

東北ローレビュー

Vol. 10 2022. March

論 説 Articles

日本の自己株式取得規制の緩和と表側と裏側
..... 得津 晶

In-N-Out of Share Repurchase Rules in Japan
..... TOKUTSU Akira

親権者による未成年の子の養育の費用に関する民法典の諸規定について
..... 池田 悠太

Des dispositions du Code civil japonais sur le devoir parental d'entretien
..... IKEDA Yuta

研 究 ノ ー ト Note

孤独な自習室 — 法科大学院における勉強会と社会関係資本 —
..... 得津 晶

Studying Laws Alone: Social Capital in Law School
..... TOKUTSU Akira

講 演 Lecture

ベトナムの大学生のための日本の会社法入門
..... 得津 晶

Introduction to Japanese Corporate Law for Vietnamese Students
..... TOKUTSU Akira

判 例 研 究 Case Comments

廃棄物処理法における不法焼却禁止の例外事由該当性
— 東京高判令和 2 年 8 月 20 日高検速報（令和 2 年）211 頁 —

..... 今井 康介

Zur Ausnahmebestimmung bei der illegalen Müllverbrennung
..... IMAI Kosuke

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否

（最一小決令和 2 年 8 月 6 日民集 74 卷 5 号 1529 頁）

..... 趙 文静

Whether the surrender of one spouse's real estate is permissible when it is occupied by the other spouse and not divided to her

..... ZHAO Wenjing

— 目 次 —

論 説 Articles

日本の自己株式取得規制の緩和と表側と裏側

得津 晶 2

In-N-Out of Share Repurchase Rules in Japan

TOKUTSU Akira 2

親権者による未成年の子の養育の費用に関する民法典の諸規定について

池田 悠太 20

Des dispositions du Code civil japonais sur le devoir parental d'entretien

IKEDA Yuta 20

研究ノート Note

孤独な自習室 — 法科大学院における勉強会と社会関係資本 —

得津 晶 31

Studying Laws Alone: Social Capital in Law School

TOKUTSU Akira 31

講 演 Note

ベトナムの大学生のための日本の会社法入門

得津 晶 65

Introduction to Japanese Corporate Law for Vietnamese Students

TOKUTSU Akira 65

判例研究 Case Comments

廃棄物処理法における不法焼却禁止の例外事由該当性

— 東京高判令和 2 年 8 月 20 日高検速報（令和 2 年）211 頁 —

今井 康介 80

Zur Ausnahmebestimmung bei der illegalen Müllverbrennung

IMAI Kosuke 80

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否

（最一小決令和 2 年 8 月 6 日民集 74 卷 5 号 1529 頁）

趙 文静 92

Whether the surrender of one spouse's real estate is permissible when it is occupied by the other spouse and not divided to her

ZHAO Wenjing 92

日本の自己株式取得規制の緩和の表側と裏側

東北大学大学院法学研究科 教授
得津 晶

1. はじめに

2018年10月26日に、中国の全人代は、会社法における自己株式取得規制の緩和を行った。この改正の主な内容は、従業員・役員へのインセンティブ報酬や転換社債の権利行使に備えるための自己株式取得を認めることにすぎない。だが、この改正の目的は、自己株式取得を用いて資本市場の安定化を図ること、市場の株価を安定させることにある⁽¹⁾。このような目的に照らすと、中国の自己株式取得規制の緩和はさらに進む可能性がある。

この改正が、中国の会社法研究者において衝撃的に受け止められているのは、予定されていた専門家の意見聴取を経ることなく、「神速」ないし「拙速」になされた点にあるようである。これらのことから、中国の会社法研究者の多くが、自己株式取得規制の行き過ぎた緩和に懸念を抱いているのではないかと推察される。

これに対して、日本法では、2001年（平成13年）6月の議員立法の商法改正（「商法等の一部を改正する等の法律（平成13年法律第79号）」）により自

己株式取得が原則として自由化された（金庫株解禁と表現される）。この立場は2005年会社法・現行法でも維持されている。この意味で、日本法は、中国の会社法研究者が懸念している方向を先に進んでいるといえる。

そして2001年6月商法改正が議員立法であるということは、会社法研究者を含む法務省・法制審議会での審議を経なかったものであり、中国の2018年改正同様、会社法研究者の意見がないがしろにされたのではないかと誤解されかねない。また、日本の自己株式取得規制緩和の目的にも、当時問題となっていた持ち合い株式（政策保有株式）の解消の受け皿となることで、市場の株価を安定させるということが期待されていた⁽²⁾。これらの背景も今回の中国法の改正と似ている。

となると、中国の会社法研究者は、中国法も日本法と同じ轍を踏むのではないかと心配されているのではないか。しかしながら、日本の自己株式取得規制の緩和は、結果として大問題にはなっていない。これは、自己株式取得規制の緩和という表の改正と並行して、

※ 本稿は中日民商法研究会第十八届（2019）大会（2019年9月14日雲南大学〔中華人民共和国・雲南省昆明市〕）における報告原稿を加筆・修正したものである。当日通訳の労をとっていただいた王万旭先生（大連大学。北海道大学博士（法学））に深く感謝申し上げます。なお、同報告論文は王万旭先生の中国語訳により中日民商法研究第19巻に掲載される予定である。

⁽¹⁾ 中国証監会ウェブサイト

（http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201809/t20180906_343763.html）参照；Myles Seto & Shelley Liang, *China encourages share repurchase by revising the Company Law*, DEACONS NEWSLETTER CORPORATE COMMERCIAL 20 December 2018, 2, 2-3 (available at, https://www.deacons.com/assets/Images/News%20and%20Insights/Publication/2018/20181220_CCGNewsletter_Eng.pdf).

⁽²⁾ 相沢英之ほか『一問一答金庫株解禁等に伴う商法改正』（商事法務研究会・2001年）7頁。

その「裏側」でもきちんと対応がなされたおかげである。ここでいう自己株式取得規制の「裏」とは、自己株式を取得した後の取扱いのことである。すなわち、 α . 保有している自己株式(いわゆる金庫株⁽³⁾)の法的規律と、 β . 保有している自己株式を会社が処分する場合での規律のことである。

2. 2018 年会社法改正による自己株式取得規制緩和の概要

2018 年の中国会社法による自己株式取得規制の緩和の内容は以下の通りである。

改正前中国会社法 142 条は、自己株式の取得を原則として禁止する。そのうえで、自己株式取得を容認する 4 つの例外を挙げる。4 つの例外とは、①資本金の減少に伴う株式消却の場合、②自社株式を有する会社との合併の場合、③従業員への褒章として自己株式を給付する場合、④合併・会社分割の反対株主の株式買取請求権行使の場合、である。

2018 年改正によって、まず、142 条の文言から原則禁止という表現がなくなった。以下の場合には、自己株式の取得ができるという表現に変更された(2018 年改正中国会社法 142 条 1 項柱書)。これは、実質的な変更でないとはいえ、自己株式取得に対する「態度」(attitude)が 180 度変わったものと捉えることができよう⁽⁴⁾。

そして、新たな取得事由として、上場会社に限定して以下の 2 つの事由が追加された。⑤上場会社の転換社債の保有者が転換権(新株予約権)を行使する場合(2018 年改正中国会社法 142 条 1 項 5 号)と⑥上場会社が会社の価値及び株主の權益を守るために必要な場合(2018 年改正中国会社法 142 条 1 項 6 号)である。後者の⑥会社の価値・株主の利益を守るために必要な場合と

は、買取防衛策のことが念頭に置かれていると推察される。

また、③従業員への褒章として株式を給付する場合というのも、③' 従業員への株式所有プランあるいはインセンティブ報酬として給付する場合と文言が修正された(2018 年改正中国会社法 142 条 1 項 3 号)。

そして、自己株式取得の決定権限について、改正前は、④株式買取請求権を除く、①～③については株主総会の決議が要求されていた。これが、改正法の下では、①資本金現象の場合、②合併の場合については、従来通り株主総会決議が必要とされるのに対し、③従業員へのインセンティブ報酬目的、⑤転換社債の転換権行使、⑥会社の価値・株主の利益を守るため必要な場合については、定款の規定により、あるいは、株主総会の授權がある場合は、董事会(日本法上の取締役会に相当)決議によって自己株式取得が可能となった(2018 年改正中国会社法 142 条 2 項第 2 文)。

自己株式保有期間について、改正前は、①資本金減少の場合は 10 日以内に株式消却が義務付けられ、②合併の場合、④株式買取請求権の場合は 6 カ月以内の譲渡あるいは償却、③従業員への給付の場合は 1 年以内の譲渡が義務付けられた。これが改正法の下では、①資本金減少、②合併、④株式買取請求権の保有期間は従来通りであるが、③従業員へのインセンティブ報酬目的、⑤転換社債、⑥会社の価値・株主の利益を守るため必要な場合については保有期間が 3 年以内へと延長された(2018 年改正中国会社法 142 条 3 項)。

数量規制として、①～②、④に数量規制はかからないものの、③従業員への褒章の場合、改正前は、発行済株式総数の 5%に上限が設定されていた。また、③の場合の分配可能額規制とし

⁽³⁾ 中国法でも、従業員インセンティブプランでの自己株式保有期間を 3 年に延長したことに伴い「金庫株」という呼称が用いられるようになったとのことである。Seto & Liang, *supra* note 1, at 4.

⁽⁴⁾ Seto & Liang, *supra* note 1, at 3.

て利益の範囲内でのみ取得ができるとされていた。改正法は、③従業員へのインセンティブ報酬、⑤転換社債、⑥会社の価値・株主の利益を守るため必

要な場合を合算し、数量上限を 10%に引き上げた（2018 年改正中国会社法 142 条 3 項）。また、この場合の分配可能額規制も撤廃した。

【表 1：2018 年改正 142 条新旧対照表】⁽⁵⁾

旧第 142 条	改正後第 142 条
第 142 条 第 1 項：会社は自己株式を購入してはならない。但し、次の各号のいずれかに該当する場合はこの限りではない。	第 142 条 第 1 項：会社は、次の各号のいずれかに該当する場合、自己株式を購入することができる。
(1) 会社の登録資本を減少する場合	(1) 会社の登録資本を減少する場合
(2) 自社株式を保有するその他の会社と合併する場合	(2) 自社株式を保有するその他の会社と合併する場合
(3) 株式を褒賞として自社の従業員に給付するとき。	(3) 従業員による株式所有計画又はストックオプションに用いる場合
(4) 株主が株主総会で行った会社合併又は分割の決議に異議を有し、会社にその株式の買取を求めるとき。	(4) 株主が株主総会で行った会社合併又は分割の決議に異議を有し、会社にその株式の買取を求めるとき。
	(5) 株式を上場会社の発行した株券に転換可能な会社債券の転換に用いること。〔新設〕
	(6) 上場会社が会社の価値及び株主の権益を守る必要がある場合〔新設〕
第 2 項：会社は、前項第 1 号から第 3 号までの原因により自己株式を購入する場合、株主総会の決議を経なければならない。 会社が前項の規定に従い自己株式を購入した場合で、第 1 号に該当するときは、購入から 10 日以内に消却しなければならない。第 2 号、第 4 号に該当するときは、6 か月以内に譲渡又は消却しなければならない。	第 2 項：会社は、前項第 1 号、第 2 号の規定する事情により自己株式を購入する場合、株主総会の決議を経なければならない。会社が前項第 3 号、第 5 号、第 6 号の規定する事情により自己株式を購入する場合、会社定款の規定又は株主総会の授權に基づき、3 分の 2 以上の董事が出席する董事會會議の決議を経ることができる。 会社が第 1 項の規定に従い自己株式を購入した場合で、第 1 号に該当するときは、購入から 10 日以内に消却しなければならない。第 2 号、第 4 号に該当するときは、6 か月以内に譲渡又は消却しなければならない。
第 3 項：会社が第 1 項第 3 号の規定により購入する自己株式は、当該会社の発行済株式総額の 5%を超えてはならない。購入に用いる資金は、会社の税引き後利益から支出しなければならない。購入した株式は 1 年以内に従業員に譲渡しなければならない。	第 3 項：第 3 号、第 5 号、第 6 号の事情に該当する場合、会社が合計で保有する自己株式数は当該会社の発行済株式総額の 10%を超えてはならず、3 年以内に譲渡又は抹消しなければならない。
	第 4 項：上場会社は、自己株式を購入する場合、「中華人民共和國証券法」の規定に従い情報開示義務を履行しなければならない。上場会社は、本条第 1 項第 3 号、第 5 号、第 6 号の規定により自己株式を購入する場合、取引を証券取引所に集中させ、公開的に実施しなければならない。〔新設〕
第 4 項：会社は、自己株式を質権の目的物として受け入れてはならない。	第 5 項：会社は、自己株式を質権の目的物として受け入れてはならない。

⁽⁵⁾ 本表は、森・濱田松本法律事務所中国プラクティスグループ・中国最新法令〈速報〉280 号（2018 年 11 月 26 日）（<http://www.mhmjapan.com/content/files/00036662/20190508-042248.pdf>）、野村高志＝志賀正帥＝福王広貴「2018 年の中国における重要立法を振り返る（上）～会社法の改正、電子商務法の制定を中心に～」Science Portal China（2019 年 1 月 31 日）（https://spc.jst.go.jp/experiences/chinese_law/19001.html）等を参考にして筆者が作成した。

【表 2：2018 年改正 142 条下での取得事由と決定機関⁽⁶⁾】

取得事由	① 資本金 減少	② 合併(抱 き合わせ 株式)	③ 従業員 インセン ティブ報 酬	④ 合併・分 割の反対 株主株式 買取請求	⑤ 転換社 債	⑥ 会社の 価値・株主 の利益保 護
決定機関	株主総会 決議	株主総会	定款または株主総 会の授権に基 づいて董事会	—	定款または株主総 会の授権に基 づいて董事会	定款または株主総 会の授権に基 づいて董事会
保有期間	10 日以内	6 カ月以内	3 年以内	6 カ月以内	3 年以内	3 年以内
数量規制	—	—	10%	—	10%	10%

3. 日本の自己株式取得規制緩和 の「表」側⁽⁷⁾

(1) 目的規制—保有期間規制—数量 規制の枠組みに基づく緩和

まず、表側である日本法の自己株式取得規制の緩和の歴史について簡単に紹介する。日本法では、2001 年改正まで、A. 目的規制、B. 保有期間規制、C. 数量規制を複雑に組み合わせた形で規制が構築され、複雑な形で規制緩和が進んでいった。

1938 年(昭和 13 年)改正前商法は、自己株式取得・質受けを完全に禁止していた(1899 年〔明治 32 年〕商法 151 条⁽⁸⁾1 項)。唯一の例外は、①資本金の減少に伴う株式消却の場合と定款の定めに基づく配当可能利益の範囲内での

株式消却の場合であった(1899 年商法 151 条 2 項)。この場合、資本金減少であれば、株主総会普通決議(1899 年商法 220 条〔当時には特別決議制度は存在しなかった。参照、1899 年商法 161 条〔株主総会決議の方法〕、208 条〔定款変更の方法〕)と債権者異議手続(1899 年商法 220 条 2 項・77—80 条)が必要となる。配当可能利益の範囲内の株式消却については、定款規定が必要であり、しかも、その定款規定は原始定款または総株主の一致による定款変更によってなされる必要であるという理解が多数説とされていた⁽⁹⁾。このように、自己株式を取得することができる場合を特定の目的に限定するという A. 目的規制が取られていた。これに対して、B. 保有期間規制、C. 数量

⁽⁶⁾ 森・濱田松本法律事務所中国プラクティスグループ・前掲注(5)文献 2 頁。

⁽⁷⁾ 本節の内容については中東正文・松井秀征編著『会社法の選択』(商事法務) 649—688 頁、杉田貴洋「自己株式取得規制緩和の意義」商事法務 2207 号(2019) 44—52 頁参照。

⁽⁸⁾ 明治 32 年法律第 48 号

151 条 会社は自己の株式を取得し又は質権の目的として之を受くることを得ず。

2 項 株式は資本減少の規定に従ふに非ざれば、之を償却することを得ず。但し定款の定むる所に従ひ株主に配当すべき利益を以てするは此限に在らず。

(平仮名・句読点、本稿筆者。以下、同じ)

⁽⁹⁾ 鈴木竹雄『会社法〔全訂第 5 版〕』(弘文堂・1994 年) 127 頁。これに対して、通常の定款変更で足りるとする見解として竹田省『商法の理論と解釈』(有斐閣・1957 年) 71 頁、矢沢惇「株式の償却—特に償還株式について」松本丞治先生古稀記念『会社法の諸問題』(有斐閣・1951 年) 355 頁〔ともに定款変更株主総会特別決議が必要とされる法制〔1950 年改正商法〕下での議論〕、任意償却の場合には通常の定款変更で足りるが、強制償却の場合には、原始定款または総株主の同意による定款変更によることを必要とする見解として上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(3)』(有斐閣・1986 年) 288 頁〔菅原菊志〕がある。

規制はこの時期には設けられていなかった。

1938 年商法改正において、A. 目的規制については、自己株式の取得を認める事由が拡大された。①株式消却のための取得、②合併・営業譲受による取得、③権利の実行のための取得⁽¹⁰⁾という 3 つの例外的取得事由の場合に限って自己株式取得を容認した（1938 年〔昭和 13 年〕改正商法 210 条⁽¹¹⁾）。

1899 年商法同様、①株式の消却は、資本金の減少によるか、定款の規定がある場合に配当可能利益の範囲内でおこなうこととされた（1938 年改正商法 212 条⁽¹²⁾）。そして資本金の減少には株主総会普通決議（1938 年商法 376 条）と債権者異議手続（1938 年商法 376 条 2 項・99・100 条）が必要とされ、定款の規定は原始定款か株主全員の同意に基づく定款変更によることが必要という理解が多数説であった⁽¹³⁾。②合併や営業譲渡には株主総会決議が必要とされていた（1938 年商法 408 条 1 項・3

項・343 条〔定款変更〔総株主・資本の半数以上の出席する株主総会で議決権過半数の賛成〕〕、245 条 1 項 1 号・343 条）。

さらに、取得した自己株式について①株式消却目的で取得した自己株式は遅滞なく株式失効の手続をとることを求めた。②合併・営業譲受による取得の場合と③権利の実行のための取得の場合には、会社は、相当の時期に、株式または質権の処分をする義務を負った（以上、1938 年〔昭和 13 年〕改正商法 211 条⁽¹⁴⁾）。これは、期間が明示的に特定されていないとはいえ、定性的な B. 保有期間規制といえる。

その後、1950 年（昭和 25 年）商法改正によって、合併・営業譲渡における反対株主の株式買取請求権制度導入に伴い、④株式買取請求権が行使された場合が、自己株式取得を認める例外事由に追加された（1950〔昭和 25〕年改正商法 210 条 4 号⁽¹⁵⁾。〔A. 目的規制〕）。この新たな取得事由による取得した自

⁽¹⁰⁾ 具体的には、強制執行・訴訟上の和解などをなすに当たり、債務者が会社の株式以外に財産を有しないときに、会社がその株式を競落し、または代物弁済として受け取る場合が例示されている。上柳ほか・前掲注(9)文献 240 頁〔蓮井良憲〕。

⁽¹¹⁾ 昭和 13 年法律第 72 号

210 条 会社は左の場合を除くの外、自己の株式を取得し、又は質権の目的として之を受くことを得ず。

① 株式の消却の為にするとき

② 合併または他の会社の営業全部の譲受に因るとき

③ 会社の権利の実行に当り、其の目的を達する為必要になるとき

⁽¹²⁾ 昭和 13 年法律第 72 号本条新設

212 条 株式は資本減少の規定に従ふに非ざれば之を償却することを得ず。但し定款の規定に基づく株主に配当すべき利益を以てする場合はこの限りに在らず。

2 項 第 377 条の規定は株式を消却する場合に之を準用す。

前条第 1 号の場合に於ては会社は遅滞なく株式失効の手続を為し、第 2 号及び第 3 号の場合に於ては相当の時期に

⁽¹³⁾ 注(9)参照。

⁽¹⁴⁾ 昭和 13 年法律第 72 号改正

211 条 前条第 1 号の場合に於ては、会社は、遅滞なく株式失効の手続を為し、第二号及第 3 号の場合に於ては相当の時期に株式又は質権の処分を為すことを要す。

⁽¹⁵⁾ 昭和 25 年法律第 167 号改正

210 条 （省略）

4 号 第 245 条の 2（営業譲渡等の場合の反対株主の株式買取請求権。本稿筆者注、以下同じ）又は第 408 条の 2（合併の場合の反対株主の株式買取請求権）の規定に依り株式の買取を為すとき

己株式も、会社が、相当の時期に、処分しなくてはならないという規制が課された(1950年改正商法211条〔B. 保有期間規制〕)。

なお、A. 目的規制に関連して1950年改正によって、①資本金の減少、②合併、営業譲渡のいずれの場合にも株主総会特別決議が必要とされることになった(1950年改正商法375条1項・343条、408条1項・3項・343条、245条1項1号・343条)。

1966年(昭和41年)商法改正で、定款による株式譲渡制限制度の導入のための定款変更、反対株主の株式買取請求権の保護がなされると、それに応じて、自己株式取得の取得事由としての④株式買取請求権の対象も拡大した(1966年商法210条4号)⁽¹⁶⁾。

1981年(昭和56年)商法改正では、新たに⑤質権の目的として自己株式を取得することが許容された(1981年改正商法210条柱書⁽¹⁷⁾)。そして、質権については発行済株式数の20分の1以下というC. 数量規制を導入した。

1994年(平成6年)商法改正で新たな事由として⑥従業員へのインセンティブ報酬として自己株式を取得した場合が追加された(平成6年改正商法210条の2〔A. 目的規制〕)。そして、⑥従業員へのインセンティブ報酬目的の場合は、B. 保有期間規制として6か月が課され(1994年改正商法211条⁽¹⁸⁾)、C. 数量規制として発行済株式総数の3%以下という限度が設定された(1994年改正商法210条の2第1項⁽¹⁹⁾)。さらに、この場合の自己株式の取得は、

⁽¹⁶⁾ 株式買取請求権の対象が追加されることに伴う自己株式取得事由の追加(2005〔平成17年〕改正前商法210条4号列举事由の追加)は、その後も、1991年(平成2年)改正〔端株券不発行に伴う端株の買取請求権〕、1997年(平成7年)改正〔簡易合併〕、1999年(平成11年)改正〔株式交換・株式移転〕、2000(平成12年)改正〔会社分割〕においてなされた。

⁽¹⁷⁾ 昭和56年法律第74号改正

210条 会社は左の場合を除くの外、自己の株式を取得し、又は質権の目的として発行済株式の総数の20分の1を超ゆる数の自己の株式を受くることを得ず。

⁽¹⁸⁾ 平成6年法律第66号改正

第211条 第210条第1号の場合に於ては会社は遅滞なく株式失効の手續を為し同条第2号乃至第5号及第210条ノ3第1項の場合に於ては株式を買受けたる時より6月内に使用人に株式を譲渡すことを要す。

⁽¹⁹⁾ 平成6年法律第66号本条追加

第210条ノ2 第1項 会社は前条の規定に拘らず正当の理由あるときは使用人に株式を譲渡す為に発行済株式の総数の100分の3を超えざる範囲内に於て自己の株式を取得することを得。

第2項 前項の場合に於て株式を買受くるには左の事項に付定時総会の決議あることを要す。此の場合に於ては取締役は使用人に株式を譲渡すことを必要とする理由を開示することを要す。

① 決議後最初の決算期に関する定時総会の終結の時迄に買受くべき株式の種類、総数及取得価額の総額

② 買受くべき株式が取引所の相場ある株式及取引所の相場に準ずる相場ある株式に非ざるものなるときは其の売主

3項 第1項の場合に於ては買受くることを得べき株式の総数は発行済株式の総数の百分の3を超ゆることを得ず。且其の株式の取得価額の総額は貸借対照表上の純資産の額より第290条第1項各号(配当可能利益の計算のための控除項目)の金額及定時総会に於て利益より配当し若は支払ふものと定め又は資本に組入れたる額の合計額を控除したる額を超ゆることを得ず。

(省略)

配当可能利益の範囲内という分配可能額規制も課された（1994 年改正商法 210 条の 2 第 3 項、210 条の 4、212 条の 2 第 3 項・5 項・6 項）。

そして、⑥従業員へのインセンティブ報酬目的で取得する手続についても、株主間の平等に配慮した規制が課された。まず、定時株主総会の普通決議が必要とされる（1994 年改正商法 210 条の 2 第 2 項）。その上で、上場会社であれば、証券取引所での取引（1994 年改正商法 210 条の 2 第 8 項）か、あるいは、公開買付（1994 年改正商法 212 条の 2 第 4 項）による必要があるとした。これに対して、非上場会社であれば、特定の株主からの自己株式の取得について株主総会特別決議が必要になる（1994 年改正商法 210 条の 2 第 5 項）。そして、他の株主は、自己も売主に追加することを請求する権利（売主追加請求権；Tag-along right）が保障される（1994 年改正商法 210 条の 2 第 7 項）。

同改正は、他にも、A. 目的規制として、株式譲渡制限会社を対象とした新たな取得事由を追加した。⑦株主から株式譲渡承認請求および買受人指定請求があった場合に会社自身が自ら買受人になること（1994 年改正商法 204 条の 3 の 2 第 1 項⁽²⁰⁾）、⑧株主に相続があった場合に相続人と会社との間で合意による自己株式を取得すること（1994 年改正商法 210 条の 3 第 1 項⁽²¹⁾）である。

この⑦買受人指定による場合と⑧相続人からの取得の場合は、B. 数量規制として、両者を合算して 20%が上限となる（1994 年改正商法 204 条の 3 の 2 第 7 項、210 条の 3 第 2 項）。また、⑦と⑧を合算して、配当可能利益の範囲内という分配可能額規制も課される（1994 年改正商法 204 条の 3 の 2 第 7 項、210 条の 3 第 2 項）。そして、⑥と⑦の両者とも、手続として株主総会特別決議が必要とされている（1994 年改正商法 204 条の 3 の 2 第 1 項・343 条、210 条の 3 第 3 項・343 条）。

1997 年（平成 9 年）商法改正で、A. 目的規制に⑥インセンティブ報酬の相手方として従業員に加え取締役も含まれることになった。この場合の C. 数量規制を発行済株式総数の 10 分の 1 以下にまで引き上げた（1997 年改正商法 210 条ノ 2 第 2 項）。そして、⑥取締役・従業員へのインセンティブ報酬目的の場合の B. 保有期間規制は、通常は 6 カ月であるものの、ストック・オプション（新株予約権）が付与されている場合については、新株予約権の行使期間が上限とされることになった（1997 年改正商法 211 条・210 条の 2 第 2 項 3 号）。すなわち 10 年が最長となる（1997 年改正商法 210 条の 2 第 4 項）。

また、1997 年商法改正と同時に、「株式の償却手続に関する商法の特例に関する法律」（株式消却特例法）が成立した。この特別法は、上場会社⁽²²⁾のみを

⁽²⁰⁾ 平成 6 年法律第 66 号本条追加

204 条の 3 の 2 第 1 項 第 204 条の 2 第 3 項〔譲渡制限株式における会社の買受人指定〕の規定に依り取締役会が会社を譲渡の相手方に指定したる場合に於ては会社が前条第 1 項の請求を為すには第 343 条に定むる決議に依ることを要す。

⁽²¹⁾ 平成 6 年法律第 66 号本条追加

210 条の 3 1 項 株式の譲渡に付取締役会の承認を要する旨の定款の定ある場合に於ては会社は第 210 条の規定に拘らず、株主の相続人より其の相続に因り得たる株式を相続の開始後 1 年以内に買受くる為にするときは自己の株式を取得することを得。但し其の株式の数は同条第 5 号に掲ぐる場合に於て取得したる株式の数と併せて発行済株式の総数の 5 分の 1 を超ゆることを得ず。

⁽²²⁾ 株式消却特例法は「公開会社」とするが、その定義（同法 2 条 5 号）は、「上場株式の発行者である会社又は店頭売買株式の発行者である会社をいう。」としており、会社法上の公開会社の定義（会社法 2 条 5 号。譲渡制限のかかっている株式を一部でも発行している株式会社）とは異なる。このため本文では「上場会社」と表記することにした。

対象に、定款に規定を設けることで、取締役会限りで①消却目的の自己株式の取得を認めるものである（株式消却特例法 3 条 1 項）。取締役会決議がなされれば、次の定時株主総会までの間に（同法 3 条 6 項）、市場買付か、あるいは公開買付のいずれかの方法で自己株

式の取得が認められる（同法 4 条）。この場合、C. 数量規制として定款の記載する取得上限は 10%とされている（同法 3 条 3 項）。さらに、配当可能利益の範囲内という分配可能額規制が課される（同法 3 条 5 項）。

【表 3】日本の自己株式取得規制の緩和

	1899 商法	1938 改正	1950 改正	1966 改正	1981 改正	1994 改正	1997 改正
取得目的 規制	① 株式消 却目的	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため ④ 株式買 取請求権	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため ④ 株式買 取請求権	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため ④ 株式買 取請求権 ⑤ 質権設 定	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため ④ 株式買 取請求権 ⑤ 質権設 定 ⑥ 従業員 への付与 ⑦ 譲渡承 認買受人 指定 ⑧ 被相続 人からの 取得	① 株式消 却目的 ② 合併・営 業譲受 ③ 権利の 実行のため ④ 株式買 取請求権 ⑤ 質権設 定 ⑥ 従業員・ 取締役への 付与 ⑦ 譲渡承 認買受人 指定 ⑧ 被相続 人からの 取得
保有期間 規制		① 遅滞なく ②③ 相当 の時期	① 遅滞なく ②-④ 相当 の時期	① 遅滞なく ②-④ 相当 の時期	① 遅滞なく ②-④ 相当 の時期	① 遅滞なく ②-④ 相当 の時期 ⑥ 6 か月	① 遅滞なく ②-④ 相当 の時期 ⑥ 10 年
数量規制					⑤ 5% 以下	⑤ 5% 以下 ⑥ 3% 以下 + 分配可能 額規制 ⑦ + ⑧ 20 % 以下 + 分配可能 額規制	⑤ 5% 以下 ⑥ 10 % 以下 ① 消却特 例法: 10%

(2) 自己株式原則容認の時代

このように自己株式取得規制の緩和が続いた末、2001 年（平成 13 年）商法改正（平成 13 年法律第 79 号）は、A. 目的規制、B. 保有期間規制、C. 数量規制を撤廃し、一定の手続規制・分配可能額規制の上で、合意による自己株式取得を容認することとした。

手続規制として、上場会社・非上場会社に共通して認められる方法として相対取引による取得がある。この場合

は、定時株主総会の特別決議（総株主の議決権の過半数の出席・3 分の 2 以上の賛成〔2001 年改正商法 343 条〕）が必要であり（2001 年改正商法 210 条 5 項）、売主以外の株主にも、自己も売主に追加することを請求する権利（売主追加請求権；Tag-along right）が保障される（2001 年改正商法 210 条 7 項）。上場会社の場合は、証券市場で取得するか公開買付で取得する方法も認められている（2001 年改正商法 210 条 8 項）。

この場合は定時株主総会普通決議が必要となる。

分配可能額規制としては、配当可能利益の範囲内であることが求められる(2001年改正商法210条3項)。

このような2001年6月商法改正の立場は、自己株式取得を配当(剰余金配当)と並ぶ株主への会社の余剰資金を返還する方法(「ペイアウト」と称される)の1つと整理するものである。すなわち、決定手続や分配可能額規制を原則として剰余金配当に揃えたのである。日本法では、剰余金配当の決定権限は原則として株主総会に存在するため(2001年改正商法281条1項4号・283条1項、現行会社法454条1項)、自己株式取得も株主総会決議に委ねた⁽²³⁾。これに対して、既存の株式消却特例法は、上場会社を対象を限定し、かつ、定款の規定が必要とはいえ、取締役会決議限りで自己株式取得を認めたものであり、この整理に反する。そこで、株式消却特例法は2001年6月商法改正と同時に廃止された。

ペイアウトの方法として配当と自己株式取得とを比較した場合、唯一にして最大の違いが、配当は持株数に応じて平等に分配されるのに対して、自己株式取得の場合は売主となる特定の株主のみが分配を受けるという株主間の不平等が生じうる点である。そこで、上記の様に自己株式取得の手続を規制することで株主間の平等を図った。

さらに付言すれば、2001年6月商法改正は、議員立法であるものの、法制審議会をスキップした新株予約権制度(ストック・オプション)の一般導入をおこなった1997年(平成9年)商法改正とは異なり、法制審議会でも議論されていたものを切り出して、議員立法

としたものであった⁽²⁴⁾。改正に反対する学者は有力に存在したものの、会社法学者を含む専門家の議論を十分に経たものであった。この点で、中国の2018年会社法改正とは異なる。

2003年(平成15年)商法改正では、議員立法により、2001年に廃止された1997年株式消却特例法の認めた取締役会限りでの自己株式取得制度を復活させた。定款の規定があれば、証券市場での買い付けか公開買付による場合に限定して、取締役会限りでの自己株式取得を認めた(2003年改正商法211条の3第1項2号)。

これは、剰余金配当の決定権限が株主総会にあることと矛盾している。だが、この改正の直前の2002年に、日本の商法は指名委員会等設置会社制度を導入しており、この会社では、アメリカ型のモニタリング・ボードモデルを採用することを条件に、取締役会限りで配当の決定を認めることとした(2002年改正商法特例法21条の31第1項)。指名委員会等設置会社は上場会社の中のごく少数であるが⁽²⁵⁾、おかげで、日本においても剰余金配当の決定権限が株主総会にあることは論理必然ではないという理解が広まった⁽²⁶⁾。2003年改正は、現実の配当決定手続と自己株式取得との間に不整合を生むものであった。だが、配当決定手続の理念的なありかたとの間のギャップは大きくはない。実際に、その後の2005年会社法では、配当決定手続を取締役会限りで行うことのできる会社は一定の要件を課すことで、指名委員会等設置会社から従来型の監査役会設置会社にも拡大した(2005年会社法〔現行会社法〕459条)。

2005年会社法(現行法)は、2001年

⁽²³⁾ 相沢ほか・前掲注(2)文献11頁。

⁽²⁴⁾ 中東＝松井編著・前掲注(7)文献199－204頁。

⁽²⁵⁾ 日本の上場会社数はおよそ3500社である中、指名委員会等設置会社は、2003年に44社、2019年で78社である。日本取締役会協会ウェブサイト「指名委員会等設置会社リスト(上場企業)(2019年8月1日現在)」

(https://www.jacd.jp/news/gov/jacd_iinkaisecchi.pdf) (2019年9月1日閲覧)。

⁽²⁶⁾ 中東＝松井編著・前掲注(7)文献683－684頁。

改正商法の立場を引き継いでいる。2005 年会社法〔現行会社法〕155 条は、自己株式取得を認める場合を 1 号から 13 号に限定している。この書き方からは、原則として自己株式取得禁止と理解することもできそうである。だが、同条 3 号は、会社法〔現行会社法〕156 条以下の「株式会社が株主との合意により」自己株式を取得する場合を挙げる。これは、原則として自己株式取得を容認したものといえることができる。

そして、合意による取得の場合には、同じペイアウト手段である配当と並んで、分配可能額（剰余金）の範囲内でなくてはならないとされている（2005 年会社法〔現行会社法〕461 条 1 項 2 号 3 号）。

自己株式取得の手続には、上場会社か否かにかかわらず、共通のメニューを用意した。そして、従来の相対取引、証券市場での取得・公開買付による取得（実際は上場会社のみが利用可能）に加えて、a. 株主全員から譲渡しの申込みを受ける手続が創設された（2005 年会社法〔現行会社法〕156－159 条）。これは、予め、株主総会決議で、取得する自己株式の数の上限、金銭等の上限、1 年間以内の取得期間を定めて、取締役会に自己株式取得を授權するものである（2005 年会社法〔現行会社法〕156 条）。取締役会はこの授權に基づいて自己株式を取得する。毎回、自己株式を取得するたびに、全株主に対して取得する株式数、対価の金額等を株主に通知あるいは（公開会社の場合のみ）公告をする（2005 年会社法〔現行会社法〕158 条）。株主は通知・公告に基づいて株式の売却を申込む（2005 年会社法〔現行会社法〕159 条 1 項）。会社は、申し込みのあった株主から自己株式を取得するが、条件は均等でなくてはならず（2005 年会社法〔現行会社法〕157 条 3 項）、予定していた取得株式数を超える申し込みがあった場合は、按分で取得する（2005 年会社法〔現行会社法〕159 条 2 項）。

そのほか、b. 特定の株主からの相対取引による取得は、従来通り、株主総会特別決議が必要であり（2005 年会社

法〔現行会社法〕160 条 1 項・5 項・309 条 2 項 2 号）、他の株主に売主追加請求権が保障される（2005 年会社法〔現行会社法〕160 条 2 項・3 項）。この相対取引を、非上場会社のみならず上場会社も利用できるようになった点が 2005 年会社法による改正点である。

また、c. 証券市場・公開買付による取得は、理論上、上場会社に限定される。これは、株主総会普通決議のみで可能である（2005 年会社法〔現行会社法〕165 条 1 項）。そして、1997 年株式消却特例法・2003 年改正商法と同様、予め定款に規定を設けておくことで、取締役会決議限りで、c. 証券市場・公開買付による取得が可能となる（2005 年会社法〔現行会社法〕165 条 2 項・3 項）。これが、日本法の剰余金配当の決定権限の原則とは齟齬があるのは既に指摘した通りである。

4. 自己株式取得規制の中日法比較：「表」の話の中日比較

このようにみていくと、中国の 2018 年会社法改正による自己株式取得規制の緩和は日本の 1997 年改正と類似していると評価できる。となると、中国法も、日本と同様、自己株式取得規制の緩和がさらに進み、原則容認となる可能性も十分にある。そして、このような方向に対して懸念を抱く中国の会社法研究者も多いのではなからうか。

しかし、日本法の経験からすれば、自己株式取得の自由化の問題点の多くは、きちんとした規制をセットで導入することで解決する。

たとえば、日本では、伝統的に、自己株式取得には、4 つの弊害があるとされてきた。(1) 出資の払い戻しであり、債権者の利益に反するという点、(2) 株主間の不平等を生みかねない点、(3) グリーン・メイラーや反対は株主から株式を取得することで経営者が保身をはかるなど会社支配権をめぐる不公正な取引に利用されるおそれがある点、(4) インサイダー取引や相場操縦など証券市場における不公正な株式取引の

おそれがある点である⁽²⁷⁾。

2001年改正商法は、この4つの弊害に対して、手続規制と分配可能額規制を課すことで除去を試みたのである。具体的には、(1) 出資払い戻しの禁止に抵触しないように、分配可能額規制を課すこと、(2) 株主間の不平等を生まないように、また、(3) 経営者が保身のために恣意的な利用ができないように、手続規制を課すこと、(4) 証券市場の問題については金融商品取引法の規制を課すこと⁽²⁸⁾、である⁽²⁹⁾。

このような日本法の観点からみると、2018年の中国法の緩和した自己株式の取得規制には、若干の問題がある。まず、数量規制を維持しているとはいえ、分配可能額規制が課されていない点（廃棄された点）は、債権者保護の観点から問題があるといえる。これは特に③従業員へのインセンティブ報酬目的、⑤転換社債、⑥会社の価値・株主の利益を守るために必要な場合において問題となる。また、手続規制について、上場会社については証券市場での取得に限定している点で(2) 株主間の不平等や(3) 経営者の保身目的での恣意的な利用の問題に対応がなされているといえる。だが、非上場会社について手続規制がない点は問題といえる。

しかし、資本制度に基づく分配可能

額規制が債権者保護にどの程度有用であるかは長い間議論に晒されている問題である⁽³⁰⁾。また、非上場会社といった場合に、同族企業など株主間に親密かつ多様な関係がある場合が多いのであれば、法が株主間の平等を保護する必要性は決して高くはない⁽³¹⁾。このように考えると、現状の中国の自己株式取得規制の問題は必ずしも大きくない。仮に問題だと考えるとしても簡単な修正が十分に可能な小さな問題である。

自己株式取得が会社の支配権あるいは債権者保護の観点から経営者の恣意的に濫用されるおそれをおさえるのであれば、表の問題である取得そのものの規制と並んで、あるいはそれ以上に重要なことはほかにある。それは、自己株式を取得した後の取扱いである。具体的には、 α ．保有した自己株式の取扱いと、 β ．自己株式の処分の問題である。このような自己株式取得規制の「裏」の規制を考える必要がある。

5. 日本の自己株式取得規制緩和の「裏」側

日本法は、自己株式取得規制を緩和した2001年改正の際に、会社・経営者が自己株式を濫用することをおさえるために、 α ．自己株式の取扱いと、 β ．自己株式の処分についても整理を行っ

⁽²⁷⁾ 神田秀樹『会社法〔第23版〕』（弘文堂・2021年）105頁注1、江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣・2021年）249-250、258頁注7。

⁽²⁸⁾ この点に関連して、上場会社がToSTNET-2/3を用いて市場取引という形で実質的に特定の株主から相対で自己株式を取得することができることが相場操縦規制等の関連で議論されている。江頭憲治郎ほか編著『改正会社法セミナー・株式編』（有斐閣・2015年）28-34頁。そのほか、ToSTNET-2/3を用いた取引によって上場会社が需給調整目的（価格下落防止目的）で自己株式を取得することについての問題点について後述の注(57)参照。

⁽²⁹⁾ 江頭・前掲注(27)文献249頁、神田・前掲注(27)文献107頁注5。

⁽³⁰⁾ 日本法の文献として吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（一）、（二）」法学協会雑誌102巻（1985年）3号423-491頁、443頁、5号881-977頁、941頁、藤田友敬「会社法と債権者保護」商法会計制度研究懇談会編『商法会計に係る諸問題』（企業財務制度研究会・1997年）17-48頁、29頁、藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号（1999年）21-26頁、25頁、藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護（2）」法学教室263号（2002年）122-136頁、127頁、金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗＝神田秀樹＝柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会・1998年）191-228頁、215-216頁など。

