

東北ローレビュー

Vol. 6 2019. March

論 説 Articles

利益相反取引の条文の読み方・教え方

..... 得津 晶

How to Read and Teach the Articles Relating to Conflict-of-Interest Transactions in Law School

..... TOKUTSU Akira

家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に

..... 今津 綾子

Die Vollstreckung in Familiensachen, insbesondere in Kindschaftssachen

..... IMAZU Ayako

判例研究 Case Comments

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例

..... 矢田 悠真

Case Study: Confiscation of Digital Video Cassettes Recording the Forcible Indecency and the Rape

..... YADA Yuma

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例

..... 松原 俊介

Case Note

..... MATSUBARA Shunsuke

— 目 次 —

論 説 Articles

利益相反取引の条文の読み方・教え方

得津 晶 1

How to Read and Teach the Articles Relating to Conflict-of-Interest Transactions in Law School

TOKUTSU Akira 1

家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に

今津 綾子 24

Die Vollstreckung in Familiensachen, insbesondere in Kindschaftssachen

IMAZU Ayako 24

判例研究 Case Comments

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例

矢田 悠真 58

Case Study: Confiscation of Digital Video Cassettes Recording the Forcible Indecency and the Rape

YADA Yuma 58

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例

松原 俊介 66

Case Note

MATSUBARA Shunsuke 66

利益相反取引の条文の読み方・教え方

東北大学大学院法学研究科准教授 得津 晶

本稿のねらい

I. 名義説と計算説

1. 「自己又は第三者のために」と「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」
2. 自己取引の範囲
3. 直接取引と間接取引
4. 混乱の原因

II. 「任務懈怠」と「責めに帰すべき事由」の異同

1. 民法学における債務不履行責任の理解の変容
2. 改正後の民法における手段債務の帰責事由概念の位置づけ
3. 会社法上の利益相反取引についての取締役の責任
 - (1) 結果債務としての利益相反取引責任
 - (2) 手段債務としての利益相反取引責任
 - (3) 小括

結論

1. 利益相反取引の条文の読み方
2. 利益相反取引の条文の教え方

本稿のねらい

本稿は、会社法 356 条を中心とする利益相反取引に関する条文の読み方を、もう一度、考えてみることを目的とする。会社法の利益相反取引については、古くは「のために」の文言解釈をめぐる計算説と名義説の対立、近時は会社法 423 条 3 項の任務懈怠の推定と 428 条の定める「責に帰すべき事由」との関係をどのように理解するかなど、議論が盛んである。特に、後者は、平成 29 年（2017 年）民法（債権法）改正に至るまでに、債務不履行概念と

帰責事由概念との関係をどのように理解するのかについて様々な議論が展開され、法改正の実現した現在においてもその両概念の関係をめぐる議論は継続している。

これらの議論は条文の解釈論として展開されているのであるから、会社法（平成 17 年改正前は商法）の一連の条文（会社法 356、423、428）の解釈論にも反映されるべきものである。だが、私が複数の勤務校の法科大学院で授業を担当してきて感じたのは、このような議論を踏まえた条文解釈を身に着けていない学生が多いということである。そして、その原因は、学生の不勉強や教員の教え方のまずさということだけではないのではないかと考えるようになった。一方では従来の利益相反取引の議論に混乱が見られ、他方において、債権法改正を踏まえた民法学の議論はいまなお複雑であって学生が会社法の勉強時間内に消化しきれものではないという事情がある。特に、従来の解釈論には、経済実態や体系性を重視するあまり、条文の文言から意識が離れてしまった点もみられる。

そこで、本稿では、利益相反取引の条文に基づいて、近時の学説の議論の対立点等を、少しでもわかりやすくなるように整理したい¹。本稿の目標は、あくまで既存の学説を「条文」の解釈に即して整理することにとどまり、新たな見解を指摘したり、どの見解が望ましいのかを検討したりするものではない。そのような面については既に先行業績の知見が十分にあると考えているからであり、また、法科大学院の教室でも各講師がそれぞれ自説を展開しているものと思われる。むしろ先行業績では提示されている解釈論・実質論と条文との関係の整理が不十分であると考えたことから、本稿はこの点を補うことを目指すものである。

本稿の主な想定読者は、第一に、筆者の（過去そして現在の）勤務校の法科大学院生である。だが、他の多くの法科大学院の学生も共通の悩みを抱えているのではないと思われる。利益相反取引は、「法科大学院において修得すべき学習内容・水準に関する共通のミニマム・スタンダードであり、すべての法科大学院修了生が、共通に修得すべき学習内容・水準を示す²」ものとして法科大学院協会の定める「共通的な到達目標」（以下、「コア・カリキュラム」で引用）においても厚く取り扱われている³。また、実務的・理論的に重要なだけではなく、司法試験でもよく出題されている⁴。出題のされ方として、利益相反取引をめぐる様々

¹ 法科大学院の教室での教育についてこのような論稿を公表することを肯定的にみるものとして米倉明『法科大学院雑記帳』（2007・日本加除出版）iii 頁。本誌（東北ローレビュー）は、「法学分野における理論と実務の架橋に重点を置き、理論と実務との建設的・批判的な対話を促す場となることをめざす」ものであるところ、本稿は、利益相反取引に関する学界による理論的な議論を実務において重要な条文解釈に引き落とすことを試みるものである。

² 「『法科大学院における共通的な到達目標』作成の基本的考え方」 available at, <http://www.lskyokai.jp/info/20101018/2.pdf>

³ 「共通的な到達目標モデル：商法（第二次案修正案）」3－4－5－2 利益相反取引 available at, <http://www.lskyokai.jp/info/20101018/6.pdf>

⁴ 法務省「平成 20 年新司法試験論文式試験問題出題趣旨」5 頁、「平成 24 年司法試験論文式試験問題出題趣旨」6 頁参照。その他、事案として利益相反取引が行われているものとして法務省「平成 18 年新司

な学説の内容およびその対立点の深い理解を求めるというものではなく、事案において利益相反取引に該当するような事情があり、それを多くの論点の中の一つとして処理することが求められている。法曹予備軍としての法科大学院生は、利益相反取引の複雑な学説の対立を理解するだけでなく、その解釈を端的に示すと共に、事案に当てはめることが求められている。

ところが、筆者の経験から判断するに、法科大学院の授業で、利益相反取引について積み重ねられた議論を丁寧に紹介する時間はない。そこで、本稿は、この場を借りて、まず、条文の読み方を確認し、判例・学説による論点は条文の読み方のどの箇所に位置付けられるものであるのかを確認したい。そして、本稿で確認できることは、従来の議論が少し条文からずれているのではないか、ということである。そのため、本稿の想定読者は、法科大学院生にとどまらず、学問的に会社法の利益相反取引に関する条文の解釈に興味のある方一般を含む。

I. 名義説と計算説

1. 「自己又は第三者のために」と「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」

ここで、1つ教室で用いた問題から事例を紹介しよう⁵。

甲株式会社は、代表取締役社長であるAのワンマン会社であり、金属部品の製造・販売を営んでいる。Aは友人Bから、Bが経営する乙会社が資金繰りに困っているのを、融資するよう依頼され、融資をしても回収する見込みはほとんどないことを知りながら、何度か乙会社に多額の融資を行った。結局、乙会社に対する融資は回収することができず、甲会社は回収することのできない多額の債権を抱えることになった。(以下略)

このような事例をもとに取締役Aの責任の有無を論じよ、という作題がなされた場合、その出題趣旨は、取締役の対第三者責任（会社法429条）発生原因としての任務懈怠（最判昭和44・11・26民集23巻11号2150頁）もしくは、対会社責任（423条）としての任務懈怠の点にあらう。しかし、提出されたレポートには、これを利益相反取引の問題とするものも散見された。講師としては受講生のあまりの不勉強さを嘆きそうになったが、よく考えると、すべて受講生のせいとはいえないのではないかと、こちらの教え方がこのような誤

法試験論文式試験問題出題趣旨」3頁。

⁵ この問題は、平成26年度北海道大学大学院法学研究科法律実務専攻（法科大学院）入学者選考試験の問題（ウェブ上で開示されている）を改変して、筆者の担当した法科大学院での授業である平成25年度商事法事例問題研究Ⅰの授業で取り扱った問題の一部である。

解を招きかねなかったのではないかという疑問が生じたのである。このレポートを書いた学生たちの論述は以下のようなものであった。

「ここで、代表取締役 A による友人 B に対する融資が、会社法 356 条 1 項 2 号の定める利益相反取引に該当するか、該当するとした場合、法の要求する取締役会での重要事項の開示を経たうえでの承認（会社法 365・356I②）を経ていないため法令違反となる。・・・（中略）・・・本件融資が、利益相反取引（直接取引）に該当するか否かを判断するには、356 条 1 項 2 号の定める『自己又は第三者のために』の『ために』の文言の意味が問題になるところ、自己の名をもってすると第三者の名をもってするとを問わず、自己又は第三者の計算において取引をなす場合を指すと解する。そして、本件融資の利益は、第三者である B に帰属する取引であるから、利益相反取引に該当する。（以下略）」

このように、利益相反取引の直接取引（356I②）の「自己又は第三者のために」について、計算説と名義説の対立があるところ、計算説を採用し、「第三者のために」取引をした直接取引として利益相反取引を構成するというのである。標準的な教科書では、利益相反取引において、計算説（実質説）と名義説（形式説）の対立があり、名義説が多数説であると説明されている⁶。だが、基本的には「どの学説を取るのかによって評価を変えてはならない」というのが法科大学院や法学部での教員の間の鉄則である。実際に、計算説を支持すべきとする教科書も存在する⁷。そうすると前記のような受講生の論述も、論理が通っているということになってしまうのか。

決してそうではない。会社法 356 条 1 項 2 号の条文をもう一回見てみよう。会社法上の利益相反取引の直接取引の要件には、「自己又は第三者のために」とは別に、「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」（「取締役－会社間の取引」要件）という要件も課されている。紹介した事例では、「自己又は第三者のために」が問題となっているのではなく、そもそも取締役が会社と取引するという点が欠けていることから、会社法上の利益相反取引（直接取引）に該当しないという結論が導かれる⁸。実際に計算説を支持する教科書は、

⁶ 神田秀樹『会社法〔第 20 版〕』（2018・弘文堂）234 頁注 7、伊藤靖史ほか『LEGAL QUEST 会社法〔第 4 版〕』（2018・有斐閣）220 頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第 7 版〕』（2017・有斐閣）444 頁、445 頁注 2、高橋美加ほか『会社法〔第 2 版〕』（2018・有斐閣）194－195 頁。

⁷ 田中亘『会社法〔第 2 版〕』（2018・東京大学出版会）245 頁。コンメンタールとして落合誠一編『会社法コンメンタール 8—機関（2）』（2009・商事法務）80—81 頁〔北村雅史〕。

⁸ 高橋美加『『自己のためにする』直接取引』飯田秀総ほか編『落合誠一先生古稀記念 企業法の新しい礎石』（2014・商事法務）227 頁、240 頁は、「計算説」「実質説」に対して「それらが何を指しているのかは曖昧である」と述べながら、「計算説」と「名義説」の対立のみでこの問題を把握する。前者の「計算説」の指す内容が曖昧であるという問題意識は共有し、そこで高橋の説く、名義説の「最も厳格な説」などのさまざまなバリエーションを整理するためには「取締役－会社間の取引」要件というもう 1 つの要件を考えることで条文に即した整理ができるというのが本稿の主張である。

「取締役が会社と取引をする」ことが要求されることを強調している⁹。このように「取締役－会社間の取引」要件を考えることで、この問題では「自己又は第三者のために」の意義について検討しているレポートは見当はずれということになりそうである。

それでは、なぜ、「自己又は第三者のために」の意義を問題とするレポートが頻出したのか。講師として授業や教材を見返してみると、どうも学生の勉強不足のせいとは言えないのではないかということに気づかされたのである。例えばコア・カリキュラムは、以下のようなポイントを学習すべき事項として挙げている。

- 利益相反取引の規制の対象となる直接取引とはどういうものか、具体例を挙げて説明することができるとともに、会社法 356 条 1 項 2 号にいう「自己又は第三者のために」の意味を説明することができる¹⁰。

そのほか、コア・カリキュラムは、利益相反取引に関連して、株主全員の同意がある場合における会社の承認の要否（最判昭和 49・9・26 民集 28 巻 6 号 1306 頁）や間接取引の範囲、会社の承認がない場合における取引の効力（最大判昭和 43・12・25 民集 22 巻 13 号 3511 頁）のほか、後述する利益相反取引の場面での取締役の任務懈怠責任（対会社責任）の特則の趣旨を取り扱っている¹¹。しかし、前述の「取締役が・・・株式会社と取引をしようとするとき」（「取締役－会社間の取引」要件）について一切、言及がない。

その結果、多くの授業では、「自己又は第三者のために」の解釈上の論点のみが重点的に教えられる。

このような誤解を生みかねない記述はほかにもみられる。教科書において、競業取引（356I①）の「自己又は第三者のために」の解釈では計算説が通説であるのに、利益相反取引の「自己又は第三者のために」では名義説が通説である理由として、経済的利益の帰属（計算において）は、間接取引（会 356I③）の問題として考えれば足りるという理由が挙げられている¹²。これは、平成 17 年改正前商法においてから指摘されていた伝統的な理由付けである¹³。この記述からは、間接取引のカバーする範囲は、計算説と名義説とが対立してい

⁹ 田中・前掲注(7)文献 245 頁、落合編・前掲注(7)文献 81 頁〔北村〕。

¹⁰ 「共通的な到達目標モデル（第二次修正案）：商法」3－4－5－2 利益相反取引。

¹¹ 「共通的な到達目標モデル（第二次修正案）：商法」3－4－5－5－1 会社に対する任務懈怠責任・任務懈怠の推定・代表訴訟。

¹² 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』（2017・有斐閣）81 頁、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』（2006・商事法務）326 頁（なお同書 324 頁は競業取引についても介入権が廃止されたことから平成 17 年改正前の通説と異なり名義説を採るべきとする）。伊藤ほか・前掲注(6)文献 220 頁も名義説をとった場合に兼任取締役がいる会社間で当該兼任取締役が会社を代表しなかった場合に間接取引になると説明する。

¹³ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)』（1987・有斐閣）233 頁〔本間輝雄〕は、名義説と計算説の対立について、「広く間接取引をも含むと明定された現行法の下ではこの点について特に

る「自己又は第三者のために」の解釈論上の対立によって問題となっている領域と同じであるという理解（ないし誤解）が導かれる。

しかし、利益相反取引の間接取引（会 356I③）がカバーする範囲の典型例として条文が例示しているのは「株式会社が取締役の債務を保証すること」である。この場面を直接取引の条文の文言と比較した場合、欠けている要素は、取締役と会社との取引であるという点であり、「自己又は第三者のために」の文言とは関係がない。つまり、「自己又は第三者のために」について名義説をとるのか計算説をとるのかは、間接取引が昭和 56 年改正によって別途明文で規制されることになったこととは全く関係がないのである。名義説をとる理由として、間接取引の規定の存在をあげることは、誤りなのである。

そして、間接取引規定の守備範囲ないしその必要性は、直接取引における「取締役—会社間の取引」要件をどれほど柔軟に解することができるのかによる。

ここで、本稿が、利益相反取引の条文の読み方・教え方として提示したいのは以下の 2 点である。第一に、コア・カリキュラムのように、利益相反取引の解説として、「自己又は第三者のために」の解釈問題のみを中心的に扱うことをやめるべきということである。

第二に、「自己又は第三者のために」について計算説（実質説）を支持しない理由、あるいは名義説を支持する理由として、間接取引でカバーできるという点をあげてはならないということである。

2. 自己取引の範囲

このように従来、利益相反取引規制の適用範囲の問題として議論されてきた事項が「取締役—会社間の取引」要件と「自己又は第三者のために」要件の 2 つの要件に基づいて議論されるとすると、これまでの議論は 2 つの要件のいずれに整理されることになるのか。

まず、平成 17 年会社法以降においては、自己のためにする直接取引（いわゆる「自己取引」）に該当する場合には、取締役の任務懈怠責任（会社法 423 条。同条 3 項により利益相反取引に基づいて損害が発生した場合には取締役・執行役の任務懈怠が推定される）は、会社法 428 条に基づいて、「責めに帰することができない事由」（以下、帰責事由とする）による免責が否定されるという点で他の利益相反取引とは差異が生じる。この帰責事由概念と任務懈怠概念とがどのような関係にあるのかについては後述の様に議論があるものの、少なくとも自己取引と他の利益相反取引とを区分する意義があることは明らかである。

帰責事由の免責が認められず、責任が厳格となる自己取引に該当するには、「自己のため」であり、かつ直接取引として「取締役—会社間の取引」要件を充足する必要がある。

まず、ここで「自己のため」の「ため」について名義説をとるのであれば、取引の相手方

問題とする実益はない」と述べる。

の「法律上の当事者」が取締役本人でなくてはならないことになる。そして、名義説を徹底すれば、取引の相手方の法人格が取締役自身でなくてはならず、「取締役一会社間の取引」要件は当然に充足することになり、「取締役一会社間の取引」の認定を操作することでより柔軟に自己取引を拡張して認めることはないということになる。

しかし、実際に名義説を採用した場合にも、自己取引を取引の相手方当事者の法人格を取締役である場合に厳格に限定する立場が論理必然的にとられているわけではない。名義説は取引の当事者の名義が「取締役」であることを求めるものであるが、この「取締役」の認定を柔軟に行うことを認める立場もある。たとえば、ある教科書には、名義説を前提としても、取締役が兼任している会社との取引において、相手方会社を兼任取締役が代表していない場合にも、相手方会社を兼任取締役と「同視」することを認めている¹⁴。

このような当事者の認定作業における「同視」によって、名義説の下でも自己取引の柔軟な認定が認められている。これは、先述の名義説の厳格な理解からは矛盾するようにもみえる。だが、本稿の整理によれば、このような「同視」ないし当事者の認定作業は、利益相反取引のもう 1 つの要件であるところの「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に行ったものと理解できる。そして、「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件とは異なる要件であるため、前者の要件で名義説をとることと、後者の要件を柔軟に理解することとは両立しうる。

名義説をとる論者には、取締役が支配する別会社との取引は間接取引であるとして会社法 428 条の適用を否定しながらも、利益が取締役自身に帰属したと同視できる場合には 428 条 1 項類推適用を肯定する見解¹⁵や、428 条 1 項の自己のための取引の場面では、356 条 1 項 2 号の場面とは異なり、計算説をとるとする見解¹⁶もある。本稿の整理によれば、これらの見解は、名義説をとりながらも、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈するという方向で 428 条 1 項の（類推適用ではなく）直接適用として説明することが可能となる。

これに対して計算説をとった場合には、取引の経済的帰属が取締役となれば「自己のため」要件を充足する。例えば、取締役がほぼすべての株式を保有しているような会社を相手方当事者とする取引は、取引の経済的損益が支配株主である取締役に帰属するので「自己のため」要件を充足することになる。

だが、自己取引の認定には、先述のように、「取締役一会社間の取引」要件を充足する必要もある。そして、計算説に立ったとしても、仮に「取締役一会社間の取引」要件を厳格に理解すれば、取締役が支配している会社との取引（当該会社を代表した者が自社取締役ではない場合）では取締役との取引とはいえず、「取締役一会社間の取引」要件を該当せず自己取引（直接取引）には該当しないことになる¹⁷。

¹⁴ 伊藤ほか・前掲注(6)文献 220 頁。

¹⁵ 江頭・前掲注(6)文献 476 頁注 7、高橋ほか・前掲注(6)文献 217 頁。

¹⁶ 伊藤靖史ほか『事例で考える会社法〔第 2 版〕』（2015・有斐閣）253 頁〔斎藤真紀〕。

¹⁷ 具体例として落合編・前掲注(7)文献 81 頁〔北村〕。

もちろん、これはあくまで理論上の可能性であって、計算説を採用している論者の中に、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解する見解は決して多くない。これは、計算説をとる論者は、従来、取引の安全や予見可能性よりも、会社の損害の危険性から実質を重視する立場をとっているからであり¹⁸、かかる立場からすれば「取締役一会社間の取引」要件についても柔軟な解釈が要請されるからである。従来の計算説の論者は「取締役一会社間の取引」要件も柔軟に理解している立場を（明示的に議論しているわけではないので暗黙裡に）前提にしている。しかし、計算説の論者の中にも、条文の文言から「取締役一会社間の取引」要件を厳格にし、それを超える場合は「類推適用」とすべきとする見解も存在する¹⁹。

これを具体例で考えてみよう。例えば、会社が取締役個人と不動産の売買契約を締結するような場合は、どの立場でも自己取引に該当する。結論が分かれるのは、会社が自社の取締役が支配株主である別会社と取引するような場面である²⁰。「自己のため」について名義説を採用し、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解すれば、このような場合は自己取引（直接取引）には該当しない。

これに対して、名義説であっても、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈すれば、自社の取締役が支配株主である別会社を自社の取締役と同視することができるとして、取引の相手方当事者が自社の取締役と評価することで、自己取引と認定することも可能となる。

この場合、いかなる場合に取締役が支配している別会社を取締役自身と同視するのは、「取締役一会社間の取引」要件をどの程度柔軟に理解すべきかのスタンスによってかわってくる。別会社の過半数の議決権を持っていれば取締役と同視できるという立場もあれば²¹、法人格否認の法理が認められるような場合に限るという厳格な立場もありえ、グラデーションが存在する。

計算説を採用しても、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解すれば、取締役が支配している会社との取引は自己取引に該当しないということは先述の通りである。「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に理解すれば、自己取引に該当する可能性が高くなる。しかし、計算説が取引の損益が実質的に帰属するか否かを基準としているのに対し、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に理解したからといっても、損益の帰属のみで判断することまで論理必然に導かれるわけではない。実質的に経営を支配していたか否かといった要素まで判断して初めて当該別会社を取締役と同視するという柔軟だが「やや厳格」な立場もありうる。

¹⁸ 江頭・前掲注(6)文献 445 頁、田中・前掲注(7)文献 247 頁、前田雅弘「取締役の自己取引」森本滋ほか編『龍田節先生還暦記念・企業の健全性確保と取締役の責任』（1997・有斐閣）291-317 頁、292 頁。

¹⁹ 前注(17)参照。

²⁰ 名古屋地判昭和 58・2・18 判時 1079 号 99 頁は取締役が実質的に全株式を有する他の会社との取引を自己のためにする直接取引とする。

²¹ 前田・前掲注(18)文献 308 頁。

【表 1】自己取引該当性

「自己又は第三者のために」要件	「取締役一会社間の取引」要件	取締役個人との契約	取締役が支配株主である会社との取引
名義説	厳格	○	× (間接取引)
	柔軟	○	○ (△)
計算説	厳格	○	×
	柔軟	○	○ (△)

3. 直接取引と間接取引

直接取引として「自己のため」であろうと「第三者のため」であろうと利益相反取引に該当すれば会社（取締役会設置会社であれば取締役会、非設置会社であれば株主総会）に重要事項を説明し、承認を得なくてはならない（会 356・365）。「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件とはかかる直接取引全体の適用範囲を画する意味を有する。

だが、会社法は直接取引に該当しなくても、一定の場合には間接取引として、全く同様の規律を用意している。つまり、会社への重要事項の説明と承認という規制のあるべき適用範囲としての「自己又は第三者のために」要件と「取締役一会社間の取引」要件を考えるにあたっては、間接取引によって同一の規制が適用される可能性も勘案して考察しなくてはならない。

なお、間接取引と直接取引とは、前述した 428 条の自己取引の場面を除いては適用される規制の内容に違いはない。それならば、自己取引の場面を超えて間接取引と直接取引の区分などというのは「ためにする議論」であって論じる意味はないのではないかという批判もありうる²²。理論的・学術的にはそのような批判に筆者も賛同したいところである。しかし、実際の事案（法科大学院の教室であれば事例問題検討）においては、利益相反取引に該当するという認定をするにあたって、引用条文の条項が異なるため、直接取引なのか間接取引なのかを明示して認定を行うはずである。「少なくとも間接取引には該当する」という認定も可能であろうが、まずは、第三者のための直接取引なのか、自己取引なのか、それとも間接取引なのか、明示して認定することになるはずである。となれば、間接取引なのか直接取引なのかについて、さしあたりの基準を示すことは有用である。

それでは、どのような場合が間接取引に該当するのか。条文上の例示にある会社が取締役の債務を引き受ける場合のほかにはどのような方向に拡大しうるのか。教科書の中には、「会社・第三者間の取引であって、外形的・客観的に会社の犠牲において取締役に利益が生ずる

²² 上柳ほか編・前掲注(13)文献 233 頁 [本間]。

形の行為²³」という抽象的な基準で間接取引を定義するものがあり、これが「通説」だと評価されている²⁴。だが、このような基準だけでは不明確である。

ここで、注意が必要なのは、取締役の債務の引受を典型例とする間接取引の条文が導入されたのは昭和 56 年商法改正であるところ、同改正以前から、判例は、代表取締役が自己の債務について会社を代表して債権者との間で債務引受したことを直接取引に相当する条文しかない当時の利益相反取引に該当すると判断していたということである（最大判昭和 43・12・25 民集 22 巻 13 号 3511 頁）。そして、同判例の判断を明確にしたものが昭和 56 年改正で導入した間接取引の条文である²⁵。この事実は、間接取引の条文は必ずしも必要はなく、2 要件の解釈によっては直接取引の条文のみでも対応が可能である可能性を示唆する。

それでは、具体的に間接取引に該当することが問題とされている類型を見ていこう。これには 2 つの異なる方向に整理できる。

まず、条文が例示する会社による取締役個人の債務保証²⁶と類似する事例がある（保証類似類型）。前述した最高裁で問題となった会社による取締役の債務引受や会社による取締役の物上保証（東京地判昭和 50・9・11 金法 785 号 36 頁）も昭和 56 年改正以降は間接取引として整理される可能性がある。

もう 1 つの類型が、会社と取引する第三者を取締役と同視していく方向である（実質的同一類型）。具体例として、自己取引の箇所で前述した取締役が株式 100%を保有する他会社との取引がある。名義説をとり、かつ、「取締役一会社間の取引」要件を厳格に解釈した場合には、かかる取引は自己取引に該当しないことになる²⁷。その場合、間接取引として利益相反取引規制を適用していくことになる²⁸。他にも、配偶者や未成年の子といった取締役の家族・近親者との取引などが問題とされてきた²⁹。

そして、この間接取引の 2 つの類型というのは、どちらも直接取引の 2 つの要件のうち「取締役一会社間の取引」要件に関するものである。第一類型である保証類似類型は、そもそも取締役の「側」との「取引」とはいえずに直接取引とならない場合に、間接取引として利益相反取引規制を拡張しているものである³⁰。取締役の側との取引といえない場合であっても、会社の行った一定の行為（取引行為であることもあれば抵当権設定などの物権的な行

²³ 江頭・前掲注(6)文献 446 頁。

²⁴ 伊藤ほか・前掲注(6)文献 221 頁、高橋ほか・前掲注(6)文献 197 頁。

²⁵ 元木伸『改正商法逐条解説』（1981・商事法務研究会）130 頁、竹内昭夫『改正会社法解説（新版）』（1983・有斐閣）146 頁、伊藤ほか・前掲注(6)文献 221 頁。

²⁶ 昭和 56 年商法改正前の事案として最判昭和 45・3・12 判時 591 号 88 頁。

²⁷ 高橋ほか・前掲注(6)文献 195 頁。

²⁸ 高橋ほか・前掲注(6)文献 195 頁。計算説に立ったうえで「取締役一会社間取引」要件を厳格にしたうえで間接取引とするものとして前述の落合編・前掲注(7)文献 81 頁〔北村〕。

