Vol.4 (2009.9)

東京大学
法科大学院ローレビュー

金融商品取引法21条の2第1項に基づき
損害賠償を請求する際の主張・立証方法について　浅江貴光

特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転
―賃貸借契約とライセンス契約を素材として―　荒木玲子

証明責任とその周辺概念の論理プログラミングによる定式化　佐藤　健

刑事訴訟における択一的認定
―同一構成要件内の択一的認定を中心に―　松本　渉

明渡しか，除却か
―「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第2民事部―　太田匡彦

建築関係訴訟の運営について
―民事調停手続の活用を中心として―　岡崎克彦

訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係
―訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として―　小野　傑

権限濫用の法理について　交告尚史

刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義　樋口亮介

金融商品取引法における国際会計基準のエンフォースメント　松尾直彦

The Functioning of a Land Market in Qing South China:
Comments on a Set of Guangdong Land Deeds　Kentaro MATSUBARA

Vol. 4 (2009.9)

ー目次ー

1　第 4 巻の刊行にあたって　井上正仁

投稿論稿

3　金融商品取引法 21 条の 2 第 1 項に基づき損害賠償を請求する際の主張・立証方法について　浅江貴光

19　特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転
ー賃貸借契約とライセンス契約を素材としてー　荒木玲子

46　証明責任とその周辺概念の論理プログラミングによる定式化　佐藤　健

58　刑事訴訟における択一的認定
ー同一構成要件内の択一的認定を中心にー　松本　渉

寄稿論稿

85　明渡しか，除却か
—「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第 2 民事部ー　太田匡彦

129　建築関係訴訟の運営について
ー民事調停手続の活用を中心としてー　岡崎克彦

146　訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係
—訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考としてー　小野　傑

162　権限濫用の法理について　交告尚史

172　刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義　樋口亮介

205　金融商品取引法における国際会計基準のエンフォースメント　松尾直彦

215　The Functioning of a Land Market in Qing South China :
Comments on a Set of Guangdong Land Deeds　Kentaro MATSUBARA

The University of Tokyo Law Review

Vol. 4 (2009.9)

-Contents-

1	Foreword *(in Japanese)*	Masahito INOUYE
3	Methods of Allegation and Proof in Compensation Claim Under Financial Instruments and Exchange Act Article 21-2, Paragraph 1 *(in Japanese)*	Takamitsu ASAE
19	Transfer of Contractual Position Accompanying Assignment of Specific Property Right: A Study Focused On Leases and License Agreements *(in Japanese)*	Reiko ARAKI
46	Formalization of Burden of Proof and Its Surrounding Concepts by Logic Programming *(in Japanese)*	Ken SATOH
58	Alternative Fact Finding in Code of Criminal Procedure - Mainly on Alternative Fact Finding Within Same Elements of Crimes *(in Japanese)*	Wataru MATSUMOTO
85	A Possible Obligation on a Homeless Man Living in a Tent in a Park: Transfer of Land Under the Tent, or Only Removal of the Tent Itself *(in Japanese)*	Masahiko OHTA
129	Streamlining Construction Litigation Through Civil Conciliation: A Judge's Perspective *(in Japanese)*	Katsuhiko OKAZAKI
146	Relationships Between Trustees, Trust Assets and Beneficiaries in Civil Procedures -With Reference to Discussion in the Legislative Process Regarding the Relationship Between Trusts Created for Litigation Purposes and “Gewillkürte Prozeßstandschaft” (Nominated Representative Action) *(in Japanese)*	Masaru ONO
162	On the Notion of Détournement de Pouvoir in French Administrative Law *(in Japanese)*	Hisashi KOKETSU
172	The Observation About the Origin of Criminal Negligence and the Principle of Reliance, and Its Present Significance *(in Japanese)*	Ryosuke HIGUCHI
205	Enforcement of IFRS Under the Financial Instruments and Exchange Act *(in Japanese)*	Naohiko MATSUO
215	The Functioning of a Land Market in Qing South China: Comments on a Set of Guangdong Land Deeds	Kentaro MATSUBARA

The University of Tokyo Law Review

東京大学法科大学院ローレビュー
The University of Tokyo Law Review
Vol.4
2009.9

第 4 巻の刊行にあたって

東京大学法科大学院における学生の自主的な研究やリサーチ，論文執筆を慫慂し，その成果を公表する場として，学生が主体となり教員もこれに協力して毎年 1 回刊行してきた本ローレビューも，今回で第 4 冊目となる。前巻にも増して数多くの学生諸君からの投稿を受けて厳正な選考を行い，また，先生方からのご寄稿もいただいて，一層充実した内容のものとなり，大変嬉しく思っている。最終学年から修了後の新司法試験受験の前後を通じ，時間に追われ緊迫した状況の下にありながらも，熱意にあふれ献身的に編集作業に当たってくださった編集委員のみなさんに，心からお祝いと感謝を申しあげたい。

前巻のはしがきでも述べたように，法科大学院はいま，極めて厳しい状況に置かれており，私ども関係者は，誤解や根拠の不十分な批判に対しては，毅然として反論し，また説明を尽くすとともに，改めるべきところがあれば進んで自己変革を行い，法科大学院での教育をより良いものとするよう努めている。ただ，肝心の全国の法科大学院やその教員，学生の中に，そのような状況に過度に動揺し，法科大学院制度本来の趣旨からはずれ，あるいは背馳すらするような反応を示す向きも見受けられ，徒労感や失望感を覚えることがある。そのような中で，東京大学法科大学院においては，例えば，夏季に合宿形式で行われるサマースクールに参加して，諸外国から招聘した一流の研究者・実務家による英語での授業を受け，国際的な拡がりのある問題や先端的な問題について集中的に学修しようとする意欲的な学生がむしろ増えているという事実や，中学校や高校に出向いて，自分たちが考案し，工夫した教材や手法で法教育を行うボランテイア活動（この「出張教室」は，2009 年度東京大学総長賞を受けることになった）などに積極的に参加する学生も少なくないという事実は，時として見失いそうになる法科大学院に対する希望や情熱を再確認させ，奮い立たせてくれるものである。基本的に学生自らの手（投稿と編集）による本ローレビューの継続的な刊行は，そのような希望の灯火の最たるものといえ，東京大学法科大学院の誇りとして永く受け継がれていくべきものだと考えている。

その灯火の継受をより確かなものにするとともに，照度を高め，照射範囲を拡げるため，今回の第 4 巻の刊行を機に，これまで，とりあえず電子ジャーナルの形でのみ刊行してきた本ローレビューを，既刊の分を含め，冊子体の形でも発行することにした。これにより，本ローレビューが，一層多くのみなさんに愛読され，活用していただけるようになることを期待している。

この冊子体での刊行については，特に，弁護士の柳田幸男先生から多大なご支援を賜った。柳田先生は，ハーバード・ロースクールの客員教授を務められたご経験などを踏まえた，法学教育・法曹養成のあり方についての幅広く深いご思索を基に，ロースクール構想をいち早く提示され，今日の法科大学院制度の創設につながる一連の議論の先駆者的な役割を果たされた方で，東京大学法科大学院についても，開設前より，運営諮問会議の委員として，さまざまにご指導，ご協力いただいてきたが，当初より本ローレビューの刊行を評価してくださっており，今回，このようなありがたいご支援のお申し出をいただくことになったのである。心から御礼申しあげたい。

2009 年 9 月
東京大学大学院法学政治学研究科長
井　上　正　仁

論説

金融商品取引法 21 条の 2 第 1 項に基づき 損害賠償を請求する際の主張・立証方法について

―金融商品取引法 21 条の 2 第 2 項によって推定されない者が，有価証券報告書等に虚偽記載等があったことによって損害を被ったとして，会社に対して金融商品取引法 21 条の 2 第 1 項に基づいて損害賠償を請求する際，どのような主張をし，どのような立証をなせば，損害賠償請求が認められるか?―

2008 年 4 月入学

浅江貴光

I. はじめに

II. 21 条の 2 第 2 項について
- 1 21 条の 2 第 2 項についての立法担当者の考え
  - (1) 21 条の 2 第 2 項の趣旨及び算定方法について
  - (2) 要件限定の理由
- 2 齋藤尚雄による 21 条の 2 第 2 項の説明の試み
  - (1) 2 つの前提法則
  - (2) 21 条の 2 第 2 項の要件限定の理由に対する説明の試み
  - (3) 齋藤尚雄の説明の妥当性

III. 検討
- 1 証明度及び要件事実について
  - (1) 証明度について
  - (2) 要件事実について
- 2 ケースにおいて投資者が被る損害とは
  - (1) 不法行為における損害とは
  - (2) 虚偽開示があったために投資者が被る損害について（黒沼悦郎の二分論）
  - (3) 流通市場における損害賠償請求
- 3 鶴岡灯油事件（最判平成元年 12 月 8 日民集 43 巻 11 号 1259 頁）
  - (1) 事案の概要
  - (2) 損害論についての最高裁の判断
- 4 損害の発生及び額の立証方法
  - (1) 鶴岡灯油事件最高裁の論理を用いることができるか
  - (2) 鶴岡灯油事件とケースとの違い
  - (3) 想定価格を立証できるか
  - (4) 差額を手がかりとして立証することは認められるだろうか
  - (5) 手がかりとしてどの差額を用いるべきか
  - (6) 前提要件の付加
  - (7) 第 1 プロセスにおける前提要件について
  - (8) 第 2 プロセスにおける前提要件について
- 5 因果関係について
- 6 民訴法 248 条について
  - (1)「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」にあたるか
  - (2) 民訴法 248 条の法的性格について
- 7 会社財産流出の懸念について
  - (1) 問題点
  - (2) 損害を被った理由はなにか

IV. 終わりに

I. はじめに

金融商品取引法21条の2（以下，単に条文を示す時は金融商品取引法の条文とする。）は，有価証券報告書等のうちに，重要な事項について虚偽記載等があった場合に，当該書類が公衆縦覧に供されている間に，当該書類を提出した会社が発行者である有価証券を募集又は売り出しによらないで取得した者が，会社に対し，損害賠償を請求することができるという規定である。この条文は，証券取引法平成16年改正において導入された。導入された趣旨は，原告の立証負担を軽減するためであり，第1項において無過失責任とされ，第2項において損害額の推定規定が置かれている。もっとも，第2項により損害額が推定されるためには，公表日前1年以内に当該会社の有価証券を取得し，公表日において所有し続けた者でなければならない。

有価証券報告書等に虚偽記載等があり，それによって損害を被ったとして会社に対して損害賠償を求める損害賠償請求権の性質は，不法行為に基づく損害賠償請求権である。そのため，21条の2がなくとも，民法あるいは商法の一般不法行為の規定に基づいて，請求することも可能である。現に，西武鉄道事件等，21条の2が適用されない事件[1]について，民法あるいは商法の一般不法行為の規定を根拠として，いくつか訴訟が提起されている。その結果として，裁判所が原告の請求を認めた例[2]もあるが，損害の発生及び額の立証がなされていないとして請求を否定した例[3]もあり，また，認めた裁判例においてもその理由はそれぞれ異なり[4]，結論は一致をみない状況である。

このように一般不法行為の規定に基づいて損害賠償を請求した場合の結論が錯綜している中，いわゆるライブドア訴訟[5]において，21条の2第2項が初めて適用された。その結果，原告の立証負担は従来に比べてはるかに軽減され，損害賠償請求が認められた。したがって，第2項の推定規定は，大変大きな意味を持ち，公表日前1年以内に取得した者であるかによって，請求が認められうるかどうかは大きく異なる。

この点について，私には1つの疑問がある。それは，公表日前1年以内に有価証券を購入した者であろうと，公表日前1年よりも前に購入した者であろうと，保護されるべき必要性という観点からは，同じではないかということである。

例えば，2006年度，2007年度の有価証券報告書において，それぞれ同じような粉飾決算を行っていた会社があるとしよう。そして，2008年8月1日に会社が，2年度にわたって有価証券報告書に虚偽記載を行っていたことを公表し，株価が暴落した。このとき，2007年7月30日に当該会社の株式を市場で購入した者と，2008年7月30日に購入した者で保護をすべき必要性は異なるだろうか。

私は，公表日前1年以内に購入した者であろうと，それよりも前に購入した者であろうと，保護すべき必要性という観点からは，変わらないと考える。しかしながら，第2項において明確に1年を境に線引きをしており，明文の規定に反して公表日前1年よりも前に購入した者について，第2項を適用あるいは

1)　21条の2は，平成16年12月1日から施行され，それ以前の開示書類については適用されない。

2)　東京地判平成20年4月24日金判1293号42頁，東京地判平成19年9月26日金判1278号32頁，東京地判平成19年11月26日判時1998号141頁，大分地判平成20年3月3日金判1290号5頁。

3)　東京地判平成20年4月24日金判1293号70頁，東京地判平成19年8月28日金判1280号10頁，東京地判平成19年10月1日判タ1263号331頁。

4)　前掲注2) 東京地判平成20年4月24日は，公表日の価格から売却価格を引いた分について損害賠償請求を認め，前掲注2) 東京地判平成19年9月26日は，取得価格から公表直前までの下落分及び売却価格を控除した額の損害賠償請求を認め，前掲注2) 東京地判平成19年11月26日は，21条の2が適用されない事例だったが，21条の2第2項の推定規定は合理性を有するとして，推定規定を用いて損害賠償請求を認め，前掲注2) 大分地判平成20年3月3日は，取得価格から最終的な売却価格を控除した額の損害賠償請求を認めた。

5)　東京地判平成20年6月13日金判1297号42頁。

類推適用することによって損害額の推定をすることは，およそ条文解釈として不可能であろう。すると，21条の2というのは，投資者の保護を図った規定であるといえるが，損害額推定規定を利用できるのが公表日前1年以内に取得した者に限定されているため，必ずしも十分とはいえないと思われる。

では，第2項の損害額推定規定を利用できない者が，第1項に基づいて損害賠償を請求する際，どのような主張・立証をすればよいだろうか。この場合には，一般不法行為の規定に基づいて請求するときと同様に，原告は，損害の発生及び額，因果関係を立証しなければならない。前掲注2)，注3) 東京地判平成20年4月24日の西武鉄道の有価証券報告書虚偽記載をめぐる2つの裁判例では，同じ日，同じ裁判官が判決を下したにもかかわらず，一方では請求を認め，一方では認めないという結論が下された。一言で言えば，請求が認められなかった原告の主張の仕方が悪かったということになるが，第1項に基づいて請求する場合にも，このように請求の仕方次第では，本来請求が認められるはずの事件においても，請求が否定されることもありうる。

そこで，21条の2第2項によって推定されない者が，有価証券報告書等に虚偽記載等があったことによって損害を被ったとして，会社に対して21条の2第1項に基づいて損害賠償を請求する際，どのような主張をし，どのような立証をなせば，損害賠償請求が認められるかということを，実際に裁判になった場合を念頭において検討していきたい。

II. 21条の2第2項について

本論文の主題についての検討の前提として，21条の2第2項とはいかなる規定であるかを明確にしたい。21条の2第1項に基づいて請求する場合においても，第2項の損害額推定規定というのは大変参考になると思われるからである。

1 21条の2第2項についての立法担当者の考え

立法担当者の第2項の考えは以下の通りである[6)]。

(1) 21条の2第2項の趣旨及び算定方法について

民事上の損害賠償請求では，原則として原告は，① 違法行為，② 故意・過失，③ 違法行為と損害との間の因果関係，④ 損害及び損害額を原告は主張立証しなければならない。ここでいう損害のとらえ方は，加害行為がなかったと仮定した場合の財産状態と現実の財産状態との差額である。不法行為における損害の認定に，差額説が取られる以上，証券取引であろうとなかろうと一定の仮説を立てて損害額を把握せざるを得ない。本来差額説であれば，不実開示がなかったと仮定した場合の証券の価格を想定すべきこととなり，「証券を取得したときの取得価格」－「仮に不実開示がなかったと仮定した場合の当時の証券の想定価格」＝損害額となるはずである。しかし，後者の価格を原告が立証することは極めて困難である。そこで，仮定の価格を想定する代わりに，現実に真実が公表され証券の価格が下落した場合に，その下落額は，いわば不実開示によって不当に高く評価されていた価格の近似値であると考え，法律上，「下落額」≒「差額説による理論価格」と評価して，第2項の推定規定を設けた。

公表日前後1か月間の平均額の差額により推定額を算出することとした趣旨は，次のとおりである。開示書類の虚偽記載等の証券価格への影響は継続的なものであることから，その価格への影響を考えるには，一定期間の価格をとることが望ましい。また，虚偽公表直前または直後の一点の市場価格をとることは，その価格がその日に特に発生した特殊な

6) 以下の説明は，三井秀範編『課徴金制度と民事賠償責任－条解証券取引法』（きんざい，2005）30-38頁，152-166頁による。

事情を反映した額である可能性があり，必ずしも適当とはいえない。特に公表直後については，虚偽記載等の公表に対する市場の過剰な反応による部分（いわゆるオーバーシュート）もあることから，そのすべての下落額を虚偽記載等によって生じたとすることは妥当でない。他方で，平均をとる期間をあまりに長期とすると推定規定を利用できるまでに時間がかかるし，他の事情による価格変動の影響もうけてしまう。以上を総合的に勘案し，1か月とした。

(2) 要件限定の理由

推定規定を利用できる請求権者は，公表日前 1 年以内に証券を取得した者に限定されている。これは，取得時と公表日との間にあまりに時間的間隔が認められる場合には，当該証券価格決定の基礎となる経済状況がその間に大きく変化している可能性も高くなり，上記のような推定の合理性が薄まるという理由に基づく。

また，「公表日において引き続き当該有価証券を所有する者」に限定されている。これは，公表日前に証券を売却した者は，まだ虚偽記載等が公表されず，虚偽記載等を原因とする証券価格の下落による損害が顕在化しないうちに証券を手放しているため，類型的に損害が生じているとは考えにくいという理由に基づく。

2　齋藤尚雄による 21 条の 2 第 2 項の説明の試み

齋藤尚雄は，21 条の 2 第 2 項の推定規定の構造を分析すると，前提をなす複数の法則の組み合わせにより成立しているとの説明が可能であり，その見方が正しいとすると，第 2 項が適用されるための要件も整合的に説明できるとしている[7]。

齋藤尚雄の説明というのは，21 条の 2 第 2 項の構造を理解する上で有益であると思われるため，以下，その説明について述べる[8]。

(1) 2 つの前提法則

第 2 項の損害額推定規定の構造は，2 つの前提法則の組み合わせにより成立しているとの説明が可能である。

第 1 に，スタート時（不実開示が継続している期間中であって，投資者が証券を取得した時点）の現実価格と真実織り込み済みの理論価格との差額（これが理論上の差額）と，エンド時（不実開示があったことの公表日）における両者の差額とがおおむね等しいこと（換言すると，エンド時においてもスタート時と同レベルの損害が継続して存在していること）。これを前提法則第 1 という。

第 2 に，前提法則第 1 により，エンド時に継続していると目される「損害」の額は公表日前後の株価の落差によって合理的に計測できること。これを前提法則第 2 という。

(2) 21 条の 2 第 2 項の要件限定の理由に対する説明の試み

21 条の 2 第 2 項が，この 2 つの前提法則を前提とした推定規定であるという見方が正しいとすると，21 条の 2 第 2 項の利用のための，① 公表前 1 年以内に証券を取得，② 公表日において引き続き証券を所有という 2 つの要件は，ある程度整合的に説明することも可能なように思われる。①については，不実開示後 1 年以上の長期間が経過した場合には，スタート時とエンド時の差額のレベルがかい離する可能性があるとの懸念から設けられたと説明可能であろう。②については，不実開示中に証券を取得した者は取得時において真実価格との差額分の割増代金の損害を受けるものの，公表前に売却している場合には，前提法則第 1 が公表期間中を通じておおむね正しいとすれば，不実開示による割増分が依然として上乗せされている価格で売却することとなり，結局プラスマイナスがほぼ同

7)　齋藤尚雄「不実開示に関する民事責任の拡充・課徴金制度の導入を通じた市場規律の回復と関係当事者への影響〔中〕」商事 1718 号 32 頁，33 頁（2004）。
8)　以下の説明は，齋藤・前掲注 7)32 頁による。

じになるはずであり，これはその間，有価証券価格が不実開示以外の要因により上下したとしても異ならないはずである。にもかかわらず，さらに推定規定による救済を与えるとすると，二重取りに近い結果が生じる恐れがあるとの説明が可能と思われる。

(3) 齋藤尚雄の説明の妥当性

第2項が適用されるための①②の要件について，黒沼悦郎は，「推定規定の適用範囲を①，②によって限定することは理論的には正しくない」9) としているが，齋藤尚雄は，①②の要件が設けられた理由を2つの前提法則を使って説得的な説明をしている。また，その説明は，立法担当者の見解とも整合的であると思われる。

そこで，齋藤尚雄の21条の2第2項の説明は妥当であると考え，第2項は上記2つの前提法則の上に成り立っている規定であると理解して，以下検討を進めたい。

III. 検討

次に，本論文の主題である「21条の2第2項によって推定されない者が，有価証券報告書等に虚偽記載等があったことによって損害を被ったとして，会社に対して21条の2第1項に基づいて損害賠償を請求する際，どのような主張をし，どのような立証をなせば，損害賠償請求が認められるか」について検討したい。

以下では，会社が，有価証券報告書のうちに，重要な事項について虚偽記載をし，その有価証券報告書が公衆縦覧に供されている間に，当該会社の株式を市場において購入した株主が，虚偽記載であった旨を会社が公表し（購入から公表まで1年以上空いている），株価が下落した後，会社に対し，21条の2第1項に基づき損害賠償を請求する場合を念頭に置くことにする（以下，この事例のことを「ケース」とする。）。

1 証明度及び要件事実について

まず，裁判において，要求されている証明度はどの程度か，不法行為において原告が立証しなければならない事項はなにかということについて述べる。

(1) 証明度について

いわゆるルンバール事件は，訴訟上の因果関係の証明があると判断すべき程度（以下，「証明度」という。）について，通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうる高度の蓋然性という基準を示した 10)。証明度について高度の蓋然性を基準とする考え方は，因果関係の証明にとどまらず，訴訟上の証明一般について妥当すると解されている 11) 12)。

(2) 要件事実について

不法行為に基づく損害賠償請求における要件事実は，① 原告の権利又は法律上保護される利益の存在，② ①に対する被告の加害行為，③ ②についての故意過失，④ 損害の発生及び額 13)，⑤ ②と④との因果関係であ

9) 黒沼悦郎「証券取引法における民事責任規定の見直し」商事1708号4頁，6頁（2004）。

10) 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁（ルンバール事件）において最高裁は，因果関係の証明度について「一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく，経験則に照らして全証拠を総合検討し，特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる高度の蓋然性を証明することであり，その判定は，通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要と」するという基準を立てた。

11) 笠井正俊「判批」伊藤眞ほか編『民事訴訟法百選（第3版）』（有斐閣，2003）134頁，135頁。

12) 最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁において，最高裁は，「訴訟上の立証は，一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく，経験則に照らして全証拠を総合検討し，特定の事実の存在を是認し得る高度の蓋然性を証明することであり，その判定は，通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものであることを必要とし，かつ，それで足りるものである」と，訴訟上の証明一般の問題として同旨を示している。

13) 損害額の立証についての主張立証責任も原告が負うかということについて争いがあるが，最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁において，最高裁は，「損害賠償を請求する者は損害発生の事実だけでなく損害の数額をも立証すべき責任を負うものであることは当然であるから裁判所は請求者の提出した証拠を判断し損害額

る[14]。

ケースでは，①②③の立証は容易あるいは不要であり，④⑤が問題となる。特に損害の発生及び額の立証は大変難しい。以下，損害の発生及び額，因果関係の立証はどのような方法によればなし得るかということについて検討する。

2　ケースにおいて投資者が被る損害とは

そもそもケースにおいて投資者が被る損害とはなにかということについて検討する。ケースにおける損害賠償請求権の性質は，不法行為に基づく損害賠償請求権であるため，まず，一般的に不法行為において損害について，判例上どのように考えられているかを述べた上で，虚偽開示があったために投資者が被る損害について,黒沼悦郎の見解を紹介し，ケースにおいて投資者が損害賠償を請求するに当たって，損害をどのようにとらえるべきか検討する。

(1) 不法行為における損害とは

判例は，不法行為における損害について，差額説をとっている。差額説によれば，損害とは，不法行為がなければ被害者が現在有しているであろう仮定的利益状態と，不法行為がなされたために被害者が現在有している現実の利益状態との間の「差額」であるとされている[15)16)]。

(2) 虚偽開示があったために投資者が被る損害について（黒沼悦郎の二分論）

黒沼悦郎は虚偽開示があったために投資家が被る損害について以下のように述べている[17]。

投資者が虚偽開示により損害を被る事案にはいくつかのパターンがあり，それに応じて差額説の適用結果が異なり，原状回復的な損害賠償と，高値取得損害に基づく損害賠償に分けられる。

原状回復的な損害賠償とは，違法行為がなかったら投資者が当該有価証券を取得しなかったと認められる場合である。違法行為がされた利益状態とは，当該有価証券を取得した状態，違法行為がなかった状態とは，当該有価証券を取得しなかった状態であるから，差額説によれば，有価証券の取得価格と現在の価格，もし既に処分している場合は処分価格との差額が損害となる。

高値取得損害に基づく損害賠償とは，違法行為がなかったら，投資者が当該有価証券をもっと低い価格で取得していたと認められる場合である。違法行為がされた状態とは，取得価格で取得した状態，違法行為がなかった状態とは想定価格（虚偽記載がなかったとしたら形成されていたであろう市場価格）で取得した状態であるから，差額説によれば，取得価格と想定価格との差額が損害となる。

(3) 流通市場における損害賠償請求

黒沼悦郎が主張するように，虚偽開示によって投資者が損害賠償を請求する場合，原状回復的な損害賠償と高値取得損害に基づく損害賠償とに分けることが可能であると思われる。もっとも，流通市場において，虚偽開示がなければ当該有価証券を購入しなかったということを原告が立証することは大変難しいと思われる。そのため，原状回復的な損害賠償が認められる事例というのは，虚偽開示が問題となる事例の中でも例外であると考えられる[18]。

虚偽の流通市場開示が問題となった裁判例

が証明せられたかどうかを判定すべきであり，もし損害額が証明せられないと認めたときはその請求を棄却すべきであつて職権によつて鑑定を命じ損害額を審究すべき職責を有するものではない」と判示して，財産的損害の額について，原告が立証責任を負うとしている。

14) 岡口基一『要件事実マニュアル 下巻（第2版）』（ぎょうせい，2007）144頁。

15) 潮見佳男『不法行為法』（信山社，2002）214頁。

16) 本論文は実際に裁判になったときのことを念頭に置くため，差額説を前提として検討する。

17) 黒沼悦郎「西武鉄道事件判決の検討〔中〕」商事1839号20頁，23頁（2008）。

18) 黒沼悦郎も，虚偽記載があれば必ず原状回復的な損害賠償が認められるわけではなく，例外的に認められる

のうち，原状回復的な損害賠償を認めたのは前掲注 2) 大分地判平成 20 年 3 月 3 日だけであり，その他の裁判例は，結論として請求を肯定した裁判例も否定した裁判例も損害として高値取得損害の考え方がとられている[19]。また，立法担当者も損害として高値取得損害の考え方をとっている。

そこで，ケースにおいても原状回復的な損害賠償が認められる場合も考えられるが，以下では，損害を高値取得損害ととらえて検討を進める。

3　鶴岡灯油事件（最判平成元年 12 月 8 日民集 43 巻 11 号 1259 頁）

ここで，損害の発生及び額の立証が大変困難な事例について判断した鶴岡灯油事件の最高裁判例を紹介する。鶴岡灯油事件というのは，独占禁止法違反の事例であるが，ケースと問題状況は類似しており，損害論について詳細な一般論を述べているため，ケースにおいて損害賠償を請求する際も，大変参考になると思われるからである。

(1) 事案の概要

鶴岡灯油事件は，昭和 48 年のいわゆる第 1 次オイルショックを背景として起こった事件である。石油元売 12 社が，民生用灯油の元売り仕切り価格を引き上げる価格協定を締結し，その協定通りに値上げを実行したことにより，家庭用灯油の小売価格が値上げされた。そこで，鶴岡生協の組合員を主体とする同市の 1654 名が，それら元売 12 社に対し，民法 709 条に基づき損害賠償を請求した。

(2) 損害論についての最高裁の判断

最高裁は，損害論について以下のように判示した。

独禁法違反行為によって消費者の被る損害は，現実購入価格と想定購入価格との差額であり，原告はそのいずれについても（従って想定購入価格も）主張・立証責任を負うが，想定購入価格の立証（推計）は困難であるから，現実に存在した市場価格を手がかりとしてこれを推計する方法が許されてよい。

そして，一般的には，価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件，市場構造その他の経済的要因等に変動がない限り，当該価格協定の実施直前の小売価格をもって想定購入価格と推認するのが相当であるということができるが，その推認は，価格協定の実施当時から消費者が商品を購入する時点までの間に当該商品の小売価格形成の前提となる経済条件，市場構造その他の経済的要因等に変動がないことが前提であるから，原告としては，そのような経済的要因等に変動がないことまで主張・立証しなければならず，それらができなければ，直前小売価格をもって想定購入価格と推認することはできない。その場合には，直前価格のみから想定購入価格を推認することは許されず，直前価格のほか，当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容，程度その他の価格形成要因を総合検討してこれを推計しなければならず，総合検討による推計の基礎資料となる当該商品の価格形成上の特性及び経済的変動の内容，程度その他の価格形成要因を原告が主張立証すべきことになる。

本件の場合，① 事件当時，原油の価格が上昇していたこと，② 灯油に対する消費者の需要が増加していたこと，③ 一般消費者物価が顕著な値上がりをしていたこと，④ 通産省が元売り仕切り価格について上限価格を設定していたこと，⑤ 流通過程において，

ものであるとしている。黒沼・前掲注 17)24 頁。

19) 前掲注 2) 大分地判平成 20 年 3 月 3 日の事例というのは，被告会社は平成 15 年 6 月 30 日付で東証マザーズに上場したが，上場前の平成 15 年 5 月 29 日に九州財務局長に提出した同年 1 月期中間決算における決算書類及び有価証券届出書において，既に虚偽記載がなされており，虚偽記載がなされなかったらそもそも上場さえしていなかったともいえる事例であり，裁判所が原状回復的な損害賠償を認めた理由はそのような事情が関係していると思われる。

仕入れ価格・人件費が上昇していたこと等の事実からすれば，本件価格協定の実施当時から原告らが灯油を購入したと主張している時点までの間に，灯油の元売段階における経済条件，市場構造等にかなりの変動があったものといわなければならないから，直前小売価格をもって想定購入価格と推認することはできず，しかも他に，想定購入価格が現実購入価格よりも安かったことを認めるに足りる証拠もないため，原告の請求は失当として棄却すべきである。

4　損害の発生及び額の立証方法

損害の発生及び額をどのようにすれば立証できるかを検討する。鶴岡灯油事件最高裁は，類似の事例について判断した最高裁判例であるため，ケースにおいても鶴岡灯油事件最高裁の論理を用いることができるかをまず検討し，用いることができるのであれば，そこから損害の発生及び額を立証できるか検討する[20)]。

(1) 鶴岡灯油事件最高裁の論理を用いることができるか

鶴岡灯油事件では，消費者が，価格協定があったために高い値段で購入したと主張しており，ケースでは，投資者が，虚偽開示があったために高い値段で購入したと主張するため，問題状況が類似している。また，最高裁は，現実購入価格と想定購入価格の差額が損害であると判示しており，これは高値取得損害を意味しているため，損害のとらえ方も同様である。そこで，ケースにおいて21条の2第1項に基づき，損害を高値取得損害としてとらえ，損害賠償を請求する場合には，鶴岡灯油事件最高裁の論理を用いることが許されると解される。

もっとも，鶴岡灯油事件では，店頭で販売されている灯油を消費者が購入するのに対し，ケースでは投資者が株式市場において株式を購入しており，価格が決まっている店頭で購入するか，価格が時々刻々と変動する市場において購入するかという違いがある。もしこの違いが，大きければ，鶴岡灯油事件最高裁の論理をここで用いることはできないだろう。しかしながら，末尾に添付した参考資料の通り，灯油の店頭価格というのは一定ではなく日々変化するものであり，変化するという点及び，その変化の仕方は，株式市場における価格変動の仕方と似ている[21)]。また，灯油の元である原油は，市場において売買されており，店頭で販売されるまでには介在する者も存在するため，市場における価格変動がそのまま店頭販売価格に転嫁されるわけではないが，一定の範囲で市場価格が灯油の店頭販売価格に反映されるため，灯油の店頭での購入というのは，市場における購入と類似性がある。以上より，店頭での灯油の購入と市場での株式の購入というのは，それほど差異があるものではなく，鶴岡灯油事件最高裁判決の論理の射程外であるとはいえないだろう。

(2) 鶴岡灯油事件とケースとの違い

鶴岡灯油事件最高裁の論理を用いることができるとしても，鶴岡灯油事件とケースでは2つの大きな違いが見られる。

第1の違いは，鶴岡灯油事件では，価格協定をしたのは，元売業者であり，消費者が購入するまでに，卸売業者，小売業者が介在しているのに対し，ケースでは，そのように介在するものがいないことである。そのため，鶴岡灯油事件では，損害の発生及び額，因果関係の立証（現実小売価格が想定小売価格よりも高く形成されたことの立証）をするためには，価格協定があったことにより，現実元売価格が，想定元売価格よりも高く形成され

20) ちなみに，黒沼悦郎「証券市場における情報開示に基づく民事責任（一）～（五・完）」法協105巻12号1615頁（1988），106巻1号74頁，2号193頁，5号765頁，7号1189頁（1989），特に106巻2号193頁において，アメリカでの損害賠償の算定方法についての詳細な検討がある。

21) 山形県の灯油店頭価格の推移グラフ及び日経平均株価のチャートを本論文末尾に添付する。

たことの立証に加えて，卸売業者，小売業者が，元売業者の値上げ分を消費者に転嫁したことを立証しなければならない[22]。それに対し，ケースでは，虚偽記載によって市場価格が高く形成されたことの立証ができれば，損害の発生及び額，因果関係の立証はできたことになる。したがって，この点については，ケースの立証の方が容易であるといえよう。

第2の違いは，鶴岡灯油事件では，価格協定によって価格協定の実施直前の価格から価格協定によって定められた価格分だけ上がるのに対し，ケースでは，虚偽開示を行い，マイナス情報を隠すだけ，あるいは，黒字を多少増やすだけであり，従来の価格から上がることが少なく，あるいは，上がるとしても明白に上がるわけではなく，虚偽記載である旨を公表することによって株価が下落することである。この違いから発生する問題については後述する。

(3) 想定価格を立証できるか

ではケースにおいて，鶴岡灯油事件最高裁の論理に従い，想定価格を立証できるだろうか。

ア　虚偽開示直前の価格を手がかりとすることは妥当か

最高裁は，特段の事情がなければ価格協定の実施直前の価格と想定購入価格が同一であろうという前提にたって，価格協定実施の直前の価格を手がかりとしてよいとしている。そこでケースでも最高裁とパラレルに考えるならば，虚偽開示がなされる直前の価格を手がかりとして想定価格を推計することになる。

しかし，ケースでは，鶴岡灯油事件とケースの違いで述べたように，虚偽開示がなされ，株価に影響があったとしても従来の価格から上がることは少ない。それは，虚偽開示という不法行為が，正しい情報が記載された有価証券報告書が開示されることによって下落するはずだった株価を，維持させるという形で働いているからである。したがって，想定価格というのは，虚偽開示がなされる直前の価格よりも低い価格であることが分かる。とすると，虚偽開示がなされる直前の価格を手がかりとすることは妥当でない。なぜなら，虚偽開示がなされる直前の価格と想定価格が同一でないことが明白なためである。

イ　手がかりとする価格として適当な価格とは

そこで，どの価格を手がかりとして推計すべきかが問題となるが，虚偽記載である旨の公表がなされて下がった後の価格が，想定価格を推計する価格として適していると思われる。なぜなら，その価格は，虚偽開示による影響がなくなった価格であって，想定価格と同一である可能性があるためである。したがって，公表後の価格を，手がかりとする「現実に存在した市場価格」とすることが妥当であると解される。

ウ　果たして想定価格を立証することができるだろうか

最高裁は，購入時の想定購入価格が価格協定の実施直前の価格と同一であると認めるためには，価格協定の実施直前の価格のまま推移していたということを立証しなければならないとしている。そのため，ケースでは，想定価格と公表後の価格が同一であることを立証しなければならない。しかしながら，ケースでは，購入後公表まで1年以上経っており，その間には，当該会社特有の事情の存在や，市場全体に作用するような事情の存在が当然に予想されるため，公表後の価格が，想定価格と同一であることを立証することはおよそ不可能であると思われる。

また，最高裁は，前提要件が成り立たない場合には総合検討して想定購入価格を推計するとしているが，1年以上もの間に起きた株価形成要因をすべて主張立証した上で，想定価格を推計することは不可能であると思われる。そのため，最高裁が示した，前提要件が成り立たない場合の例外によっても難しいだろう。したがって，想定価格を推計すること

22) 白石忠志「独禁法事例の勘所」法教317号92頁，93頁（2007）。

は，ケースでは困難であると言わざるを得ない。

(4) 差額を手がかりとして立証することは認められるだろうか

では，現実に，存在した市場価格の「差額」を手がかりとして取得価格と想定価格の差額を推計する方法が許されるだろうか。この点については，最高裁は，否定するとは考えにくい。なぜなら，損害賠償請求訴訟では，差額を立証することが本来の目的であり，差額を立証するための想定購入価格の立証を現実に存在した市場価格を手がかりとすることが認められるのであれば，立証の本来の目的である取得価格と想定価格の差額を現実に存在した市場価格の差額を手がかりとして推計する方法は，当然に許されると思われるからである。

また，21 条の 2 第 2 項は，公表後の価格から想定購入価格を推定するのではなく，公表日前後の差額から購入時の取得価格と想定価格の差額を推定しているため，第 2 項によって推定されない者の場合であっても，差額を手がかりとすることは許されると考えられる。

したがって，現実に存在した市場価格の差額を手がかりとして購入時の取得価格と想定価格の差額を推計することは，認められると解される。

(5) 手がかりとしてどの差額を用いるべきか

現実に存在した市場価格の差額として，どの差額を手がかりとすべきかが問題となる。

ア　公表日前後の価格の差額を手がかりとすることの正当性

まず，抽象的には，公表日前後の価格の差額を手がかりとすることになると思われる。なぜなら，鶴岡灯油事件とケースの違いで述べたように，鶴岡灯油事件では，価格協定を契機として価格が明白に上がるのに対し，ケースでは，虚偽記載によって明白に上がるわけではない。これは，前述のように，虚偽開示が，本来は下がっていた価格を維持するという形で働いているからである。したがって，虚偽開示の前後の差額を，購入時の取得価格と想定価格の差額を推計する手がかりとすることは妥当でない。

一方，虚偽記載である旨の公表を契機として株価は明白に下がる。公表日前後の価格の差額というのは，虚偽開示があった状態となくなった状態の差額であり，虚偽開示の株価への影響を現わしたものである。したがって，購入時の取得価格と想定価格の差額を推計する手がかりとして，公表日前後の価格の差額を手がかりとすることが最も適当であると考えられる。

前掲注 3) 東京地判平成 20 年 4 月 24 日（西武鉄道事件機関投資者訴訟）において裁判所は，株式の取得価額と想定価格との差額を推認する一資料として，当該虚偽記載に係る真実公表の前後における株価の変動が参考になることが一般的にあり得るとしている。さらに，21 条の 2 第 2 項も公表日前後の差額から購入時の取得価格と想定価格の差額を推定している。

そこで，公表日前後の価格の差額を手がかりとして算定してよいと考えられる。

イ　公表日前後 1 か月間の平均額の差額を手がかりとすることの正当性

では，具体的に，どのようにして差額を算定すべきであろうか。

現実に存在した市場価格の差額から購入時の取得価格と想定価格の差額を算定する方法というのは，厳密には，公表日前後の差額から，公表日における市場価格と想定価格の差額を算定し（以下，このプロセスを「第 1 プロセス」とする。），その価格から購入時の取得価格と想定価格の差額を算定する（以下，このプロセスを「第 2 プロセス」とする。）というプロセスをとる。

手がかりとしての価格をどのような算定方法によるべきかという問題は，第 1 プロセスである公表日における市場価格と想定価格の差額をなるべく正確に算定するためにはどのような方法をとればよいかということに置き換えることができる。この点については，公表日前後 1 か月間の平均額の差額を手がかりとすべきであると考えられる。なぜなら，21

条の2第2項についての立法担当者の説明[23]は，公表日前後の差額から公表日における市場価格と想定価格の差額を算定する場合も同様に妥当し，合理性を有すると考えられるからである。

(6) 前提要件の付加

ア　前提要件の付加の必要性

最高裁は，手がかりとする価格が決まったら，その手がかりとする価格が，想定購入価格と同一であること立証するために，当該商品の価格形成の前提となる経済条件，市場構造その他の経済的要因等に変動がないという前提要件を立証する必要があるとしている。このように最高裁は，市場価格から想定価格を直接推計するため，1つの前提要件を立証すれば足りるが，現実に存在した市場価格の差額から購入時の取得価格と想定価格の差額を算定する場合には，前述のように2つのプロセスをとり，その両方のプロセスにおいて前提要件が必要であると思われる。したがって，合わせて2つの前提要件が必要となる。

イ　2つの前提要件

第1プロセスにおける前提要件は，公表日前後1か月間の平均額の差額と公表日の市場価格と想定価格の差額が同一であることを立証するために，公表日前後で差額が発生した原因は，虚偽記載である旨の公表によるものであり，虚偽記載である旨を公表したこと以外の事情はないということである。

第2プロセスにおける前提要件は，公表日における市場価格と想定価格の差額が，購入時における取得価格と想定価格の差額と同一であることを立証するために，差額が変動していないということである。これは，最高裁においても必要とされている要件である。

ウ　21条の2第2項との整合性

この第1プロセスにおける前提要件は，前述した齋藤尚雄のいう前提法則第2[24]にあたるものであり，第2プロセスにおける前提要件は，齋藤尚雄のいう前提法則第1[25]にあたるものである。

したがって，私は，21条の2第2項が前提としていることを立証すれば，損害賠償請求が認められると考える。すなわち，21条の2第2項では，公表日前後1か月間の平均額の差額が公表日における市場価格と想定価格の差額と推定され，第4項において被告からの反証を許しているが，ケースでは，推定規定が適用されないため，公表日前後1か月間の平均額の差額が，公表日における市場価格と想定価格の差額であるということを原告側が立証しなければならない。また，公表日前1年以内に取得した者の場合，前提法則第1が働くが，ケースでは，推定規定が適用されないため，前提法則第1が働かず，公表日における市場価格と想定価格の差額が，購入時の取得価格と想定価格の差額と同一であることを原告は立証しなければならないと考える。

このように，私見は，従来の最高裁の考え方に整合的であるというのみならず，21条の2第2項との関係でも妥当であると思われる。

(7) 第1プロセスにおける
前提要件について

ア　他に差額を生じさせる事情が
全くない場合

まず，公表日前後1か月間の平均額の差額と公表日の市場価格と想定価格の差額が同一

23) 虚偽公表直前または直後の一点の市場価格をとることは，その価格がその日に特に発生した特殊な事情を反映した額である可能性があり，必ずしも適当とはいえない。そこで，公表日前後1か月の平均額の差額としている。特に公表直後については，虚偽記載等の公表に対する市場の過剰な反応による部分もあることから，そのすべての下落額を虚偽記載等によって生じたとすることは妥当でない。また，平均をとる期間をあまりに長期とすると，他の事情による価格変動の影響もうけてしまう。以上を総合的に勘案し，1か月とした。三井編・前掲注6)3-4頁。

24) エンド時に継続していると目される「損害」の額は公表日前後の株価の落差によって合理的に計測できるという法則。

25) スタート時の現実価格と真実織り込み済みの理論価格との差額と，エンド時における両者の差額とがおおむね等しいという法則。

であることを立証するために，公表日前後で差額が発生した原因は，虚偽記載である旨の公表によるものであり，虚偽記載である旨を公表したこと以外の事情はないということを立証する必要がある。

虚偽記載である旨の公表以外に差額を生じさせる事情が全くない場合には，この立証はなしうると思われる。もっとも，他に差額を生じさせる事情が全くない場合，公表日前後1か月間の平均額の差額は公表日における市場価格と想定価格との差額と近いことは間違いないが，裁判所が，損害額について高度の蓋然性をもって立証されたと認定するかは疑問の余地がある[26)]。

イ　他に差額を生じさせる事情が存在する場合

また，ライブドア訴訟のように，虚偽記載である旨の公表と同時に，他の犯罪事実の公表があった場合や，虚偽記載が起きた後に世界同時株安が起きた場合等他に差額を生じさせる事情が存在する場合にはどうすべきかが問題となる。この場合には，公表日前後1か月間の平均額の差額と公表日の市場価格と想定価格の差額が同一であるという立証はできないため，その事情を考慮しても，これくらいの差額が発生していたはずだということを立証することになる。もっとも，他に差額を生じさせる事情が存在する場合に，どのくらいの額が虚偽記載である旨を公表したことによって発生したかということを原告が高度の蓋然性をもって立証すること（損害額の立証）は，21条の2第5項が置かれていることからわかるように，大変困難であると言わざるを得ない。

したがって，他に差額を生じさせる事情がないことの立証ができた場合でも損害額の立証が成功するかわからず，他に差額を生じさせる事情がある場合には，損害額の立証は難しいと思われる。

ウ　損害の発生の立証はできるだろうか

では，損害の発生についての立証はできるだろうか。

損害額の立証ができなくとも，損害が発生したことの立証ができるか否かというのは，民事訴訟法248条（以下，「民訴法248条」とする。）を念頭に置くと大変重要である。私は，他に差額を生じさせる事情があった場合においても，その事情がなかったとしても値下がったという立証（損害の発生の立証）は，比較的容易になしうると考える。なぜなら，第1に，ここで考慮される事情というのは，公表後1か月以内に発生した事情に限られるため，多くの事情が現われる可能性は低くく，その限られた事情についてのみ検討すればよいこと。第2に，公表直後に下がっていれば，虚偽記載である旨を公表したことによって下がったと事実上推認することが可能であると思われること。第3に，虚偽記載である旨の公表と同時に他の事情も公表された場合には，虚偽記載である旨の公表と同時に公表された事情がどの程度株価に影響を及ぼす事情であったか，また，当該虚偽記載が一般的にどれほど株価に影響を与えるものかということ等を勘案することによって，他に差額を生じさせる事情をすべて排除したとしても下がったという立証はできると思われるからである。

(8) 第2プロセスにおける前提要件について

ア　差額が同一である旨の立証

次に，公表日における市場価格と想定価格との差額が，購入時の取得価格と想定価格の差額と同一である旨の立証が必要となる。

この点については，最高裁における前提要件とパラレルに考え，購入時から公表日までの間の当該株価形成の前提となる経済条件，市場構造その他の経済的要因等に変動がないことの立証責任を原告が負い，立証することができれば，公表日における市場価格と想定

26)　前掲注2) 東京地判平成20年4月24日（西武鉄道事件一般投資者訴訟）において，原告は予備的請求1(f)において，公表日前後1か月間の平均額の差額をもって算定する主張をしたが認められていない。もっとも，他の事情が不存在であることを認定はされていない。

価格の差額と，購入時の取得価格と想定価格の差額が同一であるということになる。その立証ができないときは，差額のほか，当該株価形成上の特性及び経済的変動の内容，程度その他の株価形成要因を総合検討してこれを推計しなければならず，総合検討による推計の基礎資料となる当該株価形成上の特性及び経済的変動の内容，程度その他の株価形成要因を原告が主張立証すべきことになる。

なお，ここでの立証の目的は，差額を推計することであり，最高裁のように想定購入価格を推計するわけではない。したがって，想定価格の変動ではなく，差額の変動を問題とすることになる。もっとも，差額の変動に影響を及ぼす事情と市場価格に影響を及ぼす事情は同じであると考えられる。株価がずっと一定であれば，そのような事情はなかったといえるだろうが，株価が変動していた場合には，そのような事情がなかったと高度の蓋然性をもって立証することは難しいと思われる。ケースでは，公表日前１年よりも前に購入した株主を想定しており，１年以上株価が変化しないということは考えられない。

そこで，変動がないことを立証するのではなく，株価形成上の特性及び経済的変動の内容，程度その他の株価形成要因を総合検討して，損害の発生及び額を立証することになる。ただし，総合検討によって損害額の正確な立証をすることは困難であると思われるし，そもそも第１プロセスにおいて損害額の立証は難しいため，ここでも損害の発生の立証ができるかが問題となる。

イ　損害の発生の立証はできるだろうか

株価形成要因を総合検討して損害の発生を立証する場合には，購入後公表日前までに起きた事情を主張立証していくことになるが，公表日において市場価格と想定価格との差額が発生したことが立証されれば，特段の事情のない限り，損害の発生の立証はなしうると思われる。なぜなら，虚偽開示がなされた直後が，その情報の株価に与える影響は一番大きく，したがって，差額は一番大きい。その後は，時が経つにつれて様々な情報が加わるため，虚偽記載の株価に与える影響は徐々に小さくなっていくものと考えられる。すると，公表日における虚偽記載の影響の方が購入時における虚偽記載の影響よりも小さいということになるため，公表日において差額があれば，購入時には差額はあるということになる。したがって，公表日において市場価格と想定価格との間に差額があることが立証されたにもかかわらず，購入時に取得価格と想定価格との間に差額がなかったというためには，購入時にはその虚偽記載の内容は株価に影響を与えなかったが，公表日においては影響を与える情報でなければならない。このような事情を被告が主張し，差額があったとする原告の本証を揺らがせるくらいの反証が必要となるが，それは大変難しいと思われる。

以上より，上記方法によって，損害が発生したことの立証は可能であると解される。

5　因果関係について

購入時の取得価格と想定価格との間に差額があったことの立証ができたのであれば，虚偽開示によって市場価格が高値で形成されていたことになるため，投資者は購入すれば損害を被るという関係に立つ[27]。したがって，判例は，不法行為に基づく損害賠償請求の因果関係につき民法416条を類推適用する[28]が，この損害は当然に通常損害といえ，因果関係の立証は特に問題とならないだろう。

6　民訴法248条について

(1)「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」にあたるか

以上検討の結果，損害の発生及び因果関係

27) Ⅲ4(2) 鶴岡灯油事件とケースとの違い参照。
28) リーディングケースとして大判大正15年5月22日民集5巻386頁（富喜丸事件判決）。

についての立証は可能だが，損害額の立証は難しいという結論に達した。もし，損害額についても原告が高度の蓋然性をもって立証しなければならないのであれば，損害賠償請求は現実的には否定されることになるだろう。しかしながら，平成8年の民事訴訟法改正によって，民訴法248条が導入され，「損害が生じたことが認められる場合において，損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは，裁判所は，口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき，相当な損害額を認定することができる」ものとされた。したがって，民訴法248条がケースにおいて，適用されるのであれば，請求は認められうることになる。そこで，「損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」に当たるかが問題となる。

この点，21条の2の立法担当者は，21条の2第1項に基づいて損害賠償を請求する際に，民訴法248条が適用される旨を明言しており[29]，21条の2第5項は，民訴法248条の裏返しであるため,適用されると思われる。

もっとも，民訴法248条の立法担当者は，適用される場合として，慰謝料請求をする場合や，事故により死亡した幼児の逸失利益の損害賠償を相続人が請求をする場合を想定しており[30]，ケースのような場合を想定していない。しかしながら，裁判例において民訴法248条は立法担当者が想定していた場合のみならず，広く用いられており[31]，最高裁においても，特許庁職員の過失により特許権を目的とする質権を取得することができなかったことによって損害を被った事案[32]や，採石業を営む者が，他者の採石行為によって採石権が侵害されたとして，不法行為に基づく損害賠償を求める事案[33]において，民訴法248条を用いず，請求を棄却したことが法令違反に当たるとして原審に差戻している。また，最近の入札談合事件では，損害額の算定が困難であることを直ちに述べて民訴法248条の適用を宣言し，裁判所が損害額を認定するというものが多い[34]。

以上より，ケースにおいて，民訴法248条は適用されると解される。

(2) 民訴法248条の法的性格について

民訴法248条の法的性格について争いがあり，立法担当者は，証明度軽減説[35]をとっており[36]，証明度軽減説によると，ケースにおいて，軽減された程度の損害額の立証ができるか否かは定かではなく，損害賠償請求が認められないかもしれない。しかしながら，裁判例は，裁量評価説[37]をとっていると解されており[38]，裁量評価説によれば，損害の発生の立証ができれば，損害額について立証がなくとも損害賠償請求が認められる。

したがって，ケースにおいても損害の発生の立証さえできれば，損害賠償請求が認められると解される。

---

29) 三井編・前掲注6)160頁。
30) 法務省民事局参事官室『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会，1996）288頁。
31) 民訴法248条が適用されたケースをまとめたものとして,樋口正樹「民訴法248条をめぐる裁判例と問題点」判タ1148号23頁（2004）がある。
32) 最判平成18年1月24日判時1926号65頁。
33) 最判平成20年6月10日判時2042号5頁。
34) その一つの例として，東京地判平成18年4月28日判時1944号86頁。
35) 証明度軽減説とは，損害額について，立証責任が軽減されるが，あくまで損害額について立証は必要であり，その証明度が下がるだけであると解するものである。
36) 法務省民事局参事官室・前掲注30)287頁。
37) 裁量評価説とは，損害額の認定ということが事実の証明とは異なる法的評価の問題であることを前提に，裁判所の損害額についての裁量評価を認めた規定であると解するものである。
38) 三木浩一は「民事訴訟法248条の意義と機能」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』（法律文化社，2008）412頁，423頁において，裁判例は裁量評価説をとっていると解している。

7　会社財産流出の懸念について

(1) 問題点

以上より私は，損害賠償請求は認められうるという結論に達した。したがって，一度有価証券報告書等に虚偽記載等を行い，公表によって株価が下落した場合，会社は，多くの投資者から損害賠償請求をされうることになる。すると，会社財産が大量に流出し，株主価値が大幅に下落することも考えられる。そのような事態は，果たして会社法や金融商品取引法の考え方から妥当であるか，以下検討したい[39)]。

この問題は，損害賠償請求が認められると，会社が損害を賠償する時の当該会社の株主が，損害を被ることになるという問題とともに，損害賠償請求が大量に認められることにより会社が倒産した場合に，当該会社の債権者が，株主と同列，あるいは株主に既に支払っていた場合には株主よりも劣位に立たされてしまうという問題も含んでいる。

(2) 損害を被った理由はなにか

この点について，虚偽開示によって高値で当該会社の株式を購入した投資者はなにをもって損害を被ったか，損害賠償請求が認められた時に当該会社の株式を保有している株主及び当該会社に対し債権をもっている債権者はなにをもって損害を被っているのかということを考えればおのずと結論は出ると思われる。

虚偽開示によって高値で当該会社の株式を購入した投資者は，虚偽の情報によって，高い値段で株式を購入したから損害を被ったのである。この損害というのは，投資に対するリスクではない。自らの判断が誤っていたことによる損害であれば，自己責任であるといえるが，判断の基の情報が誤っていた場合に損害を被ったことについて，自己責任であるとはいえないだろう[40)]。もし仮に，このような場合についても自己責任であるというのであれば，会社の情報が虚偽であるリスクを投資者に求めることになる。このようなリスクを負わなければならない国の市場と，このようなリスクは負わない国の市場とで，どちらの方が市場として発展するかといえば，後者であることは明白であろう。この点，21条の2の立法担当者は，不実開示は，有価証券の発行体自らが，投資者の投資判断に影響を与える企業開示情報に虚偽の記載をすることによって公正な市場価格の形成を阻害するものであって，証券市場の仕組みそのものを歪めるものであるため，証券市場の透明性・公正性を害する行為の中で，最も非難されるべき行為類型であるとしている[41)]。

一方，損害賠償請求が認められた時に当該会社の株式を保有し，会社財産が流出することによって損害を被る株主や，当該会社に債権を有している債権者というのは，当該会社が不法行為をしたことによって間接的に損害を被るのである。これは，通常の投資に対するリスクであるといえる。したがって，リスクに対応する損害であるため，請求を認めても不当ではない。そしてその場合には，会社法423条の取締役等に対する責任追及を通じて会社財産の流出に対し穴埋めをすることを通じて，その損害に対応することになる。

このように，なぜ損害を被ったかということを考えると，虚偽記載によって高値で購入し,損害を被った投資者が保護される結論は,妥当であると解される。

39) 近藤光男も「ライブドア株主損害賠償訴訟判決の検討」商事1846号4頁，14頁（2008）において，虚偽の流通開示の責任のあり方について，発行者責任についてのみ21条の2により損害推定規定を置き，発行者責任を広く認めることについての妥当性を検討する必要があろうとしている。

40) 神崎克郎は，『証券取引法（新版）』（青林書院，1987）295頁において，投資者は，有価証券の発行者の経営危険に投資するので，その負担を覚悟すべきは当然であるが，有価証券報告書の虚偽記載から生じる不利益をも覚悟すべき地位にないとしている。

41) 岡田大ほか「市場監視機能の強化のための証券取引法改正の解説」商事1705号44頁，50頁（2004）。

Ⅳ. 終わりに

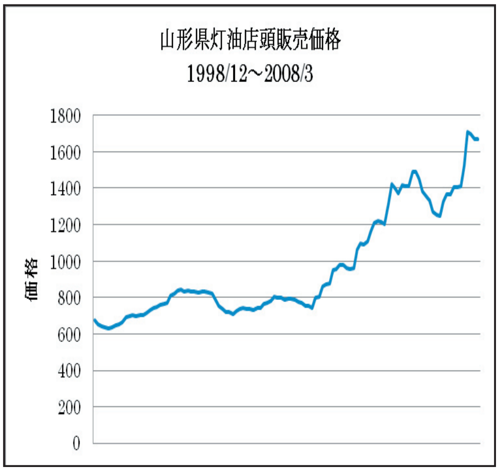
　今まで，有価証券報告書等に虚偽記載等があったことにより損害を被った，21条の2第2項の推定をされない者は，会社に対して21条の2第1項に基づいて損害賠償を請求する際，どのような主張をし，どのような立証をなせば損害賠償請求が認められるか，ということについて検討してきた。その結果，上記方法によって損害賠償請求は認められる可能性があり，会社財産の大量の流出という問題があるものの，正当化されると考えた。この結論は，公表日前1年よりも前に取得した投資者に対する保護の必要性という観点からは望ましいといえるだろう。

　また，金融商品取引法の目的は，神田秀樹によれば，株式や社債とその発行会社に関する一定の重要な事項の開示の強制と，株式や社債の不公正な取引の禁止を二大柱とする規制によって，投資者の保護を図るとともに，証券市場の健全性を確保し，その発展を促すことであるとされている[42]。また，金融商品取引法の立法担当者である松尾直彦によれば，投資者保護及び市場機能の確保であり，市場機能の確保については，効率性と公正性の両方の確保が必要であるとされている[43]。私見のように，損害賠償請求が広く認められる結果というのは，投資者保護にかなうとともに，民事責任規定の活発な運用により，証券市場の健全性を確保し，その発展を促すことにつながると考えられ，金融商品取引法の目的にまさに合致するといえるだろう。

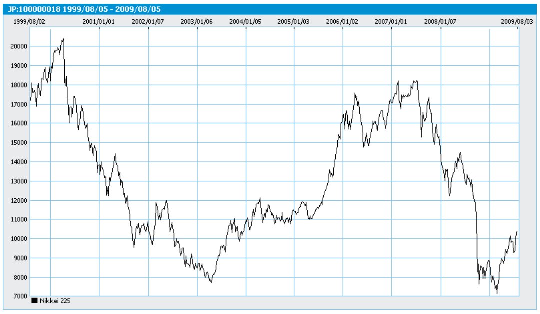
（あさえ・たかみつ）

＜参考資料＞

山形県灯油店頭販売価格（18ℓあたり）
1998年12月～2008年3月[44]



日経平均株価
1999年8月5日～2009年8月5日[45]



42) 神田秀樹『会社法（第11版）』（弘文堂，2009）122頁。
43) 松尾直彦「金融商品取引法制の制定過程における主要論点と今後の課題〔Ⅲ・完〕」商事1825号23頁，30頁（2008）。
44) 財団法人日本エネルギー経済研究所石油情報センターのデータをもとにして，グラフ化したものである(http://oil-info.ieej.or.jp/index.html, 2008年12月17日最終検索。)。
45) MSN JAPAN ホームページより引用 (http://jp.moneycentral.msn.com/investor/charts/chartdl.aspx?PT=10&showchartbt=%E3%83%81%E3%83%A3%E3%83%BC%E3%83%88%E3%81%AE%E6%9B%B4%E6%96%B0&compsyms=&D4=1&D5=0&DCS=2&MA0=0&MA1=0&CP=1&C6=1999&C5=8&C5D=5&C8=2009&C7=8&C7D=5&C9=-1&CF=0&D7=&D6=&symbol=JP%3A100000018&nocookie=1&SZ=2, 2009年9月5日最終検索。)。

論説

特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転
－賃貸借契約とライセンス契約を素材として－

2006 年 4 月入学
荒木玲子

I. 序論
1 はじめに
2 なぜ賃貸借契約とライセンス契約を比較するか
(1) なぜ賃貸借契約か
(2) なぜライセンス契約を比較対象とするか

II. 賃貸借契約
1 賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について
(1) 判例の展開
(2) 学説の展開
(3) 判例と学説を踏まえての検討
2 賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転について
(1) 判例の展開
(2) 学説の展開
(3) 判例と学説を踏まえての検討

III. ライセンス契約
1 ライセンス契約と通常実施権の法的性質－賃貸借と比較して
2 ライセンス契約における対抗要件制度
3 通常実施権が対抗力を有する場合のライセンサーの地位の移転について
(1) ライセンサーの地位は移転しないという考え方
(2) 上記見解の問題点
(3) ライセンサーの地位は移転するという考え方
(4) 上記見解の問題点
(5) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方
4 通常実施権が対抗力を有しない場合のライセンサーの地位の移転について
(1) 議論の展開
(2) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

IV. まとめ

I. 序論

本稿では，特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転について検討するが，その問題意識と検討素材等について以下で述べる。

1　はじめに

契約の相対効という観点からすれば，当事者以外の第三者には契約の効力が及ばないため，これを貫徹すると，契約上の地位の移転ということは認められないことになる。

しかし，民法には，契約上の地位の移転一般に関する明文の規定はないにもかかわらず，地位の移転は広く認められている。例えば賃貸借契約において，対抗力を有する賃借権が付着した不動産の譲渡があった場合，譲受人からの明渡し請求を拒めることは当然だとしても，さらに進んで賃貸人の地位が譲受人に移転することも認められている。

契約上の地位の移転は，債権譲渡と債務引受けの要素のほかに，当事者のみが持ちうる権能である，解除権や取消権の移転も含む。これが，債権譲渡や債務引受けと比較したときの，契約上の地位の移転の特色といえるだろう。民法は，意思自治の原則を重視し，意思を相互に実現させて契約を誕生させた者（当事者）だけに，その後の契約の変更や終了の権限を与えている。一方で，契約上の地位の移転があれば，当事者の資格が移転するので，新当事者は当然に契約の変更権限や終了権限をもつことになる。契約の相対効と抵触するともいえる契約上の地位の移転は，どのような場合にどのような論拠で認められるのであろうか。

本稿では，契約上の地位の移転の中でも，特定の財産権の譲渡に伴う場合について検討する。契約上の地位の移転について，伝統的見解は，契約当事者の一方と譲受人の契約によって，他方の当事者の承諾を条件として効力を生じさせることができる，としている[1)]。これに対し，特定の財産権の譲渡においては，一部の当事者の意思とは無関係に契約上の地位の移転が生じる場合があるという特色がある。典型的なものは，不動産賃貸借契約における賃貸人の地位の移転である。このように，契約によっては，上述の契約上の地位の移転一般の法理が妥当しないことがあるため，それをどのように考えるべきか，本稿で検討したい[2)]。

2　なぜ賃貸借契約とライセンス契約を比較するか

本稿では，契約上の地位の移転について，網羅的な検討を行うことはせず，その第一歩の検討対象として，賃貸借契約とライセンス契約を取り上げることとする。本稿は，この2つの契約類型を比較検討していくものであるが，このようなアプローチを採用した理由及び意義を見出した点について，以下で述べる。

(1) なぜ賃貸借契約か

賃貸借契約における賃貸人の交代については，契約上の地位の移転についての伝統的見解がそのまま適用されるわけではない。民

1)　潮見佳男『債権総論Ⅱ（第2版）』（信山社，2001）602頁。

2)　ライセンサーが破産した際も，地位の帰趨が問題になりうる。ライセンシーが対抗要件を具備していれば，破産管財人は解除権を行使できず（破産法53条，56条1項），ライセンス契約は従前通り存続する。しかし，清算型の破産手続においては，特許権等の知的財産権についても破産財団所属財産として当然に換価が予定されるため，知的財産権が第三者に譲渡されたときの法律関係が問題となる。また，破産手続開始は法人の解散事由とされているため（会社法471条5号），ライセンサーである法人が特定履行義務を負っていた際，手続開始以降その義務を履行できなくなるが，その場合のライセンス契約はどのような形で残るのかも問題となろう。一方，対抗要件を具備していなければ管財人は契約を履行するか解除するかを自由に選択できるが（破産法53条），これではライセンシーの保護に欠けるため，解除権を制限すべきだという指摘もある。しかし，本稿ではライセンサーが任意に特許権を第三者に譲渡した場合を検討し，ライセンサーが破産した場合の地位の帰趨については検討対象外とする。

法605条や借地借家法10条，31条は，賃借権の対抗要件について規定しており，これらによって賃借人が対抗要件を具備した場合は，不動産の譲受人からの明渡し請求を拒絶できることとなる。この場合，明渡し請求の拒否という消極的効果のみならず，賃貸借関係の承継という効果も法律上当然に発生する[3)]。このように，賃借権が対抗力を有する場合に賃貸人の地位は当然に移転することは，確立した判例となっている。また，賃借権に対抗力がない場合，賃貸人の地位は譲渡人と譲受人の合意によって移転し，賃借人の承諾は不要である[4)]。

しかし，このことは特定の財産権に伴う場合の契約上の地位の移転についてのルールとして一般化できるのだろうか。判例や学説が，賃貸人の地位の移転が起こることをどのように説明しているかを，賃借権が対抗力を有する場合と有しない場合についてそれぞれ検討する。そして，ほかの特定の財産権を譲渡する契約における契約上の地位の移転にも，賃貸借における判例法理は妥当するのか考察する。

(2) なぜライセンス契約を比較対象とするか

ここで，比較対象の契約として，ライセンス契約を取り上げたい。ライセンス契約は，他者の知的財産権にかかる知的財産を利用する際に，知的財産権者から利用許諾を受け，一般的にその対価を支払う契約である。これは，賃貸借契約が，賃貸人が使用収益させる義務を負い，賃借人がその対価を支払う契約であるという点においては，その形態が類似しているといえる。よって，特許権が譲渡された場合のライセンサーの地位の帰趨については，賃貸借の判例法理に基づいて結論を出せるとも考えられる。

しかしながら，賃貸借契約とライセンス契約には，様々な相違点も存在する。例えば，賃貸人の義務は，賃貸人が何人かによって履行方法が特に異なるものではないといえよう。しかし，ライセンス契約においては，ライセンサーがノウハウ提供義務や保守義務等の特定履行義務を負っていた場合，特許権等が譲渡されても，譲受人にその履行能力がないことが少なくない[5)]。

以上より，ライセンサーの地位の移転については，賃貸人の地位の移転と相違点はあるもののさほど重要ではないので同様に考えられるといえるかもしれないし，相違点は無視できないほどに多くしかも重要であるので同様に考えられるとはいえないかもしれない。以下，賃貸借契約とライセンス契約それぞれについて，対抗力がある場合とない場合に分けて，現状の理論を踏まえつつ，どのように法律構成されるか検討する。

II. 賃貸借契約

以下では，賃貸借契約において，対抗力がある場合とない場合について，それぞれ判例と学説を概観し，どのように考えられるか検討する[6)]。

1　賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について

契約の効力は相対的であるという原則からすると，賃貸借契約において賃借権の対抗力がある場合に，譲受人に賃貸人たる「地位」が移転するという結論は非常に特殊なものといえる。契約の相対効からは，目的物の譲渡がなされても，譲受人は債権債務や契約上の地位を引き継がないことが原則であるが，賃貸借契約ではその原則が修正されている。それは賃貸借という契約の特殊性に基づくもの

---

3)　最判昭和39年8月28日民集18巻7号1354頁等（II 1 (1) にて検討）。
4)　最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁等（II 2 (1) にて検討）。
5)　森田宏樹「ライセンス契約の対抗力と契約上の地位の移転」金判1275号1頁（2007）。
6)　以下の検討では，譲受人は所有権移転登記を経由していることを前提とする。

であろう。不動産の賃貸借契約は，賃貸人が不動産を賃借人に使用収益させ，賃借人はその対価を賃貸人に支払うという性質のものであるが，元来，賃貸人の方が強い立場にあり，賃借人の立場は弱いと考えられてきた。具体的には,賃貸借には原則として対抗力がない，存続期間が短い，賃借権が自由に譲渡や転貸できるものではないという性質によるものであろう。しかし，それを政策的に補強し，賃借人の立場を引き上げるため，借地法や借家法，現在では借地借家法が制定された。これらの法整備や判例法理によって，本来債権である賃借権は事実上物権と同視しうるほどの機能をもち，賃借人は非常に強い立場を手に入れることとなった。これは民法の起草者である梅謙次郎が，賃借権に物権または物権でなくてもそれに近い機能を持たせるべきだと考えていたこと7) も影響していると思われる。

(1) 判例の展開

以下では，賃借権が対抗力を有している場合（現在の民法605条，借地借家法10条，31条にあたるような場合）を念頭において，賃貸人たる地位の移転は，どのような根拠によって起こると考えられているのかについての判例をみていく。

・譲受人が賃貸人の名において
賃料支払請求や契約解除の主張が
できるかが争われた事例

(a) 大判昭和3年10月12日
新聞2920号10頁

YがAから家屋を賃借していたが，その家屋が競売され，Xが競落し所有権移転登記を経由した。その後XがYに対し賃料支払請求をした。

大審院は，①賃貸借の存在する競売建物の競落人は，競落建物の所有権を取得するとともに賃貸人の地位も当然に承継する，②賃貸中の建物競落人は，所有権取得登記をした時から当然賃貸人の地位を承継し，この場合特に借家人に対し承継を通知する必要はない，と判示し,Xの請求を認容した。根拠として，借家法1条を挙げている。

(b) 最判昭和33年9月18日
民集12巻13号2040頁

YがAから期間の定めなく建物を賃借していたが,建物の所有権はAから順次移転され，最終的にXが建物について所有権移転登記を経由した。XがYに対して賃料の支払請求をしたところ，YはBの次の譲受人であるAから通知がなされていないことを理由にこれを拒否した。そこで，XはYに賃料の支払いについて催告し，支払いのない場合は賃貸借契約を解除するとの意思表示をした。Yは賃料を支払わなかったため，Xは賃貸借契約の解除を理由に建物の明渡しと解除までの賃料や損害金を請求した。

最高裁は，新所有者は，借家法1条によって建物所有権取得と同時に当然賃貸借を承継するものであって，その承継の通知を要しない，と判断した。

ここでも，地位の移転の根拠を，借家法1条という賃貸借の特別法に求めている。

以上2つの判例は，賃借権が対抗力を有している場合，契約上の地位は法律上当然に移転すると解しているため，譲受人が承継の通知を要せずに権利行使可能であることは当然の帰結である。

・譲渡人から賃借人に対して
解約申入れや契約解除の主張が
できるかが争われた事例

(a) 大判大正10年5月30日
民録27輯1013頁

本判決は，他人に賃貸中の不動産の譲渡が賃貸人の地位の移転を伴うかという問題についての最初の判例である。AがBから建物所有の目的を持って土地を賃借し，建物を建築して登記を経由していたが，その後Bの承諾を得て建物及び土地の賃借権をYに譲渡したところ，Bは土地をXに売り渡したう

7) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事録速記録四』日本近代立法資料業書4（商事法務研究会，1984）310-11頁参照。

え，自らＹに対し賃貸借解約申入れを行い，ＸがＹに対し土地の返還を請求したものである[8]。

大審院は，建物保護ニ関スル法律１条にいわゆる賃借権の対抗とは，民法605条に「賃借権ハ…其効力ヲ生ス」とあるのと同一趣旨であり，それは，賃貸人が賃貸借の目的物を第三者に譲渡したときは，旧所有者と賃借人との間の賃貸借関係は法律上当然に新所有者と賃借人との間に移り，新所有者は旧所有者の賃貸借契約上の地位を承継し，旧所有者は完全にその関係から脱退するということであると述べた。これによると，Ｂによる解約申入れの時点で，Ｂはもはや所有者ではなくその権限を有しないので，解約申入れは無効となる。

ここでも，大審院は，契約上の地位の移転が起こることの根拠を賃貸借に関する法律に求めているといえる。

(b) 最判昭和39年8月28日
民集18巻7号1354頁

ＸはＹに家屋を賃貸し，借受金を期限までに弁済しないときは賃貸借契約が効力を失うということが特約された。Ｘは，特約に基づいて賃貸借契約が終了したと主張し，Ｙに対して家屋の明渡し請求をした。Ｙは，抗弁の１つとして，Ｘはすでに家屋をＡに売り渡してその所有権を失っているので，請求の権利を有しないという主張をした。

最高裁は，自己の所有家屋を他に賃貸している者が賃貸借継続中に第三者に右家屋の所有権を移転した場合には，特段の事情のない限り，賃貸人の地位もこれに伴って第三者に移転すると判示したうえで，賃貸借契約解除権行使の当時，Ｘが家屋についての所有権を失っていた旨の主張につき，Ｘがこれを争わないのであれば，ＸはＹに対する関係において，解除権行使当時すでに賃貸人たる地位を失っていたことになるとした。

以上２つの判決から，賃貸人の地位が譲受人によって承継される帰結として，賃貸人は不動産を譲渡した後は，もはや賃貸借契約について解約申入れ権や解除権を有しないことが確認される。

・上記４つの判例の検討

判例は，対抗力のある賃借権の付着した不動産の譲受人が賃貸人の地位を承継することの根拠として，賃貸借に関係する特別法である借家法１条を主に挙げている。このことから，地位の移転は「法律上当然に」起こることと解しているといえる。

しかし，借家法１条は，賃借人が対抗要件を具備したときには賃借権の存在を事後の物件取得者に対抗できること，すなわち，物件取得者は賃借権の負担を排除できないことを意味するにとどまり，賃貸人の地位の移転については何も触れていない。したがって，本来，賃借人の対抗要件は賃借権の存在を第三者に主張しうることのみを意味するにすぎない。賃借人が対抗要件を備えたときは，譲受人は賃借権の排除を求めることができずに，これの負担のついた所有権を取得するということのみを示しているはずであり，賃借人と譲受人の間に賃貸借関係が発生することを意味するものではない[9]。

では，賃貸人の地位の移転について，学説はどのように説明しているのだろうか。以下，学説の展開をみていくこととする。

(2) 学説の展開

賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転については，様々な学説が展開されているが，以下では代表的なものを２つ取り上げる。

・「賃借権の物権化」説[10]

この見解は，譲受人が賃貸人の地位を承継するのは，賃借権に対抗力が備わっている結

8) 但し，Ｘが土地について所有権移転登記を経由していたかは明らかではない。

9) 半田正夫「賃貸中の不動産の譲受人と賃借人の関係についての一考察」『末川先生追悼論集・法と権利1』民商78巻臨時増刊号（1）303頁，318頁（1978）。

10) 安達三季生「賃貸人の地位の譲渡」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系（3）不動産の賃貸借・売買契約』（有斐閣，1983）235頁，249頁。

果生じる法定効果であるとするものである。そして，譲受人が譲渡人からの所有権譲渡に当たって，賃貸人の地位を承継しないとの合意がなされたときでも，対抗力を備えた賃借権によって，譲受人は対抗されると考える。その関係は，登記によって対抗力を備えた地上権その他の制限物権が存する場合に，その所有者が制限物権の負担の付着しない所有権だと称して譲渡したときでも，譲受人は地上権者から対抗され，制限物権の付着した所有権を取得するのと異ならない，とする。

・賃借権の物権化説に対する批判

基本的に, 目的物の最有効利用の可能性(それを確保するための所有権の確保）は，目的物の利用に関する権利の対世的効力を認めた場合には制限される恐れがある。さらに，契約上の権利義務が当事者間でしか効力を有しないとすることによって，当事者間における契約自由を最大限に確保できる。とはいえ, 目的物の利用に関する権利は，常に債権として対世的効力を否定しなければいけないわけではない。内容が合理的で，資本主義的生産活動を維持していく必要がある場合や，利用権者に社会的に見て保護の必要性がある場合，一定の条件下で対世的効力を認めるべきといえよう。その意味では，賃借権に対世的効力をもたせようとするこの見解は妥当ともいえそうである。

しかし，ここで賃借権の物権化説を採用すると，賃貸借関係を移転させせない例外が全く認められない点が問題となる[11)]。譲渡人が，地上権の設定された土地を譲受人に譲渡した場合，地上権の内容を，もはや土地所有権者ではない譲渡人との間で留保することはできない。「物権化」した賃貸借についても，これと同様に理解されることとなってしまう。しかし，最高裁は，建物賃貸人が建物を譲渡した場合における敷金の承継について，結論的には賃貸人たる地位の留保特約の効力を否定し，敷金に関する権利義務関係も譲受人に移転すると判断したが，「特段の事情」がある場合には賃貸人の地位が移転しない余地を残している[12)]。よって，この判例の存在を前提とすると，賃借権の物権化説はとりえないこととなる。

また，起草者である梅謙次郎は，民法 605 条の原案となった条文（原案 608 条）において,「不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ス但敷金又ハ借賃ノ前払ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めた。そのうえで，賃借権が対抗力を有するということを，賃料の支払いによって賃借人の使用収益権が維持されるという意味で理解していた。さらに，一般的に，土地賃貸借法等の展開は，債権的利用権の安定化に必要な限りでの債権者の権限の強化であると考えられる。この点からも，賃貸借について，物権化されたものと理解することは困難である。

・「状態債務」説[13)]

状態債務説は，賃借権が対抗力を有する場合には，賃貸人の地位は譲受人によって当然に承継されるとし，その根拠として，「賃貸借関係が，賃貸目的物の所有権と結合する一種の状態債務関係として，所有権とともに移転する」と説明している。この説は，我妻栄がドイツの理論を検討したうえで導入したものであるが，我妻自ら，「主として『物権に非ずしてしかも第三者に対して効力を生ずる債権関係』なる特殊なものを説明せんとする理論的構成に過ぎない」と述べている。とはいうものの，この説を導入する必要性は失われていない，と我妻は考えていた。我妻以前の法律理論においては, 全ての経済的地位は, 個々の権利義務に分解され，各々異なる原則に従って規律させられていた。しかし，近世の経済社会においては，各種の権利義務の結合が 1 つの地位として経済的に特殊の価値を

11) 七戸克彦「賃貸人たる地位の法律構成－「状態債務関係」論・「賃借権の物権化」論・「法定契約引受」論の再検討」稲本洋之助先生古稀記念論文集『都市と土地利用』（日本評論社，2006）163 頁，179 頁。

12) 最判平成 11 年 3 月 25 日判時 1674 号 61 頁（以下，平成 11 年判決)。

13) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（15)』（有斐閣，1989）188 頁〔幾代通〕。

有するに至った以上，法律もまたこれを特殊の立場から取り扱う必要があるとした。その適例が賃借権と結合する不動産所有権者の地位と考えられた。なぜなら，目的物の賃貸借は実は所有権の経済的作用にすぎず，結合した賃貸借は所有権の実質的内容に他ならないからである[14)]。

この状態債務説は，賃借権を所有権の「実質的」内容とすることで，賃借権が物権か債権かの問題を巧みに回避している。さらに①賃貸人の債務の主要なものが所有者でなければ履行しえず，しかも，所有者でありさえすれば履行できる点と，②賃借人にとっても，売買によって賃借権が破れ，賃貸人に対して債務不履行の責任が問えるだけになるよりも，譲受人が地位を承継してくれる方が遥かに有利である点に着眼して，所有者＝賃貸人と考えたもので,巧妙な法的構成といえよう。また，①②を前提とする帰結として，賃貸借関係の当然承継によって賃借人が不利益を受ける場合というのは「特殊な場合」であり，このような場合には，賃借人は賃貸人に対して債務不履行責任を追及できる[15)]。

・状態債務説に対する批判

状態債務説に対する批判は，以下2つのようにまとめられる。

第1に，状態債務か否かは，債務の性質から決まるのではなく，対抗力の有無から遡って決せられるという指摘がある[16)]。つまり，民法605条は賃貸借に登記を要求し，借地借家法10条1項は土地の上に借地権者が登記されている建物の所有，同法31条は建物の引渡しをそれぞれ要求しているので，状態債務が生ずるのはこれらの対抗要件が具備された場合に限られ，結局は対抗要件の有無と状態債務の論理的関係を明確にする必要がある。賃貸借を目的物の所有権に結合する状態債務であるとするならば，賃貸借契約は対抗要件の有無に関係なく目的物の所有権に随伴するという結論になりそうである。しかし，判例は対抗要件のない賃借権が，当然承継されることを認めていない[17)]。すなわち，対抗要件を有している場合を，「状態債務」であると説明しているだけである。

第2に，状態債務説は，賃借権が対抗力を有することを前提としており，その場合に賃貸借関係が目的物の所有権と結合すると説明しているが，そう解するならば，譲受人のみならず賃借人も当該賃貸借関係に拘束されるはずだという批判もある[18)]。通説によれば，賃借人は譲受人による賃貸借契約の承継に異議を唱えることで，賃貸借の拘束から離脱できる[19)]。賃借人の離脱が認められる以上，賃貸借関係が目的物の所有権に結合するとはいえないであろう。この点について，状態債務説は論理一貫性を欠いており，妥当な見解とは言い難い。これに対して，論理一貫性を維持するために，賃借権が対抗力を備えた場合，賃借人は賃貸借関係から離脱できなくなると解することも可能ではある。しかし，そのように解すると，賃借権が対抗力を備えたことにより，賃借人は賃貸借関係から離脱できないという新たな負担を負うことになる。対抗要件制度は，権利変動の際に，自己の権利を擁護できるようにするためのものであり，対抗力を備えた場合に，対抗力を備えていない場合よりも負担が大きくなってしまっては背理である。よって，論理一貫性を維持する見解をとった場合には，対抗要件の制度趣旨からの問題が生じることとなる。

これらの批判を概観すると，状態債務説によって契約上の地位の移転を説明することは難しいといえるだろう。一方，状態債務説を批判する学説においては，賃貸人の地位の移

14) 我妻栄『民法研究Ⅵ（債権各論）』（有斐閣，1969）158-60頁。

15) 大窪誠「賃借権が対抗力を有する場合における賃貸不動産の譲渡と賃貸人の地位の帰趨」法学（東北大）60巻6号49頁，57頁（1996）。

16) 野澤正充『契約譲渡の研究』（弘文堂，2002）92頁，314頁。

17) 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁等（Ⅱ2(1)（29頁）にて検討）。

18) 大窪・前掲注15)60頁。

19) 幾代＝広中編・前掲注13)189頁〔幾代通〕。

転は，目的不動産の譲渡に随伴して生じるのではなく，対抗力の結果である，と解されてきたといえよう。

しかし，これらの批判のように対抗問題の側面のみに目を向けると，この問題の本質をとらえることはできない。なぜなら，第1に，対抗力を有する場合に，なぜ賃貸借契約そのものが譲受人に移転するのか，つまりなぜ対抗力と契約上の地位の移転が結合するのか，第2に，対抗要件がない場合にいかなる解決を原則と考えるのか，ということが，従来の解釈からは明らかにならないからである。

(3) 判例と学説を踏まえての検討

以下では，従来の解釈からは明らかにならない事項について検討を加え，対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について，どのように考えれば合理的に説明しうるかを考察していく。

・対抗力と契約上の地位の移転を結合させる考え方に対する検討

第1に，状態債務説は，前述の通り，賃借権が対抗力を有している場合を前提にしていること，さらに，譲受人によって賃貸人の地位が承継されることが，賃借人にとって有利であることを前提にしていることに問題がある。この場合，譲受人も地位の承継を望むのならば，両者の意思が合致し，状態債務説を持ち出すまでもなく地位が移転する。つまり，状態債務説は，賃借人の存在が譲受人にとって負担である場合を想定しているといえる[20]。

この場合の譲受人と賃借人の意思の組み合わせは，①譲受人と賃借人が共に地位の承継を望まない場合と，②譲受人は地位の承継を望まず，賃借人が望む場合に分けられる。さらに，③譲受人と賃借人が共に地位の承継を望む場合，④譲受人は地位の承継を望み，賃借人は望まない場合も考えうる。しかし，賃貸人の地位の帰趨に関して，賃借人の対抗力が問題となるのは，②の場合に限られ，それ以外の場合では，対抗力とは別の視点が必要となろう。つまり，状態債務説は②の場合を前提としてしまっているため，賃貸人の地位の移転を説明しきれない。

第2に，対抗力の効果によって契約が移転するといっても，結局は間接的なものであるという批判が考えられる。賃借人が対抗要件を具備している場合には，譲受人としては，賃借人に対して当該不動産の明渡しを求めることができないにもかかわらず，賃貸人ではないから賃料を賃借人に請求することもできず，譲渡人に対して不当利得返還請求をするといった迂遠な方法をとらざるを得なくなる。そうであるならば，譲受人は，もともとは賃貸人の地位を承継することに消極的であったとしても，当該賃貸借契約における賃貸人の地位を賃借人から承継した上で，賃貸人として賃借人に対して賃料を請求できた方がよい。このように，譲受人が当初の賃貸借契約を呼び寄せるインセンティブが働き，それに基づいて譲受人が当該賃貸借契約から影響や効果を受けることを容認しただけだと捉えることができる。つまり，対抗力の直接の効果によって，当然に当該賃貸借契約が賃借人と譲受人間に承継されるのではなく，間接的な効果であろう。

すなわち，「対抗力の効果」といっても，対抗力を十分条件として地位の移転を認めることができるわけではなく，対抗力はあくまでも地位の移転を肯定し得る重要な要素にとどまるのである。そうなると，最終的には，地位の移転があるか否か決めるうえで，さらなる考慮要素，例えば，譲受人の容認があること等，を補充して考える必要がある。しかし，対抗力と地位の移転を結合させる考え方では，考え方の性質上，対抗力以上の上位概念の提示がなされておらず，何を補充すべきなのかが不明であるという指摘ができる。結局，対抗力から直接に移転を導くことが不可能である以上，対抗力を法律要件として考えるのは妥当でないと言うことができ，後述の

20) 大窪誠「賃貸中の不動産の譲渡にともなう賃貸人の地位の譲渡と賃借人の承諾」太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』(創文社，1996) 381 頁，389 頁。

ように，対抗力とは独立して，意思解釈に委ねると考える方が，地位の移転を理論的に説明し得ると考える。

第3に，対抗力を有する場合でも，民法605条の賃借権の登記であれば，譲受人は当該賃貸借契約の内容を知ることは可能であるが，借地借家法10条，31条による対抗では，契約内容の公示は一切ない。よって，この場合は，譲受人は内容も知ることなく，対抗要件の有無という基準だけで，当該賃貸借契約の全条項を承継することになりそうである。確かに，賃貸借契約の契約条項は定型的なものであることが通例だろう。そこで状態債務説も，所有者でありさえすれば義務を履行できる点に着眼して，所有者＝賃貸人と考えたのであるが，中には特殊な条項であって，譲受人がなしえない義務や債務を含む賃貸借契約も存在する。そのような場合に，不動産の引渡しを受けており，賃借人が対抗要件を具備している，という基準をたてても，譲受人がなしえない義務や債務を含みうる賃貸借契約を承継させるべきか否かの判断はできないのである。

・対抗力と賃貸人の地位の移転を独立して処理する考え方

以上のように，対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合，最終的に賃貸人の地位をどのように解するべきかについては，判例や学説において，必ずしも説明しきれていないように思われる。判例においても学説においても，契約上の地位の移転と対抗問題を結合させて考えている。しかし，判例が地位の移転の根拠として挙げる借家法1条は，対抗力を有する賃借権が付着した不動産の所有権取得者は，その賃借権の負担を排除できないことを意味するのみで，契約上の地位の移転については規定していない。また，賃借権の物権化説では，地位を移転させないことが認められなくなり，平成11年判決[21)]と抵触する。状態債務説では，対抗力がない場合の原則について説明できない。

では，譲受人が賃貸人の地位を承継することについて，どのように解釈すれば合理的に説明しうるのか。ここで，賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは，譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思解釈に委ねるべきものであるため，賃借人の対抗要件の具備とは独立して処理する問題であると説明する方法が考えられる。

つまり，賃借人が対抗要件を具備している場合，譲受人の意図として，所有権の移転のみを考え賃貸人としての地位の移転を全く考慮に入れていないとしたら，譲受人は賃貸人としての権利である賃料請求や解約申入れ等の主張を一切できなくなる一方，賃借人の賃借権を否定できずその負担を負うことになってしまう。このように，自らに極端に不利になる結果を譲受人が望むとは考えられない。また，地位が移転したとき，譲受人は賃貸人としての権利を取得するとともに義務も負うことになるが，賃貸人の義務は，判例も指摘するように基本的に没個性的なものであるので，権利取得という利益を放棄してでも負いたくないという性質のものとはいえない。

よって，譲受人は，通常，不動産所有権の譲渡に伴って賃貸人の地位を取得するという意思を有しているものといえる。このように，不動産所有権の移転は，賃貸人の地位の移転を当然に伴うものではないものの，両者が分離することは現実にはほとんど考えられないので，結果として対抗要件の具備によって賃貸人の地位の移転が起こっているような外観が生じることとなると考えられよう。とはいえ，地位の移転が生じたことはあくまで結果論に過ぎず，当事者の意思解釈を通じて初めて説明し得るものである。このような外観が生じていようとも，対抗力から直接に地位の移転を説明することができるとは言い難い。

また，地位の移転が起こるときでも，特殊な条項等が定められている場合は，移転の範囲は無制限ではない。特殊な条項等は承継されないこともあり，たとえば，賃料債権債務

21) 前掲注12) 参照。

は地位の移転に伴い基本的に移転するが，譲渡人に対する債権を賃料と相殺する旨の特約は承継されないとされる[22)]。また，敷金契約は賃貸借契約に伴って移転するが[23)]，保証金（建設協力金）の返還債務は承継されない[24)]。このように，譲受人は賃貸人の地位を取得するものの，譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない特殊な条項[25)]については，当該条項から生じる義務までは承継しないとの意思を有している，と解釈できる。

さらに，特約等によって，賃貸人に対し特殊な義務が課せられている場合はどのように考えられるか。譲受人に履行能力がなく，さらに賃料の相当部分が特殊な義務への対価であり，その義務が履行できなければ当該契約が意味をもたないと客観的に判断できるような場合は，譲受人は地位を移転させない意思を有していると解釈することができる。この場合が平成11年判決のいう「特段の事情」が認められる場合だといえよう[26)]。

この見解によると，地位を移転させない場合も認められ，かつ対抗力と独立して地位の移転を処理するので，対抗力がない場合の原則についても説明できる可能性があるため，妥当な見解といえるのではないだろうか[27)]。

・対抗要件がない場合の原則の
不明確性に対する検討

民法605条起草者の梅謙次郎は，賃貸借契約が目的不動産の新所有者に対抗することができなければならないと考えていた。賃貸借契約は，目的不動産の所有者が交替しても当然に新所有者に承継され，その場合，譲受人が不測の損害を被らないための公示技術の問題として「登記」が要求されたにすぎない[28)]。このような経緯を考慮すると，対抗要件の有無によって説明の仕方が変わることの妥当性を肯定することは，やはり難しいと考えられる。

では，賃借権が対抗力を有しない場合に，判例や学説はどのような結論を導いているのだろうか。賃貸借の目的物の譲渡については，対抗力の観点から議論されることが多く，対抗要件を具備していない賃借権が付着した目的物が譲渡されたときの法律関係については，対抗力を有している場合に比べて議論されることが少なかったようである。対抗力からすると，賃借人が譲受人からの所有権に基づく明渡し請求を拒めないことは自明である。また，譲受人が明渡し請求をすれば，賃貸人の使用収益させる義務の履行は不可能になるため，賃借人は譲渡人に対し，債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができ，結論は簡明である。しかし，問題を賃貸人の地位の移転という観点で捉えると，そう単純ではない。

以下，判例と学説を概観して，賃借権に対

22) 大判昭和9年2月16日新聞3665号8頁，東京地判昭和35年4月6日判時225号22頁。

23) 最判昭和44年7月17日民集23巻8号1610頁。

24) 最判昭和51年3月4日民集30巻2号25頁。

25) 相殺特約については，移転しても譲受人との間に反対債権がないので，譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない（前掲注22) 参照）。また，建設協力金については，本件賃貸借契約成立のときから5年間はこれを据え置き，6年目から毎年日歩5厘の利息を加えて10年間毎年均等の割合で返還するという約定もあったということから，移転させても譲受人は返還義務を履行できず，譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない（前掲注24) 参照）。

26) 野澤正充「判批」法セ538号104頁（1999）は，賃貸人の義務が人的性質を有すると客観的に判断される場合（たとえば賃貸人が目的物の使用収益のみならず，それ以外の役務提供等の義務を負担する）に「特段の事情」が認定されると解される，としている。

27) なお，梅謙次郎は，譲受人による賃貸人の地位の当然承継が起こることを，譲渡人が賃貸不動産の所有権を譲渡したことにより賃貸人の権利義務を失うことの結果として説明している。しかし，譲渡人が賃貸不動産の所有権を譲渡したことにより賃貸人の権利義務を失うのはなぜであるのか，権利義務を失うにしてもその権利義務が譲受人に移転するのはなぜであるのか，明らかになっていない。よって，起草段階からは賃貸人の地位の移転の根拠を導き出すことは不可能であり，この見解のように意思解釈を補充することは，立法者意思と矛盾するものではないだろう。

28) 野澤・前掲注16)322頁。なお，借地借家法10条，31条の対抗要件は公示機能がないが，これは賃貸借契約が典型契約で，賃貸人の義務も定型的なものが多いことから，譲受人が不測の損害を被る恐れが少ないことによるものであろう。

抗力がない場合について，どのように考えれば明確に説明しうるかを検討していく。

2　賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転について

この場合は対抗力を有する場合と異なり，譲受人が明渡請求権を行使できない法的根拠がないため，賃貸人の地位の当然承継が認められると即断することは困難である。譲受人が賃貸人たる地位を承継することを拒む場合は，所有権移転登記を経由して賃借人に明渡し請求をすることが可能である。

それより進んで，譲受人が賃貸人たる地位の承継を拒否しない場合，契約上の地位は移転するのだろうか。以下，判例と学説の結論と理論構成についてみていく。

(1) 判例の展開

判例は，賃貸人と譲受人の合意を根拠に地位の移転を認めている。そして，合意が認められる際に，さらに賃借人の承諾も必要かについては，大審院の判例は統一していなかった。

・承諾を不要とする判例 [29)]

譲受人が賃貸人に対してその権利義務を承継することを約束した場合，賃借人の同意を経ることなく譲受人は賃貸人の権利義務を承継し，賃借人は譲受人に対して賃貸借関係の存続を主張し，その義務の履行を譲受人に要求することができ，譲受人は賃借人が所有権移転契約に関与していなかったことを理由として，賃借人の要求を拒むことはできない，と判示した。理由として，賃借人が所有者の交代を拒否する権利を有しないことにより，譲受人が賃貸人の権利義務を承継することでしか賃貸借契約の目的を達することができないことを挙げている。賃借人が賃貸人・譲受人間の契約を否認しては，賃貸借契約を締結した目的と背馳することとなるから，賃借人の承諾がなくとも譲受人が賃貸人の権利義務を承継すべきこととなる。このような契約は常に賃借人のためにその効力を生じ，賃借人が介入しようがしまいが，その利益に影響がないということを考慮している。

