



Vol.9 (2014.10)

ISSN 2187-2902

# 東京大学 法科大学院ローレビュー

---

遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟  
——その比較法的研究

岡成玄太

行政処分 of 反復禁止効と既判力

坂本 涼

公共用物上の不法占拠者の排除  
——公物管理権の法的性質試論

土井 翼

捜査段階における差押えの関連性について  
——最決平成 10 年 5 月 1 日刑集 52 卷 4 号 275 頁を中心に——

石山宏樹

弁護士の民事訴訟におけるパフォーマンス評価：  
法曹の質の実証的研究

太田勝造

営業秘密  
——保護の経緯と秘密管理性

末吉 亙

株式取得価格決定申立事件の審理についての一考察

鈴木謙也

ユーロトンネル事件国際仲裁判決

中谷和弘

エジプト民法典における保険法関連規定

両角吉晃

The University of Tokyo Law Review

—目次—

- 1 第9巻の刊行にあたって 西川洋一

投稿論稿

---

- 3 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟  
——その比較法的研究 岡成玄太
- 66 行政処分 of 反復禁止効と既判力 坂本 涼
- 88 公共用物上の不法占拠者の排除——公物管理権の法的性質試論 土井 翼

寄稿論稿

---

- 120 捜査段階における差押えの関連性について  
——最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁を中心に—— 石山宏樹
- 132 弁護士の民事訴訟におけるパフォーマンス評価：  
法曹の質の実証的研究 太田勝造
- 157 営業秘密——保護の経緯と秘密管理性 末吉 亙
- 171 株式取得価格決定申立事件の審理についての一考察 鈴木謙也
- 184 ユーロトンネル事件国際仲裁判決 中谷和弘
- 195 エジプト民法典における保険法関連規定 両角吉晃

–Contents–

1	Foreword ( <i>in Japanese</i> )	Yoichi NISHIKAWA
<hr/>		
3	Die Vorfragen der Auseinandersetzung und die notwendige Streitgenossenschaft ( <i>in Japanese</i> )	Genta OKANARI
66	Res Judicata and Binding Effect of Judicial Decision on Administrative Agencies under the Administrative Case Litigation Act ( <i>in Japanese</i> )	Ryo SAKAMOTO
88	Das Gemeinwesen als Besitzer öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch ( <i>in Japanese</i> )	Tsubasa DOI
<hr/>		
120	The Relevancy of Evidence required for Seizure in Investigation Process -- Mainly on the Supreme Court Decision of May 1, 1998, <i>KEISHU</i> , Vol. 52, No.4, at 275 ( <i>in Japanese</i> )	Hiroki ISHIYAMA
132	The Quality of Civil Legal Practice: An Empirical Study on Lawyer's Performance in Civil Litigation ( <i>in Japanese</i> )	Shozo OTA
157	Trade Secret in Japan -- how it has been protected and what measures should be taken to maintain its secrecy ( <i>in Japanese</i> )	Wataru SUEYOSHI
171	A Study on Court Hearings of Petitions for Determining the Acquisition Price of Fully Exchangeable Shares ( <i>in Japanese</i> )	Kenya SUZUKI
184	The Eurotunnel Arbitration ( <i>in Japanese</i> )	Kazuhiro NAKATANI
195	Provisions concerning insurance contracts in the Egyptian Civil Code ( <i>in Japanese</i> )	Yoshiaki MOROZUMI



## 第9巻の刊行にあたって

2006年に創刊された東京大学法科大学院ローレビューも、このたび第9巻の刊行を迎えることができた。本誌創刊当時の法学政治学研究科長であった高橋宏志教授は、創刊号の巻頭言で、本誌は直ちに米国流のローレビューを指向するのではなく、法科大学院の教育という観点から学生に論文発表の場を提供することを主眼とする、といささか控えめな目標を掲げつつも、将来研究者教員を含む教員の寄稿が増大した場合に本誌が刊行物としてもつ意義は、学生を主体とする編集委員会が決めていくべきであると、将来の可能性を展望されている。

この間の本誌の内容を概観してみれば、当初の目標は十分に達成されているということができよう。今年も法科大学院学生より21編の投稿があり、そのうち3編が掲載されることになった。司法試験や法科大学院をめぐる多くの問題が指摘されている中で、東京大学法科大学院の学生諸君が積極的に学術的な論文執筆に努めていることは誠に喜ばしい。

本誌の創刊当初の目標が控えめであると述べたが、米国のローレビューも決して最初から現在のような意味を持っていたわけではない。試みにアメリカで最初のアカデミックなローレビューの一つであるハーバード・ローレビューの創刊号(1887年4月15日)を繙くならば、創刊の意図について説明する短い文章のなかで、学生編集者たちは同誌の当面の目標を、ロースクールで行なわれている活動を明らかにし、同校同窓生が関心を持つであろうニュースを提供し、もし可能ならば、法学教育に関心のある全ての人にハーバードの教育システムのもとで行なわれていることのイメージを与えることとした上で、「しかしわれわれには、本誌が法律プロフェッション全体に役立ってほしいという希望もないわけではない」と付言している。最後の一文も印象深い。「われわれの目指すところは、……上で述べた線に沿って本誌を発展させることである。もし成功するならば、われわれのプランに従って領域を拡大するだろう。もし失敗しても、少なくとも、われわれの活動がロースクールとその同窓生の利益のために誠実に行なわれたと信じられるという満足感は抱けるだろう」(p.35)。謙虚な言葉の割には実際の内容が豊富なことに驚かされるのだが、それはともかく、このようにして127年前に創刊した同誌(ちなみにこれは『国家学会雑誌』創刊の年、『法学協会雑誌』創刊の3年後である)がアメリカを代表する法学雑誌に成長しえたことが、ひとえに代々の学生編集者たちの情熱とたゆみない努力の賜物であることに疑いの余地はない。東京大学法科大学院ローレビューも、同じように、編集委員をはじめとする法科大学院の学生諸君全体に支えられて、更に大きく発展してほしいと願っている。

2014年8月

東京大学大学院法学政治学研究科長

西川 洋 一

東京大学法科大学院ローレビュー第9巻には、投稿締切日である2014年3月11日までに、21編の学生論稿の投稿がありました。これらの論稿の中から、第9期編集委員会は、掲載論稿として3編を選出いたしました。

たくさんのご投稿をいただき、誠にありがとうございました。

第9期編集委員会

# 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟 ——その比較法的研究

2012年4月入学

岡成玄太

## I. 序

## II. 日本法

### 1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の固有必要的共同訴訟性

- (1) 判例
- (2) 分析
- (3) 昭和56年判決との関係性
  - a 学説の対立構図
  - b 共通の前提
  - c 共通の前提に対する疑問

### 2 「相対的処理」の可否

- (1) 遺産の範囲の相対的処理
- (2) 遺産分割の当事者の範囲の相対的処理
- (3) 対立軸としての民法906条観

### 3 日本法の総括と比較法への視座

- (1) 日本法の総括
  - a これまでの要約
  - b 本稿の分析枠組
- (2) 比較法の方針

## III. ドイツ法

### 1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

- (1) 遺言無効確認訴訟
- (2) 共同相続人の地位確認訴訟
- (3) 遺産の範囲の確認訴訟
- (4) 学説
- (5) 評価

### 2 ドイツの遺産分割制度

- (1) 遺産分割の実体的規律
  - a 分割の主体と客体
  - b 分割の実体的基準
    - (a) 共同相続人間の合意
    - (b) 被相続人による指定
    - (c) 法律上の規定
- (2) 遺産分割の方法

- a 遺言執行者による分割
- b 遺産分割契約による分割
- c 調停手続による分割
- d 遺産分割の訴えによる分割
  - (a) 意義
  - (b) 分割成熟性の要否

### 3 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の系譜

### 4 考察

- (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
- (2) 具体的財産の帰趨
- (3) 訴訟共同・合一確定の必要
  - a 訴訟共同の必要
  - b 合一確定の必要

## IV. フランス法

### 1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

- (1) フランス法における合一確定
  - a 不可分性 (indivisibilité) を理由とする合一確定
  - b 共同訴訟と合一確定
- (2) フランスにおける訴訟共同
- (3) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

### 2 フランスの遺産分割手続

- (1) 協議分割と裁判分割
- (2) 裁判分割の手続
  - a 遺産分割訴権 (action en partage) の特徴
  - b 裁判分割の手続
    - (a) 呼出状の送付
    - (b) 簡易な手続
    - (c) 複雑な手続
      - (aa) 清算書の作成
        - (aaa) 共有者間の計算関係
        - (bbb) 分割対象財産の確定

- (ccc) 各当事者の権利の確定
- (ddd) 取り分の構成
- (bb) 清算書に対する異議
- (cc) 清算書の認可
- c 抽籤
- 3 優先的帰属 (attribution préférentielle)
  - (1) 制度趣旨
  - (2) 対象となる財産
  - (3) 優先的帰属の要件
    - a 一般的要件
    - b 個別的要件
  - (4) 裁判所の判断
  - (5) 優先的帰属の効果
- 4 考察
  - (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
  - (2) 財の配分ルールとしての抽籤と優先的帰属
  - (3) 訴訟共同・合一確定の必要
    - a 訴訟共同の必要
    - b 合一確定の必要

## V. イタリア法

- 1 相続人の地位に係る訴権と必要的共同訴訟
  - (1) 遺言異議訴権
    - a 破棄院 1980年3月21日判決 3339号
      - (a) 事案
      - (b) 判旨
    - b 判例の展開
  - (2) 遺産請求訴権 (azione di petizione ereditaria)
    - a 判例
    - b 学説
  - (3) 相続不適格訴権
    - a 判例
    - b 学説
  - (4) 評価
- 2 必要的共同訴訟
  - (1) 必要的共同訴訟の3類型
  - (2) 民訴102条の制度趣旨と要件
    - a 一般論
    - b 具体例
      - (a) 法関係の形成を求める訴権
      - (b) 法関係の確認を求める訴権
      - (c) 給付を求める訴権
  - (3) 民訴102条2項の規律
    - a 対席弁論の不補充とその効果
    - b 対席弁論の補充方法
    - c 対席弁論不補充のままなされた判決の効果

- (4) 民訴102条と合一確定の要請
  - a 合一確定の要請?
  - b 合一確定の保障手段
- 3 相続人の地位に係る訴権の再検討——遺産分割の前提問題の合一確定?
  - (1) イタリアの実体法理解
  - (2) その根源?
- 4 イタリアの遺産分割制度
  - (1) 遺産分割の主体と客体
  - (2) 遺産分割の方法
    - a 協議分割 (divisione amichevole, contrattuale)
    - b 裁判分割
      - (a) 手続の開始
      - (b) 分割請求権の存否確定
      - (c) 遺産分割作業
        - (aa) 分割対象財産の形成
        - (bb) 取り分の形成
        - (cc) 分割計画の作成と承認
        - (dd) 取り分の割当と配分
          - (aaa) 明文上のルール
          - (bbb) 明文上のルールからの逸脱——裁判官の裁量の拡大
- 5 考察
  - (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義
  - (2) 裁判所による具体的財産の帰趨の決定
  - (3) 訴訟共同・合一確定の必要
    - a 合一確定の必要
    - b 訴訟共同の必要

## VI. 日本法の再分析

- 1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟
  - (1) 総論
    - a 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の複層性
    - b 裁断準備型訴訟の規律
    - c 協議促進型訴訟の規律
  - (2) 各論
    - a 遺言無効確認訴訟
    - b 遺産確認訴訟
    - c 相続人の地位不存在確認訴訟
- 2 遺産分割の前提問題と合一確定
  - (1) 裁断準備型訴訟と合一確定
  - (2) 解釈の選択肢
  - (3) 検討
    - a 金銭価値の分配規範?
    - b 具体的財産の帰趨への関心の程度
  - (4) 結論
  - (5) 協議促進型訴訟と合一確定
- 3 結語——残された問題

## I. 序

遺産分割を実現するためには、相続人の範囲、遺言の存否と有効性、相続分、遺産の範囲等の様々な前提問題（＝遺産分割の前提問題）を解決する必要がある。最決昭和41年3月2日民集20巻3号360頁（以下、昭和41年決定<sup>1)</sup>）によれば、家庭裁判所が家事調停・家事審判の前提事項として遺産分割の前提問題につき判断することも妨げられないが、遺産分割の前提問題は本来的に訴訟事項である以上、公開・対審の訴訟手続でこれを争う途も直ちには否定されない<sup>2)</sup>。

さて、遺産分割の前提問題を争うための訴訟として、遺産確認訴訟と相続人の地位不存在確認訴訟とが判例・学説上認められている。そして、最判平成元年3月28日民集43巻3号167頁が遺産確認訴訟を、最判平成16年7月6日民集58巻5号1319頁が相続人の地位不存在確認訴訟を、それぞれ固有必要的共同訴訟であると性質決定したのは周知の通りである。

ところで、これに先立つ最判昭和56年9月11日民集35巻6号1013頁は、遺産分割方法の指定を含む遺言無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟ではないと性質決定していた。翻って考えるに、少なくとも一定の内容を含む遺言の有効性は、遺産分割の前提問題として位置付けられるべきことがらである。このことから、学説上、平成元年判決・平成16年判決のロジックと、昭和56年判決の結論との整合性を問題としつつ、遺言無効確認訴訟の規律を問いなおす作業が試みられつつある<sup>3)</sup>。その結果、判例による従来の立場を維持する見解と、遺産分割の前提問題となる遺言の無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟であるとする見解とが対立するに至っている。

このように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、遺言無効確認訴訟まで含めて固有必要的共同訴訟と解すべきか否かという問題は、我が国においてアクチュアリティーをもって議論されているテーマであり、本稿ではこの問題が探究される。

採用する方法は比較法である。しかし、今述べた問題意識を踏まえて外国法に目を遣ると、直ちに看取されるのは、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解すべきかという問題が、我が国におけるとは異なり、少なくとも正面からは議論されていないという事実である。問題はそれがなぜかということである。ある問題を根本的に解決するためには、その問題が発生する原因に対する省察が不可欠である。とすれば、比較法を通じて、本稿の扱う問題が他ならぬ我が国でのみ論じられなければならない理由を明らかにしておくことは、解釈論を展開する前提作業としてそれ自体有益であろう。

かくして本稿は、比較法を通して、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすべきか否かという問題が我が国において議論されなければならない理由を探りつつ、それを踏まえて遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の在り方を問いなおすことを目的とする。

論述は、以下の通りに行われる。IIでは、日本の判例・学説における遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟に関する議論を整理する。その際には、遺産確認訴訟及び相続人の地位不存在確認訴訟を固有必要的共同訴訟と性質決定する判例・学説のロジックを明らかにすることと、それを踏まえての学説による遺言無効確認訴訟の再検討作業に焦点が当てられる。それらに対して若干の批判的検討を試み、比較法の課題を提示する。III、IV、Vでは、順にドイツ法、フランス法、イタリ

1) 以下、初出でない判決・決定は、〇〇年判決・決定と略称することとする。

2) 「直ちには」としたのは、周知の通り、最判平成7年3月7日民集49巻3号893頁が遺産分割の前提問題と位置付けうる特定の財産の特別受益財産性の確認を求める訴訟を不適法とし、次いで最判平成12年2月24日民集54巻2号523頁が同様に位置付けうる具体的相続分の確認を求める訴訟を不適法とした経緯を踏まえてのことである。

3) この点については後に詳述するが、もっぱら例示的に、山本克己「遺産分割の前提問題の確認対象としての適格性——最小判昭和61年3月13日民集40巻2号389頁」法教284号78頁、84頁（2004）。



ア法の検討が行われる。なお、ドイツ法とフランス法を扱うのは、我が国の民法・民事訴訟法に与えた影響の大きさという一般的な理由によるところもあるが、両国は遺産分割のスタイルを大きく異にしており、比較検討する素材として興味深いと考えられるためである。これに加えてイタリア法を取り上げるのは、イタリア法は我が国の固有必要的共同訴訟に近い制度を明文上有しており、かつ、イタリアにおいては遺産分割の前提問題の確認訴訟に関して部分的に当該制度が適用されているようにも見えるため、これまた比較検討する素材として興味深いと考えられるためである。これらの作業を踏まえた上で、VIにおいて再び日本法を分析することとしたい。

## II. 日本法

### 1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の固有必要的共同訴訟性

#### (1) 判例

判例は、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟として、(一定の内容を有する)遺言の無効確認訴訟、遺産確認訴訟、相続人の地位不存在確認訴訟を適法と認めており、そのうち、遺産確認訴訟、相続人の地位不存在確認訴訟を固有必要的共同訴訟であるとしている。

すなわち、遺産確認訴訟に関する平成元年判決<sup>4)</sup>は、「遺産確認の訴えは、当該財産が

現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴えであり、その原告勝訴の確定判決は、当該財産が遺産分割の対象である財産であることを既判力をもって確定し、これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによって共同相続人間の紛争の解決に資することができるのであつて、この点に右訴えの適法性を肯定する実質的根拠があるのであるから(最高裁昭和57年(オ)第184号同61年3月13日第一小法廷判決・民集40巻2号389頁参照)、右訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するいわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」と判示した。

更に、相続人の地位不存在確認訴訟に関する平成16年判決<sup>5)</sup>は、「被相続人の遺産につき特定の共同相続人が相続人の地位を有するか否かの点は、遺産分割をすべき当事者の範囲、相続分及び遺留分の算定等の相続関係の処理における基本的な事項の前提となる事柄である。そして、共同相続人が、他の共同相続人に対し、その者が被相続人の遺産につき相続人の地位を有しないことの確認を求める訴えは、当該他の共同相続人に相続欠格事由があるか否か等を審理判断し、遺産分割前の共有関係にある当該遺産につきその者が相続人の地位を有するか否かを既判力をもって確定することにより、遺産分割審判の手續等における上記の点に関する紛議の発生を防止

4) 本判決に対する評釈としては、松下淳一「判批」法教108号90頁(1989)、梅善夫「判批」法セ419号128頁(1989)、山本和彦「判批」ジュリ946号49頁(1989)、徳田和幸「判批」判評373号(判時1333号)38頁(1990)、宗田親彦「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)63巻4号110頁(1990)、吉原護郎「判批」立教大学大学院法学研究10号61頁(1990)、高田昌宏「判批」重判平成元年度(ジュリ臨増957号)124頁(1989)、杉浦智紹「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選II』352頁(1992)、同「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選II(新法対応補正版)』364頁(1998)、田中壮太「判解」最判解民事篇平成元年度96頁(1991)、升田純「判批」判タ735号278頁(1990)、越山和広「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第4版)』216頁(2010)等がある。また、本判決の検討を含め、遺産確認訴訟につき包括的な検討を試みるものとして、上野泰男「遺産確認の訴について——最高裁平成1年3月28日判決の検討をかねて——」関西大学法学論集39巻6号1539頁(1990)、徳田和幸「遺産確認の訴えの特質に関する一考察」石川明古稀『現代社会における民事手続法の展開(上)』525頁(商事法務、2002)がある。

5) 本判決の評釈としては、和田吉弘「判批」法セ601号123頁(2005)、堤龍弥「判批」重判平成16年度(ジュリ臨増1291号)132頁(2005)、菱田雄郷「判批」民商132巻6号864頁(2005)、川嶋隆憲「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)78巻10号98頁(2005)、小野寺規夫=古屋光司「判批」判タ臨増1215号206頁(2006)、藤本利一「判批」リマークス32号112頁(2006)、杉本和士「判批」早稲田法学82巻2号161頁(2007)、太田晃詳「判解」最判解民事篇平成16年度(下)421頁(2007)等がある。

し、共同相続人間の紛争解決に資することを目的とするものである。このような上記訴えの趣旨、目的にかんがみると、上記訴えは、共同相続人全員が当事者として関与し、その間で合一にのみ確定することを要するものというべきであり、いわゆる固有必要的共同訴訟と解するのが相当である」とした。

これを前提に、以下では、両判決に対する学説の議論を、時系列に必ずしも拘らずに整理して分析することを試みる。

## (2) 分析

多くの学説は、結論において両判例を支持している<sup>6)</sup>。ここでは、その結論がどのような論拠に支えられているのかを分析しよう。すると、従来の学説は、大きく分けて二つの点を指摘してきたことが看取される。

第一に、ある財産の遺産帰属性や共同相続人たる地位の有無が、共同相続人間で区々に判断されることになれば、遺産分割の協議及び審判が實際上困難になるという点が指摘される<sup>7)</sup>。ここでいう困難とは、端的に言えば、遺産分割の協議及び審判における実体法関係の処理が錯雑化してしまうことを意味すると思われる。仮に固有必要的共同訴訟としなかった場合、「判決の内容によってはかえって紛争が長期化、複雑化することにもなるのであって、画一的な解決の必要性が高

い。遺産分割は、その一つ一つの前提問題を画一的に、的確に解決することによってはじめて、着実にその手続を進行させ、その解決を実現できるものである」<sup>8)</sup>等とされるのである。

第二に、遺産分割の前提問題を判決で確定したとしても、当該判決の既判力に拘束されない当事者が、遺産分割審判の手続において、あるいは審判の後に、再度訴訟を提起することができるのであれば、審判の遅延ないし覆滅という望ましからざる自体が発生することも指摘される<sup>9)</sup>。すなわち、「遺産分割の当事者である共同相続人全員を当事者としなければ、後に争いの種を残すことになる」<sup>10)</sup>とか、「全員が争えない状態にあってはじめて遺産分割の安定を期待できる」<sup>11)</sup>とされるのである。

さて、この二つの論拠は、いずれも、確認訴訟に続く遺産分割手続を円滑に進行させるための環境整備に関心を払うものであると言える。この点に着目して、現在の学説の多くは、両判決を「訴訟物たる権利関係の実体法上の性質に依拠することなく、紛争解決の実効性という機能面に着目して固有必要的共同訴訟か否かを判断する」<sup>12)</sup>という、いわゆる訴訟政策的考慮に基づくものであると評価している<sup>13)</sup>。そして、最高裁は一般に

6) 例えば、前掲注4)・5)掲記の諸評釈はいずれも判旨に対して少なくとも明示的には反対していない。学説において例外的に反対を唱えるものとして、西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について(上)」判時2122号3頁、9頁以下(2011)。

7) 例えば、山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)869-870頁。

8) 升田・前掲注4)279頁。

9) 山本(和)・前掲注4)50頁、升田・前掲注4)279頁、松下・前掲注4)91頁、藤本・前掲注5)115頁、川嶋・前掲注5)102-103頁等。

10) 升田・前掲注4)279頁。

11) 松下・前掲注4)91頁。

12) 菱田・前掲注5)875-876頁。

13) もっとも、少なくとも平成元年判決に関する限り、別の読み方をする余地は十分にあったというべきである。つまり、判旨は「遺産確認の訴えは、当該財産が現に共同相続人による遺産分割前の共有関係にあることの確認を求める訴え」であることを固有必要的共同訴訟性を導く第一の論拠としてあげており、先例及び伝統的な管理処分権説からすれば、この点をもって決着がついたはずだからである。しかし、当時の評釈を見ると、松下・前掲注4)、山本(和)・前掲注4)等、この説示には特段の意義を認めず、機能面に着目した判決であると読むものが多数である(もっとも、逆に、実体面のみを指摘する評釈として梅・前掲注4)、吉原・前掲注4)がある)。評釈で唯一実体面と機能面との両者に言及するのは高田(昌)・前掲注4)125頁であるが、「実体面」を判旨のいう「実質的根拠」のうちを含める読み方をしているように見え、やや不自然であろう。これに対して、調査官解説である田中(壮)・前掲注4)104-105頁は、周到に、判旨が実体面と機能面の観点双方を論拠としていることを前提に論じている。

平成16年判決となると、判例のテキストを見ても「訴訟物たる権利関係に関する管理処分権の帰属形態によつ

固有必要的共同訴訟という規律の拡大に警戒的であるものの、「遺産分割の前提問題に関する限りでは」以上のような手法を「抵抗なく用いる」との評価もなされている<sup>14)</sup>。

### (3) 昭和56年判決との関係性

#### a 学説の対立構図

もともと、以上の議論からすれば、遺産分割の前提となる事項を内容に含む遺言の無効確認訴訟も、同様に固有必要的共同訴訟とすべきなのではないかとの疑問が生じる<sup>15)</sup>。翻って、それを否定した昭和56年判決<sup>16)</sup>と、平成元年判決及び平成16年判決との整合性が問われることになるのである<sup>17)</sup>。

学説には、一方で、遺言無効確認訴訟はあくまで通常共同訴訟<sup>18)</sup>で構わないとする立場が存在する<sup>19)</sup>。こちらの陣営に有力な論

拠を提供しているのは山本和彦教授である。山本和彦教授は、「〔平成元年判決の〕判旨をより一般的な視点から見れば、それは遺産分割の前提問題として一定の訴訟事項がある場合に、その訴訟について合一確定の必要及び固有必要的共同訴訟性を認めたものと言える<sup>20)</sup>とされた上で、「ただ、遺言の場合は性質上その内容が多岐に互る可能性があり、その対象は必ずしも遺産分割の前提となる事項に限らず（後見人の指定など）、その関係者も共同相続人には限らない（第三者に対する遺贈など）」）。よって、「むしろ常に固有必要的共同訴訟を要求すると手続が過度に複雑になるおそれもあり（無効を確認したい事項に関係ない者をも被告とする必要が生じるなど）、また遺言の内容によって区別した取扱

---

て固有必要的共同訴訟か否かを決するという伝統的な判断枠組みの存在感は前掲・最判平成元年以上に希薄である（菱田・前掲注5)868頁）。調査官解説である太田・前掲注5)430頁は、本判決が実体法的観点と訴訟法的観点との総合考慮に出たものと指摘するが、太田調査官の解説を読む限り、訴訟法的考察だけで終局的な結論が出ているように見え、実体法的考察がいかなる意味で考慮されているのかは、全く明らかでない。

14) 菱田・前掲注5)875-876頁。

15) 調査官解説である浅生・後掲注16)508頁でさえ、遺言の効力は合一確定されるのが望ましいことは疑いがないとし、そのような目的を完全な形で実現するには固有必要的共同訴訟の考え方が適しているとする。当時の学説でも、例えば高橋＝米倉・後掲注16)198頁が「遺言の有効無効を相続人全員の間で一律に定めることは遺産の分配を円滑迅速に進めるために極めて望ましい」としており、この認識に異を唱える学説は、以後現れていない。また、実務家からも、例えば古くは高野芳久「遺言無効確認の訴えの適否等」判タ688号360頁、363頁（1989）が同旨を述べ、また、近時では石田明彦ほか「遺言無効確認請求事件の研究（下）」判タ1195号81頁、86頁（2006）が、同様の認識を踏まえた運営上の工夫を論じている。

16) 昭和56年判決には、主たる法的争点が三つ存在する。第一に、具体的相続分がゼロとなる相続人が遺言無効の確認を求め訴えの利益を有するか。第二に、本件遺言無効確認訴訟は固有必要的共同訴訟か。第三に、本件遺言が共同遺言の禁止（民法975条）に反しないか。昭和56年判決に対する評釈のうちで、本稿が問題とする第二の論点に言及するものとしては、小山昇「判批」判評282号（判時1043号）182頁（1982）、山田恒久「判批」法学研究（慶應義塾大学法学研究会）55巻9号1174頁（1982）、牧山一治「判批」判タ505号218頁（1983）、高橋宏志＝米倉明「判批」法協100巻1号187頁（1983）、浅生重機「判解」最判解民事篇昭和56年度500頁（1986）が存在する。なお、第一審の評釈として、中村英郎「判批」判評248号（判時935号）183頁（1979）が、原審の評釈として岡垣学「判批」判タ390号232頁（1979）が存在する。

17) 平成元年判決の評釈でこの点について論じるものとしては、松下・前掲注4)91頁、山本（和）・前掲注4)53頁、調査官解説である田中（壮）・前掲注4)113頁注18がある。なお、徳田・前掲注4)「判批」201頁は「ちなみに」として昭和56年判決を紹介するものの、本判決との関係について論じるものではない。平成16年判決の評釈では、堤・前掲注5)133頁、菱田・前掲注5)872-873頁、川嶋・前掲注5)104-105頁、藤本・前掲注5)115頁、更に調査官解説である太田・前掲注5)432-433頁があげられる。また、山本（克）・前掲注3)84頁、畑瑞穂「演習」法教306号116頁、117頁（2006）等も参照。

18) 遺言無効確認訴訟が「通常共同訴訟である」という論じ方は本来奇妙であり、遺言無効確認訴訟は、「固有必要的共同訴訟としての規律にも、類似必要的共同訴訟としての規律にも服さない」とするのが精確である（当然ながら共同訴訟の形態をとらずに訴訟が行われることもありえ、その場合には「通常共同訴訟である」との表現は当たらないからである）。しかし、便宜上、以下では「固有必要的共同訴訟としての規律にも、類似必要的共同訴訟としての規律にも服さない」という意味で、遺言無効確認訴訟は「通常共同訴訟である」という表現を用いることとする。

19) 山本（和）・前掲注4)53頁、田中（壮）・前掲注4)113頁注18、菱田・前掲注5)872-873頁、川嶋・前掲注5)104-105頁、太田・前掲注5)432-433頁。

20) 山本（和）・前掲注4)52頁。

いをすることも複雑で原告の予測可能性を害する可能性もあろう」と述べ、遺産確認訴訟における本判決のロジックが遺言無効確認訴訟には必ずしも妥当しないと論証するのである<sup>21)</sup>。

これに対して、平成元年判決、平成16年判決のロジックからすれば、やはり遺言無効確認訴訟も固有必要的共同訴訟と解すべきだとする見解も一定数存在する<sup>22)</sup>。特に高橋宏志教授は、山本和彦教授の議論を踏まえた上で、「遺言の内容によって分けるのは複雑で原告の予測可能性を害するというが、しかし、遺産分割手続が後行しうるものという視点で眺めれば、極端に複雑だとか困難だとかいうこともない。遺言無効確認は原則として固有必要的共同訴訟だとしてよいのではなかろうか<sup>23)</sup>と論じている。

このように、遺言無効確認訴訟に関する限

り、固有必要的共同訴訟説と通常共同訴訟説とが対立している<sup>24)</sup>。その構図を改めて整理すれば、次の通りである。問題となる遺言の内容が遺産分割の前提問題である場合には、その有効性を固有必要的共同訴訟で確定するのが望ましい。他方で、遺言には、遺産分割の前提問題でない内容が含まれることもあり、その有効性を確認する場合まで固有必要的共同訴訟であるとするのは過剰規制である。かくして、遺言の内容に応じて結論を分けるという立場が構想される。意見が分かれるのはこの立場をどう評価するかという点においてであり、このような規律がもたらす便益(=後行する遺産分割手続の環境整備)と費用(=手続の複雑化、原告の予測可能性等)とを比較衡量した際、いずれを優先させるのかによって、この立場の採用に踏み切るか、遺言無効確認訴訟は一律に通常共同訴訟であ

21) 山本(和)・前掲注4)53頁。菱田・前掲注5)872-873頁も同旨。田中(壮)・前掲注4)113頁注18はこの議論を援用して、昭和56年判決と平成元年判決は事案が異なるとするが、その真意は明らかではない。太田・前掲注5)432-433頁は、①「遺言無効確認訴訟については、比較的早期にその適法性が承認され、訴訟共同に関する伝統的な考え方(通常共同訴訟を原則として、固有必要的共同訴訟とする場合を限定的に捉える考え方)を基本として、その法的性質については通常共同訴訟であるという見解が早くから通説的地位を占め、これに従った実務の取扱いがされてきたという経緯」と②「共同相続に関する遺言については、さまざまな遺言の内容が考えられ、その中には共同相続人の全員に必ずしも強い利害関係を有しないものもある可能性」とから、「理論的整合性についてはやや不明な点は残るとしても、遺言確認訴訟については通常共同訴訟として扱うという現在の実務は必ずしも不合理なものではないと考えられよう」という(やや苦しい)弁解を試みた上で、439頁注17で山本和彦教授の議論を援用する。

22) 堤・前掲注5)132頁は昭和56年判決も固有必要的共同訴訟とすべきであったと論じ、藤本・前掲注5)114頁も遺言無効確認訴訟につき紛争解決の実効性、遺産分割審判等との連携を踏まえて、固有必要的共同訴訟と解する余地をなお考えるべきと思われているとしている。また、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下)(第2版補訂版)』344頁注32(有斐閣、2014)も固有必要的共同訴訟説に立つ。

23) 高橋・前掲注22)344頁注32。

24) 精確を期せば、類似必要的共同訴訟の成立をいう議論も存在してきた。まず、昭和56年判決以前に、中村英郎「特別共同訴訟理論の再構成」中村宗雄古稀『民事訴訟の法理』187頁、198頁(敬文堂出版部、1965)が、「訴訟物の合一確定を訴訟終了後の時点よりふり返って考え、既判力の抵触回避というもっぱら訴訟法的な観点からこれを考察」するHellwig以降の学説・判例を批判し、「訴訟は実体法と訴訟法の総合の場である」とする見地から、「合一確定の概念を考える場合にも、実体法的な考察をぬきには妥当な結果はえられないであろう」とする。そして、「合一確定を実体法の側面をも併せて考えるならば、それは、訴訟物が共同訴訟人につき実体法上合一に裁判されなければならない場合ということになる」とし、例えば、「相続人、遺言執行者、共同受遺者を共同被告とする遺言無効確認請求訴訟」は類似必要的共同訴訟になると結論付けていた。が、これは中村教授の必要的共同訴訟理論の帰結として導かれている結論であり、本文で述べた議論状況とは異なる平面に立つものである。本稿の検討対象からは外す。また、高橋=米倉・前掲注16)200頁も、「判旨は固有必要的共同訴訟でない」と判示するのみで、類似必要的共同訴訟が否かについては触れていない」とし、「理論としては類似必要的共同訴訟を肯定すべきであろう」とする。とはいえこれは判例の読み方としてそうだと言っているに過ぎないとも取れること、類似必要的共同訴訟は判決効の拡張がある場合に成立するという通説的理解からは外れること、高橋教授自身、本文で述べた通り、後に固有必要的共同訴訟説を主張していることに照らし、こちらも本稿の検討対象からは外す。もっとも、本来は、通説の枠組を批判して、この場合にも類似必要的共同訴訟と解する余地があるのかどうかを検討する必要があるであろうことは確かである。また、山本克己「遺産確認の訴えに関する若干の問題——最(一小)判昭和61年3月13日を契機に——」判タ652号28頁注33(1988)が、訴訟告知を活用した興味深い解釈論を展開しているが、さしあたりは視野の外に置くこととする。

ると割り切るかの態度決定がなされているのである。

#### b 共通の前提

もっとも、以上のような対立は、次のような共通の前提の下にこそ成り立っていることに注意が必要である。つまり、遺産分割の前提問題を内容とする遺言の有効性を確認する訴訟が、固有必要的共同訴訟とされなければならない必然性はないと考えている点では、両陣営に理解の一致が見られるのである。このことは、翻って、同じく遺産分割の前提問題が争われる遺産確認訴訟や相続人の地位不存在確認訴訟が固有必要的共同訴訟とされることも必然ではないこと、言い換えれば、仮にこれらを通常共同訴訟であると解したとしても、(その当否はともかく、) 致命的な問題までは生じないと理解されていることを意味しよう。裏から言えば、これらの訴訟を固有必要的共同訴訟とすることで実現される便益は、実現されるに越したことがないことは疑いがなくとも、いかなる費用をかけても実現すべき絶対的な要請であるとまでは考えられていないのである。

このことを敷衍すれば次の通りである。先ほど来の整理によると、便益の第一は、遺産分割の前提問題たる実体法関係が区々に確定することで、遺産分割手続における処理が錯雑化することの防止である。学説は、遺産分割も最終的には財産帰属の争いに過ぎない以上、遺産分割の前提問題が区々に確定されていたとしても、遺産分割を実現すること自体は可能であると理解してきた<sup>25)</sup>。すなわち、例えばある人にとっては遺言が有効であり、ある人にとっては遺言が無効であるとの状況が生じて、それを前提に実体関係に沿った財産分配を行うことは不可能でなく(こうし

た処理を以下では「相対的処理」と呼称する)、ただ、複雑な処理が要求されるがゆえに望ましくないというに過ぎないと考えるのである。そうであるとすれば、この要請をもって、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすることが必然であるとまでは言えないことになる。

次に、便益の第二は、確認訴訟の既判力に拘束されない当事者が残存することに由来する審判手続の遅延・覆滅の防止であるが、これも結局は訴訟経済の問題に還元されると評価することが可能であり、他の事情を差し置いても絶対的に守るべき便益であるとはいえない。かくして、ここからも固有必要的共同訴訟とすることが必然であるとの理解は導かれるのである。

#### c 共通の前提に対する疑問

しかし、実際に遺産分割実務を担う実務家による議論の中には、こうした前提に疑いを抱かせるものが存在する。例えば、遺産分割に関する実務家サイド筆頭の論客である田中恒朗判事は、以下のような興味深い議論を展開する。

「訴訟裁判所の確定判決が存在しても、遺産の分割に関する処分は、……第三者との関係において、右判決によって確認された権利関係を再吟味する必要を生ずるのであるから、それが身分関係存否確認の人事訴訟の判決のように対世的効力を有するものでないかぎり、当然に家庭裁判所を拘束するものではない。しかし、対第三者との関係を生じない場合は、家庭裁判所は、当該判決が相続人全員に対して既判力を有するものであるかぎり、これに従うべきである」<sup>26)</sup>。

つまり、遺産分割の前提問題に関する訴訟の確定判決が存在したとしても、家庭裁判所

25) この認識を初めて明確化したのは、恐らく高橋=米倉・前掲注16)198頁である。昭和56年の事案につき、XらがYらに対して遺言無効確認訴訟で勝訴した後に、その訴訟で当事者とならなかったAらが遺言無効確認訴訟を起こし、Yらとの間で遺言が有効とされたとする、まず遺言を有効とした場合の分配を考え、そこでAら、Yらの取り分を彼らに取得させる、つぎに遺言を無効とし法律の相続分に従った分配を考えそこでXらYらの取り分を彼らに取得させる、後者の分配でのAらの取り分はYらに対抗できないのでそれはYらのものになるという。同評釈で、高橋教授は相続人たる地位についても相対的処理が可能であると論ずる(199頁)。山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)872頁等、取り扱う局面は異なるれど、後の有力な論者による論攷にも同様の認識が見られる。また、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)(第2版補訂版)』741頁以下(有斐閣、2013)も参照。

26) 田中恒朗「遺産分割手続の前提問題」中川善之助追悼『現代家族法大系5(相続2)遺産分割・遺言等』36頁、38頁(有斐閣、1979)。

がそれに従わなくてよい場合がある。それは第一に、第三者との関係が生じる場合であり、第二に、第三者との関係が生じず、かつ、訴訟裁判所の判決が相続人（正確には遺産分割の当事者）全員に既判力を生じない場合であるとされる。このことの帰結として、例えば共同相続人甲乙丙の間である建物の遺産帰属性が問題になった場合、以下のようなことが起こる。当該建物の単独所有を主張する甲が、乙のみに対して所有権確認訴訟を提起し、甲勝訴の判決が確定した場合でも、家庭裁判所は甲丙間の紛争の有無に拘らず、この建物の遺産帰属性の有無を審理判断しなければならず、その結果、これが甲の所有ではなく遺産に属するものであるとの判断に達した場合には、甲乙間の確定判決の存在を無視しなければならない<sup>27)</sup>。

そして、このような議論をしなければならないのは、「遺産分割の前提問題としての遺産の範囲の確定は相続人全員につき合一になされなければならない。そうでなければ遺産分割の処分を行うことは不可能である」からだとされるのである<sup>28)</sup>。

また、山崎まさよ判事も、相続人たる地位の存否に係る判決の既判力について、「遺産分割の審判においては、全ての当事者の間で相続人たる地位（相続権）の存否について画一的な認定をなしたうえ、これに基づいて、終局的審判をなす必要があるのであるから、右既判力が多数当事者のうちの一部についてしか及んでいないような場合には、家庭裁判所は、独自の立場で相続人たる地位（相続権）の存否について画一的な認定をせざるを得ず、右既判力による拘束を受けない」（傍点筆者）と主張する<sup>29)</sup>。

では、こうした議論は学説の理解といかなる関係に立つてであろうか。まず、ここで展開されている議論は、先ほど来の整理でいう第

一の便益の性質をどのように評価するかという問題に関わるということを指摘できる。すなわち、学説は、「遺産分割の前提問題が区々に確定された場合でも、相対的処理は可能である」という理解を前提に、遺産分割の前提問題たる実体法関係の画一的な確定という第一の便益の実現を（望ましくはあれ）必要不可欠なものではないと理解してきた。これに対して、田中・山崎両判事は、前提問題の画一的確定なくしては遺産分割審判を実現することは不可能である（その意味で、画一的確定の実現が不可欠である）と主張しているのである。こうした状況を踏まえれば、「遺産分割の前提問題が区々に確定された場合でも、相対的処理は可能である」という命題の真偽を改めて検証しておく必要があるだろう。

## 2 「相対的処理」の可否

### (1) 遺産の範囲の相対的処理

実は、昭和56年判決に対する小山昇教授の評釈が、同様の問題を既に提起していた<sup>30)</sup>。ここでは、その小山教授の問題提起を出発点としよう。小山教授は、以下のような設例を立てる。

ある不動産（300万円）を共同相続人の一人である甲に特定遺贈する遺言の無効確認訴訟を、同じく共同相続人である乙と丙が提起し、乙は勝訴したが丙は敗訴した。相続財産は、銀行預金2400万円及び本件不動産のみである。この場合、遺言が無効ならば、遺産分割の価額比は、甲：乙：丙＝900万円：900万円：900万円になり、不動産の帰属は民法906条により定まる。他方、遺言が有効ならば、遺産分割の価額比は、甲：乙：丙＝600万円：900万円：900万円となり、本件不動産は別に甲に帰属することになる。

27) 田中恒朗「遺産分割の前提問題と民事訴訟」同『遺産分割の理論と実務』31頁、33-34頁（判例タイムズ社、1993）〔初出1976〕。なお、相対的処理の可能性を初めに示した高橋＝米倉・前掲注16)203頁注11においても、複雑なケースでは事実上処理に窮することもおこりえようとし、既判力無視を許す田中恒朗判事の見解が引用されている。

28) 田中（恒）・前掲注27)33-34頁。また、田中恒朗「遺産分割の前提問題——訴訟と審判との交錯——」判タ321号30頁（1975）も参照。

29) 山崎まさよ「相続権存否確認の訴え」判タ688号218頁、219頁（1989）。

30) 小山・前掲注16)186頁。

小山教授は、この場合、遺産分割審判手続において、乙及び甲がそれぞれの勝訴判決を援用したら裁判所はどうすべきかと問うた上で、当該不動産を丙に帰属させることはできないが、乙に（民法 906 条により）帰属させることはできないわけではない、ということになるのであろうかと迷われる<sup>31)</sup>。結果として、「遺産分割審判の前提としては、遺言の有効無効が相続人間に画一的に確定され、もって、遺贈の対象たる財産が分割の対象になるか否かが画一的に定まっていることが、手続進行上、面倒がないことであろう」とする<sup>32)</sup>。

この指摘は何を意味するのであろうか。民法 906 条は、「遺産の分割は、遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してこれをする」と定めており、一般に、これは家庭裁判所が審判を行うに際しての裁判規範としても機能すると解されている<sup>33)</sup>。すると、遺言では甲に帰属させるべしとされているある具体的財産について、遺言が無効であることを前提に民法 906 条に従って判断すれば、乙又は丙に帰属させるのが望ましいという状況が生じうる。かかる状況のもとで、遺言の有効性に関する相矛盾する既判力を複数の当事者がそれぞれ援用した場合、家庭裁判所は具体的財産の帰趨に関する複数の矛盾する規範（遺言という規範と、民法 906 条という規範）の前でディレンマに陥ることになる。より具体的に検討すれば、次の通りである。

まず、遺言によっても民法 906 条によっても、問題の具体的財産を甲に帰属させるのが

妥当と考えられる場合には、今述べた意味でのディレンマが生じないので問題はない。

次に、民法 906 条が乙への帰属を指示する場合、甲乙間では遺言が無効であるから、甲の勝訴判決を無視して乙への帰属を許すことも考えられる。しかしその場合には、遺言が有効であることを前提にして甲丙間の相続分率を計算すると、却って甲が害されることになる（つまり、甲は不動産を得られず、かつ持戻しを前提とした 600 万円の相続分しか得られないことになる）。それが不当だとすれば、甲の相続分を丙との関係でも 900 万円とするか、そもそも乙への帰属を論理的に否定するかであるが、いずれにしても、結局全員の間で遺言が有効又は無効のいずれかに画一的に確定された場合と同様の処理を採用することを意味し、かつ、そのいずれをとるべきかの基準は明らかでない。

最後に、民法 906 条が丙への帰属を指示する場合はどうか。小山教授は、民法 906 条に基づき丙に帰属させることは許されないとしている。しかし、利害を同じくしている乙丙間では遺言の有効無効を前提としてもものを考える必要であろうから、丙も乙との関係では当該具体的財産の共有持分権を有するはずである（丙にとっても当該具体的財産は遺産であると評価されうる）<sup>34)</sup>。そうだとすれば、民法 906 条に基づき不動産を丙に帰属させるという選択肢もありうるように思われるが、これは甲丙間の前訴判決に正面から抵触するようにも思われる。また、仮に審判で丙に帰属させることが許されるとして、事後に甲が丙に対して所有権に基づく明渡請求等を行った場合、いかなる判断を下すべきであるのか

31) 小山・前掲注 16)186 頁。

32) 小山・前掲注 16)186 頁。

33) 例えば内田貴『民法Ⅳ（補訂版） 親族・相続』415-416 頁（東京大学出版会，2004）は民法 906 条を「相続人の中に年少者、心身に障害を持つ者、生活困窮者等がいるときは、それぞれの実情に応じたきめの細かい配慮をして、各相続人にふさわしい財産が配分されるように分割すべきことを明確にする趣旨」であるとし、協議分割との関係では一応の指針に過ぎないが、審判分割との関係では、これに反すれば違法となる裁判基準であるとする。審判との関係においてのみ意味を認める見解が一般的であるが（例えば、谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27) 相続(2)（補訂版）』320 頁〔潮見佳男〕（有斐閣，2013）協議分割においても意味を認める見解として、谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法(27) 相続(2)』356-357 頁〔伊藤昌司〕（有斐閣，1989）、伊藤昌司『相続法』333 頁（有斐閣，2002）、梶村太市「遺産分割の瑕疵」島津一郎古稀『講座・現代家族法(5) 遺産分割』195 頁，204 頁（日本評論社，1992）。

34) 事案は異なるが、高橋・前掲注 25)742 頁にも同様の発想が見られる。

も、直ちには明らかでない。

これと同様の問題は、遺産分割方法の指定を内容とする遺言の有効性が問題となった昭和56年判決の事案においても生じるであろう。更に、遺言を抜きにしても、ある財産が甲乙間では遺産でないことが確認されているが、甲丙間、乙丙間では遺産であると確認されている場合、裁判所が民法906条に基づいて、丙にこれを帰属させることができるかといった問題が生じうる。

## (2) 遺産分割の当事者の範囲の相対的処理

以上では、遺産分割の対象財産を巡って処理が相対化する局面を問題とした。次に、遺産分割の当事者の範囲が相対的に確定された場合にも本当に相対的処理ができるのかを確認しておこう。これは、平成16年判決のような事例のほか、相続人以外の者への割合的包括遺贈の効力が相対的に決められた場合、認知の遺言の効力が相対的に決められた場合、廃除又はその取消しの遺言の効力が相対的に決められた場合等にも生じる問題である。

例えば、法定相続分が2分の1ずつの相続人甲・乙がおり、遺言で、丙に持分3分の1の割合的包括遺贈がなされたとしよう。甲と乙が丙を被告として遺言無効確認訴訟を起こし、甲が勝訴、乙が敗訴したとすると、各人の相続分は甲が2分の1、乙が3分の1、丙が6分の1となると考えることができそうである<sup>35)</sup>。このような処理をした上で、[各人にとっての相続分]×[各人にとっての遺産総額]によって導かれる金銭価値に対応する財産を各人がとればよいということになり、完璧に相対的処理ができているようにも思われる。

とはいえ、家庭裁判所が具体的財産の帰趨を決する段階まで考慮に入れても、そのように割り切れるであろうか。例えば、遺産が無個性な種類物(典型的には金銭)だけで構成

されているケースでは、何らの支障もないであろう。しかし、遺産に個性のある特定物が含まれている場合には、問題があるのではないだろうか。

例えば、丙は被相続人の年老いた内縁の妻であり、甲・乙は被相続人の子供であるとする。被相続人は本件不動産上で丙と同居していた。被相続人亡き今、老身の丙にとっては本件不動産が唯一の生活基盤であり、転居には甚だしい苦痛が伴う。一方甲は、自らの事業拡大のために、本件不動産をぜひとも現物で取得したいと考えており、乙は本件不動産に全く無関心である。本件不動産の金銭価値は、遺産の総金銭価値の6分の1である。

家庭裁判所が本件不動産の帰趨を決するとき、いかに判断すべきか。甲・乙・丙三者が当事者であることを前提とすれば、民法906条はこれを丙に与えるよう指示するであろう。しかし、丙に勝訴した甲からすれば、遺産分割の当事者は甲・乙のみである。甲・乙の二者のみが当事者であることを前提に判断すれば、民法906条はこれを甲に与えるように指示するであろう。かくして家庭裁判所は、ここでも、矛盾する前提のもと、具体的財産の帰趨に関してディレンマに陥るのではないだろうか。

## (3) 対立軸としての民法906条観

このように見てみると、相対的処理が困難に直面する可能性があるのは、遺産に含まれる具体的な特定財産の帰趨を家庭裁判所が民法906条に従って決定するに際してであることが分かる。そして、民法906条という規定を巡るイメージの対立が、相対的処理の可能性を巡る見解の対立を裏から支えているということができそうである。具体的には次の通りである。

まず、「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で、具体的財産の帰趨を一義的に指示する規範として民法906条をイ

35) 本文の解釈は、次のような理解に基づいている。甲にとって遺言は完全に無効であるから、甲は法定相続分である2分の1を得る。乙丙間では遺言が有効なので3分の1、3分の1となりそうであるが、これでは三者の合計が1を超える。乙が敗訴によって被らねばならないのは、遺言に基づく相続分で満足を強いられる不利益にとどまり、それ以上の負担が課されるべきではないから、乙の3分の1は固定され、丙は残余である6分の1のみを享受する。丙は甲との関係で敗訴しているから、遺言が有効であった場合の半分しか享受できないことは合理的である。



メージし、その指示に反する遺産分割は違法になるという解釈を前提にすれば、(1)(2)で見たディレンマは法的に深刻な事態となる。

対して、この前提を否定した場合、ディレンマは事実上のものに過ぎないと考えることもできる。(1)であげた例では、具体的財産の帰趨に関しては遺言を尊重する判断をすれば当たり障りがなく（一部が無効とされている以上、遺言に基づくことは必然ではないとしても、疑義をなくすために遺言と矛盾しない判断をしておけば足りる<sup>36)</sup>）、(2)の例でも、裁判所は特に遺言の有効性を気にせず、甲又は乙のより相応しいと思われる方に不動産を帰属させてしまえばそれで構わない（甲は遺言が無効だからといって不動産を要求する権利を有しないし、丙も遺言が有効だからといって不動産を要求する権利を有しない以上、結果的にどちらに不動産が渡ったとしても違法はない）ことになる。例えば高橋教授は、先に述べた相対的処理の帰結として、個別財産の配分は遺言の通りにすならないことを認めている<sup>37)</sup>。この発想は、遺産分割において、具体的財産の帰趨にはあまり重きを置かず、金銭による補償等を駆使して、[各人にとっての相続分] × [各人にとっての遺産総額] で算出される抽象的な金銭的価値に対応する何らかの財産を、各人が最終的に獲得すればそれで十分であるとの思考（＝民法

906条に特段の意味を認めない思考）の表れかと思われる。そして、このように解する限りでは、相対的処理ができることはある意味自明であり<sup>38)</sup>、前提問題の画一的な確定も過度に重要視されるべき要請ではないことになろう。

もっとも、後者の立場から、相対的処理が不可能であるとは言わないまでも、相対的処理は「遺産分割の総合性ないし不可分性を示す民法906条からして望ましくないことは明らか」<sup>39)</sup>であるとか、相対的に遺産分割を進めれば「遺産分割は極めて歪んだ形とならざるを得ない」<sup>40)</sup>等と論じられるときには、前提問題の画一的な確定がされないことにより、遺産分割を円滑に進行させられないという事実上の問題にとどまらず、法的に見て何か望ましからざる事態が発生することが想定されていると見える。この「法的に見て何か望ましからざる事態」の意味を重く捉えるのであれば、仮に相対的処理が事実上は可能であるとしても、そうした処理は実体法の趣旨に反する違法な処理であり、法律上は許されないと論ずる可能性も出てこよう。

かくして、民法906条のイメージ（ひいては遺産分割の在り方そのもの）を巡る認識の対立が重要な意味を持つことになる。しかし、民法906条をどのようにイメージするかにつき、実体法学における業績も含め、我が

36) なお、有効な遺言が存在する場合、遺言の内容と抵触する遺産分割はできないとされている（例示的に、橋勝治「遺産分割事件と遺言書の取扱い」中川追悼・前掲注26)58頁、61頁）。

37) 高橋＝米倉・前掲注16)198頁。

38) 具体的な財産の分配を視野に入れず、専ら抽象的に考える場合、相対的処理ができることには異論がないであろう。遺産分割と同様、財産を多数当事者に分配する手続である民事執行法上の配当手続において、債権者の一人が他の債権者の債権額を争って配当異議の訴えを提起し、それが認容された場合の処理については見解の対立が見られるが、そのいずれもが相対的な処理を当然の前提として認めており、それに対する疑念が全く存在しないことが示唆的である（学説の対立につき、中野貞一郎『民事執行法（増補新訂6版）』545-546頁（青林書院、2010）。そうした対立にもかかわらず、「債権者間の配当異議訴訟では、その結果による配当表内容の更正……ないし新配当表の調製は、訴訟当事者たる債権者双方の配当額だけについて、当初の配当表の記載に変更を加えることによってなされ、当事者とならない他の債権者の受けるべき配当額は、当初の配当表のまま維持される（相対的処理の原則）」（547頁）という一般の説示がなされていることを参照）。民事執行法上の配当手続では、無個性な金銭を無個性な金銭債権者に機械的・割合的に配分すればそれでよく、抽象的な権利確定のレベルと、具体的な財産の配分のレベルとを分けて観念する必要性がないのである。これに対して遺産分割手続では、手続に参加する当事者に個性があり、手続で分配されるべき財産にも個性がある。家庭裁判所は、抽象的に各当事者の持分を確定するのみならず、具体的な財産を当事者に分配するという作業を強いられるのであり、抽象的な次元と具体的な次元とを独立に観念する可能性が生じるのである。この二次元の分節をどの程度重視するか、後者の次元が持つ意味に、どれほどの価値を置くか、という点に対立の本質があるように思われる。

39) 山本（和）・前掲注4)50頁。

40) 菱田・前掲注5)870頁。

国には十分な議論の蓄積があるとは言いがたいように思われる。

### 3 日本法の総括と比較法への視座

#### (1) 日本法の総括

##### a これまでの要約

IIの最後に、これまでの議論を要約しつつ、理論的観点からの整理を施しておくこととする。

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解することのメリットとして、学説は、①遺産分割の前提となる実体法関係を画一的に確定することにより、遺産分割手続の錯雑化を防止すること、②遺産分割審判の当事者を既判力で拘束することにより、審判の遅延・蒸し返しを防ぐことを主として挙げてきた。

もともと、①②はいずれも必須の要請であるとは考えられておらず、だからこそ、遺産分割の前提問題を内容とする遺言の無効確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすることも必然とは言えないと解されてきた。しかし、民法906条の理解次第では、遺産分割の前提問題を画一的に確定するという要請が、手続の錯雑化防止という観点から望ましいというに止まらず、実体関係に則した適法な遺産分割審判の実現のために必須であるとされる可能性があることが示された。

##### b 本稿の分析枠組

とはいえ、仮に前提問題の画一的な確定が民法906条の観点から必須であるとしても、そこから直ちに、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟と解することが必須であるとの結論が導かれるわけではないことに注意をする必要がある。固有必要的共同訴訟とは、一定の範囲の者全員が当事者にならなければ訴えが不適法になるという意

味での訴訟共同の規律と、民事訴訟法40条の適用により手続の進行を合一たらしめ、結果、当事者全員に対する画一的な判決を実現するという意味での合一確定の規律とを併せ持つ訴訟類型である。この観点から、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が固有必要的共同訴訟と解されるべき理由として学説が挙げる二つの論拠を再検討すれば、①は合一確定の規律に、②は訴訟共同の規律にそれぞれ対応するものであると評価できる<sup>41)</sup>。このように整理すると、民法906条につき特定のイメージを採用することから導かれうるのは、固有必要的共同訴訟という規律を採用する必然性ではなく、遺産分割の前提問題を画一的に確定するための何らかの規律を採用する必然性である。前提問題の画一的な確定は、判決効の拡張や、矛盾する判決が現存する場合の付加的なルールの採用という方法によっても（少なくとも観念的には）実現する余地があることに照らせば、固有必要的共同訴訟という規律の採用はありうる選択肢のうちの一つであるに過ぎないと言える。

このような視角を準備すると、例えば解釈論上の争いがある遺言無効確認訴訟の規律を考えるに際しても、それを固有必要的共同訴訟とすべきか否かという問題設定には過不足があるということが分かる。すなわち、遺言の有効性を画一的に確定するための他の手段を想定しない点で不足があり、画一的確定が要請されれば訴訟共同も必然的に付随すると考えている点で過剰である。また、訴訟共同のみを要求するという選択肢が排除されてしまっている点にも不足があろう<sup>42)</sup>。このように考えると、固有必要的共同訴訟か否かという二者択一の分析枠組ではなく、訴訟共同と合一確定が元来別の狙いを持つ規律であることを踏まえ両者を自覚的に分離する有力な分析枠組<sup>43)</sup>を用いて問題を分析すること

41) 山本(和)・前掲注4)50頁の「動的な合一確定」、「静的な合一確定」という整理は、本稿の「合一確定(画的確定)」、「訴訟共同」という整理に対応する。

42) 「遺産帰属性に関する判決の結果はともかく、それが一部当事者の間でのみ確定したに過ぎないときは、訴訟に関与しなかった他の相続人が遺産分割審判において、またはその終了後に審判の結果を争って再度提訴できるとすると、結局審判の遅延ないし覆滅の可能性が残るので、これを阻止すべき」(傍点筆者)(山本(和)・前掲注4)50頁)という思考を徹底すれば、訴訟共同のみを要求すれば必要十分ということになる(藤本・前掲注5)115頁、川嶋・前掲注5)102頁も判例の理解としてこの点に着目する)。

が、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の在り方を問いなおすという本稿の関心からすれば、より有効かつ適切であると言えよう。

なお、便宜上、ここで以下の用語法について断わっておくこととする。以下で「合一確定」という言葉は、判決の内容を画一的にすることを意味するために用いる。すなわち、「合一確定」の一語をもって、民訴40条の適用までも含意することは基本的にないということである。

## (2) 比較法の方針

こうした見通しを持って、以下では比較法的分析を行うが、ここでその方針を述べておこう。まず、(1)で述べた視角から、各国において、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が固有必要的共同訴訟とされているか否かという視点に止まらず、訴訟共同・合一確定という規律がそれぞれ採用されているか否かという視点を用意することが有益となる。次に、Iで述べたとおり、諸外国では、この問題が我が国におけるのと異なりそれほど熱心に論じられていない。そこで、それは何故なのかという視点を用意することが必要になる。この視点は、必然的に、各国の遺産分割制度そのものに対する考察を要求することになる。

## Ⅲ. ドイツ法<sup>44)</sup>

### 1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟？

本章から比較法的な分析に入り、まずはドイツ法<sup>45)</sup>を検討の対象とする。体系的な位置付けの問題を置き、事実として述べれば、ドイツにも我が国と同様、遺産分割の前提問題に関する不確かさを除去するための確認訴訟<sup>46)</sup>が存在する。ここでは、それらの訴訟が我が国と同様に固有必要的共同訴訟と解されているか否か、あるいは、解すべきであるとする議論が存在するか否か、という点に絞った分析を行う。確認訴訟の類型は多様に想定されるが、我が国での議論との対比をより容易にするために、遺言無効確認訴訟、相続人の地位確認訴訟、遺産の範囲の確認訴訟の三つを取り上げることとする。

#### (1) 遺言無効確認訴訟

ドイツでも、紛争の抜本的解決をもたらしようとの理由で、遺言無効確認訴訟は適法であるとされている<sup>47)</sup>。では、この訴訟は固有必要的共同訴訟であると解されているのであろうか。

43) 「合一確定」と「訴訟共同」とを識別して考察することの一般的な有益性については、高田裕成「多数当事者紛争の『画一的解決』と『一回的解決』」民訴35号186頁(1989)、同「いわゆる『訴訟共同の必要』についての覚え書」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新(中)』175頁、特に182頁以下(有斐閣,1991)。

44) この章で頻繁に引用する文献を、略記の方法とともに予め掲げておく。

*Rosenberg/Schwab/Gottwald: Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010.*

*Schilken: Eberhard Schilken, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2010.*

*Stein/Jonas/Bearbeiter: Stein/Jonas/, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2002 ff. (bearb. Berger/Bork/Brehm/Grunsky/Leipold/Münzberg/Oberhammer/Roth/Schlosser/Wagner).*

*MünchKomm-ZPO/Bearbeiter: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2007/09.*

*Brox/Walker: Brox/Walker, Erbrecht, 25. Aufl., 2012.*

*MünchKomm-BGB/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2006 ff.*

*MünchKomm-FamFG/Bearbeiter: Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17. Aufl., 2011.*

45) なお、ドイツの相続法については邦語文献からも比較的詳細な知識を得ることができる。例えば、太田武男=佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』(三省堂,1989)、ドイツ相続法研究会「遺言(1)——西ドイツ相続法注解2——(21)——ドイツ相続法注解2——」民商103巻2号310頁(1990)~128巻6号867頁(2003)を参照。

46) ドイツでは、ZPO256条1項が「原告が、権利関係又は証書の真否を裁判所の裁判により即時に確定することの法的利益を有しているときは、権利関係の存在又は不存在の確認を求め、証書の承認を求め、又は証書の不真正の確認を求める訴えを提起することができる」として、確認訴訟の適法性を明文で認めている。

47) *Albrecht Zeuner, Überlegungen zum Begriff des Rechtsverhältnisses i.S.von§256 ZPO, Festschrift für Ekkehard Schumann: zum 70. Geburtstag, 2001, S. 595, 601 f.* 今日では基本的に異論はないと思われる。Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald, §49 III Rn. 30; Stein/Jonas/Roth, Band 4, §256 Rn. 28.*

この点について示した最上級審の判例として、BGH1957年1月9日判決<sup>48)</sup>が存在する。原告は、遺言で指定された複数の共同相続人<sup>49)</sup>を被告として、この相続人指定を始めとする一連の終意処分<sup>50)</sup>が無効であることの確認を求めた。BGHは結論として、被告側に必要的共同訴訟が成立することはないと判示した。以下、判旨の関連部分を示す。

「ZPO62条によれば、必要的共同訴訟となるのは、係争法関係が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定されうる場合、又はその他の理由から共同訴訟が必要的になる場合である。第一の類型の事例としては、主として、以下のような訴えが考えられる。つまり、単一の法関係に関して一つの法形成がもたらされるべき訴え、例えば、合名会社の解散の訴えや、共同出資者の除名に関する訴え、夫と検察官により共同提起された子供の嫡出性否認の訴え、又は婚姻無効の訴え等である。二つ目の理由からは、共同権利者の一人による訴えや、共同債務者の一人に対する訴えが、実体適格の欠缺ゆえに却下されなければならない場合に、必要的共同訴訟が生じる。本件は、いずれのケースにもあたらない。

原告は、終意処分が無効であることの確認を求めている。それによって原告が実質的に求めているのは、共同相続人としての資格の確認である。確かに、ある被告との関係では原告が相続権を有していることが確認され、他方ではその逆が別の被告との間で有効に確認されるということは非論理的である。しかしそれでも被告側に必要的共同訴訟が生じることはない。実際、各々の確認が論理的一貫性を欠くとしても、そういう事態は観念できるし、ありうることである。そう解することで困難も生じうるが、しかしそれは解決不可能というわけではない。原告は、被告との関係では共同相続人として、そして他の者との関係では相続財産から排除されたものとして取り扱われうるのである。遺言無効確認の訴えを提起された被告らは、したがって、必要的共同訴訟人たる地位を形成しない。

このように、1957年判決は、相続人の指定を内容とする遺言の無効確認訴訟につき、必要的共同訴訟は成立しないとした。判旨の論理を確認すると、まず判旨は、ZPO62条1項<sup>51)</sup>の文言に基づき、必要的共同訴訟が成立する場合を、①係争法関係が共同訴訟人の

48) BGHZ 23, 73, 75 = NJW 1957, 537.

