

# 東北ローレビュー

Vol. 11 2023. March

## 論説 Articles

法科大学院の教室における2つの法的三段論法

..... 得津 晶

Dichotomy of Legal Syllogism at Law School Classrooms

..... TOKUTSU Akira

フェミニズムから読み解く正義論

—戦争の正義に関する考察—

..... 鈴木 美南

A Critique of Just War Theory: From the Perspective of Feminism

..... SUZUKI Minami

## 研究ノート Notes

日本法及びベトナム法における非上場会社の複数議決権株式に関する比較

..... ヴ・ティ・リン・チ

So sánh cổ phần ưu đãi biểu quyết của công ty chưa niêm yết giữa pháp luật Nhật Bản và pháp luật Việt Nam

..... VU THI LINH CHI

## 判例研究 Case Comments

不法焼却禁止の例外を定める廃棄物処理法施行令14条5号該当性が否定された事案  
—東京高判令和4年3月9日高検速報(令和4年)3827号—

..... 今井 康介

Die Ausnahme vom Verbot der Abfallverbrennung

..... IMAI Kosuke

いわゆるキャッシュカードすり替え型の窃盗罪につき実行の着手が認められた事例  
最(三小)決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁

..... 小林 明日香

Fallbeispiel zur Tatbestandsfeststellung bei beginnender Diebstahlsausführung durch  
sogenanntes „Cash Card Swapping“

..... KOBAYASHI Asuka

被用者が使用者の事業の執行について第三者に加えた損害を賠償した場合における被  
用者の使用者に対する求償の可否

最判令和2・2・28民集74巻2号106頁

..... 栗 小焱

Whether the employee can seek compensation from the employer when the employee  
compensates for damages caused to a third party in the execution of the employer's  
business

..... LI Xiaoyan

# — 目 次 —

## 論 説 Articles

---

法科大学院の教室における2つの法的三段論法

得津 晶 2

Dichotomy of Legal Syllogism at Law School Classrooms

TOKUTSU Akira 2

フェミニズムから読み解く正義論

—戦争の正義に関する考察—

鈴木 美南 30

A Critique of Just War Theory: From the Perspective of Feminism

SUZUKI Minami 30

## 研究ノート Notes

---

日本法及びベトナム法における非上場会社の複数議決権株式に関する比較

ヴ・ティ・リン・チ 49

So sánh cổ phần ưu đãi biểu quyết của công ty chưa niêm yết giữa pháp luật Nhật Bản và pháp luật Việt Nam

VU THI LINH CHI 49

## 判例研究 Case Comments

---

不法焼却禁止の例外を定める廃棄物処理法施行令14条5号該当性が否定された事案

—東京高判令和4年3月9日高検速報(令和4年)3827号—

今井 康介 105

Die Ausnahme vom Verbot der Abfallverbrennung

IMAI Kosuke 105

いわゆるキャッシュカードすり替え型の窃盗罪につき実行の着手が認められた事例

最(三小)決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁

小林 明日香 116

Fallbeispiel zur Tatbestandsfeststellung bei beginnender Diebstahlsausführung durch sogenanntes „Cash Card Swapping“

KOBAYASHI Asuka 116

被用者が使用者の事業の執行について第三者に加えた損害を賠償した場合における被用者の使用者に対する求償の可否

最判令和2・2・28民集74巻2号106頁

栗 小焱 138

Whether the employee can seek compensation from the employer when the employee compensates for damages caused to a third party in the execution of the employer's business

LI Xiaoyan 138

# 法科大学院の教室における2つの法的三段論法

得津晶

1. 法的三段論法オリジナルバージョン
2. 「規範→あてはめ」型論証としての法的三段論法
  - (1) 論点がある場合の論証例
  - (2) 問題提起の必要性
  - (3) 規範の提示・選択と理由付け
  - (4) 論点を含む場合のフォーマット:「問題提起→規範・理由付け→あてはめ」
3. 会社法の事例問題による実例:平成28年司法試験予備試験商法設問2
  - (1) 平成28年司法試験予備試験論文式試験商法設問2
  - (2) 論点の発見(答案構成)
  - (3) 吸収合併差止の訴えの原告適格(論点I. ①)
  - (4) 吸収合併差止要件の有無(論点I. ②-1、②-2)
  - (5) 株主総会決議の瑕疵1:招集通知(論点I. ②-2-1)
  - (6) 株主総会決議の瑕疵2:準共有株式権利行使者指定への会社の同意の効果(論点I. ②-2-2)
  - (7) 株主総会決議の瑕疵と合併差止事由としての合併の法令違反の関係(論点I. ②-2-3)
  - (8) 保全の必要性(論点I. ③)
  - (9) 吸収合併無効の訴えの原告適格(論点II. ①)
  - (10) 吸収合併無効事由(論点II. ②)
  - (11) 株主総会決議の瑕疵:招集通知・議決権行使(論点II. ②-1、②-2)
  - (12) 株主総会決議の瑕疵と合併無効の訴えの関係(論点II. ②)
  - (13) 参考解答例
4. 結語
5. 補論:判例教材の読み方
  - (1) 判例教材を読む目的
  - (2) 「規範→あてはめ」型論法に従った整理
  - (3) 解説の利用法
  - (4) 実例
    - ①最決平成19・8・7民集61巻5号2215頁〔会社百選98・商判1-67〕
    - ②最判昭和38・12・6民集17巻12号1633頁〔会社百選7号・商判1-19〕

法科大学院における教育では、「法的三段論法」が大事であるとししばしばいわれる<sup>(1)</sup>。にもかかわらず、その定義ないしその意味するところは必ずしも明らかではない<sup>(2)</sup>。これは

本当に不思議なことである。

本稿筆者は、法科大学院では、最終学年の学生に、これまで学んできた商法・会社法の理解を基に具体的事例・紛争を解決

<sup>(1)</sup> 山田八千子「法科大学院教育における起案力養成(1)―法学未修者の起案力養成とe-ラーニングシステム」中央ロー・ジャーナル15巻3号(2018)207頁、山田八千子「法科大学院教育における起案力養成(2)―法学既修者2年次の起案力養成と中級事案研究」中央ロー・ジャーナル15巻4号(2019)194頁、赤石圭裕ほか「コロナ禍での勉強会の試み―オンラインでの法科大学院における学生同士の学び合う環境・雰囲気づくりを目指して」東北ローレビュー8号(2020)115頁。

<sup>(2)</sup> 法的三段論法の意義を探求するものとして、日本法哲学会2013年度学術大会シンポジウム「民事裁判における『暗黙知』―『法的三段論法』再考」のほか後藤泰一「法解釈と三段論法」信州大学法学論集18号(2012)131-155頁など。さらに、法的三段論法に対する外在的な批判として、滝井繁男「これからの社会に求められる法律実務家の役割(近畿大学法科大学院2007年講演会)」近畿大学法科大学院論集4号(2008)131頁など参照。

するために法律論を学生自らが展開する能力を身に着ける授業(「応用商法」)を主に担当してきた。学生の文書作成が中心となるその授業では、なるべく「法的三段論法」という用語は使わずに「法律家らしい議論の仕方」の説明をしてきた。だが、やはり学生からは、「法的三段論法に従って書くとはどういうことなのか」という質問を頻繁に受けた。

そこで、本小論では、法科大学院の学生(さらには法科大学院進学を志している法学部生)が読者となることを念頭に、実務法曹として法科大学院段階で身に着けることが期待されている「法的三段論法」の内容について、筆者の理解するところを明確に示したい。学生の喫緊の課題に照らせば、司法試験を含む事例問題の解答で期待されている「法的三段論法」を明示すると言い換えられる。決して研究者に対して「法的三段論法」の学理的内容を追及するものではない。

本稿が示したいのは法学教育で「法的三段論法」の名のもとに求められてきた議論枠組みには異なる2つのものが存在するということである。法律家らしく議論をするには、この2つの議論枠組みを両方とも身に着ける必要がある。にもかかわらず、本稿が引用する若干の文献を除いた多くの法学入門書が「法的三段論法」として紹介するのはそのうちの1つのみであった。学習者の多くは、1つ目の「法的三段論法」(いわばオリジナルバージョン)を身に着けることに成功している。しかし、実際に法律家らしい議論の仕方を身に着けるには(定期試験の事例問題を解くためには)オリジナルバージョンとは異なる2つ目の「法的三段論法」を身に着ける必要がある。にもかかわらず、この2つ目の「法

的三段論法」について明示的な解説は乏しい。この点が、多くの学習者(特に法科大学院の未修者)が、司法試験はおろか定期試験・法科大学院の単位取得すらおぼつかない理由の1つとなっているように思われる。

## 1. 法的三段論法オリジナルバージョン

教科書的な説明によれば、法的三段論法とは、「適用されるべき法規範を大前提とし、具体的事実を小前提として、この2つの前提から判決を結論として導き出す推論形式<sup>(3)</sup>」とされている。一般的な三段論法とは以下のようなものである<sup>(4)</sup>(表1)。

大前提：全ての人間はいつか必ず死ぬ。 小前提：ソクラテスは人間である。 結論：ゆえにソクラテスはいつか必ず死ぬ。
--

【表1】三段論法

これを法律学に機械的にあてはめると以下ようになる(表2)。

大前提：規 範 (一般的・抽象的な命題) 小前提：事 実 結論：あてはめ
--

【表2】法的三段論法・オリジナルバージョン

このような説明や図示によれば、「規 範 → 事 実 → あてはめ (結論)」というフォーマットが法的三段論法となる<sup>(5)</sup>。本稿では、このような三段論法をそのまま法律学にあてはめたものを「オリジナルな法的三段論法」と呼称することにする。

<sup>(3)</sup> 高橋文彦『『民事裁判における『暗黙知』—『法的三段論法』再考—』について』日本法哲学会編『民事裁判における「暗黙知」(法哲学年報 2013 年)』(有斐閣・2014) 3 頁。

<sup>(4)</sup> 田高寛貴ほか『リーガル・リサーチ&レポート[第2版]』(有斐閣・2019) 9 頁[原田昌和]の事例より。

<sup>(5)</sup> 山下純司ほか『法解釈入門[第2版]』(有斐閣・2020) 4 頁[宍戸常寿]。

例えば、刑法 199 条は「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」と定める。これが規範に該当する。そして、「X は人を殺した」という事実がある。その結果として、「X は、死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」というあてはめが結論になる。

このような議論作法は、条文を事案(事実・現実)にあてはめるとい法律学、とりわけ現行法を前提とした解釈論にとって必要不可欠な基本作業である。ある事案において法的判断の正当性を保証するには、法的に正当とされている規範(条文)から演繹的に推論するという方法は正しい議論の方法である<sup>(6)</sup>。理論的にはこのほかにも正しい論証の方法はありうる。だが、これ以外の正しい論証の方法は実践的には思いつかない<sup>(7)</sup>。このため法律家はこのような法的三段論法を用いている。

それではオリジナルな法的三段論法を身につければ法的な論述ができるのかというとそうではない。例えば、実際の裁判例を確認してもらっても「規範→事実→あてはめ(結論)」という書き方になっていないことがわかるであろう。

というのはこのオリジナルな法的三段論法のみで論証できる範囲は規範を事実にあてはめた結論が明らかである場合に限られるからである。簡単に言えば、条文を適用した結論が一義的に明確である(と解釈者が判断している)場合にしか結論を導くことができない。

これに対して、先例として参考になるもの

として判例誌に掲載される判例・裁判例や試験で出題される事例問題には、条文の適用の結果が一義的には明らかではない点・結論の分かれうる点であるところのいわゆる「論点」が存在する。このような論点が存在する場合には、オリジナルな法的三段論法の「規範(条文)→事実→あてはめ」を機械的に用いるだけでは結論を導けない。

たとえば、先ほどの刑法 199 条の殺人罪について、「人を殺した」ことが殺人罪の要件(構成要件)となっているところ、出産中に母体から一部のみ露出している嬰兒の生命を奪った場面を考えてみる。このような行為は「人」を殺したといえるのかについては結論が分かれうる。すなわち、ここには「人」の意義について、胎児はいつから人といえるのかという人の始期についての「論点」がある。

この論点について、一部露出した段階で人といえる一部露出説と、体の全部が露出して初めて人となり、それまでは胎児として墮胎罪(刑法 212 条以下)で保護されることになるという全部露出説などの対立があるとされている。この論点の解説について詳しくは刑法の教科書を確認していただきたい<sup>(8)</sup>。

本稿で確認したいのは、オリジナルな法的三段論法のみでは上記のような論点をどのように論じればよいのかのガイドラインがないということである。

<sup>(6)</sup> 安藤馨＝大屋雄裕『法哲学と法哲学の対話』(有斐閣・2017) 255 頁[安藤]。ただし、三段論法が正しさをも保障するには、規範が常に成立しなくてはならず、規範を要件部分と効果部分とに分けた場合において要件の部分にはすべての例外状況が明示的に組み込まなければならないところ(安藤＝大屋・前掲 258 頁[安藤])、現実の裁判官の示す規範は、将来現れるかもしれないいかなる状況でも当該規範を維持することまではコミットしていないことから、裁判官の三段論法は正しさを保障するものではないとされる(安藤＝大屋・前掲 259 頁[安藤])。

<sup>(7)</sup> 安藤＝大屋・前掲注(6)文献 255—256 頁[安藤]。

<sup>(8)</sup> 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣・2010。以下、山口・前掲各論で引用) 8—9 頁、山口厚『刑法〔第3版〕』(有斐閣・2015。以下、山口・前掲刑法で引用) 205—206 頁など。

2. 「規範→あてはめ」型論証としての法的三段論法

(1) 論点がある場合の論証例

それでは、「論点」が存在する場合にはどのようなフォーマットで論述がなされているのか。まず、「論点」とは、前述した殺人罪における「人」の始期のように、条文などの法規範を事実にあてはめた結論が一義的に明らかとはならない場面である。このような論点を発見するまではオリジナルな法的三段論法の実践で足りる。論点を発見したら、かかる論点を指摘して(本稿では「問題提起」と呼称する)、いかに解決すべきかの検討を始める。

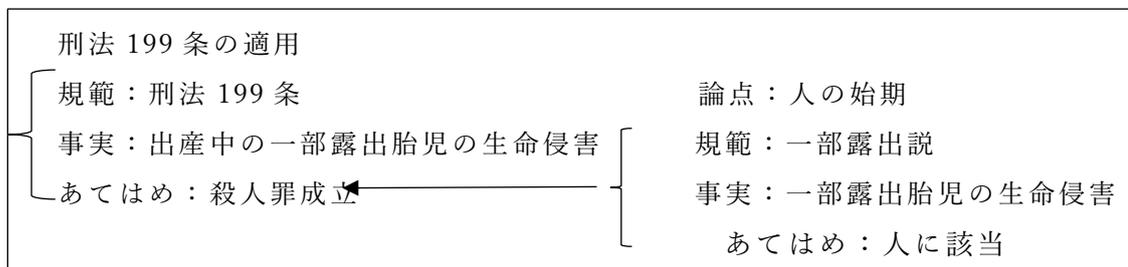
そして、このように発見した論点の解決のための議論の仕方もまた「法的三段論法」によってなされる。すなわち、当該論点に対して判断基準となる「規範」を定立し、その規範に当該事案をあてはめるという形で結論を出す。ここに「規範→事実→あてはめ」というオリジナルバージョンの法的三段論法を見出すことができる。

ここでいう「規範」とは、学部の専門科目や法科大学院の未修者向けの基本科目講義、教科書等で「〇〇説」等として学習する内容のことである。いわゆる「解釈論」ないし

「一般論」と呼ばれるものである。例えば、前述した殺人罪における「人」の始期であれば、一部露出説や全部露出説といったものが規範に該当する。

そして、採用した規範に、出産中に母体から一部のみ露出している嬰兒の生命を奪ったという事実をあてはめる。一部露出説では、当該嬰兒は母体から一部露出しているので人と評価できるとし、殺人罪の成立を認めるという結論になる。他方、全部露出説であれば、当該嬰兒は母体から身体の一部が露出していないので殺人罪は成立しないという結論になる。

このように、論点に対して法律家らしく解決を導く論法としても「規範→事実→あてはめ」という法的三段論法を用いる。だが、この具体例において、人の始期という論点は、元をたどれば、刑法 199 条の適用という「規範→事実→あてはめ」という作業の中の「あてはめ(結論)」が一義的に明らかでなかったため、その結論を導くために論じることが必要とされた争点である。すなわち、ここでいう人の始期という論点及びそれに伴う「規範→事実→あてはめ」は、刑法 199 条の適用という大きなレベルの「規範→事実→あてはめ」の「あてはめ」のレベルの中に、下位レベルとして存在するのである(表3参照)。



【表3】法的三段論法の複層化

この例では、刑法 199 条の適用という上のレベルの「規範→事実→あてはめ」の中に、人の始期という下のレベルの「規範→事実→あてはめ」という問題が2層構造になっていることがわかる。そして事案がより複雑になればオリジナルな法的三段論法の構造が3層、4層とさらに複層化することになる。

## (2) 問題提起の必要性

だが、何層になっても結局のところオリジナルの法的三段論法の重ね合わせに過ぎない。よって、論点を含む場合の法律論のフォーマットをオリジナルな法的三段論法のみで整理することも可能なように見える。しかし、オリジナルな法的三段論法では上記議論の中で明示的に指摘できていない要素がある。それが論点の存在を指摘すること(問題提起)である。

上記事例では刑法 199 条を用いたが、どのような事案でも条文あるいは不文ながらも確立した解釈上の法準則を適用して解決を図るとするのが法律(実定法)の実務で求められる能力であり、また事例問題で求められる能力である。しかしながら、オリジナルな法的三段論法だけではある法ルールに事実をあてはめれば一義的に結論が出てくる場面ではしか解決策を導くことができない。結論が一義的に明らかではない場合には、なぜ結論が明らかとはならないのか、結論が分かれるポイントとなる「論点」を発見し指摘することが求められる。そのうえで、論点に対して、事実をあてはめることで解決を導き出すことができるような「規範」を示さなくてはならない。

## (3) 規範の提示・選択と理由付け

この「規範」は、伝統的にはそれぞれの法分野の授業(学部の専門課程の講義や法

科大学院基本科目講義)や教科書(体系書)等で説明されている解釈論が相当する。これまでに学んだ解釈論の中から、論者(解答者)が最も望ましいと考える解釈論を示せばよい。

新たな解釈論は、本来、教科書等よりも先に論文や判例・裁判例等で示されているものである。だが、法科大学院や法学部の学部生が既存の解釈論のすべてについて当該解釈論を最初に示した一次文献を探して読解することは修了年限・学習時間の限界等の時間制限の中ではおよそ不可能であるため、それらをまとめ上げた講義や教科書等の教材で学ぶのが通常であろう。

場合によっては、先例、教科書や論文等の先行文献では取り上げられていない点が論点となることもあるし、また既存の論点であっても学生は先行文献のすべてを完璧に調査することはできないことから初見の論点と遭遇することもある。法科大学院の学生の観点からすれば一度学習したはずの論点だが資料の参照が認められない筆記試験の現場では思い出せないというケースも多いであろう。このような(少なくとも論者・解答者にとっては)「新手」の論点に対しても、規範を立ててあてはめるという形で回答することが求められる。すなわち、当該問題状況の利益衡量や適用されそうな条文の趣旨等から当該論点に対して規範をでっちあげることが求められる。

そのように学習した既存の解釈論やその場ででっち上げた規範に対して当該事案をあてはめて結論を出す。当該論点に対する解決策をさらに上のレベルの法的三段論法の「あてはめ」部分に代入して上のレベルでの条文の適用について事案の解決について結論を出す。

(4) 論点を含む場合のフォーマット:「問題提起→規範・理由付け→あてはめ」

このように、一番上のレベルでの条文・ルールの適用(あてはめ)に際して結論が一義的に明らかとはならず論すべき点(論点)があることを発見し、問題を提起するという作業が必要となっていることがわかる。当該論点が上のレベルでの「あてはめ」においてどのような形で結論と結びつくのかを説明する必要もある(問題提起の背景・動機の説明)。このような論点の発見・問題提起は「規範→事実→あてはめ」のオリジナルな法的三段論法の外側となっている。

そこで、結論が一義的に明らかではない事案(紛争)において、それでも法律家として一定の結論を説得力のあるものとして示すためには、まず、論点を指摘し、そのうえでオリジナルな法的三段論法で処理することが必要となる。かかる「問題提起」(論点の発見)を「規範」よりも先に行う必要がある。

このような論点の発見は、法律の条文といった自明のルールを規範としてそれに対して事実をあてはめようとする、というプロセスを必要とする。このような論点を発見する作業には、当事者によってどのような請求がなされており、どのような条文が適用の候補となるのかが検討されなくてはならない。すなわち、論点に対して、「規範→事実→あてはめ」という作業をする前に「論点の発見」という作業があり、この作業には、事案の問題状況の整理(事実の整理)が必要とされる。

この結果、論点についての判断をみると、実は「規範→事実→あてはめ」という形に入る前に大量に事実の整理がなされ、「事実→規範→事実→あてはめ」という形で法律論が展開されることになる。もっというと、ま

ず問題提起のための事実の整理が大量であり、規範を提示してからあてはめる事実は問題提起の中で指摘されていた事実と重複する部分も多いため、「事実→規範→あてはめ」と整理したほうが実際に書かれた文章に近い。

実際に、論点を含んだ現実の裁判例を読めば、その多くは、オリジナルな法的三段論法のように規範をたててから事実を列挙するという書き方にはなっておらず、先に事実を列挙してからその後に規範を含んだ法的判断がなされるという形になっていることに気づくであろう。司法研修所では、民事判決の書き方として事実を争点に対する判断に先行して書くように指導がなされている<sup>9)</sup>。このような争点に対する判断(「規範→事実→あてはめ」)の前に発見した論点の指摘(問題提起)のために事実の整理がなされることから「事実→規範→あてはめ」というほうが実態に近いのである。

そして「事実」という用語が論点の発見及びその指摘のための事実の整理と、規範をあてはめる際の事実と2回出てくることから、もはや「事実」という用語は使わない方が混乱を防ぐためには有益である。事実を整理して論点の発見・指摘を行う場面は「問題提起」、規範に事実をあてはめて結論を導出する作業は「あてはめ」と総括して称してしまい、論点がある場合の法律論は、「問題提起(論点発見)→規範→あてはめ」というフォーマットとして説明したほうがわかりやすい。

また、論点であるということは、事実関係に対してルールを適用する際にいかなる基準に基づいて判断すべきなのかという「規範」について意見が分かれていることを意味する。少なくとも明示的な基準がなく異論の余

<sup>9)</sup> 司法研修所編『10訂・民事判決起案の手引(補訂版)』(法曹会・2020)61、85頁〔在来様式において2 事実の確定を3 法律の適用に先行〕、91、92頁〔新様式において2 事案の概要を3 争点に対する判断に先行〕。

地があるはずである。そのような状況で、事実をあてはめることで結論を導出できるような特定の「規範」を採用するのであるから、当該規範を選択した理由付けも述べるのが望ましい。すでに先行最高裁判例があるような場合には、当該判例があることをもって金科玉条があたかも天から降ってきたかのように理由付けを一切述べずに当該判例の示した規範をそのまま採用するということもあろう。しかしながら、判例も多くの場合はかかる規範を採用する理由を述べているはずである。さらにそのような権威ある最高裁判例のようなものがない場合には、かかる規範（解釈論）を採用する理由を述べるのがより強く期待されている。

このような解釈論の理由付けは多くの場合、教科書等の解釈論の紹介において一緒に述べられており（例えば、人の始期に関する一部露出説の論拠として母体から独立した直接的な侵害可能性の有無を基準とするものであるとされ、全部露出説の論拠としては加害行為の可能性によって客体を確定するのは背理であって客体の価値という観点から出産という過程を経たか否かによって「人」と言えるかどうかを論拠とするものと説明されている<sup>(10)</sup>）、学部専門科目・法科大学院規範科目の授業でも教わる事柄である。（少なくとも論者・解答者にとって）新手の論点であって規範をでっちあげたような場合には、なぜそのように規範をでっちあげたのか、当該条文の趣旨（制度趣旨）や他の制度との関係、対立する利益との衡量や当該法分野の一般原則（例えば刑法であれば罪刑法

定主義や予見可能性の確保、類推解釈の禁止などが民事法よりも重視されるであろう<sup>(11)</sup>）といったものの中から、規範のでっち上げに整合的なものを論拠としてあげることが期待される。

この理由付けまで含めると「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」というフォーマットになる（表4）。

問題提起（論点の発見） 規範（+理由付け） あてはめ（事実・結論）
---

【表4】「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」フォーマット

このように事実についての記述は規範提示の後ではなく、むしろ、その前の問題提起で行われている。このことから、近時は、法的三段論法の実践的な意義として、事実を除外し、「規範→あてはめ→結論」をもって三段論法とする説明がみられるようになった<sup>(12)</sup>。結論は書くのが当然であるので省略すれば、端的に「規範→あてはめ」型で書くことが法的三段論法として説明されている<sup>(13)</sup>。本稿では、このような意味での法的三段論法を「規範→あてはめ」型論法と呼ぶ。

そして、本稿が強調したいのは、「規範→あてはめ」型論法では、問題提起や規範の選択（そして理由付け）と言ったオリジナルな法的三段論法にはない要素が必要となっているということである。論点・争点を含む現

<sup>(10)</sup> 山口・前掲注(8)各論9頁、山口・前掲注(8)刑法 205 頁、山口厚『問題探求・刑法各論』（有斐閣・1999）2-6 頁。

<sup>(11)</sup> 山口・前掲注(8)刑法8-13 頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）9-16 頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論〔第3版〕』（弘文堂・2019）45-59 頁。

<sup>(12)</sup> 西内康人「事例問題の特徴—定期試験でよく問われるのは具体的にどのようなことなのか」法学教室 477 号（2020 年）41 頁。宍戸常寿・石川博康編『法学入門』（2021）12 頁も「第1に法規範の定める要件（大前提）を明らかにし、第2に具体的な事実（小前提）が要件（大前提）に『当てはまる』かを判断することにより、（第3に）効果の発生の有無を定めるという思考のプロセス」を法的三段論法としており同趣旨であろう。

<sup>(13)</sup> 西内・前掲注(12)文献 42 頁。

実の事案(事例問題)において法律家として解決策を提示するには、「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」というフォーマットに従うことが求められる。これは実務法曹の教育機関である法科大学院においても学生も同様であって、「規範→あてはめ」型論法を法科大学院の学生も身につける必要がある<sup>(14)</sup>。

### 3. 会社法の事例問題による実例:平成28年司法試験予備試験商法設問2

それでは、会社法の事例問題を素材にオリジナルな法的三段論法と「規範→あてはめ」型という2つの法的三段論法の使い分けを実際に示してみよう。この節は、会社法の専門知識を前提とした説明となるため、会社法の学習が進んでいない学生は次節4.まで読み飛ばしていただいて構わない。

まず、現実の事案において常に論点が存在するわけではないことを確認する必要がある。会社法の条文の適用の可否が事実関係から明らかとなる場面も多い。このような場面においてはオリジナルな法的三段論法のみで事案の解決・結論を導き出すことができる。そして、学部や法科大学院の定期試験でも条文を機械的に適用して結論を導くことのできる出題がなされることもある<sup>(15)</sup>。

だが、学部専門科目や法科大学院基本科目で学ぶ判例・裁判例は、論点に対して一定の判断を示したものである。また、学部や法科大学院の定期試験で出題される事例問題の多くはやはり論点を含んでおり、かかる論点の処理が求められる<sup>(16)</sup>。このことは司法試験予備試験や司法試験本試験の論

文式試験も同様である。

本節では例として、平成28年司法試験予備試験論文式試験問題商法の設問2を取り上げる。司法試験予備試験は、司法試験法によれば、「法科大学院の課程を修了した者」(同法4条1項1号)と「同等の学識及びその応用能力並びに法律に関する実務の基礎的素養を有するかどうかを判定することを目的」とするものとされている(同法5条1項)。同試験の問題を利用することは、法科大学院における教育の到達水準を考える客観的な指標としてふさわしい。

平成28年の予備試験商法の論文式試験に対しては、出題担当試験委員が「この問題についてのすっきりした正解は、日本中を探してもまだ見つからない」、「それにしても、2016年度司法試験商法予備試験問題は、正解を導くことができない<sup>(17)</sup>」と述べるほど難易度の高い問題でもあった。よって、この問題は法科大学院における教育の到達水準の中でも上限であってこれよりも上を要求されることはないと考える。この問題は、本稿の示す法的三段論法が法科大学院の修了段階の授業においてどのように機能するのか、意義と限界を示すのに最適な素材と考えられる。

#### (1) 平成28年司法試験予備試験論文式試験商法設問2

同事案のうち本稿で必要な限りをまとめたものは以下の通りである。

<sup>(14)</sup> かかる観点から、会社法の個別の条文の解説について「問題提起(論点)→規範+理由付け」というスタイルで行ったものとして、江頭憲治郎=中村直人編『論点体系・会社法[第2版]第6巻』(第一法規・2021)143-198、228-291頁[得津晶]がある。

<sup>(15)</sup> そのような問題が多く含まれている教材として久保大作ほか『ひとりで学ぶ会社法』(有斐閣・2018)。

<sup>(16)</sup> このような問題を中心に構成された教材として伊藤靖史ほか『事例で考える会社法[第2版]』(有斐閣・2015)。

<sup>(17)</sup> 浜田道代『株式が相続された場合の法律関係』(商事法務・2021)はしがきii頁。

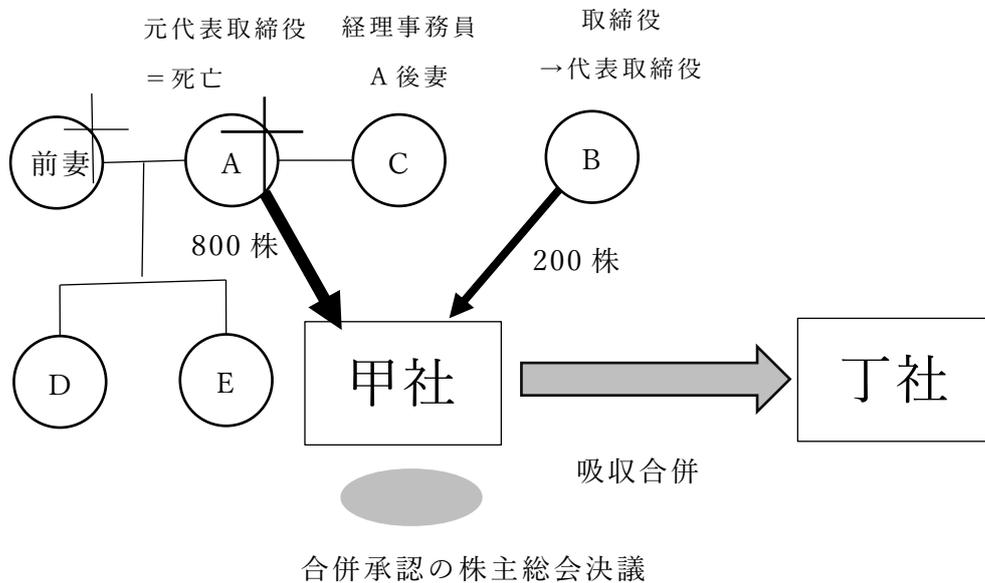
非取締役会設置会社・非公開会社である株式会社甲社では、発行済株式総数 1000 株のうち 800 株を A、200 株を B が保有していた。甲社の取締役は A および B であり、A が代表取締役であった。

だが、A が遺言を残すことなく死亡し、800 株は A の相続人に相続されることとなった。A の相続人はすでに死亡した前妻の 2 人の子供 D、E と A の後妻 C であった。遺産分割協議が難航している中、甲社の経営状況が悪化し、甲社の取締役 B は甲社を消滅会社とする吸収合併契約を丁社と締結し、当該吸収合併の承認を株主総会決議に付すこととなった。B は C、D、E に丁社への吸収合併の必要性や経緯について説明した。だが、A の相続人のうち C は吸収合併に賛成しているものの、D 及び E は反対であった。C、D、E の 3 名の間では何らの合意もなされていない。

B は、C にのみ吸収合併承認を議案とする株主総会の招集通知を送付し、共同相続人間に準共有状態にある A の遺産の株式 800 株について、共同相続人間で権利行使者の指定はなされていないにもかかわらず、甲社が同意したとして C に議決権行使を認め、吸収合併承認の株主総会決議がなされた。

〔設問〕この吸収合併に対して、D はいかなる法的手段をとることができるか。吸収合併の効力発生前と後とに分けて論じなさい。なお、その際に、本件の株主総会招集手続の瑕疵についても論じなさい。

この利害関係を図に示すと以下のようなになる(図1)。



【図1】平成 28 年司法試験予備試験論文式試験商法設問2の状況

(2) 論点の発見(答案構成)

本問では、吸収合併の効力発生前と後とで株式 800 株の準共有者(共有持分は4分の1)D がとることのできる手段がそれぞれ問われている。I. 吸収合併効力発生前であれば吸収合併差止請求<sup>(18)</sup>(会社法 784 条の2。仮の地位を定める仮処分〔民事保全法 23 条2項〕)、II. 吸収合併発生後であれば吸収合併無効の訴え(会社法 828 条1項7号)がそれぞれ該当しよう。

まず、I. 吸収合併効力発生前の吸収合併差止の訴え(会社法 784 条の2)から検討する。ここで吸収合併差止の訴えを認めることができるかどうか、結論が事案との関係から一義的には明らかではない「論点」としては以下のようなものがある。まず、①吸収合併差止の訴えの原告適格は「株主」とされているところ、D はあくまで準共有者の1人であって、また準共有状態にある株式の権利行使に必要な権利行使者の指定・通知(会社法 106 条)もなされていない。このような D に原告適格を認めることができるかという問題がある<sup>(19)</sup>。そして、②吸収合併差止の訴えの差止事由の有無が問題となる。ここでは②-1. 株主が不利益を受けるおそれと②-2. 法令違反の有無が問題となる。そして、

差止事由の法令違反の候補としては株主総会決議の欠缺が考えられる。すなわち、株主総会決議に取消事由・無効事由・不存在事由があるかどうか問題となる。このうち、まずは②-2-1. 設問のリード文に応じて招集手続の瑕疵として準共有者のうち C のみにしか招集通知を送らなかった点が違法かどうか問題となる。次いで、②-2-2. 準共有株式の議決権を C に行使させたことの違法性が問題となる。これは準共有者間で会社法 106 条が求める権利行使者の指定通知が全くなされていないにもかかわらず、会社(甲社)が同意すれば 106 条但書によって権利行使が適法となるのかという問題である。最後に、②-2-3. これらの事情によって株主総会決議に取消事由ないし無効・不存在事由があった場合に、かかる事実によって吸収合併差止事由としての吸収合併が法令違反であることを満たすのかという問題がある。

さらに民事保全法 23 条2項の仮の地位を定める仮処分を用いるのであれば、ここまで説明した論点は被保全利益の有無となる。そのほかに③保全の必要性の有無も問題となる。

次いで、II. 吸収合併効力発生後の救済手段として合併無効の訴え(会社法 828 条

<sup>(18)</sup> ほかにも、株主総会決議取消訴訟(会 831)を本案として仮の地位を定める仮処分(民保 23II)によって仮処分としての差止を求めるという解釈論もありうる(江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』〔有斐閣・2021〕385 頁注 7)。特に論点 I. ②-2-3 に関して後述するように((7)合併承認の株主総会決議取消の訴えが吸収合併差止の訴えに吸収されないし併合提起によって差止事由の法令違反とするといった立場をとらなかった場合には、現行法下でも上記株主総会決議取消訴訟+仮の地位を定める仮処分の申し立てによる解決が実効的な手段となる。だが、本稿では簡単のため、会社法上の吸収合併差止の訴えの中の法律構成のみを検討する。

<sup>(19)</sup> 本文で述べたようにこの問題はまずもって D に吸収合併差止の訴えおよび吸収合併無効の訴えの原告適格が認められるかどうか問題となるはずである。法務省ウェブサイト公表されている同試験の出題趣旨および上田純子ほか編『論文演習会社法・下巻〔第2版〕』(勁草書房・2021)237-247 頁〔松嶋隆弘・山本暢明〕にはこの論点への言及がない。だが、平成 24 年司法試験論文式試験民事法第2問設問3において取締役の地位を失った者による株主総会決議取消の訴えの原告適格(当時は「当該決議の取消しにより株主……又は取締役……となる者」の原告適格を明文で認めた平成 26 年会社法改正前)の有無など会社法上の訴訟制度の原告適格の有無は過去の司法試験等でも問われており、法科大学院修了段階の学生であれば備えていることが期待される会社法の基礎的知識であると思われる。当該試験の翌年、平成 29 年司法試験論文式試験民事法第2問設問2においても株主の地位を失った者の総会決議取消の訴えの原告適格が出題されている。

1項7号)を考える。ここでは吸収合併差止の訴えと同様、①準共有者に過ぎないDに株主等として吸収合併無効の訴えの原告適格(会社法828条2項7号)の有無が問題となる。次いで、②合併無効事由の有無が問題になる。その中で、②-1.株主総会決議の瑕疵の有無が問題となる。具体的には、これまた吸収合併差止の訴えと同様、②-1-1.招集手続の適法性及び②-1-2.会社の同意のみに基づくCによる準共有株式の議決権行使の適法性が問題となる。そして、②-2.この株主総会決議の瑕疵が

合併無効事由に該当するののかという問題がある。

以上、この設問に含まれる論点を指摘した。このようにして発見した論点の位置づけを把握することは、どのような順序で論じるべきかを示すものとなり、いわゆる「答案構成」となる。この問題の答案構成は以下の表のようになる(表5参照)。予備試験の論文式試験は民事法3科目で3時間30分であるということなので、1科目あたり70分となる。その割には異様な論述量が求められることが理解できよう。

**【答案構成(論点表)】**

- I. 合併効力発生前:合併差止請求(会784の2)
  - ① 差止の訴えの原告適格:会106条の権利行使者の指定がないこと
  - ② 差止事由
    - ②-1 株主が不利益を受けるおそれ
    - ②-2 吸収合併の法令違反
      - ②-2-1 招集手続の瑕疵(会社法126条3項4項)
      - ②-2-2 会社の同意による準共有株式の議決権(会社法106条)
      - ②-2-3 合併承認株主総会決議の瑕疵と差止事由たる吸収合併の法令違反との関係
  - ③ 民事保全法23条2項:保全の必要性の有無
- II. 合併効力発生後:吸収合併無効の訴え(会828I⑦)
  - ① 合併無効の訴えの原告適格:会106条の権利行使者の指定がないこと
  - ② 合併無効事由の有無
    - ②-1 合併承認株主総会決議の瑕疵
      - ②-1-1 招集手続の瑕疵(会社法126条3項4項)
      - ②-1-2 会社の同意による準共有株式の議決権(会社法106条)
    - ②-2 合併承認株主総会決議の瑕疵と合併無効事由・合併無効の訴えとの関係

**【表5】論点表(答案構成)**

(3) 吸収合併差止の訴えの原告適格(論点I. ①)

まず、吸収合併差止の訴えの原告適格は「株主」とあるところ、Dは株式の準共有者であって「株主」にはただちに該当しない。このようなDに吸収合併差止の訴えの原告適

格を認めることができるかどうかは結論が一義的に明らかではない論点となる。

準共有者が株主としての権利を行使するには会社法106条の規定に従って準共有者間で権利行使者の指定と会社への通知を行う必要があるところ、本問のC、D、Eの3者は権利行使者指定の合意ができていな

いのであるから、株主として権利行使が認められないのが原則である。

そこで、まず、会社法 106 条によって会社への権利行使を主張できないのは株主総会での議決権行使のように直接に会社を権利行使の相手方にする場面であり、裁判所に対する権利行使は会社法 106 条の規律に従わず権利行使が認められるという学説の立場<sup>(20)</sup>に立って原告適格を認めてしまう方法がある。このような解釈は、会社法 106 条は会社の便宜のための制度であって、裁判所の便宜のための制度ではないことを根拠とする。民事訴訟における原告適格は職権調査事項であるので当事者である会社の便宜を考える必要はなく、裁判所の便宜の問題であるからである。

だが、最高裁判例では、会社に対する裁判所への訴え提起も共有に関する会社法 106 条(当時は平成 17 年改正前商法 203 条2項)の規律する会社に対する権利行使に該当するとされている(最判平成2・12・4民集 44 巻9号 1165 頁)。会社も応訴の負担を負うことからすれば、原告たる準共有者の原告適格の有無は把握する必要があり、調査するには煩雑なコストがかかることから、このような判例の立場も不合理なものとはいえない。

ただし、最高裁の判断は、一律に原告適格を否定するものではなく「特段の事情がない限り」という留保付きで原告適格を否定したものであった。そして、同最判では、全株式が相続財産となっていた事案において、同じく権利行使者の指定・通知がなされて

いないにもかかわらず、新たな取締役選任の原因が前株主死亡後に取締役選任という本来成立するはずのない株主総会決議がなされたことに着目し、このような先行行為との矛盾(禁反言・信義則違反)ないし会社都合による恣意的な取り扱いをもって特段の事情ありとした<sup>(21)</sup>。

ほかにも、特段の事情の有無に言及した最高裁として、平成 17 年改正前の有限会社の事案である最判平成9・1・28 判時1599号 139 頁がある。有限会社の全持分を有しかつ代表取締役であった者が死亡したところその直前になされたとされている社員総会決議の不存在確認の訴えが共同相続人の一人(被相続人の妻と子1名)から権利行使者の指定通知なしに提起された。原告は、相続人間で争いがあったことから権利行使者の指定通知が不可能であることを理由に「特段の事情」ありと主張した。これに対して、最高裁は、権利行使者の指定通知は共有持分の過半数で可能である(おそらく民法 264 条・252 条1項の管理行為と位置付けていると推察される)ことを理由に特段の事情を認めなかった。この最高裁は、権利行使者の指定通知が可能であったこと(同事件では被相続人の妻及びその2人の子と、内縁の妻との間の非嫡出子1名との間の対立であって法定相続分に従った原告側の共有持分は圧倒的な多数派であった)を指摘して特段の事情を認めなかっただけであり、仮に準共有持分が 50-50 となつて権利行使者の指定通知が不可能であった場合に特段の事情を認めたとはいえない。

<sup>(20)</sup> 仲卓真『準共有株式についての権利の行使に関する規律』(商事法務・2019)232 頁。

<sup>(21)</sup> ただし、最判平成2・12・4民集 44 巻9号 1165 頁で問題となった会社に対する訴えは株主総会決議不存在確認の訴えであり、確認の利益があれば提訴可能であり、原告適格として株主にあることは現行法(会社法 830 条1項)も平成 17 年改正前商法 252 条も明文で要求していない。同判決を原告適格として株主の地位を要求する平成 17 年会社法下の各種の会社に対する訴え制度の原告適格の有無に関する先例としてみることはできないとする考えも成り立ちうる。だが、本稿ではこのような整理はとらず、同最判の判示は、現行法で原告適格として株主の地位を要求する各種の訴訟制度における準共有株式の取扱いに妥当するものとして議論を進める。

るものではない(裏は必ずしも真ならず)。だが、裁判所がわざわざ相続人間の対立とその持分割合分布から権利行使者の指定通知が不可能ではないことを理由に挙げたということは、権利行使者の指定通知が共同相続人間の対立構造から不可能であればそれも特段の事情と認定されたと理解する余地がある<sup>(22)</sup>。

以上の判例の立場から、「権利行使者の指定通知のない準共有者Dに『株主』として吸収合併差止の訴えの原告適格が認められるか」という論点に対する規範は、「原則として会社に対する訴え提起にも会社法 106 条の権利行使者の指定通知が必要である。ただし、準共有者間の権利行使者の指定通知がないにもかかわらず会社側が恣意的に経営陣に都合の良いように準共有状態株式の権利行使を認めていたような場合は信義則違反として権利行使者の指定通知がないことを理由に権利行使を拒むことができないし、また、準共有者間の対立によって持分の過半数(民 264・252I)によって可能となり権利行使者の指定ができない場合には特段の事情ありとして、準共有者単独による権利行使を認めるものとする」ということになる。

そして、この規範を本問の事案にあてはめれば、D は権利行使者の指定通知をしていないので原則として原告適格がないことになる。次いで、特段の事情の有無を検討するに、まず、最判平成2・12・4民集 44 巻9 号 1165 頁の示した会社側の恣意的な運用による特段の事情が認められそうである。本問では、同じく権利行使者の指定通知がなされていないにもかかわらず、定足数が定款の規定による引き下げがあっても議決権の3分の1、かかる規定がなければ議決権の過半数である吸収合併承認の株主総会特

別決議(会社法 309 条2項 12 号・783 条1 項)が成立したことになる。ここに甲社が準共有株式の取扱いについて恣意的な運用をしている点が表れており、このような状況で甲社に都合の悪い準共有者の権利行使を否定するというのは信義則違反であって特段の事情ありという結論を導くことができる。

また、最判平成9・1・28 判時 1599 号 139 頁から示唆される権利行使者の指定が不可能を理由とする特段の事情も認められそうである。本問では、妻 C と前妻の子 D、E とが対立しており、法定相続分の総計はそれぞれ2分の1ずつとなり、いずれも過半数を取れず、権利行使者の指定通知が不可能な状態と言えるからである。

#### (4) 吸収合併差止要件の有無(論点I. ②-1、②-2)

次に、吸収合併差止要件(会社法 784 条の2)の有無の検討に移る。まず1つ目の要件は、株主が不利益を受けるおそれの有無であり、これが論点となる。ここで損害ではなく「不利益」とされているのは、新株発行差止の訴え(会社法 210)と同様、事実上の不利益であっても含まれるという趣旨である<sup>(23)</sup>。よって、規範としては「不利益とは法的な権利侵害のみならず事実上の不利益も幅広く含む」とする。そして、あてはめとしては、本問の株式の準共有者Dは、吸収合併によって対価として乙社株式の準共有者たる地位を取得するものの、甲社株式の準共有者たる地位を失い、合併比率によっては経済的価値や持分比率の低下などの不利益をうけるおそれがあることから、「不利益を受けるおそれ」要件は充足すると判断する。

<sup>(22)</sup> 柴田和史「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選〔第3版〕』(有斐閣・2016)27 頁、伊藤靖史ほか・前掲注(16)文献 136 頁〔田中亘〕。

<sup>(23)</sup> 岩原紳作編『会社法コンメンタール・補巻』(商事法務・2019)764-765 頁〔伊藤靖史〕。

もう1つの要件、吸収合併が法令違反となることについて、合併承認決議がなければ合併は法令違反となる(会社法 783 条)。ここは、合併承認決議の有無という次の論点につながる場所であるが、他方で合併承認決議が欠ければ法令違反となるというのは解釈の余地のない点であるため、オリジナルバージョンの法的三段論法で足り、条文以外の規範を論者(解答者)が作成する必要はない。

(5) 株主総会決議の瑕疵1: 招集通知  
(論点 I. ②-2-1)

株主総会決議の瑕疵については、まず設問が指示しているのだから株主総会の招集通知を C のみに送付していることが適法なのかという点を問題にしなくてはならない(論点 I. ②-2-1)。だが、これは会社法 126 条3項及び4項のルールによれば準共有者間で通知受領者を定めていない以上、会社はどの準共有者に送付しても構わないとされている。この点についても、後述する会社法 106 条の権利行使者の指定通知と同様、会社による恣意的な通知受領者の運用を権限濫用としてかかる招集通知の送付を無効とする解釈も理論上考えられなくはない。だが、本問では、招集通知を受け取っていない準共有者 D、E も乙社との吸収合併の必要性について B から詳しく説明を受けており、招集通知による情報提供の意義は大きくない。吸収合併が承認されたことの不当性は結局のところ準共有状態の株式の権利行使を C によって行われたという会社法 106 条の問題に集約され、会社法 126 条3項・4項で争う必要性も乏しい。

よって、会社法 126 条3項・4項は、機械

的に条文を適用するだけでよく、「論点②-2-1」とはしたものの、規範にあてはめた際の結論が一義的に明らかではない「論点」ではない(しかし設問で言及を求められている以上、言及せざるを得ない)。会社法 126 条3項・4項を適用するだけでよいオリジナルバージョンとしての法的三段論法で足りる場面である。

このように司法試験予備試験や司法試験であっても常に「論点」だけが出題されるわけではない<sup>(24)</sup>。

(6) 株主総会決議の瑕疵2: 準共有株式権利行使者指定への会社の同意の効果(論点 I. ②-2-2)

これに対して、権利行使者の指定すらなされていない準共有株式について会社の同意のみを根拠に C に株主総会の議決権という権利行使を認めることができるかは論点となる(論点②-2-2)。

この点について、最高裁判例は、会社法 106 条但書の定める会社の同意は、株式の準共有に関する会社法の特別規定(民法 264 条但書)の適用を排除する効果しかないとする。すなわち、株式の準共有に関する民法の規定は適用される(最判平成 27・2・19 民集 69 巻1号 25 頁)。具体的には、会社への通知は不要となるが、民法の準共有規定に従って権利行使者の指定をする必要がある。

準共有株式の権利行使者の指定が、民法上の管理行為(民法 264・252I)であれば持分の過半数で決することとなり、処分行為ないし変更行為(民法 264・251I)とみれば準共有者全員の同意で決することになる。先述のように最判平成9・1・28 判時 1599 号

<sup>(24)</sup> ほかに令和元年度予備試験論文式試験商法設問1の一部(招集通知事項以外の取締役会決議の有効性)、令和2年度予備試験論文式試験商法設問2や令和元年度司法試験論文式試験民事法第2問設問1においても論点ではなく条文の制度をそのまま適用するだけの出題がなされている。

139 頁は、権利行使者の指定通知を持分の過半数で決することができるとしたが、同事件で不存在確認の訴えの対象とされていた社員総会決議の議題・議案は取締役選任という会社の管理に関する事項であった。これに対して、本問は会社が消滅会社となる吸収合併の承認決議であって、甲社株式が存続会社の乙社株式となるのであるから、かかる吸収合併を承認する決議も処分行為ないし変更行為とみる可能性もある。

このように準共有株式の権利行使者の指定について、一律に管理行為とする考え方と行使する権利の対象・議決権の対象となっている議題の性質に応じて管理行為なのか処分行為(変更行為)なのかを認定する考え方がありうる。いずれの立場をとっても権利行使者の指定がなされていない本問では結論は変わらず、会社の同意のみで一部の準共有者による準共有株式の議決権行使が認められない。

この瑕疵は、株主総会の決議の法令違反として総会決議取消事由(会社法 831 条 1 項 1 号)に該当する。そして、この法令違反がなければ、そもそも吸収合併承認決議は定足数(会社法 309 条 2 項)を満たさず、決議が成立しなかったのであるから、裁量棄却(会社法 831 条 2 項)も妥当しない。

さらに、定足数に達していないという瑕疵は、決議が成立したけれども瑕疵があるというのではなく、そもそも有効な決議が存在しないのではないかと考えることもできる。この解釈では 80%もの株主が参加せず定足数を満たしていない吸収合併承認株主総会決議は不存在と評価することになる。

- (7) 株主総会決議の瑕疵と合併差止事由としての合併の法令違反の関係(論点 I. ②-2-3)

それでは株主総会決議に瑕疵があるとして、

それをもって吸収合併差止事由(会社法 784 条の 2 第 1 号)としての吸収合併に法令違反があるということができるか。総会決議取消事由は形成訴訟である株主総会決議取消の訴えの請求認容判決が確定して初めて総会決議の効力が遡って否定されることになるのであって、それまでは総会決議は有効なのであり、そもそもこの吸収合併に法令違反があるとは言えないのではないか。仮に総会決議取消の訴えの認容判決が確定するまで吸収合併差止の訴えが提起できないとすれば吸収合併効力発生までに間に合うことはなく実効的な救済手段がなくなるのではないか。これが論点の指摘である(論点 I. ②-2-3)。

この論点に対する規範としては大きく分けて 3 通りの規範がありうる。1 つは、後述する吸収合併無効の訴えと承認株主総会決議の取消しの訴えとの関係における通説たる吸収説と同様に、吸収合併差止の訴えの中に承認株主総会決議取消の訴えが吸収されたと考えられることである。この場合、吸収説として、吸収合併差止の訴えの中で総会決議取消事由を主張するのは総会決議取消の訴えの提訴期限である総会決議日から 3 か月以内でなくてはならないことになる。

だが、合併無効の訴えにおいて吸収説がとられていたのは合併無効の訴えも総会決議取消の訴えもともに「形成訴訟」であって訴訟としての同質性があったことからすれば、形成訴訟ではない吸収合併差止の訴えに総会決議取消の訴えを吸収させる基礎に欠けると理解することもできる。そこで、吸収合併差止の訴えの場面では吸収合併無効の訴えとは異なり(あるいは吸収合併無効の訴えの場面でも吸収説を取ることを否定して)併存説を取り、吸収合併差止の訴えと株主総会決議取消の訴えとを併合提起すべきと

する見解もありうる<sup>(25)</sup>。これが第2の立場である。

そして、3つ目の立場は細かいことは考えず、吸収合併承認の株主総会決議に関して法令違反があったのであれば、これをもって「吸収合併の法令違反」とみてしまうという解釈である<sup>(26)・(27)</sup>。

これに対して、論点②-2-2において定足数を満たしていないということはそもそも有効な決議が存在しないとする不存在と評価したのであれば、総会決議不存在確認の訴え(会社法 830 条1項)はそもそも形成訴訟ではないことから当該訴訟を提訴する必要はない。吸収合併差止の訴えの中で何らの制約なく総会決議の不存在を主張立証することが認められる。

#### (8) 保全の必要性(論点 I. ③)

このような吸収合併差止の訴えを本案訴訟としてのみ提起するとすれば請求認容判決が出されるとしても上訴が可能な状況で請求認容判決が確定する必要があるとすれば、それまでに吸収合併の効力発生日を迎えてしまうため実効的な救済とならない。そこで、吸収合併差止の訴えを本案として仮の地位を定める仮処分(民事保全法 23 条2項)を求めることが考えられる。

仮の地位を定める仮処分の要件は①被保全権利と②保全の必要性であるところ(民事保全法 13 条1項)、①被保全権利とは本

問ではここまで述べてきた実体法上の吸収合併差止請求権の有無である<sup>(28)</sup>。吸収合併差止の訴えが認められるとしているのであれば、①被保全権利は認められる。

