

東北ローレビュー

Vol. 7 2020. March

東北大学ローレビュー冒頭特集 The opening special issue

拐取

.....和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美

Abduction

Toshinori WADA, Yoko SATO, Kazuhiko MATSUBARA, Harumi ISHIWATA

論説 Articles

カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義

.....得津 晶

Is Civil Law Jabberwock?: Public Policy and Civil Law

.....TOKUTSU Akira

難民の国際的地位と人格

一戦間期における「住民 incola」論の援用による対抗一

.....加藤 雄大

Proudhon's "Incola" in Formulating the International Status of Refugees

.....KATO Yuta

中国における会社決議の瑕疵に関する司法救済制度

濫訴防止を中心に

.....龍 鉄

Judicial Remedies of Resolution Flaws of the Corporation's Resolution in China

Focusing on Preventing the Abuse of the Lawsuit Process

.....LONG Tie

判例研究 Case Comment

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

.....岩城 円花

Case Study: The Provisions of the Articles of Incorporation Pertaining to Private Companies With Board Directors, Saying That the Representative Director Can Be Selected by the Resolution of Board of Directors Meetings and Shareholders Meetings, Are Deemed Valid.

.....IWAKI Madoka

東北ローレビュー編集委員会 [編]

— 目 次 —

東北大学ローレビュー冒頭特集 The opening special issue

第1 「拐取」 —刑法学会ワークショップの記録和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美	2
1. Abduction Toshinori WADA, Yoko SATO, Kazuhiko MATSUBARA, Harumi ISHIWATA	2
第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の 子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否(最決平成17年12 月6日刑集59巻10号1901頁)松原 和彦	117
2. Case Note on Criminal LawKazuhiko MATSUBARA	117
第3 刑法と対話してみても「監護権、復権。」への課題石綿 はる美	131
3. After the discussion about abduction with criminal law theoristsHarumi ISHIWATA	131

論 説 Articles

カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義得津 晶	138
Is Civil Law Jabberwock?: Public Policy and Civil LawTOKUTSU Akira	138
難民の国際的地位と人格 —戦間期における「住民 incola」論の援用による対抗—加藤 雄大	189
Proudhon's "Incola" in Formulating the International Status of RefugeesKATO Yuta	189

中国における会社決議の瑕疵に関する司法救済制度 濫訴防止を中心に	龍 鉄	214
Judicial Remedies of Resolution Flaws of the Corporation's Resolution in China Focusing on Preventing the Abuse of the Lawsuit Process	LONG Tie	214

判例研究 Case Comment

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例	岩城 円花	239
Case Study: The Provisions of the Articles of Incorporation Pertaining to Private Companies With Board Directors, Saying That the Representative Director Can Be Selected by the Resolution of Board of Directors Meetings and Shareholders Meetings, Are Deemed Valid.	IWAKI Madoka	239

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美

- 第1 「拐取」 和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美
一 刑法学会ワークショップの記録
I. 論稿
II. レジюме
III. 参考資料
- 第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否（最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁） 松原 和彦
- 第3 拐取罪を題材に刑法と対話してみても 石綿 はる美

本特集は、「親による子の奪い合い」という問題について、刑事法・民事法の双方の視点から、さらに比較法的視座も含めて検討するというものである。

本特集は、以下の3つのパートからなる。

第1が2019年5月に行われた日本刑法学会第97回大会のワークショップの記録である。これは、読み上げ原稿をもとにして作成された論稿部分、レジюме部分、その他参考資料部分の3つのパートからなる。原稿部分とレジюме部分を統合することも考えたが、学会の臨場感を残すため、また議論のポイントをわかりやすくするために、この形式とすることにした。したがって、3つの資料を合わせながら、読み進めていただくと幸いである。

第2が、最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁の評釈である。これは、拐取のワークショップを巡る議論を通じて得ることができた視座も含めて、平成17年決定を改めて分析したものである。

第3は、これらを踏まえて、刑事法学から民事法学に投げかけられた問は何かという点を、簡単にまとめたものである。

(石綿 はる美)

第1 拐取

和田 俊憲・佐藤 陽子・松原 和彦・石綿 はる美

I. 論稿

はじめに

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価
2. 監護権の重要性—比較法的視座から—
3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—
4. 明治民法における親権・監護
5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—
6. 権利としての監護権とその制約
7. 現行民法における親権・監護権

第2部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討
9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント
10. 日本における民事法の制度概要
11. 平成17年決定の検討
12. 平成17年決定への民事法からのコメント

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況
14. 平成15年決定の検討
15. 民事法からのコメント—ハーグ条約を中心に—

はじめに

本稿は、2019年5月に一橋大学で開催された日本刑法学会第97回大会におけるワークショップ「拐取」の記録である。共同研究の準備および担当者における東北大学との強い縁に基づいて、本誌への掲載をお認めいただいた。

このワークショップでは、いわゆる親による子の奪い合い事案（最決平成15年

3月18日刑集57巻3号371頁、最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁)を特に念頭において、拐取罪のあり方を多方面から検討した。その際に依拠したのは、わが国における拐取罪の沿革研究および子の奪い合いに係る比較法研究についてのリレー連載「拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」法律時報89巻11号(2017年)～91巻11号(2019年)である。この共同研究に参画した和田俊憲(慶應義塾大学)、佐藤陽子(北海道大学)および松原和彦(白鷗大学)が、そこで得られた比較法的・沿革的知見をさらに深化・展開させ、未成年者を客体とする拐取罪について、「監護権、復権。」をキーワードとしつつ解釈論の再構成を試みるとともに、それに対して、石綿はる美(東北大学)が民法の観点からの相対化を図り、刑事政策的に望ましい「監護権」のあり方を探った。

ワークショップでの報告は3部構成で行われた。第1部では未成年者拐取罪の一般論を扱い、それに基づいて第2部では親による子の奪い合い事案に限定した検討を行い、さらに第3部では国外拐取の特殊性を確認した。各部の概要をあらかじめ示すと、次のとおりである(括弧内は、各ブロックの報告担当者を表している)。

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価〔松原〕

明治期からみられた監護権を保護法益とする見解が、時代とともに弱まってきたことが整理・確認された。

2. 監護権の重要性—比較法的視座から—〔佐藤〕

比較法的には監護権のみを保護する犯罪類型を定めるのが通常であり、我が国の規定は極めて特殊であること、そして、わが国の監護権説はドイツ由来であるが、必ずしもこれを盲目的に導入したのではないといいうるとの分析が示された。

3. 3つの法益の検討(その1)—自由の実体、身体の安全の適否—〔松原〕

拐取罪における自由は監禁罪のそれよりも具体性が高く、他方で、拐取罪における安全は遺棄罪のそれよりも弱いことが指摘された。

4. 明治民法における親権・監護〔石綿〕

明治民法における親権および監護に関する規定および概念の解説がなされた。

5. 3つの法益の検討(その2)—刑法における監護権の意義—〔松原〕

刑法における監護権の実質は、未成年者が自身では実現できない包括的かつ長期的な利益を図る点にあり、対世的な権利の側面だけでなく、未成年者に対する義務の側面もあることが述べられた。

6. 権利としての監護権とその制約〔佐藤〕

監護権の権利としての側面を強調すると、わが国においては保護の欠缺が生じうるため、義務としての側面を強調することで権利を制約する必要があることが指摘された。

7. 現行民法における親権・監護権〔石綿〕

現行民法における親権・監護権の規定、監護権の内容および監護権の帰属主体に関する解説がなされた。

第2部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討〔佐藤〕

拐取罪のうち、被拐取者の自由等ではなく監護権等の権利を保護対象とするいわゆる権利保護類型について、保護対象たる監護権の具体的内容は比較法的に多様であることが確認され、また、各国における処罰範囲の政策決定はいわば成り行きであることが指摘された。

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント〔石綿〕

諸外国とわが国では民法にも違いがあることが指摘され、刑事法にみられる比較法的多様性の分類が示された。

10. 日本における民事法の制度概要〔石綿〕

親による子の奪い合いにつき民法で用意されている解決手段および判断方法の解説がなされた。

11. 平成17年決定の検討〔松原〕

平成17年決定における構成要件該当性判断および二段階の違法性阻却否定判断は、権利および義務としての監護権という視座から合理的に分析・整理できることが説明された。

12. 平成17年決定への民事法からのコメント〔石綿〕

民法で親権者・監護者を決定する際の判断基準が解説され、それに照らした平成17年決定の分析がなされた。

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況〔佐藤〕

親による子の国外への連れ去り事案には、特別な対応をしている国が多いこと

が説明された。

14. 平成 15 年決定の検討〔松原〕

平成 15 年決定に対する、国外拐取事案であることに特に着目した分析・検討が提示された。

15. 民事法からのコメントーハーグ条約を中心にー〔石綿〕

ハーグ条約に表れた国外拐取の特殊性が指摘され、ハーグ条約と刑事法の関係についての分析がなされた。

このワークショップに結実した共同研究では、監護権を中核に据えて拐取罪を構成することのメリットとデメリットが確認された。

たしかに、監護権を中心にして再構成しても、未成年者を客体とする拐取罪のすべてが合理的に説明できるようになるわけではない。特に、監護権者が存在しない場合や、(とりわけ母親による)子連れ別居の扱いが問題である。前者については、拐取罪を認めるにあたって親権者や後見人による具体的監護までは不要だとしても、後見開始原因があるだけの場合は国家による後見に対する侵害というほかないであろうか。後者については、監護権侵害はあるといわざるを得ないが、違法かどうかは立ち入った検討が必要である。

そうであっても、監護権構成にはメリットが多い。同罪で真に問題にすべきは子の長期的利益であることが示せたり、権利者の義務的側面が考慮しやすくなったり、未成年者の承諾が相対化できたり、さらには、親による子の奪い合い事案において、自由 vs 監護権ではなく、子の利益のための監護義務 vs 監護義務という構成にできたり、といった点が容易に挙げられるところである。

そして最大のポイントは、民事法における監護権・監護の扱いを正面から参照できること、あるいは、参照すべきであるということが示せることである。未成年者を客体とする拐取罪については、やはり監護権を中心に据え、かつ、民事法における監護の扱いに刑事法側からも強い興味をもって、民刑の相互交流を深めながら正しい理解を広げていくことが決定的に重要である。

なお、本共同研究は継続中である。その全体像については、深町晋也＝樋口亮介編『子の奪い合いと拐取罪の総合研究(仮題)』(日本評論社、2020年刊行予定)を参照いただきたい。

(和田 俊憲)

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価*

まず、「第1部 未成年者拐取罪の一般論」の報告の前提として、未成年者拐取罪（224条。以下「本罪」という。）¹の法益を確認し、そのうち監護権に対する評価の変化を見ておきたい。

従前より、本罪の法益として想定されてきた主なものは、自由、監護権および身体の安全の3つである²。それらのうち、まず、自由および監護権の各法益は、古くから本罪の法益として挙げられてきたものである。その一例が判例①である（レジュメ1. (1) ① (i) 参照）。判例①によれば、まず自由が本罪の法益であり、「幼者」に「監督者」（以下「監護者」という。）が存在する場合には、自由に加えて、「監督権」（以下「監護権」という。）も本罪の法益である。

また、判例①は、自由と監護権の位置づけについて、次の2点を示唆してもいるように思われる。第1に、自由という法益は、本罪を含む拐取罪の実行行為である拐取の一要素である、行為者が客体を自己または第三者の事実的な支配下に置くこと（以下「支配の設定」という。）という要素と関係するものだという点である。第2に、監護権という法益は、客体が「未成年者」であることと関係するものだという点である。

とすれば、本罪には、実行行為が拐取であるという点で他の拐取罪と共通する側面と、客体が「未成年者」であるという点で他の拐取罪と異なる側面の2つがあることになる。

次に、身体の安全という法益は、自由および監護権の各法益と比較すれば、最近になって主張されたものである。その端緒と推測されるのが学説①である（レジュメ1. (1) ② (i) 参照）。なお、学説①で挙げられているのは生命・身体等の安全であるが、学説①の系譜に連なると思われる近時の学説に倣い³、以下では

* 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「我が国における拐取罪の沿革（下）一親が主体の事案を念頭に」法時90巻1号（平成30年）116頁以下、同「日本法の地層—拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」同91巻10号（令和元年）103頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照。

² 拐取罪一般の法益につき、町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉—岩井宜子先生古稀祝賀論文集』（尚学社、平成23年）429頁〔杉山博亮〕以下参照。

³ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、平成30年）85頁参照。

身体の安全とする。

さて、学説①には注目すべき点が1点ある。それは、客体が「未成年者」である場合には、身体の安全という法益に対する危険が「保護者」からの引離しによって惹起されるという点である。

本罪の法益として想定されてきた主なものは以上の3つの法益であるが、それらのうち監護権という法益は、近時、否定的に評価されているようである。それは、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』（青林書院）における評価の変遷から確認することができる（以下、レジメ 1. (2) ① (i) ないし (iii) 参照）。

まず、平成3年に出版された初版では、判例①と同様の見解が「通説とされている」と評価されていた。平成14年に出版された第2版でも、そのような評価だった。しかし、平成26年に出版された第3版では、判例①と同様の見解が「かつては……通説とされていた」と評価されている。つまり、判例①と同様の見解の評価は低下しているのである。他方で、本罪の法益の1つを自由と理解することに対して、異論が唱えられることはほとんどない⁴。

とすれば、判例①と同様の見解の評価が低下した原因は、監護権という法益に対する否定的な評価にあると言えよう。その背景の1つには、判例①と同様の見解の場合、例えば、非監護者が監護者から「未成年者」、特に成年に近い者を拐取する場合、たとえ「未成年者」が拐取に同意していたとしても、監護者が同意しない限り、本罪の成立が肯定される可能性があるということに対する疑念があるのかも知れない⁵。そして、それは、監護権が「未成年者」のためのものであるという考え方の表れなのかも知れない⁶。

しかし、監護権という法益は否定的に評価されるべきなのだろうか。

（松原 和彦）

2. 監護権の重要性—比較法的視座から—

(1) 日本の未成年者拐取罪の特徴

松原和彦「3つの法益の確認と監護権に対する評価」では、法益論に関する我が国の従来の議論が確認されたが、法益論とも関係して、我が国の未成年者拐取

⁴ 例外的に、井上正治＝江藤孝『新訂刑法学〔各則〕』（法律文化社、平成6年）56頁以下参照。

⁵ 西田（橋爪補訂）・前掲注3）87頁参照。

⁶ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、平成22年）92頁、93頁参照。

罪の規定には諸外国と異なる大きな特徴がある。すなわち、ドイツ、オーストリア、イギリス、アメリカ、カナダ、フランス、スイスといった欧米諸国では、未成年者を監護者等の下から連れ去る行為に関して、①親の子に対する監護権などの民事上の権利を保護する犯罪類型（権利保護類型）と、②被拐取者の自由ないし安全を保護する犯罪類型（自由・安全保護類型）の二類型がそれぞれ別個の罪として存在している¹のに対し、我が国には未成年者拐取罪（224条）の一罪しか規定されていないということである。

そして前項で確認した我が国のかつての通説的見解は、諸外国において二つの条文で保護しているものを、一つの条文で保護しようとしているように見える。これに対して、近年の通説的見解は、224条の法益から①監護者の権利を排し、②未成年者の自由ないし安全に特化させようとしているものといえる。

(2) 異なる二つの法益と被害者の承諾

異なる二つ法益を一つの構成要件で保護しようとした場合、被害者の承諾との関係で、誰が当該法益の侵害に有効に承諾しうる承諾権者なのかが問題になる。この点について、かつての通説的見解は、犯罪の成立を否定しうる承諾権者として、監護者のみを想定していた²。

これは、被害者の承諾論の一般的な理解に基づけば、奇妙なところがある。というのも、被害者の承諾論でこれまで発展してきた理解に基づけば、一つの構成要件で二つの法益を平等に保護する場合には、犯罪成立のためにどちらか片方の法益侵害で十分とする択一的保護と犯罪成立のためにどちらの法益侵害も必要とする重層的保護の可能性があり、前者の場合には、いずれもの法益所有者の承諾がなければ犯罪の成立は否定されず、後者の場合には、いずれかの法益所有者の承諾があれば犯罪の成立は否定されることになるからである³。すなわち、224条の成立を否定するためには、監護者と未成年者の承諾が必要か、監護者又は未成年

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号（2019）106 頁以下を参照。なお、本企画の趣旨は、深町晋也「企画趣旨」法律時報 89 巻 11 号（2017）127 頁を参照。以下で「特集 拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」の研究成果を引用するときは、連載の著者姓（又は姓名）、担当国、上・下の区別、及び頁数のみを記す。

² 団藤重光『刑法綱要各論』（第 3 版、弘文堂、1990）476 頁、福田平『全訂刑法各論』（第 3 版増補、有斐閣、2002）173 頁などを参照。

³ この点については、拙稿「被害者の承諾—各論的考察による再構成（二）」北大法学論集 58 巻 4 号 46 頁以下を参照。

年者の承諾が必要だということになり、監護者の承諾のみが犯罪の成立を否定するという帰結にいたることはない。他方で、未成年者の承諾能力を否定すれば、かかる帰結は導けるが、少なくとも性的自由に関しては13歳以上が承諾できると解されていること⁴、また監禁罪に関する8歳児の承諾が問題となった事例⁵も存在することに鑑みれば、移動の自由についても一律に未成年者の承諾能力を否定することには説得力がないように思われる⁶。そうすると残されるのは、二つの法益のうち片方が優越する、すなわち224条では未成年者の保護よりも監護者の保護の方が本質的であると解し、監護者の承諾のみが224条の成立を否定できると解する方法になるが、当時の通説において、法益の優劣に関する記述は管見の限り見当たらない。

それではなぜかつての通説がこのような、すなわち自由と監護権を保護法益としつつ、監護者の承諾のみ有効であるという一見納得がいかないようにみえる解釈を行っていたのだろうか。結論から言えば、大正及び昭和初期の頃のこの点に関する学説に、当時のドイツの学説が強い影響を与えたからであると思われる。

たとえば、神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』では、拐取罪により侵害されるのは、監督権者の監督の下に立つ未成年の自由であるとしながら、その法益を処分できるのは監督権者だけであると記述し、そこでリストとフランクの名をあげている⁷。また、新保勘解人『日本刑法要論各論（増訂再版）』は、本罪の保護法益を

⁴ 確かに、児童福祉法や青少年保護育成条例では、18歳未満の者との合意的な性的行為をも処罰する規定があるが、ここでの保護法益はより広範で長期的な利益である未成年者の健全な育成と解されている。

⁵ 大阪高判平成27年10月6日判時2293号139頁（上告審：最決平成28年1月15日）を参照。

⁶ たとえばオーストリアにおいては、自由保護類型である刑法101条（児童拐取罪）との関係で、たとえ14歳未満であっても、移動の自由に関しては真意の承諾をしようとの理解が存在する（佐藤陽子・塙・下・99頁）。

⁷ 神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、1913）974頁以下：「未成年者は父母後見人感化院主教育所主の如き監督者の監督の下に在ると浮浪の状態に在りて何人の監督をも受けさるとを問はず均しく拐取罪の客体たるを得へし而して拐取罪により未成年者は自ら此等監督権者の監督の下に立つの自由を侵害せらるるものなりと雖とも此等の監督権者のみか法律に抵触せざる範囲に於て（例へは次条以下の規定）未成年者の斯る法益を処分するを得べきものなるか故に監督権者の承諾を得たるときは拐取罪成立せずと雖とも未成年者のみの承諾は拐取行為の違法性を阻却することと云はさる可らず（同説リスト、フランク）監督の下に在らざる少年に対し

未成年者の自由及び保護者の監督権であると解しながらも、未成年者の自由は絶対的なものではないとし、監護権の濫用に至らない限りでの監護者の承諾にのみ有効な犯罪阻却効果を認めるとして、リスト、フランク、アルフェルトを引用している⁸。

そこで以下では、当時のドイツ議論についてまず確認してみたい。

(3) かつての通説に影響を与えたドイツの議論

ドイツの未成年者拐取罪の規定たる刑法 235 条の基本的な構成要件(1項)は、1872年にライヒ刑法典が制定された当初から 1998年の改正までほとんど変わっていない。235条1項は次のようなものであった(レジュメ 2(3)も参照)。

ドイツ刑法第 235 条⁹

(1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人(Pfleger)から引離した者は、禁錮(Gefängnis)に処する。

かかる構成要件の下、1900年代初期にはすでに本条の保護法益と承諾権者に関

ては本人の承諾を得ずして擅に事実上の支配関係を設定するに因りて成立すべし」(原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた)。

⁸ 新保勘解人『日本刑法要論各論(増訂再版)』(敬文堂書店、1929)428頁以下：「本罪の客体は未成年者にして其行為は略取又は誘拐なり。然れども未成年者は保護者の監督の下に立つものにして未成年者の自由なるものは絶対的のものに非ずして保護者の監督の範囲内に於て存するものなれば本罪の行為は常に一面に於ては保護者の監督権を侵害するの性質を有するものとす。」「従て縦令未成年者の承諾あるも之か保護者の意思に反するときは本罪の成立を妨げざるべきも之に反し保護者の承諾あるときは其承諾にして適法なる監督権の行使と認むべき範囲内に於ては縦令未成年者の意思に反する場合と雖も本罪成立せざるべし。何となれば此場合未成年者の自由を侵害したるものと言うを得されはなり。但し其承諾か監督権の乱用に出てたるものと認むべき場合に於ては縦令保護者の承諾あるも本罪成立すべし【獨逸刑法に於ける幼者の略取罪(Kinderraub)に付[リスト]亦刑法典の意味に於ては此犯罪は未成年者に対する自由犯として規定せられ監督権者の親族権に対する犯罪として規定せられざるも未成年者の承諾か犯罪の成否に何等の影響なきに拘らず監督権者の承諾は其違法性を阻却すと解し[フランク]は本罪の行為の客体は未成年者なれども保護の客体は親権者後見人等なるを以て未成年者の承諾は其違法性を阻却せざるも親権者後見人等の承諾は之を阻却すと為し[アルフェルト]亦結果に於て之と同説なり】」(原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた)。

⁹ 1912年7月5日から1969年9月1日まで用いられていた条文を翻訳した。それ以前の条文も構成要件の基本的部分と同じである。

する議論は一定の方向性を獲得していた。すなわち、235 条の法益は監護権であり、それゆえ承諾権者は監護者であるとの理解である。フランク¹⁰やその他多くの論者¹¹がこのように主張していた。

これに対して、独自の見解を主張していたのはリストである。1900 年に出版されたリストの教科書によれば、ドイツ刑法 235 条の保護法益は未成年者の自由であるが、違法性を阻却しうるのは、監護者の承諾のみである¹²。

特徴的なのは、ドイツでは 235 条の法益をいかに解そうと、未成年者拐取罪に承諾できるのは監護者のみであると解されている点であろう。なぜ当時のドイツでは、監護権者のみが法益を処分できると解されていたのだろうか。

そこで以下ではドイツの学説をよりよく理解するためにドイツ法を二つの視点から観察してみたい。すなわち、第一に沿革的な視点であり、第二に条文の文言を基礎においた解釈学的な視点である。

まず、第一の視点から検討する。そもそも未成年者拐取罪に関する規定はローマ時代のかなり初期から存在していたが、とりわけ構成要件が明確化したのは、紀元 4 世紀のコンスタンティヌス 1 世の時代であるという¹³。その本質的なメルクマールは、親族 (Angehörige) の意思に反して拐取が行われるということであった。そのため親族の同意は、構成要件を排除するが、被拐取者の意思傾向は重視されないと理解されていた¹⁴。この時代のいわゆる拐取罪は、キリスト教的価値観に基づいて、拐取されている間に被拐取者が墮落することを理由に処罰されていた。それゆえ、仮に被拐取者が拐取に同意した場合には、拐取者の刑が軽くなるのではなく、拐取者と共に被拐取者にも刑罰が科されていたという。このように、本罪はあくまで家族権の行使者たる家長が所有物たる妻や娘を墮落させることなく管理するための規定だったのである。

これに対して、中世、具体的には 13 世紀になってようやく北ドイツのいくつか

¹⁰ Vgl. *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926, S. 477.

¹¹ Vgl. *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889, S. 313; *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1898, S. 543; *Ebermayer/Lobe/Rosenberg*, Das Reichs-Strafgesetzbuch, 1922, S. 628 f.; *Maurach*, Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch, 1953, S. 98.

¹² Vgl. *Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1900, S. 344. *Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1907, S. 418 f. も同旨。

¹³ 拐取罪の沿革に関しては、基本的に、*Schwarz*, Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§ § 235-238), 1972 に依拠した。

¹⁴ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 9 f.

の都市¹⁵で初めて拐取に二つの類型が現れた。すなわち、被拐取者が拐取を受け入れれば Entführung、拒絶すれば Raub として区別され、前者は、拐取者が未成年者又は既婚女性でない限り、刑が減輕されたという¹⁶。たとえばフリースラントでは、裁判で拐取者と監護者が並びたてられ、被拐取者に対し「誰のところにいきたいか」という問いがなされ、被拐取者が拐取者を選べば Entführung、監護者を選べば Raub と結論付けられていたという。その後 16 世紀のカロリーナ刑法典ではローマ法が継受されたため両者の区別はなされなかったが、18 世紀末のプロイセン一般ラント法及びそれを継承したプロイセン刑法典（19 世紀中ごろ）では、その区別を確認することができる¹⁷。

具体的に、プロイセン刑法典では、まず自由に対する罪として、204 条に自らの支配下に置くなどの目的で暴行・策略等の手段を用い、人を拐取するいわゆる Menschenraub（拐取罪）が規定され¹⁸、同様に自由に対する罪として、205 条に物乞い又は利欲的若しくは反良俗的な目的等に利用するため 16 歳未満の者を策略又は暴行で拐取する罪が規定され、最後に 205 条の受け皿構成要件で、監護権に対する罪として、206 条に策略又は暴行で未成年者をその両親又は後見人から拐取する罪が規定されていた¹⁹。

¹⁵ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 19. フリースラント、ケルン、ボヘミアがその例としてあげられている。

¹⁶ Vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 19.

¹⁷ Vgl. *Temme*, Lehrbuch des Preussischen Strafrechts, 1863, S. 872 ff.

同時期にドイツの一部において適用されていた *Gemeines Recht* においても、解釈において両者の区別は確認できる (vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1832, S. 173. 「拐取は違法な方法で行われなければならない、それは、1) 人的自由の侵害としてか—その人の意思に反して—、2) その意思に合致しているときは、第三者のその者に関する法的権力の侮辱 (Beleidigung) としてである」。また、後者は、「1) 既婚女性の場合にはその夫との関係で、2) 子どもの場合にはその者について父権を有する者との関係で行われる。」)。

¹⁸ Menschenraub も未成年者拐取罪と同様にローマ法に起源を有する規定である。とりわけ自由人の売買などを問題としていた (vgl. *Haars*, Menschenraub und Kinderraub, 1899, S. 5 f.)。

¹⁹ 205 条は未成年者に策略や暴行がなされることが前提となっており、206 条はそれが両親又は後見人になされることが予定されている。この点で、後者は、Menschenraub とは性質が異なり、第一義的に親権と配慮権を保護する規定だとされたのだという (vgl. *Schwarz*, a.a. O. (Anm. 13), S. 33 ff. *Hälschner*, Das

その後、拐取罪との関係ではプロイセン刑法典と変わらない北ドイツ連邦のための刑法典が作られ、それを継受したライヒ刑法典ができた²⁰。ライヒ刑法典では、234条に一定の目的で、かつ策略又は暴行・脅迫の手段を用いて人を拐取する *Menschenraub* が規定され、235条に未成年者を策略又は暴行・脅迫により親権者や後見人から拐取する罪が規定され、236条にわいせつ等の目的で婦女を策略又は暴行・脅迫で拐取する罪が規定され、最後に237条にわいせつ等の目的で未成年、かつ未婚の婦女をその意思に合致し、しかしそれらの監護者等の意思に反して拐取する罪が規定されている。

以上で紹介した沿革に基づき考えるに、そもそも未成年者拐取罪というのは、未成熟な者を監護者の権力に服させるための条文であったといえる。それがやがて自由に対する罪になり、他方で自由には解消されない部分も残った。つまり上述の法益論にまで遡れば、①の類型が原初形態であり、その後、(場合によっては監護されていない)被拐取者の自由を重視した②の類型が派生したことになる。また、②類型の拐取罪が派生する際に、①類型が削除されることはなく、①類型の独自の重要性は維持されている。

そして、①類型の条文として受け止められやすいのは、「Aから(Bを)奪う」という構造になっており、かつ被拐取者の意思に反する拐取を必ずしも要件としていない²¹構成要件であった。この点でライヒ刑法典235条はまさにそのような条文であったといえよう。実際に立法者もそのような趣旨で規定したものと考えられる。ライヒ刑法典235条の保護法益は監護権であり、その承諾権者は監護者であるという結論は、この点で分かりやすい。

これに対してリストが保護法益を未成年者の自由と解した点は疑問であるが、場合によっては、条文が分類された章が自由に対する罪の章であったこと及び、拐取の目的が婚姻目的に限られない²²ことを重視したのかもしれない²³。

preußische Strafrecht Teil. 3, 1868, S. 190 f.も参照)。また、*Haars. a.a.O.* (Anm. 18), S. 39 f.も参照。

²⁰ Vgl. *Schwarz, a.a. O.* (Anm. 13), S. 38.

²¹ この点は、後述する第二の点と関係する。

²² リストは婚姻目的による、被拐取者の意思に合致し、かつ後見を侵害する拐取行為に家族に対する罪たる特徴を見出す (Vgl. *Liszt, a.a. O.* (Anm. 12), S. 351)。

²³ リストがプロイセン一般ラント法の伝統を批判的に見ていることも重要であろう (vgl. *Liszt, a.a. O.* (Anm. 12), S. 351 f.)。また、*Gemeines Recht* の伝統からみれば、235条が *Menschenraub* から分岐した新設条文であるという点については、*Meyer, a.a.O.* (Anm. 12), S. 418 f.を参照)。

しかし、たとえリストのように、235 条の法益を被拐取者の自由と解しても、ドイツには 235 条の承諾権者を監護者と解するべき理由があった。それは第二の視点、すなわち文言を基礎においた解釈学的な視点からみたときに明らかになる。その際には、同じく拐取を規定する 236 条と 237 条もあわせて観察しなければならない（レジュメ 2（3）も参照）。

ライヒ刑法典第 236 条²⁴

(1) わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は 10 年以下の懲役に処する、また被拐取者と婚姻するために、拐取が行われた場合には禁錮に処する。

同第 237 条²⁵

(1) わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかしその両親又は後見人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する。

これらの規定の特徴は、被拐取者の意思・同意の有無を明記している点にある。すなわち、236 条は「被拐取者の意思に反すること」が前提になるのに対し、237 条は「被拐取者の意思に合致し、しかし監護者の意思に反すること」を前提とする。法益との関係でみれば、前者を②に分類し、後者を①に分類するのが一般的である²⁶。

その上で 235 条を見ると、235 条には被拐取者の意思・同意に関する記述がない。つまり、235 条では、「被拐取者の意思に合致しても、しなくても」と読まれることになる。それゆえ、決定的なのは監護者の意思であるとの理解につながるようになるのである。この点で、たとえばリストがそうであったように、本罪の保護法益を監護権だと解さなくても、承諾権者は監護者であるとの帰結に至るのは理由のあることだったといえよう。

(4) かつての通説の理論的根拠？

我が国の 224 条を見てみると、ドイツの条文のように、「A から (B を) 奪う」という条文の作りになっておらず、また未成年者の承諾を制限する文言を条文上に見出すことはできない。しかし、それにも拘らず、先に紹介した我が国の文献

²⁴ 1872 年 1 月 1 日から 1953 年 10 月 1 日まで用いられていた条文を翻訳した。1998 年に本質的に変更を加えられるまでは、ほとんど内容的な変更はない。

²⁵ 1896 年 9 月 7 日から 1953 年 10 月 1 日まで用いられていた条文を翻訳した。それ以前の条文も構成要件の基本的部分と同じである。また、1997 年に削除されるまでは、ほとんど内容的な変更はない。

²⁶ Vgl. *Frank*, a.a.O. (Anm. 10), S. 479 und 480; *Maurach*, a.a.O. (Anm. 11), S. 99. ただし、236 条については身体の自由というよりも、性的自由が重視されている。

はドイツ刑法 235 条に関するドイツの解釈を手がかりに、監護者の承諾のみの重要性を主張してきた。では、我が国のかつての学説が、ドイツと我が国の条文の違いを認識せずにこのような解釈をしてしまったと見るべきなのだろうか。

私見によれば、かつての学説は、ドイツの条文と我が国の条文が異なっていることを理解しながらも、あえてこのような理解を取り入れたものである。

たとえば、大正 6 年 (1917) に公刊された藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号 1 頁以下は、当時のドイツやフランスなどの外国法についてかなり詳細な検討を経たのち、わが国の条文とこれらの条文が異なっていることを認識しながらも、「社会生活の実状に参酌し且法文の用語か甚だ簡単なる点は反て多少の斟酌を加ふる余地あるものと」して、監護権と未成年者の自由のいずれもを保護するとの見解を「穩健なる見解と認む」として支持している²⁷。ここでいう社会生活の実状というのは、ここで挙げられた例に基づけば、未成年者の承諾を常に有効とすれば、監護者が受けさせたい教育や世話を受けさせることができなくなる²⁸ことである。監護者の決めた場所に子が所在しているということが、監護者が子に対する権利や義務を行使する前提になる。それ

²⁷ なお、本罪が未成年者の自由を保護していることは前提となっている。それは、条文の位置や法定刑から、その他の拐取罪と罪質が同じであることを考慮してのことであると思われる（藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号 24 頁を参照）。また、明文上、本罪の客体が監護権に服する未成年者であると明記していないこと（旧刑法に関する記述として、同・22 頁を参照）及び旧刑法からの伝統もその理由とされる（同・16 頁以下を参照）。当時の学説が拐取罪一般の法益を被拐取者の自由とし、未成年者拐取についてはそれに加えて監護権としていた点については、松原・沿革・下・117 頁を参照。

引用部分は、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めている（以下、同じ）。

²⁸ 「監護権に属する未成年者に対して監護権者は其処分権限に基き未成年者の意思に反し之を甲教育家に托し監護を受けしめたる時悪友乙か未成年者の承諾を得て之を自己の支配内に入るるに當り監護権者に暴行脅迫を加へ又は詐欺誘惑を加へて其結果未成年者を引取りたりとし此場合に未成年者の単独の承諾か法益侵害の適法性(ママ)を阻却するものとせば監護権者は未成年者の意思に反して安全に処分権限を行使する能はさるに至るへし故に本罪に於て監護権も亦法の保護する利益と解すべく此場合には監護権者の承諾は以て犯罪の成立を阻却するに足るも被拐取者の承諾の有無は没交渉なり」(26 頁以下)。ただし、略取も誘拐も存在しない場合は、処罰することはできないとも主張している。

はまさに、民法上、子の居所指定権²⁹が親権者に与えられていることの理由であり、そこには親のみならず子の利益があるといえる。

すなわち、②類型だけでは保護できない①類型の重要性を顧慮し、具体的には教育等を考慮に入れた長期的な子の利益に関する保護の欠缺は許されないとして、224条に二つの保護法益を詰め込んだといえる³⁰。安易な、しかし承諾能力のある未成年者の承諾を許さないために①監護権という法益が加えられたという点で、①監護権を保護する罪が②自由に対する罪に分化していったドイツとは沿革的に異なっており、また理論的に多少の無理が生じているが、それはまさに我が国の未成年者拐取罪が一つしか規定されていなかったためにやむを得ない解釈であったといえよう。

(5) 小括

ドイツと我が国の未成年者拐取に関する規定は、沿革も条文も異なるものである。この点で、ドイツの学説に強い影響を受けたように見える我が国のかつての通説には問題が内在する。しかし、我が国のかつての学説は必ずしも盲目的にドイツの学説に従ったのではなく、その違いを認識しつつも、親が子に対して教育を受けさせる利益など、長期的な要素に着目して、ドイツの理解を取り入れていったものといえる。このような理解は現在においても傾聴に値するであろう。実際諸外国においては、現在においても①類型の規定が存在している。逆に、現在の通説のように、①類型に関する法益の排除は、そう簡単に決断することはできないように思われる。仮に①を排除するのであれば、②に関する法益論又は違法性阻却論の中で、子の長期的利益を取り込む工夫が必要となろう。

(佐藤 陽子)

²⁹ 民法 821 条：子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

³⁰ 旧刑法時代において、未成年者（ただし、12 歳未満）拐取罪が監護権に対する罪だと解されていたのも、このことに影響を与えていたものと思われる（松原・沿革・上・272 頁以下。佐野文彦「「家族」間における子の奪い合いに関する未成年者拐取罪の適用に関する試論」東大ロー11号（2016）89 頁も以下）。

3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—[※]

佐藤陽子「2. 監護権の重要性—比較法的視座から—」で、監護権も重要であることが明らかとなった。それを承けて、ここでは、監護権それ自体について検討したい。また、松原和彦「1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価」で確認した監護権以外の法益、つまり、自由および身体の安全についても、自由の内実や身体の安全の、法益としての適否については、なお検討すべき点があるように思われる。

以下では、まず自由および身体の安全の各法益について検討し、次に、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」を挟んで、監護権について検討することとしたい。

まず、未成年者拐取罪（224条。以下「本罪」という。）¹における拐取罪としての側面に関係する自由について検討する。

戦前の教科書等では、現在とは異なる形で、拐取罪と逮捕及び監禁罪（220条）²の差異が説明されることがあった。学説②はその例である（レジュメ3. (1) ① (i) 参照）。学説②によれば、拐取罪と逮捕及び監禁罪は、客体の場所的移動の要否で区別される。

また、学説②のような見解を徹底すれば、実行行為である拐取には、客体の場所的移動という要素が必要となる。学説③は、そのような見解の例である（レジュメ3. (1) ① (ii) 参照）。学説③を敷衍すれば、客体が場所的に移動すること等によって、自力でまたは第三者の「救援」によって、客体が「帰還」することが困難になるという。

現在、学説②のような見解は忘れ去られ、また、学説③のような見解は、特に学説④のような批判があって（レジュメ3. (1) ① (iii) 参照）、否定されているのではないだろうか。しかし、それでもなお、それらの見解は、次の2点を示唆しており、それらの点は、拐取罪の本質を捉えているように思われる。

第1に、客体には、自力でまたは第三者の「救援」によって「帰還」すべき「場

※ 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「日本法の地層—拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」法時91巻10号（令和元年）103頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照。

² 松原（資料）・前掲注1）参照。

所」、つまり、居るべき「場所」があると想定されているのではないかという点である。そうであれば、客体にとっては、その「場所」に居ること自体が利益だということになる。それは、客体が「未成年者」の場合、特に非監護者との関係では、監護者の下だろう³。客体が居るべき「場所」に居るという利益が自由の実体であるように思われる⁴。

第2に、第1点に関連して、支配の設定には、客体が「帰還」すべき「場所」へ「帰還」することを妨害するという意義があるのではないかという点である。学説③は、支配の設定によっても、「帰還」が困難になる点に着目している（レジюме 3. (1) ① (ii) 参照）。

なお、逮捕及び監禁罪の場合、客体の場所的移動の自由をその罪の法益と理解するとき、それには居るべき「場所」に居る利益までは含まれず、また、「逮捕」および「監禁」には、客体が「帰還」することの妨害までの意義は存在しないと見えよう⁵。

次に、客体が「未成年者」の場合に特徴的な形で危殆化される身体の安全について検討する。

戦前の教科書等では、現在とは異なり、拐取罪と遺棄罪（217条以下）⁶の差異が説明されることがあった。学説⑤はその例である（レジюме 3. (2) ① (i) 参照）。学説⑤によれば、拐取罪と遺棄罪は支配の設定の要否で区別されるという。しかし、現在、学説⑤のような見解も忘れ去られているように思われる⁷。

もっとも、学説⑤のような見解は、次の点を示唆しているように思われる。それは、例えば、客体が「未成年者」の場合、本罪と遺棄罪は類似しているという点である。具体的に言えば、非監護者つまり「保護する責任のある者」（以下「保護責任者」という。）でない者が、監護者つまり保護責任者から、「未成年者」つまり「幼年」の者を引き離すという点で、類似している。その場合、遺棄罪（217

³ 拐取罪の法益を自由とのみ解釈する見解ではあるが、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（青林書院、平成8年）128頁参照。

⁴ 解釈の方向性が同一の見解として、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、平成27年）144頁以下、橋本正博『刑法各論』（新世社、平成29年）100頁、101頁参照。

⁵ 橋本・前掲注4）96頁（逮捕及び監禁罪）、103頁（拐取罪）が意識しているかのようである。

⁶ 松原（資料）・前掲注1）参照。

⁷ ただし、西田典之＝山口厚編『刑法の争点〔第3版〕』（有斐閣、平成12年）142頁〔島田聡一郎〕は、看取しているかのようである。

条)は成立するだろう。なぜなら、「幼年」の者が保護責任者から引き離されることによって、判例②によれば(レジュメ 3. (2) ② (i) 参照)、その生命・身体という法益に対する危険が惹起されるからである。

しかし、そうであるのは、次の2つの条件があるからだと思われる⁸。第1の条件は、客体が生命・身体に対する危険を内包していることである。遺棄罪(217条以下)の場合、客体は、「扶助を必要とする」状態であることとその原因が「幼年」等であることのように、二重に限定されている。第2の条件は、特定の者が客体の生命・身体に対する危険が惹起されないように保護する、あるいはそうすることが期待されていることである。遺棄罪の場合、特定の者として保護責任者が予定されている。

以上のような遺棄罪に対して、本罪の場合、監護者が存在する点で第2の条件は充足される。しかし、本罪の場合、客体が「未成年者」という以上には限定されていない点で第1の条件は充足されない。とすれば、本罪の場合で「未成年者」を監護者から引き離すとき、その身体に対する危険が惹起されるとは限らない。そして、その限りで、身体の安全を本罪の法益と理解することは適切でないと言えよう⁹。

次に、監護権について検討するが、その前提として、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」で明治民法における親権等について確認する。それは、松原和彦「5. 3つの法益の検討(その2) —刑法における監護権の意義—」の通り、戦前の教科書等の中には、監護権として、まずは親権を想定していたようだからである。

(松原 和彦)

4. 明治民法における親権・監護

明治民法における親権・監護について簡単に説明したい。

⁸ 松原和彦「保護責任者遺棄罪における『保護責任』についての一考察(3・完)」北法58巻1号(平成19年)[329]頁以下参照。

⁹ 本罪の法益を身体の安全と解釈することに対する批判として、中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』(有斐閣、平成27年)55頁参照。また、山中・前掲注4)144頁は、拐取罪と逮捕及び監禁罪ならびに強要罪(223条。松原(資料)・前掲注1)参照)を比較して、そのような解釈を批判する。

(1) 親権

明治民法下においては、明治民法 877 条 1 項が「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス但独立ノ生計ヲ立ツル成年者ハ此限ニ在ラス」と規定し、親権は原則として父に帰属するとされていた。母が親権を有するのは、父が知れないとき、死亡したとき、家を去ったとき、親権を行うことができないときといった、例外的な場合に限定される（明治民法 877 条 2 項）。つまり、現行法とは異なり、親権者は一人ということになる。親権を行使するのは、父母の一方ということになり、親権の内容は身上及び財産上の監督保護とされていた¹。

明治民法における親権の身上監護に関する規定は、現行法とほとんど共通していた²。

(2) 監護

明治民法 879 条は、親権の効力として、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」と規定をする。この条文は、現行民法 820 条とほぼ同じ内容となっている³。条文では、監護・教育をなす権利及び義務と規定されているが、学説では、それぞれについて内容を具体化しようとしている。例えば、「監護とは監督保護の意であって、子の身体及び精神の発達を監督し、之れに危害又は不利益の発生したる場合に於ては之れを防衛保護することを謂ひ、教育とは教導養育の意であって、子の身体及び精神の発育完成を企図する行為である」などと説明されている⁴。

では、監護はだれが行うのか。まず、上記で確認したように、監護は、親権の効力であることから、親権者が監護を行うことはできる。次に、子の監護は通常、

¹ 穂積重遠は、「父又は母が家に在る子に対して有する身上及び財産上の監督保護を内容とする権利義務を包括して親権と云う」とする（穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933 年）549 頁）。

² 明治民法は、879 条で監護教育について包括的に規定したうえで、居所指定権（880 条）、懲戒権（882 条）、職業許可権（883 条）について定める。現行法との一番の違いは、881 条に未成年者が兵役を志願する場合の父又は母の許可権が規定されていたことである（兵役許可権については、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015 年）255 頁以下）。詳細は、明治民法の条文を確認されたい。

³ 平成 23 年改正により、民法 820 条には、「子の利益のために」という文言が追記されている。

⁴ 和田于一『親子法論』（大同書院、1927 年）554 頁。その他の見解につき、大村・前掲注 2)245 頁以下。

夫婦がこれを共同して行うものだという前提から、婚姻している場合には、父母の双方に監護が帰属しているものと考えられてきた⁵。また、離婚後は、当事者の協議により監護者を定めることが原則であるが、定めがない場合には父が監護を行うとされていた（以上、明治民法 812 条 1 項）。なお、父が離婚によって婚家を去る場合には、監護は母に帰属する（明治民法 812 条 2 項）

以上の説明から、「監護」は、①親権行使の一内容である場合と、②親権を有しない者により行われる監護である場合（父に親権がある場合の婚姻中の母の監護、離婚後に親権を有しない父又は母が行う監護）があることが明らかになる。

このため、特に②に関して、親権を有しない者が、どこまでのことを行うことができるかという点を明らかにするために、「監護」の内容を明確化する必要があった⁶。狭義の監護は、明治民法で規定する 879 条の規定する身上監護のうち教育を除いたものであるとする考え方である。次いで、監護教育の双方を包含する広義の監護を指すものがある。最も広義のものは、身上監護のみならず、身上監護に必要な財産管理も含むという考え方である。学説は、当初は狭義であったが、徐々に広義の遣い方も有力となっていったとされるが、必ずしも用法が一致していたというわけではないという状況であった。

（石綿 はる美）

5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—*

では、石綿はる美「4. 明治民法における親権・監護」（以下「石綿報告」という。）に言及しつつ、未成年者拐取罪（224 条。以下「本罪」という。）¹の客体が

⁵ 大村敦志『民法のかたちを描く』（東京大学出版会、2020 年）79 頁（初出、「親権・懲戒権・監護権—概念整理の試み」能見善久他編『民法の未来』（商事法務、2014 年）573 頁）。

⁶ 以下の点について、大村・前掲注 5)80 頁、また明治民法下から現在までの学説の詳細について、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）65 頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

* 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「我が国における拐取罪の沿革（下）—親が主体の事案を念頭に」法時 90 卷 1 号（平成 30 年）116 頁以下、同「日本法の地層—拐取罪を巡る（裁）判例および学説の各状況の粗描」同 91 卷 10 号（令和元年）103 頁以下参照。

¹ 松原和彦「資料 1. 刑法（日本）条文」参照。

「未成年者」であるという側面に関係する監護権について検討する。

まず、監護権の目的（内容）という観点から、監護権とは何かという問題へ迫りたい。監護権を本罪の法益の1つと理解することの多かった戦前の教科書等の中には、石綿報告で確認された明治民法上の親権に関する規定を引用するものがあった。学説⑥はその例である（レジメ 5. (1) ① (i) 参照）。学説⑥が引用する規定のうち、最も重要なのは、石綿報告で確認された明治民法 879 条²である。

他方、戦前の教科書等の中には、明治民法上の親権に関する規定を引用していないが、記述の内容上、監護権を親権の意味で使用しているものもあった。学説⑦はその例である（レジメ 5. (1) ① (ii) 参照）。学説⑦が言及する「感化院」について定める感化法を確認すると（レジメ 5. 注 1）参照）、学説⑦中の「監督権」は親権の意味であると言って差し支えないだろう。

更に、戦前の教科書等では、監護者の例として父母（親権者）、後見人が挙げられていた³。

確かに、石綿報告の通り、明治民法上でも、親権と関係のない事実上の監護がある。また、明治民法にも関係のない純粋に事実上の監護も想定することができる。事実、戦前の教科書等の中には、事実上の監護者（監護権）というものを肯定するものもあった⁴。しかし、監護権の典型あるいは中核は親権ではあるだろうから、以下では、それを前提とする。

さて、石綿報告で確認された明治民法 879 条中の「監護」および「教育」の各定義から、次の2点を確認することができる。第1に、目的（内容）の点では「未成年者」の保護という消極的なものに限定されていないという点である。第2に、保護および発達の対象は「未成年者」の自由や身体の安全に限定されないという点である。なお、明治民法 879 条に相当する現行民法 820 条⁵中の「監護」および「教育」の各定義は、それに関する争いはあるものの、明治民法 879 条のそれら

² 「親権を行ふ父又は母は未成年の子の監護及び教育を為す権利を有し義務を負ふ」（読み易くするために、表記を編集した。）

³ 大日本百科辞書編輯所編『法律大辞書 第6冊』（同文館、明治44年〔日本図書センター復刻版〕）2605頁〔山岡萬之助〕参照。

⁴ 佐瀬昌三『刑法大意（第2分冊）〔改訂増補第2版〕』（清水書店、昭和16年）271頁、近時では、松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、平成30年）103頁参照。

⁵ 石綿はる美「資料5. 現行民法の関連条文」参照。

と径庭がないかのようである⁶。したがって、前述の2点は現在でも妥当するのではないだろうか。

以上を前提にすれば、監護権の目的（内容）は、大雑把に言えば、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現することと理解することができる⁷。

次に、監護権の性質という観点から、監護権とは何かという問題へ再度迫りたい。監護権の性質という観点からは、学説⁸が注目に値する（レジュメ 5. (2) ① (i) 参照）。というのも、学説⁸は次の2点を示唆しているように思われるからである。第1に、監護権には、権利としての性質と義務としての性質があるという点である。第2に、義務としての監護権は、監護者が「未成年者」に対して負うものだという点である。

では、権利あるいは義務としての監護権とは何か。また、権利としての監護権は、監護者が誰に対して有するのか。それらは、次のように考えることができるのではないだろうか⁸。すなわち、権利としての監護権は、監護者が第三者に対して有するものであって、監護者が、第三者に容喙されることなく、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現するものである。他方、義務としての監護権は、前述の通り、監護者が「未成年者」に対して負うものであって、監護者が「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を適切に実現するものである。

最後に、包括的かつ長期的な利益の享受の要否の判断主体について、簡単に検討したい。なぜなら、学説⁸のように義務としての監護権を徹底すると、包括的かつ長期的な利益の享受の要否は、受益者である「未成年者」が判断すべきとなるかも知れないからである。

しかし、「未成年者」がそのような判断を行うことができるのか、また、そうすべきなのかには、疑問がある。なぜなら、「未成年者」は精神的に未成熟だからで

⁶ 於保不二雄＝中川淳『新版注釈民法（25）親族（5）〔改訂版〕』（有斐閣、平成16年）64頁以下〔明山和夫＝國府剛〕参照。また、石綿はる美「7. 現行民法における親権・監護権」も参照。

⁷ 深町晋也「親による未成年の子の奪い合いと拐取罪の成否を巡る諸問題—日本法の新たな地層」法時91巻11号（令和元年）119頁は、「未成年者の健全な発達・成長といった長期的なスパンによる判断が不可欠な利益」と主張する。

⁸ 民法学における親権の性質を巡る議論につき、於保＝中川編・前掲注6）76頁以下〔明山＝國府〕、窪田充見『家族法—民法を学ぶ〔第4版〕』（有斐閣、令和元年）287頁以下参照。

あり、また、そうだからこそ、監護者が存在するからである⁹。とすれば、包括的かつ長期的な利益の享受の要否は、監護者こそが判断すべきである¹⁰。

(松原 和彦)

6. 権利としての監護権とその制約

(1) 良俗に反した監護者の承諾に関するドイツの理論

松原和彦「5. 3つの法益の検討(その2) —刑法における監護権の意義—」で明らかになったように、監護権には権利としての側面と義務としての側面がある。しかし拐取罪に関していえば、それを侵害する第三者との関係が問題となっているのであるから、むしろ権利の側面が重要で、義務としての側面は考慮されていないのではないか、具体的には、監護者は自由にこの法益を、場合によっては子の利益に反してでも放棄できるのではないかという問題が生じうる。

かつて、この点についてはドイツにおいて、刑法 235 条との関係で論じられていた¹。

良俗に反した親権者の承諾が無効であるとの理解はたとえば、マウラッハが採用していた。ここでは、当時の刑法 226 条 a (現行の刑法 228 条²)、すなわち良俗に違反した傷害行為を同意にも拘わらず処罰することの規定の準用が主張された³。これに対して、良俗に反した親権者の承諾は有効であり、その承諾に基づく

⁹ 藤波元雄「略取誘拐罪に於ける被害者の承諾を論ず」法記 27 卷 8 号 (大正 6 年) 32 頁参照 (なお、読み易くするために、論文名の表記を編集した。)。また、拐取罪の法益を自由とのみ解釈する見解ではあるが、中村勉『刑法各論要義 I』(北樹出版、平成 10 年) 302 頁も参照。

¹⁰ 深町・前掲注 7) 119 頁は、前述のような利益の性質から、同一の帰結を導出する。

¹ Vgl. *Schwarz*, *Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte* (§§ 235-238), 1972, S. 139 f. なお、この論点は、かつて、「義務を忘れた親権者 (pflichtvergessener Erzieher)」という名称で呼ばれていた。

² 228 条 (同意) : 被害者の同意を得て傷害を行った者は、その行為が同意にも拘わらず良俗に違反しているときにのみ違法に行為したものとする。

³ *Maurach*, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch*, 1953, S. 98; *Binding*, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Bd 1, 1969, S. 116 は、理由を明言しないものの、義務を忘れた父親の承諾は犯罪の成立

行為には 235 条は成立しないとの見解も有力に主張されていた⁴。

しかし、この点は現在ではほとんど争われていない。なぜならば、228 条は傷害に関する規定以外には適用できないと解するのが現在の通説的解釈なため⁵、前者の見解は法律上の根拠を失ったからである⁶。

つまり、ドイツでは監護権は純粋に監護者に処分可能な法益として扱われており、義務的側面がほとんどないことが分かる。しかし、重要なのはドイツにおいては、刑法 171 条（旧 170 条 d:配慮義務、教育義務の侵害）⁷や 180 条（未成年者の性的行為の促進）⁸が、場合によっては起こりうる処罰の欠缺を補いうるということである⁹。良俗に反した親権者の承諾に基づく拐取は、その本質が監護権侵害ではなく、親権者による配慮義務の侵害や健全な性的発展の侵害に見いだされることになり、親権者は 171 条や 180 条で、235 条よりも重く処罰され¹⁰、拐取者はその共犯になりうるのである。

(2) 我が国におけるありうる方策

を阻却しないと述べている。Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 5. Auflage, 1951, § 235, S. 546 も同旨。

⁴ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 12. Auflage, 1965, § 235 Rn. 5. Schwarz, a.a.O. (Anm. 1), S. 139 f.も参照。

⁵ Vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder Kommentar, 30. Auflage, 2019, § 228, Rn. 1.

⁶ 最近では、Sonnen, in: NomosKommentar, 5. Auflage, 2017, § 235 Rn. 30 が良俗に反する承諾の無効性を、Gribbohm, in: Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2001, § 235 Rn. 96（正確には Rn. 95 であると思われる）を引用して主張しているが、Krehl, in : Leipziger Kommentar, 12. Auflge, 2015, § 235 Rn. 96 ff.は、かかる見解を明確に否定している。

⁷ 刑法 171 条（配慮義務又は教育義務の侵害罪）：16 歳未満の者に対する配慮義務又は教育義務を著しく侵害し、それによって被保護者を、身体的若しくは精神的発展が著しく害される、犯罪的素行（kriminellen Lebenswandel）に至る、又は売春を行う危険に至らしめた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

⁸ 詳細は、拙稿「ドイツにおける性犯罪規定」刑ジャ 45 号（2015）92 頁以下を参照。

⁹ これまでその有効性が問題視されていた良俗に反する承諾は、それ自体が犯罪を構成するものである（Schwarz, a.a.O. (Anm. 1), S. 139 や Krehl, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 98 を参照）。

¹⁰ ただし、いずれの条文も保護年齢が 16 歳未満であるので、16 歳、17 歳の未成年者に対して保護の欠缺は起こりうる。

これに対して、わが国においては、少なくともドイツ刑法 171 条に該当するような条文が存在しない¹¹。それゆえ、監護者が恣意的に処分できる法益として監護権を構成すれば、未成年者にとって非常に不都合な、つまり保護の欠けた状況になる可能性がある。

たとえば、近年の学説のように保護法益として未成年者の生命・身体等の安全を想定することでこの欠陥が補えるのかといえ、それも難しいであろう。なぜなら、監護権により保護されている未成年者の利益は教育的側面を含んだ長期的な未成年者の利益であり、拐取行為により侵害されうる短期的な生命・身体等の安全を保護するだけではこれを十分に保障することができないからである。そうだとすれば、ドイツとは異なり、義務としての監護権を前面に出して、監護者の承諾を制限する、すなわち義務としての監護権が許容する範囲でのみ権利としての監護権を行使することができるかと解するのもありうる選択肢なのかもしれない¹²。

(3) 小括

監護者が子との関係で監護の義務を課せられる代わりに、第三者との関係で子に対する権利が保障されているのだとすれば、この権利と義務は非常に密接な関係にあるものといえる。そのため、義務と権利を一体とし、義務が許容する範囲で権利を保障するという方法はあるように思われる。そしてこのような範囲において、監護権は、身体の枢要部分と同じように、放棄不可能な法益となるのである。なお、かかる理解によれば、良俗に反して子の拐取に承諾した監護者に未成年者拐取罪の共犯が成立しないかが問題になりうる。しかし、少なくとも、本罪において保護法益としての監護権を強調する限り、共犯の成立は認められな

¹¹ 180 条に関しては、児童福祉法 34 条 7 号（罰則は同 60 条 2 項）がこれに当たりうる。

¹² 実際、わが国の裁判例は、拐取罪における監護者の承諾を無制限に認めているわけではないようである。たとえば、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高刑速報（平 26）号 213 頁は、「そもそも、未成年者略取罪における保護者の承諾に関しては、その真摯な承諾が存在するというだけでなく、承諾を得た動機、目的や、略取の手段、方法等を総合考慮し、当該行為が社会的に見て相当といえる場合に初めて違法性が阻却されるものと解され、保護者の真摯な承諾があったといえるためには、単に子を連れ去るということのみならず、その連れ去りの動機、目的や手段、方法等の少なくとも概要についても承諾を得ていることを要すると考えられる」とする。これは、被害者の承諾論における社会的相当性説の立場であるといえるだろう。

いであろう¹³。

(佐藤 陽子)

7. 現行民法における親権・監護権

(1) 親権・監護権の内容

本項では、現行民法における監護権とは何かということ、簡単に説明したい。まず、監護権の内容について確認する。監護権とは、親権の一内容である。明治民法と同様に、親権は身上監護権（民法 820 条）と財産管理権（同 824 条）からなるが、そのうちの身上監護権の部分を、監護権と呼ぶことが一般的である。

身上監護権について包括的に規定するのは民法 820 条である。同条は、「子の監護・教育に関する権利義務」を規定する。具体的には、監護とは、子に衣食住等を与え、子を養育すること、教育とは、子の知育・徳育・体育など子の成長に必要な教育を子に施すことと説明される¹。ただし、両者を区別することは難しいことから、不可分一体のものとして学説上は扱っている²。

身上監護の内容を具体的に規定するものとして、居所指定権（民法 821 条）、懲戒権（同 822 条）³、職業許可権（同 823 条）がある。子の奪い合いには、821 条の居所指定権が関連する。具体的には、第三者の関与によって子が指定された居所に居住できない場合には、妨害排除請求が行われる。

親権・監護権を有する者の間で、その権利行使の態様に争いがある場合、例えば子どもの居所についての争いがあった場合に、どのように最終決定をするのか

¹³ なお、スイスには、一方親権者の同意なく子を国外に連れ出した事案において、居所指定権の限界を根拠に、親権者たる行為者に前記②類型（自由・安全保護類型：「2 監護権の重要性—比較法的視座から—」を参照）の犯罪の成立を認めた例がある（深町・瑞・下・110 頁以下）。その際に、居所指定権の限界は子の福祉から導かれた。

¹ 前田陽一ほか『民法VI〔第5版〕』（有斐閣、2019年）172頁〔本山敦〕。

² 前田ほか・前掲注1)173頁〔本山〕。より詳細な学説の検討については、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)〔改訂版〕』（有斐閣、2004年）65頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

³ 懲戒権については、2019年7月から、法制審議会民法（親子法制）部会において、児童虐待が社会問題となっている現状を踏まえてその規定等の見直しについての議論が行われている。

という点について、民法には直接定める条文はない。そのため、離婚後の親権者の決定についての規定（民法 819 条 5 項、家事事件手続法 39 条・別表第 2⑧）を類推適用したり、夫婦の協力扶助義務等を定めた規定（民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2①）を手掛かりにしたりして、家事審判が行われている⁴。

（2）親権・監護権の帰属者

では、監護権を行使する者は誰だろうか。監護権は親権の一内容ということから、基本的には、親権者が監護権を有することになる。ただし、例外的に親権者が監護者とはならない場合がある。それは、離婚後に親権者と監護者を別に定める場合（民法 766 条）、そして、別居中にともに親権者である父母の間で監護者を定める場合（同 766 条の類推適用）である。後者の場合は、親権者ではあるが監護権を有しない親と、親権者であり監護権を有する親がいるということになる⁵。

なお、離婚時の親権者・監護者の決定の基準、別居中の監護者の決定の基準、その後の親権者・監護者の変更の基準は、子の奪い合いが問題になる際の判断基準となることがある（後記 12.参照）。

（石綿 はる美）

第 2 部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討

（1）権利保護類型で保護される権利の内実

これまで、近年軽視されがちであった監護権（監護者の権利）が 224 条において実は重要な意味を有しており、特に保護法益にあたりうることについて検討してきた。以上のような議論を前提に、ここからはさらに親による子の奪い合い事例に限定して議論を続けたい。

親による子の奪い合い事例に関しては、保護法益に監護権を加えたところで、すぐに何らかの結論が出るわけではない。そこで以下ではまず、諸外国において親による子の奪い合い事例がどのように解決されているのかについて紹介する。

諸外国においては、一般的に可罰的な子の連れ去りについて、①権利保護類型

⁴ 窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）310 頁。

⁵ 詳細は、後掲資料 6「親権者・監護者の具体的な決定方法」参照。

と②自由・安全保護類型があるが、親による子の奪い合い事例は①類型として扱われることが多いように思われる¹。それゆえ、ここでは主として①類型のみを扱うこととする。

諸外国の例を考察する際にまず問題になるのは、そもそも①類型で保護されている権利とは具体的に何かということである。先に示されたように、民法的に監護権といってもその内実には様々なものが含まれている。

監護権の中でもまず重視されるのが居所指定権、すなわち、親が子の滞在場所を決める権利であろう²。未成年者の連れ去りは典型的には子の場所的移動により親との断絶が生じ、親の権利が行使できなくなるという性質の犯罪であると思われるが、その際には一般的に、監護者と一緒に暮らしている状況から子だけの連れ去りというのが観念されることになる。この場合には、監護者の意思に反する子の移動、つまり監護者の居所指定権の侵害により、子に対するその他の権利も同時に行使できなくなる。この意味で、居所指定権こそがまさに未成年者拐取の中核をなす重要な監護権の内実といえることができる³。

しかし、監護権、そしてそれに含まれる居所指定権は、場合によっては複数の者によって共有されることがある。典型的には両親によって共有される。その場合には、一方の権利者の権利が他方の権利者から保護されるのかという問題が別個に生じることになる。その典型例が親による子の奪い合い事例である。すなわち、一方の監護者が他方の監護者のみと同居している子を連れ去ったときに犯罪が成立しうるか（類型1⇒レジュメ8（1）参照）、さらに二人の監護者と一緒に暮らしていた子を、1人の監護者が自分の移動にあわせて連れ去った場合（類型2⇒レジュメ8（1）参照）に犯罪となりうるのかが問題となる⁴。なお、海外

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 卷 1 号（2019）106 頁を参照。なお、②自由・安全保護類型との関係では、同 111 頁以下を参照。特にイギリス法については、樋口・英・上・105 頁以下を参照。

² 樋口・前掲（注1）108 頁を参照。

³ ただし、ドイツは子の移動がなくても（親の移動による引離し）①類型の成立を認めている（深町・独・下・113 頁以下を参照。BGHSt 59, 307:「ドイツ刑法 235 条によって第一次的に保護されているのは若年者に対して責任を有する立場にある者の配慮権及びそこから導かれる監護養育権・居所指定権である。」）。

⁴ 多くの国では、子の不引き渡しや留め置き行為も処罰の対象であり、親による子の奪い合い事例の場合に犯罪となるかが問題となる類型もそれに応じて増えること

への連れ去りについては、特別な配慮が必要であるため（第13項を参照）、ここではまず国内事犯のみ検討する。

ドイツ、イギリス、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランス、スイスにおいて、類型1は一般的に処罰の対象となっている⁵。他方で、類型2を処罰していることが確認できる国としては、フランス、スイスがある⁶。これに対して、オーストリアは、いずれの類型も不可罰である⁷。同じ監護権を保護すると解しても、処罰範囲には明らかな違いが生じているのである。

さらに監護権だけでなく、その周辺にある権利も保護するという選択をした国がある⁸。ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスは、監護権に加えて、監護権の外側、その延長線上にある面会交流権（訪問権）も保護する立場をとっている⁹。典型的には現在、子と共同に暮らしている監護者が、場所的な移動やその他の妨害行為により面会交流権者と子との断絶を試みる類型（類型3⇒レジュメ8（1）参照）が可罰的となりうる。

類型3は、面会交流権者の交流権を侵害すると同時に、片親とのコンタクトの遮断により子の健全育成へ悪影響が生じうること、場合によっては起こりうる配

になるが、本稿ではこの点については割愛する（なお、樋口・前掲（注1）107頁以下を参照）。

⁵ 深町・独・下・111頁以下、佐伯・米・上・89頁、和田・加・144頁以下、佐藤結美・仏・105頁以下、深町・瑞・上・111頁。なおイギリスは、②類型における拐取罪が成立しうる（樋口・英・下・105頁以下）。ただし、各国においてそれぞれ犯罪の成立に必要な要件があることに注意が必要である。

⁶ 佐藤結美・仏・105頁以下、深町・瑞・上・111頁以下。

⁷ 佐藤陽子・奥・下・101頁を参照。ただし、オーストリア刑法196条（官庁により命令された教育的援助から未成年者を引き離す罪）が成立する場合もある。

また、デンマーク法も同様の状況にある。デンマークにおいては、両親が共同親権を有している場合、①類型の規定である刑法215条の成立は認められない（外国への連れ去りはのぞく）。ただし、社会サービス法156条および157条に抵触する可能性がある（松澤・丁・95頁以下を参照）。

⁸ このような国の理解に基づけば、①類型で保護される利益は、居所指定権を中心とした監護権のみならず、より広い監護権やその周辺の権利ということになるであろう。

⁹ 深町・独・下・111頁以下、佐伯・米・上・89頁、和田・加・145頁以下、佐藤結美・仏・105頁以下、同109頁。

慮権者の円滑な交代を阻害しうることを根拠として¹⁰、処罰に値すると判断されている。

ところで、居所指定権（を中心にした監護権）のみを保護法益とするオーストリアは、先述の通り、そもそも権利者の対立については、未成年者拐取罪は成立しないという態度をとっている¹¹。かかる立場からすれば、基本的に権利者同士の対立が問題になっている類型3を子の引き離しの罪として処罰しないのは当然といえる。

これに対して、スイスでは、類型1も類型2も処罰の対象とするのに対し、類型3は処罰の対象としない¹²。この点、スイスでは、2014年の刑法の改正に際して、親の面会交流権を妨げる行為を処罰する規定の導入が前草案において提案され、その後この提案自体が撤回されたことが注目に値するだろう。撤回に至った理由としては、①訪問権を巡る争いは激しい感情の高まりの中でなされるので、新規定が抑止力にならないこと、②親の一方の処罰が、間接的に子に対しても悪影響を生じさせることが危惧されること、③（裁判所の命令への違反として）面会交流権を保護する措置がすでにあること¹³があげられている¹⁴。

結局、子に対する権利を保護するとして、何を保護するか、どこまで処罰範囲に含めるかは理論的に当然導かれるようなものではなく、どこかの時点で決定しなければならない問題であるといわざるを得ない。

(2) 犯罪成立要件の外側での配慮

さらに、親による子の奪い合い事例については、裁判手続きや法定刑といった

¹⁰ BGHSt 44, 355 は、「配慮権を有しない親の面会交流権は、今日ではもはや身上配慮の構成要素の残部とは理解できず、むしろ基本法6条2項第1文によって保障された親の自然的権利から導かれるものである。」「面会交流権は、子の身体的・精神的状態やその発達を顔を見て相互に会話を交わすことによって継続的に確かめ、子との親族としての関係を保ち、疎遠になることを防止して相互の愛情の必要性を考慮することを可能としている。・・・(中略) 配慮権のない親はいつでも再び配慮権を取得して子の更なる養育に責任を持つべき可能性があるため、配慮権が帰属しない親と子とが疎遠になることを防止し、親子の交流の継続性を保障しなければならない」と述べている。深町・独・上・130頁を参照。

¹¹ 佐藤陽子・嶋・下・101頁。

¹² 深町・瑞・上・108頁。

¹³ スイス刑法292条により、命令違反に罰金を科すことができる（深町・瑞・上・108頁）。

¹⁴ 深町・瑞・上・108頁

犯罪成立要件の外側で、何らかの特別な配慮をすることを決定した国もある。

イギリスやカナダでは、未成年者の連れ去りは、それぞれ検察局長、検事総長の同意がなければ訴追することができず¹⁵、またスイスでは、告訴権の濫用の理論により一定の告訴が受け付けられないため¹⁶、親による子の奪い合い事例に柔軟に対処することができる。他方、フランスでは、権利者による行為の法定刑を軽くするという特別な配慮が加えられている¹⁷。

(3) ドイツ法とオーストリア法の分岐点？一条文の解釈と拐取罪の成立範囲

親による子の奪い合い事例に関する処罰範囲については、確かに刑事政策的な決定が重要であるが、しかし、それぞれの法領域で必ずしもすべてが意図的に決定されてきたわけではないだろう。この点について、過去に類似の構成要件を持ち、しかし現在は構成要件も保護傾向も全く異なるドイツ法とオーストリア法¹⁸を比較することで検討してみたい。

先述のように、ドイツは処罰範囲をかなり広く認め、オーストリアは狭い。かかる傾向は、両国において、すでに19世紀後半の段階で確認することができる。その頃のオーストリアの条文は、次のようなものであった（ドイツ法の条文もあわせて、レジュメ8（3）を参照）。

オーストリア刑法 96 条¹⁹

女性が、婚姻又はわいせつに向けた意図で、その意思に反して暴行又は策略を用いて拐取された場合；又は、既婚女性が、彼女の意思に合致していても、その夫から；子がその親から；未成年被後見人がその未成年後見人又は配慮者（*Versorger*）から、策略又は暴行を用いて拐取された場合、その意図の達成の有無は問わない。

¹⁵ 樋口・英・上・107、下・122も、和田・加・146頁（ただし、カナダにおいては監護命令違反を伴わない場合に限る）。

¹⁶ 深町・瑞・下・105頁。

¹⁷ 佐藤結美・仏・111頁の表を参照。

¹⁸ *Janka/ Rulf, Das österreichische Strafrecht, 2. Auflage, 1890, S. 227 f.*では、拐取罪がドイツ法の中で発展してきたことが述べられている。

¹⁹ 法定刑は刑法 97 条が定める。

オーストリア刑法第 97 条：被拐取者の意思に関する拐取又は 14 歳未満の者の拐取は、用いられた手段又は意図された若しくは結果として生じた害悪の程度に応じて 5 年以上 10 年以下の重懲役に処する。被拐取者が 14 歳を越えており、その同意があった場合には、6 月以上 1 年以下の重懲役とする。

オーストリア刑法 96 条第 2 文（ただし、既婚女性の拐取部分を除く）は、未成年者を親権者等から策略や暴行を用いて拐取する行為を規定している点で、かつてのドイツ刑法 235 条と類似している。しかし、ドイツでは 1891 年（RGSt, 22, 166）²⁰に、オーストリアでは 1924 年（SSt. 4/ 44）に、それぞれ親による子の奪い合いに関する有罪判決と無罪判決がでておりこの時点ですでに両国は異なる道を歩んでいることが分かる。