49) ドイツにおいて遺言が担う役割は、日本におけるそれとやや異なる。ドイツの遺言で定めることができる事項としては、以下のものを挙げるができる。その中でも、最も重要な役割を担うとされているのが、ここで問題となっている相続人の指定であるとされる (Brox/Walker, §8 Rn. 87)。

- 1, 法定の相続から逸脱することの定め: 相続人指定 (BGB1937条), 相続人の廃除 (BGB1938条), 先位相続人, 後位相続人の指名 (BGB2100条以下) 代用相続人の指名 (BGB2096条以下)。
- 2, 個々の贈与: 遺贈 (BGB1939条, 2147条以下), 負担 (BGB1940条, 2192条以下), 30日権の法定ルールからの逸脱 (BGB1969条1項2号)。
- 3, 複数の相続人がいる場合の遺産分割についての定め: 遺産分割の禁止 (BGB2044条), 分割指定 (BGB2048条以下), 調整義務 (BGB2050条)。
- 4, 遺留分についての定め: 遺留分の制限 (BGB2336条, 2338条)。
- 5, 完全な又は部分的な死因処分の取消しについての定め: 遺言による遺言の撤回 (BGB2254条, 2258条), 共同遺言による相互指名的処分の新たな共同遺言による撤回, 相続契約の新たな相続契約による取消し, 遺言による(契約相手の死亡後の)相続契約の解除権の実行 (BGB2297条以下)。
- 6, 第三者の地位に関する定め: 遺言執行者の指名 (BGB2197条以下), 第三者の適切な裁量に従い共同相続人の遺産分割が行われるべきことの定め (BGB2048条 S2), 遺贈の選択 (BGB2151条), 遺贈の対象 (BGB2154条)を決定する第三者の指名, 仲裁廷の指定 (ZPO1066条)。
- 7, 家族法上の内容についての定め 詳細略。
- 8, 生存中の法律行為についての定め 詳細略。

50) 終意処分 (letztwillige Verfügung) は遺言の別称である。

51) 問題の条文とその拙訳を掲載しておく。

§62 (Notwendige Streitgenossenschaft)

(1) Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten

全員について合一にのみ確定されうる場合（ZPO62条1項前段）と、②その他の理由により共同訴訟が必要的になる場合（ZPO62条1項後段）であるとする。現在の学説は、①を訴訟法的理由に基づく必要的共同訴訟、②を実体法的理由に基づく必要的共同訴訟と整理している<sup>52)</sup>。①については、そのような合一の判決が必要となるのは、順次訴訟が行われた場合に、既判力の拡張が生じる場合であると説明される<sup>53)</sup>。つまり、これは我が国の議論でいう類似必要的共同訴訟に対応する。他方、②は実体法上の理由から多数人が訴え又は訴えられなければならない場合であり、この場合には、個々の訴訟が他の訴訟にとって不利な形で処分されることが妨げられるとされる<sup>54)</sup>。つまり、これは我が国の議論でいう固有必要的共同訴訟に対応する。要するに、結論として本判決は、相続人の指定を内容とする遺言の無効確認訴訟が（我が国流に言う）固有必要的共同訴訟にも、類似必要的共同訴訟にもあたらないことを、言い換えれば、遺言無効確認訴訟には合一確定の必要も訴訟共同の必要も認められないことを示した判例であると評価することができる。

なお、念のため付言すれば、本件で問題となった遺言は相続人の指定を内容として含むものであるから、当該遺言が遺産分割の前提問題にはならないと位置付けることはできないであろう。

## (2) 共同相続人の地位確認訴訟

共同相続人の地位の確認訴訟について、大審院1919年3月3日判決<sup>55)</sup>は、原告が自己の相続分の確認及び遺産目録の公表等を求めて、四人の共同相続人のうち二人を相手と

して出訴した事案に関し、「共同相続人の相続財産請求について、相続人全員に対して合一確定をしなければならない必要性はない。個々の相続人に対する判断が異なる結果になれば、原告の相続分が個々の共同相続人との関係において別々に算定されざるをえず、確かな困難を帰結することになる。しかしこの困難は全く解決不可能ではなく、共同相続人間の必要的共同訴訟を承認する権限を与えない」とし、本案判決をすべきとの判断を示している。

一見して分かるように、先に掲げた遺言無効確認に係るBGH判決もこの判決を下敷きにしている（明示的に引用している）。したがって、現在でもこの大審院の判断は生きていてと解してよい。もっとも、大審院で争われたのは、厳密には固有必要的共同訴訟性の有無に過ぎなかった。しかし、先のBGH判決によって、共同相続人の地位確認訴訟の類似必要的共同訴訟性も否定されたと解してよいであろう。

## (3) 遺産の範囲の確認訴訟

遺産分割の前提問題として遺産の範囲が争われることもある。もっとも、我が国における遺産確認訴訟とは異なり、遺産たる不動産から生まれた収益が遺産に含まれるか、又は物上代位の対象物が遺産に含まれるかといった形で争われるのが典型例なようである<sup>56)</sup>。が、この訴訟が固有必要的共同訴訟か否かという議論は基本的に存在せず、当然に、訴訟共同の必要も合一確定の必要もないものと解されているようである<sup>57)</sup>。

## (4) 学説

これらの判例について、学説は基本的に異

angesehen.

・62条（必要的共同訴訟）

(1) 係争法関係が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定されうる場合、又はその他の理由から共同訴訟が必要的になる場合に、共同訴訟人の一部のみによって期日又は期限が懈怠されたときは、懈怠した共同訴訟人は、懈怠しなかった共同訴訟人によって代理されたものとみなされる。

52) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 I Rn. 3; *Schilken*, Rn. 672.

53) BGHZ 30,195=NJW 1959, 1683; Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 II Rn. 4; *Schilken*, Rn. 673.

54) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 III Rn. 18.

55) RGZ 3.3.1919 (RGZ 95, 97).

56) 以上につき、*Walter Krug*, Die Erbteilungsklage, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 2008, S. 62, 68.

57) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

論を唱えていない<sup>58)</sup>。唯一、遺言無効確認訴訟については反対説と見るべき見解が存在する<sup>59)</sup>が、結論のみ述べれば、この学説も我が国における議論とは全く違う観点から遺言無効確認訴訟を類似必要的共同訴訟化すべきと論じているだけであり、本稿の関心との関係では有意味とは言いがたい<sup>60)</sup>。

### (5) 評価

以上からすると、ドイツにも遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は存在しているが、それを固有必要的共同訴訟であるとする議論は、全く存在しないと見える。また、結論としてそうであるのみならず、合一確定・訴訟共同の必要が真剣に論じられることさえない

ということも明らかである。かくして、問題は、我が国で意識される問題がドイツで意識されないのはなぜなのかという点に先送りされたことになる。

## 2 ドイツの遺産分割制度

1の末尾で立てた問題に答えるためには、ドイツの遺産分割の在り方について考察する必要があるだろう。そこで、2ではドイツの遺産分割制度を本稿の議論との関係から概観することとしよう。

58) 遺言無効確認訴訟につき、*Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, S. 93; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §49 III Rn. 30. 後者では特に理由が述べられていないが、Henckelは若干の実質論を述べている。曰く、「ここでは、遺産が原告の権利によって負担をかけられているかどうかが重要なのではなく、単に、それぞれの共同相続人の相続分が、原告が相続人共同体に属していることに対応して減ずるかどうか、また、原告の協力権によって他の共同相続人の管理権限が縮減するかどうかという問題が重要なのである。したがって、紛争はそれぞれの共同相続人が単独で守ることができる権利と利益とを巡って展開するのである。共同相続人のうちの一人を相手取って確認をすれば、その一人の遺産に対する権利が原告との関係で縮減するのであり、したがって、それだけで原告に利益がもたらされることになるのである」。つまり、ここでは、各々の相続人間に生じる個別の権利義務関係に物事が完璧に還元して捉えられていると評価できる。

59) *Eberhard Wieser, Notwendige Streitgenossenschaft*, NJW2000, S. 1163.

60) かくしてWieserの議論は脚注で紹介しておくに留める。論者は、原告が遺言によって指定された二人の相続人に対し遺言無効確認の訴えを提起するという1957年判決と同様の事例を取り上げ、以下のように論じる。

「原告がBとCとに対して遺言の無効確認訴訟を提起したとする。実体法によれば、確かに、遺言の個別の条項は、その有効性を別々に判断される。よって、Bの指定は無効、Cの指定は有効、ということはある。しかし、遺言全体、つまりBとCの相続人指定が同時に無効でありかつ有効であるということはない。つまり、相対的に、遺言全体が、Bとの関係では無効であり、Cとの関係では有効であるということはないのである。そのような内容の確認をする判決は、明らかに、現行法に抵触するであろう」(*Wieser, a.a.O. (Anm.59), S. 1163*)。

その上で、論者はこの事例におけるZPO62条1項前段該当性を承認する(つまり、我が国でいう類似必要的共同訴訟性を肯定する)。その際のロジックは以下のようなものである。

その訴訟が並行してではなく順次行われたならば、前訴の既判力が後訴に及ぶときのみZPO62条1項前段該当性が認められるという判例のロジックは、以下の点を見過している。つまり、訴訟が順次行われる場合には、関係者は前訴に当事者として参加していないために手続保障がないが、並行して行われる場合には、そのような問題が生じないという違いがある。そうだとすれば、順次行われた場合の矛盾判決が甘受されなければいけない場合(=判決効の拡張がない場合)には、並行して行われたときにも矛盾判決が甘受されてしかるべきだ(=訴訟共同は要求できない)との論理は説得的でなく、仮に順次行った場合には矛盾判決が出る可能性があるとしても、あくまで並行して行う以上は、矛盾判決を避けるべきだと理解もありうる(1163)。

もっとも論者も、ZPO62条1項後段該当性(つまり我が国で言う固有必要的共同訴訟性)を認めるわけではないので、第一にBが訴えられて棄却判決が確定した後に、原告が再びCを訴えて認容判決を勝ち取る(つまり、遺言の有効性に関する判断が画一的でなくなる)場合があることを否定しない。論者がZPO62条1項後段該当性の承認に消極的なのは、Cが遺言の有効性を争っていない限り、Cに対する遺言無効確認の訴えは確認の利益(ZPO256条)を欠くと考えるためである。それでも、BとCとに対して現に共同訴訟が提起された場合には、民事訴訟は可能な限り内容上正当な判決をもたらすべきであるという観点から、必要的共同訴訟性を肯定すべきだといっているのである。

このように、Wieserの議論は遺産分割との関係を念頭において遺言無効確認訴訟の訴訟共同・合一確定をいうものではなく、実体法との関係を視野にいれた必要的共同訴訟論一般の立て直しの試みの一事例として、遺言無効確認訴訟の合一確定をいうものである。なお、これは我が国における中村英郎教授の議論と親近性を有しているといえる(前掲注24)参照)。

(1) 遺産分割の実体的規律

a 分割の主体と客体

相続共同体は、元来永続を予定されておらず、最終的には解消されることが予定された「解消的共同」であるとされる<sup>61)</sup>。したがって、原則として共同相続人はいつでも遺産分割を求めることができる (BGB2042 条 1 項)<sup>62)</sup>。敷衍すると、遺産分割に必要な一切の措置につき、全ての共同相続人の協力を求めることを内容とする請求権 (遺産分割請求権 = Auseinandersetzungsanspruch) が観念されている<sup>63)</sup>。そして、共同相続人、遺産分割のために指定された遺言執行者 (BGB2204 条)、知っている相続人の不在管理人、持分の譲受人 (BGB2033 条) は、原則としてこれを随時行使できるとされているのである<sup>64)</sup>。なお、これに対して、遺産債権者、後位相続人、遺産保護人 (BGB1960 条, 1961 条)、持分を譲渡した共同相続人は、分割を請求することができない。

遺産分割の対象となるのは「遺産」(Nachlass)<sup>65)</sup> であるが、ここでいう「遺産」とは、「積極財産と消極財産とを含む、被相続人の財産の個々の物品ないし構成要素の総体」を意味するとされる<sup>66)</sup>。

b 分割の実体的基準

(a) 共同相続人間の合意

次に、遺産分割に際して依拠すべき実体的基準について概観する。遺産分割は、原則として私的自治に基づいてなされる。したがって、分割の基準として最優先されるのは、共同相続人間の合意である。被相続人による分割方法の指定も、共同相続人間の合意によって排除することが可能である。

(b) 被相続人による指定

共同相続人間で合意が成立しない場合に

は、被相続人による分割方法の指定が重要な意味をもつ。被相続人による分割方法の指定は、共同相続人間の合意と同じ債務法上の効果を持つものとされている<sup>67)</sup>。また、被相続人の指定によって、実体法的にのみならず、手続法的にも、法定の分割方法を回避することができる<sup>68)</sup>。例えば、遺産の換価に際して、特定の競売方法を指定すること等が可能である<sup>68)</sup>。

(c) 法律上の規定

共同相続人の合意、被相続人による分割方法の指定のいずれもが存在しない場合には、遺産分割に関する法律上の規定 (BGB2042 条 2 項, 2046 条以下, 752 条以下) が実体的な基準となる。

それによると、原則としてまずは優先的に遺産債務が弁済され (BGB2046 条 1 項)、その後、残余を相続分の割合に応じて相続人に分配する (BGB2047 条 1 項)。残余財産の分配は、原則として現物分割によって行う (BGB752 条)。もっとも、この原則が適用されるのは、以下の 3 要件を満たす場合のみである。①共有財産が均質に分割されうるものであること、②共同相続人の相続分に対応する均質な分割が可能であること、③そのような分割によって、価値の減少が生じないこと、の 3 要件である。逆に、現物分割にかかる費用、実用性、あるいは、公共的・個人的・家族的利益の毀損といった諸要素は、現物分割の可否を決するにあたって考慮されない<sup>69)</sup>。

これらの条件を満たす財産は少なく、実務上争いなく現物分割の対象として認められているのは、金銭や有価証券、可分債権、同種の種類物等のみである<sup>70)</sup>。他方、争いのもととなりやすい不動産は、原則として現物分

61) BGH ZErB 2002, 352 = FamRZ 2002, 1621.

62) ただし、BGB2043 条以下に例外が定められている。

63) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 4.

64) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 6.

65) もっとも、以下の叙述では、文脈上明らかな場合には特に断りなく、Nachlass に含まれる個々の物品のことも遺産と呼ぶこととする。

66) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 5.

67) BGH, NJW 2002, 2712.

68) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 22.

69) Uwe Krenz, Die Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft, AcP195(1995), S.361, 363.

割の対象とはなり得ない<sup>71)</sup>。現物分割をなしえない場合には、遺産を競売し、その売得金を分配することになる（売却による分割：BGB753条）。動産及び債権は担保競売の方法（BGB1233条以下、1277条、1279条以下）に従い、土地は強制競売の方法（ZVG180条以下）に従い、売却される。この際、被相続人が遺産の単独所有者であった場合には、各共同相続人が、競売の申立権を有する（BGB753条2項）<sup>72)</sup>。売却によって得られた金銭は、BGB2041条にいう代位物として、新たに遺産に組み込まれる（つまり、売却によって直ちに分割が済むとは観念されない。現物分割可能な遺産への転換が生じたに過ぎず、そこから改めて各人の持分に応じた分割を実施する必要がある）。

しかし、かかる競売権を無制約に行使させていたのでは、理不尽な合意を強要するために競売権が濫用されるという不当な事態を招きかねない<sup>73)</sup>。そこでBGH<sup>74)</sup>は、典型的には換価されようとしている財産が、ある共同相続人の生活基盤をなしている土地である場合等、換価分割を行うことが、通常の事例と比較してある共同相続人に著しく過酷な結果を招来するという場合には、換価を求めている共同相続人も、例外的に、（等質ではないが）等価値での現物分割や、共有持分権の譲渡で満足しなければならないとされている。また、事例判決とも思われるが、共有者間の内部関係に基づき、共有財産を共有者の

うちの一人の単独所有に帰せしめる「義務」が生じうることを示す判決も存在する<sup>75)</sup>。

もつとも、常に競売がうまくいくとは限らないから（その場合にはBGB753条2項に基づいて、競売は何度も繰り返されうる）、換価できない対象物は、相続人間で任意売却等の合意が成立しない限り、未分割の遺産としていつまでも残されることになる<sup>76)</sup>。

さて、こうした法律上の規定に基づく遺産分割最大の問題点は、以上のようなルールからの逸脱がほとんど許されていないという点にあるとされる<sup>77)</sup>。つまり、結局のところ、運よく競売等が円滑に進行するか、共同相続人間で任意売却等の合意が形成されない限り、いつまでも分割は実現されないのである<sup>78)</sup>。それゆえ、裁判所による個々の共同相続人に対する物の形成的な割当を可能にしようとする議論もしばしばなされるが、現行法はそのような形成的な決定を採用する枠組を有していない<sup>79)</sup>。

## (2) 遺産分割の方法

次に、以上の基準に基づく遺産分割を実現する手続について検討する。法は、遺産分割の方法について、いくつかの選択肢を用意している。それらのうち特に重要な四つの方法（遺言執行者による分割、遺産分割契約による分割、調停手続による分割、遺産分割の訴えによる分割）について、検討を行うこととする。

70) *Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 24.

71) 建物が建っていない土地であっても、複数の小区画へと分割すれば、価格減少は避けられないから、現物分割は許されないであろう（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, OLG Hamm NJW-RR1992, 656）。また、建物についても、区分所有権を設定して現物分割することはできないと考えられている（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), 363, BGH DB 1952, 968）。

72) *MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt*, §753, Rn. 4 ff, *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 11.

73) ドイツにおいては、*Diitz*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl., §2042, Rn. 3 のように、こうした「合意圧力」を肯定的に捉える見解も存在するが、*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), S. 366 は、一人の共同相続人のエゴイズムによって、先祖伝来の家財を維持しようとしたり、理想的な相続人に中小規模の営業を帰属させようとしたりする他の共同相続人の努力が無効化されてしまうことを指摘している。

74) BGHZ 58, 146, 147=NJW1972, 818, 819.

75) BGHZ 68, 299=NJW1977, 1234. この判例には学説の側からの批判がある（*Krenz*, a.a.O. (Anm. 69), S.368s）。

76) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 25.

77) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26.

78) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26 はこれをうけて、結局のところ分割に関する問題は共同相続人の理性的な行動によってしか解決できないのであると悲観的に評する。

79) *MünchKomm-BGB/Karsten Schmidt*, §753, Rn. 2, *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 26.



### a 遺言執行者による分割

相続人全員のために遺言執行者が選任されている場合には<sup>80)</sup>、共同相続人の合意によって遺産分割をする余地はなく、反対の定めがない限り、遺言執行者が遺産分割を実行する(BGB2204条, 2208条)。遺言執行者は、分割計画<sup>81)</sup>を作成するに際して、共同相続人の合意や指示に拘束されないばかりか、共同相続人から同意を得る必要もない。ただし、その実行に先んじて遺言執行者は共同相続人に意見を聴くこととされる(BGB2204条2項)。特別に裁量を付与されていない限り(BGB2048条)、遺言執行者は被相続人の指示を尊重しなければならない。

なお、共同相続人の一人が、遺言執行者の作成した分割計画の無効確認訴訟を遺言執行者及び他の共同相続人を被告として提起した場合、これは必要的共同訴訟とならないとされている<sup>82)</sup>。

### b 遺産分割契約による分割

共同相続人ら<sup>83)</sup>は、私的自治の原理に基づき、遺産分割契約を締結して遺産を分割することができる。契約締結に際する要式的な縛りはない。この契約は、物権的な意味における分割の基礎をなす、債権的な効果を生ずる<sup>84)</sup>。例えば、(通常は応分の補償と引換えに)全相続分を一人の共同相続人に移転させる内容の合意も有効である。

### c 調停手続による分割

遺産分割契約を締結するための方法として、遺産裁判所が主宰する<sup>85)</sup>調停手続を挙

げることができる(FamFG363条1項)。この手続は、あくまで合意を獲得することを目的とする調整型の手続であるから、合意を強制することができないのはもちろんのこと、我が国における調停に代わる決定・審判(民事調停法17条, 家事事件手続法284条1項)のような制度も存在しない。また、この手続の外にも、多数当事者が訴訟共同の規律に服して行われる裁断型の遺産分割手続は、ドイツには存在しない<sup>86)</sup>。

当該手続を使わずに合意の形成を試みる場合と比較して、この調停手続を利用する意義は主として以下の2点にある。第一に、手続参加者が期日に継続的に出頭しなかった場合、当該手続参加者は、最終的に同意をしたものとみなされる(FamFG366条3項, 368条2項)<sup>87)</sup>。これにより、遺産分割に関心のない不熱心な共同相続人の存在が遺産分割の障害になるというリスクを回避できる。また、第二に、遺産裁判所の確証決定を経て、形成された合意が債務名義としての効力を有することになる。

更に、次に述べる遺産分割の訴え(訴訟手続)を利用する場合と比較すると、以下のようなメリットがあるとされる<sup>88)</sup>。まず、この手続では民事訴訟とは異なって職権探知主義が採られているから、申立人は遺産の範囲を自ら突き止め、算定し、申立書において具申する必要がないとされる。次に、遺産裁判所が案を提示してくれるため、申立人自らが分割計画を立てる必要がない。また、弁護士

80) 一部の相続人のためにだけ遺言執行者が選任されている場合には、遺言執行者は遺産分割を実行する権限を持たず、他の共同相続人と同様、遺産分割請求権を行使しうることとされるとされる(MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 29; MünchKomm-FamFG/Zimmermann, §363, Rn. 10)。

81) Walter Krug, Die Erbteilungsklage, Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis 2008, S. 62, 63によれば、分割計画とは、分割を物権的に基礎づける物権契約の総体である。

82) OLG Karlsruhe NJW-RR 1994, 905; MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 29.

83) 当事者となるべきは、第一には共同相続人及び持分の譲受人である。もっとも、相続分に抵当権が設定されている場合には、抵当権者に当該契約を対抗するには抵当権者の同意が必要である等の実体的な規律が存在する(Vgl. MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 32)。

84) MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 33.

85) もっとも、州によっては公証人が主宰することもあるとされる(MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 53)。

86) もっとも、後述の通り、個別に行う裁断型手続の一種として遺産分割の訴えが認められている。裁判所が形式的に遺産を分配することを可能ならしめるべきだとの議論に対しては、否定的な評価が一般的なようである(Vgl. MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 26)。

87) また、召喚の規定も存在する(FamFG365条, 367条)。

88) MünchKomm-FamFG/Zimmermann, §363, Rn. 13.

強制も存在しない<sup>89)</sup>。

手続は、理念的には2段階に分節される<sup>90)</sup>。すなわち、遺産分割の準備的事項（例えば、売却の方法等）に関する合意を形成する手続（FamFG366条）と、最終的な分割合意を形成する手続（FamFG368条1項）である。FamFG366条の合意と368条の分割とは、遺産裁判所による確証決定を経て、その確定によって効力を生じ、全ての参加者に対して、契約による合意や遺産分割がなされたのと同様の拘束力を生ぜしめるに至る（FamFG371条）。また、形式的確定力も生じる（FamFG45条）。もっとも、実体的確定力（我が国でいう既判力）が生じるわけではないから、実体的な瑕疵を主張することを妨げないが、その主張は訴訟裁判所で行う必要がある<sup>91)</sup>。

以上のような手続は、常に提起しうるわけではなく、一定の場合には不適法とされる<sup>92)</sup>。いくつかの障害事由のうち、ここで言及しておくべきなのは、参加者の相続権や遺産の範囲、遺言の解釈等、遺産分割の前提問題を巡る争いが申立段階で既に存在する場合には、申立てが不適法却下され、手続の途中でそれが明らかになれば、その問題が訴訟で決着するまで手続が中止させられる（FamFG370条）ということである<sup>93)</sup>。このような前提事項は、訴訟裁判所においてのみ争うことができ、遺産裁判所はこうした問題について独自に判断を下すことができないと

されているためである<sup>94)</sup>。

さて、以上縷々述べてきたが、前述のように、この手続はあくまで純粋な調整型の調停手続である。つまり、調停不成立の場合には当然に裁断型の審判手続へと移行することとされている我が国の家事調停手続<sup>95)</sup>とは異なり、参加者の一人が反対すれば手続は容易に挫折へと追い込まれてしまう。また、今述べたように、前提事項について争いがある場合には手続が不適法却下されるか、少なくとも中止を強いられるところ、調停手続を利用しなければならぬ共同相続人間に何らの争いも存在しないということは通常はありえないから、手続がスムーズに進むことは望みたい。かくして、この手続が持つ実務上の意義は、極めて乏しいと評価されている<sup>96)</sup>。

#### d 遺産分割の訴えによる分割

##### (a) 意義

共同相続人間で分割についての合意が成立しない場合には、共同相続人は、遺産分割の訴えを提起することができる。もっともこれには、訴訟法上、実体法上の難点が存在し、それゆえに、実務において、遺産分割の訴えは稀にしか提起されないとされる<sup>97)</sup>。

遺産分割の訴えとは、ある共同相続人による遺産分割の要求に応じない共同相続人を被告として、原告が作成した（又は調停手続で遺産裁判所が提示した）分割計画に同意することを求める給付訴訟である<sup>98)</sup>。原告の請求が認容されるのは、原告の提示する分割計

89) 民事訴訟では、ZPO78条により、訴額によっては弁護士強制が生じる。遺産分割の訴えの訴額の決め方については、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §32 III Rn. 54を参照。

90) とはいっても、現実には両方の審理が同一期日に行われることもありうる等、手続上分節されていない（*MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §366, Rn. 2）。

91) FamFG372条2項は即時抗告を許しているが、この手続で主張できるのは手続的瑕疵にとどまる。

92) *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 25 ff.によると、本文で述べる場合の他に手続が不適法となるのは、既に相続共同体が解消している場合、遺産分割の権限を持つ遺言執行者がいる場合（BGB2204条）、第三者が分割を委ねられている場合（BGB2048条）、遺産に属する財産が存在しない場合、遺産分割の訴えが係属している場合、相続人の遺産分割請求権が排除されている場合（BGB2042条2項、749条2項、3項）、BGB2043条から2045条が定める分割禁止事由がある場合、等である。

93) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 5; *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 26, 72.

94) KG NJW 1965, 1538; *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 17.

95) 家事事件手続法274条4項参照。

96) *MünchKomm-FamFG/Zimmermann*, §363, Rn. 1; *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 54.

97) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), 62. また、*MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 55は、訴えの提起により親族間で新たに紛争が生じることも稀でないという事実上のデメリットも指摘する。

98) *MünchKomm-BGB/Ann*, §2042, Rn. 56.

画が法定の分割ルール、被相続人の分割指定、共同相続人間の合意のいずれかに完璧に適合している場合のみである。そうでなければその分割計画に反対している共同相続人が、意思に反して同意を強制されることを正当化できないし<sup>99)</sup>、原告にも、そうした条件の下で分割を求める請求権しか、BGB2042条は与えていないからである<sup>100)</sup>。また、処分権主義(ZPO308条)の観点から、裁判所は、原告が提示したものと異なる分割計画への同意を強制する判決を出すことはできない<sup>101)</sup>。かくして、原告が提示する分割計画は、この訴訟において極めて重要な意味を有することになる。

以上の訴えの性質からして、遺産分割の訴えには訴訟共同の必要も合一確定の必要も、認められない。分割計画に同意をしない共同相続人を個別に相手どり、個別に同意を強制すれば済むためであり、既に同意をしている共同相続人を被告とする遺産分割の訴えは訴えの利益を欠くことになる<sup>102)</sup>。

#### (b) 分割成熟性の要否

遺産分割の訴えが、遺産が分割に熟していることを必要とするかにつき議論がある(分割成熟性(Die Teilungsreife)の要否)。もっとも、必要説と不要説との対立は、訴訟提起の段階でこれを要求するか、口頭弁論終結時の段階でこれを要求するかとの対立であるに過ぎないから<sup>103)</sup>、その点はさしあたり捨象してよいと思われる。本稿が目すべきは、この対立の前提をなしている認識である。

さて、ここで分割成熟性とは、相続人に遺産を分配するに際し、法が原則として要求する前提条件を満たしていることを示す概念である。その前提条件として、以下の3つを挙げることができる<sup>104)</sup>。すなわち、①既に遺産債務が弁済されていること(BGB2046条)<sup>105)</sup>、②遺産債務の弁済後に残存する剰余財産が、価値の減少なしに、各人の相続分に応じて均等に分けられる状態にあること、そして、③遺産分割の前提問題に争いがないこと、の3つである。このうち、本稿の関心から重要なのは②と③である。

②につき、前述のように、遺産分割は原則的には現物分割、それが不可能な場合には売却による分割によって行う(BGB2042条2項、752条、753条)。現物分割が不可能な財産(典型は不動産である)が、未だ売却されていない場合には、遺産は分割に熟しているとはいえないとされる<sup>106)</sup>。つまり、遺産分割の訴えに先立ち、あらゆる遺産は現物分割可能な財産(多くの場合、金銭)へと変換されている必要がある。

③につき、遺産分割請求を認容する判決の確定によって、当該分割計画に対する被告たる共同相続人の同意が表明されたものとみなされる(ZPO894条)。請求認容判決が確定した後、遺産分割を実施するために被告の更なる意思表示が必要だとすれば、原告たる共同相続人は、その遺産分割の訴えによっては分割計画を実現しえなかったことになる。これは結局、遺産分割の訴えの目的が果たされ

99) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 63.

100) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 64.

101) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 63.

102) OLG Köln OLGR Köln 2004, 245=ZEV 2004, 428; *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

103) 学説の分布につき、MünchKomm-BGB/Ann, §2042, Rn. 58.

104) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 64.

105) BGB2042条2項及び755条によると、遺産債務(遺留分及び遺贈、負担に基づく債務も含まれる(BGB1967条))の弁済は、遺産分割の際に初めてなされるとされているが、BGB2046条1項は、遺産分割の前に債務の弁済をなすべきことを規定する点で、2042条、755条を修正するものと位置付けることができる。BGB2046条によれば、遺産債務は遺産分割に先立って弁済されねばならない。これは任意規定であるが、これに反して遺産分割を行った相続人は、固有財産に基づく弁済義務を負い(BGB2059条)、遺産管理による責任限定を主張できなくなる(BGB1975条、2062条)等の不利益を被る。こうした事態を避けるべく、共同相続人は、遺産債権者の所在を知るために公示催告手続をとることができ(BGB1970条、FamFG433条以下)、この手続の終了又はBGB2061条の公示催告期間の終了までは、遺産分割を延期するよう請求することができることとされている。かくして、被告が公示催告手続未了の抗弁を出した場合には、遺産分割の訴えには理由がないこととされる。

106) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 66.

なかったことを意味する。かくして、判決の内容（＝申立ての内容）は、具体的な遺産の総額及び分配額等を終局的に特定するものでなければならない。このような意味で、算定の前提たる遺産の範囲等に争いがある場合、遺産は分割に熟しているとは言えないとされるのである<sup>107)</sup>。

以上の①～③の意味での分割成熟性を満たしていない限り、遺産分割請求訴訟が認容されることはないとされているのである。

### 3 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の系譜

さて、叙事的な分析の締めくくりとして、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟<sup>108)</sup>が、ドイツにおいて、いかなる経緯で認められてきたかを確認しよう。

遺産分割の訴えを提起しても、前提問題に争いがある場合には、あるべき分割計画の内容も一義的には定めることができず、原告の請求に理由があるかどうかは明らかにできない。そこで、裁判所がその点を審理するのであるが、その結果、仮に原告のとする前提が誤っていたと判断された場合には、処分権主義の見地から、単に遺産分割の訴えが棄却されて訴訟が終了し、何の紛争解決基準も残らないことになる。そこで、仮に遺産分割の訴えが棄却されたとしても、事後に備えて前提問題だけは既判力で確定しようという動機が生まれる。これが遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の起源であり、当初は（遺産分割の訴えという主たる請求との関係で）予備的にのみ申立てられていた<sup>109)</sup>。

しかし、場合によっては予備的申立てが濫発され、遺産分割の訴えの手続的負担が重くなる懸念があった。そこで判例<sup>110)</sup>は確認訴

訟の補充性<sup>111)</sup>を緩和し、給付訴訟である遺産分割の訴えが提起可能であるときでも、その前提となる事項に関する確認訴訟を提起することを適法であるとしたのである。このように解することで、後続する遺産分割の訴えが有効となるのみならず、結果的には遺産分割の訴えの提起を起さずとも分割に関する合意が成立することが見込まれるから、訴訟経済の観点から見ても望ましいとされている<sup>112)</sup>。

### 4 考察

本章の最後に、以上の検討からドイツ法が本稿の問題関心に対していかなる示唆を与えるかを論じることとする。

#### (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

ドイツにおいて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟はいかなる役割を担っているのだろうか。

沿革に照らせば、この確認訴訟は、遺産分割の訴えとセットで観念される、予備的・従属的な訴訟であった。ところが次第に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、遺産分割の訴えから独立していく。かくして自立的な訴訟となった確認訴訟の役割は、大きく言って2点である。第一に、前提問題の争いをなくすことで、分割成熟性の要件をクリアして適法要件を満たし、判決に沿った内容の分割計画を用意することで勝訴要件を満たす、という二重の意味で、後続の遺産分割の訴えを実効化することができる。

第二に、確認判決をもって前提問題を確定することで、遺産分割の訴えに頼るまでもなく、私的自治的な解決が促進される。調停の開始要件もこれと連動する。

107) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 67.

108) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68 によれば、上で述べたもののほか、共同相続人間の調整義務の存否や、遺産分割基準の有効性の確認訴訟等、多様な訴訟が想定されるようである。

109) *Krug*, a.a.O. (Anm. 56), S. 68.

110) BGHZ FamRZ 1984,688.

111) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, §90 III Rn. 24. 要するに、給付訴訟ができるなら給付訴訟をせよということであり、遺産分割の訴えがあるのであるから、前提問題の確認訴訟ではなく、端的に遺産分割の訴えをせよ、という発想がここでいう補充性の意味であると思われる。

112) BGHZ FamRZ 1984,688, *Krug*, a.a.O. (Anm. 81), S. 68.

つまり、ドイツにおける遺産分割の前提問題の確認訴訟は、私的自治的解決を促進するという役割と、後続する遺産分割の訴えを実効化するという役割との、二つの役割を担っているといえる。

## (2) 具体的財産の帰趨

ドイツでは、我が国とは異なり、裁判所が形成的判断を通して、具体的な財産を当事者に分配するという責務を負うことがない。裁断型手続である遺産分割の訴えにおいても、原告の分割計画に理由があるかのみが審理される。分割計画の内容を審理するにつけても、分割成熟性の概念を通し、分配すべき財産は全て現物分割可能な無個性な財産へと変換されてしまっているから、各人の取り分に対応する均質な財産を、機械的に割り当てばすむことになり、具体的な財産の帰趨に迷わされることはありえないといえる。

もっとも、このことは、ドイツ法が遺産分割における具体的財産の帰趨に全く無関心であることを示すわけではない。むしろ、裁判所にこの考慮を期待しない反面、私的自治的解決を促進する環境を様々な形で整えておき、私的自治の平面で具体的に妥当な解決が図られることを期待しているように思われる。

一つには、現物分割不能な財産に対する競売権が各共同相続人に与えられていることをあげることができる。例えばある相続人が具体的な財産に執着するあまりに合意が形成できない場合には、他の共同相続人は当該財産を競売に付するという切り札を行使することができる。具体的財産に執着すれば、却ってその財産が金銭化される結果に陥るのであり、共同相続人らは合意形成に向けた努力を迫られる。また、それが不当な結果を招かないよう、判例が競売権の行使に例外則を設け、とりわけ相続人の居住保護を図っていたことも、法が具体的財産の帰趨に無関心でないことを示すであろう。なお、(1)で述べたように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟も、現在では私的自治的解決を促進するため

の制度として位置付けられている。

## (3) 訴訟共同・合一確定の必要

以上の検討を踏まえて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、ドイツにおいて固有必要的共同訴訟と解されていない（あるいは、我が国におけるのと異なり、訴訟共同・合一確定という規律を要請する動機が生じない）理由について、検討しよう。

### a 訴訟共同の必要

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、後続する遺産分割の訴えを実効化する訴訟として位置付ける限り、遺産分割の当事者全員の訴訟共同を要求するという発想は出てこない。なぜならば、後続する遺産分割の訴え自体が個別に提起されるのであり、後続する訴訟の当事者（と見込まれる者）との関係でのみ、前提問題を確定しておけば、それで十分だからである。

次に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を、私的自治的な解決を促進する訴訟であると位置付ける場合には、訴訟の結果、合意の形成を促す事実上の効果が得られれば十分である。したがって、これまた潔癖に訴訟共同を要求する必要はなく、積極的に争う者、対立している陣営の代表者、等々のみが個別に訴訟をし、事実上問題を解決すれば十分であるといえる。結果、争いのない者に対する確認訴訟はそもそも訴えの利益を欠くとされる<sup>113)</sup>。

かくして、ドイツにおいては、確認訴訟が担う二つの役割のうち、いずれの役割を強調しても、訴訟共同という発想が出てくることはない。

### b 合一確定の必要

合一確定が必要とされない理由としては、第一に、ドイツの遺産分割がほぼ全ての場合、共同相続人の合意によって決着することがあげられるであろう。既判力をもって前提問題が相対的に確定されていることが、（事実上ではなく、法律上）ネックとなるのは、既判力の拘束を受ける裁判機関が形成的な判断をするに際してである<sup>114)</sup>。私人が合意に

113) Wieser, a.a.O. (Anm. 59), S. 1163.

114) したがってドイツでは、確認訴訟を経てもなお裁判外での合意が成立せず、遺産分割の訴えにまで事態が

よって問題を解決するのであれば、矛盾する判決の存在は、事実上の障害にこそなれ、法律上の障害にはならない。

では、裁判機関が裁断を行う遺産分割の訴えとの関係を視野に入れた場合はどうか。この場合も、前提問題の相対的確定が重大な問題を引き起こすことがないといえよう。というのも、遺産分割の訴え自体が相対的に行われる訴訟であるから、裁判所は、その訴訟の原告と被告との間で既判力をもって確定された実体法関係を前提に裁判をすればよいだけだからである。例えば原告と他の共同相続人との間で、原告被告間のそれとは別の実体法関係の存在が確認されていたとしても、裁判にあたってそのことを考慮する必要はないのである。

更に、裁断をするにつけては、分割成熟性の概念を通して、分割対象となる遺産の全てが金銭的価値の平面に押し上げられるに至っており、裁判所は、原告の分割計画が、各人の権利に対応する金銭価値を割り当てているといえるかどうかの点を判断すればよいだけである。そうであるとなれば、具体的財産の帰趨を判断するにあたって裁判所がディレンマに陥るといって我が国では生じかねない問題の発生も、はじめから回避されているといえることができる。

かくして、1957年判決の言う通り、相対的確定がなされることによる困難は、厳密に見ても解決不可能ではないのである。そして、裏から言えば、事実上合意の形成が困難になりうるとか、実体法関係が錯雑化するといった考慮は、合一確定の必要を基礎づけるとは全く考えられていないということになる。

#### IV. フランス法

引き続き、フランス法の検討に移行す

る。フランスの相続法は、1804年のナポレオン法典以来、2世紀の長きに渡ってその基本原理を維持してきたが、今般、2001年12月3日の法律第1135号（以下、2001年法）及び、2006年6月23日の法律第728号（2006年法）によって、現代的な変貌を遂げるに至った<sup>115)</sup>。それに伴い、民事訴訟法典が用意する遺産分割に関する手続規定も、一定の変容を被るに至っている。そこで本稿では、改正法の意義にも目を配りつつ、ドイツ法について行ったのと同様、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を固有必要的共同訴訟とすべきかという問題が意識されているか、意識されていないとすればそれはなぜか、という観点で、フランスの相続実体法・手続法の在り方を粗描することとしたい。

#### 1 遺産分割の前提問題と固有必要的共同訴訟?

フランス法には、固有必要的共同訴訟に直接対応する手続法上の概念が存在しない。もっともそのことは、フランス法において合一確定及び訴訟共同という関心が欠落していることを意味しない。そこでまずは、検討の前提として、フランス法において、訴訟共同・合一確定がいかなる動機で、また、いかなる手段で実現されているのかを、素描する<sup>116)</sup>。

##### (1) フランス法における合一確定 不可分性 (indivisibilité) を理由とする合一確定

フランス民訴法（以下、本節で単に民訴と表記するときは、現行フランス民事訴訟法を指すこととする。他の法律についても同様）は、複数の判決間に矛盾抵触が生じることを事前に阻止あるいは事後的に解消するためのいくつかの規律を準備している。ここで問題とされているのは、判決の既判力 (autorité

進行した場合に、裁判所は既判力が確定した内容と整合的な分割計画を原告が提示したか否かを審理しなければならないという限りにおいて、既判力による確定は法的な意味を持つことになる。

115) この改革の内容を紹介する邦語文献として、金子敬明「フランス相続法・恵与法の2006年改正について」手塚和彰退官『変貌する労働と社会システム』387頁（信山社、2008）、ミシェル・グリマルディ（北村一郎訳）「フランスにおける相続法改革（2006年6月23日の法律）」ジュリ1358号68頁（2008）を参照。

116) もっとも、筆者の能力不足から、以下で問題を網羅的に記述できているわけではないことに留意されたい。

de la chose jugée) の矛盾抵触ではなく、実体効 (effet substantiel du jugement) の矛盾抵触である<sup>117)</sup>。判決の実体効とは、端的に言えば当事者間の実体法関係を変動させる効果である。フランスにおいても、既判力は相対的にしか作用しないが、判決により生じる法関係の変動は、全ての者に対して対抗可能であるとされる<sup>118)</sup>。こうした概念構成を前提とすると、同一の法関係に関して、内容を異にする複数の判決が出現した場合、各判決の実体効同士が矛盾し、各判決の定める法状態を同時に実現することが不可能となることがある。このように、ある法関係を別々に判断した場合に、それらの判決を同時に実現することができなくなるとき、その法関係には不可分性 (indivisibilité) があるとされる<sup>119)</sup>。フランス法における判決の合一確定は、主としてこうした事態の回避・解消のために行われる。

具体的に見ると、まず、こうした事態の事後的な解消手段として、民訴 618 条は判決の非両立性 (inconciliabilité) を理由とする破棄申立てを認めている<sup>120)</sup>。

更に、まとめて審理・判決することが良き司法の利益に適う二つの請求が同時に別の裁判所に係属している場合に、民訴 101 条は、当事者の申立てにより一方の請求を移送・併合することを認めている。これを関連性 (connexité) の抗弁という。特に、二つの事件に不可分性が認められる場合、判例・学説はこれを「単純な関連性」(connexité simple) と対比して、「強められた関連性」(connexité renforcée) と呼んでいる<sup>121)</sup>。つまり、別々に判決が出され、民訴 618 条に基づく破棄がなされることを事前に防ぐべく、併合審

理の要請を専属管轄の要請にも優先させる等、単なる関連性が認められる場合以上の効果を承認するのである<sup>122)</sup>。

#### b 共同訴訟と合一確定

民訴 323 条・324 条は、共同訴訟一般に妥当する審理原則として、共同訴訟人独立の原則 (principe de l'indépendance des litisconsorts) あるいは審理判決手続の可分性 (principe de la divisibilité de l'instance) を謳っている<sup>123)</sup>。すなわち、民訴 323 条は「請求が利益を共通にする複数の者によって、あるいは複数の者に対してなされた場合、各々は各々のために審理判決手続の当事者としての権利、義務を行使し、負担する」と定めている。例えば、各当事者は自ら弁護士を選任し、申立趣意書を作成しなければならない<sup>124)</sup>。訴えの取下げやその受諾、あるいは上訴も単独で行い得る<sup>125)</sup>。次に、民訴 324 条は、「利益を共通にする複数の者のうちの一人がなした、あるいは一人に対してなされた訴訟行為は他の者を益しも害しもしない。ただし、民訴 475 条、529 条、552 条、553 条、615 条で述べられている場合は別とする」としている。ここでは民訴 323 条に基づき各人が自己のためになしうる行為が、他の共同訴訟人との関係で効果を持たないことが表現されている。

もっとも、以上の原則にも関わらず、共同訴訟において下される判決の内容は、原則的に合一確定されることになるようである<sup>126)</sup>。というのも、民訴 7 条 1 項は、「判事は弁論 (débat) に出されていない事実を判決の基礎とすることができない」と定めているところ、共同訴訟における弁論 (débat) の一体性<sup>127)</sup> から、他の共同訴訟人が主張し

117) Jacque HERON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> édition, 2012, n° 893.

118) Serge GUINCHARD et Frédérique FERRAND, *Procédure civile*, 28<sup>e</sup> édition, 2006, n° 228, n° 1765.

119) Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> édition, n° 39.

120) 詳しくは Monique CONTAMINE-RAYNAUD, L'« inconciliabilité » de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire, *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1981, p. 113.

121) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 39.

122) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 43.

123) Jean-Pierre MOREAU, *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*, 1965.

124) HERON et LE BARS, supra note 117, n° 207.

125) CORNU et FOYER, supra note 119, n° 117.

126) MOREAU, supra note 123, p. 184. 併合に関連して GUINCHARD et FERRAND, supra note 118, n° 1332.

た事実も弁論に出された事実として判決の基礎とすることができると考えられているらしいからである。

とはいえ、合一確定が実現するのは共同訴訟の形態が維持されていてこそその話であり、一部の者のみによる不服申立て等により、共同訴訟の形態が崩れれば、合一確定は実現できなくなる。そして、とりわけ法関係に不可分性がある場合、そうした事態は回避する必要がある。それに対処するため、民訴 324 条 2 文にある通り、上訴・欠席手続に関して共同訴訟人独立の原則の例外が設けられている<sup>128)</sup>。

## (2) フランスにおける訴訟共同

フランスにおいて訴訟共同が要求される場面は限られているようであり、一般規定のようなものは存在しない。そこで、以下具体的な例をいくつか述べるに留める。

まず、関連する明文規定として、不可分性のある判決に対する第三者の故障申立てにあたっては、前訴判決の当事者全員を当事者としなければならないとする民訴 584 条があり、その趣旨は合一確定の実現である<sup>129)</sup>。

また、不分割権者の管理・処分権に関するフランス民法 815 条の 3 との関係で、不分割物に関する一定の訴権の行使にあたって、不分割権者全員が当事者となることが要求されることがある<sup>130)</sup>。

更に、遺産分割も含めた裁判分割 (*partage en justice*) においては、実体法上分割に参加すべき者全員が当事者とならなければなら

ず、それを欠く場合、判事は請求を職権で不受理にしなければならないとされる<sup>131)</sup>。

## (3) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

以上を前提に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟について検討する。

まず、後述するように、遺産分割そのものには、上述の意味での不可分性が認められる<sup>132)</sup>。もっとも、この不可分性は、不分割を解消するための遺産分割訴権にのみ認められるものであり、不分割権者の持分割合を確定することを目的とする訴権や、相続回復請求を伴う分割訴権、持戻しを求める訴権、贈与の取消訴権には、不可分性は関係がないとされている<sup>133)</sup>。

なお、ここでは遺言無効確認訴権 (*action en nullité de testament*) があげられていないが、恵与 (*liberalité*) の無効・取消しを言う訴権として、生前贈与の取消訴権 (*action en annulation de donation*) と同様の規律に服するものと考えられる<sup>134)</sup>。

フランス法における合一確定の要請が、法関係の不可分性と結びつけて理解されていることからすれば、不可分性を欠くこれらの法関係について合一確定の必要があるとは考えられていないことになる。また、訴訟共同が特別に要求されているようにも窺われない。

仮にそうであるとして、それがなぜなのかを突き止めるのが本稿の課題である。そこで以下では、フランスの遺産分割手続の在り方を分析することで、その理由を探ることとしたい。

127) MOREAU, *supra* note 123, p. 184.

128) 例えば、民訴 553 条は、「複数の当事者の間に不可分性がある場合、当事者のうちの一人がした控訴は、たとえ他の当事者が審理に参加しなかった場合でも、他の当事者との関係でも効果を持つ。他方、一人に対してなされた控訴は、全ての者が審理に呼び出されない限り不受理となる」と定める。つまり、不可分性がある場合に有効に控訴を提起するためには、当事者の全員が控訴人あるいは被控訴人となること、すなわち、結果として全員が控訴審判決に服することになることが要求されているのであり、これにより合一確定が実現する。

129) GUINCHARD et FERRAND, *supra* note 118, n° 1772. なお、民訴 591 条 2 項は、1 項の例外として、第三者による故障申立てに理由があった場合、前訴当事者間でも判決の効力が消滅することを定め、画一的確定を徹底している。

130) HERON et LE BARS, *supra* note 117, n° 193.

131) MOREAU, *supra* note 123, p.179.

132) Michel GAGET, *JCl. Procédure civile*, Partage en justice, fasc983, n° 12.

133) GAGET, *supra* note 132, n° 13.

134) 遺言による財産処分と生前贈与による財産処分とは、フランス法において恵与として括られ、その無効・取消しについても、共通の規定 (民法 901 条以下参照) が設けられている。Yvonne FLOUR, *Règles de fond des donations : parties au contrat, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p. 795, n°312.11 ss も、贈与と遺言とを区別せずに、その無効及び訴権の行使方法等について論じている。



## 2 フランスの遺産分割手続

フランスの遺産分割には、相続人 (*successuer*)<sup>135)</sup> が主体になって行う遺産分割 (*partage*) と、被相続人が主体となって行う遺産分割 = 恵与分割 (*liberalité-partage*) との2通りが存在する<sup>136)</sup>。しかし、本稿の関心から、以下では相続人が主体となって行う遺産分割についてのみ検討する<sup>137)</sup>。

### (1) 協議分割と裁判分割

相続人主体の遺産分割の方法には協議分割 (*partage amiable*) と裁判分割 (*partage en justice*) との2通りが存在する。協議分割とは、当事者が合意によってその手続、方式を決定して行う分割である (民法 835 条 1 項)。

これは意思主義 (*consensualisme*) の帰結として認められる分割形態であり、協議分割が有効であるためにはいかなる手続的要件も要求されない<sup>138)</sup>。2006 年法の立法者は、協議分割を遺産分割の原則形態とし、旧法下では原則として裁判分割によることが求められていた複数の局面<sup>139)</sup>でも協議分割をなす余地を認め、その拡充を図っている。

これに対して裁判分割は、例外的な分割方法と位置付けられている。民法 840 条によると、裁判分割が行われるのは、不分割権者の一人が協議分割に同意をしない場合又はその進行もしくは終了の方法に異議を唱えた場合、又は民法 836 条、837 条の規定により、協議分割の実現が妨げられた場合<sup>140)</sup>のみである。また、民法 842 条は、一度裁判分割の

135) *successuer* という言葉は、狭義の相続人 *héritier* と、受遺者 *légataire* とを問わず、開始された相続に招致される者を全て含む広義の相続人を指すが、ここでは単に「相続人」としておく。

136) Michel GRIMALDI, *Les Liberalités-Partages, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p.1141, n°410.13 は、恵与分割とその他の遺産分割とを区別する指標を被相続人の意思の役割に求めている。

137) 恵与分割 (*liberalité-partage*) について、最低限の言及をしておく、以下の通りである。恵与分割は、被相続人の死亡時に効果が発生する単独行為 (= 遺言) による分割である遺言分割 (*testament-partage*) と、即時に効果が発生する被相続人と相続人との合意による分割である贈与分割 (*donation-partage*) とに分かれる (民法 1075 条 2 項)。通説的見解によれば、両者の主たる相違は以下の 3 点である (GRIMALDI, *supra note 136*, n°410.11)。  
①遺言分割によって、被相続人から財産が即時に剥奪されることはない。他方、贈与分割では被相続人から直ちに財産が移転する。つまり、遺言分割は将来のある時点 (被相続人の死亡時) で効果を生じるが、贈与分割はそれに先立って行われる。  
②遺言分割は、自由に撤回が可能で、いつでも内容を変更することができる。他方、贈与分割は撤回不可能であり、決定的である。  
③遺言分割は単独行為であり、独断による分割を実現できるが、贈与分割は合意によってなされ、交渉による分割に資する。2006 年改正以前は、このような分割方法を利用できるのは相続人が被相続人の卑属である場合に限られており (旧 1075 条)、そのことからこれを尊属分割 (*partage d'ascendant*) と呼称していた。2006 年改正による新 1075 条は、「誰もが、推定相続人の間で、自らの財産を分配し、分割することができる」(傍点筆者) と定めてこの制限を撤廃し、恵与分割 (*liberalité-partage*) という術語を採用するに至った。

なお、Grimaldi 教授によれば、この改正は本制度の精神に本質的な変革をもたらしたと評価できる。つまり、被相続人主導の遺産分割が、家長権の表れとしてではなく、より一般的な財産管理行為の一つとして理解されるようになったのである (GRIMALDI, *supra note 136*, 410.12)。

138) ただし、公示の要請がある財産 (例えば不動産) の分割については、公証人証書による承認を要するという例外が存在する (民法 835 条 2 項)。この例外を除けば、完全に方式自由であり、理論的には口頭による合意でも有効である (Claire FARGE, *Modalités de réalisation du partage, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, 2011, p.744, n°271.12)。

139) 改正の内容につき詳述はしないが、生死不明推定もしくは遠隔地居住のためにその意志を表明できない不分割権者がいる場合 (民法 836 条 1 項)、行為能力を欠く不分割権者がいる場合 (民法 836 条 2 項)、無気力な不分割権者がいる場合 (民法 837 条) に関する規定が新設された (Thierry LE BARS, *Les nouvelles règles du partage (L.n°2006-728, 23 juin 2006), JCP N n°26, 29 Juin 2007*, 1205, n°7s)。現行法の規律の具体的内容については後掲注 140) を参照。

140) 不分割権者が生死不明推定の状態にあるか、遠隔地にいるために意思を表明できない場合には、民法 116 条の要件を満たさなければ任意分割はできないとされている (民法 836 条 1 項)。民法 116 条によれば、生死不明推定者を含めて協議分割を行う場合には、後見裁判官による許可が必要であり、後見裁判官は手続の進行のために公証人を選任する。生死不明推定者の代理人自身が分割に利害関係を有する場合には、別の代理人も用意されなければならない。清算書も後見裁判官が最終的に認可する。同様に、不分割権者が保護制度の対象になってい

手続が開始しても、いつでも裁判分割の続行を放棄して協議分割の方法で分割を続けられる旨を明示的に定めている。そして以下に見るように、民訴 1359 条から 1376 条にかけて設けられている裁判分割の手続規定<sup>141)</sup>も、当事者に対して事あるごとに協議分割を実現させるチャンスを与える建付け<sup>142)</sup>になっているのである。以下、裁判分割につき、その概要を述べる。

## (2) 裁判分割の手続

### 遺産分割訴権 (action en partage) の特徴

民法 815 条によれば、遺産分割訴権は原則として不分割権者によっていつでも行使される<sup>143)</sup>。この訴権は時効にかからず、その行使には広い裁量が認められ、濫用の余地がない(裁判官は訴権行使の理由を問題にすることができない)。

遺産分割訴権は、不分割権者全員に対して行使されなければならない、一人でも参加せずになされた分割は実体法上無効であるとされる<sup>144)</sup>。そのことの裏返しとして、一部の当事者の間だけで別々に遺産分割訴権が行使さ

れてしまった場合、その結果を同時に実現することは不可能であるから、遺産分割訴権は不可分性を有する<sup>145)</sup>。

### b 裁判分割の手続

#### (a) 呼出状の送付

以下では、裁判分割の手続を概述する<sup>146)</sup>。手続の出発点は、原告による他の不分割権者に対する呼出状 (assignment) の送付である<sup>147)</sup>。大審裁判所が裁判分割の手続につき排他的な管轄を有する(民法 841 条)。呼出状では、分割すべき財産について概述されるべきことに加えて、財産の分配に関する原告の意向及び協議分割を実現するために実施された試みについても明確に述べられなければならない、これを欠けば申立ては受理されない(民訴 1360 条)。この趣旨は、性急な訴訟提起を妨げることと、判事が相続人間における意見対立を可能な限り理解できるようにすることとに求められるとされる<sup>148)</sup>。

#### (b) 簡易な手続

2006 年改正法は、裁判分割を裁判所主導の簡易な手続と公証人及び受命裁判官主導の複雑な手続との二本立てとした<sup>149)</sup>。事案が

る場合には、民法典第 1 編 X, XI 章の要件を満たさなければ任意分割はできないとされている(民法 836 条 2 項)。第 1 編 X 章は、未成年、後見、解放に関する規定群であり、XI 章は成年及び被保護成年者についての規定群である。民法 837 条は、無気力な不分割権者がいる場合に、代理人を立てることを他の共同相続人が強制できる旨を定めるが、当該代理人は、判事の許可なくして分割に同意することができないとされている。

141) 2006 年の相続法改正に伴い、手続規定も変容を被った。主として、手続の実効化・迅速化が目指された(FARGE, supra note 138, n°271.53, LE BARS, supra note 139, n°3ss, グリマルディ(北村訳)・前掲注 115)73 頁)。

142) Michel GRIMALDI, Droit civil succession, 6<sup>e</sup> édition, 2001, n°830 は、裁判手続が長引き、費用が嵩むことで共同相続人は裁判手続の利用を後悔するがゆえに、あるいは、手続が進むことで争点が解消されるがゆえに、合意への道が開かれるのだとしている。

143) 正確には、これに加えて、民法 815 条の 17 第 3 項に基づき、不分割権者の債権者が不分割権者に代位して分割訴権を行使することもある(もっとも、この場合もあくまで不分割権者の名前で訴権行使がなされる)。これは債権者代位訴権(民法 1166 条)に関する一般ルールの個別的な適用であると位置付けられている(Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2002; Juris-Data n° 2002-015125)。また、債権者は民法 882 条に基づき、自己の費用で手続に参加することもできる。

144) Cass. req., 21 mars 1922: DP 1923, 1, p.60.

145) 不可分性から、例えば以下のような帰結が導かれる。第一に、仮に不分割権者の一人が審理の最初から故意で参加していなかったとしても、手続はそれに参加すべき不分割権者全員のためになされたことになる。手続から排除された共同相続人がいる場合、その者はいつでも手続に参加することができるし、分割を命じる判決に対して第三者の故障申立て (tierce opposition) をすることができる。第二に、各人の請求の訴額が上限額を下回っていても、常に上訴が可能である。第三に、不分割権者のうちの一人がなした上訴ないし上告は、他の全員のためにも効力を生じる(以上につき、GAGET, supra note 132, n°12)。

146) 新法下での手続を網羅的に概観するものとして、GAGET, supra note 132; FARGE, supra note 138.

147) なお、複数の者から呼出状が送付された場合には、裁判所の書記課に初めに到達した呼出状を出した者が原告として扱われる。

148) Sylvain THOURET, Les règles de procédure en matière successorale. — A propos du décret du 23 décembre 2006, JCP n°3, 17 Janvier 2007, act.20, p. 4.

複雑でないと判断した場合、裁判所は、自ら不分割財産の分割を命じる（民訴 1361 条 1 項）。この場合、裁判所は分割を証明する証書を作成する公証人を選任することができる（同条 2 項）。また、必要な場合には、審理の過程で、財産を評価し、取り分 (lot) を構成するために鑑定人を選任することもできる（民訴 1362 条）。その後、裁判所が選任した公証人ないしは裁判長の面前で抽籤が行われる（民訴 1363 条 1 項）。相続人が欠席している場合には、職権で代理が立てられる（同条 2 項）。

分割に支障がある場合には、全当事者が出頭しているか、代理されている限り（民訴 1378 条）、容易に分割ないし分配しがたい不分割財産の競売による売却（民訴 1377 条）を命じる（民訴 1361 条 1 項）。

### (c) 複雑な手続

これに対して、事案が複雑であると判断される場合には、裁判所は分割作業を行わせる公証人と、その公証人を監督するための受命裁判官<sup>150)</sup>を選任する（民訴 1364 条 1 項）。公証人の選任は、原則として当事者の合意によりなされ、合意が成立しない場合には裁判所によりなされる（同条 2 項）。

#### (aa) 清算書の作成

公証人の主たる任務は、清算書の作成である。清算書作成のために、公証人には原則として 1 年の期間が与えられる（民訴 1368 条<sup>151)</sup>）。この期間は、分割作業が複雑である場合に限り、1 年を限度として延長されうる（民訴 1370 条）。財産の価値と構成とが許す場合には、鑑定人を補佐としてつけることもでき、その鑑定人は原則として当事者の合

意によって、合意が成立しない場合には受命裁判官によって選ばれる（民訴 1365 条 3 項）。

清算書では、①共有者間の計算関係、②分割対象財産の外延、③各当事者の権利、④取り分の構成、という重要事項が確定される（民訴 1368 条）。つまり、遺産分割の前提となる事実及び法関係はこの段階で確定されることとなる。それぞれの内容につき、若干の言及を行う。

#### (aaa) 共有者間の計算関係

公証人は、共有者が共有物に関して互いに負っている計算関係の確定を行い、清算書に記載する。例えば、共同相続人の一人による遺産中の財産の管理から生じる計算、共同相続人が共同利益から獲得し、受け取ったものについての一切の計算（例えば、遺産中の財産から生じた果実の収取）、ある相続人が分割対象財産から篡奪して得た個人的利益（例えば、廉価で自らに譲渡させたことによる差益）等である。

#### (bbb) 分割対象財産の確定

分割の対象となる積極財産は、相続の開始時点において被相続人の所有に属していた財産<sup>152)</sup>、その価値代位物<sup>153)</sup>、及びその果実であるとされる（民法 825 条）。これに持戻し（民法 843 条以下）、減殺（民法 912 条以下）によって復帰した財産が分割対象財産となる。公証人はそれを確定し、清算書に記載せねばならない。

#### (ccc) 各当事者の権利の確定

各当事者の相続分率等の権利が確定され、清算書に記載される。

#### (ddd) 取り分の構成

取り分（遺産のうち、各共同相続人が受け

149) 旧法下では、いかなる場合にも公証人及び受命裁判官が選任されていたものの、現行法は、単純な事案では裁判所限りでの簡易な分割手続を認めて、手続のスリム化を図った（グリマルディ（北村訳）・前掲注 115)73 頁）。

150) 具体的には、手続の進展及び期限に目を配る（民訴 1371 条 1 項）。これを実現するため、法廷命令を出して料金を課したり、公証人を交代させたりすることができる（同条 2 項）。

151) 旧法下では、公証人には財産を評価し、取り分を構成する権能は与えられていなかったが、現行法は、これを公証人に与えた。

152) 終身権、死後に消滅した財産、特定遺贈の対象となっている財産、生命保険金等は含まれない（Claire FARGE, *Masse active partageable en l'absence de libéralités, sous la direction de Michel GRIMALDI, Droit patrimonial de la famille 2011/2012*, p.693, n°261.12）。

153) 裁判分割の手続内で遺産を競売した場合、その売得金も分割対象財産に含まれる（GAGET, *supra* note 132, n°88）。

取る部分)の構成は、分割の中心をなす<sup>154)</sup>。取り分の構成、分配に関する基本原則は、平等(égalité)の原理である。ここにいう平等とは、各々が全く同じ財産を受け取るという意味での形式的な平等ではなく、全員が各自の権利に適った取り分を受け取るという意味での実質的な平等である<sup>155)</sup>。また、各々の取り分が同じ比率の物(同一割合の不動産、動産、債権等)で構成されなければならないという意味での現物における平等(égalité en nature)ではなく、各々が自らの権利に対応する価値の財産を享受すべきであるという意味での価値における平等(égalité en valeur)である(民法826条2項)<sup>156)</sup>。

価値における平等さえ保たれていれば、例えばある相続人が他の相続人よりも多めに不動産を承継したとしても、差し支えがない。更には、唯一の遺産たる不動産を相続人のうちの一人に与え、残りの者にはその者から清算金(soulte)を支払わせるというような処理も可能である。以上の原則に従い、公証人は取り分を構成する<sup>157)</sup>。構成すべき取り分の数は、原則として、当事者の頭数であるが(頭数による分割)、代襲が行われる場合には、株(souche)<sup>158)</sup>の数と同数とされる(民法827条)。

#### (bb) 清算書に対する異議

清算書が作成されれば、遺産分割の前提問

題が当事者にとって明瞭となり、かつ抽籤も現実的なものとなる。清算書の内容に当事者が合意すれば、清算書の認可(この点については後述する)をする必要はなく<sup>159)</sup>、抽籤へと進むことになる。もっとも、この段階で協議分割が成立することも多く、この場合、分割が判事に伝えられ、判事は手続の終了を確認する(民訴1372条)。

これに対して、清算書に対して当事者から異議が出される場合もある。この場合、公証人は当事者各人の供述を記載した調書と清算書類とを受命裁判官に渡さなければいけない(民訴1373条1項)。次いで、裁判所の書記課が当事者を呼び出し(同条2項)、受命裁判官は、和解的解決を実現するために、当事者又はその代理人、及び公証人の意見を聞く勧解期日が設けられる(同条3項)。この手続を経てもなお合意が成立しない場合には、受命裁判官は当事者の見解が割れている争点につき裁判所に報告書を提出する(同条4項)。

報告を受けた裁判所は、異議に関して判決を下さなければならない(民訴1375条1項)。裁判所の判断が、清算書の内容に適うものである場合、裁判所は清算書類を認可し、抽籤を命じる裁判を行うか、協議分割を実現させるために当事者を公証人のもとへ送り返す<sup>160)</sup>(同条2項,3項)。逆に、異議に理由

154) 場合によっては、鑑定人が取り分の構成を行う(民訴1362条,1365条)。この際には、鑑定人は清算書に添えられる報告書に作業の結果を記しておくようである(GAGET, supra note 132, n°102)。

155) GRIMALDI, supra note 142, n°869.

156) このような理解は必ずしも自明ではなく、フランスでも立法・判例・学説が紆余曲折を辿った。19世紀以来のégalité概念の変遷については、GRIMALDI, supra note 142, n°870ssが詳しい。その記述を要約すれば以下の通りである。オリジナルの民法832条は、「取り分を形成し、構成するにあたっては、可能な限り遺産の細分化と農地の分割とを避けなければならない」、また、各取り分には、可能であれば、同種同価値の不動産、動産、権利、又は債権を含めなければならない」として、財産の一体性の保持と、現物における平等との双方を要求していたが、いずれの要請が上位に立つかは明らかでなかった。当時の判例は、現物における平等の原則を優位と認めしたが、これに対しては、民法典は土地を切り刻む機械であり、農地からの人口流出や出生率低下の元凶だとの批判がなされた。これをうけ、1938年6月17日のデクレ以来、民法832条は、「遺産の細分化と農地の分割とが避けられる限りにおいて」現物における平等を実現するように定め、財産の一体性保持の要請を現物における平等の要請に優先させることを明示した。これにより、財産が分割される危険及び競売にかけられる危険は低下した。もっとも、当時は全面的な価格賠償までは許されておらず(Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juil. 1984)、現行法はこの点で更に現物における分割の要請を押し下げたものと位置付けうる。

157) 場合によっては鑑定人がこの役目を担うことについては前掲注154)を参照。

158) 株(souche)とは、相続法において、複数の者の共通の始祖を指す言葉である。死亡した相続人=株の代襲者は、その相続人の持分を改めて分配することになる(民法827条)。

159) Cédric FRESSENON, Le notaire commis dans le cadre d'un partage judiciaire, JCP N n° 49, 4 Décembre 2009, 1326 n°31.