以上より，賃借人の利益を損なわないことを基本とし，賃貸借契約の目的や効果を考慮して結論を導いていることがわかる。

・承諾を必要とする判例 [30)]

賃貸借の目的である不動産の所有権の譲受人と賃貸人との間において，譲受人が賃貸人の地位を承継すべき旨の特約があるときは，賃借人はこの承継を承認して譲受人に対し賃借権を主張することができると判示した。承諾がある場合に，従前の賃貸借が譲受人と賃借人の賃貸借関係となると考えている。つまり，この承諾は賃貸人の個々の権利義務関係に対する承認ではなく，賃貸人の地位の移転に対する包括的な承認といえる。

・現在の判例法理

以上のように，賃借権が対抗力を有している場合に，賃貸人の地位は法律上当然に譲受人に移転するとしても，賃借権が対抗力を有していない場合でも，賃借人の意思にかかわらず賃貸人と譲受人間の合意のみで賃貸人の地位が移転するかは，大審院の判例からは明らかではなかった。これについて最高裁が，対抗要件が具備されていない賃借権の設定されている土地の所有権譲渡において，新所有者が旧所有者の土地賃貸人としての義務を承継するには，特段の事情がない限り，土地賃借人の承諾を必要とせず，旧所有者と新所有者との間の契約をもってこれをなすことができると判断し [31)]，現在の判例法理となっている。

昭和46年判決は，①賃貸人の義務は賃貸人が何人であるかによって履行方法が特に異なるわけのものでもなく，②土地所有権の移転があったときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとっても有利

29) 大判大正4年4月24日民録21輯580頁。
30) 大判大正6年12月19日民録23輯2155頁，大判大正9年9月4日民録26輯1240頁。
31) 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁（以下，昭和46年判決）。

であるということを理由に，特段の事情のない限り，賃借人の同意は不要と判断した。つまり，賃借権に対抗力がない場合でも，譲渡人と譲受人の合意さえあれば，契約上の地位は移転することになる。

(2) 学説の展開

賃借権が対抗力を有していない場合の地位の移転についての学説について，伝統的なものと新しいもの，4つの説を取り上げる。

・我妻説[32)]

我妻は，賃貸人の地位は，目的物を収益させる積極的な債務を含むものであることを重視すれば，債務引受けの方法に要ることを必要とし，賃貸人と譲受人の契約だけではできないというべきであるとしつつも，①賃貸人の債務は目的物の所有者であることによってほとんど完全に履行することができること，②賃借人にとっても，売買によって賃貸借が敗れ，賃貸人に対して債務不履行の責任を問うことができるだけになるよりも，譲受人が地位を承継してくれた方が遥かに有利であることを理由に，賃貸人と譲受人の契約だけで地位の譲渡ができると主張した。もっとも，賃借人が直ちに異議を述べれば，承継される賃貸借関係の拘束を免れることはできる。昭和46年判決は，この学説の立場に依拠しており，通説といえる。

・鳩山説[33)]

これに対し，賃貸人の地位が義務を包含することに着目し，債権者である賃借人の同意なくして譲渡人が賃貸人たる地位から脱退するものとはいえないとする見解もある。賃借人の承認がある場合，賃貸人たる法律上の地位の承継を認めることはもとより正当であり，また普通にはこの承認があるものと認めることができるであろう。しかし，譲受人が賃借権の存在することを知って買い受けたという事実だけでは，承継の合意を認めることはできず，よって賃借人の承認も観念できない，としている。

しかし，この説では，賃借人の承諾を要しないと明示している昭和46年判決を合理的に説明することは難しい。昭和46年判決が「承諾」，鳩山説が「承認」としていることから，両説において，明示の意思表示がなくとも賃貸人の地位が移転しうる点を強調すれば，完全に矛盾すると断言することはできないかもしれない。しかし，素直に解釈すれば，やはり同意を必要としている点で本判決と相いれず，現在の判例法理を前提とするならば，この説を採るべきとは言い難いといえよう。

さらに対抗要件を具備していない賃借人に対する新所有者からの明渡し請求が権利濫用として否定された最高裁判決[34)]を合理的に説明することも困難であると考えられる。本判決で，譲受人について権利濫用が認められる際に考慮された事情としては，①譲受人が賃借人の存在について知っていたこと，②買受け代金が賃借権の存在を前提としたと考えられるような低廉なものであったこと，③買受け後，賃借権に対抗力がないと知るや否や，賃借人と何の交渉もなしに明渡し請求訴訟を提起したこと，④本件土地を必要とする程度が譲受人の方がはるかに小さいこと，⑤明渡しによって譲受人の得る利益に比して，賃借人の被る損害が過大であること，等が挙げられる。そして，結論として，明渡し請求を権利濫用とした原審を是認した。

つまり，本判決では，譲受人が賃借人の存在することを知って買い受けた事実を権利濫用の考慮要素としていることから，最高裁は譲受人の悪意から承継の合意を認める方向性を示唆しているといえる[35)]。

32) 我妻栄『債権各論中巻一』（岩波書店，1924）447頁。
33) 鳩山秀雄『日本債権法各論（下）』（岩波書店，1924）464頁。
34) 最判昭和43年9月3日民集22巻9号1817頁。
35) ただし，本件のその後の処理については，最高裁は，契約の承継は認めず，賃借人は不法占有者であることは変わらないので譲受人からの損害賠償請求は免れないとした。しかしこの点について学説は批判的で，星野英一「判批」法協87巻1号100頁（1970）は，対抗要件がある場合と同じ処理，すなわち賃貸人の地位が移転すると考えるべきとしている。

以上より，鳩山説は，現在の判例法理を前提とすると，採用しにくいものだといえるだろう。

・野澤説[36)]

また，契約譲渡を「特定の財産の譲渡に伴う」場合と「合意に基づく」場合の２つに類型化し，類型ごとに要件を検討する見解もある。

昭和46年判決によると，新旧両所有者の合意によって賃貸人の地位は移転し，相手方（賃借人）の承諾は不要である。これに対し，賃借人の地位（賃借権）の譲渡には，相手方（賃貸人）の承諾が明文上要件とされている（民法612条１項）。

以上の賃貸借に関する検討から，同じく契約譲渡といっても，①相手方の承諾が不要とされる場合と，②それが必要とされる場合との，２つの場合に分けられる。そしてその違いは，当事者が継続的な契約を締結する際に，主として，①目的物に着目するか，②相手方の人的要素に着目するかによるものであるとした。すなわち，①不動産を賃借する場合において，賃借人は，その所有者の人的要素ではなく，物的条件（間取り・日照・周辺環境等）に着目して契約するのが通常である。そうだとすれば，目的不動産の所有者が交代しても，賃貸借契約そのものは譲受人に承継されるのが，賃借人にとっても望ましい。これに対し，②所有者が自己の不動産を賃貸する場合には，賃借人の人的要素がその利用形態に大きく影響するため，賃借人の交代には，賃貸人の承諾が必要となる。

このような賃貸借契約における当事者の交代を手掛かりとして，野澤は，契約譲渡を次の２つに類型化した。①特定の財産の譲渡に伴う契約譲渡では相手方の承諾が不要であり，②特定の財産の譲渡とは関係なく，譲渡人と譲受人の合意によってなされる契約譲渡では，相手方の承諾が要件になるとする。

この見解によると，賃借権の対抗要件の有無によって，結論に本質的な差異はない。ただし，賃貸人の地位の移転に関しては，民法605条及び借地借家法10条，31条により，賃借人の権利がより保護されているため，賃借人が対抗要件を備えている場合には，特段の事情のない限り，賃貸不動産の譲受人の意思に反しても，法定の効果である対抗力によって賃貸人の地位の移転が強制されることになる。

この見解は，対抗力から賃貸人の地位の移転を根拠づけていない点では評価できよう。しかし，契約締結にあたり，目的物に着目したのか，相手方の人的要素に着目したのかを分け，前者であれば承諾は不要であるが，後者であればそれは必要とした点に問題があるといえる。物に着目した場合は承諾が不要というのは，賃貸人の債務というのは，不動産の所有者でありさえすれば履行できるし，それに尽きるということが前提になっている。しかしそれに尽きない賃貸借契約の条項，譲受人ではなしえない義務や債務を定めた条項もありえよう。そのような条項も含めた賃貸借契約をいくら譲渡人と譲受人の合意により移転させて，譲渡人を当該賃貸借契約から離脱させたといっても，賃借人は，譲渡人にしかなしえない義務が果たされなくなる譲渡人と譲受人の契約の承継について，何か言えてよいだろう。この場合，結局は当該不動産という物だけに着目していたのでは足りず，譲受人が当該義務や債務を履行できるかという人的要素をみることになる。この点に，野澤説の限界があると考える。

・半田説[37)]

さらに，賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは，専ら譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思解釈に委ねるべきであり，賃借人の対抗要件の具備とは無関係に処理すべきだとする見解もある。

賃借人が対抗要件を具備していなければ，譲受人としては，それにより賃借権の存在を知らずに所有権の譲渡を受けるか，あるいは賃借権の存在を知りながらも賃借人が対抗要

36) 野澤正充「当事者の交代」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊（2007）170-73頁，野澤・前掲注16)358-67頁参照。

37) 半田・前掲注9)320頁。

件を具備しないために，賃借人に優先する地位を取得し得ると考えて所有権の譲渡を受けるか，のいずれかの場合がほとんどであるとする。いずれにせよこれらの場合の譲受人は，所有権を取得することのみが念頭にあるとすべきであり，したがって賃貸人の地位如何を問題にすることなく，専ら所有権対賃借権の対抗問題としてのみ考えればよいことと結論づける。

この見解も，対抗要件と賃貸人の地位の移転を切り離して考える点は評価できる。また，地位の移転を意思解釈に委ねており，この方法ならば，対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合の賃貸人の地位について説明しえたように，賃借権に対抗力がない場合も説明しうる可能性がある。

しかし，譲受人の意思解釈として，所有権を取得することしか念頭に置かず，結局対抗問題と同じように考えている点で不十分である。確かに，譲受人は賃借権の負担がついていない完全な所有権を取得したいという意思を有している，と解釈することが合理的である場合は多くあろう。とはいえ，譲受人は，対抗力を有しない賃借権を容認し，賃貸人となることを望む場合も考えられる。これはもはや対抗問題として考えることは不可能であり，半田説では，この場合の地位の帰趨が不明である。地位の移転の帰趨を，譲渡人と譲受人の意思解釈に委ねたにもかかわらず，全ての場合を網羅していない点で，半田説に全面的に依拠することは妥当ではないと考える。

(3) 判例と学説を踏まえての検討

以下では，判例と通説は，賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転についてどのように解釈しているか検討したうえでどのように考えれば合理的に説明しうるかを考察していく。

・判例と学説からわかること

以上を概観すると，判例も通説も，賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転については，専ら賃貸人と譲受人の合意の存在に依拠していることがわかる。現在の判例法理となっている昭和46年判決も，原審認定事実として，このような合意の存在があったことが挙げられている。つまり，対抗力を有しない場合のデフォルトルールを示したわけではなく，合意の存否の判断を事実認定の次元に下げて，合意があったと認定されたときは譲受人に，合意がなかったと認定されたときは譲渡人に賃貸人たる地位が付着することとなる。

このような結論に対し，合意の有無の認定は容易ではなく，認定が不可能だからといって立証責任の問題に転嫁するのはあまりにも無責任であるという批判がある。何とか合意の有無を認定しようとすれば，賃借人が譲渡人に責任追及した場合には，譲渡当事者たちは合意があった旨を主張ないし工作するだろうし，賃借人が譲受人に責任追及した場合には，両当事者たちは合意がなかった旨を主張ないし工作するだろう[38)]。このような状況では，訴訟遂行人の技術に結論が左右されてしまうこととなり，妥当でない。よって，対抗力を有しない場合の原則を考えておく必要があろう。

・対抗力と賃貸人の地位の移転を独立して処理する考え方

賃借権が対抗力を有する場合に，賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは，譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思解釈に委ねるものであり，賃借人の対抗要件の具備とは独立して処理する問題であるという考え方を示した。この考え方は，対抗力と独立して地位の移転を処理するため，対抗力がない場合の原則についても，性質上当然に議論することができる。

このような意思解釈を補充する考え方によれば，対抗力の有無により結論が変わる必要性は全くない。むしろ，対抗力を有する場合の結論との均衡を図るべきである。つまり，

38) 水本浩「賃貸土地の所有者がその所有権とともにする賃貸人たる地位の譲渡と賃借人の承諾の可否」民商66巻1号166頁，171頁（1972）。

賃借権に対抗力がある場合でも，賃借人はその対抗力を放棄し，譲受人に対して主張しないことも可能である。しかし，その場合でも地位の移転がなされないわけではない。地位の移転はいったんなされるが，賃借人は賃貸借関係の承継を強いられることはないので，直ちに異議を述べて賃貸借関係から離脱できる。対抗力を有しない場合でも，譲受人が賃借権を認めることは全く差し支えない。このような場合は，譲受人は所有権に基づく明渡し請求権等を行使しないこととなり，その代わりに賃料請求や解約申入れ等の賃貸人としての権利を取得する意思を有していると考えられよう。よって，賃借権が対抗力を有している場合と同視しうる。つまり，賃貸人の地位の移転について譲渡人と譲受人の合意があるときは，対抗力の有無にかかわらず地位は移転する。ただし，賃借人がこれにつき直ちに異議を唱えることは認められ，これが昭和46年判決のいう「特段の事情」の1つであると考えられるのではないか。

賃貸人の地位の帰趨を対抗力とは独立して処理する考え方をまとめると，対抗力を有する場合は，目的物の所有権が譲渡人から譲受人に譲渡されれば，譲受人の意思解釈により，賃貸人の地位は通常当然に移転するような外観を備える。これに対し，対抗力を有しない場合は，合意がある場合に限り地位の移転が認められるのであり，この合意について賃借人の立証を要する点が，対抗力のある場合とない場合の差だということになる。譲受人が賃借権を容認していると客観的に判断できるような事情があれば，譲受人は地位を移転させる意思を有していると解釈でき，合意の存在を認定しうる。

III. ライセンス契約[39)]

ここまで，賃貸借契約を素材に，特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転について検討してきた。以上の考え方は，賃貸借契約にのみ妥当するものなのか，それとも特定の財産権の譲渡に伴う契約上の地位の移転全般に当てはまることなのか。非典型契約であるライセンス契約における，契約上の地位の移転を素材とし，賃貸借契約のアナロジーで説明できるのか，できないとしたらどう説明すべきなのか，検討する。

1　ライセンス契約と通常実施権の法的性質ー賃貸借と比較して

そもそも，特許権とは，発明という技術的情報を独占的に実施できる権原であるが（特許法68条），その対象が情報であるため，物と違って「占有」ということが観念できない。情報には，消費の排他性がないので，複数の者が同時に使用することが可能であり，その使用により消滅することもない。このように，元来独占ということができないものにつき，法が特別に特定の者のみに使用を認めたものが特許権である。つまり，法が特別に第三者の使用行為を禁止することにより，独占性が保たれているに過ぎない。よって，特許権者のもつ権原とは，第三者の実施を止めることができるという権原である。

ライセンス契約とは，知的財産の利用を求める者が，このような差止請求権をもつ特許権者等から利用許諾を受け，特許権等に基づく差止請求権の行使等を受けないことを主たる内容とする継続的契約である[40)]。また，この利用許諾は通常対価を支払って得るものであるため，ライセンス契約は有償双務契約

39) 包括ライセンス契約やクロスライセンス契約は，本稿の検討対象外とする。

40) ノウハウ提供義務や保守義務等の特定履行義務が，両当事者の合意のもとライセンサーに課されることも少なくない。著作権ライセンスの場合は，このような特定履行義務が契約の「効力として」発生し，契約内容となるという見解もあるが（小島・後掲注42)28頁），そのように解すると，特定履行義務を履行できない相手とはライセンス契約を締結できないこととなり，妥当でないだろう。

であることが多い[41]。民法上は，所有者が自己の所有権にかかる有体物の利用を求める者に対して，その利用を許諾することを内容とする継続的な有償双務契約を，賃貸借契約という典型契約として定めている[42]。よって，ライセンス契約において特許権が譲渡された際にライセンサーの地位が移転するかという問題は，特定の財産権の譲渡に伴う譲渡人の地位の移転という点で，賃貸借契約における不動産の所有権の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転と類似した状況下での問題であるといえよう。

通常実施権とは，特許発明を業として実施することにより，特許権者等に妨害排除請求権や損害賠償請求権を行使させないという不作為請求権である[43]。その反射的な効果としてライセンシーは使用収益をすることができる。通常実施権は債権であるため，原則として第三者に対抗することはできない。しかし，それでは通常実施権者の地位は不安定であり，通常実施権を取得してその実施のための投資をするには危険が多すぎることもありうる。そこで，不動産の賃借権が登記した場合に対抗力を有するのと同様（民法605条）[44]，通常実施権の場合も，特許法99条の登録によって対抗力を有するとされた。つまり，この法律関係は，不動産の賃借人が不動産の譲受人に対して賃借権を主張するには，登記等の対抗要件が必要であるのと同じ関係である。以上より，ライセンス契約と賃貸借契約は，対抗力の面でも同様の法律関係を持つ。

これに対し，対抗力を有しない場合の法律関係については，同様であると即断することはできない。賃貸借契約において，譲渡人と譲受人の合意があれば賃借人の承諾を要せず賃貸人の地位が移転する理由として，賃貸人の義務は，賃貸人が何人かによって履行方法が特に異なるものではないとするのは妥当である。しかし，ライセンス契約においては，ライセンサーがライセンシーとの合意により特定履行義務を負っていた場合，特許権等が譲渡されても，譲受人にその履行能力がないことも少なからず想定される。

このような状況において，ライセンサーの地位の移転についてどう考えるべきか。以下，ライセンス契約における対抗要件制度の現状を概観したうえで，賃貸借契約と比較すべく，対抗力を有する場合と有しない場合に分け，契約上の地位の移転をどのように考えることが妥当か，検討していく[45]。

2　ライセンス契約における対抗要件制度

通常実施権は，当事者の意思のみで効力が発生するが，それを第三者に対抗するには，特許原簿に登録しておくことが必要である（特許法99条1項）。不動産の賃貸借において，登記をしたときは第三者に対しても効力を生じること（民法605条）と，パラレルである。

しかし，この制度に対し，特に産業界から強い異論が出ていた。通常実施権の総数は，未登録のものも含めて約10万件と推計されるが，登録件数は1315件にとどまり，登録率は約1%と推計される[46]。登録の少なさについては，様々な要因が指摘されていたが，主だったものとしては，以下の3つが問題点

41) 通常実施権の対価は無償でもよいとされているため，有償双務契約ではないライセンス契約も成立しうるが，そのような契約はさほど多くないと考えられるため，本稿では有償双務契約であることを前提とする。

42) 小島喜一郎「ライセンス契約の法的性質について－民法典型契約規定にもとづく分析と検討－」専修法学論集101号1頁，5頁（2007）。

43) 知的財産研究所編「知的財産の適切な活用のあり方に関する調査研究報告書」（2007）48頁以下。

44) 中山信弘編著『注解特許法（上）』（青林書院，2000）930頁〔中山〕。

45) 特許権者以外の者が特許となった発明を実施する権利として，特許法上，専用実施権と通常実施権が規定されているが，本稿では，通常実施権のみを検討対象とする。

46) 福田知子＝西田英範「特許法等の一部を改正する法律について－ライセンスの登録制度見直しを中心として－」NBL884号36頁，38頁（2008）。

として挙げられていた[47]。

第1に,秘密保持の問題である。登録によって,ライセンサーとライセンシーの関係を他社が知ることになる。企業間の力関係や各市場への取り組み方等は,企業にとって秘密にしておく必要性が高いため,登録に伴う公開性は企業戦略に反することになりかねない。また,ライセンサー側としても,他社から「こちらにもライセンスをせよ」と求められる等,事業関係を乱される可能性がある。

第2に,現実の困難性がある。特許登録がされていないと実施権登録はできなかったので,出願中の権利については登録が不可能であった。また,現在でも問題として残るが,ライセンス契約で取り決めておかない限り,ライセンサーには実施権の登録に協力する義務がないため[48],ライセンシーが登録をしたくともできない場合も多い。

第3に,コストの問題もある。登録免許税は1件あたり1万5千円であり,特許数やライセンシーの数が多いと,非常に高額になる。また,1件ずつ登録をしていく手間もかかる。

このような状況をふまえ,2007年4月,改正産業活力再生特別措置法によって,通常実施権の新たな登録制度が創設された。これは,ライセンス契約によって許諾された通常実施権を包括的に登録するものである[49]。これにより,問題点の第3がある程度払拭されるだろう。

また,2008年4月,特許法等の一部を改正する法律が成立し,通常実施権等登録制度の見直しが行われた[50]。まず,特許出願段階においても,仮通常実施権を許諾できるようにし(改正後特許法34条の3第1項),特許原簿に登録できるようにした(同法27条1項4号)。これにより,問題点の第2の一部が解決しそうである。次に,通常実施権の登録事項につき,ライセンス契約の秘密保持のニーズを踏まえ,ライセンシーの氏名等や通常実施権の範囲については一定の利害関係人にのみ開示することとした(改正後特許法186条3項,実用新案法55条1項)。また,通常実施権に係る登録事項のうち,対価については,企業の営業秘密に関する事項である場合が多いことに加え,経済状況に応じて変動することが多い実態等を踏まえ,登録事項から除外することとなった。これにより,問題点の第1がある程度解決しそうである。

このように,ライセンス契約にも,賃貸借契約と同様,対抗要件制度が備わっている。よって,以下では,賃貸借契約の検討と同様,対抗力がある場合とない場合に分けて,ライセンサーの地位の帰趨について検討していく。

3 通常実施権が対抗力を有する場合のライセンサーの地位の移転について

ライセンシーが特許法や改正産活法等に基づいて対抗要件を具備した場合,賃貸借契約の判例法理を敷衍してライセンサーの地位が移転すると考えることができるのかという点について,どのような考え方があるか概観する。

(1) ライセンサーの地位は移転しないという考え方[51]

ライセンシーは対抗要件を具備しているため,譲受人は不作為請求権である通常実施権を否定できず,特許権者としての権利行使をすることはできない。だが,対抗の直接の効果はこのような不作為義務を負うにとどまり,譲受人はライセンス契約に拘束されないとする。

47) 中田裕康「知的財産権のライセンシーの立場」NBL801号11頁,13頁(2005)参照。
48) 最判昭和48年4月20日民集27巻3号580頁。
49) 経済産業省「産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律案のポイント」(経済産業政策局・産業技術環境局,2007,http://www.meti.go.jp/press/20070206001/sankatsuhou%20tou%20houritsuan-3-set.pdf にて入手可能,2009年9月5日最終検索。)3頁。
50) 福田=西田・前掲注46)36頁以下。
51) 知財研・前掲注43)59頁以下。

よって，譲受人には，ライセンス契約に含まれる不作為義務以外の権利義務や債権債務は承継されず，ライセンス契約は従前通り譲渡人とライセンシーの間で存続する。実施料債権等，契約上の債権債務を取得するには，別途債権譲渡や債務引受けが必要となる。つまり，譲受人は通常実施権を対抗されるが，ライセンシーとは契約関係にないため，例えば実施料については，ライセンス契約に基づく実施料を受領できず，特許権を失った譲渡人が引き続き実施料を受領することになる。

この見解は，不動産賃貸人の地位の移転の判例法理とは異なる結論をとっている。その理由として，賃貸借契約とライセンス契約では，目的物の譲渡と契約上の地位の移転の議論の前提が異なっている点を挙げている。非典型契約であるライセンス契約では，賃貸借契約に比して合意によって定まる部分が大きく，また，対価の決め方にも相違がある。対価の算定方法として，例えばライセンシーの売り上げにロイヤリティレートをかける場合がある。譲受人がライバル企業である場合に，ライセンサーの地位が移転することとなれば，ライセンシーは売上高をライバル企業に知られることとなり，このような結果をライセンシーが望むとは考えにくい。対抗力を有しない賃貸借契約の場合，譲渡人と譲受人の同意があれば賃借人の承諾なしに地位の移転が起こる理由として，①賃貸人の義務が没個性的であること，②譲受人に義務の承継を認めることが賃借人にとっても有利であること，が挙げられていた。しかし，ライセンス契約では，①②どちらも当てはまらない場合がある。ライセンス契約に含まれるライセンサーの義務のうち，不作為義務はライセンサーが誰であっても履行方法は異ならないといえるが，特定履行義務が設定されている場合には，ライセンサーの個性に着目した義務といえるため，地位を移転させることがライセンシーにとって有利とはいえない。

このような，ライセンサーの地位を移転させないという法律関係をまとめると以下のようになる。譲受人は，対抗力を有する通常実施権の付着した特許権を取得したため，ライセンシーに対して特許権に基づく権利を行使することが不可能になる。ライセンス契約は譲渡人とライセンシーの間で存続し続ける。譲受人は特許権に基づく不作為義務の対価としての実施料を，ライセンシーに対し契約の効力として直接請求することはできないが，譲渡人またはライセンシーに対して不当利得返還請求（民法703条）ができることとなる。実施料の中には，ライセンス契約の核の部分といえる特許権に基づく差止請求権等を行使しないことに対する対価も含まれている。よって，もはや特許権を有しない譲渡人がその対価を受け取ることや，ライセンシーが差止めされないことへの対価を支払わないことは，法律上の原因がないといえるからである。

(2) 上記見解の問題点

この見解は，ライセンシー保護の観点から，賃貸借契約と異なり，特定履行義務があるライセンス契約では地位の移転が起こらない方がむしろライセンシーの保護に資することを考慮し，結論を導いている点で，妥当な見解ともいえそうである。しかし，法律構成や前提問題において，3つの問題点が挙げられる。

・ライセンス契約の履行不能にかかわる問題

第1に，契約が承継されないと考えると，目的物である特許権自体は譲受人に移転している以上，ライセンス契約は履行不能となり，効力を失うのではないかという問題点が指摘できよう。

ライセンス契約の法的性質について，ノウハウ提供義務等の特定履行義務を，契約そのものの効力として発生すると解するのか，付随的義務にとどまると解するのかについては議論があるにしても[52]，特許権に基づく差止請求権等を行使しないという不作為債務が，ライセンサーの負う中心的債務であることは争いがない。よって，不作為債務の履行

52) 小島・前掲注42)28頁，知財研・前掲注43)48頁参照。

不能をどのように考えるのかが問題になる。

(a) 履行不能にならないとする見解

不作為債務の履行不能について，伝統的な教科書等で格別に記載されているものはほとんど見受けられないが，堰建設の差止請求が争われた裁判例において，「不作為の給付請求権は，これに反する作為がなされたため給付の目的を失った場合には，例えば物の給付を求める請求についてその物が滅失した場合と同様に，履行不能により実体法上その権利が消滅する（他の権利に転化する場合を含む。）ことになる」と判示している[53]。この事案では，堰建設工事完了の事実により，不作為債務が履行不能により実体法上消滅したと判断している。

ここからは，不作為債務が履行不能となるためには，一定の作為等による状況の変化が必要であるとも考えられる。ライセンス契約において，特許権が譲渡された場合，譲渡人はもはや無権利者なので，差止請求権を失うこととなる。対して譲受人は，対抗力を有する通常実施権が付着した特許権を得ているに過ぎないため，通常実施権者に対して差止請求権を行使することはできない。この状態では，外観上は譲渡人も譲受人も等しくライセンス契約の不作為義務を履行しているように見える。譲渡人はもともと特許権に基づく差止請求権を有していたが，通常実施権が付着していたため行使できなかった。譲渡後は，差止請求権を有していないため，行使できない。「譲渡人が差止めをしてこない」という外観は，譲渡の前後で何ら変わっていない。譲渡人はもはや無権利者であるが，無権利であっても不作為義務の履行は可能であると解すれば，特許権譲渡後のライセンス契約も履行不能とはならない。

また，履行不能を貫徹すれば，特許権の有効性が争われ無効審判が出た際に，ライセンサーは遡って無権利者ということになり，それまでの実施料は不当利得によりライセンシーに返還するという帰結になろう。しかし，実施料は特許権が無効であるリスクも織り込んで設定されていることも多く，実施料を遡って返還するということは通常考えられていない。

このように考えると，ライセンス契約は履行不能になっていないと捉えることができる[54]。この見解によれば，ライセンス契約は譲渡人とライセンシーの間で有効に存続し，譲渡人は特定履行義務を履行し続け，ライセンシーは実施料を譲渡人に支払う法的根拠を導くことが可能になろう[55]。

(b) 履行不能になるとする見解

この見解は，譲渡の前後において，譲渡人は外観上等しく不作為を履行しているようにみえても，内実としては，譲渡後の譲渡人は無権利であることに基づく不作為であるのに対し，譲渡前の譲渡人は対抗力を有する通常実施権が付着した特許権者であることに基づく不作為であることに着目する。つまり，譲渡後は契約の効力として不作為義務を負っているわけではなく，そもそも差止請求権を「有していない」のに対し，譲渡前は差止請求権を有してはいるが，通常実施権が付着していることにより，権利を「行使できない」という状況にある。「差止め請求をしない」という譲渡人の外観は，譲渡の前後で変わらないが，差止請求権を行使しない原因が異なっている。そして，不作為義務は作為が可能である者に対して作為を禁止する義務を課すこと

---

53) 名古屋高判平成10年12月17日判時1667号3頁。

54) さらに，ライセンサーにライセンシーを防衛する義務が存続すると考える余地もないわけではない。ライセンサーがライセンシーに通常実施権を設定してそれを登録していなかった場合，その後当該権利について第三者に専用実施権を設定すると，もともとの通常実施権者は専用実施権者に劣後することとなるが，この場合にライセンサーには専用実施権者の攻撃から通常実施権者を防衛する義務を負うとする見解がある（飯田聡「知的財産ライセンス契約の保護の在り方とその方策案」知的財産研究所『知的財産ライセンス契約の保護』（雄松堂出版，2004）288-325頁）。

55) もっとも，この見解によっても，特許権譲渡後のライセンス契約がもとの形そのままで存続するかは，さらに問題になりうる。契約が移転しなかったとしても，特許権を譲渡したことによりその契約が変容して存続するならば，ライセンシーが特定履行義務の履行請求権をもつと当然にはいえなくなるだろう。

だと解し，そもそも作為が不可能な無権利者には不作為義務の履行が観念できないと考える。このように解すると，無権利者とのライセンス契約は履行不能となるだろう。

この見解によると，理論的には，ライセンス契約は終了し消滅することとなるため56)，譲渡人は実施料支払請求権を失い，ライセンシーも特定履行義務の履行請求権をもたないという帰結が導かれうる。この場合，ライセンス契約を譲渡人とライセンシーの間に残すことで，譲渡人に特定履行義務を確実に負わせライセンシーを保護するという，地位を移転させない見解の目的が達成しえなくなる。よって，ライセンサーの地位を移転させないという見解をとるならば，特許権譲渡後のライセンス契約が履行不能となると解することは背理となるだろう。

・債務の対価にかかわる問題

第2に，仮に契約が履行不能とならずに譲渡人とライセンシーの間で存続したとしても，ライセンス契約の核である，特許権と不作為債務が移転しているにもかかわらず，譲受人がライセンシーに対し，その対価を直接請求できないことに対する疑問が湧いてくる。

契約が移転しないとなると，譲受人はライセンシーに対し，契約に基づいて実施料を直接請求することはできない。しかし，不作為債務がライセンス契約の本質的内容であるとすると，実施料は不作為債務の主たる対価であり，この2つは不可分の関係にあるのではないかと思われる。

ライセンサーの地位が移転しないと考えると，ライセンシーが実施料を支払わなかったときに，譲渡人もしくは譲受人からの実施料支払請求双方に対して，抗弁が立ってしまう可能性がある。つまり，譲渡人に対しては，もはや特許権者でないことを理由に請求を拒み，譲受人に対しては，契約関係になく譲受人に実施料債権が承継されていないことを理由に請求を拒みうる。この場合，譲渡人に不当利得返還請求をすることで回収するという構成が挙げられるが，その方法は迂遠であろう。この迂遠さを回避するために，ライセンシーに契約に基づいて実施料を請求することはできないが，無償の利用を認めるべきでないので，不当利得返還請求によって直接請求できるという構成もある。しかし，その場合，ライセンシーは正当な法的権限に基づいて通常実施権を設定したにもかかわらず，法律上の原因がないと構成することとなり，違和感のあるものとなってしまう。

・特定履行義務にかかわる問題

第3に，この見解は，特定履行義務が契約主体と切り離せないことを前提としているが，その前提にも疑問を挟む余地がある。地位が移転しない根拠として，特定履行義務はライセンサーの個性に着目した債務であるため，地位を移転させない方がライセンシーにとって有利であることを挙げている。つまり，地位が移転したら特定履行義務も必然的に随伴して譲受人に移転するという前提のもとでの議論である。

しかし，譲受人にライセンサーの地位が移転するとしても，特定履行義務は，ライセンサーとライセンシーの合意により定められたものであり，非定型的であるといえるので，当然には譲受人に移転しないと考えることもできる。よって，特定履行義務を譲渡人に残す方がライセンシーに有利であることをもって，契約上の地位が移転しないとの結論に直結させる必要はない。

(3) ライセンサーの地位は移転するという考え方57)

譲受人は，ライセンシーが有する「権利行使を受けないという不作為請求権」を否定で

56) ライセンサーに帰責事由がないとみられれば，危険負担（民法536条1項）の問題となり，実施料債権は発生せず，契約は終了する。帰責事由があるとみられれば，債務不履行（民法415条）の問題となり，不作為債務は損害賠償債務に転化して存続するが，継続的契約の特殊性より，損害賠償債務と実施料債権を存続させておいても無意味なので，契約は終了することとなり，その上でなお損害があれば，ライセンシーは賠償をとることができる。

57) 知財研・前掲注43)63頁以下。

きず，特許権者として権利行使することはできないが，このような不作為義務の負担を負うとともに，対抗の直接の効果として，ライセンス契約を承継する[58]。この見解によれば,譲渡人はライセンス契約関係から離脱し，譲受人は実施料支払請求権を取得し，ライセンシーは実施料を譲受人に対して直接支払う義務を負う。契約上の債権債務も承継されるため，債権譲渡や債務引受けの手続きは必要ない。

この見解は，賃貸人の地位の移転の判例法理と同じ結論となっている。その理由として，賃借権の対抗力を定めた民法605条と特許法99条が，ともに「効力を生ずる」[59]という文言となっていることに着目している。民法605条において，「効力を生ずる」としていることの意味は，債権は本来当事者間でしか効力を有しないが，例外的に登記をすることで第三者に対抗できるようになる権利も認められているということであり，この効果として，賃貸借契約という債権契約関係が譲受人に承継されると考えている。特許法99条においても，通常実施権の設定契約全体が，特許権に付着して譲受人に移転していくことが，通常実施権の「対抗」という言葉で表現されるものの実体だとしている。

つまり，通常実施権が対抗できる場合には，通常実施権の設定にかかるライセンス契約は，対抗の直接の効果として承継される。しかし，賃貸借契約と違い，ライセンス契約にはライセンサーの個性に着目した特定履行義務も定められていることがあるため，ライセンス契約の全ての条項が承継されるわけではない。ライセンス契約の特殊性に応じて，承継されるものとされないものがあると説明する。どのようなライセンス契約でも，契約の核となる部分，例えば不作為債務や実施料債権は譲受人に移転する，と考える。

(4) 上記見解の問題点

この見解によれば，契約の目的物とともに契約自体も移転するため，履行不能の問題も生じないこととなろう。また，実施料の支払いについても，特許権者である譲受人が契約に基づいてライセンシーに請求できるため，法律関係も簡明である。しかし，この見解においても，以下の2つの問題点が指摘できよう。

・承継されるものとされないものの区別にかかわる問題

第1に，承継される範囲についての問題がある。地位が移転するという見解においても，合意によって当事者を拘束している権利義務全てが承継されると考えるわけではない。特定履行義務がライセンサーの個性に着目したものであることからすると，全てが移転すると構成することはできないだろう。そのように考えると，どの範囲までが承継されるのかが問題となる。

ライセンス契約は非典型契約であるため，賃貸借契約と比べて，当事者の合意で定める部分が多い。譲受人は，通常実施権の許諾のほかにどのような権利義務を負うのか予測することが困難な立場にある。また，ライセンス契約には慣習等も確立されておらず，どのような権利義務まで承継させるべきかが明確には決められず，個々の状況においてアドホックな解決をせざるを得なくなる。この見解では,承継の範囲が不明確となりうるため,譲受人が不測の損害を被る恐れがある。

また，一部の権利義務が譲渡人に残るとしても，それはライセンス契約が譲渡人と譲受人の間で分割されて双方で存続しているのか，従前のライセンス契約から特定履行義務等を控除した，変容した契約が譲受人に移るのか，という問題もありうる[60]。前者のように構成できるのならば，三当事者が契約主

58) 但し，どの範囲で契約を承継するかは別途問題となるだろう。

59) これに対し，民法177条は「対抗することができない」となっており，物権は本来誰にでも対抗しうる権利であるが，取引の安全を保つために登記をしないと第三者に対抗できないとしたものである。この登記は，物権の対抗力を制限するものであるが，民法605条の登記は，債権に対抗力を付与するためのものである。

60) 森田・前掲注5) 参照。

体となり，そもそも地位が移転するか否かを論じる必要がなくなるだろう[61]。後者の場合は，やはり承継の範囲が問題となるといえる。

・対抗の直接の効果として説明することにかかわる問題

第2に，ライセンサーの地位の移転を，対抗の直接の効果として説明している点に問題がある。特許法99条が，民法605条と同様の効果をもつとするならば，賃貸借の場合と同様に，対抗問題と地位の移転の問題は，切り離して考えることも可能である。賃貸借で検討したように,対抗問題のみに着目すると，対抗力を有する場合になぜライセンス契約そのものが譲受人に移転するのかという点と，対抗力がない場合にいかなる解決を原則と考えるかという点について明らかにならない。

(5) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

賃貸借契約において，対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合に譲受人が契約上の地位を承継することの根拠を，対抗要件の具備ではなく譲受人の意思解釈という点に求める考え方を示した。ライセンス契約においてもこの考え方を適用し，譲受人の意思を解釈してライセンサーの地位の移転について説明しうるか。以下，ライセンス契約の本質的債務である不作為義務と，ライセンサーとライセンシーの合意により両者を拘束している特定履行義務に分けて検討する。

・契約上の地位と契約自体から発生する権利義務について

譲受人は，対抗力を有する通常実施権が付着した特許権を取得している以上，その効果として差止請求権を行使できないことは疑いない。このときに，ライセンサーの地位の移転を全く考慮に入れていないとしたら，実施料の請求等ができない一方で，通常実施権を否定できず差止請求権を行使しえないという負担のみを負うこととなる。このように極端に不利になる結果を譲受人が望むとは考えられず，不作為義務を負うことを受忍している以上，対価としての実施料を受け取ることも期待しているといえるだろう。また，譲受人は差止請求権を行使できないので，解除権や解約申入れ権も取得することを望んでいると考えられる。よって，通常，譲受人は，特許権の譲渡に伴ってライセンサーの地位も取得すると考えているといえそうである。

以上より，譲受人の意思解釈からすると，ライセンサーの地位は原則として移転するという結論になるだろう[62]。

・合意により当事者を拘束している権利義務について

しかし，譲受人は，譲渡人とライセンシーが合意によって定めた特定履行義務の承継の意思まで有しているのだろうか。承継の範囲が問題となる。

(a) 賃貸借契約の場合

Ⅱ2(3) にて検討したように，賃貸借契約において，賃借権が対抗力を有している場合に賃貸人の地位は原則として移転するが，承継される契約内容は無制限ではない[63]。これらの裁判例における考慮要素としては，①借家法等，賃貸借契約に関係する特別法，②承継されるものの性質，③賃貸借契約における慣習等，④譲受人の利益保護の必要性と賃借人の利益保護の必要性の比較衡量，といった点が挙げられる。①ないし③をまとめると，一定の定型的で予測可能な範囲で，契約内容や従たる契約が承継されるといえよう。対抗力を有する賃借権が付着している不動産を取得した以上，譲受人は自らが予測できる範囲

61) この構成によると，譲渡人との間にも契約が存続することとなるが，前述の通り履行不能が問題となる。

62) 賃貸借において特段の事情がある場合には地位が移転しないと示した平成11年判決を考慮すると，いかなる場合も例外なく地位が移転すると結論付けることには違和感がある。譲受人に特定履行義務等の履行能力がなく，実施料についても実質的には不作為債務ではなく特定履行義務の対価といえ，その特定履行義務がなくては当該契約が意味をもたないと客観的に判断されるような場合は，譲受人は実施料債権や解除権，解約申入れ権等への期待を有しているとはいえず，特段の事情ありとして地位が移転しないという余地を残しておくべきだと思われる。

63) 前掲注22)，23)，24) 参照。

の契約内容等については，その権利義務をも取得する意思を有していると考えられる。そして④で，実際に承継されたりされなかったりする際に起こる不都合の調整を図っているといえる。

(b) ライセンス契約の場合

ではライセンス契約については，どう考えられるか。ライセンス契約では，ライセンサーが負う債務は差止請求権を行使しない不作為債務にとどまり，それ以外の特定履行義務等はライセンサーとライセンシーの合意によって両当事者を拘束している。この合意により定められた部分は契約の効力として発生する本質的な債務ではないため，契約上の地位が移転するにしても，無条件に譲受人を拘束するものとは即断できない。合意の内容が定型的で予測可能であり，譲受人が合意により発生する権利義務を負う意思を有していると解釈できる場合に，その権利義務が譲受人に移転すると解するべきであろう。考慮要素としては，賃貸借と同様，①ライセンス契約に関係する特別法，②承継されるものの性質，③ライセンス契約における慣習等，④譲受人の利益保護の必要性とライセンシーの利益保護の必要性の比較衡量，ということになるだろう。

これを具体的にみていくと，まず①について，ライセンス契約には，ライセンシー保護の観点から，特許法や産活法，実用新案法等の改正がなされているが，主に対抗要件の問題点を解消するためのものであり[64]，賃借人保護を目的とする借家法や借地借家法に対応するような法律は現段階では制定されていない。借家法や借地借家法は，借地上に自己名義の建物があれば，土地賃借人は賃借権を第三者に対抗できるとする。この対抗要件は公示機能を果たすものではないため，第三者には賃貸借契約の内容はわからないにもかかわらず，対抗力を認めている。これは，賃貸借契約が典型契約で，条項や従たる契約もある程度予測可能であり譲受人に不測の損害を与える可能性が少ないことに基づくものであろう。ライセンス契約においては，対抗要件として登録が定められており，登録なしで対抗できるという見解は，少なくとも法律の文言から直接導き出すことはできない。ライセンス契約は非典型契約で条項等も定型的とはいえないものも多いため，譲受人に不測の損害を与える可能性も少なくなく，公示機能を持つ登録が必要であると考えられているのだろう。よって，①からは，特定履行義務は承継させない方向に傾く。

②については，合意により定められる特定履行義務等の性質は多種多様であり，さらに譲渡人の個性に着目したものも多い。たとえば，譲渡人がノウハウを提供する義務を負っていることが考えられ，具体的には，技術文書・エンジニアサンプリングの提供や，技術指導員の派遣等を行うこと等を内容とする特定履行義務が課せられるだろう。とはいえ，知的財産に関する情報を提供する方法はこれにとどまらず，また，情報の提供は，情報所持者である譲渡人にしかなしえないことが多いだろう。よって，特許権を目的とする契約で，定型的で予測可能な条項は基本的にはないのではないかと思われる。今後，ライセンス契約がますます増加し，典型契約性が高まれば，譲受人が移転させる意思を有しているといえるような義務を定めた条項も出てくるかもしれないが，現段階でそのような意思を有していると解釈できるような条項があるとは言いがたい。仮に，現状においても，ライセンサーがノウハウ提供義務等を負うライセンス契約は少なからずあるため，この義務は定型的で予測可能といえたとしても，譲受人にその義務の履行能力がないことも多くあるため，譲受人にとってもライセンシーにとっても望ましくない結果となる。よって，②からも，譲受人はこの義務を負う意思を有しているとは考え難い。

③について，ライセンス契約は現時点では典型契約性が低く，慣習等が確立されている

64) Ⅲ2 にて詳しく検討した。

とは言い難い。よって，この点からも，承継させない方向に傾く。

④について，譲受人が特定履行義務の履行能力がない場合は，譲受人もライセンシーも承継を望まない意思を有していると考えられるので，互いの利益は対立せず，比較衡量をするまでもなく承継させない方向に傾く。

以上，譲受人の意思解釈の結果，特定履行義務等は原則として移転しないと考えられる。

このように考えると，ライセンス契約の本質的債務である不作為義務以外の権利義務を移転させるには，譲渡人と譲受人の間で，その権利義務を移転させる旨の合意が必要となろう。換言すれば，移転の合意があった権利義務に限って譲受人が取得することとなる[65)]。

(c) ライセンシーの承諾の要否

では，合意で定めた権利義務を移転させる場合に，ライセンシーの承諾は必要であろうか。不作為義務の場合は，譲受人が対抗力の効果として負うものであるので，ライセンシーの承諾は問題にならなかったが，合意で定めた権利義務は，対抗の効果とは関わらないものであるため，問題となる。

承諾を必要とする考え方は，以下の論拠に基づくものだろう。対抗力のない賃借権が付着した不動産所有権を譲渡する際に，賃貸人の地位の移転は譲渡人と譲受人の合意があれば発生し，賃借人の承諾は不必要であったが，①賃貸人の義務が没個性的であることと②譲受人に義務の承継を認めることが賃借人にとっても有利であることが理由とされている。特定履行義務については，①②どちらも当てはまらない。ライセンシーにとって，ライセンサーの地位取得者がノウハウ提供義務を履行できるかは重大な問題である。ノウハウが提供されなければ通常実施権が行使できず，事業自体を停止せざるを得なくなるだろう。賃貸借の場合は，当該不動産が使用不可能になった場合でも，別の不動産を使用するという一応の代替手段がある[66)]。ライセンス契約の場合は，代替性がなく，将来にわたって一切事業ができなくなる可能性があるので，保護の必要性が賃貸借より高い。

これに対し,承諾を不要とする見解からは，承諾を必要とすると，知的財産取引の活性化が妨げられるといったデメリットが挙げられる。通常実施権は賃借権と異なり，1つの特許権について複数成立するので，すべてのライセンシーの承諾を得ることはコストがかかるため,取引を阻害することとなりかねない。また，一部のライセンシーのみの承諾しかとれなかった場合などは，同じ内容の特定履行義務であっても，通常実施権者ごとにその者に対しては義務が移転しているかどうかをいちいち確認することが必要となり，煩雑なものとなってしまう。

以上より，承諾の要否については，必要とする考え方も不要とする考え方も一定の合理性を有している。しかし，ライセンシーの事業が一切できなくなる可能性と，知的財産取引の活性化が阻害される可能性は，前者における危険のほうがより具体的で，現実化した場合の損害が直接的であるといえよう。よって，承諾を必要とする見解に，より一層の合理性を見いだせるのではないか。

以上のように考えると，通常実施権が対抗力を有する場合は，ライセンサーの地位は原則として移転し，このときはライセンス契約の本質的債務である不作為義務のみが移転することとなる。この見解では，契約は特許権者である譲受人に移転しているため，履行不能の問題は生じない。また，不作為義務以外

65) これに対し，譲受人が特定履行義務の履行能力を有している場合は，譲受人もライセンシーも不利益を受けることがないので，合意がなくとも移転させてよいという見解も考えられる。しかし，「履行能力がある」といってもその程度は個々の事案によってまちまちであり，どの程度履行できれば履行能力ありといえるかが客観的には定まらない。この見解によると，合意がないときに譲渡人と譲受人はどちらが義務を履行しなくてはいけないのか，ライセンシーはどちらに履行請求すればいいのか，等の混乱を招くことになる。よって，一律に合意が必要であると考えることが望ましいであろう。

66) 但し，移転費用等が発生するという不利益はある。

の権利義務については，個別の合意が必要であると解すれば，承継の範囲が不明確になり譲受人が不測の損害を被ることもないだろう。さらに，ライセンシーの承諾も必要とすればライセンシーの保護に欠けるところもないといいうるだろう。

4 通常実施権が対抗力を有しない場合のライセンサーの地位の移転について

賃貸借契約においては，賃借権が対抗力を有しない場合は，譲渡人と譲受人の合意がある場合に限り地位の移転が認められる。このときに，賃借人の承諾は不要である。ライセンス契約においては，どのように考えられているだろうか。

(1) 議論の展開

通常実施権の対抗力がない場合における学説はほとんど見受けられないが，通常実施権の登録がない場合，ライセンシーは通常実施権を譲受人に対抗できないという結論は一般的に異論がないであろう[67]。通常実施権は債権であるので，債権の相対的効力により，原則として第三者には効力が及ばないこととなる。つまり，譲受人は特許権に基づく差止請求権を行使することが可能であり，ライセンシーはそれに対抗することができない。

このことから，通常実施権の登録がない場合は対抗力がなく，ライセンサーの地位も原則として譲受人に移転しないと考えられているのではないだろうか。賃貸借契約において，賃借権に対抗力がない場合は，地位は原則として移転せず，譲渡人と譲受人の合意があったときのみ移転する。よって，ライセンス契約においても，対抗力がない場合の地位の移転は原則として起こらないと考えられていると思われる。しかし，対抗力がない場合に，なぜ地位の移転が起こらないといえるのか，既存の議論からは明らかにならないので，以下で検討する。

(2) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

ライセンス契約においても，賃貸借契約と同様，譲渡人の地位の移転が特許権等の譲渡に伴うか否かは，譲渡人と譲受人の契約における意思解釈に委ねるべきものであり，ライセンシーの対抗要件の具備とは独立して処理する問題だとして考察した。よって，賃貸借契約と同様に，対抗要件の有無によって結論付けるのではなく，対抗力を有する場合との均衡を考えて，検討していきたい。

・契約上の地位と契約自体から発生する権利義務について

通常実施権が対抗力を有する場合は，譲受人は不作為義務を負うこととなり，その対価として実施料債権を取得する意思を有しているものと考えられるため，原則としてライセンサーの地位は移転するという考え方を示した。

通常実施権に対抗力がなく，さらに譲渡人と譲受人の間に地位の移転に関する合意もない場合は，譲受人は通常実施権による不作為義務を負ういわれはないだろう。このときの譲受人の意思としては，通常実施権の登録も合意もないため，義務に対する認容も，実施料債権に対する期待も有しているともいえず，この場合も差止請求権を行使できないとするのは，譲受人の権利を不当に害すると考える。よって，対抗力を有しない場合の譲受人の意思を解釈すると，賃貸借と同様，原則として地位は移転しないという結論が導かれるだろう[68]。

これに対し，対抗力がない場合でも，譲受人が通常実施権を認めることは，ライセンス

---

67) これに対し，ライセンシー保護の観点から，登録がない状況でも対抗力を認めるべきだという指摘もある。山本崇晶「ライセンサー倒産時のライセンシーの保護」知的財産研究所『知的財産ライセンス契約の保護』（雄松堂出版，2004）74 頁以下。

68) もっとも，合意はないが譲受人が通常実施権の存在について悪意である場合，譲受人は登録の欠缺を主張できないという考え方があり，それを法律で規定する選択肢もありうる（中田・前掲注 47)20 頁参照）。これによれば，ライ

契約においても全く差し支えない。この場合は，賃貸借契約と同様，対抗力を有する場合と同視してよいだろう。つまり，譲受人が通常実施権を認容し，譲渡人との間で地位を移転させるという合意をした場合は，譲受人はライセンシーに対し差止請求権を行使しないという不作為義務を負い，その対価としての実施料債権や解約申入れ権等を取得する意思を有していると考えられる。結果，対抗力がなくとも地位は移転することとなる[69]。対抗力を有する場合との差は，賃貸借契約と同様に考えられよう。つまり，対抗力を有する場合は，特許権が譲渡されれば，譲受人の意思解釈により原則として地位は移転する。これに対し，対抗力を有しない場合は，合意がある場合に限り地位の移転が認められるので，この合意について，ライセンシーが立証する必要があるという点にその差が求められることとなろう。

・合意により当事者を拘束している権利義務について

この部分については，対抗の効果とは関わらないものであるため，改めて意思解釈をするまでもなく対抗力を有する場合と同じ結論となろう。つまり，特定履行義務等は非定型的なものが多いため，譲受人にとって予測可能なものとは言い難く，さらに譲渡人の個性に着目したものも多い。譲受人は地位を移転させる意思を有しているとは言えず，原則として地位は移転しないと考えられ，譲渡人と譲受人の移転の合意，かつライセンシーの承諾があった権利義務に限って，譲受人が取得することとなるだろう。

IV. まとめ

以上，賃貸借契約とライセンス契約を比較して，契約上の地位の移転がどのような場合に起こり，どのように説明しうるのかを検討した。

賃貸借契約においては，判例は賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について，「法律上当然に」起こるものと説明していた。学説は，賃借権を物権化されたものととらえる説，所有権と結合し一種の状態債務関係になると説明する説等があり，状態債務説への批判としては，対抗力の効果と結合させて考えるものが多かった。対抗力を有しない場合は，原則として地位は移転せず，譲渡人と譲受人の合意があったときに移転し，その際の賃借人の承諾は不要とする判例理論が確立している。

しかし，判例や学説からは，①対抗力を有することからなぜ地位の移転が導かれるのか，②対抗力を有しない場合の原則をどのように考えるかが明らかにならないため，譲受人の意思解釈を補充することによって，対抗力の有無に関わりなく地位の移転を説明する見解を示した。

ライセンス契約においては，いまだ地位の移転についての判例や学説は確立されておらず，対抗力を有する場合は，移転する見解と移転しない見解の双方が有力である。対抗力を有しない場合はほとんど議論されていないが，賃貸借の判例法理から移転しないと考えられていると思われる。ライセンス契約は，ライセンシーがライセンサーから利用許諾を受け，一般的にその対価を払うという継続的契約という点で，賃貸借契約と類似する面もあるが，他方，ライセンス契約におけるライセンサーの負う債務は基本的に不作為債務のみであることや，特定履行義務を課された場合には賃貸人の義務とは違い没個性的であるとはいえないことなど，相違点も多い。よって，賃貸借契約の判例法理のアナロジーで解

センシーが合意の存在を立証できなくても，譲受人が悪意であったことさえ立証できれば，通常実施権が対抗力を有している場合と同視し，譲受人はライセンサーの地位を取得し，不作為債務を負うと解釈しうる。しかし，これはあくまでも立法で解決すべき事柄であろう。

69) 賃貸借において，特段の事情がない限り賃借人の同意は不要と判示した昭和46年判決を考慮し，ここでもライセンシーが直ちに異議を唱えることを認め，それを「特段の事情」の1つと解することができよう（Ⅱ2(3)参照）。

決できると当然にはいえないため，どのように考えることができるか検討した。対抗問題と結合させて考えると，賃貸借と同じく上記①②が明らかにならないため，予測可能性等を考慮要素とし,譲受人の意思解釈によって,結論を導いた。

ここで示した見解によって，特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転一般を説明しきれたとはいえない。譲渡人が破産した場合は，任意に目的物を譲渡した場合と同じに考えられるのか，包括ライセンス契約やクロスライセンス契約の場合はどのように考えるのか等，残された課題も多い。今後,知的財産取引がさらに活性化していく中で,様々な立法や法改正がなされるとともに，ライセンサーの地位の帰趨についての問題が顕在化してくるだろう。それにより，特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転に関する様々な判例や学説に立ち返り，それらがもつ意味や，判例を一般化して原則を立てることの妥当性を改めて検討しなくてはいけない機会が多くなってくると考えられる。本稿において，典型例ともいえる賃貸借契約における賃貸人の地位の移転と，ライセンス契約におけるライセンサーの地位の移転を比較検討したことによって，その問題意識を示せたのであれば幸いである。

（あらき・れいこ）

論説

証明責任とその周辺概念の論理プログラミングによる定式化

2006年4月入学
佐藤　健

I.　はじめに

II.　論理プログラミングによる定式化

III.　証明責任にかかわる概念の定式化
　1　暫定真実
　2　法律上の推定
　3　間接反証

IV.　主張責任と間接反証との関係
　1　主張責任と証明責任の分離
　2　主張責任と間接反証

V.　関連研究

VI.　結論

補遺 A. default(F) が not prove(-F) であることの証明

補遺 B. 暫定真実における 2 つの論理式の同値性の証明

補遺 C. プログラム I とプログラム II の等価性の証明

I. はじめに

本論文では，我々が以前行った論理プログラミングによる証明責任の定式化[1) 2)]を用いて，暫定真実，推定規定，間接反証などの証明責任周辺概念ならびに主張責任などの主張立証にかかわる他の責任概念を定式化できるかを検討する。

裁判における法的推論の主な特徴の一つとして不完全情報下での推論がある。裁判においては，証明しようとしている事実が過去の出来事に起因することが多く，その出来事を完全に再現することは不可能であり，また，被告，原告の情報収集能力は有限であるため完全な情報を得ることは不可能である。

したがって，被告，原告が弁論を尽くしたとしても，判決を得るために必要な事実の存否を確定できない場合があるが，裁判所は当事者の請求に対して応答義務があるために，その場合でも判決をしなければならない。そのような状況を解決するために証明責任のような制度上の工夫がされている。

証明責任とは，当事者の側から捉えて，ある事実が真偽不明のときにその事実の存在ま

1)　Ken Satoh et al., *Formalizing a Switch of Burden of Proof by Logic Programming*, PROCEEDINGS OF THE 1ST JSAI WORKSHOP ON JURIS-INFORMATICS 76 (2007).
（http://research.nii.ac.jp/~ksatoh/papers/jurisin2007.pdf にて入手可能，2009 年 8 月 14 日最終検索。）

2)　Ken Satoh et al., *Abductive Reasoning for Burden of Proof*, PROCEEDINGS OF THE 2ND JSAI WORKSHOP ON JURIS-INFORMATICS 93 (2008).
（http://research.nii.ac.jp/~ksatoh/papers/jurisin2008.pdf にて入手可能，2009 年 8 月 14 日最終検索。）

たは不存在が仮定されて裁判がなされることにより当事者の一方が被る危険ないし不利益のことである[3]。

本論文では，この証明責任及び周辺概念を用いた推論について論理的な解析を行う。証明責任による推論は人間の行う推論であり，論理的な解析を行う利点として以下の三点があげられる。

第一に，論理的な問題と法的な問題を分離することにより法学者は法的な問題に集中できる。論理的な解析をすることにより，形式論理的に解決できる部分かどうかを明らかにして，論理的な問題と法的な問題の切り分けができるのではないかと考える。もし論理的に解決可能であることがわかれば，論理学でのさまざまな知見が利用できる可能性がある。

第二に，暗黙の仮定が明らかになる。たとえば，論理的な解析を行うことにより，証明責任を用いた推論でどのような推論図式を与えたら機械的な推論が可能かが判明する。その場合に今まで考えられてきた推論方法のみでその結果が機械的に導かれない場合には，隠れた推論図式が存在することが明らかになり，証明責任の理解が深まる。また 2 つの図式が法律学的に異なるものであるとされたときに，論理的にみて同じであれば，論理的ではない何らかの前提がそこにあることが判明する。Ⅲ.3 節やⅣ.2 節の間接反証の議論を参照されたい。

第三に，論理的な表現により，その論理システムの性質検証が容易になる。たとえば，ある法律の表現が，別の法律の表現と同じであるかどうかについて，論理的な変換を施すことで明らかになる。Ⅲ.1 節の暫定真実の議論ならびにⅢ.2 節の法律上の推定の議論を参照されたい。

ただし，証明責任を通常の演繹論理で定式化するのは不可能であることに注意されたい。通常の演繹論理では，情報が付け加わっても今まで得た結論が変わることがない。この性質を「単調性」と呼ぶ。通常の演繹論理では，真偽のわからない命題はわからないままであり，情報が付け加わって確実になったときにのみ真偽を確定していくので，そのような単調性が保たれる。しかし，証明責任を用いた裁判上の推論はこれと異なり，ある情報状態で法的命題の真偽が不明な場合にその真偽を無理やり決定してしまうのであるから，その後に，その決定された真偽値と矛盾する事実が判明した場合には，その法的命題の真偽が異なりうる。つまり，証明責任は単調性を持たないのである。したがって，このような推論を演繹論理によって定式化することは困難である。

Ⅱ. 論理プログラミングによる定式化

そこで非単調性をもつ論理システムが必要となる。人工知能の分野ではそのような非単調性を持つ論理が研究されているが，本論文では論理プログラミング[4]と呼ばれる論理システムによる定式化を選ぶ。なぜならば，それは以下の利点があるからである。第一に，論理プログラミングはルールの形をしていてルールを用いた法的推論に親和性があること，第二に，ある命題が証明できない場合にその命題を偽と仮定する「失敗による否定」[5]というメカニズムを持っており，このメカニズムが証明責任を表現するのに有用であること，である。

さらに，論理プログラミングは名が示すとおりコンピュータプログラムであって，実行が可能であり，原告，被告の証明活動過程をプログラムの実行過程として見ることも可能になる。

論理プログラムは，以下の形式のルールの集合である。「:-」は定義を示すものである。

3) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』（有斐閣，2005）457 頁。
4) ROBERT KOWALSKI, LOGIC FOR PROBLEM SOLVING (1979).
（http://www.doc.ic.ac.uk/~rak/ にて入手可能，2009 年 8 月 14 日最終検索。）
5) Keith Clark, *Negation as Failure*, in LOGIC AND DATABASES 293 (Herve Gallaire & Jack Minker eds., 1978).

R :- F1,...,Fn.

ここでRは述語名(引数1,...,引数m)という形式の式（アトムと呼ばれる）でありF1,...,Fnは，各々，述語名(引数1,...,引数m)またはnot述語名(引数1,...,引数m)の形式の式である。論理的な意味としては条件部F1,...,Fnが真であれば結論部Rが真であることを表す。Fi(i=1,...,n)が真であるとは，以下のように定義される。

① Fiが「述語名(引数1,...,引数m)」のとき：
結論部が述語名(引数1,...,引数m)であるルールであって，そのルールの条件部（Fi :- J1,...,JkというルールのJ1,...,Jkのこと）が真であるようなものが少なくとも1つ存在することである。

② Fiが「not述語名(引数1,...,引数m)」のとき：
結論部が述語名(引数1,...,引数m)であるルールのうち条件部が真となるものがないことである。

上の定義でわかるように，論理プログラミングのルールの形式は，法律要件が満たされれば法律効果が発生する，という法律の形に非常によく似ている。さらに証明責任で使われる真偽不明の状態が，論理プログラミングでは，その事実を証明できないことに対応している。このため論理プログラミングは，法律要件→法律効果という推論図式および証明責任の定式化に非常に適していると考えられる。

この考え方に基づき，我々は証明責任の定式化を行ってきた[6]。本論文では，第2の論文の定義にしたがう[7]。

まず，ある法律要件fに対して，現在提出されている証拠によりf成立の心証度が証明度を超えていることをq(f)と表わす。すると，fの存在が確定されることをprove(f)と表したときに，それが成り立つのはf成立の心証度が証明度を超えているときであるから，これを論理プログラミングのルールで表すと

prove(f) :- q(f).

となる。

これに対して，fに対する証明責任に基づいてfの存在を仮定する場合を考える。この場合というのは，q(f)であるかfが真偽不明のときである。この2つのどちらかの状態であることをdefault(f)と表す。そして，真偽不明の状態を表すために，法律要件の不存在を−fと表し，現在提出されている証拠によりf不存在の心証度が証明度を超えていることをq(-f)と表すことにすると，fが真偽不明であることは「not q(f) かつ not q(-f)」と表すことができる。すると，default(f)は，

default(f) :- q(f).

default(f) :- not q(f), not q(-f).

と定義される[8]。なお，この2つのルールは

default(f) :- not prove(-f).

と等価である[9]。そしてこのことは，default(f)を証明する代わりにnot prove(-f)を証明すればよいことを表している。したがって，簡単のため以下ではdefault(f)の代わりにnot prove(-f)を用いることにする。

例として，消費貸借契約に基づく貸金返還請求訴訟の場合のルールを示す。貸金返還請求権の要件事実は「貸金の返還合意」，「貸金交付」，「弁済期合意」，「弁済期到来」であり，その抗弁の一つとしては「弁済」がある[10) 11)]。すると，抗弁事実は，それが真偽不明である

6) Satoh et al., *supra* note 1, Satoh et al., *supra* note 2.

7) 我々は，2つの論文において以下で述べるq-述語に対応するp-述語を導入したが，2つの論文の間でのp-述語の定義は異なっている。ここでは混乱を避けるため，Satoh et al., *supra* note 2の論文のp-述語をq-述語と呼ぶことにする。

8) 結論部が同じルールが複数ある場合には，どちらかのルールの条件部が真であれば結論部は真となる（本文①参照）。つまりそれらの条件部は「または」の関係にある。

9) 形式的証明は末尾の補遺Aを参照されたい。

10) 司法研修所編『改訂問題研究要件事実』（法曹会，2007）38-54頁。

11) 以下では，簡単化のため，抗弁として弁済のみ考えることにする。もし他の抗弁も考慮する場合には，not prove(抗弁事実1), not prove(抗弁事実2),... というようにルールの条件部に付け加える必要がある。

ときは偽であると仮定されるので，この状況を not prove(抗弁事実) と表わすことができる。したがって貸金返還請求権の成立条件は以下のルールで表すことができる[12)]。

prove(貸金返還請求権) :-
　　prove(貸金返還合意),
　　prove(貸金交付),
　　prove(弁済期合意),
　　prove(弁済期到来),
　　not prove(弁済).

本論文では，証明責任の定式化として上記のルールを用いたときに，日本の民事訴訟法上の証明責任にかかわる概念が正しく定式化できるかどうかについて検証する。

III. 証明責任にかかわる概念の定式化

1　暫定真実

暫定真実とは，無条件の推定規定のことである。これは，ある効果の法律要件の不存在の証明責任を，その効果を争う相手方に負わせるための立法技術で，但書で規定するのと同義である[13)]。f が暫定真実により推定されるというのは，文言上は無条件であるが，裁判上では，f の不存在が証明されないときに f の存在が認定されるということである。つまり論理プログラミングのルールで表すと，

prove(f) :- not prove(-f).

となる。これが但書を用いたプログラムと等価になることを論理的に示す。

任意の結論 c の法律要件が c1,...,cn 及び f だったとし，f は暫定真実だとする。このことを論理プログラムで表すと

prove(c) :- prove(c1),..., prove(cn), prove(f).
prove(f) :- not prove(-f).
prove(X) :- q(X).

となる。簡単のために prove に関する定義はこれらのみとする。このとき，この論理プログラムを演繹論理式に変換することができる。その変換は完備化（completion）と呼ばれている[14)]。その考え方は，prove の :- の右辺の条件部をすべて論理和で結合したものを prove の定義と考え，その定義から外れていることを表す not P を論理否定 ¬P と考えるということである。

したがって，完備化によって上のルール群は

$$prove(X) \leftrightarrow \Big(\big(X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \wedge prove(f)\big) \vee \big(X = f \wedge \neg prove(-f)\big) \vee q(X)\Big)$$

と変換される[15)]。そして，これは，以下の式と同値である。

$$prove(X) \leftrightarrow \Big(\big(X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \wedge \neg prove(-f)\big) \vee \big(X = f \wedge \neg prove(-f)\big) \vee q(X)\Big)$$

形式的証明は末尾の補遺 B を参照されたい。これは，

prove(c) :-
　prove(c1),..., prove(cn), not prove(-f).
prove(f) :- not prove(-f).
prove(X) :- q(X).

を完備化したものと一致する。この新しいプログラムの意味は

12) 下のルールの結論部の prove の引数は請求権であって，法律要件ではなく引数の意味が異なるが，便宜上そのような引数も許すとする。

13) 新堂幸司『新民事訴訟法（第 4 版）』（弘文堂，2008）541 頁。

14) Clark, *supra* note 5.

15) 本文の完備化の結果を日本語で記述しようとすれば，X が証明されたというためには（左辺），$X = c$ かつ，$c1$ が証明され，かつ，$c2$ が証明され，…かつ，f が証明されたとき（右辺第 1 項），または，$X = f$ かつ，f の不存在が証明されないとき（右辺第 2 項），または，X の心証度が証明度を超えたときである（右辺第 3 項），ということができる。

c1 かつ…かつ cn ならば c である。ただし f でないときはその限りでない。

であり，暫定真実で分離して書くことと但書に書くこととは等価であることがわかる。

2　法律上の推定

法律上の推定とは，事実 f の代わりに事実 a の証明すれば事実 f を構成要件とする法律効果を得ることである。ただし，事実 f を直接証明することも妨げない。相手方としては，事実 a の証明を妨げる立証をしてもよいが事実 f の不存在の証明をしてもよい[16)]。この考え方を論理プログラミングのルールで表すと

```
prove(f) :- prove(a), not prove(-f).
```

となる。

任意の結論 c の法律要件を c1,...,cn 及び f とし，f は前提事実 a によって法律上推定されるとする。

```
prove(c) :- prove(c1),..., prove(cn), prove(f).
prove(f) :- prove(a), not prove(-f).
prove(X) :- q(X).
```

となる。簡単のために prove に関する定義はこれらのみとする。（この論理プログラムをプログラム I と呼ぶことにする）

これは，以下のプログラム（プログラム II と呼ぶ）と等価である。形式的証明は末尾の補遺 C を参照されたい。

```
prove(c) :-
    prove(c1),..., prove(cn),
    prove(f), not prove(-f).
prove(c) :-
    prove(c1),..., prove(cn),
    prove(a), not prove(-f).
prove(f) :- prove(a), not prove(-f).
prove(X) :- q(X).
```

上の論理プログラムの c についての 2 つのルールの意味を一文で述べると以下のようになる。

c1 かつ…cn かつ，a または f のときは c である。ただし f でないときはその限りではない。

つまり，法律上の推定は（技巧的ではあるが）上のような但書に変更することが可能である。

ところで，ローゼンベルクは法律上の推定は真の推定であり[17)]，暫定真実は推定ではなく普通の証明責任規定である[18)]としている。その理由かどうかははっきり明言していないが，暫定真実に関してはすべて但書に変換できることを示して，証明責任が転換されているだけのことだとしている。これが理由だとすれば，但書に書ける場合には真の推定ではない，ということになるのではないかと考える。とすると，法律上の推定も論理的には上のような但書で表現できるので真の推定ではなく，証明責任の転換技法となるのではないかと考えられる[19)]。

3　間接反証

証明責任を負う当事者が，主要事実 A の存在を強く推認させるいくつかの間接事実 (a,b,c) の証明に成功した場合，A につき証明責任を負わない相手方が，a,b,c とは両立する別個の間接事実（d）の存在を証明することによって，a,b,c から A を推認することが誤りであること（推定事実の不存在）を証明し，または少なくとも A の存在につき真偽不明状態に引き戻す証明活動を間接反証とい

16)　新堂・前掲注 13)540 頁。

17)　ローゼンベルク（倉田卓次訳）『証明責任論　全訂版（復刻版）』（判例タイムズ社，2001）234 頁。

18)　ローゼンベルク・前掲注 17)238 頁。

19)　もっとも，新堂・前掲注 13)541 頁は，法律上の推定の場合には証明主題の選択の機能があると言っており，これを，法律上の推定と暫定真実の違いとも見ることもできるだろう。ただ，このことは論理プログラミング上では暫定真実の但書のルールは 1 つであるのに対し法律上の推定の但書のルールは 2 つであることに対応しているに過ぎず，但書に書けるか否かの問題とは次元を異にする。

う。この場合dの存在について相手方は積極的に確定する必要があり，その限りで証明責任を負う[20]。この定義からすると，間接反証も抗弁も証明図式は非常に類似するものになると考えられる。本節では，この類似性について論理プログラミングを使って検証してみる。

ここでは，倉田卓次判事が間接反証の視点から把握しなおせると主張している[21]例として無断転貸による賃貸借契約解除について取り上げる[22]。最判昭和41年1月27日民集20巻1号136頁は，民法612条の無断転貸による解除権の発生について「背信行為と認めるに足りない特段の事情」があるときは解除権は発生しないとし，その「背信行為と認めるに足りない特段の事情」を賃借人側(被告側）で主張・証明責任を負う抗弁事実とした。これに対して倉田判事は，この場合を間接反証として以下のように説明している[23]。すなわち，無断転貸による解除のような事例においては，無断転貸を昇華させた「背信行為」（賃貸人・賃借人間の信頼関係を破壊するような賃借人の行為）を解除権の発生要件とする条文が不文の法規として存在しているとみる。そして，この場合，解除の効果を訴求する賃貸人すなわち原告側に「背信行為」の証明責任があることになるが，無断転貸の事実を，この背信行為という法律要件を証明する重要な間接事実としてみて，この間接事実を原告が立証すれば一応証明をつくしたことにするのである。そして被告がこの無断転貸の事実そのものを攻撃せず，それと両立しうる間接事実で「背信行為とは認めるに足りない特段の事情」を立証した場合には，その間接事実がプラスされて「無断転貸ではあるが背信行為とは認めるに足りない」という判断を導くことにより要件事実としての背信行為が真偽不明の状態となる。倉田判事はこのような被告の立証活動を間接反証ととらえている。

この説明にしたがって，間接反証による本件の推論を論理プログラミングで表現することを考える。通常の要件事実の証明とは別に間接事実fが証明されることをindirectprv(f)と表し，証拠からfが成立する心証が得られることをindirectq(f)とする。すると，上の説明に対応する論理プログラム（プログラムⅢと呼ぶ）は，以下のようになると考えられる[24]。

```
prove(契約解除) :- prove(背信行為).
prove(背信行為) :-
    indirectprv(無断転貸),
    not indirectprv(無背信性評価根拠事実).
indirectprv(無断転貸) :-
    indirectq(無断転貸).
indirectprv(無背信性評価根拠事実) :-
    indirectq(無背信性評価根拠事実).
```

これに対して，通説では「無断転貸」や「背信行為とは認めるに足りない特段の事情」を法律要件としてみて，直接，契約解除の効果を導いている。これに対応する論理プログラム（プログラムⅣと呼ぶ）は，以下のようになる。

```
prove(契約解除) :-
    prove(無断転貸),
    not prove(無背信性評価根拠事実).
prove(無断転貸) :-
    q(無断転貸).
prove(無背信性評価根拠事実) :-
    q(無背信性評価根拠事実).
```

これらのプログラムの形式的相違は，プログラムⅢでは「背信行為」という命題が導入されていること以外には，述語名の相違のみである。もしプログラムⅢで「背信行為」を使わず第2のルールのprove(背信行為)を直接第1のルールの条件部と置き換え，indirectprv → prove, indirectq → qと名前を付け替えれば全く同じプログラムになってし

20) 新堂・前掲注13)543頁。
21) 倉田卓次『民事実務と証明論』（日本評論社，1987）247頁。
22) 高橋・前掲注3)491頁以下。
23) 倉田・前掲注21)223頁。
24) 評価障害事実については記載を省略する。また，簡単のために無断転貸の中に転貸借契約成立，基づく引き渡し，転貸者の使用収益などの法律要件が含まれているとする。

まう。すなわち形式的な意味としては同値のプログラムである。したがって，これらに違いを見出すとすれば論理的な意味以外の何らかの法的な前提があることになる。実際，倉田判事も（通説か倉田説の）「両者いずれにしても証明責任の分配は変わらないのであるから，ひっきょう理論構成の相違にすぎない，ともいえよう」としている。倉田判事の考え方としては，不文の法規を仮定する本件の場合，「法律要件分類説からみれば法条からはみ出した要件は簡単なスッキリしたものほど扱い易い[25)]」と考えてプログラムⅢの構成をとるとしているようである。

私見では，法律要件が明示されていれば，どちらにしろ当事者にとって証明すべきことは同一であるから，どちらの考え方をとっても実質的には違いがないのではないかと考える。また，間接事実か要件事実かの違いを無視するとすれば，倉田判事の「背信行為」という命題の導入は，少なくとも論理学上の知識の整理を図る意味では役に立つといえるのでプログラムⅢの方に若干分があるようにも感じられる。ただしそれは間接反証を導入した効果ではなく，「背信行為」という抽象概念を導入した効果であることに注意されたい。

Ⅳ. 主張責任と間接反証との関係

本章では，証明責任の周辺概念として主張責任を導入して，間接反証との関係について述べる。このための準備として，allege 述語を新しく導入する。allege(f) は事実 f を当事者が狭義の弁論において争点として主張することを表す。このような概念を表す述語を導入することで，民事訴訟における主張責任について議論できることを以下に示す。

1　主張責任と証明責任の分離

日本では，主張責任は証明責任と一致するといわれており，両者の分化が必要ではないといわれている[26)]。ただし，ローゼンベルクは主張責任と証明責任の食い違う個別的な場合があるということを述べている[27)]。ローゼンベルクは，その例として，「相手方の不履行による解除…の場合の理由づけのためには，債権者は不履行の事実を主張しないことには主張自体が整わない」が，ドイツ民法の明文では，「不作為債務の場合を除き，履行の有無についての証明責任は債務者に属する」ので主張責任と証明責任が異なっていると述べている。これを論理プログラムで表すと以下のようになる。

```
prove(債務不履行解除) :-
    prove(債務の発生原因事実),
    allege(-履行),
    not prove(履行).
prove(X) :- q(X).
```

この場合には，債権者は，履行がされないことを主張すると，債務者が履行を証明しない限り（not prove(履行) に対応），債務不履行解除が成立することになる（prove(債務不履行解除) に対応）[28)]。逆にいえば，債権者が，履行がないことを主張しなければ，prove(債務不履行解除) が成立しない。つまり，ここでは，主張責任が果たされないことによって履行があったことを擬制しているとも見ることができる。このことを太田勝造教授は，「主張責任とは，当事者双方が当該規範について事実の主張をなさないときに，要件の存否が擬制されて，当事者の一方の被る不利益ないし危険のことである」と述べている[29)]。

また，高橋宏志教授は，合理的理由さえあれば，証明責任と主張責任が一致しない例外

25) 倉田・前掲注 21)230 頁。
26) 高橋・前掲注 3)470 頁。
27) ローゼンベルク・前掲注 17)61 頁，ただし以下の例はドイツ民法における例である。
28) ただし，日本では，履行の主張は抗弁事実となっているため（司法研修所編・前掲注 10)51 頁），債権者が不履行の主張をする必要はない。したがって，この例は日本の民事上では主張責任と証明責任を分離する例とはならないようである。
29) 太田勝造『裁判における証明論の基礎』（弘文堂，1982）137 頁。

を認めてもよいことになろう，とする[30]。たとえば，主張責任と証明責任の分離を許せば，証拠偏在の場合の立証活動の負担の軽減をすることができると考えられる。証拠が一方当事者Aに偏在し，他方当事者Bが要証事実fを証明することが困難な状況下において，Bにfの主張責任を負わせ，Aに−fの証明責任を負わせることで，立証活動の負担を公平に分割することもできる，と考えられる。このような新たな制度の発想ができるようになることは，allege述語の導入の効果の一つと考えられる。

2　主張責任と間接反証

Ⅲ.3節において，間接反証と通常の抗弁の証明について，証明責任に着目すると違いが生じないことを述べたが，主張責任を導入すると違いが生じる。倉田判事は，「間接反証事実は間接事実であるから，主張責任はない」[31]としていることから，allege述語を導入した論理プログラムでは，間接反証と通常の抗弁の証明の違いを表現することができる。つまり，倉田説からは，背信行為だけが主要事実であるから背信行為があったことを主張すればよいので，以下のプログラムになる。

```
prove(契約解除) :- prove(背信行為).
prove(背信行為) :-
    allege(背信行為),
    indirectprv(無断転貸),
    not indirectprv(無背信性評価根拠事実).
indirectprv(無断転貸) :-
    indirectq(無断転貸).
indirectprv(無背信性評価根拠事実) :-
    indirectq(無背信性評価根拠事実).
```

これに対し，通説によると，請求原因では無断転貸（転貸借契約成立，基づく引き渡し，使用収益）の事実を主張立証すればよく，抗弁として「背信行為に当たらない特段の事情」の主張立証が許される。このような見解からすれば，それらのレベルまで主張が必要なので以下のようなプログラムになる。

```
prove(契約解除) :-
    prove(無断転貸),
    not prove(無背信性評価根拠事実).
prove(無断転貸) :-
    allege(無断転貸),
    q(無断転貸).
prove(無背信性評価根拠事実) :-
    allege(無背信性評価根拠事実),
    q(無背信性評価根拠事実).
```

後者の定式化を用いると，prove(無断転貸)が成立していた場合は，「無背信性評価根拠事実」の証拠が，他の事実の証明の中で提示されていたとしても（つまりq(無背信性評価根拠事実)が成り立っていても），「無背信性評価根拠事実」があることを被告側が主張していなければprove(契約解除)が成立してしまう。これに対して，前者の定式化を用いると，「無背信性評価根拠事実」の証拠が弁論のどこかで提出されていれば，prove(契約解除)が成立しなくなる。したがって，主張責任に関して考慮することによって初めて推論上で間接反証を使う場合と間接反証を使わない場合の違いが生じるということになる。

以上見てきたように，allege述語の導入により，民事訴訟法上でのより詳細な議論ができるようになった。つまり，このように，新たな民事訴訟法上の概念に対応する述語を導入していくことで，論理プログラミングを用いてより精緻な理論を作り上げることができるということである。

V. 関連研究

論理プログラミングで法律を定式化する試みは80年代から始まっている。Sergotら[32]

30) 高橋・前掲注3)471頁。
31) 倉田・前掲注21)249頁。
32) Marek Sergot et al., *The British Nationality Act as a Logic Program*, 29 COMMUNICATIONS OF THE ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY 370 (1986).

は，英国国籍法に関して論理プログラミングを用いた定式化を試みており，「失敗による否定」が法的命題の否定を表現するのに適していると主張している。日本では吉野一教授をリーダーとした論理プログラミングをベースにした法律エキスパートシステムプロジェクトが行われた[33)]。

本論文は我々の以前の証明責任の定式化[34)]を用いて，日本の民事訴訟法上の証明責任にかかわるさまざまな概念の定式化を試みたものである。我々の第一の研究[35)]は，人工知能と法律（AI and Law）研究分野でPrakkenが提起した「論理プログラミングによって法律の証明責任を定式化できるか」という問題[36)]に対して，肯定的な答えを与えたものである。その本質は，証明責任の考え方を論理プログラミングに変換しなおしたものである。我々の第二の研究[37)]は，証明責任を用いた推論において，さらに仮説推論を導入して，足りない要件事実を自動的に推論するものである。この二つの研究は論理プログラミングによる証明責任を用いた推論形式の枠組みを与えたものといえる。

これに対して本論文では，この枠組みにより，日本の民事訴訟法の分野での証明責任に関係する諸概念がどのように定式化できるかを検証している。したがって，本論文は，我々の枠組みが民事訴訟法での証明責任の概念を正しく捉えているかについての検証と見ることもできる。

VI. 結論

本論文の成果は，論理プログラミングによる証明責任の定式化を用いて暫定真実，法律上の推定，間接反証，主張責任などの証明責任の周辺概念を定式化し解析したことである。

今後の研究としては，以下があると考える。第一に，証明責任の分配が論理プログラミングの表現から形式的に導かれるかを検討することがある。現在の感触では，これは大変困難ではないかと思われる。まず，上の無断転貸の例でもみられるように，法文上にないような「背信性不存在の評価根拠事実」のような条件まで証明責任の分配を考えなければならないとなると，そのような条件がどういう解釈に基づき導かれるのかということに答えなければならない。しかし，条件を探索する手掛かりは，現実世界の理解があって初めて得られるものだと思われる。そうなると現実世界がどうあるべきか，または，どうなっているかについて論理的に記述しなければならず，この作業は膨大でほぼ不可能である。さらに，そのような新たな条件がないと仮定したとしても，証明責任の分配には価値判断が入ると考えられる。たとえば，証明責任の議論においては「当事者双方の証明の難易度を考慮し」という表現や「当事者双方の利益を考えて」という表現が見受けられる。このような考慮事項は，結果に関する価値判断に関わっていると考えられ，最初の問題と同じく現実世界の理解が必要となり，同じように困難と思われる。もし，形式的にできるとすれば，一般的条項のうち権利障害，権利消滅または権利阻止の効果を持つものが，個別条項の条件などに書かれていなくても適用される，ということぐらいではないかと推察する[38)]。

第二に，証明責任の諸説を論理プログラミングで統一的に表現することで，それらの比

(http://www.doc.ic.ac.uk/~rak/papers/British Nationality Act.pdf にて入手可能，2009 年 8 月 14 日最終検索。)
33) 吉野一編者代表『法律人工知能：法的知識の解明と法的推論の実現』（創成社，2000）。
34) Satoh et al., *supra* note 1, Satoh et al., *supra* note 2.
35) Satoh et al., *supra* note 1.
36) Henry Prakken, *Modelling Defeasibility in Law: Logic or Procedure?*, 48 FUNDAMENTA INFORMATICAE 253 (2001). (http://www.cs.uu.nl/groups/IS/archive/henry/burden.pdf にて入手可能，2009 年 8 月 14 日最終検索。)
37) Satoh et al., *supra* note 2.
38) たとえば，信義則と信頼関係破壊の法理の関係など。

較ができるようにすることが考えられる。本論文では，規範的事実に関して間接反証を用いる説と主要事実としてとらえる説について比較した。同じように他の問題に対しても説がさまざまあったときに，それを定式化して比較できないかを検討したいと考える。ただし，この定式化はあくまで，ある状況下において何が形式的に推論でき，何が推論できないか，ということを明らかにするのみで，その後，その結論が妥当であるのかどうかについては，再び価値判断が入ってしまうので，それ以上の比較は別に行わなければならないことに注意されたい。

第三に，法学教育への応用が考えられる。たとえば，本論文のシステムにおいて原告，被告の主張を一つでも欠いたときにどのような帰結が生じるかの過程を学習者に示すことで，証明責任の分配についての学習者の理解の手助けになるのではないかと考える。さらに，証明責任の分配について争いがあるときに，複数の分配理論を別々に実行させ，結論の違いを示して，どの理論が望ましいのかを学習者に議論させるきっかけになる可能性もある。

謝辞：本論文に関して貴重なご助言をいただきご指導いただきました太田勝造教授，ならびに本論文に関してさまざまな有用なコメントをいただきました岡崎克彦判事に感謝いたします。

補遺 A. default(F) が not prove(-F) であることの証明

default(F) :- q(F).
default(F) :- not q(F), not q(-F).

に対して完備化[39]を行うと，

$$default(F) \leftrightarrow \big(q(F) \vee \big(\neg q(F) \wedge \neg q(-F)\big)\big)$$

となる。これは以下と同値である。

$$default(F) \leftrightarrow \big(\big(q(F) \wedge q(-F)\big) \vee \big(q(F) \wedge \neg q(-F)\big) \vee \big(\neg q(F) \wedge \neg q(-F)\big)\big)$$

$q(F) \wedge q(-F)$ はいつでも不成立であるから除くと

$$default(F) \leftrightarrow \big(\big(q(F) \wedge \neg q(-F)\big) \vee \big(\neg q(F) \wedge \neg q(-F)\big)\big)$$

となり，結局

$$default(F) \leftrightarrow \neg q(-F)$$

となる。これは，すなわち

$$default(F) \leftrightarrow \neg prove(-F)$$

である。この論理式は，

default(F) :- not prove(-F).