⁽³¹⁾ 得津晶「種類株式」法学教室444号（2017年）17-23頁、19-20頁。

た。自己株式取得を配当と並ぶペイアウトの手段と位置付け、 β ．自己株式の処分を新株発行と同列に位置づけた。そして、その間の α ．自己株式は会社の資産を構成するものではなく、新株発行可能枠と同列に位置づけた⁽³²⁾。

(1) 自己株式の取扱い

自己株式に株式としての権利を完全に認めてしまうと、経営者が会社の支配権を不正に行使できてしまうという問題は、従来から直感的に理解されていた。自己株式取得の例外事由を容認した1938年商法改正において、自己株式には議決権が生じない旨の規定が設けられていた(1938年改正商法241条2項、現行会社法308条2項)。

利益配当については、議決権と異なり、自己株式に支払っても会社内に財産が留保されるだけであるので本質的な問題はないといえる。だが、配当性向(会社が利益のうちどれだけを株主に配当するのかの割合)の計算などにおいて誤解が生じかねない問題もある。そこで、従業員へのインセンティブ報酬目的での自己株式保有を認めた1994年改正の段階で自己株式の配当受領権を否定した(1994年改正商法293条但書後段、現行会社法453条カッコ書き)。

そのほかの権利について、2001年段階では、株式分割の対象となるのか、株式併合の対象となるのか、合併等の組織再編において存続会社が消滅会社の株式を有しているといういわゆる抱き合わせ株式に組織再編の対価として存続会社の株式を割り当てることがで

きるのかといった問題が解釈に委ねられていた⁽³³⁾。これらの問題に対しては2005年会社法で手当てがなされた。会社法では自己株式を株式として扱わない場面は条文に明記することとして⁽³⁴⁾、株式分割・株式併合については自己株式の除外規定は設けられず、自己株式にも株式併合・分割の効力が及ぶこととなる⁽³⁵⁾。これは、定款によって授權されている発行可能株式数と類似した扱いとなる(2005年会社法184条2項〔株主総会決議によらず株式分割と同じ割合の範囲内で増加する定款変更〕、180条2項4号・3項・182条2項〔株式併合に伴い発行可能株式総数を発行済株式総数の4倍以内とする定款変更〕)。そして、抱き合わせ株式等には、組織再編の対価が割り当てられないことが明記された(会社法749条1項3号等)。

自己株式はいかなる意味でも資産ではないという取扱いは、計算書類においても反映されている。2001年6月商法改正以前は、自己株式を貸借対照表上の資産として計上していたが(2001年改正前計算書類規則12条1項・22条の2)、2001年6月商法改正以降は、資本の部の控除項目とされ(2001年改正計算書類規則34条4項)、資産として計上されなくなった⁽³⁶⁾。現在も、会社計算規則において、自己株式が貸借対照表上の株主資本(純資産)の部の控除項目とされ(会社計算規則76条2項5号)、資産性は否定されている⁽³⁷⁾。

(2) 自己株式の処分

2001年6月商法改正以前は、自己株

⁽³²⁾ 藤田友敬「自己株式の法的地位」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』(商事法務・2004年)87-124頁、91頁。

⁽³³⁾ 藤田・前掲注(32)文献100-121頁。

⁽³⁴⁾ 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(商事法務・2006年)34-35頁〔相澤哲=豊田祐子〕。

⁽³⁵⁾ 山下友信編『会社法コンメンタール(4)』(商事法務・2009年)13頁〔藤田友敬〕、相澤編著・前掲注(34)文献47頁〔相澤=豊田〕。

⁽³⁶⁾ 相沢ほか・前掲注(2)文献25頁。

⁽³⁷⁾ ただし、藤田・前掲注(32)文献90頁、122頁は、会計上の資産性の否定それ自体は経済実態には無関係であるとする。

式は相当の時期までに処分することが義務付けられていたこともあり、処分の方法については何ら規制がされていなかった。これは、代表取締役などの経営者が、自己株式を用いることで、自らと関係の深い者に、しかも安価で譲渡することができることを意味する。これでは、保身や不当な会社支配に用いられるおそれ大きい。

そこで、2001年6月商法改正では、自己株式の処分を新株発行のルールに揃えることとした（2001年改正商法211条3項）。このことは、2005年会社法でより明確となった。2005年会社法は、自己株式の処分と新株発行をあわせて「募集株式の発行等」として会社法199条以下で規律している。ここでは両者が同じルールで規律されることになる。

たとえば、日本法の下で、従業員（取締役ではない従業員）に対してインセンティブ報酬として株式そのものを付与したい場合を考える⁽³⁸⁾。日本法の下では、公開会社（株式譲渡制限のついていない株式を一株でも発行している会社）であれば、新株発行・自己株式の処分は、原則として、取締役会の決議のみで可能とされている（会社法199条1項・201条1項）。例外は有利発行の場合であり、この場合は、株主総会で有利発行が必要な理由を説明したうえで株主総会特別決議が必要とされている（199条1項・201条1項・199条3項・会社法309条2項5号）。従業員へのインセンティブ報酬としての株式付与は、考え方によっては、無償で従業員に新株を発行（あるいは自己株式を処分）するものであるため、有利発行として、株主総会特別決議が

必要と考えることもできる。だが、今の日本法の解釈では、従業員への報酬として株式を発行するのであれば、その報酬の価値（金銭的評価）が、新株の対価となることが認められている。これは、金銭債権の現物出資として扱われる（会社法199条1項3号）。現物出資には検査役の調査等を経る必要があるが（会社法207条1項）、既に履行期の到来している金銭債権であるとするれば、検査役の調査等の省略が可能である（会社法207条9項5号）。そして、報酬として定めた金額が株式の公正な価値に相当するのであれば、有利発行規制はかからない⁽³⁹⁾。このような解釈は有限責任である株式会社における労務出資の禁止（参考、会社法576条1項6号カッコ書き）には抵触しないと理解されている。

株式報酬の相手方が取締役である場合には、以上の手続に加えて報酬規制がかかる。すなわち、株主総会で「報酬等のうち額が確定しているもの」であり、かつ、「金銭でない」報酬等として、定款で定めていない場合は、株主総会普通決議が必要となる（会社法361条1号・3号）⁽⁴⁰⁾。

また、2005年会社法改正では、政府提出の原案において、定款の規定に基づいて、一定の限度で自己株式を募集株式の発行等の手続によらずに市場取引で売却することを認める規律が設けられていた（2005年会社法案179条）。しかし、この規定は衆議院の審議によって削除されることになった。その理由は、インサイダー取引や株価操縦のおそれがあることであつた。だが、新株発行に認められていない新たな制度導入の断念は、自己株式の処分は新株

⁽³⁸⁾ かつて、従業員・取締役へのインセンティブ報酬といえば、ストック・オプションと呼ばれる新株予約権が主流であつたが、近時は、新株予約権ではなく譲渡制限を付した株式報酬型が主流となっていると報道されている（日本経済新聞2019年5月28日朝刊19頁）。

⁽³⁹⁾ 新株予約権について、江頭・前掲注(27)文献475、476頁注12。新株予約権については金銭以外の財産の給付や相殺による払込みが広範に認められていることについて、会社法246条2項、相澤編著・前掲注(34)文献66頁〔相澤＝豊田〕参照

⁽⁴⁰⁾ 新株予約権について、江頭・前掲注(27)文献474－475頁、相澤編著・前掲注(34)文献105頁〔相澤＝石井裕介〕参照。

発行と同じであるという理解を一層強める証拠にもなっている⁽⁴¹⁾。

(3) 若干の不整合

2001年6月商法改正は、 α . 自己株式は新株発行可能枠、 β . 自己株式の処分は新株発行と同列に位置付け、2005年会社法は、さらにその方向を徹底した。だが、現行法において、自己株式処分と新株発行とが完全に同様に規定されているわけではない。まだ若干の差異が残っている⁽⁴²⁾。

両者の最大の違いとされているのは、自己株式を処分した場合の会計処理にある。新株発行をした場合、払い込まれた金額の2分の1以上は資本金、残りは資本準備金となる（会社法445条1-3項）。つまり、払い込まれた金額の全額が分配できない金額となる。これに対して、自己株式を処分した場合、取得価額として計上されていた株主資本の部の控除がなくなり（会社計算規則24条2項）、その分、分配可能額が増える。そればかりでなく、取得価額と処分価額の差額は、「その他資本剰余金」となり（「自己株式及び準備金の額の減少等に関する会計基準」9・10・12）⁽⁴³⁾、剰余金として分配可能額に含まれる。この結果、自己株式の処分金額の全額が配当可能額となる。

ほかにも解釈が分かれているものの、自己株式と新株発行との間に差異がありうるということが指摘されている。自己株

式であれば、譲渡担保や差し押さえの対象となるという解釈が有力である⁽⁴⁴⁾。また、近時は自己株式を貸株に利用できるとする見解も提出されている⁽⁴⁵⁾。これは、新株発行時の株価の買い支えを目的として、自己株式を貸株に利用するスキームである。これに対して、新株発行枠を担保や差し押さえ、消費貸借の対象とすることは、現行法の解釈として認められていない⁽⁴⁶⁾。

ただし、このような違いは、理論的に大きな違いとは理解されていない。また、このような差異は解消されることが望ましいと考えられている⁽⁴⁷⁾。

6. 裏の世界の解釈論

2001年改正商法によって、自己株式の取扱い（法的地位）が変わったということは、解釈論にも影響しうる。

取締役が会社法で定めた手続に違反して自己株式の取得を行い、これによって対会社責任（会社法423条1項）を負う場合に、会社の損害あるいは損害額はいくらとなるのかという問題がある。

この問題に対しては、既に最高裁判例がある。最判平成5・9・9民集47巻7号4814頁は、子会社が親会社株式を違法に取得した事案であるが、最高裁は、これを自己株式の潜脱と評価したことから、自己株式についても同じ判断が妥当すると考えられる。この事件で、最高裁は、取得価額と処分価額の

⁽⁴¹⁾ 相澤編著・前掲注(34)文献66頁〔相澤＝豊田〕45頁、山下・前掲注(35)文献14頁〔藤田〕。

⁽⁴²⁾ 以下の記述について、得津晶「自己株式の取得・子会社による親会社株式の取得」法学教室409号（2014）4-10頁、5-9頁参照。

⁽⁴³⁾ これに対して、処分差損は、まず「その他資本剰余金」の減少として処理され、それで足りない場合には、その他利益剰余金の減少として処理される（会社計算規則27条3項・29条3項）。

⁽⁴⁴⁾ 江頭ほか編・前掲注(28)文献10頁〔森本滋発言〕、106頁以下。

⁽⁴⁵⁾ 岩原紳作「貸株と自己株式の処分」岩原紳作ほか編『会社・金融・法〔上巻〕』（商事法務・2013年）428頁は、新株発行時の株価の買い支えを目的とする自己株式の貸株を有効とする。

⁽⁴⁶⁾ 藤田・前掲注(32)文献96頁注4。

⁽⁴⁷⁾ 藤田友敬「いわゆる『金庫株』解禁と会社法」月刊資本市場186号（2001年）7頁以下、藤田・前掲注(32)文献122頁、山下・前掲注(35)文献13頁〔藤田〕。

差額を会社の損害と認定した。この判例に従えば、自己株式の処分価額と取得価額の差額が損害・損害額ということになる⁽⁴⁸⁾。

だが、この事件は2001年6月商法改正以前のものであり、自己株式が財産・資産であると考えられていた時代の事件である。2001年6月商法改正によって、自己株式は会社の財産ではなく、発行可能株式枠と同じものと考えることになった。その後の自己株式の処分は新株発行と並ぶ会社の資金調達手段と考えられるようになった。この結果、自己株式の取得と当該自己株式の処分との間の関係は切断されることとなり、取得価額と処分価額の差額を損害と考えることはできなくなった。

そのため、現在は、自己取得時の株式の公正な価額と、実際に取得した金額の差額を損害とする見解が有力である⁽⁴⁹⁾。このような見解に反対し、自己株式取得はペイアウト手段であって、会社法に違反したということは、本来はしてはならない株主への財産分配である以上、全額を損害とする理解が合理的ではないかという見解もある⁽⁵⁰⁾。このような少数説は自己株式取得がペイアウト手段であるという理解をさらに徹底したものといえる。

7. 日本法の大きな不整合

5. (3) では、現在の日本の会社法における細かな不整合を紹介した。だが、本節では、それとは異なるより大きな視点から、日本法の不整合を指摘したい。

繰り返しになるが、現在の日本法の立場は、自己株式の取得は剰余金配当とならぶペイアウト手段であり、自己株式の処分は、新株発行と並ぶ資金調達手段であるという整理であった。ここで、ペイアウト手段というのは、会社の剰余資金・剰余資産を株主に分配することである。これに対して、資金調達というのは会社が必要な資金を投資家・株主から調達するものである。すなわち、この両者は、パラレル(「対」)の関係にある。

ところが、現在の日本法では、公開会社・通常の監査役設置会社を念頭に置くと、ペイアウトには株主総会決議が必要であり、新株発行による資金調達(エクイティ・ファイナンス)は取締役会決議限りでできるというのが原則である。この点は、新株発行に株主総会決議を必要とする中国法(中国会社法133条)との相違である。

理論的には、どちらかに統合すべきものであろう⁽⁵¹⁾。では、どちらに合わせるべきであるのか。現在、日本法では、会計監査人を設置し、かつ取締役の任期を1年とするという条件の下、定款に規定(「分配特則規定」とよばれる)を設けることで、剰余金配当・自

⁽⁴⁸⁾ 江頭・前掲注(27)文献260-261頁。

⁽⁴⁹⁾ 神田秀樹「判批」『会社法判例百選〔第3版〕』(有斐閣・2016年)47頁、山下・前掲注(35)文献20-21頁〔藤田〕、大阪地判平成15・3・5判時1833号146頁。

⁽⁵⁰⁾ 杉田貴洋「自己株式の取得」山本為三郎編『新会社法の基本問題』(慶應義塾大学出版会・2006年)65頁、久保田安彦『企業金融と会社法・資本市場法制』(有斐閣・2015年)212-213頁〔ただし取締役の立証によって会社の損害を前記有力説の差額とすることを可能とする〕。このような見解に対しては、株主に自己株式取得が行われなかった場合以上に利益が生じる点が問題視されている(山下・前掲注(35)文献21頁〔藤田〕)。しかし、ここで問題となっているのは会社の損害であって株主の損害ではない。さらに、損害賠償責任を履行した取締役が民法422条の類推適用により自己株式を代位取得すれば、他の株主が利することもない。

⁽⁵¹⁾ 2019年日本私法学会シンポジウム「株式制度の再検討—会社法における基礎的な理論の観点から・討論」私法82号掲載予定(2020年)〔得津晶コメント〕

己株式取得（株主全員から譲渡しの申込みを受ける手続による場合と市場取引等による場合）のペイアウトを取締役会限りで行うことが認められている（会社法 459 条）。この分配特則規定を設ける会社が主流となり、原則化していけば、ペイアウトも出資による資金調達も決定権限を取締役会に揃える方向がありうる。

だが、他方で、どんな規模であっても、第三者割当増資を取締役会限りで認めていることについては立法論的批判も強い。2014 年会社法改正で、公開会社において新たに支配株主（議決権の過半数を有する株主）が発生するような募集株式の発行等には、株主に関する機会が認められるようになった（現行会社法 206 条の 2）。ペイアウトにしても資金調達にしても一定規模を超える場合には、株主に決定に関する機会を認める方向が望ましいのかもしれない。

8. 中国法の評価：表より裏に気を付けろ！

中国語の読めない私は、中国の状況をきちんと理解しているわけではない。だが、2018 年 10 月の全人代での会社法改正は、会社法の研究者にとって衝撃を持って受け止められているようである。その背景には、専門委員会の意見聴取等の手続を経ていないといったこともあろうし⁽⁵²⁾、そのような中で取得事由の規制緩和がなされたことへの懸念もあろう。しかも、日本法の経験からすれば、このような規制緩和はさらに進み、近い将来には、自己株式取得が完全に自由化する可能性もある。その中で、現在の中国法に非公開会社への手続規制や配当可能利益による分配限度額規制がない点は問題であるということも可能である。

だが、日本法での経験からすれば、会社法研究者が注意すべきは、自己株式の取得規制という「表」の面ではない。むしろ、「裏」である保有した自己株式（金庫株）の法的地位と、自己株式の処分の面にこそ注意すべきである。

特に処分において、経営者に広範な裁量が認められ、何らの手続的制約がないのであれば、経営者の保身や不公正な会社支配の手段として自己株式が濫用されるおそれが高くなる。これは、中国では新株発行に株主総会決議が必要としていることとのバランスを考えれば、日本法以上に重要な問題であろう。今後、数量規制が撤廃されれば、この問題はより深刻化するであろう。

また、会社の保有する自己株式について「財産」ないし「資産」性を肯定する立場がとられているのであれば、それも問題である。

最後に、このような規制を施したあとの自己株式取得規制緩和の効果について一言加えたい。前述の通り、日本法の自己株式取得はペイアウト手段として位置づけられている。それでは、既存の剰余金配当に加えて、なぜ新たに自己株式取得というペイアウト手段を認める必要があったのか。

これは、日本の上場会社においては、毎年の配当額は一定であることが望ましいという「信念」があることがあげられる。収益が一時的に上がったからといって配当金額を増加させることをしないという慣行がある。日本において配当金額を前年より下げることは、投資家あるいは社会からものすごくネガティブに受け止められると経営者は考えている。そのため、一度配当金額を上げると、下げるわけにはいなくなる。それゆえ、一時的な収益の増加があっても、配当金額を上げないのである。しかし、それでは、株主への余

⁽⁵²⁾ 日本でも、1997 年商法改正のうち、ストック・オプションに関する改正（平成 9 年法律第 56 号）については法制審議会の議論を経ない議員立法によってなされた。これに対しては、江頭憲治郎をはじめとする 225 名の会社法学者によって「開かれた商法改正手続きを求める商法学者声明」（商事法務 1457 号〔1997 年〕76 頁）による反論がなされた。中東＝松井編著・前掲注(7)文献 116－118 頁参照。

剰資金の返還が不十分となり、また、会社の資産運用の効率性（ROA⁽⁵³⁾やトービンの q⁽⁵⁴⁾などの指標）も下がる。そこで、毎年の配当の増減ではなく、自己株式の取得という方法をとること、市場に誤ったメッセージを与えることなく、柔軟に余剰資金を株主に返還することが可能となるのである⁽⁵⁵⁾。

中国の証券市場あるいは経済社会において、配当金額は安定している方が望ましいという信念が存在しないのであれば、自己株式取得規制を緩和させるニーズは乏しい。

中国独自の事情として、国有株が非常に多く、国有株の解消の受け皿として自己株式取得を考えているという事情もあろう。だが、これは、日本においても株式持ち合い解消の受け皿とし

て自己株式が考えられていたことと似ている。そして、近時の実証研究によれば、会社の経営陣と関係のない外部株主（outside ownership）の保有割合の増加が、自己株式取得規制の緩和がなされたことで、抑制されたことが報告されている（2001年から2014年の間の外部株主の保有割合は実際には3%の増加であったところ、仮に規制緩和がなければ24%増加したと推計している）⁽⁵⁶⁾。これは、株式持ち合い解消の受け皿として自己株式取得規制の緩和が機能したことを示す。しかし、その結果、外部株主の株式所有割合の増加が抑止されていることは証券市場の活性化を逃したとも評価できる。このような点は政策論としても評価が分かれるところであろう⁽⁵⁷⁾。

⁽⁵³⁾ ROA（Return on Asset 総資産利益率）とは、総資産あたりどの程度の利益を生むかを示すものであり、資産をどの程度効率的に活用しているのかという意味で企業のパフォーマンスの指標として、しばしば同一産業内における比較に用いられる。

$$ROA = \frac{\text{純利益}}{\text{総資産}}$$

⁽⁵⁴⁾ トービン q とは、会社は、現在保有している総資産を活用することで、（広義の）投資家から市場でどの程度の評価を受けているのかを示す指標である。市場における投資家からの評価は株式投資による投資評価である株式時価総額と、債権による投資総額である負債総額を用い（会社に対して売掛金を保有する取引先は履行期まで会社に信用を供与し投資しているのと同じく扱われる）、その合計額を企業価値として用いる。

会社の保有する総資産の再取得金額と、企業価値の市場評価とを比較し、前者が大きい（トービン q が 1 を下回る）場合には、会社は事業を停止して解散したほうが社会的に望ましいことになり、他方、後者が大きい（トービン q が 1 を上回る場合）は、会社の事業が社会的に望ましく、会社は事業にさらに投資すべきことにもなり、厳密には（現在の企業価値を示す指標というより）企業の将来性を示す指標といえる。

$$\text{トービンの } q = \frac{\text{株式時価総額} + \text{負債総額}}{\text{総資産}}$$

⁽⁵⁵⁾ 杉田・前掲注(7)文献 47-48 頁。

⁽⁵⁶⁾ Julian Franks, Colin Mayer, Hideaki Miyajima, and Ryo Ogawa, “Stock Repurchases and Corporate Control: Evidence from Japan” RIETI Discussion Paper Series 18-E-074 (2018).

⁽⁵⁷⁾ この問題に関連して、上場会社が需給調整目的で自己株式を取得することの当否という問題が存在する。従来の日本の会社法研究者の多くは、このような自己株式取得は相場操縦類似の行為であり認められない、あるいは少なくとも妥当ではないと考えてきたようである。だが、このような需給調整目的の自己株式取得に対して現在の日本の会社法・金融商品取引法は ToSTNet-2/3 を通じた取引を認めることで好適な仕組みを提供しており、また、このような需給調整目的とは株式の流動性（liquidity）の提供というプラスの面もあること

※ 本稿は、科学研究費補助金（課題
番号：19K01362）の成果の一部で
ある。

から、一概に否定的に評価すべきものとはいえないことについて田中亘「自己株式規制の過去・現在・未来―需給調整のための自己株式取得を真剣に考える」久保大作ほか編『吉本健一先生古稀記念論文集・企業金融・資本市場の法規制』（商事法務・2020）83－85、90、92－95 頁。

親権者による未成年の子の養育の費用に関する 民法典の諸規定について

東北大学大学院法学研究科 准教授

池田 悠太

1 はじめに

未成年の子の養育及びその費用について、民法典にはいくつかの規定が置かれているが、そのそれぞれの意味やそれらの相互の関係は、必ずしも明らかでない。本稿では、このうち特に親権者による養育に直接関係するものについて（具体的には820条、828条但書、877条1項について）、問題の所在を整理するとともに（「1」）、解釈論的・立法論的な若干の検討を行う（「2」「3」）⁽¹⁾。

（1）規定の状況 親権者による未成年の子の養育に関する規定として民法典には以下の規定が存在している。

（a）820条に基づく監護教育義務 第一に、820条において、「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。」とされている。

ここにいう「権利」や「義務」の相手方は明示されていないが、ここには子に対する義務が含まれていると解され、また、一般にそのように解されていると思われる⁽²⁾。

⁽¹⁾ 本稿は、2022年1月25日に開催された法制審議会家族法制部会第11回会議に事務局提出資料として提出されたものに、脚注を付すなどの変更を加えたものである（本文の異同はほぼ形式的なものにとどまる。なお、いずれも筆者個人の見解を示すものにすぎないことは言うまでもない。）。そのことが示す通り、本稿での作業は、まずもって立法のための準備作業として位置付けられる。一般に立法は、直接的には法文言の変更という作用であり、間接的にはそれによる法内容の変更を企図した作用である、とさしあたり言うことができると思われる。その際の議論は、多かれ少なかれ、現行法の内容に関する議論を踏まえて行われるべきであると思われる。そこで、本稿では、立法のための準備作業として、現行法の内容を検討する作業に、重点を置く。しかるに、言うまでもなく、民法の内容は、民法の解釈によって定まる。たしかに、民法の解釈が民法典の解釈に尽きると言えるか否かには、争いの余地があろう。しかし、市民が民法典を共有している社会における民法の解釈においては、少なくとも、民法典との関係が説明されるべきであると思われる。そのため、民法典というテキストから出発し、民法典から何が読み取れるのかを検討するということは、最終的にその内容から離れる（いわゆる補充的ないし修正的）解釈を正当化するにせよ、有益であり、ひいては必要ですらあると思われる。それにもかかわらず、その点の説明が十分になされていないと思われる問題も少なくなく、本稿で取り上げる問題はその一例をなしているように思われる。本稿での作業は、筆者にとっては、このように、いわば《民法典に見る民法》という観点から行う民法解釈という作業の、一環をなすものでもあり、本稿の内容は、筆者が2021年度前期に東北大学法学部で担当した講義「家族法」の内容にも基づく。

⁽²⁾ 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、2004年）78-81頁〔明山和夫＝國府剛〕、窪田充見『家族法 [第4版]』（有斐閣、2019年）289-290頁、前田陽一ほか『民法VI 親族・相続 [第5版]』（有斐閣、2019年）167-168頁〔本山敦〕。近時の教科書には、義務の相手方を明示しないものも見られるが（高橋朋子ほか『民法7 親族・相続 [第6版]』（有斐閣、2020年）188-189頁・196-197頁〔床谷文雄〕、本山敦ほか『家族法 [第3版]』（日本評論社、2021年）115頁・116-117頁〔羽生香織〕、犬伏由子ほか『親族・相続法 [第3版]』（弘文堂、2020年）183頁・186-187頁〔石井美智子〕）、いずれにおいても子に対する義務の存在は否定されていないと思われる。むしろ、大村敦志『家族法 [第3版]』（有斐閣、2010年）103頁においては、特に監護について、未成年子に対する親の扶養義務が、親権の効果として導かれている。また、二宮周平『家族法 [第5版]』（新世社、2019年）230頁は、「親権の権利性は、親として子に対して有する養育の義務を遂行するのに必要な限りで認められ」ている旨を述べており、あくまでも親権者の義務ではなく親の義務のみを語っているが、820条にいう権利義務も子に対するものであるという理解を示唆する。ただし、たとえば、古くは穂積重遠『親族法』（岩波書店、1933年）552頁が、現在の820条に対応する当時の879条にいう義務は「子に対する義務」とい

(b) 828 条における養育費用償還請求権

第二に、828 条において、本文で「子が成年に達したときは、親権を行った者は、遅滞なくその管理の計算をしなければならない。」とされつつ、但書で「ただし、その子の養育及び財産の管理の費用は、その子の財産の収益と相殺したものとみなす。」とされている。

しかるに、一般に「相殺」は、同種の目的を有する債務について行われるものである(505 条 1 項本文参照)。そうだとすると、「相殺したものとみな」されているところの「収益」と「費用」とは、それらにかかる金銭債権をそれぞれ意味すると考えられる。すなわち、親の子に対する養育費用償還請求権及び財産管理費用償還請求権と、子の親権者にする収益返還請求権とが、相殺されたものとみなされているように見える。

(c) 877 条に基づく扶養義務 第三に、877 条 1 項において、「直系血族及び兄弟姉

妹は、互いに扶養をする義務がある。」とされている。

しかるに、親権者となるのは親であり(818 条、819 条)、親子は直系血族である(養親について 727 条)。したがって、まず少なくとも潜在的・抽象的には、親権者は子に対して扶養義務を負うと言える。

もっとも、具体的な場面においては、一定の者が 878 条にいう「扶養をする義務のある者」に当たり、一定の者が同条にいう「扶養を受ける権利のある者」に当たるものと解される⁽³⁾。そして、878 条によれば所定の場合にはさらに扶養の順位が、また、879 条によれば扶養の程度・方法が、当事者間の協議又は家庭裁判所の審判(家事事件手続法 39 条・別表第 2)によって定めらるゝとされており、それによって初めて、或る特定の者の或る特定の者に対する具体的な扶養義務が顕在化するものと解される⁽⁴⁾。

うよりも「国家社会人類に対する義務」であるとしており(引用にあたり、漢字遣いを改めた。)、また、近時松川正毅『民法 親族・相続 [第 6 版]』(有斐閣、2019 年) 165-166 頁は、監護教育が「権利」であるとともに「責務」でもあると述べる際に、「責務」には「社会的」という形容を付している。義務の相手方に関する現在までの議論状況については、於保＝中川編・前掲書 78-79 頁 [明山＝國府]、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) 242 頁 [田中通裕]、本山敦編著『逐条ガイド 親族法』(日本加除出版、2020 年) 330-331 頁 [佐々木健] も参照。

⁽³⁾ 877 条 1 項においては「互いに扶養をする義務がある」とされていることから(さらに同条 2 項においても親族の「間」に義務を負わせるとされていることから)、双方向的に、全員が全員に対して義務を負い、それに対応する権利を有するよう見える。しかしながら、そうだとするとそれは潜在的・抽象的な権利義務についてでしかなく、顕在化した具体的な場面においては、878 条に現れているように、「扶養をする義務のある者」と「扶養を受ける権利のある者」とに分化し固定されることになるのだと思われる(877 条においても 2 項にいう「特別の事情」は具体的な場面における事情であって、その時点では、扶養の義務を負う者と扶養の権利を有する者とが固定された形でもつばら前者に具体的な義務を負わせることになるのではないと思われる。)

⁽⁴⁾ 最判昭和 42 年 2 月 17 日民集 21 巻 1 号 133 頁、大村・前掲注(2) 255 頁、大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣、2015 年) 461 頁・466 頁、松川＝窪田編・前掲注(2) 352 頁 [冷水登紀代]。これに対して、二宮・前掲注(2) 281-282 頁は、「具体的な扶養義務の発生要件」として「一定の親族関係にあること」「扶養権利者の要扶養状態」「扶養義務者の扶養能力」と並んで「請求の意思表示」を挙げるにとどまり(さらに、未成熟子の扶養の場合にはそれも不要とされる。)、協議や審判の成立を要件として挙げておらず(松川・前掲注(2) 197 頁も同様。)、同 288-289 頁は、昭和 42 年最判で示された理解と異なる理解を示唆している。具体的な扶養義務の発生機序は、しばしば過去の扶養料をめぐる論じられるが、①義務の対象となる扶養の時期と、②義務の発生時期とは、区別されなければならない(於保＝中川編・前掲注(2) 799-804 頁 [松尾知子])。前田ほか・前掲注(2) 217-218 頁 [前田陽一] は、過去の扶養料の請求に関する有力な学説として、第一に、「未成熟子や配偶者に対する生活保持義務については、……要扶養状態と扶養能力の要件を満たした時点で具体的な発生すると考えられる」、「したがって、上記の時点まで遡っての請求が認められる」、第二に、「子の老親に対する扶養義務や兄弟間の扶養義務については、……要扶養状態と扶養能力の要件を満たした上で権利者からの請求がされることによって初めて具体的な扶養義務が発生すると考えられる」、「したがって、請求時まで遡っての支払を命ずることができる」、第三に、

親権者による未成年の子の養育の費用に関する民法典の諸規定について

しかるに、およそ親は未成年子ないし未成熟子に対して扶養義務を負っており、しかも、他の親族間におけるよりも高い程度の扶養義務を負っている、と言われることも多いように思われる⁽⁵⁾。しかし、少なくとも877条に基づく扶養義務に関する限り、具体的な権利者・義務者、順位、程度・方法は、民法典には明示されていない⁽⁶⁾。したがって、顕在的・具体的には、親権者は子に対して扶養義務を負いうると言えるにとどまる。

(2) 問題の所在 それぞれの規定についてさしあたり以上のように解することができるとしても、それらの相互関係は、必ずしも明らかではない。

(a) 養育 一方では、そもそも、これらの規定において用いられている概念の相互関係が、必ずしも明らかでない。すなわ

ち、820条では「監護及び教育」(α)、828条但書では「養育」(β)、877条1項では「扶養」(γ)という語が用いられており、これらは子を育てたり養ったりすることに関するものとして少なくとも近接していると考えられるが、これらの相互関係は必ずしも明らかでない。

(b) 費用 他方では、費用負担の所在も、必ずしも明らかでない。というのも、大まかに見れば、広い意味での養育について、一方で、820条や877条1項においては、親権者が負担することとされているのに対して、他方で、828条但書においては、少なくとも第一次的には(みなし相殺前には)、子自身が負担することとされているように見えるからである。より具体的には、親権者が、820条に基づいて監護教育義務(①)を子に対して負うとともに、877条に基づいて

『特別の事情』による3親等内親族間の扶養については、家庭裁判所の審判によって初めて扶養義務が発生するので、過去に遡っての請求はできない」と述べているが(本山編著・前掲注(2)437頁[本山敦]はこれを引用する。二宮や松川も同旨か。)、ここでの義務の発生時期(②)は、もっぱら①と一致するものとして語られているように思われる。しかし、過去の扶養についての義務(①)を、後に協議又は審判によって形成する(②)ことも考えられるため、②を区別して問題とすることができよう。①をもって遡及的に義務が発生する時期とし、そのような意味で義務の発生時期を語ることができようが、条文の文言に照らして、上記の第一の場合と第二の場合にもどこかの時点で協議又は審判を要するのではないかと思われる。

⁽⁵⁾ 大村・前掲注(2)103-104頁[未成年子について]、松川・前掲注(2)194頁・195頁[未成年子について]、窪田・前掲注(2)343-344頁・344-346頁[未成熟子について]。そのほか、二宮・前掲注(2)280-281頁[ただし同居中について(283頁)]、前田ほか・前掲注(2)215頁・216頁[前田陽一]、高橋ほか・前掲注(2)235-236頁・238頁[床谷文雄]、本山ほか・前掲注(2)140-141頁・142頁[水野貴浩]、犬伏ほか・前掲注(2)213-314頁[石井美智子]、松川＝窪田編・前掲注(2)350頁・358頁[冷水登紀代]、本山編著・前掲注(2)435頁[本山敦]は、親は未成熟子ないし未成年子に対していわゆる生活保持義務を負うとする。親の未成熟子ないし未成熟子に対する扶養義務が生活保持義務であり、生活保持義務が自己と同程度の生活を可能にする義務であるとする、原則として、親は未成熟子に対して具体的な扶養義務を負うことになると考えられる。もっとも、そうだとすると、子の資力が親の資力を上回る場合には具体的な扶養義務は生じないことになると思われる。また、親に最低限度の資力がないと言える場合や子に需要がないと言える場合にまで義務を負うということまで説かれているのかは必ずしも明らかでなく、実際にそれらの場合についての留保が明示されることもある(前者の場合につき二宮、水野、石井、前者及び後者の場合につき冷水。)。於保＝中川編・前掲注(2)775頁・775-777頁・787頁・796-798頁[松尾知子]は、親の未成熟子に対する扶養義務を、程度の高い生活保持義務であるとしつつ、具体的な扶養義務の有無や扶養の程度については個別具体的な検討を要するとする。翻って、大村や松川、窪田が、親が扶養義務を負うと明言するときも、扶養義務という概念に内在するものとして、具体的な扶養義務の発生のための一定の条件を前提としているとも解される。

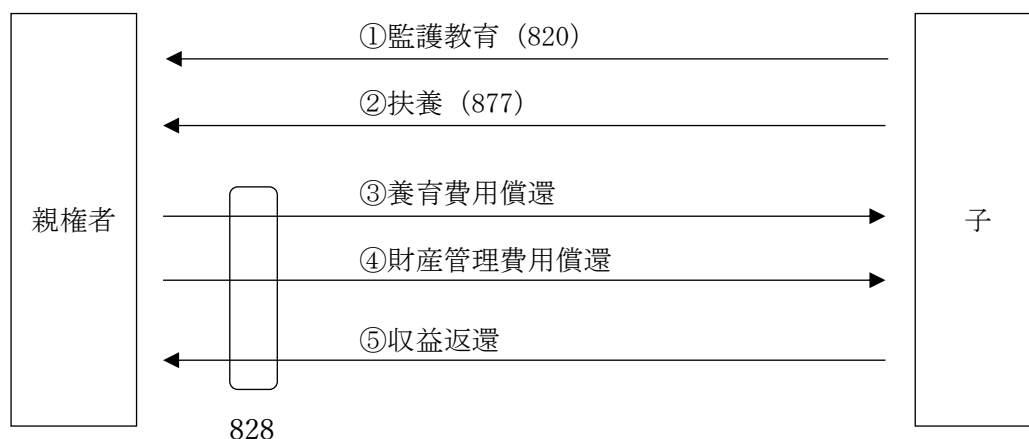
⁽⁶⁾ 親の未成年子ないし未成熟子に対する扶養義務の実定的根拠を、877条以外に求める見解もある。たとえば、注(5)に挙げられた文献の著者のうち、大村や松川は親権に根拠を求め、窪田は、「条文上の根拠を求めるまでもなく、親子関係に基づく本質的な義務であると説明する」可能性を示唆する。議論状況について、於保＝中川編・前掲注(2)738-739頁[床谷文雄]、松川＝窪田編・前掲注(2)351頁[冷水登紀代]も参照。

顕在的・具体的にも扶養義務(②)を子に対して負っているのみならず、さらに、828条但書によれば養育費用償還請求権(③)を子に対して有するのだとすると(【図1】参照)、これらがいかなる関係に立っているのか、が必ずしも明らかでない。

それに先立って、828条についてはさらに、828条但書にいう親権者の養育費用償還請求権(③)・財産管理費用償還請求権(④)・収益返還義務(⑤)の存否という問題がある。上記(1)(b)の通り、一方で、親権者が子の財産の管理をすることに伴って収益が生

じ、さしあたり親権者がそれを所持するが、子は親権者に対して収益の返還請求権を有しており(⑤)、他方で、親権者が子の養育・財産管理をすることに伴って費用を負担することになるが、親権者は子に対して費用償還請求権を有している(③④)、ということが前提とされているように見えるのであるが(【図1】参照)、そのことは828条には明示されていない。そこで、そもそも、これらが存在するのかどうか、いかなる根拠に基づいて発生するのかどうか、という問題には検討の余地がある。

【図1】⁽⁷⁾



(c) その他 親権者と子との関係についてはさしあたり以上の通りであるが、他の親と親権者との関係や他の親と子との関係、さらには第三者を含めた関係については、さらなる検討を要するのみならず、未成年後見人による養育の場合との関係も問題となろう。たとえば親権者和其他の親との関係のうち、親権者が2人存在する場合に一方が費用を負担したときについては760条が(2人の親権者は必ず婚姻中である(818

条3項。)), 親権者が1人であるが他に親が存在する場合における費用の負担については766条などが、問題となると思われる。もっとも、これらについては、本稿では立ち入らない。

2 解釈論

上記1(2)(a)(b)の問題について、以下、この「2」においては、現行法の解釈としてどのような解釈がありうるかということに

⁽⁷⁾ 矢印は債権債務を示し、その始点が債権者、その終点が債務者を示す。特に①については、ここでの権利・義務はいわゆる債権・債務であるのか、権利と義務とは対応するのか、といった問題には検討の余地があろうが、その点に立ち入ることはできず、便宜的な図示にとどまる。以下同様。

について検討を行い、次の「3」において、改正の可能性について検討を行う。

(1) 828 条 まず、828 条但書に示されている養育費用償還請求権（③）の発生原因について検討する。発生 of 明文の根拠としては、以下の 2 種類が考えられよう。

第一に、親権者が、「義務なく」「他人」である子「のために」養育という「事務の管理」「を始めた」と言える場合であって、「本人」である子「のために有益な費用を支出した」と言えるときには、702 条 1 項に基づき、「その償還を請求する」債権が発生すると考えられる（ただし、同条 3 項も参照。）。これに対して、「他人」「本人」に該当する子に対して親権者が養育という「事務の管理」を行う「義務」を負っているのだとすると、702 条 1 項に基づく養育費用償還請求権は発生しえないと考えられる。

ただし、ここにおいて「事務」「事務の管理」の内容として、そして「義務」の対象として問題になるところの〈養育〉については、事実的な養育と、経済的な養育すなわち費用負担とを、区別して考える（養育という事務管理の全体から費用支出行為ないしそれを伴う行為自体を取り出して事務管理と見る）べきではないかと思われる。そして、費用の支出は、広義の養育という「事務の管理」のうち、特に経済的な養育という「事務の管理」において行われるものであると言えるのではないかと思われる。そうだとすると、「事務の管理」にかかる親権者の「義務」の存否も、経済的な養育の義務の存否として問題になるのではないかと思われる。すなわち、親権者が広義の養育を行った場合において、一方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負っているならば、経済的な養育は「義務なく」「始めた」「事務の管理」であるとは言いができず、養育の費用の支出は、「義務なく」「始めた」「事務の管理」における費用支出であると

は言うことができないため、養育費用償還請求権は発生しないのに対して、他方で、後述のように、親権者が事実的な養育を行う義務を負っていたとしても経済的な養育を行う義務を負っていないならば、経済的な養育は「義務なく」「始めた」「事務の管理」であると言いができ、養育の費用の支出は、「義務なく」「始めた」「事務の管理」における費用支出であると言いができるため、養育費用償還請求権が発生する、ということになるのではないかと思われる。

第二に、子が、「法律上の原因なく」、「他人」である親権者の、金銭という「財産」又は養育という「労務」「によって利益を受け」、「それによって」「他人」である親権者に「損失を及ぼした」と言いができるならば、そして、「利益」「損失」が費用に相当するならば、703 条又は 704 条に基づく不当利得返還請求権として、親権者が子に対して養育費用償還請求権を有すると解される。これに対して、子が親権者の養育によってその費用に相当する利益を受けるということに「法律上の原因」があるのだとすると、703 条や 704 条に基づく養育費用償還請求権は発生しえないと考えられる。なお、費用相当額以上の「利益」や「損失」も問題となりうるが、ここでは取り上げない。

しかるに、養育の費用の支出及びそれによる受益を、金銭という「財産」による「利益」「損失」として捉えるときはもちろん、養育という「労務」による「利益」「損失」として捉えるときも、養育は費用支出を通じた経済的な養育として問題となることから、「利益」「損失」は、本来的に経済的な性質を持つものとして問題となるのではないかと思われる。そうだとすると、一方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負うとき、すなわち子に経済的な利益を受けさせる義務を負うときには、子に上記の「法律上の原因」がないとは言いができないため、