²⁹ 前田・前掲注(18)文献 309 頁。

³⁰ 高橋・前掲注(8)文献 234 頁は、最大判昭和 43・12・25 民集 22 巻 13 号 3511 頁による間接取引への適用の拡張は、「自己又は第三者のため」要件ではなく「取引」要件の拡張であったと述べる。

為であることもある)が、取締役と会社間の取引と同程度に取締役の利益のために会社の利益が犠牲になるおそれがある類型を間接取引としているのである。ここでは取締役側との「取引」という性質がさらに柔軟化しているのである。

第二類型である実質的同一類型は、「取締役一会社間の取引」要件のうち、取引の相手方を「取締役」とは認定できない場合に、間接取引によって拡張しているものといえる。このことから、間接取引として問題になる類型はどちらも直接取引の2つの要件のうち「取締役一会社間の取引」を満たさない場合に、より柔軟化させたものといえることができる。さらにいえば、「取締役一会社間の取引」要件を柔軟に解釈できるのであれば間接取引の出番はなくなる。

4. 混乱の原因

このように、利益相反取引に関して適用範囲の議論を見ていくと、実際に、自己取引該当性および直接取引か間接取引かの区別において、結論に影響を与えているのは、「自己又は第三者のために」要件よりも³¹、「取締役一会社間の取引」要件であることがわかる。このことを突き詰めると、法科大学院の教室においては、「自己又は第三者のために」の「ために」の解釈についてはむしろ触れる必要すらなく、「取締役一会社間の取引」といえるか否かのみを解説したほうがよいのではないか。名義説(形式説)―計算説(実質説)という構図は、利益相反取引の具体的な解釈の場面の判断において有用でないばかりか、教育上、有害なのではないか。

それでは、なぜ、従来、利益相反取引の適用範囲の問題を「自己又は第三者のために」の解釈という構図で論じてきたのか。

この問題についてまだ調査が済んでいないため断定はできない。しかし、あくまで予測ではあるものの、同一の文言である「自己又は第三者のために」が用いられている競業禁止義務について論じられてきたことがそのまま利益相反取引に持ち込まれたことに原因があるのではないかと³²。現実には、競業禁止義務(会 356I①)では計算説(実質説)が通説とされ、他方、利益相反取引では名義説(形式説)が通説とされてきたわけで、完全に同一に論じられてきたわけではない。しかし、古い文献は、競業禁止義務について論じられてきたことを利益相反取引にそのまま妥当するとしている³³。この競業禁止義務での問題の立て方を、採

³¹ 伊藤ほか・前掲注(6)文献 220 頁も名義説と計算説とで承認の要否に違いが生じる事案は、基本的にないとする。

³² 高橋・前掲注(8)文献 244 頁注 45 参照。

³³ 例えば、田中耕太郎『改訂会社法概論・上』(1955・岩波書店) 124 頁は競業規制について計算説を採ると述べたのち、利益相反取引においては「自己又は第三者のために」の解釈に言及はない。大森忠夫＝矢沢信編『注釈会社法(4)株式会社の機関』(1968・有斐閣) 418 頁[本間輝雄]は、利益相反取引(自

る学説のトレンドが計算説から名義説に移った後もそのまま維持してしまったのではなかろうか。

II. 「任務懈怠」と「責めに帰すべき事由」の異同

法科大学院の教室で利益相反取引を扱う際に教えるににくいもう 1 つの点が、利益相反取引によって会社に損害が発生した場合に推定される取締役の「任務懈怠」概念(会 423III)と、自己取引の場合に免責のための主張が認められない「責めに帰することができない事由によるもの」(会 428I。帰責事由の不存在)との関係である³⁴。

この議論が複雑となっていた背景には、利益相反取引に伴う責任に関する上記の規律を導入した平成 17 年会社法改正と前後して、民法・債権法改正に向けた議論がなされており、その中では、取締役の任務懈怠責任の一般法とされる民法 415 条の債務不履行責任の理解が大きく変容していったことが挙げられる³⁵。

教員にとっては、商法であっても民法であっても、それぞれ専門分野しか研究せずに「民法(商法)のことはわかりません」ということは許されるかもしれない。しかし、受験技術ではなく将来の法曹としての実務に必要な学識を身に付ける理論的かつ実践的な教育を期待されている法科大学院(法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律 2 条 1 号)では、学生は、民法も商法もそれぞれ専門教員から(建前としては)最先端の研究成果・実務の知見を教わっている。そして、取締役の任務懈怠責任のように民法と商法の両方にまたがる領域において、両科目で教わっていることに整合性が取れないと学生は混乱せざるをえない。ある法科大学院に所属する教員は、全員、教室では同一の説に揃えるべきだとまでは決して思わない。しかし、それぞれの教員の意見が異なる場合には、それぞれどのよう

己取引)における「自己又は第三者のため」の意義について競業避止義務を定める当時の商法「264 条において述べたところに譲る」とする。

これに対して、松田二郎『会社法概論』(1951・岩波書店)204 頁は、利益相反取引規制について、「偶々同一人物が二会社の取締役たるとき、両会社間に契約が締結されてもその取締役が何れの会社をも代表しなければ、本条(当時の商法 265 条。本稿筆者注)の問題を生じない」という従来の厳格な名義説と同一の立場をとっているが、この根拠として、「取締役が会社と取引を為す場合の問題であるから」と述べ、「自己又は第三者のために」の文言への言及は一切ない。結論はともかく、利益相反取引の適用範囲は「取締役一会社間の取引」要件の問題であって、「自己又は第三者のために」要件の問題ではないという本稿と同じ立場である。

³⁴ 田中亘「利益相反取引と取締役の責任〔上〕」商事法務 1763 号(2006)4 頁、5 頁によって指摘された問題である。

³⁵ 民法の債務不履行法の理解の変容との関係で取締役の利益相反取引における責任法制との関係について最初に論じたものとして潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」同『債務不履行の救済法理』(2010・信山社)107 頁、117 頁以下(初出は商事法務 1740 号〔2005〕)。

な関係に立っているのかを学生にわかりやすく説明する必要がある。

だが、民法における債務不履行責任の伝統的な意味での過失責任の原則による理解から近時の契約の拘束力によって一元化していくという流れは、民法学におけるアカデミックゴールともいえるべき一大テーマである。これを商法・会社法の授業で扱っている時間的余裕はない。そこで、法科大学院生が授業時間外にアクセスできる説明として本章を執筆する。

1. 民法学における債務不履行責任の理解の変容

伝統的な債務不履行責任は、その発生要件を①債務不履行の事実ないし違法性の要件と②主観的帰責事由としての故意・過失と捉えてきた³⁶。ここでは、契約違反という債務不履行に基づく損害賠償と不法行為に基づく損害賠償（民 709）とは、違法性（客観的要件）と有責性（主観的要件）の 2 要件に規律され、かつ、立証責任こそ異なるものの、主観的要件としての故意・過失は共通するものとして理解されていた。このように債務不履行を不法行為と同列に捉えることで、債務不履行にも不法行為と同様の故意・過失を要求する立場は、契約、不法行為をまたいだ私法の一般原則として伝統的な意味での「過失責任主義」が存在すると整理するものである。

しかし、このような伝統的な理解に対して、債務不履行責任を契約によって設定された義務違反として一元的に捉える理解が台頭した³⁷。このトレンドが通説化して、2000 年ごろからの債権法改正にむけた議論の理論面でのバックボーンとなっていく³⁸。このような理解は伝統的な契約責任の理解を以下のように批判していった。

契約上の債務について、一方では、売買契約のような結果債務とされる類型において、債務を履行しなかった債務者が免責される帰責事由の判断において、これまでの判例・裁判例の実質的な立場は、無過失の立証では足りず、不可抗力であることの立証が必要であるとす

³⁶ 鳩山秀夫『日本債権法・総論〔増訂改版〕』（1925・岩波書店）136 頁、我妻榮『新訂債権総論』

（1964・岩波書店）106 頁、松坂佐一『民法提要債権総論〔第 4 版〕』（1982・有斐閣）69 頁、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（1972・有斐閣）93 頁、林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男（安永正昭補訂）『債権総論〔第 3 版〕』（1996・青林書院）91 頁〔林良平〕、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（1992・悠々社）124 頁など。

³⁷ 吉田邦彦「債権の各種—『帰責事由』論の再検討」星野英一編集代表『民法講座別巻・2』（1985・有斐閣）44 頁、渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報 104 巻 6＝7 号（1996）45 頁など。

³⁸ 山本敬三『民法の基礎から学ぶ民法改正』（2017・岩波書店）111 頁、大村敦志＝道垣内弘人『民法（債権法改正）のポイント』（2017・商事法務）114 頁以下〔加毛明〕。2017 年民法（債権法）改正に向けた作業のうち 2009 年の民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」（NBL904 号掲載）までについての議論は得津晶「取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造」北大法学論集 61 巻 6 号（2011）1945 頁、1962 頁以下参照。

てきた点で、伝統的な意味での過失責任主義の求める過失概念とは異なるとする。他方で、委任契約のような手段債務においては、債務不履行は契約上求められる注意義務に違反することであり、また、帰責事由としての過失判断の中で債務者が求められる注意義務もまた契約によって定まるものであることから、債務不履行と過失の判断は、事実上どころか、法律上、必ず重なるものであり、債務不履行が認定されれば過失要件が機能する余地は（事実上ではなく）理論上存在しないとする³⁹。

以上より、契約によって一元的に債務不履行を捉える理解は、伝統的な過失を要件とする理解に対して、A. 債務不履行責任の場面での帰責事由の有無は契約上の義務に違反したか否かによって判断されるものであって不法行為法の過失とは大きく異なること、そして B. 帰責事由としての過失が契約上の義務違反の問題であるならば債務不履行事実の要件のみで判断は足り、そもそも過失要件は不要であるということ（契約責任の無過失責任化ないし厳格責任化などといわれることもある）の2点において批判を加えた。

この2点を徹底すれば、債務不履行責任においては、（結果債務の）不可抗力の場面を除いては、債務不履行事実の要件一つで足り、帰責事由要件は不要か、もしくは不可抗力のように非常に限定された場面でしか機能しないような文言に変更すべきということになる。

しかし、2017年の民法（債権法）改正で実現した415条は、かかる問題意識を受けつつも、債務不履行事実の要件と免責事由としての帰責事由の要件の二要件構成を維持した。これは、従来の伝統的な理解になじんだ実務からの反発に対して民法学が十分に応答しきれなかったという点もあろう。だが、帰責事由の要件については、「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債務者の責めに帰することができない事由」という長い修飾節が付されることで、契約違反の場面の「帰責事由」とは、契約によって設定される注意義務違反であって、不法行為法上の過失とは異なるものであることが明示された⁴⁰。すなわち前記の A.（不法行為法上の過失との差異）、B.（帰責事由要件の廃止）の二点の批判のうち A. のみが明文上採用された⁴¹。

そして、批判点 B. については改正後の民法においてどのように受け止められるのかは定かではない。すなわち、結果債務については不可抗力に限って改正法下での帰責事由に該当するということは明らかであるが、手段債務において条文上の帰責事由概念がどのように機能するのかは定かではないのである⁴²。

³⁹ 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（2002・有斐閣）50頁。

⁴⁰ 筒井健夫＝村松秀樹『一問一答 民法（債権関係）改正』（2018・商事法務）74頁は「帰責事由の判断枠組みの明確化」と表現する。民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」【3.1.1.63】提案要旨4、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ』（2009・商事法務）250頁。

⁴¹ 民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注(40)文献252頁は「損害賠償からの免責の枠組みをドイツ型の『過失』・『無過失』から、契約のもとでの履行障害リスクの引受けへと変更したにすぎない」とする。

⁴² 得津・前掲注(38)文献1964頁、森田宏樹『債権法改正を深める』（2013・有斐閣）30頁以下、道垣内弘人「債務者の帰責事由の位置づけ」安永正明ほか監修『債権法改正と民法学Ⅱ－債権総論・契約（1）』（2018・商事法務）45頁、48頁以下。

2. 改正後の民法における手段債務の帰責事由概念の位置づけ

一方では、前述の契約の拘束力に一元化していく民法学説の立場をそのままに、手段債務においては、条文上の債務不履行と帰責事由は全く重なるという理解が提示されている。この場合、帰責事由要件は結果債務でのみ不可抗力免責として機能するとされ、手段債務類型では機能しないことになる⁴³。

他方では、理論上の契約違反事実を、条文上の債務不履行事実と帰責事由概念に割り振るという理解も示されている⁴⁴。すなわち、債務不履行による損害賠償の発生には、理論上は、契約によって定められた義務に違反したことという一つの概念によって決せられるものであるが、この理論上の契約上の義務違反の認定をするにあたり、まずは債権者に一定の概括的ないし外形的な事実状態を立証した場合には、理論上の契約上の義務違反が法律上推定され、それを覆すには債務者が契約上要求されるより具体的な行為義務を尽くしたことを立証する必要があるとする。このうち前者の債権者が立証責任を負う一定の事実状態が条文上の債務不履行（本旨不履行。415I 本文）要件であり、後者のより具体的な行為義務を尽くしたか否かが条文上の帰責事由（415I 但書）要件であると整理する。

この2つの考え方では、契約によって設定された義務違反を示す具体的事実についての立証責任が異なる。仮に条文上の債務不履行事実と帰責事由とが異なる概念であり、立証責任が異なるとしても、両要件は規範的要件であることから立証責任は大きな問題とはならず、議論に実益はないという考えがあるかもしれない。しかし、規範的要件においては、規範的要件を支える事実が主要事実として主張責任・立証責任の規律が適用されることになる⁴⁵。債務不履行事実と帰責事由とは立証責任の所在が異なるため、両者が異なる概念であ

⁴³ 潮見佳男『新債権総論I』（2017・信山社）381頁。

⁴⁴ 森田・前掲注(42)文献33頁、36頁。ただし、森田はこのように帰責事由概念が意味を持つのは、前者の債務不履行要件として一定の外形的事実のみで推定される場面（賃貸借契約における賃借人の賃借物の滅失、寄託契約の受託者の受託物の滅失、運送契約の運送人の運送品の滅失・損傷など）に限定している（同30-31頁）。これに対して、潮見・前掲注(43)文献382頁注2は森田のように手段債務を2類型に分ける必要性がないと批判する。ただし潮見は本稿とは反対に手段債務は帰責事由要件を不要とする方向で統一すべきとし、他方で、寄託契約等も結果債務と整理し、結果債務の免責事由を不可抗力以外にも拡張する方向で処理する。本稿の整理では、かかる債務は手段債務と整理したうえで、手段債務の帰責事由をどのように考えるのかという問題と整理したが、潮見の整理では結果債務において不可抗力以外に免責事由をどのように認めていくのかの問題と整理することになる。この限りでは用語の問題に過ぎないが、潮見のような整理では利益相反取引における法律上の推定をどのように整理するのかは自明ではない。

⁴⁵ 司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実（1）』（1986）33頁、三木浩一ほか『民事訴訟法〔第2版〕』（2015・有斐閣）213頁、高橋宏志『民事訴訟法概論』（2016・有斐閣）121-122頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）〔第2版補訂版〕』（2013・有斐閣）424頁。

るとすれば、両者に割り振られた具体的な事実⁴⁶の立証責任が異なることになる。

さらに、利益相反取引においては、会社法の条文によって、会社に損害が発生した場合に任務懈怠が推定するとされ（会 423III）、自己取引においては帰責事由の不存在による免責が認められないとされている（会 428I）。ここでいう推定される任務懈怠概念とは何なのか、自己取引に限って制限される帰責事由概念とは何なのか、自己取引であっても推定された任務懈怠を覆す権利障害事実の立証は可能なのか、といったことが問題になる。この議論のためには会社法上の任務懈怠概念の一般法である債務不履行事実と、帰責事由概念との異同の理解が前提として必要となるのである。

3. 会社法上の利益相反取引についての取締役の責任

まず、利益相反取引に関する取締役の任務懈怠責任が結果債務と手段債務のいずれなのかを確認する。結果債務・手段債務の分類には様々な議論があるところではあるが⁴⁷、本稿では、契約上の注意義務違反の有無が問題となる場面については帰責事由との重なり合いが問題となるため、それらを「手段債務」という枠組みの中で検討することにする。すなわち、本稿では、結果債務は、免責要件としての帰責事由の不存在が不可抗力に限定されるという意味で用いる⁴⁸。

（1）結果債務としての利益相反取引責任

このような意味での結果債務として利益相反取引規制を理解した場合、取締役は「利益相反をしてはならない」あるいは「利益相反をして会社に損害を与えてはならない」という義務を負うことになり、不可抗力の場面でしか免責されないということになる。このような理解に立てば、利益相反取引をしたことで任務懈怠が確定的に認定されることとなり、自己取引以外の利益相反取引において免責が認められるのは不可抗力の場面のみであり、自己取引においては会社法 428 条 1 項によって不可抗力免責すら認められないという理解が導かれる。

しかし、これは、自己取引を除いて、利益相反取引を過失責任化したという平成 17 年会

⁴⁶ ただし、規範的要件の中でも、債務不履行事実、帰責事由はともに複数の事実を総合的に考慮して法律要件の該当性を判断するタイプ（いわゆる総合判断型）となることが多く、具体的事実といっても完全に個別具体的な事実ではなく、ある程度「概括的な」事実のレベルで証明責任の規律が課されることになる。三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』（2014・信山社）5 頁、16 頁。

⁴⁷ 森田・前掲注(39)文献 1 頁以下参照。

⁴⁸ 森田・前掲注(39)文献 49－50 頁、潮見・前掲注(43)文献 383－386 頁。

社法改正の趣旨⁴⁹に反する。また、利益相反取引によって会社に損害を与えたことをもって任務懈怠となるのであれば、その場合にも任務懈怠の推定がなされるにとどまるという会社法 423 条 3 項の文言とも整合的ではない。

(2) 手段債務としての利益相反取引責任

そこで、上記のように結果債務・手段債務を定義したのであれば、利益相反取引については結果債務には該当せず、手段債務と理解するのが妥当であるし、従来の議論もこの点は前提として共有していたように思われる。だが、手段債務と理解した場合においても、条文上の債務不履行概念と帰責事由概念と同一と考えるのか異なるものとするのかについて争いがあるのは前述の通りである。

a. 条文上の債務不履行要件=帰責事由

まず、手段債務においては、債務不履行要件と帰責事由要件が法律上、同一となるという考え方を採用した場合について検討する。会社法 423 条 1 項の任務懈怠要件は民法の条文上の本旨不履行要件とパラレルであり、423 条 3 項で推定される任務懈怠と 428 条 1 項で自己取引の場面で免責が主張できないとされる帰責事由は同一ということになる。

この考え方に従った場合、会社法上の解釈として 2 つの処理がありうる。まずは、428 条が制限しているのは、帰責事由の主張のみであって、任務懈怠の推定を覆す立証については制限していない以上、自己取引であっても任務懈怠の推定を覆すことは可能であるという解釈である。そして、任務懈怠と帰責事由が同一であるため、428 条で制限されている事実と全く同じ事実を任務懈怠の推定を覆す事実として主張することが可能であるとする。この結果、自己取引であってもそれ以外の利益相反取引と責任を否定するために主張・立証することのできる事実は全く変わらず、428 条 1 項は全く持って無意味な条文と理解することになる。

このような理解は 428 条を空文化するものである。民法学の近時の理解とも整合的であり、かつ、理論上、可能な解釈ではあるが、少なくとも筆者が知る限り支持している見解をみたことはない⁵⁰。

そこで、条文上の債務不履行要件と帰責事由要件とが全く同一であるとした場合のもう

⁴⁹ 会社法制の現代化に関する要綱（平成 17 年 2 月 9 日）第 2 部 株式会社関係 第 3 機関関係（8）取締役の責任 c 利益相反取引に係る責任 イ 過失責任化。

⁵⁰ ただし、立案担当者の見解のうち、相澤編著・前掲注(12)文献 331 頁は、任務懈怠がないこととして「適法な手続を経て、かつ、取締役としての善管注意義務を尽くしていたことを立証すれば、任務懈怠責任を免れることができる」と述べている。立案担当者は必ずしも近時の債務不履行法の枠組みに立っていないため、この文脈で整理することは妥当でないかもしれない。だが、帰責事由の不存在を上記の事情より狭い不可抗力と理解したとすれば、不可抗力の主張が封ぜられても、より広い上記の事情の主張が封じられないのであれば、428 条 1 項空文化に近い立場といえる。そうであれば、同立場による自己取引の責任を「厳格化された過失責任説」と表現する（伊藤ほか・前掲注(16)文献 245 頁〔斎藤〕）のは妥当でないように思われる。

一つの解釈がでてくる。それは、自己取引では 428 条によって帰責事由の不存在を主張できないのであるから、全く同一である債務不履行に関して推定を覆す立証もできないとする理解である⁵¹。この理解は、商法学においても多く論じられているのみならず⁵²、平成 17 年会社法改正で利益相反取引の「過失責任化」に伴い、自己取引のみ従来の厳格責任を維持したという立法段階での議論⁵³に整合的である。

b. 条文上の債務不履行≠帰責事由

これに対し、条文上の債務不履行要件と帰責事由要件とが異なる概念であるとした場合、債務不履行の推定を覆す事情の主張と帰責事由の不存在の主張とは異なるものとなる。自己取引の場合において帰責事由の不存在の主張は制限されるが任務懈怠の推定を覆す主張立証は可能であるとなる。そして、いかなる事実を任務懈怠と帰責事由とに振り分けるのかという点が問題となる。

民法学において、理論的には契約上の義務違反という統一の概念を条文上の債務不履行事実と帰責事由概念とを区分することを認める立場からは、あるときは、債権者が結果の不実現という外形的事実を証明すれば、そこから経験則や当事者の公平などの考慮に基づいて、債務者の行為態様の評価について一定の範囲で推定を働かせる場面であるとして、「証明責任規範」によって決定されるという説明がなされる⁵⁴。これは、立証責任の分配という観点から決すべきとする商法学界や立案担当者の議論と共通する⁵⁵。

またあるときは、他人物売買の引渡義務、賃貸借契約の引渡義務という結果債務の不履行と、前者の権利移転義務、後者の保管義務という手段債務の不履行とが実体法上「交錯」することによって、結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定させるものとなっていると説明されることもある⁵⁶。

商法学における既存の議論は必ずしも前述の民法の債務不履行責任の理解を踏まえたものとは限らない。中には、平成 17 年会社法の立案担当者のように任務懈怠を違法性、帰責事由を主観的要件の過失の有無という形で債権法改正によって否定された伝統的な意味で

⁵¹ 潮見・前掲注(35)文献 118 頁。

⁵² 北村雅史「競業取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠責任」川濱昇ほか編『森本滋先生還暦記念 企業法の課題と展望』（2009・商事法務）193 頁以下、239 頁以下、森本滋『取締役の義務と責任』（2017・商事法務）218 頁、龍田＝前田・前掲注(12)文献 97 頁、高橋ほか・前掲注(6)文献 217 頁（①の解釈）。

⁵³ 江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説（3）』商事法務 1723 号（2005）6 頁。

⁵⁴ 森田・前掲注(39)文献 56 頁、中田裕康ほか『講義債権法改正』（2017・商事法務）93 頁〔道垣内弘人〕。

⁵⁵ 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎＝藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論・上』（2007・商事法務）521 頁以下、548 頁、得津・前掲注(38)文献 1966 頁、ウェブサイト・会社法であそぼ。（葉玉匡美）「善管注意義務」（2009 年 4 月 22 日 8:30 AM），
<http://kaishahou.cocolog-nifty.com/blog/2009/04/post-8aee.html> (last visited Feb. 26, 2019)。

⁵⁶ 森田・前掲注(42)文献 46、47 頁、58 頁。反論として得津・前掲注(38)文献 1966 頁。

の過失責任主義に基づく理解を提示するものもある⁵⁷。だが、商法学において任務懈怠と帰責事由とを別異のものとして提示されている具体的な理解を、民法上の理論的な意味での契約上の義務違反を条文上の債務不履行事実と帰責事由とに割り振る理解と整合的に捉えることは可能である。

例えば、取引を行った時点における条件・内容の公正性を任務懈怠の問題とし、「公正な取引が行われるように、善良な管理者の注意を尽くしたこと」を帰責事由の問題とするという見解がある⁵⁸。これは、前述の立証責任の分配の観点からの分類の1つの例と位置付けることができる。

立証責任分配の基準としては、条文上の文言や実体法の位置づけのみならず、証拠との距離といった観点も重要となる。任務懈怠評価の蓋然性ある事実があれば、当該事実までを債務不履行事実とし、具体的な行為義務・注意義務態様のうち債務者が立証しやすい事情を免責事由として債務者に立証責任を課すという処理も考えられる。債権者にとって契約違反の証明が困難であり、債務者が証拠提出に有利な立場にあるのであれば、契約違反の蓋然性が一定程度伺われるような一定の外形的事実を債権者が証明すれば理論上の契約義務違反の存在が推定されるということである。

前述の説も、取締役が本来的に会社に対して負っている債務は手段債務としての「公正な取引が行われるように、善良な管理者の注意義務」であるところ、その立証責任を完全に会社側に負わせるのは（株主代表訴訟の場面なども念頭に置くと）酷である。そこで、取引を行った時点における条件・内容が不公正であったという外形的事実があれば取締役が当該注意義務に違反したことの蓋然性があるとし、当該外形的事実をもって債務不履行事実としたと整理する。そして、取引を行った時点における条件・内容が不公正であるという外形的事実について、利益相反取引によって会社に損害が発生したというさらなる概括的・外形的事実（外形的事実の外形的事実）をもって推定を認めるというのが会社法 423 条 3 項と整理するのである。

また、平成 17 年会社法の立案担当者は、違法性と主観的要件としての過失という伝統的な枠組みを一般論として維持していたようであるが、具体的な提言を伝統的な意味での過失責任主義から切り離し、近時の理解と整合的に捉えなおすことも可能である。立案担当者の一人によれば、任務懈怠については、「業務執行自体や意思決定の内容が、会社が把握していた情報を前提として著しく不合理なものであったかどうかを検討し、そのように客観的に著しく不合理な意思決定や業務執行に関与した取締役については、任務懈怠を認め」とし、帰責事由（過失）については、「各取締役が、当時自分に与えられていた情報や権限等を主張」することで善意無過失が認められると述べられている⁵⁹。この理解を利益相反取引

⁵⁷ 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務 295 号）（2006・商事法務）117－118 頁。

⁵⁸ 田中・前掲注(34)文献 9 頁、田中・前掲注(7)文献 281 頁。

⁵⁹ 会社法であそば。前掲注(55)ウェブサイト参照。

引の場面にあてはめれば、会社レベルで判断して不合理な取引をしてしまったことが任務懈怠であり、具体的な取締役個人レベルの情報や権限に基づいて不合理な取引を阻止することが期待できたかが帰責事由の判断ということになる⁶⁰。

この理解は、取締役が本来会社に対して負っている義務は当該取締役の有する情報や権限に基づいて不合理な取引を阻止すること（合理的な取引をすること）であるが、その立証を全て会社ないし株主（代表訴訟の場合）に課すのは酷であるという判断のもと、会社として不合理な取引であったという外形的事実が立証されれば、取締役個人の義務違反を推定するという扱いがなされると整理するのである。これは、取締役個人レベルでの個別具体的な状況による注意義務違反の有無は被告となる取締役のほう而立証が容易であるという観点から正当化される。そして、会社レベルで不合理な取引をしたという外形的な事実が、利益相反取引によって損害が発生したというさらなる概括的・外形的な事実によって推定されるのが会社法 423 条 3 項の規律と説明するのである。