という1つのルールの完備化と一致するため，最初の2つのルールと上記1つのルールは同値となる[40]。

補遺 B. 暫定真実における2つの論理式の同値性の証明

$$prove(X) \leftrightarrow \big(\big(X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \wedge prove(f)\big) \vee \big(X = f \wedge \neg prove(-f)\big) \vee q(X)\big)$$

が，

$$prove(X) \leftrightarrow \big(\big(X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \wedge \neg prove(-f)\big) \vee \big(X = f \wedge \neg prove(-f)\big) \vee q(X)\big)$$

と同値であることを証明する。

第一式の X に f を代入すると

$$prove(f) \leftrightarrow \big(\neg prove(-f) \vee q(f)\big)$$

となり，X に $-f$ を代入すると

$$prove(-f) \leftrightarrow q(-f)$$

となるので，これを $prove(f)$ の $\leftrightarrow$ の右辺で

39) 完備化の説明はⅢ.1節を参照されたい。

40) このルールの意味は，F が証明責任によって真と仮定されるのは，-F が証明できないときであるということである。このことは，証明責任を用いた法命題の充足を表現する場合には，ノンリケットの表現は不要であることを示しているといえる。この指摘は太田勝造教授による。

置き換えると，

$prove(f) \leftrightarrow (\neg q(-f) \vee q(f))$ (1)

となる。

述語qの意味から$q(f) \wedge q(-f)$がいつでも偽となるため，ド・モルガンの法則により$\neg q(f) \vee \neg q(-f)$が恒真となる。この恒真式を(1)式の右辺に$\wedge$で結びつければ，右辺は$\neg q(-f)$と同値となる。したがって，(1)式は，

$prove(f) \leftrightarrow \neg q(-f)$

となる。一方$q(-f)$は$prove(-f)$と同値であるから，結局，

$prove(f) \leftrightarrow \neg prove(-f)$

となる。したがって，第一式の中の$prove(f)$を$\neg prove(-f)$に置き換えて，第二式を得る。

補遺 C. プログラム I とプログラム II の等価性の証明

プログラム I を再掲する。

```
prove(c) :- prove(c1),..., prove(cn), prove(f).
prove(f) :- prove(a), not prove(-f).
prove(X) :- q(X).
```

完備化によって上記プログラムを以下の論理式に変換することができる。

$$prove(X) \leftrightarrow \\ ((X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \\ \wedge prove(f)) \\ \vee (X = f \wedge prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee q(X))$$

と変換される。

Xにfを代入すると

$$prove(f) \leftrightarrow \\ (prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \vee q(f)$$

となり，Xに$-f$を代入すると

$prove(-f) \leftrightarrow q(-f)$

となるので，これを$prove(f)$の$\leftrightarrow$の右辺で置き換えると，

$$prove(f) \leftrightarrow \\ (prove(a) \wedge \neg q(-f)) \vee q(f)$$

となる。この式は，

$$prove(f) \leftrightarrow \\ (prove(a) \vee q(f)) \wedge (\neg q(-f) \vee q(f))$$

と変形でき，このときqの意味から$q(-f) \wedge q(f)$は恒偽であるから，$\neg q(-f) \vee q(f)$は$\neg q(-f)$と同値となるため（補遺 B 参照），

$$prove(f) \leftrightarrow \\ (prove(a) \vee q(f)) \wedge \neg q(-f)$$

となる。すると，$prove(X)$は，

$$prove(X) \leftrightarrow \\ ((X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \\ \wedge (prove(a) \vee q(f)) \wedge \neg q(-f)) \\ \vee (X = f \wedge prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee q(X)) \quad (1)$$

となる。次にプログラム II について考える。

```
prove(c) :-
    prove(c1),..., prove(cn),
    prove(f), not prove(-f).
prove(c) :-
    prove(c1),..., prove(cn),
    prove(a), not prove(-f).
prove(f) :- prove(a), not prove(-f).
prove(X) :- q(X).
```

この論理プログラムの完備化を考えると以下になる。

$$prove(X) \leftrightarrow \\ ((X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \\ \wedge prove(f) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee (X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \\ \wedge prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee (X = f \wedge prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee q(X))$$

これは以下のように簡単化される。（$prove(c)$の 2 つのルールの共通項でくくる）

$$prove(X) \leftrightarrow \\ ((X = c \wedge prove(c1) \wedge \ldots \wedge prove(cn) \\ \wedge (prove(f) \vee prove(a)) \\ \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee (X = f \wedge prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \\ \vee q(X))$$

Xにfを代入すると

$$prove(f) \leftrightarrow \\ ((prove(a) \wedge \neg prove(-f)) \vee q(f))$$

であるから，$prove(f)$を右辺で置き換えると，$prove(X)$の選言部は以下のようになる。

$$
\begin{aligned}
& prove(X) \leftrightarrow \\
& \quad \big((X = c \land prove(c1) \land \ldots \land prove(cn) \\
& \qquad \land \big(\big(prove(a) \land \neg prove(-f)\big) \lor q(f) \\
& \qquad\quad \lor prove(a)\big) \\
& \qquad \land \neg prove(-f)\big) \\
& \quad \lor \big(X = f \land prove(a) \land \neg prove(-f)\big) \\
& \quad \lor q(X)\big)
\end{aligned}
$$

これを変形して（$prove(a)$についての吸収律），$prove(-f) \leftrightarrow q(-f)$ を用いると以下の式になる。

$$
\begin{aligned}
& prove(X) \leftrightarrow \\
& \quad \big((X = c \land prove(c1) \land \ldots \land prove(cn) \\
& \qquad \land \big(q(f) \lor prove(a)\big) \land \neg q(-f)\big) \\
& \quad \lor \big(X = f \land prove(a) \land \neg prove(-f)\big) \\
& \quad \lor q(X)\big) \qquad (2)
\end{aligned}
$$

これは (1) と一致するので，プログラムＩとプログラムⅡは論理的に等価となる。

（さとう・けん）

論説

刑事訴訟における択一的認定

―同一構成要件内の択一的認定を中心に―

2007 年 4 月入学
松本　渉

I. はじめに
　1　序
　2　本稿の構成，用語法

II. 学説，判例の流れ
　1　第一期（60 年代前半～ 70 年代前半）
　　・松尾説
　　・横井説
　　・その後の学説
　　・最高裁判例
　2　第二期（70 年代～ 80 年代）
　　・異なる構成要件間の択一的認定
　　・学説の反応
　　・肯定説
　　・否定説
　　・利益原則による肯定説
　　・同一構成要件内の択一的認定
　3　第三期（90 年代以降）
　　・異なる構成要件間の択一的認定
　　・札幌高判昭和 61 年 3 月 24 日
　　・同一構成要件内の択一的認定
　4　小考察
　　(1) 学説，判例の変遷とともに取り残された問題
　　(2) 学説，判例の変遷によって解決された問題

III. 同一構成要件内の択一的認定における判例，裁判例
　1　狭義の択一的認定の条件
　2　狭義の択一的認定に関わる判例，裁判例の選り分け
　　(1) 時，場所
　　(2) 行為態様
　　(3) 過失の態様
　　(4) 客体，主体
　3　狭義の択一的認定に対する判例，裁判例の態度
　　(1) 同一適用法令アプローチ
　　(2) 上位の構成要件要素アプローチ

IV. 考察
　1　各アプローチの考察
　　(1) 同一適用法令アプローチに対して
　　(2) 上位の構成要件要素アプローチに対して
　2　事例へのあてはめ
　　(1) 居住者と非居住者
　　(2) 暴行と脅迫
　　(3) 事後強盗罪の目的
　　(4) 共謀共同正犯の実行行為者
　　(5) 因果経過

V. 終わりに

I. はじめに

1 序

自由心証主義を採用する刑事訴訟においては，審理を尽くしてなお，裁判所がある事実の存否について有罪判決に必要な心証が得られないという状況が生じる。もっとも，例えば，犯行の日時はいずれか特定できないが，被告人の犯行自体は間違いないという場合など，微細な事実の存否が明らかでないだけという場合には，殊更その事実の存否についての判断を示すことなく，有罪判決を下すことも可能である。

他方，それが有罪判決を下すために不可欠な事実である場合には，「疑わしきは被告人の利益に」の原則[1]（以下,「利益原則」と呼ぶ）に従い，当該事実は訴訟上存在しなかったものと扱われ，その結果無罪判決を下すことになる。

しかし,「A」という事実の存在については確信を得られない場合であっても，別の「B」という事実の存在との二通り―あるいは三通り以上―のいずれかであるということまでは確信が得られ，そのいずれの事実の存在が認定されたとしても有罪判決が下せるという場合にあっては，いずれにせよ有罪であるということから，有罪判決を下すことができないかという疑問が生じる。

このように，有罪判決を下すために必要な事実について「A又はB」との確信しか得られていない場合にも有罪判決を下すことができるのかという問題を指して，刑事訴訟における択一的認定の問題と呼んでいる。

従来，択一的認定の問題は，主として二つの局面に分けて議論されてきた。

一つは,「A」という事実と「B」という事実でいずれも適用される刑罰法令は同一であるときに，当該刑罰法令の適用を認めてよいかという場合である。これは,「A」及び「B」が同一構成要件内にとどまることから,「同一構成要件内の択一的認定」と呼ばれてきた。

もう一つは,「A」という事実と「B」という事実とで適用される刑罰法令が異なるが，その中で被告人に最も有利なものの適用を認めてよいかという場合である。こちらは，両事実が異なる構成要件にまたがることから，「異なる構成要件間の択一的認定」と呼ばれてきた。

二つの局面における議論は，一般に，正反対の様相を呈してきた。すなわち，同一構成要件内の択一的認定は，それが同一構成要件にとどまるという理由で認められ，異なる構成要件間の択一的認定については，罪刑法定主義や利益原則と抵触する，あるいはそれを認める明文規定がないという理由で，否定的に解されてきた。

本稿は，このような議論状況を踏まえた上で，同一構成要件内の択一的認定における問題性を浮き彫りにすることにより，構成要件の異同という形式的なメルクマールで結論が分けられるという命題に対して，再考を促すものである。

今，これまで相対的に軽視されてきた，同一構成要件内の択一的認定に焦点を当てるのは，以下の理由による。

まず，同一構成要件内の択一的認定の問題は，ある時期以前にはむしろ盛んに議論されてきたが，議論の中心が異なる構成要件間の択一的認定に移るにつれてその問題性に対する意識は希薄となり，明確な回答が下されないまま現在に至っている，ということがある。

また，異なる構成要件間の択一的認定については，学説上の活発な議論に比してこれを扱った判例は少ない。反対に同一構成要件内の択一的認定については裁判例の蓄積があり，しかも，最近では最高裁が積極的に判例形成を行っている。例えば，後述する最三決平成13年4月11日[2]では，共謀共同正犯

1) 利益原則は様々な意味で用いられることがあるが，本稿では，客観的挙証責任を検察官が負い，合理的な疑いが残る限り，当該事実が証明されたとして扱ってはならないことを示すルールという意味でこの語を用いる。

2) 刑集55巻3号127頁。

の実行行為者について，「被告人又はAあるいはその両名」といった択一的認定を認めているが，犯行の日時場所などに比べて，実行行為者まで択一的に認定するのは，当然には認められがたい。しかし，この場合でも，同一構成要件（この場合は刑法60条）であるということが，許容する立場の決定的な論拠となっているのである。

さらに，同一構成要件内の択一的認定と異なる構成要件間の択一的認定とは連続性を有する問題であり，前者の理解を深めることは，後者にとっても議論を深めることになる。近時の学説は，両者を全く別の問題として扱い，後者のみを念頭においた議論を展開してきた。しかし，まずは同一構成要件内の択一的認定において，どこまでが，なぜ許されるのかを考えた上で，構成要件が異なる場合にはその上にどのような要素が加わるのかを考えるのが正しい思考順序であろう。

2　本稿の構成，用語法

検討は以下のような順序で行う。

まず第二章では，択一的認定における学説，判例の流れを概観し，同一構成要件内の択一的認定から，異なる構成要件間の択一的認定へと議論の中心が推移していった経緯を分析する。そして，議論の推移の中で置き去りにされてきた中にも，未解決の問題があり，異なる構成要件間の択一的認定の問題と連続性を有するものであることを指摘する。

第三章では，前章で指摘した問題意識を踏まえ，同一構成要件内の択一的認定に関する判例，裁判例の中から，そのような問題を扱ったものを選別する。結論から言えば，判例，裁判例の中に択一的認定が許されないとしたものはないが，仔細に分析すると，同一構成要件内の択一的認定を当然に適法視するアプローチと，そうではないアプローチが抽出できる。

そして，第四章では，裁判所のアプローチを批判的に考察しながら，同一構成要件内の択一的認定を当然には適法視できないことを再度主張し，適法性を限界付ける規範の定立と，各事例へのあてはめを実験的に試みる。第五章は，まとめである。

なお，検討に入る前に，本稿で用いられる用語法を若干整理しておく必要がある。とりわけ，「構成要件」「構成要件要素」「構成要件該当事実」という三つの概念である。なお，以下の語法は本稿で独自に設定したものであり，必ずしも他の文献と完全に対応するものでないことを断っておく。

まず，「構成要件」とは，刑法典に規定された犯罪行為の類型である。例えば，窃盗罪では，「他人の財物を窃取した」こと，殺人罪では，「人を殺した」ことが構成要件となる。構成要件は，通常，適用罰条によって区切られる。条文番号が同じでも，項や号が異なる場合には，同一構成要件か否かは判断が難しくなる場合があるが，本稿ではその点の検討は回避する。

これに対して，「構成要件要素」とは，構成要件に記載され，その要素となる個々の事実である。例えば，窃盗罪では，「他人の」「財物を」「窃取した」ことが，それぞれ構成要件要素となる。

構成要件要素は，必ずしも刑法典に記載されているとは限らない。その例としては，窃盗罪における不法領得の意思や，横領罪における委託信任関係などを想定すればよい。

他方，定義上，構成要件要素を全て足すと，一つの構成要件を形成する。しかし，一つの構成要件要素の中に，複数の並列的な構成要件要素が含まれていることがしばしばある。強盗罪における「暴行」と「脅迫」，事後強盗における各種の目的などである。そこで，並列的な構成要件要素は，むしろ別の構成要件とみるべき（暴行による強盗，脅迫による強盗など）ではないかという疑問が生ずるかもしれない。そのような概念構成をとっても，私見は崩れることはない。しかし，従来の学説は，構成要件は適用罰条によって画されると考えてきたこと，その区切りを境にして，罪刑法定主義の適用の有無が決まると考えてきたことから，本稿でも，適用罰条ごとに一つの構成要件が存在するとの理解に従う。こ

の点は後でも触れる。

最後に，「構成要件該当事実」とは，問題となった事案においてそれぞれの構成要件要素に該当することを示す具体的事実である。例えば，窃盗罪においては，「Aから」「財布を」「盗んだ（意思に反して占有を移転させた）」ことが，それぞれ構成要件該当事実となる。構成要件該当事実は，事案によってはかなり不特定的な認定がなされることもあるが（例えば，「氏名不詳者から」などの認定がなされることもありうる），なにも認定しないままでは，有罪判決を下すことはできない。全ての構成要件要素に対応する形で，構成要件該当事実が存在することになる。

理論上は，このように構成要件要素と構成要件該当事実とは明確に区別されるが，しかし，実際には，両者の境は明確でないことがある。この点も後に詳しく述べる。

II. 学説，判例の流れ

わが国における択一的認定についての議論は，実質的な争点が形成されたのが1960年代といわれる。それ以降の判例，学説の推移を把握するには，大きく三つの時期に分類して整理するのが有益である。

1　第一期（60年代前半～70年代前半）

第一期は，択一的認定の実質的な争点が形成された時期である。それ以前にあっても，択一的認定の問題性を指摘した文献や，関連する裁判例は散見されるが，そこでは，単に罪となるべき事実の記載方法の問題であるか，又は裁判所の意思表示の効果の問題と捉えられ，実質的な論争はあまりなされなかった。

・松尾説

このような時期にあって，択一的認定の可否に関する詳細な研究を行ったのが，松尾浩也教授であった 3)。

松尾教授は，択一的認定の問題を大きく三つの領域に分類した上で，それぞれについて検討を行った。第一は，犯罪の方法，日時，場所等の，罪となるべき事実の細目的部分における択一的（不特定的）認定であり，判決書への記載の技術的な限界から，必ずしも強度の具体化は要求されない領域，第二に，被告人の直接の失火か使用人を介する失火か判明しないような場合など，二個の訴因が含まれている場合であり，この場合の択一的認定が証明の緩和を目指して創案されていることは明らかであるから，利益原則を動揺させるものとして否定的に答えるべき領域である。そして，第三が，窃盗であるか贓物譲受であるかが判明しないときで，ここでは第二の領域の問題に加えて罪刑法定主義の要求も加わるから，当然に認められない領域である。

松尾教授の見解においては，三つの領域がどのように分類されるのかは必ずしも明らかにされなかった。しかし，注目すべきは，択一的認定が違法となるものの中でも，利益原則の要請から違法となる領域と，罪刑法定主義の要請が加わって違法となる領域が別個に存在することを論じていた点である。そして，同教授は罪刑法定主義の要請が加わる第三の領域は当然に違法となるものとしており，問題の中心は，むしろ利益原則の要請から違法となる第二の領域であると捉えていたように思われる。

・横井説

このように問題領域を把握することに対しては，批判もあった。横井大三検事の見解がそれである 4)。横井検事は，犯罪定型に関係のない事実の択一的認定は択一的認定を問題

3)　松尾浩也「いわゆる不特定的認定について」平野龍一＝松尾浩也編『実例法学全集刑事訴訟法』（青林書院新社，1963）458頁，463頁［同『実例法学全集 刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社，1977）471頁，475頁］。

4)　横井大三「追起訴状と刑訴256条6項・択一的事実認定」研修175号61頁，66頁（1963）［同『公判―刑訴裁判例ノート（4）』（有斐閣，1972）130頁所収］。

とする必要はないとして，より狭い問題領域を設定した。すなわち，犯罪定型を異にする択一的認定（本稿の語法に従えば，異なる構成要件間の択一的認定）のみを検討対象としたのである。また，同検事は，犯罪定型を異にする択一的認定であっても一定限度は許されてよいと主張し，松尾教授とは大きく異なる立場をとるものであった。両氏の研究は，択一的認定論の争点形成に大きく貢献した。

・その後の学説

しかし，その後に続いた学説は，問題領域の設定についても，択一的認定の可否についての態度においても，ほぼ松尾教授の見解と同じ路線をたどった。

例えば，青柳文雄教授は，異なる構成要件に該当し処罰規定が異なるという場合には，択一的認定が認められないのは明らかであってそれほど疑問がないとしつつ，適用罰条に差がない場合であっても，裁判という公権的判断の明確性を損なう場合には，やはり択一的認定が許されないとした[5)]。そして，そのような類型として，構成要件が反社会的行為として種々の類型を包含している場合（刑法178条2項の準強姦の場合に心神喪失に乗じたのか，心神喪失せしめたのかなど），同一構成要件に属し，同一の法概念で表示されていても反社会的行為の類型としては異なる場合（横領罪における着服,携帯,費消など），さらに，法概念としても同一であり，反社会的行為の態様としても同一であるが，なお被告人の防御方法に重大な差異を生じさせる場合（被告人が身体のどの部分に暴行を加えたかにより因果関係に問題を生じるような場合など）を挙げた。

また，米田泰邦判事は，択一的事実認定の問題のもっとも重要なものは択一の対象が別個の犯罪類型に該当する場合であり，その場合には利益原則の問題を超えて罪刑法定主義の要請に反して許されないとしながらも，他方で，一個の犯罪類型に関する択一的認定についても，無制約ではないとの立場を表明していた[6)]。とりわけ問題なのは法文上並列的に記載された行為態様の択一的認定であるとし，例えば，強盗における「暴行又は脅迫」となると択一的認定を肯定しうるかは大いに問題であるとした。

このように，第一期の学説は，同一構成要件内の択一的認定についても無制限に許されるとは必ずしも考えておらず，異なる構成要件間の択一的認定と同様に，あるいはそれ以上に議論の必要があると認識していたように思われる。そして，その場合に違法事由となるのは，罪刑法定主義との関係ではなく，利益原則との関係と捉えていたようである。

・最高裁判例

他方，この時期の最高裁判例も，同一構成要件内の択一的認定に対して，必ずしも当然に認められるとの立場はとっていなかったように思われる。そのことを示すのが，最三判昭和38年11月12日[7)]である。

この事件は，被告人宅の床の節穴から真下の居室内にある衣類等にガソリンを流し込んだ後，それらを燃え上がらせるためにいかなる手段で火を落としたのかが明らかでなかったという事案であり，最高裁は，結論として「右節穴から落された火は，燐寸に点火されたものであつたか，ガソリンに濡れ滲みたボロ切れ，ガーゼ，紙又は蝋燭等に点火されたものであつたか或いはその他の火であつたかというような更に詳細な事情は明らかでなくても，被告人が判示住居に火を放つたという原判決の放火未遂罪の事実認定並びに罪となるべき事実の判示としては何ら欠けるところはないといわねばならない」と述べ，放火罪の成立を認めたが，他方で，原審が「なんらかの方法によって点火の措置をとつたもの」

5)　青柳文雄「判批」我妻栄編集代表『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣，1965）140頁，141頁。

6)　米田泰邦「択一的事実認定について」法律時報39巻3号84頁，85頁（1967）［佐伯千仭編『続・生きている刑事訴訟法』（日本評論社，1970）264頁所収］。

7)　刑集17巻11号2367頁。

と認定したことについては,「措辞妥当でない点があるけれども」との留保を付していた。

この判示から,最高裁が同一構成要件内の択一的認定に対して否定的な立場をとっていたとはもちろんいえないが,しかし,当然に認められるとの立場であったともいえないだろう。

2 第二期(70 年代~ 80 年代)

・異なる構成要件間の択一的認定

第二期は,異なる構成要件間の択一的認定をめぐる議論が,大きく進展した時期である。進展のきっかけとなったのは,大阪地判昭和 46 年 9 月 9 日 8) であると思われる。

事案は,生後 1 ヶ月あまりの乳児に暴行を加えた母親が,泣き止んでぐったりとなった乳児を付近に置いて立ち去ったというもので,審理の結果,母親が立ち去った時点で乳児が死亡していたかどうかは不明であった。検察官は,乳児の置き去りについて主位的に死体遺棄罪,予備的に保護責任者遺棄罪で起訴したが,大阪地裁は,「現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り,後者のような認定(筆者注:死体遺棄罪の認定)は許されないものと解すべきである」と述べて遺棄の部分については無罪とした。つまり,異なる構成要件間の択一的認定の問題を正面から取り上げて,無罪としたのである。

・学説の反応

この判決は地裁の判決でありながら,大きな波紋を呼び起こした。一方では,択一的認定に対してかねてより否定的であった前出の米田弁護士(当時)により,「法治国性と刑事裁判の厳格性の確保というかけがえのない正義を守ったもの」という評価が加えられたが 9),他方では,「常識的に見ると,子どもに暴行を加えて捨てたという事実があるのに捨てたのは死んでから捨てたのかまだ息のあるうちに捨てたのかわからないので捨てた刑事責任を問えないというのもおかしな話である」との批判もあった 10)。

その後の学説は,異なる構成要件間の択一的認定が罪刑法定主義や利益原則との関係で問題があるという態度は維持しつつ,全く別の理論構成で有罪判決を下せる場合があるとの方向に向かった。かくして,議論の中心は,異なる構成要件間の択一的認定へと移ったのである。

議論の方向は,概ね三つの見解に分けることができるように思われる。

・肯定説

まず,異なる構成要件間の択一的認定の場面には,軽い罪に該当する事実が認定できるとして,軽い罪の成立を認める見解である。この見解は,A 罪か B 罪のいずれかにあたることが確実な場合には,択一的認定をするまでもなく軽い方の罪の事実が認定できるとすることで,罪刑法定主義との抵触を回避しようとした。この見解は,択一的認定の肯定説と呼ばれることがある 11)。代表的な論者として,小林充判事を挙げることができる 12)。

・否定説

次に,異なる構成要件間の択一的認定は合成的構成要件を作出するので許されないとの立場を堅持しようとする見解がある。この見解は,否定説と呼ばれることがある。代表的な論者として,鈴木茂嗣教授を挙げることができる 13)。

8) 判時 662 号 101 頁。
9) 米田泰邦「判批」判評 165 号 36 頁,39 頁(1972)。
10) 匿名記事「判批」判時 662 号 101 頁,102 頁(1972)。
11) 択一的に複数の罪を記載することなく被告人に有利な罪の方だけを認めることから,秘められた択一的認定説と呼ばれることがある。が,実質的にみれば択一的認定の場合に有罪判決を下すという意味では等しいので,本稿では単に肯定説と呼ぶ。
12) 小林充「択一的事実認定」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』ジュリ増刊(1979)238 頁,241 頁。
13) 鈴木茂嗣「択一的認定」法教(第二期)3 号 65 頁,66 頁(1973)[同『刑事訴訟の基本構造』(成文堂,1979)331 頁所収]。

しかし，この見解のアキレス腱は，前掲大阪地判昭和46年9月9日のような事案において，不当な結論を導いてしまうということにあった。そこで，鈴木教授は，殺人罪の訴因で故意の有無が真偽不明な場合に傷害致死罪を認定することがいわゆる予備的認定として認められるように，これまで択一的認定の問題として捉えられてきた事例においても，個別の解釈によって予備的認定の問題に置き換えられるものがあると主張した。

・利益原則による肯定説

他方，一部の択一的認定の事案を予備的認定として認められないかという否定説の考え方をさらに推し進めて，結果的には肯定説と同じ帰結を導く見解がある。この見解は以下のように述べる。予備的認定の場面において，殺意があるかもしれないのに傷害致死罪が疑いなく証明されたとするのは，実質的にみて択一的認定である。そして，このような択一的認定が許されるのは利益原則の適用によって殺意の不存在が認定されるからである。そうだとすれば，保護責任者遺棄と死体遺棄のような場合であっても，重い保護責任者遺棄の要素である「生きていたこと」が認定できなければ，利益原則の働きによって生きていたという事実の不存在，すなわち死んでいたという事実が認定でき，死体遺棄罪が適用される，とする。この見解は，利益原則による肯定説と呼ぶことができる。中野次雄判事の見解がそれにあたる[14)]。

以上の議論は，異なる構成要件間の択一的認定について利益原則と罪刑法定主義の双方との関係で問題があるとしながら，実際には罪刑法定主義との抵触のみを念頭に置いた上で，抵触を克服するための理論構成の探求が行われた。利益原則との関係は相対的に軽視され，むしろ，利益原則の働きによって有罪判決を導くことができないか，という文脈で同原則の利用可能性が検討された。

・同一構成要件内の択一的認定

他方，同一構成要件内の択一的認定における議論についてはどうか。議論の中心が異なる構成要件間の択一的認定に移ったとはいえ，択一的認定の問題領域が構成要件の異なる場合だけではないという認識は，維持されていたように思われる。

例えば，鈴木教授は，罪となるべき事実の中核をなす「行為態様」については，相当厳格な認定が必要であるとして，失火罪における過失の態様の択一的認定については否定的な態度を表明していた[15)]。あるいは，小林判事は，手拳または鈍器で殴ったという択一的認定は許されず，その場合には，異なる構成要件間の択一的認定の場面で軽い罪を成立させるのと同様に，手拳で殴ったと認定すべきであるとしていた[16)]。

このように，議論の比重は減少したものの，同一構成要件内の択一的認定に対しても，第一期と同じく問題性を認識する学説は少なからず存在していた。

3　第三期（90年代以降）

・異なる構成要件間の択一的認定

まず，異なる構成要件間の択一的認定の議論においては，この時期においても，概ね前記三つの見解を維持したまま，推移していった[17)]。

---

14) 中野次雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選（第4版）』（有斐閣，1981）194頁，195頁［平野ほか編『刑事訴訟法判例百選（第5版）』（有斐閣，1986）206頁，207頁，同『刑事法と裁判の諸問題』（成文堂，1987）171頁所収］。

15) 鈴木・前掲注13)65頁。

16) 小林・前掲注12)239頁。

17) 肯定説の代表的な研究として古田佑紀検事，否定説の代表的な研究として大澤裕教授，利益原則による肯定説の代表的な見解として佐藤文哉判事，戸倉三郎判事を挙げることができる。それぞれ，古田佑紀「判批」研修538号13頁，17頁（1993），大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』（一）～（四・完）」法協109巻6号1頁（1992），111巻6号54頁（1994），112巻7号83頁（1995），113巻5号1頁（1996），佐藤文哉「判批」松尾浩也＝井上正

このうち，通説的な立場を得たのは否定説であった。その過程で重要な役割を果たしたのが大澤裕教授の研究である[18]。同教授は，罪刑法定主義の自由主義的機能と民主主義的機能とに着目した上で，自由主義的機能との関係では，択一的に認定される犯罪は既に示されている以上，国民の行動の自由を害することはないとしても，「A又はB」という合成的構成要件を裁判所が作出することは立法府との権限分担を侵すものであり，民主主義的機能から許されない，とする。そして，利益原則による肯定説に対しては，利益原則に重い罪の事実が存在しないことを擬制する効果はない，として批判した。

・札幌高判昭和61年3月24日[19]

否定説の立場を後押ししたと思われるのが，札幌高判昭和61年3月24日の存在である。この事件は，前掲大阪地判昭和46年9月9日と同様に，死亡時期が不明なために保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪といずれに該当するか特定できないという事案であったが，札幌高裁は，死亡推定時刻の法医学的判断に加えて「行為時における具体的諸状況を総合し，社会通念と，被告人に対し死体遺棄罪という刑事責任を問い得るかどうかという法的観点をふまえて，Sが死亡したと認定できるか否かを考察すべきである。」と述べた上で，本件では死亡事実が存在したとみることも合理的な事実認定として許される，として死体遺棄罪で有罪判決を下した。

この判決は，個別的解釈によって結論の妥当性との調和を企図する否定説にとって，法的観点を加味した事実認定の可能性など，さらなる解釈論の余地を示唆するものであった。この事件について，確実な死亡時点以降の死体放置行為を捉えて，葬祭義務者である被告人の死体遺棄罪を認めることができるとする見解なども現れた[20]。

・同一構成要件内の択一的認定

他方，同一構成要件内の択一的認定については，問題性の認識が相対的に低下した。その契機のなったものの一つとして，最二決昭和58年5月6日[21]がある。

この事件では，「被害者の身体を，有形力を行使して，被告人方屋上の高さ約0.8メートルの転落防護壁の手摺り越しに約7.3メートル下方のコンクリート舗装の被告人方北側路上に落下させて，路面に激突させた」との原審の認定に対して，「被告人がどのようにして被害者の身体を右屋上から道路に落下させたのか，その手段・方法については，単に『有形力を行使して』とするのみで，それ以上具体的に摘示していないことは，所論のとおりであるが，前記程度の判示であっても，被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており，第一審判決の罪となるべき事実の判示は，被告人の本件犯行について，殺人未遂罪の構成要件に該当すべき具体的事実を，右構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明白にしているものというべきであ」るとして，殺人未遂罪で有罪判決を下した。

ここで問題となった罪となるべき事実の摘示は，第一期における前掲最三判昭和38年11月12日よりも，さらに抽象度の高いものである。同事件では被告人の放火方法がかなりの程度明らかにされていたのに対して，本件では，被害者を屋上から落下させた手段につき「有形力の行使」とするのみでその詳細を明らかにしていなかったからである。しか

仁編『刑事訴訟法判例百選（第6版）』（有斐閣，1992）184頁，185頁，戸倉三郎「いわゆる不特定的認定」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法』（青林書院，1998）191頁。

18) 大澤・前掲注17)。

19) 判タ607号105頁。

20) 町野朔「死の概念と死の認定―死者と死体についてI」法教154号51頁，57頁（1993）［同『犯罪各論の現在』（有斐閣，1996）70頁所収］。

21) 刑集37巻4号375頁。

し，最高裁は，このような判示であっても構成要件の該当性を具体的に明白にしているとして，留保をつけずに，これを肯定した。

この判決を後追いするように，学説は，同一構成要件内の択一的認定は概括的認定の問題の一場面に過ぎないと捉え，問題性に対する認識は希薄化した。

例えば，佐藤文哉教授[22)]は，同一構成要件内の択一的認定は，一般に概括的認定と呼ばれている問題の一場面であり，択一的にしか認定できないことが,個々の事案において,事実を構成要件に該当するか否か判定するに足りる程度に具体的に明白にするのに支障がなければ，「A又はBである」と認定判示することが許される，とした。具体的には，失火罪の過失の態様などでも択一的認定は認められるとし，許される択一的認定を一個の訴因の内部における細目的事項に関する場合に限られるとする見解は狭すぎる，とした[23)]。略取，誘拐罪の目的や，事後強盗の目的など，法律の文言上要件が書き分けられている場合についても，択一的認定を認める見解もあった[24)]。

こうして，異なる構成要件間の択一的認定の問題が主として議論の対象となり，同一構成要件内の択一的認定は，概括的認定の一場面として，構成要件該当性が証明できるならばその限りで問題がないと認識されていったのである。

4　小考察

(1) 学説，判例の変遷とともに取り残された問題

以上のように，同一構成要件内の択一的認定を巡る議論は，異なる構成要件間の択一的認定に関する議論の深化と反比例して，問題性に関する認識は低下した。

しかし，同一構成要件内の択一的認定について活発に議論がなされた第一期学説の問題意識の中には，正しい指摘も含まれていたように思われる。

そのことを顕著に示すのが，法律の文言において並列的な要件の記載がなされている場合の択一的認定であり,例えば,刑法178条2項の準強姦の場合に心神喪失に「乗じた」のか,「喪失させ」たのか不明の場合や,「暴行又は脅迫」のいずれか不明な場合などである。本稿では,このタイプの択一的認定を以降「並列的構成要件要素の択一的認定」と呼ぶこととする。

・並列的構成要件要素の択一的認定

同一構成要件内の択一的認定を緩やかに認める第三期の学説は，その根拠として，概括的（不特定的）認定が認められるのだから，より明確な形として，択一的な認定も許されるということを挙げる。これは，つまるところ，当該事実を認定せずとも，有罪判決を下せるという論理である。認定を要しない事実については，前掲最二決昭和58年5月6日のように「有形力の行使によって」といった抽象的，概括的に定めることも許されるのであるから，それをより明確にして，択一的に認定することも当然許される，というわけである。

確かに，殺人未遂罪では，殺人の実行行為が証明されれば構成要件の該当性が証明されるところ，当該事案では，認定された罪となるべき事実から「有形力の行使によって」の部分が抜けたとしても，被告人が被害者を屋上から落下させたことが認定されており，殺人の実行行為を証明することは可能であった。

しかし，並列的構成要件要素の場合はどうであろうか。例えば，「暴行又は脅迫」の択一的認定の場合には，罪となるべき事実から「暴行又は脅迫」が抜け落ちた場合には，強

22) 佐藤・前掲注17)184頁。

23) 問題となる領域を異なる構成要件間の択一的認定に限定する他の論者として，田口守一「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第7版）』（有斐閣，1998）198頁，199頁，戸倉・前掲注17)194頁など。

24) 三井誠「概括的認定・択一的認定（2）」法教214号101頁，102頁（1998）。

盗罪の構成要件の該当性は認定されたことにならず，強盗罪で有罪判決を下すことはできない。したがって，並列的構成要件要素は，認定が不要な事実であるとはいえず，択一的な認定があって初めて，有罪判決を下すことができる。この問題を概括的認定の中に解消させることはできない。

・問題の所在

むろん，概括的に認定できないからといって，択一的認定が直ちに違法だということにはならない。では，並列的構成要件要素の択一的認定の場面において，どのような違法事由が生じるのか。

ここで，並列的に規定された構成要件要素「A」「B」があるとする。まず，「A」「B」がそれぞれに証明の対象となると考えるのであれば，「A又はB」であるとの心証を抱いたとしても，「A」「B」それぞれについては有罪判決を下せる程度に証明されていないのであるから，利益原則によって，無罪判決を下すべきとの帰結が導かれる。

他方，初めから「A又はB」が一つの証明対象であると考えれば，「A又はB」との心証によって有罪判決を下すのは，当然に認められる。この場合でも，「A」「B」のいずれにあたるかを証明することも可能であり，望ましいが，それは有罪判決を下すためには本来不要な証明であるということになる。

そうすると，問題となっているのは，証明の対象が「A」「B」それぞれなのか，あるいは「A又はB」なのか，という点である。第一期の学説は，この問題をして，利益原則との関係での問題と捉えていたが，より厳密には，利益原則それ自体ではなく，利益原則の適用の対象となる事実をどのように捉えるか，という問題であるといえる。

しかし，利益原則と無関係かといえば，そうとも限らない。同原則は，形式的には，証明対象となる事実について合理的な疑いを超える限度で証明がなされなければ有罪判決を下すことができないというものであるが，その実質的な考慮は，裁判官による恣意的な事実認定を排除し，事実認定の適正を担保する点にある。そうだとすれば，証明の対象もそれにふさわしい具体的で特定されたものでなければならない。択一的認定の場面では，通常「A」および「B」はそれぞれ両立しない事実として現れることになるが，そのような複数の事実がひとまとまりに証明対象となるということは，利益原則との関係で疑問がないとはいえない。

さらに，並列的にせよ，個別に設けられた複数の構成要件要素をして一つのまとまりと考えることは（比喩的にいえば，並列的な構成要件要素を「合成」することは），それぞれの構成要件要素が設けられた趣旨を無視することになりはしないか, という問題がある。利益原則とは別に，主として実体法的な観点から提起される問題である。

これは，第三期の学説においても指摘される，罪刑法定主義の民主主義的機能との関係とパラレルに捉えることができる。すなわち，「個別の犯罪（罰条）にはそれぞれに立法趣旨があるので，それらを合成することは，立法府との関係で裁判所に許された権限を超える」というとき，その主張は，そのまま個別の構成要件要素についても，妥当する。もちろん，別個の構成要件として規定するのと，別個の構成要件要素として規定するのとでは，立法趣旨の開きにおいて一般的には大きな差があるだろう。しかし，問題の性質は同じであり，程度の差によって結論が正反対となるのは，自明ではないのである。

これまでの学説は，一貫して，罪刑法定主義と抵触するのは異なる構成要件間の択一的認定のみだと捉えてきた。罪刑法定主義という原則が，なによりも新たな犯罪類型を作出することを禁止するものだと考えるのであれば，この理解は正しいといえよう。しかし，同原則の機能にまで遡って考えるならば，それを罪刑法定主義の問題と呼ぶかどうかは別として，同一構成要件内の択一的認定についても同質の問題が生じているのである。

このように考えるのであれば，構成要件をいかように区切るかは，さほどの意味を持たない。択一的認定の対象となるそれぞれの構成要件あるいは構成要件要素が，どれほど異なる趣旨で規定されているかを実質的に考察

すればよいだけであるからである。その際，適用罰条が異なるということは，大きな要素ではあるけれども，絶対的な基準になるとは限らない。従って，暴行による強盗，脅迫による強盗がそれぞれ別個の構成要件だと考えることも，概念構成としては可能である。ただ，既に述べたとおり，本稿では，従来の学説の理解に従い，罰条の異同をもって構成要件が区切られるとの前提で検討を進める。

以上のように，同一構成要件内の択一的認定であっても，並列的構成要件要素の択一的認定の場合には，概括的認定の一場面ということでは説明の付かない問題が生じているといえよう。これを要約すれば，利益原則の適用対象としての具体性，特定性の問題と，各構成要件要素の立法趣旨の没却，潜脱の問題である。

・その他の場合

そして，このような未解決の問題があるということは，単に一部の論点が見落とされていたというだけの問題にとどまらない。なぜなら，現在の通説的な立場においては，異なる構成要件間の択一的認定は認められないとの立場を貫きつつ，個別の事案における解釈によって有罪判決を下せる余地を探求し，結果の妥当性との調和を図ろうとしてきた。結果の妥当性との調和を図る必要があるのか，ということ自体が一つの争点ではあるが，もしその必要があるとして，並列的構成要件要素間の択一的認定にも許されない場合があるとするならば，結果の妥当性との調和は大きく損なわれることになる。そうだとすると，異なる構成要件間の択一的認定だけでなく，同一構成要件内の択一的認定についても妥当な結論が導けることが示されなければ，択一的認定の問題はその全般にわたって解決には至らないのである。

しかも，同様の問題が生じるのは，並列的構成要件要素の択一的認定の場合だけに限られない。同じ構成要件要素について，複数の構成要件該当事実が考えられ，そのいずれにあたるのかが不明な場合ということも考えられる。例えば，詐欺の被欺罔者がAとBのいずれであったかは不明だがいずれかが欺罔されたのかは間違いないという場合，構成要件要素としては，いずれも刑法246条の「人を」にあたる事実ではあるが，この要素への該当性を判断するにあたって，単に「人を欺罔して」とするだけでAかBかを判断しなければ，罪となるべき事実として十分とはいえないだろう。その意味で，この場合にも概括的認定の延長としては解消できない問題が生じており，これも，同一構成要件内の択一的認定の中でも検討に値する類型ということができるだろう。もっとも，こちらでは立法趣旨を没却，潜脱するといった問題は生じていないといえるが，利益原則の適用対象として，「A又はB」という事実を想定してよいのかという問題は，同様に生じていると考えられる。

ところで，第一期学説においては，択一的認定の中に異なる複数の訴因が含まれている場合についても，問題性が大きいと認識していた。その代表例となるものが，過失の具体的態様の択一的認定である。しかし，過失の態様によって訴因を異にするという主張の背後には，過失という抽象的で開かれた構成要件要素は，それを基礎付ける具体的な該当事実を認定しなければ，罪となるべき事実として十分とはいえないという理解がある。そうであるならば，過失の態様の択一的認定は，異なる構成要件該当事実の択一的認定として把握することも可能だろう。訴因が異なる場合と，構成要件該当事実が異なる場合とは，必ずしも範囲が一致するとは限らないが，異なる構成要件該当事実の択一的認定も，やはり未解決の問題であったということの，一つの根拠にはなるだろう[25]。

25) 近時，川出敏裕教授は，択一的認定の可否を判断する際のメルクマールは構成要件でなく訴因であると主張する。訴因のみがメルクマールになるかには疑問だが，同一構成要件内の択一的認定においても問題となる領域があるという指摘として，正当なものと考える。川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル6号120頁，126頁(2007)。

(2) 学説，判例の変遷によって解決された問題

以上のように，同一構成要件内の択一的認定であっても，利益原則の回避の疑いや裁判所による立法への疑いから，許容性に問題がある類型が存在するということは，第一期，第二期学説による正しい指摘として，受け止めるべきだろう。

しかし，他方では，第一期，第二期学説が問題性を指摘した事例が，全て検討に値するものとは限らない。第三期学説による，同一構成要件内の択一的認定が概括的認定の一場面として許容されるという指摘は，その指摘を全ての同一構成要件内の択一的認定に及ぼすことには問題があるが，それ自体としては正当であるといえる。

・行為態様の択一的認定

こうして，概括的認定の一場面として見直されてきたものとして，法文に記載されていない行為態様の択一的認定（覚せい剤使用が注射か飲用かなど）や，犯情に違いがある事実（凶器がナイフか拳銃かなど）の択一的認定などがある。

これらの事実の択一的認定においても，第一期，第二期の学説は問題性を認識したものがあった。それは，重要な間接事実であるか，あるいは，量刑の判断上重要な事実である場合であって，利益原則の適用を受けるからであろう。

・間接事実と利益原則の関係

確かに，利益原則が適用されるのは，構成要件該当事実，言い換えれば，主要事実のみに限られない。およそ，刑事訴訟において，合理的な疑いがある事実を重要な間接事実や量刑上の事実として判決を下すことは，許されないといえよう。

しかし，利益原則が適用されるということと，その事実が認められなければ有罪判決が下せないということとの間には，距離がある。なぜなら，当該事実が認定できなくとも，他の事実や証拠から有罪判決を下せる場合がありうるからである。

たとえば，間接事実について考えてみると，ある構成要件要素を証明する際にどのような間接事実を設定するかは，裁判所の判断に委ねられている。例えば，覚せい剤使用罪において覚せい剤の使用という主要事実を証明する上で，注射したのか飲用したのかは重要な間接事実となる場合もあるかもしれないが，そうではなく「体内に摂取する方法で」という間接事実を設定することも合理的な事実認定の方法として認められる。そして，「体内で摂取する方法で」が証明できるのであれば，注射か飲用かの択一的認定を経ずに，その事実を根拠として構成要件要素を証明することもできるのであるから，その場合，注射か飲用かという事実は，本来認定が不要な事実であるということになる。

・量刑の判断上重要な事実と利益原則の関係

また，量刑の判断上重要な事実について考えると，量刑事情は，有罪判決を下せるとした上で裁判所が裁量的に取り上げるものであり，存否が不明確な事実ならば一切取り上げないということも許される。すなわち，殺人にナイフを用いたか拳銃を用いたかが量刑上意味をもつとしても，裁判所はいずれの事実も認定せず，ただ量刑を加重する事実の存在を前提としない量刑判断をすることができる。このような量刑判断がなされる限りにおいては，判決書の記載内容として，あえて「ナイフ又は拳銃を用いた」と記載することは，形式上の問題にすぎず，認められるであろう。

これらの事実は，判例によれば，罪となるべき事実として特定することを要さず，従って検察官が進んで訴因に記載しない限り，有罪判決を下す上で認定することを要しない。すなわち，最一判昭和24年2月10日[26]は，(罪となるべき)「事実を判決書に判示するには，その各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足る程度に具体的に明白にし，かくしてそ

26) 刑集3巻2号155頁。

の各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにするを以て足る」と述べ，同様の表現はその後の前掲最二決昭和58年5月6日でも繰り返されているところ，これを前提とすれば，構成要件該当性を判定する上で不要な事実は，これを個々具体的に認定せずとも有罪判決を下すことができることになる。

以上のように，間接事実や量刑上重要な事実については，確かに，利益原則の適用を受けることはあるが，それらの事実の認定を回避して有罪判決を下すこともできるのであり，その場合，本来認定が不要な事実として，概括的認定の中に解消することが可能である。そうすると，択一的認定の問題として真に検討に値するのは，概括的認定の中に解消できないものであり，異なる構成要件要素の択一的認定や，異なる構成要件該当事実の択一的認定，さらには，これらと一部重複するものとして，異なる訴因間の択一的認定に差し当たり絞られると考えられる。

以降，本稿では，概括的認定の中に解消不能な類型を「狭義の択一的認定」と呼び，その場面における解釈の指針を検討することとしたい。

III. 同一構成要件内の択一的認定における判例，裁判例

1　狭義の択一的認定の条件

それでは，狭義の択一的認定は，果たして又はいかなる範囲で認められるべきなのか。

このことを議論するに際して，まずは，狭義の択一的認定に対して裁判所がどのような態度をとってきたのかを分析することにしよう。

しかし，同一構成要件内の択一的認定の判例，裁判例としてこれまで認識されてきたものの中には，種々様々なものがあり，これらの中から，狭義の択一的認定についてのものを選り分ける必要がある。

選別作業において中心的な役割を果たすのは，前章でも述べた，（ア）概括的認定の中に解消できるか，という条件である。言い換えれば，択一的に表示された個々の事実が，いずれも有罪判決を下すために認定を要する事実であることが，狭義の択一的認定の条件となる（認定の必要性）。

しかし，判決書において「A又はB」と記載されるもののうちには，実に様々な場合があり，上記の条件だけでは選別の上で十分でない。択一的認定は，定義上，「A」「B」それぞれが犯罪の成立を認めるために不可欠なものであり，いずれも単独では確信がないが，「A又はB」という形式であれば確信があるという場合のみに絞られ，逆にそれ以外のものは，択一的認定ではない。このことを分解すると，四つのサブルールを導くことができる。

まず，（イ）択一的に表示された個々の事実が，それぞれ単独では認定できないことが必要である（個別認定の不可能性）。もしこの条件に欠ける場合には，単独で認定できる事実によって有罪判決を下すことができるのであるから，それらの事実が択一的に記載されていたとしても，狭義の択一的認定の問題とはならない。

また，（ウ）択一的に表示された個々の事実のうち，そのいずれかであるとの心証が得られていることが必要である（択一的心証）。これを満たさない場合には，「A又はB」という心証すら得られていないのであるから，択一的認定の可否を論じるまでもなく，当然に無罪判決が下されることになる。

さらに，（エ）択一的な判示の中に犯罪事実が複数存在する可能性がないことが必要である（犯罪事実の単一性）。仮にそのような可能性がある場合には，一方の存在が他方の不存在を意味するという関係には立たないのであるから，単純にいずれの事実も認定できないとして無罪とするほかない。例えば，覚せい剤の使用日時の択一的認定がなされた場合に，いずれの日時においても使用した可能性があった場合などである。もっとも，このような場合には複数の犯罪事実を同一の手続内で審理しているとして，公訴事実の同一性を欠くとされる場合がほとんどであろう。

最後に，（オ）仮に択一的に表示されたいずれかの事実が認定できれば，いずれの事実の場合でも，構成要件を充足させ，有罪判決が下せる場合であることが必要である（仮定的充足性）。もし一方の事実が認定された場合無罪となる場合には，択一的に認定することで有罪判決を下すことは，まさに無罪の疑いが残るまま有罪とするものであって，許されない。例えば，複数回の暴行のうち，いずれによって傷害結果が発生したか不明だが，そのうちの一部については正当防衛が成り立つという場合がそれである。この場合に傷害結果を帰責できないのは当然であって，択一的認定が認められないからではない。

以上の（ア）～（オ）の全ての条件を満たす場合であれば，有罪判決を下す上で必要不可欠な事実について，択一的な心証が得られている場合であるといえ，狭義の択一的認定にあたると考えられる。

2　狭義の択一的認定に関わる判例，裁判例の選り分け

では，これまで同一構成要件内の択一的認定がなされたとして紹介されてきた判例，裁判例の中で，狭義の択一的認定に当てはまるものはどのようなものか。伝統的な分類に従って裁判例をみていく。

(1) 時，場所

時，場所の択一的認定については，裁判例上に現れたものもかなり多いが，そのほとんどが，上記の（ア）認定の必要性の条件に欠けるものである。

例えば，収賄罪における受供与の事実について「昭和 60 年 12 月 16 日頃…『松花堂』において」と「同日ころ…被告人方において」との択一的認定を認めた仙台高判平成 4 年 12 月 21 日[27]は，構成要件に該当する事実としては受供与のみを認定すればよいので，その日時場所については本来認定する必要がなく，（ア）認定の必要性の条件に欠け，狭義の択一的認定の問題とならない。

同様に，共謀共同正犯の事案で謀議の場所について「事務所又は…寿司屋」との択一的認定を認めた東京高判昭和 60 年 12 月 4 日[28]については，共謀共同正犯においては，謀議それ自体が証明の対象となる事実ではなく，共謀の意思があったことを証明すれば有罪判決を下せると考えられるから，（ア）認定の必要性の条件に欠け，狭義の択一的認定の問題とならない。

(2) 行為態様

行為態様の択一的認定についても，裁判例上かなりの例があり，(1) と同様に，上記の（ア）認定の必要性の条件に欠けるものが多い。

代表的なものとして，まず，密造焼酎が甲類か乙類かを確定できない場合にも酒税法違反の罪を認めた最三決昭和 33 年 7 月 22 日[29]がある。甲類か乙類という蒸留方法が課税要件として別個に定められており，罰金額が課税額に連動して定められているために，被告人は甲類か乙類かによって事実上の影響を受ける。しかし，酒税法違反の罪を問うためには焼酎密造の事実のみを認定できればよい。したがって，甲類か乙類かは量刑上考慮される事実でしかないから，本来証明を要せず，（ア）認定の必要性の条件に欠ける。

また，「有形力の行使によって」被害者を屋上から落下させて死亡させたという認定により殺人罪の成立を認めた前掲最二決昭和 58 年 5 月 6 日も，被害者を屋上から落下させたことが証明されれば殺人罪の実行行為の証明としては十分なので，その具体的な方法までは証明する必要がなく，（ア）認定の必要性の条件に欠け，狭義の択一的認定の問題とならない。

他方，覚せい剤の自己使用罪について，その方法が注射であるか，嚥下であるかの

27) 高等裁判所刑事裁判速報集（平 4）号 106 頁。
28) 判時 1190 号 143 頁。
29) 刑集 12 巻 12 号 2712 頁。

選択的な認定は許されないとした札幌高判昭和58年5月24日[30]と，注射又は飲用等の方法によるとの選択的記載も許されるとした東京高判昭和63年5月23日[31]がある。これらは一見すると矛盾しているように思える。しかし，札幌高判の事案では，原審で注射による使用と嚥下による使用とが併存していた可能性を指摘しており，複数回の犯罪事実の可能性があり，（エ）犯罪事実の単一性の条件が欠けるために犯罪の成立が認められず，他方で，東京高判の事案ではそのような事情はなく，（ア）認定の必要性の条件に欠けるために択一的な認定を許したものであると考えられる。したがって両者は矛盾するものではなく，しかもいずれも狭義の択一的認定の裁判例ではない。

これに対して，事情が異なるのが，クロロホルムを吸引させた行為と車ごと海中に転落させた行為とのいずれにより死亡したか不明な場合に殺人罪の成立を認めた仙台高判平成15年7月8日[32]である。この事案では，吸引行為と転落行為のいずれも証明されており，実行行為について択一的に記載されていること自体は，狭義の択一的認定の問題ではない（条件（イ）個別認定の不可能性に欠ける。）。しかし，両実行行為と死亡結果との因果関係の成立には疑いがあり，海中に転落させる前に，クロロホルムによって死亡していた可能性があった。

ここで,クロロホルムの吸引による死亡と，海中への転落による死亡について，そのいずれも認定しないで因果関係を認めることはできない。いずれかの事実が認められて初めて有罪判決を下すことができる。したがって，二つの因果経過は，本来認定不要な事実であるとはいえず，狭義の択一的認定の問題の一場面であるということができる。先の分類に従えば，因果関係という一つの構成要件要素に対応して複数の構成要件該当事実が考えられる場合であり，構成要件該当事実の択一的認定が認められたものであるということができるだろう。

(3) 過失の態様

異なる過失の態様の択一的認定については，秋田地判昭和40年3月31日[33]が知られている。この事件では工事責任者であった被告人が配下2名と3名ともども喫煙しながら屋上工事に従事していたところ，いずれかの喫煙による吸殻が建造物に燃え移ったという事案について，被告人自ら喫煙をするという過失と，配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失と，二個の注意義務違反はいずれも重過失に相当するから，いずれにせよ被告人には当時の刑法117条の2の重過失失火罪が成立するとして有罪判決を下している。

この判示については，過失の態様の択一的認定を認めたものと説明されることがある[34]。しかし，このような説明は若干不正確である。本件では，被告人自らが屋上工事の最中に喫煙したという過失と，配下に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失とがいずれも証明されている。従って，過失の態様が択一的に記載されていること自体は，狭義の択一的認定の問題ではない（条件（イ）個別認定の不可能性に欠ける。）。しかし，いずれの過失行為によって結果が発生したのかが明らかでないというのだから，因果経過が択一的に認定されている。従って，因果関係についての構成要件該当事実の択一的認定の一例として把握することができ，前掲仙台高判平成15年7月8日と同列に並べることができる。なお，過失の態様によって訴因が異なるという理解から，本件を異なる訴因間の択一的認定と把握することも可能である。このことは先に述べたとおりである。

30) 判時1108号135頁。
31) 東京高等裁判所（刑事）判決時報39巻5-8号18頁。
32) 刑集58巻3号225頁。
33) 下刑集7巻3号536頁。
34) 松尾・前掲注3)465頁等。

過失にかかわる他の裁判例としては，軽自動二輪車の酩酊運転中に被害者と激突したことを理由とする重過失致死罪の成立が問題となった事案で，被害者が「道路前方を自転車を押していたか又は自転車と共に路上に倒れていた」との認定では罪となるべき事実の明示を欠くとした名古屋高判昭和36年9月25日[35]がある。しかし，判示は，被害者が路上に倒れていた場合は相対的に発見が困難であることを指摘して差し戻していることから，路上に倒れていた場合には過失自体が認められない可能性があった。そうだとすると，一方の事実からでは有罪判決を下すことができない場合にあたり，（オ）仮定的充足性の条件に欠け，狭義の択一的認定の問題ではない。

(4) 客体，主体

犯罪行為の客体に関する裁判例としては，まず，被欺罔者がAかBであることに間違いが無く，両名の外には被欺罔者がいないことが明白であるとして詐欺罪の成立を認めた東京高判昭和46年3月30日[36]がある。この事件ではA，Bの従事する会社を被害者とする多数回の詐欺的取引が行われ，その際にはAが被欺罔者となったものもBが被欺罔者となったものもあるが，個々の取引についてはいずれが担当したのかわからないというものであった。

判示からは，多数回の取引についてどのような罪数処理がなされたのかは明らかではないが，仮に全てが包括一罪となるとしても，訴訟の場面においては，個々の取引が証明対象となるのであるから，その個々の取引において被欺罔者が誰であったかを認定しなければ，詐欺罪の成立を認めることはできない。そうだとすれば，この場合も有罪判決を下すために必要な事実の択一的認定がなされたものとして，狭義の択一的認定の場合にあたる。これは，「人を」という構成要件要素に対応する複数の構成要件該当事実についての択一的認定の例である。

他方，構成要件要素の択一的認定についての裁判例であると見られるのが，大阪高判昭和42年1月28日[37]である。判旨は，外国為替及び外国貿易管理法（旧外為法）27条1項2号，3号のいずれに違反するか明らかでない場合であっても，同法70条7号の罰則が適用できるとしたものであるが，事件当時の旧外為法の定めは，27条1項各号で支払が禁止される場合を定め，2号では，「非居住者に対する支払」を，3号で「非居住者のためにする居住者に対する支払」を挙げ[38]，そのいずれの号に該当する場合であっても，同法70条7号で，「第二十七条の規定に違反した者」に対して刑罰が科されることを規定していた。すなわち，支払の相手方が非居住者である場合と居住者である場合とが法文上分けて規定されていたのであるから，この裁判例は並列的構成要件要素の択一的認定の場合にあたり，狭義の択一的認定の問題を扱ったものであるといえる[39]。

35) 高刑集14巻8号548頁。
36) 判時639号109頁。
37) 判時501号108頁。
38) 外国為替及び外国貿易管理法第27条1項（1980年改正前のもの，関係箇所のみ抜粋）。
第二十七条　この法律の他の規定又は政令で定める場合を除いては，何人も，本邦において左に掲げる行為をしてはならない。
二　非居住者に対する支払又は非居住者からの支払の受領
三　非居住者のためにする居住者に対する支払又は当該支払の受領
第七十条　左の各号の一に該当する者は，三年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金に処し，又はこれを併科する。
七　第二十七条第一項の規定に違反した者
39) もっとも，本件は27条1項2号と3号とで号番号が異なることから，異なる構成要件間の択一的認定の場合にあたるということも考えられるかもしれない。しかし，いずれにせよ適用罰条は70条7号となるのであるから，同一構成要件内の択一的認定と考えて構わないように思われる。後述の判旨引用部分において，大阪高裁も同様の判断をしている。

主体に関して，放火罪において自ら又は第三者をして放火し又は放火せしめたとの原審の認定に対して，これを取り消して放火罪につき無罪とした大阪高判昭和 59 年 9 月 19 日[40]がある。

しかし，この事件では，第三の可能性もあったことを指摘して，「両事実のどちらかであつてそれ以外の事実の可能性がないという確信に到達するということはありえない」として，無罪の判決を下しているから，（ウ）択一的心証の条件に欠け，狭義の択一的認定の問題とはならない。

他方で，共謀共同正犯の実行行為者について，前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日が，「被告人は A と共謀の上，…A 又は被告人あるいはその両名において…殺害した」との択一的認定を認めている。この事件では，「被告人は，A と共謀の上，前同日午後 8 時ころから翌 25 日未明までの間に，青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において，A 又は被告人あるいはその両名において，扼殺，絞殺又はこれに類する方法で」窒息死させて殺害したと罪となるべき事実を認定して，殺人罪の共同正犯の成立を認めている[41]。

判例の採用する共謀共同正犯の法理によれば，刑法 60 条の共同正犯の成立を認めるためには，被告人が他の者と共謀の上，共謀参加者のいずれかが犯罪を実行したことが要件となる[42]。言い換えれば，実行行為者が共謀参加者のいずれかであるということの認定をしないまま有罪判決を下すことができない。そうだとすると，共謀共同正犯においても，実行行為者は本来認定を要しない事実だとはいえず，実行行為者の択一的認定は狭義の択一的認定の問題にあたる。

もっとも，この場合の択一的認定が，構成要件要素の択一的認定なのか，構成要件該当事実の択一的認定なのかは，難しい問題である。共同正犯においては，条文の文言上構成要件要素が具体的に設定されておらず，解釈に委ねられる部分が大きいからである。

もし，構成要件要素を「共謀参加者が」と捉えるならば，具体的に誰が実行したのかは，構成要件該当事実であるということになるだろう。他方で，「自ら又は共謀参加者あるいはその両名が」などとするならば，別個の構成要件要素だということになり，被告人を含む実行行為者の択一的認定は，構成要件要素の択一的認定ということになる。

共謀共同正犯に対する理解にも関わるが，被告人自らが実行した場合と，共謀参加者を通じて因果的寄与を及ぼした場合とでは，別個の構成要件要素と考えるべきだろう。従って，被告人自らの実行と共謀参加者の実行をひとまとめに「共謀参加者が」という要素にすることはできないように思われる。そうだとすれば，被告人を含む実行行為者の択一的認定は，構成要件該当事実の択一的認定ではなく，構成要件要素の択一的認定と把握すべきであると考える。

3　狭義の択一的認定に対する判例，裁判例の態度

以上のように，裁判例の中には，狭義の択一的認定の問題を扱ったものが複数存在する。裁判所は結論としてはいずれも犯罪の成立を認めているが，その理由付けを仔細に分析すると，この問題に対する若干異なる態度を看取することができるように思われる。そのことを，裁判例の理由付けの分析によって確認したい。

まず，構成要件該当事実の択一的認定についての裁判例は，いずれも，択一的認定が認められる理由を明らかにしない。たとえば，前掲仙台高判平成 15 年 7 月 8 日では，それぞれの行為と死亡の結果との間の因果関係を認めることはできないから結局殺人未遂罪が成立するにすぎないとの弁護人の控訴主張に

40）判タ 548 号 282 頁。
41）判旨原文では，共犯者は実名で掲載されているが，便宜上，「A」と表示している。
42）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 5 巻（第 2 版）』（青林書院，1999）259 頁〔村上光鵄〕。

対して，特に理由を示すことなく，「死亡の原因が，クロロホルム吸引によるものか，その後の海中転落による溺死であるか断定できないとしても，被害者の死亡原因がそのいずれかであることは明白であり」として，殺人罪の成立を認めている。前掲秋田地判昭和40年3月31日や,前掲東京高判昭和46年3月30日も同様である。

これらの判示からは，裁判所が択一的認定を認めているということ以上に，なぜそのように解することができるかについては，明らかでない。

(1) 同一適用法令アプローチ

他方，実行行為者の択一的認定を認めた前掲最三決平成13年4月11日は，択一的認定の可否について，以下のように述べる。

「上記判示は，殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか，実行行為者が『A又は被告人あるいはその両名』という択一的なものであるにとどまるが，その事件が被告人とAの二名の共謀による犯行であるというのであるから，この程度の判示であっても，殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を，それが構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものというべきであって，罪となるべき事実の判示として不十分とはいえない」。

上記判示では，「その事件が被告人とAの二名の共謀による犯行であるというのであるから」というのが択一的認定を認める理由となっているように見える。その意味するところは必ずしも明らかでないが，同判決の調査官解説において，本件で択一的認定が認められる理由について，「共謀共同正犯の法理においては共謀関与者の間で刑事責任の成否に差異はなく，実行行為を担当した者も担当しなかった者も，いずれも共同正犯として処罰されることになるからである[43]。」と述べていることからすると，共謀関与者の誰が犯行を実行しても，適用法令が同一であるという点に着目しているのだと考えるのが素直であろう。

このように,択一的認定を認めたとしても，適用法令が同一であるということ，言い換えると，当該刑罰法令が適用されることについては証明がなされているということを理由からこれを認める考え方を，以下，「同一適用法令アプローチ」と呼ぶ。

(2) 上位の構成要件要素アプローチ

これに対して，態度が若干異なるのが，前掲大阪高判昭和42年1月28日である。同判決は，択一的認定を認める理由として，以下のように述べる。

「本件記録を精査しても前記氏名不詳の男が外為法上非居住者なのか，それとも居住者であるのか，いずれとも断定し難いことは所論のとおりである。しかしながら，同人が本邦にある非居住者であるか，それとも居住者であるかのいずれかの身分を有していたことは明らかであるから，若し同人が非居住者であるとすれば，被告会社が同人に支払つた行為は，同条一項二号前段に，また，居住者とすれば同様同項三号前段に該当することが明らかである。…そして，右氏名不詳の外国人がTの代理人であつたか，使者であつたかは判明しないが右いずれの場合でも支払という法的効果は非居住者たるT本人に帰属するものであるから，わが国の金銭財産の外国への流出ないしそのおそれを伴うことは明らかであつて，前段説示の如く同法が支払を制限又は禁止している目的から考えると，本件のような場合を処罰できないとすることは法の趣旨に反するものといわざるを得ないのである。従つて，原判決が，本件支払行為が同法二七条一項二号又は三号のいずれかに該当するとして，右各号違反の罰則規定である同法七〇条八号（当時施行のもの，現行法では同条七号）の適用上原判示第二の所為につき単に同法二七条一項とのみ擬律したことは止むを得ないものと考えられ，必ずしも違法であるとはいえない。」

判示は，「いずれの場合でも支払という法

43) 池田修「判解」最判解刑事篇平成13年度57頁，66頁（2004）。

的効果は非居住者たるT本人に帰属するものであ」り，その場合を処罰するのが法の趣旨であるとして，択一的認定を肯定している。適用法令が同一であるということを直接の理由としているわけではない。

むしろ，判示は，「支払の法的効果が非居住者に帰属する」ことが証明されれば，さらに進んで支払の直接の相手方が非居住者であるか居住者であるか判明せずとも，有罪判決を下すことができるとしている。これは，「法的効果が非居住者に帰属する」という，法文には直接記載されていない上位の構成要件要素を設定し，それが証明されれば有罪判決が下せるという考え方であるといえる。

実はこのような考え方を示す裁判例は他にも存在する。東京高判平成10年6月8日[44]は，単独での犯行か共謀に基づく犯行かの択一的認定が問題となった事件であるが，この事件の判断において，傍論ではあるが，「罪となるべき事実の要件事実を単一では認定することができず，他の要件事実と択一的にのみ認定することができる場合においても，二つの要件事実のいずれかという択一的な形で認定することは，証明されていない要件事実を認定することに帰して原則として許されず，外形上二つの要件事実があってもこれらを包含する上位の要件事実が存在していると認められるような特殊な関係があるため，択一的な形で上位の一つの要件事実が証明されていることになる場合に限り許されるものというべきである。」と述べる[45]。

上記判示に示されるような，上位の構成要件要素を設定する考え方を，「上位の構成要件要素アプローチ」と呼ぶとすれば，このアプローチは，先述の同一適用法令アプローチとは，どのように異なるか。

この点，同一適用法令アプローチでは，同一構成要件内の択一的認定は，原則として適法となる。他方，上位の構成要件要素アプローチは，反対に同一構成要件内の択一的認定であってもむしろ認められないのが原則との立場から出発して，上位の構成要件要素が設定できるような特殊な関係がある場合にのみ，択一的認定が認められるとするものである。

そうだとすれば，以上の二つのアプローチは，次の二つの点で異なる考え方だといえる。まず，同一構成要件内の択一的認定を，原則として許容するか否定するかという点。同一適用法令アプローチでは，原則として同一構成要件内の択一的認定を許容するが，上位の構成要件要素アプローチでは，原則として否定する。

次に，構成要件の定め方に着目した実質的な解釈の余地を残すかという点。同一適用法令アプローチはこれを残さない。形式的だが明確な基準である。他方，上位の構成要件要素アプローチでは，いかなる場合に例外が認められるかという点からの検討が必要となる。そしてその検討は，構成要件がどのように定められているか，その文言，趣旨，意義等に手がかりを求めるほかない。いずれの考え方を採用するべきか。次章にて考察する。

Ⅳ. 考察

1　各アプローチの考察

これまで見てきたように，狭義の択一的認定について扱った裁判例はいずれも有罪判決を下してきたが，その理由付けについては，同一適用法令アプローチと，上位の構成要件要素アプローチという，二つの異なる態度が確認できた。それでは，それらのアプローチは適切な理由付けといえるだろうか。議論を整理するために，まずは，並列的構成要件要素の場合を想定して，考察する。

44) 判タ987号301頁。

45) なお，この事件で問題となった単独正犯か共同正犯かの択一的認定は，異なる構成要件間の択一的認定とみる余地もあり，あるいは予備的認定の問題としてみる余地もあり，本稿のテーマとも関係するが，より広い問題領域を含んでいるので，関係部分を紹介するに留める。

(1) 同一適用法令アプローチに対して

このアプローチは，同一構成要件内の択一的認定においては，対象となる事実がいずれも同一の法令の適用を基礎付けるものであるのだから，択一的認定を行っても，当該刑罰法令が適用されるという点までの立証はなされているとして，一般的に択一的認定を認める考え方である。

この考え方を採用するならば，必然的に，同一構成要件内の択一的認定は，すべて認められるということになる。

しかし，第二章で検討したように，並列的に設けられた複数の構成要件要素の択一的認定を認めるならば，両立しない複数の事実が同時に証明の対象になるという事態が生じ，事実認定の適正さを目指す利益原則との関係で問題がないとはいえない。

また，構成要件要素がそれぞれ設けられた立法趣旨が択一的認定によって没却，潜脱されるという問題もある。

むろん，並列的構成要件内の択一的認定が全て違法だということになれば，結論の妥当性が図れないという事態は生じよう。並列的構成要件内の択一的認定であっても，一定の限度で，なんらかの理論構成で認める必要があるのは確かである。しかし，同一適用法令アプローチに問題があるのは，同一構成要件内の択一的認定が全て認められるとしてしまうところにある。

並列的に記載された構成要件要素の中には，事実的な開きが相当大きなものがあり，その場合の択一的認定が認められるとするのは，不当であろう。例えば，刑法126条2項の該当性を証明するにあたり，現に人のいる艦船を「転覆させ，沈没させ，又は破壊した」ことが証明対象となるとするのは，証明対象としての具体性，特定性を著しく欠き，また，危険性が極度に大きい行為としてそれぞれを列挙した立法趣旨との関係でも問題があるだろう。

この点，予備的，あるいは選択的な訴因として，複数の事実が証明の対象として掲げられることがあり，その中には事実的な開きがかなり大きな場合もありうる。しかし，そこでは複数の事実のいずれかであることが証明対象となっているわけではなく，それぞれが証明の対象であり，一方が認められない場合に備えて他方が主張されるという関係にある点で，事情が異なるといえるだろう。

同一適用法令アプローチの背後にあるのは，適用される刑罰法令が明らかになるのであれば，それ以上の特定は必要ではないという考え方があるだろう。

しかし，有罪判決を下すためには，法令の適用のほかに罪となるべき事実を示す必要があり（刑事訴訟法335条1項），罪となるべき事実は，構成要件に該当する違法で有責な事実であるという理解が一般である[46)]。そうだとすると，現行法上，有罪判決を下すためには，適用法令が明らかにされればそれでよいというわけではなく，全ての構成要件要素がそれぞれに対応する具体的事実によって充足されていることまでの証明がなされなければならない。

翻って考えると，同一構成要件内の択一的認定を一般的に認めるべきとする主張の背後には，「A又はB」であることまでは明らかになったのに，そのいずれに該当するかが判明しないというだけで無罪判決を下すは不当である，という実質的な価値判断があったように思われる。

しかし，仮に「A」「B」がそれぞれ証明対象となるとみるのであれば，そのそれぞれについて合理的な疑いが残る場合には，たとえ「おそらくこの犯罪を行っただろう」という心証をもったとしても，無罪判決を下さなければならないのが利益原則の帰結である。したがって，たとえ国民感情からは無罪判決を下すことに違和感があるという場合であっても，証明対象を「A又はB」と見ることができず，「A」「B」それぞれが証明の対象とみなければならないのであれば，無罪判決を下

46) 伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第5巻』（立花書房，1998）409頁〔柴田孝夫〕。

すのは利益原則の当然の適用の結果である。逆に，このような場合にも「A又はB」という合成的構成要件要素を作出して有罪判決を下すのは，利益原則の適用を不当に回避しているとの批判が妥当するように思われる。

以上より，同一適用法令アプローチは，並列的な構成要件要素はまとめて証明の対象とできるとするために，立法の予定しない新しい構成要件要素を作出して利益原則の適用を不当に回避することを認め，しかも明確性を欠く立証対象を設定することになるという点で，択一的認定を認める理由付けとして適当でないと考えられる。

(2) 上位の構成要件要素アプローチに対して

・上位の構成要件要素アプローチの妥当性

では，上位の構成要件要素アプローチについてはどうか。

このアプローチは，「A又はB」という並列的構成要件要素の択一的認定の場面において，そのいずれにあたるかが証明されていない場合であっても，「A」「B」を包含する，より上位の構成要件要素が存在していると認められる関係がある場合には，その上位の構成要件要素が証明されていることによって択一的認定が認められるという考え方である。

このように考えるならば，並列的構成要件間の択一的認定の場合にあっても，「A」でも「B」でも「A又はB」でもなく，その上位の「C」という構成要件要素が証明の対象となるので，「C」の存在が明らかである限り，当該犯罪の成立を認めることも可能だろう。しかし，問題は，このような上位の構成要件要素を考えることが本当に可能であるのか，という点である。

ここで，同一構成要件内の択一的認定においても，利益原則の適用対象となるべき事実としての具体性，特定性との関係，及び，構成要件の機能との関係で問題があることはすでに述べた。上位の構成要件要素は，このような問題をクリアするようなものでなければならない。

ところで，構成要件の機能は，萎縮効果を防止し，国民の予測可能性を確保するという自由主義的機能と，可罰的行為を民意に基づき制定される立法によって定めるという民主主義的な要請から定められるものであり[47]，その趣旨は，個々の構成要件要素についても妥当する。

そして，上位の構成要件要素が，国民の予測可能性を害さず，萎縮効果も発生させないものであるとすれば，そのような要素は証明対象としての具体性，明確性も備えているだろうと考えられる。

そうだとすれば，上位の構成要件要素を考えることが可能であるかという問題は，二つの問題に分けることができる。すなわち，(い) 条文に記載されていない要件を取り出して罰することで，国民の予測可能性を害しないかという点（予測可能性の担保），および，(ろ) 条文が「A又はB」と記載している場合に，裁判所がより上位の構成要件要素を設定することが，立法との関係で許された裁判所の役割分担を超えないか，という点である（立法との権限分配）。

・予測可能性担保の要請との関係

このうち，（い）予測可能性の担保については，確かに，上位の構成要件要素を設定した結果，AでもBでもない行為が可罰的になるとすれば，国民の予測可能性を害することになるだろう。しかし，前掲大阪高判昭和42年1月28日の事例を考えるならば，法文上の構成要件要素としては「非居住者への支払」と「非居住者のためにする居住者への支払」を捕捉しているのに対して，上位の構成要件要素として「法的効果が非居住者に帰属する支払」を設定したとしても，法文上の構成要件要素のいずれでもない場合を処罰することにはなるとは考えられない。このように，上位の構成要件要素が法文上の構成要件要素をそのまま合わせたものであるような関係があ

47) 大澤・前掲注17) 法協113巻5号33頁以降参照。

る場合には，AでもBでもない行為は捕捉されず，国民の予測可能性が害されるということにはならないと考えられる。そうだとすれば，上位の構成要件要素を設定することが全て国民の予測可能性を害し許されないとはいえず，そのような構成要件要素の認められる範囲を適切に調整することで予測可能性の担保を図るべきだろう。

・立法との権限分配との関係

次に，（ろ）立法との権限分配については，確かに，並列的に構成要件要素が規定されている場合にも一般的に上位の構成要件要素が設定できるとすれば，個々の構成要件要素を規定した趣旨が損なわれ，許されないと考えられる。しかし，構成要件要素も種々多様であり，「偽造」と「変造」（刑法159条3項）のように法益侵害の大きさに相当の差があるものもあれば，単に禁止行為を具体的に説明するために書き分けられているようなものもある。そして，それぞれの構成要件要素が独自の意味を持っていない場合には，上位の構成要件要素を設定したとしても，立法府の真の規定趣旨を解釈するにとどまり，立法府と裁判所との権限分担を害するということにはならないように思われる。

そうだとすれば，上位の構成要件要素を設定することが裁判所の権限を超えるかという点についても，これを一切認めないとする必要はなく，立法の規定の趣旨を解釈するにとどまる範囲でそのような要素を設定することが認められるとすればそれで足りると思われる。

・上位の構成要件要素が認められる条件

そうなると，次なる問題は，上位の構成要件要素が認められる条件である。これを検討するにあたっても，（い）（ろ）の要請から考えるべきであろう。

・予測可能性担保の要請との関係

（い）予測可能性の担保の要請からは，AでもBでもない行為を捕捉することがないよう，条文上の構成要件要素を全て足したものと全く同一の範囲となるような事実であることが必要である。例えば，事後強盗の目的は，条文上，財物奪取の防止，逮捕の回避，罪証隠滅の三つが列挙されているがこれらを包含して，「窃取した財物を確保する目的」といった構成要件要素を設定することは，この条件から許されないことになろう。

また，国民の予測可能性を害するかという観点からは，上位の構成要件要素が，法文上の構成要件要素から容易に導けるようなものであり，かつ，要件として明確性を有するものであることが必要であると考えられる。すなわち，条文上の要件と同一の範囲となるように無理やり複雑な構成要件要素を設定することは許されない。

・立法との権限分配との関係

次に（ろ）立法との権限分配の要請からは，法文上の個々の構成要件要素がそれぞれ別個の処罰理由に基づいて記載されていないことが必要である。例えば，二項詐欺罪（刑法246条2項），二項恐喝罪（同249条2項）においては，「財産上不法の利益を得，又は他人にこれを得させた者は」とあるが，自分で利益を得る場合と第三者に利益を得させる場合とでは本人の財産に対する危険性に差があると考えれば，「本人以外の者に利益を得させて」という上位の構成要件要素を設定することは許されないと考えることができるだろう。

このように，個々の構成要件要素が別個の処罰理由に基づくものか，それとも同一の処罰理由に基づいているのかという点は，当該構成要件要素が規定された趣旨，侵害される法益の大小，侵害発生にいたる危険性の大小等から実質的に考えていくことになるだろう。ただし，構成要件の該当性を厳格に要求される刑法においては，構成要件要素がわざわざ別個に規定される以上はそれぞれ別個の処罰理由を有していると考えるのが原則であり，それぞれの要素に実質的な差が見られない場合に限って例外的に上位の構成要件要素を設定できると解する。

以上の条件は，それぞれ（い）（ろ）の要請から別々に導かれるものであり，そのいずれが欠けることも許されないと考えられるから，「かつ」で結ばれる要件である。

他方で，上記の二つの要件を満たす場合に

は，上位の構成要件要素を設定することも許され，かかる構成要件要素の証明がなされた場合には，それ以上進んで法文上の構成要件要素まで証明せずとも，有罪判決を下すことが可能であると考える。

なお，その場合に判決書においてどのような記載をすべきかは別途問題となる。上位の構成要件要素は犯罪の成立を実質的に根拠付けるものではあっても，条文上記載されているわけではないので，判決書においては，いかなる条文の文言に従って有罪判決を下したのかを明らかにするために，構成要件要素を択一的に認定することを認めるべきであるだろう。

2　事例へのあてはめ

以上述べてきたように，同一適用法令アプローチではなく，上位の構成要件要素アプローチが妥当であると考えられるが，このアプローチを採用した場合，各事例においてどのような帰結をもたらすかを検討する。

(1) 居住者と非居住者

前掲大阪高判昭和42年1月28日の事案は，支払の相手方が居住者か非居住者かが判明しないために旧外為法27条の「非居住者に対する」と「非居住者のためにする居住者に対する」のいずれに該当するか判明しないというものだった。そして，裁判所は，支払の直接の相手方が居住者か非居住者のいずれであっても，法的効果が非居住者に帰属するような場合には，法の趣旨からこれを罰しないとすることは不当であるとした。

そこで，この場合，27条1項2号は「非居住者に対する支払」を，3号は「非居住者のためにする居住者に対する支払」と別々に規定しているが，その上位の構成要件要素として，法的効果が非居住者に帰属する支払を設定することが可能ではないかと思われる。

すなわち，法的効果が非居住者に帰属するような支払のうちには，非居住者が直接の相手方として支払を受けるものと，居住者が非居住者の代理人として支払を受けるものとの二通りが考えられ，かつ，それに尽きるのであるから，このような上位の構成要件要素を設定しても（い）予測可能性の担保の要請はみたされると解される。

そして，直接の相手方が非居住者であるか，非居住者としての代理人としての居住者であるかは，国外への不正な財産脱出を防止するという趣旨からは，いずれも危険性は変わらないと考えられ，ただ，直接の相手方を居住者としただけでは同条の適用を回避できないことを確認的に示すために，3号が設けられたのであると考えられるから，（ろ）立法との権限分配の要請も満たされると解する。

そうだとすると，27条1項2号3号の各要件に対して非居住者に法的効果が帰属する支払という上位の構成要件要素を設定することも可能であり，その要件の該当性が証明されている場合には，「非居住者に対して，又は非居住者のために居住者に対して支払った」という択一的認定も許されると考える。

(2) 暴行と脅迫

刑法では公務執行妨害罪（95条），騒乱罪（106条），強姦罪（177条），強盗罪（236条）など，様々な条文に，「暴行又は脅迫」という規定がなされている。これらの上位の構成要件要素を設定することは可能だろうか。

一般に，暴行罪（208条）における「暴行」は人の身体に対する有形力の行使を指し[48]，脅迫罪（222条）における「脅迫」は人を畏怖させる目的で，害を加える旨を告知することを指す[49]とされる。しかし,「暴行」「脅迫」の定義は，各犯罪の性格の相違に基づく相対的な概念とされており，強盗罪を例にとって考えると，同罪にいう「暴行」は，人の抵抗を抑圧するに足る有形力の行使を指し，「脅迫」は，人の抵抗を抑圧するに足りる程度の畏怖心を惹起する害悪の告知を指すとされる。すなわち，両概念ともに，人の抵抗を抑

48) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第10巻（第2版）』（青林書院，2006）488頁〔渡辺咲子〕。
49) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻（第2版）』（青林書院，2002）304頁〔伊藤納〕。

圧する程度の強制行為を想定している。

そして，脅迫における害悪の告知については，具体的に害悪を告知せずとも，態度によって害悪告知を行うことも含むとされ[50]，日本刀を振り回すのは暴行であっても，単に日本刀を抜いて示し，相手に恐怖心を生じさせるのは脅迫にすぎないとされる[51]から，両者は連続的な概念であるといえる。

このように，暴行と脅迫とは，いずれも人の抵抗を抑圧するに足りる強制行為をさし，両者は，当該行為が「有形力の行使」と評価されるか否かのみによって区別される連続的なものといえる。そうだとすると，強盗罪における「暴行又は脅迫」の上位の構成要件要素として，「人の抵抗を抑圧するに足りる強制行為」という上位の構成要件要素を設定しても，暴行，脅迫のいずれでもない第三の行為を補足することにはならず，（い）予測可能性の担保の要請を満たすと考えられる[52]。

また，「暴行」，「脅迫」は，暴行罪，脅迫罪との関係では，それぞれに法定刑が異なることからしても，これらを同一の処罰理由に基づいて規定されたものとみることはできない。しかし，強盗罪との関係においては，暴行，脅迫は財物窃取の手段として強制行為が行われたことに着目して規定されたものであり，両者は別個の処罰理由に基づいて規定されたものではないと考えるのが妥当である。そうだとすれば，（ろ）立法との権限分配の要請も満たすといえよう。

したがって，強盗罪の「暴行又は脅迫」については，人の抵抗を抑圧する程度に足りる強制行為という上位の構成要件要素を設定することも十分可能であり，その存在が証明されている限度において，暴行又は脅迫についての択一的認定も可能であると解する。

なお，他の犯罪類型の場合にも同様に考えられるかは更なる考察を要すると思われるが，例えば，強姦罪の手段としての暴行又は脅迫は，相手方の抵抗を著しく困難にする程度のものであるという点以外は，強盗罪の場合とは変わらないと考えられるので，「暴行又は脅迫」の択一的認定が許されると解する。

(3) 事後強盗罪の目的

事後強盗罪を定めた刑法 238 条は，財物を得て「これを取り返されることを防ぎ，逮捕を免れ，又は罪跡を隠滅するため」との要件が記載されている。ここには，財物取還の防止，逮捕の免脱，罪跡隠滅の三つの目的が並列的な構成要件要素として規定されている。

この場合，当該三つの目的を包含するような上位の構成要件要素を設定するとすれば，「窃取した財物を確保する目的」ということになると思われるが，そのような要素を設定した場合には，列記された三つの目的以外のものも含まれてしまうことになるだろう。従ってこのような上位の構成要件要素を設定することは，国民の予測可能性を害し，（い）予測可能性の担保の要請を満たさないと考えられる。

また，事後強盗罪は，財物奪取のために暴行，脅迫を用いていないために，236 条に定める典型的な強盗罪に該当しないが，それに準ずるものとして処罰されるものであり，通常の強盗罪よりも暴行，脅迫と財物奪取行為との関連性が明確でない場合がありうるために，特定の目的が要求されている[53]。

そして，238 条に規定される三つの目的のうち，財物取還の目的は，財物の占有を侵害し終えた後を想定しているが，他二者はそうとは限らない。また，罪跡隠滅の目的は，後日生じうる障害を除去するためのものであるのに対して，残りの二者は，窃盗現場での障害を除去するものである[54]。

このように，それぞれの目的は，想定する場面が財物の占有を侵奪し終えた後であるか

50) 大塚ほか編・前掲注 49)327 頁〔伊藤納〕。
51) 大塚ほか編・前掲注 48)493 頁〔渡辺咲子〕。
52) なお，裁判例の中には，暴行又は脅迫を「強制行為」と言い換えて事実認定を行っているものもある。大阪高決平成 19 年 6 月 19 日判例集未登載（平成 19 年（う）86 号）等。
53) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 12 巻（第 2 版）』（青林書院，2003）379 頁〔米澤慶治＝高部道彦〕。
54) 大塚ほか編・前掲注 53)380 頁〔米澤慶治＝高部道彦〕。

否か，あるいは取り払うべき障害が即時のものであるか後日のものであるか否かといった点で，財物奪取行為との関連性の態様，程度がそれぞれ異なっている。

したがって，これら三つの目的を同一の処罰理由に基づく要件とみることはできず，それを包含する上位の構成要件要素を設定することは（ろ）立法との権限分配の要請の観点からも問題がある。

以上のように考えると，事後強盗罪における目的の択一的認定は，前記（い）（ろ）のいずれの関係においても問題があり，認められないと考えられる。

(4) 共謀共同正犯の実行行為者

刑法 60 条の共同正犯においては，「二人以上共同して犯罪を実行して」としか記載されておらず，並列的に構成要件要素が記載されているわけではない。

しかし，先述のように，共謀共同正犯の法理を前提とすれば，共同正犯が成立するためには，被告人が他の者と共謀の上，共謀参加者のいずれかが実行したことが要件となり，解釈上の並列的構成要件要素として，「暴行又は脅迫」などの場合と同様に捉えることができる。そうだとすれば，この場合においても，並列的構成要件要素間の択一的認定の場合と同様に，上位の構成要件要素アプローチに従って，択一的認定の可否を判定することができると考えられる。

そこで上位の構成要件要素が設定できるか検討すると，前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日における「被告人又はA若しくはその両名が」という択一的認定は，共謀参加者の誰かが実行したということを考えられる全ての例を挙げて述べているのであるから，「共謀参加者が」という上位の構成要件要素を設定すれば，択一的に認定された場合を全て包含し，かつ，それ以外の可能性を含む余地はないともいえる。また，構成要件要素として特別不明確ということもいえない。したがって，（い）予測可能性の担保の要請との関係では問題がないとも考えられる[55)]。

しかし，このような上位の構成要件要素を認めるにあたっては，（い）予測可能性の担保の要請よりも，むしろ（ろ）立法との権限分配の要請との関係で問題が生じる。

すなわち，被告人自らが実行した場合にあっては，被告人の罪責を問う上では，殺人罪の単独正犯（199 条）として処罰することも可能であり，その場合に共同正犯の規定は，共謀に基づいて行った場合にも犯罪の成立は変わらないという意味で確認的に規定したにすぎないといえる。他方，被告人とAが共同して実行した場合，あるいは，Aが単独で実行した場合には，被告人は一部実行しか行っていないために単独正犯では処罰することができず，共同正犯としてしか罰し得ない。従って，この場合における共同正犯は，単独正犯との関係で補充規定ないし拡張規定と位置づけられる。そうだとすると，これらの場合はそれぞれ異なる処罰理由に基づいて規定されていると考えることができるだろう。

また，法益侵害の程度，危険性を考えた場合にも，被告人が実行行為を単独で行った場合と，その一部しか行っていない場合では，被告人が惹起した法益侵害の程度やその危険性には，大きな差があると考えられる。

最高裁自身，訴因変更の要否について述べるにあたり，共同正犯における実行行為者は審判対象の画定の見地からは訴因変更が必要な事項ではないが，「実行行為者がだれであるかは，一般的に，被告人の防御にとって重要な事項である」と述べている[56)]。被告

55) もっとも，「共謀参加者が」という事実が，本当に証明対象として特定されているか否かは別途問題かもしれない。すなわち，「共謀参加者が」という証明対象を設定したとしても，実際に当事者の攻撃防御の対象となるのは個々の共謀参加者の状況やアリバイになるから，やはり「被告人が」「Aが」「被告人又はAが」がそれぞれ別個に証明対象となっているに過ぎないと考える余地もあるかもしれない。ただし，共謀共同正犯の実行行為者の択一的認定については後述のように（ろ）立法との権限分配の要請の点からの問題がより大きいと考えられるから，ここでは，問題点を指摘するにとどめる。

56) 前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日。

人の防御上重要な差異があるからといってただちに別の処罰理由で規定されたことにはならないが，いずれにせよ共同正犯が成立するにもかかわらず，それでも実行行為者の認定が被告人の防御にとって重要な事項であるとすれば，それは犯罪としての性質が異なるからであると考えるのが合理的ではないだろうか。

そうだとすると，被告人が全部実行した場合と，一部実行した場合とでは，異なる処罰理由に基づいているということがいえそうであり，そのように考えるのであれば，上位の構成要件要素を設定することは，（ろ）立法との権限分配の要請に反し許されず，択一的認定は認められないと考えられる。

なお，実務的には，共謀共同正犯の場合に実行行為者を罪となるべき事実の特定に記載しないという運用が一般的になされている[57]。しかし，この運用の趣旨が，共謀さえあれば共謀関与者の誰かが犯罪を実行したことの証明を要しないということであれば当然認められないであろう。他方，運用の趣旨が，共謀関与者の誰かが犯罪を実行したことまでの証明でよいという趣旨であっても，そのような上位の構成要件要素を設定することは許されないと解する。

(5) 因果経過

最後に，異なる構成要件該当事実の択一的認定について検討する。ここでは，裁判例で現れた因果経過の択一的認定を取り上げる。

因果経過の択一的認定の場合として裁判例上確認できたものは，クロロホルムの吸引行為による死亡と，海中への転落行為による死亡の択一的認定を認めた前掲仙台高判平成15年7月8日，及び，自ら喫煙をする過失による失火と，配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失の択一的認定を認めた前掲秋田地判昭和40年3月31日，そして，詐欺罪における被欺罔者の択一的認定を認めた前掲東京高判昭和46年3月30日である。

これらの場合においては，択一的認定によって構成要件を合成するとかひとまとまりにしているといった問題は生じない。構成要件の機能との関係では問題は生じない。しかし，利益原則の適用対象となるべき事実の具体性，明確性との関係では，やはり問題が生じているとみるべきであろう。従って，複数の構成要件該当事実を包含する，上位の構成要件該当事実を想定することができるか否かは，証明対象としての具体性，特定性を欠くかという観点のみから検討すれば足り，実質的には，先述の（い）予測可能性の担保の要請と重なるだろう。

これを前掲仙台高判平成15年7月8日についてみると，クロロホルムの吸引行為と，海中への転落行為とは，同一の犯意のもとで継続して行われた，相互に密接に関連する一連の行為であり[58]，吸引行為による死亡と転落行為による死亡とを包含する上位の構成要件該当事実として，「クロロホルムの吸引により抵抗不能にしたうえで自動車に載せて海中に転落させるという一連の犯意に基づいた行為による死亡」という認定をすることも許されてよいように思われる。同様に，前掲東京高判昭和46年3月30日の事案では，AとBとが共通して従事する会社に対する詐欺として，「会社に対する一連の取引による詐欺」という上位の構成要件該当事実を設定することも不可能ではないように思われる。

他方，自ら喫煙をする過失による失火と，配下の者に喫煙をやめるよう注意することを怠った過失の場合には，それぞれの過失行為についての関連性は薄く，個々の過失行為を一連のもの，一体のものと見られるような関係にはない。そうだとすると，「屋上行為中における過失」といった上位の事実を設定することは，利益原則の適用対象としての特定性，具体性を欠き，択一的認定は認められな

57) 池田・前掲注43)73頁。

58) 当該事件の上告審では，両行為の密接関連性を根拠に，クロロホルム吸引行為の実行行為性を認めた。最一決平成16年3月22日刑集58巻3号187頁。

いだろう。

V. 終わりに

以上，択一的認定をめぐるこれまでの議論状況を振り返り，裁判例と照らし合わせながら，同一構成要件内における択一的認定についての限界付けを試みた。

第二章で検討したように，択一的認定論をめぐる学説，判例の流れは，当初においては構成要件の異同を問わず活発に議論されたものの，その後異なる構成要件間の択一的認定の議論が活発化するのと反比例して，同一構成要件内の択一的認定に対する関心は希薄化していった。その結果，択一的認定の問題性としては主として罪刑法定主義との関係のみが考慮され，当初の学説が利益原則との関係で問題があると認識した同一構成要件内の択一的認定は，概括的認定の一場面として許容されるとの見解が支配的になっていった。

しかし，概括的認定の一場面として許容されるのは，択一的認定に係る事実が犯罪の成否を決する上で本来認定が不要な事実に亘る場合のみであるが，同一構成要件内の択一的認定においては，それに該当しない場合も含まれていたと考えられる。その典型例が並列的構成要件要素の択一的認定であるが，これを一般的に認めることは，利益原則の適用対象としての具体性，特定性の観点から，また，個々の構成要件要素の立法趣旨の没却，潜脱の観点から，問題がある。

他方，裁判例の中には，概括的認定の一場面に解消できない「狭義の択一的認定」を認めたとされるものが複数あるが，その中でも，単に適用される刑罰法令が同一であるからという理由ではなく，上位の構成要件要素を設定できるか否かを保護法益等との関係で考察したうえでこれを認めたものもあった。本稿は，このような手法を上位の構成要件要素アプローチと呼び，支持するものである。

このアプローチは，利益原則の適用対象としての具体性，特定性，あるいは，構成要件の自由主義的な機能および民主主義的な機能を考慮し，それらを害することのない範囲で上位の構成要件要素が設定でき，その限度でのみ同一構成要件内の択一的認定が認められると解するものである。

この立場に立ったとしても，いかなる場合に上位の構成要件要素が設定できるかは，一義的な答えは出ず，個別の解釈論の余地がある。しかし，私見としては，前掲大阪高判昭和 42 年 1 月 28 日における居住者と非居住者の択一的認定や，暴行と脅迫との択一的認定については許され，逆に，事後強盗における目的の択一的認定や，前掲最三決平成 13 年 4 月 11 日における共謀共同正犯の実行行為者の択一的認定については，許されないと考える。

そして，以上の議論は，同一構成要件内の択一的認定と，異なる構成要件間の択一的認定を，連続的に把握するものである。すなわち，いずれの択一的認定においても，利益原則の適用対象となる事実としての具体性，特定性の観点，及び，構成要件の自由主義的機能，民主主義的機能との関係での考察を行なうことになる。しかし，異なる構成要件間の択一的認定においては，適用罰条が異なるので，通常は，異なった立法趣旨に基づいて規定されていると考える場面が多くなろう。

いずれにせよ，異なる構成要件間の択一的認定だけで議論が完結することなく，同一構成要件内の択一的認定と連続した議論を展開することが必要であると思われる。適用される刑罰法令が同一であるからとして，無批判的に同一構成要件内の択一的認定を認めることなく，より実質的に択一的認定が認められる場合とそうでない場合との条件付けを行うべきである。

（まつもと・わたる）

論説

明渡しか，除却か

──「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第 2 民事部*

東京大学准教授
太田匡彦

I. 問題の所在
　1　課題
　2　大阪市靱公園におけるテント除却
　　(1) 事実の概要
　　(2) 本稿が取り上げる問題
　　(3) 大阪地裁決定の議論
　　(4) 今一つの法律構成の可能性
　　(5) 課題となる問題の定式

II. テントの設置された都市公園区画に係るテント設置者の占有？
　1　日本法が有する二つの前提
　　(1) 権原と占有との区別
　　(2) 公物と民法上の占有
　2　テントを設置し居住するホームレスのテント設置区画に係る事実的支配の評価
　　(1) 2 つの最高裁判例
　　(2) ホームレスの占有が語られうる条件
　3　ここで語られる占有の意味・機能

III. テントの除却と占有の解除
　1　問題の再確認とその分節
　　(1) 課題および大阪地裁決定の議論の再確認
　　(2) 大阪地裁決定の議論を構成する各部分に対する疑問
　　(3) 課題の整理
　2　大阪市の目的とホームレスの占有
　　(1) 認定事実から予想される大阪市の最終目的
　　(2) 占有を回復する意図がないとした場合の評価
　　(3) 小括
　3　明渡し（引渡し）・除却・代執行
　　(1) 問題の確認
　　(2) 引渡義務の代執行による実現？──土地収用法 102 条の 2 第 2 項
　　(3) 占有の取り戻しを狙った除却命令およびその代執行の評価

IV. おわりに──本稿の議論の明確化のために
　1　以上の議論の射程
　　(1) 行政の取るべき執行方法
　　(2) ホームレスの権原？
　　(3) 以上の議論の意味
　2　本案判決について
　　(1)「占有」概念の回避
　　(2) 回避の意味するもの

*　本稿は，大阪地裁での平成 18 年（行ウ）3 号ほか事件第 10 回口頭弁論（平成 20 年 10 月 15 日）で筆者が行った証言に再度の考察を加え，議論の骨子は維持した上で詳細にしたものである。証言を依頼することで，詰めた考察の機会を与えて下さった遠藤比呂通弁護士，本稿が取り上げる問題の担当弁護士として主尋問を引き受けられた小野順子弁護士に心より御礼を申し上げる。両弁護士は，私の考察を深めかつ理解可能なものとするために多くのテストを行うと共に，私が自己の学問的良心に忠実な証言ができるよう最大限の配慮を示された。また，本稿の基礎となる報告は 2008 年 7 月に，ある研究会でも行っている。記して参加者各位に謝意を表する。本稿は，平成 20 年度科研費（若手研究 (B)）「地方公共団体と最低生活保障」による成果の一部でもある。

シャイロック「私がこの男に要求する一ポンドの肉は
高い値段で買った私のもの，だから頂戴する。
ならぬとおっしゃるなら，法律もくそもない！
ヴェニスの法律(おきて)は骨抜きだ。」
（シェイクスピア『ヴェニスの商人』第4幕第1場。松岡和子訳による）

I. 問題の所在

1 課題

ある人が，都市公園の一部区画にテントを設置し，このテントで生活している。この人は，他に帰るべき空間を有していない。すなわち，この人は，ホームレスと呼ばれる人々に該当する。この公園を設置管理している市町村が，この人にテントの除却命令を行い，その上でこのテントを行政代執行によって除却した。これにより，この人は当該テントでの，ひいてはこの公園での生活が不可能となった。

このテントの除却は適法か。本稿は，この問題に含まれる多くの問題の一部，行政代執行という行政的執行方法の選択が適切であったか，の検討を直接の課題とする。

2 大阪市靱公園における テント除却

(1) 事実の概要

以上の課題の契機は，大阪市靱公園に居住するホームレスの設置したテントに対して行われた大阪市による行政代執行にある。そこで，これに関連する大阪地決平成18年1月25日判タ1221号229頁によりながら事案を今少し詳しく見て，検討対象とする問題を特定しよう。

大阪市は，平成18年5月11日から同月17日の予定で開催される世界バラ会議大阪大会に向けて，平成15年度から平成17年度にかけての3か年計画で，靱公園東園にあるバラ園の全面改修，東園全体の再整備等を内容とする靱公園再整備工事を施工してきた。平成17年10月4日に，靱公園の管理を管轄する大阪市西部方面公園事務所は，同公園にテント等の工作物を設置して居住するホームレスに，近く靱公園において工事を施工する予定であるところ，彼らの設置しているテント等が工事の支障となるので，同年11月30日までに撤去するようお願いする旨を記した書面を配布した。その後，靱公園に居住するホームレスらによって構成された自治会との交渉が行われたものの，テント等の撤去は行われず，大阪市長は，平成18年1月13日付けで，同公園にテントを設置し生活するホームレスらに対して，都市公園法27条1項に基づく，テント等の除却命令（以下，本件除却命令）を行った。ホームレスらは，この除却命令で定められた期限である同月17日午後1時までに，命令の対象となったテント等を除却せず，それ以降も除却しなかった。

大阪市は，これを受けて，同月18日に，除却命令の名宛人であるホームレスらに対し，行政代執行法3条1項に基づき，同月23日までにテント等が除却されないときは同法2条に基づく代執行を行う旨を文書で戒告し，他方，ホームレスら（の一部）は，大阪市を被告として，本件除却命令の取消訴訟を提起するとともに，本件除却命令の執行停止申立てを行った。

この執行停止申立ては大阪地裁第2民事部の前掲大阪地決平成18年1月25日（以下，単に大阪地裁決定と呼ぶことがある）により却下され，同年1月30日に代執行が行われた。これに伴い，本件除却命令取消訴訟の原告は国家賠償請求に訴えを交換的に変更し，この訴えは，大阪城公園において同日行われた行政代執行の対象となったテントに居住していたホームレスらの提起した訴訟と併合審理された。大阪地裁第2民事部は，大阪地判平成21年3月25日判例集未登載（平成18年（行ウ）3号ほか）（以下，大阪地裁本案判決，ないし本案判決と呼ぶことがある）において請求を棄却した[1)]。

1) 同判決の写しは遠藤比呂通弁護士・小野順子弁護士からいただいた。記して謝意を表する。

(2) 本稿が取り上げる問題

この事件の執行停止申立てにおいて申立人は，本案の理由（参照，行訴法25条4項）として，多岐にわたる主張を展開している。第1に，①公園にテントを設置し，この設置公園区画部分を占用する黙示の許可を受けているとする主張であり，第2に，②都市公園法27条1項に基づく除却命令は「占有を解くことなくして工作物等を除却することができる場合，すなわち，代替的作為義務を命ずる場合に限定されている」ところ，本件除却命令は，申立人が「家屋として占有使用している」テントの除却を命ずるものであるから，このテントを除却命令の対象とはできないとする主張であり [2)]，第3に，③本件除却命令はいわゆる社会権規約に違反するとする主張であり，第4に，④本件除却命令は，比例原則に違反するとする主張である。

以上の主張の中で，本稿は②の主張に着目する。筆者の見るところ，申立人の主張の中で，①，③，④と②とは異なる性格を持つ。すなわち，①，③，④の主張は，公園に住み続ける地位（権原，本権）を申立人が有していることを基礎付けようとする主張と理解できる。これはとりわけ①に明瞭であると同時に，除却命令そのものの違法性を主張する③，④にもこのような性格を認めうる。本件の状況下では，申立人のテントを除却する権限が公物管理者たる市に認められない，つまり申立人がこのまま公園に居住できる地位を有すると市は認めなくてはならないという主張だと解されるからである。

これに対し，②は，以上の主張と異なる性格を持つ。簡単に言えば，この主張は，義務を負うとしても，その執行方法として行政代執行を選択すること自体に誤りがあるという主張と解しうる。すなわち，これは，申立人自らが公物管理法に照らして義務違反の状態にあるとしても，大阪市は，この義務違反の状態を解消（あるいは義務の履行された状態を実現）するために，行政代執行を用いることはできないという議論と理解する余地がある。執行方法の選択が誤りであり違法とされた限りで申立人は反射的に住み続けることになるかもしれないが，「住み続けうる地位」が与えられるわけではない。つまり，ここでの議論は，本権（権原）とは区別された次元に関わる。しかしながら，申立人側も，自らの議論の意味するところを明晰に把握していたとは言いがたい。むしろ後述するように裁判所の方が適切に理解していたとも解される。申立人の理解の不明瞭さは，除却命令は代替的作為義務のみを命じることができるとした点，占有の対象をテントとしている点に窺える。そこで，この点を検討して，先に述べた②の主張の意味のヨリ精確な把握を試みよう。