があると認める場合、裁判所は新たな清算書を作成させるべく当事者を公証人のもとへと送り返す（同条2項）。

もつとも、異議が複数回出されたのでは手続が肥大化するので、一切の異議はまとめて1回の審理で判断される（民訴1374条）。言い換えれば、一度判決がなされれば、その後新たな異議を申し立てることは許されないということである<sup>161)</sup>。もつとも、受命裁判官が報告書を提出した後の事情に基づく異議は例外として許容される（同条）。この規律は、訴訟経済に資すると同時に、当事者が慎重に清算書の内容を見極め、合議を行うことを促進する意味を持つとされる<sup>162)</sup>。

修正を経た清算書に再度異議を申し立てることは妨げられない。もつとも、既に異議を述べ、判決で理由がないと確定されている点については、後述の通りこの判決には既判力が認められていることから、再度異議を申し立てることはできない<sup>163)</sup>。

異議は、その点について解決することが分割対象財産の構成、不分割権者の権利、取り分の構成といった観点からして清算書の内容に影響を与える一切の事項につき行うことができる<sup>164)</sup>とされている。

#### (cc) 清算書の認可

裁判所が当事者による異議に理由がないと認めるときには、その旨の判決に加えて清算書の認可（homologation）が行われる。これは、清算書の内容を最終的なものとするための裁判行為であり、これにより清算書に執行力が付与される。

破棄院によれば、この裁判には既判力は生じないとされている<sup>165)</sup>。したがって、例えば不分割権者が不当に共謀して遺留分権者を害したような場合に、遺産分割の取消訴権の行使が妨げられるようなことはない<sup>166)</sup>。しかしながら、異議によって訴訟としての性質を帯びた場合には、当該判決が明示・黙示に判断した係争点に関する限り、既判力が生じると解されている<sup>167)</sup>。

#### c 抽籤

最後まで分割について協議が成立しない場合には、抽籤による取り分の割当が行われる。抽籤が行われる場合には、それに必要なだけの取り分が形成される必要がある（民法826条3項）。例えば、当事者が有する権利が互いに等しい場合（例えば、3分の1ずつの相続分を持つ三人の相続人が遺産分割の全当事者である場合）には、形成すべき取り分は当事者の人数（＝3）と等しくてよい。これに対して、当事者が有する権利が互いに等しくない場合には、各持分の分母の最小公倍数に相当する数の取り分を構成する必要がある。例えば、三人の当事者の持分が、それぞれ4分の1、8分の3、8分の3であれば、八つの取り分を構成した上で、その中から二つ、三つ、三つと抽籤で割り当てるのである<sup>168)</sup>。

興味深いのは、フランス法が抽籤という一見したところ不合理<sup>169)</sup>な分配方法を採用する理由であろう。この点につき、Grimaldi教授は、裁判官による分配を許す法制度と比べ、抽籤による分配を行うフランスの法制度が優

160) GAGET, supra note 132, n°110の解釈による。

161) FRESSENON, supra note 159, n°30.

162) THOURET, supra note 148, p. 5.

163) GAGET, supra note 132, n°116.

164) GAGET, supra note 132, n°117.

165) GAGET, supra note 132, n°122によれば、Cass. req., 3 mai 1897: DP 1897, 1, p.224がこれを言うが、原典を入手できていない。

166) GAGET, supra note 132, n°122.

167) Cass., 1<sup>er</sup> civ., 28 fev. 2006: Juris-Data n° 2006-032395; GAGET, supra note 132, n°123.

168) フランスにおいてこのような取り分になる実際の例としては、相続人が父親と二人の兄弟を遺して死亡した場合がある。本文で述べた計算方法については、GRIMALDI, supra note 142, n°854.; FARGE, supra note 138, n°271.73.

169) このことを言い表して、GRIMALDI, supra note 142, n°854は、抽籤をすれば、場合によっては「山小屋を船乗りに、船をアルピニストに」与えるような不合理な結果になるとしている。また、LE BARS, supra note 139, n°7も、抽籤がしばしば悲惨な結果をもたらすと評価している。

れていることの根拠として、以下の4点をあげている<sup>170)</sup>。

- ① 裁判の決定に対しては、結果に不満な当事者から容易に不公平だとの嫌疑がかけられてしまうのに対して、運任せにすれば、絶対的な公平（厳密な意味での平等）を実現することができる。
- ② 優先的帰属 (*attribution préférentielle*) の適用範囲の拡大によって<sup>171)</sup>、あまりにも不合理な結果が生じる可能性は減じている。
- ③ いざ持分が構成され、抽籤が行われる段階になると、当事者は抽籤に賭けることを恐れる。これにより、当事者による協議分割の実現が促される<sup>172)</sup>。
- ④ 裁判からある財産を割り当ててもらおうと意図して、不分割の間にその財産を占有したり無許可で譲渡してしまったりするといった相続人の策略（既成事実の作出）を未然に防止することができる。

### 3 優先的帰属 (*attribution préférentielle*)

#### (1) 制度趣旨

2で見た限りでは、フランスの遺産分割手続において、裁判所が自らの裁量で物の帰属先を確定することはない。最終的な財の配分は、公証人が構成した取り分を抽籤で割り当てることによって済まされるためである。

もっとも、一定の条件が満たされた場合には、裁判所が特定の財産を特に好ましいと思われる人物に帰属させることもある。これを

優先的帰属 (*attribution préférentielle*) という（民法831条～834条）<sup>173)</sup>。その制度趣旨は、①遺産の細分化を防ぎ、その経済的機能を維持すること、②家族のもとに財産を維持すること、③抽籤の偶然性を避け、賢明に財産を分配することにあるとされる<sup>174)</sup>。

なお、優先的帰属は裁判所の決定によらず、不分割権者の協議により定めることもできる<sup>175)</sup>。また、優先的帰属の制度は公序ではないので、被相続人の意思や不分割権者の合意によって、優先的帰属を排除することも可能である<sup>176)</sup>。以下、この制度の骨格部分を簡単に紹介する。

#### (2) 対象となる財産

農業、商業、工業、手工業、自営業のいずれであるかを問わず、不分割の状態で経営されている企業 (*entreprise*) の所有権の全部、不分割持分、社員権が、優先的帰属の対象となる（民法831条）<sup>177)</sup>。つまり、経済的に見て一体をなしており、細分化が望ましくない財産を広く対象とする。また、これとは別の観点から、生存配偶者・相続人が居住し、又は職業に用いている不動産の賃借権等も優先的帰属の対象とされている（民法831条の2、831条の3参照）。

#### (3) 優先的帰属の要件

##### a 一般的要件

優先的帰属は、裁判所が職権で行いうるものではなく、帰属請求権者による申立てに対応する形で、これを行う（民法831条）。自らへの優先的帰属を求める者は、以下の要件を満たしていなければならない。まず、①分割に参加する者でなければならない。生存配

170) GRIMALDI, *supra* note 142, n°854.

171) 優先的帰属の制度については後述する。Grimaldi教授の記述は旧法下におけるものであるが、2006年改正でこの拡大は更に促進された（この点につき、金子・前掲注115)403-404頁を参照）。

172) この点についてはGRIMALDI, *supra* note 142, n°855の記述も参照。

173) 1804年のナポレオン法典は物的均分主義の例外をなすこの制度を知らなかったが、以後、2006年改正に至るまでの度重なる法改正により制度が確立、拡大してきた。歴史的経緯については、FARGE, *supra* note 138, n°271.102, Raymond LE GUIDEC, *JCl. Liquidations-Partages, Attribution préférentielle, fasc10, n°2ss*.

174) FARGE, *supra* note 138, n°271.101.

175) LE GUIDEC, *supra* note 173, n°115s.

176) FARGE, *supra* note 138, n°271.102; LE GUIDEC, *supra* note 173, n°41ss.

177) 旧法では、優先的帰属の対象財産は農場であるか、家族的性格を有する商業的・工業的・手工業的企業の所有権・不分割持分ないしは人的社員持分であるという場合が規定されていたが、現行の831条は、対象財産が企業の所有権・不分割持分ないしは社員権であれば、その企業の目的や家族的性格の有無は問わないこととした（金子・前掲注115)404頁参照）。

偶者、法定相続人、包括受遺者、包括名義の受遺者<sup>178)</sup>等の割合的な包括承継者がこれに含まれる(民法833条1項, 2項)<sup>179)</sup>。次に、②対象となる財産の完全な所有権又は虚有権(nue-propriété)<sup>180)</sup>の共同権利者でなければならない。用益権のみを有する者は、これにあたらぬ。この要件は相続の開始と共に満たされる。最後に、③実効的に企業の経営に参加している、ないし参加していた者でなければならない。参加の態様(取締役か、従業員か等)や、参加の開始時期(相続開始前からか、後からか)は問わない<sup>181)</sup>。

#### b 個別的要件

民法831条の1以下において、具体的な財産の種別ごとに、優先的帰属の個別要件がきめ細かく定められている。具体的な内容は、各条文を参照されたい。

#### (4) 裁判所の判断

優先的帰属が(義務的にではなく)裁量的に行われる場合、裁判所は「現在の利益」(intérêts en presence)の有無に従い、優先的帰属をなさしめるか否かを決定する(民法832条の3第2項)。「現在の利益」の判断にあたっては、補償金の支払能力や、財産を適切に経営・運用する資質があるかどうか等が

総合的に考慮される<sup>182)</sup>。

他方、優先的帰属が権利として(de droit)行われる例外的な場合(①民法831条の2, 831条の3, ②832条, ③832条の1, 832条の2)には、法定の条件が満たされているかのみを判断し、これが満たされているならば、裁量の余地なく優先的帰属を認めなければならない<sup>183)</sup>。

複数の不分割権者からの請求が競合し、いずれもが要件を満たしている場合には、裁判所は、①当該財産の運用及び維持に関する志願者各々の適正と②経営に対する参加の期間とを考慮して、いずれの者に優先的帰属をさせるかを決しなければならない(民法823条の3第3項)<sup>184)</sup>。

#### (5) 優先的帰属の効果

優先的帰属の対象財産は、民法829条所定の時期を基準に評価される(民法832条の4第1項)。場合により課される清算金は、他の者の同意がない限り、即金で支払う(民法832条の4第2項)<sup>185)</sup>。もっとも、優先的帰属を受けた者に所有権が移転するのは、最終的な分割がなされた時点からであり、それまでは不分割状態が持続するから(民法834条1項)、清算金の支払を請求できるのもそ

178) フランスでは、遺贈は大きく包括遺贈(legs universel)、包括名義の遺贈(legs à titre universel)、特定遺贈(legs à titre particulier)に分けられる。包括遺贈は、受遺者に全相続財産を受け取る資格を与えるものである。包括名義の遺贈は、遺産の全部ではなく、一部を受け取る資格を与えるものであるが、その具体的な態様は以下の5通りに限定される(民法1010条1項)。すなわち、①全財産のうちの一定割合を定めた遺贈、②不動産全部の遺贈、③動産全部の遺贈、④不動産のうちの一定割合を定めた遺贈、⑤動産のうちの一定割合を定めた遺贈が包括名義の遺贈である。以上のいずれにもあたらない遺贈が、全て特定遺贈とされる(民法1010条2項)。したがって、例えば「フランス国内にある財産の10%」という形で割合的に指定した遺贈も、①～⑤にあたらぬので特定遺贈であるとされる(もっとも、この区別は不合理であると批判されている)。以上につき Michel GRIMALDI, Règles de fond des testaments: contenu du testament, sous la direction de Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille* 2011/2012, p.903, n°323.21ss.

179) もっとも、相続放棄をした場合には含まれない。特定受遺者も含まれない。

180) ある物を使用し、収益する権利は与えないが、処分する権利を、その権利の名義人に与える所有権の分権かつ主物権。使用権及び収益権は、その物に対する用益権者(usufruitier)の権利である(中村紘一ほか監訳・Termes juridiques 研究会訳『フランス法律用語辞典(第3版)』291頁(三省堂, 2012)を参照した)。

181) FARGE, supra note 138, n°271.113

182) 民法832条の3第3項は、請求が競合した場合について、こうした資質を考慮すべきことを定めているが、一人による請求の場合にもこれを考慮すべきであると考えられる(FARGE, supra note 138, n°271.113, 271.143; LE GUIDE, supra note 173, n°121)。

183) FARGE, supra note 138, n°271.143.

184) なお、民法832条の2によれば、法定の条件を満たす複数の不分割権者が共同して優先的帰属を求めるともできる。これが認められた場合、対象となる財産については、その者らのみによる新たな共有関係が成立する(FARGE, supra note 138, n°271.142)。

185) ただし、同項は民法831条の3, 832条に基づく優先的帰属の場合は、清算金の半分以上の額を支払うことと引換えに、10年を超えない期間の猶予を請求することができることも規定している。

の時点からである。分割が終了した後は、優先的帰属は決定的なものとなり、原則として、帰属を受けた者がこれを放棄することはできない。しかし、本人の行為によらずに対象財産の価値が4分の1以上値上がりした場合には、例外的に放棄できる（民法834条2項）。帰属を受けた者が清算金が高騰して支払に窮するのを防ぐためであるとされる<sup>186</sup>。

#### 4 考察

本章の最後に、以上の検討からフランス法が本稿の問題意識に対していかなる示唆を与えるかを論じることとする。

##### (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

フランスにおいて、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、いかなる役割を担っているであろうか。

まず、我が国において遺産分割手続とは別個独立の訴訟として観念されている遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、フランスにおいては清算書に対する異議への判決という形で、裁判分割手続そのものに内在化されていること、言い換えれば、その訴訟が裁判分割手続の構成要素とされていることに注目すべきである。この訴訟の裁判分割手続内での役割は、それ自体が既判力を有しない裁判所による裁断＝抽籤を、将来に渡って不可争な終局的判断たらしめるために、遺産分割の前提問題を裁断の名宛人＝手続参加者全員の間で確定するという点にある。もちろん、あらゆる前提問題に関して判決が必要なわけではなく、多くの点は、当事者による合意の拘束力によって不可争とされる。つまり、フランスでは、当事者による合意と、それを補充する確認判決の既判力とをもって、抽籤に先立ち、前提問題を当事者全員との関係で終局的に確定するというフェーズが、裁判分割手続自体に組み込まれているということになる。そうした趣旨に鑑みれば、裁断の名宛人となる者＝手続参加者全員が確認訴訟の判決の名

宛人になるということが、この訴訟の存在意義を担保する要件である。

他方で、裁判分割手続の外部で、遺言の有効性を争う等、遺産分割の前提問題に関係する事項の確認訴訟が提起される場合も無論ありうる。こうした訴訟提起に意味があるのは、遺産分割の前提問題ともなりうる事項が、遺産分割とは別の脈絡で争われているに過ぎない場合か、遺産分割の脈絡ではあるが、裁判分割手続を経るまでもなく、協議による私的自治的解決を実現するための環境を整備することを狙って、積極的に争う意思のある者同士が訴訟を行っている場合かのいずれかであろう。

このように見ると、フランスでも、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟は、それを遺産分割という脈絡に位置付ける場合、二つの意味を持つ。

第一は、前提問題を不可争とすることで、裁判所による（それ自体には既判力のない）裁断を終局的な判断とするための、裁判分割手続そのものの構成要素としての意味である。第二は、裁判分割手続外での私的自治的解決の環境を整備するための確認訴訟としての意味である。もっとも、前者も、裁判分割手続から協議分割への移行を促す材料として期待されているという意味で、私的自治的解決を促進する効果を事実上有ることになるが、法形式上の意義は、裁判分割手続において、前提問題を不可争とし、裁断を可能ならしめるという点にあると考えられる。

##### (2) 財の配分ルールとしての抽籤と優先的帰属

フランスでは、我が国と同様、合意が形成されなかった場合に、裁判所が形成的に財産の最終的帰属を決定する手続が用意されている。その際に機能する財の配分ルールは抽籤である。重要なのは、抽籤が機能する前提となる取り分の形成にあたって、全ての具体的財産が金銭的価値の平面に押し上げられ、無個性化されることである。その意味で、裁判所による裁断にまで事が達すれば、原則として具体的な財産の帰趨に着目した処理がなさ

186) FARGE, supra note 138, n°271.172.



れる余地はなくなる。ただし、例外として優先的帰属の制度が認められており、「居住」の保護や、事業や農地といった複合資産の価値の維持等、極めて重要な主観的利益のみが、請求権的な構成で厳格な要件のもとに保護されるのである。

では、抽籤という財の配分ルールを採用するフランス法が、遺産分割における具体的な財産の帰趨に着目したプランニングに無関心なのかといえ、事態は全く逆であろう。確かにフランスの裁判所は自らの形成的判断でそれを実現することには無関心であるが、様々な手続的工夫を凝らして私的自治的解決をバックアップし、具体的な財産の帰趨に着目した遺産分割のプランニングを当事者自身の手で実現させることには極めて積極的だといえる<sup>187)</sup>。言い換えれば、具体的な財産の帰趨に着目した遺産分割のプランニングの実現は、専ら私的自治の平面に委ねられ、裁判所はそれをサポートする形でのみ間接的にそれに関与するのである。優先的帰属の制度は、合意が実現しなかった場合でも守るべき重要な利益を最低限保護するという意味を持ち、翻って、合意の形成局面においてそうした価値が自主的に尊重されることを間接的に促す機能を持つと位置付けられる。

要するにフランスの裁判所は、具体的な財

産の帰趨に着目したプランニングをしたければ、それは合意で行いなさい、ただし、そのためのサポートは惜しみません、とした上で、それでもなお私的自治が機能しない場合に限り、優先的帰属の制度を用いて居住保護や資産価値の維持の観点から重要な具体的財産の帰趨にのみ気を払いつつも、原則的には全ての遺産を金銭価値の平面に押し上げた上で抽籤による機械的分配を行うのである。

### (3) 訴訟共同・合一確定の必要

以上の議論を踏まえて、固有必要的共同訴訟論という観点から、フランス法の議論を整理してみよう。

#### a 訴訟共同の必要

冒頭で見た通り、「不分割権者の持分割合の確定」を求める訴権といった、典型的な遺産分割の前提問題を争う確認訴訟については、訴訟共同が要請されないことがうかがわれる。

しかし、清算書への異議に対応して現れる、裁判分割手続内部での遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の存在意義は、それ自体拘束力を持たない裁判所による裁断＝抽籤を、終局的判断たらしめるために前提問題を不可争なものとして確定するという点にあるのであるから、裁断の名宛人＝遺産分割の当事者全員を既判力で拘束する必要がある、訴訟共

187) 私的自治に実質を委ねるという思考はドイツ法と共通であるが、フランスでは、ドイツとは異なり、司法機関が遺産分割に積極的に介入していることが分かる。つまり、協議分割の例外として認められる裁判分割も、協議分割＝私的自治的解決が断念されたがゆえに作動する手続ではなく、むしろ私的自治的解決の実現をバックアップするための手続であると位置付けられるのである。これは、ドイツが司法機関の消極性によって、私的自治を実質化したこととの対比において、興味深い。

具体的に見ると、まず、呼出状には協議分割形成に向けた努力の記載が要求されているところ、これは軽々に共同相続人が裁判分割に頼ることに対する否定的な評価の表れであり、まずは共同相続人だけでしっかりと合意の形成を試みよとする態度がうかがわれる。そして、ひとたび裁判分割が開始されても、協議分割を試みることができるということが、わざわざ明文で規定されている。

また、手続を主導するのは相対的に私人と近い公証人であり、その公証人さえも当事者自身が選任することができる。清算書が完成した段階で（遺産分割の前提問題が解決した段階で）、合意による解決を試みるべきことが制度上予定されていることも特徴的である。清算書に対して合意がとれない場合には、補充的に遺産分割手続内部で判決手続を用意し、異議につき既判力をもって確定する。先ほど述べた通り、これは法形式上、後に控える裁断を終局的たらしめるという役割を担うが、事実上の機能として、合意の基礎を築くことにもつながるのである。それゆえ、判決後、裁判官は直ちに抽籤を行うのではなく、再び合意形成を目指して公証人のもとに当事者を送り返すことができるのであった。

更に、裁判所による最終的な財産の配分さえも、合意形成のためのツールとして位置付けられている。つまり、抽籤という具体的な財産の帰趨に関心を持たない財の配分ルールをあえて用意しておくことで、抽籤の実施を恐れる共同相続人の合意形成を裏から促進しているのであった。

かくして、フランスの裁判分割手続は私的自治的解決を促進するためのシステムであると評することが許されるであろう。

同を要求することに合理性がある。実際、遺産分割訴権に遺産分割の当事者全員の訴訟共同が要求されている結果として、裁判分割手続の一環である当該確認訴訟についても、自然と訴訟共同が実現することとなっているのである。

他方、裁判分割手続とは無関係に、私的自治的解決の環境を整備するために確認判決が求められる場合、あるいは、遺産分割の前提問題にも関わる法関係が、別の脈絡で争われる場合につき、訴訟共同を要求する理由は基本的に見当たらないと思われ、現実にもそうされていない。

#### b 合一確定の必要

遺産分割の前提問題を合一確定すべきであるとする議論は、さしあたり見当たらない。フランスにおける合一確定の動機は、矛盾判決が出た場合にそれらを同時に実現することが不可能である（法関係に不可分性がある）ことから生じる。すると、仮にこの認識が正当であるとすれば、遺産分割の前提問題を巡って矛盾判決が発生した場合、それらを同時に実現することが可能であると考えられていることになる。

この点については次のように説明することができよう。フランスの裁判分割では、全ての具体的財産が金銭的価値の平面に押し上げられ、無個性化される。それ故、裁判所による裁断にまで事が達すれば、原則として具体的な財産の帰趨に着目した処理がなされる余地はなくなる。すなわち、各自の持分に対応する金銭を分配するのと同じ状態に至るのである。例えば我が国で、配当異議訴訟で相対的処理が可能とされるのと同様、こうした状態で相対的処理をすることは可能である。かくして、確かに矛盾判決が発生しても処理に窮することはなく、少なくともこの観点からは、合一確定の動機は生まれてこないことにも理由があると言えよう。

もっとも、上述のように、清算書に対する

異議手続では、訴訟共同が論理的に先行して導かれているから（その意味で、合一確定の「手段」として訴訟共同が位置付けられているわけではないということになる）、弁論（*débat*）の一体性の結果として、合一確定が実現されることにはなろう。

なお、裁判所が唯一具体的な財産に着目する場面として、優先的帰属の判断があるが、これは、厳格に要件効果化された、いわば請求権的な発想に裏付けられているから、その行使を他の者各々との関係で主張しうるかのみが問題になるように思われる<sup>188)</sup>。

## V. イタリア法

引き続いて、イタリア法の検討を行う。イタリア法の検討もドイツ法・フランス法の検討においてなされたのと同様の観点で行われる。もっとも、ドイツ法、フランス法と比較して、我が国におけるイタリア法の先行研究が少ないことも踏まえ、基本的な概念や制度の説明にも気を配ることとしたい。

### 1 相続人の地位に係る訴権と必要的共同訴訟

イタリアでは、相続人の地位に係る複数の訴権につき、必要的共同訴訟の成立如何を巡る多くの判例が存在する。そこで、まずはそれらの判例を一瞥することとしたい。

#### (1) 遺言異議訴権

イタリア民法 591 条 3 項（以下、本節で単に民法と表記するときは、現行イタリア民法典を指すこととする。他の法律についても同様）によれば、同条 2 項に掲げられた事由により遺言者が遺言無能力とされる場合には、利益を有する者であれば誰でも、遺言に対して異議（*impugnazione*）を唱えることができる。これは遺言の取消し（*annullamento*）<sup>189)</sup>を求める訴権を基礎づけるものと解

188) この点も調査不足であるが、例えば、全員に対して主張できるのでなければ優先的帰属が認められないということになり、その意味で、個別訴訟を許したうえで、具体的財産の帰趨というレベルでの実体法関係の合一確定は実現されることになる、といった議論が考えうる。例えば組合債務の履行に関する三ヶ月教授の見解と似た発想である（三ヶ月章『民事訴訟法』218 頁（有斐閣、1959））。

189) 遺言が効果を生じないこと（*invalidità*）を基礎づける法律構成としては、遺言の無効（*nullità*）と取消し

されている<sup>190)</sup>。この訴権に基づく遺言異議訴権につき、以下のような判例が存在する。

**破棄院 1980年3月21日判決 3339号<sup>191)</sup>**

リーディングケースは、破棄院 1980年3月21日判決 3339号（以下、1980年判決）である。結論を先に述べれば、破棄院は、遺言異議訴権において、（遺言が無効とされた場合に相続人となるべき）法定相続人は必要的共同訴訟人であるとの理解の下、法定相続人となるべき被相続人の妹が当事者とされていないことを理由として、第一審への差戻しを命じた。つまり、遺言異議訴権を必要的共同訴訟であると理解したのである。

本稿の関心からは、こうした結論がいかなる理由で導かれているのかが特に重要な意味を持つことになる。そうした点に留意しつつ、事案と判旨を概観しておこう。

**(a) 事案**

Aは、1966年1月付けの自筆証書遺言で、Yを包括相続人に指定し、9か月後に死亡した。法定相続人であるX<sub>1</sub>X<sub>2</sub>X<sub>3</sub>（以下Xら）は、当該遺言に対して被相続人の無能力を理由として異議を申し立てる訴訟をローマ地裁に提起した。1審は請求棄却であったが、ローマ上訴裁判所は請求を認容した。これに対してYが破棄院に上告。Yは、遺言者の妹Bも同様に共同相続人となるべきところ、Bは訴訟に参加していないから、実体審理は全体として無効であると主張した。

**(b) 判旨**

Bが法定相続人であり、かつ、訴訟に参加していないという事実を認定した上で、以下のように論じた<sup>192)</sup>。

「全ての法定相続人についてなされたのであれば、この判決が無意味に帰することに

は疑いがない。そして、まさにそれが必要的共同訴訟の核心をなすのである」。

「訴訟に呼び出されなかった当事者も、法定相続の開始を宣言し、法定相続人でない者に有利な内容の遺言の効果を排除した判決によって既に満足を得ていると論ずることはできない。第一に、判決は未だ確定しておらず、変更されればその者の期待が害されることになるからである。第二に、問題の遺言によって指定された指定相続人は、共同相続人らが獲得した既判力に服さない他の法定相続人との関係で異なる内容の確認判決を得ることができる。それゆえ、今行われている訴訟に呼ばれなかった共同相続人との間でも、遺言が効果を持たないことが争われ、確認されない限りは、指定相続人は自身を相続に有効に参加することを可能ならしめる主観的状態の保持者であり続けるからである。このことこそが、主観的範囲を限定された判決の無意味さを基礎づけており、この無意味さ故に、必要的共同訴訟が成立するのである。このような状態が永續することによって、Xらとしても、全ての共同相続人の地位が全面的に明らかにされるまでは、判決を自分たちに有利に実現することはできないのである」。

かくして、必要的共同訴訟の成立を基礎づけているのは、相続のタイプの変更（例えば、遺言相続から法定相続へ）や、あるタイプの相続（例えば遺言相続）が存続するということを、「全体として画一的に断定する必要性（*necessità di affermazione complessiva e unitaria*）」であるとされる。

**b 判例の展開**

1980年判決の後にも、多くの判例が、様々な態様の遺言異議訴権において必要的共同訴訟が成立することを認めている<sup>193)</sup>。

(annullamento) とがある。無効事由としては、民法 606 条 1 項列挙の要式性の欠如、共同遺言・相互遺言（民法 589 条）、後見人や公証人に対する遺言（民法 596 条、597 条）等が、取消事由としては錯誤・詐欺・強迫（民法 624 条）の他、民法 606 条 1 項に列挙されていない要式の不備（同条 2 項）や遺言者の遺言無能力（民法 591 条）があげられる。無効訴権は時効にかからないのに対して、取消訴権は 5 年の時効にかかる等の相違があるが、*invalidità* の招来を目的とするという点においては共通である。

190) Marialuisa GAMBINI, *Commento all'Art. 591*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Enrico GABRIELLI, UTET, Torino, 2010, 229.

191) Cass., 21.3.1980, n.3339, in *Foro It*, 1980, C, I, n2798.

192) 以下の引用は全て、*Foro It*, supra note 191, n2801.

193) 判例の展開につき、Roberto TRIOLA, *Il Testamento* 2ed, 2012, 362 ss; GAMBINI, supra note 190, 230.

破棄院 2001 年 3 月 7 日 判決 3323 号<sup>194</sup>) は、民法 591 条に基づく遺言無効訴訟において、指定相続人と受遺者が必要的共同訴訟人となることを認めた。訴訟の結果、指定相続人にとっては遺言が有効（無効）<sup>195</sup>) となり、受遺者にとっては遺言が無効（有効）となるという結果は想定できないからであるとする。

また、「ある者が遺言により、別のある者は法律によって同時に規律されることはありえないという、裁判の目的たる関係の不可分一体性 (*unitarietà inscindibile*)」を根拠として、遺言に対する異議を目的とする訴訟においては問題の遺言による指定相続人と、当該遺言が無効とされた場合に被相続人を法定相続すべき者との双方が共同訴訟人となるとする破棄院 2005 年 4 月 27 日 判決 8728 号<sup>196</sup>) も、同様の思考に立脚しているといえる。

更に、以下のような判例もある。今、異なる者を相続人に指定する二つの遺言が存在するとしよう。先行する遺言によって相続人に指定された者が、後続の遺言に異議を唱える訴訟を提起する場合には、法定相続人が当事者となる必要はないが、先行する遺言によれば指定相続人となるべき他の全ての者は、必要的共同訴訟人とならなければならない<sup>197</sup>)。上にあげた判決の論理からすれば、後続の遺言で相続人に指定された者や、遺贈を受けた者がいる場合には、それらの者との間でも必要的共同訴訟が成立することになると考えられよう<sup>198</sup>)。

## (2) 遺産請求訴権 (azione di petizione ereditaria)

### a 判例

1980 年判決は、先例として、民法 533 条<sup>199</sup>) に基づく遺産請求訴権に関する破棄院 1964 年 3 月 22 日 判決 1261 号<sup>200</sup>) をあげている。遺産請求訴権は、相続財産の一部又は全部を（表見的な）相続人資格に基づいて、又は無権原で占有する者に対して、相続人が自らの相続人としての資格を主張し、かつ、当該財産の返還を求める訴権である。1964 年判決の事案では、法定相続人の一部が、遺言の無効を主張して、遺言相続人に対する相続請求訴権を行使した。

破棄院は、「法定相続人が遺言の根本的な偽造や無効を前提として提起した遺産請求訴権に関しても、……民訴 102 条の定める必要的共同訴訟が生じる。この場合には、訴権は実体的に単一な関係に関する宣言を得ることに向けられており、ひいてはある地位 (*status*) の確認を目的としているところ、当該関係に参与しているという意味で相続に利害関係のある者全員との関係でなされない限り、そのような確認をしても無意味だからである」と述べて、法定相続人側に必要的共同訴訟の成立を認めたのである<sup>201</sup>)。ここでは、相続人の地位の確認という点に特に着目した議論がなされていると分かる。

### b 学説

遺産請求訴権は①相続人の地位の確認と②相続財産の給付請求という二つの側面を有す

194) Cass., 7.3.2001, n.3323, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 428 s.

195) なお、ここでいう「有効」「無効」は“valido”, “invalido”である。“invalidità”, “nullità”, “annullamento”相互の関係については前掲注 189) を参照。

196) Cass., 27.4.2005, n.8728, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 914 s.

197) Cass., 13.1.1981, n.277, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, Cass., 8.7.1996, n.6196, in *Riv.internaz.dir.priv.e processuale*, 1997, 473.

198) そのほかにも、例えば相続不適格者 (*indegno*) を相続人に指名した遺言に対する異議訴訟で法定相続人の必要的共同訴訟を認めた Cass. civ. 12.7.1986, n.4533 等、同様の事例は多数見られる。

199) 遺産請求訴権の定義規定である民法 533 条 1 項は以下のように定める。「相続人は、相続財産の全部又は一部を相続の権原に基づき、又は何らの権原にも基づかないで占有する全ての者に対して、当該財産の返還を受けるために、自らの相続人たる地位を認めるよう請求することができる」。遺産請求訴権については、Enrico ASTUNI, *Commento all'Art. 533, Commentario del codice civile Tomo I*, a cura di V. Cuffaro, F. Delfini, Wolters Kluwer Italia, 2009, 459 ss; Paolo FORTI, *Gli acquisti di immobili ereditari e la trascrizione per causa di morte*, Giuffrè, 2010, 7 ss.

200) Cass., 22.3.1964, n.1261, in *Foro It*, 1964, C, I, n.1803.

201) 破棄院は、1975 年 4 月 24 日判決 1608 号でもこの旨を確認している。A. BALDASSARI e P. CENDON, *Commento all'Art.533*, in *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer Italia, 2007, 644 参照。

る訴権であるが、先に掲げた1964年判決が出された当時の通説（及び判例）は①の側面を強調し、遺産請求訴権を確認訴権として理解していた<sup>202)</sup>。これに対して、近時では②の側面を強調し、遺産確認訴権を給付訴権と理解する見解が有力に主張されており<sup>203)</sup>、この立場からは、必要的共同訴訟の成立が否定されている<sup>204)</sup>。このような対立が生じる理由は必要的共同訴訟の一般論を述べた後に説明する。

### (3) 相続不適格訴権

#### a 判例

民法463条は、同条所定の事由が認められる者は、相続不適格者として相続から排除されると定めている。この点につき、ある者が相続不適格であるとの宣言を求める訴権（相続不適格訴権）が必要的共同訴訟の成立をもたらすか否かが判例上争われた。

破棄院1973年6月27日判決1860号<sup>205)</sup>は、「463条に規定された相続不適格は、必要的共同訴訟を生ぜしめる形成判決によって宣言される。当該判決は相続に利害関係のある者全員に対して発せられなければならない」として、必要的共同訴訟の成立を認めた。

#### b 学説

学説にも、判決に先立ち、同趣旨の理解を示す見解が存在した<sup>206)</sup>。その見解によれば、相続不適格訴権は不適格者に対する相続を原因とする財産移転を無効化する形成訴権

であると性質決定した上で<sup>207)</sup>、「もし相続不適格訴権が、他の相続資格者への財産移転を実現するという効果を伴って、相続不適格者のためになされた財産移転を無効化すること、すなわち、その者を相続から排除することを目的とするのであれば、本来原告に帰属すべき部分の財産移転だけが未了であると考えすることはできず、財産移転の未了を観念しうるとすれば、それは相続人全体との関係においてのみである」<sup>208)</sup>から、「相続不適格訴権が可分（divisibile）であるとする……見解は是認しがたい」<sup>209)</sup>と論じている。

他方、現在ではこの理解に反対する見解も主張されているようである<sup>210)</sup>。それらの見解は、相続不適格訴権を確認訴権であると性質決定した上で、あるいは関係者全員が当事者にならずとも、裁判上相続不適格を宣言することは可能であると論じ、あるいは、更に進んで、相続不適格訴権は人的性格を持つ訴権であるから、訴権を行使した者との関係でのみ不適格が宣言されれば十分であり、訴権を行使しなかった者への財産移転はなされず、不適格者のもとにとどまると論じる。この対立の意味についても必要的共同訴訟の一般論を述べた後に触れる。

### (4) 評価

以上のように、相続人の地位に係る複数の訴権<sup>211)</sup>につき、イタリアでは必要的共同訴訟の成立が認められている。とはいえ、我が

202) この系譜に属するGanzzoni（原典未入手。以下の引用はFORTI, supra note 199, 11の引用に基づく）は、「（遺産請求）訴権は相続人の資格（及び当該財産が遺産に属すること）の確認にのみ向けられており、財産の返還の効果は、その確認が認められた場合に別途自動的に生じる結果であるに過ぎない」とする。判例も、後述の1984年判決以前の段階では、（給付請求としての性格を軽視するあまりに）被告が原告の相続人たる地位を争わない場合には遺産確認訴権は不適法になると解していた（FORTI, supra note 199, 11）。

203) 例えばASTUNI, supra note 199, 461 s. また、FORTI, supra note 199, 12に引用されたCapozziの見解。破棄院1984年10月20日判決5304号も、遺産請求訴権の性質は主として取戻しにあるとして前掲注203)の理解を修正した。

204) FORTI, supra note 199, 19.

205) Cass., 27.6.1973, n1860, in *Mass. Giur. it.*, 1973.

206) Leonardo COVIELLO JR, *Diritto successorio*, Cacucci, Bari, 1962, 178 ss.

207) COVIELLO, supra note 206, 178.

208) COVIELLO, supra note 206, 180.

209) COVIELLO, supra note 206, 180.

210) 以下の記述はLuigi GRAZIANO, *L'indegnità, Scuola di notariato della Campania Fondazione "Emanuele Casale"*, 2007, 12 sの整理によるが、そこであげられているFerri及びSalisのテキスト自体には現在のところアクセスする手段を見出せていない。その意味で、多分に留保付きの記述とならざるをえない。

211) なお、端的に相続人の地位の確認を求める訴えも一般的な確認訴訟として適法であるとされるが（FORTI, supra note 199, 14）、特別には議論されていないように思われる。

国流に、相続人の地位が遺産分割の前提問題であるということを理由として必要的共同訴訟の成立が基礎づけられていると言えるのかどうかは、一見したところ明らかではない。この点について検討するためには、論理的に、一般論として必要的共同訴訟の成立要件がどのように捉えられているかについての認識が不可欠である。また、我が国において遺言無効確認訴訟を通常共同訴訟と解する見解の主要な論拠として、固有必要的共同訴訟という規律がもたらす手続の複雑化があげられていたこととの関係では、必要的共同訴訟の成立が帰結するところの手続法的な効果についても、併せて検討しておくことが有益であろう。かくして次節では、必要的共同訴訟に関する標準的な議論の紹介を試みる。その上で、改めて以上の判例群に対する診断を加えることとしたい。

## 2 必要的共同訴訟

イタリア民訴102条は、1項で、「裁判が数人の当事者に対してでなければ言い渡すことができないときは、これらの当事者は、同

一の訴訟手続において原告となり、又は被告とされなければならない」とし、同条2項は、「前項の訴訟手続が数人の当事者の一部によって、又はそれらの一部に対してのみ進行するときは、裁判官は、その定める不変期間内に対席弁論の補充を命じる」としている<sup>212)</sup>。以下では、この条文を出発点として、必要的共同訴訟に関する標準的な議論をフォローすることを試みる<sup>213)</sup>。

### (1) 必要的共同訴訟の3類型

民訴102条1項は、必要的共同訴訟の制度趣旨及びその成立要件について、積極的な言明をしていない。かくして、これらの点をいかに理解するかは専ら判例・学説による解釈に委ねられている。解釈に際して手がかりとなるのは、必要的共同訴訟の成立を明示に要求しているいくつかの個別規定<sup>214)</sup>である。これらの個別規定から必要的共同訴訟の制度趣旨を探り、法律上明示されていない場合において、その適用範囲をどこまで拡張すべきか<sup>215)</sup>を検討する作業が必要とされる<sup>216)</sup>。

以上の作業を経て<sup>217)</sup>、今日の判例・学説は、三つの類型の必要的共同訴訟を識別するに至っている<sup>218)</sup>。すなわち、①実体法上の

212) 原文を示せば以下の通りである。

Art.102.

(litisconsorzio necessario)

Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo.

Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

なお、イタリア民訴法の条文の訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部編『イタリア民事訴訟法典——1995年12月20日現在——』(法曹会、1995)を参考にしたが、その訳には基本的には従っていない。

213) この節での記述に関して参照した主要な文献は以下の通りである。

Giorgio COSTANTINO, voce *Litisconsorzio* (*Dir. proc. civ.*), *Enciclopedia giuridica*, vol XIX, Giuffrè, Roma, 1990.

Loriana ZANUTTIGH, voce *Litisconsorzio* (*Dir. proc. civ.*), *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol XI, UTET, Torino, 1994, 40 ss.

Francesco P. LUISSO, *Diritto processuale civile I principi generali*, 6ed., Giuffrè, Milano, 2011.

C. CONSOLO e F. GODIO, *Commento all'Art. 102*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di L. COMOLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, e R. VACCARELLA, 2012, UTET, Torino, 46 ss.

214) 典型的な例として、父から子への法律上の親子関係解消を求める訴えに関する民法247条や、遺産分割に関する民法784条があげられる。

215) この点、CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 47 s は、基本的な考慮要素として公正な訴訟と訴権の保護をあげ、あまりにも緩やかに必要的共同訴訟の成立を認めると、最終的に本案判決に至らない(あるいはそれに何年もかかる)ケースが増えてしまい妥当でないから、民訴102条の適用は必要的共同訴訟の成立を認めなければ耐えがたいケースに限定すべきであると主張する。

216) LUISSO, *supra* note 213, 291; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 47 s.

217) 本稿の関心に照らし、学説史については一切割愛するが、さしあたり ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41 ss に簡単な紹介がある。

理由による必要的共同訴訟，②訴訟法上の理由による必要的共同訴訟，③便宜上の理由による必要的共同訴訟の3類型である<sup>219)</sup>。

各類型の意義を簡略に述べれば以下の通りとなる。まず，①実体法上の理由による必要的共同訴訟とは，審理の対象となるのが多面的な法関係であり，原告が訴えによって求める効果を得るためには，当該法関係の主体全員が訴訟に参加していることが不可欠である場合をいう。次に，②訴訟法上の理由による必要的共同訴訟とは，特別な訴えの資格 (*una legittimazione straordinaria ad agire*)<sup>220)</sup> を有する第三者が他人間の法関係について訴訟をする場合に，当該法関係の主体自身が必要的共同訴訟人となる場合をいう。最後に，③便宜上の理由による必要的共同訴訟とは，個別訴訟を行うことも不可能ではないが，同一の訴訟で紛争を処理した方が便宜であるとの立法判断に基づき成立する必要的共同訴訟で，明文の規定がある場合のみ認められる<sup>221)</sup>。

このように整理すると<sup>222)</sup>，特別な訴えの資格が問題となっておらず，明文上必要的共同訴訟の成立が要求されているわけでもない

ことに照らして，本稿の関心事たる相続人の地位に係る訴権についての必要的共同訴訟は，①の類型に位置付けられるように思われる。そこで，以下では対象を①に限定して議論を進めることとしたい<sup>223)</sup>。

## (2) 民訴 102 条の制度趣旨と要件

### a 一般論

実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の成立を認める目的は，訴えを提起したものの，判決が必要的共同訴訟人とされるべき全ての者との関係で効力を有するのでなければ，請求によって実現しようとしている効果を実現することができない原告を保護することにあるとされる。すなわち，特定の法関係を巡る訴訟にあっては，当該法関係の主体全員に対して合一の裁判がなされなければ当該裁判は無意味と帰する (*inutiliter data*) とし，折角提起した訴訟が無益な判決をもって終了することを防ぐべく，原告（ないしは他の当事者）に対席弁論を補充する機会を付与するのである<sup>224)</sup>。

この理解によれば，実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟が成立するのは，裁判所がその法関係の主体全員の面前でなければ（有

218) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 48, 55 ss.

219) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 49 の整理による。

220) 「法律で明示に定められていない限り，何人も訴訟において他人の権利を主張することができない」とする民訴 81 条は，訴訟要件としての訴えの資格を裏から規定していると解されている。本文で見た「特別な訴えの資格」とは，その旨が「法律で明示に定められて」いる場合に他人の権利を訴訟で主張できる資格のことをいう。典型的には民法 2900 条が定める債権者代位訴訟を提起する債権者がこれを有する。これらの点については，さしあたり，LUISO, *supra* note 213, 214 ss.

221) 例としては，遺産分割に関して共同相続人のみならず，分割に異議を述べた相続債権者をも必要的共同訴訟人とする民法 784 条があげられる (CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 63)。共同相続人全員の参加に関する限りでは，実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟と理解することができるが（その一つの説明の仕方として，LUISO, *supra* note 213, 292），異議債権者の参加を強制するのは，立法判断に基づくとされる。

222) なお，以上の3類型とは別に，判例・学説上，*litisconsorzio necessario processuale*（訴訟的必要的共同訴訟）という用語が定着している。これは，我が国流に言えば「訴訟共同の必要」はないが「合一確定の必要」はある類似必要的共同訴訟を指示する概念である。後に述べるように，民訴 102 条は「訴訟共同の必要」を明示に定めた条文であり（逆に言えば，この条文から直ちに「合一確定の必要」が導かれるとはいえない），それを欠く *litisconsorzio necessario processuale* は，民訴 102 条の規律対象ではない。こうした点について，詳しくは，COSTANTINO, *supra* note 213, 2; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 51.

223) 我が国での議論の蓄積が乏しい必要的共同訴訟に関して包括的な紹介を試みることも自体にも一定の意義はあるかと思われるが，そのような試みをなすには膨大な紙幅を要することとなるから，断念する。そうはいつても，実体法上の必要的共同訴訟が必要的共同訴訟論の中心を占めていることは確かであるから，結局のところ制度の全体像に近いものを適宜取捨選択しつつ示すことになる。

224) 対して，当事者とされなかった者の保護は実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の目的ではない。そのような者には，いずれにしても判決の効果は及ばない以上，あえて民訴 102 条が保護をしていると論ずる必要がないからである。この点も含め，本文で示した理解については，Cass., 9.3.2004, n. 4714, in *Mass. Giur. it.*, 2005; COSTANTINO, *supra* note 213, 3; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 53.

効に、かつ、有用に) 裁判をすることができないであろう多面的な法関係が審判対象とされた場合<sup>225)</sup>であることになる。

破棄院は、以上の理を次のような定式で示している。すなわち、「必要的共同訴訟は、法律上明示に規定されている場合のほか、審理の対象となった多面的な実体法状態についての裁判が、その実体法状態の主体全員との関係で必ず合一的にされなければならないがゆえに、当該法関係の全ての名義人の参加なしになされた場合には、当該裁判に固有の意義を見出すことができないとき、すなわち、当該裁判が意味のある実際上の効果をもたらさないときに、成立する」<sup>226)</sup>。

以上を要するに、①多面的な法関係に関して、その主体の一部のみとの関係でなされた裁判が(法関係の性質)、②原告の請求に照らして有用性を持つか否か(原告の意図)が、実体法上の理由による必要的共同訴訟の成立の可否を決する基準となるのである<sup>227)</sup>。

#### b 具体例

以上の一般論のもと、具体的にいかなる事例で必要的共同訴訟の成立が認められるのかを見てみよう。

##### (a) 法関係の形成を求める訴権

第一に、多数当事者間の法関係を形成する(変更する、ないし消滅させる)判決が求められている場合には、他の事情を考慮するまでもなく、必ず必要的共同訴訟が成立する。一部の当事者との関係でのみ当該法関係の形成が実現することはありえない以上、全員と

の関係で効力を持つ形成裁判がなされない限り、いかなる裁判も原告の請求との関係では無意味だからである<sup>228)</sup>。

##### (b) 法関係の確認を求める訴権

以上のように、多数当事者間の法関係の形成に向けられた訴権につき必要的共同訴訟の成立が認められるのは見易い道理であるが、現在の判例・学説はこれに加えて、法関係の確認を求める訴権、あるいは債務の履行(給付)を求める訴権との関係でも必要的共同訴訟が成立しうることを認めている<sup>229)</sup>。

確認訴権につき、判例が必要的共同訴訟を認めたとされるのは、例えば以下の場合であるとされる<sup>230)</sup>。すなわち、複数当事者間の契約で定められた共有物管理のルールが無効であることの宣言を求める場合(共有者全員の必要的共同訴訟)、多数当事者間契約につき、解除条項に基づく解除がなされた後に、解除が成立したことの確認を求める場合(契約当事者全員の必要的共同訴訟)、共有物につき取得時効が成立したことの確認を求める場合(共有者全員の必要的共同訴訟)、土地の所有者が、抵当権を抹消するために、代理権の欠缺ゆえに有効な抵当権設定行為が存在しないことの確認を求める場合(債権者、抵当権設定行為者、土地所有者の必要的共同訴訟)、ある法関係が虚偽表示であることの確認を求める場合(当該表見的な法関係の全当事者の必要的共同訴訟)等である。

また、後に見るように、本稿が取り扱う相続人の地位に関する訴権もこのカテゴリーに

225) 逆に言えば、かかる法関係が付随的問題として審理されるに過ぎない場合には、原告との請求との関係で判決が無意味に帰することには(必ずしも)ならないので、必要的共同訴訟が成立するとは限らない(CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 55によれば、これは破棄院の立場でもある)。

226) Cass., 10.3.2008, n.6381. そのほか、COSTANTINO, *supra* note 213, 55の脚注23記載の諸判例がこの定式を用いているようである。

227) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 57. なお、ここでいう原告の意図とは、個別具体的な原告の意図ではなく、合理的に解釈された原告の意図である。LUISO, *supra* note 213, 295も、法関係の性質と原告の要求との双方に着目しなければ必要的共同訴訟の成否は決せられないことを強調する。

228) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 57によれば、Cass., 11.12.1984, n. 6504は、「複数当事者の状態あるいは関係を変動させることを目的とする形成訴権が行使される場合には、関係する主体の必要的共同訴訟が成立する」との一般論を述べた(なお、この事案では、貸貸人が複数の賃貸借契約の解除訴権が問題となった)。

229) 例えば、遺言異議訴権と必要的共同訴訟に関するリーディングケースとして本節の始めに紹介した1980年判決も、形成訴訟でしか必要的共同訴訟が成立しないわけではないと念を入れて判示しているように、かつては形成訴権においてしか必要的共同訴訟が成立しないとする見解も存在したようである(LUIO, *supra* note 213, 297)。

230) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 58 sの整理に基づく。



位置付けられると考えられる。

(c) 給付を求める訴権

給付を求める訴権につき必要共同訴訟が成立するか否かのメルクマールは、複数の者を相手にした判決がない限り、原告が求める給付の強制執行を行うことができないか否かである。具体的には、共有物に関する作為義務ないし不作為義務の履行を求める場合（例えば、共有建物の収去を求める場合）にのみ、必要共同訴訟が成立する<sup>231)</sup>。

(3) 民訴 102 条 2 項の規律<sup>232)</sup>

a 対席弁論の不補充とその効果

必要共同訴訟が成立すべき場合においては、原告又は被告の一部が欠けているときには、裁判所は不変期間を定めて対席弁論の補充を命ずる（民訴 102 条 2 項）。対席弁論の不補充は、当事者が抗弁として主張できるだけでなく、裁判所が職権でこれを指摘することもでき、控訴審・破棄院の段階で初めてこれを指摘することも妨げられない<sup>233)</sup>。なお、判例によれば、当事者がこれを指摘する

場合、当該当事者は必要共同訴訟人として訴訟に参加すべき主体が誰であるかということと、補充を基礎づける前提となる事実とを摘示しなければならない<sup>234)</sup>。

対席弁論の補充がなされれば訴訟の瑕疵は治癒されるが、裁判所による命令にもかかわらず、不変期間内に当事者が対席弁論の補充を行わない場合には、訴訟は消滅する（民訴 307 条 3 項<sup>235)</sup>）。もっとも、それによって再訴の可能性までもが封じられるわけではない（民訴 310 条 1 項<sup>236)</sup>）。

対席弁論を補充すべきであったことが控訴審・破棄院の段階で発覚した場合、訴訟は第一審<sup>237)</sup>に差し戻される（民訴 354 条 1 項<sup>238)</sup>、383 条 3 項<sup>239)</sup>）。差し戻しがされた場合、控訴審判決ないし破棄院の送達から 3 か月以内に訴訟を再開しない限り、訴訟は消滅する（民訴 353 条 2 項<sup>240)</sup>、392 条<sup>241)</sup>）。

裏から言えば、この段階で即座に訴えが不受理とされる（却下される）という規律がとられているわけではない<sup>242)</sup>。言うならば、

231) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 60.

232) ここでは制度の建付けを、条文中心に、かつ我が国の必要共同訴訟との比較において重要であると思われる点に重点を置きつつ、簡潔に紹介することを心がける。手続上の細則等も含め、詳しくは、COSTANTINO, *supra* note 213, 4 ss; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 53 ss; CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 66 ss の各記述を参照されたい。

233) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 66 s.

234) 本稿の関心との関係でこの理を述べた破棄院判例としては、Cass., 24.11.2009, n.24710 がある。いわく、「遺言の取消しを目的とする訴権は、遺言が無効とされた場合に法律に基づいて相続人となるべき全ての相続人の参加のもとで行使されなければならないが、対席弁論の不補充を主張する当事者は、誰が見落とされた共同訴訟人なのかを、その者の法定相続人の資格を示しつつ、指摘しなければならない」。その他、同趣旨の判例については CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 67 を参照。

235) 民訴 307 条 3 項：「前 2 項に定める場合のほか、法律に別段の定めがある場合を除き、……訴訟を補充する権限がある当事者が……法律上不変期間を定めることを認められた裁判官の定めた不変期間内にそれを行わない場合には、訴訟は消滅する」。

236) 民訴 310 条 1 項：「訴訟が消滅しても、訴権は消滅しない」。

237) ただし、例外的に、破棄院によって控訴審への差し戻しがなされる場合もある。それは、瑕疵が控訴審においてのみ発生した場合であり、具体的には民訴 331 条 1 項（「分離不能な請求又は相互に依存関係にある請求につき、複数の当事者との間で言い渡された判決が、全員との関係で不服を申し立てられなかった場合には、裁判所は、送達となされ、必要な場合には出頭がなされるための期間を定めて、対席弁論の補充を命じる」）違反の場合である。

238) 民訴 354 条 1 項：「前条に定める場合のほか、控訴裁判所は、……第一審裁判所において対席弁論が補充されるべきであったとき……を除いては、訴訟を第一審に差し戻すことができない」。

239) 民訴 383 条 3 項：「破棄院は、第一審が無効であり、それに基づいて控訴裁判所が第一審に差し戻しを行わなければならないと認める場合には、訴訟を第一審に差し戻す」。

240) 民訴 353 条 2 項：「当事者は、判決の送達から 3 か月の不変期間内に訴訟を再開しなければならない」。なお、2009 年 6 月 18 日の法律第 69 号による改正以前は、期間は 6 か月とされていた。

241) 民訴 392 条：「差し戻後の裁判所における訴訟の再開の申立ては、破棄院判決の公告から 3 か月を超えない期間において、いずれの当事者もすることができる」。なお、こちらも、2009 年 6 月 18 日の法律第 69 号による改正以前は、期間は 1 年とされていた。

242) この点につき注意を促すのは、ZANUTTIGH, *supra* note 213, 53.

対席弁論の不補充は訴えの提起に内在する瑕疵ではなく、判決や審理に内在する瑕疵なのである<sup>243)</sup>。その意味を敷衍すれば以下の通りとなる。対席弁論不補充の瑕疵が治癒されれば、本案判決に向けて従来の訴訟は続行され、訴え提起の効果も、見落とされていた当事者に対して送達のと時から及ぶ。しかし、対席弁論補充の前になされた訴訟行為を見落とされていた当事者に対して対抗することはできない（もっとも、この対抗不可能性は職権で採り上げることはできず、抗弁事由となるに過ぎない<sup>244)</sup>）。

#### b 対席弁論の補充方法

対席弁論の不補充は以下の3通りの方法で治癒される。すなわち、①未参加の必要的共同訴訟人による任意参加（民訴105条1項<sup>245)</sup>、2項<sup>246)</sup>、268条1項<sup>247)</sup>、2項<sup>248)</sup>）、②当事者の主導による、未参加の必要的共同訴訟人の召喚（民訴106条<sup>249)</sup>）、③裁判所の命令を契機とする未参加の必要的共同訴訟人の召喚（民訴102条2項、106条）である。これらの方法により瑕疵が治癒されない場合には、訴訟の消滅が帰結されることは上述の通りである。見落とされていた必要的共同訴訟人が参加した場合には、訴訟の全当事者のために弁論及び事実審理の手続が再開される<sup>250)</sup>。

なお、関連して、原告側に必要的共同訴訟

が成立する場合に、必要的な原告となるべき者全てが訴えの提起行為をしなければならないのが問題となり、これは否定されているようである<sup>251)</sup>。すなわち、原告となるべき者が当事者として訴訟に参加する必要があることと、その者が訴えを提起する必要があることとの間には論理的なギャップがあり、訴え提起を望まない者に当該行為を強いることは妥当でない。そこで、必要的な原告となるべき者のうち、一人が訴え提起し、残りの者にはそれに伴う参加強制さえ課せば十分であるとされる<sup>252)</sup>。

#### c 対席弁論不補充のままなされた判決の効果

対席弁論の不補充が見落とされ、判決が出てしまう場合がある。実体法上の理由に基づく必要的共同訴訟の場合、このような判決は見落とされた者との関係においてのみならず、訴訟に参加した者との関係においても、完全に無効（*inutiliter data*）であり、既判力（民法2909条）を生じない<sup>253)</sup>。

#### (4) 民訴102条と合一確定の要請

##### a 合一確定の要請？

以上は、複数の当事者が訴訟に参加することを強制するための規定であり、民訴102条から最低限導かれる規律はこれに尽きているとも考えられる<sup>254)</sup>。すなわち、民訴102条が明示に表現するのは訴訟共同の必要のみで

243) COSTANTINO, *supra* note 213, 4.

244) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 70.

245) 民訴105条1項：「何人も、当事者の全員又はその一部に対して、その訴訟の目的と関係する権利もしくはその訴訟で申し立てられた名義に依存する権利を主張するために、他人間の訴訟に参加することができる。」

246) 民訴105条2項：「前項に規定する場合に加えて、固有の利益が存する場合には、当事者の誰かが主張している論拠を支持するために、参加することもできる。」

247) 民訴268条1項：「参加は結論が出されるまですることができる。」

248) 民訴268条2項：「第三者は、参加の時点において他の当事者がなすえない行為をすることができない。ただし、対席弁論の必要的補充のために任意で参加する場合はこの限りでない。」

249) 民訴106条：「全ての当事者は、訴訟を共有すると考える第三者又はその者によって保証がなされていると主張するところの第三者を訴訟に召喚することができる。」

250) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 69. なお、①・②の方法によって、控訴審の段階で見落とされていた必要的共同訴訟人が参加した場合には、明文を欠くが、原則として審理は第一審へと差し戻されざるをえない。しかし、判例によれば、参加した当事者が「訴訟状態を受け入れる」場合には、例外的にその必要がないとされている（Cass., 5.6.2005, n.16504）。

251) LUISO, *supra* note 213, 301.

252) LUISO, *supra* note 213, 301の言葉を借りれば、この訴え提起行為は、被告に対しては *editio actionis* の意味と *vocatio in ius* の意味との双方を有するが、原告となるべき者に対しては、*vocatio in ius* の意味のみを持つ、ということになる。

253) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 70.

あり、更に合一確定まで保障するかどうかは、論理的にも実定法的にも別の問題である<sup>255)</sup>。

しかし、実体法上の理由による必要的共同訴訟は、まさに合一確定の必要から訴訟共同を導くものであったことからすれば、少なくともこの類型においては<sup>256)</sup>、合一確定が保障される必要がある。こうした観点からすると、「これらの当事者は、同一の訴訟手続において原告となり、又は被告とされなければならない」と定める民訴102条1項の後段は、一度訴訟が係属すれば、全当事者にとって合一的な審理（そしてその結果としての合一的な判決）がなされなければならない旨を表明した規定であると読むことができる<sup>257)</sup>。

#### b 合一確定の保障手段

では、合一確定はいかなる手段で保障されるのか。まず、民訴306条に基づき、原告側必要的共同訴訟の場合における当事者による認諾や、被告側必要的共同訴訟の場合における当事者による放棄は、他の全員の追認なき限り、効果を生じない<sup>258)</sup>。また、「分離不能な請求又は相互に依存関係にある請求につき、複数の当事者との間で言い渡された判決が、全員との関係で不服を申し立てられなかった場合には、裁判所は、送達がなされ、必要な場合には出頭がなされるための期間を定めて、対席弁論の補充を命じる」として、不服申立ての不可分性を述べた民訴331条が合一確定のための規定として数えられる。更に、事柄の性質上当然に、審理を分離することは許されないと解されている<sup>259)</sup>。

また、民法上にも関連する規定がある。ま

ず、裁判上の自白（民訴228条）の証拠力に関する民法2733条は、2項で「裁判上の自白は、処分不能な権利に関する事実について争われているのでない限り、自白をした者にとって完全な証拠となる」と定めつつ、3項では「必要的共同訴訟（民訴102条）の場合には、共同訴訟人の一部のみによってなされた自白は、裁判所の自由心証に委ねられる」としている。要するに、全員でない限り自白に拘束力は生じない<sup>260)</sup>。これらの規定の趣旨から、証拠一般が全当事者につき一様に評価されるとの一般則も導かれるとされる<sup>261)</sup>。

### 相続人の地位に係る訴権の再検

#### 3 討——遺産分割の前提問題の合一確定？

##### (1) イタリアの実体法理解

必要的共同訴訟に関する以上の一般論を踏まえて、相続人の地位に係る訴権が必要的共同訴訟とされていることについての評価を下しておくこととしよう。

既に述べたように、相続人の地位に係る訴権について成立する必要的共同訴訟は、3類型でいうところの実体法上の理由による必要的共同訴訟に該当するものと思われる。そうであるとすれば、我が国の通説がそうするように、イタリア法が事後的な遺産分割を見据えた機能的な見地からこれらの訴権に必要的共同訴訟を成立させているとは（少なくとも直ちには）言うことができない。むしろ、①相続人の地位の確認という法関係が多面的かつ単一的であり（法関係の性質）、②原告の

254) ZANUTTIGH, *supra* note 213, 54 は、本文で述べたような訴訟共同の必要が民訴102条の「最小限の意味 (significato minimo)」であるとする。

255) COSTANTINO, *supra* note 213, 2; ZANUTTIGH, *supra* note 213, 54.

256) これに対して、便宜上の理由による必要的共同訴訟については、「訴訟共同の必要」はあるが「合一確定の必要」はないという場合がありうることを示唆されている (ZANUTTIGH, *supra* note 213, 41)。

257) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 64.

258) 民訴306条1項前段：「訴訟の続行に利害関係を有しうる構成当事者から認められた場合には、訴訟は訴訟行為の放棄によって終了する」。

259) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 64. なお、このこととの対比で、任意的な共同訴訟 = *litisconsorzio facoltativo* を定める民訴103条2項は、裁判官は裁量で訴訟の分離を行いうる旨を明示的に定めている。

260) また、宣誓についても民法2738条3項が同様の規律を置いている。

261) CONSOLO e GODIO, *supra* note 213, 65.

請求を実現するためには、相続に利害関係を有する全主体との関係で当該法関係を変動させなければならない(原告の意図)という一貫した実体法認識が、必要的共同訴訟の成立を基礎づけているのだということが分かる。

遺言無効訴権についての1980年判決のロジックは、遺言の無効を全員との関係で確認しない限り、一部の者との関係では無効とされた遺言に基づく相続人がなお自らの権利を主張しようとするところ、これでは原告の意図は実現されないとするものであると理解できる(②)。そして、その認識を支えているのは、「ある者が遺言により、別のある者は法律によって同時に規律されることはありえないという裁判の目的たる関係の不可分一体性」(前出・破棄院2005年4月27日判決8728号)という実体法理解であるといえよう(①)。

遺産請求訴権に関する判例のロジックも、当時の判例・通説が採用する遺産請求訴権の確認訴権的把握に基づく限り、同様の枠組で理解可能である。これに対して、遺産請求訴権を給付訴権と捉える近時の学説が必要的共同訴訟の成立を否定するのは、相続人の地位という法関係が訴訟の前提問題であるに過ぎなくなり(①)<sup>262)</sup>、対象財産の給付さえ得られれば原告の目的が達せられる(②)と解されることになるからである。

相続不適格訴権について言えば、これを形成訴権であるとする理解が必要的共同訴訟の

肯定をもたらしていたことが分かる。

## (2) その根源?

問題はなぜそのような実体法認識が成り立つのかである。原告の意図が、自己に割り当てられるべき金銭価値に対応する財産を要求する点に尽きるのだとすれば、個別訴訟を許したとしても原告の意図は実現すると思われる。例えばドイツではそう考えられていることが明らかである。しかしイタリアでは、ある被相続人に関して生ずる相続法関係の全体が自らの主張に基づいて統一的に規律されること自体に原告の意図があり、原告のもとに財産がもたらされるのは、あくまでもその結果であると観念されているようである。その理由を十分に明らかにするデータは収集できていない。

そこで、この点はオープンとしたまま、遺産分割制度の分析に移る。本章の末尾に、遺産分割制度との関係で、若干の言及をすることにする。

## 4 イタリアの遺産分割制度

以下では、イタリアの遺産分割の概要について、本稿の関心に沿う限りで検討を行うこととする<sup>263)</sup>。

### (1) 遺産分割の主体と客体

イタリア法では、遺産分割に関する規定として、民法713条～768条、1111条～1116条<sup>264)</sup>、民訴784条～791条が置かれている。

262) この点に関しては前掲注225)及び対応する本文を参照。

263) この節での記述に関して参照する主要な文献は以下の通りである。

Giovanni TOMEL, voce *Divisione III) Divisione giudiziale (Dir. civ)*, *Enciclopedia giuridica*, vol XI, Giuffrè, Roma, 1989.

Giovanni BONILINI, voce *Divisione (Dir. civ)*, *Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile*, vol VI, UTET, Torino, 1990, 481 ss. [BONILINI, *Digesto* として引用]

Paolo FORCHIELLI e Franco ANGELONI, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Della Divisione Art. 713-768*, a cura di Francesco GALGANO, Zanichelli, Bologna, 2000.

Andrea MORA, *La divisione giudiziale, Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, a cura di Giovanni BONILINI, Giuffrè, 2009, 255.