これらに対して、結果債務と手段債務の交錯・融合の一例として利益相反取引の場面での取締役の責任を説明することは少し難しい。利益相反取引によって会社に損害を発生させないという結果債務と取締役は公正な取引をするよう（不公正な取引をしないよう）に注意する手段債務の融合と理解することで、ある程度整合的な説明ができるようにみえるかもしれない。しかし、利益相反取引によって会社に損害を与えたことは、任務懈怠を認定するのではなく推定するにとどまる。となると、前述の見解のように、取引時における公正な条件・内容の取引をする義務を結果債務とし、公正な条件・内容の取引をすべく注意する義務を手段債務とし、この両者が交錯・融合すると説明することになろうか。しかし、この 2 つの義務はまさに同一の場面を規律する義務であって、賃貸借契約の目的物の返還義務と保管義務のように「別個の義務」とはいえないのではなかろうか。

(3) 小括

利益相反取引の場面での取締役の責任において推定される任務懈怠概念と自己取引で証明が許されない帰責事由の不存在概念との関係についての議論は債権法改正後の民法 415 条の法文上の債務不履行事実と帰責事由概念との関係の議論とパラレルに捉えられる。そして、改正民法 415 条の理解としても、手段債務において帰責事由概念が機能する場面があるのかないのかについてまだ争いがあり結論がついていない。このことが、利益相反取引についての取締役の責任の要件の議論がいまだ不明確である理由である。

利益相反取引の取締役の義務は、手段債務と理解するのが通常である。そして、民法の理

⁶⁰ このように立案担当者の理解を整理すると実は前述の田中・前掲注(34)文献 9 頁と同一の説と整理することも可能と思われる。ただし、前注(50)で述べた通り、相澤編著・前掲注(12)文献 331 頁は、任務懈怠がないこととして「適法な手続を経て、かつ、取締役としての善管注意義務を尽くしていたことを立証すれば、任務懈怠責任を免れることができる」としており、必ずしも前掲注(55)ウェブサイトの整理とは整合的ではない。

解として、手段債務では条文上の債務不履行事実と帰責事由とは同一概念であり、手段債務において帰責事由概念が機能する場面はないという理解に立つならば、自己取引以外の場面では、任務懈怠の推定を覆す立証も帰責事由の不存在の立証も全く同一ということになる。そして、自己取引では帰責事由の不存在も債務不履行の推定を覆す立証もできない嚴格責任と理解することになる。

これに対して、条文上の債務不履行事実と帰責事由とは、理論的には契約上の義務違反という1つの評価を認定するための事情を立証責任の分担の観点から割り振ったものと理解することで、両者は別異なる概念とする理解も提唱されている。そして、任務懈怠として取引時に公正な条件・内容での取引をする義務、帰責事由として取締役が公正な取引を為すべく注意する義務と捉える見解や、任務懈怠を会社レベルでの取引条件の公正性、帰責事由を取締役個人レベルでの当該取締役の具体的な権限・情報に基づいて公正な取引をすべき義務を履行したか否かと捉える見解も、立証責任の分配という観点から両要件に割り振ったものとして民法学説と整合的に理解することができる。

結論

1. 利益相反取引の条文の読み方

以上、本稿の内容を法科大学院の学生向けにまとめると以下ようになる。

まず、利益相反取引の適用範囲について「自己又は第三者のために」の「ために」の意義ばかりが論点として認識されているが、実は、実際に適用範囲を画するには「取締役一会社間の取引」要件こそが重要である。もちろん、新たに法曹の一員になろうとする段階の法科大学院生が、本稿のような小論のみに基づいて、長い間にわたり蓄積されてきた「自己又は第三者のために」の議論を完全に無視するわけにはいかないであろう。「法律家らしい議論」を身に付けていることを既存の法律家に認めてもらう段階（司法試験はその典型例であろう）では、既存の議論の手法が身に付いていることを示す必要もあろう。だが、眼前の事案を解決するためには、当該事案に利益相反取引規制が適用されるか否かを検討する必要がある、そのためには、「取締役一会社間の取引」要件が必要となる。

「自己又は第三者のために」において名義説をとることが、暗黙の裡に「取締役一会社間の取引」要件を厳格に認定する説をとるということは現段階では認められる議論であろう⁶¹。しかし、計算説を採用するならば、どうしても「取締役一会社間の取引」要件の検討が必要になることは忘れないでいてほしい。

⁶¹ 高橋・前掲注(8)文献 240 頁、250 頁の説く「厳格な名義説」はかかる立場といえる。

そして、取締役の責任の場面での任務懈怠要件と帰責事由要件との関係については、利益相反取引が結果債務か手段債務かを検討し、(多くの学生のように) 手段債務であるというだけではまだ結論はでてこない。民法の理解として手段債務の場面で帰責事由概念が機能する場面があると考えているのか否かをまず考える必要がある。

そこで、手段債務においては条文上の債務不履行＝帰責事由であり、債務不履行事実が認定されれば、帰責事由の不存在が問題になる場面は法律上ありえないという立場をとっているのであれば、利益相反取引の場面でも、任務懈怠の推定を覆す立証と帰責事由の不存在の立証とは同一であり、自己取引においてはそれらが制限される結果、厳格責任となると理解することになる。

これに対して、条文上の債務不履行と帰責事由とは、理論的には契約上の義務違反という1つの評価に関するものであるが、それを立証責任分配の観点から割り振ったもの等と理解することで、手段債務においても条文上の帰責事由の不存在を争う場面はありうると理解するのであれば、利益相反取引においても、任務懈怠と帰責事由とを別異に解することができる。そして、商法学で説かれている、任務懈怠として取引条件の公正性、帰責事由として公正な条件による取引をすべく注意する義務がそれぞれ問題になるとする説などは、この理解の1つのバージョンとして整理することができる。

なお、付言すれば、試験など眼前の事案を分析することが求められる場面では、学生は、本稿のように学説を羅列するのではなく、それぞれの民法債務不履行法の理解に従い、淡々と利益相反取引における任務懈怠要件と帰責事由要件の理解を示して事案を処理することが求められることも忘れないでほしい。

2. 利益相反取引の条文の教え方

利益相反取引の理解について、従来の解釈論は、経済実態や理論的な体系性を重視するあまり、条文との整合性についての議論が不十分であるように感じていた。そして、法科大学院での教育は、最先端の理論的知見を教える場でありながらも、それらの理論的な知見を実務で扱えるように架橋すべき場でもあるはずである。そして、実務を全く知らない筆者の視点ではあるものの、実務において重視されているものの1つが条文であろう。そうであれば、理論的知見を条文解釈に落とし込む作業が法科大学院における教育として要請されることとなろう。

この観点から、本稿では、利益相反取引の適用範囲について「自己又は第三者のために」の「ために」の意義の議論は実益が乏しく、「取締役一会社間の取引」要件の認定に議論をシフトすべきであると論じた。そのためにも、「取締役一会社間の取引」要件の認定に争いがあることを含めて法科大学院ではきちんと教える必要があろう。また、意義の乏しい「自己又は第三者のために」要件の重要性を誤信させかねない現行のコア・カリキュラムは改訂

すべきであるように思われる⁶²。

また、任務懈怠要件と帰責事由要件の関係は、本稿で示した通り議論が複雑であり、商法の授業ですべてを扱うことはできないし、すべてを扱うことが法曹として必要な知識であるとも思われない。そこで、民法の教員と相談して、内容を調整する必要もあろう。

平成 16 年に開始した日本の法科大学院制度も、様々な面で当初の見込みと異なる面が見られるようになってきた。しかし、筆者が接する限りでは、近時の学説や判例の到達点の理解に関心の高い学生や法科大学院出身の実務法曹は多く、そのレベルも「研究者教員」というポジションにいる自分が恥ずかしくなるほど高い方も多い。法科大学院制度構想時に理想とした水準には達していないのかもしれないが、実務と理論の架橋は進んでいるように感じる。筆者は、予備試験制度の活用や学部との 5 年一貫制などの諸改革案には必ずしも反対ではないものの、どのような教育形態となるのであれ、このような実務と架橋による理論の深化が今後も進むことを期待し、本稿がその一助となれば幸いである。

※ 本稿執筆にあたり北海道大学民事法研究会（2014 年 11 月 21 日）、東北大学商法研究会（2014 年 7 月 19 日）で報告の機会を賜った。両研究会のメンバーから貴重なコメントをいただいた。記して感謝申し上げるとともに有益なコメントのすべてを反映することはできなかったことをお詫び申し上げます。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：15K03190）の研究成果の一部である。

⁶² さらにいえば、コア・カリキュラム制定当時には応用問題だったかもしれないが重要性が増し現在においては「共通に修得すべき学習内容」となったと思われる敵対的買収防衛策（差別行使条件付新株予約権の無償割当など）、キャッシュアウトのほか、平成 26 年会社法改正を含めたものに改定する必要もあろう。

家事事件における執行手続—子の引渡しを中心に

東北大学大学院法学研究科准教授 今津 綾子

- 一 はじめに
 - (3) 権利としての子の引渡し？
 - (4) 小括
- 二 家事事件手続内での履行確保手段
 - 1 制度の概要
 - 2 履行勧告と履行命令
 - (1) 履行勧告
 - (2) 履行命令
 - 3 強制執行とのすみ分け
- 三 給付の目的と執行方法
 - 1 金銭の支払を目的とする給付
 - 2 金銭の支払以外を目的とする給付
- 四 子の引渡しと強制執行
 - 1 問題状況
 - 2 子の引渡し
 - (1) 子の引渡しとは
 - (2) 子の引渡しを基礎づける実体法上の根拠
- 3 子の引渡しを命ずる手続
 - (1) 民事訴訟手続
 - (2) 家事事件手続
 - (3) 人身保護手続
- 4 子の引渡しの強制執行
 - (1) 間接強制
 - (2) 直接強制の可否
 - (3) 直接強制の実施方法
 - (4) 新たな立法とその影響
- 五 実効性ある執行のために
 - 1 執行手続の展望
 - 2 裁判所による給付内容の具体化
 - (1) 執行裁判所による具体化の可能性
 - (2) 家庭裁判所による具体化の可能性
- 六 おわりに

一 はじめに

財産権をめぐる紛争（財産事件）を処理する一般の民事訴訟手続においてそうであるのと同様、家庭に関する紛争（家事事件）を処理する家事事件手続においても、裁判所によって当事者が一定の給付を命じられる場合がある（家事事件手続法 154 条 2 項・3 項・171 条・185 条・196 条・284 条参照）。この場合、給付を命ずる裁判（審判）は債務名義、すなわち強制執行の基礎たる文書となる（家事事件手続法 75 条）。また、一定の給付をなすべきことにつき当事者間で合意に至り、合意内容が調停調書に記載されると、当該調書は

確定判決や審判と同一の効力を有するものとされており（同法 268 条 1 項）¹、こちらも債務名義として機能する。

そして、財産事件においては裁判所によって命じられた給付を強制的に実現する手段として民事執行法の定める執行手続が利用されるが、家事事件においても同法の適用は排除されない。ただ、民事執行法がもともと財産事件を念頭に設計されていることに加え、家事事件には①給付の有無が給付義務者のみならず第三者にも重大な影響を及ぼしうる、②個人の感情を尊重し、将来にわたる人間関係に配慮する必要がある、③給付の根拠や性質、内容がはっきりしない、といった特有の事情が存在していることから、民事執行法の規定を用いることが事案適合的であるのかどうか、場合によってはそれを用いることが解釈上可能であるかどうかにかえ疑義が生ずる場面がある。

家事事件の処理に特化した「家事執行法」のようなものが存在しない以上²、家事事件における給付の確実な履行を望む当事者は、一般法たる民事執行法の定める強制執行手続に頼るほかない。本稿では、家事事件において問題となる給付のそれぞれについて、その実現のために用いられる強制執行の手続を概観する。とりわけ金銭では解決できない種類の給付に関しては、上に述べたような疑義が生ずる場面も多いが、そうした場面では①ないし③に掲げる家事事件に特有の事情を踏まえつつ、「家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る」（旧家事審判法 1 条参照）という家事事件処理の基本的な理念にふさわしい執行手続のあり方を明らかにしていきたい。

二 家事事件手続内での履行確保手段

1 制度の概要

民事執行手続について論ずるに先立って、家事事件手続内で用意されている履行確保のための手段に触れておきたい。

家事事件手続法は、家事事件手続における審判や調停で定められた給付の履行を確保するため³、民事執行手続とは異なる独自の制度を用意している（履行確保制度）。具体的には、

¹ 調停調書の場合、家事事件手続法別表第二に掲げる事項については審判と同一の効力（すなわち「執行力のある債務名義と同一の効力」。家事手続 75）を有し、それ以外の事項については確定判決と同一の効力を有するものとされている（同 268 I）。後者は訴訟上の和解に対するのと同様の規律である。本文に述べたとおりいずれも債務名義となるが、執行文の要否に違いがある（前者は不要、後者は必要と解されている）。金子修編著『一問一答家事事件手続法』（商事法務、2012）805 頁以下参照

² 民事執行法上の特則という形で設けられた規律については本文後述三 1 で、新たな立法に向けた動きについては本文後述四 4（4）②で、それぞれ言及する。

³ なお、人事訴訟手続において附帯処分としての裁判により定められた義務についても、家事事件手続におけるのと同様の履行確保制度が設けられている（人訴 38・39 参照）。

履行状況の調査及び勧告をおこなうこと（家事事件手続法 289 条以下）、並びに履行の命令を発すること（家事事件手続法 290 条以下）ができる。昭和 31 年の旧家事審判法改正に伴い導入された制度であり、現行の家事事件手続法にもほぼそのままの形で引き継がれている⁴。

履行確保制度は、家庭裁判所の本質的な特徴である後見的機能の表れであり⁵、しばしば家庭裁判所によるアフターケア・サービスと表現される。家事事件手続は、形式的には審判や調停の成立をもって終了するが、当事者間の紛争はそれだけで完結するわけではなく、とりわけ継続的給付が命じられるような事件類型では定められた給付が将来にわたってきちんと得られるかどうか当事者は強い関心をもつし、またそれ以外の事件類型でも当事者間の人的関係はなお続いていくことが多い（一に挙げた家事事件の特徴②参照）。家事事件がこのような性質を帯びるものであることにかんがみれば、審判等が成立したからそれで終わりではなく、家庭裁判所には「その後」への配慮をも含む包括的な支援が期待されよう。このような理由から、家事事件手続法の中で（地方裁判所による一般の民事執行手続とは別に）履行確保のための制度を設けているのである。

2 履行勧告と履行命令

履行確保制度としては、現在、履行勧告と履行命令の 2 つの方法が用意されている。

(1) 履行勧告

履行勧告は、権利者の申出にもとづいて家事債務の履行状況を調査し、その結果を踏まえて、義務者に対して自発的に義務を履行するよう促すものである（家事事件手続法 289 条 1 項）。

履行勧告の実務を担うのは、裁判官の命令を受けた家庭裁判所調査官（裁判所法 61 条の

⁴ 家事事件手続法制定に際して、本文に挙げた履行状況の調査及び勧告、そして履行命令については、規則事項の一部を法律に取り入れるなどして規律を明確化したほかは、実質的な変更が加えられることはなかった。他方、旧家事審判法下における履行確保制度の一つであった寄託の制度は廃止された。この制度は、家庭裁判所が義務者から金銭を受け取ってそれを保管し、権利者に交付することによって金銭の授受をめぐる紛争を回避するためのものであったが（旧家審 15 の 7）、利用が低調だったこともあり、家事事件手続法には引き継がれなかった。金子・前掲注 1)247 頁以下参照。

⁵ 日本弁護士連合会家事法制委員会編『家事事件における保全・執行・履行確保の実務』（日本加除出版、2017）324 頁〔加藤祐司〕は、履行確保制度は家庭裁判所にもともと期待されていた役割を具体化したものにすぎず、制度にない方法による履行確保のための支援も妨げられないとする（例として、権利者以外の者の申出にもとづく履行勧告）。これに対して、佐上善和『家事事件手続法 I 〔家事審判・家事調停〕』（信山社、2017）392 頁注 5 は、当事者の自己責任との関係において履行確保のような後見的活動がどこまで維持されるべきかは検討を要すると述べており、法律の規定を超えた支援には消極的である。

2. 以下単に「調査官」という。)である場合が多い(家事事件手続法 289 条 3 項)。権利者の申出(書面に限らず、口頭、電話でもよい)があると、調査官はまず権利者に連絡して履行状況、義務者の住所や勤務先等に関する情報提供を受けるとともに、履行勧告の具体的方法や履行勧告以外の選択肢(強制執行)に関する説明をおこなう。調査官は社会福祉機関との連絡(家事事件手続法 289 条 4 項)、官公庁への調査嘱託や銀行等からの報告(同 5 項)なども用いながら履行状況を調査し、その結果にもとづいて義務者に対して書面の送付、架電、家庭裁判所における面接、住居への訪問等を通じて履行を勧告することになる⁶。

履行勧告は、手続が簡易で費用もかからないため、権利者にとって負担なく利用することができる利点がある。また、面会交流など履行のために当事者間の調整や協力が不可欠な事案では、当事者の行き違いにより履行ができていない場合もあり、そうした場合には調査官の介在により円滑に履行できるようになることが期待できるという⁷。実際に相当数の利用があり、そのうち 3 割以上が義務の履行に応じている。

ただし、あくまで勧告、つまり義務者による任意の履行を促すものであって、裁判としての効力はなく、強制力も伴わない。義務者が応じなければ、それまでである。

(2) 履行命令

履行命令は、権利者の申立てにもとづいて、審判や調停「で定められた金銭の支払その他の財産上の給付を目的とする義務の履行を怠った者がある場合において、相当と認める時」に、審判をした家庭裁判所が「義務者に対し、相当の期限を定めてその義務の履行をすべきことを命ずる審判をする」ものである(同 290 条 1 項・3 項)。

履行命令は、財産上の給付を目的とする義務についてしか発せられない。家事事件手続法の制定過程で対象を拡大することも検討されたが、見送られたという経緯がある⁸。

義務者が命令に従わない場合は 10 万円以下の過料に処せられることになり(同条 5 項)、その意味で履行に向けた心理的強制を伴うものではある。しかし、義務者が過料の支払いさえいとわなければそれ以上に給付の実現を強いられることはないため、実効性が高いとはいいいがたい。そのこともあってか、利用はきわめて低調である。

⁶ 履行勧告の方法につき、渋谷真理子「養育費支払い義務の履行確保手続」判タ 1100 号(2002) 68 頁参照。

⁷ 水野有子＝中野晴行「面会交流の調停・審判事件の審理」東京家事事件研究会編『家事事件・人事訴訟事件の実務—家事事件手続法の趣旨を踏まえて—』(法曹会、2015) 224 頁。

⁸ 金子・前掲注 1)249 頁。とりわけ面会交流を定める義務について新たに対象とすべきとの意見もあったが、この種の義務について履行命令を発するには相当の調査を要すること、実効性に乏しく利用も低調であること等から見送られたという。

※履行勧告・履行命令事件数⁹

	履行勧告			履行命令
	金銭債務その他	人間関係調整	計	
H27 年度	14413	2186	16599	85
H28 年度	14185	2314	16499	95
H29 年度	13224	2226	15450	67

※履行勧告（金銭債務その他）の終局時の履行状況

	総数	全部履行	一部履行	その他・不詳
H27 年度	14413	4956	2705	6752
H28 年度	14185	4974	2481	6730
H29 年度	13224	4820	2197	6207

※履行勧告事件（人間関係調整）の終局時の履行状況

	総数	目的達成	一部目的達成	目的不達	その他・不詳
H27 年度	2186	558	251	894	483
H28 年度	2314	572	281	965	496
H29 年度	2226	501	267	914	544

※履行命令事件の終局区分

	総数	履行命令	却下	取下げ
H27 年度	85	46	11	28
H28 年度	95	58	12	25
H29 年度	67	27	10	30

3 執行手続とのすみ分け

強制執行手続と履行確保制度はいずれも給付の実現を目的とするものであるが、それぞれ異なる特徴をもっている。

履行確保制度は、①一回あたりの給付は少額であることが多く、執行費用をまかなえない、②当事者は法律の知識に乏しかったり精神状態が不安定であったりして法的手続へのアクセスが容易でない、③相手方との人的関係から強制的な手段の利用を躊躇してしまう、といった理由から強制執行手続を使えない（使わない）ことの多い家事事件当事者のために設けられたものであり、その特徴は①'手続費用がかからない又は僅少であり、②'審判や調停と同じく家庭裁判所が担う手続であり、かつ、③'強制力がないところにある。こうした利用のしやすさから相当数の利用があり（直近の資料によると、年間1万3千件超）、一

⁹ 司法統計による。なお、人間関係調整事件の大部分は面会交流に関するものとみられる。

定の成果を上げている。

ただ、履行確保制度には、履行の意欲が少しでもある義務者に対してはそれを促す契機になるが、何があっても履行しないという強固な意思をもつ義務者との関係ではほとんど機能しないという弱みがある（2 参照）。それゆえ、強制執行に完全に代替するものではなく、義務者の意に反してでも給付を実現するためにはやはり強制執行が第一の選択肢とならざるをえないであろう¹⁰。

とはいえ、強制執行を実施するにも困難な課題は多くあり、現状では一概に履行確保より実効性ある手段ともいえないのが歯がゆいところである¹¹。本稿の 2 は強制執行の利用による給付の実現にあるが（一参照）、履行確保制度それ自体の充実や、履行確保と強制執行との連携という観点も不可欠であり、今後の検討課題になると考えられる¹²。

三 給付の目的と執行方法

1 金銭の支払を目的とする給付

家事事件における給付のうち金銭の支払を目的とする給付については、文字どおり金銭を支払うだけのものであるから、基本的には財産事件における執行手続と同様に考えればよい。

もっとも、問題の給付が権利者の生活保障という意味合いのものである場合、例えば、婚姻費用（民法 760 条）、あるいは子の監護費用（同 766 条。いわゆる養育費）としての給付である場合は、その確実な履行が特に要請されることから、民事執行法においてその点に配慮した規定が置かれている。すなわち、強制執行は確定期限の到来をまっておこなわなければならないところ（民事執行法 30 条 1 項）、婚姻費用や養育費としての確定期限付の定期金債権の一部について不履行がある場合には債権者は将来部分についても債権執行の手続を開始できる（同 151 条の 2）。また、債権執行においては給与債権のうち 4 分の 3 は差押えを禁じられているが（同 152 条 1 項）、執行債権者がこの種の確定期限付定期金債権を請求する場合においては差押禁止の範囲が 2 分の 1 に縮減される（同 152 条 3 項）。さ

¹⁰ 強制執行それ自体の実効性についても、義務者にみるべき財産がなければ強制執行は無意味であるし、申立てをするうえで必要な義務者の住所や対象財産を特定すること自体容易でないこともある。

¹¹ 実務上は、強制執行が奏功する見込みのない場合に履行確保を試みることや（高田裕成編著『家事事件手続法 理論・解釈・運用』（有斐閣、2014）412 頁〔増田勝久〕）、履行確保によって強制執行申立てに必要な情報を得ようとすることもあるという（日本弁護士連合会家事法制委員会編・前掲注 5）330 頁参照）。

¹² 高田・前掲注 11）412 頁・413 頁〔高田裕成〕も、家事事件手続法で履行確保制度に係る実質的な改正がなかった経緯を踏まえつつ、両制度の機能分担や制度の再構築が今後の課題となることを示唆している。

らに、金銭を目的とする債務については間接強制ができないはずのところ（同 172 条 1 項参照）、この種の確定期限付定期金債権についての強制執行に関する限り、間接強制によることも許されている（同 167 条の 15）¹³。これらは平成 15 年及び同 16 年の法改正により実現したものであり¹⁴、権利者はより少ない手間と費用で、より多くの成果を得ることが可能となった。

このように、金銭給付に関しては、家事事件における執行手続の利用促進、実効性確保のための法整備は進んでいるが、現実にはなお履行に至らない例も少なくない。今後も、家事事件当事者の抱える強制執行への事実上の障壁（二 3①ないし③参照）を取り除くための啓発や支援を進めることのほか、権利者が義務者の居所や財産状況を確実に把握できるような制度の整備といった（民事執行手続一般に妥当する）課題に引き続き取り組んでいく必要がある¹⁵。

2 金銭の支払以外を目的とする給付

金銭の支払以外を目的とする給付については、実現すべき給付の内容が多様であるだけに、その執行方法も画一的、定型的に捉えることが難しい。財産事件における非金銭給付の執行手続に関しては、民事執行法も規律を設けているが（民事執行法 168 条以下）、上述のような非金銭給付の性格上その内容は概括的なものとどまっており、家事債務の実現を目指すうえでは不満足な規律であるといわざるを得ない。

この種の給付の代表例が「子の引渡し」である。民事執行法には直接その実現を図るための規律が用意されていないため、民事執行法の手続が利用できるのか、利用できるとして具体的にどのような方法により実施するのか等、法解釈や運用に迷うところが多くある。

以下では、この代表的な非金銭給付を取り上げ、その強制的実現のための執行手続のあり方について検討することとする。

四 子の引渡しと強制執行

¹³ 財産事件における金銭給付の場合、執行は確定期限の到来をまっておこなわなければならない（民執 30 I）、給与債権のうち 4 分の 3 は差押えが禁止され（同 152 I）、また間接強制は許されていない。本文に掲げる措置はその例外として、特定の家事債務との関係で特に認められているものである。

¹⁴ 改正趣旨等について、詳しくは谷口園恵＝筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』（商事法務、2004）100 頁以下、小野瀬厚＝原司編著『一問一答平成 16 年改正民事訴訟法・非訟事件手続法・民事執行法』（商事法務、2005）149 頁以下参照。

¹⁵ 本文後述四 4（4）②で言及する法制審議会の民事執行法部会においては、債務者財産の開示制度（民執 196 条以下）の実効性向上に向けた審議もおこなわれており、家事債務に係る金銭執行との関係でもその成果が期待されるところである。

1 問題状況

子の引渡しが問題となるのは、一方（これを便宜上同居親¹⁶と称する。）のもとで養育されている子について、他方（これを便宜上別居親と称する。）もまたその養育を望む場合である¹⁷。このとき、別居親は裁判手続を通じて同居親に対して子の引渡しを求めることができる。裁判所はそれに応じて同居親に対して別居親への子の引渡しを命ずる裁判¹⁸をなすことができる。同居親がこれを受け入れないとき、子の引渡しを求める裁判の強制執行という問題が生ずるのである。

これは、条文にない子の引渡しの強制執行が可能であるか、可能であるとしてその具体的方法いかにという手続法の解釈問題であるとともに、子の引渡しとは何かという実体法の解釈問題でもある。というのも、実体法（民法）には子の引渡しの直接の根拠となる条文はなく、現状ではその点もやはり解釈にゆだねられているからであり、しかも実体法の解釈次第で強制執行の可否や方法という手続法の解釈問題への取り組み方も左右されうるからである。

以下では、まず実体法の観点から子の引渡しとは何かを問うことから始める（2）。次に、子の引渡しに係る債務名義の作成過程について整理し（3）、それを踏まえて子の引渡しを実現するための執行手続について検討する（4）。

2 子の引渡し

（1）子の引渡しとは

一般に、有体物についての「引渡し」といえば、対象物の現実の支配（直接占有）を義務者から権利者へと移転する内容の給付として理解されている¹⁹。このとき、義務者から権利者への有体物の引渡しを支える根拠となるのは、所有権にもとづく返還請求権や契約にもとづく引渡請求権といった実体法上の請求権である。