申立人は，除却命令で命じうる内容は代替的作為義務に限られると主張している。この点に申立人の主張の不明瞭の第1が認められる。都市公園法27条1項は，命じることのできる内容の一つとして「行為若しくは工事の中止」を明示しており，命令発出時点で実際に行われている工事に関する工事中止命令が不作為義務（それ自体常に非代替的である）のみならず非代替的作為義務を課す要素を持つと考えられることからして，非代替的作為義務も命じることができると解すべきであろう。申立人は，同法27条3項の簡易代執行規定を指摘しているものの，これは行政的執行のあり方に関わる定めであり，行政的執行に先行する行政処分で命じうる内容それ自体について影響を与えるとは考えられない。行政的執行方法の存しない内容を行政処分により命じること自体は，非代替的作為義務・不作為義務について見られるところである [3)]。とすると，申立人の主張は，都市公園法27条1項によっては命じえない筈の非代替的作為義

2) 引用は，判タ1221号233頁に記された裁判所による申立人らの主張の要約による。

3) 行政による民事的執行の可否という論点の実益は，まずここに関わる。最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁は，「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」を不適法却下したけれども，行政的執行方法のない非代替的義務を行政処分により命じること自体を違法とする論理は含まない。

務を命じた点にではなく，申立人の負う義務は非代替的作為義務であるのにそれを代替的作為義務と構成し除却命令の形で行政処分を行った点，この処分を基礎に行政代執行を行おうとしている点に向けられていると解するべきであろう。

次に，申立人が，自らの負う義務が非代替的作為義務である（代替的作為義務ではない）とする根拠は，除却を求められた「当該テント等を家屋として占有使用している」点に求められている。申立人の主張に含まれる不明瞭の第2はこの点に関わる。すなわち，建築基準法違反の建築物に対する同法9条に基づく除却命令が代替的作為義務を命じる典型と考えられ，そこで当該建築物が現に居住に供されているか否かによって義務の性格が変わるなどとは議論されていない点に示されているように，「テント等を家屋として占有使用している」こととテント等を除却する義務の性格とは無関係であり，「家屋として占有している」テント等の除却義務もそれ自体は代替的作為義務である。

申立人の主張の混乱は，「占有を解くことなくして工作物等を除却することができる場合」に都市公園法27条1項の除却命令は限られる，と主張する場合の「占有」の対象の混乱に起因すると考えられる。申立人の主張する「占有」の対象は，テントそれ自体ではなく，当該テントが設置されている公園区画であると考えるべきであろう。すなわち，申立人の言わんとするところは，テントが除却されることにより，このテントが設置されている公園区画に対する占有も解かれてしまう，この除却命令は，本来，テントを除却することでこの公園区画の占有解除を命じるものであり，その義務は非代替的作為義務として理解されるべきである，したがって，テントの除却を行政代執行によって行うことは違法である，という点にあると理解すべきであろう。少なくとも，以上のように解釈する方が合理的な主張として理解できる。そして興味深いことに，大阪地裁は実際上，この趣旨で申立人の主張を理解したと考えられる。というのも，大阪地裁は，テント自体の占有ではなく，「テント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を」本件除却命令が命じているか，本件除却命令が「当該工作物［テント等のこと：筆者注］の設置場所に係る占有を解くこと自体を目的とする」か否かに着目して判断を示したからである。では，大阪地裁決定は，このように理解された原告の主張に対していかなる応答を示したか。次にこれを確認しよう。

(3) 大阪地裁決定の議論

以上に分析した②の主張を，大阪地裁決定は，以下の論理で排斥した。曰く，「公園管理者が同法［都市公園法：筆者注］27条1項に基づき同項1号に該当する者に対して命ずる措置（監督処分）のうち都市公園に存する工作物その他の物件若しくは施設（工作物等）の除却を命ずる除却命令は，その性質上，当該命令を受ける者に対して当該工作物等を除却すべき行政上の義務を賦課することを法的効果とする処分にすぎず，それを超えてその者に対して当該工作物等の設置場所に係る占有を解くこと自体をも命ずる趣旨を含むものではな」く，「本件各除却命令に係る除却命令書の記載からも本件各除却命令が申立人らに対して本件各物件の除却に加えて申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を命ずる趣旨をも含むものとは読み取れない。しかるところ，工作物等を除却すべき行政上の義務が行政代執行法2条にいう『他人が代わってなすことのできる行為』に該当することは明らかである。もっとも……申立人らは，本件各除却命令の対象とされたテント等を起居の場所として日常生活を営んでいるものであるが，都市公園法27条1項は，同項に基づく除却命令の対象となる工作物等の種類，機能等を何ら限定してはいないから，申立人らの主張するように本件各物件が申立人らにとって住居としての機能を果たしているものであるとしても，本件各物件の除却は『他人が代わってなすことのできる行為』に該当」し，都市公園法27条3項から「そのような物件に対する除却命令が許されないと解することもできない」。「本件各除

却命令の執行によって申立人らが当該テント等及びその敷地の占有を失う結果になるとしても，除却命令及びこれに基づく行政代執行手続は，上記のとおり，当該除却命令の対象とされた工作物等の除却のみを目的とし，当該工作物の設置場所に係る占有を解くこと自体を目的とするものではないから，これに伴う占有の喪失は，当該工作物等が除却されることに伴って事実上生じる結果にすぎ」ず，「このことをもって，当該テント等を含む本件各物件が都市公園法 27 条 1 項に基づく除却命令の対象にならないと解することはできない」。「仮に本件各除却命令が申立人らに対して本件各物件の除却に加えて申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を命ずる趣旨をも含むものと解する余地があるとしても，本件各除却命令に基づいて行政代執行法による代執行を行うことができるのは，本件各除却命令のうち本件各物件の除却を命ずる部分に限られるのであって，本件各除却命令のうちの申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くことを命ずる部分そのものが執行されるものではないから，そのことのゆえに本件各除却命令が都市公園法 27 条 1 項に違反するということもできない」。

この決定は，これまでの分析に照らして，妥当な論理も問題のある論理も含んでいる。すなわち一方で，テントが実際に果たしている機能と切り離してテントの除却義務の性格を論じている点，また都市公園法 27 条 3 項の扱いは，(2) での検討からすれば一応，支持できよう。

しかし他方で，除却命令の内容理解および代執行により生じる結果の処理については，幾つかの疑問を呈しうる。第 1 に，除却命令の内容をテントの除却のみに限定し，その結果として起こるテントの設置場所に係る申立人の占有――地裁決定は占有と性格付けている――の解除は命じられていないとする理解は適切か。後に検討するように，事案に鑑みれば，大阪市は「テントの設置場所に係る占有」を回復しなくてはならない立場にあり，この点を外に置いた命令内容に大阪市が固執するならば，それは公物管理者として自らが負う義務に対して，あるいは日本の行政上の強制執行制度に対して不誠実であって，裁判所はこのような内容を額面通りに受け取るべきではないのではないか。第 2 に，第 1 の指摘とも関連するが，この除却命令の内容を額面通りに受け取るとして，工作物除却の結果生じる，当該工作物の設置場所に係る占有の喪失は事実上生じる結果に過ぎないというこの議論を使うと，行政は実際上の問題として，かなりの範囲で，物件除却命令の行政代執行という形で占有の解除・土地の明渡義務の行政的執行を行えることにならないか。これは，代替的作為義務に限って行政代執行を行えるとする現行日本法の基本態度に照らして行政代執行の可能性を広げすぎていないか。第 3 に，この地裁決定は，申立人たるホームレスがテントを設置し，そこを起居の場所として日常生活を営んでいるという事実認定を前提として，このテントの設置場所に係る占有を申立人たるホームレスが有していると評価し（評価したと理解できる記載をし），さらに，大阪市の行政処分はこの占有の解除を命じていない，よしんば命じているとしてもこの占有の解除は行政代執行により執行されるものではない，とまで述べる一方で，テントの除却として行われる行政代執行によりこの占有が喪失させられる事態を予測しつつも，これに法の保護を与えようとはしない。このような形で喪失させられても法の保護をうけられない「占有」は，占有の名に値するものなのか。この地裁決定は，占有の概念（言葉）を使うことで，占有の概念の帰結をみすぼらしいものにし，申立人に対する法の保護の惨めさを一層際立たせている。このような法的把握は適切なのか。

(4) 今一つの法律構成の可能性

ただし，大阪地裁決定に対する上記の疑問は，同決定が，「テント等の設置場所」に対してホームレスが行っている事実的支配を占有と評価したと理解し，この評価を共有して初めて生じる。

しかし，この評価は自明か。靭公園は，大阪市が設置管理しており，テントの設置場所

も含めて公園区画を占有しているのは大阪市ではないか[4]。このように理解する場合，テントの除却により当該テントの設置場所に対してホームレスが有している支配が失われるとしても，それはホームレスの有する占有が（法の保護もないままに）奪われた，とは評価されない。むしろ，自らの占有を害されている大阪市が除却命令とその代執行によって自らの占有を完全な形で回復したと評価される。ホームレスの持つ占有の解除という非代替的要素は生じず，テント除却のみがホームレスに課される義務となり，少なくとも執行方法の選択という本稿の着目する文脈では，代執行が適切である。とすれば，テントの設置場所に係る占有をホームレス（申立人）が有していると評価しなければ，この地裁決定の代執行の選択を適法とするその結論は支持されるべきなのかもしれない。次のような例を考えてみてもよい。道路に自動車が放置されている時，この自動車の所有者は道路を占有していると評価されるか。おそらくそうは評価されず，自動車の所有者が負う義務は代替的作為義務としての自動車の移転・除却であり，行政代執行の選択は適切であろう（参照，道路法71条）。では，路上の自動車でホームレスが生活しているとき，そのホームレスは，自動車の位置する道路敷を占有していると評価され，そのホームレスの負う義務は非代替的と考えるべきか。ここに，我々は，テントの設置場所にホームレスが及ぼしている支配を法の観点からどのように捉えるかという今一つの問題を意識することになる。

(5) 課題となる問題の定式

以上から，本稿冒頭で掲げた課題を解決するには，二つの問題を検討しなくてはならない。第1に，公園区画にテントを設置して生活を営んでいるホームレスは，公園区画たる当該テントの設置場所を占有していると評価できるか（これが否定されると行政代執行の選択は適切となる）。第2に，第1の問いが肯定され，当該テントの設置場所たる公園区画をホームレスが占有していると評価できるとき，当該ホームレスが公物管理法上負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか（この場合，行政代執行の選択は適切となる），それとも非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきか（この場合，行政代執行の選択は違法となる）。本稿は，第1の問いの検討をⅡで，第2の問いの検討をⅢで行い，最後に，以上の検討の射程を確認し，また本案判決の示した議論を検討する（Ⅳ）。

この結果，申立人主張の①③④の議論の当否は検討されない。このことは，ホームレスが公園に居住する権原を有すると考えるべきか否か，また代執行の選択が適切だとされたときに，代執行を行うための他の要件が充足されているか否か，の検討を行わないことを意味する。このような限定を伴う本稿の分析が示す意味についてもⅣで明らかになろう。

II. テントの設置された都市公園区画に係るテント設置者の占有？

1　日本法が有する二つの前提

Ⅰ2(5)で述べた第1の問題を検討するにあたり，前提を2点確認しておく。

(1) 権原と占有との区別

周知のことであるが，占有は，問題とされている物に対する権原（本権）の有無とは独立にその有無が判定される。その結果，無権原者も物に対する占有を有しうる[5]。また，占有の有無は，権原の有無と独立に評価されるため，その評価は事実に対する法的観点か

4)　テントの設置場所に係る占有を，ホームレスが直接占有者として，大阪市が間接占有者として有するという構成は，両者の関係に鑑みて考えられない。

5)　例えば我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店，1983）456-457頁（[530]），461頁（[537]）など。

らの評価ではあっても，事実に一層密着した性格を持つと言える[6]。

(2) 公物と民法上の占有

今一つの前提は，日本法では，公物（公共用物・公用物）に関しても，（民法上の）占有の成立が一般に認められてきた点である。公物に関して民法上の占有を語ることが論理的に（あるいは概念的に）矛盾しているとは考えられてこなかった。大阪地裁決定もこの前提を共有している。占有が語られる様々な文脈の中から，本稿に重要な文脈として，現実的支配それ自体の評価にヨリ強く関わると考えられる，以下の文脈での占有概念の利用を確認しておこう。

第1に，都市公園法5条2項の許可が更新されなかったため無権原で都市公園に存在することとなった施設（具体的にはゴルフ場施設）に係る区画の公園管理者への返還が問題となった事案で，都市公園管理者自身が明渡命令を行い，これを行政代執行で履行強制しようとしたところ，「人の占有している土地の明渡義務の実現」は直接強制によってのみ可能であるとし，行政代執行を違法とした事案がある（横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁）。このケースでは，無権原になったゴルフ場施設管理者が都市公園の一部をなす区画に及ぼしている支配は占有であるという評価が関係当事者全員に共有されている。この他にも，不法占拠者に対し本権（所有権）に基づき明渡請求が行われた事案では，この際，所有権に基づく明渡請求訴訟の被告とされることで公物の不法占拠者の行っている支配が占有と評価されていると理解できる[7]。第2に，すぐ後に触れる最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁は，道路管理者が道路敷に対する妨害行為に対抗すべく占有訴訟を提起する可能性を認めている。これは，当然，公物管理者が公物に及ぼしている支配を占有と評価できることを前提にしている[8]。

以上に見たように，公物管理者であれ不法占拠者であれ，ある人が公物に及ぼす現実的支配を占有と評価することについて日本法は特別の躊躇も議論も示していない。この態度自体，本来，一層の考察を要求するが，本稿ではこの点に係る本格的な考察と評価は断念し（ただしこの点への意識は後の検討にも影響を与える），この法状況を前提として議論を進める[9]。

---

6)　しばしば占有権は，占有という事実を法律要件として生ずる法律効果とされる（例えば我妻（有泉補訂）・前掲注5)456頁（[530]）。これに対し，星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会，1976）81-82頁はニュアンスに富んだ説明を与える）。しかし，占有という事実（法律事実，要件事実）の存否の判断は単純な事実認定ではなく，一定の規範的評価を伴うものであり，本文はこの点を述べようとしている。筆者が持つイメージの明確化のため，筆者の専攻分野である行政法学にヨリ親しい判断に引きつけ，住所の有無の判断と外国人在留資格の有無の判断とを敢えて対比すると，占有の有無の判断は，住所の有無の判断に近いと思われる。これらが単純な事実認定の問題に尽きないことは，ホームレスの住所や不法滞在外国人の国民健康保険法上の住所に関する裁判例が示すところである。

7)　例えば，東京地判平成元年8月25日判タ724号204頁。

8)　この事件では，所有権が国か（登記を経由した）被告にしか存し得ず，道路を管理する原告（市）には存しようのない事案であったため，占有訴訟が用いられたと考えられる。

9)　本稿が取り上げなかった，しかし占有が公物に関しても語られる文脈は時効取得である。最高裁によれば公物（公共用物）の時効取得は，「公共用財産が，長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され，公共用財産としての形態，機能を全く喪失し，その物のうえに他人の平穏かつ公然の占有が継続したが，そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく，もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなつた場合」であることが要求されるところ（最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁），この要件設定は，公物に対する（時効取得の原因となる）占有が成立しうることを特段の議論もなく認めていることになる。しかし，ここでの占有は，所有権の原始的取得という本権の次元とヨリ強く関わる占有であり，本稿の念頭に置く占有とはやや次元を異にするとも考えられるので，これ以上は立ち入らない。

2　テントを設置し居住するホームレスのテント設置区画に係る事実的支配の評価

(1) 2つの最高裁判例

筆者の見るところ，最高裁は，公共用物に対する占有・公共用物上で生活するホームレスの当該公共用物に対する関係を考える手掛かりを近時の2つの判例において与えている。そこで，まずこれらの判決を検討する。

(a) 最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁

第1が，占有保全訴訟の可否の文脈で，道路を管理する地方公共団体の道路敷に対する占有の有無が問題となった最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁（以下，平成18年最判と言うことがある）である。ここで最高裁は，公共用物たる道路に対してそれを管理する地方公共団体が及ぼす事実的支配が占有に該当しうること，その要件，本件での仮定的包摂（当てはめ）を判示している。

最高裁は，まず，「占有権の取得原因事実は，自己のためにする意思をもって物を所持することであるところ（民法180条），ここでいう所持とは，社会通念上，その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的関係にあることを指す」という従来の立場を確認した上で，「地方公共団体が，道路を一般交通の用に供するために管理しており，その管理の内容，態様によれば，社会通念上，当該道路が当該地方公共団体の事実的支配に属するものというべき客観的関係にあると認められる場合には，当該地方公共団体は，道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず，自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから，当該道路を構成する敷地について占有権を有する」と判示する。

ここでは，公共用物たる道路についても民法上の占有を観念できるという判断は暗黙のうちに前提となっており，その上で，占有の成立要件（占有権の取得要件）は，自己のためにする意思が認められることを前提に，社会通念上，事実的支配に属すると言える客観的関係が認められるか否かによって決されること，占有の成否は道路法上の道路管理権を地方公共団体が有するか否かには関わらないことが指摘されている。これは，私有地を念頭に置いて行われる通常の判断と実際上変わるところがない。最高裁は，占有の成否を，一方で事実的支配に属すると言える客観的関係の有無に事実上かからしめ[10)]，他方で道路管理権の有無と切り離して判断するという基本的立場を示すことで，占有と権原の分離を（少なくとも表面上は）貫徹している。

以上から我々は，都市公園にテントを設置して居住するホームレスが，都市公園法（公物管理法）上は違法とされる（権原を有さない）存在であるとしても，また社会通念に照らして判断されるとしても，ホームレスの及ぼす，テントの設置場所に係る事実的支配が，その態様によっては占有と評価される可能性が存すること自体は確認できる。確かに，事実的支配が占有と評価されるか否かは社会通念によって判断されるため，無権原の支配であることの評価がこの段階で既に忍び入る可能性は否定できない。しかしながら，この判

10)　本判決が自己のためにする意思の要件を無視したとは，この要件を判決文に明記している以上，言えない。しかし本判決は，「自己のためにする意思」については特段の問題とせず，この事件では認められることを前提にしていると解される。最高裁の判示を，最高裁の示した「所持」の定義を使って言い換えると，「地方公共団体が，道路を一般交通の用に供するために管理しており，その管理の内容，態様によれば，当該道路を当該地方公共団体が所持していると認められる場合には，当該地方公共団体は，道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず，自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから，当該道路を構成する敷地について占有権を有する」，となる。これは，所持していると認められる場合には，自己のためにする意思をもって所持していると言えると言っているに等しく，「自己のためにする意思」の要件は限りなく軽く扱われている。この態度は判例通説の一般的傾向と軌を一にする。参照，川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（7）』（有斐閣，2007）12-14頁〔稲本洋之助〕，我妻（有泉補訂）・前掲注5)464-465頁（[544]），星野・前掲注6)85-87頁。

断の段階で無権原であることを重視すると，権原の有無と占有の成否とを区別する意味を失わせる。

現に最高裁が，この事件において，原告たる市が道路敷に対する占有を有する可能性を認める際の根拠は――道路管理権を有さないまま管理していたという認定はないが――，道路管理権の存在ではなく，道路を管理していた事実そのものに求められている。すなわち，平成18年最判は，道路管理を行っていた地方公共団体が当該道路敷に対して占有を有する条件を一般的に判示したのみならず，原告たる市が「主張するとおりの内容，態様で本件道路を管理している事実が認められるとすれば，上告人［原告：筆者注］は，本件道路敷について占有権を有する」という判断も示しており[11)]，この判断も見逃せない。

最高裁が着目した，原告（市）の主張する道路管理の態様は，「①道路法28条に基づき，道路台帳の調製及び保管を行い，②同法42条に基づき，昭和45年には道路舗装補修工事を，昭和51年には道路補修工事を，昭和63年には道路舗装工事を行うなど，本件道路を常時良好な状態に保つために必要な維持，修繕を行い，③同法第3章第3節に基づき，電線，電話線，水道管等の架設，埋設工事のため本件道路を継続して使用する必要がある場合には，道路の占用の許可を与え，④同法71条に基づき，被上告人［被告：筆者注］らが本件道路について……交通妨害行為を行う都度，監督処分を行い，これによってなお原状を回復することができないときには，行政代執行法に基づく代執行をするなど」であった。

この判断に照らせば，本稿が直接の検討対象としている靱公園の事案でも，公園を管理している大阪市が公園区画に対する占有を有しているのではないか，という疑問は当然に生じる。大阪地裁決定の認定によれば，「大阪市は，都市公園法2条の2及び同法2条の3に基づき，靱公園を都市公園として設置し，これを管理をして」おり，また既に見たように，「平成15年度から平成17年度にかけての3か年計画で，バラ園の全面改修，東園全体の再整備等を内容とする靱公園再整備工事を施工してきた」し，訴訟が提起された原因は監督処分としての除却命令にあった。また，最高裁が指摘する，台帳の調製・保管も当然行われていただろうし（参照，都市公園法17条），各種の占用許可も与えてきただろうと考えられるからである。

しかし同時に，公園区画の一部がホームレスの生活場所としてその支配下に置かれることで，当該部分のみが事実上，公園管理者の支配から脱し，ホームレスの占有下にあると評価される可能性はなお否定されない。この観点からすると，平成18年最判について，被告の行為態様も確認する必要がある。というのも，この判決は，原告たる市の主張が認められるならば，道路を管理する市に道路敷に対する占有が認められるとすることで，原告の主張するような被告の行為によっては，当該道路敷に対する占有を被告が持つことはないという判断も示していることになると考えられるからである（この事件では，同一の道路敷に，原告と被告両方の占有が同時に成立することはない）。

平成18年最判は，原告（市）の主張するところによれば，被告は，問題となった道路敷に対して，「平成5年10月21日ころから平成9年9月7日までの間，断続的に，本件道路の交通を妨害し，あるいは，今にも本件道路の交通を妨害するかのような態度を示し」，「今後も，本件道路の交通を妨害するおそれがある」という形でしか被告の行為を記載していない。この点，原告の請求を認容した第1審判決（浦和地判平成13年1月16日民集60巻2号525頁参照）によれば，被告らは平成「5年10月21日ころから11月5日ころにかけて，本件各土地上［被告らが所有権を主張し，また原告が管理する道路の一部をなす道路敷：筆者注］に屋台用2トン・トラック等を置いたりして本件各土地の通行

11) このような仮定的当てはめ（包摂）を最高裁が示したのは，原審である東京高判平成13年10月30日判時1781号102頁が原告の主張をそれ自体失当としたことによる。

を妨害し，同6年7月13日ころには『盆明けに，ガードレールを設置して通行止めにする。』などと言って，今にも妨害するような態度を示し，また，同9年3月から同年6月までの間，第三者が被告らから本件各土地を買い受けたとして，原告に対し被告らの前記要求と同様の要求をしたり，通行を阻止する旨記載されたビラを配布したり，道路にペイントで『私有地』と書くなど，本件市道［原告が管理している道路:筆者注]に対する種々の妨害行為を行ったこと，さらに……同年9月6日午後11時30分ころ，本件各土地の境界周辺（側溝）にポールを打ったり，掘削機械（カッター）で道路舗装部分に切り込みを入れたりする行為にまで及び，翌7日これを止めようと説得していた原告の建設部次長に暴行を働いたこと」が認定されている。すなわち，この事件で被告が道路に対し行っている行為には,居住という要素はない。つまり，被告は,どこか別の場所に本拠を持っており，そこから本件道路敷に出撃して妨害としか言いようのない行為を行っている。この点で，都市公園にテントを設置して生活している，他に帰る場所のないホームレスと事情が異なるとは言える。

(b) 最決平成14年9月30日
刑集56巻7号395頁

最高裁は，今一つ，最決平成14年9月30日刑集56巻7号395頁（以下，平成14年最決と言うことがある）において，公共用物の上で生活するホームレスの当該公共用物に対する関係の理解について示唆を与える議論を示す。

この決定は，直接には，ホームレス――最高裁は路上生活者と呼んでいる――が多く起居していた地下道において，東京都が民間業者に請け負わせた，「①路上生活者が自主的に退去した後に残された段ボールやごみ等を撤去する作業，②工事区域内に歩行者が入らないようにするためのバリケードやカラーコーンを設置する作業，③動く歩道を設置するため床のタイル舗装を撤去する作業」からなる環境整備工事を，水平エスカレーター（動く歩道）の設置に伴う工事として行った際に，この工事を実力で阻止しようとした被告人が威力業務妨害罪に問われた刑事事件である[12)]。最高裁は，本件環境整備工事を，「強制力を行使する権力的公務」ではなく刑法234条にいう「業務」に該当するとした上で，「路上生活者の意思に反して段ボール小屋［この決定では，「段ボールを用いた簡易な小屋」を指す：筆者注］を撤去するに及んだ」ことが威力業務妨害罪としての要保護性を失わせるか否か検討し，その中でこの事件におけるホームレスの道路上での生活をどう捉えたか窺わせる判示を行っている。

本稿の問題関心からこの決定を検討する際，第1に，同決定が業務の適法性を検討する際，環境整備工事として行うことで足りたか，それとも道路法71条1項に基づく除却命令を行った上で行政代執行手続を採るべきだったかという文脈を設定して検討していたと解される点がまず注目される。つまり，除却命令－行政代執行の手続が適法と評価されることは，最高裁にとって前提とされていたと考えられる[13)]。さらに最高裁は，ホームレスの起居していた段ボール小屋がその意思に反して撤去されたという要素を認めつつ，生活の場である段ボール小屋を「本件通路に放置されていた段ボール小屋」と性格付け，これを環境整備工事により撤去したと把握している。以上の議論のコンテクストと段ボール小屋の性格理解は，最高裁が，ホームレスが道路上の段ボール小屋で生活を営んでいる

12) 第1審の認定によれば，被告人は，路上生活者ではなく，その支援者である。ただし，自らも路上にしばしば寝泊まりし，活動してきた。参照，東京地判平成9年3月6日判時1599号41頁。

13) もちろん，この決定は，業務妨害罪の成否という文脈で以上の検討を行っており，かつ，「業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない」と結論づけている点に示されているとおり，環境整備工事として行ったこと，さらには除却命令を行った上で行政代執行を行うことの，行政法上の法的評価を行ってはいない。この限りで，本稿が取り組んでいる問題に対する最高裁の結論を十分に予告するものではない。しかし，除却命令－行政代執行というルートを経た場合には一層問題がないと考えていたことは確かであろう。

ことに基づき段ボール小屋の位置する道路敷にホームレスの占有の成立を認めるという構成を選択しなかった（考えなかった？）ことを示す[14) 15)]。つまり，居住しているという事実だけで，公共用物の上に占有が成立するとも考えられないことを，この判決は示している。

(2) ホームレスの占有が語られうる条件

(a) 問題の位相

以上を踏まえて，公園にテントを設置して居住するホームレスがいかなる条件を満たす場合に，当該ホームレスによる，その居住場所に係る占有の取得を語りうるか。これまでの検討からすれば，現在の日本法に関する議論を前提とする限り，この条件は，「社会通念上，その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的関係にある」か否か，つまり所持の成否の判断に関わるものとなる[16)]。とすると，この条件を探る作業は，この社会通念に照らした判断が直観的判断に堕する，あるいはブラックボックスと化さないために，この判断を行う際の考慮事由としていかなる事情が考慮されるべきかを検討し，その判断の合理化を目指す作業となる。この作業を本稿の考察対象に即して行うには，以下の3つの事情に分けて考察することが適切と思われる。第1に，非公物（通常の私有地のほか行政主体の有する普通財産も含まれる）・公物に共通する判断要素，第2に，公共用物に対する占有が問題となっていることの評価，第3に，ホームレスの居住が支配の実質的内容であることの評価である。

ただし，以下で考察を進める前に，所持の有無が問題とされる文脈を今一度確認しておく。所持の有無が問題とされる判例の多くは，占有訴権の基礎としての占有権の成否を判断する文脈に関わる[17)]。これに対して，本稿が占有の成否を問題とする文脈は，ホームレスが本権あるいは公物管理権の観点からは不法占拠者と評価されるとした場合に（そう仮定して），この者の負う義務の性格を判定することにある。この違いが持つ意味については，3で改めて確認するけれども，あらかじめ注意を促しておく。

(b) 非公物・公物に共通する判断要素

所持・占有を語るためには，その概念上，支配を語りうる事実の存在がまず必要となる。この観点から，土地の利用に関しては，土地の利用が軽度か否か（軽度であれば占有が否定される），排他性・必要性を持つか否か（持つと占有が認められる），明認性および恒常性を持つか否か（排他性・必要性を補充する要素と位置づけられ，明認性・恒常性を欠くと占有が否定される）といった観点が指摘されてきたところ，占有が否定された諸例に，居住という利用はないように見える[18)]。居住には，利用の排他性・継続性が

---

14) このことは当事者から主張されなかったことによる，と考えてもよいが，占有の成立可能性を被告人の弁護人も含めて考えなかった点は，さらに注意してよい。

15) 最高裁は，路上生活者が不法占拠者であったこと，段ボール小屋の撤去により被る居住上の不利益についても行政は一応の対策を立てていたこと，事前の周知活動がなされ不意打ちではなかったこと，道路法に基づく除却命令を為した上で行政代執行の手続を採る場合には実効性を期し難かったことの諸点を根拠に，路上生活者の意思に反した段ボール小屋の撤去に業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない，としており，権原を中心に据える判断方法をとっている。このことからすれば，占有が認められ，その結果，行政代執行であっても違法となる可能性が生じたからといって，業務妨害罪としての要保護性が失われたとは簡単には予測できない。しかし，この点は本稿の課題とは直接に関わらないので，これ以上は立ち入らない。

16) 判例において「自己のためにする意思」の有無が問題とされた事例は少なく，主として占有補助者か占有代理人かの文脈に関わる。この「自己のためにする意思」は，「所持による事実上の利益を自己に帰せしめようとする意思」と一般に解されており，テントを設置して居住するホームレスにこれを否定することは困難であろう。参照，川島＝川井編・前掲注10)12-14頁〔稲本洋之助〕。

17) 平成18年最判もこの文脈で占有の成否を判断したものであった。所持の成否に関して参照，川島＝川井編・前掲注10)14-19頁〔稲本洋之助〕。

18) 判例も含めて参照，川島＝川井編・前掲注10)15-16頁〔稲本洋之助〕。ここで指摘される判例の多くは，通行という利用形態であり，多くは認められていない（例えば東京高判昭和30年11月25日東高民時報6巻12号282頁，東

伴うから，居住という利用形態は，占有を基礎付ける支配の成立を肯定する方向に働こう。また,居住という形態である点に,平成18年最判における被告の行為態様との間の質的差異が認められる。

とはいえ，居住の排他性・継続性を考える際，その居住態様が持つ，居住場所に対する支配の程度も考慮せざるを得ない。この点で,タイル舗装された道路上に段ボール小屋を置いて起居していた，平成14年最決でのホームレスの居住態様について言えば，段ボール小屋が道路に定着しておらず，この点で既に段ボール小屋の置かれている道路敷に係る支配を――後述するように生活場所が道路であるという問題を度外視しても――語り難くする。これに対して，公園にテントを設置してそこで生活しているホームレスの居住態様については，テントと公園区画との定着が認められるから，テントの設置場所に係るホームレスの占有はなお語りやすかろう。ここに，大阪地裁決定で問題となったホームレスと平成14年最決で問題となったホームレスとを区別する手がかりの一つが存する。

今一つ，ある物の一部だけを独立の対象として占有を語りうるかという問題もここで考察しておこう。この点については，夙に，東京地判昭和29年6月14日下民集5巻6号877頁が，占有訴訟を基礎付ける占有の存否に関して，占有の対象たる物は，有体物で特定性があり,さらに,「物に対する事実支配の外形,とりわけ物の利用関係の現状を保護する」という占有訴訟制度の目的に鑑みて,「利用関係の面においてみれば，社会観念上一ケの独立した使用価値を有する」という条件を具備すれば足りる，所有権の客体たる物は「経済的取引関係において外形的，物質的状態からみて,『一つの物』としての統一性がなければならない」としても,「物の事実上の支配によつて成立する占有権の場合は，物に対する事実支配とりわけ利用関係の面のみが問題となるのであるから，所有権の対象におけるような取引関係から要請される物の統一性は必ずしも要求されるものではない。例えば木造家屋の一室の如く，家屋全体の効用からして独立した所有権の客体となしがたいような一ケの物の部分についても，部屋としての利用関係からみれば，なお占有が成立ちうるのである」という判断を示し，実際にも部屋の一区画について占有の成立を認めている[19)]。この判断に鑑みれば，公園にテントを設置して生活しているホームレスについて，当該テントの設置された公園区画（公園の一部）に対して独立の占有を認めたとしても，その判断が，当該区画が物の一部でしかないが故に不適切とされることはなかろう。

(c) 公共用物に対する占有が問題とされていることの評価

第2の考慮事由は，占有の対象（客体）となる物が公共用物であることである。公共用物は，本来その性質上，占有，その前提としての支配と緊張関係に立つ。行政主体により一般公衆の用に供されている有体物である公共用物は，一般使用（自由使用）を，その利用の基本形態とする[20)]。一般使用と認めら

京地判昭和41年7月29日判時461号46頁。通行を根拠に占有訴訟を基礎付ける占有を認めた例として東京地判昭和25年12月14日下民集1巻12号1978頁)。通行でない利用形態を主張したものとして，一般公衆の通行の用に供されているコンクリート道路（私道）上に看板空きびん空箱を置いて一般通行の妨害とならない程度に利用し,「店先道路の清掃も社会人としてなすべき務め」程度に行っている事案に関する東京高判昭和37年7月5日東高民時報13巻7号103頁が占有を成立させる所持を否定しているほか(原審である東京地判昭和36年3月24日判時255号27頁も同旨),マーケット内の一部を被告から賃借してマーケット内で営業を営んでいる原告が被告の開放していたマーケット敷地の一部を利用の度に用途を告げて利用していた事案に係る東京地判昭和30年10月27日下民集6巻10号2246頁が当該敷地に係る原告の占有を否定し，空地の「一隅に薪を置いたり，収穫時期には地上に藁などを乾すこともあつた」という程度の利用に止まる事案に係る水戸地判昭和25年6月22日下民集1巻6号969頁も占有を否定している。また後掲注24) も参照。

19) 学説も物の一部について占有が成立することを認める（我妻（有泉補訂）・前掲注5)469頁（[553]））。ただし，この判決は，問題となった建物が公用物（官公署）であった点にも特色を持つ。この点に関しては，後掲注22) を参照。

20) 公共用物の概念につき，塩野宏『行政法Ⅲ（第3版）』（有斐閣，2006）321頁，一般使用の概念につき，同344頁。

れる使用形態は，「その形態において排他的かつ継続的な占用でなく，また，他の者による同様に排他的・継続的でない使用と並存しうべき態様の使用」である[21)]。

以上のこと，つまり公共用物が公衆（万人）の排他的・継続的でない利用に開かれている物であることは，公共用物が，利用者の誰も当該公共用物に対して支配を有してはならない物であることを意味する。もし，誰かの支配が成立するならば，誰もが利用できるという状態がその限りで（その部分について）実現されないからである。

この観点からすると，公共用物に対して安穏と占有――しかも私人が有することを典型とする民法上の占有――を語ってよいかは，本来，大問題であろう。この思考は，権原の有無と区別された，占有の成否が問題とされている物の法的性格に関わり，占有の成否を判断する際の考慮事由たりえよう。もっとも，ある物を公共用物として公共の用に供する行政主体が占有を持ち，その支配の表れとして，当該物の利用が万人に開放されているという構成であれば，以上の公共用物の理念と占有（支配）とを折り合わせることが不可能ではない。したがって，平成18年最判に反対まではしなくてよい。しかし，以上の公共用物の理念からすれば，行政主体でない者，つまり私人には，公共用物に対する占有を簡単に認めるべきではないことになる。排他的支配を許す権原を与えるべきではないというのではなく，事実的支配が生じているように見えても，それを占有と評価すべきではない，というのがここでの議論である。支配という事実の有無が決定的な意味を持っていると考えられる，占有の成否の判断に関する現在の実務のあり方を前提にしたとき，支配の対象が公共用物であることだけを根拠に占有の成立を否定し続けることは，事実認定をねじ曲げることに帰着しかねず，限界は自ずと存在しよう。しかし，以上の議論に鑑みて，公共用物に対する占有の成立を認めるために必要な支配については，非公物に対する支配よりも強度の継続性・排他性を要求することは考えられて良い[22)]。

以上の議論は，公共用物としての道路にとりわけ妥当する。というのも，以上に見た性格を持つ公共用物が道路としてくまなく存在する場合に初めて我々は，その道路を通るこ

21) 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂，1999）229頁。これに対して，排他的・継続的な公物利用は特許使用に位置づけられる。

22) これに対して，公用物は行政主体自身の利用に供されているもので，公衆（不特定多数）の利用に開かれているものではない。このため，公用物の一区画に対する支配を占有と評価するためのハードルは公共用物より低く，非公物に準じて判断してよいのではないかと思われる。この点につき下級審判例は若干錯綜している。東京地判昭和26年4月21日労民集2巻4号465頁は，国の官公署の一部たる部屋を事務室として使用することで管理・支配してきた労働組合が国を相手方として行った占有回収の仮処分申請において，両者の間には「公法上の管理関係があるのみで，私法の適用が排除されているから，私法上の占有権」の成立する余地はないとし，被保全権利の疎明がないとしたのに対して，Ⅲ3(3)(b)で検討する大阪高決昭和40年10月5日行裁例集16巻10号1756頁は，市庁舎の一部を組合事務所として使用することの許可の取消処分に伴い発生した，職員組合の負う義務について，ここで課される「庁舎の明渡しないしは立退きの如き，いわゆる『与える義務』」の「強制的実現には実力による占有の解除を必要とするのであつて，法律が直接強制を許す場合においてのみこれが可能」として行政代執行の執行停止を命じており，問題となっている市庁舎の一部に対する占有を職員組合が有するという評価を前提とした判断を示している。さらに，前掲東京地判昭和29年6月14日は，官公署内における私人間紛争という文脈で提起された占有訴訟に関して――この点で公物管理者を相手取った前掲東京地判昭和26年4月21日と異なる――，「公物の使用者は，私法上その物を占有することはできるが，管理権に服する関係においては，管理作用という公法上の関係にたたされるが故に，管理権者に対して占有権という私法上の権利の効果を主張できないのである。しかしながら，私法上の関係において占有が成立しうる以上，管理権者以外の者に対する関係においては，私法上の関係にたたされるが故に，その占有による効果を主張することを妨げるものではない。かように公法上の管理と，私法上の占有は各々その面を異にするものであるから本件の如く，私法上の関係においては，私法上の観点からのみ，占有の有無を判断すれば充分である」として，原告（被控訴人）の占有を認めている。本稿ではこれ以上立ち入ることを得ないが，現下の公物利用に関する行政法的規律と民事法的規律の交錯に鑑みると，公用物について厳格な公法私法分離論を採って私人の占有の成立可能性をおよそ否定する立場は適切に思えず，公用物については非公物に準じる形で占有の成否を判断してよいのではないか。

とで，任意の場所から自らが権原を有する場所へ，他人が権原を有する場所を通ることなく帰りうるからである[23]。すなわち，誰の支配（占有）にも服さない――服するとすれば管理者の支配（占有）にのみ服する――道路という観念は，私的所有という制度・秩序――各人が各人の有する物を互いに尊重する秩序――の基本的前提をなしている。このことからすれば，公共用物としての道路に存する管理者でない者の支配を占有と評価することには十分慎重でなくてはならない[24]。

もっとも，公園については，その本来的利

23) 公共用物としての道路に面していない土地については，相隣関係として通行を確保することになる。囲繞地通行権（民法 210 条以下）は，この点で公共用物の機能と連続性を持つ。

24) 公共用物としての道路という点に着目して占有の成立を強烈な形で否定したものとして，大阪地判昭和 43 年 11 月 4 日判時 566 号 76 頁がある。本判決は次のように述べる。「道路法上の道路はすべて公共用物であって，道路法第 4 条は道路敷その支壁その他の物件について所有権の移転，抵当権の設定及びその移転を除いて，私権の行使を許さない……。私法上の占有権は，占有と言う事実に民法は法律効果を付与して権利として保護するために認められた権利であることに鑑みるときは，被控訴人［占有訴訟を提起した原告：筆者注］が出店営業をして事実上道路の一部を継続して独占して使用していたとしても，これは道路法の前記規定を俟つまでもなく，公共用物である道路の目的に反するものであるから，一私人である被控訴人の独占使用は公共上これを阻止し排除すべきものであって，私法上もこれを保護する必要のないものである。従って被控訴人の右道路の一部の事実上の独占使用（事実上の占有）は私法上に於ても占有権の成立を認めることができないものと解するのを相当とする。成程道路法は道路の敷地その他の付属物につき私権の成立存在を否定してはいないが，所有権の移転，抵当権の設定及びその移転を除いて私権の行使を許さないことは前叙の通りである。それ故事実上の物の支配即ち占有と言う事実を基とする占有権は，その権利の発生存続とその権利の行使とを分離することのできない権利であることは前説示によって明かであり，行使のできない占有権の成立する余地のないことは言うまでもなく，道路法第 4 条の規定からしても，道路上に私法上の占有権の成立を認めることはできない」。

公共用物の理念を重視する立場からすると注目すべきこの議論は，しかし，本判決の事案との関係においては，若干硬直に過ぎたのではないかという疑問も拭えない。実は，この事件の被告は私人であり，本事件は，道路に出店営業することで道路敷の一部を独占使用していた原告（被控訴人）の当該区画に対する支配――これを原告は占有と主張している――が，被告私人によって奪われたとして，原告が占有回収の仮処分を申請した事案である。このような事案において，占有訴訟を提起させないとなると，原告被告間での実力行使（当該道路敷に対する支配の奪い合い）は公物管理者（あるいは警察）が介入するまで法的に止める術がなくなり，ヨリ多くの実力（暴力）を動員できる側が当該区画に対する支配を得ることになりかねない。これとは独立に，公物管理者がさらに大きな実力（公権力）を行使して当該道路区画に対する公物管理者の支配（＝万人へ開放された状態）を回復すればよく，法がそれ以前に出動する必要はないと本判決は考えたと理解できるものの，むしろ占有訴訟を利用して暴力の連鎖を早い段階で中断させ，平和秩序を暫定的にでも回復させるべきではないか。すなわち，前掲東京地判昭和 29 年 6 月 14 日が示した柔軟さが――理由付けはともかく――，この事件でも発揮されるべきだったのではないかとも思われる。

もっとも，私人間紛争であることに着目してこの限りでの占有訴訟を可能とする議論と，本文での，道路に私人の占有を認めること自体を簡単には許さない議論は容易には接続しない。公物管理者との関係では占有を成立させず，しかし私人間に限っては占有を認め占有訴訟を許すとする立場をとると，占有権の物権としての位置付けおよび私権行使を一律に制限する道路法 4 条と衝突する。公物管理者との関係でも占有を認め，しかし公物管理者に対する占有訴訟は認めず，第三者私人に対する占有訴訟は認めるという立場まで譲歩すれば，衝突対象は道路法 4 条だけになるものの，公物管理者との関係でも占有を認めることは，既に本文で見た，公共用物としての道路が我々の政治・社会秩序に対して持つ基本的意味に鑑みて，公園にホームレスの占有を語ろうとする本稿にとって（さえ）耐え難い。しかも，占有を認め明渡が問題となるため行政代執行を用いえないとすると――本稿は公園にテントを設置して居住するホームレスについてこの議論を行うことを試みているのだが――，行政代執行しか一般的な行政的執行制度を有さない日本法の下では，各種妨害を迅速に排除することにつき道路管理者に困難を抱えさせることも否定できない（ただし道路と公園を別異に扱える余地があることは本文で述べる）。

道路法 4 条との関係について言えば，公物管理者の占有訴訟提起が道路法 4 条に反するなどとは平成 18 年最判が考えていない点に示されているように，この規定は公共用物利用を阻害する私権行使を制限するための規定であり，私人の支配が存在するにせよ平和的秩序が保たれている方が，道路上での私人間の暴力の応酬よりはまだましであると考えて，私人間の占有訴訟に限って目をつむるという解釈が成立しないわけではない。物権としての占有権という観念との関係について言えば，ここでの問題は，占有訴権という，相対的な解決を許す訴権構成をとらず，訴権の背後に実体権としての占有権を観念し，それを物権に位置付けた現行日本民法典の故に生じており，そのこと自体の適切さを問うという立場も考えられる。しかし本稿は，現行日本民法典とそれに付随する多くの観念を前提にして議論を進めており，ここで日本民法典自体の前提を問うのは，本稿の範囲内では，ルール違反であろう。この点は，占有に関する基礎的考察を回避した本稿の限界とせざるを得ない。ただし，あくまでも本稿の直接の対象は，公共用物に対して支配を及ぼし

用目的に鑑みて，道路と若干異なる考慮をなしうる。すなわち，道路は移動のために設置されており，そこに（管理者以外の）誰かの支配を成立させることは，この移動（流れ）を妨げることとなって道路の本来的目的と正面衝突を起こす。これに対して，公園は，人の滞留をある程度予定しており（人と出会って話す，座って休むなど），その滞留が継続性・排他性を持ったときにそれを支配と見ても，公園の本来的目的を阻害する程度は，道路に支配を認める場合よりは少ないと考えうる。したがって，私人の公園区画に対する支配を占有と評価するために必要な支配の継続性・排他性を道路よりは低く設定することも許されるかも知れない。ここに，平成14年最決におけるホームレスの居住態様と靭公園におけるホームレスの居住態様を区別する手がかりの今一つが存する。

(d) ホームレスが居住していることの評価

第3の考慮事由が，公園にテントを設置して居住することで公共用物の当該区画を支配下に置いている者がホームレスであることである。ここではその居住が違法と評価されるか否かではなく，この者がホームレスであること自体が考慮事由となる。

ホームレスである，ということの意味を，土地（空間）との関係で考えるならば，それはまず，帰り居住できる権原を自己が有する私的空間を持たない，ことを意味する。とすると，この者は，なお生きていく（存在する）ために，どこかの私的空間か公共空間に存在し続けざるを得ない。この際，公共用物が万人に開放され利用に供される点にその本来的性格を持つ以上，公共用物は，他の私的空間に帰る場所を持たない人が行き着く場所としても機能しなくてはならない。この機能を公共空間が示さなければ，私的空間から叩き出された私人は，同時に，この者の居場所と認識される場所を法の世界で失ってしまう。これは，法の規律する全空間のどこにも，法が当該私人の居場所と認識する場所がないことを意味する。この場合，法はその人をその個性において認識できないから，この事態の放置は，ホームレスを法の世界ではもはや主体として扱わないことに近づく。法の規律する全空間のどこにも居場所を持たない人を，どうやって法は認識できるか。認識されえない者がなぜ保護されるか。以上の帰結は，全ての個人（自然人）が出生によってのみ人（法主体）として扱われる社会を我々が作ろうとしているならば（参照，民法3条），この我々の基本構想と矛盾する。

この帰結を回避しようとするならば，ホームレスの居場所と認識する空間（場所）を法は用意しなくてはならない。このことは，人，その生存に最低限必要な物，その人とその物が存在する区画との間に一定の特別な関連を認めねばならないことを意味する。人は，生存のために物を必要とし，かつ物も人も有体の存在である以上，存在すべき区画が必須である（我々は宙に浮かぶ存在ではない）。もっとも，人・最低限の物・その人および物が存在する区画との間で一定の特別な関連を認めねばならないとしても，それはまず，当該区画を生活の本拠と認めるだけで足りる，すなわち公園に居住するホームレスについてその公園を住所と認めれば足り，居住区画に対する占有を認める必要はない，という議論も考えうる。しかし，当該区画に対する占有も認めるべきである。そうすることで，我々は初めて，当該区画に対する支配をホームレスから奪うとしても，ホームレスの人格，彼が人であることを承認し続け，その限りでホームレスを人として扱い続けたと言いうるようになる（したがって本権（権原）まで認めるべきかはさらに検討の必要がある）。

もし，テントを設置して居住するホームレスの当該設置区画に対する事実上の支配を占有と認めないと，次のようになる。第1に，もし占有を認めないのであれば，テントを設置して居住するホームレスが負う義務は，義務の性格（類型）という質的な次元では，

ていると見える私人と公物管理者との関係であり，私人間関係ではない。そこで，本注で論及した問題との関係で（も）本稿の議論に限界があることを認めながらも，これ以上は立ち入らず本文の議論を進めることにしたい。

ゴミを放置した人に当該ゴミの撤去を求める義務と変わらなくなる。テントを設置し居住しているという事実，その人の生活がそこにあるという事実は，考慮された上で保護されないのではなく，そもそも考慮されない。その人の生活がそこにあることさえ認識しないで，その人の人格を認知したとは言えないであろう。認知されない存在に保護はない[25)]。第2に，占有は語られないから，設置されたテントの除却だけが義務の性格を決めることとなり，ホームレスの負う義務は確かに代替的作為義務であって行政代執行に適しており，他の要件を満たす限り，行政（公物管理者）による除却が可能である。しかし同時に，そこで生活していたホームレスは，占有が認められない結果，明渡し・立ち退きを命じられたわけではないから，テントが除却された後の区画に帰ってくることも可能である[26)]。公園に帰ってきて身一つで座ることは自由使用であり，公物管理者にそれを禁じる権限はない。しかし，そのホームレスは，そこで生活するための物（手段）を除却命令によって大きく奪われている。つまり，生活に必要な物の中でも重要なテントを除却し，しかしそこで生活していたホームレスには当該区画に滞在することを認めるという帰結になる。主たる生活手段を奪いつつ滞在することだけを認めるこの帰結は，そのホームレスを人として扱っているか。もちろん，主たる生活手段を奪われた以上，実際は滞在もできないであろう。その人の個性（人格）とは関わらない義務であるとして生きていくために必要な物を除却し，立ち退かざるを得ない状況に追い込んで退去させ，後は無関心を決め込む態度は，この者の人格を尊重しているとは言えない。テントを設置して居住するホームレスに当該区画に対する占有を認めない時に生じる帰結は，それと変わりなく，当該ホームレスの人格を認めていない，つまり当該ホームレスを主体と扱っていないと言えるように思われる。

行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人も人として扱うことを貫徹するのであれば，むしろ，その人が生きていくために最低限必要な物とその人が共にあることを保障するため，その人とその物の存在する区画のその人による占拠についても最低限の保護を与えるべきであろう。この最低限の保護とは，公共空間の管理の必要に鑑み当該区画から退去させるにしても，その（退去すべき）人とその人が生きていくために必要な物とをワンセットで扱い，その人とその物が存在する区画を正面から認知した上で，その区画からその人自身と物を共に退去させることである。これは，当該区画とホームレスとの間に特別の関係が成立していることを認め，ホームレス自身の人格に関わる義務が生じていることを認めた上で履行させることを意味する。すなわち，ここでの最低限の保護とは，当該ホームレスでなければ履行できない義務であると認め，彼自身の人格を正面から認知することを意味する。最低限の保護の目的（対象）は，ホームレスの人格である。公園にテントを設置し居住するホームレスの当該区画に対する支配を占有と評価することが，以上のことを達成するための第1の条件となる（さらにⅢで見る議論が必要である）。公共用物は，他の私的空間に帰る場所を持たない人が行き着く場所としても機能しなくてはならない，とは，以上のことを意味すると考えるべきである。そして，既に見たように，公園は（道路と異なり）以上の要請を実現させる場として相応しい性格を持つ[27)]。

ただし，以上の議論は，テントを設置して

25) 実際は占有を認めない場合であっても，一定限度の対応は可能であるけれども，明晰な議論とならない。後掲注76) を参照。

26) もちろん，これは，工事などの関係で当該公園区画の供用が停止され，当該区画が閉鎖されないことが前提となる。靱公園のテントの設置されていた区画は，工事を実施するため代執行後供用が停止された。大阪城公園も一部について供用が休止された（本案判決 36 頁）。

27) 以上の観点から見たとき，大阪地裁決定を行った大阪地裁第2民事部は興味深い立場を示す。大阪地裁第2民事部は，大阪地裁決定の2日後，大阪地判平成 18 年1月 27 日判タ 1214 号 160 頁において，大阪市扇町公園内にテント

居住するホームレスが，行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人であること，つまり孤立した人であることに着目している。したがって，孤立したホームレスのように見えてそうではない人，ホームレスの側にいるがホームレスではない人には，以上の議論を行う必要がない。第1に，公園にテントを設置して居住するホームレスではあるものの，誰かのエージェントと化し，その誰かのために公園区画を占拠していると解されるホームレスについて，そのホームレスが有する居住区画に対する支配を占有と評価する必要はない。これは，外部にいる他者の支配を公共用物たる公園に引き込むもので，占有を通した保護に値しない。むしろ，このような者を保護すると，平成18年最判に類する問題状況が生じてしまう。第2に，ホームレスと同じようにテントを設置して居住しているものの，実は帰る場所を有する人についても，その居住区画に対する支配を占有と評価することはできない[28)]。この観点からすれば，平成14年最決に見られた，ホームレスとの連帯を示すためかホームレスと同様の生活を行う支援者について，占有を語る必要はない。ホームレスを支援するために支援者が設置する工作物も同様であり，当該工作物の設置区画について支援者の占有を語る必要はない。この観点からは，判決全文の参照ができなかったため事案にやや不明瞭なところが残り，また争点とはされなかったようであるけれども，支援者団体の設置した工作物の除却が問題となったと解される大阪地判昭和56年4月24日判タ459号112頁に関し，少なくとも，設置した支援団体の占有を認めず除却命令－行政代執行のルートを用いた点は適切であったと考えられる[29)]。

を設置して居住するホームレスにつき，同公園を住所と認める判決を行った。完全に同一の裁判体ではないため（それぞれの事件を担当した3人の裁判官の中で2人が共通する），一貫した立場を担当裁判官が持ったか否か不明であるものの，結果だけ見れば大阪地裁第2民事部は，テントを設置して居住するホームレスと居住区画との関係について，住所は認める，占有も語る，しかし本文で述べた意味における保護は与えないという立場を示したことになる（大阪地裁本案判決の立場は後述する）。本文に見たように，本稿は住所を認めるだけでは人格の保護として十分でないと考えるものである一方，扇町公園に係る訴訟の控訴審である大阪高判平成19年1月23日判時1976号34頁，上告審である最判平成20年10月3日判時2026号11頁は，（それぞれ論理は異なるものの）共に住所を否定した。これに対し塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』（有斐閣，2009）33-34頁は，この最高裁判決「の如き判断の結果，当該原告の法律上の生活の本拠がどこにも存在しなくなるとすれば，選挙権等の基本的人権の否定をもたらすことにもなる。事柄の重要性に鑑みれば，立法上の手当を講ずる必要性があるのはもとよりのことであるが，裁判過程の場面においても，いずれかの住所を認定するという解釈論を展開する余地があるように思われる」と述べる。ここには本稿と共通する問題意識がある。基本的人権は，人・物・その人と物が存在する区画との関係を保障せずに保障されるものではない。筆者の立場については，太田匡彦「住所・住民・地方公共団体」地方自治727号2頁（2008）も併せて参照。

28) なお，成人のホームレスに兄弟･親子がいるとしても，そのことだけを理由に帰るべき場所があるとは言えない。この点を考慮に入れてしまうと，ホームレス自身およびその家族に事実上の同居義務を課すことになる。これは，民法･生活保護法が課す義務以上のものであり，適切でない。

29) 本文で述べた立場は，ホームレスが絶対的に孤立した存在である場合に限り，この者の人格を保障する観点から占有を認める立場と言える（本権の次元での判断としては義務を負う存在と位置づけられることになるとしても）。しかし，他方，ホームレスが生きていくためにも，またそのような状態から脱却するためにも，他者と連帯することは不可欠であり，実際上もホームレス同士，ホームレスと支援者との間の連帯を観察できる場合が多い。問題は，この連帯を基礎にした関係が時折，暴力集団に変容する危険がある点である。このような場合，公共空間の上に暴力集団が存在することになり，占有を承認する限りでの保護を与える必要もないと考えるべきであろう。

この観点からは，靭公園においてホームレスらの一部と支援者らが靭公園自治会と称する団体を組織し，公園事務所に対して「工事を始めとしたすべての事項についてまず自治会に話を通し，各野宿生活者らに対する個別訪問は行わ」ないことを要求し，さらに「巡回相談員の靭公園内の各野宿生活者への訪問を拒絶するなどしていた」点が問題となる（本案判決29頁）。（“切り崩し”を恐れることによる？）このような閉鎖組織化は，当該組織を暴力集団に近づけ，行き場のない人が孤立して生活しているという認定を却って妨げかねない（なお，靭公園における原告の1人は，「自己が起居するためのブルーシート製テントのほか，自治会本部として用いるためのブルーシート製テント及び自治会の掲示板」も設置していたとあるところ（本案判決36頁），本文での議論からすると，自治会本部としてのテントについては（掲示板については言うまでもなく）占有を認める必要はない）。もっとも，同自治会に対して距離をとるホームレスもおり，この者に対しては巡回相談員が相談に訪れることもあったこと，除却命令－代執行の措置をとる方針を大阪市が決定し

(e) 小括

以上の考察を経て，我々は，一応の結論を得る。すなわち，他の私的空間に帰る場を有さないある人（ホームレス）が，生活に最低限必要な物と共に，公園の一部区画を安定的・継続的に支配したと言える態様で生活している場合（例えば，テントを設置して居住し，他方で公園管理者は即時にその者を排除できなかった場合），当該区画に対する占有をホームレスが獲得すると考えるべきである。その目的は，公共空間にしか行き場のない人も人（主体）として扱うという要請を貫徹し続けること，その人の人格を保護することにある 30)。

3　ここで語られる占有の意味・機能

以上に検討してきた，公園にテントを設置して居住するホームレスにつき，当該公園区画に対する占有を認める議論は，その最終目的を，当該区画に設置されたテントの除却を求めることは当該区画の明渡しを求めるもので，したがって靭公園の事案でホームレスが負っていた義務は非代替的作為義務としての明渡義務であり，行政代執行に適さない義務であったことの論証に持つ。ただし，この部分の考察はⅢで行われる。ここでは，それに先だって，本稿のように占有を語るとしても，目指す効果以上のことが実現されないことを確認しておく。

第１に，ホームレスからの占有訴訟の許否について，少なくとも公園管理者に対する占

てからは，公園事務所職員も（再度）個別にホームレスを訪問し，テント等の撤去を直接求めるようになったこと，自治会はこれに対して罵声・脅迫的言辞を伴う抗議・妨害を試みたものの効果を上げていないことからすると（以上につき本案判決 28-32 頁），自治会構成員であったホームレスに占有を認める必要のないほどの暴力集団と化していたと見る必要もないであろう。とはいえ，同日に行われた靭公園と大阪城公園それぞれでの行政代執行の態様がかなり異なること（本案判決 35-36 頁），大阪城公園では靭公園のような組織化が行われていなかったこと（本案判決 29-30 頁）両者の間には関連があると考えるべきであろう。支援者・ホームレス間の連帯が持つべき性質に関する考察は他日を期す以外ないものの，少なくとも暴力を招く連帯であってはならないことは確かであろう。

30) もっとも，本文での議論による限り，何らかの空間を支配しているとは言えない態様で生活を送るホームレス，公園ではなく道路で生活しているホームレスは，何らかの区画に対して占有を有すると評価されないことになる。では，占有が認められないということで人格の保護は図られなくなるのか，そこまで人格の保護にこだわるのであれば，ホームレスの居住する区画に対して当該ホームレスは占有を有すると自動的に評価すべきではないか，という批判はありえよう。もちろん，道路は言うに及ばず公園であっても，そこにテントを設置して居住するホームレスの当該設置区画に対する支配を占有と評価する必要はないとする立場からの批判もありえる。すなわち，どちらの方向からも，本稿の議論を中途半端とする評価は成り立ちうる。

本稿は，生活態様も公共用物の種類も問わず，公共用物の上で生活するホームレスが当該公共用物の区画に対して占有を持つことはないという方向からの批判に対しては，本文での議論で一応対応したと考えているが，反対方向からの批判，ホームレスの居住する区画に対して当該ホームレスが占有を有すると自動的に評価すべきであるという方向からの批判に対して，若干の補足を行っておきたい。

確かに，何らかの区画に対する占有さえ認められないホームレスが，法の世界における主体としての地位・人格の保障について危殆に瀕していることは否定しがたい。しかし，占有を認める形で主体としての地位・人格保障を性急に試みた場合，我々の社会を成り立たせる別の基本要請が損なわれる。公共用物としての道路が持つ基本的な地位，支配という一定の事実的概念も基礎としつつ，しかしそれだけにも解消されない占有概念で社会事象を整序していく思考など。道路は道路であることが必要であり占有の成否を判断する文脈でもそのようなものとして評価されねばならないし，占有という概念も支配という事実的概念をベースに据える以上その概念としての限界は自ずと存在する。法の世界において何らかの問題を概念を用いながら考察し解決していこうとする場合，その解決は常に相対立する要請の中で隘路を縫う形で行われざるを得ず，ホームレスに関する問題はそのような領域の代表と言ってさえよい。今回，本稿が占有の承認を通して人格の保障を試みるホームレスは一部の類型にとどまるけれども，他の類型のホームレスについて別の形での人格保障を試みる必要があることは否定しないし，本権レベルでの議論や別の形での議論を通じて一部なりともこの必要に応えていくことは不可能でないと考えている。また逆に，別の形での対応が可能だからといって，本稿の議論が意味のないものだとも思わない。この点については，Ⅳ1 (3) を参照。

有訴訟は，都市公園法32条の私権行使制限規定に基づき，いかなる形でも認められない[31)]。第2に，公物の時効取得も，最高裁の立場を前提とする限り（参照，最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁），認められることはないと考えられる。最高裁は，公の目的に供用されなくなったことを一つの重要な要件としているところ，ここで問題とされているのは，現時点で公共用物として公の目的に供用されている公園であり，だからこそ帰るべき私的空間を持たない私人が最後に辿り着く場所として占有の成立が認められるという関係も存在するからである[32)]。この結果，本稿が認めようとする占有は，防御的にしか機能しない形で極小化されている。このように解することで，我々は，公共用物の上に特定私人の占有を承認することの緊張に耐えることができるだろう[33)]。

III. テントの除却と占有の解除

1　問題の再確認とその分節

(1) 課題および大阪地裁決定の議論の再確認

我々は以上の検討を経て，他の私的空間に帰る場を有さない人（ホームレス）が，生活に最低限必要な物と共に，公園の一部区画を安定的・継続的に支配したと言える態様で生活している場合（例えば，テントを設置して居住し，他方で公園管理者は即時にその者を排除できなかった場合），当該区画に対する占有をホームレスは獲得する，という結論に達した。本稿の第2の課題は，この当該ホームレスが負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか，それとも，行政代執行の選択が違法となる，非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきか，の検討である。

再確認すると大阪地裁は，当該公園区画に対するホームレスの支配を占有と評価した上で——したがって，本稿の第1の課題に対す

31) これに対し，私人間の場合には認める余地がある（前掲注24) を参照）。そこで述べた議論に比べても，ここでは公園が問題になっているため，占有を認めその上で占有訴権の行使を制限するという構成をまだ採りやすく，道路の場合に比べて議論の難点はより小さい。

32) 本稿は，時効取得との関係での占有の成否は正面からは取り上げていない。またこれまでの考察を踏まえると，公物の時効取得を論じる際に，我々は安易に占有の成立を認めすぎていたのではないかという疑問も生じるところであろう。しかし，本文で述べた程度のことは言えよう。

33) なお，公共用物に対して私人の占有を語ることの難点をさらに重視するならば，公園にテントを設置して居住するホームレスに認められる，当該区画に対する占有は，民法上の占有規定（特に民法180条）によって成否が判断されるものの，民法上の占有とは区別された，しかし民法上の占有に範型を採った特殊な占有であり，ホームレスの負う義務の性格がこの特殊な占有に基づいて判断される点にのみ意味があるという議論を行うことも考えられる（法廷での証言では,「民法の占有が準用された占有」としてこの構成の可能性も指摘した）。一定の条件を満たすホームレス（私人）が民法上の占有を公共用物に対して持ちうるという議論の承認は，この占有を通じて公共用物の切り取りが生じるという認識も引き受けることを要請し，公共用物の理念から抵抗を覚えるのは確かである。民法上の占有の準用と理解してこの抵抗を多少なりとも和らげようとする点に，この法律構成（法学的構成）の魅力がある。しかしながら，公園にテントを設置して居住するホームレスが当該公園区画に対して取得する占有は，民法上の占有であると割り切るべきであろう。準用構成をとった場合，そこで認められた特殊な占有と（通常の場合，公物管理者が有する）民法上の（あるいは通常の）占有との関係など不要な問題と混乱を招く危険がある。ホームレスの負う義務の非代替性を基礎付ける前提要件として占有を観念する限り，公物管理者が同一区画にそれと競合可能な占有を主張することは排除されると考えねばならず，準用構成でも，一定の切り取りが生じるという問題状況は回避できない。であれば，公園にテントを設置して居住するホームレスが当該公園区画に対して取得する占有は民法上の占有であり，公物管理者は当該区画に対する民法上の占有を失ったと割り切るべきであろう（公物管理者は当該区画に対する占有を回復すべき地位に立つことになる）。

る考察と結論を共有する——，この点に関して次のような議論を示した。i) 大阪市の除却命令は，公園にテントを設置して居住するホームレスの占有を解くことは命じていない，ii) 除却によって占有が失われるとしてもそれは事実上生じる結果にすぎず，これを理由に除却命令が違法となることはない，iii) 仮に占有の解除を命じる趣旨が含まれているとしても，その部分の代執行はできないから，このことの故に除却命令が違法となることはない。この議論の検討・評価が，Ⅲでの課題と言っても良い。

(2) 大阪地裁決定の議論を構成する各部分に対する疑問

上に再確認した，大阪地裁決定の議論を構成する3つの部分の各々については，その適切さを問いうる。I 2 (3) で既に簡単に触れたけれども，以下，改めて各部分に向けられる疑問を分説する。

(a) 除却命令の内容理解に関する疑問

第1に，大阪市の行った除却命令を，言葉通りにテント除却だけを命じている，公園区画に対する占有の解除を命じていないと理解することは適切か。命令の理解自体はこれでよいとしても，除却を命じるという当該命令内容が，具体的行政過程における大阪市の行政目的との関係でいかなる意味を占めるか評価する必要はないか。その評価なしでは，脱法行為の如き行政活動を見逃すことにならないか。この観点から生じる疑問は，以下のように定式化できる。

大阪市は，その真意において，ホームレスが公園区画に対して有する占有の解除を本当に求めていなかったのか。真に求めていない時，それは許されるのか。あるいは，その真意は占有の解除を欲しているものの，監督処分としては除却命令に止め，代執行に適した義務だけを課すことにしたと解される場合，このような命令のあり方は如何に評価されるのか。

(b) 除却命令と占有解除の関係に関する疑問

第2に，除却の代執行によって生じるかもしれない占有の解除は，事実上生じる結果に過ぎず，この結果が除却命令の適法性判断に影響を与えることはないという議論，すなわち除却命令という事象と占有喪失という事象とを相互に無関係なものとする把握は適切か。占有喪失という結果の発生は合理的に予測可能であり，これを考慮外に置くことが適切か。とりわけ，Ⅱでの考察に示されたように，我々が一定の条件を満たすホームレスにテントの設置された公園区画に対する占有を認める場合，それは一定の目的に導かれたものであった。大阪地裁決定の議論は，この目的から見て，ホームレスと公園区画との関係を占有と評価した意味を失わせないか。

確かに，大阪地裁決定のこのような議論は，一般論としては不可能でない。行政が，除却命令の名宛人が当該命令の対象工作物設置区画に対して有する占有を解く意図，工作物の位置する区画の明渡しを求める意図を持たない場合，行政が当該区画に対する占有の帰趨に関心を持つ必要のない場合は確かに考えられ，このような場合，大阪地裁決定の議論は認められてよかろう。例えば，借地上に存する建物に対して，建築基準法違反を理由に建物全ての除却を命じ（参照，建基法9条），これを代執行する場合——単純に借地人＝建物所有者＝建物占有者の場合を考える——，建物除却により借地人が土地に対する占有を失うと理解すべきかそもそも疑わしいもの[34]，もしそう理解すべき状況が生じたとしても，このことを理由に，除却命令を行い行政代執行を選択したこと自体が執行方法選択の誤りとして違法とされることはないと考えるべきであろう（占有喪失を招くことが比例原則違反として除却命令または行政代執行の違法を招く可能性は考慮外に置く）。この場合，行政（建築警察行政）は，当該建物の存在する区画に対する占有の帰趨に関心を持つべき立場にない。建築基準法に基づく除却

34) この点に関し後掲注 68) も参照。

命令は，当該建築物が建築基準法の定める各種基準を満たしているか否かの観点から行われることが定められており，建物は常に土地に定着して存在するにもかかわらず建築基準法がその土地に対する占有関係を要考慮事由にしていない以上，その除却が占有のあり方に何らかの影響を持つ可能性があるとしても除却命令がこの点だけから違法になるとは考えられないし，その除却のみを切り出して義務の性格を判断し代替的作為義務として行政代執行を行うことが，この点だけから違法となるとも考えられない。以上は，建築確認が建築予定地の所有関係・占有関係に関心を示さず，それを規律しないことの裏面とも言えよう。以上からすると我々は，大阪地裁決定の論理を検討評価しようとするならば，以上に見た局面と，大阪地裁決定の直面した局面とが同一に扱われて良いのか，という観点も踏まえて考察しなくてはならない。

大阪地裁決定の示したこの議論は，おそらく広岡隆の議論に依拠したと考えられる。彼は，引渡し・明渡しの義務は代執行の対象となりえないという立場を支持しつつ[35)]，次のように述べる。

「河川法 75 条 1 項，道路法 71 条 1 項などによれば，河川や道路が不法占拠せられた場合において，公物管理者は，監督処分として，工作物の除却や河川・道路の原状回復を命ずることができる。工作物が除却されることによって，結果として，それまでその工作物の設置によって行われていた河川や道路の敷地の占有がなくなり，当該者がその身体などによって占有を継続しないかぎり，その土地が公物管理者に明け渡されることになるので，一見すると，そこで，明渡しの義務が問題となるようにみえる。しかし，厳密に言えば，監督処分によって課せられる義務は，工作物の除却の義務であって，土地の明渡しの義務ではなく，土地の明渡しは，工作物の除却の義務が実現せられることに伴って事実上生じる結果であるにすぎない。そして，工作物の除却の義務が，代替的作為義務であって，代執行に適する義務であることは，いうまでもない。また，監督処分によって命ぜられる河川・道路の原状回復とは，不法占拠者等によって河川・道路の形状が変更せられた場合において，それをもとの状態に復旧する工事を行うことであって，土地の明渡しを意味するものではない。そして，このような原状回復の義務も，代替的作為義務であって，代執行に適するものである」[36)]。

しかし，広岡のこの議論は，幾つかの問題を含む。第 1 に，彼の議論は，占有の成立している場合と占有の成立していない場合とを区別せず，安易に占有を語りすぎている。広岡の意識する問題状況には，そもそも不法占拠者が占有を取得していないと評価できるケースが多く含まれている可能性があり，その場合，占有が失われることになるとしてもそれは事実上生じる結果であるという議論を行う必要はない。先に見た平成 18 年最判，平成 14 年最決は共にこの点を示唆する[37)]。第 2 に，このような議論を行う結果，明渡義務が問題となる場合と除却義務が問題となる場合との仕分けに困難を抱える。土地に対する占有を成り立たせる支配の有無は利用態様によって判断され，その排他性・継続性・安定性が当該土地の上に存する物によって表象されることも多かろう。にもかかわらず，広岡のような議論をするならば，除却命令－代執行のルートを使って物を除却して占有の基礎をなす支配を破壊することで，占有の解除，さらに明渡し・引渡しを事実上実現させることが可能となる（身体による支配の継続，さらにはこれを占有と評価し続ける可能性の指摘は，後に見るように無意味である）。これは，

35) 広岡隆『行政代執行法（新版）』（有斐閣，1981（復刊 2000））58-61 頁。

36) 広岡・前掲注 35)61-62 頁。

37) 広岡隆は，平成 18 年最判以前に，公物の不法占拠の排除のために占有訴訟を用いる手法を指摘している（広岡隆「公物法理論の省察」（初出 1988）同『公物法の理論』（ミネルヴァ書房，1991）3 頁，47-50 頁）。公物管理者が占有訴訟を用いうるならば，公物管理者は占有を失っていない。当然，不法占拠者は占有を持たない。

明渡し・引渡しは非代替的作為であり履行強制としては代執行でなく直接強制を行わなくてはならない[38]，という広岡自身も支持する議論からすれば，むしろその意味を相当に失わせる脱法行為と評価すべきものではないか[39]。以上の観点からすれば，広岡・大阪地裁の示す議論は，行政が相手方の占有を尊重する態度を示す場合，すなわち占有の解除を真に狙っていないと考えられる場合に限って許されるべきではないか。

つまり広岡・大阪地裁の議論は，占有を安易に語り，その裏面として（実際上はコロラリーであるが）占有の意味を真剣には考えないとも評しうる。我々は本来，占有の成立を慎重に考え，かつその意味も慎重に考えなくてはならないのではないか。

(c) 第 3 の予備的議論について

他方，大阪地裁の示した iii) の予備的議論，すなわち仮に占有の解除を命じる趣旨が含まれているとしてもその部分の代執行はできないからこのことの故に除却命令が違法となることはないという議論について，本稿では独自に取り上げる必要はないと考えられる。というのも，代執行後は，この議論が独自の検討を要求する要素を示さないと考えられるからである。

確かに，除却命令として行われた監督処分に占有解除を命じる趣旨があるとしてもこの部分は代執行できないという議論は，執行停止申立てに関する判断として示されるなど代執行の執行前の段階で行われる場合，除却命令として行われた監督処分の命令内容と代執行できる範囲をそれぞれ明確化する意味を持つ。また，この結果，代執行の態様について警告を発する機能も期待できるかも知れない。これに対し，代執行がなされ，実際上は占有が解除されてしまった場合，大阪地裁の示した iii) の予備的議論は，生じてしまった占有解除は代執行の違法を基礎付けるか否かという問題に直面する[40]。

まず，実際上の結果として占有が解除されたに止まり除却命令，さらには代執行の法的評価に影響しないと考える場合，これは既に見た，大阪地裁の示した ii) の議論と同一であり，検討すべき問題も (b) でみた問題と重なる。これに対して，除却命令として行われた監督処分の中で占有解除を命じる部分は代執行できないとの言明をヨリ真剣に考える場合，占有が命令名宛人に保障される（残る）態様で代執行を行わなかった点が（除却命令ではなく）代執行のあり方の違法を独自に基礎付けないかという疑問も呈しうる。これは，除却命令として行われた監督処分の中の占有解除を命じない部分，つまりテント除却を命じる部分については代執行が行えることを前提とした上で，その態様に法的評価を加える議論である。しかしこの場合，法的評価の対

38) 本稿では，行政法学の一般的用語法に従い，直接強制として，非金銭執行のために行われる実力行使（で代執行以外のもの）を指すこととする。金銭執行も含む民事訴訟法学での直接強制概念との違いにつき，高田裕成＝宇賀克也「行政上の義務の履行確保――民事執行法との対話」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法――行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣，2003）71 頁，74 頁。

39) もっとも，広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣，1977）74-75 頁は，前掲注 36) に対応する本文での議論を繰り返した上で（この議論は広岡・後掲注 55)57-58 頁に由来する），「この場合，河川や道路の不法占拠は，当該工作物の設置の結果として，その設置されている部分においてのみ存するにすぎないから，公物管理者は，当該工作物の除却を命じその代執行をすることによって，その結果として，不法占拠されていた土地の占有が回復されるようにすれば足りることであって，わざわざ土地の明渡しの義務を表面に押し出すまでもないであろう」と述べており，脱法行為ではないかという疑問（問題関心）はうかがえない。むしろ一つの工夫ぐらいに考えているように思われる。実際，広岡・前掲注 35)80-98 頁を見る限り，公物管理の局面で，不法占拠者の支配が占有と評価されるものか否かに注意を向けず，工作物等除却命令－行政代執行のルートを用いて公物管理者が占有を完全なものにする，あるいは再取得する実務がかなり行われていたようである，とは言わざるを得ないであろう。後掲注 74) に掲げる下級審裁判例も参照のこと。

40) 代執行がなされた後も占有解除が生じなかった場合，除却命令（監督処分）に含まれるとされた占有解除（明渡し）を命じる部分は代執行後も履行されていないことになる。この場合，除却命令のこの部分の適法性を論じるという問題が残るようにみえるものの，これは除却命令それ自体の適法性（明渡しを命じることの可否そのもの）に係る問題であり，代執行を用いることの可否に焦点を合わせている本稿の問題とは異なるし，代執行の前後を問わず独立に存在する問題である。

象（違法原因となる事実）は，実際の結果として占有解除が生じたこととなるため，実際考慮すべき事柄は，やはり (b) で見た問題と重なってしまう。以上からすれば，この予備的議論については，以下で独立に検討する必要がない41)。

(3) 課題の整理

以上からすると，Ⅲで検討すべき課題である，公園にテントを設置して生活しており，当該テント設置区画を占有していると評価されるホームレスが負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか，それとも，行政代執行の選択は違法となる，非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきかを，大阪地裁決定も手がかりとしながら考察するためには，(2)(a) と (2)(b) で見た問題を検討すべきことになる。まず，靭公園のケースにおける大阪市による除却命令をテント除却しか求めていないと解釈してよいか，もしテント除却しか求めずテント設置区画の占有解除を求めていないとした場合，この除却命令はどのように評価されるべきかを考察する（2）。次いで，除却命令の代執行によりテント設置区画に対するホームレスの占有が解除され，大阪市が占有を（再）取得したことを如何に評価すべきかを考察する（3）。

2 大阪市の目的とホームレスの占有

(1) 認定事実から予想される大阪市の最終目的

靭公園のケースにおいて，大阪市は，公園にテントを設置して居住するホームレスに対してテント除却命令を行っている。では，大阪市は，ホームレスのテント設置公園区画に対する占有を尊重する故に，除却命令を出したのだろうか。除却命令からそのような態度を読み取りうるか。

しかし，ホームレスの占有を尊重する態度を大阪市に認めることは難しい。裁判所の認定によれば大阪市は，整備工事を行うことを目的とし，その支障になるとして除却命令を行っている。工事の支障とならないようにするためには，テント設置区画に居住するホームレスを排除してテント設置区画に対する支配を回復する必要があり，これだけでも，大阪市がホームレスの占有を尊重するために（明渡命令でなくて）除却命令を行ったとは解しがたい42)。しかも，本件での除却命令はその命令区域を靭公園東園全体としており43)，テントの設置区画を特に取り出して除却命令対象区域としているわけではない。このことは，大阪市がテントの設置された区画を個性あるものとは認識していないことを示す。これは，大阪市には，テントを除却した後の，テント設置公園区画に対する占有をホームレスにとどめる準備・意図がなかったことを疑わせる。

---

41) なお大阪地裁本案判決は，この予備的議論は行わず，除却命令として行われた監督処分は，あくまでもテント除却しか命じていないという認定（性格づけ）だけを行い，それを前提に議論を組み立てている。

42) 本案判決は，テント設置場所と工事区域との位置関係や工事に対する支障の程度等は，テント除却命令の不履行を放置することが著しく公益に反するか否かの判断を左右するものではないとしつつ，「予定された工事の目的及びその具体的内容並びに工事対象区域と本件テント等の設置場所との位置関係にかんがみると，本件テント等の設置場所自体が……工事による土地の区画形質の変更ないし工作物その他の物件又は施設の設置の対象範囲に含まれていなかったとしても，本件テント等の存在が……工事の迅速かつ円滑な遂行に支障を与えるものであることは明らかというべきである」とする（本案判決 63-64 頁）。この論述からすれば，支障の回避のために大阪市はテント設置区画に対する支配を回復しておく必要があった，と理解するのが素直であろう。テントさえなければホームレスがそこで暮らしていても工事の支障はないとは考えにくいように思われる。

43) 本案判決には，除却命令の対象区域は別紙図面で示され，「別紙図で示す範囲として靭公園東園全面が記載された図面及び靭公園原告らが各自設置した本件テント等の写真がそれぞれ添付されていた」とある（判決文 34 頁）。

(2) 占有を回復する意図がないとした場合の評価

しかし，除却命令を行った以上，この命令を字義通りに解すれば，大阪市はホームレスが有する，テント設置区画に対する占有を自己に移転させる，つまり当該区画を引渡すことは命じていない。もし，大阪市が本当に，この占有を自己の下に回復させるつもりがないとするならば，それはどのように評価されるだろうか[44)]。

まず，大阪市の負う公物管理法上の義務から見た場合，公共用物の占有がホームレスによって奪われているにもかかわらずその取り戻しを図らない点で，大阪市は公物管理者として誠実でないという評価も可能である。

もっとも大阪市は，公物管理だけでなく，ホームレスの生活保障も含めた行政任務を負う。したがって，ホームレスの利益に配慮する観点から，占有の取り戻しは求めないと意識的に決定した可能性，すなわちホームレスによって引き起こされた，都市公園法上は違法と評価されうる状態を受忍すると決定した可能性も考えられないではない。しかしながら，この場合，ホームレスの利益に配慮するとはまずはホームレスの生活保障への配慮を意味すると考えられるところ――それ以外のホームレスの利益を優先的に考えるのは不合理であろう――，にもかかわらず，なぜ，生活を困難にすることが予測されるテント除却を命じ代執行まで行うのかという疑問が生じる。ホームレスの生活保障の観点からテント設置区画に対する占有の取り戻しは断念するもののテントの除却は命じるという態度は自己矛盾ではないか。

あるいは，適切な公物管理とホームレスの生活保障の調和点として，テントは除却させるものの，しかしテント設置区画に対するホームレスの占有は取り戻さない(受忍する)という行政上の政策決定を行ったという解釈もあり得ないではない。しかし，これは，意味のある，許される説明だろうか。結論から言えばそうではない。生活手段を奪った上で滞在だけを認める点で，ホームレスの人格を尊重しているとは言えず，占有を認める意味を失わせるからである。

第1に，Ⅱでの考察によれば，公園にテントを設置して居住するホームレスについて，当該テントの設置区画に対する占有を認める目的は，人とその人の最低生存のための物が共にあることを保障する点にあった。このために，人・最低生存のための物・人とこの物とが存在する区画相互に特殊な関連を認め，この人が法の世界において主体であり続けるための最低限の保障を与えるため，人とこの物とが存在する区画についてその人の占有を認めなくてはならない，と考えたのであった。しかるに代替的作為義務としての物の除却を命じ，その代執行によってその物だけを除却することは，人と最低生存のために必要な物とを切り離すことであり，占有を認めた意味を失わせる。ホームレスのテントを除却するとは，以上の意味を持つ行為であると考えるべきだろう。第2に，テントを除却されて残る占有は意味がない。テントを設置することなく，公園の地べたで眠るならば，それは自由使用の範疇に含まれる。公物管理者にそれを禁じる権限はない。このような自由使用に用いる区画について占有を語る必要はなく，したがって，テントは除却せよ，ただし占有を解くことは要求しないと，さも重要な選択を行ったかの如く殊更に言わせる必要もない。しかも，後に確認するように，テントが除却されれば，ホームレスは法的評価として必然的に占有を失う。

(3) 小括

以上からすると，大阪市はテント除却命令

44) もちろん，大阪市がテント設置公園区画に対するホームレスの支配を占有と評価していない可能性も，可能性としては考えられる（代執行の選択の適法性の論証としては，これまでの論述から明らかなように，こちらの方が明晰である)。しかし，本案段階でも，大阪市は，（大阪地裁決定と同じく）除却命令はテントの除却を命じるものにすぎず占有を解くこと自体を命じる趣旨を含まない，代執行の結果ホームレスが占有を失うことになってもそれは事実上の結果に過ぎないという主張を行っており（本案判決20頁)，ホームレスがテントの設置された公園区画に対する占有を有するとの評価を共有した自己正当化を行っている。

を行い，占有の解除は命じていないと述べるにもかかわらず，その真の狙いは占有の取り戻しにあることが強く疑われる。また，占有の解除を命じていないという言明も，実質を分析すると，テントの除却を命じるが故に，占有をホームレスに認める意味を失わせ，占有を語らずとも足りる地位しかホームレスに認めないもので，意味のある言明ではない。大阪市が真に占有回復を狙うつもりがない＝相手方ホームレスの占有を受忍するつもりであるならば，テント除却を図ることは自己矛盾とも言うべき行動である。

むしろ，大阪市が公物管理者としての地位にあることにも鑑みれば，同市は占有の取り戻し（再取得）を図るべき立場にあり，除却命令がなされたこと，占有の解除が文言上は求められていないことの意味は，大阪市の真の狙いはテントの設置された公園区画に対する占有の取り戻しにあるけれども敢えて除却命令に止めている，という文脈で理解すべきであろう。有り体に言えば，大阪市は，この除却命令の行政的執行として代執行を行い，（法的評価には付されない）事実上の結果として当該区画に対するホームレスの占有の解除を生じさせ，もって当該区画に対する自己の占有を回復（再取得）することを狙っていると考えられる。少なくとも，そのように理解しない限り，大阪市の行動は自己矛盾の行動と評価され，その時点で違法と評価されねばならない。では，上記のように合理的に予測される，このような真の狙いを隠した除却命令は如何に評価されるべきか[45)]。

3　明渡し（引渡し）・除却・代執行

(1) 問題の確認

もっとも，この評価を行うためには，なお幾つかの検討を前提として必要とする。第1に，明渡（引渡）義務の履行強制に行政代執行は本当に用い得ないのか，それは何故か。もし，実は代執行も引渡義務の履行強制に利用できるのであれば，大阪市の行動は強い非難に値せず，違法とまでは評価できないかもしれない。もちろん，行政代執行は代替的作為義務に対してのみ行える，よって引渡（明渡）義務の履行強制のために用いえないという議論は，異論の余地なく認められているように見える[46)]。だからこそ，大阪市の示したような真意を隠した除却命令がなされたと

45) 平成18年最判は，原告たる市が，被告の妨害行為がなされる度に道路法に基づく監督処分（除却命令）を行い，必要があれば行政代執行を行って占有を保持し続けた上で，これ以上の妨害行為を防ぐため占有保全訴訟を提起した事案であった。これに対して，占有が私人にあると承認し，その占有を解くために監督処分として明渡命令を行うと，その義務の非代替性から行政代執行が違法となってしまう。横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁はこのような例である。では，私人が占有している公共用物の区画上に存する工作物の除却命令だけを行い，行政代執行によって当該除却義務が履行された状態を実現し，同時に実際上，あわせて当該区画に対する支配（占有）も回復する手法は如何に評価されるべきか。靭公園で大阪市が行った措置の評価は，このような問題として位置づけることができる。

46) 例えば，小早川・前掲注21)239-241頁，塩野・前掲注27)232頁，宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第3版）』（有斐閣，2009）210-211頁，芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣，2006）202頁。なお，民事法学（民法学及び民事訴訟法学）は，議論内容として概ね対応する債権（債務）の分類において，引渡債務を「与える債務」の一類型として代替的か不（非）代替的かの分類の外に位置付ける点で，行政法学における義務の分類論と異なる形の分類を示す。すなわち，現在の民事法学では，債務を，まず作為債務と不作為債務に分類し，前者の作為債務をさらに引渡債務（または「与える債務」。金銭債務と物の引渡を目的とする債務が含まれる）と行為債務（または「為す債務」）とに分類し，行為債務（と不作為債務）についてのみ代替的か不代替的かの観点を持ち込む説明が通例のように見える。もっとも，引渡債務の履行強制方法は，あくまでも直接強制と（現在では）間接強制であり，代替執行（代執行）ではない（以上につき，例えば平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂，1994）15-20頁（[10]-[14]），241-253頁（[213]-[221]），内田貴『民法Ⅲ――債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会，2005）15-16頁，116-122頁，中野貞一郎『民事執行法（増補新訂5版）』（青林書院，2006）753-786頁，我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店，1964）24-25頁（[28]-[29]），87-98頁（[111]-[132]））。したがって後に本稿が引渡義務を非代替的作為義務と性格付ける際に，民事法学の分類論を想起して違和感を抱く読者が生じるかも知れないけれども，これは行政法学の従来の用語法に従ったものとして了解されたい。本稿が非代替的作為義務というとき，それは（金銭支払を除く）作為義務の中で代替的でないものという意味である。雄川一郎ほか『行政強制――行政権の実力行使の法理と実態』ジュリ増刊（1977）13頁の図に表れているように，行政法学は，行政上の強制執行の文脈において私人が負う義務を代替的作為義務・非代替的作為義務・

も言える。しかし，この議論の根拠を理解しなければ，大阪市の行動が賞賛されるべき創意工夫か非難されるべき脱法行為かも評価できない。

第2に，ホームレスが負う義務は，公物管理者に対する占有の移転（占有の解除）＝テント設置公園区画の明渡しだけと考えられるべきか。この場合テント除却との関係は如何に捉えられるか。占有移転（解除）とテント除却とがそれぞれ独立に観念できるのであれば，テント除却は占有移転（解除）の義務に影響を与えないかも知れない。であれば，テント除却だけを命じることも可能かも知れない。この場合，本来であれば，その真意において占有移転（解除）を狙いつつもテントの除却命令を出したと考えられる大阪市は，真の狙いを達成できない客観的可能性があったことになろう。靭公園で生じた事実はそうではなかったけれども，それこそ偶々であり，必ず起こることと考えられないのであれば，大阪市の活動は違法とは評価されないかも知れない。

以上の問題意識を踏まえて改めて行政代執行法2条を確認すると，同法に基づく行政代執行を代替的作為義務にしか用いることができないという解釈は，二つの点に条文上の根拠を有する。第1に，「他人が代つてなすことのできる行為に限る」という明示の限定，第2に，「当該行政庁は，自ら義務者のなすべき行為をなし，又は第三者をしてこれをなさしめ」ることができる，という部分である。第1点が根拠たりうることの説明は不要であろう。第2点も，行政自身ないし第三者がなすことで義務者のなすべき行為がなされた（＝義務の履行があった）と言える状態が作り出されうる義務についてしかこのような権限は履行強制として意味を持たないため，根拠となる。

他方，どのような行為が「他人が代つてなすことのできる行為」であるかは行政代執行法2条が定めているわけではない。したがって，ある命じられた行為について行政代執行法に基づく行政代執行が許される履行強制方法か否かの判断には，義務者の義務として負う行為を特定しそれが代替的か否かを判定する段階が先行していることになる。しかしここでは，この思考の順序とは離れて，引渡しという行為の内容・土地の上に存する物件の除却と土地に対する占有との関係をさらに考察させる契機を含むことから，義務者の負う義務が土地・物件の引渡義務であると特定された上で，その履行強制方法として行政代執行を認めているように見える定めである土地収用法102条の2第2項に関する議論から考察を開始する。

(2) 引渡義務の代執行による実現？ ——土地収用法102条の2第2項

(a) 土地収用法102条の2第2項の特異性

土地収用法102条の2第2項前段は，「土地若しくは物件を引き渡し，又は物件を移転すべき者がその義務を履行しないとき，履行しても充分でないとき，又は履行しても明渡しの期限までに完了する見込みがないときは，都道府県知事は，起業者の請求により，行政代執行法……の定めるところに従い，自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせることができる」と定めている[47]。物件移転義務は代執行に適する代替的作為義務であるため以下では度外視するとしても，この定めは，一読する限り，行政代執行法と同じ書き方をした行政の権限（「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」）を，土地・物件の引渡義務の履行強制方法として定めているように見える[48]。そのため，この定めを如何に解釈すべきかが行政実務家を中心に争われてき

不作為義務・金銭給付義務にしか分類しない（金銭給付義務が独立に扱われていることと行政法学における直接強制が金銭執行を含まない点（前掲注38）参照）とは対応している）。

47) 類似の定めとして都市再開発法98条2項がある。本稿は土地収用法102条の2第2項をめぐる議論で代表させ，都市再開発法に関する議論は必要に応じて言及するに止める。

48) 引渡義務を負う者は，明渡裁決があった時点でその対象となる「土地又は当該土地にある物件を占有している者」

た。本稿の見るところ，この条文に関する様々な議論の中には，引渡しという行為の性格，代執行に含まれる実力行使のあり方，物件の除却と当該物件が存在する土地の占有との関係等に関して，いくつかの示唆が含まれている。本稿は，土地収用法102条の2第2項をどう解釈すべきかではなく，大阪地裁決定の議論を評価するためにこの示唆を得るという観点に立って，同条に関する解釈論を検討する。

(b) 提唱されている解釈と帰結

まず，土地収用法102条の2第2項前段の解釈論として提唱されているものを簡単に確認する[49]。

第1に，この条文を直接強制を認めたものと解する理解が提案される。引渡しは対象物を占有する義務者以外の者が代わって行えないのだから非代替的作為であり，この履行強制は直接強制とならざるを得ず，行政「代執行法にいう戒告通知という手続，それを借りなさい，あとは要するに直接強制だ」と考える立場である（直接強制説）[50]。しかし，この読み方は，旧土地収用法にあった直接強制規定が削除されたという立法過程にそぐわないという問題のほか[51]，「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」という文言が行政代執行法2条にもあり，それが，代替的作為義務の履行強制たる代執行としての実力行使を同条が定めていることの一つの根拠を提供している以上，土地収用法102条の2第2項のこの文言も同様に解すべきではないか，直接強制であれば別の書き方になろうという批判が向けられることになる[52]。そこで，第2に，「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」という文言はあくまでも代執行としての実力行使を定めたものであり，「収用地上の物件を移転すべき義務や家財道具等の存置物件を移転すべき義務には代替性があるのに対して，人が退去して占有を解くこと自体には代替性がないと考えられる」[53] 以上，同項中の土地・物件の引渡しの代執行を定める部分は無意味であり空文に帰すると解釈する立場が成立する（空文説）[54]。もっとも，

である（土地収用法102条）。

49) 概要につき，小澤道一『逐条解説土地収用法（下）（第2次改訂版）』（ぎょうせい，2003）509-513頁，同「土地収用法102条の2第2項」法教145号70-72頁（1992）を参照。本稿が用いる学説の名称は，小澤・法教論文のそれに従っている。

50) 雄川ほか・前掲注46)51頁（〔塩野宏発言〕。ただし塩野がこの立場に立っているわけではない。同書53頁の発言を参照）。この他，遠藤博也『実定行政法』（有斐閣，1989）102-103頁は，「特殊の代執行もしくは実質的に直接強制をみとめたものと解するほかない」とし，関哲夫『自治体行政の法律問題――重要判例の研究』（勁草書房，1984）41頁が，都市再開発法98条2項につき，そこで定める「『代執行』は行政代執行法上のそれとは性格を異にし，代替性のない与える義務を対象とする特殊な行政上の強制執行手段（一種の直接強制）と見るべきである。都市再開発法98条2項が『行政代執行法……の定めるところに従い』と規定するのは，行政代執行法の定める戒告等の手続き規定のみを準用する趣旨と解すべきであろう」としている。関の見解を明示に支持するものに大浜啓吉『行政法総論（新版）』（岩波書店，2006）360頁。

51) 立案過程で旧法にあった直接強制規定が削除され，現行法になったことにつき，小澤・逐条（前掲注49））503頁。

52) 直接強制を認めた現行法規定である「学校施設の確保に関する政令」21条は，「行政代執行法……による代執行によつては義務の履行を確保することができないときは，管理者は，直接にこれを強制することができる」という文言，今一つの直接強制規定である「成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法」3条6項は，「国土交通大臣は，第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されていると認めるときは，当該工作物について封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講ずることができる」という文言を用いている。また，現在は廃止された，らい予防法6条3項は，「都道府県知事は，前項の命令［国立療養所への入所命令：筆者注］を受けた者がその命令に従わないとき，又は公衆衛生上らい療養所に入所させることが必要であると認める患者について，第2項の手続をとるいとまがないときは，その患者を国立療養所に入所させることができる」という文言になっていた。もっとも，後者の規定は，即時執行に関する規定でもあり，感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（これは現行法である）19条3項は，即時執行の規定として「都道府県知事は，……患者を……入院させることができる」という文言を用いている。