不当利得返還請求権としての養育費用償還請求権は発生しないのに対して、他方で、親権者が経済的な養育を行う義務を負わないとき、すなわち子に経済的な利益を受けさせる義務を負わないときには、子に上記の「法律上の原因」がないと言うことができるため、不当利得返還請求権としての養育費用償還請求権が発生する、ということになるのではないと思われる。

このように、事務管理を原因とするにせよ、不当利得を原因とするにせよ、養育費用を負担する親権者の義務がないのであればその償還を請求する親権者の債権（③）が発生しうるが、養育費用を負担する親権者の義務があるのであればその償還を請求する親権者の債権（③）は発生しえないと考えられる。

（2）828条と820条 このことを踏まえて、以下では3つの条文の関係を検討する。はじめに、さしあたり親権に関する章に置かれた820条と828条のみを取り上げて、両者の関係を検討する。

（a）まず、第4編第4章第2節「親権の効力」において、828条に至るまでの一連の規定のうち、820条にいう「子の監護及び教育」と824条にいう「子の財産」の「管理」とをあわせて、828条但書において「養育及び財産の管理」とされていると考えられるのだとすれば、828条但書にいう「養育」

（β）は820条にいう「監護及び教育」（α）に相当すると考えられる⁽⁸⁾。

（b）（i）このような「養育」について、820条は、子に対する親権者の義務を定めていると解される（上記1(1)(a)）。これに対して、828条但書所定のみなし相殺の前を見れば、親権者は子に対して養育費用償還請求権（③）を有する、あるいは少なくとも有することがあるということが示されていると解される（上記1(1)(b)）。しかるに、上記(1)の通り、養育費用を負担する親権者の義務があるならば養育費用償還請求権（③）は発生しえないと解するならば、翻って、養育費用償還請求権（③）を有することがあるということが示されている以上、養育費用を負担する親権者の義務は必ずしも存在するとは限らないということが示されていると解される⁽⁹⁾。すなわち、経済的には子自身が養育の費用を負担するのであり、親権者には経済的に子を養育する義務はなく、親権者には事実的に養育する義務があるにとどまる、ということがありうるということが示されていると解される。そうすると、820条にいう養育の義務はその費用の負担の義務を含意しておらず、820条及び828条但書にいう養育（α=β）はもっぱら事実的な養育を意味している、と解することになるとと思われる⁽¹⁰⁾。

（ii）もっとも、828条但書所定のみなし

⁽⁸⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)65頁〔明山和夫＝國府剛〕、松川＝窪田編・前掲注(2)254頁〔田中通裕〕。立法過程における原案では「養育」ではなく「扶養、教育」とされていたこと、「監護」が「扶養」「教育」のいずれかに含まれると（梅謙次郎によって）考えられていたことを指摘しつつ、「ここでの『養育』は『(教育を含む)扶養』にほかならない」と指摘する大村・前掲注(4)265-266頁も、「養育」が「監護」及び「教育」に尽きるとは明示しないものの、「養育」が「監護」と「教育」とを含むという理解を示唆しており、ひいては、「養育」が「監護」及び「教育」であるという理解を示唆する。

⁽⁹⁾ このような理解を明示するものとして、現828条と同様の旧890条に関する穂積・前掲注(2)579頁や、現828条に関する中川善之助ほか『ポケット註釈全書 親族・相続法』（有斐閣、1953年）160頁〔市川四郎〕を参照。また、立法過程での梅謙次郎の説明において「本来は子どもは自分の財産で生活すべきだという」「従来の（さらには今日の）一般的な考え方とは異なる」「前提が採られている」ことについて、大村・前掲注(4)266頁を参照。

⁽¹⁰⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)81-82頁〔明山和夫＝國府剛〕、松川＝窪田編・前掲注(2)243頁〔田中通裕〕。議論状況についてもこれらを参照。大村・前掲注(4)247頁は、別様に考える可能性を示唆しつつ、労務と費用とを区別する梅謙次郎の発言を引用する。

相殺の後を見れば、子は財産の収益を手放すほかには無償で養育を受けることができるということが示されているということも確かである⁽¹¹⁾。828 条但書は便宜的に相殺による消滅という形で養育費用償還請求権(③)の不存在を示しているのみであると読めば、820 条にいう養育の義務はその費用の負担の義務も含意しており、820 条及び828 条但書にいう養育($\alpha = \beta$)は事実的かつ経済的な養育を意味している、と解することができるようにも思われる⁽¹²⁾。

(3) 820 条と 877 条 次に、親権者の義務に関する規定であることが明らかであると言える 820 条と 877 条のみを取り上げて、両者の関係を検討する。

まず、877 条 1 項にいう扶養(γ)の意味は明示されていないが、生活を可能にすることを意味すると思われる。また、878 条や879 条を踏まえると、扶養とは、その「需要」が「資力」によって満たされるようなものであることが窺われ、経済的な内容を持つ

と解される⁽¹³⁾。

たしかに、事実的な養育がなされる限り、そこには子を生活させるということが必然的に含まれるものと思われる。しかし、一方で、子を生活させる手段としての扶養は、必ずしも事実的な養育には限られず、経済的な養育も含むと考えられる⁽¹⁴⁾。他方で、事実的な養育があったとしても、経済的な養育としての費用負担が伴わなければ、扶養がなされたとは言えないと考えられる。自らの生活を成り立たせるのに必要な資力を子が有しないという経済的な意味において子の生活が不可能である場合に、たとえ事実的な養育があったとしても、経済的に子がその費用を負担しなければならない限り、子の生活は成り立たないからである。そこで、このような二重の意味において、877 条 1 項にいう扶養(γ)には、事実的な養育のみならず、経済的な養育も含まれていると考えられる。

しかるに、820 条にいう養育(α)が事実

⁽¹¹⁾ 「収益権が親権者にあるというのなら、……別に費用との相殺などということは起りえないといわなければならない」(中川善之助『新訂 親族法』(青林書院新社、1965 年) 511 頁)にもかかわらず、「通説は、本条〔引用者注：現 828 条・旧 890 条を指す。〕但書の規定から、一般的収益権を認める」(於保＝中川編・前掲注(2)159 頁〔中川淳〕)のは(奥田義人『親族法論』(有斐閣書房、第 5 版、1899 年、初版、1898 年) 365 頁や近藤英吉『親族法講義要綱』(弘文堂書房、1938 年) 189 頁〔いずれも旧 890 条について〕など)、もっぱらみなし相殺の後に注目するがゆえであると言うことができよう。たしかに、みなし相殺の前にも注目したとしても、みなし相殺の効果が、対当額について債権債務が消滅することなのか、債権債務がおおよそ消滅することなのか、ということ(民法 505 条 1 項本文参照)は問題にすることができ(一般に後者と解されている。於保＝中川編・前掲注(2)159 頁〔中川淳〕159 頁参照。ただし、本稿注(15)(17)(18)も参照。)、収益が費用を超える場合の超過部分に限っては「収益権」の有無を問題にすることはできるが、その部分を超えて「収益権」が語られている(我妻栄『親族法』(有斐閣、1961 年) 336-337 頁は、「問題は、これ〔引用者注：文面上は「監護教育の費用」を指すと解されるが、財産管理のそれを含む費用を意味すると解すべきものと思われる。〕に充ててもなお収益に余剰を生ずる場合である」と指摘するが、収益を費用に充てる部分についても、収益権と費用負担義務とを前提にしているように読める。)

⁽¹²⁾ 親権に基づく扶養義務があるとする松川・前掲注(2)194 頁や大村・前掲注(2)102 頁は(本稿注(5)(6)参照)、このような理解を示していると言えよう。

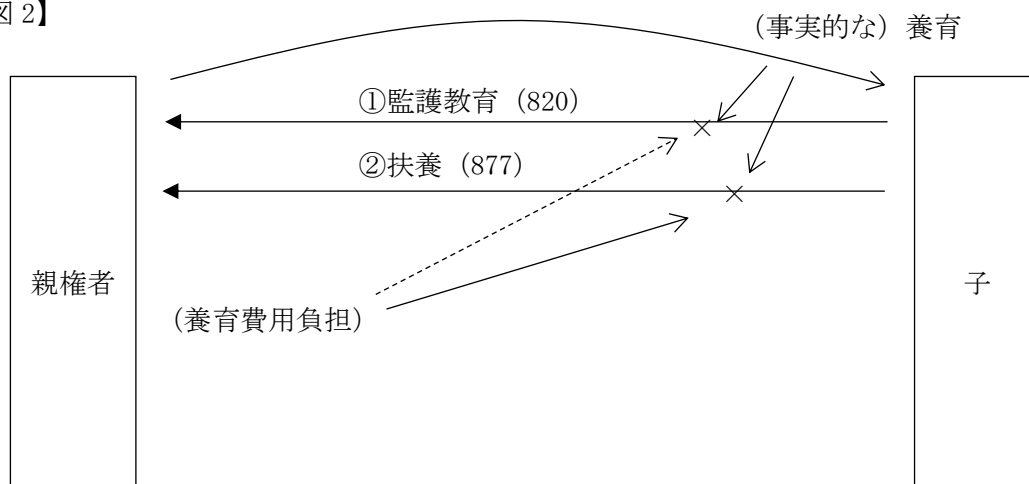
⁽¹³⁾ 第一に、878 条(特にその後段)において、「扶養義務者の資力が」「扶養を受ける権利のある者」の「全員」「を扶養するのに足りない」ときは順序を定めることとされていることから、扶養義務者のここでいう「資力」が扶養権利者を扶養するのに足りる限りはその「資力」を扶養に充てるということが想定されていると言えると思われる。そして第二に、879 条は、「扶養権利者」には「需要」があり「扶養義務者」には「資力」があるということを前提にしていると言うことができ、そこから、扶養を受けることに対する需要を有する者が扶養権利者となり、扶養をする資力を有する者が扶養義務者となる、という理解を導くことができると思われる。

⁽¹⁴⁾ 於保＝中川編・前掲注(2)791-794 頁〔松尾知子〕など参照。

的な養育のみを含意するのであれば（上記(2)(b)(ii)）、877条1項にいう扶養（ γ ）は、経済的な養育をも含意する点において、820条にいう養育（ α ）には尽きないということになる。これに対して、820条にいう養育（ α ）が経済的な養育をも含意するの

であれば（上記(2)(b)(ii)）、いずれも経済的な養育を含意するものとして、877条1項にいう扶養（ γ ）は、820条にいう養育（ α ）と一致するということになる（以上につき、【図2】参照）。

【図2】

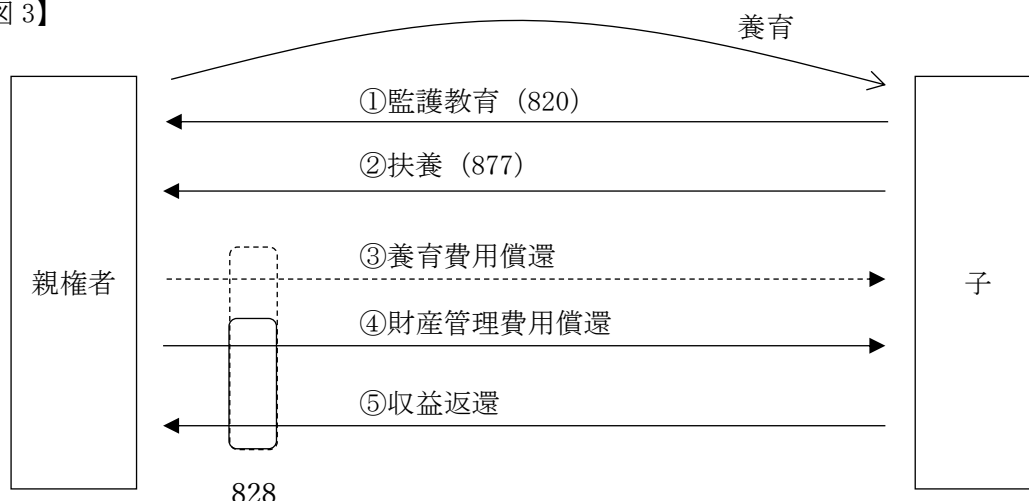


(4) 877条と828条 このように、少なくとも877条1項にいう扶養が経済的な養育を含意するのだとすると、特に877条1項と828条但書との間に緊張関係が存在すると言える。877条1項に基づいて、具体的に、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負っているのだとすると、上記(1)の通り、その償還を子に対して請求する親権者の債権（③）は発生しえないと解されるからである。

(a) そこで検討するに、第一に、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負うということを前提としたうえで、上記(2)(b)(ii)で述べたのと同様に、828条但書は相殺による消滅という形で養育費償還請求権（③）の不存在を示しているのみであると読む、ということが考えられる。

すなわち、820条に基づく親権者の養育義務（①）が経済的な養育の義務を含むと解する場合もそうでない場合も、親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務（②）を負うと解する限り、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負うと解することになる。そうだとすると、上記(1)の通り、その償還を子に対して請求する親権者の債権（③）が発生することはないと解されるため、828条但書所定のみなし相殺の対象が存在しないということになる。それでも、828条但書は、債権の存在とその相殺による消滅を定めているのではなく、債権の不存在を便宜的に相殺という形で定めているだけなのだと読む余地はあるものと思われる（以上につき、【図3】参照）。

【図 3】



(b) 第二に、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負わない場合があるということを認め、828条但書はその場合についてのみなし相殺を定めていると読む、ということが考えられる。

820条に基づく親権者の義務(①)が事実的な養育の義務に限られるとしたうえで、かつ、親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負わない場合があるとすると、養育費用を負担する義務を親権者が子に対して負わない場合があると解することになる。そうだとすると、上記(1)の通り、その償還を子に対して請求する親権者の債権(③)が発生する場合があると解される。たしかに、上記(a)の通り、親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負う限り、親権者が子に対して養育費用償還請求権(③)を有することはないと解される。しかし、第4章に置かれた828条但書は親権に関する規定であり、第7章に置かれた877条1項は扶養に関する規定であるところ、親権者が常に具体的な扶養義務(②)を負うというこ

とは、明示されていない。親権者が子に対して877条1項に基づく具体的な扶養義務(②)を負わない場合が存在するということを前提に、この(おそらくは例外的な)場合について、828条但書はみなし相殺を定めているのだ、と解することができるものと思われる(以上につき、【図4】参照)。

ただし、このように解することができるかという問題とともに、このように解するときには、具体的な扶養義務(②)を負わないにもかかわらず、養育費用償還請求権(③)が、財産管理費用償還請求権(④)とあわせて、収益返還債務(⑤)との相殺によって消滅することとされているのはなぜか、という問題についても検討の余地があろう⁽¹⁵⁾。親権者が子に対する具体的な扶養義務を負わないのは、主として、子の「需要」が小さく「資力」が大きいときであると考えられるが⁽¹⁶⁾、一方で、たしかに財産からの収益は最終的に親権者が取得しうるとはいえ、子の財産の元本からの支払を受ける権利を有しないのか(861条2項参照)、検討の余

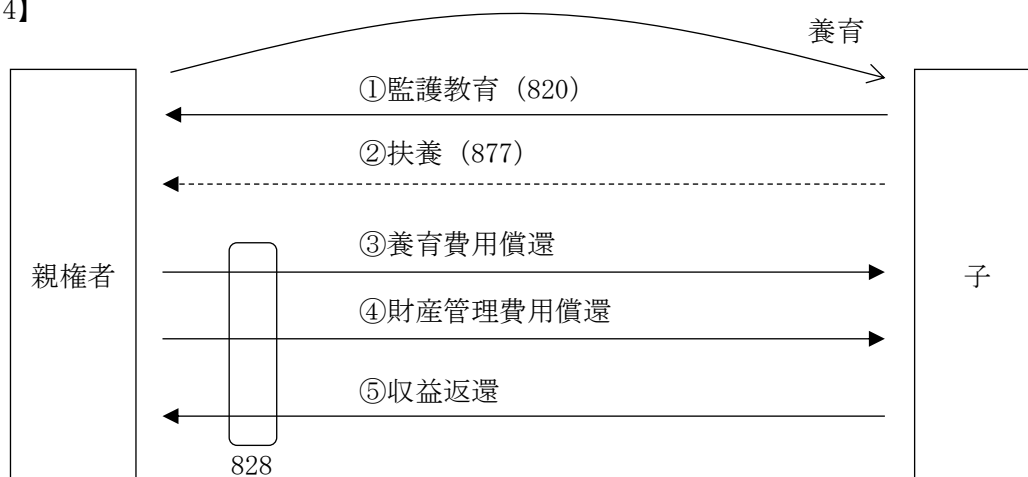
⁽¹⁵⁾ このように「消滅することとされている」と解するのが一般的であると言われるが(注(11)参照)、「消滅することとされている」のはなぜかという問題は、解釈論的には、翻って、「消滅することとされている」のかという問題にも結び付く(注(17)(18)参照)。

⁽¹⁶⁾ 子の「資力」は小さいが、親の「資力」も、扶養義務を具体的に負わない程度にまで小さい、という場合も考えられる。初出資料の記述に若干の修正を加えた。

地があると思われる⁽¹⁷⁾。他方で、特に収益が養育費用を超える場合を想定するならば、子の財産の収益を全て取得できてよいのかという問題にも検討の余地があると思われる

る⁽¹⁸⁾。いずれにせよ、計算を簡易にすることに利点と必要性があるというのが一つの説明となりうるが⁽¹⁹⁾、それで十分かどうか、検討の余地があろう。

【図 4】



⁽¹⁷⁾ 現 828 条ないしそれと同様の旧 890 条について、薬師寺志光『日本親族法論下巻』（南郊社、1942 年）985-986 頁及び中川善之助ほか『註釈親族法（下）』（有斐閣、1952 年）88 頁〔薬師寺志光〕は、親権者が子の財産の元本からも養育の費用の支払を受けることができるという理解を、子に財産がある限り親権者に具体的な扶養義務はないという解釈とともに示していると読むことができる。また、さしあたって親権者に資力があり具体的な扶養義務を負う場合について、「通常の養育費教育費」を負担する親権者の義務はあるが、「特別の養育費教育費」のためには、子の財産を元本まで使ってもよい、とする中川・前掲注(11)513 頁は、「特別の養育費教育費」の支出にかかる親権者の具体的な扶養義務はなく、その場合には元本からも費用の支払を受けることができるという理解を示していると思われる。「親……が困窮であれば、適当な監護教育の費用に充てるために処分することも許される」とする我妻・前掲注(11)338 頁も、親権者が具体的な扶養義務を負わない場合に、親権者が子の財産の元本からも養育の費用の支払を受けることができるという理解を示すものと思われる（ただし、「親権のない親」も財産を処分することができる」とされる理由は定かでない。）。以上のように解釈するには、みなし相殺によって対当額にかかわりなく債権債務が消滅するという、通説的とされる解釈（注(11)参照）を採らないことが必要となる（薬師寺・前掲『日本親族法論下巻』1047-1048 頁、中川ほか・前掲『註釈親族法（下）』87-88 頁〔薬師寺〕、中川・前掲注(11)512 頁、我妻・前掲注(11)338 頁。我妻は、「旧法全体を色どる支配的色調からいっても、他の用例（買戻に関する 579 条但書参照）からいっても、」全額が消滅するとの解釈が自然であることを示しつつ、「その意味を制限して解釈すべしとの説」に与する。）。なお、親権者を本人とする法律行為とともに費用を支出するのではなく、親権者が子を代理して法律行為（を構成する意思表示）をすれば、代理権濫用に関する 107 条と利益相反に関する 108 条に従って無権代理とみなされるなどの事情がなければ（ただし、親権者と子との利益が相反する行為であっても特別代理人による代理が可能である（826 条）。）、子に対して（意思表示ひいては法律行為の）効力が生じるのであり（99 条 1 項・824 条本文）、端的に子の債務の履行のための費用を子の財産から支出するということができると解される（中川・前掲注(11)513 頁参照）。

⁽¹⁸⁾ 中川ほか・前掲注(17)88 頁〔薬師寺志光〕は、費用を上回る収益は返還しなければならないとする。中川・前掲注(11)512 頁は、費用と収益の額が明らかである場合について、費用の額を超える額の収益を親権者は子に返還しなければならないとし、計算が困難な場合についても、「それが養育と管理の費用をその中から支払った残りであっても構わない」から、ともかく現存する子の財産の全額を子に返還すべきだとする。我妻・前掲注(11)337 頁も、費用と収益の額が明らかである場合について、費用の額を超える額の収益を返還しなければならないとし、計算が困難な場合については、収益と費用とのアンバランスが顕著であれば前者を返還しなければならないとする。いずれにせよ、このように収益の返還義務がありうると解釈するには、やはり、みなし相殺によって債権債務の全部が消滅するわけではないと解釈することが必要になる（注(17)参照）。

⁽¹⁹⁾ 梅謙次郎『民法要義卷ノ四』（有斐閣書房ほか、第 22 版、1912 年、初版、1899 年）380 頁など参照。

3 立法論

以上のような解釈がありうるとしても、立法論的な課題として、以下のようなものが考えられる。

(1) 養育 以上の通り、現行法のもとでは、事実としての養育とその費用の経済的な負担との区別が、明確でない。

事実としての養育という観点から、その権利を有し義務を負う者をもって親権者とし、その費用を負担する義務を負う者を別途定める、という形に改めることが検討に値するものと思われる。

(2) 費用 そのうえで、費用の負担については、その義務を負う者が明確でない。

扶養義務については個別的・具体的に判断するということを維持することも考えられるが、扶養者となるべき者と被扶養者となるべき者との身分関係に照らして、一定の場合には定型的に判断して義務を明示するということも考えられよう。この場合には、いかなる場合に義務があるかを検討する必要がある（親権者は常に扶養義務を負うのか、親は常に扶養義務を負うのか、など。現在でも、親の未成年子ないし未成熟子に対する扶養義務の根拠を 877 条(や 820 条)とは別に親子関係のうちに求める見解があるが⁽²⁰⁾、民法典に手がかりは乏しい。）。

また、個別具体的に判断するとしても、

身分関係に応じて定型的に判断するとしても、その考慮要素を明示するということも考えられる。この場合には、被扶養者となるべき者と扶養者となるべき者との資力が主たる考慮要素になると考えられ（子自身が多額の財産を有している場合に扶養義務はあるのか、扶養義務の程度はいかなるものか、など。）、さらに、それらを絶対的に見ることも相対的に見ることも考えられよう。

(3) 管理の計算 義務の捉え方によっては、828 条の定める計算の方法にも疑義が生じるものと思われる。特に、養育の費用を負担する義務を親権者は負わず養育費用償還請求権(③)を有する場合があるはずだと解する場合に、上記 2(4)(b)の通り、一方では、子の財産の元本から養育の費用を支出することもありうるのではないかという疑問が考えられ、他方では、子の財産の収益を返還すべき場合もあるのではないかという疑問が考えられる。

いずれの疑問も、③④⑤のうち特に③(養育費用償還請求権)との相殺についての疑問であるのだとすると、いずれにせよ、さしあたり、計算に関する規定を、親権者の事務のうち財産管理の問題に特化し、養育費用の負担については別途定める、ということが考えられる。

⁽²⁰⁾ 注(6)参照。

孤独な自習室 —法科大学院における勉強会と社会関係資本—

東北大学大学院法学研究科 教授
得津 晶*

1. はじめに
2. 2016 年度 L1 進級率 20% の衝撃：原因分析と対策の立案
 - (1) 入学試験結果との相関関係
 - (2) 第 1 回 FD 懇談会 (2017 年 2 月 14 日)
 - (3) 学部授業聴講提案
 - (4) 在学生インタビュー調査
 - (5) 学習時間調査
 - (6) 第 2 回 FD 懇談会 (2017 年 3 月 3 日)：方針決定
3. スタートアップ・ワークショップ
 - (1) 予習オフィスアワーの実施
 - (2) 予習オフィスアワー担当弁護士からのフィードバック
 - (3) 復習オフィスアワーの実施
 - (4) 復習オフィスアワー担当弁護士からのフィードバック
 - (5) L1 学生からのフィードバック
 - (6) スタートアップ WS の評価
4. アウトプット・オフィスアワー
 - (1) 開催経緯
 - (2) 実施内容
 - (3) 担当修了生弁護士からのフィードバック
 - (4) 学生からのフィードバック
 - (5) アウトプット・オフィスアワーの評価
5. 事例問題の解き方セミナー
 - (1) 開催経緯
 - (2) 実施内容
 - (3) 参加学生からのフィードバック
 - (4) 事例問題の解き方セミナーの評価
6. プログラムの成果
 - (1) 進級率・成績
 - (2) 学習時間
 - (3) プログラム全体の評価
7. 2017 年度以降の課題と展望

1. はじめに

「物理学において教育法は物理学の研究にはならないが、法律学において教育法はそれ自体が法律学の研究となる。」これ

は筆者が英米法の授業において教授から習ったことである。実際に英米法においてはいかなる教育法が望ましいのか、とりわけケースメソッドの功罪をめぐる議論が研究領域として繰り返されている⁽¹⁾。こ

* 東北大学法科大学院副院長 (2020-2021 年度)、2016-2017 年度 FD 委員。

⁽¹⁾ 紹介するものとして田中英夫『英米の司法』(東京大学出版会・1973) 244-246 頁、田中英夫『英米法総論・上』(東京大学出版会・1980) 47-49、252-253、271-272、312-313 頁、田中英夫『ハーヴァード・ロー・スクール』(日本評論社・1982)、三ヶ月章『法学入門』(弘文堂・1982) 166 頁、浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会・1999) 156-158 頁、浅香吉幹「アメリカの法学教育・法律

の議論は、日本のロースクール構想の中でもとりあげられ、一方で大陸法に属し、体系的な志向の強い日本の法律学においては法の内容を一方的に伝達する講義形式の有利性が説かれてきた⁽²⁾。他方で、日本において最高裁判例の重要性、判例法理の把握の重要性が説かれており、特に実務法曹を念頭に置いた法科大学院教育においては、研究者の学説と比して、判例を学ぶことの重要性は増加した。この意味で、大陸法か英米法かという違いは相対化している⁽³⁾。また、それとは別に、法律学方法論として、平井宜雄の提示した「議論」論⁽⁴⁾、田中成明の提示した「法的空間」(議論・交渉フォーラム)論⁽⁵⁾は、眼前の事案を、説得力を持って解決することに法律学の本質ないし意義があるとするものであり、このような考え方は、事案の解決としてのケースメソッドの重要性へとつながる⁽⁶⁾。

このように、現在の日本の法学教育にお

いて、アメリカのロースクールのなケースメソッド(またはソクラティック・メソッドとも呼ばれることもある)の重要性は確立しており、他方において、体系的な大陸法としての性質を効率よく伝えるために講義形式の有用性も確立している。そして、この両者をいかにバランスよく学生への教育サービスとして提供するののかについて各大学、各教員が日々苦心していることであろう。

法学教育論は、それぞれの法ないし法学の在り方につながる優れて理論的な課題でありながらも、法学教育の現場における課題・実践的課題を取り扱ってきた。それならば、現在の日本において、様々な課題を抱えている法科大学院における教育方法は、研究分野としての法学教育論の対象として加えられるべきであろう。

日本の法科大学院において、ケースメソッドないし問題検討と体系的な内容理解

家像の底流」アメリカ法 2000-2 号 (2000) 312-318 頁、浅香吉幹「英米法教育現況調査」アメリカ法 2008-2 号 (2009) 342-353 頁、川嶋四郎「アメリカにおけるロー・スクール教育関係文献紹介 (1) — (12・完)」法政研究 69 巻 1 号、3 号 (以上 2002)、4 号、70 巻 1 号、2 号、3 号 (以上 2003)、71 巻 1 号、2 号 (以上 2004)、72 巻 1 号、2 号 (以上 2005)、4 号 (以上 2006)、74 巻 3 号 (以上 2007)、加毛明「19 世紀アメリカにおける大学附属ロー・スクール」東京大学法科大学院ローレビュー 11 号 (2016 年) 236-267 頁、加毛明「共和政初期アメリカにおける法学教育」東京大学法科大学院ローレビュー 10 号 (2015 年) など参照。

⁽²⁾ 五十嵐清『比較法ハンドブック』(勁草書房・2010) 79 頁、三ヶ月・前掲注(1) 文献 156 頁。

⁽³⁾ 五十嵐清「大陸法序説」札幌法学 1 巻 1 号 (1990) 17 頁、五十嵐・前掲注(2) 文献 224-225 頁。

⁽⁴⁾ 平井宜雄『法律学基礎論の研究』(有斐閣・2010) 59 頁 (初出: 平井宜雄『法律学基礎論覚書』[有斐閣・1989])。

⁽⁵⁾ 田中成明『法的空間』(東京大学出版会・1993) 3、18 頁、田中成明『法哲学講義』(有斐閣・1994) 42 頁、田中成明『転換期の日本法』(岩波書店・2000) 9-10 頁。

⁽⁶⁾ 平井の議論論や田中の法的空間論が利益衡量論に親和的なアメリカのロースクールのなケースメソッドないしソクラティック・メソッドのような口頭による発問対話式の授業形式とは異なり、概念法学的な方向に親和的ないわゆる「答案練習」的な教育法にも結び付きうるものであることについて吉田邦彦「民法学と公共政策」北大法学論集 70 巻 5 号 (2020) 1004 頁参照。このような平井説の理解に吉田は批判的である。だが、本稿筆者は、ケースメソッドと司法試験予備校型の「答案練習」とには、紛争解決機関の資源の制約 (平井宜雄『法政策学 [第 2 版]』[有斐閣・1995] 17 頁)・時間的制約から目的一手段型の政策的思考・価値判断的思考様式では結論を導くことのできない場合であっても、特定の結論を導き、かつその結論にかつて神事 (盟神探湯や決闘) が有していた様な「説得力」を持たせるという平井議論論の目指すもの (得津晶「民商の壁」新世代法政策学研究 2 号 [2009] 254-265 頁) と共通点があると考えている。よって、試験対策に特化した「答案練習」だからといってそれだけで誤った学習法と論断 (後注(8) 参照) すべきではない。なお、令和元年改正によって専門職大学院設置基準 20 条の 5・20 条の 3 第 2 項、連携法 4 条 2 号は「論述の能力」の涵養を義務付けており、筆者と同一の見解に立つものと理解できる。この点については別稿 (「法科大学院の教室における法的三段論法」) を予定している。

の伝達とのどちらをどれだけ授業時間に行い、どちらをどれだけ学生の自習に委ねるかは今なお重要な問題である。だが、近時、日本の法科大学院制度独自ともいえるべき問題として、現場において重要性が指摘されているのは、学生同士の「勉強会」(自主ゼミ)の存在である⁽⁷⁾。

勉強会の用法は、授業の予習課題を一緒にするだけのものから、いわゆる答案練習を行うものまで、多種多様であろう。だが、受験指導の禁止から授業時間数まで過度に規制⁽⁸⁾がなされていた日本の法科大学院の多くでは、このような学生同士の勉強会が機能しているところは、司法試験合格率を含めた意味での学業パフォーマンスが良いという認識が広まっている⁽⁹⁾。また、教育学においても peer effect (同僚から受ける刺激)の効果が非常に大きいという知見も確立している⁽¹⁰⁾。この peer effect による教育効果が最も期待できる場面の 1 つが学生同士の勉強会といえる。となれば、法科大学院における学生同士の勉強会の促進という課題は、法学教育にとどまらない教育全体に及ぶ課題といえる。

本稿は、東北大学法科大学院における未

習者教育をめぐる FD 委員会とオフィスアワーを担当した修了生による顛末記である。この顛末記の中にも、全国の法学教育の実践に悩まれている先生方に「他山の石」でもよいので何らかの貢献があればと思って公表する。

2. 2016 年度 L1 進級率 20%の衝撃：原因分析と対策の立案

2017 年 2 月、筆者は東北大学法科大学院(以下、「東北 LS」とする)の FD 委員会の委員を務めていた。FD とはファカルティ・ディベロップメント (faculty development) の略語であり、教員の教育能力を高めることを目標とした委員会である。といっても、教員の教育能力の向上は、最終的には各教員の研鑽によるしかない。FD 委員会の業務はそのための情報提供にとどまり、具体的には、授業評価アンケートそのほか「評判の良い」授業を FD 委員が聴講し、それを報告書にまとめ、FD 懇談会を実施するという程度であった⁽¹¹⁾。その意味で、教務委員やカリキュラム改革を担う委員会や入試制度を検討する委員会と比較すれば、相対的に業務負担の少ない役職であった。

⁽⁷⁾ 松本恒雄「日本の法科大学院制度と新司法試験及び予備試験の現状と展望」一橋法学 12 巻 1 号 (2013) 27 頁、赤石圭裕ほか「コロナ禍での勉強会の試み」東北ローレビュー 8 号 (2020) 107 頁。

⁽⁸⁾ 中央教育審議会大学分科会法科大学院特別委員会・司法制度改革の趣旨に則った法科大学院教育の在り方について(報告)(平成 19 年 12 月 18 日) 4 (「事例の解答の作成方法に傾斜した技術的教育が、法科大学院教育の理念に適うものとは言えないことは明らか」とする)、5、7 頁、公益財団法人大学基準協会・法科大学院基準 (30.9.7 [現行 3.9.22 の 1 つ前の版]) 評価の視点 2-6 留意事項、2-26 留意事項、独立行政法人大学改革支援・学位授与機構・法科大学院評価基準要綱(令和 2 年 3 月改定 [現行は令和 3 年 2 月改定]) 解釈指針 3-2-1-5 など参照。

⁽⁹⁾ 内閣官房・法科大学院視察(平成 26 年 4 月 24 日視察)一橋大学法科大学院視察結果 5 頁 (https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hoso_kaikaku/houka/shisatsu_h260424.html)、第 8 回法曹養成制度改革顧問会議(平成 26 年 5 月 23 日開催)【資料 9-1】一橋大学法科大学院視察結果概要 3 頁 (https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hoso_kaikaku/dai8/index.html)。

⁽¹⁰⁾ 中室牧子『「学力」の経済学』(ディスカヴァー・トゥエンティワン・2015) 62-73 頁参照。

⁽¹¹⁾ そのほか、東北 LS の FD 委員会における重要な業務には、修了生の活動領域の拡大として司法試験合格(法曹資格)の有無にかかわらずに修了生が活動できる場(職場)からの具体的ニーズと法科大学院における教育内容との情報交換をする場として、FD セミナーの実施が挙げられる。活動領域の拡大については、法曹資格者について平成 27 年 6 月 30 日法曹養成制度改革推進会議決定「法曹養成制度改革の更なる推進について」

(http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/012/siryo/_icsFiles/afieldfile/2015/07/15/1359973_02.pdf)、修了生については平成 27 年度文部科学省先導的大学改革推進委託事業「法科大学院修了生の活動状況に関する実態調査」(http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/itaku/1371460.htm)参照。

しかし、そんな「閑職」のFD委員会に激震が走ったのが2017年2月のことであった。2016年度のL1学生（法科大学院における3年生課程〔いわゆる未修者〕の1年目に所属する学生。2年目以降は、2年課程〔いわゆる既習者〕の1年目と合流する）は14名中、L2に進級できるのはわずか3名であることが発覚した。この中で、2016年度入学者に限れば、12名中、進級できたのは2名のみということである（残り1名は原級留置者〔前年度入学のいわゆる留年

生〕であった）。

東北LSでは2014年頃から未修者のL1からL2への進級率の低下が問題となっていたが、2014年度は55.6%、2015年度は47.4%とそれでも約半数は進級しており（【表1】参照）、そのうち原級留置者には二年連続原級留置となる者が多く、新入学生の過半数はL2に進級していた。ところが、2016年度は進級率が21.4%であり、しかも2016年度新入学者に限れば16.7%というのは非常に低い数字である。

【表1】2016年度までのL1学生進級率

年度	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2016 入学者
学生数	31	28	23	16	18	19	14	12
進級者数	24	22	14	12	10	9	3	2
進級率	77.4%	78.6%	60.9%	75.0%	55.6%	47.4%	21.4%	16.7%

そこで、当時のFD委員会委員長は、FD委員会（といってもわずか3名である）において、この「未習者の学業パフォーマンス低下」問題について検討を開始した。L1の必修科目を担当している教員を集めて意見を聴取し対策を検討した。また、L1の法律基本科目（司法試験必修科目である七法科目）の成績のほか、入学試験の成績、授業評価アンケートをもとに、様々な指標を検討した。

その中で発覚した結論は恐ろしく単純な結論であった。「勉強時間の減少」である。

以下、この結論に至るまでに実施した種々の検討・分析を以下紹介したい。

(1) 入学試験結果との相関関係

【ねらい】入学希望者の減少や学力低下などを理由に「法科大学院入試が機能していない」という批判は東北LSにかかわらず、2017年当時、全国の法科大学院の内外で人口に膾炙していた言説であった。そこで、まずは、入学試験の各種スコアとの関係を分析した。

【分析手法】具体的にはL1入学者の法律科目の成績と入学試験（適性試験及び小論文）

のスコアの相関関係の有無について最小二乗法により簡易に検定を行った。

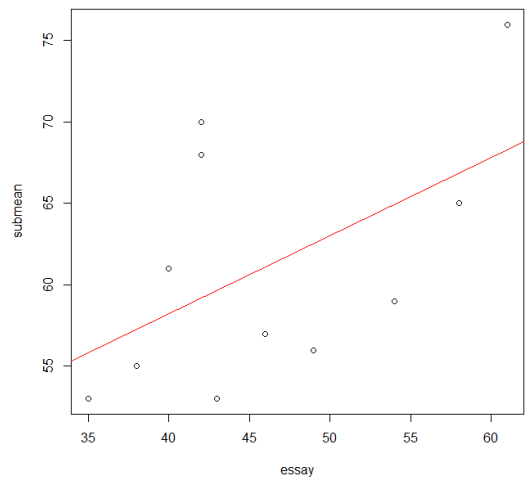
【データ】2015年度L1生10名、2016年度L1生11名（小論文は社会人特別選抜入学者を除く10名）のデータが利用できた。

成績の平均値は、2015年度は7科目（憲法、行政法、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法）、2016年度は2017年2月時点で入手できた3科目（憲法、民法、刑法）の加重平均を用いた。民法は民法1～3の3科目あるため、3科目の平均値をもって民法の点数とした。

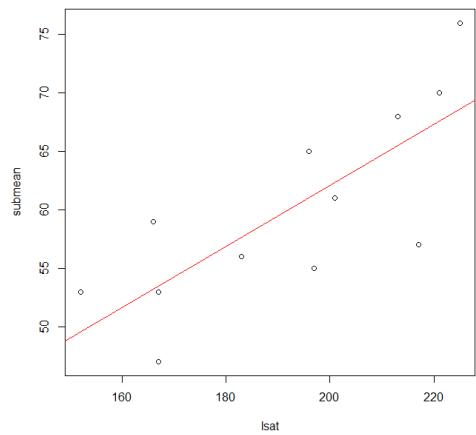
【主要な結果】全科目平均値について（【表2】参照）、サンプル数が少ないため、2015年度は、統計的に有意な結果は得られなかった。ただ、有意ではないものの小論文との相関係数は正、適性試験との相関係数は負となった。これに対して、2016年度は、適性試験の結果と成績の平均値との間に正の相関関係があり、1%水準で有意であった。また、小論文については、10%まで有意水準を下げれば、正の相関関係が有意にみられる。

【表 2】 各種入試スコアと全科目平均値の相関関係
(***=0.1%水準、**=1%水準、*=5%水準、.=10%水準で有意)

- ① 2016 年度入学者
- 小論文成績との相関係数：0.4798 . (10%水準で有意)

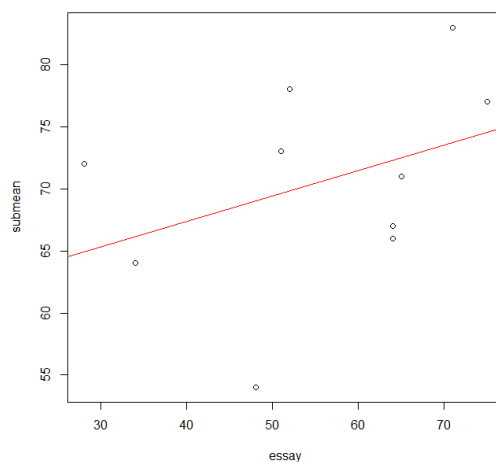


- 適性試験との相関係数：0.26127** (1%水準で有意)

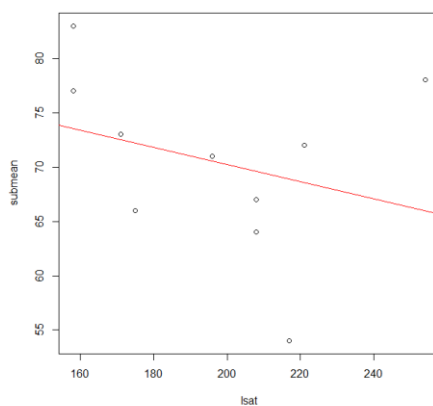


② 2015 年度入試

- ・ 小論文試験との相関係数：0.2045 （有意性なし）



- ・ 適性試験との相関係数：-0.07891



次いで科目ごとの成績との相関関係（【表3】参照）について、2016年度は、適性試験がいずれの科目も相関係数が正であり、憲法と民法3が1%水準で有意、刑法が10%水準で有意であり、民法1と2は有意ではなかった。これに対して、小論文はいずれの科目も相関係数が正であるも

の有意ではなかった。

2015年度は、行政法が有意水準を10%まで下げれば、小論文との間に有意な正の相関関係がみられるのみであり、そのほかは有意な関係は観察されなかった。ただし、相関係数でいえば、小論文は正の関係、適性試験はなんと負の関係がみられた。

【表3】法律基本科目ごとの相関関係

(***=0.1%水準、**=1%水準、*=5%水準、.=10%水準で有意)

① 2016 年度

科目名	憲法	民法 1	民法 2	民法 3	刑法
小論文	0.2671	0.7457	1.1774	0.3748	0.4464
適性試験	0.27090**	0.2034	0.2032	0.37733**	0.2473 .