これに対して、②保全の必要性とは、原告に生ずる著しい損害または急迫の危険を避けるために必要であることであり<sup>(29)</sup>、保全を行わずに将来の本執行を待っていたのでは債権者の救済が得られなくなり、または現時点でその法的地位が危うくされるおそれがあることとされている<sup>(30)</sup>。そこで、例えば、「保全処分がなければ救済されないこと」を規範とし、あてはめとして、吸収合併が実行されてしまつては合併無効の訴えの請求認容判決は将来効しかないとされており(会社法 839 条・843 条)、事後的な損害賠償による救済も実効的でないことから、保全処分でなければ実効的な救済がない、として保全の必要性を認めることができる。

#### (9) 吸収合併無効の訴えの原告適格(論点 II. ①)

吸収合併無効の訴えの原告適格も、株主等に限定されており、会社法 106 条の定める権利行使者の指定通知を行っていない準共有者である D は株主としての権利行使が認められず、原告適格が認められない可能性がある。これが論点の指摘である(論点 II. ①)。

そして、この点は、論点 I. ①と同様、最判

<sup>(25)</sup> 田中亘『会社法〔第3版〕』(東京大学出版会・2021)681 頁、得津晶「裁判例の中の吸収説」東北ローレビュー8号(2020)17 頁。

<sup>(26)</sup> 松中学「子会社株式の譲渡・組織再編の差止」神田秀樹編『論点詳解・平成 26 年改正会社法』(商事法務・2015)205-206 頁、江頭・前掲注(18)文献 924 頁注3、4。

<sup>(27)</sup> そのほか、本文に掲げたような解釈論を採らないのであれば、平成 26 年会社法改正以前から存在した総会決議取消の訴えを本案として仮の地位を定める仮処分で吸収合併の差止を求めるという手法が現行法下でも意味があるとするものとして岩原編・前掲注(23)文献 761〔伊藤靖史〕、松中・前掲注(26)文献 211 頁

<sup>(28)</sup> 瀬木比呂志『民事保全法〔新訂版〕』(日本評論社・2014)149、297-300 頁。

<sup>(29)</sup> 山本和彦ほか編『新基本法コンメンタール・民事保全法』(日本評論社・2014)89 頁〔佐瀬裕史〕

<sup>(30)</sup> 瀬木・前掲注(28)文献 207 頁。

平成2・12・4民集 44 巻9号 1165 頁あるいは最判平成9・1・28 判時 1599 号 139 頁から「原則として会社に対する訴え提起にも会社法 106 条の権利行使者の指定通知が必要である。ただし、準共有者間の権利行使者の指定通知がないにもかかわらず会社側が恣意的に経営陣に都合の良いように準共有状態株式の権利行使を認めていたような場合は信義則違反として権利行使者の指定通知がないことを理由に権利行使を拒むことができないし、また、準共有者間の対立によって持分の過半数(民 264・252I)によって可能となり権利行使者の指定ができない場合には特段の事情ありとして、準共有者単独による権利行使を認めるものとする」という規範を導く。

そして、あてはめとして、甲社が定足数を満たさないはずの吸収合併承認決議を認めている点を捉えて甲社の信義則違反による特段の事情を認めるか、あるいは、本問の対立ではいずれも持分の過半数を有さず権利行使者の指定が不可能であることをもって特段の事情を認めることができる。

#### (10) 吸収合併無効事由(論点 II. ②)

吸収合併無効事由(論点 II. ②)については明文の定めがないところ合併手続の瑕疵ないし重大な瑕疵とされている<sup>(31)</sup>。これまで論点に対する規範として要件・効果が特定されているルール型のものを取り扱ってき

た。だが、実際の解釈論には、この合併無効事由の「合併手続の瑕疵」といったような抽象的・一般条項的なスタンダード型のものも存在する。

反論可能性がよい法律論の条件であるとする立場<sup>(32)</sup>や、法である以上「法/不法のコード」で語られるものであるべきとする立場<sup>(33)</sup>からすれば、論点に対する規範はスタンダード型よりもルール型の方が望ましいということになろう。だが、ルール型とスタンダード型のいずれが望ましいのかを巡っては様々な議論がなされており<sup>(34)</sup>、一概にいずれか一方が優れていると断定できるわけではない。

なによりこのようなスタンダード型が解釈論として未熟・未発達なものであるとしても、それはこれまでの法学研究者や実務家の問題であって学生(法科大学院生)はこれまでの法学研究・実務の到達点を学ぶしかない。これまでの到達点としてスタンダード型の規範しか提示できていないのであれば、それを規範として用いるよりほかはない。

合併無効事由の規範が合併手続の重大な瑕疵というスタンダードとなると、一方では論者の匙加減でどのような事情も合併無効事由の該当・非該当を自由に判断できる。だが、他方で、実際には「相場観」というものがあり、代表的な事象の合併無効事由該当・非該当の判断をいわば「丸暗記」することが求められる。合併無効事由に関しては、合併承認の株主総会決議の欠如は合併手

<sup>(31)</sup> 江頭・前掲注(18)文献 925 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 161 頁〔得津〕、田中・前掲注(25)文献 699 頁。

<sup>(32)</sup> 平井宜雄『「議論」と法律学像』『法律学基礎論の研究』(有斐閣・2010)167-171 頁〔初出:ジュリスト 928 号(1989)〕、平井宜雄「法解釈論の合理的基礎付け」『法律学基礎論の研究』(有斐閣・2010)231-243 頁〔初出:法学協会雑誌 107 巻5号(1990)〕。

<sup>(33)</sup> 村上淳一『〈法〉の歴史』(東京大学出版会・1997)11-12 頁。

<sup>(34)</sup> Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 47 Duke L. J. 557-629, 564 (1992); 森田果「最密接関係地法—国際私法と”Rules versus Standards”」ジュリスト 1345 号(2007)66-73 頁; 田村善之『知財の理論』(有斐閣・2019)39-50, 64-71, 87-90, 280-310, 467-477 頁; 吉政知広「消費者法分野における民事立法の形式をめぐって」丸山絵美子編『消費者法の作り方』(日本評論社・2022)60-64 頁。

続の重大な瑕疵として合併無効事由に該当するとされている<sup>(35)</sup>。

(11) 株主総会決議の瑕疵:招集通知・議決権行使(論点 II. ②-1)

株主総会決議の瑕疵については、吸収合併差止の訴えにおける論点 I. ②-2-1 及び②-2-2と同じことが妥当する。すなわち、論点は株主総会の招集通知をCのみに送付していることの適法性(論点 II. ②-1-1)及び権利行使者の指定のなされていない準共有株式の権利行使への会社の同意の効力(論点 II. ②-1-2)である。そして、前者は会社法 126 条3項・4項を機械的に適用して(法的三段論法のオリジナルバージョン)、準共有者側から通知受領者を定めていない以上、会社は任意の準共有者に招集通知を送付すれば適法となる。後者は、最判平成 27・2・19 民集 69 卷1号 25 頁に従って、会社の同意は会社法の特別規定が適用排除されるのみで民法の準共有に関する規定に従って管理行為(民法 264・252I)あるいは処分行為(変更行為、民法 264・251I)として共有持分の過半数あるいは全員一致によって権利行使者の指定をする必要があるという規範を導く。そして本件では準共有者による権利行使者の指定すらされていないので決議方法の法令違反として株主総会決議取消事由(会社法 831 条1項1号)または定足数すら満たしていないことから決議不存在と認められることになる。

(12) 株主総会決議の瑕疵と合併無効の訴えの関係(論点 II. ②-2)

最後に吸収合併を承認する株主総会決議の瑕疵が合併無効の訴えにおける合併無効事由に該当するかどうかという論点がある(論点 II. ②-2)。これは、株主総会決議の瑕疵と吸収合併差止事由(会社法 784 条の2第1号)該当性を検討した論点 I. ②-2-3と似た論点である。だが、吸収合併差止事由(会社法 784 条の2第1号)とは差異もある。吸収合併差止事由は吸収合併の法令違反という形式的でルール型の差止事由が会社法の明文に定められている。これに対して、合併無効事由は前述のように(3(10)参照)合併手続の(著しい)瑕疵というスタンダード型であり、より広い事情を包摂できる。例えば、吸収合併承認の株主総会特別決議に瑕疵があること・取消事由があることをもって、総会決議の取消しという効果を介することなく、「合併手続の瑕疵」に該当するとしてしまい、合併無効事由とする説明も可能である。これは吸収説の1バリエーションとして位置付けることができる。そして、伝統的な吸収説であれば要求される株主総会取消の訴えの提訴期間(総会決議日より3か月)内での総会決議の瑕疵の主張の必要性はそもそもないと説明することも可能であるし、総会決議取消の訴えの提訴期間との平仄を根拠に吸収合併無効の訴えに会社法 831 条1項があたかも類推適用されるかのように解して総会決議の取消事由に該当する瑕疵は総会期日から3か月以内に主張する必要があると説明することも可能である。

そのほか伝統的な吸収説に従って、「総会決議取消の訴えは同じく形成訴訟であり、

<sup>(35)</sup> 江頭・前掲注(18)文献 925・923 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 162 頁〔得津〕、田中・前掲注(25)文献 699 頁。

より効力の大きな吸収合併無効の訴えの中に吸収され、総会決議取消事由が認められれば取消の遡及効(会社法 839 条参照)によって初めから株主総会決議が存在しなかったことになり、合併手続の重大な瑕疵として合併無効事由に該当する」と規範を立てることも考えられる。

また、吸収合併差止の訴えの場面で株主総会決議取消の訴えの併合提起が必要とする併存説をとった場合であれば、この論点でも同じく吸収合併無効の訴えと株主総会決議取消の訴えの併合提起を必要とする併

存説を採用することも可能である<sup>(36)</sup>。

これに対して総会決議を不存在と認定したのであれば、不存在確認の訴えは形成訴訟ではないことから吸収合併無効の訴えの中で何ら制約なく株主総会決議の不存在を主張し、合併無効事由とすることができる。

### (13) 参考解答例

以上の解説に従った上記設問に対する解答例は具体的には以下ようになる。

#### 〔解答例〕

#### I. 合併効力発生前: 合併差止請求(会 784 の2)

D が吸収合併効力前に効力を止めるには、吸収合併差止請求(会 784 の2)を用いることが考えられる。

#### 1. 原告適格

吸収合併差止請求の原告適格は消滅会社の「株主」と定められているところ、準共有者である D に原告適格が認められるか。

株式の準共有者が権利行使をするためには、会社法 106 条に基づき権利行使者の指定と会社への通知が必要とされている(会 106 条)。この権利の行使には吸収合併差止請求のような訴えの提起も含まれる。権利行使者の指定通知は会社にとって準共有状態にある株式の権利関係の不明確さからの保護であるところ、訴訟の場面においても会社は被告として訴訟要件の有無の判断が必要とされ、保護の必要性があるからである。

よって、権利行使者の指定通知のない場合は、吸収合併差止の訴えの原告適格は原則として認められない。ただし、準共有者の権利行使に関して会社が先行行為では権利行使を認め訴えの提起では認めないというような矛盾した行為を恣意的に行う場合には、信義則に反する特段の事情があるとして、会社は 106 条を理由とした抗弁が封ぜられ、その結果、原告適格が認められることになる。

本件では、会社は一方では会社は権利行使者の指定通知はないとしつつも、他方で、定足数として総株主の議決権の過半数を必要とする合併承認決議(会 309II⑫)の成立を認めている。甲社の発行済株式総数が 1000 株であり、準共有状態にある A の遺産である株式が 800 株であることから、準共有状態にある株式の権利行使を前提としたものであり、両者は矛盾する。ここで吸収合併差止の訴えの原告適格の場面では

<sup>(36)</sup> 吸収合併無効の訴えと吸収合併承認総会決議取消事由との関係について吸収説及び併存説のバリエーションとその理解については、得津・前掲注(25)文献 15-19 頁、江頭＝中村編・前掲注(14)文献 172-178 頁〔得津〕参照。たとえば、併存説をとるとする江頭・前掲注(18)文献 385 頁注7は、吸収合併無効の訴えとの併合提起を要求するのではなく、株主総会決議取消の訴えのみをもって遡及効ある救済を認めるべきと説くものであり、本文で紹介した伝統的な併存説とは異なる。

権利行使者の定めがないとして甲社が訴え却下で訴訟を終了させる利益に与らせることは恣意的な取り扱いであり信義に反して許されない。よって特段の事情があるとして D に原告適格は認められると解する。

## 2. 差止事由

会社法 784 条の2の定める合併差止の要件は①株主が不利益を受けるおそれがあること、と②法令定款違反である。

### (1) 要件①: 株主が不利益を受けるおそれ

会社法 784 条の2の①株主が不利益を受けるおそれとは事実上の不利益を受けるおそれである。そして、本件の吸収合併による甲社株主は合併存続会社の丁社の株主となることから、合併交換比率によって株主は事実上の不利益を被ることがあるため、①株主が不利益を受けるおそれは認められる。

### (2) 要件②: 法令違反

本件の吸収合併承認決議は、前記の様に A の相続財産である 800 株が共同相続人による準共有状態にある中でなされている。まず、当該株主総会の招集通知(会 299I)を C にしかしていない点が問題となり得るが、準共有状態にある株式は通知受領者を定めて会社に通知していない場合、会社は準共有者のうち一人に対して招集通知をすればよいこととなっている(会 126IV)。本件では、準共有者間で通知受領者の決定もなされていないため、甲社が C のみに通知したことは違法ではない。

しかしながら、会社法 106 条但書は、民法準共有規定の特則(民 264 但書)であるところの会社法 106 条の規定の適用を会社の同意がある場合に排除することができる趣旨であって、この場合も民法の共有の規定に従って権利行使者の指定が必要となり、会社の同意によって直ちに権利行使者を定められるとするものではない。株主総会での議決権原則は原則として管理行為(民 252I)であり、本件では株主総会決議の中でも吸収合併の承認という株式の権利内容が変更される場合であるため例外的に処分行為に該当するものであるため、全準共有権者の同意が必要であった(民 251I)。本件でこのような権利行使者の決定がない以上、C の議決権行使は違法であり、無効となる。この結果、株主総会決議は決議方法の法令違反として取消事由(会 831I①)を抱える。この瑕疵は、仮に存在しなければ、A の遺産株式の権利行使が否定されることでそもそも合併承認の株主総会特別決議の定足数(会 309II)を満たさず、決議の結果に影響を与える重大な瑕疵であることから裁量棄却(会 831II)も成立しない。

よって、本件では、株主総会決議取消の訴えによって、総会決議を取消すことで、取消判決の遡及効から、合併の効力発生時から株主総会決議は欠缺することとなり、合併は法令違反として差止事由を抱えることになる。ただし、総会決議取消の訴えの請求認容判決の確定を待っては吸収合併の効力が発生してしまう。そこで、総会決議取消の訴えは吸収合併差止の訴えの中に吸収されたと理解し、総会決議取消の訴えの提訴期間内(会 831I)であれば、合併差止の訴えの中で総会決議の取消しを主張することができるかと解する。

以上より、D は、原告適格および差止事由が認められ、吸収合併差止の訴えが認められる。なお、吸収合併効力発生前までに確定判決を得ることが困難であること、ひとた

び吸収合併の効力が発生すれば、仮に無効の訴えが認められても遡及効はなく(会 839 参考)、救済とならないことから、保全の必要性が認められ、仮の地位を定める仮処分(民保 23II)が可能である。

## II. 合併効力発生後:吸収合併無効の訴え(会 828I⑦)

合併の効力発生後であれば合併無効の訴え(会 828I⑦)の提起が考えられる。

### (1) 原告適格

合併無効の訴えの原告適格は吸収合併をする会社の「株主等」と定められているところ(会 828II⑦)、本問 D は準共有者に過ぎないため、原告適格が認められるかが問題となるが、I. (1)で述べた通り、会社法 106 条の適用があるものの、本件では、甲社が準共有株式の権利行使について矛盾した取扱いをしていることから訴訟法上の信義則に従い、権利行使者の決定通知がないことを以て準共有者の訴え提起を否定することが認められない特段の事情があるというべきである。よって、本件で、D は吸収合併無効の訴えの原告適格は認められる。

### (2) 合併無効事由

合併無効事由について明文の定めはなく、解釈に委ねられているところ、合併の重大な瑕疵が無効事由となる。そして、吸収合併において法定の株主総会(会 783I)の欠缺というのは、重大な法令違反といえ、無効事由に該当する。

前記 I.(2)で述べた通り、本件では、民法共有規定に従った準共有者間の権利行使者の決定がないにもかかわらず、会社の同意のみで C の権利行使を認めたことは、法令違反であり無効となる。その結果、定足数を満たす決議が存在しないことから、本件総会決議は取消事由が認められる。取消判決が確定すれば、遡及効(会 839 参考)によって、合併効力発生時に株主総会決議が欠缺することとなり、無効事由に該当する。しかし、総会決議取消の訴えの認容判決の確定まで待てば、吸収合併無効の訴えの提訴期間を徒過してしまう。そこで、総会決議取消の訴えは吸収合併無効の訴えの中に吸収されたと理解し、株主総会決議取消の訴えの提訴期間内であれば、吸収合併無効の訴えの無効事由として、総会決議が取消の瑕疵を抱えていることの主張が認められ、無効事由に該当することとなると解する。

以上より、D は、吸収合併無効の訴えにより吸収合併の効力を否定することができる。

## 4. 結語

以上のように法科大学院の教室で求められている「法的三段論法」にはオリジナルな法的三段論法と「規範→あてはめ」型論法という異なる2つの論法が含まれていることを明らかにした。法学入門ないし各授業のイントロダクションで教わるのはオリジナルな法的三段論法のみであって、これのみでは論点を含む裁判例を読み解くことや事例問題の

解答を作成することができない。これら論点を含む問題においては、論点の発見を含む「規範→あてはめ」型論法というオリジナルな法的三段論法そのものとは異なる論法が必要であるからである。

学生の中には法的三段論法(オリジナルの法的三段論法)を学んだだけで、論点の発見を含めた「規範→あてはめ」型論法を自学自習で身につけることができる者もいる。だがそうでない学生も多いというのが、本稿

筆者が法科大学院の教壇に立った経験からの実感である。そこで、法科大学院の教室で法的三段論法を教えるに当たっては、オリジナルな法的三段論法を教えるのみでは足りず、「規範→あてはめ」型論法を明示的に教えることが必要なのではなかろうか。そして、このような2つの意味での法的三段論法が「法律家らしい議論の仕方」であることから、抽象的に「規範→あてはめ」型論法があるということ指摘するのみならず、議論の仕方を身につけてもらうために、事例を通して学生に体感させることが必要である。そのためには、長らく法科大学院教育において禁忌とされてきた「答案練習」も決して批判されるべき教育手法ではないと思われる<sup>(37)</sup>。

なお、本稿は「規範→あてはめ」型論法を学生に身につけることを推奨するものであり、それは「規範→あてはめ」型論法によって現実の紛争を解決していくことは規範的に望ましいという前提にたったものといえる。だが、かかる前提が正しいことの是非について、本稿は対象としていない。特に、近時、本稿のような「法律家としての論法」を所与の前提とする議論に対しては、もっと政策判断としての望ましさを示すような論証をすべきとの批判がなされている<sup>(38)</sup>。また、「規範→あてはめ」型論法における「規範」の理由付けと

して各条文の趣旨を挙げることが多いものの、そのような論法に対しても、条文に書き込まれていない趣旨などは説得的ではない旨が指摘されている<sup>(39)</sup>。これらの外在的な批判に対しては別稿を予定している。

## 5. 補論:判例教材の読み方

法科大学院・法学部の多くの実定法科目では「判例教材」が教科書・準教科書として指定されている。判例集には『〇〇法判例集』のように解説がないもの・短いコメントしかないもの(商法であれば山下友信＝神田秀樹編『商法判例集〔第8版〕』〔有斐閣・2020〕など)と『〇〇法判例百選』などのように比較的長い解説の付いているものがある。いずれであっても、それぞれの分野の重要な判例・下級審裁判例の事実の概要や裁判所の示した判断の重要部分の抜粋等が紹介されている点では共通している。

しかしながら、この判例集教材をどのように読めばよいのか具体的な指導がなされていないことが多い<sup>(40)</sup>。本稿筆者も、法科大学院での教育に携わっていたときに同僚が「解説をいきなり読んではならない」、「公式判例集で判決原文を読むべき<sup>(41)</sup>」といった指導をしているのを耳にしていた。そのよう

<sup>(37)</sup> 2019年法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律(以下連携法)改正による連携法4条2号が法科大学院に求められる教育内容である「専門的学識の応用能力」の具体的内容として「論述の能力の涵養」が列挙されたこと、そして同年専門職大学院設置基準改正によって専門職大学院設置基準20条の5が法科大学院の授業方法に「論述の能力」の涵養を明示したことは、本稿の問題意識に沿う内容であり、法科大学院教育において答案練習はもはや許容されるものにとどまらず、「要請」されるものとなったと評価することができよう。

<sup>(38)</sup> 田中亘「商法学における法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論』(有斐閣・2021)176、180頁など(最決平成23・4・19民集65巻3号1311頁に対して)。

<sup>(39)</sup> 田中・前掲注(38)文献183頁。

<sup>(40)</sup> たとえば、亀井源太郎「判例と評釈、その読み方と探し方」法学教室495号(2021)47-48頁は、判例教材について「初学者にとっては、当該判例の一番『美味しい』ところを端的に教えてくれるガイド」と述べるものの、その一番美味しいところとはどこであるのかの説明はなく、現状、判例教材の読み方がわからない学生にとって具体的なガイドを示していない。濱田新「インスリン不投与事件判例を読む」法学教室495号(2022)49-50頁では判例教材を利用した場合に学び取れることをインスリン不投与事件判例(最決令和2・8・24刑集74巻5号517頁)を素材に具体的に示しているところ、当該事件を離れて一般論としていかなる内容と説明できるのかの説明がない。本稿は、これら近時の先行文献でも欠けている点を明らかにする試みである。

<sup>(41)</sup> 弥永真生『法律学学習マニュアル〔第4版〕』(有斐閣・2016)46頁、星野英一『民法のもう一つの学び

な指導方法もありうると思うものの、それではなぜ判例教材を教科書指定して学生に購入させたのかわからない。そして、そもそも判例教材をどのように読めばいいのか学生はわからないままである。

そこで本補論では、本稿の「規範→あてはめ」型論法の重要性という問題意識に従って、判例教材をどのように活用するのかの一例を紹介したい。冒頭に判例教材の活用法を指導しない教員が多いと述べたものの、近時は、その具体的な活用法について丁寧に指導なさっている先生方も増えていると推察している。そのような場合には、学生は授業を担当する教員の指導に従って判例教材を活用すべきであり、本補論の説明は「他山の石」としてほしい。だが、具体的な指示のなかった場合や、そもそも授業とは別に（資格試験等の関係で）各科目を勉強している学生（特に法科大学院の授業・単位履修後、司法試験受験までの間に出た重要な判例・裁判例を重要判例解説〔ジュリスト増刊〕等を利用して自学自習で学ぶ学生は多いであろう）にとって本補論が判例教材の活用法の一助となれば幸いである。

#### (1) 判例教材を読む目的

まず、そもそも何のために判例・判例教材を読むのかという目的が重要である。目的が異なれば判例の読み方も当然に変わってくるからである。そして本補論では、この判例・判例教材を読む目的を「判例の立場を理解するため」という前提を置いて議論を進める。判例の読み方には、ほかにも、現実の事案類型を知るためや学説の解釈論を錬成するための素材として判例を活用する

という場合もある<sup>(42)</sup>。だが、本補論では、法科大学院の学生を想定し、かつ「規範→あてはめ」型論法を身につけるという教育目的に照らしてもっとも穏当なところと思われる「判例の立場を理解するため」に判例集教材を読む目的を固定する。「判例の立場を理解するため」とは判例の先例的意義を明らかにするためと言い換えることもできる。

「判例の立場を理解するため」という目的であっても、研究者であれば、判決の意義や射程を明らかにすることを目的とし、かつ、場合によっては新規性（誰にも見つけられていない理解）の発見を目的としている。このような目的を達成するためには、当然ながら誰かの編集した判例教材ではなく、判決原文を読むことが必要になる。研究大学院の学生が自ら報告を担当する判例・裁判例を判例教材だけで済ませるといことはありえないし、学部生や法科大学院生であっても演習形式の授業（いわゆるゼミ）で少数の判例を扱う場合も同様であろう。

これに対して、実務家そして実務家を志す学生は、判例は将来の事件（やそれを模した筆記試験・事例問題）で「使う」ために「判例の立場を理解」することが求められている。実務家・学生にとって判例あるいは法律論を「使う」とは、現実の事案（やそれを模した試験問題・事例問題）を解決するための手段とすることである。そして、現実の事案に争点・論点が含まれている場合、法律家として解決するためには本稿で述べた通り「規範→あてはめ」型論法に従うことになる。

方〔補訂版〕』（有斐閣・2006）134頁、富川雅満「詐欺罪の最高裁判例を読む」法学教室 495号（2022）54頁。

<sup>(42)</sup> 判例の読み方については判例研究の目的の多様性について紹介した大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣・2000）308、313－317頁参照。

(2) 「規範→あてはめ」型論法に従った整理

そこで、実務家・学生にとって、判例の立場を理解するとは、現実の判例から「問題提起→規範+理由付け→あてはめ」のフォーマットの各要素を抽出することになる。まず、将来の事案に適用することとなる「規範」を抽出することが重要となる。そして規範の導出に理由付けがなされていればその理由付けも理解することも重要である。また、これらの作業の前提として、当該判例・裁判例において論点、すなわち結論が分かれる点がどこにあるのかを発見することが非常に重要である。

本稿では、法的三段論法の実践的な意義として「問題提起→規範(+理由付け)→あてはめ」というフォーマットを法律家らしく議論する方法として紹介した(2 参照)。判例・裁判例を読むにあたって、当該判例・裁判例から、「問題(論点)の指摘」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理することが実務家として・学生として判例を理解するという作業の具体的な作業となる。

この作業において、どこまでが「規範」なのか、どこからが「理由付け」や「あてはめ」なのかの認定は可塑性がある<sup>(43)</sup>。裁判所が一般論として述べていることがそのまま「規範」となるとは限らず、理由付けやあてはめの判断から射程を限定するということが行われることはしばしばである。また反対に、判決文の中に一般論に対して様々な条件が付されていても、そのうちのいくつかは不要なものであるとして規範をより広げて理解す

ることもあれば、ひたすら事実が列挙されたのちに結論のみが示されるといった形でそもそも一般論が全く提示されていない判決(典型例としては一般条項を利用した「物語判決」など<sup>(44)</sup>)から裁判所の指摘した具体的事実を整理して規範を抽出するということもある。だが、そうであっても「論点」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理するという目標自体の有用性を失わせるものではない。

そして、このことは判決原文を読む場合のみならず、判例教材に収録された事実の概要や判決文の抄録を読む場合も同様である。判例教材を読むに当たっては、上記のような「論点」、「規範」、「規範の理由付け」、「あてはめ」に分けて整理することが重要である。事実の概要欄から論点を発見し、判決文の抄録(判旨)から規範とその理由付け(ある場合のみ)、そしてあてはめを抽出する。

このように判例教材を読んで、「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」を抽出する作業は、将来、実務において現実の事案・紛争に接したときに法律家らしく解決策を提示するためのトレーニングになるし、近視眼的には、定期試験や国家試験の論述式事例問題対策にもなる。

この作業をするにあたって、判例教材よりも判決原文を読んだ方が作業の精度が上がることはもちろんである。しかし、特に事案の整理など、判決原文にあたることでかかる時間は倍増し、かといって作業の精度の向上は必ずしもかけた時間に比例しない。そこで判例の理解にかかる時間とその成果、そして法科大学院であればカリキュラムの中で

<sup>(43)</sup> 大村ほか・前掲注(42)文献 318 頁も「判例の『理解』には、必ずしも、唯一の正しい理解が存在するわけではない」「いかなる点に着目して先例規範を抽出するかによって、つねに複数の読み方が成立する可能性がある」とする。

<sup>(44)</sup> とりわけ下級審裁判例が要件・効果を明示するルール型ではなく様々な事情を総合衡量するスタンダード型をとる中でこれらの裁判例の中で吸い上げられている内在的規範を明示する必要性を説くものとして内田貴『契約の時代』(岩波書店・2000)73-86 頁。

修得しなければならない各法分野のコンテンツを現実的な学習時間<sup>(45)</sup>内に消化するために判例教材の利用が必要となる。そして、判例教材の編者は通常、このような「論点」、「規範」、「理由付け」(ある場合のみ)、「あてはめ」が把握できるように事実の概要や判旨を整理して掲載している。

### (3) 解説の利用法

判例教材に付されている「解説」は、「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」の抽出作業を効率的に行うためのガイドになる。特に、当該判決の論点・争点は何であったのかは必ず書いてある。近時の判例教材であれば、冒頭に当該判決の意義として、当該判決における論点と先例的意義を有する規範あるいはあてはめの判断が要約して述べられる。そのほか、当該論点における様々な学説の立場の紹介は、当該判決の立場を理解する際の参考になる。また、近時の判例教材では、学説の紹介よりも、当該判決の意義・立場の紹介を重視するものが増えてきている。実際に本稿筆者が近時受け取った判例教材の執筆要領には「論点を解説するのではなく、表題判例の意義・位置づけを解説する」旨明示されていた。このような観点からなされた解説は、当該判決から抽出すべき「規範」の導出が中心となっており、法科大学院生の判例教材の学習において非常に有力な助けとなるであろう。

### (4) 実例

それでは、最後に会社法の判例教材に掲載されているいくつかの判例・裁判例を素材

に上記「論点」、「規範」、「理由付け」、「あてはめ」への整理作業を行ってみる。

#### ① 最決平成 19・8・7民集 61 巻5号 2215 頁〔会社百選 98・商判 I-67〕

1つ目は差別行使条件付新株予約権の無償割当を用いた買収防衛策の適法性を判断したいわゆるブルドックソース事件最高裁決定である。会社法の中でもっとも有名な判例(最高裁決定)と言っても過言ではない。

同事件の事実の概要は判例教材を確認していただきたいが、その概要をまとめると以下のように整理できる。

【事案】東京証券取引所第二部上場株式会社であるY社に対し、投資ファンドXがアメリカデラウェア州法人である有限責任会社A社を通じてY社の発行済株式すべてを取得することを目的とした公開買付を行った。これに対し、Y社取締役会はA社による公開買付は、Y社の企業価値を毀損し、Y社の利益ひいては株主共同の利益を害するものとして、公開買付に反対し、Y社定時株主総会において差別行使条件付新株予約権買収防衛策を提案した。

Y社の買収防衛策は、基準日である7月10日の株主名簿上の株主に、Y社株式1株あたり3個の新株予約権を無償割当てするというものであり、この新株予約権は、1個当たりY社普通株式1株を交付するが、A社を含むX関係者は権利を行使できないというものであった。X関係者は、Y社取締役会の決議により、新株予約権1個につき、当初のA社の公開買付価格の4分の1である396円の支払いと引き換えに新株予約権を会社が譲り受けることになっていた。

Xは、本件差別行使条件付新株予約権

<sup>(45)</sup> 東北大学法科大学院では1コマ90分あたりの自習時間(予習復習を合算した授業時間外の学習時間)は6時間程度、実定法科目の法科大学院の授業に合わせた学習時間は授業時間込みで1週間当たり60時間程度が限界であると認識している。得津晶「孤独な自習室」東北ローレビュー10号(2022)62頁表13参照。

無償割当ては株主平等原則に反して法令に違反する、あるいは著しく不公正であるとして、会社法 247 条の適用または類推適用を前提に裁判所に差し止めを求めた。

【争点】この事案の争点は以下の3点に整理できる。

論点1:新株予約権の無償割当てを株主が事前に差し止めることが可能か？

論点2:差別行使条件付新株予約権無償割当てが株主平等の原則に反するか？

論点3:差別行使条件付き新株予約権無償割当てが著しく不公正となるか？

【決定要旨】これらの論点に対する最高裁・裁判所の判断は以下の通りに整理できる。

この最高裁決定で最も有名なのは論点2についての判断である。これに対して論点1については最高裁以前の原々決定（東京地決平成 19・6・28 民集 61 巻5号 2243 頁）で判断されたものが原決定（東京高決平成 19・7・9 民集 61 巻5号 2306 頁）で維持され、最高裁は原々決定・原決定の判断を前提として採用したため明示的に判断がなされていない。

論点3についての最高裁の判断は一般論としての規範とあてはめとの区別がなされていない。そこで、決定文を読みながら各自で規範を抽出し、整理する必要がある。

論点1:新株予約権の無償割当てへの事前差止めの可否	
規範	会社法 247 条(募集新株予約権発行差止)を無償割当て(277 条)にも類推適用される。(最高裁以前に原々決定・東京地決平成 19・6・28 民集 61 巻5号 2243 頁で判断)
理由付け	会社法が新株予約権の無償割当てに差止請求権が用意されていないのは、無償割当てであれば通常は既存株主の持株比率や経済的価値に不利益を受けるおそれが想定されないから。だが、差別行使条件付新株予約権が無償割当てされる場合は既存株主の有する持株比率や経済的価値に影響を与える点で募集新株予約権の発行と同様であるため。

論点2:差別行使条件付新株予約権無償割当て株主平等の原則違反	
論点2-1:株主平等原則の適用の可否	
規範	法 109 条1項に定める株主平等の原則の趣旨は、新株予約権無償割当ての場合についても及ぶ。
理由付け	新株予約権の無償割当てにおいては、株主は、株主としての資格に基づいて新株予約権の割当てを受けるところ、法 278 条2項は、株主に割り当てる新株予約権の内容及び数またはその算定方法についての定めは、株主の有する株式の数に応じて新株予約権を割り当てることを内容とするものでなければならないと規定するなど、株主に割り当てる新株予約権の内容が同一であることを前提としている。
論点2-2:株主平等原則に反しないか	
規範1	①特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害される恐れが生ずるなど、会社の企業価値が毀損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合、かつ、②当該取扱いが公平

		の理念に反し、相当性を欠くような場合には差別的取り扱いは株主平等原則に反する(可能性がある)
	規範2	要件①については、最終的には会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものである。
	理由付け	株主平等の原則は、個々の株主の利益を保護するため、会社に対し、株主の有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるが、個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないから。
	あてはめ	<ul style="list-style-type: none"> <li>要件①: 議決権総数の約 83.4%の賛成、X 関係者以外のほとんどの既存株主が、X の買収が Y 社の企業価値を毀損し、Y 社の利益ひいては共同の利益を害することとなると判断。</li> <li>要件②: 対価として金員が交付され、新株予約権の価値に見合うことから、公平の理念に反し、相当性を欠くものとは認められない。</li> </ul>

論点3: 差別行使条件付新株予約権無償割当の不公正発行該当性	
規範 1	会社の存立・発展が阻害されるおそれが生ずるなど会社の企業価値が毀損され会社の利益ひいては株主の共同の利益の侵害を防ぐための新株予約権の無償割当であれば①株主総会において必要と判断されたこと、②緊急の事態に対処するための措置であること、③見合う対価が支払われることといった事情がある場合には不公正発行に該当しない。
あてはめ	本件は上記①～③の事情があるため不公正発行に該当しない。
規範 2	差別行使条件付新株予約権無償割当が会社の企業価値ひいては株主の共同の利益を維持するためではなく専ら経営陣・取締役らの経営支配権維持のためである場合には新株予約権の無償割当は原則として不公正発行に該当する。
あてはめ	本件は会社の企業価値ひいては株主共同の利益を維持するための差別行使条件付新株予約権の無償割当であるので不公正発行に該当しない。

② 最判昭和 38・12・6民集 17 卷 12 号 1633 頁〔会社百選7号・商判 I-19〕

次に取り扱う例は仮装払込該当性を判断した最判昭和 38・12・6民集 17 卷 12 号 1633 頁である。同最判は平成 26 年会社法改正で出資を仮装した場合の引受人・取締役らの特別の責任規定(会社法 52 条の2、102 条、102 条の2、103 条、213 条の2、213 条の3、286 条の2、286 条の3)が強化・新設されたことで重要性を増している。

事案は以下の通りである。株式会社 A 社

の発起人 Y1は B 銀行甲支店から 200 万円を借り入れ、他の発起人 Y2らが連帯保証人となった。Y1はこの 200 万円を B 銀行甲支店に A 社の株式払込金として払込み、A 社の設立手続と設立登記をした。その後、A 社は払込金の払戻しを受けて、Y1に貸付け、Y1はこれを B 銀行甲支店からの借入金債務の弁済に用いた。

A 社債権者 X が、この払込は仮装払込みであるとして債権者代位権に基づいて、Y1～Y8に対して、平成 17 年改正前商法 192 条 2項(会社法 213 条の2)に基づく払込

担保責任の履行を求めた。

【争点】論点：本件の払込は有効に払込がなされたと評価できるか？＝仮装払込みに該当するか？

【判旨】Xの請求を棄却した原審の判断を破棄差戻し。

この判決も古い最高裁であることもあり、どこまでが規範でどこからが理由付けなのかの区分があいまいであって読者が自覚的に整理することが求められる。

本稿では規範の中の要件①、②該当性判断の要素となる (a) 会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、(b) 払戻

金が会社資金として運用された事実の有無、(c) 借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等を「あてはめ」の中で整理した。だが、これらの判断要素を規範(2つ目の規範)と整理することもありうる。

論点：本件の払込は有効に払込がなされたと評価できるか？ ＝本件の払込は仮装払込みに該当するか？	
規範	外見上株式払込みの形式を備えていても、①当初から払い込んだ資金を会社資金として確保させる意図がなく、②会社の営業資金が確保されていない場合は、仮装払込みとして有効な払込には該当しない。
理由付け	株式の払込みは、株式会社の設立時にその営業活動の基盤たる資本の充実を図ることを目的とするものであり、営業活動の資金が現実に獲得されなければならない。このことは、払込確保のために商法が多数の規定を設けていることから明らか。
あてはめ	一時的の借入金をもって単に払込の外形を整え、株式会社成立の事後直ちに払い戻してこれに借入先に返済する場合は、②会社の営業資金は全く確保されたことにはならない。発起人総代が設立事務を担当しながら銀行から200万円を借りて会社に株式払込金として払込み、設立登記手続を進めて、会社成立後に会社が200万円の払い戻しを受けて発起人総代に貸し付けて発起人総代が銀行に借入金の返済にあてたという場合は、(a) 会社成立後、借入金を返済するまでの期間の長短、(b) 払戻金が会社資金として運用された事実の有無、(c) 借入金の返済が会社の資金関係に及ぼす影響の有無等によっては①株式払込金が実質的に会社の資金とする意図なく、②単に払込みの外形を装ったに過ぎないという疑いがあるためその審理のため破棄差戻し。

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。

# フェミニズムから読み解く正義論

## —戦争の正義に関する考察—

東北大学大学院法学研究科 助教 鈴木 美南

1. はじめに
2. フェミニズムの歴史
  - 2-1. 女性の参政権をめぐる社会運動としてのフェミニズム—第一次フェミニズム
  - 2-2. ウーマン・リブに始まる社会運動—第二次フェミニズム
  - 2-3. 現代フェミニズム
3. 戦争の法哲学—フェミニズムから読み解く [正義論](#)
4. おわりに

### 1. はじめに

グローバル社会が進む今日の国際社会では、理不尽な戦争に巻き込まれたり、貧困に苦しんだりする市民がいる一方で、戦争とは無縁の豊かな生活を送ることができる市民がいる。グローバルな正義 (Global Justice) は、こうした世界市民が平和と安定の社会で生活することを目的とした理論的解決策の一つであり、近年、グローバルな正義という語は、さまざまな場面で用いられている (Miller=富沢・伊藤・長谷川・施・竹島訳 2011; 瀧澤・宇佐美・大屋 2014, 157-168 頁; Rawls=川本・福間・神島 2010)。こうしたグローバルの正義は、ジョン・ロールズ (John Rawls) の「正義論」(A Theory of Justice)に限らず、プラトンやアリストテレス以降、配分的正義や匡正の正義と呼ばれる正義をはじめ、ロールズの正義論である公正としての正義 (Justice and Fairness) など今日までに様々な正義 (正しさ)

に関する理論が展開されている。このグローバルな正義は、戦争など武力を用いた行為に関する正しさに関する議論は、キケロやアリストテレスは「善き市民とは何か」を説くなかで、「秩序を守らない市民」に対して言及したことから派生して伝統的に議論されてきた<sup>1</sup>。

このグローバルな正義は、今日の国際社会において、どのように受け入れられているのだろうか。たとえば、現代の正義論として確立した地位を獲得しているロールズの正義論は、原初状態、つまり、「社会の基本構造を規制する、協働の公正な条件を特定するために選ばれた、自由で平等、道理をわきまえるとともに合理的でもある市民たち」にとっての「公正で道理に適った条件」であり、無知のヴェールを含んだものと解している (Rawls=中山 2009, 39 頁) が、公的領域の部分が大きく、政治の枠組みでない部分 (家庭な

<sup>1</sup> 拙稿 (2019) 「A Consideration of Japan's Participation in International Military Operations: Elaborating the Normative Principles of Just War Theory」第2章参照

ど私的な部分)を軽視したものであるという批判が存在する。こうしたロールズなどに対する批判として、フェミニズムと呼ばれる思想が誕生したと説明する一方で、フェミニズムは、このロールズなどの批判に対する解決策を提示しようと試みている(有賀 2011, 2-5 頁ほか、Kellison 2018)。そこで、本稿は、フェミニズムの背景から思想について考察した上で、フェミニズムが正戦論についてどのような役割を担うことができるのかについて検討する。これにより、グローバルな正義のなかで課題となっている世界市民の人権侵害について、公的領域のみならず私的領域からも着手し、より多くの人権侵害で苦しまないような理論の構築、またその理論の実践的利用に寄与できるのではないだろうか。

## 2. フェミニズムの系譜

前述したように、フェミニズムは、大きく3つに分けて説明できると言われている。まず、19世紀後半から20世紀初めに欧米を中心に活動した公的領域をめぐる女性解放運動、次に1970年前後のウーマン・リブ(women's liberation movement)に始まる私的領域をめぐる女性解放運動、さらに現代における強制されないことへの自由などから始まる女性解放運動である。本章では、フェミニズム運動の歴史を振り返り、現代に至るまでの経過を辿る。

フェミニズムの起源は、イギリスにある。イギリスでは、17世紀後半以降、トマス・ホブズ(Thomas Hobbs)や

ジョン・ロック(John Locke)らが展開した啓蒙思想が主流となるなか、メアリー・ウルストンクラフト(Mary Wollstonecraft)は、「人間の権利の擁護」<sup>2</sup>(“A Vindication of the Rights of Man, in A Letter to the Right Honourable Edmund Burke; occasion by His Reflections on the Revolution in France, 1790)にて、男女差別の現状について記した論文を発表した。ウルストンクラフトは、たとえば、従順な女性が賢い男性と結婚・出産し、夫の意見に従うことに隷属感を抱くことなく生活していたところ、夫に先立たれた場合を想定し、相続において男女に違いがあることを指摘した(Wollstonecraft = 白井訳 2009, 95-96 頁)。ウルストンクラフトが、相続による所有権(property)移転に焦点を当て、男性と女性の違いについて述べた理由として、エドモンド・バーク(Edmund Burke)が自然権と相反する「最も聖なる権利と特権」は相続権だとした(Burke = 半澤孝麿訳 2020, 41-45 頁)をあげる。

当時のイギリスには、相続による所有権移転について、男女でどのような違いがあったのだろうか。当時のイギリス民法(市民法)によると、婚姻＝妻は「財産上の諸権利を夫に譲り渡すこと」(三田地 1966, 56 頁; Dicey 1962, pp.371-372)であった。こうした構図ができた背景として、コモン・ローが夫と妻は法律上一人であると認識していたことにあると言われ(浅見 1962, 128 頁)<sup>3</sup>、婚姻後の財産だけでなく婚姻時に妻が所有していた財産も夫のものと

<sup>2</sup> 清水和子・後藤浩子・梅垣千尋訳「メアリー・ウルストンクラフト 人間の権利の擁護／娘達への教育について」京都大学学術出版会、2020年

<sup>3</sup> ブラックストーンの「英法積義」では「婚姻によって、夫と妻は法律上一人となる。すなわち、夫人の存在または法律上の存在そのものは、婚姻中、停止されるか、または少なくとも夫のそれ

なるという考えに至ったと解されている (Dicey1962, pp. 371-372)。こ子という財産は、動産 (personal property) と不動産 (real property) に区分され、そのうち動産は有体物産 (corporeal chattels) と無体物産 (choses in action) と分類されていた (図 I 参照)。このうち、有体物産については、婚姻中に取得したものか否かに関わらず全て夫のものとなったが、無体物産と不動産については婚姻中に限り夫のものとなり、夫は婚姻期間中であれば妻がもっていた金銭債権を取り立てたり、不動産を自由に処分したりすることができるほか、それによって得られた収益は全て夫のものとなった<sup>4</sup>。また、自由保有財産が両者に帰属するものとして存在するが、無体物産や不動産と同様、婚姻中は夫の管理下にあった (浅見 1962, 130 頁)<sup>5</sup>。このように夫=妻の保護者というコモン・ローの考えから、婚姻中の財産管理者=夫という構図が導き出され、それに倣っていたが、財産管理者が移転せざるを得ない場合、つまり、どちらかが先に死亡した場合、財産移転はどのように行っていたのだら

うか。コモン・ローによると、有体物産については、夫が先に死亡した場合でも夫の人格代表者に帰属するため、妻に帰属することがないとされている一方で、妻の調達品 (paraphernalia) と呼ばれる「夫によって妻に与えられた衣服ならびに装身具、またはそのような目的のために夫が与えた金銭から買われたそのようなもの」については、例外的に妻に帰属するとしていた<sup>6</sup>。啓蒙主義の流れの中で、イギリス国民は、こうしたコモン・ローをもとにした相続への異議を唱えて、エクイティ裁判所 (Equity) での解決を求めるようになっていった。当時、異議を唱えた者は、もちろん「女性」ないし「妻」からではなく、主に「女性」ないし「妻」の父からである<sup>7</sup>。これにより、「特有ユースのために」与えられるエクイティ上の「特有財産」という新たな財産項目が現れ、娘のために父が遺贈した不動産または動産が、結婚後も彼女の「特有ユース」のために保有でき、かつ、もし彼女が結婚し、彼女の夫が先に死亡したとしても、この父から譲り受けた財産は彼女に帰属すべきであると定めることに成功した (図 II 参照)。

---

に合体され、統合される。夫の翼、保護、そして庇護のもとに、彼女はあらゆることを行なう。そこでわれわれの法律フランス語では、*feme-covert*, *foemina viro co-operta*とよばれ、*convert-baron*すなわち、彼女の *baron* または領主 (load) である彼女の夫の保護と勢力のもとにあると言われる。そして婚姻中の妻の状態は、その *coverture* と呼ばれる」と説明している。

<sup>4</sup> 鶴川馨「イギリス十八世紀の地主家族における女性と財産」112 頁

<sup>5</sup> *Robertson v. Norris* 事件 (1848 年) を通じて、裁判所は、妻に帰属している不動産について、夫は妻が生存している間、自由保有権を取得し、単独で捺印証書によって譲渡することができるかと判断した。

<sup>6</sup> ただし、婚姻期間中は、夫が売却したり、譲渡したりすることができる。

<sup>7</sup> *Newlands v. Painter* 事件 (1839 年) 参照。

図 I：イギリスの財産分類表（エクイティ裁判所前）

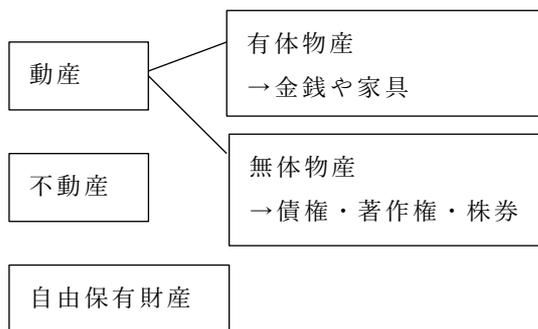


図 II：コモン・ローをもとにした相続

	夫が先に死亡した場合	妻が先に死亡した場合
有体財産	夫の人格代表者	夫
（妻の調度品）	妻	夫
無体財産	夫に回復→夫 夫に回復しない→妻 <sup>8</sup>	夫
不動産	妻 <sup>9</sup>	婚姻中に処分→夫 処分してない→妻
自由保有財産		子あり→夫 子なし→相続人

こうして、イギリスでは、既婚婦人財産法（1870年）などが成立するに至り<sup>10</sup>、女性の経済的自由が認められていくようになっていったと言われている。これにより、ウルストンクラフトが違和感を抱いていた、女性（妻）は男性（夫）の「所有」という考え方（妻は夫に従属するという考え方）から脱却することができたと推察される。

ウルストンクラフトをはじめとした女

性（妻）やその父といったイギリス国民が女性（妻）の相続による所有権移転に関する着想を支持する傾向に至った理由として、ジョン・スチュアート・ミル（John Stuart Mill）の「女性の解放」（The Subjection of Women, 1869）やフリードリヒ・エンゲルス（Friedrich Engels）の「家族・国家・私有財産の起源」（Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, 1884）<sup>11</sup>といった思想的背景が挙

<sup>8</sup> Wildman v. Wildman 事件（1803年）によると、無体財産は権利（right）であり、金銭ではないため、夫が婚姻中に回復していないものについては妻のものとして留まるべきだと結論づけた。

<sup>9</sup> 無体財産同様、不動産の「権利」であるため、金銭でない以上、妻がその権利を譲渡するとなると結論づけた（Rogers v. Acaster, 1851年）。

<sup>10</sup> 本稿は、フェミニズムの流れの中でイギリスの相続について触れたのであるため、イギリスの既婚婦人財産法についてはこれ以上詳述しない。

<sup>11</sup> エンゲルスは、マルクス主義の観点から第一次フェミニズムへ寄与したと言われているが、本稿では主にフランス人権宣言と現実（女性が自由や平等を享受できていないこと）の乖離に焦点

げられる。ミルは「女性の解放」について、「…わたくしがいやしくも社会的または経済的な事柄について意見を持ち始めた最も初期の頃から心に抱き続け、人生についての反省や体験が深まることによって、弱められたり、修正されたりする代わりに、絶えずより強まってきている一つの考えの根拠を、できるだけ明快に説くことなのである。すなわち、両性間の現在の社会関係を規制している原理——一方の性が他方に対して法律的に従属するということ——は、それ自体に置いて誤りであり、また、現在、人間の進歩発展に対する主たる障害物の一つとなっているものである。そして、この原理は、一方のそばに何らかの権力ないし特権をも認めず、また他方の側に何らかの無能をも認めないところの、完全な平等の原理によって置き換えられるべきである」(Mill 1869, p.219) と述べた。ミルが「女性の社会的かつ経済的束縛」があるという発想に至った経緯は、テーラー夫人と出会ったことで、女性の本来の能力が発揮できていないこと、婚姻することによる弊害を知ったとされている(朱牟田 1960, 212-213 頁) が、詳細については不明である。

このように、イギリスでは、相続による所有権 (property) 移転に焦点を当て、女性の経済的自由の側面から、「女性の解放」という議論に至ったとされるが、社会的束縛からの解放については程遠かったようである。これについては、「女性の解放」について説いたミルが女性の社会的束縛

についても触れたが、「女性が結婚する場合には、…家政と育児とを自己の第一の任務として選んだものと解するのが当然である」(Mill 1869, 110 頁) と述べたことから、家事＝女性の役割といった固定観念は残っていると推察できる。

## 2-1. 女性の参政権をめぐる社会運動としてのフェミニズム—第一次フェミニズム

イギリスでは、相続による所有権移転から女性の経済的自由を獲得した一方で、女性の「役割」という固定観念からの「解放」には至らなかった。その頃、アメリカでは奴隷制度廃止運動の最中であり<sup>12</sup>、同時に女性の教育を受ける権利や政治に意見を述べる権利の付与を訴える社会運動が始まった。その帰結として、アメリカは女性の選挙権が初めて認められた<sup>13</sup>。本節では、アメリカで女性が参政権を獲得するに至った思想的背景について考察する。

アメリカにおける女性参政権をめぐる動きは、「アメリカ反奴隷制度協会」の創設者でもあるウィリアム・ロイド・ガリソン (William Lloyd Garrison) らの支援を受け、奴隷制度廃止運動家として活動した小説家のリディア・マリア・チャイルド (Lydia Maria Child) が、1834 年に同制度廃止を訴える書籍「アフリカ人と呼ばれるあのアメリカ人の階級のための抗議」(An Appeal in Favor of That Class of Americans Called Africans)

を当てた議論を紹介する。

<sup>12</sup> イギリスでは、17 世紀から 18 世紀ごろに奴隷制度廃止運動が起こり、1833 年奴隷制度廃止法 (Slavery Abolition Act) が成立することにより、イギリスの植民地における奴隷制度を違法とした。そのイギリスの影響を受け、アメリカでは奴隷制度廃止運動が始まる場所であった。

<sup>13</sup> 国単位で、女性の政治参加に関する歴史を遡ると、ニュージーランド (1893 年)、オーストラリア (1902 年)、フィンランド (1906 年)、ノルウェー (1913 年)、デンマーク・アイスランド (1915 年) と、アメリカより早くに導入した国は存在するものの、アメリカ・ワイオミング州が最初に女性の選挙権を導入した場所 (1869 年) であった。

をアメリカで初めて出版したことが始まりだと言われている。この書籍は、アメリカ東部の知識層に影響を与え、エラニー・チャニング牧師 (William Ellery Channing) やチャールズ・サムナー上院議員 (Charles Sumner) などを奴隷廃止運動に引き込んだが、奴隷貿易に携わっている北部の国会議員や企業家からは激しく批難された (上野 2011, 61-62 頁)。チャイルドに影響を受けた女性は多く、サウス・カロライナ出身のグリムケ姉妹 (Grimke) と呼ばれる姉妹もその一部であった。妹・アンジェリカ (Angelica) は、1837 年 5 月にニューヨーク州で開催されたセネカ・フォールズ会議 (Seneca Falls Convention) で、「名ばかりの自由諸州に苦しむ婦人たちへの訴え」(An Appeal to the Women of the Nominally Free Status) を発表し、黒人奴隷と同様に、女性も教育を受ける権利や、政治に意見を言う権利が剥奪されていると訴え、女性も奴隷制度に強い関心を持つべきであると演説したことにある<sup>14</sup>。その後も、定期的に、奴隷と同じく、女性も白人男性と同じ「権利」を享受できるよう目指す社会運動が続いた<sup>15</sup>。

