限を受けないものではない。本稿に関係の深いものとしては、「行政機関が自由裁量の職権を有する場合には誠実に公益を考量して其の活動の直接の標準を選択するを要する」といういわゆる裁量濫用の法理が挙げられる²¹⁾。

さて、この佐々木の見解を仔細に分析した高橋靖は、佐々木の見解における自由裁量とは行政機関がその行政の活動の直接の標準として何が最善の公益に適するかを基準を設定することであり、行政機関は不断に基準を探索しなければならない、と理解する。この理解の根拠は、「直接の標準として考へられる種々のものの中」²²⁾から標準を選択するという自由裁量の定義からすれば、誰にとっても公益に反するものは公益に合うとされる選択肢に入らないのではないかという考えから、「公益＝公益という目的にかなうものの中で最善の公益」と解するしかないということにある²³⁾。この読み方は妥当であり、佐々木の裁量論の理解の一般的なものであると言えよう²⁴⁾。しかし、これに対し、佐々

17) 交告尚史「スウェーデン行政裁量論の憲法的基礎」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相(上)』293頁、296頁(有斐閣、2013)の用語法を参考にした。なお、深澤龍一郎「Denis James Galliganの行政裁量論——イギリスにおける裁量学説の検討——」前掲注6)5頁、6頁注1〔初出2006〕、中川丈久「司法裁判所の『思惟律』と行政裁量(2・完)——1803年～1950年のアメリカ行政法について——」法協107巻5号818頁、831頁(1990)などの用語法は本稿の用語法とは異なることをお断りしておく。

18) 中川・前掲注17)833頁は「基準定立の裁量」という用語を用いるが、これも本稿の用語法とは異なる。

19) 王・前掲注10)822頁、827-828頁。

20) 以上につき、佐々木惣一「行政機関の自由裁量」法と経済1巻1号20頁、22-23頁(1934)。本文に示した箇所以外では、「行政機関は其の行政の活動の直接の標準として考へられる種々のものの中、自己の適当と判断するものを選択する」とされている(同論文22頁、漢字は筆者により常用漢字とした)。

なお、佐々木の裁量論は様々な論攷で展開されているが、本稿が特に上記論攷を取り上げたのは、上記論攷が、裁量基準論に連続すると考えられる「標準」と「裁量濫用の法理」の議論を初めて明確に示したものだからである。

21) 佐々木・前掲注20)32-33頁。

22) 佐々木・前掲注20)参照。

23) 高橋靖「我国裁量理論へのLaun説の導入(1)」早稲田法学会誌29巻263頁、275-278頁(1978)。高橋の論攷において数頁に亘り分散していた考え方を、本稿の関心から筆者がまとめたうえで本文のように結論した。

木の裁量論を別に理解することも不可能ではないように思われる。その理解とは、裁量とは自由裁量を与えられた行政機関が任意に基準を設定する自由である、というものである。これは濱秀和の理解に示唆されている²⁵⁾理解であるが、筆者が敷衍すると、文理上の根拠は佐々木の叙述において「任意に」²⁶⁾基準を定めるとされている部分にある。また、公益の定義としては、「最善の公益」として理解せずとも、高橋が疑問にするような「だれにとっても客観的に公益に反するということがわかるようなものの選択の自由」は入らないと考えることができる。なぜなら、客観的に公益に反することが明らかなものを除くためには、「公益＝公益という目的にかなうものとして認められるもの」と理解すれば十分であるからである。そして裁量濫用の法理については、基準の設定段階で誠実に公益を考量して定めることで、それ以降の段階においては裁量濫用を認める余地はないと解せば、この裁量の概念と裁量濫用の法理は抵触しない。以上を踏まえ、裁量とは行政機関が基準を設定する自由であって、個別の案件において最善の決定のために基準を探求しなければならないという要請は生じず、他の案件でも設定された基準からの逸脱が要

請されないと理解する、という読み方である。

佐々木の見解が「行政裁量を法の執行者としての行政の行動論理にそって捉えることを可能にする」²⁷⁾ものであったことは、裁量基準を定立・適用するという裁量行使過程に通底する点がある。後述するように、佐々木の裁量概念についての二つの理解のうち、前者の理解が個別化説へと連なり、そして後者の理解が構造化説へと連なると考えることができ、その意味で佐々木と後の論者には思想の系譜が見出される。

(2) 法律上の自由な判断の余地としての裁量

佐々木の見解の後 1940 年代までの学説は、裁量権の行使の在り方について明確な考察をしてこなかったように思われる。行政機関に裁量権が認められることは、行政機関が法律上の自由な判断の余地を持つことであるという認識が一般的²⁸⁾なものとなったが、その認識の下では、裁量概念の内実として個別的な判断を行うのか、それとも裁量基準を定立してそれに従って判断を行うのかという点については不明確なままである。裁量権の行使の在り方について議論が進展しなかったのは、当時の議論の中心が、法規裁量と自由裁

24) 小早川光郎「裁量問題と法律問題」『法学協会百周年記念論文集 第2巻』331頁、351頁注25（有斐閣、1983）、同「基準・法律・条例」塩野宏古稀『行政法の発展と変革（下）』381頁、395頁注18（有斐閣、2001）によれば、小早川は佐々木の裁量論を「標準の選択」に関する議論としたうえで、自らの見解に近いとする。また、小早川編・前掲注8)246頁〔小早川発言〕によれば、「京都学派の裁量論は、最適を選べ」というものである。小早川の見解については後に検討するが（II 4(1)）、小早川は、佐々木の見解を最善の基準を探求するものと捉えらる。また、高橋滋「行政裁量論に関する若干の検討」南博方古稀『行政法と法の支配』321頁、331頁注8（有斐閣、1999）は小早川の佐々木学説の理解に賛同を示すが、小早川自身の見解を踏まえ賛同を示すのであれば、高橋も佐々木の見解を小早川と同様に解するのであろう（ただし、後掲注25）を参照）。この最適選択という理解を明瞭に表現するのが、佐々木の見解を受け継いだとされる（高橋・同論文323頁）渡邊宗太郎の見解である。渡邊宗太郎によれば、行政機関の裁量とは、いかなる場合にいかなる内容の行政処分を行うことが最も公益に適するか点について自ら自由に決定しうることを言うのであり、渡邊はこれを以て新しい法の発見の作業であると表現する。しかし行政機関には常に新たな公益判断、その時々条理法の発見が要求されるから、裁量によって発見された法は、他の具体的事件については法として拘束せず、裁量とは最善の公益を選ぶことであると述べる。渡邊宗太郎「裁量処分」論叢31巻3号457頁、460-461頁、463頁（1934）、同『改訂 日本行政法上』290-295頁（弘文堂書房、1937）。

25) 濱秀和「行政裁量論」同・前掲注3)5頁、19-20頁〔初出1984〕は、要件裁量説（佐々木の見解が念頭におかれていると思われる）を基準設定の自由と理解するが、要件裁量説は最善の基準の探求をするものであると理解しない。小早川と対比すれば、濱は要件裁量説を、裁量権行使にあたり一定の枠を設定する自由であると理解すると考えられる。また、高橋・前掲注24)が、小早川の裁量論が明らかになる以前の論攷であることに着目すると、高橋が佐々木の裁量学説を最善の基準の探求と捉えるかは明らかでないとも考えることもできる。

26) 佐々木・前掲注20)33-34頁。

27) 王・前掲注10)822頁。

28) 小早川・前掲注24)「裁量問題と法律問題」347頁。

量との区別や、要件裁量説と効果裁量説との異同などにあったためであろう²⁹⁾。法律上の自由な判断の余地として裁量を捉えることは、裁量基準と裁量との関係を考察するに当たっては有用性を持たないものであったと評価できる。

3 構造化説

(1) 石井良三の見解

わが国において最初に裁量基準と裁量の関係について明示的に論じ、裁量基準に従って裁量を行使する過程の理論化に積極的な姿勢を見せたのが石井良三の見解である。石井は、公益原則を①最大適合の原則（最もよく公益に適合せよ）・②比較適合の原則（比較的よりよく公益に適合せよ）・③最小適合の原則（公益に違反してはならない）の三つの原則に分け、そのうちの後二者に法的拘束力を承認し、最大適合の原則には法的拘束力はなく行政機関の職責にすぎないと解する³⁰⁾。そして、自由裁量行為は、後二者の原則に反しないという限界内で、行政機関が何が最もよく公益に適合するかを判断する行為を言うのであり、その判断のためには一定の裁量基準が必要となる³¹⁾。それゆえ、自由裁量行為の具体の現れ方としては、行政機関が自己の判断によって最も適切な裁量基準を選択し決定する自由と称することができるのである³²⁾。そして、一旦定められた裁量基準は現実の行政処分における具体的な処分要件と

して作用するのであり、石井は自らの裁量概念を、現実の行政処分における処分要件設定の自由と称する³³⁾。ただし、設定される裁量基準は一般的に適用されるべきものであるとはいえ、最大適合原則に法規範性がない結果、比較適合原則・最小適合原則に反しない限度で裁量基準から逸脱することは違法ではない³⁴⁾。また、行政庁は裁量基準を事情に応じ任意に変更できるとされている。ここで言う「変更」は基準自体を改廃することのみでなく、論者自身の叙述にも見られるように、当該行政決定においてのみ任意に裁量基準から逸脱することも指すと考えてよいであろう³⁵⁾。さらに、裁判所は権限外の事項や処分と無関係の事項を裁量基準に織り込んでいないかを審査するとされている³⁶⁾が、裁量基準に盛り込んだ事項の他に考慮すべき事項があるかどうかについては触れるところがない。

以上の石井の見解について分析を加えると、裁量基準と裁量との関係について、最適選択の要請たる最大適合の原則は職務上の義務にすぎないとされているから、法的には裁量は最適選択の義務ではない。裁量基準からの任意の逸脱は認められるにせよ、逸脱の要請はないから、石井は裁量基準を一律に適用することを認める構造化の裁量概念³⁷⁾を採っていると言える。石井は佐々木惣一³⁸⁾の裁量論を参考にしたと自ら述べる³⁸⁾のであるが、佐々木の裁量論を基準設定の自由と捉え、最適選択の要請については職務上の義務

29) 高橋・前掲注24)323-333頁、亙理格『公益と行政裁量』292-310頁（弘文堂、2002）による学説の検討を参照。

30) 石井・前掲注3)「(1)」57-62頁。

31) 石井・前掲注3)「(3・完)」456頁。

32) 石井・前掲注3)「(3・完)」469頁。

33) 石井・前掲注3)「(3・完)」457頁。

34) 石井・前掲注3)「(3・完)」458-459頁。

35) 石井・前掲注3)「(3・完)」458-459頁、464頁。458-459頁の設例は、裁量基準が一般的に改廃されたわけではなく、当該事案においてのみ行政庁が裁量基準から逸脱した場合を扱っている。

36) 石井・前掲注3)「(3・完)」466-467頁。

37) 構造化の裁量概念を採ると考えられる裁判例として、東京地判平成5年2月17日判時1459号98頁がある。この判決については、交告尚史「行政判断の構造」磯部力ほか編『行政法の新構想I』269頁、279-280頁（有斐閣、2011）参照。また、明確な根拠は示さないが、裁量基準が裁判基準となることを当然視し、それゆえ裁量基準に従って裁量が行使されるべきと想定していると思われる裁判例として、京都地判昭和29年5月21日行裁例集5巻5号1078頁、福岡地判昭和34年12月12日行裁例集10巻12号2480頁、名古屋地判昭和35年5月30日行裁例集11巻5号1640頁等がある。これらの判決については、町田・前掲注3)39-42頁参照。

38) 石井・前掲注3)「(3・完)」473頁。

にとどめたという形で参考にしたと推測できる。

石井の見解には、後述の通り（VI 1 (1)）今日の観点から理論的問題があるが、この見解は内在的に裁量基準からの逸脱の要請を含むものではないという点で一貫したものであると言える。

(2) 第一の揺らぎ——裁量基準設定説

しかし、石井良三が提唱した構造化説は、同様に裁量基準の一律適用を認めようとする立場の論者の見解によって内在的に揺らぎを抱えることになる。その揺らぎの第一として、「渡辺洋三＝杉村敏正の『裁量基準設定説』」³⁹⁾を検討する。

a 渡辺洋三の見解

渡辺洋三は、行政行為は恣意に亘ってはないから、行政機関は一般法則性にもとづいて、一定の客観的基準を定立し、その基準の具体的適用として現実の行為をしなければならないとの立場を示す。基準の内容それ自体の決定は行政機関の公益判断に属するが、基準が公益目的と客観的に機能関連に立っているかどうか、すなわち法的な関連性があるかどうかは裁判所によって審査され、また、基準の適用が客観的になされたかどうかは裁判所の審査の対象となる⁴⁰⁾。渡辺は、自由裁量と法規裁量を峻別する議論に対し、どちらも法の枠という限界があるということを指摘することを目的とし⁴¹⁾、客観性の担保を裁判所の役割として位置づけ、裁量の限界を客観性の担保という観点から検討した。そのため、法の枠という限界を超えない裁量の範

囲内の行政決定の在り方については触れられることがなく、裁量の範囲内での決定は最善のものでなくとも適法であると考えられていると理解できる。

この見解を分析すると、裁量基準と裁量との関係について、行政機関には法によって裁量が与えられ、客観性という法の枠内で自ら公益判断によって基準を設定し、その基準に沿って行政決定をすることができるし、またそれが求められるのである。それゆえ、渡辺は、法の枠内という限界はあるものの、行政機関は基準を設定しそれを適用して裁量を行使用するという構造化の裁量概念を採ると理解できる⁴²⁾。

しかし、基準の適用が客観的になされたかどうか、という審査方法を貫徹させると、「この事案には基準を適用すべきでなかった」という観点から基準の適用方法が審査されることが考えられる。すなわち、渡辺は客観性の担保を目的とするが、そのためには恣意の排除が必要である。そしてこの見解が言うところの恣意は、公益目的と行政行為との関係が行政機関の主観的・個人的感情によって客観性を保障されていない⁴³⁾ことである。具体的には、法の目的に照らして考慮すべきでない事情を考慮した基準を定立することや考慮すべきでない要素を考慮して基準を適用することであった。しかし、先に記した恣意の定義に照らせば、恣意の排除とは他事考慮の排除に限られないはずであり、むしろ裁量基準を定立しそれを適用するということがこの見解の意味で恣意である場合⁴⁴⁾、裁量基準か

39) 名称は、高橋靖「行政裁量における違法性・不当性峻別論への批判」早稲田法学会誌 33 号 147 頁、160 頁 (1983) を参照した。

40) 以上につき、渡辺・前掲注 3)107-109 頁。

41) 渡辺・前掲注 3)92-102 頁。

42) なお、渡辺洋三「行政権の優越性と国民の権利」同・前掲注 3)1 頁、38 頁〔初出 1955〕は、人民に権利または利益を与える行為であっても、行政機関は裁量基準を設定しそれを適用して処分をすべきであると言うが、「処分が理由なくその基準に反した場合には」裁量の濫用が争われうるとしている。この記述は、裁量基準からの逸脱が要請される場合を指摘する趣旨ではなく、合理的な理由による逸脱を許容する趣旨のものであろう。同様に、園部逸夫「判批」田中二郎編『行政判例百選（初版）』95 頁、96 頁（有斐閣、1962）も、行政権の権限行使に当たり「裁量基準は、明示または黙示に定立されるべきもの」であるとしたうえで、裁量基準が「一般的に適用されている状況の下で、特定の個人を何等いわれがなく差別的に取り扱」う場合には裁量行使が違法になりうるとする。園部は裁量基準の一律適用を肯定し、合理的な理由に基づく基準からの逸脱を許容する見解と理解できる。

43) 渡辺・前掲注 3)107 頁。

44) 交告尚史『処分理由と取消訴訟』203 頁（勁草書房、2000）は、基準の設定と適用が主観的・個人的感情によって恣意に亘る可能性を指摘する。

ら逸脱して個別事情の考慮をすることが要請されるはずである。このように考えると、渡辺の見解には内在的に裁量基準からの逸脱の要請が含まれていたと言える。

b 杉村敏正の見解

杉村敏正は、行政機関が裁量を授権されているとしても、それを恣意的に行使して行政行為を行うことを許容しない。したがって、行政機関は根拠法規が実現しようとする行政目的を達成するための具体的な行政行為の判断・決定を規律すべき具体的な裁量基準を定立し、この基準に従って行政行為を行わなければならないと言う。そして、裁量権の行使が恣意的であり、違法な裁量濫用となる場合があるとす。第一に、裁量基準の内容について、行政機関の知識・経験は一応承認するにしても、根拠法規の内在的目的に反し、または比例原則・平等原則に反して定立されてそれにより行政行為が行われる場合。杉村の言う内在的目的に反するとは、根拠法規が実現しようとする行政目的の達成という見地からみて、これと無関係な要素がとり入れられ、または、これと当然関係ある要素が排除されるなど、明らかに根拠法規の目的に背反することを言う。第二に、裁量基準に瑕疵がなくとも、その適用に際し要件事実に誤認があり、または比例原則・平等原則違反の行政行為が行われる場合である⁴⁵⁾。

裁量基準と裁量との関係について、杉村の見解は、行政機関は裁量濫用とならない限り、裁量基準を設定しそれを適用するという

裁量行使が求められるとするものと理解できる。この見解が裁量基準の一律適用に親和的であることについては、杉村の想定する司法審査の在り方からも窺える。杉村は、裁量基準そのものの審査においては要考慮事項の考慮如何が審査されるとしているが、基準の適用においては考慮事項の観点がなく、実体的な審査がなされるのみである⁴⁶⁾。つまりここでは、要考慮事項が適切に考慮された適法な裁量基準から逸脱して決定を行う要請が存在するとは考えられていない。このように杉村の意図は構造化の裁量を提唱することにあつた⁴⁷⁾。

しかし、杉村の言う司法審査の目的は、行政機関が裁量権を恣意に行使して国民の権利利益を侵害することを是正することであり⁴⁸⁾、排除されるべきは行政機関の恣意である。そして杉村は、裁量権行使の過程における恣意を排除しようとした学説として、渡辺洋三やイギリスのディキンソンの学説を分析したうえで自説を展開している⁴⁹⁾。杉村が引用する限りではディキンソンの見解において「恣意」の定義が明確にはなされていないから、杉村の見解における「恣意」は渡辺の見解における恣意と同様のものと考えられるのであり、杉村の見解に対しても渡辺の見解に対する分析が妥当しよう。すなわち、仮に恣意の排除を貫徹しようとするならば、裁量基準から逸脱して個別事情の考慮が要請されることがあるはずである。以上より、杉村の見解も、内在的に裁量基準からの

45) 以上につき、杉村・前掲注3)207-208頁。

46) 基準の定立について要考慮事項の考慮如何を審査することは、本稿のいう基準からの逸脱の要請があることを意味しない。基準自体について考慮不届があれば基準自体が違法となり、基準の適用がおよそ認められないため、これは一律適用が認められるかという問題ではないからである(12(1)参照)。

47) 杉村が構造化の裁量を意図していたと考えられる論拠として、杉村が要考慮事項の考慮如何の審査について積極的でないように見える点がある(杉村敏正「イギリス法における行政裁量の濫用に対する司法審査の限度」同・前掲注3)211頁、233頁〔初出1966〕では、杉村自身の態度は不明であるが、イギリス法における要考慮事項の審査に対し疑問を呈するイギリスの見解を紹介している)。また、『『一般的適用のある基準(rules)への裁量の従属』を強調するイギリスのディキンソンの学説』に(曾和俊文「杉村先生の行政手続論」杉村敏正追悼『杉村敏正先生の人と学問』163頁、171頁(有斐閣、2014))杉村が影響を受けているとの指摘がある(久保茂樹「杉村先生の行政裁量論」同書149頁、158頁)。

また、杉村敏正「行政裁量」同・前掲注3)245頁、254-255頁〔初出1966〕は、行政裁量を認めることによる、政治・経済・社会の情勢変化への即応性、個別具体的な事案に対する措置の柔軟性の確保を想定している。この部分は、行政機関は情勢変化に対応して裁量基準を定立すると考えれば構造化の裁量と整合する。

48) 杉村・前掲注3)207頁。

49) 杉村・前掲注3)205-207頁。

逸脱の要請を含むものであったと言える。

(3) 第二の揺らぎ——手続的審査方式

手続的審査方式と称される裁量統制手法を提唱したいわゆる「白石コート」の裁判官ら（白石健三・町田顕・濱秀和）は、裁量基準を介した審査方式を一つの重要なひな形として議論をしていた⁵⁰⁾。彼らは、行政機関が裁量基準を設定しそれを適用するという裁量行使過程を想定したうえで、その裁量行使について手続的な側面から司法審査を行おうと試みたのであって、そこでは裁量基準を設定しそれを一律に適用するという構造化の裁量概念が想定されていると思われる⁵¹⁾。

ここでは、手続的審査方式を提唱した論者のうち裁量概念そのものについて議論をし、石井良三の見解に賛同している町田顕の見解について検討を加える。町田によれば、行政機関は裁量権を適正に行使するために、具体的な行政処分に関する判断・決定を規律する客観的な基準を設定し、この基準に従って行政処分を行わなければならない。しかし、法律が行政機関の裁量権を認めるのは、法の内在的目的に反しない限り、行政機関の専門技術的知識経験ないしは公益判断に基づいてこれが運用されることが、行政目的の達成のために必要であるということによる。したがって、行政機関は、法の内在的目的に反しさえしなければ、裁量基準たる通達の内容を独自に決定する権限を持つと述べる。そして端的に、行政機関の裁量権とは、法規の実現しようとする行政目的達成のために必要な諸条件の判定に当たり、複数存在しうる裁量基準の

中から特定の基準を選択する権限を指すとして、石井の論攷を引用する⁵²⁾。

このように石井の見解と基本的な裁量概念は共通するため、町田の見解も構造化説に分類することが可能である。しかし町田の見解は、石井の見解とは異なる特徴がある。それは、裁量基準の定立根拠について適正手続の保障を根拠とすること、そして適正手続の見地からの司法審査を提唱し、石井の見解に比べ裁判所による裁量統制をより詳細に論じていることである⁵³⁾。町田は裁量基準の定立・適用についての司法審査につき、以下のように述べる。まず、通達（裁量基準）そのものについて、「通達が法規の実現しようとする行政目的と客観的機能関連をもつかということ、つまり、法規の趣旨よりして、本来考慮してはならない事項を基準とし、または、当然考慮すべき事項を基準としていないかが審査され」、次に適用段階について、「個々の行政処分について、通達の適用が客観的であったかどうか」が審査される⁵⁴⁾。通達の適用段階における「客観」の意味が必ずしも明らかではないが、「客観」の意味は通達自体の審査の方法の中で最も明確に説明されているため、それと同様の意味であると理解してよいであろう。つまり、町田の見解では、通達の適用段階においても客観性、すなわち要考慮事項の考慮如何や他事考慮の有無が審査されるのであり、裁量基準の他に要考慮事項があればそれを考慮するべく基準からの逸脱が要請されるということが内在的に含まれる⁵⁵⁾。このように、町田の見解は石

50) 位野木ほか・前掲注3)21-27頁。

51) 位野木ほか・前掲注3)27頁〔白石健三発言〕は、「たとえば、申請者の住居から一〇〇メートルの所に車庫がなければならないというような基準を設けた場合……それが合理的であると認められるならば、一〇一米のものを免許しないのはけしからんというような攻撃の仕方に対しては、裁判所は、これを取り上げてやる必要は無い」と述べ、設定された裁量基準からの逸脱が要請されることを想定していないように思われる。また、濱・前掲注3)同頁は、「行手法のもとにおいて、行政庁が個別の事案について審査基準を柔軟に適用することは（かつて、このような議論があった）、適正・公平な手続により処分を受ける申請人の手続的権利を侵すもので許されることはない」と言う。

52) 以上につき、町田・前掲注3)49-51頁。森田寛二「法律の概念」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学4——契約』83頁、100-101頁（岩波書店、1983）は、町田の見解を通達の法規性を承認するものと理解する。

53) 町田・前掲注3)48-49頁。町田・前掲注3)51頁注3では、渡辺洋三・杉村敏正の論攷が引用されている。

54) 以上につき、町田・前掲注3)50頁。

55) 基準の適用段階についても要考慮事項の考慮如何を審査するという点で杉村の見解とは異なる。

また、王・前掲注16)「(4)」352-354頁は、「手続的審査方式」の発展形態が考慮事項に着目した「判断過程審査方式」であると分析する。

井と同様の裁量概念に立つという姿勢を見せつつも、基準からの逸脱の要請を内在させるという点で石井の裁量概念を換骨奪胎し、個別化説へと舵を切った見解であると評価できる。

(4) 評価

本節では、わが国において、裁量を要件設定の自由ないし基準設定の自由と解し、個別事情の考慮のために裁量が与えられているということについて否定的な学説が存在していたことを明らかにした。しかし、石井良三の見解を除くこれらの見解は、その根拠に照らすと個別事情の考慮へ傾く契機を内在的に含んでおり、裁量を基準設定の自由と解することへの理論的な説明には成功していたと言いはない。それゆえ、構造化説として一貫していたのは石井の見解のみであったと理解できるため、以下では構造化説と言う場合、石井の見解のみを指すこととする。

4 個別化説

(1) 事案の特殊事情審査義務説

以上のような構造化説の提唱とその揺らぎの展開に対し、明示的に裁量を最適選択と理解する学説が登場することになる⁵⁶⁾。そのような、個別化説と分類できる見解として、まず事案の特殊事情審査義務説が挙げられる。

これは、フランス法を研究対象とする論者によって日本に紹介されたものであり、事案の特殊事情審査義務とは、裁量基準の適用に当たって、裁量基準に盛り込まれていない考

慮事項についても考慮しなければならないとする法理である⁵⁷⁾。この法理の紹介により、フランスでは裁量権は個別の事情の探求であるという価値観が存在することが明らかになったが⁵⁸⁾、この価値観を最も徹底し⁵⁹⁾日本法においても導入するのが小早川光郎の見解である。この見解は、裁量の本質を基準の探求であるとする。すなわち、小早川によれば、「行政機関が、案件の処置の判断にあたり、立法による基準の欠如している部分について案件ごとに必要な基準を補充しつつその判断を形成していくこと」が裁量である⁶⁰⁾。小早川の用語法における「基準」は、立法や訓令・通達に限らず、照会に対する回答や閣議決定、国会答弁や内閣法制局意見等により示されることからすると、「一般的な規範」という意味での基準ではなく、「判断のよりどころ」という意味での基準と理解されるべきである。つまり、小早川の裁量概念は、判断のよりどころを一定のものとして固定してはならず、常に最適な「よりどころ」を探求せよというものである。そうすると、まさに個別事情の考慮こそが小早川の裁量概念の中心をなすことになる。小早川と佐々木惣一の見解には思想の系譜が指摘されており⁶¹⁾、また小早川自身が佐々木の見解を引用している⁶²⁾のであるが、小早川は佐々木の見解を、行政機関はその行政の活動の直接の標準として何が最善の公益に適するかの基準を探求し続けると捉えたいうえで参考にしたものと考えられる。

事案の特殊事情審査義務説では、裁量基準の一律適用は当然には認められず、基準から

56) 本稿は学説史上の見解を整理し対立点を発見することに重点を置いたため、いかなる事情により裁量概念の理解が変化したのかを明らかにすることができなかった。

57) 阿部・前掲注4)184-187頁, 194-196頁。交告・前掲注4)「(3・完)」144-145頁, 大貫・前掲注4)「(1)」114頁。なお、フランスにおいて事案の特殊事情審査義務の発現形態は様でないという指摘があるが(大貫・前掲注4)「(2・完)」111頁), 本文には同法理の最も基本的な内容を記した。

58) 事案の特殊事情審査義務の根拠づけを法解釈論に求める理解があること、この理解の論者も裁量論の観点からの説明を必要と認識していることについて、前掲注12)参照。

59) 小早川の他には、互理格の提唱する「最良の判断条件充足義務」も同様の裁量概念と解される。互理・前掲注29)343頁以下, 交告・前掲注37)272頁参照。

60) 小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」391-394頁, 同・前掲注5)21頁, 同「行政法制度改革の基本的な視点」『行政法制度改革で、わたしたちは何をすべきか 第2ステージの行政訴訟改革』4頁, 14頁(現代人文社, 2006)。交告・前掲注37)271頁も参照。

61) 王・前掲注10)827-828頁, 交告・前掲注37)272頁。

62) 小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」395頁注18, 注21, 同・前掲注5)18-21頁。

の逸脱が裁量によって基礎づけられるから、この見解は個別化説に分類できる。

わが国において裁量基準の定立・適用が恣意の抑制という観点から好意的に受け止められることが多かったことに対し、事案の特殊事情審査義務説の論者の狙いは、裁量基準の一律適用の問題を喚起することにあつた。裁量概念を個別の事情の探求という形により純化させ、一律適用はむしろ不合理をもたらすことを提示したという点に大きな意義がある。しかし、学説史上裁量概念が個別の事情の探求であることは必然ではなかったことを踏まえると、なぜ裁量概念を個別の事情の探求と理解できるのか、理論的な根拠を明らかにする必要がある⁶³⁾。この見解の裁量概念は、法律によって与えられた裁量を行使するにあたり、裁量基準の設定のみで必要な考慮がなされたわけではなく、より広く考慮事項を検討することを要求するという形で考慮事項に着目することから、本節(4)で後述する衡量の過程としての裁量の一つの発現形態として理解することが可能である⁶⁴⁾と考えられる。

(2) 自己拘束論

裁量を最適選択のために与えられたものと

理解する見解として、次に、自己拘束論が挙げられる。この見解はドイツ法を研究する論者によって提唱されたものであり、裁量基準は行政規則であつて委任なくして定立されるものであるから、法規たる性質を持たず、国民・裁判所に対する拘束力を持たないという出発点に立つ。しかし、裁量基準が設定されている場合、裁量基準に反したことを理由としてではなく、平等原則や信頼保護の原則を介し、結果的に裁量基準に反した処分が違法となることがあるため、裁量基準には事実上の拘束力が存在すると言う⁶⁵⁾。ただし、行政機関は事案によっては裁量を行使して基準から逸脱して決定することが要請される⁶⁶⁾。

この見解は、裁量基準と裁量との関係について、平等原則や信頼保護の原則を介して行政機関は裁量基準を原則的に適用することが求められると述べるから、これを行政決定の過程に照射すれば、行政機関は原則的には基準を適用して決定を行えばよいということになる。しかしこの見解は、裁量基準の一律適用を認めない。この見解は、裁量の究極的な目的は個別事例の適切な処理であると考えており、裁量を付与された行政機関は、裁量基準から逸脱することが要請される⁶⁷⁾。

63) 裁判所が考慮事項の審査を行うことの反射として事案の特殊事情審査義務という現象があるように見えるだけではないか、という考え方もできる。しかし、事案の特殊事情審査義務説においては、裁判所が考慮事項の考慮如何を審査できる理由は明らかではない(小早川光郎『行政法講義 下II』199頁(弘文堂、2005)は裁判実務において考慮事項の審査をすることが重視されてきていると述べているとどまる)。おそらく、裁量概念として考慮事項の考慮をすることが必要であるという命題があるゆえに、裁判所が考慮事項の考慮如何を審査できるという論理になるのではないか。そうすると、個別の事情の探求という裁量概念をなぜ採ることができるのか、という点がやはり問題となる。

なお、互理・前掲注29)は、最良の判断条件充足義務という観念を提唱することを通じ、裁量が最適選択の義務であることを基礎づけようとする。確かに、精緻な研究を通じ提唱される最良の判断条件充足義務の存在を以て、個別化説の基礎づけとして十分と結論づけることも可能だろう。しかし、わが国において最良の判断条件充足義務が一般的な法理念であるかについては若干の疑問がある。つまり、互理の分析によれば、考慮事項審査に係る文脈で、わが国における最良の判断条件充足義務の具体的な現れは東京高判昭和48年7月13日行政裁例集24巻6・7号533頁の示す考え方なのであるが(互理・前掲注29)338頁、344頁)、その考え方は、一般的な法理念ではなく、土地収用法20条3号という個別規定の解釈によって導かれたのではないかという疑問があるのである(村上武則ほか「シンポジウム第二部会 世紀転換期の行政法理論 討論要旨」公法65号232頁、238-239頁[山下義昭、山本隆司発言](2003)も参照)。それゆえ本稿は、上記東京高判の事案を超えてより一般的な裁量概念・司法審査の方法の基礎づけを考察するという方向性を採る。

64) 事案の特殊事情審査義務は、衡量の過程としての裁量とも整合することについて、山本・前掲注5)14頁、20頁注55、同「行政契約における経済性と政策的要素のウェイトづけ」『判例から探究する行政法』275頁、285頁(有斐閣、2012)[初出2010]、同「小括——判断過程統制の諸相」同書293頁、309頁[初出2010]等を参照。

65) 平岡久「行政基準」『行政立法と行政基準』193頁、252頁(有斐閣、1995)[初出1985]、乙部哲郎「行政の自己拘束の法理」『行政の自己拘束の法理——裁量と平等原則——』15頁、18-21頁(信山社、2001)[初出1975]。

66) 平岡・前掲注65)251頁、254頁。

自己拘束論においては、裁量基準を適用しそれをなるべく平等に適用することが恣意性を排除するための方法⁶⁸⁾であり、例外的に裁量の存在のために裁量基準からの逸脱が要請される。おそらくこの特徴を要因として、自己拘束論は、裁量基準の恣意抑制機能を重視してきたわが国において学説上一般に受け入れられており⁶⁹⁾、最高裁判例にもこの考え方を前提としていると理解できるものが現れている⁷⁰⁾。しかし、自己拘束論において裁量の目的が個別事例の適切な処理であることは自明のものとされており、明確な根拠が示されているわけではない。

(3) 裁量拘束禁止原則説

イギリス法を主たる研究対象とする論者によって紹介されたのが、裁量拘束禁止原則説である。論者によれば、イギリスでは、裁量基準（イギリスにおける「政策（policy）」が裁量基準に対応すると考えられている⁷¹⁾が、本稿では単に裁量基準と記す）と裁量行使との関係が論じられてきた⁷²⁾。イギリスでは、裁量は拘束されてはならない、すなわち裁量は柔軟に行使されるべきものであるという原則が判例上確立しており、裁量権限が行使される余地が常に残されていなければならず、裁量基準はその権限が行使されることを妨げるものであってはならないとされている⁷³⁾。そしてこの裁量拘束禁止原則は例外を認められていないようである。

この裁量概念も裁量基準からの逸脱を基礎づけるものである。しかしながら、裁量拘束

禁止原則はイギリスで判例上確立してきた原則であり、理論的にいかなる根拠で個別化としての裁量概念が採用されたのかについては明らかではない。

(4) 衡量の過程としての裁量説

近時、わが国の判例は裁量審査に際して判断過程の統制という手法を採ることが多いとされている。この考え方を裁量の理解に引き直して説明するのが、山本隆司の見解である。山本は、行政裁量に係るわが国の諸判決を分析し、多くの最高裁判決は「行政裁量を、多様な利益を包括的に衡量し、または多様な事由を考慮する任務として表現し」⁷⁴⁾していると指摘する。そして、裁量が認められるための必要条件として、「個別の行政手続の具体的な形態が、関係する輻輳した利益・知識・情報を収集し決定にまとめあげるのに適していること」、「法律を適用するために行う必要がある諸利益の衡量および知識・情報の集約が複雑、困難な性格であること」⁷⁵⁾（傍点原文）が挙げられる。それゆえ、裁量は衡量・考慮の任務として与えられる。さらに、行政裁量に対する裁判所の統制の在り方について、事案を適切に調査・判断し、自らの決定とその過程を公にして説明するという市民に対する行政機関の一般的な義務が基礎となり、行政裁量が存する場合には行政の説明義務に説明特権が重なるため、裁判所は行政機関の論証過程を追試的に検証することとなる⁷⁶⁾。すなわち、行政機関の判断過程が統制されることが原則となり、そこでは当然要

67) 平岡・前掲注 65)254 頁。ドイツの議論を検討する文脈であるが、大橋洋一『行政規則の法理と実態』64 頁、75 頁（有斐閣、1989）。

68) ドイツにおける自己拘束論とフランスにおける事案の特殊事情審査義務の議論は近似しているようにも見えるが、裁量行使における恣意性の排除のための発想が大きく異なる。事案の特殊事情審査義務説においては個別事情を考慮することこそが恣意性の排除なのであり、裁量基準の定立とその適用は基本的に掣肘される（大貫・前掲注 4）「(2・完)」118 頁）。

69) 宇賀・前掲注 5)293 頁。「自己拘束」という用語は使用しないが、塩野・前掲注 7)118-119 頁、121 頁。

70) 近時のものとして、訴えの利益に関する文脈であるが、最判平成 27 年 3 月 3 日民集 69 卷 2 号 143 頁。評釈の一つとして、桑原勇進「判批」法セミ 725 号 117 頁（2015）。

71) 深澤・前掲注 6)60 頁。

72) 榊原秀訓「イギリスにおける行政裁量基準」名古屋大学法政論集 118 卷 43 頁、44 頁（1988）。

73) 榊原・前掲注 72)44 頁、深澤・前掲注 6)116 頁。

74) 山本・前掲注 5)11 頁、14-15 頁、18 頁。また、同「判断過程統制の構造」前掲注 64)218 頁、224 頁〔初出 2010〕も参照。山本はドイツの衡量原則を念頭においているようであるが、あくまで日本法の分析として提唱している。

75) 以上につき、山本・前掲注 5)12 頁、14 頁。

76) 山本・前掲注 5)17 頁。

考慮事項の考慮如何が審査される⁷⁷⁾。

裁量基準と裁量との関係については、裁量行使にあたっては諸利益や知識・情報を集約・考慮・衡量する必要があるから、裁量基準に盛り込まれた要素のみを考慮すればよいことにはならず、裁量基準からの逸脱が要請されることになる。

この見解は、裁量行使の要素を分析することで裁量の性格を述べ、個別化説の根拠を明らかにしたことに大きな意義がある。すなわち、裁量は諸利益の衡量・考慮を行政が最適に行うことができるとされて初めて与えられるため、裁量は最適選択義務として付与されることが示されたのである。

(5) 評価

本節では、裁量を個別の事案の適切な解決のために付与されたものと解し、それゆえ、裁量基準を一律に適用することを当然には認めない学説が登場してきたことを描出した。現在のわが国の学説は裁量が個別の事情の考慮のために付与されたものと理解するものが多数であるように思われ⁷⁸⁾、理論的な根拠も示されていることを考えると、相当広く受け入れられた見解と考えてよいであろう。しかし、およそあらゆる場合に個別化としての裁量概念を採用するのか、それともある領域では構造化の裁量概念を採用することができるのかという点についてはあまり意識されていなかったように思われる。その観点から議論を展開した見解について、節を変えて検討する。

5 併存説

(1) 概要

これまで概観した学説史上の潮流とは位相を異にするものとして、深澤龍一郎の見解がある。深澤は、イギリス法の裁量拘束禁止原則を紹介するが、日本法の解釈にそれを直接導入することをせずに議論を展開する。そして、裁量について立法に対する裁量と司法に対する裁量を分離し、立法に対する裁量を中心に考察をするという前提を採る⁷⁹⁾。その前提から、裁量行使の在り方は、構造化と個別化のいずれか一方のみであるという理解をせず、裁量を付与した立法者の意思によって異なると考える。第一に、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課である場合には、原則として裁量基準の設定の段階と行政決定をする段階においても個別の事情を考慮する義務が存在すると解する。ただし例外として、行政決定が大量的に行われる場合⁸⁰⁾は、個別の事情の考慮をすると基準が崩壊し不合理になることから、個別の事情の考慮はしなくてよいとする。第二に、裁量を行政機関に付与した立法者意思が包括的権能の付与であるという例外的な場合には、行政機関は裁量基準を設定し、それを一律に適用するという裁量行使をすることとなる⁸¹⁾。注意する必要があるのは、立法者意思が第二の場合であっても、裁量基準の性質は、基準からの逸脱が要請されないが許容される規範であることである⁸²⁾。

77) 山本・前掲注 5)15-16 頁。

78) 常岡孝好「裁量権行使に係る行政手続の意義——統合過程論的考察」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』235 頁、236-237 頁（有斐閣、2008）、三浦大介「行政判断と司法審査」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』103 頁、109 頁（有斐閣、2008）、藤田由靖『行政法総論』304 頁（青林書院、2013）等。また、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法 71 号 100 頁、106 頁（2009）は、「近時の行政法学は、公益の最善の実現のために認められるものとして裁量を捉える傾向にあ」と言う。

79) 深澤龍一郎「行政訴訟における裁量権の審理」岡田正則ほか編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』149 頁、150-152 頁（日本評論社、2015）。行政裁量について立法に対する裁量と司法に対する裁量を区別するという思考方法は近時注目されており（山下・前掲注 11)215-216 頁、高木・前掲注 15)95 頁）、それ自体検討が必要であるが、深澤の見解を検討するに当たっては論者自身述べるように行政裁量の司法審査の在り方には違いが生じないのであり、この前提について本稿では立ち入らない。

80) 東京地判昭和 43 年 2 月 22 日訟月 14 卷 3 号 300 頁参照。なお、後掲注 88) も参照。

81) 以上につき、深澤・前掲注 6)118-128 頁。また、大橋洋一ほか「学界展望」公法 72 号 254 頁、260 頁〔亘理格〕(2010) は深澤・後掲注 122) の文献に触れ、裁量を柔軟に行行使する場合と裁量拘束が必要な場合があるというが、深澤の見解と結果的に同一に帰する考え方を示唆するように思われる。

この見解によれば、裁量基準と裁量との関係について、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課であるときには大量決定の場合を除き裁量によって裁量基準からの逸脱が要請されることになるが、立法者意思が包括的権能の付与である場合には裁量基準を一律適用することこそが裁量である。

この見解は裁量基準と裁量との関係について学説史上存在する二つの潮流を併存させたことに特徴を有する⁸³⁾。個別事情の探求と一律処理が併存する裁量概念であるから、本稿はこの見解を併存説と分類する。しかし、論者の記述からは裁量概念を併存させるための理論的な根拠はなお不明確であり、その根拠によっては裁量基準の一律適用が可能であるかどうか、また可能であるとしてその条件が変化する可能性があるため、以下検討を加える。

(2) 併存説の内在的理解

a 「包括的権能の付与」の意味

深澤は、裁量基準を定立し一律に行使するという態様の裁量は、裁量を付与する立法者意思が「包括的権能の付与」の場合に与えられると述べる。しかし、深澤が言うところの「包括的権能の付与」の意味は必ずしも明ら

かではない⁸⁴⁾。行政機関に包括的権能が付与されたことから、その行政機関は裁量基準を定立しその一律適用によって裁量を行行使することができるということを導くのは論理必然ではない。包括的権能を字義通り捉えると、その権能を付与された行政機関は裁量行使にあたって個別の事情を考慮しなければならないということは導きうるのである。そこで、論者が立法者意思を二つに分けていることから、「包括的権能」という言葉は「個別事情の考慮としての裁量でない場合一般」を指すものとして用いられていると解するのが妥当であろう。そうすると、「立法者意思が包括的権能の付与である場合」というのは積極的な内容を持つ記述ではなく、構造化としての裁量である場合が存在すると言うためには別の根拠を求める必要がある。

b 専門的・技術的知見への着目

深澤は、立法者意思が「包括的権能の付与」である場合という章立ての下、具体的には定立される基準の内容を重視している。つまり、①機械的な行政活動が望ましいが⁸⁵⁾、②専門技術的な知見を用いる行政活動の内容に照らし、法令で規律することが望ましくない⁸⁶⁾という二つの要素を共に持つ立法者意

82) 深澤・前掲注 79)156 頁注 26。このことは、基準からの任意の逸脱を許容する規範には委任を要さないという見解を主張する深澤が、一律適用できる裁量基準の定立に委任を要求していないことから窺える。IV 2(2)、後掲注 110) 参照。

83) 名古屋高金沢支判昭和 49 年 4 月 5 日行裁例集 25 卷 4 号 225 頁は、「本件条例及び給与規則が任命権者に認めている裁量処分権の実質はこの各職員に対する具体的個別的な成績率の決定そのものにあるのであつて、成績率の段階別による基準を設定することに本来の裁量権があるというものではない」と述べる。この判決は裁量基準の一律適用を否定したが、上記部分を、法の解釈によって裁量は個別的な決定のために与えられる場合もあれば、基準を設定するために与えられる場合もあると理解することが可能であれば、これは深澤の見解と同一の結論に帰する。

84) もっとも、深澤は最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 卷 5 号 790 頁が、大学は学則制定により在学する学生を規律する「包括的権能」を有すると判示したことから示唆を得て、「包括的権能とは基準設定の自由である」と理解している可能性がある。この判決からそのような理解を導くことができるかは措いて、仮に上記の意味で「包括的権能の付与」という語を使うのであっても、これは裁量とは基準設定であると述べることになり、裁量基準が一律適用できるとの結論の言い換えにすぎない。

85) 深澤・前掲注 6)125 頁。なお、同頁において深澤は、「あるいは、機械的な行政活動が望ましいかどうかにかかわらず」として、立法者が裁量基準の設定とその一律適用を意図する場合を機械的な行政活動が望ましい場合に限らないことを留保しているように読める(初出時と比較してこの部分は加筆されている)。しかし、機械的な行政活動が望ましいわけではない場合には、事案の個別事情を考慮する義務が課されないことについて合理的な説明ができない。そのため、本稿は機械的な行政活動が望ましい領域についてのみ構造化としての裁量が成立すると解する。論者自身も、他の部分の記述では機械的な行政活動が望ましい場合に限定しているように思われる。同・前掲注 6)129 頁、同・前掲注 79)155 頁。

86) 深澤・前掲注 6)125 頁。同・前掲注 79)155-156 頁は、「行政処分の基準を法令の形式で一義的に定立する可能性がおよそ考えられない場合」、すなわち「行政の専門的知識・能力を尊重するため」に裁量が与えられた場合、「個別の事案において、個別事情考慮義務を必ずしも負担するわけではない」と述べる。

思が構造化説の根拠であるとする。深澤は、最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁を分析し、規制法が原子炉設置許可の具体的な安全基準を定めなかったのは、「原子炉施設の安全性に関する基準を具体的にかつ詳細に法律で定めることは困難であるのみならず、最新の科学技術水準への即応性の観点から見て適当ではない」と判示する部分に注目するのである。

専門技術性に着目することに対しては疑問がある。確かに、専門技術的な知見を用いるから法令で規律すべきではないということは上記最判から読み取れる（立法者意思の要素②は満たす）。しかし、裁量基準の一律適用を認めるという結論を導くためには、専門技術的な知見を用いる裁量行使を、機械的な行政活動が望ましい場合、すなわち、およそ一般的に裁量行使にあたって個別の事情を考慮する必要はない場合であると理解することが必要である。そして、このように理解することは説得力を欠くのではないか⁸⁷⁾。つまり、「最新の科学技術水準への即応性」が要求されるならば、それは機械的な行政活動が望ましい領域ではないと思われる。むしろ科学技術の発展に伴い、個別の事情を考慮するという裁量行使が望ましい場合であると評価すべきと考えられる（立法者意思の要素①を欠く）⁸⁸⁾。

ただし、深澤は「専門技術的な判断には客観的に正しい結論が一つだけあるはずであ

り、複数の選択が法律上同価値で併存するわけではない⁸⁹⁾という原田尚彦の考え方を援用するが、これは専門技術的な知見を用いる行政活動は一義的に確定する（機械的に行われるべき行政活動である）という前提を採るとも解される。しかしこの原田の考え方には疑問がある。すなわち、専門技術的な判断であっても政策的な考慮が併存することは当然に想定される⁹⁰⁾。そうすると、専門技術的な判断の色彩を帯びる裁量判断においても複数の選択が法律上同価値で併存すると考えられる。また、原田の見解が妥当であるとしても、それを援用して一律適用を根拠づけることはできない。なぜなら、仮に客観的に正しい結論が一つ存在することを前提にしても、その客観的に正しい結論には現実問題としてアクセスすることができないからである。例えば、工場のある部品が危険であるかどうかはその時点において客観的に定まるとしても、行政機関はその瞬間においてはそれが危険であるかについて判断できず、一定の時間の蓄積を置いてのみアクセスすることが可能である。そして、ある部品が危険であるかどうかの判断が、時間の蓄積や要素の蓄積、環境の変化などを通じて変化するものであるならば、行政機関が現実にはアクセスした時点では、それらの要素について（ある要素が存在しないなど）特殊な事情が出現することは十分に考えられる。このように考えれば、ある時点で客観的に正しい結論が一つ存

87) 深澤・前掲注79)155-156頁では、行政裁量が与えられる理由として、「行政の専門的知識・能力を尊重するため」と、「行政運営の弾力性を残すため」とが二者択一のものとして考えられているが、そう解すべき根拠はないように思われる。

88) 深澤・前掲注6)127-128頁においては、福岡高判平成4年10月26日行裁例集43巻10号1319頁の分析がなされている。事案としては温泉掘削の申請に対する許可処分において温泉審議会が知事に行った答申が問題となったが、判決は「個々の申請毎に、ボーリング、温泉源の地質調査等個別の実質的に各種調査を実施し、既設の泉源の温度、ゆう出量及び成分への影響等を専門家の鑑定に委ねる等の手続を実施したうえで、知事に答申することが望ましいということにもなろう」として、専門技術的な知見を用いる決定において個別の調査が必要であると述べている。これは、専門技術的な知見を用いる行政決定は機械的な活動が望ましい場合ではないとする筆者の考えに適合的であると理解できよう。深澤はこの判決は機械的な活動が望ましいがそれを法令で規律することができないという根拠で基準の一律適用を認めたと理解するのであるが、そうではなく、個々の審査をしたのでは「莫大な労力、時間、費用を要するため、現在の行政組織をもってしては事実上不可能もしくは著しく困難であるし、また行政処分の迅速性の要請にも明らかに反する」という実践的な根拠によるものと考えられる。深澤の見解からこの判決を説明するならば、立法者意思が個別事情考慮義務の賦課であるが、行政決定の大量性のゆえにその義務が解除される場合に該当するのではないか。なお、大量決定性の議論に対する筆者の理解は、III 2を参照。

89) 原田尚彦「行政裁量論雑感」高柳信一古稀『行政法学の現状分析』193頁、207-208頁（勁草書房、1991）。

90) 高木光「基準と裁量」『技術基準と行政手続』2頁、10頁、13-14頁（弘文堂、1995）〔初出1993〕。

在するとしても、それらの特殊な事情を考慮しなければ適切な判断をすることができないことになる。

また、深澤はこの原田の見解を援用し、あらゆる行政領域において客観的に正しい行政処分は一つだけに定まるという前提を採ったとも解されるが、その考え方を前提にすると「専門技術的な裁量が問題になる場合にのみ一律適用がなされる」という結論が導かれないうことになり、専門技術的な知識経験を尊重する場合にのみ個別事情考慮義務が解除され裁量基準を一律に適用できるという命題の論証には成功しない。さらに、この前提を採ると、およそあらゆる場合に裁量基準の一律適用ができることになり、深澤が個別化の裁量と構造化の裁量を使い分けることと整合しない。

c 行政機関の地位の特殊性

こうして、構造化の裁量を認める場合の根拠は、機械的な行政活動が望ましいが、行政機関の地位の特殊性に照らし、法令により行政活動を規律することは望ましくないという立法者意思に求められる⁹¹⁾。地位の特殊な行政機関として挙げられているのは、大学や審議会である。

立法者意思によって柔軟に裁量を捉える、このような裁量概念は極めて興味深い。

6 小括と次章への展開

本章では、裁量概念を裁量基準との関係で分析すると、三つに類型化ができることを示した。そのうち、構造化説と併存説のうち構造化の場合は、裁量基準を設定し一律に適用することそのものが裁量であるとする考え方であり、言うまでもなく一律適用を認める立場である。他方、個別化説と併存説のうち個別化の場合は、裁量概念としては、考慮すべき事情を適切に考慮することが求められるものであり、当然には裁量基準の一律適用を認めない見解である。しかし、裁量概念として

は個別化説に立ったうえで、何らかの条件で一律適用を認めるか、という対立が第二の対立点として存在する。章を改めて検討する。

Ⅲ. 個別化説内部での対立

1 一律適用を否定する立場

個別化説を採ったうえで、裁量基準の一律適用はできないとする見解が一方に存在する。この見解は、個別化説において裁量が付与される趣旨は個別の事案の適切な解決をすることであり、一律に適用できる基準を作成しそれに従うこと、つまり事案の特殊性を捨象して行政決定をすることは裁量が付与された趣旨に反することになることを根拠にする⁹²⁾。

個別化説においては裁量とは最適選択の義務であり、基準の設定以後も最適な選択をするために考慮すべき事項が存在すると想定することは自然である。また、個別化説の少なくとも一部は、一律適用による問題点を指摘することを目的として提唱されてきたことに鑑みると、この立場は個別化説の沿革にも適合的であると言えよう。

2 一律適用を肯定する立場

他方、個別化説においても一律適用を認める見解がある。まず、併存説の論者である深澤は、裁量を付与した立法者の意思が個別事情考慮義務の賦課であっても、処分が大量決定である場合には個別事情の考慮が公益に反するおそれがあり、裁量基準を一律に適用することが認められると言う⁹³⁾。この見解を、理論的な根拠は別にして大量決定においては行政効率を確保する必要があるという実践的な配慮から一律適用を認める考え方と解するならば、筆者は、大量決定であるかどうかは個別事情考慮義務の例外の基準として不適であると考える。なぜなら、「大量」決定であ

91) 深澤・前掲注6)125-126頁。

92) 宮田三郎『行政法総論』209頁(信山社,1997)。法律と条例との関係についての文脈であるが、同旨を述べるものとして、小早川・前掲注24)「基準・法律・条例」391-393頁。

93) 深澤・前掲注6)122-123頁,138頁。

るかどうかは程度の問題であり明確な基準ではないからである。つまり、どの程度が大量であり、どの程度が大量でないかの判断をいかにして行うのが不明確であり、個別事情の考慮という原則的な義務を変更するためには不十分な基準であって採用し難い。このように、深澤の見解を実践的な配慮から一律適用を認める見解と解した場合に問題が生じる以上、別の捉え方をすることができないか。深澤は当初、大量決定であるかどうかを「裁量基準の設定の段階で個別の事情を考慮する義務が履行された」例の一つとして扱っていた⁹⁴⁾。それゆえ、深澤の大量決定に関する議論は、一律適用を認めるための理論的な議論の一環であったと解することができる。この理解を敷衍するのが常岡孝好の「個別事情を考慮済みの基準が設定された場合」を考察する見解であり、以下では深澤の見解を常岡の見解に還元して考えることとする。

常岡は、裁量概念として個別化説を採る場合でも、個別事情を考慮済みの具体的な合理的な裁量基準が設定されたとき、当該基準の適用段階において改めて個別事情を考慮する必要は無いと言う。また、根拠法の趣旨に合致した合理的な裁量基準自体が、典型事例・標準事例だけではなく、非典型的・非標準的事例をも念頭においた十分詳細で十分具体的な基準となっているときには、この裁量基準は根拠法に限りなく近い存在に転化しているのではないかと述べる⁹⁵⁾⁹⁶⁾。

また、交告尚史は、不確実性へ対処するために裁量基準を設定する場合には、その裁量基準を一律に適用するしかない、という考え方を示す⁹⁷⁾。この見解は、不確実性への対処が必要となる裁量決定について、不確実性を含む部分は要考慮事項とならないと主張していると考えらるべきであろう。すなわち、不確実性を含む部分は考慮しても構わない事項

94) 深澤龍一郎「裁量基準の法的性質と行政裁量の存在意義(2・完)」民商128巻1号1頁,28頁(2003)[同・前掲注6]所収。

95) 常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132。同頁では、「裁量基準の構成要素として解釈基準が混入している」場合についても触れられているが、これは解釈基準の適用の問題であり、裁量基準の一律適用を扱う本稿の対象ではない。

前提となる常岡の裁量概念については、常岡・前掲注78)236-237頁参照。なお、常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132は一律適用できる裁量基準が授権されることも想定しており、この部分からは常岡が併存説を採るとも考えられる。しかし、併存説を根拠づけるためには、いかなる場合に一律適用できる裁量基準が授権されるか等についてさらに踏み込んだ説明が必要であるが、常岡はその点を論じていない。また、仮に常岡の見解を併存説として理解する場合、個別化説に親和的な常岡・前掲注78)同頁の言明と整合するかは必ずしも明らかでない。ここでは、常岡・前掲注78)同頁でより詳細に主張を展開していることから、常岡は個別化説を採用していることを前提とする。

また、常岡孝好「司法審査基準の複合系——行政裁量論の転換を目指して——」原田尚彦古稀『法治国家と行政訴訟』357頁,396-397頁(有斐閣,2004)は、「前裁判的に行政裁量の存否が決定できるという見解」を採用しないと、この部分からは常岡の裁量論には本稿の分析軸では説明できない部分があるようにも思える。しかし第一に、この主張はアメリカ法の分析の結果を述べたものであり、日本法については、「各種司法審査基準の適用の問題として行政裁量の問題を再構成することを提唱したい」とされているにとどまる。第二に、この主張と、行政過程における裁量権行使を念頭においた常岡・前掲注78)の議論は、「裁量が付与されたと思慮する行政機関は在るべき裁量権行使の仕方に沿って裁量権を行使しなければならないが、裁量権の存否が最終的に確定するのは司法審査の結果による」として、整合的に理解できる。このように考えれば、常岡の見解においても裁量行使の在り方を語ることは問題ない。

96) 阿部・前掲注3)18頁は、「基準である以上、機械的に適用できなければ役に立たない……したがって、基準が本当に合理的であれば、機械的に適用してよいはずである」というが、論者が明示するように問題の本質は基準が本当に合理的であるかという点にあり、合理性の程度は考慮事項をどの程度網羅的に掲げているかということに依存するから、結局は基準設定段階において個別の事情を考慮し尽くすことができるかという問題に帰着するであろう。

さらに、門脇・前掲注12)88頁は、法解釈論上の問題として扱うものの、フランスの事案の特殊事情審査義務説を検討する。そして、裁量基準が上位規範の趣旨を実現するようなものである場合には、事案の特殊事情審査義務は解除されるという。上位規範の趣旨を実現するということは、上位規範の指示する考慮事項を網羅的に示した基準を設定したということであるから、これも常岡の見解と同趣旨であろう。

97) 前提となる交告の裁量論を含め、交告尚史「不確実性の世界の行政法学」法教361号16頁,18頁(2010),同・前掲注37)271頁,285頁。また、前掲注88)の福岡高判を参照。

(または考慮してはならない事項)とされ、当該決定における要考慮事項を考慮した裁量基準を定立すれば、裁量決定において考慮すべき事情をすべて考慮したと言える場合になるのであって、この場合には裁量基準は一律適用できる(または一律適用しなければならない)との主張であると解釈できる⁹⁸⁾。

このように考えると、深澤・常岡・交告らの見解は、法の解釈によって導かれる考慮事項を考慮し尽した裁量基準を定立することができれば、それを一律適用できると主張する見解と理解できる。これらの見解は、最適選択の義務という裁量概念から直ちに結論を導くのではなく、最適選択の義務が果たされた場合とはいかなる場合であるのかという、より具体的な局面を想定して例外を認めようとするものと言えよう。つまり、II 5で概観した併存説を採ったときの結論と現象的には一致するが、裁量概念のレベルでの議論を行わないという点で議論の次元を異にしている。

本章1と2で概観した立場は、以下の二点において対立している。第一に、定立段階において考慮を尽くした裁量基準に従って決定をすることは裁量が付与された趣旨に反するのか。第二に、事実上の問題として、基準の定立において考慮を尽くすことができるのか。一律適用を認める見解は、定立段階において考慮を尽くすことができることを前提としているはずである。

IV. 委任の要否の対立

II, IIIでは裁量権に関する対立点が存在してきたことを示した。しかし、裁量基準の一

律適用についての議論には、裁量論以外の対立点も存在する。本章では、第三の対立点として委任論をめぐる議論を示す。

1 基本構造の成立

前提として、裁量基準(を含む行政規則)と議会による委任との関係を簡単に確認する。この関係については既に精緻な分析があるため⁹⁹⁾、ここでは代表的な理解を挙げるにとどめる。行政規則の定義は「行政機関の定立する定めであるが、国民の権利・義務に直接関係しない、つまり、外部効果を有しないもの」¹⁰⁰⁾であり、「行政規則は法律の根拠なくして行政機関が自由に定立することができ、また、行政規則をめぐる紛争は裁判所によって取り上げられないことになる。」¹⁰¹⁾そして、裁量基準は行政規則の一類型として挙げられる¹⁰²⁾。

この理解を踏まえると、以下のように裁量基準と委任に関する基本構造を整理できる。すなわち、「法律の法規創造力の原理から、議会による委任を受けた法規命令でなければ法規を定立することはできない(外部効果を持つことはない)¹⁰³⁾。行政規則の一類型たる裁量基準は、議会による委任に基づくことなく行政機関によって作成されるもの¹⁰⁴⁾であり、外部効果を有しない。」

2 対立点の形成——委任と裁量基準の関係

(1) 学説の分析

この基本構造の存在を踏まえて、以下で

98) 交告によれば、不確実性は「どれだけ調査ができるかということの関数」(交告・前掲注 97)17頁)とも言え、科学技術的知見を尽くした調査を行った先に存在する。それゆえ、何が要考慮事項であるのかは常に一定であるわけではない。ある時点まで不確実性を含むとされていたために裁量的考慮事項であったものが、科学技術の発展に伴って要考慮事項となる可能性には留意が必要である。後掲注 138)も参照。

99) 明治憲法下の諸見解から田中二郎の見解までについて、大橋・前掲注 67)3-15頁参照。

100) 塩野・前掲注 7)111頁。この定義は、田中二郎『新版 行政法上巻(全訂第2版)』166頁(弘文堂、1974)の記述と内容的にほとんど同一である。

101) 塩野・前掲注 7)111頁。

102) 塩野・前掲注 7)112頁, 117頁。

103) 塩野・前掲注 7)77頁, 芝池義一『行政法読本(第3版)』90頁(有斐閣、2013)。

104) 大橋・前掲注 67)15頁, 平岡久「『法規』に関する若干の考察」同・前掲注 65)109頁, 139頁〔初出 1984〕は、従来の行政規則と法規命令の区別が委任の有無という観点によってなされていたことを指摘し、行政規則の定義に委任の観点を明示的に取り込む。

は、裁量基準の一律適用の可否について述べた学説を検討する。

一律適用を肯定する見解の論者は、裁量基準が行政規則の一類型であって議会による委任がないという基本構造を前提にすると解される¹⁰⁵⁾。この立場を明確に示す阿部泰隆は、裁量「基準は法規命令でなく、たんに行政の内部的審査基準にすぎないから、それを機械的に適用するのは硬直的・形式的にすぎるかが問題となる。」「しかし、基準である以上機械的に適用できなければ役立たないのであって……基準が本当に合理的であれば、機械的に適用してよいはずである」¹⁰⁶⁾と述べる。そして、「結論的にいうと、基準と法規の差は、裁量基準においては、特別の事情があるかぎり法規に基づくことなく、役所の方からは例外を認めうるのに対し、法規の場合は特に例外を認める規定がないかぎり例外的解釈はできないのが原則といった点」¹⁰⁷⁾と言う。では、一律適用を否定する立場の論者は、この基本構造に対しいかなる立場を採るのか。

一律適用を否定する論者のうち、小早川光郎は、行政手続法5条の「規定は、決して行政庁に独立命令権を認めているわけではないので、機械的な基準を立てるということは本来いけないこと」¹⁰⁸⁾と述べており、小早川はこの基本構造を前提にしていると考えられる。つまり、「機械的な基準」は法規にあたるから、独立命令権が認められない限り行政

庁が独自に定立することができるものではなく、現行憲法下では独立命令は認められない¹⁰⁹⁾ため、委任なくして機械的な基準を定立することはできないという見解である。一律適用を否定する見解の中で、小早川の他に裁量基準と委任との関係について明示的に述べたものは見当たらないが、明示的に述べていないということは、裁量基準が委任なくして定立されるものであるという基本構造に異を唱えていないと考えるべきであろう。いずれにせよ、少なくとも、一律適用を否定する見解のうち一部は裁量基準に係る従来の基本構造を前提とし、裁量基準には委任がないことを根拠に一律適用を否定する。

この学説の展開は興味深い議論構造を示す。つまり、一律適用を肯定する立場も否定する立場も、裁量基準には委任がないという点については合意があるが、しかし結論は二派に分かれるのである。

(2) 対立点の形成

以上の展開から、裁量基準を一律適用するためには、一律適用を肯定する見解は委任が不要であるという前提を採り、一律適用を否定する見解（の少なくとも一部）は委任が必要であるという前提を採っていたということが分かる。つまり、「一律適用できる裁量基準の定立には議会による委任が必要であるのか」、という対立点が存在していたことが明らかになる。この方向性を明確に示すのが、深澤龍一郎の見解である。一律適用を肯定す

105) 石井・前掲注3)「(3・完)」459頁、杉村敏正『行政法講義総論(中)』7頁(有斐閣、1963)、位野木ほか・前掲注3)22頁〔白石健三発言〕、町田・前掲注3)30頁は、表現は異なるものの、いずれも裁量基準が行政の内部規範にすぎないことを言うものである。もっとも、一律適用を認める近時の見解は、後に触れる深澤の見解を除き、委任の観点から明確な考察をしていない。交告・前掲注4)「(1)」137-140頁は、フランスにおいて行政立法権の所在との関係で議論があることに触れる。しかし、これが「特殊フランス法的解決」と位置づけられていることからすれば(同論文136頁)、日本法における見解としては提出されていないとみるべきであろう。

106) 以上につき、阿部・前掲注3)17-18頁。また、阿部は他の著作においても裁量基準は行政規則であって委任がないことを前提としている。同『行政の法システム(下)(新版)』647頁(有斐閣、1997)、同『行政法解釈学I』275頁(有斐閣、2008)。

107) 阿部泰隆「行政裁量と行政法学の方向」日本行政学会編『年報行政研究18 日本の行政裁量——構造と機能——』113頁、127頁(ぎょうせい、1984)。ただし、この記述は阿部・前掲注3)からは削除されていることに注意が必要である。

また、近時の著作においては、裁量基準の一律適用について否定的な記述もある。同『行政法再入門(上)』234頁、269頁(信山社、2015)。しかし、現在の論者の立場とは独立に、過去に示された見解を吟味することは学説史の分析においては必要であると考えられる。

108) 小早川編・前掲注8)211頁〔小早川光郎発言〕。

109) 小早川光郎『行政法 上』92頁、108頁(弘文堂、1999)。

る論者である深澤は、「委任立法とは法的拘束性を有する（それゆえ一律に適用しなければならない）規範であるから、理論的には、行政機関は法律の明示の授權なしに法的拘束性を有する（それゆえ一律に適用しなければならない）規範を定立することは許されないとはいえ、一律に適用できる規範を定立することが許されないとはいえないはずである」¹¹⁰⁾と言う。他方、この深澤の見解において述べられている通り、一律に適用しなければならない規範は法律や法規命令と同様の効力を持つもの¹¹¹⁾であり、「法規」としてその定立に議会による委任が必要であることに争いはない¹¹²⁾。以上より、一律に適用できる裁量基準、すなわち「基準から逸脱せよという要請が生じないが、基準から任意に逸脱できる規範」に委任が必要であるのか、という対立点が学説において存在するのである。

しかしながら、この対立点は裁量概念をめぐる議論と比較してほとんど議論がなく、その存在すら十分意識されていたとは思われない¹¹³⁾。

V. 中間総括と更なる問いの獲得

1 中間総括

II, III, IVにおける検討の結果を要約すれば、以下ようになる。裁量基準の一律適用に関する学説の対立点は三つ存在する。第一の対立点として、裁量権の概念は、構造化説と、個別化説、併存説という三つが存在するが、いずれの裁量概念に依拠するか。第二

に、裁量権の概念として個別化説を採用したうえで、一律適用を認める例外を想定しようとする見解と、そうでない見解があるが、いずれが妥当か。第三に、一律適用できる裁量基準の定立には議会による委任が必要か。そして、第三の対立点はその存在も十分に認識されてきたとは言えない。

さて、裁量基準の一律適用の可否に決着を付けるという本稿の課題を達成するためには、第一・第二の対立点に決着を付けることが必要であることは明らかである。なぜなら、第一・第二の対立点においていずれかの立場を採ることは、裁量基準の一律適用の可否についての結論へと直結するからである。

他方、第三の対立点が、本稿の課題の達成のために必ず検討しなければならないものであるかは自明でない。確かに、裁量基準を用いた行政決定には、基準を定立して適用するという過程がある以上、委任と裁量の両方の観点から問題を検討することはできる。しかし、仮に一方の観点からの検討で決着がつかのならば、もう一方の観点を持ち出して検討する必要はない。つまり、裁量概念として個別化説を採り個別化説においても一律適用を認めない論者が、改めて委任の観点を持ち出して委任の観点からも結論は是認されるなどと論じることには意味はないのである。その限りで個別化説の論者が委任の観点から議論をしていないことには理由があった。もちろん、むしろ委任の観点を中心に据え、委任の観点から決着がつけば裁量の観点からの議論は不要であるという思考方法も採ることはできるが、裁量論を中心に議論が蓄積してきた以上、これはあまりに従来の議論への接続を

110) 深澤・前掲注 6)116-117 頁。この部分は直接的にはイギリスの行政法学者 Galligan の見解に対する反論であるが、深澤の基本的な立場を示していると考えられる。なぜなら、「一律に適用しなければならない規範」と「一律に適用できる規範」の区別はイギリス法に特有のものではなく、深澤が特殊イギリス法的文脈を念頭に置いてこの見解を述べているとは解し難いからである。

111) 平岡久「行政立法」同・前掲注 65)1 頁, 19 頁〔初出 1984〕は、行政立法（法規命令）の持つ対外的拘束力の内容・程度が様々であると指摘するが、これは拘束力がおよそない場合もあるということであり（同・前掲注 104)127 頁注 26 参照）、法規命令の中に基準からの任意の逸脱を認めるものがあるという趣旨ではないであろう。

112) 宇賀・前掲注 5)289 頁。後掲注 117) も参照。

113) 平岡久「行政基準」前掲注 65)193 頁, 251-252 頁〔初出 1985〕は、一律適用を否定する理由の一つとして裁量基準が行政内部規範であることを挙げており、委任の観点を意識しているかに思えるが、一律適用のために委任が必要であるかどうかについて対立点が存在したことには触れるところがない。例外的に、山本・前掲注 64)「行政契約における経済性と政策的要素のウェートづけ」285 頁注 17 はこの観点からの検討の必要性を説く。

欠く思考方法であろう。

このように考えると、裁量基準の一律適用の可否に結論を出すという本稿の課題を解決するためには、裁量論の観点からの検討で十分ではないのか、委任の要否という対立点について結論を出す必要があるのか、という疑問が生じる。そこで、本稿が次に行うべき作業を確定するに当たり、委任の要否という対立点には意義があるのかをここで検討する必要がある。

2 委任論の位置付け

(1) 法律による行政と通達による行政

一律適用を否定する立場を採る論者からすれば、委任論の観点から考察することは必須ではないことは先に述べたとおりである。では、一律適用を肯定する立場を採ろうとする場合はどうか。この場合の裁量基準は、一律に適用される基準として重大な機能を果たしていることに注意が要る。

行政規則が現実に果たしている機能の重要性については夙に指摘がある。この「通達による行政」と呼ばれる現象が検討されたのは、通達が外部効果を持たない規範であることを前提としつつも、その現実的機能の大きさに鑑みて何らかの手当てが必要ではないか、という問題意識によるものである¹¹⁴⁾。この現象に対し、従来は、法律による行政の原理と矛盾抵触しない範囲においてのみ行政規則の現実的機能を許容することで解決が図られてきた¹¹⁵⁾。今日においても、法律による行政の原理を形骸化させてはならないという基本的な要請から、行政規則の機能が法律による行政の原理と矛盾抵触する範囲におい

ては、その現実的機能には何らかの手当てが必要であることになる¹¹⁶⁾。本稿の問題に即して言えば、裁量基準に法規命令やそれに近い機能を認めることは法律による行政の原理と矛盾抵触するのではないか¹¹⁷⁾、それに対しては何らかの手当てが必要なのではないか、という疑問が生じる。