② 2015 年度

科目名	憲法	民法 1	民法 2	民法 3	刑法
小論文	0.2136	0.1603	0.2522	0.2486	0.07513
適性試験	-0.02141	-0.09711	-0.08899	-0.161	-0.09803

科目名	行政法	商法	民事訴訟法	刑事訴訟法
小論文	0.5383 .	0.1733	0.1306	0.1615
適性試験	-0.1272	-0.05609	-0.10364	-0.07757

【考察】在学生が少ない、すなわちサンプル数が少ないことから、教育内容や入試制度、小論文の出題の改善に直ちにつながる結果は得られなかった。だが、進級率の観点からは 2016 年度よりも良好であった 2015 年度が適性試験の点数との関係で（有意ではないとはいえ）負の相関関係がみられたり、また、2016 年度は適性試験との間に有意な相関関係はみられたりするものの小論文試験との間に有意な関係がみられなかったりすることからすれば、志願者の減少によって入試において評価が低い学生をとらざるを得なくなったというよりも、当時の法科大学院入試が、適性試験であれ小論文試験であれ、入学者の入学後の学力の proxy を測る仕組みとしてそもそも機能していなかったのではないかと疑念がある。

その意味で「法科大学院入試が機能していない」という冒頭に掲げた問題意識は正しい。だが、その理由は、入学希望者が減少し、または学生の学力が低下したことで「誰でも入れる試験」になっているからという意味ではなく、法科大学院における学習のパフォーマンスの見込みを既存の未修者の入学者選抜が果たしていない点にあるといえる。

また、仮に、2016 年度の学生の学業パフォーマンスが低いという前提が正しいとすれば（留年率の高さからある程度妥当な前提と考えられる）、2016 年度は、2015 年度と異なり、適性試験の結果のまま成績に

変動がないということは、学生が法科大学院入学後に法律科目の学習を開始しても従来のパフォーマンスを逆転するほど大きく変わる（学力が向上する）ような学習環境にないということが示唆されるのかもしれない。法科大学院において開始した法律科目の学習が軌道にのれば、適性試験のような法律学そのものとは必ずしも関係ないパフォーマンスとは無関係になるのかもしれない。

いずれにせよ、2016 年度 L1 入学者は入学試験段階で学力上の問題を抱えていたということは確認できなかった。

(2) 第 1 回 FD 懇談会(2017 年 2 月 14 日)

入試結果と法科大学院の成績との相関関係調査から、既存の入試制度を前提とすると入試段階で 2016 年度入学者の学力に問題があったという証拠はないという結論を得て、2017 年 2 月 14 日に L1 法律基本科目（七法科目）の担当教員を中心に第 1 回 FD 懇談会が開催された。

入学試験段階で学生側に問題が確認されていないことから、入学後の法科大学院の教育ないし学習状況に問題があるのではないかと考え、anecdotal で構わないので、2016 年度 L1 学生の学習状況の定性的な評価を求めた。

そこでは、「授業を休んだ学生が多い」「今年の学生は自習室に来ない」「雰囲気暗い」等の指摘がされた。

また、パフォーマンスの高かった法科大学院第 1 期（2004 年度入学未修者）との比

較として、当時の学生は学生同士の勉強会（自主ゼミ）グループがうまくできていたという指摘があった。ここに後の改善策の方向性が見いだされた。特に 2004 年当時は、学生同士の勉強会として未修者と既修者、先輩と後輩とで混ざり合ったグループとなっていたとの報告があった。そのほか、当時は法科大学院のグループの勉強会には助教（東北 LS では東北大学大学院法学研究科博士後期課程修了者を念頭にいわゆる「ポスドク」的なポジションとして助教として採用し、学部での教育・研究のほか、法科大学院の教育活動の補助を担当している）も協力していたところ、2016 年当時、司法試験科目（七法）の助教がいないという点も問題として指摘された。

そこで改善策として、①チューターを活用しつつ、②勉強会グループの形成を促すという方向が示された。東北大学法学研究科は、後期博士課程のコースとして、司法試験に合格した法科大学院修了生（他大学法科大学院修了生も含む）や法曹実務家を対象とした「後継者養成コース」を有している。①チューターの候補として助教がいないのであれば、後継者養成コースに在籍する後期博士課程学生に教育経験を積ませることと両立する形で、チューターとして活用する案が出された。

他方で、L1 進級率のみを考えて L1 カリキュラムを大きく改革することは時期尚早として退けられた。たとえば、L1 段階で学習する法律基本科目を憲法、民法、刑法のみにするという案も検討したが、その案では残りの法律基本科目の基礎科目がすべて L2 段階に配当されることになる。東北 LS では L2 から L3 への進級率低下も問題となっており、特に未修出身者の L2 から L3 への進級率が低いことが大きな問題である⁽¹²⁾。L2 段階での法律基本科目の応用科目（東北 LS では「基幹科目」という）の科目数も多く、L2 学生の効率的な学習という観点から、また履修単位上限制度との関係から、L2 段階で学習する科目数をこれ以上増やすことは望ましくなかった。また、こ

の判断の前提として、進級率が問題だからと言って学力を無視して「無理して進級させる」ようなことは絶対にしないという基本方針も確認された。

(3) 学部授業聴講提案

第 1 回 FD 懇談会后、FD 委員長から、L1 学生に東北大学法学部の授業ないし演習を聴講する仕組みを作ってはどうかという提案があった。L1 学生にとって未修のカリキュラムは早すぎて消化不良になっている可能性があり、苦手科目をもう少し時間をかけて講義を行う学部の授業であればキャッチアップが容易であったり、また演習への参加であれば、東北 LS やより上位の他大学法科大学院の既修者コースへの進学に向けて準備をしている東北大学法学部の学部生と一緒に勉強したりすることで刺激を受けるのではないかという考えであった。

しかしながら、結果としてこの案は全く機能しなかった。2017 年度の L1 学生は 1 名もこの制度を利用せず、その後、同制度は運用されていない。理由の 1 つは東北大学においては法科大学院が片平キャンパス、法学部・法学研究科が川内キャンパスと、異なるキャンパスにあり、両キャンパスは徒歩で 30 分以上かかるため移動が容易でないということもあったのであろう。

だが、そもそもこの学部授業聴講企画は、(2) 第 1 回 FD 懇談会で分析した今回の成績不振の原因や改善策を全く踏まえていないものであったことが失敗した理由と思われる。カリキュラムの進度が早いとはいえ、L1 学生は講義を受ける時間・授業を受講する時間はすでにたっぷりある。必要なのは自学自習のための時間であり、また自分で勉強する方法を教えることであった。この点で、学部授業任意聴講制度は、学生にさらに授業時間を増やし、自学自習の時間を減らすことで消化不良の学生を増やしかねない制度であった。そして、L1 学生本人は賢明にも自分たちに不足しているものを理解しており、学部授業の聴講に処方箋はないことをちゃんと理解していた。

⁽¹²⁾ 標準修業年限修了率について令和 2 年度法科大学院関係状況調査（文部科学省）「8 修了認定の実施状況および標準修業年限以内の修了率」参照

(https://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houka/mext_01069.html)

(4) 在学生インタビュー調査

その後、FD 委員で、未修入学から進級した学生を含む L3 学生や、2016 年度 L1 学生本人らへのインフォーマルな聞き取り調査を行った。

【L3 学生インタビュー調査】2016 年度 L3 学生すなわち 2014 年度入学未修者 16 名中 3 年間の標準年限で修了できたのは 4 名のみであり、未修者にとっては 2016 年度以前から L2 への進級率のみならず L3 への進級率が課題であるとの指摘がなされた。そのうえで、2016 年度の L1 学生は従前の L1 学生や 2016 年度の L2 学生・L3 学生よりも交流が少ないことが指摘された。他方で勉強会開催は、2014 年度入学の未修者も L1 時代には 3 人だけであり、当時も、L2 学生と一緒に勉強会をやっている例はなかった。そして、2016 年度の L1 学生が L2、L3 学生と交流の機会がない理由として 4 月の歓迎懇親会への出席率が低かったこと、また懇親会の場で L1 学生と L2、L3 学生との交流があまりなされなかったことが原因ではないかとの分析が示された。

このようなインタビュー調査からは、学生同士のネットワーキングになるようなイベント（レクリエーション大会など）が重要であるという示唆が得られた。より抽象化すれば、授業や教育・学習以外の目的での学生同士の交流の場を設け、それによって法科大学院の学生間の社会関係資本（Social Capital）を醸成することが L1 については法科大学院全体の学生の学習パフォーマンスを向上させるための鍵なのではないか⁽¹³⁾。

具体例として挙げられた 4 月の懇親会について、2016 年度に L1 学生の参加者が少なかった理由の 1 つには、L1 授業担当教員と連絡がうまく取れず、会場変更等の情報が L1 学生にうまく伝わらなかったことが指摘された。法科大学院入学直後に、自習室や廊下で初めて会った先輩学生に急に懇親会に誘われても「飲み会好きな先輩」と思われてしまい、参加を躊躇う学生が多

くなってしまうのはやむを得ない。懇親会は決して強制参加ではないが、一部の飲み会好きの先輩による純粋に個人的なイベントとも異なることをきちんと伝えるために、教員がイベントの紹介をするなど支援できることもある。このような社会関係資本を醸成する交流イベントに「上から」も「下から」も関係ない⁽¹⁴⁾。

【L1 学生インタビュー調査】また、L1 学生にもインタビュー調査を実施した。このインタビュー調査は時期的に期末試験後の純粋に任意参加の補講を受講していた L1 学生を相手に行ったため、2016 年度の L1 学生の中でも勤勉な学生であり、かつ学習のうまいっている学生であるというセレクトバイアスがあるため、2016 年度 L1 学生の全体像を正しく示していない可能性がある。

L1 学生によれば、5 名中 3 名は学生同士の勉強会を実施（ほかにもう 1 名メンバーがいて 4 名で実施）していたとのことである。前期授業期間は 5 月のゴールデン・ウィーク明けくらいから各科目の小テスト前に実施し、夏休みや後期は一部の授業の課題や小テスト対策のために勉強会を実施していたとのことである。

L1 学生は自習室であまり勉強していないという意見に対しては、5 名中 4 名は普段から自習室で勉強しているとのことであった。これに対して、L1 学生との交流がないという L3 学生からの意見に対しては、確かに L2、L3 の学生には話しかけづらいということであった。4 月の懇親会への出席率については、L1 学生の 8 割は参加していたということである。だが、その場で、先輩や既修新入生その他の方（歓迎懇親会には一部の教員やチューター的な業務を担当する修了生弁護士も参加している）とは話していないということだった。L1 学生の雰囲気が悪いという指摘については、4 月の入学時オリエンテーションで隙間時間に教員（助教）から学生同士で自己紹介をしてくださいと言われたのに誰も口を開

⁽¹³⁾ 社会関係資本とその効用について Robert D. Putnam, BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY, 27-28 (2000); ロバート・D・パットナム（柴内康文・訳）『孤独なボウリング』（柏書房・2006）27 頁。

⁽¹⁴⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 413; パットナム・前掲注(13)文献 512 頁。

かず、また4月の懇親会でも学生同士の自己紹介がなされなかったようであり、L1学生も雰囲気暗いことを感じているようであった。一部の教員からの予習がなされていないとの指摘に対しては、教員に指定された予習範囲は当然読んでおり、教員によれば当該予習範囲（教科書・判例集）を読めば解けるという課題が解けず、教科書・判例集のどこに書いてあるのかわからない、教科書・判例集をどう読めば解けるようになるのかわからない、その結果、課題も終わらない、ということであった。

このようなインタビュー調査の結果から、教員やL3学生から見たL1学生像と、L1学生内部で見えている姿との間に乖離があることがわかった。そして、このような乖離があること、すなわちL1学生とL3学生だったり教員だったりとの間で情報が伝達されていないことが問題であるように思われた。勉強会の組織率は、進級率の高かった2014年度よりもむしろ2016年度の方が高かったと評しうる。しかし、勉強会を開催さえすればそれで必ず学力がつくというわけではないということが指摘できる⁽¹⁵⁾。特に、学習が不十分な状態の学生だけで集まって勉強会をやっても非効率であることが指摘されており、L2以上の学生やチューターなどのメンター的な存在がいて初めて実効的な学習手法となると考えられる。勉強会によって交流の機会ができるとしても、メンバーがL1学生の中の狭いコミュニティで固定化すれば、排他的(exclusive)な社会関係資本(bonding social capital: 遠ざかり結束型社会関係資本)となり⁽¹⁶⁾、仮に勉強会開催時の勉強法が実効的な学習でなかった場合であってもこの誤った学習方法が固定化してしまう⁽¹⁷⁾。勉強法がわからないという課題を抱えるL1学生の問題を解決するためには、

外部(L2・L3学生やチューター、教員など)から情報が伝達される形の社会関係資本、すなわち包摂的(inclusive)な社会関係資本(bridging social capital: 橋渡しの社会関係資本)が望ましい⁽¹⁸⁾。

(5) 学習時間調査

このようなインタビュー調査と併行して、教員やL3学生の印象ではなく、客観的な数値としてL1学生の学習状況を調査する必要性を感じた。そこで次に行ったのが、L1学生の学習時間(自習時間調査)である。

【方法】L1学生の自習時間は授業評価アンケートを基に算出することにした。東北LSの授業評価アンケートには1回あたりの予習時間と復習時間を問う項目がある。これを2014年度、2015年度、2016年度の学生で比較をする。回答は予習・復習ごとに①1時間未満、②1～2時間、③2～3時間、④3～4時間、⑤4時間以上とあるところ、それぞれ中央である①30分、②1.5時間、③2.5時間、④3.5時間、⑤4.5時間で計算し、その平均値を出す。

授業評価アンケートは学生が教員によく思われたために自習時間を過大申告(あるいは試験の結果が悪かった場合に備えて過少申告)するおそれが全くないわけではない。だが、東北LSのアンケートは匿名であり、また、現在の法科大学院生の多くは学部時代から多くの授業評価アンケートを実施しており、このようなアンケートがたいていの大学では成績評価に全く影響しないこと、影響しないような仕組みが取られていることを認識しており、過大申告のリスクは低い。また、仮に学生に一定の過大申告(過少申告)のバイアスがあったとしても、2014年度、2015年度の学生にも同じくバイアスがあるはずであり、これらと比較するのであれば、バイアスは

⁽¹⁵⁾ 梶嶋裕之『『学ぶ側』からみた法学未修者教育』中央教育審議会大学分科会法科大学院等特別委員会(第100回)(2020年12月8日)資料2-1、10頁は、2018年8月10日から2019年3月29日までの間、非法学部出身者、社会人経験者の全国の法科大学院在学学生及び修了生292名にヒアリング及びアンケートを実施した結果、ほとんどの学生が自主ゼミを行っているものの、効果的な自主ゼミとそうでない自主ゼミが存在すると指摘する。

⁽¹⁶⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 400; パットナム・前掲注(13)文献495頁。

⁽¹⁷⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 23; パットナム・前掲注(13)文献20頁。

⁽¹⁸⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 22-23; パットナム・前掲注(13)文献20頁。

相殺されると考えることもできる。

そのほか、学生は司法試験のことも見据えた準備など授業の予習・復習以外の勉強をすることもある。これについても、2014年度および2015年度の学生も同様であることから、比較によってそのノイズを取り除くことができると考えられる。

なお、前期には法律基本科目のほかに選択科目として法律基礎演習（4月の土曜日に週2コマで開講）、法学の基礎（4～5月に不定期開講）、リーガルリサーチ（週1回）が開講されているため、前期は法律基本科目の授業コマ数が少なく、法律基本科目の

ための自習時間は後期よりも減少する。

【主要な結果】やはり2016年度は過去2年と比較しても自習時間が減少していたことがわかった（【表4】参照）。特に前期における自習時間の減少が著しい。2016年度後期は、過去2年並みとまではいかなくとも、相当程度回復している。しかし前期の学習が不十分であった点を取り戻せなかったことが進級率が急降下した直接の原因であると考えられる。やはり学習（自習）をしないと成果は出ないということが確認された。

【表4】2014－2016年度L1学生自習時間

① 2014年度前期

	憲法	民法1	民法2	刑法	合計
1コマ当り 予習時間	3.38	2.69	2.68	3.50	
週当り 予習時間	3.38	2.69	5.35	3.50	14.92
1コマ当り 復習時間	1.94	2.13	2.38	2.91	
週当り 復習時間	1.94	2.13	4.76	2.91	11.74
1週間 合計	5.22	4.82	10.11	6.41	26.56

1コマ当たり平均自習時間：5.33

② 2014年度後期

	憲法	民法1	民法3	刑法	行政法	商法	民訴	刑訴	合計
1コマ 予習	3.19	2.10	2.08	2.83	2.21	2.57	2.04	2.42	
1週間 予習	3.19	2.10	4.17	2.83	2.21	5.13	2.04	2.42	24.09
1コマ 復習	1.96	1.97	1.92	2.50	1.93	2.21	2.12	2.08	
1週間 復習	1.96	1.97	3.83	2.50	1.93	4.43	2.12	2.08	20.82
1週間 合計	5.15	4.07	8.00	5.33	4.14	9.56	4.16	4.50	44.91

1コマ当たり平均自習時間：4.49

③ 2015年度前期

	憲法	民法1	民法2	民法3	刑法	合計
1コマ 予習時間	3.97	2.57	2.86	2.94	3.14	
週当り 予習時間	3.97	2.57	5.71	2.94	3.14	18.33
1コマ 復習時間	2.43	2.93	3.00	3.28	3.21	
週当り 復習時間	2.43	2.93	6.00	3.28	3.21	17.85
1週間 合計	6.40	5.50	11.71	6.22	6.35	36.19

1コマ当たり平均自習時間：5.33

④ 2015 年度後期

	憲法	民法 1	民法 3	刑法	行政法	商法	民訴	刑訴	合計
1 コマ 予習	3.50	2.42	2.41	3.35	2.58	2.95	2.42	3.50	
1 週間 予習	3.50	2.42	2.41	3.35	2.58	5.92	2.42	3.50	26.10
1 コマ 復習	2.59	2.27	2.32	3.19	2.42	2.50	2.42	2.59	
1 週間 復習	2.59	2.27	2.32	3.19	2.42	5.00	2.42	2.59	22.80
1 週間 合計	6.09	4.69	4.73	6.54	5.00	10.92	4.84	6.09	48.91

1 コマ当たり平均自習時間：5.43

⑤ 2016 年度前期

	憲法	民法 1	民法 2	民法 3	刑法	合計
1 コマ 予習時間	1.58	2.00	2.12	1.73	2.42	
週当り 予習時間	1.58	2.00	4.23	1.73	2.42	11.96
1 コマ 復習時間	1.88	1.92	2.19	1.81	1.88	
週当り 復習時間	1.88	1.92	4.38	1.81	1.88	11.87
1 週間 合計	3.46	3.92	8.61	3.54	4.30	23.84

1 コマ当たり平均自習時間：3.97

⑥ 2016 年度後期

	憲法	民法 1	民法 3	刑法	行政法	商法	民訴	刑訴	合計
1 コマ 予習	2.05	1.90	1.68	2.50	1.95	2.17	2.00	3.20	
1 週間 予習	2.05	1.90	1.68	2.50	1.95	4.33	2.00	3.20	19.61
1 コマ 復習	2.41	2.00	2.20	2.30	2.05	2.06	2.00	1.83	
1 週間 復習	2.41	2.00	2.20	2.30	2.05	4.11	2.00	1.83	18.90
1 週間 合計	4.46	3.90	3.88	4.80	4.00	8.44	4.00	5.03	38.51

1 コマ当たり平均自習時間：4.28

(6) 第 2 回 FD 懇談会 (2017 年 3 月 3 日) :
方針決定

以上の(4)在学生インタビュー調査、(5)学習時間調査の結果を踏まえて、再度、L1 法律基本科目担当教員と FD 懇談会を実施し、2017 年度に向けた L1 教育の改善提案の大枠を決定した。

L1 の教育の改善方針は、「勉強し合う環境づくり・勉強グループの奨励などを図る」というものであった。

(4)在学生インタビューでは 2016 年度の L1 学生本人は勉強しているつもりであったが、上記(5)学習時間調査の結果にあるように客観的な学習量は足りていなかった。

た。よって、L1 学生にはもっと勉強してもらう必要があるし、また、その前提として L1 から L2 への進級さらには司法試験合格にまで必要な学力ないし学習量について L1 学生に正しい認識をもってもらうために、L2・L3 の学生やチューターといった適切なメンターの助言を仰ぐ必要があるという結論に達した。

そのための具体的な施策は、入学者オリエンテーションや授業等で勉強グループの重要性の強調、研究大学院生等のチューターとしての活用、4 月の懇親会について事前に L1 授業と開催時間の調整や L1 授業担当教員と幹事とで連絡を取ることで等

ある。

また、前記(3)で示したL1学生に学部での授業（主に演習を想定）への研究生の形での聴講を認める施策も導入され、そのためのロジスティックス（入学者オリエンテーションでの説明〔電子化したシラバスの閲覧方法、聴講希望の届け出方法など〕、担当教員への連絡方法・担当教員からの返信方法の運用確立など）も第2回FD懇談会で決定したが、前述の通り、この学部授業聴講案は機能しなかった。

そのほか、L1授業担当教員の負担を大きく増やすようなカリキュラム変更などの制度的対応も検討したものの、L2でのカリキュラム等も含めた法科大学院のカリキュラム全体の改革が必要となるため、時間的に間に合わないことから、今後の課題として先送りとなった。

3. スタートアップ・ワークショップ

その後、2017年度を迎える中で、2(6)で定めた基本方針を具体化していった。東北LSには既に「修了生オフィスアワー」という制度があり、東北LS修了生の若手弁護士の先生方（オフィスアワー担当修了生）が授業に関する質問だったり、自習で解いた事例問題（司法試験の過年度問題含む）の添削をしたりといったチューター的な教育サービスを提供する制度が存在した。このオフィスアワー担当修了生にプログラムの協力をいただけることとなり⁽¹⁹⁾、またそのための予算も認めていただいた。

そして、オフィスアワー担当修了生と相談しながら、①スタートアップ・ワークショップ（4月期予習・復習オフィスアワー）、②アウトプット・オフィスアワー、③論述問題の解き方講座の3つを実施した。

まず、本節では、4月期の予習・復習オフィスアワーから紹介する。同プログラムは、通常の「オフィスアワー」（チューター業務）と混同しがちであったため、2021年度より「スタートアップ・ワークショップ」（以下、スタートアップWSとする。）と名称を改めた。

2017年度のスタートアップWSは予習

オフィスアワーと復習オフィスアワーの2本立てで実施をした。

(1) 予習オフィスアワーの実施

予習オフィスアワーは、L1法律基本科目の基礎科目である「刑法」の第2回の授業（の予習を、L1学生を3つの少人数のグループごとに分けて実施し、それをオフィスアワー担当修了生（全員、東北LS未修コース出身の弁護士）がスーパーバイズするというものである。指導内容は各修了生弁護士に委ねているが、予習の内容を確認しつつ、法科大学院の授業の予習・復習の仕方や勉強の仕方一般について指導していただいた。また、学生同士の勉強会（自主ゼミ）の推奨や開催のコツも助言していただくように依頼した。

なお、刑法を選んだのは、担当修了生弁護士が東北LS在学時に受講したときと担当教員が同一だったからであり、授業内容や予習・復習で求められることを担当修了生弁護士が熟知しているからである。2回目の授業を対象としたのは、第1回目の授業はイントロダクションで予習が不要であったためである。

強制ではないものの、入学時のオリエンテーションで参加を強く勧めたこともあり、2017年度入学者は全員出席した。2016年度に入学し原級留置となった学生には参加しなかった学生もいたが、それでも多くは出席した。

(2) 予習オフィスアワー担当弁護士からのフィードバック

予習オフィスアワーの実施後、担当修了生弁護士からフィードバックを受け取った（【表5】参照）。実施していただいた担当修了生弁護士側に手ごたえを感じていただけたようである。また学生も意欲的だったという報告を受けるとともに、学生側には2016年度の進級率の低さから、早くも進級すなわち定期試験に対する不安がうかがわれた。学生の進級の不安を取り除くとともに、定期試験すなわち事例問題の解き方についての指導の必要性が指摘され

⁽¹⁹⁾ このような若手修了生の教育の現場への活用は全国的に法科大学院でも見られることについて中田裕康ほか「座談会・平成の法学教育」法律時報91巻9号（2019）88頁〔中田裕康〕。

- 7 その他に気になった事項
学生全体が進級に対する大きな不安を抱えている様子がうかがえた。
アウトプットの方法が分からない生徒が複数名、存在しており、受験指導にならない程度アウトプットの学習方法についてフォローが必要と感じた。
- ③ C 弁護士
- 1 参加状況
 - 原級留置者 1 名を除いて出席
 - いわゆる純粹未修者は 1 名
 - 2 学生の意欲について感じた事項
 - 予習をしてこない者が 2 名いたが、どちらかという予習が追いついていないという感じであった。全般的には、意欲的であった。
 - 3 学生の学力について感じた事項
 - 法学部出身者は質問に対する受け答えが概ねできていた
 - 4 どの点を中心に指導したか
法律科目の勉強の仕方一般／刑法の勉強の仕方／法科大学院での授業の受け方（予習・復習・定期試験の勉強）／自主ゼミの使い方
 - 5 学生から受けた質問内容
特定の教科書が指定されていない科目の教科書選びをどうすれば良いか（例えば刑法）／予備校を利用した方が良いのか／進級が厳しいと聞いているが、実情はどうか／自主ゼミを組むべきか、組むべきとした場合の人数・内容等について
 - 6 今後同様の機会を設ける必要性
 - 毎年、5 月の司法試験終了後はオフィスアワーの利用者が激減する。そこで、例えば 6 月以降に、通常オフィスアワーの枠を利用して、希望者のみを対象とした復習ゼミや定期試験対策ゼミを設けても良いのではないかと。
 - 7 その他に気になった事項
 - 例年にも増して進級に対する不安が大きい。

(3) 復習オフィスアワーの実施

刑法の第 2 回の授業の後、今度は「復習」の方法について指導するセミナーを実施した。復習については L1 学生全員をまとめて 1 人のオフィスアワー担当修了生弁護士が（双方向型）講義形式で行った。

刑法の第 2 回の授業内容の復習にとどまらず、法科大学院の授業の復習の仕方を教えていただき、さらに、今後の学習方針について指導いただいた。細かい内容は担当修了生弁護士にお任せし、特にアウトプットの重要性について指導いただいたと報告を受けた。

(4) 復習オフィスアワー担当弁護士からのフィードバック

その後、復習オフィスアワー担当修了生からフィードバックを受け取った（【表 6】参照）。その中で、予習オフィスアワー担当修了生弁護士と同様、いわゆるアウトプットについての指導の必要性が指摘された。

【表 6】復習オフィスアワー担当修了生フィードバック（本稿筆者編集）

- 1 参加状況
一部欠席。
- 2 学生の意欲について感じた事項
出席した学生は意欲的。
- 3 学生の学力について感じた事項
法律文書の書き方について学習が不十分。
刑法の講義自体はしっかり受けているようで、受け答えは全体的にできていた。

- 4 どの点を中心に指導したか
司法試験での答案をどのように作成するのか、法律文書の作成方法を中心に指導した。刑法の基本事例のXの罪責について、法律文書の作成方法に従うとどのように書けばいいのか指導した。
要件効果は暗記する必要があるが、理解を伴う暗記をしてほしいと指導した。
- 5 今後同様の機会を設ける必要性
復習オフィスアワーを設ける必要はないと感じた。
- 6 学生から受けた質問内容
教科書の選び方／一週間の過ごし方／勉強方法／司法修習の内容／弁護士の就職事情／任官、任検の流れ
- 7 その他に気になった事項
進級を過度に気にしすぎているように感じた。

(5) L1 学生からのフィードバック

受講した L1 学生からのフィードバックは予習オフィスアワーと復習オフィスアワーの双方が終了後に2つのプログラムをまとめてアンケート形式で実施した(【表7】参照)。

【主要な結果】アンケート結果から修了生オフィスアワー及び担当の修了生弁護士の評判は非常に良かった。復習オフィスアワーについて一部学生からレベルが高すぎるという意見もあったが、多くの学生からは支持されていた。そしてもっと回数を増やしてほしいという要望および事例問題の解き方についての要望が多かった。

【表7】2017年度予習復習オフィスアワー・アンケート結果(本稿筆者編集)

- ① 回答者の属性
 - ・ 参加者の入学年度
 - 2017年度(今年度): 13名
 - 2016年度以前: 5名
 - ・ 出身学部
 - 法学部: 14名
 - 法学部以外の文系学部: 4名
 - それ以外: 0名
- ② 予習オフィスアワー
 - ・ 予習オフィスアワーの出欠
出席: 16名(2017年度入学者13名、2016年度入学者3名)
欠席: 2名(2017年度入学者0名、2016年度入学者2名)
 - ・ 予習オフィスアワーは役に立ちましたか?
 1. とても役に立った: 11名(2017入学: 9名、2016入学2名)
 2. ある程度役に立った: 5名(2017入学: 4名、2016入学1名)
 3. 普通・わからない: 0名
 4. あまり役に立たなかった: 0名
 5. 役に立たなかった: 0名

- 来年度以降、予習オフィスアワーは継続すべきだと思いますか？
 1. 継続すべき：11名（2017入学：9名、2016入学：2名）
 2. どちらかといえば継続すべき：5名（2017入学4名、2016入学1名）
 3. どちらともいえない・わからない：0名
 4. どちらかといえば廃止したほうが良い：0名
 5. 廃止したほうが良い：0名
- 予習オフィスアワーであなたにとって役に立ったところ。
 - 司法試験経験者として実践的な勉強の方法を教えてくださいました点。勉強方法について参考になった。学習の指針の理解。など（4名）
 - 予習復習方法を実際に修了した先生方からその経験を踏まえて聞くことができたところ。ここまで予習できればOKということ教えていただいたので効率よく予習できるようになった。予習を行う際の指針を示していただいた。予習の確認の再確認ができた。予習復習への不安を解消することができた。など（5名）
 - 刑法における罪責の判断方法についてよく分かった。予習課題を具体的に引き上げていただき解説頂いたので次の授業の内容が把握しやすかった。（2名）
 - 予習の仕方がよく分かったと共にオフィスアワーを活用する足がかりとなった。オフィスアワーの雰囲気を知ることができた。など（2名）
 - 司法試験関連のことをいろいろ聞くことができた。（2名）
 - 質問に対する解答。疑問点を直に聞けて良かった。（2名）
 - 予習内容を全体的に俯瞰するという考え方。
 - 修了生の経験談。
 - 自分以外の学生の考え方を予習段階で知ることができた。
 - 修了生の方の意見について聞くことができた。
- 予習オフィスアワーについて改善点。
 - 何度も定期的に行っていただきたい。次のオフィスアワーも予定して頂けるとうれしい。（2名）
 - 刑法だけでなくその他の科目の予習オフィスアワーを開講してほしい。他の科目、特に憲法・民法についても同様のものをするべき。（2名）
 - 入学前にやっていただきたいとも感じました（何か課題を出していただいた上で）。
 - 未修出身者・既習出身者の先生により勉強法が異なるので参考にならない事もあるかもしれない。
 - 刑法学習全体の中での注意点（どの分野が誤解多いとか）等指摘していただければよかった。
 - 強制なのか任意なのかが分かりづらかったです（強制であるかのような印象を受けました）。
 - とてもいい先生で、特になんとも思いません。
- 欠席者が予習オフィスアワーに参加しなかった理由（複数回答可能）
 - 指定された時間が合わなかった：2名
 - 自分には必要ないと思った：0名
 - 病気：0名
 - その他：0名

③ 復習オフィスアワーについて

- ・ 復習オフィスアワーの出欠
 - 出席：16 名（2017 入学 13 名、2016 入学 3 名）
 - 欠席：2 名（2017 入学 0 名、2016 入学 2 名）
- ・ 復習オフィスアワーは役に立ちましたか？
 1. とても役に立った：6 名（2017 入学 5 名、2016 入学 1 名）
 2. ある程度役に立った：9 名（2017 入学 8 名、2016 入学 1 名）
 3. 普通・わからない：1 名（2017 入学 0 名、2016 入学 1 名）
 4. あまり役に立たなかった：0 名
 5. 役に立たなかった：0 名
- ・ 来年度以降、復習オフィスアワーは継続すべきか？
 1. 継続すべき：7 名（2017 入学 6 名、2016 入学 1 名）
 2. どちらかといえば継続すべき：6 名（2017 入学 4 名、2016 入学 2 名）
 3. どちらともいえない・わからない：2 名（2017 入学 2 名、2016 入学 0 名）
 4. どちらかといえば廃止したほうが良い：0 名
 5. 廃止したほうが良い：0 名
- ・ 復習オフィスアワーで役に立ったところ。
 - 効率的な復習方法について知ることができた。復習の仕方や勉強の方法を教えてくださいいただいたのが良かった。 など（3 名）
 - 教科書を読む際のポイントがわかったと思う。学習する際の先生ごとのポイントや参考書を教えてもらえた。 など（3 名）
 - 勉強の仕方や時間の使い方を知れたこと。学習の指針の理解（2 名）
 - 法的三段論法について整理できた。
 - 学校生活・勉強態度全般について教えていただくことができた。
 - わかりやすかった。
 - 予習オフィスアワーでだいたい必要な情報は入手できてしまったので、あまり質問することなくなっていたが、先生のお話は貴重だった。
- ・ 復習オフィスアワーの改善点。
 - 何度も定期的に行っていただきたい。1 回だけでは不十分である気がした。多くとは言わないが、2, 3 回はやってほしい。（2 名）
 - もっと少人数でやったほうがいいのかもしいない。もっと少人数だと嬉しい。（2 名）
 - もう少し深く突っ込んだ内容のものにしてほしい。
 - アウトプットの場を作してほしい。
 - 予習同様、刑法全分野で特に躓きやすいところ等を指摘していただきたいかった。
 - 既習出身の先生だったので、自分の立ち位置とは異なる部分があったと感じた。
- ・ 復習オフィスアワーに参加しなかった理由（複数回答可能）
 1. 指定された時間が合わなかった：0 名
 2. 自分には必要ないと思った：0 名
 3. 病気：1 名
 4. その他：1 名（日時を間違った。）

④ これからの計画について

- ・ 現在、民事系科目（民法）を対象にアウトプット（法科大学院の単位習得に必要な水準の法的な文章の書き方）の方法について今回と同じく修了生弁護士の先生によるオフィスアワーを実施することを考えています。もし実施されるようであれば参加したいでしょうか？
 1. ぜひ参加したい：11名（2017 入学 9 名、2016 入学 2 名）
 2. 時間に余裕があれば参加したい：5 名（2017 入学 3 名、2016 入学 2 名）
 3. まだわからない：1 名（2017 入学 0 名、2016 入学 1 名）
 4. あまり参加したくない：0 名
 5. 参加したくない：0 名
- ・ 民法オフィスアワーについて希望すること。
 - 論文の書き方（規範の立て方とあてはめ）を教えてほしい。判例をどう活かして書くか等。論文の書き方。問題を解きたい（解答の道しるべを示してほしい）。書くべき内容、書かなくてよい内容の選別の仕方が知りたいです。どのくらいの量を記述すればよいのか教えてほしい（短くとも中身が伴っていればよいのか or 悪いのか） など（5 名）
 - 過去の定期試験で行って頂きたい。
 - 具体的な問題を検討しながらやりたい。
 - 刑法とは違い、民法は授業時間数だけ見ても多いので、どの程度、債権や物権など（の科目の試験）で他の範囲（特に総則）に踏み込んで答案を作成してもよいものなのか？
 - 先生が実際にどういう文章を書いたのかを見てみたいです。
 - 憲法もやってほしいです。絶対やってください。
 - 楽しみです。よろしくお願いします。
- ・ そのほか法科大学院の教育プログラムとしてあなたが望むことや勉強に関する不安があれば、自由に書いてください。
 - 進級についてさらにプログラムを組んでいただきたい。
 - 定期テストでしっかり点数をとれるかが心配
 - 論述の知識をより深められるようなプログラムがあればいいかなと思います。
 - インプットができていないか不安。
 - それぞれに関して（≡それぞれのプログラムについて開催時期が〔本稿筆者〕）遅いとも見受けられたので早めに開催していただきたいです。
 - 予習に時間をかけすぎてしまっている上、科目に勉強時間のバラツキが出てしまっている。
 - 民事訴訟法がよくわからない。助けてほしい。
 - 刑事訴訟法も本当に不安を感じている。
 - 純粋未修がない不安（先輩もほとんどいない）
 - 入学前の法律科目内容のフォローが欲しい！

【インタビュー調査結果】アンケート終了後に 2017 年度 L1 学生にインタビュー調査を実施した。2017 年入学者は L1 の授業にはついていける手ごたえを感じている模様であった。しかしながら、L2 から L3 への進級が難しいという点を不安に感じて

おり、現段階（L1 前期ないし夏休み）から準備できることはないかという質問を受けた。

また、アンケート結果を受けて L1 学生には、自分で問題を解いたら修了生オフィスアワーを利用して添削してもらえること

を伝えた。

雑多な事項として、東北 LS 在学生から情報交換することのできるイベントであるガイダンスが 3 月末直前開催のためそこで有益な情報（勉強への危機感等）を受け取っても準備期間が短いこと⁽²⁰⁾、未修者に提供している入学前指導の内容は未修者の多くが実際は法学部ないし法律系社会科学部出身（いわゆる隠れ既修）であることに照らすと有用でないことなどについて指摘を受けた。

(6) スタートアップ WS の評価

以上、担当修了生（(2) (4)）および L1 学生（(5)）からのフィードバックを総合すると、予習オフィスアワー及び復習オフィスアワーともにスタートアップ WS は高い評価を獲得することができたことが分かった。ただし、復習オフィスアワーについては、今回、全学生を 1 つの教室で講義形式により実施したという方式等に改善の余地もあることが指摘された。

評価されている内容は、「刑法の第 2 回目の授業の予習（または復習）」そのものではなく、一般的な「予習（または復習）のやり方」であり、さらにいえば「勉強法一般」であった。このような勉強法を、法科大学院の研究者教員・実務家教員に比べれば学生と距離の近い修了生弁護士が指導・助言してくれたことは非常に有用であったといえることができる。

そして、担当修了生弁護士および L1 学生の双方から、論述（法的文書の書き方、アウトプット）の指導ないし答案添削に対する要望が大きいという点も着目される。ただし、論述の指導や答案添削については、すでに実施している修了生オフィスアワーを申し込むことで L1 学生も含めて、そのサービスを受けることができる。にもかかわらず、東北 LS 側からの企画の発信を待っているということは、法科大学院の学生が受け身の態度になっている点が懸念される。

4. アウトプット・オフィスアワー

(1) 開催経緯

スタートアップ WS を経て、3 (6) で述べたように、L1 学生からも、また担当修了生弁護士の先生方からもアウトプット（答案作成）の指導の必要性について指摘された。そこで、2017 年前期の定期試験前に、事例問題・論述問題について、解答の作成方法すなわちアウトプットのやり方について、L1 学生を少人数に分け、オフィスアワー担当修了生弁護士の先生方に学生が書いてきた答案を指導する機会を設けることとした。

科目については、民事法科目でもスタートアップ WS 実施の要望を受けていたため民事法で行うことにした。

2017 年度の L1 学生向けの教育改善の基本方針である「勉強グループ作り」「環境づくり」(2 (6) 参照) から離れるものの、受け取ったフィードバックとしてコンセンサスがある事項である以上、とりあえず実施することを決定した。

(2) 実施内容

L1 選択科目である「法律基礎演習」の民事系部分の講義で事例問題を取り扱い、一定期日までに L1 学生に答案を作成・提出させる。L1 学生を 4 つのグループに分け、それぞれのグループで担当修了生弁護士が、提出された答案を指導するというプログラムである。

事例問題は、司法研修所監修『4 訂民事訴訟第一審手続の解説』（法曹会・2001）をベースに作問されたものであるため、修了生弁護士の先生々にとってもなじみがあり、なるべく負担感が出にくい工夫をいただいた。

実施時期は、上記「法律基礎演習」の民事系部分の講義が 6 月下旬であり、答案の提出締切りが 6 月末であった。

⁽²⁰⁾ 東北 LS は遠隔地から進学する新入生も多いため交通費等の観点から別途仙台まで来る必要のないようにするために 3 月末にガイダンスを実施している。今後は法科大学院入試・合格発表終了後の授業見学期間（campus visit のような制度）において、授業だけでなく在学生との情報交換が可能となる機会を設けることが考えられる。また 2020 年の新型コロナウイルス感染問題以降は、オンラインで情報交換をする機会を設けることが容易になったといえよう。

(3) 担当修了生弁護士からのフィードバック

学生が答案を提出し、それを受けて担当修了生が添削とともに解説を行った。その後、担当修了生弁護士からフィードバックを受けた（【表8】参照）。

一回限りの指導に限界はあるものの、担当修了生弁護士の先生方に指導の手ごたえは感じていただいた模様である。他方で、修了生弁護士の先生方から見ても、現在の学生の人間関係の希薄さが顕著になっている旨の指摘を受けた。

また、B 弁護士担当の学生 4 名はだれも

答案を提出せず参加しなかった。当該 4 名の中に休学者がでたり、憲法の小テストの直前期であつたりしたこと、6 月末の短期間に事例問題の答案の作成をする余裕のない学生が L1 学生に多かったことが原因として考えられる。B 弁護士担当学生以外にも答案提出を断念し欠席した学生も多かった。答案練習を強く要望したのは学生自身であるが、法科大学院の授業が進むにつれて、日々の予習復習のみでいっぱいとなり、答案作成をする余裕は学期中になかったものと思われる。

