

一橋大学 法科大学院
一橋ローレビュー

第三号 2019年3月

第3号の刊行に寄せて……………小粥太郎（1）

論説

作為正犯に対する不作為による幫助の因果性……………蟻塚真（2）

少年事件における社会調査と少年法 20 条 2 項解釈……………ト部尊文（19）

詐欺行為取消請求を受けた転得者の不利益回避の方法と根拠……………岡田一輝（38）

株主総会決議取消訴訟における上訴強制と当事者の地位

一片面的対世効ある類似必要的共同訴訟の一例として……………押田育美（56）

歴代実務家教員エッセイ

一橋大学法科大学院の思ひで……………関根規夫（84）

法科大学院の思ひ出……………吉野太人（87）

一橋大学法科大学院紹介

ビジネスロー・コース設置講義「実践ゼミ（企業法務）」

（池永朝昭弁護士）レビュー……………紅林颯馬（90）

一橋大学法科大学院における法教育活動報告……………兪尚樹（96）

編集後記……………（99）

執筆者・編集委員一覧……………（100）

第3号の刊行に寄せて

この度、一橋ローレビュー第3号が刊行される運びとなりました。

本号には、修了生の論文に加えて、現役の裁判官・検察官としてわれわれの法科大学院の教育に貢献された関根規夫判事・吉野太人検事のエッセイ、修了生の兪尚樹さんによる法教育活動の報告——われわれの法科大学院には学生たちが集う法教育サークルがあります——、学生の紅林颯馬さんによる授業——ビジネスローコースの選択必修科目「企業法務」——紹介が掲載されています。このローレビューが、研究発表の場としてのみならず、一橋大学法科大学院の教育内容や学生の様子を発信する媒体となる可能性を感じております。

今後とも、継続刊行に向け、みなさまのお力添えをお願い申し上げます。

なお、本号の刊行については、森村進教授、角田美穂子教授、修了生の齊藤隆宜さん、同じく岡田一輝さんの尽力がありました。記して感謝します。

2019年3月

小粥 太郎

(一橋大学法科大学院長)

作為正犯に対する不作為による幫助の因果性

一橋大学法科大学院修了（2018 年 3 月）蟻塚真

目次

- I はじめに
- II 不作為による幫助犯の成立要件についての考察
- III 釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁の事実認定についての考察
- IV おわりに

I はじめに

作為正犯者に対して不作為者が関与する場合の典型例としては、自己の子 A の生命・身体を保護すべき作為義務がある X が、内縁関係にある作為正犯者 Y の A に対する暴行を阻止しなかった場合などが挙げられる。

従来から学説は、「作為義務が履行された場合には、それによって正犯による構成要件実現が困難化した（＝正犯行為が阻止される可能性があった）といえる関係」¹があれば、作為正犯者に対する不作為の幫助犯が成立するとしている。これは、作為による幫助と不作為による幫助は表裏一体の関係であると捉え、判例通説が採用する促進関係説の裏返しとして構成するものである。

上記見解は、確かに作為による幫助と不作為による幫助とが表裏一体の関係であると考えれば、論理必然的に導かれ、正当化されるように思える。

しかし、作為による関与と不作為による関与とは、正確に表裏一体の関係といえるのだろうか。作為による幫助の場合には、作為正犯者の構成要件実現を促進させ、作為正犯者が単独で生じさせることができる結果以上の結果を発生させることが可能である。他方、不作為による幫助の場合には、関与形態が消極的関与である以上、作為正犯者が単独で生じさせることができる結果以上の結果を発生させることはできない。このように作為による幫助と不作為による幫助は、そもそも法益侵害結果に対する関与形態が大きく異なる以上、表裏一体の関係であるとは言えないのではないかという疑問が生じる。

そこで、本稿においては、作為正犯者に対し、不作為で関与した者に如何なる場合に幫助犯が成立するのか検討する。具体的には、II において、現在提唱されている学説をもとに不作為幫助における因果関係の基準について検討し、III では、II での検討結果をもとに、不

¹ 橋爪隆「不作為と共犯をめぐる問題」法教 422 号(2015)92 頁。同様の基準を採用する裁判例として札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁、名古屋高裁平成 17・11・7 高刑速平 17 号 292 頁。

為による幫助犯成立に関し事実認定を異にした釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁を分析したうえで、妥当な結論を模索することとする。

なお、特段の断りがない限り、本稿中の記載条文は刑法を意味するものとする。

II 不作為による幫助犯の成立要件についての考察

II においては、作為正犯者に対する不作為者の関与に関する学説を検討する。

1 においては、幫助犯の成立要件としての因果性の基準を検討するにあたり、不作為者に作為義務が肯定される場合に同時正犯と広義の共犯のいずれを優先すべきか検討する。私見としては、不作為者は共犯として処罰されるべきであると考えることから、その理由を学説に対する考察に加え詳細に論じる。

続いて 2 において、作為義務が肯定された不作為者は、広義の共犯として処罰されるとして共同正犯と幫助犯いずれが成立するか検討する。私見としては、通説的見解である原則幫助犯説を採用するものであるから、その理由を詳細に論じる。

最後に 3 において、原則幫助犯説に立ったうえで、不作為幫助犯の成立要件としての因果性の基準について検討を加える。

1. 不作為者における同時正犯と広義の共犯の峻別

(1) 原則同時正犯とする見解

井田は、不作為者が「保証者的地位にあるというのであれば、……正犯の成立を否定する理由はない」とし、原則として保証者的地位にある者は同時正犯として処罰されるべきであるとする。そして、共犯が成立する場合を「保証者的地位以外の正犯要素が欠けていることが理由となって正犯となりえ」²ない場合に限定する。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

不作為者が同時正犯として処罰されるためには、不作為行為と法益侵害結果の間に直接的な因果関係が要求される。しかし、不作為による関与の場合には、単独正犯の場合と異なり自己の不作為から直接に法益侵害結果を発生させるのではなく、作為正犯者の行為を介することによって法益侵害結果を生じさせるに過ぎない。そうだとすれば、なお作為正犯者と分離して罪責を検討するのではなく、広義の共犯として処罰されることが素直な結論³であるといえる。

² 井田良著『刑法総論の理論構造』443 頁（成文堂，2005）

³ 林幹人「不作為による共犯」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開 齋藤誠二先生古稀記念』323 頁（信山社，2003）

加えて、同見解は、保証者的地位にある者に同時正犯が成立していると主張する。しかし、作為者は積極的行為により法益侵害を行っているものの、不作為者はあくまで消極的行為により法益侵害に関与しており、一般的に不作為者は法益侵害結果に関与する程度は作為者に比して軽度であるものといえる。それにもかかわらず、原則として作為者と共に不作為者も単独正犯として罪責を負うとすると、法益侵害行為に比して過剰な罪責を強いるものになり結論の妥当性が認められない。

これより、不作為者を原則として同時正犯とする見解を採用することはできない。

(2) 結果に対する因果の強弱により区別する見解

西田は、「作為による犯罪行為者乙と事前の、または、現場における明示・黙示の共謀ないし意思連絡を有する甲は、乙の犯罪を阻止しないとしても、犯罪結果との心理的因果性により当然に共犯として処罰される」とし、「不作為による共犯は、論理的に片面的共犯しかありえない」⁴とする。そのうえで、「不作為者が作為に出ていれば『確実に』結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯、結果発生を『困難にした可能性』がある場合には不作為による幫助」⁵が成立するとしている。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

まず同見解は、単に作為正犯者との意思連絡があれば、単独犯としては不作為犯として取り扱うべき者を作為犯として処罰する。かかる取扱いには疑問が残る。確かに作為者との意思連絡が肯定されたとしても関与形態によっては幫助犯にとどまる可能性があり、一律に共謀共同正犯としての罪責を負うわけではない。しかし、圧倒的に共同正犯の成立が肯定されている実務において⁶は過度の刑罰を強いることになる恐れがあり妥当ではない。

また、仮に同見解が意思連絡を作為として評価せず、意思連絡が重要な因果的寄与をもたらすことから共犯として処罰されるとしても、作為正犯者に対する不作為者の影響力は、意思連絡が存在する場合と存在しない場合とで決定的に異なるものとは言えない場合も想定される以上、意思連絡をもって作為義務の存在を考慮せず、直ちに共犯として評価することは妥当ではない。

また、同見解は、「判例は、不作為単独正犯の成立については、結果の回避が『十中八、九は可能であったこと』を必要としている」⁷ことから、「不作為者が作為にでていれば『確実に』結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯」が成立するとしている。

しかし、判例の不真正不作為犯の基準から直ちに同時正犯の基準を援用することができるのであろうか。同見解が引用する「結果の回避が『十中八、九は可能であったこと』の

⁴ 西田典之『共犯理論の展開』136頁（成文堂、2010）

⁵ 西田・前掲注4）155頁

⁶ 大塚裕史ほか『基本刑法（第2版）』322頁（日本評論社、2016）

⁷ 西田・前掲注4）155頁

部分は、判例が不作為と結果との条件関係の有無を判断するために用いた基準であり、不作為行為の結果に対する因果性の強さを評価するものではない。西田説は「因果関係の質的差異に着目」⁸し同時正犯か否かを判別しているところ、判例の引用部分は因果性関係の強弱を考慮する基準でない以上、判断基準としての妥当性を欠くといえる。

これより、同見解を採用しない。

(3) 作為者との意思連絡の有無で区別する見解

町野は、「犯罪結果の発生が促進されたであろうという『心理的因果性』が、条件関係に代わる」⁹ことから、心理的因果性を共犯処罰の必須の要件とし、他者との意思連絡なく可罰的な不作為を行った者に同時正犯が成立すると指摘する。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

同見解は、共同正犯だけでなく幫助犯においても心理的因果性を共犯処罰の必須の要件として位置づけている。しかし、従属的地位にある幫助犯においては、片面的幫助の場合においても物理的に犯罪を容易にすることができることから、幫助犯の成立を認めることができる考える。片面的幫助に該当し、従属的な犯罪関与にもかかわらず単独正犯が成立してしまい結論の妥当性を確保することができないと考える。

これより町野説を採用することはできない。

(4) 他者の行為の介在の有無で区別する見解

林は、単独正犯と広義の共犯の区別の問題において、「不作為による共犯の場合に固有の原理が存在するわけではない」¹⁰としたうえで、「単独正犯と広義の共犯の区別は、問題の行為者の行為と結果との間に他人の行為が介在したか否かで区別されるべき」¹¹であるとしている。そして、作為正犯者の犯行に不作為者が関与した場合においては、他人の行為が介在していることから不作為者は広義の共犯として罪責を負うとしている。

私見としては、かかる見解を採用する。作為者と不作為者が共存する場合においては、作為者が犯罪遂行に関し積極的に関与し、不作為者はあくまで作為者に対して従属しているに過ぎない。不作為者は、作為正犯者の行為を介することによって法益侵害結果を生じさせるに過ぎず、同時正犯ではなく広義の共犯として作為者とともに罪責を負うべきであるとする。なお、作為者と不作為者に意思連絡が存しない場合においては、不作為者は片面的共同正犯¹²又は片面的幫助犯として罪責を負うべきであるとする。

⁸ 西田・前掲注 4) 154 頁

⁹ 町野朔『ブレップ刑法 第 3 版』226 頁（弘文堂，2004）

¹⁰ 林・前掲注 3) 324 頁

¹¹ 林・前掲注 3) 323 頁

¹² 私見としては、結果に対する心理的因果性が存在しない場合においても、物理的因果性の如何によっては、片面的共同正犯が成立し得ると考える。西田・前掲注 4) 137 頁参照

2. 共同正犯と幫助犯の峻別

(1) 不作為者に幫助犯が統一的に成立するとする見解

神山は、「まずは作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、彼の態度いかんによって法益が侵害されるか否かが決定されるので、規範的にも事實的にも作為者に主たる役割が与えられた」とし、「規範名宛人たる作為者による法益侵害を防止しない保障人の場合、保障人の作為義務の種類とか、作為者が行為の最中であるとか、あるいは作為者が行為終了後、行為現場から立ち去った後であるとか、不作為者が法益侵害の原因が第三者たる作為者によって惹起されたものであるかを認識しているか否かに関係なく、不作為による幫助として統一的に評価されることになる」¹³としている。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。

同見解は不作為者に共同正犯を認める余地を完全に否定する。しかし、作為者の行為を不作為者が身体の動静なしに積極的に誘発した場合には、少なくとも作為者と不作為者の結果に対する因果性の程度は近接し、共同正犯として不作為者を処罰することができるように考えられる。具体的には、日常凄惨な暴力を実子に対して父親が振るっていた場合に、父親を激高させるような内容の書かれた実子作成の手紙を母親が発見したにもかかわらず、実子が父親から暴行を受けることを積極的に認容し、手紙を放置した場合などが該当する。このような場合においては、あたかも父親を道具として利用しており、結果に対する因果性の程度は作為者の行為に匹敵するものと考えられる。

なお、同見解の作為者が積極的に法益侵害を行い、不作為者は消極的に関与するにすぎない以上、第一次的な責任は作為者に帰属するとする点については賛同する。

(2) 義務の内容を基準に判断する見解

中は、保障者的義務の内容・性質によって「正犯を基礎づけるべき保障者的義務」と「共犯を基礎づけるべき保障者的義務」を分かつことができるとしたうえで、正犯結果の発生を防止することに義務が向けられている場合には「正犯を基礎づける保障者的義務」を基礎づけ、正犯者の行為の不防止が自己に課されている安全管理ないし監督義務に向けられている場合には「共犯を基礎づけるべき保障者的義務」を基礎づけているとしている¹⁴。

私見としては、かかる見解を採用することはできない。確かに、不作為者の義務内容は結果に対する因果性を考慮する際に重要な要素であるといえる。しかし、法益保護義務と犯罪阻止義務は発生根拠が異なるだけで、保護の対象となる保護法益は、究極的には同一である。そうだとすれば、結局は同一の保護法益に対する義務違反が問題になっているに過ぎず、結

¹³ 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』182・183頁（成文堂，1994）

¹⁴ 中義勝『刑法の諸問題』330頁以下（関西大学出版部，1993）

果発生に対する因果性の程度は同一であると評価することができる以上、基準としては有用なものといえないと考える。

(3) 重要な因果的寄与の存否により判断する見解

橋爪は、「共同正犯が成立するためには、因果的寄与の重要性に加えて、関与者間における一体性・共同性が要求」¹⁵され、かかる基準が実質的に共同正犯と幫助犯の区別の基準として位置づけられるとしている。そして、不作為者に共同正犯が成立する場面を「意思連絡が認められるが、何らかの身体の『動』がおおよそ観念できない場合など、きわめて例外的な場合」に限定されるとしている。

私見としては、かかる見解に一部賛同する。不作為によってどの程度結果に対して因果性を有するかは、事案の背景や義務発生根拠、義務の内容など数多くの要素を総合的に判断する必要がある、かつ仮定的な作業を伴う以上、因果性を統一的な基準で判断することは難しい。そこで、因果的寄与の重大性を柔軟に判定すべきであると考え。もっとも、共同正犯成立には必ずしも心理的因果性を要求せず、片面的共同正犯の成立を許容することから、物理的因果性のみでも重要な関与があれば共同正犯が成立すると考える。

また、同見解が指摘するように、意思連絡の有無や関与形態などの考慮事情から因果的寄与の重大性が肯定され、かつ関与者間における一体性・共同性が肯定される場合には往々にして不作為ではなく作為と評価することができるため、不作為の関与による共同正犯の成立は極めて限定的な場合にのみ成立すると考える。

3. 不作為幫助における因果性

(1) 期待された作為が行われれば正犯の犯行を「確実に阻止」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解（釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁）

曾根は、不作為による幫助が作為による幫助と同価値と評価されるためには、「不作為者に相当程度の結果回避・結果防止の可能性が認められなければならない」としたうえで、「期待された作為があれば正犯の犯行を確実に阻止しえた、ないしそれに近い高度の蓋然性があったことが要請され」¹⁶ようとしている。

私見としては、因果性の判断において作為幫助と異なる基準を定立する曾根説・釧路地裁の判断に賛同しない。

不作為犯の処罰根拠は不作為犯に課された義務に反する点に求めるものではなく、作為と同価値性を肯定できる点にあると考える。作為との同価値性を媒介として不作為を作為

¹⁵ 橋爪・前掲注 1) 93 頁

¹⁶ 曾根威彦「児童虐待と刑法理論—不作為犯における共犯を中心として」現刑 6 巻 9 号(2004)74 頁

と同視する以上、作為犯と不作為犯の処罰は区別を許容する根拠規定が存しない限り同一の基準で判断すべきであると考え。判例・通説は、作為による幫助の因果関係は、犯罪遂行を容易にすればたりるという促進関係説を採用¹⁷する以上、正犯の犯行を「確実に阻止」するか否かを因果性の基準として位置づけるのではなく、正犯の犯行を「困難化」したか否かを因果性判断の基準とするべきである。

また、幫助犯は、あくまで正犯の犯行に従属的な地位で関与する犯罪類型であるところ、正犯を基礎づける重大な犯行への関与を意味する「確実に阻止」できるか否かの基準は、幫助犯の犯罪類型としての基準として均衡を有していないといえる。

(2) 期待された作為があれば正犯の犯行を「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解（札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁）¹⁸

橋爪は、不作為による共犯についても作為の因果関係についての一般論は妥当すると主張したうえで、「不作為によって構成要件実現が促進される関係が認められるということは、不作為による関与がなかった場合（＝作為義務を履行した場合）と比較して、不作為による関与があった（＝正犯行為を阻止しなかった）ことによって、正犯による構成要件実現が容易になったという関係が必要とされることになるから、裏を返すと、もし、作為義務が履行された場合には、それによって正犯による構成要件実現が困難化した（＝正犯行為が阻止される可能性があった）という関係が要求される」¹⁹とする。

私見としては、かかる見解を採用しない。(3)で詳細に述べる通り、作為による幫助と不作為による幫助を別異に取り扱うことを許容する規定が存在しないことから、不作為幫助犯の場合においても作為幫助犯と同様の基準を用いるべきである。もっとも、不作為犯の仮定的判断の危険性を可能な限り排除するべく、因果関係の判断は厳格に行うべきであり、「困難化」の可能性のみを要求することは不十分であるといえる。

(3) 期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定する見解

山中は、「不作為による幫助の因果関係の有無の判断は、ここでも『法的に重要な結果の変更』があったかどうかによるものであり、作為による幫助の場合と異なることはない」としたうえで、「発生の程度が緩和され、発生時期が遅れさせられていたであろうということ」で十分とする。そして、「因果的共犯論に立つ限り、正犯の因果関係と幫助の因果関係に程度の差があるわけではない」とし、幫助の場合においても、ほぼ確実な「困難化」を要求

¹⁷ 濱田新「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究 104 号(2015)207 頁

¹⁸ なお同様の基準によりながら、結果回避可能性を因果関係の付加的な要件として位置づけるべきと主張する見解も存在する（濱田・前掲注 19）198 頁）。しかし、結果回避可能性は、作為義務の作為可能性の判断で考慮することができ、因果関係の判断で改めて考慮する必要はない以上不要であると考え。

¹⁹ 橋爪・前掲注 1) 92 頁

する²⁰。

私見としては、かかる見解を採用する²¹。確かに、作為による幫助と不作为による幫助についての別異取扱いを許容する規定が刑法典に存在しない以上、作為幫助犯における因果性の基準と不作为の幫助犯の基準との平仄を合わせることは合理的な根拠に基づくものといえる。

しかし、不作为の因果関係は、作為の因果関係と異なり仮定的な判断を伴うものであり、処罰範囲が不当に拡大することを防止する必要性が高度に認められる。そしてかかる危険性から、判例においても不真正不作为犯の行為と結果との条件関係の判断に際し「十中八九同女の救命が可能」²²との厳格な基準を持ち出している。そうだとすれば、幫助犯について条件関係の判断は不要であるとしても、仮定的判断に伴う潜在的な危険性の発現を防止する観点から、「困難化」し得た可能性では足りず、「困難化」し得た確実な可能性を要件として要求するべきであると考ええる。

Ⅲ 釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁の事実認定についての考察

Ⅲにおいては、Ⅱ 3(3)で定立した期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に幫助犯の成立を肯定するとの判断基準をもとに、作為正犯者に対して共犯者が不作为で関与した釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁（以下「原審」とする。）及びその控訴審である札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁（以下「控訴審」とする）の帰趨について改めて検討する²³。

1. 事件の概要

原審・控訴審の公訴事実の概要は以下の通りである。

被告人は、「自己が親権者となっていた次男の D（当時 3 歳）を連れて、A と内縁関係に入ったが、被告人は親権者兼監護者として D に対する A のせっかんを阻止して次男らを保

²⁰ 山中敬一「不作为犯と作為犯の共犯関係」関法 58 卷 4 号(2008)475 頁以下

²¹ 私見を形成するにあたり、島田聡一郎「不作为による共犯について（2・完）」立教 65 卷(2004)293 頁以下の分析枠組みを参照した。

²² 最判平成元・12・15 刑集 43 卷 13 号 879 頁

²³ 脚注に明記した評釈以外に、以下の評釈が刊行されている。

釧路地裁判決に関するものとして、判時 1675 号(1999)148 頁、大出良知・刑弁 23 号(2000)172 頁、神山敏雄・重判解 1179 号(2000)152 頁、松生光正・セレクト(99)(2000)31 頁。札幌高裁判決に関するものとして、判タ 1044 号(2001)263 頁、判時 1711 号(2000)170 頁、門田成人・法セ 550 号(2000)113 頁、橋本正博・重判解 1202 号(2001)148 頁、齋藤彰子・別冊ジュリ 166 号(2003)166 頁、松生光正・セレクト(00)32 頁、安達光治・別冊ジュリ 220 号(2014)168 頁。

護する立場にあったところ、A が D に対して、顔面、頭部を殴打し転倒させるなどの暴行を加えて死亡させた際、A が暴行を開始しようとしたのを認識したのであるから、直ちに暴行を阻止する措置をとるべきであり、かつ、これを阻止して容易に D を保護することができたのに、その措置を採ることなくことさら放置し、もって A の前記犯行を容易にならしめてこれを幫助した」というものである。

上記公訴事実に対して、原審は、被告人に作為義務を肯定したものの、幫助犯としての因果性を有しないとして無罪を言い渡した。一方で、控訴審は原審の認定に事実誤認があり、法令の適用にも誤りがあると指摘したうえで、作為義務及び幫助犯の因果性を肯定し、原審の判決を破棄して、被告人に傷害致死幫助罪の成立を認めた。

2. 原審・控訴審の法律構成の異同

(1) 被告人に要求される作為義務の存在

原審は、被告人は D の唯一の親権者であること、D が A から受ける暴行を阻止することができるのは被告人しか存在しなかったことなどを認定し、「D の生命の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、D の生命の安全が害される危険な状況を認識していたというべきである」と判示し、被告人に A が D に対して暴行に及ぶことを阻止すべき作為義務が認められるとしている。

控訴審は、原審が作為義務の判断に用いた事情に加え、「被告人は、平成 8 年 3 月下旬以降、約 1 年 8 か月にわたり、A との内縁ないし婚姻関係を継続し、A の短気な性格や暴力的な行動傾向を熟知しながら、A との同棲期間中常に D らを連れ、A の下に置いていたこと」を認定している。そして、「D の生命・身体の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、D の生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、A が D に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務」が被告人に存すると判示している。

原審・控訴審においては、「被告人には、A が D に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務」を被告人に課す点においては、共通している。

他方、同義務を導き出すための要素の面で差異が存する。本稿の目的は、不作為による幫助犯の成立要件としての因果性であるため、作為義務に関しては、簡単な指摘にとどめるが、私見としては原審の認定した事情で十分であると考ええる。

作為義務は、「①結果発生に対する一定の支配関係を前提としつつ、②先行行為による危険の創出、保護の引受け、さらに身分関係や職務上の地位などから、一定の作為の義務付けが正当化」²⁴される場合に肯定されるべきであると考ええる。そして原審は、①被告人が D の

²⁴ 橋爪・前掲注 1) 89 頁

唯一の親権者であること、被告人に排他性が存したこと、②犯行時に D に対する A の暴行が予見できる状況にあったこと、を認定している。被告人の作為義務は、かかる事情により十分に基礎づけることができると考える。

一方で、控訴審は、危険の創出を認定するに必要な事情を原審の認定に付加しているものの上記の要件からすれば、付加した考慮要素を認定しなくとも作為義務を肯定することができたと考える。

(2) 具体的な作為義務の内容

原審は、被告人に具体的に要求される作為の内容として「被告人が身を挺して制止」する行為を想定している。

一方で、控訴審は「A と D の側に寄って A が D に暴行を加えないように監視する行為」、
「A の暴行を言葉で制止する行為」、「A の暴行を実力で阻止する行為」を被告人に要求される具体的な作為として想定している。

(3) 不作為による幫助犯の成立要件としての因果性²⁵

原審と控訴審は、不作為の幫助犯が成立する一般的基準において結論を異にする。

原審は、不作為による幫助犯が成立するためには、「他人による犯罪の実行を阻止すべき作為義務を有する者が、犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置しており、要求される作為義務の程度及び要求される行為を行うことの容易性などの観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視し得ることが必要と解すべきである」²⁶と判決している。

一方で、控訴審²⁷は、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立」するとしている。

²⁵ 大塚（裕）は、「作為との同価値性を判断するために作為義務を問題としているのであり、保障人的地位に基づく作為義務が構成要件該当性を認めるための根拠である以上、同価値性は作為義務の存否の問題に解消される」（大塚裕史・別冊ジュリ 189 号 173 頁）と指摘し、原審・控訴審の判断を批評する。私見としては、あくまで作為幫助犯との同価値性は、作為義務及び不作為と結果に対する因果関係が肯定されることを前提として評価される存在であると考ええる。同見解は、作為義務の考慮の中で結果に対する因果性を評価しなければならず妥当ではない。

²⁶ 原審は、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の括りに絞りをかける必要性がある以上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要である」と述べ不作為による幫助犯の因果性基準を定立している。しかし、作為による幫助と不作為による幫助の根拠規定を同一にする現行刑法においては、上記理由により直接に原審が掲げた規範を定立することは困難であると考ええる。中森も原審が掲げる厳格な基準を上記理由中の「一般論だけから直接に結論を導き出すことは説得的ではあるとはいえない」と批判する（中森喜彦「最新重要判例評釈(49)傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例」現刑 29 卷 9 号(2001)97 頁）。

²⁷ 控訴審の基準に賛同する見解として、大塚裕史・前掲注 25、中森喜彦・前掲注 26

私見としては、原審・控訴審が指摘するように罪刑法定主義の見地から不真正不作为犯の成立範囲及び不真正不作为犯を更に拡張する幫助犯の成立に関し不当な処罰範囲の拡張を回避する必要があることについては賛同する。しかし、Ⅱ3(3)で述べた通り、刑法典には、不作为による幫助犯を作為による幫助犯とは別に処罰する規定がないこと、不作为の仮定的な判断に処罰範囲拡張の危険性が伴うことから、期待された作為があれば正犯の犯行をほぼ確実に「困難化」し得た場合に不作为による幫助犯の成立を肯定すべきと考え、原審・控訴審の判断に賛同することはできない。

なお、(2)で指摘した通り、原審と控訴審で要求される作為の内容が異なっている。かかる差異の理由は、前提として定立した不作为による幫助犯成立の一般要件が異なる点にあると考えられる²⁸。即ち、原審は、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得た」か否かを不作为の幫助犯成立の要件としているため、「確実に阻止し得た行為を前提として、具体的な作為内容として『身を挺して制止する行為』を想定している」と考えられる。一方で控訴審は、「一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能」であるか否かを不作为による幫助犯成立の要件としている以上、『一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能』である行為を前提として、監視または言葉による制止などの比較的容易なものから段階的に行うことを求め²⁹ていると考えられる。

3. 原審・控訴審の事実認定の妥当性

(1) 作為義務の具体的な内容

原審は、被告人に具体的に要求される作為の内容として①「被告人が身を挺して制止」する行為を想定し、控訴審は原審が想定した①行為に加えて、②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」、③「Aの暴行を言葉で制止する行為」を被告人に要求される具体的な作為として想定している。

私見としては、①「被告人が身を挺して制止」する行為については、作為義務の内容を構成せず、②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」及び③「Aの暴行を言葉で制止する行為」については、作為義務の内容を構成するものの結果に対する因果性を欠くことから不作为による幫助犯が成立しないと考える。

以下かかる結論に至った理由を論じる³⁰。

²⁸ 中森も控訴審は、「正犯者の犯行を確実に阻止し得たことは不要だとしたため、対象となる作為として、監視する行為、言葉で制止する行為をも取り上げ」たと分析している（中森・前掲注26）98頁）

²⁹ 大矢武史「内縁の夫による自己の子供に対する虐待行為を阻止しなかった被告人に、無罪を言い渡した第1審判決を破棄して、傷害致死幫助罪の成立を認めた事例」朝日4号(2004)97頁

³⁰ 原審・控訴審は、作為義務の内容として想定された行為が認められるか検討する際に、Aの暴行の阻止可能性を考慮して作為義務の有無を検討している。しかし、阻止可能性の有無、即ち結果に対する因果性の判断は、作為義務が肯定されたのちに行うべきであり、原審・控訴審は、作為義務の判断に因果関係の議論を先取りしており、その点において妥当ではない。私見においては、作為義務が肯定されたうえで因

(2) ②「AとDの側に寄ってAがDに暴行を加えないように監視する行為」

原審において「AがDに暴行を加えないように監視する行為についてみると、それ自体ではAの暴行をほぼ確実に阻止し得たといえないことは、検察官も自認しているところである」として②行為は具体的な作為義務の内容とならず、同義務を履行しないことが幫助犯の成立を基礎づけない旨判示している。

一方で、控訴審³¹は、「Aは、以前、被告人がAのせっかんの様子を見てるとせっかんがやりにくいとの態度を露わにしていた上、本件せっかんの途中でも、後ろを振り返り、被告人がいなかどうかを確かめていることが認められ、このようなAの態度にかんがみると、被告人がAの側に寄って監視するだけでも、Aにとっては、Dへの暴行に対する心理的抑制になったものと考えられるから、右作為によってAの暴行を阻止することは可能であったというべきである」として判断を異にしている。

原審と控訴審で判断を異にした要因は、事実認定を異にした³²「(4)Aから激しい暴行を受けたときの恐怖心や、AがCやDに暴力を振るっているのを側で見ていて、Aから「何見てんのよ。」などと怒鳴られたことがあったことなどから、Aに逆らえば、酷い暴行を受けるのではないかと恐ろしかった上、Aが逆上してCやDに更に酷いせっかんを加えるのではないかと思い、CやDを助けることができなかった」との事実の認定の有無にあると考える。即ち、かかる事実の存在が認められた場合には、被告人が日ごろのAからの暴行により反抗することができない状態にあったといえる。そして、Aはかかる被告人の心理状態を認識していたことから、被告人が近付いたとしてもDに対する暴行の心理的抑制とならなかったと考えられる。そこで、上記事実を認定することができるか検討する。

確かに、控訴審が指摘する通り「Aのせっかんに加担するような態度をとっていた」ことや原審・控訴審が認定した「Aは、帰途、機嫌が良かったこともあって、G方を訪ねる前に

果性の有無を考慮する。

³¹ 濱田は、控訴審の認定する監視行為が、具体的にどの程度の阻止可能性を有する行為であるか判決文上不明確であり、不作為による幫助の成立が容易に認められる危険性があると指摘する。(濱田・前掲注19) 206頁)

³² 原審が認定した事実のうち控訴審が認定しなかったものとしては

(1) 甲野マンションでAから強度の暴行を受けるようになって以降、Aに愛情は抱いておらず、子供達を連れてAの下から逃げ出したいと考えていた

(2) Aが働くこともなく家にいて留守になることがなかったことから、逃げ出そうとしてAに見付き、酷い暴行を受けることを恐れ、逃げ出せずにいた

(3) 甲野マンションに入居した後、Aからは出て行けと何回か言われていたけれども、Aの言葉は本心ではなく、被告人を試すために言っているものと思っていた

(4) Aから激しい暴行を受けたときの恐怖心や、AがCやDに暴力を振るっているのを側で見ていて、Aから「何見てんのよ。」などと怒鳴られたことがあったことなどから、Aに逆らえば、酷い暴行を受けるのではないかと恐ろしかった上、Aが逆上してCやDに更に酷いせっかんを加えるのではないかと思い、CやDを助けることができなかった

(5) 身代わり犯人になったのは、Dを見殺しにしてしまったという自責の念から自分自身が罰を受けたかったためであり、Aをかばうつもりはなかったとの点が挙げられる。

被告人が食べたいと言っていたドーナツを買ってやることにし、スーパーマーケットに寄ってドーナツなどを買」うなどしていたとの事実からは、A と被告人とは対などな関係であり、A の行為に対し被告人は反抗することが可能であったとも評価することもできる。