まず、オーストリア刑法に目をやると、同法 96 条第 2 文の特徴として、同規定の手段たる策略又は暴行が 19 世紀に入る前からすでに要求されなくなっていたことをあげることができる。たとえば、Entsch. Nr. 2276 (1898)は、自らの意思で家を出た子にひそかに協力する行為を可罰的だと解しており、その際、子の強取の「本質は、第三者の無権限な侵襲による親の保護権力（Schutzgewalt）の停止である」と述べている。

他方で興味深いのは、類似の表現が、上述 SSt. 4/ 44、つまり両親による子の奪い合い事例において、今度は犯罪の成立を否定する根拠として述べられていることである。SSt. 4/ 44 は、次のように述べている。「96 条の文言とその法意によれば、拐取の前提は、権限ある両親又は片親の意思決定に対する第三者の権限なき侵襲により子が引離されること、そしてその者が権限なき者に服せられることである」。

オーストリア刑法 96 条において重要なのは無権限者による親の権限への介入である。それに該当すれば、いかなる些細な手助けであっても同条は成立するし、該当しなければ、およそ同条は成立しない。すなわち、オーストリア法では、手段における制限を骨抜きにして処罰範囲を広げる代わりに、主体が狭められのだと解することができるだろう²¹。

親権者による子の拐取については、できる限り処罰を控えるべきであるという理解が前提にあり、それと矛盾しうるような手段の拡張が第三者による拐取事例との関係で生じたため、親権者を主体から落としたのだと考えることができる。

これに対して、ドイツでは解釈学的にこのような手法はとられなかった。この点、当時のドイツ法における拐取規定を俯瞰すると、オーストリア法と同じ手法が使えない状況にあったことが分かる。

²⁰ RGSt 17, 91 (1883 年) に妻による夫への子の不引渡し事例で有罪判決を下したのがあるが、これは、子を夫に引き渡すべき決定がすでに後見裁判所により下されており、妻の側に権利が認められない事案であった。

²¹ この点については、佐藤・塙・上・121 頁を参照。

すなわち、当時の条文は、237 条が、一定の目的で、しかし手段を問わず、未成年者の意思に合致し、監護者の意思には合致しない拐取を処罰していたが、この 237 条はかなりの範囲で 235 条の処罰範囲と重なっていた。235 条は、目的を問わず、策略又は暴行で、未成年者の意思に合致してもしなくても²²、監護者の意思に合致しない拐取を処罰していたことから、235 条は成立しないが 237 条が成立するという場面として、未婚の未成年者を所定の目的で策略又は暴行を用いず拐取する事例しか残っていなかった（レジュメ 8（3）を参照）。

ドイツでも確かに以前から 235 条の手段の緩和は行われていた²³が、237 条を空文にしないために²⁴、真の意味で 235 条の拐取の手段の制限を骨抜きにすることは叶わなかったといえよう。それゆえ、235 条は手段の面でなおその悪質性が担保されたままであり、オーストリアほどには、主体を限定するきっかけは十分には得られなかったのではないだろうか。

この手段の制限の有無と主体の制限の有無のリンクは、その後のドイツにおける 1962 年刑法改正案で明確になるように思われる。すなわち、1962 年の改正案では、235 条と 237 条を一つの条文にし、手段の制限をなくすことで構成要件を拡張する代わりに、主体から権利者（共同親権者も含む）を排除する構成要件が提案されていたのである²⁵。この改正案は結局受け入れられなかったが²⁶、235 条

²² この点については、佐藤陽子「2. 監護権の重要性—比較法的視座から—」を参照。

²³ ドイツにおいても、拐取の手段の一つである「策略」はかなり緩やかに解されていたが（深町・独・上・133 頁以下）、それでも乳児窃盗を 235 条で捕捉できなかった点に鑑みれば、手段の制限を完全に排除することはできなかったものといえよう。

²⁴ *Schönke*, Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Auflage, 1970, § 236, Rn. 1 は、237 条について、「本質的に無駄な条文（235 条を参照）」と言及する。

²⁵ 1962 年改正刑法草案（後見破棄罪：Muntbruch）（1）未成年者をその人的配慮の権限者から拐取した者、又は暴行、著しい害悪の告知による脅迫又は策略により引離した者は、自らが人的配慮の権限を与えられていない限りで（ohne selbst zur Personensorge berechtigt zu sein）、3 年未満の禁錮又は拘留若しくは罰金刑に処する。

²⁶ この点については、*Schwarz*, Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§ § 235-238), 1972, S. 153 を参照。

連邦司法省は、特別委員会において、注 25 に示した改正草案をいわゆる第 3 の選択肢として議題にのせた。しかし、第 119 回会議の委員会は法定刑を下げるだけの

が本格的に改正された 1998 年改正では、手段を限定しない第三者による未成年者の連れ去りがすべて処罰される一方で、親族による連れ去りは、暴行・脅迫・策略といった手段が用いられた場合か、国外に連れ去る目的に限られている²⁷。

ここには、最終的にドイツの政策的決定があるが、開始時点において、過去の条文とその解釈が決定の方向に一定程度の影響を与えた可能性は否定できないように思われるのである²⁸。

(4) 小括

親による子の奪い合い事例の解決のためには、一定の決定が重要といえるだろう。しかし、その決定は無限定にあらゆる選択肢からなされたわけではなく、現行法の文言や運用状況等を加味しつつ判断されたものである。

ただし、諸外国の例に鑑みれば、少なくとも両親による子の奪い合い事例について一般的に次の二つのことをいうことができるだろう。第一に、両親による子の奪い合いは、通常の未成年者拐取よりも処罰の必要性が低いものであること、第二に、しかし悪質な行為については、処罰の余地があることである。

実際に、諸外国においては、権利者による行為と第三者による行為は、前者において何らかの悪質性を担保する要件が必要になるという点で後者と区別されていることが多い²⁹。

(佐藤 陽子)

第 1 選択肢を受け入れた。それにより、もっとも抵抗のない道、すなわち主体の範囲の制限を討議させないための道が準備されたのだという。

²⁷ 深町・独・下・111 頁以下を参照。

²⁸ なお、条文の文言だけでなく、親による子の奪い合い事例を民事法で解決できると裁判所が解していたかも当時の解釈に重要な影響を与えていたように思われる。たとえば、オーストリアでは、SSt 4, 44 で母親による父親の権利侵害は民事法で解決すべきことが述べられている。

そして現在、石綿はる美「9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント」で明らかにされるように、オーストリアにはかなり厳格な間接強制の手段が用意されている。このような状況においては、親による子の奪い合い事例において刑法の拐取罪を用いる必要性が見いだされないのも理由のあることであろう。

²⁹ この点については、樋口・前掲（注 1）109 頁以下を参照。

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント¹

(1) 前提の確認—佐藤報告で取り上げられた各国と日本の制度の違い²

佐藤報告の比較法研究に対して、若干視点が異なるが、外国法における刑事法の多様性について、民事法の視点から簡単にコメントをしたい。

その前提として、以下の3つの点を指摘したい。佐藤報告で紹介された国は、以下の3つの点で、日本法との違いがある。第1が、離婚後も、原則としては父母が共同して親権を有することから、離婚後の事案において、父母双方が子に対して権限を有していることが多い。第2に、保護法益として面会交流権(訪問権)を挙げる国があるが、これらについても、民法に詳細な規定が置かれていることが多い。第3に、子の奪い合いに関する紛争を事前に防止するために、居所を変更する際に、相手方の親に通知をすること等が民法上規定されている。

(2) 刑事法の多様性へのコメント—フランス・ドイツ・スイス・オーストリア

佐藤報告の中で紹介のあった大陸法の国々について、その刑事法の多様性は大きく3つに分類できよう。

第一が、刑事法と民事法が密接に関連し、家族間の問題を広く処罰している国である。具体的には、フランスが該当する。刑事法が積極的に家族の問題に介入ができるのは、民法に十分な規定があることも一因といえよう。例えば、刑法上、住所の不告知行為が処罰されるが(刑法典 227-6 条)、民法においても、親権者は居所の変更について他方の親権者に通知する義務がある(民法典 373-2 条 3 項)。

第二が、国外事案以外については処罰に謙抑的な国である。具体的には、ドイツ・スイスが該当する。特にスイスにおいては、刑法の立法時の議論などで、刑罰の適用をしたとしても紛争の解決・回避にはならないという問題意識が見られる³。これは、子の奪い合いの問題について、根本的には、両親が冷静に話し合う機会を持ち、冷静に行動をすることで、紛争を回避することが子の利益になるという考え方にも通じるところがあるろう。

この類型の国々においては、刑事法が謙抑的であったとしても、民事法の規定

¹ 本項目について、詳細は、拙稿「『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント(2)―大陸法」法律時報 91 卷 4 号(2019 年) 118 頁以下。

² より詳細な各国の比較は、レジュメ 9.(1) 参照。

³ 深町晋也「スイス刑法における未成年の子の奪い合いを巡る議論状況(上)」法律時報 90 卷 11 号(2018 年) 108 頁以下。

や執行手続により、紛争解決が期待できる。ただし、国外事案については、私人が子の返還を求めることは事実上難しいことから、刑事法が介入をしている。

第三が、刑事法が家族間の子の奪い合いの問題に一切介入しない国であり、オーストリアが該当する。オーストリア法の特徴として、民事執行手続のみならず、民法に、子が連れ去られた場合に、官庁や治安機関が子の連れ戻しに協力するという規定（民法 162 条 1 項第 2 文）があることが挙げられる。これにより、子の奪取が生じた場合にも、子の迅速な返還が実現するという。また、執行のための強制手段も準備されている（非訟事件手続法 79 条 2 項）。

各国の多様性は何に由来するだろうか。第二、第三の類型を選択する背景には、刑事法が介入しなくても民事法で対応が可能であるということがあろう。他方で、第一の類型のように積極的な介入が可能であるのも、民法の規定が充実しており、少なくとも民事上、何が違法であるかということの判断が可能であることがあろう。つまり、刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響しているのではないだろうか。

そこで、日本の刑事法について検討する前提として、次の項目では、まず、日本の民事法の制度について確認することとしたい。

（石綿 はる美）

10. 日本における民事法の制度概要

本項では、子の奪い合い事案において子の返還を求めるために民事法にはどのような手段があるのか、という点を紹介したい。

(1) 子の返還を求めるための民事手続の手段

まず、子の返還を求めるための民事手続の方法について説明する。詳細は、レジュメ 10 (1) に表を掲載しているが、国内案件への対応方法として、全部で 4 種類の方法がある。これに加えて、国境を越えた子の返還請求については、ハーグ条約が適用される（後掲 15. 参照）。ここでは、国内事案への対応方法に限定して説明をする。

具体的には、Ⅰ. 親権に基づく妨害排除請求、Ⅱ. 家事事件手続における子の監護に関する処分、Ⅲ. 子の監護に関する処分の審判前の保全処分、Ⅳ. 人身保護請求の 4 つの方法がある。

Ⅰ. 親権に基づく妨害排除請求は、親権という権利に基づく方法であり、双方が親権を有している場合には、利用することが難しい。Ⅳ. 人身保護請求は、かつ

ては迅速な手続であるとして、広く利用されていた。また、親権者でなくても、拘束の違法性を主張して利用することができる。ただし、拘束の違法性の判断の際に、拘束の根拠として権利があるかということが判断される。したがって、Iと同じく、ともに権利を有する親権者同士の事案には、利用しにくい方法である。

それに対して、II・IIIは、親権という権利ではなく、子の利益を判断基準とする。IIは子の監護に関する処分として家事事件手続法に基づき審判を行う方法、IIIは、多くの場合、IIの内容を本案として、審判前の保全処分を行う方法であり、IIより迅速性があるとされている。これらの手続は、I・IVの方法と異なり、家庭裁判所において行われる。子の奪い合いの背景には、子を誰が養育するのが適切かという争いもあることから、子の親権者・監護者の決定・変更とともに判断を行うことができるということが、II・IIIの家事事件手続法の特徴として指摘されることもある¹。そして、これらの手段の特徴として、子を返還するのか否かの判断の際の基準が、親権者・監護者の指定の基準と重複するということがあげられよう。つまり、請求者が親権者等としてふさわしいということになれば、子の返還が命じられる。それに対して、現に子を監護している者が親権者等としてふさわしいということになれば、子の返還は命じられない。なお、II・IIIにおける判断基準の詳細については、後ほど12.で紹介する。

また、それぞれの手続が、誰から誰に対する請求で用いることができるかという点についても確認をしたい。詳細は、レジュメ10(1)の表に記載してあるが、親権者同士の紛争に利用できるのは、現在は、事実上、II及びIIIの方法である²。I.親権に基づく妨害排除請求は、最決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁を受けて、親権者から非親権者である親に対する請求の紛争への利用が難しくなったのではないかと解される³。

結果として、子の奪い合いを巡る紛争については、II・IIIの方法を用いて、家事事件手続によって子の返還を求めることが多くなっている。これらの方法は、家庭裁判所の調査官による調査・意見の提示を行うことが可能であり、より子の利益に即した判断をすることができるという特徴もある。

¹ 田中寛明「判解」法曹時報70巻11号(2018年)3217頁。

² IV.人身保護請求は、最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁以降の一連の最高裁判決を受けて、親権者同士の紛争に利用されることが減少したとされている。詳細は、レジュメ10(1)注8参照。

³ 詳細は、レジュメ10(1)注9参照。

(2) 子の返還を求める事案類型

民事上、子の返還が求められる類型には様々なものがある。実際に物理的に子を奪い合う場合のみならず、一方の親が、他方の親に無断で子を連れて別居を開始したことに対して、子の返還を求めるような場合もある。また、一度は一方の親が子を監護することで同意をし、別居や離婚をした後に、他方の親が子の引渡し請求をする場合もある。

(3) 執行方法

(1) で紹介した方法により請求をし、子を引渡すようにという判断がなされた場合に、その執行方法はどのようなものになるのであろうか。概要だけ述べると、家事事件手続内での履行確保の方法がある(家事事件手続法 289 条以下)。また、民事執行手続としては、間接強制及び直接強制が利用されてきた。従前は、必ずしも明文規定が十分でない中で運用されてきたが、2019 年 5 月に民事執行法の改正法が成立し、子の引渡しの強制執行について規定が新設された(民事執行法 174 条等)。これらの点については、レジュメ 10.(3)を確認されたい。

(石綿 はる美)

11. 平成 17 年決定の検討*

両親(親権者)間における子の奪い合い事案(以下「奪い合い事案」という。)は、本質的には、どちらの親(親権者)が子を監護養育すべきかという問題である。石綿はる美「10. 日本における民事法の制度概要」によれば、現在の民事判例の動向から、家庭裁判所がその問題を処理することへの期待が窺われ¹、それは、家庭裁判所に置かれている家庭裁判所調査官によって子に関する事実の調査を行うことができるからである。

とすれば、奪い合い事案は刑事司法によって処理されるべきだということには

* 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。なお、松原和彦「日本法の地層一拐取罪を巡る(裁)判例および学説の各状況の粗描」法時 91 卷 10 号(令和元年)103 頁以下参照。また、本特集第 2 の同「一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否(最決平成 17 年 12 月 6 日刑集 59 卷 10 号 1901 頁)」も参照。

¹ 法曹会編『最高裁判所調査官解説刑事篇(平成 15 年度)』(法曹会、平成 18 年)179 頁以下〔福崎伸一郎〕参照。

ならないだろう。その点は、奪い合い事案について未成年者拐取（略取）罪（224条（当時）。以下「本罪」という。）²の成否が争点となった最決平成17・12・6刑集59巻10号1901頁（以下「平成17年決定」という。）に付された補足意見（裁判官今井功）でさえ、「別居中の夫婦の間で、子の監護について争いがある場合には、家庭裁判所において争いを解決するのが本来の在り方」というのである。

しかし、反対意見（裁判官滝井繁男）でさえ、奪い合い事案が刑事司法によって処理される場合のあることまでは否定している訳ではないように思われる³。他方で、補足意見でさえ、「家庭内の紛争に刑事司法が介入することには極力謙抑的であるべき」というのである⁴。

とすれば、結局、奪い合い事案は本罪で処罰される場合があるとしても、その範囲は限定されるべきだということになる。しかし、本罪の処罰範囲の限定は如何にしてなし得るのだろうか。結論から言えば、条文上あるいは解釈上、少なくとも、構成要件該当性の段階、特に行為主体および実行行為（行為手段）で処罰範囲を限定することができるかには、疑問がある。なぜなら、佐藤陽子「8. 権利保護類型の比較法的検討」の通り、ドイツおよびオーストリアでは、行為主体を限定する場合には実行行為（行為手段）は限定しない、実行行為（行為手段）を限定する場合には行為主体は限定しないという関係が看取し得るが、我が国の場合、いずれの点でも限定することができるとは考えられないからである。

まず、行為主体は、条文上は「者」とのみ定めている⁵。また、法益の1つを監護権と理解しても、監護者が複数存在する場合、一方の監護者が他方の監護者の監護権を侵害することができるかと理解されている⁶。それゆえ、行為主体の点で本罪の処罰範囲を限定することができるかには、疑問がある。

次に、実行行為の1つである「略取」は、解釈上は通常、暴行または脅迫を行為手段とするものと理解されている⁷。行為手段が限定されるから、本罪の処罰範囲が限定される余地はある。しかし、監護者にも乳児にも暴行または脅迫を用い

² 松原和彦「資料3. 最決平成17・12・6刑集59巻10号1901頁」参照。

³ なお、反対意見は、最決平成15・3・18刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」という。）は是認している。

⁴ なお、両意見の差異につき、本特集第3の石綿はる美「拐取罪を題材に刑法と対話してみて」2. 参照。

⁵ 岡田好史「判批（平成15年決定）」現刑66号（平成16年）90頁参照。

⁶ 阿部純二ほか編『刑法基本講座＜第6巻＞—各論の諸問題』（法学書院、平成5年）84頁〔吉田敏雄〕参照。

⁷ 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、平成30年）85頁参照。

ずに乳児を、例えば優しく抱いて連れ去るような乳児窃盗事案は、通常、「略取」に該当すると理解されている⁸。また、乳児を優しく抱くことが暴行に該当するとすれば⁹、暴行の意義は極めて広いことになる。それゆえ、「略取」の行為手段を暴行または脅迫だと理解しても、それで本罪の処罰範囲を限定することができるかには疑問がある。

また、もう1つの実行行為である「誘拐」は、解釈上は通常、欺罔または誘惑を行為手段とするものと理解されている¹⁰。やはり、行為手段が限定されるから、本罪の処罰範囲が限定される余地はある。しかし、客体である「未成年者」が低年齢の場合、そのような者に対する誘惑は容易に肯定することができ、「誘拐」に該当しない場合を想定することは容易でないだろう。それゆえ、「誘拐」の行為手段を欺罔または誘惑だと理解しても、やはり、それで本罪の処罰範囲を限定することができるかには疑問がある。

以上の通り、構成要件該当性の段階で本罪の処罰範囲が限定され難いとすれば、平成17年決定のように、本罪の処罰範囲の限定は違法性阻却の段階で行うということもやむを得ないだろう。

では、平成17年決定は違法性を阻却するかの判断をどのように行ったのか。以下、その点を中心に、平成17年決定を検討する¹¹。

事案は、簡潔に言えば、被告人が、別居中の妻（以下「B」という。）が養育している子（2歳）（以下「C」という。）を連れ去ることを企て、Bの母、つまりCの祖母（以下「D」という。）に連れられて保育園から帰宅しようとしていたCを抱きかかえて、自動車に同乗させた上、発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いたというものだった。

平成17年決定は、まず、本罪の構成要件該当性について、次のように判断した。

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

⁸ 前田雅英ほか編『条解刑法〔第3版〕』（弘文堂、平成25年）656頁参照。

⁹ 高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、平成30年）111頁参照。

¹⁰ 西田（橋爪補訂）・前掲注7）85頁参照。

¹¹ 松原（資料）・前掲注2）参照。

べき事情であると解される」。

次に、違法性阻却について、次のように判断した。

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

まず、本罪の構成要件該当性の判断のうち「保護されている環境」について検討する。「保護されている環境」とは、C がその共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」ことである。それは、次の 3 点を含意しているように思われる¹²。第 1 に、C が「生活」しているのは、非親権者ではなく B という親権者の下であるという点である。第 2 に、C が「平穏」に「生活」しているのは、B が C を適切に監護養育しているという点である。第 3 に、C が「平穏」に「生活」しているのは、第 1 点および第 2 点のような「生活」が 1 年強の間継続しており、安定しているという点である。とすれば、C の居るべき場所に居る利益はもとより、B の監護権にも、十分な保護価値があると言える。

次に、違法性阻却の判断について検討する。平成 17 年決定は、まず、「被告人が親権者の 1 人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情」という。それは、被告人の行為が親権の行使として許容することができる場合があるからだろう。その点に関する調査官解説は、解説①の通りである（レジュメ 11. (2) ② (i) 参照）。解説①を前提にすれば、被告人の行為は、違法性が阻却されるとすれば、平成 17 年決定は明言してはいないものの、法令行為（35 条）¹³だからということになるだろう。

¹² なお、佐野文彦「『家族』間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用に関する試論」東大ロー11号（平成28年）134頁参照。

¹³ 松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照。

次に、平成 17 年決定は、被告人の行為の違法性が阻却されるかを 2 つの基準で判断しているように思われる¹⁴。第 1 に、「C の監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」（以下「特段の事情」という。）があるかという基準である（以下「第 1 基準」という。）。第 2 に、被告人の行為が「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるもの」という基準である（以下「第 2 基準」という。）。以下、各基準について検討する。

まず、第 1 基準では、「特段の事情」とは何かが問題となる。その点について調査官解説は明言していない。しかし、「特段の事情」は、解説②のようなものではないかと推測される（レジюме 11. (2) ② (ii) α) 参照¹⁵。

とすれば、仮に、平成 17 年決定の事案とは異なり、「特段の事情」がある場合に違法性が阻却されるのは、被告人に義務としての親権があるからだと考えられる。なぜなら、解説②が言う「処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている」状況を解消することは、C の包括的かつ長期的な利益を、消極的に、適切に実現することだからである。それは、他でもなく、義務としての親権を有する被告人のみが行うことができるし、被告人こそが行うべきである。逆に言えば、「特段の事情」がある場合、B は、義務としての監護権を行使していない以上、同じく義務としての親権を有する被告人との関係では、たとえ B は、権利としての監護権が妨害されるとしてもやむを得ないだろう。その限りで、B の監護権の保護価値は減殺され、また、C の居るべき「場所」に居る利益の保護価値も同様に減殺されると言える。

それに対して、平成 17 年決定は、「特段の事情」がないとして、違法性阻却を淡泊に否定した。それは、平成 17 年決定の事案では、前述の通り、「保護されている環境」が存在するからだろう¹⁶。それは、前述の通り、B の監護権にも C の利益にも十分な保護価値があるということである。他方、被告人には義務としての親権を行使する余地がない。したがって、違法性が阻却されることはないのである。

次に、第 2 基準について検討する。第 2 基準は、第 1 基準によっては違法性が阻却されない場合、つまり「特段の事情」がない場合でも、なお違法性阻却の余

¹⁴ なお、池田修＝金山薫編『新実例刑法 [各論]』（青林書院、平成 23 年）428 頁〔若園敦雄〕参照。

¹⁵ 橋爪隆「実質的違法性の判断」警論 69 卷 7 号（平成 28 年）132 頁参照。

¹⁶ 橋爪・前掲注 15) 132 頁参照。

地を認めるものと理解することができる¹⁷。それは、被告人に、第三者に容喙されることなく、Cの包括的かつ長期的な利益を実現するという権利としての親権があるからだと考えられる。

しかし、「特段の事情」がない場合、CはBによる適切な監護養育を受けられなくなり、また、安定性も喪失することになる。そこで、被告人には、義務としての親権もあるから、そのようなCにおける不利益を埋め合わせるために、積極的に、Cの包括的かつ長期的な利益を適切に実現しなければならないだろう。逆に言えば、そうしなければ、被告人の行為を親権の行使とは評価できない。また、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値も減殺されない。

さて、平成17年決定は、次の3つの事情を挙げて、やはり違法性阻却を否定した。第1に「本件の行為態様が粗暴で強引なものであること」である。第2に「Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること」である。第3に「その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いこと」である。

それらのうち、まず、第2の事情はC側の事情として位置づけられると考えられる。Cは、現にBによって適切に監護養育されている一方で、被告人によってはそうされていない。「自分の生活環境についての判断・選択能力」のある者であればいざ知らず、そうでないCに、将来被告人によって適切に監護養育されないリスクを負担させることは適切でないだろう。それゆえ、Cが現在の「保護されている環境」に留まる必要性は大きい。そして、その限りで、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値は増大すると言えるから、被告人はそのように増大したCの利益を侵害していることになる。

次に、第1の事情と第3の事情は被告人側の事情として位置づけられると考えられる¹⁸。第1の事情は、「粗暴」および「強引」という評価がDではなくCに対する被告人の行為についてのものであるとすれば、被告人が将来Cを適切に監護養育しない可能性、つまり、Cの包括的かつ長期的な利益を適切に実現しない可能性を窺わせる事情として位置づけられるのではないだろうか。他方、第3の事情は、被告人が将来Cを適切に監護養育しない可能性を端的に示す事情として位置づけられるだろう。いずれの事情によっても、被告人には将来Cの包括的か

¹⁷ なお、法曹会編『最高裁判所調査官解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、平成20年）692頁以下〔前田巖〕参照。

¹⁸ 第1の事情の理解につき、松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」曹時63巻9号（平成23年）27頁以下、第3の事情の理解につき、石綿・前掲注4）2. 参照。

つ長期的な利益を適切には実現する可能性がないと言える。それゆえ、被告人の行為によってCの居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されないのである。

以上から、被告人は義務としての親権を行使していないから、違法性は阻却されないと見えよう。

(松原 和彦)

12.平成 17 年決定への民事法からのコメント

(1) 親権者・監護者の決定・変更の判断基準¹

①親権者・監護者の決定の際の判断基準

平成 17 年決定について民法からコメントをする前に、まず、前提として、子の引渡しについての判断基準について紹介したい。これは、先ほど 10 (1) で紹介した、I～IVの民事手続の方法のうち、II.家事事件手続における子の監護に関する処分、III.子の監護に関する処分の審判前の保全処分という方法を利用した場合の判断基準である。権利の有無が主たる基準になるのではなく、どちらの親に実際に養育されることが子の利益になるのかという視点から判断される。

最優先の基準は、「子の利益」である（民法 766 条 1 項後段）。この「子の利益」に適う、親権者・監護者としての適格性を有するのはどちらか、ということが判断される。詳細は、後掲レジュメ 12.(1)①に掲載しているが、その際の考慮要素は、次のようなものになる。父母側の事情としては、監護の実績、監護能力、監護開始の違法性、そして最近では別居親との面会交流についての許容性も考慮さ

¹ この点についての参考文献は、石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・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』（法曹会、2015 年）234 頁以下（初出、法曹時報 66 巻 10 号（2014 年）43 頁）、梶村太市ほか『家族法実務講義』（有斐閣、2013 年）170 頁以下〔榊原富士子〕、棚村政行「親権者・監護者の決定とフレンドリー・ペアレント（寛容性）原則」家族＜社会と法＞33 号（2017 年）3 頁、二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）115 頁以下、前田陽一ほか『民法 VI〔第 5 版〕』（有斐閣、2019 年）169 頁以下〔本山敦〕、松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家月 63 巻 9 号（2011 年）1 頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学 45 巻 3・4 号（2012 年）197 頁。

れることがある²。子の側の事情としては、子の意思、年齢、性別、心身の発育状況、従来の養育環境への適応状況、環境の変化への適応性等が考慮される。

②本WSとの関係で特に問題になる考慮要素

次に、上記の考慮要素のうちのいくつかについて、特に今回のテーマとの関係で問題になる点について説明をする。

第一に、監護の実績・継続性の尊重という要素についてである。この趣旨は、子の利益の視点から、現実の監護者と子の継続的な心理的結びつきを尊重しようとする点にある。親権者・監護者の決定に際してこの考慮要素が特に重視されているともいわれる³。ただし、この要素を重視すると、結局、子と長く一緒にいることが重要であるということになり、子どもを連れての別居や、物理的に子を奪い合うことが誘発される⁴。そこで、最近では、違法な奪取により始まった監護については、必ずしも監護の実績としては評価をしない、との指摘もある⁵。

第二に、奪取の違法性という要素である。面会交流中に無断で連れ去る、調停や審判、あるいは当事者間の合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うような場合には、奪取行為に違法性があると判断される傾向にあるとされる⁶。

この点と関連して、いわゆる「子連れ別居」は違法か否かという問題がある⁷。子連れ別居の場合は、相手方に黙って、承諾を得ずに子を連れて別居を開始することが多いが、その奪取の開始の態様は、物理的には穏当な場合も多い。子連れ別居は、日本においてしばしば行われており、学説・裁判例も多くが、この行為自体が一概に違法であるとは言えないとする見解にたつものと思われる。その背景には、親が子を置いて家を出ることは心情的に難しいのではないか、家庭内でDV等がある場合には子を連れて出ていく必要があるのではないか、といった考え方があるように思われる。なお、子連れ別居の違法性の有無の判断は、子連れ別居を開始した際の子の年齢や意向、連れ出すにあたっての経緯・態様な

² フレンドリー・ペアレントルールについて、前田ほか・前掲注 1)170 頁〔本山〕。

³ 母親優先原則との関係も含め、前田ほか・前掲注 1)169 頁以下〔本山〕。また、梶村ほか・前掲注 1)171 頁以下〔榊原〕。

⁴ この点を指摘するものとして、梶村ほか・前掲注 1)171 頁以下〔榊原〕、二宮・前掲注 1)115 頁。

⁵ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕。

⁶ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)116 頁。

⁷ 以下、二宮・前掲注 1)120 頁以下。より詳細には、松本・前掲注 1)30 頁以下、山口・前掲注 1) 210 頁。

などを総合的に考慮するものとされている。

③親権者・監護者の変更の際の判断基準

親権者・監護者の変更の際の判断の際の考慮要素は、基本的には、親権者の決定・監護者の決定の際と同様である。子の利益が最優先基準であるが（民法 819 条 6 項）、特に重視される考慮要素が、現状の尊重と子の意思である⁸。親権者・監護者の変更が申してられる場合というのは、すでに一度、親権者・監護者の決定を当事者あるいは家庭裁判所によって行っている。特に、家庭裁判所において判断されている場合には、①の考慮要素を用いて子の利益を考慮したうえで、親権者ないし監護者が決定されている。したがって、その決定内容を変更するには、著しい事情変更や、既に指定されている親権者等に子の監護を行わせることが子の利益に反することが明らかであるなどの事情が必要であると考えられている⁹。

(2) 平成 17 年決定へのコメント

次に、刑事法の判断と民事法の判断の比較のために、平成 17 年決定の事案を、民法の視点からはどのように評価しうるかという点について検討してみたい。

①平成 17 年決定の判断について

松原報告における違法性阻却の点について、民事法の視点からコメントをする。まず、子の奪い合い紛争における監護権（親権）に基づく実力行使の評価についてである。民事法上は、「実力行使」に対しては、慎重な評価がなされる。例えば、「急迫的な事情がある場合には親権者は自力で強制的に取り戻したり加害を阻止することも、自力救済の要件に反しない限り可能であろう¹⁰」とする見解は、実力行使が認められるのは、限定的な場合であると考えていると言えよう。

次に、松原報告における第一基準、「C の監護養育上それが現に必要とされているような特段の事情」の存否についてである。民事上、どのような場合に特段の事情が認められるのだろうか。これについて、最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁が参考になるのではないか。同判決は、「幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することが

⁸ 梶村ほか・前掲注 1)176 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)120 頁。

⁹ 梶村ほか・前掲注 1)175 頁以下〔榊原〕。

¹⁰ 於保不二雄＝中川淳編集『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）90 頁〔明山和夫・國府剛〕。

できないような例外的な場合」が該当すると述べる。そして、ここでいう例外的な場合とは、調査官の解説によると、具体的には、親権の濫用に該当するような場合であるという¹¹。

第2基準の「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるもの」か否かという点について、民事上、どのようなものが許容されているか。まず、「子連れ別居」に関しては、上述したように、現状では、社会通念上許容されると判断される傾向にある。他方、これも既述のように、面会交流中に無断で連れ去る、審判・調停・(裁判所が関与せずなされた当事者間の)合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなどの場合には、社会通念上許容されないと判断される可能性が高いといえよう。

②もしも平成17年決定の事案を民事法の視点で評価すると…

平成17年決定の事案を民事法の視点で評価すると、どのようになるのだろうか。

(ア)平成17年決定の事実を前提に評価(Xが子を奪った時点の評価)

まず、平成17年決定の事実を前提に評価してみる。つまり、Xが子を奪った後、BからXに対し、家事審判の子の監護に関する処分として引渡請求(前記10(1)方法II)がなされると想定する。

この場合、監護開始の違法性(奪取の違法性)が高いと判断されて、BからXに対する引渡請求は認められるのではないかと考える。特に次の2点から、監護開始の違法性が高いと判断されるのではないかと考える。第一に、Xの奪取は、二度目の奪取である。一度目は、同居女性と共に、子を沖縄まで連れていき、未成年者略取罪で逮捕され、起訴猶予となっている。第二に、二度目の奪取の行為も、保育園の送迎のすきをついてのもので、行為の違法性が高いと判断される傾向が高い行為である。例えば、本件と類似するような事案において、東京高決平成17年6月28日家月58巻4号105頁は、6歳の長男が、母方の祖母と共に通園バスを待っていたところ、父が自らの両親と共に自動車待ち伏せをし、子を父が強引に抱きかかえて、車に乗せて奪取をしたという行為について、「事件本人に衝撃を与える態様で同人を奪取する行為」と判断している¹²。

(イ)平成17年決定の事実を前提に、Xが子を奪わずに子の引渡請求をした場合

¹¹ 西謙二「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(平成6年度)』(法曹会、1997年)345頁。

¹² 詳細は、レジュメ12.(2)②(ア)参照。

を想定しての評価

次に、平成 17 年決定の事実を前提に、X が子を奪わずに子の引渡請求をした場合に、どのように評価されるだろうか。本件は離婚前の別居中の事案であることから、X から子の監護者指定の申立て及び子の監護に関する処分として引渡請求（前記 10(1)方法Ⅱ）がなされると想定する。この場合について、上記(1)①の判断基準に基づいて判断してみると、次のようになるのではないか。

まず、父母側の事情である。第一に、監護の実績について言えば、1 年以上にわたる母の監護があり、監護養育状況に特に問題があったことをうかがわせる事情もない。第二に、監護能力、居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護体制、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無について検討する。母は、就労中で、両親と同居しており、車で 5 分程度のところに保育所がある。それに対して、父は、同居女性とともに C の沖縄県への連れ去ったという過去がある。現在は、子を共同して監護する人がいない。また、かつては、母に対して暴力をふるっていた。第三に、監護開始の違法性については、監護の開始は B による子連れ別居である。本件は、別居に至ったきっかけは X の暴力であり、また子連れ別居について一般的に社会的に許容される行為とされていることもあることから、違法性が低いと判断されるのではないか。第四に、面会交流についての許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）である。本件において、母は面会交流について非協力的である。ただし、面会交流についての許容性は、監護者の決定の際の考慮要素として小さいのではないかともいわれている¹³。第五に、申立ての真摯さ（復縁や恨みなど他の目的の有無）については、父には真摯さはあると考えられよう。

次に、子の側の事情である。第一に、子の意思、年齢、性別、心身の発育状況については、子は、2 歳男子と年少であり、鼠経ヘルニアを患っている。第二に、従来の養育環境への適応状況については、不適応についての明確な事情はない。第三に、監護環境の継続（＝親の監護の実績）については、子は、1 年以上にわたり母のもとで監護されている。第四に、環境の変化への適応性についても、特に事情は読み取れない。ただし、鼠径ヘルニアの継続的な治療からは、変化を避けた方がよいのではないかと考えられる。第五に、父母および親族との情緒的結びつきは、母とその祖父母との情緒的結びつきがあるといえよう。

これらの事情を総合的に考慮すると、監護の実績、主たる監護者が母であり、監護開始の違法性もないと考えられること、父母の監護能力を比べた時には、母に監護能力があると考えられることから、本件においては、母が監護者と指定さ

¹³ 二宮・前掲注 1)116 頁。

れる可能性が高いのではないだろうか。

(石綿 はる美)

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況

(1) 国外連れ去りの特殊性

佐藤陽子「8. 権利保護類型の比較法的検討」で言及したように、諸外国においては、手段の悪性や目的の悪性がある場合にのみ、親による子の連れ去りの可罰性を認めることがある¹。そして、目的の悪性はとりわけ国外連れ去り目的に認められる。

国外への連れ去りを目的とする拐取を特別に処罰する国としては、ドイツ、イギリス、アメリカがある²。また、スイスには、国外連れ去りに関する特別な規定は存在しないが、離婚訴訟における両親間の争いの道具として拐取の規定³が利用されることを回避するため、1989年に同規定の主体から親権者を排除するかが争われた際、同規定の適用される事例が、外国人が自分の子を国外（自分の母国）に連れ出す事例に集中している状況を根拠に、主体の限定を行うべきではないとした⁴。

これらの国はなぜ、国外連れ去りを重視しているのだろうか。

(2) 国外連れ去りの重要性？

たとえば、イギリス及びドイツは、①自国の裁判権の管轄が及ばなくなり⁵、また自国の司法機関による決定の執行が不可能又は著しく困難になること⁶を国外連れ去りを重視する根拠としてあげている。さらに、②（自国では承認しづらい）

¹ 樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号（2019）109 頁を参照。

² 深町・独・下・112 頁、樋口・英・上・104 頁、佐伯・米・上・89 頁を参照。また、デンマークは国外連れ去りの場合のみ、共同親権者も処罰の対象となる（1990 年の新設条項。松澤・丁・95 頁以下を参照）。

³ スイス刑法 220 条。条文の詳細は、深町・瑞・上・108 頁を参照。

⁴ 深町・瑞・上・108 頁を参照。

⁵ 樋口・英・上・109 頁を参照。

⁶ 深町・独・下・112 頁（BT-Drs. 13/8587, S. 39 も参照）。

異なる文化があること（例：強制結婚、割礼）、③親子関係断絶の恐れなども国外連れ去りを特別に処罰する理由として考えられるだろう⁷。

これに対して、オーストリアは国外連れ去りも一切処罰の対象には含まない。オーストリアでは、そもそも未成年者拐取の規定は、「実務的に、民法又は行政法的な第一次的規範がうまく作用しないか、無に帰される又はかいくぐられる時のみ、法的な制裁へと至る第二次的な規範」⁸であるとして、第一次的な規範で解決可能な場合は処罰の必要はないと解されている。そして、親による子の国外連れ去りについてはハーグ条約やその他の諸外国との協定が存在しているために、刑法的介入の必要はないこととなる⁹。

(3) 小括

一方の親が他方の親の意思に反して、子を国外に連れ去ることは、少なくともその国において期待しえた他方の親の権利を重大に侵害しうるし、また自国の価値観に基づけば子の不利益だと判断しうる状況も生じうる。この点で、国外連れ去りに一定の重要性があることは事実だろう。

そのことを認識しながらも、オーストリアのように、ハーグ条約など子の取り返しについて実効的な手段があることを根拠に、親による子の奪い合い事例を処罰範囲から外すという選択はあるかもしれない。しかし、ハーグ条約が本当に実効的かどうかは、検討を要するところである。

(佐藤 陽子)

14. 平成 15 年決定の検討*

我が国の場合、最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁（以下「平成 15 年決

⁷ ②③については、イギリスにおける Kayani 事件（被告人が面会交流中に息子をパキスタンに連れ去った事案）において、親による児童の連れ去りの重大性を論じる際に用いられた根拠が参考になる（樋口・英・下・120 頁以下）。

⁸ Schick, Der Strafrechtliche Schutz des Kindeswohls, in Rauch-Kallat/ Pichler, Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 488.

⁹ 国外に連れ去られた子の返還に関する協定等については、Hübner/ Mitgutsch, Rechtlicher Schutz in Familie und Partnerschaft, 2007, S. 129 f.を参照。

* 報告原稿に最低限の注を付す等の加筆修正を施した。

定」という。)がまさに、国外への連れ去りを目的とした子の奪い合い事案に関するものだった。以下、平成 15 年決定について検討する¹。

事案は、妻（日本国籍）と婚姻していた被告人（オランダ国籍）が、別居中の妻によって監護養育されていた 2 人の間の長女（2 歳 4 か月）（以下「Y」という。）を、オランダへ連れ去る目的で、Y が妻に付き添われて入院していた病院のベッド上から、両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、自動車に乗せて発進させたというもので、国外移送目的略取罪（226 条 1 項（当時）。以下「本罪」という。）²の成否が問題となった。

平成 15 年決定は、本罪の構成要件該当性を肯定しつつ、次のように違法性の阻却を否定した。

「その態様も悪質であって、被告人が親権者の 1 人であり、〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらない」。

平成 15 年決定で注目すべき点は、「〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであること」（以下「本件事情」という。）である。なぜなら、平成 15 年決定は、本件事情を、違法性阻却を肯定する方向へ働く事情の 1 つとして位置づけているからである。つまり、平成 15 年決定は、「移送」先が被告人の「母国」であることをそのような事情として位置づけていると理解することができるからである。

では、なぜそのように位置づけることができるのだろうか。本罪は、未成年者拐取罪（224 条（当時））³と比較すると、重く処罰されている。その根拠は、要件上は、「移送」先が「国外」であることにありと理解することができる。そして、被告人の「母国」（オランダ）は「国外」の 1 つである。とすれば、本件事情を、違法性阻却を肯定する方向へ働く事情として位置づけることができるかは、本罪が重く処罰される実質的な根拠との関係で、検討されなければならないだろう。

では、本罪が重く処罰される実質的な根拠は何だろうか⁴。それを検討するに当たり、判例③は示唆に富む（レジュメ 14. (2) ② (i) 参照）。判例③によれば、本罪が重く処罰されるのは、客体が国内（日本）へ「帰還」することが事実的に困難だからである。それは、松原和彦「3. 3つの法益の検討（その 1）—自由の

¹ 松原和彦「資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁」参照。

² 松原（資料）・前掲注 1）参照。

³ 松原和彦「資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁」参照。

⁴ なお、佐野文彦『「家族」間における子の奪い合いに対する未成年者拐取罪の適用に関する試論』東大ロー 11 号（平成 28 年）139 頁も参照。

実体、身体の安全の適否」で検討した法益との関係で言えば、客体が居るべき「場所」に居る利益がより侵害されるということである⁵。

しかし、なぜ「帰還」が事実的に困難なのだろうか。客体である「帰還」する者からすれば、「国外」が国内（日本）から地理的に離れているからだろう。他方、客体を「救援」して「帰還」させる者からすれば、そもそも客体の所在を把握することが困難だからではないだろうか⁶。

では、本件事情はどのように理解することができるのだろうか。まず、前者の観点からは理解することができない。なぜなら、被告人の「母国」であっても、地理的な離隔が縮小されるとは限らないからである。次に、後者の観点からは理解することができるかも知れない。なぜなら、被告人の「母国」であれば、実家等その立ち回り先を把握することができるために、それを通じて、Yの所在も把握することがなお可能であると言えるからである。

とすれば、その限りで、Yの「帰還」の事実的な困難さは、滅殺されるだろう。つまり、被告人の行為によってYが居るべき「場所」に居る利益が侵害される程度は滅殺されると言えよう。

（松原 和彦）

15. 民事法からのコメントーハーグ条約を中心にー

松原報告においては、母国への連れ去りであれば違法性阻却を肯定する余地があるのではないかという指摘があったが、民事法においては、国際的には異なる考え方がされているということを紹介したい。

(1) ハーグ条約の目的

民事法の領域では、国境を越えた子の奪い合いに関して、1980年に「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」、いわゆる「ハーグ条約」が採択された。日本においては、2014年4月1日に発効し、同日に「国際的な子の奪取の

⁵ なお、類似の視点は、所在国外移送目的拐取罪（226条。松原和彦「資料1. 刑法（日本）条文」参照）では、指摘されている（久木元伸ほか『『刑法等の一部を改正する法律』について』曹時57巻11号（平成17年）45頁参照）。

⁶ 安田拓人「判批（名古屋高判平成28・11・22高刑速（平成28年）220頁）」法教453号（平成30年）141頁参照。

民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」、いわゆる「実施法」も施行されている¹。

ハーグ条約の目的は、①いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること（条約第1条 a）、②締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること（条約第1条 b）である。

ハーグ条約の特徴は、国境を越えて子が不法に連れ去られ、又は留置されていた場合に、子を迅速に居住していた国に返還するということである。それは、子が元いた国に「迅速に」戻ることが子の利益であるという考えに基づく。なぜ、それが子の利益につながるのかという理由としては、異なる言語圏・文化環境への移動は子にとって有害であること、子の奪取の背景にある子の監護に関する紛争は、常居所地国で解決することが望ましいこと、が挙げられている²。

例えばアメリカで父母と子で暮らしていた場合に、母が父に無断で子を日本に連れ帰ったということは、ハーグ条約においては、「不法な連れ去り」と判断される。しかし、この考え方は、今まで紹介してきた国内事案において、子連れ別居を監護の違法性の評価に際して違法と判断しないという考え方と、大きく異なっている。

(2) ハーグ条約と刑事法＝民法の視点から

最後にハーグ条約と刑事法の関係について、民法の視点から、簡単に述べたい。

まず、ハーグ条約が発効したことにより、国外事案はハーグ条約で問題が解決するので、刑事処罰は不要ということにはならない、という点を指摘したい。第一に、ハーグ条約はすべての国境を越えた子の奪い合いに適用されるわけではなく、ハーグ条約の非締約国に子が連れ去られた場合等、ハーグ条約の適用対象外の事案において私人が子の返還を求めるのは困難である。第二に、仮に返還決定が確定したとしても、返還が実現できない場合がある³。第三に、ハーグ条約は、あくまでも連れ去りがあった後の事後的な解決のための手段である。したがって、刑事法の未遂処罰により、子の連れ去りを事前に防ぐことができることは、子の

¹ これらの概要については、後掲資料8「ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み」参照。

² 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年）21頁。

³ 最判平成30年3月15日民集72巻1号17頁の事案などが該当する。詳細は、レビュー15.(2)①参照。

利益の点からも魅力であろう。

他方で、刑事法の存在により、ハーグ条約に基づく子の返還が行われにくくなるということが、指摘されることもある。具体的には、子を奪取した親が、子を連れて常居所地国に帰国することで逮捕される恐れがあること、その結果、子の返還を行わなくなるのではないかという点である⁴。この点については、運用を工夫することで解決することもできるのではないかと考えられるが⁵、問題の所在は指摘しておきたい⁶。

(石綿 はる美)

⁴ 許末恵「『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント

(1)」法律時報 91 卷 4 号 (2019 年) 117 頁。特に、ドイツ法に関してこれを指摘するものとして、西谷裕子「『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書」46-47 頁、半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去りードイツの経験と日本への示唆』(法律文化社、2013 年) 174 頁以下。

⁵ 諸外国においては、申立人が子の返還に関する事項について一定の義務を負う旨を約束し、裁判所がこれを考慮して子の返還を命じるということがあるといふ。このような約束をアンダーテイキングといい、申立人の義務としては、刑事訴追の放棄や告訴の取下げが含まれることがあるといふ(金子・前掲注 2)150 頁以下)。

⁶ 実施法 28 条 1 項 4 号との関係については、レジュメ 15(2)②参照。

II. レジюме

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価
2. 監護権の重要性—比較法的視座から—
3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—
4. 明治民法における親権・監護
5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—
6. 権利としての監護権とその制約
7. 現行民法における親権・監護権

第2部 親による子の奪い合い事案の検討

8. 権利保護類型の比較法的検討
9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント
10. 日本における民事法の制度概要
11. 平成17年決定の検討
12. 平成17年決定への民事法からのコメント

第3部 国外拐取の特殊性

13. 国外拐取に関する諸外国の状況
14. 平成15年決定の検討
15. 民事法からのコメント—ハーグ条約を中心に—

第1部 未成年者拐取罪の一般論

1. 3つの法益の確認と監護権に対する評価※

(1) 3つの法益の確認

①自由および監護権

(i) 判例①（大判明治43・9・30刑録16巻1569頁〔下線は松原。以下同じ〕）

刑法第224条に所掲未成年者の略取罪は暴行又は脅迫を加へ幼者を不法に自己の実力内に移し一方に於て監督者（若し監督者ある場合に於ては）の監督権を侵害すると同時に他の一方に於て幼者の自由を拘束する

※ 配布したレジюмеに最低限の修正を施した。

の行為を云ふものとす¹

(ii) 判例①が示唆する点

α) 自由という法益と拐取(支配の設定)の関係

☞ 未成年者「拐取」罪

β) 監護権という法益と客体(「未成年者」)の関係

☞ 「未成年者」拐取罪

② 身体の安全

(i) 学説①(平野龍一「刑法各論の諸問題 4」法セ 201号(昭和47年)69頁)

たしかに、略取誘拐罪は、人を自己の管理下におくものである。しかし、逮捕監禁と違い、脱出がいちじるしく困難であることは必要でない。自由の侵害の程度は、はるかに低いのである。したがって、それだけで犯罪とされるのではなく、自由がある程度拘束されている状態が、その者の生命・身体等の安全にとって危険なものであることが加わって、はじめて犯罪となるものと思われる。未成年者の場合は、保護者から引きはなすこと自体、このような危険を伴うと考えてよいであろう。

(ii) 学説①で注目すべき点

☞ 客体が「未成年者」の場合、身体の安全に対する危険の惹起は「保護者」からの引離しによる

(2) 監護権に対する評価

① 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』(青林書院)における評価の変遷

(i) 初版(平成3年)595頁〔山室恵〕

③ 説〔「被拐取者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解—松原による補足。以下同じ〕が通説とされている。

(ii) 第2版(平成14年)378頁〔山室恵〕

第3説〔「略取・誘拐された者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解〕が通説とされている。

(iii) 第3版(平成26年)523頁〔山室恵〕

かつては第3説〔「略取・誘拐された者の自由と保護監督者の監護権の両方を保護法益とする見解」=判例①と同じ見解〕が通説とされていた。

¹ 松原が作成したレジュメ(1.、3.、5.、11.、14.)および資料(1.、ないし3.)では、読み易くするために、表記を編集した。

☞法益の1つが自由であることに対する異論はほぼなし

☞監護権という法益に対する否定的な評価

②背景の1つ？

☞「監護者の意思>『未成年者』(特に成年に近い者)の意思」に対する疑念？

☞監護権は「未成年者」のためのものという考え方の表れの1つ？

(松原 和彦)

2 監護権の重要性—比較法的視座から—

(1) 日本の未成年者拐取罪の特徴

・法律時報「特集 拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析」

⇒欧米諸国において未成年者拐取(連れ去り)に関しては、次の二つの類型がそれぞれ規定されている

①親の子に対する監護権などの民事上の権利を保護する犯罪類型(権利保護類型)

②被拐取者の自由ないし安全を保護する犯罪類型(自由・安全保護類型)

・我が国における未成年者拐取の規定は224条の一つしかない。

⇒かつての通説的理解: 諸外国において2つの条文で保護されているものを、一つの条文で保護しようとしている(①+②類型)

現在の通説: ①を排除しようとしている(②類型)

(2) 異なる二つの法益と被害者の承諾

・かつての通説: 保護法益=被拐取者の自由及び監護権、承諾権者=監護者のみ
⇒一つの条文で二つの法益が保護されている場合

a. どちらか片方の法益侵害で十分: 両方の法益所有者の承諾があれば犯罪不成立

b. どちらの法益侵害も要求する: いずれかの法益所有者の承諾があれば犯罪不成立

・かつての通説: ①②のいずれの法益も保護する

①に関する承諾(監護者の承諾)だけが有効

・未成年者は承諾無能力者？

⇒性的自由に関しては13歳以上が承諾できる

監禁罪に関する8歳児の承諾が問題となった事例がある

・一見納得がいかないかつての通説の理解は、ドイツの学説（とりわけリスト、フランク）が強い影響を与えていたことが原因
⇒神谷健夫＝神原甚造『刑法詳論』（清水書店、大正2年）974頁以下：「未成年者は父母後見人感化院主教育所主の如き監督者の監督の下に在ると浮浪の状態に在りて何人の監督をも受けざるを問はず均しく拐取罪の客体たるを得へし而して拐取罪により未成年者は自ら此等監督権者の監督の下に立つの自由を侵害せらるるものなりと雖とも此等の監督権者のみか法律に抵触せざる範囲に於て（例へは次条以下の規定）未成年者の斯る法益を処分するを得べきものなるか故に**監督権者の承諾を得たるときは拐取罪成立せずと雖とも未成年者のみの承諾は拐取行為の違法性を阻却することと云はざる可らず（同説リスト、フランク）**監督の下に在らざる少年に対しては本人の承諾を得ずして擅に事実上の支配関係を設定するに因りて成立すへし」。

新保勘解人『日本刑法要論各論（増訂再版）』（敬文堂書店、昭和4年）428頁以下：「本罪の客体は未成年者にして其行為は略取又は誘拐なり。然れども未成年者は保護者の監督の下に立つものにして未成年者の自由なるものは絶対的のものに非ずして保護者の監督の範囲内に於て存するものなれば本罪の行為は常に一面に於ては保護者の監督権を侵害するの性質を有するものとす。」「従て**縦令未成年者の承諾あるも之か保護者の意思に反するとき**は本罪の成立を妨げざるべきも之に反し保護者の承諾あるときは其承諾にして適法なる監督権の行使と認むべき範囲内に於ては**縦令未成年者の意思に反する場合**と雖も本罪成立せざるへし。何となれば此場合未成年者の自由を侵害したるものと言うを得されはなり。但し其承諾か監督権の乱用に出てたるものと認むべき場合に於ては縦令保護者の承諾あるも本罪成立すへし【**獨逸刑法に於ける幼者の略取罪（Kinderraub）に付** [リスト] 亦刑法典の意味に於ては此犯罪は未成年者に対する自由犯として規定せられ監督権者の親族権に対する犯罪として規定せられざるも未成年者の承諾か犯罪の成否に何等の影響なきに拘らず監督権者の承諾は其違法性を阻却すと解し [フランク] は本罪の行為の客体は未成年者なれども保護の客体は親権者後見人等なるを以て未成年者の承諾は其違法性を阻却せざるも親権者後見人等の承諾は之を阻却すと為し [アルフェルト] 亦結果に於て之と同説なり】」。

※注 太字は筆者。また、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた。

(3) かつての通説に影響を与えたドイツの議論

§ 235 [1912/7/5-1969/9/1]

(1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人 (Pfleger) から引離した者は、禁錮 (Gefängnis) に処する

(2) 情状のより軽い事情が存在する場合には、三千マルク以下の罰金とすることができる

(3) その行為が、物乞いをさせる又は利欲的若しくは良俗に反する目的又は仕事をさせる意図で行われたときは、10年以下の懲役に処する

・フランク：保護法益＝監護権、承諾権者＝監護者のみ

リスト：保護法益＝未成年者の自由、承諾権者＝監護者のみ

・「沿革的理由」

⇒コンスタンティヌス1世の時代(4世紀)：親族の意思に反して拐取が行われること

13世紀の北ドイツの都市(例：フリースラント)：RaubとEntführungの区別ができる。被拐取者が拐取を受け入れる＝Entführung、拐取を拒絶する＝Raub

カロリーナ刑法典(16世紀)：RaubとEntführungの区別がなし

⇒プロイセン一般ラント法⇒プロイセン刑法典(18世紀末⇒19世紀)

(204条：策略又は暴行で人を拐取する)

205条：物乞い又は利欲的若しくは反良俗的な目的等に利用するため16歳未満の者を策略又は暴行で拐取する

206条：策略又は暴行で未成年者をその両親又は後見人から拐取する

204条、205条：②類型、206条：①類型

⇒①の類型が原初形態、その後②の類型が派生した

②類型の未成年者拐取罪が派生しても、①類型の独自の重要性は維持されている

・「条文上の理由」

§ 236 [1872/1/1-1953/10/1]

(1) わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は10年以下の懲役に処する、被拐取者と婚姻するために拐取が行われた場合には禁錮に処する

(2) 訴追は親告に基づいてのみ行われる

§ 237 [1896/9/7-1953/10/1]

わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかし、その両親、後見人又は世話人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する

※注 下線は筆者

⇒235条は「被拐取者の意思に合致しても反しても」と読める

⇒Aから(Bを)奪うという条文の構造は①類型として受け止められやすい

そうでなくても文言上、承諾権者は未成年者ではなく、監護者であるという帰結に至る

(4) かつての通説の理論的根拠？

・かつての学説は、ドイツの条文と我が国の条文が異なっていることを理解しながらも、このような理解を取り入れた

⇒藤波元雄「略取誘拐罪ニ於ケル被害者ノ承諾ヲ論ス」法曹記事 27 卷 8 号（大正 6 年）1 頁以下：「**社会生活の実状に参酌**し且つ法文の用語が甚だ簡単なる点は反て多少の斟酌を加ふる余地あるものと」し、監護権と自由のいずれもを保護するとの見解を「**穏健なる見解と認む**」。

※注 太字は筆者。また、原文の片仮名書きを平仮名に、旧字体を新字体に改めた。

⇒社会生活の実状＝未成年者の承諾を単独で有効とすれば、監護者が受けさせたい教育や世話を受けさせることができなくなる

・子が親の決めた場所にいることには、②の類型だけでは保護できない①の類型の重要性＝教育等を考慮に入れた長期的な子の利益がある。

(5) 小括

・①類型は重要。仮に①類型を 224 条から排除する場合には、②類型における法益論又は違法性阻却論の中で、子の長期的利益をどこかに取り込む工夫が必要になる？

(佐藤 陽子)

3. 3つの法益の検討（その1）—自由の実体、身体の安全の適否—*

(1) 自由の実体

①客体の場所的移動？

(i) 拐取罪と逮捕及び監禁罪（220条）の差異

- ・学説②（岡田庄作『刑法原論（各論）〔第20版〕』（明治大学出版部、昭和4年）483頁以下）

本罪〔拐取罪〕は有形的自由剥奪の一種なりと雖とも逮捕監禁罪と異なる。逮捕監禁罪は被害者所在の場所を移転するを要せざるも本罪は之れを必要とす。

(ii) 拐取の定義

- ・学説③（宮本英脩『刑法学粹〔第5版〕』（弘文堂書房、昭和10年）572頁）

本罪〔拐取罪等〕は人の所在を移すことに因りて其者に対する自己又は第三者の支配を設定する罪なり。等しく人の自由に対する罪なれども、其之を侵害する方法か移転と支配に由りて被害者の帰還又は之に対する救援を困難ならしむるに在ることを特色とす。

(iii) 批判

- ・学説④（木村亀二『刑法各論〔復刊版〕』（法文社、昭和32年）64頁）

然し、若し通説〔学説③のような見解〕に従ふならば、保護者又は監督者を欺罔して立去らしめることに因り未成年者を自己の支配内に置くが如き場合を処罰し得ざることとなり不合理なる結果となるが故に、特に場所的移転を犯罪の要素と解することは妥当ではない。

②学説②、学説③が示唆する点

- ☞客体には、自力でまたは第三者の「救援」によって「帰還」すべき「場所」があることを想定
- ☞客体が居るべき「場所」に居るといふ利益＝自由の実体
- ☞客体が「未成年者」の場合、非監護者との関係では、居るべき「場所」は監護者の下
- ☞支配の設定は、離脱ではなく「帰還」することの妨害（学説③参照）
- ☞逮捕及び監禁罪の法益は、居るべき「場所」に居る利益までは含まず、「逮捕」および「監禁」は、「帰還」の妨害という要素までは含まず

* 配布したレジюмеに最低限の修正を施した。

(2) 身体の安全の適否—客体が「未成年者」の場合—

①本罪と遺棄罪（217条、218条）

(i) 学説⑤（岡田・前掲484頁）

本罪〔拐取罪〕は遺棄罪と異なる〔。〕本罪〔拐取罪〕は被害者に対し
実力支配を為すものなるも遺棄〔罪〕は否らさるのみならず却て実力支
配を抛棄するものなり。

(ii) 学説⑤が示唆する点

☞本罪と遺棄罪の類似性

☞非監護者（非保護責任者）が監護者（保護責任者）から「未成年者」（「幼年」の者）を引き離す場合（217条）

②遺棄罪の構造

(i) 判例②（大判大正4・5・21刑録21巻670頁）

刑法第217条の罪は扶助を要すべき老者、幼者、不具者又は病者を遺棄するに因りて直ちに成立し其行為の結果か現実に生命身体に対する危険を発生せしめたるや否やは問ふ所に非ず

☞非保護責任者が保護責任者から「幼年」の者を引き離す場合、生命・身体に対する危険の惹起あり（217条）

(ii) 客体の生命・身体に対する危険が惹起される条件

☞客体が生命・身体に対する危険を内包していること（客体における二重の限定）

☞特定の者が客体の生命・身体に対する危険が惹起されないように保護する（ことが期待されている）こと（保護責任者の存在）

③本罪の構造

☞特定の者が客体の身体への危険が惹起されないように保護する（ことが期待されている）こと（監護者の存在）

☞客体が身体への危険を内包しているとは言えず（「未成年者」以上の限定なし）

（松原 和彦）

4. 明治民法における親権・監護¹

(1) 親権

・親権は、原則として父に帰属する（明治民法 877 条 1 項）。＝婚姻中も、単独親権

→父が知れないとき、父が死亡したとき、家を去ったとき、親権を行うことができないときは、家にある母が親権行使を行う（明治民法 877 条 2 項）。ただし、母が親権行使する場合には、財産に関する行為については、親族会の同意が必要（明治民法 886 条、887 条）。

→「父又は母が家に在る子に対して有する身上及び財産上の監督保護を内容とする権利義務を包括して親権と云う」（穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933 年）549 頁）

→親権の内容は、身上監護＋財産管理であり、これは基本的に現行法と共通。

(2) 監護

・明治民法 879 条「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年者ノ子ノ監護及ヒ教育ヲ為ス権利ヲ有シ義務ヲ負フ」cf)現行法 820 条

・「監護とは監督保護の意であって、子の身体及び精神の発達を監督し、之れに危害又は不利益の発生したる場合に於ては之れを防衛保護することを謂ひ、教育とは教導養育の意であって、子の身体及び精神の發育完成を企図する行為である」（和田于一『親子法論』（大同書院、1927 年）554 頁）

・監護は誰に帰属するのか？

・親権者は監護を行いうる。

・監護に関しては、「子の監護は通常夫婦共同して之を為すべきものとす」という前提から、婚姻し同居している場合には、父母の双方に監護が帰属している

¹ 大村敦志『民法のかたちを描く』（東京大学出版会、2020 年）67 頁以下（初出、大村敦志「親権・懲戒権・監護権—概念整理の試み」能見善久他編『民法の未来』（商事法務、2014 年）573 頁以下）、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015 年）245 頁以下、許末恵『親権と監護』（日本評論社、2016 年）13 頁以下、許末恵「『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント（1）」法律時報 91 巻 4 号（2019 年）111 頁。

ものとされていた²。

・離婚後は、当事者の協議により監護者を定めるが、協議がなかった場合には、監護は父に帰属する（明治民法 812 条 1 項）。※現行法 766 条 1 項に対応

・父が離婚によって婚家を去る場合は母に属する（明治民法 812 条 2 項）。

→明治民法における「監護」は①親権行使の一内容である場合と、②親権を有しない者により行われる監護である場合（父に親権がある場合の婚姻中の母の監護、離婚後に親権を有しない父又は母が行う監護）がある。

→特に②との関係で、「監護」が何かということを確認にする必要がある。どのレベルの「監護」が用いられているのか³？

- ・狭義の監護：身上監護のうち教育を除いたもの
- ・広義の監護：身上監護全般（教育を包含するもの）
- ・最広義の監護：身上監護に必要な財産管理も含む

（石綿 はる美）

5. 3つの法益の検討（その2）—刑法における監護権の意義—*

(1) 監護権の目的（内容）

①親権（明治民法）との関係

(i) 学説⑥（新保勘解人『日本刑法要論各論〔増訂再版〕』（敬文堂書店、昭和4年）430頁）

【未成年者の意義に付ては〔明治〕民法第3条の規定に依るべく又保護者の何人なるか及び其監督権の範囲如何に付ては〔明治〕民法第879条乃至第883条第900条第921条其他行政法規によりて決定すべきものとす】

(ii) 学説⑦（勝本勘三郎『刑法各論』（明治43年度）150頁）

父母後見人も誘拐罪を犯すことを得、例へは未成年者か感化院に收容さ

² 大村・前掲注1)『民法のかたちを描く』79頁。

³ 大村・前掲注1)『民法のかたちを描く』80頁、於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法(25)』（有斐閣、2004年）65頁以下〔明山和夫＝國府剛〕。

* 配布したレジюмеに最低限の修正を施した。

れ居るを連れ行くか如し、監督権を剥奪され居ればなり¹。

(iii) 監護者の具体例としての父母（親権者）、後見人

(iv) 事実上の監護者（監護権）？

②「監護」および「教育」（明治民法 879 条）の定義

(i) 確認できる点

☞目的（内容）は「未成年者」の保護という消極的なものに限定されず

☞保護および発達の対象は「未成年者」の自由や身体に限定されず

(ii) 現行民法 820 条の場合

☞「監護」および「教育」の定義に大きな変化なし？

③目的（内容）

☞「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を実現すること

(2) 監護権の性質

①性質

(i) 学説⑧（宮本・前掲 573 頁）

本罪の性質を論ずる者、或は被害者に監督者ある場合に於ては、其監督権を以て被害法益と為す。然れども若し此見解か此場合に監督者の権利のみを以て被害法益と見るものとせば、斯かる思想は親か其子を私有物視することを得たる時代には妥当なるも、今日に於ては不通の論なり。蓋し監督者の権利は寧ろ其義務性に重きを置き、主として被監督者の為めの権利と見るべきか故なり。従て本罪は、其れか監督者ある場合に行はれたると否とに拘らず、直接に被監督者の法益に対する侵害として重要視すべきものとす。

(ii) 学説⑧が示唆する点

☞監護権には、監護者の権利としての性質と義務としての性質があること

☞義務としての監護権は、監護者が「未成年者」に対して負うものであること

②監護権の二面性

(i) 権利としての監護権

☞第三者に対して有するもの

☞第三者に容喙されることなく、「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を

¹ 感化法は、その 8 条 1 項で「感化院長は在院者及仮退院者に対し親権を行ふ」と、2 項で「在院者の父母又は後見人は在院者及仮退院者に対し親権又は後見を行ふことを得す」と定めていた。

実現するもの

(ii) 義務としての監護権

☞ 「未成年者」に対して負うもの

☞ 「未成年者」の包括的かつ長期的な利益を適切に実現するもの

(3) 「未成年者」の包括的かつ長期的な利益の享受の要否の判断主体

① 義務としての監護権の徹底化 (学説⑧参照) ?

☞ 「未成年者」こそがその包括的かつ長期的な利益の享受主体

☞ 「未成年者」こそがそのような利益の享受の要否を判断すべき?

② 「未成年者」による判断の可能性

☞ 「未成年者」の精神的な未熟さ

③ 監護者という存在

☞ 「未成年者」が精神的に未熟だから (判断し得ないから) こその監護者

(松原 和彦)

6. 権利としての監護権とその制約

(1) 良俗に反した監護者の承諾に関するドイツの理論

・ 良俗に反した監護者の承諾：監護者が、子を彼の保護下から連れ去る行為に承諾しさえすれば、その拐取行為はすべて正当化されるか

⇒ マウラッハ：刑法 226 条 a (現行の 228 条¹⁾) の準用により、良俗に反した監護者の承諾を無効にできる。

・ 通説的には、たとえ良俗に反した監護者の承諾であっても有効であり、その承諾に基づく行為には 235 条は成立しない

⇒ ドイツにおいては、刑法 171 条 (旧 170 条 d: 配慮義務、教育義務の侵害)² などがある

¹ ドイツ刑法 228 条：被害者の同意を得て傷害を行った者は、その行為が同意にも拘らず良俗に違反しているときにのみ違法に行為したものとする。

² ドイツ刑法 171 条 (配慮義務又は教育義務の侵害罪)：16 歳未満の者に対する配慮義務又は教育義務を著しく侵害し、それによって被保護者を、身体的又は精神的発展が著しく害される、又は犯罪的素行 (kriminellen Lebenswandel) に至る、若しくは売春を行う危険に至らしめた者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

良俗に反した監護者の承諾に基づく拐取行為の本質は、監護権侵害ではなく、親権者による配慮義務の侵害にある

(2) 我が国におけるありうる方策

・我が国には刑法 171 条のような規定がない

⇒義務としての監護権が許容する範囲でのみ権利としての監護権を行使できる³?

(3) 小括

・監護の権利と義務は密接な関係にある。両者を一体と解し、義務が許容する範囲で権利を保障するという方法はあるように思われる

(佐藤 陽子)

7. 現行民法における親権・監護権

(1) 親権・監護権の内容

・監護権とは何か？

・親権の一内容。

・親権 = 「子を適切に管理するための親の権利かつ義務であり¹、同時に、親から適切な養育を受ける子の権利かつ義務²」

→親権 = 身上監護権(民法 820 条で包括的に規定) + 財産管理権(民法 824 条)

³ 実際、わが国の判例においては、拐取罪における監護権者の承諾を無制限に認めているわけではないようである。たとえば、高松高判平成 26 年 1 月 28 日高刑速報(平 26) 号 213 頁:「そもそも、未成年者略取罪における保護者の承諾に関しては、その真摯な承諾が存在するというだけでなく、承諾を得た動機、目的や、略取の手段、方法等を総合考慮し、当該行為が社会的に見て相当といえる場合に初めて違法性が阻却されるものと解され、保護者の真摯な承諾があったといえるためには、単に子を連れ去るということのみならず、その連れ去りの動機、目的や手段、方法等の少なくとも概要についても承諾を得ていることを要すると考えられる」。

¹ 民法 820 条の「子の利益のために」という文言は、平成 23 年改正時に追記された。もっとも、それ以前から、親権は親の権利であると同時に、義務であり、子の利益のためのものであるということは認識されていた。

² 前田陽一ほか『民法 VI [第 5 版]』(有斐閣、2019 年) 167 頁〔本山敦〕。

- ・(身上)監護権の具体的内容³
- ・民法 820 条が定めるのは、「子の監護・教育に関する権利義務」
 - ・監護：子に衣食住等を与え、子を養育すること。
＝肉体的な生育を図る（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）330 頁）
 - ・教育：子の知育・徳育・体育など子の成長に必要な教育を施すこと。
＝精神的な向上を図る（我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）330 頁）→ただし、両者を明確に区別することは難しいことから、不可分一体のものとして捉えられている。
- ・民法 820 条は身上監護の内容を包括的に規定し、具体例として民法 821 条～823 条の規定がある。
 - ・居所指定権（民法 821 条）
第三者の関与によって子が指定された居所に居住できない等の場合には、（親権に基づく）妨害排除請求の問題になる。
 - ・懲戒権（民法 822 条）
 - ・職業許可権（民法 823 条）
- ・監護権の権利行使の態様に争いがある場合どうなるのか⁴?
 - ex)子どもの居所に争いがあった場合
→直接定める条文はない。
- ・離婚後の親権者に関して協議が整わない場合について定めた民法 819 条 5 項（及び家事事件手続法 39 条・別表第 2⑧）を類推適用。
- ・夫婦の同居・協力・扶助義務について定めた民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2①を手掛かりにする。

(2) 親権・監護権の帰属者

- ・誰が監護者になるのか？
- ・基本的には、親権者が監護権を有する。親権者＝監護者
 - ・例外的に、親権者≠監護者であるのは、
 - ・離婚後、親権者と監護者を別に定める場合（民法 766 条）。
 - ・別居中に、共同親権を持つ父母間で監護者を定める場合（民法 766 条の類推適用）。

³ 前田ほか・前掲注 2)172 頁以下〔本山〕。

⁴ 窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）310 頁。

・離婚時の親権者・監護者の決定の基準、別居中などの監護者の決定の基準、その後の親権者・監護者の変更の基準は、子の奪い合いの際の判断基準となっている。

☞「12.平成 17 年決定への民事法からのコメント(1)親権者・監護者の決定・変更の判断基準」参照。

(石綿 はる美)

第 2 部 親による子の奪い合い事案の検討

8 権利保護類型の比較法的検討

(1) 権利保護類型で保護される権利の内実

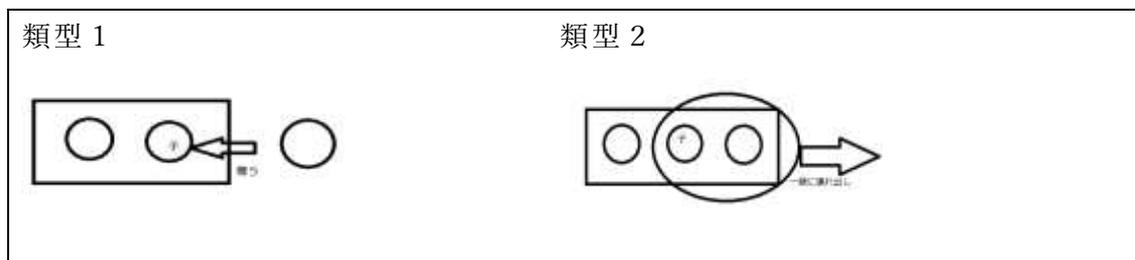
・親による子の奪い合い事例は①類型(権利保護類型:「2 監護権の重要性—比較法的視座から」を参照)として扱われることが多い

⇒主として①類型に着目

・諸外国において、①類型で保護されている権利は具体的に何か?