¹⁶ 本文にいうような、子を自らの手元で養育する親を「監護親」と表現する文献も散見される。ただ、この意味での「監護親」が、つねに法的な意味でも監護権者（民 766 I にいう「監護をすべき者」）であるとは限らない。本文では、（法的に監護権者と認められるかどうかと切り離して）単に事実として子を養育する者という意味で、同居親と称した。

¹⁷ 子の引渡しをめぐる紛争の当事者は必ずしも父母に限らないが（祖父母やおじ・おばといった第三者であることも少なくない）、叙述の都合上いずれも「親」と称している。

¹⁸ 叙述の都合上裁判所が子の引渡しを命ずる場合を念頭に置いているが、子の引渡しを合意する調停についても、基本的に同様に解することができる。以下の本文についても同様。

¹⁹ 兼子一『増補強制執行法』（酒井書店、1955）276 頁。

子の引渡しをこれと同じように、つまり同居親の支配下にいる子を別居親の支配下に移す内容のものと理解することは、適当でない。子は単なる物ではなく一個の人格的存在であるから、誰かの（それがたとえ親であっても）支配下にあるという考え方自体がふさわしくない。また、子は成長するにつれ自らの意思を表明し、それにもとづいて行動するようになるから、物と同一に扱うことは実際上不可能でもある。

では、物の引渡しとは異なる意味における、子の引渡しとは何か。民法上その根拠となるべき「子の引渡請求権」のようなものは見当たらず、また家事事件手続法も「子の引渡し」という以上の具体的な内容は規定しない（家事事件手続法 154 条 3 項など参照）。実務において裁判所の発する裁判も、端的に「子を引き渡せ」と命ずるにとどまり、具体的な給付内容や特定の実施方法を指示するものではない²⁰。そのため、法律上も実務運用上も、子の引渡しがいかなる根拠で、誰に何をさせようとするものなのかは必ずしも明確でないのが現状である。

(2) 子の引渡しを基礎づける実体法上の根拠

別居親が同居親を被告として子の引渡請求訴訟を提起すること²¹は、明文規定はないものの、大審院においてすでに認められていた。大審院の考え方は、若干の変遷を経たが²²、子の引渡請求は親権（民法 818 条以下）や監護権にもとづく妨害排除請求であるとの立場で固まった。なお、ここにいる「監護権」とは、父母の協議又は家庭裁判所により「子の監護をすべき者」（同 766 条 1 項）と定められた者のもつ権限を指している。この意味での監護権の帰属は、親権の帰属と必ずしも一致しない（離婚後の夫婦のうち一方が親権者、他方が監護権者とされる場合や、子の祖父母等の親権者でない親族が監護権者に指定される場合がある）²³。

²⁰ 家事事件手続として子の引渡しを求める場合も、権利者から特定の引渡し方法が提示されることはないのが通例であるし、そのことで申立てが内容不特定として斥けられることはない（もっとも、抽象的に「子の監護に関する処分」とだけ記載するのでは足りない。金子修編著『逐条解説家事事件手続法』（商事法務、2013）174 頁）。

²¹ 戦前は家庭裁判所における家事事件手続という選択肢が存在しなかったため（家事審判法の成立は昭和 23 年、家庭裁判所の設置はその翌年である）、子の引渡しを求めるには通常の民事訴訟によるほかなかった。

²² 当初は物におけるのと同じような意味での引渡請求権を前提としていたようである。（大判明治 34・9・21 民録 7 輯 8 巻 25 頁、大判大正 1・12・19 民録 18 輯 1087 頁など）。その後、大判大正 10・10・29 民録 27 輯 1847 頁が引渡請求は「〔子〕ニ対スル監護教育権ニ基キ其行使ノ妨害ヲ排除スル為メ」のものであるとの判断を示すに至り、以降は一貫して妨害排除請求との法律構成が採用されている。

²³ 親権と監護権が分属する場合における親権の内容については、民法学説上必ずしも明確でなく、分属そのものに反対する見解もある（川田昇「親の権利と子の利益」中川善之助先生追悼現代家族法大系編集委員会編『現代家族法大系 3 親子・親権・後見・扶養』（有斐閣、1979）234 頁。許末恵『親権と監護—民法第 766 条、第 818 条及び第 819 条の成立』（日本評論社、2016）246 頁・255 頁は立法段階での検討不足を指摘する）。監護権があれば子の引渡請求が可能であり（清水節「親権と監護権の分離・分属」判タ

その後、最高裁においてもこの立場が踏襲された。子 A の母 X が A を養育する Y (子の叔父) に対してその引渡しを求めた事案において、最高裁は、「X の本件 (子の引渡) 請求は、X の親権に服する子 A に対し、X がその親権を行使するにつき、Y の妨害の排除を求むるに在る」とし、X の引渡請求を認容したのである²⁴。なお、Y は上告理由において引渡請求を認める原判決は A の居住の自由 (憲法 22 条) を侵害するものであると主張したのであるが、それに対しては「本件請求は、右 A に対し、民法 821 条に基く居所指定権により、その居所を定めることを求めるものではなくして、X が同人に対する親権を行使するにつき、これを妨害することの排除を、Y に対し求めるものである」と上記と同様の説示を繰り返したうえで、「本件請求を認容する判決によつて、X の親権行使に対する妨害が排除せられるとしても、右 A に対し、X の支配下に入ることを強制し得るものではなく、居住移転の自由とは関係がないとして、これを斥けている。

このように、親権を有する者はその行使を妨害しないことを求める権利 (妨害排除請求権²⁵) を有し、それにもとづいて子の引渡しを求めることができるというのが確立した判例である。学説上もこのような考え方 (妨害排除請求権説) が通説的地位を占めているとされる。ただ、そこにいう妨害排除 (としての子の引渡し) の具体的な内容は、判例からはなお明らかにならない。学説には、物権的請求権類似の引渡請求権という理解は排除されているという見解²⁶、あるいは権利者による子の引き取りを義務者が妨げない (受忍する) という不作為であるとの見解もあるが²⁷、通常用いられる「子を引き渡せ」という判決主文の文言とは必ずしも整合しない。他方、主文に忠実な執行方法として直接強制が排除され

1100 号 (2002) 144 頁)、その半面、親権者であっても監護権がなければ子の引渡請求は許されない (本文後述四 3 (1)、後掲注 42) 参照)。

²⁴ 最判昭和 35・3・15 民集 14 巻 3 号 430 頁。事案は、子の養育をめぐる実母と叔父との争いである。A は X と B の間に生まれた子であるが、その後 X と B が別居するに至り、A は B のもとで養育された。その後 B が死亡したため、B の実弟である Y が A を引き取ったところ、親権者である X が Y に対して A の引渡しを求め、民事訴訟を提起するに至った。原審 (東京高判昭和 32・9・17 民集 14 巻 3 号 447 頁) は「X が未成年者 A の親権者として同人の監護及び教育をする権利を有し、義務を負い、同人の居所を定めることができることは、いうまでもないところであつて、Y は正当の事由のない限り X の本件引渡の要求を拒むことのできないものというべきである」と述べ、X による引渡請求を認容した。Y が上告するも、最高裁は本文のように結論した。

²⁵ 物権的請求権にみられる表現と同一だが、整理の仕方はやや異なる。物権的請求権の場合、物権侵害の態様が占有剥奪であれば引渡請求権、それ以外であれば妨害排除請求権により侵害の除去を求めるものと整理されているが、親権にもとづく請求権の場合は妨害排除としての子の引渡請求を基礎づけることができるのであり、これと別個に「親権にもとづく引渡請求」を概念する余地はないと考えられる。したがって、親権の場合は、あらゆる態様の行使妨害に対して妨害排除請求という法律構成をもって対応することになる。引渡請求という用語を回避した背景には、物に対する支配権と同一視しないこと (本文四 2 (1) 参照) を強調する意図があったのかもしれない。

²⁶ 窪田充見『家族法 (第 3 版)』(有斐閣、2017) 303 頁。

²⁷ 中野貞一郎＝下村正明『民事執行法』(青林書院、2016) 802 頁、佐上・前掲注 5) 392 頁。

ないことから、翻って妨害排除請求権に加えて引渡請求権としての性質をも認めるという見解も主張されており²⁸、議論は錯綜している。

(3) 権利としての子の引渡し？

通説・判例は、子の引渡しを求める「権利」を認めるが、同時に子の引渡しをめぐる紛争を家事事件手続において処理することも認める。判例²⁹はかつて、家事事件手続の合憲性について、「法律上の実体的権利義務自体につき争があり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべき」であり、これを家事事件手続により裁判することは許されない一方、「実体的権利義務の存することを前提として、…家庭裁判所が後見的立場から、合目的の見地に立つて、裁量権を行使してその具体的内容を形成すること」は対審公開の手続は不要である、と説明した。これに従うならば、子の引渡しを基礎づける親権にもとづく妨害排除請求権自体の存否を確定するには訴訟手続によらなければならない、家事事件手続においては当該請求権の存することを前提として、その具体的内容を形成しているにすぎないということになる。

しかし、家事事件手続とは別に親権にもとづく妨害排除請求権を主張する訴訟の余地があるというのはいかにも不都合であるし、そもそもこの場面で妨害排除請求権自体の問題とその具体的内容の問題とを切り離して考えることができるのだろうか³⁰。いっそ、端的に子の引渡しを命ずるかどうかは家庭裁判所の裁量的判断にゆだねられる事項であって「実体的権利」の問題ではない、つまり家事審判事項であって訴訟事項ではない³¹、と割り切ってしまうことはできないだろうか。

民法上、親権は子の監護教育の「権利」であると同時に「義務」でもあると規定されており（民法 820 条）、民法学説では相当以前から権利としての側面よりむしろ義務としての側面が強調されている³²。国民の一部には親権があたかも子に対する独占的・排他的支配権

²⁸ 山崎恒「子の引渡しの強制執行—直接強制の可否」判タ 1100 号（2002）188 頁。

²⁹ 最大決昭和 40・6・30 民集 19 卷 4 号 1089 頁。この決定で問題となったのは夫婦の同居義務であり、多数意見によれば同居の具体的態様とは別に同居義務自体を観念することができ、前者は家事審判事項、後者は訴訟事項であるという。

³⁰ 前掲注 29)最大決昭和 40・6・30 の田中二郎裁判官の意見でも、同様の疑問が呈されている。なお、この決定における多数意見のように（夫婦であることと具体的な同居の態様の中間にある）夫婦の同居義務それ自体を観念することについては学説上批判が強く、またこの決定以降実際に同居義務自体が訴訟で争われた例もほとんどない。

³¹ 学説には、家事事件手続に取り込まれた範囲では、家庭裁判所が子の引渡しを命ずる法的地位を形成するのだと解する見解がある（佐久間重吉「子の引渡請求」『判例コンメンタール民法IV親族』（三省堂、1978）713 頁、沼辺愛一「子の引渡」阿部浩二編『現代家族法大系 2 離婚・親族』（有斐閣、1980）272 頁、山崎・前掲注 28)187 頁）。しかし、判例・通説のいう親権にもとづく妨害排除請求権を承認する限り、家事事件手続で完結的にそうした法的地位の形成をおこなう解釈には無理があるように思われる。そのため、本文では、妨害排除請求「権」自体を認めないことで訴訟事項性を排除する方向を模索した。

³² 戦前はともかく戦後は一貫してそうである。我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）316 頁は、親子関係を「親

であるかのような誤解があるといわれるが³³、本来は「子の利益のために」行使されるべきものであり（同）、現在では「権利」としての親権は国家に対する文脈で語られるにすぎないところをみると³⁴、子の引渡しは一方親から他方親に対する妨害排除請求によるという法律構成を放棄することもあながち不合理ではないように思われる。

他方、子の引渡しをめぐる紛争を訴訟事項とみることは、この種の紛争に特有の事情（一に挙げた①ないし③）にかんがみれば、必ずしも適切でない。というのも、二当事者対立構造に立脚する民事訴訟において訴外第三者である子の利益や福祉という観点は表出しにくく、配慮されるとしても付随的な位置づけにとどまる。また、判例は引渡請求の当否を決するうえで子の意思を確認する必要があるとしているが³⁵、裁判官は法律の専門家であっても子どもの心理や発達の専門家ではないため、その意思の確認は必ずしも容易でないからである。これに対して、家事事件として扱われる場合、子の福祉に配慮することは当然とされ、そのための諸規定が整備されているほか（家事事件手続法 65 条・151 条 2 号・152 条 2 項・252 条 2 号等参照）³⁶、家庭裁判所には医学、心理学、教育学、社会学、社会福祉学等の行動科学の専門家である家庭裁判所調査官が配置され、裁判官は専門的知見を活用した調査報告や意見の提供を受けることが可能となっている（家事事件手続法 58 条・59 条）。こうした差異に着目すると、子の引渡事件を民事訴訟として扱うことはこれを単な

が子を哺育・監護・教育する職分」と表現し、その内容は権利であると同時に義務でもあるのだから「親権と呼ぶことがすでに不適當（傍点ママ）」という。実際に、法制審で親権という概念の廃止が議論されたこともある（久貴忠彦「親権後見統一論について」川井健ほか編『講座・現代家族法第 4 巻』（日本評論社、1992）12 頁）。また、大塚正之『臨床実務家のための家族法コンメンタル（民法親族編）』（勁草書房、2016）246 頁は、海外で親権という用語法を廃し「親の配慮 elterliche Sorge」（独）や「親責任 parental responsibility」（英）などに置き換える動きがあることを引き合いに出しつつ、日本においても義務や責任を主要な側面とした概念へと転換する必要性を説く。

³³ 飛澤智行編著『一問一答平成 23 年民法等改正一児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』（商事法務、2011）16 頁。平成 23 年民法改正で「子の利益のために」との文言が挿入された背景にはこうした誤解を払拭する狙いがあったという。

³⁴ 窪田・前掲注 26)282 頁は、「親権の権利としての側面を語るとすれば…社会や国家との関係における権利としての性格だ」とする。

³⁵ 前掲注 22)大判大正 10・10・29、大判大正 12・1・20 民集 2 巻 19 頁（いずれも子が幼児である事案）では、親権者の意に反する養育を妨害と解し、子の意思能力の有無や現在の養育が子の自由意思に出たものかどうかを問わず引渡請求ができるとしていた。しかし、大判大正 12・11・29 民集 2 巻 642 頁（子が 17 歳の事案）は、被告方への居住が子の自由意思によるものかどうか、子が親権者たる原告のもとへ帰ることを望んでいるかどうかを問うことなく引渡請求を認容した原判決を違法であるとし、子の自由意思で被告方にとどまる場合には親権妨害が成立しないとの立場を明らかにした。以降はこの立場が踏襲され（大判大正昭和 13・3・9 民集 17 巻 378 頁）、最高裁にも引き継がれている（前掲注 24)昭和 35・3・15。山口亮子「幼児引渡請求の性質」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続（第 2 版）』（有斐閣、2018）90 頁参照）。

³⁶ 金子・前掲注 1)32 頁参照。

る親同士の争いに矮小化してしまうおそれがあり、子の存在を正面から認める家事事件手続での処理の方が望ましいことは明らかである³⁷。しかし、現状では訴訟事項とされ家事事件手続に服さない領域が残っている（後述 3（2）参照）。

このようにみると、子の引渡しを親権にもとづく妨害排除請求権によって根拠づけることは実体法的に必然というわけではなく、また手続的には不都合でさえあるのだから、ここからの転換を図ることも全くの見当違いとはいえないだろう。現状でも家事事件手続による例が大半を占めており、また近時の判例³⁸によって民事訴訟の活用場面は相当限定され、家事事件手続へと誘導されてはいる³⁹。しかし、民事訴訟の可能性が全面的に排除されているわけではないため、子の引渡しを求める者が救済方法の選択に迷う（その結果選択を誤り、救済を否定される）例が皆無ではない。そうした手続選択上のリスクを負わせないためにも⁴⁰、子の引渡しは親の権利であるという法律構成に固執することをやめてもよいのではないだろうか。

（4）小括

子の引渡しとは何か、という問いに対する明確な答えを、判例も学説も用意できていないのが現状である。ただ、別居親への子の引渡しは別居親のもつ親権や監護権を背景として命じられるものであることにかんがみれば（訴訟の場合に限らず、家事事件においてもそうである。）、子の引渡しの目的は単なる子の物理的移動にあるのではなく、子をその養

³⁷ 沼邊愛一「子の引渡しに関する家裁の審判権」同ほか編『家事審判事件の研究(1)』（一粒社、1988）239頁。高野耕一「人事・家事事件における保全処分—子の引渡しを求める事件をめぐる—」中野貞一郎ほか編『基本理論と法比較』（法律文化社、1996）463頁も、家庭裁判所が事件処理に最もふさわしいこと自体に反対の論者はいないであろうとする。

³⁸ 最決平成 29・12・5 民集 71 巻 10 号 1803 頁。子の単独親権者である父 X が、子を養育する母 Y に対して親権にもとづく妨害排除請求（正確には、妨害排除請求権を被保全権利とする仮処分）として子の引渡しを求めた事案において、Y が X の提訴に先立って親権者変更を求める審判申立てをしていたことを踏まえ、「〔Y の〕申立てに係る手続においては、子の福祉に対する配慮が図られているところ（家事手続 65 等）、X が、子の監護に関する処分としてではなく、親権に基づく妨害排除請求として長男の引渡しを求める合理的な理由を有することはうかがわれない」と述べて X の請求を斥けている。なお、原審（福岡高那覇支決平成 29・6・6 民集 71 巻 10 号 1811 頁）は本案（単独親権者である父から非監護権者である母に対する子の引渡請求）は家事審判事項であるとの理由で仮処分申立てを却下したのに対して、最高裁は前掲注 24）最判昭和 35・3・15 等を引用して訴訟事項であること自体は肯定した。

³⁹ 秋山靖浩「離婚後の夫婦間における子の引渡請求と権利濫用」法学教室 453 号（2018）139 頁、羽生香織「離婚した父母のうち子の親権者と定められた父が法律上監護権を有しない母に対し親権に基づく妨害排除請求として子の引渡しを求めることが権利の濫用に当たるとされた事例」民商法雑誌 154 巻 5 号（2018）1050 頁。

⁴⁰ 梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月 47 巻 7 号（1995）14 頁。ここでは、リスク回避のための方策として、家庭裁判所に申立てがあれば可能な限り家事審判事項に属するとの解釈を取ることを挙げる。

育にふさわしい者又は環境のもとに置くことまでを含むといえよう。そうであれば、子の引渡しという給付は、その内容を画一的な行為として表現することは適当でなく、それぞれの子の養育環境に応じて柔軟に形を変えうるものだと理解するのが自然である⁴¹。このように解することで、事案に応じた給付内容の具体化が可能になり、具体化された給付との関係で適切な執行方法を導くことができるようになる。

現在の実務では単に「子を引き渡せ」と命じられるのが通例であるが、裁判所にはこの実務を改め、事案に応じたより具体的な文言を用いることを要請したい。そして、それを可能にする意味で、子の引渡しを命ずる手続としては家事事件手続が最も望ましいものとする（次の3参照）。

3 子の引渡しを命ずる手続

子の引渡しをめぐる紛争の処理方法としては、通常の民事訴訟手続、家事事件手続及び人身保護手続の3つの可能性がある。これらの相互関係は必ずしも明確でなく、事案によっては複数の手続を選択しうる場合もある。

もともとは民事訴訟しか認められていなかったが、家事事件手続及び人身保護手続が新設されて以降は次第にそちらの利用が増加した。その後、人身保護手続が頻用された時期もあったが、現在では家事事件手続を選択する事案が最も多くなっている。

(1) 民事訴訟手続

すでに述べたように、判例は訴訟における子の引渡し請求の根拠は親権又は監護権にもとづく妨害排除請求権であると考えているため、この方法は別居親が親権者であり、又は監護権を有する場合に選択できる。もっとも、親権者であっても、それとは別に監護権者が指定され、その者が子を養育している場合には、親権にもとづく妨害排除請求として子の引渡しを求めることはできない⁴²。

原告に親権又は監護権があること、及び被告による親権行使の妨害があることが認められたときは、親権の濫用にあたらない限り、子の引渡しを命じられる。ここにいう妨害とは子が原告の意に反して被告のもとに留め置かれていることを指すが、子の自由意思にも

⁴¹ 家事審判における権利関係の形成について述べる文脈であるが、佐久間・前掲注31)718頁、沼辺・前掲注31)276頁。丹野達「子の引渡しに関する人身保護請求の補充性」家月38巻10号(1986)14頁注25も参照。

⁴² この場合、親権者は家事事件手続として監護権者指定の変更の申立てをし、併せて子の引渡しを求めることになる(佐久間・前掲注31)717頁、梶村太市「子の引渡しの裁判管轄と執行方法」同『家族法学と家庭裁判所』(日本加除出版、2008)146頁、佐上・前掲注5)81頁)。

とづくものであるときはこの限りでない⁴³。

請求認容判決の主文には、一般に、「被告は、原告に対し、原告と被告の間の子〇〇を引き渡せ」といった文言が用いられる。この給付判決が確定すると、債務名義となる（民事執行法 22 条 1 号）。

(2) 家事事件手続

当事者が子の引渡しを求める場合、家事事件手続法の審判及び調停の対象となる。なお、実務ではこれと同時に審判前の保全処分（同法 105 条以下）の申立てがなされる例もあるが、両者の手続に（訴訟手続における本案と保全処分のような）大きな違いはなく、運用上も重複するところが多いため⁴⁴、以下の叙述では保全処分に関する説明は省略する。

現行法上、子の引渡しを求めることができるのは、①離婚又は婚姻取消しに伴う監護権者指定・変更の場面（民法 766 条・749 条・771 条、家事事件手続法別表第二の 3 の項）、②父の認知に伴う監護権者指定・変更の場面（民法 788 条、家事事件手続法別表第二の 3 の項）、③親権者の指定・変更の場面（民法 819 条 5 項・6 項・749 条、家事事件手続法別表第二の 8 の項）がある（なお、これらは離婚訴訟等の附帯処分等ともなりうる。人事訴訟法 32 条参照）。これに加えて、④別居中の夫婦（いずれも親権者）の間に子の引渡しを求める場面、⑤離婚後の元夫婦（一方が単独親権者、他方が非親権者）の間に子の引渡しを求める場面⁴⁵についても、民法 766 条等の規定の類推適用により家事事件手続として扱うことができると解するのが一般的である⁴⁶。

他方、⑥親権者が父母以外の第三者に対して子の引渡しを求める場面については、家事事件手続によることを認める少数説もあるが⁴⁷、民事訴訟によるべきものとする見解が多数説である⁴⁸（第三者が監護権者である場合はこの限りでない。上記（1）参照）。確かに、事

⁴³ 要件事実としては、被告が子をとどめおくことが請求原因事実になり、それが子の自由意思にもとづくことが抗弁事実となるものと解されている（梶村・前掲注 42）143 頁）。

⁴⁴ 金子・前掲注 20）343 頁。実務上は、本案を発する段階で保全命令の申立てを促したり、本案と保全処分の同時発令で処理したりする例もあるという（中山直子「婚姻中の夫婦間の子の引渡事件について」判タ 1042 号（2000）52 頁参照）。

⁴⁵ 別居親が親権者、同居親が非親権者であれば、別居親は端的に子の引渡しを求めることになる。別居親が非親権者、同居親が親権者であれば、別居親は親権者を自己に変更するよう求めるのと同時に子の引渡しを求めることになる。別居親が親権者、同居親が非親権者かつ監護権者であれば、別居親は監護権者の変更とともに子の引渡しを求めることになる。

⁴⁶ 面会交流についての事案であるが、婚姻関係が破綻して別居状態にある父母間で子の監護について協議が調わないときは、家庭裁判所が民法 766 条を類推適用し、旧家事審判法 9 条 1 項乙類 4 号（現家事手続別表第二の 3 の項）により相当な処分を命ずることができると解するものとして、最判平成 12・5・1 民集 54 巻 5 号 1607 頁がある。

⁴⁷ 高野・前掲注 37）463 頁（ただし、訴訟との競合を認める）、梶村・前掲注 42）148 頁・155 頁。

⁴⁸ 沼辺・前掲注 31）271 頁、梶村太市ほか「子の引渡し保全処分事件の処理をめぐる諸問題」家月 47 巻 7 号（1995）6 頁、中山直子「第三者に対する子の引渡請求」判タ 1100（2002）180 頁も同旨。

案の性質からみれば家事事件手続がふさわしいと考えられるが（2（3）参照）、現行民法及び家事事件手続法の解釈論としてここまで認めるのはやはり難しい⁴⁹。夫婦や父母という枠を超えて家事事件手続の利用を認めるには、立法により家事審判事項を拡充することが必要であろう⁵⁰。

審判において子の引渡しが命じられるための要件は、「子の利益」が最先順位の考慮要素であること以外、民法上具体的な定めがない（民法 766 条等参照）。したがって、家庭裁判所に広範な裁量が認められるのであるが、主な判断基準として以下のものがある⁵¹。

（a）監護者としての適格性

具体的には、養育能力、心身の健康や性格、子への愛情、経済力、居住環境、監護補助者その他の援助の有無などが勘案される。

基本的には、これらを総合的に比較衡量して決することになるが、各項目は質的に異なるため単純な比較は困難であり、甲乙つけがたい場合も多い。そのため、次の（b）以下の事情をも加味して最終的な監護者の決定に至ることになる。

（b）母性優先の原則

とりわけ子が乳幼児である場合。かつては母親優先の原則といわれていたが、現在では父母のいずれであっても子の情緒的安定をもたらすような母性的なかわりをもつ養育者を優先する原則として捉えられている。

（c）継続性の原則

現在の監護者を優先すべきであるとの原則。監護環境の変更は子の心理的不安定をもたらすとの理由による。もっとも、監護が実行使により開始された場合にこれを適用することは不都合であるとの批判から、子の出生時から現在に至るまでを全体的にみて評価するようになっている。

（d）子の意思

少なくとも 15 歳以上の子については、その意思を尊重する必要がある（家事事件手続法 152 条 2 項括弧書参照）。子がそれ以下の年齢であっても、意思能力がある場合は（おおむね 10 歳以上だが、個々の事案による。）、それを尊重する。もっとも、子の表示する意思が必ずしもその自由意思によるものでないことに注意を要する。

⁴⁹ 沼邊・前掲注 37)239 頁参照。これに対して、梶村・前掲注 42)154 頁以下は解釈論としても可能であると説く。

⁵⁰ ただし、およそ「子の監護に関する処分」を求める家事事件手続になじまない事案も想定できないわけではなく、例えば、親権者の借金を返済するために子が債権者方で芸妓稼業をさせられている事案（前掲注 22）明治 34・9・21、大判大正 10・10・29 参照）や、子が身代金目的で拉致監禁されている事案などにまで広げるとは適当でない。これらは人身保護手続や刑事手続の範疇にあるものと思われる。

⁵¹ 最高裁判所事務総局家庭局「平成 7 年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要—子の引渡事件の処理に関し考慮すべき事項—」家月 48 巻 11 号（1996）18 頁以下、梶村ほか・前掲注 40)47 頁、中山直子「子の引渡しの判断基準」判タ 1100 号（2002）182 頁以下、杉井静子「当事者から見た家事事件における要件事実」伊藤滋夫編『家事事件の要件事実』（日本評論社、2013）154 頁以下参照。

(e) 寛容性の原則（フレンドリー・ペアレント・ルール）

自らが子を監護することになった場合に他方親に寛容である（子に対して他方親の存在を否定しない、子と他方親との面会交流に協力する等）ことを積極的に評価すること。一般論としては寛容であるほど子の引渡しを認められやすくなるが、これだけが絶対的な基準となるわけではない⁵²。