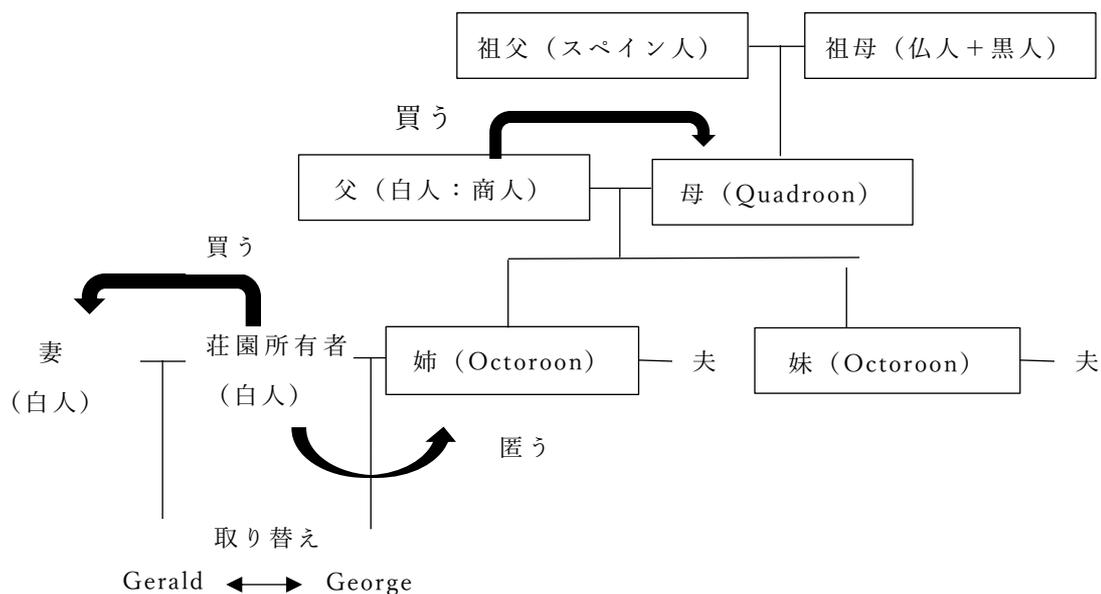
こうした奴隷制度廃止運動の流れを受け、1862 年 9 月にリンカーン大統領 (Abraham Lincoln: 1861-1865) が奴隷解放宣言 (Emancipation Proclamation) を発出し、奴隷を「解放」するなど、

イギリスに倣う形となったと同時に、アメリカではかねてより「黒人」と同じように「女性」も教育を受ける権利や政治に意見を言う権利を求める運動は続けられた。奴隷制度廃止にもなつて、黒人と白人の結婚が増えるのではないかと考えたチャイルドは、同年に異種人結婚により、たとえ肌の色が異なる子どもが産まれたとしても差別しないように注意喚起する評説を出版した (Child 1862, p.263)。その後、評説よりも小説の方が受け入れやすいと感じたチャイルドは、1867 年に「共和国のロマンス」(A Romance of Republic) という、異人種間結婚 (miscegenation) の主題を取り上げた書籍を出版した (図 III 参照)。

<sup>14</sup> 「すべての市民は、この国の政治的事柄に強い関心を持つべきである (中略) あらゆる知的な女性は、この重要な問題 (奴隷制) に無知であってはならないし、あらゆる女性キリスト教徒は、女性に課せられた義務、つまり、奴隷性 (原文) 問題を自ら検討する義務から逃れることはできない。(中略) (女性が) 奴隷制問題のために行動する義務を否定されることは、行動する権利を否定されることである。もし私たち女性が行動する権利を持っていないならば、私たちは『北部の白人奴隷』と名付けられるだろう。なぜなら、鎖に繋がれている私たちの同胞と同じように、私たちは絶望と沈黙の中で口を封じなければならないのだから。(中略) 女性は、黒人のみじめな状態に特別な共鳴を感じるべきである。なぜなら、黒人と同じように、女性は知的に劣っていると非難され、教育を受ける権利も否定されているからである。」(谷中寿子、1983 年、60 頁)

<sup>15</sup> セネカ・フォールズ会議は

図 III: 「共和国のロマンス」登場人物相関図 (上野和子 2011, 71 頁)



「共和国のロマンス」は、**octoroon** と呼ばれる 1/8 白人の姉妹<sup>16</sup>が主人公の作品である。姉妹の祖父はスペイン人であることは、スペインが奴隷制度を導入したことで、フランスやアメリカで奴隷制度が始まったことを表している。スペイン人の祖父とフランス領の黒人である祖母の間に産まれた母は、白人でボストン商人の父から買われる (人身売買) ということから時代背景を表した作品である。そんな父母から産まれた姉妹は、負債を抱えた父の死後、肌の色は白かったが、**octoroon** だったため、奴隷と遜色なく扱われる、つまり、売買の対象となったが、父の莊園所有者である白人に匿ってもらい、姉はその子ども (**Gerald**) を産むも、本妻との子 (**George**) と取り替える。ちなみに、父の莊園所有者の本妻もまた買われた側であると同時に、姉の存在は

知らないままであった。こうした父・夫が妻・女性を買い、父・夫だけが知っているという状況は、当時のアメリカ社会—父権社会を象徴していたといえる。物語は進み、**George** と **Gerald** が取り違えられていたことを知った莊園所有者の義父 (妻の父) は、自分の孫だと思っていた **Gerald** の体に黒人の血が流れていることを知り、**Gerald** を遺産相続から外す準備をすると同時に、自分の本当の孫 (**George**) が **octoroon** と一緒にいることについて怒り狂うといった当時の保守派の考えを表現した一方で、莊園所有者の妻は **Gerald** を血筋関係なしに自分の子どもとして育てることを決めた。このほかにも、「共和国のロマンス」は、妹を養女として育てたディレイノ夫人 (未亡人) と妹の関係性<sup>17</sup>や **Gerald** (本当は **octoroon** との子ども) と **George** のその後など、奴隷

<sup>16</sup> 1/8 白人だった姉妹は、肌の色で差別されることもなく、見た目は白人そのものであった。

<sup>17</sup> ディレイノ夫人は、妹が莊園所有者の農園から脱出するのを手助けし、最終的には自分の子どもとして受け入れた。この姉妹は、黒人のような肌色をしていたわけではないので、ディレイノ

制度とアメリカ社会、肌の色や血筋よりも育った環境の重要性を描いた。

その他、アメリカにおける女性の参政権に関する議論は、エノレア・フレクスナー (Eleanor Flexner) による「一世紀の闘争—アメリカの女性の権利運動<sup>18</sup>」(Century of Struggle: Woman's Rights Movement in the United States, )にて分析されている。フレクスナーは、これまで女性たちが軽視されてきたが、社会の変化の中に女性の活躍があったと説明した。前述したグリムケ姉妹が演説を行ったセネカ・フォールズ会議は、「アメリカ平等権協会」(The American Equal Rights Association)<sup>19</sup>の創始者となったルクレチア・モット夫人 (Lucretia Mott) や参政権運動のリーダーとなったエリザベス・ケイディ・スタントン (Elizabeth Cady Stanton)<sup>20</sup> だが、本来は男性しか参加が許されていなかった世界奴隷制反対会議 (1840 World Anti-Slavery Convention 於：ロンドン) にアメリカ代表として出席した帰結であるとされている (Flexner1996, ch.5)。こうした先人たちの努力の結晶として、女性の選挙権が認められたが、フレクスナーは、女性の参政権が認められた背景として、第一次世界大戦 (1917-1918) があるとしている。具体的には、女性が第一次世界大戦に参加していた男性たちの代わりや軍需産業

や公職、政府組織などで働いてきたことで、女性の労働に関する権利の検討が必要になったこと、また、女性が政府組織などで働くことにより、女性の政治参加に関する議論が必要になったと推察している (Flexner 1996, pp.280-281)。

奴隷制度解放宣言の後押しもあり、アメリカでは「共和国のロマンス」が出版される前から、妻や女性が夫や父から保護される対象でなく、同様の教育を享受できるような議論が行われていたことから、女性の政治への参加—参政権が認められるなど、活発に働いたとされる。具体的には、1869年にワイオミング州で初めて女性の選挙権が認められ、その後、1919年5月20日に女性参政権修正法案が可決され、アメリカでは女性の政治参加が認められるに至った。

日本におけるフェミニズム運動の発端は、既知のとおり、平塚らいてう (1911)「元始、女性は太陽であった」にて、女性は元々太陽のように自らで輝ける存在であるのにも関わらず、男性の付属物と捉えられ、自ら光り輝くことができない存在へと変貌している様を描いたことから始まるとされている。

夫人が奴隷制度廃止運動に批判的だったが、受け入れられることができたことと推察される。のちにディレイノ夫人は、妹が octoroon と知ったが、彼女自身の魅力が上回り、そのことを知っても態度を変えることはなく、むしろ反奴隷制度廃止運動に賛同するようになる。ディレイノ夫人の周りには、それを受け入れることはなかった。

<sup>18</sup> 杉田雅子 (2010) による翻訳。

<sup>19</sup> 1866年に結成された協会。協会の目的は「人種、肌の色、性別に関係なく、すべてのアメリカ市民に平等な権利、特に参政権を確保すること」(Stanton, Anthony and Gage 1861-1876, p173)であった。

<sup>20</sup> 夫は共和党の共同創設者のヘンリー・ブリュースター・スタントン (Henry Brewster Stanton) であり、いとこのゲリット・スミス (Gerrit Smith) とともに奴隷制度廃止運動に積極的であった。

## 2-2. ウーマン・リブに始まる社会運動— 第二次フェミニズム

啓蒙思想から始まる女性の社会権をめぐる社会運動の成果として、女性の参政権が認められるなど女性の社会権が定着したのち、女性の自由権をめぐる社会運動—ウーマン・リブ（女性解放運動）<sup>21</sup>がはじまった。ここで述べる「解放」とは、本稿では自由権をめぐると表現したが、有賀（2011, 47-52 頁）は、リベラリズムの思想<sup>22</sup>が政治や経済に取り込まれるのに対し、家庭に適用されないことに対する批判から発せられた、現代リベラリズムへの批判であると説明する。公私区分があることの疑義がなかったことについては、古典的リベラリズムの見地から平等の権利について擁護していた J. S. ミルも「女性が結婚する場合には、…家政と育児とを自己の第一の任務として選んだものと解するのが当然である」（Mill 1869, 110 頁）と述べたことから、いわゆる女性の役割は決まっておき、その面で女性は「解放」されていなかったと推察できる。

ウーマン・リブが始まった背景として、黒人等の少数民族の権利を求める運動や、公民権運動が全国的規模で展開されると同時に、ベトナム反戦運動、学生運動、労働者運動なども合流し、伝統からの解放、性の自由化をめぐる運動へと変容していったとされている。女性の社会権をめぐる運動（第一次フ

ェミニズム）を通じて、女性は権利を勝ち取ったと思っていたが、1960年代の女性たちはその平等には「性差別」<sup>23</sup>が含まれているということに気づいたことに始まるとされる（瀧川・宇佐美・大屋 2014, 318-319 頁）。当時、リベラリズムの思想下で、男女の法的・政治的平等については保障するが、経済的平等や表現の自由、また家庭内の不平等については干渉しなかった（森 1994, 197 頁）。これは、ヘーゲルやロック（Kymlicka 1990, p.250）の「国家」と「市民社会」の区分にもあるとおり、社会＝「私的領域」であり、「自由」である（Okin 1991, p.117）ことから、「私的領域」＝「不可侵の聖域」と認識されてきたからである（有賀 2011, 48-49 頁）。本節では、不可侵とされてきた「私的領域」へ干渉することに至った経緯などについて触れる。

ウーマン・リブの始まりは、シモーヌ・ボーヴォワール（Simone de Beauvoir）の「第二の性」（*Le Deuxieme Sexe*, 1949）であると言われている。フランスでは、フランス革命を経て、人権宣言（人間と市民の権利の宣言）が採択されたが、1791年憲法にて、「人間」とは「男性」のことであるとしたことに、オランプ・ド・グージュ（Olympe de Gouges）<sup>24</sup>が抗議し、「女性および女性市民の権利宣言」（*Declaration of the Rights of Woman and of the Female Citizen*）を発表するなど、

<sup>21</sup> ウーマン・リブは、1960年代後半から1970年代にかけて起きた女性解放を求めた社会運動である。

<sup>22</sup> ここで述べるリベラリズムの思想とは、ホブズやロックといった古典的リベラリズムではなく、「平等の問題をめぐる古典的リベラリズムの現代的再構成を試みるジョン・ロールズ以降の現代リベラリズム」（有賀, 43 頁, 2011）と限定している。

<sup>23</sup> 「性差別」とは、ポルノグラフィティ等の文化的性支配や家庭内暴力（DV）が含まれる。

<sup>24</sup> グージュは、人権主権を侵害する権力の復活を意図する著作があるとして、革命裁判所にて死刑に処された。

女性が男性と同じ権利を獲得することを目指して活動していた国の一つである。女性の参政権を含めた女性解放を訴える社会運動は、フランスでも多く起こったと言われており、女性の参政権をめぐる法案や女性の投票権を認める法案は幾度も国会に提出されたものの、元老院により却下されることが多く、フランスにおける女性参政権が認められたのは、第二次世界大戦後の1946年になってからのことであった。女性参政権が認められるようになったのちに出版された「第二の性」は、女性について「人は女に生まれるのではない、女になるのだ」と表現し、女性が男性より劣っていると考えられていることについて分析を行った。この際、ジャン・ポール・サルトル(Jean-Paul Charles Aymard Sartre)の実存主義哲学をもとに、「人間」(この場合、男性)が主体性を獲得するために、他者(女性)を自分より劣ったものとして見下すこととして、自分の所有とするとした(Beauvoir 1949, I31/33)。また、女性の「実存」については、「彼女たちは自分の実存を自分の内在性のただなかで正当化しようと試みる。つまり、内在の中で超越を実現しようと試みる。それは自由を奪われた女が国を栄光の天に、隷属状態を至高の自由に変えようとする究極の一時に滑稽な、しばしば悲壮な一努力である」(Beauvoir 1949, II 516)と述べる。当然、ボーヴォワールの議論は、賛否を巻き起こしたが、

「女性の解放」について検討するにはうってつけの題材であったとされる。

その後、アメリカのベティ・フリーダン(Betty Friedan)は、1963年に出版した「新しい女性の創造」(The Feminine Mystique)にて、教育を受けた女性が家庭におさまり、何の疑問も持たずに家事や育児をおこなっている姿について「得体の知れない病」を患っていると表現した。「新しい女性の創造」は、彼女の大学時代の友人(女性)の姿から、いまだに女性の役割=家事・育児と固定されていることに疑問をもち、社会学的検証をおこなった結果をもとに執筆したものである。こうした「女性の役割」に焦点を当てた「新しい女性の創造」は、アメリカのウーマン・リブ運動の発端となり、フリーダンは、女性の地位に関する活動に従事することとなった<sup>25</sup>が、アメリカ国内では、女性の政治参加率(女性議員の少なさ)について議論が巻き起こったようである<sup>26</sup>(相内真子1997, 44頁)。女性を含めた少数派の意見を取り入れることから、ケネディ大統領は積極的是正措置(affirmative action/ positive discrimination)を採用した経緯と合致すると推察される(田中2011, 431頁)。フリーダンは初代代表に就任した「全米女性機構」(National Organization for Women: NOW)は、1966年に組織の目的を「女性が男性との真に対等なパートナーシップのもと、すべての特権と責任を行使し、今日のアメリカ社会の主流に完全に参

<sup>25</sup> ケネディ大統領( )が「女性の地位に関する大統領諮問委員会」(PCSW)を発足するなどして、女性の地位向上に努めたが、1964年に成立した公民権法第7編(性差別禁止条項)を政府機関の「雇用平等委員会」(EEOC)が軽視するなどしたため、新たな「全米女性機構」(NOW)が設立された。フリーダンは、NOW初代代表として選出された。

<sup>26</sup> 相内(1997)によると、1980年代ごろに「女性と政治」についての分野が加えられるなど、「なぜ女性が政治の世界に少ないのか」「どうしたら女性が政治の世界に参加できるのか」「女性が政治の世界に増えるとどうなるのか」といった研究がなされてきた。

加できるようにするために行動を起こすこと」(NOW website: accessed on 14 November 2022) とし、中核的な問題は「中絶と生殖医療サービスの利用 (Reproductive Rights and Justice)」「女性に対する暴力の終焉 (Ending Violence Against Women)」「憲法上の平等 (Constitutional Equality)」「多様性の促進 (Racial Justice)」「レズビアン権利 (LGBTQIA+ Rights)」「経済的公正 (Economic Justice)」としている (*ibid*)。

フリーダンをはじめとする NOW の働きにより、アメリカでは女性の解放が促進されたと言われている。「性差別」といった課題は、21 世紀以降も続いており、例えば「#MeToo」といったセクハラや性的暴行の被害を訴える(「私も」被害者であるという共有の意味を含めた)運動が巻き起こるほどである。

### 2-3. 現代フェミニズム

こうした女性の社会権や自由権をめぐる議論を経て、さまざまな法制度が確立されてきた。たとえば、日本では男女雇用機会均等法 (1972 年) をはじめとする「男女平等」を目指した制度的改革が行われてきた。フェミニズムという言葉はもう古いものであるという認識がある一方で、フェミニズムという「平等」を求める考え方は、今日では現代フェミニズム (contemporary feminism) という名前で続いている<sup>27</sup>。そこで、本節は、現代フェミニズムの運動と従前のものの比較を行い、現代フェミニズムについていくつか紹介する。

第一次・第二次フェミニズムを通じて、平等や自由について検討することが増えたことがきっかけとなり、フェミニズム思想は大きく分けて3つに分類されたと言われている。まず、「男女の<同一性に基づく平等>を主張するリベラル・フェミニズム (Liberal Feminism) は、男女問わず個人の自由や平等を尊重するという考え方である (瀧川・宇佐美・大屋 2014, 319 頁)。次に、女性が担ってきた社会的役割は、これまであまり良い評価を得られなかったが、「女性らしさ」などを再評価するというカルチュラル・フェミニズム (Cultural Feminism) は、ケア(ワーク)などの面で用いられてきた (Carol Gilligan=岩男寿美子訳 1986; Kymlicka 2002, pp. 398-420; 有賀 2011)。最後は、キャサリン・A・マッキノン (Catharine A. MacKinnon) らによって展開されたラディカル・フェミニズム (Radical Feminism) である。ラディカル・フェミニズムは、リベラル・フェミニズムより、性別による分断を重視し、女性が男性によって抑圧されているのだから、女性が声を上げて自らの地位を向上していくようにすべきという考え方であった。特に、「私的領域」において、女性が男性に抑圧されているとし、「私的領域」こそ男女差別の根源であると主張する見解を示したとしている (田中 2011, 432 頁)。ラディカル・フェミニズムは、女性の意見が強くなりすぎて、過剰になりすぎるという欠点があると指摘する見方も存在する (瀧川・宇佐美・大屋 2014, 321 頁)。しかし、

<sup>27</sup> 本稿で扱うニーナ・パワーが、現代フェミニズム (contemporary feminism) という表現を用いるため、本稿では同様に「現代フェミニズム」として表現するが、(少なくとも日本の) 論文ではウーマン・リブに始まる社会運動を「現代フェミニズム」と、本稿で「現代フェミニズム」として扱うものは「ポストフェミニズム」と表している。

いずれも第一次・第二次フェミニズムと比べると、目的などが明確ではないことが明らかである。

こうしたウーマン・リブ以降の現代フェミニズムについて、イギリスの哲学者であるニーナ・パワー (Nina Power)<sup>28</sup>は、現代フェミニズムについて批評した *One Dimensional Woman* (執筆者訳「一次元的女性」) という書籍を出版した。「*One Dimensional Woman*」は、1964年のハーベルト・マルクーゼ (Herbert Marcuse) の *One Dimensional Man* (= 生松敬三他訳「一次元的人間」)<sup>29</sup>から採用し、マルクーゼの消費主義を「女性化」したとするエレン・ウィルス (Ellen Willis) の批判と共に、マルクーゼの「一次元的人間」は、当時 (第二次フェミニズム期) の時代背景をもとに検討した結果、多くの女性が消費至上主義のもとで搾取されている状態が続いていると述べる (Power 2013)。

パワーは、アラン・ミラー氏 (Jacques-Alain Miller)<sup>30</sup>が「ポスト・フェミニスト」として挙げたサラ・ペイリン (Sarah Louise Palin)<sup>31</sup>を例に現代フェミニズムについて説明する。フェミニストは、①男性を模範する女性、②女性の選択権を支持し、あらゆる人生の歩みにおいて平等のために戦う人、③ペイリンのように、母親であり政治家であるといった、従前はどちらかしか得ること

ができなかった立場を両方とも獲得した人の3パターンであると説明する (Power 2009, pp. 7-9)。ただ、ペイリンも含めた共和党は、ブッシュ (George W Bush Jr.) が大統領だった頃から、「フェミニズム」への理解を示す一方で、アフガニスタン侵攻の理由に「女性の解放」をあげたり、就任初日に中絶やカウンセリングを提供する国際的機関への資金提供を停止したりと、「フェミニズム」という言葉を乱用してきた (*ibid*, p.8)。このことだけでも、パワーは「フェミニズム」という言葉の使用を放棄すべきだと考えるが、他にも、昨今の消費至上主義をもとに、「現代フェミニズム」といった「フェミニズム」という言葉で表現することを放棄すべきだと主張する。たとえば、広告に使用される女性は若くて綺麗なモデルであり、そのようなモデルは背が高く細い人が多く採用される (*Ibid*, p.22)。また、「仕事ができる女性」像は、ブランドの靴や服を身に纏い、高く細いヒールを履き、綺麗に化粧をして、男性に媚びているというイメージが出来上がっている (*ibid*, p.21)。こうしたモデルの女性は、使い捨てのように消費されることが多い。パワーは、女性像を描いた作品として、セックス・アンド・ザ・シティの映画を例に挙げるなどし、たとえば、女性

<sup>28</sup> ニーナ・パワーは、戦後フランス哲学におけるヒューマニズムと反ヒューマニズムをテーマに、ミドルセックス大学で博士号 (哲学) を取得し、ローハンプトン大学で哲学の上級講師を務めたほか、ミドルセックス大学、オーピントン大学、ロンドン・カレッジ・オブ・コミュニケーション、モーリー・カレッジ等で教鞭をとった。また、ロイヤル・カレッジ・オブ・アートでアートとデザインの批評文の講師を務め、王立芸術協会フェロー、英国哲学協会会員でもある。

<sup>29</sup> マルクーゼは、現代の主体が、資本主義社会の自由で幸福な個人ではなく、技術的支配の幻想的な自由のもとでの労働であると説明し、現代イデオロギーの性質と範囲を分析しようと試みた結果、*One Dimensional Man* を執筆した。

<sup>30</sup> フランスのラカン派精神分析家 (パワーは part-time moralist と表現)。

<sup>31</sup> 2008年アメリカ大統領選挙の際、共和党候補であるジョン・マケイン (John Sidney McCain III) に副大統領候補の指名を受けた。

は男性との関係についてのみ話す存在として登場していると説明する (*ibid*, p.42)。こうした現象は、日本でも類似の恋愛ドラマや映画の作品などが数多く存在し、イメージ像をもとに「仕事ができる女性」や「恋する(恋しか考えられない)女性」が主人公として出ている。こうした「女性像」がメディアに出現し、「女性像」を作り出すが、パワーは、現実にはめて検討する一メディアで広告塔として出てくる「女性像」のような人間は存在しないのではないかと問う。*(ibid)*。もちろん、綺麗な服を身に纏い、ブランドの靴を持つ女性は、男性に比べて多いかも知れない。しかし、それは男性に対する見栄や他の女性に対する牽制などではなく、その女性自身の趣向によるものであると説明できるのではないか。パワーは、こうした歪んだ「女性像」は、消費至上主義が生んだものであると説明する (*ibid*)。

一方、日本では、ツイッターで「#KuToo」<sup>32</sup>と呼ばれる、女性が職場でヒールのある靴を履かなければいけないという(暗黙の)制約に対して異議を申し立て、社会運動になった事例が存在する。その他、社会生活を営む上で、「女性」は化粧をしなければいけないといった(暗黙の)制約があると主張する事例もある。こうした事例から考察すると、日本については、「女性らしさ」や「男性らしさ」といった性別によって求められる振る舞いからの「解放」という観念が残っているのかもしれない。しかし、一方で、こうした

「#KuToo」運動を起こした人たちが、パワーが述べるところの女性もしくは男性自身の趣向で、たとえばヒールのある靴を履くことや化粧をすることについて一定の理解を示しているかどうかについては定かではない。

パワーは、従来のフェミニズムとは、女性が19世紀後半から20世紀前半(第一次フェミニズム)と、1980年代に基本的人権—自由権や社会権—の保障を求めた社会運動(第二次フェミニズム)であると解する。つまり、第一次・第二次フェミニズムは、これまで見てきたように、女性の財産(相続)や男性から所有されるといふ考え方からの「解放」や、職業選択の「自由」といった女性自身の幸福を目指すものであるとする一方、現代フェミニズムが何を指しているのか不明瞭であり、むしろ乱用されていると主張するため、フェミニズムという括りを放棄すべきではないかと主張する。

ここまで、フェミニズムが辿ってきた系譜について大まかに振り返ってきたが、ここで、フェミニズムの元来の意味から—パワーの言うところの「フェミニズム」を乱用せず—に一戦争に関する正義(正義論)について検討していきたいと考える。

### 3. 戦争の法哲学—フェミニズムから読み解く正義論

正義論は、前述したように古典的正義論の一つである。キケロが「義務について」(*De Officiis*)で、戦争について論じた<sup>33</sup>ことを皮切りに、アリストテレスなど古代哲学者たちによって、

<sup>32</sup> 「#KuToo」は、前述したアメリカでセクハラや性被害を訴える「#MeToo」をもとに名付けられた社会運動であり、ヒールのある「靴」を履くことへの「苦痛」を訴えたものである。

<sup>33</sup> キケロは、基本的に戦争を好んでおらず、好戦的な人や好戦的愛国主義者について批判的な立場をとり、話し合いこそが人間にふさわしい解決策だとしているが、論争が不可能な場合は武力

話し合いが通じない相手に対する防衛手段としての武力行使の正当性について議論が展開されてきた。こうした議論は、中世から近代、現代まで続けられた<sup>34</sup>。現代ではジョン・ロールズ<sup>35</sup>やマイケル・ウォルツァー (Michael Walzer)<sup>36</sup>らが、「正しい」武力行使とは何かについて論じている。前述したとおり、古典的リベラリズムをもとにした現代リベラリズムは、一見、自由や平等をもとにしているように見えるが、家庭における女性の自然的従属や、女性が家庭責任を負うことの根拠といった政治ではない部分 (私的領域) について軽視されているという指摘がある (有賀 2011, 52 頁) ように、欠点があると推認される。一方で、パワーによると、ブッシュがアフガニスタン戦争の正当化根拠の一つとして、アフガニスタン女性の解放、つまり、イスラム教によって束縛されている女性の解放—をあげている (Power 2009, p.8) ように、フェミニズムという思想は、自由と平等という観点であれば、戦争の正当化事由となりうるかと推認できるわけである。それでは、「正統な」フェミニズムの思想で分析する正戦論とはどのようなものなのだろうか。

これまでフェミニズムの系譜を辿ってきたところによると、フェミニズムは形式的のみでなく実質的にも「人間

を差別しない—自由と平等が享受されている社会である。その点で観ると、ロールズの万民の法を遵守している民衆であるということができよう<sup>37</sup>。フェミニズム=「非暴力」であると考えられることができ、絶対的平和主義であるからして、正戦論—つまり、戦争の正当化事由となりうる場面は存在しないと検討する人もいる。しかし、万民の法を参照する限り、自由と平等を尊重しているからといって、闘争が起きないとは限らないのではないだろうか。大越愛子 (1996, 190 頁) は、「性暴力は、現代フェミニズムの緊急テーマである」とし、それが故にフェミニズムは絶対的平和主義の原理のひとつとして捉えることができるのではないかという。たしかに、第一次フェミニズムの時代であれば、性暴力被害にあった女性は、相手に対して DV 被害の訴えを公的に行うことは難しかったかもしれない (2-2 参照)。しかし、第二次フェミニズムの系譜をたどり、性暴力を含めた性被害や性差別については、女性が男性に隷属しているわけではない=女性が「自由」や「平等」を享受しているため、性被害や性差別に遭わないという原理から外れることになる。つまり、性被害を加える相手は、ロールズが述べるところの万民の法を遵守できない人であると言えるであろう。

を用いて解決しなければいけないとしている (*De Officiis* I, 11, 34-35)。

<sup>34</sup> 議論の歴史的流れについては、拙稿 (2019) 「A Consideration of Japan's Participation in International Military Operations: Elaborating the Normative Principles of Just War Theory」 Chapter 2 他、宗岡宏之 (2018) 「正戦論の起源—世界政治における強さと優しさ—」 参照。

<sup>35</sup> ジョン・ロールズ=中山竜一訳 (2006) 「万民の法」 参照

<sup>36</sup> マイケル・ウォルツァー=萩原能久訳 (2008) 「正しい戦争と不正な戦争」 参照

<sup>37</sup> 万民の法の原理として、「各国民衆は平等であり、拘束力を有する取り決めの当事者となる」や「各国民衆は諸々の人権を尊重しなければならない」とあるため、今日の国際社会では、男性や女性、人種に関わらず、万民の法を遵守している人=フェミニズムの価値観を共有している人と解することができる。

小括すると、ロールズやウォルツァーをはじめとする今日の正戦論者たちは、「政府」という「公的領域」をもとに検討するが、無辜の市民の保護が重要だと述べるのであれば、「私的領域」で文民がどのような現状であるかに目を向ける必要があるのではないだろうか。正戦論の区分における「戦争の正当な原因の追求 (*jus ad bellum*)」については、国家といった「公的領域」がある程度、決定する必要があるであろうが、「戦闘中における害的手段の規制 (*jus in bello*)」や「戦争終結と平和協定の正義 (*jus post bellum*)」については、「私的領域」が関わる部分であると推測される。たとえば、大越がいうところの「性暴力」などの性被害は *jus in bello* の期間に起こりうることであり、無辜の市民は、戦争中であるから性被害に遭遇しても我慢しなければならないということはないはずではなからうか。それ以外にも、戦争後の復興に関する場面 (*jus post bellum*) において、たとえば敗戦国の復興に関して、勝戦国はロールズの述べるところの「万民の法」に依拠する程度で、植民地にするなどしてはいけないといった「公的領域」の原則がある一方で、敗戦国の文民たち個々の人権を保護しなければならない。文民が、いわゆる健康で文化的な最低限度の生活を送れるように、勝戦国の復興部隊は配慮する必要がある。また、その際に、決して敗戦国の文民らを奴隷のように、また消費主義の思想のように、利用してはならないのである。

このようにロールズやウォルツァーが「公的領域」に配慮して構築してきた正戦論に、フェミニズムの思想は「私的領域」を加えることによって、真の、

文民の人権保護を目的とした正戦論が展開できるのではないだろうか。

#### 4. おわりに

本稿は、フェミニズムから正義について再考し、正義の観点から戦争の法哲学について再検討すべきであると指摘したものである。

フェミニズムの系譜を通じて、ホブズやロックの啓蒙思想を通じて、イギリスでは市民法の相続や所有を焦点に第一次フェミニズムという社会運動がはじまったとされている。本稿では、第一次フェミニズムの背景を象徴する文学を中心に紹介することによって、第一次フェミニズムの系譜を検証した。結果として、奴隷制度廃止から女性の自由や平等の獲得に成功したものの、それはあくまで「公的領域」のものであり、私生活などの「私的領域」、つまり、DVや性暴力といった性差別に関しては不干涉であった。啓蒙主義への理解が深まるにつれて、この「私的領域」への不干涉に対する不満から第二次フェミニズムという社会運動が始まったとされている。

結果として、「私的領域」においても白人男性であろうが、有色男性であろうが、女性であろうが、平等と自由の権利を享受できるような動きになったとされる。この社会運動は、今日までも続いており、とりわけ性被害を訴える女性は後を立たない。

一方で、現代フェミニズム—第二次フェミニズム以降のフェミニズムについては、批判的意見が多い。ニーナ・パワーによると、現代フェミニズムは消費至上主義であると分析する。

こうしたフェミニズムの系譜を分析し、本稿では、現代正義論—とりわけ、

本稿では正戦論—に検討すべき点があったことを指摘する。それは拙稿(2019)でも指摘したところではあるが、正戦論を議論する上で、いわゆる「私的領域」への検討が少ないことである。また、パワーがフェミニズムを消費至上主義と分析したように、武力行使の正当事由として、フェミニズム的思想が用いられていることも事実である。本稿では、そうした点を指摘し、フェミニズムが民衆の支持を集める手段に用いられることなく、国際社会の平和と安定が目指せるように、今後の正戦論のさらなる発展に寄与していきたいと考えている。

参考文献

- 相内真子『アメリカ合衆国における「女性と政治」研究：政策決定過程とジェンダー』『女性学』5号40-63頁, 1997年
- 有賀美和子「フェミニズム正義論—ケアの絆をつむぐために」勁草書房, 2011年
- 浅見公子『イギリスにおける妻の財産法上の地位（一）』「北大法学論集」12巻3号, 120-178頁, 1962年
- Beauvoir., Simone de *Le Deuxieme Sexe* 1949年
- バーク・エドモンド＝半澤孝麿訳「フランス革命の省察」2020年
- Child, Lydia Maria *An Appeal in Favor of That Class of Americans Called Africans*. 1834年
- Child, Lydia Maria, *A Romance of Republic*, 1867年
- Cicero., *De Officiis*
- Dacey, A.V. *Law and Public Opinion in England*, 2<sup>nd</sup> Ed.; Macmillan, London, 1962年
- Engels, Friedrich *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, 1884年
- Flexner, Eleanor＝杉田雅子「一世紀の闘争：アメリカ合衆国の女性の権利運動」
- Friedan., Betty＝三浦富美子訳「新しい女性の創造」大和書房, 1963年
- Gilligan., Carol＝岩男寿美子訳「もうひとつの声—男女の道德感のちがいと女性のアイデンティティ」川島書店, 1986年
- Gouges., Olympe de *Declaration of the Rights of Woman and of the Female Citizen*
- Grimke, Angelica *An Appeal to the Women of the Nominally Free Status*, Seneca Falls Convention, 1837年5月
- 平塚らいてう「青鞥」1911年
- Kymlicka., W. *Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1990年
- Marcuse., Herbert＝生松敬三他訳「一次元的人間」河出書房新社, 1980年
- Mill., John Stuart *The Subjection of Women*, 1869年
- Mill., John Stuart＝朱牟田夏雄「ミル自伝」岩波書店, 1960年
- Miller., David＝富沢克・伊藤泰彦・長谷川一年・施光恒・竹島博之訳「国際正義とは何か—グローバル化とネーションとしての責任」風光社, 2011年
- 三田地宜子『イギリスにおける生存配偶者の相続権』「Artes Liberales」岩手大学教養学部, 56-61頁, 1966年
- 森政稔『政治思想氏のフェミニスト的解釈によせて』原ひろ子ほか編「ジェンダー：ライブラリ相関社会科学2」新世社, 1994年
- National Organization for Women (NOW)
- Okin., Suzan M. *Gender, the Public and the Private* Held D. (ed), *Political Theory Today*, Cambridge; Policy Press
- 大越愛子「闘争するフェミニズムへ」未来社, 1996年
- 大越愛子「フェミニズム入門」ちくま書籍, 1996年
- Power., Nina *One Dimensional Woman*, Winchester; zero books, 2009年

- Power., Nina *Marcuse and Feminism Revisited*, *Radical Philosophy Review* 16( 1 ): pp. 73-79, 2013 年
- Rawls., John = 川本隆史・福間聡・神島裕子訳「正義論」紀伊國屋書店, 2010 年
- Rawls., John = 中山竜一訳「万民の法」岩波書店 2006 年
- 杉田雅子『エレノア・フレクスナー著「一世紀の闘争：アメリカ合衆国の女性の権利運動」における女性の力と社会の変革』「群馬パース大学紀要」第 10 号 3-16 頁 2010 年 9 月
- Suzuki., Minami *A Consideration of Japan's Participation in International Military Operations: Elaborating the Normative Principles of Just War Theory*, 東北大学・University of Sheffield, 2019 年
- 瀧川裕英・宇佐美誠・大屋雄裕「法哲学」有斐閣 2014 年
- 田中成明「現代法理学」有斐閣 2011 年
- 上野和子『リディア・M・チャイルド「共和国ロマンス」論—ゴシック・ロマンス、その皮膚と血と—』「學苑」846 巻 61-73 頁, 2011 年
- 鶴川馨『イギリス 18 世紀の地主家族における女性と財産』「比較家族史研究」第 6 号 109-118 頁, 1991 年
- ウルストンクラフト・メアリ = 清水和子・後藤浩子・梅垣千尋訳「人間の権利の擁護／娘たちの教育について」京都大学学術出版会, 2020 年
- Walzer., Michael = 萩原能久訳「正しい戦争と不正な戦争」風行社, 2008 年
- 谷中寿子『グリムケ姉妹—アメリカ奴隷制度運動から生まれた女権運動』「東洋女子短大紀要」15 号 59-71 頁, 1983 年

# A Critique of Just War Theory

## From the Perspective of Feminism

Minami Suzuki

Assistant Professor

Graduate School of Law, Tohoku University

minami.suzuki.b4@tohoku.ac.jp

### Abstract

The previous work “A Consideration of Japan’s Participation in International Military Operations: Elaborating the Normative Principles of Just War Theory” reviewed the history of Just War Theory. Cicero, for instance, focuses on individual people to live well; therefore, the Just War Theory is possibly developed on private sector. As time passes, the Just War Theory has focuses on the condition for states to take military actions, which means that it has paid more attention on public realm than individual people although the idea of the Just War Theory keep the necessity of protecting human rights as principle.

Lacking the consideration on individual people, this article introduces the idea of feminism, which was believed to developed based on the idea of Enlightenment and the critique of Liberalism, so that we might be able to find a way to develop a new idea paying attention to more on protecting individual human rights.

# 日本法及びベトナム法における非上場会社の 複数議決権株式に関する比較

東北大学大学院法学研究科 博士前期課程

ヴ・ティ・リン・チ

VU THI LINH CHI

---

## 第一章 はじめに

1. 問題意識
2. 検討対象
  - (1) 上場会社を対象としない理由
  - (2) 非上場会社を検討対象とする理由
3. 研究方法
4. 本稿の順序

## 第二章 ベトナム法

### 第一節 序論

1. ベトナム会社法及び複数議決権株式制度の歴史の概要
2. ベトナム会社の区分
3. 非上場会社における複数議決権株式を利用するニーズ
4. 本章の順序

### 第二節 ベトナムの1999年会社法

1. ベトナムの1999年会社法上の規定
2. ベトナムの複数議決権株式の特徴
3. 複数議決権株式制度の学説による説明
  - (1) Le Minh Toan の見解
  - (2) Nguyen Ngoc Bich の見解
  - (3) Ngo Vien Phu の見解
  - (4) Pham Thi Tam の見解
  - (5) Pham Hoai Huan の見解

### 第三節 ベトナムの2020年会社法

1. 2020年会社法の公式立法資料の紹介
  - (1) ベトナム国会常務委員会の『会社法草案』及び計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細的説明書(修正)』(2019年10月25日)
  - (2) 政府の『国会への会社法改正についての報告書533/TTr-CP号』(2019年10月28日)
2. ベトナムの2020年会社法上の規定

3. 複数議決権株式に対する立法者の期待

#### 第四節 小括

### 第三章 日本法

#### 第一節 序論

#### 第二節 種類株式制度

1. 種類株式制度の歴史
  - (1) 明治 23 年旧商法・明治 32 年商法改正
  - (2) 昭和 13 年商法改正
  - (3) 昭和 25 年商法改正
  - (4) 平成 2 年商法改正
  - (5) 平成 13 年第一次・第二次商法改正
  - (6) 平成 17 年会社法
2. 複数議決権株式についての平成 13 年第一次までの学説
  - (1) 田中誠二の見解
  - (2) 大隅健一郎の見解
3. 分析

#### 第三節 単元株式制度

1. 単元株制度の導入の背景
2. 平成 13 年第一次商法改正
  - (1) 立案担当者の見解
  - (2) 落合誠一・前田の見解
  - (3) 洲崎博史の見解
3. 平成 17 年の会社法
  - (1) 武井一浩・森本滋・郡谷大輔の見解
  - (2) 稲葉威雄の見解
  - (3) 中西敏和の見解
  - (4) 山下友信の見解
  - (5) 久保大作の見解
4. 分析

#### 第四節 昭和 25 年商法改正における無議決権株式

1. 無議決権株式の導入の背景
2. 昭和 25 年商法改正
3. 平成 13 年第二次商法改正
4. 分析

#### 第五節 株主平等原則

1. 平成 17 年会社法以前における株主平等原則の解釈
  - (1) 田中耕太郎の見解
  - (2) 上村達男の見解
  - (3) 分析

2. 現行会社法の下での株主平等原則

(1) 会社法の立案担当者の見解

(2) 山下徹哉の見解

(3) 分析

第六節 小括

第四章 ベトナムと日本の相違点及びその理由の分析

第一節 序論

第二節 ベトナムと日本の相違点

1. 複数議決権株式に対する柔軟性

2. 複数議決権に対する代償

第三節 相違点の理由の分析

1. 会社類型の問題

2. 株主平等原則の適用範囲

3. 株主平等原則の差異の理由

第四節 小括

第五章 おわりに

## 第一章 はじめに

### 1. 問題意識

本稿は、非上場会社における複数議決権に対する法規制の在り方について日本法とベトナム法とを比較するものである。日本もベトナムも複数議決権株式の制度を認めている。日本では、会社法 108 条（異なる種類の株式）に 1 株当たり複数の議決権を認める複数議決権株式は形式的には含まれていない。だが、日本の会社法では、「単元株制度」という仕組み（日本の会社法 188 条（単元株式数））があり、種類株式制度と併せて、1 個の議決権が与えられる株式数を種類株式ごとに変えることで、実質的に複数議決権株式を設計することができる<sup>(1)</sup>。この結果、日本では、会社法上直接に規定されていないけれども、複数議決権株式が認められている。この結論について、日本の学説には反論がなさそうである。これに対して、ベトナムでは、会社法上、複数議決権株式（ベトナム会社法で「優先議決権株式」と呼ぶ）が直接に認められている。

このように日本もベトナムも複数議決権を認めているけれども、両国の間には、上場会社・非上場会社の区分に従って複数議決権の利用の自由度に関して異なる点がある。まず、上場会社について、日本では、会社法上、複数議決権株式・単

元株制度に関して、1 単元における株数の制限（日本の会社法 188 条 2 項）を除く、保有する主体や保有する期間などについて何も制限されていない。しかし、証券取引所の上場規則（サンセット条項やブレイクスルー条項<sup>(2)</sup>など）により、複数議決権株式の発行・利用が制限されている<sup>(3)</sup>（上場会社での複数議決権は、本章の 2. 「検討対象」の部分では詳しく説明する）。ベトナムも証券取引所の上場基準のルール、それに会社法の規定により、上場会社での複数議決権株式に制限を与える。もちろん、どのような制限であるのかを分析すれば、共通点もあるし、異なる点もある。だが、少なくとも、両国では、上場会社での複数議決権株式が制限されている点で共通する。

しかし、大きな異なるのは、非上場会社での当該制度の利用である。日本では、非上場会社は、証券取引所の上場基準に束縛されていない。そのため、会社の定款や株主間契約などに従って、複数議決権株式を自由に発行することができる。つまり、日本の非上場会社における複数議決権に対して、法律上制限がなく、広く認められている。これに対して、ベトナムでは、会社法上、複数議決権の利用が制限されていたため、非上場会社もその制限を受ける。例えば、政府の組織及び発起株主だけが議決権優先株式を掌握

<sup>(1)</sup> 得津晶「上場会社における種類株式の新たな利用形態」日本台湾法律家協会雑誌第 13 号（2016 年）57 頁。

<sup>(2)</sup> サンセット条項とは、一定の基準を満たす場合に、スキームを解消させる方策という。ブレイクスルー条項は、一定割合以上の株式を保有するものが現れたときに議決権種類株式の構造が解消されるようなスキームをいう。後者は極めて小さい出資割合での会社支配を防止するための方策である。東京証券取引所『2020～2021 年新規上場ガイドブック（市場第一部）』88 頁。

<sup>(3)</sup> 得津・前掲注（1）66 頁。

する権利を有する（ベトナム 2020 年会社法 116 条 1 項）、という利用主体の制限である。あるいは、発起株主に対して、複数議決権株式は、企業登記証明書の発給を受けた日から 3 年以内においてのみ効力を有する（ベトナム 2020 年会社法 116 条 1 項）、という期間制限である。また、議決権優先株式を保有する株主は、他人にその株式を譲渡できない（ベトナム 2020 年会社法 116 条 3 項）、という譲渡制限である。つまり、ベトナムの非上場会社における複数議決権株式に対して、広く認められるわけではなく、厳格に制限される。このことは、日本と大きな異なる点である。

要するに、日本では、非上場会社において、会社法上広く認められていることに対して、ベトナムでは、非上場会社でも複数議決権の利用が制限される。この違いはかなり抜本的な相違点である。そのため、本稿の目的は、日本法とベトナム法における複数議決権株式を比較した上、その異なる点はなぜあるのか、明らかにしたいと思う。なお、本研究は、日本法あるいはベトナム法の当該規制をどのように改正したほうがよいか検討する研究ではない。

## 2. 検討対象

本稿では、証券取引所の上場基準に束縛されていない非上場株式会社を検討の対象とする。その理由は、以下の通りである。

### （1）上場会社を対象としない理由

まず、なぜ、上場会社が対象にならないのかというと、両国の上場会社における複数議決権はともに制限され、その制限の内容に大きな差異がないからである。両国では、上場会社には複数議決権株式の自由な発行を認めないと考えている点で共通する。この考え方は、オリバー・ハートの定理と妥当である。オリバー・ハート及び後述するロナルド・コースは、「法と経済学」の領域において、多大な貢献をしたノーベル経済学賞受賞者である。この 2 人は、株式会社法においても非常に重要な枠組を提供した。とりわけ、複数議決権株式の制度をどのように認めるのかを評価することを貢献した<sup>(4)</sup>。

ハートの定理は、株式会社の株主の議決権の正当化根拠が残余権であることから、株主の配当請求権など会社からのキャッシュフローを受け取る権利の割合と、会社への支配権（議決権）の割合とは一致していることが望ましいことを示した<sup>(5)</sup>。たとえば、議決権とキャッシュフローとが乖離するような複数議決権株式を利用すると、株主の支配権の濫用という問題が生じる可能性がある。当該問題は、複数議決権株式を保有する株主は自分の私的利益のため、会社に対する利益が少ないにもかかわらず、自分に対する利益の大きなプロジェクトを採択し、社会の利益を犠牲する可能性があるというもので

<sup>(4)</sup> 得津晶『種類株式』法学教室 444 号（2017 年）特に 17 頁。

<sup>(5)</sup> 得津・前掲注（4）17 頁。

ある<sup>6)</sup>。ハートの定理に基づくと、議決権と残余請求権の割合が乖離する種類株式を抑制するべきであるということになる。これによって、複数議決権株式の自由な発行を認めるべきではないという立場となる。

日本の上場会社は、上場規則の求めるサンセット条項やブレイクスルー条項などにより、複数議決権株式の発行が抑制されている。これは、上場会社であっても IT スタートアップから上場した会社のカリスマ創業者のようにアイデアの実現ややりがいといった非金銭的な利益を私的利益として有しているケースがあり、投資家も当該創業者が経営しているからこそ投資している。このようなカリスマ創業者には複数議決権株式を認める余地があるからである。

そして、そのような経営者の非金銭的な私的利益は一定期間が経過すれば消滅ないし縮小していくし投資家も当該創業者ではなく会社に投資したという感覚が変わっていく。ましてカリスマ創業者が経営陣から退いた場合には複数議決権を

認める根拠がなくなる。そこで、一定の期間や経営者の交代を条件に複数議決権が消滅するというサンセット条項が求められる。

さらに、経営者の非金銭的利益があるからといって、無制限に議決権と残余請求権の割合の乖離を認めるわけにはいかない。そこで、限界として、たとえば公開買付で 75%以上の株式を取得した者が現れたような場合には、もう買収者に支配権を認めるべきであるとして複数議決権が消滅するというブレイクスルー条項が求められる<sup>7)</sup>。

これに対して、ベトナムでは複数議決権株式に対して、後述するように会社法上、利用主体制限、期間制限、譲渡制限が定められている。利用主体制限というのは、政府関係組織のほかは発起株主のみが複数議決権株式を利用できるというものである。これは、経営権のある株主が会社と特別な関係・非金銭的な私的利益があるような場合であって、カリスマ創業者のような場面で利用される日本の上場規則下の状況と類似する。

<sup>6)</sup> この問題について、得津晶は以下の通りに詳しく説明した。

「例えば、支配権者が、会社のキャッシュフローの 30%しか受け取る権限を有さない場合と、80%を保有する場合を比較してみよう。ここに、A) 会社全体のキャッシュフローのみを 100 増やすプロジェクトか、B) 会社全体のキャッシュフローは 10 しか増やさないが、支配権者の関係者との取引や支配権者関係者への報酬といった形で、支配権者だけに私的利益として 50 増やすプロジェクトのいずれかを選ぶ状況を考えてみる。会社全体の利益を考えれば、キャッシュフローの合計が 60 の B) よりも 100 の A) を選択すべきである。だが、支配権者が、30%しかキャッシュフローを保有していなければ、30 しか自己の利益とならない A) よりも、53 となる B) を選択する。これに対して、支配権者が、80%のキャッシュフローを保有していれば、58 となる B) よりも 80 の A) を選択するはずである (表 1)。」

【表 1】 支配権者のキャッシュフロー保有割合とプロジェクトの選択

プロジェクト	会社	私的利益	30%保有の支配権者			80%保有の支配権者		
			株式価値	私的利益	合計	株式価値	私的利益	合計
A)	100	0	30	0	30	80	0	80
B)	10	50	3	50	53	8	50	58

得津・前掲注 (4) 17~18 頁。

<sup>7)</sup> 得津・前掲注 (1) 65~66 頁、得津・前掲注 (4) 21 頁。

譲渡制限は、そのような会社と特別の関係・非金銭的な私的利益のある株主に複数議決権株式の保有を固定させるものであるし、期間制限は非金銭的な私的利益の消滅や縮小の可能性に備えたサンセット条項に類似する。

このように、日本もベトナムも、上場会社においては、ハートの定理の下でも、議決権と残余請求権の乖離が望ましいといえる場合に限って複数議決権株式を認めている。会社法なのか上場規則なのかのほか、規制内容に細かな差異はあるものの、本質的な違いはない。

#### (2) 非上場会社を検討対象とする理由

しかし、非公開会社のような人的結合の強い会社の場合、ハートの定理の観点のように種類株式を抑制することは不要という考え方もある。これが日本法の立場である。この考え方は、ロナルド・コースの定理から説明できる。コースの定理は、取引費用がゼロであれば、どのように権利を割り振ろうと、交渉と合意によって、効率的な結果が実現するという。この定理に従えば、効果的な結果のためには私的な交渉や結果を妨げるルールは望ましくないという帰結が導かれる。交

渉を制限するような強行法規は望ましくないということである<sup>(8)</sup>。コースの定理の前提は「取引費用がゼロ」である。閉鎖会社の場合、現実に取り費用がゼロということはないけれども、取引費用が低く、コースの定理がある程度妥当である。よって、閉鎖会社の場合には、株式は当事者の合意によって自由に設定するべきということになる。これによって、種類株式である複数議決権株式の設計は自由に認めてもよい<sup>(9)・(10)</sup>。

そこで、日本では、非上場会社の場合、複数議決権株式・単元株制度の自由的な発行が認められている。しかし、これに対して、ベトナムでは、非上場会社においても、複数議決権株式を制限される。

要するに、日本もベトナムも、上場会社に対して、複数議決権株式の発行・利用が制限されているため、特に大きな差異はない。これに対して、非上場会社の場合、日本は、当該制度の自由を認めるに対して、ベトナムは認めない。このような根本的な差異があるため、その差異がなぜあるのかという疑問があり、その理由を分析したい。以上の理由により、非上場会社のみ対象とする。

<sup>(8)</sup> 得津・前掲注(4) 17頁。

<sup>(9)</sup> 得津・前掲注(1) 60頁。

<sup>(10)</sup> ただ、上場会社ではない公開会社は、会社の承認を要せずに新たに株主となる者が登場しうることから、株主間の取引費用は増大である。そこで、上場会社ではない公開会社では、株主のキャッシュフローと支配権との乖離を制約されるべきであり、ハートの定理と妥当な方向である。たとえば、「一定の事項について株主ごとに異なる取扱いを定款で定めることができる(109条2項)は公開会社では認められない。ほかに、公開会社のみ、議決権制限株式を発行済株式総数の2分の1以下とするための措置義務(115条)や取締役・監査役を選任できる種類株式の禁止(108条1項但書)である。これらの規定は、株主の支配権とキャッシュフローとの乖離を制約する必要性のあらわれといえる。得津・前掲注(4) 19~20頁。

しかし、上記に述べたように、会社法上、複数議決権株式・単元株制度に対して、1単元における株数の制限を除く、制限が定めていない。しかも、上場会社ではない公開会社は、上場規則によって制約されていない。そこで、上場会社ではない公開会社では、単元株制度が広く認められる。この点は、ハートの定理とコースの定理の観点から説明できない。

### 3. 研究方法

本稿では、比較法研究としてベトナムを対象とする。問題意識を解明するために、両国の学説を素材として扱う。両国の学説を総合的に分析した後、両国の相違点の理由について検討する。

ベトナムとの比較を行う理由は2つあると考える。一番目は、日本では、これまで、複数議決権株式に関して、米国やイギリス、フランス、ドイツ、中国などと比較した論文は多数あった。これに対して、ベトナムとの比較の論文は非常に少ない。非上場会社における複数議決権の規律が対照的な日本とベトナムを対比することでその違いの原因がどこにあるのかを説明する原因ないしモデルを構成したい<sup>(1)</sup>。これによって、複数議決権株式に新たな理解を加えたい。