Francesco VENOSTA, *Commento all' Art. 713 - , Commentario del codice civile. Delle successioni. Art. 713-768*, a cura di V. CUFFARO, M. ANTONINI, UTET, Torino, 2010, 4 ss. [VENOSTA, *Art.OOO* として引用]

Giovanni BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni 5ed*, UTET, Milano, 2010. [BONILINI, *Manuale* として引用]

264) 遺産分割を特に対象とする民法713条以下とは異なり、民法1111条以下は、遺産分割そのものを固有の対象とする規定ではないが、遺産共有を含む共有一般に(少なくとも抽象的には)妥当する規律である(VENOSTA, *Art. 713*, 5)。

民法 713 条 1 項によれば、「共同相続人はいつでも<sup>265)</sup> 遺産分割を請求することができる」。裁判外で行うにせよ、裁判手続を利用するにせよ、遺産分割は（少なくとも）共同相続人全員の関与のもとに行われる必要があり、それを欠いた場合、実体法的に無効となる<sup>266)</sup>。このことを捉えて、遺産分割は主観的包括性を有する行為であるとされる<sup>267)</sup>。

なお、共同相続人が相続分を譲渡した場合の規律について、かつては、相続人たる地位は譲渡不能であり、かつその地位は相続財産の共有者たる地位を凌ぐとの理解のもとに譲渡人たる相続人がなお遺産分割の必要的な当事者になるとの理解が通説であったとされるが<sup>268)</sup>、破棄院 1967 年 11 月 5 日判決 975 号<sup>269)</sup> は遺産分割の当事者となるのは当該遺産の共有者全員であるとするのが論理的であると、譲受人が当事者になるべきことを明確にした。

遺産分割の客体となるのは遺産（*eredità*）であり、被相続人の死亡時に被相続人に帰属していた全財産である。原則として分割に際しては遺産の全てが対象とされる<sup>270)</sup> が、共同相続人全員の同意があれば一部分割も可能である。

## (2) 遺産分割の方法

遺産分割の方法は、協議分割（*divisione*

*amichevole, contrattuale*）と、裁判分割（*divisione giudiziale*）とに分けられる<sup>271)</sup>。

### a 協議分割（*divisione amichevole, contrattuale*）

協議分割は、合意による遺産分割方法である。不動産を対象とする場合には方式要件が課されることその他（民法 1350 条 11 号）、法律上特別な規定は存在しないが、上述の通り、共同相続人全員によってなされることが実体法上の有効要件となる<sup>272)</sup>。

### b 裁判分割

協議分割が奏功しない場合、裁判手続<sup>273)</sup>を通して遺産分割が行われる。もともと、事前に協議分割が試みられていることは、法律上、裁判分割を開始するための要件にはなっていない<sup>274)</sup>。協議分割と同様、遺産分割の包括的性質がもたらす帰結として、裁判分割においては、全共同相続人の裁判手続への参加が必須とされ、このことは民訴 784 条<sup>275)</sup>によって明示に規定されている。言い換えれば、裁判分割の手続は法律上明文のある必要的共同訴訟である<sup>276)</sup>。

#### (a) 手続の開始

裁判分割は、全ての共同相続人（更に、存在する場合には分割に異議を述べた債権者）に対し、民訴 22 条に基づき土地管轄を有する裁判所（相続開始地・被相続人の住所を管

265) ただし、民法 713 条 2 項・3 項、715 条、1111 条 2 項・3 項に例外規定がある。

266) 裁判分割に関する限り、民訴 784 条がこのことを明示に規定している。

267) MORA, *supra* note 263, 258, VENOSTA, *Art. 713*, 56 s, BONILINI, *Manuale*, n.237

268) この認識は VENOSTA, *Art. 713*, 57 の記述に負う。この旨を述べる学説の原典にはアクセスできていない。

269) Cass., 11.5.1967, n.975, in *Giur. It.*, 1967, I, 1, 879.

270) 学説では、例えば MORA, *supra* note 263, 258 のように、このことをもって遺産分割は客観的包括性を有するとするものもあるが、本文で述べた通り、この原則は例外則を承認しているのであるから、あえてそう論ずる必要性もないであろう（VENOSTA, *Art. 713*, 56）。

271) この点につき、遺言分割（*divisione testamentaria*）が第三の方法としてあげられることも多い（例えば BONILINI, *Manuale*, n.239）。遺言分割は、フランスのそれと同様、被相続人が主体となり遺言を用いて行う分割であるが、相続開始と同時に特定の相続財産が相続人の固有財産に移転するという意味で、遺産共有を生じさせないから、共有物の解消手段としての *divisione* にはあたらない（BONILINI, *Manuale*, n.245）。フランス法と同様、さしあたり本稿の検討の対象からは外す。

272) その他の点については、さしあたり BONILINI, *Manuale*, n.239.

273) なお、裁判分割の手続が争訟的＝訴訟的（*contenzioso*）か、自由意志的＝非訟的（*volontario*）かについては、見解の対立を見る。MORA, *supra* note 263, 268.

274) MORA, *supra* note 263, 255. もともと、社会的事実としては別であろう（BONILINI, *Manuale*, n.240）。

275) 民訴 784 条：「遺産分割の請求……は全ての相続人……に対して行われなければならない」。

276) その帰結として、共同相続人の一部が参加せずしてなされた裁判分割手続における裁判は無効となる（MORA, *supra* note 263, 259）。なお、相続人の包括承継人も当事者となる（MORA, *supra* note 263, 261 s, BONILINI, *Manuale*, n.237）。

轄する裁判所)への出頭を求める召喚(citazione)をすることによって開始される<sup>277)</sup>。召喚状には、遺産分割の裁判を求める旨と、対象となるべき財産を記載し、財産目録が存在する場合には、それも提出する<sup>278)</sup>。

#### (b) 分割請求権の存否確定

裁判分割の手続は、大きく2段階に分けられる。第一が原告に遺産分割を求める権利(以下、分割請求権)があるか否かを確定する段階であり、第二が具体的に遺産分割の作業を行う段階である。ここでは前者について論じる。

民訴785条によれば、分割請求の存在に異議がない場合には、事実審理裁判官(giudice di istruttore)<sup>279)</sup>が遺産分割作業の開始決定をする<sup>280)</sup>。

分割請求権の存在に異議がある場合、又は原告が既判力をもって分割請求権の存在を確定してほしいと求めたときには、判決をもって分割請求権の存否が確定される(民訴785条による民訴187条の準用<sup>281)</sup>)。

#### (c) 遺産分割作業

第二段階である遺産分割作業は、更に複数の局面に分節して把握することができる。すなわち、(aa)分割対象財産の形成、(bb)取り分の形成、(cc)分割計画の作成と承認、(dd)取り分の割当と配分である。これらの局面は、実体レベルでは民法718条以下に基づいて、手続的には民訴786条以下に基づいて規律される。遺産分割作業を主導するのは原則として事実審理裁判官であるが、事実審理裁判官の判断で公証人(notario)にこれを委任することもできる(民訴786条)。

##### (aa) 分割対象財産の形成

初めに行うべき作業は、遺産分割の対象となる財産(massa attiva, massa dividenda)の形成である。贈与財産の持戻しや、相続人の被相続人及び他の相続人に対する債務の計上もこの段階で行われる(民法724条、725条)<sup>282)</sup>。

##### (bb) 取り分の形成

分割対象財産が形成された後には、その財産を評価<sup>283)</sup>し、各自の持分に相当する取り

277) MORA, supra note 263, 263 s.

278) MORA, supra note 263, 265.

279) 事実審理裁判官(giudice di istruttore)について、一般的には、Francesco.P. LUISO, *Diritto processuale civile II Il processo di cognizione*, 6ed., Giuffrè, Milano, 2011, 51 ss. イタリアの民事訴訟第一審手続は、当事者主導の導入段階、事実審理裁判官主導の事実審理段階、合議体主導の判決段階に分かれ、事実審理裁判官は単独で証拠調べ・事実調べを主導する。

それを踏まえて、裁判分割の局面における事実審理裁判官の権能の特殊性については、TOMEL, supra note 263, 6. それによれば、事実審理裁判官の事実審理の権能は、紛争が生じた場合にのみ民訴187条(後掲注281))に基づいて発現する潜在的なものであり、その他の場合に行使する権能は、通常的事実審理権限とは性質を異にする、遺産分割特有の処理権能である。それは、当該権能を公証人に委譲することが認められていること(民訴786条が明文でこれを認める)からも明らかである。

280) MORA, supra note 263, 71. 裏から、民訴785条決定の意義を事実審理裁判官が自らに分割作業を行う権能を付与する裁判であると位置付けることも可能である(TOMEL, supra note 263, 6)。

281) 民訴187条1項:「事実審理裁判官は、訴訟が証拠調べをしなくても本案判決に熟していると判断した場合には、当事者を合議体の面前に移送する」。要するに、民訴187条の準用は判決手続への接続を意味し、その前提となる事実審理裁判官による事実審理は、187条の規律に基づいてなされるということの意味する。証拠調べをしなくても本案判決に熟している場合とは、例えば被告が事実について争わず、もっぱら法的なレベルでの争いが存する場合である(LUISO, supra note 279, 54)。

民訴187条2項:「前提的性質を有する本案の問題について別途判断するために当事者を合議体の面前に移送できるのは、その問題の判断が訴訟を決定づけられる場合のみである」。

民訴187条3項:「裁判権、管轄又はその他の先決問題に関する問題が生じたときにも、前項と同様に裁判する。それらを本案と一体として判断する旨を定めることもできる」。

2項・3項の規律については、LUISO, supra note 279, 59 ss.を参照。それによると、民訴187条2項は、権利障害事由・変動事由・消滅事由の存在が確定された場合等、他の点についてそれ以上当事者の要求する事実審理をしても本案の棄却を免れえない状態に至った場合に、無駄な審理が行われるのを防ぐべく全体について的事実審理が済んでいない段階でも合議体へ移送できる旨を定めた規定である(60, 61)。3項は、同様の趣旨から、訴訟要件の欠缺等により、請求却下が確定した場合に、事実審理を終えて合議体に移送しうる旨を定めている(62)。

282) この点については、TOMEL, supra note 263, 7を参照。

分を形成する<sup>284)</sup> 作業が行われる (民法 726 条)。民法 718 条は、全ての共同相続人は持分割合に対応する動産・不動産を現物で取得する権利があると定め、更に民法 727 条 1 項は、全ての共同相続人は自らの取り分のうちに、相続分の割合に応じた同種同等の動産・不動産・債権が含まれるように要求できると定めている。もっとも、この規定を常に適用するのは不可能である<sup>285)</sup>。明文上の例外として、分割が困難な不動産を一人にとらせて補償金で処理することを認める民法 720 条や、特定の土地の細分化禁止 (民法 846 条、722 条)、民法 727 条 2 項記載の諸動産 (歴史的・学術的・芸術的価値がある蔵書、ギャラリー、コレクション) に関する細分化禁止がこれに歯止めをかける他、民法 728 条が一般的に差額金の支払による現物不平等の解消の余地を認めていることから、現物における平等が絶対的な基準として機能しているわけでないことは明らかである<sup>286)</sup>。もっとも、民法 718 条・727 条の存在は否定し得ないところであり、容易に分割可能な動産等についてはこの基準が可能な限り守られるべきであるとされる<sup>287)</sup>。

### (cc) 分割計画の作成と承認

これが済むと、事実審理裁判官は分割計画を書記課に提出し、命令で審理期日を定め、関係当事者に出頭を求めることになる (民訴 789 条 1 項)。命令は当事者に送達される (同条 2 項)。期日において異議がない場合<sup>288)</sup>

には、事実審理裁判官が決定<sup>289)</sup> で分割計画に執行力を付与する (同条 3 項)。公証人が分割計画を作成した場合も基本的に同様である (民訴 791 条)。

期日において、分割計画に異議が出た場合には、民訴 187 条に基づき、裁判所が異議について判決をもって裁判することになる。異議に関する判断の後、必要があれば分割計画を練り直し、再び同意を得ることになる。

この裁判の対象となるのは、財産の価格評価その他の分割計画作成に関する前提問題であり、それに関して既判力をもって確定がなされることになる<sup>290)</sup>。

### (dd) 取り分の割当と配分

#### (aaa) 明文上のルール

民法 729 条は「等しい取り分の割当は、抽籤によってなされる。等しくない取り分については配分がなされる。しかし、異なる割合の等しい部分を構成する財産については、抽籤をすることもできる」と定めている。ここでは取り分の「割当 (assegnazione)」という用語と、取り分の「配分 (attribuzione)」という用語が使い分けられており、前者は抽籤によって共同相続人と特定の取り分とを結びつける作業を、後者は判事の判断によって特定の取り分を共同相続人に付与する作業をそれぞれ表している<sup>291)</sup>。

割当がされる (= 抽籤がされる) のは、問題となる取り分が等価である場合である。例えば、共同相続人である Tizio と Caio の相

283) 遺産分割の時点における市場価格が基準となる。この点も含め、財産評価については VENOSTA, *Art. 713*, 12 を参照。

284) なお、被相続人は遺言で各相続人の取り分の形成方法について指示を与えることができ、これは裁判所をも拘束する (民法 734 条参照)。

285) BONILINI, *Manuale*, n.241; MORA, *supra note* 263, 278.

286) MORA, *supra note* 263, 278, VENOSTA, *Art. 713*, 9.

287) VENOSTA, *Art. 713*, 11.

288) なお、欠席した場合も含め、積極的に異議が出されない限りは同意が推定される。

289) 詳論はしないが、この決定の性質については争いがある (MORA, *supra note* 263, 281 s.)。

290) イタリアの学説において、我が国における遺産確認訴訟に相当する訴訟に関する議論を管見の及ぶ限り見出すことができないのは、このことに由来するのではないかと推測される。ある財産が遺産 (ないし遺産共有又は共有) であることの確認を求める確認訴訟が (理論上) 存在しないわけではないのであろうが、訴訟上の分割手続の中に判決手続が内在化されている以上、特にその訴訟をとりあげて議論する必要性が乏しいということではないであろうか。

291) FORCHIELLI e ANGELONI, *supra note* 263, 221. VENOSTA, *Art. 729*, 142 は、これを単なる記述上の便宜のためと見ることも可能ではあるが、立法者が二つの方法が別物であることを明瞭に示すためにあえて用語を変えたと思われるべきではないかとする。

続分が各2分の1ずつである場合、価値の等しい二つの取り分が形成されているはずであるところ、この場合には、いずれの取り分をいずれの相続人に帰属させるかは、抽籤で決めることになる。この場合に抽籤を行う趣旨としては、第一に、裁判官（又は公証人）の恣意的な裁量行使を抑制でき<sup>292)</sup>、共同相続人間の公平を実現できること<sup>293)</sup>、第二には、共同相続人が主観的な理由に基づいて特定の取り分に執着することを不可能にする（それを巡って紛争が生じるのを防ぐ）ことがあげられる<sup>294)</sup>。

他方、配分がされる（＝抽籤がされない）のは、上記以外の場合である。例えば、共同相続人である Tizio と Caio の相続分が3分の1と3分の2である場合、価値にして2:1の二つの取り分が形成されているはずであるところ、これを Tizio と Caio に帰属させる際には、抽籤は行われ<sup>295)</sup>ない。立法論としては、等価値の取り分を三つ形成し、抽籤によって Tizio に二つ、Caio に一つを割り当てることも考えうるが<sup>296)</sup>、立法者は手続の単純化のためにこれを避けたとされる。なお、民法729条の後段は、取り分が等しくない場合でも裁判官の裁量にしたがって<sup>297)</sup>、抽籤が行われ<sup>298)</sup>ることを規定している。その意義は、等しい価値を持つ複数の財産が取り

分と同数存在し、かつ各財産がそれぞれ別の取り分に配分される場合に、その財産について抽籤が行われ<sup>299)</sup>ることにあると解されている<sup>298)</sup>。

以上のことは、結果として、取り分の形成段階における裁判官又は公証人の態度（及びそれに対する共同相続人の態度）にも反映される。すなわち、抽籤が行われることが予期される場合には、どの取り分が誰に行くかは全く不透明であるので、裁判官・公証人は中立的であらざるをえないし、共同相続人も然りである。それに対して、配分が行われる場合には、どの取り分がどの共同相続人に渡るのが取り分形成の段階において明らかであるので、裁判官・公証人の良く言えば配慮、悪く言えば恣意が働く余地があり、共同相続人も特定の財産に対する執着を見せて、議論が紛糾し<sup>300)</sup>うる<sup>299)</sup>。

#### (b b b) 明文上のルールからの逸脱—— 裁判官の裁量の拡大

もっとも、民法729条は強行規定であると解されていない。学説上争いが<sup>301)</sup>ないのは、共同相続人全員の合意がある場合、及び遺言者が民法733条に基づいて特定の財産を特定の相続人の取り分に割り当てる旨を表明している場合には、抽籤が行われ<sup>302)</sup>ないということである<sup>300)</sup>。

292) BONILINI, *Manuale*, n241. FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221 は、これを敷衍して、誰にどの取り分が行くかを事前<sup>303)</sup>に知ることができないことによって、裁判官（ないし公証人）が財産評価や取り分の形成に際して特定の共同相続人を優遇するといった事態が生じることを絶対的に防ぐことができるとする。

293) VENOSTA, *Art. 729*, 142 s は、共同相続人間における唯一の相違は持分割合の相違であり、持分が等しい状況のもとでは、公平を強く保護すべきであるとする。

294) FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221. また、VENOSTA, *Art. 729*, 143 が便宜主義的行動の抑制をあげるのは、本文で述べた意味であろう。

295) なお、例えば3人の共同相続人の持分が2分の1、4分の1、4分の1であった場合には、抽籤による割当と配分とが併用されることになる（VENOSTA, *Art. 729*, 143）。

296) VENOSTA, *Art. 729*, 142 によれば、旧法である1865年民法の996条は、こうした場合、裁判官にくじ引きによる割当をするか配分をするかの選択権を付与していたようである。

297) 共同相続人が望まなくても裁判官が抽籤を行ってよいという点については意見の一致が見られるが（その結論は、取り分の形成が裁判官に委ねられていることに鑑みて支持し<sup>304)</sup>うるのである）、共同相続人が抽籤の実施を要求した場合に、裁判官は必ず抽籤を行わなければならないのかという点については見解の対立がある。FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 224 は、この規定は抽籤の有する価値を最大限保護しようとする趣旨に出たものであるとの理解に照らして、共同相続人がそれを求める場合には裁判官は必ず抽籤を行わなければならないとする。これに対して VENOSTA, *Art. 729*, 143 は、この場合にも裁判官は拘束され<sup>305)</sup>ないとする。論拠として、条文のテキストに忠実である限り、抽籤の利点は等しくない取り分が問題となる場合には一般的に無視されているとする Burdese の見解（原典未入手）を引用している。

298) VENOSTA, *Art. 729*, 143.

299) 例えば、FORCHIELLI e ANGELONI, *supra* note 263, 221 はこのことを裏から記述する。



しかし近時の破棄院判例は、更に進んで以下のように論じている。「(裁判官又は公証人が) 特定の共同相続人に肩入れするような事態が生じる可能性に対抗し、分割作業の透明性を図るために民法 729 条が規定する抽籤の基準は……絶対的なものではなく、それが望ましいというのに過ぎないから、裁量的な判断に従ってこのルールから逸脱することができるのである。その判断は、抽籤を行った場合に帰結されよう財産の機能的・経済的な状態に関する客観的要因のみならず、尊重すべき確実な必要性という主観的要因を考慮してなされても構わないのであり、その必要性の評価が適法であるか否かは、専ら動機づけに瑕疵があるか否かという観点からのみなされるのである」<sup>301)</sup>。

判例のいう客観的要因とは、複合的な財産が分割されることによる損失の回避等を意味し、こうした事実の考慮は明文上予定されている。これに対して、主観的要因として想定しているのは、ある財産がある共同相続人の生活を支えている場合や、ある共同相続人の固有財産と経済的に強く結びついている場合等であるとされる。学説は前者のような場合はまだしも、後者の場合を考慮事由に含めるのは妥当でないとして、これを裁判官による「過剰な裁量」<sup>302)</sup> の留保であると批判している。

## 5 考察

本稿の最後に、以上の検討からイタリア法が本稿の問題意識にいかなる示唆を与えるかを論じることとする。

### (1) 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の意義

イタリアにおける、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の位置付けは、フランスにおけるそれと、ほぼ同様であると評価して差し支えなからう。そこで、重複を避けるために端的に結論のみ示せば、以下の通りである。

第一に、分割計画に対する異議を受けて行われる確認訴訟は、裁判所の裁断(抽籤による割当と、裁判官による財産の配分)に終局性を付与するべく、合意の調達できない前提問題につき、裁判分割手続の当事者全員を既判力で拘束するという役割を担う。

第二に、裁判外で遺産分割の前提問題となる事項が争われることもあり、これは私的自治的解決その他の目的に資する。

### (2) 裁判所による具体的財産の帰趨の決定

イタリアの遺産分割手続においては、ドイツ・フランスと異なり、裁判所による形成的分割が行われる局面において、具体的な財産の帰趨に着目した裁断が行われうることが特徴的である。明文上裁判官による配分(attribuzione)が行われるとされている場合はもとより、明文上は抽籤が行われることとされている場合においても、近時破棄院は、裁判官の広範な裁量に基づき、配分を実施することができる旨を明らかにした。この意味で、イタリアの遺産分割手続が持つ裁断ルールは、我が国のそれと比較的親近性があるといえることができる。

破棄院の方針転換は、単に抽籤によっていたのでは相続人の生活基盤の保障といった価値が実現されえないことを問題視してのことと思われる。この点、抽籤がもたらす帰結を合理化する手段である優先的帰属の制度を持たないことが、強く影響していると予測されよう。また、フランスと類似した制度をとっているものの、召喚状には協議分割に向けた努力の記載を要しないこと、いつでも協議分割ができることが明文上規定されているわけでもないこと、公証人も裁判官の判断で選任すること、分割計画成立後の合意形成の試みが制度上保障されているわけではないこと等に照らし、私的自治的な解決をバックアップするという意識は相対的に希薄であるといえることができる。その分、具体的財産の帰趨を考慮したプランニングの実現を、明文上のルールを超えてまで、(私的自治的解決にで

300) VENOSTA, *Art. 729*, 145; MORA, *supra* note 263, 286.

301) Cass., 18.1.2007, n.1091.

302) VENOSTA, *Art. 729*, 145.

はなく) 裁判官の形成的判断に委ねざるをえなくなったものと評価することもできよう。

### (3) 訴訟共同・合一確定の必要

とりわけ、合一確定の必要については、ドイツ法・フランス法においてなしたのとは別の観点から考察が要請されるように思われる。そこで、ドイツ法・フランス法の分析では、訴訟共同の必要を先に論じたが、イタリア法については、合一確定の必要から論じることとする。

#### a 合一確定の必要

イタリアでは、少なくとも相続人の地位を巡る問題につき、合一確定の必要が言われている。このことが、理論的に何を意味するのか、本稿では明らかにすることができなかった。もっとも、イタリアの裁判分割手続においては、我が国と同様、裁判官が、抽象的な価値の分配という次元を超えて、まさに具体的な財産の分配という次元でのプランニングを引き受けることとされていることと、遺産分割の当事者たる者が合一に確定されていることとは、相性がよいことに間違いがないのであろう。技巧的な判断をする必要性が減ずるためである。また、とりわけ、近時の破産院の判例のように、ある特定の主観的利益を裁判官が強行的に守るという姿勢をとる場合には、IIで検討したように、前提問題が相対的である場合には「ディレンマ」の問題が起る可能性が否定できないところ、そうした問題も、回避されているといえることができる。しかし、その他の前提問題の合一確定(例えば、相続人の地位に係らない遺言の無効確認訴権(例えば、民法734条に基づく遺産分割方法の指定)や、遺産の範囲を確認する訴権における合一確定。後者については、訴権の存在自体が明らかではない)が、どのようなものとして捉えられているのかも、明らかではなく、未だ検討は不十分である。結局、前提問題の合一確定は、イタリアの裁判分割手続が採用する裁断ルールの機能条件になっているとも見うるのではないかというのがさしあたりの感触であるが<sup>303)</sup>、本格的な

検討には程遠いと言わざるをえない。

#### b 訴訟共同の必要

イタリアでは、裁判分割手続の外部で行う場合でも、それが相続人の地位の存否に係る訴訟であるときには、民訴102条の適用ゆえに訴訟共同が要求される。ここでいう訴訟共同の位置付けは、我が国の伝統的な固有必要の共同訴訟論と似る。

他方で、裁判分割手続の中で行われる、分割計画への異議を受けての確認訴訟では、訴訟共同の意味合いが変わってくる可能性がある。つまり、フランス法に関して述べた通り、この訴訟は、裁判所によるそれ自体不可争力のない裁断を終局的とするために、前提問題を裁断の名宛人全員が争えなくすることを目的とする訴訟であるから、合一確定とは無関係に、訴訟共同のみが要請されていると論ずる余地がある。他方、aで述べたような合一確定に対する考え方が、相続人の地位以外の前提問題にも貫かれるというのであれば、民訴102条の適用の結果としての訴訟共同だと評価できることになる。

以上で比較法の検討を閉じることとする。VIでは、これまでの検討を踏まえて、日本法について再び分析を加えることとしたい。

## VI. 日本法の再分析

### 1 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟

#### (1) 総論

#### a 遺産分割の前提問題を争う確認訴訟の複層性

はじめに、比較法的な検討を踏まえると、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟について論じるにあたって、以下のような分析枠組を用いることが有効ではないかとの着想が生じる。すなわち、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟には、異なる役割を担う二つの類型が存在し、両者は区別して論じられるべきであるとの分析枠組である。

303) 念のため釈明しておけば、結果として裁判分割手続の機能条件になっているということを言っているのであり、裁判分割手続を機能させることこそが、合一確定の根拠であるとまで言っているのではない。

第一は、裁断型の遺産分割手続の一環として、裁判所による裁断に終局性を持たせるため、遺産分割の前提問題を確定するという役割を担う確認訴訟である。フランス・イタリアでは、清算書・分割計画に対する異議手続という形で、裁判所による裁断に先立つものとしての確認訴訟手続が遺産分割手続の内部に組み込まれている。そして、そうした訴訟を用意する目的は、それ自体に既判力その他の不可争力を観念しえない、抽籤その他の形式での裁判所の裁断を、将来に渡り不可争な終局的判断として通用させるべく、前提問題を裁断の名宛人全員との関係で終局的に確定してしまうことにある。前提問題の確定は原則として当事者間の合意を通して行われるが、合意が成立しない点について、補充的に確認訴訟の既判力が用いられるのである。ドイツにおける遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が、後続の遺産分割の訴えを実効化する手段として位置付けられる場合にも、実質的にはこれと似る。ドイツの場合、遺産分割の訴えに対する判決自体に既判力があるが、その一回の判決をもって（別の判決を要することなく）遺産分割が終局的に完了することを担保することも、分割成熟性要件が果たす機能の一つに数えられるところ<sup>304)</sup>、その充足のために確認訴訟が用いられる場合があると考えられるからである。

第二は、協議による解決を促進する環境を整備するための確認訴訟である。ドイツでは、實際上、この観点が強く意識されていた。これは、ドイツの司法機関が遺産分割に対して消極的にしか関与しないことと対応していると思われる。また、フランス・イタリアでも、遺産分割手続外で遺産分割の前提問題に関する確認訴訟が行われる場合には、こうした機能が期待されうると考えられた<sup>305)</sup>。

遺産分割の前提問題を争う確認訴訟が見せるこの複層性は、裁判所主導の垂直的な法形成と、協議による水平的（私的自治的）な法形成とが二重に観念されるという意味での、遺産分割法関係の複層性に対応したものであると考えられる。そうであるとするれば、そのような遺産分割法関係を共有する我が国においても、こうした視角を準備することは有益であると思われるのである。

すなわち、我が国における遺産分割の前提問題を争う確認訴訟のうちにも、本来は2通りのものを識別することができる<sup>306)</sup>。第一は、それ自体は既判力を持たない遺産分割審判を、不可争な終局的判断として通用せしめるべく、審判の前提問題を審判の名宛人間で不可争なものとして確定するための確認訴訟である。そして第二が、遺産分割手続とは相対的に無関係に、協議による解決を実現するための環境を整えるタイプの確認訴訟である。以下、叙述の便宜上、前者を裁断準備型訴訟、後者を協議促進型訴訟と呼称することとする。我が国では、裁断準備型訴訟が遺産分割審判手続の外部に括り出されている結果、両者を形式的には識別できないのである。

さて、以上の視角を、Ⅱの最後に提示した訴訟共同と合一確定という二つの要請を区別する分析枠組と接合するならば、本稿の課題は次の通りとなろう。すなわち、裁断準備型訴訟、協議促進型訴訟において、それぞれ訴訟共同・合一確定という規律を要求することに理由があるかどうかを問い、各々の訴訟のあるべき姿を同定することである。

#### b 裁断準備型訴訟の規律

比較法的に見ると、裁断準備型訴訟は、裁断型の遺産分割手続に組み込まれているのが通常である。ドイツの確認訴訟は、遺産分割

304) 本稿Ⅲ2(2)d(b)で述べた①②③のうち、③に関わる叙述を参照。

305) 清算書・分割計画の異議を巡る確認訴訟も、事実上、合意を促進する意味を持つことは前述の通りである。しかし、法形式上は、これは前提問題のうち合意が取り付けられない事項を、判決をもって不可逆的に確定し、裁断を準備するという役割が期待されていると言えよう。

306) もっとも、遺産分割の前提問題となる事項が、協議分割・審判分割それぞれの環境整備という脈絡の外で提起されることもありうるから、裁断準備型訴訟・協議促進型訴訟以外の意味付けを与えられた第三の訴訟を想定することも可能であろう。とはいえ、そうした訴訟の在り方を描き出すことはさしあたり本稿の関心の外にある。

の訴えに際しての予備的申立てに起源を持つし、フランス・イタリアでは、清算書・分割計画に対する異議に対する判決という形で、前提問題を終局的に確定する確認訴訟が用意されている。要するに、他の諸国における裁断準備型訴訟は、形式的にも遺産分割手続という裁判システム自体の構成要素であるとされているのであり、その意味で、他の一般的な確認訴訟とは位置付けが異なるのである。言い換えれば、裁断準備型訴訟は、直後に待ち受ける裁判所による裁断の存在を踏まえてこそ存在意義を認められる従属的な訴訟であり、形式的にも実質的にも、それ自体が独立した目的を持つ一般的な確認訴訟とは、性質を異にするということが出来る。

これに対して我が国では、遺産分割審判手続が非訟とされていることに恐らくは関係して<sup>307)</sup>、裁断準備型訴訟が形式的に遺産分割審判手続の外部に括りだされた構造となっている。このことから、裁断準備型訴訟が後続する遺産分割審判の存在を踏まえてこそ存在意義を認められる訴訟であるとの認識が希薄になり、むしろ、自立的な意義を有する一般的な訴訟と同視されがちなのではないかと推測される。

しかし、我が国においても、まさに遺産分割審判手続の過程で争われた前提問題が、そのまま訴訟に持ち込まれるというケースが多いようである<sup>308)</sup>。その場合、訴えを提起した原告の目的は、前提問題を審判の名宛人の間で確定することによって、後続の審判を終

局的判断たらしめることに他ならず、当該訴訟の存在意義はまさにその点にのみ存するとと言える。そうであるとすれば、少なくともこのような経緯で提起された訴訟については、これを裁断準備型訴訟と法性決定し、それに相応しい規律に服せしめるのが望ましいと考えられよう。

裁断準備型訴訟が遺産分割審判手続の一環として用意される理由は、それ自体は既判力を持たない遺産分割審判を、不可争な終局的判断として通用せしめるべく、審判の前提問題を審判の名宛人間で不可争なものとして確定することにある。そのことに照らせば、ある訴訟が裁断準備型訴訟として提起される場合、その訴訟に審判の名宛人となるべき者全員が参加していない限り、原告は訴えを提起した目的を達成することができないのであるから、その訴訟を維持することには意味がないと考えられる。換言すれば、訴えの利益が欠けることになるのである。無論、一回の訴訟で全員を縛ることは論理必然ではないが、遺産分割審判手続の過程で争われた前提問題について個別訴訟の提起を許すことは、連鎖的な訴訟提起さえ招きかねず有害である反面、実質的には遺産分割審判手続の一環と見るべき訴訟に、遺産分割審判手続の当事者全員の参加を求めることが、原告の提訴権の不当な制限になるともいえない<sup>309)</sup>。結果として、裁断準備型訴訟には遺産分割審判の名宛人となるべき者<sup>310)</sup> 全員の訴訟共同<sup>311)</sup> が要求されることになると考えられよう。

307) 周知の通り、我が国でもかつては遺産分割が訴訟事項とされており、1947年の改正民法と、同年の新立法である家事審判法によって、これが審判事項とされたという経緯がある。

308) 例えば小坏眞史ほか「遺産分割事件処理上の課題」判タ1137号77頁、121頁(2004)は、「訴訟事項である前提問題が争われる場合においては、まず、訴訟での解決を図ることが先決であるから、訴訟提起を促すとともに遺産分割事件の取下げを勧告し、訴訟で決着がついた後に改めて遺産分割の申立てを行うよう指導しているのが現在の実務である」とする。田中寿生ほか「遺産分割事件の運営(下)」判タ1376号56頁、63頁(2012)も同旨。また、木村要「遺産分割の審理手続」島津古稀・前掲注33)137頁、特に143頁以下。その他多数の資料が存在する。

309) 反対する一部の者のみを当事者として(他の者を巻き込まずに)紛争を解決したいという原告の動機は、「遺産分割は、骨肉の争いであり、各相続人が出生以来の親、兄弟など親族関係に抱いている感情が絡み、その総決算の場になっている感がある。ここでは、長年の怨念も噴出することになり、財産争いの背景に感情の対立、葛藤が加わり、これが解決を一層困難にしている」(木村・前掲注308)137頁)等と評される相続紛争の特質に照らせば無視できないものではあるが、その要請の受け皿となるのは後述の協議促進型訴訟である。裁断準備型訴訟が実質的には裁判上の遺産分割手続の一貫であり、裁判上の遺産分割手続には遺産分割の当事者全員が参加せざるをえないことに照らせば、裁断準備型訴訟においてこの種の動機を掬いとる必要性はない。

310) 誰が遺産分割審判の名宛人になるべき者であるかは、それが実体法上遺産分割の主体となるべき者と一致

c 協議促進型訴訟の規律

これに対して、協議促進型訴訟は、遺産分割審判と制度的に強い連続性を持たず、協議分割のための環境整備を目的として提起される訴訟である。裁判上の遺産分割手続を行う以前にあえて一部の者のみを相手取って確認訴訟を起こす原告の目的は、争う意思のない者を巻き込まず、協議による穏便な紛争解決を実現するための環境を整備することであろう。そして、相続紛争の社会的な性質に照らせば、そうした目的を尊重することには合理性があると考えられる<sup>312)</sup>。それにも関わらず、訴訟共同を要求するならば、それは過剰規制であろう。実際に、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟を主として協議促進型として位置付ける現在のドイツでは、争う意思のない者との関係では確認の利益自体が否定されている<sup>313)</sup>。要するに、協議促進型訴訟においては、裁断準備型訴訟におけるのと異なり、訴訟共同という規律を課すことに合理性がないのである。

(2) 各論

a 遺言無効確認訴訟

以上の一般論は、遺言無効確認訴訟にも妥当する。すなわち、本稿の視角からすると、遺言無効確認訴訟のうちにも、裁断準備型訴訟と、協議促進型訴訟とが存在する。そして、裁断準備型訴訟には訴訟共同を要求し、協議促進型訴訟にはそれを要求しないという

規律を準備することが、遺言無効確認訴訟の規律としても望ましいと言えよう。

問題は、裁断準備型訴訟と協議促進型訴訟とをいかなる基準で識別するかである。従来の学説も、遺言無効確認訴訟には固有必要的共同訴訟とするのが望ましい類型と、そうでない類型とがあることを主張しており、その識別指標は、問題となった遺言が遺産分割の前提問題をその内容とするか否かであった<sup>314)</sup>。確かに、ある遺言の無効確認訴訟が裁断準備型訴訟と性質決定される以上、問題の遺言は遺産分割の前提問題をその内容としているはずである。しかし、本稿の視角によれば、遺産分割の前提問題を内容に含む遺言が問題となっている場合であっても、なお協議促進のために個別訴訟を許すべき場合は存在するのであり、その場合にまで訴訟共同を強制するのは過剰規制である<sup>315)</sup>。つまり、有効性を争われている遺言が、遺産分割の前提問題をその内容にすることは、ある遺言無効確認訴訟を裁断準備型訴訟と性質決定するための必要条件ではあるが、十分条件ではないといえる。

そこでいかなる十分条件を用意すべきかが問題となるが、ここまでの議論から一義的な解答を導くことは困難である。しかし、さしあたり次のようなことは言えるように思われる。これまでの検討によると、裁断準備型訴訟と協議促進型訴訟とを識別する実質的な

するとの前提を取る限り、実体法の解釈問題である。その意味で、共同相続人の一部が自己の相続分を他の共同相続人に全部譲渡した場合の遺産確認訴訟における訴訟共同の範囲が問題になった最判平成26年2月14日民集68巻2号113頁は、この点に係る最高裁の実体法解釈を明らかにした判例であると位置付けられよう。相続分を全部譲渡した相続人の当事者適格を否定する最高裁の結論は、遺産分割の当事者たる地位を相続人たる地位そのものよりも相続持分権者＝財産権者たる地位に結び付ける理解を前提にするものであり、賛成できると思われるが、比較法的には相続人たる地位と財産権者たる地位を分離させ、前者に強い意義を見出す立場がありえないではないことを想起するならば（イタリア法につき本稿V4(1)。なおフランスには、妻の父親が死亡した場合に、妻が取得する相続分を共有するだけの夫には、裁判分割を請求する資格がないとしたCiv.1<sup>re</sup>, 2 avril 2008, n°07-11254がある）、こうした実体法理解も自明であるとまでは言えないのかもしれない。

311) もっとも、相続人の地位が問題になる場合等、遺産分割の当事者の範囲自体が争われる場合につき、この命題には事案に応じた修正を施す必要がある。例えば、教室説例的であるが、法定相続人がABCであり、Cを排除し、Dを包括受遺者とする遺言が存在する、Cがこの遺言の無効確認訴訟を起こす（両条項がまとめて争われると想定する）、という事例を考えよう。この場合には、原告の主張が正当である場合に遺産分割審判の名宛人となるべき者全員（ABC）と、原告の主張に理由がない場合に遺産分割審判の名宛人となるべき者全員（ABD）との訴訟共同が必要だ（結果、ABCDが当事者になる必要がある）ということとなる。

312) 前掲注309)を参照。

313) 本稿III4(3)a参照。

314) 本稿II1(3)a参照。

315) イタリア法をどう位置付けるかは問題であるが、ドイツ法、フランス法はこの思考である。

イントは、原告がその訴訟を提起した目的である<sup>316)</sup>。そして、その目的を判断するための客観的な媒介項として、訴訟が提起された時機に着目することが有効ではないかと考えられる。例えば、未だ家事調停・家事審判の申立てがなく、原告を含む当事者が（裁判所を交えない）協議分割を目指している時機に訴訟が提起された場合、たとえ遺産分割の前提問題を内容とする遺言の無効確認訴訟であっても、それは協議分割のための環境整備を目的として提起された協議促進型訴訟であると性質決定すべきであろう。他方、既に家事審判が申し立てられ、その過程で遺言の解釈に疑義が生じ、訴訟での解決が求められたような場合、その訴訟は審判分割のための環境整備を目的とする裁断準備型訴訟と性質決定すべきであろう。

かくして、例えば「①裁判上の遺産分割手続（審判又は調停<sup>317)</sup>が係属し、②その過程で争われた遺言条項の有効性が問題となっている遺言無効確認訴訟では、遺産分割の当事者全員の訴訟共同が要請される」とすることを合理的なルールの一例として提案できよう。①は時機に着目する結果である<sup>318)</sup>。②は必要条件としての遺言の内容への着目の結果である。後者を敷衍すれば、偶発的に遺産分割と無関係な遺言条項（例えば後見人の指定）が家事調停・審判の係属している時機に争われるという事態もないではないところ、それを裁断準備型訴訟とすべきではない。ここで、ある遺言条項の有効性が遺産分割に関する家事調停・家事審判手続の過

程で争われるとすれば、それは畢竟、その遺言条項が遺産分割の前提問題を内容としているからに他ならない。そうであるとすれば、②を設けることによって、必要条件の充足をも自然と担保することができるであろう。以上の基準は、従来の遺言の内容のみを問題とする基準が抱える複雑さ、原告の予測可能性の欠如<sup>319)</sup>という問題点をも克服していると言えよう。

#### b 遺産確認訴訟

次に、遺産確認訴訟を検討する。判例・通説は、遺産確認訴訟には常に訴訟共同を要求してよいと考えている。もっとも、ある財産の遺産帰属性を一部の当事者の間で確定することが、協議による解決の促進をもたらすことは明らかであるように思われる。そうであるとすれば、遺言無効確認訴訟と同様、遺産分割手続の開始以前に起された遺産確認訴訟は協議促進型訴訟と位置付けるべきであり、したがって訴訟共同を要請すべきでないしと解すべきなのであるか。

本稿からの解答はこうである。ある財産の遺産帰属性を問題とする場合、協議促進型訴訟の役割を担うべき確認訴訟としては、共有持分権確認訴訟<sup>320)</sup>及び所有権確認訴訟が用意されている。所有権確認訴訟や共有持分権確認訴訟も、共同相続人間で行われる場合には、事実上、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟として機能する。協議分割のための環境を整備することが目的であれば、「遺産帰属性」を既判力で確定することまでは必要でなく、ある財産がある共同相続人の単独所有に

316) 遺言の内容を必要条件、原告の目的を十分条件として訴訟共同の要否を決することを志向する本文の立場は、訴訟共同の要否（民訴102条適用の要否）の判断に際して、訴訟物たる法関係の性質のみならず原告の意図をも考慮すべきことを強調するイタリアの通説的理解（本稿V2(2)a参照）と整合するものである。イタリア法のこうした視角は、我が国の訴訟共同論一般にとって有益である可能性がある。

317) 審判の係属だけを問題にすることも考えうるが、遺産分割の調停が不調となった場合には、当然に審判に移行するとされていることを考えれば（家事事件手続法274条4項参照）、両者を一体と見て、調停が係属したに過ぎない場合も、同様に扱って構わないであろう。

318) なお、現在の実務の運用によれば、訴訟が係属した場合、遺産分割手続の申立ての取下げが勧告されるようである（前掲注308）の諸文献参照）。こうした実務を踏まえると、①要件の判断基準時を口頭弁論終結時ではなく、例外的に訴訟提起時にすることも考えられるが、理論的には実務の運用を改めるべきであろう（取下げをさせる理論的必然性はなく、非訟手続をペンディングすればよい）。

319) 山本（和）・前掲注4)53頁。

320) 判例上、共有持分権の確認訴訟は固有必要的共同訴訟であると解されておらず（最判昭和40年5月20日民集19巻4号859頁）、したがって、訴訟共同の必要もないとされている。共有権と共有持分権とを分ける判例理論には異論も多いが、本稿の観点からは、この判例にも一定の意義を見出しうることになる。

帰するか否かが端的に確定されれば十分なのである。

これに対して、あえて「遺産に帰属することの確認を求める」との請求の趣旨のもとに訴訟を提起する場合には、それは必然的に、遺産分割審判が後続することを見込んだ裁断準備型訴訟であると評価して構わない。この理解は、遺産確認訴訟の意義を「これに続く遺産分割審判の手續及び右審判の確定後において、当該財産の遺産帰属性を争うことを許さないとすることによつて共同相続人間の紛争の解決に資することができる」<sup>321)</sup> 点を求める判例の理解そのものであるとも言える。

かくして、遺産確認訴訟は常に裁断準備型訴訟であり、したがって常に訴訟共同が要求されるとしてよい。翻って、遺言無効確認訴訟において、上述の如き場合分けが必要となるのは、遺言無効確認訴訟の場合、協議促進型訴訟として提起されるときにも、裁断準備型訴訟として提起されるときにも、請求の趣旨・訴訟物が同一であらざるをえないために、その点に着目して規律を違えることが不可能であるからである。

### c 相続人の地位不存在確認訴訟

相続人の地位不存在確認訴訟を検討する。この訴訟にも、協議促進型訴訟と裁断準備型訴訟とが存在するはずである。しかし、遺言無効確認訴訟とは異なって、両者を識別するために遺産分割手續開始の先後といった時機に着目することは有効でない。なぜならば、遺産分割手續の当事者となるべき者の範囲自体を既判力で確定するという意味をも持つ相続人の地位不存在確認訴訟は、遺産分割手續が開始する以前の段階から既に、まさに裁断準備型訴訟としての機能を果たすことがあるからである。

この点に着目し、常に訴訟共同を要求するという判例・通説の結論を支持することも可能であると思われる。その場合、確かに、原告が真に協議促進の目的を有していることが

明らかなきにまで訴訟共同を厳密に要求することの当否については疑問がないではないが、時機という客観的な媒介なしに目的を認定することは實際上困難だから、一律に訴訟共同を要求する他ないと論じることになる<sup>322)</sup>。

## 2 遺産分割の前提問題と合一確定

### (1) 裁断準備型訴訟と合一確定

以上の議論から、裁断準備型訴訟においては遺産分割審判の名宛人全員の訴訟共同が要求されると言える。次に問題となるのは、これに加えて、判決の合一確定(内容の画一化)までが必要か否かである。

比較法的に見ると、ドイツにおいて典型的なように、遺産分割の前提問題を争う確認訴訟につき合一確定が要請されることは全く自明でない。典型的な裁断準備型訴訟を用意するフランスでは、清算書の異議手續における訴訟共同が実現する結果として、合一確定が事実上実現しているようであるが、合一確定それ自体に価値が見出されているわけではない。他方、イタリアでは、少なくとも相続人の地位を巡って、強く合一確定が要請されていた。

本稿は既に、合一確定の必要は民法 906 条をどうイメージするかという問題と関係しているとの見通しを示した<sup>323)</sup>。実際、比較法からも、ドイツやフランスのように抽象化された財産を機械的に分配する法制度のもとでは、合一確定への関心は乏しく、逆に、イタリアのように具体的財産の帰趨に関心を持つ法制度のもとでは合一確定への関心が高い、ということが緩やかには言えそうである。かくしてこの問題は、やはり民法 906 条をどうイメージするかという問題を無視しては論じえないということになる。

### (2) 解釈の選択肢

比較法的に見ると、裁判所が具体的財産の

321) 平成元年判決の判旨より引用。

322) なお、例えば包括受遺者たる地位や遺言による認知の有効性が問題になっている場合であれば、然るべき時機に遺言無効確認訴訟を提起することによって個別訴訟が可能になる。この意味で、相続人の地位に関わる協議促進型訴訟が凡そ排除されているわけではない。

323) 本稿 II 2(3)参照。

帰趨に着目した遺産分割のプランニングを自らの形成的判断によって行うこと自体、普遍的でないことが明らかである。ドイツ・フランスでは、裁判所が遺産分割を行うに当たり、全ての遺産が金銭的価値の次元に押し上げられて抽象化される。裁判所が形成的に関与するのは、各人の権利に対応する額の抽象化された財産を割り当てる限りにおいてである。また、イタリアでも、明文上、部分的にそのような思考が採用されていた。こうした例を参考に、日本の民法906条もこうした割り切りを許す規範だと論じることができるのであれば、合一確定の必要は高いものではない(せいぜい、合一確定されていれば、遺産分割の処理が実際上平易になるというに過ぎず、その程度のことのために合一確定を制度的に担保する必要があるのかは疑問である<sup>324)</sup>ということになる<sup>325)</sup>(解釈①)。

次に、民法906条は具体的財産の帰趨に関心を持ち、あらゆる事情を総合的に考慮しつつ創造的なプランニングをすべきことを指示している規範であると解しつつも、「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で具体的な財産の帰趨を一義的に指示し、それに反する遺産分割を違法とする程の要求をする規範ではないと解釈する余地がある(解釈②)。このように解釈した場合、合一確定が必須の要請であるとまでは直ちには言えない。しかし少なくとも、前提問題が相対的に確定されていた場合、技巧的な処理が不可欠となり、家庭裁判所による創造的なプランニングという趣旨が少なからず害される、あるいは、遺産分割の不可分性・総合性が失われ、遺産分割が歪んだ形になるということは言えるから<sup>326)</sup>、民法906条の趣旨から合一確定が何らかの程度で必要であること(あるいは合理的であること)を導出できる。

最後に、民法906条が「財産aは相続人Aに与えなければならない」という形で具体的な財産の帰趨を一義的に指示し、それに反す

る遺産分割を違法とする規範として機能すると解釈する余地もある(解釈③)。相対的処理がされた場合、家庭裁判所は具体的な財産の帰趨を巡ってディレンマに陥りかねないから、それを防止するため、合一確定は必須の要請であることになりそうである。

以上の見通しを踏まえ、日本の遺産分割制度の全体的な在り方に照らし、民法906条をいかなる性質の規範として読むべきかを検討することとしたい。

### (3) 検討

#### a 金銭価値の分配規範?

まず、解釈①のように、抽象的に計算された金銭価値に対応する財産を分配すれば、民法906条の要請が満たされると解釈することは望ましくないであろう。

第一に、「遺産に属する物又は権利の種類及び性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮」することを求める民法906条の文理上、そうした読み方をするのは困難であるように思われる。

第二に、確かにドイツやフランスでは抽象的な金銭価値の次元のみを問題とする基準が採用されているが、その裁断基準が適切な遺産分割の実現のために直接ワークすることが期待されているわけではない。むしろ、裁判所による形成的判断をあえて形式化・弱体化させておくことで、その他の制度と相俟って、私的自治を裏から実質化することを期待しているのだと評価すべきである。これに対して我が国では、私的自治を実質化するための制度が特に用意されていないから、裁判所の形成的判断で実質を実現する期待は構造上大きく、ここを形式化してしまうべきではあるまい。実際、実務上も遺産分割の審判は、合意が実現しない場合、それに代わって実質的なプランニングを実現するものとして理解されている<sup>327)</sup>。かくして解釈①は、形式的にも実質的にも採りがたいであろう。

324) 現に、諸外国においてそうした議論は凡そされていないと思われる。

325) これは、我が国における従来の議論で言えば、本稿がⅡ2(3)で解釈したところの高橋教授の立場に近いということができそうである。もっとも、あくまで本稿の見立てであり、高橋教授の真意は明らかでない。

326) 従来の我が国における指摘として、山本(和)・前掲注4)50頁、菱田・前掲注5)870頁。

327) もっとも、これは「制度」の問題(例えば、ドイツやフランス流の「制度」を日本に持ってくればそれで



**b 具体的財産の帰趨への関心の程度**

では、民法 906 条が具体的な財産の帰趨にも関心を払い、実質的なプランニングを家庭裁判所に期待する規範であるとして、解釈②③のいずれが採られるべきか。

比較法的に見る限り、実質的な遺産分割の実現を私的自治に委ねんとしている国においてさえも、特定の質をもつ具体的財産に対して、ある相続人が有する主観的利益が、何らかの方策で固く保護されていることが注目される。すなわちドイツでは、BGH が合意促進手段としての共同相続人の遺産競売権に制限を加え、特定の質を持つ具体的財産が現物のまま特定の相続人のもとに残ることを事実上強制している。フランスには、明文上優先的帰属の制度が存在し、その適用範囲は近時拡大されている。イタリアでは、明文上は抽籤が行われるべき場合にも、相続人の「尊重すべき確実な必要性という主観的要因」に基づき、明文ルールを逸脱して裁判所が裁量的な配分を行おうとの立場を破棄院が採用した。これは、特定の主観的利益が抽籤で害されてしまうことに破棄院がストップをかけ、裁判所による後見的な保護を認めたものと評価することができる。

このように、比較法上、特定の財産に対す

る特定の主観的利益は各々の仕方で固く保護されている。これに対して我が国では、こうした特定の主観的利益を固く保護するための特別の制度が用意されておらず、そうした主観的利益の実現は、専ら家庭裁判所の裁量的判断に委ねられているといえることができる。比較法的に見て、特定の主観的利益が明文上固く守られ、もしくは明文ルールを逸脱してまで守らざるをえない状況になっているとすれば、我が国でもそうした利益を固く守る方向性を目指すことには実体法的観点から見て相当な合理性があるように思われ、民法 906 条にその受け皿としての役割を期待することも不可能ではあるまい。

また、裁断者に実質的な形成的判断権を与えることで、共同相続人間の公平・公正が害される危険性がフランスでは特に強く意識されており、イタリアでも、裁断者の形成的権限を強化する方向性を示す破棄院判決に対して、学説からは根強い懸念が表明されているのに対して、我が国の遺産分割制度はこの危険性に極度に鈍感であると評価することが許されよう<sup>328)</sup>。こうした観点から裁断者の広範な裁量を統制すること自体に意義があるとすれば<sup>329)</sup>、裁量の枠付け要素として、特定の財産に対する特定の主観的利益は民法 906

---

済むということ)に尽きるものではないのであろう。本稿の比較法的考察から明らかになったのは、遺産分割において、裁判による解決を重視するか、私的自治による解決を重視するかにつき、各国が認識を異にしているという事実であり、そうした前制度的な法に対する考え方の違いこそが決定的であるように推察されるからである。そうした「考え方」のレベルで言うと、例えば梶村・前掲注 33)216 頁が、遺産分割審判はもともと「協議に代わる審判」の性質を有するとし、「協議や調停の不成立ないしは不能のゆえに審判手続に移行したわけであるから、家庭裁判所は、当事者が合理的に判断したならば成立したはずの『協議』ないし『合意』の結果に照応するような内容の審判をすべき」とする点には、裁判所が私的自治を代替することに積極的である我が国の「考え方」が象徴的に現れていると言える。(手近な解釈論的示唆を得ることではなく)我が国におけるこのような前提的認識の意味を批判的に検証することこそが比較法という研究手法の意義であると考えるが、本稿では、専ら筆者の力量不足によりそれをなしていない。もっとも、本文中家事審判の存在を前提とする議論を組み立てているからといって、筆者が日本の「考え方」にシンパシーを持っているというわけではないことは注記しておく必要がある。あくまで現行法という与件のもとで解釈論を展開するという本稿が自ら設定した制約ゆえのことであるに過ぎない。

328) なお、こうした発想に関係する実務資料として、最高裁判所事務総局家庭局「昭和 42 年 3 月開催 家事審判官会同概要」家裁月報 21 卷 2 号 1 頁がある。遺産分割の審判において相続分を家裁が動かしてよいかという問題提起に対し、横浜家裁の代表は「あらゆる相続人間の具体的な公平」を担保できるようになるのであり、「本当の意味での正義」及び「家裁が信頼される」ことを目指すならば、「家裁の裁量によってある程度法定相続分を動かしようというふうに解する」べきだと論じている(80 頁)。それに対して大阪の代表は、「法定相続分が画一的に定められていることと裁判所の形成の関係であるが、全く基準なくして、裁判官を信頼しろ、国民の権利の内容は裁判所が内容を形成するという考え方は、そういう形で審判をやられると、却って国民の信を失なう虞れがありはしないか」とする(83 頁)。なお、念のために言えば、現在においては相続分を家裁が裁量的に変更することが認められえないことには異論がない。

329) 訴訟・非訟・ADR も含め、裁断者と被裁断者(の一部)との間に、何ら結託がないということは、手続法

条に基づいて厳格に保護されなければならないとすることは、手続法的観点から見ても望ましいと言えよう。

仮に以上のように考えるのであれば、それは解釈③を採用することに等しい。もっとも、では我が国において固く保護されるべき特定の主観的利益とは何なのかという問いに直ちに答えることは不可能であり、今後の検討課題とする他ない<sup>330)</sup>。

かくして、本稿は、少なくとも特定の主観的利益が問題になる場合、解釈③の立場にも魅力を感じる。もっとも、以上はありうる立論の一つであるに過ぎず、以上のように解釈する必然性が論証できたとは到底言えない。とはいえ、仮に解釈②にとどまるとしても、aで述べた我が国の遺産分割制度の構造からすれば、民法906条は極めて実質的な役割を担っており、家庭裁判所に相対的処理という技巧を強いることは可及的に回避すべきであると主張することは十分に可能であろう<sup>331)</sup>。

#### (4) 結論

以上の検討から最低限論証できたと思われるのは、民法906条という裁判ルールとの関係では、遺産分割の前提問題を合一確定することが強い合理性を持つということであ

る<sup>332)</sup>。逆に、民法906条を前提にすれば、遺産分割の前提問題を合一確定することが必須の要請であるということまでは論証できていない。では、それを前提に、裁断準備型訴訟をどう規律するべきか。

結論からすると、審判の名宛人全員の訴訟共同を前提とする裁断準備型訴訟については、民法906条の趣旨に鑑みて、民訴40条に基づく手続合一（裁判資料と訴訟の進行の合一）の規律に服せしめるべきであると考えられる。訴訟共同は要請した上で、手続合一を否定する論拠となりうるのは、各当事者の処分権の尊重という視角であろう。私法上の権利は各自が自らの意思で処分することができるとの実体法上の私的自治原則と、それに対応する訴訟上の処分権、通常共同訴訟人独立の原則といった価値は、民訴40条の要求する手続合一の規律との緊張を孕むことになる。しかし、この局面においてその問題を意識する必要性は相対的に少ないと思われる。というのも、裁断準備型訴訟では、もはや局面が単純な私的自治の世界から家庭裁判所のもとでの集団的な紛争処理の世界へと移行しているのであり、各人の処分権という観点は、相対的に後景に退けてしまっ構わないと考えられるからである<sup>333)</sup>。

---

が守るべき基本的価値の一つである。例えば、裁判官の除斥・忌避の制度（民訴23条、24条）は、我が国の民訴法がその価値を重んずることを表明するものであると解釈できる。

330) さしあたり、フランスの優先的帰属が最大の検討対象となるが、ドイツやイタリアの実務等、幅広い検証を要する課題であろう。民法906条の文言と、本稿が行った比較法的検討の限りで大まかに言えそうなのは、被相続人の生前から存続してきた「居住」の保護や、事業や農地等の複合資産の効果的な運用という観点が重要になるということくらいである。

331) 昭和56年判決の態度から推察するに、判例は恐らく、創造的なプランニングを期待しつつも、具体的な財産の帰趨を一義的に指示することはしない規範として民法906条を捉えていると思われるが、必ずしも真意は明らかではない。もっとも、後述の平成9年判決がこれに一定の示唆を与える可能性を残す。

332) 要するに、合一確定を実体法上の要請と捉えることになるが、これが伝統的な「管理処分権説」との関係においてどう位置付けられるのかは難しい問題である。実態としては、イタリアにおけるように、複数当事者による法関係の不可分性（*indivisibilità*）・単一性（*unitarietà*）から合一確定の要請を導き出しているというのが素直であるが（因みに、*CONSOLO e GODIO, supra note 213, 76*は、ドイツの *notwendige Streitgenossenschaft*（ZPO62条）の要件と *litisconsorzio necessario*（民訴102条）に関して学説判例が導き出してきた要件は、結果的に同じであるとしている）、従来の我が国の学説との関係では緊張を孕むかもしれない。

333) とりわけ、遺産分割手続内部における遺言の有効性及び解釈については、それが多数当事者紛争を規律する実体規範としての意味を持ち、専ら被相続人の意思に根拠を置くものである以上、当事者の一人がその有効性や解釈を「処分」する権利を持つと考えるべきではない。むしろ、その解釈を詰めようとする者の姿勢が、争う気のない当事者との関係では実体法上優先されるべきであり、その意味で、民訴40条は極めて適合理的な規律を提供するとさえいえる。もっとも、遺言の有効性如何によって所有権の帰趨が決まる（典型的には第三者に対する特定遺贈条項の有効性）といった局面では、遺言の解釈の争いは、実質的に実体権の存否の争いであり、「処分」権の視角が復活しうる。その意味でも、今の議論は、裁断準備型訴訟でない遺言無効確認訴訟を個別訴訟で行わせることに理由がないことを意味しない。

### (5) 協議促進型訴訟と合一確定

次に、以上を踏まえて協議促進型訴訟における合一確定の意義を確認しよう。協議分割が実現する場合、矛盾した判決の存在は、事実上の障害にこそなれ、法的な障害にはならないと考えられる。とはいえ、協議促進型訴訟を提起して協議分割を目指したが、結果としてそれが奏功せず、家事審判に連れ込むことはありうる。(3)で示した解釈からすれば、遅くともその局面においては、合一確定が実現されていることが不可欠である、あるいは強い合理性を持つということになる。

もっとも、1(1)cで述べた協議促進型訴訟の性質に照らせば、協議促進型訴訟を固有必

要的共同訴訟とすることで合一確定を実現するという途は避ける必要がある。何らかの手立てで協議促進型訴訟の当事者とならなかった者にも判決効を拡張するという方向性<sup>334)</sup>と、複数の矛盾する判決の存在を前提に、付加的なルールを用意して結論の統合を図る方向性<sup>335)</sup>とが想定できそうであるが、この点について具体的な結論を出すことは本稿の射程を超える。

## 3 結語——残された問題

以上で本稿の議論を閉じる。最後に、結語として、本稿で十分に検討しえなかった残さ

334) 山本(克)・前掲注24)28頁注33はここに位置付ける。

335) 例えば、II 1(3)cで紹介した田中・山崎両判事の議論は、矛盾判決が存在する場合、家庭裁判所が新たな判断を形成することで合一確定を実現しようとするものであるとも位置付けられる。遺産分割審判手続内部で物事を決定することが事柄の性質に適合することは確かである。しかし、訴訟事項に対する訴訟裁判所の判断を、非訟手続での審理に基づいて覆滅しうること自体の正当性に疑問が残ること、審判後に更に訴訟が提起され、審判内部での判断と矛盾抵触が生じた場合(とりわけ、協議促進型訴訟の判決が矛盾しているという前提状況を考えれば、この危険性は現実的である)には結局審判が覆滅する結果になりそうであること等の理由から、こうした主張に与することには躊躇を覚えるであろう。

この議論に着想を得て、本稿としては、裁断準備型訴訟の判決に協議促進型訴訟の判決を塗り替える法律要件の効果を認めるとの理解を前提に、矛盾判決が存在する場合の審判申立ての適法要件として、裁断準備型訴訟の確定判決を要求するという方向性(ドイツにおける分割成熟性要件の換骨奪胎)が望ましいのではないかと考えている(判決の「塗り替え」については谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」中田淳一選譯『民事訴訟の理論(下)』51頁, 55頁注7(有斐閣, 1970), 高橋利文「片面的対世効ある判決と共同訴訟人の一部の者の上訴」貞家克己退官『民事法と裁判(下)』178頁, 181頁(金融財政事情研究会, 1995))等を参照。「法律要件の効果」という説明原理は高田裕成「いわゆる類似必要的共同訴訟関係における共同訴訟人の地位——多数当事者訴訟における合一確定の意義——」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築(上)』641頁, 669頁注48(有斐閣, 2001)に負う。共同相続人の一部の問での(本稿の観点からは協議促進型訴訟である)所有権確認訴訟の後に、(裁断準備型訴訟である)遺産確認訴訟の提起を認めた最判平成9年3月14日判タ937号104頁は、この観点から解釈する余地があるのではないか。

もっとも、これでは必然的に複数の訴訟を必要とすることになる。この観点からすると、例えば、組合債務の実現につき、債権者による個別訴訟は許しつつ、全ての組合員との関係で債務名義を得た場合にのみ強制執行を可能とする三ヶ月教授の解釈論(前掲注188)のように、矛盾判決の存在を前提に(判決を塗り替えることなく)最終的な合一確定を実現するという方向性がより一層魅力的である。では、遺産分割における具体的な財産の帰趨を巡る紛争につき、このような発想を応用できるであろうか。最も分かりやすい遺言の例を用いて検討してみよう。組合債務の事例につきかかる議論が妥当であるのは、紛争当事者間に債権者・債務者という実体法構造的な非対称が存在し、(債務の不履行という)現状を変動させる負担は、債務の不存在を主張する債務者ではなく、債務の存在を主張する債権者に負わせるべきであると考えられるためであろう(これは、自力救済の禁止という*a priori*な法の一般原則から導かれる)。では、遺言の有効性を争う紛争について、そのような実体法構造上の非対称が存在するであろうか。要するに、遺言が有効である場合の法状態と、遺言が無効である場合の法状態のいずれかを、実体法構造的に優位な法状態としてデフォルト化できるかが問題となる。例えば、遺言に対する警戒感が強く、原則として法定相続人の側に相続財産占有(*saisine*)を与えるというフランス法的な思考からすれば、具体的な財産の帰趨は、遺言が無効である場合の法状態を前提にして決せよとの解釈論がありえないのではないかもしれない。しかし、我が国の民法はこうした思考を知らない。結局、現在の我が国の実体法理解を前提にする限り、遺言が有効である場合の法状態と、遺言が無効である場合の法状態とのいずれがデフォルトとされるべきかを決することは不可能なのではないだろうか。同じことは、相続人の地位やある財産の遺産帰属性が問題になっている場合にもあてはまる。デフォルトの法状態を想定できない以上、いずれの法状態を主張する側の当事者に負担を負わせるのかを一義的に決めることは困難である。結局、こうした方向性は魅力的でこそあれ理論的に実現困難ではないかと思われる。

れた問題について、その所在のみを示しておくこととする。第一に、我が国の遺産分割制度のもとでは、裁断準備型訴訟の利用による遺産分割審判の不可争化を当事者に強制することができないという問題が存在する。第二に、それと深く関係するが、裁断準備型訴訟を利用することにより、ある一つの前提問題については一回的かつ画一的な解決を実現することができるとしても、他の前提問題は未解決のまま残され、その意味で真に一時的な解決が図られる保障はない。こうした問題の発生は、例えばフランスやイタリアでは制度的に回避されているところ、我が国でもこうした問題に対処する必要がないか、解釈論的努力はもちろん、立法論まで視野に入れた検討がなされるべきであろう<sup>336)</sup>。

#### \* 謝辞

本稿は、筆者が2013年度に提出した研究論文に加筆・修正を施したものである。また、公益財団法人末延財団から頂戴した、比較法論文執筆者を対象とする法科大学院奨学金の成果でもある。

指導教員を引き受けていただいた高田裕成教授には、幾度となく議論に付き合ってもらい、数多の鋭いご批判を賜った。筆者の能力

不足ゆえ、その多くを本稿に反映できていないことが心底悔やまれるが、この経験を今後の研究生活の糧とすることで学恩に報いる他はないと考えている。

また、個別にお名前を挙げることは差し控えるが、他の複数の先生方とも本稿に関して議論を交わす機会に恵まれ、多くの有益なご示唆を頂いた。

最後に、執筆当時は法科大学院での狭義の学友であり、今や研究科の同僚となった宇野瑛人、川島享祐、土井翼、東條明德、脇田将典の諸氏、及び、今や妻となった岡成明希子との交流が、筆者の作業を深いレベルで支えてくれたことを銘記せずにはおけない。

かくも恵まれた執筆環境にあつて、未だ本稿に残されている多くの問題点は、無論のこと全て筆者に帰責される。反対に、本稿に少しでも見るべきところがあるとすれば、それは全て以上の方々のご支援の賜物である。この場を借りて、心からの感謝を申し上げたい。

(おかなり・げんた)