⇒監護権の中でも、とりわけ居所指定権が重視される¹。

複数権利者の場合は²?



類型 1 : ドイツ、イギリス、アメリカ(連邦法)、カナダ、フランス、スイスにおいて処罰対象

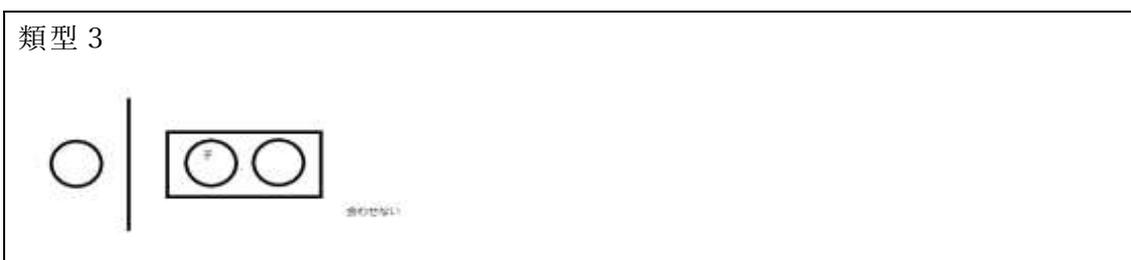
¹ ただしドイツでは、居所指定権を重視せず、子の移動がなくても(親の移動による引離し)、①類型の成立を認めている(深町・独・下・113頁以下を参照)。

² 多くの国において、子の不引き渡しや留め置き行為も処罰の対象であり、親同士の子の奪い合いの場合に犯罪となるかが問題となる類型もそれに応じて増えることになるが、本報告ではこの点については割愛する(なお、樋口亮介「比較法の地図—家族間における子の奪い合いに関する刑事法的対応」法律時報 91 巻 1 号(2019) 107 頁以下を参照)。

類型 2：フランス、スイスにおいて処罰対象であることが確認できる

※オーストリアは、いずれの類型も処罰なし³

⇒ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスは、監護権に加えて面会交流権（訪問権）も保護する



類型 3：ドイツ、アメリカ（連邦法）、カナダ、フランスにおいて処罰対象

面会交流権者の交流権侵害+子の健全育成への悪影響+（場合によっては起こりうる）配慮権者の円滑な交代の阻害

・スイスでは事例 3 は処罰しない

⇒①訪問権を巡る争いは激しい感情の高まりの中でなされるので、面会交流権保護規定は抑止力にならない

②親の一方の処罰が、間接的に子に対しても悪影響を生じさせる

③面会交流権を保護する措置がすでにある⁴

・何を保護するか、どこまで処罰範囲に含めるかは理論的に当然導かれるようなものではなく、「決定」しなければならない問題である

(2) 犯罪成立要件の外側での配慮

・裁判手続きや法定刑といった犯罪の成立要件の外側で、何らかの特別な配慮をする国もある

⇒イギリス・カナダ：検察局長（英）、検事総長（加）の同意がなければ訴追できない

³ ただし、オーストリア刑法 196 条（官庁により命令された教育的援助から未成年者を引き離す罪）による処罰は考えられる。

⁴ スイス刑法 292 条により、命令違反に罰金を科すことができる（深町・瑞・上・108 頁）。

スイス：告訴権の濫用の理論が適用されうる

フランス：法定刑を軽くする

(3) ドイツ法とオーストリア法の分岐点？一条文の解釈と拐取罪の成立範囲

独刑法 235 条

(1) 未成年者を策略、脅迫又は暴行により、その両親、後見人又は世話人から分離した者は、禁錮に処する

同 236 条

(1) わいせつの目的で、婦女をその意思に反して策略、脅迫又は暴行で拐取した者は 10 年以下の懲役の処する、被拐取者と婚姻するために拐取が行われた場合には禁錮に処する

同 237 条

わいせつ又は婚姻の目的で、未成年、かつ未婚の婦女をその意思と合致して、しかしその両親、後見人又は世話人の同意なしに拐取した者は禁錮に処する

奥刑法 96 条

女性が、婚姻又はわいせつに向けた意思で、その意思に反して暴行又は策略を用いて拐取された場合；又は既婚女性が、彼女の意思に合致していても、その夫から；子はその親から；未成年被後見人がその未成年後見人又は配慮者（Versorger）から、策略又は暴行を用いて拐取された場合、その意図の達成の有無は問わない

同 97 条

被拐取者の意思に反した拐取又は 14 歳の者の拐取は、用いられた手段又は意図された若しくは結果として生じた害悪の程度に応じて 5 年以上 10 年以下の重懲役に処する。被拐取者が 14 歳を越えており、その同意があった場合には、6 月以上 1 年以下の重懲役とする

⇒親による子の奪い合い

ドイツ：RGSt, 22, 166 (1891 年) に有罪判決

オーストリア：SSt. 4/ 44 (1924 年) に無罪判決

・オーストリア刑法 96 条：策略又は暴行という手段が意味をなさなくなっていた。

⇒Entsch. Nr. 2276 (1898)：子の強取の「本質は、第三者の無権限な侵襲による親の保護権力（Schutzgewalt）の停止である」

⇒SSt. 4/ 44 : 「96 条の文言とその法意によれば、拐取の前提は、権限ある両親又は片親の意思決定に対する第三者の権限なき侵襲により子が引離されること、そしてその者が権限なき者に服せられることである」

・オーストリアでは、手段における制限を骨抜きにして処罰範囲を広げる代わりに、主体を狭めた

⇒なぜドイツはこの道をとらなかったか？

ドイツ

条文	客体	拐取等に関する被拐取者の意思	手段 実行行為	目的	通説的な 保護法益
235	未成年者 (男女)	(反する＋ 合致する)	策略、脅迫 又は暴行 両親又は後 見人からの 引離し	不問(ただ し、目的に よる加重は あり)	親権
236 (参考)	女性(年齢 問わず)	反する	策略、脅迫 又は暴行 拐取	わいせつ行 為を行わせ るため、結 婚させるた め	自由
237	未成年、か つ未婚の女 性	合致する	不問 拐取	わいせつ行 為又は結婚 をさせるた め	親権

⇒235 条と 237 条

客体：未成年者については同じ

被拐取者の意思：235 条は合致してもしなくても、237 条は合致する

手段：235 条は策略、脅迫又は暴行、237 条は不問

目的：235 条は不問、237 条はわいせつ行為等

⇒「235 条と 237 条は矛盾しない」⁵というためには、策略、脅迫又は暴行はある

⁵ Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 15. Auflage, 1970, § 236, Rn. 1 は、237 条について、「本質的に無駄な条文 (235 条を参照)」と言及する。

程度厳格に解さなければならない（それゆえの「乳幼児窃盗」の不可罰？）。

親権侵害のうち手段の性質の悪い 235 条と目的の性質の悪い 237 条という関係⁶。

オーストリア（参考）

条文	客体	拐取等に関する被拐取者の意思	手段 実行行為	目的	保護法益
96 条（狭義の拐取）	女性（年齢問わず）	反する	暴行又は策略 拐取	婚姻又はわいせつに向けた意図	女性の移動の自由
96 条（広義の拐取・婦女の強取）	既婚女性（年齢問わず）	不問	策略又は暴行 夫から拐取	不問	夫権
96 条（広義の拐取・子の強取）	子（家族法的権力下にある未成年）	不問	策略又は暴行 親から拐取		親権
	未成年被後見人	不問	策略又は暴行 未成年後見人又は配慮者から拐取		後見的権力

⇒ドイツ法のような問題は生じない。

・手段の制限の有無と主体の制限の有無に密接な関係あり？

⇒1962 年の刑法改正案：196 条（後見破棄罪：Muntbruch）

(1)未成年者をその人的配慮の権限者から拐取した者、又は暴行、著しい害悪の告知による脅迫若しくは策略により引離した者は、自らが人的配慮の権限を与えられていない限りで（ohne selbst zur Personensorge berechtigt zu sein）、3 年未満

⁶ ただし、わいせつ目的は 235 条 2 項ですでに規定されている。 Vgl. *Maurach*, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil ein Lehrbuch*, 1953, S. 98.

の禁錮 (Gefängnis)、拘留 (Strafhaft) 又は罰金刑に処する。

※注 下線は筆者

⇒1998 年改正

第三者による未成年者の連れ去りはすべて処罰

親族による連れ去りは、暴行・脅迫・策略といった手段が用いられた場合か、国外に連れ去る目的があった場合に処罰⁷。

・オーストリアにおいては、親による子の奪い合いは民事法で解決されるべき問題として認識されている。

⇒オーストリアには民事法の領域にかなり強度な間接強制の手段が用意されている。

(4) 小括

・親による子の奪い合い事例を解決するための「決定」には、現行法の文言や運用状況、また民事法との連携の有無が影響を与えうる。

・両親による子の奪い合いについて言えること

⇒①両親による子の奪い合いは、通常の未成年者拐取よりも処罰の必要性が低い

②悪質な行為については、処罰の余地がある。

(佐藤 陽子)

9. 刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント¹

(1) 前提の確認－佐藤報告で取り上げられた各国と日本の制度の違い

・離婚後も原則として、父母の共同親権。

→離婚後の事案においても、父母の双方が子に対する権限を有している。

・面会交流権 (訪問権) について、民法上に詳細な規定がある。

・子の奪い合いという紛争を予防するための制度 (居所の変更通知など) が、民法に用意されている。

⁷ 条文は参考資料を参照。

¹ 本項目に関して、詳細は、拙稿『『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント (2) -大陸法』法律時報 91 巻 4 号 (2019 年) 118 頁以下。

【参考】各国の比較表

	共同親権	面会交流権	居所の変更防止・対応	ハーグ条約
フランス	1987年導入 1993年～原則、共同親権(373-2条1項)	1970年～明文規定(373-2条2項、373-2-1条2項、373-2-9条3項)	2002年～親権者の居所変更の通知義務(373-2条3項)	1980年10月署名 1982年9月批准 1983年12月発効
ドイツ	1982年：単独配慮の強制の違憲判決 1997年：共同配慮が原則(1626条1項、1671条1項)	1896年 BGB 制定当時から条文あり	規定なし	1987年9月署名 1990年9月批准 1990年12月発効
スイス	2000年導入 2014年～原則共同配慮(296条2項)	2000年：訪問権も含む人的交流(273条)	子の居所の変更は、父母の同意が必要(301条a第2項) + 単独配慮であっても通知義務(同3項)	1980年10月署名 1983年10月批准 1984年1月発効
オーストリア	2001年導入 2013年～原則、共同配慮(179条1項第1文)	2001年：訪問権 2013年～人的コンタクト権(186条)	別居時は、配慮が委ねられた親に居所指定権(162条2項)。立法者によると他方の親に転居を通知し、同意を得るように努めなければならない。	1987年5月署名 1988年7月批准 1988年10月発効
日本	離婚後は単独親権(819条1~3項)	766条1項。	規定なし	2014年1月署名 2014年1月批准 2014年4月発効

※条文番号はいずれも民法・民法典

(2) 刑事法の多様性へのコメントーフランス・ドイツ・スイス・オーストリア

・3つに分類することができるのではないか。

①フランス

・刑法と民法が密接に連動。家族の問題に積極的に介入。

ex)住所の不告知行為の処罰(フランス刑法典227-6条)

→そもそも、民法典において、親権者は、居所の変更について、他方の親に告げる義務がある(フランス民法典373-2条3項)。

→刑法が積極的に家族の問題に介入できるのは、民法に十分な規定があることも一因。

※子の引渡しの履行強制のために、間接強制金(アストラント)という制度があるが、機能的に類似するということから罰金刑が利用されている。

②ドイツ・スイス

・基本的に、国外事案以外については処罰に謙抑的。

→・子の引渡請求権をはじめ、民事手続の実効性が評価されている。

・スイスにおいては、立法時の議論などで、刑罰規定が離婚訴訟における両親の争いの道具として利用されること、刑罰の適用が紛争の解決・回避・抑止にはならないという点が指摘される²。

→刑法が謙抑的であっても、民法の規定・執行手続により、紛争解決が実現できる。

国外案件に関しては、民事手続での対応が難しいことから刑事法が介入。

③オーストリア

・家族間の問題を民事法に委ねており、行為者に親権がある限り原則不可罰。

・子の返還を実現するための民事法上の制度が存在することも理由の一つ？

ex)・執行手続を利用することなく、子が同居親から連れ去られた場合に、居所指定権を有する親の求めに応じて、官庁及び公的な治安機関は、滞在地の搜索、必要であれば子の連れ戻しに協力しなくてはならない(民法 162 条 1 項第 2 文)。

・非訟事件手続法 79 条 2 項に基づく「適切な強制手段」により執行。

= 罰金、1 年以内の強制拘禁、強制拘引

→「謙抑的な刑事法の立場」の背景には、充実した民事法上の制度。

積極的な介入が可能であるのも、民法の規定が充実しており、何が民事上違法であるかということの判断が可能であるから。

→刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響している。

→日本の刑事法について検討する前提として、まず、民事法の制度について確認する必要性。

(石綿 はる美)

² 深町晋也「スイス刑法における未成年の子の奪い合いを巡る議論状況(上)」法律時報 90 卷 11 号(2018 年) 108 頁以下。

10. 日本における民事法の制度概要

(1)子の返還を求めるための民事手続の手段¹

方法	I 親権に基づく妨害排除請求（民820条）	II 家事事件手続① 子の監護に関する処分（民766条2項又は3項及び家事事件手続法39条・別表第2③の類推適用 ² ）or 親権者の指定・変更の審判の申立て（民法819条5項・家事事件手続法39条・別表第2⑧）	III 家事事件手続② 審判前の保全処分 ³ （家事事件手続法105条）	IV 人身保護請求
第一審裁判所	地方裁判所	家庭裁判所	家庭裁判所	地方裁判所 or 高等裁判所
要件	①親権を有すること ②相手方による子の拘束（相手方の行為が親権に対する妨害と評価されること） ⁴	【判断基準】 ・親権者・監護者の指定と同様。 →12.(1)参照 ・すでに指定されている場合は、親権者・監護者の変更の基準と同様。	①強制執行を保全し、又は子その他の利害関係人の急迫の危険を防止するため必要があること（家事事件手続法157条1項） ⁵ 。 ②本案認容の蓋然性があること。その際の【判断基準】はIIと同様。	①子が拘束されていること。 ②拘束が違法であること。 （基準は、紛争類型によって異なる。） ③救済の目的を達成するために、他の適正な方法がないこと。 （以上、人身保護規則4条） ④非拘束者の自由な意思に反していないこと ⁶ 。（人身保護規則5条）
効果	子の引渡し	子の引渡し	子の引渡し	子の引渡し
親権者→親権者	（実質的に） × ⁷	○ （監護者指定 or 変更と併合審理が可能）		（実質的に）× ⁸
親権者→非親権者の親	（実質的に） × ⁹	○		○
親権者→第三者	○	×（少数だが、第三者が監護者に指定されている場合等に利用を肯定する見解も）		○
非親権者の親→親権者	×	○（親権者変更 or 監護者指定・変更と併合審理が可能）		×
メリットなど		家庭裁判所調査官による調査。	・（現在は）迅速性。 ・家庭裁判所調査官による調査。	迅速性 （人身保護法12条4項、人身保護規則36条）と 実効性 （人身保護法12条2項等）。

-
- ¹ 田中寛明「判解」法曹時報 70 卷 11 号（2018 年）3226 頁も参照。
- ² 離婚に至っていない夫婦の場合は、民法 752 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2 ①の夫婦間の協力扶助に関する処分として、家事審判で扱われる。
- ³ 本案は、別居中であれば、子の監護者指定又は監護権に基づく子の引渡請求となる。離婚後であれば、非親権者からの親権者の変更又は監護者指定の申立て、あるいは親権又は監護権に基づく子の引渡請求となる（二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）121 頁）。
- ⁴ 子が自らの意思で相手方のもとにいる場合は、親権行使に対する妨害を当然には認められない。子の自由意思を尊重する基準となる年齢は、9～10 歳であるとされている（窪田充見『家族法〔第 4 版〕』（有斐閣、2019 年）313 頁以下）。
- ⁵ ただし、子の年齢が上がると、子が安定した生活を送っている場合には、保全の必要性が認められにくいという。保全が認められた事案は、連れ去り行為に違法性の高いものが多いという。例えば、神戸家審昭和 59 年 11 月 27 日家月 37 卷 8 号 61 頁（父が 1 歳 3 か月の乳幼児を母の制止にもかかわらず強引に連れ去る）、東京高決平成 20 年 12 月 18 日家月 61 卷 7 号 59 頁（母が 3 歳の子を保育園から連れ去る）（以上、二宮・前掲注 3）121 頁以下）。
- ⁶ 子が意思能力を有していれば、その意思が尊重される。一応の基準は 10 歳程度であるという。
- ⁷ 一方の親権行使を権利濫用として行使を制約し、他方の親権行使を適正な行使として、その者の監護下に置くことで、利用できるという見解もある（窪田・前掲注 4）316 頁）。
- ⁸ 以下で紹介する 2 つの判例により、親権者同士の子の奪い合いに関しては、人身保護請求が利用できる場面が限定的になると解されている。

最判平成 5 年 10 月 19 日民集 47 卷 8 号 5099 頁は、共同親権者間で人身保護請求が争われた事案において、「夫婦がその間の子である幼児に対して共同で親権を行使している場合には、夫婦の一方による右幼児に対する監護は、親権に基づくものとして、特段の事情がない限り、適法というべきであるから、右監護・拘束が人身保護規則四条にいう顕著な違法性があるというためには、右監護が子の幸福に反することが明白であることを要するものといわなければならない」とした。

その後、この明白性の要件を具体化したのが、最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁である。同判決は、明白性の「要件を満たす場合としては、ア拘束者に対し、家事審判規則五二条の二又は五三条に基づく幼児引渡しを命ずる仮処分又は審判が出され、その親権行使が実質上制限されているのに拘束者が右仮処分等に従わない場合がこれに当たると考えられるが、更には、また、イ幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的な場合がこれに当たるといえるべきである。」と述べる。なお、アの事情

に関しては、調停における合意に反して実力行使をした場合も該当する（最判平成6年7月8日家月47巻5号43頁、最判平成11年4月26日家月51巻10号109頁）。

⁹ 事例決定ではあるが、最決平成29年12月5日民集71巻10号1803頁は「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は、権利濫用に当たる」という判断した。このため、今後はこの類型において、請求が認容される可能性が低くなるとも考えられる。なお、平成29年決定の事案では、親権者である父が、子と生活をしている非親権者・非監護権者である母を債務者として、親権に基づく妨害排除請求権を被保全権利として、子の引渡しを求める仮処分を申し立てた。同決定は、①7歳の子が4年以上母に監護されてきたこと、②母が親権者変更を求める調停を申し立てていること、③父が監護に関する処分として長男の引渡しを求めることができるのに、親権に基づく妨害排除請求により引渡しを求める合理的な理由を有することがうかがわれないこと、という事情を挙げている。

①・②は親権者が母に変更される蓋然性が高いことを示す事情といえよう。③の「合理的な理由」がある場合として、請求者から監護者に親権が変更される蓋然性がほとんどない、明らかに子の奪取方法が強暴で違法であるなど子の福祉に対する配慮を特段考慮しなくても適切な結論を得られることを基礎づける事情が挙げられている（田中・前掲注1）3221頁）。

・親同士の争いに関しては、家事事件手続法（Ⅱ・Ⅲ）で行われるようになってきている。

・子の奪い合いは、どちらに子の監護を委ねるのが適当かという問題と関連。

→・家裁調査官などの調査機能と後見的機能を有する家裁において解決を図ることが望ましい。

・親権者・監護者の決定や変更と子の引渡しの問題が関連しているので、その判断を一度に行うべきという考えも、背後にある。

・家事事件手続を利用する際の特徴¹。

・家裁において家庭調査官による事実の調査が行われる（家事事件手続法 58 条 1 項）。

①子の監護状況・非監護親の監護態勢、②子の意向確認、③親権者または監護者としての適格性についての包括調査等²。

※幼児については、心理テストや観察を通じて、父母との適合性を調査。

・子の意思の把握（家事事件手続法 65 条）

・15 歳以上の子については、子の意見を聴取する（家事事件手続法 169 条）。

(2) 子の返還を求める事案類型

・様々な類型がある。

・A と B の別居中／離婚後に、監護をしている親 A のもとから子が奪われ、A が引渡請求をする。

・A と B の同居中に、A が B に無断で子連れ去り、子を戻さないことから、B が子の引渡請求をする。

＝いわゆる「子連れ別居」パターン

・A が子を監護することで同意をし、別居/離婚をした後に、B が子の引渡請求をする。

¹ 詳細な審理・進行については、石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・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』（法曹会、2015 年）239 頁以下（初出、法曹時報 66 巻 10 号（2014 年）48 頁以下）。

² 梶村太市他『家族法実務講義』（有斐閣、2013 年）167 頁〔榊原富士子〕。

(3) 執行方法 (I～IIIの場合について)【参考】³

- ・ 家事事件手続内での履行確保 (II・IIIについて)
 - ・ 履行状況の調査及び勧告を行うこと (家事事件手続法 289 条以下)。強制力はない。
 - ・ 履行の命令を発すること (家事事件手続法 290 条以下)。

- ・ 民事執行法の強制執行 (I～IIIについて)
 - 子の引渡しのための条文はない中で、以下の方法が実務上利用されている。
 - ・ 間接強制⁴
 - ・ 直接強制
 - ・ 一定の範囲で直接強制を認める考え方が一般的。
 - ※代替執行は、従前、ほとんど利用されてこなかったという。

→令和元年5月に「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」が可決・成立⁵。

- ・ 子の引渡しについて条文がおかれることになる。=手続の明確化
- ・ 子の引渡しの強制執行は、
 - ・ 執行裁判所が決定により執行官に子の引渡しを実施させる方法 (民事執行法 174 条 1 項 1 号)
 - ・ 間接強制 (民事執行法 174 条 1 項 2 号) により行う。
- ・ 原則として、間接強制前置 (民事執行法 174 条 2 項) であることも明示された。

(石綿 はる美)

³ 今津綾子「家事事件における執行手続－子の引渡しを中心に」東北大学ローレビュー6号 (2019年) 24頁以下。

⁴ 母の監護者指定と母への子の引渡しを命ずる審判を債務名義とする申立てが権利濫用に当たるとした最決平成31年4月26日判タ1461号23頁がある。なお、同決定については、今津綾子「判批」法学教室467号 (2019年) 130頁。

⁵ 改正法については内野宗揮「民事執行法等の改正の概要」法律のひろば2019年9月号9頁以下等。

11. 平成 17 年決定の検討*

(1) 前提

①石綿はる美「10. 日本における民事法の制度概要」を承けて

(i) 奪い合い事案の望ましい処理

☞ どちらの親（親権者）が子を監護養育すべきかという問題

☞ 家庭裁判所調査官が置かれる家庭裁判所による処理

(ii) 平成 17 年決定の補足意見と反対意見

☞ 奪い合い事案は本罪で処理される場合あり

☞ 処罰範囲は限定

② 本罪の処罰範囲の限定

(i) 構成要件該当性の段階？

α) 行為主体による限定？

☞ 行為主体は「者」

☞ 法益の 1 つを監護権と理解しても、「者」から監護者だけを除外することは不可

β) 「略取」の行為手段による限定？

☞ 暴行または脅迫のない乳児窃盗事案は「略取」

☞ 乳児窃盗事案が暴行に該当する場合、暴行の意義が極めて広い

γ) 「誘拐」の行為手段による限定？

☞ 「未成年者」が低年齢のとき、「誘惑」を容易に肯定

(ii) 違法性阻却の段階

☞ 平成 17 年決定

(2) 平成 17 年決定について¹

① 構成要件該当性について

(i) 「保護されている環境」

☞ C がそ「の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」こと

(ii) 含意

☞ C の「生活」は、非親権者ではなく B という親権者の下

* 配布したレジュメに最低限の修正を施した。

¹ 「資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁」参照。

- ☞ Cの「平穩」な「生活」は、BがCを適切に監護養育しているから
- ☞ Cの「平穩」な「生活」は、上記のような「生活」が安定しているか
- ☞ Cの居るべき「場所」(＝「保護されている環境」)に居る利益、Bの監護権の各保護価値は十分

②違法性阻却について

(i)「被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情」

- ・解説①(法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成17年度)』(法曹会、平成20年)686頁〔前田巖〕)

すなわち、子に対する関係では、親権の内容をなす監護教育権(民法820条)、居所指定権(同821条)等は、子の意思にかかわらず親権者の監督に服さしめるために社会的相当性の範囲内で実力を行使し得る自力執行的権能を含むものといえるから、その範囲内にある限り、子を自己の監護下に置くために一定の有形力を行使することも許容されているといえよう。

- ☞被告人の行為は法令行為(35条)

(ii)第1基準

α)「特段の事情」

- ・解説②(法曹会編・前掲686頁〔前田〕)

そして、他方配偶者の監護下において、子の健康が著しく損なわれたり、満足な義務教育が受けられないなど、処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている場合などには、人身保護請求においてもその監護(＝拘束)に顕著な違法性があるとされるところである(最三小判平成6年4月26日・民集48巻3号992頁参照)。

β)被告人の義務としての親権の行使

- ☞「処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている」状況の解消は、消極的に、Cの包括的かつ長期的な利益を実現すること
- ☞被告人との関係で、Bの権利としての監護権が制約され、Bの監護権の保護価値が減殺
- ☞Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値が減殺

γ)平成17年決定の場合

- ☞Cが「保護されている環境」に居るため、「特段の事情」なし
- ☞Bの監護権、Cの居るべき場所に居る利益の各保護価値は十分
- ☞被告人の義務としての親権の行使の余地なし

(iii)第2基準

α) 位置づけ

- ☞第1基準で違法性が阻却されない場合
- ☞被告人に権利としての親権あり
- ☞ただし、被告人の行為により、Bによる適切な監護養育および安定性の喪失

β) 被告人の義務としての親権

- ☞被告人は、Bによる適切な監護養育および安定性の喪失を埋め合わせるために、積極的に、Cの包括的かつ長期的な利益を実現する必要あり
- ☞そうしない場合、被告人の行為を親権の行使とは評価できず、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されず

γ) 平成17年決定の場合—第2の事情—

- ☞Cに被告人が将来適切に監護養育しないリスクを負担させることは不適切
- ☞Cが現在の「保護されている環境」に留まる必要性が大
- ☞Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値が増大
- ☞被告人はそのように増大したCの利益を侵害

δ) 平成17年決定の場合—第1の事情および第3の事情—

- ☞第1の事情は被告人が将来適切に監護養育しない可能性を窺わせる事情
- ☞第3の事情はそのような可能性を端的に示す事情
- ☞被告人の行為によって、Cの居るべき「場所」に居る利益の保護価値は減殺されず

(松原 和彦)

12. 平成17年決定への民事法からのコメント

(1) 親権者・監護者の決定・変更の判断基準¹

¹ 石垣智子・重高啓「子の監護者指定・引渡調停・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』（法曹会、2015年）234頁以下（初出、法曹時報66巻10号（2014年）43頁）、梶村太市ほか『家族法実務講義』（有斐閣、2013年）170頁以下〔榊原富士子〕、棚村政行「親権者・監護者の決定とフレンドリー・ペアレント（寛容性）原則」家族＜社会と法＞33号（2017年）3頁、二宮周平『家族法〔第5版〕』（新世社、2019年）115頁以下、前田陽一ほか『民法VI〔第5版〕』（有斐閣、2019年）169頁以下〔本山敦〕、松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家月63巻9号（2011

→10(1)で紹介した民事手続のうち、II・IIIの判断基準。

①親権者・監護者の決定の際の判断基準

・「子の利益」が最優先基準（民法766条1項後段）

・具体的な考慮要素

・父母側の事情

・**監護の実績**（現在の監護状況）（~~①~~②（ア）で）

・監護能力（年齢・性格・健康状況、家庭環境（経済力・就労状況・同居家族）、居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護態勢、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無）

・**監護開始の違法性**（~~①~~②（イ）で）

・面会交流についての許容性（フレンドリー・ペアレント・ルール）

・申立ての真摯さ（復縁や恨みなど他の目的の有無）

・子の側の事情

・子の意思、年齢、性別、心身の発育状況

・従来¹⁾の養育環境への適応状況

・監護環境の継続（＝親の監護の実績）（~~①~~②（ア）で）

・環境の変化への適応性

・父母および親族との情緒的結びつき、きょうだいとの関係

②（本WSとの関係で）特に問題になる考慮要素

（ア）監護の実績・継続性（現状）の尊重

・これが特に重要視されているとの指摘も²⁾。

・子の利益から見て現実の監護者と子の継続的な心理的結びつきを尊重しようとする。

・ただし、この要素を重視しすぎると、夫婦の別居時に子連れを連れていた方が有利になり、子の奪い合いを誘発することになる³⁾。

→違法な奪取で始まった監護の場合は、必ずしも監護の実績としては評価

年）1頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事件における判断基準について」産大法学45巻3・4号（2012年）197頁。

²⁾ 梶村ほか・前掲注1)171頁〔榊原〕、前田ほか・前掲注1)170頁〔本山〕。

³⁾ 梶村ほか・前掲注1)171頁以下〔榊原〕、二宮・前掲注1)115頁。

されない⁴。

- ・継続性の重要性は、子の年齢が高くなるとともに次第に低くなり、逆に子の意向などその他の要素の重要度が増す⁵。

(イ) 奪取の違法性 (監護開始の違法性)

- ・面会交流中に無断で連れ去る、合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなど、子を奪取した行為に違法性がある場合⁶。

→親権者の適格性を疑わせる。(ア) 監護の実績についても評価しない。

→奪取の違法性が高い場合には、原則として、引渡請求がみとめられる傾向にある。

- ・子連れ別居は、違法なのか⁷?

・相手方の承諾を得ずに、子連れ別居を開始したとしても、その際の違法性の有無は、子の年齢や意向、連れ出すに当たっての具体的な経緯及び態様などを総合的に考慮して判断する必要がある。

→必ずしも、直ちに法律や社会規範を無視していると判断されるわけではない⁸。

ex)東京高決平成 17 年 6 月 28 日家月 58 卷 4 号 105 頁⁹

「抗告人(母)による本件別居を明らかに不当とするまでの事情は見当たらないから、事件本人の年齢やそれまでの監護状況に照らせば、抗告人が別居とともに事件本人を同行することはやむを得ないものであり、これを

⁴ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕。

⁵ 梶村ほか・前掲注 1)172 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)115 頁。

⁶ 梶村ほか・前掲注 1)173 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)116 頁。

⁷ 二宮・前掲注 1)120 頁、松本・前掲注 1)30 頁以下、山口・前掲注 1)210 頁。

⁸ 弁護士事務所等の連絡先などを伝え、他方の親と子との関係性を断つものではないことを示す工夫もいるとの指摘もある(二宮・前掲注 1) 121 頁)。

⁹ 以下のような事実が認定されている。「抗告人と相手方との間には、事件本人が 2 歳になって保育園に通うようになったころ以降特に、抗告人は相手方が家事や育児に非協力的であるとの不満を抱くようになり、他方、相手方は抗告人の異性関係についてさい疑心が強くなり、その異性関係をせん索する言動をひんぱんにするようになったこと等からたびたび口論を繰り返す等の不和状態を生じるようになった。抗告人は、相手方が抗告人の異性関係をせん索し、暴言、精神的暴力で抗告人を威圧することに耐えられないとして、平成 16 年 11 月 8 日(報告者注：子が 6 歳頃)、事件本人を連れて抗告人の実家(抗告人の両親の自宅)に行き、以後、相手方と別居するに至った(以下、この別居を「本件別居」という。)」

違法又は不当とする合理的根拠はないといわざるを得ない。」

③親権者・監護者の変更の際の判断基準

・「子の利益」が最優先基準（民法 819 条 6 項）

・基本的には、親権者の決定・監護者の決定の際の考慮要素（①参照）と共通であるが、特に重視されるのが、子の意思・希望、現状の尊重（監護の実績）など¹⁰。

・多くの場合、一度、子の利益に基づいて、親権者の決定・監護者の決定を行っている。

→その決定内容を覆すには、著しい事情の変更や、既に指定された親権者・監護者に子を監護させることが子の利益に反することが明らかな場合等の特段の事情が必要である¹¹。

(2) 平成 17 年決定へのコメント

①平成 17 年決定の判断について

・松原報告における違法性阻却の点について、民事法からのコメント

・子の奪い合い紛争における監護権（親権）に基づく実力行使の評価

・「実力行使」に対しては、慎重な評価。

→「急迫的な事情がある場合には親権者は自力で強制的に取り戻したり加害を阻止することも、自力救済の要件に反しない限り可能であろう¹²」

・第 1 基準：「C の監護養育上それが現に必要とされているような特段の事情」の存否

・どのような場合に特段の事情が認められるのか。

・最判平成 6 年 4 月 26 日民集 48 卷 3 号 992 頁

「幼児にとって、請求者の監護の下では安定した生活を送ることができるのに、拘束者の監護の下においては著しくその健康が損なわれたり、満足な義務教育を受けることができないなど、拘束者の幼児に対する処遇が親権行使という観点からみてもこれを容認することができないような例外的

¹⁰ 梶村ほか・前掲注 1)176 頁〔榊原〕、二宮・前掲注 1)120 頁。

¹¹ 梶村ほか・前掲注 1)175 頁〔榊原〕。

¹² 於保不二雄＝中川淳編集『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2004 年）90 頁〔明山和夫・國府剛〕。

な場合」

→具体的には、親権の濫用に該当するような場合（西謙二「判解」『平成6年度最高裁判所判例解説・民事篇』（法曹会、1997年）345頁）。

・第2基準：「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるもの」か否か

・「子連れ別居」に関しては、現状では、社会通念上許容されると判断される傾向。

・面会交流中に無断で連れ去る、審判・調停・（裁判所が関与せずなされた当事者間の）合意を無視して無断で連れ去る、同居親に対して暴力をふるって実力で子を奪うなどの場合には、社会通念上許容されないと判断される可能性。

②もしも平成17年決定の事案を民事法の視点で評価すると…

（ア）平成17年決定の事実を前提に評価（Xが子を奪った後の事情を評価）

・BからXに対し、子の監護に関する処分として引渡請求がなされると想定（方法Ⅱ）

・監護開始の違法性（奪取の違法性）が高いと判断されて、BからXに対する引渡請求は認められるのではないか。

=Xの行為は違法と判断されるのではないか。

・二度目の奪取である。

※一度目は、同居女性と子を沖縄まで連れていく。未成年者略取罪で逮捕され、起訴猶予となる。

・二度目の奪取の行為も、保育園の送迎のすきをついてのもので、行為の違法性が高いと判断される傾向が高い行為である。

ex)「事件本人に衝撃を与える態様で同人を奪取する行為」（東京高決平成17年6月28日家月58巻4号105頁）

→問題になった行為は、6歳の長男が、母方の祖母と共に通園バスを待っていたところ、父が自らの両親と共に自動車で待ち伏せをし、子が父が強引に抱きかかえて、車に乗せて奪取をした、というもの¹³。

¹³ なお、子は、後日、家庭裁判所調査官との面談時に、当該奪取（自力救済）のことを聞かれた際に、当時を思い出すように興奮し、抱きかかえられたときに「ウォー」と叫んだと大声を出し、声を震わせて表現したことから、父の行動が、子に衝撃を与えたことがうかがわれると判断されている。

(イ)平成17年決定の事実を前提に、Xが子を奪わずに子の引渡請求をした場合を想定しての評価

・本件は別居中の事案

→Xから監護者指定+子の監護に関する処分として引渡請求がなされると想定(方法Ⅱ)

→(1)①の判断基準に基づいて判断してみると…

【父母側の事情】

・**監護の実績**：1年以上にわたる母の監護。

監護養育状況に特に問題があったことをうかがわせる証拠もない。

・**監護能力**(年齢・性格・健康状況、家庭環境(経済力・就労状況・同居家族)居住環境、保育あるいは教育環境、監護補助者の状況など監護体制、性格や生活態度、子に対する愛情、監護意思、暴力や虐待の有無)

・母：就労中・両親との同居・車で5分程度のところの保育所。

・父：同居女性とともにCを沖縄県への連れ去り。

今回は、共同して監護する人がいない。

かつては、母に対する暴力があり。

・**監護開始の違法性**：Bによる子連れ別居、きっかけはXの暴力→違法性低?

・面会交流についての許容性(フレンドリー・ペアレント・ルール)

・母は面会交流について非協力的。ただし、考慮要素として小さい?

・申立の真摯さ(復縁や恨みなど他の目的の有無)

・父には真摯さはあると考えられる。

【子の側の事情】

・子の意思、年齢、性別、心身の発育状況

・2歳男子、鼠経ヘルニア

・従来の養育環境への適応状況

・不適応についての明確な事情はなし

・監護環境の継続(=親の監護の実績)

- ・1年以上にわたる母のもとでの監護
- ・環境の変化への適応性
 - ・特に事情はない。鼠径ヘルニアの継続的な治療からは、変化を避けた方がよい？
- ・父母および親族との情緒的結びつき
 - ・母と祖父母との情緒的結びつき有

→監護の実績、主たる監護者が母であり、監護開始の違法性もないと考えられること、父母の監護能力を比べた時には、母に監護能力があると考えられることから、母が監護者と指定される可能性が高いのではないか。

(石綿 はる美)

13. 国外拐取に関する諸外国の状況

(1) 国外連れ去りの特殊性

- ・国外連れ去り目的がなぜ処罰すべき行為と解されるのか？

⇒国外への連れ去りを特別に処罰する：ドイツ、イギリス、アメリカ

⇒スイス：拐取¹の規定の主体から権利者を排除する？

⇨同規定が適用される事例が、外国人が自分の子を国外に連れ出す事例に集中しているから、主体の限定を行うべきではない

(2) なぜ国外連れ去りが特殊なのか？

- ・①自国の裁判権の管轄が及ばなくなり、また自国の司法機関による決定の執行が不可能又は著しく困難になる

- ②異なる文化がある（例：強制結婚、割礼）

- ③親子関係断絶の恐れ

- ・これに対してオーストリア：未成年者拐取の規定は、実務的に、民法又は行政法的な第一次的規範がうまく作用しないか、無に帰される又はかいくぐられる時にのみ、法的な制裁へと至る第二次的な規範であり、第一次的な規範で解決可能な場合は処罰の必要はない

¹ スイス刑法 220 条。条文は資料を参照。

⇒国外連れ去りにはハーグ条約がある

(3) 小括

・国外連れ去りに一定の重要性があることは事実

⇒ハーグ条約など、子の取り返しについて実効的な手段があるため、親による子の奪い合い事例は不可罰という選択も？

(佐藤 陽子)

14. 平成 15 年決定の検討*

(1) 紹介¹

①注目すべき点

☞「〔Y〕を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであること」

②本件事情の位置づけ

☞違法性阻却を肯定する方向へ働く事情

(2) 本罪の加重処罰根拠

①形式的な根拠

☞要件上、「移送」先が「国外」であること

②実質的な根拠

(i) 判例③ (大判昭 12・3・5 刑集 16 卷 254 頁)

誘拐罪に付き刑法第 226 条に特別規定の設けられたる理由は畢竟国情を異にし帰還の容易ならざる他国に被誘拐者を移送し又は移送するを目的とするか如きは普通の誘拐行為に比し情状軽からざるものあるに因ること勿論にして其の他国に帝国軍隊の駐屯すると否と我裁判権並警察権の行はるると否とは問ふ所にあら〔す〕

☞客体が国内（日本）へ「帰還」することの事実的な困難さ

☞客体が居るべき「場所」に居る利益をより侵害

(ii) 「帰還」の事実的な困難さ

☞客体（「帰還」する者）からすれば、「国外」と国内の地理的な離隔

* 配布したレジюмеに最低限の加筆修正を施した。

¹ 「資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁」参照。

☞ 客体を「救援」して「帰還」させる者からすれば、客体の所在の把握の困難さ

(3) 本件事情の場合

① 「国外」と国内の地理的な離隔

☞ 被告人の「母国」であっても離隔あり

② 客体の所在の把握の困難さ

☞ 被告人の立ち回り先は把握可能

☞ それを通じて、Yの所在も把握可能

☞ Yの「帰還」の事実的な困難さは減殺

(松原 和彦)

15. 民法法からのコメントーハーグ条約を中心にー

(1) ハーグ条約の目的

・「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約」(「ハーグ条約」)

・ 1980年10月25日採択、1983年12月1日発効。

2019年5月1日現在、締約国100カ国。

・ 日本においては、2013年5月22日承認、2014年4月1日発効。

・「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」(「実施法」)

・ 2013年6月12日成立、2014年4月1日施行。

・ ハーグ条約の目的

① いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子¹の迅速な返還を確保すること(条約第1条a)

② 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること(条約第1条b)

→ 子の迅速な返還又は接触の権利(面会交流など)を確保するため、締約国がすべき協力及びそのための中央当局の役割等について定める。

¹ ハーグ条約の適用対象の子は16歳未満の子である(条約第4条第2文)。

・ハーグ条約により、国境を越えて不法に連れ去られ、又は留置されていた子を、

・原則：不法に連れ去り・留置された子は、常居所地国へ返還する。

「常居所地国」に戻せばよい。親のもとに返還する必要はない。

・例外：子が心身に害悪を受ける重大な危険がある場合等は返還しない

(条約第13条、実施法28条1項)。

☞返還事由・返還拒否事由については、【資料8】ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み②参照。

・なぜ、原則として、子を元の居住国（常居所地国）へ返還しなくてはいけないのか²？

→子の利益に適うから。

→なぜ、元の居住国に返すことが、子の利益に適うのか？

①子が一方の親の都合により国境を越えて移動することは、異なる言語又は文化環境での生活を余儀なくされるなど、有害な影響を受ける。

②子の監護に関する紛争は、常居所地国で解決することが望ましい。

※ハーグ条約における、親が他方の親に告げることなく子を連れ去ることは「不法」という考え方は、国内法における子連れ別居に対する評価とは必ずしも一致しない。

(2) ハーグ条約と刑事法－民法の視点から³

①国境を越えた子の奪い合いに関して刑事処罰は不要なのか？

・ハーグ条約の適用対象外の事案への対応の必要性。

ex) ・非ハーグ条約締約国への子の連れ去り・留置。

・ハーグ条約締約国への連れ去り等でも、申立てが連れ去り・留置から1年を経過した後で、子が新たな環境に適応している場合（実施法28条1項1号）。

・（ハーグ条約締結国間でも）返還決定が確定し、監護を解くために必要な行為を

² 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年）21頁。

³ この点について、北田真理「親による子の連れ去りの刑事罰化に関する一考察－ハーグ条約『重大な危険』の抗弁と刑事罰の関連性の視点から－」早稲田大学社会安全政策研究所紀要10号（2017年）3頁以下が、英国及び日本についての検討を行っており、興味深い。

したものの、執行の際に抵抗を受けたりして、返還が実現できないという事案もある。

ex)最判平成 30 年 3 月 15 日民集 72 卷 1 号 17 頁⁴

・「連れ去り」を事前に防ぐための手段としての刑事法。

刑事法では未遂処罰が可能であるのに対し、ハーグ条約は、「連れ去り」があった後の対応手段。

②刑事法とハーグ条約の衝突？

・外国では、返還命令の申立てと刑事告訴が同時に行われた場合、返還決定に基づいて奪取親が子の返還のために帰国すると、親が逮捕されることになるという弊害も指摘されている⁵。

・日本においても、子の心身に害悪を及ぼすなど重大な危険（実施法 28 条 1 項 4 号）の判断のための事情は、実施法 28 条 2 項に列挙されている。同項 3 号の監護困難事情の具体例として、立案担当者の解説では「相手方が帰国後に逮捕・刑事訴追される恐れ」が挙げられている⁶。

⁴ 父（日本国籍・アメリカ在住）から母（日本国籍・日本在住）に対して人身保護法に基づき、子を釈放することを求めた事案である。人身保護請求の前に、父はハーグ条約実施法に基づき、母に子をアメリカに返還することを命ずるよう東京家裁に申し立て、返還決定が出された。しかし、執行官が子の監護を解くために必要な行為をしたものの、母が激しく抵抗したこともあり、子の返還が実現しなかった。

⁵ 例えば、ドイツ法に関してこれを指摘するものとして、西谷裕子『『国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約』の調査研究報告書』46-47 頁、半田吉信『ハーグ条約と子の連れ去り—ドイツの経験と日本への示唆』（法律文化社、2013 年）174 頁以下。

また、許末恵『『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント (1)』法律時報 91 卷 4 号（2019 年）117 頁。

⁶ もっとも、立案担当者は、「子を連れ去った親が子と共に子の常居所地国に入国すると逮捕・収監されてしまい、子を監護することができなくなる一方、申立人である親には子を監護することが困難な事情があり、他に子を監護するのに適切な親がないという状況であれば、常居所地国に子を返還することによって子を耐え難い状況に置く危険があるとの判断がされる可能性が高いと考えられ」るとしており、逮捕・収監の可能性のみで返還拒否事由となるとは解していない（金子・前掲注 2）139 頁。）

※諸外国の中には、申立人が子の返還に関連する事項について一定の義務を負う旨を約束し、裁判所がこれを考慮して返還を命じることがある。このような約束を「アンダーテイキング」と呼び、合意内容として、刑事訴追の放棄や告訴の取下げもある⁷。

(石綿 はる美)

また、運用状況においても、子の返還により子の監護親との分離が不可避となる客観的な事情がある場合でも、他方の親の監護態勢によっては、子らが受ける精神的負担は限定的であるとされることもあり、子と監護親の分離から直ちに実施法 28 条 1 項 4 号に該当すると判断されるわけではないという（依田吉人「ハーグ条約実施法に基づく子の返還申立事件の終局決定例の傾向について」家庭の法と裁判 12 号（2018 年）34 頁）。

⁷ 金子・前掲注 2)150 頁以下。

Ⅲ. 参考資料

資料 1. 刑法（日本）条文

資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 卷 3 号 371 頁

資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 卷 10 号 1901 頁

資料 4. ドイツ・オーストリア・スイスにおける権利保護類型の条文（現行法）

資料 5. 現行民法の関連条文

資料 6. 親権者・監護者の具体的な決定方法

資料 7. 改正民事執行法の関連条文

資料 8. ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み

資料 9. ハーグ条約の関連条文

資料 10. ハーグ条約実施法の関連条文

資料 1. 刑法（日本）条文※

（正当行為）

第 35 条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

（遺棄）

第 217 条 老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者を遺棄した者は、1 年以下の懲役に処する。

（保護責任者遺棄等）

第 218 条 老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者がこれらの者を遺棄し、又はその生存に必要な保護をしなかったときは、3 月以上 5 年以下の懲役に処する。

（逮捕及び監禁）

第 220 条 不法に人を逮捕し、又は監禁した者は、3 月以上 7 年以下の懲役に処する。

※ 配布した資料に最低限の加筆修正を施した。

(強要)

第 223 条 生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した者は、3 年以下の懲役に処する。〔2 項以下は省略〕

(未成年者略取及び誘拐)

第 224 条 未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3 月以上 7 年以下の懲役に処する。

(営利目的等略取及び誘拐)

第 225 条 営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、1 年以上 10 年以下の懲役に処する。

(身の代金目的略取等)

第 225 条の 2 近親者その他略取され又は誘拐された者の安否を憂慮する者の憂慮に乗じてその財物を交付させる目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、無期又は 3 年以上の懲役に処する。

2 〔省略〕

(所在国外移送目的略取及び誘拐)

第 226 条 所在国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2 年以上の有期懲役に処する。

(未遂罪)

第 228 条 第 224 条、第 225 条、第 225 条の 2 第 1 項、第 226 条から第 226 条の 3 まで並びに前条第 1 項から第 3 項まで及び第 4 項前段の罪の未遂は、罰する。

(親告罪)

第 229 条 第 224 条の罪及び同条の罪を幫助する目的で犯した第 227 条第 1 項の罪並びにこれらの罪の未遂罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

(松原 和彦)

資料 2. 最決平成 15・3・18 刑集 57 巻 3 号 371 頁※

1. 決定要旨（下線は松原）

「原判決が是認する第 1 審判決の認定によると、オランダ国籍で日本人の妻と婚姻していた被告人が、平成 12 年 9 月 25 日午前 3 時 15 分ころ、別居中の妻が監護養育していた 2 人の間の長女（当時 2 歳 4 か月）を、オランダに連れ去る目的で、長女が妻に付き添われて入院していた山梨県南巨摩郡鯉沢町内の病院のベッド上から、両足を引っ張って逆さにつり上げ、脇に抱えて連れ去り、あらかじめ止めておいた自動車に乗せて発進させたというのである。

以上の事実関係によれば、被告人は、共同親権者の 1 人である別居中の妻のもとで平穩に暮らしていた長女を、外国に連れ去る目的で、入院中の病院から有形力を用いて連れ出し、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、被告人の行為が国外移送略取罪に当たることは明らかである。そして、その態様も悪質であって、被告人が親権者の 1 人であり、長女を自分の母国に連れ帰ろうとしたものであることを考慮しても、違法性が阻却されるような例外的な場合に当たらないから、国外移送略取罪の成立を認めた原判断は、正当である。」

2. 条文（当時）

（国外移送目的略取等）

第 226 条 日本国外に移送する目的で、人を略取し、又は誘拐した者は、2 年以上の有期懲役に処する。

2 〔省略〕

（松原 和彦）

資料 3. 最決平成 17・12・6 刑集 59 巻 10 号 1901 頁※

1. 決定要旨（各種の下線は松原）

「1 原判決及びその是認する第 1 審判決並びに記録によれば、本件の事実関係は以下のとおりであると認められる。

（1）被告人は、別居中の妻である B が養育している長男 C（当時 2 歳）を連れ

※ 配布した資料に最低限の修正を施した。

※ 配布した資料に加筆修正を施した。

去ることを企て、平成14年11月22日午後3時45分ころ、青森県八戸市内の保育園の南側歩道上において、Bの母であるDに連れられて帰宅しようとしていたCを抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車にCを同乗させた上、同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、Cが通う保育園へBに代わって迎えに来たDが、自分の自動車にCを乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、Cに向かって駆け寄り、背後から自らの両手を両わきに入れてCを持ち上げ、抱きかかえて、あらかじめドアロックをせず、エンジンも作動させたまま停車させていた被告人の自動車まで全力で疾走し、Cを抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、Cを助手席に座らせ、Dが、同車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブをつかんで開けようとしたり、窓ガラスを手でたたいて制止するのも意に介さず、自車を発進させて走り去ったというものである。

被告人は、同日午後10時20分ころ、青森県東津軽郡平内町内の付近に民家等のない林道上において、Cと共に車内にいるところを警察官に発見され、通常逮捕された。

(3) 被告人が上記行為に及んだ経緯は次のとおりである。

被告人は、Bとの間にCが生まれたことから婚姻し、東京都内で3人で生活していたが、平成13年9月15日、Bと口論した際、被告人が暴力を振るうなどしたことから、Bは、Cを連れて青森県八戸市内のBの実家に身を寄せ、これ以降、被告人と別居し、自分の両親及びCと共に実家で暮らすようになった。被告人は、Cと会うこともままならないことから、CをBの下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようとして企て、自宅のある東京からCらの生活する八戸に出向き、本件行為に及んだ。

なお、被告人は、平成14年8月にも、知人の女性にCの身内を装わせて上記保育園からCを連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、9日後に沖縄県下において未成年者略取の被疑者として逮捕されるまでの間、Cを自分の支配下に置いたことがある。

(4) Bは、被告人を相手方として、夫婦関係調整の調停や離婚訴訟を提起し、係争中であつたが、本件当時、Cに対する被告人の親権ないし監護権について、これを制約するような法的処分は行われていなかった。

2 以上の事実関係によれば、被告人は、Cの共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していたCを、祖母のDに伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告

人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される（最高裁平成14年（あ）第805号同15年3月18日第二小法廷決定・刑集57巻3号371頁参照）。

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

2. 経緯および背景¹

(1) 平成11年

12月ころ：被告人とBが知り合い、交際

(2) 平成12年

3月ころ：Bが妊娠

8月ころ：被告人とBが同居 ※Bが度々、被告人から暴行

10月29日：Bが実家でCを出産

11月12日：被告人とBが婚姻

(2) 平成13年

1月：BがCを連れて知人方等に寄寓

4月15日：被告人とBが協議離婚（Cの親権者はB）

19日：被告人とBが再度婚姻

9月15日：被告人が口論中Bを叩く、蹴る、髪の毛を引っ張る等の暴行、BがCを連れて自身の実家へ（以後、被告人とは別居）

※9月、被告人とBの間でトラブルが発生（警察が介入）

10月：被告人とBの間でトラブルが発生（警察が介入、Cの奪い合い）

17日ころ：BがCと共に保護施設へ入所（一時的）

11月9日：Bの申立てに基づき、裁判所が被告人へ保護命令（配偶者からの暴力

¹ 原判決が摘示した事実を基礎にした。ただし、第1審判決が摘示した事実で補足した部分がある。

の防止及び被害者の保護に関する法律（平成 13 年法律第 31 号）（当時）を発出

(3) 平成 14 年

2 月初め：B が就労（7 月からは別の勤務先）

4 月：C が保育園（実家から車で約 5 分）へ入園（送迎は B と D で分担）

12 日：B の申立てに基づく夫婦関係調整調停が不成立

5 月 7 日：C が鼠径ヘルニアに罹患していると診断（手術の必要あり。手術は再三延期）

10 日：B の申立てに基づき、裁判所が被告人へ保護命令を再度発出

8 月 14 日：C が急患として診察（水疱瘡に罹患、鼠径ヘルニアの症状が戻らず）

28 日：被告人が同居女性に保育園から C を連れ出させ、沖縄県へ

※被告人が C の鼠径ヘルニアを認識（手術の必要ありの状態）

9 月 6 日：被告人らが未成年者略取罪で逮捕（B の告訴あり。28 日に処分保留で釈放。11 月 7 日に起訴猶予処分。被告人は犯罪が成立することを認識）

28 日：B が被告人らと C を面会させる（その後、被告人は B および C へ連日電話）

10 月 29 日：B が被告人に C と面会させず（当初はその予定）

11 月 11 日：B が離婚訴訟を提起

12 日：B が被告人に C と面会させず（当初はその予定）、被告人が医師と面会し C の症状を認識（当初は B および C も同行予定）

21 日：被告人が本件犯行を決心

3. 条文（当時）

（未成年者略取及び誘拐）

第 224 条 未成年者を略取し、又は誘拐した者は、3 月以上 5 年以下の懲役に処する。

（松原 和彦）

資料 4. ドイツ・オーストリア・スイスにおける権利保護類型の条文（現行法）

1. ドイツ

刑法 235 条

第 1 項 1 暴行を用い、重大な害悪を加える旨の脅迫により若しくは策略により、18 歳未満の者を、又は

2 親族ではないのに、児童を

両親、親の一方、後見人又は保護者から引き離し、又はこれらの者に引き渡さなかった者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第2項

1 国外に連れ出すために、両親、親の一方、後見人若しくは保護者から児童を引き離し、又は、

2 児童が国外に連れ出された若しくは児童が国外に赴いた後に、1号に掲げた者に対して児童を国外で引き渡さなかった

者も、前項と同一の刑に処する。

第3項 第1項第2号及び第2項第1号の場合は、未遂を罰する。

第4項 以下の各号の場合は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

1 行為者が被害者に当該行為によって生命の危険、重大な健康障害、又は著しい身体的若しくは精神的な発達の阻害をもたらしたとき。

2 行為者が当該行為を対価と引換えに又は自己若しくは第三者に利得させる意図で行ったとき。

第5項 行為者が当該行為によって被害者を死亡させたときは、3年以上の自由刑に処する。

第6項 第4項において犯情が余り重くないときは、6月以上5年以下の自由刑を、第5項において犯情が余り重くないときは、1年以上10年以下の自由刑を言い渡すものとする。

第7項 未成年者の引離しは、第1項乃至第3項の場合には、告訴をまって論じる。但し、訴追にかかる特別な公共の利益のために、訴追当局が職権で訴追を必要と判断した場合は別である。

2. オーストリア

刑法 195 条

第1項 16歳未満の者をその親権者から引離し、そのような者を親権者から隠匿し、親権者から逃れる若しくは親権者から隠れることをそのような者に唆し、又はそのことについてそのような者を援助した者は、1年以下の自由刑又は720日以内の日数罰金刑に処する。

第2項 児童との関係で行為を行った者は、3年以下の自由刑に処する。

第3項 行為者は親権者の授権でもってのみ訴追されうる。行為者がこのような者から満14歳以上の者を引離したときは、訴追にはさらに少年福祉員の授権が必要である。

第4項 その行為がなければ16歳未満の者の身体的又は精神的健康が真に危

険にさらされると推量する根拠を行為者が有しており、かつ行為者が一必要な限りで一その 16 歳未満の者の滞り場所を親権者、少年福祉員又は治安当局に遅滞なく知らせたときは罰しない。

第 5 項 自己を親権者から引離し又は自己が親権者から逃れるのを援助するよう、他人を唆した 16 歳未満の者は罰しない。

3. スイス

刑法 220 条

未成年者をその居所指定権を有する者から引離し、又はその者に引き渡すことを拒絶した者は、告訴に基づいて、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(佐藤 陽子)

資料 5. 現行民法の関連条文

(離婚後の子の監護に関する事項の定め等)

第七百六十六条 父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他の子の監護について必要な事項は、その協議で定める。この場合においては、子の利益を最も優先して考慮しなければならない。

2 前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所が、同項の事項を定める。

3 家庭裁判所は、必要があると認めるときは、前二項の規定による定めを変更し、その他子の監護について相当な処分を命ずることができる。

4 前三項の規定によっては、監護の範囲外では、父母の権利義務に変更を生じない。

(親権者)

第八百十八条 成年に達しない子は、父母の親権に服する。

2 子が養子であるときは、養親の親権に服する。

3 親権は、父母の婚姻中は、父母が共同して行う。ただし、父母の一方が親権を行うことができないときは、他の一方が行う。

(離婚又は認知の場合の親権者)

第八百十九条 父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権

者と定めなければならない。

2 裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。

3 子の出生前に父母が離婚した場合には、親権は、母が行う。ただし、子の出生後に、父母の協議で、父を親権者と定めることができる。

4 父が認知した子に対する親権は、父母の協議で父を親権者と定めたときに限り、父が行う。

5 第一項、第三項又は前項の協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、家庭裁判所は、父又は母の請求によって、協議に代わる審判をすることができる。

6 子の利益のため必要があると認めるときは、家庭裁判所は、子の親族の請求によって、親権者を他の一方に変更することができる。

(監護及び教育の権利義務)

第八百二十条 親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

(居所の指定)

第八百二十一条 子は、親権を行う者が指定した場所に、その居所を定めなければならない。

(懲戒)

第八百二十二条 親権を行う者は、第八百二十条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。

(職業の許可)

第八百二十三条 子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない。

2 親権を行う者は、第六条第二項の場合には、前項の許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

(財産の管理及び代表)

第八百二十四条 親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。ただし、その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。

(親権喪失の審判)

第八百三十四条 父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権喪失の審判をすることができる。ただし、二年以内にその原因が消滅する見込みがあるときは、この限りでない。

(親権停止の審判)

第八百三十四条の二 父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権停止の審判をすることができる。

2 家庭裁判所は、親権停止の審判をするときは、その原因が消滅するまでに要すると見込まれる期間、子の心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮して、二年を超えない範囲内で、親権を停止する期間を定める。

(管理権喪失の審判)

第八百三十五条 父又は母による管理権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、管理権喪失の審判をすることができる。

(親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判の取消し)

第八百三十六条 第八百三十四条本文、第八百三十四条の二第一項又は前条に規定する原因が消滅したときは、家庭裁判所は、本人又はその親族の請求によって、それぞれ親権喪失、親権停止又は管理権喪失の審判を取り消すことができる。

(親権又は管理権の辞任及び回復)

第八百三十七条 親権を行う父又は母は、やむを得ない事由があるときは、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を辞することができる。

2 前項の事由が消滅したときは、父又は母は、家庭裁判所の許可を得て、親権又は管理権を回復することができる。

(石綿 はる美)

資料 6. 親権者・監護者の具体的な決定方法

(1) 婚姻中

- ・父母の双方が親権者となる（民法 818 条 3 項）。＝共同親権
- ・単独親権となるのは、例外的（民法 818 条 3 項ただし書）。
- ・親権喪失の審判（民法 834 条）、親権停止の審判（同 834 条の 2）により（☞(4) 参照）、親権が制限されることも。

(2) 婚姻継続による別居中

- ・父母の双方が親権者となる。＝共同親権
- ・ただし、実際上は、子はどちらかの親のもとで監護されることになることから、監護者の指定が行われることがある。
- ・この場合について規定する条文はないことから、離婚に関して定めた民法 766 条、家事事件手続法 39 条・別表第 2③を類推適用する。
- ・別居中の子の引渡し請求は、監護者の指定・変更の申立てと連動することが多い。

・もともと、別居時の監護者指定は、離婚時の親権者指定の結果に結びつく可能性がある。

①父母間に深刻な対立があり、子の奪取のおそれがあるような場合

②別居が長期化し親権の共同行使が事実上困難な場合

などに限定されるとの指摘もある（二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）118 頁）。

(3) 離婚後

- ・単独親権（民法 819 条 1 項～3 項、5 項）。

→親権者を父母のいずれかに決定しなくてはならない。

- ・親権者と監護者を別の者にすることも可能（民法 766 条 1 項）。

※ただし、調停・審判において、監護者が指定される場合は、それほど多くない。

平成 29 年度の司法統計によると、「離婚」の調停成立又は調停に代わる審判事件のうち未成年の子を処置すべきケースは 20588 件で、うち監護者指定が行われた事案は 130 件。

もつとも、離婚調停・審判が行われる事案は、夫婦間の対立があり、親権と監護権の分属が必ずしもうまく機能しないと考えられることもその背景にあらう。

協議離婚の場合において、監護者についてどのような決定がなされているかは、統計がない。

・親権者の変更も可能（民法 819 条 6 項）

→離婚後の子の引渡し請求は、親権者の変更の申立てと連動することが多い。

（４）親権・財産管理権の制限

・家庭裁判所の審判により、親権・財産管理権が制限されることもある。

・親権喪失の審判（民法 834 条）

・父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するとき。

・請求権者：子、子の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、検察官+児童相談所長（児童福祉法 33 条の 7）

・親権停止の審判（民法 834 条の 2）

・父又は母による親権の行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害するとき。

・請求権者：子、子の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、検察官+児童相談所長（児童福祉法 33 条の 7）

・期間：2 年を超えない範囲

・管理権喪失の審判（民法 835 条）

（石綿 はる美）

資料 7. 改正民事執行法の関連条文

（子の引渡しの強制執行）

第一百七十四条 子の引渡しの強制執行は、次の各号に掲げる方法のいずれかにより行う。

- 一 執行裁判所が決定により執行官に子の引渡しを実施させる方法
- 二 第一百七十二条第一項に規定する方法

2 前項第一号に掲げる方法による強制執行の申立ては、次の各号のいずれかに該当するときでなければすることができない。

一 第七十二条第一項の規定による決定が確定した日から二週間を経過したとき（当該決定において定められた債務を履行すべき一定の期間の経過がこれより後である場合にあつては、その期間を経過したとき）。

二 前項第二号に掲げる方法による強制執行を実施しても、債務者が子の監護を解く見込みがあるとは認められないとき。

三 子の急迫の危険を防止するため直ちに強制執行をする必要があるとき。

3 執行裁判所は、第一項第一号の規定による決定をする場合には、債務者を審尋しなければならない。ただし、子に急迫した危険があるときその他の審尋をすることにより強制執行の目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。

4 執行裁判所は、第一項第一号の規定による決定において、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じなければならない。

5 第七十一条第二項の規定は第一項第一号の執行裁判所について、同条第四項の規定は同号の規定による決定をする場合について、それぞれ準用する。

6 第二項の強制執行の申立て又は前項において準用する第七十一条第四項の申立てについての裁判に対しては、執行抗告をすることができる。

（執行官の権限等）

第七十五条 執行官は、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、債務者に対し説得を行うほか、債務者の住居その他債務者の占有する場所において、次に掲げる行為をすることができる。

一 その場所に立ち入り、子を搜索すること。この場合において、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。

二 債権者若しくはその代理人と子を面会させ、又は債権者若しくはその代理人と債務者を面会させること。

三 その場所に債権者又はその代理人を立ち入らせること。

2 執行官は、子の心身に及ぼす影響、当該場所及びその周囲の状況その他の事情を考慮して相当と認めるときは、前項に規定する場所以外の場所においても、債務者による子の監護を解くために必要な行為として、当該場所の占有者の同意を得て又は次項の規定による許可を受けて、前項各号に掲げる行為をすることができる。

3 執行裁判所は、子の住居が第一項に規定する場所以外の場所である場合に

において、債務者と当該場所の占有者との関係、当該占有者の私生活又は業務に与える影響その他の事情を考慮して相当と認めるときは、債権者の申立てにより、当該占有者の同意に代わる許可をすることができる。

4 執行官は、前項の規定による許可を受けて第一項各号に掲げる行為をするときは、職務の執行に当たり、当該許可を受けたことを証する文書を提示しなければならない。

5 第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為は、債権者が第一項又は第二項に規定する場所に出頭した場合に限り、することができる。

6 執行裁判所は、債権者が第一項又は第二項に規定する場所に出頭することができない場合であつても、その代理人が債権者に代わつて当該場所に出頭することが、当該代理人と子との関係、当該代理人の知識及び経験その他の事情に照らして子の利益の保護のために相当と認めるときは、前項の規定にかかわらず、債権者の申立てにより、当該代理人が当該場所に出頭した場合においても、第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為をすることができる旨の決定をすることができる。

7 執行裁判所は、いつでも前項の決定を取り消すことができる。

8 執行官は、第六条第一項の規定にかかわらず、子に対して威力を用いることはできない。子以外の者に対して威力を用いることが子の心身に有害な影響を及ぼすおそれがある場合においては、当該子以外の者についても、同様とする。

9 執行官は、第一項又は第二項の規定による債務者による子の監護を解くために必要な行為をするに際し、債権者又はその代理人に対し、必要な指示をすることができる。

(執行裁判所及び執行官の責務)

第一百七十六条 執行裁判所及び執行官は、第一百七十四条第一項第一号に掲げる方法による子の引渡しの強制執行の手續において子の引渡しを実現するに当たっては、子の年齢及び発達程度その他の事情を踏まえ、できる限り、当該強制執行が子の心身に有害な影響を及ぼさないように配慮しなければならない。

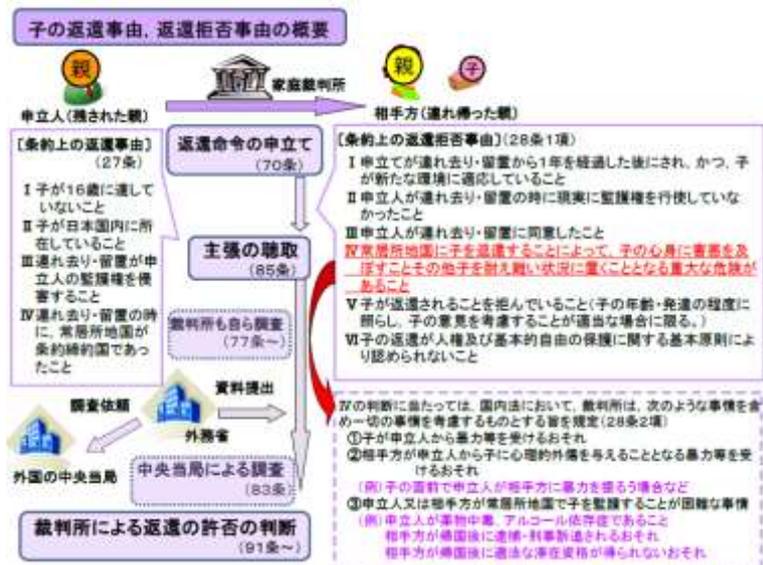
(石綿 はる美)

資料 8. ハーグ条約・実施法の具体的な仕組み¹

(1) 実施法の概要



(2) 子の返還事由、返還拒否事由の概要



¹ 各図は、法務省 HP(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概要について)より (URL:http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00148.html)。

外務省 HP(ハーグ条約)も参照

(URL:<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/hague/index.html>)。いずれも、最終閲覧日は、2020年1月31日。

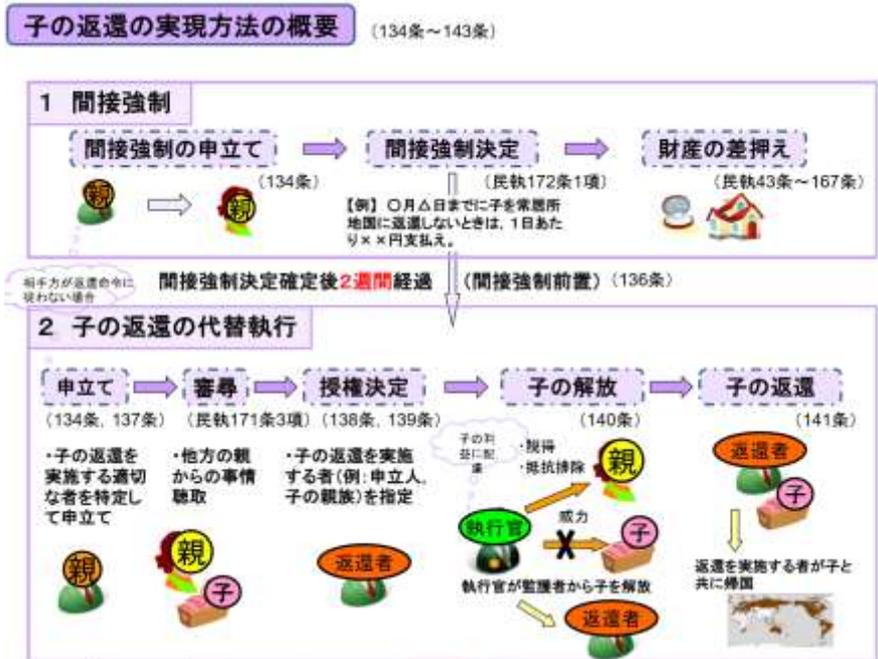
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第1 「拐取」 III. 参考資料

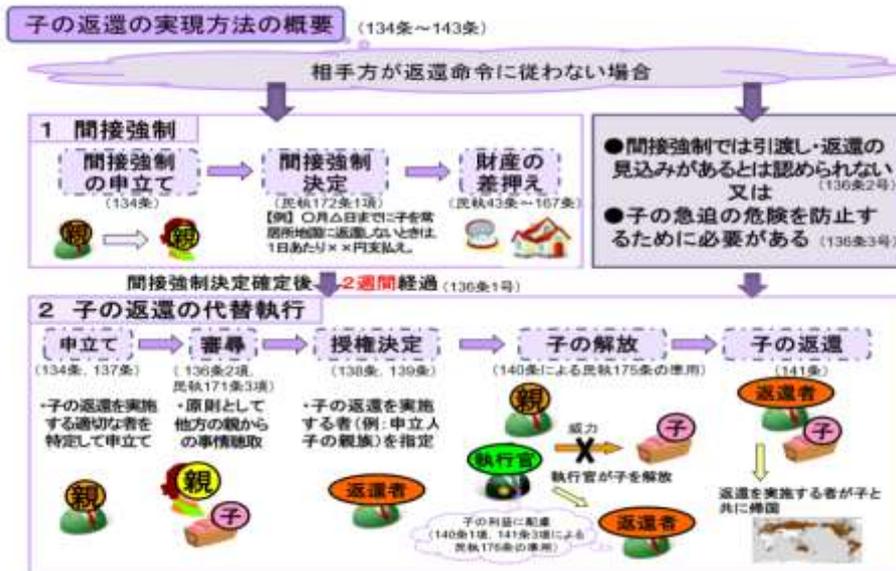
(松原 和彦・佐藤 陽子・石綿 はる美) 111

(3) 執行手続

・2020年4月1日より前に申立てがされた場合



・2020年4月1日以降に申立てがされた場合



※「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」を受けて、執行手続も一部変更されることになる。

(石綿 はる美)