二番目は、現在、越日関係がますます発展し、両国の貿易が強化されている。これによって、ベトナムに投資する日本の会社が非常に増資している。会社は、配当利益のみならず、支配権の問題が注目されている。このような社会的現状において、これまで日本で紹介されていないベトナムの複数議決権の規律に関する情報を提供したい。さらに、本稿が一つの素材として、将来において、本稿を基に日本とベトナムとの比較研究を促進することができるのではないかと思う。

### 4. 本稿の順序

本稿は、次のように構成される。まず、ベトナム法における複数議決権の規制に関して特徴や問題点を検討する（第二章 ベトナム法）。次に、日本法における複数議決権株式・単元株制度の現状を検討する（第三章 日本法）。最後に、ベトナムと日本の制度において、相違点を指摘したうえで、その相違点はなぜあるのか説明する（第四章 ベトナムと日本の相違点及びその理由の分析）。

## 第二章 ベトナム法

### 第一節 序論

#### 1. ベトナム会社法及び複数議決権株式制度の歴史の概要

ベトナムは、1975年に戦争が完全に終わった。戦争時代における国家指導という思想がまだ残ったため、1976年から1986年まで、ベトナム社会は「バオカップ」（支配）制度と呼ばれており、私的経営を認めず、全ての経営活動を国家が支配していた。国家が国民に分配した配給券などに基づき商品を独占的に配布した時代であった。この当時、市場での自由な売買が制限され、国营会社以外の私的会社を認めていなかった。しかし、1986年に、第6回全国代表会議において、ベトナムで製品の生産の効率性が低く、品物の配布及び流通性が混乱し、社会・経済の状況が激しく困難であると指摘された。そのため、「ドイモイ」（刷新）

<sup>(1)</sup> よって、いわゆる「モデル構成型」の研究を目指す。大村敦志ほか『民法研究ハンドブック』（有斐閣・2000年）163頁。

政策が公布され、その中で経済管理メカニズムを刷新する必要が指摘された。これによって、1986年以降、政府は、貿易自由化を提唱し、私的経営を市場経済の部分として公式に認め、私的経済の発展を促進した<sup>(12)</sup>。

その経済の改革が進められるとともに、市場経済の発展に必要な法律の整備も続けられてきた。そのため、1990年に、有限責任会社及び株式会社について規定する会社法及び、私人企業（無限責任の会社形態）について規定する私人企業法は、ベトナムの最初の会社法として定められた。また、1990年会社法 30条2項では、「会社の定款資本が株式と呼ばれる均等な多数の部分に分けられている」と規定されていた。1990年会社法では、種類株式についての規定が全く定められなかったため、複数議決権株式をはじめとした種類株式がまだ認められていなかったと考えられる。

1990年会社法及び私人企業法は、国家の管理下にある市場経済の構築に大きく貢献してきた。しかし、それらの法典により、実際に会社を設立することが難しかった。その理由は、会社設立にかかる経費が高くて、会社設立の手続きも複雑だった点にある<sup>(13)</sup>。

例えば、株式会社は活動の過程において、株主数の最低は7人であること（ベ

トナム 1990年会社法 30条1項。現在の会社法 111条1項b号により、株主数の最低は3人とされている）。或いは、経営証明書を交付された時から30日間以内、会社は地方の新聞又は中央の日刊新聞に会社の情報を5回連続に記載しなければならないこと（ベトナム 1990年会社法 19条。現在の会社法 33条では、国家企業登記ポータル上で、企業登記の内容の公示の手続きを実施することが求められる）などの要件が課されていた。さらに、株式に一つの種類しかないと規定すると、会社の資本の構成が乏しくなり、様々な需要を持っている投資家から資金を調達することが困難であった。そのため、会社の資本調達と投資家の需要のために、権利・義務が異なる多数の株式の種類が発行され、株式の多様化の制度を利用したいという要望が生じた<sup>(14)</sup>。

そこで、1990年会社法及び私人企業法を合わせて、1999年会社法が定められた。1999年会社法は、複数議決権株式をはじめとした種類株式を導入し、進歩的に改革されたと言われた。1999年会社法の52条により、株式会社は、普通株式以外に、株主総会の決議に従って優先株式の発行と優先権の内容を選択できるようになった。これらの規定により、株式会社の経営者と投資家は、会社の支配権や配当金

<sup>(12)</sup> ベトナム共産党「Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VI（第6回全国代表会議）」ベトナム共産党の電子新聞（2020年）<https://daihoi13.dangcongsan.vn/cac-ky-dai-hoi/tu-dai-hoi-den-dai-hoi/dai-hoi-dai-bieu-toan-quoc-lan-thu-vi-250>（最終訪問 2022/01/11）。

<sup>(13)</sup> Tai Gioi「Hành trình lịch sử của Luật Doanh nghiệp phần 1（ベトナム会社法の歴史行程—第1巻）」、（法律図書館、2018年）<https://khoinghiep.thuvienphapluat.vn/bai-viet/hanh-trinh-lich-su-cua-luat-doanh-nghiep-phan-1-336.htm>（最終訪問 2022/01/11）。

<sup>(14)</sup> Le Minh Toan『Công ty cổ phần – Quyền và nghĩa vụ của cổ đông（株式会社における株主の権限・義務）』（国家政治出版社、2001年）83頁。

の配分に関して柔軟に交渉できるようになった。

その後、ベトナムでは、民間の経済活動の地位が徐々に高くなった。具体的には、1986年の第6回全国代表会議において、民間の経済活動は「市場経済の一部」のみ公認された。これに対して、2017年の第12回中央会議5の決議において、民間の経済活動は「市場経済の原動力・真髄」として広く認められることになった<sup>(15)</sup>。その中で、2005年会社法と2014年会社法による改正もなされ、株式会社に関する規定は徐々に緩和された。しかし、複数議決権株式に関する規定は1999年会社法から全く変わらなかった。

近年、東南アジア地域と国際の基準を満たすために、経営環境の質やコーポレートガバナンス組織の質を向上させるよう、会社法の一部の内容をさらに改善する必要があると政府は要請した。そのため、2020年会社法が定められた。2020年会社法改正は、多様な目的を有する。例えば、会社の設立と登録に最も有利な条件を作成し、起業にかかるコストと時間を削減することである。ほかにも、投資家、株主、企業のメンバーの正当な権利と利益を効果的に保護するためのメカニ

ズムを改善することも目的である<sup>(16)</sup>。その中で、複数議決権株式に関する規定に関して小さな改正が加えられた。

以上をまとめると、ベトナムの会社法は、4回で改正された。ベトナム最初の会社法である1990年企業法及び私人企業法、1999年会社法、2005年会社法、2014年会社法、そして、現在効力している2020年会社法である。複数議決権株式が導入されたのは、1999年会社法である。2005年と2014年に会社法が改正されたけれども、複数議決権株式に関する規定が変わらなかった。2020年会社法では、当該制度に小さな改正があった。

## 2. ベトナム会社の区分

ここでは、ベトナム会社の区分とそれぞれ形式の会社の数がどのくらいあるのかを紹介する。会社区分立法は、複数議決権株式の制度との関係性は乏しい。しかし、本稿では、ベトナムと日本の複数議決権株式の相違点に対して、影響があるため、検討を行うこととする。

ベトナムでは、2020年会社法1条<sup>(17)</sup>により、4つの会社の形式が認められている。それは、有限責任会社<sup>(18)</sup>、株式会社

<sup>(15)</sup> ベトナム共産党「Nghị quyết Hội nghị Trung ương 5 khóa XII về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa (社会主義志向である市場経済の制度を完成させることについて第12回中央会議5の決議)」ベトナム共産党の電子新聞(2017年) <https://dangcongsan.vn/xay-dung-dang/ngphi-quyet-hoi-nghi-trung-uong-5-khoa-xii-ve-hoan-thien-the-che-kinh-te-thi-truong-dinh-huong-xa-hoi-chu-nghia-440462.html> (最終訪問2022/01/11)。

<sup>(16)</sup> ベトナム政府『国会への会社法改正についての報告書533/TTr-CP号』(2019年10月28日)3頁。

<sup>(17)</sup> ベトナム2020年会社法1条(調整範囲)により、「この法律は、有限責任会社、株式会社、合名会社及び私人企業からなる企業の設立、管理、再編、解散及び関係活動について規定し、会社グループについて規定する」と規定されている。

<sup>(18)</sup> 有限責任会社は、二人以上社員有限責任会社と一人社員有限責任会社を含む。

2020年会社法46条(二人以上社員有限責任会社)1項により、「二人以上社員有限責任会社とは、企業であり、2人から50人の組織、個人の社員からなる。社員は企業に出資した額の範囲内で、企業の債務及びその他の財産的義務について責任を負う。…」と規定されている。

(19)、合名会社<sup>(20)</sup>及び私人企業<sup>(21)</sup>である。さらに、「国営企業」とは、国が定款資本のうち、50パーセントを超えて掌握する企業、国が議決権付株式総数のうち50パーセントを超えて掌握する企業からなり(2020年会社法4条11項)、有限責任会社あるいは株式会社の形式で管理されている(2020年会社88条1項)。

ベトナムの統計総局のデータにより、2019年にベトナム会社の分布状況は次の通りである。ベトナムでは、2019年時点で合計668,503会社(=100%)が経営されている。会社の資金の起源に基づいて、3つのグループに分ける。①国営企業は2,109社(=0.31%)、②国営企業ではない、外国資金がない会社は647,632社(=96.88%)、③外国資金がある会社は18,762社(=2.81%)が存在する。また、②のうち、有限責任会社は475,942社(=71.2%)、株式会社は130,512社(=19.52%)、合名会社は892社(=0.13%)、私人企業は、40,286社(6.03%)である<sup>(22)</sup>。

統計総局のデータから見ると、ベトナムで、一番多いのは有限責任会社であり、約4分の3を占める。次は、株式会社で約5分の1を占めている。

また、株式会社のうち、上場会社と非上場会社の数は次のように計算される。まず、上場会社について、ベトナムでは、3つの証券取引所がある。①ハノイ証券取引所(HNX(Hanoi Stock Exchange))と、②ホーチミン市証券取引所(HOSE(Ho Chi Minh Stock Exchange))と、③HNXが所有するUPCOME(Unlisted Public Company Market)取引所である。そのうち、③UPCOME取引所は非上場である公開会社の証券取引所市場である(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)。2019年時点で、HNXとHOSEそれぞれの証券取引所において、上場会社の数は365社<sup>(23)</sup>と378社<sup>(24)</sup>がある。

2020年会社法74条(一人社員有限責任会社)1項により、「一人社員有限責任会社とは、一つの組織又は一人の個人(…)により所有される企業である。会社所有者は、会社の定款資本の範囲内で会社の債務及びその他の財産的義務について責任を負う。」と規定されている。

<sup>(19)</sup>2020年会社法111条(株式会社)1項により、「株式会社は、企業であり、a)定款資本が株式と呼ばれる均等な多数の部分に分けられている。b)株主には組織、個人がなり得る。株主は最低3人とし、最大数は限定しない。c)株主は、債務及びその他の企業の財産義務につき、企業に出資した額の範囲内で責任を負う。d)株主は自己の株式を他人に自由に譲渡できる権利を有する。…」と規定されている。

<sup>(20)</sup>2020年会社法177条(合名会社)1項により、「合名会社は、企業であり、a)会社の共同所有者であり、同一の名前で共同経営する社員(…)を少なくとも2人有する。合名社員のほか、会社は出資社員を追加することができる。b)合名社員は個人でなければならず、自己の全財産をもって会社の義務につき責任を負う。c)出資社員は、会社に出資を誓約した額の範囲内でのみ会社の債務について責任を負う個人、組織である。」と規定されている。

<sup>(21)</sup>2020年会社法188条(私人企業)1項により、「私人企業とは、一人の個人が主体的に営み、企業の全活動に関し、自己の全財産をもって自ら責任を負う企業である。」と規定されている。

<sup>(22)</sup>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(会社の形式により区分される基準として、2019年12月31日に生産・経営を活動している会社数)」(PX Web – General Statistics Office of Vietnam(gso.gov.vn) <https://www.gso.gov.vn/px-web-2/?pxid=V0506&theme=Doanh%20nghe%E1%BB%87p> (最終訪問2022/01/11))。

<sup>(23)</sup>ハノイ証券取引所「ハノイ証券取引所の年次報告2019年」(2019年)38頁。

<sup>(24)</sup>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年)23頁。

UPCOME取引所に登録する会社は、875社である<sup>(25)</sup>。そうすると、ベトナムでは、株式会社のうち、主に非上場会社である。

### 3. 非上場会社における複数議決権株式を利用するニーズ

ベトナムでは、複数議決権株式を利用している会社の割合を統計するデータがない。そのため、現状において、複数議決権株式の発行・利用の具体的な状況は不明である。

しかし、実際に複数議決権を利用している会社の一部によって公開された同社の定款によると、主に2つの特徴がある。

一つは、国家の資金がある会社である。例えば、ベトナム空港公社（Airports Corporation of Vietnam）では、2015年の定款の15条15.4項において「国家機関が承認した上、法律の関連する規定に従って、株主総会の決定における条件により、各種の優先株式を発行することができる」と規定されている。他には、ベトナム運送会社（Vietnam Maritimes Corporation、2020年の定款14条4項）、ベトナム鉱産会社（Vinacomin - Minerals Holding Corporation、2018年の定款6条2項b）、ベトナム石油電力会社（PetroVietnam Power Corporation、2018年の定款5条4項）などである。それらの会社は、国有企業において政府の関係機関が保有している株式を民間に譲渡するという「株式化」の過程を進めている。その中で、政府の関係機関に複数議決権株式を発行する。

もう一つは、家族経営の閉鎖会社やスタートアップ企業である。それらの会社

は、事業を拡大し、外部に資金を調達したいけれど、会社の支配権を外部の人と共有することを望んでいない。この場合、当該会社は、資金調達のために普通株式を発行する際に、発起株主に対して議決権優先株式を同時に発行する。

ただし、ベトナムでは定款を公開していない会社が多いため、実際に、複数議決権株式を発行する会社の割合がどのくらいなのか分からない。しかし、定款を公開している会社のみで判断する限りでは、複数議決権を利用している会社は少ないと推測される。

### 4. 本章の順序

本章の検討順序について、複数議決権株式の歴史の時列により進む。本節の1.で述べた通り、複数議決権株式が導入されたのは、1999年会社法である。2005年と2014年に会社法改正では、複数議決権株式に関する規定が変わらなかった。2020年会社法では、当該制度が小さな改正があった。

そこで、本章では、まず、第二節において、1999年会社法と2005年会社法と2014年会社法における複数議決権株式制度の規定は同じため、当該制度が導入された1999年会社法を、2020年改正前の代表として、ベトナムにおける初期の複数議決権株式の規制を検討する。具体的には、1.で、ベトナムの1999年会社法における複数議決権株式の規定を紹介する。そして、2.では、ベトナムの複数議決権株式の特徴をまとめる。その後、3.で、2020年会社法

<sup>(25)</sup> ハノイ証券取引所・前掲注(23)45頁。

前の当該規制をめぐる学説の状況を検討する。紹介する学説は、Le Minh Toan、Nguyen Ngoc Bich、Ngo Phu Dien、Pham Thi Tam、Pham Hoai Huan である。

ここでは、複数議決権株式に関する 2020 年会社法前の立法資料も検討する必要がある。この立法資料について、筆者のアクセスできた資料は、(i)政府の『国会への会社法改正についての報告書 116/TTr-CP 号』（2014 年 5 月 22 日）、(ii)計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細の説明書（修正）』（2014 年）である。しかし、それらの資料は、複数議決権株式の規制について、説明あるいは言及がなかった。会社を直接に管理している画投資省や政府などの資料でも、複数議決権株式の制度についての言及はない。まして、会社と密接に関連がない省庁の資料において、複数議決権株式を説明するのは難しい。また、それらの資料において、複数議決権株式に言及されなかった理由は、1999 年会社法から 2020 年会社法前に、複数議決権株式の規定は何ら変わらなかったことにあると思われる。

なお、複数議決権株式を最初に導入した 1999 年会社法に関する立法資料であれば言及されているのではないかと推測する。しかし、この 1999 年会社法当時、ベトナムでは立法資料が公開されていなかったため、アクセスができなかった。当時は、インターネットがまだ普及されておらず、各省庁のホームページで公開されていなかった。また、ベトナム国家図書館及び、司法省に所属されるハノイ法科大学・ホーチミン法科大学の図書館な

どでも、当該資料を保存していない。そのため、1999 年会社法の立法資料にはアクセスできず、入手できなかった。

一方、学界においては、1999 年会社法で導入された複数議決権株式に関する多数の議論が生じた。そこで、本節では、学説を検討する。

次は、第三節において、現在、効力を有している 2020 年会社法を検討する。まず、1. では、2020 年会社法の公式立法資料を紹介する。複数議決権株式に言及したのは、(i)ベトナム国会常務委員会の『会社法草案』（2020 年）、(ii)計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細の説明書（修正）』（2019 年 10 月 25 日）と (iii)政府の『国会への会社法改正についての報告書 533/TTr-CP 号』（2019 年 10 月 28 日）である。次に、2. では、2020 年会社法の規定を紹介し、改正点を分析する。その後、3. では、2020 年会社法及びその公式立法資料を通じて、複数議決権株式について立法者の立場を検討する。

また、本来ならば、2020 年会社法についての学説を検討する必要もある。しかし、改正直後のため、当該制度について言及する学術論文が見つからなかった。そのため、2020 年会社法改正後の立法資料のみ検討する。

最後に、第四節は小括である。

## 第二節 ベトナムの 1999 年会社法

### 1. ベトナムの 1999 年会社法上の規定

1999 年会社法において、複数議決権株式に関する規定は、52 条「各種の株式」と 55 条「議決権優先株式及び議決権優先

株式を保有する株主の権利」で定められた。

まず、52 条の条文は、次の通りである。

「52 条： 各種の種類

1. 株式会社は、普通株式を有さなければならない。普通株式を保有する者は普通株主という。

2. 株式会社は、優先株式を有することができる。優先株式を保有する者は優先株主という。優先株式は、以下の各種からなる。

- a) 議決権優先株式。
- b) 配当優先株式。
- c) 償還優先株式。
- d) 会社の定款の規定に従ったその他の優先株式

3. 政府から委任された組織及び発起株主だけが議決権優先株式を掌握する権利を有する。発起株主の議決権優先株式の効力は会社が企業登記証明書の発給を受けてから 3 年である。その期間後、発起株主の議決権優先株式は普通株式となる。

…

5. 同種の株式を保有する株主は、それぞれ同等の権利、義務及び利益を有する。

6. 普通株式を優先株式に変更することはできない。優先株式は株主総会の決議に従って、普通株式に変更される場合がある。」。

上記の規定によると、株式会社は、普通株式を発行しなければならない。普通株式は、会社に投資する株主に対して基本的であり、かつ、最低の権利・利益を与えたためである<sup>(26)</sup>。しかし、実際には、全ての株主が、会社の管理に参加したいと考えているわけではないし、参加できるわけではない。他方で、会社の支配権を持ちたいと考える株主もいる。さらに、安心して投資するために、会社の破産する際に、株式として出資した資本金の償還を優先に受けたい株主もいる。様々なケースがある。種類株式は、株主たちが議決権・配当などの配分について柔軟に交渉することができる株式であり、必要だと考えられた。

ベトナムでは、種類株式として主に 3 つの種類が認められている。それが、議決権優先株式（以下、「複数議決権株式」と呼ぶ）及び、配当優先株式、償還優先株式である。会社はこれらの優先株式を必ず有さなければならないわけではない。会社が発行しなければ、優先株式は存在しない。また、上記の 3 つの種類以外の株式として「会社の定款の規定に従ったその他の優先株式」も定められた。しかし、種類株式が認められた 2000 年から 2001 年までの間、議決権優先株式・配当優先株式・償還優先株式を発行する会社は非常に少なく、「他の優先株式」を発行する会社はなかった<sup>(27)</sup>。

複数議決権株式を保有する主体は、政府の委任を受けた組織及び発起株主のみ

<sup>(26)</sup> Le Minh Toan・前掲注 (14) 85 頁。

<sup>(27)</sup> Le Minh Toan・前掲注 (14) 85 頁。

である。複数議決権株式は、他の株式より、議決権が多く、これに基づいて会社の支配権を取得しやすい株式である。このような性質があることを理由として、これを保有できる主体を厳しく限定したものである。当時は、政府の委任を受けた組織とは、どういう組織か詳しく説明されなかった。発起株主とは、1999 年会社法 3 条 10 項により、「株式会社を設立するメンバー」と定義されていた。

発起株主の議決権優先株式の効力は、会社が企業登記証明書の発給を受けてから 3 年に制限されていた。その期間後、発起株主の議決権優先株式は普通株式となる。これに対して、政府の委任を受けた組織の議決権優先株式の効力は、何も定められなかった。そこで、政府の委任を受けた組織の議決権優先株式は、3 年間以上の長期間、あるいは、いつでも発行できるため、無期限であると解されていた。

また、同種の株式を保有する株主は、それぞれ同等の権利、義務及び利益を有する。この規定により、1 つの普通株式は、各普通株主に対して、同等の権利、義務及び利益を発生させる。あるいは、1 つの A 種株式は、各 A 種株主に対して、同等の権利、義務及び利益を発生させる。さらに、異なる種類株式に対して、異なる権利、義務及び利益を与えることは否定されない。

さらに、優先株式は、株主総会の決議に従って、普通株式に変更することがで

きる。しかし、普通株式は、優先株式に変更することができない。普通株式は、株式会社の基本的な単位で、会社の安定性の基礎を作るものである。普通株式を自由に優先株式に変更できれば、会社や債権者などの利益に害する可能性がある。例えば、会社が解散するとき、その前にすべての株式を償還優先株式に変更する。この場合、当該の株主は、出資した資本金の償還を優先的に受けられるから、債権者に借入金を返済できなくなる可能性がある。そのため、当該規定は、会社の安定性と債権者を保護するためである<sup>(28)</sup>。

次に、55 条の条文は、以下の通りに定められた。

「55 条： 議決権優先株式及び議決権優先株式を保有する株主の権利

1. 議決権優先株式は、普通株式より多数の議決票数を有する株式である。一つの議決権優先株式の議決票数は会社の定款が規定する。

2. 議決権優先株主は、以下の各権利を有する。

a) 株主総会の権限に属する事項に関し、この条第 1 項に規定する議決票数で議決する。

b) この条第 3 項に規定する場合を除き、普通株主と同じ各権利を有する。

3. 議決権優先株式を保有する株主は、他人にその株式を譲渡できない。」

<sup>(28)</sup> Le Minh Toan・前掲注 (14) 86 頁。

議決権優先株式は、普通株式に比べて、議決権が多い。そして、一つの議決権優先株式の議決票数は会社の定款に規定される。すなわち、複数議決権株式を発行する際に、一つの議決権優先株式につき議決票数を株主総会が承認しないと発行できない。この規定は、政府の委任を受けた組織や発起人が議決票数を濫用し、一つの複数議決権株式に過大な議決票数を与えることを防止する目的があると解された。

ベトナムの複数議決権株式には、譲渡制限を付けることが強制された。つまり、他人にその株式を譲渡できない。その趣旨は、複数議決権株式を保有する主体の限定があるところ、複数議決権株式をだれでも譲渡できると、保有する主体の限定は意味がなくなってしまうからだと考えられる。また、「他人」には、普通株主だけでなく、他の発起株主や他の政府から委任された組織も含むと解される。すなわち、複数議決権株式を保有している発起株主（政府から委任された組織）は、他の発起株主や他の政府から委任された組織にも譲渡できない。

ベトナムでは、「優先株式」と呼ばれても、株式全体としてみた場合に、普通株式より優先される株式という意味ではない。何かの権利の一部をある程度優待

される。しかし、この優待の部分の代わりに、何かほかの権利を失ってしまうものとされた<sup>(29)</sup>。例えば、複数議決権株主は、普通株主より、株主総会の権限に属する事項に関して、数倍の議決権が行使できるという優先的な権限がある。だが、複数議決権株主は、他の人に当該複数議決権株式を譲渡できないとされ、譲渡権限が失われている。あるいは、ほかの例として、配当優先株主は、普通株主の配当より高額な配当が支払われるという優先的な権限がある。償還優先株主は、償還優先株式の所有者の請求又は償還優先株式の株券に記載された条件に従って、株式として出資した資本金の償還が受けられる優先的な権限がある。だが、それぞれの優先株主は、議決権及び株主総会への出席権が認められず、取締役会と監査役会への人事の推薦はできないとされる<sup>(30)</sup>。

上記のように、ベトナムの種類株式は、普通株式を基本として、ある権利を追加すると同時に、別の権利を減少することによって形成されている。優先株式は、普通株式より何かの権利を優先されれば、同時に何かの権利を制限される。つまり、優先株式の権利の総体は、普通株式の権利の総体に相当するものになる。このような理解は、Pham Hoai Huan によって、株

<sup>(29)</sup> Le Minh Toan・前掲注(14) 85頁。

<sup>(30)</sup> 1999年会社法 56条（配当優先株式及び配当優先株を保有する株主の権利）により、「1. 配当優先株式とは、普通株式の配当又は毎年の安定額 124 より高額な配当が支払われる株式である。… 3. 配当優先株主は議決権及び株主総会への出席権を有さず、取締役会と監査役会への人事の推薦はできない。」と規定された。

1999年会社法 57条（償還優先株式及び償還優先株式を保有する株主の権利）により、「1. 償還優先株式とは、償還優先株式の所有者の請求又は償還優先株式の株券に記載された条件に従って、株式として出資した資本金の償還が受けられる株式である。… 3. 配当優先株主は議決権及び株主総会への出席権を有さず、取締役会と監査役会への人事の推薦はできない。」と規定された。

主間の平等を保護するためだと説明されている<sup>(31)</sup>。

## 2. ベトナムの複数議決権株の特徴

ここまで、1999年会社法におけるベトナムの複数議決権株式の規制を完全に紹介した。ベトナムの複数議決権株式は、多数の特徴がある。そのうち、4つの大きな特徴を要約することができると思う。

### 一、特徴①：特定株主の制限

複数議決権株式を保有することのできる株主が特定されていることである。それは、政府の委任を受けた組織及び発起株主である。主体の種類という視点を考えると、複数議決権株式は2種類に分けられている。一つは、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式である。もう一つは発起株主の複数議決権株式である。

### 二、特徴②：期間の制限

発起株主の複数議決権株に対して期限が定められていることである。それは、企業登記証明書の発給を受けた日から3年以内においてのみ効力を有する。その期間後は、複数議決権株式は普通株式に変更される。これに対して、政府の委任を受けた組織の議決権優先期間は、何も定めていない。すると、政府は、複数議決権株式を利用したいとき、いつでも発行することができる。そこで、政府の委任を受けた組織の議決権優先期間は無期限と解された。発起株主は、最初の3年

間の経過によって、複数議決権株式を利用できなくなるのとは異なる。

### 三、特徴③：譲渡の制限

複数議決権株式は、他の人に譲渡できないとされている。

### 四、特徴④：複数議決権株式の権利・義務の総体の価値は、普通株式の権利・義務の総体の価値と等しくなるようにする。

この特徴は、会社法の条文からは明らかではない。しかし、学界から指摘されていた。複数議決権株式は普通株式より議決権が多い。この議決権を増やした分、価値が上昇するため、利用主体の制限・譲渡の制限・期間の制限という価値を下げる規制が存在するという不利益が存在する。つまり、複数議決権株式の権利・義務を合計した価値は、普通株式の権利・義務を合計した価値に等しくなるという不文の原則があると学説によって考えられている。

## 3. 複数議決権株式制度の学説による説明

### (1) Le Minh Toan の見解

Le Minh Toan は、はじめて、複数議決権株式の権利義務を合計した価値と普通株式の権利義務を合計した価値とは等しくあるべきという発想を提出した。以下は、政府の委任を受けた組織及び発起株主それぞれの複数議決権株式を保有する理由を紹介した後、その発想を説明する。

<sup>(31)</sup> Pham Hoai Huan ほか『Luật Doanh nghiệp Việt Nam – Tình huống – Dẫn giải – Bình luận (ベトナム会社法—範例・解説・論評)』(真理国家政治出版社、2015年) 236~237頁。

まず、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式について、次の2つの理由がある。一つは、ベトナムでは、国家に対する重要な分野は、国家の管理が必要という政策があった。当該分野は、例えば、電力、エネルギー、原油、などである<sup>(32)</sup>。

法律の規定を参照すると、ベトナムの政府は、いくつかの分野で支配権を保有することは間違いない。ベトナムの政府は、種類株式がまだ認められなかった時代でも、普通株式のほか、政府に向かう議決権が強い株式が既に存在していた。これは、「国家の支配株式」及び「国家の特別株式」である。それらの株式は、国営企業が株式会社に移転する際に財政についての問題を指導する1998年7月18日付けの財政省の通達104/1998/TT-BTC号で規定されていた。前者は、「次の2つの条件のうち、どちらかを満たす株式である。(i)国家の株式は、会社の株式総数の50%以上を占めている、(ii)国家の株式は、会社の他の大株主の株式の少なくとも2倍である。」(当該通達の2.12条)。後者は、「国営企業において、国家の支配株式を持たなくても、株式会社の定款に記載されている、会社のいくつかの重要な問題を決定する権利を有する株式である」(当該通達の2.13条)。政府は、それらの株式を利用し、会社の支配権を簡単に把握することができる。

また、最初に国営企業から株式化された株式会社は、そのうち一部のみ複数議決権株式を発行できるとのことである。

会社法のいくつかの条項の実行に関する指導2000年2月3日付けの政府の法令第03/2000/ND-CP号の19条3項により、

「国営企業から株式化された株式会社の場合、複数議決権株式は、次の分野で経営している会社に対してのみ利用できる。a) 通貨、クレジット、その他の金融サービス; b) 郵便および電気通信; c) 航空輸送; d) 首相が決定したその他の部門。複数議決権株式の総数、各議決権優先株式の議決権数、国営企業から株式化された株式会社における議決権優先株式を保有する政府から委任を受けた組織は、関連の各省庁の主務大臣の請求に基づいて首相が首相の提案により決定するものとする」と規定された。当時に、国営企業は、株式化に沿って、普通の株式会社(国の資本がない会社)や国の資本が一部ある会社になる。当該法規定は、このような株式化された会社において、政府の委任を受けた組織に対して、複数議決権株式を発行することを抑えると考えられる。そのため、上記に述べた分野に経営する会社しか複数議決権株式を発行できない。しかし、2004年に、上記の規定が削除された。つまり、会社がどの分野に経営するにもかかわらず、国家の資本がある会社において、国家に複数議決権株式を発行する可能性がある。

なお、国が国に対する重要な分野を支配する方針はベトナムの経済発展の歴史と同行している。ベトナムの2013年憲法51条1項は次の通りに規定している。

<sup>(32)</sup> Le Minh Toan・前掲注(14)94~95頁。

「ベトナムの経済は、社会主義志向の市場経済であり、複数の所有形式、複数の経済構成要素を認める。国家経済は、主導的な役割を果たす」。そして、2013年憲法52条は、「国は、市場の各規律の尊重を基礎として、経済体制を建設、整備し、経済を調整する…」と規定している。憲法から見ると、国営企業は、社会・経済に貢献する経営主体の一つの他に、同時に、他の経営主体を指導し、主導する役割がある。そのため、ベトナムでは、国家は、経済市場において非常に重要な役割を果たすものとされている。

さらに、国営企業の革新と効率の改善に関する2017年6月3日付けの第5回中央会議（第XII期）の決議12-NQ/TW号により、国営企業の株式化の原則として、国営企業は、主に国家に対する重要な分野、あるいは民間企業に任せない分野で活動している。例えば、電力、エネルギー、原油、公安・国防、防衛などである。

要するに、ベトナムでは、市場経済を進めているけれども、国の指導的な役割があり、とりわけ、国家における重要な分野を支配する要求が存在している。そのため、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式が認められる。

もう一つの理由は、ベトナムでは、国営企業株式化を進んでいるため、会社における国家の資本が減っているという状況である。このような状況のなかでも、国家は、株式化された会社の支配権を維

持したいからである<sup>(33)</sup>。本章の第一節の1. に述べたように、1986年の第6回全国代表会議における「ドイモイ」（刷新）政策が承認されたことと共に、私的経営が認められた。そのときから、ベトナムでの国営企業の株式化が開始された。国営企業の株式化に関する法令・決議・通達等を検討すると、ベトナムでの株式化は主に2段階を分けられ、ますます拡大されている。

段階1は、1990年から1998年まで、株式化を試みる段階と言われる。例えば、国営企業管理の改革の実行を試みる1990年5月10日付けの省長評議会の決定143-HĐBT号の3.（総括とトライアルの指導）により、各省庁や各県などは、いくつかの直属国有企業を選択し、株式会社への変更を指揮することである。あるいは、いくつかの国営企業を株式会社に変更する1996年5月7日付けの政府の法令28-CP号の2条・12条により、各省庁や各県などは、国家が資金の100パーセントを把握する必要はない国営企業のリストを作成することである。この段階では、株式化の試みとして、株式化される国営企業の量が少なく、いくつかの国営企業のみが選択された。そして、会社における国家の資金額が総資本の100パーセントではないことのみが目指した。この結果は、この段階では、株式化の速度が遅いと言われ、1998年にベトナム全国では、すべて30社しか株式会社に変更されなかった<sup>(34)</sup>。

<sup>(33)</sup> Le Minh Toan・前掲注(14)86頁。

<sup>(34)</sup> Doan Hien 「Cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước: Thăng trầm và đột phá（国営企業の株式化：変遷と突破）」（共産雑誌—ベトナム共産党の中央実行委員会の政治理論機関、2011年）

段階2は、1998年からであり、株式化を大規模に進行する段階と言われる。国営企業を株式会社に変更する1998年6月29日付けの政府の法令44/1998/NĐ-CP号が定められ、株式化された会社や当該会社の労働者に対して、待遇の政策を規定した。その結果、1999年12月までに、全国で340社が株式化された。その後、国営企業を株式会社に変更する2002年6月19日付けの政府の法令64/2002/NĐ-CP号が定められ、2001年末に727社が株式会社に変更された。さらに、いくつかの他の法令も生まれ、2005年まで2,242社を、2010年10月まで6,140社を株式化した。段階2では、株式化は、大規模に進行され、突破に速度が速い<sup>(35)</sup>。

近年でも、国営企業の革新と効率の改善に関する2017年6月3日付けの第5回中央会議（第XII期）の決議12-NQ/TW号において、次の指導方向が指摘された。すなわち、「現在事業を行っていて、黒字のある企業でも含め、国が支配権または資本を保有する必要がない企業において、資本を売却して、株式化しようと強行する。従って、国有企業の再編を引き続き加速する。同時に、経営効率の低い国営企業の破産に徹底的に対処する」。ベトナムの法律文献を検討すると、国家

には常に株式化を積極に実行しようとする意図がうかがえる。

株式化を実現する1つの理由は、国家の財政は、常に余裕があるわけではないという点にある。国営企業の株式化は、国家のコストを節約することができる。また、民間企業が参加すれば、私的競争力が高め、経営活動が効率的に実現される。そのため、ベトナムでは、国営企業の資本が徐々に民間企業に移転している。しかし、株式化を進めると、国家の支配が弱くなっている。この状況のなかでも、国家は、重要な分野において支配権を保有したい。政府から委任を受けた組織を通じて、経済の活動に参加し、いくつかの分野で経営されている企業を支配する需要を持っている。そのため、政府から委任を受けた組織に優先議決権を与えると説明された<sup>(36)</sup>。

これに対して、発起株主が複数議決権株式を保有する理由について、Le Minh Toan は次のように説明した。発起株主は、会社を設立した際に、普通株主より負う責任・義務・制限が多い<sup>(37)</sup>。例えば、会社登記の申請書類の正確性・忠実性について責任を負わなければならない（1999年会社法12条1項<sup>(38)</sup>）。そこで、会社の資金をいくりにするか、株式総数や株式の価値、出資のプロセスなどを定める確約をする責任

<https://www.tapchiconsan.org.vn/web/guest/nghien-cu/-/2018/2719/co-phan-hoa-doanh-nghiep-nha-nuoc--thang-tram-va-dot-pha.aspx>（最終訪問2022/01/11）。

<sup>(35)</sup> Doan Hien・前掲注（34）。

<sup>(36)</sup> Le Minh Toan・前掲注（14）95頁。

<sup>(37)</sup> Le Minh Toan・前掲注（14）91～92頁。

<sup>(38)</sup> 1999年会社法12条1項において、「会社を設立する者は、会社法の規定により、会社登録の申請書類を作成し、地方・中央の人民委員会の経営登録機関に提出しなければならない。また、当該書類の正確性・忠実性に関する責任を負わなければならない。」と規定された。

を負う。あるいは、企業登記証明書の発給を受けた日から 3 年以内の間、各発起株主は、引受募集対象普通株式の少なくとも 20 パーセントを共に保有しなくてはならない(1999 年会社法 58 条 1 項)。さらに、企業登記証明書の発給を受けた日から 3 年以内の間、発起株主の普通株式には譲渡制限が付される。これによって、発起株主が発起株主でない者に譲渡できるのは株主総会の承認を得た場合のみである(1999 年会社法 58 条 1 項<sup>(39)</sup>)。

発起株主は、普通株主より、これらの責任・義務・制限が多いからこそ、権利も多く認められてよい。このことから、発起株主は、優先議決権を与えられることが認められる<sup>(40)</sup>。また、会社設立から 3 年間で終わると、発起株主の先に述べた発起株主の義務・制限が解除される(1999 年会社法 58 条 2 項<sup>(41)</sup>)。そのため、議決優先権の根拠がなくなり、議決優先権が解除される。3 年間というのは、会社が設立したから順調に経営できるまでに必要な期間だと思われる。

設立直後の 3 年間に於いて、発起株主に特別な義務が必要とされる理由は、次の通りに説明される。一番目は、発起株主が会社の設立の際に熟慮させるためである。これまで、発起株主が深く考えずに会社を設立して、その後、会社の経営

を十分に行わない事例があった。その結果、会社が早く破産して、社会や経済に悪影響を与えた。あるいは、発起株主が不当な目的のために会社を設立する場合もある。ここでいう不当な目的とは、たとえば、投資家の資金を奪うために、とりあえず会社を設立するような場合である。投資家が出資した後、発起株主はその資金を奪って、自分の株式を売り抜けるといったことが行われかねない。そのため、発起株主は、会社を設立することを決めたのであれば、その会社に対して高い責任を負わなければならないというのがこの制度の目的である。二番目は、会社が経営する最初の時期の安定性を維持するためである。会社が設立されたばかりの段階では、資金力・経営能力がまだ未熟で、会社の経営は安定的でないと思われる。そのため、この時期には発起株主の注意義務などの必要性がより高くなる。三番目は、会社が設立した後、投資家の信頼・確保を強化し、投資を誘致するために、発起株主に対して株式の制限を付けるというものである<sup>(42)</sup>。

ここでは、責任・義務・制限及び権利が多いというのは、普通株式との比較である。普通株式の権利・義務を基準とすると、複数議決権株式は、複数の議決権を持ち、しかも普通株式と同じ配当も得

<sup>(39)</sup> 1999 年会社法 58 条 1 項において、「会社が企業登記証明書の発給を受けてから 3 年間まで、各発起株主は、引受募集対象普通株式の少なくとも 20 パーセントを共に保有しなくてはならない、発起株主の普通株式は、株主総会の承認を得た場合、株主ではない者に譲渡できる。普通株式の譲渡を予定する発起株主は、当該株式の譲渡につき株主総会で議決権を持たない。」と規定された。

<sup>(40)</sup> Le Minh Toan・前掲注 (14) 94 頁。

<sup>(41)</sup> 1999 年会社法 58 条 2 項により、「この条第 1 項における規定される 3 年が終われば、発起株主の普通株式に対する制限が解除される」と規定された。

<sup>(42)</sup> Le Minh Toan・前掲注 (14) 91~94 頁。

られるのであるから、極めて有利である。この有利に対して、議決権優先の期間制限や譲渡制限などを付けていた。このような考え方の背後には、後に Pham Hoai Huan によって提示される複数議決権株式の権利義務の総体の価値と普通株式の権利義務の総体の価値とが等しくなるべきという発想<sup>(43)</sup>があると解される。

## (2) Nguyen Ngoc Bich の見解

Nguyen Ngoc Bich は、複数議決権株式に3年間の期間を付ける規定を、おそらくベトナムの唯一の規定であるとして着目する。複数議決権株式を認める各国の中には、発起株主に対する複数議決権株式を永遠に保有することができるという制度を採用する国がある。複数議決権株式は、発起株主にとって、優先的な株式であると考えられる。しかしながら、本当に発起株主の利益を守ることができるのか疑問があるとする。そして、次の様な事例を指摘した。政府の委任を受けた組織がない株式会社において、会社設立の際に、発起株主は資金の20%を出資したことに對して、複数議決権株式を通じて議決総数の50%を保有した。会社設立の3年後、複数議決権株式が普通株式に変更されたため、発起株主は、支配権を維持するためには、増資あるいは他の株主の株式を購入しなければならないことになる。このときに、発起株主に資金がなかったら、支配権維持が困難になる<sup>(44)</sup>。

そのため、ベトナムの複数議決権株式は、発起株主ではなく、実は政府の組織に優先議決権を与えることに目的があると整理した。しかし、政府の委任を受けた組織にしか複数議決権株式を保有することができないと規定すれば、会社を設立した発起株主は納得できず不満が発生するおそれがある。そこで、発起株主にも設立直後に優先議決権を与えないと説明する。また、発起株主が優先議決権を保有すれば、普通株主に比べ有利となる。新しい投資家はそのような会社に投資したがるおそれがある。そのため、将来の投資家の資金を誘致するために、3年後、発起株主の優先議決権を削除しなければならないと説明した<sup>(45)</sup>。

## (3) Ngo Vien Phu の見解

Ngo Vien Phu は、発起株主に対する複数議決権株式を認める理由は、Le Minh Toan の見解と似て、次のように説明する。すなわち、会社設立際に、発起株主は、会社に様々な点で貢献した。会社設立の意思・アイデアを持ち、会社が設立できるまで様々な行為を協力したことなどである。そこで、当該貢献の報酬として、優先議決権を有する。

これに対して「政府の委任を受けた組織」は、具体的にはどのような組織なの

<sup>(43)</sup> Pham Hoai Huan・前掲注(31)237頁。

<sup>(44)</sup> Nguyen Ngoc Bich = Nguyen Dinh Cung 『Công ty vốn, quản lý & tranh chấp theo luật doanh nghiệp 2005 (企業：2005年の会社法による資本、その管理及び争い)』(出版社：NXB Trẻ、2009年)174～175頁。

<sup>(45)</sup> Nguyen Ngoc Bich・前掲注(44)175頁。

か明示されていないと指摘した<sup>(46)</sup>。そして、政府の委任を受けた組織と発起株主の間に複数議決権株式の期間について不平等が生じることを指摘した。すなわち、発起株主の複数議決権株式は、会社設立から3年間という期間以内に有効となる。その3年間を超えると、発起株主が複数議決権株式を発行しようとしてもできない。これに対して、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式の期間は、何も定めていなかった。そのため、3年以上の期間を規定したり、いつでも複数議決権株式を発行したり規定することができるという理解されていた。発起株主も政府の委任を受けた組織も複数議決権株式の利用主体であるけれども、利用期間が異なるからこそ、2005年会社法78条5項<sup>(47)</sup>の株主平等原則に違反すると主張した。

また、複数議決権株式によって、政府が株式会社の経営の自主性を妨害する機会が生み出されたと問題視する。これは、国有企業の株式化の政策の目的を阻むものである。その結果、会社の管理・監督の効率性・公平性に影響を与えると主張した<sup>(48)</sup>。ここでは、「国有企業の株式化」とは、民間株主が企業の支配権を持つていくという意味であり、Le Minh Toanの定義とは異なる。

#### (4) Pham Thi Tamの見解

Pham Thi Tam は、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式の制度に対して、期間を制限する必要があると主張した。その理由は、次の2つがある。一番目の理由は、Ngo Vien Phuの見解と同様、株主平等原則に違反するからである。すなわち、政府の委任を受けた組織は、複数議決権株式を永久に保有すれば、発起株主や普通株主に比べて有利がある。株主平等原則から見ると、政府の委任を受けた組織と発起株主との間に平等にバランスを取る必要があると考えられた<sup>(49)</sup>。二番目の理由は、政府の委任を受けた組織は、優先議決権を濫用するおそれがあるからである。確かに、国家に対するの重要な経営分野において、国家の管理・監督の必要性を否定できない。しかし、政府の委任を受けた組織は、無期限に複数議決権株式を保有できれば、自分の権限を利用し、他の株主の権利を害するおそれがある。優先議決権を濫用しても、政府の委任を受けた組織の優先議決権を廃止する法律上の根拠がないからである。そのため、政府の委任を受けた組織に期間制限を付ければ、国家の支配が減り、国家が株式会社の経営活動に深く干渉することを減少させることができる。

<sup>(46)</sup> Ngo Vien Phu 「Nghiên cứu so sánh quản lý công ty cổ phần theo pháp luật CHXHCN Việt Nam và pháp luật CHND Trung Hoa (ベトナムと中国の法律に従う株式会社の管理の比較研究)」ハノイ国家大学・法学研究科・博士後期課程論文(2005年)52~53頁。

<sup>(47)</sup> 2005年会社法78条5項(1999年会社法52条5項、2014年会社法113条5項、2020年会社法114条4項)により、「同種の株式を保有する株主は、それぞれの同等の権利、義務及び利益を有する」と規定された。

<sup>(48)</sup> Ngo Vien Phu・前掲注(46)53頁。

<sup>(49)</sup> Pham Thi Tam 「Pháp luật về bảo vệ quyền lợi của cổ đông trong công ty cổ phần - Thực trạng và giải pháp hoàn thiện (株式会社における株主の権利を保護する法律—現状及び改善提案)」ハノイ法科大学博士前期の修士論文(2015年)67~68頁。

また、Pham Thi Tam は、複数議決権株式に譲渡制限を付ける理由も説明した。まず、特別な主体の役割という観点からと考えられる。すなわち、政府の委任を受けた組織は、国家の代表として、国家の貿易方針に従って会社の活動を管理し、調節する役割がある。一方、発起株主は会社を設立し、会社の発展の方向を計画する人物である。それぞれの役割は、特定の主体のみに存在するため、複数議決権株式は譲渡できないとされていると説明する。また、株式会社の活動の安定を保護するためでもあると説明する。複数議決権株式は、会社の支配権を把握しやすい株式である。複数議決権株式を譲渡すると、支配権も移転する可能性が高い。支配権を保有する各株主によって、会社の経営方針などが変わるかもしれない。会社は、経営方針が頻繁に変わると、会社の活動の安定が失われ、効率性を損なうとする。そのため、複数議決権株式は譲渡できないと説明する<sup>(50)</sup>。

#### (5) Pham Hoai Huan の見解

Pham Hoai Huan は、ベトナム法には優先株式の権利・義務の総体と普通株式の権利・義務の総体とが等しくなるようにすべきという原則があることを導き、その根拠として株主平等原則があることを主張した。

Pham Hoai Huan によれば、ベトナム法の優先株式といっても、本質的に普通株式

に比べて優先される株式ではないとする。優先株式は普通株式よりも多くの権利が認められる。例えば、議決権優先株式では議決権が多く、配当優先株式であれば配当受領権限が多い。しかし、他方で、これらの優先株式は他の権利を制限される。配当優先株式であれば議決権が認められず（2014年会社法 117 条 3 項〔2020 年 117 条 3 項〕）、議決権優先株式には利用主体制限・期間制限・譲渡制限がかかる（2014年会社法 116 条〔2020 年 116 条〕）。このことを Pham Hoai Huan は、株主間の平等を守るためと説明する。優先株式の権利・責任・義務の総体を普通株式の権利・責任・義務と相当するためである<sup>(51)</sup>。

Pham Hoai Huan の株主平等原則は、これまでの Ngo Vien Phu や Pham Thi Tam の株主平等原則とは異なる。Ngo Vien Phu や Pham Thi Tam は、2014 年会社法 113 条 5 項（2020 年会社法 114 条 4 項）を根拠に政府委任組織と発起人株主とで複数議決権株式の期間制限に差異があることを問題視した。ここでは、同一種類株主の平等の要請が問題となっている。これに対して、Pham Hoai Huan は、種類を超えて株主の平等取扱の要請があると理解する。

### 第三節 ベトナムの 2020 年会社法

近年では、ベトナムにおいて、企業の数と規模の両方が急速に増加している<sup>(52)</sup>。そこで、会社の設立及びコーポレート・

<sup>(50)</sup> Pham Thi Tam ・前掲注 (49) 27～28 頁。

<sup>(51)</sup> Pham Hoai Huan ・前掲注 (31) 236～237 頁。

<sup>(52)</sup> 2019 年の新設企業の数 は 138,100 企業であり、記録を達成した。2018 年に比べて数量、登録資本、従業員数など増加した。また、企業あたり登録資本の平均は 125 億 VND であり、近年で最高レベルである。Nguyen Hoang 「Số doanh nghiệp thành lập mới năm 2019 đạt mức kỷ lục」（2019 年に新たに設立された事業の数

ガバナンスに最適な条件を作り、株主と投資家の安全を向上させ、国際及びアジア地域の国々の標準を達成することを目的に、会社法を改正した<sup>(53)</sup>。次の通りに、2020年会社法の公式立法資料と2022年会社法の規定を紹介する。

1. 2020年会社法の公式立法資料の紹介

- (1) ベトナム国会常務委員会の『会社法草案』及び計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細的説明書(修正)』(2019年10月25日)

まずは、「各種の株式」という規定について、ベトナム国会常務委員会の『会社法草案』及び計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細的説明書(修正)』(2019年10月25日)は、どちらも次の通りに提案した。

「…条 各種の株式

…

2. 普通株式の他に、株式会社は、優先株式と議決権優先株式を有することができる。優先株式を保有する者は優先株主といい、議決権を有しない。優先株式は以下の種類がある。

- a) 配当優先株式
- b) 償還優先株式
- c) 会社の定款及び証券に関する法定の規定に従ったその他の優先株式

…」

上記の提案は、複数議決権株式が優先株式に含まれないことを明示した。後述するように2020年改正はこの提案を採用しなかったものの、優先株式でありながら普通株式であるという中間的な立場を採用した。そして草案の段階では、複数議決権株式が優先株式ではないこと、すなわち優先株式の規律から逃れさせようとした態度があったことは注目すべき事実である。

また、政府の委任を受けた組織の複数議決権株式の期限について、当該2つの立法資料は、次の通りに提案した。「政府から委任を受けた組織の掌握する議決権優先株式の議決権及び議決権優先期間は、会社の定款が規定する」である。この提案に関して、計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細的説明書(修正)』(2019年10月25日)において、「政府から委任を受けた組織の掌握する議決権優先株式が期間の制限及び一株につき議決権数の制限がないという詳しい規定を補充する必要がある。この規定に基づいて、必要な場合はいつでも、株主間で交渉した上で、黄金株を発行できるとするためである」と説明された。

- (2) 政府の『国会への会社法改正についての報告書533/TTr-CP号』(2019年10月28日)

政府の『国会への会社法改正についての報告書533/TTr-CP号』(2019年10月

は記録的なレベルに達しました)」(ベトナム社会主義共和国の政府・電子雑誌、2019年12月27日)  
<http://baochinhphu.vn/Doanh-nghiep/So-doanh-nghiep-thanh-lap-moi-nam-2019-dat-muc-ky-luc/383672.vgp> (最終訪問2022/01/11)。

<sup>(53)</sup> ベトナム政府・前掲注(16)3頁。

28日) 6頁においても、次の通りに書かれていた。すなわち、「国家が支配権を保有する有限責任会社および株主会社に対して、コーポレート・ガバナンスの効果を向上されるために、以下の方向を進める必要がある。会社の活動において、集中管理の程度を上げ、利益相反を防止し、透明性を確保する必要がある。それらの方向を実現するために、…国家を保有する複数議決権株式(黄金株)に対して、期間の制限及び一株につき議決権数の制限がないと改正すべきである」である。また、国家が支配権を保有する企業に対して、ガバナンス、公開性かつ明白性、申告・説明の責任を有効的に向上させることであるも指導した。

## 2. ベトナムの2020年会社法上の規定

2020年会社法では、複数議決権株式に関する規定は、114条「各種の株式」と116条「議決権優先株式及び議決権優先株式を保有する株主の権利」で定められている。この改正は、1999年会社法の内容を大きく改正するものではない。だが、若干の改正点があるので検討する。

まず、114条は、1999年会社法の52条を代わり、次の通りに規定されている。

### 「114条： 各種の株式

1. 株式会社は、普通株式を有さなければならない。普通株式を保有する者は普通株主という。

2. 普通株式のほかに、株式会社は優先株式を有することができる。優先株式

を保有する者は優先株主という。優先株式は、以下の各種からなる。

a) 配当優先株式。

b) 償還優先株式。

c) 議決権優先株式。

d) 会社の定款及び証券に関する法定の規定に従ったその他の優先株式

…

4. 同種の株式を保有する株主は、それぞれ同等の権利、義務及び利益を有する。

5. 普通株式を優先株式に変更することはできない。優先株式は株主総会の決議に従って、普通株式に変更される場合がある。

…」

1999年会社法の52条と比べ、2020年会社法の114条では、「証券に関する法定の規定に従ったその他の優先株式」が補充された。また、複数議決権株式の主体と効力期間は、同条で規定するものではなくなった。

次、116条は、1999年会社法55条を以下の通りに改正する。

「116条： 議決権優先株式及び議決権優先株式を保有する株主の権利

1. 議決権優先株式は、他の普通株式より多数の議決票数を有する普通株式である。一つの議決権優先株式の議決票数は会社の定款が規定する。政府から委任された組織及び発起株主だけが議決権優先株式を掌握する権利を有する。発起株主の議決権優先株式の効力は会社が企業

登記証明書の発給を受けてから 3 年である。政府から委任を受けた組織の掌握する議決権優先株式の議決権及び議決権優先期間は、会社の定款が規定する。議決権優先期間終了後は、議決権優先株式は普通株式となる。