より具体的には以下の局面で問題が顕在化する。裁量決定を裁判所が審査するときには、裁量基準それ自体の合理性と、裁量基準への事実の当てはめという二段階に分けて審査が行われる。それぞれの段階においては要考慮事項の考慮如何、他事考慮の有無が審査される¹¹⁸⁾が、第一段階の審査において、「(要)考慮事項を全て網羅した完全な裁量基準である」ことを裁判所が認定し、第二段階の審査においては個別事情考慮義務の発生如何についてはおよそ検討しない、という審査をすることができるのか。それは、裁量基準が法令と同様に機能することを認めることにならないか。

(2) 自己拘束論による説明とその限界

上記の疑問に対しては自己拘束論による説明が考えられる。つまり、あくまで裁量基準には法的拘束力がなく、法令と同様に機能するとはいえ、それは事実上の機能にすぎないため手当てする必要は無い、という説明である。しかし、自己拘束論が提唱されたドイツにおいても、行政規則が持ちうる機能は法規と異なったものであることを条件として認められていたのであり、行政規則が法規と同様に機能することについては自己拘束論によっても許容されえない¹¹⁹⁾。それゆえ、裁量基準が法規命令と同様の機能を持つことについては自己拘束論の見地から正当化することが

114) 田中二郎「法律による行政と通達による行政——行政通達の使命とその限界——」『司法権の限界』293頁、295頁、300頁(弘文堂、1976)〔初出1956〕。

115) 田中・前掲注114)304頁。

116) 租税法の領域について述べた文脈であるが、塩野・前掲注7)115-116頁。

117) 学説においては既にこの問題が指摘されている。深澤龍一郎「補論——行政基準」前掲注6)141頁、151頁〔初出2011〕、宇賀・前掲注5)289頁は法規命令と同様の効果を裁量基準に認めることを明確に否定する。問題が存することを指摘するものとして、塩野宏＝小早川光郎編著『日本立法資料全集105 行政手続法制定資料(3)〔平成5年〕議事録編Ⅲ』1382-1383頁〔塩野宏、小早川光郎発言〕(信山社、2012)、塩野・前掲注7)118頁。

118) 常岡孝好「行政裁量の判断過程の統制」法教383号14頁、21頁(2012)。

119) 平岡久「行政規則の法的拘束性」『行政法解釈の諸問題』243頁、267-271頁(勁草書房、2007)〔初出1980〕。

できない。また、基準からの逸脱が要請されないが許容される裁量基準は、自己拘束論では法規と異なった機能を持つと理解される。しかし第一に、自己拘束論が、逸脱が要請されない基準を想定しているかは必ずしも明らかでない¹²⁰⁾。第二に、仮に逸脱が要請されない基準が想定されていたとしても、自己拘束論は法規との差異で結論を導こうとする考え方であり、「法規」の定義が議論の前提となっている。そして法規をいかに定義するかについては、自己拘束論の内部では解決しえないのである。

(3) 委任論の観点の必要性

以上より、裁量基準の一律適用を認めることには法律による行政の原理との抵触の可能性から正当化の必要性が生じる可能性があり、これに対しては自己拘束論による説明も成功しないことが明らかになった。そしてここにおいて、委任論の観点が意義を持つのである。

第一に、法律による行政の原理と通達による行政の抵触の問題について、委任論はまさにこの問題を扱うものである。つまり、法律による行政の原理のうち法律の法規創造力は、法律のみが法規を定立することができ、行政が法規を定立することは委任がある場合を除き認められないことを言うもの¹²¹⁾であり、法規とは何か、法律にのみ認められる効力がいかなるものであるのか、行政規則が法律の規律領域を侵す場合はいかなる場合であるのかが委任をめぐる問題として検討される。第二に、第一から明らかであるが、行政規則が法令の規律領域と抵触する場合には対処が必要となり、その対処の方法は議会による委任を要求することである。委任が存在す

れば、裁判所による審査において、裁量基準が法令と同様の効力を持つことには説明がつく。第三に、対処の方法が適当であるかどうかという問題についても、委任論は委任の方法・限界という観点から、議論の場を提供できる。

以上より、裁量の概念として構造化説、併存説を採った場合や、個別化説を採ってなお一律適用を認める場合に、委任の観点からの検討は一律適用を正当化できるかという視点から必要な作業であると言える。

3 更なる問いの獲得

以上より、次章における検討では、Ⅱ～Ⅳにおいて提示した三つの対立点のいずれにも決着を付けることが必要となる。この作業は次に示す三つの問いに解答することで行われる。第一に、裁量概念の理解で提示した三類型のうち、いずれが妥当であるのか(Ⅵ1)。第二に、裁量の概念として仮に個別化説が妥当であるとして、その場合にも一律適用は可能か(Ⅵ2)。第三に、第一・第二の対立点の検討の結果、裁量基準の一律適用ができる可能性が生じたとして、一律適用できる裁量基準の定立には委任が必要であるか。委任が必要であるとして、裁量基準には委任を見出すことができないか(Ⅵ3)。

Ⅵ. 検討

1 裁量の概念の理論的検討

(1) 構造化説

まず構造化説については、既に述べた通

120) 平岡・前掲注119)259-261頁, 270-271頁, 宮田三郎「行政規則の拘束力について」朝日法学論集27号1頁, 35-36頁(2002)は、逸脱が許容されるという点で法規と行政規則を区別するが、逸脱が要請されない行政規則をも想定した議論ではないように思われる。

121) 宇賀・前掲注5)27頁, 塩野・前掲注7)77頁。なお、新たな法規の創造は立法権の専権に属するという「専権的」の要素は法律の留保の一内容をなすとの考え方から、「専権的」という点では法律の法規創造力の原則を独立に論ずる必要はないという指摘がある(藤田・前掲注78)57-58頁)。本稿にはこの指摘の可否を論ずる余裕はないが、ここでの問題は、行政機関がある規範を委任なくして定立することの可否であり、なんらかの行政活動をするための根拠の要否を問う法律の留保の観点からの検討よりも、法律の法規創造力の観点からの検討の方が問題状況を直截に表現するものと考えられる。もっとも、法律の法規創造力の独自性を否定し法律の留保に一元化しても、委任が必要な規範が法規に限られなくなる可能性が生じるのみであり、委任の観点が必要であることには変わりがない。

り、石井説を除き内在的に個別化の裁量概念へと展開する契機を含んでいたものであり、むしろそれらは個別化説として理解すべきである。そこで問題となるのは石井の見解である。石井の裁量論の基礎をなすのは、「自由裁量は、行政庁が具体的の場合に何が最もよく公益に適合するかを自己の判断で裁量し、決定する作用である。こうした裁量をし、決定をするには、そこに自づから一定の基準がなければならない」とする考え方であった。この基本的な考え方を基にして、裁量基準の一律適用を認めるためには二つの命題が共に成立する必要がある。すなわち、第一に、裁量行為において設定した裁量基準は具体的な要件として作用する。第二に、裁判所は公益原則・比例原則・平等原則違反の有無や、他事考慮の有無のみを審査し、要考慮事項の考慮如何の審査は行わない、の二つである。

上記の命題には今日的には問題がある¹²²⁾。第一の命題に対しては、確かに裁量行為をするためには「基準」が必要であるが、それは事前に裁量基準として設定されたものである必要はない。判断のよりどころとしての「基準」が必要であるというのが石井の主張であるから、その判断のよりどころは裁量基準に限定されず、より個別的に探求されるべきであろう(Ⅱ 4(1)の小早川光郎の見解を参照)。第二の命題に対しては、今日、裁判所は要考慮事項の考慮如何を審査する方法を発展させている。この審査方法は理論的に妥当と考えられることからすれば¹²³⁾、要考慮事項の考慮如何については審査しないとする

立場には問題がある¹²⁴⁾。

以上より、石井の見解たる構造化説はその基盤が失われた今日では問題があり、理論的に採りえない。

(2) 併存説

次に併存説について検討する。併存説が成立して裁量基準の一律適用ができるのは、機械的な行政活動が望ましいがゆえに法令による規律が望ましいが、基準を定立する行政機関の地位が特殊であるために法令で規律できない場合であった。そして、裁量基準の法的性質としては、逸脱が要請されないが許容されるというものであった。

併存説が成立するためには、「機械的な行政活動が望ましい場合」を積極的に画定する必要がある。なぜなら、個別事情の考慮が原則とされている一方でいかなる場合にその原則が妥当するのかが積極的に与えられていない以上、例外である機械的な行政活動が望ましい場合の範囲は、原則の範囲を画定することで控除的・消極的に画定されないからである。以上の前提を踏まえて併存説への疑問を述べる。第一に、深澤は、立法者が法令で一義的な規律を行わなかった場合を、機械的な行政活動が望ましい行政活動とそうでない行政活動に分けられることを前提としている。しかし、そのように分けられるのか、分けられるとしていかなる場合を機械的な活動が望ましい場合とするのか等について論証されていない¹²⁵⁾。第二に、確かに、機械的活動が望ましい行政活動は想定できよう。それは、行政活動について国民の予測可能性を強く担

122) 石井は公益原則を三つの内容に分解したが、近時、公益原則の内実を行政決定の内容が最善であるのではなく、行政の具体的な行為規範としてとらえ、行政機関には最善の決定結果に至るべく振る舞うことが要請されるものであるという見解が提示されている(亘理・前掲注 29)345-346 頁、深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」論叢 166 巻 6 号 149 頁、161-162 頁(2010)も同旨)。しかし、亘理らの見解のように公益原則を理解できるかも一つの問題であるから、公益原則の理解という観点から石井の見解を当然に疑問視できるわけではない。公益原則の理解についての対立を介さず、石井の見解の問題点を検討することが直截的であろう。

123) 山本・前掲注 74)232-233 頁は、裁量統制の方法として判断過程統制の原則化は適切であると述べる。判断過程統制と考慮事項審査は必ずしも同義ではないが、要考慮事項の考慮如何の審査は、「裁判官は自分で論理を組み立てて事案の結論を出すのではなく、行政庁の説明を一応納得できるものかという観点から審査し、原告は行政庁の説明に説得力がないことを主張し、判決は行政庁の説明に対する裁判所の評価を示す形をと」り、それゆえ「比較的安定した裁量統制の方法」(同論文 233 頁)であると言える。そうすると、山本の記述から、要考慮事項の考慮如何の審査も理論的に妥当であるとの理解を引き出すことは可能であろう。

124) 町田・前掲注 3)51 頁注 4 は、石井の見解に適正手続の観点からの考察が欠けていることを指摘する。考慮事項審査が手続的な側面を持つものであることからして妥当な指摘である。

125) 前掲注 87)も参照。

保する必要がある活動や、形式的な平等取扱いをする必要がある活動である¹²⁶⁾。そして、機械的な活動が望ましいという判断は立法者が判断するのであるから、その判断は、予測可能性や公平性の確保が必要な活動であるかが基準となつて行われるはずである。しかし、そのような立法者意思にもかかわらず、基準からの任意の逸脱を認めることは整合しないのではないか。なぜなら、任意の逸脱を認めると、予測可能性や公平性の確保の要請に反するからである。仮に予測可能性や公平性の確保の要請を、任意の逸脱を認めないほど強いものではないと考える場合、それは機械的活動が望ましい場合とは言えないという問題がある。また、併存説を、基準からの逸脱を許容も要請もしない法規命令と同様の効力を持つ規範の定立を認める見解と捉えようとしても、深澤はそのような理解に立っていないし、委任の必要性がなお問題となる¹²⁷⁾。

以上より、現時点では併存説は採りえない¹²⁸⁾。

(3) 個別化説

最後に個別化説について検討する。当然ながら、個別化説は構造化説や併存説に存在した問題を持たない。そして、積極的にこの見解を支持する根拠として、行政裁量が与えられる理由や行政裁量の意義とよく整合することが挙げられる。第一に、行政裁量が与えられる理由は、行政の専門的知識・能力の尊重や行政運営の弾力性を残すためであるとされる¹²⁹⁾。行政運営の弾力性という理由と個別化説が整合するのは言うまでもなく、専門技術性の尊重という理由についても、裁量基準

の設定段階のみならず裁量行使のあらゆる段階において専門技術性を発揮した判断を求めることが専門技術性を最も尊重していると言える(Ⅱ5(2)bも参照)。第二に、行政裁量の意義に鑑みても個別化説は妥当である。高木光によれば、「『裁量』は行政権の活動の『病理現象』ではなく『生理現象』であり、『裁量権』を積極的な意義を有するものとして捉える視点が重要である」¹³⁰⁾。裁量を病理現象として考察する立場からは、その病理性はなるべく減殺されることが望ましいはずである。そのためには裁量が与えられた範囲で最善の判断をすることが望まれるから、これは個別化説と整合的である。他方、裁量権を生理現象として積極的な意義を持つと捉える立場からは、個別化説が裁量基準に示された考慮要素に拘らず多様な利益を考慮することができる機能¹³¹⁾が評価されることになる。以上より、個別化説は理論的に成立し、裁量権の概念としては個別化説が妥当であると言える。

2 個別化説内部での対立の検討

1では、裁量権の概念としては個別化説が妥当であることを示した。そこで次に、個別化説内部で一律適用を認めるかどうかという対立点について検討することが必要となる。この対立点は、以下の二点をめぐる争いであった。第一に、定立段階において考慮を十分に行った裁量基準に従って決定をすることは裁量が付与された趣旨に反するの否か。第二に、事実上の問題として、基準の定立において十分な考慮を尽くすことができるの否か。本

126) 機械的活動が望まれる活動としては、他に行政活動の便宜を図る場合が想定できる。しかし、行政活動の便宜を図る場合とはすなわち行政活動の効率性を重視すべき場合、すなわち大量決定の場合を指すことにはないか。深澤の見解において大量決定の議論は個別化の裁量概念を採ったうえで例外を認める議論であり、裁量概念を併存させるためのメルクマールとしては不適当であるはずである。

127) このように理解したうえで委任を問題にするならば、本章3以降の分析を当てはめることができる。

128) 本稿は、現在説かれている併存説の理由づけに批判を加えたにとどまり、併存説がおよそ成り立ちえないと結論づけたわけではない。ゆえに、議論の進め方としては、個別化説を支持するのではなく併存説の新たな理由づけを探求することも考えられる。しかし、現時点での議論を整理し結論を提示するという本稿の課題に照らすと、現時点で併存説に問題があればそれ以上深入りせず、併存説は採らないという態度が望ましいと考える。

129) 芝池・前掲注103)68頁。

130) 高木光『行政法』78頁注1, 483頁(有斐閣, 2015)。

131) 山下・前掲注11)217頁参照。

節ではこの二点について検討する。

(1) 理論上の問題

a 考慮事項の観点の導入

裁量基準の一律適用をすることは、個別の事案の適切な解決をするという裁量の付与の趣旨に反するものであるのか。ここではまず、「裁量が付与された趣旨」とは何かを明らかにする必要がある。個別化説における裁量付与の趣旨は、個別の事案を適切に解決することであった。個別の事案の適切な解決とはいっても、およそあらゆる事項を考慮して行うのではなく、考慮してはならない事項は考慮できないはずである。つまり、個別の事案の適切な解決とは、個々の行政決定について定まっている、事案の解決に必要な限りでの事項を考慮して妥当な判断を行うことである¹³²⁾。それゆえ、裁量基準の一律適用が裁量の付与された趣旨に反するかという問題は、考慮事項を適切に考慮して決定を行うという裁量行使に反し、裁量基準の一律適用は考慮事項を考慮していないことになるのか、という問題に置き換えられる。このように問題を捉えると、裁量基準の一律適用を認める見解を行政決定における考慮事項の観点から考察する必要が生じるため、以下これを行

う。

まず、既に本稿で用いたものもあるが用語について定義する。ここでは、考慮事項を、要考慮事項、裁量的考慮事項、不可考慮事項の三つに分類する¹³³⁾。要考慮事項¹³⁴⁾とは、行政決定において考慮しなければならない事項であり、裁量的考慮事項とは、「考慮することが行政機関の裁量に委ねられる」¹³⁵⁾事項であり、不可考慮事項¹³⁶⁾とは、考慮してはならない事項である。

b 裁量基準による考慮事項の具体化

a で示した考慮事項の分類を使って、裁量概念について個別化説に立つ場合でも、考慮事項の考慮を尽くすことができればその裁量基準は一律に適用しなければならない、または、一律適用できるという見解を考察する。

まず、二つの前提を確認する。第一に、不可考慮事項を裁量基準に盛り込んだ場合、裁量基準それ自体が違法となるから、不可考慮事項を盛り込んでいる裁量基準を除く（I 2 (1)参照）。第二に、要考慮事項を完全に考慮していない裁量基準の適用においては個別事情考慮義務が発生するから、定義上一律適用できるとは言えないため¹³⁷⁾、そのような裁量基準も除く。

132) 小早川・前掲注 5)23 頁。論者によって用語法に若干の差異があるにせよ、個別事情考慮義務で念頭に置かれている「個別事情」とは、「義務」という語の意味からして、考慮事項論の用語で言えば要考慮事項に該当するはずである。

133) 裁量基準からの逸脱が要請されるかという本稿の問題には、考慮の重みづけの観点を加えた分類は不要であると考えられる。なぜなら、考慮の重みづけは考慮をした場合についてその程度を扱う観点であるが、基準の一律適用の問題は、基準を適用することによってある事項がそもそも考慮されていないことに関する、重みづけ以前の問題だからである。

134) 塩野・前掲注 7)151 頁。

135) 芝池義一「行政決定における考慮事項」論叢 116 巻 1-6 号 571 頁, 573 頁 (1985)。なお、深澤龍一郎「行政事件訴訟における判断過程の統制——その基礎的考察——」公法 77 号 172 頁, 179 頁 (2015) は、個別事情考慮義務を徹底すると概念的には考慮可能事項はすべて義務的考慮事項に該当するはずであるという前提から、裁量的考慮事項を行政行為の内容に影響を及ぼさない事項とする。深澤の整理に従った場合、義務的考慮事項を全て盛り込んだ裁量基準から行政機関が任意に逸脱して裁量的考慮事項を考慮し、決定を行うことは合理的ではないと評価されることにならないか。つまり、逸脱が許容されるが要請されない規範を深澤の整理では表現できないのではないかという疑念がある。それゆえ本稿は、芝池の整理に従う。

136) 塩野・前掲注 7)151 頁。

137) 東京地判昭和 42 年 12 月 20 日行裁例集 18 巻 11 号 1713 頁, 東京地判昭和 43 年 7 月 20 日行裁例集 19 巻 7 号 1278 頁, 東京地判昭和 45 年 3 月 9 日行裁例集 21 巻 3 号 469 頁, 東京高判昭和 45 年 4 月 27 日行裁例集 21 巻 4 号 741 頁, 最判平成 10 年 7 月 16 日判時 1652 号 52 頁, 最判平成 11 年 7 月 19 日判時 1688 号 123 頁, 徳島地判平成 18 年 2 月 17 日判自 282 号 87 頁, 最判平成 18 年 10 月 26 日判時 1953 号 122 頁等を参照。

なお、平成 10 年最判などは、個別化という裁量概念によるというより、憲法上の権利が存在するために裁量基準の一律適用が否定されたと読むこともできる。しかし、憲法上の権利は単なる要考慮事項にとどまるのかどうかという点が近時問題にされ始めた段階であり（宍戸・前掲注 78)106 頁）、裁量基準の一律適用を論ずる場面で憲法上の権利を位置づける議論は見当たらない。それゆえ、本稿では憲法上の権利の問題に立ち入らない。

これらを前提とすると、考慮事項の考慮を尽くした裁量基準というのは、法の解釈によって導かれる¹³⁸⁾考慮事項の種類に応じて以下の三つに分類できる。

①法が予定する考慮事項が、要考慮事項・裁量的考慮事項・不可考慮事項に分けられ、裁量基準には要考慮事項も裁量的考慮事項も不足なく盛り込んだ場合。

②法が予定する考慮事項が、要考慮事項・裁量的考慮事項・不可考慮事項に分けられ、裁量基準には要考慮事項のみを不足なく盛り込み、裁量的考慮事項は盛り込んでいないものもある場合。

③法が予定する考慮事項が、要考慮事項・不可考慮事項に分けられ（裁量的考慮事項がない場合）、裁量基準には要考慮事項を不足なく盛り込んだ場合。

これらのうち、①と③では、当該行政決定で考慮できる要素が裁量基準にすべて盛り込まれていることになるのであるから、当該裁量基準に盛り込んだ要素以外の要素を考慮した場合、それは他事考慮となる。それゆえその裁量基準は、一律適用しなければならないという法規命令と同様の機能を持つことになる。

他方②の場合には、行政決定において考慮してよい要素がすべて裁量基準に盛り込まれているわけではない。行政機関は裁量基準から任意に逸脱して裁量的考慮事項を考慮することができる。しかし、要考慮事項はすべて

裁量基準に盛り込まれているため、裁量基準からの逸脱の要請はない。それゆえ当該裁量基準は、一律適用できるが、一律適用しなければならないわけではないという機能を持つ。

以上より、要考慮事項を考慮し尽くした裁量基準を定立し適用する場合には当該裁量基準は一律適用をしなければならないまたは一律適用できるものであり¹³⁹⁾、その基準の適用は裁量が付与された趣旨に反するものではない。

(2) 事実上の問題

このように理論的には考慮事項の考慮を尽くすことができるとは言えても、事実上それが可能かという問題がある。つまり、個別化説を採ったうえで裁量基準の一律適用を認める見解は、裁量基準を設定する段階において、それを適用する段階での事情の考慮をすることができるという前提に立つが、このような前提を認めることができるか、ということである。確かに、裁量を付与された行政機関が裁量基準を定立するとき、あらゆる考慮事項を考慮した裁量基準というものを定立することはかなり困難である。なぜなら、基準定立の段階では知りえなかった・想定しえなかった情報が新たに基準を適用する段階で出現することが考えられるからである¹⁴⁰⁾。

しかし、考慮事項を適切に盛り込んだ裁量基準を定立することが可能な場合もあると思われる。例えば、最判平成8年3月8日民集

138) 榎原秀訓「行政裁量の『社会観念審査』の審査密度と透明性の向上」室井力追悼『行政法の原理と展開』117頁、132頁（法律文化社、2012）、塩野・前掲注7)151頁。ただし、時の変遷に応じ、法の解釈により導かれる考慮事項が変化しないかどうかは問題である。この問題にはより根本的な検討が必要であって本稿では立ち入ることはできないが、考慮事項が変化しないという立場ならば、要考慮事項を網羅した裁量基準は常に一律適用できることになる。他方、時の変遷に応じ考慮事項が変化するという立場もある（田中・前掲注114)302頁は、「社会経済の実態の動きにつれて、法律の解釈が変わってくることは、法律解釈としてあり得べきこと」とする）。後者の立場からは、考慮事項が変化するまでの一定の間は一律適用ができる、ということになる。なお、このように一定期間のみ一律適用を認める考え方は、交告・前掲注97)17-18頁が前提としているように解される。

139) このように理解すれば、常岡孝好の見解を説明できる。常岡は、考慮事項を適切に考慮した「裁量基準は根拠法に限りなく近い存在に転化している」（常岡・前掲注6）「(下)」159頁注132)と言うが、「根拠法に限りなく近い」とは、本文で示したように一律適用しなければならないものと一律適用できるものの二種類があることを示し、「転化している」とは、そのように機能することを示す。もっとも、現段階で本稿では事実上の機能に着目しているが、常岡自身はあらゆる裁量基準に直接的拘束力を認めるのであるから、事実上の機能ではなく法的拘束力を以て「転化している」と表現していると思われる。

140) 交告・前掲注11)238頁、252頁。また、行政手続法制定時における議論においても、考慮事項を審査基準として掲げる場合に、考慮事項を網羅的に明示できないという認識が示されている。塩野宏＝小早川光郎編著『日本立法資料全集 104 行政手続法制定資料(2)〔平成5年〕議事録編Ⅱ』1284頁〔芝池義一、角田禮次郎発言〕（信山社、2012）。

50 卷 3 号 469 頁において、処分のための考慮事項は比較的限定的であったとの指摘¹⁴¹⁾がある。このように考慮事項が限定的である場合には、考慮事項を網羅した裁量基準が定立されることはありうる。また、裁量基準の一律適用の理論的な問題を中心に考察する本稿の性格に照らせば、事実上不可能であるという理由を重視するべきではないと考える。

以上より本稿は、定立段階において要考慮事項や裁量的考慮事項を考慮した裁量基準が定立される可能性は肯定するという立場を採る。

以上 1, 2 の検討により、裁量概念として個別化説を採用し、中でも基準の一律適用を認める見解が最も妥当だと言えそうである。

3 委任と裁量基準

第一・第二の対立点についての検討によれば、裁量基準の一律適用が行われる可能性は認められうるということが明らかになった。そしてその場合、委任なくして一律適用ができるのか、という点が問題になることは前述したとおりである（V 2 参照）。本節ではこの観点からの検討を行うが、まず、一律適用できる裁量基準には委任が必要であるのかという、学説史における第三の対立点を検討する。次に、委任が必要であるとして、何らかの形で裁量基準に委任を見出すことができないか、

委任の方法の制限と抵触しないかを検討する。

(1) 委任の要否

a 「法規」概念の定義

一律適用できる裁量基準に委任が必要であるかという問題は、一律適用できる裁量基準というものが法規と同様の機能を持つのか、という問題に置き換えられる（法律の法規創造力の原理）。そこで、まず必要な作業として、「法規」を定義しなければならない。

「法規」概念の理解については議論が存在する¹⁴²⁾。わが国の行政法学においては、一方で、「国民の権利義務に関する一般的抽象的な定め」と理解する見解¹⁴³⁾が存在する。他方で、『合意を俟たずしてあらゆる執行機関を拘束し、裁判所における争訟裁断の基準となる』規範」と理解する見解¹⁴⁴⁾がある。しかし、高橋滋の整理¹⁴⁵⁾によれば、両者の定義には法規の対外的拘束力に関しては実質的な差異はなく、本稿は法規の対外的拘束力に着目して裁量基準と委任の関係を検討するのであるから、本稿では法規の定義に関していずれが妥当であるかという問題について立ち入る必要はない。ここでは、定義としてその内実がより明快であり、法規と同様に機能するかという検討に用いやすい後者の定義を採用する。

もっとも、後者の定義を採用したとして、さらに明確にすべき点がある。それは、「合意を俟たずしてあらゆる執行機関を拘束」す

141) 榊原・前掲注 138)131 頁。なお、同判決は、裁量基準の適用と個別事情の考慮との関係を扱った判決であると理解できることについて、石川健治ほか「[座談会]『公法訴訟』論の可能性 (1) ——連載終了にあたって」法教 391 号 97 頁, 98 頁〔榊原一彦発言〕(2013) 参照。

142) 「法規」の定義については、本文中に取り上げる対立点の他、「一般的・抽象的」な定めであることを要求するかという対立がある（小早川・前掲注 109)122 頁）。この対立についてはいずれの立場が妥当であるか本稿では立ち入ることはできないが、本稿は、裁量基準を定立し、それを適用して個別の決定が行われるという行政決定過程の二段階に存する問題をそれぞれ考察する前提を採っている。法規の定義から「一般的・抽象的」であることを除くと、規範の定立と個別の決定が共に法規の定立であると評価されうることになり、両者の区別が失われ、本稿の前提と整合しない。以上より本稿は、「法規」は「一般的・抽象的」な規範であることを要するという立場を採る。もっとも本文で検討する通り、一律適用できる裁量基準と法規との関係で問題となるのは、当該規範が一般的・抽象的であるかどうかという点ではない。

143) 田中・前掲注 100)158 頁。

144) 平岡・前掲注 104)130 頁, 藤田・前掲注 78)58 頁。平岡・同頁においては、「行政主体または行政機関に対する対外的な拘束力を持ち裁判基準として機能しうる」規範と言い換えられている。

なお、本稿では、ある規範が裁判所による争訟裁断の基準となる性質を持つことを、「裁判基準性」を有すると表現する場合もあれば「裁判規範性」を有すると表現する場合もあるが、これは引用の関係で表記が必要なためであり、本稿は両者を同様の意味で用いる。VI 3(3)も参照。

145) 高橋滋「行政上の規範」磯部力ほか編・前掲注 37)245 頁, 249 頁 (2011)。

ることと、「裁判所における争訟裁断の基準となる」という二つの要素について、法規であるためにはこれらが共に必要だということである。なぜなら、この定義が法規の効力として上記の二つを並列しているのは、まず、議会立法に淵源を持つ規範が潜在的にすべて裁判基準となりうるという前提があり、そして行政機関に対する拘束力は裁判所が当該規範を裁判基準として採用して判断することによって生じるからである¹⁴⁶⁾。もっとも、このような論理であるため、裁判基準とならないが行政機関を対外的に拘束する場合は想定できないから、実質的には裁判基準性を持つかどうかを考えればよいことになる。

b 法規と裁量基準

以上の法規の定義に照らし、一律に適用できる裁量基準は法規と同様の機能を持つのか。一律適用が認められる裁量基準には、基準からの逸脱が許容も要請もされない法規命令と同様のものと、逸脱が許容されるが要請されないものという二つがあった。そのうち前者は法規と同じ機能を持つために委任が必要である。ここで問題となるのは後者である。

一律適用ができる、すなわち「裁量基準からの逸脱が法的に要請されず、裁量基準を適用すること自体は違法ではない」という場合、裁量基準を適用した処分の適法性は処分がその基準へ適合しているかどうかに係ることになり、裁判所は裁判の基準として裁量基準を採用することになる（その結果裁量基準は国民の権利義務に関わることになる）。その意味で、一律適用が可能な裁量基準は法規たる機能を有する。そうすると、法律の法規創造力の原理から、行政機関は法規たる性質を持つ規範を議会による委任なくして定立することはできないとの帰結が導かれる。

もっとも、上記の考え方に対しては、次のような疑問が呈されるかもしれない。すなわち、裁量基準の合理性と当てはめの仕方を審査する判例の立場からは、基準からの逸脱が

許容も要請もされる通常の裁量基準についても裁判基準として採用していると解することができる¹⁴⁷⁾。そうすると、通常の裁量基準にも法規性を認めることになるのではないかと、それにもかかわらず通常の裁量基準が委任なくして定立できるならば、裁判基準性の存在と委任の必要性は直結しないのではないかと、という疑問である。この疑問に対しては、裁量基準が裁判基準として機能することを正面から認め、通常の裁量基準にも議会による委任を要するという対処ができる。しかしここでは、通説的な見解に則り、通常の裁量基準には委任を不要とし、一律適用できる裁量基準には委任を必要とするという差異化を図る。以下詳説する。確かに、判例の審査方法によれば、通常の裁量基準を適用した処分が基準に適合した結果、適法になるように見える。しかしこの司法審査は、基準の合理性と基準への適合性に加え、当該事案で主張される個別事情に照らし基準から逸脱せよとの要請がかかってくるかどうかをも審査するというものであり、合理的な裁量基準に処分が適合し、かつ逸脱の要請が当該事案で生じなかった結果（または逸脱して適切な考慮をした結果）処分が適法になる。すなわち、通常の裁量基準を適用した処分の場合には、処分が裁量基準に適合しているかという点のみならず、当該事案での逸脱の要請の有無を含めた判断過程の審査が行われ、「判断過程に不合理な点が無かった結果適法」と判断されているにすぎず、裁量基準が純粋な形で裁判基準として機能しているとは言い難い。他方、一律適用できる裁量基準の場合には、基準から逸脱せよという要請があらゆる事案において存在しないため、裁判所の審査は、裁量基準の合理性と処分の基準への適合性について行われる。この場合には裁判所の審査として基準からの逸脱の要請の有無の確認がなく、この点において通常の裁量基準と典型的な差異がある。つまり、一律適用できる裁量基準の場合には、「判断過程に不合理な点が

146) 平岡・前掲注 104)124-127 頁。

147) 阿部泰隆ほか「伊方・福島第2原発訴訟最高裁判決をめぐって」ジュリ 1017号9頁, 17頁〔阿部泰隆発言〕(1993), 芝池義一『行政法読本(第2版)』80頁(有斐閣, 2010)参照。

なかった結果適法」とされているのではなく、「裁量基準に適合しているために適法」とされていると解するのが素直な思考であり、裁量基準は裁判基準として機能しているということができると考えられる。つまり、通常の裁量基準は裁判基準として機能しないために委任は不要であるが、一律適用できる裁量基準は裁判基準として機能するために委任が必要であると結論づけられるのである。

以上の検討から、本稿は、(一律適用しなければならない裁量基準に加え)一律適用できる裁量基準は法規と同様の機能を持ち、その定立には議会による委任が必要であるという立場を採る。

(2) 基本構造への批判

上記のような理解を前提に、個別化説のうち裁量基準の一律適用を認める見解を根拠がないものと批判し、本稿の課題への解答が得られたとするのは性急である。なぜなら、一律適用できる裁量基準には委任が必要であるとしても、裁量基準と議会による委任との関係には未だ立ち入っていないからである。つまり、一律適用できる基準の定立には議会による委任が必要であるとして、なんらかの形で裁量基準に委任を認めるという可能性を探り、一律適用を認める学説を根拠づけられないかを検討する必要がある。その可能性の探究は、裁量基準には委任がないことを前提とする、行政規則と委任に関する基本構造(IV 1参照)と衝突するのであるから、この基本構造に伏在する問題点を検討することで、一律適用を認める見解の依るべき理論的根拠の端緒を見出すことができるのではないか。

そこで、この基本構造について批判を試みる。まず、法律の法規創造力の原理との関係で、委任を受けて定立された規範のみが一律適用ができるという基本的な原則自体は本稿も前提としている。しかし、裁量基準に委任があるかどうかについては、そもそも委任の

要件はいかなるものであるか、裁量基準の定立に委任があると考える余地があるのではないかといった点について、学説では具体的な検討がなされていない。従来の基本構造は、法規性・委任の有無を分類の基準とし、法規命令と行政規則の分類を先行させ所与のものとしてきたが、論理的に先行して検討されるべき法規性・委任の有無という分類の基準が十分に解明されておらず、厳密な分類がなされていたとは必ずしも言えない。この点について考えてみると、例えば、法規命令は議会による委任が必要な規範であり、法規命令の一類型として執行命令があるが、執行命令については委任の方法が厳格に考えられておらず一般的委任で足りるとされている¹⁴⁸⁾。このように、法律による行政の原理との衝突を意識しつつも委任の存在を柔軟に理解することができれば、裁量基準について委任があると考えすることは不可能ではない¹⁴⁹⁾。そこでまず、分類の基準たる委任の方法・要件についてより詳細に検討することが必要になる。

(3) 裁量基準と委任

a 行政手続法制定による委任

裁量基準の定立には委任があると考える余地があるという観点から注目すべき見解が野口貴公美により提唱されている。

野口によれば、行政手続法の制定によって裁量基準(行政手続法5条・12条にいう審査基準・処分基準¹⁵⁰⁾)には裁判規範性が与えられた。そこで言う裁判規範性の内実は、法規命令のそれとは異なり、行政手続法に定められる行政規則に従わない処分は特段の事情がない限り違法であるが、他の理由に基づいて判断をなすことに合理性が認められる場合や、特定の者に対する例外的取扱いを許容する事情がある場合などには、裁判所は当該基準に沿うことなく判断を下すことが許容されるという意味である¹⁵¹⁾、と述べる。

この見解は裁判規範性に着目したものであ

148) 塩野・前掲注7)105頁、芝池・前掲注103)85頁。

149) 平岡・前掲注119)309頁参照。

150) 行政手続法に言う審査基準・処分基準に理論上の裁量基準が含まれることについて、塩野宏＝高木光『条解行政手続法』136頁、189頁(弘文堂、2000)。

151) 野口貴公美「行政立法」磯部力ほか編・前掲注78)『II』25頁、34頁、野口貴公美『行政立法手続の研究』198-199頁(日本評論社、2008)。また、深澤龍一郎「個人タクシー事件」法教349号26頁、27頁(2009)も参照。

るが、行政手続法に定められる行政規則のうち裁量基準に分類されるものについては、行政機関は行政過程においてもそれに従うことが原則的に求められるということ述べていると解することができる。つまり、行政機関は行政過程において裁量基準を原則的に適用すればよいのであるが、野口は行政手続法によって行政機関が一律適用できる基準を定立する権限を委任されているという命題については否定的である。なぜなら、野口は裁量基準の裁判規範性を示す判決として最判平成10年7月16日判時1652号52頁を引用するのであるが、同判決は「平成元年取扱要領についても、その原則的規定を機械的に適用さえすれば足りるものではなく、事案に応じて、各種例外的取扱いの採用をも積極的に考慮し、弾力的にこれを運用するよう努めるべき」として、裁量基準からの逸脱が要請されることを述べたものだからである。

この野口の見解に対しては、第一に、制定当初の行政手続法は基準の外部効果化現象には直接の影響をもつものではないという批判¹⁵²⁾がなされている。この批判の通り、行政手続法の制定過程では基準の外部効果についての議論は見受けられず¹⁵³⁾、この見解が説得力を持って受け入れられるためには制定

過程の理解についてより詳細な論拠の提示が必要であろう。第二に、行政手続法によって実体的な裁判規範性を基礎づけることはできない¹⁵⁴⁾という批判もある。組織法によって実体的裁判規範性を認めることができないのならば、手続法によってもそれが認められないというのはこの批判の通りであるから、この点でも野口の見解は問題があると言える。そして、野口自身の立論から離れて、行政手続法の制定により裁量基準に一律適用を認めるという意味での委任があると理解しようとしても、第二の批判によりそれはできないということになる。そうすると、一律適用を認める見解を支える構成としては別の構成を採る必要がある。

b 裁量の付与による委任

裁量基準に議会による委任を認める見解として、裁量の付与によって基準定立の委任がなされていると解する可能性が夙に指摘されている¹⁵⁵⁾。本格的検討がなされないままでいたこの見解であるが、これを前提にして裁量基準の一律適用を認める議論が近時登場した¹⁵⁶⁾。このように考えると、裁量基準の一律適用を主張する立場の見解を根拠づけるため、委任の観点からは裁量の付与による基準定立の委任という構成を採ることができるの

なお、本稿は野口の見解を「行政手続法制定による委任」を認める見解と表現したが、野口は行政規則は法律の委任に基づくものではないという理解を維持したうえで行政規則の裁判規範性を語っているようである。しかし、野口にあっても行政規則の裁判規範性が立法府によって与えられていると解するのであるから、立法府が介在しているという点で行政規則の定立に委任があるとする見解と表現しても不相当ではないと考える。大久保規子ほか「学界展望」公法70号260頁、273頁〔常岡孝好〕(2008)も同様の理解であろう。

152) 塩野・前掲注7)122頁注8。なお、塩野は2005年に導入された意見公募手続を経た基準等への裁判所の評価が問題となると指摘し、深澤・前掲注117)151頁は意見公募手続を経た基準に強い拘束力を認める議論の余地を肯定する(深澤自身は強い拘束力を認めない。前掲注117)参照)。しかし、意見公募手続を含む行政立法手続の目的には諸説あり(常岡孝好「行政立法手続の法制化」『パブリック・コメントと参加権』29頁、50-51頁(弘文堂、2006)〔初出2006〕)、この手続を経ることによって裁量基準の法的性質が変化するかについては掘り下げた検討が必要であると思われるから、本稿では立ち入らない。

153) 塩野宏=小早川光郎編著『日本立法資料全集103 行政手続法制定資料(1)〔平成5年〕議事録編I』、同・前掲注140)、同・前掲注117)参照。

154) 常岡孝好「行政裁量の手続的審査の実体(中)——裁量基準の本来的拘束性」判評637号(判時2136号)148頁、157頁注77(2012)。

また、国家行政組織法14条2項により、裁量基準の定立には一般的委任があると考えられる余地も指摘されている(平岡・前掲注119)313頁注204)。しかし、これに対しても、常岡・同頁が指摘するように実体的な裁判規範性を基礎づけることはできないという批判が妥当する。

155) 平岡・前掲注119)297-299頁、312-313頁注204、大橋・前掲注67)367頁。ただしこれらの論者が裁量付与による委任について肯定的であるかどうかは明らかでない。

156) 常岡・前掲注154)153-154頁がこの見解に依拠して議論を展開したと理解できる(山下竜一「裁量基準の裁量性と裁量規律性」法時85巻2号22頁、25-26頁(2012)は、常岡の見解を裁量基準に間接的授権を認めるものと解する)。

ではないか、と考えられる。しかし、その近時の見解は委任の観点から明示的に論じていない¹⁵⁷⁾。

そこで検討してみると、裁量が立法府によって与えられるものであるという一般に共有される前提¹⁵⁸⁾を採る場合、裁量の授権の中に裁量基準の定立を委任するという立法府の意思を見出すことは不自然なことではなく、一律適用できる裁量基準の定立の委任もなされることはあると考えられる¹⁵⁹⁾。また、行政裁量は行政作用法によって与えられるものであるから、野口の見解に対する第二の批判としてあった、実体的裁判規範性を基礎づけることができないという問題は生じない。そうすると、裁量基準の定立の委任が裁量の付与という形でなされていると理解する見解は、十分に採ることができるものである。しかし、裁量の付与としての委任という構成が委任として問題がないとするためには、その委任の方法に問題があってはならないから、この点からの検討をする必要がある。

(4) 委任の方法

a 白紙委任の禁止

まず白紙委任の問題がある。立法の授権は、国会を「唯一の立法機関」とした憲法の趣旨からして、唯一の立法機関としての国会の地位を無意味ならしめるような広汎な委任であってはならない¹⁶⁰⁾。しかし、委任の仕方がいかなる態様であれば白紙委任として禁止され、いかなる態様であれば白紙委任ではないのか、という明確な基準は確立していないし、確立することは困難である。そこで本

稿では、現時点で一般的に共有されている一応の基準に照らし、裁量の付与による委任が白紙委任の禁止に触れないかどうか検討する。

白紙委任であるかどうかの基準としては、最判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁の大隅・関根・小川・坂本反対意見が述べた、委任された「機関を指導又は制約すべき目標、基準、考慮すべき要素等を指示してするものであるかぎり、必ずしも憲法に違反」しない¹⁶¹⁾という部分が一般的な基準として用いることができると考えられている¹⁶²⁾。そしてこれらの要素は、当該授権条項、授権条項に関係のある他の諸条項、授権法律全体の趣旨・目的の解釈を通じて明らかになればよい¹⁶³⁾。本来は具体の条項と裁量基準について検討すべき問題であるが、一般的に言えば裁量の付与によって裁量基準の定立の委任がなされていると解する場合でも白紙委任の禁止に触れないことはありうるのではないかと考えられる。まず裁量基準の委任の目標・基準は、当該法律の目的規定や裁量を授権している条項から相当程度明らかになる。そして、「裁量基準を定立するにあたり考慮すべき要素等」とは裁量基準に盛り込むべき事項、盛り込んでよい事項、盛り込むべきではない事項を言うのであり、裁量行使に当たり裁量を付与している根拠法の解釈によって考慮事項を導く作業がなされる以上、裁量基準定立に当たり考慮すべき事項、考慮すべきでない事項も明らかにすることができるはずである¹⁶⁴⁾。厳密には個々の法令と裁量基準との関係を検討しなければならぬが、裁量付

157) 常岡・前掲注154)153-154頁は、裁量基準の直接的拘束力の淵源を裁量の根拠法規に求め、裁量基準の一律適用の可能性も容認する(同論文157頁注81, 同・前掲注6)「(下)」159頁注132も参照)。しかし、委任の方法からの検討はなされていない。

158) 日本において前提となっている考え方であり、ドイツにおいては「規範的授権理論(normative Ermächtigungstheorie)」と呼ばれる。山本・前掲注5)12頁。

159) 常岡・前掲注6)「(下)」159頁注132。もっとも、裁量基準の理論上の定立根拠は共通の理解があるわけではない(山下・前掲注156)25-27頁)。ここでは、裁量基準の定立根拠を裁量の授権法規に求める可能性が少なくとも現時点では否定されないと考えられることから、この理解を前提に議論を進める。

160) 塩野・前掲注7)107頁, 宇賀・前掲注5)271頁。

161) 最判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁の四裁判官による反対意見参照。また、大阪高判昭和43年6月28日行裁例集19巻6号1130頁も同様の内容と思われる。

162) 平岡・前掲注111)41-42頁, 前掲注161)の大阪高判についての宇賀・前掲注5)271-272頁参照。

163) 戸波江二「憲法から考える8 委任立法の限界」法セミ469号76頁, 77頁(1994)参照。

164) 三浦・前掲注78)113頁。

与による委任という構成は、白紙委任の禁止に触れない可能性がある。

b 黙示の委任の許容性

次に、委任が明示的になされていないことをどう考えるか、という問題がある。つまり、裁量の付与があるとはいえ、そこでは基準の定立を委任する旨の法令の明文の文言はないから、委任の存在は認められないのではないかという問題である。そこで、明文の文言なき「黙示の委任」の余地を認めることができるかを検討しなければならない。

一般論としては、黙示の委任を認めることには謙抑的であるべきであろう¹⁶⁵⁾。黙示の委任に謙抑的であるべきなのは、行政が委任なくして立法することを防ぎ、法律による行政の原理を担保するために、権限の委任は明確な形でなされるべきだからであると考えられる。

しかし第一に、執行命令の場合には一般的な委任で足りるという通説の立場からすれば、一般的な委任の場合個別の法令には執行命令の委任の明文の文言はない。ここでは、一般的な委任はあるにせよ、権限の委任が明確な形でなされるべきであるという要請は後退している。第二に、明文の規定の有無は委任の有無を推認させる要素の一つでしかないのではないか。黙示の委任ではないにせよ、行政機関が立法を委任されているのかどうか不明瞭な状況があるということが指摘されているが、そのような状況においても行政は法

規命令を定立することを認められている¹⁶⁶⁾。ここから、立法の委任があることが一見してわかるわけではなくとも、行政機関に立法の委任があると解されている状況があるということが言える。そうすると、望ましい立法技術の在り方は別として、明文の文言がなくとも委任を認めることは解釈論上認められる余地があると考えられる。

裁判例の中には黙示の委任を認める可能性を示唆するものがある。最判昭和27年12月24日刑集6巻11号1346頁において、斎藤裁判官の反対意見は、黙示の委任を容認しているように解される¹⁶⁷⁾。さらに、東京高判昭和38年10月12日行裁例集14巻10号1888頁も、労働基準法41条による黙示の委任を認めているようである¹⁶⁸⁾。これらの反対意見や裁判例¹⁶⁹⁾をみると、解釈論として黙示の委任の可能性の余地は肯定できよう。

c 委任の特定性

しかし、裁量付与による委任という構成はなお問題を有している。学説では明確な議論はないものの、委任の方法としては、a・bで考察した問題点に加え、いかなる法的性質の規範が委任されているかが明確であるべきであるという要請があると考えられる¹⁷⁰⁾。なぜなら、議会による委任は法律の法規創造力の意義を失わせるようなものであってはならない。委任を受けた行政機関が自由な判断で規範の法的性質を設定できるとすると、議会による立法は形骸化し、行政機関が独自に

165) 平岡・前掲注111)33頁。

166) 平岡・前掲注111)32-33頁。もっとも、平岡はこの状況に対して否定的であり、立法技術上の工夫等を要求する。

167) 同反対意見は、「同取締法の暗黙の具体的な委任」等、「暗黙の」委任の余地について述べる。また、平岡・前掲注111)35頁注81、成田頼明「問題点をほらむ委任立法(2)」時の法令347号54頁、56頁(1960)。

168) 同判決は、「労働基準法施行規則(以下単に規則という)第二十三条が法第四十一条に基づくものと解することを妨げるものではない。規則第二十三条が法第四十一条の規定に基づくことを明示していないことによつて……右の解釈を左右するものではない」と述べる。また、平岡・前掲注111)35頁注81。

169) 本文中に掲げたもの以外に、法律と条例との委任関係に関するものであるが、最判平成12年3月17日判時1708号62頁、東京地判平成22年4月16日判時2079号25頁がある。塩野宏『行政法Ⅲ(第4版)』189-190頁(有斐閣、2012)は、これらの裁判例は黙示の授権と考えている可能性があると言う。斎藤誠「条例制定権の限界」『現代地方自治の法的基層』286頁、294-295頁(有斐閣、2012)〔初出2004〕も参照。

170) これは白紙委任の禁止と同義ではない。委任の内容を具体的に指定せよとの要請が白紙委任の禁止であるとするならば、委任の特定性は、委任の内容が具体的であっても、基準の法的性質を特定しなければならないという要請を考察するものだからである。平岡・前掲注111)32頁の「立法」の委任であるかどうか、という問題設定が本稿のいう委任の特定性に近い。同・前掲注111)32頁、41頁においては、「立法」の委任であるかどうかと白紙委任の問題は分けられている。

新たな規範を定立することを認めることになりかねないからである。この観点から考察してみると、裁量付与による委任の構成による場合、委任されている規範の法的性質は、逸脱が許容も要請もされないという法規命令と同様の場合と、逸脱が要請されないが許容されるものである場合がある（論者によっては逸脱が許容も要請もされるものである場合も含む¹⁷¹⁾）。そして、定立した基準がこのいずれの法的性質を持つのかは、行政機関がどれだけ考慮事項を裁量基準に盛り込むかによって決まるから、どのような法的性質を持たせるかを立法者が事前に指示することはできず、基準の法的性質の決定は行政機関に委ねられることになる。これは行政機関にあまりに広範な規範定立権限を認めることになり、法律の法規創造力の意義は失われると言えよう¹⁷²⁾。このように、裁量付与による委任という構成を採った場合、その委任の適法性には問題がある。

そうすると、裁量付与による委任という構成によって裁量基準に委任を認めようとする試みはあるとしても、それは、一律適用できる裁量基準の機能が法律による行政の原理と抵触することを正当化できるものではないことになる。そして、裁量基準の一律適用を認める見解を委任の観点から適切に正当化できる理論が現在しない以上、現時点では裁量の概念としては個別化説を採用したうえで、裁量基準の一律適用はできないとする立場を採るべきだという結論になる。もっとも、議論の方向性としては、裁量基準の機能に対し委任論の観点からいかに対処すべきかをより掘り下げて検討することも考えられる¹⁷³⁾。し

かし、現時点での議論に対する結論は既に得られたうえ、わが国では委任の方法について議論の進展が十分でないという状況¹⁷⁴⁾もあり、これ以上の検討は本稿の射程を超えると言わざるを得ない。

Ⅶ. 結論

以上の検討から、本稿が設定した課題への解答は次のようになる。裁量基準の一律適用をめぐる議論について学説史を分析すると、裁量概念をいかなるものと理解するかという対立、裁量概念を最適選択と理解しても一律適用を認めうるかという対立、一律適用のために委任が必要であるかという対立が存在することが明らかになった。このうち、委任の観点は十分に検討されてこなかったが、一律適用を論ずるうえでは必要な観点である。そして、これらの対立点について検討すると、裁量の概念としては個別化説が妥当であり、個別化説においても考慮事項を適切に具体化すれば裁量基準を一律に適用することができるというのが理論的に妥当だが、委任の観点から、この見解はなお正当化しえない問題点を持つ。それゆえ、少なくとも現時点においては、裁量基準の一律適用は認められない。

裁量基準の一律適用はできない、という結論は目新しいものではない。しかし、結論を導く過程において、わが国の議論に存在した三つの対立点を明示し、さらにほとんど意識されてこなかった委任の観点が重要な意味を持つことを示すことができた。これらの対立点の存在と意義は従来必ずしも明らかにされてこなかったから、多少なりとも議論を深化

171) 常岡・前掲注 154)153-154 頁。

172) 黙示の委任を肯定しつつ委任の特定性の観点から問題があると評価するのは整合していないように思われるかもしれない。しかし、黙示の委任と委任の特定性は次元を異にする問題設定であり、黙示の委任を肯定したからといっていかなる規範をも行政が定立できると認めることにはならない。つまり、本稿は、規範の法的性質を行政が選択できる余地のない程度に委任が特定されている限度において黙示の委任を認める、という立場である。

173) ドイツにおける法規命令・行政規則をめぐる議論が興味深い知見を提供しているように思われる。宮村教平「行政による規範定立の再定位（1，2・完）」阪大法学 64 巻 6 号 1767 頁，65 巻 1 号 251 頁（特に 259 頁以下）(2015) 参照。

174) E. シュミット-アスマン（内野美穂＝角松生史訳）「法規命令：法律及び行政規則との関係において」神戸法学雑誌 60 巻 3・4 号 456 頁，459 頁〔角松生史〕(2011) は、日本において授權法律の合憲性をめぐる議論は比較的低調であり、最判昭和 33 年 5 月 1 日刑集 12 巻 7 号 1272 頁以来、学説判例の状況にめばしい変化は見られないと指摘する。

させることができたのではないか。

もとより本稿には多数の問題点があるはずであるが、今後の課題と関連して以下の点を指摘しておかなければならない。第一に、裁量基準の一律適用の可否という問題が含みうる対立点は、本稿が示した三つに限らない。例えば、わが国と異なり、アメリカでは本稿の問題は「政策形成への参加手続の選択の問題」として論じられていることが紹介されている¹⁷⁵⁾。それゆえ、問題の本質的な解決のためにはわが国でこれまで存在してきた対立点のみならず、存在しうる対立点をも視野に入れた考察が必要となる。第二に、本稿が示した三つの対立点における分析も、それぞれの見解の由来についてさらに掘り下げるべきであった。例えば、イギリスの議論を参照した論者らが異なる結論を導いていることは興味深く、比較法の対象となった彼の国での議論を参照することでより精確に各々の見解を理解することができよう。本稿はわが国での議論を分析した結果を示すにとどまる。

これらの問題点を解消していくことは今後の研究課題である。

*

脱稿後、2016年9月8日までに、交告尚史「ディレクティブの法理の行方」磯部力古稀『都市と環境の公法学』383頁（勁草書房、2016）、芝池義一『行政法読本（第4版）』（有斐閣、2016）、高橋正人「行政規則の外部効果に関する一考察——解釈基準・裁量基準の裁判規範性を中心に——」静岡大学法政研究20巻4号78頁（2016）、常岡孝好「裁量方針（Policy Statement）の法的性質と司法審査（1）」自治92巻9号23頁（2016）、深澤龍一郎「行政判断の構造」芝池義一古稀『行政法理論の探究』287頁（有斐閣、2016）、宮村教平「憲法における法規命令の『機能』論（1, 2・完）——ドイツ公法学における体系化アプローチを参考に——」阪大法学66巻1号175頁、2号115頁（2016）、山本隆司「行政裁量の判断過程審査——その意義、

可能性と課題」行政法研究14号1頁（2016）に触れた。

謝辞

本稿は、2016年1月に東京大学大学院法学政治学研究科に提出した同名の研究ペーパーに加筆・修正を施したものである。本稿が成るまでには多くの方のご支援をいただいた。特に、指導教員を引き受けてくださった交告尚史教授には、論文の内容から学問に対する姿勢まで非常に多くのことをご教示いただいた。井口桑氏からは専門の枠を越えて議論の方向性について、原直哉氏からは表現や議論の問題点について重要な指摘を頂戴した。この場をお借りして御礼申し上げる。

（ふなと・こうへい）

175) 本多滝夫「裁量基準の設定と個別事情の考慮の関係の一断面——アメリカにおける規則制定にかんする裁判例を素材として」名古屋大学法政論集149巻197頁、211頁（1993）。

論説

アメリカの大規模民事紛争「解決」：引き潮の クラス・アクションと上げ潮の広域係属訴訟

東京大学教授

浅香吉幹*

I. はじめに

II. クラス・アクション

- 1 クラス・アクションの要件
- 2 クラス・アクションの改革
- 3 仲裁条項
- 4 クラス・アクションの現状

III. 広域係属訴訟

- 1 広域係属訴訟の発展
- 2 広域係属訴訟の移送手続
- 3 受送裁判所でのトライアル前手続
 - (1) 受送裁判官の権限
 - (2) 弁護士委員会
 - (3) 補助裁判官
 - (4) 先行トライアル
 - (5) 和解案
 - (6) 共益費
 - (7) 成功報酬上限設定
 - (8) 逆送
- 4 広域係属訴訟手続の評価
 - (1) 違憲論
 - (2) 移送命令の透明性
 - (3) 弁護士委員会の構成
 - (4) 受送裁判官の権限の根拠

IV. おわりに

I. はじめに

アメリカで大規模民事紛争を解決するメカニズムとしてはクラス・アクションが知られている。本稿は、近年、クラス・アクションについて、連邦民事訴訟規則改正、立法、合衆国最高裁判所判例により制約が課されるようになったことを跡付け、それに対して広域係属訴訟 (multidistrict litigation) という別の民事紛争解決メカニズムが大規模民事訴訟を処理するようになってきていることを紹介する。

II. クラス・アクション¹⁾

1 クラス・アクションの要件

クラス・アクションはエクイティに由来し、1938年に連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure) が制定されたときにも23条に規定されたが、1966年に規則23条の改正により整備拡充がなされ、同時代に進行していた人権法、消費者法、反トラスト法などの実体法・救済法での変革と相俟って、飛躍的に利用されるようになった。それでも合衆国最高裁判所判例が出揃って手続の具体化が完了した1980年代には、その利用は安定したものといえた。

連邦民事訴訟規則23条は(a)項でまず、す

* 本稿のもとになった在外研究には、公益財団法人野村財団の社会科学助成 (国際交流助成) を受けた。

1) 浅香吉幹『アメリカ民事手続法 (第3版)』35-46頁 (弘文堂, 2016)、浅香吉幹「アメリカ弁護士のクラス・アクション戦略」東京大学法科大学院ローレビュー3巻135頁 (2008)。

すべてのクラス・アクションが満足しなければならぬ4要件を規定する。それは、(1) クラス構成員 (class member) の多数性 (numerosity), (2) 法律問題または事実問題のクラス全体での共通性 (commonality), (3) クラス代表者 (class representative) の請求の典型性 (typicality), (4) クラス代表者および弁護士がクラス全体の利益を保護する適切性 (adequacy), である。その上で (b) 項のいずれかのクラス・アクション類型に該当することが必要となる。そのうち、(b)(1)(A) 項の、個別訴訟では複数の矛盾する判決の恐れのある類型、(b)(1)(B) 項の、個別訴訟では現実問題として非当事者の利益を処分してしまいかねない類型、(b)(2) 項の、クラス全体への差止が適当である類型では、クラス定義 (class definition) に含まれる者を当然に判決・和解等の訴訟の結果に拘束する mandatory class となる。それに対し、(b)(3) 項の、損害賠償を求める類型では、クラス構成員に共通の法律問題または事実問題に個々のクラス構成員に関わる問題よりも支配性 (predominance) があり、かつ他の手段よりもクラス・アクションの手続に優位性 (superiority) のあることが要件として加えられ、さらにクラス構成員には告知 (notice) がなされ、クラス・アクションの結果に拘束されることから離脱 (opt-out) する機会が与えられなければならない。

クラス・アクションは、クラス代表者が名乗り出ただけで認められるものではなく、裁判所が要件の充足とクラス定義を承認 (certification) しなければならない。またクラス代表者が被告と和解をしたり訴えを取り下げたりする場合にも裁判所の承認が必要となる。

2 クラス・アクションの改革

1990年代になると、クラス・アクションに対する2方面からの批判が高まるようになる。第1に、被告企業に争う余地のあるクラス・アクションであっても、高額な損害賠償

のリスクから和解を迫られる「脅迫的」和解 (“in terrorem” settlement) があるとの批判、第2に、クラス・アクションの和解によってクラス構成員にもたらされる利益が微々たるものであるのにクラス弁護士が高額報酬で潤っていることがあるとの批判、である。

このような批判に対しては、まず2003年の連邦民事訴訟規則23条改正で、裁判所の後見・監督権限が強化され、さらなる改正²⁾も検討中にある。

また合衆国議会も2005年のクラス・アクション公正法 (Class Action Fairness Act of 2005) により、州裁判所よりも相対的にクラス・アクションの承認に慎重な連邦地方裁判所の第一審管轄権を拡大する (28 U.S.C. §§1332 (d)(2), (6), 1453) とともに、消費者クラス・アクションでクラス構成員がかえって割を食う和解を抑止する目的で「消費者権利章典 (consumer bill of rights)」 (28 U.S.C. §§1712-1715) が盛り込まれた。

合衆国最高裁判所も、一連の判決で、クラス・アクションの承認のハードルを高めるようになっている。

Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997) は、アスベスト被害に関する (b) (3) クラス・アクションで、クラス・アクション請求時において被告との間で和解する見通しとなっている和解クラス・アクション (settlement class action) であっても、規則23条上の要件が緩和されることはなく、むしろ個々の構成員によってアスベストにさらされた状況が異なっていたり適用州法が違ったりするために支配性要件を満たしていない、また発症・未発症の被害者間で和解金の分配での利益対立があるため適切性要件を満たしていない、とした。

Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011) は、全国最大の小売チェーンでの雇用性差別事件で、女性被用者約150万名を構成員とする (b)(2) クラス・アクションであるが、(b)(3) クラス・アクションで加重された支配性要件がなくとも、共通性要件は共通の

2) See Richard Marcus, *Once More unto the Breach?: Further Reforms Considered for Rule 23*, 99 (1) JUDICATURE 57 (2015).

法律問題または事実問題があるというだけで満足するものではなく、クラス全体で訴訟を解決する共通の答え（common answer）を生み出すようになることについて、本案ともオーヴァラップすることもありうる厳格な審査で認定されなければならないとする。本件では、給料や昇進の判断が各地の責任者に委ねられているため、全国的なクラスでの共通性は認められないとした。

Comcast Corp. v. Behrend, 133 S.Ct. 1426 (2013) は、ケーブル・テレビの地域分割での競争阻害が争点となった反トラスト法クラス・アクションであるが、本案ともオーヴァラップする厳格な審査で、原告側提出の専門家が提示する反トラスト・インパクト・モデルでもクラス全体への反トラスト法違反による損害額を算定できないとして、支配性要件を満足しないものとした。

3 仲裁条項

クラス・アクションの提起のハードルを高めているものとしては、1925年連邦仲裁法2条（Federal Arbitration Act of 1925 §2, 9 U.S.C. §2）に基づき契約上の仲裁条項を忠実に実現する1980年代以来の一連の合衆国最高裁判所判例もある。仲裁条項は、企業間の商事契約のみならず、定型約款を用いる消費者契約、労働契約、フランチャイズ契約にも用いられ、その場合、個別当事者間の仲裁のみに限定する糾合禁止条項（anti-aggregation provision）が組み込まれていることもある。すなわちクラス・アクションと同様に多数利害関係者の請求をまとめて仲裁で解決するクラス仲裁（class arbitration）³⁾を排除し、1対1の仲裁のみが要求される。

こういった仲裁条項は、契約書中で強調されていたとしても、実際に紛争が生じない限り契約者の注意を引きにくいし、また携帯電話契約などで同業他社も同様の仲裁条項付の定型約款を用いている場合には、契約しない

という選択もしづらい。そして、仲裁は、訴訟と比べて簡易迅速であると考えられているが、仲裁人の報酬など手続費用は当事者が負担するものである。仲裁条項によっては仲裁手続費用を事業者負担としたり、少額請求訴訟を許容（small claims option）したりするものもあるとはいえ、請求額が少額の事件類型の場合、糾合禁止付の仲裁条項は、負担する費用に見合わないことで、ともすれば訴訟でも仲裁でも請求を断念させる効果を生じかねない。

連邦仲裁法2条但書は、コモン・ロー上またはエクイティ上の根拠に基づく場合は仲裁条項を撤回できるとしている。しかし、合衆国最高裁判所は、*AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011) で、携帯電話契約での仲裁条項について、カリフォルニア州最高裁判所が非良心的（unconscionable）であり無効としたことについて、ことさらに仲裁条項に対してのみ適用される州判例であるため、仲裁合意の実現を目的とする連邦仲裁法に反するとした。その際に、クラス・アクションやクラス仲裁が「脅迫的」和解をもたらしうることも指摘する。

American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 133 S.Ct. 2304 (2013) は、クレジットカード会社の手数料が反トラスト法違反であるとしてカード提携業者が訴えた訴訟で、反トラスト法違反を証明するための専門家の費用が個別の仲裁では見合わないほど高額（too costly to bring）である類型の事件（negative value suit）であって、クラス・アクションやクラス仲裁が認められないと、結果的に違法行為をしている事業者が連邦法上の賠償責任を免れかねない、と主張されたが、それでも連邦仲裁法は仲裁条項の実現を求めているとした。

これらの判例のもとで、仲裁条項の実現を阻止する可能性のあるのは、仲裁条項締結時の詐欺・強迫の場合、法律上の権利の主張を禁止する場合、仲裁自体が過度に高額となる

3) See, e.g., American Arbitration Association, Supplementary Rules for Class Arbitrations (https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesearchresult?x_rule_status=A&_afLoop=2916668354103829&_afWindowMode=0&_afWindowId=syvy7nu0_239#%40%3F_afWindowId%3Dsyvy7nu0_239%26_afLoop%3D2916668354103829%26x_rule_status%3DA%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dsyvy7nu0_279 (last visited Aug 19, 2016)).

場合、または一般法である連邦仲裁法の適用を除外する連邦の特別法のある場合、となる。

4 クラス・アクションの現状

これら一連の動向により、個々の被害者の請求額が僅かであるものの、薄く広く被害が生じているため被害総額が大きくなる類型のクラス・アクション、たとえば消費者クラス・アクションの承認に慎重な態度がとられることになる。ただし、クラス・アクションは多様な実体法分野で横断的に用いられる手続であり、たとえば業績見通しが悪いのに見通しがよいとの情報を意図的に流して株価を維持し、最終的に下落した株価により株主に損害を与えた場合の証券詐欺訴訟のクラス・アクションなどは、相変わらず提起されているし、人身損害製造物責任クラス・アクションの提起も安定している⁴⁾。

Ⅲ. 広域係属訴訟

1 広域係属訴訟の発展

クラス・アクションに制約の課される傾向があるのに対し、大規模民事紛争解決で注目を集めている訴訟メカニズムが広域係属訴訟である。広域係属訴訟は1968年制定の28 U.S.C. §1407で規定された手続⁵⁾で、各地の連邦地方裁判所に提起された共通の事実問題を有する訴訟を、まとまったディスカヴァリ(discovery)などのトライアル前(pretrial)手続のために移送(transfer)するものであ

る。まとまったトライアル前手続が完了すれば、それぞれの訴訟は元の受訴裁判所に逆送(remand)されて、個別的なトライアル前手続とトライアルが行われることになっている⁶⁾。しかし実際には、ほとんどの訴訟は受送裁判所(transferee court)でサマリ・ジャッジメント(summary judgment)や和解などによって終結する。

そしてアスベスト事件について広域係属訴訟としての取り扱いがなされた1991年⁷⁾より、この広域係属訴訟手続は、受送裁判官(transferee judge)の創造的な実務運用により、大規模民事紛争を全面的和解(global settlement)に導く手段として活用されるようになってきている。たとえば医薬品の副作用に関する訴訟⁸⁾、体内埋め込み式医療装置の欠陥に関する訴訟⁹⁾、遺伝子組み換え米の混入に関する訴訟¹⁰⁾、自動車の欠陥に関する訴訟¹¹⁾などがある。また広域係属訴訟ではないが、2001年9月11日の同時多発テロ事件で、ワールド・トレード・センタ崩壊現場での救援・捜索・がれき除去にあたった隊員の健康被害に関する訴訟は、Air Transportation Safety and System Stabilization Act of 2001 §408(b) (49 U.S.C. §40101 note)によりニュー・ヨーク南部連邦地方裁判所に専属管轄が与えられ、同様のまとめられたトライアル前手続がなされて全面的和解に導かれた¹²⁾。

2015年の統計では、合衆国地方裁判所民事未済件数が341,813件であるうち、広域係属訴訟の未済件数は132,788件を占めている¹³⁾。広域係属訴訟も多様な実体法分野を

4) See Robert H. Klonoff, *The Decline of Class Actions*, 90 WASH. U. L. REV. 729, 823-28 (2013); Thomas E. Willging & Emery G. Lee III, *From Class Actions to Multidistrict Consolidations: Aggregate Mass-Tort Litigation After Ortiz*, 58 KANSAS L. REV. 775 (2010).

5) 浅香吉幹「広域係属訴訟：合衆国連邦裁判所におけるその移送・包括処理(1, 2・完)」法協103巻4号155頁, 5号136頁(1986)。

6) *Lexecon Inc. v. Milberg Weiss Bershad Hynes & Lerach*, 523 U.S. 26 (1998).

7) See *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 599 (1997).

8) *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 760 F.Supp.2d 640 (E.D.La. 2010); *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F.Supp.2d 488 (E.D.N.Y. 2006).

9) *In re Guidant Corp. Implantable Defibrillators Prods. Liab. Litig.* 2008 WL 682174 (D.Minn.).

10) *In re Genetically Modified Rice Litig.*, 2010 WL 716190 (E.D.Mo.).

11) *In re General Motors LLC Ignition Switch Litig.*, 26 F.Supp.3d 1390 (J.P.M.L. 2014).

12) *In re World Trade Ctr. Lower Manhattan Disaster Site Litig.*, 66 F.Supp.3d 477 (S.D.N.Y. 2015).

13) JAMES C. DUFF, *JUDICIAL BUSINESS OF THE UNITED STATES COURTS*, 2015 ANNUAL REPORT OF THE DIRECTOR,

横断して用いられる手続で、広域係属訴訟件数（多くの訴訟をまとめたことで1件と数える件数）としては、製造物責任訴訟が25.6パーセント、反トラスト法事件が23.4パーセントと、2分野で半数近くを占めている¹⁴⁾が、製造物責任訴訟は広域係属訴訟1件あたりで取り扱われる訴訟件数が圧倒的に多いため、広域係属訴訟を構成する訴訟件数としては製造物責任訴訟だけで90パーセント以上を占めている¹⁵⁾。

2 広域係属訴訟の移送手続

広域係属訴訟の移送命令および逆送命令を発するのは、合衆国首席裁判官（Chief Justice of the United States）が通常7年任期で指名する7名の連邦控訴裁判官・連邦地方裁判官で構成される広域係属訴訟司法委員会（Judicial Panel on Multidistrict Litigation, 略称JPMLないしMDL Panel）である¹⁶⁾。広域係属訴訟司法委員会は当事者の申立または職権で移送の審理を行う。移送の要件は、共通の事実問題（common questions of fact）があり、移送することが当事者および証人の便宜（convenience of parties and witnesses）で訴訟の公正で効率的な運営（just and efficient conduct of the actions）に資する場合となっている。

共通の事実問題という要件は、クラス・アクションの連邦民事訴訟規則23条(a)(2)項の共通の法律問題または事実問題と対応しているようにも見えるが、上述のWal-Mart判決などでの合衆国最高裁判所解釈とは異なり、個別的な事実問題もあるとか適用州法が異なるといったことがあっても、さほど移送

の妨げとはならない。

移送の審理に際してはヒアリングが開かれ、広域係属訴訟としての移送の許否が判断される。受送裁判所および受送裁判官も広域係属訴訟司法委員会が指定するが、広域係属訴訟としてまとめられる訴訟が受送裁判所にすでに係属していることは必須要件ではないし、受送裁判官が受送裁判所の裁判官であることも必須要件ではない。大規模民事紛争を公正かつ効率的に解決に導く経験や能力のある裁判官に移送することも重視される¹⁷⁾。

広域係属訴訟としてまとめられた後に各地の連邦地方裁判所に提起された関連する訴訟については、移送の仮命令がなされ、異議が申立てられなければそのまま移送され、異議が申立てられればヒアリングが開かれて判断が下されるというtag-along手続が用いられる¹⁸⁾。また受送裁判所への移送の手間を省略するために、受送裁判所での訴訟提起に関する人的管轄権（personal jurisdiction）および裁判地（venue）の異議を被告が放棄して受送裁判所への訴訟提起（direct filing）を促すことも行われる¹⁹⁾。

3 受送裁判所でのトライアル前手続

(1) 受送裁判官の権限

受送裁判所で行われるトライアル前手続は、受訴裁判所のトライアル前手続すべてに及ぶ。したがって、ディスカヴァリなどのトライアル準備のみならず、サマリ・ジャッジメントや和解といった個々の訴訟を終結させる手続も含まれる。またクラス・アクションの承認も受送裁判所で行うが、後述のよ

tbls. C & S-20 (2016) (<http://www.uscourts.gov/statistics-reports/judicial-business-2015> (last visited Aug 19, 2016)).