資料 9. ハーグ条約の関連条文

第一条

この条約は、次のことを目的とする。

a いずれかの締約国に不法に連れ去られ、又はいずれかの締約国において不法に留置されている子の迅速な返還を確保すること。

b 一の締約国の法令に基づく監護の権利及び接触の権利が他の締約国において効果的に尊重されることを確保すること。

第二条

締約国は、自国の領域内においてこの条約の目的の実現を確保するため、全ての適当な措置をとる。このため、締約国は、利用可能な手続のうち最も迅速なものを用いる。

第三条

子の連れ去り又は留置は、次の a 及び b に該当する場合には、不法とする。

a 当該連れ去り又は留置の直前に当該子が常居所を有していた国の法令に基づいて個人、施設又は他の機関が共同又は単独で有する監護の権利を侵害していること。

b 当該連れ去り若しくは留置の時に a に規定する監護の権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたこと又は当該連れ去り若しくは留置がなかったならば当該権利が共同若しくは単独で現実に行使されていたであろうこと。

a に規定する監護の権利は、特に、法令の適用により、司法上若しくは行政上の決定により、又は a に規定する国の法令に基づいて法的効果を有する合意により生ずるものとする。

第四条

この条約は、監護の権利又は接触の権利が侵害される直前にいずれかの締約国に常居所を有していた子について適用する。この条約は、子が十六歳に達した場合には、適用しない。

第五条

この条約の適用上、

a 「監護の権利」には、子の監護に関する権利、特に、子の居所を決定する権利

を含む。

b 「接触の権利」には、一定の期間子をその常居所以外の場所に連れて行く権利を含む。

第十二条

子が第三条の規定の意味において不法に連れ去られ、又は留置されている場合において、当該子が現に所在する締約国の司法当局又は行政当局が手続を開始した日において当該子の不法な連れ去り又は留置の日から一年が経過していないときは、当該司法当局又は行政当局は、直ちに、当該子の返還を命ずる。

司法当局又は行政当局は、前項に規定する一年が経過した後に手続を開始した場合においても、子が新たな環境に適応していることが証明されない限り、当該子の返還を命ずる。

要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子が他の国に連れ出されたと信ずるに足りる理由がある場合には、当該子の返還のための手続を中止し、又は当該子の返還の申請を却下することができる。

第十三条

前条の規定にかかわらず、要請を受けた国の司法当局又は行政当局は、子の返還に異議を申し立てる個人、施設又は他の機関が次のいずれかのことを証明する場合には、当該子の返還を命ずる義務を負わない。

a 子を監護していた個人、施設又は他の機関が、連れ去り若しくは留置の時に現実に監護の権利を行使していなかったこと、連れ去り若しくは留置の時以前にこれに同意していたこと又は連れ去り若しくは留置の後にこれを黙認したこと。

b 返還することによって子が心身に害悪を受け、又は他の耐え難い状態に置かれることとなる重大な危険があること。

司法当局又は行政当局は、子が返還されることを拒み、かつ、その意見を考慮に入れることが適当である年齢及び成熟度に達していると認める場合には、当該子の返還を命ずることを拒むことができる。

司法当局又は行政当局は、この条に規定する状況について検討するに当たり、子の社会的背景に関する情報であって当該子の常居所の中央当局その他の権限のある当局により提供されるものを考慮に入れる。

(石綿 はる美)

資料 10. ハーグ条約実施法の関連条文

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

(子の返還事由)

第二十七条 裁判所は、子の返還の申立てが次の各号に掲げる事由のいずれにも該当すると認めるときは、子の返還を命じなければならない。

- 一 子が十六歳に達していないこと。
- 二 子が日本国内に所在していること。
- 三 常居所地国の法令によれば、当該連れ去り又は留置が申立人の有する子についての監護の権利を侵害するものであること。
- 四 当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に、常居所地国が条約締約国であったこと。

(子の返還拒否事由等)

第二十八条 裁判所は、前条の規定にかかわらず、次の各号に掲げる事由のいずれかがあると認めるときは、子の返還を命じてはならない。ただし、第一号から第三号まで又は第五号に掲げる事由がある場合であっても、一切の事情を考慮して常居所地国に子を返還することが子の利益に資すると認めるときは、子の返還を命ずることができる。

- 一 子の返還の申立てが当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時から一年を経過した後にされたものであり、かつ、子が新たな環境に適応していること。
 - 二 申立人が当該連れ去りの時又は当該留置の開始の時に子に対して現実に監護の権利を行使していなかったこと（当該連れ去り又は留置がなければ申立人が子に対して現実に監護の権利を行使していたと認められる場合を除く。）。
 - 三 申立人が当該連れ去りの前若しくは当該留置の開始の前にこれに同意し、又は当該連れ去りの後若しくは当該留置の開始の後にこれを承諾したこと。
 - 四 常居所地国に子を返還することによって、子の心身に害悪を及ぼすことその他子を耐え難い状況に置くこととなる重大な危険があること。
 - 五 子の年齢及び発達の程度に照らして子の意見を考慮することが適当である場合において、子が常居所地国に返還されることを拒んでいること。
 - 六 常居所地国に子を返還することが日本国における人権及び基本的自由の保護に関する基本原則により認められないものであること。
- 2 裁判所は、前項第四号に掲げる事由の有無を判断するに当たっては、次に掲げる事情その他の一切の事情を考慮するものとする。

- 一 常居所地国において子が申立人から身体に対する暴力その他の心身に有害な影響を及ぼす言動（次号において「暴力等」という。）を受けるおそれの有無
 - 二 相手方及び子が常居所地国に入国した場合に相手方が申立人から子に心理的外傷を与えることとなる暴力等を受けるおそれの有無
 - 三 申立人又は相手方が常居所地国において子を監護することが困難な事情の有無
- 3 裁判所は、日本国において子の監護に関する裁判があったこと又は外国においてされた子の監護に関する裁判が日本国で効力を有する可能性があることのみを理由として、子の返還の申立てを却下する裁判をしてはならない。ただし、これらの子の監護に関する裁判の理由を子の返還の申立てについての裁判において考慮することを妨げない。

（石綿 はる美）

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

最高裁平成17年12月6日第二小法廷決定

(平成16年(あ)第2199号未成年者略取被告事件)

(刑集59巻10号1901頁、判時1927号156頁、判タ1207号146頁)

白鷗大学法学部准教授 松原 和彦

1. 事実
2. 決定要旨
3. 評釈
 - (1) はじめに
 - (2) 法益について
 - (3) 構成要件該当性の判断について
 - (4) 違法性阻却の判断について

1. 事実

本決定が前提とする事実は、次の通りである。

「(1) 被告人は、別居中の妻であるBが養育している長男C(当時2歳)を連れ去ることを企て、平成14年11月22日午後3時45分ころ、青森県八戸市内の保育園の南側歩道上において、Bの母であるDに連れられて帰宅しようとしていたCを抱きかかえて、同所付近に駐車中の普通乗用自動車にCを同乗させた上、同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。

(2) 上記連れ去り行為の態様は、Cが通う保育園へBに代わって迎えに来たDが、自分の自動車にCを乗せる準備をしているすきをついて、被告人が、Cに向かって駆け寄り、背後から自らの両手を両わきに入れてCを持ち上げ、抱きかかえて、あらかじめドアロックをせず、エンジンも作動させたまま停車させていた被告人の自動車まで全力で疾走し、Cを抱えたまま運転席に乗り込み、ドアをロックしてから、Cを助手席に座らせ、Dが、同車の運転席の外側に立ち、運転席のドアノブをつかんで開けようとしたり、窓ガラスを手でたたいて制止するのも意に介さず、自車を発進させて走り去ったというものである。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

(松原 和彦) 117

被告人は、同日午後 10 時 20 分ころ、青森県東津軽郡平内町内の付近に民家等のない林道上において、C と共に車内にいるところを警察官に発見され、通常逮捕された。

(3) 被告人が上記行為に及んだ経緯は次のとおりである。

被告人は、B との間に C が生まれたことから婚姻し、東京都内で 3 人で生活していたが、平成 13 年 9 月 15 日、B と口論した際、被告人が暴力を振るうなどしたことから、B は、C を連れて青森県八戸市内の B の実家に身を寄せ、これ以降、被告人と別居し、自分の両親及び C と共に実家で暮らすようになった。被告人は、C と会うこともままならないことから、C を B の下から奪い、自分の支配下に置いて監護養育しようとして企て、自宅のある東京から C らの生活する八戸に出向き、本件行為に及んだ。

なお、被告人は、平成 14 年 8 月にも、知人の女性に C の身内を装わせて上記保育園から C を連れ出させ、ホテルを転々とするなどした末、9 日後に沖縄県下において未成年者略取の被疑者として逮捕されるまでの間、C を自分の支配下に置いたことがある。

(4) B は、被告人を相手方として、夫婦関係調整の調停や離婚訴訟を提起し、係争中であったが、本件当時、C に対する被告人の親権ないし監護権について、これを制約するような法的処分は行われていなかった。」

第 1 審判決（青森地八戸支判平成 16・3・9 刑集 59 卷 10 号〔以下巻、号は省略〕1911 頁参照）および原判決（東京高判平成 16・8・26 同 1927 頁参照）はいずれも、被告人の連れ去り行為（以下「本件連れ去り行為」という。）が未成年者略取罪（224 条（当時）。以下「本罪」という。）の構成要件に該当するとした上で、違法性阻却を否定して、本罪の成立を肯定した。

それに対して、弁護人は、④被告人は C の親権者であるから、本罪の主体（「者」）に該当しない、⑤本件連れ去り行為は「略取」に該当しないと主張して、上告した（1909 頁以下参照）。

2. 決定要旨

上告棄却。

本決定は、弁護人の上告趣意が上告理由に該当しないとした上で、次の通り、職権で判断した。

「以上の事実関係によれば、被告人は、C の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた C を、祖母の D

に伴われて保育園から帰宅する途中に前記のような態様で有形力を用いて連れ去り、保護されている環境から引き離して自分の事実的支配下に置いたのであるから、その行為が未成年者略取罪の構成要件に該当することは明らかであり、被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮されるべき事情であると解される（最高裁平成14年（あ）第805号同15年3月18日第二小法廷決定・刑集57巻3号371頁参照）。

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

なお、裁判官今井功の補足意見（1904頁以下参照）および裁判官滝井繁男の反対意見（1905頁以下参照）がある（なお、両意見の差異につき、本特集第3の石綿はる美「拐取罪を題材に刑法と対話してみよう」2. 参照）。

3. 評釈

(1) はじめに

本決定は、一方の親権者である被告人が別居中の他方の親権者Bによって監護養育されていた自己の子Cを有形力を用いて連れ去った事案につき、最決平成15・3・18刑集57巻3号371頁（以下「平成15年決定」という。）を引用して、それに従い、本罪の構成要件該当性を肯定し、かつ、「被告人が親権者の1人であることは、その行為の違法性が例外的に阻却されるかどうかの判断において考慮」とした上で、「平成15年決定よりも違法性阻却の判断の枠組みをより精緻化し」としたものと解説された判断枠組みにより（法曹会編・後掲692頁〔前田〕）、違法性阻却を否定したものである（したがって、一方の親権者が他方の親権者および自己の子と同居中にその子を連れ去る、いわゆる子連れ別居の事案は、本決定の射程外と理解し得よう。菱川孝之・ジュリ1272号（平成16年）156頁参照。なお、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 119

山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕参照。また、深町晋也・法時 91 卷 11 号（令和元年）122 頁も参照）。

以下、④従前の評釈でも検討されていた、本決定が前提としている可能性のある本罪の法益、⑤従前の評釈では十分に検討されていなかった構成要件該当性の判断および⑥従前の評釈で主に検討されていた違法性阻却の判断につき、検討する（なお、本決定につき、不十分な分析であるが、本特集第 1 の I. 論稿および II. レジュメの松原和彦「11. 平成 17 年決定の検討」も参照）。

(2) 法益について

本決定は、C がそ「の共同親権者の 1 人である B の実家において B 及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実を摘示した（第 1 審判決（1921 頁参照）および原判決（1933 頁参照）も同旨）。

まず、B が「共同親権者の 1 人である」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を監護者の監護権（本事案では親権）と解釈していると評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。従前の判例は、古くから、本罪の法益（の 1 つ）を監護権と解釈しており（大判明治 43・9・30 刑録 16 輯 1569 頁、大判大正 13・12・12 刑集 3 卷 871 頁参照）、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる（福岡高判昭和 31・4・14 高刑特報 3 卷 8 号 409 頁、東京高判昭和 31・8・20 東高時報 7 卷 8 号 344 頁参照）。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される。

他方、「平穏」という措辞に着目して、本決定は本罪の法益を身体の安全と解釈しているとも評釈された（佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照）。確かに、監護権という法益に代わって、本罪の法益（の 1 つ）を「未成年者」の身体の安全と解釈する見解が、近年、有力に主張されている（山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣、平成 22 年）89 頁以下、松原芳博『刑法各論』（日本評論社、平成 28 年）99 頁以下、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂、平成 30 年）85 頁参照。また、高橋則夫『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂、平成 30 年）108 頁以下も参照）。

しかし、第 1 審判決（1923 頁）によれば、「B は、被告人と別居してから本件犯行に至るまでの約 1 年 2 か月余りの間、……C とともに生活し、同児を保育園に通わせ、病院へ通院させ、手術を受けさせようとするなどしており、……B による C の養育状況に特段の問題はなかった」。第 1 審判決が「平穏」と評価した背景には、そのような事実があったと推測される。

仮に、本決定にも第 1 審判決と同様の背景があったとすれば、「平穏」という措辞を、身体の安全を意味するものと限定的に理解した上で、本決定が本罪の法益を身体の安全と解釈したと理解することは、やや躊躇される（なお、反対意見（1905

頁)、法曹会編・後掲 683 頁〔前田〕参照。また、従前の(裁)判例は、そのような解釈を明確には肯定していなかった点に注意すべきである。東京高判昭和 37・7・20 判時 319 号 21 頁は、当該連れ去り行為が「嬰兒の自由と安全とを脅かし」と評価するが、それは量刑理由中のものだった。)

なお、従前の(裁)判例は、古くから、監護権の外に、本罪の法益を自由とも解釈しており(前掲・大判明治 43・9・30、前掲・大判大正 13・12・12 参照)、その後も、そのような解釈は、明確には否定されていないように思われる(前掲・福岡高判昭和 31・4・14、前掲・東京高判昭和 31・8・20 参照)。それゆえ、本決定もそのような解釈を否定しなかったと推測される(ただし、それを「C が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない 2 歳の幼児であること」から理解し得る(佐藤・後掲 96 頁、西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕参照)かには、疑問がある(後述)。

(3) 構成要件該当性の判断について

① 親権者と「者」

本決定は、平成 15 年決定に従い、本罪の構成要件該当性を肯定した。それは、本決定が、行為者が親権者の場合でも、行為者が「者」に該当すると解釈したことを含意する(平成 15 年決定につき、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 15 年度)』(法曹会、平成 18 年) 179 頁〔福崎伸一郎〕参照。上告趣意(1910 頁以下参照)は、そのように解釈しないと主張していた。他方、第 1 審判決(1921 頁参照)および原判決(1933 頁参照)はそのような解釈を明確に否定していた。)。そのような解釈は、一方の親権者も、他方の親権者の親権の行使を阻害し、あるいは、親権者も自己の子の自由等を阻害するからと評釈された(松澤・後掲 109 頁以下参照)。そのような評釈によれば、本決定は、次の 2 つのあり得た発想を採らなかったと理解し得るように思われる(ただし、各発想が「者」の該当性だけを否定する訳ではない。)

第 1 に、一方の親権者が他方の親権者の親権の行使を阻害する点に着目すれば、親権者間における親権の行使は、一定の場合には、相互に制約されるという発想である(住居侵入等罪(130 条)につき、山口・前掲 124 頁以下参照)。

第 2 に、親権者が自己の子の自由等を阻害する点に着目すれば、親権者は自己の子の自由等を処分し得るという発想である(本罪の法益を自由とのみ解釈する木村亀二『刑法各論〔復刊版〕』(法文社、昭和 32 年) 67 頁注 10、佐伯千仞『刑法各論〔訂正版〕』(有信堂高文社、昭和 56 年) 121 頁、本罪の法益を自由および安全と解釈する山口・前掲 93 頁ですら、限定的な場合ではあるが、そのような発想を採っていると理解し得る。)

② 「略取」

(i) 「有形力」と暴行

本決定は、本件連れ去り行為を「有形力を用い」たものと評価した(第 1 審判決
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 121

(1921頁参照)も同旨)。それは、本件連れ去り行為のうち特に、「背後から自らの両手を両わきに入れてCを持ち上げ、抱きかかえ」たという態様に対する評価と推測される(第1審判決(1921頁)参照)。また、そのような評価は、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成15年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学40周年記念論文集部会編『春夏秋冬—中央学院大学創立40周年記念論集—』(成文堂、平成18年)25頁〔萩原由美恵〕参照)。

他方、従前の(裁)判例は、「略取」の行為手段を暴行または脅迫と解釈していたと評価されている(大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法〔第3版〕第11巻』(青林書院、平成26年)531頁〔山室恵〕参照。前掲・大判明治43・9・30、大阪高判昭和53・7・28高刑集31巻2号118頁参照。ただし、大判昭和13・11・10刑集17巻799頁、東京高判昭和39・12・15東高時報16巻3号71頁も参照)。

そこで、本決定における「有形力」を暴行と理解すべきかが問題となる(本件連れ去り行為が脅迫に該当しないことは、明らかだろう。なお、原判決(1943頁以下参照)は、「略取」を「暴行、脅迫によ」るものと解釈したにもかかわらず、本件連れ去り行為を暴行によるものとは評価しなかった点に注意すべきである。)。本事案では、Cは2歳の幼児であったところ、従前の裁判例には、「罪となるべき事実」(刑事訴訟法335条1項)で、「所携の黄色の嬰兒用毛布(……)で右嬰兒〔生後2日目—松原による補足。以下同じ〕を包んで抱きかかえ」(前掲・東京高判昭和37・7・20の原判決である東京地判昭和37・2・5判時290号14頁)、「女兒〔生後1日目〕を、所携のフード付長袖パーカー(……)で包んで抱き上げ」(鳥取地米子支判平成13・9・19判タ1072号297頁)、「長女P5(当時2歳)を抱きかかえ」(京都地舞鶴支判平成17・10・18LEX/DB28135408)のように、客体が低年齢の事案で、「暴行」によるものと評価することなく、当該連れ去り行為が「略取」に該当すると判断したものが散見される。

確かに、本件連れ去り行為が暴行によるものかは争点でなかったため(上告趣意(1911頁参照)は、「略取」の行為手段には言及していなかった。)、本決定が「略取」の行為手段につき、積極的に何らかの判断を行ったとまでは理解し難い。しかし、それでもなお、上記従前の裁判例を考慮すれば、本決定における「有形力」を暴行と理解することは(松澤・後掲112頁、杉山・後掲312頁参照。中央学院大学40周年記念論文集部会編・前掲25頁〔萩原〕も同旨か。)、躊躇される(なお、鹿児島地判平成13・12・12LEX/DB28075118は、児童(10歳)が、睡眠中の場合には「両脇の下から両手を入れて抱きかかえる」、覚醒中の場合には「同様に抱きかかえるなどの暴行を加えて」のように、連れ去り行為の態様が同一であるにもかかわらず、異なる評価を下した。当該連れ去り行為に対する同児の抵抗可能性の有無および程度が関係したと推測される。深町・前掲119頁参照)。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

(松原 和彦) 122

(ii) 「保護されている環境」を基礎づける事実

本決定は、本件連れ去り行為を、Cを「保護されている環境から引き離し」と評価した。それは、Cがその共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実に対する評価と推測される(以上につき、第1審判決(1921頁参照)および原判決(1933頁参照)も同旨)。また、そのような評価は、客体の生活状況がCの生活状況と類似していた平成15年決定による評価に倣ったものと推測される(中央学院大学40周年記念論文集部会編・前掲26頁〔萩原〕参照)。

しかし、Cがその共同親権者の1人であるBの実家においてB及びその両親に監護養育されて平穏に生活していた」という事実には、Cが、①「Bの実家において……生活していた」ことと、②「B……に監護養育されて平穏に生活していた」ことの2つの事実が含まれているように思われる。

従前の裁判例には、「保護されている環境」に類似する「両親の保護のもと」等の措辞(東京高判昭和31・9・27高刑集9巻9号1044頁の原判決である東京地判昭和30・12・27同1056頁、福岡地飯塚支判昭和34・6・30下刑集1巻6号1512頁(「学校並に両親の保護のもと」)、東京地判昭和36・3・31判タ119号98頁、盛岡地判昭和38・11・11家月16巻6号208頁、東京高判昭和41・11・29下刑集8巻11号1424頁の原判決である東京地判昭和41・3・17判タ189号188頁、宮崎地都城支判昭和50・11・5判タ333号363頁、福岡高判昭和57・4・27判タ471号232頁の原判決である熊本地判昭和55・10・2同234頁参照)、「保護者の保護環境」という措辞(大阪高判平成3・9・26判タ832号229頁)あるいは「母親の監護」という措辞(東京高判平成11・9・13東高時報50巻1~12号86頁)が散見される。ただし、従前の裁判例は、「両親の保護のもと」等と評価するに当たり、少なくとも②に相当する事実を認定していなかったようである(ただし、量刑理由中で挙示された事情から②に相当する事実を窺い得るものはあった。例えば、前掲・福岡地飯塚支判昭和34・6・30(「幸福な家庭に育った温和な親思いの少女」)参照。ただし、前掲・福岡高判昭和31・4・14参照)。

もっとも、そうであっても、「保護」等と評価し得る余地はあるように思われる。なぜなら、親権者が「子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負」っている点で(民法820条(当時)。「監護」は「監督保護の意味である」(於保不二雄=中川淳編『新版注釈民法(25)親族(5)〔改訂版〕』(有斐閣、平成16年)64頁以下〔明山和夫=國府剛〕。)、親権者でない者と比較すれば、法的な意味で、子は「保護」等されていると評価し得るからである(団藤重光編『注釈刑法(5)各側(3)〔改訂版〕』(有斐閣、昭和43年)260頁以下〔香川達夫〕参照)。

本決定が、①と②のいずれをもって、「保護されている環境」と評価したのかは、必ずしも明らかでない。それゆえ、②をもってそのように評価したという理解は東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取
第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 123

可能であるが（佐野文彦・東大ロー11号（平成28年）134頁参照）、上記従前の裁判例を考慮すれば、㊶をもってそうしたと理解する余地もあるように思われる（なお、法曹会編・後掲686頁〔前田〕は、「保護」と「平穩」を区別するかのようである。）。

ただし、いずれにせよ、本決定は、㊶または㊷が存在しない事案では「略取」が否定されると解釈した訳でないから、本決定が「保護されている環境から」の引離しを「略取」の要件と解釈したとは（杉山・後掲312頁はその趣旨か。）、理解されるべきでないだろう（なお、㊶が存在しない事案で、大判大正12・12・3刑集2巻915頁は、家出中の少女（16歳）に対する営利目的誘拐罪（225条（当時））の成立を肯定した。）。

（iii）「自分の支配下に置いた」時点

従前の（裁）判例は、「略取」（および「誘拐」）には、客体を自己または第三者の事実的な支配下に置くことが必要と解釈していた（大判昭和10・5・1刑集14巻454頁、広島高岡山支判昭和30・6・8高刑特2巻12号610頁、大阪高判昭和53・7・22高刑集31巻2号118頁参照）。

第1審判決は、「同車を発進させて同児を連れ去り、そのころから同日午後10時27分ころ〔被告人が通常逮捕された時刻〕まで同児を自己の支配下に置いた」（1911頁）あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させて自己の事実的支配下に置いた」（1921頁）と評価した（原判決（1933頁参照）も同旨。なお、それらと同様に、時間に着目するものとして、前掲・鹿児島地判平成13・12・12参照）。

それに対して、本決定は、「同車を発進させてCを連れ去り、Cを自分の支配下に置いた。」と評価した。本決定は、争点ではなかったものの、「Cを自分の支配下に置いた」こととの関係では、第1審判決における「そのころから」云々の事実あるいは「6時間以上にわたり自動車に乗車させ」た事実を不要と判断し（なお、第1審判決（1926頁）は、量刑理由中で、「被告人に有利な事情」として、「自己のもとに置いていた時間は、約6時間30分にとどまる」ことを挙げていた。）、Cを同乗させた自車を発進させれば、Cを「自分の支配下に置いた」と評価し得ると判断したと推測される（なお、連れ去り行為の態様が本件連れ去り行為と類似していた平成15年決定の第1審判決（甲府地判平成13・7・12刑集57巻3号373頁）は、「罪となるべき事実」で、「止めていた車に乗せて発進し、もって、……略取した」と評価し（原判決（東京高判平成14・3・15同389頁）も同旨）、平成15年決定も「自動車に乗せて発進させた」事実までを摘示していた。）。

ただし、従前の裁判例には、本決定とは異なる判断を行ったものが存在した点に注意すべきである（「支配下に置いた」時点の早い順に、「同女〔17歳〕を同女方前路上で待機していたタクシーに自己と一緒に乗車させて自己の支配下におき」（札幌地判平成6・8・15LEX/DB25420444）、「いきなり同児〔7歳〕を抱きかかえて同車後部座席に押し込み、ガムテープでその両手両足を緊縛して、……自己の支配下に置き」（さいたま地判平成14・

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

（松原 和彦）124

3・18LEX/DB28075619)、「同児〔8歳児〕を自己の運転する普通乗用自動車に乗車させたい、同所から同区《番地略》所の駐車場まで連行し、もって、……誘拐し」(横浜地判平成元・12・21判時1356号156頁)参照)。

(4) 違法性阻却の判断について

①前提

第1審判決は、本件連れ去り行為が「Cの父としての正当な親権の行使であるから、刑法35条により違法性が阻却され」という弁護人の主張に対して(1912頁)、本件連れ去り行為が「親権者の権利行使として刑法35条にいう正当行為に当たるとすることはできない」と判断したが、その際、第1審判決が考慮した事情は、㊶本件連れ去り行為の目的、㊷本件連れ去り行為の緊急性・必要性、㊸本件連れ去り行為の態様等だった(1921頁以下参照)。

他方、原判決は、本件連れ去り行為が「親権者としての正当な行為であって、法令行為として違法性が阻却されるべきである」という弁護人の主張に対して(1933頁以下)、「被告人がCの監護に関心を抱く余り本件行為に及んだにしても、その内容は相当性を欠くものであって、違法性を阻却するような事由は見出しがたい」と判断したが、その際、原判決が考慮した事情は、㊹本件連れ去り行為の目的、㊺Cの症状悪化時の対処方法の用意、㊻本件連れ去り行為の態様等だった(1934頁以下参照。なお、原判決(1927頁)は、第1審判決を「正当として是認でき」と判断した。)

それらに対して、本決定は、まず、「Cの監護養育上それが現に必要とされるような特段の事情」(以下「特段の事情」という。)の存否を考慮して、本件連れ去り「行為は、正当なものということとはできない」と判断し(以下「基準㊼」という。)、**「また」**として(佐野・前掲134頁以下参照)、本件連れ去り「行為〔の〕態様が粗暴で強引なものであること」(以下「事情㊽」という。)、**「Cが自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること」**(以下「事情㊾」という。)および**「その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認め難いこと」**(以下「事情㊿」という。)の各事情を考慮して(ただし、「など」という措辞から、事情㊽ないし事情㊿に限定されないだろう。法曹会編・後掲683頁〔前田〕、池田＝金山編・後掲428頁〔若園〕参照)、「家族間における行為として社会通念上許容され得る枠内にとどまるものと評することもできない」と判断しており(以下「基準㊽」という。)、2つの基準で違法性阻却を判断していると推測される(法曹会編・後掲692頁以下〔前田〕、松原・後掲173頁、宮木・後掲489頁、杉山・後掲312頁以下、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照)。

基準㊼は、親権者における権利者としての側面を考慮して設定された基準と推
東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形
力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否 (松原 和彦) 125

測され（「親権者によるものであるとしても」という措辞はその趣旨と理解し得る。）、親権の行使の正当性を判断していると理解し得るだろう（法曹会編・後掲 692 頁、694 頁〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、杉山・後掲 313 頁、山口＝佐伯編・後掲 27 頁〔内海〕、佐野・前掲 135 頁参照。前田・後掲（法教）149 頁も同旨か。）。その意味で、基準①は、第 1 審判決（および原判決）と通底する。

それに対して、基準②は、親権者における親としての側面を考慮して（「家族間における行為」という措辞はその趣旨と理解し得る。前田・後掲（研修）7 頁参照。なお、深町・前掲 120 頁以下参照）、本事案が、実質的には、子の監護を巡る紛争であるから、可能な限り、刑事司法が介入することは回避し、家庭裁判所が解決すべきという政策的な判断（補足意見（104 頁以下）、反対意見（1906 頁以下）参照）を背景に設定された基準と推測される（なお、法曹会編・後掲 692 頁以下〔前田〕、松原・後掲 173 頁、宮木・後掲 489 頁、前田・後掲（法教）149 頁、佐野・前掲 135 頁参照）。

②基準①

基準①では、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地がある（なお、「特段の事情」が「監護養育上」の観点から規定されるのは、親権の行使の正当性が問題となっているからと推測される。。「特段の事情」とは、「子の健康が著しく損なわれたり、満足な義務教育が受けられないなど、処遇が低劣で、子が過酷な状態に置かれている場合」と推測される（法曹会編・後掲 686 頁〔前田〕、橋爪・後掲 132 頁参照。かような推測につき、本特集第 1 の I. 論稿および II. レジューメの石綿はる美「12. 平成 17 年決定への民事法からのコメント」（2）①参照）。

では、なぜ、「特段の事情」が存在する場合、違法性が阻却される余地があるのだろうか。親権は、「子を健全な一人前の社会人として育成す」ること、あるいは「子の健全な育成」を目的とするもので（於保不二雄＝中川淳編・前掲 53 頁、62 頁〔明山＝國府〕）、「子の監護及び教育をする権利」であると同時に「義務」であるところ、「特段の事情」が存在する場合とは、「子の健全な育成」を阻害する事情が存在する場合だから、そのような事情がある状況から子を引き離すことは、親権者としての「義務」に合致しており、端的に、親権の行使と評価し得るからだろう。とすれば、「特段の事情」は、親権者としての「義務」を履行すべき契機と位置づけられ、必ずしも緊急性を要するものでないように思われる（松原・後掲 173 頁参照）。

本決定は、「特段の事情は認められない」と判断した。それは、C が「B……に監護養育されて平穏に生活していた」からと推測される（橋爪・後掲 132 頁参照。なお、第 1 審判決（1923 頁）は、明確に、④「特段劣悪な養育環境に置かれていたともいえない」と評価した。）。したがって、本件連れ去り行為は、端的に、親権の行使とは評価し得ず、違法性は阻却されない。

東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第 2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

（松原 和彦）126

なお、本事案と異なり、「特段の事情」が存在する事案であれば、行為態様のあり方（いわゆる相当性）も検討されることになる（法曹会編・後掲 692 頁〔前田〕参照。また、東京地判平成 8・1・17 判時 1563 号 152 頁も参照）。行為態様が「子の健全な育成」を阻害するものの場合、連れ去り行為は、親権者としての「義務」に合致していないから、端的に、親権の行使とは評価し得ず、結局、基準④でも、違法性は阻却されないだろう。

③基準⑤

(i) 前提

基準⑤では、事情①ないし事情③の各事情の位置づけが問題となるが（後述の各事情、特に事情③の分析につき、石綿・前掲（本特集第 3）2. 参照）、本事案では、基準④で違法性が阻却されなかった以上、基準⑤で違法性が阻却される可能性は、事実上低かったように思われる。なぜなら、本事案は、「特段の事情」が存在しない事案だからである。

(ii) 事情①

第 1 審判決（1924 頁）は、「粗暴かつ危険なもの」と評価した。その「危険」は、「D は、路上に転倒し、右腕と左膝を負傷した」事実が摘示されていたから、C ではなく D に対する評価と理解し得る（佐野・前掲 137 頁注 397）、深町・前掲 121 頁注 43）参照）。

他方、原判決（1936 頁）は、「粗暴であって、危険性もないとはいえず、悪質である」と評価した。その「危険性」は、第 1 審判決とほぼ同様に、「D は、付近路上に転んで膝に擦り傷を負った。」という事実が摘示されていたものの、「危険性もないとはいえず」ないという控えめな評価に止められたことからすれば、D ではなく C に対する評価と理解する余地がある（なお、佐野・前掲 137 頁注 397）参照）。

それらに対して、本決定は、D が転倒して負傷したという事実を摘示せず、また、危険ではなく「粗暴で強引なもの」と評価するに止めた。それゆえ、事情①が「C にとって危険な態様のものであったということ」を当然含むと」（佐藤・後掲 98 頁。西田ほか編・後掲 29 頁〔島岡〕も同旨）まで断定的には理解し得ないように思われる（法曹会編・後掲 685 頁〔前田〕参照）。

本決定は、本件連れ去り行為の態様を詳細に摘示し、また、事情①を、違法性阻却を否定する事情として最も重要視していると理解し得る（決定要旨（1901 頁）参照）。前述の通り、本決定が、本罪の法益を身体の安全とまでは解釈せず、かつ、本件連れ去り行為の態様を身体の安全に対する危険なものとはまでは評価していなかったとすれば、事情①は、C に対して心理的な衝撃を及ぼすことにより、C の「健全な育成」を阻害するものと評価する余地があるように思われる（なお、原判決（1936 頁）は、本件連れ去り「行為は、当時 2 歳の幼児であったとはいえ、C の心身に悪

影響を及ぼしかねない」と評価していた。また、前述のような評価につき、石綿・前掲（本特集第1）（2）②（ア）参照）。そのような評価によれば、本件連れ去り行為は、Bにおける親権の行使の実効性を阻害するものと理解し得るのではないだろうか（なお、深町・前掲122頁参照）。

（iii）事情⑥

事情⑥は、それ自体では違法性阻却を否定することを基礎づけないと評釈された（佐藤・後掲98頁、橋爪・後掲132頁以下参照）。しかし、事情⑥は、Cが、本件連れ去り行為によるその「生活環境」の変化に伴う、その心身への悪影響のおそれ（補足意見（1905頁）参照）を負担させるべき存在でなく、また、本事案が「特段の事情」が存在しなかった事案であることを考慮すれば、Bにおける親権の行使の要保護性を高めるものと理解する余地があるように思われる。そのような理解によれば、本件連れ去り行為によって、Bにおける親権の行使がより阻害されたと評価されることになる。

また、事情⑥は、子の年齢によっては、その意思が違法性阻却の判断に影響することを含意すると評釈された（谷・後掲17頁、佐藤・後掲96頁、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）。連れ去り行為が子の意思に沿うものの場合、当該行為は「子の健全な育成」に資し得るのに対して、子の意思に沿わないものの場合、他方の親権者における親権の行使の要保護性が高まると理解し得よう。ただし、そのように理解する場合でも、「判断・選択」の対象は「自分の生活環境」という「判断・選択」の困難なものであるから、子の意思の如何を判断することに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される。

（iv）事情⑦

原判決（1936頁）は、本件連れ去り行為の態様に対する評価とは別に、Cが罹患していた鼠径ヘルニアとの関係で、⑦「時に症状が悪化することがあり、その際には適切に対応することが求められるが、被告人は、本件犯行に当たり、その場合の対処方法について頓着したこともうかがわれない。」と評価した。

それに対して、本決定は、Cが鼠径ヘルニアに罹患していたという事実すら摘示せず、また、その症状悪化時の「対処方法」に限定されないだろう「略取後の監護養育」に着目して、事情⑦を挙示した。それゆえ、事情⑦は、Cの身体の安全に関係する事情と評釈されたが（佐藤・後掲98頁、西田ほか編・後掲29頁〔島岡〕、山口＝佐伯編・後掲27頁〔内海〕参照）、そのように限定的に理解されるべきでないように思われる。

事情⑦は、「略取後の監護養育について確たる見通しが」存在する場合、違法性が阻却される余地があることを含意している（なお、橋爪・後掲133頁参照）。本決定がそのような「確たる見通し」を要求したのは、Cには「その年齢上、常時監

護養育が必要」だからだろう。そして、そのような「見通しが」存在する場合、違法性が阻却される余地があるのは、連れ去り行為が「子の健全な育成」に資し得るからと推測される。

本決定は、被告人がCを「自分の支配下に置いて監護養育しよう」と企てたという事実を摘示しつつ、しかし、被告人が「略取後の監護養育について」如何なる（程度の）「見通し」を有していたかを窺わせる事実を摘示しなかったように思われる（被告人が通常逮捕された状況がそのような事実と位置づけられようか。また、佐野・前掲136頁注395）参照）。それは、被告人がそのような「見通し」を何ら有していなかったことを含意しているとすれば、「確たる見通しがあったとも認め難い」と評価することは容易だったと言えよう。しかし、それは、逆に言えば、如何なる事実があれば「確たる見通しがあったと」認められるかは、必ずしも明らかでないということでもある。もっとも、「確たる見通し」という事情が予測的なものであり、また、本事案のように「特段の事情」が存在しない事案の場合、「確たる見通しがあったと」認めることに、裁判所は慎重にならざるを得ないと予測される（そもそも、刑事裁判所がそのような認定を行い得るかにつき疑問が呈されている。佐野・前掲136頁参照）。

（v）まとめ

事情㉑および事情㉒は、本件連れ去り行為によってBの親権がより阻害されたことを示し、事情㉓は、本件連れ去り行為によってCの「健全な育成」が実現され得ないことを示していると理解し得、結局、基準㉔でも、違法性が阻却される余地はないと言えよう。

なお、本決定の解説として、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成17年度）』（法曹会、平成20年）671頁〔前田巖〕がある。

また、本決定の評釈として、江見健一・警公61巻8号109頁、同・捜研659号2頁、同・ひろば59巻6号53頁、門田成人・法セ614号123頁、刑事法研究W.G.・VALIANT第276号39頁、佐藤拓磨・刑ジャ4号92頁、諏訪雅顕・信法7号221頁、十河太郎・受新664号16頁、谷滋行・研修693号11頁、松原芳博・平成17年度重判解172頁（以上、平成18年）、西田典之ほか編『刑法判例百選II（各論）〔第6版〕』（有斐閣）28頁〔島岡まな〕、宮木康博・同法60巻5号477頁（以上、平成20年）、松澤伸・ジュリ1389号（平成21年）108頁、杉山博亮・専修ロー6号（平成23年）309頁、山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選II（各論）〔第7版〕』（有斐閣、平成26年）26頁〔内海朋子〕がある。

更に、本決定を素材とする論稿として、前田雅英・法教305号148頁、同・研修693号3頁（以上、平成18年）、町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉—岩井東北大学ローレビュー冒頭特集 拐取

第2 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否

宜子先生古稀祝賀論文集』(尚学社) 416 頁〔日高義博〕、池田修＝金山薫編『新
実例刑法〔各論〕』(青林書院) 421 頁〔若園敦雄〕(以上、平成 23 年)、橋爪隆・
警論 69 卷 7 号(平成 28 年) 116 頁がある。

以上

第3 拐取罪を題材に刑法と対話してみても

東北大学大学院法学研究科准教授 石綿 はる美

本特集で、親同士の子の奪い合いという題材について、刑事法・民事法の双方から検討してきた。この問題について注目が集まっている現在、特に、刑事法から詳細な検討及び問題提起がなされたことは、この問題について民事法が検討すべき課題を明らかにしたという点でも一定の意義を有するものであろう。

以下では、本特集に掲載した、第1「拐取」—刑法学会ワークショップの記録及び第2「一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否」に簡単にコメントをしたい。

1. 「監護権、復権。」への課題—ワークショップへのコメント

ワークショップで、刑事法から提起された問題は、「監護権、復権。」をキーワードに、拐取罪の保護法益を再検討するというものである。刑法学において、「監護権」を拐取罪の保護法益とする際に、困難が生じる点としては、監護者が存在しない場合や、子連れ別居¹の扱いが指摘されている²。刑事法の議論がさらに深まるためには、これらの点について、民事法上、一定の答えを出す必要があるといえよう。以下、民事法における今後の課題について、簡単に言及したい。

(1) 未成年後見が開始している子の監護者

ワークショップでは、未成年者拐取との関係で、未成年者の「監護権」に注目をして検討をしていたが、未成年者に対する監護者が不在であるという場合が存在するのではないか、という点が問題となる。具体的には、この問題は、未成年者に未成年後見が開始している場合に生じ得る。

¹ ここでは、離婚成立前に、一方の親が、他方の親の同意を得ることなく、子を連れて別居をすることをいう。

² 和田俊憲「はじめに」(第1.I)。

未成年後見は、「未成年者に対して親権を行う者がいないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき」に開始するとされている（民法 838 条 1 号）。「未成年者に対して親権を行う者がいないとき」とは、親権者が死亡したとき、親権喪失の審判がされたとき（民法 834 条）、親権停止の審判がされたとき（同 834 条の 2）などが該当する。未成年後見人は、未成年者の身上監護について、親権を行う者と同じの権利義務を有することから（民法 857 条）、未成年後見人が選任された場合には、未成年後見人が監護権を有することになる。

未成年後見の開始について定めた民法 838 条 1 号と、成年後見が「後見開始の審判があったとき」に開始すると規定している民法 838 条 2 号を比較すると明らかかなように、未成年後見は後見開始の審判を経ることがなく開始する。しかしながら、親権者が死亡し、未成年後見が開始していても、未成年後見人が選任されていないということはあり得る。親の財産の遺産分割、親から相続した不動産の登記や子の財産の管理の必要があるような場合に未成年後見人が選任されるにとどまり、後見人の選任は行われなことが多いと指摘が古くからなされており³、現在においても同様である⁴。つまり、未成年後見人が選任されず、祖父母等の親族が未成年者を養育しているという状況が生じる。そして、未成年後見人がいなくても、未成年者と同居している祖父母等が事実上の親権・監護権を行使すれば、あまり問題を生じることがないのかもしれない⁵。

しかしながら、今後検討すべき課題が 2 つある。

第一に、未成年後見が開始しているが、未成年後見人が選任されていない場合、子に対する監護権は誰に帰属しているのであろうか。未成年者と同居している祖父母等が行使している「事実上の」監護権のみが存在するのでであろうか。あるいは、観念的に国家等、子に対して監護権を有している者がいるということになるのか。民事法上、議論の実益が必ずしもないかもしれないが、検討をすべき問題ではないだろうか。

第二に、特に必要がない限り未成年後見人が選任されないという状況を改善する必要はないのだろうか。「後見が親権の延長であるという理想からいえば、後見の開始はすなわち後見人の活動開始であるべき⁶」との指摘があるように、子の利

³ 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961 年）355 頁。

⁴ 二宮周平『家族法〔第 5 版〕』（新世社、2019 年）253 頁、前田陽一ほか『民法 VI 親族・相続〔第 5 版〕』（有斐閣、2019 年）192 頁〔本山敦〕、松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタール・親族〔第 2 版〕』（日本評論社、2019 年）281 頁〔青竹美佳〕。

⁵ 前田ほか・前掲注 4)192 頁〔本山〕。

⁶ 我妻・前掲注 3) 355 頁。

益のためには、子の監護・教育を行う法的な義務を負う者がいることが好ましいのではないか。すべてのケースで確実に未成年後見人を選任するということが難しいかもしれないが、改善策として、未成年後見人の選任を家裁の職権によって行うことができるようにすること等が提案されている⁷。

(2) 子連れ別居の問題について

なぜ子連れ別居が民事法上、必ずしも違法ではないとされているのかという点も、検討の必要があろう。「監護権」侵害という視点で考えると、子連れ別居は、他方の親権者の監護権を侵害し、拐取罪に該当するとも考えられることから、民事上、子連れ別居が必ずしも違法ではないとされている点との関係が問題になる。

民事法上、裁判例において子連れ別居は必ずしも違法とはされないとされている⁸。また、学説においても一概に違法とすることはできないとされている⁹。その背後には、①子を主に監護している親が幼い子を置いて家を去ることは難しく、子を連れて出ることには当然である・やむを得ないという価値判断、②相手方配偶者から暴力を受けている配偶者が子を連れて別居するような場合に、子連れ別居を違法・不当であるとするのはできない、そのような場合には、子を連れて逃げる権利を認めるべきであるという価値判断があろう¹⁰。確かに、②で指摘されるような事案について、一方の配偶者が子を連れて逃げることを違法であると評価することは、暴力を受けている配偶者及び子の利益が害されることになろう¹¹。

⁷ 詳細は、大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015年）474頁。

⁸ 早川眞一郎『『子連れ里帰り』の行方』森島昭夫＝塩野宏編『変動する日本社会と法』（有斐閣、2011年）153頁、山口亮子「子の奪い合い紛争事例における判断基準について」産大法学45巻3・4号（2012年）211頁。もっとも、子連れ別居の経緯・態様によっては、それが違法ないし不当であるとされる判断も見られるようになっているという（早川・前掲153頁）。

⁹ 二宮・前掲注4)120頁、本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」(1)②参照。

¹⁰ 家庭内暴力や虐待に対する厳格な対応策が十分とは言えない日本において、当事者にとって子連れ別居はこれらの危険から逃れる唯一の手段であるとの指摘もある（佐藤千恵「子の引渡しに関する審判前の保全処分および人身保護請求の新たな役割についての検討」中央学院大学経営学部研究紀要23巻（2016年）48頁）。

¹¹ 刑事罰との関係でこの点を指摘するものとして、許末恵「『拐取罪を巡る比較法的・沿革的分析』に対する民法からのコメント（1）」法律時報91巻4号（2019年）117頁注(58)。

しかしながら、子連れ別居が、子を巡る父母の争いを激化させる側面があることは否定できない。また、子連れ別居が違法・不当ではないとされる傾向については、改めて検討すべき課題ではないかとの指摘もある¹²。

この点に関連して、2点指摘したい。

第1は、子連れ別居が違法・不当ではないとされている点について、その範囲及び理由について検討する必要があるのではないか。子連れ別居に至る事情として上述のようなものがあることから、一律に違法とすることは難しいであろう。しかし、刑事法からの指摘があるように「監護権」侵害という側面から考えた場合、子連れ別居は、他方の親の親権・監護権を侵害していると評価することは可能なようにも思われる。したがって、子連れ別居が、どのような場合には違法とは評価されず、どのような場合には違法・不当であるとされるのか、という点について検討する必要があるのではないだろうか。そして、一定の場合に子連れ別居は違法とはならないとしても、そのことを他方の親の親権・監護権との関係で、どのような法律構成で正当化するかという点は検討すべきではないだろうか。

第2に、子の利益ということを考えると、子が自らを巡る両親の争いに巻き込まれることは避けるべきである。実力による子の奪い合いを防ぐためには、まずは最初の実力による子の移動、つまり子連れ別居を認めないということが重要であり、他方の親権者の「同意または裁判所の許可を得ないでなされる一方的な」子連れ別居は極力避けるべきではないかとの指摘もある¹³。もっとも、そのような原則を設けたとしても、無断で子連れ別居をした場合でも、子の返還を命じないという例外は設ける必要はあろう¹⁴。緊急性がある事案などが該当しよう。具体的な制度設計としては、子連れ別居について、事前に家庭裁判所の許可を得ることが提示されることもある¹⁵。あるいは、事前に許可を得ることが現実的ではないのであれば、子連れ別居からできるだけ早い時期に、家庭裁判所に監護者指定の申立てをし、そこで裁判所に監護者としてどちらの親がふさわしいかの判断を求めることを促進するような制度の設計も考えられよう。

¹² 早川・前掲注8) 154頁。

¹³ 早川・前掲注8) 168頁。

¹⁴ 早川・前掲注8) 170頁。

¹⁵ 早川・前掲注8) 170頁注29、同「子の奪い合いについての一考察」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣、1996年) 1243頁。

(3) 小括

拐取罪についての比較法的検討に対するコメントとして、「刑事法の多様性には、民事法のシステムも影響している」と述べたが¹⁶、刑事法学上の解釈の多様性を可能にするのも、民事法の解釈及び制度の充実であろう。今回の対話を通じて気づかされた検討課題について、今後、検討が進んでいくことを期待したい。

2. 一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否(最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁)(松原和彦)へのコメント

最決平成17年12月6日刑集59巻10号1901頁(以下、「平成17年決定」という)は、親権者同士の子の奪い合い事案であり、親権者である被告人が、別居中の他方親権者によって監護養育されている子を、有形力を用いて連れ去った事案である(事案の詳細や判旨等は松原評釈を参照されたい)。同決定についての民事法からのコメントは、既に述べたところであるが¹⁷、ここでは、それとは異なる点について、簡単に、2点述べることにしたい。

第一は、松原評釈において、平成17年決定の違法性阻却の判断基準として挙げられている基準Bについてである¹⁸。基準Bは、父である被告人の行為が「家族間における行為として社会通念上許容される枠内にとどまるものか」というものである。具体的に挙げられている事情は、松原評釈の整理によると3つの事情である。これらの事情は、子の親権者・監護者の指定の際の判断基準¹⁹と類似しているのではないか。

事情a「行為の態様が粗暴で強引なものであること」は、監護開始の違法性(子の奪取の違法性)と対応するように考えられる。事情b「子が自分の生活環境についての判断・選択の能力が備わっていない2歳の幼児であること」というのは、

¹⁶ 拙稿・本特集第1.I.9「刑事法の比較法的多様性への民事法からのコメント」。

¹⁷ 拙稿・本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」。

¹⁸ 松原和彦「一方の親権者が別居中の他方の親権者によって監護養育されていた自己の子を有形力を用いて連れ去る行為と未成年者略取罪の成否」(本特集第2.3.(4)③)。以下、本稿で用いる基準、事情について表記は、松原評釈の記述に基づく。

¹⁹ 梶村太市ほか『家族法実務講義』(有斐閣、2013年)170頁以下〔榊原富士子〕、二宮・前掲注4)114頁以下、拙稿・本特集第1.I.12「平成17年決定への民事法からのコメント」(1)参照。

子の年齢、心身の発育状況の判断と対応すると整理することはできないだろうか。事情 c 「その年齢上、常時監護養育が必要とされるのに、略取後の監護養育について確たる見通しがあったとも認めがたいこと」というのは、父の監護態勢、監護能力を判断しているといえるのではないだろうか²⁰。事情 c について、松原評釈は、「そのような『見通し』が存在する場合、違法性が阻却される余地があるのは、『子の健全な育成』に資し得るからと推測される」と述べる²¹。見通しがある場合というのは、当該親のもとでの監護態勢が整っているということであり、子の利益から見て、当該親のもとで養育されることが監護態勢との関係では問題がないということになり、松原評釈の指摘するように「子の健全な育成」に適う場合ということになるだろう。

第二に、平成 17 年決定における、今井功裁判官の補足意見及び滝井繁男裁判官の反対意見について、簡単にコメントをしたい。両意見とも、「家庭内の法的紛争の解決における家庭裁判所の役割を重視する」という点で共通点がありながら、当該事案の行為について、違法性が阻却されるのかという点についての判断が分かれている点が興味深い。

今井裁判官は、このような行為が刑事法上許されるとすると、実力行使を助長しかねないことをおそれている（刑集 59 卷 10 号 1904 頁）。実際に、被告人である父に未成年者略取罪が成立するとした本決定は、「実力による子の奪い合いがある程度抑止する効果をもたらした」²²とも評されている。今井裁判官の述べる「実力行使」には何が含まれるのだろうか。おそらく、子連れ別居による最初の実力行使（それを「実力行使」と評価するかという点については、様々な見解であろう）は含んでいないのではないか。

それに対して、滝井裁判官は、行為が親権者によるものであるとき、現に監護に当たっている者が親権者である場合には、両者は対等に親権を行使しうるものであることを重視し（刑集 59 卷 10 号 1905 頁）、刑事法の介入は謙抑的であるべきとする。そして、「ある時期に、公の手續によって形成されたわけでもない一方の親権者の監護状態の下にいることを過大に評価し、それが侵害されたことを理

²⁰ この点に直接関連するものではないが、裁判例の分析から、別居前に主たる監護者ではなかった父による子連れ別居に関して、父が子の今後の監護養育について、父が当面の見通しを持っているなど、子の保護の観点から問題ない場合に、別居時の連れ出しが違法性がない、違法性が低いと評価されているのではないかと推量されるとするものもある（松本哲泓「子の引渡し・監護者指定に関する最近の裁判例の傾向について」家裁月報 63 卷 9 号（2011 年）32 頁）。

²¹ 松原・前掲注 18)。

²² 梶村・前掲注 19)174 頁〔榊原〕。

由に、子の福祉の視点を抜きにして直ちに刑事法が介入すべきではない」と述べる（刑集 59 卷 10 号 1907 頁）。滝井裁判官のいう「ある時期に、公の手続きによって形成されたわけでもない一方の親権者の監護状態のもとにいること」とは、家庭裁判所による監護者指定等の手続きを経ることがなく行われている、子連れ別居等による一方の親権者による監護をさすものであろうか。つまり、この指摘は、子連れ別居がなぜ違法・不当ではないとされているのかという上記 1.(2)で検討した問題と関連するようにも思われる。

両裁判官の意見の相違の背景には、究極的には、子の奪い合いのスタートとなっている最初の行為（子連れ別居）をどのように評価するのか、子連れ別居により作出された状態を尊重するのかという点を巡る見方の差異に由来するようなこともありそうである。結局、親同士による子の奪い合いが問題になる際に、奪い合いのスタート時点をどの時点と判断するのか、いわゆる子連れ別居についてどのように評価するか、という点について検討していくことは、避けて通れない課題なのであろう。

以上、本特集について、きわめて簡単なコメントを述べた。本特集を通じて、親による子の奪い合い事案を巡る刑事法・民事法の対話、それを通じての各分野での研究がさらに進むことを願っている。

カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義

東北大学大学院法学研究科准教授 得津 晶¹

カオナシの民法学：公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義

1. 公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義はあるのか
 - (1) 民法で一番大事なことは何か？
 - (2) 「公共政策」とは何か？
 - (3) 法的思考様式と政策型思考様式
2. インフラとしての「民法」：民法がなぜあるのか
 - (1) 契約
 - (2) 不法行為
 - (3) 所有権
3. ベースラインとしての「民法」：政策の前提としての民法
 - (1) 環境法—不法行為法の厳格責任化
 - (2) 消費者契約法—消費者保護のための契約法の特別法
 - (3) 金融商品取引法—証券市場における投資家保護
4. 「政策」論を取り込む「民法」：民法の「中」の政策論
 - (1) 消費者法から民法へ
 - (2) 金商法から民法へ
 - (3) 民法というインテグリティ
 - (4) 補論：「判民型」の判例評釈
5. 2017年民法（債権法）改正の中の「政策」
 - (1) 債務不履行責任（415条）
 - (2) 個人保証人保護
 - (3) 消滅時効の短期化
6. 結語

¹ 東北大学准教授。本稿は、東北大学公共政策大学院の新入生を対象とするオムニバス講義「公共政策基礎理論」（2014年度）のうち筆者が担当した「民法・消費者法」90分×2回分の授業内容を下敷きとしている。このような短時間で法学部の講義のように「民法」の全体を説明することはできない。そこで、この講義では、「民法」のうち、公共政策大学院の学生にとって大事となるところだけを説明したい。

1. 公共政策大学院で「民法」を学ぶ意義はあるのか

(1) 民法で一番大事なことは何か？

日本における公共政策大学院は法学部・法学研究科と関係を有しているところが多い。そのため、公共政策大学院は文系・理系・社会人を問わずに広く門戸を開放しているにもかかわらず、学生に占める法学部出身者の割合は高いものと推察される²。しかしながら、そのような法学部出身者の多くは、法学部砂漠³と揶揄される大人数教室での一方通行型の講義ベースの授業に埋もれ、「法律学はつまらない」と考えて公共政策大学院を進路に選んだのではないかと推察される。さらに法学部以外の学部出身者や社会人学生もいる。

そこで、本稿は、公共政策大学院に進学した学生を念頭に、法学部の法律専門科目の中で学習上、最も重要な科目である「民法」ないし「私法」を素材に、公共政策大学院において、法学部砂漠の象徴でもあったこのような法律基本科目を学ぶ意味を紹介したい。時間・紙幅の関係で、本稿では、民法の中でも最も重要なところのみを取り出す。それでは、

「民法において一番大事なことは何か。」

このような問いに接した場合、法学部卒業生であれば、私的自治の原則や過失責任主義といった一般性のある大原則を挙げるかもしれない。あるいは、契約や不法行為といった民法の基本となる制度を挙げるかもしれない。しかし、公共政策大学院における学習対象として考えた場合に、このような法学入門的な大原則や制度の名前を知っていることに意味はない。公共政策大学院では、法科大学院と異なり、その後、大原則や制度の中にある細かい解釈論を学ぶわけではないか

² 東北大学公共政策大学院は初年度（2004年度）入学者のうち法学部出身者が6割程度を占めていた（東北大学公共政策大学院ウェブサイト「2005年度入試説明会での主な質疑応答」available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/admission/2004/qa2005.html>）。

³ 近時、東京大学法学部を念頭に、法学部砂漠と揶揄された法学部の大教室での一方通行型の授業スタイルによる学生からの問題点の指摘および日本社会におけるプレゼンスの低下の危機等を指摘した特集として、「東大法学部は『砂漠』だ」AERA30巻13号（2017年3月27日号）10頁以下がある。

らである。公共政策大学院の学生にとっては、自らが研究対象として選んだ素材・研究対象に民法がどのように絡んでくるのかが大事なのであって、当該具体的な場面を超えた民法全体・民法学全体の体系そのものに関心があるわけではない。

このように考えると、公共政策大学院の学生にとっては、各自の研究対象・領域で民法・民法学・法律家の言説・議論をどのように受け止めればいいのかが大変ということになる。つまり、公共政策大学院における民法で一番大事なことは、「民法『学』が何をやっているのか」を認識することであり、民法解釈論とはどのような作業なのかを認識することである。具体的な場面でどのような議論をしているのかという民法のテクニカルな部分こそが大事であり、「真理は細部に宿る⁴⁾」なのである。

そのため、本稿は、巷にある「法学入門」的に民法の内容を概観するわけではない。そのような内容は、「法学及び政治学の学習経験のない者にとって、・・・、内容の理解が難しいという意見がある一方で、学習経験のある者にとっては内容が易しすぎる」⁵⁾だけになってしまうからである。

非法学部出身者など初学者にとっては、法律も文章である以上、民法という法律の条文を読めばその内容を理解できるのではないかと思う向きもあるかもしれない。しかし、そのような試みは、法学部出身者は百も承知であるように誤解に基づくものである。

まず民法とはどのような法律なのか。「六法」とよばれる条文集やあるいはインターネット上の法令データベース等で「民法」の条文を眺めてみよう。そこには、目次があり、第一編の総則以下、編レベルでは、総則、物権、債権、親族、相続といった順番に並んでいる。日本の民法は、「パンデクテン方式」とされ、複数の

⁴⁾ 江頭憲治郎「はしがき」『会社法の基本問題』(有斐閣・2011) i頁より。

⁵⁾ 2012年度東北大学大学院法学研究科公共法政策専攻に対する認証評価結果7頁 (available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/hyoka/20130401/h24ninshohyouka.pdf>)。本稿の基となった講義は、同認証評価結果の指摘する問題点に対応するために計画されたものである。しかしながら、その後、東北大学公共政策大学院における「公共政策基礎理論」から筆者の担当した民法のような法律科目は廃止され、より公共政策に適した政治学や経済学の入門内容を展開するようになった。これも、また2012年度認証評価結果を受けての教育内容の改善であった。だが、2018年度東北大学大学院法学研究科公共法政策専攻に対する認証評価結果7頁 (available at, <http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/hyoka/20180401/h29ninshohyouka.pdf>) は、再度、「公共政策基礎理論」の授業内容に法学の基礎を取り込むべく勧告している。本稿の公表が、かかる勧告に対する応答の一助となれば幸いである。

事項に共通するルールは「総則」として前にくくりだす方式を採用している。このため、初学者が条文を前から読んでいっても理解ができないようになっている⁶。

条文を読んでもわかりにくい理由は主に2つある。まず第1に、共通するルールだけ総則として前に出てくるわけであるが、この総則のルールが適用される具体的な場面がどのような状況なのかは、後から出てくる各則に書かれているため、具体的な紛争をイメージしにくいという点が挙げられる。

第2に、「総則」として共通するルールをくくりだすという建前で設計されているが、実際には、総則のルールは、必ずしもすべてに共通するルールとはなっていないという点が挙げられる。総則のルールも実は特定の場面を念頭に作られていることも多い。例えば、「法律行為」という一方的法律行為である遺言と、双方向的法律行為である契約とに共通するルールが民法90-137条に設けてある。しかし、実際に、これらのルールが全面的に適用されるのは契約のみだと理解されている。結局のところ、上手に「総則」を作ることができていないのである。

このように、民法は、条文を前から読んでいっても、理解できるものではない。その内容の詳細を理解するには教科書・概説書等を読む必要がある。初学者が民法の条文を頭から読むというのは断念したほうが良い⁷。そして、教科書・概説書には条文を読んだだけではわからない民法の理解や実践が書いてある。たとえば、条文だけからはわからない「体系」について論じていたり、条文に書いていない概念の定義について説明していたり、条文のテキストのみでは一義的に内容の定まらない点の意味を特定すべく解釈を行ったりしているのである。これこそが、「細部」に喩えた、民法（学）が実際に行っていることである。本稿は、このような民法が実際に行っていることとはどういうことなのかを1つ上に俯瞰したメタの視点として「公共政策」（公共政策大学院での学習）の観点から学ぶことを考えてみたい。

(2) 「公共政策」とは何か？

それでは、公共政策として民法を学ぶとはどのようなことであるのか。この問

⁶ 以下の記述は内田貴『民法I総則・物権総論〔第4版〕』（東京大学出版会・2008）22-24頁。

⁷ ただし、民法の専門教育においても条文の重要性にかんがみ、まずは条文から読むべきであることを指摘するものもある。星野英一『民法概論I（序論・総則）』（良書普及会・1971）3頁。

題を論じるには、まず、公共政策大学院が何を学ぶ場所であるのかを明らかにする必要がある。学問的には「公共政策」(あるいは公共政策学)とは何をすべき学問であるのかという問題と言い換えることができる。このような優れて理論的な問題は、門外漢である本稿筆者が正しく理解するところではない。だが、海外の著名な公共政策大学院のウェブサイトを開覧すると以下のような記述があった。

「すべての世代はそれぞれの時代の困難と向き合う機会と責任がある。我々の世代が今日向き合っている最大の諸問題(核拡散から地球温暖化、貧困の拡大まで)は複雑であり、相互に絡まり合っており、喫緊の課題である。公共政策大学院では、これらの問題の解決のために何ができるのかを問う。」

「複数の研究分野や手法をまたがって、公共政策大学院の学生は入り組んだ諸問題を解決するために必要なスキルを身に着ける。学生は、公共サービスと政策が人々、市場、制度に与える影響について、深く、そして、広く考えるようになる。学生は、学問的な厳密さと現実社会における重要性との結びつきを学ぶ。そして、社会により良い変革をもたらす準備を整えて、旅立っていくのである。」⁸

このような記述からは⁹、「公共政策」あるいは公共政策論がなすべきアカデミックゴールは、特定の領域・分野(たとえば環境、労働)において問題(社会的

⁸ Harvard Kennedy School の website (<http://www.hks.harvard.edu/about/why-hks>; 2019年12月現在閲覧不可)より。

⁹ ほかに、たとえば東京大学公共政策大学院ウェブサイト「公共政策大学院の概要：設置の趣旨」(<http://www.pp.u-tokyo.ac.jp/overview/index.htm>)は、「時代が直面する課題を適切に認識し、それに対する対応策を構築、評価するとともに、それを国民に伝達し、合意を形成することのできる高度の能力」の醸成を一般的な目的として挙げている。東北大学公共政策大学院ウェブサイト(<http://www.publicpolicy.law.tohoku.ac.jp/about/welcome/>)は、「時代の推移とともに変わりゆく国際・国内社会の問題・課題をどのように解決していくべきなのか。公共政策大学院の最も重要な特徴は、問題・課題の中身を検証することに留まらず、それらに対する解決策を提示することに研究と教育の主眼を置いている点にあります」と述べ、「京都大学大学院公共政策教育部における教育の目的について」(<https://www.sg.kyoto-u.ac.jp/sg/introduction/philosophy/>)は、「わが国のみならず世界的な規模で国家や公共団体その他の公共部門を大きく揺るがせている近年の激しい社会的変動を前にして、それらの公共部門が直面している諸課題に適切に対応しうる的確な判断力と柔軟な思考力をそなえた、また、公共的な役割をになう強い倫理感をもった高度専門職業人を養成することを目的とする」とする(いずれも2019年12月8日閲覧)。

これらの記述は本文で紹介した Harvard Kennedy School の目指すところと共通すると考えられる。

な課題) を発見し、解決する能力を養う点にあると考えられる¹⁰。

(3) 法的思考様式と政策型思考様式

このように、公共政策大学院の学習を、社会の課題に対する解決手段を見つけることと捉えると、いわゆる民法(学)が従来行ってきたこととは折り合いが悪いことがわかる。

民法では、1) 法的思考様式と 2) 政策型思考様式(目的手段型思考様式)とがあるとされてきた¹¹。1) 法的思考様式というのは、抽象的な概念の分類とその形式的な論理のみに終始し、現実の事案の解決の妥当性について勘案しない「概念法学」に代表される立場である。そのほか、法律によって提示される行為規範(命題)については、社会にどのような影響があるのかという点を根拠として問うことなく、当該行為規範の道徳的性格のみをもって従うべきとする「義務論」¹²という立場も法的思考様式の一つである。HLA Hart の著名な法の内的視点と外的視点の比較の議論¹³に基づけば、「内的視点」が法的思考様式に該当する。このような立場は「法」に従うべき理由を「法であるから」以上の理由を提示しない「トートロジー」¹⁴としての性格を正面から認めることになる。そして、このような立場からすれば、法律論とは、法規範を大前提とし、具体的事実を小前提として、法規範を具体的事実に応用するという形式的論理操作のみで結論が導かれると

¹⁰ このような記述は、法を目的のための達成手段と捉えていく中里実の公共政策法構想とも軌を一にすると考えられる。中里実「国家目的の実現のための手法—公的介入の諸形態に関する覚書」南博方編集代表(市原昌三郎先生古稀記念論集)『行政紛争処理の法理と課題』(法学書院・1993) 47 頁以下、中里実「公共政策」岩村正彦ほか編『現代の法 4』(岩波書店・1998) 277 頁以下参照。

¹¹ 平井宜雄『現代不法行為理論の一展望』(一粒社・1980) 170 頁以下、平井宜雄『法政策学〔第 2 版〕』(有斐閣・1995) 18 頁。

¹² 後述する功利主義あるいは帰結主義と対比する立場として義務論を紹介するものとして児玉聡『功利と直感』(勁草書房・2010) 127—133 頁。

¹³ HLA HART, THE CONCEPT OF LAW 3RD ED. 88-89 (2012, Oxford University Press); H.L.A. ハート(長谷部恭男訳)『法の概念〔第 3 版〕』(筑摩書房・2014) 152 頁。

¹⁴ 法律学のトートロジーとしての性格について尾崎一郎「トートロジーとしての法(学)?」新世代法政策学研究 3 号(2009) 191 頁以下、200—201 頁。

いう「法的三段論法」¹⁵によることとなる。

これに対して、2) 政策型思考様式とは、法規範を社会における特定の目的達成の手段として捉える「目的手段型思考」とされる。法を、社会をよりよくするための「道具」と捉える「法道具主義」も政策型思考様式の1つである。法が達成すべき社会の目的を功利性に求めれば、「功利主義」と呼ばれ、これも政策型思考様式の1ヴァリエーションといえる。法規範を適用した結果のうち社会において何れが望ましいのかをもとに法適用の結果を考える「利益衡量論」(利益考量論¹⁶とも)も、政策型思考様式の一例といえる¹⁷。経済学のモデルを用いて、より効率的な(あるいはより望ましい・合理的な)結論となるようなルールを採用すべきことを示唆する「法と経済学」も、経済学の手法を利用した政策型思考様式の一例である。そして、これらの立場は、帰結を基準に法適用を考えることから「帰結主義」とも整理することが可能である。また、法の外の論理から法を観察するという意味で、Hartの議論による「法の外的視点」も政策型思考様式と同列に論じることができる。

そして、民法・私法において、1) 法的思考様式と2) 政策型思考様式の双方が必要であるとされつつも、その名称が示す通り、より重要なのは、1) 法的思考様式とされている。これに対して、先ほど紹介した「公共政策」とは、社会における特定の課題をいかに解決していくのかという目的手段型思考であり、まさに2) 政策型思考様式である。

そして、1) 法的思考様式が法律学固有のものであるならば、同思考様式は、2) 政策型思考様式ともいうべき公共政策あるいは政策論にはなじまないのではないかという問題が生じる。

本稿は、このように公共政策・政策論の対象とするには「異質」な性質を含む「民法」をどのように分析すれば、公共政策・政策論の対象にすることが可能となるのかを論じるものである。本稿は、公共政策・政策論を論じるにあたって、民法を以下の3つのレベルに分けることで、法的思考様式を有する民法を公共政策・政策論の対象として論じることが可能となると考えている。民法の3つのレベルとは、①インフラとしての「民法」、②ベースラインとしての「民法」、③「民法」の中に政策論が組み込まれる場合の3つである。①インフラとしての「民法」

¹⁵ 高橋文彦「『民事裁判における『暗黙知』—『法的三段論法』再考—」について」日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」(法哲学年報2013年)』(有斐閣・2014)3頁。

¹⁶ 星野英一「民法解釈論序説」同『民法論集第1巻』(有斐閣・1970)11頁。

¹⁷ 利益考量論と政策型思考の典型例とされる法と経済学とが連続的であることについて小粥太郎『民法学の行方』(商事法務・2008)186頁参照。

とは、民法がなぜあるのかを論じるものである。これは、民法の存在そのものを政策論の対象とするものである。だが、現実の政策のうち民法を改正しようということは必ずしも多くはない。むしろ特定の政策のために民法の定めるルールとは異なるルールや措置を行うことこそが公共政策・政策論の対象となっている。すなわち、公共政策・政策論を論じる前提として、②「民法」がベースラインとなっている。

これだけでも、同じ「民法」が公共政策・政策論では民法にはそれ自体が政策である場面と、民法のルールが中立の状態であって「基準」となる場面との2つの異なった使われ方をしていることがわかる。だが、事態はより複雑である。特定の政策のための「ベースライン」に過ぎなかったはずの民法が、今度は、③その特定の政策を民法の中に取り込むのである。この3つ目の顔があることで、基準であったはずの民法がまた①政策となり、そして、また②新たな基準となる、という複雑な様相を示す。

このように、民法には3つの異なるフェーズがあり、これらを区分することで、民法（学）の実践を、政策論の対象として分析することが可能となる。公共政策は、おもに②ベースラインとしての「民法」を前提に特別なルールを目的の達成手段として合理的か否か（あるいは場合によっては①民法がなぜあるのか）を、政策型思考様式・目的手段型思考様式で分析するのに対し、民法（学）においては、③政策論を取り込んだ民法の内容を明らかにすることに主眼が置かれている。そもそも議論のフェーズが異なるということが認識できるようになる。

かかる3つのフェーズの一般的枠組みを提示した後、本稿では、近時、日本の民法において大きな話題となった2017年民法（債権法）改正を素材に、どのようなレベルで政策論がなされていたのかを具体例として示す。

2. インフラとしての「民法」：民法がなぜあるのか

公共政策・政策論として民法を語る1つのフェーズは、なぜ「民法」があるのかという問題を論じる点にある。ここでは、1つの法律・法典としての「民法典」の存在意義ではなく¹⁸、民法上の諸制度があるのはなぜなのかを機能主義的に説明するという形で、公共政策・政策論の中で民法を取り扱うことが可能となる。そして、このような議論は、「法と経済学」において広く行われているところであ

¹⁸ この問題を論じるものとして、大村敦志「民法と民法典を考える」同『法典・教育・民法学』（有斐閣・1999）1-120頁、金山直樹『法典という近代』（勁草書房・2011）など。

る。

検討対象となるのは、「私法の一般法」として民法をひとまとめで考えるのではなく、民法の中の諸制度それぞれについて、なぜ存在するのかを機能主義的に説明することになる¹⁹。民法の中にある諸制度をどのように整理・分類するのかは、民法をどのような体系で理解するのか、どのように整理するのか次第であって、論理必然的・一義的に定まるものではない。

民法の条文の分け方によれば、総則、物権、担保物権、債権総論、債権各論として契約・不法行為・事務管理・不当利得、親族、相続といった制度に分けられている。多くの大学では民法の条文の編別に従って授業も構成されているが、一部の大学では異なった構成で授業が展開されている。たとえば、I. 総則と（担保物物権を除く）物権を財産法の2つの基本関係である契約関係と所有権関係の骨格部分としてひとまとめにし、II. 債権の発生原因として債権各論（契約、不法行為、事務管理、不当利得）、III. 債権をどうやって確実に回収するかという債権回収・保全のための手段として債権総論と担保物権、そしてIV. 親族・相続の四部に整理・分類する大学もある²⁰。

法と経済学による分析においては、救済方法（remedies）に着目して分類されることも多い。I. 金銭支払で解決する場合（いわゆる損害賠償請求権〔不法行為・契約違反〔債務不履行〕〕、事務管理、不当利得など）とII. 物の引渡で解決する場合（現物の引渡し〔契約の強制履行（金銭支払を除く）や所有権に基づく引渡請求など〕や差止〔所有権・人格権（論者によっては不法行為の成立で差止を認める見解も存在）〕）とで区分することが多い²¹。前者（I.）は、義務者（債務者）が倒産・破産した場合（支払不能の場合）に権利者（債権者）は、義務者の残り財産から回収することになるが、他の権利者と平等・按分ということになる。これに対して、後者（II.）のケースでは、義務者が倒産・破産状態にあっても、他の権利者とは別に、自らの権利行使できることがありうる（倒産隔離と呼ばれる）

¹⁹ 代表的な例として、スティーブン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞社・2010; STEVEN SHAVELL, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW (2004)。本稿の以下の記述は、同文献による。

²⁰ 内田貴による民法I～IV（東京大学出版会・1994～）の分類。大村敦志の基本民法シリーズ（I～III、有斐閣・2001～2007）もかつてはこのような分類に従っていた（現在は、条文の編別に細分化した新基本民法シリーズ〔1～8、有斐閣・2015～〕が刊行されている）。東京大学法学部の民法第一部～四部の分類に従ったものである。

²¹ このI, IIに従った分類に基づいて分析を加える代表的な例として liability rule と property rule の分類がある。Lucian A. Bebchuk, *Property Rights and Liability Rules: The Ex Ante View of the Cathedral*, 100 Mich. L. Rev. 601-639, 2001.