2. 議決権優先株主は、以下の各権利を有する。

a) 株主総会の権限に属する事項に関し、この条第 1 項に規定する議決票数で議決する。

b) この条第 3 項に規定する場合を除き、普通株主と同じ各権利を有する。

3. 法令上の効力を有する裁判所の判決、決定又は相続に従った譲渡の場合を除いて、議決権優先株式を保有する株主は、他人にその株式を譲渡できない。

4. 政府はこの条の詳細を規定する。」

まず、複数議決権株式の定義が変わった。2020 年会社法改正前は、複数議決権株式とは、「普通株式より多数の議決票数を有する株式である」と定義されていた。これに対して、2020 年会社法では、「他の普通株式より多数の議決票数を有する普通株式である」（傍点本稿筆者）と定義された。2020 年会社法の下でも、複数議決権株式は、配当優先株式と償還優先株式と並んで優先株式の一種であることは間違いない。だが、配当優先株式と償還優先株式をはじめとした他の優先株式の定義<sup>(54)</sup>と異なり、議決権優先株式

のみが法律上「普通株式」として定義されている。2020 年会社法の条文の文言からは、複数議決権株式には、種類株式でありながら、普通株式としての性格も有するものと理解されていることが現れている。

この規定は、ベトナム国会常務委員会草案及び計画投資省草案の考え方が一部影響したものと解される。立法提案では、複数議決権株式は、優先株式に含まないという立場をとった。これに対して、2020 年会社法において、複数議決権株式は、優先株式の一種でありながら、「普通株式」と定義した。つまり、2020 年会社法は複数議決権株式を単なる優先株式とは異なる存在と整理している。ベトナムで、複数議決権株式を普通株式と定義する理由は、おそらく次の通りである。ベトナムでは、「優先株式」と性質決定すると、特徴④の複数議決権株式の権利義務の総体は、普通株式と価値をそろえる必要が生じる。純粋な優先株式であるとしてしまうと、複数議決権株式であれば、議決権を増やした分に依じて、配当等を減らさなくてはならないという不都合がある。この不都合を避けるために「普通株式」の一種と説明したと考える（この点は第五章で再説する）。

また、複数議決権株式の主体は、1999 年会社法の規定が維持された。しかし、それぞれの主体の定義が改正された。政

<sup>(54)</sup> 2020 年会社法 117 条 1 項において、「配当優先株式とは、普通株式の配当又は毎年の安定額より高額の配当が支払われる株式である」と規定されている。2020 年会社法 118 条 1 項において、「償還優先株式とは、償還優先株式の保有者の請求又は償還優先株式の株券に記載された条件及び会社の定款に従って、株式として出資した資本金の償還が受けられる株式である」と規定されている。

府から委任された組織について、2020 年会社法改正前は説明されていなかった。これに対して、2020 年会社法のいくつかの条項を詳述する 2021 年 4 月 1 日付けの政府の法令 47/2021/ND-CP 号の 11 条 2 項は、「所有者である国家を代表する機関であり、複数議決権株式に対する所有者の権利と義務を行使するものである」と定義する。また、発起株主について、1999 年会社法 3 条 10 項では「株式会社を設立するメンバー」と定義されていた。これに対して、2020 年会社法の 4 条 4 項では、「株式会社の普通株式を少なくとも一株保有し、発起株主名簿に署名した者をいう」と定義されている。

他の改正点として、政府から委任を受けた組織の掌握する議決権優先株式の議決権優先期間は、2020 年会社法改正前には、何ら定めがなかったのに対して、2020 年会社法では、「会社の定款が規定する」と定めた点が挙げられる。この規定は、ベトナム国会常務委員会の及び計画投資省の草案がそのまま採用された。この規定に基づいて、政府から委任を受けた組織に複数議決権株式を発行する場合、その複数議決権株式がどのぐらい利用できるのか、定款で規定しなければならない。そうすると、その内容は、株主総会で決められなくてはならなくなった。株主総会が、政府から委任を受けた組織の議決権優先の期間を決議しなければ、複数議決権株式は発行できない。

さらに、複数議決権株式の譲渡について、2020 年会社法改正前には、いかなる場合も譲渡できないとされていた。これに対

して、2020 年会社法では、法令上の効力を有する裁判所の判決、決定又は相続に従った譲渡の場合には、複数議決権株式を譲渡できるようになった。

なお、複数議決権株式に関する規定の構成は、2020 年会社法が 1999 年会社法よりも適切であると考えられている。1999 年会社法では、「52 条：各種の株式」が、複数議決権株式の主体と期間などの特徴とを混在して規定していた。これに対して、2020 年会社法では、「114 条：各種の株式」では、種類株式の一般的なルールのみを規定する。複数議決権株式の詳細内容は、全て 116 条で統一的に規定されている。

### 3. 複数議決権株式に対する立法者の期待

上記に紹介された立法資料と 2020 年会社法から見ると、政府から委任を受けた組織の議決権優先株式の期限を定款で定める理由は次の通りである。すなわち、政府は、国営企業の株式化の強化の背景の中に、株式総数の 50 パーセント以下しか保有していない場合であっても、支配権を保有したいと考えることがある。国家に対する重要な分野の企業を支配し、指導できるようにするためである。そのため、必要な場合はいつでも、新たに政府に議決権優先株式を発行できるようにするため、議決権優先株式の権利内容を定款で定めることとした。この結果、期間についても定款記載事項となった。会社を支配する期待は、2020 年会社法改正前と変わらない。

しかし、以下の点で考えが変わった。すなわち、政府から委任を受けた組織の複数議決権株式の期間を定款で定めることによって、複数議決権株式を発行する際に、その複数議決権株式がどのぐらいの期間有効となるのかについて株主総会の決議が必要となる。2020 年会社法改正前においては、法律上、株主総会では、複数議決権株式の発行総数、配当額（1999 年会社法 70 条 2 項 a 点<sup>(55)</sup>）と一つの議決権優先株式の議決票数（1999 年会社法 55 条 1 項）のみを決定するものとされていた。2020 年会社法改正によって、政府から委任を受けた組織の複数議決権株式の期間も株主総会の決定権限に服することとなった。

当該決議の成立には以下の条件がある。まず、株主総会は、議決票総数の 50 パーセントを超えて代表する株主が出席するという条件として行うことができる（ただし、会社の定款は議決票総数の具体的な割合を規定する（2020 年会社法 145 条 1 項））。さらに、株主総会に出席した株主全員の議決票総数の 65 パーセントを超えて保有する株主が賛成したときに採択される（ただし、株主総会に出席した株主全員の議決票総数の具体的な割合は会社の定款の規定による（2020 年会社法 148 条 1 項））。

そうすると、国家は、政府から委任を受けた組織に対して議決権優先株式を発

行したい場合、望ましい期間を付けようとしても、株主総会で承認されなければ、認められない可能性がある。政府から委任を受けた組織が勝手に複数議決権株式を無期限あるいは長期間発行することはできないのである。重要な課題として、他の株主の意見を尊重し、株主総会で他の株主と議論すべきであると立法者は考えるようになった。そのため、計画投資省の『会社法プロジェクトについて詳細的説明書（修正）』（2019 年 10 月 25 日）において、「株主間で交渉する」という手続が言及された。これに対して、2020 年会社法改正前には、政府から委任を受けた組織の議決権優先の期間について何ら規定されていなかったため、どのぐらいの期間優先するのかあるいは優先議決権は無期限なのかが不明だった。

#### 第四節 小括

ここまで、ベトナムの複数議決権株式の規制を詳細に紹介した。ベトナムの規定の最大の特徴は利用主体が制限されている点であり、特に政府から委任を受けた組織が利用することの議論が豊富な点にある。だが、政府の関係機関が複数議決権株式によって支配権を維持するということは社会主義経済国であるベトナムに特殊な点であって日本法との比較法研究により知見を見出すことが難しいため本稿では捨象する。

<sup>(55)</sup> 1999 年会社法において、「70 条 株主総会

2. 株主総会は、以下の権利及び義務を有する。

a) 引受募集対象株式の種類及び種類ごとの株式総数を決定する。株式の種類ごとの毎年の配当額を決定する。」と規定された。

2020 年会社法 138 条 2 項と相当。

日本法との比較という観点からのベトナムの複数議決権株式の重要な特徴は、優先議決権を有するとともに、利用特定株主の制限・期間制限・譲渡制限を強制的に課す点である。このことは、学説の特徴④という発想から説明される。すなわち、複数議決権株式の権利義務を合計した価値と普通株式の権利義務を合計した価値とは等しくあるべきという発想である。複数議決権株式は、普通株式と比べて、議決権が多い上に普通株式と同じ配当も得られるのであるから、極めて有利である。そのため、普通株式とのバランスを取り戻すために、この増やした有利の分に対応して、上記の制限を与えていたということである。

上記の分析からは、特徴④の根拠として、一部の学説において「株主平等原則」が指摘された。すなわち、ベトナムでは、普通株主と複数議決権株式を保有する株主をはじめとした種類株主との間にバランス・均衡が存在するという意味で「株主平等原則」が用いられている。ベトナムでは、「株主平等原則」が、種類株式の内容の定め方を制約すると考えられる。なお、学説の指摘する「株主平等原則」とベトナム会社法114条4項で規定される「株主平等原則」とは異なるものである。

ベトナムでは、非上場会社においても、複数議決権株式は、学説上の「株主平等原則」によって制約され、普通株式の権限義務の総体の価値と等しくなるように、

優先議決権で有利になる分、利用主体・利用期間・譲渡制限で制限されている。

これに対して、日本では、複数議決権株式についてどのように議論するのか、次の章で検討する。

### 第三章 日本法

#### 第一節 序論

日本では、上記の述べた通り、種類株式制度と単元株制度が認められるので、事実上、複数議決権株式を発行したのと同様の結果を達成することが可能となる。そこで、複数議決権株式の歴史を検討する際に、種類株式制度と単元株制度の歴史をそれぞれ検討することになる。すると、まず、第二節では、種類株式制度を、第三節では、単元株制度を検討する。

さらに、第四節では、複数議決権株式と直接に関係がないけれども、昭和25年商法改正における無議決権株式の改正とこれについての学説を検討したい。その理由は、2つある。一つは、当時、無議決権株式は、株式に議決権が付与されていない代償として、必ず配当の優先性が付与しなくてはならなかったからである。議決権の喪失と配当の優先性は一つのセットと考えられている。これは、ベトナムの複数議決権株式の特徴④と同じ特徴である。もう一つは、無議決権株式を発行すると、少ない資金で会社の支配権を維持することが可能となり、複数議決権株式と同じ効果を発生させることになるからである<sup>(56)</sup>。なお、本稿では、「議決

<sup>(56)</sup> 菱田政宏「無議決権株（一）」関西大学法学論集10巻2号（1960年）127頁。

権の喪失と配当の優先性」というセットがなぜ認められたのか、なぜ削除されたのかを検討するため、無議決権株制度の全体を検討するわけではない。

その後、第五節では、株主平等原則を検討する。その理由は、本稿では、ベトナムと日本の非上場会社における複数議決権株式の相違点として株主平等原則が重要な意味があるから。

最後に、第六節は小括である。

## 第二節 種類株式制度

本節では、種類株式制度の歴史を検討する。しかし、種類株式には様々な種類がある。本稿では、複数議決権株式以外の種類株式の具体的な内容について分析はしない。ただ、種類株式が一般的にどのように認められたのか、どのように発展していったのかを検討する。さらに、種類株式制度を認める背景において、学説では複数議決権株式についてどのように議論があったのか検討を行う。なお、平成13年第一次商法改正から、単元株式制度を導入した。この当時、複数議決権株式に関する学説は、単元株式制度とめぐって議論されたため、この部分は、本章の第三節「単元株制度」の部分で検討を行う。

### 1. 種類株式制度の歴史

#### (1) 明治23年旧商法・明治32年商法改正

日本の最初の一般的な会社法である明治23年旧商法及び明治32年商法改正においては、両商法とも差異はなく、原則として1株1議決権原則を規定しつつ、定款で11株以上を保有する大株主の議決権を制限することができることと定めた(明治23年商法204条・明治32年商法162条)<sup>(57)</sup>。なお、明治23年商法では、利息又は利益の分配および残余財産の分配について、株主を平等に取扱うと規定することとどまり(明治23年商法の221条、249条1項)、優先株式に関する規定は設けられなかった。これに対して、明治32年商法は、増資の際に優先株式の発行を認めたものの(昭和32年商法改正211条)、設立時に優先株式を発行することや劣後株式を発行することは認められなかった<sup>(58)</sup>。

#### (2) 昭和13年商法改正

昭和13年商法改正、多様な種類株式制度の創設であり、種類株式の在り方が大幅に修正された。主な改正点として、次の3つの点を挙げている。ア) 利益や利息の配当、又は残余財産分配について内容の異なる種類の株式を発行できると規定した(昭和13年商法改正222条)。この改正によって、株式会社は、設立時・増資時を問わずに、優先株式及び劣後株式を発行できるようになった。イ) 無議決権株式制度を導入した(昭和13年商法

<sup>(57)</sup> 加藤貴仁『株主間の議決権配分』(商事法務、2007年)11頁。

<sup>(58)</sup> 家田崇「種類株式・新株予約権に関する会社法制の史的展開」『検証会社法』浅木慎一[ほか]編(信山社、2007年)322~323頁。

242 条)。ウ) 転換株式の制度を導入した(昭和 13 年改正直後の商法 359 条)<sup>(59)</sup>。

### (3) 昭和 25 年商法改正

昭和 25 年商法改正では、種類株式に関して主に次の 2 つの点が改正された。ア) 無議決権株式に関して、利益配当に関する優先株式についてのみ議決権なき株式とすることとされた。そして、優先的な利益配当が支払われない場合に、議決権が復活することを要求されることになった(昭和 25 年商法改正 242 条。本章の第四節で詳しく説明する)。イ) 償還株式制度の創設である<sup>(60)</sup>

### (4) 平成 2 年商法改正

平成 2 年商法改正は、優先株式発行の活用に向けての規定改正である。優先株式及び無議決権株式について修正がなされた。まず、定款に記載すべき優先株式の内容のうち、優先配当金については上限のみを記載すればよいと規定された。平成 2 年の改正前は、優先株式一株当たりの配当金額を具体的に記さねばならず、もし配当金額を変更する場合には定款変更のため臨時株主総会を開かねばならず、臨時株主総会開催を避ける為に優先株式を発行する時期は定時株主総会後の比較的早い時期に限られていた。また、無議決権株式の発行限度額が発行済株数の 4 分の 1 から 3 分の 1 に引き上げられ、緩和された<sup>(61)</sup>。

### (5) 平成 13 年第一次・第二次商法改正

平成 13 年第一次商法改正では、単位株制度を導入した。平成 13 年二次改正では、種類株式の内容の定め方に関して大幅に規制緩和されたと評価されている。いくつかの改正を以下に述べる。ア) 種類株式の内容として議決権を発行できる事項を加えることで、種類株式としての議決権制限株式を認めている。これによって、利益配当に関する優先株式についてのみ無議決権株式を認めるという立場が改められるとともに、完全無議決権株式以外の議決権制限株式の発行が認められることになった。これによって、議決権なき株式における議決権の喪失と配当の優先性というセットがなくなった。イ) 拒否権付株式を導入した。ウ) 取締役又は監査役の選任に関する種類を導入した<sup>(62)</sup>。

### (6) 平成 17 年会社法

平成 17 年会社法により、種類株式が非常に柔軟に認められている。種類株式は、9 つの類型が列挙され、大幅な修正が加えられた。会社法 108 条 1 項には、株式会社が発行可能な株式の種類は、①剰余金配当についての種類株式、②残余財産分配についての種類株式、③議決権制限株式、④譲渡制限株式、⑤取得請求権付株式、⑥取得条項付株式、⑦全部取得条項付株式、⑧拒否権付株式、⑨取締役等選解任権付株式(ただし、⑨に限っては指名委員会等設置会社および公開会社は発

<sup>(59)</sup> 家田・前掲注 (58) 323~325 頁。

<sup>(60)</sup> 家田・前掲注 (58) 325~330 頁。

<sup>(61)</sup> 家田・前掲注 (58) 330~337 頁。

<sup>(62)</sup> 加藤・前掲注 (57) 26~31 頁。

行できない。)を発行することができる  
と規定されている。

上記の条文を見ると、議決権に関する  
種類株式について、会社法が認めているの  
は、「議決権を行使することができる事項」  
について内容の異なる種類株式のみである。  
これは、全ての事項について議決権のない  
無議決権株式や、一定の事項について議決  
権のない議決権制限株式という株式であ  
る<sup>(63)</sup>。例えば、「A 種株式は1株につき1  
議決権、B 種株式は1株につき10議決権を  
有する」といった定め(複数議決権株式と  
呼ばれる)は認められない<sup>(64)</sup>。

## 2. 複数議決権株式についての平成13年第 一次までの学説

学説において、かつては複数議決権株  
式を否定するのが通説であった。昭和13  
年商法改正以前の田中誠二の見解を当時  
の通説の代表として紹介する。さらに、  
昭和13年商法改正の後、複数議決権株式  
を認めてもよいという大隅健一郎の見解  
等も現れた。

### (1) 田中誠二の見解

昭和13年商法改正の以前、田中誠二は、  
一方の株式に他方よりも多くの議決権を  
与えることを認められないと主張した。  
その理由は、当時認められていた優先株  
式とは、財産的利益の面のみに限られる

というものであった。そのため複数議決  
権株式は一切に認められないとする<sup>(65)</sup>。

### (2) 大隅健一郎の見解

昭和13年商法改正以前において、上記  
通説に反対の見解として大隅健一郎のも  
のがある。大隅健一郎は、複数議決権株  
式の発行を認めるとし、次の3つの理由  
で説明した。すなわち、(i) 確かに、商  
法182条は、各株主は1株につき一個の議  
決権を有すると規定している。しかし、  
これは、各株式の有すべき議決権の最  
小限度を定めるにとどまり、その最高限  
度を画するものとは解することはできな  
い。(ii) 確かに、議論上は、優先株式は、  
利益配当又は残余財産、もしくはこの両  
者に関する優先権を付ける株式のみと理  
解されていた。しかし、これは、優先株  
式の内容を不当に狭く理解するものであ  
って、議決権優先株式を優先株式の概念  
より除外すべき理由が存在しない。(iii)  
確かに、大株主による専制を抑止するた  
めに、大株主の議決権制限制度が設定さ  
れていた。複数議決権株式は大株主の専  
制を助長するものとして弊害があること  
も認識している。しかし、この当時、重  
要なる企業の多数が外国企業による敵対  
的買収がおそれと認識されていた。敵対  
的買収に対抗するために、複数議決権株  
式の発行を認められるべきである<sup>(66)</sup>。三  
点目は、戦前に特殊な考え方といえよう。

<sup>(63)</sup> 宍戸善一『スタートアップ投資契約—モデル契約と解説』(商事法務、2020年)26頁。

<sup>(64)</sup> 伊藤靖史・大杉謙一・田中亘・松井秀征『会社法』(第4版、有斐閣、2020年)79頁。

<sup>(65)</sup> 田中誠二「株主の議決権に就て」法学協会雑誌43巻8号(1925年)27頁。間運吉『株主総会論』(三省堂、1929年)118~119頁、河村鉄也『株主総会の研究』(有斐閣、1937年)113頁、松本丞治『私法論文集續編』(巖松堂、1938年)474頁。

<sup>(66)</sup> 大隅健一郎「議決権株に就いて」京都帝國大学法学會法学論業23巻2号(1930年)287~289頁。敵対的買収に対抗する役割について、増地は、大隅の見解と同じである。すなわち、「株式が過度の投機取引の目

### 3. 分析

上記の検討からは、平成13年商法改正前まで、日本では、株式の種類として、利益の配当または残余財産の分配の優先あるいは劣後、利益による償還の有無という要素しか認められていなかった。これは、優先株式の内容が財産的利益に限定されると考えられたためである。通説は、複数議決権株式を認めなかった。だが、この当時にも、複数議決権株式の発行を認める見解が徐々に出てきた。

平成13年商法改正から、種類株式制度は、大幅な改正が行われ、多様な種類株式が広く認められるようになる。そして、単元株制度も導入された。この種類株式の多様性強化の波とともに、複数議決権株式についての議論がどのように変容していったのか、複数議決権株式がどのように認められていったのかについて次の節で検討する。

## 第三節 単元株式制度

### 1. 単元株制度の導入の背景

単元株式制度は、平成13年第一次商法改正から導入された。しかし、それ以前の昭和56年商法改正の附則によって、単元株式制度と類似した「単元株制度」がすでに認められていた。単元株制度は、株式管理費用を削減するため導入された。

すなわち、わずかな金額を拠出した者を株主として待遇し、総会の招集通知を出したり、利益配当を贈ったりするのは、社会的な無駄である。そこで、立法論として、出資単位の引上げが唱えられてきた。そのため、新たに単元株制度を導入し、上場会社についてはその適用を強制した。また、単元株式制度と異なり、単元株制度は、最小単位の制限を規定し、額面株式の券面額で5万円に相当する株式数を1単位とした（昭和56年商法改正の附則16条2項）<sup>(67)</sup>。

しかし、会社の規模がそれぞれ異なるため、株式の大きさをどの程度に設定するかは会社に委ねるべきであり、法律が一律に規制すべきことではないと考えられた<sup>(68)</sup>。そこで、平成13年第一次改正は、会社が自由に株式の大きさを設定できるように、額面株式の券面額に関する規制を廃止した。これによって、単元株制度は廃止されることとなった<sup>(69)</sup>。

一方、単元株制度を廃止すると、それまでの単元未満株式の法的取扱いが問題になってくる。従来、単元未満株式には議決権がなかったところ、単元株制度を廃止すると、それらの単元未満株式に議決権を付与すべきことになる。また、会社が各株主から発行済株式全てを回収し、新株式を交付する手続を踏むことになっ

的物となり、経営経済の健全なる発展を阻害するような状態にある場合に、経営経済を投機者の手から解放して、これを保護せんとする為めに、議決特権株の必要がある」を指摘した。増地庸治郎『経営財務論』（東洋出版社、1934年）205～206頁。

<sup>(67)</sup> 鈴木竹雄『新版会社法全訂第5版』（弘文堂、1994年）86～87頁、146～147頁。

<sup>(68)</sup> 原田晃治ほか「自己株式の取得規制等の見直しに係る改正商法の解説」別冊商事法務255号（2002年）20頁。

<sup>(69)</sup> 青竹正一「会社法大改正の全体像Ⅰ——平成13年商法改正——株式の大きさ等」法学教室264号（2002年）18頁。

てしまうと、そのコストは莫大なものとなる。さらに、昭和 56 年商法改正の単位株制度の趣旨であるところの会社は高額な株主管理費用を節約する必要があるというのはなお維持されている。そのため、平成 13 年第一次改正によって、単位株制度を廃止すると共に、これに代わって新たに創設されたのが単元株制度である。単元株制度は、実質的には、昭和 56 年商法改正によって採用された単位株制度を承継するものといつてよい<sup>(70)</sup>。

以下、単元株式制度は、当該制度を導入した平成 13 年第一次商法改正と現在有効となる平成 17 年会社法における規制を検討する。

## 2. 平成 13 年第一次商法改正

平成 13 年商法改正 221 条 1 項および 3 項において、「一項 会社は定款を以て一定の数の株式を以て一単元の株式とする旨を定むることを得。但し一単元の株式の数は千及発行済株式の総数の二百分の一に当る数を超ゆることを得ず。……三項 会社が数種の株式を発行する場合に於ては一単元の株式の数は株式の種類毎にこれを定むることを要す」と規定されていた。この規定により、定款で一定数の株式を「一単元」の株式と定め、一単元の株式につき一個の議決権を認めた。ただし、一単元の株式数は 1000 株を超えてはならないことと、総単元数は発行済株式総数 200 分の 1 を下回ってはならないという制限がある。さらに、会社が数種

の株式を発行する場合には、株式の種類ごとに 1 単元の株式数を設定しなければならないと規定されている。

なお、平成 13 年改正以前に、既に存在していた株式会社で、しかも単位株制度を採用していた株式会社については、その 1 単元の株式を 1 単元の株式の数として定める旨の定款変更の決議をしたものとみなされ（平成 13 年改正附 9 条 2 項前段）、特に定款変更の手続きを踏むまでもなく当然に単元株制度を採用する会社とされた<sup>(71)</sup>。

平成 13 年商法改正における単元株制度について、立案担当者と学説における見解を以下、紹介する。

### (1) 立案担当者の見解

立案担当者は 1 項を以下のように説明する。単元株制度とは、定款により一定数の株式を「1 単元」とする制度である。ただし、1 単元の株式の数は、1,000 および発行済株式総数の 200 分の 1 に相当する数を超えてはならないと定められた。1 単元の株式の数を大きく設定すると、大きな比率で株式併合をする場合と同様の結果となり、株主の議決権を不当に奪うという結果に至るため、1 単元の株式の数を制限することとした。なお、1,000 という数字は、単位株制度を採用する会社の大部分が 1 単元の数を 1,000 以下としており、単位株制度を採用していた会社が円滑に単元株制度に移行できるようにするために設定された。また、発行済株式総数の 200 分の 1 とは、この当時の最低資本金で

<sup>(70)</sup> 原田・前掲注 (68) 31 頁。

<sup>(71)</sup> 前田庸〔著〕『会社法入門 第 13 版』（有斐閣、2011 年）143 頁。

あった 1,000 万円を最小の株式の大きさであった 5 万円で除した数である。これらの制限は、小さな会社で不当に少ない株式数によって会社を支配することを防止するためという目的があると説明された<sup>(72)</sup>。

また、3 項について、種類株式ごとに 1 単元の株式数を定めなければならない理由を「株式の種類が異なるときは、その株式の価値に差異があるので、その差異が著しいにもかかわらず、それを考慮することなく、すべての種類の株式につき一律に一単元の株式の数を定めて一議決権を付与するとするときは、むしろ種類株主間に実質的な不平等が生じるおそれがある。この場合に、株式の大きさをそろえるため株式の併合をすることが考えられるが、そもそも単元株制度が、株式の大きさを変更する際の株式の併合の手続に伴う旧株券の回収および新株券の発行の費用負担を軽減するための制度であることから、種類株式についても、同様に異なる単元数を定めて対応することができるものとした」と説明している<sup>(73)</sup>。

### (2) 落合誠一・前田の見解

落合と前田の見解は、平成 13 年の第一次商法改正に従い、単元株制度が種類株式ごとに 1 単元の株式数を定めなければならないことで、1 株 1 議決権原則に反することはないという見解である。まず、

落合は、単元株を定める目標というのは、議決権を制限することにあるわけなので、それをわりと自由な形で認める以上は、そういったことが生じても基本的に法律は禁止していないと主張した<sup>(74)</sup>。前田は、定款自治の観点から、議決権に関しても定款で広範なバリエーションを認めようという制度に向かっている。そのため、種類ごとに一単元の数を決めてよい、議決権について柔軟な定款自治を認めようという流れの一環ではないかと主張した<sup>(75)</sup>。

### (3) 洲崎博史の見解

洲崎は、単元の株式制度を通じて実質的に複数議決権株式を利用できると主張した。すなわち、種類さえ異なれば、1 単元の株式の数を別異に定めることができるから、例えば、普通株式については 1 単元の株式数を 1 と定め、A 種類株式については 1 単元の株式数を 1000 と定める。実質的に、普通株式の議決権を A 種類株式の議決権の 1000 倍とすることができる。A 種類株式の株主が普通株式の株主と同じだけの議決権を行使するためには、株式数にして 1000 倍の A 種類株式を保有しなければならないからである。普通株式と A 種類株式の 1 株ずつを比較すれば、前者には後者の 1000 倍の議決権が与えられたのと同じことである。これは、実質的な複数議決権株式といってよい<sup>(76)</sup>。

<sup>(72)</sup> 原田晃治ほか「自己株式の取得規制等の見直しに係る商法改正の解説〔中〕」商事法務 1608 号 (2001 年) 101 頁。

<sup>(73)</sup> 原田・前掲注 (72) 102 頁。

<sup>(74)</sup> 落合誠一ほか「金庫株解禁等に伴う改正商法の問題点と実務対応」商事法務 1602 号 (2001 年) 24 頁〔落合発言〕。

<sup>(75)</sup> 落合・前掲注 (74) 24 頁〔前田発言〕。

<sup>(76)</sup> 洲崎博史「平成 13 年・14 年商法改正と一株一議決権原則」森本滋〔編〕『比較会社法研究——21 世紀の会社法制を模索して——』(商事法務、2003 年) 326 頁。

また、洲崎は、単元株制度の設計自体に問題があると指摘した。すなわち、上述の種類株式ごとに1単元の株式数を定めなければならない理由について立案担当者の解釈により、種類株式間で1株あたりの議決権の量に大きな差異が生じないように調整することを可能にするためのツール<sup>(77)</sup>として理解する。これとは、逆に1株当たりの議決権の量の差異を積極的に拡大するためのツールとしては想定していなかったということがうかがわれよう<sup>(78)</sup>。

さらに、上記のルールにより、従来の1株1議決権の原則を実質的に放棄することが意図されていたのか。果たして立法者が十分に議論を尽くしたうえでの結果であったのか、むしろ単元株制度の創設に伴う「偶然の産物」だったのではなかろうかとの疑念を抱かせるであろう。1株1議決権原則からの決別について、十分な議論をすることなく、同原則を実質的に放棄してしまったという点で、221条3項の規定は立法論的には問題があったと指摘している<sup>(79)</sup>。

### 3. 平成17年の会社法

平成17年会社法188条は、単元株制度を以下の通りに規定する。すなわち、「株式会社は、その発行する株式について、一定の数の株式をもって株主が株主総会又は種類株主総会において一個の議

決権を行使することができる一単元の株式とする旨を定款で定めることができる。2項前項の一定の数は、法務省令で定める数を超えることはできない。3項種類株式発行会社においては、単元株式数は、株式の種類ごとに定めなければならない」と定められている。なお、法務省令で、1単元の一定の数が定められ、1000及び発行済株式総数の200分の1にあたる数と規定されている（会社法施行規則34条）。

上記の規定を見ると、平成17年会社法での当該規制は、この内容的には従前の商法を踏襲している。次は、平成17年からの学説を以下のように紹介する。

#### (1) 武井一浩・森本滋・郡谷大輔の見解

単元株制度を利用し、複数議決権株式に近い効果を有する株式を設計することが理論的に可能であると指摘されていることに対して、何らかの制約がかかるのか、という問題に関して、以下のような議論が存在する。武井一浩は、何らかの経済合理性のつく限度で種類株式ごとの単元の数の変え方をしている状況である。ただ、経済合理性と言っても種類が違うだけで、単元をどう設定するのかそれ自体があいまいであると指摘した。そこで、何か境界線があるのかないのか、あるとしたらどういう境界線なのか、はっきり

<sup>(77)</sup> 例えば、優先株の株価が10,000円、普通株の株価が500円であるとき、いずれも1株1議決権であると、優先株主が議決権に関して割を食うけれども、普通株について1単元の株式の数を20と定めることにより優先株主の不利益を回避することができる。洲崎・前掲注(76)327頁。

<sup>(78)</sup> 洲崎・前掲注(76)327頁。

<sup>(79)</sup> 洲崎・前掲注(76)327～328頁。

としたものがみえていて欲しいという要望が実務には強いと主張した<sup>(80)</sup>。

武井一浩の指摘に対して、森本滋は、経済合理性は、設定した時点と後とで状況が変わってき得るから、厳格に限定するのは無理であると考えた。実務の合理性というか、常識のある運用に期待するほかないと主張した<sup>(81)</sup>。

郡谷大輔は、定款の定めが詐欺的かどうかというところが一番大きな問題を指摘した。1000株1単元と1株1単元で、それぞれ、1議決権になるこれは、中身が異なることになる。具体的な事案に応じて事後的に定款規定を無効にしていく。種類株が自由な代わりに、知識の偏在を使って不公正な定めをすれば、後から矯正するということを主張した<sup>(82)</sup>。

#### (2) 稲葉威雄の見解

稲葉は、単元株制度は株主平等原則に反しないとしても、設定如何により、株主の出資が議決権数にそのまま反映しない事態が起こり得る点について警鐘を鳴らしている。稲葉は、株主平等原則の適用が除外される場合においても、その目的に沿った合理的な制度設計が求められるとし、またその合理性の説明が問題になる。しかし、他方で株主平等原則の適用を考えるに当たっては公正性・必要性・合理性等の要素を勘案しつつ、バランス感覚を保って考慮する必要があると主張している<sup>(83)</sup>。

#### (3) 中西敏和の見解

中西によれば、各種類の株式の市場価格に違いがある場合など、株式の種類ごとに異なる議決権数を設定する方が合理的なケースがあり得る場合もある。しかし、その違いをどこまで認めるかについての規制はない。単元株式数の定め方によって、少数者支配が可能となるから、何らかの規制は必要であると主張する<sup>(84)</sup>。

#### (4) 山下友信の見解

山下は、単元株制度の利用は、1株1議決権原則の「脱法」である可能性があるとして指摘した。そして、山下は複数議決権株式の発行は認めないとしつつも、単元株制度を通じればその抜け道が開かれるという立法のあり方に問題はあるとする。

しかし、他方で種類株式を積極的に活用しようという立法政策の下においては、1株1議決権原則を種類株式にも機械的に適用することは有意義な種類株式の存在をも失わせる可能性があるとする。また、株主平等原則は政策的な要請にすぎないと解釈すれば、1株1議決権原則を異なる種類株式間で機械的に適用し、単元株制度に関する定款上の規定を違法無効なものとして断定することには慎重であるべきであると指摘した。そして、種類株式の実質がほとんど存在しないにも関わらず、単元株制度により、議決権を極端

<sup>(80)</sup> 江頭憲治郎ほか『改正会社法セミナー 株式編』（有斐閣、2005年）（武井一浩発言）451～452頁。

<sup>(81)</sup> 江頭・前掲注（80）（森本滋発言）452頁。

<sup>(82)</sup> 江頭・前掲注（80）（郡谷大輔発言）453頁。

<sup>(83)</sup> 稲葉威雄『会社法の解明』（中央経済社、2010年）303～304頁。

<sup>(84)</sup> 江頭憲治郎＝中村直人〔編著〕『論点体系 会社法 2』（第一法規、2012年）81頁〔中西敏和執筆〕。

に差別化するような限られた場合にのみ、違法無効となるとしている<sup>(85)</sup>。

#### (5) 久保大作の見解

久保大作は、まず、単元株制度と株主平等原則との関係について、以下のように説明した。単元株制度を導入する際には株主平等原則の要請は当然働く。例えば、ある株式について、株主ごとに単元株式数を変えるような定款の定めをすることは株主平等原則に反するため、許容されない。ただし、公開会社でない会社が単元株制度を利用する場合、109条2項による株主平等原則の例外が単元株制度にも適用されるかどうか、すなわち属人的に単元株式数を決定することができるかどうかは、議論の余地がある。109条2項によって属人的な定めを行う場合には、それらの違いは種類株式と同様の扱いをされる(109条3項)ところである。種類株式会社においては、種類ごとに1単元当たり、株式の数を定めることが可能であることからみても、属人的な定めを認めることが規制のバランスを著しく崩すとも考えにくい。このように考えると、公開会社ではない会社において、単元株制度に関して属人的な定めを置くこともできると解すべきである<sup>(86)</sup>。

また、久保も、権利内容のほとんど変わらない2種の種類株式において、単元株式数を著しく異なる数で設定することは、そのことに特段の合理性がない限り、

会社法109条1項の株主平等原則に反して無効であると解すべきと主張している。もっとも、どのような場合に「恣意的な差別的取り扱い」となるか、明確な基準を立てるのは困難である。立案担当者の解釈では、「種類株式の価値の差」があり得ることをもって種類株式ごとに異なる単元株式数を定めることを正当化する理由とされた。この点からすると、1単元当たり株式の価値が1つの目安になり得ると指摘した。しかし、単純に発行価額や株価のみを基準として、恣意性の有無を判断することはできない。例え異なる種類株式の株価が同一であったとしても、その権利内容によって負っているリスクが異なる場合があり得るからである。そこで、久保の指摘では、異なる種類株式間での単元株式数の差の合理性が争われた場合には、①そのような格差を設けることが必要な事情の有無(必要性)および②格差の程度が他の株主に対する不相当な制約となっていないか(相当性)の2点を基準とすべきであるとする<sup>(87)</sup>。

#### 4. 分析

以上の見解から見ると、日本法では、明文では複数議決権株式を認めていないけれども、単元株制度を利用することを通じて、複数議決権株式の発行と同様の結果を得ることを可能としていること自体には、学説上、争いがなさそうである。

<sup>(85)</sup> 山下友信〔編〕『会社法コンメンタール3——株式〔1〕』(商事法務、2013年)(山下友信執筆)81～82頁。

<sup>(86)</sup> 山下友信〔編〕『会社法コンメンタール4——株式〔2〕』(商事法務、2013年)(久保大作執筆)179～180頁。

<sup>(87)</sup> 山下・前掲注(86)182頁。

すなわち、平成 13 年商法改正から、通説は実質的に複数議決権の存在を認めているといえる。

だが、単元株における株数の定め方について合理性を要求し、複数議決権株式に何らかの制約が必要であるとする見解があった。それでは、合理性はどのように規定されるのか。様々な会社が様々な種類株式を利用できるところ、ある会社の一つの種類株式が他の種類株式と比べて合理的な範囲内に収まっているかどうかをどうやって判断するのか何らの基準がない。実際に、久保も、単純に発行価額や株価のみを基準として、単元株の設計が恣意性の有無を判断することはできないと主張している。また、複数議決権株式が導入当初、合理的であったとしても、時間の経過によって合理的でなくなることもありうるため、合理性の基準で厳格に制限するのは不可能という主張もあった（森本滋）。結局、異なる種類株式間では、単元株式数の差の合理性について具体的な基準が全くもって不明である。

そして、当時の見解も、非公開会社では、単元株式数を自由に定められるべきと解されている。久保は、属人的な定めを認めていることとバランスをとれば、非公開会社においては、種類ごとに 1 単元当たりの株式数を定めることが可能であると主張した。このように考えれば、非公開会社に

において、単元株制度・複数議決権株式を柔軟に設計できると考えられる。

この結論は、コースの定理からも正当化できる。閉鎖会社である非公開会社では、株主の関係が緊密で信頼性が高い。コースの定理によれば取引費用が低いいため、単元株をどのように設計するのかについても交渉と合意によって効率的な結果が実現される見込みが高い。よって、単元株制度を活用した複数議決権株式について交渉を阻害するような規制を課すべきではない。

#### 第四節 昭和 25 年商法改正における無議決権株式

##### 1. 無議決権株式の導入の背景

昭和 13 年改正商法 242 条 1 項により、「会社が数種の株式を発行する場合には、定款を以てその或種類の株式に付株主に議決権なきものとするを」と規定された。この規定により、初めて無議決権株式が明文化された。無議決権株式の立法趣旨としては、会社経営に参加する意思の乏しい中小株主に対して、議決権を与えても無意味である。そして、費用をかけて議決権を行使する株主が少なかった。それらの株主の要望にこたえるため当該制度が導入された<sup>(88)</sup>。この当時に、無議決権株式には、必ずしも配当優先権を与えなかった。

<sup>(88)</sup> 松本丞治「改正法案に於ける株式に関する規定について」法律時報 8 巻 3 号 5～6 頁（1936 年）、鳥賀陽然良＝大橋光雄＝大森忠夫＝八木弘「商法改正法案を評す（13）」法学論業 36 巻 2 号（1937 年）335 頁、豊崎光衛「議決権なき株式（二・完）」法協 56 巻 1 号（1938 年）113 頁、田中耕太郎『改正商法及有限会社法解説』（有斐閣、1939 年）180 頁。

## 2. 昭和 25 年商法改正

その後、昭和 25 年商法改正の 242 条 1 項により、無議決権株式について、「会社が数種の株式を発行する場合に於ては定款を以て利益の配当に関し優先的内容を有する種類の株式に付株主に議決権なきものとするを得」と改正された。この規定により、無議決権株式は、定款の規定をもってその株式が議決権を有しないものとされた株式であって、利益配当に関する優先株式のみ議決権がないものとする事が明らかになっている。例えば、利益配当優先を加えて、同時に残余財産の分配を優先されてもよい<sup>(89)</sup>。これに対し、単に残余財産の分配についてのみ優先性が付与されている株式について無議決権株式とすることはできないことは条文を見ても明らかである。

この改正について、大隅（健一郎）は、以下のように説明した。すなわち、議決権のない株式は、会社の経営には何らの興味も関心も持たないで、もっぱら投資に対する利益の確保を望む投資株主の要求に応え、資金調達の見直しをはかろうとする制度である。一方で、議決権を奪いながら、財産的権利につき何らの代償をも与えないことは、制度の趣旨に合わないのみならず、株主保護の見地からも望ましくないからである。そのため、配当優先株に限り議決権を付与しないことが容認されるとした<sup>(90)</sup>。

## 3. 平成 13 年第二次商法改正

平成 13 年第二次商法改正 222 条 1 項では、株式会社は、「議決権を行使することができる事項につき内容の異なる種類の株式を発行することができる」とした。このような株式は、「議決権制限株式」と呼ばれ、中でも無議決権株式を含む。当該規定によって、普通株式についても議決のない株式とすることを認める<sup>(91)</sup>。すると、従来の無議決権株式における議決権の喪失と配当の優先性というセットが崩れることになった。この改正がなされた理由について、次の見解を紹介する。

まず、立案担当者の原田（晃治）は、利益配当等の自益権につき内容の異なる株式の発行を認めながら、議決権等の共益権について内容の異なる株式の発行を認めず、しかも優先配当が行われている限りで、議決権がないものとするを認める旧商法の規定は、過剰な規制であると指摘した<sup>(92)</sup>。

他に、前田（庸）によれば、利益配当優先株式についてのみ、議決権のない株式としても必ずしも意味があるわけではない。従来の無議決権株式の存在理由として、利益配当優先が受けられれば、会社の経営に感心を有さないため、議決権を行使しなくてもいい株主が存在するからである。しかし、利益配当に関してごくわずかの優先的扱い（たとえば、一株

<sup>(89)</sup> 大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』（有斐閣、1951年）215頁。

<sup>(90)</sup> 大隅・前掲注（89）215頁、大隅健一郎＝今井宏著『新版 会社法論 上巻』（有斐閣、1979年）309頁。

<sup>(91)</sup> 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説 [上] —株式制度の見直し・会社関係書類の電子化等—」商事法務 1606号（2001年）7頁。

<sup>(92)</sup> 原田晃治「平成一三年商法改正（一月改正）の解説 [VI] ——株式制度の改善・会社関係書類の電子化等——」商事法務 1642号（2002年）27～28頁。

当たり1円の優先的取扱い)をすることにしても無議決権株式とすることができ、以上、無議決権株式を利益配当優先株式に限定する意味は存在しないと批判した。また、利益の配当についての普通株式は、無議決権とすることに、実益があると考えられた。例えば、普通株式についても議決権がないものとすることができれば、株式の発行価額が相対的に低くなるため、議決権行使に関心のない株主にとっては投資上有利になる。さらに、会社にとって株主管理費用が減少するという利点もある<sup>(93)</sup>。

なお、加藤(貴仁)は、昭和25年商法改正の無議決権株式における議決権の喪失と配当の優先性は1つのセットであることについて、議決権の代償として利益配当に関する優先権を要求しても、適切な代償の程度を一義的に定めることは困難であるとする<sup>(94)</sup>。

#### 4. 分析

日本においても、無議決権株式には、議決権がないことの代償として、利益配当の優先を付与する必要があるという考えがあった。権利の喪失の代償として、優先権を与えるという発想である。この発想は、ベトナムの複数議決権株式の特徴と類似するのではないかと思う。

### 第五節 株主平等原則

日本の制度の最後に株主平等原則を検討する。具体的には、日本では、株主平

等の原則は、種類株式・複数議決権株式の設計を制約することがあるのか、それとも種類株式を完全に自由に設計できるのかについて検討を行う。なお、日本の平成17年会社法109条は、株主平等原則を規定する。これに対して、平成17年会社法以前の商法は株主平等原則を明文では規定していない。だが、学説によって同原則の存在は認められていた。そのため、本節において、まず、平成17年会社法以前の株主平等原則を、その後、平成17年会社法における株主平等原則を検討する。

#### 1. 平成17年会社法以前における株主平等原則の解釈

平成17年会社法の以前、伝統的な株主平等原則は、教科書・体系書レベルでいえば、株主は、株主としての資格にもとづく法律関係については、原則としてその有する株式の数に応じて平等の取扱いを受けることと定義された。その内容として、第一に、「各株式の内容が原則として同一であること」であり、第二に、「各株式の内容が…同一であるかぎり同一の取扱いがなされるべき」であるというもの<sup>(95)</sup>。そして、このような株主平等原則は、直接に一般的に定める明文規定が存在しなかったけれども、法の理念たる正義・衡平に基づいて、当然に、

<sup>(93)</sup> 前田・前掲注(91)7~8頁。

<sup>(94)</sup> 加藤・前掲注(57)27頁。

<sup>(95)</sup> 鈴木・前掲注(67)88~89頁。

疑問の余地なく認められていた<sup>(96)</sup>（だが、次第に批判的な見解が提唱されるようになった）。これは、株主平等原則の伝統的な見解であったといえることができる<sup>(97)</sup>。

一方、種類株式は、一般に株主平等の例外<sup>(98)</sup>または株式の均等性の例外<sup>(99)</sup>、あるいは普通株式の原則の例外<sup>(100)</sup>であるという見解が多い。しかし、種類株式の内容の定め方に対して、株主平等原則が制約として機能するかについては、明示的な議論はほとんどなされていなかった<sup>(101)</sup>。ただし、いくつかの学説がこの問題について論じている。まず、田中耕太郎説は、種類株式が株主平等の原則に包摂されると主張したため、株主平等原則が制約として機能することに親和的だと言えそうである。次に、より明確に種類株式の内容の定め方に株主平等の原則が制約として機能することを認める上村説を紹介する。

#### （１）田中耕太郎の見解

田中説は、種類株式は、株主平等の原則の例外ではなく、それに、株主平等原則に包摂されるとする<sup>(102)</sup>。そのため、種類株式の内容の定め方について株主平等の原則の下に包摂され、その制約の下に置かれるのだと言いやすいように思える。

もっとも、これについて明示的な言及はないため、推測にとどまる<sup>(103)</sup>。

すなわち、株主平等の原則が配分的正義に基づく比例的平等をも含むものとするときには、種類株式は平等の原則の例外ではなく、この原則中に当然包摂されることになる。これは正義の理念に反する規定を法が作ることはできないからである。種類株式では、法が異なる事情の下に異なる待遇をなす正当な理由が存在するのである。つまり、種類株式は異なる経済的事情や条件の下に発行されるものであり、従って異なる定めをすることは、持株数に応ずる株主の権利義務の設定と同様に、正義の理念の当然の帰結といえる。学説上、種類株式が株主平等の原則の例外と認められるのは、株式会社制度の創成期において株式は一種類を原則と認めたことに由来するにすぎないのではないかと指摘した。

要するに、種類株式の発行は、平等の原則の例外ではなく、認められるべきであるとする<sup>(104)</sup>。そのため、種類株式の内容の定め方について株主平等の原則の下に包摂され、その制約の下に置かれるとする。

<sup>(96)</sup> 上村達男「株主平等原則」竹内昭夫〔編〕『特別講義商法Ⅰ』（有斐閣、1995年）14頁。

<sup>(97)</sup> 山下徹哉「株主平等の原則の機能と判断構造の検討」『法学論叢 178 巻5号』（京都大学法学会、2016年）2頁。

<sup>(98)</sup> 鈴木・前掲注（67）89頁、森本滋『会社法〔第二版〕』（有信堂高文社、1995年）124～125頁。

<sup>(99)</sup> 八木弘「株主平等の原則」『株式会社財団論』（有斐閣、1963年）358頁。

<sup>(100)</sup> 出口正義「株主平等の原則」『株主権法理の展開』（1991年）155～156頁。

<sup>(101)</sup> 山下・前掲注（9795）20頁。

<sup>(102)</sup> 田中耕太郎『改正会社法概論 下巻』（岩波書店、1955年）304～305頁。

<sup>(103)</sup> 山下・前掲注（97）12頁。

<sup>(104)</sup> 田中・前掲注（102）304～305頁。

## (2) 上村達男の見解

上村説は、種類株式を株主平等の原則の例外と位置付ける。また、種類株式の内容の定め方に対して、株主平等の原則が制約として機能し得ることを明示的に述べた。すなわち、一部株主の専横排除という対策目的を達成するために、種類株式の内容の定め方は、株主平等の原則が妥当され、その制約の下に置かれるとする。

上村によれば、種類株式は、資金調達を提供するという政策目的を合理的なものと認めて、株主平等の原則の例外として認められた制度とする。ただし、この対策目的が過度に強調される場合には、株主平等の原則の本来の目的との間に矛盾が生じ、むしろ株主平等の原則を骨抜きにする可能性がある。そのため、種類株式の運用は格別に慎重である必要がある。したがって、株主平等の原則の例外としてすべて無条件に合理的なものになったと解してはならず、具体的な発行態様等に照らし合わせて、当該発行や定款規定の妥当性を検討し、無効との推定を覆えすに足る積極的な事情があるか否かを判断する必要がある<sup>(105)</sup>。

## (3) 分析

田中説は種類株式を株主平等原則の例外ではないと主張し、これに対して、上村説は株主平等原則の例外と主張した。2つの説は対立しているように見える。しかしながら、実際の帰結は同一である。田中説は、株主平等原則の例外ではない

ことを理由に、株主平等原則が種類株式の内容を規制すべきであると主張する。他方で、上村説は、種類株式は株主平等原則の例外であることを理由に、例外はあくまで原則たる株主平等原則の趣旨を害さない範囲で認められるにすぎないとする。両者とも結論として、株主平等原則によって、種類株式の内容を制約する点で共通している。

また、前述のように、種類株式の内容への株主平等原則の適用を明示的に論じていない論者の多くも、種類株式は株主平等原則の例外であると論じていた。この「株主平等原則の例外」の意味するところについて2通りの解釈が可能である。上村のように、例外はあくまで例外であって原則からの逸脱は極めて限定的にしか認められず、株主平等原則の本来の目的に反するような例外は認められないとして、株主平等原則の趣旨によって種類株式の内容が制約されると理解することもできる。しかし、田中のように、株主平等の原則の例外という用語を当該原則によって制約されない領域と理解することもできる。すなわち、明示的に論じていない多数の論者は、複数議決権株式を含む種類株式の内容に対して株主平等原則の適用による制約が課されないと理解していた可能性がある。

2. 現行会社法の下での株主平等原則  
会社法から株主平等原則が明文化されるようになった。会社法109条において、

<sup>(105)</sup> 上村・前掲注(96)15~16頁。

「1項株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない。2項…公開会社でない株式会社は、…株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる」と規定されている。

明文化された株主平等原則により、「株式の内容…に応じて、平等に取り扱わなければならない」と定めたため、立案担当者は、種類株式の内容の定め方に対して、株主平等原則が制約として機能することを否定するようである（立案担当者の見解は、後述に詳しく紹介する）。一方、学説においては、種類株式の内容の定め方について、株主平等原則が制約として機能するか否かについて見解は2つに分かれる。

大半の見解は、種類株式の内容の定め方に合理性が必要であるという立場をとる<sup>(106)</sup>。さらに、株主平等原則が制約として機能することを認める見解もあった<sup>(107)</sup>。この状況は、この問題について明示的な議論があまりなかった会社法制定前と比べて大きく変わった。会社法制定後は、種類株式の内容の定め方に対する合理性の要請や株主平等原則が制約として機能することを明示的に肯定するようになった。これらの説が種類株式の内容の定め方に対する合理性を要求する理由は、以

下のように説明された。種類株式を定款等により自由に設計し、何の制約もなければ、信義則・多数決の濫用により不当な内容になる恐れがあり危険である<sup>(108)</sup>。とりわけ、平成17年会社法により、種類株式の規制が大場に緩和され、柔軟化される一方で、制度の濫用の懸念が高くなった。そのため、株式の内容として差別的内容を定めるとき、合理性、公正さ又は正当性を要求する<sup>(109)</sup>。要するに、学説では、株主平等原則が種類株式の制度の濫用に対する歯止めのものとして、株主平等原則に対して期待が高まったといえる。

これに対して、最近である山下徹哉の見解は、立案担当者の見解と同じく、種類株式の内容の定め方に対して、株主平等原則が制約として機能することを否定する。以下、立案担当者と山下説を紹介する。

#### (1) 会社法の立案担当者の見解

109条の株主平等原則について、会社法の立案担当者は、次の通りに説明した。すなわち、旧商法と異なり、①同一の種類株式を有する株主について株主ごとに異なる取扱いをすることを許容し（会社法109条2項）、②種類株式の内容をより一層多様化する等、形式的な株主平等原則と抵触するおそれのある制度が設け

<sup>(106)</sup> 木俣由美「株主平等の原則と株式病の原則」森木滋先生還暦記念『企業法の課題と展望』（商事法務、2009年）82頁、稲葉威雄『会社法の解明』（中央経済社、2010年）303～312頁、出口正義「株主の平等」江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法体系（2） 株式・新株予約権・社債』（青林書院、2008年）40頁、松尾健一『株主間の公平と定款自治』（有斐閣、2010年）109～110頁。

<sup>(107)</sup> 森本滋「株主平等原則の理念的意義と現実的機能—株主の平等取扱いと公正取扱い—」民商法雑誌 141巻3号（2009年）112～113頁、田邊真敏『株主間契約と定款自治の法理』322～338頁。

<sup>(108)</sup> 木俣・前掲注（106）81～82頁、稲葉・前掲注（106）302～303頁、松尾・前掲注（106）109～110頁。

<sup>(109)</sup> 出口・前掲注（106）40頁。

られている。また、会社法においては、株式制度全般について、より利用しやすく、かつ、多様な内容の株式を発行することができるようにするための見直しを行っていることから、その権利内容によっては、実質的に株主の平等が害され、その利益が害されることも考えられる。こうした状況を踏まえ、会社法においては、株主平等の原則について、明文の規定を設けた（会社法109条1項）。具体的には、株式会社は株主をその有する株式の内容および数に応じて平等に取り扱うべきことを定め、これにより、異なる内容の種類株式については異なる取扱いができることを明確化するとともに、同じ内容の株式については株式数に応じて平等に取り扱うべきことを明らかにしていると説明した<sup>(110)</sup>。

このように、立案担当者は、株式の内容の定め方に対して、株主平等の原則が制約として機能することに否定的である。すなわち、株式の内容の決定について、会社法109条1項に定める株主平等の原則の適用はないとしており、株式内容の同一性は、会社法に明文化された株主平等の原則の一般的規定とは無関係であるとする。そうである以上、種類株式は、株主平等の原則の適用がないと考えることになるだろう。また、立案担当者は、会社法109条1項の規定は、異なる内容の種類株式については異なる取扱いができる