審判で子の引渡しが命じられれば、当該審判が強制執行の基礎となる（家事事件手続法 75 条。調停の場合につき、268 条）。

(3) 人身保護手続

人身保護手続は、戦後、英米法に倣って導入されたものである。これは「法律上正当な手続によらないで、身体を拘束されている者」を救済するための手続である（人身保護法 2 条参照）。人格権にもとづく回復・妨害排除請求権を根拠とし、「無権限又は違法な物理的拘束から被拘束者を釈放する」ことを目的とする。請求が認められるには、①拘束者が被拘束者を拘束していることのほか、②その拘束の違法性が顕著であること（人身保護規則 4 条本文）、及び③他の方法によっては相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白であること（同但書）が要求される。

この手続は「民事又は刑事の裁判とは異つた非常応急的な特別の救済方法である」から⁵³、訴訟や審判とは別次元に属し、その適用に際して当該事件が訴訟事項か審判事項かは問題とならない⁵⁴。このことは、両者のいずれとも判断しづらい事件（上記（2）⑥参照）の救済において特に意味をもつ。

人身保護手続が設けられて間もない昭和 24 年からすでに子の引渡しをめぐる争いへの利用は認められており⁵⁵、その後の実務において子の引渡しをめぐる紛争の主戦場は人身保護手続であったといってよい。その理由は手続の迅速性と実効性⁵⁶に求められており、判例でも「〔家事事件手続の利用は〕人身保護法によるほど迅速かつ効果的に…救済の目的を達することができないことが明白である」といわれるほどであった⁵⁷。この判断に先立ち、旧家

⁵² 東京高判平成 29・1・26 判時 2325 号 78 頁。父母の離婚訴訟に際して、父が母に対して子の引渡しを求めた事案であるが、第一審（千葉家松戸支判平成 28・3・29 判時 2309 号 121 頁）では父が子の引渡しを認められれば年間 100 日の面会交流を認めると主張したことが重視され、母に子の引渡しを命じられた。これに対して、控訴審は、面会交流の移行は「総合的に考慮すべき事情の一つ」であり「他の諸事情より重要性が高いともいえない」として、第一審の判断を覆した（その後、事件は上告不受理で決着した。最決平成 29・7・12 LEX/DB 25547054）。

⁵³ 最大判昭和 33・5・28 民集 12 卷 8 号 1224 頁。

⁵⁴ 佐久間・前掲注 31)719 頁、高野・前掲注 37)462 頁。

⁵⁵ 最判昭和 24・1・18 民集 3 卷 1 号 10 頁。

⁵⁶ この手続は「速やかに裁判しなければならない」とされており（人保 6。人保規 11 は「他の事件に優先して、迅速に」裁判するものと定める）、履行確保に勾引・勾留・刑事罰が科される（人保 10Ⅱ・18・26）。

⁵⁷ 最判昭和 59・3・29 判時 1133 号 72 頁。被告側が家事事件手続を利用できる以上補充性要件（人身保護

事審判法においても迅速性、実効性確保のための方策は講じられていたが⁵⁸、それでも人身保護手続の優位は揺るがなかった。

ところがその後、判例は、別居中の夫婦（共同親権者）の一方から他方への人身保護請求において上掲要件②を認めるには「監護が子の幸福に反することが明白であること」を要するとし⁵⁹、要件判断を厳格化した。ここには、人身保護手続に代えて家事事件手続の利用を促す意図があったものと考えられる⁶⁰。

他方、離婚後の夫婦の間のうち親権者から非親権者に対して人身保護請求がなされた事案においては、「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…監護権者の請求を認容すべきものとするのが相当である」と判断されており⁶¹、しかも子が同居親（拘束者）のもとで長期にわたり安定的な生活を送っているとしても別居親（請求者）による子の監護が著しく不当なものとはならないとされているから⁶²、親権（監護権）のない同居親との関係では人身保護手続が有効な手段となりうる。

もともと人身保護手続が好んで用いられたのは、利用者からみて他に適当な手段が存在しなかったためである。しかし、家事事件手続の規律や運用が改善されていき、また人身保護手続そのものの迅速性や実効性にも懐疑的な見方が出てくるにつれ⁶³、人身保護手続を用いる意義は相対的に低下しており、子の引渡しをめぐる紛争という事案との適合性からいえば、むしろ「子の利益」⁶⁴を判断基準とする家事事件手続を第一の選択肢を位置づける

規 4 但書）を欠くと主張したのに対して、最高裁は本文のように述べて人身保護請求を是認した。

⁵⁸ 審判前の保全処分につき、従前の実務を明文化するとともに、執行力があることを明確にした（旧家審 15 の 3・旧家審規 52 の 2。家事手続 105 に相当）。

⁵⁹ 最判平成 5・10・19 民集 47 巻 8 号 5099 頁。

⁶⁰ 前掲注 59)最判平成 5・10・19 の可部恒雄裁判官補足意見（園部逸夫裁判官も同調）参照。

⁶¹ 最判平成 6・11・8 民集 48 巻 7 号 1337 頁。

⁶² 最判平成 11・5・25 家月 51 巻 10 号 118 頁。最判平成 11・4・26 家月 51 巻 10 号 109 頁も、子が現に良好な養育環境にあるという理由で要件（イ）を認めなかった原審の判断を否定する。

⁶³ 法律の建前として迅速性が掲げられてはいるが（人保 12IV 本文・15・20・21、人保規 11 ないし 13・29・36 本文など参照）、例外規定もあり（人保 12IV 但書、人保規 36 但書）、また準備調査（人保 9）や弁護士強制（人保 3・14、人保規 31）は運用次第で遅延を招くことになると指摘される（高野・前掲注 37）450 頁以下）。家事事件手続においても迅速化が進んでいることを考えると、これを人身保護法の強みとして強調しづらくなっている。他方、実効性についても、本文に述べたように人身保護請求が認容されれば事実上の執行に期待することができるが、そもそも認容のハードル自体が高くなっており、いかなる状況の子についても確実に引渡しを実現できるような手続ではない。

⁶⁴ 人身保護法の母国であるイギリスでは、判例により父母が人身保護手続により子の監護権を争う場合にはいずれに監護させるのが子にとって真の幸福となるかという観点から判断することとされているが、日本の（実定法としての）人身保護法の解釈としてそうした観点を持ち込むことは難しい（前掲注 59)最判平成 5・10・19 の可部恒雄裁判官補足意見参照）。

べきであろう。今後、人身保護手続を活用すべき場面があるとすれば、判例⁶⁵の示唆するように、①家事事件手続を履践したが奏功しない事案⁶⁶、あるいは②DV・虐待が強く疑われる緊急性の高い事案⁶⁷、に限られる。

人身保護請求の要件を充足する場合、認容判決が下される（主文には「被拘束者を釈放し、請求者に引き渡す」との文言が用いられる）。この判決に執行力はないものの、審問期日には必ず被拘束者（子）が出頭することになっていることとの関係で（人身保護規則 30 条柱書）、事実上認容判決と同時に子の引渡しも完了する⁶⁸（これが、人身保護手続に実効性があるといわれるゆえんである）。

4 子の引渡しの強制執行

上記 3 で言及した手続のうち、(1) や (2) により債務名義を獲得した別居親は、その後どのように子の引渡しを実現することになるのであろうか（なお、(3) については上述のように執行は事実上問題とならないため、ここでは省略する）。

まず、家事事件手続における履行確保手段として履行勧告が用意されているが（2 (1) 参照）、ここでは調査官が任意の履行を促すにとどまるから、実効性は高くない。

次に、同じく家事事件手続として、再度の審判や調停を求めることも考えられる。ただ、より現実的かつ具体的な方法による引渡しを命じあるいは合意することができるならとも

⁶⁵ 最判平成 6・4・26 民集 48 巻 3 号 992 頁。棚村政行「人身保護法による子の引渡請求と拘束の顕著な違法性」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続〔第 2 版〕』（有斐閣、2018）93 頁も参照。

⁶⁶ 学説には、強制執行の不能をまつまでもなく任意の引渡しに応じないことをもって足りるとの立場があり（中山・前掲注 44）53 頁。梶村ほか・前掲注 40）12 頁も同旨）、実務上も審判や保全処分に応じなければ人身保護手続に移行するのが実情であるとされているが、強制執行の手続を経ないで人身保護手続を用いることに懐疑的な見解もある（杉山初江『民事執行における「子の引渡し」』（民事法研究会、2010）25 頁）。なお、ハーグ条約実施法（本文後述 4 (4)）にもとづく返還決定への違背についても、審判へのそれと同様に解される（最判平成 30・3・15 民集 72 巻 1 号 17 頁）。

⁶⁷ もっとも、DV や虐待の事実があってもそれを立証することは容易でない（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（2002）58 頁）。他方、引渡しや面会交流を嫌う一方親が他方親の DV 等をでっちあげの可能性も否定できず、裁判例には審判にもとづく面会交流を回避する目的で虚偽の DV 支援措置申出をおこなったとして妻に対して夫への損害賠償を命じたものもある（名古屋地判平 30・4・25LEX/DB 25560553。ただし、報道によれば、控訴審である名古屋高判平成 31・1・31 は地裁判決を取り消し、請求を棄却したとのことである）。

⁶⁸ 審問の間は子を（同居親と引き離して）別室に待機させておき、認容判決が言い渡された場合は別居親にその子を引き渡すこととしているという（杉山・前掲注 66）24 頁）。こうした運用との関係で、上告審で請求認容との判断に至っても、被拘束者の出頭を確保する必要から原審に差し戻す扱いである（前掲注 62）最判平成 11・5・25、前掲注 66）最判平成 30・3・15 など参照）。

かく、再度の審判等でも抽象的に「子を引き渡せ」としか命じられないとすれば、履行可能性が高まることはほとんど期待できない。

さらに、損害賠償請求による救済の可能性もないではないが⁶⁹、この方法ではたとえ請求が認められたとしても子の引渡しは実現されない。

結局、わずかでも実現に至る可能性があるのは、民事執行法にもとづく強制執行の手続を利用することだけである。問題はその具体的な手続であるが、有体物の引渡しの場合には、権利者は直接強制、間接強制のいずれかの方法によりその強制的な実現を図ることができる。直接強制の場合、対象物が動産であれば「執行官が債務者からこれを取り上げて債権者に引き渡す方法」により、不動産であれば「執行官が債務者の不動産等に対する占有を解いて債権者にその占有を取得させる方法」による（民事執行法 168 条 1 項・169 条 1 項）。間接強制の場合は、権利者への間接強制金の支払を義務者に命ずる方法による（同 173 条・172 条 1 項）。もちろん、対象物がどのような形状・性質のものであるかによって具体的な執行の手順に差異が生ずる可能性はあるが、少なくとも執行債権者が方法選択に迷うことはない。

これに対して、子の引渡しの場合、権利者はいかにしてその強制的な実現を図ることができるのだろうか。民事執行法の用意する方法を用いるとすれば、直接強制、代替執行、間接強制の 3 通りの可能性があるが、民事執行法にも、あるいは家事事件手続法にも、権利者がこのうちいずれを用いることができるのか定めた規定は見当たらない。それゆえ、現状では執行方法の選択もその具体的な手続過程も解釈によらざるを得ないのであるが、四 2 (4) で指摘したように子の引渡しが何を意味するのかという点にさえ理解の一致がないために、その解釈もやはり一致をみていない。

子の引渡しの強制執行において最も重視すべきは、実効性の確保である。学説には、実効性を後退させてでも当事者間の会合を重視すべきとの主張もあるが⁷⁰、子を引き渡すかどうかを協議・審理する段階であればともかく、「子の利益を最も優先して考慮」（民法 766 条 1 項）した結果として「子を引き渡せ」という債務名義が作成された以上は、その内容を実現することこそが、当事者の（別居親・同居親のみならず、子にとっても）最善の利益になると解する。仮に債務名義が画餅に帰すことになれば、「子の利益」が実現されないばかりか、司法への信頼性が損なわれ、ひいては自力救済という名の力づくでの子の奪取

⁶⁹ 子を引き渡すよう命ずる審判及び保全処分に従わないことが別居親に対する不法行為を構成するものとした裁判例（東京地判平成 24・6・29 LEX/DB25495235）、あるいは同居親が（間接強制金決定にもかかわらず）面会交流を命ずる審判に従わないことが別居親に対する不法行為を構成するものとした裁判例（東京地判平成 29・11・10 LEX/DB25550353）参照。

⁷⁰ 村上正子ほか『手続からみた子の引渡し・面会交流』（弘文堂、2015）141 頁〔安西明子〕。ここでは、ハーグ条約実施法（本文後述四 4 (4) 参照）に「単に結果を実現するのではなく、今後…継続していく当事者間の関係に配慮した手続像」が見出されるとするが、本稿では実効性を確保することこそが将来の「当事者間の関係に配慮」することになるものと考えている。

を誘発するおそれもある。また、究極的には強制執行で子の引渡しが実現されるという確たる見込みがあることで、引渡しを求められている側が不毛な争いを回避し、妥協点を探る気持ちになれる場合もあろう⁷¹。

子という生身の人間を執行の対象とするがゆえの限界もあるが、以下では実効性ある手続を志向することを基本的な視座としつつ、間接強制及び直接強制の2つの方法を軸に⁷²子の引渡しの強制執行の現状について検討する。

(1) 間接強制

間接強制が可能である点については、実務上も学説上も異論はみられない。

なお、判例は、面会交流を命ずる審判・調停にもとづく間接強制を実施するには「監護親がすべき給付の特定に欠けるところがないこと」を要するとするが⁷³、子の引渡しとの関係では特定性を厳格に要求していない。

間接強制はもともと債務者に心理的圧迫を加えて任意の履行を促すという意味で文字どおり間接的な執行方法であるが、子の引渡しを強制する手段としてみた場合には別の意味でもその実効性に疑問符がつく。というのも、有体物（財物）の場合、間接強制金の負担が当該物を保有しておくことによる経済的価値に釣り合わなければ債務者は物の引渡しに応ずるであろうが、子の引渡しの場合、債務者は経済的利益のために子を手元に置いているわけではないため、金銭的負担が重くなったからといって直ちに子を手放すという判断には結びつかないからである。

さらにいえば、強制執行にまで至るというのは、子の引渡しをめぐる審判の各過程及び履行勧告における調査官の度重なる働きかけにも応じなかったということであり⁷⁴、債務者の履行拒絶の意思は相当強固であると見込まれる。そのような者に対して間接強制という手段のみをもって対峙しても、子の引渡しの確実な履行が確保されるとはいいがたい。

(2) 直接強制の可否

学説には、直接強制を認める立場と、認めない立場に大別できる。前者は直接強制肯定説といえるが、論者もあらゆる事案で直接強制ができるのではなく、一定の範囲、

⁷¹ 加藤誠＝宮下節子「家庭裁判所における子の引渡しをめぐる紛争とその解決の実情」新民事執行実務 14号(2016) 11頁。ごねても結局は拒めないと確信すれば、引渡しを争うことに代えて別の妥協点(例えば、面会交流の充実)を見出す方向に気持ちを切り替えやすいであろう。このほうが、子にとっても親にとっても、実現されるのかされないのか不透明な状況が続くよりよほど望ましい。

⁷² 代替執行は、子の引渡しの強制執行の方法としては従前ほとんど顧みられてこなかった。ただし、ハーグ条約実施法(本文後述四4(4)参照)において採用されたこととの関係で、この方法が将来的な選択肢の一つとして浮上している(本文後述四4(4)②・後掲注102参照)。

⁷³ 最決平成25・3・28民集67巻3号864頁、最決平成25・3・28判時2191号46頁(平成24年(許)第41号事件)、最決平成25・3・28判時2191号46頁(平成24年(許)第47号事件)。

⁷⁴ 加藤＝宮下・前掲注71)16頁参照。

要件のもとで認めるとしている。こちらが学説上は多数派であるといつてよい⁷⁵。それに対して、後者は、間接強制しか認めないという立場⁷⁶と、不作為執行によるべきという立場⁷⁷とに分かれる。不作為執行説は、(子の引渡しが不作為義務であることを前提に)「債務者の費用で、債務者がした行為の結果を除去し、または将来のため適当な処分をすること」(改正前民法 414 条 3 項)ができると解する立場であり、直接強制を否定しつつ、実質的にそれと同じ結果を求めようとするものである。

直接強制を全面的に又は部分的に認めない理由として挙げられるのは、子の引渡しは不作為債務であること(不作為執行説)、根拠条文がないこと、(直接強制肯定説が動産引渡しの規定を準用又は類推適用することに対して)子と物とを同視すべきでないこと、などである。しかし、子の引渡しを不作為債務に限定することに必ずしもコンセンサスがあるわけではないため(四 2 (3) 参照)、第一の理由は決定的な理由とはならない。また、第二の理由についても、直接の根拠条文が存在しないことは確かであるが、直接強制を明確に否定しているわけではないし、手がかりとなる規定はあるから(民事執行法 169 条)、これも決定的な理由とはならないであろう⁷⁸。第三の理由は、直接強制の可否の問題と(それが可能である場合の)方法の問題とを混同しているものであって、これも十分な理由とはならない。

(1) にみたように、間接強制だけでは実効性に不安がある以上、より直接的な手段を選択する余地を認めることは不可欠である。間接強制説の懸念する点(上記第三の理由)は、直接強制を否定することによってではなく、適用範囲や実施方法を工夫することによって解消すればよい。

実務でも、かつては直接強制を認めない裁判例の存在もあって⁷⁹、直接強制の可能性を否

⁷⁵ 兼子・前掲注 19)278 頁、三ヶ月章『民事執行法』(弘文堂、1981) 413 頁、高野・前掲注 37)457 頁、梶村・前掲注 42)169 頁、斎藤和夫『民事執行法—非金銭執行編』(信山社、2017) 68 頁、佐上・前掲注 5)391 頁など。

⁷⁶ 沼辺・前掲注 31)279 頁(ただし、訴訟による引渡請求の場合)、香川保一監修『注釈民事執行法〔第 7 巻〕』(金融財政事情研究会、1989) 239 頁(高世三郎)。

⁷⁷ 山木戸克己「幼児の引渡」中田淳一=三ヶ月章『民事訴訟法演習Ⅱ』(有斐閣、1964) 241 頁、石川明編『民事執行法』(青林書院新社、1981) 282 頁(斎藤和夫)、中野=下村・前掲注 27)802 頁、斎藤・前掲注 75)81 頁(村上ほか・前掲注 70)120 頁以下〔上原裕之〕も同趣旨か)。もっとも、子の引渡しの執行における問題の核心は「引き渡せ」と命じられた債務名義の扱いであり(不作為義務を掲げる債務名義が形成された場合に不作為執行をなしうることはだれしも否定しないであろう。佐久間・前掲注 31)719 頁参照)、その文言を乗り越えて一律に不作為義務であることを前提に執行するというのは、強引な印象を拭えない。

⁷⁸ 山崎恒=山田俊雄編『新・裁判実務体系(12)民事執行法』(青林書院、2001) 394 頁〔山崎〕、本間義信「子の引渡請求の執行方法」伊藤眞ほか編『民事執行・保全判例百選』(有斐閣、2005) 177 頁。なお、現在立法化に向けた議論が進行中である点について、本文後述四 4 (4) ②参照。

⁷⁹ 古くは前掲注 22)大判大正 1・12・19 が、最高裁では最判昭和 38・9・17 民集 17 巻 8 号 968 頁が、直接強制が否定されるべきことを示唆している。また、下級審裁判例では、札幌地決平成 6・7・8 判タ 851 号 299 頁がある(この決定は実務に強く影響した。とりわけ札幌高裁管内では直接強制に否定的な運用が

定する運用がされていたが⁸⁰、現在では直接強制を認めたうえで試行錯誤しながらその適切なあり方を模索する運用に変わっているといわれている⁸¹。

(3) 直接強制の実施方法

子の引渡しの直接強制が許されるとして、次に検討すべきは、その具体的な実施方法である。基本的な流れは動産引渡執行に準ずるとはいうものの、子の引渡しという事件のもつ性質上（この事件類型は本稿の冒頭一で挙げた家事事件に特有の事情①ないし③をすべて備えている）、その手続は財産事件の執行とはかなり様相を異にするものとならざるをえず、多くの部分が運用上の工夫の積み重ねにより形づくられている⁸²。

以下では、議論の多い点のいくつかを取り上げる。

(a) 直接強制の適用範囲

一般論として直接強制が可能であるとしても、あらゆる事案で許されるわけではない。

まず、債務名義に掲げられた給付が直接強制になじまない場合、例えば主文に「Yは、Xが子を引き取ることを妨害してはならない」と記載されている場合⁸³、Xが直接強制を求めることはできない（この場合は、間接強制によるべきことになる）。

次に、子に意思能力がある場合、直接強制の可能性を否定する見解が少なくない⁸⁴。意思

地地域よりも長く続いていたようである。杉山・前掲注 66)98 頁・99 頁・206 頁参照)。

⁸⁰ 直接強制の申立てがあっても窓口で受理できない（受理しても却下される）ことを説明して引き取ってもらうか、どうしても申立てをするという場合には受理した後に却下する扱いであった（山崎＝山田編・前掲注 78)393 頁〔山崎〕)。なお、最高裁判所事務総局民事局の監修する『執行官提要』においても第 4 版（平成 10 年）までは直接強制が否定されており、民事局がそうした見解に立つ以上、現場も消極的にならざるをえなかったであろうと思われる（杉山・前掲注 66)97 頁）。

⁸¹ 小津亮太「国内の子の引渡しの強制執行における専門家の関与の取組みと留意点」新民事執行実務 14 号（2016）3 頁。直接強制が認められるようになった時期は地域によって異なるが、例えば東京地裁では平成 18 年にはそうした方針での運用がなされていた（青木晋「子の引渡しの執行実務」新民事執行実務 4 号（2006）89 頁。同 94 頁では大阪地裁の執行官室においても同様の取扱いであると紹介されている）。

⁸² 村上ほか・前掲注 70)186 頁〔内田義厚〕は、家事債務としての特殊性に配慮した運用を「ソフトな強制執行」と称する。

⁸³ 実務上こうした例がないわけではない。札幌家審平成 8・8・5 家月 49 卷 3 号 80 頁では、申立人が子を引き渡せとの審判を求めたのに対し、妨害排除の限度で申立てを認めるとして（一部認容との趣旨か？）、本文に掲げたような主文を用いて審判を下した。その理由は、「〔子〕の年齢（満 7 歳の小学 1 年生）や心身の発達程度に鑑み、その情操面に与える影響を考えると、本件において〔子〕の引渡しにつき直接強制を肯定するのは相当でないから」とであるとされている。なお、梶村ほか・前掲注 40)27 頁は、「妨害してはならない」との申立ての趣旨に対して「引き渡せ」との主文を用いることも（あるいはその逆も）可能としている。

⁸⁴ 兼子・前掲注 19)278 頁（実体上引渡請求が成立せず、執行吏も子の意に反してその行動を束縛できないから）、三ヶ月・前掲注 75)413 頁（子に意思能力があり執行に反抗する場合には「執行を差し控える（執行不能とする）」と述べており、強制執行の実施自体は認める趣旨か）。また、斎藤・前掲注 75)68 頁（意思能力がある子が引渡しを拒む場合には執行適格を欠くとする）、佐上・前掲注 5)391 頁（意思能力のない

能力がある子に対して（その意に反して）直接強制するのは人権擁護の観点から問題がある、というのである。しかし、意思能力のある子であっても執行の態様次第ではその子の権利・利益を害することなく執行を了することは可能であろうし、反対に意思能力のない子であれば物と同視してよいわけでもなく、その人権に配慮すべきことは当然である。結局はやり方の問題であって、一律に執行の対象から外す必要はないであろう。また、意思能力の有無で区別する場合、それをいつ、だれが、どのように判断するかという問題も浮上するが、仮に執行段階で執行機関（執行官）に判断させるべきものと考えているとすれば妥当でない⁸⁵。意思能力の有無という、法的知見はもとより児童心理学的知見をも必要とするような判断は、家庭裁判所にこそ担わせるべきであろう。

したがって、債務名義に「子を引き渡せ」と記載されている限り、執行機関としてはそれに従って直接強制の手続をとることができるものと解する。もちろん、その前提として、子の意思能力の有無及び意思の内容が家庭裁判所における調査官の調査等を通じてきちんと吟味され、その結果が正確に債務名義に反映されていなければならないことはいうまでもない⁸⁶。

(b) 有形力の行使

動産引渡執行においては、執行官は「債務者の住居その他債務者の占有する場所に立ち入り…目的物を搜索することができ」、「必要があるときは、閉鎖した戸…を開くため必要な処分をすることができる」（民事執行法 169 条 2 項・123 条 2 項）。また、「職務の執行に際し抵抗を受けるときは、その抵抗を排除するために、威力を用い、又は警察上の援助を求めること」もできる（同 6 条 1 項本文）。

では、子の引渡執行に際しても、執行官は同様に債務者の住居⁸⁷に立ち入って子を搜索し

子にしか「子の引渡しの執行」ができないとする）は、子に意思能力がある限り、（直接強制はもちろん）間接強制も認めない趣旨であると思われる。

⁸⁵ 梶村ほか・前掲注 40)67 頁、梶村・前掲注 42)168 頁、青木・前掲注 81)89 頁。なお、山崎＝山田編・前掲注 78)395 頁〔山崎〕も本文の理由から意思能力にかかわらず直接強制を認めるが、これは直接強制においても有形力の行使はすべきでないとの立場をとる（同 397 頁）こととも関連するのであろう。以上に対して、瀬木・前掲注 67)61 頁は、執行方法の適法性を審査するのは執行機関の職責であるとする。

⁸⁶ 引渡しを命ずる家庭裁判所が直接強制を適当でないと判断するならば、債務名義の記載からそれが明らかになるよう、（不作為義務の形をとるなどして）主文の表現を工夫すべきである（梶村ほか・前掲注 40)68 頁、最高裁判所事務総局家庭局「平成 7 年度家事事件担当裁判官協議会における協議結果の概要—子の引渡事件の処理に関し考慮すべき事項—」家月 48 巻 11 号（1996）49 頁、梶村・前掲注 42)173 頁、杉山・前掲注 66)273 頁）。なお、学説には、「子を引き渡せ」という債務名義について執行機関が諸般の事情から義務の内容（なす債務か、与える債務か）を判断し、それに応じて執行方法を選択すべきと解するものもあるが（吉村真幸「直接強制による幼児の引渡執行の可否」家月 47 巻 8 号（1995）143 頁）、義務の内容は裁判機関が判断すべきものであって執行機関にゆだねることは不可能ないし不適當であろう（同 145 頁でもその不都合は指摘されている）。

⁸⁷ 子の引渡しの強制執行の場合、子が債務者の住居にいないために、あるいは債務者の妨害を避けるために、債務者の住居以外で執行することがある。例えば、債務者に頼まれて子の面倒を見ている祖父母の家、

たり、施錠された戸を開扉したり、抵抗（債務者が執行官に対して直接暴力・脅迫行為に及ぶ場合のほか、バリケードを設置するなどして立入りを妨げる行為なども含む）を力づくで排除したりすることができるのだろうか。動産執行の規定を準用ないし類推適用するとされていることからいえば、可能と解されるであろう。

もっとも、債務者本人に対してはもとより、ここでは子に対する影響をも考慮する必要があるため、抵抗排除といっても例えば債務者と執行官とで子の両手を引っ張り合うような態様での有形力の行使は、やはり認めるべきではないだろう。その半面、およそ債務者や子の身体への有形力の行使を認めないというのでは⁸⁸、直接強制という執行方法を認めた意義がない。債務者に寄り添って離れない子を抱きかかえて連れ出す程度の有形力の行使は、状況にもよるが、認められてよいのではなかろうか⁸⁹。