53) 小澤・逐条（前掲注49））510頁。

54) 小澤・逐条（前掲注49））510-511頁，513頁，広岡・前掲注35)59-61頁。なお，ここで指示した広岡の論述については，次に述べる存置物件撤去説を維持しているかのように読む理解も存在する（例えば大浜・前掲注50)360頁，小

空文説は，条文を無視しているという批判を招き，条文に忠実な解釈を目指す立場から，土地・物件の引渡義務を代執行に適する形で再構成する試みがなされる。まず第3の立場として，引渡義務者が引渡対象の土地・物件（建物）を家財道具などの物件の存置だけによって占有している場合には，その存置物件の搬出によって占有を解き，引渡対象の土地・建物の現実の支配を起業者に取得させることができ，それは代替性が認められるので代執行に馴染むとし，ただし人が身体で占有している場合にはそれまでは排除できないと考える（そのような実力行使は直接強制によってのみ可能とする）立場が存在する（存置物件撤去説）[55]。しかし，この考え方でも，「人が身体で占有している」場合には本条による強制執行は否定されることになるし，存置物件の撤去は，土地収用法102条の2第2項が定める物件移転義務の代執行に包含できるため，実益もなく，空文化を避けることだけを目的とした技巧的な解釈と評されることになる（提唱者自身も認めていた）。他方で第4として，引渡しを引渡しの合意（意思表示）と所持の移転に分解し，引渡しの意思表示は代理人を通して行いうるし，所持の移転も履行補助者によってなしうることから，引渡義務は，引渡義務者が身体的実力により引渡しを拒む場合を除けば，非代替的作為義務ではない，したがって代執行に適する，引渡しの意思表示の具体的な執行方法としては，知事等が引渡対象地に人が存しないことを確認した上で起業者に対する引渡しを宣言し，それを示す文書に調印することなどが考えられる，とする見解が提案されている（意思表示代執行説）[56]。しかし，この議論に対しては，引渡義務を一般的に代替的作為義務に読み替

山正善「代執行の要件」芝池義一ほか編『行政法の争点（第3版）』ジュリ増刊（2004）47頁）。しかし，ここで広岡は「土地物件の引渡しを確保するために，その障害となっている収用の対象外の物件……を代執行によって移転することはでき，土地収用法102条の2第2項前段の規定による代執行はそれにつきると解すべきであろう」とし，全てを物件移転の代執行に取り込んでいると考えられるため，この時点で存置物件撤去説から空文説に改説したと考えるべきだろう（広岡のこの記述を空文説と読むものに小澤・同上）。その後の広岡隆『行政法閑談』（ミネルヴァ書房，1986）151-156頁，同『行政法総論（第5版）』（ミネルヴァ書房，2005）167-168頁は，彼が現在では空文説へ改説したことを明瞭に伝える。

55) 広岡隆『行政代執行法（初版）』（有斐閣，1970）56-57頁，雄川ほか・前掲注46)51頁〔広岡隆発言〕。ただし，広岡は前掲注54)に掲げたように，その後，空文説に改説している。しかし，この説を採用する裁判例もある。都市再開発法98条2項につき東京地決昭和56年10月19日判時1022号32頁（「本件土地及び本件建物に存置された物件を搬出することによって，引渡しの対象である本件土地及び本件建物の現実の支配を東京都に取得させることは必ずしも代替不可能ではなく，右引渡しをもって行政代執行の対象となし得ない義務ということはできない」とする。ただし，引渡義務者の占有態様が，身体で占有しているのではなく，家財道具などの物件の存置だけによって占有しているかはやや不明である），土地収用法102条の2第2項につき福岡地判平成5年12月14日判自143号72頁（「本件代執行により，原告らに対し課せられた義務は，『土地若しくは物件を引き渡す義務』であるところ，右義務は，引渡義務者が身体的実力で引渡しを拒否するため身体に対する直接強制を必要とする場合を除き，義務者が引渡の対象である土地若しくは物件を家財道具等の存置により占有している場合は，存置された物件を搬出することにより占有を解き，引渡しの対象である土地物件の現実の支配を起業者に取得させることで足りるのであって，本件代執行においては，被告は，引渡対象土地上の物件（建物，工作物，立木等）を当該土地上から除去，搬出した上，当該土地を起業者に対して引渡したものと推認され，原告らが身体的実力をもって引渡しを拒否した事実も認められない」としており，明確に存置物件撤去説に立っている）。

56) 桃井弘志「土地又は物件の引渡しの代執行」月刊用地1981年8月号8頁，とりわけ12-14頁。この他，田村正博「行政代執行――土地引渡義務の代執行の可否」内閣法制局内行政法実務研究会編集『ケーススタディ行政法実務』（ぎょうせい，1993）118頁，120-123頁も，「土地の引渡しが一般的に代替的なものかどうかは別として」とは述べるものの，「土地の引渡しは，もともと，引渡しの合意と現実の所持の移転によってなされる」，「現実の所持の移転は，受け取る者の占有の開始によって行われ，移転されるべき物がある場合にはそれを移転・除去することが併せて行われる」，この物件移転・除去は代執行に適しており，「引渡しを合意し，起業者による占有の開始を可能にするために義務者の行うべき行為のみを，行政庁又は第三者が代わって行うこととなる。この方法については，直接の規定はなく，適宜のものによることができるが，知事等が当該土地において起業者に対する引渡しを行う旨を宣言し，引渡しを示す文書に調印をするといった方法で行うことが考えられる」としており，実際上は，引渡義務を一般的に代替的作為義務に読み替える意思表示代執行説と言える（また，田村も土地収用法102条の2第2項によって「引渡しを代わって行うことができるといっても，それは，あくまでも本人が引渡しをしたのと同様の法律上の効果を発生させる効果が認められるというだけであっ

えるというその議論の一般性が持つ射程の広がりに対する危惧と併せて，具体的な批判として次の諸点が指摘されている。まず，「義務者の意思に全く反する結果の強制実現を目指す代執行」の局面において，本人の利益のために活動範囲の拡張を目指す代理制度を根拠に意思表示をなす義務の代替性を認めることは適切ではない。また，この説でも，義務者が身体的実力により引渡しを拒む場合は非代替的となり，結局，引渡義務が代替的か非代替的かは，義務者の拒み方に依存することになるけれども，義務が代執行に適するか否かは義務の性質によって一律に決まるべきもので，義務者の対応如何によって変わるべきではない[57]。さらに意思表示代執行説は，このような議論を行う前提となる占有の捉え方として，占有を「物に対する具体的・事実的な支配から離れた抽象的・観念的な法的構成として」捉えていると解されるところ，土地収用において問題になる占有は具体的・事実的な支配としての性格を色濃く示し，行政上の履行強制として行われる代執行の局面にこのような抽象的・観念的な捉え方をそのまま持ち込むことも適切でない[58]。

このように様々な見解が提唱されているものの，議論の念頭に置かれている問題状況は，意外と限定されている。というのも，物件移転義務が代執行に適するため，収用対象地を更地にする段階までは，どの見解からもそれと関係なく行政代執行で行えるからである。その結果，土地収用法102条の2第2項による引渡しの代執行が問題になる状況は，「①義務者が身体的実力をもって占有解除に抵抗する場合，②移転すべき物件が存在しない更地について，義務者の身体的実力による抵抗はないが，占有放棄があったとはみなしにくい状況にある場合（例えば，義務者が明渡期限後も占有継続の意思を表明し，随時見廻りをしている場合）」の二つとされている[59]。そこで，これらの状況に対する各説の結論を確認すると，次のようになる。まず①の状況については，義務者自身に対する実力行使の可否が結論を決する。直接強制説であれば，直接強制として義務者に対してもそれを退去させるための必要最小限の実力行使が行える[60]。これに対して，空文説・存置物件撤去説・意思表示代執行説は全て，代執行としての実力行使しか行えない，その実力行使に身体に対する実力行使は含まれないと考えている[61]。

次に②の状況については，起業者が収用対象の土地に立ち入って占有を開始すること

て，……相手方に直接有形力を加えて占有を放棄させることを目的とするものでもないから，旧法下で行われてきたような『直接強制』とは異なる」としている)。

57) 以上の2点の批判につき，小澤・法教（前掲注49)）71-72頁。

58) 小澤・逐条（前掲注49)）513頁。

59) 引用部も含めて小澤・法教（前掲注49)）70頁。また田村・前掲注56)は，設問事例に対する解説という形を取っているところ，本文にいう②の設例が使われている。この他，桃井・前掲注56)10頁は，①よりも②の問題をヨリ重視すべきであるとの評価を示す。

60) このため，立法論としては直接強制を認める規定を置くべきであるとする見解が空文説に立つ論者からも提案されている（広岡・前掲注35)247頁，小澤・逐条（前掲注49)）520頁。併せて参照，広岡・前掲注39)81-82頁)。

61) 直接強制を否定し，人の退去による占有解除の契機に着目して引渡しの代執行も不可能とする空文説はこの思考を明確に示すし，代執行に適する要素・局面を抜き出すという思考を採用する存置物件撤去説・意思表示代執行説も，本文で見たように，人が身体的実力によって占有を維持しようとし引渡しに抵抗する場合に，代執行として人の身体に有形力を行使することを認めるものではない。

しかしながら任意履行に委ねるということでもなく，例えば空文説に立つ小澤は，占有者の退去措置（強制退去）につき，「執行行為を完遂する上で必要最少限度の実力を行使することは，代執行に随伴する機能として当然認められる」とした上で（小澤・逐条（前掲注49)）520頁，広岡・前掲注35)176頁)，さらに，土地収用法143条4号違反，公務執行妨害罪・暴行罪等による現行犯逮捕，警察官職務執行法4条・5条による措置を利用できるとする。もっとも，同時に，「動産も含めて収用地上の全物件を代執行により除去すれば，義務者は長期にわたって占有を継続することは事実上不可能となるので，自然に占有が解除されることを期待することができる」とも述べている（小澤・逐条（前掲注49)）520頁)。意思表示代執行説からの同旨として桃井・前掲注56)13頁。ただし，警職法4条1項の利用について，広岡・前掲注39)80頁の指摘も参照。

を，いつ，どのような手続の下で行えば違法とならないか，という形で議論されることとなる。直接強制説であれば，直接強制の結果知事から起業者に引渡し（占有の移転）が行われた時となる。意思表示代執行説では知事による引渡し宣言時となろう[62)]。これに対して，残りの見解では，明確な手続がなされず，引渡時点の特定も難しい。空文説だと，引渡義務者が何らかの形で占有を解除したと解される時点の後に，特段の手続を経ることなく起業者は当該収用対象地に立入り適宜占有を開始することになる[63)]。存置物件撤去説では，代執行としての存置物件の撤去が終了した時点以降，起業者が収用対象地の現実の支配を得た時となる。現実の支配を得る際の特別の手続は予定されていないように見えるものの，（移転義務履行の代執行ではない）引渡義務履行の代執行がその手続を構成すると考えることも可能かもしれない。

(c) これらの解釈が示唆するもの

さて，我々は，この諸説の織りなす議論からいかなる示唆を得ることができるか。

筆者の見るところ，以上の議論は，幾つかの共有された前提観念と異なる前提観念を示す。共有された前提観念から見ていこう。

第1に，以上の諸説は，人は自らの身体だけによって更地の土地に対する占有を保持できるという観念を共有すると考えられる。先に見た問題状況の①を問題状況と考える点は，このことを示す。また，問題状況の②を問題状況として考える点は，物件の移転により更地になってもそれにより当然に占有が失われるとは考えていないことを示していると解される[64)]。更地に対する占有をまだ解除していないと考えられる事情として居座り・見廻りが考えられている点は，身体による占有としてどのような事態を考えているかも併せて推測させる。更地になってもなぜ占有が失われていないと考えられるのか，その根拠については，必ずしも定かではないが，一つには，収用対象となった区画が，土地収用手続を通して相手方（引渡義務者）の占有している収用対象として，起業者，収用委員会，代執行を担当する知事全てによって個性のあるものとして特定されて認識されることで，更地となっても他の区画と区別され続けているという事情が考えられる。さらに，今一つ，義務者が多くの場合にこれまでの所有権者であることが影響を与えているかもしれない。この点は (3)(a) で改めて触れる。

第2に，身体的実力によって引渡しを拒絶している義務者に対して用いられる有形力は，強制執行制度の枠内では直接強制としてのみ認められる，という観念も共有されてい

62) ただし，小澤・逐条（前掲注 49））512-513 頁は，引渡宣言後も義務者がこれを無視して，「居座りや見廻りという行動」で自己の占有を主張し続けるならば，「この『引渡しの代執行』は，結局のところ，無意味となる」と指摘する。

63) 小澤・逐条（前掲注 49））513 頁。

64) 義務者が自主的に物件を移転しつつ占有を解除しない旨を表示し見廻り等を行っている場合，空文説や意思表示代執行説は，これまで見た議論からすれば，義務者の占有がさしあたりは解除されていないと考えるであろう。とすれば，代執行による物件移転が行われたとしても当然に義務者の占有が解除されたと考えるべきか疑問である。空文説に立つ小澤が，代執行後は起業者が占有を適宜開始して良いと考えるのは，物を存置することで占有を主張していた義務者について，物件移転の代執行が行われることで現実の支配が解かれ占有が解除されると考えるからである（とりわけ，代執行と同時に義務者の身体が前掲注 61) で見たような手法により対象地から排除されると，現実支配を及ぼすことが不可能になる)。とはいえ，前掲注 61) で見たように，義務者が諦めて占有を解除することを期待できると小澤が述べる点が示すように，結局，物件撤去後も義務者の占有が解除されないケースが考えられると論者も考えているように思われる。意思表示代執行説は，占有が解除されていないと考えた上で，このようなケースこそ自分の出番で，知事が代執行として引渡しの宣言をしなくてはならないと考えるであろう。これに対して，存置物件撤去説は，物件を存置させることで義務者が占有を主張している場合に，物件搬出を引渡しの代執行として行うことでその占有を解けると考えていることからすると，物件移転により更地になっても占有が当然に失われるわけではないという前提を共有していないと答えるかも知れない。しかし，見廻り・居座りと物件存置とによって重畳的に占有が主張されている状況をどう処理するかが不明であり，もし身体による占有が可能であるという前提から占有は解除されていないと考えるのであれば，結局は同一に帰すると思われる。結局，物件が移転され更地になっても当然に占有が解かれるわけではないという要素は，暗黙のうちに全ての論者の共通了解になっているように思われる。

る。引渡義務の非代替性を可能な限り認めない意思表示代執行説でさえ，この故に，身体的実力による引渡し拒絶の場合，占有解除・引渡しの非代替性を肯定する。また，代執行自体に伴う最低限の実力行使も認められているにもかかわらず[65)]，このような状況下での有形力の行使を代執行の範疇外としていることは，積極的な抵抗とまでは言えない，引渡しを拒否する際に用いる実力を特別視しているということになろう。つまり占有を守るためだけに行使される実力が特別視される存在である，という観念も，暗黙のうちに共有されているように見える[66)]。

他方で，以上の諸見解において共有されていない観念として以下の点を指摘できる。

第1に，引渡しの中に認められる代替的要素の扱いを指摘できる。引渡しという行為をさらに細分化して代替的行為の要素を見出し，そこに代執行の可能性を認めようとする思考は，存置物件撤去説・意思表示代執行説に認めうる。このようなことを行う根拠は，「引渡しの代執行」を土地収用法102条の2第2項が認めた点に求められる。

これに対して，直接強制説・空文説共に，引渡しの中から代替性の要素が認められる行為を抜き出すことはしない。もっとも，なぜ抜き出さないかと問えば，引渡しの履行強制は直接強制（現在では間接強制も）という民事執行の議論を適用しているからとしか言えないように見える[67)]。では，なぜ民事執行法に関する議論がこのような抜き出しを行わないかといえば，民事執行では直接強制が当然に行えるので，代替執行（代執行）を用いるための議論を無理に行う必要性がないからであろう。

第2に，土地収用法102条の2第2項という特別の定めの存在をどこまでどのような形で重視するかも異なる。存置物件撤去説は，明らかに，特別の規定の存在を重視した故の対応である。他方で，引渡しの中から，物件の存置のみによって占有を保持している場合という類型を取りだしてその局面に限って代執行を認める点，引渡義務が本来的には非代替的作為義務として直接強制に馴染むことを否定しない点で，（民事執行制度も含めて）制度全体を成り立たせている基本観念を組み替える意図はうかがわれない。

これに対し，意思表示代執行説は，土地収用法102条の2第2項の空文化を避けるための解釈である点で，特別の規定の存在を重視しているように見える。しかし，その解釈として行われるものは，引渡しという行為・引渡義務の性格の理解を組み替えるもので，その議論内容は土地収用法102条の2第2項に限定された議論とはならず，むしろ一般的な射程を持ちうる形となっている。したがって，解釈論の内容という次元では，特別の規定であることを重視した議論になっていない。

意思表示代執行説とこの限りで対照的なのが直接強制説であり，特別の規定であることを根拠に，代執行を定めたように見える文言を敢えて直接強制に読み替えている。文言を無視している点で特別規定の存在を軽視したようにも見えるけれども，空文化を避ける限りでは特別規定の存在を重視している。また，直接強制と事実上読み替える解釈は，代執行との共通性を戒告手続以外に認めないことを意味しており，行政代執行法の解釈には逆流しない構造を示す。この点で，これまでの一般観念を踏まえた，特別規定であるが故のそれ限りの解釈論となっている。

以上と比較すると，空文説は，行政代執行法という一般法の背後にあり民事執行とも共通する一般原則に依拠して特別規定と目すべきものの事実上の意味を失わせるのだから，直接強制説以上に特別規定の存在を重視していない点は否定しがたい。また，特別規定の文言を重視して体系的解釈の観点から当該特

65) 前掲注61) も併せて参照。

66) これは必ずしも特異なものとは言えず，例えば我妻（有泉補訂）・前掲注5)500-502頁（[606]-[608]）に，本権者の自力救済の余地と占有権者の自力救済の余地とを比較したときに，後者の方が広く解されることに関する印象的な説明がある。

67) 雄川ほか・前掲注46)52-53頁を参照。

別規定の意味を事実上失わせる点に直接強制説と異なる解釈手法が見える。他方，強制執行に関するこれまでの観念を成立させてきた義務の性格理解およびそれと執行方法の対応は，このような解釈によって守られることとなり，この守られる観念は直接強制説と共通していることになる。

以上に見てきた，土地収用法102条の2第2項をめぐる議論は，行政は行政的執行として一般的に代執行はできるものの直接強制・間接強制（執行罰）は個別規定に基づいてしかできないという基本体制の下で，引渡しにつき代執行ができるかのような規定があるという現状が産んだ議論である。直接強制も当然に行える民事執行では行う必要がない議論であろうし，それ故に混乱していると思われるかもしれない。しかし，そこに示された，土地に対する占有と土地に存する物件の除却との関係，身体による土地の占有といった諸観念は，テントを設置して公園に居住するホームレスが，それ故にテント設置区画に対して有するとされた占有とテント除却命令に基づくテント除却の代執行との関係を考える手掛かりを与える。これを次に見る。

(3) 占有の取り戻しを狙った除却命令およびその代執行の評価

(a) テント除却後も占有は存続するか

土地収用法102条の2第2項前段に関する諸説が共有すると考えられた，人はその身体だけで土地を占有できる，という観念から議論を始めよう。この観念は，大阪市及び大阪地裁決定が示した，テント除却命令はテントの除却を命じているだけで占有の解除は命じていないという言明を支える機能を持つ。テント除却が占有解除を意味しないと大阪市・大阪地裁決定が言いうるためには，テント除却後の公園区画にホームレスがなお占有を持ちうるという前提を彼らも共有しなくてはならない。でなければ，テントの除却＝占有の解除であり，彼らの議論は矛盾をきたす。テント除却後のホームレスが占有を持ちうるとすれば，それを可能とするのは，その者の身体だけであろう。しかし，人はその身体だけで土地を占有できるという観念は，どのような場合でも当然に認めてよいだろうか。

本稿には，それは適切でないと思われる。土地収用法102条の2第2項をめぐる議論が身体による土地の占有の態様として念頭に置いていた態様は，居座り・見廻り等であった。しかし，ある人がある庭園を美しいと思い自らのものにしたいと思って座り込み，あるいは見廻っているとして，それだけの故に当該区画を所持（支配）していると我々は考えないはずである。しかし同時に，土地の上の物件除却と共に占有が失われるとも言えないのも確かである。ある土地所有者が土地の上に建物を建てて生活していた場合，土地所有者＝建物での生活者は当該土地区画に対する占有を有する。この建物が火事等で滅失した場合，そのことの故に土地に対する占有まで所有者が失ったとは考えないであろう。火事の後に焼け残った建材を通してのみ土地を占有できるとも考えないであろう。焼け残った物件を除却し更地にしても，（それが所有者による行動である限り）所有者が占有を失ったとは評価しないはずである。

なぜ我々はそう考えるのか。土地収用法102条の2第2項に関する議論に再び焦点を合わせるならば，おそらくは，占有が失われたか保持されているかを社会通念上支配に属するといえる状態，つまり所持がなお残っているか否かによって実際上判断している点と，土地収用が収用対象区画に対する従来の所有権者の所有権を消滅させ当該区画に対する所有権を起業者に原始取得させる制度であることから引渡義務者が（元）所有権者であるケースを念頭に置いている点に，その原因を求められるのではないか。すなわち，所有権者が及ぼす支配を念頭に置くと，我々は，所有権者の支配の現れとしての物件が失われたぐらいでは占有を基礎付ける支配が失われることはないと考えてしまうのではなかろうか。所有権者でない者，特に無権原者が見廻り・居座りだけである土地を占有したと我々が考えないのも，所有権者が及ぼしている支配と比すべきものでないからではないか。しかし，このように考えると，占有と権原とが

区別される観念である，という出発点にある基本観念に抵触するように見える。とはいえ，ここでは権原の有無が直接に機能しているのではなく，ある人がある物に対して及ぼす支配の程度について，その人の権原を支配の背後に透かし見る形で，占有を基礎付ける所持に該当するか否か判断していると考えられ，権原の判断が占有の判断に忍び入っているという思考の不明瞭は否定しがたいものの，権原と占有の完全な混同が行われているわけでもない[68)]。

以上を踏まえて，改めて考えてみると，公園にテントを設置してそこに居住していることを根拠に，当該テント設置区画を占有していると認められるホームレスの占有について，テント除却後もその身体によってテントの設置されていた区画を占有し続けていると評価できる可能性は，法的に皆無である。公園にテントを設置して居住するホームレスと土地収用における引渡義務者――（元）所有権者が念頭に置かれていると解された――とは，この文脈では，以下の点が異なる。土地収用における引渡義務者は，通常その占有を起業者・収用委員会・代執行を担当する都道府県知事の与り知らぬところで獲得しており，起業者・知事は完全に外部から当該占有を奪いに行く存在である。これに対して，公園にテントを設置して居住するホームレスの場合，事情は複雑である。このホームレスは，まず公園管理者が占有している都市公園に進入し，そこにテントを設置して居住を開始し，安定的・継続的な居住を作り上げた。我々は，このホームレスが他の誰かのエージェントであると認定できる事情もなく，さらに帰るべき場所もなく，生存に最低限必要な物と共にそのテント設置区画で安定的・継続的に生活している時に，そこにある支配を占有と評価することとし，その限りで当該公園区画に対する占有を公物管理者は失うことになると考えた。とすると，ホームレスが占有を獲得するための出発点となる支配は，テントを設置して生活していることにあげて依存する。他方，公園でテントなしに地べたに眠り生活する程度では，それは自由使用の範疇に含まれる利用である。このような自由使用に含まれる利用が占有を成立させることは，自由使用の概念からしてあり得ない。また，ホームレスの占有は，周囲を残りの公園区画に対する

68) 夙に大審院には，借地権者が関東大震災によって自己の所有する建物を焼失しかつ自らも一時行方不明になっていたという事実によって，建物敷地に対する所持を失ったとは社会通念に照らして言えないとした判例がある（大判昭和5年5月6日新聞3126号16頁。焼失後の土地に仮小屋が建築されたため占有回収の訴えが提起された事案）。ただし後に，大判昭和9年5月5日大審院判決全集（1輯）5号234頁は，建物所有者は自己が建物を占有する場合に限りその敷地に対しても占有を有するという立場を示している。しかしこれは，建物の敷地を板塀などで取り囲み爾後の工事を行えなくされたことにより建物所有者が敷地に対する占有を失ったと言えるか否かという文脈での判断であり――単純化すると本件は，板塀で取り囲んだ側が建物所有者によるその後の自力救済に対して，敷地に対する占有権を基礎に占有回収の訴えを提起した事案であり，建物所有者が敷地に対する占有を保持していれば請求棄却，建物所有者が敷地に対する占有を失い板塀で取り囲んだ側が敷地に対する占有を獲得していれば請求認容という関係にあったようである――，大審院の判示は，原審が建物を所有することから直接に建物所有者に敷地に対する占有権を認めるという理由付けなのか，認定された事実の下では建物所有者は建物に対する占有を失っておらず故に敷地に対する占有もなお保持しているという理由付けなのか不明として論難する出発点に置かれており，前掲大判昭和5年5月6日とは事案の様相をかなり異にする。川島＝川井編・前掲注10)15頁〔稲本洋之助〕は，前掲大判昭和5年5月6日と類似する判断を示す下級審判例について，「これらの判例は，実質的には，建物所有者の敷地占有の権原（土地賃借権）を考慮したものであろう」とする。本文で析出した思考に類する思考と言えようか。このような思考は，占有に関する過去の判例にのみ見出されるものではなく，占有と似た次元に位置すると考えられる（前掲注6)参照）住所に関して近時示された判断方法と一部共通するように思われる。民法上の住所とは異なる国民健康保険法上の住所について参照，最判平成16年1月15日民集58巻1号226頁――「国民健康保険……法5条にいう『住所を有する者』は，市町村の区域内に継続的に生活の本拠を有する者をいうものと解するのが相当である。そして，……法5条が，日本の国籍を有しない者のうち在留資格を有しないものを被保険者から一律に除外する趣旨を定めた規定であると解することはできない」。「我が国に在留する外国人の法的地位にかんがみると，外国人が法5条所定の『住所を有する者』に該当するかどうかを判断する際には，当該外国人が在留資格を有するかどうか，その者の有する在留資格及び在留期間がどのようなものであるかが重要な考慮要素となるものというべきである」。

公園管理者の占有に取り込まれており，ホームレスの占有を徴表する存在の除却により，周りの公園区画へ再び飲み込まれてしまう関係にある。以上からすると，公園にテントを設置して居住することから当該テント設置区画を占有していると評価されるホームレスについては，テントの除却はすなわち占有の喪失（解除）と考えなくてはならない。

あるいは，テントの除却によりホームレスが占有を喪失するとしても，それはその程度の占有しかホームレスが有していないことを意味し，一般論として物件除却が占有喪失を常に帰結する関係にない以上，テント除却すなわち占有解除という関係が当該事案に認められるとしても，命じられているのはテント除却であり占有解除ではないという議論は否定されない，という批判も生じるかも知れない。しかし，これは，物件除却により占有を常に失うわけではないという観念が，所有権者を念頭に置いて作られていた観念であることを軽視し，その結果として最終的に，所有権者の占有とホームレスの占有とが異なるという帰結を招き，権原と占有との区別を一層混乱させてしまう。所有権者の支配と無権原者の支配とが，その強さにおいて異なることが現在の日本法において暗黙裏に認められているとしても，所有権者の占有と無権原者の占有とが異なる保護に服することは認められていないはずである。ひとたび占有であると評価したならば，盗人の占有でも占有としては所有権者の占有と同じように保護されなくてはならない。とすれば，ホームレスの支配をひとたび占有と評価するのであれば，その評価に忠実であるべく，物件除却が占有解除を意味する局面にあっては，占有保護の観点から占有の対象となる区画の明渡し・引渡しがむしろ問題となっていると考えるべきではないか。

さらに，もし大阪市の側に，真に占有を取り戻すつもりがないのであれば，占有喪失という不必要な損害をホームレスに発生させない形で代執行を行わなくてはならない。比例原則はこれを要請するはずである。とすると最低でも，土地収用手続に見られたように，テントの設置された占有区画を個性ある存在として特定する手続を先行させその認識を示さなくてはならない。しかし大阪市は，靭公園でのテント除却において，除却命令の対象区域を靭公園の東園全体としており[69]，テントの設置区画を特に取り出して除却命令の対象としているわけではない。すなわち，大阪市はホームレスがテントを設置した区画を個性あるものとは認識しない形で除却命令を行っており，テント除却後の，テントの設置されていた公園区画に対する占有をホームレスに止める措置を全く用意していない。しかも，以上の検討に基づけば，占有を解除することなくテント除却のみ行うことは，実際上のみならず法的にも不可能である。すなわち，テント除却には必ず占有解除が伴う。とすれば，この側面からも，そこでホームレスが実際に果たすことを求められている行為は，テント除却でなく公園区画の明渡しと評価すべきではないか。

(b) 公園区画の引渡し・明渡しとテント除却

以上から我々は，ホームレスにとって，テント除却とテント設置区画の占有解除とは同一の事柄であり，テント除却によりホームレスは必然的に当該テント設置区画に対する占有を失う関係にあると考えるべきことを確認した。また，公物管理者が占有の取り戻しは狙っていないとあくまでも主張するのであれば，比例原則に鑑みて，行政代執行を行う行政がホームレスの占有喪失を防ぐ措置を取った上で行政代執行を行わなくてはならないところ，本件でこれはなされなかったし，なされようとしても法的に不可能であることも確認した。これらのことは，ホームレスがなすべき行為を，代替性のあるテント除却ではなく，非代替的なテント設置公園区画の明渡しと評価すべきではないか，という強い疑いを我々に与える。では，この場合，公園区画の引渡し（明渡し）とテント除却との関係は如

69) 前掲注 43) を参照。

何に捉えられるのだろうか。

Ⅲ3(1) で見たように，ある命じられた行為について行政代執行法に基づく行政代執行が許される履行強制方法か否かの判断には，義務者の義務として負う行為を特定し，その行為が代替的か非代替的かを考える判断が先行する。とすれば，引渡（明渡）義務を非代替的作為義務と考えて行政代執行を許さないとした下級審裁判例である大阪高決昭和40年10月5日行裁例集16巻10号1756頁，横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁も，義務者の負う義務を引渡（明渡）義務と特定する判断を含むはずである。では，これらの判決は，なぜ義務者の負う義務を引渡（明渡）義務と考えたのか。

とはいえ，実際のところ，前掲横浜地判昭和53年9月27日は，原告私人の負う義務が明渡しと評価される根拠について特段の議論をしていない。被告行政（公物管理者）自身が都市公園法に基づく監督処分として明渡命令を行っており，この点は争点とならなかった。これに対し，前掲大阪高決昭和40年10月5日にはこの点に関わる議論が存在する。この事件で行政は，執行停止申立人となった職員組合に対して，市庁舎の一部を組合事務所として使用する許可を取り消し，次いで組合に対して，組合事務所内の存置物件搬出についての行政代執行法上の戒告を行っており，形の上では明渡しを命じていない（戒告自体は義務を賦課する行政処分でない点を一旦度外視する）。にもかかわらず大阪高裁は，「庁舎の管理権者たる抗告人［市長：筆者注］が，相手方に対する庁舎の使用許可を取消すときは，庁舎の使用関係はこれによつて終了し，抗告人が管理権に基いて相手方に対し庁舎の明渡ないし立退きを求めることができ，相手方はこれに応ずべき義務あることはいうまでもない」との判断を先行させた上で，戒告が存置物件搬出についてなされていることとの関係について，次のように述べる。「抗告人が相手方に対してなした行政代執行の前提たる戒告は，……庁舎内にある相手方組合事務所の存置物件の搬出についてであつて，組合事務所の明渡しないしは立退きについてではないが，組合事務所存置物件の搬出は組合事務所の明渡しないしは立退き義務の履行に伴う必然的な行為であり，それ自体独立した義務内容をなすものではなく，況んや，法律が直接命じた義務あるいは法律に基ずく〔ママ〕行政処分により命じた義務でないこと勿論である。従つて，組合事務所の明渡しないしは立退きについて前記の如く代執行が許されないからといつて，組合事務所存置物件の搬出のみを取上げ，これが物件の搬出という面では代替的な作為義務に属することの故に，代執行の対象とするが如きことが許されないのは，いうまでもない。［原文改行：筆者注］そうであるから，前記庁舎使用許可取消処分に基ずく〔ママ〕行政代執行は，その執行の範囲を相手方組合事務所内の存置物件搬出に限定すると否とを問わず，行政代執行法2条の要件を欠き違法であるといわなければならない」。

前掲大阪高決昭和40年10月5日は，使用許可の取消により発生する義務を実体法に照らして独立かつ客観的に把握する判断，そこに含まれる一部の行為だけを取り出し当該行為について代替性を認め代執行を行うことは許さないという判断を明示に持つ。その根拠は，取り出される行為が実体法に照らして私人の負う義務に必然的な行為で独立の内容をなすとは言えない点，またこの一部の行為が法律により直接命じられた義務あるいは行政処分によって命じられた義務ではない点に求められている。同決定は明示していないが，職員組合がこれまで使用許可を受け使用していた市庁舎の一部に対する占有を有していることは前提となっていると考えるべきであろう[70]。

70) 占有の成立が認められない場合には，引渡義務を負っているとは評価されない。この場合には，相手側（権利者）の占有を妨害している何かを除去すればよく，この何かが物である場合には，当該物の除却を義務付ければ足りる。これは言うまでもなく代替的作為義務である。また，占有を自己に引き渡してもらう必要がない（そのような地位を有さない）ものの，義務者の支配の一表現と位置づけられる，支配区画に存在する物について除却を命じる場合も，代替的な作為を求めていると言える（景観破壊・建築基準法違反などの理由により建物（の一部）の除却を求めるなど）。ただ

以上の議論を踏まえて，靭公園のケースでのテント除却命令の機能・位置を改めて考察してみよう。靭公園でのテント除却に関しては，監督処分ー行政代執行というルートが取られており，実体法（公物管理法たる都市公園法）に照らしてホームレスが負う義務を独立かつ客観的に判断できるかは争いの余地がある。監督処分によって命じられるまで具体的な義務を負っていないと理解する余地は，行政行為が介在させられている以上，確かに存在する。テント除却は行政行為によって命じられているのであって，この点に前掲大阪高決昭和 40 年 10 月 5 日との違いを見る理解も成立しうる。しかし，公園にテントを設置して居住することでテント設置区画に対する占有を有するに至ったホームレスが，都市公園法に照らして違法と評価され何らかの義務を負うならば，その義務は当該占有を解くことであろう。利用そのものは自由使用である限り違法と評価され得ない以上，（占用許可を得ることなく）自由使用として行われている公園利用態様が，当該利用の結果として公園区画に対する占有を成立させる態様である点に違法と評価される原因が求められることになるからである。とすると，靭公園の事件で除却命令が持つ意味は，ホームレスが負う義務としての占有解除の一部のみ切り出した形を取ってテント除却を命じている点に認められる。しかし (a) で確認したようにテント除却と占有解除は法的に等価であった。とすれば，靭公園においてホームレスに対して行われた除却命令については，前掲大阪高決昭和 40 年 10 月 5 日が問題とした戒告と同じくその文言に固執する必要はなく，都市公園法に照らして明渡しを命じていると考えるべきではないか，という疑問が成立する。

しかも，土地収用法 102 条の 2 第 2 項の解釈論を検討する中でも，土地引渡しと物件除却との関係に関する幾つかの立場が確認できたところ，引渡行為の類型化ないし要素への分解により，引渡しの中から代替性ある行為を抽出する思考を採る存置物件撤去説と意思表示代執行説は，土地収用法 102 条の 2 第 2 項という特別規定の存在をその出発点としており，引渡しから代替性ある行為を抽出するこのような可能性を，特別規定も持たない都市公園法・行政代執行法に基づく行政活動について認めるべきではなかろう。引渡しを代替的作為に事実上読み替えるとも言える意思表示代執行説は，確かに，その実質に照らすと一般的な射程をもった議論とも言える。しかし，この議論は，(c) で見るように，大阪市の行ったような占有の取り戻しをむしろ否定的に捉え，そのような事態の回避を目的とした解釈論である。また，直接強制説も空文説も，民事執行・行政強制に関するこれまでの一般論を尊重し，引渡しから何らかの代替性ある行為を抽出することをしない見解であった。

さて我々は，この一般的観念において，義務の非代替性を認めることとは，義務者でなければ行えないことの承認であり，その限りでの義務者のかけがえのなさ（代わりのきかなさ）の承認，つまり義務者の人格の尊重を意味すると考えるべきであろう。そして，公園にテントを設置して居住するホームレスについて占有を認める目的は，公共空間にしか行き場のない人も人（主体）として扱うという要請を貫徹し続けること，その人の人格を保護することに求められた（Ⅱ2(2)）。とすると，この目的の実現は，公園にテントを設置して居住するホームレスが負う義務を，その者でなければ履行できない義務，非代替的義務である明渡義務に一本化しなければ達成できない。すなわち，公園にテントを設置して居住することから当該テント設置公園区画に対する占有を認められたホームレスが負う義務は，公園区画の明渡しだけであり，テント除却行為は明渡行為に吸収されると考えなくてはならない。占有の引渡しを求めているのではない，テントの除却だけを求めているのであるという言明を許し，それに基づき実

し，靭公園のケースにおいて，公園管理者たる大阪市が除却命令に止めて占有の保障を図ったという理解が合理的なものとしては成り立たないことはⅢ2で確認した。

際上はテント設置公園区画に対する占有も解除させる手法は，テント設置公園区画に対する占有を認めないことに他ならない。それでは，ホームレスの人格の保障を貫徹できないことはⅡで確認したことであった[71]。

(c) テント除却と大阪市による占有取得

さらに，大阪市が，テント除却を命じているだけでテント設置区画に対する占有解除を命じているのではない，と言いながら，実際上は当該区画に対する占有を取得したことについては，なお問題点を指摘できる。

再び土地収用法に戻ると，土地収用法102条の2第2項に基づき「土地引渡しの代執行」が試みられるとき，起業者は引渡しを明示に求めて収用委員会の下での手続を経て明渡裁決も取得しており，その上で，土地収用法102条の2第2項に基づく「代執行」が行われることになる。占有を起業者が取得するための手順は，土地収用法102条の2第2項に関する諸見解が示したようにそれぞれの立場による特質はあるものの，引渡しを求めて一定の手順を踏む必要があることは意識されており，それぞれにそれなりの慎重な考慮を見せている。

このことを踏まえると，除却を求めたのであって引渡し（占有解除も含む）を求めたのではないと言い続ける大阪市が，にもかかわらず，なぜ引渡しのための手続も踏まないで，テント除却を行った後に当然のようにテント設置区画に対する占有を（再）取得できるのか。土地収用の際の厳密な手続と厳格な議論に比べれば，除却命令に基づく物件（テ

71) 広岡・前掲注39)74頁は，「土地のうえまたは建物のなかに置かれている物件で，引渡し・明渡しの対象とならないものの移転・搬出は，それだけをとりあげて考えれば，代替的作為であるとしても，それは土地や建物などの引渡し・明渡しの義務の履行に伴う必要的な行為にすぎないから，とくにそれが，法令や行政処分により独立の義務として命ぜられる場合は別として，代執行の対象とせられないことは，あらためていうまでもなかろう」とする。この議論と，大阪地裁決定の原型を提供したと考えられる広岡の議論（前掲注36)に対応する本文を参照）とを併せ考えたとき，靭公園での大阪市の除却命令を，「明渡しの義務の履行に伴う必要的な行為である」としても「とくにそれが，法令や行政処分により独立の義務として命ぜられる場合」に該当すると考える余地も生じるかも知れない（このような読み方で靭公園の事案と前掲大阪高決昭和40年5月10日とを区別する可能性が存することは既に前頁本文で指摘した）。実際，広岡自身，土地収用法102条の2第2項に関し空文説に改説したと考えられる（参照，前掲注54)）広岡・前掲注35)21-22頁において，「土地・建物の明渡しの義務においては，物件の収去・搬出は，独立の義務として課せられているのではなくして，土地・建物の明渡しの義務の履行に伴う行為にすぎず，また，かりに物件の収去・搬出が行なわれても，義務者が身体をもって土地・建物を占有して明渡しを拒否するときは，まだ明渡しがなされたことにならないのであるから，物件の収去・搬出の部分だけを切り離して考えて，それが代替的作為であることを理由として，その代執行を行なうことはできないと考えられる。土地・建物の明渡しの義務についての強制執行の手段は，本来，直接強制である（……）。河川・道路等の敷地を不法占拠して設置された工作物について，公物管理者たる行政庁がその除却・移転を命じた場合において，除却・移転の代執行が行なわれうることは勿論であるが，この場合は，工作物の除却・移転の義務が独立の義務として課せられているのであって，この義務が実現されることによって，事実上，河川・道路等の敷地の明渡しが招来されるという関係にあることに注意しなければならない」と述べる。

しかし，これまでに見てきたように，不法占拠された状態でも公物管理者がなお占有を有しているのか，それとも不法占拠者が占有を持つに到ったのかの識別が不十分である点，身体による占有という観念は少なくともホームレスの有する占有に関しては意味がない点に加えて，公園にテントを設置して生活するホームレスについてテント設置区画に対する占有の成立を認める目的を阻害する点，このような義務の切り出し操作は土地収用法102条の2第2項のような「引渡しの代執行」を認める特別規定がある場合でも直接強制説・空文説の行わない操作である点で，そのような特別規定を持たない公物管理法と行政代執行法に基づく通常の行政作用が問題となっている場合に，義務の切り出し操作の余地を認めることは適切に思われない。むしろ，都市公園法における監督処分は，私人の妨害態様と実体法とを照らし合わせて当該私人の負う義務の内容を確定すると共に，履行すべき期限を設定する点に主たる作用があり，義務内容を公物管理者自らの都合に合わせて自由に操作する権能は与えられていないと考えるべきであろう。行政行為の規律内容＝拘束的言明の対象＝逸脱禁止要請の及ぶ対象は，行政行為が規律対象とする法関係の構成要素の一部または全部であるところ，どの要素について規律がなされたかは当該行政行為の位置する法的仕組みに照らして個々に判断される必要があり，一つの行政行為が法関係変動に関連する全ての要素を一度に自ら規律するとは限らない。法的仕組み自体によって内容が決定されていたり法関係が既に発生（変動）したことにされている場合があり，この場合，行政行為は，これらの既に内容の決定されたあるいは生じた（変動した）諸要素を拘束的なものとする言明を行っているに止まる。詳細につき参照，太田匡彦「行政行為――古くからある概念の，今認められるべき意味をめぐって」公法67号237頁，237-243頁（2005）。

ント）除却によってテント設置区画に対する占有を（再）取得した大阪市の行政過程は，つまるところ代執行のどさくさに紛れて占有を（再）取得したという評価こそが相応しく，不透明な実力行使であり，それ故に違法な暴力行使と評価されるべきである。土地引渡しの代替性を認めて引渡しの代執行を可能と考える，それ故に大阪市の行動に寛大にも見える意思表示代執行説は，この点，大阪市の行動を最も厳しく批判するであろう。この見解が，なぜ引渡しの意思表示の代執行という構成に拘るかと言えば，それがない限り明渡義務者は占有解除をしておらず，引渡しの意思表示の代執行なしに起業者が収用対象地に対する支配を開始することは私人の許されない実力行使（自力救済）であり，明渡義務者に占有回収の訴えの可能性がなお残ると考えるからである[72)]。もし意思表示代執行説が，自己を一般化して靭公園のケースもその射程に収めようとするのであれば，引渡義務は代替的作為義務であるとして明渡命令を行い明渡し（引渡し）の行政代執行を行うことを要求したであろう。テント設置区画に対する占有の引渡しを命じずテントの除却だけを命じ，その上でテント設置区画に対する占有の取り戻しを実現する，そのような手法を正当化する見解ではない。大阪市の行政活動に最も近い活動を認めるのは空文説であるものの，それさえ大阪市の行動よりは占有を尊重している[73)]。

確かに，このような占有奪取に対してホームレスから占有回収の訴えを提起しても，私権行使制限規定からして認められないと考えるべきだろう（参照，Ⅱ3）。しかし，だからといって，それを見越して暴力を働いて良いわけではない[74)]。義務の性格を定め本権者の取るべき手続を定める点に，占有権を行使できずとも，占有を認めることの意味はなお認められる。占有を認めるならば，その意味に忠実な解釈を行うべきである。

(d) まとめ

以上から，我々は次の結論を得る。公園に

72) 参照，桃井・前掲注 56)12 頁，田村・前掲注 56)122 頁。空文説に立つ小澤も，「更地について義務者が占有を放棄したとはみなしにくい状況にある場合（……）に，引渡しの代執行を経ることによって起業者の占有開始を穏便なものにすることができる」点に意思表示代執行説の実益を認める（小澤・法教（前掲注 49））71 頁）。これに対し，空文説からは，「義務者が素手で更地の占有を長時間継続することは不可能であるし，起業者が直ちに占有を開始したとしても，義務者の占有訴権を根拠としてその行為を排除することを裁判所が認めるとは思われない」という議論が示される（小澤・逐条（前掲注 49））513 頁）。

73) 空文説は，「更地については，起業者は，引渡しの代執行という手続をとることなく，適宜占有を開始してよい」（小澤・逐条（前掲注 49））513 頁）とする点で，大阪市の行動を是認する契機を最も強く持つ（しかも土地引渡しを任意履行に委ねるのでもなかった）。しかし空文説は，明渡裁決が行われ，引渡しが明示に求められているという状況下での議論である点で大阪市の行動と異なるだけでなく，身体による占有を認めるため，最終的には，更地にした上で義務者が占有を解除したと社会通念上考えうる状態まで待つ契機を持つことも否定できない（以上につき前掲注 61) 参照）。つまり空文説は，自己が認めた占有に忠実であり，それを尊重する契機をなお持つ。引渡しを求めていないと言いながら除却対象物件設置区画に進入し占有を（再）取得する大阪市には，一旦相手方に認めた占有に忠実にそれを尊重する契機が欠けている。つまるところ，大阪市は（大阪地裁決定も）自らが選んだ議論の前提に忠実ではない。

74) 物件除却の行政代執行によって土地に対する占有が奪われたことを理由とする占有回収の訴えに関して，占有喪失原因となった実力行使が私人の実力行使ではない点に着目し，原則としてこのような訴えは認められないとしたものに，東京地判昭和 35 年 9 月 8 日行裁例集 11 巻 9 号 2677 頁，名古屋高判昭和 38 年 7 月 16 日高民集 16 巻 6 号 454 頁がある（東京地裁は，「外観上執行行為と認めるに足りる方式を欠く等執行行為として不成立のものと認めるべき場合又は外観上明白に公権力による執行行為と認められない場合」に限って，名古屋高裁は「執行行為が著しく違法性を帯び，外観上も私人の私力行使と同視できるようなとき」に限って，占有回収の訴えを許している。名古屋高裁の判断は，民事の強制執行により占有を奪われた者が提起した占有回収訴訟に関する最判昭和 38 年 1 月 25 日民集 17 巻 1 号 41 頁を参照している）。両判決とも，行政代執行によって占有が奪われたこと自体の違法性判断は明示しておらず，また占有を一度私人に回復させるつもりのないことも確かであるけれども，行政代執行を用いた行政による占有奪取を積極的に正当とする趣旨も含まないと解される。なお，両判決とも私人の私権行使制限規定に触れるところがない。ただし東京地裁の事案では，係争の土地は都条例に基づき管理されていた公共物揚場と認定されているところ，同条例は明確な私権行使制限規定を持っていない。また名古屋高裁の事案では，係争の土地が公物であることの明示の認定がない（行政代執行を行っているのだから公物ではあったと思われるけれども）。

テントを設置して居住していることから，当該テント設置公園区画に対する占有を得たと評価されるホームレスが，都市公園法上負う義務は（負うとして），テント設置区画の明渡しであり，それ故に非代替的な作為義務である。占有しているテント設置区画上のテント除却だけを代替的作為義務として命じる除却命令は，テント除却がすなわち占有解除であると考えられること，占有喪失を防ぎつつ代執行を行うことが法的評価の観点から不可能であることから，テント除却もその一部として吸収されるテント設置区画の明渡命令に読み替えられなくてはならない。したがって，行政代執行により義務の履行強制を試みることは，執行方法の選択の誤りであり，それだけの故に違法である。

さらに，代替的作為義務としてのテント除却を代執行により強行しテント設置区画に対する占有を（再）取得する行為は，命令している内容以上を義務者たるホームレスから奪うため，よしんば公園管理者として本権を有するとしても，違法な自力救済と評価されるべきである。

つまり，占有回復を実際上は狙いつつ工作物除却命令を出し，代執行を行い，占有を（再）取得する行政活動は，一方で，非代替的作為義務として自らの義務が位置づけられることにより守られるホームレスの人格を侵害し，他方で代替的作為義務についてのみ行政代執行が行える，行政が一般的に許されている行政的執行は行政代執行だけであるという日本法の（現在の）基本構造を潜脱する試みである点で，創意工夫ではなく許されざる脱法行為である。

我々は，ホームレスの負う義務を非代替的作為義務としての明渡義務であるとすることによって，ホームレスに占有を認めた意味を達成できる。すなわち，Ⅱ2(2)(d) で見たように，行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人も人として扱うことを貫徹するのであれば，その人が生きていくために最低限必要な物と共にその人があることを保障するために，その人とその物の存在する区画のその人による支配についても最低限の保護を与えることが必要であった。この最低限の保護とは，公共空間の管理の必要に鑑み当該区画から退去させるにしても，その（退去すべき）人とその人が生きていくために必要な物とをワンセットで扱い，その人とその物が存在する区画を正面から認知した上で，その区画からその人自身と物を共に退去させることであった。これは，ホームレス自身の人格に関わる義務が生じていることを認めた上でその義務を履行させることを意味した。すなわち，ここでの最低限の保護とは，当該ホームレスでなければ履行できない義務であると認めることで，彼自身の人格を正面から認知することを意味し，最低限の保護の対象は，ホームレスの人格であった。

明渡義務の履行強制として，直接強制ないし間接強制によって人と最低限の生存に必要な物とを同時に排除することにより，逆説的ではあるけれども，その人と物とがワンセットで扱われること，かつそれが次の場所にワンセットで移動することを保障できる。代執行は，人とその生存に必要な物とを切り離してしまう。興味深いことに，この切り離しは占有を認めない場合にも生じるものの，占有を認め占有解除を求めない形を取ることで，人とその人の生存に最低限必要な物との切り離しは一層顕わになる。占有解除を求めていないとすることにより，表面上は人を排除せず物だけを人から切り離すからである。占有を認めないテント除却の代執行は，テントで生活する人の存在を特に認知せず人と物を切り離すと言えるのに対して，占有を認めて占有解除を求めずに行われるテント除却の代執行は，人の存在を認知しその上で人とその最低限の生存に必要な物とを切り離すのである。

喩えていえば，大阪市及び大阪地裁決定の議論は，人から肉を切れば血も当然に出るにもかかわらず，証文に求められているのは肉だけであり，血が出るのは事実上の結果にすぎない，証文に肉を切り取る執行が許されている以上，肉を切り取って良い，と言っているに等しい。この場合，法律家は，そこまで肉を欲するならば血を一滴たりともこぼさず

に肉を切り取ってみよ，それができないなら執行は許さないと言うべきではなかったか。せめて，敢えて血を流す執行を許すなら，そのための手続をとらせるべきではないのか。

IV. おわりに――本稿の議論の明確化のために

1　以上の議論の射程

(1) 行政の取るべき執行方法

以上の考察は，つまるところ，行政代執行という執行方法の選択が誤りであることを述べてきたにすぎない。本稿の観点からすれば，公物管理者は，ホームレスの負う義務が非代替的作為義務としてのテント設置区画の明渡義務であることを認めた上で，当該区画に対する権原（所有権）に基づく返還（明渡）請求を行い[75]，任意の履行がなされない場合には，確定判決に基づいて直接強制ないし間接強制による強制執行を行うべきことになる[76]。もちろん，断行の仮処分を申し立てることも考えられる。このような手順を踏んで大阪市がホームレスの排除を試みてきた場合，ホームレスがテント設置区画を占有していることは，この手順を要請したという以上の意味を持たず，争いは権原（本権）のレベルに移ることになる。

(2) ホームレスの権原？

これまでの本稿の議論は，いかなる意味でもホームレスの権原（類似のものも含む）を認める構造にはなっていない。むしろ，本権（権原）と占有とを厳密に区別することで，ホームレスの占有を認め，その尊重を要請する構造を持つ。ホームレスの持つ占有は，どのような形でもその占有区画に対する権原を推測させるものではない。

他方で本稿は，公共用物の上に存する支配を簡単に占有と承認することの危険性を強調するものでもあった（参照，II 2 (2) (c)）。むしろ，IIでの議論は，非公物（私有地・行政主体の普通財産たる土地）の上にテントを設置して居住を開始したホームレスの方が占有の取得を認められやすくなる議論でさえある。では，以上の公共用物の理念の重視という観点に照らして，占有を認められたホームレスも基本的に排除されるべき存在となるか。

しかし，ホームレスの持つ占有が，どのような形でもその占有区画に対する権原を推測させるものでないとはいえ，ホームレスの占

75) 大阪地裁本案判決の認定によれば，ホームレスに対する法的措置として「民事訴訟が議題とされたり具体的に検討されることはなかった」（判決文 30 頁）。

76) 直接強制（ないし間接強制）という執行方法の中でこそ，テント除却により生活場所を失わせることの評価，すなわち過酷執行の回避という問題も正当な位置づけを与えられる。大阪地裁決定は，除却命令の比例原則違反（除却命令取消訴訟の執行停止申立てであったため）という申立人の主張を検討する箇所で，テント除却がホームレスの生活拠点を奪うことになる点の評価を行っている（大阪地裁本案判決は，行政代執行法 2 条の定める「他の手段によつてその履行を確保することが困難であり，且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき」の要件充足の有無と別に，行政代執行を行うか否かの効果裁量に関する濫用・逸脱の有無を判断する箇所を設け，そこで評価している。本案判決文 92-95 頁）。このような検討を行う必要を否定はしないものの，これは，代執行の選択を適法とするために大阪地裁決定が示した論理との関係で緊張関係に立つ。ホームレスが公園にテントを設置して生活を営んでいることを総体として法的に捉えるには，これまでの検討からすれば，人・その人の最低限の生活に必要な物・人とその物とが存在する区画との関係に特別な意味を認めることが必要であり，占有を認めるとは，この特別な関係を認めることを意味した。この観点からすると，大阪地裁決定は，IIIで検討してきたように，誰でもできるテント除却しか問題になっておらず（したがって義務者の人格それ自体には関わらない），また除却に伴って生じるかも知れない占有喪失は実際上の効果，つまり除却命令の法的評価に際して無視して良い効果と位置づける一方で，その無視して良い効果であったはずの占有喪失が実際上意味している生活拠点の喪失という不利益を改めて法的評価に付していることになる。必要な考慮を一応行ったとも言える一方で，論理的には，考えなくても良いとされたはずの不利益に対して改めて法的評価を加えたようにも見え，思考の明晰を欠く。このような議論よりは，人格に関わる非代替的作為義務としての明渡義務が問題になっているとし，直接強制――間接強制はおそらく意味がないだろう――の際に，その執行が人格侵害としての生活破壊をもたらす過酷執行に当たらないか否かを判断させる議論構造の方が，理論的に明晰であろう。

有する公園区画からの当該ホームレスの排除がその生活拠点破壊を意味する以上，この点への配慮は欠かせない。とすると，まずは，具体的なテント設置区画について公園管理者が自らの下へ占有を取り戻す必要と，当該テント設置区画で生活するホームレスの必要との比較衡量がまず行われるべきである。これだけではどちらも決め手を欠く場合には，全体的な公物管理の観点と，ホームレスも人間でありどこかでは生きていかねばならないのだからどこかの公共用物の上に存在することを認めざるを得ないという観点とがさらに付加されて比較衡量が行われるべきであろう。後者の段階では，行政主体がホームレスの生活再建のために提供している代替措置の実効性なども併せて考慮されてよい。すなわち，万人に開かれた，その故に誰の支配にも属してはならない場所という，我々の政治社会を成り立たせる観念の一つである公共用物の理念と，全ての人は法の世界においても主体として認知され人格を保障されねばならないというこれまた我々の政治社会を成り立たせる理念とは，当該区画からホームレスを排除すべきか否かという本権レベルの議論で，改めて両方とも更地から，事案に即して具体的に比較衡量されねばならない。この衡量の結果，公物管理法に反した状態が生じているもののこの時点でホームレスを排除しなければならないものでもない，という判断に達することがあったとしても，それは奇異なものではないように思われる。いずれにせよ，本稿の射程外であることを強調することが以上の論述の主目的であり，この問題は改めて考察することとしたい77)。

(3) 以上の議論の意味

(1)(2) で見た議論は，公園にテントを設置して居住するホームレスの法的運命は結局のところ権原のレベルで決まるのであって，占有の有無という問題は，問題として存在しても重視する必要はないという感想を生じさせるかも知れない。部分的には妥当とも思われるこの感想について，本稿は以下の点を指摘しておく。

本稿の見るところ，占有の有無およびそれと関連づけて人の負う義務の性格を論じる段階を無視することは，実力行使のあり方を統制する重要な手がかりを一つ失う，つまり裸の暴力が秩序を支配する社会へ一歩近づくことを意味する。本稿がホームレスの占有の有無を論じ，それを踏まえて公物管理者による代執行という手段の選択の適否を論じてきた際，公物管理者の実力行使のあり方を問うだけでなく，ホームレスの居住に伴う，当該居住区画に対する支配のあり方も問うていたことを無視すべきではない。すなわち我々は，この問題を精密に考えることで，本権者の実力行使であろうとなかろうと，誰のそれかを問わず，まずは独立に実力行使・支配のあり方を問い，制御しようとしていたことになる。実力行使・支配の制御こそ，人の自由・人格を守るための第一歩とされるべきものであろう。

2　本案判決について

以上の議論を提出された大阪地裁第 2 民事部は，冒頭に述べたとおり，2009 年 3 月 25 日の判決で原告らの国家賠償請求を棄却し，本稿の議論も同判決の採用するところとはならなかった。そこで最後に，本稿が考察してきた問題に関する，この判決の議論を紹介し，簡単な批評を加えておく。

(1)「占有」概念の回避

一言で言えば本判決は，「占有」の概念（言葉）を回避することによって，執行申立却下

77) ただ，以上の観点から見た簡単な印象として，大阪地裁本案判決の議論（とりわけ行政代執行法 2 条の（義務の）「不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき」該当の有無（判決文 59-64 頁）及び行政代執行を行うか否かの効果裁量に関する濫用・逸脱の有無（前掲注 76) 参照）に関する判断）は，公共用物の理念に性急に傾きすぎているように思われるし，対照的に，笹沼弘志『ホームレスと自立／排除――路上に＜幸福を夢見る権利＞はあるか』（大月書店，2008）209-252 頁は，ホームレスであることを重視して定型的にこの者に権原を認める方向に傾きすぎているように思われる。

決定（大阪地裁決定）で示した議論の維持を試みたと言える。本判決は，次のように述べる。「本件除却命令は，各原告に対し，同人らが本件各公園内に設置する物件（本件テント等）を除却する義務を賦課することをその法的効果とする処分にすぎず，それを超えて，本件各公園の敷地である土地の明渡しを命じる趣旨までをも含むのではないと解され，本件除却命令に係る除却命令書の記載からも，このような趣旨を読み取ることはできない。そして，本件除却命令によって賦課される上記義務（本件テント等を除却する義務）自体は，他人が代わってなすことができるものであること（代替的作為義務であること）は明らかである」。「確かに，……原告らが本件各公園内に設置した本件テント等は，人の居住空間を提供するに足りる設備及び構造を有するものと推認され，原告らは，本件テント等を単にその起居の場所として利用するにとどまらずその生活の拠点として利用していた事実が認められるのであって，本件テント等の構造，設置の目的，態様及び利用形態等からすれば，原告らは，本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事実上その排他的支配下に置いていたということができる。［原文改行：筆者注］しかしながら，前記のとおり，本件除却命令は，あくまでも工作物その他の物件又は施設としての本件テント等の除却義務をその原告らに課すものにすぎず，本件テント等の除却によって本件テント等の設置場所ないしその周辺場所に対する原告らの事実上の排他的支配状態が失われることとなるとしても，それは，本件テント等の除却によって生じる事実上の効果にすぎないのであって，これをもって本件テント等の除却命令の法的効果の実現であるということはできない。のみならず，工作物その他の物件又は施設の設置によって当該物件又は施設の設置場所ないしその周辺場所が事実上その設置者等の排他的支配下に置かれることも少なくないと考えられるところ，そのような場合に当該物件又は施設の除却によって当該場所に対する設置者等の事実上の排他的支配状態の消滅という当該施設等の引渡しないし明渡しと同等の事実上の効果が生じてしまうことを理由に当該除却命令の代執行が許されないとすると，行政代執行法の適用場面が相当程度限定されたものとなって，行政上の義務の履行確保を原則として行政代執行法による代執行に限定した（1条）同法の趣旨が没却されるものというべきであり，……そのような限定解釈をすべき特段の理由は見いだせない」[78)]。

(2) 回避の意味するもの

以上の議論が，本稿の提出した議論を採用しなかったことは明らかである。また大阪地裁第2民事部は，安易に「占有」という概念を用いると厄介な問題を惹起する危険があると思い，この概念の利用に慎重になったのかも知れない。では，この結果として，大阪地裁本案判決は，どのような議論を提示したことになるのか。しかし，明確な理解は必ずしも容易でない。

第1に，ホームレスの有する事実上の排他的支配を占有という概念で表さなかったことは，判決が，当該公園区画に対する占有を公園管理者たる大阪市が有していると考えたことを示しているのだろうか。これはこれで，支配を嫌うという公共用物の理念を前面に打ち出した一つの明確な立場である。しかし，そのような読み方も成立しうるものの，であれば，大阪市が占有を有すると明示すべきであり，明示すれば代執行という執行方法の選択は当然に適法である[79)]。事実上の排他的支配的状態が失われる云々という回りくどい論証も必要ない。占有を大阪市が有しているにもかかわらず，大阪市の支配を妨害する事実上の支配，つまりホームレスが公園区画に対して及ぼしている暴力を破壊するための除却命令であり代執行である。占有でない，事実上の排他的支配が法の保護に値するということはない。

第2に，行政代執行の適用場面が限定され

78) 判決文 52-54 頁。
79) 参照，前掲注 70)。

すぎるという議論も，本稿の観点からすれば，それを防ぐためにも，相手方の支配が占有と評価されるべき支配か否かの判断を先行させ明確化する必要があると述べてきたのであって，占有の成否を判断する段階を無視するからそう見えるというだけの話である。相手方が何らかの物件を公物上に放置していれば相手方が占有を得ることになると簡単に考えてはならない，というのが本稿の議論の出発点であった。だからこそ，ホームレスの支配が占有と評価されて良いかを検討したのである。厳密なテストにより占有とは評価されない支配であれば，その支配を成り立たせている物件は，除却命令と代執行で除却されるべきものである。占有が認められる時には，明渡しとして代執行と別のルートを通る必要があることも述べたところであるけれども，それは，それこそ行政代執行法が命じているところである。占有の有無に関する厳格なテストを回避して，これでは代執行の行える範囲が狭くなるから採用できない，というのは，勝手に自分で自分の首を絞める類の議論であり，占有の成否をテストして占有の有無を厳密に識別すれば首は絞まらない。

あるいは，第3に，第1の指摘での読み方とは異なる読み方として，ホームレスが公園区画に及ぼす支配が占有であるのか否か裁判所が決定できなかったこと，この問題の決定を回避したまま議論を進めようとしたことを，占有の用語を回避した本判決の議論は示しているのかも知れない。占有の成否を問題にすることなく行政代執行の機能すべき範囲に関する考察から自らの立場を基礎付けようとする議論を執行申立却下決定での議論に付加している点も，このことを示唆する。

しかし，本稿の議論は，占有が認められれば明渡しの問題となり代執行の選択は違法，占有が認められなければ物件除却の問題として代執行の選択は適法と考えるもので，占有の有無を決めないことには先に進めない構造になっていた。では，決めずに先に進めるのだろうか。

占有が認められるならばテントの除却すなわち占有解除となると考える限り，先へ進めない。しかし，認められた占有の消長とテント除却とが切り離されうるものである——これこそ大阪地裁決定の示した立場であった——と考えるならば，テント設置と居住による支配が占有を基礎付けているか否かさえ決することなくテント除却だけを議論対象としうると考えるかも知れない。しかし，これは，占有の成否を決定しないため，さらに厄介な問題をもたらすように見える。

占有の成否を決定しそれによって決するという構造をもった議論であれば，占有の有無を論じることで，占有を成立させているように見える支配（実力）とその支配を打ち壊そうとしている実力とは，それぞれに法的な位置づけを与えられ，一定の手順・性質により正当とされない実力（支配）は解体されるか行使を禁止されることになる。ホームレスに占有が認められなければ，ホームレスの支配は先に見たように公物管理者の占有を害する暴力となり，代執行という実力行使（の選択）は適切であって，ホームレスのテント設置区画に対する支配はそれにより解体されるし，占有がホームレスに認められるならば，ホームレスの支配は一旦それとして認知された上で，公物管理者は，行政代執行でなく民事執行としての直接強制という実力を編成してもらいホームレスから占有を取り戻すことになる。いずれにせよ，それぞれの実力と支配は，それぞれに明確な法的位置づけを与えられる。

ところが，大阪地裁本案判決の議論は，占有の成否を明確に判断しなかった結果，ホームレスがテントを設置して居住したことに伴う，その公園区画に対する支配が如何に評価されるべきかを不明にしたまま，ヨリ大きな実力で公物管理者がその支配を打ち壊した，それを全体として適法としたという程度の分析しか示さなくなる。それは，行政代執行法に基づき適法であるという論証を一応行ってはいるものの，客観的な義務の性格に照らして行いうる実力行使の手順とあり方を定める，最も定型的でそれ故に最も統制しやすい箇所での判断を回避したものである。この統制を実質化させずに，我々は何のために義務

の性格理解と執行方法の対応を議論するのか。それは単なる知的遊戯としての分類論か。以上は，実力行使の客観的統制を可能にする絶好の箇所を放棄したことを意味する。不十分な統制はもちろん私人の権利救済の観点から批判されるべきであると共に，裏面として行政活動の十分な正当化がなされなかったことも意味し，行政活動の正当性になお疑いの余地を残してしまったことにもなる。不十分な統制は行政活動のためにもならない。

以上からすると，もし，ホームレスが公園にテントを設置して居住することで当該テント設置区画に及ぼしている支配を占有と評価できるか否か本案判決が決定できなかったのだとすれば，その回避は決める勇気を持てないままに重要な問題を回避したことを意味し，一層の混迷をもたらすだけのものであったと評価すべきだろう。その結果として失われたものは，私人・行政それぞれの実力のあり方を統制するための重要な手がかりであり，その結果，我々は裸の暴力が秩序を支配する社会へ一歩近づいてしまったことになるというべきであろう。確かに，我々は占有を重視し，その概念あるいはその成否の判断に何か，とりわけ義務者の人格の扱いをかからせることはしてこなかったという事実を，これまでの考察は却って浮き彫りにしていたかもしれない。それが日本の社会かもしれない。しかし，であれば，そのような混乱と暴力が支配する社会に止まることしか意味しない判断よりは，明示にホームレスの占有を否定して公物管理者の占有を認め代執行を適法とする構成の方が，実力行使・支配にヨリ明確な位置づけを与える試みである限りにおいて，(少なくとも行政法学者としては) いくらか評価に値すると見えたろう。

もちろん，ホームレスの占有を明示に否定したとして（あるいはそう読むとして），占有を否定したことの適否は議論の対象となる。「人の居住空間を提供するに足りる設備及び構造を有する」テントが設置され，当該「テント等を単にその起居の場所として利用するにとどまらずその生活の拠点として利用していた事実が認められ」，その「テント等の構造，設置の目的，態様及び利用形態等からすれば，原告らは，本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事実上その排他的支配下に置いていた」と認められるのに，なぜ占有が認められないのだろうか。実質的に見れば，帰る場所も有しそこで生活しているわけでもない人々の及ぼす公共用物に対する支配が，前掲横浜地判昭和 53 年 9 月 27 日において全く争いなく占有と認められていたことと対比すると，大阪地裁本案判決が認めた支配態様で占有の成立を否定するのは疑問の余地が残る。しかし，社会通念による判断ということか，本案判決にこの点につき語るところはない。単純に，強い者の強度の支配だけが占有なのだろうか。しかし，とすれば，法は徹頭徹尾，強者のための存在であることにならないか。ただし，今後，「事実上の排他的支配」と「占有」との違いがヨリ意識され，他の社会状況に関してもその識別が精緻にかつ合理的基準に基づいてなされるのであれば，大阪地裁本案判決はその必要を提起した判決として評価されうるかも知れない。せめてそうなって欲しいと筆者は思う。

法は，あくまでも「財産と教養」を持つ家長（たりうる者）同士の関係を規律する存在であり，帰るべき家さえ持たない者は法の世界において人格が尊重されずともやむを得ないと嘯く（あるいは諦める）か，それとも，全ての人はその生物学的存在の故に人格を持つ者と扱われねばならないという我々の constitution, Verfassung を成り立たせる要請が，法の世界でも実現されることを狙うか。ホームレス，何も持たない人々が，このことを法と法律家に問うている。

シャイロック「いや，命なら丸ごと取ってくれ，赦さなくていい――
家を支える親柱をとるのは
家を取るってことだ。
生きる手立てを取るのは
命を取るってことだ。」
（シェイクスピア『ヴェニスの商人』第 4 幕第 1 場）

（おおた・まさひこ）

論説

建築関係訴訟の運営について
～民事調停手続の活用を中心として～

前東京大学客員准教授・判事
岡崎克彦

I. はじめに

II. 建築関係訴訟の長期化の要因と対策
1 長期化の要因
(1) 専門的知見の不足
(2) 瑕疵等の争点が多数
(3) 証拠の不足
(4) 鑑定の長期化
(5) 感情的対立
2 長期化させないための方策
(1) はじめに
(2) 審理の計画化
(3) 瑕疵一覧表による争点整理手続の合理化
(4) 専門家調停委員による審理の専門化

III. 民事調停手続の活用の方法
1 手続の流れ
2 運営上の工夫点
(1) はじめに
(2) 調停手続の計画的運営
(3) 裁判官主導の進行と当事者が意見を述べる機会の確保
(4) 多様かつ高度な専門分野に対応できる調停委員の確保
(5) 調停委員の負担軽減策

IV. 訴訟運営改善の成果
1 審理期間と調停の成立率
2 当事者からの評価

V. おわりに

I. はじめに

民事訴訟制度に対する国民の期待に応えるためには，充実した審理を合理的な期間内に行うことが不可欠である。審理の充実と促進は我が国の民事訴訟のかねてからの懸案事項であったが，平成10年施行の民事訴訟法の下で争点中心型の審理が定着するに従って，審理期間は大きく短縮してきた。平成18年に既済となった地裁民事第1審訴訟事件の平均審理期間は7.8月であり[1)]，制度の違い等により単純な比較はできないものの，欧米諸国の中で最も民事訴訟の迅速化が進んでいるといわれているドイツの地裁（Landgericht）で2004年（平成16年）に既済となった民事第1審訴訟事件の平均審理期間が7.2月であるのと比べても遜色のない状況となっている[2)]。

このように，平均してみると我が国の民事第1審訴訟事件の審理は相当迅速化してきているが，他方で，公害や薬害等の大規模訴訟や審理・判断に法律以外の専門的知見を要する訴訟のように，いまだ長期化しがちな事件類型がある。建築関係訴訟（建物の建築をめぐる民事訴訟）は，医療関係訴訟や知的財産権訴訟と並んで専門的知見を要する訴訟の典型例であり，長期化しがちな事件類型といえるものである[3)]。すなわち，建築関係訴訟は，建築業者や設計者等から注文者等に対して請負代金等の請求をしたり，注文者等から建築業者や設計者等に対して瑕疵や納期の遅れを理由として損害賠償を請求したりする事案が一般的であるが，そのうち，特に建物の瑕疵の存否が問題となる事案においては，審理・判断に建築や土木の専門的知見が必要となる。平成18年に全国の地裁で既済となった瑕疵の主張のある建築関係訴訟の平均審理期間は22.4月であり，全事件の平均（7.8月）の約2.9倍となっている。また，瑕疵の主張のある建築関係訴訟のうち審理期間が2年を超えているものの割合は31.4%に及んでおり[4)]，裁判の迅速化に関する法律2条1項が「裁判の迅速化は，第1審の訴訟手続については2年以内のできるだけ短い期間内にこれを終局させ，…」と定めている趣旨に照らしても，問題があるといわざるを得ない。

長期化しがちな事件類型の多くは合議事件として扱われているが（裁判所法26条2項1号参照），建築関係訴訟については，多くの場合，第1審では裁判官一人による単独事件として扱われており，瑕疵の主張のある建築関係訴訟は，単独事件の中では最も長期化しがちな類型といえる。現に，筆者が平成12年4月に仙台地裁に赴任した際に前任者から引き継いで担当することになった単独事件の中で最も古いものは建築関係訴訟であり，係属期間の長い順に上位5件をみるとそのうち3件

---

1)　最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書 平成19年7月』最高裁判所（2007）16頁。

2)　最高裁判所事務総局・前掲注1)213頁。我が国の民事訴訟はドイツと比べて判決に対する上訴率が低いことも特徴としており（岡崎克彦「ドイツにおける民事訴訟の迅速性とそれを支えるもの」最高裁判所判例調査会編『海外司法ジャーナル』4巻（1998）126頁，142頁），上訴審まで含めた終局的な解決に至るまでの平均審理期間はドイツよりも短いといえるかもしれない。

3)　司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001）でも，専門的知見を要する事件への対応強化は，民事司法制度の改革の一つの柱とされており，その方策として挙げられていた専門委員制度の創設，鑑定制度の改善はその後の民事訴訟法改正（平成15年改正）に結実し，裁判所における集中部（建築関係訴訟を集中的に取り扱う部）の拡充は東京・大阪など4か所の大規模な地裁で実現している。

4)　以上のデータにつき，最高裁判所事務総局・前掲注1)54頁。なお，平成16年4月から12月までに既済となった瑕疵の主張のある建築関係訴訟の平均審理期間は24.2月であった（最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書 平成17年7月』最高裁判所（2005）85頁）。それ以前の全国的なデータはないが，東京地裁の平成11年3月から12月までのサンプル調査では31.5月（東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会・プラクティス第1委員会「東京地方裁判所における建築瑕疵紛争事件の審理の実情と運営について」判時1710号12頁，14頁（2001）），大阪地裁の平成11年5月から12年3月までのサンプル調査では30月（田中敦ほか「建築関係訴訟の審理の在り方について」判タ1029号4頁，6頁（2000））とされていたことからすると，最近の法改正，集中部の創設や訴訟運営の改善が迅速化に結びついていることがうかがわれる。

がこの種の訴訟であった。そのため，建築関係訴訟を合理的な期間内に終局させることは，単独事件において長期未済事件を生み出さないための要諦といえるものである。

筆者は，平成12年4月から平成15年3月まで仙台地裁に勤務していた当時，建築関係訴訟について，審理の質を落とさないように留意しながら迅速化を図り，当事者の満足度を上げていく必要があると考え，そのための訴訟運営の在り方に関して試行錯誤を重ねた。本稿では，やや古い話には属するが，筆者が当時行っていた運用のエッセンスを紹介することとする[5) 6)]。

II. 建築関係訴訟の長期化の要因と対策

1　長期化の要因

建築関係訴訟においても，当事者本人は一般に迅速な審理を望んでいると考えられる。瑕疵による損害賠償請求をする注文主にとってみれば，審理の係属中に瑕疵の修補をすることは証拠保全の観点や資金繰りの観点から実際上容易ではなく，欠陥の疑いのある建物を使用し続けることは耐えられないことであろう。また，請負代金請求をする請負人にとってみれば，多額の請負代金が未回収のままになっていることが経営上望ましくないことは明らかである。

ところが，現実には前記のとおり審理の長期化が顕著なものとなっている。建築関係訴訟の長期化の要因としては，以下の点を挙げることができる。

(1) 専門的知見の不足

建築関係訴訟の訴訟代理人となる弁護士や裁判官の多くは，建築関係訴訟の審理に必要な建築・土木の専門的知見に通じていないため，争点及び証拠の整理に時間を要し，また，争点に対する判断の見通しが立たないことから，争点整理の期間が長くなりがちであり，早期の和解による解決も困難である。最近では，注文主側の訴訟代理人が専門家の意見書をベースにして瑕疵の主張を構成してくることも多くなってきており[7)]，もともと専門家である請負人側との間で専門的知見をめぐる応酬が繰り広げられる事例もあるが，特にこのような事案では，裁判官が審理の中で中立かつ公正な専門的知見をいかに獲得していくかが課題となる。

(2) 瑕疵等の争点が多数

瑕疵の主張のある建築関係訴訟では，注文者側の主張する瑕疵の数がしばしば極めて多数に及ぶ。例えば，筆者が仙台地裁で担当した単独事件の中には瑕疵の個数が164か所の事例（別紙1「建築調停事件一覧表」の4番の事件）や110か所の事例があったし，合議事件の中には331か所に及ぶものもあった。争点整理の中では，このように多数の瑕疵の内容を特定し，瑕疵となる根拠や修補に要する費用等について一つ一つ証拠に基づいて整理していく必要がある。このほか，当初の契約で合意された本工事とは別の追加変更工事が多数行われる事例も多く，このような事案

---

5)　本稿で紹介する訴訟運営は，仙台地裁において私の単独係を担当していた早坂繁雄書記官，小高祐二書記官（以上，平成12年度，13年度），青木まどか書記官，大石豪三郎書記官（以上，平成14年度）と協議する中で形成されたものであり，具体的な方策の中には書記官のアイディアに由来するものも数多くある。なお，筆者が仙台地裁で勤務した時期は判事補7年目から9年目までに当たっており，初めて民事単独事件を担当した時期である。当時の担当事件数は，未済事件（手持ち事件）が200件強，1か月の新受事件が平均30件強であり，新受事件に占める建築関係訴訟の割合は1%強と思われる。

6)　建築関係訴訟の運営に関する主要な参考文献としては，前田順司ほか『専門的な知見を必要とする民事訴訟の運営』司法研究報告書第52輯第1号（法曹会，2000），齋藤隆編著『建築関係訴訟の実務（改訂版）』（新日本法規，2005），東京地方裁判所建築訴訟対策委員会編著『建築訴訟の審理』（判例タイムズ社，2006）がある。

7)　仙台弁護士会編『欠陥住宅紛争解決の実務』（仙台弁護士協同組合，2002）5，9頁は，弁護士が注文者側の代理人として損害賠償請求訴訟の訴状を作成する場合には，その前に建築士の私的鑑定書を取得することが必要不可欠であるとしている。

では，個々の追加変更工事の箇所を特定し，追加変更工事についてどのような合意があったのか等について証拠に基づいて整理をする必要がある。

(3) 証拠の不足

建築業界では，あらかじめ合意しておくべき事項をすべて網羅するような契約書面を作成する慣行がいまだ必ずしも定着しておらず，注文された工事の内容や追加変更契約の有無等をめぐって争いになる事案も多い。このように契約書面が不十分な事案では，立証を人証に頼らざるを得なくなり，契約内容の確定をするための争点整理や証拠調べに時間を要することになる。

(4) 鑑定の長期化

建築関係訴訟では，事件によっては裁判所が瑕疵等に関する争点に対する判断をするに当たり鑑定をすることが不可欠な場合もあるが，鑑定人の選任と鑑定書の提出に時間を要することもまれではない。筆者が仙台地裁に赴任した際に担当することになった単独事件で最も係属期間の長かったものは，老人保健施設の請負残代金請求の事案であり，引き継いだ時点で訴訟係属後既に約4年4か月を経過していたが，この事件では，約100か所の瑕疵をめぐって鑑定が行われており，鑑定人の選任に10か月，鑑定書の作成に実に2年の期間を要した（鑑定書の提出から約6か月後に和解で終了したが，合計の審理期間は約5年5か月を要した。）。この事件では，特殊な建造物について多数の瑕疵が主張されている特に難しい事案であったにもかかわらず，鑑定人が裁判所の鑑定を初めて経験する専門家であったことなどの事情が鑑定の長期化の原因となっており，これを一般化することは相当でないが，通常の事件でも鑑定には時間を要すると言われている[8)]。

(5) 感情的対立

建築請負契約は代金額が高額であり，特に注文主が個人である場合には，建物は一生に一度の大きな買い物であるばかりでなく，生活の拠点でもあることから，深刻な感情的対立を招きがちである。その結果，早期の和解による解決が困難な事件が多く，また，細かな不具合が数多く指摘されることになる。

2　長期化させないための方策

(1) はじめに

建築関係訴訟の長期化の要因は以上のとおりであるが，これらの要因を踏まえると，その対策としては，第1に計画的な審理を心がけることが考えられる。建築関係訴訟は，弁護士や裁判官に専門的知見が不足していることや瑕疵等の争点が多数に及ぶことなどから，弁護士や裁判官にとって取り組みにくい事件類型であり，どうしても着手するのが後回しになりがちである。その結果，次回期日までに準備を予定した事項が終わらなかったり，提訴から相当の期間が経過した後になって新たな瑕疵の主張がされたりするなどの望ましくない訴訟追行が見られる。このような事態に対応するためには，争点がある程度明らかになりつつある審理の比較的初期の段階で，当事者と裁判所とが終局までを見通した審理の計画を策定し，お互いの準備の目安と終局時期の目標を明らかにすることが有効である。このような計画的な審理を行うことにより，当事者本人にとっては，審理がいつになったら終わるか分からないことからくる不満や疲労感を避けることができるというメリットもある。

第2の対策として，多数の争点を整理する

8)　最高裁判所事務総局・前掲注1)67頁によると，平成18年に終局した建築関係訴訟において鑑定を実施した事件の鑑定採用日から鑑定書提出日までの平均期間（平均鑑定期間）は，6.3月である。なお，従前は，鑑定人の選任を容易に行うことができるようにするための方策が十分ではなかったが，平成13年に最高裁判所に建築関係訴訟委員会が設置され，社団法人日本建築学会の司法支援建築会議等の協力を得て，鑑定人候補者の推薦手続が整備されたことにより，現在では，同委員会の推薦依頼から推薦がされるまでおおむね1か月程度しか要しない状況に改善されている（最高裁判所建築関係訴訟委員会「建築関係訴訟委員会答申」判タ1180号45頁，47頁）。

ために，瑕疵に関する争点とそれ以外の争点とを分け，瑕疵に関する争点については番号を付して当事者双方の主張が一目で対比できるような瑕疵一覧表を作成することが有益であると考えられる。

第3の対策として，審理に専門的知見を導入する方法を再検討する必要があると思われる。特に，裁判官の専門的知見の不足を補うためには中立の専門家の意見を聴取することが不可欠であるが，そのために民事訴訟法が用意している鑑定には時に長大な時間を要するという大きな欠点があった(そのほかにも，当事者にとっては，100万円以上となることも多い鑑定費用を負担しなければならないという問題もある。)。判決をするために最後の手段として鑑定を行う必要のある事件が残ることはやむを得ないことであるが，鑑定に至る前の段階においてより簡易・迅速・安価に専門家の意見を聴取する方法として，一級建築士等の専門家を調停委員とする民事調停手続（民事調停法20条1項による受訴裁判所の調停）を活用することが有効であると考えられる。

そこで，筆者の担当係では，建築関係訴訟を長期化させないための方策として，①審理の計画化，②瑕疵一覧表による争点整理手続の合理化，③専門家調停委員による審理の専門化の三つに取り組むこととした。

(2) 審理の計画化

計画審理については，平成10年施行の民事訴訟規則165条で大規模訴訟に関する特則として定められていたが，民事訴訟法の平成15年改正において民事訴訟一般について規定されることとなった（民訴法147条の2，147条の3)。計画審理の推進によって，争点が多岐にわたる複雑な訴訟や審理・判断に専門的な知見を要する訴訟等の審理の充実・迅速化を図ることが期待されている。改正法では，審理の計画においては，①争点及び証拠の整理を行う期間，②証人及び当事者本人の尋問を行う期間，③口頭弁論の終結及び判決の言渡しの予定時期を定めなければならないとされており(同法147条の3第2項)，建築関係訴訟は，計画審理を行うべき事件類型の一つとされている[9]。

筆者の仙台地裁在任期間は平成15年改正前の時期であったが，基本的な発想は平成15年改正法と同様のものであった。筆者の担当係では，まず，単独係に係属する典型的な建築関係訴訟として，主張される瑕疵の個数が10か所程度のそれほど複雑でない戸建て住宅の事件を念頭に置き，これを訴え提起から1年半以内に終局に至らせることを目標とし，訴え提起から判決に至るまでの標準的な審理モデルを策定して，これを当事者に配付した。この標準審理モデルでは，訴え提起から第1回口頭弁論期日を経て被告が具体的な認否反論を提出するまでに4か月，争点整理をする期間として5か月，人証調べをする期間として2か月，鑑定をする期間として3か月，和解をする期間として2か月，判決書の準備期間として2か月を予定している。そして，被告から訴状に対する具体的な認否反論が出され，予想される争点（例えば，瑕疵が問題になるのか，その個数はどの程度か，瑕疵以外に争点はあるのか等）をおおざっぱに把握できる段階（通常は2回目の期日）において，当事者と裁判所との間で標準審理モデルから逸脱する要素について協議をするようにした。建築関係訴訟といってもその内容は千差万別であるから，審理の早い段階から終局時期を合意するような厳格な計画審理を目指しても早々に破綻を来すのは目に見えており，むしろ個々の事件の特徴に応じて臨機応変に中期的な計画を立てることを心がけた。

なお，標準審理モデルは判決に至ることを念頭に置くものであったが，実際の事件では，後記のとおり，専門家調停委員による民事調停の成立率が極めて高かったこともあって，原則として争点整理期間の終了後（標準審理モデルでは受理から9か月経過後）に調停手続に移行する運用をしていた。

9) 小野瀬厚＝武智克典編著『一問一答平成15年改正民事訴訟法』(商事法務，2004) 19頁。

(3) 瑕疵一覧表による争点整理手続の合理化

標準審理モデルでは，被告が具体的な認否反論を提出した後，争点整理のために5か月間に4回程度の弁論準備手続期日を実施することとし，その間に瑕疵に関する当事者の主張と証拠の整理を行うことを予定していた。この争点整理手続を合理的に行うため，当事者には準備書面に詳細な主張を記載してもらいこれを裏付ける書証を提出してもらうほか，別紙2のようなExcelで作成した瑕疵一覧表の書式を注文者側の代理人に交付し，代理人がこの表に主張を簡潔にまとめたものを記入し，請負人側の代理人に交付し，請負人側の代理人が反論を簡潔にまとめたものを記入して裁判所に提出してもらうこととした(別紙2は,別紙1「建築調停事件一覧表」の6番の事件で作成されたものの抜粋である。)。

(4) 専門家調停委員による審理の専門化

民事調停には，当事者が調停を申し立てる場合のほかに，受訴裁判所が当事者により提起された訴訟の進行過程で事件を調停に付す場合（民事調停法20条1項）があり，後者を付調停と呼ぶことがある。民事調停手続は，調停主任裁判官1名と民事調停委員2名以上から成る調停委員会が主宰するが（同法5条，6条），民事調停委員の中には「紛争の解決に有用な専門的知識経験を有する者」(民事調停委員及び家事調停委員規則1条。これを「専門家調停委員」という。）も任命されており，建築関係訴訟の審理に有用な専門的知見を有する専門家として大学の建築学科・土木学科の教授や一級建築士等も含まれている。そこで，建築関係訴訟を調停に付し，これらの専門家調停委員を担当として指定する（同法7条2項）ことにより，簡易・迅速に専門的知見を審理に反映させ，当事者間の合意による紛争解決を目指す運用が従来から行われていた。調停委員に対しては手当等が支給されるが（同法9条），これらは国庫負担とされているので，当事者にとっては安価に中立的な専門的知見に基づく判断を得ることができるというメリットもある。仮に調停が不成立に終わった場合には，訴訟手続を続行することになるが，その場合にも専門家調停委員が述べた意見を踏まえて争点を整理することができ，例えば，鑑定を行うにしても鑑定事項を的確なものにすることによって鑑定人の負担を減らし，鑑定手続の円滑な進行に資することになる。

筆者の担当係では，専門家調停委員による民事調停手続のメリットを存分に活用していたのであるが，その具体的方法については項目を改めて述べることとする。

III. 民事調停手続の活用の方法

1　手続の流れ

筆者の担当係では，建築関係訴訟を民事調停手続に付すのは，原則として，争点整理がおおむね終了した段階としていた。当事者の主張と書証が出され，瑕疵一覧表の作成が終了すると，争点整理が終了することとなるが(標準審理モデルでは訴えの提起から9か月程度でこの状態に至ることになる。)，争点整理の終了の目途が立ったころに，裁判所から当事者に対し,付調停についての意見を聴く。当事者（弁護士）の中には，後記のとおり，付調停に対して消極的な意見を述べる者もいるが，そのような場合には，調停手続の進行の方針を具体的に説明して当事者の懸念を払拭するように努めた。

当事者から付調停について賛成する旨の意見が出されると，調停委員の指定を行う。民事調停委員は,最高裁判所によって任命され,最高裁判所の定める裁判所（官署としての裁判所）に所属する（民事調停委員及び家事調停委員規則1条，4条)。民事調停事件の手続を主宰するのは調停委員会であるが，その構成員となる民事調停委員は個々の事件ごとに官署としての裁判所（仙台地裁）に所属する民事調停委員の中から指定することになる(民事調停法7条2項)。筆者の担当係では，原則として，建築・土木を専門とする専門家調停委員の中から当該事件にふさわしいと考

えられる調停委員２名を指定していた。

調停委員の指定と並行して，当事者から，それぞれ裁判所に提出済みの主張書面及び書証のうち調停委員に交付すべきと考えられるものの写しを提出してもらい，当該事件の担当に指定した調停委員に対し，瑕疵一覧表とともにこれを交付して第１回調停期日までに検討するよう依頼する。

第１回調停期日では，調停委員から当事者に対し，事件全般について質問を発し，追加して提出すべき書証がある場合にはこれを指摘する。多くの事件では，現地の見分を行うことが有益であるが，現地の見分を行う事件においては，第２回調停期日にこれを行うこととし，第１回調停期日では，当事者に対し，そのための準備事項を指示することとなる。

第２回調停期日に現地の見分を実施した後，第３回調停期日において，調停委員から当事者に対し，現地見分の結果やそれに基づく調停委員の意見を説明し，その後，第４回調停期日にかけて，当事者から反論や意見を聴取する。そして，機が熟したところで調停案を提示し，調停成立を目指すことになる。

2　運営上の工夫点

(1) はじめに

民事調停手続には，①訴訟手続に比べて，簡易・迅速・安価な紛争解決が可能であること，②判決による解決は訴訟物に限られるのに対し，調停では判決による解決の限界を超えた解決が可能であること（例えば，専門家調停委員の監督の下に請負人が瑕疵を自ら修補するなどの柔軟な解決を図ることもでき，別紙１「建築調停事件一覧表」の３番の事件はその例である。）などのメリットがある。

他方で，建築関係訴訟を民事調停手続に付すことについては，当事者の側から，例えば，調停に付すると調停成立の見通しのないまま期日が重ねられ審理に時間を要するのではないかとか，進行が調停委員任せになり調停が不成立に終わった場合に裁判官に対して同じことを説明しなければならなくなるのではないかとか，裁判官が調停委員から聴取した専門的知見により心証を固めてしまい当事者の反証の機会が確保されにくくなるのではないか，などといった懸念が示されることがある。民事調停手続を活用するためには，手続に対する当事者の理解と協力を得ることが不可欠であり，これらの懸念を払拭するような訴訟運営を心がける必要がある。

また，調停委員会の意見に対して当事者を納得させるには，質の高い専門家調停委員を指定することが必要であるし，多数の建築関係訴訟を民事調停手続に付するとなると，それに相応する人数の専門家調停委員を確保するとともに，調停委員に過度の負担をかけることのないような方策が求められる。

(2) 調停手続の計画的運営

まず，調停に付すると審理に時間を要するのではないかという懸念に対応するために，ここでも手続を計画的に運営することを心がけた。筆者の担当係では，第１回から第４回までの調停期日において行う審理の内容はおおむね前記のとおりであって，定型的な進行が図られることになる。その中で，当事者の側で準備に時間を要すると考えられるのは，調停委員から示された見解に対して意見を述べる第４回調停期日である。他方で，第１回から第３回までの期日はあまり間隔を空ける必要がなく，むしろ，前の期日で行われた手続についての記憶が新鮮なうちに審理を進める方が望ましい。ところが，１回の期日の最後に次回期日を指定する従来の方式では，調停委員も含む多数の関係者の都合が合うのはかなり先になってしまうこともまれではなく，期日を集中的に実施することは困難であった。そこで，調停委員を指定した段階において，はじめの３回の調停期日をできる限り一括して指定することによって，短期間に集中的に手続の進行を図ることができるようにした。

また，調停の成否の見極めは，原則として５回程度の調停期日を重ねた段階（付調停の決定をしてからおおむね６か月以内）で行うこととし，調停成立の見込みのないまま調停手

続を続けることのないようにした。ただし，請負人等の側に自ら一定の補修工事を実施させるような調停案を出した場合において，調停が成立する見通しがあるときは，補修工事の計画作成と実施のために，更に数回の調停期日を重ねることが必要となった（例えば，別紙1「建築調停事件一覧表」の3番の事件は，1年2か月にわたって調停手続を行っているが，これは，調停案として，被告らに擁壁の補修工事と建物の補強工事を行わせる案を提示し，そのためにボーリング調査を実施して工法を決定し，被告間で工事費用の負担割合を定め，現実に工事を実施して，その完了を待ったことによるものである。)。

以上の手続の進行計画は，付調停の決定をする際又は第1回調停期日に当事者に伝えることとし，当事者が手続の見通しを持ちやすくなるようにした。

(3) 裁判官主導の進行と当事者が意見を述べる機会の確保

次に，当事者から，手続の進行が調停委員任せになるとする懸念が示されることがあるのは，前記のとおりである。これは，裁判官の方針により，大部分の調停期日を裁判官の立会いなく実施する運用をしている例があることからくる懸念である。この懸念に対しては，すべての調停期日に裁判官である筆者が立ち会うこととし，審理の進行（訴訟指揮）は専ら裁判官が行うようにした。これによって，当事者は，調停が不成立に終わったとしても同じことを裁判官に説明する必要はなくなるし，調停案を受諾するか否かを決断する際に瑕疵以外の争点に対する判断を踏まえる必要がある場合には，判決になった場合の裁判官の心証を直接聞くことができることになる。

さらに，裁判官が調停委員から聴取した専門的知見により心証を固めてしまい当事者の反証の機会が確保されにくくなるとの懸念に対しては，調停委員が意見を述べた後で必ず当事者に反論の機会を設けるようにした。請負人側の技術者や注文者側が同行した専門家と調停委員との間で，活発な意見交換がされることもあったが，じっくり時間をかけて討議をすることにより，最終的に調停委員が述べた意見について納得を得られることが多かった。なお，調停が不成立に終わった場合には，調停案に応じなかった当事者は調停委員が述べた専門的知見に納得していないことが多く，当事者に対しては改めて私的鑑定書（書証）を提出したり鑑定を申請したりする機会を設けているから，付調停によって反証の機会が確保されにくくなるという懸念は当たらないといえよう。

(4) 多様かつ高度な専門分野に対応できる調停委員の確保

筆者が仙台地裁に赴任した平成12年4月当時，建築関係の専門家調停委員は6名いたが，筆者の他にも付調停の活用をしている裁判官が複数おり，これとは別に当事者の申立てにより簡易裁判所に提起される建築調停事件もあったことから，調停委員によっては一人で4～5件を担当しているという状態になった。当時の建築関係の専門家調停委員のほとんどは，一級建築士として設計事務所を経営しておられ，調停委員としての職務は，本業の収入と比較すると極めて低廉な手当の支給はされるものの，いわばボランティアとして受けていただくものであることから，その負担軽減を図る必要があり，専門家調停委員の増員が急務となった。また，多様かつ高度な専門的知見を要する事案にも対応できるようにするという観点からは，特定の専門分野について深い知見を持つ大学の工学部の教授や施工業務に詳しい建設会社の技術者といった幅広い人材の確保も要請された。