14) UNITED STATES JUDICIAL PANEL ON MULTIDISTRICT LITIGATION, CALENDAR YEAR STATISTICS 2015 (2016) (<http://www.jpml.uscourts.gov/statistics-info> (last visited Aug 19, 2016)).

15) Samuel Issacharoff, Snapshot of MDL Caseload Statistics (Oct. 8, 2015) (unpublished manuscript) (<https://law.duke.edu/judicialstudies/conferences/october2015/materials/> (last visited Aug 19, 2016)).

16) See John G. Heyburn II, *A View from the Panel: Part of the Solution*, 82 TUL. L. REV. 2225, 2227 (2008).

17) See John G. Heyburn II & Francis E. McGovern, *Evaluating and Improving the MDL Process*, 38 (4) LITIG. 26 (2012).

18) Rules of Procedure of the United States Judicial Panel on Multidistrict Litigation 7.1 & 7.2.

19) See Andrew D. Bradt, *The Shortest Distance: Direct Filing and Choice of Law in Multidistrict Litigation*, 88 NOTRE DAME L. REV. 759 (2012).

うに、クラス・アクションの承認をするまでもなく、実質的にクラス・アクションと同様に全面的和解を目指した訴訟運営がしばしばなされる。

潜在的当事者の利益をクラス代表者がまとめて面倒をみるクラス・アクションとは異なり、広域係属訴訟は実際に連邦地方裁判所に提起された訴訟が受送裁判所にまとめられるものであるため、個々の原告が訴訟の現実の当事者となっていて、それぞれの弁護士が選任されている。そのため広域係属訴訟の受送裁判所でも、多くの原告および多くの弁護士が関わって、最終的な和解を受け入れるのかも個々の原告次第となる。

(2) 弁護士の委員会

しかし、まとまったトライアル前手続に実際に個々の弁護士を関与させることは効率性に反するため、弁護士の代表者で構成される委員会（運営委員会（steering committee）、連絡委員会（liaison committee）など）が組織され、受送裁判所でのディスカヴァリや和解交渉などを主導するという手法が用いられる。委員会に加わらない弁護士は、それぞれの依頼者である原告を代理し続けるものの、委員会からの報告を受け、意見を伝える機会をもつ程度がせいぜいの消極的役割をサイドラインで担う立場となる。

(3) 補助裁判官

また受送裁判官も、ディスカヴァリや和解交渉の進捗状況を管理し、さらにはそれらの手続に積極的に関与するために、常勤の連邦治安判事（magistrate judge）や特任の補助裁判官（special master）を用いることがある。とくに補助裁判官は連邦治安判事と異なり、当該広域係属訴訟に専従するものとしてロー・スクール教授、弁護士、元裁判官などが任命され、フットワークよく両当事者間の仲立ちをするのに役立つ。ただし補助裁判官の報酬は当事者の負担となる²⁰⁾。

(4) 先行トライアル

広域係属訴訟とされた個々の訴訟の中から、test case を数件選んで、当該訴訟のディ

スカヴァリを先行した上でトライアルを行って陪審評決を得る bellwether trial という手法が用いられる²¹⁾。この陪審評決は当該訴訟の当事者間で拘束力があるが、他の訴訟の当事者間については、あらかじめ当該トライアルの結論に従うという合意がなされない限り拘束力はない。しかしこの陪審評決は他の訴訟の結果の予測で手がかりとなるので、和解を促す効果が期待される。

もともと受送裁判所は移送されてきた訴訟についてのトライアルの権限はなく、逆送後に移送元裁判所でトライアルがなされるものとされているので、先行トライアルについても、もともと受送裁判所に提起された訴訟、または双方当事者が受送裁判所でのトライアルに合意をした訴訟に限ってなしうる。移送された訴訟について適用州法は移送元裁判所から変わらないことになっているため、実際に先行トライアルとなしうる訴訟の選択肢がこのように限定されることは、適用州法によって結論が異なりうる場合の全面的和解の手がかりとしての機能も限定してしまいかねない。

(5) 和解案

クラス代表者がクラス全体の利益を代表するものとされるクラス・アクションの場合、クラス代表者と被告との間の和解がクラス構成員の利益を損なわないように、裁判所による和解内容の審査（settlement fairness review）が行われるが、個々の訴訟の集合である広域係属訴訟の場合、和解をするか否かは当然、自分で選任した弁護士のアドバイスを受けた個々の当事者の判断となる。しかし受送裁判官の監督のもとで弁護士の委員会が被告と取りまとめた和解案は、好むと好まざるとにかかわらず個々の当事者の和解判断に影響を与えざるをえない。すなわち大規模紛争で大多数の原告が和解をした場合に、少数となった原告相手であると被告が戦いやすくなることで、判決で和解よりも有利な結果を得るのにハードルが高まる効果がありうる。のみならず、和解で支払可能な金額のほとん

20) See Tobias Barrington Wolff, *Managerial Judging and Substantive Law*, 90 WASH. U. L. REV. 1027, 1056-57 (2013).

21) See Eldon E. Fallon et al., *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*, 82 TUL. L. REV. 2323 (2008).

どを使い果たした被告相手に後になって判決を得たところで、判決額満額を受け取るどころか、取りっぱぐれのリスクもある。

広域係属訴訟で受送裁判官が全面的和解を目指す場合、手持事件以外の利害関係者への外部効果 (externality) を考慮しつつ、可能な限りの利害関係者にとって公正で受け入れ可能な和解案を提示すべく、裁判官は原告弁護士委員会と被告との間で取りまとめられた和解案の内容の審査をすることがある²²⁾。厳密には、クラス・アクションとは異なり、裁判官が和解案を承認しなかったとしても、当事者間での合意があれば当該当事者間での和解は成立するはずであるが、裁判官が承認しなかった和解案は、公正さが担保されていないものとして、多くの当事者によって受け入れられることは期待できない。したがって不承認となった場合には、裁判官の指摘する問題点を解消する再交渉によって新たな和解案が取りまとめられることにならざるをえない。

広域係属訴訟の和解案では、なるべく多くの原告が和解を受け入れさせるためのテクニックが用いられる。被告からすると、取りまとめた和解案を実際に受け入れる原告が少なくてはその民事紛争の全面的解決 (global peace) にほど遠いものとなるので、90パーセントなどといった一定割合以上の原告が受け入れたときのみ被告が和解案に拘束されるとする threshold 条項が入れられることは多い。複数の原告を代理している弁護士ないしロー・ファームに対し、代理する当事者すべてについて和解を受け入れる義務を課し、和解を受け入れない当事者については代理を辞任することを求める条項が入ることもある。この条項は、弁護士ないしロー・ファームの手持事件のうち、勝ち目の薄い訴訟については和解の利益を確保するけれども、勝ち目のある訴訟については和解を拒否してより

有利な判決を目指す、という戦略を防ぐ意味で合理的ではあるが、依頼者の利益を最大限擁護する義務のある弁護士の倫理上の問題がある²³⁾。

広域係属訴訟は連邦地方裁判所に係属する訴訟をまとめるものであるため、州裁判所に係属する訴訟や訴訟提起されていない事件についてまでは和解を促す公式の権限はない。しかし州裁判所に係属している事件については、州裁判所事件の当事者や州裁判官との協力のもとで、ディスカヴァリの成果を相互利用できるようにしたり、和解案を州裁判所事件の当事者間でも受け入れられるものとしたりすることがありうる。また、和解案は、訴訟未提起の事件でも参入 (opt-in) できるようにすることもありうる²⁴⁾。

(6) 共益費

クラス・アクションであれば、クラス弁護士の報酬や諸経費については、最終的に原告クラスが受け取る賠償金ないし和解金の一部を共益費 (common fund) として支弁する方法が確立している²⁵⁾。クラス構成員は積極的な訴訟活動をすることなくクラス弁護士のサービスの利益を享受するため、そのサービスに対する応分の負担をすることは不当ではないとされる。これに対し広域係属訴訟の場合、現実に訴訟を提起した原告はそれぞれの弁護士を選任しているため、自分の弁護士に対する報酬や経費の支払をただですむものとも考えられるかもしれない。しかし弁護士の委員会が受送裁判所のディスカヴァリなどのトライアル前手続や和解交渉を全原告のために主導する場合、個々の原告が選任した弁護士の多くは弁護士委員会の訴訟運営をサイドラインで監視する程度の消極的役割しか担わなくなる。

そうなると、弁護士委員会が全原告のために活動した部分については、共益費を積み立ててそこから各弁護士の寄与分を支払うこと

22) See, e.g., *In re World Trade Ctr. Lower Manhattan Disaster Site Litig.*, 66 F.Supp.3d 477 (S.D.N.Y. 2015).

23) See Edward F. Sherman, *The MDL Model for Resolving Complex Litigation If a Class Action Is Not Possible*, 82 TUL. L. REV. 2205, 2215-16 (2008).

24) See *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 760 F.Supp.2d 640, 645 (E.D.La. 2010); *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F.Supp.2d 488, 491 (E.D.N.Y. 2006).

25) See *In re Genetically Modified Rice Litig.*, 2010 WL 716190 (E.D.Mo.).

が合理的になる²⁶⁾。しかしその共益費を最終的な和解金から取り立てるにせよ、個別訴訟であれば自分で提供するはずのサービスを委員会の弁護士に肩代わりしてもらい弁護士の報酬から徴収するにせよ、委員会の弁護士に対する個々の原告からの代理の授権はそもそもないし、個々の弁護士を介して個別に授権しているという説明も実体を反映するとはいえない問題がある。

(7) 成功報酬上限設定

さらに受送裁判官が、個々の原告が自ら選任した弁護士の成功報酬 (contingent fee) に上限 (cap) を設けることがある²⁷⁾。本来、当該原告に対する弁護士サービスを自ら提供するはずであったが、その一部が広域係属訴訟では弁護士委員会の弁護士に肩代わりされるため、原告としては共益費となる弁護士委員会の弁護士への報酬を勘案して、自ら選任した弁護士の報酬が減額されることも合理的である。しかし原告と自ら選任した弁護士との間の報酬契約に、なぜ裁判所が介入できるのか、その正当化は簡単ではない。

(8) 逆送

受送裁判所でのトライアル前手続中に終結しなかった訴訟については、移送元裁判所でのトライアルのために逆送される²⁸⁾。逆送するのは広域係属訴訟司法委員会であるが、逆送の時機に達しているかについては受送裁判官の判断が尊重される。しかし実際に逆送される件数は少ない。

4 広域係属訴訟手続の評価

(1) 違憲論

広域係属訴訟による受送裁判官のトライア

ル前手続権限を用いることで、大規模紛争の全面的和解を実現することに関しては、手続的集団主義 (procedural collectivism) が個人の裁判を受ける権利 (day in court) を奪っているので手続的デュー・プロセス違反で違憲という主張²⁹⁾もあるものの、一般的には有用性が評価されている³⁰⁾。ただし、広域係属訴訟司法委員会や受送裁判官の手続の透明性と正統性に関する懸念も表明されている³¹⁾。

(2) 移送命令の透明性

1990年代以降の広域係属訴訟司法委員会の移送判断については、移送を認めない事件もあるなど、安易になされているとまではいえないものの、移送命令文が、諸要素を総合判断したというだけの定型文であることが通常で、実際にどのような判断がなされたのかが不明確であるとの懸念がある。しかも受送裁判所および受送裁判官の選定で、裁判官の広域係属訴訟を担当した経験が重視されることは、たしかに事件の効率的処理のためには有利な点であるけれども、その分、広域係属訴訟の効率的案件管理 (case management) と全面的和解への志向の強い裁判官への移送への偏りが生じるという問題があるのではないか、と指摘されている。通常の訴訟では、受送裁判所での事件の裁判官配点はある程度は無作為であるはずであるが、ここでは明確に特定の裁判官に事件が割り当てられることへの懸念である。そもそも広域係属訴訟司法委員会を構成する裁判官の指名にも、同様の作為が働きうる³²⁾。

(3) 弁護士の委員会の構成

受送裁判所での弁護士委員会の構成については、コンセンサス方式や自薦方式で決められることになっているが、どちらの方式でも

26) See *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 760 F.Supp.2d 640 (E.D.La. 2010).

27) See *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F.Supp.2d 488 (E.D.N.Y. 2006).

28) See Heyburn, *supra* note 16, at 2233-35.

29) Martin H. Redish & Julie M. Karaba, *One Size Doesn't Fit All: Multidistrict Litigation, Due Process, and the Dangers of Procedural Collectivism*, 95 B.U. L. REV. 109 (2015). 共著者の一方は、現代クラス・アクションについても、実体法に影響するので連邦民事訴訟規則で規定するのは権力分立に反する、和解クラス・アクションには事件・争訟性がない、個人の自律を奪いデュー・プロセスに反する、という違憲論を展開している。MARTIN H. REDISH, *WHOLESALE JUSTICE* (2009).

30) See Richard L. Marcus, *Cure-All for an Era of Dispersed Litigation?: Toward a Maximalist Use of the Multidistrict Litigation Panel's Transfer Power*, 82 TUL. L. REV. 2245 (2008); Sherman, *supra* note 23, at 2206-09.

31) See Elizabeth Chamblee Burch, *Judging Multidistrict Litigation*, 90 N.Y.U. L. REV. 71 (2015).

32) See Marcus, *supra* note 30, at 2284-85.

広域係属訴訟での委員会弁護士の経験のある者同士で、談合的な事件の割り振りが行われているかのように、広域係属訴訟で繰返し同じ顔ぶれの弁護士が委員会メンバーとなることが常態化している。受送裁判官との関係で、またお互いの関係で、協調的な弁護士で占められてしまうことは、効率的な大規模訴訟処理において有利とはいえ、個々の原告の利害を損ねることもありうるという点で問題であると指摘されている³³⁾。

(4) 受送裁判官の権限の根拠

クラス・アクションの裁判官の権限とは異なり、広域係属訴訟での受送裁判官のトライアル前手続権限については、特則があるのではなく、通常受訴裁判所のトライアル前手続権限を広く有するものとされる。しかもサマリ・ジャッジメントなどの終局判断以外のトライアル前命令については、終局判断以外からの上訴を原則として認めない終局判決原則 (final judgment rule) のもとで、受送裁判官の判断について上訴判断がなされることは稀である。これと対照的に、クラス・アクションの場合、連邦民事訴訟規則 23 条 (f) 項で、クラス・アクションの承認の許否からの上訴を直ちに認める特則が設けられているので、第一審裁判官の判断についても、連邦控訴裁判所、さらには合衆国最高裁判所の審査を受ける機会がある。

受送裁判官の広域係属訴訟で全面的和解を目指す実務を、「準クラス・アクション (quasi-class action)」³⁴⁾ と名付けることだけで正当化することは、連邦民事訴訟規則 23 条に詳細な要件と裁判官権限が明確化されているクラス・アクションとの対比で問題がある。またクラス構成員が潜在的当事者であることが、クラス・アクションで裁判所が後見・監督機能を果たす根拠であるので、現実の訴訟の集合である広域係属訴訟に無自覚に類推することは実質的にも問題がある。

受送裁判官が和解案の内容を審査すること

は、上記の通り、単に和解案の当不当に関する裁判官の参考意見にすぎず、実際に当事者間で和解をすることを止める効果はないのかもしれないが、実質的には個々の当事者が和解を受け入れるか否かの判断に大きな影響を及ぼすことが想定できる。また、事件によっては、和解案を取りまとめた当事者側から、和解案の説得力と拘束力を高めるために裁判官の審査を依頼することもある。とりわけ和解の実施において裁判官の監督を必要とする救済メカニズムが盛り込まれる場合、当該裁判官の和解内容の審査が必要と考えられる³⁵⁾。

受送裁判官が公益係属訴訟手続中の共益費を積み立てる権限の根拠については、(1)19 世紀以来、合衆国最高裁判所が、幅広い受益者のために提供された弁護士サービスのために、エクイティを根拠にクラス・アクションその他で認めてきた共益費原則 (equitable common fund doctrine)、(2)それと類似の原則である提供役務相当金額の請求 (quantum meruit)、(3)大規模・複雑な紛争で少数の弁護士にトライアル前手続を主導させる訴訟管理の固有権 (inherent managerial authority)、そして (4)和解受諾の際に個々の弁護士から徴する同意、が挙げられている³⁶⁾。

個々の原告が選任した弁護士の報酬の上限設定の根拠については、(1)クラス・アクション類似の手続であることによる一般的エクイティ権限、(2)全面的和解について倫理上の監督を及ぼす権限、(3)弁護士倫理の監督権限を有することが確立している裁判所として、公正の観点から成功報酬契約を審査する権限、が挙げられている³⁷⁾。

IV. おわりに

クラス・アクションの場合、個別の訴訟が提起しづらい請求を糾合して、潜在的原告への救済をクラス代表者が取りまとめることの

33) See Burch, *supra* note 31, at 95.

34) *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F.Supp.2d 488, 491 (E.D.N.Y. 2006).

35) See *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 760 F.Supp.2d 640, 645 (E.D.La. 2010).

36) See *id.* at 647-49.

37) See *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, 424 F.Supp.2d 488, 491-93 (E.D.N.Y. 2006); Burch, *supra* note 31, at 109-15.

できることが重要な長所である。しかしクラス構成員は離脱しないとしても、クラス・アクションに積極的に関与するものではないため、クラス代表者やその弁護士が不当な利益を獲得することのないよう、裁判所の後見・監督権限が強調される。また被告にとっても、全面的和解のための窓口が一本化するという利点があるものの、もともと個別的には提起されなかったはずの訴訟が糾合されて現実化することで、莫大な賠償リスクを負うことになることが、良くも悪くも和解圧力となりうる。

それに対し広域係属訴訟は、現実に各地の連邦地方裁判所に提起された訴訟をまとめて処理するものである。原告としては個別訴訟として提起するだけの価値があることになる。被告としては、現実に提起された大量の訴訟を、積極的に和解交渉するであれ、引き延ばし戦術をとるであれ、何らかの形で対処しなければならない。裁判所としても、ただ古典的な1原告対1被告の民事訴訟モデルとして個々の訴訟を扱ってはいは、処理しきれものではない。

広域係属訴訟手続を用いて、まとまったディスカヴァリなどのトライアル前手続を行い、可能な限り包括的な和解に導く現在のプラクティスは、単に大量の訴訟を効率的に処理するというだけでなく、被告にとっても、大規模民事紛争をできるだけ取りこぼしなく、後々に紛争が再燃しないような和解ができるのであれば、受け入れることができるかもしれない。原告側にとっても、早い者勝ちや取りっぱぐれの無い、公正な救済メカニズムが和解により設けられるのであれば、執行可能性も勘案した個別訴訟判決の現在価値と比べて有利かもしれない。

アスベスト訴訟のように、発症までの潜伏期間が長期であって、被害の全体像がなかなかわからないような場合には、どのように将来の展開の予測をするかという困難さはあるものの、ともあれ広域係属訴訟の現在のプラクティスは、大規模民事紛争の効率的処理を行っているものと評価されている。1受送裁判官に大きな権限が与えられ、その判断について上訴審査もほとんど行われなければ

も、事件に応じた柔軟で実効的な手続運営が必要ということで、法律や連邦民事訴訟規則で過度に縛りをつけることも有害無益とも考えられる。残る問題としては、実務の蓄積とともに、広域係属訴訟司法委員会や受送裁判官の重要な判断に際して、裁判官や弁護士委員会の内部での閉鎖的な手続を越えた適切性の担保と透明性の確保が講じられる必要があるかであろう。

(あさか・きちもと)

論説

支配株主と少数派株主の エージェンシー問題に関する覚書

——社外取締役などにどこまで期待できるのか？——

東京大学准教授

加藤貴仁*

I. 支配株主と少数派株主のエージェンシー問題とは？

II. 2014 年会社法改正

III. 日本法における規制の概要

- 1 支配株主のインセンティブ構造
- 2 支配株主と上場会社の取引に関する規定
- 3 支配株主との取引によって従属会社の利益が害される場合とは？

IV. 社外・独立取締役などにどこまで期待できるのか？

V. 今後の課題

I. 支配株主と少数派株主のエージェンシー問題とは？

株式会社制度は、我が国を含む多くの国々において、経済活動を支える重要なインフラとして定着している。株式会社に関する制度には各国ごとに微妙な差異があるが、概ね、出資者から独立した法人格、出資者の有限責任、持分譲渡の自由、出資者によって選任された機関を中心とした経営、出資者による会社の「所有」(“ownership”)という特徴を共有しているといわれている。このような特徴を備える組織形態であるが故に、株式会社は経済活動を支えるインフラとして機能することができる。その一方で、株式会社の組織形態としてのメリットは、同時に、株主と経営者、株主間（特に支配株主と少数派株主）、株主と株主以外の会社利害関係人の間に、いわゆるエージェンシー問題を発生させる原因でもある¹⁾。

株式保有が分散されており支配株主が存在

* 本稿は、筆者が2016年8月19日にソウルで開催された国際シンポジウム(“Ownership & Governance of Business Group” held by The Korean Association of Comparative Private Law)の報告で用いた原稿に必要最小限の加筆修正を行ったものである。また、本稿はJSPS 科研費 16K03390の助成を受けた研究成果の一部である。

1) REINIER KRAAKMAN ET AL., THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH, 36-37 (2d ed. 2009). エージェンシー問題は、最も広く定義すると、A (エージェント) の意思決定によって、P (プリンシパル) が利益または不利益を受けたりする場合に発生する。この場合、P の利益を最大化させるよう行動するよう A を規律付けることが課題となる。株主と経営者の間では、株主が P、経営者が A に、支配株主と少数派株主の間では、支配株主が A、少数派株主が P に、株主と株主以外の会社利害関係人の間では、株主が A、株主以外の会社利害関係人が P となる。

なお、本稿は、「経営者」を、アメリカにおける取締役(“director”)と役員(“officer”)に相当する機関を指す用語として用いている。

しない会社では、経営者を株主利益最大化のために行動させるように規律付けることが必要となる。なぜなら、株主と経営者の間では利害関係が完全には一致しないため、経営者は株主利益最大化のために行動するとは限らないからである²⁾。また、集合行為問題などのため、個々の株主が経営者の行動を監視することは現実的な選択肢とはいえない場合が多い。これが株主-経営者のエージェンシー問題である。これに対して、支配株主が存在する会社では、株式保有が分散されている場合と比べて、株主-経営者のエージェンシー問題は深刻ではない。なぜなら、分散保有の株主と比べて、支配株主が経営者を監視することは容易だからである³⁾。しかし、支配株主が私的利益を追求する可能性がある⁴⁾。そのため、支配株主と少数派株主の利益も、や

はり、完全には一致しないのである。これが株主間のエージェンシー問題である⁵⁾。

ある株主が株式会社（以下、単に「会社」という）の総議決権の50%を超える割合を支配している場合、その株主は支配株主と呼ばれる。支配する議決権の数が総議決権の50%以下であっても、その株主が会社を支配していると評価できる事情があれば、その株主は支配株主である。支配株主によって支配されている会社は、従属会社と呼ばれている。支配株主は、自然人であることもあれば法人であることもある。支配株主である会社は親会社と呼ばれ、親会社が支配する会社は子会社と呼ばれている。2014年7月14日を基準とすると、東京証券取引所の上場会社の18.4%に支配株主が存在する⁶⁾。日本は、少なくともアメリカやイギリスと同程度に株式

2) 利害関係が一致しない理由として、経営者は、報酬という形で会社利益の一部しか享受することができないことや、会社に投じた人的資本について株主と異なり分散投資を行うことができないことなどを挙げることができる。

3) たとえば、支配株主が自然人であり会社経営に直接的に参加している場合には、支配株主は経営陣の一員として、他の経営者を監視することができる。

4) 私的利益とは、支配株主が従属会社に対する支配権を行使することによって、従属会社の株式価値が増加すること以外の理由で獲得することができる利益をいう。その典型例は支配株主が従属会社との取引によって得る利益である。

5) 以下の分析の便宜のために、ここで、株主間のエージェンシー問題の概要を確認しておく。Xが、発行済株式総数の51%に相当するY社株式を保有していたとしよう。そして、XがYに対して支配的な影響力を行使する方法には、①経営方針や経営組織の変革を通じてYの業績を改善させる、②YにXと取引させる、の2種類があると仮定する。

①の結果、Yの業績が向上したとする。この場合、Xは保有するY社株式の価値が向上することによって利益を得ることができる。ただし、Y社株式の価値が向上するのであるから、Yの他の株主も持株比率に応じて、Xの支配的影響力の行使によって生じたYの業績向上の恩恵を得ることができる。言い方を変えれば、XはYの業績を向上させることによって生じた利益を独占できない。

これに対して、②として、XがYに対して、市場価格100億円の資産を200億円で売却したとしよう。Yにとって当該資産の価値が市場価格と同額であるならば、Xは資産売却によって100億円を利得するが、Yは100億円の損を被ることになる。Yが100億円の損を被ったことは、Y社株式の価値を引き下げる要素となる。ただし、XはYの発行済株式総数の全部を保有しているわけではない。したがって、Y社株式の価値下落を通じて、XとYの他の株主が共同して、YがXとの取引で被った損失を負担することになる。言い方を変えれば、XはYと取引することによって、排他的に利得することができるが、それによってYが被った損失の負担をYの他の株主に押しつけることができるのである。

XがYの支配株主であるということは、Xは①か②を自由に選択できることを意味する。しかし、その選択が、Yの他の株主の利益と一致するとは限らない。たとえば、Yの他の株主にとっては、①が望ましい選択肢であった場合でも、②でなされる取引の規模や条件によっては、②が選択されることはあり得る。①と②について、Yの他の株主が望ましいと考える選択肢とXの実際の行動にズレが生じることが、株主間のエージェンシー問題が発生する原因である。

6) 東京証券取引所『東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書2015』8頁(2015)。本注の本文の支配株主は、東京証券取引所の定義に基づく支配株主を指す。具体的には、①親会社、並びに、②近親者や自己が議決権の過半数を所有する会社などと合わせて上場会社の議決権の過半数を占めている主要株主をいう（東京証券取引所・有価証券上場規程（以下「規程」という）2条42号の2、東京証券取引所・有価証券上場規程施行規則（以下「規程施行規則」という）3条の2）。親会社とは、財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則（以下「財務諸表等規則」という）8条3項に規定する親会社、すなわち、他の会社等（会社、指定法人、組合その他これらに

保有構造が分散しているといわれることがある⁷⁾。しかし、上場会社に限ってみても、支配株主が存在する会社がかかなりの数、存在することに留意されるべきである。したがって、日本でも、支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題を解決することが重要な政策課題となる。

2014年会社法改正に至った立法作業の当初の目的には、支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題を解決するために新たな法制度を導入する必要があるか否かを検討することが含まれていた。立法作業の中では、支配株主に一定の義務を課す具体的な規定が提案された。しかし、立法作業の中で提案された様々な改正提案は、新たな法制度の導入に結びつくことはなかった。もちろん、2014年会社法改正が、支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題の解決に全く寄与しなかったわけではない。2014年会社法改正によって、支配株主と従属会社の取引に関する開示規制が強化され、支配株主の関係者は社外取締役となることができないこととされた⁸⁾。

日本法には、支配株主が従属会社および少数派株主に対して何らかの義務を負うという会社法の明文規定は存在しないし、アメリカのように判例法において支配株主の信託義務(fiduciary duty)が確立しているわけでもない。2014年会社法改正の結果を踏まえると、日本法は、支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題の解決に関して、貧弱な法制度しか有していないという印象がもたれるか

もしれない。しかし、現在の日本法の株式保有構造を踏まえると、以下の理由から、2014年会社法改正の立場を正当化することは可能であるように思われる。第1に、日本では上場会社の支配株主も上場会社である場合が多いし、支配株主が後述する pyramid holding を利用することも稀であるため、支配株主が少なくとも上場会社を搾取するインセンティブが強いとはいえない。第2に、東京証券取引所が開示規制という形ではあるが、上場会社と支配株主の取引について、厳格な規制を設けている。第3に、支配株主による従属会社の搾取が著しい場合には、会社法429条1項や民法709条によって従属会社または少数派株主が支配株主に損害賠償責任を追及できる可能性がある。

本稿の主張の要点は、支配株主を対象とした規制の合理性は支配株主のインセンティブ構造と関連するのであり、現在の日本法の枠組みは日本の現在の株式保有構造を前提とすれば合理的であると評価され得るということである。したがって、支配株主のインセンティブ構造が変化すれば、当然、現在の日本法の枠組みでは対処できない問題が生じるであろう。

以下ではまず、2014年会社法改正の立法作業を簡単に振り返る。その後、日本法の支配株主の特徴を紹介した上で、上場会社と支配株主の取引に関する会社法と東京証券取引所の上場規則の内容を概観する。最後に、今後の課題を述べる。なお、本稿では主に支配株主が上場会社を支配している場合を対象と

準ずる事業体(外国におけるこれらに相当するものを含む。)同1条3項5号)の財務および営業または事業の方針を決定する機関を支配している会社等のことをいう。財務諸表等規則における子会社とは、親会社によって支配されている会社等のことをいう。会社法の定義によれば、会社が財務および事業の方針の決定を支配している会社等(会社(外国会社を含む。)、組合(外国における組合に相当するものを含む。))その他これらに準ずる事業体。会社法施行規則2条3項2号)が子会社、株式会社の財務および事業の方針の決定を支配している会社等が親会社となる(会社法2条3号4号、会社法施行規則3条の2第1項2項)。財務および事業の方針の決定を支配しているか否かは会社法施行規則3条3項が定める基準に従って判断されるが、そこでは財務諸表等規則8条4項の定める判定基準が実質的にそのまま採用されているといわれている。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1——総則・設立(1)』27頁〔江頭憲治郎〕(商事法務、2008)。

7) 宮島英昭「日本企業の株式保有構造——歴史的進化と国際的特徴」商事2007号17頁、25頁(2013)。

8) 2014年会社法改正によって、新たに「親会社等」の定義規定が設けられ(会社法2条4号の2)、「親会社等」の関係者は社外取締役・社外監査役に就任できないことになった(会社法2条15号ハ～ホ・16号ハ～ホ)。「親会社等」には、親会社に加えて、株式会社の財務および事業の方針の決定を支配している法人以外の者が含まれる(会社法2条4号の2、会社法施行規則3条の2第2項)。

する。また、支配株主と従属会社の取引に関する規律に焦点を絞って検討を行う⁹⁾。支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題は、支配株主と従属会社の取引に限らず、支配株主が従属会社に影響力を行使する場合に生ずる可能性がある¹⁰⁾。しかし、支配株主と従属会社の取引では、支配株主は取引当事者として直接的な利益を得るという点で、支配株主と少数派株主の利益の対立が最も深刻となるように思われる。したがって、支配株主と少数派株主の間のエージェンシー問題に関する検討を行う際に、支配株主と従属会社の取引の分析を欠かすことはできないのである。

Ⅱ. 2014 年会社法改正

日本の会社法改正の立法手続きの多くは、法務大臣が法制審議会に諮問することによって始まる。2014 年会社法改正の立法作業は、2010 年の法務大臣による諮問（会社法制の見直しに関する諮問第 91 号）によって開始された。その中には、「会社を取り巻く幅広い利害関係者からの一層の信頼を確保する観点から、……親子会社に関する規律等を見直す必要があると思われる」との文言が含まれていた。具体的な検討作業は、法制審議会会社法制部会によって行われた。

法制審議会会社法制部会の役割は、会社法改正に向けた要綱案を作成することである。最終的な要綱は、法制審議会によって決定される。2014 年会社法改正では、要綱案の決定前に「会社法制の見直しに関する中間試案」（以下「中間試案」という）が公表された¹¹⁾。中間試案には、会社とその支配株主の取引によって会社が不利益を受けた場合、支配株主が会社に対してその不利益に相当する額を支払う義務を負う、という規定が含まれていた。会社が不利益を受けたか否かは、支配株主との取引がなかったと仮定した場合と比較して判断されるとされた。また、少数派株主は、株主代表訴訟によって支配株主の責任を追及することができるとされた¹²⁾。

中間試案に至る立法作業の中で、支配株主に従属会社に対する信認義務のような義務を課す旨の規定を会社法に設けることも議論された。しかし、裁判規範として曖昧であることを理由とした反対意見が強く、中間試案には採用されなかったようである。中間試案の立場は、支配株主と従属会社の取引の中で規制することに異論の無い取引を括りだして規制しようとするものである。言い方を変えれば、できるだけ客観的に適用範囲が明確な形で支配株主の義務を定めることが志向されたということである¹³⁾。このような立場は、支配株主の義務に関する規定の適用範囲が不

9) なお、支配株主が複数の従属会社を有している場合、共通の支配株主を有する従属会社が兄弟会社と呼ばれることがある。兄弟会社間の取引は支配株主と従属会社の取引に類似した問題を抱えている。ただし、支配株主と従属会社の取引に関する本稿の検討の多くは兄弟会社間の取引にあてはまると思われる。

10) 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』23-24 頁（有斐閣、1995）。たとえば、従属会社が発見した新規事業の機会を支配株主が自ら利用したり、兄弟会社に利用させたりすることが問題となることがある。この問題は、いわゆる会社機会侵害の法理として検討されてきた問題である。加藤貴仁「グループ企業の規制方法に関する一考察（4）」法協 130 巻 4 号 894 頁、895-896 頁（2013）。

11) 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」（2011 年 12 月）。

12) 中間試案・前掲注 11)13-14 頁。なお、中間試案では、「親会社」および「その有する議決権の割合等に鑑み、親会社と同等の影響力を有すると考えられる自然人」の責任という形で立法提案がなされている。

13) 中間試案に至る経緯について、法制審議会会社法制部会「法制審議会会社法制部会第 17 回議事録」41-42 頁〔藤田友敬発言〕（2012 年 2 月 22 日）（「規制することに余り異論のない子会社の搾取のようなかなり極端な状況を想定し、それをどういう形で捉えるかということ、いろいろな案が出されてきたわけです。支配株主の忠実義務とかいった諸外国でよく見られるアプローチもあったのですが、曖昧で裁判規範としてはマネージできない、運用できないという意見が強く、それでは、利益相反取引型の規制なら何とかかなるだろうかということ、まず、そちら側に舵が切られました。その上で、中原幹事が言われたことと関係しますが、どんな取引を対象にするかということの絞り込みをする必要があり、それがある程度客観的にできないような基準は困ると言われたために工夫がなされていった。最初は『著しく不公正な取引条件』といった要件も候補だったのですが、それは曖昧だからということをやめて、いわゆるナカリセバ基準、つまり何もなかった場合よりもひどい結果となるときといった比較的客観的な要件で足切りをすることとした。決して理論的とは思えないし、諸外国にも

明確であると、支配株主と従属会社の間で行われる取引全体を萎縮させるという実務家の懸念に配慮したものと思われる。このような懸念は、日本の株主代表訴訟の特殊性を考慮すると、納得できるものである。日本法では、株主代表訴訟の提起および訴訟の係属に関する株主の権限が強く、裁判所の許可がなくとも株主代表訴訟を提起できるし、裁判所が強制的に株主代表訴訟を終了させる手段も乏しいからである¹⁴⁾。支配株主の義務に関する規定は、濫用的な訴訟 (frivolous suits) を誘引する可能性があった。

中間試案後は、支配株主が従属会社に対して責任を負う場合を可能な限り明確化するために、複数回にわたり検討が行われた¹⁵⁾。しかし、従属会社にとって利益になるような取引まで規制対象とされるのではないかと、との企業実務家の懸念を払拭するには至らず、支配株主の責任を定める規定は採用されなかった。また、支配株主の従属会社に対する責任に関する規定を新設しないとしても、支配株主が従属会社との取引に関して不法行為責任を負う場合に、少数派株主が不法行為責任を株主代表訴訟によって追及できるとする代替案も検討された。しかし、この案も、採用されなかった。その理由としては、先に述べた株主代表訴訟の構造的な問題があったように思われる¹⁶⁾。

結局、要綱案では、支配株主と少数派株主

のエージェンシー問題に関しては、開示規制を強化することのみが提案された¹⁷⁾。なお、要綱案では、支配株主の関係者は社外取締役になることができないとすべきことも提案された¹⁸⁾。このような提案がなされた理由として、支配株主の関係者は会社と支配株主の利益が対立する場合に実効的な監督を期待できないことが挙げられた¹⁹⁾。

Ⅲ. 日本法における規制の概要

1 支配株主のインセンティブ構造

2014 年会社法改正は、従属会社に対する支配株主の責任を定める規定を新設することを断念し、支配株主と従属会社の取引に関する開示規制を強化することとどまった。この結果は、比較法的に見ると、日本では、支配株主と少数派株主のエージェンシー問題を解決するための規制が不十分であるという評価につながるかもしれない。しかし、2014 年会社法改正において支配株主の責任に関する規定を新設することが断念された背景には、日本では支配株主が少なくとも上場会社を搾取している事例は非常に限られているため、立法により対処すべき差し迫った必要性が存在しないという認識が有力であった可能性がある²⁰⁾。立法作業に参加した実務家は、自らの経験に基づき、このような認識を持つに

例のないような独特な基準のただけでも、主として客観的な運用の可能性ということからこれが採用された。』。

14) 加藤貴仁「会社法改正と企業統治——株主代表訴訟を題材にして」田中亘＝中林真幸編『企業統治の法と経済——比較制度分析の視点で見るガバナンス』331 頁、337 頁 (有斐閣, 2015)。

15) 法制審議会会社法制部会は中間試案に対するパブリック・コメント手続きの終了後に再開されたが、第 17 回会議 (2012 年 2 月 22 日)、第 20 回会議 (2012 年 5 月 16 日)、第 22 回会議 (2012 年 7 月 4 日)、第 23 回会議 (2012 年 7 月 18 日) において子会社の少数派株主の保護について検討が行われている。

16) 加藤・前掲注 14)349 頁。

17) 法制審議会会社法制部会「会社法制の見直しに関する要綱案」14 頁 (第 1 の後注) (2012 年 8 月 1 日) (以下「要綱案」という)。

18) 要綱案・前掲注 17)5-6 頁。

19) 岩原紳作『会社法制の見直しに関する要綱案』の解説 [1] 商事 1975 号 4 頁、13 頁 (2012)。支配株主の関係者を社外取締役から除外するという提案は、支配株主と少数派株主のエージェンシー問題の解決に寄与すると思われる。しかし、この提案は、この点を主たる目的としているというよりは、コーポレート・ガバナンスの強化という一般的な観点から、社外取締役の独立性を強化するために提案されたものであったように思われる。

20) たとえば、日本経済団体連合会は、「親会社は、子会社が利益をあげて株式価値を増大させることを望んでおり、親子会社の利害は原則として一致するものである。新たな規定を必要と考える理由として挙げられている、親会社は『子会社の利益を犠牲にして自己の利益を図ろうとするおそれがある』という、実態から乖離した前提に基づく見直しは行うべきではない。」として、中間試案に反対する。日本経済団体連合会『会社法制の見直しに関する中間試案』に対する意見 11 頁 (2012 年 1 月 24 日)。ただし、支配株主と少数派株主のエージェンシー

至ったのであろう。そして、少なくとも当時の状況では、このような認識はそれなりの実証的および理論的な根拠を有していたように思われる。たとえば、2011年に公表された実証研究は、親会社と子会社が双方とも上場会社である場合について、子会社は必ずしも不利益を受けているわけではないことを示している²¹⁾。そして、理論的な根拠として、以下に述べる通り、日本の支配株主のインセンティブ構造の特徴を挙げるができるように思われる。

支配株主は、上場会社との取引などによって利益を得ることができる。少数派株主は、このような利益の分配を受けることができないが、上場会社から財産が流出することによって損害を被る。その一方で、支配株主は上場会社の株式を多数保有しているのだから、上場会社が損害を被れば、支配株主も保有する株式価値の下落という損害を被る。しかし、支配株主は上場会社の発行済株式全部を保有しているわけではないから、上場会社が被った損害の一部しか負担しない。支配株主が保有する上場会社の株式の数が小さければ小さいほど、上場会社の企業価値が下落することによって支配株主が被る損害も小さくなり、少数派株主が被る損害が大きくなる。

上場会社を支配するためには、上場会社の株式をある程度は保有しなければならない。上場会社が1種類しか株式を発行していない場合、一株一議決権のもとでは、たとえば、総議決権の51%を支配するということは、

上場会社が生み出すキャッシュフローに対する権利の51%を保有すること、すなわち、上場会社の事業活動のリスクの51%を負担するということである。しかし、議決権の割合とキャッシュフローに対する権利の割合の均衡関係を崩すことは難しいことではない。たとえば、支配株主Xは、Y会社の発行済株式総数の51%を保有し、Y会社が上場会社Zの発行済株式総数の51%を保有していたとしよう。この場合、XはYの支配を通じてZの総議決権の51%を支配しているにも関わらず、Zの事業活動のリスクの約26%しか負担していない。XとZの間に複数の会社が介在すれば、XはZの事業活動のリスクのごく一部しか負担せずに、Zを支配することができる。いわゆる **pyramid holding** である。

Pyramid holding を利用する上場会社の支配株主は、上場会社を搾取するインセンティブを有している。**Pyramid holding** を利用することによって上場会社が被る損害の大部分を他の株主に負担させつつ、上場会社との取引から独占的な利益を得ることができるからである。仮に支配株主が **pyramid holding** を利用することが一般的であったならば、支配株主と少数派株主のエージェンシー問題の解決は差し迫った政策課題となったであろう。しかし、日本では **pyramid holding** は一般的に利用されているわけではないようである。東京証券取引所が開設する市場の上場会社の支配株主の約半数は、他の上場会社である²²⁾。そして、上場会社である支配株主の

問題は、従属会社を上場会社の場合だけでなく閉鎖会社の場合にも生じる可能性がある。そして、以下に述べる通り、閉鎖会社の方が支配株主と少数派株主のエージェンシー問題は深刻であるといえるのかもしれない。従属会社を上場会社である場合、支配株主と従属会社の関係に不満を持つ少数派株主は従属会社株式を市場で売却することが容易である。また、従属会社の株式には市場価格が存在するため、支配株主が従属会社に不利な条件の取引を押しつけているなど支配株主と少数派株主のエージェンシー問題が深刻であれば、そのことを反映して従属会社の株価は下落する。支配株主は従属会社の株式を大量に保有しているので、その株価が下落することによって損失を被る。このように、従属会社を上場会社である場合には従属会社株式の市場価格を通じて、支配株主の行動が規律される可能性がある。加藤貴仁「グループ企業の規制方法に関する一考察(3)」法協 129 巻 10 号 2203 頁、2272-2273 頁 (2012)。これに対して、閉鎖会社の場合には従属会社株式の市場価格を通じた規律が存在しない。ただし、本文で以下に述べる通り、閉鎖会社においても **pyramid holding** が使われることは稀で、支配株主が従属会社の取締役役に就任することが多いという事情が存在すれば、閉鎖会社についても支配株主と少数派株主のエージェンシー問題は新たな法制度の導入を正当化するほど深刻ではないといえるのかもしれない。

21) 宮島英昭ほか「親子上場の経済分析——利益相反問題は本当に深刻なのか」宮島英昭編著『日本の企業統治：その再設計と競争力の回復に向けて』332-333 頁 (東洋経済新報社、2011)。

22) 東京証券取引所・前掲注 6)9 頁図表 9。上場会社の親会社の多くが上場会社である理由として、① 1996 年 1 月 1 日までは親会社等が東証上場会社であることが子会社の新規上場の要件とされていたこと、② 有価証券上場規程において非上場の親会社等についても上場会社類似の開示を行うことが求められているなど非上場の親会社

株式保有構造は分散している場合が多いといわれている²³⁾。マザーズやJASDAQでは個人が支配株主となる事例が多くなるが、この場合もpyramid holdingのような複雑な株式保有形態が利用されることは稀なようである²⁴⁾。

株式保有が分散している上場会社が別の上場会社の支配株主となる場合でも、支配株主が上場会社を搾取する理論的な可能性があることは間違いない。しかし、支配株主のインセンティブ構造という点で、支配株主も上場会社である場合と支配株主が自然人または閉鎖会社である場合は大きく異なる。なぜなら、支配株主が上場会社である場合、支配株主である上場会社のレベルで経営者と株主のエージェンシー問題が存在するからである。

支配株主と少数派株主のエージェンシー問題を分析する際に、支配株主は自己利益の最大化のために行動すると想定されるであろう。しかし、支配株主が上場会社である場合には、支配株主である上場会社の経営者と株主のエージェンシー問題が存在する。そのため、支配株主である上場会社の経営者が、株主利益最大化のために行動しない可能性がある。言い方を変えれば、支配株主が自然人または閉鎖会社である場合と比べて、支配株主である上場会社の経営者は従属会社である上場会社を搾取するインセンティブが小さいように思われる。従属会社を搾取しても、支配株主である上場会社の経営者は直接的に利得するわけではないからである。

また、pyramid holding が利用されてい

くとも、自然人である支配株主が上場会社を搾取する理論的な可能性があることは間違いない。しかし、自然人が支配株主である場合は、上場会社の取締役役に就任している場合が多いように思われる。そして、支配株主が自然人で従属会社の取締役である場合、支配株主は取締役として義務・責任を負う。すなわち、支配株主は取締役として会社に対して注意義務および忠実義務を負い（会社法330条・355条、民法644条）、任務を怠った場合には会社および第三者に対して損害賠償責任を負う（会社法423条・429条1項）。また、日本の会社法は、取締役と会社の取引について、事前に取締役会の承認を必要とする規定（会社法356条・365条）および事後的な損害賠償責任の特則（会社法423条3項・428条）を有している。これらの規定は、取締役である支配株主と会社の取引にも適用される。したがって、自然人である支配株主が取締役でもある場合には、取締役に対する規律を通じて、支配株主が上場会社を搾取することが規制される。

2 支配株主と上場会社の取引に関する規定

支配株主は、従属会社の取締役ではない場合であっても、事実上の取締役として取締役と同様の責任を負う可能性がある²⁵⁾。その他の場合、支配株主は会社および少数派株主に対して少なくとも会社法に基づく義務を負わない²⁶⁾。しかし、支配株主と従属会社の

等にとっては子会社を上場させることの負担が重いこと、が挙げられている。東京証券取引所『東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書2011』10頁（2011）。

23) 宮島ほか・前掲注21)296-297頁。

24) 東京証券取引所によれば、親会社以外の支配株主は、いわゆるオーナーなどの個人が一般的であると説明する。東京証券取引所・前掲注6)8頁（注16）。

25) 神作裕之「親子会社とグループ経営」江頭憲治郎編『株式会社法大系』79頁注53（有斐閣、2013）。ただし、我が国では法人が取締役となることはできないため（会社法331条1項1号）、法人である支配株主を事実上の取締役と解することは無理がある。高橋英治「会社法における企業結合規制の現状と課題（下）」商事2037号36頁、36頁（2014）。ただし、支配株主である親会社の代表取締役を従属会社である子会社の事実上の取締役と解することができる場合、会社法350条により親会社も子会社に損害賠償責任を負うと解することができるとする見解が主張されている。高橋・同37頁。

26) なお、支配株主である親会社が備えるべき内部統制システム（会社法348条3項4号など）の内容には、親会社から子会社に対する侵害行為の予防が含まれるとする見解がある。高橋英治「会社法における企業結合規制の現状と課題（上）」商事2036号16頁、19頁（2014）。その理由として、親会社が子会社の取締役による子会社に対する義務違反に加担することは、債権侵害の不法行為（民法709条）となることが挙げられている。

取引は、関連当事者との取引として、従属会社の個別注記表に記載される事項である（会社計算規則112条1項）²⁷⁾。このことは、2014年会社法改正以前から変わっていない。また、2014年会社法改正以前から、支配株主との取引で取引条件が通例的ではないものについて、監査役は取締役の義務違反の有無を監視し検証すると考えられていた（2015年改正前監査役監査基準23条1項4号）。2014年会社法改正の意義は、従属会社の取締役に対して、事業報告において、取締役（取締役会設置会社では取締役会）が個別注記表に記載される支配株主との取引に関して従属会社の利益を害さないように留意した事項などを記載することが義務づけられたことである（会社法施行規則118条5号）²⁸⁾。監査役は事業報告の内容を監査するが、監査報告において支配株主との取引に関する事項について意見を述べなければならない（会社法施行規則129条1項6号）。監査等委員会設置会社の監査等委員および指名委員会等設置会社の監査委員も同様である（会社法施行規則130条の2第1項2号・131条1項2号）。

2014年会社法改正は支配株主との取引について従属会社に開示義務を課すに過ぎないが、その内容に照らせば、会社法の立場は、開示すればどのような条件でも支配株主と取引してよいというものではないことは明らかであるように思われる。特に、従属会社の取締役（取締役会設置会社では取締役会）に、支配株主との取引が従属会社の利益を害さないかどうかについての判断およびその理由を

個別注記表に記載することを求めたことが重要と思われる。2014年会社法改正の立法作業では、従属会社との取引に関する支配株主の責任が検討された。これに対して、関連当事者との取引に関する個別注記表の記載は、支配株主との取引に際して、従属会社の取締役は従属会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務を負っているということを確認したのである。

従属会社の取締役がこのような義務を負っていることは、2014年会社法改正によって初めて認められたわけではない。一般的に、取締役は株主利益最大化のために尽力する義務を会社に対して負っていると解されている²⁹⁾。このように解すべき根拠は、株主は会社の生み出す経済的利益に対する残余権者であるため、会社が実質的な倒産状態にない限り株主利益最大化は企業価値の最大化と同義である点に求められる³⁰⁾。支配株主と従属会社の取引において、従属会社の企業価値の最大化と同義であるのはその少数派株主の利益の最大化である。なぜなら、支配株主は、従属会社との取引に際して、取引相手としての地位と従属会社の株主としての地位の双方を有しているからである。したがって、支配株主と従属会社の取引において、取締役が会社に対して負っている一般的な義務は、従属会社および少数派株主の利益最大化のために尽力する義務となる。少なくとも、2014年会社法改正の前後を通して、従属会社の取締役が従属会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務を負っていることは明

27) 関連当事者との取引を個別注記表に注記することを求められる会社は、公開会社および会計監査人設置会社に限られる（会社計算規則98条2項1号）。注記されるのは関連当事者との取引のうち重要なものに限られる。関連当事者には、支配株主だけではなく、子会社、支配株主である親会社の子会社（いわゆる兄弟会社）、関連会社（子会社ではないが、会社が財務および事業の方針の決定に対して重要な影響を与えることができる会社等。会社計算規則2条3項18号）、主要株主（総議決権の10%以上の議決権を保有する株主）などが含まれる（会社計算規則112条4項）。

28) 具体的には、以下の3点を記載することが求められる。①当該取引をするに当たり当該株式会社の利益を害さないように留意した事項（当該事項がない場合にあっては、その旨）、②当該取引が当該株式会社の利益を害さないかどうかについての当該株式会社の取締役（取締役会設置会社では取締役会。③において同じ。）の判断及びその理由、③社外取締役を置く株式会社において、②の取締役の判断が社外取締役の意見と異なる場合には、その意見。

29) 落合誠一「企業法の目的」岩村正彦ほか編『岩波講座・現代の法7 企業と法』3頁、23-25頁（岩波書店、1998）。

30) 残余権者であるということの意味は、債権者に対して予め契約で定められた条件に従って経済的利益の分配が行われた後に残った利益から、株主に対する分配が行われるということである。

らかであるように思われる。

従属会社の取締役が、従属会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務を会社に対して負っていることは、以下に挙げるような東京証券取引所の上場規則においても前提とされ、その内容がより具体化されているように思われる。なお、以下の規制は、支配株主と上場会社の間で行われる M&A を含む支配株主と上場会社の取引一般に適用される。

第1に、支配株主が存在する上場会社は、「支配株主との取引等を行う際における少数株主の保護の方策に関する指針」を策定し、開示することを求められる³¹⁾。第2に、支配株主との取引が重要である場合には、上場会社の業務執行を決定する機関がその取引の実施を決定する際に、それが少数株主にとって不利益なものでないことに関し、支配株主との間に利害関係を有しない者による意見の入手を行うことが求められる（有価証券上場規程 441 条の2 第1項）³²⁾。第3に、支配株主との取引が重要である場合には、必要かつ十分な情報開示が求められる（有価証券上場規程 441 条の2 第2項）。開示が求められる事項の中には、「支配株主との取引等を行う際における少数株主の保護の方策に関する指針」との適合状況や公正性を担保するための措置および利益相反を回避するための措置に関する事項が含まれる³³⁾。

東京証券取引所によれば、「支配株主との取引等を行う際における少数株主の保護の方策に関する指針」の具体的な記載内容は主に2種類のアプローチに分けられるようである³⁴⁾。一つは取引条件に関する方針を記載するアプローチであり、もう一つは支配株主

との取引を行う際における手続きに言及するアプローチである。取引条件に関する方針の記載としては、いわゆる独立当事者間取引と同様の条件で行う旨が記載される場合が多いようである³⁵⁾。手続きに関する記載の例としては、親会社から独立した社外役員や外部専門家の意見を取得することが挙げられるが、単に取締役会が取引内容・条件の妥当性等に関して審議するとしか記載していない例も見られるようである³⁶⁾。なお、「支配株主との取引等を行う際における少数株主の保護の方策に関する指針」として、たとえば、取引の規模が大きいなど一定の場合に少数派株主の過半数の賛成を得るといった事項を記載することは一般的ではないようである。

3 支配株主との取引によって従属会社の利益が害される場合は？

従属会社の取締役が、従属会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務を会社に対し負っていることは明らかである。それでは、従属会社の取締役が支配株主との取引が従属会社の利益を害さないかどうかを判断する際に、どのような基準に依拠すればよいのであろうか。2014 年会社法改正の立法作業の過程で検討された支配株主の責任に関しても、どのような場合に従属会社が不利益を被ったとして支配株主が責任を負うべきかについて様々な見解が主張された。

2014 年会社法改正の立法作業では、従属会社が不利益を被ったか否かを、取引の条件のほか以下のような事情を考慮して判断する

31) 「支配株主との取引等を行う際における少数株主の保護の方策に関する指針」は、上場会社が東京証券取引所に提出を求められるコーポレート・ガバナンスに関する報告書（以下「コーポレート・ガバナンス報告書」という）の記載事項の一つとされている（有価証券上場規程 419 条、有価証券上場規程施行規則 415 条 1 項(1) など）。

32) 支配株主との取引が重要である場合とは、上場会社の業務執行を決定する機関がその取引の実施を決定することが適時開示規制の対象となる場合を指す。

33) 東京証券取引所上場部編『東京証券取引所 会社情報適時開示ハンドブック（2015 年 6 月版）』255 頁（2015）など。

34) 東京証券取引所・前掲注 6)13 頁。

35) 東証は、「支配株主との取引については他の取引先と同様に契約条件や市場価格等を参考に公正妥当な取引を行い、少数株主の利害を損なうこととなるような取引を行わない方針を示している例が多い」と説明する。東京証券取引所・前掲注 6) 13 頁。

36) 東京証券取引所・前掲注 6)13 頁。なお、後者について東証は、「親会社の影響を受けた取締役会に公正な判断が可能なのかという点については、より一層の説明が期待される」と指摘している。

という案が検討された³⁷⁾。

ア 株式会社による当該取引の条件に関する検討および交渉の態様

イ 株式会社と親会社等の間における当該取引以外の取引の条件

ウ 株式会社が親会社およびその子会社から成る企業集団に属することによって享受する利益

エ その他一切の事情

このような考慮要素を明示して従属会社が不利益を被ったか否かを判断する立法案を提案した理由として、中間試案においては「不利益の有無および程度は、当該取引の条件のほか、当該株式会社と当該親会社の間における当該取引以外の取引の条件その他一切の事情を考慮して判断されるものとする」とされていたことに対して、中間試案に対するパブリック・コメントにおいて、基準が不明確でありグループ経営による子会社の利益が十分考慮されないおそれがあるとの意見が出されたことが挙げられている³⁸⁾。

考慮要素ア～エの中で特に注目に値するのは、考慮要素イとウである。考慮要素イとウは、従属会社が支配株主との取引で不利益を

被ったか否かを個々の取引の損得以外の要素を考慮して判断することを認めているからである³⁹⁾。

これまでの我が国の学説では、支配株主と従属会社のあるべき取引条件は、独立当事者間取引の基準であると解する見解が一般的であったといわれている⁴⁰⁾。独立当事者間取引の基準は、「会社の独立した (independent) 受託者 (fiduciary) による、相手方との間に一定の距離を置いた取引 (at arm's length bargain) であっても、そのような取引がなされるであろうか」と定式化されている⁴¹⁾。独立当事者間取引の基準をあるべき取引条件と考える根拠は、「少数派株主が存在する限り、子会社は『経済的に独立している会社と同様に運営されねばならない』」ことである⁴²⁾。したがって、従属会社の取締役には、「企業グループ全体の利益のために会社の利益を犠牲にしたとの抗弁は認められない」ことになる⁴³⁾。

従属会社の取締役が支配株主との取引が従属会社の不利益になるか否かを判断する際に、独立当事者間取引の基準は一定の指針を与えてくれる⁴⁴⁾。学説では、2014年会社法

37) ア～エは、法制審議会会社法制部会第17回会議(2012年2月22日)に事務当局から提出された部会資料18「親子会社に関する規律に関する個別論点の検討(1)」7頁(第2の1(1)③)(以下「部会資料18」という)において初めて提案された。

38) 部会資料18・前掲注37)7頁。

39) 前掲注11)、12)とその本文で紹介した立法提案に対する評価であるが、中間試案の「立法化は、グループ利益の追求を容認するものとしてとらえられ運用される可能性があると考えられる。これは、従来、各会社の取締役は自らの所属する会社の利益……を追及すべきことを前提としてきたわが国会社法のパラダイムシフトを生じさせる……ものであるといえよう」と指摘する見解として、船津浩司「グループ利益の追求と『親会社の責任』規定——中間試案が示す会社法のパラダイムシフトの可能性——」商事1959号4頁、9頁(2012)がある。

40) 船津浩司「適正な企業グループ内取引とは何か～今あるルールを探るための思考実験～」ビジネス法務14巻9号112頁、113頁(2014)。これに対して、現行法の解釈論として、親子会社間の取引において親会社が子会社に対して責任を負うか否かを判断する際に、考慮要素ウを考慮することに肯定的な見解として、松井秀征「親会社の子会社に対する責任」落合誠一ほか編『会社法制見直しの視点』105頁、113頁(商事法務、2012)がある。

41) 江頭・前掲注10)37-38頁。

42) 江頭・前掲注10)39頁。

43) 江頭憲治郎『株式会社法(第6版)』444頁(有斐閣、2015)。

44) ただし、以下のような限界があることに留意されるべきである。加藤・前掲注20)62-64頁。第1に、支配株主と従属会社の取引の中には、市場において比較の対象にできる取引を探すことが困難なものなど独立当事者間取引の基準の適用が困難な類型が存在する。第2に、独立当事者間取引の基準の内容は不明瞭であるため、同基準に適合すると評価される取引の範囲を適切に画することが困難である。たとえば、独立当事者間取引の基準は、独立当事者間であればそもそも取引が行われなかったか否かを判断する基準としては有用であるが、取引の条件が妥当であるか否かを判断する基準としては限界がある。この問題は、比較の対象にできる取引が存在する場合にも存在する。なぜなら、独立当事者間であっても、個々の当事者間の交渉力には差異があるし、情報の非対称性が存在するからである。支配株主と従属会社の取引において、どの程度の交渉力の差異や情報の非対称性を想定するかによって、取引条件の妥当性の判断は大きく異なる。第3に、独立当事者間取引の基準では、特定

改正以降も、特段の立法のない限り、独立当事者間取引の基準を出発点として、従属会社の取締役は個々の取引ごとに支配株主との取引が従属会社に不利益をもたらすか否かを判断すべきと解する見解が有力である⁴⁵⁾。従属会社の取締役には従属会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務があると解する立場と、独立当事者間取引の基準の根拠である従属会社は「経済的に独立している会社と同様に運営されねばならない」という理念には整合性がある。いずれにおいても、支配株主が存在するか否かによって、取締役の義務は変わらないと考えられているからである⁴⁶⁾。

IV. 社外・独立取締役はどこまで期待できるのか？

会社法の開示規制および東京証券取引所の上場規則は、上場会社が支配株主と取引する際に、支配株主に自制を促すだけでなく、上場会社側の交渉力を高める役割を果たすこ

とも期待されているように思われる。日本では、支配株主と従属会社が取引をする際に、少数派株主の過半数の承認を得るという実務はM&Aを除き一般的ではない⁴⁷⁾。結局、会社法の開示規制および東京証券取引所の上場規則は、従属会社の取締役が会社および少数派株主の利益を守るために尽力する義務を負っていることを前提とし、この点に関して取締役が職務を果たすことを後押しすることを目的としているように思われる。しかし、取締役が従属会社および少数派株主の利益のために職務を果たす際に、支配株主が従属会社の取締役を選任できることが障害となる可能性がある⁴⁸⁾。従属会社の取締役が、選任権限を有する支配株主からの影響力の行使に対抗することは困難である。このような状況は、日本の上場会社において社外・独立取締役の数が増加することによって改善するのだろうか。以下では、この点を検討してみたい。

2014年会社法改正によって支配株主の関係者は、会社法の定める社外取締役・社外監

の取引の公正さに焦点があわせられるため、支配株主と従属会社の間（特に親子会社間）に存在する複雑な関係が考慮されない。

45) 神作・前掲注25)88-89頁、船津・前掲注40)115頁。なお、2014年会社法改正の立法作業で検討されていた案では、「不利益取引」（当該取引がなかった場合と比較して株式会社に〔著しく〕不利益となるような条件の取引）のみが規制対象とされていた。法制審議会会社法制部会第22回会議（2012年7月4日）の部会資料25「会社法制の見直しに関する要綱案の作成に向けた検討（2）」3頁。支配株主が従属会社から原価割れの条件で製品を取得することは、従属会社にとって「不利益取引」となる可能性があるが、取引条件が原価以上であれば「不利益取引」に該当しないと思われる。船津・前掲注39)5頁。しかし、原価以上であっても、独立当事者間取引の基準に従えば従属会社が不利益を被ったと評価されることがある。たとえば、従属会社は支配株主に原価100万円の製品を101万円で譲渡したが、第三者に同じ製品を110万円で売却することができたといえる場合、従属会社は支配株主との取引によって不利益を被ったと評価される可能性がある。

46) 独立当事者間取引の基準に従えば、従属会社の取締役が支配株主との取引が従属会社に不利益をもたらすか判断する際に、考慮要素ウを考慮することは許されないことになる。ただし、考慮要素イについては、独立当事者間でも継続的な取引関係が存在する場合があることを踏まえると、考慮することが全く許されないとすべきか検討する余地があるように思われる。たとえば、実務では、親会社が画期的新製品を開発するために、将来の損失補償の約束をすることなく、子会社に当分の間だけ子会社にとって不利な取引を親会社との間で行うように求めることが行われることがあるようである。高橋英治「現代日本における企業結合と企業結合法」商事2075号64頁、75頁（2015）。このような取引は、考慮要素イによって正当化できるのか、それとも考慮要素ウによって初めて正当化できるのかが問題となり得るように思われる。

47) M&Aでは、いわゆるMOM (majority of minority) 条項が利用されることがある。MOM条項とは、MBOまたは親会社による子会社の非公開化を行うための条件の一種であり、その内容は、実質的には、対象会社の株主の中で買収者側と共通の利害関係を有さない者の過半数（場合によってはそれ以上）が賛成する場合に限り取引を行うというものである。具体的には、MBOまたは親会社による子会社の非公開化の手段として公開買付けが行われる場合に、買付予定株式数の下限（金商法27の13第4項1号）として、買収者側と共通の利害関係を有さない株主の過半数が応募しなければ達成できない数を定めることが、MOM条項に相当する。白井正和ほか『M&Aにおける第三者委員会の理論と実務』30頁（商事法務、2015）、森・濱田松本法律事務所編『M&A法大系』764頁（有斐閣、2015）。

48) 松井・前掲注40)116頁。

査役になることができなくなった。また、支配株主の関係者は、東京証券取引所の上場規則の定める独立役員になることもできない。独立役員とは、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役または社外監査役をいう（東京証券取引所有価証券上場規程 436 条の 2 第 1 項）⁴⁹⁾。したがって、社外取締役または独立役員の定義を満たすものは、支配株主から一定程度は独立しているといえるように思われる。したがって、我が国では、支配株主との取引において従属会社および少数派株主の利益を守るために、社外取締役・社外監査役・独立役員（以下「社外取締役など」という）が重要な役割を果たすことが期待されている⁵⁰⁾。しかし、社外取締役などを選任するのは、他の取締役と同じく、支配株主である。選任権限を持っている支配株主に対して社外取締役などが反対の立場に立つことは、難しいように思われる。

支配株主が社外取締役などを選任できることは、日本に特有の問題ではない。たとえば、アメリカでも同じである。しかし、アメリカでは、支配株主が従属会社と取引をする際に、従属会社の独立取締役が支配株主との取引を承認していることが、少数派株主が支

配株主の信認義務違反を追及する訴訟において、支配株主に有利な事情として考慮される⁵¹⁾。独立取締役であっても支配株主が選任権限を持つことに変わりはないのであるから、独立取締役の承認を支配株主に有利な事情として考慮することは合理的ではないように見える。しかし、アメリカでは、支配株主は従属会社および少数派株主に信認義務を負うという判例法理が確立している。この判例法理は、独立取締役の支配株主に対する地位を強化する役割を果たしているように思われる。なぜなら、独立取締役の意見を無視して取引を強行することにより、事後的に信認義務違反に基づく損害賠償責任を課される可能性が増加するからである。したがって、支配株主が、事後的に信認義務違反に問われないよう、独立取締役の意見を尊重することを期待できる。その結果、支配株主が従属会社に不利な条件を押しつけることを差し控えるようになり、支配株主と従属会社の取引が独立当事者間の取引に近づくことになる⁵²⁾。

これに対して日本法では、支配株主が従属会社および少数派株主に何らかの義務を負うことを定める会社法の規定は存在しないし、判例法理も存在しない⁵³⁾。このような状況

49) 上場会社は、独立役員を 1 名以上確保しなければならない。独立役員と評価される社外監査役を確保すれば上場規則を遵守したことになるが、取締役である独立役員を少なくとも 1 名以上確保するよう努めなければならないとされている（東京証券取引所有価証券上場規程 445 条の 4）。

50) 江頭・前掲注 43)445 頁。支配株主との取引が従属会社の利益を害さないかどうかについて取締役（取締役会設置会社では取締役会）の判断と社外取締役の意見が異なる場合には、事業報告において社外取締役の意見を記載することが要求されている（会社法施行規則 118 条 5 号ハ）。このことから、社外取締役などが支配株主との取引において従属会社および少数派株主の利益を守るために重要な役割を果たすことを期待されていることがわかれる。

51) アメリカ法（デラウェア州判例法）では、支配株主の信認義務違反が争われる場合、従属会社との取引の条件が公正であることについて支配株主が立証責任を負う。しかし、取引について従属会社の独立社外取締役の承認を得た場合、公正さの立証責任は信認義務違反を主張する原告側に移るとされている。加藤・前掲注 20)59-60 頁。

52) 加藤・前掲注 20)61 頁。

53) 日本でも、支配株主が従属会社を買収する場合、その対価は公正でなければならないと思われる。なぜなら、会社法によって、少数派株主が従属会社に対して公正な価格で株式を買い取ることを請求できることが認められているからである（会社法 785 条 1 項など）。これらの規定の存在は、支配株主との M&A において、従属会社の取締役が少数派株主のために支配株主と交渉する義務を負うとの解釈の根拠の一つとなる。しかし、取締役が少数派株主のために義務を負うからといって、支配株主に少数派株主に対する何らかの義務を課す必要性がなくなるとはいえないように思われる。少数派株主に対する義務によって支配株主の行動が規律されていない場合、支配株主と従属会社の取締役との間で意味のある交渉が行われるのか疑問がある。支配株主の義務を考える際には、MBO の対象会社の取締役に課されている公正価値移転義務（東京高判平成 25 年 4 月 17 日判時 2190 号 96 頁）が参考になる。ただし、MBO の買収者側に参加する取締役と従属会社と取引する支配株主は、少数派株主と利益相反関係にあるという点では共通するが、このことのみから同じ内容の義務を負うと解することには慎重でなければならない。松井・前掲注 40)120 頁。MBO の買収者側に参加する取締役も、株主によって取締役に選任され

の中で、従属会社の社外取締役などは支配株主に対峙しなければならないのである。確かに、会社法の開示規制や東京証券取引所の上場規則は、支配株主の行動を牽制する役割を果たすであろう。このような規制が、従属会社の社外取締役などが支配株主に対峙する際に、彼らまたは彼女らをどの程度助けているか検証される必要がある。少なくとも、これらの規制は、アメリカ法における信認義務と異なり、支配株主の行動を直接的に規律するものではないことに留意すべきである。現在の日本法は、社外取締役などの個人的な資質に過度に依存している状況ともいえるように思われる⁵⁴⁾。

V. 今後の課題

現在の日本の株式保有構造を前提とすると、支配株主に直接的な義務を課すことなく、開示規制と証券取引所の上場規則によって支配株主と少数派株主のエージェンシー問題の解決を目指すという立場は、それなりの合理性があるように思われる。特に、支配株主が上場会社で、かつ、その株式保有構造が分散している場合が多いという状況は、日本の株式保有構造の特徴の一つであるように思われる。このような状況の下では、支配株主のレベルでの経営者と株主のエージェンシー問題が存在するので、支配株主が従属会社を

搾取するインセンティブは支配株主が自然人の場合よりも小さいように思われる。

しかし、支配株主が上場会社である場合が多いという状況は、永続するとは限らない。特に、近年、支配株主である上場会社が従属会社を非公開化する事例が数多く見られる。その一方で、新興市場では個人が支配株主として株式公開後も経営に関与する例が見られる。このような傾向が続けば、いずれ、支配株主が存在する上場会社の中で、支配株主も上場会社である場合の占める割合が大きく変動する可能性がある。

株式保有構造が変化し支配株主のインセンティブ構造も一般的に変化した場合には、会社法の開示規制や東京証券取引所の上場規則では、支配株主と少数派株主のエージェンシー問題を解決する手段として不十分と評価される時代が到来するかもしれない。支配株主と少数派株主の利益が対立する場合に常に少数派株主の承認を要求することは、支配株主の権利を大幅に縮減するため、支配株主の存在によって従属会社の企業価値が増加することも期待できなくなる⁵⁵⁾。したがって、日本法のように社外取締役などが一定の役割を果たすことに期待せざるをえない。しかし、社外取締役などが自らの選任権限を有する支配株主に、従属会社およびその少数派株主の利益のために対峙することは容易ではない。そのため、法制度により、社外取締役な

た以上、株主利益最大化のために尽力する義務を負うといいやすい。これに対して、支配株主は少数派株主によって選任されたわけではなく、自己利益追求のために支配株主となったのである。支配株主が自己利益を追求することによって従属会社の企業価値が増加すれば、少数派株主も利益を得る。支配株主の行動を規律しすぎると、前掲注2)～5)とそれらの本文で述べたように支配株主の存在によって株主と経営者のエージェンシー問題が解決されるという便益も生じなくなってしまうし、そもそも支配株主となろうとする者が減少するであろう。

54) 従属会社の少数派株主は、支配株主との取引において従属会社の利益を十分に守ることが出来なかった従属会社の取締役に対して、従属会社に対する任務懈怠責任を追及する株主代表訴訟を提起することができる。しかし、従属会社の取締役を被告とする株主代表訴訟には、以下のような限界があることを指摘できる。加藤・前掲注14)347-348頁。第1に、支配株主が従属会社にとって一方的に不利な条件の取引を子会社に押しつけることを、従属会社の取締役を被告とする株主代表訴訟によって抑止することは困難である。なぜなら、そのような取引を拒む取締役を支配株主は交代させることができるからである。第2に、支配株主と従属会社の経営者としては資力に大きな差異がある。したがって、支配株主に損害賠償請求することができた方が、従属会社並びにその少数派株主が被った損害は填補されやすいといえる。言い方を変えれば、支配株主に請求できた方が、従属会社の少数派株主が勝訴判決から期待できる経済的利益が大きくなるということである。また、支配株主の責任を通じた違法行為抑止機能が機能するためには、その責任が訴訟で追及される一定程度の可能性があることが必要となる。従属会社の取締役しか被告にできない場合には、勝訴判決から期待できる賠償額が低い場合、訴訟提起のインセンティブが弱い可能性がある。ただし、このような限界を踏まえた上で、現行法は従属会社の少数派株主の利益を十分に保護していると評価する見解もある。松井・前掲注40)122-123頁。

55) 前掲注53)。

どの支配株主に対する地位を強化する必要がある。このような法制度による援助が効果的か否かを絶えず検証していくことが、今後の課題となる⁵⁶⁾。

(かとう・たかひと)

56) 社外取締役などの支配株主に対する地位を法的に強化する方策としては、社外取締役などの選任に少数派株主の承認を求めることが考えられる。イギリスでは最近、このような方向で上場規則の改正が行われたようである。See Financial Conduct Authority, *Policy Statement 14/8: Response to CP13/15 – Enhancing the effectiveness of the Listing Regime* (May 2014). イギリスの最近の上場制度の改正についての詳細な検討は、今後の課題としたい。

論説

19世紀アメリカにおける大学附属ロー・スクール

— イェール・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. 創設と特色

1 創設者

2 ロー・スクールの地位

- (1) 教員の地位
- (2) 学位の授与
- (3) 個人所有形態の維持
- (4) ニュー・ヘイヴン法曹協会との関係

3 教育方法

- (1) 法律書の予習と暗唱
- (2) 背景

III. 危機と救済

1 第1の危機

- (1) ヒッチコックの死と遺産の承継
- (2) イェール大学法学部門
- (3) 新たな教員の選任

2 第2の危機

- (1) 校舎の移転と財政面での困難
- (2) ロー・スクール存続のための対策
- (3) ダットンの死と新体制の開始

IV. 理念と改革

1 コロンビア・ロー・スクールの成功

2 教育理念の深化

- (1) 改革の必要性の訴え
- (2) ウルジーの講演
- (3) 法学修士・法学博士コースの設置
- (4) 在学期間の延長
- (5) イェール・ロー・ジャーナルの創刊

3 財政基盤の確立

- (1) 新裁判所庁舎への移転
- (2) 図書館の蔵書の拡充
- (3) 専任教授ポスト設置の努力
- (4) ヘンドリー・ホールの建設

4 ハーヴァード・ロー・スクールとの対峙

- (1) ケース・メソッド
- (2) イェール・システムへの支持
- (3) ハーヴァードの影響の拡大

《文献》

I. 目的と対象

19世紀前半のアメリカでは、法曹実務家

の経営する私設ロー・スクールが、大学に編入され、附属機関としての地位を獲得するという現象が生じた¹⁾。本稿は、そのような大学附属ロー・スクールの一例としてイェー

* I am grateful for the invaluable research assistance provided by Mike Widener, Rare Book Librarian & Lecturer in Legal Research, Yale Law School. I thank also the editors of the University of Tokyo Law Review for their helpful comments. Remaining errors are mine alone.