などといった違いがある。

上記の倒産隔離に注目する場合、さらに、III. 債権保全手段（抵当権などの担保物権、詐害行為取消権など）は、I.、II. とは異なる別の救済方法として位置付けられることになる。

ほかにも、時効（取得時効、消滅時効）、家族、相続など、様々な制度が、その存在意義・機能について、分析対象となる。本章では、その代表的な例である契約、不法行為、所有権について簡単なスケッチを紹介したい。

(1) 契約

契約は、民法では 521 条以下に規定がある。だが、契約という制度の中身は民法 521 条以下だけではない。たとえば、債権総論と呼ばれている民法 399 条以下の規律の多くは契約に関係する条文である。債権には、契約のほかに、不法行為、事務管理、不当利得という 3 つの制度がある。しかし、債権総論の規定が以上の 4 つの制度をまんべんなく想定しているかということそうとは限らない。もっとも典型例とされているのは民法 415 条の債務不履行損害賠償の条文である。実際に条文の中にも、「債務の不履行が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によるものであるときは」損害賠償責任は発生しないと書かれており、契約や取引の場面が念頭に置かれていることが表れている。さらに民法 90 条以下の法律行為の条文も契約を念頭に置いていることはすでに紹介したとおりである。90 条以下の条文の具体例として、錯誤（95 条）や詐欺（96 条）に基づく契約は取り消せるという条文がある。

そして、これらの契約に関する規定を総合して「契約」という制度を概観すると以下の様になる。契約に違反した場合には相手方は裁判所に損害賠償請求や強制履行を請求することができる。そして、裁判所から請求認容判決が出たら強制執行を求めることが可能となる。強制執行の中には、直接に履行を強制する場合や、間接強制（履行しなければ一日当たり〇〇円支払えという形で履行を強制する方法）、代替執行（第三者に当該契約内容〔例えば運送契約であれば荷物の運搬など〕を履行してもらい、そのためにかかった費用の支払いを債務者に請求するという方法）がある。

このような効力のある「契約」という制度はなぜ存在するのか？契約にこのような効力が認められるのはなぜなのか？「契約」というインフラが存在するのはなぜなのか？このような形で制度の存在意義を検討するという形で、民法は公共

政策の対象となる。

そして、法と経済学の基本的な教科書によれば、以下の様に説明されている²²。具体例として、オーダーメイドの机がほしい買主がいる場合を考える。買主にとってオーダーメイドの机は 10 万円の価値があるものである。これに対して、売主はその机を作るのに 7 万円の費用が掛かるとする。そこで、今の日本（というかたいていの国）では、買主と売主の間でオーダーメイドの机をたとえば 8 万円で売るという売買契約が締結される。しかし、ここで、仮に、契約を強制的に実現するという制度がない社会を考えてみよう。このような社会では、最初に買主と売主が「8 万円でオーダーメイドの机を引き渡します」という契約を締結して、売主が机を作るより前に買主が代金の 8 万円を支払っても、売主は机を作って引き渡すことを強制されない。そこで、買主が先に 8 万円を支払ってしまうことはなく、売主が机を引き渡すのと同じタイミングで買主から代金が支払われることになる。しかし、机を作るよりも前に「8 万円で机を引き渡す」という約束があったとしても、いざ引き渡し・代金支払いの場面では、やはり、その約束は強制的に実現できない。となると、事前に、机の代金として支払う金額をあらかじめ確定させることができなくなる。売主にしてみれば、引き渡し時点で、既に机を作るのに 7 万円の費用をかけてしまっている。しかし、このオーダーメイドの机を当初の買主以外の者に売却できないのであれば、買主は 7 万円より安い値段（たとえば 5 万円）で買ったたくともできてしまう。このような事態がありうることを想定する売主からしてみれば、7 万円かけて机を作っても、売るときには 7 万円未満となり、損をする可能性があることになる。それならば売主はそもそも机を作らない。

この結果、7 万円かけて机の作ることのできる売主と、その机に 8 万円の価値を見出す買主が存在する社会であり、社会に 1 万円分の富（あるいは効用）が増大する機会があるにもかかわらず、契約という制度が存在しないと、そのような機会が実現できないことになる。言い換えれば、契約という制度があることによって、そのような富・効用の増大の機会が実現されるのである。

このような契約の機能を「コミットメント」という。約束を国家が強制的に実現する制度があることで、人々が約束を信頼して、コストをかけて様々な活動をおこなうことができ、それによって社会の富・効用が増大し、より豊かな社会となる。

²² シャベル・前掲注(19)文献 339-340 頁; Shavell, SUPRA note 19, at 298-299 の例を紹介する。

(2) 不法行為

日本の民法 709 条は不法行為に基づく損害賠償請求を定める。交通事故や公害を引き起こした場合のように他人の利益を侵害した場合に、加害者にその損害を金銭で賠償するという制度である。いかなる場合に、このような損害賠償請求権が発生するのかは、民法 709 条から導かれる要件を充足するか否かで判断される。

といっても、民法 709 条の要件をどのように理解するのか・整理するのかについては、学説の激しい対立があり、一義的に定まっているわけではない。しかし、大まかにいって、以下の 4 つの要件に整理されることが多い。①他人の権利または法律上保護される利益を侵害すること（権利侵害あるいは違法性などと表現される）、②故意または過失があること、③因果関係（損害と加害行為の間の因果関係）、④損害である。

それでは、このような不法行為制度はなぜ存在するのか。法律上保護すべき利益あるいは権利の保護や損害の填補のためといわれることも多い²³。だが、さらにつきつめて、そのような権利・利益の保護や損害の填補をする理由はなぜなのか。これを、権利を守るのは権利だから当然である、という説明ではトートロジーあるいは「義務論」になってしまい、公共政策・政策論での説明とならない。政策として説明するには、権利・利益を侵害する行為や損害を発生させる行為をコントロールさせるため、すなわち抑止のためという説明を与える必要がある²⁴。

このように公共政策としての分析には、不法行為という制度があるのはなぜなのか、という議論がある一方で、公共政策の分析には、不法行為という制度の中身をどのように設計すべきかという議論も可能である。たとえば、抑止のために不法行為制度があるのであれば、先ほど見た要件の中の②故意または過失を要求することは望ましいのか、という問題をたてることができる。このように、公共政策の分析は、民法上の制度がなぜあるのか、というだけでなく、民法上の制度をどのように設計するのか、という問題を設定して議論することもできる（というよりも、今から研究を進めるのであれば、そちらのほうが新規性のある議論・生産的な議論が可能である）。

たとえば²⁵、ある者（加害者）が、注意水準を「なし」「中」「高」から選択でき

²³ 潮見佳男『不法行為法 I〔第 2 版〕』（信山社・2009）9 頁以下、49 頁。

²⁴ このことを前面に出す整理として森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号（2008）17－18 頁。

²⁵ 以下の本文の例は、シャベル・前掲注(19)文献 202－215 頁；Shavell, SUPRA note 19, at 178-192 による。

ることとする。注意のための費用は、「なし」が0、「中」が3、「高」が6かかるとする。そして、事故が発生した場合の損害を100とし、事故が発生する確率は「なし」であれば15%、「中」なら10%。「高」なら8%とする。これによれば、損害の期待値（期待損害額）は「なし」で15、「中」で10、「高」で8となる。社会における総費用は、注意のための費用と自己による損害の期待値の合計となるので、「なし」で15、「中」で13、「高」で14となる（【表1】参照）。

【表1】加害者の注意水準と社会的費用

注意水準	注意費用	事故確率	期待損害額	社会的総費用
なし	0	15%	15	15
中	3	10%	10	13
高	6	8%	8	14

この例では、社会の富の最大化あるいは費用の最小化という観点からすれば、注意水準が「中」が最も望ましいことになる。ここで、事故が発生しても、加害者が一切責任を負わないのであれば（無責任ルールという）、加害者にとって費用の最も安い注意「なし」を選択することになる。これに対して、事故が発生した場合には、常にその損害100について加害者が賠償しなくてはならないのであれば（厳格責任ルールという）、社会の総費用のすべてを加害者が負担することになるため、社会的総費用が最も安価な「中」を選択することになる。

それでは加害者に「過失」がある場合に限って加害者が損害賠償責任を負う、という「過失責任ルール」の場合には加害者はどのような注意水準を選択するのか。過失責任ルールでは、相当の注意を払った場合には、仮に事故が発生しても、損害を賠償しないことになるという今の日本（をはじめとする多くの国）のルールである。この場合、どの程度の注意を果たせば、「相当の注意」と認められるかによって、加害者の注意水準の選択は異なってくる。裁判所は、社会にとって最適な注意水準を「相当の注意」とすることで、加害者が最適な注意水準を選ぶように仕向けることができる。この例では、前述の様に社会の費用を最小化する「中」が望ましいので、裁判所は、加害者が「中」以上の注意を果たしていれば、加害者に損害賠償を課さないと判断することになる。そして、このような過失責任ルールの下での加害者の利得は【表2】のようになる。この場合、加害者の費用が最小となる「中」を加害者は選択することになる。この結果、過失責任ルールの下でも、望ましい注意水準の「中」が選択される。

【表 2】過失責任ルールの下での加害者の費用

注意水準	注意費用	責任	期待責任額	加害者費用
なし	0	あり	15	15
中	3	なし	0	3
高	6	なし	0	6

このように、過失責任ルールは、厳格責任ルールと並んで、効率的な注意義務水準の設定が可能となるルールといえる。しかし、1つ留保が必要である。過失責任ルールの下では、裁判所が適切な注意水準を判断しなくてはならないということである。これに対して、厳格責任ルールの下では、裁判所が判断すべき事項は、損害の大きさ（金額）だけである。過失責任ルールの下では、裁判所がなすべき事項は、損害の大きさの認定に加え、望ましい注意水準の設定、そして、実際に加害者がどこまで注意したのかの認定も必要となる。そして、少なくとも現在の日本のルールでは、証明責任を請求する側が負うことになることとされていることから、裁判所で裁判官にその通りだと納得させるまで被害者側（原告側）が立証をする必要がある。つまり、被害者が、裁判官が、加害者の注意水準が望ましい注意水準よりも低かったことと認識できるようになるまで証拠を提出して説得的に説明しなくてはならないのである。

以上の手続にはいずれもコストがかかってしまう。過失責任ルールでは、裁判の場で主張立証すべきこと、そして裁判所が判断しなくてはならない事項が増え、それ自体が社会におけるコストとなる。このような訴訟コストの観点から、一般的に厳格責任ルールの方が望ましいというのが通常の理解である。

しかし、それでは、なぜ、日本をはじめ多くの国の不法行為法は過失責任ルールをとっているのか。これは、以下の様に、事故の発生原因が、加害者と被害者の双方にある場合があるからである。そして、交通事故の多くの事件がそのような、現実社会においては一方のみに原因があるということは少ない。当事者の双方の注意が事故の発生に影響を与えるという事案の方が現実には多い（と少なくとも考えられている）のである。

具体例として、加害者が「注意する」場合と「注意しない」場合の2通りの選択肢があり、被害者にも同じく「注意する」場合と「注意しない」場合の2つがあるとする。加害者が「注意する」を選択した場合の加害者に係る費用は3、「注意しない」場合の費用は0とする。被害者が「注意する」を選択した場合の被害者に係る費用は2、「注意しない」場合の費用は0である。事故が発生すれば損害が100発生する。事故の発生確率は、①被害者・加害者がともに「注意しない」では15%、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は12%、③加

害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は 10%、④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、6%となる。この場合、事故による損害の期待値は、①被害者・加害者がともに「注意しない」では 15、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は 12、③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は 10、④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、6 となる。そして、社会全体の費用としては、加害者及び被害者の注意費用と損害の期待値となるので、①被害者・加害者がともに「注意しない」では 15、②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は 14、③加害者が「注意する」－被害者が「注意する」場合は 13、加害者と被害者がともに「注意しない」を選択した場合は、11 となる（【表 3】参照）。

【表 3】当事者双方に原因のある場合の加害者・被害者の注意と社会的総費用

加害者の注意	被害者の注意	加害者の注意費用	被害者の注意費用	事故確率	期待損害額	社会的総費用
なし	なし	0	0	15%	15	15
なし	あり	0	2	12%	12	14
あり	なし	3	0	10%	10	13
あり	あり	3	2	6%	6	11

この場合、社会的に望ましいのは、社会全体の総費用の最も小さい、加害者も被害者も「注意する」を選択した状態である。

それでは、そのような行動を加害者と被害者に選択させるには不法行為の損害賠償について、(a) 無責任ルール、(b) 厳格責任ルール、(c) 過失責任ルールのいずれを採用すればよいのであろうか。

まず、(a) 無責任ルールの場合、いかなる場合も被害者が損害のコストを負担することになる。この場合、加害者と被害者に発生する費用は以下の【表 4】のようになる。①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 0 の費用、被害者に 15 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は加害者に 0 の費用、被害者に 14 の費用が発生する。③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は加害者に 3 の費用、被害者に 10 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 3 の費用、被害者に 8 の費用が発生する。

この(a) 無責任ルールの下では、加害者は「注意しない」を選択し、被害者は「注意する」を選択することになる。

【表 4】(a) 無責任ルールの下での加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	0, -15	0, -14
注意する	-3, -10	-3, -8

次いで、(b) 厳格責任ルールの下では、事故が発生した場合は常に加害者がその損害の費用を賠償するということになる。この場合、加害者と被害者に発生する費用は以下の【表 5】のようになる。①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 15 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は加害者に 12 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は加害者に 13 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 9 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。

この(b) 厳格責任ルールの下では、加害者は「注意する」を選択し、被害者は「注意しない」を選択することになる。

【表 5】(b) 厳格責任ルールの下での加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	-15, 0	-12, -2
注意する	-13, 0	-9, -2

最後の(c) 過失責任ルールの下では、加害者が「注意する」を選択した場合には、加害者が「注意する」を選択した場合には、事故が発生したとしても、損害賠償をすることはなく、その場合には被害者が損害をそのまま負担することになる。これに対して、加害者が「注意しない」を選択した場合に、事故が発生した場合には、加害者が事故によって被害者に生じた損害を賠償することになる。

この場合、①被害者・加害者がともに「注意しない」では加害者に 15 の費用、被害者に 0 の費用が発生する。②加害者が「注意しない」－被害者が「注意する」場合は加害者に 12 の費用、被害者に 2 の費用が発生する。③加害者が「注意する」－被害者が「注意しない」場合は加害者に 3 の費用、被害者に 10 の費用が発生する。④加害者と被害者がともに「注意する」を選択した場合は、加害者に 3 の費用、被害者に 8 の費用が発生する（【表 6】参照）。

この(c) 過失責任ルールの下では、加害者と被害者がともに「注意する」を選択することになる。

【表 6】(c) 過失責任ルールの下での加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	-15, 0	-12, -2
注意する	-3, -10	-3, -8

このようにみると、加害者のみならず被害者にも事故の原因があるとき、すなわち被害者も事故の発生確率を下げるのが可能な場合には、(c) 過失責任ルールが社会的に望ましい注意水準を設定することになる²⁶。このような意味で、多くの国でとられている過失責任主義による不法行為ルールは合理的と評価できるのである。

²⁶ 本文の(c) 過失責任ルールのほか、本文では紹介しなかった(d) 厳格責任+寄与過失ルールのもとでも最適な注意水準が選択されることが知られている。寄与過失というのは、被害者が過失などによって事故発生に寄与した場合には、被害者は加害者に損害賠償を請求できないとするルールである。このルールの下では、厳格責任を原則として事故が発生した場合には常に加害者に損害賠償責任が発生するとしつつ、被害者に過失（注意義務違反）がある場合には、被害者は損害賠償請求権を喪失し、加害者が免責される。このようなルールの下で本文の事例のような状況において（【表 7】参照）、被害者は「注意する」を選択し、そのことを予想する加害者も「注意する」を選択することになる。

この寄与過失ルールは英米不法行為法の伝統的な制度とされており、(d) 厳格責任+寄与過失ルールは、製造物責任に関するルールとして採用されることがある。このルールでは、本文の(c) 過失責任ルールの掲げた問題点のうち、被害者が加害者の過失を立証に失敗するリスクの問題がなくなり、代わりに、加害者が被害者の過失の立証に失敗するリスクが生じる。このようなルールの下では、簡単に勝訴できそうであることから、訴訟制度を濫用するリスク（濫訴）という問題がある。しかしながら、一方で、被害者が消費者であって裁判で証明する手段・予算が限られていることから泣き寝入りのリスクがあり、他方で、加害者が事業者であって裁判での立証活動をより効率的にできるような場合には、過失責任よりも効率的なルールとなる可能性がある。

製造物責任が問題になるケースはまさにこのような状況であることから、製造物責任において、(d) 厳格責任+寄与過失ルールを採用することには合理性がある。

【表 7】(d) 過失責任ルールの下での加害者・被害者のペイオフ

加害者\被害者	注意しない	注意する
注意しない	0, -15	-12, -2
注意する	-3, -10	-3, -8

ただし、加害者・被害者双方に事故発生の原因があるケースにおいても、(c) 過失責任ルールの下では、裁判所が「注意義務」水準や実際の注意の有無を判断しなくてはならないという訴訟コストの問題があるのは、加害者のみに事故発生原因があるケースでの分析と同様である。また、被害者側が加害者の過失を裁判所で証明（立証）しなくてはならないという点も違いはない。被害者側が証明に失敗する可能性があることから、その分、加害者が注意するインセンティブを弱める可能性がある。これらの問題から、効率的な注意水準が選択されない可能性があることにも留意すべきであろう。

(3) 所有権

所有権とは、日常用語でも使われる用語であるが、法律上の定義は民法 206 条に定められているとされている。民法 206 条の「物の使用、収益及び処分をする権利」が所有権とされており、この権利が侵害された場合には、先述の不法行為も成立し得るし、対象となっている物が奪われたときは返還請求ができる。第三者が対象物を侵害しようとしている時には差止を請求することもできる。

公共政策・政策論として分析するならば、このような「所有権」制度はなぜ存在するのかという所有権制度の存在意義という問題を立てることができる。

所有権は、上記の通り、使用・収益・処分する権利（権限）の「塊」である。たとえば、自動車の所有権を持っている人（所有者）が、当該自動車をレンタカーとして他人に貸す場合のように、契約によって、所有権の一部を第三者に渡すこともできる。このようなレンタル（有償の場合は賃貸借契約、無償の場合は消費貸借契約という）では、使用する権利を契約によって第三者に与えている。だが、その場合であっても、残りの権利は、所有権者にある。すなわち、契約によって物（財産）に関する一部の特定の権利義務を移転させることはあり得るが、残りのすべての権利（残余権〔residual rights〕と表現することが多い）の束はあくまで所有権として残る。

ここでは、所有権の対象としてある財産を生産する場合を考える²⁷。この財産を生産する場合の社会における効用は、生産した財から得られる価値から、生産のための労働に費やした費用の差額ということになる。【表 8】のように、労働時間を 1 時間増やすと、財の生産量が 1 増える。生産量が増えれば増えるほど、たいていの財は、さらにもう 1 つ生産した場合に生ずる効用が徐々に減っていく（こ

²⁷ 以下の本文の例はシャベル・前掲注(19)文献 12-13 頁; Shavell, SUPRA note 19, at 11-12 による。

のような状況を「限界効用逡減」する場面と表現する)。他方で、労働時間が長期化すればするほど、さらに1時間追加で働くことによるコストは増加する(このような状況を「限界費用逡増」の場面と表現する)。

このような状況では、労働を全くしないと、労働時間によるコストはゼロだが、財が全く生産されず、価値が生まれない。そのため、ある程度働いて、財を生産したほうが望ましい。しかし、労働時間を増やし過ぎると、労働の費用が高くなりすぎ、他方で、それだけして財の生産量を増やしても、その価値は徐々に下がっていくので、いつか、労働の費用(限界費用)が財の価値(限界効用)を上回ってしまう。【表8】の例では、今回の例では、労働時間を2にして、生産量を2とすることが最も望ましい結果となる。

【表8】労働時間の費用と財の生産の価値

労働時間	生産量	生産物から得られる価値	労働による費用	社会的厚生
0	0	0	0	0
1	1	10	6	4
2	2	18	13	5
3	3	24	22	2

このように財の生産のための費用と生産された財の価値の差額である社会全体の価値を最大化するには、生産のための費用を負担する者に、生産した財産の価値を帰属してやれば、あとは、当該生産者が最も価値が最大化する生産量・労働時間を選択するはずである。

そこで、財を生産した者に、財の価値を帰属させてやればよい。しかし、財産を生産者に持たせること(「占有」という)だけでは、生産者がその財の価値を全て享受できるとは限らない。第三者が暴力や詐術によって生産者から財を奪う危険がある世界では、財を生産しても財の価値を享受できなくなる可能性がある。それならば、そもそも財を生産しようと考えなくなる。

そこで、生産者を第三者による財の篡奪から国家権力(警察や裁判所など)が保護してあげることで、生産者は、その財の使用・収益・処分というすべての価値を享受することが保障される。これが、所有権であり、このような所有権があることで、所有権の保有者は、財を最適な水準で生産することができるのである。

このことは新しく財を生産する場面だけではなく、既存の財を維持管理する場面でも当てはまる。すなわち、生産した者が、「処分」して第三者に譲渡することができ、この場合には、今度は譲り受けた者が所有権を有する。そして、今度は、

既存の財を有する者が、財の維持管理にいくら費用をかけるのかという費用と財の価値との比較となり、もっとも差が大きくなるような程度まで維持管理に費用をかけることになる。

理論的には、所有権を割り振るという方法以外にも、国家が、当事者（生産者や譲受人）に対して、どの程度の労働時間や費用をかけて生産すべきか、どの程度の費用をかけて維持管理をすべきか、具体的な規制を直接課すことで、価値の最大化を実現することも可能である（このような制度が共産主義経済である）。だが、当事者でない国家が、最適な生産者の労働時間を計算するのは困難である。また、実際に生産者があらかじめ国家の定めた水準通りに生産活動を行っているのか監視することも難しい。これらの事情から、国家が直接に規制するのは難しいとされている。これは原則として、経済活動をするには共産主義よりも市場経済の方が望ましいということの意味することになる。このように、経済成長の観点から所有権制度を基礎づけることができる²⁸。

以上の（1）～（3）のように、民法の定める基本的な諸制度はなぜ存在するのか、どのように民法の諸制度を設計すべきなのか、という形で、民法それ自体を政策論の対象とすることができる。そして、ここで紹介したような所有権や契約などに代表される私有財産権をきちんと保護する国が、経済成長をしているということが開発経済学の文献によって指摘され、民法上の諸制度の政策論への注目が高まっている²⁹。

本章では、法と経済学の中でも理論モデルのみによる分析を簡単に紹介したものである。しかし、政策論的な分析の手法はこれにとどまるわけではない。また、法と経済学の理論モデル分析という同じ手法を用いたとしても本章の様に現行法を正当化するための説明ではなく現行法を批判することも可能である³⁰。今回の

²⁸ 所有権について本文と同様に経済成長の観点から説明する法学者による文献として、加藤雅信『「所有権」の誕生』（三省堂・2001）がある。

²⁹ もっとも著名な例として、ダロン・アセモグル＝ジェイムズ・A・ロビンソン（鬼澤忍・翻訳）『国家はなぜ衰退するのか（上）』（早川書房・2013）115－118、268頁；Daron Acemoglu & James A. Robinson, WHY NATIONS FAIL 73-76, 197 (2013)。

³⁰ 実際に、日本において法と経済学は、当初、借地借家問題などにおいて既存の法制度や当時の民法学の議論を（頭ごなしに）批判する理論として「輸入」されてきた。このことが、いまだに日本の民法学において法と経済学が批判的に受け止められている一因であると思われる。これに対して、法と経済学の立場が（日本よりは）受容されているアメリカでは、法と経済学は、制定法を批判しつつも、判例法理（いわゆるコモンローの原則）を正当化する理論として始まったことについて藤

理論モデルは、いくつか仮想の数値例を用いたが、このような事例が現実社会にどれだけ存在するのかわからない。ここで紹介した理論モデルが、現実社会に適合的であるのかについて、現実社会におけるデータを用いて分析する実証分析（実証経済学）の手法がある。また、経済学であることから、社会的効用の名の下、多くの場合、経済的価値の最大化を指標に、経済的価値を最大化させるようなインセンティブをつける制度を目指した。だが、他の社会科学では（あるいは経済学であっても）、その他の指標を目的として、どのような制度が最も望ましいのかが分析されている。政策を語るのは経済学だけではない。他の社会科学の手法を用いることもありうる。

3. ベースラインとしての「民法」：政策の前提としての民法

前章では、民法（の諸制度）それ自体を政策論の対象として分析する研究を簡単に紹介した。そして、民法は、社会のインフラとして、合理的な社会（効率的な社会）をつくるために機能していることを説明した。

だが、このレベルとは別に、そもそも民法をベースライン（基準点）とする

谷武史「『法政策学』の再定位・試論：『新世代法政策学』の基礎理論の探求」新世代法政策学研究7号（2010）176-177頁（なお、当時の論者も、現在では、単純な裁判官の立法府に対する優越という前提をとっていないことについて RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW [7th ed., 2007] 389-391, 555-581）。アメリカ法は判例法であることから、ロースクールの法学研究者にとって、伝統的には、コモンローの内容を裁判例から読み解いて明示化することが法律学の中心であった（いわゆるラングデル方式について田中英夫「アメリカ法」碧海純一ほか編『法学史』〔東京大学出版会〕265-266頁）。他方で、法学者は伝統的には制定法化に対して批判的であった（田中・同260-261頁）。このような態度はいまなお継続しており、時代を経て、社会科学の方法論が活用されるプラグマティズム法学やリアリズム法学の時代となっても法律家にとってはコモンローの諸準則が大きなよりどころであるとされている（田中・同285頁）。法と経済学は、まさに法学者のライフワークを正当化し、他面において、内在的観点から生産的な批判・議論を生むものであった。かかる観点からは、制定法である日本法においては、法と経済学（あるいは法の経済分析）は、制定法とそれに基づく法的な概念を正当化する説明を導出することで、一方において、これまでの法律学の実践とフリクションを起こさず接合し、他方において、かかる説明がいかなる場合に成り立つのかについて経済学の知見を活用した生産的な批判に晒すことが可能となり、日本の民法（とりわけ経済活動の基礎となるような財産法）について法と経済学の議論が受け入れられる素地が整うといえる。

いう場面でも、政策論の中で「民法」がでてくる。これは、民法の内容と異なる内容をもつ特別のルールについて、そのような「異なる内容のルール」を政策論の対象として、どのような意義があるのか、合理的なのかなどといった問題を分析する。

(1) 環境法—不法行為法の厳格責任化

たとえば、環境法と呼ばれる領域では、前述した民法の不法行為が過失責任とされているのに対して、特別法によって厳格責任（「無過失責任」と呼ばれる）が設けられることがある。具体例の1つを上げれば、水質汚濁防止法19条は、工場・事業場が有害物質を輩出したことによって人の生命身体に損害が発生した場合には、当該事業者は、過失の有無にかかわらず、損害賠償責任を負うとしている。このような無過失責任の場面では、訴訟の原告である被害者は、過失の立証をする必要がない。これは、このような公害の被害者が必ずしも立場の強くない一般市民であることにかんがみて、加害者の工場の中であったかもしれない注意義務違反の有無を調べたうえで証拠をそろえることを要求するのは過酷であるという判断に基づいたものである。つまり、水質汚濁公害の被害者の過失の立証が困難であるという状況を救済したものといえる。

そして、このような水質汚濁防止法が望ましいものであったのかどうかを政策論として検討するには、公害被害者の救済という目標の達成手段として、このような厳格責任化が正しい解決策だったのかを検討していくことになる。厳格責任化によって、どれほど救済を求めることが増えたのか、どれほど脅威が認められるようになったのか、反対に、厳格責任化によって濫訴といえるようなケースがどれほど増えたのか、といった事情を経済学の理論モデルだったり、データを収集した実証分析だったり、社会科学の方法を用いて分析することになる。

この場合に、例えば、水質汚濁防止法の厳格責任化によって訴訟による救済が増えたか否かを検討するにあたっては、同法の施行前後で訴訟数・請求認容裁判数が増えたか否かを単に検討すればいいわけではない。たとえば、水質汚濁防止法の施行の時期に、第二次産業（工業）による経済活動が活性化していけば、どうしても水質汚濁公害は増えていくだろうし、それによって、訴訟数が増えるのも自然なことであって、同法による厳格責任化の影響とは直ちに言えない。ほかにも、弁護士数が増加して司法制度へのアクセスが容易になったため訴訟数が増えただけかもしれない。また、反対に、同法やその他の規制によって、企業が有害物質の排出を抑えるようになったことから実態として公害が減少したことによ

って訴訟数が減ってしまうということがありうるが、このことをもって同法の厳格責任化に効果がなかったということとはできない。

そこで、「その他の条件が同じであったならば」(ceteris paribus)、同法の厳格責任化によって訴訟数が増えたか否かを分析することが必要になる。たとえば、水質汚濁公害において事業者を提訴するか否かは、実際の公害の程度と司法へのアクセスの容易さがおそらく影響するであろう。前者に関連する要因として、工業の規模、水質の汚染具合などの指標が考えられるし、後者に関連する指標として弁護士数や団体訴訟制度の有無などが考えられる。これらの他の要因の影響を取り除いても、厳格責任化の影響があるか否かを検討しなくてはならない。このような話は、「実証分析」と呼ばれている領域で検討されており、政策としての「法律」を検討する際に、現在、最も注目されている領域の1つである³¹。

(2) 消費者契約法—消費者保護のための契約法の特別法

ほかに、消費者保護を図る特別法もある。

〔設例〕A社のセールスマンはBに対して、安心かつ有利な新種の投資商品「スーパーAプラン」の購入を執拗に勧誘し、とうとうBはこれに応じた。しかし、満期になっても払込み済みの資金を下回る金額の支払がなされただけであった。

この〔設例〕のような「押し売り」まがいの強引な勧誘によって、消費者が不要な投資商品を購入させられるという消費者被害事例はしばしば報道されている。このような場合に、消費者Bを救済するための方法として、民法が用意しているのは、詐欺や錯誤、強迫という規律である。

民法95条は、契約³²の目的および取引上の社会通念に照らして重要な事項について、錯誤があった場合には、契約を取消すことを認める。民法96条は詐欺や強迫による契約を取消すことを認める。契約が取り消された場合は、原状回復とし

³¹ 実証分析については、近時の「法と経済学」の授業において取り扱われることが多くなっている。この領域を学びたい読者は、森田果『実証分析入門』（日本評論社・2014）のほか、計量経済学やデータ分析、データサイエンスといった領域の専門書を参照してほしい。

³² 民法95条、96条は契約ではなく「法律行為」について詐欺・錯誤・強迫を定めている規定である。契約は「法律行為」の一部であり、かつ、「法律行為」として民法95条・96条が適用される典型的な例はやはり契約であるため、本文では簡単のために、契約とした。

て、Bは、BがAに支払った金銭を回収することができる（民121の2）。

それでは、これらの規定を用いて、〔設例〕の契約を取消することができるかという点と簡単ではない。民法上の錯誤が成立するためには、重要な事項についての錯誤が必要となる。〔設例〕では、Bが投資運用方針や利回り計算などの中の細かい契約条項についてきちんと理解していなかった可能性が高いとしても、これらの事項は重要な事項とまでは言えないかもしれない。

詐欺が成立するためには、Aが欺罔行為（相手をわざと錯誤に陥らせること）を行ったということの立証が必要となるが、Aにそのような故意があったとまで裁判官に認定してもらうのは難しい。強迫の成立には、Aの行った執拗な勧誘行為が、Bを畏怖させることが必要であり、また、そのことについてAがわざとやったものであること（Aの故意）が必要となる。執拗な勧誘があったというだけでBが畏怖したといえるのかは難しいし、Aにそのような故意があったことをBに立証させるのは困難である。

そこで、このような状態で不当に契約を締結させられた消費者を救済するために消費者契約法という法律の中で規定が設けられた。消費者契約法4条は、民法の錯誤・詐欺・脅迫が認められない場合であっても、消費者が事業者との間で締結された契約である場合には、より証明しやすい要件で契約の取り消しを認める。

消費者契約法4条1項は、重要事実の不実告知あるいは断定的判断の提供（価格や受け取ることのできる金銭などの将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること）による誤認の場合に、消費者に契約の取消権を認める。4条2項は、不利益事実の不告知（重要事項について故意に消費者の不利益なる事実を伝えなかったこと）によって消費者が誤認した場合に、消費者に契約の取消権を認める。4条3項は、事業者の退去や消費者の退去不能などによって消費者が困惑したことによって締結した契約の取消権を認める。消費者契約法4条3項が掲げる事情には、事業者の不退去（訪問販売等で事業者が消費者の住居等にやってきて消費者が退去を求めても事業者が退去しない場合）、消費者の退去不能のほかに、不安をおおる告知や人間関係の濫用（社会生活上の経験の乏しい消費者に対して勧誘者が恋愛感情その他の好意の感情を抱いていると誤信させて契約を締結させるという、いわゆる「デート商法」）、加齢・心身の故障による判断力の低下の不当な利用、靈感等による知見を用いた告知、契約締結前に契約内容を実施して断りにくくする方法などが挙げられている。

これらの事情があれば契約の取消しが認められる。例えば〔設例〕の事例であれば、Aのセールスマンの説明に「必ずもうかりますよ」といった断定的判断の提供や、投資商品のリスクについて説明がなかったのであれば、Bは、消費者契約法4条によって契約を取り消すことができ、支払った金額の原状回復を求める

ことができる。

ここでも、民法の規定を超えて消費者を保護する消費者契約法という規定が、消費者保護という政策目的の手段となっている。

(3) 金融商品取引法—証券市場における投資家保護

このような民法の特別法は、証券市場における投資家保護を目的とする領域にも存在する。

有価証券報告書という上場会社のディスクロージャー（情報開示）書類に虚偽記載があった場合に、証券市場における当該会社の株価は、本来あるべき価格とは異なった価格がつくことになる。たとえば、粉飾決算で業績を実際よりも高くしていた場合は、その会社の株価は本来あるべき価格よりも高い価格がつく。そして、虚偽記載が明らかになれば、株価は下がる。このような会社の株式を購入した投資家は、本来あるべき株価よりも高い価格で株式を購入したことになり、また、虚偽記載が明らかになったことで株価が下落することから、損をすることになる。

それでは有価証券報告書に虚偽記載があった場合に、虚偽記載を信頼して株式を購入した投資家は会社に対して損害賠償を請求できるか。前章で紹介した不法行為（2.（2））によれば、民法709条の定める①違法性あるいは他人の法律上保護される権利・利益の侵害、②故意または過失、③因果関係（損害と加害行為の間の因果関係）、④損害の要件を充足すれば、投資家は会社に対して損害賠償請求が可能となる。

このようなケースでは、会社は、正しい情報を書かなくてはならない有価証券報告書において虚偽の情報を記載したのであるから、金融商品取引法（24条）という法令に違反することとなり、これによって開示情報を信頼して投資活動を行う投資家の利益を害していることから①法益侵害ないし違法性は認められる。だが、このような虚偽記載に会社側の②故意や過失があったのかは定かではない。また、投資家は虚偽記載が発覚したことによって株価が下落しているであろうが、他方で、株価は様々な事情によって変動するのであって、株価の下落が虚偽記載によるものとはいいきれない。また、投資家が損をしたといっても、虚偽記載によって高値で取得したことが損害なのか、それとも、虚偽記載が明らかになったことによって株価が下落したことが損害なのか、いずれが損害なのかよくわからない。つまり、投資家の④損害が何なのか、そして、虚偽記載と損害との間の③因果関係があるのかどうかは明らかではない。

このように、不法行為の要件のうち、②故意・過失、③因果関係、④損害の要件の立証は容易ではない。しかし、立証が難しいため、損害賠償を求めるのが困難であるというのであれば、投資家は、虚偽記載があっても金銭的な救済を得ることができないのであるから、日本の証券市場での投資をためらうようになる。日本では、ここ数十年「貯蓄から投資へ」(近時は「貯蓄から資産形成へ」)³³といわれて久しいが、証券市場への投資の促進は日本の最重要課題の1つである。そのためにも、投資家保護を促進する必要がある。

そこで、2004年の金融商品取引法改正では、投資家の救済を通じて有価証券報告書の虚偽記載を抑止するという目的で、有価証券報告書に虚偽記載があった場合における投資家救済の特別規定を用意した³⁴。金融商品取引法21条の2によれば、②故意・過失の立証責任は転換され、投資家が虚偽記載の故意・過失を立証する必要はなく、責任を負う発行会社が故意・過失がないことを立証に成功して初めて免責されるという形になった³⁵。そして、③因果関係と④損害についても、虚偽記載公表前の株価と公表直後の株価の差額が虚偽記載の因果関係のある損害として損害賠償を認められることとなり、虚偽記載によって生ずべき値下がり以外の事情³⁶によって生じたことを証明した値下がり部分についてはその分、減額されるという扱いになった。

ここでは、粉飾決算等の虚偽記載からの投資家保護、さらには投資の促進という目的のために、発行会社の不法行為責任について、②故意・過失や、③因果関係、④損害の認定の特別規定を設けるという手段がとられている。公共政策の観点からは、このような手法が、投資家保護として有用であるのかが検討対象となる課題となっていくことになる。

³³ 日本経済再生本部『未来投資戦略2018—「Society 5.0」「データ駆動型社会」への変革—』(平成30年6月15日)133頁、金融庁『平成27事務年度金融レポート』(平成28年9月15日)44頁。

³⁴ 三井秀範編著『課徴金制度と民事賠償責任』(金融財政事情研究会・2005)30頁。

³⁵ 2004年改正当時は無過失責任であったが(三井編・前掲注(34)文献33頁)、2014年金商法改正によって金商法21条の2第2項が創設され、発行会社が故意・過失がないことの立証に成功した場合には免責されるという規定が導入された。

³⁶ 最判平成24・3・13民集66巻5号1957頁によれば、虚偽記載発覚によって、強制捜査、代表取締役の解任、上場廃止のおそれによって売り注文が殺到することやマスメディアの報道によって株価が下がることは有価証券報告書の虚偽記載と因果関係のある値下がり分であるとして責任からの控除は認められないとされている。

4. 「政策」論を取り込む「民法」：民法の「中」の政策論

このように、民法そのものや、民法とは異なる特別のルールを定めた特別法を公共政策の対象とすることはできる。しかし、「民法」と呼ばれている領域の諸論文を読めば、そこでは、一部の例外を除いて、そのような政策論がなされているわけではないことがわかる。

それでは、民法はいかにして「政策」を語るのか。この問題を考えると、ベースラインとしての民法に含まれていない特定の政策のためにわざわざ特別法を立法したにもかかわらず、当該政策が、民法の中に取り込まれていく姿がみえてくる。

(1) 消費者法から民法へ

前章で紹介した消費者契約法 4 条は、民法 95 条で定める錯誤や 96 条の定める詐欺・強迫よりも契約を取消すことのできる範囲を拡張した規定として紹介した。だが、消費者契約法 4 条各項の規定は、民法 95 条や民法 96 条の中に還元できるのではないか。つまり、消費者契約法は、結局、民法と変わらないのではないかと考えることもできそうなのである。

例えば、消費者契約法 4 条 1 項の不実告知・断定的判断の提供による「誤認」は、詐欺や錯誤で説明がつく。消費者契約法 4 条 2 項の不利益事実の不告知による「誤認」も詐欺や錯誤の成立を認めることが可能である。消費者契約法 4 条 3 項各号のうち事業者の退去・消費者の退去不能による「困惑」についても強迫が成立すると評価することも不可能ではなさそうである³⁷。

消費者契約法は、消費者と事業者との間の契約にしか適用がないため（消費者契約法 2 条 3 項）、事業者間の契約には適用がない。だが、事業者といっても、様々なものがあるのであって、ほとんど消費者と変わらない小規模事業者の中には含まれる（参考、消費者契約法 2 条 2 項）。消費者契約法が適用されない場合であっても、消費者契約法 4 条の想定するような不公正な取引被害から救済すべきという場合がある。そして、実際に、消費者契約法施行後、民法の錯誤の規定

³⁷ 大村敦志『もうひとつの基本民法 I』（有斐閣・2005）12-13 頁、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」『契約法理の現代化 I- 契約規制の現代化』（商事法務・2016）237-238 頁、山本敬三「基本権の保護と契約規制の法理」同『契約法理の現代化 II- 民法の現代化』（商事法務・2018）44 頁。

等が積極活用されるようになったと指摘されている³⁸。

そして、2017年民法（債権法）改正に向けた議論の中でも、消費者契約法4条1項の定める不利益事実の不告知の場面等を想定して、不実表示に基づく契約の取消しというルールを民法の中に導入すべきという提案があった³⁹。この不実表示の一般規定化の提案は最終的に見送られ、2017年民法（債権法）改正に取り入れられなかった。だが、このような提案がなされている事実は、消費者契約法が「民法」の中に取り込まれていこうとする姿が現れているといえる。

このように消費者契約法は、一方では、消費者保護のために民法と異なるルールを敢えて作った民法の特別法という地位がありながら、他方において、消費者契約法の内容が民法の一般規定の中に取り込まれてもいく⁴⁰。このため、消費者契約法は、消費者保護のための民法の特別法でありながら、「民法の継続形成」⁴¹とも評される。

このような姿は消費者契約法に限られない。前章で述べた通り、特別法は、特定の政策のためにベースラインである「民法」とあえて異なるルールでありながら、民法は、その特別法を吸収していく。つまり、民法が政策を飲み込んでいるのである。

³⁸ 内田貴『民法改正—契約のルールが百年ぶりに変わる』（筑摩書房・2011）132—133頁、134—136頁。大阪高判平成15・3・26金商1183号42頁〔相続税対策のための融資一体型変額保険における融資契約における相続税対策スキームとしての有効性の不実告知〕、横浜地判平成15・9・19判時1858号94頁〔美容レーザー治療の効用の不実告知〕、千葉地判平成15・10・29消費者法ニュース65号32頁〔連帯保証契約における実質的な主債務者と資金用途について不告知〕、東京地判平成20・10・15Westlaw（平19（ワ）34594号）〔別荘地売買契約における隣接地域の産業廃棄物最終処分場建設計画の不告知〕、東京地判平成22・2・25Westlaw（平20（ワ）9322号）〔LPガスのバルク設置契約における買取義務の不告知〕。

³⁹ 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009年3月31日）【1.5.15】（不実表示）〔NBL904号（2009）30—31頁など〕。

⁴⁰ 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『コンメンタル消費者契約法〔第2版増補版〕』（商事法務・2015）27頁、角田美穂子「消費者契約法の私法体系上の独自性」NBL958号（2011）29頁〔現代契約法における消費者契約法を特徴づける指導理念として情報・交渉力の格差への救済の拡大・普遍化を志向する〕。

⁴¹ 潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法学セミナー549号（2000）8頁。

(2) 金商法から民法へ

このようなことは、同じく前章で紹介した金融商品取引法 21 条の 2 にも生じている。有価証券報告書の虚偽記載について投資家に対する発行会社の責任が問題となった事案として、最判平成 23・9・13 民集 65 卷 6 号 2511 頁（西武鉄道事件）がある。この事件は、判決自体は平成 23 年（2011 年）に出されたものの、虚偽記載は 2004 年よりも前のことであり、2004 年改正による金融商品取引法 21 条の 2 の適用のない事案であった。そこで、裁判所は民法 709 条を適用した。

この事件では、有価証券報告書の大株主欄について代表取締役ぐるみで虚偽記載があった事案であり、民法 709 条の要件のうち②故意が存在する点は問題になっていない。③因果関係と④損害の要件が問題となっていた。

最高裁は、有価証券報告書虚偽記載があった場合、投資家のうちすでに株式を処分した者については、取得時の価格と処分価格の差額が損害であり、他方、また株式を保有している投資家は取得時の価格と現在の株価との差額が損害額の基礎となるとする。そして、虚偽記載に関係のない株価の下落分として、経済情勢、市場動向、当該会社の業績等に基づく下落分は、損害額から除かれるとする。この結果、虚偽記載の公表前までの株価変動や虚偽記載公表後しばらくしてからの株価変動は除かれることとなる。つまり、虚偽記載の公表前後での株価の下落分が損害額になることとなった。この最高裁が民法 709 条の解釈として打ち立てた準則は、③因果関係と④損害について、現在の金融商品取引法 21 条の 2 が定めるルールと同じである。このような損害の認定をするならば、特別法がないので立証が大変であったということもない。

ここでも、既に最高裁の判決当時、成立・施行されていた金融商品取引法 21 条の 2 という特別法の内容が、民法 709 条の解釈の中に取り込まれたと評価することができるのである。それでは、金融商品取引法 21 条の 2 は、民法 709 条の解釈を予め確認しただけであり（確認規定という）、実質的には何の意味もなかったのかということそうではない。金融商品取引法 21 条の 2 のない状況で、民法 709 条の解釈を裁判所に委ねれば、このように金融商品取引法 21 条の 2 に寄せた解釈がなされたとは限らないのである。金融商品取引法改正があったことで、そこでの規定内容及びその背後にある政策判断が民法の解釈の中に取り込まれたのである。

ここで民法が「政策」を飲み込むにあたり、留意すべきなのは、民法 709 条の解釈において金融商品取引法 21 条の 2 の改正目的とされた「投資家保護」という用語はでてこないことである。ここでは、目的・手段型の政策型思考様式は表

には一切出てこない。あたかも中立・無色透明の民法不法行為法の解釈という顔をして、政策が取り込まれている。ここでは、特定の政策を取り込んだ民法が新たなインフラとして、今後、新たな政策を論じる際の基準（ベースライン）となっていく。

このように投資家保護のために民法と異なるルールとして法改正がなされたのであるが、それを結局、民法が飲み込んでいる。金融商品取引法 21 条の 2 も、消費者契約法と同様、民法の継続形成となっているのである⁴²。

(3) 民法というインテグリティ

このように、民法には、②特定の政策目的のための特別規定の基準点（ベースライン）としての意義と、③特別規定を飲み込んで自らの姿を変容してさせていくという 2 つの異なる姿がある。そして、特別規定を飲み込んで、新たな姿となった民法は、②将来における新たな特別法立法のためのベースラインとなっているのである。

特定の政策目的のために特別法が立法されたことに対する公共政策・政策論の分析の多くは、②民法をベースラインとして取り扱う。これに対して、民法学者による特別法の分析・議論の多くは、③特別法を民法の中に取り込ませるものである。すなわち、当該特別法が、民法の一般規定とどのような関係にあり、既存の民法法理とどのような関係があるのかを示す。そして、一般法である民法と全然違うという説明では飽き足らず、特別法の規定の背後にある政策を民法の解釈の中に位置づける・取り込むということをするのである⁴³。特別法の政策判断を

⁴² そのほか、前章で検討した水質汚濁防止法 19 条のような不法行為責任の厳格化についても、自己の行為による過失責任と異なる「特別の危険」を根拠とする危険責任規範（危険責任の原理）を抽出し、かかる危険責任の原理を一内容として含めた形での「不法行為法の体系」を構築することが志向されていることについて潮見佳男「責任主体への帰責の正当化」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊 NBL155 号）』（商事法務・2015）12-13 頁、中原太郎「過失責任と無過失責任」現代不法行為法研究会編・同書 53-54 頁、橋本佳幸『責任法の多元的構造』（有斐閣・2006）277-279 頁〔水質汚濁防止法 19 条のような環境無過失責任について〕など参照。ここにも、政策によって作成された特別法を講学上の民法が飲み込む姿（ただし、民法典に一般的な危険責任の規定を設けることにコンセンサスがあるわけではないことについて潮見・前掲 12-13 頁）が看取される。

⁴³ 潮見佳男＝山本敬三＝森田宏樹編「はしがき」『特別法と民法法理』（有斐閣・2006）i 頁。

飲み込んだ民法は、なるべく少数の原理に基づいて構築された「統一体」あるいは「インテグリティ⁴⁴」を有する体系的なものとして扱われる。

映画「千と千尋の神隠し」に「カオナシ」というキャラクターがでてくる。カオナシは、様々な他のキャラクターを飲み込み、飲み込んだキャラクターの性質を獲得し、自らの姿を変容させていく。民法とはまさにこのカオナシである。

特別法のみならず様々な政策判断を内包する解釈論を前にして、どのように民法のインテグリティを形成していくか、民法をどのような統一体と考えていくのか、という作業は、まさに法律学の方法論である。すなわち、前述した政策型思考様式（目的手段型思考様式）ではなく、体系や概念をどのように打ち立てていくのかという法的思考様式なのである。公共政策が法制度を観察するときには、一定の目的のために当該ルールが合理的か否か、という形で問いを立てる。これに対して、法学では、様々な政策を内包する法制度をどのように整理すれば、「インテグリティ」がある統一体として整理できるのかを考えるのである。

それでは、なぜ、このように民法をインテグリティのあるものとして構築しなくてはならないのか。一つには、実践的な意図として、特別法が設けた形式的な要件を満たさない場合に、特別法の規定内容について一切適用がないとするのではなく、民法に取り込ませることで、要件を満たさなくとも民法の内容として特別法規定と同じないし連続的な内容の規範を適用する。これにより、なるべく結論に不当に差がつかないように、連続的に捉えられるようにするという意味がある⁴⁵。

他方で、このような実践的機能を常に発動させるべきか否かはそれこそ政策判断であり、場合による。すなわち、消費者契約法であれば、適用対象を消費者一事業者間の契約に限定したことに、強い意味があり、事業者間の契約や消費者間の契約に適用を拡張するのは、取引の自由・自由主義経済に反するものとして適用を限定すべきであるならば、仮に既存の民法と連続的に位置づけることができたとしても、裁判所が民法を適用した場合に特別法のルールと同一ないし連続的なルールを適用することは控えるべきである。実際に、消費者契約法においては、消費者契約法の適用がない場面であっても民法の解釈により同一・類似の解決策を提案する理解が有力であるのに、同じく消費者保護を目的とする法律の中でも、割賦販売法や特定商取引法については、これらの規定の適用要件を満たさない場

⁴⁴ インテグリティについては、Ronald Dworkin, LAW'S EMPIRE 219 (1986, Harvard University Press); ロナルド・ドゥウォーキン (小林公訳)『法の帝国』(未来社・1995) 340 頁参照。

⁴⁵ 消費者契約法 4 条に関連して、山本・前掲注(37)「消費者契約法の意義と民法の課題」239 頁、大村・前掲注(37)文献 13 頁。

合には、民法の解釈を使って同一ないし類似の解決策を提示するという試みは必ずしも有力ではない⁴⁶。

だが、そのような実質的意義がなく、適用を厳格に区分すべきという場合であっても、それでも民法法理との連続性を強調し、統一体としての民法の中で位置づけていくという作業は続けられる。これは、民法あるいは日本の私法（民法のほか商法や他の私的当事者間を規律するルール）制度を1つの統一体として扱うことによって、民法の規定に従って紛争が処理されることに対して、当事者がある程度の「納得」をするという信仰を生む効用があるからではないか⁴⁷。

⁴⁶ 具体例として、クレジットカードの分割払いでの商品購入（包括信用購入あっせん）や、個々の商品の購入の際に信販会社と契約して信販会社に立替払いしてもらい購入者は信販会社に分割払いをするという個別信用購入あっせんの場合において、原因となる個々の商品購入契約において無効・取消・債務不履行などの事由があれば、消費者（購入者）は、それらの事情を購入代金の信用供与をした金融業者に対しても主張できるという「抗弁の接続」（抗弁の対抗）がある。これは割賦販売法30条の4（包括信用購入あっせん）および35条の3の19第1項（個別信用購入あっせん）によって認められているが、同規定の適用は同法に定義の定められている「包括信用購入あっせん」（同法2条3項）あるいは「個別信用購入あっせん」（同法2条4項）に限られている。たとえば、クレジットカードの一括払いの場合にはこの抗弁の接続規定は適用されない。また、効果も、抗弁、すなわち契約が無効であるなどの売主に対して支払請求を拒むことができる事由をカード会社や信販会社に対しても主張できるというのとどまり、後で元の購入契約の無効・取消が発覚したからといって、カード会社や信販会社に既に支払った金銭を返還するようにはすることはできない。

最判平成23・10・25民集65巻7号3114頁は、簡品割賦購入あっせん（現在の個別信用購入あっせん）を用いたいわゆるデパート商法の事案において、割賦販売法35の3の19Iによる抗弁の接続を超えて既払金返還を認める基準を以下のように判示した。同最判は、原因契約が民法90条違反で無効となる場合であっても、「販売業者とあっせん業者との関係、販売業者の立替払契約締結手続への関与の内容及び程度、販売業者の公序良俗に反する行為についてのあっせん業者の認識の有無及び程度等に照らし、販売業者による公序良俗に反する行為の結果をあっせん業者にも帰せしめ、売買契約と一体的に立替払契約についてもその効力を否定することを信義則上相当とする特段の事情があるとき」に限定した。これは、割賦販売法で定められている効果を超える効果を認める場面を非常に限定するものであって、割賦販売法と民法の一般条項（ここでは民法90条の解釈）の解釈との間で「断絶」があることを強調するものである。

⁴⁷ 法律学が現代における「神学」としての意味を有することについて安藤馨「制度とその規範的正当化—帰結主義とその社会規範の関係を巡って」新世代法政策学研究8号（2010）283頁以下、305頁参照。

「信仰」というと、近代国家において、そのようなものに頼ってはならないと直感的に思われるかもしれない。

だが、政策型思考様式と呼ばれる目的一手段型の論法で議論を進めても、一義的に「合理的」だと説得力のある結論を見出せない場合がある。例えば、原子力発電所を新設する場合において、近隣住民の差止請求権を認めるか否かについて、リスクと効用との最適なバランスを考えるといても、裁判所はそのような判断をする能力がない。裁判所だけでなく、政府も企業も現在の世の中の人々は誰もその答えがわからないということもある。また、そもそも、原子力発電所の建築の際に、生命のリスクがある中で、経済活動の活性化のような経済的利益と比較することが許されないのではないかと考える者もいて、そもそも何を「目的」とするのかについて意見の対立がある場合もある。何を目的とすべきかに関する意見の対立は、価値観ともいえるものであり、近時の LGBT など（少数派）差別の問題になれば、より深刻となろう。

このように公共政策・政策論として答えがわからない場合であっても、紛争となってしまうと、現在社会においては、決闘で決着をつけるというような自力救済は禁じられており、そのかわりに裁判所が何らかの結論を出さなくてははいけない。そのような場合、裁判所は、法的思考様式によって「統一体」としての民法の理解を延長していくことで導かれる答えを解決策として提示することで、特定の結論を導くことができる。しかも、盟神探湯で決めたというよりも、インテグリティのある体系・統一体としての民法（あるいはその他の法体系）から導かれた結論ということで現代社会においても一定の説得力あるものとして扱ってもらえる。

もちろん、このように出した結論が、本当に政策的に正しい結論であるという保証はなく、公共政策・政策論の観点からすれば、もはや盟神探湯によって導いた紛争解決と変わらないのかもしれない。ただ、少なくとも 2019 年 12 月現在において、完璧とは程遠いものの、法による解決は、それなりに説得力のあるものとして扱われており、大きな混乱とはなっていないように思える。そうであるならば、「インテグリティのある法」というものを用意し、かつ維持・管理を続けていくことは、統治の知恵として悪いものではないはずである⁴⁸。

そうはいつでも、法的思考様式が完全に現実社会から切り離されているわけではない。民法においても、目的手段型で物事を考えることはある。同じ私法に属

⁴⁸ 本稿筆者は、構成要件・違法性・責任の三要件体系による犯罪論を維持する刑法の方法論を素材に、「インテグリティある法」を統治の知恵として用いる手法を、インテグリティ戦略として検討したことがある。得津晶「刑法と商法の対話」松中法学 1 巻 1 号（2019・私家版）25-27 頁。

するとされている法律でも商法をめぐっては、より政策論が前面に出てくることもある⁴⁹。また、インテグリティのある法体系から結論を導き出すという法的思考様式によって導き出した結論と、政策型思考様式（目的一手段型思考様式）によって導き出す結論とが、常に乖離するわけではない。むしろ、多くの場合は、両アプローチによって導かれる結論は一致すると考えられている必要がある。そうでないと、政策型思考様式で結論が出ていないにもかかわらず、法的思考様式で結論を導いたとしても、人々は、そのような法的思考様式は現在において盟神探湯を再現する場合と同じ様に、「説得」されることはなくなってしまう。法的思考様式があくまで統治の知恵であって、結論が正しいものと説得されるというのは実は正しくないものを正しいと思い込ませるいわば「フィクション」である。フィクションがフィクションであるということがばれてしまうと、もはや人々はその正しさを信じなくなるためフィクションとして機能しなくなるのである⁵⁰。

さて、このようにみると、公共政策の観点からは大きな研究テーマがあることに気付く。このような「インテグリティ」を有する統一体としての法体系をもち、法的思考様式によって結論を導く空間（それを「法的空間」と定義してもよい⁵¹）という統治の知恵を国家権力が用いることが、市民・社会・国家にとって望ましいのか・合理的であるのか、という課題を設定することも可能である。しかし、このような課題は我々プロの研究者にとって挑戦的な課題である。現在の公共政策大学院の学生にとっては手に余る大きすぎる課題なのではなかろうか。

⁴⁹ このような民法における議論と商法における議論の方法論（discipline）の相違とその原因の分析を試みたものとして、得津晶「民商の壁」新世代法政策学研究 2（2009）233-276 頁参照。これに対して、法律論でも政策判断を前面に出すべきとする反論として、田中亘「商法学における法解釈の方法」民商法雑誌 154 巻 1 号（2018）36-67 頁、特に 48 頁、62-64 頁参照。

⁵⁰ 小坂井敏晶『民族という虚構』（東京大学出版会・2002）66 頁、70 頁以下。これに対して、法的議論にもより実質論を前面に出すべきとする立場として吉田邦彦『民法学と公共政策講義録』（信山社・2018）208 頁。同書は、法的思考様式と政策型思考様式の対比の点およびその両者の架橋の必要性の点で本稿と問題意識を共通するものの、架橋の方法とその前提となる平井宜雄学説の理解が異なる。本稿は、法的議論において実質論を前面に出すという吉田の提案は、むしろ法的議論の意義を損なう危険があることを指摘したい。

⁵¹ 田中成明『法的空間』（東京大学出版会・1993）42 頁。

(4) 補論：「判民型」の判例評釈

このような「インテグリティ」ある統一体として如何に整理するか、という観点からは、裁判所によって出された裁判例・(最上級審による)判例を分析する「判例評釈」というジャンルにおいても強調されている。近時、法学者による判例評釈は、裁判所が出した判決を政策論の観点から望ましいか否かの当否を論じるのではなく、当該判決文からは明示されていないながらも、後の裁判例が参考とする「先例規範」を抽出することが重視されるようになってきた(このような評釈を「判民型」と表現することがある)⁵²。ここでは、従来の判例・裁判例が示してきた理解といかに整合的に、しかもなるべく合理的に、評釈の対象となる判決を位置づけることができるのか、という観点から分析がなされる(「内在的理解」といわれる)⁵³。そして、従来の判例と当該判決とを整合的に理解し得るような「判例法理」を描き出すことが要請される。

このような判例評釈は、日本の裁判所(最高裁判所)の諸判決を、矛盾のない一つの体系すなわち「インテグリティ」として抽出する作業といえる。現実には複数の異なる裁判官によって書かれた裁判を、あたかもヘラクレス(ハーキュリーズ)のような哲人的・超人的な一人の裁判官が書かれた矛盾のないものとして整理する作業ともいえる⁵⁴。

このような判例評釈の傾向に対して、最高裁判決に対する批判的精神が失われていくという批判がなされている⁵⁵。この批判は事実の指摘としては正しい。他方で、裁判所の諸判例・裁判例群を「インテグリティ」あるものとして作り上げていくという作業には、前項で述べた通り、統治の知恵として意味があることからすると、そのことをもっと直ちに否定的評価を与えるべきとは言えない。

⁵² 「判民型」の判例評釈方法論について大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』(有斐閣・2000)306頁以下。

⁵³ 大村ほか・前掲注(52)文献322頁。

⁵⁴ 裁判例による判例法理をハーキュリーズに擬人化する比喩としてドウウォーキン・前掲注(44)文献; Dworkin, SUPRA note 44 参照。

⁵⁵ 吉田邦彦「日本民法学の構造変化と関係的視覚」同・『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』(2011・有斐閣)303頁、吉田邦彦「二十一世紀における『民法と社会』を考える」同書429-430頁、吉田邦彦「日本民法学の近時の変貌の回顧と将来の方途」北大法学70巻2号(2019)293頁。

5. 2017年民法（債権法）改正の中の「政策」

それでは、実際の民法の改正を公共政策の観点から眺めるとどのような分析が可能なのかを具体例を挙げて考えてみる。本稿では、2017年の民法（債権法）改正を例にする。このいわゆる「債権法改正」は、民法学界が20年近くかけた一大プロジェクトであり⁵⁶、非常に大きな改正であり、様々な内容を含んでいることから、トピックごとに、本稿の紹介した3つの段階の違いが顕著にあらわれる。

2017年民法（債権法）改正には多様な内容が含まれるところ、本稿では、3つのトピックを扱う。(1) 債務不履行責任、(2) 個人保証、(3) 消滅時効の短期化の3つである。

(1) 債務不履行責任（415条）

契約違反をした場合に金銭による損害賠償責任（債務不履行責任）を定める民法415条の改正は、本改正において、最も大きなトピックとされていた。

伝統的な理解としては、債務不履行に基づく損害賠償責任は、同じ「損害賠償」として、2.(2)で紹介した不法行為と同様の要件で理解されていた。不法行為の要件が、①権利侵害・違法性、②故意・過失、③因果関係、④損害とされていたことから、民法415条においても、①（客観的な）契約違反〔債務不履行〕、②主観的帰責事由としての故意・過失、③因果関係、④損害が要件となると整理されていた。

ただし、②主観的帰責事由としての故意・過失の立証責任のみが異なっていた。不法行為においては、賠償請求を求める側（原告）に①違法性の要件のみならず、②故意・過失の立証責任もあり、原告が証明に成功しないと裁判所によって請求は認められない。これに対して、債務不履行責任の場合には、すでに①契約違反が存在していることから、原則として責任を負うのが当然であり、②故意・過失が存在することを請求する側が立証する必要はないとされた。①契約違反を立証

⁵⁶ 2017年民法（債権法）改正に向けた民法研究者の準備作業の開始をいつからカウントするのは明確ではないものの、1998年日本私法学会シンポジウム「民法100年と債権法改正の課題と方向」（私法61号〔1999〕3-114頁にその記録が収録されている）及び同シンポジウムのための共同研究の成果である山本敬三編『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として（別冊NBL51号）』（商事法務・1998）が挙げられることが多い。

されてしまった義務を負う側（債務者）が、今度は、②故意も過失も存在しなかったことを立証し、この証明に成功すると、賠償義務を負わなくて済む。反対に、債務者が②故意・過失の不存在の立証に失敗した場合には、債務者は、賠償を支払わなくてはならないことになる。故意・過失の不存在の立証に失敗した場合は、裁判所が故意・過失があると認定できた場合だけではない。裁判所は故意や過失があるのかわからない場合（ノンリケットという）にも、既に契約違反の認定があれば、因果関係のある損害に相当する金銭支払いを義務者に命じるのである。

このような従来理解に対して、債権法改正をめぐる議論では大きく2つの点から反論が提示されていた。まず、 α . 債務不履行責任における免責事由としての故意・過失とは、不法行為の要件としての故意・過失とは全く内容が異なるという指摘である。同じ「損害賠償」だからといって、不法行為の要件と債務不履行の要件とを同じようなものとして整理する必要はないからである。不法行為には様々なシチュエーションが含まれるが、加害者と被害者の間に従前、何の関係もない赤の他人同士でも成立するのが不法行為である。それならば、損害賠償の金銭支払いが裁判所という国家権力によって強制されるのはごく例外的な場合であるべきで、①権利侵害・違法性と②故意・過失の2つの要件を課すことに理由がある。これに対して、債務不履行責任とは、両当事者の間に契約が事前に存在している中で、その契約に違反した場合を想定しているのであって、問題としている状況が全く異なる。予め契約を締結しておいて、その契約に違反した当事者が損害賠償責任を負うのは、当然であるということもできるからである。よって、債務不履行責任の場面での②故意・過失の不存在というのは非常に限定的であるべきであり、裏を返せば、②故意・過失というのは非常に緩やかに認められるべきものである。

契約において、契約で定められた義務を履行しない場合、日本の裁判所では、当該義務を履行するように求めることができる（民法414条1項。直接履行あるいは強制履行という）⁵⁷。このような直接履行を求めるにあたって、契約上の義務

⁵⁷ このような契約上の義務に対して裁判所を通じて強制履行・直接履行を求めることができるという法制度は必ずしも自明ではない。アメリカ法では、契約違反があった場合には、原則として金銭による損害賠償しか認められない。損害賠償では契約の相手方の保護が特に不十分で公平に反する場合に限り、強制履行が認められる。このように契約違反に対する救済として原則として強制履行まで認めるのか、それとも損害賠償にとどめるべきかについて政策（法と経済学）の観点から分析した研究として田中亘「契約違反に関する法の経済分析」社会科学研究62巻2号（2011）3-31頁参照。

を負う者（債務者）の故意・過失は全く要件とされていない。そして、契約の相手方が契約上の義務を履行しない場合に、当初の契約の内容通りに義務を履行することを請求することも、義務の履行の代わりにその損害を金銭で賠償することも、契約の相手方（債権者）にとっては同じである。となると、契約上の義務違反の場合における損害賠償とは、不法行為と並べるよりも、契約上の義務の直接履行と同列にすべきものであるということが出来る。

ここまでくると、従来の理解に対する第二の批判が出てくる。先述の通り、契約上の義務を履行しない債務者に対する直接履行請求には、義務者の故意・過失があること（不存在がないこと）は全く要件とされていない。そうであるならば、 β . そもそも債務不履行責任において故意・過失は全くもって要件でないのではないか。これは、立証責任の問題ではなく、そもそも故意・過失は無関係であるということである。この結果、債務不履行責任は厳格責任であるとか、契約を締結したということをもってすでに故意・過失の要件は充足しているとかいう説明がなされていく。

そして、実際に、2017年民法改正よりもはるか前から、日本の裁判例は、債務不履行における故意・過失を不法行為における故意・過失と同じように理解してはいなかったことが指摘されていた。たとえば、売買契約のように契約上の義務内容が買主であれば金銭支払、売主であれば対象となる財（有体物）の引渡しというふうに契約上の義務が明確に特定されているような契約（このような契約上の義務を「結果債務」ということがある）においては、実際に損害賠償が免責されるのは非常に限定されていた。買主の金銭債務の不履行については何があつたとしても義務を免れることは民法の条文に定められているが（民法419条3項）、売主の財の引渡義務においても、「不可抗力」といえるような状況でなければ、義務違反があつた場合には債務不履行責任を免れないと判断されていた。ここでは、裁判所は、不法行為と同じ故意・過失といいながらも、 α . 債務不履行責任における故意過失では、不法行為とは全く異なる基準を適用していることがうかがえるのである。そして、不可抗力でしか免責されないというのでは、そもそも故意・過失の不存在という表現とは全く異なる基準であり、また不可抗力が認められる範囲は非常に狭い例外的な取り扱いなのであるから、 β . 事実上ないし原則として厳格責任と理解してよいのではないかと考えられるようになっていったのであ

なお、契約違反の責任を金銭支払による損害賠償責任を原則とするアメリカ法（ないし英米法）においても、契約違反の損害賠償責任と不法行為（Tort）に基づく損害賠償請求（damage）とは全く異なるものと理解されており、契約違反の損害賠償責任には故意過失は全く要求されない厳格責任と理解されている。

る⁵⁸。

契約責任を厳格責任と捉えることについてはすでにアメリカ法など英米法諸国では採用されている理解であることもあって、民法（債権法）改正における当初の学者の議論においては、債務不履行損害賠償の要件を契約上の義務違反（客観的債務不履行）の1つのみで整理する立場が有力であった⁵⁹。だが、実務家から、従来の①客観的債務不履行と②（立証責任の転換した）帰責事由の二要件で整理されてきた従来の枠組みを変える必要性に乏しいことや、従来から債務不履行損害賠償の帰責事由としての故意・過失と不法行為の要件としての故意・過失とが異なることは理解されていたのだから二要件を維持しても問題ないことなどを理由として、債務不履行要件の一元化への反論がなされ、最終的には二要件が維持された。

だが、改正された民法 415 条の文言をみると、債務不履行に基づく損害賠償の要件は①本旨不履行に加え、免責事由として②「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によるものであるとき」と定められ、不法行為（民法 709 条）の要件である「故意又は過失」とは全く異なる概念であることが明示された。

つまり、従来の理解に対する批判のうち、 β ．帰責事由要件の撤廃・債務不履行要件への一元化という点は、採用されなかったものの、 α ．債務不履行の要件としての帰責事由と不法行為の要件としての故意・過失とはまったく異なるものであるという点は、改正された民法に採用されたことになる。

さて、この改正をいかなる政策に基づくものであったのかを理解しようとするとは非常に難しい。というのも、民法 415 条の改正は、 α ．不法行為の故意・過失と契約違反の責任の免責事由としての帰責事由とは全く異なること、 β ．客観的な契約違反があるのに損害賠償責任を免れるような帰責事由の不存在というのはほとんど（あるいはまったく）認められないことをわかりやすく表現することを目指したものである。だが、このような α ．、 β ．の2点については、2017年改正のはるか前から、既に判例・裁判例で採用されていた解釈だというのである⁶⁰。となると、この法改正によって、民法 415 条の実際のルールは全く変更がなされ

⁵⁸ 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』（有斐閣・1985）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号（1996）45頁など。

⁵⁹ 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009年3月31日）【3.1.1.62】（債務不履行を理由とする損害賠償）〔NBL904号（2009）136頁〕。

⁶⁰ 筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務・2018）74頁。

ていない⁶¹。

それでは、なぜ、このような実質的に無意味な民法 415 条の改正について、20 年近く、論者によっては半世紀近く、多くの民法学者は議論に盛り上がったのであろうか。

今回の改正の主要な目的の 1 つに「わかりやすい民法」を目指すというものがあった⁶²。つまり、判例や裁判例で実際になされている解釈に問題がないとしても、民法の条文の文言だけ読んで、法学部以外の学生や社会人が判例・裁判例のように理解するのが非常に困難であるという点こそが解決すべき課題であると考えた法改正であるという説明である。今までの解釈を確認することは、民法の理解をわかりやすくすることになる。