ことを明確化するものと説明している。そのため、株主平等の原則以外の法理（株式の均等性）を概念し、種類株式をその例外と位置付けることによって、株式の内容の定め方に制約を課するという解釈に対して、否定的な立場をとるのではないかと推測される<sup>(111)</sup>。

## （2）山下徹哉の見解

山下は、種類株式の多様化・柔軟化の反面として、制度の濫用の懸念が高まったことを否定できないとする。しかし、濫用されないような歯止めとして、株主平等原則を持ち出すことが適切か否か疑問を提起する。すなわち、株主平等原則は、種類株式制度の濫用に対する歯止めとして効果があるけれども、逆に種類株式制度を有効活用する試みをも制約してしまい過剰規制となる可能性もあると主張した<sup>(112)</sup>。

さらに、山下は、上場会社と非上場会社に対して、それぞれ以下のように分析した。まず、上場会社の場合、不特定の株主が多数、かつ日々入れ替わる公衆投資家がいる。そこで、株式の内容の定め方について、裁判所による事後的な判断に紛争の解決を委ねるのは、困難である。しかも、上場会社は、金融商品取引所の上場規則等による規制にも服する。その規制主体は、会社法制・資本市場法制について専門的知見を有するし、取引所に上場されている株式の投資対象としての適格性の確保・維持に関して強いインセ

<sup>(110)</sup> 相澤哲〔編著〕『一問一答新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2010年）54-55頁。

<sup>(111)</sup> 山下徹哉「株主平等の原則の機能と判断構造の検討」『法学論叢 188 巻1号』（京都大学法学会、2020年）4～5頁。

<sup>(112)</sup> 山下・前掲注（111）12～14頁。

ンティブを有する。そのため、上場会社の株式の内容の定め方の規制を第一次的に裁判所に期待する必要性はない。つまり、株主平等の原則に私的自治の制限という機能を含めて、裁判所の積極的な介入を求める必要性は低いとする<sup>(113)</sup>。要するに、上場会社では、金融商品取引所の上場規則等に服するから、株主平等原則が種類株式の内容の定め方を制約する必要性が低いという意味である。

これに対して、非上場会社の場合、金融商品取引所のような存在がないため、裁判所による紛争の解決に期待せざるを得ないとする。そして、非上場会社のうち、閉鎖会社であれば、株主が少数かつ固定であるから、関係者間の利害状況を把握しやすく、裁判所にとって相対的には判断しやすい可能性があるし、裁判所の判断が影響を及ぼす範囲も相対的には狭いといえる。そこで、株主平等の原則に私的自治の制限という機能を含めて、裁判所の積極的な介入を求めることは必ずしも排除されないと考えることもできる<sup>(114)</sup>。

しかし、この種の会社の場合には、株主相互の人的関係が外からはわからないことから、当事者の個別具体的なニーズに即して柔軟な種類株式の設定を許す必要性もある。そのため、株主平等の原則を用いて裁判所の積極的な介入を求めるのではなく、誰かどう見てもおかしいという場合に限って、株式の内容について

公序良俗違反として定款の当該部分を無効と解釈する。そこまでは言えない場合には、具体的な権限行使等について、権利濫用、信義則違反または会社法の個別規定違反などを理由に、個別具体的事情に応じてその是非を判断することによって、一定程度の保護は図れるとする<sup>(115)</sup>。

要するに、非上場会社である閉鎖会社は、株主平等原則による制限はなされず、種類株式の設計も柔軟に認められるという意味である。ただし、行き過ぎた場合には権利濫用や信義則といった一般条項ないし会社法の個別規定による制約がかかる余地は認める。

また、非上場会社のうち、相当程度の数の株主が存在する会社の場合は、株主数も多いし、株式についてある程度の流通性がある。一方、上場会社に比べると、流動性の度合いはかなり小さいだろうし、不特定多数の者が新たに株式を取得し得る公募増資の実施も通常は困難であろう。まさに、上場会社と閉鎖会社の中間的な状況であるといえる。柔軟な種類株式の設計を許す必要性は閉鎖会社より小さい一方で、裁判所による判断の困難さは閉鎖会社より大きい。そうすると、微妙な状況ではあるといわざるを得ない。しかし、株式の内容の定め方の規制法理として株主平等の原則を持ち出すことが過剰規制を導く可能性が高いということを勘案すれば、閉鎖会社の同様の対応にとど

<sup>(113)</sup> 山下・前掲注 (111) 17～18頁。

<sup>(114)</sup> 山下・前掲注 (111) 18頁。

<sup>(115)</sup> 山下・前掲注 (111) 18頁。

めるべきことになるとする<sup>(116)</sup>。要するに、上場会社と閉鎖会社の中間的な状況がある会社でも、株主平等原則は種類株式の内容の定め方に対して制約する必要性が低いという意味である。

山下の結論は、現状の日本法において、株主平等原則に私的自治の制限の機能を含めて、株式の内容の定め方に対して制約することは、適切ではないというものである<sup>(117)</sup>。

### (3) 分析

このように立案担当者や一部の見解は、株主平等原則は種類株式の設計にまで適用されないとしているものの、学説では、従来通り、種類株式の設計にも適用されるという見解が有力であった。

だが、種類株式が株主平等原則の「例外」であることは認められており、種類株式の設計には「合理性」が必要だということとどまる見解が多い。

また、これらの見解は公開会社・上場会社をも対象にしたものであって、非上場会社・非公開会社に限って分析したものではない<sup>(118)</sup>。これらの学説は、公開会社・上場会社を念頭に、残余権と支配権を一致させることを「合理性」として要求していると整理でき、種類株式と普通株式の価値が等しくなることを要求しているものではなさそうである。まして、

本稿の対象とする非公開会社・非上場会社については、株主平等原則の適用を強く求めているようには解されない。

このようにみると、非上場会社においては、平成 17 年会社法の下では、株主平等原則は種類株式の内容を制約しないという傾向がみてとれる。

## 第六節 小括

株主平等原則の歴史を振り返ると、平成 17 年会社法以前から学説においてその存在が広く認められていた。しかし、平成 17 年会社法によって株主平等原則が明文化されてから当該原則の適用範囲について今なお多くの議論がある。株主平等原則が種類株式の内容を制約するかどうかについて論者によって意見が分かれる。株主平等原則が種類株式の内容を制約するという見解は、種類株式の設計には「合理性」が必要だと主張する。だが、これらの学説も、かつての無議決権株式やベトナムの特徴④のように種類株式の権利義務の総体の価値と普通株式の権利義務の総体の価値とが等しくなるようにすることを求めているわけではない。その「合理性」とは、論者の見解を検討すると、公開会社・上場会社を念頭に、残余権と支配権を一致させることを意味していると解される。

<sup>(116)</sup> 山下・前掲注 (111) 18~19 頁。

<sup>(117)</sup> 山下・前掲注 (111) 19 頁。

<sup>(118)</sup> 例えば、松尾は次のように説明した。109 条 2 項に関して、公開会社でない株式会社に限って認められる株主平等原則の例外として、一定の権利について「株主ごとに異なる取扱い」をする旨を定めることができるとされているのに対し、公開会社においては株主平等原則により「株主ごとに異なる取扱い」をすることを株式の内容として定めることはできないとされている。このことは、公開会社においては、株主平等原則を根拠として、株式の内容に関する定款自治に制約が課されることを意味する、とする。松尾・前掲注 (106) 110~111 頁。松尾によれば、閉鎖的な会社なのか上場会社なのかによって、株式の内容の定め方を厳格に要求する程度は異なる。

これに対して、学説には、近年は、上場会社であっても株主平等原則が種類株式の内容の定め方を制約する必要性が低いという見解もある（山下徹哉）。まして、本稿の検討対象である非上場会社（少なくとも非公開会社）においては、制約を肯定する説においても、その対象として想定されていなかったのであるから、株主平等原則による制約はなされずに種類株式の内容の設計を認めると解されている。

## 第四章 ベトナムと日本の相違点及び その理由の分析

### 第一節 序論

本章では、前第二章・第三章での検討の結果から、ベトナムと日本の非上場会社における複数議決権株式の制度は、両国の相違点を指摘したうえ、その相違点はなぜあるのか説明する。そこで、第二節では、ベトナムと日本の相違点を指摘する。第三節では、相違点の理由を説明する。最後に、第四節は小括である。

なお、本節では、比較論文のため、両国の当該制度の共通点にも言及する。第一章の1. と2. で説明した通り、その共通点は、両者では、上場会社に対して利用期間などを制限することである。もちろん、細かい点では制限に差異があるけれども、上場会社は、本稿の対象ではないため、これ以上検討しない。

これに対して、非上場会社では、共通点がほとんどない政府の関連機関の株式保有の点を除いても、大きな相違点があ

る。それは、複数議決権株式に対する柔軟性である。そして、ベトナムが複数議決権に対してそのような規制を課す背景には「複数議決権に対する代償」という考え方がある。

### 第二節 ベトナムと日本の相違点

#### 1. 複数議決権株式に対する柔軟性

ベトナムと日本の相違点は、非上場会社における複数議決権株式に対する柔軟性が異なることである。ベトナムは日本に比べて厳格な規定を有している。

ベトナムでは、非上場会社にも、会社法の規定より、複数議決権株式の利用が厳格に制限されている。その制限は、利用株主の制限（利用特定株主資格制限）と期間制限と譲渡制限である。

そのうち、主体の制限の理由として、複数議決権株式は、他の株式より、議決権が多く、これに基づいて会社の支配権を取得しやすい株式であるため、これを保有できる主体を厳しく限定した。特に、発起株主が利用主体になる理由は、発起株主は普通株主に比べて義務が多いからこそ、権利も多くなる必要だと考えられたため、発起株主の優先議決権が認められる。なお、主体の制限が存在しているから、譲渡制限も生じた。

また、発起株主の複数議決権を利用する期間制限は、企業登記証明書の発給を受けた日から3年以内においてのみ効力を有する。その期間後は、複数議決権株式は普通株式に変更される。その理由は、上記に述べた発起人の増やした責任・義務・制限は、会社設立から3年間で解除されるた

め、優先議決権を認める根拠もなくなる。その根拠がなくなると、議決権優先も認められなくなる。

これに対して、日本では、非上場会社における複数議決権・単元株は、会社法上、1つの単元株につき最大の株数を制限する。この制限の理由は、株主の議決権を不当に奪わないためである。一方、利用主体の制限や利用期間の制限、譲渡制限など、制限を付けられていない。確かに、会社の定款により、他の制限を規定できるけれども、これは強制ではない。複数議決権には、議決権が優先されるだけでなく、他人に譲渡する権利があるし、利用期間が無期限のものもありうる。非上場会社では、複数議決権をどのように設計するか株主間の交渉に任せる。

上記の両国の制限を比較すると、日本法より、ベトナム法は、複数議決権の制限の量も多い、性質も厳格である。ベトナムでは、複数議決権株式の内容の定め方について、法律で強行法的規定されている部分が多い、自由に定める範囲が著しく制限されたため、定款自治の自由度が低い。これに対して、日本では、複数議決権株式・単元株制度について、株主間が自由に交渉されることにより株主の意思を強く反映され、定款自治の自由度が大幅に拡大した。要するに、ベトナムは、日本より、会社法上、複数議決権株式規制が厳格である。

## 2. 複数議決権に対する代償

このようにベトナムが複数議決権株式に規制を課す理由は複数議決権に対する

「代償」である。ベトナムでは、複数議決権株式は、議決権が多いという利益とともに、上述したように、特定株主の制限と期間制限と譲渡制限という不利益も強制的に付けなければならない。このような制限をベトナムでは複数議決権に対する代償と捉えられている。

当該ルールは、ベトナムの複数議決権株式の特徴④から説明されている。複数議決権株式の権利・義務の総体の価値と普通株式の権利・義務の総体の価値とが等しくなるようにすべきという考えである。複数議決権株式は、普通株式に比べて、議決権が多いからこそ、多くの制限を要求される。この特徴は、優先議決権株式だけではなく、配当優先株式や償還優先株式も、優先権に対する代償として、議決権及び株主総会への出席権が認められず、取締役会と監査役会への人事の推薦はできないという制限が課されている。すなわち、ベトナムでは、普通株式を基準として、優先権に対して代償として不利益が要求される。

これに対して、日本では、非上場会社における複数議決権株式に、何らかの義務・制限を付ける必要はない。複数議決権を与えるとともに、他の権利は普通株式と同一とする株式も認められる。つまり、普通株式に比べて、有利な株式が認められる。この場合、複数議決権株式と普通株式は、権利や条件が異なるため、両者の評価価格に差が出てくる。日本では、普通株式と優先株式との間には（新株発行時の払込価格や譲渡価格における）価格差があるのだから、それで足りるとされ、代償は要求されない。

株式間の価格差についていえば、実は、ベトナムでも、複数議決権株式と普通株式の価格は、必ずしも同じではない。しかし、ベトナムではそれでもなるべく価格差が小さくなるようにと規制を課している。そのため複数議決権株式と普通株式の価格差は日本よりも低いと推察される。

しかし、日本の商法・会社法の沿革を振り返ると、優先権を引き受けることに対する代償を価額の差で解決するという発想が常に取られてきたわけではなかった。優先権の代わりに何か権利を強制的に喪失しなければならないという考えが日本にもあった。昭和 25 年商法改正から平成 13 年第二次商法改正前の無議決権株式は、議決権の喪失に対して、利益配当に関する優先を与えなければならないとされていた。この規定の形式は、ベトナムでの優先権に対する代償として制限を与える特徴と似ていると考えられる。だが、平成 17 年会社法以降、少なくとも非公開会社においてはそのような考え方は日本ではとられなくなった。

### 第三節 相違点の理由の分析

越日両国において、複数議決権株式に対する規制の有無、すなわち複数議決権という優先権に対する「代償」の必要性の有無が異なる原因には以下の 2 つの要素が候補となりうる。1 つは両国の会社類型の区分であり、もう 1 つは株主平等原則に対する理解の差異である。以下に詳しく説明する。

#### 1. 会社類型の問題

両国の間には会社の区分が異なる。そしてこの会社区分は複数議決権株式をはじめとする種類株式の内容設計の自由度にも影響を与える。具体的には、人的会社や有限会社のように、人的信頼関係がある特定少数の人々が社員となることが基本である会社においては、定款自治が寛大的に採用される。これは、第一章 2. (2) で紹介したコースの定理が妥当するからである。このような会社では、株式の内容の定め方は基本的に当事者の自由に委ねられるべきである。これに対して、人的信頼関係が薄いと思われる会社では、定款自治が厳格であり、株式の内容の定め方の自由度が減少されるようになる。これは、第一章 2. (1) で紹介したハートの定理から説明される。このことについて一般論としては異論がなからう。

まず、ベトナムの会社法制では、第二章第一節の 2. で紹介した通り、会社の類型を細かく区分しており、株式会社の以外に有限責任会社等もある。ベトナムの有限責任会社の特徴は主に 3 つある。第一に、会社の社員の数は、50 人（組織・個人）以下である（2020 年会社法 46 条 1 項）。第二に、株式会社と異なり、有限責任会社の資本は、均等な多数の部分に分けられる必要はない。そのため、有限責任会社の議決権の分配が柔軟である。第三に、有限責任会社では持分の譲渡が制限される。具体的には、社員が他人に譲渡したい場合、まず、残りの各社員に対して、会社における持分に応じた

割合で、持分の売却を申し出らなければならない。そして、売却を申し出た日から30日以内に、会社の残りの各社員が購入しない又は全部購入しないときに限り、社員でない者に対して譲渡することができる(2020年会社法52条1項)。

上記の3つの特徴から、ベトナムでは、有限責任会社の設立を選択するケースは、①会社の規模が大きくない、②社員たちが知り合いであり信頼している人々である、③知らない人や望ましくない人が自由に社員になることを欲していない場合である<sup>(119)</sup>。なお、ベトナムでは、会社設立数において会社類型の中で有限責任会社が最も多い(第二章第一節の2.における統計総局のデータを参照)。この点で、ベトナムの有限責任会社は、社員数が少ないことと持分の譲渡制限の特徴があるため、日本の非公開会社の特徴と共通するのではないだろうか。均等ではない持分は、日本の単元株制度の性質とも類似するとして説明できる。

上記の分析からすると、ベトナムでは、有限責任会社が存在しているからこそ、議決権の分配が柔軟に設計したい閉鎖的会社は、有限責任会社を選択する傾向がある。そのため、株式会社では、種類株式の内容設計の自由度を請求する必要が低いと考えられる。

これに対して、日本では、かつて存在した有限会社は平成17年会社法制定時に、株式会社の非公開会社の一部に統合した。そして、株式会社の規制が緩和され、種類株式の内容設計の自由度は飛躍的に高まった。現在の株式会社のうち、一部は、従前の属人的な有限会社から移転される会社であるから、非公開会社の規制が緩和するようになるだろう。これによって、非公開会社では、定款で当事者が自由に定める範囲が広く、種類株式の内容の定めが柔軟に設計できるようになった。

このことから、ベトナムと日本の会社法制では、会社区分立法が異なり、各会社類型に対して法規制の範囲が異なるため、議決権優先株式の設計の自由度の違いの理由である可能性がある。複数議決権が自由に設計できる日本の非公開会社はベトナムでは有限責任会社で足りるので、ベトナムの株式会社には複数議決権を自由に設計できるとする必要がないといえるからである。

しかし、必ずしもそのような整理は成り立たない。ベトナムの株式会社には株時期譲渡自由原則があるものの、日本の株式会社と同様、会社の定款で譲渡を制限する定めをすることができる(ベトナム会社法127条1項<sup>(120)</sup>)。このベトナムの譲渡制限を定める株式会社もまた日本

<sup>(119)</sup> Nguyen Thi Mai 「Nên thành lập công ty cổ phần hay công ty TNHH ? Thủ tục thành lập công ty thực hiện như thế nào ? (株式会社と有限責任会社の設立理由と手続)」(Minh Khue 有限責任法律事務所、2020年)  
<https://luatminhkhue.vn/nen-thanh-lap-cong-ty-co-phan-hay-cong-ty-tnhh-.aspx> (最終訪問 2022/01/11)。

<sup>(120)</sup> ベトナムの2020年会社法127条1項(株式の譲渡)により、「1. 株式は、…会社の定款が株式の譲渡を制限する定めを有する場合を除き、自由に譲渡できる。会社の定款が株式の譲渡を制限する規定を有する場合、当該株式の株券にその旨が明記されているときのみ、その規定は効力を有する」と規定されている。

の非公開会社と近いものと考えられることができる。

そして、日本の非公開会社には取締役会を有する会社と設置しない会社とがあるところ、ベトナムの有限責任会社に取締役会に相当する法定の機関は存在しない。つまり、日本の非公開会社のうち取締役会を有する会社は、ベトナムでは有限責任会社よりも、譲渡制限の定めのある株式会社に相当するといえる。また、ベトナムの有限責任会社には先述の通り50名の社員数制限があるところ、日本法の非公開会社にはそのような株主数制限がない点でも差異がある。

よって、日本の非公開会社の少なくとも一部（取締役会設置会社）はベトナムの譲渡制限の定めのある株式会社に相当する。にもかかわらず、前者では複数議決権株式の利用が自由に認められ、後者では規制が課されている。このような違いはなぜなのかは、会社類型の差異のみでは説明がつかない。

そして、会社類型の問題を超えてもなお残る越日の差異は、株主平等原則に対する両国の理解の差異で説明ができると思われる。具体的には以下の通りである。

## 2. 株主平等原則の適用範囲

ベトナムでは、会社法上、2020年会社法114条4項に「同種の株式を保有する株主は、それぞれの同等の権利、義務及び利益を有する」と明示的に規定され、株主平

等原則と理解されている。これは、株式の種類が同じであれば、同様に取扱われるということである<sup>(121)</sup>。

だが、ベトナムでは、一部の学説によって、会社法上の条文にはないものの「株主平等原則」があると解されている。これは株式の種類を超えて、全ての株主は平等であるべきというものである。そして、優先株式も普通株式もそれぞれ権利・義務の総体は等しくあるべきということになる<sup>(122)</sup>。複数議決権株式であればその権利・義務の総体の価値は、普通株式の権利・義務の総体と等しい価値であるべきとなる。

この見解に従えば、複数議決権株式をはじめとした種類株式は、株主平等原則の例外ではなく、株主平等原則によって規律される。そして、複数議決権の代償として、会社法の規定により制限が課される。

日本でも会社法において株主平等原則が明文化された。会社法109条1項において、「株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない」と規定された。これは、同じ内容の種類株式の中では株式数に応じて平等に取り扱うことを定めたものと理解されている。この理解は、ベトナムの2020年会社法114条4項と同様である。

だが、日本の会社法及び学説には、ベトナムの第2の意味のような種類株式と

<sup>(121)</sup> Pham Duy Nghia 『Giáo trình luật kinh tế (経済法教科書)』 (人民公安、2015年) 229頁 (同一条文である2014年会社法113条5項に関する記述)。

<sup>(122)</sup> Pham Hoai Huan・前掲注(31) 237頁。

普通株式の価値が等しくなることを要求するという理解はない。そして、少なくとも非公開会社においては、株主平等原則が種類株式の内容を制約するものとは理解されていない。非公開会社においては、会社、株主、投資家といった株式会社を取り巻く利害関係者にとって利益となる合理的な株式設計が実現できればよいというのが日本法の立場だと考えられる。そのため、日本の非公開会社においては、複数議決権に対して代償を要求するという発想はなく、複数議決権・単元株制度を用いて柔軟な設計が認められる。

### 3. 株主平等原則の差異の理由

それでは、なぜ株主平等原則の理解がベトナムと日本とで異なるのか。

まず、日本とベトナムの違いとして最初に思いつくのは、社会主義と資本主義の違いである。ベトナムは社会における平等を重視する社会主義であるので、普通株主と議決権優先株主とで権利・義務の総体の価値も平等であることを求めているのではないか。

だが、社会主義の求める平等とは人々の中の平等である。株主の保有する株式数が異なる中で、議決権優先株式の1株と普通株式の1株の財産的価値を等しくしたところで、人々が平等になるわけではない。つまり、社会主義の理念は株主平等原則の適用範囲の違いを正当化しない。

そこで本稿では、02.での分析に用いたハートの定理やコースの定理を用いて、ベトナムと日本の差異を説明したい。02

で述べた通り、日本では、上場会社ではハートの定理に従って残余請求権と議決権との一致が原則として求められ、非公開会社ではコースの定理が妥当し、なるべく当事者の自由な交渉に委ねるべきであって法規制をすべきでないという立場が取られているとした。そして、この両者の違いを説明するのは取引費用であった。取引費用が高い上場会社ではコースの定理が成り立たないため、企業価値が最大化するインセンティブを持つ者に支配権を持たせるためにハートの定理に従った上場規則が設けられている。これに対して取引費用の低い非公開会社ではコースの定理が妥当すると整理した。

この枠組みに従ってベトナム法を鑑みるに、ベトナムにおいては取引費用が日本よりも高いのではないかとすることができる。閉鎖的な会社において株主同士が話し合うというだけであれば日本もベトナムも同程度であろう。だが、取引費用には様々なものがある。株主間で最適な権利義務の取り決めをするために専門家のアドバイスを仰いだり、また一度取り決めた契約に違反した場合のエンフォースメントを裁判所に求めるための費用はベトナムの方が高いとすることができる。弁護士報酬が高いことは日本もベトナムも共通するかもしれないが、弁護士の依頼へのアクセスの容易さ、そして裁判制度への信頼や司法制度を利用することの心理的抵抗といった面でベトナムはまだまだ日本よりも取引費用が高いとすることができる。

これらのことから、ベトナムでは譲渡制限の定めのある株式会社であっても取引費用が高いため、上場会社と同様に複数議決権株式が規制されているとすることができる。そして、複数議決権の代償として求められている利用主体制限・期間制限・譲渡制限は、02.(1)で述べた通り、日本の上場規則と類似し、ハートの定理によって説明が可能な規制である。これらのことから、ベトナムにおいて、種類株式の内容にも株主平等原則が適用されるというのは、ベトナムでは取引費用が高いため、ハートの定理に近づけるための制度であると理解することができる。

なお、ベトナムにおいても有限責任会社については前述の通り複数議決権を自由に設計することができる。これは有限責任会社であれば、社員数の制限等もあり、譲渡制限の定めのある株式会社よりもさらに社員間の関係が親密であることから、交渉にリーガルサービスを利用することもほとんどなく、また違反した場合もコミュニティ間のレピュテーション等が機能するため司法制度を利用することもないため、ベトナムにおいても取引費用が非常に低いからと説明できるであろう。

このようにベトナムと日本の複数議決権株式の規制の差異は、両国の閉鎖的な会社をめぐる取引費用の多寡で説明がつく。

#### 第四節 小括

本章では日本とベトナムとでは閉鎖的な株式会社における複数議決権株式への規制が異なる理由について分析した。日本では非上場会社は複数議決権株式を自由に設計できるのに対して、ベトナムでは複数議決権に対する代償として3種類の規制（利用主体制限・期間制限・譲渡制限）が課されており、その理由は、複数議決権株式の権利義務の総体と普通株式の権利義務の総体とは等しい価値であるべきだという株式の種類を超えた株主平等原則にある。これに対して、日本では株主平等原則は、少なくとも非公開会社においては、株式の種類を超えて適用されるものではないとされていた。

ベトナムにおいては有限責任会社では議決権の設計が自由に認められている。だが、有限責任会社には取締役会が存在せず、日本法の非公開会社のうち取締役会を設置しない会社のみがベトナムの有限責任会社に妥当する。日本法の取締役会を設置した非公開会社に相当するベトナムの譲渡制限の定めのある株式会社は株式会社である以上、複数議決権株式には上記の規定の適用がある。

その理由は、法理論としては、株主平等原則の適用範囲の差異であるとされていた。そして株主平等原則の理解がベトナムと日本とで異なるのは、ベトナムが平等を重視する社会主義国家だからではなく、取引費用の多寡の問題であると考えられる。すなわち、ベトナムでは司法へのアクセスが日本よりも困難であることなどにより取引費用が高くなっている

ため譲渡制限の定めのある株式会社であってもコースの定理が妥当せず、ハートの定理によって種類株式制度が設計されている。

## 第五章 おわりに

本稿では、ベトナムが閉鎖的な株式会社においても複数議決権株式に複数議決権という利点の代償を要求するという考え方、すなわち、複数議決権の権利義務の総体と普通株式の権利義務の総体とが等しくなるべきという日本法にはない発想が背後にあることを導き、その理由を分析した。そして、その理由は、ベトナムにおいては、閉鎖的な株式会社においても取引費用が高くコースの定理が成り立たず、ハートの定理に従った法的な介入が望ましいというものであった。

そのような中で注目されるのが、ベトナムの 2020 年会社法が、議決権優先株式を定義の中で「普通株式」とした点である（第二章第三節 3）。議決権優先株式に普通株式的な性格を認めるということは、議決権優先は優先権ではありながらも真正の「優先権」とは認めないという方向を示唆する。ベトナムでは優先権には必然的に「代償」が求められるところ、議決権優先は真正の優先ではないので「代償」が不要になるのではないか。すなわち優先議決権株式について利用株主の制限・期間制限・譲渡制限といったものが将来の立法によって撤廃される可能性を示唆する。

このことは本稿の理解によれば、ベトナムにおいても、弁護士が増加し、そのサービスの質も向上し、裁判所の信頼も向上していることから、取引費用が安価になっており、コースの定理が妥当する領域が拡大していくのではないかということの意味する。本稿の仮説が正しいのかどうか、これからのベトナムおよび日本の非上場会社・非公開会社における取引環境の変化に今後も着目していきたい。

# 不法焼却禁止の例外を定める廃棄物処理法施行令 14 条 5 号 該当性が否定された事案

——東京高判令和 4 年 3 月 9 日高検速報 (令和 4 年) 3827 号——

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 4 年 3 月 9 日高検速報 (令和 4 年) 3827 号

- 1 事案の概要
- 2 判旨

### III 評釈

- 1 問題の所在
- 2 施行令 14 条 5 号における「軽微」について——何が軽微か——
- 3 「周辺地域の生活環境への影響」が軽微なもの——軽微性を否定する諸事情——
  - (1) 焼却量の多さ
  - (2) 焼却時間の長さ
  - (3) その他の要素
- (7) 仙台高判平成 22 年 6 月 1 日高刑速 (平 22) 号 267 頁
- (4) 福岡高宮崎支判令和 2 年 1 月 28 日 LEX/DB 25593008
- (7) 東京高判令和 2 年 8 月 20 日高刑速 (令 2) 号 211 頁
- (エ) 分析
- (4) 従来判例理論から見た本判決の意義
- (5) 通報の位置づけ——周辺地域の生活環境への影響?——
- 4 残された課題

## IV おわりに

### I はじめに

本評釈が検討するのは、廃棄物処理法 16 条の 2 (焼却禁止) の例外を定める、同法施行令 14 条 5 号該当性が争われた事件である<sup>(1)</sup>。

本事件は、次の 2 点において、実務的参考価値が高いと思われる。

第 1 に、本件で焼却された廃棄物は、約 1.25kg であり、判例集やデータベースに掲載されている事例と比較すると、少量の事案に

属する ([表 1] 参照)。実務上、焼却量が少ない事案では、被告人から「軽微な焼却であるから施行令 14 条 5 号に該当する」との抗弁が出されるケースが少なくない。そのため、少量の廃棄物の焼却につき施行令 14 条 5 号該当性を否定し、不法焼却罪の成立を認めた本判決は、今後の実務にとって、参照価値が高い。

第 2 に、施行令 14 条 5 号は、具体的にどう

<sup>(1)</sup> 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。

いった場合を軽微な焼却として許容しているのか、必ずしも明白でないことから、捜査官が集めるべき証拠（施行令の適用を排除する要素）についても、不明確な部分が残されている。本判決は、これまでの裁判例とは異なる要素（後述する例外ルール 3）を認定することで、施行令 14 条 5 号の軽微該当性を否定

し、不法焼却罪の成立を認めた。この点で本判決は、捜査実務にとっても参考価値の高いものと思われる。

以上のような理由から、本判決を取り上げ、検討を加える。なお事案の概要と判旨は、高検速報からではなく、判決文（令和 3 年（う）第 797 号）から抽出、引用を行った。

〔表 1〕		
1	鶴岡簡裁平成 13 年 12 月 27 日（略式命令）海上保安大学校海上環境法令研究会編『海上環境刑事判例集』（改訂版、2001 年）1450 頁	建築廃材約 216kg
2	佐渡簡裁平成 14 年 12 月 9 日（略式命令）海上保安大学校海上環境法令研究会編『海上環境刑事判例集』（改訂版、2001 年）1454 頁	木くず約 110kg
3	広島地呉支判平成 16 年 5 月 25 日海上保安大学校海上環境法令研究会編『海上環境刑事判例集』（改訂版、2001 年）1465 頁	廃船 2 台（約 7.67m と 7.15m）
4	広島高判平成 19 年 11 月 27 日高刑速（平 19）号 439 頁	廃木材等約 5kg
5	仙台地判平成 21 年 1 月 16 日 LLI/DB L06450043 ※ただし不法焼却罪の点は無罪である。	こたつ等約 20kg
6	仙台地判平成 22 年 6 月 1 日高刑速（平 22）号 267 頁	廃木材約 1.1kg
7	高松地判平成 30 年 5 月 31 日 LEX/DB 25564821	古畳約 345.6kg
8	広島高判令和元年 7 月 18 日裁判所ウェブサイト	廃木材等約 512kg
9	広島高判令和元年 7 月 25 日裁判所ウェブサイト	伐採木等約 600kg
10	大阪地判令和 2 年 7 月 8 日裁判所ウェブサイト	プラスチック製警報装置 420 個（約 37.8kg）
11	福岡地小倉支判令和 2 年 8 月 3 日 LEX/DB 25566675	ゴミ袋 1 袋（残燃物重量約 1.8kg）
12	東京高判令和 2 年 8 月 20 日高刑速（令 2）号 211 頁	竹と柿の木約 20.5kg
13	神戸地姫路支判令和 3 年 1 月 26 日裁判所ウェブサイト	枯れ草等約 20.1kg

**II 東京高判令和 4 年 3 月 9 日高検速報（令和 4 年）3827 号**

**1 事案の概要**

被告人は、午前 0 時頃から同日午前 1 時 33 分頃までの間、宇都宮市内の資材置場におい

て、約 1.25kg の廃棄物を焼却したとして、不法焼却罪で起訴された。

原審（宇都宮簡判令和 3 年 3 月 30 日判例集未掲載（令和 2 年（ろ）第 82 号））は、被告

人に、罰金 10 万円の有罪判決を下した。

原審では、施行令 14 条 5 号に定める「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」に当たらない理由として、㉞被告人が焼却した廃棄物は、段ボールが約 0.6kg、プラスチック製の弁当の空き容器やペットボトルを含む家庭ゴミが約 0.65kg の合計約 1.25kg に及ぶことからすれば、本件焼却行為によって周辺の生活及び自然環境が害されたものと認められるとし、㉟実際に、警察署に対し、ごみが燃えているにおいがするという通報があり、それを受けて警察官 2 名が現場に臨場したこと、㊱焼却をした敷地から約 50m 離れた地点においても、何かを燃やすにおいが漂っていたこと、㊲本件焼却行為によって生じた煙は、資材置場の敷地の外からも視認できたこと、㊳被告人自身も、本件焼却行為を日中に行うと、燃えかすが風に乗って周囲に飛んだり、煙が出るなどして周辺住民に迷惑がかかる可能性があるため、夜間に行った旨供述していること、が指摘されている。

これに対し被告人は、次の 4 点（所論①～④）を主張して、控訴した。

所論① 原判決は、被告人が焼却した廃棄物の種類や数量から、周辺の生活及び自然環境が害されているというが（上記㉞）、環境が害されたことに関する証拠は、住民からの通報のみであり、そのような証拠だけで、専門的知見もないのに環境が害された旨の判断をしたのは誤りである。

所論② 原判決は、臨場した警察官らの供述によって、本件焼却行為によって生じた煙が、資材置場の外から視認できたとしているが（上記㉟）、その根拠の一つとされた原審甲 7 には煙は撮影されておらず、この点の判断は誤りである。

所論③ 原判決は、被告人が夜間に本件焼却行為を行った理由として述べた内容（上記㊱）や、警察官らが住民の申告により臨場したこと（上記㊲）を挙げているが、これらは、本件焼却行為が環境に与えた害を立証するものではない。

所論④ 本件焼却行為は、周囲に火の粉や焼却物等が飛散しない構造となっている焼却炉において行われ、火が上がっていた時間は 10 分から 15 分程度、煙が上がっていた時間については 20 分から 25 分程度であり、周辺住民による申告も何か燃えているにおいがするという程度で、異臭や燃えかすの飛散等の具体的苦情はないから、「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」に該当するというべきである。

そうしたところ、東京高裁は、次のように判示し、被告人の控訴を棄却した（その後、確定）。

## 2 判旨

(2) 所論①は、専門的知見もないのに、環境が害された旨の判断をした原判決の判断（上記㉞）、を論難する。しかし、本件は、原審で取り調べた証拠によって、被告人が、ペットボトルや弁当の容器などのプラスチックゴミと段ボールを焼却し、その結果、プラスチックゴミは燃え残って固まった焼却残渣物になったことが認められる事案であり、プラスチックゴミを適切な施設によらないで私的に焼却すると有害物質を生じさせる危険があることは、一般に広く認知されている知識（公知の事実）であることも踏まえると、専門的知見がなくても、上記の事実関係等から周辺の環境が害された旨の判断は可能であるといえ、この点の所論は採用できない（なお、

被告人自身も原審公判において、ペットボトルやプラスチックを焼却することによりダイオキシン類が発生する懸念がある旨の知識があった旨の供述をしている。)

(3) 所論②は、…(中略)…警察官らの証言等を根拠に本件焼却行為によって生じた煙が、資材置場の外から視認できた旨認定した原判決の判断に誤りはない。

(4) 所論③は、通報を受けて警察官らが臨場した旨の事実(上記①)や、被告人自身が夜間に本件焼却行為を行ったこととして述べた内容(上記②)が本件廃棄物処理法違反の判断とは無関係である旨主張しているが、原判決の上記①が指摘する点は、本件焼却行為が、周辺環境に影響していることをうかがわせる事実の一つといえるし、原判決の上記②が指摘する点は、被告人自身も、本件のような焼却行為が日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却でないことやそうした焼却行為の有害性を実質的に認識していたことを示す事情の一つといえるから、この点の所論も採用できない。

(5) 所論④は、火が上がっていた時間や煙が上がっていた時間が短いとして、本件焼却行為が、「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」に該当すると主張するが、上記のとおり、本件焼却行為は、有害物質を生じさせる危険のあるプラスチックごみをも対象としているし、上記のとおり、周囲住民からごみを燃やしていることについての通報がされており、環境に与える影響も軽微とはいえないものである。このような焼却行為が、日常生活を営む上で通常行われていないことも明らかであるといえるから、この点の所論も採用できない。

### Ⅲ 評釈

#### 1 問題の所在

本件では、被告人の行った焼却行為が、「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」として、焼却禁止の例外を定める施行令14条5号に該当するかが争われた。

この点、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)は、施行令14条5号に該当する事例として「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」としている。ここでは、適用対象となる具体例が示されているものの、軽微なものとの評価される限界、判断方法については明らかとされておらず、本件問題解決に十分なものではない。

そこで以下では、①施行令14条5号における「軽微」とは、何が軽微であることを意味するのか、②裁判所は、どのような要素を認定して軽微判断を行っているか、という2つの点から本判決の意義について分析を行う。

#### 2 施行令14条5号における「軽微」について——何が軽微か——

施行令14条5号により許容される焼却は、「軽微なもの」である。もっとも、ここでは何が軽微なものでなければならないのか、明確でない。これを明確化するには、大きく分けて2つの方法が存在するように思われる。

第1の方法は、焼却のみに着目して判断する方法である。例えば、焼却対象となった廃棄物の量を基準として判断する方法が考えられる。根拠としては、不法焼却罪が、法益侵害の具体的な危険発生を認定しなければならない具体的な危険犯ではなく、(一般的・抽象的な危険発生を認定すれば足りる)抽象的危険犯<sup>(2)</sup>として規定されていることがあげら

<sup>(2)</sup> 不法焼却罪を抽象的危険犯と解する見解として、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。これに対し、不法焼却罪の成立範囲が政令等にも影響を受け

れよう。もっとも焼却量を、残焼量から推知するのは容易でなく、また焼却によりダイオキシンが発生するか否かを問題としない結論にも、不法焼却罪の立法趣旨との関係で疑問が残る。

これに対し第2の方法は、焼却により発生する影響に着目して判断する方法である。根拠となるのは、廃棄物処理法である。すなわち、廃棄物処理法16条の2第3号における「軽微」は、条文上、「周辺地域の生活環境に与える影響」が「軽微」とされている。そこで、廃棄物処理法を受けて定められている施行令14条5号においても同様に、「軽微」とは、「周辺地域の生活環境に与える影響」が「軽微」なことを意味すると考えることが出来る。第2の方法による場合、判断が、周辺地域の生活環境がどのような状況であったかにより左右されるという問題はあるものの、廃棄物処理法と施行令を統一的に解釈することが可能になる。

本判決は、第2の考え方を前提としたものと評価出来る。なぜなら、不法焼却罪は、犯罪構成要件としての明確性を欠き憲法31条に違反するという被告人の主張に対し、『『軽微なもの』といえるかどうかは、周辺地域の生活環境に与える影響に即して判断されるべきもので、一定の評価を伴うものではあるが、『たき火』という除外事由該当行為の例示も定められており、対象物を焼却することの有害性に関する一般的な知識や焼却の規模等から通常的判断能力を有する一般人において判断が可能』と述べているからである。

### 3 「周辺地域の生活環境への影響」が軽微なもの——軽微性を否定する諸事情——

以上のようにして、施行令14条5号により廃棄物の焼却が許容されるには、周辺地域の生活環境に与える影響が軽微であると認められなければならない。それでは、どのような要素により影響が軽微であると判断すべきであろうか。これまでの裁判例を素材として、分析を試みる。

#### (1) 焼却量の多さ

まず一般的に、焼却量が多ければ、周辺地域の生活環境に与える影響は大きくなりやすく、施行令14条5号の適用は困難になる。このことは、山口地判平成31年4月3日LEX/DB25564181<sup>(3)</sup>の判示の中に見ることが出来る。

合計にして600キログラムを超えるほどの本件丸太等を自ら焼却処分するなど、環境面、安全面に照らして個人の自律にゆだねられる領域を逸脱しているといわざるを得ず、現に危険を感じた被告人による消防への出動要請にすら繋がっているのであるから、いかに被告人方の広い敷地内において、マムシの出現をいう近隣住民の指摘を受けて、被告人なりに周囲の安全に気を配って5か所に分散させて焼却したものではあれ、本件焼却が同法16条の2第3号、同法施行令14条5号所定の「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」に当たらないこともまた、明らかというべきである。

#### (2) 焼却時間の長さ

また、焼却が長時間に及ぶ場合も、周辺地

ることから、解釈運用に際し不法投棄罪と同じような限定を行うこと、具体的には「環境あるいは公衆衛生の保全を侵害するおそれのある行為態様で」と限定解釈することを提案するのは、中山研一ほか『環境刑法概説』（成文堂、2003年）239頁〔神山敏雄〕。この見解は、不法焼却罪を具体的危険犯に近づけて理解するものといえよう。

(3) 同事件の控訴審（広島高判令和元年7月25日裁判所ウェブサイト）では、施行令14条5号該当性は争われていない。控訴審の判例評釈として、生活安全判例研究会「判批」捜査研究842号（2020年）102頁以下、警察実務研究会「判批」『令和2年版 警察実務重要裁判例（警察公論75巻11号付録）』（2020年）115頁以下、今井康介「判批」松原芳博＝杉本一敏編『判例特別刑法 第4集』（日本評論社、2022年）386頁以下（＝新・判例解説Watch26号（2020年）313頁以下）参照。

域の生活環境に与える影響が大きくなりやすい<sup>(4)</sup>。高松地判平成 30 年 5 月 31 日 LEX/DB 2556421<sup>(5)</sup> は、古畳 16 枚 (345.6kg) を夜間に焼却した事案につき、施行令 14 条 5 号の適用を否定した。その際、焼却が長時間である点を (も) 指摘している。

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。

### (3) その他の要素

それでは、焼却量の多さ、焼却時間の長さ以外にも着目すべき要素は存在しないのであろうか。この点を明らかにするため、以下では焼却量が少量であったり、焼却時間が長時間ではないにもかかわらず、施行令 14 条 5 号

該当性を否定した 3 つの高裁判決を参照し、「軽微なもの」該当性を否定するために認定されている要素の分析を行う。

### (7) 仙台高判平成 22 年 6 月 1 日高刑速 (平 22) 号 267 頁

仙台高裁は、家屋新築工事現場において、基礎工事に使用した木製の型枠廃材 (木材 3 枚約 1.1kg) を焼却したとして不法焼却罪に問われた被告人に対し、次のように述べて施行令 14 条 5 号該当性を否定した<sup>(6)</sup>。

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、本件木材の重量が約 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出来ない。

### (4) 福岡高宮崎支判令和 2 年 1 月 28 日 LEX/DB 25593008

被告人は、不要になったステレオのスピーカー 1 台を焼却した (焼却残量約 1.85kg) とし、不法焼却罪で起訴された。原審は (宮崎簡判令和元年 10 月 2 日判例集未掲載 (平成 31

<sup>(4)</sup> 焼却時間が長くなるのは、焼却量が多い場合であろう。つまり焼却量の多さと焼却時間の長さは、相関が認められやすいように思われる。

<sup>(5)</sup> 同事件の控訴審 (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) では、施行令 14 条 5 号該当性は争われていない。

<sup>(6)</sup> 該当部分は、判決文 (平成 22 年 (う) 第 5 号) から引用を行った。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」『平成 23 年版 警察実務重要裁判例 (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。

年(ろ)第1号))は、「日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却」に該当しないと判断するまでもなく、施行令14条5号に該当しないとしたが、福岡高裁宮崎支部は、次のように述べて、軽微なものに当たらないとした。

厚生省生活衛生局水道環境整備課長通知第12の8によると、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しては、たき火、キャンプファイヤー等を行う際の木くず等の焼却が考えられるとされているところ(原審甲第11号証)、これは、たき火、キャンプファイヤー等の日常生活を営む上で通常行われる行為に際し、比較的少量の木くず等の自然物が燃料として用いられるような場合の中には、周辺環境に与える影響がほとんどないか、あるいは軽微であるものが含まれ得ることが考慮されたものであると考えられる。

これに対し、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ー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。

#### (7) 東京高判令和2年8月20日高刑速(令2)号211頁

本件は、竹約20.5kg及び柿の木の枝約4.25kgを、ユンボで掘った穴に入れて、ガスバーナーで火をつけて焼却した(約30分間)事案について、不法焼却罪の成立を認めた事

案である。東京高裁は次のように判示した<sup>(7)</sup>。

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。

#### (8) 分析

以上の諸判決において、認定されている要素は、次の2種類に分けることができる。

<sup>(7)</sup> 本判決については、島本元気「判批」捜査研究843号(2021年)2頁以下、警察実務研究会「判批」『令和3年版 警察実務重要裁判例(警察公論76巻11号付録)』(立花書房、2021年)119頁以下、今井康介「判批」東北ローレビュー10号(2022年)80頁以下、天田悠「判批」法律時報94巻9号(2022年)151頁以下参照。

第1は、煙や悪臭の発生である。仙台高判平成22年6月1日は、約5mの煙と焦げ臭いにおいを認定し、福岡高宮崎支判令和2年1月28日は、相応の煙と異臭を認定し、東京高判令和2年8月20日は、煙の立ち上がりを警ら中の警察官が現認したことを認定した。どの程度の煙や悪臭の発生が必要かという基準については、東京高判令和2年8月20日は、1つの基準を示している。すなわち、社会通

念上、「たき火」と理解できる程度を超えるか否かである。

第2は、延焼の危険である。仙台高裁平成22年6月1日は、周辺木材に火の粉が付くなどして生じる延焼の危険、つまり不法焼却がさらに拡大する可能性を認定している。

3つの事件と本件を比較するため、施行令14条5号の適用に際し指摘されている事情をまとめると、[表2]のようになる<sup>(8)</sup>。

[表2]	対象物の内容と量	焼却時間	認定している要素	結論
仙台高判平成22年6月1日	廃木材3枚 約1.1kg	午前9時50分～10時ごろ 約10分間	白煙が約5m 延焼の危険 周辺にも焦げ臭い匂い	罰金5万円
福岡高宮崎支判令和2年1月28日	スピーカー1台 約1.85kg	不明	相応の煙や異臭などを発生させる蓋然性	罰金8万円
東京高判令和2年8月20日	竹(約20.5kg) 柿の木の枝(約4.25kg) 合計約25kg	午前9時5分～35分ごろ 約30分間	付近を警ら中の警察官が、煙が立ち上がるのを現認	罰金20万円
東京高判令和4年3月9日	段ボール(約0.6kg)、プラスチック製弁当の空容器等(約0.65kg) 合計約1.25kg	午前0時～午前1時33分頃 約90分間	有害物質を生じさせる危険のあるゴミをも対象 ゴミを燃やしていることの通報	罰金10万円

#### (4) 従来の判例理論から見た本判決の意義

以上のような分析から、次のような原則と、例外ルールが存在することが明らかとなる。

- A) 焼却量が少ない場合、あるいは焼却時間が短い場合、周辺地域の生活環境に与える影響は、軽微と評価しやすい(原則)。
- B) しかし、煙や悪臭を発生させている場合、軽微と評価することは出来ない(例外ルール1)。
- C) また、延焼の危険を発生させている場合も、軽微と評価することは出来ない(例

外ルール2)。

本件東京高裁は、焼却が有害物質を生じさせる危険があることを指摘して軽微性を否定した。

すなわち、判旨の(5)において、「火が上がっていた時間や煙が上がっていた時間が短いとして、本件焼却行為が、『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』に該当すると主張するが、上記のとおり、本件焼却行為は、有害物質を生じさせる危険のあるプラスチックごみ

<sup>(8)</sup> 天田・前掲注(7)153頁は、不法焼却罪の法益理解からすると、施行令14条5号適用の際、焼却対象物の内容・量や焼却時間の長さを単純に比較することが適切とは思われないとしている。なお本文における[表2]の作成に際し、天田悠による特別刑法判例研究会(2022年4月16日、早稲田大学)の配布物を参考にした。

をも対象としている」と述べている。

これは、軽微なものの判断に際し、これまでの裁判例で認められていた例外ルール 1 や 2 とは別の、例外ルール 3 が存在することを明らかにし、本件事案が、例外ルール 3 に該当することを示したものと解すべきであろう。

また本判決は、例外ルール 3 における有害物質を生じさせる危険性について、専門的知見に基づく認定（これは、ダイオキシン発生量の科学的認定を意味すると思われる。）を行う必要はないことを明らかにした（判旨(2)参照）。この点も重要な意義を有するといふべきである。

#### (5) 通報の位置づけ——周辺地域の生活環境への影響？——

本判決は、判旨(5)において、「周囲住民からゴミを燃やしていることについての通報がされており」として、通報があった事実についても、環境に与える影響の軽微性判断に意義を有するかのような判示を行っている。この点をどのように考えるべきであろうか。

たしかに通報があったという点は、周辺地域の生活環境に与える影響を判断するに際して、間接的な考慮事情となりうるかもしれない。しかし、通報それ自体を直接的な根拠として、周辺地域の生活環境への軽微性を否定することは認められないといふべきである。なぜなら、不法焼却罪は（焼却現場付近の）住民の不安感や警戒感の類いを保護する規定ではないからである。

前述の福岡高宮崎支判令和2年1月28日では、以下のように、通報の事実が、軽微性判断ではなく、可罰的違法性の判断と関連づけられている。

第2 本件焼却行為に可罰的違法性がないという論旨について

…（中略）…

2 所論は、(1)本件スピーカーの金属部分は燃え

ず、その余の部分は基本的に木でできているから、本件スピーカーを焼却しても有毒ガスの発生により生活環境に有害な影響を与える蓋然性が低いのは明らかである、(2)被告人が焼却した現場付近は、田畑が広がる農村地帯であり、交通量は少なく、民家がほぼない状態であり、さらに被告人が水を汲んでおくなどしていつでも火を消せる準備をしていたことからすれば、煙や火災により生活環境に有害な影響を与える蓋然性が低いのは明らかであるから、本件焼却行為に可罰的違法性はない、というのである。

3 しかしながら、前記のとおり、本件焼却行為は電気製品であるスピーカーを野外で焼却するというものであり、相応の煙や異臭を発生させる蓋然性のある行為であると認められることや、本件焼却行為によって近隣住民から警察に110番通報がなされていることからすると、本件焼却行為が周辺地域の生活環境に与える影響が軽微であって、およそ刑事処罰に適さないとはいえない。

このことからすると、本判決においても、通報を認定した点は、可罰的違法性が十分に認められることを示したに過ぎないとみる余地もあるであろう。

#### 4 残された課題

施行令 14 条 5 号が適用される要件は、 $\alpha$  「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、 $\beta$  「軽微なもの」であるところ、本件判決は、 $\beta$  該当性だけでなく、 $\alpha$  該当性も否定した。つまり、判旨(5)の部分において「このような焼却行為が、日常生活を営む上で通常行われていないことも明らかであるといえる」としている。それゆえ、本判決には、本件焼却行為が $\alpha$ に該当しない事例であることを示す意義も認められる。

問題は、 $\alpha$  該当性をどのように判断すべきかである。これについては、山口地判平成 27

年5月20日LEX/DB 25540795（行政処分取消訴訟）が、施行令14条5号の「たき火」に該当し、適法であるとの主張について、次のように判示しているのが参考になる。

イ …（中略）…施行令14条5号にいう「たき火」とは、日常生活を営む上で通常行われ、社会の慣習上やむを得ないと理解される、庭で落ち葉などを焚く程度の廃棄物の焼却であって、周辺地域の生活環境に与える影響が軽微であり、生活環境の保全という法の趣旨に背くことのないものをいうと理解できる。また、法16条の2は、例外の一つとして、1号で、一般廃棄物処理基準等に従って行う廃棄物の焼却を定めており、その処理基準に従わない廃棄物の焼却行為は違反行為に該当することになることも参考になる。

ウ これを本件について見ると、前記(1)の事実によれば、本件焼却行為は、私人でなく、産業廃棄物収集運搬業者である原告の従業員が、本来であれば他の産業廃棄物処理業者に委託して処分する予定の産業廃棄物である木くずが焼却可能な状態で大量においてある本件資材置場において、職務行事中、少なくとも約12.4キログラムの上記木くずを、直径約50センチメートルないし80センチメートル、高さ約45センチメートルのドラム缶で、午前8時30分から午後1時35分ごろまでの約5時間にわたり、その焼却による煙が周辺から視認できる程度に、焼却を続けたというものである。したがって、本件焼却行為は、「庭で落ち葉を焚く」といえるようなものではなく、焼却行為者、焼却態様、焼却場所、対象物の内容及び量、焼却所要時間、焼却方法、周囲からの視認状態等を総合して見た場合、日常生活上通常行われるもの、あるいは社

会慣習上やむを得ないものとしての「たき火」に該当するということとはできない。

ここでは、「たき火」が、焼却行為者、焼却態様、焼却場所、対象物の内容及び量、焼却所要時間、焼却方法、周囲からの視認状態等を総合して判断がなされており、「日常生活を営む上で通常行われる廃棄物の焼却」の判断に際しても同様の考慮が行われるべきであろう。このように解した場合、 $\alpha$ 部分と $\beta$ 部分の判断は、判断要素が大幅に重なるようにも見えるため、両者の判断にいかなる違いがあるか、今後の課題として残る<sup>9)</sup>。

#### IV おわりに

本事件は、廃棄物約1.25kgについて不法焼却罪の成立を認めた事件であり、少量の廃棄物について不法焼却罪の成立した事案として参照価値があるほか、施行令14条5号における「軽微なもの」を、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が軽微なものと解している点も重要である。