** 本稿は JSPS 科研費 JP24730101 の助成を受けたものである。

1) Stevens [1983] p 5, 加毛 [2015] 96 頁。

ル・ロー・スクール (Yale Law School) を取り上げ、1820年代から20世紀初頭までの展開について検討する²⁾。このような検討対象を設定する理由は次の2点に求められる。

第1に、先立つ時代の私設ロー・スクールとの対比である。前稿で述べた通り、リッチフィールド・ロー・スクール (Litchfield Law School) に代表される私設ロー・スクールは、運営体制と教育の両面に問題を抱えていた³⁾。私設ロー・スクールの運営は経営者の個人的才覚に依存し、その存続には後継者問題がつきまとった。また経営者が個人として獲得できる資金しかロー・スクールの運営に利用できなかったため、財政基盤も脆弱であった。これらの問題が大学附属ロー・スクールにおいていかに解決され得たかを考えるうえで、19世紀のイエール・ロー・スクールは興味深い素材を提供する。次に、教育面について、リッチフィールド・ロー・スクールでは、教師の講義の内容を学生が筆記し、ノートを作成するという教育手法がとられていた。これに対してイエール・ロー・スクールでは新たな教育手法が採用されたが、そこには当時の大学(カレッジ)における教育が影響を与えていたと考えることができる。

イエール・ロー・スクールを取り上げる第2の理由は、後続する時代の法学観への影響である。1930年代にイエール・ロー・スクールはアメリカにおけるリーガル・リアリズム (legal realism) の中心としての役割を果たすことになる⁴⁾。その萌芽ともいべき法学に対する理解が、19世紀後半のイエール・ロー・スクールの展開の中に見出されるのである⁵⁾。もっともこの点に関する本稿の検討は限定的なものにとどまる。イエール・ロー・スクールにおけるリーガル・リアリズムの隆盛は、1870年代以降ハーヴァード・ロー・スクール (Harvard Law School) を中

心として形成された法学観との対抗関係の中で生じたものといえる。しかし、ハーヴァードにおいてクリストファー・ラングデル (Christopher C. Langdell) が主導した一連の教育改革について、本稿では立ち入った検討をすることができない⁶⁾。本稿は、20世紀前半にイエールで花開くリーガル・リアリズムの端緒を瞥見するにすぎないのである。

以下ではまず、イエール・ロー・スクール創設の経緯と初期の運営状況をみとうえで⁷⁾、その教育方法の特徴について検討する(Ⅱ)。19世紀前半においてイエール・ロー・スクールが私設ロー・スクールとしての性格を色濃く残していたこと、その一方で、従前の私設ロー・スクールとは異なる教育手法を確立したことが明らかにされる。次に、19世紀中葉にイエール・ロー・スクールが直面した2度の存続の危機と、その危機を克服した経緯について検討する(Ⅲ)。ロー・スクールの後継者問題について、イエール大学とニュー・ヘイヴン法曹協会がいかなる対応をとったのかを明らかにすることが、中心的な課題となる。最後に、1869年以降のイエール・ロー・スクールの展開について検討する(Ⅳ)。この時期には、財政基盤の確立と教育環境の整備が進められる一方で、ロー・スクールの教育理念に深化が生じることになる。その背後には同時代の他のロー・スクールとの競争関係が存在したと考えられる。その検討を通じて、20世紀前半のリーガル・リアリズムの隆盛へとつながるイエール・ロー・スクールの学問的アイデンティティの淵源を探ることとしたい。

2) この時期のイエール・ロー・スクールに関する邦語の先行研究は乏しいが、曾野 [2005] 93-95頁は、Langbein [2004a] 及び Langbein [2004b] を紹介する形で簡明な見通しを与える。

3) 加毛 [2015] 97-99頁。

4) Kalman [1986] pp 75-78, Bartholomew [2003] p 402, Kalman [2005] pp 19-20.

5) Langbein [2004b] p 54.

6) ラングデルの教育改革に関する邦語の先行文献として、松浦 [1981] 51-55, 64-69頁, 松浦 [1982] 71-79頁, 大川 [2002] 272-277頁, 柳田=フット [2010] 13-16, 47-48, 50, 53-54, 104-105, 191-193, 222-226, 246-247頁。

7) イエール・ロー・スクール創設の経緯については、前稿でも簡単な検討を行った(加毛 [2015] 96-97頁)。

II. 創設と特色

1 創設者

イエール・ロー・スクールの創設者とされるのは、セス・ステーブルズ (Seth P. Staples), サミュエル・ヒッチコック (Samuel J. Hitchcock), デイヴィット・ダゲット (David Dagget) の3名である⁸⁾⁹⁾。ステーブルズは、1776年8月31日コネチカットのカンタベリに生まれた。イエール大学卒業後、ダゲットの法律事務所では法律を学び、1799年に法曹資格を取得している¹⁰⁾。ステーブルズは、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、イングランドから法律書のコレクションを購入した。その後もイングランド及びアメリカの法律書を蔵書に加え、それらを利用して教育を行うようになったのである¹¹⁾。こうして設立されたニュー・ヘイヴン・ロー・スクール (New Haven Law School) はステーブルズの法律事務所と一体化したものであった。1820年にステーブルズは、かつての教え子であるヒッチコックを法律事務所の共同経営者に迎え、2人で

ロー・スクールの運営にあたることとした¹²⁾。しかしその4年後にはニュー・ヨーク・シティに移ることになり、特許関連の実務で成功を収めたのである¹³⁾。

ステーブルズが去った後、その蔵書を買取り、ロー・スクールの経営を引き継いだのがヒッチコックであった。1786年2月4日コネチカットの労働者階級の家庭に生まれたヒッチコックは、1809年のイエール大学卒業後、大学のチューターなどの仕事をしながら、ステーブルズのもとで法律を学んだ¹⁴⁾。1814年に法曹資格を取得した後、1820年にステーブルズの法律事務所の共同経営者となり、ステーブルズがニュー・ヘイヴンを去った1824年には、ダゲットをロー・スクールの共同経営者に迎えている¹⁵⁾。こうしてヒッチコックは、1845年の死に至るまで、四半世紀にわたってロー・スクール運営の中心的存在となったのである。ヒッチコックは、ロー・スクールでの教育活動と並行して、実務家としての仕事も継続し、ニュー・ヘイヴン市長 (1839～1841年)、ニュー・ヘイヴン・シティ裁判所首席裁判官 (1842～1844年) などの公職を歴任した。また鉄道法の専門家として、コネチカット州の鉄道網の整備にも尽力している¹⁶⁾。

8) 1935年、イエール・ロー・スクール図書館に残されていたステーブルズ、ヒッチコック、ダゲットの蔵書をまとめて、創設者コレクション (Founders' Collection) が設立された。その内容については、Hicks [2001a] pp 46-47 参照。

9) イエール・ロー・スクールの校章 (arms) —— 1956年にイエール大学美術史学教授セオドア・サイザー (Theodore Sizer) によってデザインされた——は、黒地に銀の錠、緑地にワニ、金地にグレーハウンドの3つの部分から構成されるが、各部分はそれぞれステーブルズ、ヒッチコック、ダゲットを表象している。銀の錠 (silver staples) がステーブルズを象徴するのは、その名に由来する。ヒッチコックについては、彼の家族がイギリス領西インド諸島に移住したことから、ジャマイカを表すワニ (alligator) が示すシンボルとして用いられた。またダゲット (Daggett) の名前はかつて “Doggett” や “Doget” などと綴られたことから、犬 (greyhound) によってダゲットを象徴するものとされたのである (Miller [1991] p 1)。

10) Hicks [2001a] pp 5-7.

11) Woolsey [1874] p 8, Hicks [2001a] pp 9-10, Langbein [2004a] p 32.

12) Hicks [2001a] pp 7-8, 10-11.

13) Woolsey [1874] p 8. ステーブルズはチャールズ・グッドイヤー (Charles Goodyear) の法律顧問としてゴム加工技術に関連する多数の特許訴訟に関与した。1861年2月15日ニュー・ヨーク・シティで死去 (Hicks [2001a] pp 8-9)。

なおステーブルズは、アメリカにおける奴隷廃止運動促進の契機となったアミスタッド号事件において——ロジャー・ボールドウィンらとともに (後掲注 67) 参照——奴隷として捕えられたアフリカ人の訴訟代理人として活動したことでも知られている (Hicks [2001a] p 8)。

14) Hicks [2001a] pp 15-16.

15) Hicks [2001a] p 20, Langbein [2004a] p 33.

16) Hicks [2001a] pp 17-19.

3名の創設者の中で最も年長であるダゲットは、1764年12月31日マサチューセッツのアトルボロに生まれた。1783年にイエール大学を卒業した後、ニュー・ヘイヴンのチャールズ・チョーンシー (Charles Chauncey) のもとで法律を学び、1786年に法曹資格を取得した。コネチカット州議会議員をはじめとする公職を歴任した後、1813年から1819年まで連邦議会上院議員を務めた。1824年にロー・スクールの共同経営者となった後も、ロー・スクールでの教育の傍ら、コネチカット州最高裁判所裁判官 (1826～1832年)・同首席裁判官 (1833～1834年)、ニュー・ヘイヴン市長 (1828～1830年) などの公職に就いている¹⁷⁾。ダゲットは晩年までイエール・ロー・スクールでの教育に携わり、1851年4月12日に86歳で死亡した。

2 ロー・スクールの地位

(1) 教員の地位

ニュー・ヘイヴン・ロー・スクールを附属機関として編入することについて、イエール大学が正式な決定をしたという記録は残されていない¹⁸⁾。しかし、1826年にイエール大

学がダゲットを法学教授 (Professor of Law) に任命したことは¹⁹⁾、ロー・スクールのイエール大学編入を示す証左と考えることができる²⁰⁾。1826年以降、イエール大学便覧には、教授リストの筆頭に法学教授であるダゲットの名前が掲げられるとともに²¹⁾、ロー・スクールのカリキュラムの概要が掲載されることになった。そこでは「ロー・スクールは、コネチカット州最高裁判所裁判官デイヴィッド・ダゲットと弁護士サミュエル・J・ヒッチコックによって指導される」と説明されており、ダゲットとヒッチコックが共同でロー・スクールを運営することが明らかにされている²²⁾。1830年には、ヒッチコックにも法学及び法実務に関する講師 (Instructor in the Science and Practice of Law) のポストが付与されることになった²³⁾。

1826年の便覧には、法学教授であるダゲットが、イエール大学の4年生に対しても臨時の特別講義を行うことも記載されている²⁴⁾。ダゲットはイエール大学とロー・スクールの学生双方のために憲法に関する講義を開講しており²⁵⁾、後にこの講義は大学の正規の授業とされることになった²⁶⁾。さらに1832年、ダゲットの法学教授のポストは――

17) Woolsey [1874] p 16, Daggett [1889] pp 240-241. なお Hicks [2001a] pp 36-37 は、1826～1832年のダゲットの地位を上位裁判所 (Superior Court) 裁判官とするが、1826年のロー・スクール便覧 (Yale College [1826] p 28) や同時代の資料の記述からして、最高裁判所 (Supreme Court of Errors) 裁判官が正しいものと考えられる。

18) 1824年のイエール大学便覧には、既に法学生 (Law Students) として14名の名前が掲載されている (Yale College [1824] p 5. そこには後にロー・スクールの経営に参加するアイザック・タウンゼンドの名前も見出される。後掲注60) 参照)。この点をとらえてニュー・ヘイヴン・ロー・スクールとイエール大学の結びつきの始まりを1824年とする理解が一般的である (Woolsey [1874] p 9, Daggett [1889] p 240, Hicks [2001a] p 3)。後述するイエール・ロー・スクールの創設50周年祝賀式典も1824年を起点として年数をカウントしている (後掲注137) 参照)。もっとも当時のイエール大学便覧は在学生のほか、ニュー・ヘイヴン在住の卒業生や、他の大学の卒業生であってニュー・ヘイヴンで学業を続けている者なども含まれており、その記述をもってロー・スクールのイエール大学編入の証拠とすることは困難であることが指摘されている (Langbein [2004a] pp 34-35)。

19) この法学教授のポストは、1801年にエリズア・グッドリッチ (Elizur Goodrich) が任命されたものであり、1810年のグッドリッチの辞任以降は、空席となっていた (Hicks [2001a] p 4, Langbein [2004a] p 34)。グッドリッチの法学教授任命の背景事情については、加毛 [2015] 84-85 頁参照。

20) Langbein [2004a] p 35.

21) Yale College [1826] p 4.

22) Yale College [1826] p 28.

23) Hicks [2001a] p 24, Langbein [2004a] p 34. 1830・1831年度の便覧から、講師としての肩書でヒッチコックの名前が掲載されることになった (Yale College [1830] p 4)。もっともダゲットと異なり、ヒッチコックがイエール大学の学生向けに講義を行った記録はないとされている (Hicks [2001a] p 24)。

24) Yale College [1826] p 29.

25) Hicks [2001a] p 40. Woolsey [1874] p 17 は、講義に出席した学生の回想を引用し、ダゲットが上院議員としての経験や建国の父たちとの親密な交流に基づいて、学生たちの興味を惹く講義を行ったことを紹介する。

26) ダゲットの講義は4年生の第1・2学期 (term) に週1回開講された (Yale College [1831] p 31, Hicks [2001]

ジェームズ・ケント (James Kent) の功績を称え、その名前を冠した——ケント講座教授 (Kent Professorship) へと改称された²⁷⁾。これに伴い、ダゲットは、イエール大学においてケントの『アメリカ法積義 (Commentaries on American Law)』(1826～1830年)に関する授業も担当することになったのである²⁸⁾。

(2) 学位の授与

イエール大学とロー・スクールの結びつきは、ロー・スクールの卒業生への学位授与によって、さらに強化されることになる。大学便覧にロー・スクールが掲載されるようになった後も15年以上にわたって、イエール大学はロー・スクールの卒業生に学位を授与しなかった²⁹⁾。このような状況のもと、ヒッチコックは、1842年8月6日付の手紙において、イエール大学の学長とフェローに学位授与の必要性を訴えたのである³⁰⁾。

この手紙の中で、ヒッチコックは、ハーヴァード大学が法学士の学位を授与するようになったことが、近年のハーヴァード・ロー・スクールにおける学生数の増加の要因

であると指摘している。1830年代から40年代前半のハーヴァード・ロー・スクールは——1820年代の低迷期を乗り越え³¹⁾——合衆国最高裁判所裁判官であるジョセフ・ストーリー (Joseph Story) を招聘し、フッカー・アシュマン (Hooker Ashmun) とサイモン・グリーンリーフ (Simon Greenleaf) による運営のもとで急速な成功を収めた³²⁾。それゆえ、ハーヴァード・ロー・スクールの隆盛の理由を大学による学位付与に求めることには疑問があるものの³³⁾、ヒッチコックは、イエール・ロー・スクールの競争力を高めるために、学位授与の必要性を大学に訴えたと考えられるのである。

この要請を受けてイエール大学は、1842年8月16日、ロー・スクールの卒業生に学位を授与することを決定した³⁴⁾。1843年8月15日制定の規則では、まずロー・スクールの学生となる資格が次のように定められる。

「1. 資格 (Membership) イエール大学の卒業生又はイエール大学から不行状によらず退学した (honorably dismissed) 者

p 40)。

27) これはイエール大学卒業生寄付金 (Centum Millia Fund) の一部が法学教授ポストに支出されることになったのを契機とするものであるが、新たなポストにケントの名前を冠することになったのは、ダゲットの発案であったとされる (Hicks [2001a] pp 40-42)。ケントはダゲットとイエール大学の同級であった (Langbein [2004a] p 34)。

28) Hicks [2001a] p 40。

29) ただしイエール大学は、それまでも優れた個人に対して法学の名誉博士号を授与してきた。ヒッチコックも1842年にこの学位を授与されている (Hicks [2001a] p 24)。

30) Hicks [2001a] pp 24-25。

31) ハーヴァード大学は、1815年にマサチューセッツ州最高裁判所首席裁判官アイザック・パーカー (Isaac Parker) をロイヤル講座教授 (Royall Professorship) に任命していたが、1817年のロー・スクール設立に際して、さらに連邦議会下院議員アサエル・スターンズ (Asahel Stearns) を教授として採用した (Warren [1970a] pp 292, 307, Warren [1912] p 362, 田中 [1968] 277-278 頁, 松浦 [1982] 67-68 頁)。しかし、12年にわたる彼らのロー・スクール運営において学生数が20名を超えることはなく、1829年には最終的に1名にまで落ち込んだとされる (Warren [1912] p 363)。

32) 1829年6月、ネイサン・デイン (Nathan Dane) の寄付により、ストーリーの招聘を条件として、デイン講座教授 (Dane Professorship) が設立された (Warren [1970a] pp 415-423)。ハーヴァード大学は、ストーリーの名声によって学生を集める一方で (松浦 [1982] 68 頁, 大川 [2002] 269 頁)、ロー・スクールにおける多くの授業を担当させるためノーサンプトン・ロー・スクール (Northampton Law School) の経営者であったアシュマンをロイヤル講座教授に任命した (Warren [1970a] p 292)。アシュマンの死後は、グリーンリーフをその後任に据えてロー・スクールの運営にあたらせている (Warren [1970a] p 481, 田中 [1968] 279 頁)。1829年から1845年までの学生数の増加については、Warren [1970b] pp 92-93 参照。

33) なおハーヴァード大学は既に1820年代から法学士 (Bachelor of Laws) の学位を授与していた (Warren [1970a] pp 338-340)。もっとも当時の学位授与の条件がマサチューセッツ州の法曹資格取得要件に対応するものであったのに対して (Warren [1970b] p 88)、1830年代中葉以降、学位授与の要件がロー・スクールの在学と結び付いた形に改められることになった (Warren [1970b] pp 90-92)。

34) Hicks [2001a] p 25。

は、学位取得又は退学から1年が経過していないことを示す十分な証拠を示すことによって、仮入学が認められる。しかし、イエール大学から退学処分を受け (expelled)、又は不行状を理由として退学した (disgracefully dismissed) 者は、ロー・スクールの講義その他の授業に出席することが認められない。大学の学位取得者又は不行状によらず大学を退学した者、及びその他の入学申請者は、善良な人柄を証する書面 (testimonials) を提出しなければならない。3か月の在学期間中に、授業への定期的な出席、推薦に値する能力及び善良な人柄が証明された場合には、当該学生にはロー・スクールへの入学資格 (matriculation) が認められる³⁵⁾。」

ここではまず、イエール大学の卒業生 (又は不行状によらない退学者) がロー・スクールの入学資格に関して特別扱いを受けていることが分かる。大学とロー・スクールの結びつきを示すものといえる。またロー・スクールの入学資格が、イエール大学その他の大学 (カレッジ) の学位を取得している者に限らず、認められていることも重要である。このことを前提として、ロー・スクールの学位については、次のように規定される。

「2. 学位 (Degrees) 入学資格を有する学生が、大学教育を受けていた (liberally educated) 場合には18か月間、そうでない場合には2年間、ロー・スクールの全ての授業を受講し、かつ不行状に関して大学から懲戒 (censure) を受けなかったときは、卒業試験の合格を条件として、コモン・ロー及び制定法学士 (Bachelor of Common and Statute Laws) の学位を授与する。ロー・スクールの学生としての資格を有する者が、法曹資格の取得後、1年間、同様に要件を充たした場合にも、同一の学位を

授与する。ロー・スクールの学生として資格を有するものの、その期間が学位取得に足りない者が、同様の要件を充たした場合には、イエール大学学長及び法学教授が署名した証明書を交付する³⁶⁾。」

このように、ロー・スクールの卒業生に授与される学位は、コモン・ロー及び制定法学士 (Bachelor of Common and Statute Laws) とされた。また学位取得までにかかる期間に関して、大学 (カレッジ) の学位や法曹資格の有無に応じて異なる期間が規定されている。既に1826年のイエール大学便覧において、学生の在学を原則2年としつつ、一定の場合にヨリ短期とすることを認める旨が記載されていた³⁷⁾。上記規則は、学位授与を認めたことと併せて、在学期間の要件を明確化したものといえることができる。こうして1843年以降、ロー・スクールの卒業生には法学士の学位が授与されることになったのである。

(3) 個人所有形態の維持

以上のように、19世紀前半にイエール大学とロー・スクールの間には、教授ポストや学位授与を通じた関係が形成されることになった。しかしながら、両者の結びつきが緊密であったとはいえない。これは、イエール大学がその保守的性格のゆえに大学 (カレッジ) 教育を重視し、大学 (カレッジ) 教育から法学教育などの職業教育を切り離そうとしたことに原因があると考えられる³⁸⁾。そしてこのようなイエール大学の態度は、財政面において顕著に現れることになる。ロー・スクールはイエール大学への編入後も個人所有形態を維持し、イエール大学の財政から切り離されていたのである。

ロー・スクールの運営は学生からの授業料収入によって賄われていた³⁹⁾。ダゲットはイエール大学の教授ポストを有していた――

35) Hicks [2001a] pp 25-26.

36) Hicks [2001a] p 26.

37) Yale College [1826] p 29.

38) Bartholomew [2003] pp 374-375. その背後には、アメリカの大学教育に対するドイツ型の教育モデルの影響を排除しようとする考え方があったと指摘されている (Storr [1953] pp 30-31, Bartholomew [2003] p 380)。

39) 1826年のイエール大学便覧は、学生の学費を年間75ドルと定めていた (Yale College [1826] p 29)。法学士の学位が授与されることになった1843年のイエール・ロー・スクールの広告文には、ロー・スクール在学期間に応じて学費が細かく定められていた。すなわち、2年について150ドル、1年について80ドル、1年未満の期間に

そして大学4年生向けに講義を行っていた——にもかかわらず、その報酬を大学から受けていなかったのである⁴⁰⁾。既に紹介した通り、ヒッチコックもダゲットも、ロー・スクールで教える傍ら、法曹実務家としての仕事を継続し、様々な公職に就いていた。彼らはロー・スクールからの収入に依存して生計を立てていたわけではなかったのである。

他方で、ロー・スクールの資産は共同経営者に帰属していた。ロー・スクールの蔵書も、イエール大学ではなく、ヒッチコックとダゲット個人が所有するものであった。イエール大学の図書館が所蔵する法律関係の書籍は一般の学生向けのものにすぎず、ロー・スクールでの教育には役立たなかったとされている⁴¹⁾。

こうしてイエール・ロー・スクールは、大学財政から切り離され、独立採算で運営された。当時はイエール大学自体も学費収入に依存しており、ロー・スクールに対して財政的な援助を行う余裕がなかったといえる。そのためロー・スクールの財政悪化が大学本体に影響しないようにしたのである。もともとイエール大学がニュー・ヘイヴン・ロー・スクールを編入した背景には、大学が財政的なリスクを負うことなく、法学教育を提供することができる——ロー・スクールの経営が傾いた場合には法学教育から容易に手を引くことができる——という考慮があったとされる⁴²⁾。その意味で、ロー・スクールが個人所有形態を維持することは、イエール大学にとって魅力的であったと考えられるのである。

このように、19世紀前半におけるイエール大学の法学教育に対する関与の度合いは高いものではなかった。そしてそうしたイエール大学の態度が、ヒッチコックの死に際して、ロー・スクールの存続の危機という形で

顕在化することになるのである。

(4) ニュー・ヘイヴン法曹協会との関係

イエール大学からの相対的な独立の一方で、イエール・ロー・スクールは、ニュー・ヘイヴン法曹協会と一定の協力関係を構築していた。その中心となったのがロー・スクールの蔵書である。当時のロー・スクール図書館規則によれば、ニュー・ヘイヴン法曹協会のメンバーにはロー・スクール図書館の蔵書を借り出すことが認められていた⁴³⁾。ニュー・ヘイヴン法曹協会は独自の図書館を有しておらず、ロー・スクールの蔵書を利用できることが、法曹協会に所属する実務家にとって便宜であったと考えられる。このような法曹協会との協力関係が、後にロー・スクールの存続の危機に対して、救済として機能することになるのである。

3 教育方法

(1) 法律書の予習と暗唱

次にイエール・ロー・スクールの教育方法についてみていこう。1826年のイエール大学便覧には、次のような記述がみられる。

「学生は重要な入門用の法律書 (elementary treatise) を精読するよう求められる。そして毎日、自らの読んだ著作に関して質問を受けるとともに、自らが学ぶ主題について事例を用いた解説を受ける。

講義は、法学教授によってコモン・ロー及び制定法の全ての主題について行われる。

模擬裁判は週に1回以上の頻度で行われ、学生は、訴答を作成し、法律問題について調査・議論を行う。

学生はまた、その時々に応じて、訴状・訴答・契約書その他法律実務に関連する文書を作成し、また法曹実務家のクラークと

については1か月あたり10ドル、1年以上2年未満の期間については1年目の終了後、1か月あたり7ドルとされた (Yale College Law School [1843] p 1)。なお1843年8月15日制定の規則によれば、ロー・スクールの学位取得の費用として4ドルと手数料をイエール大学に支払うべきことが定められている (Hicks [2001a] p 26)。

40) Hicks [2001a] p 40.

41) Hicks [2001a] p 27.

42) Langbein [2004a] p 36.

43) Hicks [2001a] p 28. もっとも実務家による借出しがロー・スクールの蔵書の劣化や紛失を招いたと指摘されている (Hicks [2001a] p 45)。

しての重要な仕事をするよう求められる。

学生は、ある法律問題に関する論文を執筆し、自らの見解を支持する論拠を収集するよう求められることもある。

学生には、入門書が提供されるとともに、いつでも大学図書館とロー・スクール図書館の利用が認められる。ロー・スクール図書館は古代から現代に至るまでの重要な著作を所蔵している⁴⁴⁾。」

ここでは、教員の面前での暗唱 (recitation) がロー・スクールの教育の中核であることが明らかにされている (第1段落参照)。これは次のような教育方法である。まずロー・スクールは法曹実務家向けの法律書 (treatise) を複数冊購入して各学生に貸与する (第6段落参照)。学生は、授業に先立って貸与された法律書の特定の箇所を精読してくるよう指示される。そして教場では、まず学生が予習してきた内容を説明 (暗唱) し、それに対して教員が質問をして学生の理解を確かめるのである⁴⁵⁾。

このような教育手法は、前稿で検討したリッチフィールド・ロー・スクールのそれと大きく異なる。リッチフィールド・ロー・スクールでは、教師が講義ノートを読み上げ、それを学生に書き取らせるといった講義形式の教育が中心であった⁴⁶⁾。このような教育手法によれば、教師は講義ノートを絶えずアップデートしなければならない。そのためリッチフィールド・ロー・スクールの経営者であるタッピング・リーヴ (Tapping Reeve) とジェームズ・グールド (James Gould) は法学教育に専念することになった⁴⁷⁾。これに対してヒッチコックとダゲットは、法曹実務家・政治家としての多忙な日常の合間を縫ってロー・スクールでの教育を行っていたので

あり、講義の準備に多くの時間を割くことは困難であったと考えられる。その一方で1820年代以降、判例集や法律書が多数出版されるようになった結果、講義の準備にはますます多くの時間を要するようになっていたのである⁴⁸⁾。

これに対して、学生による法律書の暗唱を中心とする教育手法によれば、教師の負担は大幅に軽減される⁴⁹⁾。教師は、教育の内容を法律書に依拠することができ、必ずしも当該分野に習熟していなくても授業を行うことができる。また当該科目の対象範囲をカバーする責任を学生に転嫁することもできる。そして何より、自ら準備をして講義を行うより、学生の説明に対して質問をする方が容易であるといえるのである⁵⁰⁾。

イエール・ロー・スクールにおいても講義形式の授業が行われていたが (前記引用の第2段落参照)、19世紀を通じて、教育の中心は学生による法律書の予習・暗唱であった。同様の教育手法は他のロー・スクールでも採用されていたが⁵¹⁾、イエール・ロー・スクールが特にその重要性を強調したため、このような教育手法は後に「イエール・システム (Yale System)」と呼ばれることになるのである⁵²⁾。

(2) 背景

イエール・システムの採用については、教師の負担軽減という理由のほか、2つの背景事情を指摘することができる。第1に、当時の大学 (カレッジ) における教育手法との関係である。論理学、形而上学、神学などの伝統的な学問分野について、学生に標準的な教本 (textbook) を自習させ、教場においてその内容を説明させるという教育が広く行われていた。例えば1828年のイエール大学の報

44) Yale College [1826] pp 28-29.

45) Langbein [2004b] p 55. 当時の講義の様子を伝えるものとして、Woolsey [1874] p 9.

46) 加毛 [2015] 92-93 頁。

47) 加毛 [2015] 87, 89-90 頁。

48) Langbein [2004b] p 54.

49) Langbein [2004b] p 55.

50) シメオン・ポールドウィンの回想について、後掲注 104) 参照。

51) ハーヴァード・ロー・スクールについて、Warren [1970a] pp 334, 434-435, Warren [1912] p 362, 柳田=フット [2010] 12-13 頁参照。コロンビア・ロー・スクールについて、Goebel et al. [1955] p 36 参照。

52) Hicks [2001c] p 148.

告書は、カレッジの教育手法として、講義と暗唱（教本を用いた試験）という2つの方法を適切に組み合わせるべきことを指摘する。教員は講義を通じて学問の諸原理を生き活きと学生に伝えることができ、それによって学問に対する学生の興味と関心を引き起こすことができる；しかし講義のみによる教育では、学生は教員の講義を受動的に聞くだけで、学習に対する責任を負わなくなるおそれがある；このような欠点を補うには、講義の内容に関する学生の理解を頻繁に吟味する必要がある；そうすることで学生に真剣に学ぶ努力を続けさせることが、教本の暗唱という教育手法の目的である、と説明するのである⁵³⁾。このような説明を前提とすれば、イエール・システムは——ロー・スクールが独自に生み出したものというより——大学（カレッジ）における一般的な教育手法を法学教育に応用したにすぎないと評価することができる⁵⁴⁾。暗唱を中心とする教育手法については批判も存在していたが⁵⁵⁾、イエール・システムの有効性が確信された背景には、当時の大学（カレッジ）教育の状況があったと考えられる。その意味で、イエール・システムの採用は、大学の附属機関としてのロー・スクールの性格を示すものといえるのである。

第2に、19世紀における実務家向けの法律書（treatise）の出版拡大という事情も重要である。イエール・ロー・スクールにおいて学生が精読し、暗唱することを求められた文献は、ウィリアム・ブラックストーン（William Blackstone）『イングランド法釈義（Commentaries on the Laws of England）』の

ほか、ジョゼフ・チティ（Joseph Chitty）『契約法（A Practical Treatise on the Law of Contracts, Not under Seal）』及び『訴訟当事者・訴訟方式・訴答（A Treatise on the Parties to Actions, the Forms of Actions, and on Pleading）』、ウィリアム・クルーズ（William Cruise）『物的財産に関するイングランド法摘要（A Digest of the Laws of England Respecting Real Property）』、トマス・スターキー（Thomas Starkie）『証拠法及び民事・刑事手続における証明（A Practical Treatise on the Law of Evidence and Digest of Proofs in Civil and Criminal Proceedings）』などであった⁵⁶⁾。これらは法曹実務家向けの著作であり、教育目的で出版された教本（text-book）ではない。しかしながら、この種の文献ジャンルの登場によってイエール・システムの採用が可能になったと考えられるのである⁵⁷⁾。

Ⅲ. 危機と救済

前述のように、19世紀前半のイエール・ロー・スクールは個人所有形態を維持しており、その運営は経営者個人に依存していた。個人所有形態のロー・スクールにおいては、経営者の死亡に伴う相続が深刻な問題となる⁵⁸⁾。イエール・ロー・スクールもまた、1845年と1869年に2度の存続の危機を迎えることになった⁵⁹⁾。以下では、経営者の死亡に伴う存続の危機を、イエール・ロー・スクールがいかにして乗り越えたのかについてみていくことにしよう。

53) Yale College [1829] p 304. Storr [1953] p 3 は、当時の大学（カレッジ）について、暗唱を中心とする教育手法によって、当該分野の専門家でない者にも授業を担当させることができるというメリットがあったことを指摘する。

54) Langbein [2004b] p 56.

55) Storr [1953] pp 3-4.

56) Langbein [2004b] p 55. ヒッチコックの蔵書には、ブラックストーン『イングランド法釈義』が30セット、チティ『訴訟当事者・訴訟方式・訴答』が34セット、クルーズ『物的財産に関するイングランド法摘要』が25セット、スターキー『証拠法及び民事・刑事手続における証明』が18セット含まれていた（Hicks [2001a] p 29）。

57) Langbein [2004b] pp 55-56 は、法学文献の発展と法学教育の展開との密接な関連性を例証するものと指摘する。

58) 加毛 [2015] 97-98 頁。

59) Hicks [2001c] p 117, Langbein [2004b] pp 53-54.

1 第1の危機

(1) ヒッチコックの死と遺産の承継

1842年、ダゲットとヒッチコックによって運営されてきたイェール・ロー・スクールに、アイザック・タウンゼンド⁶⁰⁾ (Isaac H. Townsend) が加わることになる。タウンゼンドは当時既に法律家・政治家としての実績を積んでいたが、他人との論争を嫌う性格であったとされ、1843年の講師就任以降、ロー・スクールでの教育に精力的に取り組むことになった⁶¹⁾。

1843年にはイェール・ロー・スクールに2つのコースが設けられることになる⁶²⁾。職業コース (professional course) と一般コース (general course) である。職業コースが従前のロー・スクールの教育内容と一致するのに対して、一般コースは「法学を一般教養 (liberal knowledge) の一分野として学ぼうとする者のために相応の知識を授ける」ことを目的とするものであった⁶³⁾。大学 (カレッジ) 教育の一環としての法学教育が、ロー・スクールにおいてコースとして開講されることになったのである。

こうしてタウンゼンドを加えた新たな運営体制が開始したが、1845年8月31日にヒッチコックが死亡すると、ロー・スクールは存続の危機を迎えることになる。とくに深刻な問題となったのが、ヒッチコックの蔵書の扱いであった。暗唱を中心とする教育はヒッチコックの蔵書に依存していたのであり、それが利用できなくなることは、ロー・スクールの運営にとって致命的な問題となったからである。

ダゲットは既に80歳を超えており、ロー・スクールを継続する責任はタウンゼンドに重くのしかかった。この難局を乗り切るため、タウンゼンドは、著名な法律家・政治家であるウィリアム・ストーズ⁶⁴⁾ (William L. Storrs) をロー・スクールの教員として迎えた⁶⁵⁾。さらに、ヒッチコックの遺言執行者であったヘンリー・ホワイต์⁶⁶⁾ (Henry White) もまた、ロー・スクールの継続に助力することになる。当時、タウンゼンドの健康状態が良好ではなく、ストーズも裁判官としての職責を果たさなければならないなか、ホワイต์がロー・スクールの授業を担当することになったのである⁶⁷⁾。

イェール大学は当初、ロー・スクールの存

60) タウンゼンドは、1803年4月23日ニュー・ヘイヴンに生まれた。1822年にイェール大学を卒業した後、1824年までステーブルズとヒッチコックの運営するロー・スクールで法律を学んだ (1824年のイェール大学便覧に法学生として名前が掲載されている。前掲注18) 参照)。実業家であった父の影響もあって、法曹実務家として成功を収めただけでなく、コネチカット州議会議員にも選出されている (Hicks [2001b] pp 58-59)。

61) Hicks [2001b] pp 59-60。タウンゼンドは1843年以降、ロー・スクールの広告・宣伝も担当した (Hicks [2001b] pp 55-56)。

62) Hicks [2001b] p 100。

63) Yale College Law School [1843] p 1。一般コースは毎年10月の第3月曜日から開講され、その期間は6か月とされた。職業コースの学生には、一般コースの授業に出席することが認められていた。もっともこの一般コースには学生が集まらず、1848年に終了している (Baldwin [1880] p 124, Baldwin [1917] p 9, Hicks [2001b] p 100)。

64) ストーズは、1795年3月25日コネチカット州ミドルタウンに生まれた。1814年にイェール大学を卒業した後、ニュー・ヨークの兄の法律事務所 で法律を学び、1817年に法曹資格を取得している。ストーズは、連邦議会下院議員 (1829～1840年) を務めた後、1840年6月からはコネチカット州最高裁判所裁判官の地位にあった (Hicks [2001b] p 74, Forgeus [1940] pp 1-2)。

65) Hicks [2001b] p 51, Forgeus [1940] pp 2-3。

66) ホワイットは、1803年3月5日ニュー・ヘイヴンに生まれた。1821年にイェール大学を卒業した後、イェール大学神学校 (Yale Divinity School) に学んだ (ホワイットは40年にわたりニュー・ヘイヴン第一教会の執事 (deacon) を務めている)。1825年から2年間、ヒッチコックとダゲットのもとで法律を学んだ後、1828年に法曹資格を取得した。ホワイットは不動産取引や遺産関連の実務で成功を収めた。当時のニュー・ヘイヴンの土地の記録簿には索引の信頼性に問題があったところ、ホワイットは10年をかけて、土地取引に関する記録を精査し、最初の入植から1800年に至るまでの不動産取引の記録を作成した。この記録の正確さゆえに、ニュー・ヘイヴンで重要な不動産取引が行われる際には、ホワイットの法律事務所の発行する権原証明書が要求されることになったとされている。1880年10月7日死去 (Hicks [2001b] pp 68-72)。

67) ホワイットは、ストーズと協議のうえ、一時的にロジャー・ボールドウィン (Roger S. Baldwin) とデニス・

続に積極的ではなかった⁶⁸⁾。そこでタウンゼンドとストーズは、1845年12月23日付けのイエール大学諮問委員会(Prudential Committee)に宛てた手紙の中で⁶⁹⁾、法学教育が大学教育に占める重要性を指摘したうえで、ロー・スクールの教育にとってヒッチコックの遺産に属する蔵書は必須であり、イエール大学がそれを買取すべきことを主張した。イエール大学が法律関連の蔵書を所有していれば、その時々適切な教員を任命することで、継続的に法学教育を行うことができるとしたのである⁷⁰⁾。さらにタウンゼンドとストーズは、イエール大学が、評議員会(Board of Supervision)——学長、イエール大学の教授陣、ロー・スクールの教員などから構成される——を通じて、教員の任命、カリキュラムの内容、学生規則など、ロー・スクールの運営を監督することを求めた。イエール大学が法学教育への関与を強めるべきことを主張したのである。

タウンゼンドとストーズがイエール大学に対してヒッチコックの蔵書の買取りを提案した背景には、ホワイトとの交渉があったと考えられる。ヒッチコックの遺言を執行するため、ホワイトはタウンゼンドとストーズに蔵書の売却を申し出ていた。これに対してタウンゼンドとストーズは、イエール大学に蔵書売却の申出を行うよう提案した。そこでホワイトは、1845年12月29日付けのイエール大学諮問委員会宛ての手紙において⁷¹⁾、専門家による蔵書の評価額が5227ドル55セント

であるところ、1000ドルを差し引いた金額で蔵書をイエール大学に売却する用意があることを申し出たのである。

しかし、このホワイトによる申出にイエール大学が直ちに応じたわけではなかった。減額されたとはいえ、4000ドル(現在の価値で約10万3000ドル)を超える金額の支払いは、大学にとって負担となる。前述のように、当時のイエール大学は、ロー・スクールを独立採算制とし、大学本体の財政から切り離しておくことに利益を有していたのである。そこでタウンゼンドとストーズは、救済をニュー・ヘイヴン法曹協会に求めることにした。彼らは法曹協会のメンバーに対して、イエール大学がヒッチコックの蔵書を購入するための寄付を呼びかけたのである。前述のように、ニュー・ヘイヴン法曹協会のメンバーにはロー・スクールの蔵書の利用が認められていた。それゆえイエール大学がヒッチコックの蔵書を保有し続けることは、彼らにとっても利益になると考えられたのである⁷²⁾。

この寄付活動は成功を収め、1846年8月までに1950ドルを集めることになった⁷³⁾。そしてついにイエール大学もヒッチコックの蔵書の購入を決定したのである。1846年8月11日の決議によれば⁷⁴⁾、①イエール大学諮問委員会が遺言執行者であるホワイトと蔵書購入の条件について交渉し、寄付金を蔵書購入にあてる権限を有すること、②イエール大学がヒッチコックの蔵書を取得した場合に

キンバリー(Dennis Kimberly)の助力を得ている(Hicks [2001b] p 52)。ボールドウィンは、1793年1月4日ニュー・ヘイヴンに生まれ、1811年にイエール大学を卒業後、リッチフィールド・ロー・スクールで法律を学んだ。コネチカット州議会上院議員(1838～1839年)・下院議員(1841～1842年)を歴任した後、1846年当時はコネチカット州知事の職に就いていた。後に連邦議会上院議員(1847～1851年)を務め、1863年2月19日に死亡している(Fisher [1946] p 16)。後述するシメオン・ボールドウィンは彼の末子である(後掲注101参照)。なお、1839年のアミスタッド号事件では、ステーブルズらとともに、アフリカ人の訴訟代理人として活躍したことで知られる(前掲注13参照)。

68) Bartholomew [2003] p 368, Langbein [2004b] p 56.

69) Hicks [2001a] pp 30-32.

70) Langbein [2004b] p 57は、イエール・システムのもとでは、十分な法律書のコレクションさえあれば、いかなる法曹実務家も法学教育を担当することが可能であった——それゆえ、ロー・スクールにとって教員よりも蔵書の方が重要であった——と指摘する。

71) Hicks [2001a] pp 32-33.

72) Langbein [2004b] pp 56-57.

73) その中には、ストーズ(500ドル)、タウンゼンド(250ドル)、ホワイト(100ドル)の寄付も含まれていた。寄付者のリストについては、Hicks [2001b] p 107参照。

74) Hicks [2001a] pp 34-35.

は、それを大学図書館と区別し、ロー・スクールの教員と学生の利用の便に供すること、③蔵書購入のために寄付を行った法曹協会のメンバーには生涯にわたり蔵書を利用する特別の権限が付与されること⁷⁵⁾、④ヒッチコックの蔵書に、今後購入・贈与される書籍を加えて、イエール大学法学図書館 (Law Library of Yale College) とすること、⑤法学図書館に関する委員会を設置し、図書館に関する規則や計画の策定にあたらせること、⑥今後ロー・スクールの学生が支払う学費の8分の1を図書館のために利用し、ヒッチコックの蔵書の購入にかかる債務が完済された後は、図書館の蔵書拡大のために用いることなどが決定された。この決議に基づいて、イエール大学はヒッチコックの蔵書を所有することになったのである⁷⁶⁾。

もっとも決議の最後の点に示されている通り、イエール大学は、ヒッチコックの蔵書購入のための支出をロー・スクールの収入から回収することとしていた。1848年以降、ロー・スクールの会計簿にはイエール大学に対する債務が計上されることになる。この債務の弁済は容易には進まず、1873年になってようやく完済されたのである⁷⁷⁾。この点にも、イエール大学が財政面においてロー・スクールを切り離そうとする姿勢が示されていると考えることができる。

(2) イエール大学法学部門

タウンゼンドとストーズの1845年12月23日付けの手紙では、ヒッチコックの蔵書の買取りに加えて、イエール大学による法学教育への関与の強化が要望されていた。この点について、1846年8月19日の決議では、ロー・スクールをイエール大学法学部門 (Law Department) とすることが決定され

た⁷⁸⁾。また法学部門の使命が、一般教養 (liberal knowledge) としての法学教育と職業 (profession) としての法学教育の双方にあることが明らかにされた⁷⁹⁾。それまで曖昧だったロー・スクールの大学内部の位置付けが明確にされたのである。

さらに同決議では、教員の任命、組織体制、カリキュラムの決定、入学資格、学生に対する懲戒、学位の授与に関する基本的なルールも定められている⁸⁰⁾。もっとも、その内容は必ずしも目新しいものでなかった。例えば教員の任命については、イエール大学の学長及びフェローがその時々適切な人数の教員を選任するものとしつつ、教員に対する報酬はロー・スクールの収入からのみ支払われるべきこととされたのである。

(3) 新たな教員の選任

以上の決議と同時に、イエール大学は、ストーズ、ホワイト、タウンゼンドの3名を法学教授に任命すること、タウンゼンドをロー・スクールの財務担当とすること、及び法学教授の報酬の上限を年額1200ドル (現在の価値で約3万2000ドル) とすることを決議した⁸¹⁾。ホワイトは職業上の理由から教授就任を辞退したものの、ストーズとタウンゼンドは決議を受け入れて法学教授に就任した。こうして新たなロー・スクールの運営体制が確立するかにみえたのである。

しかし、この新体制はすぐに行き詰ることになる。中心的存在であるタウンゼンドが従前からの病状を悪化させ、1847年1月11日に死亡してしまったのである。そのためイエール大学はロー・スクールのために新たな教員を早急に見つける必要に迫られることになった。複数の候補者が検討された後⁸²⁾、白羽の矢が立てられたのが、クラーク・ビッ

75) 1847年3月のイエール大学法学図書館規則にも同様の定めがみられる (Hicks [2001b] p 109)。

76) 蔵書の代金額が最終的に4188ドル65セントとされる一方、寄付金は最終的に2070ドルに上った (Hicks [2001a] p 35)。

77) Hicks [2001a] pp 35-36.

78) Hicks [2001b] p 54.

79) 当時のイエール・ロー・スクールには職業コースと並んで一般コースが存在していたことについて、前掲注63)及び対応する本文参照。

80) Hicks [2001b] pp 54-55.

81) Hicks [2001b] p 55.

82) ウィリアム・ケント (William Kent) ——ジェームズ・ケントの息子——や、ダニエル・バーナード (Daniel

セル⁸³⁾ (Clark Bissell) とヘンリー・ダットン⁸⁴⁾ (Henry Dutton) であった。ビッセルはコネチカット州最高裁判所裁判官 (1829～1839年) やコネチカット州議会下院議員 (1829, 1841～1842年) ・上院議員 (1842～1843年) を歴任し、ダットンもまたコネチカット州議会下院議員 (1828, 1834, 1838～1839年) を務めていた。著名な2人の法律家にロー・スクールが託されることになったのである⁸⁵⁾。

1847年8月9日、イエール大学はストーズの教授辞任を了承した⁸⁶⁾。そして同月17日に、ビッセルとダットンを法学教授に任命すること、及び法学教授の報酬の上限額を撤廃することを決議した⁸⁷⁾。翌1848年夏には——数年来ロー・スクールでの教育から離れていた——ダゲットがケント講座教授の職を辞することになり、イエール大学は、その後任としてビッセルを任命したのである⁸⁸⁾。

2 第2の危機

(1) 校舎の移転と財政面での困難

ヒッチコックの死に始まる一連の騒動を経て、19世紀中葉にイエール・ロー・スクールは「比較的平穏な時期⁸⁹⁾」を迎えることになった。ロー・スクール運営の中心はダットンであった。ダットンは22年にわたってロー・スクールでの教育を担う傍ら、コネチカット州議会上院議員 (1849年)、コネチカット州知事 (1854～1855年)、コネチカット州最高裁判所裁判官 (1861～1866年) などの要職を歴任した⁹⁰⁾。

この時期の重要な出来事が校舎の移転である。1820年代以降、ロー・スクールはヒッチコックが所有する建物を利用していた。ヒッチコックの死後は、その遺産に賃料を支払って建物の利用を継続したが、1850年に

D. Barnard) ——連邦議会下院議員 (1827～1829, 1839～1845年)、駐プロイセン公使 (1850～1853年) ——のほか、有力な候補者とされたのが、当時ニュー・ヨーク州高位裁判所 (Supreme Court) 首席裁判官を務めていたグリーン・ブロンソン (Greene C. Bronson) であった。しかしブロンソンの招聘は失敗に終わる。ブロンソンが現職に留まることをニュー・ヨーク法曹協会が希望したことに加え、ロー・スクールの給料の低さが、その原因であったとされる (Hicks [2001b] pp 63-65, Langbein [2004b] p 57)。

83) ビッセルは、1782年9月7日コネチカットのレバノンに生まれた。苦学してイエール大学を卒業した後、ロジャー・シャーマン (Roger M. Sherman) ——アメリカ独立宣言の起草者の1人であるロジャー・シャーマン (Roger Sherman) の甥。妻はリッチフィールド・ロー・スクールの経営者グールドの妹エリザベス (Elizabeth Gould) ——のもとで法律を学び、1809年に法曹資格を取得した (Hicks [2001b] p 81)。

84) ダットンは、1796年2月12日コネチカット州ウォータータウンに生まれた。1818年にイエール大学を卒業した後、ビッセルと同じくシャーマンのもとで法律を学び、1823年に法曹資格を取得した (Hicks [2001b] pp 90-91)。

85) もっともビッセルとダットンによるロー・スクールの運営が開始するには若干の時間を要した。教授就任の要請を受けた1847年2月当時、ビッセルはホイッグ党候補としてコネチカット州知事選のさなかにあつた。そして同年4月に知事に当選したため、直ちにはロー・スクールでの授業を担当することができなくなったのである。その結果、1847年夏には、予定されていた授業を提供できない事態に陥った。そのため学生からホワイトに対して授業料の減額が要求され、授業料の3分の1の金額が返還されることになった。ビッセルはようやく9月下旬にニュー・ヘイヴンに到着し、ロー・スクールでの教育に当たることになったのである (Hicks [2001b] pp 57-58, 65-68)。

86) Hicks [2001b] p 67. 健康面での不安をかかえ、ロー・スクールでの教育と裁判官としての職務を並行して行うことが困難であったためとされる (Woolsey [1874] p 10, Forgeus [1940] p 3)。その後ストーズは、1857年2月にコネチカット州最高裁判所首席裁判官に就任し、1861年6月25日の死に至るまで、この地位にとどまった。

1889年5月25日、ストーズの姉の孫であるエリザ・ロビンソン (Eliza T. Robinson) とメアリ・ロビンソン (Mary A. Robinson) が、ストーズの功績を称えるため、5000ドル (現在の価値で約13万3000ドル) を寄付してストーズ講義 (Storrs Lectures) を設置した (Hicks [2001b] p 74, Forgeus [1940] pp 1, 4)。ストーズ講義は、法と法学に関する基礎的問題を扱うものとして、イエール・ロー・スクールで最も古く権威ある講義シリーズの1つとされる (1901年の鳩山和夫による日本民法に関する講義について、後掲注159) 参照)。

87) Hicks [2001b] p 67.

88) Hicks [2001b] p 75.

89) Hicks [2001b] p 74.

90) Hicks [2001b] p 91.

至って隣接するレフィングウェル・ビルディング (Leffingwell Building) に移転した。1849年に完成したこの建物は、その2階部分がロー・スクールのために設計されたものであった⁹¹⁾。その賃料としてダットンは年額300ドル(現在の価値で約8600ドル)を支払うことになった。前述のように、ロー・スクールは、ヒッチコックの蔵書購入についてイエール大学に債務を負っていた。この債務返済と建物賃料の支払いを含む財政上の困難は、この時期のイエール・ロー・スクールにとって深刻な問題であったといえる⁹²⁾。

1855年7月24日、ビッセルがケント講座教授の職を辞すると、ダットンはイエール大学によってその後任に任命された。同時にトマス・オズボーン⁹³⁾ (Thomas B. Osborne) が法学教授に選任され⁹⁴⁾、ダットンとオズボーンは、南北戦争による混乱の時期におけるロー・スクールの運営を担うことになったのである。

(2) ロー・スクール存続のための対策

1865年7月22日にオズボーンが健康上の理由でロー・スクールを去ると、ロー・スクールの教授はダットン1人となった。ダットンも既に高齢に達し、ロー・スクールの運営に支障が生じるおそれが現実化していた。また慢性的な収入不足のために、図書館を整備し、その蔵書を増やすこともできなくなっていた⁹⁵⁾。

このような状況のもとでダットンは、イエール大学に金銭面を含む支援を求めたほか⁹⁶⁾、ニュー・ヘイヴン法曹協会とコネチカット州議会に対してもロー・スクール存続のための働きかけを行うことになる。まずニュー・ヘイヴン法曹協会との関係では、1868年3月31日、ダットンの要請に基づいて、イエール・ロー・スクールの卒業生が、法律事務所での実習を要件とせずに法曹資格を取得できることが決定された⁹⁷⁾。このような学位特権 (diploma privilege) は既に他州において認められていたが⁹⁸⁾、ダットンはそれをイエール・ロー・スクールとニュー・ヘイヴン法曹協会との間で実現したのである。

次に、コネチカット州議会との関係では、ダットンの働きかけによって、議会在州法の法令集をイエール・ロー・スクールに複数冊提供することが決定された (1868年7月27日)。ロー・スクールは、その法令集を他州の法令集などと交換し、ロー・スクールの学生と州議会のメンバーの利用に供することとされた⁹⁹⁾。こうして無償で蔵書を増やす1つの方策が確保されることになったのである。もっとも、これだけでは図書館の整備・拡充に十分ではない。その後も蔵書の問題は、ロー・スクールの中心的課題の1つと位置付けられることになるのである。

91) Hicks [2001b] pp 75-76. レフィングウェル・ビルディングには、ロー・スクールのほかクラブやレストランも入っており、社交場のような役割を果たしていた (Hicks [2001b] p 96)。そのため教育環境としては望ましいものではなかったとされている (Robinson [1904] p 22)。

92) 1856年7月にはイエール大学が、ロー・スクールの収入不足を理由として、ヒッチコックの蔵書購入にかかる債務の利息の支払いを免除することを決定している (Hicks [2001b] p 84)。

93) オズボーンは、1798年7月8日コネチカット州ウェストンに生まれた。1817年にイエール大学を卒業後、ステーブルズのもとで法律を学び、1820年に法曹資格を取得した。ロー・スクールの教授となる前に、連邦議会下院議員 (1839～1842年)・上院議員 (1844年) を歴任している。1869年9月2日死去 (Hicks [2001b] p 83)。

94) Hicks [2001b] p 80.

95) 1852年以降、コネチカット州最高裁判所判例集と合衆国最高裁判所判例集を除いて、蔵書の増加はなかったとされている (Yale College [1871] p 18)。

96) Hicks [2001b] pp 86-87.

97) Hicks [2001b] p 87.

98) 後に紹介するセオドア・ドワイトは、1855年にハミルトン・カレッジのロー・スクールについて学位特権を取得しており、ドワイトの移籍に伴って、コロンビア・ロー・スクールにも1860年に学位特権が認められた (Goebel et al. [1955] pp 51-53)。このことが、1860年代のコロンビア・ロー・スクールの成功の一因であったとされている (Stevens [1983] p 26, 大川 [2002] 271頁)。

99) Hicks [2001b] p 87. ダットンは複数年にわたり、コネチカット州の制定法令集の整備・刊行に関する委員を務めていた (Hicks [2001b] p 90)。

(3) ダットンの死と新体制の開始

1868年秋以降、ダットンの病状は悪化を続け、1869年春にはロー・スクールでの教育を続けることができない状態に至った¹⁰⁰。その際、ダットンに代わって一時的にロー・スクールでの授業を担当したのが、当時弱冠29歳のシメオン・ボールドウィン(Simeon E. Baldwin)であった。ボールドウィンは、1840年2月5日ニュー・ヘイヴンに生まれた。彼の家系はイエール大学との結びつきが強く¹⁰¹、ボールドウィンも1857年にイエール大学に入学した。大学4年時にダットンの憲法の講義を聴き、1861年の卒業後はロー・スクールに入学した。翌1862年9月からは、ハーヴァード・ロー・スクールに1学期間、学生として登録している¹⁰²。その後、父の法律事務所で実務を学び、1863年9月に法曹資格を取得したのである¹⁰³。

このようにボールドウィンがダットンの代わりにロー・スクールの授業を担当することになったのは、法曹資格を取得してからわずか5年半が経過した時期であった¹⁰⁴。それゆえボールドウィンの採用は急場しのぎに過ぎず、1869年4月26日にダットンが死亡すると、コネチカット州上位裁判所裁判官のエドワード・サンフォード(Edward I. Sanford)がロー・スクールの講師に任命されることになった。ところがサンフォードは、学

期の残りの期間を務めた後、講師の職を辞することを公表した。そのため1849年秋からロー・スクールを再開できるかが不透明な事態に陥った。こうしてイエール・ロー・スクールは2度目の存続の危機を迎えることになったのである。

ここでダットンの生前の対策が奏効することになる。前述のように、1868年以降イエール・ロー・スクールの卒業生には学位特権が認められたため、ニュー・ヘイヴン法曹協会がロー・スクールの存続に強い利害関心を有することになったのである。そしてロー・スクールの継続困難の噂が広まると、当時のイエール大学学長セオドア・ウルジー(Theodore D. Woolsey)に対して——ボールドウィンを含む——法曹協会のメンバーからロー・スクールの継続のための助力が申し出られることになる¹⁰⁵。この申出を受けて、イエール大学は、学長ウルジー、コネチカット州知事ジェームズ・イングリッシュ(James E. English)、神学校教授レオナルド・ベイコン(Leonard Bacon)、コネチカット州最高裁判所裁判官チャールズ・マカーディ(Charles J. McCurdy)の4名をメンバーとする委員会において、ロー・スクールの継続のための方策を審議することとした。

そして1869年7月20日には、ロー・スクールの爾後の方向性を定める重要な4つの決議が下されることになった¹⁰⁶。第1に、

100) 1867・1868年度の学生数は16～17名にまで減少していた(Woolsey [1874] p 11)。

101) 曾祖父であり、アメリカ独立宣言の起草者の1人であるロジャー・シャーマン(Roger Sherman)はイエール大学の財務担当(1765～1776年)を務めた。祖父シメオン・ボールドウィン(Simeon Baldwin)はイエール大学卒業後、チューター(1783～1786年)に就任している。そして父であり、後にコネチカット州知事・連邦議会上院議員を歴任することになるロジャー・ボールドウィンは、イエール・ロー・スクールの1845年の危機に際して、一時的にその運営に協力していた(前掲注67)参照。

102) Hicks [2001d] p 270。ボールドウィンは大学卒業生であるため、18か月で法学士の学位を取得できたが(II 2(2)参照)、1年間をイエール、半年間をハーヴァードで学んだため、どちらの大学からも学位を授与されなかった。

103) Hicks [2001d] p 270, Jackson [1953] p 687。

104) 当時の苦労を回想してボールドウィンは次のように述べている。「死の床にあったダットンから、ロー・スクールの授業の大半を引き受けるよう依頼され、私は、1869年の春の数週間にわたり授業を担当した。それはひどく恐ろしいことであった。私自身が学生であったのがそれほど昔というわけでもなく、授業を担当した学生の中には、私と同年代の者も含まれていたからである。しかし、学生に対して質問をすることは、学生の質問に答えるよりも常に容易であった。日々懸命に努力することで、なんとか学生たちよりも少しばかり先を行くことができたように思う」(Baldwin [1898] p 68)。ここでもイエール・システムという教育手法が、若きボールドウィンによる法学教育を可能にしたと考えられる(前掲注50)及び対応する本文参照。

105) Robinson [1904] p 21, Hicks [2001c] pp 118-119。

106) Hicks [2001b] pp 92-93, Hicks [2001c] p 119。

ボールドウィン、ルイス・ブリストル (Louis H. Bristol), ジョンソン・プラット¹⁰⁷⁾ (Johnson T. Platt), ウィリアム・ロビンソン¹⁰⁸⁾ (William C. Robinson) の4名がロー・スクールの運営の責任を担うこと——ただし後にブリストルは辞退した——, 第2に, 学長ウルジーに対して, ロー・スクールのための資金集めをするエージェントを選任する権限を付与すること, 第3に, 諮問委員会に対して, ロー・スクールのためにレフィングウェル・ビルディングの賃料を支払う権限を付与すること, 第4に, 学長ウルジーに対して, ケント講座教授の後任を任命する権限を付与すること, である。

このうち第2と第3の決議は, ロー・スクールの財政面での負担を軽減するためのものといえる。第3の決議によって, ロー・スクールは賃料の負担を免れることになるとともに, 第2の決議によって, 学生からの授業料のみに依拠するのではなく, 大学の承認と協力のもとで寄付金によってロー・スクールの運営する道が開かれたのである。寄付集めが直ちに成功したわけではないが, 当時, 他のロー・スクールのほとんどが授業料に基づいて運営されていたことに鑑みれば, 寄付によるロー・スクール運営というアイデアはイエール・ロー・スクールの1つの特徴を示すものといえることができる¹⁰⁹⁾。

さらに第1の決議も, 従前の経緯からすれ

ば異例のものであったと考えられる。当時の大学附属ロー・スクールは著名な法律家を経営者に据えることで学生を集めていた¹¹⁰⁾。イエール・ロー・スクールにおいても, ステープルズの離脱に際してダゲットが参加し, またヒッチコックの死に際してビッセルとダットンが招聘されていたのである。これに対して, 1869年にイエール・ロー・スクールの運営を担うことになった3名の法律家は, いずれも未だ若年——ボールドウィンは29歳, プラットは25歳, ロビンソンは35歳——であった¹¹¹⁾。彼らによるロー・スクール運営は当初2年間とされていたが¹¹²⁾, 結局, その後も継続されることになる。こうしてイエール・ロー・スクールは若い法律家たちの手に委ねられることになったのである。

IV. 理念と改革

1 コロンビア・ロー・スクールの成功

1869年秋から開始された新体制のもとで, イエール・ロー・スクールは, 教育理念を深化させ, 教育内容を改革していくことになる¹¹³⁾。このような変化が生じた背景を理解するには, イエール・ロー・スクールの当時の競争相手について瞥見する必要がある。

107) プラットは, 1844年1月12日コネチカット州ニュータウンに生まれる。事故によって深刻な傷害を負ったため大学進学を諦めたものの, 1863年にハーヴァード・ロー・スクールに入学し, 1865年に卒業した。ボストンで法曹資格を取得した後, ニュー・ヘイヴンに移ってエクイティ関係の実務を開始した。1869年7月にイエール・ロー・スクールの運営に参加した後, 1872年7月に教授に任じられた。1873年にはイエール大学から名誉修士号 (Master of Arts) を授与されたが, 1889年以降, 健康を害し, 1890年1月23日に46歳の若さで死亡している (Hicks [2001c] pp 155-158)。

108) ロビンソンは, 1834年7月21日コネチカット州ノーウィッチに生まれる。ダートマス大学卒業後, 神学を学び, 1859年2月9日, 米国聖公会 (Protestant Episcopal Church) の司祭に任ぜられる。しかしその後, パウロ会士との交流を通じてローマ・カトリック教会のメンバーとなった。既に婚姻をしていたロビンソンは司祭の職を断念し, 法律家の道を歩むことを決意する。1864年にペンシルヴァニア州で法曹資格を取得し, 1865年にニュー・ヘイヴンに移った。イエール・ロー・スクールでは25年にわたって法学教育に携わったが, 1895年にカトリック大学アメリカ校 (Catholic University of America) の社会科学研究所所長に就任した。1911年11月6日死去 (Hicks [2001c] pp 158-166)。

109) Langbein [2004b] p 62.

110) Langbein [2004a] p 35. ハーヴァード・ロー・スクールについて, 1820年代のパーカーとスターンズによる運営 (前掲注31) 参照, 1829年のストーリー招聘 (前掲注32) 参照) などが, その具体例である。

111) Hicks [2001c] pp 119-120.

112) Woolsey [1874] p 11.

113) Langbein [2004b] pp 63-64.

1860年代のハーヴァード・ロー・スクールは低迷期にあり¹¹⁴⁾、競争相手として意識されたのはコロンビア・ロー・スクールであった¹¹⁵⁾。

コロンビア・ロー・スクールは、セオドア・ドワイト (Theodore W. Dwight) を法学教授として招聘したことに始まる。ドワイトは、1822年7月18日ニュー・ヨーク州キャッツキルに生まれた。ハミルトン・カレッジ卒業後、1841年にイエール・ロー・スクールに入学したが、翌1842年にハミルトン・カレッジのチューターに採用されたことから、ニュー・ヘイヴンを離れることになる。これ以後ドワイトは法律を独学したとされ、1845年にニュー・ヨーク法曹協会から法曹資格を取得した。1846年にハミルトン・カレッジの教授に就任し、1853年にはロー・スクールの開講が承認された¹¹⁶⁾。そこでの法学教育が評判を呼び、これに目を付けたコロンビア大学が、1858年10月4日、ドワイトを法学教授に任命することになったのである¹¹⁷⁾。

こうして設立されたコロンビア・ロー・スクールはすぐに成功を収めた。その理由としては、ドワイトの教育者としての資質に加えて、ロー・スクールの立地条件を挙げることができる¹¹⁸⁾。ニュー・ヨーク・シティが金融・交通・製造業の中心地としての重要性を増すにつれ、法律家の需要も増えることになったからである¹¹⁹⁾。

コロンビア・ロー・スクールの教育手法は——ドワイトが学んだイエール・ロー・スクールのそれと同様——学生に法律書を予習させ、教場でその内容を暗唱させるというものであった¹²⁰⁾。ドワイトはこの教育手法に習熟し、法学教師としての名声を確立することになった¹²¹⁾。その評判はイングランドにも及び、1871年にアメリカを訪れたアルバート・ダイシー (Albert V. Dicey) は、コロンビア・ロー・スクールをアメリカ合衆国で最高のロー・スクールであると称賛し、イングランドにも同様の教育機関を設立すべきことを主張した¹²²⁾。ジェームズ・ブライス (James Bryce) もまた、ドワイトが最良の法学教育者であり、その授業を受けるためにイングランドからアメリカに渡る価値があるとしたのである¹²³⁾。

このようなコロンビア・ロー・スクールの隆盛に対峙する形で、イエール・ロー・スクールは教育理念を深化させていくことになる。次に1869年以降のイエール・ロー・スクールの動向をみていこう。

2 教育理念の深化

(1) 改革の必要性の訴え

1871年、イエール大学の改革の必要性に関する2つの文書が公表され、ロー・スクールについても改革が提案されることになった。第1に神学校教授ティモシー・ドワイト

114) Langbein [2004b] p 60, Langbein et al. [2009] pp 954-955, 柳田=フット [2010] 246-247 頁。1845年のストーリーの死後、1850年代から1860年代にかけて学生数が大幅に減少したわけではなかったものの (Warren [1970b] pp 346-349), 教育の水準の低さや制度の不備が指摘されるようになり、1869年12月11日には、21年にわたってデイン講座教授を務めてきたセオフィラス・パーソンズ (Theophilus Parsons) が辞任に追い込まれている (Warren [1970b] pp 358-359, Clark [1987] pp 318-319)。

115) Langbein [2004b] p 60.

116) Goebel et al. [1955] pp 33-34.

117) Goebel et al. [1955] pp 29. コロンビア大学はドワイトを招聘するために2000ドルの最低報酬を保障したとされている。

118) このほか卒業生の学位特権について、前掲注98) 参照。

119) Langbein [2004b] p 60. 開講当時の学生数が35名であったのに対して、1872年の学生数は371名にも達している (Goebel et al. [1955] p 62)。

120) Goebel et al. [1955] p 36. イエール・システムが当時の法学教育の主流であったことについて、前掲注51) 及び対応する本文参照。

121) ダットンの高齢化に伴ってイエール・ロー・スクールの継続が危ぶまれた時期には、ドワイトを招聘することも検討されていた (Hicks [2001b] p 85)。

122) Goebel et al. [1955] p 63.

123) Goebel et al. [1955] p 63.

(Timothy Dwight) ——後のイエール大学学長——の『イエール大学——その将来に関する若干の考察』である。そこではまず、イエール大学がこれまで法学教育などの職業教育を軽視してきたことが批判され¹²⁴⁾、神学校やロー・スクールの学生・卒業生を、大学(カレッジ)の学生・卒業生と同様に扱うべきことが主張される。法学は、数学やギリシャ語・ラテン語など、伝統的に大学(カレッジ)教育の中核に位置付けられてきた学問分野と同様の重要性を有するとされるのである¹²⁵⁾。

さらにドワイトは、ロー・スクールの財政基盤を確立することが、イエール大学の喫緊の課題であるとし¹²⁶⁾、いくつかの具体的な提案を行った。まず、ロー・スクールの教員が、実務と並行して教育に携わるのではなく、教育に専念できる環境を作る必要がある¹²⁷⁾；また、新たな校舎を用意し、図書館の蔵書を拡充する必要がある、と主張したのである¹²⁸⁾。

このドワイトの主張と呼応する形で、1871年7月に公開されたイエール大学の年次文書では、各学部・部門と並んでロー・スクールからの要望が示されることになる¹²⁹⁾。ここでは、図書館の蔵書の拡充と教員の報酬の財源確保が必要であるとされ¹³⁰⁾、教員数については4名の専任教授と4名の兼任講師の確保が望ましいとされたのである¹³¹⁾。

以上の改革の訴えは、いくつかの成果に結実することになる。まず、1871年7月11日、イエール大学は、ウルジーらをメンバーとして、ロー・スクールの寄付集めを担当する委員会を設置すること、及びフランシス・ウェイランド¹³²⁾(Francis Wayland)をロー・スクールの講師に選任することを決定した。ウェイランドの採用は寄付集めを視野に入れたものであり、彼は10月11日に寄付集め担当の委員会のメンバーに選任されている。

次に、1872年7月15日、ロー・スクールの4名の教員に対して、イエール大学の教授ポストが与えられた。彼ら自身の申立てに基づいて、それぞれの肩書は、ウェイランドが商法・証拠法教授、ロビンソンが法学入門・刑事法・物的財産法教授、ボードウィンが憲法・契約法・遺言法教授、プラットが訴答・エクイティ教授とされた¹³³⁾。そして1873年7月には、ウェイランドがロー・スクール長(Dean)に就任することが決定されたのである。

さらに教員の拡充という観点から重要なのが、イエール大学の教授陣がロー・スクールにおいて、それぞれの専門に関連する講義を行うようになったことである。学長を退任したウルジー自身が国際法を担当したのをはじめとして、ローマ法(Roman Law)、教会法(Ecclesiastical Law)、医事法(Medical Jurisprudence)、法廷弁論術(Forensic Elocu-

124) 前掲注 38) 及び対応する本文参照。

125) Dwight [1871] pp 20-21.