しかし、原審が指摘するように甲野マンション入居以前から被告人は A より暴行を受けており、A に対して恐怖心を抱いていたとの事実を認めることができる。そして、原審及び控訴審が認定した事実によると A は、「被告人に裸で甲野マンションから出ていくように命じ、その際、被告人は、3 人の子供とともに裸になり、子供たちを連れて玄関まで行った」との事情がある。成人女性である被告人が、性的羞恥心を直接に感じる裸での外出を命じられ、それに従ったということは、日頃からの A の暴行に恐怖心を有し A の意思に従わざるを得ない関係になっていたものといえる。

そうだとすれば、被告人は A の暴力などの恐怖により C や D を助けることができなかったという状況にあったといえる。

これより、本件では間接的に暴行を阻止する②行為の作為可能性・容易性は肯定され、作為義務の内容となるものの、A の暴行時に無言で A のもとに近付いたとしても、A からすれば被告人は自己の意思に反した行動をしないと認識されている以上、少なくとも、A の犯行を確実に困難にする程度の心理的抑制にならなかったと想定される。

よって、②行為を行ったとしても A の D に対する傷害致傷の結果の発生を確実に困難にすることがない以上、②行為と結果との因果性は否定され、不作為による幫助犯は成立しない。

(3) ③「A の暴行を言葉で制止する行為」

③行為については、原審は、「A が、被告人と同棲を開始した当初、被告人の反抗的な態度に激昂して、以後、被告人が刃向かうことができなくなるほどの激しい暴行を加えていることや、本件せっかん時も、濡れ衣を着せられた D（関係証拠によれば、おもちゃを散らかしたのは、D ではなく C であったことが認められる。）の反抗的態度に腹立ちを募らせ、しかも、途中で D がおもちゃを散らかしたのは勘違いだったと気付いていながら、D に激しい暴行を加えていることからすれば、A は、他人の弁解に耳を傾けることがなく、自己に反抗する者に対して容赦のない態度をとりがちな人物と認められる。加えて、甲野マンションに居住していた当時の A が、自らのうっぶん晴らしのために、C や D に対して激しいせっかんを加えていた上、C や D に対して 10 回注意したうちの 8 回はせっかんに及んでいたことを併せ考えると、被告人が A に対して誤解を解くなどの発言をしていたとしても、A の暴行を阻止できなかった可能性が高いというべきである」と認定している。その上で、③行為は「結果阻止との因果性の認められないものであるから、右 2 つの行為を被告人に具体的に要求される作為の内容として想定することは相当ではない」と述べている。

一方で、控訴審は、「言葉による制止行為をすれば、A にとっては、右暴行をやめる契機

になったと考えられるから、右作為によって A の暴行を阻止することも相当程度可能であったというべきである」と判示し、③行為が作為義務の内容になると判示している。

私見としては、原審の結論に賛同し、③行為の不履行によっても不作為の幫助犯は成立しないと考える。

③行為は、①行為と異なり犯行現場から距離をおいて実行できることから、A による暴行の被害を受ける可能性は低く、作為は可能かつ容易であったといえる。そうだとすれば、③行為は作為義務の内容となるといえる。では、結果に対する因果性が肯定されるか。

確かに控訴審が指摘する通り、言動による制止行為は、他人の犯罪行為をやめさせる契機として機能することが想定される行為である。しかし、本件においては、原審が認定する通り D がおもちゃを散らかしたとの事実でなく、専ら D が A に対して反抗的な態度をとったことにより暴行を加えており、被告人が D の濡れ衣を説明したとしても、A が暴行を止める要因となるものでなかったと認められる。また、(2)でも述べた通り、A と被告人の関係においては、A が特にせっかんをしている際には、被告人は A の暴行に対する恐怖心から A の意向に反し、継続的かつ実効性のある制止行為を行うことができない状態にあったといえる。加えて、A としても日々の C 及び D に対する暴行に対し被告人が無関心を貫いていたことから、被告人が A の暴行に対して抵抗しないことを認識していたものといえる。かかる A と被告人の関係においては、仮に被告人が言葉により A に暴行をやめるよう制止したとしても、A は被告人の言葉を見做し、犯行を継続したと容易に想定される。

これより、③行為を行ったとしても A の D に対する傷害致傷の結果の発生を確実に困難にすることがない以上、因果性が否定され、不作為による幫助犯は成立しない。

(4) ①「被告人が身を挺して制止」する行為

原審・控訴審の判断は、①行為が A の暴行をほぼ確実に阻止し得た行為であることを認めている点においては共通である。

一方で、作為容易性の判断で原審・控訴審の判断は分かれている。

原審は、「被告人が A の暴行を実力により阻止しようとした場合には、かえって、A の反感を買い、被告人が A から激しい暴行を受けて負傷していた相当の可能性のあったことを否定し難く、場合によっては胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もある」と判示し、作為容易性を否定する。その一方で、控訴審は「A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの、A が、被告人が妊娠中のときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと、胎児の健康にまで影響の及んだ可能性は低く、前記第 3 の 3 の通り、被告人が A の暴行を実力により阻止することが著しく困難な状況にあったとはいえないことを併せ考えると、右作為は、A の犯罪を防止するための最後の手段として、なお被告人に具体的に要求される作為に含まれるとみて差し支えない」と判示し、①行為が作為の内容を構成すると判示している。

私見としては、①行為は、作為の内容を構成しないと考える。

確かに、原審・控訴審が認定するように①行為が A の暴行行為による結果発生を困難にするのみならず、結果発生を回避することができた点については原審・控訴審に賛同する。少なくとも犯行当日は、A は被告人が欲したドーナッツなどを購入するなど一定程度の愛情はなお存在するとともに、被告人は A との子を妊娠しており、A も自己の実子となる胎児を危険にさらすような暴行は被告人に対して加えないと考えられる以上、被告人は犯行を中止することは十分に考えることができ、被告人の作為により結果発生を回避することができたと考えることができる。

一方で、控訴審が認定する通り被告人の①行為により、「A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難い」状況で被告人が義務を履行した場合には、被告人の生命・身体が害され、作為容易性が否定されることが考えられる。

確かに、作為義務を履行する際に、自己の生命・身体が害される危険性が存する場合は、法は不可能を強制できないことからかかる危険性がある行為については、履行が困難な行為として作為義務の内容にならないとも思える。しかし、作為義務は、そもそも国民に義務を強制し、自由を制約している時点で一定の自由に対する侵害が存在する。そうであるならば、作為の目的たる法益保護を実現するために、ある程度の義務者の犠牲は想定されているといえる。そして、子に対する排他的支配を根拠として作為義務が肯定され、かつ義務者の行為があれば子の生命・身体が害される危険性が存在しなかった場合には、義務者の行為に子の生死が依拠するものである以上、ある程度の犠牲を伴ってでも義務者としては子に対する侵害を排除する義務が肯定されると解するべきである。そして、子の作為義務を履行しなかった場合に害される法益と義務者が義務履行によって害されることが想定される法益とに著しい差が生じている場合には、なお作為容易性は否定されず、作為義務が肯定されるべきである³³。具体的には、子の生命に具体的な危険が生じている場合には、子の生命を排他的に支配している親に対しては、軽度の傷害結果までは受忍すべきであり、その範囲においては作為容易性が肯定されると解する。

被告人の義務履行によって保護される対象は、被告人の実子たる D の生命であり、D を排他的に支配している被告人の義務履行の必要性は高度に認められる。そうだとすれば、義務履行に際し、ある程度の傷害に至らない暴行を受忍することもやむを得ないものといえ、A の暴行が被告人に対し傷害結果を生じさせない場合には、義務履行が容易であったといえる。

しかし、本件では、被告人は A との第 2 児を妊娠しており、通常の傷害行為で想定される被害よりも甚大な侵害結果を受ける危険性が存在した。そして、原審が認定する通り、興

³³ 大山も、作為義務の前提となる作為容易性の判断において、「阻止行為に伴う犠牲・リスク」を考慮する余地を認めている（大山弘「不作為による幫助犯の成否」法セ 539 号(1999)109 頁）

奮状態である「A が冷静に被告人の腹部を避けて暴行を加えたか疑問であ」り、かつ「A と被告人との位置関係が入り乱れて、被告人の腹部に誤って暴行の加えられる可能性も否定し難い」以上、被告人は軽度の侵害結果以上の侵害を受忍しなければいけない状態にあったといえる。そうであるならば、本件においては、被告人の作為は被告人の正当化できない範囲の犠牲を受忍しなければ履行することができないといえ、作為容易性が否定され、作為義務を構成しないといえる。

よって、①行為は、作為義務の内容にならず、不作為による幫助犯は成立しない。

IV おわりに

本稿においては、不作為による幫助犯成立要件たる因果性についての検討を行うとともに、釧路地裁平成 11・2・12 判時 1675 号 148 頁及び札幌高裁平成 12・3・16 判時 1711 号 170 頁の事案を定立した基準を用いて再度分析を行った

結論としては、不作為による幫助について作為による幫助と異なる特段の根拠規定が現行刑法典には存在しないことから、不作為幫助犯においても原則的には、作為幫助犯と同様に成立を検討するべきであると考ええる。

一方不作為の結果に対する因果性は、その性質上仮定的判断に委ねる他手段は存在せず、処罰範囲が拡張する危険性がその性質上潜在的に存在する。そこで、不作為による幫助犯の成立を検討する際には、慎重に結果に対する因果性を考慮する必要があると考え、因果性判断においては、不作為者が作為義務を履行していれば、作為正犯者の犯罪遂行が「困難」になったことがほぼ「確実」であることを要求するべきであると考ええる。

不作為による幫助犯の成立を検討するに際し、裁判例の多くは「理由中で犯行防止の可能性が具体的に検討されている例もほとんど見られない」³⁴状況であるにも関わらず、原審・控訴審は認定の方法は議論があるものの詳細な認定がなされており、不真正不作為犯の不当な拡大を防止する要請を実現しているとも思える。

しかし、控訴審は身を挺して暴行を阻止する義務が被告人に存在するか判断する際に、「A の反感を買い、自らが暴行を受けて負傷していた可能性は否定し難いものの（筆者注）、A が、被告人が妊娠中のときは、胎児への影響を慮って、腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと」などと判示し、不作為による幫助の因果性を肯定している。

かかる認定においては被告人が作為義務を履行するに際し、A による暴行により負傷する場合においても作為義務が肯定され、不作為の幫助犯として被告人は処罰されることとなる。義務者の義務履行に際し、ある程度の犠牲を義務者に受忍させることを許容しない見解に立つと、かかる判断は本来作為義務が否定され、不作為の幫助犯が成立しない余地が存在

³⁴ 中森・前掲注 29) 97 頁

するにもかかわらず、有罪の判決をしたとして利益原則に反する判決となり許されない。

他方、控訴審は、作為義務の履行に際し義務者が義務履行に際し如何なる犠牲を受忍してまでもなお義務が存続するのか一切判示していないものの、被告人が幼い D の生命を排他的に支配し、被告人のみが救命することが可能であったことから、被告人の義務履行については、ある程度の傷害結果の受忍をやむを得ないものとして考えるといえる。判決が想定した A の暴行による被告人の負傷の範囲内であれば、なお被告人の作為義務は肯定され、不作為による幫助犯が成立したものと考えることができ、利益原則に反しないものともいえる。

後者の義務者にある程度の犠牲の受忍を許容する場合には、本件では何ら正当化根拠が判示されていない。この点、不作為による構成の場合においては、因果性の基準での指摘と同様に各要件検討の際に、仮定的判断が伴う以上、慎重な判断が求められる。控訴審では、何ら正当化根拠は判示されていなかったことから、仮定的判断の危険性を排除することは実現できていないものといえる。

不作為の仮定的判断の危険性を排除するべく、明確な因果性及び作為義務の判断基準のもと詳細な事実認定に基づき作為義務同価値性の判断がなされることが要求される。

以 上

★謝辞

本稿は、2017 年開講の 3 年次任意科目「法学研究基礎」にて筆者が執筆した「作為正犯に対する不作為による幫助の因果性」をもとに書き直しを行ったものである。

本研究を進めるにあたり、「法学研究基礎」の指導教員である本庄武先生からは、研究の細部に至るまで多大な助言を賜りました。厚く御礼申し上げます。また、橋本正博教授からは、不作為概念に対するご助言を戴くとともに本論文の構成について細部にわたりご指導を戴きました。ここに感謝の意を示します。

最後になりましたが、共に「法学研究基礎」を履修したト部尊文君をはじめ法科大学院の同期には、多数の貴重な助言を賜ることができ、問題の本質を分析することができました。感謝の気持ちと御礼を申し上げます。

少年事件における社会調査と少年法 20 条 2 項解釈

一橋大学法科大学院修了（2018 年 3 月） ト部尊文

目次

I. はじめに

II. 逆送基準と社会調査の実態

III. 少年法 20 条改正とその解釈

IV. 2 項解釈に基づく調査の態様

V. 結びに代えて

I. はじめに

少年法の厳罰化という趣旨による刑事処分適用の拡大を眼目¹とし、2000 年 11 月 28 日、議員立法として、改正少年法が成立した。改正の眼目であった²新設 20 条 2 項は殺人、傷害致死など、「故意の犯罪行為により被害者を死亡させた」行為時「十六歳以上の少年」につき、一定の例外を除き検察官送致決定をすべき旨規定する。

同項の解釈を巡っては、どの非行少年を刑事処分に付すべきか、ひいては同項に少年の健全育成や性格矯正、環境調整といった少年法の究極目標（1 条参照）をどのように読み込むかについて、様々な学説が見られる。そこでは、そもそも同項を「原則逆送」規定と解すべきなのか、あるいは同項該当事件における裁判所や少年についての社会調査を行う家裁調査官が果たすべき役割をどのように理解するのかについて、鋭い見解の対立がある。

他方、法案提出者は次のように同項を説明する。即ち、同項対象事件についても、通常の逆送と異なって社会調査を行わないということを含意するものではなく、むしろ 2 項の「調査」も 8 条にいう調査と同じであり、少年の性格、行状、環境等を「きめ細かく」調査することには変わらない³、と。

もっとも、法案提出者が何故「原則」検察官送致される同項該当事件について他の事件同様社会調査を実施しなければならないと説明したのかは、一義的に明らかではない。そしてこの点は、「20 条 2 項をどのように解釈するか」という問題と深く関わる。なぜなら、後に詳述する通り、諸学説に応じて「調査」（20 条 2 項）の位置付けは大きく異なるからである。

本稿は、20 条 2 項該当事件で社会調査を実施しなければならない実質的理由は何か、社会調査の実益は何か、この実益を挙げる社会調査を実施せしめる 20 条 2 項解釈はいかなる

¹ 葛野尋之「少年法における検察官送致決定の意義」『少年司法の再構築』（日本評論社、2002 年）567 頁

² 武内謙治「検察官送致決定、刑事手続と少年保護」『少年司法における保護の構造—適正手続・成長発達権保障と少年司法改革の展望』（日本評論社、2014 年）338 頁

³ 第 150 回国会衆議院法務委員会議事録第 2 号（2000 年 10 月 10 日）

ものかについて論じる。

本稿の構成としては、まず二章において改正前 20 条（改正後では 20 条 1 項）における一般的な刑事処分と保護処分の振分け、言い換えれば逆送事件の選別が一般的にどのような基準で行われるべきと想定されているかについて確認する。そのうえでこの振分けに関わることとなる社会調査一般の趣旨目的、担うべき役割、運用方法についても確認する。そして三章において、2000 年改正で盛り込まれた 20 条 2 項の立法経緯や立法趣旨を確認したうえで、同項の解釈を巡ってどのような学説が展開されてきたのかを俯瞰する。更に四章では、2 項解釈についての各学説に拠ったときに、同項該当事件での社会調査がどのように位置付けられることとなるかについて考察する。これらを踏まえ上述問題提起につき論じる。

なお特段の断りなき限り、本稿中の記載条文は少年法を意味する。

II. 逆送基準と社会調査の実態

1. 逆送基準

(1) 少年法における「逆送」

そもそも逆送決定は少年法体系上どのように位置付けられるか。

大前提として、現行少年法は保護処分優先主義に立つ。同法は家庭裁判所先議主義、全件送致主義を採用する（41 条、42 条）。少年事件については人間行動科学の専門家である家裁調査官を擁する家庭裁判所の下に一元的に集めなければならない⁴、との制度設計である。対象となる少年が抱える個別的な事情を吟味し、それに見合った対応をとることを重視する⁵。家庭裁判所では少年鑑別所による資質鑑別や家裁調査官による社会調査による情報収集のもと、人間行動科学領域の専門的な知見を踏まえた処分選択が行われる。

このような制度設計の下、家庭裁判所が、非行少年を保護処分にするか、それとも例外的に刑事処分にするかについての判断を専権的に行う（20 条）。家裁による上記例外的措置⁶を行う決定こそが、逆送決定である。

では逆送決定はいかなる要件の下なされるか。20 条 1 項は、「家庭裁判所は、死刑、懲役又は禁錮に当たる罪の事件について、調査の結果、その罪質及び情状に照らして刑事処分を相当と認めるときは、決定をもつて、これを管轄地方裁判所に対応する検察庁の検察官に送致しなければならない。」と規定する。よってその要件は、(i) 犯罪事実であること⁷、(ii)

⁴ 武内謙治『少年法講義』（日本評論社、2015 年）414 頁

⁵ 武内・前掲 [2] 9 頁。個別処遇原則。

⁶ 北村和「検察官送致決定を巡る諸問題」家庭裁判月報 56 巻 7 号（2004 年）/ 最高裁判所事務総局 [編]50 頁

⁷ 14 歳以上の少年が対象である。

禁錮以上の刑が定められていること、(iii) 非行事実について、一定以上の心証があること、(iv) 刑事処分相当性が認められること、である⁸。

このうち(i)については、検察官送致決定(逆送決定)は少年に「刑事責任」を問うことを前提としており、行為時14歳未満の少年(触法少年。3条1項2号、刑法41条)の事件を含まない。また「犯罪事実」の存在を前提とするため、虞犯少年(3条1項3号)の事件も対象外である。

(iii)についていかなる心証を必要とすべきかについては争いもあるが、本稿の扱う課題から離れるため立ち入らない。

逆送決定の要件解釈を巡って最も見解が多岐に亘るのが(iv)刑事処分相当性である。これについては刑事処分・保護両処分の効果の違いを踏まえつつ、どの少年を保護処分に付すべきかとの理念的対立と深く関わるため、項を改め論じる。

(2) 逆送基準

少年法体系全体の中で、刑事処分はどのような位置付けを与えられているか。保護処分と刑事処分とを同質に捉える(一元説)と、刑事手続・刑事処分が少年の教育上必要だと考えられる場合にこそ刑事処分決定をすることになるが、異質だ(二元説)と捉えれば、保護処分による矯正は不可能ではないとしても保護処分が適切でないという理由で刑事処分を選択できる余地が出てくる⁹。

そこで、刑事処分と保護処分との効果の面での差異を確認しておく必要がある。両者の大きな違いとして、(ア)矯正上の効果、(イ)法律上の効果、(ウ)事実上の効果、がある。即ち(ア)については、保護処分では個別的処遇プログラムが策定され、収容期間も弾力的に運用されるため、刑事処分に比較して要保護性に応じたきめ細やかな教育が可能となる¹⁰。(イ)については、刑事処分の科せられた前科については再犯時の執行猶予不適格の要件となる(刑法25条)という保護処分にはない不利益性が存する。(ウ)については、保護処分では処分歴や少年院入退院に関する機密が保持される一方で、刑事処分の場合には前科として社会的にその事実が認識され、就職など社会生活の上で不利益を被りかねないことが指摘される¹¹。

以上のような差異を踏まえ、「刑事処分相当性」の理解については一元説に則ったものとして絶対的保護優先説、二元説に則ったものとして、①保護不能限定説、②保護不適許容説の二説が対立する。

一元説に従った絶対的保護優先説とは、保護の手段を尽くしてもなお矯正の効果を挙げ

⁸ 北村・前掲[6] 51～53頁

⁹ 武内・前掲[4] 416頁、420頁参照

¹⁰ 北村・前掲[6] 54～55頁。

¹¹ 北村・前掲[6] 55～56頁。確固たる資料に基づくものではないとの留意がある。

られず犯罪を繰り返す少年に限り、刑事処分の是非を判断する、との考え方である。少年の刑事事件を成人のそれと区別して扱い、それにより一定の成果を挙げたとの経緯¹²や、少年には可及的に愛護の手を差し延べて救済すべきで、刑事処分に委ねるのは家裁の責任転嫁である、との価値判断もはたらいている¹³。さらに澤登俊雄は、少年の犯罪事件には「特別な規定」(51条や55条、56条3項など)が定められていることを根拠に、「少年に対する刑事処分についても、少年法1条の目的規定が及んでいる」とし、刑事処分選択における少年に対する介入の正当根拠を保護原理に求める¹⁴。少年の保護手段、教育手段として刑事処分こそが必要・有効で、保護処分によることが不可能な少年に限り刑事処分の選択を是とする見解である¹⁵。

もっとも同説に対しては、20条1項が「罪質・情状」という行為的要素を逆送の基準として挙げており、同文言ゆえに極端な保護処分優先主義は採りえない、少年の責任観念の希薄化等の弊害をもたらしかねないとの批判がある¹⁶。

二元説の二説に移る。

はじめに、①保護不能限定説は、「保護処分によっては矯正改善の見込みがない場合(保護不能)」の場合に限り刑事処分が相当であるとし、その選択を認める。刑事処分は保護処分を補充するものと位置づけ、刑事処分の選択を保護不能時に限定し、「保護不適」との類型を認めない¹⁷。

これに対しては、「保護不能」だからといって何故直ちに刑事処分相当となるのかは説明がつかず、同様に見込みの立たない刑罰での対処を認めることは保護主義の放棄ではないか、との疑問も呈される¹⁸。

他方、②保護不適許容説は、保護不適時にも刑事処分の選択は許容されるとの見解である¹⁹。20条1項が「罪質及び情状に照らして」と規定しており、事案の重大性、悪質性が重要な判断要素となること、少年犯罪が全犯罪中で高い割合を占め、凶悪犯も少なくない現状では、少年事件の処理において一般予防の見地を否定することは困難であることを、その根拠とする²⁰。実務上、②説が通説であり、「保護不適」該当性判断の考慮事項としては、犯罪事実の軽重及び態様、犯罪後の情状、少年の年齢、成熟度、少年の非行歴、生育歴、環境、見込まれる刑罰及び保護処分の各種類及び各期間、共犯者の処遇との均衡等が挙げられ

¹² 佐々木一彦「逆送について」『講座「少年保護」第2巻』(大成出版社、1982年)87頁

¹³ 佐々木・前掲[12]87頁

¹⁴ 澤登「少年法入門(第6版)」(有斐閣ブックス、2015年)241頁

¹⁵ 葛野・前掲[1]577頁参照。

¹⁶ 佐々木・前掲[12]89頁

¹⁷ 齊藤豊治「改正少年法の逆送規定と要保護性の判断」『少年法研究(2)』(成文堂、2006年)170頁

¹⁸ 澤登俊雄「少年審判における処分決定の基準」『刑事法学の総合的検討／福田平・大塚仁博士古稀祝賀上』(有斐閣、1993年)741頁

¹⁹ 葛野・前掲[1]575頁

²⁰ 田宮裕編『条文解説・少年法』(有斐閣、1986年)127頁

る²¹。

しかし同説に対しては、「行為法的原理を基礎として、これに人格主義的判断を加味するものであるが、そのような判断が、刑事事件について検察官が行う起訴相当の判断とどこが違ふのかという疑問」が生じ、両者に差異がないならば、全件送致主義の下での家庭裁判所先議主義の意味が失われる、との批判がある²²。

2. 社会調査の趣旨目的

少年事件が家庭裁判所に受理された後に行われる調査（8条1項）には、法的調査と社会調査の二種類がある。このうち社会調査が少年の処遇決定の資料を収集するために裁判官の調査命令（8条2項）に基づき家裁調査官が行う調査である。

少年法は調査について、「少年、保護者又は関係人の行状、経歴、素質、環境等について、医学、心理学その他の専門的智識……を活用して」（9条）行う旨規定する（科学主義）。この科学主義の要請こそが、人間関係諸科学、調査の理論・技法等に関する専門的知識を習得²³した家裁調査官に社会調査を行わせしめる所以である。この社会調査の目的は、要保護性（累非行性・矯正可能性・保護相当性²⁴）の認定に資する事項を明らかにすることである²⁵。このような位置付けの社会調査の性格を巡っては、家庭裁判所の創設初期から教育的見解と診断的見解という二つの見解が対立してきた。

土井正徳曰く、「調査の過程は新しい人格構成過程であり、自然科学的価値から、社会的、法的価値を獲得してゆく。……（そ）の獲得は、（少年と家裁調査官が²⁶）相互に形成している社会共同体の発展であり、人格の自覚形成であ²⁷り、「正しき法的現実自覚は非行の非合理性の心からなる自覚即ち懺悔である²⁸」。即ち調査を通じて科学的に明らかとなった事項を基に、自身の行った非行の違法性を少年に正しく自覚させ、悔い改めさせるなかで人格矯正を行なうことが、社会調査の役割だと定義する。

他方、村田宏雄は、「調査官は唯裁判官の診断をとしての確ならしめる為の科学的資料の提供ということが本来の任務²⁹」だとする。即ち、少年審判過程を裁判官による少年に対する治療方法の決定過程と捉え、家裁調査官は社会調査を通じその決定に資する科学的資料を獲得し提供するとの職責を負うとする。

²¹ 北村・前掲〔6〕53頁

²² 澤登・前掲〔18〕735～736頁

²³ 原口幹雄「少年事件と家庭裁判所の役割—事件の調査について—」『少年法のあらたな展開—理論・手続・処遇』（有斐閣、2001年）213頁

²⁴ 原口・前掲〔23〕221頁

²⁵ 原口・前掲〔23〕214頁

²⁶ 筆者注

²⁷ 土井正徳『少年保護調査概論（二）』家庭裁判月報2巻6号（1950年）24頁

²⁸ 土井・前掲〔27〕25～26頁

²⁹ 村田宏雄（1951年）『非行少年調査技術に関する一考察』家庭裁判月報3巻5号、102～103頁

もっとも現在では、社会調査は両者の性格を併有すると理解されている。比較的最近の論文では、社会調査の目的を「非行事実を社会的、心理的事実としてとらえ直しながら、非行のメカニズムを解明」し、「それと同時に、少年に対して、自分の行った非行の結果とその責任を自覚させていく³⁰⁾」こと、とする。家裁調査官は非行に関する事項を深く掘り下げ調査し、危機的状況において露呈する少年のパーソナリティや保護者の保護能力等を把握し、非行を敢行したことが少年にとり如何なる意味を持つのかを理解したうえで少年が目を背けようとする自己責任を自覚させる職務を負う³¹⁾とされるのである。

Ⅲ. 少年法 20 条改正とその解釈

1. 少年法 20 条改正

少年法 20 条 2 項は、第 150 回国会で議員立法として成立した。これは、平成 9 年 5 月に発生した神戸市須磨での中学三年生による児童連続殺傷事件など、「世間の耳目を引くような……大事件³²⁾」が大々的に報道され、「犯罪の抑止力……（という点での）少年法に対する国民の関心の高まり³³⁾」を受けて、「凶悪犯罪を犯す少年に対しては厳罰化³⁴⁾」を実現するとの目的でなされた法改正である。法案提出者の同項新設の目的は、少年の「規範意識」を育てること、被害者の保護を図ることの二点に集約される。即ち「少年であっても罪を犯せば処罰されることがあるということを明示することによって規範意識³⁵⁾を育て」、「故意の行為によって人を死亡させ……た場合には、たとえ少年であっても刑事処分の対象となるという……原則をきちっと示すことによって……、少年に対して自覚と自制を求め³⁶⁾」ることを目的のひとつとする。他方、子や親族をなくした被害者の「家裁の審理は、保護処分になる場合には密室の中で……、何をやっているかわからない」との不満に応え、逆送により公開法廷での傍聴を可能にし、証人に立つことをも可能とする³⁷⁾ことで被害者保護を図る目的も併有する。

立法にあたり法案提出者が強調するのは次の三点である。第一に、20 条 2 項は「原則」逆送規定でこそあれ、「必要的逆送」ではないこと、第二に、「原則逆送」規定によっても必ずしも刑事罰対象事件を増加させることとはならないこと、そして第三に、「原則」逆送事

³⁰⁾ 原口・前掲 [23] 216 頁

³¹⁾ 原口・前掲 [23] 216 頁参照。

³²⁾ 第 150 回国会衆議院法務委員会会議録第 2 号（2000 年 10 月 10 日）1 頁

³³⁾ 前掲 [32] 1 頁

³⁴⁾ 前掲 [32] 3 頁

³⁵⁾ 『「規範意識の覚せい」という概念の具体的な内容は……「自覚と自省」という言葉が同様の文脈で用いられてはいるものの……明らかにされていない』との指摘がある。武内・前掲 [2] 339 頁

³⁶⁾ 前掲 [32] 3 頁

³⁷⁾ 第 150 回国会衆議院法務委員会会議録第 6 号（2000 年 10 月 25 日）4～5 頁参照。

件であっても通常の事件と異なり社会調査を行わないということは意味しないこと、である³⁸。

第一の点に関して、法案提出者は20条2項に該当する事件（以下、「2項事件」と呼称）においても裁判官の裁量は否定されないとする。例えば、同項該当事件も「個々の事案においては、犯行の動機、態様、犯行後の状況、少年の性格、行状、情状及び環境等の事情を家庭裁判所がきめ細かく検討し、保護処分が適当であると認める場合には逆送しないで保護処分を選択する³⁹」と答弁している。「検察官から家庭裁判所に事件を送致する意味を失わせる⁴⁰」ことにもなる必要的逆送とは一線を画しており、先に述べた家庭裁判所先議主義は2項事件でも妥当するというのである。

二点目に、法案提出者は必ずしも2項導入による刑事罰対象事件の増加を意図していない。提出者の一人は、逆送して刑事処分が相当でないと判断された場合には少年法55条で家裁に戻せるが過去殆ど適用例がないことを指摘し、「それでいいのか……激しい議論……が、出てまいった」と述べる。つまりは、故意の被害者死亡事件においては一旦「原則逆送」とすると同時に、55条による家裁送致制度をより積極的に用いるべきである、と主張する。それにより少年事件の刑罰対象範囲が無制限に拡大することが防がれるとするのである。

更に三点目として、2項事件でも社会調査を実施するとする。一点目で述べた通り「裁判所において最も適切な処分が選択⁴¹」するためには「犯行の動機、態様、犯行後の状況、少年の性格、行状、情状及び環境等の事情を家庭裁判所がきめ細かく検討」することを要し、これらを明らかにする社会調査の実施は否定されないとするのである。

もっとも、少年法20条2項において、社会調査の実施は論理的必然ではあるまい。「厳罰化」という目的を第一義的に据えながら、「犯行の動機……等の事情を家庭裁判所がきめ細かく検討」出来るというのは疑問なしとしない。そもそもかかる「きめ細か」な検討に資する社会調査手法はいかなるものか。上記立法経緯・法案提出者の発言のみからでは不明確である。

この疑問の検討において、そもそも20条2項は何を規定する条文であると解釈するか、との問題は避けられない。次款では、20条2項の解釈をめぐる主な諸学説について理論的検討を加える。

2.2 項解釈についての学説

少年法20条2項の解釈としてこれまでに登場した主な学説としては、a. 刑事処分相当性

³⁸ 武内・前掲[2] 338頁～339頁参照。

³⁹ 前掲[37] 10頁

⁴⁰ 第150回国会衆議院法務委員会会議録第5号（2000年10月24日）23頁

⁴¹ 前掲[37] 10頁

推定説、b.保護不適推定説、c.特段の事情説（狭義の犯情説と、総合考慮説）、d.家庭裁判所の説明責任説、e.ガイドライン説、f.要保護性調査拡充説 g.調査に対する規範説がある⁴²。

このうち a 説は、上記一元説的立場から主張される。罪質・情状の重い事件については、被害者や社会の感情が往々に厳しく、刑事処分を受けることがむしろ社会復帰を円滑にすると判断されること等⁴³を理由に、「第 2 項は、故意犯罪による死亡事件を起こした少年の社会復帰の手段として、その他の比較的罪質情状の重い事件よりも、刑事処分が適している場合が多いという認識が示されている⁴⁴」条文であるとする。つまりは同項を、被害者死亡事件では保護処分による少年の矯正教育が不可能であることの推定規定と解する。