また、これまでの裁判例と本件の分析から、施行令14条5号における「軽微なもの」判断には、次のルールが見いだされる。

焼却量が多い場合、あるいは焼却時間が長い場合、周辺地域の生活環境に与える影響が軽微であるとはいえない。仮に焼却量が少量であったり、焼却時間が短い場合であっても、煙や悪臭を発生させている場合（例外ルール1）、延焼の危険を発生させている場合（例外ルール2）、そして本件東京高裁が明らかにしたように、焼却物に有害物質が含まれている場合（例外ルール3）、軽微と評価することは

<sup>9)</sup> そのほか、 $\alpha$ 該当性及び $\beta$ 該当性を否定している事件として、広島高判平成19年11月27日高刑速（平19）号439頁がある。これは廃木材5kgの焼却について、施行令14条5号が適用出来るか争われた事件である。原審である萩簡判平成19年7月6日判例集未掲載（平成19年（ろ）第1号）は、「当該焼却行為は、施行令14条5号の『日常生活を営む上で通常行われる』ことの要件も、軽微であることの要件も満たさないというほかない。」とした。広島高裁も、「『たき火』からほど遠いものであり、『たき火』に類似するなどとはいえず、『軽微なもの』であるともいえない。」としている。本事件の評釈として、阿部鋼「判批」月刊廃棄物594号（2020年）42頁以下参照。

出来ない。例外ルール 3 により軽微性を否定する場合、有害物質による危険性が一般に広く認知されているのであれば、専門的知見による認定を行う必要はない。

本判決の最大の意義は、施行令 14 条 5 号における軽微の判断に関し、例外ルール 3 による判断枠組みがあることを示し、その認定方法として専門的知見による認定は不要と明示した点に見いだされる。

廃棄物を焼却した場合、どのような状況であれば「軽微」と評価されず、施行令 14 条 5 号の適用が排除されるのか、言い換えると、別の例外ルールは存在しないのかについては、今後も実務の事例を集積することで具体化していくべきであろう。本評釈がそのような作業に貢献すれば幸いである。

# いわゆるキャッシュカードすり替え型の窃盗罪につき 実行の着手が認められた事例

最（三小）決令和4年2月14日刑集76巻2号101頁

東北大学大学院博士課程後期3年の課程 小林 明日香

## 一 事実の概要

## 二 決定要旨

## 三 研究

### 1. はじめに

### 2. 関連裁判例

(1) すり替え型窃盗の実行の着手が問題となった下級審裁判例

(2) 分析

### 3. 検討

(1) 本決定の理論構造

(2) 結論の妥当性

(3) 私見

### 4. おわりに

## 一 事実の概要

氏名不詳者らは、警察官を装う者が、被害者に電話をかけ、被害者のキャッシュカードを封筒に入れて保管することが必要であり、これから訪れる金融庁職員がこれに関する作業を行う旨信じさせるうそを言う一方、金融庁職員を装う被告人が、すり替えに用いるポイントカードを入れた封筒（以下、偽封筒）を用意して被害者宅を訪れ、被害者に用意させたキャッシュカードを空の封筒に入れて封をした上、割り印をするための印鑑が必要である旨説明し、被害者に印鑑を取りに行かせ、被害者が離れた隙にキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替え、キャッシュカード入りの封筒を持ち去って窃取することを計画していた（以下、本件犯行計画）。

警察官になりすました氏名不詳者は、

本件犯行計画に基づいて、令和元年6月8日午後2時過ぎに被害者宅に電話をかけ、被害者（当時79歳）に対し、「詐欺の被害に遭っている可能性があります。」「被害額を返します。」「それにはキャッシュカードが必要です。」「金融庁の職員があなたの家に向かっています。」「これ以上の被害が出ないように、口座を凍結します。」「金融庁の職員が封筒を準備していますので、その封筒の中にキャッシュカードを入れてください。」「金融庁の職員が、その場でキャッシュカードを確認します。」「その場で確認したら、すぐにキャッシュカードはお返ししますので、3日間は自宅で保管してください。」「封筒に入れたキャッシュカードは、3日間は使わないでください。」「3日間は口座からのお金の引出しはできません。」などと告げた（以下、これらの文言を本件う

そという)。

指示役の指示に基づき被害者宅の所在する町内で待機していた被告人は、同日午後4時10分頃、指示役の合図により、徒歩で被害者宅の方に向かった。しかし、被告人は、同日午後4時18分頃、被害者宅まで約140mの路上まで赴いた時点で、警察官が後をつけていることに気付き、指示役に指示を求めるなどして犯行を断念した。

一審及び控訴審はいずれも被告人に窃盗未遂罪の成立を認めた<sup>(1)</sup>。

これに対して、被告人側は、被告人が窃盗の目的物であるキャッシュカードを入れた封筒を封印する必要があるとそれを言い、被害者に印鑑を取りに行かせるよう仕向ける行為、すなわち、キャッシュカードから目を離させる行為が、被害者のキャッシュカードに対する事実上の支配を侵害する現実的・具体的危険性のある行為となるから、このような行為をしていない時点では窃盗未遂罪は成立しない旨主張して上告した。

## 二 決定要旨

### 上告棄却

「本件犯行計画上、キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードを窃取するには、被害者が、金融庁職員を装って来訪した被告人の虚偽の説明や指示を信じてこれに従い、封筒にキャッシュカードを入れたまま、割り印をするための印鑑を取りに行くことによって、すり替えの隙を生じさせることが必要であり、本件うそはその前提となるものである。そして、本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する

説明や指示に従う必要性に関係するうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながるとともに、被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すよううそが含まれている。このような本件うそが述べられ、金融庁職員を装いすり替えによってキャッシュカードを窃取する予定の被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、被害者が間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の説明や指示に従うなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらし、その隙に被告人がキャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードの占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められる。

このような事実関係の下においては、被告人が被害者に対して印鑑を取りに行かせるなどしてキャッシュカード入りの封筒から注意をそらすための行為をしていないとしても、本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる。したがって、被告人について窃盗未遂罪の成立を認めた第1審判決を是認した原判断は正当である。」

<sup>(1)</sup> 一審（山形地判令和2年3月26日刑集76巻2号115頁）と控訴審（仙台高判令和2年7月14日刑集76巻2号135頁）では、実行の着手は論点とならなかった。

### 三 研究

#### 1. はじめに

本決定<sup>(2)</sup>は特殊詐欺の一類型である<sup>(3)</sup>キャッシュカードすり替え型窃盗事案において、キャッシュカードの占有侵害に至る危険性を根拠として、「本件うそが述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあった」として窃盗罪の未遂犯の成立を認めた<sup>(4)</sup>。これまですり替え型窃盗の実行の着手について判断した下級審裁判例は複数存在していたものの、いずれの時点で窃盗罪の実行の着手を認めるかについては判断が分かれており、本決定はこの点に関して最高裁として初めて判断したのものとして注目に値する。

すり替え型窃盗の下級審裁判例に影響を及ぼしたと考えられる最決平成 16 年 3 月 22 日<sup>(5)</sup> (以下、平成 16 年決定) は、実行の着手を認める上での具体的考慮事情と密接性及び危険性との関係、さらに密接性と危険性の関係を明らかにしておらず、そのことが下級審裁判例における

実行の着手時期に関する判断の相違をもたらしたと考えられるところ、本決定が危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示した点に意義が認められるであろう。

また、本決定の事案では、被害者宅への侵入が予定されていたことから、侵入窃盗の実行の着手が問題となった事案であると理解し、本決定と従来の侵入窃盗が問題となった判例・裁判例との比較を行う評釈や論考が複数存在する<sup>(6)</sup>が、そのような観点から本決定を分析する意義は乏しいように思われる。なぜなら、すり替え型窃盗では被害者が窃取行為を行う上での障壁となっており、その障壁を除去し、窃盗罪を実現するためには被害者と接触することが必要とされているのに対し、通常の侵入窃盗の類型では被害者との接触が予定されていないために、両類型に類似性は見出し難いからである。他方で、本決定は、被害者に対する欺罔的手段を用いた窃盗である詐欺的窃盗の一類型であることから、詐欺的窃盗が問

<sup>(2)</sup> 本決定の評釈として、河津博史「判批」銀行法務 21 883 号 (2022 年) 66 頁、高橋直哉「判批」法学教室 501 号 (2022 年) 129 頁、谷中文彦「判批」警察学論集 75 卷 10 号 (2022 年) 170 頁、前田雅英「判批」捜査研究 860 号 (2022 年) 39 頁、松宮孝明「判批」新・判例解説 Watch 31 号 (2022 年) 187 頁。本決定に言及する論考として、江見健一「すり替え窃盗の実行の着手-最高裁令和 4 年 2 月 14 日第三小法廷決定を契機として-」刑事法ジャーナル 73 号 (2022 年) 30 頁、佐藤琢磨「すり替え事案における窃盗の実行の着手時期-最高裁判所令和 4 年 2 月 14 日第 3 小法廷決定を契機として-」研修 890 号 (2022 年) 3 頁、高橋範夫『刑法総論 [第 5 版]』(成文堂・2022 年) 418 頁以下、谷井悟司「すり替え型キャッシュカード窃盗の未遂事案をめぐる近時の裁判例の動向」白門 850 号 (2022 年) 79 頁、富川雅満「すり替え窃盗の実行の着手時期-進捗度基準説から見た令和 4 年決定-」刑事法ジャーナル 73 号 (2022 年) 19 頁、二本柳誠「判批」名城法学 71 卷 3・4 号 (2022 年) 109 頁、二本柳誠「窃盗未遂罪の処罰時期-最高裁判所令和 4 年 2 月 14 日第 3 小法廷決定を契機として-」刑事法ジャーナル 73 号 (2022 年) 10 頁、松原芳博「インタビュー「すり替え作戦の実行の着手について」-最高裁令和 4 年 2 月 14 日第三小法廷決定-」Law&Practice 16 号 (2022 年) 1 頁、丸橋昌太郎・佐藤拓磨「特集の狙い-すり替え窃盗をめぐる理論と課題-」刑事法ジャーナル 73 号 (2022 年) 4 頁、安田拓人「実行の着手」法学教室 503 号 (2022 年) 99 頁。

<sup>(3)</sup> 法務省 法務総合研究所編『令和 3 年度版 犯罪白書-詐欺事犯者の実態と処遇-』(2022 年) 326 頁 8-3-1-16 表。

<sup>(4)</sup> なお、すり替え型事案では被害者の交付行為を認めることはできず、詐欺罪の成立は認められないため、窃盗罪の成否のみが問題となり得る。この点につき、京都地判令和元年 5 月 7 日 LEX/DB25563868、品田智史「窃盗と詐欺の関係」法学セミナー 779 号 (2019 年) 34 頁以下。

<sup>(5)</sup> 最 (一小) 決平成 16 年 3 月 22 日刑集 58 卷 3 号 187 頁。

<sup>(6)</sup> 松宮・前掲注 (2) 188 頁以下、安田・前掲注 (2) 107 頁。本決定との比較を行ったものではないが、この観点からすり替え型窃盗事案の分析を行うものとして、谷井・前掲注 (2) 79 頁以下。

題となった事案と比較することが有益であると思われるが、筆者が調べた限りでは、従来の詐欺的窃盗に関する判例・裁判例<sup>(7)</sup>はいずれも既遂犯の事案であり、実行の着手が問題となった事案は見当たらず、比較することはできなかった。本決定は詐欺的窃盗の一類型であり、後述のようにその実行の着手の判断に関する本決定の射程は、すり替え型窃盗以外の詐欺的窃盗の事案にまで及ぶと解される。したがって、本決定はこれまで意識的に議論がなされていなかった詐欺的窃盗事案一般の実行の着手時期に関する視座を提供するものといえることができる。

さらに、後述の検討によれば、本決定は、犯行計画に照らせば直接的な法益侵害行為との間になお中間行為の介在が予定されている場合に実行の着手を認めたものとして理解することができ、その点にも本決定の意義が認められると思われる。

## 2. 関連裁判例

### (1) すり替え型窃盗の実行の着手が問題となった下級審裁判例<sup>(8)</sup>

すり替え型窃盗における実行の着手に関しては、本決定が出される以前に下級審の判断が複数出されている。7件の裁判例に接することができたが、いずれの裁判例も窃盗罪の実行の着手を認めているものの、未遂犯の成立時期は事案によって異なる判断がなされている。

#### (a) 静岡地裁浜松支判令和2年6月19日<sup>(9)</sup>

静岡地裁浜松支部は、まず「窃盗未遂罪が成立するためには、窃盗罪の実行行為たる窃取行為それ自体の開始を必ずしも要せず、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解すべきである（最高裁平成15年（あ）第1625号同16年3月22日第一小法廷決定・刑集58巻3号187頁参照）」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「本件欺罔行為は、被害者を被告人の指示どおりに動かし、被告人が本件計画にある窃取行為を確実にかつ

<sup>(7)</sup> 広島高判昭和30年9月6日高刑集8巻8号1021頁、広島高判昭和32年12月24日高刑特4巻23号645頁、名古屋高裁昭和32年10月30日高刑特4巻21号564頁、最（一小）決昭和31年1月19日刑集10巻1号67頁。

<sup>(8)</sup> 以下の下級審裁判例の分析を行うにあたり、樋口亮介「特殊詐欺のすり替え事案における窃盗未遂」警察学論集75巻1号（2022年）69頁以下及び後述の各裁判例の評釈やその紹介論文を参照した。

<sup>(9)</sup> 本件を紹介するものとして、駒方琢也「被害者をだましてキャッシュカード等を封入させた封筒を同形状の封筒にすり替え窃取しようとしたが、窃取行為の実行役である被告人が被害者方インターホンを鳴らすにとどまり、財物の占有移転が未遂に終わった事案に関し、窃盗の実行の着手があったとして窃盗未遂の成立を認めた事例」研修872号（2021年）75頁。なお、本件の判決文は入手できなかったため、同論文78頁以下、樋口・前掲注（8）85頁以下、吉川卓也「判批」研修877号（2021年）16頁以下を参照した。後述の裁判例（g）の原審である。

事案概要は以下の通りである。氏名不詳者らと共謀の上、某日午後3時23分頃に警察官になりすました氏名不詳者が、高齢の被害者方に電話をかけ、被害者に対し、被害者名義の銀行口座が不正アクセスの被害に遭い、口座を利用できない状態になったので、被害者方を訪問するインツカの指示に従ってキャッシュカード等を封筒に入れて保管する手続が必要であるなどと嘘を述べた。被害者は詐欺の電話ではないかと疑い、同日午後4時20分頃、指名不詳者との通話中に携帯電話で警察に通報した。同日午後4時22分頃、前記インツカになりすました被告人が、被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせた上、被害者が目を離れた隙に、同封筒を別の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取するため、被害者方を訪れ、被害者方のインターホンを鳴らしたが、被害者は警察と通話中であり、返答がなかったため、その目的を遂げなかった。

容易に行うために必要不可欠であるといえ、本件計画において、本件欺罔行為と窃取行為との間には不可分性が認められる」こと（必要不可欠性）、「本件欺罔行為と本件計画にある窃取行為との間には強い時間的場所的近接性が認められる」こと（時間的場所的近接性）、「その結果〔引用者注：本件計画にある窃取結果〕発生の際となるような事情があったとは認められない」こと（障害の不存在）、さらに、「本件欺罔行為の成功可能性、すなわち、本件欺罔行為により被害者をしてその内容が真実であると誤信させる可能性があったことは否定できない」こと（準備行為自体の成功可能性）を指摘し、「本件欺罔行為は、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為であるといえる」（波線引用者）として、氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、窃盗罪の実行の着手を認める。

(b) 大阪地判令和元年 10 月 10 日  
LEX/DB25566238<sup>(10)</sup>

大阪地裁は、窃盗の実行の着手に関する一般論は述べず、犯行計画を踏まえて、「架け子による欺罔行為は、その後被告人がC方を訪れてからキャッシュカー

ド入りの封筒のすり替え行為に至るまでの一連の行為を確実に容易に行うために必要不可欠なものであったということができ」ること（必要不可欠性）、「架け子による欺罔行為によってCがその内容を誤信するに至れば、通常は計画を完遂する上で大きな障害はなく、計画の重要部分を終えたものとみることができる」こと（障害の不存在）、さらに、「架け子とCの通話が終了する前に、被告人は、盗む予定のキャッシュカードと同数のポンタカードを入れた封筒を準備した上で、C方玄関から 12m 余りの路上で待機し、いつでもC方を訪問できる状況に至っていた」こと（時間的場所的近接性）を挙げ、「これらの事情を踏まえると、架け子による欺罔行為や被告人の待機行為は、計画されていた被告人によるすり替え行為と密接な行為であり、架け子による欺罔行為が行われた時点で既に被告人によるすり替え行為が行われる客観的な危険性が飛躍的に高まったと認められるから、その時点において窃盗罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」（波線引用者）とする。

<sup>(10)</sup> 本件の評釈及び紹介として、大塚雄毅「被害者をだましてキャッシュカードを封入させた封筒をその隙を見てダミーカードを封入しておいた封筒にすり替えて奪う手口に関する擬律判断について～大阪地判令和元年 10 月 10 日（公刊物未掲載）を題材として～」警察学論集 72 巻 12 号（2019 年）1 頁、大塚雄毅「判批」研修 859 号（2020 年）31 頁、杉本一敏「判批」法学教室 483 号（2020 年）167 頁。

事案概要は以下の通りである。警察官及び金融庁職員になりすましてキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共に、某日午前 11 時 21 分頃、氏名不詳者が、C 方に電話をかけ、C に対し、警察官及び金融庁職員を名乗り、C の名前が詐欺犯人の所持品に記載されており、詐欺犯人が C 名義の口座から出金するかなどを調査するため、C 方を訪問する金融庁職員の指示に従ってキャッシュカードを封筒に入れるなどの手続をする必要がある旨を述べるなどし、同日午後 0 時 10 分頃に電話を切った。被告人は上記の通話中に共犯者から指示を受け、金融庁職員になりすまし、C をして、キャッシュカードを封筒に入れさせた上、C が目を離れた隙に、同封筒を同形状の封筒とすり替えて同キャッシュカードを窃取する計画のもと、同日午後 0 時頃、C 方付近に到着した。C の表札を確認し、C 方玄関から 12 メートル余りの路上で氏名不詳者からの指示を待っていたが、同日午後 0 時 13 分頃警戒中の警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

(c) 宇都宮地裁足利支判令和3年3月17日 LEX/DB25569194<sup>(11)</sup>

宇都宮地裁足利支部は、「窃盗罪の実行の着手は、目的財物に対する他人の占有を侵害する行為（窃取行為）を開始したときに認められるところ、窃取行為を開始したというためには、実際に目的財物に対する他人の占有を侵害し始めることまでは必要なく、目的財物の占有を侵すについて密接な行為を開始したことで足りると解される」との一般論を示す。その上で、犯行計画に照らし、「共犯者らによる2回の電話は、被告人がキャッシュカードのすり替えを確実かつ容易に行うために不可欠であり、これらは一連の行為として不可分の関係にあるといえる」こと（必要不可欠性）と、「共犯者らによる2回の電話で被害者を誤信させることができれば、それ以降の計画を遂行する上で障害となる特段の事情はないといえること（障害の不存在）から、「共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけて前記のうそを述べたことにより、被告人によってキャッシュカードの窃取行為が行われる現実的な危険性が著しく高まったとみることができる」（波線引用者）ことを導く。さらに、被告人が午前10時47分

頃にはレンタカーで被告人方へ向かい、被告人が被害者方の直近まで来ていたことや、その後は、被害者方から百数十メートルの距離にあるC駅の待合室で待機していたことから、「共犯者らの2回の電話は、被告人によるすり替え行為と時間的にも場所的にも近接していた」こと（時間的場所的近接性）を指摘し、以上のことから、「遅くとも架け子役の共犯者らが被害者方に2回目の電話をかけ、被害者に対して前記のうそを述べた時点で、目的財物の占有を侵すについて密接な行為を開始したと評価することができる」（波線引用者）として、窃盗罪の実行の着手を認める。

(d) 東京高判令和3年10月19日<sup>(12)</sup>

(c) の控訴審である東京高裁は、「窃盗未遂罪の成立には、必ずしも窃盗罪の実行行為たる窃取行為そのものを開始することは必要ではなく、窃取行為に密接な行為であって、その時点で窃取の結果が生じる客観的な危険性が認められる行為を開始すれば足りると解するのが相当である」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「犯行計画に基づくこれらの行為〔引用者注：1回目の電話と

<sup>(11)</sup> 本件の評釈として、二本柳・前掲注(2)「判批」109頁。なお、後述の裁判例(d)の原審である。

事案概要は以下の通りである。被告人は、市役所職員及び銀行員になりすましてキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共謀の上、某日午前10時頃、被害者方に電話をかけ、同人(当時86歳)に対し、市役所職員を名乗り、保険料の返戻金があるとの嘘を述べて、被害者からJ銀行に口座があることを聞き出し、J銀行から電話させると言って電話を切った(1回目の電話)。同日午後0時頃、J銀行の職員になりすまして氏名不詳者らが被害者方に電話をかけ、キャッシュカードが古いと出金できないから、確認する必要があるとし、暗証番号を聞き出した上で、職員を向かわせる旨のうそを述べた(2回目の電話)。同日午前10時47分頃、被告人は指示役から、被害者方に向かうよう指示を受けたため、キャッシュカードを窃取するために被害者方付近に移動したが、被害者の表札を見つけられなかったため、氏名不詳者の指示により、被害者方と直線距離で百数十メートルの位置にあったC駅待合室に移動し、同所で待機していたところ、午前11時39分頃に警戒中の警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

<sup>(12)</sup> 本件の紹介として、駒方琢也「被害者をだましてキャッシュカード等を封筒に封入させて同形状の封筒にすり替え窃取しようとした事案につき、すり替え役が待機場所で職務質問を受けている間に行われた共犯者から被害者に対する電話の時点で窃盗の実行の着手を認めた事例」研修884号(2022年)75頁。本件の判決文を入手することができなかったため、同論文90頁以下を参照した。本件は裁判例(c)の控訴審であり、事案概要は注(11)参照。

2回目の電話]によって、被害者から銀行口座やキャッシュカードの情報を聞き出して窃取する物を特定し、被害者をして、後に来訪する被告人にキャッシュカードを提示する必要があると誤信させ、その警戒心を解いてすり替えを行う隙を作り、確実かつ容易にすり替えを行えるようにしている」こと（必要不可欠性）、「被告人は、犯行計画に沿って、すり替えに用いる封筒やポイントカード等を準備して所持し、指示役の共犯者から被害者方の住所地の地番を伝えられてその付近に赴いた上、指示役の共犯者の指示に従い被害者方から百数十mの距離にある駅の待合室で待機していた」こと（時間的場所的近接性）を指摘する。「以上のような本件の犯行計画と実施状況からみると、共犯者が2回目の電話をかけて被害者に嘘を申し向けた時点において、犯行計画の相当の部分が実施済みであり<sup>(13)</sup>、また、被告人も犯行計画に基づいて相応の準備をし、被害者方付近で待機していたのであるから、窃取行為に密接な行為が行われ、窃取の結果が生じる客観的な危険性が高まったものと認めることがで

きる」(波線引用者)として、「被告人が被害者方を訪れていなくとも、窃盗罪の実行の着手があったと認められるものというべきである」とする。

(e) 東京高判令和3年7月14日判タ1495号144頁<sup>(14)</sup>

東京高裁は、まず、「窃盗未遂罪が成立するためには、窃盗罪の実行行為である窃取行為それ自体の開始を必ずしも要するものではなく、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取の結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解される」との一般論を示す。その上で、犯行計画を認定し、「この行為〔引用者注：本件当日午後4時頃の本件欺罔行為等〕は、本件犯行計画に基づき、被害者にキャッシュカードを手元に用意させることにより、窃取の対象となる物を特定してこれに対する窃取行為が容易となる状況を整えた上、同キャッシュカードを間もなく来訪する金融機関職員を名のる被告人に呈示することなども了承させることにより、被告人に対する警戒心を緩ませ、被告人がす

<sup>(13)</sup> 「犯行計画の相当の部分が実施済みである」という説示がどのような意味を有するかは明らかではないが、この点は密接性を基礎づけるものと理解することが可能と思われる。なぜなら、犯行計画の最後の行為はすり替え行為であると考えられるところ、その犯行計画の相当の部分が実施済みであるということは、その時点（共犯者が2回目の電話をかけて被害者に嘘を申し向けた時点）から犯行計画条の最終行為であるすり替え行為までの時点が近いことを意味しており、その時点の行為と窃取行為を密接なものと評価しやすくなると考えられるからである。

<sup>(14)</sup> 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ1495号(2022年)144頁。

事案概要は以下の通りである。被告人は、金融機関の職員等になりすましてキャッシュカードを窃取しようと考え、氏名不詳者らと共謀の上、某日午後4時頃、市役所職員になりすました氏名不詳者が、栃木県A市内の被害者方に電話をかけ、被害者（当時74歳）に対し、保険の還付金がある旨の嘘を言い、被害者から金融機関名や住所などの情報を聞き出した。そのすぐ後から同日午後4時25分頃の間、金融庁職員になりすました氏名不詳者が、被害者方へ電話をかけ、還付金を受け取るに当たりキャッシュカードを変更する必要がある、その手続のため、これから被害者方を訪れる職員がキャッシュカードを封筒に入れて封をする旨うそを述べ、被害者のキャッシュカードの暗証番号や自宅までの道順を聞き出した。被害者は電話を切った後、不審に思い金融機関に電話するなどして、騙されていることに気づき、同日午後4時30分頃に110番通報した。被告人は同日氏名不詳者の指示を受けながら、栃木県A市内の駅に赴き待機していたところ、同日午後4時30分頃、被害者方の住所を知り、タクシーで被害者方に向かい、同日午後4時52分頃、被害者方から約150メートル先の農道付近でタクシーを降車し、一旦は被害者方に近づこうとした。被告人は、同日午後4時58分頃、被害者方から約100メートル先の林内にいたところ、警察官に職務質問されたため、その目的を遂げなかった。

り替える行為を行うための隙を作ること  
を容易にするものである」こと（必要不  
可欠性）<sup>(15)</sup>、「被告人は、本件犯行計画に  
沿って被害者方付近に赴き、同日午後 4  
時 58 分頃にはその約 100 メートル先の  
地点にいたこと、また、その際すり替え  
に用いるものと認められる複数の白色封  
筒や代わりのカード等を準備して所持し  
ていた」こと（時間的場所的近接性）を  
指摘する<sup>(16)</sup>。これらの事情から、「遅くとも  
被告人が上記地点にいた時点において  
は、本件犯行計画の相当部分が実施され  
ており、被告人が同計画に基づく準備を  
相応に遂げた上で被害者方の近辺まで来  
ていることからしても、窃盗行為に密接  
な行為が行われ、特定された窃取の対象  
物について窃取の結果を生じさせる客観  
的な危険性が高まった状態に至っていた  
ということが出来る」（波線引用者）とし  
て窃盗罪の実行の着手を認める。

(f) 横浜家裁川崎支判令和 2 年 1 月 14  
日判タ 1484 号 252 頁<sup>(17)</sup>

横浜家裁川崎支部は、窃盗罪の実行の  
着手についての一般論は示さず、犯行計  
画に照らし、「氏名不詳者の……一連の発  
言は、すり替え行為を円滑に行わせるた  
めにすり替え行為の前提としてされたも  
のであるし、すり替え行為の成功に必要  
不可欠なものであったといえる」こと（必  
要不可欠性）から、一連の発言が「すり  
替え行為と密接に関連するものであって、  
占有侵害に向けられた行為の一部であっ  
たといえる」（波線引用者）とする。さら  
に、「被害者がその発言〔引用者注：これ  
から封筒を持った警官が被害者方へ訪問  
するため、その封筒にカード 3 枚と暗証  
番号を書いたメモを入れ、自宅で保管す  
る必要がある旨のうそ〕を真実であると  
誤解した場合には、犯人らの計画を完遂  
する上で障害となるような特段の障害は  
存在しないといえる」こと（障害の不存

<sup>(15)</sup> この事情がどのような意義を有しているかは必ずしも明らかではないが、以下のように考える  
のであれば、必要不可欠性に言及したものと理解することが可能である。すなわち、直接的に平成  
16 年決定を引用してはいないものの、犯人の犯行計画を考慮し、密接性と危険性に言及して実行の  
着手を判断していること、及び、時間的場所的近接性に言及していることから、裁判例 (e) は平成  
16 年決定を意識していることが窺える。平成 16 年決定は必要不可欠性に言及する際に「第 1 行為  
は第 2 行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なもの」との説示をしており、そこに「容易」  
という言葉が使用されている。これに対し、裁判例 (e) においては「窃取行為が容易となる状況を  
整えた上、……被告人がすり替える行為を行うための隙を作ること容易にするものである」と述  
べている。前者の「窃取行為が容易となる状況を整えた」という点は、先ほどの平成 16 年決定に  
おける必要不可欠性の指摘と整合的であろう。また、後者の指摘に関しては、犯行計画上すり替え  
行為を行うためには隙を生じさせることが必要であることに鑑みれば、隙を生じさせることを容易  
にするということは、すり替え行為を行うことを容易にするにつながるため、この点も本件欺  
罔行為等がすり替え行為を容易にさせるものであるとの指摘と理解することができる。したがって、  
この部分の説示は必要不可欠性に言及したものと読む余地があると考えられる。

<sup>(16)</sup> 「また、」以下で指摘された事情がどのような意義を有するかは明らかではないが、先に見た裁  
判例 (b) における時間的場所的近接性に言及する部分で、被告人が「盗む予定のキャッシュカー  
ドと同数のポンタカードを入れた封筒を準備」していたことを「いつでも C 方を訪問できる状況に  
至っていた」ことを示す事情の 1 つとして挙げていることが参考になる。つまり、このような準  
備行為をしているということは、受け子は速やかに被害者方を訪問できる状態であることが示され  
ているものと考えられ、この部分においても時間的場所的近接性について言及していると解するこ  
とが可能であろう。

<sup>(17)</sup> 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ 1484 号（2021 年）252 頁、杉本一敏「判批」法学  
教室 494 号（2021 年）139 頁。

事案概要は以下の通りである。X（少年）は、警察官を装ってキャッシュカードを窃取しようと  
考え、A 及び氏名不詳者と共謀の上、某日午前 10 時頃、氏名不詳者が、被害者である V3（当時 72  
歳）に電話をかけ、被害者の口座から不正に金銭が引き出されており、クレジットカード 2 枚につ  
いても不正に利用されているので、それら 3 枚のカードを使用できない状態にする必要があり、こ

在)を指摘し、これらの事情を踏まえて、  
「氏名不詳者が被害者に対して行った一連の発言はAのすり替え行為と密接に関連し、一連の発言がされ、Aが被害者方のインターホンを押した時点で、すり替え行為が行われる客観的な危険が飛躍的に高まっていた」(波線引用者)として、  
 「遅くともその時点では窃盗未遂罪が成立する」としている。

(g) 東京高判令和3年3月11日判例タ1495号151頁<sup>(18)</sup>

東京高裁は、原審(a)の判断について、  
 「氏名不詳者が被害者に電話をかけ、本件欺罔行為に及んだ時点で、直ちに窃盗罪の実行の着手が認められるとした点とはともかく」として、欺罔行為時点で実行の着手を認めることに対し一定の距離を置く。そのうえで、「窃盗未遂罪が成立するためには、窃盗罪の実行行為たる窃取行為それ自体の開始を必ずしも要せず、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行われていれば足りると解すべきである」との一般論を示した上で、犯行計画を認定して、「氏名不詳者が被害者に対して行った本件欺罔行為は、……本件計画の一環として行われたもので、被告人が確実かつ容易にキャッシュカード等の入った封筒をすり替えて窃取するために必要かつ不可欠なものといえる」こと(必要不可欠性)、「被告人は、氏名不詳者が本件嘘を被害者に述べ

るのと並行して、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモを入れさせるための封筒及びGポイントカード等を入れたすり替え用の偽封筒等を準備して、被害者方に向かい、実際に、門扉脇のインターホンを鳴らして被害者に来訪を告げているが、このことも、本件計画の一環であり、予定される窃取行為に必要なものといえる」こと(必要不可欠性)、「これらの氏名不詳者及び被告人の行為の後には本件計画を遂行する上で障害となるような特段の事情も存在せず」(障害の不存在)、「氏名不詳者及び被告人の行為とその後に予定される窃取行為との間に場所的・時間的・近接性が認められる」こと(時間的・場所的・近接性)を指摘する。これらの事情から、「本件では、本件計画に基づき、氏名不詳者が被害者に本件嘘を告げ、被告人が被害者方の門扉脇のインターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、キャッシュカード及び暗証番号を書いたメモの入った封筒をすり替えて窃取するという窃取行為に密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われたということが出来る」(波線引用者)として、窃盗罪の実行の着手を認める。

## (2) 分析

上記の裁判例で認められた窃盗罪の実行の着手時期について整理すると、(a)

(b) (c) (d) はいずれも電話で被害者に対し嘘を述べた時点で実行の着手を認め

れから封筒を持った警官が被害者方へ訪問するためその封筒にカード3枚と暗証番号を書いたメモを入れ、自宅で保管する必要がある旨をいった。その後、被害者方付近に待機していたAが、同日午前11時25分頃、被害者方のインターホンを押した。そして、被害者にキャッシュカード等を封筒に入れさせて同人がその場を離れた隙にこれをあらかじめ用意していたポイントカードを入れた封筒とすり替えるなどして前記キャッシュカード等を窃取しようとしたが、警戒中の警察官に気付き、被害者方から立ち去ったため、その目的を遂げなかった。

<sup>(18)</sup> 本件の評釈として、匿名解説・判例タイムズ1495号(2022年)151頁、松宮孝明「判批」新・判例解説Watch30号(2022年)203頁、吉川・前掲注(9)15頁。なお、裁判例(a)の控訴審であり、事案概要は注(9)参照。

ている<sup>(19)</sup>。もっとも、(b) (c) (d) の事案はいずれも、実行の着手を認めた電話で嘘を述べる行為の時点で既に被告人が被害者方付近にいたという事案であり、実行の着手を認める上でこの事情が指摘されている。このことからすると、このような被告人が被害者方付近にいたという事情が認められない場合であっても、電話で嘘を述べた時点で実行の着手を認められ得るかはなお明らかではない。

これらの裁判例に対し、(e) では被告人が被害者方付近にいた時点で実行の着手を認めているが、「遅くとも被告人が被害者方から 100 メートルの地点にいた時点において」実行の着手が認められるとしており、より早い段階で実行の着手を認める可能性を留保している点には注意が必要である。

次に、(f) (g) の裁判例ではいずれも被害者宅のインターホンを押した時点で未遂犯の成立を認めている。もっとも、

(f) は「遅くともその時点では窃盗未遂罪が成立する」としているため、より早い時点で実行の着手が認められる余地が残されている。これに対して、(g) は「インターホンを鳴らして来訪を告げたことにより、……窃取行為に密接であり、かつ、窃取という結果発生に至る客観的な危険性が明らかに認められる行為が行われたということが出来る」との説示をしており、インターホンを押す行為によってはじめて実行の着手を認めているものと解される。

このように、これまでの下級審裁判例では、いずれの事案でも窃盗罪の実行の

着手は認められているものの、実行の着手時期についてはその判断が分かれており、その理由が問題となる。そこで、これらの裁判例における実行の着手の判断枠組みに目を向けてみると、いずれの裁判例も犯行計画を考慮にいたした上で、すり替え行為（窃取行為）との密接性と、すり替え行為（窃取行為）が行われる危険性あるいは窃取結果発生の危険性の 2 点を指摘して実行の着手を認めている。密接性と危険性の関係について (a) (e) (g) は、一般論において密接性と危険性を「かつ」で結んでおり、明示的に密接性と危険性という 2 つの観点から実行の着手を認めている。それに対して、(c) は「密接性」と「危険性」の関係を明示的に示してはいないが、その一般論と後半の波線部分に着目すると、危険性は密接性を基礎付ける一要素であり、密接性のみから実行の着手を認めていると読む余地がある<sup>(20)</sup>。それ以外の (a) (d) (f) においては、密接性と危険性の関係をどのように理解しているのかはなお判断としない。しかし、いずれの裁判例においても密接性と危険性が言及されていることからすると、すり替え型窃盗に関する下級審裁判例はいずれもクロロホルム事件として知られる平成 16 年決定を意識したものであることが窺える。

平成 16 年決定の事案は、犯人の自動車を被害者の運転する自動車に衝突させ、示談交渉を装って V を犯人の自動車に誘い込み、クロロホルムを使って被害者を失神させた（第 1 行為）上で、被害者を車ごと崖から海に転落させて（第 2 行為）

<sup>(19)</sup> 裁判例(c)と裁判例(d)は被害者へ2回目の電話をかけて嘘を述べた時点で実行の着手を認めている。なお、裁判例(c)は「遅くとも」との留保をしていることから、より早い時点で実行の着手を認める余地を残している。

<sup>(20)</sup> この点を指摘するものとして、二本柳・前掲注(2)「判批」126頁注(28)。もっとも、二本柳教授は裁判例(c)を「密接性」と「危険性」の2つの観点から実行の着手を認めたものと評価する(同論文126頁)。

溺死させるという計画のもと、計画通りに行為を行ったところ、被害者の死因が第1行為から発生したものか、第2行為から発生したものかが明らかではないというものであった。平成16年決定は犯人の犯行計画を基礎において、「第1行為は第2行為を確実かつ容易に行うために必要不可欠なものであったといえること、第1行為に成功した場合、それ以降の殺害計画を遂行する上で障害となるような特段の事情が存しなかったと認められることや、第1行為と第2行為との間の時間的場所的近接性などに照らすと、第1行為は第2行為に密接な行為であり、実行犯3名が第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が明らかに認められるから、その時点において殺人罪の実行の着手があったものと解するのが相当である」として、①第2行為を行う上での第1行為の必要不可欠性、②第1行為以降の障害の不存在、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性などに照らして、④第1行為と第2行為の密接性と⑤殺人に至る客観的な危険性に言及して、第1行為を開始した時点で殺人罪の実行の着手を認めている。なお、調査官解説は、判示中の①②③の考慮要素に加えて④準備行為自体が成功する可能性も実行の着手の判断の考慮事情になるとしている<sup>(21)</sup>。すり替え型窃盗に関する下級審裁判例が必要不可欠性、障害の不存在、時間的場所的近接性、および準備行

為自体の成功可能性のいずれかに言及していることも、これらの裁判例の理論的背景に平成16年決定があることを裏付けるものであろう。

上述のように平成16年決定は密接性と危険性に言及して実行の着手を判断しているところ、①から③のいずれの事情が密接性を基礎づけ、いずれの事情が危険性を基礎付けるのかが明らかとされておらず<sup>(22)</sup>、また、密接性と危険性の関係も示されていない。すり替え型窃盗の裁判例が、平成16年決定と同様に密接性と危険性を指摘して実行の着手の判断を行う点では共通しているにも関わらず、いずれの時点で実行の着手が認められるかにつき判断が異なっているのは、踏襲している平成16年決定の理論構造にこのような不明確さが残っているからだと考えられる。

平成16年決定における密接性と危険性の関係は明らかではないが、下記の検討によれば密接性は危険性を基礎付ける一要素として理解することができるように思われる<sup>(23)</sup>。

まず、密接性と危険性に関する説示は「かつ」で結ばれていないため、両者を並列する要素であると理解する必然性はない。また、平成16年決定は第1行為と第2行為を「一連の殺人行為」と述べており、「第1行為と第2行為を1個の実行行為と評価している」<sup>(24)</sup>ものと理解することができるが、第1行為と第2

<sup>(21)</sup> 平木正洋「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』（法曹会・2007年）174頁。

<sup>(22)</sup> 松原芳博「実行の着手と早すぎた構成要件の実現-クロロホルム事件-」同編『刑法の判例〔総論〕』（成文堂・2011年）182頁は「本件では客観的な危険性と密接行為性は、3つの下位基準からの共通の帰結として導かれており、両者が分離することは予定されているようにも思われる」と指摘する。なお、平木・前掲注（21）172頁以下は、①④は危険性に影響を及ぼす要素であり、②③は密接性と危険性いずれにも影響を及ぼす要素と解している。

<sup>(23)</sup> 小野晃正「早すぎた結果発生と実行行為-「一連の行為」をめぐる考察-」阪大法学60巻1号（2010年）161頁。これに対し、密接性と危険性を実行の着手判断における並列する2つの基準であると解するものとして、平木・前掲注（21）172頁。

<sup>(24)</sup> 平木・前掲注（21）175頁。

行為を一連の行為と評価できる理由を明らかにしていない。この点に関しては、犯人の犯行計画に基づけば、①第2行為を行う上での第1行為の必要不可欠性、②第1行為以降の障害の不存在、③第1行為と第2行為の時間的場所的近接性などから、第1行為と第2行為が密接であることが導かれ、この密接性が両者を一連の行為として捉えるための根拠となっているものと考えられる。このように第1行為と殺人罪実現の高度な危険を有する第2行為を一連の行為と解することができるからこそ、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が認められることになる。

以上をまとめると、密接性は実行の着手の判断において危険性と並列する要素ではなく、あくまで第1行為と第2行為を一連の行為と見るための基準であり、一連の行為と解することができるからこ

そ、第1行為の開始時点で危険性が肯定されているということが出来る。つまり、平成16年決定の判示は、上記の①②③の事情から、第1行為と第2行為が密接な行為であることを導き、それらのことから、第1行為を開始した時点で既に殺人に至る客観的な危険性が認められると判断したものと解される。したがって、平成16年決定は、密接性を危険性判断の一要素として位置付けたものと理解することができよう<sup>(25)</sup>。

### 3. 検討

#### (1) 本決定の理論構造

本決定は、実行の着手について、犯行計画を考慮した上で、危険性という単一の観点から判断するという判断枠組みを採用していると考えられる<sup>(26)</sup>。前述のように、平成16年決定が密接性を危険性を判断する一要素と位置付けたもの解する

<sup>(25)</sup> 特殊詐欺事案における詐欺罪の実行の着手が問題となった最(一小)判平成30年3月22日刑集72巻1号82頁(以下、平成30年判決)では、犯行計画を前提とした上で、本件嘘の内容が(a)「その犯行計画に、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであった」、という本件嘘の内容性質を指摘したうえで、(b)「本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれて」いることと、(c)「既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる」ことを指摘し、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において詐欺罪の実行の着手を認めた。この平成30年判決に関する理論構成には多様なものがある(豊田兼彦「判批」法学セミナー761号(2018年)121頁)とされているが、以下のように解した場合には、平成16年決定と同一の判断枠組みを用いていると評価することができる。なお、個々の事情の分析は、富川雅満「判批」法学新報126巻3・4号(2019年)107頁以下に依拠した。すなわち、(a)の部分は手段が規定されている詐欺罪の実行の着手を認める上での詐欺罪特有の事情と解し(b)を交付要求行為との密接性を別の角度から表現したものと理解しつつ、(c)を詐欺罪においては交付要求行為のあとになお被害者の交付行為が残っていることから、交付行為に至る危険性を問題とすれば財物移転の危険性を問題にできるということを意図しているものと解する。その上で、平成30年判決も密接性(≒直接性)(b)を危険性(c)を基礎付ける一要素と理解するのであれば、平成16年決定と同様の判断枠組みを採用しているといえる(なお、富川准教授は平成16年決定と平成30年判決のいずれにおいても密接性(≒直接性)を危険性を基礎づける要素とは解していない。同論文111頁、116頁以下)。

<sup>(26)</sup> 江見・前掲注(2)31頁は、本決定の理解として「実行の着手を認めるために密接性の判断は不可欠とはいえないという見解に基づいて、端的に占有を侵害する危険性の程度を事実関係に基づいて評価すれば足りると判断したものというのが素直な読み方と思われる」とする。もっとも、「密接性」という概念を用いてはいないものの、本件の事実関係に基づいた占有侵害の危険性の判断には、密接性も認められるとの評価も含意するという読み方や、「犯行計画の進捗度合いに照らして未遂処罰に値する段階に至ったと評価したものという読み方も可能である。」とする。なお、江見判事は1つ目の読み方又は3つ目の読み方をするのが理解しやすいとしている(同論文33頁)。

立場からは、本決定は平成16年決定の判断枠組みに従っているといえることができる。もっとも、前述の通り、平成16年決定の理論構造は明確なものでなかったのに対し、本決定では危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示し、その理論構造を明らかにした点は重要であろう。

次に、本決定の具体的な考慮事情がどのような意味を有するのかについて検討する。その際、本決定が具体的事情に言及する説示において、一部平成30年判決に類似した表現が見受けられるため<sup>(27)</sup>、必要に応じて平成30年判決と比較しつつ、分析を行う。

平成30年判決の事案は以下のとおりである。すなわち、前日に100万円の詐欺被害に遭っていた長野市内に居住する被害者は、某日午前11時20分頃、警察官を名乗る氏名不詳者からの電話で、「昨日、駅の所で、不審な男を捕まえたんですが、その犯人が被害者の名前を言っています。」「昨日、詐欺の被害に遭っていないですか。」「口座にはまだどのくらいの金額が残っているんですか。」「銀行に今すぐ行って全部下ろした方がいいですよ。」「前日の100万円を取り返すので協力してほしい。」などと言われ(1回目の電話)、同日午後1時1分頃、警察官を名乗る氏名不詳者らからの電話で、「僕、向かいますから。」「2時前には到着できるよう僕の方で態勢整えますので。」などと言われた(2回目の電話)。被告人は、氏名不詳者からの指示に従い、同日朝に長野市内へ移動し、同日午後1時11分頃、氏名不詳者から、被害者宅住所を告げられ、「お婆ちゃんから金を受け取ってこい。」「29歳、

刑事役で設定で金を取りに行ってくれ。」などと指示を受け、その指示に従って被害者宅に向かったが、被害者宅に到着する前に警察官から職務質問を受けて逮捕された、というものである。

平成30年判決は、犯行計画を前提とした上で、本件嘘の内容が(a)「その犯行計画上、被害者が現金を交付するか否かを判断する前提となるよう予定された事項に係る重要なものであったと認められる」として本件嘘の内容性質を指摘したうえで、(b)「本件嘘には、預金口座から現金を下ろして被害者宅に移動させることを求める趣旨の文言や、間もなく警察官が被害者宅を訪問することを予告する文言といった、被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれており、」(直接性)(c)「既に100万円の詐欺被害に遭っていた被害者に対し、本件嘘を真実であると誤信させることは、被害者において、間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の求めに応じて即座に現金を交付してしまう危険性を著しく高めるものといえる」こと(危険性)を指摘し、本件嘘を一連のものとして被害者に対して述べた段階において詐欺罪の実行の着手を認めた<sup>(28)</sup>。

これに対して、本決定における危険性を導く上での具体的な考慮事情に関する説示は、①「本件犯行計画上、キャッシュカード入りの封筒と偽封筒とをすり替えてキャッシュカードを窃取するには、被害者が、金融庁職員を装って来訪した被告人の虚偽の説明や指示を信じてこれに従い、封筒にキャッシュカードを入れたまま、割り印をするための印鑑を取りに行くことによって、すり替えの隙を生

<sup>(27)</sup> このような指摘をするものとして、江見・前掲注(2)31頁。谷井・前掲注(2)82頁、二本柳・前掲注(2)「判批」135頁、富川・前掲注(2)20頁。

<sup>(28)</sup> これらの個々の事情の分析は、富川・前掲注(25)107頁以下に依拠している。

じさせることが必要であり、本件うそはその前提となるものである。」という文と、②「本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する説明や指示に従う必要性に係るうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながるとともに、被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すよううそが含まれている。」の2文から成っているため、1文目と2文目を分けて検討を行う。

(a)と①は、どちらもうその内容について述べており、また、「前提」という言葉が用いられているという共通点を有しているため、両者を比較し、分析を行う。平成30年判決の(a)の説示は、現金交付判断の基礎となる重要な事項を偽る行為が、詐欺罪の実行行為たる欺罔行為に該当することを踏まえたうえで、詐欺罪の実行の着手を認定する上では何らかのうそを相手方に述べただけは足りず、重要な事項に関連したうそでなければならないことを指摘したものと考えられる。つまり、(a)はどのような内容のうそが述べられても、詐欺罪の実行の着手が肯定されるという帰結を防ぐための詐欺罪固有の要件であると解される<sup>(29)</sup>。これに対し、窃盗罪の実行行為に欺罔行為は含まれていないため、①は(a)とは異なる意味を有しているものと推察される。実際に本決定では、本件うそがキャッシュカードを窃取するにあたり犯行計画上必要とされるすり替えの隙を生じさせることの前提となっている点が指摘されてお

り、平成30年判決とは異なる表現が用いられている。最高裁がどのような意図でこのような説示をしたのかは推察の域を出ないが、本件犯行計画上、すり替え行為を行うにはすり替えの隙を生じさせることが必要であり、すり替えの隙を生じさせる前提となる本件うそは犯行計画上すり替え行為にとって必要不可欠なものであったことを指摘していると理解することができよう<sup>(30)</sup>。

続いて、②「本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する説明や指示に従う必要性に係るうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながるとともに、被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すよううそが含まれている」という判示部分について検討する。この文はさらに「ともに」の前後で2つに分解することができる。すなわち、本件うその内容として、①「本件うそには、金融庁職員のキャッシュカードに関する説明や指示に従う必要性に係るうそや、間もなくその金融庁職員が被害者宅を訪問することを予告するうそなど、被告人が被害者宅を訪問し、虚偽の説明や指示を行うことに直接つながる……うそが含まれている」ことと、②「本件うそには、……被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すよううそが含まれている」ことが指摘されていると理解することが可能である。

まず、②全体がどのような意味を有す

<sup>(29)</sup> 富川・前掲注(25)108頁以下。

<sup>(30)</sup> ①を必要不可欠性に言及したと理解するものとして、谷中・前掲注(2)184頁。

るのかについて検討する。この点は必ずしも明らかではないが、①と②部分が相まって、本件うその後には障害が不存在であること、つまりは窃盗を実現するに至る自動性・確実性が認められることを示していると考えられる<sup>(31)</sup>。

①では本件うそと虚偽の説明や指示行為との直接性が指摘されており、本件うそと虚偽の説明や指示行為との間には自動性・確実性があると理解することができよう。また、②では本件うそは「被害者に被告人の説明や指示に疑問を抱かせることなく、すり替えの隙を生じさせる状況を作り出すような」ものであることが指摘されている。そうすると、本件うそが述べられた上で、被告人が被害者に対し虚偽の説明や指示行為をすれば、被害者は疑問を抱かないのであるから、すり替えの隙を生じさせるうえでの障害はないといえ、さらに、すり替えの隙が生じればすり替え行為は自動的・確実に行えるといえる。したがって、②では本件うそが述べられた状態で虚偽の説明や指示を行えば、窃盗を実現するに至るまで障害はないことを示しており、前述のとおり①では本件うそから虚偽の説明や指示行為までに障害がないことを示していると考えられる。このような①と②を合わせて考えれば、本件犯行計画に照らすと、本件うそ以降は窃盗を実現するまで障害がないことを示していると解するこ

とができよう。

なお、①では本件うそが受け子である被告人の虚偽の説明や指示を行うことと直接つながっていることが指摘されているのに対して、平成30年判決の(b)においては「被害者に現金の交付を求める行為に直接つながる嘘が含まれて」いることが指摘されている。ここで注目すべきは、①では直接的な法益侵害行為であるすり替え行為ではなく、その前段階の虚偽の説明や指示行為との直接性が言及されている点である。なぜ本決定がすり替え行為ではなく、虚偽の説明や指示行為との直接性を指摘したのかは明らかではなく、その理解には困難を伴うが、この点に関しては、本件うそと直接的な法益侵害行為であるすり替え行為の間には、なお中間行為として虚偽の説明や指示行為が必要であったことがその理由として挙げられ得る。なぜなら、虚偽の説明や指示行為が中間行為として予定されているのであれば、本件うそとすり替え行為は直接つながるとは言い難いからである<sup>(32)</sup>。このような事情があるからこそ、②において、うそが述べられた状態で虚偽の説明や指示を行えば、窃盗を実現するに至るまで障害はないことを指摘しているものと考えられる。

以上をまとめると、本決定は①において本件うそがすり替え行為にとって必要不可欠であること、②において本件うそ

<sup>(31)</sup> 谷中・前掲注(2)184頁は、②と『本件うそ』が述べられ、金融庁職員を装いすり替えによってキャッシュカードを窃取する予定の被告人が被害者方付近路上まで赴いた時点では、間もなく被害者方を訪問する予定の被告人が被害者の注意をそらし、その隙に被告人がキャッシュカード入りの封筒と偽封筒をすり替えてキャッシュカードの占有を侵害するに至る危険性が明らかに認められるとした」との説示に、『障害となるような特段の事情』がないことに加え『時間的場所的接近性』があることについて認められるとした判断があったと考えることができる」としている。

<sup>(32)</sup> 裁判例(c)に関する評釈ではあるが、二本柳・前掲注(2)「判批」128頁は、「かけ子役の欺罔行為と受け子役のすり替え行為の間には、無視しえない中間行為が複数挟まれているともいえる。そうすると、かけ子の欺罔行為と受け子のすり替え行為の関係は『密接』とも『直接つながる』とも言い難いように思われる。」と指摘する。

以降には障害が存在していないことを指摘しているものと理解できる。しかし、本決定で認められた危険性は本件うそが述べられた時点での危険性ではなく、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における危険性である。この点に関して、判示中で「被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、被害者が間もなく被害者宅を訪問しようとしていた被告人の説明や指示に従うなどして……」として、被害者宅付近路上に赴いてからすぐに被害者宅を訪問しようとしていたことが指摘されている。そうすると、「被告人が被害者宅付近路上に赴いた」という説示部分ではすり替え行為との場所的・時間的近接性が言及されていると読む余地がある。しかし、本件では「被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる」〔圏点引用者〕として、被害者宅付近の路上に赴いた時点よりも前の時点で実行の着手を認める可能性を残している。そのため、仮に本決定が上記説示において場所的・時間的近接性に言及していると解したとしても、この事情にどの程度重きを置いているのかはなお明らかではない。

本決定が時間的・場所的近接性に言及していると解した場合、本決定で指摘された具体的な考慮事情は平成16年決定で指摘された事情と類似している。しかし、本決定では①②は本件うそに関する事情が指摘されているのに対し、時間的・場所的近接性においては被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における事情が指摘されている。このズレをどのように理解すべきかはなお明らかではないが、前述のとおり本件においては、「本件うそが