126) Dwight [1871] p 55.

127) Dwight [1871] pp 59-60.

128) Dwight [1871] pp 60-61.

129) ボールドウィンの執筆によるものと考えられている (Hicks [2001c] p 122)。

130) Yale College [1871] p 18. なおドワイトの主張と異なり、新しい校舎の必要性は重視されていない。後述のように、ロー・スクールは1873年に新築された裁判所庁舎に移転するのであり (IV 3(1) 参照)、年次文書公表の時点で、その計画が存在していたからである。

131) Yale College [1871] p 19.

132) ウェイランドは、1826年8月23日マサチューセッツ州ボストンに生まれた。ボストン大学卒業後、1849年から1年間ハーヴァード・ロー・スクールに学び、法曹資格を取得した。1857年の結婚を機にニュー・ヘイヴンでの実務を開始する。1869年にコネチカット州副知事に就任し、その資格に基づいてイエール大学の運営に携わるようになった。1871年にイエール・ロー・スクールの講師に就任し、1872年に教授に選任された後、1873年から1903年までロー・スクール長を務めた。ロー・スクールの運営に注力したものの、受け取った報酬は僅かなものであったとされている。ウェイランドは、1901年秋に健康を害し、1904年1月9日に死亡している (Hicks [2001d] pp 219-227, 235)。

133) Hicks [2001c] pp 126-127.

tion)などの講義がイエール大学のスタッフによって開講されることになった¹³⁴⁾。これらの講義は無償で提供されたため、ロー・スクールは財政的負担を負うことなく、カリキュラムを拡充することができたのである¹³⁵⁾。

このような大学との学問的な結びつきは、同時代のロー・スクールとの対比において、イエール・ロー・スクールの顕著な特徴であるということが出来る¹³⁶⁾。この点を積極的に評価し、法学教育のあるべき像を提示したのが、イエール・ロー・スクール創設50周年祝賀式典(1874年6月14日¹³⁷⁾)におけるウルジーの講演であった。

(2) ウルジーの講演

ウルジーは、イエール・ロー・スクールが1869年以降、その評判を回復し、学生数を増やすことになった主たる理由として、イエール大学教授陣の協力による講義の内容の充実を指摘する¹³⁸⁾。

「これらの付随的な学問分野は、訴答作成専門弁護士(special pleader)や法律文書作成の専門家にとっては、無視を決め込むことができる類いのものかもしれない。しかし、それらを学ぶことによって、法学は、その対象を広げ、その水準を高めることができる。これらの学問分野は、退屈で無味乾燥な日常の法実務から法学を救い出し、思考の糧を与えるのである。近時のイエール・ロー・スクールほど、通常の法学教育を補助する教育を有効かつ有益に取り入れているロー・スクールは、アメリカ合衆国に存在しない。そしてこの教育プラ

ンを実施することによって、法学教育が独立して行われる場合よりも、大学の一部分として行われる場合の方が、ヨリ包括的で完全なものとなることが明らかになるのである¹³⁹⁾。」

ここではロー・スクールの通常の法学教育——私法や訴訟手続を中心とする教育——に加えて、他の学問分野との関連において法を学ぶことの重要性が強調されている。そのことは、法学の水準向上に資するだけでなく、学生にとっても有益であるとされる。そしてイエール・ロー・スクールの強みは、イエール大学との協力によって、そのような法学教育を提供できる点にあるとされるのである。

以上の主張に際してウルジーの念頭にあったのは、コロンビア・ロー・スクールとの競争関係であったと考えられる。演説の後半において、ウルジーは、ニュー・ヘイヴンが大規模なロー・スクールを運営するのに適した場所であるか、という問題を提起する¹⁴⁰⁾。ウルジーは、多くの若者が法律家としての職を求めてニュー・ヨーク・シティに集まっている現状を指摘し、コロンビア・ロー・スクールの成功の一因が——セオドア・ドワイトという卓越した教師の存在に加えて——その立地の有利さにあると分析する。そしてそれゆえ、大学街であるニュー・ヘイヴンのロー・スクールが、学生数の点でコロンビア・ロー・スクールと競うのは困難であり、むしろイエール・ロー・スクールは、学生に対し、比較的静かな環境のもとで、法に関連する多様な教育を提供することによって、その評判を高めるべきである、とするのであ

134) Woolsey [1874] pp 11-12, Daggett [1889] p 242, Hicks [2001c] p 125. 当初ローマ法を担当したのは、ギリシア語・ギリシア文学教授のジェームズ・ハドレー (James Hadley) であった。ハドレーのローマ法講義は好評を博し、ハドレーの死後、『ローマ法入門』(James Hadley, *Introduction to Roman Law*, Appleton, 1873) として公刊されている (Hicks [2001c] p 125)。

135) Langbein [2004b] p 63 は、この点に、学生数に対する教員数の比率が高いというイエール・ロー・スクールの伝統が由来すると指摘する。

136) Hicks [2001c] p 126, Bartholomew [2003] pp 399-400.

137) イエール・ロー・スクールの創設年が一般に1824年と理解されていること及びその問題点について、前掲注18)参照。

138) Woolsey [1874] p 11. その他にも、後述する、新裁判所庁舎への移転や寄付による図書館の蔵書の増強が理由として挙げられる (Woolsey [1874] pp 12-15)。

139) Woolsey [1874] p 12.

140) Woolsey [1874] p 21.

る¹⁴¹⁾。

ウルジーは、イェール・ロー・スクールの将来像について、次のように述べる。

「ロー・スクールは、単に、訴訟手続を行い、顧客に助言を与え、あるいは刑事被告人を弁護する者を訓練するための場であってはならない。そうではなく、ロー・スクールは、正義の基礎、法の歴史、あるいは統治の原理など、すぐれた政治家・立法者に求められる多様な知識を学ぶことができる場であるべきなのである¹⁴²⁾。」

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・スクールは法曹実務家の養成に特化することで成功を収めた¹⁴³⁾。19世紀中葉におけるコロンビア・ロー・スクールの成功も、その延長線上に位置付けることができる。これに対してウルジーは、ロー・スクールの教育の主たる目的が、法曹実務家の養成に尽きるのではなく、社会において責任ある地位を占めるべき若者たちに適切な教育を施すことにあると主張した¹⁴⁴⁾。そして、そのような法学教育こそが、学問の場である大学の一部門を構成するロー・スクールに相応しいものであるとしたのである¹⁴⁵⁾。

このウルジーの見解は直ちにロー・スクールの教育理念として公表されることになる。1874・1875年度のロー・スクール便覧に次の一節が加えられたのである。

「1870年の再編以降、ロー・スクールの目的は、イェール大学における法学教育を完全なものとするのであり続けてきた。ロー・スクールは、学生が法曹実務家として成功するための教育を行うことに満足するのではなく、法を、学問 (science) とし、

また学識ある者が営むに足る自由職業 (liberal and liberalizing profession) とすることに寄与する様々な事柄を教育するのである。

それゆえ、これまでアメリカに存在したどのロー・スクールよりも、そしてまた学習の期間が限られ、——大学との協力関係の欠如のために——教員が少数にとどまるどのロー・スクールよりも、公法 (public law)、ローマ法 (Roman law)、比較法学 (comparative jurisprudence)、法律文書の表現様式 (style in composition)、憲政史 (constitutional history) 及び政治学 (political science) を学ぶことが重視されるのである¹⁴⁶⁾。」

ここでも、法学教育の目的を単なる法曹実務家の養成とすべきでないことが強調される。そしてその帰結として、契約法や訴訟手続などよりも——法曹実務家の養成という観点からは重要性が低いとみられる——法制史、国際法 (公法)、政治学こそが、大学附属のロー・スクールで教育すべき内容として相応しいとされるのである¹⁴⁷⁾。

このような法学教育に対する考え方は、先立つ時代の私設ロー・スクールとの対比において、顕著な特徴を有する。前稿で検討した通り、リッチフィールド・ロー・スクールでは、法の体系性・一貫性が重視され、教育・学習の対象としての自律性が前提とされていた¹⁴⁸⁾。これに対して、1870年代以降のイェール・ロー・スクールでは、大学における他の学問分野と結びついた形で法学教育がなされるべきと考えられた。そしてこのような法学教育に対する理解こそが、やがて19世紀前半のイェール・ロー・スクールにおい

141) Woolsey [1874] p 22.

142) Woolsey [1874] p 23.

143) 加毛 [2015] 96, 100 頁。

144) このような理解は、18世紀末から19世紀初頭にかけて、アメリカの大学に法学教授のポストが初めて置かれた際に前提とされていた考え方も通じる (加毛 [2015] 85 頁)。

145) Langbein [2004b] p 64.

146) Law Department of Yale College [1875] p 7.

147) Langbein [2004b] p 65. Langbein [2004b] p 67 は、この点に、法学教育における公法の相対的重視というイェール・ロー・スクールの伝統の淵源を見出す。

148) 加毛 [2015] 99 頁。

てリーガル・リアリズムが隆盛する一因を構成することになるのである¹⁴⁹⁾。

(3) 法学修士・法学博士コースの設置

イエール・ロー・スクールの教育理念は、1876年秋の法学修士・法学博士コース(Graduate Course)の設置という形でも具体化された¹⁵⁰⁾。次のような学位コースが、他のロー・スクールに先駆けて¹⁵¹⁾、開設されることになったのである。まず、ロー・スクールを卒業し、法学士(Bachelor of Law)の学位を有する者が、1年間学習を継続した場合には、最終試験の合格と論文提出を条件として、法学修士(Master of Law)の学位を授与される；次に、法学修士の学位取得者のうち、大学の学士(Bachelor of Arts or Philosophy)の学位を有する者——ラテン語及びドイツ語又はフランス語の十分な能力が必要とされる——が、さらに1年間学習を続けた場合には、最終試験の合格と論文提出を条件として、法学博士(Doctor of Civil Law)の学位を授与される、というものである¹⁵²⁾。

このうち、法学修士コースについては、法学士コース(Undergraduate Course)を補充するものと位置付けられ、カリキュラムの内

容も法学士コースのそれと大きく変わるものではなかったといえる¹⁵³⁾。これに対して法学博士コースは、ヨリ発展的な教育を行うものとされ、そのカリキュラムには初期物的財産法史(Early History of Real Property)、現代ヨーロッパの立法研究(Study of Modern European Legislation)、一般法理学(General Jurisprudence)などの講義に加えて、倫理学、政治学、政治学史、政治経済学、社会学、解釈学など隣接分野の授業が含まれていた¹⁵⁴⁾。イエール大学の教授陣の協力のもとで、多様な授業が提供されたのである¹⁵⁵⁾。それらの授業は——伝統的なテキストブックの暗唱のほか——教師と学生による討論によって進められたとされている¹⁵⁶⁾。

最初の法学修士の学位は、1877年6月28日に2名の学生に授与された。このうちの1人であるジョン・ホワイティング(John H. Whiting)は、翌1878年6月27日に最初の法学博士の学位取得者となっている。また同年には、5名の学生に法学修士号が授与されているが、その中には——後にロー・スクールの教授に就任するウィリアム・タウンゼンド(William K. Townsend)とともに——日本から文部省第1期留学生としてアメリカに

149) Bartholomew [2003] p 402, Langbein [2004b] pp 67-68.

150) Law Department of Yale College [1876] p 10, Baldwin [1880] pp 131-132. 法学修士・法学博士コース設置の経緯については、Baldwin [1917] pp 8-9, Hicks [2001c] pp 139-141 参照。

なおこれらのコースとは別に、1887年には、法と政治学の関連を重視した、法曹実務家になることを目的としない者のための学位(Bachelor of Civil Law)コースも設置されている(Daggett [1889] p 248)。このコースは1916年まで継続されたものの、学位取得者はわずか9名にとどまった(Hicks [2001c] pp 152-153)。

151) Bartholomew [2003] pp 398-399.

152) Law Department of Yale College [1876] p 10. なお当時のイエール・ロー・スクールは、従前と同様、大学の卒業を入学の条件としていなかった。そのため、本文で紹介した制度によれば、大学の学士号を取得していない者は、ロー・スクールを卒業し、その後、法学修士号を取得した場合であっても、法学博士コースに進めないことになる。このような場合を救済するため、大学の学士号を有しない者であっても、ロー・スクールの卒業試験の成績が上位4分の1であれば、法学博士コースへの進学を認めることとされた(Law Department of Yale College [1877] p 12, Baldwin [1880] p 130)。この成績要件は後に緩和されることになる(Hicks [2001c] p 144)。

153) Law Department of Yale College [1877] p 8. ボールドウィン は、法学修士コースを——次にみる——法学士コースの在学期間の延長を実現する手段と位置付けていた(Baldwin [1880] p 128)。

154) Law Department of Yale College [1876] pp 10-11, Law Department of Yale College [1877] pp 8-9.

155) もっともイエール大学の教授陣がどの程度協力的であったかには疑問も示されている(Bartholomew [2003] p 398)。またLangbein [2004b] p 66は、初期の法学修士・法学博士コースについて、ニュー・ヘイヴンでの在学が要件とされない(最終試験のみをニュー・ヘイヴンで受験すればよい)という通信講座類似のものに過ぎなかったとする。もっともそこで引用されるBaldwin [1917] p 8は、コース設置前に、学生からの要請に基づいて行われた教育について述べたものである。むしろコース設置当時の説明によれば、法学修士・法学博士コースについてニュー・ヘイヴンでの在学が要件とされていたようである(Baldwin [1880] p 133)。

156) Baldwin [1880] pp 133-134. 授業は教師のオフィスや自宅で行われたとされている(Baldwin [1917] p 9)。

派遣されていた鳩山和夫が含まれていた¹⁵⁷⁾。鳩山は1877年にコロンビア・ロー・スクールを卒業したが、イェール・ロー・スクールが新たに法学修士・法学博士コースを設置したことを知り、ニュー・ヘイヴンに移った¹⁵⁸⁾。そして1878年の法学修士号取得後、1880年には日本人として初めてイェール・ロー・スクールの法学博士号を取得することになったのである¹⁵⁹⁾。

(4) 在学期間の延長

次に法学士コースの状況についてみていこう。1869・1870年度以降、イェール・ロー・スクールでは、1年目をジュニア・クラス (Junior Class)、2年目をシニア・クラス (Senior Class) と呼ぶようになる¹⁶⁰⁾。前述のように、当時、法学士の学位取得までにかかる年数は、大学 (カレッジ) の学位を有しているか否かによって18か月又は2年とされていたが、1875年の秋から大学の学位を保有しない者に入学試験が課されるようになり¹⁶¹⁾、1881年に至って——学位の有無を問わず——原則として2年間ロー・スクールで

学んだことが要求されるようになった¹⁶²⁾。

しかし1880年代になると、この2年という在学 (resident study) 期間の延長が議論されることになる¹⁶³⁾。ボールドウィンは、1885年の論稿において、2年間の学習では、学生は実体法 (substantive law) をある程度理解できるようになるに過ぎず、法的救済 (remedies) について十分に理解したり、一般法理学について学んだりはできないことを指摘した¹⁶⁴⁾。良い法律家となるために必要と考えられる多様な教育を施すには、2年では足りず、3年を要すると主張したのである。

そして1888年6月には、3年への在学期間の延長が正式に提案されることになった。しかし、この提案は当時としては革新的なものであったため¹⁶⁵⁾、直ちに実現することはなかった¹⁶⁶⁾。ようやく1894年1月になって、イェール大学は、ボールドウィンの提案を部分的に修正する形で在学期間の延長を承認し、1896・1897年度から実施することとした¹⁶⁷⁾。こうして学位取得に3年間の在学

157) Hicks [2001c] p 143.

158) 鳩山 [1997] 27頁。1877・1878年度のロー・スクール便覧には旧姓の三浦和夫として名前が掲載されている (Law Department of Yale College [1878] p 4)。

159) 博士論文の題目は「日本と羅馬との家族制度の比較」であった (鳩山 [1997] 30頁, Forgeus [1940] pp 68-69)。この論文が高い評価を得て、鳩山は卒業講演を行ったとされている (鳩山 [1997] 30-31頁)。

帰国後も鳩山とイェール・ロー・スクールとの関係は継続し、1901年10月のイェール大学創設200周年祝賀式典において、ロー・スクールの推薦に基づき、鳩山に名誉博士号が授与された。学位授与式への出席のために渡米した鳩山は、同年度のストーズ講義 (前掲注86) を担当し、当時施行されて間もない日本民法に関する講義を行った。イェール・ロー・スクールからの学位取得者がストーズ講義を担当するのは初めてのことであった (Forgeus [1940] p 68)。鳩山の講義は、イェール・ロー・ジャーナルに掲載された後 (Kazuo Hatoyama, "Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code," *Yale Law Journal*, 11, 1902, pp 296-303, 354-370, 403-419), 単著 (Kazuo Hatoyama, *The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code*, Ryder's Printing House, 1902) として公刊されている。

160) Yale Law School [1869] p 3, Hicks [2001c] p 145. もっともクラス分けは厳格なものではなく、それぞれのクラスの学生が別のクラスの授業を受けることが推奨されていた (Law Department of Yale College [1870] p 1)。

161) Law Department of Yale College [1875] p 7, Hicks [2001c] p 146.

162) Law Department of Yale College [1881] p 14. 既に法曹資格を取得している者と当初からシニア・クラスへの入学が認められた者については、1年間の在学で足りるとされた。

163) ボールドウィンは既に1877年の時点で在学期間の延長を主張していた (Baldwin [1880] pp 123-124)。

164) Baldwin [1885] p 67.

165) ハーヴァード・ロー・スクールでは、ラングデルによる改革の一環として、1878年に修業年限が3年とされた (Baldwin [1880] p 126, Warren [1970b] p 398)。もっともロー・スクールの授業への出席は原則として2年で足りるとされ、3年目は、最終試験を受ける以外、法律事務所などで実務経験を積むことが許された。ハーヴァード・ロー・スクールにおいて、一律に3年の在学が要求されるようになったのは、1899年になってからである (Sutherland [1967] pp 170-171, 柳田=フット [2010] 50頁)。

166) Hicks [2001d] p 238.

167) Law Department of Yale University [1896] p 14, Hicks [2001d] p 239. 当初は大学 (カレッジ) の学位を有する者について、厳格な要件のもとで例外的に2年間での卒業が認められた。しかしこのような例外も1902年には廃

を要件とする修学制度が、イエール・ロー・スクールに導入されることになったのである¹⁶⁸⁾。

(5) イェール・ロー・ジャーナルの創刊

この時期におけるもう1つの重要な出来事が、1891年10月のイエール・ロー・ジャーナル (Yale Law Journal) の創刊である¹⁶⁹⁾。創刊号の編集後記によれば、このジャーナルは、イエール・ロー・スクールに対する学生・卒業生の連帯意識 (esprit de corps) の形成を目的とするものであり、学生・卒業生のコミュニケーションの手段を提供するものと位置付けられる。そしてそれゆえ、法技術的な問題のほか、法学教育に関する政策や手法、その他ロー・スクールの利益にかかわるトピックを取り上げるものと説明されている¹⁷⁰⁾。

イエール・ロー・ジャーナルの特色として、他のロー・ジャーナルと比較して、当初から、法曹実務家向けでない論稿に開かれたものであったことが指摘されている¹⁷¹⁾。実際、初年度から法学教育の方法に関する特集が組まれている¹⁷²⁾。このようなイエール・ロー・ジャーナルの編集方針にも、イエール・ロー・スクールにおける教育の在り方が一定の影響を与えていたものと考えられることができるだろう。

3 財政基盤の確立

(1) 新裁判所庁舎への移転

次に、イエール・ロー・スクールにとって長年の課題とされ、改革の必要が訴えられてきた財政基盤の確立についてみていこう。ウルジー演説も指摘する通り——コロンビア・ロー・スクールのように——学生数を大幅に増やすことで、授業料による収入増を見込むことは困難であった。そのためイエール・ロー・スクールは寄付集めによる財政基盤の確立を目指すことになる。

前述のように、1871年7月には、寄付集めを担当する委員会が設置されたが、当初からその活動が成功を収めたわけではなかった。そのような中で、イエール・ロー・スクールにとって幸運だったのは、1872年に新築された裁判所庁舎への移転が決まったことである。これはニュー・ヘイヴン法曹協会からの働きかけによるものとされており¹⁷³⁾、1873年2月からロー・スクールは新裁判所庁舎で授業を始めることになった¹⁷⁴⁾。新庁舎は、その3階の大部分がロー・スクールに割り当てられ、ロー・スクール図書館のためにも十分なスペースが用意された¹⁷⁵⁾。また同じ建物の中で、最高裁判所・上位裁判所などが開廷されるため、ロー・スクールの学生が法廷を容易に傍聴できるというメリットも

止されることになる (Hicks [2001d] pp 239-240)。なお、在学期間延長に伴う法学修士・法学博士コースへの影響については、Hicks [2001d] pp 240-242 参照。

168) Bartholomew [2003] pp 388-389 は、イエール・ロー・スクールの在学期間の延長をハーヴァード・ロー・スクールの影響という観点から説明する。もっともボールドウィン——2年間の在学と3年目の最終試験という——ハーヴァードの当初の制度の有効性に対して、早くから疑問を提起していた (Baldwin [1880] pp 127-128)。

169) Hicks [2001c] pp 181-182. 初代編集長はウィリアム・エイケン (William P. Aiken) であった。

170) Aiken et al. [1891] pp 30-31.

171) Hicks [2001c] p 185.

172) Edward J. Phelps, William A. Keener, Christopher G. Tiedeman and J. C. Gray, "Methods of Legal Education," *Yale Law Journal*, 1, 1891-1892, pp 139-161.

173) Hicks [2001c] p 128 は、ロー・スクールの蔵書を法曹協会のメンバーが利用できるのが便宜であったことを主たる理由として挙げる。もっともニュー・ヘイヴン法曹協会は、1848年11月に自前の図書館 (New Haven County Bar Library) を設立しており (Hicks [2001b] p 111, Hicks [2001c] p 177)、ヒッチコックの死亡時と比較すれば、ロー・スクールの蔵書を利用する必要性は高くなかったと考えられる。イエール・ロー・スクールの新裁判所庁舎への移転は——卒業生の学位特権を含め (III 2(2) 参照) ——ロー・スクールが長年培ってきた法曹協会との強い結びつきを示すものというべきであろう。

174) Hicks [2001c] p 130.

175) Daggett [1889] p 246, Hicks [2001c] p 131.

あったといえる¹⁷⁶⁾。そして何より重要なのが、新庁舎の利用が無償とされたことである¹⁷⁷⁾。このことは、ロー・スクールの財政負担の軽減に寄与することになったのである。

(2) 図書館の蔵書の拡充

こうして校舎の問題が解決されると、ロー・スクールにとっての喫緊の課題は、図書館の蔵書拡充と専任教員の確保になる¹⁷⁸⁾。前者については、ウェイランドの努力によって、徐々に図書購入のための資金が集まることになった。1873年6月までに約1万4000ドルの寄付を獲得し、そのうちの1万2000ドル（現在の価値で約24万ドル）が図書館の整備に充てられることになった。さらに1873年7月1日には、イングリッシュ前コネチカット州知事から図書購入費用として1万ドル（現在の価値で約20万ドル）の寄付がなされた¹⁷⁹⁾。こうしてイエール・ロー・スクールは図書館の整備と蔵書拡充のための資金を確保することができたのである¹⁸⁰⁾。

もっともその後の蔵書拡充に伴って、寄付

金の収益で図書費を賄うことは困難になる。そこで1880年代以降、イエール大学からロー・スクールに対して——必ずしも高額ではないが——図書費の補助が行われるようになるのである¹⁸¹⁾。

(3) 専任教員ポスト設置の努力

図書館の蔵書の問題に関して早くから対策が講じられたのに対して、もう1つの懸案である専任教員の雇用は直ちには実現しなかった。教員の報酬はロー・スクールの収入のみから支払われたため、法曹実務家としての仕事を継続する必要があったのである。当時ロー・スクール運営の中心的存在であったボードウィン¹⁸²⁾は、法曹資格取得後30年にわたって鉄道関連をはじめとする法実務に携わり、1893年にはコネチカット州最高裁判所判事に就任している（1908年から1910年まで首席裁判官を務めた）¹⁸²⁾。実務との兼業という事情は、ボードウィンの3名の同僚のうちプラットとロビンソンについても同様であった。ウェイランドのみが法律実務を継続していなかったが¹⁸³⁾、彼のロー・スクールにおける活動は、教育よりも——寄付

176) さらに模擬裁判のために実際の法廷を利用することもできたとされる (Hicks [2001c] p 132)。

177) Hicks [2001c] p 131。

178) 1871年7月のイエール大学年次文書におけるロー・スクールの要望について、前掲注130)及び対応する本文参照。

179) Hicks [2001c] pp 167-168。

180) さらにロー・スクールの蔵書の拡充を見越して、イエール大学は、1873年3月に専任司書の雇用を決定し、年額400ドルの報酬を支払うこととした。ロー・スクールの収入からではなく、大学の予算から報酬が支払われる初めてのポストが設置されたのである (Hicks [2001c] p 173)。

181) 1881年6月に135ドル83セントが支払われたのをはじめとして、1884年から1894年までは年額300ドルが支払われている (Hicks [2001c] p 171)。

182) Hicks [2001d] p 266。ボードウィンは当初、共和党員であったが、1884年の大統領選挙において共和党候補ジェームズ・ブレイン (James G. Blaine) の指名に反対するグループを指導したことを契機として民主党に入党する。その後、1892年に民主党はコネチカット州で政権を獲得する。1893年のボードウィンの最高裁判所裁判官任命はこのような事情を背景とするものであった (Jackson [1953] p 687)。

またボードウィンは、1878年のアメリカ法曹協会 (American Bar Association) の設立に参画し、執行委員 (1878～1888年)・会長 (1890年) を務めたほか、国際法協会 (International Law Association)、アメリカ歴史協会 (American Historical Association)、アメリカ政治学協会 (American Political Science Association) などの会長職を歴任している (Hicks [2001d] p 267, Jackson [1953] p 688)。

なおボードウィンは、生涯にわたって、イエール・ロー・スクールに合計70万ドルを超える巨額の寄付を行っている (Hicks [2001d] p 282)。ボードウィンは私生活では幸福でなかったようであり——妻スーザンは33歳でペンシルヴァニア精神病院に隔離され、死に至るまでの54年をそこで過ごすことになった (Goetsch [1981] pp 187, 241) ——、そのことが、ボードウィンがイエール・ロー・スクールに情熱を注ぐ理由になったと指摘されている (Langbein [2004b] p 59)。

183) ただしウェイランドは、ロー・スクール長としての仕事と並行して、バプティスト派の教会活動を含む様々な公益活動を行うとともに、合衆国海軍兵学校 (United States Naval Academy) や母校ブラウン大学の運営にも携わっている (Hicks [2001d] p 221)。

集めなどの——ロー・スクール経営に比重を置くものであったといえることができる¹⁸⁴⁾。ロー・スクールでの教育に専念するという意味での専任教員は1870年代を通じて存在しなかったのである。

1881年6月29日には、新たにウィリアム・タウンゼンド¹⁸⁵⁾が教授に任命されたが、彼も実務を継続している。また同年秋には特別講師にエドワード・フェルプス(Edward J. Phelps)が選任されたが、フェルプスは当時59歳で、前年にはアメリカ法曹協会(American Bar Association)の会長を務めていた。イエール大学がフェルプスを——ダットン¹⁸⁶⁾の死後、空席となっていた——ケント講座教授に選任したことに伴い、ロー・スクールの講義も担当することになったのであるが、1885年にフェルプスは駐英公使に任じられ、ロー・スクールでの講義を継続できなくなるのである¹⁸⁶⁾。

このような状況のもとで、専任教員ポスト設置のための努力が継続されることになる。まず1880年9月には、ラファイエット・フォスター(Lafayette S. Foster)の遺言によって、イエール・ロー・スクールに教授ポストを設立するために6万ドル(現在の価値で約150万ドル)がイエール大学に遺贈された¹⁸⁷⁾。もっともこの遺贈には生涯権(life interest)による制限が付されていたため、フォスター講座の運用が開始するのは1903年8月になってからであった¹⁸⁸⁾。

次に1887年4月には——当時駐英公使であった——フェルプスを介して、ロー・スクールの教授ポスト設立のために2万5千ドル(現在の価値で約66万5千ドル)の贈与がなされた。この贈与は当初匿名とされていたが、1891年5月に至って、銀行家・政治家ジュニアス・モーガン(Junius S. Morgan)によるものであったことが明らかにされ、さらに彼の息子ジョン・モーガン(John P. Morgan)によって贈与額が5万ドルに増額されることになった¹⁸⁹⁾。

こうして設置されたフェルプス講座の初代教授には、タウンゼンドが選任された¹⁹⁰⁾。もっともタウンゼンドは——1907年までこのポストにとどまったものの——ロー・スクールの法学教育に専念したわけではなく、1892年には合衆国地方裁判所(United States District Court)裁判官、1902年には合衆国巡回裁判所(United States Circuit Court)裁判官に任命されている¹⁹¹⁾。ロー・スクールの教育のみを職業とするという意味での専任教員の登場は、20世紀初頭まで待たなければならないのである¹⁹²⁾。

(4) ヘンドリー・ホールの建設

以上に見てきたように、ウェイランドを中心とするイエール・ロー・スクールの寄付集めは、徐々にその成果を上げるようになった。そして1890年代にはついにロー・スクール専用校舎が建築されることになる¹⁹³⁾。学生数の増加や図書館の蔵書拡充に

184) Daggett [1889] p 243. Hicks [2001d] p 222 は、学生との疎遠さのために、ウェイランドがしばしば批判や誤解の対象となったことを紹介する。

185) ウィリアム・タウンゼンドは、1848年6月12日ニュー・ヘイヴンに生まれる。アイザック・タウンゼンド(前掲注60)参照)は彼の大叔父にあたる。1871年のイエール大学卒業後、1年間をヨーロッパで過ごした後、1872年にイエール・ロー・スクールに入学、1874年に卒業している。法曹資格取得後はボールドウィンの法律事務所でも働いたが、イエール・ロー・スクールに法学修士・法学博士コースが設置されると、これに入学し、1878年に法学修士、1880年に法学博士を取得している(前掲注157)及び対応する本文参照)。1885年——後に同じくイエール・ロー・スクールの教授となる——ジョージ・ウォートラス(George D. Watrous)と共同で法律事務所を設立した(Hicks [2001d] pp 231-232)。

186) Hicks [2001d] pp 228-230.

187) Hicks [2001c] p 153.

188) 初代教授はジョン・ワーツ(John Wurts)であった(Law Department of Yale University [1903] p 3)。

189) Hicks [2001c] p 154.

190) Hicks [2001d] p 232.

191) Hicks [2001d] p 233.

192) IV 4 (3) 参照。

193) Robinson [1904] p 25 は、新校舎建設がウェイランドの功績であることを強調する。

伴って裁判所庁舎が手狭になる中で、1891年5月に新校舎の建築が決定されたのである¹⁹⁴⁾。1895年初頭に建物の一部が完成し、同年4月、ロー・スクールが裁判所庁舎から移転した¹⁹⁵⁾。その後も寄付活動が続けられ、1900年9月になって建築工事が完了することになった。完成した建物は、個人としての最大の寄付者であるジョン・ヘンドリー¹⁹⁶⁾ (John W. Hendrie) に因んで、ヘンドリー・ホールと名付けられた¹⁹⁷⁾。こうしてイェール・ロー・スクールは——ヒッチコックの死後初めて——法学教育のための自前の校舎を有することになったのである。

4 ハーヴァード・ロー・スクールとの対峙

以上のようにイェール・ロー・スクールは、1890年代までに独自の教育内容を確立し、教育環境を整備した。しかし1880年代には新たな競争相手として、ハーヴァード・ロー・スクールが登場することになる。

1869年5月、ハーヴァード大学はチャールズ・エリオット (Charles W. Eliot) を学長に選任することを決定した¹⁹⁸⁾。エリオットによる一連の大学改革の中で、1870年9月27日には、ラングデルがロー・スクール長に選任された¹⁹⁹⁾。ラングデルは、法学教育改革の一環として、新たにケース・メソッド (case method) と呼ばれる教育手法を導入した。本稿の結びとして、このケース・メソッドに対して、イェール・ロー・スクールがど

のように対峙したかを検討し、続く時代への展望を示すこととしよう。

(1) ケース・メソッド

ケース・メソッドの内容と背景思想を理解するうえでしばしば引用されるのが²⁰⁰⁾、1871年に公開されたラングデルの著作の序文である。

「科学²⁰¹⁾ (science) としての法は、一定の原則 (principles) と法理 (doctrines) から成り立つ。……。これらの法理はいずれも徐々に形成されて今日の状態に至っている。それは、何世紀にもわたる裁判例 (cases) の展開なのである。この発展は概して一連の裁判例を通じて跡付けられる。そしてそれが唯一の方法ではないとしても、ある法理に習熟するには、それを体現する裁判例を学ぶことが最も容易で優れた方法である。ただし、このような目的にとって有益かつ必要な裁判例は、判例集に掲載される全ての裁判例の中でごくわずかなものにすぎない。体系的な学習にとって、大半の裁判例は無益であるか、有害ですらある²⁰²⁾。」

ここでは、法が、普遍的妥当性を有する少数の法理によって構成される自律的な存在であるという理解が前提とされる。そしてそれらの諸法理を裁判例の分析から導出する方法としてケース・メソッドが位置付けられる²⁰³⁾。ラングデルは、このような目的に役立つ裁判例は限定されるとし、著作の中では、主としてイングランドの上級審の裁判例 (appellate cases) を取り上げている²⁰⁴⁾。

194) Hicks [2001d] pp 205-206.

195) Hicks [2001d] p 207.

196) ヘンドリーは、1821年11月18日コネチカット州サウス・ビーチに生まれた。苦学して1851年にイェール大学を卒業した後、サン・フランシスコに移り、不動産業で成功を収めた。1863年に故郷に戻った後は農園経営に携わった。ヘンドリーは生涯独身で、生存中に多額の寄付を行っており、イェール・ロー・スクールへの寄付もその一環といえる (Hicks [2001d] pp 213-214)。

197) Hicks [2001d] p 213.

198) Warren [1970b] p 355.

199) Warren [1970b] pp 370-371. ラングデルの経歴については、松浦 [1981] 70-71 頁注 1) 参照。

200) 松浦 [1981] 52 頁, 大川 [2002] 274 頁, Langbein et al. [2009] p 964, 柳田=フット [2010] 13 頁。

201) ラングデルにおける“science”の意義については、松浦 [1981] 64-69 頁参照。

202) Langdell [1871] p vi.

203) Bartholomew [2003] pp 378-379. もっともラングデル以降、ケース・メソッドに対する理解に変化がみられることについては、松浦 [1982] 74-77 頁, Langbein et al. [2009] p 965 参照。

204) 大川 [2002] 274 頁, Langbein et al. [2009] p 964.

イエール・システムが実務家向けの法律書 (treatise) を教材としていたのに対して、個々の裁判例を直接に検討の対象とし²⁰⁵⁾、そのために独自の教材——ケース・ブック (case book) ——を用いる点に、ケース・メソッドの特徴があるということが出来る。

(2) イェール・システムへの支持

ケース・メソッドという新たな教育手法の登場に対して、イエール・ロー・スクールは従前の教育手法の有効性を擁護した。1889・1890年度のロー・スクール便覧には、次の叙述が登場する²⁰⁶⁾。

「教育の方法は、以下でも説明する通り、主として暗唱による。いかなる理論的学問 (abstract science) の原理・準則についても、明確かつ不変の理解を獲得するためには、標準的なテキストブック (standard text-books) を自習したうえで、教場において暗唱による説明と試験を行うのが最良の方法であると、ロー・スクール教授陣は確信しており、それはまた大学の伝統でもある。それゆえ、適切な入門書 (manuals) の不存在、学習内容の継続的かつ急速な展開、時間の節約などを理由として、個別的な項目について講義が行われることもあるが、それらの項目についても、その属するより広範な法分野との関連において、暗唱による学習を行うよう心掛ける必要がある²⁰⁷⁾。」

ここでは、標準的なテキストブックの自習と暗唱という教育手法が学問全般にとって有効である——イエール大学の伝統である——ことが強調されている。このような叙述は、ケース・メソッドの影響の拡大に対抗する意

図を明示したものと考えることができる²⁰⁸⁾。

もっとも当時のイエール・ロー・スクールにおいて、裁判例が教材として用いられていなかったわけではない。むしろ一定の分野については、最新の裁判例を読むべきことが奨励されていた。実際、1892・1893年度のロー・スクール便覧には、前記の引用箇所が続いて、「先端的分野における法の展開を例証する重要な裁判例もまた授業で取り扱われ、その議論の要に供するため、個別に印刷され、配布される²⁰⁹⁾」という一文が付け加えられる。この時期の契約法、遺言法、憲法などの授業では、重要な裁判例を綴じ込んだ教材が学生に配布されていた²¹⁰⁾。ただし、これらの教材は——ケース・ブックと異なり——あくまでテキストブックを補充するものと位置付けられたのである²¹¹⁾。

さらにケース・メソッドに対するイエール・システムの優位も主張される。ポールドウィンは、1900年にハーヴァード・ロー・レビューに寄稿した論文において、ケース・メソッドがしばしば上級審の裁判例のみを素材として行われる教育と理解されていることを指摘しつつ、「裁判例のみを編集した教材 (compilations of decided cases) によってなされる教育は、講義による補充がない限り、部分的で不完全なものとならざるを得ない²¹²⁾」とする。「いかなる学問も特殊なもの (particulars) のみから学ぶことはできない。普遍的なもの (universals) を見いだすには、特殊なものが何を意味し、何から生じるものであるかを明らかにする必要がある²¹³⁾」からである。むしろ——少なくとも

205) 裁判例を直接の教材とすることについて、従来は批判的な考え方が有力であった。例えばリッチフィールド・ロー・スクールでは、学生は、講義を通じて法に関する概略的知識を習得するまで、判例集を読まないように勧められていた (加毛 [2015] 94 頁)。後掲注 211) も参照。

206) 同様の記述は 1887・1888 年度のロー・スクールの広告文にも掲載されている (Hicks [2001c] pp 148-149)。

207) Law Department of Yale University [1889] p 9.

208) Hicks [2001c] p 148, Langbein et al. [2009] p 966.

209) Law Department of Yale University [1892] p 13.

210) Hicks [2001c] p 150. これらは “Yale Cases” と呼ばれた (Hicks [2001d] p 246)。

211) Daggett [1889] p 252 は、学生がある分野の基礎的な理解を獲得するまで裁判例を用いた教育を行わないことが、イエール・ロー・スクールの方針であると説明する。

212) Baldwin [1900] p 258.

213) Baldwin [1900] p 259.

平均的な——学生にとっては、優れたテキストブック——「特定の分野に関する既存の法を、適切な具体例を用いて説明し、裁判例を引用して裏付けることによって、体系的かつ簡明に叙述したもの²¹⁴⁾」——を精読することから始めるべきであり、そうして学んだ法原理を、テキストブックとは異なる事実関係に適用できるようにすべきであるとする。そのうえでボールドウィンは、裁判例による教育を、テキストブックによる教育を補充するものとして位置付ける。特に——前述した在学期間の延長を前提として——3年目の学生に対しては、裁判例を中心とした教育が有効であるとするのである²¹⁵⁾。

このようなボールドウィンの主張の前提には、ケース・メソッドが上級審の裁判例ばかりを教育の素材とすることに対する消極的評価があったと考えられる。法を他の学問領域との関連において理解しようとするボールドウィンの立場からすれば、ラングデルの見解は、法学教育の対象を不当に縮減し、法に対する近視眼的な見方を学生に植え付けるものと評価されることになるからである²¹⁶⁾。

(3) ハーヴァードの影響の拡大

こうしてケース・メソッドの導入後も20年以上にわたって、イエール・ロー・スクールでは、イエール・システムが主たる教育方法であり続けた。しかしながら19世紀末から20世紀初頭にかけて、ハーヴァード・ロー・スクールはますますその影響力を拡大

し、イエール・ロー・スクールは競争関係において不利な地位に置かれることになる²¹⁷⁾。そのような中で——ボールドウィンの主張にもかかわらず——イエール・ロー・スクールにおいても、徐々にケース・メソッドを用いる教員が増加していくのである。

このような観点から、1903年はイエール・ロー・スクールにとって1つの区切りとなる年であった。6月30日には、30年にわたってロー・スクール長を務めてきたウエイランドが退任した。そして同年9月の学期から講師としてアーサー・コービン (Arthur L. Corbin) が加わる。彼はロー・スクールの教育に専念する初めての専任教員であった²¹⁸⁾。コービンは、若手の同僚とともに、1年生向けの授業からケース・ブックを用いるようになる²¹⁹⁾。このことを象徴するかのようになり、1903・1904年度のロー・スクール便覧には、次の一節が加えられることになった。

「アメリカのロー・スクールにおいて、法は、3つの異なる方法によって教授されてきた——講義によって、テキストブックによって、そして裁判例によってである。イエール・ロー・スクールは、この3つのうちのどれかを排他的に採用するわけではない。3つの方法を組み合わせることによって最良の結果がもたらされることを、我々の経験は示しているのである。それゆえ当ロー・スクールでは、テキストブック

214) Baldwin [1900] p 260.

215) Baldwin [1900] p 260.

216) Bartholomew [2003] pp 386-387.

217) 1890年代にハーヴァード・ロー・スクールに入学するイエール大学卒業生の数が急増する (Warren [1970b] p 522)。このような事態を受けて1898年6月21日には、その対策のための委員会が設置された。そして1900年5月、イエール大学はカレッジの4年生がロー・スクールの授業を週5時間まで受講することを認め、それを大学の学位 (Bachelor of Arts) 取得のために修めるべき授業数に含めることを決定した。そして1903・1904年度からは、大学4年生がロー・スクールの授業を週6時間まで受講することを認め、それを大学の学位とロー・スクールの法学士の学位の双方についてカウントするという制度 (combined course) が導入された。その結果、イエール大学の学生は6年間で2つの学位を取得することが可能となったのである (Hicks [2001d] pp 242-244)。

218) Langbein [2004b] p 63. なおウエイランドについて、前掲注184)及び対応する本文参照。

219) Hicks [2001d] pp 279-280. もっとも1903・1904年度の1年生向けの契約法の授業でコービンが用いたケース・ブック (Earl P. Hopkins, *Hopkins' Selected Cases on the Law of Contracts, Arranged with Reference to Clark's Handbook of Contracts*, West Publishing, 1896) は、テキストブック (William L. Clark, *Handbook of the Law of Contracts*, West Publishing, 1894) に引用された裁判例を収録するものであり、その性格は“Yale Cases” (前掲注210) 参照) に近いといえる。典型的なケース・ブックの利用はウィリソンの著作 (Samuel Williston, *A Selection of Cases on the Law of Contracts, 2 vols.*, Little, Brown, 1903-1904) に始まると考えられる。

により、裁判例により、そして講義によって、法が教授されるのである²²⁰⁾。」

その後1910年までに、ケース・メソッドはイエール・ロー・スクールにおいて広く採用されることになる。1912年4月には、教員が適当と判断した場合には、ロー・スクール長の同意のもとに、ケース・メソッドによる講義が正式に許可されることが決定された。そして1912・1913年度には、ほとんど全ての講義が、ケース・ブックのみを用いて行われることになったのである²²¹⁾。

こうして、その創設以来、19世紀を通じてイエール・ロー・スクールが採用してきた教育手法はケース・メソッドに道を譲ることになった。イエール・ロー・スクールにおける法学教育の特色の1つが失われることになったのである。しかしながら、法と他の学問分野との関連を重視するイエール・ロー・スクールの教育理念までが退潮することはなかった。ハーヴァード・ロー・スクールに代表される多くのロー・スクールにおいて授業科目を民事法中心へと限定する動きがみられたのに対して、イエール・ロー・スクールは多様なカリキュラムの維持に努めたのである²²²⁾。このようなイエール・ロー・スクールの状況が、後にリーガル・リアリズムを育む土壌となる。しかしながら、イエール・ロー・スクールがその学問的アイデンティティを確立するには、なおしばらくの時間を要するのである。

(かも・あきら)

《文献》

Aiken, William P., Samuel A. York, William H. Smith, Robert T. Platt, Francis W. Treadway, John J. Healey and William A. McQuaid, "Editorials," *Yale Law Journal*, 1, 1891, pp 30-31.
Baldwin, Simeon E., "Graduate Courses at Law Schools," *Journal of Social Science*, 11 1880, pp 123-137 (originally read at the 1877

meeting of the American Social Science Association).

Baldwin, Simeon E., "The Time Necessary to Get a Legal Education," *Columbia Jurist*, 1, 1885, p 67.

Baldwin, Simeon E., "The Graduating Classes of 1898," *The Yale Shingle 1898*, Yale Law School, 1898, pp 68-71.

Baldwin, Simeon E., "Teaching Law by Cases," *Harvard Law Review*, 14, 1900, pp 258-261.

Baldwin, Simeon E., "Yale's Graduate Course in Law and Jurisprudence," *The Yale School of Law: An Account of Its Recent Progress and Expansion: Reminiscences of Its Earlier Days, Supplement to the Yale Alumni Weekly, March 23, 1917*, 1917, pp 7-10.

Bartholomew, Mark, "Legal Separation: The Relationship between the Law School and the Central University in the Late Nineteenth Century," *Journal of Legal Education*, 53, 2003, pp 368-403.

Clark, David S., "Tracing the Roots of American Legal Education: A Nineteenth Century German Connection," *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 51, 1987, pp 313-333.

Daggett, Leonard M., "The Yale Law School," *The Green Bag*, 1, 1889, pp 239-253.

Dwight, Timothy, *Yale College: Some Thoughts Respecting Its Future*, Tuttle, Morehouse & Taylor Press, 1871.

Fisher, Samuel H., *Litchfield Law School: 1774-1833, Biographical Catalogue of Students*, Yale University Press, 1946.

Forgeus, Elizabeth, *The History of the Storrs Lectureship in the Yale Law School: The First Three Decades, 1890-1920*, Yale University Press, 1940.

Goebel, Julius and the Staff of the Foundation for Research in Legal History, *A History of*

220) Law Department of Yale University [1903] p 6.

221) Hicks [2001d] pp 246-247.

222) Bartholomew [2003] pp 393, 399-400.

- the School of Law, Columbia University*, Columbia University Press, 1955.
- Goetsch, Charles C., "Is There Any Woe Greater?: The Institutionalization of Susan W. Baldwin for Insanity During the Late Nineteenth Century," Charles C. Goetsch, *Essays on Simeon E. Baldwin*, University of Connecticut School of Law Press, 1981, pp 186-290.
- Hicks, Frederick C., "Yale Law School: The Founders and the Founders' Collection," Frederick C. Hicks, *History of the Yale Law School to 1915*, Lawbook Exchange, 2001a, pp 1-47 (originally published by Yale University Press, 1935).
- Hicks, Frederick C., "Yale Law School: From the Founders to Dutton 1845-1869," Frederick C. Hicks, *History of the Yale Law School to 1915*, Lawbook Exchange, 2001b, pp 49-112 (originally published by Yale University Press, 1936).
- Hicks, Frederick C., "Yale Law School: 1869-1894 Including the County Court House Period," Frederick C. Hicks, *History of the Yale Law School to 1915*, Lawbook Exchange, 2001c, pp 113-200 (originally published by Yale University Press, 1937).
- Hicks, Frederick C., "Yale Law School: 1895-1915 Twenty Years of Hendrie Hall," Frederick C. Hicks, *History of the Yale Law School to 1915*, Lawbook Exchange, 2001d, pp 201-287 (originally published by Yale University Press, 1938).
- Jackson, Frederick H., "Simeon E. Baldwin: Father of the American Bar Association," *American Bar Association Journal*, 39, 1953, pp 686-690.
- Kalman, Laura, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, University of North Carolina Press, 1986.
- Kalman, Laura, *Yale Law School and the Sixties: Revolt and Reverberations*, University of North Carolina Press, 2005.
- 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 and Bruce P. Smith, *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, 2009.
- Langdell, Christopher C., *A Selection of Cases on the Law of Contracts with References and Citations*, Little, Brown, 1871.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, 1870-1871*, Hoggson & Robinson, 1870.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, Fifty-First Year, 1874-1875*, Hoggson & Robinson, 1875.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, Fifty-Second Year, 1875-1876*, Hoggson & Robinson, 1876.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, Fifty-Third Year, 1876-1877*, Hoggson & Robinson, 1877.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, Fifty-Fourth Year, 1877-1878*, Hoggson & Robinson, 1878.
- Law Department of Yale College, *Law Department of Yale College, Fifty-Seventh Year, 1880-1881*, Hoggson & Robinson, 1881.
- Law Department of Yale University, *Catalogue of Law Department of Yale University, 1889-1890*, Hoggson & Robinson, 1889.
- Law Department of Yale University, *Catalogue of Law Department of Yale University, 1892-1893*, Hoggson & Robinson, 1892.
- Law Department of Yale University, *Catalogue of Law Department of Yale University, 1896-1897*, Tuttle, Morehouse & Taylor Press, 1896.

- Law Department of Yale University, *Catalogue of Law Department of Yale University, 1903-1904*, Tuttle, Morehouse & Taylor Press, 1903.
- Miller, Judith L. eds., *Wigs and Woolsacks: A Self-Guided Tour to the Yale Law School*, Yale Law School, 1991.
- Robinson, William C., *An Address Commemorative of the Life and Character of Francis Wayland, Delivered before the Law School of Yale University at Hendrie Hall, April 22, 1904*, Tuttle, Morehouse & Taylor Press, 1904.
- Stevens, Robert, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, University of North Carolina Press, 1983.
- Storr, Richard J., *The Beginnings of Graduate Education in America*, University of Chicago Press, 1953.
- Sutherland, Arthur E., *The Law at Harvard: A History of Ideas and Men, 1817-1967*, Belknap Press of Harvard University Press, 1967.
- Warren, Charles, *A History of the American Bar*, Cambridge University Press, 1912.
- Warren, Charles, *History of the Harvard Law School and of Early Legal Conditions in America, Volume I*, Da Capo Press, 1970a (originally published by Lewis Publishing Company, 1908).
- Warren Charles, *History of the Harvard Law School and of Early Legal Conditions in America, Volume II*, Da Capo Press, 1970b (originally published by Lewis Publishing Company, 1908).
- Woolsey, Theodore D., “Historical Address,” Theodore D. Woolsey and Edwards Pierrepont, *Historical Discourse by Theodore D. Woolsey, and Oration on the Influence of Lawyers upon Free Governments and the Influence of Moral Forces upon the Prosperity of Governments, by Hon. Edwards Pierrepont, LL.D.*, The Law Department of Yale College, 1874, pp 5-24.
- Yale College, *Catalogue of the Officers and Students in Yale College, November 1824*, Treadway and Adams, 1824.
- Yale College, *Catalogue of the Officers and Students in Yale College, November 1826*, Treadway and Adams, 1826.
- Yale College, *Catalogue of the Officers and Students in Yale College, 1830-31*, Treadway and Adams, 1830.
- Yale College, *Catalogue of the Officers and Students in Yale College, 1831-32*, Treadway and Adams, 1831.
- Yale College, “Original Papers in Relation to a Course of Liberal Education,” *American Journal of Science and Arts*, 15, 1829, pp 297-351.
- Yale College, *Yale College: Needs of the University, Suggested by the Faculties to the Corporation, the Graduates, and the Benefactors and Friends of the Institution*, Tuttle, Morehouse & Taylor Press, 1871.
- Yale College Law School, *Yale College Law School*, Yale College Law School, 1843.
- Yale Law School, *Yale Law School, 1869-1870*, Hoggson & Robinson, 1869.
- Yale Law School, *Yale Law School, 1889-1890*, Hoggson & Robinson, 1889.
- 大川裕紀子, 「ラングデルの功罪——大学における法学教育——」, 滝沢正編代『比較法学の課題と展望』, 信山社, 2002年, 267-288頁
- 加毛明, 「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——」, 『東京大学法科大学院ローレビュー』10巻, 2015年, 80-102頁
- 曾野和明, 「イェイル・ロー・スクールの歴史」, 『アメリカ法』2005-1, 2005年, 90-96頁
- 田中英夫, 『アメリカ法の歴史 上』, 東京大学出版会, 1968年
- 鳩山春子編, 『鳩山の一生——伝記』, 大空社, 1997年(初出1929年)
- 松浦好治, 「‘Law as Science’ 論と19世紀アメリカ法思想(一)——ラングデル法学の意義——」, 『中京法学』16巻2号, 1981年,

50-76 頁

松浦好治, 「‘Law as Science’ 論と十九世紀
アメリカ法思想 (三) ——ラングデル法学
の意義——」, 『阪大法学』125号, 1982年,
51-86 頁

柳田幸男, ダニエル・H・フット, 『ハーバー
ド卓越の秘密——ハーバードLSの叡智に
学ぶ——』, 有斐閣, 2010年

論説

マレーシア・シンガポール鉄道用地事件仲裁判決

東京大学教授

中谷和弘

I. はじめに

II. 事案の概要

III. 仲裁判決の概要

IV. 省察

I. はじめに

本稿においては、常設仲裁裁判所 (PCA) の二国間紛争仲裁選択規則の下で 2014 年 10 月 30 日に判示されたマレーシア・シンガポール鉄道用地事件仲裁判決¹⁾について簡単に紹介・考察する。II において事案の概要 (両当事国の主張の概要を含む) を、III において判決の概要を紹介した上で、IV において若干の考察を行う。

II. 事案の概要

1965 年のシンガポールのマレーシアからの分離独立後もマレーシア鉄道²⁾はシンガポール内に鉄道用地を実質的に保有し³⁾、また同鉄道では両国の CIQ (税関・出入国管理・検疫) はシンガポールの Tanjong Pagar 駅において行われていた。この不都合を解消し、また土地の有効活用を図りたいシンガポールはマレーシアに働きかけ、1990 年 11 月 27 日に両国は「シンガポール内のマレーシア鉄道用地に関する合意点 (Points of Agreement)」と題する協定 (以下、POA) を締結した。その主な内容は、マレーシアはシンガポール内に有している鉄道用地をシンガポールに返還し、かわりに Keppel (Tanjong Pagar), Kranji, Woodlands の各跡地をマレーシアが 60%、シンガポールが 40% 株式を保

1) In the Matter of the Railway Land Arbitration before a Tribunal Constituted in accordance with a Submission Agreement between Singapore and Malaysia dated 9 January 2012 between Malaysia and the Republic of Singapore under the Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States (PCA Case N 2012-01), Award, http://archive.pca-cpa.org/MY-SG%2020141030%20Award547d.pdf?fil_id=2813 (last visited, 5 May 2016).

2) マレーシア鉄道は 1992 年には上下分離方式が採用され、鉄道資産と負債の管理を担当する鉄道資産公社 (RAC) と鉄道運営・運行を担当するマレーシア鉄道公社 (KTMB) が誕生した。1997 年には民間資本 (Marak Unggul) が買い取ったが、2002 年には政府が経営権を再取得した。一般社団法人海外鉄道技術協力協会『世界の鉄道』(ダイヤモンド・ビッグ社、2015) 67 頁 [森田尚人]。シンガポール内での同鉄道路線の現況については、浅見均「馬星国境鉄道瞥見記」JARTS 226 号 (2015) 35-42 頁。

3) 1918 年の Singapore Railway Transfer Ordinance に基づき、マレーシア国鉄には 432.26 エーカーの土地を鉄道用に使用することが認められ (うち 352.52 エーカーは 999 年間の借地として、81.74 エーカーは永代借地として)、鉄道用に使用されなくなった場合には無補償でシンガポール側 (Straits Settlement) に返還することになっていた。Yang Razali Kassim, Railway Land Swap: New Light on an Old Issue, 76/2010 RSIS commentaries, available at <https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2014/07/CO10076.pdf> (last visited, 5 May 2016).

有する M-S Pte Ltd. という企業（以下、M-S）を創設して共同開発するというものであった。その後、1993年12月に、マレーシアは不動産価値の高い Bukit Timah の跡地も共同開発に含めるべきだと提案したが、シンガポールはこの提案を拒否した⁴⁾。POA に関する交渉が再開されたのは2008年であり、2010年5月24日には両国は「6つの跡地（前掲の3つの跡地に加えて Bukit Timah の3つの跡地）を M-S の所有とするが、これらをまとめて Marina South 地区及び Ophir Rochor 地区の6つの土地と交換する」という共同宣言⁵⁾を発し、POA の内容の改訂につき合意した。しかしながら両国間では、シンガポールが不動産開発について M-S に対して課す開発税（development charges）の範囲の解釈が異なった。シンガポールは開発税は6つの跡地すべてに課せられると主張したのに対して、マレーシアは POA で合意された3つの跡地に関しては課せられないと主張した（Bukit Timah の3つの跡地に関して課せられることには同意するとした⁶⁾）。

そこで両国は2012年1月9日の付託合意により、この問題を仲裁に付託することとした。

興味深いのは、仲裁判決が求められたのは「M-S が3つの跡地を付与されて実際に POA 付属書で定められた通りに開発をしたならば開発税が課されたかどうか」という問題についての yes/no のみであって、もし yes である場合の開発税額は14億7000万シンガポールドルであることにつき両国はあらかじめ合意していた（1条）ことである。なお、準拠法は POA を含む国際条約、ICJ 規程 38 条に

定められた国際法上の他の法源であるが、仲裁裁判所はそう決定した場合には国内法も適用すると規定する（2条）。仲裁手続法（lex arbitri）は国際公法であって国内法ではないと規定する（3条）⁷⁾。

仲裁裁判官は、Lord Philips of Worth Matravers 元英国最高裁長官（裁判長）、Murray Gleeson オーストラリア高等法院長官、Bruno Simma 元 ICJ 判事である。仲裁手続は2013年7月に開始されたが、仲裁裁判に関するすべての事項は一般の関心を避けるため公にしないことが合意され、訴答書面も公表されず、2014年7月にロンドンで行われた口頭弁論も秘密裏になされた⁸⁾。判決日に判決文のみが PCA のホームページに公表された。

両国の主張の概要は、次の通りである⁹⁾。マレーシアの主張は、「国際条約である POA 自身が M-S に跡地の利用許可を付与しており、シンガポールが国内法上の義務にすぎない開発税を跡地の利用許可の前提として課すことは条約上の義務に違反する。POA の中にも他のどこにも M-S が開発税を支払わなければならないとする規定はない。土地の価値を増加させるのは開発許可自体ではなく、価値の増加は POA の下でのシンガポールの約定の結果である。たとえ裁判所が国際法ではなくシンガポールの国内法を適用するとしても、POA の取引は、シンガポール政府が特定目的のために開発する土地を売却する場合には開発税がシンガポール国内法上免除される場合のアナロジーに該当する」というものであった。これに対して、シンガポールの主張は、「両国がシンガポール法の下でジョ

4) Paragraphs 5.1, 5.2, 81. リー・クアンユー（小牧利寿訳）『リー・クアンユー回顧録（下）』（日本経済新聞社、2000）233頁。

5) Paragraph 5.4.

6) Paragraphs 5.5-5.7.

7) Paragraph 4.

8) Kadir Mohamad, *Malaysia Singapore Fifty Years of Contentions 1965-2015* (2015), pp. 165-166. Kadir はマレーシア首相外交顧問をつとめた。

9) 両国の主張は、Violetta Fietta（同法律事務所 of Robert Volterra ら3名がマレーシアの弁護人をつとめた）の Client Alert (1 December 2014) *Malaysia and Singapore Settle Decades-Long Dispute through Arbitration at the PCA*, available at <http://www.volterrafieta.com/malaysia-and-singapore-settle-decades-long-dispute-through-arbitration-at-the-pca-5/> に簡潔にまとめられているため、これを両国の付託事項のまとめ（paragraphs 44-46, 111-117）とともに参照した（last visited, 5 May 2016）。

イントベンチャー企業の創設に合意した以上、M-S はシンガポール法に従う必要があり、開発税の支払は開発許可の獲得の前提条件である。POA のいかなる規定も M-S から開発税の支払義務の免除を認めていない。さらにマレーシアは 2008 年以降、開発税が支払われるべきとのシンガポールの主張を認めたように見受けられる。2010 年の POA 改訂は、開発税が 6 つの跡地すべてにおいて支払われるべきとの前提で合意された。それゆえ、開発税は支払わないとのマレーシアの主張は禁反言に反する。支払義務に疑いがある場合には、両国が開発コストをシェアすることによって解決がなされるべきである」というものであった。

III. 仲裁判決の概要

判決では、まず、「F. 解釈の諸原則」において、「POA の下での当事国の義務と国内法の要求との間に衝突が生じる場合には、前者が優位する」¹⁰⁾ ことを確認した上で、条約法条約 31 条及び 32 条につき、シンガポールは同条約の当事国ではないがこれらは慣習国際法の規則であって本件に適用されるとする¹¹⁾。これらの適用においては、実行の趣旨を見失わないようにすること、つまり、条約の意味及び効果に関して条約締結時の両当事国の共通の意図を確認することが重要である。good faith の原則は条約法条約 31 条によって認められているように条約の解釈の重要な側面であるとする¹²⁾。そして、「開発税」、「POA の背景」、「POA の交渉」、「POA の履行に向けての最初の段階」、「決裂」、「2010 年の共同宣言」、「同宣言後の出来事」について両国の言動を相当詳細にフォローする。

その上で、「P. POA の締結時における正しい解釈」においては、次のように判旨を展開する。条約法条約 31 条が規定するように

POA の文脈により且つその趣旨及び目的に照らして与えられる POA の文言の通常の意味が最も重要である。POA の解釈に関する事後の合意（当該合意を確立する慣行）も考慮される。この解釈によっては意味が曖昧又は不明確な場合や明らかに常識に反し又は不合理な結果がもたらされる場合には、解釈の補助的手段として条約の準備作業に依拠することができる、という 32 条の内容に言及した上で、両当事国の主張の概要、両国にとっての鉄道用地の価値、Lee Kuan Yew シンガポール首相の晩餐会、取引の性質、シンガポールの国内法、POA の文言の自然な意味、両当事国の主観的信念、両当事国の事後の行動の各項目に分けて検討をすすめる。特に興味深いのは次の 2 点である。第 1 に、開発税につき、①単に収入を上げることを意図した税ではなく、開発許可の付与から生じた価値の増加につき国家の取り分を確保するために作られた特別税である、②国家が売却契約において特定された開発目的のために土地を売却する場合には開発税は支払われない、③国家は売却時における価値の増加の便益を受領するのであって、計画許可の事後的な付与の結果として開発税を受領するのではないとして、マレーシアの解釈の方がシンガポールの解釈よりも優れていると判示したことである¹³⁾。第 2 に、条約当事国の共通の了解を示す慣行の証拠は交渉に関与した当事国の相反する理解又は意図と対比をなし、後者は条約の解釈の助けとはならないとして、Lee Kuan Yew シンガポール首相と Tun Daim マレーシア財務相の相反する発言を位置づけたことである¹⁴⁾。その上で、同章での結論として次のように指摘する。M-S は 3 つの跡地を取得し開発したとしても開発税の支払の義務はなかった。POA はこれらの開発が M-S によって実施されることを予定及び要求しており、もし M-S がこれらの開発の許可を得るために開発税を支払うことが求められたな

10) Paragraph 41.

11) Paragraph 42.

12) Paragraph 43.

13) Paragraph 152.

14) Paragraph 163.

らば、POAに反することになる。晩餐会後 POA 締結に至る交渉及び締結後の履行のための諸段階において、開発税支払の必要性は全く言及されなかった。このことは POA 改訂に至る交渉とは対比をなす¹⁵⁾。

次に、「Q. 2008 年及び同年以降のマレーシアの行動の効果」においては、次のように指摘する。シンガポール側は、「政府の土地の売却が特定の開発のためになされる場合には開発税が免除される」旨を正しくマレーシア側に伝えず、マレーシア側も「開発税の支払が義務になる」というシンガポール側の説明に対して何らコメントをしなかった。このような事情に鑑みると、2010 年 5 月 24 日の共同宣言の締結以前も同宣言においても、開発税が支払われるべきとのいかなる合意も両国間にあったとはいえない。POA はその効果に関して共通の過誤の下に修正された。過誤は「POA の下で開発税が支払われるべき」というシンガポールによる不正確なステートメントによってもたらされ、マレーシアがこれを問題としなかった。それゆえ、「同共同宣言が開発税の支払を義務とするように POA を修正した」とのシンガポールの主張は否認される¹⁶⁾。シンガポールによる「マレーシアは開発税の支払を認めたから禁反言により支払を否認することはできない」という主張に関しては、次のように判示する。① 共同宣言の締結時に両国は「開発税は支払われるべきである」と共通に誤解していたため、マレーシアは誤解につき責任を負わない。② にもかかわらず、もしこの誤解の結果すべての跡地に関して開発税の支払義務が課されるように POA が修正されたとするならば、それは衡平に反する。③ 逆に、「シンガ

ポールは Bukit Timah の 3 つの跡地についても開発税を受領すべきでない」とすることもまた問題であるが、マレーシアはこれらの跡地に関しては開発税の支払を認めている¹⁷⁾。

最後に、「R. 結論」において、M-S は Keppel, Kranji 及び Woodlands の跡地に関して、もし土地開発が POA 付属書に定められた通りになされたとしても開発税の支払義務を負わない、と判示した。

IV. 省察

以下の 9 点について簡単に指摘をしておきたい。

第 1 に、本仲裁判決は、租税条約に関連したものではない（そもそも租税条約に関する国家間仲裁裁判の例はない）が、1905 年の家屋税事件仲裁判決と並んで租税に関連した非常に珍しい国際仲裁判決であるといえる。

第 2 に、本仲裁判決は国際法の解釈・適用について特に目新しい判断をした訳ではなく、国際法学徒にとって魅力の乏しい判決であったことは事実である。おそらくそのためか、本仲裁判決の紹介・評釈もほとんど皆無である¹⁸⁾。しかしながら、両国の外交にとって非常に重要な問題¹⁹⁾（最高首脳レベルでの主題）の限定的とはいえ最終の局面の解決が国際仲裁裁判に委ねられたという事実から、本ケースは外交と国際裁判の関係を考える上で興味深い事案であるといえる。本仲裁判決は外交交渉を補完するという役割を間違いなく果たした。

また、本仲裁判決は、首脳外交の現実の一端を知ることができるという意味でも興味深いものである²⁰⁾。本仲裁判決自体には派手

15) Paragraph 170.

16) Paragraphs 195-197.

17) Paragraphs 204-205.

18) E.V. Koppe によるごく短い紹介が E. V. Koppe, *Hague Case Law – Latest Developments, Netherlands International Law Review* vol. 63 (2014), p. 481 に掲載されている。

19) リー・前掲注 4233-236 頁, Mahathir Mohamad, *A Doctor in the House* (2011), pp. 781-782; Kadir Mohamad, *supra* note 8, pp. 134-171 から、この問題が微妙な関係にある両国間の最も重要な外交問題の 1 つであったことがわかる。

20) 例えば、2010 年 6 月 22 日の Lee Hsien Loong シンガポール首相の Najib Razak マレーシア首相に対する「M-S は開発税支払のため土地を担保に借入できるし、建設費支払のため開発から得られる将来の収益を担保に借入できる」というビジネスマンのような発言が、paragraph 104 に記されている。

さはないが、両当事国の言動を仔細に検討した上で着実な判断を行うという安定感のあるものとなっている。

第3に、本仲裁裁判においては、開発税の支払義務の有無のみが付託事項とされ、開発税が課される場合の金額は両国間であらかじめ合意していた。これは他の事案にはまず見られない特徴である。国際裁判における通常の付託ではまず（本案の第1段階では）違法性の認定等の性質決定のみを行い、補償額等の具体的金額の算定は事後の第2段階で行う（その間に両訴訟当事国に金額についての合意を促す）ことがむしろ多いといえる。これに対して本件では、両国間で具体的金額の決定をあらかじめ行い、性質決定の判示のみを求めた点が異彩を放っている。あくまで外交交渉を主要な紛争解決手段とし、それでは解決できない法的論点についてのみ国際仲裁裁判に委ねるといふ両当事国の態度がここにも貫かれている。

第4に、本仲裁判決では明示的には指摘されていないが、本件は「提案者に不利に（*contra proferentem*）解釈すべし」という解釈の一般原則があてはまる事案であったと解せられる。

同原則は、例えば、私法統一国際協会の国際商業契約に関する2010年原則（UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts）の4.6条において、「一当事者によって与えられた契約上の文言が不明確である場合には、当該当事者に不利な解釈が優先される」²¹⁾といった形で定式化されている。国際判決では、① ICJ スペイン対カナダ漁業管轄権事件判決（1998年）が、「*contra proferentem*」の規則は契約条項の解釈において果たすべき役割を有する」と指摘した（但し同

事案では適用しないとした）²²⁾。他方、② 米伊航空協定事件仲裁判決（1965年）では、「*contra proferentem*」の解釈を適用すべし」とのイタリアの主張に対して、「協定の意味が明確であって曖昧ではないため、同解釈理論は適用できない」と判示した²³⁾。③ ヤングローン事件仲裁判決（1980年）では、ドイツが同原則の適用を主張したが、「条約の趣旨及び目的を現実に意図した又はそれらに合致したかどうかを明らかにすることなく、不明確に作成された条項の英文及び仏文の文言の不利益を債権国に課すことになる」として同原則を適用せず、同原則が国際法一般に承認された解釈規則であるかどうかについて判断する必要はない旨、判示した²⁴⁾。本件においては、鉄道用地の交換を提案したのはシンガポールであり、その内容には多少とも不明確な部分があったことは否めないから、シンガポールに不利な解釈がなされてもやむを得ない状況にあったといえる。

第5に、開発税について²⁵⁾。シンガポールの開発税は1965年に導入された。開発税は、不動産開発計画の許可から生じる価値の上昇の果実の一部を政府が取得するものであり、シンガポール政府にとっての重要な税源となっている。開発税の税率は景気動向に応じて変化し、不況であった1985年には70%から50%に引き下げられたが、好況となった2007年には70%に引き上げられた。一見すると些細とも思われるこの税の問題が両国間の大きな外交問題となったのは、このような高い税率によることは否めない。

第6に、禁反言（*estoppel*）について。本仲裁判決では、双方に誤解があったにもかかわらずマレーシアの反応から禁反言が生じるとすることは衡平に反するとした。シンガ

21) <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/398-chapter-4-interpretation/936-article-4-6-contra-proferentem-rule> (last visited, 5 May 2016).

22) Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), *ICJ Reports* 1998, p. 454.

23) U.S. v. Italy, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, p. 94. 同仲裁判決につき、拙稿「国際航空輸送の経済的側面に関する国際裁判」*国際法外交雑誌* 103巻2号（2004）31頁、40-42頁。

24) The Kingdom of Belgium, The French Republic, The Swiss Confederation, The United Kingdom and The United States of America v. The Federal Republic of Germany, *International Law Reports*, vol. 59, p. 459. 同仲裁判決につき、拙著『ロースクール国際法読本』（信山社、2013）47-48頁。

25) 開発税について詳細は、Leung Yew Kwong, *Development Land and Development Charges in Singapore* (1987); Anne Haila, *Urban Land Rent: Singapore as a Property State* (2016), pp. 92-93.