次いで b 説は、「類型的には、保護処分のほうが刑事処分よりも少年の改善更生に適した制度である⁴⁵」との、二元説的立場を出発点とする。そして、類型上刑罰のほうが保護処分よりも改善効果が高いとは言い難く、同項は「基本的には、応報ないし一般予防を基礎にしたものといわざるを得ない⁴⁶」と解釈する。実務では刑事処分相当性の判断は処遇の有効性の観点と社会防衛の観点を共に考慮したうえで、どちらが少年の処遇としてより適したものであるかを総合的に判断するが、2 項は対象事件について後者からの要請が前者からの要請を上回り、刑事処分相当性が肯定されることを推定したもの⁴⁷、と説明する。故意犯罪による被害者死亡事件を起こした少年であっても必ずしも保護処分に適しないとは断言できないが、「被害者死亡」という結果の重大性ゆえ社会感情が厳しい実情に着眼した解釈である。

c 説のうち狭義の犯情説は、20 条が形式上 1 項と 2 項に分かれていること、少年であっても刑事処分の対象となり得るとの原則を明示することにより、少年の規範意識を覚えさせることが立法趣旨であり、刑事処分とそれ以外の措置とを無制約に選択できるとの前提の下に比較検討することはできない、との考えに立脚する⁴⁸。同説によれば、事件送致を受けた家裁は、①当該事件が証拠上 2 項対象事件と認定できるか、②少年の凶悪性、悪質性を大きく減じるような「特段の事情」が認められるか、③「特段の事情」が認められた場合に、20 条 1 項に定める個々の要素を踏まえて、刑事処分とそれ以外の措置のいずれが相当か、を順次検討し結論を導き出す。最も重要な要素は、②の「特段の事情」、言い換えれば「原則検送事件における刑事処分以外の措置の許容性」である⁴⁹。そして「特段の事情」該当性を検討するにあたっては、一般的量刑事情のうち犯罪行為自体に関する情状、つまりは「狭義の情状」を中心要素に据える。対照的に「広義の情状」、つまり少年の資質や環境は、

⁴² 武内・前掲 [2] 337 頁参照。

⁴³ 澤登・前掲 [14] 193 頁。

⁴⁴ 澤登・前掲 [14] 193 頁

⁴⁵ 川出敏裕（2015 年）『少年法＝Juvenile law』有斐閣 226 頁

⁴⁶ 川出・前掲 [45] 227 頁

⁴⁷ 川出・前掲 [45] 233 頁

⁴⁸ 北村・前掲 [6] 69～70 頁

⁴⁹ 北村・前掲 [6] 70 頁

「狭義の情状」のうち犯行動機の形成や犯行態様に深く影響したと認められる範囲で考慮するに留める⁵⁰。それは、「少年の資質や環境面からの検討を先行させると保護相当と見られるような事案であっても……、これのみを理由として刑事処分以外の措置が許容されると判断することが適当とは言い難い⁵¹」との考えに基づく。仮に右のような厳格な判断枠組みの下②の特段の事情が認められるとしても、さらに20条1項の検討によっても妥当であると認められる場合にしか、保護処分等刑事処分以外の措置は採り得ない。法案提出者のいう「原則」逆送の理解を徹底した立場である⁵²。

c説のうち総合考慮説は、2項を「原則」逆送規定と解し、2項但書によりその原則を打ち破るには「特段の事情」が必要とする点で狭義の犯情説と同様だが、同項但書が狭義の犯情に該当する事項とその他の事項とを区別しないこと、狭義の犯情の悪質さに着目して故意致死事件について原則検察官送致としたとしても、例外の許容性を狭義の犯情でのみ判断する必然性がないことなどを挙げ、狭義の犯情説を批判する⁵³。そして、「結局、条文に従い、犯行の動機及び態様、犯行後の状況、少年の性格……その他の事情を総合考慮し、刑事処分以外の処遇が相当と認められるかどうかを判断⁵⁴」すべしと主張する。同項但書に示された種々の要素を優劣なく総合考慮して刑事処分以外の処遇の相当性を判断する⁵⁵のであり、狭義の犯情説のような、特段の事情判断の後に20条1項該当性を判断する二段階判断をしない⁵⁶。

ここまでa～c説は、20条2項が実体的な拘束力を持つ「原則逆送」規定であることを肯定する。他方、以下のd～f説は同項の実体的な拘束力を否定するか、認めるとしても緩やかな拘束力にとどまる。

d説は、故意犯罪による被害者死亡事件については少年の人格、生育環境の両面に亘る成長発達上の深刻な問題が重大非行に強く関連し、教育手段としての保護処分の必要性・有効性がより一層高まる⁵⁷との認識に起因する。それ故20条2項を「原則逆送」規定として性格づけるべきではない⁵⁸とする。「教育手段として刑事処分が必要・有効であることが積極的に認められた場合にのみ、刑事処分相当と判断される⁵⁹」に過ぎない。その上で、故意による被害者死亡事件では「被害者を含めた市民一般の感情はとりわけ厳しく、厳格な刑事処

⁵⁰ 北村・前掲[6] 71頁

⁵¹ 北村・前掲[6] 71頁

⁵² 武内・前掲[2] 342頁参照。

⁵³ 加藤学「保護処分相当性と社会記録の取扱い—家裁移送が争われる事案を念頭に—」『現代刑事法の諸問題：植村立郎判事退官記念論文集第1巻』（立花書房、2011年）481頁参照。

⁵⁴ 加藤・前掲[53] 481～482頁

⁵⁵ もっとも、20条2項が故意致死事件の犯情の悪質性に着目して原則検察官送致を定めたものであるため、犯情の悪質性の有無は大きな意味を持ち、「原則逆送」に反するような運用は許されない、とする。

加藤・前掲[53] 482頁参照。

⁵⁶ 加藤・前掲[53] 482頁

⁵⁷ 葛野・前掲[1] 589頁

⁵⁸ 葛野・前掲[1] 589頁

⁵⁹ 葛野・前掲[1] 591頁

分を要求する場合も多い」こと、他方で「一般に、少年の成長発達権の保障に向けてその主体的非行克服を援助するため、少年司法がその教育機能を十分発揮させるうえで、その社会的基盤として少年司法に対する理解と信頼に基づく市民的支持が重要である⁶⁰⁾ことから、「社会感情の厳しさ、とくに刑事処分要求の強さに何らかの配慮が必要とされる⁶¹⁾」ことを確認する。そして、20条2項はかかる「何らかの配慮」の履行を、裁判所に命じたものである、と説く。即ち、その少年の教育手段として保護処分こそがふさわしく「刑事処分が必要・有効とは認められない場合において、刑事処分以外の処遇を決定した理由について、被害者を含む市民に対していっそう説得的に説明する責任⁶²⁾」を、家庭裁判所に負わせたと理解する。もっとも仮に家庭裁判所が右説明責任を果たさなくとも、かかる義務懈怠はそれ以上の意味もそれ以下の意味も有さず、教育手段として刑事手段が必要・有効と認められたのではないため刑事処分相当・検察官送致の決定がされるわけではない⁶³⁾。

e 説も2項は保護処分優先主義という1項で示された原則の上に解釈されるのだから保護不適を「推定」させるというような強い効果は認められないとし、基本的には説明責任説(d説)が妥当だとの立場である。もっとも「新設された20条2項が検察官送致の基準に関して、従来の運用の確認以上の意味を持たないのであり、2項導入以前と同じような解釈で足りるとすることには無理がある⁶⁴⁾」とする。そのうえで、2項本文は刑事処分が保護処分を補充するとの1項の原則を否定する役割を果たし、これにより刑事処分と保護処分とは「横並びの並列関係⁶⁵⁾」となったと解釈する。2項は「1項とともに処分決定に対するガイドライン⁶⁶⁾」であって、2項事件で保護処分を選択する場合には、ガイドラインによらないその選択につき2項が家裁に対し説明責任を課し⁶⁷⁾、刑事処分を選択する場合には1項が同責任を課す。2項但書は、2項該当事件で保護処分を選択する際の「説明責任に関する要素⁶⁸⁾」を明記したものである。

f 説は、2項但書の要件が欠ける限り同項本文により逆送しなければならないため、その限りで同項は「原則逆送」規定であるが、対象少年の保護不適性を推定する実体的拘束力は持たない⁶⁹⁾、とする。同説は少年に成長発達の余地が認められるため刑事処分に比して保護処分のほうが少年の福祉に合致し、かつ再犯防止にも有効であるとの現実を出発点とする。故に対象者が少年であること自体から刑事処分よりも保護処分が相応しいことが推定され、

⁶⁰⁾ 葛野・前掲 [1] 589 頁

⁶¹⁾ 葛野・前掲 [1] 590 頁

⁶²⁾ 葛野・前掲 [1] 591 頁

⁶³⁾ 葛野・前掲 [1] 591 頁

⁶⁴⁾ 斉藤・前掲 [17] 177 頁

⁶⁵⁾ 斉藤・前掲 [17] 179 頁

⁶⁶⁾ 斉藤・前掲 [17] 180 頁

⁶⁷⁾ 説明責任の直接の名宛人として、少年、その保護者、審判に関与し、処分決定の告知に立ち会う検察官(22条の2第3項参照)、被害者などが想定されている。斉藤・前掲 [17] 180 頁。

⁶⁸⁾ 斉藤・前掲 [17] 179～180 頁

⁶⁹⁾ 本庄武『少年に対する刑事処分』(現代人文社、2014年) 106 頁参照。

そのことは 2 項該当事件でも変わらない⁷⁰。重大な犯罪に及んだ心身に問題を抱えた少年は 1 項が適用される少年以上に保護処分という手厚い援助に付すべき必要性が高く、2 項但書は 1 項よりも詳細に考慮要因を列挙し少年の問題性をより慎重に調査したうえで更生上何が必要かを社会に向けて説明する責任を課した、と解する⁷¹。

最後に g 説は、法案提出者の掲げた「規範意識の覚せい」という 2 項の制度目的は将来の再犯予防という意味で、個々の少年の規範意識を覚せいするために最も適切な処分を選択することを求めている、との理解を出発点とする。なぜなら刑事処分が保護処分よりも一般予防・抑止効果を持つとの科学的根拠はなく、そうである以上「規範意識の覚せい」という制度目的を一般予防の意味では解釈出来ないからである。その上で、2 項但書に 1 項よりも仔細な調査事項が掲げられているのは「被害者死亡という非行結果が重大であるがゆえに、その非行結果のみに目を奪われることなく詳しく調査を行い、その少年の『規範意識を覚せい』のために最も適切な処分を選択すべきこと⁷²」を家裁調査官に求めているのである。この意味で 20 条 2 項を、実体的な拘束力ではなく人間行動科学の専門家を名宛人とした、手続的な拘束力を持つ規定であると理解する。

3.小括

以上、20 条 2 項解釈についての主な学説を概観した。

a 説に対しては、なぜ被害者死亡事件についてのみ「典型的に」刑事処分を受けたほうが円滑な社会復帰が可能になると言えるかが疑問である。例えば傷害致傷事件と傷害致死事件とで社会感情の厳しさに有意な差があるとは断言出来まい。また刑事処分を受けることが遺族・社会感情の緩和に繋がるというのもある種の希望的推測に過ぎない。加害少年が保護処分でなく刑事処分を受ければ須らく遺族に容赦の感情が芽生えるものでもあるまい。

b 説の最大の難点は、少年の処分選択にあたって応報ないし一般予防的観点を持ち込むことが果たして妥当かという点である。刑事処分が高い一般予防・抑止効果を有することを示す経験科学的根拠は存在しない⁷³し、その計測自体困難である。それにもかかわらず、科学主義（8 条、9 条）が保持されるべき処分選択の場面において b 説を採用することは、少年法の趣旨理念（1 条）からみて疑問がある。

c 説の問題点は 20 条 2 項但書文言解釈としての妥当性である。同項但書を素直に読めば、その列挙事情から「刑事処分以外の措置を相当と認めるときは、この限りでない」、即ち刑事処分を選択する必然性はなく、その他の処分の選択も許されるはずである。しかし c 説に

⁷⁰ 本庄・前掲 [69] 107 頁参照。

⁷¹ 本庄・前掲 [69] 107 頁

⁷² 武内・前掲 [2] 369 頁

⁷³ 武内・前掲 [2] 369 頁参照。

従えば、20 条 1 項但書所定の特段の「事情」が認められてもなお「20 条 1 項に定める個々の要素を踏まえて、刑事処分とそれ以外の措置のいずれが相当か」を検討し、刑事処分以外の措置が相当と判断されはじめてその選択が許される。つまり刑事処分以外の措置を選択するためのハードルが、条文の定めるところよりも高い。その点への説得的説明がない以上、c 説を採用し難い。また c 説中総合考慮説は、狭義の犯情説との対比は明確である一方、保護不適推定説との異同が不鮮明である⁷⁴。

d 説についても文言解釈としての妥当性から問題がある⁷⁵。何故なら、20 条 2 項但書は一見して家庭裁判所の説明責任について全く言及していないからである。説明責任の発生を説明する論理が必要である。また仮に同項に説明責任を読み込んでも、それが法的義務を課した規定であるとしても、拘束力を有しないのであれば確実な義務履行は担保できまい。

e 説については、説明責任に関する d 説同様の疑問に加え、なぜ刑事処分と保護処分とが「横並びの並列関係」であると保護処分選択につき説明責任が発生するかが不明である。ガイドライン上両処分が「横並び」ならば、どちらを選択することもガイドラインから外れたものといえない。

f 説に対しても、2 項の文言から家裁の説明責任が読み取れるかという問題はある。もともと同説は、但書の要件が欠ける限りは逆送せざるを得ないという意味で 2 項該当事件での逆送の「原則」性を説明しており、文言と解釈との大幅な乖離が避けられている。少年の福祉に典型的に合致するのは保護処分である、との前提も妥当性が認められる。

g 説については「前項の規定にかかわらず……同項の決定をしなければならない」との文言と整合性が問題である。右文言からは 2 項に実体的拘束力を認めざるを得ないとも思われるからである。これに対し同説の論者は、2 項は 1 項とは異なり将来的な規範の内面化に最もふさわしい措置の選択に焦点を当てており、そのことを前提として通常の調査よりもより綿密な調査を求めており、「前項の規定にかかわらず」とはこのことを言い表したものである⁷⁶、と反論する。

さて、ここまで 20 条 2 項についての主な学説を取り上げ、その解釈妥当性について検討した。では、20 条 2 項の上記各解釈において社会調査は処分決定にとってどのような位置付けを与えられることとなるか。そしてそれは、第 2 章で紹介したような現行少年法が社会調査に期待する役割を十分に果たすものか。

⁷⁴ 武内・前掲 [2] 342 頁

⁷⁵ 本庄・前掲 [69] 104 頁参照。

⁷⁶ 武内・前掲 [2] 370～371 頁参照。

IV. 2 項解釈に基づく調査の態様

1. 2 項解釈と調査

a 説に従ったとき社会調査は、保護処分による保護では少年の社会復帰を困難にする事情があるかどうかを主位的調査対象に置く。同説論者の澤登は、検察官送致が保護の手段として最適と判断される場合として、「(一) 少年院での処遇よりは少年刑務所での処遇が適当と判断される場合、(二) 犯罪事実の重大性を認識させるため刑事裁判の感銘効果が期待される場合、(三) 犯罪の社会的影響があまりにも大きいため、保護処分では、少年の社会復帰に重大な支障が予想される場合」の三つを挙げる⁷⁷。そのため社会調査ではこれらの事情が「ない」と言える事情の有無について調査が進められる。

次に b 説（保護不適推定説）では、「但し書に該当するか否かの判断が、保護不適の推定を覆すだけの事情が存するか否かの判断である以上⁷⁸、かかる処遇の有効性の観点と、社会感情、社会防衛上の観点との比較考量を可能にするための材料を収集するためにこそ社会調査が行われる。そして保護不適が社会感情や社会防衛上の観点から推定される帰結として、家裁調査官は「保護不適の判断要素である被害者遺族の感情や事件の社会的影響に関する調査を行うことが不可欠⁷⁹」である⁸⁰。従来の資質・環境面の調査にプラスして、社会感情や社会的影響の調査まで要求するのが b 説の特徴である。

c 説のうち狭義の犯情説は、20 条 2 項本文は被害者死亡事件の逆送を実体的に拘束すると理解するため、そもそも社会調査が必要的なのかが問題となる。この点同説の論者は、法案提出者が 2 項の「前項の規定にかかわらず」からは 1 項の「調査の結果」の部分を除く旨の説明をすることなどを根拠に、社会調査の省略は許されない⁸¹とする。そして、検察官送致決定自体は保護優先主義という「原則の例外」であることに変わりがないことに照らせば検察官送致決定を行うに当たっても、その理由を決定書で説得的・具体的に記すべきであるとする⁸²。しかし、同説で保護・刑事いずれの処分を採用するかを分水嶺は、「特段の事情」、わけても「狭義の犯情」である。それ故、社会調査の対象も「狭義の犯情」、つまりは犯罪行為自体に関する情状が最重要視される。少年の心身の状態や生育歴、社会関係といった「広義の犯情」は、行為責任や量刑に影響を与える範囲で調査が実施されるに過ぎない⁸³。結局、社会調査に主位的に期待されるのは「狭義の犯情」の解明のほか被害者感情や

⁷⁷ 澤登・前掲 [18] 736 頁。2000 年改正以前に、旧少年法下での処分決定につき論じたもの。

⁷⁸ 川出・前掲 [45] 234～235 頁

⁷⁹ 川出・前掲 [45] 235 頁

⁸⁰ 川出・前掲 [45] 234～235 頁参照。

⁸¹ 北村・前掲 [6] 73 頁

⁸² 北村・前掲 [6] 79 頁参照。

⁸³ 佐伯仁志他『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009 年）63 頁

社会感情といった保護処分選択の「許容性」に係る事柄の解明に帰着する⁸⁴。

他方、c説のうち総合考慮説は、狭義の犯情説との対比で「広義の犯情」も含めた、20条2項但書列举事由が調査対象事由と帰結される。同説論者の加藤は「狭義の犯情に関する事情のみを考慮した場合には刑事処分に付すまでもないが、少年の性格及び環境を考慮すると保護不能と判断される場合」を取り上げ、刑事裁判所で特段の事情（狭義の犯情）に関わる証拠しか取り調べられないとすれば、常に家裁移送決定することとなり不都合であるとする。そしてかかる事態を回避すべく、少年調査票や鑑別結果報告書といった書証に顕れた「犯行の動機及び態様、犯行後の状況、少年の性格、年齢、行状及び環境その他の事情について……調べておく必要がある」と説く⁸⁵。

d説（家裁の説明責任説）によっても、社会調査の必要性は通常事件よりも高まると説明される。同説は2項を、少年の教育手段として保護処分こそがふさわしく、「刑事処分こそが必要・有効とは認められない場合において、刑事処分以外の処遇を決定した理由について、被害者を含む市民に対していっそう説得的に説明する責任⁸⁶」を、家庭裁判所に負わせたと理解する。2項を右の通り理解するとき、家裁は同項該当事件につき刑事処分以外の措置を決定する場合に、同項の効果として処遇決定理由について説得的説明の責任を課されることとなる。また刑事処分相当・検察官送致を決定する場合には教育手段として刑事処分こそが必要・有効であることについて、「相対的に厳しい適正手続の要請を満たすだけの処遇決定理由の説得的説明」を果たさなければならないこととなる⁸⁷。家裁はそのための一層充実した社会調査を尽くさぬ限り、かかる「説得的説明」が出来ない⁸⁸。では同説に立った場合、社会調査の対象事由は何か。結論から言えばそれは2項但書列举事由である。同説論者の正木によると、要保護性の意味内容とは「人格的性状としての非行性（非行反復の傾向）と環境的要因の保護欠如性⁸⁹」であり、「個人的・環境的要因を調査した上での要保護性判断をもとに、どの処分が有効なのかという基準で処分選択をする⁹⁰」。その上で、かかる「個人的・環境的要因」の内容として、調査実務⁹¹が「犯行の動機及び態様」、「少年の性格」、「行状及び環境その他の事情」に相当する事実を調査対象と考えていること、行為に関する事情と少年が抱える問題を総合的に考慮していることが窺えることを指摘し、「どのような要保護性があるのかということを家裁が正しく判断していることの現れ」として是認する⁹²。

次いでe説（ガイドライン説）は、刑事処分と保護処分を同列の位置に置き、どちらが有

⁸⁴ 武内・前掲[2] 363頁参照。

⁸⁵ 加藤・前掲[53] 488～489頁

⁸⁶ 葛野・前掲[1] 591頁

⁸⁷ 葛野・前掲[1] 593頁

⁸⁸ 葛野・前掲[1] 594頁

⁸⁹ 正木祐史「20条2項送致の要件と手続」『少年司法改革の検証と展望』（日本評論社、2006年）34頁

⁹⁰ 正木・前掲[91] 37頁

⁹¹ さいたま家決平13・9・5家裁月報54巻2号152頁、秋田家決平13・8・29家裁月報54巻3号96頁、京都家決平13・10・31家裁月報54巻4号110頁

⁹² 正木・前掲[91] 38頁

効かを判断する。論者曰く、「このような立場からは、20条2項における要保護性の調査の必要性は、他の事件にくらべてむしろ大きい⁹³」。なぜなら2項該当事件では保護処分選択は「ガイドライン」からの逸脱を意味し、その理由につき家裁は社会・被害者に対し説明責任を負うからである。「非行後の状況の変化もふまえて、犯罪的危険性の状態、保護処分による立ち直りの可能性を判断し、保護処分等刑事処分以外の措置が相当であることを説明でき⁹⁴」てはじめて保護処分の選択が許されるのであるから、かかる説明を具体的・説得的なものとするべく、家裁は広義の犯情も含む少年の周辺事情について詳細な調査義務を負う。

f説では、社会調査の対象自体は1項該当事件の場合と変化しない。1項と2項とで実体的な逆送基準は変わらないと解するからである。ただ2項は、深刻な問題を抱えより手厚い保護を必要としながら、「類型的に対象犯罪に対して厳しい社会感情が向けられる」重大結果事件を犯した少年のために「何が必要かを社会に向けて説明する責任」を、家裁に課した。そして右説明責任を果たすため家裁は少年の「問題性をより慎重に調査し⁹⁵」なければならず、その際の調査対象が2項但書に示された考慮要因であると説明する。2項は社会調査実施についてe説よりもより徹底した態度を要求したと解する立場である。

最後にg説に拠れば20条2項の目的は少年の「規範意識の覚せい」である。被害者の死亡という重大結果がある場合、少年は身体的・精神的・社会的困難を背負っていることが推測される。かかる負因を前提として規範の内面化が将来的課題となる。2項はこの「規範の内面化」という課題克服に最もふさわしい措置の選択に焦点を当てており、その実現に向けて「通常の調査よりもより綿密で仔細な調査を求めている」⁹⁶のだと理解する。この説でもf説同様、2項規定自体が従来以上の綿密な調査実施を求めていると理解する。

2.私見

では以上の各説を踏まえたうえで、2項該当事件において社会調査がもつとも本来的意義を発揮できるのは、如何なる解釈か。

まずa説だが、家裁調査官が人間行動科学の専門家であることからすると採用し難い。同説に従うと、被害者死亡事件において家裁調査官は、犯罪の社会的影響の大小について調査しなければならない。しかし彼は心理学や人間関係諸科学の専門家なのであり⁹⁷、世論調査や事件の社会的影響についての調査技能は有しない。それ故逆送という司法的判断が、扇動的メディア報道によってコントロールされてしまう可能性すら否定できない⁹⁸。

⁹³ 斉藤・前掲[17] 182頁

⁹⁴ 斉藤・前掲[17] 181頁

⁹⁵ 本庄・前掲[69] 158頁

⁹⁶ 武内・前掲[2] 370～371頁。武内は、20条2項「前項の規定にかかわらず」とは、通常の調査よりもより綿密で仔細な調査を求めることを言い表したもの、と理解する。

⁹⁷ 原口・前掲[23] 211頁参照

⁹⁸ 斉藤・前掲[17] 182頁参照。

この点、実務では、少年法 20 条の改正を受け事件の社会的影響や被害者の調査を行うための方法が模索されている⁹⁹。しかし「社会感情という概念の内容が多岐にわたっていることに加えて、調査官にとって、社会的影響の調査ということには余りなじみがなかったことから、どのような方法で調査するかについて若干の戸惑い」がある。家裁調査官に社会的影響・被害者について調査しろというのは無理難題を課することになる。

同様の批判は b 説にも当てはまる。しかも同説では、2 項を該当事件では社会感情、社会防衛的観点からの要請が処遇の有効性の観点からの要請が上回り、刑事処分相当性が肯定されることを推定したもの¹⁰⁰とする。このような価値判断が先行しながら、家裁調査官は中立的態度で社会調査に従事できるのか¹⁰¹。右価値判断から自由でない家裁調査官が被害者の社会感情や事件の社会的影響という不慣れな事項の調査に従事すれば、上記推定を覆すような有意義な事情の発見は殆ど期待できず、調査の形骸化や必要的逆送への近接が危惧される。

ついで c 説のうち狭義の犯情説についてである。家裁調査官の調査の目的は、要保護性、即ち「累非行危険性、矯正可能性、保護相当性」の認定に資する処遇上必要な事項を明らかにすること、少年自身に非行の結果と責任を自覚させることにある¹⁰²。非行事実を社会的事実として捉え直しながらそのメカニズムを解明することは上記要保護性各要素を判断する上で必要不可欠なため¹⁰³、「狭義の犯情」について綿密な調査を求める点において、狭義の犯情説が不適当とは解されない。また家裁調査官研修所において民法や刑法、家事審判法、少年法などの法律学を既習¹⁰⁴した家裁調査官には、その技能が充分備わっている。もっとも 2 章で確認した通り、非行事実は社会的事実としてのみならず、心理的事実としても捉え直さねばそのメカニズムを十分解明したとは言い難い¹⁰⁵。それにもかかわらず、少年の心身の状態や生育歴、社会関係といった「広義の犯情」は、行為責任や刑事量刑的な考慮に影響を与える範囲で調査が実施されるに過ぎない¹⁰⁶、しかもその調査が必要的ではないならば、犯罪等危機的場面で露呈する少年のパーソナリティを充分把握することは難しい。これでは全件調査主義（41 条、42 条）からの乖離が危惧されると同時に、「個々の事案においては、犯行の動機、態様、犯行後の状況、少年の性格、行状、情状及び環境等の事情を家庭裁判所がきめ細かく検討」するとの法案提出者との説明と適合しない。そもそも被害者死亡事件を引き起こした少年は概して人格面・生育環境面において深刻な成長発達上の問題

⁹⁹ 下坂節男（2005 年「少年法改正が実務に及ぼす影響と課題」『少年法の課題と展望（第 1 巻）』（成文堂、2005 年）227～228 頁参照。

¹⁰⁰ 正木・前掲 [91] 233 頁

¹⁰¹ 武内・前掲 [2] 373 頁参照。

¹⁰² 原口・前掲 [23] 214 頁

¹⁰³ 原口・前掲 [23] 216 頁

¹⁰⁴ 原口・前掲 [23] 211 頁参照

¹⁰⁵ 原口・前掲 [23] 216 頁

¹⁰⁶ 佐伯他・前掲 [83] 63 頁

を抱える¹⁰⁷。このような少年に対する調査を断片的なもので済ませることは、少年法本来の趣旨にそぐわない。この点 c 説のうち総合考慮説は、上記狭義の犯情説に対する批判を乗り越えたとの意味で評価できる。

さらに、20 条 2 項に原則として逆送することについての実体的拘束力を認める a～c 説に共通する最大の難点は、保護優先主義を劣位に置くことに伴う、調査の「方向づけ」や「簡略化」を避ける理論を持ち合わせていないことである。これら三説では、刑事処分相当性の存在が推定された状態で調査が始まる。そのため、「刑事処分相当性を否定するような事情の存否」という観点から個々の調査が進められてしまう。しかし社会調査とは科学的知見に則って（科学主義、9 条）、予測や将来の可能性を洞察することにその本質があり、包括調査でなければならない¹⁰⁸。端から「刑事処分相当性を否定する事情があるか」との観点から調査を進めると、調査対象がそれに関連する事項についてのみに限定される。結局、「原則逆送」各説に立つ限り、理論上調査態様の変更が避けられない¹⁰⁹。

では、20 条 2 項に実体的拘束力を読み込まない、d～g 説解釈はどうか。

これらの説は 2 項に実体的拘束力を読み込まないため、「原則逆送」各説が陥りかねない調査の「方向づけ」や「簡略化」は避けられる。武内は d 説（家庭裁判所の説明責任説）や e 説（ガイドライン説）が「結果重大事件であっても他の事件と変わりなく資質鑑別や社会調査を行うべきこと」に帰着する点を捉え積極的な評価を与えている¹¹⁰が、賛同する。

もっとも d 説では、2 項該当事件で、重大な非行事実に顕れた犯罪的危険性を前提とし、それでもなお保護処分による立ち直りの可能性があるかという観点から、「広義の犯情」つまりは非行後の心身の状況の変化や保護環境の変化が調査対象となる¹¹¹に過ぎない。それでは調査対象として狭義の犯情該当事実が優先されることは否定できず、包括調査の実施が困難となることは否定できない。

対して e 説では狭義の犯情に留まらない 2 項但書列举事由を等価値的に調査対象とみなすため、d 説に対する疑問は避けられる。教育手段として刑事処分こそが必要・有効であるかとの観点から調査が進められることも、2 項該当事件で保護優先主義を放棄すべき積極的理由が見出されない以上適切である。もっとも、同項によって 2 項該当事件において（1 項対象事件以上に）緻密な調査が実施されることを果たしてどこまで期待できるかは疑問である。2 項新設で家裁が説明責任履行のため同項但書列举事由を調査対象から除外しないことまでは確保されるも、それ以上でもそれ以下でもないのであれば、わざわざ 2 項を規定し但書で調査対象を列举した意義が乏しい。

f 説、g 説では e 説への上記疑問は妥当しない。これら 2 説では被害者死亡事件では加害

¹⁰⁷ 葛野・前掲 [1] 580 頁参照。

¹⁰⁸ 武内・前掲 [4] 253 頁参照。

¹⁰⁹ 武内・前掲 [2] 374 頁参照。

¹¹⁰ 武内・前掲 [2] 366 頁

¹¹¹ 斉藤・前掲 [17] 181 頁

少年が心身的・社会的困難という負因を背負うことを前提に、要保護性解消に向け 2 項但書列举事由についての調査が行われると説明する。2 項該当事件特有の事情を理由に調査態様の徹底化が要請されるのだと説明するため、1 項と別に 2 項が新設された理由が不明瞭にもならない。

被害者死亡事件で調査の徹底が要求される、とのこれら二説の帰結には、合理性が見出される。被害者死亡事件で刑事処分以外の措置を決定した一例としてさいたま家裁 2001 年 9 月 5 日決定¹¹²を見ると、18 歳少年が集団暴行により被害者を死亡させた事案（傷害致死）について、少年が主体性に乏しく権威的な者に追従的、同調的に行動しやすいこと、危険性についての状況判断力に甘さがあり、安易な同調姿勢により執拗な暴行を続けてしまったことなどを認定したうえで 20 条 2 項但書を適用する。被害者を死亡にまで至らしめる程の強い攻撃性を保持する少年は、規範形成上何らかの障がいを抱えていることが多い。しかもその「障がい」は、従来（1 項該当事件時）よりも綿密で詳細な調査¹¹³の実施で初めて明らかになる。それにもかかわらず保護処分という刑事処分よりも「軽い」処分を選択することに対しては、世論からの激しい反発が予想される。かかる反発から一線を画し、科学的に（9 条）調査を進めることを 2 項は求めたものと解される。

もっとも f 説のように同項を社会にむけた家裁の「説明責任」を定めた規定であると理解することは、必ずしも不可欠ではあるまい。緻密で詳細な調査の確保は、家庭裁判所の説明責任を想定するまでもなく、同項は但書列举事項についての調査義務を家裁調査官に負わせたもの解することによっても可能である¹¹⁴。

仮に f 説や g 説の立場に立つとしても、2 項但書はあくまで必要最小限度の調査対象事項を列举したものに過ぎないと言うべきである。既に確認した通り、社会調査とは科学主義を採用し（9 条）、多様な資質を持つ少年に個別的アプローチを行うことを想定する。科学的に見て何が非行のトリガーなのかは一義的に定まらない以上、包括調査¹¹⁵の実施は必須である。2 項但書に列举された事項さえ綿密に調査しておけば「非行事実を社会的、心理的事実としてとらえ直しながら、非行のメカニズムを解明」し、「それと同時に、少年に対して、自分の行った非行の結果とその責任を自覚させていく¹¹⁶」という社会調査の目的が達成されるのではない。2 項但書列举事由の調査の実施は、社会調査の十分条件ではなく必要条件である。

¹¹² 家月 54 巻 2 号 152 頁

¹¹³ 「20 条 2 項事件は、動機の解明や少年の人格理解が困難な場合が多く、適切な事案理解のためには、収集した資料を多面的に評価する必要がある」り、調査実務では複数の家裁調査官が調査を担当する共同調査が実施される。下坂・前掲 [99] 226 頁

¹¹⁴ 説明責任説に対する同様の指摘として丸山雅夫「少年法 20 条による検察官送致」南山法学 39 巻 3・4 号（2005 年）93 頁。

¹¹⁵ 武内・前掲 [4] 253 頁参照。

¹¹⁶ 原口・前掲 [23] 216 頁

V. 結びに代えて

以上本稿では、立法趣旨を出発点とし各学説を概観しながら、20条2項の文言解釈及び20条2項該当事件で果たされるべき社会調査の在り方について検討を試みた。結論としては、20条2項は2項対象事件において1項該当事件時以上の詳細で緻密な社会調査の実施を家裁に義務付けたと解釈するのが、社会調査本来の目的達成の観点からは最も望ましいと考える。また、2項但書は家裁がかかる社会調査を実施する上で調べるべき必要最小限の事項を列举したものに過ぎないと解釈する。