【表8】アウトプット・オフィスアワー担当修了生弁護士の報告書（本稿筆者編集）

① A 弁護士

1 参加状況

3 名が出席。いずれも事前に答案を提出。

2 実施内容

まず民事系科目における答案の書き方に触れる。その後、3 名の答案を全員に配布し、それぞれの答案の良い点、改善すべき点を指摘するという形の講義。

3 答案の完成度等

受講者の中に旧司法試験受験経験者がおり、この方の答案は一定の完成度を保っていたが、一般未修者であるその他 2 名については、法的三段論法が落ちていることが多く、答案の形ができていないという印象であった。

事案に即して検討する部分については一般未修者の 2 名の答案にも光るところはあり、今回のような「答案の方」を学ぶことで力を大きく伸ばすことができるのではないかと考える。

4 今後について

今回の問題は「良問」ではあるが、この時期の L1 学生にはややレベルが高い内容だった。答案の書き方よりも理論的なところで躓くことも多かったため、やや「時期尚早」だった。

そこで、一通り基本六法の学習を終える後期試験の終了後あたりに、「L2 に向けて」というようなテーマで再度同様のオフィスアワーを実施してはどうか（あまり触れられていない公法系を題材にしてはどうか）。

なお、学生と話をする中で、「タテのつながり」「ヨコのつながり」が希薄になっているように感じられた。学生間のつながりができるような企画があると良いのではないかと考える。

② B 弁護士

1 実施について

出席予定者 4 名中、出席者 0 名。顕著な意欲の低下。

2 今後について

答案作成能力は 1 回説明を受ければ飛躍的に上昇する能力ではなく、日々のトレーニングによって醸成される能力である。今回の企画のように今後も定期的な答案作成を行う機会を設けるべき。

複雑な争点に関する答案作成演習ではなく、極めて単純な事案を題材にして答案作成演習を繰り返し、法的三段論法に従った思考訓練の定着を図ることを勧める（例：単純な貸金請求事案（民事事件）や、第 1 回結審になるような万引き事案（刑事事件）など）。

③ C 弁護士

1 参加・答案提出状況

4名参加かつ全員が答案を提出した

2 実施内容・実施方法等

以下の順で行った。100分程度の時間の半分強を④に費やした。

- ① 法律文書作成の仕方一般
- ② 民法の勉強の仕方一般
- ③ L1 民法総則の勉強の仕方
- ④ 今回の課題についての解説
- ⑤ 質疑応答

- ・上記④について、予め4名全員の答案を添削し、当日に添削済みの答案を返却。4通の答案うち、比較的出来が良い答案の写しを作成者の許可を得て他の参加者にも配布。当該答案を叩き台に今回の課題についての解説を行った。
- ・解説の際はとにかく法的三段論法を意識すべきことや、条文に忠実に要件を抽出できるクセをつけるべきこと（例：有権代理に関する99条には「顕名」という言葉はないのになぜこのような要件が必要とされるのか？→「・・・のために」という文言があるから）を強調。

3 学生の学力等について

- ・全員法学部出身とのことだったが、レベルにはバラツキ。4通中2通は心配のない内容だったが、残り2通は進級が危ぶまれる内容（例えば、本課題は準消費貸借契約に基づく請求が認められるか否かを問う問題だったがいきなり民法414条の解釈から始めた答案など）。

4 学生から受けた質問内容

判例の勉強の仕方／予備校本の使い方／家族法の勉強の仕方／憲法の勉強の仕方／効率的な勉強方法（今回の答案作成に多くの時間を割いてしまった学生からの相談）

5 その他気になった事項

- ・学生間の繋がりが弱くなっている。我々が学生の頃は、一先ず定期試験を突破することが学生の共通目的であり、その目的達成のために、担当教員の定期試験の過去問等を題材に定期的に勉強会を開き、適宜担当を割り振りした上で参考答案を作成し、勉強会で明らかとならなかった箇所は教員に質問するなどして乗り越えていた。それに対して現在は、学生数が少なくなった影響があるにせよ、学生間で議論や相談をしている雰囲気がなく、個々人が「なんとなく」非効率的な勉強をした結果として学習効果が上がっていないように感じられた。
- ・上記のような印象を受けたことから、今後私が担当するオフィスアワーにて、L1定期試験の過去問の答案添削を受け付ける旨伝えていたものの、残念ながら現時点では申込みはない。

④ D（司法試験合格・博士課程大学院生）

1. 参加・答案状況

学生4名中、3名が事前に答案を提出・参加。

2. 実施内容・実施状況等

- ① 法律基礎論担当教員のレジュメの要点を説明（授業の復習）
- ② 答案3通にそれぞれコメント
- ③ 質疑応答

約120分実施。おおよそ①に40分、②に60分、③に20分程度。②については、すべての答案をざっと見ながら、答案の読みにくいところや直すべきところを指摘。自分がゼミを組んでやっていた答案練習の方式を採用。参加者はまだゼミを組んで勉強していないとのことで、ゼミを組んでの勉強の紹介にもなると思った。

3. 学生の学力等について

答案全般に対する印象としては、3人中2人はひとまず形になっていると感じた一方で、1人は不安な感じであった（そもそもこの1名は分量的に少なかったので時間がなかったのかもしれない）。

4. 学生から受けた質問

・勉強方法、どこまで覚えなければならないか／テスト勉強のやり方／民法の勉強教材／答案の時間配分や分量はどれくらいにすべきか などの質問があった。

5. その他

ある学生から、過去問を解いても、書き方も分からないし、解答がないため、どうしたらいいかわからないといった質問を（半ば絶望している感じで）受けた。過去問をTKCで掲載しているのである程度の解説も掲載した方が学習効率がよいのではないか。答案の書き方の指導について、たとえば、オフィスアワーや萩法会などで指導する機会を増やすべき。

Dのオフィスアワーを受講した学生はゼミを組んでテスト対策などはしていない様子。学生同士のつながりが弱くなっている。

(4) 学生からのフィードバック

アウトプット・オフィスアワーは事例問題の解き方を学ぶものであり、その成果はL1 学生が事例問題を自力で解けるようになったか否か、すなわちL1 学生が法律学の事例問題と接する L1 前期期末試験によっ

て判定される。そこで、学生に対するアンケートはL1 前期期末試験の直後に実施し、フィードバックを受けた（【表9】参照）。

参加した受講生の評判は非常に良かった。ただし、答案作成の負担と相まって、実施時期に対する不満が多かった。

【表9】民法アウトプット・オフィスアワー・アンケート結果集計（本稿筆者編集）

- ・ あなたの入学年度
 - 2017 年度（今年度）：11 名
 - 2016 年度以前：5 名
 - 無回答（入学年度不明）：2 名
- ・ あなたの出身学部
 - 法学部：11 名
 - 法学部以外の文系学部：3 名
 - それ以外：2 名
 - 無回答：2 名
- ・ 民事法アウトプット・オフィスアワーへの出欠
 - 出席：11 名（61.1%）
 - 欠席：7 名（38.9%）
- ・ 民事法アウトプット・オフィスアワーは前期試験において役に立ちましたか？
 1. とても役に立った：8 名（72.7%）
 2. ある程度役に立った：2 名（18.2%）
 3. 普通・わからない：1 名（9.1%）
 4. あまり役に立たなかった：0 名
 5. 役に立たなかった：0 名

- ・ 民法法アウトプット・オフィスアワーは試験に限らずあなたの学習一般において役に立ちましたか？
 1. とても役に立った：8名 (72.7%)
 2. ある程度役に立った：1名 (9.1%)
 3. 普通・わからない：2名 (18.2%)
 4. あまり役に立たなかった：0名
 5. 役に立たなかった：0名
- ・ 民法法オフィスアワーであなたにとって役に立ったところ（自由記載）
 - 答案作成の方法について具体的にご指導いただいたのでとても参考になりました。大きな答案構成の仕方から、詳細な書き方、事実の扱い方を指摘いただいた点。答案の書き方について、授業で教わることでできない形式の部分を学ぶことができた。答案の書き方や重要な論点等がわかったのでよかった。など（4名）
 - 答案構成、事実に対する評価が重要なことが分かった。論述の構成方法。答案構成の技術。など（3名）
 - 答案のどこを直せばよくなるかがある程度分かった。
 - 先生にはなかなかききづらいような実践的なアドバイスを教えて頂けた。細かい点を具体的に指摘して頂いた。
 - 法的な構成で書くことの注意事項。
- ・ 来年度以降、民法法アウトプット・オフィスアワーは継続すべきか？
 1. 継続すべき：7名 (63.6%)
 2. 希望者のみを対象にして継続すべき：4名 (36.4%)
 3. どちらともいえない・わからない：0名
 4. 廃止してもかまわない：0名
 5. 廃止したほうがよい：0名
- ・ 民法法オフィスアワーについて改善点（自由記載）
 - レポート課題の確認の時間が足りなく、十分な解説を聞けなかったため、もう少し長めに時間を取ってほしい。準備の時間的余裕がない。など（2名）
 - 強制参加にすべきでは？
 - 前期期間中は忙しいので、入学前と夏季休業中に実施していただきたい。できれば夏季休業中に複数回。
 - 何度も行って頂きたい。
 - 更にオフィスアワーで指導を受けた部分を訂正したレポートをみてもらいたい。
- ・ 民法法オフィスアワーに参加しなかった理由（複数回答可能）
 1. 指定された時間が合わなかった：2名
 2. 課題が終わらなかった：0名
 3. 必要ないと思った：0名
 4. ほかの授業の予習・復習その他の課題に忙しかった：1名
 5. 病気：1名（入学年度不明）
 6. その他：2名（2017年度2名）
 - ・ 予習課題を見て、今やるべきでないと考えた。授業に出て予習が必要なのは負担が重い。時期的に良くなかった。
 - ・ 解答を作ったが、お茶飲みに行っている間にパソコンがアップデートされたのですべて消えてしまって憲法小テストなどに意識を変更した。

- ・ 民事法アウトプット・オフィスアワーの運営上の改善点
 - 実施時期と内容を考えるべき／すべてにおいて時期を見定めてほしい。ちょうど、憲法小テスト、民法小テストが重なり大変であった。1 回ではなく夏休みに定期的にやってくれた方が力がつくのではないかな。／もう少し早い時期に行われるとうれしい。など (3 名)
- ・ そのほか法科大学院の教育プログラムとしてあなたが望むことや勉強に関する不安 (自由記載)
出席者からの回答
 - 論述練習を行いたい。／答案練習が圧倒的に足りない。など 2 名
 - カリキュラムとして答案作成 (論述に特化した) 講義がほしい。
 - もっと答案添削を容易にもらえるシステムを作してほしい。
 - どんな勉強が実力向上に役立ったのかという体験談を知りたい。
 - 進級が不安。
欠席者からの回答
 - 負担が過大。
 - 本当に法的思考が身につけているのかどうか不安。
 - 私は純粋未修で、法律について知らないことが多く、論文の書き方は何一つ知りません。それで作ってオフィスアワーをやるということで、みなさんはできるのに自分だけできないことが怖くなってしまいいけませんでした。

(5) アウトプット・オフィスアワーの評価

スタートアップ WS の際の学生及び修了生弁護士双方からの要望に従って実施したアウトプット (答案の添削) プログラムであるにもかかわらず、参加率が低かった。その原因として、①実施時期の問題。②対象科目の問題そして③本プログラムの趣旨を見失っているのではないかなという問題があった。

まず、①実施時期について、平常授業期間中に未修者である L1 学生に事例問題の答案作成は負担が大きいという不満が強かった。FD 委員会としては前期試験で結果が出る前に「論述の書き方」を身に付けてほしいと考えて前期授業期間内に実施したが、この判断が間違いであったと考えられる。L1 前期の期末試験については担当教員に「事例問題の解き方がまだ身について

いない (教わっていない)」ことを前提とした出題・採点を依頼するほうが合理的であったと思う。

なお、夏休み期間には、東北 LS では、東北大学法学部 OB 会及び仙台弁護士の若手弁護士が中心となり、司法試験の論文式問題の過去問題を利用した問題演習・解説をおこなう「萩法研究会」が実施されている⁽²¹⁾。夏休みに事例問題の解き方に関する教育を提供するならばこの萩法研究会と内容が重複する。また、学生が事例問題を解いた場合の添削は既存の修了生オフィスアワー制度を活用できる。L1 学生に提供する教育内容のポートフォリオ全体の中で、オフィスアワー担当修了生弁護士と共同して提供する教育プログラムがどの部分を担うのかという役割分担を考える必要もあろう。

第 2 に、アウトプット・オフィスアワー

⁽²¹⁾ 萩法研究会は、2019 年度まで本文のように東北大学法学部 OB 会・仙台弁護士の若手有志会員が実施主体とされてきたが、令和元年の専門職大学院設置基準および連携法改正により「論述の能力の涵養」が法科大学院に求められる教育内容に加わったため (連携法 4 条 2 号、専門職大学院設置基準 20 条の 5・20 条の 3 第 2 項。前注 (6) 参照)、2021 年度より実施主体が東北 LS へと変更された。

の内容の②対象科目として選択科目である「法律基礎演習」の一部を活用したことから、必修科目の勉強に集中するため（あるいは原級留置生は同授業を昨年度受講したため）等の理由で当該授業を履修していない L1 学生にとっては参加しにくい企画となってしまう点があげられる。選択科目の枠組みではなく、期末試験直前に、特定の科目の過去問で実施したほうがよかったのかもしれない⁽²²⁾。

どの授業とリンクさせるのかという問題と関連して、担当修了生弁護士から扱っている問題が難しすぎるという指摘を受けた。東北 LS においては、L1 進級に求められる水準、すなわち既修者入試を合格して L2 に入学するための水準は必ずしも高くない。かといって、未修者の L1 学生も 2 年後、3 年後には既修者の最低ラインではなく、司法試験合格に達するだけの法学の素養を身に着ける必要がある。アウトプット・オフィスアワーでの要求水準をどの程度に設定するのかは検討課題となろう。

最後に③プログラムの目的との整合性に欠けるという問題がある。2(6)で述べた通り、L1 学生に提供するプログラムの目的は、「勉強する環境づくり」であった。しかし、アウトプット・オフィスアワーは、「勉強する環境づくり」とは異なる、事例問題の解法が身につけていないのではないかと（論述の能力の涵養が必要なのではないかと）というただの「良質な教育プログラム」の模索・作成になってしまい、目標がブレた。このため、L1 学生への参加しやすさという「勉強する環境づくり」にとって大事な観点を見失ってしまったのではないかとこの点が反省点として挙げられる。

なお、4(1)の学生アンケートの自由記載欄については、noisy minorities である可能性も高い。これをそのまま採用する (comply) のではなく、むしろ、FD 委員会としては、「回答」を作成し、説明責任を果たす (explain) の方向が望ましいという結論になった (【表 10】参照)。

【表 10】修了生オフィスアワー・アンケートの自由記載欄の FD 委員会の回答 (2017 年 8 月 17 日掲示)

1. 本当に進級できるか不安です。

一番多かったコメントが進級に対する不安でした。特に、2016 年度は多くの L1 学生が進級できませんでしたので、皆さんの不安も当然だと思います。

われわれ FD 委員会も原因を調査しました。その結果、判明したのは、2016 年度の L1 学生はこれまでの L1 学生よりも勉強時間が短い、という単純なものでした。みなさんが授業ごとに提出している授業評価アンケートの自習時間（予習時間と復習時間の合計）をもとに計算したところ、2014 年度の L1 学生は 1 コマ (90 分) 当たり平均 5.33 時間、2015 年度 L1 生は平均 6.03 時間だったところ、2016 年の L1 生は 1 コマ当たりの平均が 3.97 時間と 2015 年と比較して 2 時間以上も短かったのです（なお、この数字は前期のものです。必修授業が増える後期になるとまた数字は変わってきます）。

要は、単純に「勉強の量」が足りなかったということでした。ですので、「勉強の量」を増やすことがまず大事です。もちろん、勉強は本来、時間だけで測れるものではありませんし、ダラダラと長時間勉強すればいいというものではありません。また、上の数字はあくまで平均です。皆さんの中には、より集中して勉強する代わりに、時間はもっと短く済ませることが出来る方もいれば、机に向かってもどうしても勉強に集中できず、もっと時間がかかってしまう方もいると思いますので、平均勉強時間の数字は気にしすぎないでください。

しかし、勉強の量を増やしさえすれば、進級については大きな不安はないということです。

実際の問題は、勉強時間を増やそうにも、教科書を読んだ後は、なにをどうやってい

⁽²²⁾ ただし、この場合は、時期的に通常の修了生オフィスアワーの人気がある時期であり、協力していただける修了生の確保が課題になる。

いかわからない、という点にあるのではないのでしょうか。1つの方法としては、学生同士で自主的に集まって勉強会をつくり、過去問を検討しあう、予習課題を検討しあう、といった方法がこれまで多くの合格者の先輩がやってきた方法です。参考にしてみてください。

2. 実施時期に問題があるのではないかと

次いで多かったのが、6月—7月の民法を対象にしたアウトプットのオフィスアワーの実施時期についてのコメントでした。平常授業の予習・復習で大変な学期中に、論述（答案）の作成が求められるオフィスアワーは大変だというものでした。ですが、今回のオフィスアワーは、最初の定期試験の前にどうしても「論述の仕方」について学んでいただく機会を設けるために開催したものです。そのため、この時期になってしまいました。

3. 長期休暇中に論述の練習会を複数回開催してほしい。

この要望も多くの方からいただきました。普段の授業期間中は、予習・復習で忙しく、アウトプットのためのまとまった練習時間が取れないことから、長期休暇期間を活用するというのは良い考えではないかと思います。ですが、FD委員会（ないしその他東北大学法科大学院）から具体的なプログラムを提供することを今は考えておりません。これは、金銭的・時間的コストの問題だけではなく、学生の皆さん一人ひとり、現在必要なトレーニングが異なっているため、画一的なプログラムを設計できないからです。実際に、7月のアウトプットのオフィスアワーを「自分には不要だから」という理由で欠席なさった学生の方もいらっしゃいまして、せっかく準備していただいた修了生の先生方にご迷惑をおかけする結果となってしまいました。また、2017年度のFD委員会は、憲法の教員が1名、商法の教員が2名の合計3名によって構成されていますから、それ以外の科目についてどのような勉強が必要になるのかを具体的には把握できません。皆さんが、自分自身にとって何が必要かを考えて、学習を進めていただきたいと思います。

そこで、おすすめするのは、ニーズの同じ学生の皆さんで自主的に集まって論述の練習会を開催することです。メンバー全員で共通の問題を解いてきて、その解答をお互いに検討しあうという方法です。これは司法試験に合格した先輩方の多くが実施していた方法です。学生同士だけでは不安という方は、そこで書いた論述（答案）をオフィスアワー等（修了生オフィスアワーは9月から、それ以外のオフィスアワーも10月から再開予定です）でみていただくことも可能です。L2やL3の学生の勉強会に参加させてもらうという方法もあります。取り扱う問題は、市販の問題集でもよいですし、東北大学法科大学院では定期試験の過去問をTKCに掲載しているわけですからぜひ活用してみてください。

今回の修了生オフィスアワープログラムの実施に当たり、FD委員会が懸念していたのは、L1学生の勉強態度が「受け身の姿勢」になってしまわないか、ということです。勉強とは、学生の皆さんそれぞれが、自分の欠けている点を探して、そこを補っていくことです。そのためには、自ら積極的に勉強していくことが必要になります。これは、将来、法曹になった場合も、またそれ以外の仕事に就いた場合であっても、変わりません。「自分から修了生の先生方に相談するのは少し気が引ける」という方はいち早くマインドセットを変えてください。

皆さんには、くれぐれも「受け身の姿勢」にならず、自分たちで積極的に勉強して欲しいと思います。

5. 事例問題の解き方セミナー

(1) 開催経緯

3. スタートアップWS および 4. アウトプット・オフィスアワーを実施し、学生からのフィードバックの集計・分析が終了した後の 2017 年 8 月 29 日に FD 委員会、スタートアップWS 及びアウトプット・オフィスアワーの対象授業 (L1 刑法および法律基礎演習) の担当教員及び担当修了生弁護士とで、一連の企画についてのフィードバック会合を開催した。そして 4. (1) で述べた通り、徐々に「勉強する環境づくり」という本来の目標から、事例問題の解法 (論述の能力の涵養) という一般的な教育プログラムへと変質しつつあり、このこと自体は大事であるとしても、課題である進級率の向上、すなわちボトムアップのための「勉強する環境づくり」の解決とはならないのではないかという懸念を確認した⁽²³⁾。

しかしながら、他方で、やはり L1 学生にとって事例問題の論述の能力の涵養は、進級するため・定期試験で合格点を取るためにも必要であること、そしてそのような能力は多くの L1 学生にとっては前期の間に身に着けるのは困難であるものの L1 後期に身に着けるべき能力であるとの指摘があった。

これらを踏まえて、後期の 10～11 月に L1 学生全員に加え L2 学生のうちの希望者も対象に、定期試験などで出題される事例問題の解法についてのセミナー (「事例問題検討の方法」) の開催が決定した⁽²⁴⁾。

(2) 実施内容

以上の経緯により、2017 年 11 月 20 日に刑法を素材に、定期試験に出題されるレベルよりもはるかに簡単なレベルの事例問題から L1 の定期試験で出題されるようなレベルまでステップアップさせていく形で事例問題の解法を講義形式 (双方向型) で教授するセミナーが開催された。セミナーでは、①じっくり論ずべき点の発見方法と②どんな点であっても「規範定立+あてはめ」のフォーマットで議論することの 2 点を重点的に講義された。

14 名の学生が参加し、その内訳は L1 学生が 12 名、未修出身の L2 学生が 2 名であった。

(3) 参加学生からのフィードバック

参加者にアンケートを実施し、そのフィードバックを得た (【表 11】参照)。このプログラムについては、担当修了生弁護士 (東北 LS 未修者コース出身) に L1 から L2 への進級対策・定期試験対策であることからできる限りレベルを下げていただいた。

受講生の中には本プログラムの想定利用者ではない前期の定期試験でしっかり点数をとれていた学生も含まれていたものの、受講生の満足度は高かった。受講生の中でも L1 生で定期試験の結果に満足 of していない学生ほど評価は高く、反対に L2 学生 (L1 の定期試験にすべて合格した学生) になると満足度は高くなかったことから、L1 進級対策という想定レベルに即した教育プログラムが実施できたと考えられる。

⁽²³⁾ なお、同フィードバック会合で、2017 年度の一連の教育プログラムをレポートにして公表していく方針も確認された。かかる方針に従って執筆・公表されたのが本稿である。

⁽²⁴⁾ 同企画は、読売新聞 (宮城) 2017 年 12 月 22 日朝刊 29 頁「司法試験合格増に全力」(宇田和幸) で紹介された。

【表 11】事例問題検討の方法・受講者アンケート集計結果（本稿筆者編集）

- ・ 参加者の学年
 - L1 12 名 (85.7%)
 - L2 2 名 (14.3%)
 - L3 0 名
- ・ 既修・未修の区分
 - 既修者コース 0 名
 - 未修者コース 14 名 (100%)
- ・ 出身学部
 - 法学部 11 名 (78.6%)
 - 法学部以外の文系学部 3 名 (21.4%)
 - それ以外 0 名
- ・ 事例問題検討の方法に参加した理由（複数回答可）
 - 定期試験の成績が思わしくなかったため・定期試験対策 6 名 (42.9%)
 - 司法試験の論述試験対策 6 名 (42.9%)
 - 日頃の勉強方法についてヒントを探しに 12 名 (85.7%)
 - 特に目的はなくななんとなくヒントを探しに・友人が受講するので付き合いで 1 名 (7.1%)
 - その他 0 名
- ・ 「事例問題検討の方法」の内容の難易度はあなたにとってどうでしたか？
 1. レベルが高すぎる 0 名
 2. 少し難しかった 2 名 (14.3%)
 3. ちょうどよかった 11 名 (78.6%)
 4. 少し簡単に感じた 1 名 (7.1%)
 5. レベルが低すぎる 0 名
- ・ 「事例問題検討の方法」はあなたにとって有用でしたか？
 1. とても役に立った 8 名 (57.1%)
 2. ある程度役に立った 5 名 (35.7%)
 3. 普通・わからない 0 名
 4. あまり役に立たなかった 1 名 (7.1%)
 5. 役に立たなかった 0 名
- ・ 「事例問題検討の方法」の役に立ったところ（自由記載欄）
 - 問題文の読み方や、論点の見つけ方など、いざ実際にやってみようとするときについていないことを実感できました。そのヒントを得るうえでとても役立ちました。
 - 答案作成にあたってのヒントが得られた。
 - 同じようで異なる事例を同時に検討できて、理解が深まった。
 - 原則・例外の目のつけるところ。
 - 細かいポイントであっても、そこが異なるだけで大きく内容が変わってくる。
 - 事実の評価方法がシャープで勉強になった。
 - 少しの事案の違いから、論点を探る方法は役に立った。
 - 問題文のこういった点に着目していけばいいのかの手がかりを得ることができた。

- 全てにおいて役に立ちました。これからオフィスアワーを活用してレベルアップを図りたいです。
- 事例問題の考え方について。間違いやすい点について。
- これまでの定期試験の評価・出来についてどのように考えていますか？（客観的な成績・順位の良し悪しではなく、あなた自身の勉強量・主観的な手ごたえとの関係）
 - 事前に考えていたよりも良い成績が取れている。自分の成績には満足している。
3名 (21.4%)
 - 事前に勉強して予想した通りの成績が取れている。現在の成績に納得している。
4名 (28.6%)
 - 勉強して試験問題も解けたと思ったのに予想よりも成績が取れていない。
5名 (35.7%)
 - 勉強しているのに思ったように試験問題が解けないので、良い成績が取れていない。
2名 (14.3%)
 - その他
0名
- 来年度以降、L1生を主な対象に今回の「事例問題検討の方法」のような集団指導型（特別講義型）の修了生オフィスアワーを実施していくべきだと思いますか？
 1. 回数等を拡大して実施すべき
9名 (64.3%)
 2. 今回の形で継続して実施すべき
4名 (28.6%)
 3. どちらともいえない・わからない
1名 (7.1%)
 4. 廃止してもかまわない
0名
 5. 廃止したほうがよい
0名
- 今回の「事例問題検討の方法」について改善点（自由記載）
 - できれば、事前に予習範囲等の提示があればもっと論点を拾いやすかった。
 - L1の授業で扱っていない内容だったので、すこしとまどった。
 - 今回については問題ないので、刑法以外の事例問題の検討をしたい。
 - 窃盗罪の要件をまだ学んでいなかったため、事例の検討をする際に苦労した。
 - 並行しながら、もう少し書く形にしてもよい。
 - 参加するにあたり持参すべき物などアナウンスがあれば良かった。
 - 授業で扱っていないところがメインだったので、扱った範囲で講義していただければなおよかった。
 - 1回ではなく継続していただきたい。
 - 民事系についても触れて欲しかった。
 - 今回の刑法が他の科目にどう役立てるかの観点についてお願いします。
- そのほか法科大学院の教育プログラムとしてあなたが望むことや勉強に関する不安（自由記載）
 - 今後もこのような事例問題の検討についてのオフィスアワーを開催していただきたいです。
 - 民法。
 - 答案構成の仕方・答案構成から実際への書き方への移し方について。
 - 2階の自習室も開放してほしい。

(5) 事例問題の解き方セミナーの評価

所期の目標であるところの定期試験に躓いている L1 学生への進級レベルの対策はおおむね達成できたと考えている。次年度以降の論点として、①アウトプット・オフィスアワー（前記 4）との関係をどう考えるか（アウトプット・オフィスアワーと統合すべきか）という問題と②実施時期を前期定期試験前にすべきかそれとも前期定期試験の経験（特に失敗者を想定）を踏まえて定期試験後にすべきか、という問題の 2 点があった。

東北 LS の未修入学者の多くは法学部ないしは法律基本科目に相当する法律科目の大半を履修する社会科学系学部出身者（いわゆる「隠れ既修」）であるが、「純粋未修」の学生も存在する。この純粋未修の学生のような事例問題の解き方を全く知らない学生に学ぶ機会を提供するのであれば②前期定期試験実施時期前に実施するのが望ましい。しかし、この内容は「法律基礎演習」「法学入門」などの L1 前期の導入科目に組み入れていく方が効率的である。

そこで、②定期試験の結果を踏まえてから実施したほうが学生にとってもモチベーションが上がるのではないだろうか。特に成績不良学生の中では、「自分ではできているつもりなのに成績が取れてない」という認識ギャップのある学生もあり、そのような学生ほど自力での対応に限界があ

る。

他方で、ここで紹介した 3. スタートアップ WS から 5. 事例問題の解き方セミナーに至る一連のプログラムの成果として、実際の L1 生のニーズは、進級対策・定期試験で進級要件（65 点）を満たすことから、徐々に、より高い目標、すなわち日頃の学習法・その先の司法試験対策に移りつつある。司法試験レベルをも視野にいれるとなると、L1 生を対象を限定するのではなく、L2 以降のカリキュラムや萩法研究会との連携等も視野に入れた東北 LS のカリキュラム全体によって解消すべき問題となる。

6. プログラムの成果

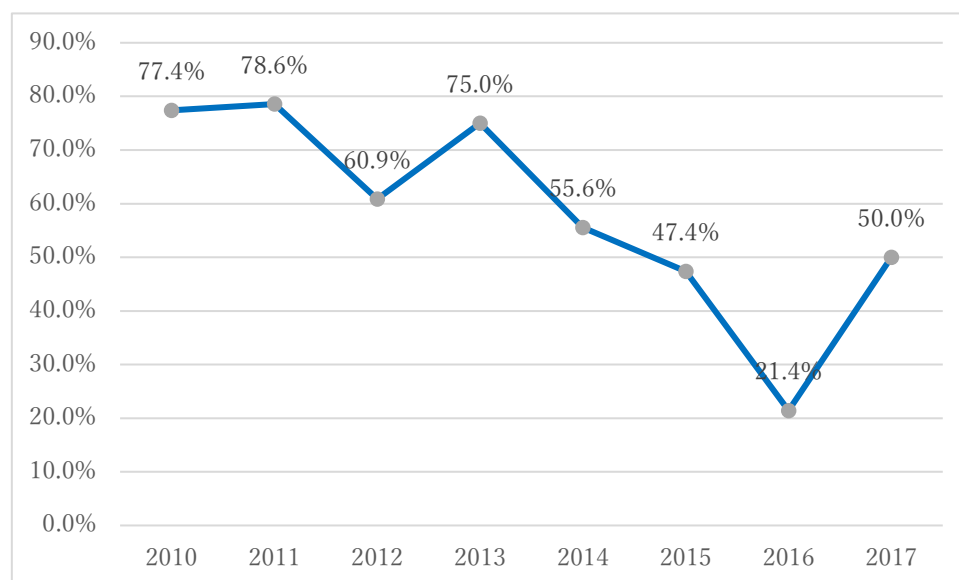
2016 年度の L1 生進級率急落を受けて、2017 年度は、以上のように 3. スタートアップ WS（当時の名称は予習・復習オフィスアワー）、4. アウトプット・オフィスアワー、5. 事例問題の解き方セミナーというプログラムを実施した。それではその成果はどれほどだったのか。

(1) 進級率・成績

まず、L1 から L2 への進級率について 2017 年度は 50%（18 名中 9 名進級）にまで回復した。うち 2017 年未修コース入学者については 12 名中 7 名が進級し 58.3%にまで回復した（【表 12】参照）。

【表 12】 東北 LS・L1 学生進級率

年度	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2017 入学
学生数	31	28	23	16	18	19	14	18	12
進級者	24	22	14	12	10	9	3	9	7
進級率	77.4%	78.6%	60.9%	75.0%	55.6%	47.4%	21.4%	50.0%	58.3%



また、各科目の成績もおおむね上昇した（【表 13】参照）。行政法の開講時期変更や民法のナンバリング変更、また担当教員の交代に伴う授業内容の変更等もあり、全ての科目の平均点がプラスとなったわけではないものの、2016 年度と担当教員が同一であり授業内容や評価基準も同一であることが推察される刑法や民事訴訟法で大きなプラスがみられた。特にスタートアップ WS の対象科目であった刑法は全学生が単位を取得できた（2016 年度は 14 名中 8 名のみ単位取得）。

【表 13】 2016 年度・2017 年度 L1 学生平均点比較

	憲法	民法 1	民法 2	民法 3	民法 4	刑法	行政法	商法	民訴法	刑訴法
2016	70.9	64.5	67.8	73.2	—	58.5	58.0	66.5	58.2	58.4
2017	71.3	76.9	70.2	71.2	76.3	69.3	—	65.7	75.2	65.5
推移	+0.37	+12.4	+2.43	-1.99		+10.7		-0.85	+17.0	+7.10

(2) 学習時間

次に、2017 年度の自習時間を 2(5)と同様、授業評価アンケートの記載を基に算出した。2017 年度前期の自習時間は 1 週間当たり 35.84、授業 1 コマ当たり 5.97 時間となり、また 2017 年度後期の自習時間は 1 週間当たり 46.12 時間、授業 1 コマ当たり 5.77 時間となり（【表 14】参照）、2015 年度並みの数字に回復させることに成功した（【表 15】参照）

なお、東北 LS では 2017 年度から法律基本科目の基礎科目のうち行政法が L1 後期開講から L2 前期開講に変更となった。その結果、L1 後期の履修科目数が減り、1 コマ当たりの平均自習時間は増加する傾向が生じている。

【表 14】2017 年度自習時間調査

① 2017 年度前期

	憲法	民法 1	民法 2	民法 3	刑法	合計
1 コマ 予習時間	2.44	2.25	3.30	3.27	3.38	
週当り 予習時間	2.44	2.25	6.60	3.27	3.38	17.94
1 コマ 復習時間	3.19	2.50	2.93	2.92	3.44	
週当り 復習時間	3.19	2.50	5.86	2.92	3.44	17.91
1 週間 合計	5.63	4.75	12.46	6.19	7.82	35.84
1 コマ当たり平均自習時間：5.97						

② 2017 年度後期

	憲法	民法 1	民法 4	刑法	商法	民訴	刑訴	合計
1 コマ 予習	2.79	2.19	2.41	3.27	3.14	2.65	4.00	
1 週間 予習	2.79	2.19	2.41	3.27	6.29	2.65	4.00	23.60
1 コマ 復習	2.79	2.35	2.77	3.25	2.79	2.50	3.30	
1 週間 復習	2.79	2.35	2.77	3.25	5.57	2.50	3.30	22.53
1 週間 合計	5.85	4.54	5.18	6.52	11.86	5.15	7.30	46.12
1 コマ当たり平均自習時間：5.77								

【表 15】L1 学生自習時間の推移

	2014 前期	2014 後期	2015 前期	2015 後期	2016 前期	2016 後期	2017 前期	2017 後期
1 コマ 平均	5.33	4.49	6.03	5.43	3.97	4.28	5.97	5.77
1 週間 平均	26.65	44.91	36.19	48.91	23.84	38.51	35.84	46.12

(3) プログラム全体の評価

以上のように進級率・成績の観点からは本プログラムが学習のパフォーマンスにプラスの効果を持っていたであろうことが確認された。また、自習時間の増加からして、「学生同士で勉強し合う環境づくり」という 2016 年度末に掲げたプログラムの目標(2. (6))は達成できたと評価できる。

7. 2017 年度以降の課題と展望

以上のような経緯を経て、2016 年度の L1 進級率 20% 台という危機的状況を 2017 年度には脱した。この経験を次年度以降引き継ぐ中で、当初、予習・復習オフィスアワーという名称であったスタートアップ WS

は、2017 年度以降、「修了生オフィスアワー特別会」と改称し、2021 年度には「スタートアップ WS」に名称変更して、完全に制度として定着した。この間、引継ぎがうまくいかず、修了生弁護士が勉強法に関するガイダンスを講義形式で行う形になってしまった時期もあったが、主眼が「勉強し合う環境づくり・勉強会の奨励」にあることを確認し、L1 学生を少人数に分けてゼミ形式（擬似「勉強会」形式）で実施することにこだわり、以降の学生同士の勉強会（自主ゼミ）への促進につなげるように意識している。

また、2. (3) 学部授業聴講制度の失敗が示したように法科大学院の既存のカリキュラムに授業は既に十分に備わっている。

この授業の内容が消化不良であるという学生に対して、新たに予習や復習を課す形で「特別授業」は問題を悪化させるだけである。予習不要のセミナーだったり、正規授業の予習・復習をサポートするものだったり、未修者の教育支援は「授業ではなく作業」を提供することが望ましい。

2017年度以降、東北LSの未修者教育が完全にうまくいっているわけではない。その後も進級率がかつての様な80%台にまで復活するには至っていないし、2021年度の司法試験では未修者の司法試験合格者が0人となってしまった。他方で、その前年の2020年度には、未修出身者の合格率が45.5%を記録し、特に卒業後1年目の合格率は100%となるなど、中長期的には確実に改善している。

中教審（中央教育審議会大学分科会法科大学院等特別委員会）の話題も、現在は、法学部（法曹コース）と法科大学院の連携を狙った3+2や在学中受験といった既修者教育から、再度、未修者教育の改善に移りつつある⁽²⁵⁾。東北LSでも今後もさらなる教育改善がおこなわれるであろう。カリキュラム改革といった授業内容や授業の方式（他大LSの授業の遠隔活用を含む）等のいわゆる「ハード」面での改善も行われるであろう。だが、そのみならず、学生同士の学び合いという「ソフト」の観点もハード面と同等ないしそれ以上に重要である。そして、法科大学院側としては、そのような自主的な勉強会について「自主的」であることを理由に完全に放置するのではなく、法科大学院ないし教員から支援（nudge）するような仕掛けが重要となってくるのではないかと⁽²⁶⁾。

自主的な勉強会の開催だけであれば全

国の法科大学院の未修者の多くは既に実施しているとのことである⁽²⁷⁾。にもかかわらず、全ての勉強会が必ず成果を上げているわけではない。東北LSでも、学習段階が未熟な段階で未修者だけで実施した勉強会のいくつかで成果が出なかったことを理由に自然解散している。学生同士の交流の場、学び合う環境によって生じる社会関係資本には包摂的（inclusive）なものと排他的（exclusive）なものがあり、勉強が順調に進んでいる学生同士であれば排他的・緊密なコミュニティも有用であるが、勉強が順調でない学生同士のコミュニティが排他的であると、勉強に関する正しい情報がいつまでも入ってこないというマイナスが生じる。そこで、勉強会を包摂的なコミュニティとして発展させたいと法科大学院・教員側が考えても、そもそも包摂的な勉強会と排他的な勉強会をきれいに区別することはできない⁽²⁸⁾。包摂的な勉強会のみを作り出すというのは最大の難問である⁽²⁹⁾。

この難問に対して「もっとピクニックにしよう」と答えたのはロバート・パットナムである⁽³⁰⁾。この一見バカげた提案を信じるならば、勉強以外の活動を通じたネットワークを作ることが学生同士の勉強会ひいては学生の学習をよりよいものにしていくのではないかと。それが、コンパなのかスポーツ大会なのかはわからないが⁽³¹⁾。

※ 本稿は科学研究費補助金「法的判断における『良い議論』とは何か」（研究代表：角松生史）（20K20743）の研究成果の一部である。

⁽²⁵⁾ 法科大学院等特別委員会（第105回）（2021年12月21日開催）配布資料3-1、3-2参照

（https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/041/1421098_00004.htm）。

⁽²⁶⁾ 中教審法科大学院等特別委員会では、東北LSの修了生弁護士の活用の様な「補助教員」の活用方法が議論されている（前掲注(25)資料3-2・5頁参照）

⁽²⁷⁾ 梶嶋・前掲注(15)文献10頁。

⁽²⁸⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 23-24; パットナム・前掲注(13)文献21頁。

⁽²⁹⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 363; パットナム・前掲注(13)文献448頁。

⁽³⁰⁾ Putnam, SUPRA note 13, at 414; パットナム・前掲注(13)文献512頁。

⁽³¹⁾ 本稿筆者を含む一部教員は、その一環として、現在、法科大学院の属するエクステンション教育棟二階のテラスでガーデニング活動を行っている。

ベトナムの大学生のための日本の会社法入門

Introduction to Japanese Corporate Law for Vietnamese Students

東北大学大学院法学研究科 教授

得津 晶

東北大学大学院法学研究科 博士後期課程

ヴ・ティ・リン・チ⁽¹⁾

1. 日本法の立ち位置
 2. アメリカ法の影響
 3. 日本社会・経済の中の株式会社の位置づけ
 4. 上場会社の位置づけ
 5. 会社の機関に関するルール
 - (1) 非公開会社の機関設計：広範な定款自治
 - (2) 公開会社の機関設計・1：監査役会設置会社
 - (3) 公開会社の機関設計・2：指名委員会等設置会社（三委員会設置会社）
 - (4) 公開会社の機関設計・3：監査等委員会設置会社
 6. 日本の会社法の目標：なぜモニタリング・ボードを目指すのか？
- 付録：日本の会社法を勉強したい留学生に自習用の教科書の紹介

1. 日本法の立ち位置

まず、日本法の特色を説明します。すでに日本からいらした先生から習っていることの繰り返しになると思います。ですが、復習だと思って聞いてくれると嬉しいです。

世界の多くの国の法律は大陸法系と英米法系に分かれるという話を聞いたことがあると思います。大陸法は条文・制定法を中心に考えていく法制度の国のことです。これに対して英米法は裁判所の判例を中心に法制度を考えていきます。ここでいう「大陸」とはヨーロッパ大陸のことを指します。ですので、ドイツ、フランスは大陸法です。