(c) 事前準備の必要性

事前準備というのは動産引渡執行においてはあまり耳慣れない言葉であるが、子の引渡しの直接強制の実務ではその必要性が強く認識されているものであり、その内容は文字どおり子の引渡しの直接強制に先立っておこなう準備作業である。具体的には、手続を円滑に進めるために必要な情報の収集及び関係機関との情報共有を主な内容とする⁹⁰。情報収集として、執行官は債権者や代理人から執行場所（同居親の住居等）の間取りや周辺の状況、生活時間等を聞き取ったり、家事事件における調査報告書の写しの提出を受けたりする。また、情報共有のために債権者及び代理人と当日の手順等について綿密な打ち合わせをしているほか、家庭裁判所調査官との事前ミーティングをおこなう例もある⁹¹。

(d) 子の拒絶と説得

債務者本人は子の引渡しに納得していても、子自身が債務者と離れて債権者のもとへ行くのを拒むことがある。このようなとき、（拒絶の意思を表せるということから一応言語的コミュニケーションは取れるものとして）執行官はまず子の説得⁹²を試みることになるが、

子の通う保育園や幼稚園、学校などである。そうした場所に立ち入ることは執行官の権限（民執 169 II・123 II）に含まれないため、当該建物の管理者の承諾を要する。

⁸⁸ 山崎＝山田編・前掲注 78)398 頁。

⁸⁹ どこまでの有形力行使が認められるかは、裁判所や執行官によっても感じ方が異なるようであり、難しい問題である。杉山・前掲注 66)206 頁では、大阪高裁管内の実務として全件で警察官の援助を得、解錠執行をし、監護親から引き離してでも執行する方針が紹介されているが、同時にこれを聞いた他地域の執行官の「かなり強烈な印象を受けた」との声も紹介されている（同 209 頁）。

⁹⁰ 稲田知江子「子の引渡しの強制執行―事例を基に―」新民事執行実務 14 号（2016）20 頁、竹田光広ほか「座談会 国内の子の引渡執行の実情―子奪取条約実施法施行以降の動向―」同 45 頁以下参照。

⁹¹ 青木・前掲注 81)90 頁が東京地裁の実務として紹介する。また、杉山・前掲注 66)283 頁では神戸、横浜の各地裁でも家裁との連携を進めていることが紹介されている。もっとも、運用上の工夫であって制度上の連携が確保されているわけではないから、例えば調査官が執行の現場に臨場して子を説得するというようなことは難しいと思われる（山崎＝山田編・前掲注 78)401 頁、瀬木・前掲注 67)64 頁、青木・前掲注 81)95 頁注 10、杉山・前掲注 66)210 頁）。

⁹² 子の扱いについて専門的な教育を受けているわけではない執行官が「説得」としてできることには、子

ある程度の時間をかけて説得しても子の拒絶⁹³が続く場合はどのように処理すべきか。

一部には、説得に応じなければそれまで（執行不能）、という考え方も存在するところである⁹⁴。確かに、執行官が臨場して説得にあたること自体に（単なる履行の促し以上の）一定の効果があることは否定できないが、直接強制がこれに尽きるというのではやはり実効性の点で不満が残り、あえてこの方法を選択する意義の大半が失われてしまう。また、家庭裁判所において子の意思を慎重に確認し、専門家の意見も踏まえて吟味した結果が「引き渡せ」という判断である以上、それを実現することが最も子の真意や子の福祉に沿うはずである。そうであれば、執行の場で重ねて子の意思を問うことは、一見すると子の人格を尊重するようにみえて、結果的には子の利益に反する事態を招く可能性がある。

また、仮に直接強制に際しては執行官による子の意思の確認を必須とし、それにより執行の成否が左右されるということになれば、子は事実上その場で父母のいずれを取るかの選択を迫られることになり、子にとっては（ある意味ではその意に反した執行以上に）残酷な仕打ちである。家庭裁判所における調査官の調査に際してもこうした形での質問（「パパとママ、どっちと暮らしたい？」等）は差し控えるのが通常であり、児童心理の領域に関して専門外である執行官であればなおさらこうした発問や意向確認をすることは慎むべきであろう。

したがって、ここでも、上記（a）で述べたのと同様、「引き渡せ」という債務名義がある以上は、執行段階での子の意思にかかわらず執行できると解する。債務名義作成時点と執行時点とで子の意思が変わっていることは、再審判や再調停申立ての理由にはなっても、直接強制を妨げるものではない。ただし、拒絶の意思の発露として子なんらかの行為に出た場合（執行場所から逃げ出す、抵抗して暴れる等）、子や関係人の安全確保のためにそれ以上執行を続けられないという事態はありえよう。

（4）新たな立法とその影響

現在実施されている子の引渡しの直接強制は、前述のように、法律の規定のないところから実務が工夫を重ねて運用してきた成果であるが、近時、日本が「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」（以下、「ハーグ条約」）へ加盟し、その実施のための内国法である「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」（以下、「ハー

の年齢や理解力にもよるが、やはり限界があろう。

⁹³ 何をもって「拒絶」とみるかは、難しい問題である。子が「別居親のもとには行かない」と明言したとしても、それは同居親への遠慮からくるものかもしれないし、あるいは同居親が事前に覚え込ませたものかもしれない、子の真意であるとは限らない。発言の裏にある子の真意を読み取ることは専門家にとってさえ簡単なことではなく、その意味でも（本文後述のように）子の拒絶を理由にそれ以上の執行を諦めるという態度は適当でないように思われるのである。

⁹⁴ 山崎＝山田編・前掲注 78)399 頁。杉山・前掲注 66)182 頁では、執行官の中にも子の意思を尊重したいという立場と債務名義に従いたいという立場の両方があることが紹介されている。

グ条約実施法」)が成立したことに伴い、その規律が同法の適用のない(国内の)子の引渡し
の強制執行の実務にも少なからず影響することが予想されるとともに、運用頼みの現状
から脱して法律をもって明確な規律を設ける機運が高まっている。

(a) 国内の実務に及ぼす影響

ハーグ条約とは、国境を越えた子の不法な連れ去りや留置をめぐる紛争に対応するため
の国際的な枠組みとして、子をもとの居住国(常居所地国)に返還するための手続や国境
を越えた親子の面会交流の実現のための協力等について定めたものであり、日本では平成
25(2013)年に国会で条約の締結が承認され、翌年に署名、発効した⁹⁵。

ハーグ条約では、締約国において条約実施の中心となるべき「中央当局」を定めること
(6条)、及び子の返還のために締約国の司法当局(裁判所)がなすべき手続⁹⁶が定められて
おり(12条以下)、それらを定める国内法として新たにハーグ条約実施法が制定された。本
稿との関連で重要なのは子の返還のための執行手続を定める部分であるが、そこでは(ア)
子の返還の強制執行は代替執行⁹⁷又は間接強制によりおこなうものとし(ハーグ条約実施法
134条)、(イ)間接強制金決定の確定から2週間を経過した後でないとして代替執行申立てはで
きないものとした(間接強制前置。同136条)。また、(ウ)子の引渡しを「債務者による
子の監護を解くために必要な行為」と「債務者に代わって常居所地国に子を返還する」行
為とに分けたうえ、前者(解放実施行為)を執行官に、後者(返還実施行為)を返還実施
者(債権者が想定される)に担わせることとし(ハーグ条約実施法137・138条)、解放実
施行為に際しての執行官の権限を明確化している(同140条)。

国内での子の引渡しにおいてはもっぱら直接強制の可否が議論されてきた経緯があり、
ハーグ条約実施法がそれとは別の代替執行という方法を選択したことが従来の議論に影響
を及ぼす可能性も否定できないが、子の引渡しと子の返還との差異⁹⁸にかんがみれば両者の

⁹⁵ 条約の締結に至る経緯について、詳しくは金子修編集代表『一問一答 国際的な子の連れ去りへの制度的
対応——ハーグ条約及び関連法規の解説』(商事法務、2015)参照。

⁹⁶ 面会交流に関しては、中央当局への援助申請に係る規定はあるものの、実施のための裁判及び執行手続
に関する規定は置かれていない。ハーグ条約実施法においても同様であり、同法施行後も面会交流の実施
に係る紛争は引き続き家事事件手続法の定める手続に服している。

⁹⁷ 立法作業の過程では、代替執行に準ずる仕組み(代替執行類似執行)と整理されていたが、最終的に民
事執行法171条を適用しつつ必要な範囲で特則を設けるという形に落ち着いた。経緯の詳細は、村上ほか・
前掲注70)37頁ないし52頁〔村上正子〕参照

⁹⁸ 子の引渡しが法的な監護権の所在が明らかになっていることを前提に子をその監護下に置くことである
のに対して(本文四2(3)参照)、子の返還は子を常居住地国に入学させることに尽き、監護権の所在は
返還手続の外で扱われる(福島政幸「ハーグ条約及び国内実施法における解放実施事務が国内における子
の引渡執行に与える影響」新民事執行実務12号(2014)43頁。村上ほか・前掲注70)59頁〔村上〕では、
このような差異ゆえに子の返還は子の引渡しに比して後者は直接強制を認める正当化根拠が弱いとの考え
方が紹介されている)。なお、山本和彦「ハーグ条約実施法の概要と子の返還執行手続」新民事執行実務
12号(2014)33頁・34頁は、子の返還を代替的作為義務と解することで代替執行という執行方法が導か
れたと分析するが、村上ほか・前掲注70)60頁では請求権(義務の性質)と執行方法の連結を否定するこ

執行方法を揃えることは必然ではなく、国内執行では引き続き直接強制の方法によるという考え方も十分成り立ちうる。

着目すべきはむしろ、この法律が子の引渡し（ハーグ条約実施法でいえば解放）を担う執行官の権限を明確化した点であり、一方では上記（3）で述べたような国内の運用を引き継ぎながら（ハーグ条約実施法 140 条 1 項柱書・同 1 号・同 2 項・4 項など）、他方では新たな規律を設けている（同 140 条 3 項・5 項など）。実務の積み重ねてきた成果を享受しつつも、それを漫然と引き継ぐだけでなく改善、改良を模索するという今次の立法における姿勢は、今後の国内における実務の方向性を定めるうえでも踏襲すべきものである。すなわち、ハーグ条約実施法の規律から示唆を得、それとの整合性を確保するような運用を目指すことが必要になるとともに⁹⁹、その規律にもとづく運用の改善点の模索、検討もなされていく必要がある¹⁰⁰。

（b）新たな立法への動き

子の引渡しの強制執行について明文規定を設けるべきであるという主張は目新しいものではないが、ハーグ条約実施法の成立（及びそれに至るまでの議論の蓄積）が一つの契機となり、ようやくその実現へと動き始めた。

平成 28 年に法務大臣の諮問機関である法制審議会において民事執行法部会が設置され、子の引渡しの強制執行の規律の明確化に関する審議が進められており、平成 29 年 6 月には「民事執行法の改正に関する中間試案」¹⁰¹が、平成 30 年 8 月には「民事執行法制の見直しに関する要綱案」がそれぞれ公表された。

その概要をみると、子の引渡しの強制執行は「直接的な強制執行」¹⁰²と間接強制のいずれかによるものとし、前者としては執行裁判所が執行機関となり、執行官が子の引渡しを実施する方法を想定する。そして、間接強制の前置、債務者審尋を定めるとともに、執行に際しては執行裁判所が決定をもって執行官に子の監護を説くために必要な行為を命ずる旨の規律を置いている（同時に、ハーグ条約実施法についても、この新たな規律に合わせる形での見直しが図られている）¹⁰³。

とによって代替執行という可能性が拓かれたと解しており、子の返還とは何であるかという点については、内国における子の引渡しは何であるかという問題（本文四 2 参照）と同様、見解の一致はみられていないようである。

⁹⁹ 村上ほか・前掲注 70)192 頁〔内田〕、竹田ほか・前掲注 90)49 頁〔竹田〕。

¹⁰⁰ 福島・前掲注 98)51 頁。

¹⁰¹ 「中間試案」及び法務省民事局による補足説明の内容については、株式会社きんざい『民事執行法の改正に関する中間試案』（きんざい、2017）15 頁以下参照。

¹⁰² 直接強制（執行機関を執行官にする）と代替執行（執行機関を執行裁判所にする）の双方を排除しない概念として、このような表現が用いられている。前掲注 101)75 頁参照。

¹⁰³ 本文で紹介した要綱案にもとづいて作成された「民事執行法及び国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律の一部を改正する法律案」は平成 31 年 2 月に国会に提出され、目下衆議院で審議中とのことである（同年 3 月現在）。

五 実効性ある執行のために

1 執行手続の展望

本稿の問題関心は、家事事件に特有の事情を踏まえた執行手続、つまり、紛争当事者以外の者の利益をも尊重し、将来に及ぶ人的関係を断ち切ることのないよう配慮し、かつ、事案ごとに多様な内容をもちうる給付を確実に実現できるような執行手続とはどのようなものか、という点にある（一参照）。

家事事件の中でも上記の事情が際立っているのが子の引渡しであり、これが叙述の大半を占めることとなったが、そこでは適用すべき法律の規定が存在しないという状況のもと、より実効性ある手続を求めて直接強制の可能性が模索され、運用上の工夫が重ねられてきた。そして、実務が試行錯誤の末に集積したノウハウは、ハーグ条約実施法の成立過程での議論及びその適用下での運用からの影響を受けつつ、新たな立法に結実しようとしている（四4（4）参照）。

執行の対象が物ではなく人であり、その利益に配慮すべきであることを明確にする意味でも、また「現場任せ」による執行官の負担¹⁰⁴を軽減する意味でも、規律を設けること自体の必要性は疑う余地がない。ただ、この種の事案は画一的な処理になじまないがゆえに、詳細な手続規定を置くことがむしろ引渡しの実効性や子の利益への配慮を欠く事態を招きかねないという難しさがある。ハーグ条約実施法が採用するいわゆる同時存在の原則（同法140条3項）は、債務者の自発的履行の機会を確保し、子を恐怖や混乱に陥れる事態を回避してその利益を図るためのものであるが¹⁰⁵、これを厳格に要求すると執行に抵抗する債務者とのトラブルを招いたり、執行できる場合が限定されたりするおそれがあり¹⁰⁶、かえって子の利益を害し、場合によっては執行自体できなくなってしまう。したがって、規定を置くにしてもそこには一定の例外や解釈の余地を残しておく必要があるから¹⁰⁷、子の引渡しの強制執行が法律の根拠を得てもなお、執行官にその場その場での裁量的判断が求

¹⁰⁴ 杉山・前掲注66)202頁には、明文規定のないまま子の引渡しの直接強制を実施している現状に対する執行官の声として、「財産についてだけでなく人についても執行官にやらせるのであれば、それに見合った法整備をすべき」、「すべて執行官の判断に任せられてしまうのはどうかと思う」、といったものが紹介されている。

¹⁰⁵ 竹田ほか・前掲注90)36頁〔関述之〕。

¹⁰⁶ 例えば、引渡しを命じられた同居親が日中不在の事案では、同時存在原則を厳格に適用すると（幼少の子に特に負担のかかる）夜間執行しかできないことになる（竹田ほか・前掲注90)35頁〔吉田隆〕参照）。

¹⁰⁷ 進行中の立法作業においてもこの点は意識されている。前掲注101)81頁以下参照。

められる点は変わらない。そうであれば、立法という制度面の整備に加えて、執行官の人材育成の面での改善・拡充が同時に図られる必要がある¹⁰⁸。

将来的な展望としては、さらに、家事事件手続における履行確保制度を取り込んだ一体的な執行手続の構築に向けた動きが出てくるかもしれない（二 3 参照）。現状では、執行機関（地方裁判所）の担う手続に調査官（家庭裁判所）を介在させることは難しいが、民事執行法の枠を超えた手続を構築することができるのであれば、そうした協働が制度的な裏づけをもって可能になるであろう。あるいは、家事事件手続との連続性を確保し、当事者の心理的障壁を取り払うことを考えるならば（二 3②'参照）、家庭裁判所における履行確保制度の枠内に執行手続を取り込み、履行勧告・履行命令と並ぶ新たな履行確保の手段を用意することも選択肢の一つである。民事執行法の中に新たなメニューを加えようとしている今はまだ現行制度を抜本的に作り替えるような議論を持ち出す時機ではないが、いずれその新たな立法のもとでの強制執行の実務が定着し、そこに不便や不都合が出てくることがあれば、上記のような構想が現実感をもって語られることもあるだろう。

2 裁判所による給付内容の具体化

（1）執行裁判所による給付内容の具体化

本来、執行手続は債務名義に掲げられた給付の内容を実現する手続であるから、その内容が抽象的で不明確であれば、強制執行はできないというのが通常のルールである¹⁰⁹。これに対して、子の引渡しの強制執行の基礎となるべき判決や審判は、主文において「子を引き渡せ」と命ずるにとどまり、債務者がなすべき行為を特定していないのが通例である。同じく非金銭的給付である面会交流の実施に関しては、相当詳細な面会要領を定めているのでない限り給付の不特定を理由に間接強制を認めないのに対して¹¹⁰、子の引渡しの強制執行に際してはそうした理由で強制執行を否定する考え方は実務、学説ともに採らないようである（四 4（1）参照）。

子の引渡しを命ずる債務名義が必ずしも具体的な内容を伴わないことは、明文の手続規

¹⁰⁸ 杉山・前掲注 66)285 頁。なお、山本・前掲注 98)39 頁注 60 は、女性執行官を登用する必要性に言及する（三上照彦ほか「執行官のイメージと現状について—女性法律家の視点を交えて—」新民事執行実務 7 号（2009）34 頁によれば、執達吏時代から現在に至るまで女性執行官が存在したことはなく、採用選考への応募すらないという）。

¹⁰⁹ 中野＝下村・前掲注 27)164 頁。記載内容の解釈は執行正本たる文書に限られ、少なくとも直接強制の手続による限り、他の資料（債務名義作成手続で利用された文書、債務者の審尋等）を斟酌することはできない。

¹¹⁰ 前掲注 73) 参照。もっとも、審判や調停において間接強制をなしうるほどに詳細な要領が設けられることはほとんどない。ある程度抽象的な文言で定めておくほうがその時々親や子の都合に合わせてやすく、事情の変化にも対応しやすいからである。

定を欠くことと並んで、直接強制の手続を担う執行官に裁量的判断を強い、負担感を生じさせる要因となっている。この負担を解消することにつながる一つの方策が、強制執行に際して執行裁判所の決定を介在させることであり、進行中の立法作業においては「直接的な強制執行」についてそれを導入する構想がある¹¹¹。

ただ、「子を引き渡せ」をどう具体化して執行するかを、執行裁判所の判断にゆだねることには不安も残る。子の引渡しの具体的態様を決するうえで、執行裁判所は必ずしも適任とはいえないからである。具体性に乏しい債務名義の強制執行に際して執行裁判所がその内容を具体化すること自体の当否については、抽象的差止判決にもとづく強制執行（代替執行）に際して執行裁判所が「将来のため適当な処分」（改正前民法 414 条 3 項）として具体的な作為を命ずることができるとする見解があるから¹¹²、それと同様に解すれば、子の引渡しの強制執行に際してもその達成に必要となる具体的な作為を執行裁判所が特定し、執行官にこれを命ずることができるといえそうである。しかし、この見解には権利判定機関と執行機関の分離に反するという批判¹¹³が可能であることに加え、子の引渡しの強制執行に特有の問題として権利判定機関（ほとんどの場合、家庭裁判所）と執行機関（地方裁判所）とが同一でないことがある。執行機関による実体的判断を許すことになれば、子の引渡しをめぐる紛争の処理を家庭裁判所において一元的に処理することの意義（四 2（3）参照）は大きく減殺されるであろう。

（2）家庭裁判所による給付内容の具体化

執行裁判所や執行官が判断に適さないと考えるとすると、給付内容の具体化は家庭裁判所が審判において子の引渡しを命ずる段階でおこなうよりない。判断時点と現実の執行時点とが離れている点において、より接着した時点での執行裁判所の判断にゆだねるほうがよいのではないかの疑問も生じうるが、子の引渡しについては時間を置かずに執行されることが多いため¹¹⁴、上記（1）に言及する不安を抱えてまで執行裁判所の判断にゆだねるだけの理由にはならないと思われる。

¹¹¹ 本文四 4（4）（b）で言及した中間試案では、「直接的な強制執行」（前掲注 101）参照）として、執行裁判所が「執行官に対し、債務者による子の監護を解くために必要な行為をすべきことを命ずる」仕組みを構想している（前掲注 101）23 頁参照）。

¹¹² 中野＝下村・前掲注 27）820 頁。違反行為が物的状態を残す場合にその除去を命ずるにとどまらず、そうでない場合にもなお具体的な措置を講ずることを命じうるとする。

¹¹³ 松本博之『民事執行法全法』（弘文堂、2011）337 頁。どのような作為を命ずるか（申立債権者の求める措置が適切か）という判断は執行裁判所には困難であり、むしろ判決裁判所の任務であるとする（これに対して、中野＝下村・前掲注 27）825 頁注 12 は、執行機関は訴訟記録を保管し又は債務名義を作成した裁判所なのだから、権利判定機関と執行機関の分離にこだわる必要性は高くないと反論する）。

¹¹⁴ 実務で活用される審判前の保全処分の場合、2 週間しかない（家事手続 109Ⅲ、民保 43Ⅱ）。また、審判から時間が経過すると引渡しを実現することの妥当性そのものへの疑義も生ずるため（本文四 3（2）（c）参照）、債権者はなるべく早期に執行に着手しようとする。

学説ではかねてより引渡しが作為義務なのか不作為義務なのかを書き分けるべきであると主張されており¹¹⁵、実務がこのような審判を発する運用に転ずれば、少なくともどの執行方法によるべきかは債務名義の記載から一義的に明らかになる。これをより具体的に、例えば作為義務として特定の場所において子を引き渡せと命ずることにより、執行段階で執行場所の選択に悩まなくて済むようになる¹¹⁶。不作為義務の形をとる場合も、単に債権者の行為を妨害しないということだけでなく、例えば債権者による引取り行為に際して子を脅したり困惑させたりする言動を弄しないことを命じておけば、執行の実施が円滑に進むことが期待されるほか、間接強制の申立てを容易にすることにもつながる¹¹⁷。

また、子本人の引渡しとともに、子の身の回りの品（特に、幼稚園の制服や学校の教科書など権利者側で代替品を用意することが難しい物）をまとめて引き渡すよう命ずること¹¹⁸、引渡し完了後の監護に支障が生ずる事態を回避できる。

さらに、事案によっては、同居親の別居親に対する行為だけでなく、別居親の同居親に対する行為を命ずることにも一定の効果があると考えられる。子の引渡しは、子が移動した先で適切な監護を受けることを当然の前提とするから（本文四 2（4））、その執行を全うするうえでは、同居親による送り出しだけでなく別居親の受け入れ準備も不可欠のものとなるから、同居親、別居親のそれぞれにつき引渡しの実現に向けてなすべき行為を明らかにすることには一定の意味がある。もちろん、多くの事案では、裁判所からの指示・命令がなくとも別居親は子の引渡しのために必要となる行為を進んで実行するであろうが、別居親と同居親との感情的対立が深刻な場合には（強制執行にまで至る事案ではこうした場合が多いと見込まれる）、別居親の態度に起因して子の引渡しがうまくいかないこともある。例えば、次のような例が想定される。

「家事審判において、同居親から別居親への子の引渡しを命じられた。子は幼少期より数年にわたって同居親のもとで養育されており、別居親との交流がほとんどなかったため、別居親にはあまり懐いていない。同居親は子の引渡しには応ずる意向を示したが、子の意思に配慮し、引渡しに先立って子と交流の機会を持つことを提案した。具体的には、短時間の面会から宿泊を伴う面会へと段階を踏みながら、時間をかけて子の気持ちをほぐした

¹¹⁵ 前掲注 86) 参照。

¹¹⁶ 基本的には債務者の住所で執行するが、債務者の抵抗を予期して子の通う保育園・幼稚園・学校などを選ぶことがあるほか、それら施設の協力が期待できない場合は（その適否はともかく）通学路上で執行される事案まであったようである。現状では事前準備（本文四 4（3）（c）参照）の段階で執行官と債権者（代理人）が協議して選定しているが（なお、ハーグ条約実施法 140Ⅱも参照）、引渡しを命ずる際に明示されていれば協議の手間が省けるほか、保育所等での実施に際して施設管理者の承諾（前掲注 87）参照）を得られやすくなる利点もある。

¹¹⁷ 不作為義務に係る間接強制の場合、強制金決定を得るには不作為義務に違反するおそれの立証を要する（最決平成 17・12・9 民集 59 巻 10 号 2889 頁）。義務の内容が明確であれば、義務違反のおそれを立証することは容易になる。

¹¹⁸ 調停の場合は、こうした福岡家裁平成 26 年 1 2 月 4 日判時 2260 号 92 頁参照。

うえで引渡しの日を迎えることが望ましいと提案したのであるが、別居親は強硬に即時の引渡しを主張したため、直接強制に至った。執行当日、執行官は子に別居親のところへ行こうと説得を試みたが、子は拒絶し、戸外に連れ出されまいと激しく抵抗したため、執行は不能に終わった。」¹¹⁹

仮に、上記の例で、①別居親に子との事前交流の機会をもつことを命ずるとともに、②同居親には①に掲げる事前交流をさせること、及び特定の場所において自らも立ち会う形で子を引き渡すことを命ずるなどしていれば、結果は違っていたかもしれない。もとより①は、調停や審判の過程で別居親に対して働きかけることを通じて自発的な実施に至ることが望ましい事柄であり、これを付加したから確実に引渡しが実現するという保証もないが、やみくもに引渡しを求める別居親に対して子の心情に配慮する必要性を認識させる一助にはなろう。

親権にもとづく妨害排除請求として子の引渡しを命ずる方法では、こうした給付は実現しえない。訴訟ではその構造上、被告が原告に対して一定の行為をなすよう命ずることしかできないからである。しかし、家庭裁判所の定める「子の監護について必要な事項」としての給付であれば（家事事件手続法 154 条 3 項）、文字どおり子の監護に必要である限りは、その方向や内容を柔軟に定めうる。別居親の同居親に対する権利主張であるという発想から離れることには（四 2（3）参照）、こうした給付内容の柔軟化を説明しやすくする意味もある。

六 おわりに

強制執行の実効性を確保するにはどうすればいいかと考えたとき、執行手続をより直接的かつ強力なものとするのがまず頭に浮かぶであろう。

子の引渡し強制執行についても同様であり、執行手続（とりわけ直接強制の実施方法）をより明確かつ強力なものとするのが必要であるとの認識が早くから共有され、現にそうした方向の議論が進んでいることはすでに述べたとおりである。

しかし、子の引渡しという事件類型の特殊性にかんがみれば、執行手続だけを強化しても救済の実は挙がらないということもまた、多くの論者によって共有されている問題意識である。ここでは、解決の目的を引渡しの執行という一点に定めるのではなく、現在の監護から引渡しを経て将来のより適切な監護につなげるという展望的視野に立ったうえで、家庭裁判所における紛争処理から引渡しの実現に至るまでを一連のものとして実効性確保のための方策を考えなければならない。本稿では、家庭裁判所の果たすべき役割を重視し、

¹¹⁹ 最判平成 18・10・12 判時 1950 号 173 頁の事案を参考にした。この事案では、直接強制による執行を強行したことにより引渡しの目的が達せられなかったばかりか、以降は子が連れ去りを恐れて外出を拒む状態になるなど、事態がさらに悪化した。