そして、政策として、この観点から 2017 年民法（債権法）改正を検討するならば、本当に 2017 年民法（債権法）改正によって民法は非法律家にとってもわかりやすくなったのか、2017 年改正民法は非法律家であっても条文を読むだけでどの程度理解できるようになったのか、そもそも「わかりやすい民法」にすることが日本の経済活性化などにとって望ましいことであるのか、という検討課題を挙げることができる。

だが、本稿筆者には、「わかりやすい民法」にするという課題だけが、民法 415 条の改正についてあれだけ長期かつ大規模に議論が盛り上がった理由であるとは思われない。民法学者には、(専門教育のみならず広義の)法教育に熱心な方が多いのは事実であるが⁶³、法教育方法論の議論として民法 415 条をめぐる議論が展

⁶¹ 2017 年民法（債権法）改正のうち多くが、内容の変更はないということにつき、山本敬三＝新堂明子＝米村滋人「〔鼎談〕債権法改正の教え方・学び方」法学教室 438 号（2017）7 頁以下、12 頁別表参照〔C 型（現行民法の修正）よりも、A 型（現行民法の維持）、B 型（現行民法の確認・補充）が圧倒的に多い〕。池田眞朗「民法改正法の解説と施行までの留意点」税経通信 72 巻 13 号（2017）127 頁も、民法（債権法）改正の内容を、①一見して市民生活に有用そうなわかりやすい改正、②これまでの判例法理を条文に取り込む、③民事というよりも取引法の改正、④現実の紛争解決の結果は変わらないものの学理的な理論構成の変更・細かい論争点の整理に分類し、実質的な改正がほとんど含まれていないことを指摘する。

⁶² 法務大臣から法制審議会への民法（債権関係）の見直しに関する諮問諮問第 88 号（平成 21 年 10 月 28 日総会）、内田貴「いまなぜ『債権法改正』か？（下）」NBL872 号（2008）78 頁、内田貴『債権法の新時代－「債権法改正の基本方針」の概要』（商事法務・2009）15－16 頁、内田・前掲注(38)文献 216－218 頁、筒井＝村松・前掲注(60)文献 1 頁。

⁶³ 大村敦志『市民社会と〈私〉と法』I および II（商事法務・2008 および 2010）、同『「法と教育」序説』（商事法務・2010）、大村敦志＝小粥太郎『民法学を語る』

開されたわけではない。むしろ、損害賠償であることを基準に整理すべきであるのか、それとも、契約や不法行為といった義務（債務）の発生原因に応じて区分すべきであるのか、契約に基づく救済（remedies）をどのように考えるべきか、といった点が問題になっていたのである。そして、これらの問題群は、民法というインテグリティのある法体系を具体的にどのようにデザインするののかの問題とつながっているのである。この意味で、民法をインテグリティある法体系として捉える法的思考様式において、民法 415 条の要件をどのように考えるのかは、非常に重要な問題なのである。ただの整理の問題・ただの用語法の問題に過ぎないといって簡単に切って捨てるわけにはいかない。

これに対して、公共政策の観点から、このような観点を評価するのは非常に難しい。インテグリティある法体系としてどのように説明すれば、人々は「説得」されるのか、納得してくれるのか、ということ心理学や脳科学を用いて分析するという研究は今後の法律学のアカデミックゴールともいえる非常に興味深い論点である。しかし、このような問題設定は、理論上可能であるとしても、現在の日本の公共政策大学院の学生にとって手に余る課題ではなかろうかとも思う。このような現実も踏まえると、民法 415 条に関する議論をはじめ、2017 年民法（債権法）改正に関する法学者の議論の多くは、実は、公共政策になじまない議論であるということができる⁶⁴。

(2) 個人保証人保護

2017 年民法（債権法）改正にも、従来の判例法理の整理・確認のみならず、特

（有斐閣・2015）20 頁〔小粥太郎〕[民法学者として「教育活動以外に固有の仕事はない」とする]。

⁶⁴ このことを批判的に指摘する見解として吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト 1368 号（2008）111 頁、吉田邦彦「近時の『民法（債権法）改正』目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」同『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（有斐閣・2011）383-390 頁、吉田邦彦「日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（前編）—総論・アイヌ民族補償・臨床法学教育』（信山社・2015）、吉田邦彦「民法（債権法〔契約法〕）改正について—その評価と展望」同『東アジア民法学と災害・居住・民族補償（中編）—補償法学現場発信集、債権法改正、恩師の遺訓』（信山社・2017）268-270 頁〔以下、「評価と展望」で引用〕。だが、本稿の整理によれば、吉田の指摘は事実の観察として正しいものの、必ずしも否定的に評価する必要がないということになる。

定の政策目的に従った法改正もなされている。その1つの例が個人保証に関する規律である。事業のための貸金債務についての保証債務や、事業のための貸金債務についての根保証契約については、保証契約に加え、保証人が保証債務を履行する意思を有することを公正証書という書面（保証意思宣明公正証書という）を作成することが求められるようになった（民法465条の6第1項、3項）。公正証書というのは、全国に300か所ある公証役場で公証人（元裁判官などのキャリア豊富な法律家であることが多い）に手数料を支払い、契約内容を書面にしてもらったものである。このような公正証書を要求することで、その手続の慎重さ・厳格さから、保証人が負うリスクを認識し、安易に保証人になってしまうことを抑止しつつ、個人保証の全面禁止のような過剰規制となることのないようなバランスを図ったものとされている⁶⁵。

これは、保証人保護という社会問題に対する解決策として、公正証書による保証人の意思の確認手続という慎重な手続を必要とする手続規制を導入したものである。

この改正を公共政策の観点から眺めれば、個人保証に手続規制を課すことが本当に市民・社会にためになるのか、という問題を検討課題にできる。たとえば、このような規制によって、保証人を見つけることができず、融資を受けられなくなってしまったら、そもそもビジネスができなくなってより日本の経済は停滞し、市民の暮らしは豊かではなくなってしまうのではないか、という問題を立てることができる。他方で、前述のような問題意識に対して、本当にこの公正証書規制によって事業への融資が減るのか、減るとしてもどれほど減るのか、という問題を立てることもできる。

このような特定の目的の達成手段としてなされた法改正であれば、公共政策の観点から研究課題とすることができる。実務に実践的な影響のある実質改正であるため、実務家や保証を専門とする研究者は注目している。しかし、他方で、民法の研究者全体からの注目は、前節の債務不履行責任と比較すれば必ずしも高くはない。

(3) 消滅時効の短期化

2017年民法（債権法）改正によって実質的な改正がなされた点として消滅時効法の改正がある。消滅時効というのは、法律上の権利が一定期間行使されずに放置されると消滅するという制度である。改正前の民法においては、医師、助産師、

⁶⁵ 筒井＝村松・前掲注(60)文献140頁。

薬剤師の職務に関連する債権であれば3年、弁護士であれば2年、生産者や卸売商・小売商であれば2年、運送貨であれば1年、といったように、職業ごとに業務に関連する債権の消滅時効が異なっていた（改正前〔現行〕民法170-174条。短期時効制度という）。他方で、列挙されていない債権の消滅時効は10年、債権・所有権以外の財産権であれば20年（所有権は消滅時効にかかわらず第三者が取得時効〔・即時取得〕によって所有権を取得することがあれば反社会的に所有権が消滅する）が消滅時効とされている。

2017年民法（債権法）改正では、このような職業ごとの様々な消滅時効制度（短期時効制度）を廃止し、契約上の権利や不法行為損害賠償のような債権については、権利を行使できることを知った時から5年に統一した（民法166条1項1号）。そして、権利行使可能であることを知らなくとも、権利行使が可能であるときから10年間で消滅するとした（民法166条1項2号）。ただし、人の生命または身体の侵害による損害賠償請求権については、権利行使可能であることを知らなかった場合には、権利行使可能時から20年と延長した（民法167条）。

職業ごとの短期時効制度には、このような差異を設ける合理的な理由を見出しがたかったのであり、これを統一したというのは、実質改正ではあるものの、非合理的な区分をよりインテグリティのある形にした改正ということができよう。従来の消滅時効の非合理的な区分が、社会における経済活動に影響を与えていた可能性はゼロではないものの（例えば、運送業を行おうと考えていた者が、消滅時効が1年と短いことに気づき、運送業で事業を開始するのを断念し、消滅時効のより長い卸売商に事業を変更するなどの例が理論上はありうる）、決して高くはないであろう。よってあくまでインテグリティの観点から説明するというのが穏当と思われる。

ただし、公共政策の観点からの分析が不可能なわけではない。仮に、このような消滅時効の非合理的な区分が、経済活動の事業選択の場面で影響を与えていたのであれば、統一化によって、社会における事業活動の選択が公平になされることになり、非効率性が是正されたと可能性もある。このように説明すれば、公共政策の観点から消滅時効の統一の説明を試みることも可能である。

民法のインテグリティ確保の観点にせよ、あるいは不合理的な区分の廃棄による事業選択の公平性の確保という公共政策の観点にせよ、消滅時効の統一を説明（正当化）することは可能である。問題は、その統一化の結果が、債権の消滅時効を、債権者が権利行使可能であることを知っていた場合には、従来の10年から改正民法では5年へと短縮した点にある⁶⁶。

⁶⁶ 吉田・前掲注(64)「評価と展望」276頁〔「業界サイドの改正と評価されても仕方がない」とする〕、池田・前掲注(61)文献128頁〔「実際には主観的起算点で5年

消滅時効の期間は法律の条文に数字が明記されているため、改正前民法において、解釈で柔軟に5年にしようという議論があったわけではない。当然ながら消滅時効を5年にする判例・裁判例があったわけでもない。むしろ、その反対であり、改正前の民法において、前述の様々な短期消滅時効制度のほか、いわゆるビジネスに関する債権である商行為債権については消滅時効を5年とするルール（改正前商法522条）など、様々な短期消滅時効制度が設けられていたにもかかわらず、裁判所はこれらの短期消滅時効の適用範囲をなるべく制限的に解釈し、骨抜きとして、どのような事案にもなるべく10年の消滅時効を適用しようというのが判例・裁判例の態度であるとされていた⁶⁷。消滅時効は、本来義務を負担している者が、時間の経過によって義務を免れる不道德な制度という理解もありうるところ、日本の裁判所は、実際には、消滅時効を機械的に適用して義務を免れるという解釈にはかなり制限的であったという調査も報告されている⁶⁸。このあたりは、裁判所が、日本人の「時効嫌い」という価値観を見出し、当該価値観を反映させている可能性すらある。つまり消滅時効10年については社会問題とはされていなかった。

にもかかわらず、2017年民法（債権法）改正では、消滅時効の短期化がなされた。立案担当者は、領収書の保存費用など弁済の証拠保存のための費用や負担が

となるケースが多いと思われるので、実質的な時効期間の短縮と言える」と評価する]。

⁶⁷ 金山直樹「166条1項・167条、173条・174条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年II』（有斐閣・1998）411頁。たとえば、最判平成20・1・28民集62巻1号128頁は、株式会社が取締役に対して有する任務懈怠責任（2005年改正前商法265条1項5号に基づく責任）について、当時存在した商事消滅時効を適用せず、10年の民事消滅時効を適用した。今後、取締役の責任規定に改正民法166条1項1号に従い消滅時効が5年となりかねないことを問題視する見解として得津晶「判批」法学79巻5号（2015）489頁。江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣・2017）482頁は、株主代表訴訟による取締役への責任追及の場合においては、当該会社の代表権者が対象となる役員の任務懈怠該当行為の存在を知った時ではなく、株主から提訴請求（会社法847条1項）を行った時を「債権者が権利を行使することができることを知った時」として消滅時効の起算点とすべきとする。このように技巧的に消滅時効の起算点を遅らせる解釈の必要が生じるのは、2017年民法（債権法）改正で統一した5年という基準が日本の紛争解決の実体から乖離して短いからであると考えられる。

⁶⁸ 星野英一「時効に関する覚書—その存在理由を中心として—」同『民法論集第四卷』（有斐閣・1978年）167-313頁、特に207-297頁。

増加しているという点を挙げている⁶⁹。だが、改正前の判例・裁判例の消滅時効を10年とする解釈において、このような社会問題が指摘されることは決して多くはなかった。

このような消滅時効の短期化は、今回の民法（債権法）改正に向けた準備段階でかなり早期から検討されていた問題の一つである。途中、法制審議会の中間試案（2013年2月26日）段階まで権利行使が可能であることを知った時を起算点とする債権の消滅時効期間には、3年、4年、5年の選択肢が存在していた⁷⁰。このことからすると、改正法の5年というのはその中でも最も長期の選択肢が採用されたものといえる。消滅時効制度については、今回の債権法改正のための準備段階として、時効のみに特化した「時効研究会」が組織され、活発な共同研究がなされていた⁷¹。だが、そこでは、諸外国、とりわけ欧州各国において消滅時効制度について起算点の主観化・柔軟化と同時に時効期間の短期化がなされている点が報告されているものの、日本において消滅時効期間の短期化の必要性あるいはそれが必要となるような社会的な課題の指摘はほとんどなされていなかった⁷²。

このように、日本の法学者の議論は、比較法（あるいは「外国法研究」ともいう）として、諸外国の法制度を参考にする議論が多い。参考にする国は、先進国がおおく、民法であれば、特に欧州（ドイツ、フランス）の法制度を参考にすることが多い。このような比較法は、日本の実態に合わせたルールを考えていくことで、ルールがガラパゴス化し、国境を越えた取引やインターネット等が増加している現在社会において、国際的な協調性を欠くことになるのを防ぐという積極的な意味もあろう。だが、他方で、「アメリカでは」「ヨーロッパでは」式に海外

⁶⁹ 筒井＝村松・前掲注(60)文献55頁。

⁷⁰ 民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（2009年3月31日）【3.1.3.44】（債権時効の起算点と時効期間の原則）〔NBL904号（2009）198－199頁、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務・2013）68頁。

⁷¹ 共同研究の活動成果として、2008年6月日本比較法学会ミニ・シンポジウム「世界の時効法の動向」（その記録として比較法研究70号〔2008〕157－194頁）2008年10月13日第72回私法学会シンポジウム「消滅時効法の改正に向けて」（その記録として私法71号〔2009〕60－116頁）及びそれらの成果を取りまとめた金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言（別冊NBL122号）』（商事法務・2008）がある。

⁷² 内田・前掲注(62)文献「債権法の新時代」139－140頁は、ドイツ（3年）、フランス（5年）、欧州のモデル法（DCFR. 3年）及び国連の時効条約（5年）の言及がなされ、「国際的にも大体、このあたりの幅に収まっている」ということが主要な理由となっている。

の事象をそのまま日本にあてはめてしまういわゆる「出羽守（でわのかみ）」式の議論をしてしまう危険もある。

今回の消滅時効の時効期間の短期化においては、欧州が短期化したという事実を学ぶことは重要であるとしても、なぜ欧州が短期化したのか、その原因となった事実ないしその前提となる社会的な課題を日本と欧州とが共有しているのか否かは検討すべき課題であった。しかし、消滅時効短期化における議論は、この問題をあまり取り扱っていない。数少ない例外として、消滅時効期間を従来の30年から3年に短期化したドイツにおいて、立証の困難ないし証拠保全業務の煩雑さからの債務者の保護であることが指摘されており⁷³、参照されている議論によれば、そこでいう「債務者」とは金融機関の債権管理コストを下げるという政策判断であったとのことである⁷⁴。

ここまで理解すれば、公共政策の観点からは、金融機関が債権管理のコストが大きく、市場におけるサービス提供や国際競争において不利益を被っているという課題があるのであれば、それに対する解決手段として、消滅時効の短期化が有用であるか否かという形で課題を設定することができる。また、日本においてそもそも債権管理コストが過大という問題があるのか否かという課題も設定できる。だが、今回の2017年民法（債権法）改正における消滅時効短期化の議論では、諸外国の法制度を参照することで、却ってこのような社会的課題の存在が見えにくくなっていた。

このようなこととなったのは、一つには法律家固有の議論がなされていたからである。だが、そこでいう法律家固有の議論というのは、これまでみてきたような法の「インテグリティ」の確保という観点とは異なるものであった。ここでの法律家固有の議論というのが、見方によっては「出羽守」ともいわれるような外国法の参照であったという点で、従来と異なる。

法学的な議論において、海外の法制度を参照して自国の法制度を分析するという比較法の手法が用いられることが多い⁷⁵。（日本においては）日本の法制度をよ

⁷³ 齋藤由起「ドイツの新消滅時効法」金山編・前掲注(71)文献 156-157頁。

⁷⁴ 香川崇「わが国における消滅時効の起算点・停止（3・完）」富山大学経済学部富大経済論集 57巻2号（2011）155頁および2008年比較法学会でのミニ・シンポジウムでの齋藤・前掲注(73)文献をめぐる質疑応答より。このような時効短期化の要請を批判的に指摘するものとして大村敦志「コメント」私法71号（2009）64頁、シンポジウム討論・私法71号（2009）66頁〔星野英一発言〕、74頁〔草野元己発言〕。

⁷⁵ なお、「比較法」というのは本文で述べたような自国法（ないし特定の国の法律）の分析をより実りあるものにするために外国法を参照するというだけにとどま

りよくするという議論をするのに、このような比較法（外国法の参照）がなぜ頻繁に行われるのかは実は定かではない⁷⁶。前述の様に、国際化社会となった現在において、各国と協調しにくくなるような独自のガラパゴス的なルールを作らないようにするというのも 1 つの理由であろう⁷⁷。また、当該国が抱えている特定の課題を既に抱えている諸外国において、当該課題に対してどのような法改正が解決策として取られたのか、そしてその効果はどうだったのかを知るということは自国の課題の問題解決策を考えるにあたっても非常に参考になる⁷⁸。

だが、法学者による比較法にはこのような公共政策の観点からなされる諸外国の参照にとどまらないところがある。とあるシンポジウムのディナーでの Klaus Hopt 教授⁷⁹の受け売りではあるが、法律を論じるには、本稿が整理したように、インテグリティを持った法体系を構築していくという法的思考様式と、課題に対して合理的な解決策を提示していくという目的手段型ともいべき政策型思考様式とがあり、この両者をつなぐことができるのが比較法である⁸⁰。

新たな社会問題の登場などによってその国が維持してきたインテグリティのある法制度ではどうもうまく解決ができていないという状況が生じうる。このような場合に、法制度のインテグリティを維持し続けて、結論の妥当性に目を背け続

らない。むしろ、国際的な文脈で比較法（Comparative Law）といった場合には、特定の国の法制度をより深く理解するための研究というよりは、各国の法制度の違いとその原因を分析する記述的な学問を指すことの方が多い。Nils Jansen, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 305-338 (Mathias Reinmann & Reinhard Zimmermann eds., 2006); 五十嵐清『比較法ハンドブック』（勁草書房・2010）1 頁など参照。

⁷⁶ 早川眞一郎「比較法研究の意義」伊藤眞＝加藤新太郎＝永石一郎編『これからの民事実務と理論』（民事法研究会・2019）156－167 頁、藤澤治奈ほか「〔座談会〕民法学のなやみ」民法理論の対話と創造研究会編『民法理論の対話と創造』（日本評論社・2018）289－303 頁参照。

⁷⁷ ネットワーク外部性として説明がされうる。

⁷⁸ 大村ほか・前掲注(52)文献 157 頁（機能的比較法とよばれる）。桑村裕美子「労働法学における比較法の今日的意義」日本労働研究雑誌 705 号（2019）47 頁など民法よりも政策色の強い特別法（会社法や労働法など）に多い。

⁷⁹ 世界の会社法を機能主義的観点から比較・分析した REINIER KRAAKMAN ET AL., THE ANATOMY OF CORPORATE LAW (Oxford University Press 2004) の第一版からの共著者の 1 人であり、世界的に著名な会社法学者。

⁸⁰ 同趣旨を看取できるものとして尾崎一郎「企画趣旨（特集・外国法の参照）」法律時報 92 卷 4 号（2020）4 頁、毛利康俊「法関連文化の深部探針としての外国法研究」法律時報 92 卷 4 号（2020）55 頁。

ければ、法制度のインテグリティが市民にもたらす「説得」ないし「納得」は効力を失っていき、フィクションとしての機能を果たせなくなってしまう。

他方、今の法制度の結論では妥当ではないという判断が既になされているということは、政策型思考様式に基づいて、一定のコンセンサスのある結論がすでに社会に存在しているということを意味する。つまり、この場面では、法制度が、政策型思考様式の結論を取り込む必要性に迫られているのである。しかし、法制度はインテグリティを有した統一体である必要があり、裸の政策判断をそのまま法制度の中に取り入れるのは難しい場面がある。もし、「インテグリティ」を保ったまま、政策型思考様式による結論を法制度中に簡単に取り入れることができるのであれば、そうすればよい。しかし、今までのインテグリティを維持してきた説明ではどうしても新たな結論の説明がつかない場面がでてくるからである。

このような状況で、新たな結論を取り込むためには、既存の「インテグリティ」を維持してきた説明（ストーリー）をそのままでは維持できず、揺り動かす必要がある。かといって、政策型思考様式の結論を取り込むために法の体系性の具体的な説明を変えるということが明らかになっては、「インテグリティ」がただの道具に過ぎないということが市民に露見してしまう。このような事態を目の当たりにした市民は、「インテグリティ」のある法が正当な結論を導いてくれるということに対する信頼を失う。今後、結論が明らかでないときに、法制度の「インテグリティ」から結論を導き出そうとも、その結論に対して市民は「納得」せず、「説得」されなくなってしまう。

このような事態を避けるため、政策型思考様式の観点から望ましい結論を採用するために既存の「インテグリティ」の中身にそれなりの改変を迫るにしても、あくまで法の「インテグリティ」の中の論理でも、説明がなされる必要がある。そこで、比較法研究によって、日本法とは異なりながらも、異なった形での「インテグリティ」「統一体」の中から、そのままではないとしても、ヒントを導き出し、既存の日本の法体系とかかるヒントを結びつけるという形で、新たな「インテグリティ」の具体的なデザインを日本法に与える⁸¹。これによって、日本の法の

⁸¹ 大村ほか・前掲注(52)文献は、外国法・比較法をそのまま日本法に取り込もうとする「出羽守」式の「模範による論法」は一般的にはできないものであると批判し（同 97 頁）、近時は外国法・比較法から示唆を得るにとどまっている（「示唆獲得型」と指摘して（同 89 頁）。そして、そのような示唆を獲得するための論法の 1 つとして外国法と日本法とを対比して両者を説明できるモデルを構成するという論法（「モデル構成型」とする）を紹介している（同 102 頁）。この「モデル構成型」による外国法・比較法研究は、外国法の議論を用いつつも、日本法の「インテグリティ」をどうデザインしなおすのかの議論の参考にするにとどめ、外国法の議論が

「インテグリティ」の形が従来のインテグリティを維持してきた具体的な説明とは変更があったとしても、広い意味での法の「インテグリティ」（あるいは「法の支配」というマジックワードを用いることも許されようか）の内側の論理で変更がなされたことになる。

すなわち、比較法というのは、一方で法的思考の外側にある政策型思考様式の判断を法の体系の中に取り入れるものであって、他方で、それがむき出しの政策型思考様式にはならないように、法的な統一性・インテグリティに対する市民の信仰を保ちながら、法の外側の判断を取り入れるための知恵（実践知）の一つと位置付けることができる。

しばしば、比較法の意味として、日本法の解決策への選択肢を増やす（「解決法の貯蔵庫〔Vorrat ab Lösungen〕」）、という表現がなされることがある⁸²。このような話をきけば、なぜ、ほかの国のやっていない政策を日本の政策として選択肢にあげてはならないのかという批判がなされよう。だが、ここでいう「解決法の選択肢」というのは、海外でなされている具体的な選択肢しか政策の候補としてあげてはならないという意味ではない。そうではなく、法のインテグリティとそれに対する市民からの信仰（一応の信頼）という効果を保ちながら、受け入れ可能な政策型思考様式による望ましい結論を取り入れた新たな解決策を提示するために、外国法の体系と見比べることによって、既存の日本法のインテグリティの内容（具体的なデザイン）の修正のアイデアを提示できるようになるというこ

なぜ日本法の「インテグリティ」ある統一性としての理解を修正する論拠となるのかをその「モデル」に求める（同・161頁は、「外国法をその文化から切り取って日本法（つまり、日本の社会）にとり入れるときには、つねに、法的な意味での『文化変容』が生じている」とする）。このような論法は、外国法の議論を論拠としつつも、検討対象となるのは日本法であり、日本法がインテグリティをもつものであるということを前提にして、その具体的なインテグリティの内容に修正を加えるという本文で紹介した手法である。

このような論法の例として、16世紀慣習法期からのフランスの議論を参考にし、抵当権の効力について日本的な「物権」概念ではなく「法律効」としてより柔軟に設計し得るものとして抵当権概念を再構成した阿部裕介『抵当権者の追及権について』（有斐閣・2018）がある（さらに、阿部の問題意識は、「物権」概念を伝統的な支配権的な限定的な理解から解放し、優先権を中心としたより柔軟な概念として再構成する方向に進んでいる。これもまた、「物権」という体系〔インテグリティ〕の内容を修正する試みといえる）。

⁸² 五十嵐・前掲注(75)文献 105頁、大村ほか・前掲注(52)文献 160頁〔「外国法の分析を通して、豊かな議論の存在が得られる」とする〕。

とである⁸³。

もちろん、今回の消滅時効法の改正が、上記のような観点から成功例であるか否かはわからない。だが、比較法とは、ただの「出羽守」でもなければ、自国法とは完全に断絶した政策の実験場というわけでもない。法的なインテグリティを保ちながら、政策型思考様式の成果を取り込むための有用なツールなのである。

6. 結語

このように、民法を公共政策の観点から観察するには3つの異なるレベルがあり、それを区別することが重要である。①インフラとしての民法、②ベースラインとしての民法、③政策を取り込んだ民法の3つのレベルは、それぞれ異なった議論となっている。そして、民法には、公共政策によってなされる政策型の思考様式（目的手段型の思考様式）だけではなく、法を「インテグリティ」をもったものとして扱うための法的な思考様式に従った議論がなされている。むしろ、後者の議論様式のほうが盛んであるともいえる。そして、そのような議論空間を持つことは統治の知恵として不合理とも言い切れない。そのため、どの先進国においても、具体的な形こそ違え、「インテグリティ」を持った法的な議論空間というものが設けられている。

これに対して、公共政策としては、異なる思考様式であることを自覚し、適切な距離をとりながら、政策型の思考様式で民法が規律する領域に対する分析を進めていただきたい。思考様式こそ異なれども、社会における同じ事象を分析していれば、インテグリティを有する法体系は、「カオナシ」のように、政策型思考様式の研究成果を取り込もうとする。これも、一つの生産的な協働作業の姿だと筆者は考えている。

⁸³ 早川・前掲注(76)文献 164 頁が、比較法の日本法解釈における意義として、社会的前提条件のみならず、制度的前提条件も含めて外国法と日本法とを比較することで、日本法の特徴や特殊性や問題点をよりよく知り、日本法の解釈・運用をより良い方向に導くという説明は、早川の述べる「制度的前提条件」というものに当該国における法体系も含むのであれば、本文の説明と同旨であると考えられる。荻野奈緒が、特定の制度を比較しようとする際に、「いくつもの法制度や、あるいは法外の制度なども絡み合っている」（藤澤ほか・前掲注(76)文献 291 頁〔荻野〕）とし、法的なルールとそれが前提となっている法外の社会的諸条件との関連をみていく（藤澤ほか・前掲注(76)文献 298 頁〔荻野〕）というのも、本文と同様、法的な思考様式と法の外の思考様式（政策型思考様式）とを架橋する者として比較法を捉えていると理解し得る。

公共政策大学院の学生にとって、民法・私法は、難しいうえに政策として面白くないトピックと思われているかもしれない。だが、上記の様にフェーズの違いを理解しさえすれば、必ずしも民法・私法でなされている議論と完全に心中する必要はないのである。民法学者や法律家の議論とは完全に離れないながらも、一定の距離を保ちつつ、民法ないし私法に関連するトピックを積極的に研究対象として選んでいただければ幸いである。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：19K01362、18H00808、18H03611）の成果の一部である。

難民の国際的地位と人格

——戦間期における「住民 incola」論の援用による対抗——

東北大学法学研究科助教 加藤 雄大

1. 今日の法解釈学説における対立と課題
 - 1.1. 対立の所在
 - 1.2. 課題の特定
 - 1.3. 先行研究の散在と本稿の視角
2. 戦間期の国際実行における「保護」の実質的理由
 - 2.1. 戦間期の難民＝無国籍者問題に対する「住民 incola」論の援用
 - 2.1.1. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の構成
 - 2.1.2. 戦間期における難民＝無国籍者問題
 - 2.1.3. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の援用による対抗
 - 2.2. 難民の国際的地位の法典化
 - 2.2.1. 「ロシア難民とアルメニア難民の地位に関する国際取極」（1928年）
 - 2.2.2. 「難民の国際的地位に関する条約」（1933年）とその起草理由
 - 2.2.3. 「庇護」の範型との混同に伴う起草理由の忘却
3. 今日の法解釈上の論点との関連
 - 3.1. 迫害の主体
 - 3.2. 受忍可能性審査
 - 3.3. おわりに——法の外に置かれるおそれがある人の人格の承認

1. 今日の法解釈学説における対立と課題

1.1. 対立の所在

難民の地位は、なぜ国際法によって規律されているのか。それが規律されている理由は、次のふたつの点から不可解であった。第1に、もし「難民」に何らかの「地位」を保障するとしても、各国がその措置を執りさえすれば、それで十分ではなかったか。第2に、「人が人であるがゆえにもつ権利」の保障が大きく拡充してきたとすれば、もはや（「すべての人」ではなく）「特定の人」を指す「難民」という類型を規律する意味ももはや残っていないのではないか。

その理由は、今日の諸国の実行に照らすとき、いっそう不可解である。その法は少なくとも国境を越えて人々が移動することを前提にしているように見えるが、諸国は、むしろその移動を押しとどめるかたちで、査証の発行に不透明で煩雑な手続を求めたり、巡視船を配備したり、壁やフェンスを敷設したりしている。これらの国々がこの法を改廃する権能も握っているとすれば、難民の地位に関する国際法は、なぜ未だに廃棄されていないのか。もし廃棄されたとして、何が失われてしまうのか。

実際、今日の法解釈学説も、その法はいかなるなのか、という一般的構想の次元で対立している。今日の学説の対立は、グッドウィン・ギル (Guy G. Goodwin-Gill) の学説¹と、ハサウェイ (James Hathaway) の学説²とにそれぞれ代表される。この法を論じるに際してこれらの学説の影響を免れることは難しく、今日のほとんどの議論はいずれか一方に傾斜しているか、全面的に依拠しているといつてよい。

一方のグッドウィン・ギルは、この法を次のように形容する。「難民の地位に関する国際法は、国家主権という原則や国家主権に関連する領域管理、自己保存等の原則を一方として、(国際連合の目的および原則を含め) 一般国際法と条約を法源とする人道的諸原則をもう一方として性格づけられる、1つの法分野である」³。スペクトラムの両端に主権的権能と人道的要請を置き、難民の地位に関する国際法は、それらの調整を図るものとして構想されている。

これに対し、もう一方のハサウェイによれば、「難民法の目的とは、中核的人権が国内で十分に保護されるといふ合理的期待が存在しない場合にのみ国際社会の保護を与えることである。したがって、難民法とは『代行的保護』(surrogate protection) であり、国籍をもつために得られる通常の利益が奪われた場合の対応である」⁴という。スペクトラム型の構成は、斥けられている。

これらのうち特に、グッドウィン・ギルの学説は、国内裁判所や地域的人権裁判所への申立て、国際人権条約監督機関への個人通報など、行政当局と私人との間の対決の構図を採るものと理解されやすい紛争処理の場で、比較的強い支持を受けてきたようである。ところが、Ward 事件カナダ最高裁判所判決 (1993年)⁵がハサウェイの構想を採用したことで、両学説の対立は先鋭化してきた。

¹ See Guy S. Goodwin-Gill, and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd, (OUP, 2007). See also Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1st, (Clarendon Press, 1983); Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd, (Clarendon Press, 1996).

² See James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, (Butterworths, 1991). 両学説の難民の地位に関する国際法の体系に対する認識の相違を簡単に知るためには、次の教科書的記述の比較が便宜であるかもしれない。Guy S. Goodwin-Gill, "The International Law of Refugee Protection", Elena Fiddian-Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona (eds.), *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, (OUP, 2014), pp.336-47; James C. Hathaway, J.C., "Refugee and Asylum", Brian Opeskin, Richard Perruchoud and Jillyanne Redpath-Cross (eds.) *Foundations of International Migration Law*, (CUP, 2012), pp.177-204.

³ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.1.

⁴ Hathaway, *The Law of Refugee Status*, (1991), *supra* note.2, p.135.

⁵ *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada: Supreme Court, 30 June 1993. 本件の原告は、北アイルランドで「アイルランド国民自由軍」(Irish National Liberation Army: ILNA)に参加しており、その一員として無実の人質を護衛する命令を受けたものの、その人質が処刑される予定であるという情報を得たことで、その人質に逃避を促した。そのかどで INLA による「軍法会議」にかけられ、拷問を受けた後、死刑の決定を下されていた。原告は、カナダ当局に対し、ILNA という「特定の社会的集団の構成員であること」を理由として迫害を受けるおそれを主張したが、カナダ最高裁判所は、「特定の社会的集団の構成員であること」とは、(1) 生来のまたは不変の性格により定義される集団、(2) 離反を強いられるべきでないほど人間の尊厳にとって基本的である理由のため自発的に結びつく集団、(3) 歴史的経緯のためにかつての自発的地位によって結びつけられた集団のいずれかであるとの規範を定立した上で、原告の難民該当性を否定した。

グッドウィン・ギルは、マカダム (Jane McAdam) を共著者に加えた体系書の第3版において、「『代行』 surrogacy という概念は国際的保護体系のイントロダクションとして有用である」⁶と認めながらも、それが「ミス・リーディングとなる」事例として Ward 事件判決の一部を取り上げ、次のように批判した。

すなわち、同判決によれば、「国家は、国家機構が完全に崩壊した事態を除くほか、申請者を保護する能力をもっていると推定されるべき」であり、「この推定は申請者の負担を増やす一方で [...] 申請者にいかなる選択肢も残されていない場合には、代行としての国際的保護が機能するための理論的基盤を強化する」⁷ものとされており、そのことに着目すれば、「代行概念は、本件 [=Ward 事件] でリスクに晒される人に焦点を当てることにより、保護の有無から出身国とその實際上・推定上の保護能力へ、さらにはそのコロラリーとして避難国とその義務の範囲へ、ひいては出身国に代わって保護を与える義務へと論点をすり替える」⁸。「このようにして、難民条約・議定書の趣旨および目的、保護の体制は、社会的・政治的な文脈のなかで把握される人間からまた一步遠ざけられることとなる」⁹と。

グッドウィン・ギル＝マカダムによる批判の射程は、この「保護の推定」という個別的な論点を越え、その一般的構想に及ぶ。いわく、「[難民の地位に関する] 条約は、難民を何よりもまず迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有する人として定義づけており、あくまで二次的に、この恐怖を理由に自国政府の保護を受けることができないまたは保護を受けることを望まない人として定義づけている。私たち [=グッドウィン・ギル＝マカダム] の見解によれば、同条約の一次的参照点は、個人、特に権利保持者としての個人であり、(十分に理由のあるものかどうかに関連している) 政府のシステムやその保護に関する効率性あるいは意思ではない」¹⁰。「判例にみられるように難民の定義に『代行』を読み込む行為は [...] 個人の迫害の恐怖を軽視し、それを凌ぐ傾向さえある。その後 [...] 重大な損害を受けるリスクという核心問題に回帰したとはいえ、イギリスの難民の弁護人たちはかつてこれが [...] Horvath 事件¹¹貴族院判決の本当の効果なのではないかと恐れていた」¹²。

⁶ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.9.

⁷ *Canada (Attorney General) v. Ward*, *supra*.note.5.

⁸ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, p.10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Horvath v. Secretary of State for the Home Department [2001] 1 AC 489*, [2000] UKHL 37; [2000] 3 WLR 379; [2000] 3 All ER 577; [2000] Imm AR 552; [2000] INLR 239, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 6 July 2000. 本件原告は、スロヴァキアのミハロフツェ地区に位置する村に、同国の10%程度を占めるロマとして暮らしていた。人種を理由としてスキンヘッドから襲撃を受けたことがあり、もし送還されれば、スキンヘッドから迫害を受けるおそれがあり、そのときスロヴァキア警察からの保護を受けることができないと予期されること、ロマであるために職を見つけることができずにおり、婚礼施設の利用や学校への通学を拒まれていること等を主張した。スキンヘッドは非国家主体であるため、そうした主体の性質に基づいて難民の定義に含まれる「迫害」に該当するかどうか争点とされた。

¹² *Ibid.*, p.11.

これに対し、ハサウェイは、フォスター (Michelle Foster) を共著者に加えた上記引用書の第2版¹³で、この批判が「Horvath 事件判決の本当の効果」と「代行」論を重ね合わせたことから、同じ判決にグッドウィン・ギルによる「デュー・ディリジェンス」論が参照されていた事実¹⁴を踏まえ、次のように反論した。

「国家責任の諸原則に密接に結びつく形式的なデュー・ディリジェンス基準を採る実行は、個人が保護を必要としているかどうかという難民法の中心論点から認定権者を引き離し、国家の保護を受けることができないという認定が国家を不当に『スティグマ化』しないかどうか、あるいは人権法上『比例性を欠く』とみなされるよう誤って『保障する義務を課』さないかどうかへと焦点をシフトする傾向がある。国家責任のプリズムを通じてこの論点を審査するとき、認定権者は、少なくとも『努力はしている』本国との関係を付度し、『否定的』認定を躊躇して、意思と能力という別個の概念を混同してしまう」¹⁵。

グッドウィン・ギル＝マカダムと同型の修辞を採るこの反論の主旨¹⁶は、(グッドウィン・ギル＝マカダムが採る) 主権的権能と人道的要請との間の調整としての構想は、国家責任法や国際人権法に基づく責任追及の構図に親和的であるかもしれないが、しかし、難民の地位に関する法は、それ自体、出身国や避難先国の責任を追及するための法ではない、という点にあるようである。

こうした批判の応酬は、難民の地位に関する他の複数の個別具体的な論点に亘って続いていくが、ひとまず確認されるのは、それが「国家主権等の諸原則と人道原則との間の調整」なのか、それとも「代行的保護」なのかという一般的構想をめぐる両学説の間に鋭い対立がみられる、ということである。

¹³ James C. Hathaway, and Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, [2nd], (CUP, 2014).

¹⁴ Goodwin-Gill, *The Refugee...*, (1996), *supra* note.1, p.73. *Ibid.*, pp.308-319.

¹⁵ Hathaway and Foster, *supra*.note.13, p.310. 同判決は、「スキンヘッドによるロマ人に対する人種的暴力が存在する」事実と、警察が「すべての事案で適正な捜査を行っていない」事実を認定したにもかかわらず (p.496)、最終的には、「警察が保護を与えるために干渉した」事実と「人種を動機とする犯罪に時として厳しい刑罰が科されている」事実 (*Ibid.*) を決定的なものとした。

¹⁶ その後の判例の変化は、主として次の理由づけによるものと考えられている。「もし殺されるか拷問を受けるとして、警察が殺人犯や襲撃犯を裁判にかけるために訴追の措置を採るものと知っていても、そのことは申請者を慰謝しないだろう。殺されたり拷問を受けたりするリスクを懸念していて、リスクを避けるために実効的な保護を与えることができないにもかかわらず、送還されるならば、それは条約の違反となろう。必要なのは、理論的な保護ではなく、実際の保護である」。Secretary of State for the Home Department v. Kacaj, [2002] ImmAR213 (UKIAT, Jul. 19, 2001), para.21; Michael Atkinson v. Secretary of State for the Home Department, [2004] EWCA Civ 846, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 1 July 2004, para.39; *Ibid.*, p.316.

1.2. 課題の特定

上記の学説の「対立」は、それぞれが自説の排他的正当性を主張してはじめて成立している。しかし、いずれもがこの法に混在している可能性はないのか。こうした疑いを抱くに十分な理由が、今や忘れられた1960年代の議論の内にある。難民の地位に関する条約第1条A(2)に含まれる諸要素を用いて、今日の学説と1960年代の議論の構造的連関を明らかにしよう。同条項は、次のようにある。

「1951年1月1日前に生じた事件の結果として、かつ、人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であって、[かつ] その国籍国の保護を受けることができない者またはそのような恐怖を有するためにその国籍国の保護を受けることを望まない者 [...]。」

この文言は、便宜上、次の5つの要素に分けることができる。

- ①「1951年1月1日前に生じた事件の結果として、かつ」
- ②「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に」
- ③「迫害を受けるおそれがあるという十分に理由のある恐怖を有するために」
- ④「国籍国の外にいる」
- ⑤「その国籍国の保護を受けることができない [...] または [...] 受けることを望まない」

これらのうち、①は、「難民の地位に関する議定書」の締約国にとって、もはや「除かれたものとみなされる」。上記の両学説のうちグッドウィン・ギル＝マカダムの学説は、③は⑤に優越すると主張しており、ハサウェイ＝フォスターの学説は、⑤に含まれる「保護」を中核に据えている、と言い換えることができる。

このように抽象化できるとすれば、後者の立場を否定し、前者の立場を肯定する立場がすでに1960年代に一層素朴なかたちで提示されていた事実が想起される。1960年代以後しばらくの間、「庇護権」(droit d'asile)をめぐる議論を牽引したボレスタ・コズィエブロツキ(Léopold Bolesta-Koziebrodzki)が、その著作『庇護権』(1962年)¹⁷のなかで、次のように主張していた。

「一般的な難民の定義のなかに、国民的保護の不存在 l'absence de protection nationale は、難民の特徴的・必要的な性質としては現れない。それは理論的にみて難民の本質的基準ではないのである。難民は、本人が逃れ、本人を追及する国家の支援を受けていない、と仮定されている。難民の2つの構成要素とは、政治的理由による亡命 l'expatriation pour des raisons politiques と庇護 l'asile であり、それらが難民を特徴づけるに十分なものである。反対に、実際的に、個人の難民性を認定するにあたり理論的になされた定義の2つの要素は、非本質的基準によって支えられなければならない

¹⁷ Léopold Bolesta-Koziebrodzki, *Le droit d'asile*, (A. W. Sythoff, 1962).

い。地理的・民族的出身は、証明に際してある程度の正確性をもたらす利点を備えているものの、それら自体、難民を類型化するにあたり完全な基準ではない。亡命の原因である政治的出来事は、提示が困難である。難民状態の実際の本質（消極的特質）が国民的保護の不存在なのであり、法上または事実上の無国籍状態なのである。[...] こうした無国籍の研究について、私たちはそれが難民問題の他の様々な側面の1つであり、しかも一義的には重要ではない側面であると結論づけることができる。[...]

(下線追加)¹⁸

上記の構成要素にあてはめるならば、「国民的保護の不存在」は⑤に対応しており、ボレスタ・コズィエブロッキの構想のなかで、難民の「本質的基準」から排除されようとしている。「政治的理由による亡命」と「庇護」は③に対応しており、⑤に対する優越が主張されている。今日の対立にあてはめるならば、上記引用箇所は、グッドウィン・ギル＝マカダムの立場に与し、ハサウェイの立場に与しないことに相当する。

ただし、同じ1960年代には、もう1つ重要な研究が公表されていた。グラール・マッセン (Atle Grahl-Madsen) 『国際法における難民の地位』(第1巻は1966年、第2巻は1972年に発行)¹⁹である。本書は、今日まで唯一無二の質と量を誇る体系書であり、難民の地位を論じる膨大な論文と書籍に参照されてきた。しかし、あまり知られていないことに、未完である。1966年に副題を「難民性」(Refugeehood)とする第1巻、1972年に副題を「庇護・入国・在留」(Asylum, Entry and Sojourn)とする第2巻がそれぞれ刊行されたが、第1巻の冒頭では、「本書の概要」として「第1部 難民 (Refugee)」「第2部 庇護 (Asylum)」「第3部 保護 (Protection)」という全3部からなる構成が予告されていた²⁰。この第3部に取り上げられると予告されていた論点こそ、上記対立の接点となる⑤の要素「その国籍国の保護を受けることができない [...] または [...] その国籍国の保護を受けることを望まない」に関する研究であった²¹。

もっとも、この論点に関する予備的な分析がなされていないわけではなく、グラール・マッセンは、「難民」とは「本国政府との間の信用・忠誠・保護・援助という通常の紐帯が断たれた（または存在しない）人」とであると叙述しつつ、「こうした保護の不存在を難民性の本質的基準として考えるべきであるとは確信していない」²²と書き残し、予示的な含みを残す表現で、次のようにそれを「探求すべき問い」と位置づけていた。すなわち、

¹⁸ *Ibid.*, p.121.

¹⁹ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 1 Refugee Character, (A. W. Sijthoff, 1966); vol. 2 Asylum, (A. W. Sijthoff, 1972).

²⁰ *Idem*, *The Status of Refugees...*, (1966), pp.5-8.

²¹ *Ibid.*, p.8.

²² グラール・マッセンが「保護を欠く人」と「難民」を区別すべき可能性を示唆する理由は、次の2つの類型との関係によって説明されている。すなわち、第1に、「国家と当人との間の政治的不和以外の理由のため、国民である国家から保護を受けない人」である。「ほとんどの国がその国内法の下で他国に対して自国民を保護するよう義務づけられていない事実を想起しうる」。第2に、「個人をその国からの難民としている以外の理由のために、その本国政府の干渉を望まない人」である。「B国に暮らしているA国の一国民が、B国領域における自らの仕事その他の利益を害するおそれがあるために、その出身国当局の援助を得る機会を見送った」場合には、「『その国籍国の保護を受けることを望まない』事実上、当人を

「その国籍が国際平面では保護に関して『実効的』であるとは考えられない、という意味において、難民は、無国籍者と同様、国際法上、保護されていないのかどうか。言い換えれば、当人がかつて国籍を保持していた国家が難民となった人に関する事項に適格を欠くかどうかは、私たちが探求すべき問いである。私たちの探求はたしかに、事実上のみならず国際法上、難民は保護されていない、という結論に至るだろう。その人 [=難民] は、後者 [=国際法] の点で無国籍者と同じところに立っているように思われるのである。[...]」²³

しかし、繰り返しになるが、その分析を予定した「第3部 保護」は未完のままとなり、それ以後、グラール・マッセンが十全な説明を展開することもなかった。かろうじて別の論文に難民の地位に関する国際法における2つの範型の伏在を示唆する次の箇条書きを残すのみである。

「一国際平面における保護 protection の不存在に帰結する、個人と出身国政府との間に断絶した紐帯の実現。

一（追放に代わる国内的措置の適用の付随的効果として許容される）引渡しと追放に対する制限の進展による（公共政策の重要な側面とみなされる）庇護 asylum の制度化²⁴。

難民とはしない」。Ibid., p.98-99. こうした記述から、グラール・マッセンが「保護」と書くときに想定しているのは「外交的保護」に他ならないと指摘されることがあるが、次の理由から誤誘導である。

20世紀に入り、ボーチャード (Edwin M. Borchard) がヴァッテルが提示した命題の批判的再構成を通じて自らの「外交的保護」論を展開したことは広く知られている。Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, (1758), Liv. II, Ch. VI, § 71; Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, (Banks Law, 1915). ヴァッテル自身は「外交的保護」という用語を用いていないものの、ボーチャードは、「国家による保護の理論」と題する一節 (§ 134, Ibid., pp.351-353) にヴァッテルの上記定式の全体を「その市民の人格の内にある国家への間接的損害が外交的保護を正当化するとする理論」として捉え、それに修正を加えるかたちで「外交的保護」とは「より適切には [...] 一定の状況の下で、国家の裁量の内には市民に与えられる例外的な法的救済として理解される」(Ibid., p.353) と主張した。

こうした「外交的保護」論における「保護」と、難民の地位に関する国際法における「保護」との異同について、やはり1960年代に難民法学を主導した法学者の1人であるキミニッチ (Otto Kimminich) が「外交的保護の不存在は難民概念の要件または効果であるか否か」を検討している。キミニッチは、(ヴァッテルが提示した「市民を保護すべき国」という点のみに関する)「保護する国家と保護される個人との関係としての外交的保護」と(ボーチャードが彫琢した)「(被告)国に対する保護国(または請求国)による干渉行為としての外交的保護」を区別した上で、難民の地位に関する「保護」を、前者の意味にのみ結びつけた。Otto Kimminich, *Der internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, (Carl Heymanns, 1962), p.47. グラール・マッセンが示した「探究すべき問い」は、キミニッチによるこの結論に言及した後に提示された。Grahl-Madsen, *The Status of Refugees...*, (1966), *supra.* note.19, pp.97-101.

²³ Ibid., p.100.

²⁴ Idem, "The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law", *Journal of Peace Research*, (1966), vol. 3, p.281.

1.3. 先行研究の散在と本稿の視角

では、1960年代以後、この「保護」の範型に関する研究は蓄積されてきたか。本稿は、この課題にとって必要とされる知見が散在したままであると考えている。

まず、ハサウェイ自身が、「代行的保護」を着想するきっかけとなったと思われる戦間期の関連国際法文書を素材とする論文²⁵を公表しているが、同論文は、「難民」概念の変遷を類型論的に叙述するに留まり、それ自体は「保護」を扱っていない²⁶。

これに対し、難民の国際的地位の形成過程を「国民国家体制のアノマリー」²⁷への対応と形容するホルボーン (Louise W. Holborn) らの実証的研究²⁸は、その実質的存在理由に近づくかもしれない。それらの研究によれば、(特に本稿冒頭第1の問いに関連して) 難民の「地位」とは、各国に対する各人の帰属が確定された国民国家群の並存状態を恒常化するために国際法によって規律され始めたものである。ただ、難民の国際的地位が実際に法典化されてくる実質的理由との間には、一定の開きが残るように感じられる。

この隙間を埋める可能性がある研究として、仏語圏には戦間期の在仏ロシア人の法的地位に関する諸研究²⁹があるが、今のところ他の言語圏にはほとんど知られておらず、今日の法解釈を念頭に置いたものでもないため、その意義を未だ十分に示していない。

本稿は、これらの先行研究を総合的に参照し、「保護」の範型の実質的存在理由を、難民の地位が初めて国際法によって規律された戦間期の文脈において、フランス革命期の市民法学者プルードン (Jean Baptiste Victor Proudhon [1758-1838]) の「住民 (incolat [仏]; incola [羅])」論が、いかなる立場に対抗して援用されたのかに着目することとした。

²⁵ James C. Hathaway, "The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950", *The International and Comparative Law Quarterly*, (1984), vol. 33, pp. 348-380.

²⁶ 関連する研究として、たとえば次があるが、いずれも同様にいうことができる。Susan Kneebone, "Refugees as objects of surrogate protection: shifting identities", Susan Kneebone, Dallal Stevens and Loretta Baldassar (eds.), *Refugee Protection and the Role of Law: Conflicting Identities* (Routledge, 2014), pp. 98-121; David James Cantor, "Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm", Bruce Burson and David James Cantor (eds.), *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, (Brill/Nijhoff, 2016), pp.349-395.

²⁷ Louise W. Holborn, *Refugees: A Problem of our Time*, vol. I, (Scarecrow Press., 1975), p.5.

²⁸ See also Louise W. Holborn, "The Legal Status of Political Refugees, 1920-1938", *American Journal of International Law*, (1938), vol.32, pp. 680-703; Emma Haddad, *The Refugee in International Society: Between Sovereigns*, (CUP, 2008), pp.99-126; Phil Orchard, *A Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, (CUP, 2014), pp.104-139. より多角的な研究として、次もある。Claudena Skran, *Refugee in Interwar Europe: The Emergence of a Regime*, (OUP, 1995).

²⁹ その一部として、次を挙げることができる。Catherine Gousseff, *L'exil russe: La fabrique du réfugié apatride (1920-1939)*, (CNRS, 2008); Dzovinar Kévonian, « Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt », *Archives Juives*, n° 34, (2001/2), pp.72-94; « Exilés politiques et avènement du 'droit humain': la pensée juridique d'André Mandelstam (1869-1949) », *Revue d'histoire de la Shoah*, n° 177-178, (2003), pp. 245-273; *Réfugiés et diplomatie humanitaire: les acteurs européens et la scène proche-orientale pendant l'entre-deux-guerres*, (Publications de la Sorbonne, 2004); Aline Angoustures, Dzovinar Kévonian et Claire Mouradian, (dir.), *Réfugiés et apatrides: Administrer l'asile en France (1920-1960)*, (PUR, 2017).

2. 戦間期の国際実行における「保護」の実質的理由

2.1. 戦間期の難民＝無国籍者問題に対する「住民 incola」論の援用

2.1.1. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の構成

「住民 incola」論自体はローマ法に由来し、むしろ Origo と Domicilium の区別の淵源として膨大な議論を派生させてきた。難民の地位に関する国際法が形成される最初期に援用されたヴァージョンは、1799年にプルードンが公表した著作をその死後にヴァレット (Claude-Denis-Auguste Valette [1805-1878]) が編纂した同書第3版 (1842年)³⁰のそれであった。ローマ法から直接引用された一文は、同書中、次のように意識された³¹。

「出生 origine と帰化 naturalisation は、市の権利＝市民権 droit de cité を生じる。住所 domicile は、その人に住民 incolat の権利を生じる。」³²

プルードン自身による「住民 incola」論は、もともと共和国の成員資格——républicole とは誰か——を論じる抽象度の高い理論であったが³³、七月王政末期に第3版が刊行された時点では、同理論はすでにフランス革命に引き続く一連の混乱を経験し、既存の問題との関係で具体的に論じられた³⁴。次のような問題である。

³⁰ Jean Baptiste Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du code civil*, 3^e éd, par Claude-Denis-Auguste Valette (V. Lagier, 1842).

³¹ “Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio. Incolas vero domicilium facit.” L. 7, C. de incolis (10, 39). より原文に忠実で、後世に影響を与えた解釈論として、次がある。Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.8, (Veit, 1849), § § 351ss.

³² Proudhon, *supra*.note.30, (1842), par Valette, p.190.

³³ 1799年に刊行された初版には、次のようにあった。「住民 [としての資格] Incolat は、来訪した外国人がフランスに定住することによって保障され、共和国民 républicole としての資格を得させるものである。その受け入れを妨げる法律がなければ、外国人は、フランス人と同じようにフランスに住所 domicile を得ることができる。それはまた、フランス市民の諸権利を得ることができる憲法的＝構成的 constitutionnelle 様式でもある。その人は、共和国内に合法的に自らの住所を得るや否や、本国生まれであるかのように共和国民となるのである。第2の祖国を採る新たな共和国民は、市民のために結集する人々の間に共通する利益や特権を、憲法の恩典の下に許容され、享受するのであり、いわゆる外国人 étranger proprement dit と混同されてはならない。後者 [=いわゆる外国人] の性質は他国に生まれ、フランスに定住していない人や短期間しかいない人、単に事実上の居所 une simple résidence de fait があるにすぎない人にもみ当てはまる。出生した祖国を離れ、もはや帰還せず永住しようとしていることを表明しない限り、外国人は、常にそのようにみなされる」。Jean Baptiste Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises* (Tissot, 1799), pp.88-90. その主な機能は、本国を離れ、移動先の国に住所を有し、もはや帰還する意思がなく、永住する意思がある外国人を「いわゆる外国人」から区別し、前者に共和国民 républicole と同じ処遇を与えることであるに留まる。

³⁴ 関連して、1851年2月7日の法律は、民法第9条を修正し、フランスに出生した外国人を親としてフランスに出生した子はフランス人となるが、成人に達したとき、フランス国籍を放棄し、親の国籍を選択する旨を申請することができるものとしたが、1874年12月16日の法律は、外国人であり続けることを希望する場合、当人に対し、出身国であると主張する国の国籍の保持を証明する義務を課すものとした。1889年6月26日の法律は、フランスに出生しかつフランスに住所を有する外国人の第一世代のみに親の国籍を選択する権利を留保し (第8条4項)、フランスに出生した外国人を親としてフランスに出生した個人は、通常、親の国籍を選択したり、親の出身国に帰還したりすることができないものとした (第8条3項)。19世紀末にかけて、国籍の保持に伴う義務を回避するために住所を有さない人々の存在がむしろ問題視された。同時代の国籍法を代表する1人であるヴェイス (André Weiss) は、1892年に、次のように書いていた。「heimathlosat (ドイツ語の heimathlos、住所を有していない人 sans domicile) と私たち

「フランスには、出生上の外国人 *individus étrangers de naissance* であり、欧州各地からやって来て技術や技能を磨き、政府の許可を受けないまま、一生涯に亘ってずっと定住している人が無数にいる。戦乱に巻き込まれて捕虜等として連れてこられた後、情勢が落ち着き、帰還する意思がなく、かといって国王の特別の許可も受けずに、たくさんの方が定住しているのである。この人々の属人法＝人格的状态 *état personnel* は、いかなるものか」³⁵

革命後のフランス法は、住所に依拠した成員資格の確定とそれに附随する義務を廃止していたところ、ロシアに対して負う義務を免れるため、住所を移転する人々の存在が問題とされている。この問題に対して、ひとまず次のように述べられる。

「帰国する意思がなく外国に定住したフランス人は、フランス人としての資格を剥奪される。なぜなら、私たちは、破棄された社会契約を遵守できないからであり、そこから生じるあらゆる義務と負担も永久に放棄するからである。同じ理由から、自国を離れ、フランスに永住し、ふたたび帰還しないロシアの住民は、もはやロシア人とはみなされえない。そうでなければ、その人がせつかく隷属状態を離脱しても、自由の国のなかで依然として農奴であることになってしまう。」(下線追加)³⁶

この一文では(1) 帰国意思がないこと(すなわち *animus* の要素)と(2) 外国領域における定住(すなわち *corpus* の要素)とによって社会契約論を破棄せざるをえないことが述べられた後、それがフランス領域内にいるロシア人に延伸されている。フランスが「自由の国」であることも、その正当性を補強するものとされている。そして、国家への成員資格の変更に伴い、意思を喪失したり、そうして法において人であることをやめたりしない旨が確認されている。次のようである。

「国を変えたために、出生上の外国人は、もはや祖国をもたないとみなすことはできない。その人は一方のみを捨て、もう一方を得ようとしたからである。国家を変えたからといって、その人をあらゆる法の外に置くことはできない。その人は *un mort civilement* [=生物としては生きているが法的には死亡したものとみなされる地位を指す] として扱われるべきではないのである。したがって、その人格は、その行為と

が呼ぶものを生み出すこの状況には非常に深刻な欠陥がある。*heimatlosen* は、国籍を何よりも負担や義務の淵源であると考え、それらから逃れるために喜んで国籍の利点を放棄しようとしている。彼らは、彼らが暮らす土地であらゆる保護を奪われているだろうか。否、どこでも、*humanité* が外国人に好意的な最低限の権利と保障を認めている。そして、その最低限は、彼らにとって十分である。公立学校と病院は彼らに開かれている；困窮状態であれば、地方当局から支援と配給を受けることができる；地方裁判所も、祖国や判例を守ってきた人の主張を支持するより *peregrini sine civitate* の嘆願に耳を傾ける傾向がある。かくして、*heimathlos* は、いずれの土地でも国民でないまま、あらゆる土地で外国人の権利を援用していくこととなる」。André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t.1 De la nationalité, (L. Larose & Forcel, 1892), pp.20-21. このとき、社会契約論的な国籍の定義も同時に残しており、他面では、第一次大戦勃発に前後して、帰化市民から国籍を剥奪する措置の流行を許した可能性がある。クンツ (Josef L. Kunz) がヴェイスとルソーの社会契約論の同一性を指摘している。Josef L. Kunz, *Die völkerrechtliche Option*, Bd. 1, (F. Hirt, 1925), p.75. ただ、ヴェイス自身による社会契約論の肯定的参照は、イングランドの「永久的忠誠」論に批判的立場を採る文脈に置かれていた。*Ibid.*, p.12.

³⁵ Proudhon, *supra*.note.30, (1842), par Valette, p.191.

³⁶ *Ibid.*, p.193.

ともに、あらゆる法令に服さなければならない。ロシアの法は、もはや疎遠な=外国的なもの *étrangères* となる。なぜなら、その人はもはや、その人がいた集団の一部ではないからである。そして [ロシア法] は、フランスにあるその人の住所に達することができないだろう。その人の行為がフランス法に服するのと同様、その人の資格は今や、フランス法によって規律されなければならないということも明らかである。

(下線追加)³⁷

この一文では「資格 *qualités*」=ある／ないの次元と「行為 *actions*」=する／しないの次元との区別が前提とされていることが重要である。ある／ないの次元では、生物学的な人であってもそれ以上に法的な人であるか否かが問われうる。この次元において法上の死と市民との間に設定されるものとされたのが、ブルードン=ヴァレットのヴァージョンの「住民 *incola*」論であった。

「この出生によって外国人となった人は、国王の許可を受けることなく定住したため、フランスですべての市民的権利 *droit civil* を享受しない。かといって、一切の市民的権利を享受しないのではない。完全な享受と完全な剥奪の間には大きな違いがある。法は、すべての権利を奪うわけではなく、すべての権利を与えるわけでもない。それが私たちがその人の地位と資格を規律する純粋に人格的な諸権利 (*les droits purement personnels*) を、その人が取得するのでであると主張する理由である。」³⁸ (下線追加)

また別の前提として、この「住民 *incola*」論において、「出生」は、自らの意思によらない成員資格の取得様式と位置づけられている。若干の補足を加えれば、時代が下り、人が意思と身体を兼ね備え、それぞれの意思と身体の連環を尊重されるべき存在として捉え直されてくるに従い、意思によらない出生は、意思による成員資格の取得様式（帰化や移住など）に劣後するものと想定されているようである。ただし、ここに具体的に想定されている人々は、国王の許可を受けていないため、保障されるのは、純粋に人格的な権利に留まると考えられたのである。

2.1.2. 戦間期における難民=無国籍者問題

以上に確認したブルードン=ヴァレットの「住民 *incola*」論は、戦間期のいかなる文脈に援用されたのか。この点について本稿が主張しなければならないのは、難民の地位に関する国際法は、しばしば想定されているように、第二次大戦後に突如形成されたものではなく、その全体的構成を戦間期に形成した、ということである。それを構成する個々の法規則の形成を実質的に担ったのは、国際連盟ロシア難民高等弁務官の下に設置された「民間団体諮問委員会」(*Comité consultatif des organisations privées: CCOP*) であり、同委員会に参集した外交官と法学者である。CCOPの各委員は、ロシア帝国とアルメニア第一共和国をかつて構成していた地域からフランス共和国等の領域に移住していた或る種の当事者であり、その形成に情熱を傾ける特殊な事情をもっていた。

³⁷ *Ibid.*, pp.193-194.

³⁸ *Ibid.*, p.196.

その戦間期、難民の地位に関する国際法文書を起草する動きが開始された契機は、十月革命とそれに引き続く赤軍と白軍の戦闘、飢饉の深刻化等により³⁹、多数の人がバルカン半島からコンスタンティノープルに至る地域に退避した事態である⁴⁰。1921年2月、他の民間団体とともにすでに現場に入っていた赤十字国際委員会の代表者アドー（Gustav Ador [1845-1928]）は、国際連盟理事会に宛て、物的援助の要請ではなく、「法的保護を受けず、十分に定義された法的地位をもたない」⁴¹まま欧州に散らばっているロシア難民のために行動を執るように請願を送付した。

この請願は、次の3点から構成されていた。第1に、「20世紀の欧州に国際法によって認められたいずれの法的組織によっても保護されていない人が80万人もいることはありえないことであるため、一切の政治的思惑を入れることなく、ロシア難民の法的立場を定義すること」⁴²（強調ママ）。第2に、「特にロシアへの本国帰還を見越して、最も望ましいと思われる国での就労を組織する措置を執ること」⁴³。第3に、「複数の民間団体により現時点ですで行われている活動を国際連盟の保護の下に結集し、国際連盟高等弁務官の包括的指揮の下でさらに展開させること」⁴⁴。

このような問題認識が示された背景には、第一次大戦後の国際秩序の再編が「国民性原理（le principe des nationalités）」に深く依拠したことも一因であったはずである。国際連盟理事会は、この請願を受け入れ、1921年3月、この問題を議論するための政府間会合を招集する決定を行った⁴⁵。そして、その第2回会合（1921年9月16日～19日）で、CCOPの設置が決定された。CCOPの委員には、大戦前までロシア帝国の大使としてコンスタンティノープルに駐在していた⁴⁶マンデリシタム（André Nikolaevitch Mandelstam [1869-1949]）や、サンクトペテルブルク大学の国際私法講座を担当しながらロシア帝国

³⁹ Madeleine de Bryas, *Les Peuples en marche: Les Migrations politiques et économiques en Europe depuis la guerre mondiale*, (Pédone, 1926), pp.55-56.

⁴⁰ League of Nations, *Official Journal*, (1921), vol.2 (2), pp.225-229.

⁴¹ League of Nations, *Official Journal*, (1921), vol.2 (2), p.228.

⁴² *Ibid.*, p.228.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, p.229.

⁴⁵ 1点目の法的定義について、「このことは一義的には難民が生活する国の政府の事項であると思われるものの、本理事会は、国際的な取極または協力が価値をもちうるものと認識して」いると回答した。2点目のうち「本国帰還」については、「[連盟]理事会がソヴィエト当局との間で難民に関する議論に入ることは現時点では不可能である」と留保を示しつつ、「難民の就労または出移住の組織化の指揮」については、「諸政府がすでに執った措置、これから執ると予期される措置」に関する情報を事務総長が収集し、理事会に報告する予定を組むとの回答がなされた。請願の3点目（活動の組織化）については、このときには回答がなされなかったものの、やがてナンセン（Fridtjof Nansen）がロシア難民高等弁務官に任命された。

⁴⁶ Kévonian, « Les juristes juifs russes en France... », *supra*.note.28, pp.76-78. マンデリスタムの人物や経歴について、近年いくつかの論文が公表された。Helmut Philipp Aust, “From Diplomat to Academic Activist: André Mandelstam and the History of Human Rights”, *European Journal of International Law*, (2014), vol. 25, pp.1105-1121; Dzovinar Kévonian, “Andre Mandelstam and the internationalization of human rights (1869-1949)”, Pamela Slotte and Miia Halme-Tuomisaari (eds.), *Revisiting the Origins of Human Rights*, (CUP, 2015), pp.239-266; Hülya Adak, “The Legacy of André Nikolaievitch Mandelstam (1869-1949) and the Early History of Human Rights”, *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte*, (2018), vol.70, pp.117-130.

の外務省の法律顧問を務め、後に国際私法学会会長等を歴任したノルデ（Boris Emmanuelovitch Nolde [1876-1948]）⁴⁷、ロシア帝国の外交官であったグルケヴィッチ（Konstantin Nikolaïevitch Goulkevitch [1865-1935]）やマクラコフ（Vassili A. Maklakov [1869-1957]）らがいた⁴⁸。

第2回政府間会合にマンデリシタムがロシア人団体を代表して提出した請願は、第1に、在外ロシア人に革命前の旧ロシア民法 SVOD Zakanov を適用し続けること、第2に、旧ロシア外交代表の代表権限を認め続けることを求めた⁴⁹。やや下の世代に属し、同じく CCOP の委員であったヴィシュニャック（Mark Veniaminovich Vishniak [1883-1977]）も同様に、ハーグ国際法アカデミーの講義で、次のように講じたと記録される。

「ロシア人出移民 *émigrés russes* の属人法＝人格的地位 *statut personnel* を国内法ではなく、本国法によって決定することは、その市民生活の多くの点でその人々をネーションではなくする＝国籍が剥奪された状態にする *denationaliserait*。[...] 求められる唯一の解決策は、国際私法分野における旧ロシア民法 *Svod Zakonov* の承認である。それはボリシェヴィキ革命以前に様々な国で承認されていたのと同じ効果をもっている。」⁵⁰

「ロシアで権力を篡奪したボリシェヴィキ党は、ロシアの人民によって承認されておらず、したがって外国に対して正統政府 *un gouvernement de jure* の性格を備えているふりをするにはできない。国際条約によって割り当てられた限界の範囲内で難民の法的保護を確保することについて、かつてのロシア外交・領事代表がなお最大の権限をもっていることは明らかである。したがって、出移民の法的な保護は、この代表の手中に留められるのでなければならない。」⁵¹

端的にいいかえれば、2つの問題がある。第1は、本国政府から国籍を剥奪された人の属人法＝人格的地位であり、第2は、本国政府から代表権限を剥奪された外交官の代表権限である。

国際連盟は、これらの問題とは別に、より根本的な解決策として、ソヴィエト・ロシアとの間に本国帰還協定を締結し（1922年9月）⁵²、在外ロシア人をロシアに送還しようとしたことがあった。しかし、その履行に際しては、ロシア赤十字職員がスパイ容疑で逮

⁴⁷ *Ibid.*, p.78.

⁴⁸ やや下の世代には、特に第二次大戦後『国際憲法』（1933年）等の著作で知られることとなるミルキヌ・ゲツェヴィチ（Boris Sergueievitch Mirkine-Guetzévitch: 1892-1955）もいた。次を参照。Boris Mirkin-Guetsevich, *Droit constitutionnel international* (Sirey, 1933). B.ミルキヌ＝ゲツェヴィチ（宮沢俊義、小田滋・訳）『国際憲法：憲法の国際化』（岩波書店、1952年）；ミルキヌ＝ゲツェヴィチ（小田滋、樋口陽一・訳）『憲法の国際化：国際憲法の比較法的考察』（有信堂、1964年）。

⁴⁹ *Mémoire sur la question des réfugiés russes présenté au Conseil de la Société des nations par la Conférence des organisations russes, réunie à Paris en août 1921*, (Impr. Union, 1921). See also Gousseff, *L'exil russe...*, *supra*.note.29, p.224.

⁵⁰ Marc Vichniac, « Le statut international des apatrides », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, (1933), vol.43, p.191.

⁵¹ *Ibid.*, p.223.

⁵² League of Nations, *Official Journal*, (1922), vol.3 (6), p.1226.

捕・殺害され、同協定は履行されなくなっていた⁵³。また、1925年から1929年までの間に、国際労働機関による第三国（特に南米諸国⁵⁴）への就労斡旋を試みた⁵⁵ものの、十分な資金を調達できず、また、もともと都市部の住民であった人々が農村部に定着できなかったため、計画は頓挫していた⁵⁶。これらの失敗によっても、移住先国（特にフランス）における自分たちの「地位」は、いっそう重大な問題として受け止められるようになっていたのである。

2.1.3. プルードン＝ヴァレット「住民 incola」論の援用による対抗

プルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論は、端的にいえば、旧ロシア民法 SVOD Zakanov を適用し続けるべきであると主張する立場（ロシア人団体の第1の要請）に対抗する立場として援用されたものである。

フランス政府は、早くも1917年10月には、革命後も旧ロシア帝国政府代表の代表権限を承認し続けることを決定していたが、1924年10月には、ソヴィエト・ロシアと電報を交換し、国交を正常化した。そうして、フランスの国璽尚書が発出した1925年4月28日付の通達が「ロシア難民」と「ソヴィエト市民」を区別した上で、前者へのフランス法の適用を求めた⁵⁷にもかかわらず、フランスのいくつかの裁判所が、ロシア帝国政府との間に締結していた在仏ロシア人への旧ロシア民法の適用を認める仏露通商航海条約（1874年4月1日署名）第2条の効力を肯定する判断を下していた⁵⁸。

加えて、ロシア人難民団体が旧ロシア民法の継続的適用を要請した時点では、ロシア難民は未だ形式的にはロシア国籍を保持していたが、同じ1921年の12月には、ソヴィエト・ロシア（＝全ロシア中央執行委員会）が、「外国に暮らしている特定類型の人からの国籍に伴う権利の剥奪」に関する法令を公布し、在外自国民から国籍を剥奪した⁵⁹。こうした文脈で、たとえば、「住民 incola」論は、次のように参照された。

⁵³ Skran, *Refugee in Interwar Europe...*, (1995), *supra*.note.28, p.154.

⁵⁴ ILO 難民部は、アルゼンチン、ブラジル、パラグアイ、ウルグアイを5ヵ月間かけて移住の可能性を調査した。

⁵⁵ League of Nations, *Official Journal*, (1924), vol.5 (7), pp.904-906.

⁵⁶ 最終的に南米に移住したのは450名程度に留まると報告される。“Report on the Work for Refugees by the Director of the ILO”, p.122, cited in Skran, *Refugee in Interwar Europe...*, (1995), *supra*.note.28, p.191, n.20, pp.191-193.