述べられ、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点では、窃盗罪の実行の着手が既にあったと認められる」〔圏点引用者〕として、被害者宅付近の路上に赴いた時点よりも前の段階で実行の着手を認められることを示している点が注目されよう。つまり、本決定は行為者が被害者宅付近の路上に赴いた事案であったため、事案の解決としてはその時点で実行の着手を認めれば足りると解したにすぎず、本決定の判示は電話で本件うそを述べた時点で実行の着手を認められ得ることまでを否定していないと読む余地もあると考えられる<sup>(33)</sup>。

仮に、本決定が電話で本件うそを述べた時点で実行の着手と認めうることを含意していると解するのであれば、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点における時間的・場所的近接性の指摘は実行の着手判断、つまりは危険性判断にとって重要なものではなく、上記のようなズレは問題とならないであろう。また、その場合には、本決定は①本件うそがすり替え行為にとって必要不可欠であるという事情と、②本件うそからすり替え行為に至るまでの自動性・確実性（障害の不存在）という2つの事情から、本件うそとすり替え行為が密接な行為であり両者は一連の行為であると解し、そのことから、危険性を認めているのではないかと考えられる。

本決定は被告人が被害者宅付近路上に赴いた時点よりも前の時点で実行の着手を認める余地を残しているものの、被害者宅付近路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めた点にも本決定の意義を見出せるように思われる。前述の通り、

<sup>(33)</sup> 本決定が電話を掛けた段階で実行の着手を認めなかったことを重視するものとして、松原・前掲注(2)13頁。

本件犯行計画によれば、本件うそすり替え行為の間に中間行為である被告人による虚偽の説明や指示が予定されていると考えれば、被告人が被害者宅付近路上に赴く行為と直接的な法益侵害行為であるすり替え行為との間にもなお中間行為が予定されているといえる。平成16年決定においては第1行為と第2行為との間に中間行為は想定されていなかったのに対し、本決定では被告人による虚偽の説明や指示行為という中間行為がなお予定されていると考えれば、平成16年決定の第1行為に対応するのは、直接的な法益侵害行為であるすり替え行為との間に中間行為が予定されていない被告人の虚偽の説明や指示行為である。しかし、本決定ではそれより前段階である被害者宅付近路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めている。したがって、本決定は直接的な法益侵害行為との間に中間行為がなお介在するとしても、実行の着手が認められるものと理解できる。したがって、本決定は平成16年決定よりも早い段階で実行の着手を認めたものと評価することができ、この点に本決定の意義を見出しうるであろう。

## (2) 結論の妥当性

次に本決定が、被告人が被害者宅付近路上まで赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めたことの妥当性について検討する。

すり替え型窃盗事案は詐欺的窃盗の一形態であることから、本決定の射程がその他の詐欺的窃盗罪案にまで及ぶのであれば、その他の詐欺的窃盗罪案における実行の着手時期を念頭に置いた上で本決定の結論の妥当性を検討すべきであろう。

そこで本稿では、客を装い商品の試着をしたい旨店員に申し出、商品を試着さ

せてもらい、そのまま店員の間隙をついて逃走するという事案（以下、試着事案）を素材にすることとしたい。このとき、行為者は何度か当該店舗に下見に訪れたことがあり、店員の人数や試着室と出入り口の位置関係、さらには試着した際に店員が客から目を離すことがあることを確認しており、試着して逃走することが容易であり、ほぼ確実に実行できることを事前に確認していたという場合にはどのように考えられるであろうか。客を装って店員に試着がしたい旨の申し出をすれば、通常店員に試着を断られることはありえず、また、試着した後に逃走がほぼ確実に実行できる場合であれば、このような試着事例においては店舗に到着するよりも前の時点で窃盗罪実現の高度の危険性を認めることができるように思われる。他方で、すり替え型窃盗においては、被害者宅へ到着した後も受け子は金融庁職員を装って虚偽の説明や指示をする必要があるが、その時点で被害者が不審に思い計画が失敗する可能性も否定できず、被害者宅あるいは店舗に到着する以前の段階においては、すり替え型窃盗事案よりも試着事案の方が窃盗罪実現の危険性は高いということもできよう。

仮にすり替え型窃盗事案における実行の着手の議論の射程が試着事案にまで及ぶとすれば、本決定が被害者宅へ到着する前の被害者宅付近の路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めている以上、試着事案においても店舗付近の路上に赴いた時点で窃盗罪の実行の着手を認めなければならないであろう。しかし、人との接触が予定されておらず、また、盗む物のみが存在しているような土蔵への侵入窃盗への場合ですら、窃盗罪の実行の着手を認めるためには土蔵へ侵入しよう

とすることが必要とされている<sup>(34)</sup>。土蔵への侵入窃盗事案において、夜間は人が通りかからないことが確実であり、また、既に行為者が土蔵の鍵を入手していて、さらに、土蔵の所有者が遠方に旅行に行っており、そのことを行為者が認識しているなどの事情があれば、土蔵へ到着するよりも前の時点で試着事案と同等以上の危険性が認められるものと考えられる。さらに、試着事案よりも上記の土蔵への侵入窃盗の方が財物窃取までのプロセスが単純であることも指摘できる。以上のことに鑑みれば、上記のような事情のもとでの土蔵への侵入窃盗の場合であっても土蔵へ到着していない段階では実行の着手が認められないにも関わらず、試着事案では、店舗に到着していない時点で実行の着手を認めるという帰結は受け入れがたいように思われる。したがって、本決定の射程がすり替え型窃盗事案以外の詐欺的窃盗の事案にまで及ぶと解するのであれば、本件において窃盗罪の実行の着手を認めたのは不当であったということができよう。

これに対して、そもそも本決定の射程の範囲は特殊詐欺におけるすり替え型窃盗事案に限られ、その他の詐欺的窃盗事案には及ばないとの理解もありうる。そのような理解に立つのであれば、他の詐欺的窃盗にはないすり替え型窃盗事案の特殊性を説明しなければならないであろう。

すり替え型窃盗の特殊性としてまず考えられるのは、事前に架け子が被害者に架電して嘘を述べている点である。たしかに上記の試着事案においては店員と直接対峙した後にうそを述べており、この点はすり替え型窃盗事案とは異なるとい

える。しかし、上記の試着事案を變形して、感染症対策のために店舗に電話での来店予約が必要であった場合を考えると、犯人は事前に店舗に架電し客を装い予約を取ることになる。そうすると、試着事案においても被害者と対峙する前にうそを述べることはあり得、事前に被害者に嘘を述べることはすり替え型窃盗事案特有のものではないことが明らかとなる。

他方で、本件における架け子のうその内容は、被害者が詐欺被害に遭っている可能性があり、再度の被害を防止するためにキャッシュカードを保管する必要があるというもので、被害者が危機的状況に陥っている旨のうそがなされている。この点を捉えて、被害者に自身が危機的状況に陥っていると誤信させ、被害者の思考能力を低下させる点にすり替え型窃盗における特殊性を見出すことができるかもしれない。たしかに、自身が危機的状況に陥っていると被害者に誤信させて被害者の思考能力を低下させることは、架け子や受け子のうそを信じ込みやすくさせ、窃盗罪実現の危険性を高めるものと評価することができよう。しかし、窃盗罪実現の危険性の高さという観点においては、前述のように試着事案における窃盗罪実現の危険性はすり替え型窃盗事案よりも高い場合が考えられうるため、被害者に自身が危機的状況に陥っていると誤信させ、被害者の思考能力を低下させて窃盗罪実現の危険性を高めている点は、すり替え型窃盗事案の特殊性を表すものではないであろう。

以上のことから、本決定におけるすり替え型窃盗事案における実行の着手の議論の射程は、他の詐欺的窃盗の場合にも

<sup>(34)</sup> 名古屋高判昭和25年11月14日高刑集3巻4号748頁。

及ぶと考えられる。したがって、本件において被害者宅付近路上に赴いた時点ですでに窃盗罪の実行の着手が認められると判断している以上は、電話で来店予約をした場合の試着事案においても店舗付近路上に赴いた時点で実行の着手を認めなければならない。しかし、そのような帰結は受け入れ難いことを考えると、本決定の結論は妥当ではなく、本件において実行の着手を認めるべきではなかったと思われる。

### (3) 私見

#### (a) 危険性の観点

本決定の結論が妥当ではないと解する場合、すり替え型窃盗事案においていずれの時点で実行の着手を認めるべきかが問題となる。この点を検討するにあたり、まず未遂犯の処罰根拠に立ち返ってみると、既遂に至っていないにも関わらず未遂犯が処罰されるのは、法益保護のために必要であるからだと考えられている<sup>(35)</sup>。したがって、未遂犯の処罰根拠は、未遂犯が構成要件実現の現実的危険を有していることに求められるため、危険性の観点から本件すり替え型窃盗事案の分析を行う。

本件犯行計画によれば、予め警察官になりすました架け子が被害者に架電し、被害者に対し、被害者が詐欺被害に遭っており、再度の被害を防止するためには金融庁職員が持参した封筒にキャッシュ

カードを入れて保管する必要がある旨のうそを告げ、その後金融庁職員になりすました被告人が被害者にキャッシュカードを封筒に入れさせ、被害者が目を離した際にその封筒を別の封筒とすり替えてキャッシュカードを窃取することが予定されていた。このような犯行計画に照らせば、被害者に架電し、上記のうそを述べれば、それを高齢の被害者が信じる可能性は十分に認められる<sup>(36)</sup>。また、本決定も述べるように、被害者がそのような誤信に陥っていればその後の受け子の言動に疑いを抱くことなく、被害者にキャッシュカードをすり替える隙を作ることができるため、本件うそ述べる行為とすり替え行為との間には特段の障害はなく、本件うそを述べた時点で窃盗罪を実現する蓋然性は認められるであろう。

さらに、本件のようなすり替え型窃盗の場合と直接交付型の詐欺の場合とではいずれも、架け子があらかじめ電話で被害者にうそを述べ、その後受け子が被害者と接触して財物の占有を取得することが予定されている。被害者側からすると、キャッシュカードを他人に交付する認識のときよりも、キャッシュカードの入った封筒を自身で保持する認識である方が警戒心が低くなり<sup>(37)</sup>、直接交付型の詐欺事案よりもすり替え型窃盗事案の方が受け子の指示に従いやすくなるために、詐欺罪の場合よりもすり替え型窃盗の方が成功しやすいともいえる<sup>(38)</sup>。そのように

<sup>(35)</sup> 藤木英雄『刑法講義総論』（弘文堂・1975年）255頁。

<sup>(36)</sup> 未遂犯において問題となる「危険」とは、「既遂犯罪構成要件実現の蓋然性を意味」している（岡本勝「危険犯」をめぐる諸問題『犯罪論と刑法思想』（信山社・2000年）78頁）。未遂犯における危険の理解に関しては、2022年6月18日開催の東北大学刑事法判例研究会にてご教示いただいた。

<sup>(37)</sup> このような指摘をするものとして、宇都宮地裁足利支判令和3年3月17日LEX/DB25569194（裁判例（c））。

<sup>(38)</sup> 大塚・前掲注（10）「判批」46頁以下は、直接交付型とすり替え型のいずれも、被害者にキャッシュカードに問題が生じていると信じさせることによって被害者を犯人のコントロール下に置くことが犯行計画中最も重要であり、架け子の嘘によって被害者をコントロール下においた後の経

解するならば、直接交付型の特殊詐欺事案に関して、電話で被害者にうそを述べた時点で詐欺罪実現の現実的危険が認められるのであれば、すり替え型窃盗においても電話で被害者にうそを述べた時点で、詐欺罪の場合と同程度、あるいはそれ以上の構成要件実現の危険が認められると解される。

しかし、前述のようにこの程度の窃盗罪実現の危険性は、試着事案においても店舗付近路上に赴いた時点で認められうるが、その時点で窃盗罪の実行の着手を認めることは受け入れ難く、より遅い時点で窃盗罪の実行の着手を認めるべきであろう。したがって、危険性が認められたとしてもそれだけでは実行の着手は肯定できず、危険性とは異なる観点からの限定が必要となる。危険性以外の限定がどのようなものかが問題となるが、この点は構成要件が予定している行為態様の違いから説明ができると思われる。

#### (b) 構成要件による形式的制約

窃盗罪の構成要件が規定している行為は直接的な法益侵害行為である窃取行為のみであるのに対し、詐欺罪の場合は欺罔行為も実行行為の一部として予定されており、法益侵害までにはなお被害者による交付行為という中間行為が予定されている点で両罪は異なっている。前述のように、直接交付型の詐欺罪とすり替え型の窃盗罪のいずれの場合においても、架け子が被害者に対して電話でうそを述べる行為の時点で犯罪実現の危険性は認められる。詐欺罪の実行行為は欺罔行為であるから、電話でうそを述べる行為の

時点で危険性が認められ、さらに構成要件の充足も認められるため、電話で嘘を述べた時点で詐欺罪の実行の着手を認めた平成 30 年判決の結論は妥当であったといえる。それに対して、窃盗罪の実行行為は窃取行為であるが、電話でうそを述べる行為を窃取行為ということは困難であろう。したがって、すり替え型窃盗事案においては、電話をかける行為の時点で未遂犯処罰を基礎付ける窃盗罪実現の現実的危険を認めることはできるものの、窃盗罪の予定している窃取行為が認められ得ないために、電話でうそを述べる行為の時点で実行の着手を認めることはできない。

窃取とは、「他人が占有する財物を、占有者の意思に反して、自己または第三者の占有に移すこと」<sup>(39)</sup>であり、窃取行為とは財物に対する他人の事実上の支配を排除して新たな占有を設定することを意味する。窃盗罪において被害者の事実上の支配を排除する方法は様々なものが考えられ、被害者が不在の時に密かに財物を盗み出すような侵入盗の類型や、被害者が携行している財物を気づかれないように盗むすりの類型や、被害者の占有弛緩を用いる詐欺的窃盗の類型などが存在しており、窃取概念を満たす類型は複数存在することとなる。なお、いずれの窃取類型であっても、財物の占有移転を行うためには、行為者が財物と物理的に接近する必要があることに鑑みれば、窃盗罪の実行の着手を認めるためには、財物の占有移転を行う予定の行為者が財物と一定以上接近する必要があると考えられる。

過については、直接交付型における経過とすり替え型窃盗とでその実現可能性に優位な差を認めることは困難であると指摘する。

<sup>(39)</sup> 西田典之・山口厚・佐伯仁志編『注釈刑法第4巻各論(3) § §235~264』(有斐閣・2021年) 23頁〔佐伯仁志〕。

これら窃取類型すべてについて網羅的に分析することはできないが、本稿で問題としている詐欺的窃盗に焦点を当てると、詐欺的窃盗はその犯行計画上被害者の占有弛緩を用いて、他人の財物に対する事実上の支配を排除する占有弛緩類型の窃取概念である。他人の事実上の支配を排除する方法として被害者の占有弛緩を用いるのであるから、占有弛緩を生じさせる行為の開始が窃取行為の開始と解されることとなる<sup>(40)</sup>。

詐欺的窃盗の事案においては、被害者と占有移転を行う予定の行為者が被害者と直接接触してコミュニケーションを取りつつ、その流れで何らかの偽計を用いて占有を弛緩させることが予定されている。そのため、偽計を用いて占有弛緩を生じさせるためには、当該行為者が被害者と直接コミュニケーションをとることが必要不可欠であり、また、当該コミュニケーションをとる行為と直接的に占有弛緩を生じさせる行為とは時間的にも場所的にも近接していることに鑑みれば、両者の行為は密接不可分な行為といえる。したがって、被害者に対し直接コミュニケーションを取る行為を開始した時点で占有弛緩を生じさせる行為を開始したと評価できるであろう。

さらに、前述の通り、窃盗罪の実行の着手を認めるためには、占有移転行為を行う行為者が財物と一定以上接近する必要があるため、詐欺的窃盗事案において窃盗罪の実行の着手を認める上では、占有移転を行う行為者が財物と一定以上接近した上で、被害者と直接コミュニケーションを取ることが必要であると考えられる<sup>(41)</sup>。例えば、すり替え型窃盗の事案であれば、受け子が被害者を呼び出すためにインターホンを押す行為や、玄関のドアを開けて被害者を呼ぶ行為などに実行の着手が認められると考えられる<sup>(42)</sup>。したがって、占有移転を行う予定の行為者が未だ財物と一定以上接近した上で被害者と直接コミュニケーションを取る行為を開始したとはいえない本決定の事案において、窃盗罪の実行の着手を肯定することはできない。

詐欺的窃盗の実行の着手時期に関して上記のように解すると、特殊詐欺の中でもすり替え型（窃盗）の場合と直接交付型（詐欺）の場合とで、未遂犯の成立時期が異なるという帰結が導かれる。この帰結に対して、特殊詐欺の中でも詐欺の形態か窃盗の形態かによって、未遂犯の成立時期に差異が生じることは不適切で

<sup>(40)</sup> 被害者の警戒心を緩め、犯人の指示に従う心の準備をもたらすことを占有弛緩の開始と見る見解も存在する（二本柳・前掲注（2）「窃盗未遂罪の処罰時期-最高裁判所令和4年2月14日第3小法廷決定を契機として-」15頁）が、占有とは財物に対する事実上の支配であるから、被害者の警戒心を低下させるなどのように観念的に占有弛緩を捉えることについては疑問がある。

<sup>(41)</sup> なお、侵入窃の類型の場合には財物を密かに取ることが予定されており、犯行計画上、占有弛緩は必要とされておらず、占有弛緩とは異なる方法で被害者による財物への支配を排除することになるため、詐欺的窃盗とは異なる窃取類型に属することになる。侵入盗の事案において被害者の財物に対する事実上の支配を排除するためには、詐欺的窃盗の場合よりもさらに財物へ物理的に接近することが必要と考えられ、住居侵入窃盗の場合には財物が存在すると考えられる場所へ向かう行為が必要となる。このように、窃取の類型が異なる以上、侵入盗の事案と詐欺的窃盗の事案とで実行の着手時期が異なることは当然であり、両者を比較する意義は乏しいと考えられる。

<sup>(42)</sup> もっとも、上記の理解に基づけば、財物への一定程度の物理的接近は必要とされるものの、必ずしも受け子が被害者宅へ到着している必要はないと考えられる。例えば、被害者宅に到着していない段階で庭に出ている被害者に対して呼びかけを行った場合には、実行の着手は認められるであろう。

あるとの指摘がなされている<sup>(43)</sup>。しかし、詐欺罪と窃盗罪では構成要件に規定された行為態様が異なる以上、両罪で未遂犯の成立時期が異なることは正当化されるように思われる<sup>(44)</sup>。さらに、実質的な問題として提起される、すり替え型窃盗の未遂犯の場合に生じる処罰の間隙については、偽計などの手段行為を実行行為に含む詐欺的窃盗という新たな条文の新設を通じた立法による解決が可能である<sup>(45)</sup>。

以上によれば、すり替え型窃盗の実行の着手については、構成要件的制約という観点から未遂犯の成立を限定したうえで、それによって生じる処罰の間隙は立法による解決を図ることが望ましかったように思われる。

#### 4. おわりに

本決定はこれまで最高裁の判断がなされていなかったすり替え型窃盗の実行の着手について判断した点、従来の判例においては実行の着手判断の理論構造が明確となっていなかったのに対し、本決定においては、危険性という単一の観点から実行の着手を判断することを明示した点、さらに被告人が被害者宅付近の路上に赴いた時点では既に実行の着手が認められるとして、直接的な法益侵害行為との間になお中間行為が介在する場合であっても実行の着手を認め、実行の着手を従来の判例よりも早い段階で認めた点に意義があるといえる。

実行の着手を判断する上で行為者の計画を考慮している点において、本決定は平成16年決定及び平成30年判決を踏襲していると考えられ、これらの従来の判例でも密接性（直接性）は危険性を判断する一要素と解していると考えられるのであれば、本決定も同様の判断枠組みを採用しているといえる。なお、本決定はすり替え型窃盗事案において、どの段階ではじめて実行の着手が認められるのかについては判断を留保しており、この点については今後の判断が待たれる。

もっとも、私見によれば、構成要件上の制約という観点から、本件のようなすり替え型窃盗における実行の着手は、受け子が被害者と一定以上接近した上で、被害者に対し直接コミュニケーションを取る行為を開始した時点で認められるべきであり、いまだそのような行為の開始が認められない本件事案において窃盗罪の実行の着手を認めた点は妥当ではないと思われる。

\*本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2114 の支援を受けたものである。

<sup>(43)</sup> 大塚・前掲注(10)「判批」47頁、佐藤・前掲注(2)10頁。また、詐欺と窃盗で実行の着手時期が異なると解した場合に生じる実務上の問題点を指摘するものとして、江見健一「特殊詐欺の受け子の罪責に関する諸問題(上)」警察学論集72巻11号(2019年)24頁以下。

<sup>(44)</sup> 白石篤史「各種犯罪における実行の着手の認定について」警察学論集75巻2号(2022年)150頁。

<sup>(45)</sup> このような立法による解決に言及するものとして、杉本一敏「行為の構造から見た「実行の着手」時期(3)-各論(その2)最後の一突き型犯罪-」刑事法ジャーナル70号(2021年)102頁注(24)。なお、杉本教授は、すり替え型窃盗の事案においていずれの時点で実行の着手を認め得るのかについて、その判断を留保している(同論文114頁以下、杉本・前掲注(17)139頁)。

# 被用者が使用者の事業の執行について第三者に加えた 損害を賠償した場合における被用者の使用者に対する 求償の可否

最判令和2・2・28民集74巻2号106頁

東北大学大学院法学研究科博士後期課程 栗小焱

## I. 事実の概要

## II. 判旨

## III. 評釈

### 1. 本判決の意義

### 2. 従来の裁判例の動向

### 3. 従来の学説の状況

### 4. 本判決の評価

#### (1) 逆求償の可否について

#### (2) 逆求償が認められる範囲

## I. 事実の概要

Xは、Y社に雇用され、トラック運転手として荷物の運送業務に従事していた。Y社はその事業に使用する車両すべてについて自動車保険契約等を締結していなかった。平成22年7月、Xは業務でトラックを運転中、Aの運転する自転車に衝突し、Aを転倒させる事故を起こした。Aは、これにより死亡した。Y社は、Aの治療費として47万円余りを支払った。

Aの相続人は、その長男B及び二男Cであった。平成24年12月、CはY社に対し

て損害賠償請求訴訟を起こした。平成25年9月にY社はCに和解金など1300万円余りを支払い、訴訟上の和解が成立した。

平成24年12月、BはXに対して損害賠償請求訴訟を提起した。平成27年9月、その控訴審は1400万円弱の限度でBの請求を認容した判決を言い渡し、同判決は確定した。

Bの所在不明による受領不能を理由として、Xは平成28年6月に1552万円余りを弁済供託した。

平成27年にXはY社に対し、主位的に、

Aの被害全額をYが負担するという合意に基づき、予備的に、使用者に対する逆求償権に基づいて（以下、本稿では賠償義務を履行した被用者から使用者に対する求償を「逆求償」という）、XがBに対し支払った1552万円余の賠償金の支払を求め提訴した。また、Y社はXに対して、Cに支払った上記の和解金相当額を求める反訴を提起した。

第一審（大阪高判平成29・9・29民集74巻2号125頁）は、上記主位的請求中に主張されている合意は不成立であると判断した。これに対して、予備的主張については、使用者と被用者間の責任が不真正連帯債務であるとし、使用者の最終的な負担割合の存在（75%）を肯定し、当該割合に基づき、Xの請求の一部（約840万円）を認容した。また、Y社の反訴請求は認められなかった。

控訴審（大阪高判平成30・4・27民集74巻2号139頁）は、①使用者責任は、被用者無資力の危険に備え、被害者の保護のために使用者に代位責任を負わせるものにすぎないこと、及び②使用者から被用者への求償の制限は、信義則に基づき、その権利の行使が制限されることがあるにすぎないことを理由に、使用者責任の趣旨や「民法715条3項の求償権が制限される場合と同じ理由をもって、逆求償という権利が発生する根拠とまではすることは困難である」と述べ、使用者の最終的な責任部分の存在を前提とする逆求償を明確に否定した。

## II. 判旨

### 破棄差戻

「民法715条1項が規定する使用者責任は、使用者が被用者の活動によって利益を上げる関係にあることや、自己の事業範囲を拡張して第三者に損害を生じさせる

危険を増大させていることに着目し、損害の公平な分担という見地から、その事業の執行について被用者が第三者に加えた損害を使用者に負担させることとしたものである（最高裁昭和・・・32年4月30日第三小法廷判決・民集11巻4号64頁参照、最高裁昭和・・・63年7月1日第二小法廷判決・民集42巻6号451頁参照）。このような使用者責任の趣旨からすれば、使用者は、その事業の執行により損害を被った第三者に対する関係において損害賠償義務を負うのみならず、被用者との関係においても、損害の全部又は一部について負担すべき場合があると解すべきである。

また、使用者が第三者に対して使用者責任に基づく損害賠償義務を履行した場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防又は損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対して求償することができると解すべきところ（最高裁昭和・・・51年7月8日第一小法廷判決・民集30巻7号689頁）、上記の場合と被用者が第三者の被った損害を賠償した場合とで、使用者の損害の負担について異なる結果となることは相当でない。

以上によれば、被用者が使用者の事業の執行について第三者に損害を加え、その損害を賠償した場合には、被用者は、上記諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から相当と認められる額について、使用者に対して求償することができるものと解すべきである。」

なお、本判決には、菅野博之裁判官・草野耕一裁判官の補足意見及び三浦守裁判

官の補足意見がある。

### III. 評釈

#### 1. 本判決の意義

本判決は、最高裁が初めて被用者から使用者への求償（逆求償）を認めた判決である。

本判決は、使用者責任の根拠を理由に、使用者が、その被用者の不法行為につき、被害者との関係で損害賠償義務を負うだけでなく、被用者との関係でも最終的に負担すべき部分（それは、使用者の「固有の責任部分」である）があると判断した。

本判決が引用する最判昭和51・7・8民集30巻7号689頁（以下、「昭和51年判決」と略称する）は、すでに信義則により被害者に先賠した使用者から被用者への求償が制限されることを認めていた。これに対して、本判決は、単なる信義則ではなく、使用者の固有の責任部分を肯定することによって、使用者そもそも全面的な求償権を有さず、使用者の求償権への制限が原則的であることを導いている。

また、本判決は、昭和51年判決が使用者の求償権が制限される範囲を決する各要素を、使用者・被用者間において各自の最終的な負担割合を判断する際の考慮要素としても位置づけた点にも意義がある。

さらに、本判決の補足意見は、貨物自動車運送事業に関する事案において、逆求償の範囲を判断するに当たって考慮要素を挙げており、被用者の責任範囲を限定する視点を示している点にも注目される。

#### 2. 従来の裁判例の動向

(1) 使用者から被用者への求償の制限について

これまでの最高裁の判例には被用者から使用者への逆求償の存否を明確に示したものはなかった。しかし、本判決を引用する昭和51年判決は、使用者から被用者への求償や損害賠償等が信義則に基づいて制限されることを認めていた。

昭和51年判決は、使用者が運転者として雇われた被用者が起した自動車事故について、①被害者に被った損害賠償を支払ったことによる求償と、②使用者自己の車両に被った損害賠償の請求について、信義則上の制限に基づき、一部のみを肯定した事案である。

同事件で最高裁は、「使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により、直接損害を被り又は使用者としての損害賠償責任を負担したことに基づき損害を被った場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償又は求償の請求をすることができる」と判示した。

ただし、この判旨は抽象的である。求償権の制限の理解について、①使用者に全額求償が存在することを前提に、その権利行使の制限を設けたものなのか、それとも、②使用者は被用者との内部関係で最終的な損害分担割合があり、実体法上縮減された求償権しか有していないものなのかは、最高裁の判示から明らかではなかった<sup>(1)</sup>。

<sup>(1)</sup> 佐藤康紀「判批」新・判例解説Watch27号（2020）91頁。國武英生「判批」法律時報92巻12号140頁。中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理（二）—使用者責任とその周辺問題に関する再検

(2) 被用者から使用者への求償について逆求償に関する最高裁判例はこれまでなく、下級審裁判例の中で、逆求償について肯定した事例として、①佐賀地裁平成 27・9・11 労働判例 1172 号 81 頁(以下、「信州フーズ事件」と略称する)と②大分地裁平 28・2・5 判例秘書 L07151523<sup>(2)</sup>(以下、「結婚式運営会社 A 事件」と略称する)の二つがある。

裁判例①は、被用者がその業務の執行につき発生した交通事故により、相手方に損害賠償金の全額を支払ったことから、その賠償金について使用者に対する逆求償の可否が争われた事案である。

その第一審判決(鳥栖簡裁平成 27・4・9 労働判例 1172 号 87 頁)は、逆求償について、使用者から被用者への損害賠償・求償の制限「とパラレルに理解されるべきである」として、信義則上相当と認められる範囲内で、逆求償を肯定した。この「パラレルに理解」という表現は、逆求償の根拠を使用者の求償権の制限と同様に信義則に求めることを意味すると考える。

控訴審は、使用者・被用者間の関係を不真正連帯債務者の関係と把握し、「使用者は被用者の活動によって自己の活動領域を拡張しているという関係に立つこと」を理由とする「いわゆる報償責任」を根拠として使用者の固有の責任部分を存在することを前提に逆求償を認める立場を示した。

裁判例②は、結婚式場の元従業員が、披露宴で新婦が着用したウェディングドレス

スを破損させ、被害者に先に弁償したことによって、被用者として使用者に対する逆求償の可否を争う事案である。同判決は、「使用者責任の帰責原理としての報償責任及び危険責任原理」から、使用者・被用者間の関係において使用者に対して、被用者の不法行為による「損害賠償責任の一部の転嫁」を正当化した。

また、同判決では、被用者が「使用者の指示に従ってその企業に従事した側面を有すること」と、使用者が被害者に先賠した場合に使用者から被用者への求償が制限されることとの均衡も、使用者の固有の責任を肯定した補充的な理由として挙げられていた。

以上の二つの裁判例はいずれも、使用者・被用者間において使用者の固有の責任部分を肯定し逆求償を認めた。使用者の固有の負担部分を観念する理由付けについて、①信義則に基づいた使用者・被用者間の責任負担、②不真正連帯債務における求償、③使用者責任の帰責原理である報償責任・危険責任原理<sup>(3)</sup>、④労働関係における被用者の従属性、⑤使用者の求償が制限されることとの均衡が挙げられていた。

### 3. 従来の学説の状況

使用者から使用者へ求償(順求償)の制限の可否、あるいは、被用者からの使用者への逆求償の可否といった問題は、学説では、使用者・被用者間にどのように負担分配がなされるのかという問題と関連付けられてきた。

討」法学協会雑誌 128 巻 2 号 (2011) 302-303 頁。

<sup>(2)</sup> 公刊物未搭載。

<sup>(3)</sup> 従来の通説によれば、なぜ被用者の不法行為について使用者が責任を負わなければならないのかという使用者責任を支える基本的な考え方について、二つの原理を見ることができる。一つは、使用者が被用者を用いることで新たな危険を創造したり、拡大したりしている以上、使用者は被用者による危険の実現につき責任を負担すべきであるという危険責任原理である。もう一つは、使用者が被用者を用いることで事業活動上の利益を上げている以上、使用者は被用者による事業活動の危険も負担すべきであるという報償責任原理である。潮見佳男『債権各論Ⅱ不法行為法〔第3版〕』(新世社、2017) 141-142 頁。

(1) 代位責任を肩代わり責任として、使用者の求償のみ可能とする見解

従来の通説によれば、使用者責任は代位責任と理解されてきた<sup>(4)</sup>。使用者責任は被用者という他人の不法行為に対する責任を課せられたものであって、被用者が本来負うべき責任を使用者が代わって負うものとみる。その理解に基づけば、使用者が被用者に全面的に求償するのは当然である。

しかし、被用者の労働を基礎として利益をあげる使用者が、企業活動により第三者に生じさせた損害を全て被用者に転嫁するのは不適切であるし、被用者に酷な場合があるとの批判がされることになり、求償をある程度を制限すべきという主張が登場した<sup>(5)</sup>。学説上、権利濫用<sup>(6)</sup>や過失相殺<sup>(7)</sup>等様々な理由で、求償権の行使を制限することが主張されるようになった。ただし、その制限は求償権の行使のレベルで制限するものである。原則的に使用者には全面的な求償権が認められ、被用者の逆求償は否定されるものと思われる。

(2) 被用者からの逆求償も可能とする見解

だが、学説全体の流れは、被用者の逆求償を肯定する立場へとシフトしている。逆求償の承認の理由付けについて様々な見

解が存在している。以下のように、4種類の見解に整理する。

第1に、安全配慮義務の不履行を根拠とする見解である。使用関係が労働契約に基づく労働関係である場合に、使用者は、労働契約に基き被用者がその不法行為を発生しないような職場の労働環境を整備する安全配慮義務がある。使用者の安全配慮義務違反による損害賠償請求権を根拠として被用者からの逆求償が認められる<sup>(8)</sup>。

第2に、逆求償の法律上の発生原因については明示せず、使用者責任の趣旨である報償責任・危険責任原理を実質的な根拠として使用者固有の負担部分が存在することを説明する見解(以下、「固有責任説」<sup>(9)</sup>とする)である。その見解によれば、報償責任・危険責任の考え方が使用者の被害者に対する責任を説明することができるだけでなく、対内的にも被用者の責任を制限する根拠とするのも妥当であるとする。労働者の報酬は利益の分配を意味しておらず、使用者・被用者間の内部関係において使用者こそが最終的な利益帰属主体である。にもかかわらず、企業活動に生じる損害を全て使用者の指示に従って危険な活動に従事している被用者に転嫁するのは不合理である。したがって、使用者にも固有の負担割合があるのが妥当であると説明する<sup>(10)</sup>。

<sup>(4)</sup> 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(下巻)』(青林書院、1981年)682頁。

<sup>(5)</sup> 神田孝夫「使用者責任における求償権の制限」ジュリスト臨時増刊642号80頁。

<sup>(6)</sup> 危険の企業で多大の利益を収めている使用者が求償権を行使するのは一般的には権利の濫用である。石田文次郎『債権各論講義』(弘文堂書房、1937年)288頁。

<sup>(7)</sup> 使用者の選任・監督上の過失が大きいとき過失相殺を認めるべきである。または、賃金の低廉、労務の過度、企業施設の不完備、規律の乱れなどが加害行為の原因になっていることを根拠として過失相殺の理論(類推)適用することが考えられる。我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為法』(日本評論社、1937)178頁。

<sup>(8)</sup> 森島昭夫『不法行為法講義』(有斐閣、1987年)31頁。

<sup>(9)</sup> この「固有責任」とは、使用者が肩代わりした実質保証債務ではなく、使用者にそもそも固有の帰責根拠があるので、使用者その固有の根拠から第三者に対して責任を負うということを意味する。平野裕之『不法行為法(第3版)』(信山社、2009)260頁。

<sup>(10)</sup> 窪田充見『不法行為法(第2版)』(有斐閣、2018)224-225頁、平野・前掲注(9)文献260頁。神田孝夫『叢書民法総合判例研究 使用者責任』(一粒社、1998)258頁。潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第二版〕』(信山社、2011)50頁等。

第3に、不真正連帯債務者間の求償関係を根拠とする見解である。使用者と被用者の損害賠償義務が不真正連帯債務であり、逆求償の問題を不真正連帯債務者間の求償関係と位置付ける。不真正連帯債務者における負担部分を定める基準として、過失の割合だけでなく、結果発生に対する加功度や原因力などの諸要素も考慮すべきであると説明する<sup>(11)</sup>。

第4に、不当利得を根拠とする見解である。中原太郎教授は、715条1項の使用者責任の根拠は「他人の活動の支配・統御による自己の活動の目的の実現」に求められるべきであるとする。使用者は、強い支配・統御を受けて行為するにすぎない被用者との内部関係において負担を課されるべきである。

使用者・被用者間の関係は、両者間に存在する契約関係（典型的には労働契約関係）に定められた権利義務分配に基づき、その契約の趣旨に即してどのような負担分配が要請されるかという観点から規律されるべきである。使用者・被用者間における法律関係に従って適切な負担分配がなされてなければ、使用者に法律上の原因を欠く利得を認められ、被用者は被用者に対して不当利得返還請求権を根拠とする逆求償を行使できるとする<sup>(12)</sup>。

以上の諸見解は、異なる理由を根拠とするものの、使用者にはそもそも内部的な関係で最終的な負担の割合（固有責任）がありうることを肯定する点で共通する。

（3）労働法における議論－労働者の軽過失免責説

労働法上の学説によれば、使用者・被用者間に労働契約が存する場合、使用者・被用者間の負担分配について、被用者の軽過失は通常労働義務の履行過程に随伴するものである。使用者は軽過失を予測してそれにより生じる危険への分散措置（保険制度や価格機構等）を講じることが比較的容易である。そのため、被用者に通常の過失があるにとどまる場合、使用者の求償を行使することは許されないとする見解がある<sup>(13)</sup>。

一方、被用者に重過失がある場合には、使用者がその重過失により危険を回避、分散するのはそれだけ容易でないことから、労働者は一定の責任を免れない。また、高価な財貨の扱いなどにより重大の損害が生じた場合、信義則上、労働者の生存権保障の理念からすれば、被用者の生活に大きな不利益をもたらさないように、労働者の責任を制限する必要がある<sup>(14)</sup>。そうすると、被用者の重過失の場合に、その責任範囲は、使用者の損害への分散措置、被用者の賃金と損害額のバランスなどの諸般の要素を考慮して、適切な範囲に制限されるべきである<sup>(15)</sup>。この範囲を超えて被用者が被害者に賠償した場合には、逆求償も可能である。

#### 4. 本判決の評価

##### （1）逆求償の可否について

以下、本稿は逆求償の可否について、本判決の法律構成、従来の裁判例との比較と、従来の学説との比較・関係を中心として、

<sup>(11)</sup> 椿寿夫「判批」判評116号（判時525号）（1968）120頁。

<sup>(12)</sup> 中原太郎「事業遂行者の責任規範と責任原理（十・完）－使用者責任とその周辺問題に関する再検討」法学協会雑誌129巻10号（2012）261-262頁。

<sup>(13)</sup> 川井健『現代不法行為法研究』（日本評論社、1978）102頁。

<sup>(14)</sup> 細谷越史「労働者に対する損害賠償請求－茨城石炭商事事件」別冊ジュリスト197号63頁。西谷敏『労働法〔第三版〕』（日本評論社、2020）227-228頁。

<sup>(15)</sup> 西谷・前掲注(14) 文献228頁。

逆求償が認められた理由付けを分析する。

a. 本判決の法律構成

本判決は、①使用者責任の趣旨と、②使用者から被用者への求償が制限される場合との均衡という二点<sup>(16)</sup>をあげて、逆求償を肯定した。

まず、本判決は、715 条 1 項の使用者責任の趣旨として、「使用者が被用者の活動によって利益を上げる関係にあること」と「自己の事業範囲を拡張して第三者に損害を生じさせる危険を増大させていること」を挙げている。前者は、いわゆる報償責任原理に対応し、後者はいわゆる危険責任原理に対応する。この 2 つの原理を根拠に、使用者が被用者との関係で利益帰属主体及び危険管理主体であるとし、損害の一部を転嫁させるのは損害の公平な分担の趣旨に符合するので、使用者の固有の責任部分を肯定する。

また、本判決は、使用者から被用者への求償が制限されることとの均衡も逆求償の承認の理由としている。昭和 51 年判決に従って使用者から被用者への求償権の制限の可能性を肯定するとしながらも逆求償を否定する見解にたつと、使用者が先行して第三者に対して損害賠償を行った場合と被用者が第三者に先に賠償した場合とで、同一の事象であるにもかかわらず、被害者が使用者と被用者のどちらに提訴の対象として選択するかという責任の判断と無関係の事情によって最終的な負担の割合が異なることになる<sup>(17)</sup>。このような帰結は不公平である。このような不公平な結果を避けるように、逆求償が認められるべきであると判示する。

b. 第一審・原審判決及び先行裁判例との比較

(i) 信州フーズ事件・本件第一審判決との比較

前述した信州フーズ事件で裁判所は、使用者と被用者の損害賠償債務が不真正連帯債務であることを前提に、一方の債務者が自己な負担部分を超えて賠償債務を履行した場合には、他方に求償できると判示した。不真正連帯債務者における負担部分を決める基準について、いわゆる報償責任を基準として使用者の負担部分が存在するという点を肯定した。本件の第一審判決は、ほぼ同様な法律構成をとる。ただし、本判決が報償責任原理のみならず危険責任原理も根拠に挙げて使用者の負担部分を肯定した点は、本件の第一審判決や信州フーズ事件の論理構成と異なるところである。

本判決は、使用者が最終的な負担部分の存在を肯定するという点で、信州フーズ事件・本件の第一審判決と共通する。しかし、本判決と信州フーズ事件・本件の第一審の判決の着目点及び論理のロジックとは異なるところがある。信州フーズ事件・本件の第一審判決は、使用者・被用者間の関係の法的性質から、逆求償を不真正連帯債務における求償権として肯定した。本判決は、使用者責任の趣旨（報償責任・危険責任原理及びこれに基づき損害な公平な分担）を出発点として、使用者の固有の責任部分の承認を公平に適うという理由により逆求償を肯定した。

(ii) 結婚式運営会社 A 事件との比較

前述した結婚式運営会社 A 事件で裁判所は、本判決と同様に、①使用者責任の帰責原理である報償責任・危険責任原理、②使

<sup>(16)</sup> 舟橋「判解」ジュリスト 1553 号 (2021) 91 頁。山本周平・北大法学論集 72 巻 1 号 (2020) 186 頁。

<sup>(17)</sup> 舟橋・前掲注(16) 文献 92 頁。

用者の求償が制限されることとの均衡を理由として、逆求償を肯定した。本判決と異なるのは、同事件では裁判所が、労働契約関係における被用者が使用者の指示に従って行為するにすぎないことから、被用者の責任負担を制限すべきであると判示した点である。

(iii) 原判決との比較

本件の原判決は、本判決及び本件第一審の判決と異なり、①使用者責任の代位責任の性質に着目して、使用者の固有の責任部分の肯定と従来の通説としての代位責任構成と矛盾したこと、②単なる信義則、使用者責任の趣旨などを逆求償の根拠とすることはできないと判断した。

本判決は、使用者責任の性質（代位責任なのか固有責任なのか）に拘らず、使用者責任の趣旨を理由として、使用者最終的な負担部分の存在を肯定した。

ただし、本判決の論理の展開は、原審の判決で挙げられた以上の逆求償を否定した理由を覆すほど十分な説得力を持つとは言い難い。説得力を高めるためには、本件の原判決で提示された二つの問題についてさらに説明する必要がある。まず、原審理由①を覆すために、代位責任の立場をとりつつ使用者の固有の負担部分を認める理論上の障害はないということを示す必要がある<sup>(18)</sup>。原審理由②を覆すために、なぜ使用者責任の趣旨や使用者の求償が制限されることとの均衡を逆求償が認められる根拠とするのが十分であるのか

について明確にすべきであるとする。

(iv) 昭和 51 年判決との整合性

本判決は、使用者の固有の責任部分の存在を肯定した。これまでの最高裁判決はこの点について明らかにしていなかった。昭和 51 年判決は、使用者が「損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度」内でのみ、被用者に対して求償することができる<sup>(19)</sup>と判断した。この判示をどのように理解するかという問題と逆求償の可否の問題は結びついている。昭和 51 年判決によれば以下の二通りの理解が可能である<sup>(19)</sup>。

(a) 使用者はそもそも実体法上全面的な求償権が存在し、その権利の行使が例外的に信義則という一般条項により制限されるという立場である。

(b) 使用者の最終的な負担割合を観念する立場である。その固有の責任部分が存在するために、使用者の求償が制限されるのが原則となる。昭和 51 年判決の「損害の公平な分担という見地から」との判示は、使用者の最終的な負担割合に着目し過失相殺における典型的な使われた言葉であるので「実体法上の賠償請求権が一定範囲に限定される」<sup>(20)</sup>と理解する。また、使用者が「損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度」内で、求償することができるという点からすれば、使用者の求償権を制限するのが原則である

<sup>(18)</sup> 学説では、代位責任の立場と使用者の固有の負担部分との間に齟齬はないとする見解がある。例えば、中原説によると、従来の通説の理解が否定され、715 条 1 項の使用者責任の成立の前提としての「被用者の不法行為」という要件は「被用者における不法行為責任の成立」を意味しないことになる。使用者の責任の追及について、715 条 1 項の使用者責任が問われる場面があり、補充的には 709 条に基づき使用者の過失責任が問われる場面もある。715 条 1 項の代位責任規範にしても、709 条の過失責任規範にしても、その目的は、直接の加害者の行為を責任負担者の事業活動に包摂させ後者の答責領域に組み込むことにある。使用者責任の成立は被用者の不法行為責任の成立を必然的にもたらさない。従って、使用者から被用者へ被害者の損害賠償について全額的に求償できるわけではないこととなる。中原・前掲注(11) 文献 186-187 頁、212-213 頁。

<sup>(19)</sup> 窪田・前掲注(9) 文献 223 頁。

<sup>(20)</sup> 窪田・前掲注(9) 文献 223 頁。

と考える<sup>(21)</sup>。

昭和 51 年判決の判旨からはどちらの理解をとるのか不明確であったところ、本判決は、(b) の立場を取ることを明らかにした。

もつとも、昭和 51 年判決は、求償が制限される根拠を信義則という一般条項に求める。本判決は昭和 51 年判決の判断の枠組みと異なり、信義則に言及していない。その理由は、本判決が使用者の求償を制限するのは使用者の固有責任を肯定していることにある点を強調するためだと考えられる。

#### c. 従来 of 学説との比較

本判決は、使用者が被用者との関係で最終的な負担部分があることを肯定する点から、従来 of 学説と一致する。特に、報償責任・危険責任原理から使用者の負担部分が肯定することで、前述した固有責任説と共通する。異なるのは、本判決は逆求償が認められる法的根拠を明示していない点にやや曖昧さが残る点である。これに対して、従来 of 学説では、前述 3 (2) の通り、不当利得や、不真正連帯債務における求償等を根拠として使用者の負担部分 of 法律上 of 発生原因について明示した見解が見られる。

### (2) 逆求償が認められる範囲

#### a. 逆求償額 of 判断について

本判決は、逆求償 of 具体的な額をさらに審理させるために本件を原審に差し戻した。使用者と被用者 of 最終的な負担割合がどのように考えるのかという点は残され

た問題となる。

本判決は、逆求償が認められた範囲について、昭和 51 年判決を踏襲し、使用者 of 求償が制限されるのと同様 of 諸要素を考慮した。すなわち、①事業に関するもの (その事業 of 性格、規模、施設 of 状況)、②被用者に関するもの (その業務 of 内容、労働条件、勤務態度、加害行為 of 態様)、③使用者に関するもの (加害行為 of 予防又は損失 of 分散) といった各種 of 要素を列挙し、「諸般 of 事情」 of 総合考慮により、被用者・使用者間 of 内部的な負担 of 割合を決定するという柔軟な基準である。

このような要素は前述した中原説に総合的である。同説によれば、使用者・被用者 of 負担部分 of 根拠は両者 of 間に存在する具体的な法律関係に求められるべきである。例えば、本件 of 使用者・被用者間 of 労働契約 of 関係であれば、求償関係を使用者・被用者間 of 契約関係に根拠を求め、労働契約内部 of リスク負担分配原理に還元されるべきことになる<sup>(22)</sup>。「損害 of 公平な分担」や「信義則」とは、まさに労働契約における公平・信義則であり、本判決が逆求償額 of 判断について挙げられた諸要素は、労働契約内 in 在的な負担分配において考慮されるべき要素であると理解できる。

民法 715 条 1 項が想定する使用関係は様々であり、労働関係に基づく使用関係のほか、多様な法律関係が存在する。本判決は、逆求償額について、統一な根拠を提供するものというよりもむしろ考慮すべき諸要素を使用者 of 負担部分を決する基準として提示するものである。この判断基準は、

<sup>(21)</sup> 山本・前掲注(16)190頁。

<sup>(22)</sup> 中原説によれば、51年判決が援用する「損害 of 公平」ないし「信義則」は、労働契約内 in 在的な負担分配 of 要請を意味するとし、同判決が挙げる諸要素は、労働契約内 in 在的な負担分配において考慮されるべき要素であるとされる。中原・前掲注(11) 文献 262頁参照。本判決は、逆求償額 of 判断について、51年判決で挙げられた使用者 of 求償が制限されるのと同様 of 諸要素を考慮すべきであることを判示した。そのため、本判決が言及していた「損害 of 公平」や「諸般 of 事情」も、労働契約内 in での負担分配原理における公平や考慮要素であると考えられる。

使用者の責任負担が事案によって使用者・被用者間に存在する異なる法律関係に基づき、その法律関係に定められた権利義務分配及びその法律関係の趣旨に即して適合的な負担分配から判断すべきであることを意味すると推測できる。その意味で、本判決の判断は妥当である。

本判決は、個々の使用関係の趣旨に応じて、列挙された各要素を考慮して使用者の最終的な負担割合を判断するという基準を示した。大事なのは、具体的な事案において具体的な法律関係におけるどの要素が考慮の対象となるべきか、列挙された諸要素がどのようなウェイトにおいて評価されるべきか、といった問題である<sup>(23)</sup>。これらの判断が裁判所の裁量に委ねられている。

補足意見では、本件のような貨物自動車運送事業に関する事案において、使用者・被用者間の労働契約関係に即して、まず重視すべき要素は何なのか、具体的にはどのような事情を考慮すべきかについて、重要な説明がなされている。

#### b. 補足意見について

本件では、裁判官3名の補足意見が、使用者・被用者間の負担割合の判断についていずれも被用者の負担割合を限定する必要性を指摘している。前述したように、労働法の学説では、労働関係における被用者の責任(重過失の場合<sup>(24)</sup>)を限定する見解が従来から指摘されていた。補足意見の立場は、このような労働法学説と一致している。使用者のY社と被用者のXの間に労働契約があることから、労働契約における当事者の負担分配を論じた労働法学説の

立場は参考にされるべきである。

菅野裁判官・草野裁判官の補足意見によれば、本件において考慮すべき各要素について、一番重要なのは、当事者「各自の属性と双方の関係」である。その補足意見では、使用者・被用者の双方の属性と関係に基づき、「通常の業務において生じた事故による損害について被用者の負担部分」について、僅少なものとなることが多く、零となる場合もありうると判示した。ここで、当事者「双方の関係を考慮する」と示されているのは、使用者・被用者間の労働契約関係に基づいて使用者・被用者における負担割合を判断することだと理解できる。また、被用者の負担部分を僅少または零となりうるのは、労働法学説上、被用者の労働過程に通常随伴する軽過失による被害者に対する損害賠償責任を免責し、被用者の重過失による損害賠償責任を限定する見解とも一致している。

また、補足意見では、危険を内包する貨物自動車運送事業において、「各自の属性と双方の関係」について、具体的にはどのような事情に基づいて、なぜ被用者の負担割合を限定すべきかが説明された。

①当事者双方のリスクの分散能力の不对等性。菅野裁判官・草野裁判官の補足意見は、自然人である被用者Xと比べて、大規模企業であるY社が運送業務において生じた事故による損害負担というリスクに対して、合理的に対応・分散することが可能であるから、被用者の負担部分を限定する必要性を指摘している。

②任意保険未加入。いずれの補足意見も、Y社が任意保険に加入していなかったという要素を理由に、被用者が保険会社からの

<sup>(23)</sup> 久須本 かおり「判批」、愛知大学法学部法経論集 226号(2021)92頁のほか、高井洋輔「判批」民商法雑誌 155巻3号(2019)546頁も参照。

<sup>(24)</sup> 本件の第一審判決は、被用者Xの過失は「軽いものであるとはいえず、職業として自動車を運転する者として、その責任は重いものであると評価できる」と判断した。民集 74巻2号138頁。

支援を得られないから、被用者側の責任を限定すべきであることを提示している。また、三浦裁判官の補足意見は、貨物自動車運送事業法等の法令の趣旨を出発点として、使用者の任意保険未加入という事情から被用者側の責任を制限する必要性について説明している。

さらに、当事者「各自の属性と双方の関係」という要素の他に、Xの勤務態度が真面目であること、Xの月収(22万円ないし25万円)と本件事故の損害賠償額(合計2852万余)との不均衡、Y社が「罰則金」の名目でXに40万円を徴収したこと、Xを退職することになった等の事情も加えて、被用者が様々な不利益を受けていたので、被用者の最終的な負担割合を限定する方向で考慮すべきであると述べられている。

以上によれば、補足意見は、貨物自動車運送事業において、使用者と被用者の間に存在する労働契約の特徴に基づき、被用者の負担割合を軽減すべきであることと判断したものといえる。これは使用者・被用者の負担割合を両者の間に存在する法律関係の趣旨に即して適格的な負担分配から判断すべきである立場をとる中原説による説明とも整合的である。

補足意見は、貨物運送事業とその類似する事案において使用者と被用者との間の責任の割合の分担について実務上には重大な影響力を持ちうる。ただし、他の業界において事案についても、同様に被用者側の責任を限定し逆求償を積極的に肯定するのは、まだ検討する余地があると思われる。

※ 本判決の先行評釈として、田中洋・法学教室 477号(2020)141頁、富永晃一・季刊労働法 270号(2020)166頁、水町勇一郎・ジュリスト 1543号(2020)4頁、佐藤康紀・新・判例解説Watch27号(2020)

89頁、細谷越史・新・判例解説Watch27号(2020)257頁、國武英生・法律時報 92巻12号(2020)138頁、河野奈月・ジュリスト 1551号(2020)115頁、大槻健介・経営法曹 206号(2020)107頁、山本周平・北大法学論集 72巻1号(2020)181頁、匿名・労働判例ジャーナル(2020)97号1頁、匿名・労働判例ジャーナル(2020)97号2頁、岡林伸幸・末川民事法研究 7号(2021)61頁、光前幸一・ビジネスガイド 58巻5号(2021)90頁、宮本健蔵・法學志林 119巻1号(2021)15頁、久須本かおり・愛知大学法学部法経論集 226号(2021)67頁、大内伸哉・判例時報 2487(2020)号137頁、大西邦弘・私法判例リマークス 62号(2021)34頁、吉村良一・民商法雑誌・156巻5号(2021)948頁がある。調査官による解説として、舟橋伸行・法律のひろば 73巻(2020)号68頁がある。

※本研究は JST 科学技術イノベーション創出に向けた大学フェローシップ創設事業 JPMJFS2102 の支援を受けたものである。

## 東北ローレビューVol.11 (2023, March)

---

2023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)

---

© 2023 国立大学法人東北大学大学院法学研究科