紛争処理を一元化するとともに、執行を見据えてより具体的な給付内容を形成することを提言した。当初は執行手続だけに着目した近視眼的発想から出発したが、研究を進めていくにつれ、上記のような前提があってこそ執行手続を通じてより迅速かつ確実に給付内容を実現することができるということに思い至ったからである。

執行手続の実効性への信頼は、子の引渡しを命じられた親を任意履行へと導く動機づけになり、ひいては家庭裁判所の判断をまたず親が実力で子を奪い合うような泥仕合を抑止する効果をもたらすことも期待される。それだけでなくとも父母のいさかいに心を痛めているであろう子にかかる負担を少しでも減らすには、そして父母の双方が将来にわたり子との良好な関係を維持していくためには、紛争の解決のみならず拡大防止に意を用いることもまたきわめて重要であろう。

なお、本稿では触れることができなかったが、非金銭的家事債務としては面会交流も大きな柱である。子の引渡しの実現には、事前に面会交流の機会を設けておくこととともに¹²⁰、事後の面会交流についての取り決めとその実効性確保も非常に重要な意味をもつ¹²¹。仮に子を引き渡しても面会交流がきちんとでき、子とのつながりは失われないのだと納得すれば、同居親も引渡しに応じやすいからである。面会交流については、直接強制の可能性が否定されるなど、子の引渡しとは問題状況が大きく異なっているが、その履行確保の必要性は子の引渡しに勝るとも劣らない。これについては、今後の検討課題としたい。

※本研究は JSPS 科研費 JP16H01985、JP17H06508 及び JP18H03611 の助成を受けたものです。

¹²⁰ 高野・前掲注 37)478 頁。

¹²¹ 前掲注 71)も参照。

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例

最決平成 30 年 6 月 26 日刑集 72 巻 2 号 209 頁

仙台地方検察庁検事 矢田 悠真

I 事案の概要

II 決定要旨

III 研究

1 問題の所在

2 関連裁判例・学説

(1) 関連裁判例

(2) 関連学説

3 本決定の検討

(1) 本決定の構造

(2) 本決定を説明しうる理論的根拠

(3) 本決定の理論的正当性

(4) 本決定の意義

4 本決定の射程・関連学説の検討

(1) 物理的な促進的效果

(2) 犯罪行為促進の程度と没収裁量の理論的な限界づけ

I 事案の概要

本件は、アロマサロンを経営していた被告人による、アロママッサージの指導を受けに来ていた女性 1 名に対する強姦未遂 1 件、アロママッサージの施術を受けに来た女性 1 名に対する強姦 1 件、同じくアロママッサージの施術を受けに来た女性 3 名に対する強制わいせつ 3 件の合計 5 件の事案である。

被告人及び弁護人は、全件について無罪である旨主張し、被害者に対する犯行態様、暴

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例（矢田 悠真）

行の有無、被害者の同意の存否、強姦又は強制わいせつの犯意の有無等を争ったが、第一審判決及び控訴審判決は、いずれの事件についても犯罪の成立を認めた。

このうち、被告人が犯行の様子を隠し撮りし、録画したデジタルビデオカセットが没収されたのは、アロママッサージの施術を受けに来た女性合計4名に対する強姦1件及び強制わいせつ3件の事案である。これらについて、第一審判決及び控訴審判決が認定した事実は、以下の①～⑨に示すとおりである（なお、⑦⑧は控訴審判決において認定された事実である。）。

- ① 被告人は、アロマサロンを開業し、その利用者らに対し、自らも施術者としてアロマオイルを用いたマッサージ等のサービスを提供していた。
- ② 被告人は、同サロンにアロママッサージの施術を受けに来た被害者をマッサージルームに招き入れ、被告人の指示により、全裸にさせた上、施術台上にバスタオルを掛けて横たわせるとともに、アイマスクを着用させた。
- ③ 被告人は、被害者に無断で自らビデオカメラを設置、操作し、被害者等の様子を隠し撮りしてデジタルビデオカセットに録画し、被害者に対するマッサージを行うなどしたところ、被害者がこのような状態になっているのに乗じ、被害者に対し、露わにした被害者の乳房を直接揉んだり、その乳首を触ったりするなどの強制わいせつ行為をしたり（強制わいせつ事件）、被害者の陰部に手指を差し入れて弄ぶなどするとともに、その両膝に自己の身体を押し当てるなどして被害者の両足を押し広げ、その身体に覆い被さるなどの暴行を加えて、その抵抗を著しく困難にした上、強いて姦淫したり（強姦事件）した。
- ④ このように、被告人は、自ら設置したビデオカメラを操作して犯行の様子を隠し撮りして、合計4本のデジタルビデオカセット（以下、「本件デジタルビデオカセット」という。）に録画していたところ、被告人は、この隠し撮りの間に、ビデオカメラの位置や向きを動かすなどして、被害者の胸部等を大きく映し出すようにしていた。
- ⑤ 本件デジタルビデオカセットは、被告人の所有物として、被告人によってその貼付に係る紙面上にそれぞれ当該被害者の氏名、撮影年月日等が記入され、特定できるように保管されていた。もっとも、被告人は、本件により逮捕されるに当たり、詳細は明らかではないものの、本件デジタルビデオカセットをいずれも本件店舗以外の場所に移し、捜査機関からの押収を免れていた。
- ⑥ 本件デジタルビデオカセットのうち、強姦事件に関する犯行の様子を録画した1本については、被告人が暴行・脅迫を加えていないことが明らかになるなどとして、第一審の弁護人を通じて捜査機関に任意提出された。他方、その余については、捜査機関に明かされなかったが、起訴後、各被害者の証人尋問終了後に、第一審の弁護人から、検察官への証拠開示を経て証拠請求されるに至った。
- ⑦ 強姦事件の被害者は、第一審の弁護人から連絡があり、映像を法廷で流されなくなったら示談金ゼロで告訴の取下げをしろと要求されていた。
- ⑧ 被告人は、仮に示談が成立したのであれば手元にビデオ映像が残るのは強姦事件の被害者にとってかわいそうだから処分するということで納得したが、示談交渉が決裂してい

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例（矢田 悠真）

るので今はそのつもりはない旨供述していた。

⑨ なお、被告人は、このような隠し撮りを行った理由につき、後に各被害者との間でトラブルになった場合に備えて防御のために撮影したものであり、以上の映像の内容は、自らの無罪を証明するとともに、各被害者が虚偽の供述をしていることを示すものであるなどと供述していた。

第一審判決は、いずれも有罪を認定し、懲役 11 年に処するとともに、押収した本件デジタルビデオカセットを没収する旨言い渡した。控訴審も、第一審の判決を正当であると認し、被告人の控訴を棄却した。

これに対し、被告人及び控訴審弁護人が上告した。

II 決定要旨

上告棄却。

原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録によれば、被告人は、本件強姦 1 件及び強制わいせつ 3 件の犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影しデジタルビデオカセット 4 本（以下「本件デジタルビデオカセット」という。）に録画したところ、被告人がこのような隠し撮りをしたのは、被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとしたためであると認められる。以上の事実関係によれば、本件デジタルビデオカセットは、刑法 19 条 1 項 2 号にいう「犯罪行為の用に供した物」に該当し、これを没収することができると解するのが相当である。

したがって、刑法 19 条 1 項 2 号、2 項本文により、本件デジタルビデオカセットを没収する旨の言渡しをした第一審判決を是認した原判断は、正当である。

III 研究

1 問題の所在

本件デジタルビデオカセットは、本件における強姦及び強制わいせつの構成要件該当行為に使用された物ではないところ、これが「犯罪行為の用に供した物」に該当し、没収するのが相当であるとした本決定の結論は妥当か。本決定では、その結論に至るまでの理論的根拠は明らかにされていないため、この点についても併せ研究の対象とする。

なお、本稿中意見にわたる部分は筆者の私見である。

強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例（矢田 悠真）

2 関連裁判例・学説

(1) 関連裁判例

判例では、以下のとおり、構成要件該当行為ではない行為に使用された物であっても、犯行供用物件に当たるとして没収を認めたものがある。

まず、①最判昭和 25 年 9 月 14 日刑集 4 巻 9 号 1646 頁は、被告人が、他人の家にある物置から自転車等を窃取したという窃盗事案（建造物侵入罪は起訴されていない。）において、同物置の戸をこじ開けるために使用したと認められる平角鉄棒を「本件窃盗の手段としてその用に供した物と解することができ」として、没収を認めたものである。

また、②最判平成 15 年 4 月 11 日刑集 57 巻 4 号 403 頁は、覚せい剤密輸等の犯人が犯罪実行の翌日に日本を出国するために所持していた復路航空券が「刑法 19 条 1 項 2 号の『犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物』に当たると認めるのが相当である」として、没収を認めたものである。

もっとも、なぜこれらの物が犯行供用物件に当たるのかという理由については、①の判例が、「窃盗の手段としてその用に供した」からと述べるにとどまっている。

また、裁判例に目を向けると、③東京高判平成 22 年 6 月 3 日判タ 1340 号 282 頁は、被告人が、2 名の被害者方に侵入して現金及び下着を強取した上、被害者を強姦し、その際にその様子をビデオカメラで撮影しており、被害者に対して、警察に被害申告をしないよう口止めしたほか、うち 1 名の被害者に対しては警察に言ったら撮影した画像をインターネットで流す旨を告げたという事案において、姦淫の様子を記録したビデオテープは、「各強盗強姦の犯行を撮影したもので、犯罪遂行の手段として用いられたものといえる。したがって、犯行に供した物として刑法 19 条 1 項 2 号を適用して没収することが可能であり、かつ、没収をするのが相当であるから、上記法令適用の誤りが判決に影響を及ぼすものではない。」として没収を認めたが、これについても理由は「犯罪遂行の手段として用いられた」からと述べるにとどまっている。

(2) 関連学説

「犯罪行為の用に供した物」の解釈に関する学説は、以下の 3 つに大別できる。

ア 構成要件該当行為自体に供した物に限定する見解

第一に、前記各判例をはじめとする、構成要件該当行為ではない行為に使用された物であっても犯行供用物件に当たるとする見解は、「その限界が不明確にならざるを得ない。」として、「犯罪構成要件たる行為自体に供した物に限定して解釈すべき」とする見解¹がある（以下、この見解を「限定説」という。）。19 条 1 項 2 号の「犯罪行為」は、構成要件該当行為の

¹ 伊達秋雄＝松本一郎「没収・追徴」同『総合判例研究叢書 刑法（20）』（1963 年、有斐閣）29 頁。

みに限定されるとする見解である。

イ 実行行為に使用した物ないし実行行為と密接な関連のある行為に使用した物と解する見解

第二に、前記各判例に沿う形で、「実行の着手前、あるいは実行の終了直後に、実行行為を容易にし、あるいは逃走を容易にし、逮捕を免れ、その他犯罪の成果を確保する目的でなされた行為も、実行行為と密接な関連性を有するものであるかぎり、ここにいう犯罪行為に属し、その際その行為に使用された物も犯罪行為に供した物と解することができる」とする見解²がある（以下、この見解を「拡張説①」という。）。限定説からの「限界が不明確になる」との批判に対しては、「実行行為と密接な関連性」の内容として、「犯罪構成要件に該当する行為の遂行」への「実質的な寄与」の有無を要求することから、限界は不明確とはならないとしている³。

ウ 構成要件該当行為に対し促進的効果を持つように使用した物と解する見解

第三に、「犯罪行為」は構成要件該当行為のみに限定されとしつつ、犯罪に物件が用いられたことを根拠として、主刑に加えて付加刑を科す理由は、物件を使用することが犯罪遂行を促進する点にある⁴として、「用に供した」という文言を、「促進的効果を持つように使用した」として解釈する見解⁵である（以下、この見解を「拡張説②」という。）。

エ 小括

限定説が構成要件該当行為に用いられた物のみを犯行供用物件としての没収の対象とする見解であるのに対し、拡張説①と拡張説②は、それよりも没収の対象を広げようとする見解であるといえる。

そして、拡張説①は、実行行為と密接な関連性を有する行為に用いられた物・用いられようとした物を没収対象とし、拡張説②は、構成要件該当行為に促進的効果を持つように使用した物を没収対象とする。

拡張説①における「実行行為と密接な関連性」の内容として要求される「犯罪構成要件に該当する行為の遂行」への「実質的な寄与」の内容及び程度、拡張説②における促進的効果の内容及び程度をどのように措定するかにもよるところはあるが、両説で結論が大きく異なる場面はそう多くないように思われる。

² 團藤重光編『注釈刑法(1) 総則・』(1964年、有斐閣)136頁〔藤木英雄〕。同旨、大塚仁＝河上和雄＝中山善房＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法第3版第1巻』(2015年、青林書院)422頁〔出田孝一〕。

³ 藤木・前掲注2)137頁。

⁴ 鈴木左斗志「犯罪供用物件没収(刑法19条1項2号)の検討―最高裁平成15年4月11日判決(刑集57巻4号403頁)を契機として―」研修724号13頁。

⁵ 前掲注4)11頁、安田拓人・ジュリスト1440号152頁。

3 本決定の検討

(1) 本決定の構造

本決定では、(a)「被告人が、各犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影しデジタルビデオカセット 4 本に録画した」という客観的な行為を認定した上で、(b)その目的が、「被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとした」点にあるとして(a)行為時の被告人の主観的な意図を認定し、(c)「(a)(b)の事実関係から、本件デジタルビデオカセットは、刑法 19 条 1 項 2 号にいう『犯罪行為の用に供した物』に該当する」との結論を導いている。

この点について、控訴審判決は、本件デジタルビデオカセットが「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」であると評価していた。「犯罪行為の用に供しようとした物」のみとせず、「犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物」としたことからすれば、控訴審判決は、4 本ある本件デジタルビデオカセットのうち、「犯罪行為の用に供した物」と「犯罪行為の用に供しようとした物」とがあると考えていたものと思われる。

そして、控訴審判決が、第一審判決が認定した事実に加えて、前記 I ⑦の事実を認定していたことからすれば、控訴審判決は、本件デジタルビデオカセットが、(b)「被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ」る行為に使われた、または使われようとした物として考えていたと思われる。

しかし、本決定は、「犯罪行為の用に供した物」とであると限定している。(a)を客観的な行為として、(b)を主観的な意図としてそれぞれ認定している本決定の構造からすれば、本決定は、控訴審判決とは異なり、本件デジタルビデオカセットが、(a)「各犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影し、録画した行為」に使われた物として考えていることは明らかである。

よって、本決定は、本件デジタルビデオカセットを「被害者にそれぞれその犯行の様子を撮影録画したことを知らせて、捜査機関に被告人の処罰を求めることを断念させ、刑事責任の追及を免れようとして」、「各犯行の様子を被害者に気付かれないように撮影し、録画」して使用したものと認定していることが分かる。

(2) 本決定を説明しうる理論的根拠

次に、本決定を説明しうる理論的根拠について検討すると、まず、本件デジタルビデオカセットが、本件における強姦ないし強制わいせつの構成要件該当行為に使用された物でない以上、限定説では本決定を説明することができない。

そして、被告人は、被告人が経営するマッサージ店の施術室において、被害者と二人きり強制わいせつ・強姦の犯行状況を隠し撮りしたデジタルビデオカセットを「犯罪行為の用に供した物」として没収した事例（矢田 悠真）

りになった状況下で各犯行に及んでいるところ、被害者に、被告人の処罰を求めることを断念させれば、犯行の発覚による刑事責任の追及を免れる可能性は大きいから、その目的で隠し撮りをすることは、各犯罪行為を遂行するという決意を維持ないし強化するものであり、その遂行に実質的な寄与を与えるもの、あるいは、犯行を容易にさせる促進的效果を有するものであるといえる。

この点について、第一審判決及び控訴審判決も、本件デジタルビデオカセットは、各犯行を心理的に容易にし、促進するものであると明確に言及した上で、犯行供用物件に該当することを肯定しており、この判断を正当としている本決定も、おそらく同様の見解に立っているものと思われる。

よって、本決定は、拡張説①ないし拡張説②に親和的であるといえる。

(3) 本決定の理論的正当性

本決定が理論的に正当であるかどうかは、限定説を採用するのではなく、拡張説①ないし拡張説②を採用することが理論的に正当であるかどうかにかかってくるところ、以下のとおり、没収が果たしている機能からすれば、拡張説①ないし拡張説②を採用することが、理論的に正当であると考ええる。

没収には、没収処分を受ける被告人に犯罪に用いられた当該物件を持たせないことにより、それがその者や他の何人かによって再び犯罪に用いられることを防止し（社会的危険性の除去）、あるいは犯罪による利得を奪うことにより、犯罪が決して利に合わないことを示す（不正利益の剥奪）という機能を果たす場合がある。

他方で、マッチの軸棒5本を放火罪の犯行供用物件として没収した東京高判昭和32年5月8日東時8巻5号116頁のように、社会的危険性がなく、経済的価値のない物であっても、没収の対象となりうる。このような物を没収することについて「没収ノ主意」に合わないとの議論⁶があるものの、それでもなお没収の対象であること自体を否定する見解はないように思われる。

そうすると、没収が果たしている最低限の機能は、犯罪行為に対する否定的評価を示す点⁷、言い換えれば、被告人に対し、当該物件が犯罪と関連性を有する汚れたものであることを明示するという点⁸に求められる。

このように没収が果たしている機能を理解した場合、「犯罪行為の用に供した物」という要件においても、当該物件と犯罪との関連性が要求されることになる。

そして、同要件では、被告人が当該物件を使用した事実をもって没収の対象とされるのであるから、当該物件を使用したことによる、当該物件と犯罪との関連性が問題とされる

⁶ 松尾浩也増補解題『増補 刑法沿革綜覧』（1990年、信山社）674頁。

⁷ 山口厚「わが国における没収・追徴制度の現状」町野朔＝林幹人編『現代社会における没収・追徴』（1996年、信山社）24頁参照。

⁸ 樋口亮介「没収・追徴」山口厚編『経済刑法』（2012年・商事法務）364頁。

べきこととなる。

まず、当該物件が構成要件該当行為に使用されたのであれば、それはまさに犯罪を実現した物ということになるから、当然犯罪との関連性が認められることとなる。

また、構成要件該当行為ではない行為に使用された場合であっても、理論上、犯罪との関連性が認められる限りにおいては、没収の対象となるはずである。もっとも、犯罪との関連性の内容を極めて薄いつながりしかない場合においてもこれを認めるのであれば、没収の対象が無限定に広がるおそれがあるから、妥当でない。

この点について、当該物件が「犯罪と関連性を有する汚れたものである」と断じるに当たっては、人が犯罪者であるとの烙印を与えられる程度の関連性は要求されるべきである。そして、わが国の刑法は、犯行の関与の程度により、正犯・教唆犯・幫助犯と分けて規定しているところ、最も関与の薄い場合として幫助犯を規定しており、その幫助犯に対しても犯罪者であるとの烙印を与えていることからすれば、物の場合でも、幫助犯が成立する程度の関連性は要求されるべきであると思われる。

すなわち、当該物件を使用したことにより、犯罪遂行を促進させたといえるだけの関係が認められる場合にはじめて、「犯罪行為の用に供した物」との要件を充たすものと考えられるべきである。

このことは、まさに拡張説②の論者が説くところ⁹であるが、拡張説①においても、「犯罪構成要件に該当する行為の遂行」への「実質的な寄与」の内容として、この見解を読み込むことが可能であると思われる。

よって、限定説は狭きに失する見解であるから妥当でなく、拡張説①ないし拡張説②を採用することが理論的に正当であるといえる。

(4) 本決定の意義

本決定は、事例判断ではあるものの、構成要件該当行為に使われた物ではなくとも、「犯罪行為の用に供した物」に当たり没収の対象となることを示した意義は大きく、また、性犯罪の犯行状況を隠し撮りした記録媒体を没収したという点で被害者保護の観点からもその意義は大きいと思われる。

4 本決定の射程・関連学説の検討

(1) 物理的な促進的效果

本件では、心理的な促進的效果を持つように使用した物について、「犯罪行為の用に供した物」に当たるとの見解を示しているが、前記のとおり、幫助犯が成立する程度の関連性

⁹ 安田・前掲注5) 152頁参照。

は要求されると考えるのならば、物理的な促進的効果を持つように使用した物についても「犯罪行為の用に供した物」に当たる場合があると思われる。

本件で言えば、例えば、全裸の被害者から視覚的情報を奪うために用いられたアイマスクは、被害者を心理的に抵抗することが困難な状況に陥らせるものであり、物理的な促進的効果を持つように使用した物として、「犯罪行為の用に供した物」に当たると評価することもできるものと思われる。

(2) 犯罪行為促進の程度と没収裁量の理論的な限界づけ

拡張説②の中には、「犯罪行為促進の程度を問題とすることにより、没収裁量に対して理論的な限界を設定することが可能になる」との見解を主張するものがある。その主張の具体的内容は、「促進の程度が低いと判断される場合については、可罰的違法性論とパラレルに考えて、没収が差し控えられるべき場合もありうる」として、没収裁量が促進の程度により限界づけられるというものである¹⁰。

しかし、前記のとおり、「犯罪と関連性を有する汚れたものである」と断じるに当たっては、幫助犯が成立する程度の関連性は要求されるべきであり、「犯罪行為の用に供した物」との要件が充たされるのであれば、幫助犯が成立する程度の関連性は認められるはずである。没収の相当性の問題は、「犯罪行為の用に供した物」であるとの要件を充たしたことが前提での議論であるところ、もし、論者の言うところの「促進の程度が低いと判断される場合」が、幫助犯が成立する程度の関連性よりも弱い場合のことを意味しており、その場合に「没収の相当性」が否定されるのであれば、充たされていたはずの要件が実は充たされていなかった場合を許容することとなり、ひいては「犯罪行為の用に供した物」との要件が空虚なものとなることから妥当でない。

おそらく、論者は、このような充たされていたはずの要件が実は充たされていなかった場合のことを指して、「可罰的違法性論とパラレルに考える」と主張していると思われる。しかし、同論は、構成要件に該当しうる行為であっても、実質的違法性が軽微であるときは超法規的に違法性が阻却され、あるいは、構成要件該当性が否定されるというものであり、その結論は、罪とならない、すなわち、刑罰権を発動できないというものになるはずである。しかし、没収の相当性の問題は、「犯罪行為の用に供した物」であるとの要件を充たしたことが前提での議論であり、刑罰権を発動できるが、発動させるかさせないかが裁判官の裁量によって決される状態のはずであるから、問題状況が異なるように思われ、やはり妥当でない。

よって、筆者は、没収裁量が促進の程度により限界づけられるとの主張には賛同できない。

以 上

¹⁰ 鈴木・前掲注4) 14頁。

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例

東京高判平成 27 年 7 月 1 日 LEX/DB 25540642

東北大学法学研究科博士後期課程 松原 俊介

第 1 事実

第 2 判旨

1. 判断枠組みと不合理取扱いの禁止
2. Y₂ の特質と A の入会を認めた場合に Y らの被る不利益
3. 本件拒否により X が被る不利益
4. 結論

第 3 検討

第 1 事実

X（原告・被控訴人）は、株式会社 A の代表取締役である。また、Y₁（被告・控訴人）は、本件ゴルフ場の経営等を主たる目的とする株式会社であり、Y₂（被告・控訴人）は、本件ゴルフ場の運営等を行う権利能力なき社団である。

X は、生物学的には男性であるが、1998 年に性同一性障害と診断され、2004 年 11 月に戸籍上の名を男性名から女性名に変更した。2010 年 7 月に性別適合手術（精巣摘出術、陰形成術及び外性器女性化形成術）を受けた後、同年 11 月に性同一性障害者の性別の取扱いの特例に関する法律（以下、「特例法」という）に基づき性別の取扱いを男から女に変更する旨の審判を受け、同年 12 月、戸籍の性別表記を男から女へと変更した。

2012 年 5 月上旬、X が Y₂ に入会手続を問い合わせたところ、Y₂ は、株主会員制を採用しており、販売業者から Y₁ の株式（譲渡制限付き）を購入する必要があること、入会には 2 名の紹介者が必要であり、面接が行われることなどを教示した。日本国籍を有する者であることを除き Y₂ への入会要件はない。

A は、同月 10 日、販売業者を通じ、Y₁ の株式を購入し、6 月 11 日、Y₂ に対し、その教示に従って入会に必要な株券や入会申込書、戸籍謄本等の必要書類を提出した上で、記名

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

者（法人が会員である場合に実質的な会員と扱われる個人のこと）をXとして入会を申し込み、Y₁に対し、本件株式の譲渡承認を請求した。

Y₂の代表者は、同月中旬、Xに架電し、Xが性別の取扱いの変更の審判を受けている点などを指摘した上で、Aの入会は認められないため、申込みを撤回してほしい旨申し入れた。Xは抗議したが、Y₂の理事会は、7月、Xや紹介者の面接を経ることなく、Aの入会を認めないことを決定し（以下、「本件入会拒否」という）、その旨をXらに通知した。また、Y₁は、同年11月、取締役会においてAの譲渡請求について承認しないことを決定し（以下、「本件承認拒否」といい、本件入会拒否と本件承認拒否を合わせて「本件拒否」という）、その旨をXらに通知した。

X及びAは、Yらに対し、Xの性別変更を理由とする本件拒否は、憲法14条1項の趣旨等を包含する公序良俗に反し違法であると主張して、共同不法行為（民法719条1項）に基づき、慰謝料などの損害賠償を請求した。

原審¹は、Xに対する慰謝料等の請求を一部認容した（Aの請求は棄却）。Yらが控訴した。

第2 判旨

控訴棄却

1. 判断枠組みと不合理取扱いの禁止

「憲法における国民の権利に関する規定及び国際人権規約は、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではなく、私人間における権利や利害の調整は、原則として私的自治に委ねられるが、私人の行為により個人の基本的な自由や平等に関する具体的な侵害又はそのおそれがあり、その態様、程度が憲法の規定等の趣旨に照らして社会的に許容し得る限度を超えるときは、民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、……一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護することにより、両者の適切な調整を図ることが可能となる。したがって、本件入会拒否及び本件承認拒否が、社会的に許容し得る限度を超えるときは、不法行為を構成する」。「そして、憲法14条1項や国際人権B規約26条は、上記不法行為上の違法性を検討するに当たっての基準の1つとなる」。

「そして、たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが許

¹ 静岡地裁浜松支部 2014（平成26）年9月8日判時2243号67頁。

されるものではない」ところ、本件拒否がされた当時、「特例法が施行されてから約8年が経過していたことなどの社会情勢を考慮すると、性同一性障害が医学的疾患の一つであることは公知の事実であったということができ」、「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱いをすることが許されないことは、その他の疾病を理由とする不合理な取扱いが許されないのと同様であったといえることができる。」

2. Y₂の特質とAの入会を認めた場合にYらが被る不利益

①Y₂の構成員には「支配的な株主はおらず、その変動も少ない」が、②「入会資格は日本国籍を有することのみであり」、他の入会要件はないこと、③「入会に必要なY₁の株式は、ゴルフ会員権市場において広く一般に取引されていること」、④Y₁は、「積極的な新規会員募集の態度を示していたこと」、さらには、⑤「Y₂の定めに従って……入会の申込みをした者が、Y₂から入会を拒否されたことは、過去に一例あるかどうか程度で極めてまれであることなどに照らすと、Y₂が閉鎖的な団体であるということとはできない。」