そこで，最高裁判所事務総局民事局を通じて社団法人日本建築学会に調停委員の推薦依頼をしたところ，東北大学工学部等の大学教授や建設会社の技術者等が推薦され，平成13年4月に新たに6名の専門家を調停委員に任命することができた。その後，設計事務所を経営する一級建築士等を新たに任命するなどして，平成14年10月の時点では，仙台地裁所属の建築・土木関係の専門家調停委員は合計18名となった。その内訳は，大学教授（構

造，材料，土木，都市計画等）5名，設計事務所経営者（一級建築士）8名，建設会社の技術者（一級建築士）2名，施工業者2名，県職員（環境）1名であった。このような増員によって，事件の具体的な争点に応じて専門分野に配慮した調停委員の指定をすることが可能となった。

後記のとおり，筆者の担当係で調停成立率が高かったのも，ひとえに専門家調停委員に対する当事者の信頼の高さに由来するものと考えられる。

(5) 調停委員の負担軽減策

専門家調停委員の増員とともに，個々の事件処理の中でも調停委員の負担軽減のための方策を検討した。

まず，建築関係訴訟の裁判記録は時に大部なものとなり，裁判官や弁護士にとってもこれを読み込むのは負担の重い作業となるが，裁判記録になじみの薄い専門家調停委員にとってはその負担感は相当なものと考えられる。しかも，従来は，調停委員が他の担当事件の関係で裁判所に来庁した際に裁判記録を閲読していただくことが多かったようであるが，この方法では，調停委員に記録閲読のために平日の日中にまとまった時間をとっていただかなければならなくなり，ともすると準備不足のまま期日を迎えることにもなりかねないという問題があった。そこで，筆者の担当係では，付調停の前に争点整理手続を先行させ，その中で瑕疵一覧表を作成することによって，専門家調停委員の意見を求めることになる瑕疵に関する当事者の主張を分かりやすく整理し，この瑕疵一覧表を専門家調停委員に交付していた。それとともに，各当事者から，それぞれ裁判所に提出済みの主張書面及び書証のうち調停委員に交付すべきと考えられるもの（専門家調停委員の意見を求める事項と無関係な主張書面や書証は除く。）の写しを提出してもらい，調停委員に対してこれを交付して第1回調停期日までに検討するよう依頼することとした。

次に，付調停の運用として，争点整理においても専門家調停委員の専門的知見を活用する方法もあり得るところであり，当事者の専門的知見が極めて不十分な事案ではこのような方法による争点整理が有益であると言われている。しかし，当事者主義の訴訟構造を採る我が国の民事訴訟において，争点整理は第1次的には当事者の責任であると考えるべきであるから，筆者の担当係では，争点整理を目的とする付調停は行っておらず，調停に付すのは原則として瑕疵一覧表が完成した後としていた。このような運用により，調停委員は専門的な意見を形成し，これを当事者に伝えるのに必要最小限の期日に立ち会えば足りることとなる。また，先に述べた調停手続の計画的運営によって期日の数を原則として5回程度以内にとどめることとし，調停成立の見通しもないまま無駄な期日を重ねることのないよう配慮した。

さらに，調停手続の進行過程では，当事者間又は裁判所と当事者との間で厳しいやりとりが展開されることもあるが, 前記のとおり，調停手続における訴訟指揮は専ら裁判官である筆者が担当することによって，調停委員は専門的知見に基づく意見を述べることに専念することができるようにし，調停委員の負担軽減を図った。

IV. 訴訟運営改善の成果

1　審理期間と調停の成立率

以上に述べてきた訴訟運営改善の成果を見るには，筆者が仙台地裁に赴任した平成12年4月以降に新たに提起された建築関係訴訟の動向を検討する必要がある。そこで，平成12年4月以降に新たに提起され筆者の単独事件として担当することになった建築関係訴訟のうち，既済となった事件（ただし，早期に和解が成立したものを除く。）の概要を取りまとめると，別紙1「建築調停事件一覧表」のとおりとなる（これらの事件はいずれも調停に付した。）。これによると，該当事件は7件あり，すべて調停成立により終了し，平均審理期間は17.1月（うち調停手続を実

施していた期間は4.9月）となっている。このほか，平成15年4月に後任者に引き継いだ建築関係訴訟が2件あり，いずれも調停手続を続行中であったが，まもなく調停が成立する見通しとなっており，これを考慮に入れても，おおむね1年半以内に終局に至らせることができていたといえる。例外的に，同表の3番の事件は終局までに2年4か月を要したが，この事件は，ジョイントベンチャーによる大規模な宅地造成工事において建物の敷地に地盤沈下が生じているかどうかが問題となっていた難件であり，当事者の要望により補修工事を被告会社が自ら行うこととし，その目処が立つまで調停手続を続行していたために期間を要したものであり，事件の難易度や当事者の満足度を踏まえると特に問題とするには及ばないものと考えられる。

なお，平成12年4月に前任者から引き継いだ建築関係訴訟のうち4件（うち2件は平成12年4月の時点で係属期間が2年を超えていた。）を調停に付したが，うち3件が調停成立により終了し，1件は不成立となって判決により終了した。

上記のとおり，筆者の担当係で終局に至った建築関係訴訟の審理期間は，最近の全国平均と比べても短いものとなっており，訴訟運営の改善が審理の迅速化に寄与したものと思われる。このような成果は，計画審理や争点整理手続の合理化もさることながら，特に，前任者からの引継事件を考慮に入れても9割以上という高い調停成立率に支えられたものであり，専門家調停委員による民事調停手続の活用の有用性が改めて注目される。

2　当事者からの評価

以上のとおり，建築関係訴訟の迅速化の面では一定の成果があったということができ，このような迅速化は民事調停手続を活用した審理によって実現したものであるが，調停手続の中では判決の場合に判決文に記載されることになる細かな事実認定を捨象することも多いため，このように調停を活用する手法が当事者からどのように評価されているかは興味深いところである。そこで，筆者の担当係では，調停に付した建築関係訴訟が終了すると，当事者に対し，別紙3のようなアンケートをお願いし，無記名による回答を求めた。その結果の概要は，別紙4「建築事件アンケート結果」のとおりである（回答総数18）。

これによると，調停の結論に対する満足度は，「満足」と「おおむね満足」を合わせると8割近くに達している。また，審理期間に対する満足度は「満足」と「おおむね満足」を合わせると9割以上であり，審理の進め方に対する満足度は「満足」と「おおむね満足」を合わせると100%に達した。さらに，事件を調停に付したことについては，すべての回答が「よかった」としており，よかった点として，判決手続よりも迅速に解決できたことや専門的知見を踏まえた解決ができたことを挙げる回答が多かった。

以上の結果を踏まえると，建築関係訴訟において民事調停手続を活用する手法は当事者から高い評価を得られたものと考えられる。

V. おわりに

本稿では，筆者の担当係における建築関係訴訟の運営改善の具体的内容とその成果を紹介した。もとよりこの運営改善は，筆者が担当したわずかな件数の事件において試みたものにすぎず，また，仙台地裁という中規模庁（民事部は4か部）を前提としたものであって，東京のような大規模庁や民事部が1～2か部しかないような小規模庁には直ちに応用できるわけではないと思われる（大規模庁では，仙台にはないような巨大事件も係属しており，これに対応するのは容易ではないであろうし，また，小規模庁では，専門家調停委員の確保や弁護士の専門性などの点において困難な面があろう。）。

しかしながら，建築関係訴訟に限らず，裁判官は，個々の事件を担当する中で，活用できるツールを駆使し様々なアイディアを出しながら，よりよい司法サービスを提供すべく

訴訟運営を行っているのであり，裁判官の創意工夫により個々の裁判の進行は変わり得るものである。そのような一例として，筆者の拙い訴訟運営について紹介することも無意味ではないと考え，これを発表することとした次第である。社会の司法に対する期待が高まる中で，今後は今まで以上に複雑かつ多様な紛争が裁判所に持ち込まれることが予想されるが，様々な事件類型の特性に応じた訴訟運営を工夫していくことが期待される。

（おかざき・かつひこ）

別紙1：建築調停事件一覧表

	事件番号	事件の種類	請求額	当事者の数等	事案の概要	人証調べ	調停委員	調停条項の概要	審理期間
1	12w1225	請負代金	93,350,000	原告1社（建設会社）・被告1名	4階建共同住宅の請負残代金の請求に対して，基礎杭の長さの設計図違反等の10項目の瑕疵による6261万円の損害賠償請求権による相殺の抗弁が主張された。	なし	大学教授（耐震構造等）1名・大手建設会社の現場担当1名	(1)被告は，瑕疵修補費用約400万円を控除した残代金を支払う，(2)20年間の瑕疵担保特約	1年11月（うち調停4月）
2	12w1250	損害賠償等	主位的33,000,000 予備的10,657,500	原告1名・被告2名（売主1名，仲介業者1社）	被告1の仲介により被告2から土地建物を購入した原告が，土地の擁壁に倒壊の危険があるとして，主位的に瑕疵担保責任による売買契約解除に基づく代金の返還，予備的に不法行為に基づく修繕費用相当の損害賠償を求めたのに対し，被告らは倒壊の危険性を否認した。	なし	大学教授（土木工学）1名・設計事務所経営の一級建築士1名	被告らは，擁壁の作り直しの工事費用600万円を支払う（被告1が450万円，被告2が150万円を負担）	1年（うち調停3月）
3	12w1434 13w483	損害賠償等	67,968,327	原告2名（共有者）・被告8社（土地建物の売主等2社，地盤の造成工事の設計者1社，地盤の造成工事の施工業者5社）	被告3が設計し，被告4～8がジョイントベンチャーにより施工した大規模な造成工事により形成された造成地の一画である本件土地（斜面に盛土をして造成）の所有者である被告1との間で，本件土地の売買契約及び土地上の本件建物の請負契約を締結して本件土地建物を取得した原告らが，本件土地の盛土を支える高さ7mのL字型コンクリート擁壁が地滑りしており盛土部分が地盤沈下していると主張して，不法行為等に基づく損害賠償を請求する。主要な争点は，地滑りや地盤沈下があるか，擁壁の構造に瑕疵があるか，瑕疵があるとして責任の主体はどこか，被告1に地盤の調査義務はあるか，など。	なし	大学教授（土木工学）1名・設計事務所経営の一級建築士1名	(1)調停手続係属中に被告4が行ったボーリング調査に基づき調停委員の意見を踏まえて擁壁補修工事を実施し，その費用（1463万円）を被告3～8が負担，(2)被告1が建物補強工事を実施し，その費用1113万円のうち863万円を被告1が負担（うち250万円を原告負担），(3)これらの補修工事について10年間の瑕疵担保特約	2年4月（うち調停1年2月）
4	13w278	請負代金	1,310,750	原告1社（建設会社）・被告1名（注文主＝一級建築士の有資格者）	被告の自宅の新築工事の請負契約に基づく残代金請求に対して，被告が164か所の瑕疵の修補費用が400万円以上かかるとして相殺の抗弁を主張する。	なし	設計事務所経営の一級建築士2名	(1)原告は，被告に対し，瑕疵修補費用200万円から残代金を控除した70万円を支払う，(2)原告は共聴アンテナの維持管理を行う。	1年3月（うち調停2月）

5	13w761	監理料返還	被告1に対して5,016,000 被告2に対して2,243,800	原告1社・被告2社（いずれも監理会社）	原告が施工業者との間で締結した寺院の建築請負契約に基づく工事について，被告らとの間で工事監理業務契約を締結したが，工事が中断し1年半後に再開した後に被告らが監理業務を再開しなかったとして，既払の監理料から出来高分を控除した各残金の返還を求めたのに対し，被告らが，工事の中断原因は原告にあり，被告らは中断中も工事再開に向けて業務を継続していたと争った。	なし	設計事務所経営の一級建築士2名	出来高を評価し，既払の監理料から出来高分を控除して，被告1が50万円，被告2が70万円を支払う。	1年（うち調停3月）
6	(1) 13w781，(2) 14w236	(1)請負代金 (2)損害賠償	(1)請負代金 10,927,926 (2)損害賠償 33,899,812	(1)原告1社（建設会社），被告1名，(2)原告1名，被告2社（建築会社と設計監理者）	(1)事件は，原告が被告の自宅の新築工事の請負契約に基づき請負残代金を請求したのに対し，被告が本件建物には基礎部分を含む38か所の瑕疵等があるとして支払を拒むもの。(2)事件は，(1)事件の被告が(1)事件の原告及び本件建物の設計監理者を相手方として，本件建物の工事の遅延及び瑕疵等を理由とする損害賠償を求めるもの。	なし	設計事務所経営の一級建築士2名	いずれの請求も放棄し，債権債務がないことを確認。	1年6月（うち調停5月）
7	14w12	請負代金	96,758,500	原告1社（建設会社），被告2社（注文者と保証人）	ラブホテルの新築工事の請負契約（代金2億3100万円）に基づき請負残代金5500万円及び追加変更工事代金4175万8500円を請求したのに対し，被告らは，追加変更工事の成立を否認し，17項目の工事の未完成・瑕疵を主張して支払を拒絶する。	あり（証人3名，代表者1名）	設計事務所経営の一級建築士1名，大手建設会社の現場担当1名	残代金5500万円のほか追加変更工事分として1479万円の代金が発生するが，瑕疵修補に404万円を要すること，遅延損害金が発生していることなどを考慮して，被告らが6700万円を支払う。	1年（うち調停3月）

別紙２：瑕疵一覧表の一例

		注文者側			請負人側			注文者側			請負人側			
No.	項目	主張	根拠	証拠	認否	主張	証拠	補修方法等	損害額	証拠	認否	反論	金額	証拠
1	基礎底盤のコンクリートかぶり厚さ不足	本件建物を西側1か所，東側1か所で掘削し，基礎底盤の厚さを測定したところ，西側で13～14cm，東側で11cmしかなかった。このように本件建物の基礎底盤の厚さは，設計図書，公庫仕様書に違反し，基礎の鉄筋のかぶり厚さが十分にとられておらず，基礎の耐久性に重大な欠陥を有する。	建基法施行令79条，公庫仕様書，JASS5. 2. 10	乙10～12,15	×	基礎底盤の厚さに明確な基準はない上，厚さが正確に15cmとなる現場はなく，当然多少の相違は出るところ，本件建物も13ないし15cmは全体的に確保されており，耐久性に欠けるものではない。		既存建物を基礎上部よりジャッキアップにより仮固定した状態で，既存基礎の解体と再施工を行う。	他の瑕疵修補費用と合計で2205万5000円		×	再施工の必要なし		
2	基礎底盤巾の不足	本件建物の基礎高や基礎のコンクリート巾からすると，45cm以上の基礎巾が必要である。この点，本件建物の設計図書上においては，基礎底盤巾は40cmとされているが，設計自体において必要な底盤巾が確保されていないと言わざるを得ない。ところが，実際に施工された本件建物の基礎底盤巾は，西側東側共に34cmしかない。	建基法施行令38条，「小規模建築物基礎設計の手引き」，設計図書	乙10,12	×	「小規模建築物基礎設計の手引き」からは巾を45cmとする必要性は出てこないし，2階建建物における基礎底盤巾は地耐力70KN/㎡以上の地盤では24cm（鉄筋不要），50KN/㎡以上では36cm（鉄筋入り）が標準であるが，本件敷地の推定地耐力は100KN/㎡はあるので，十分に基礎としての性能を満たしている。また，基礎は40cmの型枠をして施工している。		同上	同上		×	同上		
3	捨てコンクリートの未施工	本件建物の基礎下部には，捨てコンクリートが全く施工されていなかった。	設計図書，施工の通例	乙10, 15	○	捨てコンクリートは作業工程を省いただけで欠陥とは言わない。		同上	同上		×	同上		
4	……（以下略）	……	……	…	…	……		……	……		…	……		

別紙3

建築事件アンケート（調停用）

仙 台 地 裁 第 １ 民 事 部
裁 判 官　岡 崎 克 彦
ＦＡＸ０２２－○○○－○○○○

当係では，建築事件（建築瑕疵等の専門的知見が問題となる事件）のよりよい審理の在り方について検討を行っております。つきましては，ご多忙のところ誠に恐縮ではございますが，以下のアンケートに御回答願えれば幸いです。

○　本件の審理に関し，以下の点につきどのように感じておられますか（当事者本人の御意見が分かる場合には，それを基準にお答え下さい。）。

(1)　調停の結論に対する満足度

①　満足，②　おおむね満足，③　どちらともいえない，④　不満

・理由（　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　）

(2)　審理期間に対する満足度

①　満足，②　おおむね満足，③　どちらともいえない，④　不満

・理由（　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　）

(3)　審理の進め方に対する満足度

①　満足，②　おおむね満足，③　どちらともいえない，④　不満

・理由（　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　）

(4)　調停に付したことはよかったか

①　よかった，②　どちらともいえない，③　よくなかった

・よかった点（複数回答可）

(ｱ)　判決手続よりも迅速に解決できた

(ｲ)　専門的な知見を踏まえた解決ができた

(ｳ)　判決手続よりも安価に解決できた

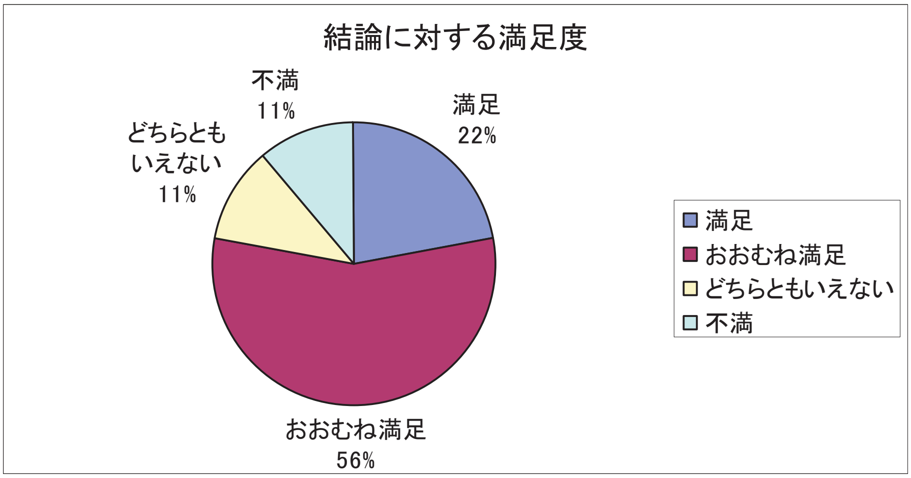
(ｴ)　その他（　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　）

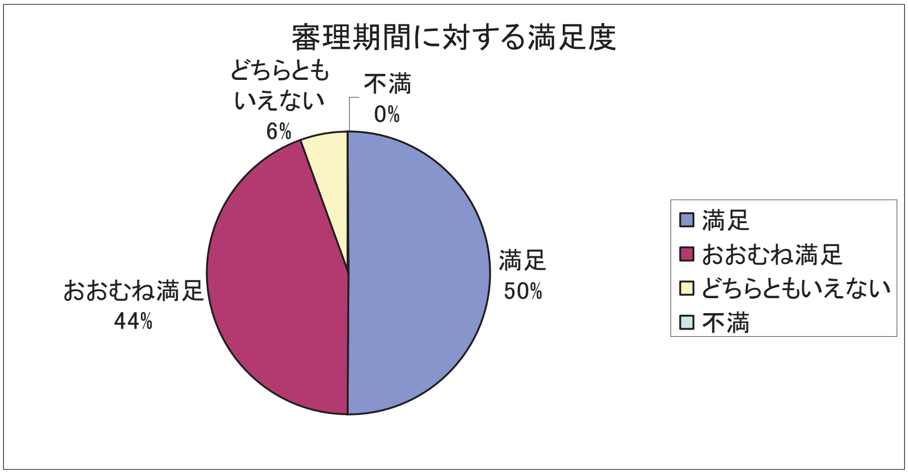
・よくなかった点

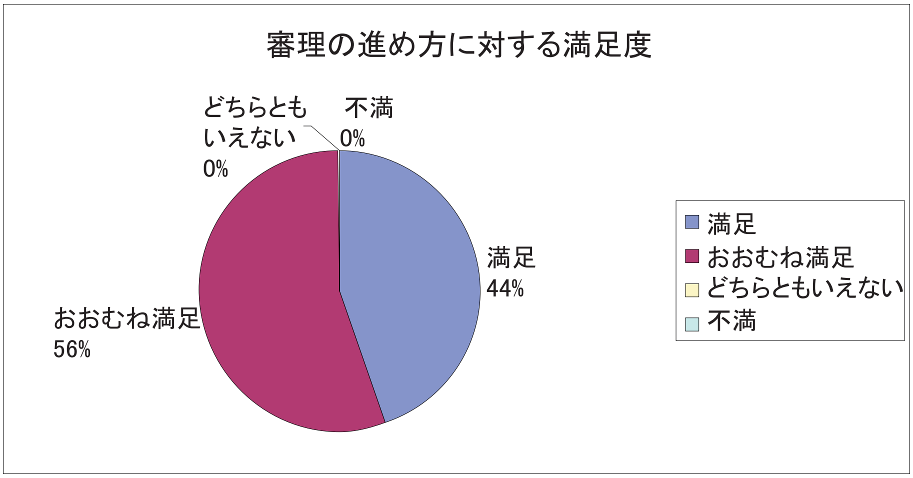
（　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　）

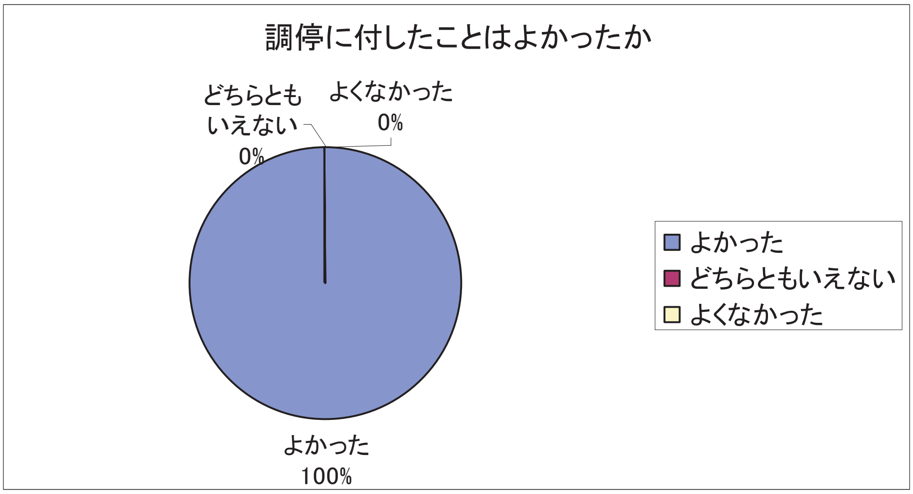
(5)　その他お気づきの点があればお書き下さい。

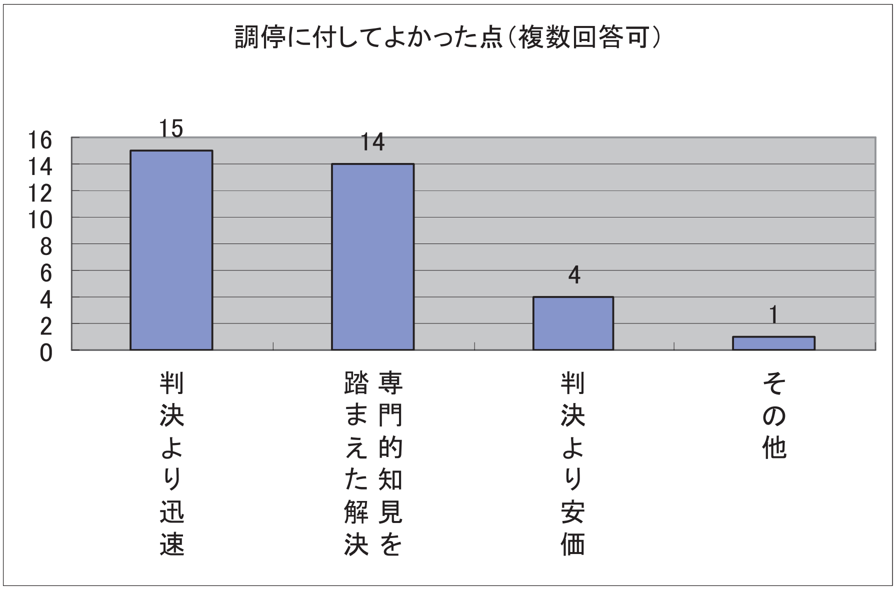
別紙４：建築事件アンケート結果








調停に付したことはよかったか
どちらとも
いえない
0%
よくなかった
0%
よかった
100%
よかった
どちらともいえない
よくなかった


調停に付してよかった点（複数回答可）
15
14
4
1
16
14
12
10
8
6
4
2
0
判決より迅速
専門的知見を踏まえた解決
判決より安価
その他

論説

訴訟手続における受託者・信託財産・受益者の関係

―訴訟信託と任意的訴訟担当の関係に関する立法過程の議論を参考として―

東京大学客員教授・弁護士
小野　傑

I.　問題の所在

II.　訴訟信託の禁止を巡る立法過程の議論
　1　旧法下における訴訟信託禁止を巡る議論
　　(1) 旧法下における学説の動向
　　(2) 訴訟信託禁止に関連する裁判実務
　2　新法立法過程における訴訟信託禁止を巡る議論
　　(1) 法制審議会信託法部会事務局の見解
　　(2) 事務局見解に対する反論

III.　訴訟信託と任意的訴訟担当の関係
　1　訴訟担当について
　　(1) 法定訴訟担当と実体法上の関係
　　(2) 任意的訴訟担当と実体法上の関係
　2　訴訟担当とセキュリティトラストとの関係
　　(1) セキュリティトラストを巡る議論
　　(2) 担信法とセキュリティトラストの関係
　3　任意的訴訟担当を許容すべき状況について
　4　任意的訴訟担当の許容される状況と訴訟信託の関係
　　(1) 事務局見解
　　(2) 事務局見解に対する反論
　　(3) 任意的訴訟担当と訴訟信託の構造上の違いがもたらす手続法上の相違

IV.　新信託法下における受託者・信託財産・受益者の訴訟手続法上の関係
　1　債権説によるアプローチ
　2　実質的法主体説によるアプローチ

V.　まとめ

I. 問題の所在

2008年9月，旧信託法を全面的に改正した新信託法が施行された。訴訟信託禁止については（旧信託法11条，新信託法10条。以下単に旧法，新法或いは法という。），現代語化がされた以外条文の規定ぶりに差はない[1]。しかしながら立法過程[2]においては「正当な理由がある場合は，この限りでないものとする。」という趣旨の但書[3]を新たに訴訟信託禁止規定中に追加すべきか否かで，制度の本質にも迫る活発な議論が交わされた。中でも，任意的訴訟担当[4]が許容される現況を踏まえて本来の権利義務の帰属主体である者から財産を譲り受け，受託者となった上で訴訟を追行する訴訟信託が許容される状況もあるのではないかという見解，これに対し，両者間の理論的相違を指摘し同列に論じることの問題を指摘する反論は，両者間の関係について議論を掘り下げたものとして興味深いものがある。

なお，従前は，信託に関連する紛争は受託者・受益者間の内部関係における争いが主だったところ，近時はライブドア事件や西武鉄道事件[5]のようにいわゆる証券訴訟が注目されるに至り，この中で信託財産たる有価証券の価値の毀損が争われることも多く，今後，信託が社会に浸透するにしたがい，受託者が信託財産に関する訴訟において原告又は被告となる機会が増すことも予想される。この場合受託者・信託財産・受益者の訴訟手続における関係をいかに理解すべきか，信託財産の利益を享受する受益者について考慮せず，また受託者・信託財産・受益者という信託の構造に配慮せず，訴訟手続上「所有」[6]名義を有する受託者のみを当事者と考えそれ以上に掘り下げなくてよいか，信託における債権説，実質的法主体説はこの関係でいかなる関わりを有するか等，論点は種々存在するが，立法過程における訴訟信託と任意的訴訟担当を巡る議論は，こうした諸論点を検討するにつき恰好の材料を提供するものと言えよ

1) 旧法11条は「信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定するところ，新法10条は「信託は，訴訟行為をさせることを主たる目的としてすることができない。」と規定する。

2) 法制審議会信託法部会における議論を主として意味するものとする。同部会における議論について公開された資料としては後掲注3)の議事録に限られる。筆者は同部会に委員として参加していたのであるが，部会の進め方として，通常毎回事務局によって「信託法の見直しに関する検討課題」と題する詳細な資料が用意され，審議の効率化が図られてきた。本稿において部会における議論或いは事務局の見解と述べる場合は，そうした議事録には必ずしも完全には反映されていない審議内容についても言及している場合もあることに留意願いたい。

3) 法制審議会信託法部会第1回，2回，3回議事録（2004，http://www.moj.go.jp/SHINGI/shintaku_index.html, 2009年9月4日最終検索。）参照。議論の取りまとめとしては法務省民事局参事官室「信託法改正要綱試案補足説明」（2005，http://www.moj.go.jp/PUBLIC/MINJI60/refer02.pdf, 2009年9月4日最終検索。信託223号87頁（2005）所収。）第2「脱法信託及び訴訟信託について」が詳しい。なお，要綱試案段階で既に但書については撤回されている。

4) 後掲注23)参照。

5) ライブドア事件（東京地判平成20年6月13日判時2013号27頁）及び西武鉄道事件（東京地裁に係属した10件以上の一連の事件及び東京高裁におけるそれらの控訴審判決）を指す。後者の中には個人株主が原告となったものもあるが，本稿に関連する信託財産としての株式が対象となった事案或いは原告に受託者が含まれる事案として，①東京地判平成20年4月24日判時2003号147頁，②東京地判平成21年1月30日金判1316号34頁，③東京地判平成21年3月31日判時2042号127頁，④①の控訴審判決である東京高判平成21年3月31日金判1316号7頁，⑤東京地判平成21年1月30日判時2035号145頁がある。これらの判決においては，様々な要因で常時上昇下落を繰り返す株式の価格について，虚偽記載によって株主に与えた損害をいかにして算出すべきかというのが主要な論点であり，また，裁判例により見解も分かれる。しかしながら，本稿は，証券訴訟で信託財産として保有中の，或いは保有していた株式の価値下落が対象となる場合において，(i)受託者が原告となった場合における判決の信託財産・受益者に対する効力，或いは，(ii)信託財産たる株式が，信託の解約・終了その他の理由により受益者に交付された後，受益者がかかる証券訴訟を提起する場合の考え方，また(iii)信託継続中に受託者に代わって受益者が訴訟提起することの可否等，信託財産を巡る訴訟における受託者・信託財産・受益者の訴訟手続上の関係について，検討することを主たるテーマとする。

6) 信託財産は物権に限られないが，ここでは分かりやすく「所有」権と述べることにする。

う。

ところで本稿が念頭に置くのは，信託財産としての株式を対象として証券訴訟を提起する場合の原告の態様である。具体的には，①受託者が原告となる場合，②信託契約の解約その他の理由で受益者に信託財産が交付され[7]，受益者が原告となる場合，更に，③株式が信託財産に属したまま受益者が直接原告として訴えを提起する場合[8]が考えられる。また，株式の保有形態についても，④取得時から提訴，口頭弁論終結時まで受託者が保有する場合，⑤当初取得時は（委託者兼）受益者が直接保有したが，後に信託財産として受託者が所有するに至り，かつ，(I) 問題となった株価下落時以降口頭弁論終結時に至るまで受託者が信託財産として保有している場合，或いは (II) 下落時以降受託者から受益者に交付された場合等，様々な形態が考えられる。

いずれの場合も，信託の構造を一切考慮にいれず，例えば①の事例で，受託者は当該株式の保有者であり，その判決の効力は受益者には及ばないという立場に立ったとしても，後に当該株式を保有するに至った受益者が新たに提訴した場合，同じ権利を訴訟物とする訴えが二度も審判の対象となるのは訴訟経済に反するとして二重起訴禁止に抵触するとか，或いは受益者が信託財産たる株式を取得するに至った点を捉え，口頭弁論終結後の承継人として既判力が拡張されるとかいった議論[9]の可能性を検討することは重要ではある。しかし，担当者だけでなく手続外の第三者も被担当者として判決の効力が及ぶ訴訟担当のような考え方を受託者・信託財産・受益者の関係において模索することはできないか，その可能性を検討することにも意味はあろう[10]。

なお，以上では証券訴訟の例を挙げたが，受託者が管理する音楽著作権相互間で侵害が争われる場合，受託者として自らを原告とし被告である自らを訴えることができない以上，当該著作権の受益者において訴訟を遂行することが望ましく，その場合，受益者に当事者適格を認め，かつ既判力は受託者に及ぶとする，上述したところとは逆方向の訴訟担当も，検討する必要があろう[11]。

---

7)　原因としては，受益者間における提訴に対する意見の不一致などが考えられる。

8)　受託者が受益者の意向に沿わず訴えの提起をしない，原告・被告ともに同じ受託者のため訴えを提起できないなどの理由から，受託者による訴えの提起がなされない一方で，信託契約そのものの解約・終了も（利用料―後掲注 11) 参照―などとの兼ね合いから）なされていない場合である。

9)　後掲注 61) 参照。

10) なお，かかる問題意識を持つのは，仮に「所有」権者は誰かということで全てを整理しようとしても，後に信託財産を所有するに至った受益者による損害賠償請求に対して，そもそも「所有」権を取得したのはまさに下落後であって価格下落時の当事者ではないという理由から否定的に考える議論があるとしたら違和感があるからである。「所有」権者が誰かで割り切る場合，取得時と下落時の当事者が異なる②や⑤ (I) (II) の事例に対して対応できず，こうした事例において提訴時点の「所有」者たる原告による損害賠償請求を可能とするためにも，受託者・受益者・信託財産間の関係を考慮に入れた考察が必要とされる。

もっとも，かかる問題意識に対しては，信託継続中に価格下落が起きれば，損害賠償請求権が発生して信託財産に帰属すると考えられるため，受益者のもとで新たに損害賠償請求権が発生すると考える必要はなく，その意味で違和感はないのではないかという見解もありえよう。実際に前掲注 5) ④事件の東京高判では，受託者より損害賠償請求権を譲り受けた受益者が原告となることによって，問題の解決を図っている。しかしながら，受託者が損害賠償請求権の交付を拒否する，なんらかの事情で受託者からの交付を受けることが出来ない，或いは受託者において損害賠償請求権発生を認識できない等の理由によって（受託者が加害者でもある場合，また，損害発生の有無について受託者と見解が異なる場合もありえよう。），受託者が受益者に損害賠償請求権を交付する（譲渡する）ということが，常に可能或いは想定されるという前提で問題解決が図れない状況もありえよう。またより実務的に考えた場合，例えば不動産信託において，受益権の売買が実質的には不動産の売買であり，受益者が実質的所有者であるというのが実務の状況である。しかしながら，信託終了後，受託者から不動産に関する損害賠償請求権の譲渡を受ける必要があるというのは，受益者が信託継続中でも実質的な所有者であると考えられている実務からすれば，違和感があることになる。

11) 後掲注 65) の「請求の目的物の所持者」についての議論も参照。実際にこうした状況が争われた事例がある。

II. 訴訟信託の禁止を巡る立法過程の議論

1 旧法下における訴訟信託禁止を巡る議論

出来上がりの姿だけから判断すると，訴訟信託にあたるとして禁止された受託者・受益者の関係は，有効に設定された信託で受託者が信託財産に関して民事訴訟手続の原告となる場合における受託者と受益者の関係と差はない。すなわち，単純な例として，信託財産としての金銭債権を考えると，既に債務不履行が発生し，受託者を当事者本人として訴訟手続に訴える可能性も当初から意図して信託を利用する場合は，「訴訟行為をさせることを主たる目的」とする信託にあたるとして禁止されるおそれがある一方，当初健全債権であったものが信託に付された後不良債権化し受託者を当事者として訴訟提起する場合は禁止の対象とならない。しかしいずれの場合も，原告は受託者であるもののその経済的効果は受益者に帰属するという意味においては差はない[12)]。

それではなぜ訴訟信託が禁止されるか，主たる目的とはしていないとの理由で許容される状況はどのような場合かについて，旧信託法下で活発な議論が交わされ，また現実的に妥当な解決を図る多くの裁判例が存在した。

(1) 旧法下における学説の動向

訴訟信託禁止を規定する旧法11条の立法趣旨に関する学説の状況を概観する[13)]。当初は弁護士代理の原則の潜脱の禁止及び濫訴健訟の弊の防止と解されるのが一般的であったところ，これに対し受託者が弁護士たる訴訟代理人を選任していてもやはり禁止の対象になると解されていることから，弁護士代理原則の潜脱を立法趣旨とすることに対する批判があり，濫訴健訟の弊の防止を中心に考えるべきではないかと論じられてきた。しかしこれに対しても，健訟が社会的悪弊として禁止の対象となるべきとは考えられないとの批判がなされた。そのような見解は，訴訟信託には，信託形式を借りて他人間の紛争に介入して権利主張をし，裁判所その他の国家機関を通じて社会観念上不当な利益を貪ろうとするところに強度の反公序良俗性があるため，これを禁圧するのが立法趣旨であると主張する。類似のものとして，他人間の法的紛争に介入して司法機関を利用しつつ不当な利益を追求することを禁止する趣旨であるとの見解，訴訟を行うために信託形式を借りて行う脱法ないし不法な訴訟行為を排除する趣旨であるとする見解などが示されてきた。

(2) 訴訟信託禁止に関連する裁判実務

裁判実務上，訴訟信託の禁止に該当すると判断されるか否かについては背景たる事実関係や結果としての妥当性が微妙に影響すると

東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁において，原告たる音楽出版社はその著作権の一部を日本音楽著作権協会に信託的に譲渡していたため，原告の当事者適格が問題となりえた。裁判所は明示的に判断していないが，原告（委託者兼受益者）の主張していた編曲権（著作権の支分権）が原告に残されていたことから原告の当事者適格を認めうる事案であった（判時コメント欄5頁参照）。しかし，このような技術的な議論が成り立たない状況も考えられ，かといって一時信託契約を解約するとしたら迂遠であり，また，できない状況もあり（JASRAC信託約款21条は信託著作権の返還を受けることができる旨定めるが，返還されている間の利用料という問題が残る。），さらに，解約自体が訴訟信託にあたるとして法10条或いは弁護士法73条により禁止されると議論される可能性もあろう（もっとも，この点は受益者の当事者適格を肯定する考え方が通説・判例になっていない現況下，やむを得ない措置であり，正当性がある以上，法10条や弁護士法73条による禁止の対象には該当しないと整理されるべきであろう。）。なお，この点について，寺本振透『知的財産権信託の解法』（弘文堂，2007）111頁以下が詳しく論じている。また，同氏による2009年6月13日の信託法学会での「知的財産権信託における受託者による管理処分権限掌握の不完全さについて」と題する報告及び関連資料参照。

12) もっとも，入口において訴訟信託は訴訟追行の委任の機能があり，任意的訴訟担当と共通するとする見方もあり（田中實「訴訟信託（信託法第11条）運用の動向―最近の判例から―」駿河台法学6巻2号45頁，81頁（1993）），また，(1) で後述するように公序良俗に反する面もあり，通常の信託との差は存在する。

13) 春田博「判批」早稲田法学62巻2号225頁，231頁（1986）参照。

言うことができる[14]。

例えば，手形所持人である会社が債権保全手続を執るべき緊急を要する機に偶々法務局の商業登記事務が停止しており同人の資格証明書の交付を受けることができないためやむを得ず会社の取締役個人に隠れた取立委任裏書をした事案[15]では，「以上認定のような事情の下においてなした本件隠れたる取立委任裏書は申請人等をして本件各仮差押をなさしめることを主たる目的としてなされたものとしても信託法第11条の訴訟信託に該当しないものと解すべきである。けだし信託法第11条は濫訴の弊害を防止する目的を以つて訴訟信託を禁止したものであるから本件のように債務保全の為めに仮差押申請の必要上止むを得ず隠れたる取立委任裏書をしたからといつて何等同法条の意図する目的を阻害するものではないからである。」として，同条の適用を排除している[16]。この裁判例に限らず，裁判実務では仮に訴訟その他法的手続を受託者が行うことが想定されている信託であっても，脱法性ないし潜脱性あるいは反公序良俗性に鑑みた個別的判断により信託設定につき正当な理由があれば，「主たる目的とする」の解釈を通じて問題解決を図ってきたと言える。

こうした裁判実務の姿勢は，より直截に「正当事由」ある場合は例外とすべきであるとする立法過程の議論につながり，これに対しては「正当事由」という規範なき例外から生じる問題を懸念する反対論が惹起された[17]。そして結局，旧法下と同様に，「主たる目的」の柔軟な解釈によって現実的に妥当な解決を図るという結着に至った。

2　新法立法過程における訴訟信託禁止を巡る議論

旧法下における学説・裁判実務の動向は紹介したとおりであるが，新法立法過程において，訴訟信託禁止を明文として規定するに相応しいだけの立法趣旨が存在するか否かを巡って活発な議論が交わされた（任意的訴訟担当を巡る論争は後述。）。

(1) 法制審議会信託法部会事務局の見解

法制審議会信託法部会事務局の示した見解（以下「事務局見解」という。）は，次のようにまとめることができる。

第1，旧法11条の立法趣旨は，①非弁護士が弁護士代理の原則に反して他人のための訴訟行為をなす場合，②非弁護士が弁護士法72条に違反して法律事務を業として取扱う場合，及び③他人間の法的紛争に介入し，司法機関を利用しつつ不当な利益を追求すると見られる場合（民法90条に違反する。）に

14) 判例の動向について，桜田勝義「判例にあらわれた訴訟信託 (1)～(4)」判評94号83頁 (1966)，100号72頁，106号109頁，108号97頁（1967)，田中・前掲注12) 等参照。

15) 大阪地判昭和28年6月6日下民集4巻6号813頁。

16) 法制審議会信託法部会で取り上げられた裁判例として，会社の労働組合が，会社側との労働争議の一戦術として，会社側の賃金不払いに対抗するために，便宜上，労働組合が各従業員からその有する個別の貸金債権訴訟追行権の授与を受けた上で，一括して賃金支払請求を求めて訴訟を提起したという事案において，これらの行為は弁護士代理の原則及び訴訟信託を禁止する信託法の精神に牴触しないから信託法第11条の精神には反しないとしたケース（広島高判昭和28年10月26日高民集6巻2号778頁）がある。なお，訴訟信託そのものの議論ではないが，最判平成14年1月22日民集56巻1号123頁は，弁護士法73条の適用の可否を巡る事案で，「〔弁護士法第73条の〕立法趣旨に照らすと，形式的には，他人の権利を譲り受けて訴訟等の手段によってその権利の実行をすることを業とする行為であっても，上記の弊害〔非弁護士による訴訟の誘発や紛議の助長，同法72条本文の禁止の潜脱により生じる国民の法律生活上の利益に対する弊害〕が生ずるおそれがなく，社会的経済的に正当な業務の範囲内にあると認められる場合には，同法73条に違反するものではないと解するのが相当である。」と判示する。

17) この点は近時の民事訴訟法改正の際になされた，一定の場合に任意的訴訟担当を許容する旨の規定を設けることの是非を巡る議論とつながるところがある。この点については，伊藤眞「任意的訴訟担当概念をめぐる解釈と立法―平成民事訴訟法改正の一断面」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣，2002）89頁が詳細に論じる。

おいて，「信託」の形式を用いて禁止規定を回避することを防ぐ趣旨と解される。

第 2，これに対して，③については，直接民法 90 条の規律で足りるから，結局旧法 11 条の立法趣旨は，上記①及び②の脱法事例の場合を禁止することにあると考えられる。

第 3，しかし一方，既に旧法 10 条が「法令ニ依リ或財産権ヲ享有スルコトヲ得サル者ハ受益者トシテ其ノ権利ヲ有スルト同一ノ利益ヲ享受スルコトヲ得ス」と脱法信託を禁止していることから，脱法事例の具体的例示として 11 条の訴訟信託禁止は機能すると捉えられる。

第 4，訴訟法上，任意的訴訟担当が一定の場合に許容されるものと解されている現状を踏まえると，信託法上も，本来の権利義務の帰属主体である者から財産を譲り受け，受託者となった上で訴訟を追行することも認められる場合があり得る。

第 5, 従って, 具体的例示の例外として「正当事由」がある場合は許容されるべきことを明示する必要がある。

こうした事務局見解の背景には，時に訴訟信託の禁止規定が経済の円滑化の障害となっているのではないかという問題意識，具体的には，セキュリティトラストの設定や不良債権処理の為のバルクセールなど，社会経済的に必要とされるものについて，訴訟信託禁止に抵触するとの議論があり得ることから生じうる萎縮効果に対する懸念があると思われる。

(2) 事務局見解に対する反論

事務局見解に対する反論は，主として日本弁護士連合会によって唱えられた [18)]。具体的には以下のようなものである。

事務局見解第 1 の訴訟信託禁止の立法趣旨について，事務局見解の指摘する 3 点に尽きるか疑問であるという。すなわち，(i) 相手方の抗弁を封殺することを目的とする債権譲渡（人的抗弁の切断を企図した「隠れた取立委任裏書」による手形の裏書譲渡 [19)] など）を許容しない趣旨で訴訟信託を禁止したと解することもできること, また, (ii) 専門的知識・能力を欠く受託者の拙い訴訟行為により受益者の利益が害される（勝訴すべき訴訟で敗訴してしまう）ことがあり得ること等を踏まえ，そのような事態を未然に防止するために，訴訟を行わせることを主たる目的として信託行為を行うことを禁止したと解することも可能である [20)]。

事務局見解第 2 は，③の趣旨については直接民法 90 条により規律すれば足りるとするが，(i) 信託の形式を利用して，他人間の法的紛争に介入し，司法機関を利用しつつ不当な利益を追求することは，単に公序良俗に反する行為というだけではなく，受託者は自らの利益を犠牲にしても受益者の利益を追求すべきという信託の本質にも反するものであり，信託法上これを禁止する趣旨の規定を置くことには相応の意味があるし，(ii) 訴訟信託が民法 90 条に反するとしても, 弁護士法 72 条，73 条を潜脱するものとして禁止規定を設けることに不都合はない [21)]。

事務局見解第 3 は，訴訟信託の禁止規定は脱法信託禁止の具体的例示として機能するとしているが，旧法 10 条の脱法信託の禁止が財産権の享有を禁じられる者による受益者としての信託利益の享受の禁止であるのに対し，旧法 11 条は訴訟行為を禁じられる者が受託者としての当該行為をなすことの禁止であるから，それぞれ態様を異にする脱法的行為を禁止するものであって，一方が他方の具体例なのではなく，両者は並列的な規定というべきである [22)]。

なお，事務局見解第 4 の任意的訴訟担当が

---

18) 日本弁護士連合会「現行信託法第 11 条（訴訟信託の禁止）の改正についての意見書」(2005，http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/2005_12.html, 2009 年 9 月 4 日最終検索)。

19) 最判昭和 44 年 3 月 27 日民集 23 巻 3 号 601 頁等。

20) 日本弁護士連合会・前掲注 18)2-3 頁。

21) 日本弁護士連合会・前掲注 18)2 頁。

22) 日本弁護士連合会・前掲注 18)5 頁。

許容される場合との対比に関しては，以下で項を改めて紹介する。

III. 訴訟信託と任意的訴訟担当の関係

1　訴訟担当について

(1) 法定訴訟担当と実体法上の関係

訴訟物たる権利物の主体に代わり（またはそれと並んで），第三者が当事者適格を持ち，この当事者が受けた判決の効力が権利義務の主体にも及ぶことを第三者の訴訟担当と呼び，第三者の訴訟担当が法律上当然に行われる場合を法定訴訟担当と呼ぶ[23)]。訴訟担当においては，担当者はその名で当事者そのものになるのであって，判決効は被担当者にも及んでいくが，（実体法上の）代理関係ではなく，また訴訟上の代理でもない。すなわち，実体法上法定代理人の地位にある者は，訴訟法上も法定代理人として行為するのであって，訴訟担当者となることはない。このような法定訴訟担当と実体法上の関係をいかに整理して理解するかについて，相続財産管理人や遺言執行者の場合[24)]などにおいて困難な問題が生じることになる。

(2) 任意的訴訟担当と実体法上の関係

ところで，本来の権利義務の主体の意思に基づいて行われる訴訟担当が任意的訴訟担当であり，選定当事者のように明文で許容されているもの以外は，解釈によりその許容性を判断することになる。任意的訴訟担当においては，法定訴訟担当とパラレルにその要件・効果等を検討することになるが，法定訴訟担当と実体法上の法律関係の議論において見られる混迷がそのまま持ち込まれることになる。すなわち，講や組合など典型的事例は別として，新たな事象や法律関係に対して任意的訴訟担当の諾否を検討する場合の「授権」についての法的性格付けの困難さ[25)]，また許容されるべき状況についての基準設定の困難さがあり，ひいては訴訟信託禁止の例外を検討する際の基準設定の困難さ，という議論にも結びつく。なお，留意すべき点は，訴訟担当が代理関係を実体法上の根拠として成立するのだとすると，受託者・信託財産・受益者間には代理関係が存在しないことから議論が前に進まないことになるが，もちろんそうではないということである[26)]。なお，この

23) 訴訟上の代理，法定訴訟担当及び任意的訴訟担当について，梅本吉彦「代理と訴訟担当の交錯」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟③ 当事者』（弘文堂，1984）139 頁，高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上』（有斐閣，2005）179 頁以下，220 頁以下及び 266 頁以下参照。

24) 法定代理人か法定訴訟担当か，その区分に拘泥する必要はないとする見解も有力である一方，これに対しては，訴訟法の融通的操作への志向，民訴法理の還俗化のあらわれとする批判もある。高橋・前掲注 23)238 頁，239 頁注 31 参照。

25) この関係では伊藤教授による紛争管理権説がある。紛争管理権説とは，消費者紛争や環境紛争などにあって，当事者個々の利益が問題となるのではない以上，また，集団訴訟となることが予想される以上，個々の被害者が当事者となるのは適切ではなく，訴訟提起前に紛争を解決する行動をしていた者に当事者適格を認めることが適切ではないかとの考え方である（伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂，1978）101 頁以下。簡単には高橋・前掲注 23)262 頁参照。）。紛争解決の妥当性という視点から当事者適格を考える考え方は，紛争の状況によって受託者と受益者の関係を訴訟担当と考える考え方，また逆に受託者でなく受益者が当事者として訴訟を遂行し訴訟担当として受託者に判決の効力を及ぼすことを許容すべき状況もあり得るとの議論と親和性があろう。

26) すなわち「相続人の代理人とみなす」（民 1015）とされている遺言執行者でさえ，相続人の代理人ではなく，固有の資格を持つ者であると解釈されている（内田貴『民法Ⅳ（補訂版）』（東京大学出版会，2004）482 頁）。破産管財人や代位債権者は，法の規定によって管理処分権が付与されている（と実体法上解釈されている）ために訴訟担当が成立する。代表株主は，実体法上は何ら権限を有しないが，訴訟追行権限のみが与えられており，訴訟担当が成立する（団体の構成員による監督是正権（の一環としての代表訴訟）という側面に注目すべきことを主張する見解として，竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会百周年記念論文集第 3 巻』（有斐閣，1983）153 頁，171 頁，小林秀之「株主代表訴訟の手続法的考察」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進 上巻』（判例タイムズ社，1995）590 頁，610 頁）。

議論は以下で論じるセキュリティトラストに関する議論とも関連する。

2 訴訟担当とセキュリティトラストとの関係

(1) セキュリティトラストを巡る議論

旧信託法下においては，担保権，地上権，賃借権などを設定すること（設定的移転）によって信託を設定することができるか明確でないことに加えて，担保権実行などの手続が整備されていないことから，担保附社債信託法（以下，「担信法」という。）に基づく場合を除き，いわゆるセキュリティトラスト[27]の設定の可否について否定的な議論が優勢であった。これに対して，セキュリティトラストを認めるべきとの実務上の要請に基づき，新法は「担保権の設定」によって信託を設定することを明示的に認めるに至った(法3条1号，2号)。また，「担保権が信託財産である信託において，信託行為において受益者が当該担保権によって担保される債権に係る債権者とされている場合には，担保権者である受託者は，信託事務として，当該担保権の実行の申立てをし，売却代金の配当又は弁済金の交付を受けることができる。」（法55条）と規定し[28]，多くの論点を解釈に委ねた。

中でも，受託者によって担保権が実行された場合，どの時点で被担保債権が消滅するかにつき，(i)受託者が受領した時点か[29]，或いは(ii)受託者から受益者に対する交付の時点か[30]見解が分かれている。この論点について任意的訴訟担当という視点から分析する余地はないか,以下では検討することとする。

(2) 担信法とセキュリティトラストの関係

社債に担保を付す場合には担信法に基づく担保信託の設定が認められるが，社債自体を受託会社に信託するという構造ではなく，担保権のみ受託会社に帰属する構造であり，法律構成として新信託法下のセキュリティトラストと同一である。よって，担信法に関する議論はセキュリティトラストに関する議論の参考となる可能性がある。

担保付社債については，受託会社が社債の償還金を受領した場合に流通性ある社債券の受け渡しを要せず弁済の効果を認める大審院判決[31]がある。これとパラレルに考え，セキュリティトラストにおいても受託者による配当金等の受領で被担保債権が消滅すると解することの是非が問題となる。

一つの見方としては，担信法における受託会社の権限と，セキュリティトラストにおいて受託者が信託法上有する権限との間には相当差があり[32]，両者を同列には論じられな

27) セキュリティトラストとは，担保権設定者を委託者，担保権者を受託者，債権者を受益者として担保権を設定することによりなされる信託である（新井誠『信託法（第3版）』(有斐閣，2008）152頁)。債権者が複数となる場合に，担保権の一元的な管理・行使を行うことを目的としてなされる場合が多い。

28) 55条が規定された趣旨について,山田誠一「セキュリティ・トラストの実体法上の問題」金融法務研究会編『金融法務研究会報告書(14) 担保法制をめぐる諸問題』(金融法務研究会事務局,2006)35頁,40頁は以下の通り述べる。「債務者または第三者（いわゆる物上保証人）を委託者とし，受託者との間で，担保権を設定し，その担保権の被担保債権の債権者を受益者とすることを内容とする信託契約が成立した場合，担保権の実行，および，その後の配当金の受領は，受託者である担保権者が，被担保債権の債権者ではないにもかかわらず，することができるのかという問題が生じうる。そこで，信託法案は，この問題について，担保権者である受託者は，被担保債権の債権者ではないが，担保権の実行，および，その後の配当金の受領をすることができる旨，明文で，定めたのである。」

29) 青山善充「セキュリティ・トラストの民事手続法上の問題」金融法務研究会編・前掲注28)47頁，51頁。

30) 山田・前掲注28)45頁。なお諸説の動向について，井上聡編著『新しい信託30講』(弘文堂，2007）165頁注23参照。同書159頁は,設定時の債権者による同意を条件として「新法55条が特に設けられたことからすれば,受託者が配当等を受領した時点で被担保債権が消滅すると解するのが自然」と述べ，担保権者たる受託者が配当等の交付を受けた時点で被担保債権が消滅するとしている。

31) 大判昭和6年11月14日民集10巻1060頁。

32) 受託会社については，担信法35条の準用する会社法705条1項により，受託者が「社債権者のために社債に係る債権の弁済を受け，又は社債に係る債権の実現を保全するために必要な一切の裁判上又は裁判外の行為を

いから，セキュリティトラストにおいては受託者が配当金等を受領しただけでは被担保債権が消滅すると解することはできないとする見解がある[33)]。

この点について考察するため，まずは担保付社債の構造を検討する。平成5年担信法改正前の通説によれば，同法84条は社債権者と受託会社の代理関係を定めたものであるが，他方で同法90条により，広義の社債管理会社が代理行為であるにもかかわらず自らの名で行為できることになる[34) 35)]。しかしこの見解を訴訟手続上に単純に投影すると，以下のような矛盾が生じる。すなわち，受託会社は社債権者の「代理」人であると解すると，受託会社の訴訟上の地位も代理人となり，受託会社が当事者（社債権者の訴訟担当者）となって訴訟行為を行うことができないことになるが，これは同法90条に抵触する。結局，受託会社と社債権者の関係は担保付社債の信託としての構造（同法90条を含む。）の中で検討されるべきものであって，有り体に言えば，担信法の規定は訴訟担当のための「授権」行為を含意するものと解釈されるべきであって，民法上の「代理」ではないと考えるべきではなかろうか[36)]。以上の議論は現行法においても妥当するものと考えられる[37)]。

このような視点からセキュリティトラストを考察すると，法55条の規定は「代理」とは述べず弁済金の交付を受ける権限を明示している。同条はあえて受託者を受益者の代理人とはせず，受託者が本人として弁済金の交付を受けること，および訴訟担当の効果と同様，実体法上もその効力が受益者にも及ぶことを規定したものと解することができよう[38)]。したがって，受託者が配当金等を受領した時点で被担保債権が消滅するものと解

する権限を有する」と規定されているのに対し，セキュリティトラストにおいては，受託者は「当該担保権の実行の申立てをし，売却代金の配当又は弁済金の交付を受けることができる」（新法55条）と規定されているにすぎない。井上聡編著・前掲注30)165頁注23。

33) 山田・前掲注28)45頁は「受益者から受託者に，被担保債権の管理のために裁判外の請求の代理権を授与すること」及び「被担保債権の譲渡のたびに，新受益者が受託者に対し，代理権の授与をすること」が必要と論じる。

34) 平成5年改正前担信法84条は「受託会社ハ信託契約ニ別段ノ定ナキトキハ社債権者ノ為ニ債権ノ弁済ヲ得ルニ必要ナル一切ノ行為ヲ為ス権限ヲ有ス」と規定し，同法90条は「本法ニ依リ総社債権者ニ代リテ裁判上又ハ裁判外ノ行為ヲ為ス場合ニ於テハ各別ニ社債権者ヲ表示スルコトヲ要セス」と規定している。平成5年改正以降の変遷については後掲注37) 参照。

35) 山本克己「社債管理会社および担保の受託会社の訴訟上の地位について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第3巻』（有斐閣，1999）545頁，548頁。山本教授は「担信法90条は，明確に『裁判上ノ行為』，つまり訴訟行為にも非顕名主義を及ぼしており，このような例は他にほとんど見当たらない。従って，広義の社債管理会社についての非顕名主義を，民事訴訟法上，あるいはより一般的に民事手続法上，どのように受け止めるべきか，という問題を検討する必要がある」とする（同頁）。

36) 山本・前掲注35)580頁は，受益者の「匿名化」（とりわけ，社債が譲渡された場合でも受託会社が訴訟を追行し，強制執行をすることができること）を解釈論上実現するためには，受託会社が受益者の代理人ではなく法定訴訟担当者であると構成する必要があるとする。

37) 平成5年改正によって，改正前担信法84条は，改正後担信法69条により準用される旧商法309条1項に吸収されて削除された。平成5年改正前担信法90条は平成5年改正後も維持されたが，本稿で論じる受託会社の権限に関する限りでは，改正後担信法69条により準用される旧商法309条ノ5に吸収されている。

現行法では，平成5年改正後の担信法69条，旧商法309条1項および309条ノ5は，担信法35条，会社法705条1項および708条に承継されているが，（商法・会社法に関する限り）旧法上の解釈はそのまま維持されるべきであるとされている（江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法体系 第2巻』（青林書院，2008）425頁，427頁）。したがって通説によれば，社債管理者は社債権者の法定代理人と解釈すべきことになるが（同書425頁），平成5年改正前と同じく現行法においても，社債管理者は社債権者から授権を受けており，訴訟上は訴訟担当者となると解すべきである。

38) 担信法35条により準用される会社法705条1項と信託法55条の規定の間には差があることは明らかであるが，法55条の他，信託の構造，受託者の義務，担信法の規定，同法に関する判例により，セキュリティトラストにおける受益者から受託者への「授権」行為が根拠付けられることになる。従って，受益者からの同意が得られれば受益者からの授権関係をさらに強化したものといえるが，受益者による明示的な同意や授権行為がないからといって，受託者への授権行為があると解釈することが不可能なわけではない。このような意味で，私見は従前の任意的訴訟担当に関する議論では捉えきれない面がある。

することができる。

3 任意的訴訟担当を許容すべき状況について

ところで4において，任意的訴訟担当が許容されるべき状況において訴訟信託も許容されるべきか否か検討することとするが，その前提としてここでは，如何なる状況において判例・学説上，任意的訴訟担当が許容されるとされているかにつき，概観することとする。

任意的訴訟担当を巡る判例法の発展は昭和45年最高裁判決が転換点となっている[39)]。昭和45年判決以前では，講の世話人に任意的訴訟担当を認める一方，民法上の組合に関しては否定的であるのが判例の立場であったが，昭和45年の大法廷判決[40)]では，任意的訴訟担当の許容性に関する一般的要件として，弁護士代理及び訴訟信託の禁止原則の潜脱の恐れがないこと，及び合理的必要があることを挙げ，組合の業務執行組合員については，これらの要件が満たされるとして任意的訴訟担当を許容した。なお，近時の判例[41)]では,マンションの管理組合（後に法人成り）の訴訟追行権が問題となったが，最高裁は民法上の組合ではあるが組合規約の中に明示的に訴訟追行権に関する授権がなされていないことを理由として，昭和45年判決とは異なり，任意的訴訟担当は成立しないとした。

下級審判決としては，クレジットの債権回収を目的とした管理組合の業務執行者に任意的訴訟担当を認めたもの[42)]，損害保険会社の保険契約者が被保険者に代わって保険会社に対し保険金請求をした訴訟で任意的訴訟担当を許容しなかったもの[43)]，競輪選手全体が被った損害の賠償請求につき社団法人日本競輪選手会に当事者適格を認めなかったもの[44)]，保険者全員のために筆頭保険者の任意的訴訟担当を許容したもの[45)]等がある。

4 任意的訴訟担当の許容される状況と訴訟信託の関係

(1) 事務局見解

事務局見解第4は，任意的訴訟担当が一定の場合に許容されていることを踏まえると，本来の権利義務の帰属主体から財産を譲受け，信託法上の受託者となった上で，訴訟を追行することも同様に許容される状況があるのではないか，というものである[46)]。言い

39) 伊藤眞「任意的訴訟担当とその限界」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点（新版）』ジュリ増刊（1988）106頁，108頁。なお，伊藤教授は任意的訴訟担当につき，選定当事者の手続の懈怠を残したまま遂行した手続の効力を認め当事者の救済を図る選定当事者型と，第三者が被担当者から授権を受けて訴訟遂行する場合である第三者担当型に分けて論じる。

40) 最大判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁。

41) 最判平成13年3月22日金法1617号39頁。

42) 東京高判平成8年11月27日判時1617号94頁。

43) 東京高判平成8年3月25日判タ936号249頁。

44) 東京地判平成3年8月27日判時1425号94頁。

45) 東京地判平成3年8月27日判時1425号100頁。

46) 学説としても，桜田・前掲注14)（1）86頁は，「任意的訴訟担当と訴訟信託とは，…法律上の性質そのものは明らかに相違するけれども，他面実質的な見地からは，両者は類似性をも有する…。すなわち，任意的訴訟担当も訴訟信託も第三者が訴訟追行権を取得する経路において，一方が任意授権であり他方が信託であるという差異は別として，第三者が訴訟追行権を有するという地位そのものは，まさに類似のものというべきである。」と述べる。

また，流動化関連で債権の譲受人が債権の譲渡人に回収委託をし，さらに未回収分につき譲渡人兼回収受託者が原告として債務者に対して，任意的訴訟担当であるとして，訴訟を提起する場合が考えられる。堀野出「任意的訴訟担当の意義と機能（二・完）」民商120巻2号263頁，290頁注140（1999）参照。もっとも，当事者適格性に疑問が残る任意的訴訟担当よりも，譲受人が譲渡人に未回収債権を再譲渡し，原譲渡人が原告となって訴訟を提起するほうがより現実的である。この場合，再譲渡は訴訟信託であり無効との債務者からの主張に対し，原

換えれば，任意的訴訟担当が許容される状況において，被担当者の権利を担当者に信託譲渡し，譲受人が受託者として，受益者たる譲渡人のため訴訟を遂行するとしても実質は変わらず，その意味では訴訟信託も許容されるべき状況と言うことができ，これを許容しない場合は，判例法理で一定の場合許容されるとされた任意的訴訟担当が信託法理では許容されないという矛盾を来す状況となるというものである。

なお，一定の場合に訴訟信託を許容する場合，訴訟担当であれば被担当者に既判力が及ぶところ，許容される訴訟信託（すなわち，訴訟行為をさせることを目的としてはいるが，法10条により禁止されない信託）では及ばないとするのは整合性がとれないことから，訴訟信託でも受益者に既判力が及ぶということができる。言い換えれば，訴訟信託においては訴訟担当が成立するといえよう。さらに敷衍すれば，Ⅱ1において前述したように訴訟信託の受託者と受益者の関係は通常の信託（すなわち，訴訟行為をさせることを本来の目的としていない信託）における受託者・受益者の関係と同じであることから，通常の信託で受託者が原告となって信託財産に関連する訴訟を提起する場合も，受託者・受益者の関係を訴訟担当と考えるべき状況があるという議論に結びつきやすいことになる[47)]。もちろん，信託を巡る訴訟ですべての場合に，須くかかる考え方が当てはまるという趣旨ではなく，また被担当者が本来の権利者である訴訟担当における担当者・被担当者間の関係と信託における受託者と受益者の関係は構造的な違いがあることも事実である[48)]。しかし他方，任意的訴訟担当が成立する状況[49)]が信託の受託者と受益者の間にも認められる場合，訴訟上の効果が異なるのは整合性がなく，従前の任意的訴訟担当の議論から一歩踏み出して，信託における受託者と受益者の関係においても，訴訟担当を認めるべき状況もあり得よう[50)]。

(2) 事務局見解に対する反論

上述した事務局見解に対しては，第1とし

告たる譲渡人としては，訴訟信託が主たる目的ではない，或いは正当事由ありと反論することになる。これが認められる場合においては，譲渡人が任意的訴訟担当者として訴えを提起した場合と実質的には同じ状況となり，従って，その効果も同様に扱われるべきではないかという議論につながる。なお原告の別の反論として，任意的訴訟担当が許容される状況であり（高橋・前掲注23)269頁など有力説），従って，訴訟信託であるとしても許容される状況だと主張することも考えられる。

47) 松下淳一「社債管理会社の地位・権限と民事手続法との関係について」学習院大学法学会雑誌31巻1号35頁，56頁注25（1995）は「社債自体を社債管理会社に信託するという法律構成であれば，受託者たる社債管理会社が排他的に管理権を有し，受益者たる投資家には権限行使の余地はなくなる。訴訟法的には，社債管理会社を担当者，投資家を被担当者とする法定訴訟担当，ということになろう。…しかしこのような信託構成がとられず，社債管理会社が個々の社債権者の法定代理人として構成されていることが，議論の出発点となっている。」と述べ，受託者と受益者の間に訴訟担当の関係を観念する余地があることを示唆する。

48) 受託者は民事訴訟手続上，固有適格者として当事者適格を有し，自らの名で訴訟追行をすることができ，他方，受益者は訴訟法上の意味を持たない。この点で民事訴訟手続上，信託法理と代理法理とは異なると論じられている（山本・前掲注35)579頁）。

49) 任意的訴訟担当を許容した裁判例において提示された基準を参考として，訴訟信託を許容すべき状況の基準として事務局より示されたものは，(i) 共同の利益を有する権利義務の帰属主体が多数の場合であって，受託者が訴訟を追行することがこれらの者の便宜に資するとき，或いは，(ii) 本人又は権利の性質上，訴訟の提起が困難であり，訴訟を行わせることを主たる目的として設定される信託を認めないことに固執することとすれば，実効的な権利救済に重大な障害を生じるとき，というものであった。

50) 法定訴訟担当関係を信認関係が認められる法律関係として扱われるべきという問題提起もなされている。山本克己「信認関係として見た法定訴訟担当」論叢154巻4・5・6号236頁（2004）。但し，ここでの信任関係には委託者から受託者への実質権移転を伴う信任関係は含まない点で信託と異なるとしている（同238頁）。なお，訴訟担当という考え方を信託関係にも適用する場合，手続法の枠を超えて信託の実体法上の関係に及ぼす影響を考慮する必要がある。この場合，受託者の違反行為に対する受益者の追及権（旧法31条，新法27条）との関係など，信託法における受益者保護制度との間の調和も考慮する必要がある（八田卓也「任意的訴訟担当の許容性について（三）」法協116巻4号574頁，612頁（1999）参照）。

て，ことさら明文をもって訴訟信託を許容すべき必要性があるか疑わしい，第2として，任意的訴訟担当と訴訟信託はそもそも構造上異なる[51]等の反論がなされた[52]。以下，詳述する。

第1，①本人又は権利の性質上，訴訟の提起が困難な場合であっても，弁護士に訴訟代理を委任すること又は選定当事者の制度を利用することが可能であるし，任意的訴訟担当が許容されるなら任意的訴訟担当を用いればよく，訴訟信託を用いる必要性はない[53]。②任意的訴訟担当を許容した裁判例は数少なく，事務局見解が許容すべき訴訟信託の基準として提示したものは，ロイズ・シンジケートの構成員及び保険会社が英国の慣習に基づきその筆頭保険者を任意的訴訟担当に選任したという特殊な裁判例[54]に由来するもので一般化できない[55]。

第2，①訴訟信託禁止は実体法上の効力に関わる問題であり，一方，任意的訴訟担当は訴訟追行権ないし当事者適格をいかなる範囲で認めるかという訴訟手続上の効力の問題であって，次元を異にし[56]，かつ，②訴訟信託禁止がこれまで果たしてきた機能からすれば，（仮に任意的訴訟担当が許容される場合の中に訴訟信託が許容される状況があるとしても）正当理由という無限定の例外規定を設けることは問題である[57]。

結局，正当理由あるものについては，条文中の「主たる目的」の解釈，脱法行為性，反公序良俗性に鑑みた個別判断により，同条の適用を排除することができるとの結着となったことは前述したとおりであるが，任意的訴訟担当が許容される状況で訴訟信託を行った場合，禁止される訴訟信託に該当するという議論がなされた訳ではなく，それどころか逆に「主たる目的」の解釈により許容される訴訟信託とされる可能性が高いと考えられてきた点は留意する必要がある。

(3) 任意的訴訟担当と訴訟信託の構造上の違いがもたらす手続法上の相違

上述した両者の構造上の違いは，手続法上も次のような異なる取扱いを生じる。

第1として，実体法上の効力に関わる「訴訟信託禁止」に違反した法律行為は，実体法上無効とされ，原告たる受託者への権利の移転自体が否定されることから請求が棄却されるのに対し，任意的訴訟担当は，実体法上の権利者以外の一定の者に対して訴訟追行権を認め得るかを問題にするものであり，これが否定されれば，当事者適格を欠くとして訴えは却下されること，

第2として，受託者が実体法上も訴訟手続上も当事者である信託と異なり，任意的訴訟担当が許容される場合，当事者の訴訟上の授権行為により訴訟上の当事者が変更されると，裁判官の除斥・忌避の問題，訴訟費用の負担，訴訟費用の担保提供義務，訴訟上の救助，訴訟手続の中断・中止等の適用関係も異なることになること，

第3として，原告側が任意的訴訟担当でこれが許容される場合，被告側が本来の権利者に対する関連債権を主張して反訴を提起する

51) 学説として桜田・前掲注14) (4) 101頁は，「信託法11条の訴訟信託と民事訴訟法上の任意的訴訟担当とは明らかに区別すべきである。なぜならば，すでに述べたように，信託法11条の訴訟信託は，委託者が信託法上の権利は留保するものの，一応権利名義とともにそれに附随する訴訟追行権を受託者に移譲するものであり，ただそれが訴訟を譲る目的とされる場合はこれを禁止される趣旨である。これに対して，民事訴訟法上の任意的訴訟担当は，原則的には実体法上の権利は本人が留保して，その訴訟実施権を弁護士以外の第三者に与える場合を意味するのであり，いわば実体法上の権利と訴訟法上の権利がそれぞれの主体に分離して担当されていることを意味するのであり，両者はその性質を異にするというべきである。」と述べる。

52) 法制審議会信託法部会・前掲注3) 第10回議事録（2005），日本弁護士連合会・前掲注18) 参照。

53) 日本弁護士連合会・前掲注18)3頁。

54) 前掲注45) 東京地判平成3年8月27日。

55) 日本弁護士連合会・前掲注18)4頁。

56) 日本弁護士連合会・前掲注18)4頁。

57) 法務省民事局参事官室・前掲注3) 第2参照。

ことが可能かといった問題が存するのに対して，訴訟信託が許容される場合，反訴の相手方はあくまでも受託者であること[58)]，等である。

もっとも第1に対しては，原告の主張が認められない場合に両者間で「棄却」と「却下」と帰結は異なるものの請求が認容されなかった点では同様ではないか，第2についても，受託者が交代した場合は同様ではないか等の反論が可能である。

Ⅳ. 新信託法下における受託者・信託財産・受益者の訴訟手続法上の関係

以下紹介するように，信託法の側面からも受託者・信託財産・受益者の訴訟手続法上の関係が論じられており，また信託をいかに理解するかの学説により，手続法上の取扱についても帰結が異なる。

1　債権説によるアプローチ

信託の基本的構造につき，受益権を受託者に対する債権と捉える「債権説」が通説であり新信託法も依拠するところである。債権説を徹底した見解によれば，信託の設定と同時に財産権は受託者に完全に帰属し，受託者は受益者のために，その財産を信託目的に従って管理又は処分すべき債権的拘束を負担する（受益者は受託者に対して債権的請求権を有する）にすぎない[59)]。そうすると，受託者は財産権の主体である以上，他人の権利についての訴訟担当者ではありえないという結論を導きやすいことになる。

訴訟物である権利又は法律関係について管理処分権を有する権利者・義務者は当事者適格を有し，また，訴訟物である権利又は法律関係の主体は管理処分権を有するから当事者適格を有する。そうすると，債権説を徹底した場合，受益者は信託財産の管理処分権を失っているから，信託財産に関する訴訟について当事者適格を否定される[60)]。しかも受益者は受託者に対して債権を有するにすぎないので，一般に，受託者と受益者の間に，既判力の拡張が認められるような訴訟担当の関係を認めるのは困難である。

このような見地からは，受託者敗訴の後，信託契約が終了或いは解約されて信託財産を所有するに至った受益者が同一の内容の訴訟を提起する場合，受益者が口頭弁論終結後の当事者の承継人（民訴法115条1項3号）として既判力の拡張を受けるかという視点から検討することとなる。口頭弁論終結後，信託契約が終了し，信託財産が受益者に移転する場合，受託者に帰属していた信託財産に対する「所有」権が受益者に移転することになるが，この場合口頭弁論終結後の当事者の承継人として，受益者に既判力が及ぶと考える可能性もあろう[61)]。

58) 以上，日本弁護士連合会・前掲注18)4頁。

59) 新井・前掲注27)42頁。

60) 秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ（第2版）』（日本評論社，2006）278頁。最高裁判所は，賃貸土地が法令上当然に信託財産となった事案において，委託者兼受益者はその管理処分権を失うと判示している（最判昭和29年2月5日民集8巻2号366頁）。この判例の判例評釈は，「ある財産権について信託が設定された場合には，その財産権は受託者に帰属するのであって，受益者は受託者に対して信託の実行を要求する権能を有してはいるが直接にその財産権の主体となるわけではなく，信託財産に対する管理権を有するものではない…。」として，委託者兼受益者が提起した訴えは当事者適格を欠くという理由で訴えを却下すべきとする（田中英夫「判批」法協73巻3号376頁，379頁（1956））。もっとも現在の民訴理論からすれば，原告は建物収去土地明渡請求権という給付請求権を主張している以上，当事者適格は肯定され，原告が信託の成立によって土地所有権を失ったことを理由として請求棄却の本案判決がなされることになる。

61) 既判力の主観的範囲については民事訴訟法115条1項が規定しており，当事者間に及ぶのが原則であるが（同条同項1号），当事者の「口頭弁論終結後の承継人」にも及ぶ（同条同項3号）。しかし「承継人」の意義については議論が多い。当事者適格の移転がある場合に「承継人」にあたるとする旧通説，紛争の主体たる地位の移転がある場合に「承継人」にあたるとする近時の多数説のほか，訴訟物およびこれに関連する実体法上の権利関係

なお，二重起訴禁止（民訴法 142 条）についてはどうか[62]。二重起訴禁止の要件は，①当事者の同一性，②請求の同一性[63] である。①の当事者の同一性は，形式的に当事者が同一である場合に限らず，形式的には当事者が異なっていても，一方の判決効が他方に及ぶ関係があるときは要件が満たされる[64]。しかし信託については，債権説からすれば，受託者と受益者は形式的には当事者として異なるし，判決効の拡張も認められない以上，二重起訴の問題自体生じないことになる[65]。

2　実質的法主体説によるアプローチ

一方，受託者が信託財産に対する機関としての名義及び管理権を有し，受益者は受託者に対して債権（給付請求権）及び信託財産に対する物的権利を有するものと解する「実質的法主体説」が四宮教授により唱えられた[66]。同説によると，信託の設定によって，受託者は，信託財産に対して名義と管理権を取得するにすぎず，信託財産の管理人としての地位を有するにとどまる。

実質的法主体説は有力説ではあるが，新信託法が採用するものではない[67]。しかしな

を承継した者を「承継人」とする有力説がある（鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』（有斐閣，1997）404-05 頁〔伊藤眞〕）。

本稿では，受益者が受託者の口頭弁論の終結後の承継人となるか否かが問題となるが，いずれの説を採用するにせよ，従前論じられてきたような事例ではないことから，法律関係について実質的な検討を要することになろう。本文では承継人に当たるという前提で議論したが，訴訟物が損害賠償請求権である以上信託財産の交付を受けただけでは承継人には該当せず，受益者が訴訟を起こした場合，そもそも損害賠償請求権を有しないから請求の棄却を受けるという考え方もあり得よう。もっとも，このような考え方が必ずしも妥当と言い難いことは注 10) で述べたとおりである。

62) 本稿が問題とする証券訴訟を代表例とする信託財産を巡る訴訟で，二重起訴禁止に該当し得る事例を検討してみることとする。前訴において受託者が原告となった訴訟があり，後の訴訟で信託財産の引渡しを受けた受益者が原告となった例を考えてみる。当事者の同一性要件を検討すると，前訴では受託者が原告であり，後訴では受益者が原告であって，明らかに当事者は異なることとなる。もっとも，当事者の同一性とは単純に当事者が同一であるか否かでなく，当事者でなくとも判決効が及ぶとされる者も当事者として同視され，二重起訴禁止の対象となる（後掲注 64) 参照）。従って，問題は振り出しに戻り，受託者が原告の場合，受益者に対し判決の効力が及ぶと解するのが適切か否かという問題となる。

63) もっとも，この内容には争いがある。訴訟物の同一性とする見解もあるし，近時の有力説は主要な争点が同一の場合にも 142 条の射程が及ぶとする（高橋・前掲注 23)115-17 頁）。

64) 新堂幸司『新民事訴訟法（第 4 版）』（弘文堂，2008）214 頁。根拠は以下のようである。すなわち，民訴法 142 条の趣旨は，判決効の矛盾抵触，および重複審判による訴訟不経済と被告の応訴負担を防止することにある。形式的には前訴と後訴で当事者が異なっても，判決効の拡張が認められる場合には，二重起訴を認めてしまうと判決効の矛盾と重複審判は生じてしまうため，これを禁止する必要がある。

具体的に①要件が満たされるのは，(i) 前後いずれかの訴えの当事者が他の者の訴訟担当者である場合，(ii) 事実審の口頭弁論終結後に訴訟物を譲り受けた者が同一権利について訴えを提起した場合，などである（秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法 III』（日本評論社，2008）164-65 頁）。

65) その他，既判力の人的範囲に関連する問題として，前訴の当事者でなかった者との関係での，信義則による後訴の遮断という論点がある（高橋・前掲注 23)630 頁，最判昭和 51 年 9 月 30 日民集 30 巻 8 号 799 頁参照）。また，当事者間に既判力の拘束のあることは実体法上特殊な関係（従属関係ないし依存関係）にある第三者に反射的に有利，または不利な影響を及ぼすという，反射効と呼ばれる概念も提示されている（高橋・前掲注 23)657 頁，新堂・前掲注 64)695 頁）。

さらに，請求の目的物の所持者（例えば，目的物の受寄者，管理人，同居人，留守番など）に対しても，これらの者が固有に利益を持たずもっぱら当事者のために所持している者であることから既判力が拡張される（民訴法 115 条 1 項 4 号）。信託との関連で言えば，受益者が信託財産に関して訴訟を提起する当事者適格を有する場合があるとすると，受託者に対してもその判決の効果は及ぶべきであるとする論拠となり得る。

66) 四宮和夫『信託法（新版）』（有斐閣，1989）58 頁以下。

67) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法（補訂版）』（商事法務，2008）25 頁参照。

がら，民訴法124条1項4号は，当事者である受託者の信託の任務終了を訴訟手続の中断事由として規定しており，その趣旨は信託財産を独立の法主体と考えることにより初めて説明がつくものであって，訴訟の中断・受継について，法人における代表者の交替と同視して構成しようとするものである[68)]。信託財産に法主体性を認める点で，民訴法の考え方は上記の実質的法主体説と同じものといえる。従って，この見解によれば，信託財産の名義者・管理権者としての受託者と実質的法主体としての信託財産が存在し，信託財産に関する訴訟について受託者は訴訟担当者として当事者適格を有し，この受託者に対する判決は，民訴法115条1項2号の規定により，信託財産に対しても効力を有するという結論になる[69)]。

なお，実質的法主体説によれば，口頭弁論終結後，信託契約が終了し，信託財産が受益者に移転する場合，利益帰属者（被担当者）である信託財産が受益者に移転することになるので，口頭弁論終結後の被担当者の承継人（民訴法115条1項3号，2号）として，受益者に既判力が及ぶと整理することができよう。他方，受託者が信託財産の名義及び管理権を有し，受益者は受託者に対して債権（給付請求権）及び信託財産に対する物的権利を有するにすぎないので，一般に，受託者と受益者の間に，既判力の拡張が認められる訴訟担当の関係を認めるのは困難と言えよう。

V. まとめ

以上論じてきたところをまとめると次のようにいうことが出来よう。

任意的訴訟担当と訴訟信託の異同について，立法過程における議論を参照して言えるのは，理論的構造から，また従前からの議論を前提としても，両者は区分して考えられるべきであるものの，実質的機能は類似した面があるということである。従って，任意的訴訟担当が許容される状況では訴訟信託を許容するという考え方もあり得るということがいえよう。そうすると，かかる場合，判決の効果も受益者に及ぶと考えるべき状況も存することも考えられよう。

訴訟信託をめぐる議論に端を発したが，通常の信託における受託者による訴訟でも訴訟信託における受託者による訴訟でも構造が同じであることから，いずれの場合も，受託者が受益者の訴訟担当者であって，受託者の追行した訴訟の判決効が受益者に拡張されるという状況もありえよう。

なお，受託者と受益者の関係に訴訟担当を見出す考え方では，受益者に不利益をもたらす状況はないか更なる検討は必要ではあるものの，一方で，受託者も善管注意義務，忠実義務等を負い受益者のために訴訟を遂行する以上，また，受益者にも受託者の解任権を含む強い監督権が与えられている以上，信託の構造上，受益者が必ずしも不利益な状況に置かれているということはできない。こうした，受益者が判決の効力を受けるという意味で実

68) 鈴木＝青山編・前掲注61)565頁〔佐藤鉄男〕。詳論すると，旧信託法50条1項によれば，受託者が交代した場合，信託財産は旧受託者から新受託者に「譲渡サレタルモノト看做」されるから，訴訟係属中に受託者が交代した場合は新受託者による参加（民訴法49条～51条）が必要となりそうである。にもかかわらず旧民訴法211条（新民訴法124条1項4号に引き継がれている。）が，受託者が交代した場合に当然に訴訟手続が中断する旨規定しているのは，訴訟が当然承継されることを前提にするものであり，信託の任務終了の場合を当然承継としているのは，信託財産をいわば法主体とみて，その代表者の交代と同じようにみたからということになる。

なおこの議論は，信託財産が旧受託者から新受託者に「譲渡サレタルモノト看做ス」とし，特定承継としている旧信託法50条1項の規定を前提としている。これに対し，新信託法75条1項は「承継したものとみなす」としており，一般承継と解する余地を残しているため，新信託法下で同様の議論が成立するかは検討の余地がある。（見方を変えれば，新信託法は徹底した債権説を採用している訳ではないことの証左でもあろう。なお，小野傑＝深山雅也編『新しい信託法解説』（三省堂，2007）320頁参照。）

69) 四宮・前掲注66)218頁。

質上の当事者と考えられるという見方は，信託財産を取得するに至った受益者が訴訟提起する場合，受託者が信託財産の「所有」者であった期間につき，受益者の主張をより論理的に強固なものとする際の一助となり[70]，また例えば，音楽著作権を巡る争いで，受益者が受託者に代わって当事者として訴訟を遂行するという考え方の一助ともなり得よう。

ところで，実質的法主体説からも（構造が異なるが）訴訟担当の考え方が現れている。この考え方に立つと，受託者は利益帰属主体たる信託財産の訴訟担当者として訴訟を追行し，判決の効力は被担当者たる信託財産に及ぶが受益者には及ばない。受益者は後に信託契約の解約その他により信託財産の交付を受けた場合，口頭弁論終結後の承継人として判決の効力が及ぶこととなる。

また，いわゆるセキュリティトラストを巡る受託者に対する弁済の受益者に対する効果に関する議論でも，訴訟担当という視点からアプローチするという発想もあり得よう。

本稿の取り上げたテーマは信託法のみならず，民事訴訟法の法理の根幹にも関わるものであり，今後さらに議論を重ねる必要があろう。

※　本稿執筆にあたって，東京大学法科大学院ローレビュー編集委員である郷家駿平氏には原稿を丹念に読んでもらい，議論の筋道，表現，引用文献の適否など細部にわたって適切なご示唆を頂いた。ここに記して感謝の意を示すこととしたい。もちろん本稿の内容に不正確な議論や表現等があれば全て筆者の責任に帰されるべきものである。

（おの・まさる）

70) 前掲注 10) 参照。なお，受託者が受益者の訴訟担当者となるという見解からは，訴訟係属中に信託が終了した場合，民訴法 124 条 1 項 5 号により訴訟が中断し，受益者が受継することになる。したがって受益者は，受託者の形成した訴訟状態が有利であっても，不利であっても，それを引き継がねばならないことになる。

論説

権限濫用の法理について

東京大学教授
交告尚史

I. 本稿の目的

II. 日本の研究史の素描
1 初期の研究
2 山田幸男の研究
3 近藤昭三の研究
4 阿部泰隆の研究
5 最近の研究

III. 権限濫用の掩蔽
1 事実の不存在または実質的不正確性
2 法の一般原則，とくに平等原則
3 法の過誤
4 土地収用における公益性の欠如
5 評価の明白な過誤
6 警察処分における「措置の事実への不適合」の法理
7 形式の瑕疵

IV. 近時の権限濫用による取消し例
1 地元定着商人の利益保護のための市場移転（C.E., 23 avril 1997, Commune des Gets c/Berg, Rec.662）
2 裕福な住民の便宜を図るためのPOS の改定（C.E., 9 juillet 1997, Ben Abdulaziz Al Saud, Dr.adm., 1997, n°38）
3 違法建築を正規化するためのPOS の変更（C.E., 4 mai 1998, Commune Saint-Sauveur-sur-École, Dr.adm., 1998, n°263）
4 結婚阻止を目的とする外国人の国外追放（C.E., 29 juillet 2002, Préfet du Languedoc-Roussillon, préfet de l’Hérault, Legifrance n°237832）

V. 一応の結論

I. 本稿の目的

昨年（2008 年度）冬学期に法科大学院で上級行政法の講義を担当したが，あるクラスで余目町トルコ風呂事件判決 1)（最判昭和 53 年 5 月 26 日民集 32 巻 3 号 689 頁）を取り上げた際，基礎知識の周辺として解説した事項について，ある学生から質問を受けた。その基礎知識の周辺とは，裁量権の行使に目的違背や不正な動機があれば行政処分が違法になるという考え方は，フランスの権限濫用 2)（détournement de pouvoir）の法理に類似しているということである。

権限濫用とは，行政庁が自己の権限をそれが与えられた目的以外の目的で行使することをいう。まさに権力を曲げる（détourner），曲げて使うということである。越権訴訟（recours pour excès de pouvoir）における取消事由の 1 つであり，権限濫用がある旨の主張が認められると当該処分は取り消される。越権訴訟というのは日本の取消訴訟に相当する制度であり，1799 年のコンセイユ・デタ（Conseil d'Etat 国務院と訳されることがある）の創設以来の伝統を有している。

権限濫用には 2 つの類型があって，ひとつは行政庁が私益を追及した場合，もうひとつは，行政庁はたしかに公益を追及したが，その公益目的が法律の目的ではないという場合である。前者の例として，市長が自分の縁者の調書を取った警察官を私怨を晴らす意図で停職にしたというモーグラ氏事件（C.E., 16 novembre 1900, Sieur Maugras, Rec.617）を，後者の例として，財務大臣がマッチ工場に対して本来の警察目的ではなく財政上の理由から閉鎖命令を出したというパリゼ事件（C.E., 26 novembre 1875, Pariset, Rec.934）を挙げることができる。どちらの事件でも権限濫用の主張が認められた 3)。なお，パリゼ事件の判決は 1875 年に出た 4) わけであるが，大体この頃が権限濫用の統制の黎明期と見てよい。ただし，さらにその淵源を探ねると，1864 年まで遡ることになるようである 5)。

権限行使の動機や目的は，それが行政庁にとって隠しておきたいものであるときは，なかなか表には出てこない。したがって，裁判所としては，決定者の主観面に探りを入れることになる。そうすると，行政処分の主観的な要素をさらに裁判官の主観で捉えることになって，裁判統制のあり方として危険ではないか。裁判所としては，行政処分の客観面に現れた歪みを裁量瑕疵のどれかの類型に位置

1)　小早川光郎ほか『上級行政法（2008/2009）』（有斐閣，2008）のユニット 2 を参照。もっとも，余目町トルコ風呂事件とフランスの権限濫用の法理との関係をどう見るかは，それ自体ひとつの問題である。フランスの研究者に確認したわけではないが，権限濫用の一形態と捉えることもできると思う。村上義弘は，本件判決の評釈において，フランス法の解説に数頁を割き，権限濫用に相当する法理を日本でも創るべきだと説いた（村上義弘「判批」民商 80 巻 3 号 320 頁，324-329 頁（1979））。しかし，本件には，客観的に処分（営業停止命令）を行うことが可能な状況を行政機関が意図的に作出した（児童福祉施設の認可），すなわちある権限行使と別の権限行使の結び付きという形で不正要素が顕れたという特色がある。小早川光郎が「仕組みの濫用」という概念を立て，その一例として本件最高裁判決（民事，刑事双方）を挙げている（『行政法 上』（弘文堂，1999）257-258 頁）のは，おそらくこのことを重視したためであろう。なお，最近，村上順「国立マンション事件判決と行政過程の正常性」ガバナンス研究 5 号 51 頁（2008）に目を通したが，規範準拠的法思考とケース準拠的法思考の対立という観点から余目町トルコ風呂事件判決を巡る諸家の見解が分析されている（64-72 頁）ので参照されたい。

2)　détournement de pouvoir は「権力の簒奪」，「権力濫用」などと訳されることもあるが，本稿では，J・リヴェロ（兼子仁ほか編訳）『フランス行政法』（東京大学出版会，1982）に従って「権限濫用」という訳語を選択した。

3)　パリゼ事件の判決では，本件閉鎖命令は「諸権限の超過のゆえに」（pour excès de pouvoirs）取り消されるべしと判示されており，また，モーグラ氏事件の判決では，「市長はその諸権限の限界を越えた」（le maire a excédé la limite de ses pouvoirs）と表記されている。したがって，両事件が権限濫用の判例だというのは後の研究者がそのように受け止めているということであって，détournement de pouvoir という用語が定着するのはもう少し後のことと考えられる。

4)　パリゼ事件と同じ日に同じ内容の判決がもう 1 つ出ている。C.E., 26 novembre 1875, Laumonnier-Carriol, Rec.936.

5)　Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit administratif, Paris, 2007, p.97 et s.

づけることで足りるのではないか。講義の後で受けた質問の趣旨はそういうことであったと記憶する。

それに対する私の考えは，目下のところは，その学生が語ってくれたのと同じである。たしかに，目的違背や不正の動機が問題になる事件では，おそらく平等原則違反，比例原則違反，他事考慮，事案の固有事情審査義務違反といった裁量瑕疵に取り込めるような客観的な事実が存在しているものと推測される。実際にそうであるのなら，そのような裁量瑕疵の類型を指摘して，当該処分の取消しを求めればよい。しかし，本当に客観面だけ見ていれば充分なのか。どうしても主観面に着目せざるを得ない場合も稀には存するのではないか。そういう疑念を拭い切れないので，権限濫用の国であるフランスでそこのところをどう議論しているのか，少しばかり調べてみることにした。

実は，この質問を受けた日からしばらく後，フランス行政法研究会という専門家の集まりで，「権限濫用論再考」という論題で報告をした。その骨子は，「掩蔽」の一語に凝縮させることができる。掩蔽とは，天体が他の天体の陰に隠れて地球からは見えなくなるという意味である。フランス語では occultation という。この語によって，行政処分の客観面の統制が権限濫用の領分を覆い隠そうとしている状況が比喩的に語られる[6)]。しかし，そうすることで論者は，権限濫用という天体は，客観面の統制という天体によって完全に覆い尽くされたのではなく，縁辺を幾分かは見せていることを悟らせようとしているのではないか。私の想像では，その縁辺部分は，縁辺のみに限局されたがゆえに，天体全体の輝きとは趣を異にした怪しげな光をわれわれ観察者に届けているはずである。

II. 日本の研究史の素描

最初にフランスの権限濫用の法理が我が国に紹介されてきた経緯を簡単にまとめ，その作業のなかで，この法理の背景にあるフランスの行政裁判制度の特色を指摘し，この法理に伴う幾つかの問題点を浮かび上がらせるようにしたい。

1　初期の研究

権限濫用の法理に最初に着目した行政法学者は誰かと問うならば，大方の答えはおそらく佐々木惣一[7)]か織田萬[8)]であろう。しかし，権限濫用の法理をそれとして紹介したのは誰かということであれば，まず名前が挙がるのは田上穣治である。田上は，権力簒奪という訳語の下に，ドイツ法との対比において，権限濫用の法理の射程が広いことを明らかにした[9)]。

2　山田幸男の研究

次に指を屈すべきは山田幸男である。山田は，広く諸外国の自由裁量論に目を向け，いずれの国でも裁量の狭隘化が進む様子を観察し（自由裁量権あって，自由裁量行為なし），それでもなお残る裁量をどのように捉える

6)　Christelle Ballandras-Rozet, Réflexions sur la dimension morale du détournement de pouvoir, A.J.D.A., 2007, p.2236（2237）.