もっとも、9条から当然に包括的な調査が義務付けられる社会調査の領域において、敢えて20条2項で被害者死亡事件時に調査すべき必要最小限の事項を列举する必要があったのかは疑問である。改正以前に被害者死亡事件における社会調査が簡略化される傾向にあったなどという事情があるわけでもない。そうである以上、解釈如何では社会調査の「方向づけ」や「簡略化」をもたらしかねない20条2項は無益であるばかりか弊害をもたらしかねない。「原則逆送」規定であるとは読み取れない、ないし一義的に社会調査についての方針を家裁調査官に示したものであると了することのできる文言に再度改正すべきであると考ええる。

以　上

★謝辞

本論文を作成するに当たり、指導教官の本庄武教授からは熱心なご指導と共に多大な助言を賜りました。教授のご指導なくして本論文の完成はあり得ませんでした。厚く感謝を申し上げます。また私と共に本庄教授の下で論文作成に励み、本論文にも多くの価値ある示唆を与えて下さった蟻塚真氏、予備査読の過程で大変丁寧な添削をしていただき、本論文に厚みを持たせてくださった葛野尋之教授にも、重ねて御礼を申し上げ、感謝する次第です。

詐害行為取消請求を受けた転得者の不利益回避の方法と根拠

一橋大学法科大学院修了（2018年3月）岡田一輝

目次

- I はじめに 問題の所在
- II 相対効の意義と中間転得者に及ぼすべき効力の内容
- III 形成力拡張の根拠
- IV 転得者による請求の範囲と一応の立法論
- V おわりに

I はじめに 問題の所在

昨年成立した「民法の一部を改正する法律」¹によって民法の債権法分野の規定が大幅に改められた。その中でも、詐害行為取消権については現行民法で424条から426条まで3つの条文しか規定が置かれていなかったところ、新民法では新たに424条の2から9、425条の2から4が新設され、合わせて14条分もの規定が設けられることとなった。

これら新民法における詐害行為取消権の規定の中で、あまり大々的に触れられることがないにもかかわらず結論としての妥当性に疑義があると感じた部分がある。それが、詐害行為取消請求を受けた転得者²の必要以上の不利益に関する問題である³。

たとえば、債務者が受益者へ代金10で目的物を売却し、受益者が転得者へ30で転売したとする。この時、転得者に対する詐害行為取消請求が認められれば転得者は目的物を失うことによって30相当の損失を被ることとなる。ところが、転得者の権利について定めた425条の4柱書及び同条第1号は、「債務者がした行為が転得者に対する詐害行為取消請求

¹ 平成29年法律第44号。以下「新民法」とする。また、格別の指定のない限り、本稿において条項のみを記した場合には新民法の規定を指すものとする。

² 「転得者」とは、「詐害行為の目的物の全部または一部……を受益者からさらに取得した者」及び「転得者から更に転得した者」（我妻栄『新訂 債権総論』190頁（岩波書店、1964））を指す。転々得者は「転得者」に含まれないと解する奥田昌道『債権総論』315頁（悠々社、増補版、1992）もあるが、本稿では通説に従い転々得者も「転得者」に含まれるものと解する。本稿において特に断りのない限り、「転得者」とは詐害行為取消請求の被告となった転得者を指し、また、詐害行為取消権が行使されたという事例では、転得者に対する詐害行為取消権が行使された場合を想定している。

³ 新民法に関する近時の代表的な文献においても、425条の4についての記載中にこの問題に一切触れていないもの（筒井健夫・村松秀樹編『一問一答 民法（債権関係）改正』111頁（商事法務、2018）、潮見佳男他編『詳解 改正民法』220頁〔小粥太郎〕（商事法務、2018））や一言「今後の議論に委ねられる」とだけするもの（潮見佳男他編『Before/After 民法改正』199頁〔栗本知子〕（弘文堂、2017））、特段の理由に触れず「取消の効果は転得者の前者（ここでは受益者）には及ばない」とするもの（我妻栄他『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—』818頁（日本評論社、第5版、2018））といったように、この問題が正面から取り上げられることはほとんどない。例外として、以降の議論に深くかわる沖野眞已教授が当該部分の執筆を務めた中田裕康他『講義 債権法改正』152頁〔沖野眞已〕（商事法務、2017）にて1頁程度触れられている。

によって取り消されたときは」,「その行為が受益者に対する詐欺行為取消請求によって取り消されたとすれば.....生ずべき受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権」を「転得者がその前者から財産を取得するためにした反対給付.....の価額を限度と」してのみ債務者に対して請求することができる旨定めている。そうすると、受益者が債務者に対して 424 条の 2 に基づいて請求できる範囲である 10 についてのみ転得者は債務者に対して請求することができるにとどまる。

では、残りの 20 について、前者⁴である受益者に対して債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができるのであろうか。いわゆる詐欺行為取消権の相対効に鑑みれば、否ということになる。被告とされていない受益者には詐欺行為取消権の効果が及んでいないのであるから、受益者に対して転得者は取消しのあったことを主張することができないと一般に考えられているためである。そのため、転得者は 20 の損失を甘受せざるを得ないこととなる。さらに言えば、425 条の 4 により生じる債務者に対する債権には何らの優先権等も付与されていないことから、無資力である債務者から実際に 10 全額の回収を図ることはほとんど不可能と言ってよい。

このように、新民法の規定と通説的な解釈である相対効の下では、転得者が目的物の反対給付全額について回収を図ることは不可能となっている。その一方で、被告とされなかった受益者や中間転得者⁵は、目的物の売却益をため込むことが許されることとなっている。詐欺行為取消権は債務者の責任財産の回復を目的としており、それを超えて転得者に損害を与える必要はない以上、現状では転得者に不必要な損害を与えることになってしまう。

この問題を解決するためにはどうすればよい。端的に言えば、前者に対する請求を認めることができればよい⁶。そのためには、前者をはじめとする中間転得者に詐欺行為取消権の効果が及ぶことが必要となる⁷。前者にも詐欺行為取消権の効果が及ぶのであれば、前者・転得者間で目的物の譲渡はなされなかったということとなるから、債務不履行を問うことができるためである。

⁴ 本稿で「前者」とは直接の前者のみを指すものとする。

⁵ 以下、目的物の授受を債務者と転得者との間で行った者を、受益者も含めて「中間転得者」と称する。

⁶ これに対して、法制審議会民法（債権関係）部会（以下、単に「法制審議会」と称する。）の第 2 分科会第 4 回会議では、前者でない中間転得者に対しても転得者が請求することは可能であり、請求権の性質も追奪担保的というよりむしろ連帯債務者の求償関係的にみるべきとする見解も主張された。ただ、前者ではない中間転得者と転得者との間には何らの法律関係もなく、両者の間に不当利得における因果関係を観念することもできないのであるから、これらの者に対して何らの請求をすることもできないと考えるのが素直であろう。また、求償関係的に見る立場は、これを認めない立場を「無資力の人間が挟まったときに回収できなくて、飛んだ向こうにいる人間に不当と思われる利得が残る」（法制審議会民法（債権関係）第 2 分科会第 4 回会議（平成 24 年 6 月 19 日）における山本和彦幹事の発言（議事録 8 頁）（以下、法制審議会での発言を参照する際には、「第〇回会議における〇〇の発言（議事録〇頁）」と記す。))と批判する。しかし、中間転得者の一人が無資力であればその者の前者に対する請求権を後者が代位行使することができることから、決定的なものとは言い難い。そのため、本稿ではこのような考えをとらず、専ら前者に対して請求することができることを目標として検討を進める。

⁷ 後述のように前者からさらにその前者への請求を認めることが問題の解決に資することから、前者のみならずすべての中間転得者に効果を及ぼすことを以下では検討する。

本稿では、この問題の解決に向けて、以下の事項を論じることとする。まず、相対効の意味を確認してから、どのような効果を中間転得者に及ぼす必要があるかについて検討する。次に、その効果を中間転得者に及ぼすことが可能であることを、相対効の伝統的な根拠や新民法制定に向けた法制審議会の議論の内容、倒産法上の否認権との関係、そして手続保障上の観点も踏まえて検討する。そして、中間転得者に対しても取消しの効果が及ぶと考えたときに具体的にどのような範囲で請求を認めることが問題の解決として妥当かについても検討を加える。

Ⅱ 相対効の意義と中間転得者に及ぼすべき効力の内容

まず、相対効の意義を確認しよう。詐害行為取消権の相対効を採用した代表的な判例として、大判明治44年3月24日民録17輯117頁が挙げられる⁸。同判決は、「詐害行為の廃罷は、……一般法律行為の取消とその性質を異にし、その効力は相対的にして、何人にも対抗すべき絶対的のものにあらず。詳言すれば、裁判所が債権者の請求に基づき債務者の法律行為を取消したときは、その法律行為は訴訟の相手方に対しては全然無効に帰すべしといえども、その訴訟に関与せざる債務者、受益者又は転得者に対しては依然として存立することを妨げ」⁹ないと示している。つまり、詐害行為取消権の効力は相対的なものであって、取消訴訟の当事者である取消債権者と転得者との間においては詐害行為が取り消されるものの、中間転得者や債務者¹⁰にはその効力は及ばず、これらの者の間では詐害行為は依然として有効であると解しているのである¹¹。

では、中間転得者に及ばないとされている効力のうち、具体的に何を及ぼすことができれば本稿の問題を解決することができるか。425条の「詐害行為取消請求を認容する確定判決」の効力とは、一般に相対的取消しという文言が用いられることから分かります。詐害行為の効力の否認の部分、すなわち形成判決の効力を指す¹²。形成訴訟にかかる請求の認容判

⁸ この判決は、現在の判例・通説である折衷説を採用した裁判例であることでも有名である。折衷説とは、「詐害行為の効力を否認することと財産を取り戻すこととの両者をもって取消権の本体とみる説」（奥田昌道編『新版 注釈民法(10)Ⅱ 債権(1) 債権の目的・効力(2)』797頁〔下森定〕（有斐閣、2011））である。新民法においても、折衷説的な理解は依然採用されている（潮見佳男『新債権総論Ⅰ』738頁（信山社、2017）。高須順一「詐害行為取消権の法的性質とその効力」法学志林114巻4号15頁（2017）も、同書24頁において「従来の判例法理である折衷説的处理……を基本的に承継した」としている。）。そのため、新民法下での解釈を論じることを目的とする本稿も折衷説に基づいたものとなっている。

⁹ 片仮名及びいくつかの漢字を平仮名に変更し、句読点を付している。以下注釈をつけることなく同様の変更を行う。

¹⁰ もっとも新民法においては、債務者に対しても詐害行為取消権の効力は及ぶとの明文の規定（425条）が設けられた。

¹¹ 潮見・前掲注(8)735頁。

¹² 下森・前掲注(8)951頁は、現行民法425条の説明において「相対的に無効ならしめる」と記しており、無効部分、すなわち形成訴訟の認容判決の部分のみを相対的なものと考えていることが推察される。

決がなされると確定判決の法的効力として形成力と既判力とが生じるとされている¹³から、中間転得者に及ぼすか否かを検討するべき効力とは、形成力か既判力、またはその双方ということとなる。

ここで、形成力と既判力の意義を確認しよう。形成力とは「主文中で法律関係変動の宣言を行い、判決の確定にともなって、法律関係を変動させる効力」¹⁴である。ある者に形成力が及ぶということは、主文中で宣言された法律関係の変動の効果が及ぶということであり、言い換えれば実体法上の法律関係変動の効力が及ぶということである。

これに対して、既判力（民事訴訟法 114 条 1 項）とは、「訴訟物に関する確定判決中の判断の……通用力または拘束力」¹⁵を指す。原告被告間等の 2 者間において既判力が生じた場合、主文に包含される内容について両者間では再び裁判で争うことができなくなる。

中間転得者に対して形成力すら及ばない場合、形成力が及ぶ場合、形成力に加えて転得者・前者間での既判力も及ぶ場合の帰結は、それぞれ次のようになる。中間転得者に形成力すら及ばない場合、転得者は前者に対して詐害行為取消権の効果を主張することができず、よって前者は債務を完全に履行したと主張できることから、前者に対する請求はおよそ認められない¹⁶。中間転得者に形成力が及ぶのであれば、前者に対して詐害行為取消権の効果を主張して債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができる。もっとも、中間転得者に既判力が及んでいないのであれば、前者は詐害行為取消権の要件の不充足等を裁判で争うことが許される。これに対して、既判力も及んでいるのであれば、詐害行為取消権の効果が生じていることについて転得者・前者間で争うことすらできなくなる¹⁷。

このようにみると、本稿の問題の解決のためには形成力のみを中間転得者に及ぼすことができれば足り、既判力まで及ぼす必要はないことがわかる。なぜなら、前者に対して請求をすることができない理由は詐害行為取消権の効果を前者に主張できない点にあったのだから、中間転得者に形成力を及ぼして損害賠償請求を可能にすれば目的は達せられるためである。それ以上に既判力をも及ぼすことができれば前者に対する損害賠償請求訴訟において転得者の主張立証が容易になるものの、問題解決のために必須であるとまでいうことはできない。なお、詐害行為取消訴訟中に転得者が前者に対して訴訟告知（民訴法 53 条 1

¹³ 新堂幸司『新民事訴訟法』215 頁（弘文堂，第 5 版，2011）。以前は形成判決には既判力は生じないとする説もあったが、「形成の結果たる法律関係に不可抗争効を与える規律として既判力を観念することが適当である」こと等から形成力とともに既判力も生じるものと解するべきとする。

¹⁴ 伊藤眞『民事訴訟法』164 頁（有斐閣，第 5 版，2016）。

¹⁵ 伊藤・前掲注(14)521 頁。

¹⁶ この点について判示した古い裁判例として、青森地裁八戸支部判決昭和 6 年（ワ）第 33 号保証債務履行請求事件（判決月日不明）新聞 3312 号 16 頁がある。転得者に対する詐害行為取消権が認容された後に転得者が受益者に対して転得者・受益者間の売買契約（代物弁済であった。）の無効の確認と代物弁済の無効により復活した保証債務の履行を請求した事件であるが、同判決は売買契約が相対効故に有効であることを認め、そのため代物弁済の履行がなされているのであるから履行請求も認められないと判示した。板木郁郎『否認権に関する実証的研究』469 頁（立命館出版部，1943）参照。

¹⁷ 離婚訴訟を例に挙げて形成力・既判力の関係を説明するものとして、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』75 頁（有斐閣，第 2 版補訂版，2013）。

項)を行うことによって、損害賠償請求訴訟において前者から詐害行為取消権の理由がなかったことを争われるおそれを封じることができる(民訴法 53 条 4 項, 46 条)。

そのため、以下では中間転得者に対して詐害行為取消請求の認容判決の形成力を及ぼすことが可能であることを明らかにしていく。

Ⅲ 形成力拡張の根拠

この章では、相対効の根拠、法制審議会での議論、詐害行為取消権と類似の権利である否認権での中間転得者の扱い、そして手続保障との関係から、通説的見解に反して中間転得者に形成力を及ぼすことが可能であることを論証したい。

1 中間転得者についての相対効の根拠

まず、中間転得者に形成力を及ぼさないという通説的な見解の根拠を確認する。

代表的な体系書・教科書において、債権者、被告とされた受益者や転得者、一般債権者、それから新民法下での債務者以外に形成力が及ばないことは当然であると考えられているからなのか、そもそもその根拠が示されていないものが多い¹⁸。これを示した教科書としてたとえば奥田昌道教授の教科書¹⁹が挙げられるが、同書も「もし取消の効果を絶対的と解するならば、……債務者の行為の取消によって受益者は無権利となり、以後の取引による権利取得はすべてくつがえされ、動産・有価証券等即時取得による保護のある場合のほかは、著しく取引の安全を害することになる」²⁰という抽象的な記述にとどまっている。そもそも、この根拠は善意の中間転得者を介して悪意の転得者に目的物がわたった際にも詐害行為取消権の行使が認められるとする相対的構成を前提としたものである。新民法においては 424 条の 5 で絶対的構成が採用されており、主に善意の中間転得者や転得者の後者への影響を考慮していたこの根拠が新民法において一部失われたのであるから、新民法下において中間転得者に形成力を及ぼすことはより容易になったとも考えられる²¹。また、我妻榮教授も、前述の明治 44 年 3 月 24 日判決について「この制度の目的を考察し、その効力をこれ

¹⁸ たとえば、中田裕康『債権総論』270 頁(岩波書店、第 3 版、2013)は、受益者から債務者に対する請求の構成を検討する際に相対的取消しを前提としているが、その前後に相対的取消しの根拠を示している部分はない。その他、森田修『債権回収法講義』64 頁(有斐閣、第 2 版、2011)や内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』320 頁(東京大学出版会、第 3 版、2005)、さらには新民法下での体系書である潮見・前掲注(8)827 頁も、折衷説や受益者からの責任追及等について論じる際の前提とするにとどまり、その根拠については述べていない。

¹⁹ 奥田・前掲注(2)。

²⁰ 奥田・前掲注(2)315 頁。

²¹ 潮見・前掲注(8)827 頁も、中間転得者に取消しの効果を及ぼすことは中間転得者「全員が悪意であるから、受益者を含む当該転得者の前者にとって酷な結果ともならない」としている。

に必要な範囲に限局しようとするものであって、全体的にみてその態度は正当なものとい
ってよい」²²としており、やはり抽象的な感否めない。

この後に見る法制審議会での議論でも必要性さえ認められれば効果の及ぶ範囲を拡張す
ることが許される旨の発言がなされていることをも踏まえれば、少なくとも中間転得者に
形成力が及ばないことを絶対的・変更不可能な規範と見る必要はなかろう。

2 法制審議会での議論

また、法制審議会でも、その議論において中間転得者に形成力を及ぼすことが明確に否定
されたわけではなく、むしろ一部の分科会においては形成力を及ぼすことを前提とした議論
がされたうえで、最終的には解釈に委ねられることになった。

まず、審議会での議論の土台となった基本方針²³では、3.2.1.18<4>ないし<8>²⁴にお
いて転得者保護の規定を置いている。<4>、<5>はおおよそ新民法 425 条の 4 第 1 号、
2 号に対応した規定となっている²⁵のに対して、<7>において、「<4>および<5>により
権利行使をすることができない範囲があるときは、転得者は、その前主に対し、差額の支払
いを求めることができる。」という規定が設けられている。すなわち、基本方針は転得者の
前者に対する請求を認めている。

残念ながらその解説において形成力の拡張についての十分な説明はなされていない²⁶。
もっとも、詐害行為取消権にかかる基本方針の検討委員会メンバーの一員である沖野眞已
教授による基本方針の解説²⁷にはその根拠と考える記載がある。債務者についての記載
であるが、相対的取消しについて「上記の基本姿勢（筆者注：「責任財産の保全という制度
趣旨に必要な範囲での効力をもたらす制度とすべきであるという基本姿勢」）から『債務者
には効力が及ばない』とすることは必然ではなく、むしろ、債務者にも一定の範囲で効力が
及ぶことを認めた上でその範囲が具体的にどのようなものかを明らかにしていくことが肝
要である」²⁸と述べている。この記述を「相対的取消し」が絶対的な規範でないといふ沖野教授
が解しているものと読み取ることができれば、転得者の不利益回避の要請という必要性を
根拠として詐害行為取消権の形成力を前者に対して拡張することを認め、よって<7>の規

²² 我妻・前掲注(2)176 頁。

²³ 民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」を指す。以下同じ。頁数は、民法（債権法）
改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ——契約および債権一般(1)』（商事法務，2009）の該
当頁を記している。

²⁴ 検討委員会編・前掲注(23)507 頁。

²⁵ もっとも、同条<6>及びこれにより準用される 3.2.1.17<2>によりこれらの債務者に対する反対給付
請求権に先取特権が付されているという点は新民法の規定と異なる。

²⁶ 検討委員会・前掲注(23)512 頁。単に差額分の回収ができないことによる転得者の不利益の回避という
規定の必要性を述べているのみである。

²⁷ 沖野眞已「金融法学会第 26 回大会資料 6 詐害行為取消権」金法 1874 号 87 頁（2009）。

²⁸ 沖野・前掲注(27)93 頁。

定が設けられたものと解することができよう。

次に、転得者の保護について細かな議論がなされた第 2 ステージの内容を見てみよう。

部会資料 35²⁹の第 2・6 の補足説明 3 にある「転得者は前者に対してその不足分の支払を求めることができるとする考え方（一種の担保責任の追及という構成）」との記載³⁰を土台として、第 42 回会議でこの点について議論がなされており、その中では、前者に対する請求を認めることに賛意を示す意見もいくらか見られている³¹。この点については、「現在は相対的な取消しですので、前主が悪意であろうが何であろうが、担保責任追及はできない」³²ことが原則とされていることを共有したうえで、分科会での議論に一旦委ねられた。

これを受けて開かれた第 2 分科会第 4 回会議においては、中井康之委員の準備したメモ³³をたたき台として転得者について議論がなされた。ここでは、これまでの議論とは異なり、「元々、相対効とか取消しが及ばないと言われる話は、詐害行為取消しによってその目的を超えて法律関係の変動をもたらす必要はないという考えから来ているわけで、債務者に効力が及ぶかという点も、必要な範囲で及ぶという考え方でよろしい」「受益者や転得者……に対しても及んでいく必要があるということであれば、その限りでは及ぶ制度として設計するということで、理論的な難点と言われるところ³⁴は、クリアできるのではないか」³⁵との発言等を経て「直接の前主に対して追奪担保的なものを認めることに必ずしも理論的な支障があるわけではない点では、今までのところ、御発言はほとんど一致している」³⁶という前提で³⁷話が進められた³⁸。

結局立法技術の困難性³⁹等から立法化は断念されたが、以上のように審議会において中

²⁹ 法制審議会民法（債権関係）部会資料 35（以下、本文のように「部会資料〇」と記す。）。

³⁰ 部会資料 35・111 頁。

³¹ 絶対的構成を採用していることを理由に「担保責任追及の妥当性について余り問題を感じません」とする第 42 回会議における佐成実委員の発言（議事録 58 頁）や、「正に相対的取消しとは違う制度を設けようということが、この資料の記載の趣旨に含まれているのではないか」との認識の下で質問を重ねている第 42 回会議における鹿野菜穂子幹事の発言（議事録 59 頁）等が挙げられる。

³² 第 42 回会議における内田貴委員の発言（議事録 59 頁）。

³³ 中井康之『「6 債務者と転得者の関係」の論点等について』

（<http://www.moj.go.jp/content/000099233.pdf>）（2018 年 9 月 30 日最終閲覧）。

³⁴ 「転得者 1 や受益者に、……取消効は及ばない（相対効）のに、何故、転得者 1 や受益者がそのような責任を転得者 2 に負うのか（絶対効的效果）、という点である（一種の追奪担保責任か）。」（中井・前掲注(33)2 頁）との記載を指す。

³⁵ 以上、第 2 分科会第 4 回会議における沖野眞巳幹事の発言（議事録 4 頁）。

³⁶ 第 2 分科会第 4 回会議における松岡久和分科会長の発言（議事録 7 頁）。

³⁷ このほか、転得者の債務者に対する請求には優先権が付与されること、そのため、前者やその他の中間転得者に対する請求はこれによって回収を図ることができなかった部分についてのみ認められることも前提とされていた。「受益者が債務者に対して行使できるであろう……先取特権付価額償還請求権、これを転得者が行使できる。この考えは転得者であれ、維持すべきだろう」との第 2 分科会第 4 回会議における中井康之委員の発言（議事録 12 頁）も参照。

³⁸ ここでの中心的な議論の対象は、前者以外の中間転得者に対しても請求をすることができるかという注(6)で述べた点にあった。

³⁹ 部会資料 51・16 頁は、転得者の前者に対する請求について「転得者から追及を受けた前者がさらにその前者に対して追及をすることができるか、できるとして直接の前者ではなく前者の前者に対して追及をすることができるか、できるとして直接の前者とその前者に対して同時に追求をすることができるか、さ

間転得者に形成力を及ぼすことは否定されておらず、むしろ中間転得者に形成力を及ぼすことを肯定する余地があることが示されている。中間試案においても、第15-13（注）において「詐害行為取消権を行使された転得者の前者に対する反対給付の全額の返還請求又は転得者が前者に対して有していた債権の全額の回復を無条件に認めるという考え方がある」と紹介され、（概要）においては「転得者は前者に対してその（筆者注：債務者に対する請求を指す。）不足分の支払を請求することができるとする考え方もある。この考え方を採るかどうかについては、引き続き解釈に委ねることとしている」⁴⁰とされた⁴¹。このことからすれば、新民法下において中間転得者に形成力を及ぼすという考えは、審議会に参加するような有力な学者間においても十分に認められうるものということができよう⁴²。

3 否認権における相対効

次に、責任財産保全という広義の目的や沿革・効果において類似・共通している否認権⁴³における相対効の扱いを確認したい。「否認権行使の効果は、行使の相手方（否認の対象たる行為の相手方（受益者）および転得者を含む）との関係で関係的・相対的に生じる」⁴⁴と説明されるように、否認権も詐害行為取消権と同様に相対効が原則であるとされている。

しかし、こと中間転得者に形成力が及ぶか否かという点については、詐害行為取消権と異なる解釈が通説的に採用されているのではないと思われる。

否認権等についての代表的文献の一つである『条解会社更生法』⁴⁵において、転得者に対する否認権行使の際には受益者と管財人との間に「効力が及ばないとの意味は、判決の効力の既判力・形成力が及ばないというだけでなく、実体的な否認権行使の効果が及ばないことを意味する」⁴⁶としており、一見すると中間転得者に既判力はもちろん形成力も及ばないも

らに、転得者の後者が存在する場合（その後者にも詐害行為取消しの原因がある場合）にはその後者に対しても追及をすることができるかなど、多くの問題があるため、これについては引き続き解釈に委ねることとしている」とする。

⁴⁰ 以上、民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明185頁。

⁴¹ その後の第3ステージでも、第82回会議の部会資料73A・62頁において「転得者の前者には詐害行為取消しの効果は及ばないから、転得者がその前者に対して何らかの請求をするという形式を採る場合には、詐害行為取消しの効果との関係で理論的な問題を生じ得るが、この転得者の前者に対する請求の可否については、引き続き解釈に委ねることとしている」と記載されている。

⁴² これに対して、潮見・前掲注(8)827頁の注(274)は「取消しの効果は受益者ほか被告とされた転得者の前者（中間転得者）には及ばないことを前提と」した制度設計が新民法ではなされたとしている。しかし、以上で確認したとおり法制審議会では形成力の拡張は解釈に委ねられたとしているし、425条の4と類似の規定は基本方針等にも存在したから形成力拡張と425条の存在とが排他的な関係に立つわけでもないため、このような前提は形成されていないものと考ええる。

⁴³ 詐害行為取消権と否認権との異同について、詳しくは中田裕康「詐害行為取消権と否認権の関係」山本克己他編『新破産法の理論と実務』301頁（判例タイムズ社、2008）、潮見・前掲注(8)727頁参照。

⁴⁴ 兼子一監修『条解会社更生法（中）』162頁（弘文堂、1973）。

⁴⁵ 兼子・前掲注(44)。

⁴⁶ 兼子・前掲注(44)164頁。

のと考えられているように思われる。もっとも、受益者と転得者との関係においては「両者間の法律行為の効果が否定されないとの意味であり、否認権の行使があったとの事実の主張を二者間で主張すること自体を禁ずるものではない」⁴⁷とされ、だからこそ前者に対する担保責任追及が可能である⁴⁸とする。このことは、これまでの議論から考えるとまさに受益者に対して形成力を及ぼしていることから生じる帰結である。そうすると、実質的には中間転得者に対し形成力が及ぶことを暗に認めているということができよう⁴⁹。

また、伊藤眞教授は、前者に対して追奪担保責任を問いうることを前提として、前者が「否認原因がないと主張することは妨げられない。否認の効果が相対的であるということも、右のような結論を正当化する」⁵⁰としているが、追奪担保責任を問いうるということは前者に対して形成力が及んでいることを前提としているし、否認原因について争えるということは前者に対して既判力が及んでいないことを示しているものと考えられる⁵¹。

このように、否認権においては、形成力が中間転得者に及ぶことを暗に前提としていたことが推察される。

そして、否認権におけるこのような見解が詐害行為取消権においても通用しない理由はない。債務者（破産者）と受益者との間の行為を債権者（破産管財人）と転得者との間で取り消す点⁵²やその時点での転得者の状況等はほぼ同一であり、中間転得者に形成力を及ぼすか否かの帰結に影響を与えそうな差異が詐害行為取消権と否認権との間に存在しないためである⁵³。

⁴⁷ 兼子・前掲注(44)164頁。

⁴⁸ 兼子・前掲注(44)164頁は「担保責任を追及することができることはいうまでもない」との断定的な記載でこれを示している。また、同書203頁においても同様の説明がなされている。

⁴⁹ 伊藤眞他『条解破産法』1155頁（弘文堂、第2版、2014）は、前者に対して追奪担保責任を問いうることについて「転得者の受益者に対する追奪担保責任の追及を認める見解（条解会社更生法（中）203頁（筆者注：兼子・前掲注(44)203頁を指す。））によるかぎり、相対効を貫徹するのは困難である」とする。同様に、「否認の相対効と追奪担保責任の関係というのが、そもそもうまく説明が取れているのかどうか問題」があると指摘するものとして伊藤眞他編『新破産法の基本構造と実務』423頁〔山本克己発言〕（有斐閣、2007）。中間転得者に「判決の効力の既判力・形成力が及ばない」としつつ前者への追奪担保責任追及を認める兼子・前掲注(44)のような通説的見解に矛盾があることはすでに破産法学説において意識されていたのではないかと。

⁵⁰ 伊藤眞「転得者に対する否認と転得者・受益者間の法律関係」宮脇幸彦・竹下守夫編『新版 破産・和議法の基礎』252頁（青林書院、1982）。

⁵¹ その他、否認権の効果は相対的であって受益者には及ばないとしつつ「否認権行使の事実が既存の法律関係に影響を及ぼす余地は認めざるをえず、転得者は受益者に対し、担保責任を追及しうる（通説……）」とする中野貞一郎・道下徹編『基本法コンメンタール 破産法』128頁〔池田辰夫〕（日本評論社、第2版、1997）等も参照。

⁵² 詐害行為取消権については中田・前掲注(18)260頁。また、否認権については宗田親彦「転得者の否認」法研59巻12号296頁（1986）で通説とされる。もっとも、宗田教授自身は同書303頁で異なる見解を採る。

⁵³ 注(43)に記した文献中にも、本稿の帰結に影響を及ぼす根拠となりそうな差異は特に見当たらない。また、畑瑞穂「転得者に対する否認権・詐害行為取消権の効果に関する覚書」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念『現代民事法の実務と理論（上）』176頁（金融財政事情研究会、2013）は「否認権の場合は、もともと形成訴訟ではない……ため、受益者等の前者に効力を及ぼすことへの抵抗はやや少なそうである」とするが、その具体的な理由は定かでない。

したがって、否認権における通説的な見解に鑑みれば、詐害行為取消権においても中間転得者に形成力を及ぼして前者への追奪担保責任追及を可能とすることは十分に認められるものと考えられる。

4 手続保障との関係

さらに、中間転得者に対する手続保障が明文上なされていない新民法下において中間転得者に形成力を及ぼすことが許されるのかについて考えてみたい。

この問題を考えるに際して参考になるのは、新法下ではじめて「効力」が及ぶものとされた債務者への手続保障である。新法下において、詐害行為取消訴訟を提起した債権者が債務者に対して訴訟告知をすることを義務付けた上で（424 条の 7 第 2 項）詐害行為取消訴訟の認容判決の形成力及び既判力を債務者に及ぼすこととしている。では、訴訟告知はなぜ必要とされるのであろうか。ここで、訴訟告知は既判力を及ぼすための根拠または手続保障として必要とされるにすぎず、形成力を及ぼすために必要とはされていないものと考えられていたのであれば、中間転得者に訴訟告知等をせず中間転得者に対して形成力を及ぼすことが直ちに新民法の想定している手続保障の程度を下回ることはないということになる。

この点について、民事訴訟法の分野においていくつかの見解が示されている。ただ、これらの見解のほとんどは、債務者に既判力を及ぼす根拠として訴訟告知制度が用いられることに反対した⁵⁴うで訴訟告知制度と債務者への既判力拡張との関係を論じている⁵⁵。つまり、形成力を及ぼすことについての手続保障の要否を論じているものは少ない。その中で珍しく形成力を及ぼすことについての手続保障を論じるものとして、そもそも債務者に対しては形成力のみ及ぶと解したうで訴訟告知の必要性を説く畑瑞穂教授の見解⁵⁶が挙げられる。以下、この見解を検討したい。

⁵⁴ 注(55)に掲げる諸論文の他、「やはりなかなか訴訟告知で既判力を及ぼすということは難しい」との第 62 回会議における山本和彦幹事の発言（議事録 38 頁）やこの点について「山本和彦幹事がおっしゃったようなハードルがいろいろあることは確かです」とする第 62 回会議における畑瑞穂幹事の発言（議事録 40 頁）も参照。