ポールが誤解の誘因を作出したにもかかわらず、マレーシアが結果として不利益を負うとすることは不合理であり、この判断自体はバランスのとれたものである。しかしながら、禁反言についてのそれ以上の判断がなされなかったことは残念であった²⁶⁾。

第7に、本仲裁判決では、他の国際判決への言及はほぼ皆無であるが、ビーグル海峡事件仲裁判決（1977年）への言及がなされている。シンガポールは2008年及びそれ以降の両当事国の行動はPOAに関する「両当事国の意図及び了解の貴重な証拠」を提供すると主張し、同判決を援用したが、仲裁判決では、同仲裁裁判は150年以上にわたって管轄権を行使する関連行為があった領域紛争についてのものであり、当該行為はシンガポールが本件で依拠した行動とはほとんど関係がないとした。その上で、「領域的解決とともに又はその後短期間のうちに作成された地図は、他の条件が等しければ、事後に作成された地図よりも大きな証拠価値を有する」という同仲裁判決における判示²⁷⁾との関連で、2008年及びそれ以降のマレーシア代表の行動は、1990年にPOAが締結された時のマ

レーシア代表の意図に関して証拠上の推論をもたらしものではなく、POAの解釈の助けにはならない旨、判示した²⁸⁾。

第8に、本仲裁判決が出された翌日の2014年10月31日に、両当事国は共同ステートメント²⁹⁾を發した。「シンガポール及びマレーシア両国は、仲裁のプロセスに満足し、両国が本件に関する各々の主張を十分に示す機会を有したことを確認する。第三者の仲裁により本問題を解決することにより、両国は友好的な方法で紛争を国際法に従って解決するという我々の共通のコミットメントを示した。POAの完全且つ上首尾の実施は共同開発プロジェクトの両国間の緊密な連携に道を開くものである。両国は二国間協力を一層強化し拡大するために共に親密に取り組んでゆく所存である」という内容のものである。この共同ステートメントの内容は、本仲裁判決において「仲裁は両国首相が意図したように暖かく友好的な態度のうちに行われた。我々は、この解決が両当事国間の継続した実り多い協力における一章となることを希望する」という指摘³⁰⁾に呼応するものでもあった。国際関係においてはこの種の共同ス

26) 双方の当事国が誤解していた場合の禁反言の適用につき明確に判示した国際判例は存在しない。なお、2015年3月18日に判示されたチャゴス諸島海洋保護区事件仲裁判決（モーリシャス対英国）（<http://www.pcacases.com/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>, last visited, 5 May 2016）では、禁反言を「法の一般原則」だと指摘した上で（paragraph 434）、これまでの国際判例をまとめる形で、次の4要件を満たす場合には禁反言の援用が可能であると指摘した点が注目される。①国家が言葉、行動又は沈黙によって明確且つ一貫した表示を行った。②当該表示は当該事項に関して国家を代表して意思表示する権限のある機関によってなされた。③禁反言を援用する国家は当該表示に誘発されて、自国に不利に行動し、損害を被り又は表示国に便益をもたらした。④表示は当該国にとって依拠するに値するものである以上、当該信頼は正当なものであった（paragraph 438）。なお、英国控訴院の *Amalgamated Investment & Property Co Ltd (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd*, 1982 Q.B. 84 (EWCA 1981) 判決において Lord Denning は、契約の両当事者が契約の意味又は効果に関して共通の誤解 (common mistake) をしている場合には、当初の契約文言が共通の誤解に基づく合意にとって代わられるため、各当事者はこれに基づき訴えることもできれば訴えられもする旨を判示した (121-122)。しかしながら、国家間関係にも同様に適用可能かという問題に加えて、一方当事者（シンガポール）が誤解しなければ他方当事者（マレーシア）の誤解はそもそも生じなかった本件のような場合は射程範囲外だと考えるべきであろう。誤解を創出した当事者が相手当事者の禁反言を主張することを容認してしまうことは、clean hands 原則との関連でも問題なしとしない。

27) *Beagle Channel Arbitration between The Republic of Argentina and The Republic of Chile*, *International Law Reports*, vol. 52, p. 206.

28) Paragraphs 165-169.

29) Joint Statement on the Award of the Arbitral Tribunal Constituted under the Auspices of the Permanent Court of Arbitration on the Issue of Development Charges relating to the Former Malayan Railway Land under the Points of Agreement on Malayan Railway Land in Singapore, http://www.mfa.gov.sg/content/mfa/media_centre/press_room/pr/2014/201410/press_20141031.html (last visited, 5 May 2016).

30) Paragraph 207. もっともマレーシア側の本音は、シンガポールは仲裁裁判への付託などせずに交渉中に開発税の賦課を断念すべきだったというものであり、KADIR, *supra* note 8, p. 167 では「シンガポールはマレーシアから

テートメントが発せられるのはむしろ珍しい。Lee Hsien Loong シンガポール首相は、実質的に敗訴となった本仲裁判決を完全に履行すると同日に述べた³¹⁾が、このことは、単にマレーシアとの友好関係の維持や訴訟戦略上のダメージ・コントロールであるにとどまらず、特に国際商事仲裁を積極的に誘致してきたシンガポールにとっては「法の支配」を尊重する国家であることを裏からアピールする機会でもあった。シンガポールはこの機会を賢明に活用したといえよう。

第9に、本仲裁裁判は、近隣国との比較的小規模だが重要な紛争の解決に国際裁判が果たしうる役割を考える上での1つの理想的なモデルを提供したといえる。我が国にとっても、外交と国際裁判のあり方を考える上で何らかの参考になるかもしれない。

(なかたに・かずひろ)

goodwill point を獲得する好機を逸した」とする。

31) <http://www.pmo.gov.sg/mediacentre/press-statement-prime-minister-lee-hsien-loong-award-arbitral-tribunal-constituted-under> (last visited, 5 May 2016).

論説

ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪

東京大学大学院法学政治学研究科准教授

樋口亮介

目次

はじめに

第一部 司法に対する罪

第一章 処罰妨害罪

第二章 資金洗浄罪

第三章 偽証罪

第四章 虚偽嫌疑罪・犯罪仮装罪

第五章 犯罪計画の不通報罪

第二部 国家権力に対する罪

第一章 執行担当官に対する抵抗罪

第二章 被拘禁者解放罪・暴動罪

第三部 公務担当者による罪

第一章 公務担当者の意義

第二章 汚職の罪

おわりに

判例索引

細目次

はじめに

第一部 司法 (Rechtspflege) に対する罪

第一章 処罰妨害罪 (Strafvereitelung)

第一節 総説

第一款 沿革・規定の位置

第二款 保護法益・処罰対象

第二節 成立要件の検討

第一款 本犯 (Vortat)

第一項 本犯行為

第二項 本犯者自身による妨害

第二款 妨害 (Vereitelung)

第一項 刑事責任の追及妨害 (Strafverfolgungsvereitelung)

1. 全部妨害

2. 一部妨害

3. 不作為による妨害

(1) 一般市民の場合

(2) 公務担当者の場合

(a) 刑事手続・執行に関わる公務担当者

(b) その他の公務担当者

第二項 執行の妨害 (Vollstreckungsver-eitelung)

第三款 主観的要件

第四款 一身の処罰阻却事由

第一項 5項

1. 趣旨

2. 適用要件

第二項 6項

第三項 他の条文との関係

第五款 処罰範囲の限界

第一項 自己庇護への共犯的関与

第二項 社会的相当性

第二章 資金洗浄罪 (Geldwäsche)

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

第二款 客体

第一項 財産的価値 (Vermögenswert)

第二項 前提犯罪 (Vortat) に由来する (herrührt) 客体

1. 1項2文で列挙されている前提犯罪

2. 前提犯罪からの由来性

(1) 前提犯罪から直接的に生じた客体

(2) 当初の客体の代わりに得られた客体

(3) 混和

第三項 前提犯罪からの由来性が不要な客体

第三款 実行行為

第一項 261条1項

第二項 261条2項

第三項 スイス刑法との対比

第四款 主観的要件

第五款 処罰範囲の制限

第一項 第三者の介在

1. 趣旨・要件

2. 1項による処罰排除の可否

第二項 社会的相当性

第三項 私選弁護人の報酬

第三章 偽証罪 (Aussagedelikte)

第一節 総説

第二節 成立要件の検討

第一款 虚偽の非宣誓陳述罪 (153条) (falsche uneidliche Aussage)

第一項 主体

- 第二項 管轄官署
 - 1. 宣誓を行わせる管轄
 - 2. オーストリア法との対比
 - 第三項 実行行為
 - 1. 陳述 (Aussage)
 - 2. 虚偽性 (Falschheit)
 - (1) 判例・学説
 - (2) 客観説の意義
 - 3. 真実義務 (Wahrheitspflicht) の対象
 - 第四項 既遂の成立時点
 - 第五項 罪数
 - 第二款 虚偽宣誓罪 (154 条) (Meineid)
 - 第一項 宣誓
 - 1. 管轄 (Eid)
 - 2. 宣誓に相当する確証 (eidesgleiche Bekräftigung)
 - 3. 宣誓の主体
 - 第二項 実行行為
 - 第三項 未遂・既遂の成立時点
 - 第三款 虚偽の宣誓代替保証の罪 (156 条) (Falsche Versicherung an Eides Statt)
 - 第一項 管轄官庁
 - 第二項 実行行為
 - 第四款 過失犯処罰規定 (161 条)
 - 第三節 手続法違反の影響
 - 第四節 減免事由
 - 第一款 陳述における緊急避難 (157 条) (Aussagenotstand)
 - 第一項 総説
 - 第二項 成立要件の検討
 - 1. 自己又は親族
 - 2. 処罰のおそれの回避
 - (1) 動機
 - (2) 陳述に先行する犯罪
 - 第二款 虚偽陳述の訂正 (158 条) (Berichtigung einer falschen Angabe)
 - 第一項 総説
 - 第二項 成立要件の検討
 - 1. 訂正
 - 2. 適時性
 - 第五節 関与形態
 - 第一款 総則規定による教唆・幫助
 - 第一項 作為による教唆・幫助
 - 第二項 不作為による幫助
 - 第二款 各則規定による処罰範囲の拡張
 - 第一項 教唆未遂の処罰 (159 条)
 - 第二項 虚偽陳述への誘導 (160 条) (Verleitung zur Falschaussage)
- 第四章 虚偽嫌疑罪・犯罪假装罪
- 第一節 総説
 - 第二節 虚偽嫌疑罪 (Falsche Verdächtigung)
 - 第一款 成立要件の検討
 - 第一項 164 条 1 項
 - 1. 嫌疑の対象者
 - 2. 嫌疑をかける行為の形態
 - 3. 嫌疑の対象になる行為
 - 4. 嫌疑の虚偽性
 - (1) 虚偽性の判断基準
 - (2) 事実の誇張
 - 第二款 加重構成要件
 - 第三節 犯罪假装罪 (Vortäuschen einer Straftat)
 - 第一款 成立要件の検討
 - 第一項 客観的構成要件
 - 1. 犯罪の假装 (1 項)
 - (1) 假装の意義
 - (2) 假装の対象
 - (3) 假装という評価の可否
 - 2. 犯罪主体の假装 (2 項)
 - (1) 現に行われた違法行為
 - (2) 無実の者に対する假装
 - 第二項 主観的構成要件
 - 第二款 補充条項

第五章 犯罪計画の不通報罪 (Nichtanzeige geplanter Straftaten)

 - 第一節 総説
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 主体
 - 第二款 適時の通報義務

第二部 国家権力に対する罪

第一章 執行担当官に対する抵抗罪 (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte)

 - 第一節 総説
 - 第一款 ドイツ法の基本イメージ
 - 第一項 我が国との対比
 - 第二項 スイス法との対比
 - 第二款 基本構造
 - 第二節 成立要件の検討
 - 第一款 客体
 - 第一項 113 条
 - 第二項 114 条
 - 第二款 実行行為
 - 第一項 抵抗
 - 1. 暴行による抵抗 (Widerstand mit Gewalt)
 - 2. 暴行を行う旨の脅迫による抵抗 (Widerstand durch Drohung mit Gewalt)
 - 第二項 実力による攻撃 (tätlicher Angriff)
 - 第三款 執行行為 (Vollstreckungshandlung)
 - 第一項 執行行為
 - 1. 執行行為の定義
 - 2. 包含される活動範囲
 - 3. 執行行為に該当する時間的範囲
 - 第二項 執行行為の適法性 (Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshand-

はじめに

本稿の趣旨

本稿は、ドイツの国家的法益に対する罪を講義ノート形式で概観するものである。その趣旨は、拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8 巻（2013）にも書いた通り、比較刑法の発展に寄与するための基礎資料の提供にある。ドイツ刑法各論を概観することで、複数の法域を対照する比較法分析の補助資料になることを期待している。また、日独の現在の議論との類似点・相違点を踏まえることで、日本法の系譜研究を行う際の手がかりにもなると考えている。

依拠した文献

教科書として、Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I* (18. Aufl. 2016), *Teil II* (17. Aufl. 2016) を使用している。ただし、財産犯に比べて若干ながら整理に疑義を感じる章もあったため、適宜、代表的なコンメンタールである Fischer, *StGB* (63. Aufl. 2016) (Fischer § 条文番号で引用する), Schönke/Schröder, *StGB* (29. Aufl. 2014) (Sch/Sch § 条文番号(執筆者名)で引用する)にも依拠している。

各罪の冒頭に掲載した条文の翻訳については、法務省大臣官房司法法制部編「ドイツ刑法典」法務資料第 461 号（2007）を参照したものの、各罪の理解に沿う形で適宜修正している。

第一部 司法に対する罪

ドイツで司法に対する罪に分類されているのは、処罰妨害罪、資金洗浄罪、偽証罪、虚偽嫌疑罪、犯罪仮装罪である。我が国と比べると、犯罪の仮装、不通報を独立の犯罪としている点、証拠偽造罪、証人威迫罪が規定されていない点が目を惹くところである。

また、司法に対する罪ではないと通説は理解しているものの、犯罪計画の不通報罪も合

わせて解説の対象にされているため、本稿でも紹介の対象にしている。

第一章 処罰妨害罪

第一節 総説

【条文】

258 条 処罰妨害

- 1 項 他の方が違法な行為を理由として刑罰法規により罰せられ又は処分（11 条 1 項 8 号）に付されることの全部又は一部を、意図的に又は事情を知りつつ妨害した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する。
- 2 項 他の方に科せられた刑罰又は処分の執行の全部又は一部を、意図的に又は事情を知りつつ妨害した者も、前項と同一の刑に処する。
- 3 項 刑は、本犯について規定されている刑よりも重くすることはできない。
- 5 項 本条の行為によって同時に、自己が罰せられ若しくは処分に付されること、又は自己に科せられた刑罰若しくは処分が執行されることの全部又は一部を妨害しようとした者は、処罰妨害罪によっては罰せられない。
- 6 項 親族のために本条の行為を行った者は、罰せられない。

258 条 a 公務における処罰妨害

- 1 項 258 条 1 項の場合に、行為者が公務担当者として刑事手続若しくは処分（11 条 1 項 8 号）命令手続に協力することを職務とするとき、又は 258 条 2 項の場合に、行為者が公務担当者として刑罰若しくは処分の執行に協力することを職務とするときは、刑は 6 月以上 5 年以下の自由刑とし、あまり重くない事案では、3 年以下の自由刑又は罰金とする。

【1項の成立要件概観】¹⁾

- I 構成要件該当性
 - 1. 客観的構成要件
 - (1) 本犯 (Vortat)
 - (a) 処罰妨害—他人の犯罪行為
 - (b) 処分妨害—他人の違法行為
 - (2) 妨害 (Vereitelung)
 - (a) 全部妨害
 - (b) 一部妨害
 - 2. 主観的構成要件
 - (1) 本犯の存在に対する故意
 - (2) 妨害に対する意図又は確定的認識
 - II 違法性
 - III 責任
 - IV 処罰阻却事由
 - 1. 自身に対する処罰の回避 (5項)
 - 2. 親族に対する処罰の回避 (6項)
- 法定刑：5年以下の自由刑 ただし、本犯の法定刑以下 (3項)
未遂処罰あり (4項)

第一款 沿革・規定の位置

ドイツでは、先行する犯罪について事後的に援助する行為 (庇護 (Begünstigung) と呼称される) について、1974年改正において、犯罪利得の庇護 (物的庇護 sachliche Begünstigung と呼ぶ) と犯人の庇護 (人的庇護 personliche Begünstigung と呼ぶ) に分けて規定されることになった。そして、人的庇護については処罰妨害罪 (Strafvereitelung) との名称が付された。

処罰妨害罪は司法に対する罪であるものの、物的庇護と合わせて財産犯の位置に規定されていたという沿革から、現在でも財産犯規定に挟まれた位置に規定が存在する。なお、(物的) 庇護罪については、拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8巻 211頁以下 (2013) で赃物罪と合わせて紹介しているので、適宜、参照願いたい。

第二款 保護法益・処罰対象

処罰妨害罪の保護法益は、ドイツの刑事司法である (BGHSt 45, 97 (1999年5月19日))。ただし、258条は、刑事司法作用全般に対する妨害を処罰する規定ではない。258条1項は、刑罰又は処分の宣告を妨害することを犯罪結果と定めており、刑事責任の追及妨害 (Strafverfolgungsverweigerung)²⁾、と呼称されている。これに対して、同条2項は、宣告された刑罰又は処分の執行を妨害することを犯罪結果と定めており、執行妨害 (Vollstreckungsverweigerung) と呼称されている。このように、現に行われた犯罪に対する刑罰、又は、現に行われた違法行為に対する処分³⁾の宣告・執行に対する妨害のみが処罰対象として規定されている。

本章に対応するのは、Rengier, Teil I, § 21 Strafvereitelung (§§ 258, 258a) である。

【先行研究】

小野寺一浩「犯人蔵匿罪について」法学 48巻 3号 442頁 (1984)

現行法制定までの沿革研究。

十河太朗「犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪の限界に関する一考察」同志社法学 46巻 5号 72頁 (93頁以下) (1996)

ドイツの現行法を手際よく概観。

第二節 成立要件の検討

第一款 本犯 (Rn. 4, 9)

第一項 本犯行為

条文上は「違法な行為」と定められている。しかし、処分の宣告の妨害については違法行為で足りるとしても、刑罰の宣告の妨害については、単なる違法行為では足りず、本犯者が可罰的であることが必要である。

国家刑罰権ないし処分権が生じていれば足りるため、本犯者に対する捜査が開始されていることは不要である (BGHSt 45, 97 (1999年5月19日))。

1) Wessels/Hettinger, Strafrecht BTI (39. Aufl. 2015) S. 233 を参考にした。

2) Strafverfolgung は刑事訴追と訳されることもあるが、捜査・起訴・審理というプロセスを通じて行われる刑罰の宣告が問題になっているため、「刑事責任の追及妨害」と訳出している。

3) 改善・保安処分の他、利益剥奪も含まれる。

第二項 本犯者自身による妨害

「他の者」に対する刑罰又は処分の妨害が必要である。したがって、本犯者による自身の処罰に対する妨害（自己庇護 *Selbstbegünstigung* と呼称される）について、本犯者が正犯者として処罰されることはない。

なお、本犯者が共犯者になる場合は、第四款第一項 1（281 頁）。また、本犯者の正犯行為への関与については、第五款第一項（282 頁）。

第二款 妨害

第一項 刑事責任の追及妨害（Rn. 5, 9）

1. 全部妨害（Rn. 5-8a）

258 条は結果犯であり、「妨害」という結果が必要と解されている。時効や無罪判決の確定のように、刑罰を終局的に免れさせた場合が「全部を妨害」に該当することに争いはない。

争いがあるのは、処罰を遅延させた場合に「全部を妨害」との評価をなしうるかである。通説は、仮に時効や無罪判決の確定した場合にのみ妨害と評価すると 258 条の成立範囲が狭くなりすぎるとして、相当の時間的遅延も全部妨害に含まれるとしている。どの程度の期間が必要かについて、*OLG Stuttgart NJW 1976, 2084*（1976 年 5 月 17 日）は 10 日で足りるとしているが、学説上は 2 週間必要とか 3 週間必要といった主張がなされている。

「妨害」には処罰の遅延が必要であって、捜査の遅延では足りない。殺人の捜査が 12 日間遅延したという事案において、*BGH wistra 1995, 143*（1994 年 12 月 21 日）は刑罰の言渡しが遅延したかが確定されていない場合には妨害結果を認定できないと判示している。

妨害をもたらす典型例は、被疑者に有利な虚偽の陳述、犯人の蔵匿、証拠の破壊・隠匿・偽造、逃走の援助である。

2. 一部妨害（Rn. 13）

「一部を妨害」は、刑罰が量的に真実よりも軽くなる場合に認められる。例えば、加重構成要件ではなく基本構成要件でのみ処罰されるような場合である。

3. 不作為による妨害

(1) 一般市民の場合（Rn. 14, 15）

一般市民は刑事制裁の実現に協力する義務を負わないのが原則である。犯罪計画不通報罪（138 条→300 頁）による通報義務が認められる場合であっても、処罰妨害罪についての保障人的地位が生じるわけではない。

手続法上、供述義務がある場合について、処罰妨害罪の保障人的地位が生じるかには争いがある。この点、強盗の恐喝罪（255 条）で有罪判決が確定した被告人が、証人尋問において共同正犯者の名前を告げることを拒絶したという事案において、*LG Itzehoe NStZ-RR 2010, 10*（2009 年 7 月 20 日）は、証言義務違反は刑訴法 70 条 2 項の秩序違反になるにとどまり、刑事司法に対する保障人的地位は生じないと判示している。

(2) 公務担当者の場合

(a) 刑事手続・執行に関わる公務担当者（Rn. 44-46）

258 条 a は刑事手続・執行に関わる公務担当者による処罰妨害について加重構成要件を定めている。刑事責任を追及する機関は、犯罪を解明して犯人の責任を追及することが法律で義務づけられている（刑訴法 152 条 2 項、160 条、163 条）。この法律上の義務から、刑事司法を保護する作為義務（13 条）が生じ、258 条 a が成立しうる。

ただし、この作為義務は無限定なものではない。とりわけ、勤務時間外に犯罪行為を認知した場合にまで作為義務が生じるかについて争いがある。

この点、警察官である被告人が勤務時間外に訪れたバーで管理売春の営業が行われていることに気づいたが、何もしなかったという事案において、*BGHSt 38, 388*（1992 年 10 月 29 日）は、刑事司法という公益と私的生活の自由の利益衡量から一定の重大犯罪には作為義務が生じるとの一般論を展開しつつ、管理売春は重大犯罪ではないとして作為義務を否定している。

また、私的生活の保護という見地から、勤務時間外に認識した事柄について犯人の責任を追及する義務が生じる重大犯罪であって

も、作為義務が生じるのは勤務時間になってからに限定すべきと論じられている。例えば、OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 332 (1998年2月5日)は、勤務時間外に勾留から逃走中の犯人と飲み屋で出会った警察官が何もしなかったという事案において、直ちに通報するなどして犯人の身柄を確保する作為義務は生じないと判示している。

(b) その他の公務担当者 (Rn. 16)

公務担当者であっても、刑事責任を追及する機関への報告義務がない限り、一般市民同様、作為義務が生じないのが原則と解されている。BGHSt 43, 82 (1997年4月30日)は、刑務所内での職員の収容者に対する傷害を目標した職員から事情を聴いた施設幹部が何もしなかったという事案において、法令上の義務づけを欠くとして、作為義務の発生を否定している。

第二項 執行の妨害 (Rn. 17-20)

刑罰又は処分の執行妨害としては、有罪判決を受けた者の蔵匿や自由刑の執行を身代わりで受ける場合が挙げられる。

争いがあるのは罰金を第三者が支払う場合である。水質汚染罪 (324条)で罰金を科された団体の責任者及びその代理人のため、同団体が当該罰金を支払うことを決定した団体の管理者について258条2項の成否が問題になったという事案において、BGHSt 37, 226 (1990年11月7日)は、直接に罰金を支払うか、有罪判決を受けた者に後々償還するかで区別することの合理性はないこと、さらに、有罪判決を受けた者が罰金を支払った後に第三者が贈与することを禁止することは私生活への過大な介入であって許されないことを指摘して、第三者が罰金を支払っても258条2項の構成要件を充足しないとの立場を採用している。

第三款 主観的要件 (Rn. 21)

妨害行為及び妨害結果については意図又は確定的認識が必要である。これに対して、本犯が存在することについては未必の故意で足りる (BGHSt 46, 53 (2000年5月9日))。

第四款 一身の処罰阻却事由

第一項 5項 (Rn. 23, 24)

1. 趣旨

5項は、自身の処罰・処分を免れることを動機にして、258条1項、2項の構成要件を充足した者を処罰しないと定めている。その趣旨は、緊急避難に類似する状況が認められることにあるとされており、5項は免責的な一身の処罰阻却事由を定めたものと理解されている (BGHSt 43, 356 (1997年12月5日))。

5項が適用されるのは、本犯の共犯者に対する処罰を妨害することで258条1項の構成要件を正犯として充足する場合や、本犯者が無関係の第三者に対して自身に対する支援を頼むことで258条1項の教唆又は幫助に該当するといった場合である。

2. 適用要件

自身が処罰されることの回避を動機にして、処罰妨害罪では処罰されない。したがって、自己が処罰されることへの恐れが錯誤に基づいていたとしても5項の適用は可能である。同棲相手であるPの殺人について、共犯として処罰されることを恐れていたものの、その恐怖に根拠がなかった事案について、BGH NStZ-RR 2002, 215 (2002年4月3日)は5項の適用を認めている。

処罰されることを恐れている犯罪と、本犯行為が別個の犯罪であっても構わない。また、妨害を行わなければ犯罪を通報する旨の脅迫を本犯者から受けたために、行為者が妨害を行った場合でも5項は適用される (BGH NJW 1995, 3264 (1995年6月29日))。

これに対して、自身に対する処罰を回避する動機がなければ5項は適用されない。例えば、BGHSt 43, 356 (1997年12月5日)は、本犯者が放火を実行する前に虚偽のアリバイを証言する旨の約束をした可能性がある被告人が、放火の実行後、虚偽のアリバイを証言したという事案について、専ら本犯者の処罰を妨害するためであるとして5項の適用を否定している。ただし、学説上、こういった事案では、放火罪の共犯として処罰されるおそれがある以上、自己の処罰を回避する動機も認められるはずとの批判がなされている。

第二項 6項 (Rn. 25, 26, 33)

6項は、親族(11条1項1号)のために行った処罰妨害について処罰阻却を定めている。親族でない者の処罰を妨害する行為であっても、親族に対する処罰を回避するために不可欠であればやはり処罰が阻却される。

親族には該当しないが密接な関係にある者、特に内縁関係にある者に準用できるかは争いがある。また、親族でない者を親族と錯誤した場合についても、6項の適用の可否は争いがある。

第三項 他の条文との関係 (Rn. 27-30)

258条5項、6項によって処罰が阻却されるのは処罰妨害罪のみである。別個の犯罪についてまで不処罰になるわけではない。

ただし、学説上、処罰妨害行為が257条の庇護罪も必然的に充足する場合には、258条5項、6項を257条にまで及ぼして処罰を阻却すべきであるという主張がなされている。

なお、258条の受皿的構成要件である145条dの犯罪仮装罪と、258条5項、6項の関係について299頁。

【先行研究】

豊田兼彦「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察(1, 2)」立命館法学270号85頁(2000)、273号151頁(2000)

自己庇護を不可罰とする5項について沿革も含めて詳細に紹介。

白木豊「自己庇護の限界―連邦通常裁判所第一刑事部1962年5月22日判決」警研58巻7号78頁(1987)

5項制定以前の判例・学説の紹介。

第五款 処罰範囲の限界

第一項 自己庇護への共犯的関与 (Rn. 34-36)

本犯者による自身に対する処罰の妨害(自己庇護)は構成要件に該当しない。そして、この構成要件不該当の行為について、第三者が教唆・幫助により関与しても、その第三者も不可罰になる。

そこで、不可罰になる自己庇護への共犯的関与と、処罰可能な正犯としての処罰妨害の

区別が問題にされている。

この点、通常正犯・共犯の区別を処罰妨害罪に当てはめる見解も存在する。しかし、この見解によると、処罰妨害罪による処罰範囲が非常に狭いものになるとの批判がなされている。そこで通説は、偽造証明書の手や逃走車両の準備などの処罰妨害行為を正犯的に行っていれば処罰妨害罪の正犯が成立するとしつつ、本犯者に逃走の助言をするなど純然たる心理的影響のみを不可罰とみるべきと論じている。

第二項 社会的相当性 (Rn. 37-42)

医療行為や生活必需品の売却などについて社会的相当性を認めて不可罰とすべきと論じられている。

特に問題とされているのは、刑事弁護人の活動であり、正当な防御活動については処罰妨害罪の構成要件に該当しないと論じられている。

正当な防御活動として許されない典型例は、証人に虚偽の陳述を行わせる場合である。さらに、BGHSt 46, 53(2000年5月9日)は、人身取引の罪(232条)の未遂が問題になっている裁判の控訴審において、刑事弁護人が、被害者に対する暴行は売春を強要するためではなかった旨の証言を行うことで被告人が無罪になれば慰謝料を払うと被害者と約定し、被害者にそのような証言を行わせたが、当該証言の真偽は不明であるという事案についても、防御活動の範囲を越えていると判示している。

【先行研究】

辻本典央「弁護活動と刑事制裁」近大法学53巻3・4号319頁(350頁以下)(2006)

弁護人の活動の免責範囲についてのドイツの判例・学説を詳細に紹介。

ヴェルナー・ボイルケ(加藤克佳=辻本典央訳)「弁護人の新たな可罰性の危険」季刊刑事弁護75号101頁(2013)

弁護人の活動の可罰性研究に関する大家がドイツの現在の議論状況を紹介。概観として、ボイルケによる刑訴法の教科書の翻訳もある(加藤克佳=辻本典央訳「ヴェルナー・ボイルケ『ドイツ刑

訴法』(3) 近代法学 62 卷 2 号 69 頁 (145 頁以下) (2014)。

第二章 資金洗浄罪

第一節 総説 (Rn. 1-5, 30)

【条文】

261 条 資金の洗浄；違法に得られた財産的価値の隠蔽

1 項 (訳者注－1 文) 2 文に掲げる違法な行為に由来する客体を隠匿し、その由来を隠蔽し、又は、その由来の捜査、そのような客体の発見、利益剥奪、没収、保全を妨害し若しくは危殆化した者は、3 月以上 5 年以下の自由刑に処する。(訳者注－2 文) 1 文の意味における違法な行為とは、

1 号 重罪

2 号 a) 108 条 e, 332 条 1 項及び 3 項, 334 条, 並びに 335 条 a と併せて適用されるこれらの条項,

b) 麻薬法 29 条 1 項 1 文 1 号及び原料取締法 19 条 1 項 1 号に定める軽罪

3 号 租税法 373 条及び 374 条 2 項, 並びに共同市場機構及び直接支払の実施に関する法律 12 条 1 項と併せて適用されるこれらの条項に定める軽罪

4 号 a) 152 条 a, 181 条 a, 232 条 1 項及び 2 項, 233 条 1 項及び 2 項, 233 条 a, 242 条, 246 条, 253 条, 259 条, 263 条から 264 条, 266 条, 267 条, 269 条, 271 条, 284 条, 299 条, 326 条 1 項, 2 項及び 4 項, 328 条 1 項, 2 項及び 4 項, 並びに 348 条に定める軽罪

b) 滞在法 96 条, 難民法 84 条, 租税法 370 条, 有価証券取引法 38 条 1 項から 4 項, 商標法 143 条, 143 条 a, 及び 144 条, 著作権法 106 条から 108 条 b, 実用新案法 25 条, 意匠法 51 条及び 65 条, 特許法 142 条, 半導体保護法 10 条, 並びに品種保護法 39 条に定める軽罪

であって、業として又はこれらの行為を継続的に行うために結成された集団の構成員により行われたもの、並びに 5 号 89 条 a 及び 89 条 c に定める軽罪, 129 条 並びに 129 条 a 第 3 項 及び 5 項, 並びに 129 条 b1 項と併せて適用されるときのこれらの条項に定める軽罪, 並びに、犯罪団体又はテロ団体 (129 条, 129 条 a, 及び 129 条 b 第 1 項と併せて適用されるときのこれらの条項) の構成員により行われた軽罪をいう。

(訳者注－3 文) 租税法 370 条に定める業としての又は集団による脱税の場合、脱税により免れた出費及び違法に得られた租税の還付及び優遇に、並びに、2 文 3 号の場合、脱税が行われた客体にも 1 文を適用する。

2 項 1 項に掲げる客体を、

1 号 自ら入手し若しくは第三者に入手させた者、又は

2 号 客体を得た時点でその由来を知っていた場合、保管し若しくは自己若しくは第三者のために使用した者も、前項と同一の刑に処する。

5 項 1 項又は 2 項の場合に、客体が 1 項に掲げた他の者の違法な行為から生じたことを軽率により認識しなかった者は、2 年以下の自由刑又は罰金に処する。

6 項 第三者が犯罪行為を行うことなく事前にその客体を得たときは、2 項によっては罰せられない。

9 項 (訳者注－1 文略) さらに、前提犯罪に関与したことを理由に可罰的な者も、1 項から 5 項によっては罰せられない。正犯者又は共犯者が、1 項 2 文に掲げた違法な行為に由来する客体を流通に置き、その際に客体の違法な由来を隠蔽した場合、2 文による不処罰は認められない。

【成立要件概観】

I. 構成要件該当性

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：本犯者も含むが9項2文による前提犯罪の優先（例外に3文）
- (2) 客体
 - (a) 前提犯罪（Vortat）に由来（herführen）する客体
 - (b) 租税犯罪に関連する客体
- (3) 行為態様
 - (a) 1項
 - ①客体の隠匿（verbergen）、由来の隠蔽（verschleiern）
 - ②由来の捜査、客体の発見、利益剥奪等の妨害・危殆化
 - (b) 2項
 - ①入手（verschaffen）
 - ②保管（verwahren）
 - ③使用（verwenden）
- (4) 6項の要件（犯罪に該当しない第三者の介在）の欠如

2. 主観的構成要件

- (1) 故意
- (2) 前提犯罪については軽率さ（Leichtfertigkeit）

II. 違法性

III. 責任

法定刑：3月以上5年以下の自由刑 軽率の場合には2年以下の自由刑又は罰金（6項）
未遂処罰あり（3項）

資金洗浄罪は、1988年の麻薬新条約3条1項により、締約国に犯罪化が義務づけられた。261条は、これを受けて1992年に制定された条文である。その後、改正が頻繁に行われており、複雑な条文になっている。なお、資金洗浄法（Geldwäschegesetz）によって、本人確認義務や疑わしい取引の届出義務が定められている。

1992年の立法の際、組織犯罪から生じた財産が適法な金融・経済循環に隠蔽目的で持ち込まれることが問題にされていた。適法な金融循環に持ち込まれる瞬間に違法な資金が発見可能になるところから、組織犯罪に対す

る捜査を可能にすると共に、資金的な基盤を奪うことで、犯罪組織に打撃を与えることができる」とされた⁴⁾。

学説上は、261条の保護法益について、1項は司法であるのに対し、2項は、司法に加えて、前提犯罪によって侵害された法益の保護をも挙げるのが通説である。また、適法な金融・経済循環も保護法益であると強調する見解もある。庇護罪・贓物罪と資金洗浄罪は保護法益が異なるため、観念的競合になると解されている（BGH St 50, 347（2006年1月24日））。

本章に対応するのは、Rengier, Teil I, § 23 Geldwäsche, 431-443頁である。

【先行研究】

宮澤浩一「マネーロンダリング：ドイツ語圏刑法の対応（スイス・ドイツ・オーストリアの法制と日本）」中山研一古稀『経済と刑法 第2巻』1頁（成文堂，1997）

独逸スイスの3か国のマネーロンダリングについて充実した比較法的対比を行う。時の法令1446号-1547号（1993-1997）の連載が基礎になっている。さらに、文献の網羅的紹介として、同「ドイツ語圏諸国における組織犯罪・資金洗浄関係文献」法学研究77巻4号154頁（2004）。

芝原邦爾「ドイツのマネーロンダリング処罰法案」法時63巻6号106頁（1991）

法案時点での紹介。

岡上雅美「ドイツ組織犯罪対策改善法：資金洗浄罪対策の強化と刑事訴追のための聴覚による同居監視」捜査研究571号68頁（1999）

資金洗浄罪に対する重要な改正を含む1998年の組織犯罪対策改善法の概観。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体（Rn. 26）

他の事後犯罪と異なり、前提犯罪の正犯者も資金洗浄罪の主体となりうる。立法当初は「他人の」という文言により前提犯罪の正犯者は除外されていたが、1998年改正によって「他人の」が削除された結果である。

ただし、261条9項2文は、前提犯罪の関

4) BT-Drs. 12/989 S. 26.

与者（正犯・共犯双方）が前提犯罪で処罰可能な場合、資金洗浄罪によっては処罰しない旨を定めている⁵⁾。もっとも、前提犯罪への関与の有無が事実認定上、確定できない場合、資金洗浄罪による処罰が可能である（BGH NStZ 1995, 500 (1995年6月21日)）⁶⁾。

第二款 客体 (Rn. 6-9a)

第一項 財産的価値

「客体 (Gegenstand)」には、あらゆる財産的価値が含まれる。動産、不動産、現金だけでなく、債権など権利そのものも含まれる。

第二項 前提犯罪に由来する客体

1項2文に列挙された前提犯罪に客体が「由来する (herrührt)」ことが必要である。

1. 1項2文で列挙されている前提犯罪⁷⁾

重罪（短期1年以上）は全て前提犯罪になる（1号）。また、軽罪である収賄罪（2号）、薬物犯罪（2号）、営業的密輸入・関税赃物罪（3号）も前提犯罪になる。

一方、4号で定められた軽罪については、「業として又は集団の構成員により」という制限要件が規定されている。「業として」については、前提犯罪の行為者が自ら業として行った場合のみ、4号に該当する（BGH NJW 2008, 2516 (2008年6月24日)）。4号は多数の前提犯罪を列挙しており、4号aにおいて、支払用カード偽造（152条a）、管理売春（181条a）、人身取引（232-233条a）、窃盗（242条）、横領（246条）、恐喝（253条）、赃物（259条）、詐欺（263条）、コンピューター詐欺（263条a）、補助金詐欺（264条）、背任（266条）、文書偽造（267条）、データ偽造（269条）、間接的虚偽文書作成（271条）、取引における収賄（299条）、賭博開帳（284

条）、廃棄物処理（326条）、放射性物質処理（328条）、虚偽公文書作成（348条）が挙げられている。また、4号bにおいて、外国人滞在関係、脱税、インサイダー・相場操縦、知的財産関係の犯罪が挙げられている。

さらに、5号においては、テロ・犯罪組織に関する軽罪、及び、テロ・犯罪組織の構成員による軽罪が挙げられている。

2. 前提犯罪からの由来性

(1) 前提犯罪から直接的に生じた客体

前提犯罪から直接的に生じた客体については問題なく、前提犯罪に「由来する」客体に含まれる（当初の客体 *Ursprungsgegenstand* と呼称される）。典型例として、盗品、犯罪遂行に対する報酬、身代金が挙げられる。また、偽造通貨などの生成物件（*producta sceleris*）も含まれる。

供用物件（*instrumenta sceleris*）は当初の客体に含まれないと論じられているが、BGHSt 53, 205 (2009年2月18日)は、外国で行われた汚職について贈賄罪が問題になった事案において、賄賂について前提犯罪からの由来性を肯定している。

【先行研究】

山本紘之「資金洗浄の前提犯罪としての外国公務員への贈賄」比較法雑誌44巻4号275頁（2011）BGHSt 53, 205 (2009年2月18日)の紹介。

(2) 当初の客体の代わりに得られた客体

当初の客体の代わりに得られた客体（代替客体 *Surrogate* と呼称される）については、どこまで「由来する」といえるかが問題になる。経済的にみて、前提犯罪と因果関係が認められるかが基準になる（BGHSt 53, 205 (2009年2月18日)）。

購入代金のうち、違法な金銭を軽微とはい

5) 2015年11月20日の汚職対策法（BGBl 2015 Teil I Nr. 46 S. 2025）により、9項3文が追加されている。この新たな規定では、前提犯罪に由来する客体を流通に置いた場合、前提犯罪とは異なる独自の違法性が認められるところから、本犯者を資金洗浄罪でも処罰可能となっている（BT-Drs. 18/6389 S. 11-14）。

6) 事実認定として、先行行為が不確定である一方、後行行為は確定できるものの、仮に先行行為が成立していれば後行行為の構成要件該当性が否定されるか、罪数上吸収される場合について、後行行為を処罰してよいという理論が採用されている。これは *Postpendenz* 認定と呼ばれるものであり、大澤裕「刑事訴訟における択一的認定（4・完）」法協113巻5号19頁（1996）に詳しい紹介がある。

7) Sch/Sch § 261 Rn. 5 (Stree/Hecker)。

えない程度の割合で使用していれば、由来性は認められる。例えば、行為者が1万ユーロで車両を購入し、そのうち1000ユーロが前提犯罪による収益である場合、当該車両は前提犯罪に由来するとみるべきとされている⁸⁾。汚染された金銭がどの程度の割合を占めていけば由来性を認めてよいかについては議論があり、1%では足りないが5%で十分であるといった主張がなされている。

(3) 混和

一部の汚染が全体の汚染をもたらすという考え方が、金銭の混和に妥当するかについては議論がある。例えば、1万ユーロの預金が入った銀行口座で、そのうち1000ユーロが前提犯罪に由来する場合、全体として汚染されたといえるかについては議論が分かれている。

この点、BGH NJW 2015, 3254 (2015年5月20日)は、銀行口座のうち、5.9%ないし約35%が違法収益で残りは適法な収益であったという事案において、経済的にみて全く重要でないとはいえない程度の金額が前提犯罪に由来していれば、口座全体について由来性を認めて資金洗浄罪の客体としてよいと判示している。

第三項 前提犯罪からの由来性が不要な客体⁹⁾

1項3文は税法違反に関連する客体について由来性要件を不要としている点で特別の規定である。

もっとも、脱税による支払回避分を客体にする点については憲法上問題があると学説で強く批判されている。全資産の中で脱税による支出の回避分の汚染がどこに及ぶかが確定できないし、全資産が汚染されているとみるのは不当だからである。

第三款 実行行為

第一項 261条1項 (Rn. 10-12)

①「隠匿」とは、客体へのアクセスを困難にする挙動をいう。

②「由来の隠蔽」とは、汚染された客体の由来の捜査を困難にするあらゆる誤導的な行為をいう。例えば、正常取引において、由来を隠して現金ないし振込で決済する場合が該当する。

③客体の由来の捜査、客体の発見、客体に対する利得剥奪(73条)、没収(74条)、保全(刑訴法111条b以下)に対する妨害・危殆化も処罰対象である。妨害には妨害結果が必要である(妨害の評価については、処罰妨害罪を参照→280頁)。また、危殆化には具体的危険の惹起が必要である。BGH NJW 1999, 436 (1998年10月8日)は、恐喝で得た金銭を両替のためにドイツ国外の第三者に運搬する際に手助けをした行為について、当該第三者が覆面捜査官であったことから具体的危険の惹起を否定している。

第二項 261条2項 (Rn. 13-15)

2項は、入手・保管・使用を処罰している。前提犯罪の行為者を孤立させ、汚染された客体の使用を不能にするという点から、「孤立構成要件 Isolierungstatbestand」と呼称されている。

①「入手」についてBGHSt 55, 36 (2010年2月4日)は、本犯者の了解の下、客体の処分力を得たことと定義する。その上で、本犯者を孤立させるという趣旨に鑑み、客体に対する窃盗・強盗については入手に該当しないとしつつも、詐欺・恐喝によって客体の処分力を得た場合については入手に該当すると判示している¹⁰⁾。

②「保管」とは、自己又は第三者のための意識的な占有をいう。BGH NSStZ 2012, 321 (2012年1月26日)は、同棲相手が詐欺で得たパソコンが家に到着して、それを置いていたというだけでは直ちに保管に該当するわ

8) BT-Drs. 12/3533, S. 12.

9) Sch/Sch § 261 Rn. 12 (Stree/Hecker).

10) 判例上、赃物罪については資金洗浄罪とは異なり、本犯者が取得した物を恐喝によって得た場合には入手該当性が否定されている(拙稿「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー 8巻218頁(2013))。

けではないと判示している。

③「使用」には、客体の用法に沿ったあらゆる使用が含まれる。BGH NJW 2015, 3254 (2015年5月20日)は、前提犯罪の犯人と銀行口座を共同で所有している者が、当該口座の預金を別の口座に振り込むこと、現金として引出すことについて使用該当性を認めている。

第三項 スイス刑法との対比

スイスにおける資金洗浄罪(305条の2)は妨害構成要件で一元化し、ドイツの261条2項に相応する規定を有しない。重罪に由来する財産の由来に対する捜査、当該財産の発見又は没収を妨害するのに適した行為が処罰対象になっている。

資金洗浄罪の適正な処罰に関する立法の内容が多様でありうる事が看取できる。

【先行研究】

宮澤浩一「資金の洗浄(マネー・ロンダリング)と金融業者の責任—スイス刑法305条の3を中心として」法学研究63巻12号9頁(1990)

スイス法の詳細な紹介。

芝原邦爾「スイスのマネーロンダリング罪」法時63巻5号82頁(1991)

スイス法の概観的紹介。

「特集・組織犯罪対策に関するフォーラム」警察学論集51巻2号1頁(1998)

スイスの著名な学者・実務家が参加したスイス法紹介。

第四款 主観的要件(Rn. 28)

5項は、客体が違法行為に由来するという構成要件要素に関して、故意を必須とせず、軽率さ(Leichtfertigkeit)で足りるとしている。軽率さは、特段の無関心又は重大な不注意によって、前提犯罪からの由来性が当然に認識できるのに無視した場合に認められる。

軽率さを処罰することが責任主義に反するということはない(BGHSt 43, 158(1997年7月17日))。また、事後関与の処罰という点で資金洗浄罪と同様の赃物罪は故意犯に限

定されているものの、軽率による資金洗浄罪を処罰することが妨げられるわけではない(BGHSt 50, 347(2006年1月24日))。

第五款 処罰範囲の制限

第一項 第三者の介在(Rn. 16-20)

1. 趣旨・要件

6項は、一般的な法的取引に過大な負担をかけないための規定である。第三者が犯罪を行うことなく客体を得た場合、その時点以降は、悪意であったとしても、2項(入手・保管・使用)による処罰が排除される。

第三者が犯罪で得た客体については処罰範囲から排除されない。ここでいう犯罪について、資金洗浄罪のみに限定するか、窃盗・強盗なども含めるかについては争いがある。

2. 1項による処罰排除の可否

6項は明文において2項による処罰を排除することを予定しているが、1項による処罰も6項で排除すべきかについて争いがある。

この点、前提犯罪の行為者が犯罪収益から支払った保釈金の返還請求権を、私選弁護人が報酬の確保のために自らに譲渡させたという行為について、BGHSt 47, 68(2001年7月4日)は、第三者である供託所の介在によって2項は適用できないものの、1項による処罰は排除されないと判示している。これに対して、いったん善意で得られた客体は汚染が除去されたとみて1項による処罰も排除すべきという主張もなされている。

なお、いずれの立場に立脚するにせよ、6項が処罰を排除するのは第三者が得た客体に限られる。本犯者が第三者に交付した客体の代わりに得たもの(代替客体)については、1項、2項による処罰が可能である点に注意を要する。例えば、本犯者が薬物収益で得た現金を銀行口座に預金した場合、現金は銀行が得た客体であるため6項の適用対象になる。しかし、本犯者が預金によって得た銀行に対する払戻請求権には6項の適用はない¹¹⁾。

11) BGHSt 47, 68の事案における供託所に対する保釈金返還請求権についても同様の議論が可能との指摘がある

第二項 社会的相当性 (Rn. 21, 22)

汚染された金銭を社会的に相当な行為によって受領した者全てが、261条2項の「入手」に該当するとして処罰されるかが問題とされている。例えば、生活必需品の販売や必須の医療行為に対する対価の受領は261条2項による処罰を否定すべきと主張する学説が存在する。

第三項 私選弁護人の報酬 (Rn. 23-25)

私選弁護人が報酬を受領する行為に関して、261条2項による可罰性が問題になった。この点、BGHSt 47, 68 (2001年7月4日)は、弁護人には汚れた金銭から報酬を受ける権利はないこと、被告人の権利保護は国選弁護人によって図ることができることを理由として、261条の制限を否定して資金洗浄罪の成立を認めた。これに対し、麻薬・経済事件において私選弁護人に対して捜査が及ぶ可能性があることは自由な弁護活動を害するという批判がなされた。

その後、BVerfGE 110, 226 (2004年3月30日)は、基本法12条1項を根拠として、刑事弁護人の活動への配慮という見地から261条2項1号を限定解釈すべきと判示した。具体的には、刑事弁護人が報酬を受領した時点で報酬が前提犯罪に由来することにつき確定的認識を有していた場合に限って、261条2項を適用すべきとの解釈を採用した。

なお、BVerfG NJW 2015, 2949 (2015年7月28日)は、261条1項についても、同様の限定解釈が要請されると判示している。

【先行研究】

辻本典央「弁護活動と刑事制裁」近大法学53巻3・4号319頁(350頁以下)(2006)

BVerfGE 110, 226 (2004年3月30日)を中心に弁護人の活動の免責範囲を詳細に紹介。

第三章 偽証罪

第一節 総説

【条文】

153条 虚偽の非宣誓陳述

法廷で又は証人若しくは鑑定人の宣誓尋問を管轄するその他の官署で、虚偽の非宣誓陳述を行った者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。

154条 虚偽宣誓

1項 法廷で又は宣誓の採取を管轄するその他の官署で、虚偽の宣誓をした者は、1年以上の自由刑に処する。

2項 あまり重くない事案では、刑は6月以上5年以下の自由刑とする。

155条 宣誓とみなされる確証

1 宣誓に代わる確証

2 以前に行った宣誓又は確証の援用は、宣誓とみなす。

156条 虚偽の宣誓代替保証

宣誓に代替する保証を行わせることを管轄する官庁で、この保証を偽って提出し、又は、この保証を援用して虚偽の陳述を行った者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

157条 陳述における緊急避難

1項 証人又は鑑定人が虚偽宣誓又は虚偽の非宣誓陳述の罪を犯したとき、親族又は自己が処罰され又は自由を剥奪する改善及び保安処分を科される危険を回避するために、行為者が不実を述べた場合には、裁判所は、裁量により刑を減輕し(49条2項)、非宣誓陳述の場合は刑を完全に免除することもできる。

2項 宣誓適齢になお達していない者が虚偽の非宣誓陳述を行ったときは、裁判所は、裁量により刑を減輕し(49条2項)、又は、刑を完全に免除することができる。

158条 虚偽陳述の訂正

1項 行為者が虚偽の陳述を適切な時期に訂正したときは、裁判所は、虚偽宣誓、虚偽の宣誓代替保証又は虚偽の非宣誓陳述を理由とする刑を裁量により減輕し（49条2項）、又は、刑を免除することができる。

2項 訂正が判決時にもはや利用することができず若しくは他の者に対する不利益が行為から生じたとき、又は、行為者に対して既に通報が行われ若しくは捜査が開始されたときは、訂正は時機を逸したものである。

3項 訂正は、虚偽の陳述が行われた機関、又は、手続上、陳述を審査すべき機関、裁判所、検察、又は警察官庁において行うことができる。

159条 虚偽陳述に対する教唆の未遂
虚偽の非宣誓陳述（153条）及び虚偽の宣誓代替保証（156条）に対する教唆の未遂について、30条1項及び31条1項1号が準用される。

160条 虚偽陳述への誘導

1項 虚偽の宣誓を行うように他の者を誘導した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。虚偽の宣誓代替保証又は虚偽の非宣誓陳述を行うように他の者を誘導した者は、6月以下の自由刑又は180日以下の罰金に処する。

2項 本罪の未遂は罰せられる。

161条 過失による虚偽の宣誓、過失による虚偽の宣誓代替保証

1項 154条から156条に掲げる行為が過失により行われたときは、1年以下の自由刑又は罰金とする。

2項 行為者が虚偽の陳述を適切な時期に訂正したときは、罰せられない。
158条2項及び3項が準用される。

宣誓を必須とする我が国の偽証罪とは異なり、ドイツでは宣誓をしていない証人・鑑定人の虚偽陳述も処罰される（153条）。宣誓が行われた場合の虚偽宣誓罪（154条）は153条よりも主体を拡げるとともに法定刑を加重したものと位置づけられる。また、宣誓代替保証という特別の制度によって、各種の重要な公的手続において虚偽情報の提出が処罰されている。さらに、過失犯処罰（161条）、教唆未遂の処罰（159条）、故意なく偽証を行う証人を利用する間接正犯処罰（160条）が設けられており、虚偽陳述に関わる行為が広く刑法典上の罪として規定されている。

本罪の保護法益はドイツの司法とされているが、裁判所その他の手続における正確な事実認定に対する公益と解される点で司法よりも保護対象は広い¹²⁾。

虚偽の非宣誓陳述罪と虚偽宣誓罪の成立要件、法定刑、未遂・過失犯・教唆未遂・間接正犯処罰規定を対比すると下記の通りであ

	虚偽の非宣誓陳述罪 153条	虚偽宣誓罪 154条
主体	証人 (Zeuge) 又は鑑定人 (Sachverständige)	宣誓 (Eid) を行った者—民訴の当事者・通訳含む
陳述の場	宣誓を行わせる管轄を有する官署	宣誓の一般管轄・法律上予定された手続・権限
実行行為	虚偽の陳述 (falsche Aussage)	虚偽の宣誓=虚偽の陳述+宣誓
法定刑	3月以上5年以下	1年以上
未遂犯処罰規定	なし	あり (23条1項)
過失犯処罰規定	なし	あり (161条)
教唆の未遂	159条で処罰	30条で処罰
間接正犯処罰規定	160条	160条

12) Sch/Sch § 153 Rn. 2 (Lenckner/Bosch).

る。

本章に対応するのは、Rengier, § 49 Aussagedelikte (§§ 153-162), 461-483 頁である。

【先行研究】

武安将光「日独両国における偽証罪についての考察」ジュリ 253 号 31 頁 (1962)

規定・運用状況をわかりやすく概観。

青柳文雄「偽証罪の一考察」上智法学論集 5 巻 2 号 57 頁 (1961)

大陸法系である独仏法と英米法を刑事手続の相違に照らして比較法的に考察。

福山道義「危険概念と偽証罪」法学 37 巻 3・4 号 1 頁 (29 頁以下) (1974)

陳述の訴訟との関連性・訴訟への影響について、英米圏も含めて比較法的に考察。

同「宣誓の機能について」神奈川法学 14 巻 2・3 号 1 頁 (1978)

刑法・刑訴法両面にわたる宣誓の意義についての貴重な紹介。

第二節 成立要件の検討

第一款 虚偽の非宣誓陳述罪 (153 条)

第一項 主体 (Rn. 4)

手続法上、証人又は鑑定人に該当する者のみが主体になる。民事訴訟における当事者、刑事訴訟における被疑者・被告人は主体にならない。また、通訳人も主体にならないと解されている。

第二項 管轄官署

1. 宣誓を行わせる管轄 (Rn. 5)

153 条が適用されるのは、宣誓を行わせる管轄を有する官署における陳述のみである。検察官・警察官による事情聴取については宣誓が認められていないため (刑訴法 161 条 a 第 1 項 3 文, 163 条 3 項)、警察官・検察官に対する虚偽の陳述には 153 条は適用されない。

2. オーストリア法との対比

ドイツとは異なり、オーストリア刑法 288

条 4 項においては、刑訴法に基づく捜査手続における証人・鑑定人の虚偽の陳述が警察又は検察で行われた場合にも処罰が認められている。この規定は 2007 年の刑訴法改正に合わせて導入されたものである¹³⁾。

第三項 実行行為

1. 陳述 (Rn. 6)

原則として、「陳述」とは口頭での陳述に限られる。ただし、聴覚障害・発話障害を持つ者については別論である (裁判所構成法 186 条)。

OLG München MDR 1968, 939 (1968 年 5 月 14 日) は、鑑定書面 (民訴法 411 条) に虚偽が含まれていた場合、口頭での陳述を欠くところから、153 条の罪は成立しないと判示している。

2. 虚偽性 (Rn. 7-9)

(1) 判例・学説

「虚偽」の意義については、実際の事象と陳述内容の相違を虚偽とする客観説 (objektive Theorie)、陳述者の認識と相違する陳述を虚偽とする主観説 (subjektive Theorie)、喚起・獲得できるはずの最良の認識を再現しないことを虚偽とする義務説 (Pflichttheorie) が主張されている。

客観説が判例・通説であり、その根拠として、司法機能への危険性は客観的な虚偽性から生じること、善意者を虚偽陳述に誘導する罪 (160 条) は客観説を採用しない限り意味を持ちえないことが挙げられている。

(2) 客観説の意義

客観説は陳述の対象を外界における事実に限るというものではなく、内心における事実も陳述の対象になりうることを認めている。例えば、証人の現在の記憶が尋問の対象になる場合、証人の内心通りに陳述しているか否かが虚偽性の判断基準になる。このような事案では、客観説と主観説に相違は生じないと指摘もなされている¹⁴⁾。

13) Regierungsvorlage - Erläuterungen, 231 der Beilagen XXIII. GP S. 26.

14) Sch/Sch Vorbem. §§ 153ff. Rn. 7 (Lenckner/Bosch).

客観説を採用する判例のリーディングケースである BGHSt 7, 147 (1954 年 12 月 16 日) は、当時の民訴法 807 条において、強制執行に際して債務者が正確な財産目録を提出することが要求されているという制度的背景の中で、自らが所有する車両を財産目録に入れなかった点に虚偽性を認めることで、過失による虚偽の宣誓代替保証の罪 (156 条, 161 条 1 項 → 292, 293 頁) を認めたものである。この事件では正確な財産目録の作成が求められていることが前提になっており、このように、行為者の認識とは無関係に外界の事実の顕出が求められる場合には、虚偽性は外界の事実と陳述内容の齟齬によって肯定される。

【先行研究】

福山道義「偽証罪における主観説と客観説」北海学園大学法学研究 10 巻 1 号 153 頁 (1974)

虚偽性に関するドイツの学説を紹介。

3. 真実義務の対象 (Rn. 10-13)

153 条の罪が成立するのは、証人・鑑定人が真実義務 (Wahrheitspflicht) を負う範囲に限定される。証人についていうと、人定事項 (刑訴法 68 条 1 項, 民訴法 395 条 2 項) の他、民事訴訟においては証明決定 (Beweisbeschluss) で確定された事項 (民訴法 359 条), 刑事訴訟においては手続法上の一罪になる全範囲 (刑訴法 264 条) が証人尋問の対象になる。ただし、尋問対象は質問によって拡張することができる (民訴法 369 条, 397 条, 刑訴法 69 条, 241 条)。

この議論が意味を有するのは、証人・鑑定人が尋問対象外の事項について自発的に陳述した場合である。この場合、仮に裁判所などの判断に影響を与えるとしても、真実義務の対象外である限り、153 条の罪は成立しない。例えば、BGHSt 25, 244 (1973 年 11 月 16 日) は、婚外子の養育費をめぐる裁判において、法律上の受胎期間に夫及び特定の男性 S と性交を行ったかについて婚外子の母親 (153 条の罪の被告人) が証人として尋問を受けた際に、夫と性交していない、S とも性交していないと述べた後、さらに、「当該期間は被告としか性交していない」と陳述したという

事案である。BGH は、夫及び S と性交していないという部分だけが尋問対象であって真実義務を負う陳述であるとする、「被告としか性交していない」と述べて夫及び S 以外の男性との性交も否定した点は自発的陳述に過ぎず、証明対象の事後的拡張とその確認がない限り、自発的な陳述部分に虚偽があっても 153 条の罪は成立しないと判示している。

さらに、事実の黙秘が虚偽性を充足するかについても、尋問対象に真実義務が存在し、証人は質問がなくても尋問対象の事実を全て陳述しなければならないので、不完全な陳述であるにもかかわらず、完全なものとして陳述すると虚偽性が認められる。一方、およそ供述しないとして明白に陳述拒絶した場合には、虚偽陳述に該当しない (OLG Zweibrücken StV 1993, 423 (1993 年 1 月 13 日))。

第四項 既遂の成立時点 (Rn. 14-15)

153 条に未遂処罰規定はない。

尋問の終結時点において既遂に至る。尋問の終結時点は、裁判官が証人からこれ以上の情報を期待できないと表明し、証人が自らも証言することがもはやなく、これまでの証言を陳述として妥当させる旨を表明した時点である。例えば、証人が虚偽供述をしたと考えた検察官が、証人が法廷にとどまることを要求した事案において、BayObLG StV 1989, 251 (1988 年 12 月 16 日) は、虚偽供述を認めさせるために法廷にとどめられたのであって証人尋問は終了していないと判示している。

いったん虚偽の陳述をなしても尋問の終結時点より前に訂正した場合、153 条の罪はおよそ成立することはないため、158 条の適用は問題になりえない (BGH NStZ 1982, 431 (1982 年 6 月 18 日))。

第五項 罪数 (Rn. 16)

同一審級において、複数回、証人尋問が終結した場合、各証人尋問について 153 条は成立するが、法的に一つの行為として扱われる。

第二款 虚偽宣誓罪（154条）

第一項 宣誓

1. 管轄（Rn. 21）

宣誓（Eid）を行わせる一般的な管轄に加えて、法律が宣誓を予定している手続であること、宣誓を行わせる者に法律上その権限があることが必要である。例えば、被疑者に宣誓をさせても虚偽宣誓罪にはなりえない（BGHSt 10, 8（1956年10月18日））。宣誓を法律が認めているかは個別の法律解釈による（離婚時の家財分配手続で宣誓を否定したのものとして、BGHSt 10, 272（1957年5月8日））。

2. 宣誓に相当する確証（Rn. 18）

訴訟法上、良心又は宗教的理由から宣誓を望まない時に、宣誓に相当する確証（eidesgleiche Bekräftigung）を行うことが認められている（民訴法484条、刑訴法65条）。155条は虚偽による宣誓に相当する確証について、154条の虚偽宣誓と同様に処罰すると定めている。156条が定める虚偽の宣誓代替保証とは全く異なる制度である点に注意を要する。

3. 宣誓の主体（Rn. 19, 20）

153条とは異なり証人・鑑定人だけではなく、民事訴訟の当事者も宣誓可能であるため（民訴法452条）、154条の主体になりうる。宣誓を行った通訳人（裁判所構成法189条）も154条の主体になる（BGHSt 4, 154（1953年4月9日））。

刑訴法60条1号後段の精神障害を有する宣誓無能力者は、宣誓の主体になりえない。一方、18歳未満の宣誓未成年者（刑訴法60条1号前段）が、手続法に違反して宣誓してしまった場合に、宣誓の意味を理解する程度に成熟していると（少年裁判所法3条）、154条の主体になりうるかには争いがある。通説は、157条2項が宣誓未成年者について153条しか規定していないところから、およそ154条の主体になりえないと解している。一

方、BGHSt 10, 142（1957年2月15日）は、手続法上の瑕疵は虚偽宣誓罪の成否に影響しないとの一般論を展開した上で、その一例として宣誓未成年も挙げている。

第二項 実行行為（Rn. 22, 23）

「虚偽の宣誓」は虚偽の陳述を前提とする。宣誓したといえるには、宣誓の本質的部分、すなわち、「私は誓う」との文言を発していれば足りる。

なお、ドイツの訴訟法上、証人、及び刑事訴訟における鑑定人は事後宣誓である（民訴法392条、刑訴法59条、79条）。事前宣誓は通訳（裁判所構成法189条）、民事訴訟における鑑定人（民訴法410条）については可能である。

第三項 未遂・既遂の成立時点（Rn. 24, 25）

154条は重罪であって未遂犯も処罰される（12条1項、23条1項）ため、未遂・既遂それぞれの成立時点が問題になる。

事後宣誓の場合、虚偽陳述の終了後、宣誓文言の発話時点で未遂となるため、それより前の時点では虚偽陳述罪が成立するとどまる（BGHSt 1, 241（1951年4月24日））。宣誓の終了時点で既遂となる。事前宣誓の場合、虚偽陳述の開始とともに未遂になり、尋問の終結時点で既遂になる。

宣誓を行わせる管轄がおよそ存在しない手続において、宣誓を行わせる管轄があると錯誤して虚偽の宣誓を行った場合、判例上、虚偽宣誓の不能未遂として処罰可能¹⁵⁾とされている（BGHSt 3, 248（1952年10月28日）、BGHSt 12, 56（1958年9月16日））。これに対して、学説上は管轄という法律評価についての錯誤であって、幻覚犯¹⁶⁾として不可罰であると主張されている。

第三款 虚偽の宣誓代替保証の罪（156条）

第一項 管轄官庁（Rn. 26-29）

判例上、156条の管轄には、宣誓代替保証を認める一般権限に加えて、具体的な手続に

15) 我が国とは異なり、ドイツでは不能未遂は原則として処罰される（Sch/Sch § 22 Rn.1（Eser/Bosch））。

16) 幻覚犯とは、客観的に不可罰の行為について、処罰対象になるとの錯誤に陥った場合をいい、不可罰と解されている（Sch/Sch § 22 Rn.78（Eser/Bosch））。

において保証対象について保証を行わせる権限があること、保証が全くの無効でないことが必要とされている (BGH StV 1985, 505 (1985年6月11日))。

宣誓代替保証が認められる手続の具体例としては、刑事訴訟における疎明による忌避 (一般論として, BGH GA 1973, 109 (1972年5月3日)), 民事の強制執行手続における債務者の財産情報の提出義務 (民訴法 802 条 c), 行政手続における喪失した免許証の再発行申請手続 (OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 72 (1997年10月2日)) が挙げられる。

これに対して、刑事訴訟においては被疑者・被告人に防御権が認められることと宣誓義務は矛盾するとして宣誓代替保証は認められていない (刑訴法 44 条の原状回復申立てについて, BayObLG NStZ 1990, 340 (1990年2月20日))。

第二項 実行行為 (Rn. 30-33)

虚偽性の意義は 153 条と同様であり、真実義務の範囲は宣誓代替保証が行われる手続によって定まる。

とりわけ、強制執行手続における債務者の財産情報の提出義務 (現民訴法 802 条 c, 旧民訴法 807 条) の範囲について、債務者の財産を債権者が把握することを可能にするという観点に基づき、多くの判例が積み重ねられている¹⁷⁾。なお、財産情報開示義務が及んでいることも故意の対象であって、財産情報開示義務の範囲に関する錯誤は事実の錯誤と解する判例がある (KG JR 1985, 161 (1984年11月29日))。

【先行研究】

青木哲「ドイツ法からみた金銭執行の実効性確保」三木浩一編『金銭執行の実務と課題』173頁 (青林書院, 2013)

強制執行手続について刑事罰の範囲も含めて詳細かつわかりやすく紹介。邦語による先行研究も

注 11 に網羅されている。

第四款 過失犯処罰規定 (161 条) (Rn. 73-75, Fischer § 161 Rn. 6-10)

161 条は、154 条、155 条、156 条の過失犯処罰規定を定めている。153 条には過失犯処罰規定はない。

OLG Köln, MDR 1980, 421 (1979年10月9日) は、証人が記憶の正確性に疑義を呼び起こす客観的な根拠を有責に利用しなかった場合に過失が認められると判示している。この判示からは、証人に求められるのは記憶喚起に集中する義務だけであり、情報を収集して準備を行う義務はないということになる。これに対して、公務として知覚した事柄を証言する警察官などの証人や、民事訴訟における宣誓を行う当事者には準備を行う義務も生じるとの議論がなされている。

また、鑑定人及び宣誓代替保証には準備を行う義務が認められる。

第三節 手続法違反の影響 (Rn. 34-39)

各罪の成立要件になる管轄・宣誓・真実義務の範囲が充足されない場合以外に、手続法上の瑕疵がいかなる影響を持つかについては争いがある。

この点, BGHSt 10, 142 (1957年2月15日) は、手続法上の瑕疵が見逃されることもありうること、虚偽宣誓罪を否定すると再審事由にならなくなってしまう (刑訴法 359 条 2 号, 民訴法 580 条 3 号) ことを理由として、犯罪の成立に影響しないと判示する。ただし、手続法違反は量刑上の軽減事由になると解されている (刑訴法 53 条の応答拒絶権告知義務違反、及び、刑訴法 60 条 2 号の宣誓禁止違反が軽減事由になる点について, BGH StV 1995, 249 (1993年5月18日))。

もともと、手続法上の瑕疵が極めて重大な場合、とりわけ、刑訴法 136 条 a¹⁸⁾ に違反する不当な尋問方法について、自身の認識の

17) Fischer § 156 Rn13-13c.