さて、ベトナムはどちらかといいますと、制定法・条文を中心にしているので、すから大陸法ということになります。ソビエト法・社会主義法の影響が強いとい

う特色があるかもしれません。しかし、大陸法なのか英米法なのかは、制定法中心なのか、判例中心なのかの区分です。英米法では、原則として判例法があり、判例法を基に法の体系を構築します。制定法はこのような体系の例外として作られます。これに対して大陸法では、制定法の条文を中心に体系を整理します。こう考えると、制定法を中心に法律学を学んでいる皆さんのベトナムは大陸法ということになります。

さて、日本はどちらなのかというと少し難しいのです。日本は1868年に、それまでの武家政権・封建主義であった江戸幕府がたおれ、近代中央集権国家が成立したといわれています。そこで、ヨーロッパと同じスタイルの法制度を導入しま

⁽¹⁾ 東北大学法学研究科教授 (tokutsu@law.tohoku.ac.jp)、東北大学大学院前期博士課程学生。本稿は、得津が2020年3月12日にハノイ法科大学で実施したスクーリング（オンライン）の講義ノートを基に、ベトナム法・ベトナム企業の状況についてヴ・ティ・リン・チが調査し、日本法・日本企業の状況と日越の比較・分析については得津が執筆した。なお、本稿の問題意識と共通し、より広く国外の読者を想定したものとして Akira Tokutsu, *Do Corporate Law Reforms Increase Profitability?: the Japanese Context*, *Zeitschrift für Japanisches Recht*, Vol. 24 No.48 111-126 (2019) がある。

す。このときはフランス⁽²⁾、そしてドイツの法律から影響を受けています。ですから、大陸法ということになります。商法・会社法はドイツの法制度の影響を強く受けています。

しかし、日本は第二次世界大戦に負けて、連合軍に統治されました。この連合軍の中心はアメリカです。そのため戦後の法制度はアメリカの影響を強く受けています。たとえば、その代表が日本国憲法です。他にも独占禁止法などがあります。そして、商法・会社法もその1つです。日本の商法は1950年に大きな改正をしました。そこでアメリカの影響を強く受けました。取締役会制度の導入、1株で提訴できる株主代表訴訟制度などです⁽³⁾。

このように、日本の会社法は、もともとドイツ系だったところに、アメリカ法の制度が入ってきました。このような特色を「木に竹を接ぐ」といったりします。日本は、制定法が中心ですので、基本的に大陸法系です。ですが、英米法の影響も強く受けています⁽⁴⁾。会社法はその代表例だということになります。

それでは、具体的にどういうところに影響が出ているのかをこれから見ていきましょう。

2. アメリカ法の影響

株主総会 (shareholders' meeting) があり、そこで取締役 (director; thành

viên Hội đồng quản trị) を選びます。これは、日本でも、ずっと同じです。ただ、第二次世界大戦の前の日本は、ドイツ型のルールをアレンジしたものが株式会社のルールでした。そこでは取締役と監査役が置かれていて、会社の経営を取締役が行い、監査役がそれを監督するというルールです。しかし、第二次大戦後、アメリカの会社法の影響を受けた改正がなされます。そこでは、取締役会

(Board of Directors) という制度が導入され、会社の経営は取締役会の中で選ばれた代表取締役が行うこととなります。そうすると取締役は、代表取締役 (CEO; Chief Executive Officer) を選ぶ人ということになりそうです。そして、代表取締役を選ぶ以上、取締役は代表取締役を監督する職務が出てきます。しかし、そうすると、監査役の仕事と重なってきます。この監査役という制度はアメリカにはないので、日本も当初は廃止しようという動きや、会計の専門家にしようという動きもありました。しかし、結局、監査役制度も残りました。その結果、監査役と取締役会の仕事が重なりかねないことになっています。ここは、日本の会社法の課題の1つです。

ベトナムの株式会社にも、取締役会のほかに監査役会がおかれています (2020

⁽²⁾ 日本の民法は、フランス人法学者であったボワソナードの起草した旧民法が施行されず、日本人の3学者 (穂積陳重、梅謙次郎、富井政章) を中心に起草した現行民法が施行されたことなどによってドイツ法の影響が強いといわれてきました。しかし、近時、現行民法にもフランス法の影響が強く残っていることが指摘され、日本民法の母法はフランス法とする立場が強くなっています。このことを指摘する著名な論文として星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集第1巻』(有斐閣・1970) 69頁以下〔初出：日仏法学3号1—70頁(1965)〕があります。

⁽³⁾ 日本の会社法改正の歴史については神田秀樹『会社法〔第23版〕』(弘文堂・2021) 32—44頁に簡単な解説があります。日本の会社法改正の歴史についてももっとも代表的な研究として共同研究の成果である中東正文＝松井秀征『会社法の選択』(商事法務・2010)があります。

⁽⁴⁾ Legal Origin (法圏) とその国の経済との関係について LLSV (著名な4名の共著者の頭文字を併せてこのように呼ぶ) の一連の研究が著名です。会社法制を取り扱う Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *Law and Finance*, 106 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1113-1155 (1998) at 1118; Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer, *The Economic Consequences of Legal Origins*, 46 (2) JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 285-332 (2008) at 290 では、日本はドイツ系大陸法 (German Civil Law) と扱われているにもかかわらず、倒産法制を扱う Simeon Djankov, Oliver Hart, Caralee McLiesh, and Andrei Shleifer, *Debt Enforcement around the World*, 116 (6) JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1105-1150 (2008) at 1120 では英米法系 (Common Law) と扱われています。このように日本法がどの法圏に属すると評価できるのかは難しい問題です。

年ベトナム会社法 137 条 1 項 a 号)⁽⁵⁾。会社を経営する社長または総社長は取締役会で選ばれます (2020 年ベトナム会社法 162 条)。そして取締役会には社長または総社長による日常的な経營業務運営を管理する権限が認められます (ベトナム会社法 153 条 2 項 k 号)。他方で、監査役会にも取締役会や社長・総社長の会社の管理・運営を監査する権限が認められています (ベトナム会社法 170 条 1 項)。日本と似ていますね。この会社の日常的な経營業務運営の管理と会社の管理の監査とはどのように区別されるのでしょうか。取締役会と監査役会の役割分担は、日本と同じく問題になってくるのではないのでしょうか。この話は、複雑ですので、後に回しましょう。

3. 日本社会・経済の中の株式会社の位置づけ

まず、「株式会社」といった場合のイメージについて確認しましょう。日本には、なんと約 260 万もの株式会社があります。日本には、有限会社というベトナムの有限責任会社 (công ty trách nhiệm hữu hạn) に相当するものが 2005 年までありました。しかし、有限会社は、廃止され、すべて株式会社になりました。

【種別・資本金別会社数⁽⁶⁾】

	1000 万円以下	1000 万円超 1 億円以下	1 億円超 10 億円以下	10 億円超	合計	構成比
株式会社	2, 203, 324 社	336, 529 社	14, 422 社	5, 286	2, 559, 561 社	92. 8%
合名会社	3, 196 社	144 社	2 社	1 社	3, 343 社	0. 1%
合資会社	13, 059 社	473 社	7 社	1 社	13, 540 社	0. 5%
合同会社	112, 327 社	757 社	97 社	15 社	113, 196 社	4. 1%
その他	51, 426 社	16, 122 社	657 社	575 社	68, 780 社	2. 5%

これに対してベトナムには株式会社 (công ty cổ phần) とは別に有限責任会社が残されています。株式会社が 13 万社なのに対して有限責任会社は 47 万 6000 社と有限責任会社が株式会社の 3 倍以上あります⁽⁷⁾。つまり、日本の株式会社の数の上での多数は、ベトナムという有限責任会社に相当するものです。

ベトナムには 2019 年時点で 66 万社の企業があります⁽⁸⁾。ベトナムでは企業を①国営企業 (2, 109 社 [0. 31%])、②民間国

内企業 (国営企業でも外国資本企業でもない企業。647, 632 社 [96. 88%])、③外国資本会社 (18, 762 社 [2. 81%]) の 3 つに分類します。そして、②民間国内企業を、有限責任会社 (475, 942 社 [71. 2%])、株式会社 (130, 512 社 [19. 52%])、合名会社 (công ty hợp danh 892 社 [0. 13%])、私人企業 (doanh nghiệp tư nhân 別個独立した法人格のない個人商人。40, 286 社 [6. 03%]) に分類しています。

⁽⁵⁾ ベトナム会社法 137 条 1 項 a 号は監査役設置義務を定めます。ただし同条同項同号第 2 文は株主数が 11 人未満かつ支配株主が存在しない株式会社に限って監査役を設置しないことを認めています。

⁽⁶⁾ 会社標本調査結果令和元年度版 14 頁 (<https://www.nta.go.jp/publication/statistics/kokuzeicho/kaishahyohon2019/pdf/kekka.pdf>)。

⁽⁷⁾ ベトナム統計総局・Số doanh nghiệp đang hoạt động có kết quả sản xuất kinh doanh tại thời điểm 31/12 hàng năm phân theo loại hình doanh nghiệp (毎年 12 月 31 日現在生産および業績を有する事業の種類別の事業企業数 [2019 年 12 月 31 日]) (<https://www.gso.gov.vn/px-web-2/?pxid=V0506>) から。

⁽⁸⁾ ベトナムの 2019 年企業白書によれば企業数は 71 万社とある (JETRO のウェブサイト [<https://www.jetro.go.jp/biznews/2019/08/92acc47f9a3cbdc.html>])。

ベトナムのすべての企業を足し合わせても、日本にはその約4倍もの株式会社があります。日本の人口は、約1億2000万人 (126.8 million) とされています。これに対して、ベトナムの人口は、約9500万人 (95.54 million) です。日本のほうがベトナムよりも人口が多いのですから、株式会社が多いのも当たり前です。しかし、人口は、約1.25倍なのに、株式会社だけでも会社の数は約4倍です。

たしかに、日本のほうがベトナムよりも経済力が高いです。2017年のGDP (国内総生産; Gross Domestic Product) を比べると、日本は5兆650億ドル (5.065trillion USD) なのに対して、ベトナムは2619億ドル (261.9 billion USD) です。ですが、これは物価が違う以上、当然です。やはり、日本の株式会社数は、ベトナムの規模と比べてものすごく多いのです。

日本で有名な株式会社といえばトヨタ自動車やソニーのような大会社があります。しかし、いくらなんでも260万社も世界に誇れる大会社が日本にあるわけではありません。260万社のほとんどすべては小さな会社です。1人で経営している会社や家族だけで経営している会社がほとんどです。つまり、日本では、個人がビジネスをする場合も、ほとんどが株式会社になります。ここが重要です。日本では、株式会社といった場合、大会社を指すとは限りません。ベトナムでは有限責任会社であるような小規模な会社もすべて株式会社になっているのです。

日本にも、合名会社、合資会社、合同会社という会社もあります。特に、合同会社は、株式会社と同じく社員が有限責任で、比較的小規模のビジネスのために用意された会社でした。そして、最近は合同会社の利用が増えているといわれています。しかし、それでも、日本では、小規模なビジネスでも株式会社で行われる場合が多いのです。これはアメリカ法の影響の1つです。ドイツ法から有限会社という小規模の有限責任の制度を導入され、50%の会社は有限会社を利用していました。しかし、有限会社を廃止してすべて株式会社にしました。アメリカに

は、株式会社と有限会社という分類はありません。この結果、日本の株式会社の圧倒的多数は閉鎖会社であり、小規模会社です。このことを忘れないでください。

これに対して、ベトナムでは、小規模な会社の多くは有限責任会社になっているのではないのでしょうか。もちろん小規模な株式会社もあると思います。しかし、そういう会社は敢えて株式会社を選んでいるのだから、株式会社向けの厳格なルールが適用されてもしょうがないといえるかもしれません。これに対して、日本の株式会社のルールは閉鎖会社向けのルールも必要になるのです。

4. 上場会社の位置づけ

おそらく、大規模な会社の1つの指標は、証券取引所で株式の取引されている上場会社であるか否かだと思います。日本の上場会社の数は3825社だそうです⁽⁹⁾。これに対して、ベトナムの上場会社数は752社です⁽¹⁰⁾。アメリカのニューヨーク証券取引所 (New York Stock Exchange: NYSE) の上場企業数は2,356社、ナスダック市場 (NASDAQ) の上場企業数は3,098

社です。中国の上場会社数は、2,500社といわれています。日本の上場企業は、アメリカに比べれば少ないということもできます。しかし、かなり多いことには間違いないです。

そして、日本の上場会社の特色は、数が多いだけでなく、支配株主が少ないという側面があります。株式所有が分散しているといわれます。少し古い資料ですが、以下の表を見てください。

【株式所有構造】

東アジア諸国の上場会社の支配株主の有無

国名	企業数	分散保有	支配株主	支配株主の属性			
				同族	政府	分散保有会社	金融機関
香港	330	7.0	93.0	66.7	1.4	19.8	5.2
インドネシア	178	5.1	94.9	71.5	8.2	13.2	2.0
日本	1,240	79.8	20.2	9.7	0.8	3.2	6.5
韓国	345	43.2	56.8	48.4	1.6	6.1	0.7
マレーシア	238	10.3	89.7	67.2	13.4	6.7	2.3
フィリピン	120	19.2	80.8	44.6	2.1	26.7	7.5
シンガポール	221	5.4	94.6	55.4	23.5	11.5	4.1
台湾	141	26.2	73.8	48.2	2.8	17.4	5.3
タイ	167	6.6	93.4	61.6	8.0	15.3	8.6

(S. Claessens et al. Journal of Financial Economics 58 (2000) 103)

⁽⁹⁾ 日本取引所ウェブサイト「上場会社数・上場株式数」(2022年2月3日現在)
(<https://www.jpx.co.jp/listing/co/index.html>) より。

第一部	第二部	マザーズ	JASDAQ スタンダード	JASDAQ グロース	Tokyo Pro Market	合計
2,183 社 (1)	474 社 (1)	425 社 (3)	658 社 (1)	35 社 (0)	50 社 (0)	3,825 社 (6)

(カッコ内は外国会社)

⁽¹⁰⁾ VERAC「ベトナム上場企業データベース」(<https://www.verac-vn.com/listed-company-db/>) を参照しました。ベトナムには①ハノイ証券取引所 (HNX [Hanoi Stock Exchange])、②ホーチミン市証券取引所 (HOSE [Ho Chi Minh Stock Exchange])、③HNX が所有する UPCOME (Unlisted Public Company Market) 取引所の3つの証券取引所があります。このうち③UPCOME 取引所は非上場の公開会社の証券の取引所市場とされているため (ハノイ証券取引所に上場していない公開会社の株式取引市場を仕組みと管理に関する規則の公布について 2017年6月20日付けのハノイ証券取引所の決定 455/QĐ-SGDHN 号の2条4項)、このうちベトナムで「上場会社」とは①HNX および②HOSE に上場している会社を指す。

2019年時点で①～③で証券が取引される会社数は以下の通りである (ハノイ証券取引所「ハノイ証券取引所の年次報告 2019年」[2019] 38、45 頁、ホーチミン市証券取引所「ホーチミン市証券取引所の年次報告 2019年」[2019] 23 頁)。

取引所	HNX	HOSE	UPCOME
会社数	365 社	378 社	875 社

西ヨーロッパ諸国の上場会社の支配株主の有無

国名	サンプル数	分散保有	支配株主	支配株主					
				家族	政府	分散保有会社	金融機関	その他	持合
オーストリア	99	11.11	88.89	52.86	15.32	0.00	8.59	11.11	1.01
ベルギー	130	20.00	80.00	51.54	2.31	0.77	12.69	12.69	0.00
フィンランド	129	28.68	71.32	48.84	15.76	1.55	0.65	4.52	0.00
フランス	607	14.00	86.00	64.82	5.11	3.79	11.37	0.91	0.00
ドイツ	704	10.37	89.63	64.62	6.30	3.65	9.07	3.37	2.62
アイルランド	69	62.32	37.67	24.63	1.45	2.17	4.35	5.07	0.00
イタリア	208	12.98	87.01	59.61	10.34	2.88	12.26	1.20	0.72
ノルウェー	155	36.77	63.23	38.55	13.09	0.32	4.46	4.54	2.27
ポルトガル	87	21.84	78.16	60.34	5.75	0.57	4.60	6.90	0.00
スペイン	632	26.42	73.57	55.79	4.11	1.64	11.51	0.47	0.05
スウェーデン	245	39.18	60.82	46.94	4.90	0.00	2.86	5.71	0.41
スイス	214	27.57	72.43	48.13	7.32	1.09	9.35	6.31	0.23
イギリス	1,953	63.08	36.92	23.68	0.08	0.76	8.94	3.46	0.00
合計	5,232	36.93	63.08	44.29	4.14	1.68	9.03	3.43	0.51

(M. Faccio & L.H.P. Lang Journal of Financial Economics 65 (2002) 379)

各国の株式保有構造(2006年)					(単位%)
	米国	日本	ドイツ	フランス	イギリス
家計	38.9	18.1	13.8	5.8	12.8
企業	NA	20.7	36.4	12.5	2.7
公的セクター	0.4	0.3	2.1	12	0.1
非金融セクター 計	39.3	39.1	52.3	30.3	15.6
銀行	0.2	14.3	10.8	8.7	3.4
保険企業・年金ファンド	26.8	11.1	4.2	7.1	27.4
投資ファンド・その他金融機関	23.4	7.5	12.9	13.2	13.6
金融セクター 計	50.4	32.9	27.9	29	44.4
その他(外国人)	10.1	28	19.7	40.7	40
計	100	100	100	100	100

アメリカは事業会社間の株式保有を控除して集計したデータを用いている

(FRB, Flow of Funds Accounts of the United States - Annual Flows and Outstandings, FESE, Share Ownership Structure in Europe ほか)

先進国でも、多くの国は、上場会社でも親会社のような支配株主が存在します。有名なのは、中国の国有企業や韓国の財閥 (Chaebol) です。ヨーロッパも、大企業には支配株主が存在するケースが多いです。例えばドイツの有名な自動車会社 Volkswagen 社の株式の 50.73% は、ポルシェ自動車持株会社 (ポルシェ・オートモビル・ホールディング SE; Porsche Automobil Holding SE [Societas Europaea, EU に登記した会社]) が保有しており、このポルシェ自動車持株会社というのはポルシェ創業家一

族 (ポルシェ家とピエヒ家) が 100% 保有している会社なのです。つまり、VW 社も、ポルシェ家という一族が支配しているのです。これに対して、日本の大企業には支配株主がいません。中には、日立製作所の子会社である日立金属が上場している親子上場のケースがあります。しかし親会社である日立製作所には支配株主は存在しません。このように、大企業に「支配株主」が存在しないというのが日本の特色です。第二次世界大戦の前にあった「財閥」というものはもはや力を失っています。

このような分散型所有の特徴のある国は世界では少数派です。しかし、先進国にも 2 つだけあります。それが、アメリカとイギリスです。アメリカやイギリスは日本よりも大株主が少なく、より分散しているといわれます⁽¹¹⁾。このように株

⁽¹¹⁾ アメリカの株式所有構造が分散していることを指摘するもっとも有名な研究が Adolf A. Berle and Gardiner C. Means, THE MODERN CORPORATION AND PRIVATE PROPERTY (1932 rev. ed. 1967) です。そのほか先

式所有構造の点でも、日本はアメリカと似ているのです。

しかし、日本とアメリカとの間にも違いはあるといわれています。それが、アメリカでは、株式を保有しているのは個人やファンドが多いのに対して、日本では、他の会社が他の会社の株式を持っているケース（株式持ち合い・法人株主）が多いということです⁽¹²⁾。ですが、この違いも徐々に相対化しています。アメリカでは、個人が直接株式を保有するよりも、Blackrock や Fidelity のような大規模なファンドが株式を保有し、個人は、そのようなファンドの持分を買うというケースが増えています⁽¹³⁾。日本では、事業をやっている会社が株式を保有するケースが減り、外国のファンドや個人の株式保有が増えています⁽¹⁴⁾。日本では、株式持ち合いは減り、アメリカと日本とは近づいていっているように見えます。

法律に関して上場会社について説明すると、日本では、上場会社には会社法だけでなく、金融商品取引法が適用されます。これは他の国では証券法（security law）といわれている法律です。証券法は、元来は、証券市場（security market; stock market）の取引を公正にするための規制です。しかし、今は、公開買付（tender offer bid）に対する規制などもあり、上場会社のための会社法という側面もあります。

5. 会社の機関に関するルール

日本の株式会社法の特徴を簡単に説明します⁽¹⁵⁾。

まず、日本の会社法は株式会社を株式譲渡制限がついているか否かで大きく分けています。株式譲渡の際に、会社（取締役会）の許可が必要な会社を非公開会社といいます。会社の許可なしに株式譲渡ができる会社は公開会社と会社法上定義されています。

(1) 非公開会社の機関設計：広範な定款自治

非公開会社については、会社の機関設計は会社が自由に選択することができます。取締役会を設置することすら必要ではありません。ベトナムの有限責任会社は、取締役会を設置する必要はありません。そういう意味では、日本の株式会社はベトナムの有限責任会社も含んでいるのです。次のページに、公開会社を含めた日本の株式会社の機関設計の選択肢をチャートにしたものを添付しました。間違っても、皆さんが最初に勉強すべき事項ではありません。ものすごく複雑だということだけわかってほしくて作りました。たくさん選択肢があるということはそれだけ自由だということです。

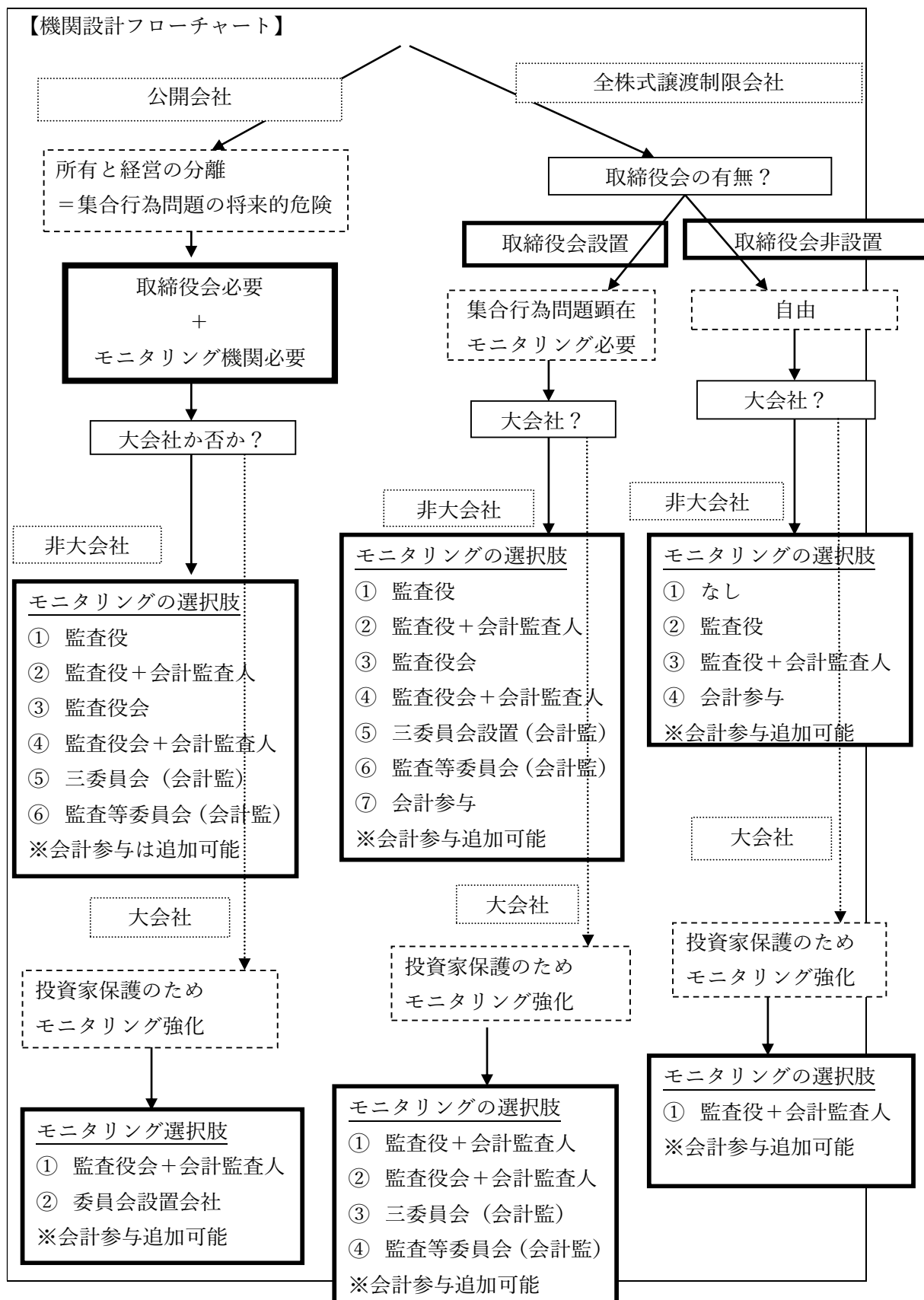
進各国の株式所有構造を分析した代表的な研究として Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Shleifer, *Corporate Ownership Around the World*, 54 (2) JOURNAL OF FINANCE, 471-517 (1999) at 474-480 があります。

⁽¹²⁾ 日本の上場会社株式の多くを法人（他の会社）が保有していることの問題点を指摘する著作として代表的なものは奥村宏『最新版・法人資本主義の構造』（岩波書店・2005）〔旧版として、『法人資本主義の構造－日本の株式保有－』（日本評論社・1975）、『新版法人資本主義の構造』（社会思想社・1991）〕があります。

⁽¹³⁾ このことを指摘する代表的な論文は Ronald J. Gilson and Jeffrey N. Gordon, *The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights*, 113(4) COLUM. L. REV. 863-927 (2013) です。

⁽¹⁴⁾ 東京証券取引所ほか「2020年度株式分布状況調査結果の概要」（2022年1月21日）9頁表8参照（<https://www.jpx.co.jp/markets/statistics-equities/examination/nlsgeu000005nt0v-att/report2020.pdf>）。

⁽¹⁵⁾ 日本の会社法について詳しく勉強したい場合は末尾について付録の教科書リストを参考にしてください。

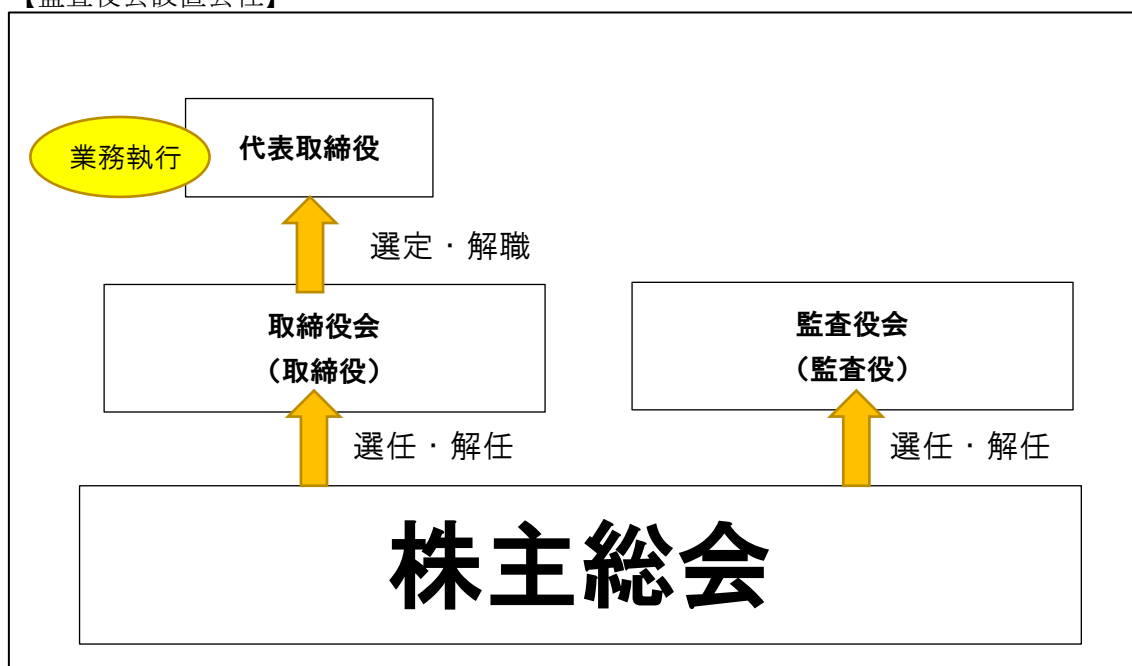


(2) 公開会社の機関設計・1：監査役会設置会社

これに対して、公開会社では、株式が自由に譲渡される制度になっているので、誰が株主になるかわかりません。ですから、少数派株主を保護するために、経営者を監視するためのルールが用意されています。取締役会を設置しなくてはならないというのはその1つです。

日本の大規模な公開会社や上場会社では、3つのパターンがあります。伝統的なのは、取締役会と監査役会のある会社です。この場合は、株主総会で取締役と監査役を選任します（会社法 329 条 1 項・341 条）。そして、取締役会で今度は代表取締役を取締役の中から選びます（会社法 362 条 2 項 3 号）。そして会社の経営者となるのは代表取締役です。

【監査役会設置会社】



「社長」や「CEO」という言葉（ベトナム法では「Giám đốc」や「Tổng Giám đốc」など）は、日本の株式会社法上の機関ではありません。社長が代表取締役であることが多いというだけです。

さて、このパターンで困るのは、取締役会と監査役会の役割分担です。取締役会は、代表取締役を選ぶほか（会社法 362 条 2 項 3 号）、会社の重要なビジネス（業務執行）の決定（会社法 362 条 2 項 1 号）と代表取締役によるビジネス（業務執行）の監督（会社法 362 条 2 項 2 号）を行います。これに対して、監査役会は、代表取締役と取締役のビジネス（業務執行）の監査を行います（会社法 381 条 1 項）。ここで、取締役会と監査役会で役割が重なってくるという問題が生じるのです。

ただし、伝統的な日本の会社では、取締役会は、社長である代表取締役の部下である従業員がなることが多かったのです。そこでは、社長のビジネス（業務執行）の監督よりも社長と一緒にビジネス（業務執行）の決定をする役割が重視されていました（マネジメント・ボード [management board] とよばれます）。そして、監査役が、ビジネス（業務執行）を監督するとされていました。これは、アメリカとは全く異なる構造です。

ただし、監査役の監督は、あくまで法令違反があるか否かに限られているといわれていました。また、仮に代表取締役のビジネス（業務執行）に問題があったとしても、監査役は、代表取締役や取締役を解任すること（クビにすること）はできません。そもそも取締役を選ぶのは

株主総会で、代表取締役を選ぶのは取締役会だからです。

(3) 公開会社の機関設計・2：指名委員会等設置会社（三委員会設置会社）

アメリカの会社法には監査役がありません。なので、経営者を監督するのは取締役会だとされています。アメリカでは、取締役は、経営者を選び、そして、経営者のビジネスを監督する機関だとされていました（モニタリング・ボードといいます）⁽¹⁶⁾。そのため、取締役会はほぼ全員が社外の独立取締役（independent director）とされています。取締役を従業員が務めることもありません。

日本の従来型の会社では取締役会は代表取締役の部下なので、代表取締役を監視することは期待できません。しかし、監査役には、経営者である代表取締役をクビにする権限がありません。

そこで、2002 年会社法改正で、新たな機関設計が導入されました。これが監査役を廃止して、取締役が経営者の監視を行う指名委員会等設置会社です。

株主総会で取締役を選任します。そして、取締役会で、会社の経営を行う執行

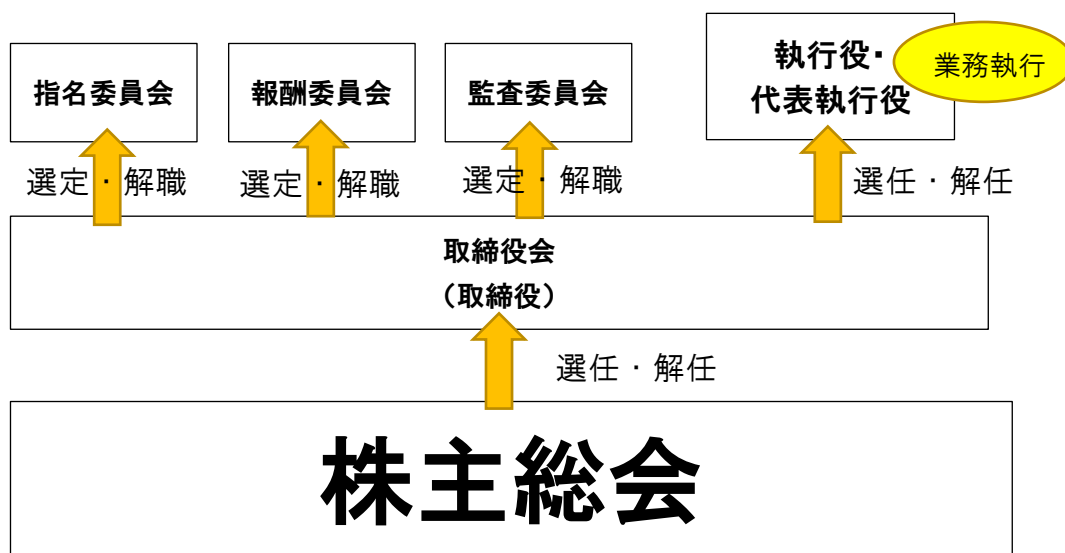
役・代表執行役を選びます。執行役や代表執行役は取締役である必要はありません。この執行役や代表執行役が会社のビジネス（業務執行）を行います。

そして、ビジネスの監視をするのが取締役会です。ビジネスがうまくいっていないければ、取締役は経営者である執行役を首にすることができます。ここが監査役会設置会社との違いです。まさにアメリカの制度に近い制度です。

さらに、その取締役の中から指名委員会、報酬委員会、監査委員会を設けます。指名委員会は、取締役の任期が切れたときに、株主総会で次の取締役選任をする際の候補者をえらびます（会社法 404 条 1 項）。報酬委員会は取締役と執行役の報酬を決定します（会社法 404 条 3 項）。そして、監査委員会が、ビジネスに違法行為など不適切な点がないのかを監督します（会社法 404 条 2 項）。

取締役のほぼ全員が社外取締役である必要はありません。しかし、この 3 つの委員会の過半数は社外取締役（outside director）である必要があります（会社法 400 条 3 項）。

【指名委員会等設置会社（三委員会設置会社）】



⁽¹⁶⁾ アメリカにおけるモニタリング・ボード化を提唱した代表的な研究として Melvin A. Eisenberg, THE STRUCTURE OF THE CORPORATION: A LEGAL ANALYSIS (1976) があります。

このアメリカ型の指名委員会等設置会社を日本の会社は「選択」できるようにしました。日本の会社がこのような制度を導入することが強制されたわけではありません。選びたい会社が導入するというものです。

そして、この指名委員会等設置会社は人気がありませんでした。日本の上場会社は3700社ほどあると先ほど説明しましたが、2020年3月で76社しか採用していません。不人気の理由は、報酬委員会や指名委員会で決定すると、取締役の候補者や報酬が決定され、取締役会全体で覆せないのは硬直的すぎるという点が挙げられていました。アメリカでも、取締役会の中で、指名委員会や報酬委員会を設けるのが通常ですが、委員会で決定したことを取締役会で覆すことは可能です。

アメリカの場合は、取締役会全体でも独立取締役が圧倒的多数なのに対し、日本の場合は取締役会全体では社内者（従業員出身者）が多いという違いがあるため、アメリカのような制度にはできなかったのです。しかし、この硬直性が不人気の理由でした。これを解決すべく導入されたのが次の監査等委員会設置会社です。

(4) 公開会社の機関設計・3：監査等委員会設置会社

2002年改正で導入した指名委員会等設置会社があまりに不人気だったので、日本の上場企業では、取締役会をビジネスの決定の場からビジネスの監視の場へと移行する動きはあまり進みませんでした。

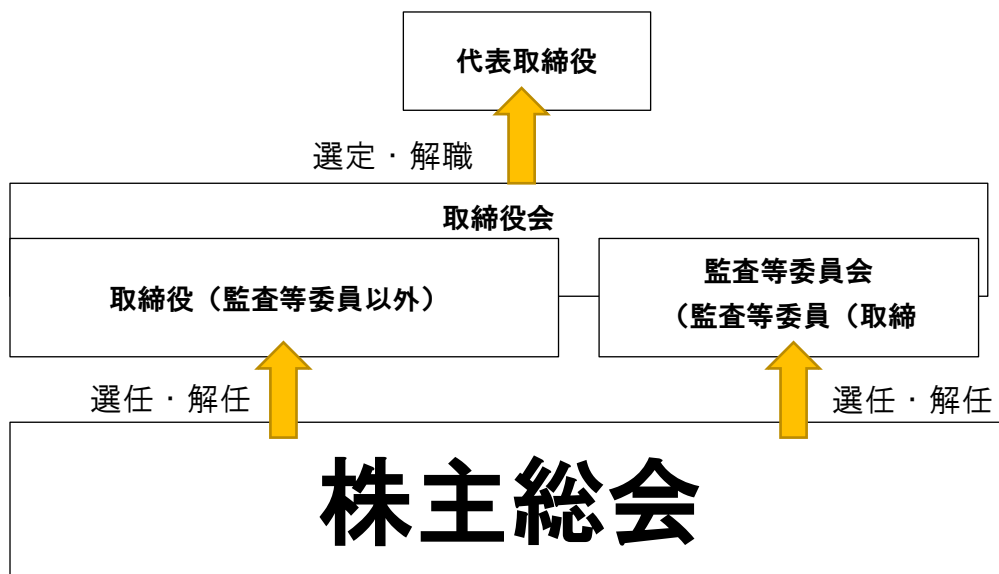
そこで、もっと、取締役会をビジネス監視に特化しようという動きを加速させるために導入したのが2014年の監査等委員会設置会社です。

監査等委員会設置会社でも監査役は置かれませんが、取締役会でビジネスの監視をするからです。中でも過半数が社外取締役（会社法331条4項）の監査等委員会を中心となってビジネスの監視を行います（会社法399の2第3項1号）。

そして、指名委員会等設置会社の反省を踏まえ、設置する委員会は監査等委員会のみとします。指名委員会や報酬委員会は置かれませんが、その代わり、監査等委員会が、取締役候補者の選別や報酬の決定について意見を述べるができることとしました（会社法342の2第4項、会社法361条6項）。ここで、あくまで「意見を述べるができる」としてあるのがポイントです。監査等委員会に決定権限まで認めてしまうと、指名委員会等設置会社のように不人気になってしまうからです。あくまで意見を述べるができるにとどまります。この意見を述べることで、実際に報酬や取締役候補者の選択に関与してもらうことを期待しています。そのほか、監査等委員も取締役ですから、取締役会で議決権を行使することもできます。これが監査役との違いです。

経営者である代表取締役は取締役会で選びます。ここでも監査等委員が取締役会で議決権を行使できるので、一定の影響力を及ぼすことができます。

【監査等委員会設置会社】



この監査等委員会設置会社は、日本の上場企業にも受け入れられました。現在では上場会社 3700 社中約 1000 社が監査等委員会設置会社を選択してくれています。

【日本の上場会社の機関設計⁽¹⁷⁾】

監査役 会社 設置 会社	指名委 員会等 設置 会社	監査等委 員会設 置 会社	合計
2,574 社	76 社	1,016 社	3,666 社

6. 日本の会社法の目標：なぜモニタリング・ボードを目指すのか？

さて、ここまできて、なぜ、日本はアメリカの様に変わろうとしているのか疑問に思いませんか？なぜ、取締役会をビジネスの決定の場から、ビジネスの監視の場に代えたいのだろうか疑問に思いませんか？

これには理由があるのです。別に、単にアメリカの真似をしたいというわけではありません。

皆さんもご存知かもしれませんが、最近、日本の経済は、昔ほど成長していません。日本の会社に勢いがありません。本日の授業で、最初に、トヨタ自動車やソニーの例を挙げました。皆さんはこの2つの会社をご存知でしょうか。そのほかに日本の会社を知っていますか。今、世界で一番勢いのある会社といえば、Google（アルファベット社；Alphabet）、アップル（Apple）、フェイスブック（facebook）、アマゾン（Amazon）のGAFAというアメリカの企業ではないでしょうか。もしくは、Baidu, Alibaba, Tencentといった中国企業かもしれません。最近、日本企業は昔のようなイノベーションを起こせていないことが、日本でも問題になっています。

その原因は、一時期、日本の規制が重すぎるからだといわれていました。そこで「規制緩和」（deregulation）が行われました。しかし、規制緩和を続けても日本の景気が良くなる気配がありません。東京オリンピックで今少し勢いがありますが、昔の様に、日本企業が世界に先駆けて新商品・新サービスを生み出すようなことができていません。

⁽¹⁷⁾ 日本取引所ウェブサイト「コーポレート・ガバナンス情報サービス」
<http://www.jpx.co.jp/listing/cg-search/> より作成（2020年3月11日）。

そこで、最近の日本の政府は、規制緩和だけでは日本企業は強くなれないと考えるようになりました。それではどこが問題なのでしょう。政府が考えたのは、日本企業の経営者に問題があるのではないかということでした。特に、従来からあるような上場会社の経営者に問題があると考えようになりました⁽¹⁸⁾。

日本の上場会社で出世するには、ミスせず、多くの従業員から人気があり、揉め事を調整できるような人材だといわれていました。こういう調整能力の高い人が社長になっていったのです。しかし、こういう人は、会社で新しいビジネスを始めようというリスクをとるような人ではありません。新しいビジネスを始めれば、ミスはつきものです。また、新しいビジネスに大成功した場合も、会社のビジネスが大きく変わります。従業員は、これまで働いていたところと異なるところで働く必要が出てきます。場合によってはリストラ（解雇）もあるかもしれません⁽¹⁹⁾。それは長い間同じところで働いていた従業員にとっては嫌なことです。このような新しいビジネスを始めるような人は、従業員からも人気がなくなり社長には選ばれないようになっていました。