⁵⁵ 「訴訟告知が既判力拡張を支えるものと理解せざるを得ない」とする山本和彦「債権法改正と民事訴訟法——債権者代位訴訟を中心に——」判時 2327 号 122 頁（2017）や債権者と債務者との間に形成されている債権関係秩序を既判力拡張の根拠として挙げ、訴訟告知は「請求認容判決の効力拡張の正当性の担保と理解」する高須順一「訴訟告知の効力（下）～債権法改正の文脈において～」1064 号 46 頁（2015）（高須・前掲注(8)30 頁も同旨）、既判力ではなく法律要件の効果が生じるとしたうで訴訟告知は法律要件の効果を債務者に及ぼす根拠となると考える勅使川原和彦「詐害行為取消請求訴訟の判決効に関する若干の検討」徳田和幸先生古稀記念『民事手続法の現代的課題と理論的解明』419 頁（弘文堂、2017）が挙げられる。

⁵⁶ 畑・前掲注(53)176 頁。なお、勅使川原・前掲注(55)419 頁は、畑瑞穂「詐害行為取消訴訟の構造に関する覚書」石川正先生古稀記念『経済社会と法の役割』1179 頁（商事法務、2013）を引用しながら「実体的な意味での形成力については、畑教授の主張される通り、訴訟告知構成も『十分にありうる選択肢』であるように思われる」としている。

この見解は、形成力が「既判力等の拘束力を及ぼすわけではなく、受益者等が取消し・否認の要件を争えなくなるわけではない」とすると、要件を満たす限りで実体的な効果を及ぼしてさしつかえないという判断もあり」うるとまず解している。そのうえで、一般の実体法上の取消権は「取引（契約）の当事者（相手方）に対して取消しの意思表示をするという構造が前提になって」おり、「仮にこれに引きつけて考えるとすると、転得者に対する否認・詐害行為取消しについても、受益者に対しての意思表示を要するということになりそうであり、そのうえで、裁判上の行使という点を維持するのであれば、たとえば、受益者に対する訴訟告知によって意思表示することを要求するというような規律も考えられそうである」⁵⁷とする。すなわち、原則として形成力を及ぼすにあたり手続保障は要求されないものの、取消しの意思表示は直接相手方になされるべきという点と裁判上の行使という点とに鑑みると訴訟告知が求められるのではないかということであろうか。

しかし、このような理由から本当に訴訟告知が必要とされるのか、疑問を持たざるを得ない。まず、裁判上の行使の維持は詐害行為取消訴訟が債権者・転得者間でなされている時点で達成されており、転得者がすでになされた詐害行為取消権の効果を主張する際に改めて裁判上の行使が求められるかは定かでない。

また、詐害行為取消権の行使が形成訴訟によるとされている理由のひとつに「裁判所に取消権の要件を判断させるとともに、これを他の債権者に公示する必要がある（取消権行使の効果を判決主文で明確にする必要がある）こと」⁵⁸が挙げられている。詐害行為取消訴訟が係属すれば訴訟告知等がなされない他の債権者に対して公示の効果を生じさせるのであれば、中間転得者に対する公示の役割も一定程度果たすと考えられるから、これにより詐害行為取消権を「裁判上の行使」に依らせた目的は達せられているのではないか。

さらに、通説において前者への追奪担保責任の追及が認められている否認権において受益者に対する訴訟告知等は特に求められておらず、また、この点に何らの批判も見られない。

これらを勘案すると、訴訟告知による意思表示の要求も「考えられそう」としているに過ぎない畑教授の見解と異なるかはともかく、このような理由で訴訟告知が確実に求められるとまでは言えないだろう。畑教授の述べるとおり原則として形成力を及ぼすために手続保障は不要であるとするならば、中間転得者に手続保障なく形成力を及ぼすことが許されよう。

もちろん、詐害行為取消訴訟において、転得者が前者に対して訴訟告知を行っておけば、請求が認容された場合に転得者と前者との間に参加効力が生じることとなる（民訴法 53 条 4 項、46 条柱書）から、その後転得者が前者に対して損害賠償請求訴訟を提起した際に詐害行為取消権の要件の不充足等を争われることを封じることができる⁵⁹。そのため、転得

⁵⁷ 以上、畑・前掲注(53)177 頁。

⁵⁸ 潮見・前掲注(8)811 頁。

⁵⁹ 池田・前掲注(51)128 頁。

者が前者に対して訴訟告知を行う実際上の必要性は十分に認められる⁶⁰し、そのような運用がなされるのが実質的な中間転得者への手続保障として好ましい⁶¹ことは明らかであろう。

5 小括

以上のとおり、中間転得者に形成力を及ぼすことの実際上の必要性は強く認められるのに対して、相対効の根拠は抽象的で必要性を上回る合理性を示しているとは言い難く、手続保障上の決定的な問題はない。また、否認権において実は形成力拡張はすでに認められており、さらに法制審議会においても形成力拡張は前向きに検討されていた。これら諸点に鑑みれば、中間転得者に対して形成力を拡張することは十分に可能であるということができよう。なお、前者以外の中間転得者に対しても形成力を及ぼすことが否定される理由はなく、また、後述のとおり全ての中間転得者に形成力を及ぼすことによって公平な解決が図られることから、形成力の拡張は中間転得者全員にされるものと解する。

IV 転得者による請求の範囲と一応の立法論

では、中間転得者に対しても形成力が及ぶと考えたうえで、転得者は前者に対しどのような範囲で請求をすることができるとするべきか。

1 転得者や中間転得者による請求の対象と内容

まず、詐害行為取消権が行使された後の流れを確認したい。転得者に対する詐害行為取消請求が認容されたことによって、係る判決の形成力によって債務者が受益者に対してした詐害行為が取り消され、転得者は目的物を債務者に返還することとなる（424条の6第2項前段）。その結果、転得者は詐害行為取消権の行使によって目的物を遡及的に奪われたのであるから、売買契約により生じる所有権移転義務の違反に基づく損害賠償請求権を前者に対して行使することができる（561条、415条1項）⁶²。また、債務者に対しては、425条の4第1号に基づいて、受益者の債務者に対する反対給付及び転得者自身の反対給付のい

⁶⁰ 訴訟告知を受けた中間転得者は更にその前者に対して訴訟告知をすることができる（民訴法53条2項）から、最終的に全ての中間転得者に訴訟告知がなされる可能性もあろう。

⁶¹ 詐害行為取消権に限らず、訴訟告知を用いた柔軟な処理を推奨するものについては畑・前掲注(56)第2文1179頁。

⁶² 現行法における追奪担保責任であるが、新法下においてもこの用語を用いることができるかは定かでないことから、本文のような記載とした。ここまで追奪担保責任等としてきた請求と内容としては同一である。

いずれか少ない方の範囲内において価額償還請求権を行使することができる。

それから、全ての中間転得者に詐害行為取消訴訟の形成力が及ぶから、各中間転得者は各々の前者に対して損害賠償請求権を行使することが可能となる。たとえば、転々得者に対する詐害行為取消権が行使された場合、転々得者は転得者に対して、転得者は受益者に対して、受益者は債務者に対して、それぞれ損害賠償請求権を行使することができる⁶³。目的物の所有権が遡及的に債務者にあったとされればその時点において目的物の所有権を得られなかったこととなるから、各中間転得者による請求権は詐害行為取消権の行使時に発生することとなり、後者からの請求を待たなければ前者に対して請求をすることができないものと解する理由はない⁶⁴。

2 転得者による請求の範囲

ここでの最大の問題は、転得者の前者に対する請求はどの範囲についてできるのかという点にある。上述のとおり転得者は前者のみならず 425 条の 4 に基づき債務者に対しても請求をすることができるため、その関連で限定が必要か否かを検討する必要がある。ここでは、前者に対して反対給付全額を請求することができるとの考えと、反対給付から債務者に請求することができる額を差し引いた額のみを請求することができるとの考えの 2 つを考えてみたい。

まず、①前者に対して反対給付の全額を請求することができると考えた場合はどうか。次に検討する反対給付額の制限をする場合に比べて、単純に給付をした額の返還を求めるという意味で明快な方法であるといえよう。目的物を取得できなかったのであれば解除をすることも可能であり（541 条）、その場合の原状回復（545 条 1 項）をする際にも反対給付全額の返還を受けることとなるのであるから、これと平仄を合わせるという点にも妥当性が見いだされる⁶⁵。

では、このように解した場合具体的にどのような解決が図られるのか、設例を用いて検討したい。債務者 S が客観的価値 100 の目的物を受益者 A に対して価額 10 で、A が転得者

⁶³ 転々得者から転得者への請求と転得者から受益者への請求の根拠は 561 条の所有権移転義務違反に基づく損害賠償請求権に求められる。これに対して、受益者から債務者への請求については、債務者が目的物の所有権を保持していることが詐害行為取消権によって明らかになっている以上、561 条を根拠としない単なる債務不履行となろう。もっとも、これは適用条文の差異に過ぎず、請求額や性質が変わるものではない。

⁶⁴ 畑・前掲注(53)174 頁は、直接の後者から請求を受けた後でしか前者に対して請求することができないとの前提に立ったうえでこれにより生じる問題の解決を図っている。ただ、同書 176 頁も中間転得者の前者に対する請求が詐害行為取消権行使時に認められることが「A の救済という意味では最も直截であろう」としており、本文のような考えを否定するものではないと思われる。

⁶⁵ 畑・前掲注(53)174 頁の図表 8 も、C から S への請求を認めていないという前提ではあるが、前者に対して反対給付全額を請求できるものとしている。この図表を示す同書 173 頁が中間転得者にも取消しの効力が及ぶとした方向で「もっとも単純に考えると」このようになるとしていることも、本文に述べたとおり素直な解釈である旨示していると言えよう。

B に対して 30 で、B が転々得者 C に対して 70 で、それぞれ譲渡したとする。C に対する詐害行為取消権が行使されて目的物が S ないし債権者 D に引き渡された場合の A, B, C の請求を見てみよう。

C は 425 条の 4 第 1 号に基づいて S に対して 10 の請求をすることができ、かつ、前者である B に対して 561 条、415 条 1 項（あるいは、解除をしたのであれば 541 条、545 条 1 項）に基づいて 70 の請求をすることができる。双方から全額の回収ができれば C は反対給付額を超える 80 を利得できてしまうこととなり不当であるため、合わせて 70 までしか回収を図ることができるようにしなければならない。その場合、両債権債務の関係は不真正連帯債務⁶⁶になると考えられる。「同一の損害を数人がそれぞれの立場において填補すべき義務を負担する場合」であるが債務者間の関係が希薄である場合という不真正連帯債務の発生要件⁶⁷に合致するためである。他に考えられる関係としては分割債務（427 条）が挙げられるが、S や B の債務額が減少することを許容する理由はないことから否定されよう。

そうすると、設例での C は B に対して反対給付額全額に当たる 70 について、C は S に対して 10 について、それぞれ請求することができ、両債務は不真正連帯債務の関係に立つ。また、B は A に対して 30 の請求を、A は S に対して 10 の請求をすることが可能となる⁶⁸。

さて、仮に C が S から 10 全額の回収を図ることができたとなると、A は S に対して 10 の請求をすることができるのであろうか。両者が認められれば S は 20 の支払をすることになってしまい、S はもちろん無資力状態にあった S の債権者も不当な損害を被ることとなる。もちろん、連帯債務である以上 S は B に対していくらかにつき求償をすることもできることとなろう⁶⁹が、S の負担部分が 0 であると考えない限り S は必要以上の賠償責任を負うことになってしまう。

不真正連帯債務のように連帯債務者間で負担部分についての合意がない場合、「連帯債務を生じさせた原因関係を考慮に入れながら、各債務者が受けた利益の割合によって」負担部

⁶⁶ この場合、S と B との間に何らの関係も存しないこと、連帯債務を生じさせる旨の契約等もなされていないこと、法律上連帯債務が生じる旨の規定がされていないわけでもないことから通常の連帯債務（432 条）が生じるものと解するのは困難である。

⁶⁷ 我妻・前掲注(2)443 頁。

⁶⁸ 425 条の 4 第 1 号は、一見すると受益者の債務者に対する権利を代位するようにも読みうるが、あくまで「その行為が受益者に対する詐害行為取消請求によって取り消されたとすれば」生じる権利を行使するものであるから、代位行使を規定したものではない。理論的にも、転得者が受益者に対して被保全債権を有しているとは限らないから、代位の根拠付けが困難である。425 条の 4 第 1 号の権利は法定の直接請求権と考える方が自然であろう。そのため、C が S に 425 条の 4 第 1 号に基づく請求をしても A の S に対する権利はなお行使することができる。

⁶⁹ 不真正連帯債務の場合には直ちに求償権が発生するわけでないとするのが伝統的な考え方であるようだが（我妻・前掲注(2)445 頁）、共同不法行為の事案で求償権を肯定した最判昭和 41 年 11 月 18 日民集 20 卷 9 号 1886 頁もあるとおり、必ずしも求償権が発生しないと考えられているわけではない。そして、新民法下においては、441 条において相対的効力の範囲が拡大され、「従前の不真正連帯債務の法理が原則とされ」と考えられた。そして、「このことは、これまで不真正連帯債務であるとされてきたものにも、今後は、債権総則に定められた求償法理が適用されることとなる」とされているから、新民法下で求償権は当然に発生すると解されよう（潮見佳男『新債権総論Ⅱ』587 頁（信山社、2017））。

分は決定される⁷⁰。設例における S と B との関係では、本来 B が反対給付全額について損害賠償をするべきであるのに S の法定の責任によって C の救済を図っていると考えられるのであれば、B が 10 全額についての負担部分を負っていると解することもできるのではない。このように解すると、C の S に対する請求によって S が弁済を行った場合に、S は B に対し、C に支払った全額について求償を求めることができるようになるから、不当な利得の残存は一応回避される。しかし、S は結局 A から責任を追及されることとなるのであって、C・S・B・A・S という順番に請求が循環してしまうから、あまりに迂遠な方法と言わざるを得ない。

このように、前者に対して反対給付全額を請求することができるとした場合には、極めて迂遠な方法を採らない限り不当な損失が残存することになってしまう。

ではこれに対して、②反対給付から債務者に請求することができる額を差し引いた額のみを請求することができるとの考え⁷¹をとることはできないか。この考えによると、C は S に対して 10 の請求をできるが、そのうちいくらを現実に回収することができるかに関わらず、B に対しては 60 の請求しかできないこととなる。

また、この場合、仮に B が A に対して反対給付全額の 30 を請求できるとすると、B は前の検討と同様に 10 の利得を不当に保持することになってしまう。そこで、C から S への請求によって C が観念的にでも利益を得て、この利益により損害が減少するものと解することはできないか。具体的に説明すると、(1)まず C の S に対する請求で C は 10 の利益を得る。(2)この結果 C の損害が 10 減少すると解して、B への損害賠償請求額も 10 減少して 60 となる。(3)B は C からの請求額が 10 減少したことにより 10 の利益を得る。(4)この結果 B の損害が 10 減少すると解して、A への請求額も 10 減少して 20 となる。(5)A は B からの請求額が 10 減少したことにより 10 の利益を得る。(6)この結果 A の損害が 10 減少すると解して、S への請求額が 10 減少した結果、その請求権が消滅する。そうして、不当な利得及び損失が少なくとも請求額上は全員について生じないこととなるのであるから、一応妥当な解決が図られる。

このような考えの最大の難点は、損害概念を観念的に捉えることが許されるのかというところにある。C から S への債権は、額面こそ 10 あるものの、優先権が付与されていない以上、無資力者である S から全額の回収を図ることができるとは到底考えられない。C が S から現実に金銭を手に入れたのであれば損益相殺的に損害の軽減を認めることも考えら

⁷⁰ 潮見・前掲注(69)603 頁。

⁷¹ 基本方針 3.2.1.18<7>や大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志「詐害行為取消権の条文提案」11 頁〈<http://www.moj.go.jp/content/000096656.pdf>〉(2018 年 9 月 30 日最終閲覧。)(1011 条 5 項, 6 項), 中間試案第 15・13 (補足説明) 2 においてもこの方向の条文提案がなされている。また、前述した第 2 分科会第 4 回会議での検討の際も、まず債務者に対する請求を優先的に行って回収できない部分について前者等に請求を行うということを前提としていた。ただ、これらの検討は債務者に対する請求に先取特権が付与されているという前提を踏まえてのものである。

れようが、このような回収困難な債権の存在のみを以て損害の軽減が認められるかは甚だ疑問である。

以上のように、①②いずれの方法も難点が見られることは否定できない。現時点で筆者が思いつく限りでは、①のようなあまりに迂遠な方法を採用よりは新民法が 425 条の 4 のみを明文で規定して前者に対する請求を解釈に委ねたという点を強調して現実には②に依るべきと考えるが、どこまで理論的に妥当であろうか。

3 小括と一応の立法論

結局、425 条の 4 に基づく権利に優先権が付与されていないこそが適切な解決を図れないことの根源になっているように思われる。新民法下では差し当たり上述の考えを採用すべきであろうが、立法論としては 425 条の 4 の削除ないし先取特権等の優先権の付与を図るべきであるように思う。425 条の 4 を削除するのであれば前述①の考えを、425 条の 4 の請求権に先取特権等の優先権を付与するのであれば②の考えを、それぞれ採用するのが合理的であろう。すなわち、425 条の 4 を削除したうえで①の方法を採用すると、各々が前者に対してのみ請求することができるという取消しや解除後の一般的な原状回復のプロセスを辿ることとなり⁷²、425 条の 4 にかかる請求に優先権を付与したうえで②の方法を採用すると、まず受益者から債務者への反対給付相当額を債務者の責任財産から取り出した上で、転得者の残りの損失について各々が前者との間で処理することとなる⁷³。

債務者に残存する反対給付をまず取り除くという点においては②の方法に依るのが妥当であるように思うが、審議会で判断されたとおり優先権付与についての立法的困難性を克服することができないのであれば、①の方法に依ることとなろう。いずれの方法にせよ、現在の状況と比べれば幾分か不当な損害の発生を理論的な無理なく回避することができよう。

V おわりに

以上、転得者の不利益を回避する方法について検討してきたが、まとめると次のようになる。(1)転得者が不当な損失を被るという現状を打破するためには詐害行為取消請求の認容判決の形成力を中間転得者に対しても及ぼすべきであり、かつそのような解釈をとることは可能であると考ええる。(2)425 条の 4 に基づく債務者への請求額から反対給付額を差し引いた残額について、転得者や各中間転得者はそれぞれ前者に対して損害賠償請求をすることとするのが新民法下の解釈として一応は妥当である。(3)しかし、将来的には 425 条の 4

⁷² 畑・前掲注(53)174 頁の図表 8 は、受益者から債務者への請求に優先権を認めつつ、その他の部分についてはこの方向での解決を図ろうとしている。

⁷³ この方法は前掲注(37)に記したように第 2 分科会第 4 回会議のまさに前提となっていたものである。

を改正することが望ましい。

残された問題はいくつもあるが、ここではひとつだけ否認権との関係を取り上げたい。債権法改正とともに破産法にも新民法 425 条の 4 に相当する規定が設けられている（破産法 170 条の 2 及び 170 条の 3）が、こちらの請求権については破産法 168 条 1 項各号と同様に原則として財団債権化されている（破産法 170 条の 2 第 1 項）。そうすると、転得者の前者に対する請求も可能であると一般に解されている破産法下においては、前述の②の立法論を採用することができる。とは言え、詐害行為取消権における扱いとの差異をどのように説明するのか、破産法 170 条の 2 第 2 項に該当するとして破産者に対する請求権が破産債権とされた場合にはどのような処理を行うべきか等⁷⁴、検討すべき点は数多くあるといえよう。否認権については、いわゆる「二重の悪意」により要件が極めて厳格化されていることや否認権のための保全処分（破産法 171 条）が用意されていることから詐害行為取消権と比べてもさらに転得者否認がなされる機会は少ない⁷⁵ようだが、少なくとも理論上の問題点として挙げることは可能と思われる。

転得者に対する詐害行為取消権の効果論については、実務上なされる機会が少ないことからか⁷⁶あまり深い検討がなされていなかったものの、破産法・民事訴訟法との関連や取消後の清算の一般準則、相対効の意義等、様々な解釈に影響を及ぼす議論であると感じさせられた。本稿の検討が様々な点で不十分であることは筆者自身痛感しておりこのような論稿を公表することに恥ずかしすら覚えるところであるが、これらの問題が議論されるきっかけに本稿がなれば筆者としてこれほど嬉しいことはない。

以 上

★謝辞

本稿は、2017 年度開講の 3 年次任意科目「法学研究基礎」にて筆者が執筆した「詐害行為取消権における『相対効』の内容と転得者の保護」をもとに書き直しを行ったものである。

⁷⁴ 破産法 170 条の 2 第 1 項の場合を原則とし、同条第 2 項と詐害行為取消権における場合とを例外として②の方法を統一的に採り、将来的には 425 条の 4 にかかる権利に優先権を付与して破産法 170 条の 2 第 1 項と揃えるという方法が個人的には良いのではないかと考えている。

⁷⁵ 現行破産法の立法時に「二重の悪意」を解消すべきとの案も出たが、これがなされなかった理由の一つが「そこまでの実務的必要性が顕在化していなかったため」である。山本和彦他『倒産法概説』314 頁〔沖野眞巳〕（弘文堂、第 2 版補訂版、2015）。

⁷⁶ 「弁護士会で議論しているときに転得者がいる事例自体が余りない、遭遇していない、転得者がいても、そんな面倒くさい訴訟はせずに、受益者相手に訴訟を起こして金銭解決をするというのが多いので、いろいろ議論しているけれども、改正しても使わないよねという話がありました」との第 2 分科会第 4 回会議における岡正晶委員の発言（議事録 9 頁）参照。それでも、たとえば阿部・井窪・片山法律事務所『民法（債権関係）改正法案 逐条解説』89 頁（清文社、2015）は、425 条の 4 の重要度を「現行法下の規律を変更するものであるが、実務上の影響が大きいとまではいえないと考えられるもの」を指す☆☆ではなく「現行法下の規律を変更し、その実務上の影響も大きいと考えられるもの」を指す☆☆☆で表している（説明文については同書前文の「本書のご利用にあたって」）。実務経験のない筆者にわかることではないが、案外実務上の影響も多少なりとも見込めるのではないか。

「法学研究基礎」の指導教員である小粥太郎教授は、着想段階から執筆中まで筆者の相談に快く応じてくださった。また、水元宏典教授からは、民訴法の観点からの問題点や重要文献をご指摘いただいた。角田美穂子教授からは、新民法の基礎文献を適示いただき、論文の細部までご指導いただいた。そして、法科大学院の同期には、日常的に様々な相談や議論に付き合っていた。

この他にもたくさんの方々の支えがあつて本稿を執筆することができた。ご支援全てに深く御礼を申し上げます。頂いた多大なご支援に報いられる程度の出来であるとは筆者自身到底思えないが、本稿での経験を糧にこれからも執筆に励むことで少しでも恩返しができるばと考えている。

株主総会決議取消訴訟における上訴強制と当事者の地位 ——片面的対世効ある類似必要的共同訴訟の一例として——

一橋大学法科大学院修了（2018年3月）押田育美

目次

はじめに

I 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か

II 類似必要的共同訴訟と上訴

III 株主総会決議取消訴訟に判例の射程は及ぶか

おわりに

はじめに

類似必要的共同訴訟では、上訴しない者との関係でも確定遮断効・移審効が生じ、これらの者を上訴審に引き込まざるを得ない。ところが、類似必要的共同訴訟とされている株主代表訴訟や住民訴訟では、判例上、上訴しない共同訴訟人は上訴人の地位を強制されていない。では、会社関係訴訟の一つであって一般的に類似必要共同訴訟と解されてきた会社組織に関する訴訟——会社法831条1項に基づく株主総会等の決議の取消しの訴えでは、いかなる処遇となるか。

本稿では、このような諸判例の射程を考察する一試案として、会社関係訴訟の一つである株主総会決議取消訴訟を例にとりて検討を加えたい¹。

¹ 本稿の執筆にあたり以下の文献を参照した。①和田吉弘「類似必要的共同訴訟」『基礎演習民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂，2013年）235頁以下。②高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家最高裁判所判事退官記念『民事法と裁判（下）』（1995年，きんざい）178頁以下。③大淵真喜子「必要的共同訴訟と上訴」別冊ジュリスト201号219頁以下。④高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人・小山昇先生還暦記念『裁判と上訴（中）』（有斐閣，1980年）43頁以下。⑤高橋宏志『重点講義（下）〔第2版補訂版〕』（有斐閣，2014年），主に類似必要的共同訴訟関係部分。⑥高橋宏志『重点講義（上）〔第2版補訂版〕』（有斐閣，2013年），主に形成訴訟関係部分。⑦高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟における共同訴訟人の地位—多数当事者訴訟における合一確定の意義—」『民事訴訟法理論の新たな構築』新堂幸司先生古稀祝賀（上）（有斐閣，2001年）641頁以下。⑧菱田雄郷「第三者による他人間の訴訟への介入（一）」法学協会雑誌第118巻第1号（2001年）1頁以下。⑨畑瑞穂「多数当事者訴訟における合一確定の意義—独立当事者参加訴訟を中心に—」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』125頁以下。⑩菱田雄郷「類似必要的共同訴訟と上訴」『民事訴訟法の現代的課題と理論的解明』徳田和幸先生古稀祝賀論文集（弘文堂，2017年）465頁以下。⑪伊藤眞「類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部の者がなした上訴又は上訴の取下げの効力」ジュリスト1135号（平成九年重要判例解説）129頁以下。⑫井上治典「多数当事者訴訟における一部の者のみの上訴」『多数当事者訴訟の法理』（1981年，弘文堂）201頁以下。⑬小山昇「独立当事者参加訴訟の控訴審の構造」小山昇著作集第4巻（信山社，1993年〔初出1975年〕）241頁以下。⑭佐瀬裕史「必要的共同訴訟と上訴—非上訴者の扱いをめぐる—」法学教室445号（2017年）35頁以下。⑮伊藤眞『民事訴訟法〔第4版補訂版〕』（有斐閣，2014年）引用部分。

I 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か

本稿の目的を検討する前提として、そもそも株主総会決議取消訴訟を類似必要的共同訴訟と解すべきか検討する。

1 必要的共同訴訟として扱われる実質的根拠——判決効拡張

従来の通説では、共同訴訟人のうちの一人が単独で訴訟を行っても、その判決の効力が他の共同訴訟人との間で拡張される場合、一部についての直接の既判力と他の共同訴訟人の受けた当該判決から拡張されてくる効力とが矛盾抵触して整合が取れなくなるから、合一確定が求められる類似必要的共同訴訟と解すべきであるとして、次の二通りの類型があるといわれてきた。

(1) 第一類型 —— 判決効の拡張がある場合

第一の類型は、判決効の拡張がある場合である。例えば、数人の提起する会社組織に関する訴え一般（会社法 383 条、384 条）、会社合併無効の訴え（会社法 828 条 1 項 7 号等）や、株主総会決議取消の訴え（会社法 831 条 1 項各号）等といった、第三者に対する拘束を定める会社法 838 条の適用ないし準用がある場合があたる²。

(2) 第二類型 —— その他何らかの理由で判決効が及ぶ場合

もう一つの類型が、その他の何らかの理由で判決効が及ぶ場合である³。例えば、数人の債権者による債権者代位訴訟（民法 423 条）、数人の株主が役員等に対してする株主代表訴訟（会社法 847 条）がある。判決効を直接には受けないが、他人の権利を訴訟上代位行使できる者が数人存在する場合、一人が判決を受ければ既判力がその権利帰属者に及び（民訴法 115 条 1 項 2 項）、他の者も判決の効力を反射的に受けて、重複してその権利を行使できなくなる。双面的判決効拡張の場合はこの説明が妥当する⁴。

2 株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟か——片面的対世効がある場合の合一確定の要請

以上によれば、双面的な判決効拡張の場合ではない、株主総会決議取消訴訟をはじめ片面的判決効拡張の場合にはその判決効が限定的に及ぶことになるから、判決効の衝突と

² 前掲註 11) ②高橋論文 178 頁以下。

³ 前掲註 11) ③大淵評釈 219 頁。

⁴ 前掲註 11) ④高橋論文 58 頁。

いう従来の通説による説明では類似必要的共同訴訟として取り扱うことが当然にはできないのではないかが問われる。

従来から、株主総会決議取消訴訟の場合も、原告訴訟ではその株主総会決議が取消しになり、別の原告の訴訟では同一の株主総会決議が取消しにならないとすれば平仄が合わないことになるから、「合一にのみ確定すべき場合」に該当する必要的共同訴訟であり、かかる訴えは一人でも提起できるため、類似必要的共同訴訟となると考えられてきた。しかし、こと株主総会決議取消しといった会社組織に関する訴えは、「請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有する」（会社383条）として片面的判決効の拡張が規定され、必ずしも従来の合一確定を要求する上記説明が妥当しない⁵。このような場合、訴訟当事者のいずれかが勝訴を勝ち取りさえすれば、他の当事者が敗訴をしていたとしても原告請求認容となるはずで、實際上判決効の矛盾抵触が生じることはないからである。

判決効の矛盾抵触による説明は「砂上の楼閣⁶」であると評されており、判決効の矛盾抵触という観点とは別のアングルから説明がなされているところである⁷。原告側認容判決がなされれば対世効が及ぶということからは、翻って、当事者の少なくとも一人さえ勝訴を勝ち取れば株主全体にその規律が及ぶのであるから、手続を別々にすることに合理性が乏しく、同時期に同じ内容の判決が出ることを保障する40条の規律に服させることが合理的であるという、実際の考慮にその根拠を置くものである。

では、片面的対世効が及ぶ株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟の性質を有するか、という問題をめぐる議論状況を以下に詳説する。

3 学説

株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟かについては、以下諸説ある。

⁵ この議論は古く、ドイツ民事訴訟法学においてヘルヴィッヒが指摘している。前掲註11) ④高橋論文46頁註(7)引用部分。Hellwig, Lehrbuch(1909), S.176.