336) こうした問題に対して、実務は様々な工夫で対処している。例えば、木村・前掲注308)は以下のように論じる。「当事者が審判において訴訟事項である争点についても審理、解決することを望む場合には、家庭裁判所としてはその点の審理をも行うことになるが、この場合には、審判における判断に対する不服は、抗告手続によることにとどめ、審判確定後、争点について別に訴訟を提起しない意向であることを確認し、期日調書にその旨記載しておくことが考えられてもよいのではなかろうか」。「訴訟事項である争点について別訴を提起せず、家庭裁判所での審理を望みながら、前記の確認に依らず、不満があれば審判確定後もさらに訴訟を提起して争うことも考えているような態度は、裁判制度を利用する者の在り方として妥当でないであろう。それならば、むしろ、まず、別訴を提起して争点を解決したうえ、遺産分割手続をすすめるようにすべきである。この確認の記載は、家庭裁判所の判断に既判力がないことによる争点の蒸し返しを防ぐため、場合により不起訴の合意として、あるいは訴訟における信義則の適用を考えるうえで、有益であろう」(145-146頁)。また、小坪ほか・前掲注308)88頁も、遺言の効力ないし解釈が争われた場合につき、「当事者が訴訟提起をしない意思を表明し、あくまでも家庭裁判所における審理判断を希望する場合には、速やかに審判に移行し、審判手続を進めるべきである。その際、紛争の蒸し返しを防ぐため、遺言の効力の判断は家庭裁判所の審判に従い、訴訟では争わない旨の合意(不起訴の合意)を取り付け、調書に記載しておくことが望ましい」とする(また、121頁も参照)。更に、松津節子「複雑困難な遺産分割事件の処理方法」野田愛子=梶村太市総編集『新家族法実務大系 第3巻 相続 [1]——相続・遺産分割——』328頁、331頁(新日本法規出版、2008)は、前提問題に争いがあり、かつそれを訴訟で解決するには及ばないという場合、「前提問題について合意をさせることが考えられる。その場合には、後日争いが蒸し返されるのを防止するため、財産の帰属に争いがある場合を例に取れば、遺産であることを確認する旨の中間調書を作成することが望ましい(中間証書の記載事項には既判力はないので、別途、遺産の範囲についての調停を成立させることも考えられる。)」とする。つまりこれらは、不起訴合意の取り付けや、部分的な調停の導入によって、フランス・イタリアにおける前提問題の合意による確定を代替しようとする試みであると評価できる。しかし当事者がこれにも応じない場合には手の施しようがないということになり、これにも応じないような当事者こそ蒸し返しを図る蓋然性が高そうであるとすれば、実務の懸命な努力をもってしても、問題は残されるという他ない。

論説

# 行政処分の反復禁止効と既判力

2012年4月入学

坂本 涼

## I. 緒論

## II. 学説の展開

### 1 議論の萌芽

- (1) 行政裁判法下での議論
- (2) 行政事件訴訟特例法下での議論

### 2 対立構造の確立

- (1) 特殊効力説
- (2) 既判力説——兼子説とは異なる立場の
- (3) 拾遺——東亜由美の見解の紹介と評価

### 3 各見解の評価

## III. 既判力説の再構成

- 1 塩野宏の見解
- 2 山本隆司の見解
- 3 興津征雄の見解
- 4 評価と展望

## IV. 残された問題

### 1 解釈論の可能性

- (1) 訴訟物の分断
- (2) 基準時後の事情変動
- (3) 解釈論の可能性

### 2 解釈論の余地——一時的取消判決の可能性

- (1) 民事訴訟法学説における一時的棄却判決
- (2) 行政処分取消判決への示唆——一時的取消判決の可能性
- (3) 規律・既判力説と一時的取消判決のドグマティックな基礎づけ
- (4) 派生問題——上訴可能性

## V. むすびにかえて

## I. 緒論

行政処分の反復禁止効<sup>1)</sup>の法的性質及びその意義については多くの議論の蓄積があ

る<sup>2)</sup>。従来、行政処分の反復禁止効に関する議論はいわゆる特殊効力説と既判力説という学説の対立のもとで論じられてきた<sup>3)</sup>。学説では特殊効力説をとるものが多数であったが<sup>4)</sup>、近時、有力な学説が既判力説をと

1) 取消判決の拘束力の規定(行政事件訴訟法33条1項)の効力としては、反復禁止効だけでなく原状回復義務や整合化義務といった多様な効果が語られる。その中でも反復禁止効は「拘束力の最小限度の内容」とされる(園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』419頁(有斐閣,1989)[村上敬一])。本稿では議論の拡散を防ぐため、拘束力の規定の中核的な効力である反復禁止効に議論を限定する。なお、興津・後掲注2)46頁も参照。

2) 反復禁止効をめぐる近時のモノグラフとして、興津征雄『違法是正と判決効』1-108頁,227-356頁(弘文堂,2010)(以下、『判決効』と略記)がある。本稿の記述の多くは同書の精緻な分析に依る。

3) 学説の概観として、南博方=高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第3版補正版)』569-596頁(弘文堂,2009)[東亜由美]。

4) 興津・前掲『判決効』11頁注15,南=高橋編・前掲注3)571-572頁[東亜由美]参照。

り<sup>5)</sup>、反復禁止効をめぐる議論は流動化の兆しを見せている。もっとも、このような学説の対立が構築されながらも、特殊効力説と既判力説の解釈論上の根拠や対立点は必ずしも明確にされてこなかったように思われる<sup>6)</sup>。本稿は、学説の展開の検討を通じて、どのようにして反復禁止効をめぐる学説の対立構造が成立したのかを解明し、近時の有力な学説がこのような学説の対立構造とどのような関係を取り結ぶのか、そして、そのような近時の有力な学説をいかに評価すべきかを検討する。

## II. 学説の展開

### 1 議論の萌芽

以下で検討する通り、反復禁止効をめぐる学説の対立は主として行政事件訴訟特例法、行政事件訴訟法下で形成されたものである。もっとも、後に述べるように、反復禁止効をめぐる学説の対立は行政裁判法下の議論との連続性を有する部分もあるように思われる。したがって、ここでは行政裁判法下での議論から検討を始める。

#### (1) 行政裁判法下での議論

行政裁判法下では、取消判決の拘束力を定

めた「行政裁判所ノ判決ハ其事件ニ付キ関係ノ行政庁ヲ羈束ス」(行政裁判法 18 条)という規定について、取消判決というものが行政行為と同じく国家の公権的行為であることを根拠として、行政行為の拘束力とパラレルに、取消判決の内容に従って行動するように関係行政庁を拘束するという効力を定めたものであり、既判力とは異なる効力を定めたものであるという解釈がなされていた<sup>7)</sup>。現在の反復禁止効に関する議論が、拘束力の規定は行政行為の拘束力とは異なる効力を定めたものと理解して形成されていることからすると、このような行政裁判法下での議論は現在の問題関心とは異なる視点からなされたものというべきであろう<sup>8)</sup>。

#### (2) 行政事件訴訟特例法下での議論

##### a 特殊効力説と既判力説の揺籃

拘束力の規定の性質をめぐる、特殊効力説と既判力説という学説の対立が形成されたのは行政事件訴訟特例法以降であった。行政裁判法 18 条を受け継いだ<sup>9)</sup>「確定判決は、その事件について関係の行政庁を拘束する」(行政事件訴訟特例法 12 条)という拘束力の規定について、判決の実効性を確保するための規定であるとの解釈がいち早く打ち出されたが、その根拠は明確ではなかった<sup>10)</sup>。

5) 塩野宏『行政法Ⅱ(第5版補訂版)』190-194頁(有斐閣, 2013)、山本隆司『行政上の主観法と法関係』484-485頁(有斐閣, 2000)(以下、『法関係』と略記)、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商 130巻 4-5号 640頁, 656-657頁(2004)(以下、「訴訟類型」と略記)、興津・前掲『判決効』1-108頁, 興津征雄「取消判決の効力」法教 360号 26頁, 29-30頁(2010)。

6) 阿部泰隆は、「この両説は、いかにも一見対立しているごとくして、実はそれぞれの説のなかでも入りみだれ、その眼中に置く論点や既判力、訴訟物概念について一致しておらず、また、必ずしも取消判決の拘束力を正面から取り扱っていないし、両説の相互批判特に既判力説からする特殊効力説の批判は極めて不十分であった」と評する(南博方編『注釈行政事件訴訟法』305頁(有斐閣, 1972)[阿部泰隆])。

7) 美濃部達吉『日本行政法上巻』1018-1019頁(有斐閣, 1940)、田中二郎「行政法に於ける確定力の理論」『行政行為論』173頁, 226-227頁(有斐閣, 1954)[初出 1934]。もっとも、佐々木惣一は、行政裁判所の判決の既判力を否定し拘束力のみを認めるという理論構成をとるが、必ずしも行政行為の拘束力に引き付けた理解はしていない(佐々木惣一『日本行政法論 総論』657-661頁(有斐閣, 1924))。

8) 塩野・前掲注 5) 186頁, 興津・前掲『判決効』229頁。なお、行政裁判法下では行政裁判所制度が採用され行政裁判所が上級行政庁の地位にあったことから、行政裁判所と行政庁との関係が現行憲法における司法裁判所と行政庁との関係とは異なる点にも留意が必要である(旧憲法下の行政裁判所のシステムについては、雄川一郎『行政争訟法』35-39頁(有斐閣, 1957)参照)。

園部逸夫は、佐々木と美濃部の見解を紹介したうえで「いずれにしても行政庁の監督官庁の地位にあった行政裁判所が存在していた時代の行政法特有の効力であったといえよう」と評する(園部逸夫「判批」塩野宏編『行政判例百選Ⅱ(第2版)』440頁, 441頁(1987))。

9) 田中二郎ほか「第十二条(確定判決の拘束力)・附則」『行政事件訴訟特例法逐条研究』427頁, 427頁(有斐閣, 1957)[初出 1955][雄川一郎発言]。

(a) 兼子一の見解

取消判決の拘束力の規定の性質を明確に論じたのは兼子一である。兼子は、上級審の破棄判決の拘束力を既判力の作用であるとした上で、取消判決をこの上級審の破棄判決とパラレルな性質のものとして捉え、行政事件訴訟特例法 12 条は既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張した規定であるとの理解を打ち出した<sup>11)</sup>。

兼子は、上訴を原判決の違法不当の判断を形成要件とする訴訟内の形成訴訟であるとする。兼子によると、形成の宣言と形成要件の確定は一体をなすことから、上級審の破棄判決の既判力は原判決の違法不当の判断という形成要件の判断にも生じ、下級審は破棄判決に反する判断ができなくなるという。行政処分の取消判決は、これとパラレルに、処分の違法がどの点にあるかが形成要件となり、かかる形成要件についての判断に既判力が生じることで「判決が違法と確定した判断を尊重しなければならず同一の過誤をくり返すことができなく」なるが<sup>12)</sup>、行政事件訴訟特例法 12 条はこのような効力を有する既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張した規定であるとする<sup>13)</sup>。

兼子一の見解は、反復禁止効を既判力の作用

であるとした上で、拘束力の規定を既判力の主観的範囲を拡張するものと捉え、取消判決の既判力の客観的範囲は判決理由中の判断をも含むとする特徴を有する。

(b) 浅賀栄の見解

これに対して、浅賀栄は、行政事件訴訟特例法 12 条の規定は、既判力の作用を意味するものではなく「判決が違法と確定した判断を尊重し、同一の過誤を繰返えしてはならないという効力」を定めたものとして<sup>14)</sup>、反復禁止効を拘束力の規定の効力であるとする。浅賀が拘束力の規定は既判力の作用を意味するものでないとする根拠は必ずしも明確ではないものの、反復禁止効の主観的範囲が訴訟当事者だけでなく利害関係のある第三者に及ぶこと、及び、その客観的範囲が判決理由中の判断をも含むこと<sup>15)</sup>が根拠とされているように思われる。

兼子と浅賀の見解は、現在からみると特殊効力説と既判力説の対立として整理することが可能であるかもしれない。しかし、兼子の記述には拘束力の規定が既判力と異なる特殊な効力を定めたものではないかという問題意識は見られず、兼子一の見解は特殊効力説との対立関係で構築されたものではない。また、浅賀の記述も、いかなる意味で拘束力の規定

10) 田中二郎「行政争訟の法理」『行政争訟の法理』1 頁, 125 頁 (有斐閣, 1954) [初出 1948-1950]、田中二郎『行政法講義案 [上巻第 2 分冊]』208-209 頁 (有斐閣, 1949) (以後の著作からは判決の実効性確保という記述は消えるが、基本的な記述は田中・後掲注 37)『新版行政法上巻 II (全訂第 1 版)』まで同一である)。田中ほか・前掲注 9)428 頁 [田中二郎発言] では、拘束力の規定の性質について行政裁判法下での理解 (注 7) 参照) を維持しているかのごとき口吻を示す。

11) 兼子一「上級審の裁判の拘束力」『民事法研究 II』81 頁 (酒井書店, 1954) [初出 1950]。瀧川叡一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第 5 巻』1429 頁, 1454-1460 頁 (有斐閣, 1956) も同一の見解であるといえよう。

12) 兼子・前掲注 11)93 頁。

13) 兼子・前掲注 11)89-98 頁。既判力が判決理由中の判断にも生ずることから、破棄判決の拘束力を既判力と捉えることに批判は強く、民事訴訟法学説においては、上級審の破棄判決の拘束力は審級制度の趣旨から生ずる特殊な効力であるとする見解が多数である (新堂幸司『新民事訴訟法 (第 5 版)』925 頁 (弘文堂, 2011)、伊藤眞『民事訴訟法 (第 4 版補訂版)』715 頁 (有斐閣, 2014)、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (下) (第 2 版補訂版)』751 頁, 759 頁注 135 (有斐閣, 2014))。

14) 浅賀栄『行政訴訟の諸問題——判例を中心とした——』362 頁 (酒井書店, 1954)。裁判例においては、このような理解が多かったようである (最高裁判所事務総局『行政事件訴訟十年史』161-165 頁 (法曹会, 1961) 参照)。

15) 浅賀が、反復禁止効の客観的範囲をいかに捉えているかは必ずしも明確ではないが、「(具体的事実においては拘束力はあるも) [大阪地方裁判所のように判決主文に包含されるものであると否とを問わず] 広く理由自体拘束力ありとするのは疑問である」、「判決が違法と確定した判断を尊重し、同一の過誤を繰返えしてはならないという効力である」という記述からは、判決が処分を違法とした理由を示す判決理由中の判断についてこのような効力を認めているように思われる (浅賀・前掲注 14)361-362 頁 ([ ] 内筆者))。なお、浅賀は、判決主文の簡潔な表現のみでは主文の内容を理解できないため、主文の意味内容を確定するのに必要な限りにおいて「理由も判決の効力の範囲となる」とする (同書・353 頁 (圏点筆者))。

が既判力の作用を意味するものではないかについて体系的に記述したものではない。特殊効力説と既判力説という学説の対立は、当時においては明確には形成されていなかったというべきであろう。

#### b 特殊効力説と既判力説という磁場の形成

しかし、次第に、拘束力の規定の性質について特殊効力説と既判力説の差異が明確に意識され、特殊効力説が優位にたっていくこととなる。

ここでは、当時の議論状況を理解するために、行政事件訴訟特例法逐条研究と題された座談会と行政事件訴訟特例法を改正するべく設けられた法制審議会行政訴訟部会小委員会<sup>16)</sup>の第14回会議(1956年9月6日に行われた。以下、「第14回会議」と略記)<sup>17)</sup>における議論をまず紹介する。両者とも、研究者・実務家により構成された座談会・会議

であり、当時の議論状況の理解に資する。座談会形式であるため、一義的に明確な結論が出されたわけではないが、行政事件訴訟特例法逐条研究においては、拘束力の規定は判決の実効性確保のために認められた既判力とは異なる実体法上の効力を定めたものであり<sup>18)</sup>、その客観的範囲は判決理由中の判断を含む<sup>19)</sup>という理解が共有されたといえよう。第14回会議では、既存学説の整理がなされたのち<sup>20)</sup>、取消判決の拘束力の規定は、既判力の作用を意味するものではなくて広義の執行的作用を営ませるという積極的な義務を課す実体法上の規定であり、その客観的範囲は主文だけでなく判決理由をも一体として考えるという結論に落ち着きをみたと評価できる。第14回会議がこのような結論に至ったのは、拘束力の規定の効力には既判力の概念では包摂しきれない「行政上の特殊性」があることが理由とされている<sup>21)</sup>。このよう

16) 詳細については、興津・前掲『判決効』232-233頁参照。

17) 拘束力の規定についての実質的議論が行われたのは第14回会議においてであり、その後の議論は「事件の差戻」を巡る議論に割かれ、拘束力の規定についての立ち入った検討は行われなかったようである(興津・前掲『判決効』232-253頁参照)。

18) 田中ほか・前掲注9)428-433頁〔田中二郎発言、三ヶ月章発言〕。

19) 田中ほか・前掲注9)432頁〔田中二郎発言〕。

20) 杉本良吉から行政事件訴訟特例法12条の解釈の分類として、①上級審裁判所の判断の下級審裁判所への拘束力と同趣旨の規定とする説、②判決の実効性を確保するための規定とする説、③既判力の主観的範囲を拡張する規定とする説の三つの説に分類がなされた(塩野宏編著『日本立法資料全集5 行政事件訴訟法(1)』392頁(信山社,1992))。当時の配布資料は資料としては残っていないため——「第三巻〔資料2〕には、「抗告訴訟の問題点」が配布された記録があるが、入江文書中には収録されていない(三神正昭「行政事件訴訟立法関係資料(第3巻～第7巻)の出版一覧および解題」塩野宏編著『日本立法資料全集37 行政事件訴訟法(3)』6頁(信山社,1994))——杉本が誰の見解をどのように分類したかについては判然としない。杉本は、①の説について裁判所と行政庁の関係は上級行政庁と下級行政庁の関係とは異なるとしてその欠点を指摘し、②の説が有力であるとしている(塩野編著・前掲『日本立法資料全集5』392-393頁〔杉本良吉発言〕)。

21) 塩野編著・前掲注20)『日本立法資料全集5』403頁〔入江俊郎発言〕。そこにいう行政上の特殊性とは、拘束力の規定が、行政に対して積極的な是正措置を課すものであること、行政処分の反復を防止するものであること、及び、その客観的範囲がその主文と理由中の判断とが一体となって判断されるものであることを指すといえようが、前二者の効力については既判力でも導きうるものが審議においても示唆されている(同書・396頁〔小沢文雄発言、浜本一夫発言〕)。拘束力の規定の効力の客観的範囲を判決主文と理由中の判断を一体として判断するという点では、一般的な既判力の理解とは異なる行政上の特殊性というものが看取できるが、そのように解する根拠は語られていない。杉本は、上級審裁判所の判断の下級審裁判所への拘束力と同趣旨の規定とする説によると判決理由中の判断についても拘束力の規定の効力が生ずるとするが、他の説については拘束力の規定の効力が生ずる範囲は不明瞭であるとしている(同書・393頁〔杉本良吉発言〕)。兼子は、従前の理解(II 1(2)a(参照)を踏襲し形成要件たる個別の違法事由につき既判力が生じるとしているように思われる(同書・396-397頁〔兼子一発言〕)。田中は、取り消す理由を一体として考えなければ「拘束力を論ずる場合におかしなことになる」とするが、その意味するところは必ずしも明瞭ではない(同書・398-399頁〔田中二郎発言〕)。

立案担当官である杉本はのちに、行政事件訴訟法33条1項の拘束力の規定については、既判力を根拠にする見解と、判決の主文と一体となった判決理由中の判断について生ずる既判力と異なる効果であるとの見解のうち、後者の見解によって理解すべきものと述べているが(杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』110-111頁(法曹会,1963))、実際は、「審議の過程で新たな解釈の統一がなされたわけではなく、その段階でも旧法下と同様な意見の対立がうかがわれる」との評価(塩野・後掲注22)169頁)が正当であると思われる。



に、行政事件訴訟特例法逐条研究及び第14回会議が行われた当時においては、既判力かそうでない効力かという形で特殊効力説と既判力説という学説の対立の原像が荒削りとはいえ形成されていたといえるだろう。

## 2 対立構造の確立

行政事件訴訟特例法逐条研究及び第14回会議が行われた時期以降に、既判力説の解釈論としての難点を指摘し、拘束力の規定の効力について特殊効力説にたつ論攻が多数発表された。この時期に、特殊効力説と既判力説の対立という構造が確立するとともに<sup>22)</sup>、特殊効力説が通説としての地位を獲得していくこととなる<sup>23)</sup>。以下では、それぞれの論者の見解を、特殊効力説と既判力説に分類して紹介する。

### (1) 特殊効力説

特殊効力説と一口でいっても、そこにいう「特殊効力」の意味する内容は論者により異なり、それ自体として明確な外延を有するわけではない<sup>24)</sup>。特殊効力説にたつ論者にお

おむね共通する解釈論上の特徴は、既判力説に対し、①既判力は判決理由中の判断には生じない、②既判力は訴訟法上の効力にすぎず、実体法上の効力を生じるものではない、あるいは、③先行処分と後行処分は形式上別個の行為であり、先行処分の取消判決の既判力は後行処分には及ばない、といった批判を加え、拘束力の規定は既判力と異なる判決の実効性を確保するための特殊な効力を実体法上定めたものであり、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限定されるとする点にある<sup>25)</sup>。特殊効力説にたつ論者の見解をみる限り、彼らが特殊効力説を支持するのは既判力説が上記①～③にあげられた解釈論上の難点を孕むからであって、必ずしも彼らから特殊効力説を積極的に基礎づける論拠は示されているわけではない。特殊効力説はあくまで、既判力説の解釈論上の難点という消極的な論拠によって支えられているというべきであろう。

特殊効力説における「特殊効力」の法的性質については語らない見解も多いが<sup>26)</sup>、具体的な内容を語るものも存在する。拘束力の

なお、田中の発言については、田中がかつて既判力の客観的範囲を判決理由も含むものと考えていたことと（田中・前掲注7）248頁）——田中は、かかる立場を少なくとも、『行政法大意』までは維持していたようである（田中二郎『行政法大意』459-460頁（勁草書房、1950）と田中・前掲注10）「行政争訟の法理」126頁、田中・前掲注10）『講義案』209頁の記述を比較対照のこと。なお、田中二郎『行政法 上巻』381頁（有斐閣、1953）には、既判力が判決理由中の判断にも生ずるとの記述が再度見られるが、これは行政法講義案の記述を利用したことから生じたものと考えられる（同書・2頁。田中二郎『要説行政法』321頁（弘文堂、1960）ではかかる記述は見られない）——あるいは関連があるかもしれないが、明確な典拠はなく想像の域を出るものではない。なお、田中の既判力は判決理由中の判断にも生ずるとの理解は、一般的な既判力理解（たとえば、兼子一『新修 民事訴訟法体系（増訂版）』341頁（酒井書店、1965））とは大きく異なることは言を俟たない。田中があげる行判昭和4年2月9日行録40輯120頁の理解としては、「主文で判断されている事項を確定するには理由をも参照しなければならないことが多いが、その限度で理由に示された判断が既判力の範囲を定めることになる」との理解（雄川・前掲注8）221頁（圏点筆者））が妥当であろう（なお、兼子・同書341頁の記述も参照）。

22) 特殊効力説が「特殊効力説」と呼ばれるようになったのもこの時期であると考えられる。どの論者が「特殊効力説」と呼ぶようになったのかは定かではないが、小沢文雄「判批」田中二郎編『行政判例百選（初版）』223頁（1962）は「拘束力説」、塩野宏「行政事件訴訟判決の効力」法教7号168頁（1963）は「特殊の制度的効力」と呼称する。これに対して、外間寛「取消判決の拘束力」ジュリ300号104頁（1964）は「特殊効力説」と呼称する。

23) 興津・前掲『判決効』11頁注15、南＝高橋編・前掲注3）571-572頁〔東亜由美〕。

24) 岡光民雄は、「特殊効力説が通説とされているが、そこでいう特殊効力とは非既判力というに等しく、特殊効力の性質と内容を明確にすることが通説内部における今後の課題といってよい」と評する（南博方編『条解行政事件訴訟法（初版）』759頁（弘文堂、1987）〔岡光民雄〕）。

25) なお、特殊効力説にたちながら、前訴において十分に主張可能であった事由を主張しないで取消判決を受けたものの、再処分を禁ずることによって弊害が生じないという場合には、権利濫用・信義則違反として再処分を禁ずるとの見解も存在する（鶴岡・後掲注107）277-278頁）。この見解についてはIV 2(3)で触れる。

26) 市原昌三郎「抗告訴訟の本質と判決の効力」一橋論叢37巻3号221頁、234-235頁（1957）、小沢・前掲注22）223-224頁、塩野・前掲注22）169頁、杉本・前掲注21）111頁、近藤昭三「判決の効力」田中二郎ほか編『行政法講座第3巻 行政救済』325頁、336-339頁（有斐閣、1965）、吉川正昭「判決の拘束力」鈴木忠一＝三月月章監

規定は、確定判決の存在自体により実体法上の法律効果が生じるという判決の構成要件的效果 (Tatbestandswirkung)<sup>27)</sup> を定めたものとする見解である<sup>28)</sup>。

## (2) 既判力説——兼子説とは異なる立場の

既判力説の代表的な論者は兼子であるといえようが、兼子とは異なる立場から反復禁止効を既判力の作用であるとする見解も存在する。

### a 白石健三の見解

白石健三は、抗告訴訟を行政処分にかancel力と認めることに対応して認められた行政処分の具体的権限の存否を確認する確認訴訟として捉え、抗告訴訟の訴訟物は行為時における行政庁の具体的権限の存否であるとする。白石によると、権力主体たる行政庁は、本来は

形成の訴えによらないと実現できない権利変動を自らの一方的な認定により実現できる権限を有し、その判断に通用力が認められることから行政処分には公定力が認められる。取消判決はこのような具体的権限の不存在を確定することから、処分の反復は既判力により防止されるとして反復禁止効を既判力の作用であるとし、拘束力の規定は既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張する効力を定めたものとする<sup>29)</sup>。白石の見解は、抗告訴訟を確認訴訟として捉えるという特徴を有し<sup>30)</sup>、通説のような訴訟物の捉え方——兼子のように処分の違法性が形成要件として訴訟物となるという理解——では反復禁止効を基礎づけることは困難であるとする<sup>31)</sup>。白石が、反復禁止効が生ずる範囲、すなわち既判力の客

修『実務民事訴訟講座 (8)』259頁, 262-275頁 (日本評論社, 1970), 千葉勇夫「取消判決の効力」金子芳雄ほか編『法学演習講座 (13) (行政法下巻)』558頁, 562-567頁 (法学書院, 1974), 兼子仁『行政法学』190-191頁 (岩波書店, 1997) など。

27) 鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山木戸克己選暦『実体法と手続法の交錯 (下)』149頁 (有斐閣, 1978), 新堂・前掲注13)735-736頁, 伊藤・前掲注13)563頁。民事訴訟法学では、Tatbestandswirkungに法律要件の効果をあててのが一般的であるが、本稿では構成要件の効果をあてて。

28) 中田淳一「判批」民商34巻1号72頁, 75-79頁 (1956), 鈴木正裕「形成判決の効力」論叢67巻6号27頁, 43-44頁 (1960), 園部編・前掲注1)420頁 [村上敬一]。なお、中田淳一は「一種の反射効」であるとするが、「確定判決を契機として生じる」実体法上の効果であるとしていることから、ここにいう反射効とは構成要件の効果を指すと理解して大過ないであろう (鈴木・同論文46頁注13), 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 (上) (第2版補訂版)』664頁注79 (有斐閣, 2013) も中田の見解を構成要件の効果にたつものと理解する。なお、鈴木正裕「判決の反射的效果」判タ261号2頁 (1971) も参照。

このような見解に対しては、「法律要件の効果はいわば特殊例外的効果であるから、明確な規定を要するのではないか」、あるいは、「通常法律要件の効果という場合、判決の外在的存在に結びつけられる実体法上の効果であるのに対し、右条項 [行政事件訴訟法33条1項] では判決の内容的効果が問題」となっているとして、疑問を呈する見解もある (本間靖規「形成訴訟の判決効」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟6 裁判』283頁, 298頁 (弘文堂, 1984) ([ ] 内筆者)。

29) 白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」岩松裁判官選暦『訴訟と裁判』419頁 (有斐閣, 1956)。

30) 抗告訴訟を確認訴訟として捉える点については疑問がある。白石は、行政処分の取消という効果を取消訴訟の確定をえないまま他の訴訟の前提問題として主張すること自体は想定していないように思われる。そうすると、結局、抗告訴訟が権利変動の結果を他の訴訟の前提問題として争うことができないという形成訴訟としての特質を有することを否定しては興津というべきであろう (このような形成訴訟の有する特質については、本間・前掲注28)285頁参照。なお、興津・前掲『判決効』39頁も参照。白石が形成効を等閑視することへの疑問は、雄川・前掲注8)60-61頁も示す)。

31) 白石・前掲注29)446-448頁。白石は、兼子の見解を「形成要件としての違法性すなわち処分の効果を遡及的に消滅させる原因 (取消原因) を訴訟物と考える」ものと理解し、そのような理解では「処分当時処分の具体的要件が具備されていたかどうか」は前提問題にすぎなくなるとする (白石・前掲注29)446頁, 452頁注22も参照)。しかし、兼子の見解でも、形成要件の判断たる個々の違法事由の検討を通して「処分当時処分の具体的要件が具備されていたかどうか」についても既判力が生ずるのであり、白石の批判は失当であるように思われる (II 1 (2) a (a)も参照)。なお、興津・前掲『判決効』35-39頁は、白石、兼子、そして後述する雄川の諸説の近似性を説き、白石や雄川の兼子に対する批判を「さほどの射ていない」と評した旧稿 (興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成」法協121巻2号213頁, 222頁 (2004)) の評価を改め、雄川の「行政行為の違法性を形成要件の概念を通じて捉えると、……行政行為の違法性の問題は前提問題となるに止まり、訴訟物自体ではなく」との評価 (雄川・前掲注8)59頁) を正当としている (興津・前掲『判決効』86頁注116)。確かに、兼子の見解は判決主文である取消の宣言とその原因である形成要件において既判力は生ずるとしており、行政行為自体の違法性の問題は前

観的範囲についてどのように考えていたかは明確でないが、後に述べる通り、行政庁の権限の不存在が既判力によって確定されるとすると、理論的には、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限定されることなく処分の違法性一般に及ぶことになろう。

#### b 雄川一郎の見解

雄川一郎は、先行処分の既判力は後行処分へ及ばないとの市原昌三郎の見解を紹介し、言葉を継いで「その結果は恐らくは既判力の意義を失わしめるものであって、当該行政行為の違法の確定の意義は、行政行為の具体的な内容の違法の確定にある」から、「全く同一の事情の下で同一理由に基き同一の行為をなすことは、既判力によって妨げられると解すべき」として<sup>32)</sup>、反復禁止効を既判力の作用であるとする<sup>33)</sup>。雄川は「全く同一の事情の下で同一理由に基き同一の行為をなすことは、既判力によって妨げられる」と述べているものの、「既判力は原則として主文について生ずることは民事訴訟の判決と変らず、主文で判断されている事項を確定するのには理由をも参照しなければならないことが多いが、その限度で理由に示された判断が既判力の範囲を定めることになる」としてることから<sup>34)</sup>、このような記述は判決主文の内容を判決理由中の判断を参酌して判断するという趣旨であると解すべきで、反復禁止

効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られることなく処分の違法性一般に及ぶことになろう。

#### c 田中二郎の見解

田中二郎は、「抗告訴訟の訴訟物は、一定の事実関係を基礎とし、これについて行政庁が明示的又は黙示的に示した第一次的判断（公権力の行使）を媒介として生じた違法状態の排除」であるとし、「同一の事実関係に基づく限り」時点を異にする処分であっても同一性を失わず「取消訴訟の対象の同一性は失われることはない」とする<sup>35)</sup>。そして、田中は、「当初の一定の事実関係が変らず、その同一性を維持する限り、確定判決の既判力が及び、同一内容の処分を繰り返すことは許されず、第二、第三の同一内容の処分は、当然に無効と解されるべき」として、反復禁止効を既判力の作用であるとする<sup>36)</sup>。田中は自らの体系書において、違法状態の排除という観念のもと、「その事件について、拘束する」という文言の意味として「裁判所が違法であるとしたのと同一の理由に基づいて、行政庁が同一人に対し同一の処分をすることを禁止する趣旨である」と述べていることからすると<sup>37)</sup>、反復禁止効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られると考えているといえようか<sup>38)</sup>。

---

提問題になるにとどまる。しかし、白石が、兼子の見解を「処分の違法性ということを一応有効に成立した処分の取消原因の趣旨に解する」としている点については（白石・前掲注 29）453 頁注 24）、上述の通り当を得たものではないと評価すべきではないか。

なお、行政と私人との法関係において私人の形成権の存在は観念しづらいことから、取消訴訟の訴訟物は処分の違法性自体に求めるのが直截であろう（雄川・前掲注 8）58-61 頁。小早川光郎「取消訴訟と実体法の観念」『行政訴訟の構造分析』1 頁（東京大学出版会、1983）〔初出 1973〕も参照。

32) 雄川・前掲注 8)221 頁。

33) なお、雄川はこのように反復禁止効を既判力の作用であるとしているが、拘束力の規定については「拘束力の性質を既判力の効果に外ならないとみる説があるが……既判力は右に述べたように行政行為の内容の違法性の有無を確定しこれに反する主張を当事者間で主張し得ない所にあるが、ここでいう拘束力の意義は、行政庁の行動の規範となる所にあるので、その性質を異にする。即ち、行政庁が判決の趣旨に従って行動すべき義務を生ぜしめる」ものであるとして既判力と異なる効力を承認している（雄川・前掲注 8)222 頁）。

34) 雄川・前掲注 8)220-221 頁（圏点筆者）。

35) 田中二郎「抗告訴訟の本質——その訴訟物を中心として」『司法権の限界』73 頁、82-83 頁（弘文堂、1976）〔初出 1967〕。

36) 田中・前掲注 35)84 頁。

37) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第 2 版）』354 頁注 2（弘文堂、1974）（圏点筆者）。この記述は、田中二郎『新版行政法上巻Ⅱ（全訂第 1 版）』335 頁注 2（弘文堂、1964）と同一である。注 10）で述べた通り、同書に至るまでの諸著作では基本的に田中・前掲注 10）「行政争訟の法理」125 頁、田中・前掲注 10）『講義案』208-209 頁と同旨の記述が維持されている。

#### d 小早川光郎の見解

小早川光郎は、「取消訴訟の訴訟物は、……処分が違法であって取り消されるべきものである旨の原告の主張であり、処分を取り消すべき違法性ありという裁判所の判断は、訴訟物についての判断であって、既判力を生ずる。そこでいう訴訟物としての処分の違法性とは、すでにされた一定の日付をもつ処分が違法であることも含めて、しかしそれに限らず、およそその事情のもとでその者に対しその態様において処分がされることの違法性、という意味で捉えることが可能である。そう考えるときは、取消判決の後に、判決により違法とされたのと同一態様の行政庁の行動が同一事情のもとで同一人に対して繰り返されることは、取消判決の既判力によって妨げられる」と解するのが「取消訴訟制度の救済機能にても妥当」であるとして、反復禁止効を既判力の作用であるとし、拘束力の規定については既判力の主観的範囲を関係行政庁へと拡張する規定であるとする<sup>39)</sup>。

小早川は、反復禁止効の客観的範囲について「救済の実効性を確保するためのものであり、判決において処分の取消しの理由とされた違法事由の判断についてのみ生ずる」として<sup>40)</sup>、判決で違法とされた処分理由に限定する<sup>41)</sup>。

#### (3) 拾遺——東亜由美の見解の紹介と評価

特殊効力説あるいは既判力説のどちらにも包摂できないようにみえる見解を構築する論者もいる<sup>42)</sup>。ここでは、特殊効力説に包摂しきれない意義を有するとも評される東亜由美の見解を紹介することとする。

東は、拘束力の規定の効力を「取消判決の理由中で示された具体的違法事由についての判断に与えられた通用力と解」し、「本条1項〔行政事件訴訟法33条1項〕自体は手続的な拘束規定であり、拘束の下で個別の処分根拠規定を解釈適用することにより同一処分の繰返禁止効が生じると解すべき」とする<sup>43)</sup>。そこでいう「手続的な拘束規定」の意義が問題となるが、拘束力の規定が行政庁に対し実体法上の義務を課すこと自体は否定していないように思われるため、その点は特殊効力説と軌を一にする。判決理由中の認定判断に通用力を認めるという点についても、判決で否定された理由による再処分を禁ずるという特殊効力説の効力を、取消判決の判断の通用力という別の側面から説明したものであるというべきでないか。取消判決の判断の通用力という観点を提供したこと自体は高く称せられるべきではあろうが、東の見解が特殊効力説と異なる観点を提供したものは必ずしも評価できないように思われる<sup>44)</sup>。

38) もっとも、田中・前掲注37)の体系書においては、拘束力の規定の効力として反復禁止効に言及しており、反復禁止効の基礎づけについて田中・前掲注35)の論文と同じ立場にあるかは疑問がないではない。

39) 小早川光郎『行政法講義〔下II〕』221-223頁(弘文堂, 2005)。

40) 小早川・前掲注39)223頁。

41) もっとも、小早川は、拘束力の客観的範囲は取消訴訟の訴訟物の範囲と同じであるとする(小早川・前掲注39)223頁)。このような立論と、反復禁止効の客観的範囲についての記述とは必ずしも整合的でないようにみえる。この点については、山本隆司「取消訴訟の審理・判決の対象——違法判断の基準時を中心に(1)」曹時66巻5号1頁,13頁注17(2014)の「次述3〔既判力の範囲〕の問題を意識して妥当な結論を導くための立論であるが、必ずしも論理が明確でない」との評価が適切であろう(〔 〕内筆者)。

42) 本文で紹介するもの以外に、実質的根拠をもって反復禁止効を説明する見解がある。三権分立を根拠にするものとして、木村弘之亮「行政事件上の取消判決の効力(1)~(4・完)」民商72巻2号263頁(1975)、3号424頁(1975)、4号614頁(1975)、5号785頁(1975)。権利濫用を根拠にするものとして、南編・前掲注24)772頁〔岡光民雄〕。

43) 南=高橋編・前掲注3)570-579頁〔東亜由美〕(〔 〕内筆者)。

44) もっとも、興津は、東の見解を「拘束力の概念を“実体法上の行動義務”から解放し、これを手続的に理解する契機を提供した点で、大きな意義を有すると思われる」と評する(興津・前掲『判決効』29頁)。特殊効力説が「実体法」という場合、それは訴訟法との対比で述べられているものであり、東の見解も、拘束力の規定が訴訟法との対比における実体法の範疇に属していることは否定していないと考えられる。興津のかかる言明は、東の見解が実体法の規定の実体的側面と手続的側面という緩やかな対比において手続的側面を照射したものであり、その意味において意義を有すると述べたものとして理解されるべきであろう。

### 3 各見解の評価

以上の検討から、特殊効力説と既判力説という学説の対立は、反復禁止効の客観的範囲とその法的性質を巡って形成されたものといえることができよう。その際に特徴的であるのが、特殊効力説だけでなく既判力説にも、前訴で否定された処分理由について反復禁止効が生ずるとする見解がみられることである。既判力説においてこのように考える根拠については、必ずしも明確ではない。特殊効力説においても、反復禁止効の客観的範囲を判決で否定された処分理由に限定する根拠が明確に述べられているわけではない<sup>45)</sup>。

雄川によれば、行政事件訴訟法は、「戦後から日本国憲法の発足に際してなされた制度改革における行政訴訟法制の立法の継承であり発展であるという性格を基本的にもっていた」という<sup>46)</sup>。そして、戦後の制度改革における行政訴訟観には、「従前の行政裁判制度の否定」という側面と、「技術的には、行政裁判所時代の行政訴訟法理を受けついで」という側面が併存しており、このような2つの側面の併存により、「行政訴訟については、民事訴訟の法理法制度によらしめることを基本としながら、行政訴訟の特質に応じた特別——それは従前の行政訴訟の法理法制度を多分に受けついでいた——を必要の限りで立法することとなったのである。これが、戦後の民訴応急措置法、行政事件訴訟特例法の立法

であった。……〔行政事件訴訟法は行政事件訴訟特例法と異なり、「行政事件訴訟」を民事訴訟の一範疇とは考えていないという行政訴訟観の相違があるが、〕行政事件訴訟法の実質的内容は行政事件訴訟特例法を継承しこれを発展させたものがその中心になっている」という<sup>47)</sup>。反復禁止効の客観的範囲が判決で否定された処分理由に限定されるという理解は、上級審の破棄判決の拘束力をめぐり議論を想起させるが、このような類似の淵源に行政裁判法下で行政裁判所が上級行政庁的地位にあったことが影響していると考えるのは穿ちすぎであろうか<sup>48)</sup>。

ともあれ、判決で否定された処分理由にのみ反復禁止効が生ずるとする観念が共有されていたということは特筆されるべき事柄であろう。

このような議論状況下で、特殊効力説から既判力説に対し、①既判力は判決理由中の判断には生じない、②既判力は訴訟法上の効力にすぎず、実体法上の効力を有するものではない、あるいは、③先行処分と後行処分は形式上別個の行為であり、先行処分の取消判決の既判力は後行処分には及ばない、といった批判がなされた。反復禁止効が前訴で否定された処分理由について生ずることを前提としたことによって、①の批判は既判力説の解釈論的な難点を指摘する致命的なものとなった。また、③の批判に対しても、既判力説側からは、白石・田中のように訴訟物の概念を通説的な見解とは異なる形で定式化するとい

45) 例外的に、小沢・前掲注 22)224 頁は、反復禁止効の客観的範囲を判決で否定された処分理由に限定する根拠として「過誤防止」という観点を提示する。この見解の評価については、注 48) 参照。

46) 雄川一郎「行政事件訴訟法立法の回顧と反省」『行政争訟の理論』184 頁、197 頁（有斐閣、1986）〔初出 1983〕。

47) 雄川・前掲注 46)197-198 頁（〔 〕内筆者）。

48) 小沢・前掲注 22)224 頁は、行政裁判法下では行政裁判所は上級行政庁としての性格を有していたことから、取消判決の拘束力は前訴で否定された処分理由に限定されると解するのが自然であり、拘束力の規定は「行政内部における権限分配を定める組織規定の性格を有」するとする。その一方で、行政事件訴訟特例法下では、裁判所は上級行政庁としての地位を有しないのであるから明文なくして上記のような効力を認めることはできず、それを行政事件訴訟特例法 12 条が定めたものであるという。そして、このような効力は過誤防止のために認められたものであることから裁判所法 4 条、民事訴訟法 325 条 3 項後段と同じ性格をもち、その客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られるとする。

この小沢の見解は、行政裁判法下の司法と行政の関係と行政事件訴訟特例法下での両者の関係との間の非連続性を意識しつつ構築されたものとして高く称されるべきである（なお、千葉・前掲注 26)563 頁も参照）。しかし、そうであればこそ、拘束力の規定に裁判所法 4 条、民事訴訟法 325 条 3 項後段と同じ性格を見出してよいか問われるべきではなかったか。

う、必ずしも説得的であるとはいえない見解の構築による応答しかなされなかった<sup>49)</sup>。結局、特殊効力説からの批判に対して既判力説は有効な応答をしておらず、「既判力を通常の意味に理解するかぎり、特殊効力説が正当といえよう」との評価は<sup>50)</sup>、ここまでの検討の限りにおいては正当なものであると思われる。もっとも、II 2(1)で述べたように、特殊効力説は、既判力説に対する批判をもって自己の基礎づけとしており、それ自体として積極的な基礎づけを有するものではなかった。特殊効力説は、既判力説の解釈論的な困難とその沈黙を背景に、それ自体として積極的な基礎づけをもたぬまま通説としての地位を獲得することとなった。

### Ⅲ. 既判力説の再構成

近時、新たな理論構成によって反復禁止効を既判力の作用であるとする見解が登場している。塩野宏、山本隆司、興津征雄の見解であり、三者ともに、既判力の作用としての反復禁止効の客観的範囲を判決主文を導く判決理由中の判断に限定せず、「取消判決にも真正の既判力を認める」<sup>51)</sup>という特色を有する。これにより特殊効力説からの既判力説への批判のうちもっともクリティカルなものへの応答がなされるだけでなく、むしろ、これらの見解は、反復禁止効の客観的範囲を前訴で否定された処分理由に限定する理由がない

として特殊効力説を批判する。これらの見解は、これまで漠然と前提とされていた、反復禁止効の客観的範囲は前訴で否定された処分理由であるという思考を前提から問い直すものであり、これらの見解の登場によって反復禁止効をめぐる議論は新たな局面に入ったといえよう。特に、特殊効力説がそれ自体として積極的な基礎づけを有しない以上、これらの見解をどう定位するかによって反復禁止効をめぐる議論状況は大きく変転する可能性がある。そこで、以下ではこれらの見解を検討することとする。

#### 1 塩野宏の見解

塩野宏は<sup>52)</sup>、先行処分の「取消訴訟において確定したのは、形式的には当該行政行為の違法であるが、それは、当該法律関係において、行政行為をする要件が存在しなかったことが確定することを意味する。そうだとすると、確定判決後に、行政庁が同一理由に基づき処分を行い処分の適法性、つまり当該法律関係における処分要件の存在を主張することは許されず、これは既判力の効果としてみることが相応しいものである。前と後では処分が形式的に異なることは、既判力を否定する実質的根拠に乏しいのみならず、法律関係という観点からみるならば、まさに同一事件なのである」として、法律関係の同一性を根拠として既判力の作用としての反復禁止効を

49) なお、この批判に対しては、上村明広と小山昇がそれぞれ「法的効果の目指す秩序」、「基本権」といった論拠をもって応答をしている。

上村は、先行処分の取消訴訟と後行処分の取消訴訟の訴訟物は異なるが、紛争の実質的同一性を根拠に後行処分が取り消されることが「取消判決により実現せしめられた法的効果の目指す秩序に属する」ことから「先決関係概念を拡張的に解釈」し、前訴判決の既判力が後訴判決に作用するものとする（上村明広「形成対象の繰返しと既判力」民商55巻1号28頁、44-45頁（1966））。

小山は、「憲法が予定する司法権と行政権の関係——司法権は行政権にとって代わるものでないという関係——」から「訴訟事件判決の中に行政庁に対する行為禁止の意思表示を見ることはできない」が「法治行政主義の下では、違法な行政処分をしないことを求める基本権が認められ」「右の基本権は当該処分のごとき処分をしないことが確保されてはじめて満足される」ため、「当該処分のごとき処分の違法取消性——AufhebungsbedürftigkeitをもたらずRechtswidrigkeit——の確定」が取消訴訟の訴訟物となるとして、前訴判決の既判力が後訴判決に作用するものとする（小山昇「行政処分取消判決の効力について」『判決効の研究 小山昇著作集第2巻』139頁、147頁、153頁、154頁（信山社、1990）〔初出1976〕（圈点原文）。小山の見解の評価については、高橋・前掲注28)663-664頁も参照）。

50) 南編・前掲注6)306頁〔阿部泰隆〕。

51) 山本・前掲『法関係』485頁。

52) 以下の見解は、つとに、塩野宏『行政法II（初版）』144-147頁（有斐閣、1991）の時点で提示されていたものであり、時的には後述する山本、興津の見解に先行する。

基礎づける<sup>53)</sup>。

## 2 山本隆司の見解

山本隆司は、行政行為の理解自体を変化させ、行政行為を措置ではなく規律と捉える。山本によれば、「行政行為は措置であるとともに規律でもあり、むしろ規律としての性格が重要である。そして、規律の内容（例、Xは租税債務をA円以上負う）は、措置としての手続が区切られても（例、第一次・第二次・第三次更正処分、取消判決後に反復される行政行為と当初の行政行為）、同一性を失わない。取消訴訟の訴訟物としての行政行為の違法性は、このように連続する規律の内容の実体的違法性と、措置としての手続の違法性の両方として捉えるべきである。……また、行政行為の内容を違法として取り消す判決の既判力は、反復される行政行為に及ぶと解される」のである<sup>54)</sup>。このように行政行為を規律として捉えることによって、山本は、既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける。

## 3 興津征雄の見解

興津征雄は、訴訟物についての二分肢説の立場から既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける。二分肢説とは、「原告の申立てと、それを支える請求原因すなわち生活事実関係との二要素によって訴訟物を特定しようとする考え方」であり、興津は、「行政行為（行政処分）を一定の生活事実関係の規律と捉えたうえで、前提となる事実関係と規律の

内容によって訴訟物を同定する立場をとれば、前処分と再処分が形式的には（措置としては）別の処分であるにもかかわらず、前訴取消判決の既判力を後訴に及ぼすことができる。これは、「ドイツにおける二分肢的訴訟物概念の説くところと一致する」として、訴訟物を「行政行為においてなされた規律とその対象たる事実関係」により画定することによって訴訟法的に既判力の作用としての反復禁止効を基礎づけられるとする<sup>55)</sup>。

## 4 評価と展望

三者の見解は、塩野の提示した法律関係の同一性という視点を、山本が行政行為の「深さ」<sup>56)</sup>——措置か、規律か——という観点からモディファイし、更にそれを興津が訴訟法的に展開したものと評価できる。塩野は、法律関係が同一であることから先行処分の取消判決の既判力が後行処分へと及ぶとするが、しかし、そこでいう「法律関係」というものをいかに捉えるか自体が問題なのであり、特殊効力説にたつ論者は、法律関係は個々の行政処分により形作られるものであって、時点の異なる行政処分により形成される法律関係はそれぞれ異なると反論するであろう。これに対して、山本が「措置としての行政行為」と「規律としての行政行為」という観念を導入したことにより、議論をより高い精度で分析することが可能となる。時点の異なる行政処分が形式上別個の行為であるという特殊効力説の論者による主張は、行政行為を措置として捉え、措置ごとに行政上の法関係を個別化する見解であり、逆に、時点の異

53) 塩野・前掲注5)191頁（圏点筆者）。

54) 山本・前掲「訴訟類型」656頁。ここでは行政行為の性質が述べられているのであり、必ずしも行政処分の性質が述べられているわけではない。山本は、のちに、自身の見解について、「ただしそこでの叙述は、処分と行政行為との区別に重点を置いていなかった」としている（山本隆司『判例から探究する行政法』387頁注36（有斐閣、2012）（以下、『判例探究』と略記））。この記述と、「本書では、行政行為ではないけれども行政行為に関連する決定に処分性を認める可能性を考えており、行政行為概念自体の解体までは意図していない」との記述（同書・341頁注11）とをあわせ読む限り、行政処分が「[規律としての]行政行為に関連する決定」として私人の法的地位に関するものであることから、反復禁止効を議論する限度においては、行政行為と行政処分との差異を厳密に区別せずに議論を進めることも許されるだろう。行政行為と行政処分との区別は、行政処分についての訴訟手続の特則と、その中における行政行為についての訴訟手続の特則という形で「特則の積み重ねを観念する」場合に意義を有する（同書・387頁）。

55) 興津・前掲『判決効』51頁、52頁、63頁（圏点原文）。

56) 山本・前掲「訴訟類型」656頁。

なる行政処分であっても「法律関係」としてみると同一であるという塩野の主張は、行政行為を規律として捉えるものであると評価できよう。このように、塩野の見解の当否は、山本の見解の当否と軌を一にすることになる。そこで、節を改めて、山本の見解の当否を検討し、しかる後に興津の見解を検討する。

#### (1) 措置か規律か——行政上の法関係

行政行為を規律として捉えるという山本の見解はなにを意味するのか。この点を考えるには、そもそも取消訴訟の審判対象、訴訟物はなにかということから考える必要がある。訴訟物とは、裁判所の審判対象となる権利・法律関係を指すものであり、訴訟物の同一性は権利・法律関係の同一性から判断される<sup>57)</sup>。したがって、取消訴訟において既判力がいかなる範囲において作用するかも訴訟物たる権利・法律関係の同一性という観点から判断されることとなる。形成訴訟において、訴訟物は、「原告が特定の権利変動をもたらす法的地位にあるとの主張であり、その同一性は、もたらす権利変動の同一性によって定まる」のであるから<sup>58)</sup>、ここにいう「権利」というものをいかに捉えるべきかが問われるのである。取消訴訟の訴訟物は処分の違法性一般に求めるのが多数の見解であるが<sup>59)</sup>、この訴訟物の定式も審判対象となる権利・法律関係という観点から再解釈される必要がある。

山本は、取消訴訟の訴訟物について、「規

律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性を、取消訴訟の訴訟物と考えると、それは行政庁の側からは、ある内容の行政処分を、ある手續により行う権限の存否と表現できよう。また原告私人の側からは、行政行為が規律する私人（原告とは限らない）の実体法上の権利・義務ないし法的地位の存否、あるいは原告私人が行政行為に当たり適正な手續を受ける法的地位と表現できよう」とする<sup>60)</sup>。山本の見解は、行政行為を規律として捉えることを通して、取消訴訟の訴訟物を行政庁の権限・私人の法的地位へと引き直し、「取消訴訟も一種の「公法上の法律関係」に関する訴訟と見ること」を可能とするものであり<sup>61)</sup>、取消訴訟の訴訟物を審判対象となる権利・法律関係の側から再解釈したものであると評価できる。この見解によれば、たとえば、行政行為が、措置としてみれば異なっても、規律としてみれば同一である限り、行政庁の権限・私人の法的地位もまた同一性を有するのである<sup>62)</sup>。通常形成訴訟が従来の法律関係を変動させるという構造を有するのに対して、取消訴訟が行政によって形成された法状態を排除し、原状回復を行うという構造を有することから<sup>63)</sup>、行政処分の取消訴訟においては原告の反対形成権ではなく、被告行政庁の形成権能が訴訟物となるといわれることがあるが<sup>64)</sup>、山本の見解はこのような性質を直截に表現するものともいえよう。

これに対して、行政行為を措置として捉え

57) 周知の通り、かつて民事訴訟法学では、権利・法律関係をどのような括り方で捉えるかについて訴訟物論争が華々しく展開された（高橋・前掲注28）25-64頁）。

58) 兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』756頁（弘文堂、2011）〔竹下守夫〕。

59) 取消訴訟の訴訟物については、岡田正則「行政訴訟における取消訴訟の訴訟物」新井隆一古稀『行政法と租税法の課題と展望』3頁（成文堂、2000）を参照。

60) 山本・前掲「訴訟類型」657-658頁。

61) 山本・前掲「訴訟類型」658頁。

62) このような差異から、行政行為を規律として捉えると取消訴訟の審理が義務付け訴訟における審理と同じあり方になるという言明が導かれるのであろう（大貫裕之「行政訴訟の審判の対象と判決の効力」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅲ』131頁、138頁（有斐閣、2008））。もっとも、行政行為を規律として捉えたとしても、反復禁止効の客観的範囲が広いことから主張立証過程に変化は生じえようが、審理の対象となるのは行われた処分の要件が充足されているか否かであり、必ずしも義務付け訴訟のようにあるべき処分を審理判断することにはならないのではない。

63) 妨害排除という発想と自由権理論における所有権との類比の関係については、小早川・前掲注31）78-111頁。

64) 一般的に、ベティヒャーの見解として紹介される理解である（本間・前掲注28）298-299頁、上村・前掲注49）37-39頁）。このような理解は、白石の公定力論にも通底する（興津・前掲『判決効』54-58頁参照）。



る立場は、そもそもこのように行政庁の権限・私人の法的地位に引き直して捉えるという発想自体が乏しかったようにも思われるが<sup>65)</sup>、行政庁の権限・私人の法的地位を措置ごとに個別化して捉える見解といえるだろう。

このように行政庁の権限・私人の法的地位という観点から取消訴訟の訴訟物を考えると、むしろ、行政行為を措置と捉える見解の理論的根拠こそが問われることとなるように思われる。行政行為を規律と捉えて、取消訴訟の訴訟物を行政庁の権限・私人の法的地位という観点からみると、行政庁が私人の法的地位を形成する際に、たとえ行政行為が措置としては異なっている、行政行為の対象となる社会生活関係が同一であって<sup>66)</sup>行政行為が規律としての同一性を有する場合には、行政庁の形成権能が同一性を有していると捉えることができる<sup>67)</sup>。これに対して、行政行為を措置と捉える見解は、措置ごとに行政庁の権限・私人の法的地位が異なることとなるが、一連の措置<sup>68)</sup>が規律としてみると行政庁の同一の形成権能に含まれる場合に、現在の行政法学説・民事訴訟法学説において、行政庁の形成権能を措置ごとになお個別化する理論的な手掛かりを見出すことは困難である。また、そのように解する必要性も乏しい<sup>69)</sup>。行政行為を措置として捉える見解には、取消訴訟の訴訟物を当事者の権利・法律関係という観点から解釈するという

モーメントは稀薄であったが、取消訴訟が主観訴訟である以上、当事者の主観化・個別化された利益が訴訟の対象とされるべきであり、前述の通り行政行為を措置として理解する根拠、必要性が乏しいことからすれば行政行為を規律として捉えるのが適切であろう。

## (2) 二分肢説への疑問

興津は、このような行政行為の規律としての性格を訴訟法的に表現すると二分肢説へと至るとし<sup>70)</sup>、「結局、訴訟物を「行政行為に含まれる具体的生活事実関係の規律 ([d]ie in dem Verwaltungsakt enthaltene Regelung eines konkreten Lebenssachverhalts)」にまで広げることによってのみ、反復禁止効を根拠づけることができる」として二分肢説を採用することで既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける<sup>71)</sup>。しかし、ここには飛躍がないか。前述の通り、取消訴訟の訴訟物は「規律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性」と定式化される<sup>72)</sup>。これを訴訟法的に表現するには二分肢説によるしかないのか。

興津は、「現に争われている行政行為を基準にして訴訟物の広がりを書きそうとすれば、前訴と後訴で訴訟物が異なることを承認せざるをえない」として行政行為を措置として捉える見解では訴訟物の同一性を認めることはできないが、「行政行為（行政処分）を一定の生活事実関係の規律と捉えたうえで、前提となる事実関係と規律の内容によって訴訟物

65) 取消訴訟の訴訟物を処分の違法性一般とすることに対して取消訴訟の客観訴訟性が説かれるのも（岡田・前掲注 59)21-22 頁）、従来、必ずしも、取消訴訟の訴訟物と行政庁の権限・私人の法的地位との関連が明確には意識されていなかったことを裏付けるように思われる（岡田の見解の評価として、塩野・前掲注 5)91 頁注 1 も参照）。

66) 社会生活関係が異なれば形成権能は当然別個のものとして評価されることとなる。高橋・前掲注 28)663 頁があげた交通事故、鈴木・前掲注 28)「形成判決の効力」42 頁があげた婚姻関係はこの例である。

67) もっとも、行政庁の形成権能をどのような広がりで見出すかは必ずしも明確ではない（山本・前掲「訴訟類型」668-669 頁を参照）。

68) 行政行為には、同一の社会生活関係に対して同一の行政法規から複数の措置が生じうる（例、第一次更正処分と第二次更正処分）という通時的な性格をもつ特殊性がある（最判昭和 42 年 9 月 19 日民集 21 卷 7 号 1828 頁の田中反対意見、山本・前掲「訴訟類型」656 頁参照）。山本は、かかる性質を「行政庁は訴訟の前・間・後を通じて継続的に、規律作用をなす権限と責任を持つ」と表現する（山本・前掲『法関係』484 頁）。行政処分においては行政行為の規律効が更に分節的に展開され、このような特殊な性質がより顕在化することとなる（山本・前掲『判例探究』327-387 頁の透徹した分析は、このような性質を「最終決定性」という観点から照射する）。

69) 更正の請求に対する更正をすべき理由がない旨の通知処分の取消訴訟と更正処分の取消訴訟とが二重起訴にあたることを裁判例は（岡田・前掲注 59)26 頁注 43 掲記の裁判例を参照）、このことの端的なあらわれであろう。

70) 興津・前掲『判決効』63 頁。

71) 興津・前掲『判決効』59 頁。

72) 山本・前掲「訴訟類型」657 頁。

を同定する立場をとれば、前処分と再処分が形式的には（措置としては）別の処分であるにもかかわらず、前訴取消判決の既判力を後訴に及ぼすことができる」として行政行為を規律として捉え、訴訟物について二分枝説をとることで訴訟物の同一性を認めることができるとする<sup>73)</sup>。しかし、行政行為を措置としてではなく規律として捉えることが、訴訟物について二分枝説をとることに直結するのであろうか。行政行為を規律として捉えることと訴訟物について二分枝説をとることとの関係にはなお検討すべき点があるように思われる。

訴訟物についての一分枝説と二分枝説の差異は、訴訟物を申立てのみで特定するか申立てと事実関係で特定するかという点にある。しかし、一分枝説と二分枝説とはその実、訴訟物の同定に関して大きな差異を生じないとされている。そもそも、一分枝説においても、二分枝説とは異なり事実関係を訴訟物の構成要素とはしないものの、申立てを解釈し訴訟物の異同を判断する際に事実関係は参酌されるのであって、事実関係が訴訟物の同一性を判断する資料としての役割を果たすことは承認されている<sup>74)</sup>。一分枝説と二分枝説とがその差異を生ずるのは、給付訴訟において原因関係債権と手形債権が競合する場合と、形成訴訟・行政訴訟の領域であるとされている<sup>75)</sup>。これらの領域で二分枝説による場合には、事実関係を訴訟物の構成要素とすることから訴訟物が細分化され<sup>76)</sup>、一分枝説による場合より既判力による遮断の範囲が狭くなるのである<sup>77)</sup>。このような二分枝説

は、事実概念がそれ自体として明確な範疇を有するものではないとして批判にさらされており<sup>78)</sup>、日本においては少数説にとどまる。確かに、二分枝説の妥当領域の一つとされる行政訴訟の場面においても、なぜ処分の取消事由がそれぞれ別個な事実関係にあると評価できるのかについての説得的な論拠は示されていないように思われる<sup>79)</sup>。

興津は、二分枝説に対して、「ここで援用される二分枝説が、個々の処分の形式的な相違（少なくとも処分の日付が異なる点）を超えて事実関係の同一性の範囲内で既判力による遮断の範囲を拡張する点に主眼がある」とし、「わが国の取消訴訟においては、原告の主張する違法事由を基礎づける事実関係によって訴訟物を限定するという二分枝的訴訟物概念を採用するのではなく、むしろ行政処分の規律する事実関係の同一性によって訴訟物の同一性を画するという考え方をとることによって、二分枝説の発想を活かしていく方向性が妥当なように思われる」とするが<sup>80)</sup>、果たしてその企図は二分枝説によって適切に表現されているであろうか。このような興津の記述を見る限り、その記述の力点は、規律対象となる事実関係という概念を導入することにより、規律してみれば同一性を有する行政行為の訴訟物としての同一性を弁証することにあるように思われるが、果たしてその企図は二分枝説をとることで適切に表現されているであろうか。規律としての行政行為の同一性は、取消訴訟の訴訟物たる行政庁の権限・私人の法的地位を基準に判断されることになるが、その同一性を判断するには二分枝

73) 興津・前掲『判決効』50-51頁、63頁。

74) 新堂幸司「『訴訟物』の再構成」『訴訟物と争点効（上）』1頁（有斐閣、1988）〔初出1959〕。

75) 三ヶ月章『民事訴訟法（第3版）』124頁（弘文堂、1992）。

76) 三ヶ月・前掲注75)123頁。

77) 三ヶ月は、二分枝説の魅力が「訴訟物として主張される一定の法効果が複数の異なる事実関係に支えられている場合には、一方の事実関係のみを主張して原告が敗訴したときでも、別の事実関係を主張して同一の法効果を改めて裁判上主張しても前訴の判決の既判力の対抗を受けることはない」とされるということにあるとする（三ヶ月章『訴訟物再考』『民事訴訟法研究 第7巻』19頁、42頁（有斐閣、1978）〔初出1973〕）。

78) 新堂・前掲注74)60頁。

79) 三ヶ月・前掲注75)129-130頁は、国家の公権的な行為に対する救済の訴えであることから紛争の一回的解決の要請が後景に退くとするが、紛争の一回的解決の要請と事実関係という概念との相互関係が明瞭でなく説得力を欠くように思われる。このような三ヶ月の立論は、「三ヶ月説の後退と見られたためか、支持は多くはない」ようである（高橋・前掲注28)57頁注17）。

80) 興津・前掲『判決効』60-61頁。

説によるしかないのか。

そもそも、一分肢説によっても訴訟物の同一性を判断する際に事実関係を資料として参酌するのであるから、二分肢説によらずとも取消訴訟の訴訟物たる「規律としての行政行為の内容の実体的違法性と、措置としての行政行為の手續の違法性」は問題なく同定できるように思われる<sup>81)</sup>。そして、行政処分の違法性を基礎づける事実関係により訴訟物を細分化するという考えをとらないのであれば、事実関係という概念を訴訟物の構成要素と考える必要はないのではないか。このように考えるのならば、一分肢説によっても規律としての行政行為の性質を訴訟法的に表現できるように思われる。そして、日本においては一分肢説にたつ論者が多数であり、従来の議論状況との緊張をいたずらに生じさせないためには、一分肢説によることが妥当であるように思われる。確かに、二分肢説は事実関係という側面に目を向けさせるものではあるが、概念上の混乱を避けるためには、そこで問題となっている事実関係というものがいかなるものなのかを検討することによってなお理論枠組を整える余地があったように思われる<sup>82)</sup>。

### (3) 中間総括

以上の検討から、行政行為を規律として捉えるべきこと、及び、訴訟物の同一性を画する規律の同一性については、規律の対象となる事実関係に目を向けつつ私人と行政の法関係を判断すべきであるものの、それを訴訟法的に表現するには必ずしも二分肢説による必要はなく、一分肢説によることでも十分に可能であるとの結論を暫定的に得た。もっとも、行政処分を規律として捉える見解にはなお理論枠組として不明確な部分があるように思われる。この点について、章を改めて検討

する。

## IV. 残された問題

行政行為を規律として捉えることで既判力の作用としての反復禁止効を基礎づける見解(以下、「規律・既判力説」という)においては、「取消判決にも真正の既判力を認める」ことから、反復禁止効の客観的範囲は判決で否定された処分理由に限られず、「訴訟物の範囲内にある行政行為の根拠事由を行政庁が後で援用して行政行為を反復すること」が禁じられる<sup>83)</sup>。このように取消判決に「真正の既判力」を認めることにより、規律・既判力説は、かつての既判力説に加えられていた判決理由中の判断に対して既判力を生じさせることとなるという批判に応答し、むしろ、特殊効力説が反復禁止効の客観的範囲を限定する合理的根拠がないと反批判するのである。

しかし、このように取消判決に「真正の既判力」を認めることによって、規律・既判力説は困難な問題を抱え込むことになる。すなわち、「手續的瑕疵を帯びていた処分がそのことゆえに違法として取り消された場合、当該瑕疵を補正したうえで再び同一内容の処分を行うことは、反復禁止効ないし拘束力によって妨げられないとするのが一致した解釈である。……問題は、これをどのように説明するかである」とされるように<sup>84)</sup>、取消判決に「真正の既判力」を認める場合には、取消判決によって処分が違法であり行政庁が形成権能を有しないことが既判力をもって確定されるのであるから、手續的瑕疵を補正して同一内容の処分を行うことが既判力に抵触しないかが問題となるのである<sup>85)</sup>。

この点については、規律・既判力説の論者

81) 二分肢説をとる論者はこのような一分肢説の解釈は理論的一貫性を欠くとするが(松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第7版)』188頁(弘文堂、2012))、一分肢説に理論的一貫性があるか否かは反復禁止効を議論する際にはさしあたり無関係であろう。