⁵⁷ *Journal du droit international*, (1926), t.53, pp. 233 et 1166. 「前者は、URSS がロシア国籍を出移民として承認しておらず、古いロシア法が廃棄された結果として属人法＝人格的地位 *statut personnel* をもっていない。[...] フランスの裁判所は、難民が服すべき法を評価しなければならず、あらゆる事項でそれは事実上の住所地、すなわちフランスの法である」。

⁵⁸ 特に、Strauss 事件パリ控訴院判決（1921年12月28日）と Jouditski 事件エクサンプロヴァンス控訴院判決（1923年5月31日）。*Journal du droit international*, (1922), t.49, p. 139 ; (1924), t.51, p. 104. 他面、フランス政府は、旧ロシア帝国の政府代表から構成される「ロシア難民中央事務局」（l'Office central des réfugiés russes : OCRR）（代表者：マクラコフ）の設立も主導した（1925年5月9日付省庁横断通達）。See Gousseff, *L'exil russe...*, *supra*.note.29, p.253.

⁵⁹ 同法令が国籍を剥奪したのは、たとえば、①「5年以上間断なく外国に居住し、かつ、1922年6月1日以前に、ソヴィエト政府の代表から外国旅券またはそれに対応する証明書を受け取っていない人」、②「1917年11月7日以後、ソヴィエト当局の許可を受けることなくロシアを出国した人」、③「ソヴィエト当局に対する武力闘争に自発的に参加したか、何らかの方法で反革命団体に参加した人」等

「ロシア難民は [...] もはやロシア人ではなくフランス人でもない。国籍をもっていない。」⁶⁰

「heimathlasat [=無国籍者 [独]] や apatridie [=無国籍者 [仏]] の理論は、永住している外国人ではなく、国籍をもっていない人に適用されるため、住民 *incolat* の理論とは異なる。[...] したがって、フランスの国際法規則の現状では、プルドンが考案した住民 *incolat* の理論をふたたび採ることはできない。しかし、その寛大な考えはロシア難民について採られる価値がある。その地位の改善には至らないとしても、その状態をもっとよくするはずである。」⁶¹ (下線追加)

「公的権利 *droit public* に関するフランス法は国民のみを保護しているため、フランスでは無国籍者の地位は外国人の地位である。ところが、その人は、自身の外国国籍を保持していないため、その人に保護を及ぼすことは論理的に不可能である。したがって、ロシア難民は、外国人の地位に関するフランスのすべての規定の対象となる。これらの規定は、その保護を意図するものではなく、外国人がフランスで過度の影響力を行使することを防止し、国家主権を保護することを意図している。それは制限的な措置である。ロシア難民は、対外国人警察法が適用され、不服申立ての機会がなく追放される可能性がある。1923年4月1日の法律では、フランス軍への兵役の提供を課され、特定の職業に就くことを禁止され、法律扶助を拒否されており、訴訟が起きた場合には、訴訟費用の担保を求められるおそれもある。難民は、フランスによって保護を受けていない。自身の以前の国籍を喪失しているため、外国による保護を受けることもない。その立場は窮境に置かれている。プルドンの考えは、その存在を楽にするためにふたたび採ることができる。」⁶² (下線追加)

「無国籍者」は、外国政府の「保護」を受けることができないが、フランス法上の諸種の制限的措置の対象とみなされ、フランス政府の「保護」を受けることもできない。ここに参照されるべきとされたのが、プルドン=ヴァレットの「住民 *incola*」論である。この文脈において、「保護」とは、すなわち、意思と身体を兼ね備える人としての地位=人格的地位の保障である。

また別の論者は、よりはっきりと旧ロシア民法の継続的適用に留保を付し、次のようにそれに言及した。

「[ロシア難民] がフランスでいくつも小ロシアを形成し、閉鎖的に暮らしていくならば、住民が常に同質的にネーションの感覚 *sentiment national* に結びつくことについて長期的に国の公序を危うくするおそれがある。かといってロシア難民からすべての権利を剥奪してしまえば、亡命者はフランスですべての人が権利を自然にもつとの法

である。Cited in John Fischer Williams, "Denationalization", *British Yearbook of International Law*, (1927), vol. 8, p.45.

⁶⁰ Jean Delehelle, *La Situation juridique des Russe en France*, (Imprimerie L. Danel, 1926), p.219.

⁶¹ *Ibid.*, pp.218-219.

⁶² *Ibid.*, p.220.

的事態を主張することができないかのようであり、フランス法の伝統であるはずの衡平に反している。[...] 真実は、法的中庸の内にあるようである。」⁶³

「その人々 [=ロシア難民] は、その国籍の観点からみれば外国人に留まっており、ネーションとしての生 *vie national* の仕事に一切参加していない。にもかかわらず、プルードンが住民 *incolat* 論の内に示したものに類似した現象が起きている。その人々は、ほとんどの場合、永住を認められており、同化まで長くかからないものと思われる。その人々の事案は、ナントの勅令廃止後や革命後にイングランドやドイツなどの近隣諸国に移り住み、その地に子孫を残したフランス人出移民の状況に酷似しているのである。」⁶⁴ (下線追加)

ここに唱えられる解決策は、在仏ロシア人に旧ロシア民法を適用し続ける案を拒けつつ、かといって無国籍状態に置くのでもなく、領域国であるフランスの民法を適用する方策である。そのために、フランス人出移民の歴史的記憶⁶⁵とともに、「住民 *incola*」論が援用されている。その争点は、本国から国籍を剥奪された在仏ロシア難民に対し、旧ロシア民法とフランス民法のいずれが適用されるべきかにあったのである。

そして、本国政府からが代表権限を剥奪された外交代表の権限の承認（ロシア人団体の第2の要請）の問題とともに、この問題に決着を付けたのが、第5回政府間会合（1928年6月28日～30日）で採択された「ロシア難民およびアルメニア難民の法的地位に関する取極」⁶⁶（以下「1928年取極」）であった⁶⁷。

⁶³ Dimitri Petchorine, *Questions concernant la condition des Russes en France et celle des étrangers (spécialement les français) en U. R. S. S.*, (Sirey, 1929), p.17.

⁶⁴ *Ibid.*, p.51. See also Noël Vindry, *L'apatridie (Absence de Nationalité)*, (Imprimerie Librairie A. Makaire Aix, 1925), p.58.

⁶⁵ アウクスブルクの宗教和議（1555年）が、*cuius regio, eius religio* を原則とした上で、領民が領主とは異なる信仰をもつ場合に「納税後の不動産の売買を阻害されず、名誉も毀損されずに」「他の領地に定住するため妻子とともに自宅を離れる」ことを許容した（同24条）。あるいは、ナントの勅令（1598年）が、フランスのユグノー集住地区における政治活動、独自の軍隊の組織化、宗派間訴訟のための混合裁判所の設置、出版・信仰の自由等を保障したが、自身への権力集中を図ったルイ14世によって1685年に廃止され、それによってユグノーは財産を没収されたり、ガレー船での労働を課されたりしたほか、特に、出移住を禁止された。この出移住禁止措置が周辺国から従前の国際約束に反するものと認識されたことは、後世の認識に長く消えない痕跡を残した。ユグノーが偽装や贈賄等を通じて出国を試みるなか、とりわけ大選帝侯フリードリヒ・ヴィルヘルムが発布したポツダム勅令（1685年10月29日）は、フランスにおける「過酷な迫害」（前文）を背景に、また、宗派の同一に基づいて（前文）、関税免除（同4条）や、居住地の割り当て（同5条）、農具の提供（同6条）、住民との同一待遇（同7条）、特定の職業に就く自由（同8条、同9条）等、一定の好意的待遇を保障した。出移住は、国際平面に意思と身体を兼ね備える存在として人が現れる数少ない文脈の1つである。

⁶⁶ League of Nations, *Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees*, 30 June 1928, League of Nations Treaty Series, Vol. LXXXIX, No. 2005.

⁶⁷ たとえば、カサン（René Cassin）は、19世紀にはすでにポーランド難民がプルードン＝ヴァレットの「住民 *incola*」論を著名にしていたが、第一次大戦中には、帰化した人から国籍を剥奪する法令が多数の国で発布され、第一次大戦後には、領域の帰属が変更されたことで、未曾有の規模の無国籍者が発生したと述べて、特にロシア人出移民の法的地位が不安定な状態に置かれている事態を取り上げ、フランスでは、ソヴィエト・ロシアの承認後、既得権を除くほか、住所地法の適用を受けるものとされており、1928年6月28日に国際取極も同様に規律したのでであると指摘する。René Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de loi », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, (1930), pp.751-752.

2.2. 難民の国際的地位の法典化

2.2.1. 「ロシア難民とアルメニア難民の地位に関する国際取極」(1928年)

この1928年取極は、民間団体諮問委員会内の小委員会（特別報告者：ルビンシュタイン (Jacob Lvovitch Rubinstein [生没年不明])）の提案をそのまま採択したものである⁶⁸が、その第2条は、「ロシア難民とアルメニア難民の属人法は、各国の旧法がもはや認められていない国では、その住所国または常居所国の法に準拠するか、そうした国がない場合、居住国の法に準拠するかのいずれかにより決定されるよう勧告する。[...]」と規定した。この規定の背景にブルードン＝ヴァレットの「住民 incola」論が控えていたことは当時には広く知られていた⁶⁹。

そして、1928年取極の第1条は、もう1つの問題について、代表権を喪失したロシア帝国（および消滅したアルメニア第一共和国）の外交代表に代わり、難民高等弁務官の現地代表がその権限を担うこととした⁷⁰。次のようにある。

「難民高等弁務官は、可能な限り多くの国に代表者を任命することにより、当該役務が国家当局の排他的権限の範囲内にあるのでない限り、次の役務を行うよう勧告する。

- (a) 難民の身分と立場を保証すること；
- (b) 難民の出身国において発行された文書または執られる行動に基づく限り、その親族としての立場と市民としての地位を保証すること；
- (c) 出身国の旧法に従い、当該国において発行された文書の正規性、有効性および適合性を証明すること；
- (d) 難民の署名および自らの言語により作成された文書の翻訳の謄本を確認すること；
- (e) 個別の難民の良好な性格および行動、経歴、資格または学歴について当局に証明すること；
- (f) 特に、査証、当該国における在留許可、学校、図書館その他への入場許可の取得に際して、権限ある当局に対し、個別の難民を推薦すること。

⁶⁸ League of Nations, *Arrangement Relating to the Legal Status of Russian and Armenian Refugees*, 30 June 1928, *League of Nations Treaty Series*, Vol. LXXXIX, No. 2005. 同取極の当事国は、オーストリア、ベルギー、ブルガリア、チェコスロヴァキア、エストニア、フランス、ドイツ、ギリシャ、ラトヴィア、ポーランド、ルーマニア、スイス、ユーゴスラヴィアである。

⁶⁹ See B. Trachtenberg, « Arrangement International Relatif au Statut Juridique des Refugies Russes et Armeniens et son Application en France », *Revue de droit international privé*, t.5, (1930), p. 640-643; Cassin, « La nouvelle conception du domicile... », *supra*.note.67, (1930), pp.751-752.

⁷⁰ 「ロシア難民」と「アルメニア難民」の定義は、先行する第4回政府間会合（1926年5月10日～11日）で採択された「ロシア難民とアルメニア難民に対する身分証明書の発行に関する取極」にすでに与えられており、その性質上自らを代表する国を喪失した人とされていた⁷⁰。すなわち、「ロシア難民：ソヴィエト社会主義共和国政府の保護（protection）を受けずまたはもはや受けておらず、かつ、他の国籍を取得していない、ロシアを出身とするすべての人。アルメニア難民：トルコ共和国政府の保護（protection）を受けずまたはもはや受けておらず、かつ、他の国籍を取得していない、オスマン帝国のかつての臣民であり、アルメニアを出身とするすべての人。」League of Nations, *Arrangement Relating to the Issue of Identify Certificates to Russian and Armenian Refugees*, 12 May 1926, *League of Nations Treaty Series*, Vol. LXXXIX, No. 2004. 同じ定義をそのまま採用した1928年取極を含め、戦間期の国際法文書における難民の定義には、「迫害」の要素は含まれていなかった。

上記代表は、関係政府によって任命され、かつ、関係政府とともに行為しなければならない。高等弁務官は、人または団体がすでにその資格で非公式に行為している国では、その役務を遂行することができる。

各政府は、当該代表が発行する文書が公的性格を備えるものと認めるかどうかを決定する自由をもつ。いかなる場合も、その文書を最大限考慮に入れるように勧告する。また、文書の配布または上記手続の遂行にあたり貧困状態に置かれていない難民に課される料金が適正であるよう勧告する。

当該代表の活動は、完全な非政治的性格をもち、居住国当局にかかる義務に一切干渉しないものとみなされる。」

同条 (a) ~ (f) に特に明らかであるように、その人の権利義務如何ではなく、国際連盟が代表を喪失した人を代表することで、その人の存在を (ふたたび) 法の内に取り入れることが志向されている⁷²。

2.2.2. 「難民の国際的地位に関する条約」(1933年) とその起草理由

1928年取極の履行状況を反映し、その内容に法的拘束力を付与すべきである旨のCCOPの提案が受け入れられ、国際連盟の下で起草されたのが「難民の国際的地位に関する条約」⁷³ (以下「1933年条約」) である。

同条約の起草者は3名からなり、フランス外務省訟務部部長でありナンセン国際事務局運営部の副部長、政府間諮問委員会の委員長であったドゥ・ナヴァイユ・ラバテュ (Édouard de Navailles-Labatut [1869-1949])、CCOPの委員であった前出のノルデとルビンシュタインである。

1928年取極起草時の特別報告者でもあったルビンシュタインは、それまでの国際実行を振り返りつつ、1933年条約の起草理由を説明している。

まず、難民問題の解決策としては、(1) 人道的干渉、(2) 植民、(3) 本国帰還、(4) 帰化がありうるが、(1) 「対外的干渉」による難民流出原因の除去については、「そうした行動は望ましい結果を生じないし、その永続性を確保することもない」⁷⁴ ため、「現実的な解決策」として (2) 植民、(3) 本国帰還、(4) 帰化が残る。

⁷² ここにいう「貧困状態に置かれていない難民に課される料金」とは、いわゆる「ナンセン・パスポート」の発行料の支払いが、「貧困状態」に置かれている場合には、難民に求められないことを示している。1928年取極以前のいくつかの身分証明書の発行に関する取極に基づいて発行されたこの証明書の発行料は、国際連盟難民高等弁務官の活動資金に充てられており、難民同士の相互扶助を制度化したのもであった。1928年取極の他の内容としては、他に①相互主義に基づき外国人一般に与えている好意的待遇を相互主義によらず承認すること (第4条、第5条) ; ②外国人労働に関する厳格な規制を適用しないこと (第6条) ; ③他国に正規に入国しえない場合に追放を行わないこと (第7条) ; ④公租公課について内国民待遇を与えること (第8条) ; ⑤身分証明書発行国に帰還しうる旨の査証を添付すること (第9条) 等が規定されている。

⁷³ League of Nations, *Convention Relating to the International Status of Refugees*, 28 October 1933, *League of Nations Treaty Series*, Vol. CLIX No. 3663.

⁷⁴ Jacques L. Rubinstein, "The Refugee Problem", *International Affairs*, (1936), vol.15, p.716.

このうち(2)植民は、「農業改革の時代には植民が解決として考えられていた」⁷⁵ものの、かつて農民であった人の植民と「都市生活者や公務員、知識人、兵士であったロシア難民」や「貿易商であったアルメニア難民」等では事情が異なり、南米への就労斡旋計画が「平凡な結果」に終わったことに加え、いずれにしても「難民の規模に対して必要な資金が多すぎる」⁷⁷。(3)本国帰還は、実際に失敗しており、「体制が根本的に変化しなければ、大規模な帰還が実現することはない」⁷⁸。(4)帰化は、1929年の国際連盟総会第10会期で提案されたものの、2つの制約要因があった。その1つは、大規模な帰化の拒絶であり、もう1つは、国家側が帰化に値すると考える人以外の帰化を行うことへの反対である。例外的にシリアでアルメニア難民の大規模な帰化が実施されえたのは、シリアが委任統治領であり、アルメニア人が旧オスマン帝国の住民であって人種的・文化的に異なる人の統治下で生活することに慣れていたのであった⁷⁹。

したがって、ルビンシュタインは、その追求よりも「問題を消すこと」に焦点を当てるべきであると論じている。その「問題」とは、「数百万人の人々が、保護を受けず、法的国籍をもたず、定められた地位をもたない状態にあること」である⁸¹。難民は当初こそ支援を受けるが、やがて自律しなければならなくなるため、避難国での難民の統合により「その外国人の地位に適合する限りで『国民』と同一の取扱いを受けるようになる」⁸²可能性に期待すべきであると考えられる。それゆえの「地位」の法典化であった⁸³。

ルビンシュタインによれば、この文脈で「すべての難民は、無国籍者である」⁸⁴。難民に保障されるべき地位の内容は、(1)移動と居所選択の自由、(2)居所の保障、(3)準領事役務、(4)相互主義からの免除、(5)国際的保護である⁸⁵。

⁷⁵ *Ibid.*, p.717.

⁷⁷ *Ibid.*, pp.718-719.

⁷⁸ *Ibid.*, p.719.

⁷⁹ *Ibid.*, p.719.

⁸¹ *Ibid.*, p.720.

⁸² *Ibid.*

⁸³ 難民の地位に関する国際法は、もともと「白人男性」しか対象としておらず、そうではない人々を包摂するように変化してきた(あるいは変化すべきである)と語られることがある。しかし、1933年条約第9条は、「失業者、身体的・精神的な疾病を患う人、生計手段を稼ぐ能力のない高齢者や虚弱者、その家族、第三国によって十分な支給を受け続けていない子ども、妊婦、産褥期の女性、乳飲み子の母」が「医療手当と入院治療を含む、必要な救援と援助」について「最恵国待遇」を受けべき旨を明示的に規定しており、そうした形容は、実定法上の根拠を欠いている。また、一概に「白人男性」といっても、第一次大戦直後の時期には、一方では、CCOPの委員を含むが、他方では、少なくともコンスタンティノープルで飢饉に巻き込まれた捕虜を含み、第二次大戦直後の時期では、戦争に動員されるも本国を裏切った人々を含むものと想定されていたとすれば、有意な類型化ではない。

⁸⁴ *Ibid.*, pp.720-721.

⁸⁵ *Ibid.*, pp.721-722.

ルビンシュタインは、(4) 相互主義からの免除について、相互主義を規定するフランス民法第 11 条とポーランド憲法第 95 条の規定⁸⁶を確認した上で、次のように書く。

「相互主義の規則は、根本的に復讐の脅威に基づくもので、それはそれで完全に公平な規則である。しかし、難民と無国籍者に適用されてしまえば、彼らは出身国政府の行為に責任を引き受けることができず、当該政府も彼らを介して行動を執ることができないことから、『不衡平』である。難民が相互主義の条件を満たすことはない。相互主義に関連して政治的に重要であるのは、特に、相続権や財産権、営業許可・特許を取得する権利、裁判を受ける権利、病院に受け入れられる権利、労働災害に対して完全な補償を受ける権利である。」⁸⁷ (下線追加)

最後の (5) 国際的保護については、「外国人法は、外国人は当然その属する国に保護されるという仮定に基づいている」⁸⁸ため、無国籍者である難民を保護する機関が必要であり、特に、定住していない場合や不法滞在である場合、移動途中である場合にこそ保護が求められるため、その機関は、国家当局の立場に立つ国際的な機関でなければならないと述べている⁸⁹。

難民の国際的地位の法典化は、このように国際平面における「無」の発見から始められ、プルドン＝ヴァレットの「住民 incola」論の援用によって、その「無」は生物としての人ではなく、意思と身体を兼ね備える人として法の内に入れられた。戦間期フランスの眼前には、そうでなければ、すでに本国で効力を喪失した市民法の適用を求められるおそれがあったからである。

2.2.3. 「庇護」の範型との混同に伴うその起草理由の忘却

同じ思考の範型は、形式的には国籍を剥奪されなかったドイツ第三帝国からの難民流出にも拡大適用され、1935 年取極、1938 年条約、1939 年議定書において「事実上の難民の地位」を法典化させたが⁹⁰、スペイン内乱に前後する中南米諸国の介入や、国際連盟の外に招集されたエヴィアン会議 (1938 年) におけるアメリカ合衆国の介入に伴い、「庇護」の範型に取って代わられていった。

第二次大戦後には、ヤルタ会談の場でソヴィエトとアメリカとの間にそれぞれの管轄下にいる捕虜の本国帰還を行う秘密協定が締結されたが、戦時中の裏切り行為に対する追及を恐れ、ソヴィエトへの帰還を拒む多数の人々の存在が知られるようになり、「古来の庇

⁸⁶ フランス民法第 11 条は、「外国人は、外国人が国民である国との条約によってフランス国民に与えられている、または与えられるべきものと同一の市民的権利をフランスにおいて享受しなければならない」と規定し、1921 年のポーランド憲法第 95 条は、「外国人は、相互主義を条件に、ポーランド国民と同一の権利を享受しなければならず、かつ、ポーランド国籍に基づく義務を除くほか、同一の義務を負わなければならない」と規定した。

⁸⁷ *Ibid.*, p.726.

⁸⁸ *Ibid.*, p.730.

⁸⁹ *Ibid.*, pp.729-733.

⁹⁰ See R. Yewdall Jennings, "Some International Law Aspects of the Refugee Question", *British Yearbook of International Law*, vol. 20, (1939), pp. 98-114.

護規則」⁹¹が想起されるとともに、アメリカ政府は、いわゆる「マクナーニー＝クラーク指令」(1945年12月)で政策を転換し、以後、本国帰還を拒否し始めた。その拒否の法的正当化に向かう「難民と避難民に関する特別委員会」(1946年4月8日～6月1日)で初めて、「難民」の国際的定義に「迫害」という要素が入れられたのであった⁹²。

ただ、この「庇護」の範型は、そのみで本稿冒頭第1の問いに答えることができない。「保護」の範型も形式的には第二次大戦後に継承された。政府間難民委員会が1946年に準備した『無国籍とその一部の原因：概要』⁹³や、国際連合事務局が1949年に準備した『無国籍の研究』⁹⁴が戦間期の認識枠組を強く残しており、何よりも1933年条約の全体的構成は一見して明らかに1951年条約に継承されている。しかし、そこに伏在している実質的理由は、プルドン＝ヴァレットの「住民 incola」論が援用されるに至った議論枠組とともに、忘れられた。

3. 今日の法解釈上の論点との関連

以上、本稿は、難民の地位に関する国際法には、今日の学説においては一方の排他的正当性が主張されている2つの範型の双方が伏在しているものと考え、そのうちの一方である「保護」の範型をなお探求すべき課題であるものと考えた上で、難民の国際的地位が初めて法典化された戦間期の文脈において、19世紀中葉に提示されたプルドン＝ヴァレットの「住民 incola」論が援用された議論枠組を再構成した。そして、それにより、この「保護」の範型の伏在に至った実質的理由を提示することを試みた⁹⁵。その実質的理由は、思い切って単純化していえば、さもなければ法の外に置かれるおそれのある人の人格を承認することである。

以下では、以上に本稿が再構成した「保護」の範型の実質的存在理由に限って、今日の法解釈上の若干の論点との関連づけを図り、本稿を閉じることとする。

⁹¹ Mark R. Elliot, *Pawns of Yalta: Soviet Refugees and America's Role in Their Repatriation*, (University of Illinois Press, 1982), p.37.

⁹² 加えて、少なくともこの国際避難民機関憲章の採択(1946年10月3日)に至るまで、そして同憲章では、「迫害」は本国帰還の拒否を正当化する網羅的事由ではなく、「家族に関するやむをえない事由」や「疾病または虚弱」と並列する事由として位置づけられていた。United Nations, *Constitution of the International Refugee Organization*, 15 December 1946, *United Nations Treaty Series*, vol. 18, p. 3. 同憲章C(1)ほか、次を参照。IRO Records, *Manual for Eligibility Officers*, (1950), cited in Ivor C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations*, (Brill, 1999), p.36.

⁹³ Intergovernmental Committee on Refugees, *Statelessness and Some of its Causes: An Outline*, (1946).

⁹⁴ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *A Study of Statelessness*, *United Nations, August 1949, Lake Success - New York*, 1 August 1949, E/1112; E/1112/Add.1.

⁹⁵ 1951年条約へのより直接的な影響をもつ条文の解釈論については、次を参照。溜池良夫「難民条約第12条について—難民の属人法問題」『国際法外交雑誌』第82巻4号(1983年)409-447頁; Vincent Chetail, « Les relations entre droit international privé et droit international des réfugiés: histoire d'une brève rencontre », *Journal du Droit International*, (2014), t.141, pp. 447-475.

3.1. 迫害の主体

迫害の主体をめぐっては、大きく2つの学説があり⁹⁶、本稿の冒頭に言及したグッドウィン・ギル＝マカダムとハサウェイ＝フォスターとの間の対立の焦点の1つである Horvath 事件判決にも、両学説が確認されている⁹⁷。

その一方によれば、「国家は、非国家主体に起因する損害を防止しえない場合ではなく、重大な損害を行うか、許可するか、または寛恕する場合に限り、責任を負う」⁹⁸。言い換えれば、出身国への迫害行為の責任帰属が肯定される場合に限り、難民該当性も肯定されると理解する⁹⁹。もう一方の立場は、「迫害」行為の責任が国家に帰属するかどうかを問わず、非国家主体による行為であっても難民該当性基準となる「迫害」から必ずしも排除されないと理解する。

グッドウィン・ギル＝マカダムとハサウェイ＝フォスターとの間の対立は、これらの学説の相違に対応してはおらず、いずれも非国家主体が迫害の主体である可能性を排除していない。ただし、グッドウィン・ギル＝マカダムが、やはり「中心となる問題は迫害に相当する損害のリスクでなければならない」¹⁰⁰と強調しつつ、たとえ国家責任法によって私人の行為の責任を国家に帰すことができる場合でも、難民法と国家責任法との「相関関係は単に偶発的なもの coincidental であって、規範的なもの normative ではない」¹⁰¹と主張したのに対し、ハサウェイ＝フォスターは、国家主体がその権限の外で行為した事案¹⁰²を例に「『迫害の主体』の意義やそれを難民法の重要な論点とすることは今や相当程度過去のものである」¹⁰³と主張し、主体の性質を判断すること自体の意義を限定して、その行為の性質をこそ判断すべきであると主張した。

本稿の冒頭に引用したハサウェイ＝フォスターからグッドウィン・ギル＝マカダムに向けられた「デュー・ディリジェンス」概念の援用への批判は、この直後になされたものである。ただし、ハサウェイ＝フォスターも、人権法に依拠して「迫害」を限界づけるべきであると述べていることから¹⁰⁴、人権法を適用するに際して結局国家の「デュー・ディリ

⁹⁶ Jean-Yves Carlier, « Et Genève sera... La définition du réfugié: bilan et perspectives », in Vincent Chetail, *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives* (Bruxelles, 2001), p. 63-89.

⁹⁷ *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, *supra*.note. 11, pp.4-5.

⁹⁸ Daniel Wilsher, "Non-State Actors and the Definition of a Refugee in the United Kingdom: Protection, Accountability or Culpability?", *International Journal of Refugee Law*, (2003), vol.15, pp. 68-71.

⁹⁹ See also Grahl-Madsen, *The Status of Refugees...*, (1966), *supra* note.19, p.189.

¹⁰⁰ Goodwin-Gill and McAdam, *The Refugee...*, (2007), *supra* note.1, pp.99-100.

¹⁰¹ *Ibid.* See also Andreas Zimmermann, "Art. 1 A (2) 1951 Convention", Andreas Zimmermann (ed), Jonas Dörschner, and Felix Machts, (Assistant. eds.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, (OUP, 2011), p.367.

¹⁰² *Svazas v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWCA Civ 74, United Kingdom: Court of Appeal (England and Wales), 31 January 2002.

¹⁰³ Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status...*, (2014), *supra* note.13, p.306-307.

¹⁰⁴ それが正当化される理由としては、難民条約の前文第1文と第2文の文言のほか、「規範的レジティマシー」の観点から「国際人権法の広く批准された基準への言及によって迫害的損害の存在を評価するこ

ジェンス」が審査されうる限りで、ハサウェイ＝フォスターがグッドウィン・ギル＝マカダムに向けたのと同じ批判は、「迫害」の限界画定に際して人権法に依拠するハサウェイ＝フォスターにも向けられうる。

ここに本稿の検討を加えんとすれば、問題の中心は、人権法に包摂される可能性を残すが、それに基づく請求や責任追及を必ずしも包摂しないかたちで実現される、人格の承認にあるのであった。迫害の主体論に不可逆的な転換をもたらしたスイスの2006年判決¹⁰⁵の理由づけは、消極的に、もし迫害の主体が国家主体でなければならぬとすれば、

「(出身国が)アナーキーであればあるほど(受入国における)難民の保護が縮小することになってしまう」¹⁰⁶ことの不合理性を指摘するものであったが¹⁰⁷、積極的には、この事由が働いたことを位置づけ直すことができるように思われる。つまり、迫害の主体論は、ハサウェイ＝フォスターが形容するように単に「過去のものとなった」のではなく、もともと難民の地位に関する国際法に外在していたのではないかと疑われる。

3.2. 受忍可能性審査

上記とはまた別に、難民該当性判断に「受忍可能性審査」と呼ばれる要件を課す実行がある。これは「迫害を受ける」という受動的な文言が採られることをもって「を理由に」として列挙される「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見」を秘匿したり、その表現を自制したりすれば迫害を回避しうるかどうかを問い、そのように回避しうらば、当人の難民該当性を否定するものである¹⁰⁸。しかし、反対に、「迫害を受ける」理由を秘匿していたり、表現を自制していたりして表現しなかった事実をもって難民該当性を否定する「逆受忍要件」を課す実行も登場した¹⁰⁹。

「迫害を受ける」おそれのある人は、どのようにふるまうべきなのか。

とは、『何が「寛恕不可能なもの」であって「侵害」「不当」であるかについて認定権者の私的な見解に代わるもの、主観的かつ偏狭な視点を越えて国境を越えて広がっているものとして理想的である』こと、監督機関による解釈変遷に沿い、「難民法が非自発的外国人性の同時代的動因 contemporary drivers of involuntary alienage に関連し続け、動態的かつセンシティブであり続けるように確保する」ことが挙げられている。Hathaway and Foster, *The Law of Refugee Status...*, (2014), *supra* note.13, pp.193-195.

¹⁰⁵ *Urteil vom 8. Juni 2006, [X] gegen Bundesamt für Migration (BFM)*, Switzerland: Commission suisse de recours en matière d'asile, 8 July 2006.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.20.

¹⁰⁷ カーリエ (Jean Yves Carlier) は、同判決以前からすでに次のように述べ、この理論的欠陥に気がついていた。「迫害の標的性 caractere ciblé は、差別の要件を生じない。[難民条約上の5つの]理由の1つに関連し、かつ、無差別な暴力の被害者である人は、難民条約に包摂される。さもなければ、迫害が拡大すればするほど、保護が確保されなくなることになってしまう」。Jean Yves Carlier, « Et Genève sera... La définition du réfugié: bilan et perspectives », Vincent Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après: bilan et perspectives* (Bruxelles, 2001), p. 63-89.

¹⁰⁸ See e.g. *RRT Case No. V98/08356*, [1998] RRTA 4841, Australia: Refugee Review Tribunal, 28 October 1998; *Applicant L.S.L.S. v Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2000] FCA 211, Australia: Federal Court, 6 March 2000, cited in Janna Weßels, "Sexual Orientation in Refugee Status Determination", *Refugee Studies Centre Working Paper Series*, No.74, (2011), p.11.

¹⁰⁹ See e.g. Jenni Millbank, "Sexual Orientation and Refugee Status Determination over the Past 20 Years: Unsteady Progress through Standard Sequences?", Thomas Spijkerboer (ed.), *Fleeing Homophobia: Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum*, (Routledge, 2013), p.36; Michelle Foster, "The 'Ground with the

「受任可能性審査」の再考が図られる決定的な契機となった S395 事件オーストラリア高等裁判所判決¹¹¹は、さもなければ「[難民] 条約の趣旨が損なわれてしまうおそれがある」ために¹¹²、「迫害を受ける人が、国籍国内の行動を回避すれば損害を受けないことができるからといって、そのことを理由に迫害が[難民] 条約上の迫害でなくなることはない」¹¹³と判示したのであるが、同旨の判決は、この判決の少し前、同国の連邦裁判所により、次の論証によって示されていたことが注目される。すなわち、

「[...] 歴史的事例を引用し、なお被告側弁護人が採るアプローチによるならば、ナチスに占領されたオランダでユダヤ人として潜伏して恐れながら暮らしていたアンネ・フランクは難民ではないということとなる。もし同裁判所 [= 下級審「難民審査裁判所」] が、彼女が発見される可能性が低いことに説得されていたとすれば、彼女は屋根裏部屋の暮らしに向けて送還されていたはずである。[難民] 条約の起草者がそうした結果を構想していたとは考えられず、そうすべきとも考えられない。」¹¹⁴

この論証は、後に「アンネ・フランク論証」と呼ばれることとなる。同論証を直接には採用しなかったものの、イギリス最高裁判所も、別の事件 (HJ&HT 事件) において、この論証に沿い、同型の事実を前に、結果的に受忍可能性審査を斥けて、次のように判示したことがとりわけ注目に値する。

「[難民] 条約の根底にある論拠は、[...] 黒人である、かつての独裁者の子孫である、同性愛者である、といったことを理由に、特定の強度または期間の損害を受ける恐怖を有することなく人々が公然と生きることができるときである、ということにある。[...] 受入国は、公然と生き、恐怖から自由になることを可能にすることにより、本国がその人々に与えるべき保護を代行する保護を与えるのである。」¹¹⁵

その後、欧州連合司法裁判所も同様に「[...] 本人が特定の宗教的実践を差し控えることによってリスクを回避しうる事実は原則として関連しない」¹¹⁶と判示しており、属性や

Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social Group'", (2012), p.52.

¹¹¹ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71, Australia: High Court, 9 December 2003, para.6.

¹¹² *Ibid.*, para.41. See James C. Hathaway and Jason Pobjoy, "Queer Cases Make Bad Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, (2012), vol.44, pp.358-371; UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01, para. 33.

¹¹³ *Ibid.*, para.40.

¹¹⁴ *Win v Minister for Immigration & Multicultural Affairs*, [2001], FCA 132, Australia: Federal Court, 23 February 2001, para. 17.

¹¹⁵ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 July 2010, para.53.

¹¹⁶ *Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 and C-99/11*, European Union: Court of Justice of the European Union, 5 September 2012, para.79. ただし、欧州連合の資格指令には、迫害を受ける理由に性的指向が含まれることが明文化されているため、その文言とその「基本的」性格を結びつける限界画定も図られている。その理由づけは次のようである。「社会的集団の構成員にその隠匿

意見を表現しないよう求めたり（受忍要件）、それらの表現するよう求めたりする（逆受忍要件）ことに法的な正当化を認めない立場への転換が起きている。

本稿が再構成した戦間期の議論枠組は、「行為 (actions)」（＝する／しない）の次元ではなく、もっぱら「資格 (qualités)」（＝ある／ない）の次元の規律に関心の中心を据えていた。本稿冒頭第2の問いに関連づけていえば、「人が人であるがゆえにもつ権利」の行使を可能にする前提条件として「資格」への規律が図られようとしており¹¹⁷、迫害を受けるおそれのある人がどのようにふるまうべきなのか、ということは、そもそも難民該当性を左右すべき要素とは考えられていなかった。難民の国際的地位の法典化に至った戦間期の議論枠組は、今日のこの転換を積極的に意味づけるものである。

3.3. おわりに——法の外に置かれるおそれがある人の人格の承認

今日では、「人が人であるがゆえの権利」の思考に沿い、それぞれの具体的「人」を抽象的「人」一般へと還元し、「資格」の次元それ自体が解消しようとする場合が少なくない。しかし、そのどれほどの「発展」によっても「人」とみなされない可能性まで解消しえたわけではない¹¹⁹。難民の国際的地位は、その淵源の1つを遡るならば、そのように法の内から排除されてしまう事態に切り返し、法の外（あるいは隷属状態）に置かれるおそれのある人の人格の承認を志向して法典化されていた。本稿に再構成した議論枠組は、戦間期に一回的に現れた文脈にすぎないとも考えられうるが、それを忘れたまま、難民の地位が国際法によって規律されている理由を説明することもできないように思われる。

（本研究は科学研究費 18K12641 の助成を受けたものである）

を求めることは、[性的指向を資格指令第10条1項により] その放棄を強制されるべきでないほど当人のアイデンティティにとって基本的な性格であると認めていることに整合しない。性的指向の表現について異性愛者よりも強い自制によって当人がリスクを回避しようとする事実は、迫害の十分に理由のある恐怖を有するかどうかを判断するにあたり考慮されることはない」。 *Ibid.*, paras.65-76.

¹¹⁷ 次も参照。「人格 *Persönlichkeit* とは、理論的には、個人を国家に資格づける *qualifizierende* 関係である。それは、法的には、状態 *Zustand* であり、地位 *Status* であって、個々の権利に結びつきうるが、権利それ自体ではない。[...] 権利は、持つもの *Haben* であり、人格 [=「状態」=「地位」] は、在るもの *Sein* である」。Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, [2. Aufl.], (J.C.B. Mohr, 1905), S83.

¹¹⁹ ノル (Gregor Noll) は、人権が保護しないと疑われる人の類型の存在を、次の仮設事例によって例証している。すなわち、学齢期にあるアンナの両親は、娘が教育を受ける権利から利益を受けることを望みながらも、学校が出入国管理当局にアンナの一家がみな非正規移民であるとリークすることを恐れている。非正規移民であっても物理的には領域内に存在しているため、アンナの人権に対応する領域国の義務はたしかに作動しているが、この文脈において領域国が具体的にしなければならないこと、してはならないことは不明瞭である。そうであれば、人権に対応する義務を正確に定式化し、その履行を請求するイニシアティブを採るのは事実上非正規移民の側とならざるをえないこととなる。このとき、リークへの不安からアンナの両親が学校との接触を避ける選択を採るとして、この選択をどのように評価することができるかが問題とされている。Gregor Noll, "Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants", *European Journal of Migration and Law*, (2010), vol. 12, p. 247. ノルは、隠れている非正規移民が人であり、人であるがゆえに人権を享有していることにはほとんど争われていないとしても、国家は、自国領域からその人の存在自体を排除する権能をもつものとされており、この権能と人権法とがどのように関係しているのかは不明瞭であって、この不明瞭性のために特定の集団（非正規移民）に人権の享有が制度的に制限されているとすれば、人権法は、それが謳っていたはずの普遍的な目的に適っていないのではないかと問う。 *Ibid.*, pp.243-244.

中国における会社決議の瑕疵に関する司法救済制度 濫訴防止を中心に¹

東北大学法学研究科博士後期課程 龍 鉄

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>I. はじめに</p> <p>1. 本稿の問題意識</p> <p>2. 本稿の用語法(中国法上の概念について)</p> <p>3. 本稿の構成</p> <p>II. 中国における会社決議瑕疵訴訟の現状</p> <p>1. 決議無効の訴え</p> <p>(1) 原告適格</p> <p>(2) 被告適格</p> <p>(3) 無効事由</p> <p>(4) 会社決議が無効・取消の効力</p> <p>2. 取消可能の訴え</p> <p>(1) 取消事由</p> <p>(2) 提訴期間</p> <p>(3) 提訴権者</p> <p>(4) 裁量棄却</p> <p>3. 不成立の訴え</p> <p>4. 取り消し訴えにおける担保提供制度</p> <p>5. 決議の執行停止</p> <p>III. ドイツにおける取消権の濫用と日本におけるその対策</p> | <p>1. ドイツにおける取消権の濫用</p> <p>(1) 登記停止と取消権の濫用</p> <p>(2) 濫用の原因</p> <p>2. 日本における濫訴の対策</p> <p>IV. 中国における決議瑕疵訴訟の濫訴防止</p> <p>1. 問題の所在</p> <p>2. 執行停止制度</p> <p>(1) 決議執行停止の法的性質</p> <p>(2) 決議執行停止制度の必要性</p> <p>(3) 決議執行停止制度の濫用のおそれ</p> <p>(4) 執行停止の対象となる決議の範囲の制限</p> <p>3. 担保提供制度の再検討</p> <p>(1) 担保提供制度の実行可能性</p> <p>(2) 担保提供命令の要件の明確化</p> <p>(3) 担保対象と担保金額の明確化</p> <p>終わりに</p> <p>参考『最高人民法院<中華人民共和國会社法>のいくつかの問題の適用に関する規定(四)』日本語</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

¹ 本稿は、筆者が2018年5月に中国の東北財経大学に提出した修士論文を基に、指導教員の得津晶准教授のアドバイスを貰って日本の読者に中国法の現状と問題意識を伝えるべく大幅に加筆修正を行ったものである。この場を借りて得津先生にお礼を申し上げる。

I. はじめに

1. 本稿の問題意識

中国では、1993年の「中華人民共和国会社法」(以下は中国会社法と略称する) 111条において初めて会社決議の瑕疵の問題が取り上げられた。当該規定は「株主総会、取締役会の決議が法律あるいは行政法規に違反し、株主の権益を侵害する場合、株主はそれを理由として人民法院に違法行為と侵害行為の停止を要求する訴えを提起することができる。」としていた。この規定は、抽象的な原則を定めたに過ぎない、執行力が無い、不明確であるなどの批判がなされたが、客観的に株主総会・社員総会の議事あるいは決議への司法介入・司法審査の根拠を提供するものであった²。

その後、2005年の中国会社法 22条は、会社決議の無効の訴えと取り消しの訴えを規定していた。それ以降の中国会社法改正によっても当該規定はそのまま維持されている。現行中国会社法 22条は「会社の社員総会あるいは株主総会、取締役会の決議の内容は法律あるいは行政法規に違反する場合、無効である。社員総会または株主総会、取締役会の会議募集手続、議決方法が法律あるいは行政法規または会社の定款に違反した場合、または議決内容が会社の定款に違反した場合、株主は決議が行われた日から 60 日以内、訴えをもって人民法院に取り消しを求めることができる。株主が前項の規定に従って訴訟を提起した場合、人民法院は会社の要求に応じて、株主に相応の担保を要求することができる」と規定している。当該規定は一定の理論の蓄積の下でできたが、訴えの事由、瑕疵の分類、担保提供、原告の範囲、非訴訟の救済などの面で規定がまだ十分に明らかでない指摘された³。「立法者が濫訴に対抗するために会社決議瑕疵訴訟に規定した訴訟担保制度は、民事訴訟の基本原則に反するだけではなく、また、濫訴問題の原因を

² 钱玉林「论可撤销的股东大会决议」法学 2006 年 11 号 (2006) 35 頁。

³ 陈开梓「论公司决议瑕疵司法救济制度的完善」行政与法 2008 年 10 号 (2008) 108 頁、丁勇「公司决议瑕疵诉讼担保制度检讨及立法完善」法学 2014 年 5 号 (2014) はドイツの濫訴の問題を分析し、中国会社法 22 条の担保提供規定を検討した。李建伟「公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建---以股东大会决议可撤销为中心」商事法论集 15 卷 (2009) は取り消しの事由、原告、被告などの問題を中心に論じた。苏翠萍「股东大会决议不存在制度研究」商事法论集 16 卷 (2009) は専ら決議の不存在を検討した。

解決するものでもないので、放棄するべきである」⁴との批判がなされた。濫訴防止は、提訴条件、決議執行などによってなされるべきだと考えられたのである⁵。

そして、2017年に公布された「最高人民法院<中華人民共和国会社法>のいくつかの問題の適用に関する規定(四)」（以下、会社法司法解釈四と略称する）は(1)決議無効訴訟の原告適格、(2)決議不成立訴訟の原告適格、(3)決議取消訴訟の原告適格、(4)他の当事者の訴訟上の地位、(5)決議取消の裁量棄却、(6)決議不成立と決議無効又は取り消しの効力の6つの面から、中国会社法22条の会社決議瑕疵の訴訟制度を整備した。しかし、22条3項に関する担保制度についてはそのまま維持された。

これに対して本稿は、中国法を、濫訴の恐れがあるドイツ法、濫訴が深刻な問題となっていない日本法と比較し、単に訴えるという事実のみでは濫訴のおそれはなく、決議瑕疵の訴えと執行停止が重なってはじめて濫訴の恐れは大きくなるということを示した。その上で、中国法の解釈として、中国会社法22条3項に関する担保提供の規定が原告と被告の訴えの権利と義務のバランスを崩すものであるとして削除すべきという見解に対して、担保提供の条件を①執行停止の申し立てがある場合、かつ②株主などの訴えが悪意であることと明確にすることにより、合理的な活用の可能性を示した。

2. 本稿の用語法（中国法上の概念について）

中国法では「会社決議」という概念が用いられる。この会社決議は株式会社の株主総会決議と取締役会決議及び有限会社の社員総会決議と取締役会決議を含む⁶。本稿で取り扱う対象は有限会社における社員総会と取締役会の決議、そして、株式会社の株主総会と取締役会の決議である。その理由は中国会社法22条における訴えを提起する可能な会社決議は有限会社の社員総会と取締役会の決議と株式会社の株主総会と取締役会の決議であるからである。また、監査役会は、社員総会で選出された監査役と会社の従業員の民主的な選挙によって選出された監査役で構成され、会社の事業活動を監督および検査する法定かつ常設的な機関であり⁷、会社決議瑕疵の訴えと同じ機能を有するものであって会社の業務執行を決定するものではないと考えられる。従って、監査役会の決議を対象外とする。なお、

⁴ 丁・前掲(3)文献90頁。

⁵ 丁・前掲(3)文献95-100頁。

⁶ 李・前掲(3)文献53頁。

⁷ 范健=王建文『公司法(第四版)』（法律出版社・2015）357頁。

本稿では社員総会あるいは株主総会と取締役会における違いに触れることが無いから、合わせて「会社決議」と称する。特別の説明の無い限り本文での「会社決議」は社員総会あるいは株主総会と取締役会決議を指す。そして、特別の説明の無い限り株主総会・社員総会決議についての検討は取締役会にも適用するが、微妙な差異がある。例えば、多数決の場合は株主総会・社員総会では資本多数決が一般である。これに対して、取締役会では頭数での多数決が一般である。

3. 本稿の構成

本稿は、まず、中国における会社決議瑕疵訴訟制度を紹介する。次にドイツにおける会社決議訴訟の濫訴問題と日本の濫訴防止の対策について検討する。最後に、濫訴防止について比較法的知見から私見をのべる。

Ⅱ. 中国における会社決議瑕疵訴訟の現状

前述のように、2017年に新しく公布された会社法司法解釈四は、6つの面から会社決議の瑕疵訴訟を定め、会社決議の不成立の訴えと決議取消の裁量棄却制度を取り込んだ。これにより、中国の会社決議瑕疵訴訟は、これまでの決議無効と取り消しの二分割法から無効の訴え、取消可能の訴えと不成立の訴えの三分割法となっている。

1. 決議無効の訴え

(1) 原告適格

会社法司法解釈四第1条⁸に規定された決議無効の訴えを提起できる者(原告適格)は以下の通りである⁹。(1)株主。社員として、会社の違法行為に対して、社員総会あるいは取締役会の決議違法の訴えを提起できる。

⁸ 会社法司法解釈四第1条：会社の株主、取締役、監事などが人民法院に社員総会決議あるいは株主総会決議、取締役会決議の無効あるいは不成立の確認を請求するとき、人民法院は受理すべきである。

⁹ 杜万华『最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用』（人民法院出版社・2017）26頁。

(2) 取締役。取締役は会社の権限の行使者であり、条文はないものの、中国会社法の理論上、取締役の権限・地位に基づき、違法な株主総会決議・社員総会決議・取締役会決議に対して、単独に訴えを提起することができるのは会社決議の適法性に関する監督機能の1つと理解されている。

(3) 監査役。中国会社法 53 条と 118 条により、監査役は取締役と高級管理者¹⁰の違法行為に対し、訴えを持って止めることができる。訴えをもって株主総会・社員総会決議と取締役会決議の違法性を是正することは、監査役の権限であるところの会社の適法性に対する監督の1つと説明できる。

以上の3種類の提訴権者の訴え提起は、同条で明文に規定されている提訴権者である。そして、理論上も実務上も通説と認められている。

争いがあるのは(4)「等」という文言である。ここでの「等」には、前述の(1)～(3)の3種類のみが含まれるのか、それとも、3種以外の者を含む趣旨の「等」なのかについて議論がある。そして、最高人民法院の解釈は、後者の立場をとった。最高人民法院の見解によると、以下の三つの主体にも提訴権限が認められている¹¹。

①高級管理人。株主総会・社員総会、取締役会が決議を通じて高級管理人の権利と義務を設定する場合があり、この場合高級管理人は訴えの利益を有し、訴えを提起することができる。

②会社の従業員。会社の従業員が原告となるのは2つの場合があり得る。1つ目は会社が決議を通じて従業員に対して特定の義務を設定するときである。このような義務を設定した行為が従業員の権利を侵害するかどうかを会社決議瑕疵訴訟で判断することができる」と解釈されている。このような場合に会社決議瑕疵訴訟を通じて原告(従業員)の権利を救済するのは、救済コストを低下することができる」と解釈されている。二つ目の場合とは、従業員が会社の株式を持っている場合である。

③会社の債権者。具体的には以下の3つの場合が想定されている。従業員の第一の場合と同様、会社が決議を通じて債権者に対して特定の義務を設定する場合である。第二に債権者が「債券」を有する者である場合である。第三に議決権を行使できる債権者の場合である¹²。

¹⁰ 高級管理者とは、会社のマネージャー、副マネージャー、財務責任者、上場会社の取締役会の秘書、および会社の定款で指定されているその他の人員を指す(中国会社法 216 条)。

¹¹ 杜・前掲(9) 文献 27 頁。

¹² 契約により、特定の場合には、債権者が会社の決議に参加するあるいは会社行為の制限を要求することが認められる。最高人民法院は、このような場合に、債権者

ただし、この③に対しては、次のような反論がある。会社決議は、組織法の本質に従い、その効力は会社の株主、取締役、監査役の内部にとどまり、会社外部には及ばない。たとえ決議に、契約の付属条件を定めたり、債権者など会社外部主体に関する内容が含まれたりしていたとしても、債権者などに直接の影響もないし、法律上の地位が変わるでもないから、債権者などは決議の効力に何の法律上の利益も有しない。債権者など会社外部の主体は会社決議の無効あるいは不存在の訴えを提起することができないだけでなく、民事訴訟法上の一般の確認訴訟も第三者として訴訟に参加することもできない¹³。

(2) 被告適格

会社法司法解釈四三条の規定は会社決議瑕疵訴訟の被告を明確にした。今まで被告を巡って争いがあったが、これにより、決着がついたと考えられる。会社決議に争う訴えの被告について、会社決議瑕疵の発生原因により、それぞれ会議の募集人、提案人、賛成票者¹⁴を被告にする見解¹⁵がある。しかし、決議結果を決議手続きの参加者に直接関連する必要があるかどうかを根拠にし、適格被告を確定することには、まだ議論の余地がある¹⁶と最高人民法院が示した。

(3) 無効事由

中国会社法 22 条第 1 項は会社決議の無効事由を規定している。同条から見れば、決議無効の事由は決議の内容が法律あるいは行政法規に違反することである。会社決議が無効とされた場合は会社内部に重大な影響を及ぼすだけでなく、無効と確認された決議が執行機関によって執行され、第三者の利益にも重大な影響を及ぼすため、決議の内容が法律や行政法規に違反する場合だけが無効の確認をすることができる。決議の無効に関する事由がドイツ法では列举方式を採用し、可能な限りすべての無効状況を列举規定しているとともに、決議の無効事由の確認も法律上明示されている事由に限定され¹⁷、これは裁判所にとって有用であると

に提訴権が認められないと、債権者は契約に基づいて有する権利を行使できないと判示した。

¹³ 丁勇「組織法的訴訟構造：公司決議糾紛訴訟規則重构」中国法学 2019 年 5 号 (2019) 103 頁。

¹⁴ 株主總會・社員總會に提出された議案の取締役会の賛成取締役を指す。

¹⁵ 石紀虎「关于股东大会决议效力探讨」政治与法律 2009 年 5 号 (2009) 116 頁。

¹⁶ 杜・前掲 (9) 文献 86-87 頁。

¹⁷ 格茨·怀克＝克里斯蒂娜·温德比西勒『德国公司法』殷盛訳 (法律出版社・2010)

考えられる。しかし、法改正には時間がかかるため、あらゆる状況を法で規定するのは無理だと思われる。それゆえ、当条での規定は抽象的な規定を採用した。しかし、現行法の規定の「法律あるいは行政法規に違反する」を更に明確するべく、「法律あるいは行政法規の強行規定に違反する」とした。これに対して、「法律あるいは行政法規の効力規定に違反する」との更に厳格的な意見もある。

条文の「法律、行政法規」に関して、内容的に法律、行政法規に違反することがあれば、すべての場合において、無効になるのか。法律規定は強行法規と任意法規に分けることができ、任意法規は行為者が法によって適用を変更、選択、または除外することを許可する法律規定である。これに対して、強行法規は行為者が法規に従って行為しなければならないものであり、法に規定されていることを任意に変更したり排除したりすることは許されない。もし会社決議に違法な内容はあるが、その違反は任意法規に対するものであるならば、それでも無効決議と認定すべきなのか。会社の決議が無効であるかどうかの認定は、その内容が法律、行政法規の効力規定（強行法規のうち違反した場合に効力を否定する規定）に違反しているかどうかを判断基準とするべき¹⁸と言われている。これは決議無効事由の法律、法規を強行法の中でもさらに効力規定に制限している。この見解は決議の無効は、決議に対する当初からの否定的な評価であるため、無効事由は厳格にするべきであるという判断に基づく。決議の内容が法律、行政法規の中でも効力規定に違反した場合にのみ無効となるとする。しかし、条文の法律、法規を効力規定に厳格に制限する必要はなく、法律、行政法規の強行規定であればよいとする学者もいる¹⁹。

（４）会社決議が無効・取消の効力

会社法司法解釈四六条は会社の決議が訴訟によって無効と確認された場合の効力と取り消した場合の効力を規定した。会社決議瑕疵訴訟と瑕疵のある決議を執行して相手と発生した法律関係との間の紛争は、2つの独立した訴訟関係である。会社決議が扱う内容は、単純な内部関係、単純な外部関係、内部関係と外部関係が結合している場合がある。第六条の規定及び最高人民法院の解釈によると、単純な内部関係の決議について、決議が無効であることが確認された場合あるいは取り消された場合、会社内部の関係者に対して当然に効力があり、遡及効が認め

550—552 頁。

¹⁸ 王雷「公司决议行为瑕疵制度的解释与完善——兼评公司法司法解释四（征求意见稿）第4~9条规定」清华法学 2016年5号（2016）180頁。

¹⁹ 李・前掲（3）文献 57頁。

られる²⁰。決議の内容が内部関係と外部関係の両方であり、あるいは単に外部関係に係わっている場合に、会社の決議が無効であることが確認されたり取り消されたりした場合には、外部関係には善意の第三者に対する遡及効はない²¹。しかし、この規定には不十分なところは、会社の決議が取り消されたり無効であることが確認されたりした後の関連法律関係の問題について言及せず、特に外部の法律関係に関する問題は善意の相手に対する規定にとどまっていることにある。最高人民法院はこのような不備の理由を以下のように示した。

無効・取り消された場合の効果の規定を設けるとすれば、複数の法律を研究し、会社法を越えて他の法律を解釈する必要が生じる。しかし、これは明らかに会社法の司法解釈作業の範囲を超える。決議を取り消すことに関係する各種の問題の解決の難度及び会社法の司法解釈の範囲を超えたことに鑑み、この問題に対して繰り返し議論を行い、決議に関係する可能性のある法律関係を整理した結果、効力を明確にする規定案を撤回した²²。

また、同司法解釈 6 条の規定は善意の第三者が影響を受けないことを規定しているが、もし善意でない相手の効力がどのような場合でも、直ちに無効になるのか。会社の合併、分割など重大な事項について決議が長期間経過してから無効が確認されたり、取り消されたりすると、法律関係の安定に害する恐れが考えられる。

2. 取消可能の訴え

会社法司法解釈四 2 条「会社法 22 条 2 項に基づき、社員総会あるいは株主総会、または取締役会の決議を取り消すと請求した原告は、提訴時に会社株主資格を持っていなければならない。」と規定している。4 条「株主が社員総会あるいは株主総会、または取締役会決議の取り消しを請求した場合、中国会社法 22 条 2 項の規定に合致する場合には、人民法院は請求を認めるべきであるが、会議募集手続又は議決方式に僅かな瑕疵があるだけであり、かつ決議に実質的な影響を与えない場合には、人民法院は請求を認めるべきではない。」と規定している。以上の条文と中国会社法 22 条 2 項は会社決議の取り消し可能の訴えの事由、提訴期限、提訴権者資格及び取り消し可能な決議の裁量棄却を規定している。これらの規定と前述の会社法司法解釈四 6 条の決議無効又は取り消しに関する効力の規定とが、

²⁰ 杜・前掲 (9) 文献 148 頁。

²¹ 杜・前掲 (9) 文献 148 頁。

²² 杜・前掲 (9) 文献 162-163 頁。

中国の会社決議取り消し可能訴訟の法律制度を構成している。

(1) 取消事由

中国会社法 22 条 2 項は会社の定款の違反と法律法規の違反の両方から会社決議の取り消し事由を定めている。一つ目は決議の内容が定款に違反することである。会社定款は会社の最高規範であり、効力が会社のすべての機関と構成員におよぶ。しかし、その効力は、会社内部に限られている。そのため、決議の内容が会社の定款に違反することは、一般に会社以外の第三者又は社会公共の利益を侵害することにはないであろう²³。仮に、このような外部への侵害があれば、法律の規定に違反することになる。定款違反だけでは無効が要求されるほど深刻な侵害は存在しない。もちろん、執行機関によって第三者との法律行為がなされた場合は、会社以外の第三者にも影響が及ぶ。だが、それは法律行為の効力という別の問題になるであろう。そのため、法律はこのような瑕疵決議の取消権を会社の株主に与えた。二つ目は会議募集手続き、議決方法が法律あるいは行政法規または会社の定款に違反した場合である。具体的にどのような手続きの瑕疵が取り消し可能なのかには現行法の規定がない。一般的には、以下のような瑕疵があると整理されている。

募集手続きには募集権瑕疵（表見募集、絶対無募集権の募集）と募集通知の瑕疵（通知の方法が規定違反、通知期間が規定違反、通知内容が規定違反、通知対象が規定違反）が含まれ、表決方法には議長の不適格、無表決権株主が表決に加えること、表決事項の瑕疵、表決権の計算の間違いと株主が表決権を行使するときの意思表示瑕疵などが想定される²⁴。

しかし、以上の事由には理論上にもまだ争いがある。具体的な判断は人民法院が事実に合わせて判断することに任されている。

(2) 提訴期間

中国会社法 22 条 2 項に規定された取り消しの訴えの訴訟期間は 60 日であり、当該提訴期限は不変期限であり、当事者が知っているか否かを起算条件としない。このような規定は主に会社の経営の安定を考慮し、時間が長すぎる場合、会社は決議に基づいて各経営管理活動を行っており、取り消されれば、会社に大きな影響を与え、取り返しのつかないことになるから設けられている。

²³ 丁・前掲 (13) 文献 100-103 頁を参照する。丁・前掲 (13) 文献はそもそも会社決議の効力は会社内部にとどまると主張する。

²⁴ 李建伟「论公司决议可撤销的适用事由——基于司法适用立场的立法解释」浙江社会科学 2009 年 8 号 (2009) 44-45 頁。

(3) 提訴権者

会社法司法解釈四 2 条「会社法第 22 条第 2 項に従って社員総会或は株主総会、または取締役会の決議の取消しを請求する原告は、訴えを提起する時に会社株主の資格を有するものとする」と規定している。最高人民法院の見解によると、取り消しの訴えの提訴資格には、(1) 訴えを提起した株主が提起する時にその会社の株主の資格を持っていることを明確にし、会議が開催された時にその会社の株主の身分があるかどうかは問わない。(2) 株主が出席するか否か、表決するか否か、または持株数を問わず訴えを提起する権利を有する。(3) 株主のみであり、取締役等は提訴権者ではない²⁵。

第一点について、楊建華教授は「もし決議時に株主の地位を取得していない者は、株主総会の決議に瑕疵があっても、その瑕疵との間に利害関係はなく、この形成権を取得していない。決議時に株主の身分を持っている者が提訴権者となる。」²⁶と考えている。また、議決権が制限された株主であっても、株主としての情報収集権や質問権などその他の権利を有する。よって、議決権のない株主であっても、これらの権利を侵害された場合には、会社決議取消の訴えの原告適格が認められる²⁷。最高人民法院は「訴えを提起する時に株主資格を持っていると判断し、すなわち株主が現実的な利益を持っていると認定し、議決後の譲受または承継により株主になる者は、当該議決が会社の利益に影響を与える以上、譲受人なども関係する株主などを提訴権者と認めるべきである。」²⁸と示した。

(4) 裁量棄却

会社法司法解釈四 4 条「株主が社員総会或は株主総会、または取締役会の決議の取り消しを請求した場合、中国会社法第 22 条第 2 項の規定に合致すれば、人民法院は支持しなければならない。しかし、会議募集手続又は表決方法に軽微な瑕疵だけがあり、かつ決議に実質的な影響がない場合、人民法院は支持しない。」と規定している。所謂取り消し訴えの裁量棄却制度である。この制度は、会社法司法解釈四で新たに取り込んだ制度である。

決議取り消し訴訟の裁量棄却制度は、日本、韓国および台湾地域の法律にも規定され、理論的にも実践的にも重要な意義を持つ。会社の決議がなされた以上、

²⁵ 杜・前掲 (9) 文献 57-62 頁。

²⁶ 楊建華『民事訴訟法問題研析 (三)』(三民書局・1997) 問題壹肆壹「撤銷股份有限公司股東會決議之訴之原告」

²⁷ 蔡立冬＝揚宗仁「論股東會決議撤銷權的主体及其行使」當代法學 2008 年 5 号 (2008) 83 頁。

²⁸ 杜・前掲 (9) 文献 59 頁。

簡単に取消されるべきではない。株主総会の決議の取り消しは多方面の法律関係を破壊し、特に善意の第三者の利益に損害を与える可能性があり、株主総会決議の効力に対する第三者の合理的な信頼を破壊し、取引の安全と法律秩序の安定を害する²⁹。条文の規定から見ると、裁量棄却の要件は、まず、裁量棄却の対象が会議募集手続きあるいは表決方法上の瑕疵のみとされている。次に、手続き上の瑕疵がわずかな瑕疵しかないことが要件とされている。「わずか」に対する判断は、理論と実務は類型化されていないが、実際には、各株主が多数の意思形成に公平に参加できるかどうか、およびそれに必要な情報を取得できるかどうか判断基準となりうる³⁰。最後に、この瑕疵は、決議に実質的な影響を与えないことである。僅かな瑕疵であることと決議に実質的な影響を与えないということは、同時に満たさなければならない。手続き上の瑕疵は決議の結果に全く影響を与えなくても、この手続きの瑕疵は株主手続きの権利に対する重大な侵害であれば、人民法院は原告の訴訟請求を却下してはならない。これも諸国の裁判実務の通説である³¹。人民法院が裁量棄却制度によって原告の訴訟請求を却下するには、これら3つの要件を同時に満たす必要がある。

3. 不成立の訴え

三分割法の瑕疵分類は多くの学者に受け入れた。しかし、第三の瑕疵分類の表現は「決議不存在」、「有効的な決議が形成していない」、「決議不成立」のいずれにすべきかの争いがあった。司法解釈は決議不成立という表現を採用し、これは理論界の多数の学者の観点と一致する。その理由は以下の通りである。

司法解釈のレベルで「決議不存在」と「有効的な決議を形成していない」の2つの新たな概念を創設する必要はないということである。このような概念の区別が無意味であり、差異が発生段階の違いにとどまる。それはすでに該当する会議が開催されたかどうかである。社会事実の差異が必ずしも1対1で法律条文に反映されているわけではなく、法律条文は事実に対する抽象的な要約である。「決議不成立」は、このような概括的な共通認識の結論である。なお、「決議不存在」と「有効的な決議を形成していない」の瑕疵分類の表現が中国の民事行為（法律行

²⁹ 蔡=杨・前掲（27）文献 80 頁。

³⁰ 丁勇「公司决议瑕疵诉讼制度若干问题反思及立法完善」証券法苑 11 卷（2014）278 頁。

³¹ 张凝『日本股东大会制度的立法、理论与实』（法律出版社・2009）505 頁、丁・前掲（9）文献 117 頁。

為) の効力瑕疵タイプの既存の結論と一致しない³²。

会社法司法解釈四第5条は「社員総会あるいは株主総会、取締役会の決議に以下の状況が存在し、当事者が決議が不成立と主張した場合、人民法院は認容すべきである。(一) 会社が会議を開催していないが、決議がある場合。ただし、中国会社法第三十七条第二項又は会社定款に基づき、株主総会を開催せずに直接決定することができ、かつ全株主が決定書類に署名、捺印した場合を除く。(二) 決議事項が会議で表決されなかった場合。(三) 会議に出席した人数又は株主が持っている議決権が中国会社法又は会社定款の規定に違反する場合。(四) 会議の議決結果が中国会社法又は会社定款に規定された賛成票割合に達していない場合。(五) 決議が成立しない他の状況。」と規定している。この条文の規定と第一条に関連して訴訟原告、第三条の訴訟参加者の地位とが、不成立の訴訟制度を構成している。

4. 取り消し訴えにおける担保提供制度

中国会社法 22 条 3 項は「被告である会社は決議取消可能の訴訟を提起する原告である株主に対して相応の担保を提供することを要求することができる」と規定している。この規定は、一部の学者から「立法者が濫訴に対抗するために会社決議瑕疵訴訟に規定した訴訟担保制度は、民事訴訟の基本原理に反するだけでなく、さらに、濫訴問題の根源に触れず、放棄すべきである」³³と批判されている。筆者は、会社決議瑕疵訴訟において、訴訟法における行為保全理論（日本法上の民事保全制度に相当する）を単純に運用するだけでは、会社決議瑕疵訴訟の特殊性の要求を満たすことができないと考えている。行為保全理論は民事訴訟で 2012 年から導入されてきたが、民事訴訟行為保全によって会社決議が執行停止された場合であっても、必要な場合には原告が必要な担保を提供しなければならない可能性がある。そのため、行為保全制度と中国会社法における担保制度は二つの並行制度である。行為保全制度は会社の決議を執行停止する必要があるかどうかに関する制度である。他方、担保制度は原告の訴えが担保を提供する必要があるかどうかに関する制度である。前者は原告の利益を考慮したもので、決議の執行によって原告や会社に取り返しのつかない損失を与えないようにする。後者は会社の利益を考慮したもので、濫訴の発生を防ぎ、会社の正常な運営を保障するために必要なことである。肝心なのは、決議瑕疵訴訟に担保制度を導入するかどうかではなく、担保制度をどのように適用するかという点であり、会社の正常な

³² 王・前掲 (18) 文献 170-171 頁。

³³ 丁・前掲 (3) 文献 90 頁。

経営活動が阻害されないようにすることと、株主が訴訟手段を通じて決議の瑕疵紛争を解決することを妨げないようにすることを両立して、自分と会社の利益を守ることができることである。しかし、現行の法律の規定は担保制度に対する会社決議の瑕疵訴訟における具体的な規定がないため、会社決議瑕疵訴訟の提起に常に適用されるものにみえることから一部の学者から不当であるとの批判を招いている。

5. 決議の執行停止

中国会社法はドイツの会社決議の瑕疵訴訟における「登録障害制度」の教訓を得、訴えを提起することを会社決議の執行停止事由としていない。しかし、同時に法律がこれに対して全く規定していないことは立法の欠缺となっている。これは、瑕疵決議訴訟の濫用を招くことにならないが、執行を停止するか否かに大きな不明確性をもたらしている。

これに対して法律が規定していないため、裁判実務では民事訴訟における行為保全の一般原理が活用されることが多い。中国の民事訴訟法における行為保全に関する重要な基準の一つは「判決の執行が困難であることまたは執行が無意味になること」である。したがって、裁判官は行為保全を適用する際に、判決を下した後、判決の執行が困難または執行が無意味になるかどうかを判断しなければならない。会社決議瑕疵訴訟において、判決の執行が困難あるいは執行が無意味になる場合は、会社の合併、分割など会社の将来の発展の方向性や命運に関わる重大な決議である。しかし、決議が最終的に無効になるのは判決が出されて以降である。そのため、原告が提出した執行停止の申請はどのように処理すべきか、原告が担保を提供する必要があるか、どのような状況で申請者が担保を提供する必要があるかなどの問題を明確にする必要がある。同様に会社にとっても、これらの決議は会社の経営、生存、消滅などの重大な問題に関係している。執行を停止すれば、会社が勝訴を得ても決議執行の最適な時期が過ぎ、無意味な勝訴になる可能性があり得る。そのため、会社法の特殊性を考慮し、民事訴訟法の行為保全理論に基づき、会社決議の特殊性に合わせ、会社決議の瑕疵訴訟における執行停止制度を具体的に規定する必要がある。

III. ドイツにおける取消権の濫用と日本におけるその対策

1. ドイツにおける取消権の濫用

(1) 登記停止と取消権の濫用

ドイツ株式会社に規定された株主総会決議の瑕疵の類型は、決議無効、決議取消可能、決議不発効がある。決議無効の事由について、可能な限り疑問を排除するために、241条で具体的な事由を列挙し、詳細に規定した³⁴。具体的には実質的な募集手続きの瑕疵（241条1項）、決議の作成における瑕疵（同条2項）、尋常でない内容の瑕疵（同条3項）、決議の内容に善良な風習に違反すること（同条4項）、取消された決議（同条5項）、公式の抹消登記手続きによること（同条6項）。それ以外の瑕疵は内容であろうか手続きであろうかを問わず、取り消しの事由になりうる。決議取り消しの可能性は決議無効の可能性より大きく、かつ、取り消しの訴えでも無効原因を主張できるから、裁判実務では決議取り消しの訴えは一般的になり、ドイツの文献でも「取り消しの訴えの濫用」と称する事象が発生していた³⁵。

決議瑕疵訴訟の濫用とは、裁判実務の中、一部の少数派株主の訴えを提起する目的が重要な決議の違法性を是正し、決議の合法性と自己の利益を守ろうとすることではなく、会社に迷惑をかけ、重要な決議の執行にプレッシャーをかけ、会社に妥協を迫らせて多額の和解補償を得るためである³⁶。ドイツ組織再編法16条（合併）、125条（分割）、176条1項（財産譲渡）、198条3項（形式変更）、株式会社法319条5項（会社加入）、327c条2項（少数株主の締め出し）などの場合、各当事会社の代表者は、登記の申請をしなければならない。その際に、合併、会社分割などの承認に係る株主総会の決議の効力を争う訴えが提起されていないこと、もしくは期間内に提起されていなかったこと、またはそのような訴えが確定的に棄却されたか取り消されたことを宣言し、登記裁判所に通知しなければなら

³⁴ 格次＝克里・前掲（17）文献550頁。

³⁵ 丁勇「德国公司决议瑕疵诉讼濫用问题研究及启示」比较法研究2013年4号（2013）35－36頁。

³⁶ 丁・前掲（35）文献36頁。

ない³⁷。これがない場合は、登記をすることができない³⁸。この規定は少数派株主の利益を保護する目的であるが、ドイツの裁判実務から見れば、一部の少数派株主に濫用されていた。組織再編に係る決議の効力を争う訴えが提起されると登記はできなくなるという効果は、提訴権限を有する株主に、会社との交渉において不相応の手段を与えることになると評価されている³⁹。以上の重要な決議以外の一般の事項の決議に対し、株主が決議瑕疵の訴えを提起した場合、登記裁判官は訴訟が勝つことの可能性に基づいて、登記するかどうかは自由裁量となる。しかし、事実上勝訴の可能性を判断するのは難しく、登記裁判官は訴訟の結果との一致性を考慮し、明確に濫訴である場合以外、訴訟の結果がでるまで登記停止と判決する⁴⁰。いわゆる事実上の登記障害である⁴¹。1980年代以降濫訴が深刻になる一方であるから、その後の組織再編法の改正案の中で濫訴の対策として登記停止の解除制度を導入し、その後整備しつつにある⁴²。