⁶ 前掲註11) ⑤高橋・講義358頁。

⁷ 前掲註11) ⑤高橋・講義353頁、三日月・新版民訴法演習(22)29頁以下。前掲註11) ⑮624頁。前掲註11) ⑦641頁、とくに667頁。

(1) 類似必要的共同訴訟説

a 事実的効果説（高田説⁸・谷口説⁹）

まず、高田説は、類似必要的共同訴訟における「牽制関係」を重視し、請求棄却判決が先に出た場合の事実的効果を根拠にこれを肯定する。同説は 40 条 1 項の意義について新堂説¹⁰を引いて、次のように述べる。

多数当事者訴訟においては、当事者の積極的な権能の利用を保障する面と、権限の放棄や不利用を保障する消極的な面とが衝突しうるため、共同訴訟人独立の原則（39 条）が認められている。しかし合一確定の要請があるため、すべての当事者権の積極面と消極面とを保障できず、抵触したもののうち積極的な意義を有する訴訟行為の効果を優先的な価値を与えた。これがまさに、「全員の利益においてのみその効力を生ずる」とする 40 条 1 項の意義であり、同条の意義を他人の訴訟法律関係への介入・干渉の契機と捉えなおし、共同訴訟的補助参加と同一基盤をもつとして¹¹、その核心は自己の請求についての判決に先行して他人間で敗訴判決を先行して確定させないことにあるとした。

谷口説も同様に、片面的対世効の及ぶ訴訟の場合、判決効衝突の可能性が少しでもある限り、あるいは真の意味で衝突でなくても法律関係の錯綜を避けるべく、類似必要的共同訴訟となる場合として理解するとしている。

b 弾力化説¹²（高橋宏志説）

一方で、高橋宏志説によれば、片面的対世効拡張の場合には、判決効の矛盾衝突のみで類似必要的共同訴訟とするのは困難であると認めるが、わざわざ裁判官に審理を尽くさせ別途内容の異なる判決を出させるということ自体に合理性が乏しいため、同時期に同内容の判決が出ることを保障する 40 条の規律に服させることが合理的であるという一種の実際の考慮こそが根拠となるという。

しかし同説は、手続の「重さ」の点からは無反省に類似必要的共同訴訟とすることは妥当でないと留保する。訴訟維持の熱意を失ったものになお当事者であることを強制するという重い訴訟上の規律を課すことは、「40 条の規律に服させることが合理的」であるというだけの根拠から正当化できるのか慎重になるべきで、必要的共同訴訟の厳格な規律を弾力的に適用する必要があるためである。

⁸ 前掲註 1) ⑦高田論文 641 頁、とくに 667 頁。

⁹ 前掲註 1) 谷口安平「共有関係と共同訴訟」『新版・民事訴訟法演習 2〔判決手続（2）・民事執行〕』（1983 年、有斐閣）29 頁。

¹⁰ 新堂幸司「共同訴訟人の手続保障—上訴の提起・取下げを中心にして—」民事訴訟雑誌 33 号（1987 年）1 頁。

¹¹ 長谷部由紀子「共同訴訟的補助参加の課題」『民事訴訟法の現代的課題と理論的解明』徳田和幸先生古稀祝賀論文集（弘文堂、2017 年）87 頁。

¹² 前掲註 1) ⑤高橋・講義 363 頁註（46）後半。

(2) 非類似必要的共同訴訟説（法解釈説・高橋利文説）

上述の説に対し、高橋利文説によれば、法が片面的対世効として認容判決にのみ判決効拡張を認めていることの趣旨は、馴合訴訟等により決議の効力を争いたい株主の手続権が害されることを防ぐことにあるとする。この種の片面的対世効の及ぶ訴訟は、必ずしも類似必要的共同訴訟としなければならない論理必然性はなく、どの程度手続上の訴訟進行の統一が図られるべきかという問題は、訴訟の特質に鑑み、当該訴訟についての各根拠法規等がどのような定めをしているかにより決せられるべき解釈問題に帰着する¹³。

株主総会決議取消訴訟についてみれば、法は、この種の訴訟が同一審級に係属するときには弁論及び裁判を併合しなければならないと会社法 837 条で規定しているのみであり、それ以上の手続進行の統一は求めている。そして、対世効がある以上合一確定の要請は一定程度あるが、その必要性の程度は微弱であり、必要的共同訴訟の厳格な訴訟進行統一の理論に服さない（類似）必要的共同訴訟と通常共同訴訟の中間的な第三の訴訟類型とみるべきであるとする。

4 「事実的効果」が他人間の訴訟への干渉を正当化するか

以上の議論のように、片面的対世効拡張の場合にその訴訟を類似必要的共同訴訟と取り扱うかという問題は、必要的共同訴訟の規律をいかなる密度で適用・準用するべきかという問題に収斂される。

(1) 処分権主義・弁論主義に対する制限の正当化¹⁴

一般に、多数当事者訴訟における合一確定は、当事者が訴訟の内容面（40 条 1 項）と進行面（40 条 3 項）の双方において、「他の共同訴訟人の訴訟追行の影響を強く受けること」を意味し、同時に「他の共同訴訟人の訴訟追行を牽制し得ること」を意味する。このような牽制が正当化されるかは、処分権主義・弁論主義との関係で問題となる¹⁵。

民事訴訟においては、いかなる範囲で裁判所の審判を求めるか当事者が決めることができ、また、いかなる事実関係について審判を求めるか当事者が決めることができる。これはそれぞれ処分権主義、弁論主義の 2 つの主義を指し、私的自治の原則から当事者の自由な管理処分は訴訟物たる権利関係が実体法上も訴訟法上も委ねられる。

この原則は、三人以上の当事者が同一の訴訟に登場した場合にも妥当する。通常共同訴訟では、二当事者間で妥当していた原則が変容することではなく、各人の処分権主義・弁論主義に基づく処分の自由は確保される。

¹³ 前掲註 1) ②高橋論文 181 頁

¹⁴ 前掲註 1) ⑧菱田論文 1 頁。

¹⁵ 前掲註 1) ⑨畑論文 128 頁。

(2) 「合一確定」の意義と「事実的効果」

しかし、①必要的共同訴訟の領域、②独立当事者参加（47 条）の領域が用意されている¹⁶。固有必要的共同訴訟では、訴訟追行権の基礎となる管理処分権ないし法律上の利益が複数人に帰属する結果、訴訟追行権は共同かつ矛盾なきようにしか行使しえないという類型であるから、干渉の制限は内在的に正当化がなされる。

では、片面的対世効の及ぶにすぎない訴訟における制限の正当化はいかに説明できるか。これを考えるうえで参考となるのは独立当事者参加の領域における説明である。

独立当事者参加、とりわけ権利主張参加においては、自らに判決効が及ばない他人間の訴訟に我こそは権利者と主張し、参加した訴訟の当事者の行為に対して干渉をすることができるとされている。三面訴訟の一举解決という要請という説明のほかに、訴訟の当事者の訴訟追行によって参加者が実体的な不利益を受けることを阻止するために正当化される、という説明である。

では、ここでいう参加者の「実体的な不利益」とはなにか。独立当事者参加は判決効の拡張を前提としていないから、「仮に参加しなければ自己の権利主張と相いれない当事者の主張がまさに正当である」といったような「雰囲気」が参加人に事実上及んでしまう漠然とした不利益とされている¹⁷。私見としては、いわば「事実的効果」に着目したこの説明は、片面的対世効が及ぶに過ぎない訴訟に対する説明としても妥当すると考える。

5 会社関係訴訟の特殊性——形成訴訟であることと対世効との関係

さらに注意を要するのは、会社関係訴訟における判決効の拡張と他人間訴訟への干渉について、裁判例上一種特殊な取扱いがなされていることである。悩ましいことに、これら裁判例では判決効拡張の基礎として、対世効の他に加えて「会社訴訟が形成訴訟であること」に基づく説明をも行っているのである。

(1) 名古屋地判平成 19 年 11 月 21 日金判 1294 号 60 頁

名古屋地判平成 19 年 11 月 21 日金判 1294 号 60 頁は、会社合併無効の訴えにつき、被告は請求の認諾をなし得ず裁判上の自白も裁判所を拘束しないと判断した。本件では、被告が請求原因の全てを認める陳述を行っており、形の上では裁判上の自白であるが実質的には請求の認諾に近い行為をしたところ、会社の組織に関する訴えに弁論主義・処分権主義が適用され、かかる自白及び請求の認諾が認められるかが問題となった。これに対し本

¹⁶ 前掲註 1) ⑨畑論文 128 頁以下。

¹⁷ 前掲註 1) ⑧菱田論文 6 頁。

判決は、「会社の組織に関する訴えに係る請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有する（会社法 838 条）。かかる請求については、当事者が紛争を自主的に解決する権能（処分権主義及び弁論主義）が制限されていると解すべきであり、本件において、被告は、請求の認諾をなし得ず、裁判上の自白も裁判所を拘束しない」として、合併無効の訴えにおける請求認諾の可能性に関する判断の限りにおいて示した。

学説においても、判決に対世効があり、当事者の許害的な訴訟追行によって第三者の利益が侵害されうることを理由として、処分権主義・弁論主義に対する制約を認めるべきとする見解が有力に主張されている¹⁸。

(2) 処分権主義・弁論主義の制限根拠としての形成訴訟と対世効

処分権主義は私的自治を根拠とするため、実体法上の権利行使が私人の意思のみに委ねることが出来ない特別な場合には制約されうる。これを前提とすれば、実体法上の権利変動が訴えを通じてしか求められない形成訴訟においては、原則として処分権主義が制限されるのが理論的帰結である。

また、弁論主義の根拠として私的自治説を前提とすると、処分権主義に対する制限と同様に形成訴訟においては制限を受けることになる。しかし、弁論主義は手続における事実・証拠の提出についての審理原則であり、判決によって実体法上の権利変動が生じることは揺るがないから、形成訴訟自体の概念には何ら反しないはずである。弁論主義に対する制約は、単に「形成訴訟である」との理由では不十分であり、多くの形成訴訟について定められている「対世効」を引き合いに出す必要がある。すなわち、対世効が生じる場合、当事者以外の不特定の第三者が判決で確定した内容を再び争えなくなる点で、自分以外の第三者に不利益となる訴訟行為は慎むべきだとの配慮がなされることに、弁論主義に対する制限の根拠がある。

このように考えると、弁論主義が制約される根拠は対世効にあり、対世効が定められている訴訟は単に形成訴訟が多いにすぎない¹⁹。第三者に不利益な行為についての制限は、処分権主義の守備範囲の行為も含むから、対世効であることは同時に処分権主義に対する制約の根拠ともなるということになる。

(3) 形成訴訟を基礎づける要素²⁰

では、「形成訴訟であること」とは、そもそも何を意味しているか。

¹⁸ 『注釈民事訴訟法（4）』〔山本和彦〕（有斐閣，1997 年）499 頁。

¹⁹ 柴崎曉「本件批判」金判 1317 号 22 頁以下。

²⁰ 柴崎曉「本件批判」金判 1317 号 22 頁以下。

一般に形成の訴えとは、判決によって権利関係・法律関係の変動を生じさせる類型の訴えを指し²¹、認容判決は形成判決と呼ばれ、権利関係・法律関係を変動させる効力を形成力と呼ぶ。形成訴訟と扱うかは法の解釈に依拠し、そのメルクマールを形成判決の確定のない限り当該法律関係の変動を何人も主張することができるかとする立場に立つと、決議取消しがあって初めて当該総会決議に決議取消事由があるということを別途主張することができるようになる株主総会決議取消訴訟も、形成訴訟の性質を有すると解される²²。

この点、同じく形成訴訟とされる人事訴訟は、身分関係を基礎とする法律関係や税制等の法律関係の安定が脅かされるから、身分関係の一義的確定という「公益性」が存在するために処分権主義の制限がなされる（人事訴訟法 19 条 2 項、37 条、44 条）。一方、会社組織に関する訴えでは、人事訴訟に比べて「公益性」の程度は高くはないが、社会の中での会社の存在意義からは、会社との利害関係人の範囲が広範囲にわたる影響力を考慮して一定の「公益性」が存在するため、法は会社訴訟を形成訴訟と扱っている。

以上より、形成訴訟であることによる制限は、立法者が法律関係の変動の明確さと安定性を求めたことに根拠がある²³。

(4) 対世効と手続保障

次に、会社関係訴訟における対世効が第三者に対する干渉の根拠をもつか確認したい。

人事訴訟でも対世効は定められている（人事訴訟法 24 条 1 項）。ここで手続保障なしに判決効の拡張を正当化できるのは、法律関係につき真実発見が重視されており、真実ならば第三者の利益を不当に害することはないということに求められる²⁴。

一方、会社組織に関する訴えでは第三者の手続保障の機会が存在していること、すなわち、①対世効が及ぶ者に原告適格が付与され（会社法 828 条 2 項）、係属中の訴訟において当事者として訴訟に参加することができ（共同訴訟参加・52 条）、②補助参加が可能である（42 条）こと等を根拠として弁論主義に対する制限を認めるべきでないとする見解もある。しかし、現行法においては訴訟係属の事実を第三者に通知ないし了知させる手段がなく、訴訟追行者による第三者の手続保障が図られているとは十分に言えない。

以上より、私見としては、会社組織に関する訴えにおいて対世効を及ぼすことによって手続保障が満たされない者に対する配慮から、やはり弁論主義に制限を及ぼす必要がいまだ否定できないように思われる。

²¹ 前掲註 1) ⑥高橋・講義 71 頁。

²² 前掲註 1) ⑥高橋・講義 73 頁。

²³ 前掲註 1) ⑥高橋・講義 71 頁。

²⁴ 柴崎曉「本件批判」金判 1317 号 22 頁以下。

(5) 形成判決と対世効との関係

では、形成判決の効力と対世効によって及ぶ効力との関係はいかなるものか。

会社法 838 条の定める対世効は既判力か、形成力かについては従来から議論があり、これは結局、形成判決の効力をいかに理解するかに直結する。形成判決に対して既判力を肯定するかにつき、現在ではこれを肯定する見解が一般的である。しかし形成力のみを認めた場合と比較して、いかなる作用を形成判決にもたらすことになるかは争いがある²⁵。形成力とは「実体法上の法律関係を変動させる効力」であり、法律関係の変動を生じさせる効力に尽きるとするのが一般的な理解ではあるが、これに形成結果を不可争とする訴訟法上の効力を形成力概念に含めて、既判力をわざわざ持ち出さない見解も存在する（単一要件説）。これに対し、形成結果の不可争性は既判力によってのみ基礎づけられ、その対世的な妥当を確保するためには第三者に既判力を拡張する必要があるとする見解もある（二重要件説）。民事訴訟法の一般的な理論との親和性という意味からは二重要件説に分があると考えられている。

単一要件説を採用する場合、会社法 838 条は形成結果の対世的妥当という当然の事理を定めたものにすぎず、形成判決の効果のみで、会社法 838 条のような規定がなくとも対世効は肯定できる。一方、二重要件説を採用する場合、このような規定がない限り、対世効即ち形成結果に不可争力を付与する既判力が第三者に及ばない。

これを片面的対世効に議論を引き付けると、単一要件説を採用した場合、法が片面的対世効を規定するか否かはどうあれ、形成判決の形成力そのものが既判力を基礎づけ、「形成力が既判力を上回る」²⁶ため、片面的対世効の拡張においても他の議論を持ち出すまでもなく類似必要的共同訴訟ということができる。

6 検討

以上の議論から、株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟といえるかという疑問に、差し当たって一応の結論を出してみたい。

上記のいずれの見解も、片面的対世効の場合には理論上判決効の衝突は生じないという前提は共通している。もっとも、第一に、片面的対世効の場合の訴訟を「類似必要的共同訴訟」と明確に性質決定するか否かはさておき、この種の訴訟に手続統一の必要性が存在し、根拠をどこに求めるかという問題と、第二に、必要的共同訴訟の手続共同の規律といった他人間に干渉を許す規律を厳格に適用すべきかという手続統一の密度の問題とは区別される。

²⁵ 前掲註 1) ⑮伊藤 160 頁。

²⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 358 頁。

(1) 手続統一の必要性

まず、事実的効果説に対しては、会社関係訴訟において原告が訴え提起当初から共同原告団を形成している場合等に、先に出される請求棄却判決への「牽制」という要素を共同訴訟人がどれだけ意識しているかには若干の疑問があると批判される。典型的場合というのは、他の当事者適格者が共同訴訟参加や独立当事者参加を行う場合であり、訴訟人相互に共同関係による紐帯がある場合には妥当しないのではないかというものである²⁷。

しかし、片面的対世効の場合にも独立当事者参加の利益状況を引き付けて理解し、「敗訴の雰囲気」の影響を受ける訴訟人は介入を正当化されるという説明も依然として可能であろう。とはいえ、この「牽制」の機会保障は、独立当事者参加（詐害防止参加）のように共同訴訟人間相互が対立しているような関係が予定され、40条の適用を保障するに値する訴訟上の利益というには慎重にならざるをえない。

次に、法解釈説は、従来からの通説的取扱いと矛盾することから自説に向けられるだろう反論に次のように応えている。ひとつには、解釈上、類似必要的共同訴訟でないなら通常共同訴訟と解することになるが、訴訟進行の統一が図れず各当事者の各判決主文が混在する不都合が生じるとの批判がある。これに対しては²⁸、法が対世効を認めた趣旨から、類似必要的共同訴訟と解することは実務上、かえって訴訟進行を図る上で「足枷」となるという。通常共同訴訟においても事実の立証が必要であることは変わらないし、証拠共通の原則から証拠上も何らの不都合はなく、馴合訴訟を防ぐ必要性からも妥当であるとする。

検討するに、この見解はある種の同時審判申出訴訟（41条）とするものといえるが、解釈上訴訟ごとに各根拠法規に照らして判断するという運用自体が法的不安定を引き起こしかねず、また類似必要的共同訴訟であることから即ち厳格にその規律を及ぼさねばならないのではなく、必要的共同訴訟の規律から当該訴訟の性質や法の趣旨の解釈により規律を緩めれば、実態にあった訴訟進行を見出せる。馴合訴訟を防ぐ必要性は、会社関係訴訟において処分権主義・弁論主義の制限を認める裁判法理が存在する以上、そもそも現実問題として想定されないのではないか。

そこで、弾力化説のように、実際の考慮を行う一方で、類似必要的共同訴訟の厳格な規律の適用を留保する見解が柔軟に幅のある解決をすることができそうである。私見としては、株主総会決議取消訴訟をはじめ片面的対世効の及ぶ訴訟を類似必要的共同訴訟としたうえで、共同訴訟人間においては一定の処分権主義・弁論主義の制限等といった必要的共同訴訟の弾力的な規律をするべきであると考えたい。

²⁷ 前掲註1) ⑤高橋・講義 363 頁註(46) 後半。

²⁸ 前掲註1) ②高橋論文 198 頁。

(2) 手続統一の密度

次に、必要的共同訴訟の手続共同の規律をどの程度厳格に適用すべきか。

注意を要するのは、40条の規律としての手続統一の密度を論じる上で、ひとつには、馴合訴訟等によって対世効が及ぶ者の利益の保護のために他人間訴訟への制限を許すべきだという積極的規律と、一方で、必要的共同訴訟の規律が及びすぎること望まぬ手続を強制される訴訟人が被る不利益を回避するために手続統一を控えるべきだという消極的規律とを区別することである。

積極的規律については、会社法上検討されている議論を参照したい。処分権主義・弁論主義が制限されると裁判実務上は扱われることはすでに述べたが、現在では制限できることを前提に制限の方法をいかにするかが議論になってきている²⁹。

あり得る構成としては、(a) 処分権主義に対する制限と(b) 弁論主義に対する制限のそれぞれにつき、① (a) 請求の放棄・認諾を否定し、かつ (b) 自白の拘束力を否定する構成、② (a) 会社組織に関する訴えに片面的対世効が認められるのはとくに第三者との関係で法的安定が害されるのは現在の法律関係が変更される場合のみで、当事者に禁じられるのは請求の認諾及び訴訟上の和解であって請求の放棄については認容されるものの (b) 自白の拘束力を否定する構成、③ (a) 請求認諾を否定し、同時に (b) 自白の拘束力を否定したうえで、対世効を受ける第三者を保護するため職権探知主義の採用を積極的に主張する構成、さらには、④ (a) 請求認諾を否定するものの (b) 自白は被告が原告の事実に関する主張について真実であると認める陳述であること、また職権探知主義は妥当ではないことから自白の拘束力を肯定する構成と、自白の拘束力に関しては多様に考え得る。

結局、馴合訴訟の可能性が高い典型事案である等といった要素も踏まえて、個々の事案の特殊性を多分に考慮した制限をせざるを得ない。しかし、一般に会社組織に関する訴訟を形成訴訟とし片面的対世効を定めた法の趣旨から、「公益性」を有する一般社会の第三者に対する表見的事実の信頼保護の観点と、判決結果に拘束される会社利害関係を有する第三者の保護の観点からも、請求の認諾・和解の限りで否定し、自白の拘束力を否定する構成が妥当かと思う。

消極的規律について弾力化説が懸念しているのは、類似必要的共同訴訟の規律が「重すぎる³⁰」ために望まぬ訴訟手続を強制される共同訴訟人が不利益を被るのではないかと

²⁹ 小室直人「形成訴訟における処分権主義・弁論主義の制限」西原寛一先生追悼『企業と法』上巻（有斐閣、1977年）345頁。なお、本稿で訴訟を提起した共同訴訟人間の規律という場面とは区別して、（訴訟を提起してはいないが）潜在的に存在する当事者適格者との間で求められる手続き統一の規律を議論するのは、類似必要的共同訴訟における手続き規律を一般論として論じる目的で論じたものである。

³⁰ 前掲註1) ⑤高橋・講義 363頁註(46)後半。

いう点である。一案としてはこの者に対して訴訟脱退を認めて弾力的解決を図ることや³¹、選定当事者制度の利用も考えられる。

II 類似必要的共同訴訟と上訴

手続統一の規律の密度が争われる場面の一つとして、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を強制されるかという問題がある。では、株主総会決議取消訴訟が類似必要的共同訴訟と解するとしたうえで、一部の共同訴訟人が上訴し一部の者が上訴しなかった場合の、その地位はいかに解するべきか。

一対一の単独訴訟においては上訴不可分の原則が妥当するが³²、この原則は複数訴訟についての客観面にのみ妥当し主観面には適用されないから、複数当事者のうち一人の請求に対して上訴がなされても、当然に他の訴訟人の請求に対して確定遮断効・移審効が生じるとはいえない。必要的共同訴訟を含む複数訴訟においては、単独訴訟とは別の配慮が必要があるのである。以下ではまず、判例の展開を見る。

1 従来の判例・最判昭和 58 年 4 月 1 日民集 37 卷 3 号 201 頁（判例変更前の判例）

類似必要的共同訴訟と解されるかつての住民訴訟、いわゆる 4 号住民訴訟について、原告らの請求を棄却する第 1 判決に対して、15 名の原告のうち 5 名のみが控訴を提起したところ、控訴審が控訴を提起しなかった原告に対しては期日の呼出しをせず、控訴した者のみを当事者として記載した控訴棄却判決をしたことの是非が問われた事案である³³。

地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号が、平成 14 年改正前は、住民が地方公共団体に「代位して」その職員や第三者に対して直接訴えを提起することができるという制度を採っており、最高裁は、この訴訟について必要的共同訴訟となるとした上で、原告の一部の者による控訴は、「その余の第一審原告らに対しても効力を生じ（62 条 1 項〔現行 40 条 1 項〕）…る」とした。

もっとも、木下裁判官反対意見によれば、少なくとも住民が公益の代表者として行う住民訴訟については、①判決全体の確定が遮断され、②請求が上訴審に移審し、③上訴しなかった者はいわば脱退して上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまるとすれば、合一確定の要請は満たせるし、当事者の意思に最も適合するとしている³⁴。

³¹ 高田裕成・評論・リマークス 10 号（1995 年）144 頁。高橋宏志・解説・法教 169 号（1994 年）100 頁参照。

³² 徳田和幸「多数当事者訴訟と上訴」『民事訴訟の新たな地平』（有斐閣，2009 年）253 頁。

³³ 前掲註 1）⑩菱田論文 465 頁以下。

³⁴ 前掲註 1）①和田論文 241 頁。

本判決に対しては、実務上、原告多数による提訴も珍しくない住民訴訟では、訴訟続行の意思がない非上訴者にも期日の呼出しや訴訟書類の送達を行う必要がある等強く批判がなされた³⁵。

2 住民訴訟・株主代表訴訟における判例変更（平成 9 年判決・平成 12 年判決）

批判を受けた昭和 58 年判決から一変、判例が変更された。その底流には非上訴共同訴訟人に上訴人の地位を付与する必要はないとする有力な学説³⁶の影響が認められる。

(1) 住民訴訟・最高裁平成 9 年 4 月 2 日大法廷判決

昭和 58 年判決と同じく 4 号住民訴訟について、複数の住民が県知事およびその補助員を被告とし、県の被告に対する損害賠償請求権を代位行使し、損害を県に賠償することを求めた事件である。上告した住民側のうちの一人のみが上告を取り下げたことから、その者がなお上告人としての地位を維持するかが問題となった。

a 裁判所の判断

まず、複数の住民が提起した住民訴訟については、公益の実現という住民訴訟の性質を考えると、判決内容に矛盾のない合一確定が要請されるものであり（旧民事訴訟法 62 条 1 項，現行 401 条 1 項），この場合の住民訴訟は、いわゆる類似必要的共同訴訟に属すると解されるとしたうえで、以下のように判示した。

「本件は、地方自治法 242 条の 2 に規定する住民訴訟である。同条は、普通地方公共団体の財務行政の適切な運営を確保して住民全体の利益を守るために、当該普通地方公共団体の構成員である住民に対し、いわば公益の代表者として同条 1 項の規定による訴訟が係属しているときは、当該普通地方公共団体の他の住民は、別訴をもって同一の請求をすることができないと規定しているのは、住民訴訟のこのような性質にかんがみて、複数の住民による同一の請求については、必ず共同訴訟として提訴することを義務付け、これを一体として審判し、一回的に解決しようとする趣旨に出たものと解される。」

「住民訴訟の前記のような性質にかんがみると、公益の代表者となる意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でないだけでなく、住民訴訟においては、複数の住民によって提訴された場合であっても、公益の代表者としての共同訴訟人らにより同一の違法な財務会計上の行為又は怠る事実の予防又は是正を求める公益上の請求がされているのであり、元来提訴者各人が自己の個別的

³⁵ 前掲註 1) ②高橋論文 187 頁。

³⁶ 前掲註 1) ⑫井上論文 201 頁以下。

な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない。」そのため、住民訴訟については、非上訴共同訴訟人は、上訴人にはならない。

b 本判決の意義

本判決³⁷の第一の意義は、共同訴訟人の一人がする上訴の効力の内容について、確定遮断効、移審効等、複数あるが、類似必要的共同訴訟一般について、上訴人の地位の付与とは区別したことである³⁸。また、第二の意義は、上記のことを法定訴訟担当訴訟としての住民訴訟に当てはめると、訴訟物の内容から、非上訴共同訴訟人に対して合一確定のために上訴人の地位を与える必要は存在しない旨を明らかにしたことである。

また本判決は、昭和 58 年判決における、木下反対意見の考えを土台に判例を変更したと解される。もっとも、木下裁判官の見解との相違は、反対意見では非上訴共同訴訟人は「いわば脱退して、ただ上訴審判決の効力を受ける地位にあるにとどまる」とされ、その地位が必ずしも明確ではなかったが、本判決では、一部の者の上訴による移審の効力は全共同訴訟人に生じ、自ら上訴しなかった者は訴訟関係自体から脱退するものではなく、上訴人として上訴法律関係の主体とならないことが明らかにされた³⁹。

(2) 株主代表訴訟・最高裁平成 12 年 7 月 7 日第 2 小法廷判決民集 54 卷 6 号 1767 頁

さらに、会社代表訴訟における領域でも同様に平成 9 年判決に従う判決がなされた。

事案としては、証券会社である A 株式会社の株主 X₁ から X₄ が、営業持金取引による有価証券売買で生じた損失を A 社が大口顧客に対して事後的に填補したことについて、当時の A 社代表取締役 Y（被告）らが取締役としての義務に違反して取締役の責任を追及する株主代表訴訟を提起したというものである⁴⁰。

第一審では請求棄却判決がされて X₁ が控訴を提起し、X₂ から X₄ が控訴審において共同訴訟人として参加した。控訴審でも X₁ につき公訴棄却、X₂ から X₄ につき参加請求棄却の判決がされ、X₃・X₄ のみが上告したため、上告をしなかった X₁・X₂ の上告審での地位が問題となった。

³⁷ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

³⁸ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

³⁹ 前掲註 1) ①伊藤評釈 130 頁。

⁴⁰ 前掲註 1) ③大淵評釈 219 頁。

a 裁判所の判断

平成 9 年 4 月 2 日判決を引用し、株主代表訴訟を類似必要的共同訴訟と解したうえで⁴¹、以下の通り判示した。

「取締役の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟においては、既に訴訟を進行する意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位によって株主代表訴訟が追行されている場合であっても、株主各人の個別的な利益が直接問題となっているものではないから、提訴後に競争訴訟人たる株主の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には影響がない。」よって、非上訴共同訴訟株主は、上訴人にはならない。

b 本判決の意義⁴²

本判決は株主代表訴訟（会社 847 条）において、平成 9 年同様に判示して非上訴共同訴訟人たる株主は上訴人にはならないとした⁴³が、おなじく訴訟全体が上訴審へ移審することと上訴人とならないこととの関係は明確にはされなかった。

3 学説

以上の判例の展開と同時並行的に、判例の展開に影響を与える形で学説が唱えられた。

(1) 非上訴人説

従来の通説に対する批判を基礎として、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位に就かないとする代表的な見解は以下のものがある。

a 有力説・井上説⁴⁴

井上説は、平成 9 年判決が昭和 58 年判決を判例変更するに至った影響を及ぼしたとされ⁴⁵、従来の通説に対して一石を投じた。

同説によれば、昭和 58 年判決のように、全員が上訴審当事者となって一体化することが、「審判目的のために訴訟主体を擬制する」として「訴訟主体を手段化する⁴⁶」ものであり、個々の意思を尊重することなく画一的に一体化してしまう取扱いには問題があるという。こと上訴行為は、実質的には新たな手続の開始をさせる行為であり、また単純に全

⁴¹ 垣内秀介「形成判決の効力、訴訟担当資格者間の判決効の波及、払戻金額増減の裁判の効力」『会社裁判にかかる理論の到達点』（2014 年、商事法務）359 頁から 397 頁。

⁴² 前掲註 1) ⑪伊藤評釈 130 頁。

⁴³ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

⁴⁴ 前掲註 1) ⑫井上論文 201 頁、207 頁。

⁴⁵ 前掲註 1) ⑪伊藤評釈引用部分、徳田和幸執筆部分・基本法コンメンタール新民事訴訟法（1997 年）199 頁参照。

⁴⁶ 前掲註 1) ⑫井上論文 205 頁。

員にとって有利な行為ともかぎらず、上訴行為に踏み切るかは本来個々の共同訴訟人の自由意思に委ねられ、他から強制的にまたは擬制的に扱う性格のものではないはずであって、むしろ上訴をしないという不作為が「自らは上訴をしない」という積極的な意思表示をしていると述べる。

そして、合一確定の要請からは、上訴審の審判対象は全請求に及ぶが、非上訴共同訴訟人に上訴人の地位を与える必要はないとする。自ら上訴した者は、上訴しない他の共同訴訟人の請求部分についても当該審級限りで訴訟追行権限を有する「審級かぎりでの訴訟担当」、それも非上訴共同訴訟人が自ら上訴しないという不作為をもって黙示の授權があったものとみて、選定当事者的な任意的訴訟担当（いわく「緩和された形式での選定当事者」）となるという。そして、非上訴共同訴訟人が手続権を復活させたいならば選定当事者として訴訟追行を委ねた意思表示を撤回することで当事者の地位を回復することができ、審級限りの訴訟担当であるから差し戻し審では非上訴共同訴訟人も当事者としての地位を回復することになる⁴⁷。

b 徳田説⁴⁸

井上説と同様、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位につかないが、井上説とは異なり、非上訴共同訴訟人は訴え取り下げと同様の効果しか認められないとすべきとする⁴⁹。

同説には、最判平成 9 年、最判平成 12 年判決の後の最判平成 14 年 10 月判時 1807 号 79 頁が訴え却下に関する限り非上訴共同訴訟人の訴え部分についても判決をしなければならないという判示を行っており、訴えの取下げという行為が明示的になされていない以上、「上訴しないこと」を取下げと同視することはできないこと、再訴禁止効（262 条 2 項）が生じる可能性があり非上訴共同訴訟人が上訴審で共同訴訟参加をすることまで否定されかねないため過剰な規制となることが批判される⁵⁰。

(2) 上訴人説⁵¹

非上訴共同訴訟人は上訴人の地位に就くとする見解として代表的なものは以下の通りである。

⁴⁷ 兼子一他・条解民事訴訟法（1986 年）170 頁，同〔第 2 版〕（2011 年）222 頁。

⁴⁸ 徳田和幸「必要的共同訴訟における非上訴者の地位」法学論叢 156 巻 5=6 号 86 頁，とくに 97 頁以下。前掲徳田論文註 32）252 頁以下。

⁴⁹ 八田卓也「民事訴訟法」法学教室 293 号（2005 年）140 頁引用部分，徳田和幸「複数住民の提起した住民訴訟と上訴」原井古稀『改革期の民事訴訟法』（2000 年，法律文化社）。

⁵⁰ 前掲註 1）⑩菱田論文 476 頁。

⁵¹ 前掲註 1）③大淵評釈引用，兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』（1965 年）394 頁。

a 従来の通説・兼子説・三カ月説⁵²・伊藤眞説⁵³

昭和 58 年判決及び通説とされてきたのは、終局判決に対して共同訴訟人の一人が上訴したときには、40 条 1 項の規定によって全員について上訴の効果が生じ、したがって、全員について確定遮断効及び移審効が生じ、さらに全員が上訴人として地位を取得するという見解である⁵⁴。これは、最判昭和 58 年判決のとるところであり、他には共有物分割請求訴訟についての最判昭和 60 年 4 月 12 日裁判集民事 144 号 461 頁や、養子縁組無効訴訟についての最判平成 23 年 2 月 17 日判タ 1352 号 159 頁がある。

b 小山昇説⁵⁵

これに対し、井上治典説の問題提起を受けて、従来の通説を見直し、やや遅れて提唱された見解が小山説である。

同説は、ドイツ民事訴訟法の理論⁵⁶を引用して、上訴共同訴訟人の上訴が無になる結果を回避する必要があることを理由に非上訴共同訴訟人も上訴人の地位に就くが、自らの上訴期間を徒過している⁵⁷以上自ら適法に上訴できず、その上訴人としての地位は上訴共同訴訟人の訴訟追行に依存し従属的なものとみる。一人の共同訴訟人による上訴の効力は訴訟行為の効力拡張の問題ではなく、判決の確定遮断の一律性の問題であるという⁵⁸。

すなわち、同説は、ドイツ民事訴訟法の沿革上、上訴期間は原判決の送達とともに始まり、期間の懈怠の効果として確定効⁵⁹（*Rechtskraft*）が生じるが、上訴期間経過前に上訴の提起があると、この *Rechtskraft* は発生が遮断される。必要的共同訴訟人中、一人が上訴期間を遵守したのに、他の共同訴訟人が期間を徒過したために *Rechtskraft* が生じるとなれば、勤勉な上訴人がそうでない共同訴訟人の懈怠により上訴権を阻害され、正義に反する結論となるから、懈怠の効果としての *Rechtskraft* は一人の上訴人の上訴によってその発生が一律に障害され、勤勉な共同訴訟人は原判決の取消・変更を得る可能性を取得する（代理の擬制⁶⁰）。上訴共同訴訟人自身の権限の行使によって、非上訴共同訴訟人のためにも上訴の効果を発生させるのである⁶¹。