7)　たとえば，高橋靖「美濃部裁量理論における二つの不文法―佐々木理論との比較についての通説への疑問―」早稲田大学大学院法研論集 22 号 183 頁，202 頁（1980）の指摘を見よ。高橋が引く佐々木の論文は，「行政機関の自由裁量」法と経済 1 巻 1 号 20 頁（1934）。なお，中国人研究者である王天華は，日本の行政裁量論を研究するに当たり，高橋の作品を思索の導きの糸として用いた。高橋の上記論文との関わりで，王天華「行政裁量の観念と取消訴訟の構造（1）―裁量処分取消訴訟における要件事実論へのアプローチ―」国家 119 巻 11・12 号 54 頁（2006）の 110 頁注 106）を参照されたい。

8)　織田萬『日本行政法原理』（有斐閣，1934）101 頁の記述が権限濫用の法理の根本思想が摂取されたことを匂わせている。

9)　田上穣治「佛國判例より見たる自由裁量の限界」『法律による行政』（有斐閣，1942）185 頁以下（論文初出は 1938 年）。

か，すなわち裁量の本質論を明らかにしようとした（行政処分の要件ではなく効果に裁量を見る）[10]。フランス法研究はその一環であり，そのなかで，やはり権力の簒奪という訳語を用いて権限濫用の法理を説明している。山田の研究のおかげで我々は，越権訴訟の発達の概略と，取消事由の発展史（山田が取り上げているのは，権力の簒奪，法の過誤，事実の過誤）を知ることができ，その中に権限濫用の法理を位置づけることができるようになった。

「取消事由の発展」を理解するには，フランスの行政裁判制度が元々は「行政活動を裁判することもまた行政なり」という思想の下に行政権の内部に位置付けられた事実を認識しておく必要がある。そういう位置付けであったがゆえに，コンセイユ・デタは，最初は無権限と形式の瑕疵という行政処分の外部的適法性しか審査していなかった。行政処分の内部的適法性，すなわちその行政処分は如何なる事実関係に基づいてなされたのかというようなことにコンセイユ・デタが容喙すれば，一般の行政活動を阻害することになるからである。ところが，行政権の中に在りながらも，コンセイユ・デタが時代の変化に応じて裁判所としての体裁と機能を具えるに至ると，次第に行政処分の内部的な適法性をも審査するようになる。

山田が取り上げた法の過誤と事実の過誤は，内部的適法性の世界に属する取消事由である。内部的適法性の統制はさらに事実の法への当て嵌めにも及び，「法的性質決定の過誤」という呼称を得た。他方，権限濫用の統制は，法の過誤や事実の過誤が始まる時期（1900 年代初頭）の 30 年ほど前の時点で，たとえば市長が私怨を晴らすために行政職員を懲戒処分に付したというような事情がたまたま露見した（モーグラ氏事件では，市長が処分の意図を表明する文書を出していた）ような場合に，行政庁がその権限を越えたものとして処分を取り消すという形で登場したのである。山田は，それを根拠法律の目的（but）と行政処分の意図（intention）の不一致として定義した。

3　近藤昭三の研究

それに対して，近藤昭三は，but というフランス語を「行政処分の目的」を指す語として用い，行政庁が自己に課せられた行為目的以外の目的で行為することが権限濫用（近藤の訳語は「権力濫用」）であると表現した。しかし，それは用語の選択の問題に止まる。近藤論文[11]の第一の功績は，権限濫用の起源に関するヴィダルの説を紹介したことである。近藤によれば，それまでの通説が権限濫用を無権限の派生型と捉えていたのに対して，ヴィダルは，行政処分の外部的適法性に属する無権限から内部的適法性に属する権限濫用が派生するはずはないと異を唱えた。そして，自らは，権限濫用の統制が登場する要因を，コンセイユ・デタが留保裁判[12]の下で行政監督作用を行っていた（行政監督作用だからこそ権限濫用の統制ができる）こととと，この時期に実施された地方分権改革とに見出した。ここで地方分権改革が絡んでくるのは，地方分権により知事の決定権が増大すれば，その行使が恣意に流れないように規律する必要が生じるからである。近藤自身は，それまでの通説とヴィダル説は互いに補いあって越権訴訟の実相を明らかにするものだと評

10) 山田幸男「佛蘭西に於ける自由裁量問題」神戸法學雑誌 1 巻 1 号 73 頁（1951）。山田のそれ以前の作品である「自由裁量の観念について」法時 22 巻 7 号 58 頁（1950）と，それ以降の作品である「自由裁量」田中二郎ほか編『行政法講座 第二巻』（有斐閣，1964）125 頁を併せて参照。

11) 近藤昭三「フランス国務院と権力濫用の法理」『フランス行政法研究』（信山社，1993）161 頁（論文初出は 1961 年）。

12) 1872 年以前は，行政訴訟の判決の承認が国王に留保されるという建前であった。それが，1872 年 5 月 24 日のコンセイユ・デタの組織と権限に関する法律が制定されたことで，コンセイユ・デタは，自らの名前で判決を下すことができるようになった。このことを捉えて「留保された司法から委任された司法への転換」などと表現する。詳しくは，神谷昭『フランス行政法の研究』（有斐閣，1965）66-69 頁を参照。

した。

近藤の研究には，もうひとつ，行政処分に際して追及されるべき目的は何によって定まるのかという論点の考察を促したという意義が認められよう。法律が目的を詳しく規定しているときはそれを参照すれば済むのに対し，それが明らかに示されていないときは法律の解釈が必要となる。後者の例として，近藤は，一切の不動産取引を知事の認可にかからしめた1940年11月16日の法律を取り上げた。同法は知事に認可権限を与える目的を明示していないにもかかわらず，コンセイユ・デタは，この権限は不動産投機・買占を防ぐ目的で与えられたものと解釈し，それ以外の目的（たとえば非農家による農地の買入れを排除すること）で認可を拒否する処分を取り消したという。さらに，近藤は，権限濫用の審査を行政道徳の統制と見るオーリウやウェルテル（Welter ウェルテと表記する邦語文献もある）の考え方をも紹介した。行政道徳の統制というのは，立法者の明示または黙示の意思に反して行動するという意味での違法性を統制するのではなく，権限行使の目的が良き行政の則るべき諸原則に反するときに制裁を加えるのが権限濫用の統制だということを意味する。

4　阿部泰隆の研究

我が国のフランス行政法研究は，阿部泰隆による越権訴訟の包括的研究[13]のおかげで，大いに精密なものとなった。阿部は，権限濫用（阿部の訳語は「権力濫用」）についても，その起源，他の取消事由とくに処分理由（motif 阿部の訳語では「要件事実」）の統制との関係，権限濫用の統制の性格，権限濫用の証明，権限濫用の統制の推移（後退・前進・現状）など，あらゆる角度から考察した。とくに，権限濫用の証明に関する主要判例を分析したことの意義は大きい。なぜなら，権限濫用を導く行政処分の目的（but）は，客観的要素とされる処分理由とは異なり，行政処分を行う者の意図に関わる主観的要素であるために，それを証明するのが非常に難しいからである。

5　最近の研究

最近のものでは，まず橋本博之のオーリウ研究を紹介したい。先に近藤の研究に触れた際，オーリウが権限濫用を行政道徳の統制と見ていたことを指摘したが，橋本は，オーリウの判例評釈を徹底的に読み込むことにより，当初は権限濫用の法理を適法性の統制と見ていたオーリウが，後に制度の理論を取り込み，権限濫用を「行政上の道徳性」違反と捉えるに至る過程を丁寧に跡づけた[14]。

最後に，フランスの土地収用判例を主要な素材として行政裁量論を展開した亘理格の大著を挙げておく。亘理は，その一節において，権限濫用（亘理の訳語は「権力濫用」）の統制の後退傾向を2つの視点から論じた[15]。まず第一点は「決定的な動機」の法理[16]である。これは，行政処分に複数の目的ないし動機が併存している場合，それらの中の決定的な動機が権限濫用を基礎付けるのでなければ，権限濫用の瑕疵を理由に処分が取り消されることはないということを意味する。たとえば，石油危機に際してガソリン消費量の抑制を意図して政府が自動車の速度制限を行うことは，国民経済の観点からの権限行使ではあるけれども，速度制限が交通事故の抑制に資する手段であることは確かであるから，そのような交通警察の目的も同時に意図されていた以上，当該権限行使は権限濫用の瑕疵を帯びるものではない（C.E., 25 juillet 1975,

13) 阿部泰隆『フランス行政訴訟論』（有斐閣，1971）。権限濫用に関する記述は，116-164頁。
14) 橋本博之『行政法学と行政判例―モーリス・オーリウ行政法学の研究』（有斐閣，1998）214-220頁。
15) 亘理格『公益と行政裁量―行政訴訟の日仏比較』（弘文堂，2002）102頁以下。
16) これは私の関心事でもある。交告尚史『処分理由と取消訴訟』（勁草書房，2000）第5章を参照。

Sieur Chaigneau, Rec.436)。この例は，現代社会においては，公益を根拠法律ごとに分断していたのではうまく対処できない場合があることをよく物語っている[17]。

亘理が指摘するもう1つの論点は，一見私益と見える利益が公益と評価されることもあり得るということである。その例として挙げられているソショー市事件判決（C.E., 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, A.J.D.A., 1972, p.227）を紹介しよう。これは，国道の一部がプジョー自動車工場の敷地を貫通する形で走っていたため，その区間について迂回路を建設すべく，その事業について土地収用のための公益性認定がなされたという事件である。コンセイユ・デタは，本件の迂回路建設がプジョーに対して直接的かつ確実な利益をもたらすことを認めつつも，他方で，公共交通の需要を満たすとともに，「地域経済において重要な役割を果たしている一大工業施設発展の要請を満たすことは，一般的利益に適合する」と判示し，権限濫用の主張を斥けた。そこには，「私益を満たすことで公益が満たされる」という考え方が顕れている。亘理は，これを捉えて，行政の裁量権行使に対する裁判所の統制機能の衰退を意味するものと評した。

III. 権限濫用の掩蔽

掩蔽の意味は前に説明したが，念のため確認しておく。それは，行政処分の客観面を統制する手法が発達したために，それによって，以前であれば権限濫用の法理が用いられていた場面が次第に覆われていく現象を指す。では，その客観面の統制手法とはいかなるものか[18]。

1　事実の不存在または実質的不正確性

最初に，カミーノ判決（C.E., 16 janvier 1916, Camino, S., 1922-III-10）という古い判例を取り上げる。この判決では，市長の免職処分が取り消されたのであるが，その理由は，当該処分が実質的に正しく理由付けられておらず（処分の根拠とされた事実が確実に存在したとは認められないということ），また理由付けの一部が法的に誤っているということであった。とくに前者が大切である。行政庁が権限濫用の瑕疵を指摘されるような行政処分を行うときは，当該処分を客観的に支え得るだけの事実の基礎を有していないと考えられる。したがって，処分を支える事実が存在しない，あるいは実質的に不正確であると主張して争えば，目的違背や不正な動機といった主観的要素の証明に伴う困難を回避することができる。もっとも，それには，裁判所が行政処分の基礎となった事実にまで踏み込んで審査を行う姿勢を示していることが前提となる。そのような審査は今日では当然のこととして行われるが，20世紀初頭の段階ではそうではなかった。カミーノ判決は，コンセイユ・デタがそのような審査の開始を宣言した判例として有名である。

2　法の一般原則，とくに平等原則

パリ市が，住民に対する手当の付与に国籍要件を課すことについて，市における人口の均衡の維持という名目で正当化を図ったが，コンセイユ・デタは，フランス国籍を有するパリ市民もフランス国籍を有しないパリ市民も法的に違いはないとして，平等原則違反を宣言した（C.E., 30 juin 1989, Ville de Paris — Bureau d'aide sociale de Paris c/ M.Lévy,

17) これは亘理が挙げている例ではない。三浦大介「フランスにおける行政警察の概念」渥美東洋編『警察政策学会10周年記念 犯罪予防の法理』（成文堂，2008）を参照のこと。

18) 以下の判例の選択に当たっては，次の文献を参照した。Manuel Gros, Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir, R.D.P., 1997, p.1237（1247-1251）.

R.F.D.A., 1990, p.578)。市当局が人口の均衡の維持を持ち出すのは権限濫用に当たるという構成も可能であったと考えられる。

3　法の過誤

法の過誤とは，処分理由の法的側面（motif de droit）が誤っている，すなわち法律の解釈に誤りがあるということである。先に近藤昭三の研究を紹介した際，一切の不動産取引を知事の認可にかからしめた1940年11月16日の法律に言及したが，この法律に関する案件で，「不動産の取得者が実業家である」という理由により認可を拒否したものがあった。それに対してコンセイユ・デタは，それだけでは拒否を正当化し得る理由にはならないと判示した（C.E., Ass., 9 juillet 1943, Sieurs Tabouret et Laroche, Rec.182 ; C.E., Ass., 28 juillet 1944, Dame Constantin, D., 1945, p.163 (164)）。資金の出所，取得者の通常の活動または不動産購入の意図から判断して「投機および買占のための購入ではない」と認定することができないときに，はじめて拒否処分が可能になるというのが立法者意思だからである。

4　土地収用における公益性の欠如

市庁舎建設の目的で土地を収用する旨を行政庁が表明していても，建設に適した土地を市がすでに十分に保有しているのであれば公益性は認められない（C.E., 3 avril 1987, Consorts, Metayer et Epoux Lacour, A.J.D.A., 1987, p.549）。

5　評価の明白な過誤

今日では，事実の法への当て嵌めの過程（法的性質決定）に行政庁の裁量権が認められる場合でも，裁判所は少なくとも評価の明白な過誤の審査だけは行う。そうすることで，行政決定に最低限の論理的一貫性を確保しようとしているのである[19]。たとえば，職能集団でのしかるべき資格を取得していない行政職員を文化行政の主任検査官の地位に就ける処分を，コンセイユ・デタは，評価の明白な過誤を理由として取り消した（C.E., 16 décembre 1988, M.Bleton, A.J.D.A., 1989, p.144）。そのような処分は論功行賞に違いないと推測されるので，権限濫用の瑕疵を主張する余地もあったと考えられる。

6　警察処分における「措置の事実への不適合」の法理

コンセイユ・デタは，公共の秩序の維持ではなく，望まれざる隣人の厄介払いを意図してなされたディスコの禁止措置には，事実との比例性が欠けていると判示した（C.E., 26 juin 1987, MM. Michel et Francis Guyot, A.J.D.A., 1987, p.690）。要するに，選択された処分が重すぎたということである。

7　形式の瑕疵

以上取り上げたのは行政処分の実体の瑕疵を理由に取り消された事例であるが，権限濫用が推測される行政処分を形式の瑕疵を理由に取り消す判例も見られる。たとえば，ある島の町の長が，パリ市民である借地人に対し，個人的な性格の不一致から，原動機付の車による島内移動の許可を拒否したという事件で，コンセイユ・デタは，理由付記の欠落のみを理由に当該処分を取り消した（C.E., 10 décembre 1993, Madame Maes, R.D.P., 1994, p.819）。

19) 三浦大介「フランス行政法における裁量統制の進展（三・完）―l'erreur manifesteを中心に―」首都大学東京・東京都立大学法学会雑誌37巻2号179頁（1996）の209-211頁，とくに209頁に訳出された1970年ランベール氏判決のブレバン論告（権限濫用と評価の明白な過誤の対比）を参照。

IV. 近時の権限濫用による取消し例

では，続いて，比較的新しいところから，コンセイユ・デタが権限濫用で処分を取り消した判例を幾つか紹介する。

1 地元定着商人の利益保護のための市場移転（C.E., 23 avril 1997, Commune des Gets c/Berg, Rec.662）

日曜市場（marché hebdomadaire そこでは毎週市が立つ）を移転させることを決めた市長の布告が取り消された事例である。一件書類から，次のことが判明した。市当局は，本件布告の目的は駐車に関わる支障の改善であると主張しているが，実際は地元定着商人の利益を保護することが目的である。市場所在地の近辺における自動車の駐車と通行に関わる支障は，それを改善した交通計画を地元定着商人が率先して撤回させた結果であった。そのことから，コンセイユ・デタは，本件布告には権限濫用の瑕疵があるとして，これを取り消した。

2 裕福な住民の便宜を図るための POS の改定（C.E., 9 juillet 1997, Ben Abdulaziz Al Saud, Dr.adm., 1997, n°38）

裕福な地主の利益を図るために目下改定中の土地占用計画[20]（POS）の先行適用を決めた市会決定（この決定があれば建築許可を出せる）が取り消された事例である。本件の POS の改定は市内の或る地域に都市区域である UCb ゾーンを設定する作業であったが，この区域設定は，アル・サウド氏が所有する一連の区画のみを対象としており，そのうちのある区画に氏が建物を建てられるようにすることを唯一の目的として実施された。したがって，本件決定は，当該地域における UCb の設置とそれに対応する諸規定の先行適用を決めている限りにおいて，市の都市計画に係る一般的利益ではなく，個人的な利益を満足させるためになされたものと見なければならない。そこで，コンセイユ・デタは，その限りにおいて本件市会決定は権限濫用の瑕疵を帯びると判示した。

3 違法建築を正規化するための POS の変更（C.E., 4 mai 1998, Commune Saint-Sauveur-sur-École, Dr.adm., 1998, n°263）

これも POS に関する事例である。市内の或る地区を都市区域の UA ゾーンに組み入れる POS を知事が布告でもって公表したところ，それがコンセイユ・デタの判決によって取り消された。そして，そのことが更なる事件の始まりとなった。コンセイユ・デタが布告を取り消した理由は，当該地区は緑の中であり，建築物はほとんど存在しないので，そこに都市区域を設定する決定には評価の明白な過誤が認められるということであった。

この取消判決の後，市会の議決によって当該 POS の企画が停止となり，市長の布告でもって，同じ地区を自然区域である NB ゾーンに分類する計画案が公表された。ところが，この市会の議決と市長布告もまたコンセイユ・デタによって取り消された。それは，これらの行為が，かつて Q 氏が違法に建設した建築物についてヴェルサイユ地方行政裁判所が 8 件の連続する建築許可を取り消したことから，それらの建築物を正規化することのみを目的としてなされていたからである。

その後さらに市長が布告を発して POS の案を公表したのであるが，全く同じ範囲の地

20）土地占用計画については，久保茂樹「フランスの土地占用計画（POS）の法構造―市町村による内容形成の自由度―」青山法学論集 43 巻 1 号 1 頁（2001）を参照。

区に今度はNBaという下位ゾーンが設定されていた。そして，このゾーンに係る規制は，NBの他のゾーンに適用されるそれとは異なり，宅地の最低面積の規制と，建築物の地面への影響に関する規制とを含んでいなかった。そこで,「現職の市長」(maire en exercise）を代表者とする市が当該布告の取消しを求めた[21]のが本件である。ヴェルサイユ地方行政裁判所は，請求を認容。コンセイユ・デタも，NBaゾーンの規制をそのように定めた目的はQ氏の違法建築を正規化することにほかならなかったと判断し，本件布告は権限濫用の瑕疵を帯びるとして，原判決を支持したのであった。

4　結婚阻止を目的とする外国人の国外追放（C.E., 29 juillet 2002, Préfet du Languedoc-Roussillon, préfet de l'Hérault, Legifrance n°237832）

外国人法令の定めによれば，滞在許可証の発行もしくは更新を拒否された外国人，または滞在許可証を取り上げられた外国人が，拒否または取上げの通知から1か月を超えてフランス領土に滞在しているときは，知事はその外国人を国外に追放することができる。モロッコ国籍のX氏は，滞在許可証の発行を拒否する旨の通知を受けてから1か月以上フランス領土に滞在した。したがって，国外追放の要件に該当していた。

上記の通知を受けてから1年半後(2001年8月16日)，X氏は防空・国境警備警察から呼出しを受け，勾留された。そして，翌日，知事が同日付で発した国外追放の布告の通知を受け取った。その日，X氏は，15時間後に市役所でフランス国民であるA嬢と結婚の契約を交わすことになっていた。しかし，彼は直ちに施設に収容されたので，その儀式を行うことはできなかった。

関係書類からは，県当局は，X氏の結婚予定について情報を入手し，その結婚は偽装の疑いがあると判断して，国外追放の決定を行ったことが分かる。このことと本件の諸事情とくに行政機関が性急に行動した事実を考慮すると，本件布告は，X氏の結婚を阻止することを決定的な理由とするものであったとみなければならない。かくして, コンセイユ・デタは，本件布告は権限濫用の瑕疵を帯びるとの結論に至った。

V. 一応の結論

行政処分の客観面を統制する手法が発達した結果，権限濫用を理由として処分が取り消される機会は減少した。しかし，近年でもときには権限濫用を宣言する判決を見ることができる。では，裁判所はいかなる場合に権限濫用による取消しを選択しているのであろうか。先に紹介した4つの事例だけでは，とても一般的な傾向を語ることはできないけれども，幾つか指摘すべきことはある。

まず，いずれの事例でも，コンセイユ・デタは処分に臨む行政の態度に強い悪意の顕れを見ているものと推測される。そして，他面で，行政のそのような態度によって重要な社会的価値が損なわれてしまうことも考慮されているものと思われる。日曜市場の事件では，地元定着商人という集団の利益を擁護するという行政の意図が，交通計画の撤回から市場の移転に至る過程ではっきりとしており，そのことによって当該地域の外から当該市場にやって来て商売をする者や市場で買い物をする者の利益を蔑ろにしていることになる。

POSに関する2つの事件では[22]，行政が

21) ここでは訴訟要件等について説明することができない。橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査―フランス（上)」ジュリ1236号85頁（2002)，およびとくにPOSとの関係で久保茂樹「土地利用計画に対する裁判統制―フランスのPOS訴訟について―」青山法学論集37巻3・4号1頁（1996）を参照のこと。

22) 久保・前掲注20)42-49頁によれば，都市計画法分野では今日でも権限濫用が有力な取消事由になっているようである。

特定の個人の利益になるように法制度を動かしている。これでは都市計画に係る公益は実現できないし，行政の公正さに対する住民の信頼が失われ，制度が腐敗するであろう。とくに2つ目の事件では，市がコンセイユ・デタの判決を真摯に受け止めず，あの手この手で特定個人の便宜を図っており，裁判所侮辱の様相を呈している。これをコンセイユ・デタが権限濫用を宣言することで制裁したいと考えるのは無理からぬところである。

以上の3事例を眺めていると，自治体の決定が問題になっている点で共通していることに気づく。フランスのコミューンは小規模なものが多い。一般論として，狭い地域社会であればあるほど，それだけ人と人の結び付きは濃密である。行政処分を行う者とその相手方との間にもそれほど距離がないので，有力者からの圧力などの不正要素が入り込み易く，また一旦入った不正要素を排除する機能が働き難い。そういう事情があるので，コンセイユ・デタは，とくにコミューンの決定には目を光らせているのではないかと推測される。

4つ目の国外追放の事件では，行政は結婚の阻止という人間の自然な欲求を否定する行為に及んだ。外国人にはフランス領土に留まる権利はないとしても，現に滞在している間の扱いにおいて当然その人格が尊重されてしかるべきである。なお，この事件では，当該外国人の結婚に係る儀式の日取りについて行政が情報を得ていたことが文書から判明したのであるが，そのことに加えて，その儀式の前日に呼び出して翌日には収容してしまうという性急さが，結婚阻止という行政の意図を認定するうえで大きな意味をもった。権限濫用の証明という論点を考察するうえで重要な素材になるであろう。

思うに，いずれの事件でも，コンセイユ・デタは，行政決定に関与する者のうちに反道徳的な考えの持ち主がいること自体に制裁を加えようとしているのではない。コンセイユ・デタが権限濫用を宣言するのは，道徳的に非難され得る思念が決定に関与する者の心の裡に留まることなく，行政処分に向けた練り上げの過程において決定者に外在する与件として機能し，行政決定の有り様を実際に方向付けたときである[23)]。しかも，権限濫用は伝家の宝刀であり，コンセイユ・デタがこれを抜くのは，悪性の程度が極めて高く，それによって重要な社会的価値が損なわれるときに限られるようである。

（こうけつ・ひさし）

［フランス語文献略語表］

A.J.D.A. : L'actualité juridique – Droit administratif
D. : Recueil Dalloz
Dr.adm. : Droit Administratif
Legifrance : http://www.legifrance.gouv.fr/
R.D.P. : Revue du droit public et de la science politique
Rec. : Recueil des décisions du Conseil d'Etat
R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
S. : Recueil Sirey

23) 前掲注 6) の論文の 2237-2238 頁で，著者は，フッサールの現象学でもって行政処分の道徳的次元を説明しようとしている。私はまだその説明の意味がよく呑み込めていないが，おそらくここにまとめたようなことであろうと思う。

論説

刑事過失と信頼の原則の系譜的考察とその現代的意義

東京大学准教授
樋口亮介

【目次】

はじめに
　1　本稿の問題意識
　2　本稿の目的と分析手法

一　基本的思考枠組の解明：大正3・3・11まで
　1　大審院判例にみる過失判断の定式
　2　大正3・3・11にみる信頼の原則の法的構造
　3　大審院の過失判断の定式と信頼の原則の系譜

二　過失の判断定式と信頼の原則の法的構造の具体化
　1　撹乱要因の除去
　2　過失の判断定式の具体化
　3　信頼の原則による注意義務の免除

三　基本的思考枠組み解明の現代的意義

おわりに

【細目次】

はじめに
　1　本稿の問題意識
　　(1) 新過失論の論理的分析
　　(2) 実践的な問題解決の必要性
　　(3) 学説と判例の系譜の齟齬
　2　本稿の目的と分析手法
　　(1) 本稿の目的
　　(2) 具体的な分析手法
　　　(a) 我が国の判例を主たる素材とする理由
　　　(b) 理論構造の析出

一　基本的思考枠組の解明：大正3・3・11まで
　1　大審院判例にみる過失判断の定式
　　(1) 注意義務設定の規範的根拠
　　(2) 規範的に設定された注意義務による被告人の具体的行動の評価
　2　大正3・3・11にみる信頼の原則の法的構造
　　(1) 過失の判断定式の採用
　　(2) 信頼の原則による注意義務の免除
　　　(a) 問題設定
　　　(b) 規範的考慮に基づく注意義務の免除
　　　(c) 注意義務免除の前提状況

3　大審院の過失判断の定式と信頼の原則の系譜
(1) 予見可能性概念の不存在
(2) 過失犯の処罰要件をめぐる比較法上の議論
(a) 英米不法行為法における過失の判断構造
①行動説：過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの自覚的拒否
②危険概念による過失の定式化と信頼の原則の採用
(b) 大審院判例への影響
①信頼の原則の文面の類似性と法的構造の同一性
②英米不法行為法へのアクセス
(3) 学説・判例における過失犯の系譜が齟齬する原因

二　過失の判断定式と信頼の原則の法的構造の具体化
1　撹乱要因の除去
(1) 予見可能性概念と危険の防止という規範的見地を区別する必要性
(a) 主観的予見可能性と客観的予見可能性
(b) 危険の防止という規範的見地と客観的予見可能性概念を区別する実益
①注意義務の具体的内容の確定根拠
②信頼の原則の法的構造の基盤
(2) 最高裁判例における予見可能性概念の明示的採用とその背景
(a) 最高裁判例の過失の定式
(b) 最高裁判例の定式を登場させた背景
①過失の判断定式の系譜に対する自覚の欠落
②学説の新過失論と大審院の判断定式の内容的類似性
③大正3・3・11の全体構造の部分的注目
2　過失の判断定式の具体化
(1) 検討素材とする判例の選別
(2) 過失の判断定式の具体的内容
(a) 状況の記述及び危険の具体性・抽象性（判断定式Ⅰ・Ⅱ）
(b) 防止対象になる危険と注意義務の具体的内容の対応関係（判断定式Ⅱ・Ⅲ）
(c) 注意義務の複層性（判断定式Ⅲ）
①重畳型　②択一型　③接続型
(d) 注意義務の内容に照らした被告人の努力の評価（判断定式Ⅳ）
3　信頼の原則による注意義務の免除
(1) 検討素材とする判例の選別
(2) 信頼の原則の法的構造
(a) 原則としての注意義務の重畳的負担
(b) 注意義務の免除を認める規範的考慮
(c) 注意義務が免除される範囲
（ⅰ）法令の趣旨を踏まえた事例
（ⅱ）実質判断が行われた事例

三　基本的思考枠組み解明の現代的意義
1　上告趣意の主張と最高裁の判旨
2　全赤信号の状態における注意義務の免除を否定する規範的考慮
3　動静注視義務と予見可能性の関係

おわりに

はじめに

過失犯というテーマについては，過去に積み重ねられた議論が非常に多い。本来であれば，その過去のテクスト全てを収集し，そこで積み重ねられた議論の全体像を明晰に認識した上で，そういった議論に加えて新たにテクストを発表する意義を明らかにするのが望ましいであろう。しかし，そういった理想を実現するには，あまりに過去の議論が多い。

そうすると，そのような理想を実現できないにもかかわらず，何故，ここに新たに論文を発表するのかを説明する責務が発生するであろう。そこで，本論に入るに先立って，本稿が過去に積み重ねられた議論をどのように取り扱い，いかなる点で新たな意義を付与することを意図しているかを詳しく明らかにしておきたい。そうすれば，この短いとはいえないテクストの位置づけを読者は理解し，本稿をより容易に読み進められるし，読者の目的に応じて部分的に読むことで済ませることもできるであろう。

なお，本稿は2008年度冬学期に東京大学法学部で行った筆者の演習「刑事過失の総合的検討」の成果の一部である。演習に参加した井上克彦，江崎優汰，小野航介，竹田奈未，永井万紀子，畠山卓己，藤澤純平，三隅諒，三宅亜紗美に大いに感謝する。

1　本稿の問題意識

まずは，過失犯について新たなテクストを発表する必要性を筆者に感じさせた問題点を三点に分けて説明する。

(1) 新過失論の論理的分析

我が国においては，周知のごとく，予見可能性を中核とする旧過失論と結果回避義務を中核とする新過失論が対立している。

このうち，旧過失論は明瞭な根拠を持ち，主張する過失犯の処罰範囲も明瞭である[1)]。端的にまとめると，旧過失論は，①故意を心理的な責任要素として理解する立場を前提に，②過失についても同様の説明を行うという見地から，過失を心理的な責任要素であると理解する。予見可能性が過失犯の中核であるという議論の基礎には，予見可能性が過失犯における心理的要素であるとの理解が存在するのである。そして，この予見可能性という概念が，過失犯の処罰範囲をも規律することになるため，処罰範囲が明瞭になる。

これに対して，新過失論の内容はそれほど明瞭とはいえない。それは，客観的な結果回避義務を過失犯の中核とするという命題には，多岐にわたる議論が含まれるからである。

客観的な結果回避義務を中核とする新過失論を採用するといっても，①故意を心理的な責任要素と理解した上で，②過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する旧過失論と比較すれば，新過失論の理論構造が一様のものではないことがわかる。

まず，旧過失論の構造①②は完全に維持し予見可能性を過失犯の処罰要件としたまま，客観的な結果回避義務を別個の要件として要求することができる。例えば，違法要素としての結果回避義務と責任要素としての予見可能性は双方必要であるという議論がこの立場に属する[2)]。

さらに，旧過失論を支える議論のうち，①を否定することもできる。故意を違法要素とする目的的行為論は，過失についても違法要素として説明することを試みるが，この立場に属するものといえる[3)]。

しかし，旧過失論の構造を拒否する方法は，

1)　旧過失論の構造を明晰に把握するのが松宮孝明である（予見可能性概念の簡潔な検討として，少々難解ではあるものの，「『過失の標準』再論」『過失犯論の現代的課題』（成文堂，2004）151頁（初出・刑法雑誌32巻3号368頁（1992）））。

2)　典型的に，団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社，1990）333，334頁。この立場は，予見可能性と結果回避義務双方を独立して要求するものであり，新過失論・旧過失論を足し算したものといえる。このような議論が中庸を得たものと感じられるためか，新過失論だけでなく，旧過失論者からも支持を集めるに至っている（山口厚『刑法総論（第2版）』（有斐閣，2007）229頁）。

3)　代表的論者として，井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008）200頁。

①を否定するだけでなく，②を否定することでも可能である。この立場によると，故意犯の構造はさておき，過失犯について固有の処罰根拠を探求することになる。

新旧過失論争が十分に成果を挙げるに至っていないのは，新過失論の理論構造が多岐にわたり，内容を不透明なものにしていることが一つの原因であるように思われる。ここから，新過失論の内容の明確化が必要であるという問題意識が生じる。

(2) 実践的な問題解決の必要性

新過失論の明確化という問題意識は，単なる学問的関心にとどまらない。我が国の判例は，注意義務を設定した上で，被告人の具体的行動がその義務に違反しているかを問うという形で過失の存否を判断しており，新過失論に立脚しているというのが一般的な理解である。そうすると，新過失論の理論構造を明確にしない限り，判例による過失犯の処罰範囲について内在的な分析を行うための基礎を欠くという問題が生じるのである。

例えば，筆者がジュリスト1382号140頁で判例評釈の対象とした患者取り違え事件（最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁）において最高裁は，患者の同一性を確認するための行動をした麻酔医について一応の努力にとどまるとして注意義務違反を認めた。

しかし，何故，患者の同一性を確認するために姓を呼びかけ，同一性に疑いが生じてからは他の手術関係者に疑問を提起した麻酔医について，注意義務を履行したといえないと評価できるのかは問題となるところである。最高裁の判断の当否を論じるには，注意義務の具体的内容をいかにして定めるかという問題に取り組む他ない。ところが，新過失論による義務内容の設定方法については，意外なまでに明瞭な議論はない。この問題に答えるには，新過失論による過失犯の処罰根拠を明瞭にし，結果回避義務の設定根拠を明らかにすることが不可欠である。

さらに，患者取り違え事件において最高裁は，同一性を確認するための病院全体としてのシステムも医療チーム内の役割分担も存在しなかったことを理由として，信頼の原則による注意義務の免除を拒否するとの判断も行っている。

しかし，何故，他の手術関係者（例えば，患者を手術室に送付する看護婦）による同一性確認を信頼することが許されないかについて，直ちに明らかとはいえない。病院のシステム・医療チーム内の役割分担がなくても，看護婦が患者の同一性を確認する義務を負担する以上，手術室で麻酔を導入する麻酔医は看護婦を信頼すれば足りる，との議論を採用できない理由が問われるのである。最高裁のこの点の判断の当否を論じるには，信頼の原則による注意義務の免除が認められる要件を明らかにすることが不可欠である。ところが，そのような試みは意外にもなされてこなかった。その原因は，新過失論に立脚する判例の構造の内部において，信頼の原則がいかなる法的構造を有しているかという形での判例の全体構造を視野に収めた研究が十分になされてこなかったことにあるように思われる。

(3) 学説と判例の系譜の齟齬

このように，新過失論の構造が不明瞭である上，信頼の原則の位置づけも不透明である。この問題を解決する一助とすべく，新過失論と信頼の原則の判例・学説上の系譜を調査すると，実に奇妙な疑問が生じる。

我が国には，新旧過失論争が存在し，判例は新過失論に立脚している，というのが一般的な理解であろうと思われる。ところが，新旧過失論争が生じたのは昭和30年（1955年）以降であるのに対し，判例がその時期に旧過失論から新過失論に転化したということは全くなく，明治・大正期から注意義務を設定してその違反を問うという定式が採用されている。そうすると，何故，我が国の判例は，刑法学説が新過失論を形成するより先に義務違反を問う判断定式を採用できたのかという疑問が生じるのである。

次に，信頼の原則についてみると，昭和30年代以降に学説によってドイツの信頼の原則が紹介され，昭和41年（1966年）に最高裁も採用に踏み切った，というのが一般的なイ

メージであろうと思われる。ところが，この一般的なイメージに反し，ドイツで信頼の原則が採用されるより前に，大審院は信頼の原則を採用していたこともしばしば指摘されている。そういった指摘を行う文献が挙げる最初期の判例は，大判大正3年（1914年）3月11日刑録20輯278頁（以下，大正3・3・11）である[4)]。そうすると，何故，我が国の判例は，大正3年という早期の段階で信頼の原則を採用できたのかという疑問が生じるのである。

これらの奇妙な疑問を解決すること自体も学問的関心の対象となりうるところであるが，それに加えて，その疑問の解決が現在の問題状況の解決に役立つかもしれないという関心も生じることになる。

2　本稿の目的と分析手法

(1) 本稿の目的

以上の問題意識を踏まえて，本稿は，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにすることを目的とする。特に，注意義務の設定根拠・具体的内容の確定方法と信頼の原則による注意義務の免除が認められる場合を明らかにすることを目指す点に，従来の先行研究に対する本稿の意義を求めたい。

このような目的を設定するのは，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みの無自覚な受容こそが，過失犯をめぐる議論を偏狭なものとしているように思われるからである。

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない場合，故意犯と過失犯にアナロジーを与える必要性はなくなるため，例えば，故意犯は心理的なものと理解しつつ，過失犯を客観的なものと理解することも可能になる。ところが，我が国の新過失論を採用する学説には，そのような議論は見当たらず，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みの拒否を明示するものはないようである。それは，新過失論者に対してさえ，過失犯を故意犯のアナロジーで説明するという思考枠組みが強固に作用しているからではないかと推測される。そして，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組からもたらされた予見可能性という概念が，古くから現在に至るまで過失犯の中核をなすものとして議論を強力に拘束してきたのである。

しかし，過失犯をめぐる議論の偏狭さを脱し，過失犯の全体構造を明晰に認識するには，予見可能性という概念から距離をとり，故意犯からのアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない場合の過失犯の処罰要件を析出することが不可欠であると筆者は考える。

(2) 具体的な分析手法

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件の具体化という目的を実現すべく，本稿は，我が国の判例を主たる検討素材にする。このような手法を採用する理由と検討の進め方についてさらに詳しく説明しておこう。

(a) 我が国の判例を主たる素材とする理由

学説における新過失論の主張はドイツ刑法学の影響を受けて戦後に急速に発展したものである。しかし，そこでの議論は，予見可能性という概念を中核として過失犯を論ずるという思考枠組みに拘束されたものであり，そのような思考枠組み自体から距離をとるという姿勢を看取することはできない。

これに対して，注意義務を設定し，具体的行動が義務に違反しているかを問うて過失の

4)　信頼の原則を明示的に採用した最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁の判例解説として，市川郁雄「判解」最判解刑事篇昭和41年度94頁，98-99頁注3（1973）。他に，大正3・3・11を論じる重要な文献として，藤木英雄「過失犯の基礎理論」『過失犯の理論』（有信堂，1969）72頁（初出・「過失犯の考察」法協74巻1号1頁，3号22頁，4号18頁（1957）），谷口正孝「危険の分配－道路交通における—」ジュリ142号20頁，24頁（1957）。

存否を判断するという判例の定式は実に古くから確立し，この判断定式を前提として信頼の原則も大正 3・3・11 によって導入されている。本論で分析するが，明治・大正前期の大審院の裁判官は，英米不法行為法を参照して過失の判断定式及び信頼の原則を確立したと推測される。そして，英米の学説では，過失を故意のアナロジーで説明することを拒否する議論が自覚的に展開されていたのである。

したがって，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による処罰要件を明らかにするという目的からして，明治・大正前期の判例が適切な検討素材である。そして，過去の先例を引き継ぐという判例の性質上，明治・大正前期だけでなく，大正後期・昭和以降も，過失の存否について同様の判断を行うものが多く見出され，やはり検討素材にふさわしいといえる。

これに対して，我が国の学説及び比較法上の知見は，主たる検討素材とする我が国の判例を理解するのに必要な限度で取り上げるにとどめたい。

(b) 理論構造の析出

本稿は，判例を主たる検討素材とするものの，多数の判例の事案と判旨を抜粋して紹介するだけでは，過失犯の処罰要件を具体的に提示するという目的を達成することはできない。

そこで，本稿は，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場を前提にして過失犯の処罰要件を具体化していることが明瞭に読み取れる判例を重点的に取り上げることにする。この作業を行うにあたっては，本稿の目的実現に必要な限度で事案と判文を取り上げることにし，資料的な紹介は行わないことにする。判例原典の抜粋を長くすると，過失の基本的な理論構造を把握するという本稿の目的を妨げるという逆効果を生じさせる恐れがあるからである。また，判文を前から順番に分節するのではなく，筆者の理解したところの理論構造に沿った形で抜粋し，適宜番号と下線を付している。さらに，引用の際には原文の旧字体は新字体に，カナ書きは平仮名に直した。原典である判例を直接参照していただくのは容易であって，本稿では読みやすさを優先して構わないと考えたからである。

なお，本稿末尾に筆者が分析対象とした判例の一覧と簡単な紹介を掲げた。判例検索が必要な読者はそちらを参照していただきたい。

それでは，長い前置きはここまでとして，本論に入ることにしよう。

一　基本的思考枠組の解明：大正 3・3・11 まで

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件の具体化を行うという目的からすると，大正 3・3・11 までの判例をテクスト分析の対象とするのが適切である。

大正 3・3・11 より以前，既に，故意犯のアナロジーとしての過失という思考枠組みに依らず，予見可能性という概念も使用しない判例群が存在し，過失の判断定式は確立していた。そして，その定式を前提として，大正 3・3・11 は信頼の原則の法的構造を明らかにしたのである。

もっとも，明治期から大正 3・3・11 までに新過失論の基本的思考枠組みが確立していたとはいえ，今更 100 年前の大審院判例をわざわざ取り上げて検討することで現代の議論を深化させることなど果たして可能なのか，との疑念も生じるであろう。そのような疑念を払拭するには，本稿の分析全体をもって答える他ないが，基本的思考枠組みの解明を行うことが現代の議論をよりよく論じる基礎となるということを指摘しておきたい[5)]。

5)　過去に積み重ねられた知的資源を看過する限り，残るのは表層に残された命題に過ぎず，そのような表層的命題に基づいて現在の問題を論じたところで，その議論は隘路に陥る他ない。このような筆者の問題意識につい

とはいえ，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明する思考枠組みを採用しない立場による処罰要件は，古典的判例のテクスト分析とは独立して理解可能なものである。そこで，詳細なテクスト分析は読者の負担になることにも鑑み，論理的な議論を冒頭に示しておくことにしたい。

過失犯を故意犯のアナロジーで説明するという思考枠組みを採用せず，予見可能性という概念に依拠しない場合，いかなる根拠で過失犯処罰を基礎づけ，注意義務の内容を具体化するかという問題が生じる。

この問題に対する判例の判断定式をまとめると四点に分けて説明できる。Ⅰまず，危険を生じさせる状況を記述する。Ⅱ次に，当該危険を十分に防止するという規範的見地に基づき，Ⅲ注意義務の具体的内容を確定する。Ⅳ最後に，当該義務内容に被告人が違反したかを判断する。

この判断定式において，過失犯処罰を基礎づける規範的根拠は危険の防止である。この危険の防止という見地から注意義務の内容の具体化も可能となるのである。

そして，信頼の原則は，この危険の防止という規範的見地と結合する。信頼の原則の基礎にあるのは，危険を防止できる人間が複数存在する場合，その複数の人間全員が危険を防止するための手段全てを尽くす必要はなく，特定の人間の注意義務の免除を認めてよいという議論なのである。ここには，危険の防止は，当該状況下に存在する人間全体で実現できればよいという視野を見出すことができる。

この議論によると，複数の人間のうち，危険の防止という見地から誰の注意義務を維持し，誰の注意義務を免除するかについての基準を定める必要が生じる。この基準は，刑法外の法令の趣旨の解釈と，公共の利益を実現する必要性を勘案することで定められる（この点についての詳細は二3（本稿195，196頁））。

免除基準をいかに定めるにせよ，信頼の原則によって注意義務の免除が認められる前提として，注意義務を免除される行為者以外に，危険を防止することができる他の人間が存在するという状況が必要である。したがって，他の人間による危険の防止が期待できない場合には，この前提状況を欠くことになるため，注意義務の免除は認められない。

以上を簡易にまとめると，まず，判断定式Ⅰ～Ⅲに従って注意義務を設定する。次に，行為者以外に危険を防止できる人間が存在する場合には，信頼の原則による注意義務の免除基準に沿って，Ⅲで定めた注意義務の免除の可否を検討する。こうして定まった注意義務の具体的内容を前提に，Ⅳ当該義務内容に被告人が違反したかを判断する。

大正3・3・11までの過失判断は，このような複雑な構造を有するのである。それでは，このような結論を導出した過程を示すべく，判例のテクスト分析を開始しよう。まずは，Ⅰ～Ⅳの順序で行われる過失の判断定式を検討し，次に，信頼の原則について検討する。

1　大審院判例にみる過失判断の定式

過失判断に関する判例の定式が明晰な形をもって最初に登場したのは，大判明治36年（1903年）7月17日刑録9輯1239頁（以下，明治36年判決）であろうと思われる。そして，現在に至るまでこの判断定式は一般的なものとして定着をみている。

そこで，明治36年判決を中心としながら明治から大正3年までの判例を素材に過失判断の方法をより詳細に分析する。

(1) 注意義務設定の規範的根拠

明治36年判決は，Ⅰ①踏み切りの見通しがきかないこと②人馬の往来が頻繁であること③踏切番人がいないことという三点の状況を記述した上で，その場合には，Ⅲ①汽笛を

ては，樋口亮介「法人処罰の系譜的考察―『法人処罰と刑法理論』補遺―」企業と法創造5巻1号175頁（2009）。

鳴らすこと②容易に停車できる準備をすることという二つの具体的義務が生じると判断している[6)]。

もっとも，注意義務の設定根拠として行為時の状況を記述しても，そこから直ちに注意義務の設定が正当化されるわけではない。当該状況において，何故，刑法が一定の義務の履行を要求できるかが問題となるからである。

注意義務を設定する正当化根拠という見地からみると，明治36年判決が記述する①〜③は全て踏切通過時に衝突事故が生じる危険を生じさせるものであることが注目される。そして，明治36年判決が設定した二つの注意義務の具体的内容も，この危険を防止するためのものといえる。判旨原文でも，明瞭とはいえないものの，注意義務の設定に際してⅡ「危害を避くる為め」と述べられており，注意義務を設定する規範的根拠が危険の防止にあるという思考枠組みが看取できるのである。

「Ⅰ①本案踏切の如き線路彎曲し遠望を妨くる場所に在りて②人馬往来頻繁にして而も③踏切番人の出務し居らさる場合に在りては汽車機関手たる者はⅡ衝突等公衆の危害を避くるか為めⅢ①注意汽笛を鳴らし以て公衆に注意を喚起し且つ危害を避くる注意を為し②容易に停車し得可き準備を以て運転すへきは其職責なり」(刑録9輯1245，1246頁)

このように，予見可能性という概念に依拠せず,危険を生じさせる状況を記述した上で,その危険の防止という規範的見地に立脚する判例は他にも存在する[7)]。

(2) 規範的に設定された注意義務による被告人の具体的行動の評価

過失犯の成否が争われる事案においては，被告人が危険を防止するためにそれなりの努力を払っている場合がある。このような場合，危険の防止という規範的見地から設定された注意義務の具体的内容に照らして，被告人の努力が十分なものといえるかという評価が行われる。

明治36年判決においては，被告人は①踏み切りの3，40チャイン（約600〜800メートル）前で汽笛を鳴らすとともに，②時速30マイル（約48キロ）から18マイル（約29キロ）に減速をしていた。このような被告人の努力によって過失が否定されるのか，この程度の努力では不十分として過失犯の成立を認めるのかは，危険の十分な防止という規範的見地によって定められた注意義務の内容に照らして判断する他ない。明治36年判決においては，①公衆の注意を喚起するという汽笛の目的からしてどこかで汽笛を鳴らせばよいというものではなく，5, 60間（約90〜110メートル）で鳴らすという義務が設定されていた。この義務と照応したからこそ，それより前に汽笛を鳴らしても不十分との評価が下された。また，②踏切前で減速をすればよいというものではなく，容易に停車できる準備をするという義務が設定されていることに鑑み，18マイルでは踏切の通過速度として速過ぎるという評価がなされたのである。

①「Ⅰ本案の如き踏切を通過する場合に於てはⅡ衝突等公衆の危害を避くるが為めⅢ五六十間の所より注意汽笛を鳴らし以て公衆の注意を喚起して徐行すべきは汽車機関手たる者の職責

6)　二つの義務のうち，停車義務については，大正3・3・11を踏まえた大判昭和15年7月23日刑集19巻609頁が同様の事案で否定するに至っている。
しかし，大正3・3・11は明治36年判決の過失の判断定式を前提にして注意義務の免除が認められる場合もあることを示したものであるので，過失の判断定式を解明するという作業において明治36年判決を素材とすることに支障はない。

7)　比較的明瞭なものとして，大判大正2年5月6日刑録19輯601頁。他に，大判明治37年3月29日刑録10輯639頁。
過失犯処罰に際して危険の認識を認定するものとして，大判明治44年6月16日刑録17輯1202頁，大判明治45年7月8日刑録18輯1067頁，大判大正2年11月24日刑録19輯1326頁。

なればⅣ踏切前三四十チャインの所に於て鳴らしたる注意汽笛を以て足れりとし踏切接近の場所に於て注意汽笛を鳴らす必要なしと云うを得ず故に原院に於て踏切前三四十チャインの所にて鳴らしたる注意汽笛のみにては其効少しとし…当を得たるもの」（同1250頁）

②「Ⅱ衝突等危害の虞あるときはⅢ何時にても容易に停車し危害を避け得可き方法を以て運転するを要す然るにⅣ一時間十八哩の速力にては停車の為め三十間乃至四十間の距離を要し容易に危害を避け得へからさるを以て右速力にては未た注意運転なりとするを得す」（同1245頁）

2　大正3・3・11にみる信頼の原則の法的構造

危険をもたらす状況を記述した上で，当該危険を防止するという見地から注意義務を設定するという従来の判例を前提に，信頼の原則によって注意義務を免除するという法的構造を明晰に表したのが大正3･3･11である[8]。本判決は，盲目の通行人が線路を横断した際に電車と衝突して傷害を負ったという鉄道事故の事案において，電車の運転手の停止義務の免除を認めたものである。

そこで，過失の判断定式の中に信頼の原則を位置づけてその法的構造を解明するという本稿の目的から，大正3・3・11を丁寧に読解することにする。

(1) 過失の判断定式の採用

大正3・3・11は，明治36年判決で確立されていた過失の判断定式を採用している。電車の操縦という状況を記述した上で，前方を警戒する義務を設定しているからである。ここでは，危険という規範的見地への言及は明瞭ではないものの，行為時の危険を生じさせる状況を記述した上で，当該危険を防止するという見地から注意義務の具体的内容を確定するという定式を見出すことができる。

「Ⅰ運転手か電車を操縦するに当りてはⅢ常に其進路の前方を警戒し危害を未然に予防するの周到なる注意を為すことを要するは其業務上の義務」（刑録20輯280頁）

(2) 信頼の原則による注意義務の免除

大正3・3・11は，この過失判断の定式を前提とした上で，設定された注意義務の免除を認める法理として信頼の原則を採用した。この点を詳細に分析する。

(a) 問題設定

従前の判例の構造からすると，Ⅰ電車と通行人双方が進行を続けると衝突事故が生じる場合に通行人を認識したという状況において，Ⅱ衝突の危険を防止するという規範的見地からすると，Ⅲ電車に停止義務を設定してよいように思われる。

ところが，大正3・3・11は，電車の停止義務があるかどうかという問題設定を行った上で，停止義務を否定したのである。

「Ⅰ電車か一定の方向を取りて進行を為すに際し其前方に於て電車線路に向ひ進行する通行人ありて各其進行を継続するに於てはⅡ線路内に於て交叉衝突を為すへき地位に在る場合…電車の運転手は此衝突を未然に予防するか為めⅠ前方電車線路に向ひ進行する通行人あることを認識したるときはⅢ常に必す電車の進行を停止し通行人か線路を通過するを待ちて其進行を継続するの義務ありや否や」（同頁）

そうすると，いかなる論理をもって，大審院が電車の停止義務を否定したかが問題となる。

(b) 規範的考慮に基づく注意義務の免除

電車と通行人の衝突の危険を防止するには，電車の停止と通行人の停止という二種類の手段が存在する。大審院は，①通行人のみが停止義務を負担し，②電車の運転手は停止義務を負担しないとして，電車の停止義務を否定した。

8)　信頼の原則を採用した思われる先行判例に大判明治44年10月5日刑録17輯1590頁があるが，理論構造は不明である。

「①現に通行しつつある電車の前路に於て線路を横断せんとする通行人は衝突の虞なき時期を選択して線路に入ることを要し衝突の危険存する場合に於ては電車線路の側面に佇立し電車の通過するを待つて其線路に入るへく②運転手は進行中の電車を停止し通行人をして先つ線路に入りて之を横断せしめ其通過するを待つて電車の進行を継続するの義務なし」（同頁）

この大審院の議論は，危険の分配という呼称で昭和30年頃に我が国の学説に定着した議論と類似する[9)]。要するに，危険を防止できる人間が複数存在する場合，その複数の人間全員が危険を防止するための手段全てを尽くす必要はなく，特定の人間の注意義務の免除が認められるという議論である。

しかし，この議論では，複数の人間のうち，危険の防止という見地から誰の注意義務を維持し，誰の注意義務を免除するかについての基準は何も語られていない。本件についていえば，何故，電車の停止義務が免除され，通行人の停止義務のみが維持されるのかが問題となる。

そこで，電車の停止義務を免除する大審院の理由づけをみると，（ⅰ）電車が交通機関として公的に認められていることと，（ⅱ）電車の操縦は自由にならないという電車の性質が挙げられている。

「（ⅰ）電車か交通機関として公許せらるる以上は各人は其進行を妨害するの行為を避止せさるへからさるのみならす（ⅱ）電車の操縦進退は通行人の動作の如く自由ならさるを以て通行人に於て可及的衝突の危険を予防し電車の進行を円滑ならしむるは都市の交通上必要なるを以てなり」（同280，281頁）

この大審院の議論は，注意義務を免除するに際して法令・実質判断という二側面から規範的考慮を行ったものといえる。

（ⅰ）電車という交通機関が公的に認められていることに注目するのは，刑法外の法令の趣旨の解釈によって電車の停止義務を免除するものといえる。（ⅱ）電車の操縦は通行人のように自由にならないという電車の性質に注目するのは，都市交通という公共の利益を実現するための必要性という実質的判断に基づいて電車の停止義務を免除するものといえる。

注意義務免除における規範的考慮については，二3（本稿195，196頁）で更なる分析を加えることにして，ここでは分析を留保する。ただ，許された危険と大審院の議論の思考枠組みは異なるものであることを指摘しておきたい。

都市交通という公共の利益に注目して停止義務を免除している点にのみ注目すると，いわゆる許された危険の思想に立脚しているようにも思われよう[10)]。しかし，両者の議論には危険の防止という規範的見地からすると決定的な相違が存在する。

許された危険の議論は，単純にいえば，行為のメリット・デメリットを考量するという思想に基づくものであり，その呼称のとおり，デメリットを上回るメリットを理由に，危険が防止できない状態を刑法が許すことを内容とする。その典型的な議論は，エイズ感染の危険を有する非加熱製剤の使用について治療上のメリットを理由に過失を否定した薬害エイズ帝京大ルート事件（東京地判平成13年3月28日判時1763号17頁）に見出すことができる。

これに対して，大審院は，都市交通という公共の利益が電車の危険を上回るという理由によって電車の停止義務を免除しているわけではない。通行人による停止義務の負担によって危険が防止できることを前提にしてい

9)　谷口・前掲注4)。さらに，包括的な過失犯の研究書である青木清相ほか編『日沖憲郎博士還暦祝賀 過失犯（1）基礎理論』（有斐閣，1966）49頁所収の中義勝「過失犯における許された危険の法理・危険の分配」。

10) 我が国の新過失論の先駆的論者たる不破武夫「過失論」『刑事責任論』（弘文堂，1948）188頁，190頁注3（初出は1942年）及び不破の後継者と目される井上正治「過失概念の体系的構造」『過失犯の構造』（有斐閣，1958）68頁，75頁注6（初出は『過失の実証的研究』（日本評論社，1950））は，許された危険の思想を大正3・3・11に見出している。

るからである[11)]。

(c) 注意義務免除の前提状況

ここまでの分析によって示したように，信頼の原則によって注意義務の免除が認められる前提として，注意義務を免除される行為者以外に，危険を防止することができる他の人間が存在するという状況が必要である。大正3・3・11でいうと，通行人が停止することで衝突の危険が防止できるという状況が電車の停止義務免除の前提となっているのである。

そうすると，この前提状況を欠く場合には，危険の防止という規範的見地からみて，注意義務を免除すべきではないということになる。大正3・3・11でいうと，通行人の停止義務による危険の防止が期待されない場合，電車に停止義務を負担させるべきなのである。

大審院もこのような論理によって，通行人の横断が認識可能な場合には電車の停止義務を認めている。

「通行人か其姿勢態度其他の情況に依り電車の進行に介意せすして線路を横断せんとするの危険ありと信すへき理由あるときは通行人に過失の責あると否とに拘はらす衝突を避くるに必要なる注意を為すの責あり臨機電車を停止し又は其速力を減し通行人と電車との交叉点迄の間に於て電車を停留せしめ衝突を予防すへき応急処分を為ささるへからす…運転手か既に此危害を認識し又は之を認識し得へかりしに之を看過して電車の進行を継続し因て通行人を傷害したるときは運転手も亦過失の責を免かるることを得さるものとす」（同281頁）

このように，危険防止義務を負担する他の人間による危険の防止が期待できない場合には，危険防止義務の免除は認められないのである。

3　大審院の過失判断の定式と信頼の原則の系譜

このように，判例は，戦後に学説において新過失論が有力化する昭和30年頃（1955年）[12)] 以降より50年以上前に現在の過失判断の定式を確立していた。また，信頼の原則についても，従来，母法と言われてきたドイツ法より遙かに先行して明確な法的構造が提示されている。

そうすると，何故，判例と学説の間にこのような齟齬が生じたのかという疑問が生じる。この疑問を検討することで，1・2で提示した判例の読解を補強することにしたい。

(1) 予見可能性概念の不存在

この疑問を解消するには，ドイツ刑法の影響から距離を置く必要がある。そもそも，予見可能性という概念を過失の中核に置くという思考枠組みはドイツ刑法の影響が強まる明治30年代（1897年）以降に日本に定着し始めたものである[13)]。そして，その思考枠組

11) なお，本件の盲人や幼児のように危険を防止できない者が通行人である事案で列車の停止義務の免除を認めるのは不当とも思われよう。

しかし，危険を自ら防止できない者には親などの保護責任者が付き添うべきという形で危険を防止する主体を拡張すれば，やはり列車の停止義務の免除は可能である（大判大正12年10月22日刑集2巻738頁では警笛が幼児には役に立たずとも他人が救出するのに役立つとの議論が提示されており，危険防止義務を負担する主体を拡張することが示唆されている。）。

12) 前掲注10) でも述べたが，新過失論の先駆的業績は，著者たる不破武夫の死後に出版された昭和23年（1948年）の『刑事責任論』である。そして，新過失論を日本に定着させたのは，井上正治のそれまでの研究成果をまとめた昭和33年（1958年）の『過失犯の構造』，及び，藤木英雄による昭和32年（1957年）になされた法協74巻1，3，4号の連載「過失犯の考察」（藤木・前掲注4)）である。

なお，新過失論を生み出したドイツ刑法学の業績はエンギッシュの1930年（昭和5年）の著書である（*K. Engisch*, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (1930)。なお，本書については，幸いにも荘子邦雄＝小橋安吉による秀逸な訳書『刑法における故意・過失の研究』（一粒社，1989）が存在する。）。このエンギッシュの著書と比べても，大審院判例による過失の判断定式の確立は30年近く前のことである。

13) 例えば，明治40年（1907年）の現行刑法制定以前の教科書における叙述として，明治37年の小疇伝『日

みは，現在に至るまで，過失をめぐる議論を強固に拘束している。

しかし，ドイツ刑法の影響が発揮される以前の日本の判例・学説では予見可能性という概念の使用は一般的なものではなかった。明治期のフランス刑法の影響を受けた教科書をみると，過失犯を故意犯のアナロジーで説明すべく，故意の対応物たる予見可能性を要求するといった議論はみられないのである[14)]。

(2) 過失犯の処罰要件をめぐる比較法上の議論

もっとも，予見可能性という概念に依拠しない場合，他にいかなる根拠で過失犯処罰を基礎づけるかという問題が生じる。

しかし，当時のフランス法の影響を受けた刑法の教科書ではこの点についての叙述はなく，判例においても予見可能性概念に依拠していないものの処罰根拠を明らかにしないまま過失犯処罰を行うものもある[15)]。せいぜい，日本の刑法学者に影響力を有したオルトランの教科書において，過失犯処罰が認められる四類型の内の第三類型として，鉄道の事故などの重大な損害が生じる場合が挙げられるにとどまっている[16)]。

これに対して，英米不法行為法では，過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みを拒否した上で，危険概念によって過失の成立要件の具体化がなされていた。この議論が大審院判例と極めてよく合致するのは偶然の一致ではなく，英米不法行為法が大審院判例に影響を及ぼしたからではないか，と筆者は推量する。そこで，その議論を概観した上で，大審院判例に影響を及ぼしたと推量する理由を示すことにしたい。

なお，不法行為法の過失概念を参照して刑事過失を論じることには異論もありえるであろう。しかし，大判大正 8 年 2 月 7 日民録 25 輯 179 頁では不法行為責任を否定する際に大正 3・3・11 に依拠しており，当時の大審院の裁判官は民刑事の区別なく過失の構造を理解していたと思われる。したがって，大正 3・3・11 までの過失構造をもたらした背景を検討するに際して，不法行為法の過失概念を参照することに問題はない。

本刑法論（総則）』（日本大学，1904）141，185 頁。現行刑法制定後の代表的教科書として，泉二新熊『改正日本刑法論（訂正版）』（有斐閣本店，1910）259 頁。

14) フランス刑法の影響を受けた教科書の中から，過失犯処罰について比較的立ち入った説明を行っている宮城浩蔵の議論を確認すると以下のとおりである。

刑罰は道徳違背と社会への害という二つの要素から基礎づけられるところ，有意犯（＝故意犯）については道徳違背が問題なくみとめられる。一方，無意犯（＝過失犯）については有意犯のような道徳違背が認められないため，刑罰を科せないのが原則となる。ただ，社会の安全を維持すべく無意犯でも処罰される場合もある（宮城浩蔵著＝井上正一ほか閲『刑法正義 上巻』（講法会，1893 年）66，67 頁）。以上の説明に加えて，宮城は，社会への害を避けるための注意を欠いた点で，無意犯にも道徳違背が認められるとする（同書 68 頁）。

道徳違背と社会への害を刑罰を基礎づける二つの要素とした上で，過失犯においても道徳違背が認められるとする議論はボワソナードも行っており（G. Boissonade, *Projet Revise de Code Penal pour l'Empire du Japon*, 269, 270 (1886)。訳書として，ボワソナード（森順正＝中村純九郎訳）『刑法草案注釈 上巻』（司法省，1886）349，350 頁），宮城はこのような議論の影響を受けたのであろう。

15) 大判明治 30 年 6 月 22 日刑録 3 輯 6 巻 59 頁，大判明治 32 年 6 月 13 日刑録 5 輯 6 巻 28 頁，大判明治 32 年 12 月 8 日刑録 5 輯 11 巻 22 頁，大判明治 37 年 5 月 20 日刑録 10 輯 1102 頁，大判明治 43 年 1 月 18 日刑録 16 輯 17 頁，大判明治 43 年 2 月 22 日刑録 16 輯 292 頁。

16) J. Ortolan, *Eléments de Droit Pénal*, 160 (5e éd. 1886)。本書については，井上正一による秀逸な訳書が存在する（オルトラン（井上正一＝宮城浩蔵訳）『仏国刑法原論 第一帙上巻』（司法省，1888）。過失の対応箇所は 354，355 頁。）。ちなみに，井上正一は明治 36 年当時，大審院の裁判官であった。

なお，第一・二・四類型は公益に関わる場合（例えば，公務や租税）が挙げられている。

過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを拒否した場合，過失を基礎づける積極的根拠は複数独立して存在しうる。本稿では，英米法由来の危険概念による過失判断の方法を分析対象とするが，過失犯処罰について他の根拠による基礎づけを排除するものではない。したがって，オルトランが類型化を試みた公的負担に基づく注意義務の設定も過失犯処罰を基礎づける一つの方法と認められる。

公的負担に基づく注意義務の設定の具体例については，樋口亮介「判批」ジュリ 1382 号 140 頁（2009）で検討しているので，本稿と併せて参照願いたい。

(a) 英米不法行為法における過失の判断構造

①行動説：過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの自覚的拒否

英米不法行為法下には，過失（negligence）を心理状態と理解する心理説と心理状態ではないとする行動説の争いが存在した[17]。ここでは，過失を故意のアナロジーで説明するという思考枠組みの採否が正面から問題とされていたのである。そして，東京帝国大学の教師であったテリーは行動説を採用することを実に明瞭に主張していたのである[18]。

②危険概念による過失の定式化と信頼の原則の採用

このように行動説に立脚するとして，過失をいかに説明するかが問題となるところ，テリーは，危険概念に依拠して過失を定式化している。そして，テリーは，過失を根拠づける危険という枠組みの中に信頼の原則を位置づける議論をも提示していた。

そこで，テリーが過失を論じた文献のうち，最も詳細な不法行為の体系書であるLECTURES ON TORTS（1896）の第三章「過失」の叙述を確認しよう。

テリーは，過失を不合理に大きい危険を冒す行動と定義する（para. 26）。危険を根拠に過失を基礎づけると同時に，危険の不合理性を要求することで過失と評価される範囲を限定しているのである。

そして，危険の合理性の判断ファクターの一つとして，テリーは危険の大きさを挙げている（para. 42 - 54）が，ここで注目されるのは，危険の大きさについて論じる中で信頼の原則を叙述している点である。para. 54 から信頼の原則の一般論を述べる部分を抜粋しよう。

「他者が自身で適切かつ合理的に振舞うであろうと考えることは通常正当である」[19]

「他者の適切な行動への信頼を不合理にする事実が認識された場合には，信頼は主張されてはならない」[20]

このテリーの叙述は筆者が調査した限り[21]，当時の日本で発表されていた文献（LECTURES ON TORTS の本論冒頭に TEIKOKU DAIGAKU と記されている）の中で最初に信頼の原則について言及したものである。

このように，テリーの叙述と大審院判例における過失の構造は類似性を有する。しかし，テリーの叙述は抽象的な一般論にとどまり，大審院が形成した過失の判断枠組みと直ちに同一性を有するとまではいえない。

そこで，明治 36 年判決・大正 3・3・11 が双方とも鉄道事故であったことに鑑み，英米不法行為法における鉄道事故の法的処理と比較すべく，試みに，著名な刑法学者でもあったウォートンの過失について包括に叙述した書物（F. WHARTON，A TREATISE ON THE LAW

17) 心理説の代表的論者は，オースティンとサーモンドである。ここで注意が必要なのは，両者ともにドイツ法の影響を受けて心理説を主張していた点である。

オースティンの著書（J. AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE (vol. 1 1885)（過失は 426 頁））へのドイツ法学の影響については，海老原明夫「オースティンとドイツ法学 その一〜三」ジュリ 963 号 10 頁，965 号 10 頁，967 号 10 頁（1990）が論じている。一方，サーモンドについては，その著書（J. W. SALMOND, JURISPRUDENCE（2d ed. 1907））で過失を論じる際にメルケルの刑法の体系書（A. MERKEL, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889)）の過失の章（§ 32, 33）を明示的に引用している（355 頁注 1）。

ここでは，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みがドイツ法に存在し，その影響がイギリス法に及んでいることが看取できる。

18) H. TERRY, LECTURES ON TORTS, para. 69 (1896) ; *Negligence*, 20 HARV. L. REV. 40 (1915)。

なお，大正 3・3・11 以降であるが，テリーの論文紹介である宮本英雄「テリー氏過失論」京都法学会雑誌 11 巻 7 号 128 頁（1916）は行動説を紹介している。

19) 原文は以下のとおりである。これ以降も，重要なテクストは全て原文を注で付す。

"a person is usually justified in assuming that others will conduct themselves rightly and reasonably"

20) "reliance upon the proper conduct of others must not be persisted in the face of known facts making it unreasonable"

21) 調査においては，国立国会図書館近代デジタルライブラリー（http://kindai.ndl.go.jp/）を大幅に活用した。ここでは明治・大正期の多数の書籍を PDF ファイルで入手することができる。

OF NEGLIGENCE（2d ed. 1878)）の Book Ⅲ「電車と通行者の衝突」と題する第二章を開いてみよう。そうすると，過失において要求される慎重さは危険と比例するという一般論を前提に（§798)，往来の頻繁な踏切において減速義務があること（§803）と，見通しのきかない踏切において警笛を鳴らす義務があること（§804）が説明されている。その説明と大審院が形成した過失判断の方法との類似性は，極めて高い。

(b) 大審院判例への影響

(a) の概観のみでも，英米不法行為法における議論と，大審院判例の過失判断の方法・信頼の原則の法的構造の類似性は明らかであろう。しかし，これだけでは英米不法行為法における過失をめぐる議論の大審院への影響を推量する論拠としては弱い。そこで，信頼の原則を採用するアメリカの判例と大正３・３・11を比較した上で，大審院裁判官によるアクセス可能性という見地から大審院判例への影響を推量する。

①信頼の原則の文面の類似性と法的構造の同一性

信頼の原則を認めるアメリカの判例のうち，イリノイ州の ***St. Louis, Alton & Terre Haute R.R. Co. v. William Manly***, 58 Ill. 300 (1871) をみると，そこでは大正３・３・11と非常に類似性の高い文面で，電車の停止義務の存否という問題設定が行われている。比較のために類似性の高い部分を並べてみよう。

「機関手が，離れたところで踏切に進行する荷馬車を最初に認識したときに，ブレーキをかけて列車を停止して被上訴人に荷馬車を通過させる時間を与える義務があったか？」(58 Ill. 305)[22)]

「運転手は…電車線路に向ひ進行する通行人あることを認識したるときは常に必す電車の進行を停止し通行人か線路を通過するを待ちて其進行を継続するの義務ありや否や」（刑録20輯280頁）

荷馬車と通行人という相違はあるものの，両者の文面には驚くほどの類似性が認められる。そして，このイリノイ州の判例は，大正３・３・11同様，荷馬車が停止義務を負担するとの理由で列車の停止義務を否定している（58 Ill. 306)。

そうすると，荷馬車・列車双方に停止義務を課さずに列車の停止義務を免除する理由が問題となるところ，この判例では議論されていない。そこで，信頼の原則を認める別のイリノイ州の判例（***The Chicago, Rock Island & Pacific R.R. Co. v. Johanna Austin***, 69 Ill. 426 (1873)）が引用するニュージャージー州の判例（***David Telfer et al v. the Northern R.R. Co.***, 30 N.J.L. 188 (1862)）をみると[23)]，(ⅰ) 高速度交通が法によって認められていること（30 N.J.L. 192）と (ⅱ) 電車は急に停止できないという電車の性質が挙げられている（30 N.J.L. 203)。ここでは，電車の停止義務を免除するに際して，大正３・３・11と同一の二つの理由が指摘されているのである[24)]。[25)]

22) "was it the duty of the engineer, when he first saw the wagon, at a distance approaching the crossing, to apply the brakes and stop the train, to allow the appellee time to cross with his wagon?"

23) イリノイ州の判例でも，①高速度交通の必要性（*Chicago & Alton R.R. Co. v. Charles Grentzner*, 46 Ill. 74, 87 (1867)）や，②列車の操縦は自由にならないという列車の性質に言及するもの（*The Galena & Chicago Union R.R. Co. v. John C. Dill*, 22 Ill. 264, 271 (1859)）は存在する。しかし，①の判例は，他者による危険防止義務の存在を前提に電車の停止義務を免除するという信頼の原則の全体構造との関係が不明瞭であるし，②の判例は停止義務の免除に関係するものではない。

したがって，大審院判例への影響を推量する資料とするには慎重さが必要となるように思われる。

24) ペンシルバニア州の判例（*Newhard v. Pennsylvania R.R. Co.*, 153 Pa. 417 (1893)）も同様の議論を行った上（153 Pa. 421)，本文で紹介したニュージャージー州の判例を引用している（153 Pa. 424)。

他に，電車の停止義務を免除する理由として，輸送業者としての公衆への義務を挙げるノースカロライナ州の判例（*Elisha Herring v. the Wilmington & Raleigh R.R. Co.*, 32 N.C. 402, 409 (1849), 公的な是認を挙げるコネティカット州の判例（*John B. Dyson v. the New York & New England R.R. Co.*, 57 Conn. 9, 21 (1888)），高速度交通の維持が法令の趣旨であることを指摘するインディアナ州の判例（*Lake Shore & Michigan Southern R.R. Co. v. Barnes*, 166 Ind. 7, 11 (1906)）もある。

25) なお，(ⅰ) 高速度交通が鉄道を認めた法の目的であることと (ⅱ) 歩行者や荷馬車と異なり列車は急には止

筆者による英米不法行為法の文献調査は不十分であって，さらに調査を行えば文面がより類似する判例・法的構造の同一性がより明瞭に読み取れる判例もあろう。とはいえ，判例の調査をより充実させても当時の大審院裁判官が参照した英米の特定の学説・判例を完全に同定することは困難でないかと思われる。英米の不法行為判例をいかに調査しても，大正3・3・11に対する影響力は文面の類似性と法的構造の同一性から間接的に推量する他ないからである。

このような見地からすれば，筆者が調査した範囲でも，アメリカの不法行為判例と大正3・3・11の文面に見出される驚くほどの類似性が示されており，ここから大正3･3･11への影響を推量することも許されるであろう。さらに，危険防止義務を負担する他の人間が存在することを前提に，（ⅰ）法による是認と（ⅱ）電車の性質を理由として列車の停止義務を免除するという精緻な法的構造の同一性も同様の推量を可能にする。

両者の文面の高度の類似性と精緻な法的構造の同一性に鑑みると，当時の大審院の裁判官が，比較法上の議論を参照せずに全く独創的に信頼の原則を生み出したとみて，アメリカの判例については偶然の一致と理解するのはあまりに不自然である。大審院裁判官は何らかの英米不法行為法の議論を参照したとみるほうが自然であるように思われる。

②英米不法行為法へのアクセス

このような推量は，当時の大審院の裁判官が英米不法行為法の学説・判例双方を参照していたという事実によって補強できる。

まず，過失の沿革研究についての重要な先行研究である瀬川信久「危険便益比較による過失判断」星野英一先生古稀祝賀（下）『日本民法学の形成と課題』（有斐閣，1996）809頁は，東京帝国大学の教師であったテリーによる過失の議論が大阪アルカリ事件（大判大正5年12月22日民録22輯2474頁）に影響を与えたという推量を周到に論じている。大阪アルカリ事件への影響について論ずる準備は筆者にない[26]ものの，テリーが長らく東京帝国大学で講義をしており，当時の大審院

まれないことを理由として鉄道の減速義務を否定し，優先権を認めるものとして，ミシガン州の判例（*The Lake Shore & Michigan Southern R.R. Co. v. Mary J. Miller*, 25 Mich. 274, 292, 293 (1872)）がある。

この判例が鉄道の優先権を認める（ⅰ）・（ⅱ）の理由づけは，大正3・3・11と同一であるため，一見，大審院判例への影響を推量する適切な資料になしうるように思える。しかし，この判例は，寄与過失の法理を前提にしていることに注意が必要である。

寄与過失とは，損害賠償請求を行う被害者の過失が損害に寄与している場合に賠償請求を否定する法理である。この判例は，踏切に進入した被害者の過失を認める前提として鉄道の優先権を論じたものであって，大正3・3・11とは法的構造が相違する。したがって，影響を推量する資料とするには慎重な姿勢が必要であろう。

この点，本文で検討素材として取り上げたイリノイ州の判例では，寄与過失ではなく比較過失（加害者と被害者の過失の程度を比較して賠償請求の可否を決める法理）が採用されていた（19世紀後半，イリノイ州において比較過失の法理が採用されていたことについては，F. Wharton, A Treatise on the Law of Negligence, §334(2d ed. 1878)）。比較過失の判断においては，通行人の停止義務と電車の停止義務の双方が問題とされるため，大審院判例への影響を論じる際の障壁は発生しない。

一方，本文で紹介したニュージャージー州の判例は寄与過失を採用しているので慎重さが必要であるが，①踏切で高速度を維持することは過失ではないと判示されているので（30 N.J.L. 192），大正3・3・11と同一の構造といえる。また，②電車の性質については線路に進入する者の過失を論じているので注意が必要であるものの，鉄道会社の過失を否定する判示もなされており（30 N.J.L. 204, 207），大審院判例への影響を推量する資料とすることもなお許されよう。

26) ただ，瀬川が，行為のメリット・デメリットを考量してメリットが大きい場合に過失を否定するという議論（瀬川は，危険便益方式と呼ぶ）の影響力を重視して分析の対象にしている点には疑問がある。危険便益計算は，英米法以外にも広く見出すことができる議論であって，テリーの影響と断定することは困難だからである。

例えば，許された危険の著名な叙述として，1910年の代表的な過失の研究書である *F. Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit の191頁以下の議論が挙げられる。その他，許された危険については，包括的研究である篠田公穂「『許された危険』の学説史的考察―とくにドイツおよびわが国の理論をめぐって―（一，二）」名古屋大学法政論集61巻100頁（1974），63巻184頁（1975）。

フランスについても，ローラン（山崎恵純訳）『仏国損害賠償法原義』（博聞社，1883）347頁において，郵便馬

裁判官の多くが東京帝国大学出身者であったという事実に鑑みれば，その教科書の叙述は大審院の裁判官に広く知られていたとみることも許されよう。

また，明治33年（1900年）に司法省で行われた演述の記録（香坂駒太郎ほか述＝司法省総務局編『欧米派遣法官演述筆記』（司法省総務局，1900））をみると，英米に派遣された香坂駒太郎（明治43～45年大審院第二刑事部所属）はアメリカの司法制度という見地からではあるものの鉄道事故について言及している（同書7頁）。また，ドイツに派遣された棚橋愛七（大正3・3・11の判断を下した刑事第三部に所属）は陪審制度に対する評価をテリーに聞いたと述べており（同書117頁），大審院の裁判官になる人物とテリーが直接に意見交換を行っていたことを示している[27]。

テリーの書物が読まれていたこと・意見聴取がなされていたことや英米が現地調査の対象となっていたという事実に加えて，さらに，大審院判事が英米の判例集を読んでいたことも指摘できる。大正3・3・11の判断を下した刑事第三部にも所属した磯谷幸次郎は，明治36年（1903年）に発表した論文でイギリスの判例を参照しているのである[28]。また，大正3・3・11が下される直前に司法大臣に就任した奥田義人は，英米の不法行為判例を多数翻訳した『私犯法・私犯法判決例』（英吉利法律学校）を明治22年（1889年）に発表している。大正3・3・11に関与した大審院判事が新たな司法大臣と同様に英米の判例集にアクセスしたと考えるのは突飛なことではあるまい。

以上の外的環境によって，英米不法行為法の大審院判例への影響という推量を補強できよう。

(3) 学説・判例における過失犯の系譜が齟齬する原因

ここまでの検討と推量によってこそ，学説と判例における過失犯の系譜が大幅にずれることが説明可能になる。

明治期の日本では，ドイツ法の影響下にある学説とフランス法の影響下にある学説の間で結果の予見可能性として過失を説明するか

車の速度について公益の要する快速と人身の安全に要する速度を考量すべきとした判例が紹介されている。

このように，当時の西洋法で特定の国・論者を問わず存在した思考について，特定の論者の日本への影響を同定するのは困難ではなかろうか。

もっとも，このような瀬川への疑義は本稿にも跳ね返る。過失を故意のアナロジーとして説明するという思考枠組みを拒否することを前提に，危険の防止に過失の積極的処罰根拠を求めるという議論や，他者による危険の防止を前提として注意義務を免除するという信頼の原則の構造が，英米不法行為法固有の議論であるかは調査できていないからである。大正3年（1914年）までの英米以外の西洋法に同様の議論・文面が存在する場合，筆者の推量の信用性が大幅に減殺されることは認めざるを得ない。

27) テリーの影響という見地からTERRY, *supra* note 18, at para.54で引用されている判例を読むと，ニューヨーク州の判例である*James Walter Chrystal v. The Troy and Boston Railroad Co.*, 105 N.Y. 164 (1887)が注目される。

本件は，幼児が列車に轢かれて怪我を負ったという鉄道事故において，運転手の停止義務の存否が争われたものである。ここでは，明るい日中に電車が見えて近付くのがわかるのであれば線路上の生物は怪我をする前に線路を出ていくと信頼する権利があるとして，線路上に生き物を発見しても直ちに列車を停止する義務はないとの判断が下された（105 N.Y. 170)。（なお，信頼する権利を認めて即時の停止義務を免除するという議論は，オープンランルールという呼称でニューヨーク州の確立した法理となっている（*Alba v. Long Island R.R.*, 611 N.Y.S.2d. 196, 197 (1994))。

この判断においては，単に線路を出ていくであろうという経験的判断によって停止義務が免除されているわけではなく，出ていくと信頼する権利があるという規範的判断が下されている。そうすると，そのような権利が発生する理由が問題となるところ，駅の間を急がなければならない電車の操縦において合理的な注意は，危険を免れる能力を持たない幼児が危険にさらされていることに気付きうる限度にとどめられると論じられている（105 N.Y. 170)。

このニューヨーク州の判例は，電車の交通の円滑に注目して停止義務を免除する点で，大正3･3･11に類似する。

28) 磯谷幸次郎「不法行為に要する過失の程度（企業者の責任）」法学新報13巻3号11頁（1903)。

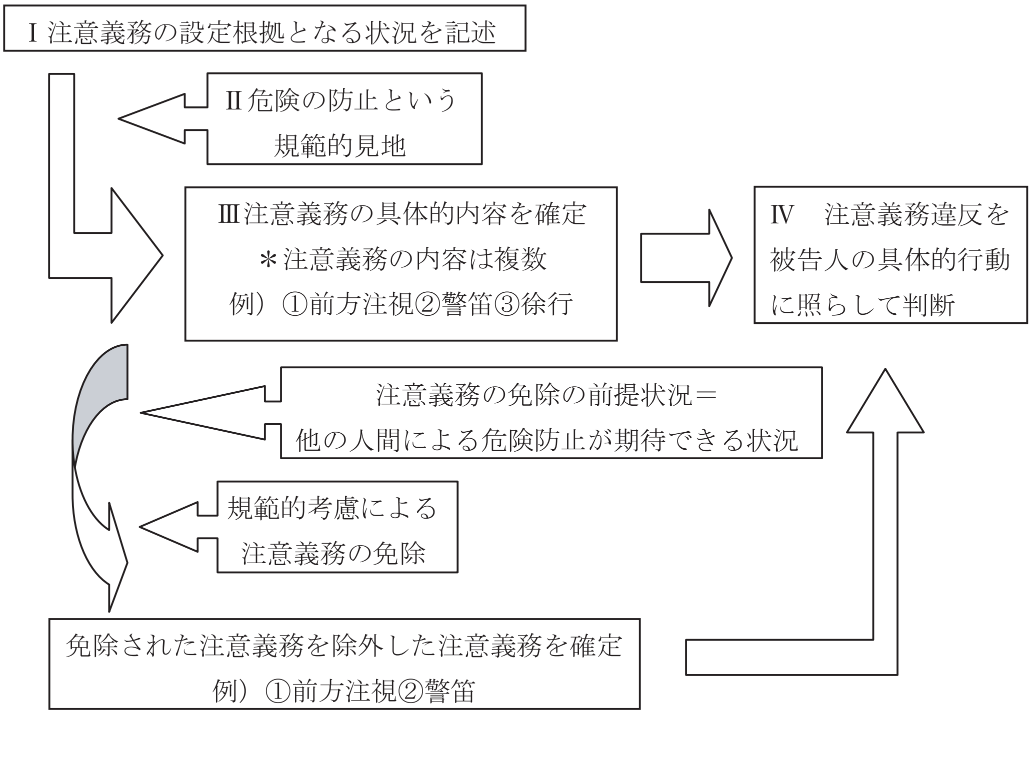
なお，磯谷は大正2年にイギリスで1年間学んだとのことである（磯谷幸次郎「英国刑事裁判の実況と其根本義」新聞951号3頁（1914))。

否かに相違が存在した。ただ，フランス法の影響下にある学説は予見可能性に代わる過失犯の処罰根拠を提示できていなかったし，危険概念によって過失を定式化するテリーの LECTURES ON TORTS が刑法学で検討対象とされることはなかった。しかも，当時の日本の刑法学説においては，別法系の影響を受けた学説が互いに論争するという状況になかった[29]。こういった事情から，昭和 30 年以降に生じた新旧過失論争のような議論は生じなかったのであろう。ドイツ法の影響下にある学説は，予見可能性以外の観点から過失を構成するという議論に理解を示すことなく，ドイツ法の支配が確立した大正期には予見可能性概念の絶対視が定着したのであった。そして，ドイツ法で新過失論が生み出されてから，ようやく我が国の学説も新過失論を論じるようになったのである。

一方，判例においては，大正 3・3・11 までに確立した過失の判断定式は消滅することはなかった。それは，先行判例が形成した判例法に従うという判例の性質上，過失の判断定式をもたらした背景が忘却されても判断定式自体は維持されてきたことに由るように思われる。

二　過失の判断定式と信頼の原則の法的構造の具体化

大正 3・3・11 までの判例を対象としたテクスト分析・系譜的考察によって析出した基本的思考枠組みは，現在の議論をよりよく分析するための基礎とすべきものである。簡易に図にまとめておくと以下のとおりである。



29) 例えば，当時の包括的研究である松原一雄著＝岡田朝太郎閲『過失論』（有斐閣，1903）は専らドイツ法の文献に依拠している。

とはいえ，この図だけでは過失犯を故意犯のアナロジーとして説明しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにするという目的からみれば，なお不十分である。そこで，大正３・３・11までに形成された過失の判断定式Ⅰ～Ⅳ・信頼の原則の法的構造をさらに具体化することにしたい。

1　撹乱要因の除去

過失犯の処罰要件の具体化という課題を達成するためには，まず，分析を撹乱する要因を慎重に除外することが不可欠である。その撹乱要因とは，予見可能性概念である。そこで，予め，何故，予見可能性概念が撹乱要因になるかを明らかにしておきたい。

(1) 予見可能性概念と危険の防止という規範的見地を区別する必要性

(a) 主観的予見可能性と客観的予見可能性

過失の本質を予見可能性に求める議論は，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みに立脚するものであって，危険の防止という規範的見地に立脚する議論とはそもそもの出発点が異なる。両者が異なる立場に立つものである以上，大正３・３・11までに形成された過失の判断定式を具体化するという作業を予見可能性概念が撹乱するということは本来ないはずである。

しかし，予見可能性という概念は，行為者の心理的事実たる故意のアナロジーをなす主観的予見可能性だけではなく，結果惹起に至る可能性が一般的に認識可能であるという客観的予見可能性を意味する場合もあると理解されている[30)]。

この客観的予見可能性という概念と危険の防止という規範的見地が類似するものであることは明らかであろう。客観的予見可能性も危険もともに結果惹起に至る可能性を意味するからである。

(b) 危険の防止という規範的見地と客観的予見可能性概念を区別する実益

客観的予見可能性概念は，現在一般的に使用されているものである。そうすると，一般的な概念と類似する危険の防止という規範的見地を区別して，危険の防止という規範的見地に立脚して過失の判断定式を具体化するという作業にいかなる実益があるかを示すことが必要であろう。そこで，２・３の分析を先取りする形になるものの，本稿の分析の実益を説明しておく[31)]。

①注意義務の具体的内容の確定根拠

従来，新過失論に対して結果回避義務の内容が不明確であるとの批判が旧過失論によってなされてきたのは周知のとおりである。予見可能性を前提とした結果回避義務という一般的な新過失論の表現では，確かに，結果回避義務を導出する根拠は不明確であってその

---

30) 一般に引用される大審院判例として大判昭和４年９月３日大審院裁判例（3）刑27頁がある。

「過失犯の骨子を成すものは罪となるべき事実を予見し得べかりしに拘らず之を予見せざりしこと」（大審院裁判例（3）刑28頁４段目）

「予見の能否は行為当時に於て一般通常人が認識し得べかりし事情及行為者が特に認識し居たりし事情を基礎とし其の基礎の上に於て一般通常人の注意を払いて克く罪と為るべき事実を認識し得べかりしや否によりて定まる」（同箇所）

なお，本判決を出した大審院第一刑事部に所属していた草野豹一郎は，同様の定式を行っている（草野豹一郎「傷害致死罪と結果予見の可能」『刑事判例研究 第四巻』（巌松堂，1939）349，350頁）。

31) 本文で指摘する議論以外に，危険の防止という規範的見地によれば，注意義務を負担する主体を法人・組織と考えた上で，その注意義務を法人・組織内の自然人に分配するという議論が可能になることも挙げられる。

危険の防止という規範的見地に立脚すると，法人が危険を創出している場合には法人自体を危険防止義務の負担主体とする議論が容易に導出できる。そして，法人内の自然人に注意義務を分配するという形で，個々の自然人の注意義務を確定するという議論が可能となる。客観的予見可能性という概念による限り，このような新しい視野をもたらすことは困難である。

この議論については，樋口亮介「刑事判例にみる注意義務の負担主体としての法人」北大法学論集60巻４号掲載予定で検討する。

批判は正当である。

しかし，危険の防止という規範的見地に立脚した場合，注意義務の内容は防止の対象となる危険に応じて定められるため，注意義務の具体的内容は明確に確定することが可能になる[32)]。

②信頼の原則の法的構造の基盤

大正3・3・11が提示した信頼の原則は，複数の人間が危険を防止できる場合に特定の人間の特定の注意義務を免除して公共の利益の実現を図るという思考枠組みに立脚するものである。この思考枠組みは，危険の防止という規範的見地が，当該状況下に存在する人間全員に妥当するものであることによって基礎づけられる。

これに対して，客観的予見可能性という概念を使用した場合，全体として危険を減少させるとともに社会的に価値のある行動を禁圧しないように配慮するという大正3・3・11の規範的な考慮を実現することは困難である。客観的予見可能性という概念は個々の行為者に適用されるものに過ぎず，危険を防止する全体としての合理的なシステムを構築するという思考を提供する基盤を持たないからである。

(2) 最高裁判例における予見可能性概念の明示的採用とその背景

(a) 最高裁判例の過失の定式

(1) で分析したごとく，過失の判断定式は予見可能性概念とは区別して具体化する必要がある。しかし，最決昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁(弥彦神社事件)において，予見可能性概念は明示的に採用されるに至った。

「右結果の発生を予見することの可能性とその義務および右結果の発生を未然に防止することの可能性とその義務」(刑集21巻4号586頁)

結果の予見可能性と予見義務及び結果回避可能性と回避義務によって過失を定式化するのは，新過失論に立脚するものであって，特に新たな議論を含むわけではないというのが通常の理解であろう[33)]。

しかし，はじめに（本稿174，175頁）で分析したごとく，新過失論の内容は多義的である。そして，系譜的考察で明らかにしたように，大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は予見可能性概念に依拠しないものであった。したがって，最高裁の判旨は，異種の判断定式を示したものと評価すべきである。

(b) 最高裁判例の定式を登場させた背景

そうすると，何故，大正3・3・11までに形成された過失の判断定式とは異なる定式が示されたのかが問題となる。最高裁には異種の定式を示すという意図はなかったであろうから，ここでは最高裁の判旨を無自覚的にもたらした背景事情を推測しよう。

①過失の判断定式の系譜に対する自覚の欠落

一で詳細に分析したように，学説の新過失論の登場より遥か以前に，大審院は過失の判断定式を確立していた。この学説と判例の系譜の齟齬をいかに説明するかは困難な問題であるにもかかわらず，従来はさして問題視されてこなかった。

そうすると，いかなる説明が与えられていたかが問題となるところ，昭和30年頃に成立した学説における新過失論の思考枠組み

32) 予見可能性概念の不明確さを指摘し，危険の制御という視点を提示するものとして，米田泰邦「医療における未知の事故とチーム医療における医師の刑事責任（下）」判タ316号49頁，55頁（1975），同「刑事過失の限定法理と可罰的監督義務違反（中）」判タ345号19頁，21頁（1977）。

33) 弥彦神社事件の調査官解説は，当時の学説の到達水準をまとめて「結果予見の可能性が注意義務存否の決定に欠くことのできない第一の前提」であることが「いかなる見解をとる立場からしても異論のないところ」と評している（西川潔「判解」最判解刑事篇昭和42年度126頁，132頁（1973））。

当時の代表的な説明方法は，昭和38年（1963年）の日本刑法学会編『刑法講座 第3巻』（有斐閣）に収められた福田平「過失犯の構造」（同書119頁）・大塚仁「過失犯における注意義務」（同書136頁）によって知ることができる。

は，大審院判例にも看取可能であると説明されるにとどまっていた[34]。そして，こういった説明において，先行する判例の定式と後から成立した学説の内容的相違は見落とされることになった。

学説における新過失論は，それまで過失の中核とされてきた予見可能性概念に相変わらず拘束されたものであるのに対し，大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は予見可能性概念に依拠していないという相違を認識するには，過失の判断定式の系譜を自覚しない限り困難であろう。

②学説の新過失論と大審院の判断定式の内容的類似性

予見可能性と結果回避義務を問題にする新過失論と大正3・3・11までに形成された過失の判断定式は内容的に類似する。危険を生じさせる状況を記述するという作業は客観的予見可能性と重複するし，注意義務の具体的内容を確定するという作業は結果回避義務と重複するからである。

そうすると，(1)(b)（本稿189，190頁）で挙げた実益を意識しない限り，学説の新過失論と大正3・3・11までに形成された過失の判断定式の相違を認識することはやはり困難になる。

③大正3・3・11の全体構造の部分的注目

大正3・3・11が明らかにした信頼の原則の全体構造のうち，他の人間による危険防止が期待できない状況において注意義務の免除を認めない部分（本稿182頁）のみを取り上げると，予見可能性を根拠に過失犯処罰を認めているとの外形が生じる[35]。

このような現象がわかりやすく読み取れるのが，大判昭和16年3月14日新聞4697号14頁である。熱狂する見送り人が線路に立ち入るという状況を根拠として列車の減速義務を設定するという判示部分は，学説の新過失論に合致する。しかし，その部分より後ろの判示をみると，大正3・3・11を引用する上告趣意を，熱狂状態が特殊の事情であるとして排斥しており，大正3・3・11の全体構造が意識されていることが理解できる。

「見送人が軍用列車の歓送に熱狂の余貨物列車の進行に気付かず其の進路内に立入ることなきを保し難き状況に在りたるに鑑み…列車の速力を相当に減殺調節し…事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務」（新聞4697号20頁3段目）

「被害者等が普通の通行人又は通常の見送人にして本件に於けるが如く特殊の熱狂状態にあらざりしならば傾聴若は首肯すべきもの多々ありと雖…本件に於いては…特殊の事情が存したるもの」（同21頁1段目）

この全体構造を自覚せず，前半部分にのみ注目すると学説の新過失論との区別は困難となる。

2　過失の判断定式の具体化

(1) 検討素材とする判例の選別

さて，それでは，危険の防止という規範的見地に立脚する過失の判断定式の具体化に取り組む。

この作業にあたって，本稿は，大審院及び昭和20年代までの最高裁判例における過失事案をできるだけ網羅的に調査対象として検討素材とすることにした。このように，検討素材を時間的に限定したのは，予見可能性概念による撹乱を回避するためである。

1(2)（本稿190頁）で検討したように，昭和30年代以降に学説に定着した新過失論は

34) 自動車事故における過失判断を詳細に研究した大塚仁『自動車事故と業務上過失責任』（日本評論社，1964）14頁は，本文で述べた程度の説明にとどまっている。

35) 過失判例について緻密なテクスト分析を行う井上祐司「交通事故判例における因果関係の予見可能性」『行為無価値と過失犯論』（成文堂，1973）5，6頁（初出・刑法雑誌10巻2号110頁（1960））は，判文の部分的抜粋によって予見可能性の見地から判例を合理づけることができるとしている点で問題がある。

最高裁判例にも影響を及ぼし，異種の過失判断の定式化をもたらした。そうすると，昭和30年代以降の議論を検討対象から除外するほうが，危険の防止という規範的見地に基づいた判断定式の具体化という目的がよりよく達成されると考えられるのである。[36)]

なお，判例を素材とするといっても，本稿の目的は判例の総合的研究ではない。本稿の分析は，過失の判断定式の具体化に役立つ判例のみを取り上げたものであり，本稿の提示する定式で判例全体を説明できると主張するものではない。

(2) 過失の判断定式の具体的内容

危険の防止という規範的見地に立脚する場合の過失判断の具体的内容を，判断定式Ⅰ～Ⅳに沿いながら検討しよう。

(a) 状況の記述及び危険の具体性・抽象性（判断定式Ⅰ・Ⅱ）

注意義務の設定根拠となる状況の記述と当該記述を前提とした危険は具体的な場合もあるが，抽象的な場合もある。

具体的な状況記述の一例としては，母親が睡眠中に乳房で乳児を窒息死させた大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁が挙げられる。本件では，生後間もない乳児に対し添い寝しつつ乳房を哺ませて授乳するという形で，行為時の状況が具体的に記述されている（同415頁）。