そこで、ちゃんと新しいビジネスを始めるような人材が社長になってもらうようにしようというのが今の政府の考え方です。そもそも社長や取締役を選ぶ方法に問題があったのではないかと考えるようになりました。

ところで、会社法は、そもそも株主総会で取締役を選ぶと定めているわけで、従業員が社長を選ぶわけではありません。何の問題もないように見えます。

しかし、上場会社の場合は、株主が分散していて、実際に株主総会で意見を合わせて今の取締役・代表取締役をクビにしようと動くことはありません。今日の授業で最初に説明しました。日本の上場会社には支配株主がいないのです。そして、株式を少ししか持っていない株主は一生懸命、取締役をクビにしようとは思いません。なぜなら自分の議決権だけでは過半数が取れないからです。一生懸命、他の株主を説得しようと思うと、お金と時間がかかります。それで会社の経営がうまくいっても、自分が持っている株式の割合はわずかです。会社の利益が増加しても、そのうちのわずかな分しか受け取れません。それなら時間とお金をかけて、取締役を交替にしようとは思えません。法律では株主総会がいつでも取締役を解任できると定めてあるのですが、株主総会に期待するのは無理です。

そこで、株主総会に出る取締役の候補者の選び方や報酬について、経営者（代表取締役）からは独立した者に、会社の業績に従って、決定してもらえば、今までとは大きく変わるのではないかと考えるようになりました。そして、取締役の候補者を選んだり、代表取締役を選んだりするのは取締役会の権限です。そこで、今までの取締役が今まで通り従業員の中で評価されている人を選んでいてはいつまでたっても日本の経営者はリスクをとらずに調整のうまいだけの人間が選ばれ続けます。これを変えようというのが、取締役会を経営者の監視の場にしようという動きです⁽²⁰⁾。

取締役の報酬も同じです。取締役の報酬は株主総会が決定すると会社法に定めてありますが（会社法 361 条 1 項）、株主総会ではあくまで全員分の上限額しか決

⁽¹⁸⁾ このことを明確に指摘するのは、安倍晋三政権による日本経済再生本部『「日本再興戦略」改訂 2014—未来への挑戦—』（2014 年 6 月 26 日）4 頁の「まずは、コーポレートガバナンスの強化により、経営者のマインドを変革し」という記述です。研究者の立場から明快に指摘する著名な論文が江頭憲治郎「会社法改正によって日本の会社は変わらない」法律時報 86 巻 11 号（2014）60 頁です。

⁽¹⁹⁾ 日本では、解雇権濫用法理という判例法理によって整理解雇（会社の経済的事実を理由とする解雇）は一定の場合に制限されています。その代わり、配転（従業員の配置転換）はかなり使用者（会社）の自由にできるようになっています。また、整理解雇が制約されているといっても、完全に禁止されているわけではありません。

⁽²⁰⁾ この問題を検討する代表的な研究が津野田一馬『役員人事の法制度—経営者選解任と報酬を通じた企業統治の理論と機能』（商事法務・2020）1—560 頁です。

めません。個別の取締役の報酬は取締役会（最判昭和 60・3・26 判時 1159 号 150 頁）や代表取締役（最判昭和 31・10・5 集民 23 号 409 頁、最判昭和 58・2・22 判時 1076 号 140 頁）が決めてよいというのが日本のルールです。報酬も、経営者・代表取締役から独立した立場から、きちんと会社の業績に応じて決めようというのが今の動きです⁽²¹⁾。

このように見ていくと、監査役ではなぜダメなのかが見えてきます。監査役には取締役の候補者を決定する権限はありません。代表取締役を選ぶ権限もありません。取締役の報酬を選ぶ権限もありません。監査役は、あくまで法令違反の有無をチェックするだけです。それでは、リスクをとらない人間やミスをしないう人間が代表取締役になる今の実務を変えることができないのです。

これが、今の日本の会社法改正の進んでいる方向です。ほかに、2019 年の会社法改正は、上場会社は社外取締役を最低 1 名以上設置することが必要とする条文を導入しました（2019 年改正会社法 327 条の 2）。

法律のほかにも、ソフトローとしてスチュワードシップコードやコーポレートガバナンス・コードが策定されています。これらは、法律ではないものの、金融庁など政府の関与の下に作成されたもので実務における影響力の強いものです。

コーポレートガバナンス・コードは、コーポレートガバナンスの規制を強化して日本企業の収益力を上げていこうという発想に基づくもので、証券取引所の上場規則に取り込まれることで拘束力が認められます。これに対して、スチュワードシップコードは機関投資家に対するもので、上場会社を直接の名宛人とはしていません。ですが、スチュワードシップコードは最終受益者である機関投資家への出資者・受益者の利益となるように投

資先企業と対話して企業価値の向上を目指すものです。

しかし、このような法律やルールによって、会社が新しい商品や新しいサービスを生み出すことを支援できるかは実は定かではありません。本来、新しい商品や新しいサービスを誕生させるのは自由市場です。規制はなければならないほど望ましいのが自由市場だったはずですが、日本の会社法がやろうとしていることは規制強化によって、「稼ぐ力」を復活させようというものです⁽²²⁾。

このような試みが政府の思うようにうまくいくのかどうか、日本の会社法にとって今一番注目されている問題です。

付録：日本の会社法を勉強したい留学生に自習用の教科書の紹介

- ・ はじめて日本の会社法の勉強をする学生でも簡単に通読できる簡単な教科書
 - 中東正文＝白井正和＝北川徹＝福島洋尚『会社法（有斐閣ストゥディア）〔第 2 版〕』（有斐閣・2021）
 - 神田秀樹編『ここだけ押さえる！会社法のきほん〔第 2 版〕』（ナツメ社・2020）〔条文の引用がなく制度を理解することを第一に考えたスラスラ読める教科書です〕
- ・ 日本法の理解についてある程度の水準にある学生が通読する信頼できる教科書
 - 伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『会社法〔第 5 版〕（LEGAL QUEST）』（有斐閣・2021）
 - 高橋美加＝笠原武朗＝久保大作＝久保田安彦『会社法〔第 3 版〕』（弘文堂・2020）
 - 神田秀樹『会社法〔第 23 版〕』（弘文堂・2021）
 - 田中亘『会社法〔第 3 版〕』（東京大学出版会・2021）

⁽²¹⁾ この問題を検討する代表的な研究が津野田・前掲注(20)文献 561－787 頁〔初出は法学協会雑誌 132 巻 11 号 2082－2174 頁（2015）、133 巻 1 号 52－130 頁（2016）〕です。

⁽²²⁾ このことが最も明確に表れているのが、「日本再興戦略」2014・前掲注(18)文献 4 頁以下です。そのほか、「日本再興戦略-JAPAN is BACK-」（2013 年 6 月 14 日閣議決定）3 頁など。

- ・ 分からないことがあった場合に調べるために利用できる信頼できる教科書
 - 江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣・2021）〔この本が引用している文献・論文を調べていくとよい〕

廃棄物処理法における不法焼却禁止の例外事由該当性

——東京高判令和2年8月20日高検速報（令和2年）211頁——

東北大学大学院法学研究科 助教

今井 康介

I はじめに

II 東京高判令和2年8月20日高検速報（令和2年）211頁

1 事案の概要

2 判旨

III 評釈

1 不法焼却罪の構造——焼却の原則禁止と例外的許容——

2 施行令14条4号「やむを得ない」について

(1) 従来の裁判例の分析

(ア) 高松地判平成30年5月31日 LEX/DB 25564821

(イ) 高松高判平成30年9月13日判例集未掲載（平成30年（う）第111号）

(ロ) 広島高判令和元年7月25日裁判所ウェブサイト

(2) 本判決の分析

(3) 検討

3 施行令14条5号「軽微なもの」について

(1) 従来の裁判例の分析

(ア) 仙台高判平成22年6月1日判例集未掲載（平成22年（う）第5号）

(イ) 福岡高宮崎支判令和2年1月28日判例集未掲載（令和元年（ろ）第1号）

(2) 本判決の分析

IV おわりに

I はじめに

廃棄物の野焼きが不法焼却罪¹⁾で起訴された事案において、同罪の成否が争われるケースは少なくない。なぜなら、廃棄物処理法は原則として廃棄物の焼却を禁止する一方、一定の例外的場合には、焼却を許容しており、この判断を事案ごとに、個別具体的に判断しなければならないからである。本稿で評釈する事件も（東京高判令和2年8月20日高検速報

（令和2年）211頁（令和2年（う）第245号））、焼却禁止の例外に該当するかが争われた事例である（以下「本判決」という。）²⁾。

本判決は、焼却禁止の例外を定める施行令に該当するかが争われた裁判例として、データベースを除くと、判例集に掲載される最初の事例であり、今後の刑事実務における参照価値が高いことが予想されるため、検討を加える。

¹⁾ 本稿は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律を「廃棄物処理法」、廃棄物処理法16条の2及び25条1項15号違反を「不法焼却罪」、廃棄物の処理及び清掃に関する法律施行令を「施行令」とよぶ。

²⁾ 本判決の評釈として、島本元氣「判批」捜査研究843号（2021年）2頁以下が参考になる。本事件は、最決令和2年12月16日判例集未掲載（令和3年（あ）第1303号）が、上告を棄却し、確定。

II 東京高判令和2年8月20日高検速報 (令和2年) 211頁

1 事案の概要

被告人は、法定の除外事由がないのに、被告人方敷地内で、廃棄物である竹、柿の木の枝等を焼却したとして、不法焼却罪で起訴された。被告人は、施行令14条4号あるいは5号が適用され不法焼却罪は成立しない、あるいは可罰的違法性が欠けると主張したが、原審である千葉地判令和2年1月10日(平成30年(わ)第1900号)はこれらの主張を否定し、被告人を罰金20万円に処した。

そこで被告人は、原審が施行令14条4号にいう「やむを得ない」の検討に際し「環境負荷」及び「経済合理性」を考慮する点は容認できない、施行令14条5号に関し、原判決が「キャンプファイヤー」の程度への検討を行わないのは公権的解釈と整合しない、として控訴した。そうしたところ、東京高裁は施行令の適用に関し、次のように判示した。

2 判旨

1 施行令14条4号について

…(中略)…

(2) しかし、当裁判所も、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却は施行令14条4号には該当しないと判断する。

ア 同号は、その文言や課長通知の例示ぶりから、廃棄物処理法16条の2第3号のうち主として「社会の慣習上やむを得ないもの」としての除外事由を定めたものと受け止めることができる。同条は、いわゆる野焼きに対する取締りの実効性を図るなどの目的で、平成12年の法改正で設けられた規定であるところ、「農業者が行う稲わら等の焼却、林業者が行う伐採した枝条等の焼却、漁業者が行う漁網に付着した海産物の焼却」などと課長通知が例示するような焼却は、それぞれの事業に伴って生じる廃棄物を、農地、

山林、海岸等その発生場所で焼却する場合には、周辺環境への支障が生じるおそれが少なく、これらの発生場所が一般民家等の人の居住地と離れた場所であれば、市町村の収集などによる通常の処理にもなじまないと考えられることから、従前農業等を営むために行われていたこれらの焼却が、周辺環境への支障を生じるおそれがあるにもかかわらず、社会慣習上やむを得ないものとして受容されてきたことを踏まえ、除外事由と定められたものと解される。したがって、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却が施行令14条4号に該当するか否かの判断に当たっては、それが社会慣習上やむを得ないものとして許容される域にあるかどうかの判断が重要であるものと解される。

イ なお、原判決は被告人が竹の生育は専ら緑地保全のためであったと述べていると指摘するが、その供述は質問に応じて一定規模の竹林を保全する必要性を強調しているにすぎず、必ずしもタケノコの販売は農家としての被告人の活動に無関係であるといった趣旨を述べていないものと受け取れる。原審における被告人質問によれば、被告人は、梨を主体に梅、柿、ミカンなどを生産し、市場を通し、あるいは直接に販売しているところ、年間30kgくらいと多量ではないがタケノコの販売も行っているのはその一環であるとも考えられ、タケノコ自体の販売金額の小ささや現在の販売先が近隣に限られるということを考慮に入れても、被告人が業としてタケノコ採取を行っているという合理的な疑いを否定したとうかがわれる原判決の認定には疑義がある。また、原判決は、本件竹の焼却と本件柿の木の枝等の焼却それぞれについて別々に施行令14条4号該当性を検討するととどまっているが、社会慣習を考慮するこ

の除外事由の趣旨を考えると、被告人による焼却行為を一体として考慮する視点も必要であろうと考えられる。

ウ そこで、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却行為をみると、これらは、被告人方敷地内において発生した廃棄物であるものの、被告人は、敷地は広いとはいえ、周辺に一般民家、畑、資材置き場等が混在する旧来の住宅街にある所有地内で、重機を使って長径約2.3m、短径約1.8m、深さ約0.8mの穴を掘り、約20.5kgの竹と約4.25kgの柿の木の枝等を一緒に入れ、ガスバーナーで点火して約30分間にわたって燃やしたというものである。課長通知の例示は、こうした周辺地域の状況の中での焼却を許容する趣旨ではないと解されるし、焼却の態様及び規模等を考えると、周辺環境への支障が生じるおそれが少ないともいえない。一般的にみても、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却が周辺の住民から承認されるとは考え難く、これが社会慣習上やむを得ないものとして受容されるというレベルのものではないことは明らかである。また、被告人方のあるa市では、竹は、長さ50cm×直径30cmの束として燃やすごみの収集対象となっており、木の枝は、長さ50cm×直径30cm程度の束として燃やすごみの、太さ10cm以下の木・木の枝は、長さ2m×直径30cmの束として大型ごみの、それぞれ収集対象となっている。さらに、原判決も指摘するとおり、公共機関であるa市クリーンセンターへ持ち込む手段や、近隣の業者に高額ではない金額で受け入れてもらう手段もあり、農業を営み、竹の間伐も行い、重機も操れる被告人にとってこれらの手段をとることが困難ともいえないことから、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却は、対象物が市町村による収集にな

じむかどうかという観点でも、課長通知が例示する焼却とは前提が異なり、社会慣習上やむを得ないものとして受容される域内には収まらないと解される。

以上から、被告人による本件の焼却行為は、施行令14条4号の除外事由に当たる疑いはないものと判断される。

2 施行令14条5号について

… (中略) …

(2) しかし、当裁判所も、本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却は施行令14条5号には該当しないと判断する。

ア 同号は、その文言上、廃棄物処理法16条の2第3号のうち「周辺地域の生活環境に与える影響が軽微であるもの」としての除外事由を定めたものと受け止めることができる。弁護人は、課長通知の例示にある「キャンプファイヤー」と比較して本件の焼却の規模は軽微であるとするが、課長通知において別途例示されている風俗慣習上又は宗教上の行事に関連する廃棄物の焼却に該当する場合は別として、施行令14条5号にいう「軽微」については、廃棄物処理法16条の2第3号から、周辺地域の生活環境に与える影響におけるそれを意味し、社会通念上たき火と理解し得る程度の規模を指すものと解され、課長通知にいうキャンプファイヤーも同程度の規模のものを想定しているものと解される。

イ 本件の焼却行為は、前記1(2)ウで指摘したとおりであり、被告人方の敷地は広いとはいえ、一般民家、畑、資材置き場等が混在する旧来の住宅街に位置し、民家は、道路を隔てて東側、竹林越しの南及び西側に隣接している。被告人は、そのような環境において、重機を使って穴を掘り、合計25kg近い竹や柿の木の枝等を約30分間にわたって燃やし、付近を警ら中の警察官が煙が立ち上るのを

現認したというのであるから、このような焼却は、その規模において社会通念上たき火と理解し得る程度を超えているといえる上、周辺地域の生活環境に与える影響においても社会通念上たき火と理解できる程度に軽微といえないことは明らかである。

したがって、被告人による本件の焼却行為は、施行令14条5号の除外事由に当たる疑いもないものと判断される。

III 評釈

1 不法焼却罪の構造——焼却の原則禁止と例外的許容——

廃棄物処理法16条の2は、廃棄物の焼却を禁止している（同条違反の罰則は25条1項15号）³⁾。この規定は、廃棄物の焼却を、全員一律に禁止することで、火災の危険のみならず、焼却によるダイオキシンなど有害物質の発生を防止することを目的として⁴⁾、廃棄物処理法2000年改正⁵⁾により導入されたものである。規定は、次のとおりである。

第十六条の二 何人も、次に掲げる方法による場合を除き、廃棄物を焼却してはならない。

一 一般廃棄物処理基準、特別管理一般廃棄物処理基準、産業廃棄物処理基準又は特別管理産業廃棄物処理基準に従って行う廃棄物の焼却

二 他の法令又はこれに基づく処分により行う廃棄物の焼却

三 公益上若しくは社会の慣習上やむを得ない廃棄物の焼却又は周辺地域の生活環境に与える影響が軽微である廃棄物の焼却として政令で定めるものの

条文から分かるように、廃棄物処理法は、あらゆる焼却行為を禁止するのではなく、一定の場合には焼却行為を許容している。すなわち、①廃棄物処理基準に従って行う焼却（16条の2第1号）、②他の法令又はこれに基づく処分により行う廃棄物の焼却（同条第2号）、③公益上若しくは社会の慣習上やむを得ない廃棄物の焼却又は周辺地域の生活環境に与える影響が軽微である廃棄物の焼却として政令で定めるもの（同条第3号）は、焼却禁止の例外として許容されるのである。

具体例を挙げると、①としては清掃工場における焼却（環境省令で定める構造を有する焼却施設を用いて、環境大臣が定める方法により行う焼却）、②としては家畜伝染病予防法に基づく患畜の死体焼却、③としてはどんど焼き等の地域行事における不要となった門松等の焼却が挙げられる⁶⁾。

実務上、①に関しては、処理基準が適用される者や処理基準が、廃棄物処理法（さらに施行令と施行規則）に規定されており、また②についても、他法に焼却の要件が定められていることから、例外事由該当性が直接的に争われるケースは少ないように思われる。ところが③に関しては、「社会の慣習上やむを得ない」、「生活環境に与える影響が軽微」な

³⁾ 不法焼却罪の概要については、城祐一郎『特別刑事法犯の理論と捜査 2』（立花書房、2014年）202頁以下、生活経済事犯研究会「生活経済事犯に関する捜査上のポイント 第5回」捜査研究784号（2016年）94頁以下、安富潔『特別刑法入門 2』（慶應義塾大学出版会、2019年）141頁以下参照。

⁴⁾ 緒方由紀子編著『廃棄物・リサイクル・その他環境事犯 捜査実務ハンドブック』（立花書房、2018年）27頁、今井康介「不法焼却罪の量刑における構成要件外結果の考慮」高橋則夫＝松原芳博編『判例特別刑法 第4集』（日本評論社、2022年刊行予定）。

⁵⁾ 吉野智「改正 廃棄物処理法の運用について（中）」捜査研究593号（2001年）73頁以下が、2000年改正について詳しく、本件原審の千葉地裁も、判決文中で同文献に言及している。

⁶⁾ 廃棄物処理実務研究会編『廃棄物処理実務便覧 8』（第一法規、加除式）6001頁以下、廃棄物処理実務研究会編『通知で納得！条文解説廃棄物処理法』（第一法規、2009年）6061頁以下、廃棄物処理法編集委員会編『廃棄物処理法の解説』（日本環境衛生センター、第14版、2020年）391頁以下参照。

ど、文言解釈の余地が存在し、許される焼却か評価が分かれる事態が生じやすい。この問題に対応するため、焼却禁止の例外に関連して、次のような施行令14条（焼却禁止の例外となる廃棄物の焼却）が定められている。本事件は、4号と5号の適用が問題となる。

第十四条 法第十六条の二第三号の政令で定める廃棄物の焼却は、次のとおりとする。

- 一 国又は地方公共団体がその施設の管理を行うために必要な廃棄物の焼却
- 二 震災、風水害、火災、凍霜害その他の災害の予防、応急対策又は復旧のために必要な廃棄物の焼却
- 三 風俗慣習上又は宗教上の行事を行うために必要な廃棄物の焼却
- 四 農業、林業又は漁業を営むためにやむを得ないものとして行われる廃棄物の焼却
- 五 たき火その他日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却であつて軽微なもの

さらに廃棄物の焼却禁止に関しては、環境省生活衛生局水道環境部環境整備課長通知（平成12年9月28日衛環78号（以下「課長通知」）が出されており、本件判決文中でもこれについて言及されている。課長通知では、施行令14条4号・5号に関連しうるケースとして、次のような例が挙げられている。

第十二 廃棄物の焼却禁止

- 一 焼却禁止の規定は、これまで行政処分では適切な取締りが困難であった悪質な産業廃棄物処理業者や無許可業者による廃棄物の焼却に対して、これらを罰則の対象とすることにより取締りの実効を上げるためのものであることから、罰則の対象とすることに馴染まないものについて、例外を設けていること。

したがって、焼却禁止の例外とされる廃棄物の焼却についても、処理基準を遵守しない焼却として改善命令、措置命令等の行政処分及び行政指導を行うことは可能であること。

…（中略）…

七 農業、林業又は漁業を営むためにやむを得ないものとして行われる廃棄物の焼却としては、農業者が行う稲わら等の焼却、林業者が行う伐採した枝条等の焼却、漁業者が行う漁網に付着した海産物の焼却などが考えられること。

なお、生活環境の保全上著しい支障を生ずる廃ビニールの焼却はこれに含まれるものではないこと。

八 たき火その他日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却であつて軽微なものとしては、たき火、キャンプファイヤーなどを行う際の木くず等の焼却が考えられること。

以上のような廃棄物処理法と施行令の規定、それに関連する課長通知を前提として、検討を行う。本事件において、被告人は廃棄物の焼却を、施行令によって許容されている焼却であると主張した。すなわち農家を営む被告人は、竹、柿の木の枝等を焼却しているが、施行令14条の4項により、農業を営むために「やむを得ない」ものとして許容され、そうでなくとも施行令14条5号の定めるような軽微な焼却にすぎないから、不法焼却罪は成立しないというのである。以下ではまず14条4号該当性を検討し、その後14条5号該当性の検討を行う。

2 施行令14条4号「やむを得ない」について

本件で問題となった施行令14条4号の適用に関し、原審、東京高裁ともに施行令の適用を否定したものの、判断方法は異なるものと

なった。以下では、まず従来の裁判例においてどのようにして「やむを得ない」が判断され、いかなる判断がなされてきたか、3つの裁判例を参照し、それを踏まえて本判決の意義を明らかにしたい。

(1) 従来の裁判例の分析

(ア) 高松地判平成30年5月31日 LEX/DB 25564821

高松地判平成30年5月31日は、農業に携わる被告人が、田んぼで、家屋の解体現場で発生し、(無償で)持ち出した畳20枚を、一晚かけて燃焼させたとして不法焼却罪に問われた事案である。ここでは、施行令14条4号及び5号の該当性が争われ、次のような判示がなされた。

法が例外的に許容する焼却(法16条の2第3号、同法施行令14条4号又は5号)とは、生活環境への影響が軽微であることを前提として、農業等や日常生活を営む上で通常行われるものとして焼却を認める必要性が高い場合に限られると解すべきである。

これを前提として本件についてみると、本件量は夜間から相当時間にわたって燃焼し、翌朝に至っても白煙が上がり燃え続けている状況だったことに加え、焼却に係る量の量も相当多く、実際に付近住民から警察に通報がされていることも併せて考えると、火が更に燃え上がるなどして付近の通行人等への危険を生じさせる現実的な可能性が

認められる。そうすると、焼却場所が被告人方の田んぼだったことや、本件証拠上焼却によって明らかな有害物質が生じるとまでは認められないことを踏まえても、生活環境への影響が軽微だったとはいえない。その上、畳を焼却することで農業用の肥料となる草木灰を作る行為は、肥料を撒く行為と同視できないことはいうまでもなく、社会通念上、農業等や日常生活を営む上で通常行われるものとして焼却を認める必要性が高いとも認められない。そうすると、被告人以外の者も同様の行為をしていたなどの弁護人が指摘する事情があったとしても、本件焼却行為については、法が例外的に許容する焼却(法16条の2第3号、同法施行令14条の4又は5号)のいずれにも当たらないというべきである。

ここでは「やむを得ない焼却」として、生活環境への影響の軽微性を前提に、焼却の必要性、すなわち、農業等や日常生活を営む上で通常行われるものとして焼却を認める高い必要性があることが要求されている。

(イ) 高松高判平成30年9月13日判例集未掲載(平成30年(う)第111号)

これに対し高松高判平成30年9月13日(=(ア)の控訴審判決)は、次のように判示して、生活環境への影響の軽微性を不要としつつ、農業活動との関連性を重視して、施行令14条4号該当性を否定した⁷⁾。

⁷⁾ 高松高裁は、施行令14条4号は、軽微なものと文言にないから、軽微であることを要求する原審の法解釈には疑問があるとする。また本事件原審である千葉地裁も、「検察官は、施行令14条4号に該当するためには、廃棄物の量が軽微なものといえることが必要であると主張する。しかしながら、同号の規定には軽微性に関する文言は明記されていないし、該当性が明らかな『農業者が行う稲わら等の焼却、林業者が行う伐採した枝条等の焼却、漁業者が行う魚網に付着した海産物の焼却など』の量が軽微なものであるはずがない。」として、軽微性を要求してはならないとする。

しかし次のような理由から、疑問がある。廃棄物処理法16条の2第3号は、α「公益上若しくは社会の慣習上やむを得ない廃棄物の焼却」、又はβ「周辺地域の生活環境に与える影響が軽微である廃棄物の焼却」として、「政令で定めるもの」としており、政令である廃棄物処理施行令ではαもしくはβに該当する行為の具体化が行われている。つまり施行令14条1～3号はαを定め、4～5号はβを定めている。そうすると施行令14条4号の文言には、たしかに「軽微なもの」という要素が文言上は要求されていないが、廃棄物処理法16条の2第3号βの部分により、軽微性が前提とされていると解される。

また実際上の結論としても、農業や林業または漁業を営むのにやむを得ないのであれば、いかに大量の焼却であっても、つまりいかに甚大な環境破壊を引き起こしても良いとすることは、不法焼却罪の制定趣旨に反する解釈となりかねない。

検討するに、廃棄物処理法 16 条の 2 第 3 号は、廃棄物の焼却禁止に対する除外事由として、「公益上若しくは社会の慣習上やむを得ない廃棄物の焼却」と「周辺地域の生活環境に与える影響が軽微である廃棄物の焼却」を定め、その具体的内容を政令に委任している。これを受けて、施行令 14 条 4 号は、「農業、林業または漁業を営むためにやむを得ないものとして行われる廃棄物の焼却」と定めているが、他法で、同条 5 号は、「たき火その他日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却であって軽微なもの」と定めており、同条 4 号は「軽微なもの」という文言を含んでいない。これらの規定に照らせば、同号について、生活環境への影響が軽微であることが要件であると解することは困難であり、原判決の上記解釈には疑問がある。

しかし、家屋の解体工事により排出された量は、農業とは何ら関係のない廃棄物であり、それを自己の田に持ち込んで焼却する行為が、同号の「農業を営むためにやむを得ないものとして行われる」場合に当たるとはいえないことは明らかであるから、本件行為が同号に該当しないとした原判決の結論は相当である。

(7) 広島高判令和元年 7 月 25 日裁判所ウェブサイト

さらに広島高判令和元年 7 月 25 日⁸⁾は、被告人が、自宅敷地内の雑木を伐採して、野積みした後、その一部を被告人の管理する田や敷地で焼却した事案において、焼却行為は施行令 14 条 4 項に該当するとの主張がなされた事案である。広島高裁は、次のように判示して、施行令の適用を否定した。ここでも、「やむを得ず」の判断において、農業や林業などの事業活動との関連性が重視されているように思われる。

所論は、本件焼却行為は農業及び林業を営む被告人が、その管理する山林を保全するとともに被告人宅の敷地内にある農業機械を収納する倉庫を守るため、やむを得ず伐採し焼却したものであるから、本件焼却行為は廃棄物処理法施行令 14 条 4 号の「農業、林業・・・を営むためにやむを得ないものとして行われる廃棄物の焼却」に該当し、廃棄物処理法 16 条の 2 第 3 号により焼却禁止の対象から除外されると主張する。

しかしながら、前示のとおり、本件伐採は林業の一環として行われたものではなく、また、田での稲わらの焼却のように、農業を営む上でやむを得ないものとして行われたものでないことも明らかであるから、所論は失当であり、この点の原判決にも誤りはない。

(2) 本判決の分析

それでは、本事件ではどのように理解されたのであろうか。まず本件の原審である千葉地判令和 2 年 1 月 10 日は、次のように判示している。

施行令 14 条 4 号が定める「農業、林業又は漁業を営むために」行われる廃棄物の焼却とは、農業、林業または漁業等の第 1 次産業に伴って必然的に発生する廃棄物の焼却であり（以下「伴事業性」という。）、さらに、①発生場所における焼却であるか、②生活環境の保全上支障を生ずるおそれが少ないか、③廃棄物の発生量、発生場所などから市町村の収集などによる通常の処理になじまないかの観点（以下「環境負荷」及び「経済合理性」という。）から「やむを得ないもの」と認められるか検討する必要があると解される。

ここでは、施行令 14 条 4 号が、「農業、林業又は漁業を営むため」と、「やむを得ない」に分割され、前者から導かれる伴事業性とい

⁸⁾ 今井康介「判批」新・判例解説 Watch26 号（2020 年）313 頁以下、野村健太郎『量刑の思考枠組み』（成文堂、2020 年）194 頁以下（＝刑事法ジャーナル 63 号（2020 年）114 頁以下）、警察実務研究会「判批」『警察実務重要裁判例 令和 2 年版（警察公論 75 巻 11 号付録）』（立花書房、2020 年）115 頁以下、阿部鋼「判例による自治体コンプライアンス（45）」月刊廃棄物 594 号（2020 年）42 頁以下、江原伸一『生活安全警察 110 判例』（東京法令出版、改訂版、2021 年）154 頁以下参照。

う要件と、後者の「やむを得ない」という要件で区別した考察が行われ、後者は場所、環境負荷、経済合理性などの観点から判断されることが明らかにされている。そして竹の焼却については、前者である伴事業性が無いことを理由として、柿の木の焼却については、通常の処理になじまないとはいえないとして後者の要件である「やむを得ない」該当性が否定されている。

以上のような千葉地裁の判断を東京高裁の判断と比較した場合、次の2つの点で違いがある。

第1の違いは、伴事業性を問題とするかである。東京高裁は、「本件竹及び本件柿の木の枝等の焼却が施行令14条4号に該当するか否かの判断に当たっては、それが社会慣習上やむを得ないものとして許容される域にあるかどうかの判断が重要であるものと解される。」とし、伴事業性を問題とすることなく、「社会慣習上やむを得ないものとして受容される域内には収まらない」としている⁹⁾。

また第2の違いは、許されない焼却かを評価する単位である。東京高裁は、竹と柿の木をあわせた1つの焼却、焼却行為一体を評価対象としている。これに対し、千葉地裁は、竹の焼却と柿の木の枝の焼却をそれぞれ個別に14条4号該当性の検討を行い、竹の焼却については伴事業性が欠け、柿の木の枝の焼却については、通常の処理になじまないとはいえないとして、14条4号該当性を否定している。

そして以上のような差異と、これまでの裁判例の判示をあわせて考えた場合、本判決の意義は、次の2つの点に存在するように思われる。すなわち第1に、施行令14条4号の「やむを得ない」について、社会慣習の観点

から許容されるか否かを判断すべきことを明言した点である。これは従来の裁判例や、本件原審では見られなかった基準であり、新たな判断基準として重要となる。

第2に、これまでの裁判例において（筆者の調査が及ぶ範囲内において）、複数の種類の物を同時に燃やした事案において、施行令14条4号の焼却の例外事由の判断方法は、廃棄物ごとに判断するのか、全体として判断するのか必ずしも明らかでなかったように思われる。そのような中、東京高裁は、焼却物ごとに施行令該当性を判断するのではなく、焼却した物全体として施行令該当性を判断すべき事を明らかとしており、今後の実務における評価方法として参考となろう。

(3) 検討

それでは東京高裁の判断をどう評価すべきであろうか。まず、よく似た文言である「やむを得ず」という表現が用いられている刑法37条における緊急避難と比較してみよう。

刑法の緊急避難においては、やむを得ない内容として、他にとるべきより侵害の少ない手段が存在しないこと、いわゆる「補充性」が要求されることが一般的であるところ、本件東京高裁は、施行令14条4号の「やむを得ない」について、緊急避難の意味での補充性を要求しておらず、この意味で、本判決は妥当である。というのも、「他にとるべき手段が存在しない」という意味で施行令14条4号の理解を行うと、例えばおよそ処理する業者（廃棄物処理業者）の存在しない種類の廃棄物を焼却するような、極めて限定的な場合にしか、焼却が許容されなくなってしまうからである。また、「やむを得ない」という要素を緩やかに解釈したとしても、「農業、林業

⁹⁾ 島本・前掲注2) 9頁以下は、本判決が「伴事業性」の要否について言及していない理由について、「伴事業性」に言及しなくても、本件焼却が許容されないという結論を導く事ができると考えたからであり、「農業、林業又は漁業を営むために」という文言との関係でどのような要件が必要とされるのかについては、今後の裁判例に委ねられているものと評価する。

または漁業を営むため」という点でさらに限定解釈する余地も残されているのであるから、刑法の緊急避難の規定のように、狭く解釈する必然性も乏しいといえよう。

しかし一方で、本判決が「やむを得ない」かを、社会慣習から判断するという方法をとる点には、疑問が残る。というのも、社会慣習というものは、場所や時期によって大きく異なり、基準としての明確性が不十分だからである。廃棄物の焼却は、たとえ小規模であっても火災の危険やダイオキシン発生の危険性が高い。それにもかかわらず、社会の慣習となつてさえいれば、たとえ火災の危険が高くても、また、たとえダイオキシンを発生させても問題がないと解することはできない。

近年は、不法焼却罪が制定された2000年と異なり、焼却による煙害の危険の問題が指摘されるようになってきている。例えば、野焼きにより発生する悪臭や刺激臭、PM2.5発生、付着した放射性物質飛散（ただし廃棄物処理法2条1項は、放射性物質及びこれによって汚染された物を規制対象から除いている）、煙による交通事故発生の危険等があげられる¹⁰⁾。そして、かかる被害や危険を防ぐのが不法焼却罪の規定であるとする¹¹⁾、以前から繰り返し行われ社会慣習となっているという理由で、不法焼却罪を否定するのは、不当であるように思われる。別の言い方をすると、野焼きという有害で悪い社会慣習を改めるために

制定されたのが不法焼却罪であり、社会慣習を前提に不法焼却が許されるかを考えるのでは、かかる悪習慣を是正することはできないと思われる。

むしろ、判断基準の明確性という観点からは、——原審である千葉地裁が採用していたように——伴事業性を前提に、①発生場所における焼却であるか、②生活環境の保全上支障を生ずるおそれが少ないか、③廃棄物の発生量、発生場所などから市町村の収集などによる通常の処理になじまないかの観点（環境負荷及び経済合理性）を判断する方が適切な判断方法であろう。

次に、焼却物の種類ごとに14条4号該当性を判断するのではなく、焼却した物を全体として判断すべきとした点について検討を行う。焼却物をひとまとめに評価する方法、すなわち廃棄物を全体として見る方法は、混合した廃棄物の不法投棄が問題となる事例の処理を想起させるものである。

最決平成18年2月28日刑集60巻2号269頁（混合投入事件）¹²⁾は、一般廃棄物である汚泥と、産業廃棄物である汚泥を混合して収集・運搬し、処理施設に搬入した事案につき（一般廃棄物のみの搬入は適法であった）、不法投棄罪の成立を認めた。そこでは投入された汚泥全体について不法投棄罪の成立が認められている。また大阪地判平成18年8月18日LEX/DB 28115303¹³⁾は、不法投棄罪の成立

¹⁰⁾ 野焼きの影響については、富山一ほか「野焼き発生の時間分布調査および稲作残渣野焼きによる大気汚染物質排出量の日変動推計」大気環境学会誌52巻4号（2017年）105頁以下、好野奈美子ほか「野焼きを想定した雑草の燃焼による放射性セシウムの動態」環境放射能除染学会誌6巻2号（2018年）91頁以下、伏見暁洋「最近の大気中PM2.5の起源と稲わら等の野焼きの影響」国立環境研究所ニュース36号（2018年）5頁以下等参照。

¹¹⁾ 不法焼却罪を、ある程度高温で廃棄物を変化させることにより周辺環境への影響を発生させる犯罪（この意味で、不法投棄罪とは環境に影響を与える態様に差があるにすぎない）と捉え、周辺環境への影響を広く解する私見（今井康介「廃棄物処理法における不法焼却罪の構造」早稲田法学会誌64巻2号（2014年）157頁以下及び今井・前掲注4）参照。もっとも、廃棄物の焼却を見るため野次馬が集まった場合における、野次馬が集まることのような間接的な影響は、周辺環境への影響に含まれないと解すべきであろう。

¹²⁾ 長井圓「判批」NBL834号（2006年）25頁以下、小名木明宏「判批」刑事法ジャーナル10号（2008年）157頁以下、阿部鋼「判批」法学新報115巻3＝4号（2008年）261頁以下、多和田隆史「判解」『最判解 刑事篇 平成18年度』（法曹会、2009年）182頁以下、岡部雅人「判批」高橋則夫＝松原芳博編『判例特別刑法』（日本評論社、2012年）288頁以下（＝法律時報79巻10号（2007年）97頁以下）、芝田麻里「判批」いんだすと29巻2号（2014年）28頁以下、江原・前掲注8）146頁以下参照。

¹³⁾ 江原・前掲注8）148頁以下参照。

を認める際、廃棄物処理法上の「廃棄物」ではない残土等も含め、投棄物全体が廃棄物処理法上の「廃棄物」であるとしている。

このような実務における処理を前提とすると、東京高裁の焼却した物を全体として評価するという方法は、不法投棄罪との整合性という観点から、十分に理由のある方法であると考えられ、どのような種類の物を燃焼したかという点は、量刑において個別的に考慮されることになろう。

3 施行令14条5号「軽微なもの」について

東京高裁は、施行令14条4号に該当することを否定した上で、14条5号該当性も否定した。この点をどう考えるべきであろうか。14条5号該当性を否定した2つの事例と比較しつつ、検討を行うことにする。

(1) 従来の裁判例の分析

(ア) 仙台高判平成22年6月1日判例集未掲載(平成22年(う)第5号)

仙台高判平成22年6月1日¹⁴⁾は、不法焼却罪の成否が争われた事案において、廃棄物処理法16条の2にいう「焼却」の意義が争われ、さらに廃棄物処理法施行令の14条5号に該当するとの主張が行われた事案である。仙台高裁は、「焼却」に該当するとした上で、次のように判示して、施行令14条5号該当性を否定した。

現場の周辺には木材があり、型枠が炎を出して燃え、白煙が約5メートルの高さまで達していた

のであるから、周辺の木材に火の粉が付くなどして延焼の危険が少なからず存在したといえる。そうすると、本件廃材の重量が約1.1キログラムと少量であり、焼却しようとした容器も小さいものであるものの、本件焼却が、たき火その他日常生活を営む上で行われる廃棄物の焼却ではない上、本件廃材から白煙が地上5メートルくらいまで立ち上がり、一面にうっすらと広がり、原判示の家屋新築工事現場周辺にも焦げ臭いにおいが漂っていたというのであるから、周辺地域への影響が軽微ということはできない。したがって、本件焼却は廃棄物処理法施行令14条5号に該当しない。

ここでは、「軽微なもの」に該当するか問題となり、延焼の危険があり、また白煙が一面にうっすらと広がり、焦げ臭い匂いが漂っているような場合には、軽微ではないと評価されている。もっとも、判断基準については明らかでない。

(イ) 福岡高宮崎支判令和2年1月28日判例集未掲載(令和元年(ろ)第1号)

福岡高宮崎支判令和2年1月28日は、電気製品であるスピーカー1台(焼却残量約1.85kg)を廃棄する目的で焼却した事案において、施行令14条5号の該当性が問題となった事案である。原審¹⁵⁾が、本件焼却行為が軽微なものであるかを判断するまでもなく、廃棄物処理法施行令14条5号に該当しないとしたのに対し、福岡高裁宮崎支部は、次のように判示して、軽微なものに当たらないとした。

本件焼却行為は、木くず等の自然物を焼却するものではなく、不要となった電気製品であるスピ

¹⁴⁾ 同判決では、「焼却」に関する部分が、高刑速(平成22)号267頁に掲載されているものの、施行令14条5号の適用に関する部分は掲載されていない。そのため、判例集未掲載として引用を行った。同判決については、宮地裕美「判批」研修746号(2010年)108頁以下、警察実務研究会「判批」『警察実務重要裁判例 平成23年版(警察公論66巻8号付録)』(立花書房, 2011年)105頁以下、今井康介「判批」高橋則夫＝松原芳博編『判例特別刑法 第2集』(日本評論社, 2015年)277頁以下(＝法律時報85巻9号(2013年)122頁以下)、廃棄物処理実務研究会編著『廃棄物処理実務便覧7』(第一法規, 加除式)9325頁、さらに河北新報2009年9月29日25面〔北村喜宣、土本武司〕参照。

¹⁵⁾ 宮崎簡判令和元年10月2日判例集未掲載(平成31年(ろ)第1号)。なお本事件は、最決令和2年8月26日判例集未掲載(令和2年(あ)第272号)が上告を棄却し、確定。

一カーを廃棄する目的で丸ごとこれを焼却するというものである。そして、本件スピーカーは縦の長さが約 55 センチメートル位あったというのであり、枠は木材であったとはいえ、音響装置という性質上、当然のことながら、内部には金属やプラスチック等の素材の部品があったと考えられる。そうすると、本件焼却行為は、相応の煙や異臭などを発生させる蓋然性がある行為であると容易に推認することができる。