⁵² 前掲註 1) ③大淵評釈引用、三カ月章『民事訴訟法』（1959 年）220 頁。

⁵³ 前掲註 1) ⑩伊藤 633 頁。

⁵⁴ 上野康男・松本博之『民事訴訟法〔第 8 版〕』（弘文堂、2015 年）775 頁。

⁵⁵ 前掲註 1) ⑬小山論文 241 頁以下。

⁵⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 327 頁註 (17)。前掲註 1) ⑦高田論文 656 頁。

⁵⁷ 兼子一他・条解民事訴訟法〔第 2 版〕（2011 年）219 頁以下。

⁵⁸ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 326 頁註 (13)。

⁵⁹ なお「確定効」は筆者が補ったものであり、小山論文にはない。

⁶⁰ 代理の擬制に関し、前掲註 1) ⑬小山論文 254 頁。

⁶¹ 前掲註 1) ④高橋論文 50 頁引用部分。Lent, Die notwendige und die besondere Streitgenossenschaft, Jherings Jahrbücher 90(1942)S.80ff. 参照。なお小山説はこの Lent 説とほぼ同様の Schumann, Das Versäumen von Rechtsbehelfsfristen durch einzelne notwendige Streitgenossen, ZZP 76(1963)S.381ff. に多くを依っているようである。

日本法においても、必要的共同訴訟においては、通常共同訴訟で妥当する共同訴訟人独立の原則の特則が定められているが、特則は原則に対して最小限でなければならないところ、勤勉な共同訴訟人を保護する目的を達成するための最小限の特則とは、一人でも期間を懈怠しない者がある場合に判決が全員に対し確定しないことで足りる。かくして、非上訴共同訴訟人は自己の上訴期間を徒過しているから、その者自身は適法に上訴することができず、もっぱら上訴した上訴共同訴訟人の上訴の効力に依存し、上訴共同訴訟人が訴えの取下げ等で上訴の効力が失われれば、非上訴共同訴訟人の上訴人の地位も失われる。上訴した共同訴訟人の上訴権を保護するためだけに上訴人の地位が付与されたにすぎないからである。

一方で、非上訴共同訴訟人であっても上訴人である限り、上訴人としての一切の訴訟行為をなしうるべきである⁶²が、非上訴共同訴訟人がその手続権を復活させる場合、従属性から上訴共同訴訟人の不服の範囲に限られる。

このように小山説は、日本流の「利益」⁶³であるから及ぶという理論構成に対し、一人の上訴権行使を他の者が妨げないため全員が上訴人となるドイツ由来の理論構成をとる点で、上訴提起者を念頭においた理論を展開した⁶⁴。

c 大淵説⁶⁵

合一確定のため訴訟全体が移審して審判対象となる以上、上訴しない者も上訴手続に関与させる必要があり、また、上訴した者だけで訴えの取下げ等がしうるか等問題が生じることから、理論的には従来の通説通り、上訴しない者についても上訴人の地位に就くものと解さざるを得ないとする。判例変更後の判例の指摘する通りの批判が当てはまる⁶⁶。

(3) 二重性説（高橋宏志説⁶⁷）

高橋説は、類似必要的共同訴訟の場合と固有必要的共同訴訟の場合を分けて、上訴しない者の地位には、上訴審の当事者と扱うべきでない部分と上訴審の当事者と扱うべき部分との二重性があるから、一応は上訴人と扱いつつその後処理を弾力化するという手法が適切であるとして、従来の通説を維持しつつ個別の対処を指向する⁶⁸。

まず同説は、従来の通説のように、類似必要的共同訴訟一般に一人の上訴で他の者も上訴人となると説く合理性はないという。なぜなら第一に、井上説のように上訴共同訴訟人

⁶² 前掲註1) ④高橋論文 50 頁。

⁶³ 高木豊三「共同訴訟ニ関スル疑問ニ就テノ意見」法曹記事 27 号（明治 27 年）154 頁。前掲註1) ④高橋論文 52 頁引用部分。

⁶⁴ 前掲註1) ④高橋論文 56 頁。

⁶⁵ 前掲註1) ③大淵評釈 219 頁。高橋宏志・リマークス 23 号（2001 年）118 頁以下。

⁶⁶ 前掲註1) ①和田論文 243 頁。

⁶⁷ 前掲註1) ⑤高橋・講義 323 頁。

⁶⁸ 前掲註1) ④高橋論文 57 頁以下。

と非上訴共同訴訟人等しく扱うことは合理的でないことは確かであること、第二に、一人だけの上訴によりなぜ確定防止効・移審効が生じるかは、より実質的な実体法の規律の問題として考えるべきことが理由である⁶⁹。例えば3人の組合において、1人は第一審の結論に不服で上訴したが、2人は上訴を提起しなかった場合、実体法上、上訴提起行為は過半数で決せられるはずである（業務執行の決定・民法670条1項）から上訴はできないはずである。従来通説からは組合員3人がいったん訴え提起に同意した以上その1人の上訴権能を奪うことはできないというが、一人でも反対すれば訴えの提起はできないのに2人が反対しても上訴の提起はできるというのはバランスに失し、従来通説の合理性は必ずしも盤石とはいえないという。

もともと、従来通説が致命的な実害をもたらすものではなく、上訴しない者の地位には、上訴審の当事者と扱わないのが適当である部分（上訴審での訴訟費用、上訴の取り下げ、中断・中止事由の関係）と上訴審の当事者と扱うのが適当である部分（上訴審継続の知らせ、上訴審への関与の許容、訴え全体の取り下げ、請求の放棄・認諾、和解関与）との二重性があるから、一応は上訴人の地位にしておき特定の場合に別の規律に服するとすべきであるとする。より一般的な当事者論・上訴論の見地から、井上説よりも、非上訴共同訴訟人に丁寧な手続保障を与えている。

4 検討

以上の議論を踏まえたうえで、以下検討し、一応の私見を述べたい。

(1) 実際上の不都合

上訴人説を厳格に貫く場合には、実際上不都合が多い⁷⁰。具体的には、期日の呼び出しや送達の負担、送達場所に関する訴訟のための紛争が生じかねない。実務上、特に住民訴訟等、大多数の非上訴共同訴訟人のうち一部が住所変更を行い送達しにくい事態が発生することは往々にしてあり、裁判所の苦労は推して余りある。実際的な面だけを考慮するならば、非上訴人説に軍配が上がることはいうまでもない。

(2) 井上説と小山説の理論的前提の対比

では、その理論的説明をいかに構成するか。

井上説は、上訴を提起しない不作為が、「上訴審手続を追行しない」という積極的な意思表示であり上訴者への黙示の授權にあたるとみて「緩和された形式での選定当事者」

⁶⁹ 前掲註1) ④高橋論文 60 頁註(9)。

⁷⁰ 前掲註1) ⑩菱田論文 465 頁以下。

と解する。ここには、「(積極的に)確定効の発生を得ることを望む共同訴訟人の利益」が重視されている。一方、小山説によれば、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を付与されるのは、上訴期間を遵守して上訴した勤勉な共同訴訟人が、上訴期間を徒過した勤勉でない共同訴訟人のせいで、上訴権の追行を阻害されることが正義に反するためである。ここでは、井上説と反対に、「確定効の不発生を望む共同訴訟人の利益」が重視されている。

この両者の前提とする非上訴共同訴訟人像は若干前提を異にしている。井上説にいう、上訴期間を敢えて徒過させて積極的に確定効の発生を得ることを望んでいる意欲的な非上訴共同訴訟人は、決して「勤勉でない共同訴訟人」とは言えず、ただその意思表示の術を法律上与えられていないだけで、勤勉な共同訴訟人と対等に保護されるべき存在である。小山説の説明でも、必ずしも上訴共同訴訟人の利益が優先されるべきとは言い切れないし、非上訴共同訴訟人が上訴人の地位を強制されるべき従属的地位に置かれるというのは酷であろう。しかし一方、真に積極的に確定効の発生を望む共同訴訟人であるか、単に上訴期間を失念して懈怠してしまった怠惰な共同訴訟人であるかを客観的に判別する方法がないから（「やる気をなくした」場合がどちらに含まれるのかも問題である）、一般論として、当事者意思を判別することが可能であることを所与の前提とする井上説による説明は、實際上困難である⁷¹。

(3) 両説の対立軸⁷²

以上のように両説は理論的には甲乙つけがたく、理論的説明を超えて実際的な検討がされなければならない。ここで改めて主な対立軸をまとめると次のように整理される。

非上訴人説の意図は、個々の非上訴共同訴訟人の自由意思を尊重する点にあり、合一確定という目的を達するには訴訟全体との関係で確定遮断効、移審効、上訴審判決の効力の非上訴共同訴訟人への波及さえ認めれば足り、無理をしてまで非上訴共同訴訟人を上訴人の地位につける必要はないという価値判断である。

一方で、上訴人説の意図は、①特に、原判決が一部認容だった場合に、非上訴共同訴訟人の原判決による既得的地位を保障する必要があること、上訴審における訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解には、非上訴共同訴訟人にも関与させる必要があること、②被上訴人に附帯上訴をされた場合には、非上訴共同訴訟人も例外なくその相手方にならざるをえないこと、③上訴審によって原判決が変更されれば、非違上訴人も判決の名宛人になる必要があること、④上訴審が自らのイニシアチブで上訴審訴訟に関与していく余地は認めるべきであることにある⁷³。

⁷¹ 高橋宏志「必要的共同訴訟と上訴」小室直人＝小山昇先生還暦記念論文集（中）（1980年）43頁、58頁参照。

⁷² 八田卓也「民事訴訟法」法学教室 293号（2005年）140頁。

⁷³ 前掲八田評釈 72）140頁は、①の必要性は否定し難く、②ないし④の必要性は非上訴人説も認めるところであり、他方で上訴人説も非上訴人説が見込む効果の必要性を否定するわけではないとする。

両説とも互いの利点及び手続関与に理解を示すので、結局は、(A) 上訴人説に立ち例外的取り扱いによって非上訴共同訴訟人に対する実際上の別異取扱いを認めるか、(B) 非上訴人説に立ち①ないし④の例外的取り扱いを認めるかという二つの選択肢に絞られるのであり、実質的取り扱いに差異は生じないとされる⁷⁴。そして、二重性説は(A)のルートによる解決の一態様と考えられる。

(4) 二重性説による解決

では、二重性説による解決は妥当か。同説に対する批判として、非上訴共同訴訟人は、上訴しないことをもって上訴審での訴訟追行をする意思がないことを表明したに等しいとみるべきで、上訴審での訴訟費用も負担しないとする以上、それほどの手続関与を認めることについては疑問があるとする。原判決が一部認容判決であった場合も、非上訴共同訴訟人は、その選択をする際に、合一確定の要請は承知したのであるから、上訴しなかった者の「認容部分は維持したい」という既得的地位は重視すべきでないという⁷⁵。

確かに、訴訟費用等の面倒な負担は負わないが、都合が悪くなったら手続関与の機会は保障してほしいというフリーライドを非上訴共同訴訟人に許さない配慮は必要である。しかし、いくら 40 条の規律を承知していたとしても、上訴共同訴訟人の上訴権確保の利益を保障するに必要十分な範囲に限って受忍したにすぎず、上訴人の地位に強制されること以上に認容部分である自己の既得的地位の放棄までは許容していないというべきである。

そこで、どの程度まで手続関与の権能を非上訴共同訴訟人に残すべきか。同説によれば、上訴の放棄、取下げ、手続の中断・中止事由の関係においては上訴人と扱うべきでないというが、非上訴共同訴訟人には上訴審の係属が知らされてしかるべきであり、訴え全体の取下げ、請求の放棄・認諾、和解も非上訴共同訴訟人に関与させなければ不合理だという。これは結局のところ、個別具体的な訴訟の性質、求められている訴えの目的、当事者の権利行使態様、原決定に至るまでの審理過程等に照らして「弾力化」した取扱いをしてくことになるものと思われる。

(5) 片面的対世効の類似必要的共同訴訟の場合⁷⁶

類似必要的共同訴訟、とりわけ片面的対世効の類似必要的共同訴訟である場合には 40 条の規律を適用する正当化事由が微弱で、上訴共同訴訟人の上訴権確保のためだけに、これ以上の訴訟追行を望まない非上訴共同訴訟人に形ばかりの当事者の地位を擬制するという強烈な強制を及ぼす必要性に欠ける。

⁷⁴ 前掲八田評釈註 72) 140 頁参照。

⁷⁵ 前掲註 1) ①和田論文 242 頁。

⁷⁶ 前掲註 1) ④高橋論文 57 頁。なお、前掲註 1) ⑤高橋・講義 323 頁参照。

このように必要性が乏しい片面的対世効の類似必要的共同訴訟の場合⁷⁷、共同訴訟は共同訴訟人独立（39 条）が原則であり 40 条の規律は例外的特則であることを強調すれば、上訴共同訴訟人の保護に必要な最小限度の介入のみを許すべきで、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位を強制されないというべきだという考え方もありうる⁷⁸。

Ⅲ 株主総会決議取消訴訟に判例の射程は及ぶか

では、平成 9 年判決、平成 12 年判決の射程の範囲の問題として、片面的対世効の類似必要的共同であって形成訴訟である株主総会決議取消訴訟に及ぶのか。この点については、従来の学説においても未だ議論が十分には尽くされていないところであるが、現在ある見解を列举対比する形で、私見として一つの試案を論じたい。

1 平成 23 年決定と平成 14 年判決の問題提起

最判平成 9 年判決、同平成 12 年判決が出されて以降、これら判例の射程が問題となっていたところ、養子縁組無効の訴えに関して、共同訴訟人の一部が上訴を提起した後になされた他の共同訴訟人による上訴の提起は、二重上訴として不適法であるとする事案（以下、平成 23 年決定という）に対する判断がなされた。もし仮に養子縁組無効の訴えに最判平成 9 年の規律が妥当するならば、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位につかないのであるから、他の共同訴訟人に後れてなされた上訴を二重上訴として排斥することはできないはずである⁷⁹が、同決定は、その訴えが類似必要的共同訴訟であると述べたうえで、特段の理由なく後から提起された上告（上告受理申立て）を二重上告（二重上告受理申立て）であるとして不適法却下した。

また、裁判所は最高裁平成 14 年 10 月 15 日判時 1807 号 79 頁（以下、平成 14 年判例という）において、地方自治法 242 条の 2 第 1 項の請求が問題となった事案で、原決定が請求棄却となった訴訟の共同訴訟人のうち 1 人のみが上訴を提起したところ、上訴審は、特段の理由なく、原告請求が同条各号のいずれにおいても認められるものではなく、訴えを却下すべきとの判断に基づき、非上訴共同訴訟人の訴え部分についても却下すべきとの判断を下した。

⁷⁷ 前掲註 1) ⑭佐瀬論文 35 頁。

⁷⁸ なお、前掲註 1) ⑦高田論文 657 頁は必要的共同訴訟一般にこの取扱いを説かれていることは区別されたい。

⁷⁹ 前掲註 1) ⑩菱田論文 472 頁。

以上、平成 23 年決定、平成 14 年判決それぞれ、平成 9 年判決や平成 12 年判決とは異なっており、裁判所が非上訴共同訴訟人も上訴人となると考えているということが推察される意味をいかに解するかが問われる。

2 平成 9 年判決と平成 12 年判決の理解

平成 9 年判決、平成 12 年判決に共通する結論に至るまでの理由付けは次のようなものである。すなわち、類似必要的共同訴訟において共同訴訟人の一部が上訴すれば確定が遮断され、移審の効果が生じ、判決効が非上訴共同訴訟人にも及ぶことを確認したうえで、さらに住民訴訟と株主代表訴訟という二つの訴訟の性質に着目した 2 つの理由を付している。

第一の理由は、「公益の代表者となる意思を失った者に対し、その意思に反してまで上訴人の地位に就き続けることを求めることは、相当でない」ということ、そして、第二の理由は、この種の訴訟においては、共同訴訟人の個別的な利益が直接問題となっておらず、複数の原告によって提起された場合でも「公益の代表者としての共同訴訟人らにより」同一の公益上の請求がされているのであり「提訴者各人が自己の個別的な利益を有しているものではないから、提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がない」ことを挙げている。共同原告の個別的利益が問題となっているのではなく、公益あるいは株主全体の利益が問題となっているという訴訟の特質を考慮した判断を行っている⁸⁰。

そして、平成 23 年決定の場合は、当事者の減少があっても審判の範囲、審理の態様、判決の効力等に影響は及ばないものであるが、当事者の個別的利益が直接問題となったために、同決定に平成 9 年等の規律を及ぼす 2 つの理由が妥当せず適用がなされなかったとされる⁸¹。このため、類似必要的共同訴訟については一般的には非上訴者も上訴人となるものの、平成 9 年等のように当事者の個別的利益が直接問題にならない訴訟に限っては、非上訴共同訴訟人は上訴人の地位を強制されないとみるのが、判例法理と考えられる⁸²。この射程を検討する学説では、非上訴共同訴訟人が「上訴しない」という行為を行った結果、当該訴訟にいかなる影響が及ぶかで決するべきとするものもあらわれている⁸³。

⁸⁰ 前掲註 1) ⑭佐瀬論文 35 頁以下、特に 39 頁。

⁸¹ 春日偉知郎・判例タイムズ 1375 号 (2012 年) 44 頁以下。前掲註 1) ⑩菱田論文 478 頁。

⁸² 前掲註 1) ⑭佐瀬論文 39 頁。

⁸³ 前掲註 1) ⑭佐瀬論文引用、内野寛信「類似必要的共同訴訟における当事者手続関与兼の濃淡」慶応法学 30 号 (2014 年) 405 頁。

3 株主総会決議取消訴訟の取扱いについての諸見解

以上の判例法理に対し、株主総会決議取消訴訟につき以下の見解が存在する。

(1) 上訴人の地位強制を肯定する見解

非上訴共同訴訟人にも上訴人の地位を強制すべきとする見解は次のとおりである。

a 株主総会決議取消訴訟でも非上訴共同訴訟人に上訴人の地位強制をする見解⁸⁴

共同訴訟人が定立する請求の性質を考慮して、固有必要的共同訴訟についてのみ非上訴共同訴訟人も上訴人の地位に就くとし、類似必要的共同訴訟は訴訟物との関係でなお検討を要するとする。株主総会決議取消訴訟は類似必要的共同訴訟とされるが、訴訟物たる地位または権利が共同訴訟人各自について考えられる限り固有必要的共同訴訟と同様の問題が生じるから、上訴人の地位を保障する必要性があるとする。

b 沿革的な見地から、株主代表訴訟と住民訴訟以外の訴訟では上訴人の地位を強制すべきとする見解⁸⁵

我が国の住民訴訟と株主代表訴訟が、エクイティー上の救済として発展した納税者訴訟 (taxpayers' suit)、株主代表訴訟 (shareholders' derivative suit) にそれぞれ起原を有すること、米国の株主代表訴訟が、会社の権利を訴求する点で集合団体訴訟 (classaction) と区別されるものの共通の利害を有する多数の者のうち 1 人が他の者を代表して訴え得るという点で共通の発想に基づくこと等から、代表訴訟としての性質を有する住民訴訟・株主代表訴訟のみに妥当する判例法理であって、このような沿革上の背景を持たない株主総会決議取消訴訟には判例の射程は及ばないとする。

(2) 上訴人の地位強制を否定する見解

一方、結論として、判例と同様に非上訴共同訴訟人には上訴人の地位を強制しないとする見解は次のとおりである。

a 非上訴共同訴訟人の請求は移審しないとして、上訴人の地位強制をしない見解⁸⁶

類似必要的共同訴訟の中でも株主総会決議取消訴訟では、通常は原告となる株主の個別的利益が問題とならないため、平成 9 年判例等と異なり、非上訴共同訴訟人の請求は移審せず上訴人の地位を強制しないという処理も可能であるとする。

⁸⁴ 前掲註 1) ⑪伊藤評釈 130 頁。

⁸⁵ 前掲註 1) ③大淵評釈 219 頁。

⁸⁶ 前掲註 1) ⑤高橋・講義 323 頁。前掲高橋評釈註 78) 118 頁。

b 非上訴共同訴訟人の請求を原審で確定させて、上訴審に移審させないとする見解⁸⁷

判例の射程は共同訴訟人の個別の利益が訴訟で問題となっているかではなく、共同訴訟人の一人が抜けた場合に訴訟にいかなる不都合が生じるか否かに着目して非上訴共同訴訟人が上訴人となるかを定めるべきであるという。結論として、株主総会決議取消訴訟では非上訴者の請求を原審で確定させて、上訴審に移審させないとする。

4 ひとつの提案として

以上より、非上訴共同訴訟人にも保障されるべき手続保障の必要性和、当事者としてに伴う費用等の弊害とのいずれを重視するかに着目した議論が論じられていることを述べたが⁸⁸、株主総会決議取消訴訟に限定してひとつの提案をしたい。

(1) 第一の理由

平成9年判決等は第一の理由を挙げているが、これは株主総会決議取消訴訟においても妥当することは言うまでもない。総会取消事由が認められる見込みが薄いと考えた一部の提訴者を意思に反して当事者であることを強制することの不合理性は否定できない。

(2) 第二の理由

では第二の理由のうち、①共同訴訟人の個別的利益が直接問題となっていないという要件が、株主総会決議取消訴訟において妥当するか。

当事者の個別的利益が直接問題となっている場合には上訴人の地位に就かせることで判例が何を狙っていたかについて、例えば、非上訴共同訴訟人も、心変わりし原判決より有利な判決を求めて訴訟追行をしたくなる場合がありうるから、その場合に備えて期日の呼出等をするために上訴人にした等の理解ができるといわれている⁸⁹。私見としては、上の理解の前提にあるのは、当該訴訟の訴訟物が、共同訴訟人の直接的な個別的処分（個別的利益の追求）を許容しているものであることを意味するとして、株主総会決議取消訴訟の訴訟物がこのような処分を前提としているかの検討が必要と考える。

また、第二の理由のうち、②提訴後に共同訴訟人の数が減少しても、その審判の範囲、審理の態様、判決の効力等には何ら影響がないという要件について、株主総会決議取消訴訟の場合には問題がある。それは、株主総会決議取消訴訟を提起したという場合、原告が

⁸⁷ 内野寛信「類似必要的共同訴訟における当事者手続関与権の濃淡」慶応法学 30 号（2014 年）405 頁。

⁸⁸ 前掲註 1) ⑭佐瀬論文 40 頁。

⁸⁹ 前掲註 1) ⑩菱田論文 478 頁。

減少しても審判の範囲、審理の態様は変わらないが、判決の効力には変更が生じるとも思われる。例えば、第1審において請求棄却となり、その共同訴訟人中1人が上訴したとして、非上訴共同度訴訟人を上訴人の地位にせずとも、審判の範囲、審理の態様は確かに変わらないが、上訴審がまたも請求棄却となった場合にも非上訴共同訴訟人には敗訴判決の効力は及ばず（会社法838条）、その結果、上訴共同訴訟人と被告会社との間で生じたところの既判力が及ばない共同訴訟人が再度提訴することが可能となり、被告はそのたびに応訴の負担を強いられるという不利益が生じることになるという意味で、判決の効力には変更が生じる⁹⁰。

(3) 共益権と原告適格からの考察

ここで検討したいのは、株主総会決議取消訴訟を基礎づける株主権（共益権）からの考察である⁹¹。

a 共益権

会社法上、決議取り消しの訴えの提訴権は、株主、取締役（清算人）、執行役または監査役（監査の範囲が会計に関するものに限定された者を除く）のみが有する（会社法831条1項、828条2項1号「株主等」、通説⁹²）。では、共益権とは何を意味するか。

そもそも株式には、株主が会社に対し有する様々な権利を含むが、内容の面から自益権と共益権の2類型に分類される。自益権は株主が会社から直接に経済的利益を受ける権利であって、各株主が単独で独自に行行使することのできる単独株主権である。一方、共益権は、株主が会社経営に参加しあるいは取締役の行為を監督是正する権利である。

共益権は自益権とは異なり、権利行使の効果が他株主にも及ぶ性質を有し、権利行使株主個人の利益ではなく会社全体の利益のため行使されねばならず、その意味で、共益権は株主が会社の機関たる資格において有する権利であるとする見解もある⁹³。

b 共益権と会社関係訴訟における原告適格

株主総会決議取消訴訟は形成訴訟とされるが、形成訴訟では原告適格が法定されることが多く、現に会社関係訴訟においては「株主等」（会社法828条2項等）が提訴権限を法定で付与されている⁹⁴。そして、争いあるものの株主総会決議取消の訴えの訴訟物につい

⁹⁰ 前掲註1) ⑩菱田論文 477 頁。

⁹¹ ここでの考察は前掲註1) ①和田論文 243 頁にヒントを頂いた。株主総会決議取消の訴えは、株主代表訴訟と同様に、いわゆる共益権に基づくものであり、特定の株主総会決議の取消しを求める形成訴訟として原告適格が訴訟物に取り込まれているため、その原告適格として訴訟担当はとくに問題とならないという点に、株主代表訴訟との違いがあるにすぎないという。

⁹² 江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』（有斐閣、2015年）366 頁。

⁹³ 泉田栄一「自益権と共益権利」法律時報 83 卷 12 号。

⁹⁴ 前掲註1) ⑮伊藤 164 頁以下。

では「決議の効力の否定宣言」を求める訴えとして考えるのが有力である。形成訴訟と解される訴訟においては、法定された原告適格を有するとされる地位（「株主等」）を有しさえすれば、法律関係とその変動を求めることができるという点で、株主総会決議取消訴訟の訴訟物に原告適格が取り込まれているといえる。

（4）結論

では株主総会決議取消訴訟の訴訟物及び原告適格の議論をふまえ、試論を述べたい。

まず、①株主総会決議取消訴訟の訴訟物は「決議の効力の否決宣言」を求める形成の訴えであり、決議取消しの訴えの提訴権は各共同訴訟人が独自の形成権として有しているものである。これは、各共同訴訟人が直接的な個別的利益の追求を求めているというよりは、取消原因である形成原因の一般的な主張であり、誰か一人が取り消せば形成結果が全ての者に波及する全体的な権利の行使である。よって、個別的な利益が直接問題となっていない場合に当たるといえると思われる。

また、②株主総会決議取消訴訟といった形成訴訟では原告適格が法定されており、上訴共同訴訟人が形成権を行使する限り上訴共同訴訟人が非上訴共同訴訟人の一種の法定訴訟担当⁹⁵となると解する余地があれば、共同訴訟人の数が減少しても、判決の効力等に何ら影響がないという要件も満たすことができるという余地はないだろうか。

これらが妥当すれば、株主総会決議取消訴訟においても、判例の射程は及ぶといえそうである。検討は未だ不十分であるが、ひとつの提案として述べる次第である。

おわりに

私見を要約すると、次のようになる。まず、片面的対世効の及ぶ訴訟においては、一種の実際的考慮から類似必要的共同訴訟として扱われる。そして、非上訴共同訴訟人が上訴強制されるかについて、片面的対世効の及ぶ訴訟類型では上訴強制されないという最小限度の介入のみにとどめるべきである。株主総会決議取消訴訟に議論を限定するならば、共益権を介して一種の訴訟担当として原告適格が肯定でき、判例の理由も妥当する。

本稿の内容には検討を待つ課題が多く残されている。非上訴共同訴訟人に対する手続保障の密度をいかに解するか、もとよりその地位を理論上いかに説明するのか、そして、これらの議論と株主権や形成訴訟との関係はどう理解すべきか。このような課題の解決に向けて、本稿が、小さいながらひとつの提案ができたならば幸いである。

⁹⁵ 法定訴訟担当の「法定」の意義について、任意的訴訟担当の対概念として授權によらない訴訟担当として法律の定めのある訴訟担当であることを要しないとする見解を前提とする。

本稿は、法科大学院における法学研究基礎課程を利用して、従前より平成 12 年判決の射程につき有していた疑問を熟考することを目的として執筆した。執筆にあたっては、指導教官である杉山悦子先生に、丁寧かつ的確な助言を以てじっくりと長期間に渡るご指導を頂いた。私の要領を得ない冗長な拙い文章に試行錯誤を繰り返し、幾度か道に迷いつつもどうにかこうにか最後まで書ききることができたという次第であって、私の到達しうる一応のゴールへと温かく導いてくださった杉山先生には感謝し尽せない思いである。改めて、この場で御礼を述べておきたい。

以 上

一橋大学法科大学院の思ひで

裁判官 関根規夫

- I はじめに
- II 担当講義の内容や感想
- III 若干の要望
- IV おわりに

I はじめに

私は、実務家派遣教員として、平成 25 年 4 月から平成 29 年 3 月まで 4 年間にわたり、一橋大学法科大学院（以下「一橋」という。）に派遣され、主に民事裁判基礎Ⅰ・同Ⅱを担当した。現在は、勤務庁（仙台地方裁判所）で多くの修習生と接する立場にあるほか、ロースクール出身の若手法曹と仕事をする機会も多い。これまでの経験をふまえて、一橋における民事系実務教育についての感想等を若干述べたい。

II 担当講義の内容や感想

- 1 法科大学院における民事裁判実務基礎教育においては、①要件事実の確実な理解とそれに基づく主張整理の実践、②事実認定の考え方の基礎の習得、③訴訟手続運営論の理解が重要であり、その 3 本柱の習得を法科大学院修了時までの目標に掲げて講義を行った。

まず、民事裁判基礎Ⅰ（以下「基礎Ⅰ」という。）では、典型的な紛争類型ごとに要件事実の基礎的理解を深めるための講義を行った。

次に、民事裁判基礎Ⅱ（以下「基礎Ⅱ」という。）では、基礎Ⅰでの履修内容を踏まえた要件事実の応用的理解、当事者の言い分を利用した主張整理作業の実践、事実認定の考え方の基礎的理解、民事事件記録の読み方や、訴訟手続運営の実務的理解の習得に向けた講義を行った。

- 2 一橋のように、既修生の 2 年後期から 3 年修了時まで、全クラスの学生全員と接し、場合によっては、司法試験合格発表後も多くの学生の成長を見届ける機会のある法科大学院は全国でも少ない。そこで感じたことは、成績が伸びる時期は人それぞれだということである。地道に学習する未修生（法学部以外出身）が 3 年後期以降に飛躍的に成績を伸ばす例に少なからず接している。逆に、基礎Ⅰの講義開始前に要件事実の定番本を既に読んでいる学生の中には、もう聞いたことがあるという余裕からだろうか、基礎Ⅰで行う要件事実の実務的思考方法の習得を怠り、基礎Ⅱで伸び悩む傾向が若干あった。

3 次に、私が一橋において基礎Ⅰ・基礎Ⅱの講義を行うにあたって意識した点を述べる(裏を返せば、こうした点を意識して学習するのがよいということかもしれない)。

ア 条文の確認からスタートする民事実体法の理解と、訴訟法の基本原理の確認を前提として、要件事実の基礎を説き起こす。

イ 初学者段階で、記憶しておくべき基本的約束事の範囲を明確に示す(上記アと矛盾するようではあるが、実務家として思考し、争点整理のツールとして要件事実を利用していく上での基本的所作部分(習い事の『型』のような核となる部分)は早い段階で説明を受けた上で覚え込んでしまうのがよい。例えば、「貸し付けた」「基づく登記」「○月○日は経過した」「○月○日当時所有していた」などの表現がある。)

ウ 小テスト形式でごく簡単にアウトプットの訓練をする(一度実際に手を使う訓練の機会を設ければ、あとは学生各自の自習に任せても困ることはなかった。)

エ 基本的な紛争類型別に、紛争の実情(発生頻度、重要性等)にも配慮した解説をする。

オ 2学年(後期)の基礎Ⅰで一応基礎を習得したとして、3学年(通年)の基礎Ⅱの講義で、前期は、主として事例問題を使用して、要件事実の応用問題を検討する。この段階で、要件事実は、実体法の理解と訴訟手続法の理解の上で成り立つ道具であること、単純な暗記では対応できないことをもう一度痛感してもらう。後期は、実践編として、模擬事件記録教材の中で要件事実を検討する。これにより、少なくとも3回は要件事実について反復学習する機会を提供する(加えて、あくまでも修了生向けの任意企画ではあるが、合格後の勉強会に参加することで、司法修習開始前に合計4回は要件事実関連の学習ができるシステムとしていた。なお、要件事実関連の学習について、裁判官出身の実務家教員が、基礎レベルから応用レベルまで、これだけの反復学習の機会を提供する法科大学院は、全国的にみて極めて少ないのが現状である。)

カ 事実認定論の基礎の解説には最低1コマ分以上の講義を割り当てる。その際には、簡単な実例の検討を行う(とりわけ、書証の認否の仕方、二段の推定の理解については確実性を強く求めた。)

キ 裁判官派遣教員は、所属する裁判所での裁判実務を担当しつつ講義を担当するので、日々のホットな実務的出来事を支障のない範囲で講義等で話題にし、そこに含まれる問題点等を語ることで、法科大学院での日々の学習がいかに実務にリンクするのかを実感してもらう。