82) 行政処分の通時的な性質により、民事上の法関係より行政上の法関係の方が事実関係の果たす役割は大きい。通時的に展開される行政処分については、規律対象となる事実関係を見ずに規律としての同一性を判断することは難しい。その意味で、興津が二分肢説を採用し、規律対象となる事実関係という観点を指摘した意義は大きい。

83) 山本・前掲『法関係』485頁。

84) 興津・前掲『判決効』64頁。

も当然意識しているところであり、いくつかの解釈論の可能性が提示されている<sup>86)</sup>。以下ではそれらを概観したい。

## 1 解釈論の可能性

### (1) 訴訟物の分断

まず一つ提示されている解釈論としては、手続法関係と実体法関係で訴訟物を分断することである<sup>87)</sup>。しかし、この解釈によると、一方については違法判断が下された場合において、他方は未だ裁判所による判断を受けていないのであるから、裁判所は訴訟物について審理判決をする義務（民事訴訟法 258 条）を果たしていないこととなる。仮に、他方の訴訟物については裁判所に係属し続けると考えとしても、手続法関係に違法があるとして処分が取り消されたのちに手続法関係の瑕疵を補正した再処分が行われた場合に再度取消訴訟を提起すると、実体法関係については未だ前訴が係属中であり、同一の訴訟物についての二重起訴状態が生ずることとなる。また、私人が手続法関係の違法を理由とする取消判決で満足した場合でも、実体法関係の訴訟はなお係属し続けていることには変わりはなく、判決がされることがない訴訟が係属しつづけることとなる。訴えが判決を経ずに当然に終了するという解釈も考えられないではないが、現行法の解釈としては疑問がある。結局、解釈論としては技巧的にすぎただけでなく、実際に生ずる帰結も妥当でないと評さざるをえない。

### (2) 基準時後の事情変動

もう一つ提示されている解釈論としては、手続的違法の補正を基準時後の事情変動と捉えることである。しかし、再処分に対する取消訴訟において、行政庁は再処分が処分要件

をみたすことを主張立証する必要があるが、前訴で基準時において処分が処分要件を満たさないことは確定していることから、既判力によりかかる主張は遮断されるはずであり、この解釈も難点を抱える。

### (3) 解釈論の可能性

結局、「論理的に筋の通った説明は困難なところではあるが、取消訴訟の訴訟物を実体の違法と手続の違法とで分断しないという前提を維持する限り、訴訟物の範囲は処分の規律する事実関係の同一性で画されるところ、手続の違法については、行政手続と訴訟手続との関係ないし役割分担の観点から裁判所の審理範囲が制限されると解さざるを得ない<sup>88)</sup>」というのが現在の到達点ということとなろう。しかし、このような解釈は、特殊効力説の側から解釈論としての一貫性の点で批判を受けるように思われる。

では、なんらの解釈論の余地もないのか。解釈論の余地を探る上で出発点となるのは、山本の「行政手続との関係ゆえに、取消訴訟手続における審理・判断の対象が、訴訟物の一部に限定される<sup>89)</sup>」という記述、あるいは、興津の「行政手続と訴訟手続との関係ないし役割分担の観点から裁判所の審理範囲が制限される<sup>90)</sup>」という記述である。以下では、民事訴訟法学説において審理・判断の対象、すなわち既判力の生ずる範囲が限定される類型を概観し、行政処分の取消判決に対して示唆するものがないかを見ることとした。

85) 塩野・前掲注 5)192-193 頁は、「手続的要件は通常の民事訴訟の予定しないものであるので、既判力一般理論が当然に及ぶものではなく、また、この場合にまで同一内容の処分の反復禁止効を及ぼすとすれば、法律による行政の原理に正面から衝突することになると思われる」とする。

86) 興津・前掲『判決効』64-66 頁。

87) フランスでは訴訟物を行為の内的違法の有無と外的違法の有無に二分するようである（小早川光郎「取消判決の拘束力」前掲注 31)『行政訴訟の構造分析』207 頁、228 頁参照）。

88) 興津・前掲『判決効』66 頁。

89) 山本・前掲「訴訟類型」669 頁。

90) 興津・前掲『判決効』66 頁。

## 2 解釈論の余地——一時的取消判決の可能性

### (1) 民事訴訟法学説における一時的棄却判決

民事訴訟法学説においては、再訴許容性の面から見て通常の既判力とは異なる効力が認められている一時的棄却判決と呼ばれる判決が存在する。前訴において期限未到来を理由に請求を棄却された原告は、その判決の既判力により当該請求権を再度行使できなくなるというわけではなく、判決後に期限が到来した場合には再度訴訟を提起し、請求を認容されうるとするのが一般的な理解である。このような再訴の許容性について、多くの見解は既判力の時的限界の問題として捉える。しかし、時的限界の問題として捉えるのであれば、後訴において、前訴の基準時以前の事由の主張は既判力により遮断されるのであるから、前訴の基準時以前の事由である債権の成立は主張することができないはずである<sup>91)</sup>。そこで、「時的限界という一般的枠組みで処理するのではなく、期限未到来という棄却理由の特殊性からの拘束として説明する方がよい<sup>92)</sup>」とする見解が有力に主張される。棄却理由の特殊性について敷衍すると、前訴で

の請求棄却判決というものは、原告の請求権が存在しないという判断——終局的棄却——ではなくて、請求権の構成要件要素 (Tatbestandsmerkmal) の一つを欠きま現在は請求できる地位にないという内容の判断——一時的棄却 (Abweisung als zur Zeit unbegründet) ——である<sup>93)</sup>。一時的棄却と終局的棄却とは、既判力の基準時後に、前訴で欠くと判断された、換言すれば前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性があるか否かで区別され、基準時後に前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性のある理由での棄却判決は一時的棄却と解され、基準時後に前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素を具備する可能性のない理由での棄却判決は終局的棄却と解されることとなる<sup>94)</sup>。

このような一時的棄却という棄却判決は、前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素が基準時後に具備されるに至った場合には、再訴が許容されるという特殊性を有する<sup>95)</sup>。前訴の既判力は、基準時において原告の請求権は構成要件要素の一部を欠くことからいまま現在請求できる地位にないという形で生じ、前訴において欠くとされた構成要件要素が前訴の基準時において存在したと判断することを許さないという形で後訴を拘束する。この

91) 新堂・後掲注 97)152-153 頁, 松本博之『既判力理論の再検討』64 頁注 111 (信山社, 2006), 三木浩一ほか『民事訴訟法』421 頁 (有斐閣, 2013) [垣内秀介]。高橋宏志は、期限到来が基準時後の新事由になるとすると「債務不成立等々による請求棄却であっても、標準時後の期限の到来が立証できたならば、時的限界の外にあるとして既判力による拘束が解け、債務の成立・不成立等々を含めての再審理が許されることになるのではなからうか」とする (高橋宏志「既判力と再訴」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新 (中)』521 頁, 534 頁 (有斐閣, 1991))。この記述は、期限の到来を基準時後の新事由と捉える見解を整合的に理解すると、後訴の訴訟物である期限到来後の請求権と前訴の訴訟物である到来前の請求権とでは訴訟物が異なると解さざるを得ず、そう解する限り、「弁済を理由に請求棄却された原告も、標準時後に期限が到来したと主張立証しさえすれば……既判力の拘束を免れ、請求権の存否したがって弁済の存否を再び争うことができることになる」(高橋・前掲注 28)604 頁)ということの意味するように思われる。本文で述べた通り、前訴と後訴の訴訟物が同一である場合、基準時に請求権が存在しないことが確定されているのであり、基準時後に期限が到来したとしても債権の成立の主張は既判力により遮断されているから不可能であるはずである。しかし、多くの見解は基準時後に期限が到来した場合には債権の成立の主張が可能であるとする。この見解を説明するとすれば、基準時後の期限到来により訴訟物が同一性を失い既判力が作用しなくなると解さざるを得ないということであろう。このように期限到来を基準時後の新事由とする見解は、遠くドイツの制限的拘束力説と響きあう (制限的拘束力説については、松本・同書 47-51 頁)。

92) 高橋・前掲注 28)604 頁。

93) 高橋・前掲注 91)531-540 頁, 松本・前掲注 91)13-109 頁, 吉野正三郎「判批」ジュリ臨増 792 号 129 頁 (1983)。

94) 松本・前掲注 91)93-94 頁。

95) 理由説 (Begründungstheorie) と呼ばれ、ドイツでは通説的な立場である (ドイツの学説の分布については、松本・前掲注 91)13-109 頁が優れた見通しを与える)。

ような解釈は判決理由中の判断に既判力を認めるものではないとされる<sup>96)</sup>。このように棄却理由によって既判力の客観的範囲を解釈することは、裁判所の審理判断の方法や基準時後の事情変動というものをより高い精度で分析することを可能にするものであるといえよう。一時的棄却という構成は多くの学説の支持を集めている<sup>97)</sup>。

では、一時的棄却という構成をとる場合、前訴で請求棄却の理由となった構成要件要素以外の判断は後訴においてどのような意味を有するのであろうか。この問題については、民事訴訟法学説上もあまり議論の蓄積はないようにみえるが、前訴を棄却する理由となった判断以外の判断については、争点効のような別の法理によらない限り、後訴に対して拘束力を有しないと一般的には考えられているようである<sup>98)</sup>。また、棄却判決のうちに再

訴が可能な一時的棄却判決と不可能な終局的棄却判決の二種類が生ずることから、被告に審理順序の指定権を認めるか、被告は一時的棄却判決を終局的棄却判決とするために上訴することが可能かという問題も派生することとなる。この点についてはIV 2(4)で触れるが、民事訴訟法学説上も争いがあるところである<sup>99)</sup>。

## (2) 行政処分取消判決への示唆——一時的取消判決の可能性

このような一時的棄却判決という解釈は、行政処分の取消判決についても示唆するところがあるように思われる。民事訴訟法学説においては、債権の期限未到来を理由とする請求棄却判決が一時的棄却判決の典型として想定されているが、一時的棄却判決の類型はそれに限られないとされている。行政処分が判決によって取り消されるのは、行政処分が行

96) 松本・前掲注 91)38 頁。高橋・前掲注 28)604 頁注 24 も参照。

なお、高橋は、「ドイツでは「一時的棄却」による説明と、判決理由中の判断の拘束力による説明の二つがあるようである。しかし、この二つの説明は必ずしも相互排斥的なものではなく、要は、期限未到来を判決理由とする請求棄却は特殊だ」とし、「期限未到来という判決理由中の判断が後訴に影響を与えることを正面から認めることによってはじめて、事態をよく説明することができる」とする(高橋・前掲注 91)533-534 頁)。

この点については、高橋が指摘する一時的棄却判決と訴え却下の訴訟判決との類似性に鑑みれば(高橋・前掲注 91)529 頁, 537 頁注 15), 訴え却下の訴訟判決において「いかなる訴訟要件が欠けていると判断されたかは、判決事実および判決理由を斟酌して判定される(兼子ほか・前掲注 58)519 頁 [竹下守夫])」のとパラレルに、前訴でいかなる構成要件要素が欠けていると判断されたかを、判決事実および判決理由を斟酌して判定しているものであって、判決理由中の判断に既判力を認めるものではないと考えるべきでないか。訴え却下の訴訟判決の既判力が却下理由とされた訴訟要件の欠缺のみに限定されるのは、訴訟判決は本案について判断していないためであるというのが一般的であるが、高橋・前掲注 91)529 頁は、通常の棄却判決と訴え却下の訴訟判決では基準時後の新事由の発生の可能性が類型的に異なるためであると解する可能性を指摘している。このような基準時後の新事由の発生の可能性から再訴許容性を判断する解釈は一時的棄却判決の理論構成と同一であり、一時的棄却判決と訴え却下の訴訟判決とをパラレルに把握する可能性を示唆しているように思われる。

97) 高橋・前掲注 28)602-607 頁, 高橋・前掲注 91)521-553 頁, 新堂幸司「既判力と訴訟物」『訴訟物と争点効(上)』145 頁(有斐閣, 1988), 松本・前掲注 91)1-109 頁, 吉野正三郎『集中講義民事訴訟法(第4版)』233 頁(成文堂, 2007), 吉野・前掲注 93)129-132 頁, 兼子ほか・前掲注 58)520-521 頁 [竹下守夫], 中野貞一郎「既判力の標準時」『民事訴訟法の論点 I』243 頁, 249-250 頁(判例タイムズ社, 1994), 新堂幸司ほか『演習 民事訴訟法 2』273 頁(有斐閣, 1985) [小島武司]。ただし、越山和広「請求棄却判決と再訴の可能性(1)~(2・完)」近畿大学法学 45 卷 3・4 号 129 頁(1998), 46 卷 4 号 47 頁, 68 頁(1999)は「遮断の実質的根拠を問うべき」とする。また、栗田隆「却下・棄却判決の既判力」青山善充編『民事訴訟法の争点(第3版)』242 頁, 243 頁(1998)は、「訴訟物たる請求権の不存在あるいは期限未到来の判断も主文の中に取り込まれ、この点の判断にも既判力が生ずる」とするが、ドイツにおける相対的既判力説と同様の立場と分類できようか。

98) 松本・前掲注 91)42-68 頁は明確に拘束力を否定する。高橋・前掲注 28)604 頁注 24 は、争点効という一般的な法理での拘束力を認める。新堂・前掲注 97)155-157 頁は前訴で認定された期限について拘束力が生ずるとする。新堂の立場について、高橋は「争点効を肯定する」ものと整理する(高橋・同書 604 頁注 24)。新堂は前訴で認定された期限について拘束力を認める根拠を必ずしも明確には語らないものの、「かりに既判力は訴訟物に対する結論に包摂される全判断について生じると考えても、右の期限を積極的に認定した判断には既判力は生じようがない」としながらも、「実質的に紛争の解決基準を示してやるという建前を貫こうとする場合には、……[前訴で認定された期限について]後訴に対する拘束力を認める必要がある」と述べることからすると(新堂・同書 156-157 頁([ ] 内筆者)), 妥当な整理であろう。

99) 松本・前掲注 91)95-96 頁, 高橋・前掲注 28)604 頁注 24。

政法規の要件を満たさない違法なものであったからである。これを、取消訴訟の訴訟物の観点からあらわすと、行政庁の「ある内容の行政処分を、ある手続により行う権限」<sup>100)</sup>の構成要件要素のうち欠けるものがあつたと表現できよう。そして、このような行政庁の権限の構成要件要素にも、取消判決後に事後的に具備される可能性のあるものと、事後的に具備される可能性のないものとが観念できる。前者の、事後的に具備される可能性のある構成要件要素を欠き処分が違法であるとの判決の既判力は、一時的棄却判決における既判力の解釈とパラレルに、いま現在私人の法的地位を規律する地位にないという形で生ずるものと解釈することが可能である。このような解釈は、欠けると判断された構成要件要素が事後的に具備された場合に、行政庁が再処分を行うことは前訴判決の既判力には触れないという解釈を導く<sup>101)</sup>。このような取消判決を、再処分の余地のあるという意味で終局的でない一時的な取消判決であることから、一時的取消判決と呼ぶことができよう。このような一時的取消判決という構成は、判

決の理由中の判断を参酌することによって既判力の客観的範囲を画定するものであり、取消訴訟における裁判所の判断の実質に即した構成であるといえる<sup>102)</sup>。一時的取消判決という構成によって、規律・既判力説の孕んでいた手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵の取り扱いという問題は解消できるように思われる。

一時的取消判決という構成は新たな視点ももたらす。従来、手続的瑕疵や裁量行使の瑕疵を理由とした取消判決は、事件を行政過程に差し戻して再度の考慮を求めるものと性格づけられてきた。もっとも、「〔申請〕拒否理由に質的な差異がある場合、行政庁が処分理由 A に関する実体法上の判断の過誤により、処分当時、他の処分理由に関して十分調査・判断・説明を行わなかったことを理由に、処分を取り消すことが考えられよう。このような処分の違法事由は、処分時における調査・判断・理由付記の瑕疵と、実体法上の裁量権の踰越・濫用との中間形態と位置づけられ」とされるように<sup>103)</sup>、手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵のどちらか一方には包摂しきれないような瑕疵も存在するのであって、手続的瑕

100) 山本・前掲「訴訟類型」658頁。

101) 松本によると、一時的棄却という問題をいち早く取り上げたツォイナーは、労働者の解雇の際に手続的な要件を満たさないとして前訴で解雇制限訴訟の請求認容判決が出た後に、手続的瑕疵を補正して行われた解雇に前訴判決がどう影響するかを扱っているとのことである(松本・前掲注91)28頁)。ドイツと日本の安易な比較は慎むべきであるが、参考に値するであろう。

102) 伝統的にも、取消判決には終局的に取り消すものと一時的に取り消すものとが観念されてきた。行政裁判法時代の記述ではあるが、美濃部によれば「一は其の処分の全体に付いてこれを違法とし否認し、其の内容の処分の適法には行はるべからざることを宣言する趣意である場合で、此の場合の破棄判決は其の処分に代はるべき定めを為すことをも否定し、随つて判決を以つて自ら其の処分に代はるべき定めを為す場合と等しく、終局の効力を以つて其の事件を終了せしむるものである。……此等の場合に於いては、行政庁に於いて更に同様の処分を為すことは、新たな事由の発生した場合の外は、判決の既判力を侵すもので、許されない。……他の一は、其の処分の全体を違法として否認するのではなく、唯其の内容に違法の廉が有り更正を必要とするが、裁判所に於いて自らこれに代はるべき定めをなすことは事情に適しないものと認めて、判決に依つて直接に処分を更正することを為さず、行政庁をして更に適當の処分を為さしむる場合である。判決の本文には此の場合にも唯「何々ノ処分ハ之ヲ取消ス」といふに止まる例であるが、其の意味する所は単純な破棄判決ではなく、行政庁は更に相當の処分を為すべしといふ意味を含んで居るもので、原審差戻の判決に相當する」とする(美濃部・前掲注7)1011-1012頁)。また、美濃部は、「破棄判決が此の両者の何れに属するかにより、其の効果を異にするもので、前の場合は其の種の処分を為すことは絶対に許されないのに反して、後の場合には行政庁は更に破棄せられた処分に代はるべき適當の処分を為すことを要するのである。前の場合には、係争の事件は終局の効力を以つて確定し、再びこれを争ふことを得ないのに反して、後の場合には、事件は未だ終了せず、行政庁がこれに代はるべき処分を為した場合には、再びこれを争ふことができる。両者共に判決の本文に於いては同様であり、而して判決の既判力は専ら本文に付いて生ずるのであるが、併し本文の意義の解釈に付いては、其の理由を斟酌してこれを定むることを要し、而して破棄判決の意義が両者の何れに属するかは、其の理由に因つて判断せられねばならぬ」とも述べており(同書・1012頁)、判決理由中の判断を参酌して既判力の生ずる範囲を解釈するという発想はつとに美濃部においても示されていた、ともいえるだろう。

103) 山本・前掲「訴訟類型」669頁(〔 〕内筆者)。

疵・裁量行使の瑕疵という分類では、処分  
の瑕疵の類型をその実質に即して把握する  
ことが難しかったように思われる。これに  
対して、一時的取消判決・終局的取消判  
決という判決の類型を構想する場合、必  
ずしも手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵とい  
うカテゴリーにとらわれずに、事後的に  
構成要件要素を具備する可能性があるか  
という観点から行政過程へと差し戻され  
る瑕疵の類型を実質的に考察することが  
可能となるのではないか。

### (3) 規律・既判力説と一時的取消判決の ドグマーティッシュな基礎づけ

以上の検討で、規律・既判力説からも一  
時的取消判決という構成をとることで、  
解釈論としての一貫性を保ちながら既判  
力の作用としての反復禁止効を基礎づけ  
ることが示されたといえよう。もともと、  
以上の検討はあくまで機能的な観点から  
の検討にすぎず、必ずしもドグマーティ  
ッシュな観点からの検討ではない。ドグ  
マーティッシュな観点からすると、規律  
・既判力説、一時的取消判決はどのよ  
うに評価されるべきか検討する必要があ  
らう。

この点については、規律・既判力説とそ  
の批判対象であり現在の通説でもある特  
殊効力説とを比較して議論することが有  
益である。もともと、特殊効力説を積  
極的に基礎づける論拠は提示されてい  
ないというのは前述の通りである。あ  
えて両説をドグマーティッシュに基礎  
づけるとすると、特殊効力説は古典的  
な権力分立原理から司法と行政を対抗  
関係において理解し、司法の役割を限  
定的に捉え行政の行動の余地をより広  
く確保するものであるといえよう。こ  
れに対し、規律・既判力説は、任務の  
特性に応じた組織分化を志向する機  
能的権力分立原理に親和的であろう<sup>104)</sup>。

この点については、権力分立原理を機  
能的に理解する潮流が有力であることを  
さしあたり措いて、権力分立原理の古  
典的理解によっても、特殊効力説が前  
提とする司法・行政関係が、あまりに  
硬直的にすぎると指摘できる。行政は  
公共善を実現する義務を負い、私人に  
対して自己の判断・推論過程の合理性  
を説明する責任を負うが、この責任は  
訴訟の場合において「最も強く課され  
る」ものである<sup>105)</sup>。このような行政  
の説明責任と、司法が行政に対する統  
制審級としての役割を果たすという構  
造からすると、「行政庁が紛争解決の範  
囲を主張の仕方によりある程度決定で  
きる」ことは「紛争解決の制度として  
合理性を欠く」ものであるというべき  
であろう<sup>106)</sup>。むしろ、古典的権力  
分立原理を前提としたとしても、行政  
の説明責任と司法の統制審級としての  
性格を考えると、反復禁止効の客観  
的範囲は、特殊効力説のように判決で  
否定された処分理由に限らずに、「真正  
の既判力」を認めて制度上広範囲に生  
じさせるべきでないか。この点につい  
ては、既判力ではなく信義則、権利濫  
用等で個別的に対処すべきとの主張も  
見受けられる<sup>107)</sup>。このような主張  
は、「真正の既判力」を認めることによ  
り広範囲に反復禁止効を生じさせるこ  
とへの警戒感からなされたものと考え  
られる<sup>108)</sup>。しかし、この点につい  
ては、民事訴訟法学説において、前  
訴で主張することに期待可能性のない  
場合には既判力を生じさせる正当化根  
拠たる手続保障に欠けていたものとし  
て、後訴での主張が遮断されないとし  
る解釈論が有力に提唱されており<sup>109)</sup>  
、このような形での柔軟な調整も既判  
力という概念の内部で可能なのである。  
信義則、権利濫用といったアドホック  
な判断によって行政を統制するより

104) 古典的、機能的権力分立原理については、山本隆司「行政の主体」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅰ』89頁、95頁（有斐閣、2011）参照。なお、日比野勲「政治過程における議会と政府」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法3』69頁、87-89頁（岩波書店、1997）も参照。

105) 山本・前掲『法関係』445頁、455-458頁、471-473頁。なお、小早川光郎「行政訴訟改革の基本的考え方」ジュリ1220号62頁、64頁（2002）も参照。

106) 山本・前掲「訴訟類型」657頁。

107) 鶴岡稔彦「抗告訴訟の訴訟物と取消判決の効力」藤山雅之編『新・裁判実務大系 25巻 行政争訟（改訂版）』260頁、277-278頁（青林書院、2012）。

108) 鶴岡・前掲注107)215-216頁の見せる警戒感を参照。それに対する応答として、塩野・前掲注5)194頁。

109) 新堂・前掲注13)691頁、高橋・前掲注28)608-614頁。



は、「真正の既判力」を認めることによって制度的に広く反復禁止効を生じさせ、必要に応じて期待可能性による調整をはかるべきであろう。

また、一時的取消判決という構成をとり、行政庁の権限の構成要件要素の事後的な変動を正面から承認することは、行政庁へ事件が差し戻されることとなり紛争解決の実効性の面から問題がないかも検討する必要がある。この点については、義務付け訴訟が法定されたことにより、取消訴訟は段階的な紛争解決手段としての色彩を帯びることとなったのであり<sup>110)</sup>、むしろ、一時的取消判決という構成は、行政手続と訴訟手続の間により高度の連関をもたせるものとして積極的に評価されるべきであろう。一時的取消判決という形で裁判所が事柄の性質に即した判断をすることが可能となることは、任務の特性に応じた組織分化を志向する機能的な権力分立原理の観点からも望ましいものであるように思われる。

#### (4) 派生問題——上訴可能性

一時的取消判決・終局的取消判決という判決の種別を観念すると、一時的取消判決を下された原告の上訴可能性という問題が派生することとなる。一時的取消判決はあくまで処分を一時的に取り消すにすぎず、観念上は再処分の可能性があるため、その点を捉えて、原告としては請求が認容されていてもなお上訴することが可能でないかが問題として前景化するのである。この問題自体は、特殊効力説にたっても、自己の欲する具体的違法事由と異なる違法事由が判決で認定された場合という形で伏在していたが、従来はあまり意識されてこなかった問題である<sup>111)</sup>。規律・既判力説にたち一時的取消判決と終局的取消判決という判決の類型を観念することにより問題として明確に意識されることとなる。

一時的棄却をめぐる民事訴訟法学説では、一時的棄却判決を下された被告の上訴について両様の立場があるようであるが<sup>112)</sup>、取消訴訟における一時的取消判決に対する上訴及び審理順序の指定については消極に解して良いように思われる。この点については、一時的取消判決の典型例である手続的瑕疵・裁量行使の瑕疵と終局的取消判決との関係を考える必要がある。

まず、裁量行使の瑕疵についていえば、裁量行使の瑕疵を理由とする一時的取消判決と終局的取消判決とは請求の一部と全部という関係にはない<sup>113)</sup>。請求のレベルでは処分の取り消しを求めているのであり、両者は区別されない。そして、終局的取消判決が下される瑕疵のある行政処分について、裁量行使の瑕疵による一時的取消判決を原告が求めたとしても、裁判所としては終局的取消判決をするほかない。また、裁量処分について原告が終局的取消判決を求めたとしても、裁量の行使に瑕疵があった場合には裁判所は裁量行使の瑕疵による一時的取消判決をすることとなる。この場合にこれを一部認容とすることは観念上不可能ではないが、認容部分と棄却部分とが截然とは区別できず技巧的な解釈にすぎないように思われる。結局、両者は請求の一部と全部という関係にはなく、上訴の利益がないと解するべきであろう。

次に、手続的瑕疵についていうと、手続的瑕疵を理由とする一時的取消判決と終局的取消判決の場合には、観念的には請求の一部と全部という関係と観念する余地はある。しかし、仮に、原告が終局的な紛争解決を望むのであれば義務付け訴訟等の手段によるべきであり、取消訴訟が段階的な紛争解決手段という性格を帯びていることからすると、原告は一時的であっても処分の取り消しが得られたのでありこの場合も上訴の利益がないと解す

110) 山本隆司「義務付け訴訟と仮の義務付け・差止めの活用のために（上）——ドイツ法の視点から」自治81巻4号70頁、90頁（2005）。

111) なお、南＝高橋編・前掲注3)582頁〔東亜由美〕も参照。

112) 審理順序の指定を肯定し、上訴も肯定する松本と、審理順序の指定を否定し、上訴も否定する高橋が対照的である（松本・前掲注91)95-96頁、高橋・前掲注28)604頁注24）。

113) 以下の記述は、それ自体としては義務付け訴訟についてのものであるが、山本・前掲注110)76-77頁の分析を参考にした。

べきであろう。

## V. むすびにかえて

以上の検討により、規律・既判力説が内包していた問題点は一時的取消判決という構成によって解消されたように思われる。そして、規律・既判力説が解釈論としての一貫性とドグマーティッシュな基礎づけを有するのに対して、特殊効力説がそれ自体として解釈論として積極的な基礎づけを有しておらず、ドグマーティッシュな基礎づけも弱いことからすると、本稿としては、規律・既判力説から反復禁止効を基礎づけることが妥当であるとの結論に至る。

なお、本稿では、既判力は訴訟法上の効力にすぎず実体法上の効力を生じるものではないという特殊効力説からの批判に対しては、明確な検討をすることができなかった。この点については、行政庁は私人のように一般的行為の自由を有する主体ではなく、公共善を実現するという目的に拘束された基本権を有しない主体であることから、既判力それ自体の効力が行政庁にも作用すると解釈することも可能であろう。もっとも、既判力が後訴裁判所への拘束力であるという観念を重視すれば、拘束力の規定が確定判決の存在によって実体法上の法律効果を生じるという判決の構成要件的效果を定めた規定であり、反復禁止効はこのような判決の構成要件的效果として認められると解釈する余地もあるように思われる<sup>114)</sup>。

\* 本稿は、2013年12月に東京大学法科大学院に提出したりサーチペーパー「行政処分・既判力・反復禁止効」に修正と改題を施したものである。

(さかもと・りょう)

114) このような解釈は、特殊効力説において主張されてきたものではあるが、反復禁止効の客観的範囲の問題と拘束力の規定に実体法上の効力を承認するかという問題は別の次元に属する問題であり、反復禁止効の客観的範囲を規律・既判力説とパラレルに捉えつつ、拘束力の規定に実体法上の効力を承認することは可能であるように思われる。もっとも、拘束力の規定を判決の構成要件的效果を定めたものと解する見解には批判もあり（注28参照）、このような解釈が可能であるかについてはなお検討の必要がある。

# 公共用物上の不法占拠者の排除

## ——公物管理権の法的性質試論

2012年4月入学

土井 翼

### I. はじめに

- 1 四半世紀越しの問い
- 2 公物管理権論という視座

### II. 問題の整理

- 1 公物管理権の法的根拠に関する学説
  - (1) 公所有権説・私所有権説
  - (2) 包括的管理権能説
  - (3) 所有権説
- 2 近時の裁判例をめぐる議論
  - (1) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁
    - a 事案
    - b 判旨
    - c 検討
  - (2) 最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁
    - a 事案
    - b 判旨
    - c 検討
  - (3) 最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁
    - a 事案
    - b 判旨
    - c 検討
- 3 小括

### III. 問題の検討

- 1 権原・占有・管理権
  - (1) 権原思考の限界
    - a 問題解決能力への疑問
    - b 「慣行」の位置づけ
  - (2) 公物管理権論の視座転換：占有説
    - a 「慣行」の法的意義？
    - b 占有の公物管理権論における意義
    - c 公共用物の占有は可能か？
- 2 占有・管理権の性質
  - (1) 行政主体の占有の成立要件
    - a 「自己のためにする意思」
    - b 「所持」：管理権限の要否
  - (2) 行政主体の占有の性質
    - a 総説
    - b 道路
    - c 河川
    - d 都市公園
    - e 海
  - (3) 公物管理権と占有の関係

### IV. 問題の解決？

- 1 公物管理権の法的性質
- 2 公共用物上の不法占拠者の排除
- 3 再び獲得される問い

### V. おわりに

## I. はじめに

### 1 四半世紀越しの問い

ある行政主体が道路として長らく管理してきた土地に何者かがやってきて、バリケードや小屋を許可なく設置することによって道路の通行を妨害する氣勢を示し、あるいは実際に妨害を始めたとする。このような設例を耳にするとき、われわれのほとんどは、行政は道路管理の責任を果たしてその妨害者を排除すべきだという結論に同意するだろう。では、具体的にいかなる主体が、どのような手続によってそれを実現すべきなのか。

もちろん、そのような状況に対応する具体的な方策を挙げることは、場合によっては容易でもある。たとえば、道路法には道路管理権についての定めがあり、上記設例の道路に道路法の適用がある場合には、道路管理者が、同法上の監督処分（同法71条1項）に基づいてなす略式代執行（同法3項）により現に妨害を行う者を排除することができる。また、行政主体が当該道路敷地の所有権を有する場合には、当該行政主体が、所有権に基づく土地明渡請求や妨害排除請求を妨害者に対して行うことも考えられる。

だが、より切実な問題は、そのような措置が執れない場合があることである。たとえば、道路法の規定は妨害予防を可能にする仕組みになっていないから、道路交通を妨害することを予告して行政に脅しをかけてくる私人に対して、道路法の規定は無効である。また、そもそも行政内部においてその管理について法的に責任をもつべき主体がだれなのか、つまりそれが市町村なのか、都道府県な

のか、国なのか、あるいはそれ以外の主体であるのかさえ不明確で、だれが責任をもって妨害者を排除すればよいのかも定かではないこともある。さらには、公共用物には所有権の帰属が争いになる物件もあるから、所有権に基づく請求に頼ることができない局面も存在する。このような事態に直面したときにこそ、先の問いはより切実さをもってわれわれに迫ってくることになる。

「この問題〔法定外公共用物<sup>1)</sup>を不法占拠する者がいる場合、だれがどのような法的手続をとればよいのかという問題〕については、事例が相当数にのぼるにもかかわらず、いまだに明快な結論が得られていない<sup>2)</sup>。学者はほとんど議論していない」（注は筆者）。今を遡ること25年前、ある裁判実務家によってこのような指摘がなされた<sup>3)</sup>。そして、その指摘から20年経った後に出版された同書の改訂版にも、同じ記述が依然として残されている<sup>4)</sup>。このことは、日本の行政法学が、この領域について公共用物実務の要望に応える十分な成果を生み出してこなかったことを意味する。「法律学ほど実務に近くあるべき学問は無い」<sup>5)</sup>とすると、このような状況は解消されなくてはならない。

## 2 公物管理権論という視座

本稿は、このような状況を解決するための小さな試みの第一歩である。そして、そのために本稿は、公物管理権の法的性質論というトピへと踏み出す。以下では本論に入る前に、本稿がこの問題状況の解決を試みるにあたり、なぜ公物管理権の法的性質に着目するのかについて、簡単に説明しておく。

公物管理権とは、公物管理者の権能を意味

1) 引用箇所において具体的に言及されているのは法定外公共用物、すなわち個別公物管理法の適用をみない公共用物（なお、後掲注58も参照）に関する問題であるが、それ以外の公共用物についても妨害排除にまつわる課題がそれほど検討されていないのは同様である。

2) なお、法定外公共用物のうち、普通財産（国有財産法3条3項）として管理されているものについては、財務省理財局通達「不法占拠財産取扱要領」（平成13年3月30日財理1266号）が、原則として所有権に基づく返還請求権を行使するとともに、不法行為に基づく損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を行使すべきとしている。

3) 寶金敏明『里道・水路・海浜——法定外公共用物の所有と管理』310頁（ぎょうせい、1989）。

4) 寶金敏明『里道・水路・海浜——長狭物の所有と管理（4訂版）』333頁（ぎょうせい、2009）。

5) 木庭顕『法科大学院と実定法学』『現代日本法へのカタバシス』298頁、299頁（羽鳥書店、2011）〔初出2004〕。

する概念である。その内容として公物通則法上に一般的なカタログとして挙げられるのは、①公物の範囲の確定、②公物の維持・修繕、③公物に対する障害の防止、④公物隣接区域に対する規制、⑤他人の土地の立入・一時使用、⑥使用関係の規制などである<sup>6)</sup>。そして、このうちの③の点において、公物管理権は公共用物上の妨害者の排除という問題と関わることになる。

この点に関連して、最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁は、原告たる行政主体が道路管理者としての道路土地の管理権に基づいて道路上の不法占拠者を排除することを認めている。この判示は従来ほとんど注目を集めてこなかったが、上記のような個別公物法の尽きた領域で妨害排除をいかに実現するかという観点からは、この判決が従来の公物管理権の法的性質論・法的根拠論との関係でいかなる位置づけがなされるのかについての検討を行うことの意味が認められる。さらに、地方公共団体が道路を管理しているという事実に基づいて当該地方公共団体の道路敷地についての占有を認定し、妨害者に対する占有訴訟を肯定する方向を示した最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁もこの観点からは興味深い判決だといえる。このようなことから、本稿は上記問題を検討するにあたり、公物管理権の法的性質論という見地から議論を進める。

この点についての本稿の診断を結論のみ先に述べれば以下のとおりになる。これまで示されてきた公物管理権の法的性質に関する諸理論は、もっぱら実定法が行政主体に付与した権原から公物管理権を考える、いわば「権原思考」を共通の基盤としている。しかしながら、公共用物上の不法占拠者排除の問題を念頭におくと、そのような思考には限界があることが明らかになる。そして、その限界を乗り越えて不法占拠者排除問題への解決の道筋を示すためには、公共用物を取りまく事実を取り込むことのできる法的枠組み、具体的には占有から公物管理権を考える、いわば

「事実思考」が要請される。

本稿は、このような観点から公共用物の占有について考察することを通じて、不法占拠者排除という問題の解決を図り、またさらには今後の公物法理論を検討する基礎を構築することを目指す。そのため、本稿の検討は公共用物上の不法占拠者の排除という問題を中心としつつも、より一般的・抽象的に公物管理権の性質論にも及ぶことになる。

以下では、まずはこれまでの公物管理権の法的根拠に関する学説(Ⅱ1)及び公共用物の不法占拠が問題となった裁判例(Ⅱ2)を概観し、従前の議論のうち不十分であった点を浮かび上がらせることを目指す。そしてその後、Ⅱにおける検討によって明らかになった問題点を掘り下げつつ(Ⅲ1)、公物管理権の法的性質について占有という視座から検討を加える(Ⅲ2)。最後に、Ⅲで獲得された公物管理権のイメージから、不法占拠者の排除という問題がいかに解決されるかを簡単にまとめ、今後の展望を述べる(Ⅳ、Ⅴ)。

## Ⅱ. 問題の整理

本章では、日本における近時の裁判例の検討を通じて公物管理権の法的根拠に関する問題を整理し、Ⅲにおいて公物管理権の法的性質についての考察の基礎とする作業を主として行う(Ⅱ2)。しかし、その出発点として、まずはこれまでの日本の学説が公物管理権の法的性質及び法的根拠をどのように捉えてきたのかについて概観する(Ⅱ1)。この作業を前置することで、諸裁判例の検討において、学説が何を語り、何を語りえていないのかが、より明確になることと思われるからである。

具体的な検討に入る前に、公物管理権の法的性質を検討するとして、なぜその法的根拠という観点から分析を行うのかについて付言しておく。そもそも公物法一般理論を打ち立てることの大きな意義の一つは、日本には実

6) 塩野宏『行政法Ⅲ(第4版)』376頁(有斐閣, 2012)、原龍之助『公物營造物法(新版増補)』220頁(有斐閣, 1982)参照。

定公物法の適用対象とならない公物が多く存在するところ、そのような公物に対する行政の管理をいかに規律するかを検討するトピとなる点にある<sup>7)</sup>。このような観点からは、そのような個別公物法の適用がない公物に対して現実になされている行政主体の管理が、そもそも法的にはいかなる根拠で行われていると評価すべきなのかということをもまずは検討すべきであろう。さらに、そのようにして考察された公物管理権の法的根拠は、翻って個別の実定公物法の解釈にあたって、指導原理としての役割を果たすことが期待される。このような意味で、公物管理権の法的根拠は考察するに値する問題なのである。

## 1 公物管理権の法的根拠に関する学説<sup>8)</sup>

公物とは、行政主体により直接に公の目的に供用される個々の有体物である<sup>9)</sup>。そして、公物を公の目的に供用するためにはその管理が必要であり、公物についての行政作用は、公物管理権の発現として現れることになる。このような点に争いはないが、そのような公物管理権の法的根拠については、公物一般理論上に対立が見られる。

そこで、以下ではそうした対立する諸見解を時系列に沿って整理し、議論を概観することとする。なお、公物管理権の法的根拠が語

られる際には、それは論者の公物管理権の性質理解と不可分に結び付けられることが普通であった。そして、本稿の窮極的な目的も、公物管理権の法的性質を解明するところにある。そこで、以下の叙述においても、必要に応じてその点について言及することとする。

### (1) 公所有権説・私所有権説

戦前は、国又は公共団体が公物に関して有する権原をどのように理解するかについて、それを公権たる公所有権だと解する美濃部達吉による公所有権説<sup>10)</sup>と、それを民法上の所有権だと解する佐々木惣一による私所有権説<sup>11)</sup>との対立が語られた<sup>12)</sup>。

そして、本稿が考察の対象とする公物管理権の法的根拠との関係では、美濃部は、「公物管理権は即ち所有権の現はれに外ならない」<sup>13)</sup>とするのに対して、佐々木は、公物管理権は「公物ノ所有権ノ作用ニ非ズ、之ト独立セル行政作用ナリ」としている。佐々木はそのように考える根拠として、「公物ガ之ヲ管理スル行政ノ主体ノ所有物ナルトキハ一見其ノ管理ガ所有権ノ作用タルニ似タレドモ、行政ノ主体ガ他有公物<sup>14)</sup>ヲ管理スル場合ヲ見バ、其ノ然ラザル事明ナリ」(注は筆者)<sup>15)</sup>と述べる。

つまり、佐々木は公物管理権の法的性質を法的根拠とは無関係のものとして理解し、それは行政作用だと述べるのみである。これに対して美濃部は、佐々木が想定するような場

7) 塩野宏の「公物法一般理論は……制定法の有無にかかわらず個別の関係に適用すべき関係を発見する体系である」(塩野・前掲注6)349頁)という理解は、同旨をいうものとして理解できる。

8) 以下で検討する公所有権説、私所有権説、包括的管理権能説、所有権説の諸見解は、その内部に複数の論者をもつ場合もある。だが、本文では各見解の代表的論者と目される人物の見解に当該見解を代表させることとし、見解内部での相違については捨象する。

9) 美濃部達吉『日本行政法(下)』775頁(有斐閣,1940)、原・前掲注6)61頁、田中二郎『新版行政法(中)(全訂第2版)』305頁(弘文堂,1976)、塩野・前掲注6)348頁参照。

10) 美濃部達吉「公法上ノ所有権ノ思想ニ付テ」法学志林10巻9号1頁,11号15頁(1908)、同・前掲注9)775頁。

11) 佐々木惣一「公物ヲ論ズ」国家23巻9号1278頁(1910)、同『改版日本行政法総論』231頁(有斐閣,1924)。

12) 典型的には、田中二郎「公物の法律的構造」『公法と私法』149頁(有斐閣,1955)[初出1940]。ただし、本文で述べるようにこの対立は公物に関して行政主体が有する権原をめぐる争いであり、公物管理権の法的根拠をめぐる対立ではないことには注意しなくてはならない。

13) 美濃部・前掲注9)786頁。なお、引用部は適宜現代語化した。

14) 他有公物とは、その民事法上の権原を有する主体と管理権を行使する主体とが分離している公物を指す。佐々木の主張は、他有公物についてはその管理主体が所有権を有さないから、公物管理権は所有権の現れとはいえない、ということだと整理できる。

15) 佐々木・前掲注11)総論238頁。

合であっても行政主体は公法上の使用権を有しており、「所有権と使用権との差異は有るが、何れにしても国又は公共団体が公物の上に有する支配権は常に公権であり、其の使用権の場合にも……私権として見るべきものではない」<sup>16)</sup>とする。つまり、美濃部は公物管理権の法的根拠とその法的性質とを連結させて考える姿勢を他有公物についても維持している。

佐々木の公物管理権に関する見解は、公物管理権を行政作用だと述べるのみであり、そこから具体的な規律が引き出せるものではなく、その点に不満が残る。また、美濃部の見解は、公物管理権が公権だということを前提としている点<sup>17)</sup>、「公物管理権は即ち所有権の現はれに外ならない」とすることと、他有公物の場合には使用権が公物管理権とされることとがいかなる関係に立つのか定かではない点に疑問が残る。

## (2) 包括的管理権能説

このように公所有権説と私所有権説の対立が存在したところ、田中二郎がこれらの見解に共通する問題点を指摘し、いわゆる包括的管理権能説を提唱することとなる。

田中によれば、美濃部のように公物に対する民法上の所有権の成立を一切否定することも、佐々木のように公物に対する所有権は民法上の所有権と同一だとすることも論理的には可能であり、立法政策の問題である。そこで、真に必要なことは「具体的な法に付て、それが如何なる類型に従って規定されて居るかを判断すること、否その具体的なあるがままの姿に於て把握すること」<sup>18)</sup>だとされる。

そのような問題意識から田中は考察を進め、公所有権あるいは私所有権から演繹的に公物法の性質を論ずることを戒める。そして、実定公物法の公物管理権の具体的内容を検討すると、公の支配権の発動たるもの（公物の使用・占有の特許等）、私法上の行為と解すべきもの（道路建設工事の請負契約等）、単なる事実行為にすぎないもの（道路の維持修繕等の工事等）等があり、そのような多様な類型を総合する一般の定義としては、「公物管理権というのは、行政主体が公物について公物本来の機能である公共用または公用に供するという目的を達成させるために有する特殊の包括的な権能である」<sup>19)</sup>とするに至る。

そのような問題意識が田中を支配していたから、田中が公物管理権の根拠を「公物法（実定法又は慣行）の定め」<sup>20)</sup>とするのは、自然なことであったということが出来る。なお、本稿の問題関心との関係では、田中がここで公物管理権の根拠に「慣行」を含めていることが注目すべき点として挙げられる。慣行とは、すなわち国・地方公共団体が管理を行ってきたという事実への着目に基づいて導かれる法的評価である。実定法上の公物管理権、つまり権原の重要性を説く田中であっても、このようにより事実に密着した法的評価を含めなければならないという点に、公物管理権の性質が現れているように思える<sup>21)</sup>。

公物管理権の根拠としては、この包括的管理権能説が行政実務においては支配的な見解だとされている<sup>22)</sup>。しかし、そもそも公物管理権の法的性質を論ずる重要な意義は、本

16) 美濃部・前掲注 9)786 頁。

17) 今日では、公法・私法の違いは、解釈論上の結論をそこから演繹的に導く道具概念としては有効ではないという指摘が塩野宏により夙になされているところである（塩野宏『行政法 I（第 5 版補訂版）』27 頁（有斐閣、2013）参照）。

18) 田中・前掲注 12)157 頁。

19) 田中・前掲注 9)316 頁。

20) 田中・前掲注 9)317 頁。

21) この点については後に III 1 (1) b で詳述することとする。

22) 齊木敏文「公物管理権の性質」藤山雅行＝村田斉志編『新・裁判実務大系(25)行政争訟(改訂版)』457 頁（青林書院、2012）。その根拠は必ずしも定かではないが、同論文が示すところを再構成すれば以下の 2 点を挙げることができよう。しかし、いずれも本稿の結論を覆す論拠たりえないように思われる。まず、①個別公物法がない国有の法定外公共用物の管理は市町村が行うべきものと理解されていたが、市町村は所有権や私法上の使用権を有していないために、公所有権説や後述する所有権説ではその公物管理を説明しがたいことがある。たしかにこの事実は公所有権説や所有権説の問題点を示しているが、しかし積極的に包括的管理権能説を論証することにも

章(Ⅱ)冒頭においても述べたように、実定公物法が存在しない局面において発揮される。Ⅱ2で取り扱う裁判例にも現れているが、現実の紛争は、実定公物法の規定のいわば穴となっている部分の処理が問題となったものであり、そのような問題に対処できない包括的管理権能説には、実定法解釈の重要性を説くという貴重な意義を有していたにせよ、公物法一般理論としての有用性には疑問が残る。

### (3) 所有権説<sup>23)</sup>

このような問題が包括的管理権能説には指摘できるところ、塩野宏は「問題にかかる公物管理法が存在しない場合があることであ[る]」とし、そのような場合に「それ[公物管理法]を単に慣行というだけでは……法的説明としては説得性を欠く」と述べた上で、「物に対する別の権原つまり所有権その他の利用権が管理権の根拠であり、公物管理法が制定されている限りにおいて、管理権の根拠はこれに吸収される、という見方が妥当なのではないか<sup>24)</sup>と所有権説を主張する。このような問題意識を捉えるならば、所有権説

は包括的管理権能説を否定するものではなく、包括的管理権能説が慣行の定めとして処理していた部分を、より洗練された形で議論することを目指し、実際にそのような意義を有する見解だということができよう。

しかしながら、所有権説に固有の問題があるように思われる。特に最大の問題点は、夙に美濃部が指摘していたように、客体の使用・収益・処分を目的とする民事法上の所有権と、客体の他者による支配を禁止する公物管理権とでは、その意義が対照的であることを理論的に表現できていない点である<sup>25)</sup>。

また塩野は民事法上の所有権その他の利用権を公物管理権の根拠として挙げるが、「その他の利用権」にもさまざまな種類のものがあり、それらを一律に論ずることができるのかという点にある。たとえば、民事法上は対世的な権利である物権たる所有権と、対人的な権利である債権たる使用借権との性質は、特に公共用物を不法占拠する私人に対しての請求の根拠となりうるかという観点からは、大きく異なるといわざるをえない<sup>26)</sup>。

さらに、慣行による説明を説得力に欠くと

成功はしていないというべきだろう(なお、以上につき後記Ⅲ1(1)bも参照のこと)。次に、②道路敷地にプレハブ建物などを設置してそこを占拠する者に対して、行政主体が移転登記請求と妨害排除請求を行った事案にかかる最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁(同判決については後記Ⅱ2(1)も参照のこと)が、道路の敷地について行政主体が所有権を有することを認めずに(所有権の所在の判断については原審に差し戻している)、しかし道路敷地についての管理権に基づいて妨害排除請求を認容したことがある。ここから、所有権等の私法上の権原を根拠としない公物管理権を認めた趣旨であるとの解釈が示されることになる。たとえば、道路管理権が公権的側面と私権的側面の両面をもつ包括的・複合的な権能であるとの行政実務家による理解は、公権的側面についてこのような解釈を前提としていられる(道路法令研究会『道路法解説(改訂4版)』226頁、278頁(大成出版、2007)参照)。このような解釈それ自体が不適切であるとはいえないが、「公権的側面」について法律の規定が要求されるのであれば(仮にこれを要求しなければ、法律の根拠なく公権的作用を行政に対して認めることになり、法治国原理との関係で大きな問題が生ずる)、本文で述べる包括的管理権能説への批判が直接に妥当することになる。

23) 塩野宏の見解は「私所有権説」と整理されることもあるが、本稿はこれを単に「所有権説」と呼ぶ。前出の佐々木惣一の私所有権説が、美濃部達吉の公所有権説と対抗関係にあるものであるのに対し、塩野の見解は所有権が私的なものか公的なものかという対抗に重点を置くものではないからである。もっとも、これは呼称の割当ての問題にすぎない。

24) 塩野・前掲注6)374頁。

25) 山本隆司「公共用物の管理と占有」『判例から探求する行政法』29頁、37頁(有斐閣、2012)〔初出2008〕参照。ただ、近時では公物の経済的利用が注目されており、両者の区別が相対化している局面も存在する。

26) たとえば、地方公共団体が国有地上に使用借権の設定を受けて道路の設置・管理を行うという事例はしばしば見られてきたが、当該地方公共団体が、当該敷地を占拠する者に対して使用借権に基づいて妨害排除請求を行うことができるかは、民法上はそれほど自明の問題ではない(管見の限り、それほど議論がなされていないようである)。これに対して所有権に基づいて土地明渡請求、妨害排除請求ができることには民法上争いがなければ、両者を並列して語るの、やや即断の嫌いがある。なお、本稿は、Ⅲで詳述するように公物管理権の性質論を権原に着目して展開することがそもそも限界を孕むものであると考えるから、この点の議論を緻密化することは試みない(なお、道路敷地の所有者である国と地方公共団体との間の使用貸借に基づいて地方公共団体が有する使用借権について、実質は所有権であり、妨害排除請求の法的根拠になると解するものとして、阿部泰隆「国から



して包括的管理権能説の限界を指摘する塩野自身、「[法定外公共用物に対して] 地方公共団体が行なっている現実の公物に関する機能管理行為を法的に根拠付けることは、法定外公共用物・国有財産法上の国有財産という前提をとる限り、困難なものがある。あえて、説明するとすれば、法定外公共用物の機能管理は……国に代わって地方公共団体が行なっている慣行が成立していることを前提として法制度がくみだてられているということになるのか」<sup>27)</sup>と「慣行」<sup>28)</sup>による公共用物管理の説明を行なっている。この記述からも、現実の公物管理について所有権という権原のみによって思考することの限界の一端が読み取れる。

## 2 近時の裁判例をめぐる議論

本節では、3つの最高裁判例について検討する。その際には、それぞれの判決につき、まず事案及び判旨を紹介し、さらにそれらに対する判例評釈を検討することによって、問題の所在を指摘することとする。

なお、数ある裁判例からこれら3つの判例を選択した理由につき、簡単に述べておく。最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁（以下、平成8年判決）、最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁（以下、平成18年判決）の両判決は、序論冒頭に掲げた仮想設例が現実の問題となった事案である。このような意味で両判決は本稿の問題意識の中核に触れる判例であると同時に、両判決は、不法占拠者を排除するという結論を同じくしながら、その理由付け・根拠を異にするという点でも検討に値する。

平成8年、平成18年両判決という道路を舞台とした事件が本稿の問題意識の核心にあり、それを論拠として事実と密着した占有と

いう観点が公物管理権において果たす重要性を説こうとするのであれば、果たして道路とは性質を異にする公共用物についても同様の説明が成り立つのかを検討する必要がある。そこで、道路とは対照的に常に流れゆく流水を問題とせざるを得ない河川を舞台とする最判平成3年3月8日民集45巻3号164頁（以下、平成3年判決）を検討する。これにより、道路を公共用物のプロトタイプとして考察をしつつも、他の公共用物についても同様の考察をⅢ2(2)で展開する前提作業を行うことになる。

### (1) 最判平成8年10月29日民集50巻9号2506頁

#### a 事案

昭和30年1月21日、X市（松山市）は道路敷地としてA所有の土地（以下、本件土地）を買い受けた。しかしながら、本件土地の登記名義はX市に移転されないままになってしまった。

本件土地は遅くとも昭和44年8月以降にはX市所有の道路（市道）として一般市民の通行の用に供されており、昭和54年11月には市道金属標をX市が設置することにより、本件土地がX市の管理に係る土地であることが明確に公示された。また、X市は昭和54年に道路台帳にも本件土地が道路である旨の記載をしている。さらに、昭和58年には本件土地を含む道路につき区域決定及び供用開始決定をするとともにその旨の公示がなされた。

ところがその後、本件土地について昭和57年10月27日付けで売買を原因としてAからB<sub>1</sub>へと登記移転がなされた。その後B<sub>2</sub>、B<sub>3</sub>を経て<sup>29)</sup>、昭和60年8月15日にはYに対する所有権移転登記が経由されている。Yは、同月28日に、本件土地が市道ではない旨を主張して、本件土地上にプレハブ

の無償貸付け道路敷と住民訴訟」『行政法の解釈』267頁（信山社、1990）〔初出1987〕がある。

ただし、塩野は妨害排除措置について述べた箇所では「民法上の権原（所有権、占有権）」との表現をしているから、債権的な権原は含まない趣旨とも読める（塩野・前掲注6）387頁）。しかし、仮にそうであったとしても、所有権と占有権を同列に扱うことができるのかという問題は依然として存在し、本文に記した批判は当たると考える。

27) 塩野宏「法定外公共用物とその管理権」『行政組織法の諸問題』327頁、330頁（有斐閣、1991）〔初出1990〕。

28) この具体的内容についてはⅢ1(1)bにて確認する。

29) 民集記載の事実によれば、B<sub>1</sub>、B<sub>2</sub>、B<sub>3</sub>、Yは事実上経営者を同じくする法人のようである。

建物及びバリケードを設置した。

X市は、Yに対して所有権に基づき所有権移転登記手続を、また所有権又は道路管理権に基づき本件土地上に設置されたプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めた。

### b 判旨

請求一部認容，一部原判決破棄差戻し。「四……2 しかしながら、B<sub>1</sub>が背信的悪意者であるため、X市はB<sub>1</sub>に対する関係では、本件土地につき登記がなくても所有権取得を対抗できる関係にあったことは、前述のとおりであるから、既に一般市民の通行の用に供されてきた本件土地につき、X市が昭和58年1月25日にした道路法18条に基づく区域決定、供用開始決定及びこれらの公示は、本件土地につき権原を取得しないでもよいということではできず、右の供用開始決定等を無効ということではできない。したがって、本件土地は市道として適法に供用の開始がされたものということができ、仮にその後Yが本件土地を取得し、X市が登記を欠くためYに所有権取得を対抗できなくなったとしても、Yは道路敷地として道路法所定の制限が加えられたものを取得したにすぎないものというべきであるから（最高裁昭和41年（オ）第211号同44年12月4日第一小法廷判決・民集23巻12号2407頁参照）、X市は、道路管理者としての本件土地の管理権に基づき本件土地が市道の敷地であることの確認を求めるとともに、本件土地上にYが設置したプレハブ建物及びバリケード等の撤去を求めることができるものというべきである。」

### c 検討

本判決が出された当初に主たる争点として学説により受け止められたのは、B<sub>1</sub>が背信的悪意者であると認定された場合に、そこからの転得者であるYに対してX市が当然に登記なくして所有権を対抗できるのか否かという民法177条の解釈問題であった。そこで、本判決の判例評釈は、調査官解説を含め、その点の検討に紙幅を割き、上記判旨引用部分についての検討をほとんど行っていない

い<sup>30)</sup>。そこで、以下の検討は評釈類の提起する論点にとらわれず、独自の観点から行うこととする。

本稿の見地からすると、本判決の先例的意義は、道路管理者としての土地管理権に基づく妨害排除請求を認めた点にある。本判決で先例として引かれている最判昭和44年12月4日民集23巻12号2407頁（以下、昭和44年判決）の事案は以下のようなものであった。国が私人Aから寄付を受けた土地に道路を開設し、被告である北九州市が道路を管理していたが、当該土地については国への所有権移転登記がなされず、かえってAから相続や売買等を経て道路の供用開始後に所有権を取得したと称する原告が所有権移転登記を経由し、市に対して当該土地が使用できないことについての損害賠償を請求した。最高裁は、適法な供用開始行為がなされると当該道路敷地には道路法所定の制限が加えられるが、その制限は土地所有権の権原とは無関係であるから、道路管理者が対抗要件を欠くとしても、当該土地を取得した第三者は使用収益権の行使が妨げられていることを理由として損害賠償を求めることはできずとし、原告の請求を棄却した。このように、昭和44年判決は、道路管理者と対抗関係に立つ私人の側が損害賠償請求を行ってきた事案において、道路法4条の私権行使制限規定が機能するためにそのような請求ができないとした判例である。

だが、本判決の事案はそうではなく、私人に対して道路管理者が請求を行う局面である。このような局面にあっても、当該私人が道路敷地の使用権原を道路管理者に対して主張することが道路法4条によって制限されるということまでは、昭和44年判決から導くことができる。しかし、それよりも積極的に、道路管理権に基づいて妨害排除請求を行うことができるか否かという問題については、昭和44年判決は何も述べていない。そして、この点について本判決も詳細には述べていないから、この点からまずは検討をす

30) 大橋弘「判解」最判解民事篇平成8年度831頁（1996）、民法学説による文献参照の意味も含めて、瀬川信久「判批」中田裕康ほか編『民法判例百選I（第6版）』116頁（2009）参照。

る。

この点は、Ⅱ 1 で言及した公物管理権の根拠をいかに考えるかという問題と密接に関連する。つまり、所有権説のように所有権を公物管理権の法的根拠とする見解からは、公物管理権のいわば背後にある所有権の効果として私人に対する妨害排除請求を行うことが肯定されうる<sup>31)</sup>のに対し、包括的管理権能説からは、公物管理権の存在が私人に対するかかる請求を可能にすると直接にいうことはできず、請求の基礎となる実定法上の規定が存在しなければならぬといえる。なぜなら、道路等の公共用物を占拠する私人に対して妨害排除請求を行うということは、当該私人に対して義務を賦課する行為であるところ、法治国原理の要請からそのような行政の行為には法律の根拠が要求されるからである<sup>32)</sup>。

それでも、本件での X 市の Y に対する妨害排除請求は、道路法 71 条 1 項の監督処分を行い、それに Y が従わない場合には同 3 項に基づいて略式代執行を行うことによって達成できるものであり、道路管理権の内容に含まれていたといえる。そうすると、包括的管理権能説の立場からも、道路管理権に基づいて私人に対して裁判上の請求をすることが肯定されうるといえる<sup>33)</sup>。なお、このような包括的管理権能説の立場からは、道路管理権に基づく請求により私人に課される義務が行政上の義務であるとされる可能性がある。そうだとすると、最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 卷 6 号 1134 頁が行政上の義務履行を求める訴訟を法律上の争訟に当たらないとして不適法却下している<sup>34)</sup>こととの関係が問題となる。つまり、道路管理権がもつばら

31) 所有権説の立場にも固有の問題があることは後述する。

32) 理論的には、塩野・前掲注 6)374 頁を参照のこと。実務上も、本文で述べたことと同様の理由から、公物管理権の管理権それ自体を根拠に民事訴訟を提起することは不可能と考えられているようである（寶金・前掲注 4)344 頁）。静岡地判昭和 49 年 5 月 30 日行裁集 25 卷 5 号 470 頁も「公物管理権という公法上の権限を……侵害の排除を司法裁判所に請求することのできる私法上の権限と解することもできない」としている（ただし、傍論に近い形ながら「公物の存立そのものがおびやかされるような極端な場合」には請求を認める余地があると留保を付す）。

33) それでも、行政主体は法に規定されている代執行を行うべきであり、司法的救済を求めるべきではないとの議論は成り立ちうる。そして、最大判昭和 41 年 2 月 23 日民集 20 卷 2 号 320 頁（以下、昭和 41 年判決）は、農業災害補償法上、債権の実現について特別の便宜が与えられている農業共済組合の共済掛金等の履行請求について、「法律上特に……独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、一般私法上の債権と同様、訴えを提起し、民訴法上の強制執行の手段によってこれら債権の実現を図ることは、……立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されない」としていることも、このような反論を補強するものであるかのように思える。

だが、農業共済組合による民事訴訟の利用が認められない根拠は、特別の執行方法が与えられている主体が通常の民事訴訟を利用することになれば、バイパスを用意することによって裁判所の負担を軽減するという趣旨が没却されるという点にあると考えられる（雄川一郎ほか「行政強制的システム」『行政強制』18 頁, 19 頁（有斐閣, 1977）〔塩野宏発言〕参照）。そうすると、昭和 41 年判決はあくまでも強制徴収の手段を与えられた債権についての判示であり、そこにおいて一般論は展開されていないことも併せ考えれば、公物管理法上の監督命令により賦課された義務に基づく代執行についても同様の趣旨、つまり代執行ではなく民事訴訟により妨害排除を行うことが司法資源の有効利用という観点から望ましくないのか、ということについて検討する必要がある。そしてこの点については、公共用物上の不法占拠者に対する妨害排除請求は、大量に発生し定型的な処理が可能である共済掛金債権請求とは性質が異なることから、昭和 41 年判決の射程は及ばないというべきであろう。そうすると、行政手続に比べて民事裁判手続は十全な手続保障がなされうると一般にいうことができるから、私人の権利保護の観点からは、司法的救済を求めることが肯定されるという本文の結論は維持されると考える。

なお、この点に関連しつつ行政代執行の機能不全を指摘するものとして、宇賀克也＝高田裕成「行政上の義務履行確保」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法』71 頁（有斐閣, 2003）〔初出 2001〕、特に 81-85 頁がある。そこでは、行政代執行が認められている場合に敢えて民事執行を選択する理由として、「〔行政代執行は〕とても年に何回も行えるような容易な作業ではない」、「行政代執行のノウハウが組織的に蓄積されることもあまりない」ということが述べられている。

34) 平成 14 年判決は、X 市（宝塚市）が同市の条例上の義務の民事執行を求めた事案について、「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は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということではできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、

行政上の義務を付与する権限としての性質しかもたないのだとすると、そのような権限に基づく請求は裁判上はなしえないという結論もありうるどころであり、公物管理権の法的性質はいかなるものであるのかを検討する必要がある<sup>35)</sup>。

また、公物管理権の根拠を所有権と考える場合、本件のような事案において公共団体が妨害者に対して所有権を対抗できない場合は、妨害排除請求はどうなるのかという問題が生ずる。本件はその舞台が適法な公用開始決定を経た道路法上の道路であったため、道路法4条の私権制限規定が働き、所有権の対抗如何を問わずに妨害排除が認められるという結論が導かれたが、そのような事情は常に認められるわけではない<sup>36)</sup>。所有権説に立脚すると、妨害者に対して行政主体が所有権を対抗できず、公物管理法による私権制限も導きがたいという場合に、行政主体は進退窮まることになる。

このような点が本判決との関係では問題となるが、さらに、平成18年判決によって行政主体が道路敷地に対して有する占有に基づく占有保全の訴えが認められる方向が示されたことにより、行政主体の有する占有に基づく請求と本判決の認めた道路管理権に基づく請求の関係を問題とする指摘がなされることとなった。そこで、平成18年判決について、われわれは検討を及ぼすことになる。

## (2) 最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁

### a 事案

国は、明治33年初めころ、私人A所有の土地（以下、本件各土地）の寄付を受けてその所有権を取得し、その頃、本件各土地を含む本件道路敷によって構成される本件道路を開設し、その供用を開始した。その後、昭和42年3月以降は、X市（越谷市）が国から本件道路敷の無償貸付けを受け、道路管理者として、本件道路を市道として管理している。

X市は、昭和42年3月以降、道路管理者として、本件道路を一般交通の用に供するため、本件道路について、道路法の規定に基づいて、①道路台帳の調製及び保管を行い、②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、④Y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、本件道路の管理をしている。

国が本件各土地の寄付を受けた後も所有権移転登記手続きをしていなかったため、本件各土地の登記名義はAのままであったところ、Yらは平成4年10月1日に売買を原因とする所有権移転登記を受けた。その後、Yらは、同月15日ころから、本件各土地の所有者で

提起することが許される」としている。仮に公物管理権に基づいて私人に賦課される義務が行政上の義務である場合、同判決の判示からは、その履行請求は法律上の争訟に当たらないと判断されるかが問題となりうる。

ただ、同判決には学説からの極めて強い批判が寄せられているところであり（最近の論攷として、中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？」論究ジュリ3号56頁（2012）が文献を網羅的に参照している）、また、最高裁判例にも必ずしも同判決と整合的とはいえないものが存在する（たとえば、行政主体が事業者に対し規制的效果をもつ契約の履行を求めた事案につき、訴えを却下しなかった最判平成21年7月10日判時2058号53頁）。そうだとすると、道路管理権が行政上の義務であるとしても、裁判上の訴求ができないと即断することもできない。

いずれにせよ、同判決は明示的には判例変更されていないのであるから、本文に指摘した事項を検討すること自体に一応の意義は認められるだろう。

35) 齊木・前掲注22)473頁は、「問題となる公物管理権が財産権に由来する側面（財産管理権によっても基礎付けられる面）を有することを明らかにする必要がある」とし、それに続けて「占有権」という財産管理権と公物管理権を関係づける解釈を提示している。