…（中略）…スピーカーの処分方法については、その大きさなどに応じ、燃やせないごみ、資源物又は粗大ごみ等として処分する取扱いになっているところ（原審甲第 12、第 14 号証）、これらの事実からしても、一般常識として、不用品であるスピーカーの処分方法としては、自ら焼却せず、その区分に従ってごみ等として処分するのが通常の取扱いであると認められる。

その他、所論において種々主張する点を検討しても、本件焼却行為が廃棄物処理法施行令 14 条 5 号にいう「たき火その他日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却であって軽微なもの」とは到底言えない。

(2) 本判決の分析

上記福岡高裁宮崎支判は、軽微なものと評価しない理由と関連して、諸々の事情を列挙しているが、判断基準を明らかにしていない。これに対し、本件東京高裁は、「施行令 14 条 5 号にいう『軽微』については、廃棄物処理

法 16 条の 2 第 3 号から、周辺地域の生活環境に与える影響におけるそれを意味し、社会通念上たき火と理解し得る程度の規模を指すものと解され、課長通知に言うキャンプファイヤーも同程度の規模のものを想定しているものと解される」とし、判断対象と判断基準を明らかにしている。本稿では、本判決の判断について、2 点述べておきたい。

第 1 に、本判決が、軽微性の判断対象を「周辺地域の生活環境に与える影響」に求めた点は、これまでの裁判例では明らかにされていなかった点である。東京高裁が、軽微性判断の対象を明らかにし、またその程度として社会通念上たき火と理解しうる程度の規模を指すと示した点に、本判決の意義が認められる¹⁶⁾。

第 2 に、「課長通知にいうキャンプファイヤーも同程度の規模のものを想定しているもの」という判示から、明示的ではないものの、キャンプファイヤーを焼却禁止の例外として肯定する行政解釈の立場が承認されているように思われる。

IV おわりに

不法焼却罪に関しては、2018 年に農家の野焼きをめぐる、行政である三田市の解釈に疑義が生じた事件が記憶に新しい¹⁷⁾。また近時、不法焼却罪を肯定する裁判例が相次いで公開されており¹⁸⁾、不法焼却罪は、廃棄物処

¹⁶⁾ もっとも本稿Ⅲ2 (3) において、社会慣習が判断基準となるか疑問があるとしたように、社会通念が程度を判断する基準として明確で有用なものは疑問が残る。

これに対し、島本・前掲注 2) 19 頁は、「本判決は、施行令 14 条 5 号該当性について、周辺環境に及ぼす影響の程度及び焼却の規模に関する具体的事実関係を踏まえて判断しているところ、その当てはめの内容を踏まえると、同号該当性判断に当たっては、①犯行現場周辺の状況、②焼却の態様、③焼却に係る廃棄物の量、④煙の発生状況等が事実認定上の着目点になる」と指摘する。また 14 条 5 号については、「日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却」の要件を満たすか否かを問題にし得たのではないかとし、本件焼却が、一般人が日常生活を営む上で通常行う焼却ではないと考えることも出来たように思われるとしている。

¹⁷⁾ 農業者が行う稲わらの野焼きを一律に適法と解釈する三田市に対し、市の第三者機関「オンブズパーソン」が、市の解釈に疑念を示す事件が発生している。同事件については、読売新聞 2018 年 5 月 31 日（大阪朝刊）27 頁参照。

¹⁸⁾ 近時、不法焼却罪が肯定された事例としては、①広島高判令和元年 7 月 18 日裁判所ウェブサイト、②広島高判令和元年 7 月 25 日裁判所ウェブサイト、③大阪地判令和 2 年 7 月 8 日裁判所ウェブサイト、④福岡地小倉支判令和 2 年 8 月 3 日 LEX/DB 25566675、⑤神戸地姫路支判令和 3 年 1 月 26 日裁判所ウェブサイトがある。

理法の刑事実務において、最も注目度が高い罰則の1つである¹⁹⁾。

このような状況において登場した本判決は、施行令14条4号「やむを得ず」、及び5号「軽微なもの」に関し、判断基準、判断対象とその程度を明らかにした点、そして許されない焼却となる事例を明らかにした点に、意義が認められる。

¹⁹⁾ 以下は、不法焼却罪の検挙件数と、廃棄物処理法違反事件全体における不法焼却罪の構成比（割合）をまとめたものである。不法焼却罪の検挙件数は、廃棄物処理法全体での検挙件数の半数を超える年も存在することが分かる。

年	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
検挙数 (件)	2638	2676	2381	2303	2441	2395	2470	2802	2602	2784
構成比 (%)	46.3	47.3	46.1	46.9	49.0	47.2	48.3	51.0	48.4	48.3

(データは、平成24年度～令和3年『警察白書 統計資料』による。)

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否 (最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

東北大学大学院法学研究科博士後期課程

趙 文静

一、 事実の概要

XYは平成12年に婚姻し、子Aをもうけた。平成21年7月、X(元妻)はAを連れて、Xの実家のある中国に帰省した。

当初、XとAは同年8月に日本へ戻る予定だったが、同年8月18日、XはY(元夫)に対し、Aと共にこのまま中国で生活する旨を伝えた。同年Yは、Xに対してAの引渡しと離婚を求める訴訟を家庭裁判所に提起した。平成23年、家庭裁判所はAの親権者をYと定め、Xに対し、離婚してAを引渡す旨の判決を下した。Xは控訴し、平成24年、控訴審において、XがAを日本に帰国させ、YがAを監護することを条件に、XとYは当面の間別居し、YはXに対して婚姻費用として毎月2万円を支払う、という内容の和解が成立した。

平成24年4月、Aが中国から帰国し、Yとの生活を始めたことで、Y名義の不動産(以下「本件不動産」と称する)に住むこととなった。平成25年5月、Xが中国から戻り、Yの反対を聞き入れず、本件不動産に戻ってきた。平成26年4月、YはAを連れてYの実家に転居した。

その後、Yは再度Xとの離婚訴訟を家庭裁判所に提起した。平成29年、家庭裁判所はAの親権者をYと定めて離婚する旨の判決を下した。同年10月、Yは家庭裁判所に財産分与調停の申立てを行ったが、調停は

不成立となり、審判に移行した。

1. 原々審(横浜家裁平成31年3月28日審判)の判断：

原々審は財産分与の対象となるべき財産と財産分与の方法について以下の通り判断した¹。

1) 財産分与対象財産について

Y名義の財産には主に本件不動産及び普通貯金・通常貯金である合計2874万7521円の積極財産があり、本件不動産の住宅ローンである2437万6858円の消極財産があった。一方、X名義の財産は通常貯金である17万1980円の積極財産しかなかった。これらのX名義の財産及びY名義の財産の全てが財産分与の対象財産(計算式：2874万7521円+17万1980円-2437万6858円=454万2643円)に入った。

2) 財産分与の方法等について

本件においては寄与度を変更すべき特段の事情が認められなかったため、財産分与の分与割合は2分の1とされた。よって、YはXに対して209万9341円(計算式：454万2643円/2-17万1980円=209万9341円)を支払えとの審判が下された。これと並んで、本件不動産について、XはYに対し、財産分与として、3か月以内に本件不動産を明け渡すよう命じられた。

これに対してXは、財産分与基準日の認定と、本件不動産購入のために自身の両

¹ 原々審では、財産分与の基準日も争点となったが、原審と本件最高裁の決定は本件不動産の明け渡しを命じることかどうかであることを判断しただけなので、ここでは財産分与の基準日に関する原々審の判断を省略した。

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否(最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

親からもらった財産は特有財産であり財産分与対象にはならないこと、及び慰謝料の問題を理由に、原々審の審判を不服とし、抗告を申し立てた。

2. 原審（東京高裁令和1年6月28日決定）の判断：

財産分与の基準日及び財産分与の対象財産については原々審の判断が維持され、主文において「Yは、Xに対し、209万円9341円を支払え」とされた。これに対し、本件不動産の明け渡しを命じた原々審の判断については、原審は異なる見解を示した。それは、「本件不動産は相手方(X)の名義であり、相手方(X)に分与される財産である。この場合、自己の所有建物について、占有者(Y)に対して明渡しを求める請求は民事訴訟すべきである」という理由で、本件不動産の明渡しは財産分与審判では認めることができないという点である。

これに対してXは、本件不動産の明渡しを認めないとする原審の決定は家事事件手続法（以下では「家事法」という）154条2項4号の趣旨に反する、という理由で許可抗告した。

3. 最高裁の判旨

本件不動産の明け渡しを命じることの可否に関して最高裁は原審と異なる判断をしたため、原審の判断を破棄し、原裁判所へ差し戻した。最高裁の判旨は以下の通りである²。

「財産分与の審判において、家庭裁判所は、当事者双方がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額および方法を定めることとされている(民法768条3項)。もっとも、財産分与の審判がこれらの事項を定めるものにとどまるとすると、当事者は、財産分与の審判の内容に沿った

権利関係を実現するため、審判後に改めて給付を求める訴えを提起する等の手続をとらなければならないこととなる。そこで、家事法154条2項4号は、このような迂遠な手続を避け、財産分与の審判の実効的なものとする趣旨から、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者に対し、上記権利関係を実現するために必要な給付を命ずることができることとしたものと解される。そして、同号は、財産分与の審判の内容と当該審判において命ずることができる給付との関係について特段の限定をしていないところ、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の財産につき、他方当事者に分与する場合はもとより、分与しないものと判断した場合であっても、その判断に沿った権利関係を実現するため、必要な給付を命ずることができると解することが上記の趣旨にかなうというべきである。

そうすると、家庭裁判所は、財産分与の審判において、当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の不動産であって他方当事者が占有するものにつき、当該他方当事者に分与しないものと判断した場合、その判断に沿った権利関係を実現するため必要と認めるときは、家事事件手続法154条2項4号に基づき、当該他方当事者に対し、当該一方当事者にこれを明け渡すよう命ずることができると解するのが相当である。」

二、 検討

1. 本決定の意義

本件の問題の所在は、一方配偶者の名義での不動産を他方配偶者が占有するが、財産分与審判により当該不動産を他方配偶者

² 決定文中の下線は筆者による

に分与しないものと判断された場合において、家庭裁判所が家事法 154 条 2 項 4 号に基づき当該不動産を占有している他方配偶者に対して明渡しを命じることができるかということである。すなわち、給付命令としてどのような内容の命令ができるのかということである。

従来は、給付命令として、婚姻後夫婦双方の協力によって得られた一方当事者名義の不動産が一方当事者の占有下にあり、当該不動産を他方当事者に分与するものと判断された場合に、家庭裁判所が財産分与の審判とともに当該不動産の明渡しを命ずることができると考えられてきた³。

本決定は、一方配偶者の名義の不動産が他方配偶者の占有下にある場合において、財産分与審判により当該不動産を他方配偶者に分与しないものと判断されたときにも、家庭裁判所は財産分与の審判における権利関係を実現するために、財産分与の審判とともに、当該不動産の明渡しを命ずることができることを初めて明確化した意義がある。手続の簡便さと財産分与審判の実効性の確保の観点を重視したものと考えられる。

2. 給付命令制度の趣旨と対象

家事法 154 条 2 項 4 号には、家庭裁判所が財産分与に関する処分の審判において、当事者に対して金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができる旨が規定されており、給付命令制度と呼ばれる。

この制度の趣旨は「家庭裁判所は、(中略)、夫婦共有財産の分与額及び方法を定めるが、このような当事者間の法律関係を新た

に形成する内容の審判にとどまるものとする、当事者は、これらの審判によって形成された法律関係の実現を求めて、その給付等を求める訴えまたは審判の申し立てを改めてしなければならないこととなる。しかし、それでは、手続として迂遠であり、家事審判の手続における迅速の要請に反することになる。そこで、本条では、…金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができることとし⁴たものであるとされる。

このように、給付命令は財産分与審判において新たに形成された法律関係を実現するためのものであると解されてきたため、給付命令を発令するには、前提として権利義務の形成の審判（権利の形成）が存しなければならないと考えられてきた⁵。

そこで、本決定の意義を検討するために、本件の財産分与審判における権利の形成の有無について分析しておきたい。

3. 本件の財産分与審判による権利義務形成の有無

婚姻に関する家事審判では、夫婦間の協議が調わないときに、家裁が協議に代わる審判をすることによって当事者間の具体的な法律関係を形成するという仕組みとなっており、財産分与の審判もその一種である⁶。また、家事審判によって金銭等の給付義務が生じる場合には、当該給付義務について別途民事訴訟を提起すると迂遠であるので、審判の中で給付を命じうるのが合理的であるため、給付命令制度が設けられているの

³ 山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」家月 62 巻 3 号（2010 年）40 頁、松谷佳樹「調停実務シリーズ（98）財産分与の基本的な考え方」ケ研 294 号（2008 年）144 頁。

⁴ 金子修『逐条解説・家事事件手続法』497 頁（商事法務、2013 年）

⁵ 家庭裁判所調査官研修所編『家事審判法総論 〔改訂版〕』89 頁（法曹会、1984 年）、裁判所書記官研修所監修『家事審判法実務講義案 〔5 訂版〕』135 頁以下（司法協会、2001 年）、斎藤秀夫＝菊池信男編『注解家事審判法 〔改訂〕』631 頁（青林書院、1992 年）

⁶ 秋武憲一＝片岡武『コンメンタール家事事件手続法 I』561 頁（（青林書院、2021 年））

は前記のとおりである⁷。

本件の原審の決定の主文においては、財産分与としてYはXに対し209万9341円を支払えと明示的に給付が命じられているため、原審によってXとYとの間に金銭の給付義務が生じたと思われる。これに対し、Y名義の本件不動産はXに与えるのではなくYに残されており、主文にも本件不動産に関する判断は明示されていない。したがって、本件不動産については、XとYとの間に給付義務は生じなかったものと考えられる。つまり、本決定による権利義務の形成があるかどうかについての分析は、二つの部分に分けて考える必要があると思われる。YはXに対して財産分与として金銭を支払えとする部分には権利義務の形成があるのに対し、本件不動産に関しては権利義務の形成がないと思われる⁸。

4. 権利義務の形成がない場合の給付命令の可否

原審では、本件不動産はもともとY名義であり、Xに分与されずにYの所有にとどまることから、Yが自己所有の不動産についてXに対して明渡しを求める請求は家事審判で行うことができず、民事訴訟で行われるべきものと判断した。つまり、原審は、従来の給付命令の趣旨及び対象に関する通説的見解に従って、Y名義の本件不動産をXに分与せずにYの所有が維持されるため、同不動産について権利義務の形成がなされていない本件では、同不動産の明渡しにつ

いて、審判で給付命令を行うことはできず、民事訴訟によらなければならないと判断したといえる。

では、最高裁はどのような判断を下したのか。最高裁は給付命令制度の趣旨を考慮し、たとえ財産分与審判により権利関係の形成がされなくても、迂遠な手続を避け、財産分与審判の実効性を確保するため、本件のように財産分与審判により占有する一方配偶者名義の不動産を他方配偶者に分与しないものと判断された場合にも、その判断に沿った権利関係を実現するために必要であると認められれば、当該不動産の明渡しを命ずることができる、と判示した。これが本決定の意義である。

本決定は、本件を原裁判所へ差し戻しており、差戻審において、本件不動産を元妻に分与しない場合に、その判断に沿った権利関係を実現するために給付命令が必要であるといえるか否かについて審査されることが想定された。しかし、実際には、原審決定の後、YがXに対して本件不動産の明渡しと賃料相当の損害金を求める別件の民事訴訟を提起していた。そして最高裁の本決定が出る前に既にXは本件不動産をYに明け渡していた⁹。そのため、差戻審の決定では、Yが明渡し済みであることから改めての明渡し命令は不要であると判断され、「その判断に沿った権利関係を実現するために必要である」といえるのはどのような場合であるかについて本件で具体的な判断が示さ

⁷ 秋武＝片岡・前掲注6) 561頁

⁸ 本件において財産分与審判により権利の形成または権利の変動があるか否かについて、権利の形成がない見解があるものの(松久和彦・新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-041121953 (Web版2020年11月27日掲載) 3頁)(羽生香織「判例研究 財産分与審判において分与の対象外となった建物の明渡しを命ずることの可否」上法64巻3＝4号(2021年) 311頁)、財産分与の前後で(実質上の共有から純然たる単独所有へと)権利関係が変動している見解もある(今津綾子・新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-061191974 (Web版2020年12月25日掲載) 3頁)。

⁹ 安西明子「財産の分与に関する処分の審判において当事者双方がその協力によって得た一方当事者の所有名義の不動産であって他方当事者が占有するものにつき当該他方当事者に分与しないものと判断した場合に家事事件手続法154条2項4号に基づきその明渡しを命ずることの可否」民商157巻2号(2021年) 321頁。

れることはなかった¹⁰。

5. 本決定の射程：婚姻前から有していた財産も対象に入るか

以上のように本決定では、従来は権利関係の形成がない財産分与審判において給付命令はできないと解されていたのに対し、権利関係の形成がなくても、財産分与審判の判断に沿った権利関係を実現するために必要な給付命令であれば、命じることができると判示した。では、本決定でこのように広げられた給付命令の対象に、本件で問題となったような夫婦が婚姻後に協力して取得した不動産だけでなく、夫婦のどちらかが婚姻前から有していた不動産も含まれ得るだろうか。本決定の射程が婚姻前取得の財産にまで及ぶかどうかについては先行の評釈において否定的に解されていることから¹¹、以下では、これを検討しておきたい。

1) 婚姻前から有していた財産は清算的財産分与の対象となるか

理論上も実務上も、一方配偶者が婚姻前から有していた財産であっても、清算的財産分与の対象となりうる。他方配偶者が一方配偶者が婚姻前から有していた財産の価値の維持・増加に貢献したときは、分与対象財産に算入して評価するのが、実務の大勢であり、多数説である¹²。

また、財産分与事件の審理の流れからも、婚姻前から有していた財産が清算的財産分与の対象となりうる事が確認できる。通常、清算的財産分与においてはまず「基準時」を確定した後に、財産分与対象となる財産の認定をする手続に入る。この手続が始まったら、婚姻前から有していた財産であるか婚姻後に取得した財産であるかにかかわらず、双方の当事者が自己名義の全ての財産を開示し、財産目録を作成する¹³。そして、この財産目録に基づいて、それぞれの財産の評価額を確認する。もし一方当事者が、特定の財産について、婚姻前から有していたことや婚姻中に相続・贈与等によって得た財産であることを理由として清算的財産分与の対象に含まれないと主張する場合には、この主張を証明できる資料を提

¹⁰ 差戻審において、Yは、原々審で命じられた、YがXに対して209万9341円を支払う債務と本件不動産の明渡しまでの賃料相当損害金と相殺すると主張したが、財産分与請求権は審判確定により初めて具体的に形成されるため、確定前に受働債権として相殺することはできないという理由で退けられている。その点において、安西教授の評釈では、財産分与審判で不動産の明渡しや賃料相当額の金銭支払請求といった一体的な調整の可能性が検討されている。(安西・前掲注9) 322頁に参照)

¹¹ 夫婦の一方が婚姻前から有していた財産及び婚姻中に親族等からの贈与または相続により取得した財産と、第三者名義の財産は、給付命令の対象から除外されるという見解(羽生・前掲注8) 312頁)、婚姻前から有していた財産や第三者の財産について給付命令が発せられることは想定していないため、この種の財産は財産分与の対象ではなく、審判手続の枠外にあることから、実務上は一回的解決へのニーズがあるとしても、給付命令の対象とすることは難しいという見解(今津・前掲注8) 3頁)、婚姻前から有していた不動産の明渡しは、原則として、財産分与の規律から除外されることから、民事訴訟等の手続に拠ることになるという見解がある。(松久・前掲注8) 3頁)

¹² 沼田幸雄「財産分与の対象と基準」野田愛子＝梶村太市編『新家族法実務大系①』489頁(新日本法規出版、2008年)

¹³ 新田和憲「財産分与が問題となる調停手続の運営について」ケース研究319号(2014年) 37頁、東京家庭裁判所類型別審理モデル検討委員会「財産分与審理モデルについて」ケース研究330号(2017年) 223頁、牧真千子「実務の現場(家庭裁判所)における夫婦財産をめぐる紛争の現状と対応」家族35号(2019年) 28頁。

供しなければならない¹⁴。十分な証拠を示すことができなければ、この主張が認められない。さらに、婚姻前から有していた財産であることが認定された場合であっても、当該財産の維持・増加に他方当事者の貢献があったことが証明されれば、清算的財産分与の対象財産に含まれることになる。

したがって、学説上においても、財産分与事件審理における実務上の流れから見ても、当該財産が婚姻前から有していたことを証明できないとき、または、婚姻前から有していた財産に対する他方配偶者の貢献があるときには、婚姻前から有していた財産も清算的財産分与の対象となりうる。

2) 婚姻中に夫婦が協力で取得した財産ではなく、婚姻前から有していた財産は給付命令の対象となるか

夫婦が婚姻前から有していた財産が清算的財産分与の対象になりうるのであれば、給付命令の対象にもなりうるのか。給付命令の対象になるかが問題となる財産が本件におけるような婚姻中に夫婦が協力して取得した財産ではなく、夫婦の一方が婚姻前から有していた財産であって、その他の事情は本件と同じであると仮定し、次のような設例を用いて検討しておきたい。

〔設例〕「婚姻前から有していた元夫名義の不動産が元妻の占有の下にあり、当該不動産を元妻に分与しないものと判断されたとき、家庭裁判所は元妻に対して当該不動産の明渡しを命じることができるのか。」

財産分与審判では、清算的要素・扶養的要素・慰謝料的要素を考慮した上で、財産分与が行われる。婚姻前から有していた元夫名義の不動産が元妻の占有の下にある場合において、当該不動産を元妻に分与しないという審判の結果は同じでも、上記のうちのどの要素がどのように考慮されたかに応じて、判断のプロセスが異なりうる。そこで、以下では、ケース1とケース2という2つの異なる判断のプロセスを設定して検討しよう。

〔ケース1〕当該不動産が元夫が婚姻前から有し、その維持・増加に元妻の貢献がなかった特有財産と認定され、清算的財産分与の対象にも扶養的財産分与の対象にもならず、元夫の単独所有が維持される場合。

〔ケース2〕当該不動産の維持・増加に対する元妻の貢献度を考慮した上で、当該不動産を一応は清算的財産分与の対象財産の範囲に含めるが、元妻に分与する財産とはされず、最終的に元夫の単独所有が維持される場合。

なお、扶養的要素に基づき、「当該不動産は元夫の特有財産と認定され、清算的財産分与対象とはならないが、離婚後の元妻の生活維持や住居保障といった考えから、扶養的財産分与対象として¹⁵当該不動産の利用権が設定される（当該不動産は依然として元夫の単独所有とする）、あるいは当該不動産の一部の持分が扶養的財産分与対象として元妻に分与される。」という状況もありうる¹⁶。しかし、この状況のように、利用権が設定される場合には、利用権の設定によ

¹⁴ 新田・前掲注13) 37頁、牧・前掲注13) 28頁。

¹⁵ 扶養的財産分与として元妻に生活費を支払うものと認定される状況も多く見られるが、本文の射程の部分は婚姻前から有していた不動産の明渡し給付命令の対象となるか否かについてのみ検討するので、生活費を支払うことは検討に入らない。

¹⁶ 財産分与審判の中には賃借権の設定を認めたものがある。これに対しては、財産分与審判手続内で当事者の合意によって賃貸借契約を成立させることができるとしても、家庭裁判所がその判断によって賃貸借契約を創出するには、その根拠となる法律の規定が必要ではないかと疑問も提起されている。

また、居住用不動産に賃借権の設定により、賃借人である一方配偶者は賃料支払債務を負担し、これが賃借権と相互に対価的な関係に立つのであるから、賃借権の設定は財産分与の清算、扶養、慰謝料のいずれの要素にも該当しがたいとも指摘される。(佐藤義彦「財産分与としての賃借権設定」判タ558号)

り当該不動産に関しては元妻の占有が続くことになるので、不動産の明渡しを命ずる必要はないだろう。さらに、不動産の一部の持分が元妻に分与される場合、家庭裁判所は元妻の生活維持または住居保障といった考えからこのように判断すると想定されるため、元妻が一定期間、当該不動産に住み続けることが認められる可能性が高いだろう。そのような場合に、一定期間経過後に、元夫が当該不動産の占有を実現するためには、まずは共有物の分割をする必要があり、それは民事訴訟によらなければならない。つまり、扶養的要素が考慮される可能性を考えれば、当該不動産が清算的財産分与の対象の範囲に含まれないとしても、なお当該不動産に元妻のために利用権が設定される、又は当該不動産の一部の持分が扶養的財産分与として元妻に分与されるという状況も想定可能であるが、これらの場合には元妻に対し元夫への不動産の明渡しを命ずる必要性がそもそも生じないため、以下において本決定の射程を分析する際には、この状況を取り扱わないこととする。

ア. ケース1とケース2における権利義務の形成の有無

上述の通り、財産分与審判における給付命令をする場合には必ずその前提となるべき権利義務の形成がなければならないと主張する学説が多い。では、ケース1とケース2では権利義務の形成があるか。

財産分与審判については、そこで形成された権利義務を最終的に確定するには公開の法廷における対審及び判決によるべきであるとされる¹⁷。このような財産分与審判の捉え方は、同じく家事審判である遺産分割審判とよく似ていると考えられるため、遺産分割審判を対比することで、財産分与審

判でのケース1とケース2における権利義務の形成の有無を検討しておきたい。

遺産分割審判では、遺産範囲を確認した上で遺産分割を行うが、この遺産範囲の確認は遺産分割のための前提事項となるので、当事者は遺産範囲に対し異議がある際に、別途、遺産確認の訴えである民事訴訟を提起することができる。遺産確認の訴えで確認された遺産範囲は最終的に確定されることになる。そこで、もし財産分与審判と遺産分割審判における財産範囲の確認が同じで、財産の帰属を明確にした上で分割対象を確認していくのであれば、夫婦の財産が財産分与の対象となるか否かについての判断は、実際には、財産分与における前提事項についての判断にもなり得るのではないかと考えられる。

言い換えれば、夫婦の財産が財産分与の対象となるか否かの判断に至る流れは、夫婦双方の名義の財産について過去と現在の法律関係を確認した後、夫婦双方の名義の全ての財産の帰属を確認する過程に過ぎないため、権利義務の形成がないと思われる。

このような整理に従って考えると、ケース1の場合に、婚姻前から有していた元夫名義の不動産が清算的財産分与の対象にも扶養的財産分与の対象にもならないという判断は、財産を分与するための前提事項の判断となる。そこで、ケース1では権利義務の形成はないと思われる。

他方で、ケース2では、二つのプロセスがあると思われる。それは、婚姻前から有していた元夫名義の不動産に対する元妻の寄与を考慮し、当該不動産を清算的財産分与に入れるという一つ目のプロセスと、一切の事情を踏まえた上で当該不動産は元妻に分与するものとせずに元夫の単独所有を

(1985年) 234頁参照)

¹⁷ 梶村太市「家事事件手続法規逐条解説(26)」戸籍943号(2017年)6頁

維持するという判断に至る二つ目のプロセスである。そして、一つ目のプロセスはケース 1 と同様に財産分与審判における前提事項の確認に属するので、一つ目のプロセスには権利義務の形成がないと思われる。二つ目のプロセスは、財産分与の対象財産に含めるか否かについての前提事項の判断ではないが、本決定と同じで、家庭裁判所の判断によって不動産を元妻に分与しないと結論づけ、当該不動産について給付義務を生じさせてはいないため、権利義務の形成がないと思われる。

イ. ケース 1 とケース 2 における給付命令の可否

従来の学説の考えによれば、ケース 1 とケース 2 の場合には、権利義務の形成がないため給付命令制度の適用は認められないことになる。

しかし、ここでは、ケース 1 とケース 2 の場合にも給付命令を行うことができるのではないかを考えたい。「家事審判法においても、給付命令のためには、その前提となる権利義務の形成が必要であり、その権利義務について給付を命ずることから、給付命令の範囲は、権利義務の内容によって、自ら限定されるとしながらも、これを厳格に貫くことで、家庭に関する事件の総合的、根本的な解決を図ることを使命とする家事審判制度の目的が達成されないことになるだけでなく、迅速な処理を望む当事者のために、例外的に紛争解決の便宜の措置を認めようとした給付命令の趣旨が損なわれかねない¹⁸。」という家事審判法時代の見解があり、家事法の下でもこの見解に賛同する。事件の解決という根本的目的をかなえるために、特例として、権利義務の形成がなくても給付命令を行うことができるというべ

きではないかと考える。給付命令の前提である権利義務の形成よりも、事件の迅速かつ根本的な解決のほうが重要であろう。

さらに、財産分与は、夫婦の現存する財産を個々に分割する制度ではなく、一定額の財産給付を求める権利であり、金銭給付によって命じられることが原則である¹⁹。前述のように、婚姻前から有していた財産としても、家庭裁判所はそれぞれの事案におけるすべての事情を考慮して、その財産を清算的または扶養的財産分与の対象となることを評価することができる。そう考えると、家庭裁判所は一切の事情を考慮した上で、給付命令が可能かつ必要である場合には、婚姻前から有していた財産にも給付命令の対象となってもいいではないかと考えられる。

つまり、ケース 1 とケース 2 の場合にも、本件の射程が及びうると考えられる。

3) 給付命令の限界

しかし、婚姻前から有していた財産に対して給付命令が可能である場合に本件の射程が及ぶと考えるのが適当かどうかについては、さらに慎重に検討をする必要がある。なぜなら、財産分与事件で給付命令が必要な状況では、婚姻前から有していた財産にも本決定の射程が及ぶことで、元夫が迅速に不動産を占有することができる結果となる半面で、元妻に看過できない不利益が生じるとすれば不適切だからである。確かに、本件の射程が及んで、財産分与審判で婚姻前から有していた財産の給付を命じられ得るのであれば、これは審判の実効性を高めるが、元妻に看過できない不利益が生じるのであれば、たとえ利便性があっても、本件の射程を及ぼすべきではない。他方で、審判で給付命令が可能となることで元妻に不

¹⁸ 斎藤＝菊池・前掲注 5) 242 頁、松久・前掲注 8) 3 頁

¹⁹ 秋武憲一＝岡健太郎『リーガル・プログレッシブ・シリーズ 離婚調停・離婚訴訟〔三訂版〕』197 頁（青林書院、2019 年）

利益だけでなく、利益も生じる可能性があるが、しかし、元妻に利益が生じる結果が半面で元夫に看過できない不利益をもたらすこととなるかもしれない。元妻と元夫に利益及び不利益が生じる原因を分析した上で、それぞれの場合に射程が及ぶべきかどうかについて判断する必要がある。そこで次に、婚姻前から有していた財産に対して給付命令が必要な状況において本決定の射程が及び、明渡しを命じる給付命令が可能であるとしたら、元夫または元妻に生じる不利益を検討することで、給付命令の限界を明確にする。

以下のアとイの部分では、5の2)のケース1とケース2に沿って、本件の射程が及ぶことで婚姻前から有していた財産も給付命令の対象となり、原審のように財産分与審判で引渡しを命じられる場合と、本件の射程が及ばずに、婚姻前から有していた財産の給付請求は別途民事訴訟によるべきとされる場合の違いを、裁判の公開・非公開（ア）及び目的物の給付についての猶予期間の設定の可否（イ）という二つの視点から分析し、婚姻前から有していた財産の給付が財産分与審判で命じられることによって当事者に生じる不利益を検討する。そして、これらの検討を通じて、上記のように本件の射程が及ぶことを基本にして考えるとしても、その限界はないのか、どのような場合には射程を及ぼすべきではないかを明確にし、給付命令の限界を明らかにしたい。

ア. 公開・非公開：

上述の通り、ケース1とケース2において夫婦双方が有する財産が財産分与の対象

財産の範囲に含まれるかどうかを確認する流れは遺産分割審判における遺産範囲の確認の流れと似ていると思われる。両者は同様に財産を分割するための前提として、財産の帰属を明確にした上で分割対象となる財産の範囲を確認していく。そのため、以下では手続の公開・非公開という視点から、民事訴訟で行われる遺産確認の訴えと、家事審判で行われる遺産分割審判における遺産範囲の確認との差異を明確にした上で、財産分与における財産分与対象財産の範囲の認定と対比しながら、婚姻前から有していた財産に本決定の射程が及ぶとする場合に元夫または元妻に生じる不利益の存否を検討していきたい。そして、もし元夫または元妻にとって不利益が生じるといえる場合には、当該不利益が生じる場合には本決定の射程が及ばないというべきかどうか、ということを検討する。

a) 遺産範囲の確認

遺産確認の訴えは民事訴訟なので、公開の法廷で行われる。遺産確認の訴訟において、ある財産が相続開始時に被相続人に帰属していたか否かの判断は、実体的権利義務関係の存否の問題を明らかにすることに関わるものなので、訴訟によって決定される判断は、終局的に確定されるものである²⁰。遺産確認の訴えにおける遺産範囲の判断は既判力があり、その後の遺産分割審判の手続において、当該財産の遺産帰属性を争うことは許されない。

他方で、家事審判で遺産分割を審理する際にも、遺産の範囲を一応審理・判断してから遺産分割審判を行うことができる。遺産分割審判は家事審判なので、非公開で行

²⁰ 浦本寛雄「遺産分割審判における二つの問題点（一）」法学論集鹿児島大学法文学部紀要 鹿児島大学法文学部紀要6(2)(1970年)145頁、山本克己『「遺産確認の訴え」の適否」水野紀子＝大村敦志編『民法判例百選 III(別冊ジュリスト225号)』118頁以下(有斐閣、2015年)、加藤哲夫「遺産確認の訴え」高橋宏志＝高田裕成＝畑瑞穂編『民事訴訟法判例百選 第4版(別冊ジュリスト201号)』54頁以下(有斐閣、2010年)。

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否(最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁)

われる。そして、遺産確認の訴えとは異なり、遺産分割審判手続においてある財産が遺産に帰属するかどうかを審理判断しても、それは遺産分割審判における前提問題の判断となるため既判力は生じない。その財産の帰属を争う者は、別に民事訴訟を提起してその確定を求めることになるが、それによって遺産分割審判と異なった判決が確定すれば遺産分割審判の一部または全部の効力がなくなるため、追加審判や再審判などが行われなければならない²¹。

b) 財産分与対象の確認²²

以下では、財産分与審判における財産分与対象の認定と遺産分割審判における遺産範囲の確認が同じ構造を持つことを前提に、公開・非公開という視点から、婚姻前から有していた不動産が本決定の射程に及ぶ状況において、元夫または元妻に生じる不利益について分析する。本決定の射程を及ぼし、非公開の財産分与の審判事件の中で判断することを認めることによって、元夫または元妻が公開の法廷において争う機会を奪われるという不利益を受けないかが問題となる。

まず、財産分与審判は非公開であることから生じる問題として、婚姻前から有していた財産の帰属の認定は、財産分与審判における前提事項の判断に属するため、この部分の判断には既判力がない。もし元妻が財産分与審判で判断された当該財産の帰属について異議を唱えようとする場合には、別に民事訴訟を提起することができるだろう。そのとき、民事訴訟の判決で当該財産の帰属について財産分与審判の判断が否定されれば、財産分与審判もこの部分の限度

において効力を失うこととなる。しかし、当該財産の帰属について別に民事訴訟を提起する権利は元妻のみならず、元夫も有するので、公開・非公開の視点から、本決定の射程が及ぶことが、特に元夫にとって不利益をもたらすとは言えないであろう。

一方で、婚姻前から有していた財産が問題となるケースに本決定の射程が及ぶと、家庭裁判所が財産分与審判で元妻に対し元夫へ当該不動産の明渡しを命ずることができ、元夫は別に民事訴訟を提起する必要がなくなる。その結果、元妻は不動産の明渡しについて民事訴訟で元夫と正面から争う機会を失い、不利益を被ると思われる。しかし、上記のとおり財産分与審判における財産分与対象の確認と、遺産分割審判における遺産範囲の確認が同様な構造を持つであれば、元妻は依然として当該不動産の帰属について別に民事訴訟を提起することができる。その結果、婚姻前から有していた財産のケースに本決定の射程に及ぶとしても、特に元妻にとって不利益にはならないだろう。

c) 小括

まず、元妻は財産分与審判における不動産の帰属の判断について、別に民事訴訟を提起する可能性が高いが、元夫も同様に民事訴訟を提起する権利を有するため、公開・非公開の視点からは、特に元夫にとって不利益は生じないだろう。

次に、射程に及ぶと、元妻は不動産の明渡しについては民事訴訟で元夫と正面から争う機会を失うが、民事訴訟で不動産の帰属について依然として元夫と争う機会を持つため、公開・非公開の視点からは、元妻にと

²¹ 浦本・前掲注 20) 145 頁、山本・前掲注 20) 119 頁、加藤・前掲注 20) 55 頁、最一小判昭和 61 年 3 月 13 日民集 40 卷 2 号 389 頁。

²² ケース 1 とケース 2 は同様に、財産分与審判において、元夫が婚姻前から有していた不動産の帰属の認定について異議があれば、元夫または元妻が別に民事訴訟を起こすことができるので、ここではケース 1 とケース 2 を分けて分析しない。

って不利益は生じないだろうと考える。

つまり、公開・非公開の視点からは、特に元夫または元妻に不利益は生じないため、射程を及ぼすべきではない状況は特にないと思われる。

イ. 猶予期間設定の可否：

次に、猶予期間設定の可否という視点から、射程が及ぶと元夫または元妻にとって不利益が生じるか検討する。

検討に入る前に、猶予期間設定について説明する。猶予期間は財産分与方法の一方式として不動産の明渡しとともに一緒に設定される可能性がある（民法 768 条 3 項）。具体的には、元妻に対してその占有する不動産を元夫へ引き渡すことを命ずる場合において、元妻が当該不動産を直ちに明け渡すことが困難である事情があるときには、家庭裁判所がこの事情を考慮したうえで、明け渡しまでの猶予期間を設けることができる²³。では、ケース 1 とケース 2 も同様に、猶予期間の設定ができるのだろうか。

上述の通り、猶予期間の設定は財産分与の内容ではなく財産分与方法の一方式として存在するので、猶予期間設定の前提は、当該不動産が財産分与の対象になるということだろう。そのため、ケース 1 において、元夫が婚姻前から有していた不動産は清算的財産分与及び扶養的財産分与の対象にならないため、当該不動産の明渡しについて猶予期間の設定はできないと思われる。一方で、ケース 2 の場合には、元夫名義での不動産が清算的財産分与の対象とされるため、財産分与が行われる際に、当該不動産に猶予期間の設定ができると思われる。

ケース 1 には猶予期間の設定ができないので、婚姻前から有していた財産に本件の射程が及ぶと考え、給付が必要であれば給付を命じることができるとしても、特に元

妻または元夫にとって不利益は生じない。

一方で、ケース 2 の場合には、必要であれば猶予期間の設定が可能なので、本決定の射程が及ぶとすると、元夫は不動産の明渡しについて、別に民事訴訟を起こす必要がなくなるという利益を受けるが、同時に、財産分与審判で当該不動産の明渡しと共に猶予期間が設定されうることにより、猶予期間の間は当該不動産の引き渡しを受けて占有を回復することができないという不利益がありうる。結論から言えば、財産分与の審判中で給付命令がなされうことは、民事訴訟では設定されない猶予期間が設定される可能性がある点で、最終的に元夫にとって不利益になるだろう。

そこで、もし家庭裁判所が一切の事情を考慮した後、婚姻前から有していた不動産の明渡しに猶予期間の設定が必要ではないと認定した場合には、当該不動産を給付命令の対象とすることは問題がないと思われる。他方で、もし家庭裁判所が不動産の明渡しは元妻にとって困難であり、猶予期間の設定が必要だと認定するときには、元夫にとって不利益が生じるので、財産分与審判の中で当該不動産の明渡しを命じることができなくなるというべきであり、この場合には、別途、民事訴訟を起こさなければならないことになるだろう。

ウ. 小括

公開・非公開の視点から考えると、婚姻前から有していた財産を給付命令対象とすることは、元夫または元妻にとっても不利益をもたらすものではなく、財産分与事件を迅速かつ根本的に解決することの必要性や、財産分与審判における清算・扶養的財産分与対象を評価する家庭裁判所の審判における判断の性質を考えると、婚姻前から有していた財産は本件の射程に及びうるで

²³ 本件の原々審も本件不動産の明渡しともに 3 ヶ月の猶予期間の設定がされていた。

あろう。

猶予期間の設定の視点から考えてみれば、財産分与審判で婚姻前から有していた財産が給付命令の対象となり、当該財産の引き渡しの難しさが考慮され、猶予期間が設定されると、元夫に不利益が生じうるので、別途、民事訴訟によるべきだろう。しかし、別途民事訴訟の提起に時間をかけて、証拠の提出や裁判所に行くことなど労力を費やすと考えると、財産分与審判で不動産の明渡しとともに猶予期間を設定することはかまわない、というように考える元夫もいるだろう。そのように考える元夫が家庭裁判所に対して、猶予期間の設定によって不利益をこうむっても、財産分与審判で不動産の明渡しをさせたいという要望²⁴を出せば、家庭裁判所は元夫の要望を考慮し、財産分与審判で不動産の明渡しを命じるという柔軟な扱い方を取るべきなのか。それとも民事訴訟によるべきだという姿勢を堅持するか。これは今後の課題としてさらに検討する必要があるだろう。

²⁴ 財産分与審判で家庭裁判所が給付命令の内容を決めるときには当事者の申立を要しないが、必要であれば当事者の意見を聞き、これらの意見を含む双方当事者の一切の事情を考慮し、給付命令の内容を決めることになる。ここで言う「要望」はそういうことである。

財産分与審判で一方配偶者の名義であって他方配偶者が占有する不動産を他方配偶者に分与しないものと判断した場合に不動産の明渡しを命じることの可否（最一小決令和2年8月6日民集74巻5号1529頁）

東北ローレビューVol.10 (2022, March)

2022 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)

© 2022 国立大学法人東北大学大学院法学研究科