4 司法試験に合格して修習生となっても、一橋出身の修習生の評判は全般的によいと聞いているし、実際の経験上もそのとおりである(決して教え子らに甘い評価をしているわけではありません。)。司法研修所で概ね求められる要件事実教育の基礎は十二分にカバーできているといえよう。

Ⅲ 若干の要望

前派遣教員という立場での要望をいくつか述べたい。

1 民事実体法の学者教員とのコラボ企画の開催

実務家は担当する具体的紛争の解決という視点からの思考を優先する傾向がないとはいえない。そこで、学者の学問的体系的視点からの意見は貴重である。具体的事例を素材にして議論を行い、学生らにも参加してもらう機会を設けることでより厚みのある有益な教育ができると思われる。カリキュラム上難しい問題があろうが、2回程度であっても行われるとすれば、それ以降の学者教員の講義、実務家教員の講義の双方にプラスになるのではないかとと思われる。

2 学生の学習姿勢

要件事実の基礎部分の講義は、「民事実体法の理解、訴訟法の基礎的理解から説き起こし、かみ砕いて説明する」ことになる。その関係で、安易にまとまったレジュメ等で暗記すると、(基礎Ⅰのレベルであればそれに対応できるだろうが)基礎Ⅱの応用編で、ひいては修習生になって以降の問題研究の課題等で対応できない学生が出てくる。「基礎Ⅰの講義の半分まではかなり簡単だと考えて、なめてかかるとあとが大変になるよ。」と、講義の中でよく話した。残念ながら、そうした楽をしようとする学生が皆無というわけではない。

3 自主ゼミの活用

また、自主ゼミ等で各種民事実務系参考書に取り組み、積極的に質問にくるグループも減る傾向にある。各学年の規模や学習環境からして、これを活用できてきたのが、一橋の強みであったと思われるので、いささか残念ではある。もちろんその種のゼミを組まずとも計画的に学習し優秀な成績をあげて修習生となっている学生もいることは事実である。各人の性格や、学生生活で親しくしているメンバーの構成にもよるのかもしれないが、応用的題材を使って学生らであれこれ考えた経験は、後日実務家法曹になって生きてくることは間違いのないと思われる(実務では、それまで見たことも考えたこともない事案に直面することがある。裁判官であれば、そうした事案について合議等の場で多面的に議論することはよくあるし、裁判官でなくとも、同僚等の間で議論することは少なくない。)

Ⅳ おわりに

あれこれ述べたが、法科大学院を取り巻く厳しい現状の中で、一橋での教育を受けた修習生らが、実務家サイドで高く評価されていることは間違いのないところである。今後のさらなる発展に期待したい。

法科大学院の思ひ出

吉野 太人

目次

- I はじめに
- II 講義科目について
- III 学生について
- IV 一橋大学法科大学院における法科大学院教育について

I はじめに

私は、平成 28 年 4 月 1 日から平成 30 年 3 月 31 日までの間、一橋大学法科大学院と立教大学法科大学院の特任教授として、東京高等検察庁から検察官として派遣された。

先日、2 年間にわたって大変お世話になった花本さんから、一橋大学法科大学院で 2 年間過ごした私の思い出をテーマとして原稿をとの申し出を受けた。

快く承諾させて頂いたものの、筆をとってみてはたと気づいた。本年 4 月から東京地方検察庁刑事部に戻り、それまでと全く毛色の違った業務に従事するようになり、法科大学院時代の記憶が急速に薄れているのである。

そのため、薄れゆく記憶を呼び起こし、そこにやや色を付けつつ、いささか曖昧かつ雑ばくな感否めないものの、いくつかの思い出を綴ることとしたい。

II 講義科目について

私が一橋大学法科大学院で担当した講義科目は、春夏学期が 3 年生を対象とする刑事実務概論及び模擬裁判（夏期集中講座）並びに秋冬学期が 2 年生を対象とする刑事法演習 II 及び 3 年生を対象とする発展ゼミ II であった。

刑事実務概論は、刑事訴訟法の理論を前提に、検察官、弁護士、裁判所の三者の立場から、刑事実務を概観するというものであった。同科目では、法務総合研究所が発行した事件記録教材に収録された刑事被告事件について、学生が模擬公判前整理手続を行うことが含まれており、これらの結果を踏まえ、夏期集中講座として模擬裁判を行った。両者は、私が今から 20 数年前に受けた司法修習の前期（約 4 か月間）に受講した、検察実務、刑事裁判及び刑事弁護を併せたような科目であった。一橋大学法科大学院の学生のパフォーマンスは我々の司法修習時代と比べても遜色のないか、むしろ洗練されたもので、学生の優秀さを実感したのを覚えている。また、2 年目に講義回数と時間に変更されたことで、青木先生とカリキュラムの見直しをし、詳細な打ち合わせをさせて頂いて、訴因論や刑事手

続上の最近の諸問題に関し、共同講義を実施した。青木先生の御教授を受け、また、御相談させて頂きながら、私なりに訴因論や強制捜査について集積された判例及び裁判例等を整理できた。私自身の講義のつたなさから、学生に伝わったかはやや心許ないものの、大変勉強になり、達成感を抱いたのを思い出す。

刑事法演習Ⅱは、法務総合研究所発行の事件記録教材に収録された各刑事事件について、当該各事件の捜査公判を行う際に問題となる事項を学生に検討させることで、刑法及び刑訴法の重要基本論点を概観するとともに、刑事実務における事実認定の初歩を学ぶという講義科目であった。講義準備や講義の過程で学び直した重要基本論点の分析は、私の学生時代に学んだものに比べて遙かに高度かつ精緻に分析されていた。私が任官してから約 20 年間に積み上がったこれらの集積を認識・理解することと相まって、日々、既視感があるものの、新奇性を感じる発見があり、興味深いものがあつた。同科目も前記のとおりカリキュラムの変更があり、本庄先生と綿密な打ち合わせをさせて頂きながら、詐欺の欺罔行為、承継的共犯論等について新しい項目を講義内容に追加した。ここで本庄先生から教えて頂いた各論点のバックボーンに流れた理論は今でも私の財産である。

発展ゼミⅡは、代々の派遣検察官が作成し、あるいは、私が自ら作成した事例問題を前提に、刑事実務における捜査・公判上の問題点を議論した上で、レポートの提出を受けるといったものであつた。前任の派遣検察官が残していった事例問題を踏襲しつつも、私自身の爪痕もささやかながら残しておこうと思った。そこで、何題かの新作事例問題を作成した。現場で検察官として深く研究してみたいと思っていた過失犯や不作為犯、派遣検察官の時代に研究めいたことをしておきたいと思ってテーマに選んだ強盗罪等の分野について、新作事例問題を作成した。いざテーマを選んで新作事例問題を作ろうとしても、その素材となる判例や裁判例、これを巡る学説の状況を調査しなければならない。これらについては、インターネット検索でキーワードに工夫を凝らしたり、定期購読させて頂いた雑誌等をヒントに探索し、図書館や磯野研究館等でコピーを取り、そのコピーを読んで事例問題の着想を待ち、パソコンに向かって新作を作る、平行して問題点毎にレジュメを作成する際、様々な文献を読んでは「これは！！」と思ったところを忘れないうちに入力する、そんな作業は時間の経過を忘れさせてくれた。あの没頭した時間が懐かしく思う。

日々犯罪と格闘している今、これらの講義科目で得た知識は大いに役立っている。

Ⅲ 学生について

私は現場で検察官に従事して 10 年以上経過した頃から、教育的なことに携わりたいという漠然とした思いを抱いていた。それは、自分自身、学修し直したいという意欲めいたものがあつたということと、年齢を重ねるにつれ、徐々に先輩が少なくなり、後輩が増えてくる、私と後輩の年齢差も広がり、司法制度改革も進行する中、年々任官・登録する若

手法曹の育成プログラムの実情や彼らの現実の姿を知りたいと思うようになったためである。

そんな中、ちょうど任官 20 年目で法科大学院の教育に携われる機会を頂き、学生と直接に接することができた。

講義や講義後の質問、懇親会等で学生と接したが、私の頃と比べて時代背景がかなり変わったこと、学生周囲の環境や登用試験の形態等は確かに変わったし、そのせいと思われるが、表面的に見えるもの、例えば、効率性や正解を強く求めようとする点等は、私の頃よりも強いと感じる。しかし、奥底の部分、例えば、職業法曹として社会に貢献したいといった意欲は私の頃と変わらないか、あるいは、それよりも強く、具体的な意識を持って将来に備えようとする学生が多いと感じた。

彼らがその意欲を持ち続けて夢を実現してくれれば、我が社会はもっと良くなる、という確信を持てたのは大きかったし、今後もその若手法曹を妨害しないように助力したいと思う。

IV 一橋大学法科大学院における法科大学院教育について

現状では少数派かもしれないが、司法試験予備試験に合格しても、一橋大学法科大学院のカリキュラムを終えてから司法修習に向かいたいという学生がいる。

そのような学生に強く共感する。

私は、刑事系の科目の一部しか担当していない身ではあるが、一橋大学法科大学院における刑事系の科目に関しては、そこで提示される講義内容を理解し、知識化していれば、試験に合格するのはもとより、法曹として紛争解決に従事するに当たり必要十分な資質を身につけている評価できると思う。

現場①→法科大学院→現場②の経験をした私自身、現場②の私の方が格段にパワーアップしたという実感がある。警察から相談されたり、送致された事件についての事実認定の際の事実整理の仕方が現場①よりも精密にできるようになったと感じるし、このようにして認定した事実に対する法適用能力自体も向上したように思う。昔はできなかったが、「この点に関してはこの判例がある、この判例の背景は……」といったことが想起できるようになった。部下検察官への指導にも大変役立っていると感じる（実際私を外から見ている人がどう評価するかは別である。人はその人の感じるものしか分からないのだから仕方がない。）。

法曹になる直前にこのカリキュラムを経験する学生は貴重な経験をしていると思うし、是非、活かしてもらいたい。

目 次

- I はじめに
- II 講義概要
- III 「実践」することの意義
- IV 「企業法務」の奥深さ
- V おわりに

I はじめに

私は、平成30年度春夏学期、ビジネスロー・コースにおいて開講されていた「実践ゼミ（企業法務）」（以下「本ゼミ」という。）を受講した。僥越ながら、この場を借りて、本ゼミのレビューを行いたい。私が本ゼミで得た経験をここに記すことにより、読者において、このレビューを通じ、一橋大学法科大学院における実践的な教育の一端を窺い知ることができれば幸いとする。

II 講義概要

まず、本ゼミのレビューの前提として、本ゼミではどのようなことを行うのかにつき、読者の方々にイメージしてもらいたい。そのため、簡単にではあるが、本ゼミの概要を以下で示すことにする¹。

本ゼミは、一橋大学法科大学院「ビジネスロー・コース」で開講されている。当該コースは、「実践的なビジネスロー教育を行う」ことを目的としている²。そのため、当該コースにおける教員は実務家の方々が多く、本ゼミも実務家である池永朝昭弁護士（アンダーソン・毛利・友常法律事務所）が担当教員である。

本ゼミの目的は、「企業法務を実践するにあたり要請される諸原理を学び、金融法務、会社法務の分野において企業の現場で生起している法律問題の検討を通じて、事実の分析、法文解釈と法的・論理的な思考方法によりクライアントに解決方法を提供できるような基礎的能力を身に着けること」にある。

¹ 以下で述べる本ゼミの目的等については、本ゼミの「シラバス」参照<https://mercas.hit-u.ac.jp/Campus/Web/UniversityPortal/Syllabus/WFS02031.aspx?target=_blank&UID=guest>（2018年9月30日最終閲覧）。

² 「2018年度 一橋大学法科大学院 学生便覧」32頁参照（<http://www.law.hit-u.ac.jp/content/files/lawschool/pdf/2018gakuseibinran.pdf>）（2018年9月30日最終閲覧）。

本ゼミの講義は、全 13 回あり、1 回目にオリエンテーションを行い、2 回は中間・期末両課題の解説にあてられ、残り 10 回を大きく分けて、金融法務 5 回、会社法務 5 回に割り振られている。前半の金融法務パートでは、反社会的勢力との対応、損害保険会社の実務、証券会社の実務、資金決済サービス業の実務、銀行の実務、後半の会社法務パートでは、模擬交渉（2 回）、危機管理、モバイル通信事業者の実務、ニュービジネスの実務を扱う。これら各回には、各回のテーマを専門とする現役の企業内弁護士または弁護士の先生が、ゲスト講師として参加する。さらに、会社法務パートでは、交渉の相手方として本ゼミ OB の弁護士の先生を招き、契約紛争に関する模擬交渉を 2 回に渡り行う。

本ゼミの方法は、「金融法務、会社法務の分野に属する問題のケーススタディを行」い、その中心として、「民法・会社法などの基本論点の理解、様々な法律の条文の読み込み方・解釈・論点を学んでいくこととなる」。ケーススタディは、「事前に配布する設問・解説に基づいて、ソクラテスメソッドで行」われる。

以上が本ゼミの概要である。ほとんどシラバスに記載されていることを整理しているだけだが、読者はなんとなくの本ゼミのイメージはつかめただろうか。筆者もこの情報をもとに、第 1 回目の講義を受講しに行った。

Ⅲ 「実践」することの意義

1 受講の理由

「企業法務」とは何かと問われれば、企業を取り巻く法律問題に関して法的等バイスを提供し、または、当該問題を解決することと一応の定義ができると考えられる。このように、一口に「企業法務」といっても、その内容は広範に渡るといえる。

そもそも私は、就職経験がなく、民間企業でのインターンシップや法律事務に関するアルバイトをしたことすらないため、企業法務とは具体的に何を行うかについて、十分な理解を有していなかった。もっとも、弁護士が企業法務にどのように関わっていくのかについては、弁護士事務所へのインターンシップ等への参加によりなんとなくのイメージはついていた。しかし、その具体的な業務過程や方法については、見当もつかなかった。そこで、私は、本ゼミで「企業法務」の問題解決を「実践」を通して、擬似的ではあるものの、「企業法務」を具体的に経験・把握することにより、自身の将来指針として、ビジネスロイヤーの選択が適切であるかを見定めることにした。

上述したように本ゼミがソクラテスメソッドの方法で行われていたため、必然的に、受講生には、議論に参加し、予習段階では気付かなかった問題点をその場で考察する機会が与えられていた。その結果、濃密な 105 分の講義時間を過ごすことができ、上記講義の目的を達するに足りる十二分な演習をさせてもらったと個人的には感じている。

2 本ゼミでの「実践」とは何か

前記の通り、本ゼミはケーススタディにより行う。これにより、企業法務に携わる弁護士の方々が問題を解決するにあたって採る思考枠組み・基本的な考え方を学ぶ。

講義は、基本的に、各回のゲスト講師の用意する設問に解答する形で進んで行く。用意されたケースは、それぞれのゲスト講師の専門分野に関するものである。前記の通り、金融法務パートでは、反社会的勢力との対応、損害保険会社の実務、証券会社の実務、資金決済サービス業の実務、銀行の実務を扱い、後半の会社法務パートでは、危機管理、モバイル通信事業者の実務、ニュービジネスの実務を扱った。各回における設問の難易度は、それぞれであり、その分野における基本的な考え方を学ぶものから、それを発展させて先端的な問題を考えるものまでと幅広い。

このケーススタディが、まさに「実践」そのものであった。なぜなら、各回における設問は、現実には各専門分野において生じた（あるいは生じ得る）問題を取り扱うものであったからである。ゲスト講師の先生や池永先生とともに議論して自己の提示した解答よりもベストな解答を考える作業は、クライアントに対して示すべき解決案を検討する作業そのものである。そして、議論を通じて最終的に到達した解答が、実際にクライアントに対して提示する解答ということになる。しかも、課題が提示されるのは約1週間から3日ほど前であったため、限られた時間の中で、解答を用意する必要があった。このような緊張感のもとで課題に取り組めたことは、実務における緊張感を擬似体験できる貴重な経験であったと感じる。

各回の解決案を検討する過程で重要だったことのひとつは、事実に対する粘着力（事実を抽出・分析する能力）であった。法律を解釈・適用するにあたって、その対象となる事実が何かを確定させ、それがどういう意味を有しているのかを明らかにする必要があるからである。その作業にあたっては、クライアントの事情（例えば、ビジネス内容等）を十分に理解することも大切であると学んだ。

例えば、クライアントが企業不祥事等を起こした場合には、まずは事実関係を調査しなければならない。それが確定しないと、提示すべき対応・改善策が明らかにならないからである。また、例えば、新規事業への規制を検証する場合には、そのビジネスがどのような発展をしていくかを洗い出し、仮にそのような発展をしていったときに適用対象となり得る規制への対応を念頭に置かなければならない。さらに、新規事業への規制を検証した結果、当該新規事業が既存の法律では捉えきれないような疑いがあるときには、規制主体である省庁への相談を要することとなり得るが、その際には、当該新規事業がどのような内容であるかということを詳細に明らかにしなければならない。それとは逆に、既存の規制が新規事業を展開していくなかで不合理な障害となっていると思えるときには、今度は法律側の事実

すなわち立法事実を検証する作業において、事実を分析する能力が求められることにもなってくる。

もうひとつ各回の解決案を検討する過程で重要だったことは、事実を分析して法律を当てはめた結果をしっかりと相手に伝わるようにアウトプットする能力であった。ある問題の解決方法は、論理的には1つとは限らない。しかし、論理的に複数考えられる案から選択された当該解決案が、なぜベストなアンサーとして選択されたのかを説明することが求められる。そうでなければ、クライアント等の聞き手は納得しないからである。ときには、法律の知見を有しない全くの素人を説得する論理を組み立てなくてはならないときもある。そうしたときは特に、相手を効果的に説得できるような展開力が求められることになる。

最後に、これは最も根本的に要求される能力であるが、各回の解決案を検討にあたり、問題の前提となる法律を解釈する能力も当然ながら大切であると学んだ。本ゼミでは、前述のように、様々な専門分野の法律問題を扱った。そこでは、民法、会社法、金融商品取引法をはじめとし、刑法、保険業法、資金決済法、銀行法、個人情報保護法、消費者契約法、旅館業法等といった様々な法律の解釈適用が問題となった。これまで学修してきたなかで扱ったことのない法律の適用を検討することが多くあった。そのようなときには、まず法律の全体像・仕組みを把握し、概説書、規則、ガイドライン等を参照しながら、問題となりそうな規定の文言を丁寧に読み込むことが大切であった。例えば、新規事業に業規制が及ぶのかという問題について、法律の定義に、当該新規事業があてはまるかということが問題となる場合がある。そのようなときには、各種法律が適用を想定していた事態を把握し、法律の趣旨・文言に立ち返り、それが今回問題となっている事業にも当てはまるのかを検証する作業が重要であると学んだ。

以上のように、本ゼミにおける「実践」を通じ、「企業法務」において求められる能力を把握することができた。それは、法解釈能力、事実抽出・分析能力、法律を解釈・適用した結果を伝達する能力であった。これらの能力は、法律家に求められる基本的な能力、つまり司法試験においても求められる能力そのものであったといえる。

3 模擬交渉と「実践」

本ゼミの特徴として、2回にわたり、本ゼミOBの方々と模擬交渉を行うことが挙げられる。模擬交渉では、ある部品取引契約におけるサプライヤー側とベンダー側に分かれ、その部品に関して第三者が提起した特許権侵害訴訟に関し、その費用負担に関する和解契約締結の交渉を行った。受講者2名チーム対先輩OB弁護士2名チームで模擬交渉は行われた。

交渉課題では、複数の論点が提示されていた。そのため、交渉準備では、まず論点に沿ってこちらに有利・不利な事実を洗い出した。その作業のなかで、交渉においては契約上どのようにリスク配分されていたか問題になるから、契約条項の文言解釈も行った。そのうえ

で、こちら側に有利なストーリーを組み立て、相手方に有利なストーリーを想定してこれに対する反論も組み立てた。

交渉当日は、相手方である現役弁護士の OB 先輩方の議論に引っ張られて、こちら想定した土俵に相手方を引き込むことがなかなかできなかった。相手側は自分の土俵に議論を運ぶことがうまく、こちら側の論理を前提として議論を展開することが難しかった。そのため、相手側がこだわる論点を潰すことに終始してしまった感があった。このような交渉となってしまったのは、相手方の主張する論理を瞬時に把握して回答するという瞬発力が不足していたことに原因があるといえる。

模擬交渉により得た教訓は、その準備が重要で、その準備で求められる能力は、やはり、事実を抽出・分析する能力と、法解釈能力であったといえる。さらに、交渉当日において特に重要なのは、法律を解釈・適用した結果を伝達する能力の一環として、瞬時に、事前準備を踏まえた知識を前提として、議論を組み立て、相手を説得する能力にあると感じた。

このように、演習形態は通常の本ゼミにおける講義と違えども、(模擬)交渉で求められる能力というものは、前記法律家に求められる基本的な 3 つの能力であると実感することができた。

IV 「企業法務」の奥深さ

弁護士業務を実際に行ったことのない一学生がそんなこと語る権利があるのかと読者は思うかもしれないが、以下ではあくまでも、私が、本ゼミを受講して得た経験や認識に基づき、「企業法務」の奥深さについて述べたい。これにより、本ゼミが、前記講義目的を超えて、学生に与えているものがあったということを伝えたい。

前述のように、本ゼミでの「実践」を通じて、私は、法律家が企業法務において求められる基本的な能力は、法律家として求められる基本的能力にほかならないという理解を得た。企業法務を扱う者は、基本的には法律家であるのだから、当たり前のことを認識したにすぎない。しかし、本ゼミを通じて、池永先生や各講義を担当した実務家であるゲスト講師の先生のお話を直接伺うことにより、「企業法務」特有の面白さというものに私は触れることができたのではないかと考える。

「企業法務」特有の面白さとは、最先端あるいは未知の法的問題を扱うことが比較的に多いということである。これは、「企業法務」の対象が、ビジネスに関する法的問題を取り扱うという点から導かれものであるといえる。ビジネスは、日々前進し、発展している。そのため、そこには日々新たな法的問題が生成し、「企業法務」を扱う法律家には、その問題を検討する機会が多く与えられることになるといえるのだと思う。

そのような先端的あるいは未知の法律問題を解決することは、目の前のクライアントを救済するということにとどまらない意義を有するといえると思う。すなわち、最先端・未知

の問題に取り組み、その解決策が法的にも社会的にも適切・妥当なものであれば、次に同様の問題に直面した者に対して、間接的にはあるものの、解決案を提示したことになる。このことは、一面において、自身が、ある種の実例の形成に寄与したことにもなるといえるかもしれない。そして、そうした法律問題解決を通じて得た知識、問題解決のプロセス、法律解釈といった実務経験の集積について、論文や書籍により体系化すれば、特定の問題に関する解決策を広く社会に共有するという点で、微力ながらも、法律家が、社会の発展に貢献できることにもなるといえる。このように社会的な広がりのあるといえる「企業法務」の実務に、法律家として関われることは、大きな魅力であると思える。さらに、法律家個人としても、最先端・未知の問題に取り組めることは、知的好奇心を満たすという観点からして、やりがいを感じるものともいえるかもしれない。

このように「企業法務」の対象は広範で、かつ、先端的である場合が多く、「企業法務」の新たな問題は、日々生成されていくといえる。また、「企業法務」に関するある問題を解決することによって、他の法律問題も一挙的に解決できる可能性があるという点において、「企業法務」における法律問題の解決が、社会に対して大きな貢献をする可能性があるものともいえる。この2点に、「企業法務」の奥深さと魅力をみいだせるのではないかと個人的には感じている。

V おわりに

本ゼミにおける「実践」に関しては、検討問題を具体的に紹介できなかったため、かなり漠然として紹介となってしまったが、読者において、本ゼミの雰囲気や少しでも理解していただけたら幸いです。そしてこれにより、一橋大学法科大学院における実践的な教育の一端を窺い知ることができればと思います。なによりも、読者には、最後まで乱筆乱文におつきあいさせてしまい、大変申し訳なく思う次第であります。

最後に、池永先生をはじめとし、各回のゲスト講師の先生のみなさま、本ゼミを通じてお世話になった本ゼミOB・OGのみなさま、本ゼミをともに支えてくれた学友には、この場を借りて、厚く御礼申し上げます。そして、今回、上記テーマでの寄稿の機会を与えてくれた岡田一輝編集委員にも、この場を借りして、心より感謝申し上げます。

以 上

一橋大学法科大学院における法教育活動報告

一橋大学法科大学院修了（2018年3月） 兪尚樹

目次

- I はじめに
- II 東京都立小川高校と渋谷区立鉢山中学校
- III 小田原少年院
- IV まとめ

I はじめに

一橋大学法教育サークル第3期代表として、第3期生の活動報告をしたいと考えています。我々の代は、東京都立小川高校、渋谷区立鉢山中学校、小田原少年院の3か所で法教育授業を行いました。そこで、本稿では各学校でどのような授業を展開したか、そしてどのような教育効果があったか、そして最後に今後どのような法教育が法科大学院生として期待されるのかということ述べたいと思います。

II 東京都立小川高校と渋谷区立鉢山中学校

この2校では、NHKにおいて放送されている昔話を刑事裁判として扱う「昔話法廷」を使い、刑事裁判・裁判員裁判とはどのようなものか、刑事司法の考え方はどのようなものかということ授業しました。やり方としては、まず刑事司法や裁判の前提知識を講義し、実際に「昔話法廷」を生徒に視聴させ、その後グループ分けし議論させグループごとに結論を出してもらい刑事裁判、そして裁判員を味わってもらうというやり方を採用しました。

この授業の目的は、刑事裁判・裁判員という制度そのものを理解してもらうのはもとより、法的思考や多角的視点を学んでもらうというところに主眼を置くものでした。

「昔話法廷」という非常に分かりやすく面白いドラマを用いることもあって、生徒たちの食いつきは非常によく、積極的に議論に参加してくれました。そして、授業後のアンケートでも面白かったなどという感想だけでなく、刑事司法や法的思考に触れることができ、有益であったというものが多く、我々の伝えたいことは伝えることができたと感じました。

ただ、「昔話法廷」を使った講義では、どうしても刑事裁判中心とした授業の構成となってしまう、扱い方を間違えれば単なるディベートになってしまう恐れがあると思います。法教育を行う意味は言うまでもなく単なるディベートをやってもらうのではなく、法

的思考や多角的視点を学んでもらうことにあります。そこでこれを題材として扱う場合には、きちんと伝えたいことを明確化し、単なるディベートにならないように作成者側がしっかり配慮する必要があると考えます。

Ⅲ 小田原少年院

少年院における法教育授業は、当法教育サークルにとって初めての経験でした。そこで、法務省の法教育担当の方をお願いをし、少年院において授業をする機会をいただきました。法教育の授業の内容についても、少年院に入院している生徒は何かしらの法を犯して入院していることから、法に対して敵対心を持っているのではないかと考え、法に対する意識を変えることができるようなものを展開したいと考え、授業を構成しました。具体的には、法に対する意識を変えるには、法が自分たちを縛るばかりのものではなく、法というのは自分たちを守ってくれるものでもあるということを労働法や民事法などの適用があり得る簡単な事例を用いて講義をしました。そして、もし何か困ったことがあったらどのような相談機関に頼ればよいのかということも含め講義をしました。講義の形式については、少年院という特質上、ディスカッションをするのは難しいという要請が施設側からあったことから、講義形式で授業を進めました。

この講義に対する反応は、生徒たちは「法に対する意識が変わった」といってくれたり、「困ったことがあったらどうしたらいいのかわかった」といってくれたり和我々がまさに伝えなかったことを受け取ってくれ、法教育授業の効果を実感し非常にやりがいを感じました。そして、矯正官の方からも、法への意識変化というのは正に少年院でも重視していることであるから、テーマ選びがとてもよかったとお褒めの言葉を賜りました。また、矯正官の方からは、このような授業を一度で終わらせるのではなく、継続的に続けることができればより教育的効果を期待できるのではないかというご意見をいただきました。

また、我々にとっても少年院での法教育授業は非常に有意義なものでした。授業前は、少年院に入っている少年たちに対して、良いイメージを持っておらず、真剣に授業を聞いてくれるのかと心配をしていました。しかし、実際に少年院で授業をしてみるとみんな非常に真面目に授業を聞き、積極的に発言し、授業の趣旨も的確に受け取ってくれるなど、本当に真摯に授業に向き合ってくれました。このような姿勢から、我々の彼らに対するイメージはがらりと変わり、少年少女が可塑性に富んでいるということを実感することができました。このような経験は我々が今後法曹として生きていく中で非常に有益なものであったと確信しています。

IV まとめ

我々はこのような法教育授業を通し、生徒と歳の近い法科大学院生が法教育授業を行う意味は大きいと考えます。なぜなら、歳が生徒と近いことから、生徒たちも親しみをもって遠慮なく授業に参加し、また現場の先生方からも授業について忌憚のない意見を述べてくれ今後の法教育に活かすことができるからです。また、上述したとおり法教育はむしろ授業を行う法科大学院生にとって有益であるともいえます。このように両者にとって有益な法科大学院生における法教育授業が今後も継続して行われていくべきであると考えます。

法教育は、一度の授業として行うことも意味があるかもしれません。しかし、少年院の矯正官のご意見のように継続して行うことでより教育的効果を高めることができると考えます。そこで、法科大学院においても、例えば法教育の授業を開講するなど現在の法科大学院制度の中で学生たちにとっても無理のない形で継続的に法教育授業を行える制度作りがなされれば、より法科大学院生における法教育が広がっていくと思います。今後このような制度作りも含め、法教育について様々な議論がなされていき、法教育の裾野が広がっていくことを切に期待しております。

編集後記

本号は、第1号及び第2号に比べて法科大学院の講義のレビューやエッセイ、法教育の活動報告等を多分に盛り込んだものとなっている。一橋ローレビューを法科大学院生ないし修了生の論文掲載の場とするのみならず、一橋大学法科大学院の環境を修了生や受験生、その他の方々へ伝える場となることを目指したためである。

私自身の思う一橋大学法科大学院の良さは、司法試験に合格するためだけの教育を行い、あるいは学習を積むわけでないことはもちろん、良き法曹となるための研鑽を積むことを第一に掲げつつも、視野を広く持つ学生が非常に多いところである。そのような良さを伝えるためには、本号のように講義や課外活動の様子を紹介することが有用であると考え、本号の構成を採ることとした。このような思いつきに快くご協力いただいた関根規夫先生、吉野太人先生、池永朝昭先生、兪尚樹さん、紅林颯馬さんに心よりの感謝を申し上げる。

もちろん論文についても、私の拙稿を除いては、一橋大学法科大学院の学生の質を示すことのできるものが揃ったと感じている。各論文は、法科大学院の任意科目である「法学研究基礎」にて先生方のご指導を受けながら執筆した論文に加筆修正を加えたものである。そのため、学術面のみならず法科大学院での学習内容の紹介という面においても、これらの論文は意義を有するものと考えている。

また、本号においては、教授の方々に論文を査読いただく前に執筆者間で予備的な査読を行い、その後の校正も執筆者間で行った。編集委員である私の力不足により生じた代替的な措置ではあったが、結果的には論文の質の向上に繋がったと感じている。査読を担当いただいた先生方はもちろん、論文の投稿にとどまらずこれらの作業を引き受けてくださった蟻塚真さん、卜部尊文さん、押田育美さんにも大変感謝している。さらに、共に編集委員として本号の刊行に向けた活動を進めてきた齊藤隆宜さんにも感謝の意を表したい。

そして、本号を刊行することができたのは、編集委員の森村進先生、角田美穂子先生、そして法科大学院長の小粥太郎先生のお力によるものである。編集作業をひたすら遅滞していた私を暖かく見守ってくださり、心からの謝意を示したい。

以上のように、本号の刊行にあたっては多くの方々のご尽力があった。本号が読者の方々の興味関心を惹くものとなっているのであれば、それはこれらのご尽力に起因するものである。

最後に、一橋ローレビューはこれまで半ば不定期の刊行となっていた。本号の刊行が遅滞したのはひとえに私の責任であるが、次号以降定期的に一橋ローレビューが刊行され、一橋大学法科大学院の学習成果と素晴らしい環境とを示す媒体として定着することを切に望んでいる。

2019年3月

一橋大学ローレビュー編集委員 岡田一輝

執筆者・編集委員一覧

執筆者

蟻塚真	司法修習生（一橋大学法科大学院 2017年度修了生）
ト部尊文	司法修習生（一橋大学法科大学院 2017年度修了生）
岡田一輝	司法修習生（一橋大学法科大学院 2017年度修了生）
押田育美	司法修習生（一橋大学法科大学院 2017年度修了生）
関根規夫	仙台地方裁判所第4民事部部総括判事
吉野太人	東京地方検察庁刑事部副部長
紅林颯馬	一橋大学法科大学院 3年
兪尚樹	司法修習生（一橋大学法科大学院 2017年度修了生）

編集委員

齊藤隆宜、岡田一輝

顧問

森村進	一橋大学大学院法学研究科教授
角田美穂子	一橋大学大学院法学研究科教授

『一橋ローレビュー』 第三号

2019年3月31日発行

発行者 一橋ローレビュー編集委員会

本誌より引用される場合には、『一橋ローレビュー』
からの引用である旨明記してください。