「本件入会拒否時点において、Xは戸籍のみならず声や外性器を含めた外見も女性であり、「Xが本件ゴルフ場を含めたゴルフ場その他の場所において女性用の施設を使用した際、特段の混乱等は生じていない」。「Xの競技会等への参加についても、適切な措置を講じることにより対処するのはYらにとって特に困難とも認められない。」「Yらの主張する……既存の会員の強い不安感や困惑は、抽象的で具体性に欠けており、……多分に感情的、感覚的なものである。」

3. 本件拒否によりXが被る不利益

「Xの被った不利益は、直接的には、AがY₂の法人会員の記名者たる地位を取得できないことにより、Y₂の実質的な会員として非会員よりも安価な料金によりY₂でプレーすることやY₂の主催する競技会等の諸催物に参加することができないという経済的利益を得られないことにとどまる」。しかし、「Yらは、Y₂への入会の要件として、日本国籍を有する者であることを除けば、……何らの入会要件を設けておらず、実際に、Y₂の定めに従って……入会の申込みをした者が、Y₂から入会を拒否されたことは、過去に一例あるかどうか程度で極めてまれであり、Xも、Aの役員を通じて、Y₂に対して入会手続を問合せ、入会に必要な本件株式を購入し、教示に従って入会に必要な各書類をY₂に提出するなどする過程において、Yらから入会を認めないことがあることをうかがわせるような対応は受けていなかったことに照らすと、Xは、Y₂の定めに従って入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を抱いていたものと認められ、そのような期待ないし信頼を寄せるべき事情があった」。「そうすると、性同一性障害である

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

こと及びその治療を受けたことを理由としてXがYらからY₂への入会を拒否されたことは、XのYらに対する上記の期待ないし信頼を裏切られ、本来被るべき理由のない不利益を被ることになったものといえることができる。」

4. 結論

「Y₂が閉鎖性を有する団体とは認められず、被る不利益も抽象的な危惧に過ぎない一方で、Xの被った不利益は、直接的には、……経済的不利益にとどまるものではあるが、性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由として、Y₂の定めに従って入会申込みの手続を行えば入会申込みを拒否されることはないであろうとの期待ないし信頼を裏切られ、いわれのない不利益を被ったこと、このような理由による本件入会拒否及び本件承認拒否によって、Xは、自らの意思によってはいかんともしい難い疾病によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けたことも否定できないことも考慮すると、Yらが構成員選択の自由を有することを十分考慮しても、やはり本件入会拒否及び本件承認拒否は、憲法14条1項及び国際人権B規約26条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容しうる限界を超えるものとして違法というべきである。」

第3 検討

1 本判決は、三菱樹脂事件判決²の一般論を基本的に踏襲して、私的自治の原則が妥当していることを前提に、個人の基本的な自由や平等に対する侵害の態様、程度が社会的許容限度を超えるときは、「民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用」による救済が可能であるとした上で、本件拒否が社会的許容限度を超えるときは、不法行為上の違法性を認めるという判断枠組みを導き出している³。この判断枠組みは、不法行為に基づく損

² 最大判1973（昭和48）年12月12日民集27巻11号1536頁。ただし、本判決は三菱樹脂事件判決とは異なり、社会的許容限度を「憲法の規定等の趣旨に照らして」判断すること、また、憲法14条1項が不法行為上の違法性を検討する際の基準の1つとなることを明示する（勝山教子「判批」『平成27年度重要判例解説』〔『ジュリスト』1492号・2016年〕10頁）。

³ 本判決の規範においては、本件拒否が社会的許容限度を超えるときは、「不法行為を構成する」とのみ述べる。この判示は本件拒否の違法性という争点の検討においてなされ、かつ、結論において、本件拒否は「社会的に許容しうる限界を超えるものとして違法というべきである」とするため、この社会的許容限度の基準は、不法行為上の違法性を判断する基準として用いられていると思われる。

害賠償請求において、私的自治の原則と平等との衝突が争われた裁判例で広く用いられている⁴。

本判決では、社会的許容限度を超えるかどうかを判断するにあたって、(1)Y₂の特質及びAの入会を認めた場合にYらが被る不利益と、(2)本件拒否によりXが被る不利益の利益衡量が行われている。そして、本判決は、(1)については、Y₂が閉鎖性を有する団体とは認められず、既存会員に強い不安感や困惑が生じてY₂の運営に支障が生じるおそれがあるというYらが主張する不利益も抽象的な危惧に過ぎないとし、また、(2)については、Xは経済的不利益とともに「期待ないし信頼」を裏切られる不利益を受け、「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」を受けたことも否定できないとした上で、本件拒否は社会的許容限度を超えるものとして違法であると判断した。

2 Y₂の特質について、本判決は、Y₂が「私的かつ閉鎖的な団体」であるかを検討している。仮にY₂が、「私的かつ閉鎖的な団体」と評価されれば、信頼できる仲間だけを集めて親密な交際を楽しむことを実現するために、「構成員選択の自由」——どのような者に入会を認めるのかという結社の自由や、誰と契約を締結するのかという契約の自由から導かれる——が重視されることになる⁵。逆に、「公的」で「開放的」な団体とされれば、このような自由を重視することはできない。『『公衆』』に向けて、すなわち『公開』の形で相手方を求める以上は、恣意的な排除・選別を加えることなく、条件を満たす者を等しく受け入れることが期待され、「不合理な理由による差別的な取扱い、相手方の人格を傷つける行為とされる」のである⁶。

本判決は、結論としては、Y₂は閉鎖的な団体とはいえないとしている。一般に、会社のほかに任意団体としてのクラブを設立し株主全員がそのクラブの会員となる形式の株主会員制ゴルフクラブは、閉鎖的な私的社交団体としての性格が比較的強いと解されているが⁷、本件においてもY₁の株式はごく一部を除いてY₂の会員資格を充足する目的で保有されて

⁴ 例えば、外国人に対するゴルフクラブへの入会等の拒否が問題となった、東京地判1981（昭和56）年9月9日判時1043号74頁（以下、「1981年判決」という）、東京地判1995（平成7）年3月23日判時1531号53頁（以下、「1995年判決」という）、東京地判2001（平成13）年5月31日判時1773号36頁（以下、「2001年判決」という）や、外国人に対する公住浴場の入浴拒否が問題となった札幌地判2002（平成14）年11月11日判時1806号84頁等を参照。

⁵ 山本敬三「判批」『判例評論』525号（判時1794号・2002年）12頁参照。また、曾我部真裕「判批」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、2014年）11頁は、「私的な結社性を比較的濃厚に備えている場合であって、どのような者に入会を認めるのかという結社の自由が重視される場合」には、国籍や性別、年齢により入会を制限することもとりあえずは可能と言わざるを得ないとする。

⁶ 大村敦志『不法行為判例に学ぶ 社会と法の接点』（有斐閣、2011年）204-205頁。ここでいう「公衆＝公開（性）」は「人々に広く開かれている」という意味である（同203頁）。また、山本・前掲注（5）12-13頁、服部弘志・榎本一久『実務解説ゴルフ場事件判例』（青林書院、2005年）209-210頁も参照。

⁷ 佐藤哲治「批判」『法律のひろば』48巻9号（1995年）44、46頁。

いることから、Y₂はこのような意味での株主会員制ゴルフクラブであるといえる。また、Y₂の構成員には支配的な株主は存在せず、その変動も少ないが（判旨 2①）、このことは Y₂が一体性のある閉鎖的な団体であることを基礎づけうるものである。しかしながら、入会資格・要件が緩やかであること（判旨 2②）、株式が市場で広く一般に取引されていること⁸（判旨 2③）、Y₁は積極的な新規会員募集の態度を示していること（判旨 2④）は、Y₂が「公衆」に向けて、「公開」の形で相手方を求めていると評価できる事実である。また、実際に Y₂の定めに従って入会申込みをした者が拒否されたケースは極めてまれであること（判旨 2⑤）は、実質的には厳しい入会資格・要件や入会手続きがあるなどの事情はなく、実際の運用においても開放的な団体であったことを基礎づける事実となる。以上より、本判決は、判旨 2①の事実を考慮しても、判旨 2②～⑤の事実から Y₂が閉鎖的な団体であるとはいえないと判断したものと思われる⁹。

3 本判決は、Yらと X の被る不利益を検討する前に、判旨 1 の判断枠組みに続けて、「たとえ私人間においても、疾病を理由として不合理な取扱いをすることが許されるものではない」く、性同一性障害も医学的疾患の一つであるから、「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」は許されないと判示する¹⁰。この点、原審は、「性同一性障害及びそ

⁸ 1995 年判決は、預託金会員制と考えられるゴルフクラブに関して、「会員権が市場に流通し、会員募集等にも公的規制がなされていることなどからみれば、ゴルフクラブは、一定の社会性をもった団体であること」を否定できないとする。この公的規制の具体的内容は、判決文からは明らかではないが、「ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法律」が 1992 年 5 月に公布され、1993 年 5 月から施行されている。しかし、2001 年判決では、「同法は誰をゴルフクラブの会員として入会させるかについてのゴルフクラブの判断を規制するものでないから、同法の存在は、被告クラブによる外国人の入会制限の違法性に関する判断を左右するものではない」と判示しており、1995 年判決においても、「一定の社会性をもった団体」とするに当たっては、会員権が市場に流通していることが重視されたと思われる（この点については、木下智史ほか編著『事例研究憲法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013 年）12 頁〔愛敬浩二執筆〕も参照）。

⁹ これに対して、ゴルフクラブへの外国人の入会を制限する旨の理事会決議は民法 90 条に違反せず、在日韓国人に対する入会拒否は違法ではないとした 2001 年判決や、帰化してから相当年限を経過していない者を会員としない旨のゴルフクラブの細則は公序良俗に違反せず、帰化した在日韓国人の入会を拒否したことは違法ではないとした 1981 年判決は、株主会員制であるゴルフクラブの具体的な入会資格や入会手続きが厳格であることから私的で閉鎖的な団体であると認定しているように思われる。この入会資格や入会手続は、その規定とともに実際の運用も見ながら判断されているといえる。

¹⁰ 本判決でも認定されているように、性同一性障害は、世界保健機関（WHO）が定めた国際疾病分類（ICD）に掲載されるなど医学的疾患と捉えられており、日本精神神経学会がまとめた「性同一性障害に関する診断と治療のガイドライン」においても、性同一性障害は医療の対象として位置付けられている。そして、特例法も性同一性障害が医学的疾患であることを前提として制定されている（川崎政司「性同一性障害と法（公法を中心とした法律学の観点から）」南野知恵子代表編『性同一性障害の医療と法——医療・看護・法律・教育・行政関係者が知っておきたい課題と対応』（メディカ出版、2013 年）260 頁）。しかし、性同一性障害を「疾病」や「疾患」と捉えることには批判的な立場もある（例えば、虎井まさ衛「当事者の立場から」同 29 頁以下参照）。また、本判決でも言及されている米国精神医学会が刊行する精

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

の治療を理由とする不合理な取扱いが許されないこと」は、本件拒否当時、「公序の一内容を構成していた」としているが、本判決は、「公序」という言葉を用いずに原審と同様の規範を導いている。

「性別のみによる不合理な差別」の禁止が民法 90 条の公序の内容を構成することは、日産自動車事件¹¹や男子孫入会権事件¹²によってすでに確立していると考えられるが、原審は、「疾患」である「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止も公序を構成すると考えたのであろう¹³。原審が性同一性障害を「自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物的な性別と性別の自己意識の不一致」と捉えていることも併せ考えると、原審の「公序」についての判断は、憲法 14 条 1 項を、「自己の意思や努力によっては変えることのできない事由に基づいて区別扱いするのは実質において不公正である」

神疾患の診断と統計マニュアル (DSM) は 2014 年に改訂されたが (DSM-5)、ここでは、「性同一性障害」という概念が削除され、「性別違和」に置き換えられている。これは、性同一性障害が精神疾患でないという立場を明確にしたものと理解されている (加藤秀一『はじめてのジェンダー論』〔有斐閣、2017 年〕33-34 頁参照)。

¹¹ 最判 1981 (昭和 56) 年 3 月 24 日民集 35 巻 2 号 300 頁。

¹² 最判 2006 (平成 18) 年 3 月 17 日民集 60 巻 3 号 773 頁。

¹³ ただし、不法行為における公序良俗の内容はあまりにさまざまで、民法 90 条の公序良俗と重なる部分もあれば重ならない部分もあるとされる (織田博子「公序良俗と不法行為」椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究——民法における総合的検討』〔日本評論社、1995 年〕301-302 頁)。また、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000 年) 32-34 頁も、民法 90 条や不法行為などの各制度は「禁止規範＝行為規範としての公序良俗規範」の遵守を確保するための補助 (制裁) 手段を用意しているのであり、法律行為の無効や損害賠償義務の賦課というそれぞれの補助 (制裁) 手段によって制約される自由や権利の種類、制約の程度がそれぞれ異なる以上、これらに応じて「公序良俗」違反の内容を決めなければならないとする。

この点、コース別雇用制に関する東京高判 2008 (平成 20) 年 1 月 31 日判時 2005 号 92 頁においては、「憲法 14 条は、私人相互の関係を直接規律することを予定したものではなく、民法 90 条の公序良俗規定のような私的自治に対する一般的制限規定の適用を介して間接的に適用がある……ところ、性による差別待遇の禁止は、民法 90 条の公序をなしていると解されるから、その差別が合理的根拠のない不合理なものであって公序に反する場合に違法となる」と判示しながら、不法行為の成立を認めるのにあたっては「不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序」という概念に依拠している。この概念については、「公序良俗違反よりも認められやすく、少なくとも不法行為の違法性を基礎付ける概念」との評価もあり (島田裕子「判批」村中孝史・荒木尚志編『労働判例百選 [第 9 版]』〔別冊ジュリスト〕230 号・2016 年) 35 頁)、公序という言葉を用いていないものの不法行為における違法性を導く秩序である点で、不法行為と民法 90 条の公序良俗の内容が重ならない部分もあるという評価と共通するところがあると思われる (島田陽一・土田道夫「ディアログ 労働判例この 1 年の争点」『日本労働研究雑誌』592 号 (2009 年) 15 頁以下参照)。

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例 (松原 俊介)

とする考え方¹⁴に通ずると思われる¹⁵。

しかし、原審は、本件拒否が「公序」に違反するかのあてはめを明示的にはせずに、本判決と同様に社会的許容限度を超えるか否かを基準に違法性の判断をしている。不法行為における違法性の判断は、伝統的には被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様の相関関係で決まり、侵害行為の態様が公序良俗違反にあたる場合には違法性を充足するとされているので¹⁶、「公序違反→不法行為上違法」の枠組みを採ることも考えられるが¹⁷、原審はこのような枠組みを採っていない。したがって、原審が「公序」について判示した理由は必ずしも明らかではないが、原審における「公序」についての判示が、本件拒否により X が被る不利益のうち、X の「人格の根幹部分」の否定を裏付ける秩序として作用したと理解する余地

¹⁴ 安西文雄「憲法 14 条 1 項後段の意義」『論究ジュリスト』13 号（2015 年）75 頁。これに対して、蟻川恒正は、「社会を成り立たしめる公的仕組みは、本人の『意思や努力』では乗り越えることのできない条件や障碍を已むをえず設定していることがあり、その峻厳な事理を認めるのでなければ、一定の別異取扱いをいわばデフォルトとして自らのシステムのうちに内蔵している法という規範システムは凡そ作動することができない」とする（蟻川恒正「最高裁判例に現われた『個人の尊厳』——婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」『法学』77 巻 6 号〔2014 年〕5 頁）。自己の意思や努力によっては変えることのできない事由と憲法 14 条 1 項との関係は、今後さらに詰めていく必要があるといえる。

¹⁵ この点については、「憲法的公序」論との関係でも示唆的である。これは、「公法私法二元論を超えて、憲法上の“公序良俗”が直接市民社会に妥当する」とするものであるが、憲法 14 条 1 項の保障内容（の一部）はこの「憲法的公序」として捉えられることになる（駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）336-337 頁。そこに引用される諸文献も参照）。

¹⁶ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937 年）125 頁以下参照。この相関関係理論を判断枠組みとした違法性説については反対説も有力であり学説は混迷状況にあるが、違法性説は現在まで判例に対する影響力を失っておらず、判例における「違法」の判断方法には相関関係理論との対応関係を読み取ることができるとされる（窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8）』〔有斐閣、2017 年〕287-293 頁参照〔橋本佳幸執筆〕）。

¹⁷ 不法行為に基づく損害賠償請求において、私的自治の原則と平等との衝突が争われた裁判例の判断枠組みとして公序（良俗）違反を用いるものとしては、①社会的許容限度を超える→公序（良俗）違反→不法行為上違法、②（社会的許容限度を超えるかどうかに言及せずに）公序（良俗）違反→不法行為上違法がある。

①については、例えば、帰化してから相当年限を経過していない者を会員としない旨のゴルフクラブの細則に基づく入会拒否について、1981 年判決は、入会許可の決定は、自由や平等に対する侵害の態様、程度からして社会的許容限度を超えない限り公序良俗違反とはならないとの一般論を述べた上で、ゴルフクラブの特質や区別の目的・手段等を検討して、上記細則やその適用は公序良俗違反ではなく、原告である在日元韓国人に対する入会拒否は違法ではないとした。②については、例えば、高松高判 2002（平成 14）年 2 月 26 日判タ 1116 号 172 頁は、不法行為に基づく損害賠償請求とともに地位確認請求もされた事案であるが、漁業協同組合が女性組合員に対し漁業補償金を分配しない旨の決定を「男女の不合理な性差別を禁止する憲法の趣旨に反し、民法上、公序良俗に反するものとして無効というべきである」とし、そのあとに続けて「原告は、被告による男女差別により、精神的打撃を受けたことが認められるから、被告による不法行為が成立する」としており、公序良俗に違反することから不法行為の成立を導いていると思われる。

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

はあるように思われる。原審は、「自らの意思によっては如何ともし難い疾患によって生じた生物的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたという X の人格の根幹部分をまさに否定したものにほかならない (X の不利益が単に反射的・経済的なものに留まると考えることは、広く社会に対し、性同一性障害という疾患ないしその治療行為を理由とする不合理な取扱いを助長し、さらには、性同一性障害を患う者に対して、その疾患の自認及び治療行為を躊躇させるなどという、当裁判所が到底許容できない事態を招来しかねない。)」(傍点は筆者)と判示しているのであるが、そこでは、原審のいう「公序」は、X の不利益が、A を名宛人として行われた本件拒否の「反射的」な不利益であることや「経済的」な不利益に留まることを否定し、法的なかつ重大な不利益である「人格の根幹部分」の否定であると認めることを導いたと解することができる。

このように、原審が本件拒否は「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」に当たるか否かの検討を明示的に行っていないことや、原審において「公序」が不法行為の違法性を判断するに当たっての判断基準(下位規範)として機能したとはいえなかったことなどを踏まえると、本判決が「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止を「公序」と捉えなかったのは、そうする必要性を感じなかったからであると考えられることもできる¹⁸。

4 原審は、X の被る不利益の検討のなかで、本件拒否を「人格の根幹部分」の否定と捉えたが、本判決は、本件拒否を入会に対する期待ないし信頼の裏切りと評価している¹⁹。本判決は、本件拒否を、「先行行為に対する信頼」、「契約成立への正当な期待」という観点からの法的評価に基づく信義側上の義務に係る問題と捉えたのであろう²⁰。すなわち、当初から一定のカテゴリーに属する者を対象外とはせずに、団体加入・契約締結の交渉が進み一定の期待が形成された段階に至って、相手方の属性を理由に団体加入・契約締結を拒絶すると

¹⁸ 本判決が性同一性障害を「自らの意思によってはいかんともし難い疾病」と捉えていることや「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」は許されないとしていることは、憲法 14 条 1 項に関する近時の考え方に通ずると思われる(前掲注(14)参照)。ただし、仮に「性同一性障害及びその治療を理由とする不合理な取扱い」の禁止が「公序」を構成すると考えるとしても、性同一性障害には特例法 3 条により性別の取扱いの変更を済ませている場合から未治療の場合まで多くの段階があり、性同一性障害及びその治療を理由としたある取扱いがどのような場合に不合理な取扱いとなるかは、戸籍上の性別や外見も含めて事例ごとに総合衡量により判断せざるを得ないと思われる。

¹⁹ 本判決は、日本国籍を有する者であること以外に Y₂ への入会要件を Y₁ は設けていないこと、実際に Y₂ の定めに従って入会の申込みをした者が Y₂ から入会を拒否されたことは過去に一例あるかどうか程度で極めてまれであること、X も Y₂ に対する入会手続の問合せ・本件株式の購入・Y₂ に対する入会の必要書類の提出等の過程において Y₁ から入会を認めないことがあることをうかがわせるような対応を受けていなかったことから、入会に対する期待ないし信頼の利益を導いている(判旨 3 参照)。

²⁰ 潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』(信山社、2009 年) 116 頁以下参照。

すれば、それはもはや合理的な交渉拒否とはいえないからである²¹。そして、本判決は、このような期待ないし信頼の利益の中に、性同一性障害及びその治療を理由に不当に入会許可をされないことを読み込もうとしたものと評価できる²²。このことは、本判決が、不法行為の違法性を認定する際に、Xの被る不利益の検討では述べられていない「Xは、自らの意思によってはいかんともし難い疾病によって生じた生物学的な性別と性別の自己意識の不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたことを否定されたものと受け止め、人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けた」との評価²³を付け加えていることから読み取れる。ここでいう「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」は、単なる期待ないし信頼の裏切りから生じたのではなく、性同一性障害及びその治療を理由に本件拒否を行っていることから生じているのである。

伝統的には、契約準備交渉過程において期待ないし信頼を裏切ったことを理由とする損害賠償の内容はいわゆる信頼利益の賠償であり²⁴、一般に精神的損害の賠償が含まれるとは考えられていない。したがって、Xの請求する慰謝料を認めるためには、これを基礎づける

²¹ 大村敦志『学術としての民法Ⅱ 新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009年）494頁。

²² 大阪地判1993（平成5）年6月18日判時1468号122頁は、マンションの賃貸借につき、借主が外国人（在日韓国人）であることを理由に入居を拒否したことについて、契約準備交渉過程における信義則上の義務の問題として捉え、借主において不動産仲介業者との交渉過程で契約の成立が確実なものと期待するに至ったにもかかわらず、外国人であることを主たる理由として入居を拒絶したことは何ら合理的理由が存せず信義則に反するとして、不法行為を認めた。この裁判例については、「本件は、いわば契約準備段階における信義則論に仮託して、入居差別の違法性を認めているのではあるまいか」との評釈があるが（河内宏「判批」『判例評論』454号〔判時1579号・1996年〕45頁）、本件と同様に、契約準備交渉過程における信義則上の義務の中に外国人であることを理由に不当に入居拒否してはならないことを読み込んだものと評価できる。

²³ 特例法2条は、「性同一性障害者」の定義の中に「自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思」（傍点は筆者）を有することを含めているが、これは、「自己の身体を心理的な性別に合わせようとし、また、社会生活を心理的な性別に合わせて送ろうとする意思をいう」とされる（南野知恵子監修『解説 性同一性障害者性別取扱い特例法』（日本加除出版、2004年）84頁）。本判決の判示と特例法2条を併せて考えると、本判決は、上記のような意思を有し、実際に治療によって実現してきた「性同一性障害者」が、本件拒否によってこれを否定されたことから、「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛を受けた」と評価されたと解される。そうすると、「身体的」に何らかの治療を行い自己の身体を心理的な性別に合わせてきた者が、社会生活を心理的な性別に合わせて送ってきた場合には、本件と同様に「精神的苦痛」を認めることが可能であり、特例法3条により性別の取扱いの変更を済ませていることはそのための必須の条件ではないと解することができる。

²⁴ ここでの損害賠償の内容について、伝統的な見解に批判的な見解も含めて潮見・前掲注（20）136頁以下参照。一般的に、信頼利益の賠償とは、「契約が成立すると信頼したために相手方が被った損害」を賠償することであり、「契約が履行されれば得たであろう利益」である履行利益の賠償と区別される概念である（潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第3版』7-8頁〔新世社、2017年〕）。ただし、仮に履行利益の賠償を認めたとしても、そこに慰謝料が含まれるとは一般には考えられていないと思われる。

性同一性障害であること及びその治療を受けたことを理由にゴルフクラブへの入会等を拒否したことが違法であるとされた事例（松原 俊介）

「精神的苦痛」の判示が必要不可欠となる²⁵。本判決が、Xの不利益を期待ないし信頼の裏切りと評価したに過ぎないにもかかわらず、原審と同額の慰謝料を認めたのは、本判決がこの「人格の根幹部分に関わる精神的苦痛」を重く捉えたからであろう²⁶。しかし、そうであれば、期待ないし信頼の裏切りとともにXの人格に関する不利益を正面から取り上げるべきであったろう。この点で、ウェブサイト上の無料の資料請求サービスを利用して資料請求を行った外国人に対して、外国人であることのみを理由として資料送付を拒否した事例において、憲法「14条1項の規定の趣旨に照らし合理的理由を欠き、社会的に許容し得る範囲を超えて原告の法的利益を侵害すると認められる場合には、民法上の不法行為に当たる」として、「不合理な差別的取扱いに当たるか」を検討し、本件資料送付拒否は、「何ら合理的な根拠に基づくことなく、……外国人であるという特定の属性のみを理由にされたもの」であるから、「請求者である原告の資料送付を受けられるという合理的期待を裏切るものであるとともに、その人格権を不当に侵害するものとして、不法行為に当たる」とした裁判例²⁷が参考になる。この裁判例は、「不合理な差別的取扱いに当たるか」を社会的許容限度を超えるかという判断枠組みの下位規範とし、さらに、合理的期待の裏切りとともに人格権の侵害を正面から認めており、理論的に優れていると思われる。

5 不法行為に基づく損害賠償請求において私的自治の原則と平等との衝突が争われた事例について、社会的許容限度を超える侵害かどうかという三菱樹脂事件判決の判断枠組みによりつつ違法性を認めた一事例として本判決を捉えることができるが、その際には、本判決が違法性を認めたのは、あくまで本判決におけるXとYらの被る不利益（検討1(1)(2)）の衡量の結果であることに注意しなければならない。特に、Y₂は閉鎖性を有する団体とは認められないこと（検討2）やXの入会に対する期待ないし信頼の利益が認められること（検討4）は、裏を返せば、当該団体が私的かつ閉鎖的な団体であると認められる場合や、当該団体が過去にも入会拒否をしていた事情があることやあらかじめ性同一性障害者を規約で排除していること等によって入会に対する期待ないし信頼の利益が認められない場合にどのように衡量されるのかは本判決からは不明である。この意味で、本判決が残した問題は多いと思われる。

〔付記〕 本評釈は、2017年4月15日に行われた東北大学公法判例研究会における報告に、加筆・修正を施したものである。研究会の参加者各位には、質疑応答を通して多くのご教授をいただいた。この場を借りて感謝を申し上げる。

²⁵ ただし、違法性の認定においては、「精神的苦痛」のような「損害」は直接には相関関係論の考慮要素に含まれないが、性同一性障害であること及びその治療を理由とした本件拒否がこのような「損害」をもたらすことは侵害行為の態様に関わり、そのために、違法性の認定で考慮されたと思われる。

²⁶ 勝山・前掲注(2) 11頁参照。

²⁷ 大阪地判2017（平成29）年8月25日判時2368号23頁。

東北ローレビューVol.6

2019 年 3 月 29 日 発行

編集・発行 東北ローレビュー編集委員会

〒980-8576 仙台市青葉区川内 2-7-1

東北大学大学院法学研究科内

TEL 022-795-6171 (研究補助室)

© 2019 国立大学法人東北大学大学院法学研究科