36) 主だった公物管理法のうち私権制限規定を置くものは、道路法4条以外には河川法2条2項（流水について私権の成立を否定）、都市公園法24条1項（公園一体建物について私権の行使を禁止）と限定的である。

ある旨主張して、X市に対し、本件各土地を時価で買い取るか、その代替地を提供するよう執拗に要求するようになった<sup>37)</sup>。これをX市が拒否したところ、Yらは、X市が何の権原もなくYらの所有する本件各土地を使用しているなどと主張して、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なのような氣勢を示した。Yらは、今後も、本件道路の交通を妨害するおそれがあった。

そこで、X市はYらに対して、その占有に基づき、X市の本件各土地に対する占有に支障を及ぼす行為をしてはならない旨の請求を行った。原審は「道路法上の道路……について、同法上の道路管理者であり、かつ、現に管理を行っていることから、当然に、当該道路管理者に上記道路の民法上の占有権があるということとはできない」とし、X市が道路管理の事実しか主張・立証していない本件では、占有を有するとのX市の主張は主張自体失当だとした。X市の上告受理申立てを受けた最高裁は以下のように述べて、占有保全の訴えを認める方向を示した上で、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

#### b 判旨

原判決破棄差戻し。「5……(1)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關係にあることを指すものと解される(大審院昭和15年(オ)第1号同年10月24日判決・法律新聞4637号10頁参照)。

そうすると、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、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關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いふべきである。

(2)これを本件についてみると、上告人が、本件道路を一般交通の用に供するために、その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、上告人は、本件道路敷について占有権を有するものといふべきである。」

#### c 検討

本件は、地方公共団体が道路管理を適切に行っており、社会通念上当該道路が事実的支配下に置かれていると判断できる場合に、当該地方公共団体が道路敷地に対する占有を有すると判断して占有訴訟の提起を認めた最初の最高裁判例である<sup>38)</sup>。本判決の評釈類は、概ね地方公共団体の道路敷地への占有を認めることには肯定的である。しかしながら、そのなかにもニュアンスの差異が認められる。

工藤祐巖<sup>39)</sup>は、地方公共団体が占有を獲得することを認めつつも、行政主体が占有を獲得することへの「漠然とした危機感」を示し、「本権レベルでの解決が望ましいことはいうまでもない」とする。なぜこのような結論が導かれるのかについては同評釈中に明示的には述べられていないが、原判決がX市の占有取得を否定した理由について「行政主体に広く一般的に占有権を肯定することが危険であると評価したためか、本権レベルでの解決を志向したに過ぎないためか」と述べていることから、原判決の判断の根拠(と工藤が考えるもの)と同様の理解が上の評価の背景にはあるものと推測される。そして、工藤によれば、原審判決の判断の根拠は「占有の

37) この背景には、本件各土地が越谷駅前再開発事業計画の対象区域に含まれたことがあったと指摘されている(三木素子「判解」最判解民事篇平成18年度(上)277頁、292頁(2006))。

38) なお、行政主体に道路敷地の占有が認められることを前提に時効取得を認めた判例として、最判昭和42年6月9日訟月13巻9号1035頁がある。そこでは、旧道路法下において、東京府知事が国の機関として道路に砂利を敷くなどして管理していたことをもって国の占有が認定され、道路敷地の時効取得が認められている。本稿は所有権取得という効果をもたらす取得時効の要件としての占有については主體的に解明を試みるものではないため、ここで同判決の分析を詳細に行うことは避ける。

39) 工藤祐巖「判批」ひろば60巻2号55頁(2007)。

取得には一定の権原に基づかなければならないこと」だとされているから、ここから上のような評価が導かれているのではないか。つまり、占有の背後に（常に）権原を見ろという立場が、ここでは前提とされていると理解しよう<sup>40)</sup>。

下村正明<sup>41)</sup>も、工藤と同様に、地方公共団体が占有を獲得することは認めつつも、それがあべき解決とは考えていない。だが、その理由は工藤とは異なり、行政上の義務履行確保手段が用意されているにもかかわらず民事手続を利用することは、「民事司法に過分不要の役割を負わせるものであり、適法視されるべきでない」、「公共目的の為に行政主体が民事司法手続を利用するのは、私権行使の迂路による便法である」という点にある。そこから、道路上の不法占拠者の妨害予防請求という、機能的には公物管理権の行使とみることができる活動<sup>42)</sup>については、行政権に基づいて公共目的阻害行為を阻止できる制度の整備が必要だとまとめる<sup>43)</sup>。

これらの見解に対して山本隆司<sup>44)</sup>は、「公共物の管理権が……占有の訴えにより行使されたのは、窮余の策であったのかもしれないが……実は本質を衝くものであったのではないか」と、より積極的に占有の意義を評価する姿勢を見せている。この山本の見解については、Ⅲ 1 (2)以降で詳しく検討する。

次に、前述の平成8年判決との関係については、下村は機能管理者の道路敷所持を認めるに足りる具体的事実は何かという観点から検討を進める。そして、結論としては、道路敷占有の成立に必要な最低限の主要事実は道路管理それ自体の事実を重ねると、そうだとすると、「従来の裁判例が事実上道路管理と道路敷占有を重ね合わせたことが格別不合理であったわけではな [い]」として整理している。

これに対して山本はより慎重に「占有の訴え……の方に吸収する可能性を含めて、公共物管理権に基づく請求権と占有の訴えとの関係について検討・整理する必要がある」とする<sup>45)</sup>。この点については、Ⅲ 2 (3)で行政主体の占有成立の要件、行政主体の占有と公物管理権との関係として詳述することになる。

さらに、山本は、公共団体の有する占有について「公共物が良好に管理されていても私人が「自己のためにする意思をもって物を所持」する状態とはかなり異なる状況も想定される<sup>46)</sup>とするが、このことは私人の占有と公共団体の占有との間に差異が存在する可能性を指摘しているように思われる。

40) ただ、そのような立場はもちろん論理的あるいは概念的必然から導かれるものではなく、工藤自身も占有意思の立証方法として、「所持の態様に重点を置く方法」と「一定の権原を主張する方法」があることを指摘している。にもかかわらず、なぜこのような立場が採用されるべきなのかについては、その根拠が述べられていないために不明である。

このような立場に本稿筆者は疑問を抱いているが、この考え方の問題点を包括的に論ずることは本稿筆者の手に余るものであり、また本稿の目的でもない。しかし、本稿は、少なくとも一つの局面においては、占有と権原を区別して考えることで解釈論上の有益な示唆が得られることを示そうとするものであるということではある。

41) 下村正明「判批」リマックス35巻10頁(2007)。

42) 塩野・前掲注6)387頁も参照。

43) あらゆる場合を想定した法命題を漏らさず法典に書ききることが可能か、可能だとしてそれが望ましいと考えるべきかという問題はそれ自体長らく決着を見ない重大な論点である。この論点についても本稿筆者は確たる見通しを得ているわけではないが、少なくとも行政執行をめぐる現状を前提とする限り、行政上の義務履行確保手段が用意されている以上は民事司法手続の利用は「迂路」であり適法視されるべきではないという指摘は、やや教条的にすぎるのではないかと疑問を抱かざるをえない。

この点に関して、行政上の義務履行確保手段が民事司法よりも簡易・迅速な権利実現手段である（から行政主体は民事司法制度を利用すべきではない）という理解に、行政実例を示しつつ疑問を付すものとして、宇賀＝高田・前掲注33)78頁参照。

44) 山本・前掲注25)29頁。

45) 山本・前掲注25)40頁。小賀野晶一「判批」判自286号88頁、90頁(2007)も同旨。

46) 山本・前掲注25)35頁。

(3) 最判平成3年3月8日民集45巻3号  
164頁

a 事案

Xは浦安町（現浦安市）の住民であり、Yは浦安町の町長に当選後、市制施行に伴い浦安市の市長に就任した者である。境川は千葉県知事が管理を行う1級河川であり、また、本件で問題となった撤去行為が行われた水域は、旧漁港法の適用を受ける2級漁港である浦安漁港の区域に指定されていた。なお、浦安町（当時）は、旧漁港法26条（現漁港漁場整備法26条）に基づく漁港管理規程を設けていなかった。

Aは、ヨットの係留杭とする目的で、境川の流域に鉄道レール約100本を15メートル間隔で全長750メートルの範囲にわたって設置した。昭和55年6月4日、浦安町は、境川河口域に鉄杭が打ち込まれているために漁船の通行に際して非常に危険だとの通報を受け、調査を行ったところ、実際にそのような状況が認められた。そこで、浦安町はAに対して本件鉄杭の撤去を求めたところ、Aは同月5日中に撤去すると応じた。ところが、同月5日には撤去の様子は全く認められず、Yは、船舶航行の安全及び住民の危険防止の見地から本件鉄杭の強制撤去を千葉県知事に強く要請したが、同月8日以前の撤去はできないとのことであったので、千葉県当局が撤去措置をとらないのであれば浦安町が独自に撤去する旨を通告した上で、強制撤去を決定し、Bと撤去工事の請負契約を締結した。そして、同月6日に、浦安町職員及びBにより、鉄杭が撤去された。

本件訴訟は、撤去行為は法の規定に基づかず行われた違法なものであり、それに伴う公金支出が違法であるとして提起された、住民訴訟である。原審判決は、本件鉄杭の除去権限を漁港法上有するのは国から機関委任を受けた県知事であり、漁港管理規程の制定如何を問わずYは当該権限を有しないため、本件撤去は不合法であるとして、請求を認容した。Yが上告。

b 判旨

破棄自判。「四……1 ……漁港管理者は、漁港法26条の規定に基づき、漁港管理規程

に従い、漁港の維持、保全及び運営その他漁港の維持管理をする責めに任ずるものであり、したがって、漁港の区域内の水域の利用を著しく阻害する行為を規制する権限を有するものと解される（同法34条1項、漁港法施行令20条3号参照）ところ、右事実によれば、本件鉄杭は、右の設置場所、その規模等に照らし、浦安漁港の区域内の境川水域の利用を著しく阻害するものと認められ、同法39条1項の規定による設置許可の到底あり得ない、したがってその存置の許されないことの明白なものであるから、同条6項の規定の適用をまつまでもなく、漁港管理者の右管理権限に基づき漁港管理規程によって撤去することができるものと解すべきである。しかし、当時、浦安町においては漁港管理規程が制定されていなかったのであるから、Yが浦安漁港の管理者たる同町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法の規定に違反しており、これにつき行政代執行法に基づく代執行としての適法性を肯定する余地はない。

2 そこで、進んで、本件請負契約に基づく公金支出が違法であり、Yが浦安市に対し右支出相当額の損害賠償責任を負うかどうかについて、検討を加える。……浦安町は、浦安漁港の区域内の水域における障害を除去してその利用を確保し、さらに地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全を保持する（地方自治法2条3項1号参照）という任務を負っているところ、同町の町長として右事務を処理すべき責任を有するYは、右のような状況下において、船舶航行の安全を図り、住民の危難を防止するため、その存置の許されないことが明白であって、撤去の強行によってもその財産的価値がほとんど損なわれないものと解される本件鉄杭をその責任において強行的に撤去したものであり、本件鉄杭撤去が強行されなかったとすれば、千葉県知事による除却が同月9日以降になされたとしても、それまでの間に本件鉄杭による航行船舶の事故及びそれによる住民の危難が生じないとは必ずしも保障し難い状況にあったこと、その事故及び危難が生じた場合の不都合、損失を考慮すれば、むしろYの本件鉄

杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であったと評価すべきである……。

そうすると、Yが浦安町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法及び行政代執行法上適法と認めることのできないものであるが、右の緊急の事態に対処するためにとられたやむを得ない措置であり、民法720条の法意に照らしても、浦安町としては、Yが右撤去に直接要した費用を同町の経費として支出したことを容認すべきものであって、本件請負契約に基づく公金支出については、その違法性を肯認することはできず、Yが浦安市に対し損害賠償責任を負うものとするとはできないといわなければならない。」

### ｃ 検討

評釈類で主に検討の対象となった事項は、本判決が民法720条の法意を引いてなした違法性阻却が、損害賠償請求との関係において、つまり住民訴訟原告たるXとの関係において意味をもつことを前提として、それに加えて鉄杭撤去行為それ自体に対しても意味をもつのか、それとも撤去行為はやはり違法であり住民訴訟との関係でのみ違法性が阻却されると考えるべきなのかという点であった<sup>47)</sup>。そして、評釈類はそれぞれに最高裁の論理を再現し、法令の定めによらない行政活動の違法性が緊急避難の法理により阻却されるという形で法治国原理の修正がなされたのかという観点から問題を検討している。

だが、ここには看過された問題がある。つまり、それらの評釈の多くでは本件鉄杭撤去

が緊急避難に該当しない限りは違法であることが当然の前提とされているが、平成8年、平成18年両判決が示すように、公物管理権に基づいてあるいは占有権に基づいて私人に対して行政が適法に撤去を行ううとするならば、本件についても同様の方向がありえたのではないかが問題となる。

この疑問については、塩野宏が「町は公物管理権の行使として」撤去行為ができたのではないかと肯定的に論じている点が注目される。そこでは、公物管理権の根拠を所有権にある（と塩野が考えている）こと、公共用物については公衆の利益の確保が重要な課題となることから、「いま申した程度のこと〔公共用物に打ち込まれた杭を撤去すること〕は当然できるものとして公物法ができてみるとみる、あるいは、そこまで認めないと公物管理権の意味がなくなる……言い換えれば、公物法においては、行政上の強制執行と民事上許される自力救済の間に公物管理権に由来する事実行為があるとみるべきである」ということが述べられている<sup>48)</sup>。

また、山本隆司も、公物管理権の根拠を占有にみる立場から、「平成3年最判の事案でも……町は占有の訴えを提起できたものと考えられる」<sup>49)</sup>と述べている。

これに対して藤原淳一郎は、塩野の見解を評して「行政権による実力行使を奨励することにはなっても、過剰な実力行使を統制する法理にはなり難いので……にわかには賛成できない」<sup>50)</sup>とする。また、行政による自力

47) 前者のように、本判決はYの撤去作業の適法性まで述べていると解釈する立場（原田尚彦「行政権による緊急避難？」法教135号40頁（1993）、東條武治「判批」平成3年度重判解41頁（1992））の根拠は、判旨が「Yの本件鉄杭撤去の強行はやむを得ない適切な措置であった」と述べる点にあると理解できる。このように理解すると、本判決は明文の根拠なくして行政主体が強制措置を取ることを認めた、法治国原理の修正あるいは例外を示すものだということになる（そこから、原田は本判決に疑問を示す）。

しかしながら、このように法治国原理の例外を「舌足らず」に（塩野宏）認めることには疑問があると考えられるならば、後者のように、本判決は住民訴訟との関係においてXのなした支出の違法性を阻却するにすぎず、Yの撤去作業の適法性まで述べたのではないと解釈することになる（塩野宏「法治主義の諸相」『法治主義の諸相』112頁、123頁（有斐閣、2001）〔初出1992〕、磯部力「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選（第3版）』82頁（2003）、大橋洋一「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選I（第6版）』214頁（2012）、櫻井敬子「判批」法協110巻10号1564頁（1991））。この立場の根拠は、判旨が「Yが浦安漁港の管理者たる同町の町長として本件鉄杭撤去を強行したことは、漁港法の規定に違反しており、これにつき行政代執行法に基づく代執行としての適法性を肯定する余地はない」と述べる点にある。

48) 塩野・前掲注47)127頁。

49) 山本・前掲注25)34頁。

50) 藤原淳一郎「判批」判時1415号163頁、166頁（1992）。



救済として鉄杭撤去を適法と考えることができないかという問題を立て、「町の漁港占有権（あるいは「管理権」?）」を回復される権利として自力救済を認める可能性があることを指摘している（ただし、本件事案における結論としては否定的に捉えている）。

この藤原の見解に対立するものとして挙げられるのが、原田尚彦の以下のような言及である。原田は「公有水面の一部である漁港を管理するために実力行使するのは、もはや私的な占有権ないし Hausrecht [自己の管理・占有する財産の私的管理権] にもとづく行為とはいいがたい」と述べ、漁港管理のための実力の使用は私的活動ではなく行政上の強制執行であり、それ故に占有権の発動とは見ることができないとの見解を示す<sup>51)</sup>。

このように、本判決の評釈からは、行政主体が公共用物上に不法に設置された物を除去する作用は、行政上の強制執行かそれ以外の活動なのかという対立軸（原田と塩野・山本・藤原の対立）、行政上の強制執行でないとしてそれは肯定的に捉えるべき公物管理権に基づく事実行為あるいは占有訴訟なのか、それとも限定的にのみ認められる民事法上の自力救済なのかという対立軸（塩野・山本と藤原の対立）を見て取ることができる。

### 3 小括

以上の検討から、これまでの公物管理権の性質論について、以下のような検討すべき問題点が存在することが明らかになった。

まず、包括的管理権能説、所有権説の検討において述べたように（Ⅱ 1 (2), (3)）、従来の学説は、実定法に規定された公物管理権あるいは所有権という権原に着目して議論を展開してきたが、そうでありながら慣行という事実状態の評価への言及なしに現状を説明できないという問題を抱えている。そこで、この慣行の内実を明らかにし、これをより法的に適切に位置づけることができないかというものを検討する必要がある。

次に、平成 8 年判決の考察（Ⅱ 2 (1)）において示されたように、公物管理権を根拠として裁判上の請求を行おうとするのであれば、公物管理権の性質が純粋に行政上の権利義務関係に関わるものなのか、その性質を考察する必要がある。さらには、所有権説を前提とすると、平成 8 年判決や平成 18 年判決のように所有権の帰属に争いがある場合に公共用物上の不法占拠者を排除できない可能性があるが、この問題について考察する必要がある。

さらに、平成 18 年判決の考察（Ⅱ 2 (2)）において、同判決によって民法上の占有によって公物管理権を根拠づける可能性が示されたことをどう評価するかという問題が示された。そして、これを肯定的に評価したとすると、行政主体が占有を獲得する要件はいかなるものか、私人の有する占有とはいかなる関係に立つのか、といった疑問が現れる。

また、平成 3 年判決の考察（Ⅱ 2 (3)）からは、道路以外の公共用物についても行政主体の占有を語ることによって問題が解決されたのではないかという疑問が提起され、そこから派生して、行政主体が公共用物上に不法に設置された物を除去する作用は、行政上の強制執行なのか、公物管理権に基づく事実行為なのか、民事法上の自力救済なのかという課題が得られた。

そこで、続くⅢでは、これらの問題点について検討することを通じて、公物管理権の法的根拠は行政主体が公物を管理する事実状態に求められるべきことを示し（Ⅲ 1）、さらにその性質について具体的な公共用物の類型に即した解釈を示しつつ明らかにすることを旨とする（Ⅲ 2）。

51) 原田・前掲注 47)41 頁。なお、ここで原田が水面上に占有が成立することを当然の前提としていると思われる点が注目される。河川の流水面に占有が成り立つことはそれほど自明のことではない（Ⅲ 2 (2) c (b)）。

### Ⅲ. 問題の検討

#### 1 権原・占有・管理権

##### (1) 権原思考の限界

###### a 問題解決能力への疑問

公共用物について公物管理権を行使する行政主体の窮極の目的は、公共用物の公用を適切に維持（し、必要があれば行政主体の意思に基づく場合にのみ廃止）することである。そして、いみじくも田中二郎が指摘しているように、そのために公共用物について所有権の成立を認めるか否かは立法政策の問題であるといつてよい<sup>52)</sup>。つまり、公共用物に行政主体の所有権を認める理由は、それについて私人が私権を行使してその公用を妨害することを防ぐためであり、そうであるならば、そのための手段として行政主体に所有権を認めることは必然ではない<sup>53)</sup>。そうすると、問題はいかに行政主体による公共用物の公用を維持するかという観点から考察されるべきであり、公物管理権の法的根拠に関する学説の当否も、窮極的には具体的な事案の解決能力から検討されるべきであろう。

包括的管理権能説の問題は、個別公物法の適用がない公共用物について、行政主体はいかなる管理作用を及ぼすことができるのかに

ついて、具体的に示すところがないという点にあった（Ⅱ 1 (2)）。平成 18 年判決の事案では、妨害行為を繰り返す主体が存在するとき、それに対処するために妨害予防請求をする必要性が認められたが、道路法には妨害予防請求を可能とする規定は存在しない。そうすると、包括的管理権能説ではこのような状況への対応策を示すことができないことになる<sup>54)</sup>。

これに対して所有権説からは、個別公物法の規定の適用がない場合も、それが行政主体の所有権の客体となっている限りにおいて、所有権の発現としての管理作用を及ぼせるという帰結が導ける。すると、平成 18 年判決の事案においても所有権に基づく妨害予防請求が可能になる<sup>55)</sup>。しかし逆にいえば、この所有権説の構成からは、公共用物が（個別公物法の規定の適用を受けず）行政主体の所有権の客体となっていない場合には管理作用を及ぼすことができないという帰結も導かれる。具体的には、平成 8 年、平成 18 年両判決の事案のように道路敷地の所有権の帰属が争点となる紛争については、公共用物の公用の速やかな回復が期待できないということになる。公共用物について所有権を肯定するそもその目的が公共用物の公用を維持することであったにもかかわらず、その所有権が公用の回復の障害になるという背理がここには

52) 田中・前掲注 12)157 頁。ただし、日本でなされてきた議論にとどまらずに、フランスにおいて公所有権 (propriété public) 説が確立された過程を検討すると、本当にこのように断言してもよいのか、公共用物上に所有権を認めるか否かが政策問題となるための前提条件が存在するのではないかの疑問が浮上する（当時の議論状況を概観する近時の邦語文献として、福重さと子「フランス公物法理論における反所有権的観念——フランス公物法理論の生成——(1)(2・完)」論叢 165 巻 3 号 65 頁、166 巻 1 号 70 頁 (2009)、同「モーリス・オーリウによる公産の所有権概念——主観的権利概念による行政法体系と所有権——(1)(2・完)」論叢 169 巻 1 号 100 頁、4 号 93 頁 (2011) を参照のこと）。しかし、この問題については別稿を期すこととし、本稿では詳論しない。

53) 実際にも、現行河川法 2 条 2 項は流水について私権の成立を否定しており、また、旧河川法 2 条 2 項は河川敷地についても所有権の成立を否定している。山本・前掲注 25)36 頁以下はこうした事情を指摘しつつ、所有権と公物管理権の性質の相違について以下のような見解を示している。つまり山本によれば、公所有権説の意義は、公所有権が「権利者自身の私の目的のために物を使用し収益し処分する権利である」「私人の所有権とは其の性質を異にする」、「国家の意思に反して他の者が〔公物を〕支配することを禁止する」性格をもつものであることを示した点にある。これに対して、所有権説の問題は、「公物管理権と所有権の法的性格が対照的なことが理論的に表現されない点」である。

54) 実定公物法が規定する監督権限に包含されない義務賦課を行うことが法治国原理との関係で許されないこと、実務的にも包括的管理権能説から直ちに私人に対する義務賦課の権能が演繹されていないことについては既に述べた。前掲注 32) と対応する本文を参照のこと。

55) ただし、国が所有権を有する公共用物について所有権の帰属主体ではない市町村（平成 18 年判決では越谷市）が妨害排除請求を行うことができるというためには、異なるロジックが介在することが要求される。この点については、實金・前掲注 4)338 頁、齊木・前掲注 22)458 頁及びそこに掲げられた文献を参照のこと。

存在する。

なぜこのような事態が生ずるのか。それは、これらの見解が権原という抽象的なレベルから事案の解決を図ろうとし、具体的な事実のレベルに着目して事案の解決を図ろうとしないために、行政主体による公共用物の支配と私人による支配のいずれが保護されるべきかを識別できないからである。つまり、公共用物にはその固有の機能（たとえば道路であれば他人の支配する領域を通らずに任意の場所へアクセスすること<sup>56)</sup>であり、河川であれば水資源へアクセスすることである）があるところ、そのような公共用物の機能を維持することと私人により打ち立てられようとしている支配とのいずれが保護されるべきかに関する具体的事情に基づいた比較衡量という観点から、公共用物上の不法占拠者の排除には求められる<sup>57)</sup>。それにもかかわらず、権原によってのみ排除を行おうとするために、それを逆手にとって自ら権原を獲得してくる不法占拠者に対しては、行政主体が意外な弱さを露呈してしまうことになるのである。

このように、包括的管理権能説、所有権説は、具体的な事案解決能力について疑問があ

る。そして、その理由が権原から抽象的に事案の解決を志向する点にあるということから、より具体的な事実を反映させる法的な枠組みの必要性が認識される。

#### b 「慣行」の位置づけ

包括的管理権能説と所有権説は、法律に定められた権原から思考を始め、行政主体が（権限の所在はともかく）ある公共用物を管理しているという事実を重視しない。そうでありながら、両説は「慣行」という形で、行政主体が公共用物を（法的仕組みはともかく）事実上管理しているという事実を理論の中に取り込んでいるということも、II 1において確認したとおりである。

このような慣行が具体的に問題となるのは、いわゆる法定外公共用物についてである。法定外公共用物とは、個別公物法の適用を受けない公共用物であり<sup>58)</sup>、里道、普通河川、海などがその典型として挙げられる。これらの法定外公共用物は遅くとも明治維新以前に既に人々の自由使用に供されていたものが大部分だとされ、それゆえに当初から所有者・管理者がはっきりしないものであった<sup>59)60)</sup>。

まず、これらの法定外公共用物の所有権に

56) 道路の機能をこのように整理することはやや奇異に映るかもしれないが、道路を含む公共用物の原則的な使用形態とされる一般使用（自由使用）とは、「その形態において排他的かつ継続的な占有でなく、また、他の者による同様に排他的・継続的でない使用と併存しうべき態様の使用」（小早川光郎『行政法（上）』229頁（弘文堂、1999））であり、道路はある場所から他の場所へのアクセスを可能にするために設けられるものであるから、このように説明することも可能であろう。なお、このような意味での道路の機能が「私的所有という制度・秩序の……基本的前提をなしている」とする太田匡彦「明渡しか、除却か」東京大学法科大学院ローレビュー 4巻 91頁、96-103頁、98頁注 23（2009）も参照。

57) たとえば、本稿冒頭に掲げた設例と、行き場がなくなつていよいよ都市公園にたどり着いたホームレスがテントを立てて公園の敷地を占拠しているという事例とを同列に処理すべきではないのではないか。前者の場合には、道路にバリケードが設置されればそこを他人が通行することは凡そ不可能となる。また、当該不法占拠者はどこかに本拠地を有し、そこから公共用物に出撃してきているため、公共用物から排除されたとしても生存は可能である。だが、後者の場合には、都市公園の一角にテントが設置されることが都市公園の機能を致命的に阻害するとは限らない。また、当該不法占拠者にとっては当該都市公園こそが本拠地でありそこ以外に行き場はない以上、そこから排除されてしまえば生存が脅かされることになる（太田・前掲注 56）参照。

両者を区別して考えるべきか否かはそれ自体ひとつの論点であるが、ここで強調したいのは、そもそもこのような論点は事実上法的意義を認めるからこそ出てくるものであって、権原思考によればこのような論点が消去されてしまいうるということである。

58) これは法定外公共用物を広義に取る立場に基づく説明である。狭義には、「広義の法定外公共用物のうち、地盤が国土交通省所管の公共用財産であるもの」を指す用法もある（寶金・前掲注 4)3頁参照）が、本稿が検討する問題は地盤の所管如何とは無関係であるから、広義に解する。

59) 寶金・前掲注 4)15頁。

60) 以下で述べる法定外公共用物を巡る問題状況は、1999年の地方分権改革に伴い法定外公共用物が原則として市町村へと贈与されることによって、かなりの程度解消したといわれる（地方分権改革と法定外公共用物をめぐる状況の変化については、寶金・前掲注 4)213頁、塚田利和『法定外公共物の成立と境界確定の実務』1頁（新

については、明治7年の太政官布告120号「地所名称区別」に基づいて国有化されたことにより、国が有すると考えられている<sup>61)</sup>。次に、その管理権限の所在については、旧建設省により、公物としての管理権限は市町村が有するという解釈が採用されていた。このような解釈の根拠は、平成12年改正前地方自治法2条3項2号が、地方自治体が処理すべき自治事務として「公園、運動場、広場、緑地、道路、橋梁、河川、運河、溜池、用排水路、堤防等を設置し若しくは管理し、又はこれらを使用する権利を規制すること」を掲げていたところにある。しかし、このような改正前地方自治法の解釈により管理権限が市町村にあるとすることには、当時から強い疑問が投げかけられていたところである<sup>62)</sup>。そして、旧建設省が編集した法定外公共用物の管理の手引書においても、このような改正前地方自治法の存在に先立つ根拠として、「①法定外公共物<sup>63)</sup>は……市町村単位以下の地域社会に密着した形で地域住民の公共の用に供されているものが大部分である〔から〕……利用実態上も市町村が管理することが行政単位として自然であ〔る〕」こと、「②歴史的には……市町村が法定外公共物の機能管理をしていた」<sup>64)</sup>ことという2点が挙げられている。

このように、同手引書は①、②の2点と先

に挙げた改正前地方自治法の解釈の3点を根拠として、法定外公共用物の管理は市町村の事務であるとするのが「法的にも、実務上も最も妥当である」<sup>65)</sup>とする。しかし、改正前地方自治法の解釈に疑義があることは既に述べたとおりであり、また①、②は事実に関する記述であって、それを単純に並べるだけでは、「法的にも、……最も妥当である」とする論証には飛躍があるといわなくてはならない。そして、この点を捉えて塩野宏は「〔法定外公共用物に対して〕地方公共団体が行なっている現実の公物に関する機能管理行為を法的に根拠付けることは……困難なものがある。あえて、説明するとすれば、法定外公共用物の機能管理は……国に代わって地方公共団体が行なっている慣行が成立している」<sup>66)</sup>と説明したものと考えられる<sup>67)</sup>。

## (2) 公物管理権論の視座転換：占有説

### a 「慣行」の法的意義？

だが、同手引書のこの記述は、単に事実を並べたものとしてではなく、以下のように解釈することも可能ではないか。つまり、公共用物と密着した関係にあり、実際にその関係に基づいて継続的な関わりをもってきた主体こそがその管理権をもつべきだということが、実定法上の権原以前のレベルの問題として主張されていると見る余地が、この記述にはあるのではないか。

日本法規、2000) 参照)。しかし、現在でもたとえば地図混乱地域のために特定不能であるとして贈与がなされていない法定外公共用物も存在する(寶金・前掲注4)387-388頁参照)。

また、公共用物の管理権限の所在を考察するに当たって、実務的には公共用物と行政主体との密接な関係が重視されてきたこと、具体的には法定外公共用物が地域社会に密着しているが故に市町村レベルの地方公共団体が管理権限を有すると解釈すべきと考えられていたことを、具体的なテキストの存在するこの問題に言及することによって明確に示すことが可能になる。そこで、ほぼ解消したとされる問題であっても、この法定外公共用物にまつわる問題に言及することには意義はあると考え、詳述することとした。

61) 塩野・前掲注6)363頁。しかし、公園及び広場を除いて登記、国有財産台帳への登録が不要とされているため、「それらがどこにどのくらい存在するのか詳しいことは何も分かっていない」(寶金・前掲注4)16頁)。

62) 寶金敏裕『里道・水路・海浜——法定外公共用物の所有と管理(改訂版)』211頁(ぎょうせい、1995)。なお、普通河川を事実上管理する市が国家賠償法2条1項の責任を負うか否かが争われた事案において、改正前地方自治法2条3項2号を根拠として当該市が河川管理者となることはないと判示した判例として、最判昭和59年11月29日民集38巻11号1260頁がある。

63) 学説にいう法定外公共用物、実務上は法定外公共物と呼称する。

64) 建設省財産管理研究会編著『公共用財産管理の手引——いわゆる法定外公共物(第2次改訂版)』55頁(ぎょうせい、1995)。

65) 建設省財産管理研究会編著・前掲注64)55頁。

66) 塩野・前掲注27)330頁。

67) なお、条例により法定外公共用物の管理権を基礎づける例が存在しており、そのような場合には公物管理権の根拠は(慣行ではなく)条例ということになる。

同手引書のテキストをこのように解釈するのであれば、そこでの記述、すなわち実務における「慣行」を法的論証の道筋へと載せるための道具がわれわれの私法体系には存在する。それは、ある主体がある物との間で直接的な関係を築いているという事実の法的評価、すなわち「占有」である<sup>68)</sup>。

#### b 占有の公物管理権論における意義

このような観点から注目に値するのが、前述の山本隆司の見解である(Ⅱ 2(1))。山本は「本件〔平成18年判決〕で公共用物の管理権が、所有権と対照的な民事法の制度である占有の訴えにより行使されたのは、窮余の策であったのかもしれないが……実は本質を衝くものであったのではないか。公共用物管理権の基礎が、自由な使用のために物の支配を排除するような形態の占有……にあると理解すれば……諸説〔公所有権説、包括的管理権能説、所有権説〕<sup>69)</sup>がそれぞれ抱えている難点が一応すべて解消するように思われるからである」と述べる<sup>70)</sup>。

行政主体がいかなる場合に公共用物の敷地上に占有を有するといえるのかについて詳細はⅢ 2(1)において検討するが、仮に、行政主体が公共用物を公用に供しており、もしその公用を害するような事態(たとえば損傷や妨害者の存在など)があれば適切に対処してい

る状態を占有と指示するのであれば、そのような占有は公物管理権の法的根拠たりうるといべきである。民法上、占有者には占有が毀損されることを防ぐために占有訴権が認められている。また、公共用物について行政主体が行うべき管理作用は、公共用物が公用に供されている状態が害されるのを防ぐことである。そして、ここでは行政主体が公共用物を適切に公用に供している状態を指して、占有と呼んでいる。そうだとすると、公共用物について行政主体がなすべき管理作用は、占有が害されることを防ぐことであり、そのような管理作用を行う根拠である公物管理権は、占有に根拠を置いているといえることができる。

また、このように占有が公物管理権の根拠であると考え、包括的管理権能説や所有権説における問題を解決することも可能となる。まず、占有を根拠として認めるのであれば、問題は行政主体に占有が成立しているか否かであり、後に検討するように行政主体が物を公用に供していればそれは成立するというべきであるから、所有権の対抗関係は問題とならないし、個別公物法の規定の不存在も、不法占拠者の排除という文脈においては、問題とならない。そこで、公共用物の機能の速やかな回復が期待できるのである<sup>71)</sup>。

68) ただし、公の施設の設置管理等については条例主義が採られていること(地方自治法244条の2第1項)などから、そもそも地方公共団体、特に市町村レベルの自治体が、地域に密着した里道などの公共用物の管理を行う主体であるという前提で法制度が組み立てられていると説明することも可能ではある。そうすると、ある行政主体が公共用物と密着した関係にあるという事実のみに基づいて公物管理権が認められているということではできない。ただ、そうであったとしても、そのような事実が存在するが故に管理権の所在が市町村レベルであると判断されているという本文の解釈が完全に排除されることにはならないであろう。

69) 山本は、本稿がⅡ 1で検討を加えた学説のうち私所有権説をそこでの検討対象に挙げていないが、これは、私所有権説それ自体は公物管理権の法的根拠論として説かれた見解ではないためである(前掲注14)と対応する本文を参照のこと。

70) 山本・前掲注25)37頁。なお、そこで各見解の難点として挙げられているのは、公所有権説については公物管理権を所有権の現れと理解し、公権として説明すること、包括的管理権能説については公物管理権と所有権の関係を曖昧にしたこと、所有権説については公物管理権と所有権の法的性格が対照的なことが理論的に表現されないこと、であり、概ね本稿がⅡ 1で問題としたところと一致するといえるだろう。

71) このように権原とは無関係に簡易迅速に行政主体が占有を保全しあるいは回復するための手立ては、占有訴訟である。ただ、現在の日本においては占有訴訟について制度的なバックアップが存在せず、本権に基づく訴訟を遂行する場合と比べてどの程度速やかな回復が期待できるかは定かではない(「占有訴訟が本件訴訟より迅速に処理されるという保障は手続上どこにもなく、起草者の期待はむなしものに終わった」と評する川島武宜=川井健編『新版注釈民法(7)物権(2)』245頁〔広中俊雄=中村哲也〕参照)。それでも、どこまでも続く権原の連鎖を辿っていかなくては争いの決着が付かない本権に基づく訴訟(昭和44年、平成8年、平成18年各判決の各事案でも、国と対抗関係にある私人は複雑な経緯を経て所有権を取得したと主張する者であった)よりも、現状を法的に判断する占有訴訟の方が、事実上より簡易迅速に判断がなされそうだとする想定はできるかもしれない。

このように考え、本稿も山本の上記見解に同意するものである<sup>72)</sup>。

### c. 公共用物の占有は可能か？

だが、そうだとした場合、このような理解を採るうえでは一つ越えなければならない壁がある。公共用物の占有が可能なのかという問題である。一般には、公物が占有の客体になることは疑いなく受け止められていると思われる<sup>73)</sup>。しかし、たとえば道路はそこを人が自由に通行できるからこそ道路であるといえるものであるが、その敷地を占有する者がいれば、その者によってその道路を通じた公共空間へのアクセスは阻害され、道路の機能は果たされなくなる<sup>74)</sup>。その意味で、道路にとっては、それが誰のものでもなく、誰も

独占的・排他的にそこを利用できないということが本質的な重要性をもつ。これは他の公共用物についても同様である。そうだとすると、本来は公共用物の上に占有が成立することを認めるかは、それ自体大問題である。

しかし、こと行政については占有を認めても問題がないということができただろう。なぜなら、行政主体が公共用物を排他的に支配することを占有と評価しつつ、その行政主体の排他的支配に基づいて公共用物が公用に供されているとの構成を取れば、占有と公共用物の本質とを両立させることが可能だからである<sup>75)</sup>。そこで、さしあたり以下では、少なくとも行政主体による公共用物の占有は可能だということを前提として、検討を進め

そして、最判昭和40年3月4日民集19巻2号197頁が占有訴訟に対して本権に基づく反訴を認めたことが、決定的に占有訴訟の機能不全を方向付けることになった（なお、現行民法制定の時点から占有訴訟の機能不全が運命づけられていたことを示唆する石井紫郎「占有訴権と自力救済——法制史から見た日本民法典編纂史の一齣——」『日本人の法生活』326頁（東京大学出版会、2012）〔初出1996〕参照）。この意味で、本稿が以下で展開する解釈論の実効性には一定の限界があるといわなくてはならない。

しかしながら、占有訴訟の機能不全それ自体が問題であることを示すことにも意義があると本稿筆者は考えており、また、私人間訴訟では機能不全を起こしている占有訴訟が行政主体を当事者とする機能しているようにもみえること（平成18年判決がその象徴である）から、占有訴訟の意義を強調することに意味はあると考える。なお、この点については、IV3も参照のこと。

72) なお、山本の見解、さらには平成18年判決に先立って公共用物の管理主体による占有訴訟の可能性を指摘する先駆的な論稿として、広岡隆「公物法理論の省察」『公物法の理論』3頁、44頁（ミネルヴァ書房、1991）〔初出1988〕がある。ただ、そこでの議論は、コミュニケーションが自らの管理する道路について私人の占拠を排除するために占有訴訟（*action possessoire*）を提起することを認めたフランスの判例を参照した上でそれを日本法の解釈に援用するものであり、行政主体の公共用物に対する占有の詳細な検討がなされているわけではない。

73) 最近の裁判例では、たとえば、里道についてさいたま地判平成20年1月30日判自307号82頁がある。その他、河川についても一方当事者の主張として水面の占有ということが語られる例もみられる（たとえば、横浜地判平成20年2月27日判自312号62頁）。このような状況のほぼ唯一の例外を示すのが、太田・前掲注56)91-103頁である。以下の本文の議論は同論文（特に96-103頁）に多くを負う。

74) このような道路機能の理解については、前掲注56)参照。

75) ただ、このような構成を取る場合、公共用物を占有する行政主体の恣意をいかに抑制するかという問題が別に現れる。つまり、行政主体が、自身が公共用物について有する占有を盾にとって私人を公共空間から不当に排除するという行動に出たとき、それを抑制する法理が本文における議論からは直接には出てこないことが課題として意識されるのである（平成3年判決の検討（II2(3)c参照）で紹介した藤原淳一郎の見解は、この問題を指摘するものと理解できる（藤原・前掲注50)166頁参照）。たとえば、憲法学においてはパブリック・フォーラム論として、公道や駅前広場といった公共空間の管理権を有する主体の管理権の行使（としての私人の当該空間からの排除）と表現の自由を調整するための議論が展開されているが（概観を与えるものとして、たとえば、中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由I 状況へ』197頁（向学社、2011）参照）、同様の形で行政主体の公物管理権の発現と私人の権利行使をどのように調整するかについてのより一般的な検討が必要になる。

一案としては、行政主体に認められた公共用物の占有は、あくまでも公共用物の公用を維持するという目的のためにその限度で認められたものであり、当初からその目的による制約を受けていると構成することが考えられる（「法概念としての公物は、もともと公共の用に供するという目的が与えられている」ことから、公物の所有権の発動が「その公物目的に拘束されるというのは、当然の帰結」であるとして「所有権（その他の権原）の内容的拘束性」を導く塩野・前掲注6)374-375頁も参照）。しかし、このような構成は便宜的であり、より精緻な概念構成が求められるようにも思われる。

いずれにせよ、本稿はあくまでも公共用物上の不法占拠者の排除の方策を議論の対象とするから、この点については問題の所在を指摘するに留め、さらなる検討については他日を期すこととする。

る。

なお、付言して私人による公共用物の占有の可否についても、Ⅲ 2(2)の検討における議論の前提として、ここで論じておく。そもそもある主体がある物に対してなす現実的支配を占有と判断するということは、法が（占有権などを通じて）その現実的支配を保護することを意味する。そして、現実的支配には法的保護に値するものも、そのような保護に値しないものもある。具体的に問題となっている現実的支配をどのようにこの両者のいずれかに割り当てるかは、「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關係にある」か否かによって判断されるが、その消極的考慮事由の一つとしては、現実的支配の客体が公共用物であるということが挙げられてよいと思われる。なぜなら、後に述べるように（Ⅲ 2(1)）公共用物はそれが誰の支配下にも入らないということに意義があるものである以上、それに対してなされている現実的支配は、原則として法的保護に値するものではないと考えられるからである<sup>76)</sup>。

## 2 占有・管理権の性質

### (1) 行政主体の占有の成立要件

占有が公物管理権の基礎にあることを肯定したとして、いかなる場合に行政主体の占有は認められるのか。以下ではその要件を、民法 180 条の条文の文言にしたがい、「自己のためにする意思」、「所持」という順番で検討する<sup>77)</sup>。

#### a 「自己のためにする意思」

「自己のためにする意思」については、「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」と緩やかに解し、その有無の判定は、所持を生じさせた原因たる事実……の性質によって純粹に客観的・抽象的に行うものとするのが通説である<sup>78)</sup>とされる。平成 18 年判決も「自己のためにする意思」にほとんど重心を置いていないように読める。このような解釈を前提とすれば、行政が公共用物を公用に供しているというとき、これが認められることに問題はないだろう<sup>79)</sup>。

#### b 「所持」：管理権限の要否

そこで問題となるのが、いかなる場合に行政が公共用物を「所持する」といえるのか、である。占有も事実状態に対する法的評価で

76) このように客体の性質から占有の成立に要する支配の程度を論ずることに違和感があるならば、以下の言い換えることもできる。これまでの学説・裁判例における不動産の占有の成否の判断については、①土地利用の軽重、②土地利用が一般に対して開かれていたものか特定人に対する許可によるものか、③土地利用が排他性および必要性をもたないか否か（この補充要素として明認性および恒常性を欠くか否か。ただ、これについては通路としての使用が占有を基礎づけるかという文脈であり、本稿が問題とするところはやや位相が異なる）といった要素が指摘されてきた（それぞれ前者であれば占有の成立が否定される方向に傾く）。行政が管理を行っている公共用物上に私人が何かしらの実力支配を打ち立てようとしているとき、①そのような支配は一般的には軽度のはず（たとえば平成 18 年判決の事案のようにトラックや屋台を設置するなど、設備があれば容易に除去可能な物件の設置）である。また、②土地利用は一般に対して開かれているのが公共用物の本質である。そうすると、公共用物上に成立しようとしている私人の実力支配については、典型的に占有と認定しにくいということができそうである（学説、裁判例を含め、川島＝川井編・前掲注 71)15 頁〔稲本洋之助〕参照）。

77) なお、以下の検討はあくまで公物管理権の法的根拠としての占有を考察対象とするものであり、たとえば取得時効との関係における占有については議論の対象としない。両者の区別を指摘するものとして、山本・前掲注 25)34 頁参照。

78) 川島＝川井編・前掲注 71)12 頁〔稲本洋之助〕。

79) 「自己のためにする」という語を厳密に理解した上で、公用に供するという目的での供用行為は行政自身のために行うものではないから、行政主体が（公用物ではなく）公共用物を公用に供する場合には自己のためにする意思が当然に認められるとはいえないとの反論もありうるが、民法上の学説（学説の布置については、川島＝川井編・前掲注 71)12 頁参照）は、「自己」の概念をそれほど厳密に理解することを要求する趣旨のものではないと思われる。あるいは、そもそも公共用物の提供はそれ自体として行政主体の存在理由あるいは目的であるという（塩野・前掲注 6)346 頁参照）から、供用行為は当該目的を充足する行為として「自己のため」と評価するということも可能であろう。

はあるが、権原という実定法によって付与された資格とは無関係に判定されるものであり、端的な事実により近い性質をもつ。このことから、行政がある公共用物を管理してきたという事実（それは権限に基づく場合もあれば、慣行に基づく場合もあるだろう）を捉えて、行政の占有を認めることがまずは考えられる。

これに対して山本隆司は、平成18年判決の評釈中「法治国原理との関係」と題する節において、そのような事実のみで行政が占有権を行使することは「実務上便宜かもしれないが、本来は問題があるように思われる」と懸念を示し、行政主体が占有権を行使する要件として、①物が公用に供されている法状態（人工公物に係る公用開始決定およびその公示、自然公物としての状態）、②原告となる行政主体が当該公共用物の管理を行う権限を有すること、の2つを示している（以下、公共用物の管理権限を占有の要件とするという意味で、必要説と呼ぶ）<sup>80)</sup>。

法治国原理との関係では、行政の活動については少なくとも組織規範が要求されるが、行政主体が占有権を行使することによって公共用物の使用妨害者を排除することが、法治国原理<sup>81)</sup>を実質的に潜脱することにならないか、という問題意識がここに伺える。つまり、②の要件により、占有訴訟を提起しようとする行政主体が当該公共用物の管理を所掌事務としていることを要求することで、法治国原理という行政法ドグマーティクと占有権という民事法上の道具立てとの調整を前者に重心を置きつつしようとするのが、この見解

だということができる<sup>82)83)</sup>。

しかし、そのように解すると、行政主体に公共用物の占有、ひいては占有権の行使を認める重大な意義、すなわち権限・権原の有無にかかわらず、妨害排除を行うことでさしあたり公共用物の公用・効用を回復することが達成されなくなるのではないかとも考える。つまり、管理権限の所在が定かでなくとも公共の用に供されており、ある行政主体が事実上それを管理しているという公共用物があるとき、それに対する行政主体の占有を認めず、不法占拠者に対する占有訴訟を許さないことには疑問が残る。そのような物がある場合、所有権者として国・公共団体が所有権に基づく土地明渡請求、妨害排除請求を不法占拠者に行うことになろうが、相手方が所有権を主張して争うなどした場合、紛争の解決まで非常に時間がかかることも考える<sup>84)</sup>。また、権原が対抗できない場合には、そもそも妨害排除などできないという結論にもなりうる。だが、このような帰結は公共用物の私人による切り取りを認めるに等しく、耐えがたい。そうだとすると、公共用物が公用に供されており、それを行政主体が管理しているという事実状態のみをもって占有を認定し、占有訴訟によって一応不法占拠者を排除することによって公共用物の機能を回復させた後に、本権について争わせる方が望ましいという考え方（以下、不要説と呼ぶ）も成立しうる。

では、必要説と不要説のうち、いずれの考え方が妥当か。両説の結論の分岐点は、行政主体による占有取得、占有訴訟の提起に対す

80) 山本・前掲注25)39頁。

81) 一般に組織規範は内部的規範であり、裁判規範性をもたないといわれる。しかし、組織規範が国民との関係で外部効果をもつ場合もあり、そのような場合には裁判による適法性コントロールは権限の有無にまで及び、仮に権限がないこととされれば、行政行為には無効の問題が生ずる（塩野・前掲注6)17頁参照）。

82) なお、①の要件は、公共用物が公共用物として存在することを要求していると考えられる。これは行政主体が公共用物を公用に供するという意思表示を行うということであるから、自己のためにする意思の問題と考えることもできよう。

83) 民事法理論と行政法ドグマーティクの調整という観点については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』2頁（有斐閣、2000）、橋本博之「判例実務と行政法学説——方法論をめぐる一考察——」塩野宏古稀『行政法の発展と変革（上）』351頁、361頁（有斐閣、2001）参照。

84) いわゆる断行の仮処分（民事保全法23条2項）により対処することは考える（実務家による最近の実例の記録として、神吉宣孝「断行の仮処分による放置車両の撤去について」（2013年7月12日）<http://www.kkr.mlit.go.jp/plan/happyou/theses/2013/pdf06/20.pdf>（2014年9月16日最終閲覧）を参照）が、これについても本権の疎明が求められるところであり、実効性が担保されない場合もあろう。



る考え方の違いに求められる。つまり、平成18年判決の評釈中で、行政主体による占有取得、占有訴訟の提起に対して工藤祐敏が「漠然とした危機感」を示し、山本が「本来は問題があるように思われる」とするのは、そもそもそのような手段で行政主体が簡易・迅速に妨害排除を行うという考え方に警戒心を抱くからだと思われる。いいかえれば、法治国原理によってその活動を法律の枠内に収めることが志向されてきた行政主体について、凡そ行政法的統制を及ぼさないことへの危惧をそこには見出すことができるのである。そして、そのような立場からは、不要説が占有を認定するメリットと捉えるところの紛争の簡易・迅速な解決も、場合によっては行政法的統制の効かない活動領域の創出と否定的な評価が下されうることになる。

これに対して不要説の側からは、以下のような反論が考えられる。たしかに、道路法などの個別公物法により認められていない権能を、単に当該公共用物を管理しているという事実のみに基づいて認められる占有を通じて行政主体に認めることで、行政主体に対する法的統制の密度が下がる可能性はある。しかしそれでも、あくまでも不法占拠者除去のための手段として提起されようとしている占有訴訟は民事法上の制度であり、それを行政主体が利用することは、法治国原理が直接規律を及ぼそうとする行為ではない。また、占有訴訟を提起しようとする行政主体は私法上の

規律には服するのであり、法治国原理が防ごうとする、生の統治権が国民に対して法に服従せずに直接規律を及ぼすという側面は極小化されているということもできる、と<sup>85)86)</sup>。

いずれの見解についても相応の根拠があり非常に悩ましい問題ではあるが、必要説のように解すると、行政主体の占有を敢えて公物管理権の法的根拠と構成することの大きなメリットが削がれうるとことは否定しがたい。具体的には、その権原の所在が不明確である法定外公共用物上、たとえば里道を（管理権限に基づいてではなく）慣行上ある行政主体が管理しているという場合、当該行政主体には占有は認められないことになる。だが、われわれの直面している問題は、行政主体が、権限・権原を有さなくとも公共用物の公用を確保すべき場合があるということであった。そして、本章冒頭でも述べたように、公共用物の管理権の法的性質は、窮極的には公共用物の公用をいかに確保するかという観点から考察されるべきであった。必要説と不要説は両者とも理論的には成り立ちうる拮抗した状況にある以上、両説の当否を考える上ではこのような観点から判断をしなくてはならないが、上に述べたような事案の解決能力という観点から、本稿は不要説が妥当だと考える。つまり、行政主体の占有は、物が公用に供されている法状態があり、実際に適切な管理がなされていることにより認められるというべきである<sup>87)88)</sup>。

85) 民事法上の当事者としての行政主体の恣意抑制という観点につき、前掲注75)参照。

86) なお、この点との関係で管理行為の性質について付言しておく。平成3年判決の評釈における對抗軸の一つが、鉄杭撤去行為は行政上の強制執行なのか、公物管理権に基づく事実行為なのか、自力救済なのか、という点であった（II 2(3)参照）。この点については、公物管理権の法的根拠を占有に求める以上は、山本隆司が述べたように行政主体は占有訴訟を提起できるというべきであろう（行政上の強制執行であることの否定）。そして、いうまでもなく占有訴訟は民事法上の制度であるから、行政主体の実力行使も民事法上の制約を受けるという限度では統制を受ける。そうすると藤原淳一郎の批判は少なくとも無限定では当たらず、行政主体は公物管理権に基づいて撤去行為が行えたというべきであろう。

87) 人工公物に係る公用開始決定が不適法であった（たとえば誤った行政計画に基づいて供用が開始された）などの理由で行政による不適法な管理・支配がなされている場合に、そうした管理・支配に基づいて占有を認定し、公物管理権という権力的作用の根拠を基礎づけることが可能かについては、疑問を呈す余地がある。

しかし、前掲注76)と対応する本文で述べたように、通説的な立場からは、民事法上の占有の認定は事実状態を考慮してなされており、正権原の有無が判断に介在することはない。そうすると、このような立場を修正して行政実体法への牴触という正権原の不存在を占有の認定に消極的要素として反映すべきか否かが問題となりうるが、これについても本稿は消極的に解する。仮に行政により不適法な管理・支配がなされている場合であっても、そこが公共用物として実際に用いられているのであれば、それらの事実から占有・公物管理権の成立を認め、妨害者に対する排除請求を許した上で、その後に管理・支配の適法性をその原因となった行為に関する抗告訴訟などで争わせれば足りると思われる（単純な比較は許されないが、公用開始決定の瑕疵は取り消し得べき瑕疵に過ぎ

## (2) 行政主体の占有の性質

### a 総説

このような要件で行政主体の占有を認めたとして、その性質はいかなるものなのか。以下では、行政主体の占有の性質をいくつかの具体例に基づいて確認する。

本稿は、権原思考の限界が公共用物をめぐる具体的紛争の性質をその法的枠組みに反映できないところにあるとの指摘を既に行った(Ⅲ1(1)a)。その指摘の根拠についても既に一定程度明示されたと考えているが、以下では占有説の立場から公物管理権を考察した場合に導かれうる解釈上の帰結を示すことによって、権原思考の限界を裏側から示しつつ、占有という事実に着眼して公物管理権の規律を考えることによる内容の豊かさについて、一定の示唆をもたらすことを目指す。そのために、以下では素材を必ずしも不法占拠者の排除に限定せず、より広い視野から叙述を行う。公物管理権の一般的な法的根拠として占有を据える以上は、このような検討が必要不可欠になると考えるからである。

ただ、それ故にやや視点が拡散する印象を与えらると思われるので、冒頭で簡単に以下の検討を概括しておく。まず、行政主体が公共用物についても占有は、私人のそれと性質

がやや異なる。具体的には、占有を獲得するのに求められる実力の程度が、私人に比べて小さい(b, c(a))。そのことに関連して、私人が公共用物上に何らかの実力的支配を打ち立てようとしていても、それは法的には占有と評価されないことがあり、かえって行政主体が占有を維持しており、私人を排除することができるという帰結が支持される場合がある(c(a))。さらに、占有を公物管理権の法的根拠として考えることで、公物管理権の恣意的な発動が抑制されるという帰結をより自然に導くことができる場合がある(d)。最後に、このような占有説も万能ではなく、一定の限界があることは意識される(e)。

### b 道路

平成18年判決では、①道路台帳の調製及び保管、②必要な維持、修繕、③電線等の工事のため必要がある場合には、道路の占用許可を与えること、④不法占拠者への対処、といった事情が認められるのであれば、行政主体による道路敷地の占有が認められると判断された。しかし、これらの事情が存在することは占有を認める十分条件ではあっても、必要条件ではないというべきである。というのも、道路の供用開始決定以来、平穩に公用に供されており、占用許可や不法占拠者への対

ないとするドイツにおける通説、また当該瑕疵は無効原因となる(これが日本においては定説である(後掲注110)参照)としつつも完全に建設され交通に供された道路は適法に供用開始された道路と同様に扱われねばならないとする「事実上の道路関係説(die Lehre vom faktischen Straßenverhältnis)」(こうした学説の状況を紹介する邦語文献として、大橋洋一「公物法の日独比較研究」『行政法学の構造的変革』207頁, 214頁(有斐閣, 1996)〔初出1994-1995〕参照)は、上に述べたのと同様に、違法に公用に供された道路であってもそのような事実状態が継続していることを前提にして公共用物の妨害排除問題を考えるという思考様式が存在を示している)。そうすると、敢えてこの点で民事法上の原則を変容させて、占有の成立のために人と物との間に適法な帰属関係が存在することを要求する必要はないのではないか。

88) なお、この点との関係で所有権に基づく請求について付言しておく。既に述べているように、行政主体が公共用物の敷地上に所有権を有する場合、当該所有権に基づいて不法占拠者に対して明渡請求・妨害排除請求を行うことは異論なく認められている(むしろ学説中では当然できることを前提としてか言及されていない場合もある)。しかし、この場合であっても行政主体が所有権に基づく請求を行う所以は、公共用物の維持・管理が当該行政主体の責務とされていることから、行政活動としてそれをなすべきだという点にある。これは、行政主体が占有訴訟を提起する場合と変わらない。そうだとすると、なぜ所有権に基づく請求については特に議論なくして認めつつ、占有訴訟については危機感を示すのかという点について検討を加えることにも意味がないではなからう(両者に違いがないのであれば、本文のような論証は不要であり、所有権に基づく請求が認められる以上、占有訴訟も当然に認められると述べればよいだけである)。

そしてこの点は、所有権が承継取得を原則とする本権であり、占有が事実に基づいて認定されるものであるということに由来すると考えられる。つまり、所有権であれば基本的にはその移転を追跡することができるからその所在を捉えて法的な統制を及ぼすことも比較的容易であるのに対して、占有は事実から相対的に認められるものであるという性質から、ともすればアモルフな力が判断に混入することもありうる。そこで、所有権と占有とが区別され、後者を行政主体が用いようとするのであれば、それが許容されることの積極的な論証、そしてより厳密な要件充足の判定が求められることになるのである。

処が不要であるというような場合に、占有を認めないのは均衡を失するからである<sup>89)</sup>。

他方、道路敷地について私人の占有の成立が認められた例としては、道路と私人の所有地の境界が不明確ないしそれについて争いがある場合に、当該私人が建物を建築した場合が多い<sup>90)</sup>。そこでは、建物など強固な構造物による支配が一定期間存続していれば、占有が肯定されているといえる<sup>91)</sup>。

このように考えると、行政主体の道路敷地の占有は、私人のそれと比べて実力的要素がより稀薄な場合であっても認められるということができそうである。公用に供されている道路は全体として統合されているものであるから、一旦その公用を確立すれば実力が表れる場面は極小化される。これに対して占有を行政主体から簞箒しようとする私人は、そのように統合された客体をいわば「切り取る」ことを試みるのであるから、より多くの実力が必要とされるのは見やすい理である。

## c 河川

### (a) 河川敷地

河川について裁判例でしばしば問題となっているのが、舟艇の不法な係留である。たとえば、平成3年判決もそもその原因は違法な係留をヨットクラブが試みたことであった。そのような場合に、裁判例においては、不法に係留された舟艇について河川法75条1項に基づく撤去命令、及びそれに基づく行政代執行の適否が争われることが多い。たとえば、東京高判平成17年10月5日裁判所HP参照（平成16年(行コ)171号）では、1級河川である荒川水系新芝川に、プレジャーボートを棧橋にチェーンで結びつけて係留する行為が、河川法24条にいう「河川区域内の占用」に当たるとして、行政代執行が適法と判断された。

裁判例においては、このような不法係留をもって当該係留主体が河川の占有<sup>92)</sup>を有しているとの主張が、行政主体によってなされることもある<sup>93)</sup>。しかし、裁判所の判断に

89) 山本・前掲注25)35頁。

90) なお、村道の通行妨害に対して道路利用者が妨害排除請求を行うことができるとした最判昭和39年1月16日民集18巻1号1頁は、いかなる法的根拠に基づいて道路利用者が妨害排除請求を行うことができるとしたのか、またいかなる要件の下にそれが認められるとしたのかといった重要な点について不明瞭を残している（なお、同判決は事実にも不明瞭な点があり、問題となった村道の管理（ただし内容は明らかではない）を村が行ってきたという認定がされる一方で、通行のための踏板の設置など道路管理というべき行為を原告私人が行っていることも認定されており、両者がいかなる関係にあるのかは定かではない。寶金・前掲注4)355頁、吉田秀文「道路法にいう道路の通行妨害とこれに対する道路利用者の救済——主として私法上の保護について——」判タ330号58頁（1976）、牧賢二「通行の自由権について——判例を中心として」判タ952号26頁（1997）を参照）が、利用者の占有という観点からこの問題を整理することも考えうる。

ただ、同判決は原告私人が管理行為を行ってきたことに注目して妨害排除請求権を導出するのではなく、一般使用の権利性を認めるかのような口吻で当該請求権を認めている。そうすると、本稿が問題としてきた管理権・占有の問題とは異なる次元の問題を扱うものとして整理すべきように思われる。

また仮にその点を不問に付したとしても、Ⅲ1(2)cで述べたように、私人による公共用物の占有を認定することは、一つの高いハードルを超えることを意味する。道路を事実上管理してきたということだけで（正統性を有する統治団体としての行政主体ではなく）私人に対して公共用物の公用・効用発揮という公共善についての権限行使を認めることが正当化されるのか、なお疑問が残る。このように考えると、公物管理権の法的根拠を占有に求めたとしても、その論理を私人による管理行為に対して単純に適用することには慎重であるべきだろう。

91) 最近の例として、さいたま地判平成20年1月30日判自307号82頁（もはや通行人がいない里道上に建物が建築された事例）、東京地判平成17年7月22日裁判所HP参照（平成15年(行ウ)537号）（区道敷地上に学校法人の管理する校舎、校庭の一部が存在する事例）、神戸地判平成15年2月4日裁判所HP参照（平成13年(行ウ)11号）（市道に自動販売機が設置された事例）などがある。ただ、既にⅢ1(2)cで述べたように、私人による物の現実的支配が占有と評価されるか否かの消極的判断要素としては、現実的支配の客体が公共用物であるということが挙げられてよいと思われる。このように考えると、一連の下級審裁判例が示す、私人による道路敷地の占有の認定は非常に問題を孕んだものだといえることができる。本来法的に保護に値する支配についてのみ厳選して認められるべき占有が、あまりにも簡単に語られているという印象を拭きたい。

92) 河川の流水の占有を指すのか、水面下の敷地の占有を指すのかは不明瞭である。

93) 公表されている近年の裁判例として、横浜地判平成22年4月28日裁判所HP参照（平成21年(行ウ)58号）

において、当該係留主体による河川の占有は認定されても、私人による占有が認定されたものはない。占有と占有との関係はいかなるものであるのか。

河川の占有とは、ある特定の目的のために、その目的を達成するのに必要な限度において、公共用物である河川区域内の土地を排他的、継続的に使用することを意味する。河川の流水、土地の占有に河川管理者の許可が必要とされている(河川法 23 条, 24 条)のは、それにより河川の適正な利用、流水の正常な機能(同法 1 条)が害されるおそれがあるためであるから、河川区域内の土地に固着せずに水面部分だけを使用する場合も、それが河川管理上支障を生ずると認められる場合には占有に当たると考えるべきである。また、ある主体に河川の占有が認められた場合の法律効果は、占有料等が課せられる(同法 30 条, 72 条, 74 条)、許可無く占有を行なっている場合に監督命令の対象となる(同法 75 条)といったものである。

このように、河川の占有は河川区域内の土地を使用しているという事実状態を指示する点において、占有と類似する。しかし、その効果は占有とは全く異なるものであり、不法係留の主体に占有が認められたとしても、それ故に占有も認められるというべきではない。では、私人が河川を占有しているというとき、当該私人に河川水面下の敷地の占有は認められるのか。この点については、既に述べたように(Ⅲ 1 (2) c)、河川が公共用物であるということが、占有の成否を判断するにあたって意味をもってくると考えてよい。結論からいえば、私人の河川水面下の敷地の占有を認めることには、よほど強度の支配が打ち立てられているというのでない限り、慎重であるべきだろう。

そうすると、舟艇事例においては原則としては舟艇の所有者の河川敷地の占有は認められず、行政主体による占有は認められるとい

うことになる<sup>94)</sup>。ややもすると、このような判断は奇異なものに思われるかもしれない。占有とは物に対する事実的支配を意味するのだとすると、舟艇事例においては行政主体よりも、実際に錨を下ろすなどして舟艇を停泊させている私人の方が物理的に当該河川敷地を支配しているようにも見えるからである。しかしながら、占有とは事実的支配に対するあくまでも法的評価である。そして、法的には公共用物である河川の上に私人の占有を語ることに慎重であるべきならば、当該私人が舟艇を河川に停泊させているという程度の事実は、法的にはゼロである。そうすると、行政主体が管理行為を適切に行なっているという河川とのかかわり合いが、河川との密着した関係を示す事実として意味をもち、行政主体による占有が肯定されることになる。そこで、たとえば、平成 3 年判決においては浦安町による撤去作業は旧漁港法の規定に基づかない違法なものとしたが、山本隆司が述べるように、「町は占有の訴えを提起できたものと考えられる」<sup>95)</sup>。

このように考えると、河川についても道路と同様に、私人の占有に対比した場合の行政主体の占有の特徴は、実力の要素が極小化されているという点に求められるといえる。そして、私人により河川に対して実力支配のようなものが打ち立てられようとしているときも、少なくともそれが直ちに行政主体の占有を排除するわけではないということもいえる。行政主体が不法占拠者を排除するのに合理的な期間<sup>96)</sup>が経過するまでは、不法占拠者は河川を占有していても、占有はしていないと解することになる。

#### (b) 流水

このように河川の水面下の敷地に行政主体の占有が成り立つかという問題とは別に考察を要するのが、流水に占有が成り立つのかという問題である。公物管理権<sup>97)</sup>の基礎を占有に求める場合、ここが隘路となる。という

がある。

94) 占有の所在は紛争当事者間で相対的に判断されるから、係争物と凡そ無関係の二当事者が争うという非常識な事態を除けば、一方に占有がなければ他方に占有があるということになる。