(2) 濫用の原因

濫用になる原因は、(1) 前述の登記停止制度、(2) 訴えを提起する条件が低い、(3) 略奪的株主のテクニックの三つである⁴³と言われている。特に登記停止制度は株主が不当利益を得るための交渉手段になる。確かにそれは制度設計の問題であるが、筆者はこの制度自体は原因ではなく、株主にこの制度を通じて利益をえる機会を与えたことに原因があるのではないかと考えている。民事訴訟の機能は被害者に対しての補償を実現するためであり、利益獲得ではない。ドイツのこの登記停止制度は「被害者」に利益獲得の機能を与えた。これがあるから、株主はこの不正な利益獲得を実現するために会社を困らせる。

³⁷ 牧真理子「組織再編に係る決議の効力を争う訴え」早川勝ほか編『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社・2016）450頁、丁・前掲（35）文献36-37頁。

³⁸ 牧真・前掲（37）文献37。

³⁹ 牧真・前掲（37）文献459頁。

⁴⁰ 丁・前掲（35）文献37頁。

⁴¹ 丁・前掲（35）文献37頁。

⁴² 丁・前掲（35）文献39頁。

⁴³ 丁・前掲（35）文献36-38頁。

2. 日本における濫訴の対策

日本会社法 831 条の規定によると、日本法上、株主総会決議取り消し訴訟の原告は株主、取締役、監査役を主とし、清算人は原告になるのは決議との直接の利害関係がある場合とされている。提訴期限は 3 ヶ月である。株主総会決議瑕疵訴訟の被告について、834 条 16 号は決議無効訴訟と決議不存在訴訟の被告は会社であると規定している。17 号で取消可能の訴訟の被告を会社と規定している。そのため、日本法上では株主総会決議瑕疵訴訟の被告は会社である。

日本の裁判実務に深刻な濫用行為がなかった原因は、法律上濫訴者に濫訴による利益をえる隙を与えなかったからである。会社決議の濫用を防ぐための規定には、担保制度と裁量棄却制度の二つがある。まず、日本会社法 836 条 1 項は株主の提訴の担保責任を規定し、「会社の組織に関する訴えであって、株主又は設立時株主が提起することができるものについては、裁判所は、被告の申立てにより、当該会社の組織に関する訴えを提起した株主又は設立時株主に対し、相当の担保を立てるべきことを命ずることができる。」とする。3 項は「被告は、第一項（前項において準用する場合を含む。）の申立てをするには、原告の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない。」と定める。規定された担保制度は、濫用行為の発生を防止するとともに、被告が担保を要求する証拠を提供し、原告の悪意を証明しなければならないと規定し、被告が担保制度を濫用して訴訟を阻止することを防止することもできる。しかし、後述の通り、この担保制度の規定は適当であるかについて疑問がある。次、831 条 2 項は裁判所の裁量棄却制度を規定している。裁判所は自由裁量権を発揮して、瑕疵を審査することができ、審査の結果、その瑕疵が手続き上のわずかな瑕疵に過ぎず、決議結果に重大な影響を与えなかった場合、原告の請求を却下することができる。

以上の制度は決議取り消し訴えの濫用防止に一定の役を立っていることは否定できないが、日本に濫訴が深刻な問題になっていない理由にはならないと考えられる。ドイツの経験から見れば、濫訴になる原因は前述のように登記停止により、決議取り消し訴えに不当な利益獲得機会を与えているから。しかし、日本には、差し止めの制度があるが、訴えを提起すれば、それだけで差し止めが認められるわけではない。しかも、差止は決議取り消し訴えなどと直接関係しているわけではなく、組織再編行為と関係する。全く関係がないわけではないが、その順番が違ふ。差止事由の一つは当該組織再編行為が法令または定款に違反することである。それは承認決議の瑕疵事由にもなりうるが、決議の瑕疵が差止事由となるわけではない。差止事由は、組織再編行為の法令違反または定款違反である。それ

はドイツ法の決議に瑕疵があることで、登記を停止し、それが組織再編行為の差止として機能することとは違う。ここに、日本では決議取消権の濫用が発生しない原因があると考えられる。

IV. 中国における決議瑕疵訴訟の濫訴防止

1. 問題の所在

前述したように、中国会社法には会社決議の執行停止に関する規定がないため、裁判実務では民事訴訟における行為保全制度を援用することが一般的である。しかし問題は、どのように行為保全ルールを決議執行停止に適用するかことである。まず、決議がどのような場合で執行停止の必要があるかを明確にすべきである。『最高人民法院<中華人民共和國会社法>のいくつかの問題の適用に関する規定(四)(意見募集稿)』(以下意見募集稿と略称する)第6、7、8条はそれぞれ執行停止と担保、執行停止と担保に対する審査及び当事者の執行停止担保裁定に対する権利等の問題について規定していったが、公布された会社法司法解釈四では関連規定は削除された⁴⁴。

⁴⁴ 最高人民法院<中華人民共和國会社法>のいくつかの問題の適用に関する規定(四)(意見募集稿)第6条(決議執行停止と担保)

人民法院が社員総会あるいは株主総会、取締役会の決議が無効であることを確認する訴え、または上記の決議を取り消す訴えを審査する場合、原告は人民法院に被告または第三者に決議の執行停止を申請することができる。被告または第三者は、原告に、決議の執行を停止した場合に発生する損失の可能性がある場合は、適切な財産担保を提供するように依頼することができる。

第7条(執行停止および担保の審査)

人民法院が社員総会あるいは株主総会、取締役会決議が無効であると確認する訴え、または上記決議の取り消しの訴えを審査する事案の中、原告が決議執行停止の申請を提出した場合、以下の条件に合致する場合は人民法院が執行停止の裁定を行い、被告または第三者に決議の執行停止を通知しなければならない。

- (一) 社員総会あるいは株主総会、取締役会決議事項が執行された後、回復回復できないか、回復回復することが困難である場合。
- (二) 原告は被告又は第三者に、決議の執行を停止することによる財産損失の可能性のある範囲で、要求された財産担保を提供した場合；
- (三) 人民法院が決議執行を停止する必要があると判断した場合。

意見募集稿の条項から見ると、立法者は会社決議の瑕疵訴訟の執行停止制度を設ける意思があったが、同時に立法者も当制度の確立が濫訴をもたらす可能性があるとして評価したため、公布された会社法司法解釈四から執行停止制度は削除された。意見募集稿で規定された執行停止の条件は民事訴訟法の「執行された後、回復できないか、回復しにくい場合。」である。しかし、会社の決議の場合は、合併、分割など重要決議にはその条件に常に満たす可能性があるから、ドイツのように訴えを提起すれば、決議の執行に障害が生じる状態になる⁴⁵と評価された。筆者は会社決議瑕疵訴訟では、執行停止制度を導入する必要があると考え、担保制度との併用制度として規定することができると考える。しかし、担保制度について、適用条件が低すぎる場合、間接的に訴訟を妨害するため、日本の「原告の訴えの提起が悪意によるものであることを疎明しなければならない」の規定を参考にすることができる。即ち、原告の訴訟の目的は、自分自身や会社の利益を守ることではなく、会社の決議の執行を妨害し、不当な利益を得ようとする場合に限定することである。中少数派株主の利益をより良く保護するためには、会社決議の執行停止制度を規定しなければならないとともに、執行停止の申請者の不当な申請を防止するためには、条件に合致した場合、すなわち申請者が悪意であることを証明する証拠を提供した場合、申請者に適切な担保を求めることができる。中国の現行会社法の会社決議瑕疵訴訟に関する担保規定から見ると、現在の担保提供要求が株主が訴えを提起する時点で、被告である会社は原告に担保の提供を要求する権利がある。この規定は検討する必要がある、訴訟自体が決議の執行などに影響を及ぼすわけではないからである。一部の学者が指摘したように、原告と被告の訴える権利と応訴義務とのバランスを崩すものであった⁴⁶。

会社決議は訴訟を受けても、執行に影響を及ぼさない限り、訴訟手続きで会社の実質的な影響を与えず、人民法院が最終判決を下した後にのみ、双方当事人に実質的な影響を与える。理論と諸外国の実践から見ると、原告が決議執行停止の申請を提出すれば、決議に実質的な影響を与え、会社の利益に影響を与える。決議の執行を停止しない場合、原告が訴権を濫用しても決議や会社の利益に影響を

人民法院は審査を経て、原告の訴えが故意により、社員総会あるいは株主総会、取締役会の決議の執行を遅らせる場合、申請を却下すべき。

第8条(当事者が執行停止担保に対する権利)

当事者は人民法院が社員総会あるいは株主総会、取締役会決議の執行停止の裁定に不服がある場合、1回の審査申請を申し立てることができる。審査期間中は、裁定の実行を停止しない。

⁴⁵ 丁・前掲(35)文献45頁。

⁴⁶ 丁・前掲(3)文献91頁。

与えず、原告もこの手続で不当に利益を得ることができず、予防する必要がないと考えられる。

2. 執行停止制度

(1) 決議執行停止の法的性質

会社決議瑕疵訴訟における執行停止は、民事訴訟における行為保全制度の具体化であると理論的に整理されている⁴⁷。民事訴訟行為保全とは、訴訟前や訴訟中に、かかる関係者の利益を保護するために、損害の拡大を防止し、あるいは取り返しのつかない損失を避けるために、人民法院が当事者の申請に応じて、利害関係者が一定の行為をしたり、しないことを要求する制度である⁴⁸。会社決議瑕疵訴訟において、原告は自らの利益または会社の利益が決議執行後に取り返しのつかない損失を受ける恐れがある場合、人民法院に被告またはかかる損失を受ける者が決議の執行を停止するように要求する。執行停止という観点からは、ドイツ法の「登記停止」と共通点がある。決議が執行停止になると「登記停止」と同じく決議の執行を阻止することができる。

(2) 決議執行停止制度の必要性

会社決議に瑕疵があると、会社や株主に損害を与える可能性があるため、損害の発生を防ぐために法的救済として決議瑕疵の司法救済が必要である。訴訟中の決議はまだ実際に実行されていないかもしれないが、瑕疵のある決議を実行された場合、会社に取り返しのつかない損失が発生する可能性がある。例えば、決議が合併、分割などの組織再編のようなことに関するものであれば、その損害を救済することは実際には難しく、取り消しができても大きなコストがかかり、決議に瑕疵があっても、実際に執行されれば、確定事実となり、株主などが弁償以外の方法を取るしかなくなる。会社の決議が実際に執行されれば、第三者との関係が成されるため、会社決議効力の瑕疵は善意の第三者との法律関係の効力に影響しないと規定しているが、会社に責任を負わせる可能性がある。現行法では、決議が取消された後の法律関係、決議の執行によって発生した法律関係などの問題については明らかにされていない。したがって、回復できない被害や、決議が取り消された後に派生する諸問題を防ぎ、決議執行停止制度は株主や会社の利益を守るために必要である。

⁴⁷ 丁・前掲 (3) 文献 98 頁。

⁴⁸ 张卫平『民事诉讼法学 (第四版)』(法律出版社・2016) 269 頁。

(3) 決議執行停止制度の濫用のおそれ

いずれの法律制度にも制度趣旨があり、利益の保護や救済を目的としている。だが、実際の裁判実務では立法の趣旨から逸脱することもある。ドイツの会社決議瑕疵訴訟が濫用されたのは、その趣旨から逸脱した典型的な実例である。決議執行停止制度はドイツの登記停止制度と同じく、瑕疵のある決議が執行されたことによる回復できない損害を回避することを目的としているが、決議に本当に瑕疵があるかどうかを認定するには時間がかかるし、不明確である。このような不明確という要因が不正利用者に濫用の機会を与える可能性がある。株主はドイツの裁判実務のように決議執行停止制度を通して、決議の執行を障碍して、会社を妥協させ、不当利益を得ようとする可能性がある。

会社合併、分割、資本の増減、形式変更など組織再編と解散、清算など会社の重大な決議の場合、人民法院はこのような決議が執行されれば、回復ができない損失を与え、原告である株主が勝訴を得たとしても本当の救済がえられないことを理由として原告の執行停止の申し立てに基づき、あるいは人民法院の判断に基づいて執行停止の裁定を下す⁴⁹。

このような可能性を考慮したから、会社法司法解釈四で執行停止に関する規定を削除したと考えられる。

(4) 執行停止の対象となる決議の範囲の制限

前述したようなことを避けるためには、会社決議瑕疵訴訟で執行停止の対象決議を明確にしなければならない。まず、執行停止の申請を申し立て可能な決議の対象を明確することが必要である。これについては、意見募集稿の「回復できないか、回復することが困難である場合」という規定は妥当であるが、具体性に欠けると考えられる。その基準は民訴法の理解を準用することが妥当ではないと考えられる。賠償によって金銭救済できる一般的な株主個人利益の決議は回復することが困難な損害には該当しない。たとえ株主資格や株主権利等に関する問題であっても、例えば、議決の執行によって一部の株主が新たに定められた資格条件を具備しないことによって何らかの制限を受けた場合には、決議が取り消された後で元の状態に戻すことができる。決議が取り消せなくなるとしても、株主に株主の資格を回復することだけを認めることができる。そのため、会社が存在する限りで、株主に対する救済は何なかの方法で可能であると考えられる。経済的な利益であるとしたら、その利益を賠償することができる。株主資格の場合、株主資格だけを認める選択が可能である。合併、分割などの場合、反対株主は反対株主買取請求権を行使することができる。故に、救済ができない場合は解散、清算

⁴⁹ 丁・前掲 (3) 文献 94 頁。

などの会社主体資格の消滅だと考えられる。

3. 担保提供制度の再検討

(1) 担保提供制度の実行可能性

中国会社法 22 条 2 項で被告が原告に担保を提供することを要求することができると規定し、一部の学者がこの規定に対して厳しい批判を示した。

原告と被告は通常の民事訴訟で平等・対等な地位にある。原告が保全措置を申請し、積極的にこのバランスを崩さなければ、担保を提供する義務はない。中国会社法が民事訴訟の基本原則から逸脱して、決議瑕疵訴訟における原告株主に単独で訴訟の担保義務を課していることは、原告に対する差別で、この担保義務が原告と被告の訴訟権利と義務のバランスを崩したことは明らかである。このような制度はかえって悪用されやすい⁵⁰。

中国会社法 22 条 2 項における担保制度は妥当でないと認めざるを得ない。かつ、これに対する適用範囲を制限する具体的な規定もなく、被告に悪用されて原告の訴訟を妨害して決議瑕疵訴訟制度を名ばかりの制度にさせる。担保制度は濫訴防止の価値があるが、副作用が大きい。即ち、被告である会社が担保制度を利用し、原告である株主の提訴を阻止することである⁵¹。筆者は担保制度自体には問題がないと考えている。担保制度は執行停止制度と一緒に会社決議瑕疵訴訟制度の一部を構成するべきであると考えている。決議執行停止制度は原告の利益を保障する訴訟制度であり、担保制度は被告の利益の保障する制度であり、決議瑕疵訴訟では両者は対応関係であり、提訴担保とするものべきではない。勿論、廃棄するべきでもない。したがって、会社決議瑕疵訴訟における担保制度は原告と被告の権利と義務とのバランスをとるために必要な制度であり、会社の正常な経営を維持することと不当な執行停止申請の妨害を受けないようにする重要な保障でもあり、執行停止制度の濫用を防ぐことができる。両者のバランスを取ることにより、ドイツのような濫訴を防ぐことができると考えられる。

前述のように、株主が単に訴えを提起するのは、判決が下されるまで、会社の法律関係に実質的な影響を与えることはない。会社に全く影響がないわけではないが、少なくとも決議の執行を障害することにはならない。この立場から考えると提訴自体は濫用されることは考え難い。従って、濫訴防止のため、株主代表訴

⁵⁰ 丁・前掲 (3) 文献 91 頁。

⁵¹ 钱・前掲 (2) 文献 43 頁。

訟のように最低持株数と持株期間の制限との見解⁵²には賛成し難い。

(2) 担保提供命令の要件の明確化

現行中国会社法が担保制度を濫訴防止の理念としていることに問題はない。会社決議瑕疵訴訟で担保制度が濫訴防止の役割を果たすことができるが、現行法の規定が妥当ではないところは前述の通りである。そのため、肝心なのは担保制度を導入するかどうかではなく、会社決議瑕疵訴訟における担保制度の位置をどのように合理的に設計するかである。筆者は原告に担保責任を課すことは、以下の二つの条件を同時に満たすべきであると考ええる。

第一に、原告が執行停止の申請を提出した場合又は他に決議の執行に実質的な影響を与える行為を提出した場合に限る。この点は前述したとおりであり、主な理由は以下の通りである。訴訟自体（判決前）は決議の執行と会社の利益に実質的な影響を与えず、原告もその中から利益を得ることができない。しかし、原告が決議執行停止の申請を申し立てると決議に実質的な影響を与える可能性があることである。このため、条件としてまず原告の行為は決議の執行に影響を与えることが必要である。

第二に、原告の執行停止の申し立ては悪意であることが必要である。これは日本の立法の規定を参考にし、被告に原告の申し立てが悪意であることを疎明する証拠を提出することを要求する。担保を提供する条件は、人民法院が原告の停止請求成立の可能性⁵³に基づいて判断するのではなく、以上の二つの条件を同時に満たすか否かで判断する。上記の2つの条件を満たした場合には、原告は担保を提供する義務がある。担保提供の要件として、「申請者である原告は、現時点の事実に基づき、請求権（決議無効あるいは取り消し可能）が成立することを証明するだけでなく、決議の執行による被害が回復できない被害であり、かつ、手続き上執行停止が必要であることも証明しなければならない」⁵⁴との意見もある。しかし、原告請求成立の可能性は曖昧な基準であり、決議瑕疵の実質的な審査に入ることが要求される。それは、判決が下す前の段階では無理であろう。

以上の二つで注意するところは以下の通りである。①原告の執行停止の申請が成立かどうかは担保を提供する条件に影響しない。②悪意への解釈も日本の裁判実務を参考にする。即ち、提訴者が自分や会社の利益のための訴えではなく、不当利益をえるための訴えであることが必要である。③悪意の証拠は十分である必要はなく、証拠があるだけで足りる。これも日本の理論と実践を参考する。これ

⁵² 丁・前掲 (3) 文献 95-97 頁。

⁵³ 丁・前掲 (3) 文献 99 頁。

⁵⁴ 丁・前掲 (3) 文献 99 頁。

により、新しく生じた問題は、大半の執行停止には担保が付かなくなることと予想される。これに対して、人民法院は、執行停止を認めるか否か判断するには、原告の利益と会社決議執行停止による生じる損害を考慮して判断する必要がある⁵⁵。これは執行停止の申し立ての成立要件の問題になる。本稿はこの問題について深く立ち入ることをしない。ただ前述のように、執行停止の申し立ての対象となる決議の範囲を限定することと考える。

(3) 担保対象と担保金額の明確化

訴訟担保が批判されるもう1つの理由は、担保対象および担保金額の決定が難しいことである⁵⁶。担保の適用条件を明らかにすることで、担保対象が明確になったと考える。会社決議瑕疵訴訟における担保の提供は、執行停止の申請を前提としている以上、当然、その担保対象は執行停止による会社への損害を担保対象としている。担保金額の計算問題は、担保対象に応じて合理的に計算し、一般に担保対象が担保金額を明確にすることで合理的に計算することができるが、計算ができない場合には、濫訴を防止する目的に重点を置き、実際に決議の執行を停止したために発生した損失は、判決後に原告が提供した担保が賠償に不足した場合、原告が相応の補充賠償責任を負う。もちろん、担保を提供する合理的な金額は、人民法院が実際の状況に基づいて合理的に判断する必要がある。そのため、金額の確認に困難がある場合には、濫訴防止の目的を果たすのに十分であればよいが、実際に発生した被告の損失は被告が別途で賠償を受け、同時に相応の賠償責任回避の防止措置もとらなければならない。法的に、原告に濫用執行停止によるリスクと負わなければならない責任が濫用による得られる利益よりはるかに大きいと予見させれば、執行停止制度の濫用を防止する目的を達成できると考えられる。

終わりに

本稿は、まず中国の決議瑕疵訴訟制度の現状を紹介した。そして、中国の会社決議瑕疵訴訟における濫訴防止の問題について、ドイツの経験から見ると、濫訴になる原因は登記停止制度が決議取り消し訴えに不当な利益獲得の機会を与えたからである。従来、中国の司法解釈四で取り込もうとしていた執行停止制度はドイツの登記停止制度のように濫用を招きかねないと評価された。それと中国会社法 22 条で規定している取り消し訴えにおける担保提供制度は原告と被告の訴え

⁵⁵ この議論は丁・前掲(3)文献99頁を参照。

⁵⁶ 丁・前掲(3)文献91頁

の権利と義務のバランスを崩すから破棄するべきと批判された。これに対して、本稿では、決議が訴訟を受けても、執行に影響を及ぼさない限り、訴訟手続きで会社の実質的な影響を与えず、人民法院が最終判決を下した後にのみ、双方当事人に実質的な影響を与えるものとしているとの考えの下で、執行停止と担保提供のバランスを取ることを図り、担保提供の条件を明確にすることを示した。本稿で指摘した執行停止の基準について、具体的にどんな場合が執行停止の裁定を下すべきなのかは明確にしていない。これは今後の課題とする。

参考『最高人民法院<中華人民共和國会社法>のいくつかの問題の適用に関する規定(四)』日本語訳

第 1 条 会社の株主、取締役（訳者注：董事）、監査役（訳者注：監事）などが、社員総会或は株主総会、または取締役会決議が無効または不成立の確認を請求する場合、人民法院は法律に従ってそれを受理するべき。

第 2 条 会社法第 22 条第 2 項に従って社員総会或は株主総会、または取締役会の決議の取消しを請求する原告は、訴えを提起する時に会社株主の資格を有するものとする。

第 3 条 原告が社員総会或は株主総会、または取締役会の決議の不成立、無効或は取り消す確認を請求する場合、会社を被告とするべきである。決議に関与する他の利害関係者は、法律に従って第三者とすることができる。

第一審「法庭辯論」が終了する前に、原告資格を有する他の者が前項で規定された訴訟に参加することを申請する場合は、共同原告とすることができる。

第 4 条 株主が社員総会或は株主総会、または取締役会の決議を取り消す訴えを提起し、会社法の第 22 条 2 項の規定に合致する場合、人民法院はそれを支持するべき。ただし、決議の招集手続または決議の方式にわずかな瑕疵があるだけであり、かつ決議に実質的な影響を与えない場合、人民法院はそれを支持しない。

第 5 条 社員総会或は株主総会、または取締役会の決議に以下の状況の一つが存在すれば、当事者が決議の不成立を主張した場合、人民法院は支持するべきである。

(一) 会社が会議を開催していないにも関わらず、決議がある場合。ただし、会社法第三十七条第二項又は会社定款に基づいて、社員総会或は株主総会を開催せ

ずに直接決定することができ、かつ、全株主が決定書類に署名、捺印した場合を除く；

(二) 会議が決議事項を採決しなかった場合；

(三) 会議に出席した人数又は株主が持っている議決権数は会社法又は会社定款の規定に合致しない場合；

(四) 会議の表決結果が会社法又は会社定款に規定された賛成割合に達していない場合；

(五) 決議が成立しない他の状況。

第6条 社員総会或は株主総会、または取締役会の決議が人民法院によって無効化または取り消された場合、決議に従って善意の取引相手との間で形成された民事法律関係に影響を及ぼさない。

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

最決平成 29 年 2 月 21 日民集 71 卷 2 号 195 頁

東北大学大学院法学研究科博士課程前期 岩城 円花

- | | |
|-----------------|-----------------------------|
| I 事案の概要 | 四 決定要旨の評価 |
| II 決定要旨 | 1. 決定要旨①について |
| | 2. 決定要旨② ₋₁ について |
| | 3. 決定要旨② ₋₂ について |
| III 研究 | 五 本決定の射程 |
| 一 本決定の意義 | 1. 他の取締役会設置会社にも当てはまるか |
| 二 過去の裁判例 | 2. 代表取締役の「解職」にも当てはまるか |
| 三 条文と学説の動向 | 3. 権限専属型の定款の定めは認められるか |
| 1. 旧商法下における議論 | |
| 2. 現行会社法下における議論 | |

I 事案の概要

本件の事実関係は，原審までの認定から明らかでないことが多いため詳細に紹介する（図 1 に時系列に沿ってまとめた）。

Y1 株式会社（以下「Y1 社」）は，発行済株式総数 6 万株の非公開会社かつ取締役会設置会社である。

平成 13 年 11 月 29 日，A 株式会社（以下「A 社」）は，Y1 社の株式 6 万株を譲り受け，平成 17 年 3 月 31 日，Y1 社から 1000 株券 60 枚（以下「平成 17 年株券」）の発行を受けた。以降 A 社は，Y1 社の 100% 株主である。また，平成 17 年当時，Y2 は，A 社の代表取締役であった¹。

¹ Y2 が A 社の取締役及び代表取締役をいつまでに退任したかは認定されていないも

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

平成 17 年, X は, Y1 社の取締役を選任された²。

平成 20 年 12 月 1 日, Y1 社は, 臨時株主総会で定款変更を決議した³ (以下「平成 20 年認証定款」)。平成 20 年認証定款には, 株主総会決議によって代表取締役を定めることができる旨の定め (以下「本件選定規定」) があった⁴。

平成 21 年 1 月 20 日, X は, Y1 社の代表取締役に選定された。

平成 25 年 11 月 17 日, Y1 社は, 平成 20 年認証定款とは別の新たな定款を作成したと認定されている (以下「平成 25 年認証定款」)⁵。平成 25 年認証定款に, 本件選定規定はなかった。しかしながら, 平成 25 年認証定款は, 作成時に株主総会特別決議がない等の理由から, 無効なものであった。

平成 26 年 8 月 8 日, Y2 は, Y1 社の取締役兼代表取締役に選任された⁶。

平成 26 年 9 月 18 日, Y1 社は, B 株式会社 (以下「B 社」) から 2000 万円を借り入れた (以下「平成 26 年債務」)。平成 26 年 10 月 17 日, Y1 社は, 平成 26 年債務の担保のため Y1 社の株式 6 万株に質権を設定した。その上で, Y1 社は, B 社に対し 1000 株券 60 枚 (以下「平成 26 年株券」) を交付した。しかし, 前述の通り, Y1 社の株主は A 社でありこれらの株式発行は無効なものと認定されている⁷。また, Y1 社は, 平成 27 年 3 月 19 日までに B 社に対し平成 26 年債務を

のの, 少なくとも現在は取締役ではないことが認定されている。

² 日付は認定されておらず, 不明である。

³ 株主総会決議があったか否かは認定されておらず, 不明である。また, 同時に取締役会も開催されているようである。

⁴ なお, Y1 社らは, Y1 社の設立から平成 20 年認証定款までの連続性を訴訟上明らかにしていないことから, 原始定款は社内紛失した可能性があるという見解がある (松井智予「本件判批」論究ジュリスト 23 号 (2017) 158 頁参照)。

⁵ 平成 25 年認証定款が作成された理由において, X は, 平成 25 年 10 月 30 日に Y1 社が訴外信用金庫から融資を受ける際に定款の提出を求められたためだと主張するが, 認定されていない。

⁶ Y2 の取締役選任時期が同日か否かは, 原審文言上明らかでない。

⁷ 平成 26 年株券は, 平成 17 年株券の株券執行手続きが取られた事実がないことや, 平成 26 年株券について株券執行手続きが取られた事実がないこと等の理由から無効であると認定されている。平成 26 年株券が発行された理由として, Y1 社らは, Y1 社と訴外人物との間の訴訟の和解金の担保として, 訴外人物が平成 17 年株券を譲渡担保に設定することが決定していたためである旨を主張するものの, 認定されていない。ただし, Y1 社と訴外人物との訴訟上の和解 (平成 26 年 10 月 10 日), Y1 社取締役会での譲渡担保の承認 (同月 27 日), 訴外人物が Y1 社から平成 17 年株券の交付を受けたこと (同月 30 日), 及び和解金の返済を受け平成 27 年 10

取締役会設置会社である非公開会社における, 取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

全額弁済したにもかかわらず、B社は、その後も平成26年発行株券を返却しなかった。

平成27年1月14日、Y2は、Y1社の取締役兼代表取締役を辞任した⁸。

平成27年4月10日、Y1社は、C有限会社（以下「C社」）から3000万円の貸付けを受けた（以下「平成27年債務」）。しかしながら、Y1社が期限までに返済できなかったことから、同年7月9日、C社は、Y1社が100万円を返済することで平成27年債務の返済期限を同年8月9日まで猶予することにした。その際、Y1社は、C社に対し、同年7月10日を振出日とする額面3000万円の約束手形を交付した。

平成27年8月12日、Y1社は、B社との間で、Y1社が平成27年債務の「権譲譲渡等」⁹を異議なく承諾し、その債務の担保として質権に設定されたY1社の全株式6万株を、B社が取得する旨の合意書を作成した。Y1社は、同日、B社に対し株式譲渡を承認した旨の書面を交付し、B社がY1社の株式6万株の株主である旨の記載された株主名簿を作成した¹⁰。同日、B社は、Y1社から、B社の保有していた平成26年株券を簡易の引渡しの方法によって引渡しを受けた。

平成27年8月17日、Y1社は、臨時株主総会（以下「8/17臨時株主総会」）を開催した。8/17臨時株主総会における招集者と出席者は、認定されておらず不明である。8/17臨時株主総会では、B社の代表取締役であるD及び同社の関係者であるEをY1社の取締役に選任する旨を決議した。その上、同日、取締役会を開催し、「同人」¹¹をY1社の代表取締役に選任する旨を決議した。同月20日、その旨の登記がされた。

月26日までに平成17年株券がY1社に返却された旨は、認定されている。

⁸取締役兼代表取締役を辞任し、平取締役となったのか、取締役をも辞任したのかは、原審文言上明らかでない。

⁹原審文言そのまま。これは、B社がC社から平成27年債務を譲り受けた旨を意味すると思われる（Xは、平成27年8月12日にB社がC社の平成27年債務に対する債権を譲り受けた旨を主張する）。ただし原審は、B社がC社から平成27年債務を譲り受けた事実を認定していない。また、C社又はB社により平成27年債務が完済されたか否かは、合意書作成以前も合意書作成以降も認定されておらず不明である。

¹⁰平成26年株券が有効であるかのように見えるが、依然としてA社がY1社の100%株主である。

¹¹「同人」がD又はEもしくはその両方を指すかどうかは、原審文言上明らかでない。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

一方、平成 27 年 8 月 30 日、Y1 社は、臨時株主総会（以下「8/30 臨時株主総会」）を開催した。8/30 臨時株主総会には、A 社、Y2、Y1 社取締役 F、監査役 G が出席したが、招集者は認定されておらず不明である。8/30 臨時株主総会では、平成 20 年認証定款を変更し新たな定款を定めた（以下「平成 27 年変更定款」）。平成 27 年変更定款には、本件選定規定が定められた¹²。また、8/30 臨時株主総会では、Y2 を取締役及び代表取締役とする旨も決議し、同日その旨の登記がされた。

平成 27 年 9 月 30 日、Y1 社は、定時株主総会（以下「9/30 定時株主総会」）を開催した。9/30 定時株主総会には、A 社、Y2、F、G が出席したが¹³、招集者は認定されておらず不明である。9/30 定時株主総会では、同日時点の Y1 社の取締役全員が同総会の終結をもって任期満了退任したため、X、Y2、F を取締役に選任した。その上で、Y2 を代表取締役に選定する旨を決議し、同年 10 月 15 日、その旨の登記がされた。

平成 27 年 10 月 24 日、Y1 社は、臨時株主総会（以下「10/24 臨時株主総会」）を開催した。10/24 臨時株主総会における招集者と出席者は、認定されておらず不明である。10/24 臨時株主総会において、X は、取締役を解任され、同月 26 日、その旨の登記がされた。

X は、Y1 社及び Y2 に対し、Y2 の取締役兼代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分命令の申立てをした¹⁴。

第一審及び原審では、8/30 臨時株主総会及び 9/30 定時株主総会（以下「本件各株主総会」）時点での株主が A 社であるか B 社であるかについても争点とされ、本件各株主総会時点の株主は A 社であると認定された。また、最高裁で争点となった本件選定規定の効力は、原審より争点となっている。

¹² X の主張によれば、平成 27 年変更定款第 22 条は、「当会社に代表取締役一人以上を置き、取締役会の決議によって定めるものとする。ただし、必要に応じ株主総会の決議によってこれを定めることができるものとする。」と定める。ただし、裁判所はこの事実を認定していない。

¹³ 9/30 定時株主総会の議事録によれば X も出席したとされているが、原審は X の出席を認定していない。

¹⁴ 本件各株主総会当時の Y1 の株主が B であるとした上で、B へ本件各総会の招集手続きがなされず、B が本件各株主総会に出席しなかったため、本件各株主総会決議は不存在であること、及び、本件選定規定のない平成 25 年認証定款を有効な定款とした上で、定款で特に定めがないのに株主総会で代表取締役を選定した本件各株主総会決議には、法令違反があり無効であることを主張した。

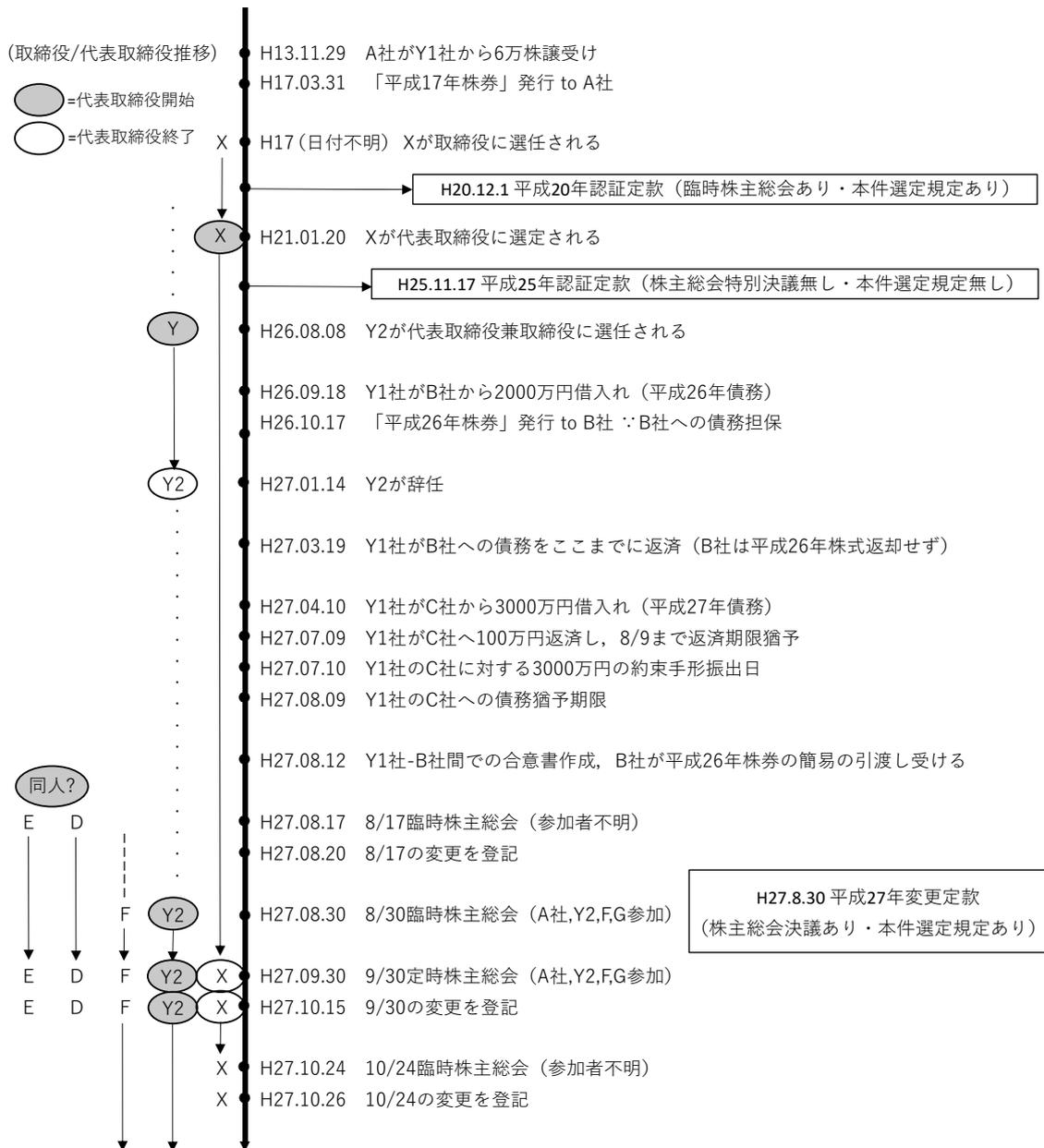
第一審¹⁵は、事実認定より X の申立てを却下した。原審¹⁶も「代表取締役の選任・解任権限を株主総会に認めたからといって、取締役会の監督機能が失われるわけではないから、上記定款の定めが無効であるとはいいがた」いとして、申立てを却下した。X は、平成 27 年変更定款の本件選定規定は無効であるとして許可抗告申立てを行った。

¹⁵ 千葉地木更津支決平成 28 年 1 月 13 日民集 71 卷 2 号 199 頁。

¹⁶ 東京高決平成 28 年 3 月 10 日民集 71 卷 2 号 217 頁。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

図1.本件事案の概要¹⁷



¹⁷ Y2 の取締役の選任時期が、平成 26 年 8 月平成 27 年 1 月 14 日の代表取締役選定時期と同日か否か明らかでないことから、点線で表記した。同様に、平成 27 年 1 月 14 日の Y2 の辞任が、代表取締役のみなのか、代表取締役と取締役との両方なのか明らかでないことから、点線で表記した。また、平成 27 年 8 月 30 日の株主総会に F が Y1 社の取締役として参加していることから、F がそれ以前に取締役であったことが窺われる。しかし選任時期が認定されていないため、破線で表記した。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

II 決定要旨¹⁸

抗告棄却。

「取締役会を置くことを当然に義務付けられているものではない非公開会社(法 327 条 1 項 1 号参照)が、その判断に基づき取締役会を置いた場合、株主総会は、法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議をすることができることとなるが(法 295 条 2 項)、法において、この定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はない。そして、法は取締役会をもって代表取締役の職務執行を監督する機関と位置付けていると解されるが、取締役会設置会社である非公開会社において、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限(法 362 条 2 項 3 号)が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実効性を失わせるとはいえない。

以上によれば、取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であると解するのが相当である。」

III 研究 (判旨賛成)

一 本決定の意義

本件は、取締役会設置会社である非公開会社において、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めことができる旨の定款の効力が有効であると認めた事案である。

本件の事実関係は複雑であったが、争点に必要な限りでまとめると以下のように整理できる。Y1 社は、非公開会社かつ取締役会設置会社であり、Y 社の定款には、株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定めがあった。X は、平成 17 年から Y1 社の取締役であり、平成 21 年 1 月 20 日から Y1 社の代表取締役であった。Y1 社は、平成 27 年 8 月 30 日に臨時株主総会を、平成 27 年 9 月 30 日に定時株主総会を開催し、Y2 を取締役及び代表取締役に選任・選定す

¹⁸ 最三小決平成 29 年 2 月 21 日民集 71 卷 2 号 195 頁。

る旨を決議した。Xは、これらの決議が無効であること等を主張し、Y2の取締役兼代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分命令を申立てた。

取締役会設置会社において代表取締役の選定・解職権限を定款により株主総会の権限とすることができるかという論点は、旧来より学説が対立していた。かかる背景のもと、本決定は、最高裁が当該論点について初めて行った判断¹⁹として意義をもつ。また、本決定の実質的理由付けとして「取締役会の監督権限の実効性が失われないこと」が挙げられていることは、モニタリング機能を果たすための一手段である代表取締役の選定・解職権限を取締役会以外にも与えてよいかという議論や、非公開会社には定款自治を無限に認める理解がありうる一方で非公開会社にも定款自治の内在的制約を与えることを示唆しているという見解に繋がりうる。本決定は、かかる意味においても重要な意義を有していると考えられる。

二 過去の裁判例

取締役会設置会社において代表取締役の選定・解職権限を定款により株主総会の権限とすることができるかという論点に関する公表判例・裁判例は、昭和25年改正商法以降、会社法制定後も含めて本件以外には見当たらないようである²⁰。類似の判例である最判平成4年12月15日民集46巻9号2787頁は、「中小企業等協同組合法に基づいて設立された組合の代表理事は、理事会の決議をもって定めることを要し（中小企業等共同組合法42条、商法261条²¹）、総会の決議をもって選任することはできない」とした。しかしながら、この事案で問題となったのは株式会社ではなく組合であり、また代表理事を総会で定めることができる旨の定款の定めは無かったため、本件とは事案が異なる。

三 条文と学説の動向

取締役会決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定め効力に関する論点は、平成17年改正前商法（以下「旧商法」）下において、取締役会と代表取締役の機関の位置づけに関する学説に関連付

¹⁹ 大塚和成「本件判批」銀法2161巻7号（2017）68頁参照。

²⁰ 川島いづみ「本件判批」金商1531号（2018）3頁参照。

²¹ 原文ママ。改正前の条文であることに注意。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

けて議論されていた。一方、現行会社法下において、旧商法下の議論は現行法下の議論にも繋がっているものの、そのまま展開されているわけではなく、法的性質論と切り離しモニタリング機能確保の観点から定款自治の限界を示唆している説も見られる。

1. 旧商法下における議論

旧商法下では、株式会社には取締役会が必置とされており、代表取締役は取締役会において選定するものとされていた（旧商法 261 条 1 項²²⁾。その代表取締役の選定・解職を定款の定めにより株主総会の権限とすることができるか（旧商法 230 条ノ 10²³⁾）について、これを株主総会に留保できるとする肯定説と、留保できないとする否定説とが対立していた²⁴⁾。肯定説が通説であったとされるが、否定説も有力であったとされる²⁵⁾。

肯定説は、「株式会社の業務執行機関は、意思決定の機関としての取締役会と、執行および代表としての代表取締役の二つに分かれ」²⁶⁾とする説（並立機関説）を前提に、取締役会には執行行為の監督が期待されることや²⁷⁾、業務執行の意思決定とその執行とを区分することが合理的経営方式としての分業組織（権限の分配）の表れであること²⁸⁾、代表取締役は会社の代表であり、代表取締役選定を株主総会で行う旨を定款で定めても取締役会は命令監督の権限を失ってしまうわけではないこと²⁹⁾、代表取締役の選定・解職が株主総会の決議事項とされても取締役会はその解職を議題として株主総会を招集可能であること³⁰⁾等を理由とした。

一方の否定説は、所有と経営の分離の観点から株主総会の権限を縮小し、業務

²²⁾ 旧商法第 261 条 1 項「会社ハ取締役会ノ決議ヲ以テ会社ヲ代表スベキ取締役ヲ定ムルコトヲ要ス」

²³⁾ 旧商法第 230 条ノ 10「総会ハ本法又ハ定款ニ定ムル事項ニ限り決議ヲ為スコトヲ得」

²⁴⁾ その他、所有と経営の分離が生じない株主の数が少ない閉鎖会社にのみ肯定すればよいという見解がある（川浜昇「株主総会と取締役会の権限分配」法教 194 号（1996）29 頁参照）。

²⁵⁾ 高橋聖子「本件判批」ひろば 70 巻 9 号（2017）59 頁参照。

²⁶⁾ 鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法[第 3 版]』（1994，有斐閣）265-266 頁。

²⁷⁾ 石井照久『会社法（上）』（1967，勁草書房）300-301 頁参照。

²⁸⁾ 石井照久，前掲註 27，300-301 頁参照。

²⁹⁾ 鈴木竹雄・竹内昭夫，前掲註 26，228 頁参照。

³⁰⁾ 鈴木竹雄・竹内昭夫，前掲註 26，228 頁参照。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

執行の権限を取締役全体に与え、その取締役全員によって構成された取締役会にこそ会社本来の執行権限があり、代表取締役の権限は取締役会の権限に由来するとする説（派生機関説）³¹を前提に、業務執行機関は取締役会であるから、代表取締役の選定・解職権限は取締役会に専属することや³²、取締役会は命令監督の権限を有し、この権限は取締役会が代表取締役の解職権を有することにより裏付けられ、株主総会に解職権を認めるとその実効性が妨げられること³³等を理由とした。また、否定説の立場からは、肯定説の取締役会が解職を議題にできるという説に対して、監督の実を挙げにくいという反論もされている³⁴。

ただし、これらの議論は、株主総会のみが代表取締役の選定・解職権限を有する（以下「権限専属型³⁵」）定款の定めが暗黙の前提とされていたと思われる³⁶。また、これらはいずれも株式会社が取締役会を必置の機関としていた法制下で展開された議論であり、現行会社法における非公開会社のように取締役会の設置を定款自治に委ねている法制下の議論ではない³⁷。

なお、登記実務では、「定款に取締役会の決議による旨を明示してある場合は勿論、何ら定めのない場合でも、総会の決議をもって代表取締役を選定することはできず、定款をもってしてもその旨を定めえない。」との通達³⁸があり、定款の定めをもって代表取締役の選定を株主総会に留保することはできないものと説明され、否定説に立った運用がされていた³⁹。そのため登記実務では、代表取締役の選定に係る登記は、その旨の記載のある取締役会議事録を添付しなければ受理されないものとされていた⁴⁰。

³¹ 大隅健一郎・今井宏『会社法論(中) [第3版]』（1992，有斐閣）146-147頁参照。

³² 大隅健一郎・今井宏『会社法論(中) [第3版]』（1992，有斐閣）147頁参照。

³³ 大隅健一郎・今井宏，前掲註31，209頁参照。

³⁴ 川浜昇，前掲註24，29頁参照。

³⁵ 中村信男「本件判批」TKC Watch 商法 No.10（2017）2頁の表現による。

³⁶ 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」浅木慎一・今井克典ほか編 浜田道代先生還暦記念『検証会社法』（2007，信山社）96頁参照。

³⁷ 若林泰伸「本件判批」法教445号（2017）43頁参照。

³⁸ 法務省民事局長通達昭和26年10月12日甲第1983号民事月報6巻11号132頁。

³⁹ 寺田逸郎「代表取締役を株主総会で選任することとする定款の定め有効性」鴻常夫・清水湛ほか編『商業登記先例判例百選』（1993，有斐閣）113頁参照。

⁴⁰ 川島いづみ，前掲註20，4頁参照。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

2. 現行会社法下における議論

会社法は、株主総会の権限について取締役会設置会社であるか否かによって異なる定めを置き、取締役会設置会社の株主総会は、会社法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議することができる（会社法 295 条 1 項，2 項）⁴¹。取締役会設置会社を除く株式会社において、代表取締役を株主総会で選定できることは、会社法 295 条 1 項，3 項より明らかであるものの、取締役会設置会社において代表取締役の選定・解職権限を定款で株主総会に付与することができるかどうかについては、必ずしも文言上明らかになったとはいえ、解釈に委ねられている⁴²。

現行法下で両学説の対立をそのまま引き継ぐことはできないとしても、権限専属型の定款の定めを否定する見解が今日まで有力に主張されていることや、登記実務で旧商法下の議論における否定説の立場が現行会社法制定直後まで維持されたことを踏まえると⁴³、旧商法下の議論は、現行法下の議論にも繋がっていると考えられる。ただし、旧商法下における学説がそのまま展開されているわけではなく、モニタリング機能の確保の観点から定款自治の限界を意識した議論もなされているように思われることに留意する必要がある。

この論点に関して立案担当者は、「株式会社に関する一切の事項」が株主総会の権限となりうることを前提とし、取締役会設置会社が定款で株主総会の決議事項とすることができる事項について特に制限を設けていないとした上で、代表取締役に対する選定・解職権限を取締役と株主総会の双方に認める（以下「権限重複型⁴⁴」）定款の定めは、公開会社・非公開会社の別を問わず有効であると捉えてい

⁴¹ これは、旧会社法下の株式会社と有限会社を一本化するにあたって、取締役会の設置の有無という基準で株式会社を区分し、非取締役会設置会社の株主総会については旧有限会社の社員総会と同様の権限を認め、取締役会設置会社の株主総会については旧株式会社の株主総会と同様の権限を認めることとされたものである（相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説』（2006，商事法務）76 頁参照）。

⁴² 松本展幸「本件解説」法時 71 巻 5 号（2019）136 頁参照。

⁴³ 高橋真弓「本件判批」判時 2362 号（2018）165 頁参照／平成 18 年 3 月 31 日付民商第 782 号民事局長通達参照。

⁴⁴ 前掲註 35 同様，中村信男「本件判批」TKC Watch 商法（2017）2 頁の表現による。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

る⁴⁵⁴⁶。また、取締役会におけるモニタリング機能の確保については、特に考慮していないように思われる。

登記実務では、定款に「代表取締役は株主総会の決議によって定めることができる」旨の定めを置いたときには、取締役会または株主総会の決議によって代表取締役を選定することができることを前提としている⁴⁷。したがって、登記実務は、立案担当者の見解と同様、権限重複型の定款の定めを有効とする肯定説を取っていると考えられる。

一方の学説は、代表取締役の選定・解職を定款の定めにより株主総会に留保できるとする肯定説と留保できないとする否定説とが対立しており、さらに肯定説は権限専属型と権限重複型とに区分される。

権限専属型の肯定説は、解職権が株主総会に属してもそれにより監督命令権が失われるわけではなく、取締役会は代表取締役等の解職案を議題とする株主総会を招集できるから、当該定款の定めを無効と解する必要はないことや⁴⁸、基本的に定款自治を広く許容する会社法の下での解釈としては規定を可能と解するのが妥当であること⁴⁹等を理由とする。すなわち、権限専属型の肯定説は、代表取締役の選定・解職権限を取締役会が失ったとしても、取締役会のモニタリング機能は維持可能であると考えているように思われる。なお、権限専属型の肯定説の立場は、権限重複型の定款の定めについても有効性を認めると解される⁵⁰。

また、権限重複型の肯定説は、取締役会とともに株主総会が選定・解職権限を有する旨の定款の定め否定する理由はないこと⁵¹、取締役会が代表取締役の選定・解職権限を有し続けると解すれば問題がないこと⁵²、剰余金の配当権限のように、同一事項の決定権限を二つの機関に重疊的に属させる形を取ることは既に認めら

⁴⁵ 相澤哲・細川充「株主総会等」商事 1743 号（2005）19 頁参照。／相澤哲・葉玉匡美ほか編『論点解説 新・会社法』（2006，商事法務）262-264 頁参照。

⁴⁶ 仮に混乱が生ずる場合には、非取締役会設置会社になればよいとする（葉玉匡美『新・会社法 100 問 [第 2 版]』（2006，ダイヤモンド社）273 頁参照）。

⁴⁷ 松井信憲『商業登記ハンドブック [第 3 版]』（2015，商事法務）390 頁参照。

⁴⁸ 江頭憲治郎『株式会社法 [第 7 版]』（2017 年，有斐閣）318-319 頁参照。

⁴⁹ 落合誠一編『会社法コンメンタール 8 機関(2)』（2009，商事法務）220 頁参照。

⁵⁰ 江頭憲治郎，前掲註 48，318-319 頁参照。

⁵¹ 森本滋「株式会社における機関権限分配法理」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点（ジュリ増刊）』（2009，有斐閣）95 頁参照。

⁵² 弥永真生，『リーガルマインド会社法 [第 14 版]』（2015，有斐閣）119 頁（註 11）参照。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

れていること⁵³等を理由とする。すなわち、権限重複型の肯定説は、代表取締役の選定・解職権限が取締役会に残っていれば、取締役会のモニタリング機能は維持可能であると考えているように思われる。

一方の否定説は、会社法が、定款の規定に基づき株主総会が取締役の中から代表取締役を選定することを非取締役会設置会社に限定して認め（会社法 349 条 3 項）⁵⁴、取締役会設置会社においては取締役会が代表取締役の選定・解職をするものと定めていること（会社法 362 条 2 項 3 号）や⁵⁵、取締役会が代表取締役を解職できない結果、この監督の職務・権限は裏付けを失い、実を挙げることができなくなること⁵⁶、取締役会の監督機能が弱体化すること⁵⁷、公開性の高い会社を念頭に置いた場合、取締役会の監督機能を形骸化する可能性があること⁵⁸等を理由とする。すなわち、否定説は、代表取締役の選定・解職権限が取締役会に無い場合、モニタリング機能を維持できないと考えているように思われる。

ただし、否定説の立場が権限重複型の定款の定めまでを無効とするかは明らかでない。代表取締役に対する取締役会の監督の実行性確保を根拠にしている立場からは、権限重複型の定款の定めが有効とされる可能性があると解される⁵⁹⁶⁰。

四 決定要旨の評価

本決定は、①取締役会設置会社である非公開会社において、②-1 株主総会で

⁵³ 前田雅弘，前掲註 36，98-99 頁参照。

⁵⁴ 岩原紳作編『会社法コンメンタール 7 機関(1)』[松井秀征]（2013，商事法務）41-42 頁参照。

⁵⁵ 弥永真生「本件判批」ジュリ 1507 号（2017）2 頁参照。

⁵⁶ 大隅健一郎・今井宏ほか『新会社法概説 [第 2 版]』（2010，有斐閣）219-220 頁参照。

⁵⁷ 酒巻俊雄・龍田節編『逐条解説会社法 4 機関・1』[前田重行]（2008，中央経済社）35-36 頁参照。

⁵⁸ 岩原紳作，前掲註 55，41-42 頁参照。

⁵⁹ 渡辺邦広「本件判批」金法 2070 号（2017）5 頁参照。

⁶⁰ その他，非公開会社を選択できる状況にもかかわらずあえて公開会社を選択しているような公開会社や，取締役会の監督機能を弱体化させ，取締役会と株主総会とで異なる者を代表取締役として選定した場合に混乱が生じる株式の流動性の高い公開会社では，権限重複型の定款の定めであっても無効と考えるべきだという見解もある（若林泰伸，前掲註 37，46 頁参照）。

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

決議できる法令及び定款のうち、定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はないこと（形式的理由）、②-₂ 取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定・解職に関する取締役会の権限は否定されず、取締役会の監督権限の実効性が失われないこと（実質的理由）という理由付けにより、取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めを有効であると判示した。

1. 決定要旨①について

会社法において、取締役会設置会社は、公開会社である場合（会社法 327 条 1 項 1 号）、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社である場合（会社法 327 条 1 項 2～4 号）、非公開会社であって、定款で取締役会を定めるとした場合（会社法 326 条 2 項）である。本決定は、「取締役会設置会社である非公開会社」という文言を用いていることから、非公開会社に限定しその定款の定めを認め、公開会社について直接の判断を示していないといえる。そのため、本決定が公開会社にも及ぶかは明白ではなく検討を要する（以下、五 1. で検討する）。

また本決定は、「取締役会を置くことを当然に義務付けられているものではない非公開会社が、その判断に基づき取締役会を置いた場合」との文言を用いている。これは、本決定が「必ずしも取締役会を置くことは求められていない非公開会社が、あえて取締役会を選択した」という形式を重視しているとすれば、非公開会社は、取締役会を選択した以上、取締役会のモニタリング機能を確実に維持すべきだという趣旨であると解されるように思われる。一方、本決定が「そもそも非公開会社が取締役会を置くことは当然に義務付けられているものではなく、また非公開会社において取締役会は必ずしも機能していない」という実質を重視しているとすれば、非公開会社は、取締役会のモニタリング機能が不十分でも致し方ないという趣旨であると解することができるようにも見える。しかしながら、本決定の以降の理由付けでは、取締役会のモニタリング機能は守られるべきであるとの前提の下、それに矛盾していないかの判断が②-₁、②-₂で展開されているように思われる。したがって、本決定は、非公開会社があえて取締役会を選択したという形式を強調していると考えられる。

2. 決定要旨②-₁について

株式会社の原始定款における掲載・記録以降に関する規定（会社法 27～29 条）において、株式会社の機関内の権限分配について手掛かりになる規定は存在しない取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

い⁶¹。また会社法 29 条は、株式会社の定款が、「この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項」及びその他の事項で会社法の規定に違反しないものを記載し、または記録することができるとしている。会社法 295 条 2 項で、取締役会設置会社における株主総会決議事項は定款で拡張することが認められており、前者の「この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項」に当たる⁶²。

かかる条文により、本決定は、形式的理由付けにおいて肯定説の形式的理由付け同様、会社法 295 条 2 項にいう「定款で定められた事項」について直接に制限する規定はないと解したと考えられる。よって、定款で株主総会の権限を自由に定めることができるから、代表取締役を定めるにあたって権限重複型の定款の定めを置くことは有効であると解していると思われる。これは、非公開会社はそもそも取締役会を設置するか否かの選択が認められているため、その中間であるアレンジを否定する必要はないとの趣旨を含みうる⁶³と解することもできる。また、否定説が主張していた形式的理由付けは、「明文の規定」とは評価されなかったと考えられる⁶⁴⁶⁵。

3. 決定要旨②₂について

本決定は、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることは、取締役会の権限を剥奪することなく株主総会の定款上の権限と併存する⁶⁶との立場を取る。これは、本決定が派生機関説を採用したとの見方もあるが⁶⁷、単に権限重複型の定款の定めを認めたとみるべきであろう⁶⁸。なお、代表

⁶¹ 原弘明「本件判批」関法 68 卷 3 号 (2018) 160 頁参照。

⁶² 松中学「本件判批」民商 153 卷 6 号 (2018) 158 頁参照。

⁶³ 松中学, 前掲註 62, 159-160 頁参照。

⁶⁴ 松井智予, 前掲註 4, 161 頁参照。

⁶⁵ ただし、否定説の主張していた会社法 362 条 2 項 3 号を、取締役会から代表取締役の選定・解職権限を奪うことはできないことを含意しているにすぎず、定款で「株主総会の決議をもって」代表取締役の選定・解職ができると追加的に認めることを排除するものではないと解し、また会社法 349 条 3 項を、取締役会設置会社については何ら規定していないと解すると、本決定と矛盾するとは言えない(弥永真生, 前掲註 55, 3 頁参照)。

⁶⁶ 高橋聖子, 前掲註 25, 62 頁参照。

⁶⁷ 鳥山恭一「本件判批」法セ 62 卷 6 号 (2017) 95 頁参照。

⁶⁸ 派生機関説を採用したとする場合、理論構成において、派生機関説の考え方によりつつ業務執行行為を行う代表取締役の選定を株主総会の権限とすることが整合的

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

取締役の選定・解職を議題とする株主総会の招集手続き履践が現行の代表取締役や取締役により行われることから、本決定は、株主総会が代表取締役の選定・解職権限をもつ定款の定めを置いても経営陣の了承を得ずしての代表取締役の選定・解職することは困難であり、取締役会の監督権限は失われないという趣旨を含む可能性もありうると考えられる⁶⁹。

また、代表取締役の選定・解職に限らず、取締役会が依然として有する権限全体を通じて十分に監督することが可能だと評価できれば、定款を通じた自由な権限分配が認められると読むことも可能であるという見解もある⁷⁰。しかしながら、「監査」「監督」の文言が業績評価を確保するためのエンフォースメントの有無によって使い分けられているとする見解を用いれば⁷¹、本決定が「監督」という文言を用いている以上、代表取締役の選定・解職権限を重視していると見るべきであるように思われる。このとき、株主総会によっても代表取締役の選定・解職ができるとしても「取締役会の監督権限の『実効性』を失わせるとはいえない」との文言から、本決定は、株主総会にも選定・解職権限を与えることがモニタリング機能の縮小になりうることを認めつつも、その影響はモニタリング機能の実効性が失われるほどではないとする趣旨を含むように思われる。

さらに、本決定は、「取締役会の決議によるほか株主総会の決議によって『も』代表取締役の選定・解職ができるとしても」と判示している。この「も」を、並立の「も」と捉えるか、強調の「も」と捉えるかによって、本決定の射程が権限重複型の定款の定めのみならず権限専属型の定款の定めにもまで及ぶかという点で、異なる結論が導かれると考えられる。すなわち、本決定が並立の「も」を意味する場合、取締役会決議も株主総会決議も両者が代表取締役を選定・解職できることを意味し、もっぱら権限重複型の定款の定めのみを認めることとなる。一方で、

か問われる（若林泰伸，前掲註 37，47 頁参照）。

派生機関説において、代表取締役の権限は取締役会に由来する以上、代表取締役の選定・解職権限は取締役会に専属することになるため（上柳克郎・鴻常夫ほか編『新版注釈会社法(6)』[山口幸五郎]（1987，有斐閣）142 頁参照），本決定が派生機関説に立っていないのは明らかであるとする説もある（来住野究「本件判批」明治学院大学法学研究 104 号（2018）319-320 頁参照）。

⁶⁹ 松井智予，前掲註 4，162 頁参照。ただし，全員出席総会屋招集手続きの省略が可能の場合，代表取締役及び取締役会の認識しないところで，代表取締役の選解任が行なわれる可能性がある（松井智予，前掲註 4，162 頁参照）。

⁷⁰ 松中学，前掲註 62，160-161 頁参照。

⁷¹ 得津晶「会社法上の監査概念について」法学 80 卷 4 号（2016）26-29 頁参照。

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

本決定が強調の「も」を意味する場合、取締役会決議ではなく株主総会決議が代表取締役を選定・解職することができることを意味し、権限専属型の定款の定めをも認めることとなる。権限専属型の定款の定めを認めるか否かは、五 3.で詳しく検討する。

留意すべき点として、本件が代表取締役の解職の規定に何ら触れていないことから、本決定の「代表取締役を『定める』ことができる」に解職が含まれているかは定かではないことが挙げられる。したがって、この部分についても検討が要され、以下、五 2.で行う。

五 本決定の射程

1. 他の取締役会設置会社にも当てはまるか⁷²

本決定は、非公開会社において、取締役会決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めを認めたものであるが、本決定の射程は、公開会社にも及ぶだろうか。

原審と異なり文言上「取締役会設置会社である非公開会社」に限定されていることや⁷³、特に流動性の高い公開会社にあつては、所有と経営の分離が図られており専門的な経営者として適切に権限を行使することが期待されること⁷⁴ああああ非公開会社の場合、元来、取締役会を設置することは強制されていないのだから、取締役会を設置したときであっても可能な限り定款自治を認めるのが穏当であり、取締役会に権限を独占させなければいけない理由はないという価値判断が背景にあること⁷⁵、公開会社の取締役会と非公開会社の取締役会とはその性質を異にし、株主総会が果たせるモニタリング機能のレベルが異なるため、本決定の②-1、②-2の理由付けが公開会社にも当てはまるとは限らないこと等を理由とし、本決定の射程が公開会社には及ばないとする見解に立てば、公開会社について異なる解釈が妥当する余地がありうる。

⁷² 過去の学説は、特に公開会社か否かを問わず議論されており、公開会社についてのみ定款をもって株主総会が代表取締役の選定・解職権限を有する旨を定めることができないというのは立法論として主張されてきたにすぎない。上柳克郎・鴻常夫ほか編 [江頭憲治郎]、前掲註 68, 26 頁参照。

⁷³ 鳥山恭一、前掲註 67, 95 頁参照。

⁷⁴ 村上康司「本件判批」愛学 60 卷 1・2 号 (2019) 129 頁参照。

⁷⁵ 弥永真生、前掲註 55, 3 頁参照。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

しかしながら、取締役会決議で代表取締役を選定・解職できる限り取締役会が監督権限を実効的に行使できると解するのであれば、公開会社にも当てはまるとするのが自然であることや⁷⁶、②-₁、②-₂の理由付けは、他の取締役会設置会社にも当てはまると読めること⁷⁷、株主が定めた定款のアレンジメントである以上、そのアレンジメントを広く認めるべきであり株主の希望を超えてまで規制する必要はないこと等を踏まえ、本決定の射程が公開会社にも及ぶと考えると問題はないと思われる。

さらに、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社である場合、本決定の射程は及ぶだろうか。

②-₁、②-₂の理由付けは、他の取締役会設置会社にも当てはまるとすれば、射程が及ぶと解することができる一方、文言上「取締役会設置会社である非公開会社」に限定されていることや、上記会社が取締役会による業務執行者の監督が必要・有益と考えられている会社であり、株主総会の監督には一定の限界があること⁷⁸を踏まえれば、射程は及ばないと解することができるように思われる。たしかに②-₁、②-₂の理由付けは他の取締役会設置会社にも当てはまるようにも思われるが、上記会社が監督権限に特化させた仕組みをもつ以上、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社には本決定の射程は及ばず、株主総会の決議によって代表取締役を定めることは認められないとすべきであろう。

2. 代表取締役の「解職」にも当てはまるか

本決定は、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を「定める」ことができる旨の定款の定めを認めたものであるが、本決定の射程は、代表取締役の選定のみならず「解職」にも及ぶだろうか。契約のパターンは複数考えられるため⁷⁹、一律に選定・解職を一括りに考慮する必要はなく、その理由付けが求められる。これは、後述の五.3.も同様である。

特定の業務執行行為ではなく、会社代表者の地位を巡って会社の利害関係者に

⁷⁶ 弥永真生，前掲註 55，3 頁参照。

⁷⁷ 大塚和成，前掲註 19，68 頁参照。

⁷⁸ 大杉謙一「本件判批」リマークス[56]<2018[上][平成 29 年度判例評論]>（法時別冊）（2018）93 頁参照。

⁷⁹ 単純な例に絞れば、取締役会に選定・解職権限を残す、どちらも残さない、選定権限だけを残す、解職権限だけを残す計 4 パターンに加え、それを権限重複型の定款の定めにするか又は権限専属型の定款の定めにするかの選択肢（＝8 通り）があると考えられる。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

対して不確実性を高めるような解釈をあえて採用する必要性がどこまであるか疑問であることや⁸⁰、解職権限の意義は大きく、選定とは異なって考える余地があること⁸¹等を理由とすれば、本決定の射程が代表取締役の「解職」にも及ばないとする見解がある。

一方、監督の実効性確保を強調すれば選定・解職は切っても切れない関係にあることを理由に、本決定の射程が代表取締役の「解職」にも及ぶとする見解もある⁸²。取締役による代表取締役への監視の理由は、取締役が代表取締役を選定したからではなく株主総会から取締役として選任されたからに過ぎないため、理論上、選定・解職は分離可能であるように思われる。しかしながら、本決定の理由付けが「取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を『定める』ことができるとしても」に続き「『代表取締役の選定及び解職』に関する取締役会の権限が否定されるものではない（単なる「代表取締役の選定」ではない）」という文言を用いていることを考慮すると、本決定は、解職をも想定していると解されるように思われる。

とはいえ、株主総会は、取締役の解任権を有する以上、代表取締役の解職はできないものの取締役の解任を行うことができる。代表取締役を取締役に残したいが代表取締役は辞めさせたいという状況が無いとは言い切れないものの、特に本件のような閉鎖会社では、株主総会が代表取締役の解職権をもつ実利は小さいと思われる。

3. 権限専属型の定款の定めは認められるか

本決定は、権限重複型の定款の定め、すなわち株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めを認めると判示したが、本決定の射程は、権限専属型の定款の定めにも及ぶだろうか。

取締役会の権限を奪っていないことは、監督権限の実効性を失わせない一場面には過ぎないと理解しうるし、非公開会社における権限分配について、柔軟に定款自治を認めていると解すれば、権限専属型の定款の定めを認めると解することが可能であるように思われる⁸³。このとき、四で検討した「取締役会の決議によるほ

⁸⁰ 若林泰伸，前掲註 37，47 頁参照。

⁸¹ 高橋聖子，前掲註 25，64 頁参照。

⁸² 企業法実務研究会（編・品川仁美）「本件判批」月刊税務事例 50 巻 8 号（2018）102-103 頁参照。

⁸³ 松中学，前掲註 62，164 頁参照。

か株主総会の決議によって『も』代表取締役の選定・解職ができるとしても」は、強調の「も」として解される。

一方、本決定理由付けが代表取締役の選定・解職権限が取締役会にあることを前提としていることや⁸⁴、348条1項と異なり「定款に別段の定めがある場合を除き」との記載がないこと⁸⁵、会社法の立案担当者も、定款自治が認められる範囲を明確化しそれ以外の規定は強行法規であると説明しており⁸⁶、これが会社法362条2項3号にも当てはまるとすると、権限専属型の定款の定めは強行法規に反すること⁸⁷等を踏まえれば、権限専属型の定款の定めは認められないと考えられる。このとき、四での検討は、並立の「も」として解される。

また、取締役には差止権限がない以上、取締役会に代表取締役の選定・解職権限のない状況下で本決定の「取締役会の監督権限の実効性」がどこまで確保されるのかは、曖昧であるように思われる。加えて、株主総会が会社を支配していたとしても、取締役は債権者に責任を負うことがある（会社法429条）。会社法429条が第三者保護の規定だとすれば、仮に権限専属型の定款を定め取締役会に十分な実効性がなかった⁸⁸からと言って会社法429条の相当因果関係を否定するのは不合理であるから、やはり権限専属型の定款の定めは認められないように思われる。

権限専属型の定款の定めを認めた場合、形式上は取締役会設置会社であるが、実質はもはや取締役会設置会社ではなく非取締役会設置会社であるとみなす余地があるだろう。本決定の「取締役会の監督権限の実効性」を強調し、本決定が、取締役会設置会社の本質を取締役会が代表取締役の選定・解職権限をもつことに見ていると考えるのであれば、権限専属型の定款を定めた会社は、非取締役会設置会社の扱いを受けうると考えられる。

なお、以上の五3.の議論は、非公開会社のみならず公開会社にも及ぶと思われる。代表取締役の選定・解職権限が取締役会の監督権限の一定の重要な割合を占めていることに鑑みれば、本決定が②-2の「取締役会の監督権限の実効性が失われられないこと」を実質的理由として挙げていることは、定款自治の内在的制約が公開会社のみならず非公開会社にも及ぶことを示唆し、権限専属型の定款の定めを

⁸⁴ 鳥山恭一，前掲註67，95頁参照。

⁸⁵ 高橋聖子，前掲註25，62頁参照。

⁸⁶ 相澤哲・那谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」商事1737号（2005）16頁参照。

⁸⁷ 若林泰伸，前掲註37，47頁参照。

⁸⁸ 取締役にできることは取締役会議事録に異議を唱えた旨の記載を残すことくらいであり、十分なモニタリング・ボードとは言い難いだろう。

取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

認めない趣旨と捉えるべきはないかと考えられる。

※本決定の先行評釈として、鳥山恭一「本件判批」法セ 62 卷 6 号 (2017) 95 頁，弥永真生「本件判批」ジュリ 1507 号 (2017) 2-3 頁，大塚和成「本件判批」銀法 2161 卷 7 号 (2017) 68 頁，北村雅史「本件判批」法教 442 号 (2017) 126 頁，渡辺邦広「本件判批」金法 2070 号 (2017) 4-5 頁，若林泰伸「本件判批」法教 445 号 (2017) 42-47 頁，高橋聖子「本件判批」法律のひろば 70 卷 9 号 (2017) 56-64 頁，門口正人「本件判批」金法 2080 号 (2017) 60-63 頁，川島いづみ「本件判批」金商 1531 号 (2018) 2-7 頁，松井智予「本件判批」論究ジュリスト 23 号 (2017) 158-164 頁，中央大学真法会指導スタッフ「本件判批」受験新報 68 卷 1 号 (2018) 59-61 頁，松中学「本件判批」民商 153 卷 6 号 (2018) 154-167 頁，来往野究「本件判批」明治学院大学法学研究 104 号 (2018) 315-328 頁，中村信男「本件判批」速報判例解説〔21〕号 (法セ増刊) (2017) 133-136 頁，高橋真弓「本件判批」判例評論 711 号 (判例時報 2362) (2018) 163-168 頁，企業法実務研究会／編／品川仁美「本件判批」月刊税務事例 50 卷 8 号 (2018) 97-103 頁，梶原貴志「本件判批」月刊登記情報 58 卷 10 号 (2018) 28-34 頁，原弘明「本件判批」関法 68 卷 3 号 (2018) 156-168 頁，大杉謙一「本件判批」リマークス〔56〕<2018〔上〕〔平成 29 年度判例評論〕> (法時別冊) (2018) 90-93 頁，前田雅弘「本件判批」平成 29 年度重要判例解説号 (ジュリ臨時増刊 1518) (2018) 104-105 頁，村上康司「本件判批」愛学〔法学研究〕60 卷 1・2 号 (2019) 119-131 頁，長谷川新「本件判批」早稲田法学 94 卷 3 号 (1-55 頁 2019)，長谷川新「本件判批」関東学院法学 28 卷 1 号 (2019) 157-188 頁，調査官によるものとして，松本展幸「本件解説」ジュリ 1521 号 (2018) 104-106 頁，松本展幸「本件解説」法曹時報 71 卷 5 号 (2019) 131-146 頁，松本展幸「本件解説」最高裁 時の判例〔平成 27 年～平成 29 年〕〔9〕号 (ジュリ増刊) (2019) 251-253 頁がある。

取締役会設置会社である非公開会社における，取締役会決議によるほか株主総会決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であるとされた事例

東北ローレビューVol.7

2020年3月31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)

© 2020 国立大学法人東北大学大学院法学研究科