18) 【参照】刑訴法 136 条 a

1 項 被疑者・被告人の意思決定及び意思活動の自由は、虐待、疲労、身体的侵害、薬物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分をもって脅迫すること及び法律に規定されていない利益を約束

自由な告知という陳述の本質が失われるとして構成要件該当性が否定されることもある(OLG Köln NJW 1988, 2485 (1987年10月9日))。

第四節 減免事由

第一款 陳述における緊急避難(157条)

第一項 総説(Rn. 40-42)

157条は、真実の陳述を行うと自ら又は親族が処罰されるが、真実に反した陳述を行うと虚偽の非宣誓陳述ないし虚偽宣誓になるという強制状況に注目して、刑の減免を認める規定である。

緊急避難状況については総則に正当化緊急避難(34条)・免責的緊急避難(35条)の定めがあるものの、証人は通常、刑法52条の証言拒絶権ないし刑法55条の応答拒絶権の行使によって虚偽の陳述は回避できるため、34条、35条が適用できるのは虚偽の陳述をしなければ殺害する旨を告知されたような場合に限られている。これに対して、157条は、証言を拒絶すると犯行に関与していると受け止められてしまうことへの配慮を認めている(BGHSt 1, 22 (1951年1月9日))。

また、自ら緊急避難状況に陥った場合には35条1項2文は免責されないことを定めているのに対し、157条は自らが処罰されるような犯罪を行ったことが強制状況に陥る原因になっていても適用可能である(BGHSt 8, 301 (1955年10月24日))。

第二項 成立要件の検討

1. 自己又は親族(Rn. 43)

157条は「自己」又は11条1項1号が定める「親族(Angehörige)」に保護対象を限定している。親族以外の密接な関係にある者(35条)に対する157条の準用の可否について争いはあるものの、OLG Celle NJW 1997, 1084 (1996年8月13日)は、内縁関係にある者は立法過程で意識的に外されたことを理由に157条の準用を否定している。

することは、いずれも禁止される。

2項 被疑者・被告人の記憶力又は思考力を侵害する処置は、許されない。

3項 前2項の禁止は、被疑者・被告人の同意にかかわらず、効力を有する。禁止に違反して得られた供述は、被疑者・被告人が同意した場合であっても、これを使用してはならない。

2. 処罰のおそれの回避

(1) 動機(Rn. 44, 45, 47)

処罰のおそれを回避するという動機は必要ではあるものの、緩やかに認めてよいと解されている。唯一の動機である必要はないし、主たる動機である必要さえない(BGH NSTZ-RR 2007, 40 (2006年10月11日))。また、客観的に処罰されるおそれがあるかは問題とならず、行為者が処罰されるおそれを認識していれば足りる(BGH NSTZ 2008, 91 (2007年7月26日))。さらに、処罰そのものだけではなく、重い処罰を回避して軽い処罰を実現するという動機でも足りる(BGHSt 29, 298 (1980年6月24日))。

ただし、真実を述べても自己又は親族が処罰されるおそれは生じないのに、無罪にさせるべく積極的に虚偽の陳述を行ったような場合には157条の適用外である(BGHSt 7, 2 (1954年11月2日))。

(2) 陳述に先行する犯罪(Rn. 46)

陳述より前に処罰のおそれが生じていることが必要であって、陳述そのものによって処罰のおそれが生じた場合には157条は適用されない。例えば、虚偽の陳述をなして153条が成立した後、当該虚偽陳述を宣誓することで154条が成立し153条を吸収するという場合、宣誓の時点で虚偽陳述の発覚を恐れていても157条は適用されない(BGHSt 8, 301 (1955年10月24日))。さらに、虚偽の陳述によって刑罰妨害罪(258条)など別個の罪が観念的競合で成立し、その罪の発覚を恐れていても同じく157条は適用されない(BGH NSTZ-RR 2007, 40 (2006年10月11日))。

第二款 虚偽陳述の訂正(158条)

第一項 総説(Rn. 48, 49)

158条は虚偽の陳述の訂正を促進するための規定である。総則の中止犯規定(24条)は、153条、156条に未遂犯処罰規定がなく、未遂処罰規定を持つ154条についても未遂の成

立時期は宣誓文言の開始から終結までと限られているため、ほぼ機能しない。なお、中止犯規定と異なり、158条は任意性を要求していない。

第二項 成立要件の検討

1. 訂正 (Rn. 50)

「訂正」(Berichtigung)とは、単なる撤回では足りず、過去の虚偽の陳述を取消して、正しい陳述に変更することをいう。特定の形式が予定されているわけではない。

BGHSt 18, 348 (1963年5月14日)においては、応答拒絶権(刑法55条)の行使は過去の陳述が虚偽であることを明らかにするものの、どの点が虚偽であるかわからないとして158条の適用を否定している。これに対して、黙秘権行使について158条の適用を認めてよいとの主張もなされている。

2. 適時性 (Rn. 51, 52)

158条の適用には、訂正が「適時(rechtzeitig)」であることが必要である。158条2項は適時性が欠ける場合を定めている。「訂正が利用不能」であるとは、陳述がなされた審級が終結した場合のことであり、既に不利益が生じた場合の「不利益」とは、財産上の不利益や刑事手続の開始など具体的なものであり、虚偽の陳述による証拠状況の悪化は含まれない(BGH NJW 1962, 2164 (1962年9月25日))。

第五節 関与形態

153-156条の構成要件は自ら陳述を行う者のみが犯しうる自手犯である。それ以外の者は、間接正犯にも共同正犯にもなりえず、教唆・幫助のみが問題になる。ただし、処罰の間隙を回避すべく、虚偽の陳述に誘導する罪が160条に規定されている。

第一款 総則規定による教唆・幫助

第一項 作為による教唆・幫助 (Rn. 66, 67)

作為による教唆・幫助について、一般的な教唆・幫助の成立要件が妥当する。ただし、手続法上、許容されている防御権行使に関しては、教唆・幫助によって処罰されない。例

えば、証人尋問を請求すること(刑法219条)は防御権行使の一環であって、虚偽の陳述の可能性を与えていても幫助にならないと解されている(OLG Hamm NStZ 1993, 82 (1992年1月29日))。

第二項 不作為による幫助 (Rn. 68-72)

不作為による幫助については保障人的地位が必要である。判例上、虚偽陳述が行われる社会的に不相当で特段の危険を創出した場合には作為義務が生じると解されている。例えば、BGH NStZ 1993, 489 (1993年5月18日)においては、民事訴訟で宣誓が要求されることを知らずに虚偽の陳述を知りに頼んだ被告人について、虚偽の陳述の後、宣誓まで休憩時間があつたのに止めなかったという不作為について、虚偽宣誓罪の幫助を認めている。

これに対して、刑事訴訟における被告人には黙秘権がある以上、共犯者の虚偽の陳述を止める作為義務は生じないと解されている(BGH StV 1994, 125 (1992年8月4日))。この点、OLG Hamm NStZ 1993, 82 (1992年1月29日)は、共同正犯者の証人尋問を申請すると虚偽の陳述が行われる特段の危険が生じるところから作為義務を認めているものの、黙秘権が認められていることに反するとして学説では強く批判されている。

第二款 各則規定による処罰範囲の拡張

第一項 教唆未遂の処罰 (159条) (Rn. 61-65)

重罪(12条1項)である154条については総則の規定により、教唆未遂も処罰される(30条1項)。一方、159条は軽罪である153条、156条についてまで教唆未遂の可罰性を認めている。

しかし、規定通りに適用すると、正犯者が未遂止まりの場合、未遂処罰規定がないため153条、156条で処罰されないにもかかわらず、教唆者は159条によって処罰されることになる。この点、BGHSt 24, 38 (1970年12月2日)は宣誓代替保証の管轄がないにもかかわらず、錯誤により管轄があると誤信した場合には不能未遂になるという立場を前提

に、未遂処罰規定がないことから正犯者が156条で処罰されない以上、教唆者についても159条で処罰すべきでないと判示している。この限定解釈に対しては、学説では無理があるとの批判もなされている。

第二項 虚偽陳述への誘導（160条）（Rn. 54-57, 59）

虚偽陳述への誘導を処罰する160条は補充規定であり、総則の教唆犯処罰規定（26条）及び159条が適用されない場合にのみ適用される。

160条が、陳述を行う実行行為者が善意で道具として利用されるという間接正犯形態に適用されることに争いはない。

争いがあるのは、実行行為者が善意であると背後者が誤信していた場合である。この点、BGHSt 21, 116（1966年7月13日）は、虚偽の陳述を防止するという160条の処罰根拠に照らして、陳述を行う者が背後者の認識に反して虚偽陳述の故意があったとしても160条は適用できるとの判示を行っている。

なお、実行行為者が悪意であると背後者が誤信していた場合には、159条が適用可能であるため、160条は問題にならない。

第四章 虚偽嫌疑罪・犯罪仮装罪

第一節 総説

我が国では無実の者に責任を負わせる行為について虚偽告発罪が規定されている。これに対して、ドイツ刑法164条は、告発という法形式に限定することなく、特定の者に虚偽の嫌疑を負わせる行為全般を処罰している。さらに、145条dは、犯罪を仮装する場合全般にまで処罰範囲を拡げている。

164条、145条dは刑事訴追機関が不要な活動を行うことを防止するという点で、ドイツの司法を保護する規定である。これに加えて、164条は不当な訴追を受けない個人の利益も保護法益としていると解されている。

164条と145条dの趣旨・要件・相互関係を整理すると下記の通りである。

	164条	145条d
法益	①ドイツの司法 ②不当に訴追されない個人の利益	ドイツの司法
実行行為	①特定の他人 ②違法行為の嫌疑をかける ③虚偽性	①犯罪の存在の仮装 又は ②犯罪の主体の仮装
主観的要件	①確定的故意 ②官庁の手續・措置を惹起する意図	確定的故意
罪数		補充適用－164条に吸収

両者の関係上、164条が適用されずに145条dが適用される典型例としては、不詳者又は自己が犯罪の主体であるとの仮装を行う場合、官庁の手續・措置を招く意図がない場合が挙げられる。

第二節 虚偽嫌疑罪

【条文】

164条 虚偽嫌疑

1項 他の者に対し、官庁の手續又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させる目的で、確定的な認識にもかかわらず、官庁に対して若しくは通報の受理を管轄する公務担当者若しくは軍隊の上官に対して、又は、公然と、他の者について違法な行為又は職務義務違反の嫌疑をかけた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 同じ目的で、確定的な認識にもかかわらず、第1項に掲げる機関に対して又は公然と、他の者に対し官庁の手續又は官庁のその他の措置を開始させ又は継続させうる事実的な性質をもつその他の主張を行った者も、前項と同一の刑に処する。

3項 本法典46条b又は薬物法31条に基づく刑の減免を得るために、虚偽嫌疑を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に処する。あまり重くない事

案では、刑は3月以上5年以下の自由刑とする。

本節の解説は、Fischer § 264 に依拠して行う。

第一款 成立要件の検討

第一項 164 条 1 項

1. 嫌疑の対象者 (Fischer Rn. 2, 7)

嫌疑は特定の生存している他人に向けられることが必要である。特定の人物の氏名を挙げることまでは必要ではなく、特定可能であれば足りる。

したがって、不詳者又は死亡した者に対する嫌疑については、虚偽嫌疑罪は成立しない。また、自己に嫌疑を向ける場合も虚偽嫌疑罪は成立しない。こういった場合は、犯罪仮装罪 (145 条 d) の成否のみが問題になる。

164 条の法益には司法も含まれるため、嫌疑の対象者が同意していても 164 条 1 項は成立する (BGHSt 5, 66 (1953 年 9 月 29 日))。

2. 嫌疑をかける行為の形態 (Fischer Rn. 3, 4)

嫌疑をかける行為は事実の主張又は証拠の提示によって行われる。嫌疑を新たにかけるだけではなく、嫌疑を強める場合でもよい (BGHSt 14, 240 (1960 年 4 月 13 日))。また、不作為形態もありうる。

3. 嫌疑の対象になる行為 (Fischer Rn. 5-5b)

嫌疑の対象になるのは、違法行為 (11 条 1 項 5 号) 又は職務義務違反行為である。

嫌疑をかけられた事実から明らかに刑事制裁の可能性がなく、官庁の活動が生じない場合には、嫌疑をかける行為に該当しない。例えば、公訴時効にかかっている場合 (BGH StV 2002 (2001 年 12 月 11 日)) や、嫌疑対象者が 14 歳未満である場合 (OLG Hamm NStZ-RR 2002 167 (2002 年 2 月 8 日)) が挙げられる。

4. 嫌疑の虚偽性 (Fischer Rn. 6)

(1) 虚偽性の判断基準

嫌疑の虚偽性は客観的に判断される。ただし、その判断方法については議論が分かれている。

BGHSt 35, 50 (1987 年 9 月 1 日) は、店舗の監視役であった被告人が「F が値札を入れ替えたところを見た」と通報したが、F が窃盗を行ったことは確信していたものの、実際の行動は見ていなかったという事案において、客観的に犯罪行為を行っていなかった場合にのみ虚偽性を認めるとの立場を採用している (犯罪嫌疑説 *Beschuldigungstheorie* と呼称される)。この立場によると、嫌疑の対象者が無実であることが明らかにならない限り、虚偽嫌疑罪は成立しえないことになる。

これに対して、学説上は、行為者が嫌疑の根拠にした事実が客観的に真実であるかを基準とすべきとの議論がなされている (主張事実説 *Unterbreitungstheorie* と呼称される)。この立場によると、真犯人に対する嫌疑であっても、嫌疑の根拠が虚偽であれば虚偽嫌疑罪が成立することになる。

(2) 事実の誇張

上記の判例によると、事実関係の法的性質を変更しないような誇張は構成要件に該当しない。これに対して、誇張の結果、加重構成要件になる、罪数上一罪と評価される犯罪事実が増加する、本質的な性質変更が生じるといった場合には虚偽性が認められる (OLG München NStZ 2010, 219 (2009 年 3 月 4 日))。

第二項 164 条 2 項 (Fischer Rn. 11)

2 項では、1 項で捕捉される犯罪行為又は職務義務違反行為以外で官庁の手続を生じさせる虚偽の事実主張が捕捉される。例えば、秩序違反行為や自治的な懲戒裁判が包含される。

第三項 主観的要件 (Fischer Rn. 12)

1. 故意の限定

虚偽性に対しては確定的故意が必要である。その他の構成要件要素については未必の

故意で足りる。

2. 主観的超過要素

被嫌疑者に対して官庁の手續が行われることを招く意図が必要である。ただし、この意図が、最終的な目的・動機であることは必要ではない（BGHSt 18, 204（1962年12月19日））。

第四項 自己庇護（Fischer Rn. 3a, 3b）

被疑者が犯行を単に否認する場合、その結果として別人に嫌疑が向けられるとしても虚偽嫌疑罪の構成要件に該当しないと解されている。

この理解をさらに進めて、OLG Düsseldorf NJW 1992, 1119（1991年8月21日）は、犯人が2名のいずれかしかありえない状況下で、単なる否認ではなく、もう一方の者が犯人であると名指ししても、単なる否認と異ならないとして164条による処罰を否定している。ただし、この議論に対しては、黙秘をする権利があるとしても、積極的に虚偽の嫌疑をかける権利はないとして異論もある。

こういった場合を越えて、積極的に第三者に嫌疑を向ける行為は、たとえ自己庇護目的であっても164条で処罰される。例えば、爆発物を所有する犯人が、息子の所有物であると述べた場合（BGHSt 60, 198（2015年2月10日））や、自己に不利な証言について、虚偽の陳述であると述べた場合である（BayObLG NJW 1986, 441（1985年5月21日））。

第二款 加重構成要件（Fischer Rn. 15）

2009年9月1日改正による新設の164条3項は、王冠証人制度（刑法46条b）を利用した虚偽嫌疑行為を加重処罰の対象にしている。ここでは、自己庇護目的であっても減輕されることはなく、むしろ加重事由になっている。

【先行研究】

野澤充「ドイツ刑法の量刑規定における新しい王冠証人規定の予備的考察」神奈川法学43巻1号73頁（100頁）（2010）

王冠証人規定の導入に関する詳細な紹介におい

て、虚偽嫌疑罪の加重構成要件が導入された経緯も合わせて紹介。

第三節 犯罪仮装罪

【条文】

145条 d 犯罪の仮装

1項 確定的な認識にもかかわらず、官庁又は通報の受理を管轄する官署に対して、

1 違法な行為が行われた、又は

2 第126条第1項に掲げる違法な行為の実現が切迫している

と仮装した者は、この行為が、第164条、第258条又は第258条aでは処罰の対象となっていないときは、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 確定的な認識にもかかわらず、

1 違法な行為、又は

2 第126条第1項に掲げる切迫した違法な行為

に関与した者について、第1項に掲げる官署の一つを欺罔しようとした者も、前項と同一の刑に処する。

3項 本法典46条b又は薬物法31条に基づき刑の減免を得るため、

1 1項1号又は2項1号の行為を行った

2 確定的な認識にもかかわらず、1号に挙げられた官署に対して、本法典46条b1項2号若しくは薬物法31条1項2号に挙げられた違法行為が切迫しているかのように装った

3 確定的な認識にもかかわらず、同様の官署の一つに対して、2号の切迫している行為に関与した者を欺罔しようとした者は、3年以上5年以下の自由刑に処する。

145条d第3項においては、164条同様、王冠証人規定の導入に合わせた加重構成要件が定められている。

本節に対応するのは、Rengier, Teil II, § 51

Vortäuschen einer Straftat (§§145d) である。

第一款 成立要件の検討

第一項 客観的構成要件

1. 犯罪の仮装 (1項)

(1) 仮装の意義 (Rn. 2)

「違法な行為が行われたと仮装」とは、官庁の無益な活動を必要にするような、客観的に虚偽の嫌疑状況の創出をいう。官庁が実際に活動することは不要である。

(2) 仮装の対象 (Rn. 3)

「違法な行為」とは、刑事制裁が生じうるものであることが必要である。例えば、正当防衛で他人を殺害したと仮装する場合、違法行為ではないため、犯罪仮装罪は成立しない。

(3) 仮装という評価の可否 (Rn. 4-7a)

実際に違法行為が行われたものの、誇張が行われた場合、どの程度であれば違法行為の仮装という評価がなしうるかが問題となる。

この点、刑事制裁の実現を目指す国家活動が無駄遣いされることを防止するという趣旨に鑑み、仮装の結果、犯罪事実が中核的な部分において別個のものになっており、実際の犯罪の解明に必要な捜査コストを大きく増大させる場合には仮装と評価すべきとの基準が提示されている。この基準から仮装が否定される例としては、窃盗の被害品を過剰に申告した場合 (OLG Hamm NJW 1982, 60 (1981年6月4日))、ラジオの器物損壊の被害者が保険金を得るために、窃盗罪の被害を申告する場合 (OLG Hamm NStZ 1987, 558 (1987年5月8日))、殺人未遂の被害者が、自身の誤りで負った擦過傷も含めて被害申告をした場合 (OLG Karlsruhe MDR 1992, 1166 (1992年8月24日)) が挙げられる。

一方、仮装該当性を肯定する目安として、親告罪を非親告罪に偽装する場合、及び、軽罪を重罪に偽装する場合が挙げられている。仮装を肯定した例として、B社が譲渡担保を設定した車両を被告人が横領した上で、当該車両を貸したら何者かに横領されたとして被害申告をした事案が挙げられる (BGH NStZ

2015, 514 (2015年4月15日))。

2. 犯罪主体の仮装 (2項)

(1) 現に行われた違法行為 (Rn. 8, 9)

BayObLG NstZ 2004, 97 (2003年3月3日) は、1項は違法行為がなされていないのに仮装された場合に適用されるのに対し、2項は現に違法行為が行われた場合のみを対象とすると判示している。ただし、2項にこの限定は不要との異論もある。

(2) 無実の者に対する仮装 (Rn. 10-14)

無実の者が違法行為の主体であるとの仮装が必要である。145条dは捜査を困難にする行為全てを処罰するものではなく、捜査が誤った方向に向くことを防止する規定だからである。

したがって、単に虚偽のアリバイを主張するだけでは、たとえ捜査を困難化するとしても145条d第2項の罪は成立しない (Bay ObLG NJW 1984, 2302 (1984年6月12日))。また、酩酊運転・無免許運転中に事故を起こした際に、素面で免許を持った人間が運転していたと仮装しても酩酊・無免許運転については、2項の罪は成立しない (BGHSt 19, 305 (1964年5月6日)、OLG Celle NStZ 1981, 440 (1981年7月13日))。

第二項 主観的構成要件 (Rn. 18)

犯罪又は犯罪の主体を仮装していることについて確定的故意が必要である。

第二款 補充条項 (Rn. 19, 20)

犯罪仮装罪は、虚偽嫌疑罪 (164条) 又は処罰妨害罪 (258条) が成立しない場合のみ適用される受血的構成要件である。

ただし、258条5項、6項によって処罰妨害罪としては不処罰になる場合に145条dによる処罰が可能であるかは争いがある。この点、BayObLG NJW 1978 2563 (1978年7月20日) は、258条と145条dとでは保護の対象が異なるとして145条dによる処罰は排除されないと判示している。

【先行研究】

野澤充「虚偽犯罪予告行為と業務妨害罪」生田勝義古稀『自由と安全の刑事法学』335頁(353頁)(法律文化社, 2014)

虚偽の犯罪通報に業務妨害罪を適用する我が国と対比する形でドイツ刑法145条dに言及。

第五章 犯罪計画の不通報罪

第一節 総説

【条文】

138条 計画された犯罪行為の不通報

1項

- 1 侵略戦争の予備(80条)
- 2 81条から83条1項の場合における内乱
- 3 94条から96条, 97条a若しくは100条の場合における反逆若しくは対外的安全の危殆化
- 4 146条, 151条, 152条の場合における通貨偽造若しくは有価証券偽造若しくは152条b第1項から3項の保証機能付き支払用カード及びユーロチェック用紙の偽造
- 5 謀殺(211条), 故殺(212条)若しくは民族謀殺(国際刑典6条)若しくは人道に対する犯罪(同法典7条)若しくは戦争犯罪(同法典8条, 9条, 10条, 11条若しくは12条)
- 6 232条3項, 4項若しくは5項, 233条3項—ただし, 以上はそれぞれ重罪が問題となる場合に限る—, 234条, 234条a, 239条a若しくは239条bの場合における人身の自由に対する犯罪行為
- 7 強盗若しくは強盗的恐喝(249条から251条若しくは255条), 又は
- 8 306条から306条c若しくは307条1項から3項, 308条1項から4項, 309条1項から5項, 310条, 313条, 314条若しくは315条3項, 315条b第3項若しくは316条a若しくは316条cの場合における公共

危険罪

の計画又は遂行について, その遂行又は結果の発生をなお防止することができる時点で, 信用しうる状況で知ったにもかかわらず, 官庁又は被害を受けるおそれのある者に, 適時に通報しなかった者は, 5年以下の自由刑又は罰金に処する。

犯罪計画の不通報罪の保護法益は, 通報義務がある犯罪で侵害される法益のみと解するのが通説である。被害を受けるおそれがある者に通報すれば足りること, 犯罪結果が回避可能な時点でのみ通報義務が生じることがその理由である。

本章の解説は Rengier, BT I, § 52 Nichtanzeige geplanter Straftaten (§§ 138, 139) を基礎としている。

第二節 成立要件の検討

第一款 主体

犯行の主体は計画された犯罪への関与者以外の者に限られる。ただし, BGHSt 55, 148 (2010年5月19日) によって, 計画された犯罪への関与の有無が不確定の場合, 択一的認定の形で, 138条による処罰が可能と解されるに至った。

なお, BGH NSTz 1982, 244 (1982年1月27日) は, 重罪の約束に幫助的にしか関与していない者は30条2項で処罰されないとの立場を前提に, 犯罪計画に対して全くの他人とはいえないとして138条の適用を否定している。この点には学説の異論もある。

第二款 適時の通報義務

通報の適時性は, 計画された犯罪の実行又は結果を防止できる時点であれば足りる。BGHSt 42, 86 (1996年3月19日) は, 殺人依頼の場に居合わせた被告人について, 殺人の実行行為時点までに通報すれば足りると判示している。

第二部 国家権力に対する罪

国家権力に対する罪として、本稿では、執行担当官に対する抵抗罪、被拘禁者解放・暴動罪を扱う。他にも、職権篡奪罪（132条）、保管侵害罪（133条）、差押・封印破棄罪（136条）も規定されているが、検討が及ばなかった。

第一章 執行担当官に対する抵抗罪

第一節 総説

【条文】

113条 執行担当官に対する抵抗

- 1項 法律、法規命令¹⁹⁾、判決、裁判所の決定若しくは処分の執行を任務とする公務担当者又は連邦国防軍の軍人に対し、それらの職務行為が行われる際に、暴行を用い若しくは暴行を加える旨の脅迫により抵抗し、又はその際にその者に実力によって攻撃をした者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。
- 3項 職務行為が適法でないときは、この規定によっては罰せられない。行為者が職務行為が適法であると誤信したときも同様である。
- 4項 行為者が、行為遂行の際に、職務行為が適法ではないと誤信したが、その錯誤を避けることができたときは、裁判所は、裁量により刑を減輕し（49条2項）、又は、責任が輕微な場合には、この規定に定める処罰を免除することができる。行為者が錯誤を避けることができず、行為者の認識した事情によれば、法的救済では、違法と考えられた職務行為から自身を守ることが行為者に期待できなかつたときは、行為は、本条によっては罰せられない。

行為者にこれを期待することができたときは、裁判所は、裁量により刑を減輕し（49条2項）、又は、本条に定める処罰を免除することができる。

- 114条 みなし執行担当官に対する抵抗
- 1項 公務担当者ではなくとも、警察官の権利義務を有する者又は検察官の補助官である者の執行行為は、113条の意味における公務担当者の職務行為とみなす。
- 2項 職務行為を援助するよう求められた者の保護についても、113条が準用される。
- 3項 事故又は公共の危険若しくは緊急状況に際して、消防、災害保護、又は救助機関を援助する者を暴行若しくは暴行を旨とする脅迫によって妨害する者又は、その際に実力で攻撃する者も、113条に基づいて処罰される。

【成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 被害者：執行担当官
- (2) 行為態様
- (a) 抵抗：①暴行 ②暴行を加える旨の脅迫
- (b) 実力による攻撃
- (3) 職務行為（Vollstreckungshandlung）
- (a) 職務行為性
- (b) 適法性

2. 主観的構成要件：適法性以外の故意

II 違法性

- III 責任：違法と回避不能に誤信し、かつ法的救済の期待不能時の免責（4項2文）
- 法定刑：3年以下の自由刑又は罰金

第一款 ドイツ法の基本イメージ

第一項 我が国との対比

我が国の公務執行妨害罪との対比でいう

19) 法規命令（Rechtsverordnung）とは、行政官庁の命令のうち、法律を施行し、又は補充するための命令をいう（基本法80条1項）。

と、ドイツの執行担当官に対する抵抗罪は権力的公務のみを保護対象とする罪である。本罪の成立要件は、権力的公務の保護をイメージすれば理解しやすい。また、公務を業務妨害罪で保護する我が国の議論との対比でいうと、執行担当官に対する抵抗罪以外に、公務担当者に対する暴行・脅迫には強要罪（240条）による処罰の可能性が存在する。

本章に対応するのは、Rengier, Teil II, § 53 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§§ 113, 114) である。

第二項 スイス法との対比

スイス刑法 285 条は暴行又は脅迫によって公務行為を妨害する行為を処罰対象としている。執行行為を保護するドイツ法との決定的相違点は、国家の強制措置だけではなく、会議の開催など公務性を帯びた行為全てを保護対象にしている点である。

我が国の議論と大雑把に対比すると、権力的公務のみを保護対象とするドイツ刑法 113 条とは異なり、スイス刑法 285 条は権力的公務・非権力的公務の双方を保護対象とする立法例といえる。権力的公務・非権力的公務双方について公務執行妨害罪の保護を及ぼす我が国の判例は、スイス刑法と同様の立場を採用するものといえる。

第二款 基本構造 (Rn. 1)

113 条は、国家の執行行為を保護するとともに、執行の職にあたる機関をも保護している。非身分犯であって、執行行為の名宛人以外の者も主体たりうる。2011 年改正によって、法定刑が 2 年から 3 年に引き上げられた。

執行行為の適法性の誤信について、3 項、4 項によって扱いが明文化されている点で、特色がある条文である。

【先行研究】

村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』24 頁以下（成文堂，1984）

113 条の制定過程について詳細な検討。フランス法も合わせて紹介されている。

第二節 成立要件の検討

第一款 客体 (Rn. 2, 3)

第一項 113 条

保護客体は、法律などによる執行行為を担当する公務担当者又は軍人である。執行行為を担当するとは、具体的な個別事例に関連して、国家意思を実現し、必要な場合には強制的に実行する権限を有することをいう。例えば、過料の通知などの純然たる法律の適用行為は、執行行為に該当しない。執行を行う公務担当者の典型例は、警察官、裁判所の執行官であり、さらに、法廷警察権限を有する点で裁判官も含まれる。

第二項 114 条

114 条は、113 条の保護客体を拡張するみなし規定である。114 条 2 項によって、刑法 105 条 2 項、106 条の捜索における立会人や、警察から委託を受けて自動車をレッカー移動する私企業も保護される。2011 年改正によって追加された 114 条 3 項によって、消防の援助者なども保護されている。

第二款 実行行為

実行行為は、①暴行又は暴行を行う旨の脅迫による抵抗と、②実力による攻撃が規定されている。

第一項 抵抗 (Rn. 8, 9)

1. 暴行による抵抗

「抵抗」には、執行行為を阻害又は困難にさせることを目的とする積極的な振る舞いのみが該当する。したがって、「暴行による抵抗」とは、執行担当官の身体に向けられ、執行担当官によって少なくとも間接的に有形力が行使されていると身体的に感じられる積極的振る舞いであり、行為者の認識上、執行行為を阻害するという目的又は公務担当者側が軽微ではない有形力を行使しない限り執行行為を実行しえないという意味で執行行為を困難にするという目的に資するもの、と定義される (BGHSt 18, 133 (1962 年 11 月 16 日))。例えば、通行してくる警察車両に対して道路を封鎖する行為や、警察車両の前に飛び出す行為は暴行による抵抗に該当する (BayObLG

JR 1989, 24 (1988年1月29日))。

暴行による抵抗には、単なる消極的抵抗ないし不服従は含まれない。例えば、デモを行って座り込んでから動かない場合である。さらに、警察官に腕を緩く掴まれた際に、逃げるために払うだけの場合 (OLG Dresden NSStZ-RR 2015, 10 (2014年7月21日)) や、警察官に囲まれた際に、警察官の車両を損壊するつもりで自身の車両を発進させて逃走する場合 (BGH NSStZ 2015, 388 (2015年1月15日)) についても、暴行による抵抗が否定されている。

暴行による抵抗と単なる不服従の区別が問題になった例として、職務行為以前に扉をバリケード封鎖して公務員の侵入を排除した BGHSt 18, 133 (1962年11月16日) が挙げられる。BGHは、執行行為時点での有形力だけではなく、公務員による職務遂行を想定して事前に妨害準備しておくだけでも暴行による抵抗に該当することを認めているが、この点には批判もある。

2. 暴行を行う旨の脅迫による抵抗

113条の脅迫の内容は暴行に限定されている。したがって、自殺する旨の告知は、執行行為者に向けられていないため、暴行を行う旨の脅迫に該当しない (OLG Hamm NSStZ 1995, 547 (1995年4月24日))。

第二項 実力による攻撃 (Rn. 10)

「実力によって攻撃」とは、敵対的な意図で、執行担当官の身体を直接狙った作用である。身体を現に傷害することは不要である。

暴力又は脅迫による抵抗とは異なり、執行を阻止・困難にさせる意思は不要である。したがって、単なる憎悪に基づく行為であっても、執行行為に際して行われれば、本罪に該当する。

第三款 執行行為

第一項 執行行為 (Rn. 4-6)

1. 執行行為の定義

文言から明瞭というわけではないものの、113条の成立要件として、執行行為が必要である。警察官のような執行担当官のあらゆる

行為が保護されているわけではなく、具体的な執行活動のみが保護されている。構成要件要素である執行行為とは、特定の個別の事例の規制を目的とした国家意思が、その職務を担当する者によって実現されることが予定されており、必要な場合には国家強制措置をもって貫徹されるような活動のことをいう (BGHSt 25, 313 (1974年4月30日))。

2. 包含される活動範囲

直接強制が可能な措置として、例えば、警察官が犯人の身柄を拘束するために建造物に侵入する場合、違法賭博の嫌疑の捜査のためにカジノに侵入する場合、刑訴法 127 条の仮拘束、刑訴法 102 条の捜索、刑訴法 81 条 a の血液採取、現に危険にさらされている特定の人物の警察による保護措置、裁判所執行官による執行活動が該当する。

なお、執行行為に該当するには、具体的な強制処分が行われている場合だけではなく、強制処分の可能性があるような活動であれば足りる (BGH NJW 1982, 2081 (1982年5月6日), BayObLG JR 1989, 24 (1988年1月29日))。

また、間接強制であっても、執行行為該当性が認められている。例えば、道路交通法 36 条 5 項に基づく一般的な交通検問における通行する者の停止について BGHSt 25, 313 (1974年4月30日) は、停止権限の行使の際に間接強制が可能であるところから執行行為該当性を認めている。

これに対して、単なる公務上の行為は執行行為ではない。例えば、一般的な監視 (KG NSStZ 1989, 121 (1988年11月24日))、捜査活動は含まれない。パトロール、警察官による被疑者に対する尋問、通行人への質問も含まれない (BGH GA 1983, 411 (1983年2月24日))。

3. 執行行為に該当する時間的範囲

執行行為に際して、といえるには、執行行為がすでに開始されているか、その直前であること、さらに、終了していないことが必要である。

例えば、建造物に立入る際には、立入り行

だけでなく、立ち去る途中でも保護対象になると解されている (BGH NJW 1982, 2081 (1982年5月6日))。これに対し、当該住居に向かう途中は保護対象ではない。

第二項 執行行為の適法性 (Rn. 12-22)

1. 法的性質

113条3項は、執行行為の適法性を要求している。本規定の法的性質について、構成要件要素、正当化事由、客観的処罰条件のいずれに位置づけるかに争いがあるものの、錯誤論について明文で解決されているため、実益はない。

2. 判断基準

(1) 判例の三要件

判例上、執行行為の適法性を認めるためには、①事物管轄・土地管轄、②重要な方式 (wesentliche Förmlichkeit) の履践、とりわけ、執行行為によって侵害を受ける者 (Betroffenen) の保護のための規定の遵守、③執行行為の要件充足についての事実確認を義務に沿って行ったこと (場合によっては、義務に沿った裁量行使) が要求されている (BGHSt 21, 334 (1967年11月10日))。

判例の立場は、執行行為の根拠法令で定められた要件の充足そのものは不要とする点において、刑法上の適法性概念 (Strafrechtlicher Rechtsmäßigkeitbegriff) と呼ばれている。

(2) 重要な方式

執行行為の適法性を左右する重要な方式としては、以下の例が挙げられる。

①直接強制を行うにあたり、直接強制を行う旨の告知を事前に行うことが必要と解されている。判例上、刑訴法134条、163条aの勾引命令 (BGH NStZ 1981, 22 (1980年7月16日))、刑訴法81条aによる血液採取 (OLG Dresden NJW 2001, 3643 (2001年8月1日)) について、このような方式の遵守が求められている。

②軽微な秩序違反行為に対する警告の際に、拒絶権を告知し、同意を得ること (秩序違反法56条2項) は、重要な方式である (OLG Düsseldorf NJW 1984, 1571 (1984年1

月27日))。

③捜索や、強制執行における第三者の立会 (刑訴法105条2項、民訴法759条) について、名宛人の利益保護に資するという点から、原則として重要な方式の一つと解されている (BayObLG JZ 1980, 109 (1979年11月23日))。ただし、刑訴法105条2項の立会を不要とした例もある (BGH NStZ 1986, 84 (1985年10月15日))。

(3) 事実確認義務

(a) 判断基準

判例によると、執行担当官が、執行行為を基礎づける要件になる事実を確認する義務を果たしていれば、執行行為は適法である。例えば、裁判所執行官が、別人の住居を債務者の住居であると落ち度なく誤信した場合、当該別人の住居での執行活動は適法である (RGSt 61, 297 (1927年5月12日))。その理由としては、迅速な判断が要請されること、全事情を知って正しく評価することは不可能であること、正当防衛のリスクを受けるべきでないことが挙げられている。

なお、事実確認について単純過失でも不適法となるか、重過失の場合にのみ不適法になるかについては、判例の立場は明瞭ではない。例えば、BayObLG JR 1989, 24 (1988年1月29日) は、重大な落ち度がある場合にのみ、執行行為が違法となると判示している。

(b) 上位の公務担当者による命令

上位の公務担当者による命令が違法であったとしても、下位の執行担当官が事実関係を誤信している限り、当該執行担当官による執行行為は適法と解されている (BGHSt 4, 161 (1953年3月31日))。

(c) 執行担当官による法律の錯誤

執行担当官が、執行行為を基礎づける法律について錯誤があっても、執行行為の適法性判断に影響することはない。執行担当官には必要な法的知識を持っていることが期待されるからである。例えば、OLG Zweibrücken NStZ 2002, 256 (2001年12月14日) は、違

法滞在している外国人の身柄拘束について、警察官が裁判官留保を知らなかったり、誤解していたりしても、警察官による執行行為の違法性は否定されないと判示している。

(4) 議論状況

このような判例に対しては、国家の錯誤について市民に負担を求めることは妥当でなく、法律の留保を越えて侵害権限を付与することになると批判して、刑法、行政法、執行法の実体要件に完全に従属すべきとする学説が有力に主張されている（実体的適法性概念（materieller Rechtmäßigkeitsbegriff）と呼称されている）。ただし、この学説に拠ったとしても、刑法 112 条、127 条のように、一定の嫌疑や危険を理由として執行行為を認めている法規が存在する場合には、執行行為の適法性は認められるため、実際の相違が生じる場面は限られている。

こういった学説による批判にもかかわらず、BVerfG NVwZ 2007, 1180（2007年4月30日）は、刑法上の適法性概念について合憲性を認めている。ただし、執行行為によって侵害される集会の自由（基本法 8 条）の重要性に鑑みた検討を要請し、国家機関による捜査に対する抗議としての集会中に、別の政党の集会を妨害していることを理由に警察が被告人を連行したという執行行為の適法性を認める判断について、集会の自由に配慮した検討が足りないとして破棄している。

【補論】正当防衛（Rn. 23）

違法な執行行為で侵害を受ける市民が抵抗した場合、113 条の罪については構成要件に該当しない。さらに、傷害などの罪に該当する実行行為を行っても正当防衛が認められる。

この場合、正当防衛（32 条）の要件である「違法な攻撃」の違法性について、113 条の解釈が妥当すると解されている。例えば、BGHSt 60, 253（2015年6月9日）は、暫定的滞在許可を看過した外国人管理局から強制退去の要請を受けた警察官を被告人がナイフで刺したという故殺未遂の事案において正当防衛を否定するにあたり、113 条の刑法上の

適法性概念を基礎として、警察官の執行行為を適法としている。

ただし、正当防衛の解釈として、執行担当官が適法であると誤信している場合、執行担当官の錯誤を除去することが求められるし、攻撃的防衛も認められないと解されている。例えば、OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271（2009年5月7日）は、執行担当官に明らかな悪意も濫用もなく、執行行為によって回復不能の損害が生じるわけではない一方、防衛行為が行われると公務担当者が相当の障害を負うか死亡するという場合、防衛行為に出ないことが要求されると判示している。その理由としては、113 条 4 項 2 文の趣旨（第三項 2）が挙げられる。

【先行研究】

執行行為の適法性については、詳細な先行研究が積み重ねられている。

武安将光「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（2）」曹時 19 卷 3 号 1 頁（4 頁以下）（1967）
上条貞夫「非権力的公務と適法性（1）、（5・完）」法学志林 77 卷 1 号 46 頁（66 頁以下）（1979）、81 卷 3・4 号 145 頁（1984）

小田直樹「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（1）、（2）」論叢 120 卷 3 号 42 頁（1986）、122 卷 1 号 79 頁（1987）

第三項 適法性に関する錯誤（Rn. 24, 25）

1. 適法との錯誤

113 条 3 項は、違法な執行行為を適法な執行行為であると行為者が誤信して実行行為を行っても本罪は成立しないと定めている。もっとも、適法性を構成要件要素と考える立場によると、この場合は、不能未遂であり、113 条には未遂処罰規定がないため不可罰になることを確認した規定に過ぎないことになる。

2. 違法との錯誤

113 条 4 項は、適法な執行行為について、違法であると行為者が誤信して実行行為を行った場合について、錯誤の回避可能性に基づいた区分を行っている。

執行行為を違法と錯誤したことが回避不能

なだけで不可罰となるわけではなく、法的救済に依拠することもできない場合にのみ、不可罰となる（113条4項2文）。本規定は、1970年の第3次刑法改正によって導入されたものである。当時の立法解説においては、市民と執行担当官の利益状況を考慮して、執行行為が違法であると行為者が誤信している場合、自力救済に出る前にまずは法的救済の可能性を尽くすことが期待できる、と説明されていた（BT-Drs. VI/502 S. 6）。

【先行研究】

現行法制定以前について

武安将光「公務執行妨害罪における職務行為の適法性（五・完）」曹時19巻6号30頁（1967）
村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』274頁以下（成文堂，1984）

第三節 強要罪との関係

第一款 前提—強要罪の意義

240条 強要

1項 暴行を用い、又は、重大な害悪を加える旨の脅迫により、人に行動、受忍又は不作為を違法に強要した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

ドイツでは、日本法で業務妨害罪が担っている社会的機能、すなわち、迷惑行為を広く規制する機能を強要罪が担っている。240条1項の暴行は、身体的な有形力と同等に感じられる程度の作用であれば足りると解されており、非常に広く、また、脅迫の内容にも制限はなく、行為態様による制約が弱いからである。

第二款 113条と強要罪の関係（Rn. 27, 28）

第一項 特別類型としての113条

判例上、113条は強要の特別類型であって、240条を排除すると解されている（BGHSt 48, 233（2003年2月20日））。2011年改正以前は、113条の法定刑の方が軽いことがその理由と解されていた。しかし、改正後も、113条の行為態様の方が、240条より狭いた

め、現在でも特別規定と解される。

第二項 113条によって240条が排除される範囲

執行行為によって侵害を受ける者が、暴行に至らない程度の脅迫によって執行行為を妨げようとした場合について、113条の排除効果が及んで240条が排除されるかは古典的問題である。

113条による排除を認めず、強要罪の成立を認める立場は、単なる脅迫に対して執行行為を行う執行担当官を保護する必要に変わりはないとする。ただし、執行行為の適法性を要求する113条3項を、240条にも適用すべきとされている（OLG Hamm NSTz 1995, 547（1995年4月24日））。

第二章 被拘禁者解放罪・暴動罪

第一節 総説（Rn. 1, 2）

【条文】

120条 被拘禁者の解放

1項 被拘禁者を解放し、逃走を唆し又は逃走に際して援助した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

4項 その他、官庁の命令に基づいて收容されている者は、1項及び2項の意味における被拘禁者とみなす。

121条 被拘禁者の暴動

1項 被拘禁者が、集合して一体となった力で、

1 施設官吏その他の公務担当者若しくは被拘禁者の監視、世話若しくは検査を委託された者を強要し（240条）若しくは実力で攻撃したとき

2 暴行を用いて脱出したとき、又は

3 暴行を用いて、その集団内の被拘禁者若しくはその他の被拘禁者の脱出を幫助したとき

は、3月以上5年以下の自由刑に処する。

4項 保安監置施設に收容されている者も、1項から3項の意味における被拘

禁者である。

120条は、被拘禁者以外の者が主体になる場合を規定する一方、121条は被拘禁者自身が主体となって暴行を行う場合を規定している。我が国とは異なり、ドイツには単純逃走罪は存在しない。それは、自由を求める人間の精神から、自らを解放することに処罰価値はないと解されているからである。

保護法益は、司法ではなく被拘禁者に対する拘禁権限と解されている。

本章に対応するのは Rengier, BT II, § 54 Gefangenenbefreiung und -meuterei (§§ 120, 121) である。

第二節 成立要件の検討

第一款 被拘禁者 (Rn. 3-6)

「被拘禁者」とは、形式的に手続に沿って拘禁され、移動の自由を奪われて拘禁執行機関の監督下に置かれた者をいう (BGH GA 1965, 205 (1964年1月7日))。例えば、受刑者、未決拘禁者、少年拘禁を受けている少年 (少年裁判所法 16条) が含まれる。警察による身柄の仮拘束 (刑訴法 127条) について、施設への拘禁に至っていない段階でも足りると KG JR 1980, 513 (1979年11月29日) は判示している。これに対して、BayObLG JZ 1984, 343 (1984年1月17日) は、刑訴法 81条 a の血液採取のために連行された者は被拘禁者に該当しないと判示している。

開放処遇中であっても被拘禁者に該当するかが問題となる。BGHSt 37, 388 (1991年5月8日) は、強制入院の病棟のドアに鍵がかかっておらず外出も可能であるとしても所在を指定する権限がある以上、当該強制入院の対象者は被拘禁者に該当すると判示している。

120条4項は改善・保安処分中の執行中の者も対象とする。一方、121条3項は、保安監置中の者に限って対象としている。

第二款 実行行為

第一項 被拘禁者解放罪 (Rn. 7-10)

120条1項は、①解放、②自己解放教唆、

③自己解放幫助を処罰対象にしている。

自由を求める人間の精神を根拠に自らを解放することは不処罰とする思考から、共同で拘禁されている者同士が自己解放のためにお互いに利用しあう場合には120条1項の処罰は及ばないと解されている (BGHSt 17, 369 (1962年7月20日))。

また、被拘禁者が外部者に自らの解放援助を教唆した場合、正犯である外部者に対する教唆犯として被拘禁者を処罰できるかについては議論がある。自己解放は不可罰という思考から、この場合も不可罰にすべきとの議論がなされている。

第二項 被拘禁者暴動罪 (Rn. 11-14)

121条1項は、集合して (zusammenrotten) 一体となった力 (mit vereinten Kräften) で行為することを要求している。「集合」とは、最低2名以上の被拘禁者が外観上明らかな形で暴行又は脅迫目的で場所的に集合していることをいう。「一体となった力」には共同正犯的行為は必要ではなく、実行行為が集合力に基づいて行われることで十分である。例えば、1名が積極的な実行行為を行い、他のは監視によって支援する場合でも足りる。

2号、3号の「暴行」には対物暴行が含まれるが、被拘禁者の逃走を防止するための物への暴行に限定される。例えば、格子を鋸で切るような場合は該当する。一方、合鍵を使って房室の扉を開く行為は該当しない (BGHSt 16, 34 (1961年4月18日))。

また、1号の客体に入っていない警察官や訪問者などに対する暴行について2号、3号の「暴行」で処罰してよいかは争いがある。

121条1項2号、3号の既遂時期は、拘禁状態から脱出した時点である。刑務所の房室から脱出しても敷地から脱出していない時点では既遂にならない (BGH NStZ-RR 2000, 139 (1999年10月13日))。

第三部 公務担当者による罪

公務担当者による犯罪の主体となる公務担当者の意義は総則に定められている (11条)。各則には、汚職の罪、法歪曲罪その他公務担

当者による違法行為が多岐にわたって定められているが、汚職の罪にしか検討を及ぼすことができなかった。

第一章 公務担当者の意義

【条文】

11 条 1 項
 2 公務担当者とは、ドイツ法によると
 a) 官吏若しくは裁判官である者
 b) その他の公法上の公務関係にある者、又は
 c) 任務遂行のために選択された組織形態にかかわらず官庁若しくはその他の官署において若しくはその委託を受けて、公の行政の任務を行うために任命されたその他の者をいい

汚職の罪の主体である公務担当者は、11 条 1 項 2 号に列挙されている。

本章に対応するのは、Rengier, Teil II, § 59 Allgemeine Fragen 531-538 頁である。

第一節 11 条 1 項 2 号 a (Rn. 6)

11 条 1 項 2 号 a は国法上の官吏、すなわち、認容文書の交付によって国家によって形式的に官吏関係に任命された者をいう²⁰⁾。

第二節 11 条 1 項 2 号 b (Rn. 7)

「その他の公法上の公務関係」は、執行力の領域における公務員に類似する職務・忠誠関係を必要とする。連邦大統領、連邦政府・州政府の大臣、公証人が含まれる。しかし、議員は包含されない。

第三節 11 条 1 項 2 号 c

第一款 要件

11 条 1 項 2 号 c は、①公の行政の任務を行うため、②官庁若しくはその他の官署において、又はその委託を受けて、③任命された者について、公務担当者として 11 条 1 項 2 号 a・b と並置している²¹⁾。

第一項 公の行政の任務 (Rn. 8)

「公の行政の任務」には、国家権力に由来し、国家の関心に資するあらゆる公益事業が含まれる。侵害行政の分野における高権 (hoheitliche Gewalt) の行使は当然に含まれるが、給付行政の分野について、公衆の生活を直接に保護するのに適した国家による生活配慮 (Daseinsvorsorge)²²⁾ の遂行も含まれる。

例えば、公法上の権利能力のある営造物である西ドイツ州銀行の執行会代表者を公務担当者に該当するとした BGHSt 31, 264 (1983 年 3 月 10 日) は、国及び地方公共団体の公の任務を支援し、州や地方公共団体に信用を供与することは、公衆又は客観的基準によって特定された人的範囲に直接に役立つものであって、公の生活配慮であると判示している。他にも、BGHSt 43, 370 (1997 年 12 月 19 日) は、ドイツ技術協力団体有限会社が行う発展途上国への技術援助は国家目的であるとして、公の行政の任務に該当すると判示している。

第二項 官庁若しくはその他の官署 (Rn. 9, 9a)

1. 公法上の団体

西ドイツ州銀行 (BGHSt 31, 264 (1983 年 3 月 10 日)) 以外に、判例上、「その他の官署」に該当する公法上の団体とされたものとして、社会保障である弁護士年金基金 (Rechtsanwaltsversorgungswerke) (BGHSt 54, 39

20) ドイツでは公務員は伝統的には、官吏 (Beamte)、一般職員 (Angestellte)、労務者 (Arbeiter) に区分されていたが、現在では、官吏と公務被用者に区分されている。官吏には政策形成を行い、実行するという積極的権限が付与される (石村修「ドイツ官吏法における政治的自由」晴山一穂ほか『欧米諸国の『公務員の政治活動の自由』——その比較的研究』106 頁 (日本評論社, 2011)。さらに、山口和人「ドイツ公務員制度の諸問題」レファレンス平成 26 年 9 月号 5 頁 (2014) も参照。)

21) 本文の 3 要件に沿った整理として、Sch/Sch § 11 Rn. 20-28 (Eser/Hecker) も参照。

22) 生活手段の供給と訳されることもある (塩野宏「紹介 エルンスト・フォルストホフ『給付行政の法律問題』『公法と私法』292 頁, 294 頁注 1 (有斐閣, 1989))。

(2009年7月9日)), 受信料が義務的で多様な放送内容が求められる公法上の放送局(BGHSt 54, 202 (2009年11月27日))が挙げられる。

2. 私法上の団体

(1) 1997年改正

1997年改正以前, BGHSt 38, 199 (1992年1月29日)は公共住宅を建設する会社について, 私法上の団体であるところから「その他の官署」でないと判示していた。しかし, 1997年改正によって, 組織形態にかかわらず「その他の官署」に該当しうる旨が明記されたため, 私法上の団体も「その他の官署」に該当しうる。

(2) 官庁との同視可能性

判例上, 私法上の団体については公法上の団体とは異なり, 官庁と同視するには, 全体としてみて国家の「延長された腕 (verlängerter Arm)」にみえることが要求されている(BGHSt 43, 370 (1997年12月19日))。

この判断に際しては, 当該団体が国家によってコントロールされているかが重視されている。例えば, ドイツ技術協力団体有限会社について, 全持分が国にあり, 国の予算から資金を得ており, 常に連邦経済協力大臣(Bundesminister für Wirtschaftliche Zusammenarbeit)の検査を受けており, 事実上の下部組織であるところから, 「その他の官署」であると認められている(BGHSt 43, 370 (1997年12月19日))。一方, 公法上の団体であるバイエルン赤十字が設立した献血サーヴィス社について, 赤十字が国家から独立していることを理由に「その他の官署」でないとされている(BGHSt 46, 310 (2001年3月15日))。また, ケルン市・ケルン公益事業体(Stadtwerke)・T社が出資するごみ処理会社について, 私人であるT社の持分が4分の1を超えており, 特別多数決に対する拒否権があることを理由に「その他の官署」でないとされている(BGHSt 50, 299 (2005年12月2日))。

なお, 判例上, 官庁との同視可能性を基礎づけるにあたって, 私法上の組織が①公の行

政の任務を負っており, かつ②国の延長された腕にみえるという形で, 公の行政の任務を「その他の官署」該当性の判断に取込むものが見受けられる。例えば, BGH NJW 2007, 2932 (2007年4月18日)は, ハノーヴァー市が90%以上の持分を有する公営住宅建設企業について, 貧困者向けの住宅供給には他の住宅所有者も参加していること, 営利性があることから公の任務性を欠くとともに, 国の延長された腕といえないとして「その他の官署」に不該当と判示している。

第三項 任命 (Rn. 10, 11, 14)

官庁又はその他の官署において, 公の行政の任務に関する業務に携わる形で勤務する者については, 「任命」要件は問題なく充足される(BGHSt 43, 370 (1997年12月19日))。

これに対して, 組織外部の人間が個別契約によって委託を受けただけでも「任命」といえるかについては争いがある。

この点, 個別契約で足りるとする立場も主張されている(機能的考察方法 funktionale Betrachtungsweise と呼称される)。しかし, 判例においては, 「任命」といえるには個別案件の委託では足りず, 形式的な任命行為は不要であるとしても, 個別の委託を越えた長期の活動又は官庁への組織的編入が必要と解されている(組織的考察方法 organisatorische Betrachtungsweise と呼称される)。例えば, BGHSt 43, 96 (1997年5月15日)は, この立場を前提に, 浄水設備建設のために委託を受けた自由業のエンジニアについて公務担当者でないと判示している。

第二款 問題になる局面

第一項 民営化 (Rn. 13)

民営化(Privatisierung)の進行により, 民営化後の会社職員が公務担当者に該当するかが問題になっている。

1. 空港

BGHSt 45, 16 (1999年3月3日)は, ヘッセン州・国・フランクフルト市が保有するフランクフルト空港株式会社の職員について, 会社は営利企業として収益を得ており, 株式

会社法上の監査のコントロール、航空法による安全規制を考慮しても、会社経営に公的主体は広範な影響を持っていないとして、「延長された腕」とはいえないところから公務担当者該当性を否定している。

2. 鉄道²³⁾

BGHSt 49, 214 (2004年7月16日)は、ドイツ鉄道株式会社の職員について、法律による国の干渉可能性は限定的であること、単独株主としての支配による影響力も限定されていることから、個別業務への具体的影響力はないとして、「延長された腕」とはいえないところから公務担当者該当性を否定している。

これに対して、BGHSt 56, 97 (2010年12月9日)は、ドイツ鉄道網株式会社の幹部について、国の「延長された腕」との評価にあたって、公的主体による所有、競争の有無、財源の所在、国家のコントロールの程度を総合考慮するとの立場を前提に、国が全株式を所有し、競争相手のない独占状態で、国家予算が基礎になっており、法律によるコントロールが及ぶところから、鉄道レールの建設及び維持について公務担当者該当性を肯定している。

第二項 議員 (Rn. 15, 16)

国会議員は立法者であり公務担当者に該当しない。

地方公共団体の議員については争いがあるが、BGHSt 51, 44 (2006年5月9日)は、議員としての活動を越えた具体的な行政の任務を負っていない限り、公務担当者に該当しないと判示している。その理由として、議員は官庁に組織的編入されることはなく自由に活動すること、108条eによる規律が専ら予定されていることが挙げられている²⁴⁾。

第三項 保険医 (Rn. 14a)

BGHSt 57, 202 (2012年3月29日)は、開業保険医が処方箋を出す度に、製薬会社はその医者に報奨金を支払っていたという事案において、開業保険医は公務担当者でないと判示している。公法上の団体である健康保険組合は「その他の官署」に該当するものの、健康保険組合の委託を受ける個々の開業保険医については、自由業であって患者と属人的信頼を結んでいるところから公の行政を任務としているとはいえず、高権的性格を欠くことをその理由としている²⁵⁾。

第四項 教会 (Rn. 17)

BGHSt 37, 191 (1990年10月9日)は、公法上の団体である教会について、教会の国家からの独立性を理由にして公務担当者該当性を否定している。

第二章 汚職の罪

第一節 総説

【条文】

331条 利益収受

1項 公務担当者又は公務についての特別義務者が、職務遂行について、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ又は収受したときは、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

2項 裁判官又は仲裁人が、裁判官としての行為を既に行ったこと、又は、将来これを行うことについての対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ又は収受したときは、5年以下の自由刑又は罰金に処する。本罪の未遂は罰せられる。

²³⁾ 民営化の概観として、米丸恒治「連邦鉄道改革と『私人による人事管理』」同『私人による行政』239頁(日本評論社、1999)。詳細な検討として、桜井徹『ドイツ統一と公企業の民営化に関する研究—国鉄改革の日独比較』(同文館出版、1996)。

²⁴⁾ 議員の贈収賄については、108条eによって処罰対象になっている。1994年改正によって投票行動について処罰対象になり、2014年改正により議員としての行為が処罰対象に含まれるに至っている(Fischer § 108e Rn. 1)。

²⁵⁾ 2016年の刑法改正により追加された299条a, bにより、保健機関における贈収賄罪が新たに処罰対象になっている。

3項 行為者が、自らは要求していない利益を約束させ又は收受し、管轄官庁が、その権限の枠内で收受を予め許可していたとき、又は、行為者が遅滞なく管轄官庁に申し出て、管轄官庁が收受を許可したときは、行為は第1項によつては罰せられない。

332条 収賄

1項 公務担当者又は公務についての特別義務者が、既に職務行為を行い、これにより、その職業上の義務に違反したことについての、又は、将来職務行為を行い、これにより、その職業上の義務に違反することになることについての対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ又は收受したときは、6月以上5年以下の自由刑に処する。あまり重くない事案では、刑は3年以下の自由刑又は罰金とする。本罪の未遂は罰せられる。

2項 裁判官又は仲裁裁判官が、既に裁判官としての行為を行い、これにより、その職業上の義務に違反したことについての、又は、将来裁判官としての行為を行い、これにより、その職業上の義務に違反することになることについての反対給付として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ又は收受したときは、1年以上10年以下の自由刑又は罰金に処する。あまり重くない事案では、刑は6月以上5年以下の自由刑又は罰金とする。

3項 行為者が、将来の行為についての対価として利益を要求し、約束させ、又は收受したとき、

- 1 行為の際に自己の義務に違反し、又は
- 2 行為が自己の裁量に属する限りで、裁量行使の際に、その利益により影響されるつもりがあることを、既に他の者に示していた場合は、1項及び2項が適用されるものとする。

【利益收受罪・収賄罪の成立要件概観】

I 構成要件

1. 客観的構成要件

- (1) 主体：①公務担当者 ②公的職務のための特別な義務者
- (2) 行為態様：①要求 ②約束 ③收受
- (3) 利益：①自己 ②第三者
- (4) 違法な約定
 - (a) 331条1項：職務遂行（職務行為含む）との対価性
 - (b) 332条1項：義務に反した職務行為

2. 主観的構成要件：故意

II 違法性：331条3項—事前許可

III 責任

IV 刑罰阻却事由：331条3項—事後的許可

V 加重事由：331条2項—裁判官・仲裁人

法定刑

331条1項—3年以下の自由刑又は罰金

332条1項—6月以上5年以下の自由刑

未遂処罰規定—裁判官による利益收受(331条2項2文)・収賄罪(332条1項3文)にあり

本章に対応するのは、Rengier, Teil II, § 60 Bestechungsdelikte (§§ 331-336)である。

第一款 保護法益 (Rn. 6)

本罪の保護法益は、国家機能の担当者の純粋性と不可買収性、国家行為の客観性に対する公衆の信頼と解されている。この信頼は、職務遂行の買収性という悪しき外観だけで揺るがされるものである。

第二款 各罪の関係 (Rn. 1-3)

第一項 利益收受罪と収賄罪

332条が定める収賄罪 (Bestechlichkeit) は、利益と対価関係に立つ特定の職務行為 (Diensthandlung) が義務に違反している場合に成立する。

一方、1997年8月13日汚職対策法以前は、331条が定める利益收受罪 (Vorteilsannah-

me) は、義務に違反しないものの、特定の職務行為が利益と対価関係に立つ場合を処罰対象としていた。しかし、1997年の法改正により、現在は、利益と対価性を持つ対象として、特定性を持たない職務遂行 (Dienstausübung) で足りることとされている。

第二項 利益收受・収賄罪と利益供与・贈賄罪の関係

利益收受・収賄罪と利益供与 (Vorteilsgewährung) ・贈賄罪 (Bestechung) は表裏の関係に立っている。相違するのは、行為主体だけであって、行為態様は表裏の関係である。残りの構成要件要素である、利益、職務遂行又は義務に反した職務行為、対価関係は同じである。これをまとめると本頁下部の図の通りである。

利益を受取る側である収賄罪は消極的汚職 (passive Bestechung)、利益を渡す側である贈賄罪は積極的汚職 (aktive Bestechung) と呼称されることもある。

日本とは異なり、収賄罪と贈賄罪の法定刑は基本的に同一である。

第三款 その他

第一項 主体 (Rn. 22, 27)

ドイツでは、実行行為時点で公務担当者であることが必須である (BGH NStZ 2004, 564 (2004年3月1日))。日本の事前収賄罪・事後収賄罪に相応する規定は存在しない。

また、公務担当者相互においても汚職の罪が成立しうる (OLG Hamm NStZ 2002, 38 (2001年8月24日))。

第二項 未遂 (Rn. 26)

裁判官による利益收受 (331条2項2文)、収賄罪 (332条1項3文)、裁判官に対する贈賄罪 (334条2項2文) について未遂処罰が規定されている。ただし、利益の要求、利益の申込みが実行行為になっており既遂が早期に成立するため、その実益は少ない。

第三項 共犯関係 (Rn. 42-44)

贈収賄は必要的共犯の関係に立っており、贈賄側は収賄の共犯規定の適用を受けない。第三者についてはどちらの陣営に立つかで判断し、収賄側なら28条1項を適用する。中立的な場合には両方の共犯になるが、収賄には28条1項の減軽があるので、減軽のない贈賄の共犯で処理すればよい。

第四項 加重規定 (Rn. 3, 45)

331条2項は裁判官による職務行為について法定刑の長期を5年に加重している。もともと、裁判官も公務担当者である (11条1項2号a) ため、331条1項も適用可能である。その他に量刑規定として335条が存在する。

【先行研究】

北野通世「収賄罪の一考察 (2・完)」刑法雑誌 28巻3号378頁 (1988)

保護法益に関する学説と判例に対する論評の紹介。

斎藤信治「賄賂罪の保護法益 (3)」法学新報 96巻5号1頁 (1990)

保護法益に関する学説の紹介。

【条文の構造】

	収賄側＝公務の担当者による身分犯	贈賄側＝非身分犯
基本構成要件	331条 行為態様：①要求②收受③約束 利益 (Vorteil) 職務遂行 (Dienstausübung) 対価関係 (Unrechtsvereinbarung)	333条 行為態様：①申込み②供与③約束 利益 職務遂行 対価関係
加重構成要件	332条 基本構成要件要素 +義務違反の職務行為 (Diensthandlung)	334条 基本構成要件要素 +義務違反の職務行為

第二節 成立要件の検討

第一款 利益 (Rn. 8-11)

第一項 定義と具体例

「利益」とは、物質的又は非物質的なあらゆる供与であり、公務担当者又は第三者が請求権を持たず、経済的、法的、個人的状況を客観的に測定可能な形で有利にするものである。

例えば、金銭の他、旅行代金の支払い、レストランでの飲み代、宿泊、履行期が到来した債務の支払猶予が挙げられる。また、解雇、キャリアチャンスを壊す秘密の暴露などの損失の回避も含まれる。

判例上、第三者に渡す予定の金銭でも実際に渡すかを自由にできれば利益に該当するとされている (BGHSt 35, 128 (1987年12月3日))。

第二項 利益該当性が問題になる局面

1. 非物質的利益

性交その他の性的サービスの供与が挙げられる。ただし、性交の機会 (BGH NJW 1989, 915 (1988年9月9日)) や、路上での抱擁とキス (BGH MDR 1960, 63 (1959年7月21日)) では利益に該当しないとの判断が示されている。

名誉心の満足だけでも利益に該当するかについては争いがあるが、BGHSt 47, 295 (2002年5月23日) は疑義を示している。

2. 契約締結

(1) 契約締結という利益

契約上の給付に相応する報酬を受領する場合であっても、契約締結それ自体が利益に該当する (BGHSt 31, 264 (1983年3月10日))。例えば、公務員にプログラミングを副業として行わせ、その報酬を支払うという契約それ自体が利益に該当する (BGH NSTZ 2008, 216 (2007年6月21日))。

(2) 契約締結時の割引

BGH NJW 2001, 2558 (2001年4月11日) は、住宅建設契約締結時に割引を得た場合、

元の値段が割高で全体としてみて実際には経済的に有利ではない場合であっても、割引の約定が利益に該当すると判示している。その理由として、信頼という法益侵害は生じること、財産犯ではないので贈賄側の出損は必要ないことが挙げられている。

3. 間接利益・第三者供与

利益は間接的なものでも足りるが、1997年改正において第三者供与が明文で包含されたため、間接的な利益を拡張して解釈する必要はなくなっている。第三者に対する利益としては、例えば、スポーツ団体や政党への寄付が挙げられる。

4. 公務担当者の行為からの直接の利益

BGHSt 20, 1 (1964年7月7日) は、公務担当者が義務違反行為から直接に利益を得る場合には、収賄罪の成立は否定されると判示している。利益は他者から受領することが必要だからである。しかし、官庁に対する水増し請求でいったん企業が得た金銭を、水増し請求に加担した公務担当者に分配するような場合、収賄罪は認められる。

第二款 実行行為²⁶⁾

利益收受罪・収賄罪における行為態様は要求・約束・收受である。

「要求」とは、職務遂行又は職務行為に対して利益を欲していることを明示又は黙示に認識させることをいう。

「約束」とは、職務遂行又は職務遂行に対する利益を将来、得させる旨の申込みを明示又は黙示に受け入れることをいう。

「收受」とは、要求した利益又は申出を受けた利益を現に自ら受領するか、第三者に供与させることをいう。

第三款 違法な約定

第一項 意義 (Rn. 23)

違法な約定という構成要件要素は汚職の罪の本質をなす。すなわち、職務遂行又は職務行為の対価として (als Gegenleistung), 利

26) Fischer § 331 Rn.18-20, § 332 Rn.4.