抽象的な状況記述の一例として，自動車の出発時点で泥酔していたという事実のみを記述する大判昭和13年12月6日刑集17巻901頁が挙げられる。ここでは，4歳の女児を轢死させるまでの具体的な事実関係は注意義務の設定根拠としては大幅に省略されており（同906頁），およそ泥酔して自動車を運転することから生じる危険が問題とされているのである。

このような具体的な状況記述と大幅に抽象化された状況記述の中間的段階に位置する状況記述もありえる。例えば，大判昭和8年10月7日刑集12巻1975頁では，都会で夜間の大雷雨のために消燈して暗黒となって前方左右2間（約3.6メートル）しか見通しが利かない状態で自動三輪自転車を運転するという状況記述を行っている。ここでは，特に見通しが悪い事情の下で高速度交通をなす際には，進路を横断する通行人がいつ現れるかわからないというある程度抽象化された危険が問題とされている（同1984頁）。

(b) 防止対象になる危険と注意義務の具体的内容の対応関係（判断定式Ⅱ・Ⅲ）

注意義務の設定根拠となる状況の記述・危険の抽象化がなされるとして，抽象化の程度について何らかの基準が存在するかという関心が生じよう。危険の抽象化を際限なく認めると，常に危険の防止が要求されることになり，過失犯の成立範囲が過剰になるとの危惧が生じるからである。

結論からいうと，危険の抽象化の程度を規律する基準はないが，過失犯の成立範囲が過剰になるということもない。何故なら，注意義務の具体的内容は危険の防止という規範的見地から決定される以上，危険を抽象化した場合には，その抽象化された危険の防止という見地から注意義務の内容を定めることができるからである。

(a)で挙げた判例に沿って説明すると，泥酔状態での自動車運転から生じる危険を防止するためには，自動車の運転を回避する義務が設定されるし（刑集17巻906頁），都会の暗黒状態での自動自転車の運転から生じる

36) 無論，予見可能性概念に依拠する判例は明治・大正期から登場していたので，検討にあたっての注意は必要である（最も初期のものとして，大判明治43年9月30日刑録16輯1581頁。なお，この判決を下した明治43年の大審院第一刑事部には，ドイツ刑法学の影響を受けた小疇伝（前掲注13））が所属していたという事実を指摘できる。）。

しかし，予見可能性概念を採用する判例と危険の防止という規範的見地に立脚する判例が交錯するという現象はそれほどみられないので，予見可能性概念による撹乱を回避することは比較的容易である（大正3・3・11直後の大判大正3年4月24日刑録20輯619頁では，予見可能性概念に立脚する一般論と危険の防止という規範的見地が混在しているが，このような判例は少数である。）。

危険を防止するためには，通行人発見時に急停車できる速度で徐行する義務が設定される(刑集12巻1984頁)。

このような抽象化された危険の防止という見地から注意義務の内容が定められる典型例が，高速度交通を行う場合に設定される前方注視義務である[37]。

電車[38]・自動車[39]などの高速度での走行という状況記述においては，重量のある物体が高速で移動するといかなる事故が生じるかわからないという抽象化された危険が問題となる。そもそも高速度交通を行わなければこのような危険は生じないものの，危険の防止という見地から高速度交通の禁止までもが注意義務として要求されるわけではない。高速度交通においてはいかなる事態が生じるかわからないという内容の危険を防止対象とする場合，種々の事態に備えるべく前方を注視するという注意義務が設定されるにとどまるのである。

以上のように，注意義務の具体的内容は，防止対象となる危険がいかなる内容を備えているかに従って変化する。そして，危険を十分に防止できる程度の注意義務が要求されるものの，危険を絶無にするほどの義務が要求されているわけではないと理解できる。

(c) 注意義務の複層性（判断定式Ⅲ）

危険の防止という規範的見地から設定される注意義務は単一のものとは限らない。既に明治36年判決の検討において注意義務が複数生じることを示したが（本稿178, 179頁），ここでは，注意義務が複数生じる場合の類型化を行おう。

①重畳型

危険の十分な防止を可能にするため，複数の注意義務全ての履行が要求される場合がある。

例えば,大判昭和8年2月15日刑集12巻71頁は，Ⅰ自動車を運転中，7歳くらいの児童の集団の一部が横断したのを見たという状況において，Ⅱ同じく道路を横断しようとする他の児童と衝突する危険を防止するという見地から，Ⅲ①車を児童から離す義務②児童を注視する義務③徐行する義務という三つの注意義務を自動車運転手に重畳的に課している(同78頁)。

②択一型

危険の十分な防止を実現するには，複数の注意義務のいずれかを履行すれば足りるという場合もある。

例えば，大判大正14年12月23日法律学説判例評論全集15巻刑法76頁は，Ⅱ温度変化による材料の伸長を原因として橋が墜落することを防止するという見地から，Ⅲ①湾曲への耐久力を大きくするか，②楔を調節するという二つの方法のいずれかが考えられるとして，いずれも実施していないことを認定して注意義務違反を認めている（同80頁）。橋の墜落を防止する措置①②いずれかが実施されていれば足りるという点で，択一的な注意義務といえる。

③接続型

注意義務の中には，結果回避に直結せず，通行人の飛出しなどの不測の事態に備えるためのものも存在する。そのような注意義務を履行した結果，不測の事態が現実のものとなったことを確認した場合には，当該状況下での危険を防止するための注意義務が更に設定されることになる。

このような接続型とでもいうべき注意義務の典型例が，前方注視義務から更なる注意義務が設定される場合である。大判昭和13年4月21日新聞4282号17頁においては，自動車運転に際しては前方注視義務が課されるこ

37) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣，1972）203頁は前方注視義務違反だけで過失犯の成立を認める判例を批判するが，判例の構造的理解という見地からは正当な批判とはいえない。

平野は，アメリカ法に学んで過失の処罰根拠を危険に求めるものの，危険と予見可能性を同視し（同書193, 194頁），日米の判例の共通性を自覚するに至らなかったことから，そのような批判に至ったように思われる。なお，平野のテクストの構造分析については別稿を予定している。

38) 例えば，大判昭和8年3月9日刑集12巻331頁。

39) 例えば，大判昭和13年4月21日新聞4282号17頁。

とを前提に，前方注視義務を履行していれば接近してくる自転車を発見しており，自転車の接近という状況においては左方に避譲する注意義務が更に設定されると判示している（同17頁4段目・18頁1段目）。

なお，①～③でまとめた類型は相互排他的なものではなく組合せて使用可能なものである。例えば，船が航行するに際して前方注視義務が課されることを前提に，前方注視義務を履行したことで漁船を発見した場合，衝突を避けるために減速・停止・後退いずれかの措置が要求される（大判昭和10年2月2日刑集14巻57頁，同63頁参照）という判断においては，接続型と択一型の組合せによって注意義務が複層化しているといえる。

このような注意義務の複層化は，危険を防止するという規範的見地から注意義務の具体的内容が定められることの帰結といえる。

(d) 注意義務の内容に照らした被告人の努力の評価（判断定式Ⅳ）

注意義務違反を被告人の具体的行動に照らして判断する際には，被告人がなした結果回避のための一応の努力をいかに評価するかが問題となる。この点については明治36年判決を素材に既に検討したが（本稿179，180頁），ここでは鉄道事故以外の類型として，アルコールの飲用販売による被害を具体例として取り上げよう。

最判昭和23年11月25日刑集2巻12号1638頁は，Ⅰ①製造元も性質も明らかでない上，②工業用として品質不良のアルコールを③飲用として販売するという状況において，Ⅲ確実な方法でアルコールの成分検査を行うという注意義務を設定することを前提に，Ⅳ水で3倍に薄めただけでは注意義務を履行したといえないとする。また，最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1377頁は，Ⅰ①有毒物を含有したアルコールの存在が知られる中で，②酒類製造免許を受けた者による製造であるか明らかでないアルコールを③飲用として販売するという状況において，Ⅲ化学検査を受けて有毒でないことを確認する注意義務を設定することを前提に，Ⅳ被告人が自ら試飲しても注意義務を履行したといえないとする。

いずれの事案も，アルコールを飲用として販売する者の一応の努力を，危険の防止という規範的見地から設定された注意義務の内容に照らして不十分と評価したものといえる。

3　信頼の原則による注意義務の免除

(1) 検討素材とする判例の選別

大正3・3・11の検討を通じて，信頼の原則によって注意義務が免除される場合には，他の人間による危険の防止が期待できるという状況を前提にして，更に規範的な考慮が加えられるという論理構造が存在することを明らかにした（本稿180～182頁）。この構造的理解を前提に，更に信頼の原則の内容を具体化する作業に取り組む。

この作業にあたっても，本稿は，過失の判断定式の具体化作業と同様（本稿191，192頁），大審院及び昭和20年代までの最高裁判例における過失事案に検討素材を限定することにした。このように，検討素材を限定したのは，信頼の原則の内容の相違による撹乱を回避するためである。

学説において信頼の原則が論じられるようになったのは昭和30年代以降のことである[40]。この議論は一気に定着をみて，最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁において最高裁判例でも採用されるに至ったのは周知のとおりである。

40) 学説において信頼の原則が紹介されたのは昭和34年（1959年）の刑法学会のシンポジウム「過失と交通事犯」であるといわれている（大谷實「危険の分配と信頼の原則」藤木英雄編著『過失犯—新旧過失論争—』（学陽書房，1975）76頁）が，用語こそ使用されていないものの，実質的に同内容の議論は藤木英雄が昭和32年（1957年）に論じていた（藤木・前掲注4)60頁以下）。
いずれにせよ，有力な学者による紹介がなされたのが昭和30年代以降であることに変わりはない。

しかし，当時の議論においては，新過失論の系譜同様（本稿 190，191 頁），信頼の原則の系譜が判例と学説で齟齬することが問題とされることはなかった[41]。また，学説による新過失論の主張によって，信頼の原則を法的に構造化する前提となる危険の防止という規範的見地も，予見可能性概念に代替されてしまっていた（本稿 190 頁）[42]。このような状況下において，大正 3・3・11 が構造化した信頼の原則の内容が自覚されることはなかった。その結果，昭和 40 年代には信頼の原則に関する多数の判例が登場したものの，信頼の原則の内容は大正 3・3・11 と異なるものも含まれるに至った恐れがあるように思われる。

したがって，信頼の原則による注意義務の免除を認めるための規範的考慮の解明という目的を達成するには，信頼の原則が論じられるようになる昭和 30 年代より以前に素材を絞るのが妥当と考えられる。それ以降の議論，特に昭和 40 年代の判例の構造分析は，別途検討を行う機会を俟つことにしたい。

(2) 信頼の原則の法的構造

大正 3・3・11 の全体構造のうち，他の人間による危険の防止が期待できる状況か否かという点については特に付加することはないので，改めて検討はしない。ここでは，信頼の原則における規範的考慮の具体的内容と，注意義務の免除が認められる範囲を明らかにすることを目指す。

(a) 原則としての注意義務の重畳的負担

大正 3・3・11 においては，危険を防止できる人間が複数いる場合に，特定の人間の注意義務の免除が認められたものの，危険を防止できる人間が複数存在するという状況から直ちに注意義務の免除が認められるわけではない。むしろ，複数の人間全員が重畳的に注意義務を負担するのが原則とされている。

例えば，大判大正 3 年 5 月 23 日刑録 20 輯 1018 頁では，船舶の衝突事故において，船舶接近の際に船舶は相互に衝突の予防措置をとるべきとの判断が下されている。

> 「二個の船舶相接近したるときは両船互に衝突を予防するに必要なる注意を為すべき」（刑録 20 輯 1020 頁）

危険の防止という規範的見地からすれば，複数の人間に危険を防止するための注意義務を重畳的に負担させるのは合理的な態度というべきである。特定の人間が危険を防止できるからといって，直ちに他の人間に危険な行為を行うことを認める理由はないからである。

(b) 注意義務の免除を認める規範的考慮

このように，複数の人間による重畳的な注意義務の負担が原則であるとすると，いかなる根拠によって，いかなる場合に注意義務の免除を認めるかが問題となる。

この点，大正 3・3・11 は，（i）法令の趣旨と（ii）注意義務を免除して公共の利益を確保する必要性という実質判断との二つの規範

---

41) 自動車事故について最高裁が信頼の原則を採用したリーディングケースとされる最判昭和 41 年 12 月 20 日刑集 20 巻 10 号 1212 頁の調査官解説において，「汽車，電車等の専用軌道車については，つとに大審院当時から（無意識的にせよ）判例によって認められていた」と説明されていた（鬼塚賢太郎「判解」最判解刑事篇昭和 41 年度 281 頁，287 頁（1973））。

しかし，大正 3・3・11 の法的構造を無意識と評するのは正当でないことは，系譜的考察によって詳論したとおりである（本稿 182 頁以下）。また，鉄道事故だけでなく，自動車事故においても信頼の原則による注意義務の免除を認める大審院判例が存在することも指摘されるべきであろう（大正 3・3・11 の構造を自動車事故に適用するものとして，大判昭和 7 年 2 月 22 日大審院裁判例 (6) 刑 5 頁，大判昭和 9 年 7 月 12 日刑集 13 巻 1025 頁）。

42) 信頼の原則の代表的研究書である西原春夫『交通事故と信頼の原則』（成文堂，1969）は，信頼の原則は予見可能性を否定するものと理解する立場と，結果回避義務を否定するものと理解する立場の対立について，基礎的な理論の対立の反映に過ぎず，信頼の原則の問題自体に関しては言葉の上での対立に過ぎなくなっていると述べる（同書 27 頁注 11）。

ここでは，過失犯の構造に対する理解を前提に，信頼の原則の法的構造を解明するという問題意識は見受けられない。

的考慮によって電車の停止義務を免除していた。

そうすると，この二つの規範的考慮の関係が問題となるところ，両者を全く独立したものとみるべきではないであろう。何故なら，(ⅱ) 注意義務を免除して公共の利益を確保するという規範的考慮は（ⅰ）法令の趣旨に含まれるからである。大正3・3・11に沿っていえば，(ⅰ) 電車を交通機関として認める法令の趣旨の解釈にあたって，(ⅱ) 動作が自由でない電車の進行の円滑を確保するという視点が取り込まれるとみるべき，ということである。

このように，実質判断を踏まえた法令の趣旨を通じて注意義務の免除の可否を決定するものとして大判大正14年6月15日刑集4巻414頁が挙げられる。本件では，(ⅱ) 交通機関を運用する者相互に妨害を避ける義務が課される実質的根拠を，①生命身体の安全の保障と②交通の利便の増進に求めた上で，(ⅰ) それが電車・自動車に関連する法令の趣旨であるとの一般論が展開された。この一般論を前提に，法令の解釈を経由して，自動車運転者が電車の停止を予期して線路内に立ち入ることは注意義務違反であるとの帰結が導きだされている。

(ⅱ)「交通機関運用の業務に従事する者は相互に自他の妨害と為るべき行為を避け交通の円滑を期せざるべからず是れ①公衆の生命身体の安全を保障し②交通の利便を増進するが為」(刑集4巻419頁)

(ⅰ)「電車自動車の取締に関する諸論警視庁<u>令の趣旨も</u>玆に存する」(同頁)

「<u>電車の停車</u>其の他応急の措置に出づることを<u>予期</u>し其の軌道内に自動車を乗り入るるが如きは其の業務上の<u>注意義務を怠りたるもの</u>」(同420頁)

この判例を踏まえて，注意義務の免除を認める際の規範的考慮について，理論的な整理を行うと，以下のとおりである。

注意義務の免除を認める際の規範的考慮の実質的内容は，①危険の防止を十分になしえることと②公共の利益の実現に資することにある。危険を防止できる複数の人間が負担する複層的な注意義務のうち，誰のいかなる注意義務を免除するのかについて，①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮に基づいた判断がなされるのである。

ただ，このような判断を行うには困難がつきまとう。したがって，①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮の実質的内容を踏まえつつ，問題となっている場面を規律する個別の法令が存在する場合には，その法令の解釈を媒介として，誰のいかなる注意義務を免除するかについて判断すべきである。何故なら，①②という規範的考慮の実質的内容のみに依拠するよりも，当該場面を規律する法令を踏まえたほうが，妥当な判断を行えるからである[43)]。

もっとも，手がかりになる法令がない場面では，①危険の防止と②公共の利益の実現という実質判断に直接に取り組んで注意義務の免除の可否を判断する他ない。

(c) 注意義務が免除される範囲

以上の規範的考慮を踏まえて注意義務の免除を認めた二つの具体例を参照することで，誰のいかなる注意義務が免除されるかについて検討を深めよう。

(ⅰ) 法令の趣旨を踏まえた事例

市電交差点における消防車と電車の衝突事故について消防車の運転手の注意義務が問題となった大判昭和7年2月22日大審院裁判例 (6) 刑5頁において，火災現場に早急に到着するという公共の利益の実現は関係法令で予定されていることを根拠に，一般の交通機関・通行人に停止義務が課される反面として，

43) なお，信頼の原則による注意義務の免除を認める際に，危険の防止と公共の利益の確保について規範的考慮を含む個別の法令を手がかりにすることと，注意義務の設定における個別の法令の位置づけは別の問題である。
個別の法令が要求する義務以外にも刑法上の注意義務が課されるのは，当該状況における危険の防止という規範的見地によって注意義務の具体的内容が定められるからである（大判大正3年4月24日刑録20輯619頁，629頁）。

消防車は進行を継続してよいとの判断が下された。

「消防自動車は一刻も早く火災現場に到着し火災の被害の甚しからざるに先ち之を鎮火せしむる使命を有し其の遅速は公共の利害に重大なる影響を持つもの」（大審院裁判例(6)刑6頁2段目）

「一般の交通機関並に通行人は消防自動車の進行し来るを覚知するに於ては須く道を消防自動車に譲り…義務あり」（同箇所）

「此の趣旨は内務省令道路取締令第六条並に京都府令電気鉄道取締規則第二十八条等の承認するところ」（同頁3段目）

「消防自動車の運転に従事する者は…其の進路を妨ぐることなかるべしと予期し其の進行を継続することは当然」（同箇所）

ここでは，他の交通関与者の停止義務による危険の防止が可能であるという状況を前提に，公共の利益の実現を図るという規範的考慮を含む法令の趣旨を踏まえて，消防車の運転手に対して，他の交通関与者が停止すると信頼してよいとの判断が下されたといえる。

しかし，消防車の運転手が負担する複層的な注意義務のうち，前方注視義務の免除は認められていない。

「消防自動車に斯る行動（筆者注：進路を妨げる行動）の許さざるることは毫も其の運転手に前方注視の義務並に事故防止の義務を免除するものにあらず」（同箇所）

そうすると，何故，前方注視義務は免除されないのかが問題となるところ，①危険の防止②公共の利益の実現という規範的考慮の実質的内容によって説明が可能である。

①高速度の走行が許された消防車には，前方を注視することで危険の防止に努める要請は高い上，②前方注視を免除しても火災現場に早急に到着することには役立たない。そうすると，他の交通関与者が消防車の妨害をしない義務を負担しているとしても，前方注視義務を免除するという帰結は認めるべきでないのである。このような規範的考慮は，①部分だけではあるものの，判文にも看取できる。

「消防自動車の如く急速力を維持して進行することを可とする自動車に於ては一層之（筆者注：前方注視義務）を厳守するを要する」（同頁4段目）

（ⅱ）実質判断が行われた事例

大判昭和19年5月9日刑集23巻111頁は，①危険の防止と②公共の利益の実現という規範的考慮を実質的に判断することで，前方注視義務を免除した稀有な事例である。

本件では，Ⅰ車両の入換えが頻繁に行われ従業員が多数存在する場所で，機関士には前方の見通しが利かない車両に操車係が誘導のために添乗するという状況において，Ⅱ危険防止のため，Ⅲ操車係に，前方の見通しが可能な席に添乗して前方を注視するという注意義務が設定された。もっとも，本件ではどこの席に座っても見通しが悪く操車係がどの車両に添乗しても結果回避可能性はなかった。そこで，連結車両を外したり補助者に確認させたりするなどの見通しを確保する別途の手段を講じる注意義務が存在するかが問題となった。

大審院は，①本件の現場は一般人の出入りが禁止されていて，かつ，従業員は自衛できたことと，②車両の入れ替え作業の敏速的確さが必要であるため，別途の手段は講じえないことを指摘して，やむを得ない事情がある場合には操車係の前方注視義務が免除されると判示した。

①「本件操車の現場は一般人の出入を禁ぜる場所にして現場を通行する者は鉄道従業員に限られ」「其の従業員等は其の職務上当時の運輸機構の下に於ける現場の運転状態を知悉し居り従て危険の多きこと及其の危険の来る所以に付知識経験を有し各自特別の注意を以て身を衛りつつあるもの」（刑集23巻116頁）

②「列車車両の入換は輻輳を極め敏速的確に之が入換作業を遂行すべき状態に在りて右の如き（筆者注：別途の手段）は云うべくして行い

得ざりしもの」（同頁）

「已むべからざる事情により前方を注視し得ざる状況に在る場合には其の地点を通行する従業員の特別の注意に信頼し前方に危険なきものとして車両を運転せしむるを妨げざるもの」（同頁）

ここでは，①車両の走行から生じる危険の防止を確保する状況が存在するかをチェックした上で，②前方注視を確保することが困難な事情を認定した上で，後方警戒などの操車係が負担する複層的な注意義務（同114頁）のうち，前方注視義務を免除するという帰結が導かれている。

もっとも，このような危険の防止の程度と公共の利益の実現の必要性を考量するには，価値判断が伴い困難が生じることは避けがたい。この事件では，当時の運輸機構の下で運輸の経営を行うことが「国家の要請」と述べられており（同116頁），当時は戦時下であったことにも鑑みると，運輸経営の円滑を確保するという価値判断が行われたのかもしれない。

現在，同種の事案が生じた際には，前方注視義務の免除を認めるにしても，危険の防止という規範的考慮によって，一般人の立入り禁止・従業員の現場の危険に対する知識経験だけでなく，車両の走行に対して現場の従業員こそが自衛をなす責任を有することについて組織的に周知徹底が図られ，現場での事故を回避する責任の所在が明確になっているという条件が付加されるかもしれない。

三　基本的思考枠組み解明の現代的意義

ここまでの分析で獲得した思考枠組み・過失犯の処罰要件の具体的内容を前提とすることによってこそ，その構造が理解可能となる現在の判例を検討することにしたい。

具体的に取り上げるのは，交通事故において信頼の原則による注意義務の免除を否定した最決平成16年7月13日刑集58巻5号360頁（以下，平成16年決定）である。本稿が平成16年決定を取り上げるのは，二3で分析した信頼の原則における規範的考慮が，現在の判例においても機能することを示すためである。

なお，本稿の作業を前提として判例の構造的理解を獲得するという見地から，最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁（患者取り違え事件）の評釈をジュリスト1382号140頁に掲載している。こちらも本稿と併せて参照願いたい。

1　上告趣意の主張と最高裁の判旨

本件で最高裁が取り上げた上告趣意は，自動車運転手は右折する際に，自分が見る信号機が赤であると対向車両が見る信号機も赤であると考え，対向車両が停止すると信頼すると主張するものであった。要するに，本件は被告人の見る信号機と対向車両が見る信号機の表示がずれる時差式信号であったものの，その標示がない以上，被告人の認識において当該交差点は全赤信号の状態であったのであり，そうすると，交差点に車両は進入してこないと信頼してよい，というのである。

「所論は，本件交差点に設置されていた信号機がいわゆる時差式信号機であるにもかかわらず，その旨の標示がなかったため，被告人は，その対面信号と同時に山下車の対面信号も赤色表示に変わり山下車がこれに従って停止するものと信頼して右折進行したのであり，そう信頼したことに落ち度はなかったのであるから，被告人には過失がないと主張する。」（刑集58巻5号361頁）

この上告趣意に対して，最高裁は，そのような信頼は許されないと結論だけ述べて，規範的考慮を明らかにしないまま排斥した。

「しかし，自動車運転者が，本件のような交差点を右折進行するに当たり，自己の対面する信号機の表示を根拠として，対向車両の対面信号の表示を判断し，それに基づき対向車両の運転者がこれに従って運転すると信頼することは許

されないものというべきである。」(同頁)

2 全赤信号の状態における注意義務の免除を否定する規範的考慮

しかし，上告趣意の主張は理論的には成り立つものとも思われ，これを排斥する理由の検討が必要となろう。そして，上告趣意のうち，全赤信号の状態である場合に交差点に車両は進入してこないと信頼してよいとの主張が認められない点こそが，信頼の原則による注意義務の免除を認める際に規範的考慮が行われることを示す好例となる。

本稿195頁以下で検討したとおり，自動車事故においては，(ii) ①道路における危険の防止と②道路交通の円滑の確保という実質判断について(i) 道路交通法令の解釈を経由して注意義務の免除の可否が判断される。

これを，全赤信号の状態の交差点に当てはめると，全赤信号という状態が道路交通法令においていかなる意味を有するかが問題となる。この点について，本件の原審（東京高判平成11年12月27日刑集58巻5号466頁)は，全赤信号という状態は交差点に進入する車両全ての安全を確保するためのものであるとして，対向直進車の動静を注視する義務の免除を否定した。

「道路交通法の趣旨に照らせば，青色から黄色信号に続く全赤色信号の場合に右折車に優先通行権が与えられているわけではなく，黄色に続く全赤色信号のクリアランス時間は，直進車であれ，右左折車であれ，交差点内外にある車両等を安全に交差点外に停止ないし排出するためのものである」(同471頁)

ここでは，道路交通法の解釈を通じて，全赤信号は交差点の内外の車両全てに安全の確保を要求するものであって，他の車両が進入してこないという期待から直ちに被告人が交差点進入時に負担する注意義務の免除を認めるのは妥当でないとの議論がなされている。交差点における危険の防止という観点からは，全赤信号の状態の場合には，交差点内外の車両全てに停止義務・別の車両の動静注視義務・前方左右注視義務などの注意義務を重畳的に負担させることが合理的と考えられるのである[44)]。

逆からいえば，仮に，全赤信号の状態では他の車両が停止義務を負担する以上，交差点に進入してくることはないとの信頼を認めて停止義務や他の車両の動静注視義務などを免除した場合，複数の車両が同じ期待を抱いて交差点に進入してきて衝突事故を起こしたとしても，全車両の過失が否定されるという帰結が不合理と捉えられているのであろう[45)]。

なお，本件に対しては，自動車の右折を困難にするとの批判もなされている[46)]が，その点を問題視するのであれば，過失犯の理解ではなく，道路交通法の解釈の当否を争うべ

44) 片岡聰『過失の認定（改訂増補)』(東京法令出版，1990) 175頁は,「交差点事故の発生を防止するために，双方の車両の運転者に対して，それぞれ注意義務を課することは，あたかも『二重安全装置』を設けるようなもの」と巧妙に表現する。

なお，片岡は，信頼の原則は，二重安全装置のうち，その一つを取り外してしまうようなものと表現し，注意義務の免除を①危険の防止と②交通の円滑化という見地から検討しており（同書175，176頁)，本稿の分析した信頼の原則の法的構造と基本部分において共通の理解を示している。

45) 交差点において，道路交通法上，一時停止義務を負担する車両と徐行義務を負担する車両が存在する場合に，他の車両が一時停止義務を負担することから直ちに，刑法上の徐行義務を免除した最判昭和48年5月22日刑集27巻5号1077頁の多数意見は，交差点における衝突の危険を防止するための注意義務が重畳的に課されうることを見逃したものである。

これに対して，一時停止義務と徐行義務について「両車にそれぞれ一定の義務を課することによって事故の発生を防止しようというのが道交法の趣旨」と述べて，徐行義務の免除を否定した原審（東京高判昭和46年12月22日刑集27巻5号1106頁，1113頁）の判断は，信頼の原則の法的構造の基礎を危険の防止に求める議論に忠実なものといえる。

46) 松宮孝明「判批」法セ599号121頁（2004)。

き，ということになろう[47)]。

3　動静注視義務と予見可能性の関係

以上分析したごとく，本件の原審は，当該場面を規律する法令の趣旨に従って危険の防止という見地から注意義務の免除を否定しており，大正3・3・11の系譜に属する理論構造を有している。それにもかかわらず，最高裁は信頼の原則による注意義務の免除が否定される理由を述べなかった。

その意図は不明であるものの，原審と最高裁の判文を対比すると，原審の理論構造を最高裁が採用するには困難を伴うことが明らかになる。というのは，最高裁は，予見可能性と結果回避義務という学説の新過失論の定式に忠実であって，大正3・3・11の提示した信頼の原則の法的構造を採用する基盤を持たないからである。

最高裁「被告人は①山下車が本件交差点に進入してくると予見することが可能であり，②その動静を注視すべき注意義務を負うとした原判断は，相当である」（同361頁）

最高裁の判文は，①対向車両の交差点への進入の予見可能性→②対向車両の動静を注視する義務という順序となっているが，原審の判断は逆である。原審は，①対向車両の動静を注視する義務を履行すれば，②対向車両の交差点への進入が予見できたとしているからである。

原審「被告人が①山下車の動静に注意を払いさえすれば，②その位置や，速度からみて山下車が本件交差点に進入してくることを予見することは十分可能であるし，③制動等の避譲行為をとることにより事故を回避することができた」（同473頁）

この原審の判断は，過失の判断定式に従い，Ⅰ黄色信号に変わった後に交差点に進入して右折を試みた際に，直進してくる対向車両を認めた場合には，Ⅱ交差点における衝突を防止するという見地からⅢ当該対向車両の動静を注視する注意義務を設定するという公訴事実（同466頁）を前提としている。そして，抜粋した原審の判文は，①対向車両の動静注視義務は，衝突につながるような対向車両の動きがあるかをチェックするためのものであり，②動静注視義務を履行した結果，衝突の危険を生じさせる具体的事情があれば③衝突を回避するための更なる注意義務として避譲義務が設定されることを前提に，避譲義務を履行すれば事故が回避可能であったことを判示したものである（本稿193，194頁の接続型の複層的な注意義務）。

ここでは，対向車両の進入の予見可能性が判示されているようにみえはするものの，動静注視義務を履行していたら結果を回避できたという仮定的判断における結果回避に至る1コマとして認定されているに過ぎないのである。

原審判断は，過失の判断定式Ⅰ～Ⅳを前提に信頼の原則の法的構造を積み重ねた大審院判例の系譜に属するものといえる。弥彦神社事件（本稿190頁）において異種の過失の判断定式を導入してしまった最高裁は，このような構造を明示的に採用することに困難を伴うのであろう。危険の防止という規範的見地が，当該状況下における複数の人間に共通に妥当することで全体として合理的な制度を構築するという視野をもたらすのに対し，予見可能性概念に依拠する限り，そのような視野に立脚することはできないからである。

47) 実際，本件第一審（横浜地横須賀支判平成11年3月30日刑集58巻5号459頁）は，全赤信号の状態は，交差点に滞留する右折車両が交差点を出ることを可能にするためのものとの解釈を基礎として（同460頁），過失を否定するという結論を導いている。

おわりに

本稿は，過失犯を故意犯のアナロジーとして説明するという思考枠組みを採用しない立場による過失犯の処罰要件を明らかにすることを目的とした。判例を素材として，注意義務の具体的内容の確定方法と信頼の原則による注意義務の免除が認められる場合を叙述することができた点において，本稿の目的は達成されたと考える。

この成果によって，過失犯をめぐる議論の膠着状況に新たな視野がもたらされよう。従来の議論は，予見可能性概念に強く拘束されてきたのに対し，本稿は，危険の防止という規範的見地によって過失を定式化する立場がありえ，しかも，平成16年決定を素材として判例に現在もそのような思考が潜在している可能性を示したからである。

多数の議論が積み重ねられ，しかも解決の糸口が見つかっていない過失犯というテーマについては，己の依拠する立場を主張するより前に，積み重ねられた議論を構造化するという作業に取り組むことが不可欠であるように思われてならない。

多数の議論が混在する状況において，いかなる思考枠組みが存在し，それぞれの思考枠組みからいかなる処罰要件が構築されうるかを明らかにした上で，個々の議論を全体の構造の中に位置づけていく。このような議論の構造化を経てこそ，異なる立場に立脚する者同士が生産的な議論を行うための基盤が与えられよう。生産的な議論を行うには，他者の依って立つ思考枠組みと具体的な主張内容を十分に理解し，己の依って立つ思考枠組みと具体的な主張内容との共通点・相違点を十分に認識することが不可欠だからである。

基本的思考枠組みを形成したテクストを論理的・系譜的に厳密に考察した上で，当該思考枠組みがもたらす過失犯の処罰要件を明らかにするという本稿の作業は，過失犯をめぐる議論を構造化するための基礎的作業をなすものである。このような基礎的作業を前提として，個別の様々な議論の構造的理解を獲得するとともに，現在の議論の全体像の構造化をさらに進めるのが本稿に残された課題となる[48]。[49]

（ひぐち・りょうすけ）

48) 本稿が残した課題に部分的に応えるものとして，樋口・前掲注 31)。本稿と併せて参照願いたい。

49) 本ローレビュー編集委員の安井桂大・白川佳，ゼミ生の岩崎貴彦・竹中輝順に丁寧な校正をしていただいた。感謝して記したい。

【判例一覧表】

本文で言及したものを黒太字にした。

［明治］

大判明治30年6月22日刑録3輯6巻59頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

（上告趣意）汽車の進行を知り，かつ，信号の合図に注意せず鉄道交差点に進入。

大判明治32年6月13日刑録5輯6巻28頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

迷信による殴打。

大判明治32年12月8日刑録5輯11巻22頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

迷信による暴行。

大判明治36年7月17日刑録9輯1239頁・・・・・・・・・・・・・・・・178頁，179頁，179頁，**180頁，184頁，193頁，194頁**

見通しのきかない踏切・往来頻繁・踏切番人の不存在時の汽笛を鳴らす義務・減速義務。

大判明治37年3月29日刑録10輯639頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

（上告趣意）往来頻繁な踏切における出窓から望見する義務。

大判明治37年5月20日刑録10輯1102頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

船舶の衝突。

大判明治43年1月18日刑録16輯17頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

銃の放置。

大判明治43年2月22日刑録16輯292頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

狂犬病の鑑定ミス。

大判明治43年9月30日刑録16輯1581頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・192頁

銃の放置の結果，少年が銃を弄び誤って友人を死亡させることの予見可能性を認定。

大判明治44年6月16日刑録17輯1202頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

油紙の自然的危険性の了知。

大判明治44年10月5日刑録17輯1590頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・180頁

踏切の閉鎖を妨害して踏切に進入した馬車について，踏切番が危険信号・合図を出す余裕がなかった場合に，危険信号・合図がなかったため踏切に危険がないと信じた機関手の過失を否定。

大判明治45年7月8日刑録18輯1067頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

（上告趣意）薬品の付着した缶の放置による爆発事故。

［大正］

大判大正2年5月6日刑録19輯601頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

歩行者の線路への接近について電車の接触可能性があるとして警笛を鳴らす義務・徐行義務を設定。

大判大正2年11月24日刑録19輯1326頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

（上告趣意）多数の児童を漁船に乗せる危険の認識可能性。

大判大正3年3月11日刑録20輯278頁（大正3•3•11）・・・・・・・176頁，176頁，**177頁，178頁**，179頁，**180頁，181頁**，181頁，**182頁，183頁，184頁**，184頁，**185頁，186頁**，186頁，**187頁**，187頁，**188頁，189頁，190頁，191頁**，192頁，**194頁，195頁**，195頁，**196頁，200頁**

通行人と電車の衝突事故において信頼の原則を明確に宣言。

大判大正3年4月24日刑録20輯619頁・・・・・・・・・・・・・・・192頁，196頁

過失＝予見可能性と予見義務と定式化した上で，大正3・3・11を接合。小児が線路側に立っている状況において動静注視義務違反を認める。取締規則以外に危険防止の見地から一般的な注意義務を肯定。

大判大正3年5月23日刑録20輯1018頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・195頁

船舶の衝突事故において両方の船に衝突防止義務。

大判大正5年12月22日民録22輯2474頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・186頁

大阪アルカリ事件。

大判大正8年2月7日民録25輯179頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・183頁

大正3・3・11の一般論を不法行為でも採

用。被害者が線路を横断することは電車運転手に認識可能として過失を肯定。

大判大正12年10月22日刑集2巻738頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・182頁

警笛は幼児に役立たなくても他人による救出の機会を与える。

大判大正14年6月15日刑集4巻414頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・196頁

電車に車馬通行人に対する優先権を認めて，自動車が電車の停止を予期して電車軌道内に進入することを注意義務違反とする。

大判大正14年12月23日法律学説判例評論全集15巻刑法76頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・193頁

橋の墜落を防ぐために①耐抗力を大きくするか又は②楔を調整する義務。

［昭和～］

大判昭和2年10月16日刑集6巻413頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・192頁

乳児に添い寝しつつ授乳する際の危険防止義務。

大判昭和4年9月3日大審院裁判例（3）刑27頁・・・・・・・・・・・・・・189頁

湯沸かし釜の据え置きにおける発火の客観的予見可能性。

大判昭和7年2月22日大審院裁判例（6）刑5頁・・・・・・・・・・195頁，**196頁**

消防車と電車の衝突事故において，消防車に信頼の原則を認めつつ，前方注視義務の免除は否定。

大判昭和8年2月15日刑集12巻71頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・193頁

児童の集団の一部が道路を渡った場合に残る児童も飛出す危険ありとして，児童から離れる義務・児童注視義務・徐行義務を重畳的に設定。

大判昭和8年3月9日刑集12巻331頁（業務上過失致死傷）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・193頁

電車運転者の前方注視義務違反によって故障した自動車に気づかず衝突。

大判昭和8年10月7日刑集12巻1975頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・192頁

停電で暗黒時の減速義務と前方注視義務。

大判昭和9年7月12日刑集13巻1025頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・195頁

豪雨でも信号に従って交差点に進入する自動車に徐行義務はないとして信頼の原則を認める。ただし，オートバイの信号無視が明らかであったのに衝突を防止する措置をとらなかったとして注意義務違反を肯定。

大判昭和10年2月2日刑集14巻57頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・194頁

船長代理は前方注視義務を負担。前方注視義務を履行すれば漁船発見して減速・停止・後退によって衝突を防止できる。

大判昭和13年4月21日新聞4282号17頁・・・・・・・・・・・・・・193頁，**193頁**

自動車運転手には前方注視義務があると同時に，自転車目撃したら道路左方に避譲する義務がある。前方注意義務を履行していたら避譲義務を経由して事故を防止できた。

大判昭和13年12月6日刑集17巻901頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・192頁

酩酊状態における運転回避義務。

大判昭和15年7月23日刑集19巻609頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・179頁

大正3・3・11を引用して，見通しがきかず遮断機自動警報機等の設備のない踏切において時速60キロで進行することについて過失を否定。

大判昭和16年3月14日新聞4697号14頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・191頁

軍用列車の見送りを予想して，しかも，見通しがきかず，その上，熱狂で見送り人が列車に気づかないという特殊事情を認定して，減速義務を認める。

大判昭和19年5月9日刑集23巻111頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・197頁

一般人立入り禁止と運輸機構で現場を従業員が知っていて自衛可能という事情と，列車入れ替え作業遂行の必要性を理由に，前方注視義務の免除を認める。

最判昭和23年11月25日刑集2巻12号1638頁・・・・・・・・・・・・・194頁

製造元も性質も明らかでない上，工業用として品質不良のアルコールを飲用として販売

するという状況において，確実な方法でアルコールの成分検査を行うという注意義務を設定。水で3倍に薄めただけでは注意義務を履行したといえない。

最判昭和24年7月23日刑集3巻8号1377頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・194頁

有毒物を含有したアルコールの存在が知られる中で，酒類製造免許を受けた者による製造であるか明らかでないアルコールを飲用として販売するという状況において，化学検査を受けて有毒でないことを確認する注意義務を設定。被告人が自ら試飲しても注意義務を履行したといえない。

最判昭和41年6月14日刑集20巻5号449頁・・・・・・・・・・・・・・176頁，**194頁**

最高裁における信頼の原則のリーディングケース。

最判昭和41年12月20日刑集20巻10号1212頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・195頁

自動車の衝突事故において信頼の原則を肯定。

最決昭和42年5月25日刑集21巻4号584頁・・・・・・・・・・・・・・190頁，200頁

弥彦神社事件。神社における行事の際に群衆が転倒して多数の死者が生じることの予見可能性を肯定。

東京高判昭和46年12月22日刑集27巻5号1106頁・・・・・・・・・・・・・・199頁

昭和48年判決の原審。交差点における一時停止義務と徐行義務を重畳的に肯定。

最判昭和48年5月22日刑集27巻5号1077頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・199頁

交差点に赤色点滅信号と黄色点滅信号が置かれている場合に，赤色点滅信号による一時停止義務の存在を理由に黄色点滅信号による徐行義務の免除を認める。

東京地判平成13年3月28日判時1763号17頁・・・・・・・・・・・・・・・・・・・181頁

薬害エイズ帝京大ルート事件。

横浜地裁横須賀支判平成11年3月30日刑集58巻5号459頁・・・・・・・・・200頁

平成16年決定第一審。信頼の原則による注意義務の免除を認める。

東京高判平成11年12月27日刑集58巻5号466頁・・・・・・・199頁，200頁

平成16年決定第二審。信頼の原則による注意義務の免除を否定。

最決平成16年7月13日刑集58巻5号360頁（平成16年決定）・・・・・・・・・・・・・・・・・198頁，200頁，201頁

時差式信号の標示がない交差点において，自己の対面する信号機を根拠として対抗車両の対面する信号の表示を判断して，その判断による表示に対向車両が従って運転するとの信頼を否定。

最決平成19年3月26日刑集61巻2号131頁・・・・・・・・・・・・・・175頁，198頁

患者取り違え事件。

論説

金融商品取引法における国際会計基準のエンフォースメント

東京大学客員教授・弁護士
松尾直彦 1)

I. はじめに

II. 金商法における会計基準の取扱い
1 日本の会計基準の法的基盤
2 外国会社の外国会計基準の使用
3 日本企業による米国会計基準の使用
4 日本企業による IFRS への準拠

III. 会計基準のエンフォースメント
1 概要
2 会計基準違反とエンフォースメント
(1) 会計基準違反と「事項」の「虚偽性」・「欠缺性」
(2) 監査証明
(3) 判例
(4) 課徴金納付命令

IV. IFRS のエンフォースメント
1 プリンシプル・ベースの会計基準
(1) IFRS の特徴：プリンシプル・ベース
(2) 日本の会計基準：ルール・ベース
(3) 国際的な取組み
2 刑事によるエンフォースメント
3 課徴金によるエンフォースメント

V. おわりに

1) 筆者は，昭和 61 年（1986 年）4 月～平成 21 年（2009 年）7 月に大蔵省・財務省・金融庁などに勤務した後，平成 21 年 8 月から西村あさひ法律事務所にて弁護士として職務に励んでいる。また，東京大学において平成 19 年 8 月から客員教授として金融商品取引法を担当している。なお，金融庁国際課（国際室）在籍時（平成 14 年（2002 年）7 月～平成 17 年（2005 年）8 月）には，国際会計問題を担当していた。

Ⅰ. はじめに

国際会計基準は，英国ロンドンに所在する民間団体である「国際会計基準委員会財団（IASCF）」に置かれている「国際会計基準審議会（International Accounting Standards Board（IASB））」が設定する会計基準である。従来は，「国際会計基準（international accounting standards（IAS））」と呼ばれていたが，最近では，「国際財務報告基準（international financial reporting standards（IFRS））」と呼ばれている[2)]。

金融庁に置かれている企業会計審議会「我が国における国際会計基準の取扱いについて（中間報告）」（平成21年6月30日）では，日本企業へのIFRSの適用について，① 2010年3月期から，国際的な財務・事業活動を行っている上場企業の連結財務諸表に，任意適用を認めることが適当であるとされ，② 2012年を目途に強制適用の是非を判断すること，2012年に判断して強制適用を行う場合には，2015年または2016年に適用を開始することが提言されている[3)]。

一方，中間報告では，IFRSのエンフォースメント（法の実現）のあり方について，取り上げられていない。一般論として，会計基準は財務報告の作成・監査・分析・監視の各段階を通じた会計実務と相まって，投資者に信頼性の高い財務報告が届け出られてはじめてその役割が果たされることに鑑み，実務・執行面での取組みが極めて重要であると指摘されているにとどまる。

そこで，本稿では，いわゆる上場会社[4)]について，金融商品取引法（以下「金商法」という）におけるIFRSのエンフォースメントのあり方を論じてみたい。

Ⅱ. 金商法における会計基準の取扱い

1　日本の会計基準の法的基盤

日本では，会計基準について，財務会計の分野として捉えられ，主として公認会計士や上場会社の財務部門などにより取り扱われているように思われる。現に，日本の事実上の会計基準設定主体である企業会計基準委員会（ASBJ）の委員は，財務会計の専門家により構成され，法律専門家は存在しない[5)]。

しかしながら，会計基準は，上場会社が金商法および会社法に基づき作成する財務書類および計算書類の作成基準であるので，法的問題でもある。

金商法上の会計基準の法的根拠は，同法193条において，金商法の規定により提出される「財務計算に関する書類は，内閣総理大臣が一般に公正妥当であると認められるところに従って内閣府令で定める用語，様式及び作成方法により」作成しなければならないとされていることである。そして，同条の委任に基づく内閣府令において，「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に従うとされている（たとえば「財務諸表等の用語，様式及び作成方法に関する規則」（以下「財務諸表等規則」という）1条1項）。

なお，会社法上の会計基準の法的根拠は，同法431条における「株式会社の会計は，一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする」であり，会社計算規則では「この省令の用語の解釈及び規定の適用に関しては，一般に公正妥当と認められる企業会計の基準その他の企業会計の慣行をしん酌し

2)　本稿では，後掲注6)の企業会計審議会中間報告に合わせて，「国際会計基準」ないし「IFRS」と表記する。

3)　2010年3月期からの任意適用を図るため，同日付けで，金融庁『「連結財務諸表の用語，様式及び作成方法に関する規則等の一部を改正する内閣府令（案）』等の公表について」（以下「パブリックコメント案」という）が公表されている（http://www.fsa.go.jp/news/20/sonota/20090630-3.html, 2009年9月1日最終検索）。中間報告とあわせて，三井秀範「わが国企業への国際会計基準の適用について」商事1872号29頁（2009）参照。

4)　上場会社とは，一般に，その発行する有価証券が金融商品取引所に上場されている会社をいう（金商法24条1項1号，24条の4の4第1項参照）。

5)　一方，ASBJの運営母体である財団法人財務会計基準機構（FASF）の理事および評議員には，法律専門家が存在する。

なければならない」と規定されており（同規則3条），「企業会計の基準」が例示されている。

2 外国会社の外国会計基準の使用

上場会社には外国会社が含まれることから，金商法のもとで，外国会社が作成した財務計算に関する書類の取扱いが定められており，一定の外国会計基準に準拠して作成されたものが金商法に基づき提出される財務書類として受け容れられている。

具体的には，外国会社が本国または本国以外の本邦外地域（第三国）において開示している財務計算に関する書類を財務書類として提出することを，金融庁長官が「公益又は投資者保護に欠けることがないものとして認める場合」には，「本国基準」または「第三国基準」に準拠する財務書類の提出が認められている（財務諸表等規則127条1項・2項）。

このような取扱いは，日本以外の会計基準であっても「一般に公正妥当と認められるところ」（金商法193条）に該当し得るものがあることを，その解釈として認めていることを意味している[6]。現在，外国会社によるIFRSに準拠した財務計算に関する書類についても，「本国基準」または「第三国基準」として受容れが可能とされている。

この取扱いは，「セカンダリー」（本国または第三国で一定期間すでに適正に開示された財務書類が日本において開示される場合）が想定されているものである[7]。このような観点から，「公益又は投資者保護に欠けることがないものとして認める場合」との判断基準については，さらに詳細な特段の定めがあるわけではないが，その判断に際しては，本国または第三国における会計基準のエンフォースメントに関する法制度の整備状況やその実効性確保のための運用状況なども考慮されるようである。

これに対し，外国会社が「プライマリー」（本国または第三国において未だ開示されていない有価証券が日本で開示される場合）でIFRSに準拠した財務計算に関する書類は，現行では，受け容れられていない。

3 日本企業による米国会計基準の使用

従来から，「公益又は投資者保護」の観点から，日本企業（内国会社）については，日本の会計基準に拠ることが原則とされている。これは，日本の市場では日本の基準に準拠することを求める「市場主義」の基本原則であると整理されている[8]。ただし，例外的に，日本企業の「米国式連結財務諸表」の取扱いが定められている。

具体的には，米国証券取引委員会（SEC）に登録している連結財務諸表提出会社が米国式連結財務諸表を金商法の規定による連結財務諸表として提出することが，金融庁長官が「公益又は投資者保護に欠けることがないものとして認める場合」には，認められる（「連結財務諸表の用語，様式及び作成方法に関する規則」（以下「連結財務諸表規則」という）93条）。ただし，米国式連結財務諸表をSECに登録しなくなった場合には，当該取扱いは認められなくなる（同規則94条）。

この取扱いは，かつて日本企業が米国会計基準（SEC基準）に準拠した連結財務諸表に基づいて米国式預託証券（ADR）を発行し，資金調達等を行ったことを背景として認められたものである[9]。

この場合，米国SECが米国で米国式連結財務諸表についてエンフォースすることが前提とされている（「セカンダリー」）。

6) 企業会計審議会「国際会計基準に関する我が国の制度上の対応について（論点整理）」（平成16年6月24日）（http://www.fsa.go.jp/news/newsj/15/singi/f-20040624-1/01.pdf, 2009年9月1日最終検索）7頁。
7) 企業会計審議会・前掲注6)10頁。
8) 企業会計審議会・前掲注6)15頁。
9) 企業会計審議会・前掲注6)14頁。

4 日本企業によるIFRSへの準拠

日本企業によるIFRSに準拠した財務書類の提出が認められる場合には，任意適用か強制適用かを問わず，日本の当局（行政当局・司法当局）がそのエンフォースメントを担うことになる。

IFRSの任意適用にあたっては，金融庁長官がIFRSを「指定国際会計基準」として定める案とされている[10)]。この場合，「指定国際会計基準」は，一定の要件を満たす会社の連結財務諸表に適用される限りにおいて，日本における「一般に公正妥当と認められるところ」（金商法193条）に該当するとの解釈がとられている。ただし，強制適用する場合には，法律（金商法）の委任に基づく内閣府令ではなく，法律自体にIFRSを金商法上の会計基準とするためのエンドースメント（承認）メカニズムを設けるべきである[11)]。

したがって，IFRSの解釈適用については，日本の会計基準として，日本の当局が行うことになり，最終的には裁判所により判断されることになる。この場合，日本の当局は，IFRSの解釈を担うIFRIC（国際財務報告解釈指針委員会）の公表する解釈指針を事実上尊重するであろうが，法的にはその解釈指針に拘束されない。

III. 会計基準のエンフォースメント

1 概要

会計基準のエンフォースメントとは，上場会社が提出する財務書類が会計基準に適正に準拠したものであることを確保する措置が講じられることである。金商法では，会計基準のエンフォースメントの手法として，①民事による手法，②行政による手法，および③刑事による手法が整備されている。

具体的には，有価証券報告書に記載される財務書類に即すると，第1に，民事による手法として，「重要な事項について虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項もしくは誤解を生じさせないために必要な重要な事実の記載が欠けている場合」について，提出会社および提出会社の役員等にかかる損害賠償責任の特則が定められている（金商法21条の2，24条の2，22条，21条）。

第2に，行政による手法として，次の措置が可能とされている。

- ⅰ 「形式上の不備があり，又はその書類に記載すべき重要な事項の記載が不十分である」場合における訂正報告書の提出命令（金商法24条の2，9条1項）
- ⅱ 「重要な事項について虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項もしくは誤解を生じさせないために必要な重要な事実の記載が欠けている場合」における訂正報告書の提出命令（金商法24条の2，10条1項）
- ⅲ 「重要な事項につき虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項の記載が欠けている場合」における発行者に対する課徴金納付命令（金商法172条の2，172条の4）

第3に，刑事による手法として，「重要な事項につき虚偽の記載のある」場合における提出者および提出会社に対する罰則が定められている（金商法197条1項1号，207条1項1号）。

10) パブリックコメント案における連結財務諸表規則93条。なお，2010年3月期までに米国基準による連結財務諸表を提出している日本企業については，当分の間に限り，引き続き提出が認められる予定とされている（三井・前掲注3)37頁）。

11) 神田秀樹「上場会社法制をめぐる論議」季刊会計基準24号4頁（2009），松尾直彦「金融商品取引法の役割と課題」商事1865号34頁（2009），会計制度監視機構報告書『「公正なる会計慣行」とは何か』（2009年7月7日）（http://www.aob-jimu.jp/honbun.pdf, 2009年9月1日最終検索）13頁。

2 会計基準違反と エンフォースメント

(1) 会計基準違反と「事項」の 「虚偽性」・「欠缺性」

以上からすると，いわゆる有価証券報告書の虚偽記載などについては，エンフォースメントの手法による範囲の相違はあるものの，①「重要な事項につき虚偽の記載」がある場合（積極的開示），②「記載すべき重要な事項の記載が欠けている」場合（消極的開示），または③「誤解を生じさせないために必要な重要な事実の記載が欠けている」場合（不完全開示）の3つの類型が定められている。

これらのうち，上記③では対象が「重要な事実」と規定されているが，上記①②では対象が「重要な事項」とされている。もとより「事実」と「事項」の区別は相対的であり，特に最近の会計基準では「見積もり」による会計処理を求められることが多いことから，両者の区別が判然としない場合も多いと考えられるが，いわゆる粉飾決算は，基本的には，架空売上の計上や過少費用の計上などの「事実」にかかる「虚偽性」・「欠缺性」が認められる場合であるといえる。これに対して，会計基準違反は，特定の事実がある場合に当該事実について会計基準に準拠した会計処理を行わないことであり，必ずしも「事実」にかかる「虚偽性」・「欠缺性」が認められるものではないが，「事項」にかかる「虚偽性」・「欠缺性」が認められる場合である。

したがって，会計基準に違反する会計処理が行われる場合には，「事実」にかかる「虚偽性」・「欠缺性」が認められない場合であっても，上記①②の類型の虚偽記載などに該当し，エンフォースメントの対象となり得ると解される。

(2) 監査証明

このことは，有価証券報告書に記載される「財務計算に関する書類」にかかる監査人（公認会計士または監査法人）の監査証明についての取扱いと整合的である。

第1に，監査証明は，監査対象となった財務諸表等が，「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に準拠して」，当該財務諸表等にかかる事業年度（連結財務諸表の場合には連結会計年度）の財政状態，経営成績およびキャッシュ・フローの状況をすべての重要な点において適正に表示しているかどうかについての意見を表明するものとされている（金商法193条の2第1項本文・4項，財務諸表等の監査証明に関する内閣府令4条1項1号ハ）。

第2に，監査基準は，監査を実施した監査人に「財務諸表等に重要な虚偽の表示がないかどうか」の合理的な保証を得ることを求めるものであると位置づけられている（同条3項2号）。

このように監査証明では，会計基準に準拠していない財務諸表等には「重要な虚偽の表示」があり得ることが含意されていると考えられる。

(3) 判例

判例においても，会計基準違反の会計処理が有価証券報告書などの開示書類の虚偽記載に該当することが前提とされていると考えられる。

第1に，いわゆる日本長期信用銀行事件（刑事）に関する最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁では，銀行の平成10年3月期決算における貸出金の償却・引当に関する基準にかかる「公正なる会計慣行」（商法32条2項（当時））の内容が争点となったものであるが，「長銀の本件決算処理は『公正ナル会計慣行』に反する違法なものとはいえない」との判示にみられるように，「公正なる会計慣行」に反する会計処理が違法であることが含意されているものと考えられる。この点については，当該最判により破棄された原判決である東京高判平成17年6月21日判時1912号135頁においても，「有価証券虚偽報告罪及び違法配当罪は，それぞれ証券取引法，商法によってその構成要件が一義的に規定されている。もっとも，その内容としての有価証券報告書の記載の虚偽性や利益配当の法令違反の認定・判断は，『公正なる会計慣行』によっ

て決せられることとなる」と判示されていた。

第2に，いわゆるライブドア事件（刑事）に関する東京地判平成19年3月16日判時2002号31頁では，形式上は複数の投資事業組合を経由してなされたライブドア株式の売却は実質的にライブドアの完全子会社であるライブドアファイナンスが売却したものと認めるのが相当であり，その売却益は連結子会社による親会社株式の処分差益となり，これをライブドアの連結損益計算書上，売上げとして計上することは許されないこととなり，ライブドアの有価証券報告書中の連結損益計算書中の「重要な事項」である連結経常利益につき虚偽の記載があると判示されている[12)]。当該判示では，「連結子会社による親会社株式の処分差益を当該親会社株式の連結損益計算書において売上げに計上することは許されず，連結財務諸表においてその他資本剰余金に計上しなければならない」との会計基準に違反する会計処理が虚偽の記載であることが含意されていると考えられる。

(4) 課徴金納付命令

虚偽記載のある有価証券報告書などの開示書類を提出した発行者に対する課徴金納付命令（金商法172条の2, 172条の4）においても，会計基準違反の会計処理が虚偽記載に該当することが前提とされていると考えられる。

具体的な課徴金納付命令決定事例に即すると，次の事例をあげることができる[13)]。

i　子会社がその株式のすべてを所有して実質的に支配している孫会社を連結の範囲に含めなかった事例として，「株式会社日興コーディアルグループの発行登録追補書類に係る証券取引法違反に対する課徴金納付命令の決定について」（金融庁平成19年1月5日）

ii　減損処理すべき関係会社株式の減損処理を見送っていた事例として，「三洋電機株式会社の半期報告書に係る金融商品取引法違反に対する課徴金納付命令の決定について」（金融庁平成20年1月18日）

iii　連結対象とすべき会社等の連結対象からの除外の事例として，「トラステックスホールディングス株式会社に係る有価証券報告書等の虚偽記載に対する課徴金納付命令の決定について」（金融庁平成20年12月19日）

IV. IFRSのエンフォースメント

1　プリンシプル・ベースの会計基準

(1) IFRSの特徴：プリンシプル・ベース

IFRSの特徴は，「プリンシプル・ベース」（原則主義）であると指摘されている。米国SEC「米国の発行者によるIFRSに準拠して作成される財務諸表の利用可能性に向けたロードマップ」（2008年11月14日）（以下「SECロードマップ」という）[14)]では，「ルール・ベース」（細則主義）と指摘されている米国会計基準（U.S. GAAP）と比較したIFRSの特徴として，一定の分野において，①会計基準が整備されていないこと，②細目的（prescriptive）でないこと，③会計処理の選択肢が多いこと，④公式のガイダンス（適用指針）が少ないことが挙げられている。上記②に関連して，数値基準がないことが挙げられることが多い[15)]。

12) 本判決は，控訴審である東京高判平成20年7月25日判時2030号127頁により維持されている。また，民事事件である東京地判平成20年6月13日判時2013号27頁および東京地判平成21年5月21日金判1318号14頁も，同旨である。

13) 証券取引等監視委員会事務局「金融商品取引法における課徴金事例集」（平成21年6月30日）http://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2009/2009/20090630_2.htm, 2009年9月1日最終検索）参照。

14) SECロードマップは，パブリックコメントを求める規則案であり，当初のコメント期限は2009年2月19日であったが，同年2月3日にコメント期限が同年4月20日に延長された。

15) 鶯地隆継「原則主義への対応と解釈指針の役割」企業会計61巻3号29頁（2009），増田宏一「IFRSの受入れと監査」企業会計61巻5号49頁（2009）参照。

このことから，SECロードマップでは，IFRSのもとでは，①財務情報の比較可能性を減ずる可能性があること，②訴訟やエンフォースメントの結果の予測が困難となるかもしれないことが指摘されつつも，③取引の経済実体に従った会計処理が可能となること，④例外や数値基準（ブライトライン）の活用により会計基準の基礎にある会計目的を回避する「フィナンシャル・エンジニアリング」に関する投資者の懸念を緩和できること，⑤財務情報の作成者が会計方針や特定の会計処理を選択した考え方を開示することにより対応できることなどから，プリンシプル・ベースの会計基準について，基本的に前向きな評価が与えられている。

ただし，プリンシプル・ベースの会計基準のもとでは，財務諸表の作成者またはその監査人による会計処理にかかる判断に一定の幅が認められることから，IFRSのグローバルな「整合的な適用（consistent application）」の確保が重要な課題として，認識されている[16]。また，IFRS適用における最大の懸念は，投資者に見えざる「ダイバージェンス」であるとの指摘がみられる[17]。

(2) 日本の会計基準：ルール・ベース

金商法における規制は，平成20年改正により導入された金融商品取引業者等の利益相反管理体制の整備義務（金商法36条2項～5項）のようにプリンシプル・ベース規制とする趣旨で定められている規制もあるが，インサイダー取引規制に典型的にみられるように，基本的にはルール・ベースであると考えられる。このことは，日本では，規制の明確性・予測可能性の確保が重視されていることを示すものであると考えられる。

日本の会計基準も，基本的にはルール・ベースであると考えられる。企業会計基準委員会（ASBJ）は，①「企業会計基準」に加えて，②「企業会計基準適用指針」および③「実務対応報告」を公表している。

このように日本はルール・ベースの会計基準に親しんできた国であることから，IFRSを適用した場合の実務上の課題は，日本でプリンシプル・ベースが有効に機能するための対応である[18]。

その際には，当局によるエンフォースメントのあり方が関連する。仮に作成者・監査人がプリンシプル・ベースの趣旨に則して善意で判断した会計処理が当局により事後的に否定されるとすると，作成者・監査人に「萎縮効果」を及ぼし，事実上ルール・ベースと変わりない実務運用となるおそれがある。逆に当局が作成者・監査人の判断に過度に委ねると，事実上，会計基準のエンフォースメントが行われなくなり，投資者保護や市場の公正性・透明性の確保の観点から，問題が生じ得る。

したがって，バランスのとれたエンフォースメントが行われることが求められる。

(3) 国際的な取組み

このようなIFRSのエンフォースメントの課題については，国際的にも認識され，取組みが行われている。

この点については，第1に，2005年1月1日以後に開始する事業年度から域内上場の域内企業にIFRSの強制適用が行われているEU（欧州連合）において，取組みが行われている。具体的には，EUの証券規制当局のグループである「CESR（Committee of European Securities Regulators）」（欧州証券規制当局委員会）のもとで，EU各国の財務情報の法執行当局（national enforcers）が参加するフォーラムとして，「EECS（European Enforcers Co-Ordination Sessions）」（欧州法

16) 世界の証券規制当局の団体であるIOSCO（International Organization of Securities Commissions：証券監督者国際機構）第31回年次総会におけるパネル1「IFRS －当初の経験」（2006年6月7日）http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=annconfdocs&annualconfid=20,2009年9月1日最終検索）参照。

17) 西川郁生＝新井武広「ASBJの役割と中間報告（案）への対応」企業会計61巻5号34頁（2009)。また，鶯地・前掲注15)33頁参照。

18) 増田・前掲注15)49頁。

執行調整セッション）が設けられている。

EECSは，IFRSのエンフォースメント業務の協調を図り，IFRSの適切な適用を促進する観点から，各国当局によるIFRSのエンフォースメントに関する決定を集積した対外秘のデータベースを構築している。そして，当該データベースの内容が定期的に一定の範囲で公表されている[19)]。公表にあたっては，発行者名を非公表としつつ，①発行者の会計処理の概要，②エンフォースメント決定，および③当該決定の根拠が簡潔に示されている。決定のなかには，「事前クリアランス（pre-clearance）」と呼ばれる一種のノーアクションレターが含まれている。ただし，IFRSはプリンシプル・ベースであり，多様な状況に対して特定の処理方法があるものではないこと，当局の決定はIFRSの一般的な解釈を示すものではないことなどに留意が必要とされている。

次に，IOSCO（証券監督者国際機構）においても，CESRとも協力して，メンバー当局によるIFRSのエンフォースメントに関する決定の情報共有を促進するため，2007年1月から，「IOSCO・IFRSデータベース」が運用されている[20)]。金融庁もこのIOSCOデータベースを活用できる。

さらに，いわゆるグローバル・ファーム（大手国際会計事務所）のネットワークにおいてIFRSの解釈適用の統一を図る仕組みが構築されているようである[21)]。IFRSの解釈を担うIFRIC（国際財務報告解釈指針委員会）が解釈指針を公表する案件が非常に限定されていること[22)]から，グローバル・ファームの解釈がIFRSに準拠した財務諸表の作成に事実上拘束的な影響を与える可能性がある。

2　刑事によるエンフォースメント

会計基準違反に対して刑事によるエンフォースメントを行う場合には，故意責任として，「違法性の意識」は不要であるものの，「一般人ならばその罪の違法性を意識し得るだけの重要な犯罪事実の認識」は必要となる[23)]。そうすると，「会計基準に違反して許されない会計処理を行っている」との認識が必要であると考えられる。裁判例においても，このような解釈が示されていると評価できる。

たとえば，日本長期信用銀行事件（刑事）に関する前掲東京高判平成17年6月21日では，「有価証券虚偽報告罪」の故意について，「有価証券虚偽報告罪の構成要件が，『有価証券報告書の重要な事項につき虚偽の記載のあるものを提出したこと』とされていることからすると，被告人…において，上記有価証券報告書に記載された財務諸表及び附属明細書の詳細な数値についてまで具体的に認識している必要はなく，少なくともそれらの財務諸表及び附属明細書に記載されている当期未処理損失の額が虚偽といえるほどの過少であることを認識していれば足りると解される。」と判示されていた。

19) これまで5回にわたる公表が行われている。第1回目の公表（2007年4月）では16件，第2回目の公表（2007年12月）では11件，第3回目の公表（2008年5月）では14件，第4回目の公表（2008年12月）では15件，第5回目の公表（2009年3月）では7件が取り上げられている。CESRの2007年4月16日付けプレスリリース（http://www.cesr.eu/index.php?docid=4476, 2009年9月1日最終検索）を参照。

20) IOSCO第32回年次総会コミュニケ（2007年4月12日）（http://www.iosco.org/library/annual_conferences/pdf/ac21-27.pdf, 2009年9月1日最終検索）を参照。

21) たとえば，KPMGでは，①グローバルな研修プログラムの整備，②ネットワークにおいてIFRSの解釈に関する最終的なポジションをとるグローバル方針委員会（ロンドンのIFRSグループが調整）により指揮されるIFRS専門家のグローバルなネットワーク，③国内・国際レベルにおける協議手続，④財務諸表の内部レビュー，⑤データベースの共有，および⑥適用指針の公表が行われているようである（IOSCO第31回年次総会パネル「IFRS－当初の経験」（2006年6月7日）におけるMark Vaessen氏の説明資料（http://www.iosco.org/library/annual_conferences/pdf/ac20-10.pdf, 2009年9月1日最終検索）を参照）。

22) 鶯地・前掲注15)35頁参照。

23) 前田雅英『刑法講義総論（第4版）』（東京大学出版会，2006）234頁。

また，ライブドア事件（刑事）に関する前掲東京地判平成19年3月16日では，「虚偽有価証券報告書の提出罪における故意が成立するためには，提出にかかる有価証券報告書に重要な事項に関する虚偽の記載があることの認識，すなわち計上することが認められない何がしかの売上げが含まれていることの認識で足り，その具体的な数額等の認識は不要と解される。…上記各売上げのいずれかに，計上の認められない売上げが含まれていることを認識してさえいれば，故意に欠けることにはならないのである。…以上によれば，被告人は，上記ライブドア株式の売却が，投資事業組合名義でなされているが，実質的にはライブドアファイナンスが売却したものと認識していたことを認めることができ，同売却益について，売上計上が許されないものであることを認識していたものということができる。」と判示されている。

プリンシプル・ベースのIFRSについては，作成者・監査人による判断の幅が広いことからすると，①客観的に会計基準違反と認められる場合が減る可能性があること，②客観的に会計基準違反と認められても，行為者にその認識が欠ける場合が多くなる可能性があることから，結果的に，会計基準違反に対する刑事によるエンフォースメントの役割がごく限定的になる可能性があるように思われる。

3 課徴金によるエンフォースメント

課徴金は行政上の措置であり刑事罰ではないことから，行為者を特定する必要はなく，「重要な事項につき虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項の記載が欠けている」開示書類が提出されていれば足りると解されており，また，行政処分である課徴金には理論的に責任非難の観点を考慮する必要がないことから，故意犯の原則を定めた刑法38条1項のように，「重要な事項につき虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項の記載が欠けている」との認識を要件とする必要はないと解されている[24)][25)]。

また，課徴金納付命令については，行政庁が要件を認定した場合には「課徴金を国庫に納付することを命じなければならない」と規定されており（金商法172条の2第1項柱書，172条の4第1項柱書），処分をするか否かの判断にかかる行政裁量である「効果裁量」が排除されている[26)]。

したがって，開示書類について「重要な事項につき虚偽の記載があり，又は記載すべき重要な事項の記載が欠けている」と客観的に認められる場合には，開示書類の提出者の役職員の主観的認識にかかわらず，課徴金納付命令が出されることになる。

そうすると，IFRSのエンフォースメントについては，民事を別にすれば，刑事罰ではなく，課徴金が中心になると思われる。ただし，プリンシプル・ベースのIFRSについては，客観的に会計基準違反と認められる場合が少なくなり，エンフォースメントが弱まる可能性がある。一方，行政庁がエンフォースメントの弱体化は適当でないとして積極的にエンフォースメントを行う場合には，行政庁が事実上「要件裁量」（要件該当性の判断にかかる行政裁量）を有することになり，プリンシプル・ベースであるとの趣旨に合致しないこ

24) 三井秀範編著「課徴金制度と民事賠償責任 条解証券取引法」（金融財政事情研究会，2005）53頁。

25) この点の実質的理由については，過少申告加算税（国税通則法65条1項）についての最高裁判決（最判平成18年4月20日民集60巻4号1611頁）が参考になる。当該最判では，「過少申告加算税は，過少申告による納税義務違反の事実があれば，原則としてその違反者に対し課されるものであり，これによって，当初から適法に申告し納税した納税者との間の客観的不公平の実質的な是正を図るとともに，過少申告による納税義務違反の発生を防止し，適正な申告納税の実現を図り，もって納税の実を挙げようとする行政上の措置であり，主観的責任の追及という意味での制裁的な要素は重加算税に比して少ないものである。」とされている。ただし，「正当な理由があると認められる」場合には，その事実に対応する部分については過少申告加算税は課されない（同条4項）。

26) 行政裁量については，宇賀克也『行政法概説Ｉ 行政法総論（第3版）』（有斐閣，2009）303-06頁参照。

とになる可能性がある。

このようにIFRSの課徴金によるエンフォースメントについて，行政庁は難しい運用を迫られる。

V. おわりに

上場会社は，IFRSの強制適用を視野に入れて，その準備を始めることになるが，その際には，「避けたい J-SOXの二の舞」が指摘されている[27]。繰り返しになるが，そのためにも，バランスのとれたエンフォースメントが行われることが求められる。

具体的には，第1に，先行してIFRSを任意適用ないし強制適用している諸外国のエンフォースメントの状況を参考にすることが重要である。特に，CESRの公表事例，IOSCOのデータベースにおける事例やグローバル・ファームの解釈などを，可能な範囲で官民で共有して,分析評価することが重要であろう。

第2に，作成者・監査人が個別会計処理のIFRSへの適合性について行政当局に事前に相談・確認できる制度を創設することが有用であると考えられる。法令適用についてのノーアクションレター（法令適用事前確認手続）のいわば会計基準版である。

第3に，任意適用の段階では，強制適用の段階における作成者・監査人への萎縮効果を避ける観点から，摘発型のエンフォースメントを基本的に行わず，指導改善を中心に行うことが望まれる。

第4に，強制適用の段階においても，その円滑な定着を促進する観点から，当初は，重大かつ悪質な事案を除き，指導改善により対応することが望まれる。

（まつお・なおひこ）

27) 鶯地隆継「IFRS原則主義とその解釈」中央大学ビジネススクールセミナー「IFRS（国際会計基準）の採用に向けて～考慮すべき実務上の問題点，課題及び準備作業への対応～」(2009年6月5日）資料参照。なお，平成18年証券取引法改正（法律第65号）により導入された内部統制報告制度について，「J-SOX」と呼ばれることが多いが，これは当該制度を米国型と捉えるものであり，好ましい表現ではない（池田唯一「金融商品取引法上のディスクロージャー整備における内部統制報告制度の位置づけ」企業会計59巻5号24頁（2007）参照)。

ARTICLE

The Functioning of a Land Market in Qing South China: Comments on a Set of Guangdong Land Deeds

Associate Professor, Univ. of Tokyo
Kentaro MATSUBARA

This is a brief commentary on one particular institution concerning land transactions in late imperial China. This practice could be found in the land deeds of a voluntary association active in Guangzhou over the late 19th to early 20th centuries, the Aiyutang of Guangzhou 廣州愛育堂.[1] The practice seems particularly relevant in considering the extent to which a "market" might have been in operation with regard to land in traditional Chinese society. While scholars have worked on long-term changes in land prices, on tenancy rates and on their implications in the wider economy, it has also been cautioned that we still know very little on the land rights that were being transacted.[2] Moreover, a closer look at land transaction records at the village level points to a situation where land transactions were generally part of longer-term relationships involving credit, intermarriage and lineage building, thus "embedded" in a wider context of social relations.[3] This short paper looks into a hitherto little known institution that bears on such aspects of the land market as the scope of potential purchasers for a particular piece of land, the mechanism of how prices were agreed upon, and the implication of corporate parties to certain transactions.

The collection of documents under examination, forming part of the volume of Guangdong land deeds edited by Tan Dihua and Xian Qianmin,[4] includes deeds of sale, tenancy and what might be loosely referred to as mortgage, as well as governmental decrees related to land disputes, and documents regarding tax registration. The collection includes both documents directly pertaining to transactions conducted by the Aiyutang, and those recording past

1) For basic information on such societies in Guangdong as the Aiyutang, see DENG YUSHENG 鄧雨生, QUAN YUE SHEHUI SHILU CHUGAO 全粵社會實錄初稿 (1910).

2) See, for example, DAVID FAURE, THE RURAL ECONOMY OF PRE-LIBERATION CHINA: TRADE EXPANSION AND PEASANT LIVELIHOOD IN JIANGSU AND GUANGDONG, 1870 TO 1937 (1989); KISHIMOTO MIO 岸本美緒, SHINDAI CHUGOKU NO BUKKA TO KEIZAI HENDO 清代中国の物価と経済変動 (1997).

3) Matsubara Kentaro 松原健太郎, *Keiyaku, ho, kanshu: dento chugoku ni okeru tochi torihiki no ichi sokumen* 契約・法・慣習：伝統中国における土地取引の一側面 [*Contract, Law and Custom: An Aspect of Land Transactions in Traditional China*] in SHIHAI NO CHIIKISHI 支配の地域史 [THE REGIONAL HISTORY OF DOMINANCE] 44 (Hamashita Takeshi 濱下武志 & Kawakita Minoru 川北稔 eds., 2000).

4) GUANGDONG TUDI QIYUE WENSHU (HAN HAINAN) 廣東土地契約文書（含海南） (Tan Dihua 譚棣華 & Xian Qianmin 冼劍民 eds., 2000).

transactions (to which the Aiyutang was not a party) of properties eventually acquired by the Aiyutang. Thus while most of the land transactions of the Aiyutang date from the late 19th to early 20th century, a considerable part of the documents in this collection are from earlier in the Qing, and one deed is from the 48th year of the Wanli emperor (1620) in the late Ming.

The Practice and the Problem

The practice this paper focuses on is that of the *chuzhang* 出帳, found in many of these deeds, literally meaning "putting out a notice." The deeds suggest that it was followed for a period of over a hundred years in the middle to late Qing period, within the community that traded land around Guangzhou.

A typical entry in a land deed involving this practice would be as follows.

> Deed for sale of rice land, issued by Mai Qizhang, inhabitant of Chunwan neighbourhood in Lishui village. Since he has immediate need for money and grain, and he has previously borrowed silver from others whom he cannot repay, he wishes to sell rice land to another owner, gain silver and repay others. He has discussed the matter among husband and wife, elder brother and younger brother, and he now wishes to sell one plot (*qiu* 坵) of rice land irrigated with tidal water (*chaotian* 潮田) inherited from his forefathers, and that has been ascribed to Qizhang having undergone division. The land is in an area named Meng Hai Chong; now the land measurement for tax is 1.5 *mu* 畝 exactly, and the rice for this people's tax is 4.815 *sheng* 升. Purchasers were invited through *chuzhang* 出帳, and the price that needed to be fetched was altogether 24 taels. The relatives of the same branch, those within the lineage and such were consulted first, but each said that he did not have the silver to make the purchase. Thus a middleman was entrusted with the task of finding a purchaser, and Zheng Xianzuo of this neighbourhood would buy. The three parties spoke and agreed, the two families consented, and a price of 20 taels was to be paid. . . . on the same day, measurement of the land was made and the deed drawn up, the deal was unambiguous and clear, the silver and the deed were exchanged, with the actual deed and the actual silver. This was a clear purchase and a clear sale, with no such circumstances as land being taken in lieu of payment for a loan.[5)]

The practice of *chuzhang* here involves the invitation of purchasers, with a price already set by the potential vendor. This appears to form, in effect, an advertisement that starts the process of finding a purchaser. While the actual transaction may well have gone through a much more complex path, the procedure presupposed in this deed is as follows. After the *chuzhang* is made, the close relatives are consulted as to whether they could pay the price, and once the attempt to find a purchaser among them fails, a middleman is entrusted with the task of finding a purchaser outside the family. The middleman in this particular case was a Mai Fuxiang, with the same surname as the vendor.[6)] Moreover, after the potential vendor is found, there is a process whereby the two parties and the middleman discuss terms. This involves a bargaining process, and the price finally agreed upon is 20, rather than 24, taels.

One aspect of the transaction we can-

5) *Id.* at 8.
6) *Id.* at 9.

not learn from the available material is how widely the sale was initially advertised. At one extreme, it is possible to envisage a situation where there is an institutional framework that allows the *chuzhang* to inform the full range of potential buyers that could possibly have any realistic interest, giving them each an equal chance in buying the land. At the other extreme, the *chuzhang* could have been a mere notice of the vendor's wish to sell, intended for close relatives only, as might be deduced from the deed's formulation suggesting the employment of a middleman after the relatives' refusal of the offer, in order to find a purchaser outside the circle of family members.

If the situation were closer to the former extreme, this could imply the functioning of a "market" with regard to land, in the following sense. The purchaser of a plot of land would be decided primarily in accordance with the quantifiable economic gain from the transaction on the part of the vendor. In this case, such other considerations as the protection of family property or implications in local social structuring and power relations would be entirely secondary. The latter extreme would involve an entirely different situation, where the institution of *chuzhang* made very little difference in terms of actually finding a purchaser. In effect, the parties would be following the more standard procedure of going through a middleman, who would have the chance to evaluate the various social implications of the sale to a particular party, including its effects on the familial and territorial interests concerning the various groups involved. While it would be difficult to identify and evaluate the exact criteria according to which purchasers could be decided upon in this latter situation, the primary importance of a larger monetary profit from the transaction at hand is far less apparent than in the former case. In this latter case, the functioning of a land market would be difficult to perceive.

THE *CHUZHANG* IN ACTION

In beginning the assessment of the situation in relation to these two extremes, it would be useful to see the form assumed by the *chuzhang*, not in a deed referring to the practice, but the actual document itself that invited purchasers. These are harder to come by, but Tan Dihua quotes a Republican example.

> A *chuzhang* issued by (or, a notice put out by) Li Gui, who has one plot of land (in Hefu jitang, which is a field by the river with a dyke), the nominal tax on which is for 1.2 *mu*. He is selling this plot, and is asking for the current price of 170 taels. If there is one who has the funds and agrees to the terms, he should take the notice *zhizhang* 執帳 and discussions will be held with a middleman.[7]

This document takes the form of an open invitation without any limitation as to who might be a potential purchaser. One possible implication is that whoever was able to make an offer meeting the price requirement could purchase the land in question, a situation close to the first extreme referred to above. Indeed, this is the conclusion Tan Dihua himself draws, albeit in the context of emphasising the decline of relatives' preferential rights. "In front of money, all people were equal; naturally, if different parties could pay the same price, the close relatives would have a certain right of preference. However, among the deeds that we have seen, there were none that basically followed the rule of first inviting the close relatives to buy."[8]

7) TAN DIHUA 譚棣華, QINGDAI ZHUJIANG SANJIAOZHOUDE SHATIAN 清代珠江三角洲的沙田 56-57 (1993).
8) *Id.* at 57.

Another deed from Daoguang 3 (1823) offers an even clearer indication of the aspect of open competition in finding a purchaser.

> Deed for perpetual sale of a *weitian* field 圍田, issued by the Guan Zhuxi ancestral estate [*zu* 祖] of Rongqi village, Dongyong *du* 都 in Shunde county. Because of the need to build a(n ancestral) hall, the descendants, elders and branch members have gathered and discussed matters. As a result it was wished that the two fields should be sold: these are the fields above and below the stream south of the walled field built on the middle-grade tax land in Shunde in the location Yan Qi Sha, that this estate (previously) purchased, altogether 4 *qing* 頃 in area and registered for tax under the household Guan Yongchang in the 2nd *tu* 圖, 5th *jia* 甲, attached with the mulberry stocks and protective stones at the bottom of the wall. These should altogether be posted in a notice, inviting the wealthy parties of each village to come to the ancestral hall and make an offer for purchase. All would be unambiguously evaluated and a price would be received: this would be the actual price of the actual land, and additional fees for the drawing up of a deed, a drinks-gathering upon the sale, and for the clarification of various interests in the land, which would be calculated at 2 *fen* for every tael. The term was set at the 12th day of the first moon this year, and the highest bidder was to gain the right to purchase. Next, family friends Chen Naicheng and Lu Canzhao introduced Lu Rudi of Dawan village, Simaning *bao* 堡, Jiangcun, in this county, and he made an offer. All offers were opened on the day, in the ancestral hall in front of the people: Lu Rudi's offer was to buy 17.5 *mu* of the fields in question that were held by this estate. He made an evaluation of each *mu* in accordance with official measurements, and offered 55.735 taels per *mu*, and no one could match this. Thus both parties went to the land in question, clarified the boundaries, and placed a pole in the ground to confirm them. The field was indeed 17.5 *mu*, and a certifying document *dingtie* 定帖 was issued. Now it is a lucky day, and the deed is being issued.[9]

The only restriction applied in the initial stage of the search for purchasers is that it is the "wealthy parties" *caidong* 財東 of each village who are invited to bid for the purchase. On one hand, the term *chuzhang* is not used in this deed, and instead of advertising with an asking-price as in the previous two documents, the procedure resembles that of an auction. On the other hand, one of the most significant points concerning the institution of *chuzhang*, namely the disregard for the various social constraints that might prevent the sale to the potential buyer with the best offer, is emphasised to an even greater degree than in the cases referred to above.

Of course, it is unclear how widely the net was cast in asking "the wealthy parties of each village." It may well have been limited to a community of neighbouring villages within which a land sale would involve little social change. However, even if the scope of potential purchasers might have been relatively wide, it is not certain that "in front of money, all people were equal." The implications of the fact that middlemen are involved from the early stage of bringing in potential purchasers are unclear. Their roles in both the negotiation process and final endorsement of the deed appear to be as important as in cases where no such procedures as the auctioning in this deed are followed, and this may well have involved a process of screening that took account of the

9) Tan & Xian eds., *supra* note 4, at 51-52.

social consequences of the purchase in terms of descent and territory. However, lack of information on the middlemen allows for the possibility that their role was more nominal, giving the transaction an appearance of having followed the standard practice of going through a middleman, and securing the additional parties committed to ensuring the efficacy of the sale. If one took this latter case to the extreme, the actual decision to sell to a particular party may well have been based entirely on monetary considerations.

What one could infer from this deed, however, is that the transaction is not conducted on a purely individual initiative, either on the vendor's or purchaser's part. If the full functioning of a market economy also involved individuals and households (who had independent funds) participating in transactions most advantageous to themselves, free from the considerations of such wider social groups as lineages, villages and other territorial organisations, this deed does not represent such a situation. In the collection of Aiyutang deeds reproduced in Tan & Xian, *supra* note 4, there are twenty-two deeds of sale from the Guan Zhuxi ancestral estate to the Lu surname, relating to (different parts of) the same tract of land, and all within the first two months of the 3rd year of the Daoguang emperor.[10] Six purchasers of the Lu surname appear in these twenty-two deeds.[11] Each of these deeds describes the same procedure of inviting the wealthy parties of each village to make an offer, and the same middlemen finding the particular Lu surname purchaser in question. Each purchaser has made the same offer of 55.735 taels per *mu*, and each is buying 17.5 *mu* of the walled fields. Additional purchases are made in the following years, and by 1847 the Lu lineage had purchased over four hundred *mu*.[12]

The 1823 deed cited above appears to be part of one cohesive action on the part of the Lu lineage of Dawan village, in purchasing a large tract of land from the Guan Zhuxi ancestral estate. It represents a transaction that was performed very much in the lineage context, acquiring part of what would become a collective body of property, later to be sold all together by a single Lu surname institution, the Lu Chengqing *tang*.[13] The decision to purchase in 1823 was not made at the level of Lu Rudi as an individual, but at a level that also encompassed five lineage institutions taking the forms of *zu* 祖 and *tang* 堂. Although a signatory of the deed, Lu Rudi was not participating in the "property market" as a party seeking to maximise his own profit through this transaction. The internal organisation and politics of the Lu lineage cannot be known from the deeds. However, it is clear that the individual (and household) on one hand had the position of an autonomous entity capable of buying and holding property, and on the other hand would surrender its property to the Chengqing *tang*, the latter selling it outside the lineage as its own. It was within these confines that such an individual as Lu Rudi would operate, in partic-

10) *Id.* at 51-63. There are also other transactions between the same parties in later years, between 1826 and 1847: *id.* at 63-67. On the significance of such long-term relations of continuous sale, see Matsubara, *supra* note 3.

11) 盧汝棣；盧承慶堂；盧滄鞍菴祖；盧卓昭祖鄉；盧碧池祖；盧松科祖.

12) The total, assuming that all twenty-two of the 1823 deeds are for 17.5 *mu*, would be 428.04139 *mu*. The amount that the Lu surname sells in the 30th year of the Daoguang emperor, however, is 414.04139 *mu* [Tan & Xian eds., *supra* note 4, at 67-68]. The inconsistency can be due to some of the 1823 deeds mixing up the acreage between 17.5 and 10.5 *mu* [*Id.* at 52; 53; 55; 56 — if there were two deeds actually for 10.5 *mu*, 414.04139 would be an accurate calculation], or to the ambiguity as to whether the 414.04139 is the amount of land tax or the actual land acreage [*Id.* at 51-52; 67-68]. A third possibility, of course, is that 14 *mu* is somehow being kept and not sold in this final transaction.

13) Tan & Xian eds., *supra* note 4, at 67-69.

ipating in the economic environment and the land "market" of the day.[14)]

The Types of Land

Such cohesive operations in purchasing large tracts of land are not rare in the collection of Aiyutang deeds. In the sale of the same body of land made by the Lu Chengqing *tang*, the purchasers were twelve different *tang* of the Wu surname, explicitly taking equal shares of the property.[15)] Nor were these operations limited to the lineage context. The collection includes a set of four deeds, all signed on the same day in 1786. Here, the parties of the Xu surname of Rongqi village sold land taxed for a total of 191.097 *mu* to four different parties with four different surnames, but all residing in Daliang village.[16)] That this was a purchase coordinated among the different purchasers linked territorially can be inferred from the following facts. Firstly, the four purchases, all made through the same two middlemen, divide the purchased land into three equal shares and one half-share. Secondly, all this land is later sold on the same day in 1797 from these groups to a single different entity, the Li Detao *zu* of Longshan.[17)]

All four of these 1786 deeds describe a process of *chuzhang* where a price was advertised, and outside purchasers were found through middlemen after close relatives had declined to buy the land. Again, this shows how the economic processes reflected in these deeds, while certainly suggesting the element of an open invitation to purchasers, were also characterised by considerations of lineage and territory, and not purely of the monetary interests of the signatories.

However, it is dangerous to play down the aspect of open competition too much, and to overemphasise the aspect of land sales being constrained by non-economic factors. It is indeed in cases where the right of prior purchase held by relatives and neighbours is not exercised that these deeds are preserved, and extensive migration into Guangdong in the Qing period would only have been possible if land could be transferred to outsiders without too much difficulty. The oft-cited deed of permanent tenancy from the New Territories of Hong Kong, making an explicit provision as to the exclusion of "those who live far away" from parties to whom land rights could be transferred, may even constitute the exception that proves the rule: the competition among "great surnames" necessitating an extra clause that was out of step with the standard practice.[18)]

One factor that appears relevant is the type of land that is being dealt in. Reclaimed farmland, held in large tracts at a distance from one's residence, plots of farmland held within one's village, and grave land in the mountains would each have different forms of management and different concerns in their uses. It

14) On the relationship between "individual" property and "household" property under the system of *tongju gongcai* 同居共財 (common residence, shared property), see Shiga Shuzo 滋賀秀三, Chugoku Kazokuho no Genri 中国家族法の原理 [Principles of Chinese Family Law] (2d ed. 5th prtg. 2000). Concerning the relationship between individual/household property and lineage property within a particular lineage, see ch. 3 of Kentaro Matsubara, Law of the Ancestors: Property Holding Practices and Lineage Social Structures in Nineteenth Century South China (2004) (D.Phil. thesis, University of Oxford) (On file with the Bodleian Library, University of Oxford).

15) Tan & Xian eds., *supra* note 4, at 67-69.

16) *Id.* at 85-91.

17) *Id.* at 91-95.

18) David Faure, The Structure of Chinese Rural Society: Lineage and Village in the Eastern New Territories, Hong Kong 39-40 (1986).

may be significant that these deeds involving the institution of *chuzhang* largely relate to the first kind of land, that is, the sands in the Pearl River Delta. Compared to land within or immediately around the vendor's village, the territorial significance of such land is limited. Its importance lies primarily in its ability to yield profit, and such considerations as territorial power balance or destruction of *fengshui* are less compelling.[19)]

In this regard, it is significant that the sale from the Lu Chengqing *tang* to the twelve *tang* of the Wu surname did not specify the exact area of land each purchaser was buying. The property being sold as a whole (with the twelve deeds together) was specified, but each deed did not spell out what portion of the land was to be taken by the purchaser noted in that deed: it merely noted that the purchaser in that deed took "one twelfth" of the land as a whole.[20)] The implication is that the deed was more concerned with delineating the purchaser's claim to a part of the income from the land, than with securing the purchaser's rights to a tangible, specific piece of land. In this sense, one could say that the land was "commercialised," in a way that is distinct from land with immediate territorial implications.

The procedure of *chuzhang* in finding a purchaser would have been easier to introduce in dealing with this type of land. Whoever the purchasers were, their rights to (the income from) such land was unlikely to jeopardise, for example, the vendor's position in the local politics involving the immediate vicinity of where he lived. In this respect, although the deeds do mention how the close relatives of the vendors were consulted first, the view that monetary considerations were foremost in the vendors' minds may well be tenable. However, it is also clear that the social dynamics informing the transactions took place in the context of lineage and territory, and only within this context were the individual buyers and sellers of land free to pursue their own (commercial) interests.

Tentative Conclusion

While land transactions would be thus constrained, the institution of *chuzhang* clearly has an element of open competition, and it is possible to read these deeds in the context of an open land market, only with lineages and territorial organisations as the actual competitors, as with corporations participating in the market economy of the present day western world. However, neither lineage nor territorial organisation was an institution based on the principle of commercial profit: whether or not these institutions were fully accommodating to this notion, they had to account for various interests, from territorial politics to ritual orthodoxy.

While an individual or household could buy and sell property in its own name, such activities were conditioned by social interactions in the lineage or territorial context. Moreover, there was no system in operation that could delineate the exact content of the land right held by these parties. Neither the "customary law" nor the legal codes of the Qing were equipped to deal with all the tensions created in the lineage context through competing interests between households, different branches and the lineage as a whole. Such ancestral institutions as *zu* or *tang*, while providing a basic framework for the management of common property

19) For a case study of village land in the New Territories of Hong Kong where such considerations are more apparent, see Matsubara, *supra* note 14, ch. 4.

20) Tan & Xian eds., *supra* note 4, at 67-69.

and distribution of profits, did not have adequate internal rules of governance and transparency that would underpin their operation in an environment of open competition.[21] In short, these were not circumstances that allowed each individual or household to deal in a "market" environment with regard to land.

Our conclusion is thus twofold. Firstly, in considering the extent to which "market" principles dictated land transactions, it is necessary to differentiate between the types of land that were being transacted. Different types of land called for different considerations, among which would have been the scope of parties to whom land rights might be granted. Secondly, even in cases where the type of property allowed for a wide range of potential buyers, the corporate nature of the transacting parties and its implications should be taken into consideration. Not only were the individuals and households constrained in this context, the multi-layered interests at the corporate level itself could not be reduced to maximising the short-term profit that the transaction would yield. These would be vital factors in understanding the significance of the transaction.

It would thus be rash to conclude from the institution of *chuzhang* that a market environment was in operation with regard to land, free of more "traditional" social constraints based on interests involving family and territory. However, the full implications of the practice would need to be worked out in relation to a body of material more comprehensive than the deeds themselves, and such an investigation may well reveal further aspects indicating the operation of a market. What this short paper has tried to do is to clarify some of the basic premises for such an investigation.

(Kentaro MATSUBARA)

21) Matsubara, *supra* note 14, ch. 5.

執筆者一覧

太田匡彦　大学院法学政治学研究科准教授

岡崎克彦　前大学院法学政治学研究科客員准教授・判事

小野　傑　大学院法学政治学研究科特任教授（客員）・弁護士（西村あさひ法律事務所）

交告尚史　大学院公共政策学連携研究部教授

樋口亮介　大学院法学政治学研究科准教授

松尾直彦　大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（西村あさひ法律事務所）

松原健太郎　大学院法学政治学研究科准教授

浅江貴光　2008 年 4 月既修者コース入学

荒木玲子　2006 年 4 月未修者コース入学・2009 年 3 月同コース修了

佐藤　健　2006 年 4 月未修者コース入学・2009 年 3 月同コース修了

松本　渉　2007 年 4 月既修者コース入学・2009 年 3 月同コース修了

編集委員一覧

学生編集委員

近内 淳　荒 達也　石綿はる美　郷家駿平　白川 佳　西貝吉晃

西沢裕太郎　安井桂大　工藤良平　高部祐未　中岡小名都

教員編集委員

佐伯仁志　大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長

神作裕之　大学院法学政治学研究科教授

松原健太郎　大学院法学政治学研究科准教授

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.4 2009 年 9 月発行

編集・発行　東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒 113-0033　東京都文京区本郷 7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail：sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp　http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/

※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は，原則として E-mail にてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき，本誌からのコピーを禁じます。

Vol.4 (2009.9)

The University of Tokyo Law Review

Methods of Allegation and Proof in Compensation Claim Under Financial Instruments and Exchange Act Article 21-2, Paragraph 1 — Takamitsu ASAE

Transfer of Contractual Position Accompanying Assignment of Specific Property Right: A Study Focused On Leases and License Agreements — Reiko ARAKI

Formalization of Burden of Proof and Its Surrounding Concepts by Logic Programming — Ken SATOH

Alternative Fact Finding in Code of Criminal Procedure - Mainly on Alternative Fact Finding Within Same Elements of Crimes — Wataru MATSUMOTO

A Possible Obligation on a Homeless Man Living in a Tent in a Park: Transfer of Land Under the Tent, or Only Removal of the Tent Itself — Masahiko OHTA

Streamlining Construction Litigation Through Civil Conciliation: A Judge's Perspective — Katsuhiko OKAZAKI

Relationships Between Trustees, Trust Assets and Beneficiaries in Civil Procedures — Masaru ONO

On the Notion of Détournement de Pouvoir in French Administrative Law — Hisashi KOKETSU

The Observation About the Origin of Criminal Negligence and the Principle of Reliance, and Its Present Significance — Ryosuke HIGUCHI

Enforcement of IFRS Under the Financial Instruments and Exchange Act — Naohiko MATSUO

The Functioning of a Land Market in Qing South China: Comments on a Set of Guangdong Land Deeds — Kentaro MATSUBARA