益が公務担当者又は第三者に流れ込むという対価関係が認められる必要がある。

以下では、利益收受罪（331条）と収賄罪（332条）に分けて検討を進める。

第二項 利益收受罪

1. 職務行為と職務遂行（Rn. 15, 19, 28-31）

(1) 1997年改正以前—特定の職務行為

1997年改正以前、利益收受罪の成立にも特定の職務行為との対価関係が要求されていた。特定の職務行為というためには、時間・理由・実行方法などによって職務行為が個別具体的に決定されている必要はなく、公務担当者が特定の任務内又は生活関係の領域内において一定の方向へと活動することで足りる。ただし、職務行為の実質的内容が少なくとも大雑把には確定されていることは必要と解されている（332条について、BGHSt 32, 290（1984年2月29日））。

(2) 1997年改正後

(a) 職務遂行

1997年改正によって、このような特定性を欠く職務遂行も対価関係の対象に包含されたため、一般的な好意（*allgemeines Wohlwollen*）の形成で足りることになっている。職務遂行との対価関係は、調達を担当する公務担当者に具体的な発注とは無関係に利益供与を行って雰囲気作り（*Klimapflege*）を行う場合や、特定の反対給付とは無関係に利益供与を行って関係を形成することで、後々の反対給付に結び付ける餌付け（*Anfüttern*）を行う場合に認められる。

この法改正で差異が生じうる事案としては、1997年以前のBGHSt 39, 45（1992年11月29日）が挙げられる。本件においては、刑務所の責任者の親切さに対して好意を示すために、勾留されていた者がサラミと酒を送り届けたという事案において、将来及び過去の職務行為に対する対価性を認定できないと判示していた。現行法下では、職務遂行に対する違法な約定が認定されると評価する学説が存在する。

(b) 職務行為

1997年改正後であっても特定の職務行為が対価関係の対象であってもよいことには変わりはない。また、現行法下でも331条2項の裁判官が主体になる場合の加重規定については、特定の職務行為に限定されている。

2. 職務性

(1) 判断基準（Rn. 16）

職務行為・職務遂行いずれにせよ、職務性が認められることが必要である。職務性は、公務担当者の職責（*dienstliche Obliegenheit*）に属し、職務の性格を帯びる形（*in amtlicher Eigenschaft*）で執り行われる場合に認められる（BGHSt 31, 264（1983年3月10日））。

業務分担上、他の公務担当者が担当している業務であっても職務性は否定されない。BGHSt 16, 37（1960年10月5日）は、名字のアルファベットAからHまでを担当する職員がSchで始まる名字の税還付を処理した行為について職務性を認めている。

(2) 私的な行為の除外（Rn. 18）

(a) 1997年改正前

職務性を帯びる場合と、そうでない私的な行為（*Privat-handlung*）の区別が必要である。

公務担当者の職責と全く関係を持たない場合は、私的な行為である。職務の機会、勤務時間、勤務している場所で行われたり、職務で得た知識を利用していたりしても、私的な行為であることに変わりはない。

職務性が否定された具体例として、補償担当庁の職員が勤務時間中に補償法について個人的に講義をする場合（BGH GA 1966, 377（1966年3月4日））、警察官が、職務とは無関係に目撃した事故について虚偽の供述をする場合（OLG Köln NJW 2000, 3727（2000年9月5日））、建築局の職員が業務で得た知識に基づいて、建築局の審査を受けるために提出する建築図面を作成する場合（BGHSt 11, 125（1957年12月19日））が挙げられる。

(b) 1997年改正後

1997年改正前までは対価を得て行う個人

的副業が職務行為に該当しないことを検討すれば足りた。これに対して、現行法下においては、雰囲気作りのための職務遂行に対する対価になっているかについての検討も要請される。

例えば、BGH NStZ 2008, 216 (2007年6月21日)は、橋の建設・維持に関するエンジニアとして勤務していた被告人に対して、W社のWoがプログラミングを副業として持ちかけて報酬を妻名義で支払っていたという事案において、違法な約定を否定した地裁判断を破棄し、被告人とWoとの業務上の関わり、副業を上司に秘匿していたことといった事情を総合考慮して職務遂行との対価関係を判断すべきと判示している。

3. 職務遂行との対価関係

(1) 対価関係の認定方法 (Rn. 23a)

職務遂行との対価関係は個別事件ごとに総合考慮を行うことが必要である。考慮要素になりうるのは、利益供与に納得のいく別の趣旨があるか、公務担当者の地位、当事者の業務上の関係性・接点、利益供与の方法(透明性があるか秘匿しているか)、利益の種類・価値・数量である(BGHSt 53, 6 (2008年10月14日))。

例えば、ワールドカップの主要スポンサーの取締役が、州政府の複数の要人にワールドカップの無料入場券を送付したという事案において、まず、政府を代表してワールドカップを観戦するという職務遂行に対して入場券は対価ではなく手段であることを確認する。その上で、①チケットの郵送相手の確定にあたって業務上の関係性が考慮されていない、②環境大臣Gへの送付分には「素晴らしい協力ありがとう」とのメッセージカードが添付されていたものの、被告人はGが郵送相手かそもそも知らなかったこと、送付先は職場で秘匿していなかった、③チケットは譲渡不可であり、しかも、政府要人は当該チケットがなくても観戦可能であったという形で、①業務上の関係性、②利益提供の方法、③利益の内容を総合考慮して、職務遂行との対価関係を否定している。

(2) 要求・申込みの場合 (Rn. 24)

要求・申込みという一方的な形態による実行行為の場合、違法な約定の締結に向けられた意思表示であり、その意思表示が相手方に到達したことで足りる。

(3) 強制された場合 (Rn. 27)

利益供与が強制されたものであっても、違法な約定は否定されない(恐喝罪と収賄罪の観念的競合を認めるものとして、BGHSt 9, 245 (1956年5月15日))。

第三項 収賄罪

1. 義務違反の職務行為

(1) 職務性 (Rn. 17)

義務違反の職務行為を332条・334条が処罰しているところから、意図的な職務上の義務違反があっても職務性が失われないことは明らかである。

この点、BGH NStZ 1987, 326 (1986年10月28日)は、職務上の義務の範囲内の行為だけではなく、公務における地位を基礎づける職務規定が禁止している行為を行う際に、自らの立場を濫用した場合であっても、職務性は認められると判示している。学説上は、担当公務と問題の行為との間に、少なくとも機能的関係がなければならぬと指摘されている。

義務違反行為について職務性が認められた場合として、精神病院に強制収容中の者にアルコールを渡す行為(BGH NJW 1983, 462 (1981年3月4日))、水増し請求への支払いと、そのための文書偽造が挙げられる(BGH NStZ 1987, 326 (1986年10月28日))。

(2) 不作為

義務違反の職務行為は不作為によっても行われうる。例えば、警察官による違法営業の放置(BGH NStZ 1998, 194 (1997年12月3日))や、同僚の汚職を上司に告発しない(BGH NStZ 2004, 565 (2004年5月4日))といった場合である。

(3) 裁量行使における義務違反性 (Rn. 33)

332条3項2号で明示されているように、

公務担当者が裁量を有する場合、裁量内であったとしても利益による影響を受けた判断を行う場合、義務違反性が認められる。判断権者に対して、権限に基づいて実際上の影響を及ぼすことができる場合にも裁量を有する公務担当者ともみなされる（BGHSt 47, 260 (2002年3月21日)）。

裁量が認められるには、複数の適法な行為が選択肢にあることが必要であって、判断基準が確定している場合には裁量は認められない（OLG Frankfurt NJW 1990, 2074 (1990年3月9日)）。

2. 将来の義務違反行為の表示と心裡留保 (Rn. 34)

将来の職務行為について、公務担当者が本心では義務に反するつもりがなかったとしても、義務違反を行うことを外部に表示していれば収賄罪の違法な約定が認められる（BGHSt 48, 44 (2002年10月23日)）。このような心裡留保が考慮されないのは、公務の無瑕疵性と公衆の信頼保護という見地からは、外観上、義務違反行為が買収可能であることが示されれば足りるからである（BGHSt 15, 88 (1960年7月25日)）。

3. 行っていない職務行為の仮装 (Rn. 21)

BGHSt 29, 300 (1980年7月2日)は、条文の文言及び沿革に照らして、職務行為を行ったと仮装しても331条(1997年改正前)、332条は成立しないと判示している。

学説上は、文言は決定的ではないこと、仮装であっても法益は害されること、将来の義務違反行為が心裡留保であった場合との均衡から判例に批判的な見解が通説である。さらに、1997年改正後の331条は仮装事例にも適用できることから、判例の説得力は失われているとの指摘もなされている。

第三節 処罰範囲の限定

第一款 官庁による許可 (Rn. 39, 40)

要求することなく利益約束又は利益收受が行われた場合について、331条3項は官庁による許可によって不処罰になることを認めている。

官庁による事前の許可は違法性阻却事由として作用する。事前に許可を得ることが期待不能な場合、許可が必要との留保を示しつつ暫定的に利益を受領してもよい。また、受領時に留保を表示することができない場合、許可が客観的にありえ、かつ、公務担当者が遅滞なく報告するつもりがあれば違法性阻却が認められる。行為時点が基準になるため、事後的に実際に許可が得られたか否かによっては、正当化されるか否かは左右されない。

一方、行為時点で違法性阻却の要件が充足されなかったものの、事後的に官庁の許可が得られた場合、処罰阻却事由になる。

第二款 社会的相当性 (Rn. 13-14a)

社会的に相当な利益供与は、公衆の信頼という法益を害さないため、構成要件不該当と解されている。社会通念ないし礼譲に従った低価の贈与は一般に承認されており、職務行為が買収可能との外観を作出しないからである。許容される具体例としては、新年の贈り物としてのノート、ボールペンなどが挙げられる。これに対して、たとえ友人関係があったとしても、贅沢な旅行代金を負担するような場合、社会的に相当とはみなされない（BGH NStZ 2005, 334 (2005年2月2日)）。

なお、理論構成として、違法な約定の欠如、利益に該当しない、客観的帰属の危険創出の欠如といった議論がなされている。

第三款 近時の問題

1997年改正により、特定性を欠く職務遂行、及び、第三者に対する利益供与が331条で処罰されることになったところから、処罰範囲を限定すべき事案が新たに問題になっている。

第一項 外部資金 (Rn. 12a)

現在、問題になっているのは研究会款による外部資金(Drittmittel)の獲得である。例えば、医療器具メーカーが売り上げに応じて研究のために寄付を大学病院に行う場合、大学病院に勤務して発注を行う医師が利益收受罪に該当するかという問題である。

この点、BGHSt 47, 295 (2002年5月23日)

は、意思決定の客観性と不可買収性に対する信頼という法益に照らして、大学法に従った外部資金獲得手続（報告及び許可）を遵守している場合、利益收受罪は成立しないと判示している。

第二項 選挙時の寄付

BGHSt 49, 275 (2004年10月28日) は、市長選挙において、現職の市長である SPD 候補者の当選が自己の営業に有利と考えて SPD 支部に寄付を行ったという事案において、再選後に政治・経済に関する一般的な方針を利益供与者の想定に沿って行うとして選挙資金の寄付を要求する行為に 331 条は適用されるべきでないと判示している。その理由は、公務担当者ではない者が当選後の職務行為を約束しても処罰する規定を欠く以上、立候補者間の平等という基本法の要請から、331 条を限定解釈すべきであるという点に求められている。

おわりに

本稿執筆に先立って、2013年夏に深町晋也立教大学教授とドイツ判例の検討会を数日にわたって行った。その後、2015年度冬学期に東京大学法科大学院において成瀬剛准教授と合同で演習「比較刑事法への誘い」を開催し、本講義ノートの執筆のきっかけとした。ゼミでは、三隅諒東京大学助教にはドイツの司法に対する罪の報告を行っていただき、本稿の基礎にさせていただいた。また、佐藤輝幸法政大学准教授、佐野文彦東京大学助教、伊藤佑貴元東京大学法科大学院生、池田直人東京大学法科大学院生には輪読と草稿の検討を協同していただいた。多くの方々の協力を得られたことに感謝する。

(ひぐち・りょうすけ)

【判例索引】

RGSt 61, 297 (1927年5月12日)304 頁
 BGHSt 1, 22 (1951年1月9日)294 頁
 BGHSt 1, 241 (1951年4月24日)292 頁
 BGHSt 3, 248 (1952年10月28日)292 頁
 BGHSt 4, 161 (1953年3月31日)304 頁

BGHSt 4, 154 (1953年4月9日)292 頁
 BGHSt 5, 66 (1953年9月29日)297 頁
 BGHSt 7, 2 (1954年11月2日)294 頁
 BGHSt 7, 147 (1954年12月16日)291 頁
 BGHSt 8, 301 (1955年10月24日)294 頁
 BGHSt 9, 245 (1956年5月15日)315 頁
 BGHSt 10, 8 (1956年10月18日)292 頁
 BGHSt 10, 142 (1957年2月15日)
292, 293 頁
 BGHSt 10, 272 (1957年5月8日)292 頁
 BGHSt 11, 125 (1957年12月19日)314 頁
 BGHSt 12, 56 (1958年9月16日)292 頁
 BGH MDR 1960, 63 (1959年7月21日)
313 頁
 BGHSt 14, 240 (1960年4月13日)297 頁
 BGHSt 15, 88 (1960年7月25日)316 頁
 BGHSt 16, 37 (1960年10月5日)314 頁
 BGHSt 16, 34 (1961年4月18日)307 頁
 BGHSt 17, 369 (1962年7月20日)307 頁
 BGH NJW 1962, 2164 (1962年9月25日)
295 頁
 BGHSt 18, 133 (1962年11月16日)
302, 303 頁
 BGHSt 18, 204 (1962年12月19日)298 頁
 BGHSt 18, 348 (1963年5月14日)295 頁
 BGH GA 1965, 205 (1964年1月7日) :307 頁
 BGHSt 19, 305 (1964年5月6日)299 頁
 BGHSt 20, 1 (1964年7月7日)313 頁
 BGH GA 1966, 377 (1966年3月4日) :314 頁
 BGHSt 21, 116 (1966年7月13日)296 頁
 BGHSt 21, 334 (1967年11月10日)304 頁
 OLG München MDR 1968, 939 (1968年5月
 14日)290 頁
 BGHSt 24, 38 (1970年12月2日)295 頁
 BGH GA 1973, 109 (1972年5月3日) :293 頁
 BGHSt 25, 244 (1973年11月16日)291 頁
 BGHSt 25, 313 (1974年4月30日)303 頁
 OLG Stuttgart NJW 1976, 2084 (1976年5月
 17日)280 頁
 BayObLG NJW 1978 2563 (1978年7月20
 日)299 頁
 OLG Köln, MDR 1980, 421 (1979年10月9
 日)293 頁
 BayObLG JZ 1980, 109 (1979年11月23日)
304 頁

KG JR 1980, 513 (1979年11月29日).....	307 頁	313 頁
BGHSt 29, 298 (1980年6月24日).....	294 頁	KG NStZ 1989, 121 (1988年11月24日)
BGHSt 29, 300 (1980年7月2日).....	316 頁	303 頁
BGH NStZ 1981, 22 (1980年7月16日)	BayObLG StV 1989, 251 (1988年12月16日).....	291 頁
.....	304 頁	BayObLG NStZ 1990, 340 (1990年2月20日).....	293 頁
BGH NJW 1983, 462 (1981年3月4日)	OLG Frankfurt NJW 1990, 2074 (1990年3月9日).....	316 頁
.....	315 頁	BGHSt 37, 191 (1990年10月9日).....	310 頁
OLG Hamm NJW 1982, 60 (1981年6月4日).....	299 頁	BGHSt 37, 226 (1990年11月7日).....	281 頁
OLG Celle NStZ 1981, 440 (1981年7月13日).....	299 頁	BGHSt 37, 388 (1991年5月8日).....	307 頁
BGH NStZ 1982, 244 (1982年1月27日)	OLG Düsseldorf NJW 1992, 1119 (1991年8月21日).....	298 頁
.....	300 頁	BGHSt 38, 199 (1992年1月29日).....	309 頁
BGH NJW 1982, 2081 (1982年5月6日)	OLG Hamm NStZ 1993, 82 (1992年1月29日).....	295 頁
.....	303, 304 頁	BGH StV 1994, 125 (1992年8月4日).....	295 頁
BGH NStZ 1982, 431 (1982年6月18日)	OLG Karlsruhe MDR 1992, 1166 (1992年8月24日).....	299 頁
.....	291 頁	BGHSt 38, 388 (1992年10月29日).....	280 頁
BGH GA 1983, 411 (1983年2月24日).....	303 頁	BGHSt 39, 45 (1992年11月29日).....	314 頁
BGHSt 31, 264 (1983年3月10日)	OLG Zweibrücken StV 1993, 423 (1993年1月13日).....	291 頁
.....	308, 313, 314 頁	BGH NStZ 1993, 489 (1993年5月18日)
BayObLG JZ 1984, 343 (1984年1月17日)	293 頁
.....	307 頁	BGH StV 1995, 249 (1993年5月18日)
OLG Düsseldorf NJW 1984, 1571 (1984年1月27日).....	304 頁	295 頁
BGHSt 32, 290 (1984年2月29日).....	314 頁	BGH wistra 1995, 143 (1994年12月21日)
BayObLG NJW 1984, 2302 (1984年6月12日).....	299 頁	280 頁
KG JR 1985, 161 (1984年11月29日).....	293 頁	OLG Hamm NStZ 1995, 547 (1995年4月24日).....	303, 306 頁
BayObLG NJW 1986, 441 (1985年5月21日).....	298 頁	BGH NStZ 1995, 500 (1995年6月21日)
BGH StV 1985, 505 (1985年6月11日)	285 頁
.....	293 頁	BGH NJW 1995, 3264 (1995年6月29日)
BGH NStZ 1986, 84 (1985年10月15日)	281 頁
.....	304 頁	BGHSt 42, 86 (1996年3月19日).....	300 頁
BGH NStZ 1987, 326 (1986年10月28日)	OLG Celle NJW 1997, 1084 (1996年8月13日).....	294 頁
.....	315 頁	BGHSt 43, 82 (1997年4月30日).....	281 頁
OLG Hamm NStZ 1987, 558 (1987年5月8日).....	299 頁	BGHSt 43, 96 (1997年5月15日).....	309 頁
BGHSt 35, 50 (1987年9月1日).....	297 頁	BGHSt 43, 158 (1997年7月17日).....	287 頁
OLG Köln NJW 1988, 2485 (1987年10月9日).....	294 頁	OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 72 (1997年10月2日).....	293 頁
BGHSt 35, 128 (1987年12月3日).....	313 頁	BGH NStZ 1998, 194 (1997年12月3日)
BayObLG JR 1989, 24 (1988年1月29日)	
.....	302, 304 頁		
BGH NJW 1989, 915 (1988年9月9日)		

.....315 頁316 頁
BGHSt 43, 356 (1997年12月5日)281 頁	BGHSt 50, 299 (2005年12月2日)309 頁
BGHSt 43, 370 (1997年12月19日)	BGHSt 50, 347 (2006年1月24日)
.....308, 309 頁284, 287 頁
OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 332 (1998年2月5日).....281 頁	BGHSt 51, 44 (2006年5月9日)310 頁
BGH NJW 1999, 436 (1998年10月8日)	BGH NStZ-RR 2007, 40 (2006年10月11日)
.....286 頁294 頁
BGHSt 45, 16 (1999年3月3日)309 頁	BGH NJW 2007, 2932 (2007年4月18日)
BGHSt 45, 97 (1999年5月19日)279 頁309 頁
BGH NStZ-RR 2000, 139 (1999年10月13日).....307 頁	BVerfG NVwZ 2007, 1180 (2007年4月30日).....305 頁
BGHSt 46, 53 (2000年5月9日) ..281, 282 頁	BGH NStZ 2008, 216 (2007年6月21日)
OLG Köln NJW 2000, 3727 (2000年9月5日).....314 頁313, 315 頁
BGHSt 46, 310 (2001年3月15日)309 頁	BGH NStZ 2008, 91 (2007年7月26日)
BGH NJW 2001, 2558 (2001年4月11日)294 頁
.....313 頁	BGH NJW 2008, 2516 (2008年6月24日)
BGHSt 47, 68 (2001年7月4日) ..287, 288 頁285 頁
OLG Dresden NJW 2001, 3643 (2001年8月1日).....304 頁	BGHSt 53, 6 (2008年10月14日)315 頁
OLG Hamm NStZ 2002, 38 (2001年8月24日).....312 頁	BGHSt 53, 205 (2009年2月18日)285 頁
BGH StV 2002 (2001年12月11日).....297 頁	OLG München NStZ 2010, 219 (2009年3月4日).....297 頁
OLG Zweibrücken NStZ 2002, 256 (2001年12月14日).....304 頁	OLG Hamm NStZ-RR 2009, 271 (2009年5月7日).....305 頁
OLG Hamm NStZ-RR 2002, 167 (2002年2月8日).....297 頁	BGHSt 54, 39 (2009年7月9日)308 頁
BGHSt 47, 260 (2002年3月21日)315 頁	LG Itzehoe NStZ-RR 2010, 10 (2009年7月20日).....280 頁
BGH NStZ-RR 2002, 215 (2002年4月3日)	BGHSt 54, 202 (2009年11月27日)308 頁
.....281 頁	BGHSt 55, 36 (2010年2月4日)286 頁
BGHSt 47, 295 (2002年5月23日)	BGHSt 55, 148 (2010年5月19日)300 頁
.....313, 316 頁	BGHSt 56, 97 (2010年12月9日)310 頁
BGHSt 48, 44 (2002年10月23日)316 頁	BGH NStZ 2012, 321 (2012年1月26日)
BGHSt 48, 233 (2003年2月20日)306 頁286 頁
BayObLG NstZ 2004, 97 (2003年3月3日)	BGHSt 57, 202 (2012年3月29日)310 頁
.....299 頁	OLG Dresden NStZ-RR 2015, 10 (2014年7月21日).....303 頁
BGH NStZ2004, 564 (2004年3月1日)	BGH NStZ 2015, 388 (2015年1月15日)
.....312 頁303 頁
BVerfGE 110, 226 (2004年3月30日) ..288 頁	BGHSt 60, 198 (2015年2月10日)298 頁
BGH NStZ 2004, 565 (2004年5月4日)	BGH NStZ 2015, 514 (2015年4月15日)
.....315 頁299 頁
BGHSt 49, 214 (2004年7月16日)310 頁	BGH NJW 2015, 3254 (2015年5月20日)
BGHSt 49, 275 (2004年10月28日)317 頁286, 287 頁
BGH NStZ 2005, 334 (2005年2月2日)	BGHSt 60, 253 (2015年6月9日)305 頁
	BVerfG NJW 2015, 2949 (2015年7月28日)
288 頁

学生論稿執筆経験者 インタビュー企画

東京大学法科大学院ローレビューは本誌で第11巻を迎える。本ローレビューは、これまでに数多くの論稿を掲載してきたが、それは同時に、数多くの執筆者が存在し、彼ら彼女らが社会に出たことを意味する。学生論稿執筆経験者は、第11巻を含め、48名（延べ53名）に上り、彼ら彼女らは、法曹三者、研究者等として活躍している。

第10巻においては、特集記事として、これまでのローレビューを振り返り、今後のローレビューの展望を考える機会が設けられた。この第11巻では、視点をローレビューそれ自体から、過去にローレビューにその論稿が掲載された執筆者の方々に移すこととする。論文を執筆すること、論文が掲載されることはどのような意義を持ち、その経験は現在、法曹三者や研究者として生きていく上でどのように活かされているのか。執筆者自身に、執筆当時のことを振り返って頂き、その体験を言葉にして頂くことは、法科大学院生のみならず多くの方々にとって示唆に富むものとなる。

本企画においては、4本のインタビュー記事を掲載することとなった。過去にローレビューにその論稿が掲載された法曹三者（弁護士・裁判官・検察官）及び研究者の方々の中から、各1名ずつ、ご協力頂いた。そのお力添えに、この場を借りて御礼申し上げたい。

この企画により、学生による論文執筆がますます盛んになれば幸いである。

東京大学法科大学院ローレビュー第11期編集委員会

<裁判官>

判事補 浅江貴光様

東京大学法科大学院 2010年3月修了。
64期司法修習を経て、2012年より現職。



第4巻掲載 (3頁)

「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—金融商品取引法 21条の2 第2項によって推定されない者が、有価証券報告書等に虚偽記載等があったことによって損害を被ったとして、会社に対して金融商品取引法 21条の2 第1項に基づいて損害賠償を請求する際、どのような主張をし、どのような立証をなせば、損害賠償請求が認められるか?—」

—本日は、第4巻に掲載されたご経験があり、現在、裁判官としてご活躍の浅江貴光様にお話をうかがいます。

～執筆前～

—論文を書こうと思ったきっかけは何だったのでしょうか。

浅江 私は、東大ロースクールに入った時からリサーチペーパーを書こうと思っていました。大学のゼミで論文を何本か書いていて、論文を書くことによって、すごく成長したと書く度に思っていたので、今回もリサーチペーパーを書くことによって成長できるだろうと考え、必ず書こうと思っていました。そこで、何を書こうか、どの先生にご指導して頂こうかということをロースクールに入った直後から考えていました。

—2年次の夏休み頃にはテーマを決めていく必要がありますが、この金商法のテーマは2年次の夏学期の授業を受けて決めたのですか。

浅江 2年次の夏学期に金商法の授業をとり、金商法の先生に論文を書きたいということをお伝え、また、先生にリサーチペーパーの指導教官になって頂きたいとお願ひしました。そして、先生にご指導して頂けることになったので、先生の授業を踏まえた上で、金商法関係で何か面白いテーマはないかと探し

ました。

—特に金商法に興味を持っていたのですか。

浅江 ロースクールですので、実務的な論文を書きたいと思っていました。しかし、2年次の夏学期は必修のアカデミックな授業が多いので、そうじゃないものを選びようと思ったから金商法になったということになります。

—金商法自体に触れられたのは学部の際からですか。

浅江 もちろんロースクールが初めてです。—普通の学生からすると、初めて触れた法律について論文を書くことには不安があると思うのですが。

浅江 論文を書くにあたっては、他の人がこれまで書いていないものを書かなければ意味がないだろうと思っていました。色々探してみると、金商法は比較的新しい分野ですし、学者の方があまり書かれていない分野ですので、論文自体は書きやすいだろうと逆に思いました。

—このテーマは授業中に思いついたという印象を抱きました。

浅江 そうですね。授業でもこの判例とかこの辺の事例は扱ったと思います。その時にそのような問題意識を持ったのだと思います。

—当時、2年次で書くという人は周りにはいましたか。

浅江 私の周りにはほとんどいませんでした

ね。

——周りの人も書いていない中で、やはり書くように思われたのは、先ほどおっしゃっていた書きたびに伸びると感じていたからだと思うのですが、どのような部分が伸びたと実感されていたのですか。

浅江 1つのことについて、文献を集め、論理的に1つずつ積み上げていくということは、法律家が最も養わなければならない能力なのかなと思っています。また、書くことによって、頭が整理できます。知識としてはあまり増えませんが、このような作業をすることにより、書く力が伸びるということは絶対にあると思いますし、思考力も伸びると思います。そして、論文を書く中で論理破綻していないかということに気を払うので、論理的思考力も自分としては、少しは伸びた気がします。

後は、東大に入って、いい成績がとれるかわからないというのも実際のところありました。いい成績がとれなかったときに就職活動でどうやったら目立てるかということを考え、私は学生時代にこういう論文を書きました、というのを就職活動で見せたら、自分のことを知ってもらうことができ、その上でこの人面白いなと思ってもらえれば採ってもらえるだろうし、つまらない論文だと思えば雇わないだろうと。このように、論文を書くことによって他の人と差別化を図れるという意味でも書くべきだろうと思っていました。

～執筆中～

——リサーチや執筆のスケジュールリングはどのようになさったのですか。

浅江 色々を探していけば芋づる式に調べないといけない文献は出てくる、という形で文献は探しました。

また、スケジュールリングは、適宜先生に報告して、現状を伝えたり、いつぐらいにおおまかなものを提出しますとか、定期的に報告をしていました。最後の2週間に特に、多大なご指導を頂きました。締め切りの2週間前に出した時に、20頁ぐらいだったものを、やっぱり半分にして、と言われてしまいました。

た。半分にした後に、ここここがわかりにくいという指摘をされ、それを直していったという感じでした。

——2週間で半分にするのはかなりタイトだったと思いますか。

浅江 そうですね。もう少し早めにちゃんと見せればよかったなと思いましたが、実務家が書く実務家向けの論文という観点からのご指導を頂いて、それがすごくありがたかったですね。先生は官僚をされていた方でしたので、忙しい人に対して読ませるものを書くにはどうしたら良いかということで、例えば、小見出しをいっぱいつけたほうが良いというご指導を頂きました。確かに今、自分で文章を書くにあたっては本当にその通りだなと思います。

また、その他には、結論を導くために必要な議論はしっかり書くけれど、補強するものとか、前提となるところなどはそこまで厚く論ずる必要はない、ということなどをご指導頂きました。おそらく、本格的な論文であればもう少し触れるべき論文とか前提とかもあつたとは思いますが、大分圧縮して書きました。そのおかげでとても読みやすくなったと、先生にご指導頂く前のものと比べると一目瞭然でした。

——論文を書くときは石橋を叩きたくなる思いがあるのですが、それをあえて削れというのは実務家の先生ならではの指摘ですね。この金商法21条の2第1項の話を見ていて、おっ、と驚いたのが、鶴岡灯油事件を引用したところで、この判決を持ち出すというのは1つの発想だと思うのですが、最初からこの事件にあたりをつけていたのではなく、調べていくうちに辿り着いたのでしょうか。

浅江 そうです、初めから結論が決まっていた書きだした訳ではなかったです。色々文献を探して考えた結果そういう風になったと思います。

——では最初は見えない中で何かないかと探したということですね。

浅江 テーマを早く決めて出さなければならぬし、時間も限られていますし、金商法ももちろんそんなに詳しくない。そのような中で金商法をテーマにしたので、その辺は結構

苦しんだところではあります。ただ、あまり関連する文献がなかったので自由に書いて楽しかったですね。

——金商法に関する論文を実務に出していない学生が書くというときに、戸惑うことがあったり、論文を書けるのだろうかという不安もあたりすると思うのですが、その辺りは先生と話しながら緩和していったのか、それとも調べていけば何か書けるだろうという意識だったのですか。

浅江 私は、不安はなかったですね。間違い、ってそんなにないと思っていました。それに、私は金商法の専門家と名乗って書いているわけではなく、一学生が思い付きで書いているだけなので、それをどう評価されようと、学生時代に書いたものだからね、というだけですし、もし自分の書いたものが評価されたらそれはプラスになるかなと思っていました。だから何も怖いものはないかなと。むしろ、そっちの考えでしたね。

——株価の議論など、実務に出いていないとわかりにくいところだと思いますが、その辺についてご苦労はされなかったのですか。

浅江 分かりにくかったので、なるべく民法とか民訴とか、金商法ではない議論を使いました。金商法の解説書を読んでみても、金商法は特別な法律、突飛な民事法制というよりも、民法を基本としてその上に立っている法律だという風に私はこの分野について理解していました。ですので、伝統的な差額説から1つずつ積み上げれば何とかなるのではないかなと思っていました。

～執筆後投稿前後～

——ローレビューに投稿する前に手直しはされましたか。

浅江 全くしていません。元々、ローレビューに出すという意識はなかったのですが、掲示があったので、とりあえず出してみるかという感じで、出してみました。初めは注の付け方もローレビューの規定と若干違ったということもあって、それをローレビューの規定に合わせるのも面倒くさくて、それだけでいっぱいいっぱいでした。

——投稿して掲載された後、周りから反響というのありましたか。

浅江 それまで接点のなかったロースクールの同期の人から、論文を読んだと言われたこともありましたし、弁護士事務所の就職活動でも使えました。また、つい最近まで留学をさせて頂いていたのですが、留学の履歴書にもローレビューに載りましたということを書いたら、イギリスの裁判官の方から、これはどういうことなの、とローレビューのタイトルなどから話題を振って頂き、日本の民事法制、損害賠償の話とか、証券訴訟の話などをするきっかけにもなりました。就職活動とか、留学の面とか、そういう面ではすごくありがたかったなと思います。

——現在、刑事裁判官としてご活躍なさっている中で、当時は刑事裁判官という仕事からは若干離れた金商法の実務的なものを書いたということがどう活かしていると感じられますか。

浅江 一番初めに申し上げたように、私はこういう風にまとめたものを書けば書くほどその分自分が成長すると信じていますし、実際そう感じています。今でも、投稿などはしていませんが、何かある度にまとめたものを作る習慣は作っています。

——論文という形にしたということが役に立つということですね。

浅江 そうですね、大学時代に書いていたというのもありますけれど、ローレビューに載せるにあたって注の付け方を学べましたし、リサーチペーパーを書く中で、長いものを書くときに小見出しがいっぱいあった方が良いとか、そういう形式的な面ですごく勉強になりました。実務家になってから初めて論文を書くよりも、ロースクール時代にこういう風書いていたということは大きな経験となると思います。もし、ロースクール時代に1本もこういうものを書かないで、実務家になってから雑誌に載せるために何か書くということになったらきっと大変苦労するだろうなと思います。

——刑事裁判官としてはいかがですか。

浅江 刑事裁判の実務でこれが活かしているかといわれると、直接的には生きていないと思

いますが、それが足腰になっているのではないかなという気はします。ですので、例えば、未修の人が1本論文をしっかりと力を入れて書くと、すごく成長するという感じはしますね。大学2年次の時に、初めてゼミに入るために論文を書きましたが、それですごく成長したと思います。

——今から振り返っても、論文を書いてみてよかったと思われませんか。

浅江 そうですね、私がロースクール生だった頃は、旧司法試験と予備試験の間の時代だったので、ロースクールの期間をどう使うかという発想でした。当時は、旧司法試験の人と新司法試験の人はどっちが良いかという話がありました。私は、ロースクール制度は良い制度だと思っていますが、良い制度だと言うためには旧司法試験の人がやっていないことを勉強し、成長したと言えないと自分で証明できません。そうなるとロースクールで何があるかと考えたときに、ただ単に基礎的な科目を勉強するだけではなくて実務的な科目を勉強するとか、時間があるので論文を書くとか、そういうところでロースクールの2年間で旧司法試験に早く受かった人よりも成長できたという風に言えないといけないと思いました。そういう面で、ロースクールで論文は書くべきであり、書いてよかったなと思っています。

——今のロースクール生にとっても、リサーチペーパーを書く意義はあると思いますか。

浅江 あると思います。ロースクールを卒業して新司法試験を受けようと思っている人なら、リサーチペーパーは必ず書いた方が良いと思います。

論文を書くことによって成長できるということもありますし、おそらく、1つもまとまった文章を書いた経験がないと、実務に出てから戸惑うのではないかなと思います。また、弁護士の方は若い年次でも雑誌に寄稿する人も結構いると思いますが、その際、ロースクールでリサーチペーパーを書いて、先生にご指導をして頂き、ローレビューに載せるためにローレビューの規定に従った注の付け方を訓練していたらすごく楽になると思います。

——本日はどうもありがとうございました。

(2016年9月2日収録)

<研究者>

学習院大学法学部准教授 長戸貴之 先生

東京大学法科大学院 2012 年 3 月修了。
東京大学大学院法学政治学研究所助教を経て 2015 年 4 月より現職。



第 7 巻掲載 (28 頁)

「相続税法と遡及効——裁判例・裁決例の分析から——」

——本日は、第 7 巻に掲載された「相続税法と遡及効——裁判例・裁決例の分析から——」の執筆者であり、現在、租税法の研究者になられました長戸貴之先生にお話をうかがいます。

～執筆前～

——論文執筆のきっかけはなんだったのでしょうか。

長戸 ロースクールに入学した当初のモチベーションとして、研究者になることはまだ全く考えたこともありませんでしたが、ロースクールに行くからには絶対にリサーチペーパーは書きたいと思っていました。その理由ですが、ロースクールならではのこをやるうと考え、その中の 1 つがリサーチペーパーだったのです。

ですが、リサーチペーパーを書く機会としては 2 年次冬学期と 3 年次冬学期がありますが、2 年次冬学期の段階では、具体的なテーマを設定するには至りませんでした。学部 4 年次に租税法の面白さを知り、ロースクールでは租税法の科目が多く開講されているということから、リサーチペーパーの分野は租税法にしようとは考えていました。しかし、2 年次夏学期は、必修科目がほとんどで、租税法の講義や演習は 2 年次冬学期の配当となっており、2 年次夏学期の段階では学部の 4 単位分の知識しかありませんでした。そのた

め、具体的なテーマを設定するには至りませんでした。

具体的なテーマを設定するにあたって、とても役に立ったのが、東大ローレビュー編集委員としての経験でした。日頃講義を受けている先生方とは違って、自分と同じくらいの年齢や知識の人達がどのような視点でテーマを設定しているかを、査読を通じて知ることができたのは貴重な経験でした。

3 年次の夏の段階で、今度こそ書くぞということで、今までの勉強の知識と興味関心に合わせて、指導教官の先生に相談して決めました。

——どのようにテーマ・関心は定まっていったのでしょうか。

長戸 学部 4 年次の頃に中里実先生の租税法を聴講し、ロースクールの 2 年次冬学期に増井良啓先生の租税法の講義と、中里先生の演習を受講しました。3 年次には、夏学期に増井先生・錦織康高先生の国際租税法と、増井先生の演習、錦織先生の金融取引課税法を受講しました。

——「租税法」の講義内容からすると、そこからはまだお書きになった「相続税法と遡及効」というテーマまでは距離があるような気がします。

長戸 実は、つながっていて、授業中に抱いた疑問から始まっています。素材とした事件の 1 つである大阪高判平成 14 年 7 月 25 日訟月 49 卷 5 号 1617 頁は、租税法の講義で取り

扱われたものです。また、最判平成22年10月15日民集64巻7号1764頁の方は、3年次夏学期の増井先生の演習で題材の1つになった事件です。

もともと、そこから直ちにそれをテーマにしたわけではなくて、テーマの選定に当たってはかなり悩みました。確か5つくらいの候補を出して、そのテーマに関する一番よさそうな論文を読んでみました。そのうえで、そこから現実的に、時間の制約と、自分がそこに何か価値を付加できるものがあるかと考えたときに、「相続税法と遡及効」というテーマが一番発展可能性があると思ったのです。学生の知識でも、今までの先行研究にないものを付加できるような気がしたからです。

——価値を付加できると考えられたのは、どのような理由からでしょうか。

長戸 判例というものは理論的にも取り扱いやすく、方法論的にも慣れており、自分でも何か言えそうなテーマだなと思ったからです。その時は学生なので、実務的な最先端とかはあまり考えなかったですね。そのため、とりあえず、「何か言えそうだ」というところが大きいです。もう1つの素材事件である国税不服審判所裁決平成19年11月1日裁決事例集74集1頁はデータベースなどで自分で見つけてきて、それで3つそろえたということになります。

——テーマ選定の当時から、「こういうことが言えそうだ」ということが頭の中にあったのでしょうか。

長戸 結論とまではいきませんでした。平成22年判決と平成14年判決が整合的かは論ずる必要があるとは思っていました。また、平成14年判決と平成19年裁決についても、整合性を論ずる必要があるとは思っていました。もともと、最終的な結論というところまではいかないですね。

——最初に疑問を持ったのは3つの判決や裁決で、そこから最終的に「私法と租税」という大きな問題に立ち返っていった、ということなのでしょう。

長戸 逆かもしれないですね。中里先生の講義を聴いていたので、「租税法と私法」はやはり一番興味を持つテーマでした。相続税は

習ったこともなく、最初それ自体に興味があったわけではありませんでした。ですが、相続税は「相続又は遺贈により取得した財産」に課されるもので、一応はストックである資産に課される税と分類されます。所得税では、一定期間におけるフローとしての所得に課税するものとみることもできますから、「収入すべき金額」などの文言に着目すれば説明できるけれども、ストックに課税する相続税の場合はそれではうまく説明できない。遡及効によって、相続開始時に私法上財産を取得した（ことになる）のか否かが正面から問題になる。素材にした事件ではそういう点を意識して分析を進めました。だから、「租税法と私法」のものの見方でいったときに、平成22年判決の方は行政法における遡及効が出てきて、他方で、平成14年判決の方は、民法の時効があって、「租税法と私法」のものの見方でここが何か矛盾していないのかという疑問が湧いてきました。そして、相続税って習わないけれど面白いのではないかと勉強不足の段階ですが思った次第です。

～執筆中～

——スケジューリングについてお聞かせください。

長戸 夏休みに入る前の7月頃くらいには増井先生に「書いてみたい」と相談し、いつまでにテーマを持ってきますといったような話をして、7月半ば頃までに5つくらいテーマをボーリングしてみて、という感じですね。

執筆自体は確か、10月中に書き始めました。11月上旬には第1稿を増井先生に出しています。そう考えると時間はやはりなかったですね。夏休みのうちインターンを除いた期間と、冬学期が始まってからの10月と11月の前半に集中して取り組みました。

——タイムスケジュールはご自分で組まれたのでしょうか。

長戸 そうですね。10月の頭に今後の見通しについて増井先生に相談に乗って頂き、そのあとは、自分のペースで進めました。性格的に、自分で時間の管理を行うタイプなので、それ以降の執筆のペースは自分で決めま

した。だいたい締め切りにはゆとりをもって出すタイプです。

——リサーチペーパーの締め切りは12月でしたね。

長戸 たしか、11月上旬の段階で増井先生に第1稿を提出して、あとは手直しですね。先生がとても素早く詳細なコメントを下さって、それを反映させる作業をしました。あとは友人1人にも原稿を見てもらい、有益なコメントをもらいました。提出直前の12月には先生が開催してくださった研究会で報告し、フィードバックを受けて反映させています。

——この論稿は、文章がスッと入ってくる感じがしまして、補正・推敲を丁寧にされているという印象を受けました。

長戸 ありがとうございます。やはり11月の段階で第1稿を書いているので、文章の読みやすさを意識して日本語に手を入れる時間は相当確保できたのではないかと思います。

——執筆について先生からのご指導はどれくらいあったのでしょうか。

長戸 論文の集め方や論の組み立てというところについては、特別なご指導は頂きませんでした。一番先生に頼ったのは、これで論文になるかどうかのところの勘です。そこは経験値が圧倒的に違うので、自分の立論で論文になるかというところですね。ですので、自分で章立てや議論の大筋を作成して、それを持って行って見て頂きました。

論文のリサーチに関しては、基本的には自分でやりました。金子宏先生の基本書『租税法』の相続税の部分や遡及の部分を読み、脚注に論文があるので、それを片っ端から集めて読みました。論文を書くときに初めての人が一番モチベーションを失うのは、やはり文献収集ですよ。当時は、例えば電子版で入手できるものがどれか、ということも詳しくは知らなかったもので、紙媒体のものから全てコピーしてしまったこともありましたが、そのあたりはうまくノウハウ化して伝えられるといいですね。指導教官で教えてくれる先生もいるかもしれませんが、私の場合は、先生に聞くのがなんとなく恥ずかしいというか、自分でできるリサーチなどをしないで答

えやノウハウを聞きに行くのはカッコ悪いというイメージがあって、先行研究を探すところはほぼ独力でやりました。あとは、東大ローレビューの編集委員をやっていたので、それであたりがつくというのはありました。例えば雑誌の性格や想定読者についてのイメージがある程度ありました。租税に関しては金子先生の基本書やケースブックを参照したり、ほかの先生が引用しているものを読んだり、という手探りですね。

——論文調査に加えて執筆中に苦労したことを教えてください。

長戸 あとはもう、何より立論ですね。立論は、本当に悩みましたね。今読むと、それ以外に説明の方法はないようにも読めますけど、すごく悩みました。夢で思いついたことを使うなど、いろいろなことがありました。

～執筆後投稿前後～

——東大ローレビューに投稿しようと思われた理由はなんだったのでしょうか。

長戸 もともと先生には、東大ローレビューかはともかく、どこかへの投稿を検討してみてもいいでしょうと言われていました。ほかには、租税法だと、日税研究賞への応募という選択肢もありますね。ただ、東大の授業で書いているものなのだし、せっかくだから東大ローレビューに投稿して恩を返すのが一番よいのではないと思うようになり、投稿するに至りました。

——ということは執筆開始時から投稿を考えていたというわけではなくて、後に先生からの勧めを受けて投稿を考えたとということでしょうか。

長戸 リサーチペーパーを提出した頃ですね。12月下旬の提出段階で、先生から「公表の仕方を相談しましょう」とご連絡頂きました。

——先生は「公表しよう」ということだったと思いますが、研究者志望の方が、学生段階で書いたスタンスというのを世間に出してしまうことについて、怖さなどはありませんでしたか。1つの立場を出すことによって、研究者人生に影響するなどということは。

長戸 全然何も考えていなかったです。リサーチペーパーを元にして助教論文や博士論文を書く方もいらっしゃると思いますが、私の場合は、助教論文のテーマには全く関係していません。とりあえず1本の論文として成り立つかどうかしか考えていなかったですね。助教論文とは「租税法と私法」というとても大きなくくりという意味ではつながっていますが、特にリサーチペーパーで、自分の決意表明というか、「この分野をやる」みたいな宣明といったことは全く考えませんでした。——投稿し、掲載されたことで、その後、反響などはありましたでしょうか。

長戸 基本的には特に反響といえるようなものはありませんね。別に芥川賞をとったわけでもないのに、東大ローレビューに載ったという段階では何も反響はなかったです。ただ、やはり勉強していて、自分の論文が引用されているときは、ドキッとしますね。また、実務家になった友人が「仕事で読んだよ」と言ってくれたことがあって、それは本当に、素直にうれしかったです。実務に役に立っているのか、と。読んでもらえる、という意味では、Web上で自由に閲覧できる東大ローレビューの公表の仕方は意義深いと思います。

——かつて学生時代に論文を書き、それを投稿して掲載された経験は、今の長戸先生にどのような影響を与えているのでしょうか。

長戸 そうですね。載ったか載らなかったかはともかく、やはり「書くこと」ですよ。小さなものとはいえ、論文を書く生みの苦しみと楽しさを知ることができたのが一番の勉強です。テーマの設定、文献調査、章立て、実際の執筆、研究会報告、手直し、校正。一通りすべてを経験できたのがよかったですね。文献調査の方法などについても、自分の執筆経験は本当に役に立っています。テーマの設定もそうです。未だに苦しんでいますけど、まさに第一歩、基礎になっています。——研究者として生きてゆくうえで不可欠な経験ということですね。

長戸 少なくとも私にとっては必要不可欠でした。もともと研究者になるかはリサーチペーパーを書いてみてから決めようと考えてい

たということもあり、よい経験となりました。

——研究者志望ではない学生についてはどのようなアドバイスがありますか。

長戸 論文を書くのは面白いですよ、ということに尽きると思います。性格によるのでしょうけど執筆はやってみたら面白い。自分が何かを主張できる場があるという意味では、リサーチペーパー執筆の機会は本当に貴重ですね。何がいいかというと、たとえ実務家になったとしても論文を書く機会はあると思うのですが、大体、テーマや字数に制約があるわけです。自分の純粋な疑問に対して、頭の柔らかい、先行研究もほとんど知らないうちに、ゼロから調べて議論を組み立てられるという機会は、本当に貴重で、そのような作業はとても面白いものだと思います。しかも、とても高名な先生のご指導を受けられるという特典がついてきます。何よりも、知的に楽しい作業なので、これをやらずにロースクールを出してしまうというのは、少しもったいない感じがします。

せっかくロースクールに進学したのであれば、試験を目標にする生活よりも、それ以外の、ロースクールでしか経験できないことを楽しみながら司法試験に受かるという生活の方が楽しいですよ、ということですね。法曹になれば、当然のことですが司法試験には全員が合格しているわけです。ですから、試験勉強をしつつも、その間に、ほかにどのようにして楽しみながら自分に価値を付加していくか、というところを考えてみるのは大切なことなのではないかと思います。自分が必要以上に司法試験の勉強に費やそうとしている時間でほかに何ができるかを考えてみるということです。リサーチペーパー執筆はあくまで数ある選択肢の中の1つであり、ほかに、色々な講義や演習をとってみたい、東大ローレビューの編集委員であったり、出張教室であったり、コンペティションであったりと、東京大学のロースクールの恵まれた学習環境にはたくさんあると思います。

——本日はどうもありがとうございました。

(2016年8月31日収録)

<弁護士>

西村あさひ法律事務所 弁護士 根本 拓 先生

東京大学法科大学院 2011 年 3 月修了。
65 期司法修習を経て、第二東京弁護士会（2012 年登録）。



第 6 巻掲載（106 頁）

「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」

——本日は、第 6 巻に掲載された「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」の執筆者であり、現在、弁護士としてご活躍されている根本拓先生にお話をうかがいます。

～執筆前～

——そもそも論文を書こうと思ったきっかけはなんだったのでしょうか。

根本 大村先生のゼミに、ロースクールに入学して 1 年目の時に入って、ゼミの飲み会でお話ししているなかで、大村先生からリサーチペーパーの執筆を提案して頂きました。私は最終学年の冬学期に書いたのですが、最終学年の冬学期って授業が少ないですよ。司法試験の勉強に 10 月～4 月の 7 か月も使うというのは時間の使い方としてもったいないと、それで是非書いてみようと思い、書くに至りました。

性同一性障害というテーマは大村先生とご相談して決めました。大村先生にまずご相談したのは、制度論をやりたい、これからの法律家というのは解釈論だけではなくて制度や秩序を作ることに参与していかなければいけないと思っていますということでした。そうしたところ、大村先生から、性同一性障害(生物学的な性別は明らかであるにもかかわらず、心理的にはそれとは別の性別であるとの持続的な確信を持つこと)については特例法

(性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律)が議員立法として成立したが、今後、性同一性障害をめぐる法制度をどのように作ればいいのかを考えてみたらどうか、とご提案頂きました。性同一性障害について、最初から強い関心があったというより、制度論についてしっかり突き詰めて考えたいということがこのテーマを選んだ大きな理由でした。

伝統に伝統が積み重なっているようなテーマについての制度論は、まずは法制史をしっかり勉強しないといけないので、リサーチペーパーでやるには無理があります。一方、性同一性障害については、有史以来、性別二分論のもとに世の中は成り立っていて、生物学的な性と心の性は一致しているという前提があり、生物学的な性に基づいて法制度が作られてきたわけですが、ここにきて性同一性障害というものがあるということが分かかってきて、それで法整備をしなければならないということ、法整備がされた。歴史が浅いので制度論に取り組みやすかった。そういう背景もありました。

——先生に頂いたテーマ以外は考えなかったのですか。

根本 考えなかったですね。正直なところ、論文を書いてみたいという思いはあったのですが、自分の中でやりたいテーマというのが明確にあったわけではありませんでした。大村先生にテーマを与えて頂き感謝していま

す。

～執筆中～

——リサーチやスケジューリングについてお聞かせください。

根本 9月後半～10月中にリサーチをして、ちょこちょこ書き始めたのが10月～11月です。仕上げたのは12月の1か月でした。大村先生との1～2時間の面談を月に1度ぐらいで入れて頂き、途中段階のものをお見せして、コメントを頂いていました。12月の中旬に、ほぼ最終稿をお見せしていたと思います。大村先生に、この時までに何をやるようにといった形でスケジュール管理をして頂いたのは大変効果的でした。大村先生は教育熱心な方で、教育者としても尊敬すべき方であると今でも感謝しています。そういう先生に指導担当のお願いをするといいかもしれません。

——リサーチについてですが、法学の文献だけを漁ればよいわけではないため難しかったと思うのですが。

根本 性同一性障害特例法についての立案担当者解説（南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱特例法』（日本加除出版，2003））があることをまず把握して、そこからたどっていきました。やっぱりリサーチって芋づる式じゃないですか。まず基本となる本があって、それが参照している本があって、それを読んでいくとまた参照されている本があって。それをどこまでやろうかと。法学の本だけではなく、社会学的な本、さらには性同一性障害の方が思いを綴った本も読みました。ただ、性同一性障害については、あまり本がないので、そういう意味ではリサーチの負担はそれほどでもなかったかもしれません。

リサーチペーパーの内容を検討する上で大切にしていたことは、当事者の不利益状況をしっかり把握することでした。制度論をやる上では、具体的な場面を色々と想定しながら、細かく制度論を詰めていく必要があるのですが、具体的に、どのような不利益を性同一性障害の方が被っているのかということをしつ

かり把握することが大事でした。私はあくまで文献ベースで性同一性障害の方の本を読んで、どういう不利益があるか把握しようと努めたのですが、今思い返すと、実際の当事者にインタビューをしてもよかったのかもしれませんが。そうしたら、フィールドワークをベースとした論文を書けたのではないかと、いい論文にできた余地があったなと今でも思います。ただ、フィールドワークをする場合には、色々な方がいる中で、1人の方に依拠してしまうとその方の認識が過度に一般化されてしまうという問題が生じるので、インタビューをするなら、何人もの方にインタビューをしなければいけないと思います。それを3か月でやるのはちょっと限界があるかなという気はしています。

——今おっしゃった当事者の不利益というのは、書くときに意識されたのですか。

根本 書くときには当然意識しました。一方で、自分の論文で試みたのは、性同一性障害の方に寄り添いつつも、社会の方にも目を向けることでした。性同一性障害の方の不利益を考えながらも、それと対峙する人々の不利益、つまり生物学的な性に基づく男女二分法に絶対的な根拠がないとはいえ、その価値観に染まって育ってきた人たちに、その価値観に根拠はないのだから、心の性をベースとする社会秩序のあり方を甘受しろというのはあまりに乱暴なのではないかという気がして、そのバランスをどうとるかということに腐心しました。そこが一番難しかったかなと思います。今、仕事をしながら、今後、弁護士というのは、官僚の方たちと一緒にになって、または企業の方たちと一緒にになって、こういう政策を作っていくべきなのではないか、こういう秩序が社会にあるべきではないか、ということ提案していく役割を担っていくべきなのではないかと考えています。そのためには、一当事者の利益を考え、その実現を図るだけではなく、社会全体のバランスも考えた上での提言をしていかないと受け入れてもらえないのではないかと考えています。当時そこまで考えていた訳ではないのですが、突き詰めるとそういう問題意識があって、当事者の不利益をとにかく解消するべきというだけで

は不十分で、社会の側でも受け入れられるラインはここなんじゃないか、というところを提示するようなことをしたいと思っていました。

～執筆後投稿前後～

——最初から投稿はしようと思って執筆していたのですか。

根本 ローレビューの投稿募集時には、せっかく書いたのだから投稿したいなと思いましたが、書く前から思っていたわけでは全くありません。リサーチペーパーを書いて、ローレビューというものがあるということをご自分の段階で知って、それなら投稿してみようかなど。内容的には、リサーチペーパーとして提出したものからあまり直していません。通らなくても別に不利益はないし、もし載せて頂けるのなら自分にとっても荣誉なので、投稿をためらう理由はないと思っていました。

——学生のときに論文を書いたということが今のご自身にどう活かしていると感じますか。

根本 実践的なところで言えば文章力だとかリサーチ力。弁護士事務所に入ったあと、リサーチをする機会が多いですし、基本的には文章としてアウトプットしなければならない。試験というのは2時間なり4時間の中で、採点ポイントが決まっています。そこを拾っていれば内容が多少不正確であったり、文章は多少下手だったりしても点はもらえますが、依頼者に対して出す成果物については、十分なリサーチがされていて、文章もしっかり論理が通っている必要があります。テストは、結局頭の中で覚えた内容をもとに書くのでリサーチは必要ないのですが、実務ではそれだけではだめなんです。徹底的にリサーチをした上でしっかりと文章を書くという力が求められているわけですが、論文を書くことによってこういった力が身につくのではないかと思います。

——執筆の経験は、弁護士として論文を書く機会でも役立つのでしょうか。

根本 はい、そう思います。事務所に入り、執筆の依頼を受けた事務所他の弁護士が、

誰か一緒に書きたい人はいるかと探していたところで手を挙げ、論文を書く機会を頂きました。そういうときに、論文を書いた経験のない人が、いきなり論文を書くのは結構大変だと思います。実務家にとって、しっかりと論文を書けるという能力も重要です。実務家が学者の方のように法制史を遡るような骨太の論文を書くことはなかなか難しいと思いますが、一方で実務家は、自分が担当した案件などで得た問題意識を活かして、こういう未解決の問題がある、ということ世の中に提示していくことができます。それを見た学者の方達が、その問題をより骨太な議論の中に取り込んでくださる、こういったサイクルを日本社会として、法曹として作っていかないといけないと思っています。また、依頼者の視点からも、こういう論文を書いていますと分かれば、ではこの人にお問い合わせしてみようか、となったりします。そのため、実務に入ってから良い論文を書くための準備作業としても、リサーチペーパーは貴重な機会だと思っています。問題意識の持ち方、議論の組み立て方など論文のイロハを東大の教授にご指導を頂ける機会なんて、実務に入ってからはないですから。

——確かに、ロースクールにいると忘れがちですが、一流の先生方にご指導頂けるのはロースクールが最後の機会かもしれないですね。他に、今に生きていてと思われる点がありますか。

根本 もう1つは、思考力です。じっくり1つの問題と向き合う経験って意外とロースクールで少ないと思うんですね。一方、弁護士になると、どこにも答えが書いてないような案件が来て、そういった案件については自分で答えを見出さなくては行けない。最終的に裁判になった時にどうなるかについて確信が持てなくても、依頼者の方に分かりませんなんて言えないので、やっぱり自分なりに根拠を考えて、例えばこういう主張や解決策があり得るのではないかとといったような、一種のクリエイティビティみたいなものを発揮しなきゃいけない。じっくり問題と向き合っていて、できるだけリサーチをして、それをもとに最後、答えを出す、自分なりの解を提示

する、そういう力が実務ではすごく要求されているのではないかと考えています。先例をただ引用してアウトプットするというのは誰にでもできるのですが、依頼者が求めているものはそういうものではない場合が多々ある。そういった依頼に応える力を鍛えた場がリサーチペーパーでありローレビューだったのではないかなと思っています。

あと、教授とディスカッションする機会は貴重でした。学部と比べてときのロースクールの良い所は、教授との距離の近さだと思うんですね。授業の時の質問でもいいのですが、リサーチペーパーの指導においては自分の考えていることに一対一で向き合って頂けるし、自分もすごく考えている問題だからディスカッションのレベルも高くなって、非常に強い知的刺激を受けます。そういう機会を得られたというはすごくよかったなと思います。

さらに、さっきの話と共通するのですが、弁護士として活躍するためには、自分なりの強みだとか特色っていうのを出さなきゃいけないと思っています。どういうことかという、実務を始めると、頭がいい人はいっぱいいるんです。みんな頭がいいんです。だから、語弊を恐れずにいえば、試験勉強だけして司法試験に合格することだけを目指していたのでは、そういった環境の中で活躍しようとしてもなかなか難しいのではないかなと思います。司法試験が終わってからが本当の勝負なので、将来を見据えて、実務で要求される試験勉強+ α の「 α 」となるような自分の強みや特色を作るという観点からも、リサーチペーパーを書いておくことは有益な気がしています。

加えて、あくまでも一般論ですが、希望する弁護士事務所に入所する上でも、リサーチペーパーを書いておくことは有利に働くのではないのでしょうか。自分はただ試験勉強やっていただけじゃありませんと、こういうことについて興味があり、そのことについてしっかり考えてきましたというのを1つ言えたら、普通に考えれば、採用する側からの印象はよくなるかなと思います。

また、海外のロースクール等への留学にも

プラスです。海外のロースクールへのアプライ時には、レジюме（履歴書）やパーソナルステートメントを出すのですが、弁護士として同じような業務をやっていると、やはりレジюмеやパーソナルステートメントの内容は他の人と似通ったものになってしまいます。その中で、あるテーマでリサーチペーパーを書いて、ローレビューに載りましたということを書けることは、どう考えてもプラスです。そういう観点からもリサーチペーパーを書き、ローレビューへの掲載を目指すのはいいのではないかと考えています。

ただ、偉そうに色々述べさせて頂きましたが、私の場合、基本的には全て結果論です。ここまでお話ししてきたことはいざれも、リサーチペーパー執筆前は大して考えておらず、時間もあるし、大村先生にも指導して頂けるということだったので、書いてみようかなと思っただけでした。それが、結果的に今につながっているということだと思います。

——本日はどうもありがとうございました。

(2016年9月1日収録)

<検察官>

検事 山名淳一 様

東京大学法科大学院 2012 年 3 月修了。
66 期司法修習を経て、2014 年より現職。



第 7 巻掲載 (126 頁)

「施設内処遇に続く社会内処遇の検討」

——本日は、第 7 巻に掲載されたご経験があり、現在、検察官としてご活躍の山名淳一様にお話をうかがいます。

～執筆前～

——執筆のきっかけに関し、そもそもこの論稿は授業の発表レポートから始まったということですが、そもそも刑事政策の授業を取られたというのは、元々検察官を目指されていたからだったのでしょうか。

山名 そうです、元々検察官志望で、以前ゼミを取っていた佐伯先生が、刑事政策が専門だという話をしていたこともあり、興味を持ち、実務に近いというのもあって実際の問題を一番取り扱っていると思い取りました。

——授業の中で、テーマはどのように決めたのですか。

山名 最初から 10 個くらい大きなテーマがあり、その中から選んでいくという形でした。刑務所に入れて意味があるのかとか、どうやって犯罪を減らすのかとか、そういう学生らしい疑問を持っていました。刑法は犯罪を定義して犯罪を処罰する勉強です。でも、結局それだけやっても犯罪は減らない。厳しく処罰しておけば、というドラスティックな発想もあるかもしれないけれど、現実問題、そんなにうまくいくわけではないです。じゃあ刑務所が何をやるか、刑務所を出た後どうするか、社会の受け入れとか、そういう

ところにちょうど興味があった時期だったので、「社会内処遇」のテーマを選びました。それで、どういう風に社会内処遇が動いているのかと調べたら、ちょうど一部執行猶予の改正の議論がされている時期でした。部会の資料なども豊富にあり、やりやすいなと思い、テーマとしたという感じです。

——テーマは発表のときから変わりましたか。

山名 発表レポートとは別に学期の最後にレポートを出したのですが、テーマはそのまま書き、それがこの論稿になっています。

——テーマ選定では、どういう書籍・雑誌を読まれましたか。

山名 最初に、川出先生がこのテーマの論文や教科書などの参考文献を 2～3 示してくれました。それがあったので、それをまず読み、論文の注をたどりました。刑事政策の「け」の字も知らなかったもので、刑務所は、そこに居させて作業をさせるだけの場所だと思っていましたし、刑務所から出てきても保護観察所は何をするのだろうかと思っていました。保護観察所は知っていたし、保護司さんも知っていたけど、何をするかは知らなかった。ですが、参考文献を読んでいったら、意外とちゃんとやっているのだな、やろうとしているのだなと分かり、より興味を持っていったところでした。

——授業のレポートをローレビューに投稿するにあたって苦労はありましたか。

山名 投稿するつもりでレポートを書いていたので、その点では苦労はなかったですね。——そもそも執筆・投稿しようと考えたのはなぜでしょうか。

山名 卒論を書きたかったんです。東京大学の法学部のゼミは特殊で、ロースクールもそうですが、ゼミじゃなく授業っぽくて、レポートは書くけど別に卒論とかではない。大学に入るときの1つのあこがれが、ゼミに入ってしっかりみんなで研究して卒論を書くことでした。理系の人は卒論をしっかりやっていて、私も1回卒論を書いてみたいと思いました。ちょうど最後に一番興味を持っていた分野にも出会えたので、しっかりしたものを書こうと決意しました。ただレポートを書くだけだとモチベーションが上がらないと思い、投稿しようと思いました。

——リサーチペーパーを書くことは考えなかったのですか。

山名 リサーチペーパーも考えましたが、リサーチペーパーは夏休み中にテーマ設定をする必要があり、その時はあまりいいテーマが思い浮かばなかったんです。刑法とかのシビアなぎりぎりの問題にはしっかりこなくて、テーマ設定ができなかった。だからもう少し、社会で起きている事象の多くの部分に影響があるような議論をしたいと思いました。それも刑事政策の授業を選んだ1つの理由でもあり、テーマ設定で社会内処遇を選んだ1つの理由でもあります。

——それはロースクールに来ていたからこそ思ったこと、ということでしょうか。

山名 それはそうだと思います。学部的时候はそこまで思わなかったと思います。ロースクールでは実務家の人も触れ合っているという話もするし、比較的、実務に意識を向けて勉強するから、そこで自分の興味を見直す機会にはなりました。細かいシビアな部分の議論よりも、大きなものに対してアプローチの方が常にモチベーションが保てるのかなと思ひ、そっちの方にテーマを設定したところがありますね。

——その問題意識を絞っていくにあたって先生と話しましたか。

山名 基本的には自分で絞り込んでいきまし

た。川出先生は自由にやらせてくださいました。

～執筆中～

——学部で卒論がない中、論文の書き方はどういう風に身につけられたのでしょうか。

山名 全然分からなくて、読んだ論文の見様見真似でした。ただ、教授の先生とかと勉強会をする機会があって、先生方の論文とか、草稿段階のものを見せて頂いて、それを題材に議論し、直していく様子を見たり、その議論にも参加させてもらったりして、先生方が論文を書くのにどういうことに気を遣っているのかとか、間近で見せてもらいました。その時の議論などを意識し、役立てたというところですよ。

——この論稿を読んでいて、なにか講義を聞いているというか、語りかけられているような文章だなという風に思いました。

山名 それは嬉しいですね、割と日本語には気を遣いましたので。自分の書くときの癖というか、書いたあと口に出して読むんです。リズムが悪いと書き直します。丸（句点）で区切るのを意識したのと、英語でいう関係代名詞的なものがあまり入らないようにしました。

——その中で「受刑者の利益のために社会復帰のための処遇が求められるわけではない」といった言葉遣いで強い主張もされているところに、立ち位置の難しさが反映されているのかと感じました。

山名 そうですね。そこは色々考えました。受刑者の利益に加え反対利益もあるわけで、反対利益に対しての議論もしなきゃいけないのですが、「受刑者の利益が」、といくと反対利益の議論をどうしてもしづらいところがあると思うんです。だから、そもそも総合考慮をやっているのだと。反対者にとっても利益になるというスタンスでやるのだという、その立ち位置は最初に定めておかないと、議論が立たなくなる、ということが一番考えました。そこが一番強く書いたかもしれないですね。社会としての総利益を考えたら、ある程度、不公平とかそんなことをいちいち文句

言うなというスタンスで書いていった方が、議論がしやすいし、受け入れられやすいし、政策論なのだから当然そうすべきだと思います、そう表現したところです。

——この点は当初のリサーチの段階で気づくものなのか、それとも書いていく中で「ここは定めなくては」と思ったのですか。

山名 書いているときですね。多分、発表のときはそんなに強く言っていなかったと思います。レポートを書いているときに、どんな法律にせよ法律じゃなきにせよ、価値判断をしなければいけないところはある、右でも左でも振れるような問題については、こういう価値判断のスタンスで行くのが右なのだと。そうすると、最初にその価値判断が正しいのだということを言わないと、実は議論に全くならないわけですね。書きながらそれに気が付いて、これは頭で言うておかなきゃだめだなと思いました。いい論文というのはやはり、その人のとっている評価軸がある程度納得できる場所があって、こう言っているのだということが分かりやすいものだなとそのとき色々な論文を読んで思った次第ですね。

——執筆中に苦労したことを教えてください。

山名 苦労は、知識がゼロから始めたことですね。10月に冬学期が始まったときから刑事政策を始めたので、何がオーソリティなのかが分からない、自分の立っている議論などが一般的にされている議論なのか、この人だけが個別でやっている議論なのか、もしくは有力説にとどまるのかとか、そういうところが分からない。だから、教科書を濫読しました。その結果、大体みんな言っていることは同じなんだと分かりました。それまで、法律の有力説と通説という、そういった議論しかなかったから、そういう分け方があるというわけではないのだということが分かるまでに時間がかかりました。

あとは、一番苦労したのは、どこまでいっても当時の私は犯罪者に会ったことはなかったし、更生とかを現に目の当たりにしていたわけでもなかったもので、机上の空論なんですね。ある程度の実務家が読んだときに、色々

理屈をこねているけど、そうは言っても現実にはそんなんじゃない、あなたの理屈は正しいですね、でも使えませんね、となるのが、すごく怖かったです。その懸念は最後まで残りました。それが一番怖かったというか、そうになったら意味がないんですね。実社会に寄り添っている政策側の議論をしているのに、自分がやっている論文が、結局、実社会からみたら全く意味のないことを書き連ねているだけだったら書いた意味はないですし、いちばん苦悩しました。最後のVの3で、今すぐやれというわけじゃないよって書いています。すぐにできるわけではないので、これを書かないと政策論じゃなくて、単なる理想論になってしまうので、そう書き加えたと記憶しています。現実との距離をすごく考えました。政策論なので、実現不可能なことをいってもしようがない。ただそこも、現実が分かっているから現実との距離の測りようがないため、すごく苦悩しました。

——執筆にあたって、いざ投稿するという段階にあたってそう思われていたのですね。

山名 むしろ今でもですね。なぜ議論をし、論理を重ね、学説なり解釈なり提案なりをしているかということ、社会をよりよくするためというのが一番なわけですよ。だから、最終的にここでしている議論は、社会に投げて、社会で実現されるということを目指した議論をしないと意味がない。その要請がより強いのが、刑事政策などの政策論だと思うんですね。民事系であれば、社会の要請が政策として形になって、それに沿った法律や制度が作られていきます。だから、その辺の分野はすごく社会に密接にかかわっているのだけど、刑事系で書くにあたって、そこを意識して書かなければならなかったということですね。

～執筆後投稿前後～

——レポートから投稿までに手直しはされたのでしょうか。

山名 刑事政策のレポートは、発表が年内で割と早い方だったので、そこからレポートま

でにきれいに直しました。そのレポートの形でローレビューに出したと思います。

——論文執筆経験は現在のご自身にどう生きているでしょうか。

山名 社会内処遇がどのようなものかを調べたことは、検察官の仕事として処分を決する際に役に立っています。処分の結果どうなるかを具体的に分かっていないと、どの処分が適切なのか判断できませんから。また、被疑者の再犯防止のためにどのようなことができるかという話をすることもあり、そのときは論文執筆のために社会内処遇について調べたことがとても役立っていると思います。また、この「分からないことを調べる」という経験をしたことは役に立つこともあると思います。分からないことについて調べるということは今でも当然やっています。仕事をしていく中では分からないことだらけです。

——検察官の仕事をされている中でも、当時論文を書いた中での調べ方は生きてくるのでしょうか。

山名 物事を調べるというところでは、そうですね。調べ方はちょっと変わってくるかもしれませんが。物事をしっかり調べるという意味ではすごくいい経験ができたと思います。1回こういう、物事をしっかり調べるということを経験しておく、今後仕事で調べるときに、ちょっとハードルは下がると思います。

——最後に、検察官志望で論文を書くか悩んでいる人に一言お願いします。

山名 物事を一生懸命考えることを1回やってみるというのは、何事についてもいいことで、かつ、司法試験の勉強はみんながやっているわけだから、そうではないところについて1回見てみるというのは、視野を広げるためにも、何事をするにもいいことだと思います。あとは、身もふたもないことを言うと、論文は半分趣味みたいなところもあります。要求されていない以上はやっぱり趣味の気持ちはあると思うけど、学生のときしかできないですからね。こんなにまとまった時間をとるということは、社会に出たらありえないから、そういうまとまった時間がとれる時期に、じっくりと1つの物事について、調べて、

考えて、自分の意見を練り出すっていう作業をすることは、どこかで役に立つのではないかと、と思います。

——本日はどうもありがとうございました。

(2016年9月1日収録)

投稿論稿選出理由

設問としての「契約の解釈」

——契約をめぐる議論空間の整序にむけて——

池田悠太

本稿は、契約の解釈に委ねるに至る議論と狭義の契約解釈論との接続可能性という視点から、契約解釈論を議論すべきとする。本稿の問題設定の方法は斬新であり、問題設定に即した形で接続のあり方について一定の立場を示したことは、高い評価に値する。契約責任論の立場から契約の解釈というものに多くを負わせる結果となっていることを明確に指摘しており、その要請を契約解釈論の側で受け止める議論を、本論稿は提供していると評価できる。

もともと、審査会議では、「議論空間」という分析概念を導出する過程で用いられている「問題」、「問題領域」の概念が曖昧であり、「議論空間」という枠組みに不明確な点が残るとの指摘もなされた。また、後に続く本論と比較して序章が抽象的にすぎることから、扱おうとする問題が序論からは読み取りにくくなっているとの指摘もなされた。

しかしながら、以上の指摘は論稿全体の論旨を揺るがすものではなく、本論稿の意義を損なうものではない。狭義の契約解釈論について、当事者意思の尊重を唱える学説を民法典に反映させようとした試みが債権法改正において条文化に至らなかったという状況において、本論稿の議論を提示することは十分な意義が認められるものであるとして、掲載を可とするとの判断に至った。

「家族」間における子の奪い合いに対する 未成年者拐取罪の適用に関する試論

佐野文彦

本稿は、家族間での子の奪い合いにおける刑法 224 条の適用の在り方という、重要かつ現代的な問題であるにもかかわらず、従来十分な議論が行われていなかった領域について考察を加えたものであるところ、日本における未成年者拐取罪の沿革やドイツ学説における議論状況を丁寧に整理した点に、十分に高い学術的価値が認められる。さらに、そこから獲得された知見をもとに、保護法益論と要件論の連動を意識した「状態」モデルを確立したうえで、この問題に関する解釈論を展開し、平成 17 年最高裁決定の意義・射程を明らかにするという論証過程を経ており、ドイツ法研究が理論構成に十分に活かされていないのではないかという指摘はありうるものの、説得的かつ明快な論理の運びで、高い新規性・創造性を有する検討が行われたものと評価できる。

もともと、審査においては、「保護されている状態」という語に不明確さが残っているのではないかとの指摘がなされた。とりわけ、検討の段階で、構成要件の判断の際には現実の保護状態、違法性阻却で保護の優劣を判断する際には法的な保護状態を念頭に置いているように読めるため、分析の視点が一貫していないのではないかという点に疑問が呈された。

しかしながら、本稿は、前述の通り、法科大学院生の論稿として掲載に足る水準の新規性・創造性及び論証過程の精確性を有しているといえるため、掲載を可とする判断に至った。

詐害行為取消訴訟における債務者の訴訟上の地位 ——民法（債権関係）改正法案を素材として——

塚本 恒

本稿は、改正民法立案過程の議論を丹念に追い、その整理をもとに債務者に与えられるべき手続保障の内実について検討している。改正の対象となっている分野につき、改正過程で議論の方向性が固められた部分とそうでない部分を意識的に区別し、議論が必ずしも十分でなかった箇所には筆者独自の議論を展開している点に、高い新規性・創造性を認めることができる。

もっとも、審査においてはいくつかの疑問点が指摘されている。債務者の牽制権を導出する過程（Ⅲ 2）において、特段の理由付けなく特定の学説の立場に与しているようであり論証が不十分と思われる点が指摘された。また、個別の請求処分行為類型について要求される手続保障の程度を検討する場面（Ⅲ 5）においては、事実上の効力への着目の程度の差により分析視角にねじれが生じ、均衡を失した結論が導かれているようであるとの指摘がなされた。

しかしながら、膨大な立法資料を読み解き、議論状況が明らかでない部分に新たに一定の議論を展開した点は、本稿につき高く評価されるべき点であるといえる。本稿後半部分に不十分な点があるとはいえ、本稿に見出される価値はなお高く、上記疑問点はこれを覆滅するに至るものではないとの結論に達した。以上から、本稿は法科大学院生の論稿として本誌掲載に足る論理的精確性及び新規性・創造性を有しているものとして、掲載可と判断するに至った。

行政決定における裁量基準の適用と個別化の要請

船渡康平

本稿は、従来の学説が、裁量基準の一律適用の可否につき、どのような対立軸のもとで議論がなされるべきか明示的に意識していなかったところ、その対立軸を3つ提示し、その観点から学説を整理したことに新規性が認められる。また、対立軸に対する筆者の私見において、議論の蓄積のなかった裁量基準の一律適用と委任の問題につき一定の結論を導いたことに高い新規性が認められる。加えて、各対立軸につき結論を導くにあたって十分に説得的な議論がなされており、論理的精確性もあると評価した。

もっとも、委任の問題についての検討の不十分性が審査において指摘された。裁量基準が一律適用できる場合には裁判基準性を持つため、法規と同様の機能を有し、委任が必要であるとする論証に対しては、結果として裁判所が裁量基準を適用することと、そもそも委任立法であるために裁判所がそれを適用するよう拘束されることとは異なるのではないか、という指摘があった。この点については、法規とは何かを初めとする法律の法規創造力に関するより詳しい検討の必要性が指摘された。

しかしながら、従来の学説の議論からは意識されていなかった点を深く掘り下げ学説を進展させた点は高い評価に値し、委任の点に関する指摘はそれを妨げない。そのため、法科大学院生の論稿として掲載に足る論理的精確性及び新規性があると判断し、掲載可との判断に至った。

執筆者一覧

池田悠太	2014年4月既修コース入学・2016年3月同コース修了
佐野文彦	2014年4月既修コース入学・2016年3月同コース修了
塚本 恒	2015年4月既修コース入学
船渡康平	2015年4月既修コース入学
浅香吉幹	大学院法学政治学研究科教授
加藤貴仁	大学院法学政治学研究科准教授
加毛 明	大学院法学政治学研究科准教授
樋口亮介	大学院法学政治学研究科准教授
中谷和弘	大学院法学政治学研究科教授

学生論稿執筆経験者インタビュー企画 インタビュイー一覧

浅江貴光	判事補
長戸貴之	学習院大学法学部准教授
根本 拓	弁護士
山名淳一	検事

編集委員一覧

学生編集委員

御手洗伸 池田逸平 伊藤佑貴 小谷侑也 河野充志 佐野文彦
善塔章夫 塚本 恒 中谷和生 中野裕朗 伴 俊英 久田皓士
安田幸弘

教員編集委員

川出敏裕 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

秋分の折、新学期の慌ただしさに追われながら、この編集後記を執筆している。昨年11月に、編集委員長という大役を拝命し、約1年の間、編集作業に携わってきた。

ようやくローレビュー第11巻を発刊することができた。昨年第10巻という節目を迎えたローレビューが新たな一步を踏み出したことになる。ローレビューの新たな歴史の一翼を担えたことは私にとっても慶びである。

今年のローレビューは投稿論稿4編、寄稿論稿5編に加え、特集企画も掲載し、例年より厚みのあるものとなった。もちろん量だけがローレビューの価値を決めるものではないが、質についても全体にわたって高いクオリティのものを提供できたのではないかと考えている。高い質のものを多く掲載できたことで、一人でも多くの読者の琴線に触れるものとなればと切に願っている。厚みのある分、編集作業は困難を極めたが、発刊に至った安堵と達成感もひとしおである。

一方で、編集作業の中では思い悩むことも多々あった。創刊から11年になる本学ローレビューが現時点で何らかの変革を求められているのか否か、これからの本学ローレビューがどのようにあるべきなのかなどについて、編集委員会でも熱い議論が交わされた。そのような状況の中で、第11巻が果たすべき役割は何か、我々が発揮できる創造性はどこにあるのかについては委員全員が苦悩することとなった。

第11巻においてその創造性が現れたのが、やはり特集企画であろう。昨年は10周年を記念した特集が掲載されたが、本年は昨年のを引き継ぐような形で、過去の投稿者に焦点を当てた特集企画を掲載することとなった。この企画は、本学ローレビューが11年という歴史を刻んできたからこそ可能となったことであり、第11巻にふさわしいものとなったのではないかと考えている。また、この特集企画が、学生の論文執筆への好奇心を駆り立てることとなれば幸いである。

本年は、16編の投稿をいただいた。その中で掲載に至ったものは前述の通り4編である。残念ながら掲載に至らなかった論稿が多く存在する。しかしながら、掲載に至らなかった論稿の中にも非常に優れた視点から執筆されているものが数多く存在し、掲載するか否かについての議論が極めて紛糾した。投稿論稿のレベルの高さに触れ、今後のローレビューがさらなる発展を遂げることになるのではないかと期待を抱くに至った。

法科大学院生の中には投稿を躊躇われた方もいらっしゃるとお聞きしている。おそらく投稿されなかった論稿の中にも優れたものが存在していることは間違いないだろう。そのような論稿を投稿していただけるような方策を打ち出せなかったことに忸怩たる思いがあるが、その方策をいかにして打ち出すかが今後の課題として残っていくことになるだろう。

最後に、第11巻の発刊は多くの方々を支えなしには実現できなかった。様々な形でご支援いただいた株式会社商事法務の方々、本学の先生方、特集企画のインタビューにご協力くださったの方々、そして投稿者の皆様への感謝の意を述べ、この編集後記を締めくくりたい。

東京大学法科大学院ローレビュー第11期編集委員長 御手洗 伸

東京大学法科大学院ローレビュー Vol.11 2016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科法曹養成専攻内

E-mail : sl-r@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.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。