95) 山本・前掲注 25)38 頁。

96) 本件では原告による不法係留から被告による行政代執行による排除措置まで約 6 か月が経過している。

のも、流水という常に変動するものについて、物に対する排他的な支配という占有の観念が成立するのかということ、河川法の適用がある河川については、同法4条2項が流水について私権の行使を否定していることという2つの問題があるからである<sup>98)</sup>。

前者の問題については、民法上もほとんど議論がみられないところである。だが、一般的には占有の対象物としては固定されて存在する物・空間が想定されているようであり、流水のように常に流動する物は占有の対象とされていないように思われる。これは、物に対する実力的支配という占有の概念からして、不定形で流れゆく物に対しての支配が観念されにくいからであろう。しかし、本稿が検討する行政主体の占有は、物に対する実力による支配という側面が比較的希薄であり、一定の公共用物について適切な管理を行っていることがその実質である。つまり、ここでの問題は、流水の一部だけを切り取ってそこについての占有を語ることができるかという形ではなく、上流から下流までの水系としての河川全体を把握しているという事態を占有と指示できるかという問題である。このように考えれば、行政主体の占有を流水について肯定することも不可能ではないのではないのか。

後者の問題については、河川法4条2項の「私権」とは所有権その他の包括的支配権をいうと理解されており<sup>99)</sup>、そうだとすると、占有はここに当たらないと解釈することができるであろう。

#### d 都市公園

都市公園についても行政主体の占有は語り

うる。そして、占有との関係での論点は、都市公園上の土地に私人の占有が成り立つのかというものである。この点については太田匡彦の詳細な検討がなされているところであり<sup>100)</sup>、それをきわめて簡潔にリステートすると、以下ようになる。都市公園はその性質上人の滞留が予定されているものであり、常に流動することが予定されている道路や河川とは性質が異なる。そこで、公共用物でありながら、都市公園についてはその敷地上に私人の占有を語りうる余地が生まれる。そして、社会のどこからも居場所を失ったホームレスのような人については、そのような人であってもどこかの空間には存在しなくては生存することはできず、われわれの社会がそのような人々を個人として認知・尊重しようとするのであれば、都市公園の限られた一角について、その占有を語ることもできるというのである。つまり、都市公園という客体の、ホームレスという主体の特殊性から、公共用物の敷地上に占有が語りうることになる。

このような議論は、占有という観点からの問題提起によってはっきりと出てくるものである。所有権を公物管理権の根拠とする場合、所有権は抽象的な権原であるから、公共用物の性質によって異なる規律を導くことはしにくい。これに対して占有は事実に着目して導かれるから、問題となる公共用物がいかなる性質であるかが、道路と都市公園とを対比すれば分かるように、規律に必然的に反映されてくる。つまり、占有の客体としての適格を問題とすることで、公共用物の管理について一定の法的解釈論の方向性を導くことができるのである<sup>101)</sup>。

97) 現在の日本の法制度においては、流水は独立の公共用物とは考えられていない。しかし、たとえば河川管理権の中には河川を流れる水の管理権も含まれるから、これをどのように捉えるべきかが公物管理権の観点からは問題となる。

98) なお、この2つの問い自体は、所有権説についても同じように成り立つと思われる。流水について所有権が成り立つかという問題については、河川に流れる水全体が行政主体の所有権の対象であると応えることが可能であろうが、それが海に流れた場合にはどうなるのか、領海から水が逸出した段階で所有権が失われるのか、など突き詰めていくと不明な点が残る。私権行使禁止規定については、塩野説では個別公物法があれば公物管理権はそれにより考えるという立場であるから、問題とはならないのであろう。

99) 三木本健治「河川の管理」雄川一郎ほか編『現代行政法大系(9)公務員・公物』376頁、386頁(有斐閣、1984)。

100) 太田・前掲注56)92頁参照。そこでは非常に明晰な分析がなされており、本稿も賛同するものである。

101) もちろん、所有権説からも所有権の目的による拘束という議論は可能であるが、一般的には絶対的な対世の権利と理解されている民法上の所有権がなぜ行政目的により拘束されるのかという点の論証が必要であるし(な

### e 海

一般海域には栈橋・浮栈橋や飛込台、巨大筏などの無断構築物が設置されることが多いとされる<sup>102)</sup>が、このような不法占拠者を排除するためには、海の利用管理権をいかに基礎づけるかが問題となる。しかし、海については現在でも包括的な管理法制は定められておらず、海は広大な法定外公共用物として、管理法制の空白が問題視されている。

そして、それ故に海の利用管理権の性質理解をめぐって激しい争いが見られる<sup>103)</sup>が、そもそも海の利用については非常に多様な性格があるということを指摘できる。沿岸海域であれば船舶による利用の調整や、先に挙げた無断構築物への対処が問題となるが、同時に漁業権といったそれらとは全く性質の異なる問題もそこには関係する。さらに、沿岸海域から離れた領海や、さらには排他的経済水域に至れば、そこには国際法的観点からの考察も欠かせない領域が存在する。

このように考えると、海の利用管理権は、一般に問題とされる公物管理権<sup>104)</sup>とはかなり問題の所在が異なるというべきであり、同じ理論枠組みで語ることも自体が少なくとも容易ではない。そこで、本稿は海の利用管理権についても権原をベースとして思考することの限界が意識されている<sup>105)</sup>ということを指摘するに留める。

### (3) 公物管理権と占有の関係

公物管理権をこのような意味における占有により基礎づけるとして、平成8年、平成18年両判決のもたらした問題、すなわち、両判決がそれぞれ道路管理者としての道路敷地の管理権に基づいて妨害排除請求を認めていることと、占有権に基づいて妨害予防請求を認めていることを、いかなる関係で理解すべきか、の検討が必要である。

まず、道路管理権の根拠が行政主体の占有にあると考えるのであれば、それは私人に対する請求をも基礎づけられた権利だということができる。そうだとすると、占有の法的効果である占有権を道路管理権も含んでいると考えることができる。そこで、道路管理者が公物管理権に基づいて私人に対する明渡請求、妨害排除請求をすることも認められうることになる。

そして、平成8年判決で最高裁が管理権に請求の根拠を求めつつ、平成18年判決では最高裁は占有権に請求の根拠を認めるという形で異なる判断を下した理由は、実定公物法の根拠の有無の問題だと整理することはできないか。II 2(1)cで述べたように、私人を相手方とする妨害排除は、道路法上行政主体に認められた権限である。そして、このような行政主体の権限に基づく行政上の義務であっても、行政主体が道路に対して有する占有に

お、前掲注75)も参照のこと)、客体によって所有権の発現形態が法的に異なるという議論にも困難が伴うように思われる。

102) 寶金・前掲注4)366頁。

103) この点に関連して、横山信二は、「住民の生活とかかわる海の利用は地方自治の問題として捉える」べきであると、地方公共団体を管理主体として海域の利用調整をすべきと主張する(横山信二「海洋公物管理論」松山大学論集2巻2号53頁(1990))。また、多賀谷一照は、日本の実定公物法が「所有権もしくはそれに類する権原を公的土地規制権限の手がかりにしている」ことを批判し、沿岸海域の管理権限は国土に関する国の属地的支配権としての公法的支配管理にあるとしている(多賀谷一照「沿岸域の法理への視角」千葉大法学論集12巻3号42頁(1998))。同様の方向性を示すものとして、櫻井敬子「公物理論の発展可能性とその限界——警察権・統治権からの再定義の必要性」自治研究80巻7号24頁(2004)。ただ、このような支配権・統治権から公物管理権を基礎づける見解には俄かには賛成しがたい。行政法的統制も民事法的統制も受けられない権力がそこに現れることを肯定することになりうるからである。横山の見解は権原ではなく事実への評価から管理権を導こうとする試みであり、法定外公共用物の管理に関する旧建設省の見解と近いものを感じさせる。多賀谷の見解はこれとは異質ではあるが、権原に立脚することの問題を意識する点では、横山の見解と共通する。

これに対して塩野宏は、海が国有であることを前提に、そこから国の所有権の表れとしての管理権を認める。これに対しては、海を沿岸域もそれ以外も一括して論ずることが可能なのか、そもそも海に所有権を觀念することは可能か(最判昭和61年12月16日民集40巻7号1236頁は海面下の土地に原則として所有権の成立を認めない)などといった疑問を付すことができる。

104) その性質については、I 2も参照のこと。

105) 前掲注103)及びそこに掲げられた各文献を参照のこと。

よって基礎づけられるものであるがゆえに、それは裁判上履行を請求できるものとなっている。これに対して平成18年判決では妨害予防が問題となっており、それを定めた規定は道路法上存在しなかったため、裁判所は占有訴訟を直接に認めたと捉えることになる。

結局のところ、個別公物法に公物管理権の根拠規定が存在する場合には、行政主体は当該権限（権原）を法所定の方法で行使することができることは当然であるが、さらにそれが占有に基礎をもつものであるがゆえに、民事裁判によっても占有権の発露として当該権限を行使することができる。他方、個別公物法に規定されていない態様で管理作用を行おうとする場合には、占有権の行使を検討すべきである<sup>106)</sup>。つまり、公物管理権に基づく請求と占有訴訟とは、ラベルは異なるが内容は同じということになる。このような解釈は、方向性としては、所有権説が、実定公物法が存在する領域については管理権の根拠が実定法に吸収されるとしつつ、実定公物法のない領域について所有権を根拠とするのに似ることになる。

## IV. 問題の解決？

### 1 公物管理権の法的性質

IIIで獲得された公物管理権についてのイメージは、以下のようなものである。まず、公物管理権の法的根拠は、行政主体が公共用物について有する占有である。そして、その占有は行政主体が公共用物を管理しているという事実から認められる。つまり、行政主体が公共用物の公用開始行為を行い、その後は当該公共用物を公用に供するために適切な管理、維持・補修、占用の許可、妨害者の排除などを行なっていれば、それについての占有が認められ、当該行政主体には公物管理権が

認められる。

そして、このような公物管理権が侵害される場合、つまり行政主体の占有が侵害される場合は、行政主体はその妨害を占有訴訟によって排除することができ、また、公物管理権者としてそれを排除することが求められる。このように公物管理権を公物管理の事実から立ち上げることで、権原のレベルでは行政主体が不法占拠者に対抗できない場合であっても、公共用物の公用の回復を少なくとも当面は達成することが可能になる。

## 2 公共用物上の不法占拠者の排除

このような公物管理権の理解を前提とすると、公共用物上の不法占拠者の排除という問題は、以下のように解決されることになる。

まず、個別公物法に規定が存在する場合は、それに基づいて請求を行うことになる。たとえば、平成8年判決でなされた道路管理者の土地管理権に基づく妨害排除請求がこれである。ただ、この場合であっても公物管理権の根拠としての占有の観点から、事案の解決の方向を嚮導する。個別公物法上の管理権に基づいて不法占拠者に対する行政代執行を検討する場合を例にとると、道路についてはその性質上、原則として私人の占有を語ることは困難であるから、平成8年判決の事案においては、松山市は道路上の不法占拠者を行政代執行によって排除することが可能であろう。これに対して都市公園については、帰る場所をもたないホームレスの人々も生存のために最低限の空間を必要とするという観点から、都市公園の一部についてホームレスの占有を語ることができ、それが認められる場合には公物管理権に基づいて明渡義務を賦課したとしても（都市公園法27条1項参照）、行政代執行によってそれを除去することはできない。

<sup>106)</sup> 行政主体が敷地の所有権を有する場合には、それに基づく請求も可能である（広岡・前掲注72）48頁も参照）。なお、塩野・前掲注6）387-388頁は、道路管理上、所有権に基づく妨害排除の可能性については平成18年判決も否定しておらず、また実務上広く認められていることから、山本隆司の見解（山本・前掲注25）37頁参照）を引きつつ、「占有権に基づく妨害排除は所有権を主張することを得ない場合の、窮余の策として、位置づけるのが適切」としている。所有権説の立場からはそのような説明になるだろうが、本稿がこれまで述べてきたように所有権説自体に問題があるため、このような立論を採用することはできない。

これに対して個別公物法の規定が存在しない場合は、端的に行政主体の占有の成否を判断すべきことになる。この段階でも、問題となっている公共用物の類型や具体的な事案を勘案することが必要不可欠になる。原則としては公共用物上に私人の占有は成立しがたいから、行政主体による支配を占有と認定し、それに裏付けられた管理権によって、妨害者に対して明渡請求、妨害排除請求を行うことができる。この請求は、裁判上は占有訴訟という形をとる<sup>107)</sup>。だが、都市公園について例示したように、公共用物について例外的に私人の占有が成立しうる場合もある。そのような場合には、行政主体はもはや占有を有していないから、本権によってのみ当該私人に請求を行うことができる。

以上のようにして、公共用物上の不法占拠者の排除という問題に、一定の解決の指針が与えられたことになる。

### 3 再び獲得される問い

しかしながら、このような占有に依拠した

方策はあくまで一時的なものでしかない。つまり、占有訴訟によって公共用物の公用を回復した行政主体には、その後本権についての紛争を継続することが求められることもありうる。一度は排除された不法占拠者が問題となっている公共用物の敷地の権原をなおも主張して返還請求や損害賠償請求を行う場合には、行政主体としては、当該敷地について自らが権原を有することを示さなければならないからである<sup>108)</sup>。実際に、平成18年判決の事案においても、越谷市が提起した占有訴訟と並行して、国が不法占拠者に対して所有権移転登記を求める訴えを提起し、勝訴している<sup>109)</sup>。

だが、その本権を争う訴訟において、行政主体が権原を不法占拠者に対抗できないとされた場合、あるいはそもそも権原を適法に取得していなかったと判断された場合<sup>110)</sup>には、行政主体はどうすればよいのか。もちろん、道路法など私権制限規定が存在する公物管理法の適用がある公物であれば、行政主体が私人に対して所有権取得を対抗できないとされたとしても問題はそれほど大きくない。

107) 公物管理権者が管理作用の物理的行使を行う際に、その限界を民事上の自力救済の限度と全く同様に考えることができるか否かという問題がある(塩野・前掲注6)388頁、塩野・前掲注47)127頁参照。また、石井・前掲注71)も参照。

108) 道路法をはじめとする個別公物法の適用がある公共用物であれば、たとえば道路法4条の私権排除規定の効果により、私人が公共用物の敷地について所有権を有していたところで、当該権利に基づいて行政主体に対して妨害排除請求あるいは損害賠償請求を行うことは認められないから、実際上は本権を争う訴訟を遂行する必要はないのではないかと疑問が示されるかもしれない。しかし、平成18年判決が典型的に示すように、道路を占拠する私人は、敷地の登記を獲得した上で、自らが所有権を有しているとの主張を行い、それに基づいて当該敷地の買い取りを行政主体に対して要求するという行動をとることがある。そうすると、公共用物の敷地の権原を私人が有しているということそれ自身が問題となることがありうる。なぜなら、最終的に裁判にまで至ればそのような私人の請求は棄却されるにせよ、そうした不当な、しばしば実力行使を伴う、さらには要求の主体自体さえも敷地の登記が輾転流通することに伴って変化する、要求に対応しなければならないこと自体が行政主体にとってコストを意味するからである。そこで、紛争の抜本的解決のためには行政主体が権原を有するということを確定する必要性が認められよう。

109) 三木・前掲注37)293頁注13参照。

110) 人工公物たる公共用物の公用開始決定が適法になされるためには、当該物について行政主体が権原をもつ必要があり、権原なくしてなされた公用開始決定は無効であると伝統的に学説により解されており、判例もこれを認めている(昭和44年判決、田中二郎『土地法』46頁注1(有斐閣、1960)、原・前掲注6)71頁、塩野・前掲注6)371頁参照)。そこで、このような場合には、相手方私人は、当初から個別公物法上の制限の課されていない所有権を有している、すなわち民法上の所有権を完全に行使することができるかと解されるから、公共用物の管理主体に対して、所有権に基づく妨害排除請求及び損害賠償請求を行うことが可能となる。このような請求が、事実状態としては公用に供されている道路についてなされた場合の問題は明らかであろう。

ただし、行政主体が敷地の権原を取得したものの、対抗関係に立つ私人に劣後する地位にあるために、その者との関係では権原を確定的に取得できなかったという場合には、公用開始決定自体に瑕疵はないと一般的には考えられている(昭和44年判決、塩野・前掲注6)372頁参照)から、上の議論は凡そ権原の取得がなされなかった場合を主に問題としているということに留意しなくてはならない。



適法な公用開始行為があれば<sup>111)</sup>、その後には権原を取得した者に対しては私権制限が働くからである<sup>112)</sup>。

しかし、法定外公共用物などの私権制限規定が及ばない物件について行政主体が本権を不法占拠者に対抗できないということになれば<sup>113)</sup>、あるいは(法定)公共用物であっても権原取得がなされなかったために公用開始行為が無効であると判断された場合<sup>114)</sup>には、どうなるか。その場合には、行政主体は当該公共用物の敷地を明け渡さざるをえないということになる。このような結論はいかにも非常識であり、受け入れがたい。しかし、このような結論は、公共用物を私有地と同様の所有権の客体と見る以上は想定せざるをえないものである<sup>115)</sup>。

本稿はここまで、従来の民法学、行政法学の道具立てを用いて議論を行ってきた。具体的には、公共用物上には民法上の所有権が成立することを前提とし、また公共用物上に占有が成立するといふときも、そこで語る占

有の内容は基本的には民法学の理解を前提としてきた。しかし、このような理解によっては解決できない問題の存在が、ここに至って理解されることとなった。ここから、そもそも公共用物の所有権は他の物についての所有権と同一のものであるのか、特にそれと私有地の所有権とを同列に並べて、権原の所在を対抗要件の問題として語ってよいのかという問いが獲得されることになるのである<sup>116)</sup>。

## V. おわりに

以上で本稿の考察を終えることとする。本稿が至った結論は問題の解決であるよりも問題の提起であり、今後は、本稿で行った個々の論証の精度を向上させるとともに、最後に獲得された問題をさらに検討することが必要である。

また、本稿は公共用物上の不法占拠者の排除という問題の検討を通して公物管理権の法的性質について検討したが、不法占拠者の排

111) 前掲注110)の議論はこの点に係る。つまり、現在の最高裁判例及び通説を前提とするならば、公用開始決定時点において行政主体が権原を取得していなかった場合、当該公用開始決定は無効な行政行為であり、それ故に公用開始決定当時の土地所有権者、あるいはその後の承継取得者たる私人には私権制限が働かない。そのため、本文中直後に述べる法定外公共用物について生ずると同様の問題が起こることになる。

112) 昭和44年判決参照。

113) 山本・前掲注25)34頁は、地方分権一括法に基づく法定外公共用物の地方公共団体への譲渡、無償貸付されていた国有財産の譲与手続(道路法90条2項参照)が推進されてきたものの、「登記手続の遅延等により地方公共団体が所有権取得を対抗でき……ない事態が発生する可能性はかなり残っている」と指摘する(そこに引用される阿部泰隆『行政法解釈学I』226頁(有斐閣,2008)、新井剛「判批」判時1968号187頁,190頁(2007)も参照)。

114) このような場合を想定しつつ、山本・前掲注25)39頁注29は、占有の訴えにおいて本権に基づく裁判を禁ずる民法202条2項との関係では「この〔権原なしにおこなわれたという〕公用開始決定の無効事由は、民事法上の権原を有する者に対する関係に限られる相対的な無効を意味し、こうした相対的な無効事由は占有の訴えにおいては主張できないと解することになろう」とする。これ自体は妥当な見解であるが、権原の有無が争点化することは民法202条2項との抵触可能性という点においてだけでなく、権原の有無を問わずに迅速な妨害排除を行うことを不可能にするという点でも問題である。そして、占拠者の側から本権に基づく反訴が提起された場合には結局本権の有無が争点化することになるから、こちらの点の問題は山本のように解したとしても回避できない(前掲注71)も参照)。

115) 本稿のように妨害排除請求訴訟を占有訴訟として構成した場合、占有者が占有訴訟で勝訴した後に本権訴訟で敗訴することがありうるのは当然のことであるとした上で、そのような場合であっても行政主体としては土地取用等に対応することが可能であるから問題はないとの批判もありうる。一面ではそのとおりであるが、他面ではそのような手段は平成8年判決、平成18年判決のような態様で権原を敢えて獲得してくる不法占拠者に対して「出口」を与えかねないのではないかという懸念がある。

116) 木庭顕『ローマ法案内』補遺)前掲注5)144頁,164頁注15も参照。

なお、本稿とは別の角度から「公共用物について、これが「国有」であることの意義、さらに「国が所有する」というところの「所有」の意味内容ないし「所有権」の性質について、より踏み込んだ考察が必要ではないか」との認識を示す論考として、三浦大介「国有財産法の変遷と公物の所有権(1)」神奈川法学44巻1号2頁,3頁(2012)がある。しかし、同論考は2014年9月現在で未完であり、三浦による公共用物の所有権に関する理解の全貌を把握することはできない。

除という問題にはそれ以外にもさまざまなアプローチの仕方がありえ、また公物管理権の法的性質についても重要ではあるが限られた一場面を取り出したにすぎない。さらにいえば、そもそもなぜ日本では公共用物を不法占拠する者が現れ、行政主体がその対応に苦慮するという状況が生ずるのかといった狭い意味での法的な議論に解消されない論点も残されている。本稿の検討を基礎としてこのような問題に挑むことが、今後の課題となる。

\* 本稿は、筆者が法科大学院2年次在籍中の2012年12月に東京大学大学院法学政治学研究科へ提出したリサーチペーパーに若干の補足を施したものである。

本稿を執筆する動機の一つとなった判例評釈を執筆された山本隆司教授には、リサーチペーパーの指導教員をお引き受けいただき、論稿の内容についてはいうまでもなく、論文を書くという営みそのものについて明示・黙示にご教示いただいた。特に記して厚く御礼申しあげる。

(どい・つばさ)

論説

# 捜査段階における差押えの関連性について

——最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁を中心に——

東京大学教授・検事

石山宏樹

## I. はじめに

## II. 事案の概要等

## III. 本決定の要旨

## IV. 検討

### 1 本論点に関する他の裁判例

(1) 大阪高判平成3年11月6日判タ796号  
264頁

(2) 最判平成9年3月28日判時1608号43  
頁

### 2 学説

### 3 検討

(1) 必要な処分説の問題点

(2) 差押物件の「関連性」の意義

(3) 「関連性」(蓋然性)の判断の在り方

(4) 本決定の意義及び射程等

## I. はじめに

最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁(以下「本決定」という。)は、捜査官が、捜索差押えの現場で、フロッピーディスク等の内容を確認することなく差し押さえたことを許容したものである。

物件の内容を確認せずに行う差押えについては、従来、可視性・可読性がなく、捜索差押えの現場での内容確認が困難な電磁的記録媒体特有の問題として論じられる傾向があっ

たように思うが、実はそれだけではなく、差押物件が文書類等の場合も含め、捜査段階の差押えの要件である「差押物件と被疑事実との関連性」の意義をどのように考えるべきかという問題にもかかわるものであると思われる。

また、近年、捜査実務において客観証拠をより一層重視する傾向が強まる中で、電磁的記録媒体については、収集・保全・解析の技術(「デジタル・フォレンジック」などと呼ばれる。)が進歩し、証拠保全の見地から対象データの原本(原状)保存の必要性が強く意識されるようになってきたとともに、当該記録媒体に現に記録されているデータ内容の分析のみならず、当該データの作成・更新・最終アクセスの各日時等の分析や削除されたデータの復元なども積極的に行われるようになってきているが、このような捜査技術の変化なども踏まえ、改めて本決定の意義や射程を検討しておくことも実務的には重要であろう。

このようなことから、本決定に係るテーマは、理論と実務を学ぶ法科大学院の学生にとっても興味深い問題であると考え、取り上げることにした次第である。

なお、本稿で述べる筆者の見解は、あくまで一実務家としての個人的見解である。

## II. 事案の概要等

オウム真理教の信者が、集団生活施設で使用している自動車の使用の本拠地を偽り、自動車登録ファイルに不実の記録をさせて備え

付けさせたという電磁的公正証書原本不実記録・同供用被疑事実に関して発付された捜索差押許可状<sup>1)</sup>に基づき、捜査官が、同施設において、パソコン1台、フロッピーディスク108枚等を差し押さえたが、その際、捜査官は、上記フロッピーディスク等の中に記録されている情報の内容を確認せずに差押えを行った。それに対し、申立人は、差押処分の取消しを求めて準抗告を申し立てたが、棄却されたため、特別抗告を申し立て、「差し押さえられたフロッピーディスクの中には何も記録されていないものがあり、被疑事実とは関連性がなかった上、申立人らが捜索の現場で任意の協力を申し出たにもかかわらず、捜査官は内容を確認することなく無差別的に差し押さえたものであるから、憲法35条に違反する」旨主張した。

### Ⅲ. 本決定の要旨

本決定は、以下のように判示し、特別抗告を棄却した。

「原決定の認定及び記録によれば、……差し押さえられたパソコン、フロッピーディスク等は、本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報もあったことから、捜索差押えの現場で内容を確認することなく差し押さえられたものである。」「令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。したがって、前記のような事実関係の認められる本件において、差押え処分を是認した原決定は正当である。」

## Ⅳ. 検討

### 1 本論点に関する他の裁判例

#### (1) 大阪高判平成3年11月6日判タ796号264頁

過激派の構成員らが、警察関係者等の自動車を手出しして所有者の氏名、住所等の情報入手するため、偽名を用いて自動車登録事項等証明書等の交付を受けたという有印私文書偽造・同行使被疑事実に関して発付された捜索差押許可状に基づき、捜査官が、過激派の活動拠点を捜索し、その内容を確認せずにフロッピーディスク271枚を差し押さえたことの適否が問題となった事例である。

この事例において、同判決は、「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足りる合理的な理由があり、かつ、捜索差押の現場で被疑事実との関連性がないものを選別することが容易でなく、選別に長時間を費やす間に、被押収者側から罪証隠滅をされる虞れがあるようなときには、全部のフロッピーディスクを包括的に差し押さえることもやむを得ない措置として許容されると解すべきである。」などとした。

なお、本決定が、「令状により差し押さえようとする……フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において」としているのに対し、この判決は、「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足りる合理的な理由があり」としていることに着目し、本決定は、差し押さえるフロッピーディスク等全てに証拠物である蓋然性が認められることを前提としたものであるが、この判決は、本決定とは異なり、被疑事実と全く無関係の物（証拠物である蓋然性すら認められない物）も含めて包括的に差し押さえることを許容したものであると理解する見解もある<sup>2)</sup>。

1) 「差し押さえるべき物」として、「組織的犯行であることを明らかにするための磁気記録テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン一式」等とする旨の記載がされていた。

しかし、この判決が「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足る合理的な理由がある場合」というのも、捜索差押えの時点で具体的にどのフロッピーディスクにそのような記載があるのが特定できず、ひいては被疑事実に関連する記載が含まれていないことが明らかなフロッピーディスクを特定できない以上は、その場に存在するすべてのフロッピーディスクにそのような記載が含まれていると疑うに足る合理的な理由、すなわち証拠物である蓋然性が認められるということになる。

また、この判決も本決定も、それぞれが前提とする事実関係を見ると、いずれも結果的には差し押さえたフロッピーディスクの中に情報が何も記録されていないものなど被疑事実と全く無関係のものが多数含まれていたことが問題とされていたようである。

以上に照らすと、この判決と本決定とは、基本的に同趣旨のものと解すべきであろう<sup>3)</sup>。

(2) 最判平成9年3月28日判時1608号  
43頁

国税犯則取締法2条の臨検捜索差押許可状に基づき、国税査察官が、犯則嫌疑者の取引金融機関を捜索し、多数の帳簿書類や伝票等を包括的に差し押さえたことの適否が問題となった事例である。差押対象物件は電磁的記録媒体ではなく、紙媒体の帳簿書類や伝票等

であるが、捜索差押えの現場でその内容を確認することなく差し押さえたことが問題とされたものである。

この事例において、同判決は、「右各店における強制調査に際しては、……調査に当たる査察官に対して暴行が加えられるなどの激しい妨害行為が繰り返され、負傷をした査察官まであったというのであり、右のような異常な状況の下では、伝票綴り、簿冊等の精査を尽くして各犯則嫌疑者に帰属する仮名預金を解明する手掛りとなり得る文書等を十分に選別することは到底不可能であったといわざるを得ない。そして、査察官らは、東京国税局に持ち帰った本件差押物件について、直ちに選別作業を行い、差し支えない限り速やかに本件差押物件を上告人に還付することとし、現に差押えの翌日には300余点を上告人に還付するなど、上告人側の事情に配慮を示していることをも考慮するならば、本件差押物件の中には、原審が右各犯則嫌疑者の犯則事件との関連性を肯定することが困難であると判断した数点の物件の外にも、相当の時間をかけて平穏な状況の下で犯則事実との関連性ないし差押えの必要性を吟味して差押物件の選別を行うことができたならば、右の関連性ないし必要性がないという判断をすることが可能な物件が含まれていたことを否定することができないとしても、本件差押物件の差押えに違法があったということとはできない。」などとした<sup>4)</sup>。

2) 例えば、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』95-96頁、100頁（有斐閣、2011）。

3) 本決定についての判例評釈である池田修「判解」最判解刑事篇平成10年度78頁、95頁（1998）も「本決定は、捜索現場に所在する多数のFD等のいずれかの中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性がある場合を念頭に置いているものと考えることができよう。」としている。

4) 一審判決（東京地判昭和58年7月20日判時1091号30頁）は、「調査の途中段階においては、ある物件がどの程度の関連性を有するかが明確でないことが多く、調査の進展につれ、他の証拠との照合により、関連性の有無が次第に明らかになることは否定できない。また、差押えの現場において、個々の物件につき、その物のどこに潜んでいるかも知れない関連性の有無を的確に判断することは相当困難であり、差押後の詳細な点検によって関連性が明らかになる場合の多いことも否定できない。したがって、差押えの時点において、関連性の有無についての正確、厳密な識別を要求することは、不可能を強いるものであり、差押時点における関連性の有無の判断は、ある程度の蓋然的判断で足り、当該物件に関連性を有する可能性が認められれば、その差押えが許されるものと解すべきである」と判示し、二審判決（東京高判平成4年3月30日判タ805号68頁）は、「本件犯則事実のように、金融機関である控訴人の協力を得て、多数の仮名預金口座を設定するなどして計画的に所得を隠蔽したという疑いのもとに行なわれた複雑、大規模な調査においては、差押えの現場において、差押対照〔ママ〕物件の一つについてその内容を検討し、証拠資料としての価値を判断することは不可能というべきであるから、犯則事実を証明するに足る物件であるか否かの判断は、対象物件が文書であるときは、その具体的記載内容はもとより、本来備えている内容、性質、標題、形式等により、収税官吏が同種事件の調査等によって蓄積して有する専門的知識、経験等に基づく合理的な判断によって、犯則事実と差押対象物件との関連性の有無を判断するこ

## 2 学説

本論点に関する学説あるいは実務家の見解をみると、かつては、処分の相手方の協力が無い場合、内容が分からない以上、すべての磁気テープ類をとりあえず差し押さえざるを得ないなどとして、フロッピーディスク等の内容を確認することなく差し押さえることを全面的に肯定する見解や、逆に、一般探索的差押え禁止の趣旨から全面的に否定する見解もあったようであるが、現在は、一定の場合には、搜索差押えの現場で内容を確認することなくフロッピーディスク等の電磁的記録媒体を差し押さえることも許されるとした上で、その結論を導くための具体的要件や理論構成について議論されている状況にあるといえよう。

その議論の方向性については大きく二つに分かれており、①捜査段階における差押えは、対象物件が被疑事実と関連する蓋然性が認められれば許容されるという理解を前提に、本決定の結論を肯定する見解と、②内容を確認することなくフロッピーディスク等を差し押さえたことについて、(①の見解の論者も、差押え後、内容を確認して被疑事実と全く無関係であることが判明すれば、速やかに還付すべきとしていることからすると)その実質は、内容を確認して差し押さえるべき物件(被疑事実と関連性を有する物件)を選別するための外部への一時的な持ち出しにすぎないのであるから、「差押え」ではなく、「搜索の一過程」ないし「搜索差押えに必要な処分(刑事訴訟法 222 条 1 項, 111 条 1 項)」として位置付けるべきとする見解である。

①の見解は、主として実務家によるものであり、「そもそも、捜査は流動的なものであり、事案の内容を解明するために捜査を進め

てゆくものであるから、搜索差押の時点ですべてが解明されていることを前提とした議論をすることは無理があると言わざるを得ない。刑事訴訟法 99 条 1 項が『裁判所は、証拠物又は没収すべき物と料するものを差し押さえることができる。』と規定しているところからすれば、差し押さえようとする物が令状記載の『差し押さえるべき物』に該当し、かつ被疑事実と関連性を有することが、搜索差押の時点で客観的に確実であることまで要求されているわけではなく、その蓋然性があればよいと解すべきではないと思われる。……電磁的記録媒体について、当該被疑事実の内容、その犯行の過程で電磁的記録媒体が使用された可能性、当該電磁的記録媒体の保管者や保管場所等の周囲の状況等を考慮し、当該電磁的記録媒体に関連情報が記録されている蓋然性があれば、一応、被疑事実と関連性があると考えられ、搜索現場における個別の記録媒体の関連性の選別の有無に長時間を要したり、技術的困難性や証拠隠滅の危険性等のため、その選別が困難である場合は、包括的に差し押さえることもやむを得ない措置であると言わざるを得ない。」などとするのである<sup>5)</sup>。

この見解は、捜査の流動的性質や、差し押さえるべき物件の「関連性」の有無の判断が搜索差押えの現場で行われるものであることなどに照らすと、ある物件が「関連性」があるというためには、当該物件が被疑事実と関連すること(被疑事実の証明に役立つものであること)が(事後的)客観的に、あるいは確実に認められるまでの必要はなく、被疑事実に関連する蓋然性があれば足りるとする理解を前提に、一定の場合に電磁的記録媒体等の内容を確認することなく差し押さえることを容認するものであるといえよう<sup>6)</sup>(以下「蓋然性説」という)。

とによってなされるほかないものというべきであり、結局、証明するに足る可能性のある物件であるか否かの判断は、犯則事実との関連性を有する可能性がある程度の蓋然性をもって存在するか否かの判断によってなされる[ママ]べきものと解するのが相当である。」と判示した。この最高裁判決は、一審、二審判決と判示内容に若干の相違はあるものの、本件事実関係の下で差押え時に必要とされる関連性の有無の判断は、一審、二審判決と同様に「蓋然性」を基準とすれば足りると解しているように思われる。なお、以上につき、高部道彦「判批」警察学論集 52 卷 4 号 186 頁, 189-191 頁 (1999) 参照。

5) 甲斐行夫「判批」研修 605 号 13 頁, 20 頁 (1998)。

6) 小川新二「磁気のディスクと搜索差押え」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法 [ I ] 捜査』251 頁,

本決定やIV 1 記載の各裁判例も、基本的には蓋然性説に立つものと思われる<sup>7)</sup>。

他方、②の見解は、フロッピーディスク等を差し押さえるに当たり、「関連性」の有無を判断するためには、文書等を差し押さえる場合と同様、原則としてその内容を確認することが必要であり、その結果被疑事実と関連する情報が記録されていると判断された物のみが差押えの対象になるという理解を前提とし、蓋然性説に対しては、「情報損壊の危険があるなどの特別な事情がある場合には関連性は通常の場合より低いものでよいとするのも便宜的な解釈に過ぎる」<sup>8)</sup>、「内容の確認をしない差押えを許すことは、事実上、被疑事実との関連性がない可能性のある物件の差押え処分をも認めることになり、不合理である」<sup>9)</sup>、あるいは、「捜査の利益の強調により関連性要件の緩和を認めることは、令状主義の本来的意義に照らし妥当でない」<sup>10)</sup>などと批判する。

その上で、問題の核心は、差押えの前提として通常必要とされる現場における内容確認が困難である点に存するとし、本件のような措置（内容を確認することなくフロッピーディスク等を差し押さえたこと）は、その内

容確認を可能にするための手段にはかならないので、この点をより直截に捉えるならば、「差押え」ではなく、「捜索に必要な処分」として位置付けるのがより素直であるなどとするのである<sup>11)</sup>（以下これらの学説を「必要な処分説」という。）。

### 3 検討

#### (1) 必要な処分説の問題点

必要な処分説の問題点としては、被押収者の外部での選別作業への立会権、必要な処分として行われる物件の外部への持ち出しに対する不服申立権及び持ち出した物件に係る目録の交付などを認めることは現行法上困難であり、被押収者の権利保障の面でかえって大きな問題があるという点が先ず挙げられよう。

また、そもそも、物件の占有を強制的に奪っておきながら、それが「差押え」ではないとなぜ言えるのであろうか。

この点につき、必要な処分説の論者は、差押えにおいては、いったん占有が取得されれば、当該事件の終結まで占有が奪われたままであることが予定されているのに対し、捜索

261 頁（青林書院、1998）は、「差押えが許されるかどうかは捜索差押えの現場で判断すべき事柄であるから、その判断は客観的な事後的判断ではなく、捜索差押えの現場において可能な合理的判断を指すというべきである。このような観点からすれば、電磁的記録媒体と犯罪との関連性は、必ずしも媒体に記録された情報内容を確認しなれば判断できないものではなく、犯罪の内容、被処分者と当該犯罪の関係、当該捜索差押現場の状況等に照らして、当該犯罪の証拠が当該媒体に記録されていると疑うに足る合理的理由がある場合には、一応関連性ありと推認し得るのであり、捜査機関において確認に要する機材・技術・時間や罪証隠滅の危険等を考慮して現実的に可能と認められる確認手段を尽くしても関連性のないことが確認できない場合には、関連性のあるものとして差押えが許容されると解するのが、電磁的情報の特質に沿う考え方ではないかと思われる。」とし、前田巖「捜索差押許可状執行時における『差し押さえるべき物』に当たるか否かの判断」高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅱ』別冊判タ 35 号 97 頁，98 頁（2013）は、「捜索の現場で、差押物件の一つずつについて、その物のどこに潜んでいるかも知れない関連性の有無についての適確な判断をすることに、實際上相当の困難が伴うであろうことも明らかである。したがって、正確・厳密な識別まで要求されると解するべきではなく、執行の現場の状況から判断できる限りにおいて、関連性があると一応認められる程度の疎明が必要であると同時に、差押え当時の状況からみてそのような疎明があったと認められる限り、事後的な検討の結果、関連性のないことが判明したとしても、その差押えが違法になるものではないと理解するのが相当である」などとしている。これらの見解も表現は違うが、同趣旨と思われる。

7) 池田・前掲注 3)88 頁，95 頁も「本来は、差し押さえるべき物について被疑事実との関連性の有無を判断するのが原則であるが、その判断に当たっては、関連性があると一応認められる程度の疎明で足りるとされている」、「特定の 1 枚の FD 等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性があると認められる場合は、一般的には、関連性があるという疎明があるといつてよいであろう。」などとする。

8) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』274-276 頁（有斐閣、2006）。

9) 酒巻匡「令状による捜索・差押え(2)」法教 294 号 104 頁，110 頁（2005）。

10) 笹倉宏紀「判批」ジュリ 1191 号 80 頁，82 頁（2000）。

11) 笹倉・前掲注 10)83 頁。

の一過程ないし搜索差押えに必要な処分として外部に持ち出すことについては、無関係な物件が選別排除され返還されることが予定されているという意味で、その占有取得は一時的・暫定的なものにすぎず、「差押え」とは質的に異なるなどと説明する<sup>12)</sup>。

しかし、差し押さえた物件についても、その後の捜査の進捗等に伴い、被疑事実と無関係であることが判明した場合は、その時点で押収を継続すべき理由を欠くことになるため、当該事件捜査終結前であっても、速やかに還付(返還)する必要があるのであって(刑事訴訟法222条1項, 123条1項)、いったん占有が取得されれば、事件捜査終結まで占有が奪われたままであることが当然に予定されているわけではない。

他方、差し押さえるべき物件の選別のために外部に持ち出すことについて、論者が主張するように、令状に「速やかに内容確認を実施して無関係の物件を直ちに返還すべきこと」などの条件を付したとしても、捜査機関が内容確認作業を終えるまでは物件の占有は奪われたままの状態になるのであって、被押収者には、一定時間内に無関係な物件が確実に返還される制度的保障はないのである。

必要な処分説の論者は、搜索差押えの現場から外部の警察署等に物件を運び出して、その内容を確認さえすれば、被疑事実との関連性の有無を直ちに判断することができるという前提で考えているようであるところ、後でも述べるように、このような前提自体、捜査の流動性等の実情に照らし、現実的でないとわざるを得ない。仮にこの点は措くとしても、証拠収集の範囲は、被疑事実に係る証拠のみならず、重要な情状事実に係る証拠、また、これら事実を直接証明する証拠(直接証拠)のみならず、これら事実を推認させる間

接事実に係る証拠(間接証拠)、他の証拠の証明力に関する事実に係る証拠(補助証拠)など広範囲に及ぶのである。そのため、事件によっては、押収すべき物件が極めて多数になることがあり(例えば、会社犯罪などでは、被疑者が勤務する会社事務所や取引先会社の事務所、被疑者ほか関係者の自宅など数十か所を搜索し、一つの場所の搜索における押収物が数百以上に及ぶことも稀ではない。)、特に押収物の中に大容量の電磁的記録媒体などが含まれている場合には、それら一つ一つに記録された膨大なデータの確認作業だけでもかなりの長時間を要するのである。複数の捜査官が手分けして可及的速やかに内容の確認作業を行ったとしても、作業を終えてその時点で被疑事実と無関係であると判断できた物件を被押収者に返還するだけでも相当な長期間(事件によっては数十日)を要することもあろう。

このように、内容確認作業のために長期間物件の占有を強制的に奪う状態になる場合があるにもかかわらず、なお一時的・暫定的な占有取得にすぎず、「差押え」に当たらないとするのは困難ではないだろうか。

## (2) 差押物件の「関連性」の意義

ここで、必要な処分説が前提としていると思われる「差押えには、差押物件と被疑事実との関連性が必要であり、搜索差押えの現場で書類や電磁的記録媒体等の内容を確認すれば、被疑事実との関連性の有無を直ちに判断できる。」という考え方の当否について検討するとともに、そもそも差押物件の「関連性」の意義をどのように考えるべきかについて論じることとしたい<sup>13)</sup>。

搜索差押えは、捜査の初期段階に行われることが多い。

「自白偏重捜査」などの誹りを受けること

12) 笹倉・前掲注10)83頁。

13) 必要な処分説の論者が、差押物件の「関連性」の意義をどのように考えているかについては、論者によっても若干異なるようでもあり、必ずしも明確ではないが、概ね、「当該物件が被疑事実の証明に役立つものであると(事後的)客観的に認められること」あるいは、「確実に(または、相当高度の蓋然性をもって)認められること」と理解しているようであり、捜査官が、ある物件について、被疑事実の証明(あるいは解明)に役立つ可能性はあるが、他方で全く無関係のもの可能性もあると認識している場合には、「関連性」は認められないとするように思われる。しかし、搜索については、証拠物が存在する蓋然性(可能性)がある場所を対象に行うことを認めつつ、なぜ、差押えの対象物件については、証拠物である蓋然性(可能性)ではならず、それ以上の客観性や確実性を必要とするのであろうか。



なく、事案の真相を解明するためには、早期に搜索差押えを実施して十分な証拠物を確保し、その分析作業(捜査実務において、「物(ぶつ)読み」などと呼ばれる。)を行うことなどにより、先ずは客観的事実関係(証拠物等の客観証拠によって認定される動かない事実)を固めていくのが捜査の常道だからである。

ところで、証拠物については、例えば犯人が自己の犯行を記した日記などであれば、その内容を読みさえすれば容易に被疑事実と関連性を有することが分かるであろうが、このように分かりやすい証拠物というのはむしろ少ないのであって、内容を見ただけでは、それが何を意味しているのか分からないメモや走り書き等の類も沢山ある。

また、搜索差押えの時点では、被疑事実の存在自体が蓋然性を有するものにすぎず(刑事訴訟規則156条1項参照<sup>14)</sup>、流動性に富むものである上(捜査の進展に伴い、犯行の日時・場所、犯行態様及び共犯関係などが変化することはよくあることである。)、捜査官も、被疑事実に係る事案の全容や詳細を十分に把握(解明)できていない場合がほとんどであり、そうであるからこそ、搜索差押えによって十分な証拠物を押収する必要があるとも言える。

このようなことから、搜索差押えの現場で、捜査官が、文書類や電磁的記録媒体の内容を確認したとしても、それだけでは、その物件が被疑事実に関連するものなのか(被疑事実の証明に役立つものなのか)明確には判断できない場合が多々あるのであり、その後、その物件に基づいて関係者を取り調べ、その物件の内容の意味するところについて真実の供述を得ること、あるいは、他の証拠の内容と突き合せて検討することなどによっ

て、初めてその物件と被疑事実との関連性の有無が明確になることもある。

例えば、筆者が検察官として捜査実務に従事する中で実際に経験した例であるが、ある贈賄賄事件で会社事務所を搜索した際に押収したメモ書き(事件とは全く無関係な文書の裏に、手書きで無造作に数字や計算式を書き連ねたもの)が、その後、当該会社関係者からの供述を得たことによって、贈賄資金の捻出方法を記載したものであることが判明したということがあった。

また、別の談合・贈賄賄事件で、ある会社幹部(社内で「業務担当」などと呼ばれ、専ら談合等に従事していた者)の手帳を押収したところ、その手帳には、日程欄のところどころに、「130」とか「540」などといった数字が書かれているだけで、他には不自然なほど記載がなかった。ところが、その会社幹部を何度か取り調べた結果、同人から「談合の違法性を十分認識していたがゆえに、手帳にはその証拠となるようなことは一切書かないようにしていたが、仕事で社外に出掛けた時に立替払いした交通費を後日会社に請求して清算する必要があり、そのためにその日掛かった交通費の金額だけは書くようにしていた。」などの供述を得るに至り、この手帳が、同幹部の談合に対する違法性の認識等を裏付ける証拠であったことが判明した。そして、その手帳に記載された交通費の金額から、同幹部がその日どこに行ったのかを推認することが可能となり、別途会社から押収した交通費の清算に関する書類などと突き合せて検討するとともに、同幹部から更なる供述を得るなどして、社外で行われた贈賄に関する合会の日時・場所が特定できたこともあった。

さらに、ある会社犯罪で、共犯者の一人を取り調べたところ、ホテルの会議室で行われ

14) 刑事訴訟規則156条1項は、搜索差押許可状を請求するには、「被疑者……が罪を犯したと思料されるべき資料を提供しなければならない。」としているところ、搜索差押許可状を請求するに際して必要とされる犯罪の嫌疑(被疑事実)の存在については、いわゆる疎明で足りると解されており、その程度については、通常逮捕の場合よりも低いものでよいとされている。その理由について、法曹会編『刑事訴訟規則逐条説明 第2編第1章・第2章 捜査・公訴』63頁(法曹会、1993)は、逮捕に関する法199条が「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」と規定しているのに対し、規則156条1項が「罪を犯したと思料される」と表現を異にして規定していること、一般的には搜索、差押等の方が逮捕よりも法益侵害の程度が低いものと考えられること、実際にも、搜索、差押えは逮捕に先行して行われ、その結果得られた証拠が逮捕の疎明資料となることが多いことなどを挙げている。

た重要な謀議の存在を自白したため、同人から押収していた手帳を再度精査したところ、該当日の欄に、その謀議が行われたホテル名がローマ字イニシャルで記載されていた痕跡（鉛筆で書いたものを消した痕。筆圧痕）があるのが分かり、同人の自白が裏付けられたということもあった。

このように犯罪捜査とは、搜索差押えによって入手した証拠物を分析し、その分析結果に基づいて関係者を取り調べ、その取調べによって得た供述や他の証拠資料との突合せなどによって、入手した証拠物の内容の意味するところが明確となり、その結果新たな事実が判明する、といったことを繰り返すことによって、徐々に事案の全容を解明していくものなのである。搜索差押えの現場で、文書や電磁的記録媒体の内容を確認さえすれば、直ちに被疑事実との関連性の有無が明確に判断できるはずだという前提は、こうした捜査実務の現状に照らすと現実的でないと言わざるを得ない。

もし仮に、搜索差押えの現場で、被疑事実との関連性が明確に（あるいは確実に）認められるものしか差し押さえることが許されないとすると、搜索差押えの時点で既に判明している事実に関する物件しか差し押さえることができないということになり、搜索差押えの真相解明機能が著しく損なわれることになろう。

したがって、捜査官としては、事案の全容を解明するためには、搜索差押えの現場で被疑事実と関連することが間違いないと判断で

きる物件だけでなく、被疑事実と関連する蓋然性があると判断される物件、すなわち、被疑事実の証明に役立つ可能性があると判断される物件や被疑事実に係る事案の全容の解明に役立つ可能性があると判断される物件（あくまで「可能性」であるので、結果的に被疑事実と無関係のものである可能性もある。）についても差し押さえる必要があるのである。

例えば、刃物を使用した殺人事件で、被疑者宅を搜索したところ、3本の包丁が発見されたとしよう。被害者の遺体の状況等から凶器の刃物は1本と推定される場合、この3本の包丁のうち少なくとも2本は、被疑事実とは無関係であると考えられるが、それでも捜査官としては、この3本の包丁の刃の長さや形状等からいづれも凶器である可能性が認められる限りは、3本とも押収せざるを得ないであろう。その上で、これら3本の包丁について血痕の付着の有無やその血液型及びDNA型の鑑定等をしていない限り、凶器を特定することができないからである。

以上のことからすれば、差押えの要件である「関連性」とは、蓋然性説がいうとおり、「被疑事実と関連する蓋然性（可能性）」として理解すべきなのである<sup>15)16)</sup>。

刑事訴訟法99条1項が、「証拠物……を差し押えることができる」ではなく、「証拠物……と思料するものを差し押えることができる」としていることからそのように解釈されるであろう<sup>17)</sup>。

なお、蓋然性説に対しては、「差押えの正

15) 蓋然性説は、必要な処分説が批判するように、搜索差押えの現場で物件の内容を確認することができない特別な事情がある場合に、例外的に「関連性」の要件を緩和して、「蓋然性（可能性）」があれば差押えを許容するとしているのではなく、本来、差押物件の「関連性」は、「被疑事実と関連する蓋然性（可能性）」を意味すると解するのである。なお、この点について、佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習 理論と実務の架橋のための15講』364-369頁（立花書房、2008）参照。

16) その意味で、捜査段階における差押物件の「関連性」と、公判立証段階における証拠の「関連性」とは必ずしも一致しないのである。3本の包丁の例で言えば、差押物件の「関連性」については、3本の包丁すべてに認められるが、公判立証段階における証拠の「関連性」については、付着血痕等の鑑定等により凶器と特定された包丁だけにしか認められないということになろう。要証事実が公訴事実という形で当初から与えられている公判立証段階と、これから証拠によって解明していかなければならない捜査段階とは、「関連性」の意義も自ずと異なるものと考えられる。

17) なお、この点に関連して、郵便物等の押収に係る刑事訴訟法100条1項、2項の意義が問題となるが、同条1項、2項に該当する郵便物等は、99条1項の「証拠物と思料するもの」にも該当する場合が多いと考えられるので、99条1項の特則としてよりは、むしろ、102条の特則として意味があり、通信事務取扱者に託された郵便物等を差し押さえる場合に、通信の秘密に対する広範な侵害を防止するため、差押対象となる郵便物等の選別は、

当理由である関連性の要件を弛緩させることによって、一般探索的な差押えが行われることになり、令状主義の趣旨に照らして妥当でない。」などの批判が考えられよう。しかし、「関連性」を「被疑事実に関連する蓋然性」と理解したとしても、ある物件を差し押さえるためには、その物件がまずは令状記載の差押物件の種類（「手帳」、「会計帳簿」、「パソコン」、「フロッピーディスク」といった物件の種類）に該当することが必要であり<sup>18)</sup>、その上で更に被疑事実に関連する蓋然性の有無について、後記のとおり、外部的事情から合理的に判断される必要があるため、一般探索的な差押えが行われることにはならないと考えられる<sup>19)20)</sup>。

### (3) 「関連性」(蓋然性)の判断の在り方

それでは、「関連性」の意義を「被疑事実と関連する蓋然性」と解した場合、その有無の判断はどのように行われるべきか。

必要な処分説の論者は、前記(前掲注13)参照)の「関連性」の意義についての理解を前提に、捜索差押えの現場で、文書類や電磁的記録媒体の「関連性」の有無を判断するためには、その内容を確認することが(基本的には)必要不可欠であるという前提で議論しているように思われるが、捜査の流動性などから、捜索差押えの現場での内容確認が「関連性」の有無を判断する上で必ずしも決め手にならない場合が多いことはこれまで述べた

とおりであり、むしろ、主として、被疑事実の内容、当該物件の性質並びに当該物件の保管者、保管場所及び保管状況等の外部的事情によって判断されることになる。

例えば、贈収賄事件であれば、贈賄側の会社の会計帳簿類は、その具体的記載内容にかかわらず、「関連性」が認められる場合が多いであろう。贈賄のための金銭の支出は、帳簿に記載されない裏金(簿外現金)によって行われることが多く、当該金銭支出そのものが帳簿に記載されていることは滅多にないが、当該賄賂の原資となった裏金の捻出方法(売上除外や経費の水増しなどの帳簿操作)を解明し、賄賂(裏金)の授受を裏付けるなどのために帳簿が役立つ可能性があり、そのような観点でその記載内容を分析する必要があるからである。

また、被疑者本人が使用していた携帯電話機(一般的に、知人とのメールのやり取りや通話の受発信履歴などが記録されていることが多い。)や手帳などは、被疑者の行動や交友関係などを解明するのに役立つ可能性があるものであるから、多くの犯罪事実について「関連性」が認められるであろう。

さらに、会社犯罪などで、会社事務所内の被疑者が使用する机の中に保管されていたノートやUSBメモリ、同机上にあるパソコン等には、被疑者が当該犯罪事実に関する情報などを記載(記録)している可能性があり、

---

通信事務取扱者(郵便局の職員等)の協力によることとし、通信事務取扱者に託された郵便物等に対する捜索は許さないとする趣旨と解される。以上につき、稗田雅洋「郵便局内の郵便物等に対する捜索差押の可否」前掲注6)別冊判タ35号139頁、139-140頁参照。

18) 裁判官の令状審査の力点も、まさに当該被疑事実についてどのような種類の物件を差し押さえるべき物件として許容するかにあると思われる。

19) 「差押え」よりも人権制約の程度が大きいとされる「逮捕」の正当理由をなす「被疑事実」の存在についても、その蓋然性がある(罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある)ものにすぎないのである。にもかかわらず、「差押え」の「関連性」については、蓋然性ではならず、それ以上の客観性や確実性を必要とする方がむしろ合理性を欠くと言わざるを得ないのではなからうか。

20) 川出敏裕「判批」重判平成10年度(ジュリ臨増1157号)181頁、182-183頁(1999)は、令状の記載が「本件に関係する情報が記録されている蓋然性のあるフロッピーディスク」ではなく、「本件に関係ある情報が記録されたフロッピーディスク」となっている場合には、事件とは無関係の情報しか含んでいない可能性のあるフロッピーディスクまで令状記載物件に含まれるとするのは無理があると。しかし、そもそも「関連性」=関連する蓋然性と考えれば、それを前提に裁判官も令状を発付するのであるから、仮に「本件に関係ある情報が記録されたフロッピーディスク」と記載されていても、その意味するところは、「本件に関係ある情報が記録されている蓋然性のあるフロッピーディスク」と解すべきであり、事件とは無関係な情報しか含んでいない可能性のあるフロッピーディスクであっても、一方で本件に関係ある情報が記録されている蓋然性(可能性)も認められるのであれば、令状記載物件に当たると考えるべきではなからうか。なお、実務上、捜索差押許可状の差押物件の記載については、「本件に関係あると史料されるフロッピーディスク」などとすることもある。

これを押収して記載内容の意味などを分析する（削除痕跡の精査なども含む。）必要性が高いため、「関連性」が認められる場合が多いであろう。他方、会社事務所内にあるUSBメモリやパソコン等であっても、その保管者が当該犯罪事実と全く関係のない者（被疑者と異なる部署で勤務する者等）である場合には、特段の事情がない限り、「関連性」が認められず、押収対象にならないことが多いであろう。

このように、搜索差押えの現場における「関連性」（被疑事実と関連する蓋然性）の有無の判断は、物件の記載内容よりは、むしろ主として前記のような外部的事情に基づいて行われることが多く、捜査官は、捜査経験等によって蓄積した知識（犯罪の種類ごとに、その解明のためには、どのような証拠物を確保し、いかなる観点で精査する必要があるかなどについての知識）も踏まえて判断しているのが実情であると言えよう。

なお、差押物件の「関連性」は、差押えの「正当理由」の内容をなすものであるから、「関連性」の有無についての捜査官の判断が恣意的なものであってはならず、前記のような外部的事情（客観的事実）等に基づいて合理的に推認されたものでなければならぬことは当然である。

#### （4）本決定の意義及び射程等

筆者は、本決定についても、蓋然性説に立って理解すべきものと考えられる。

それに対しては、本決定が蓋然性説に立っているのであれば、本件差押えを許容するためには、差し押さえたフロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められたことだけで十分なはずであるのに、本決定は、更に「その場で確認していたのでは記録された情報が損壊される危険があるとき」でなければならぬかのように判示しており、蓋然性だけで差押えを認

める考え方には立っていないのではないかと、いう反論が考えられよう。

これについては、筆者は、本決定は、蓋然性説に立ちつつ、当該事案において、捜査官が当該フロッピーディスク等の内容を確認することなく、外部的事情のみに基づいて「関連性（被疑事実と関連する蓋然性）」があると判断して差し押さえたことの合理性の有無を問題にしたのだと考える。

この点に関連して、筆者は、先ほど、搜索差押えの現場における捜査官の「関連性」（蓋然性）の判断は、主として外部的事情に基づいて行われると述べたが、このことは、捜査官が、搜索差押えの現場で「関連性」の有無を判断するために、差押対象物件である書類等の内容を確認する必要性が全くない（あるいは常でない）ということまで意味するものではない。

対象物件の中には、その場で内容を確認することによって、被疑事実との関連性の有無（や程度）がより明確になるものもあろう。

ある物件について、外部的事情に基づく判断からは、被疑事実と関連する蓋然性が一応認められたが、その場で同物件の内容を確認することが容易な状況にあり、かつ内容を確認さえすれば、実は被疑事実と全く関連しないものであることが直ちに判断できたはずだという場合に、捜査官が内容を確認することなく外部的事情のみに基づいて、「関連性」ありと判断して当該物件を差し押さえたとする、その判断は、当該差押えを正当なもの（「関連性」が認められるもの）とするだけの合理性を有しないということになる<sup>21)</sup>。

つまり、捜査官が、ある物件を差し押さえるに当たり、関連性の有無についての選別をどこまで尽くすべき義務があるかの問題なのである。

被処分者の権利保護の見地からは、強制処分の正当理由の有無の判断は、（あくまで搜

21) また、ある物件について、外部的事情に基づく判断からは、（被疑事実と関連する蓋然性のみならず）差押えの必要性も一応認められたが、その場で同物件の内容を確認することが容易な状況にあり、かつ内容を確認さえすれば、被疑事実との関連性はあるもののその程度は低く、差押えの必要性は認められないことが直ちに判断できたはずだという場合に、捜査官が内容を確認することなく外部的事情のみに基づいて、「差押えの必要性」ありと判断して当該物件を差し押さえたときも、その判断は、当該差押えを正当なもの（差押えの必要性が認められるもの）とするだけの合理性を有しないということになる。

索差押えの現場での判断として可能な範囲においてではあるものの)できる限り慎重に行われるべきなのであり、そのためには、捜査官としては、外部的事情から被疑事実に関連する蓋然性(及び差押えの必要性)が一応認められる物件であっても、その場で同物件の内容確認を行うことが容易な状況にあり、かつ、内容確認を行うことによって、関連性の有無(や程度)を直ちに判断すること(押収物を絞り込むこと)が可能であると見込まれる場合には、そのような確認を行い、関連性の有無(及び差押えの必要性の有無)についての判断を尽くすべき義務があると考えられる。

以上のような理解に立って、本決定を見ると、本決定の事案は、捜査官が差し押さえたフロッピーディスク 108 枚の中に情報が何も記録されていないものが多数含まれていたことが問題とされたものである。情報が何も記録されていないフロッピーディスクは、言わば空っぽの容器と同じであり、捜査官が搜索差押えの現場で、その内容を確認さえすれば、被疑事実と全く関連しないものであることが直ちに分かったはずだという前提があつて、これらフロッピーディスクの内容確認を行うことが容易な状況だったのが問題とされたものと思われる。

その結果、本件においては、捜査官がその場でフロッピーディスク等の内容を確認していたのでは、記録されている情報が損壊される危険があり、内容を確認することが不可能(ないし著しく困難)な状況にあつたと認められたため、外部的事情のみに基づいて「関連性」(蓋然性)ありと判断したことについての合理性を認め、差押えを適法としたものと解される。

したがって、本決定の論理からすると、「情報損壊の危険」というのは、捜査官がその場でフロッピーディスク等の内容を確認せず、外部的事情のみに基づいて「関連性」ありと

判断したことについての合理性を基礎付ける一事情として位置付けられるものであるから、その他の事情による場合(フロッピーディスク等が大量にあり内容確認に長時間を要する場合や、内容確認に技術的な困難を伴う場合など)であっても、内容確認を行うことが容易でないときは、本決定と同様に、内容を確認することなく差し押さえることが許容されるという結論になるものと考えられる。

ところで、本稿の冒頭でも述べたように、近年の捜査実務においては、電磁的記録媒体について、対象データの原本(原状)保存の必要性が強く意識されるようになってともに<sup>22)</sup>、捜査技術の進歩により、データの作成・更新・最終アクセスの各日時等の分析や削除されたデータの復元なども積極的に進められるようになってきている。

対象データの原本(原状)保存が必要なのは、例えば、ハードディスクやUSBメモリなどの電磁的記録媒体については、その記録データを読み出すために、Windows等の通常のオペレーティングシステム(OS)を介してアクセスしただけで、当該データの最終アクセス日時などの付加情報が書き換えられてしまう可能性があるところ、仮に、捜査官が、押収対象物であるパソコン(ハードディスク)やUSBメモリに記録されているデータの内容を確認するために不用意にアクセスして当該データの最終アクセス日時などが書き換えられてしまうと、その後のデータは、当該アクセス前のデータとの同一性が失われてしまうため、公判で、被告人側から「捜査機関によるデータの改ざん」や「原本性消失により信用性なし」等の主張がなされた場合に、これを排斥する証拠がないという事態に陥りかねないからである。

また、あるデータへの最終アクセス日時等の付加情報自体が立証上重要な意味を持つ場合もあるところ<sup>23)</sup>、不用意なアクセスに

22) 大徳達也「捜査官のためのデジタル・フォレンジック入門 第6回 証拠保全の基礎知識」捜査研究 749号 44頁, 44-50頁(2013)。

23) 例えば、被疑者によるあるデータへのアクセスという事実によって、当該データの記録内容についての被疑者の認識(知情)を立証しようとする場合に、アクセス日時が犯行前か犯行後かによって、立証上全く意味が異なることもある。

よって、このような証拠が失われることになってしまうからである。

そのため、捜査機関は、押収した電磁的記録媒体の内容を分析するに当たり、その完全複製（物理コピーやイメージファイル）等を作成し、押収した電磁的記録媒体については原本として封印保管した上で、当該複製等を基に削除データの復元を行ったり、記録された情報内容の詳細な分析を行ったりするようになってきている<sup>24)</sup>。

このようなことからすると、捜査官が搜索差押えの現場で電磁的記録媒体の内容を不用意に確認することは、対象データの原本性を損なわしめる危険があり、証拠保全の見地からは有害である上<sup>25)</sup>、その内容をディスプレイに表示するなどして確認したところでは被疑事実に関連するデータが何も記録されていないように見えたとしても、削除データが存在し、これを復元できる可能性があるため、当該電磁的記録媒体を関連性がないものとして直ちに差押対象から外すことができず、差押対象物件を絞り込む上でも意味がない場合も多々あろう。

さらに、本決定で問題になったのは、フロッピーディスク等の差押えであったが、それとは比べものにならない大容量の電磁的記録媒体も増え、記録された膨大な情報を搜索差押えの現場で短時間のうちに確認することが、ますます困難な状況になってきてい

る<sup>26)</sup>。

以上のような捜査技術等の変化も踏まえると、電磁的記録媒体について、外部的事情に基づき被疑事実と関連する蓋然性が認められる場合は、（それら電磁的記録媒体の個数や記録されたデータの量、記録データの原本保存に留意しつつ内容を確認するのに要する機材・技術・時間等の具体的事情にもよるが）内容を確認せずに差し押さえることが許容されるケースが、より一層増加すると思われる<sup>27)</sup>。

今後の裁判所の判断が注目されるところである。

（いしやま・ひろき）

24) 平成23年6月17日、第177回国会において、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」が可決成立し、電磁的記録に係る記録媒体の差押えの執行方法の整備が行われ、電磁的記録に係る記録媒体の差押えに代えて、電磁的記録を他の記録媒体に複写、印刷又は移転して当該他の記録媒体を差し押さえることなどが可能であることが明確にされたが（刑事訴訟法110条の2）、このような執行方法が原則的な在り方となるものではないことについては、杉山徳明＝吉田雅之『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について警察学論集64巻10号1頁（2011）を参照。同19頁は、「紙媒体の文書の場合と同様、電磁的記録についても、その真実性や関連性は、記録されている情報それ自体だけでなく、それが記録されている状態を含めた全体から判断されるべきものであって、記録媒体が原本であることが重要である場合も少なくない上、データの削除痕跡も含めて分析する必要があるなど、記録媒体自体に証拠価値が認められる場合も多く、第110条の2の処分を原則とするのは適当でないと考えられる。」などと述べている。

25) 本決定のいう「そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるとき」に類する状況にあるといえる。

26) 一般的に、搜索差押えに要する時間が長くなればなるほど、被処分者の負担（例えば、搜索場所が会社事務所の場合、同事務所における業務を阻害するなど）は増加し、罪証隠滅のリスク（捜査員の目の届かないところで証拠の廃棄や隠匿が行われるなど）も高まるため、搜索差押えは可能な限り短時間で終えることが望ましい。

27) このように内容を確認することなく電磁的記録媒体を押収したとしても、その後の捜査の進展等により被疑事実と関連しないものであることが明らかになった時点で速やかに還付し、あるいは、直ちに還付できない電磁的記録媒体であっても被押収者の業務等に必要ない記録データを他の記録媒体に複写して交付するなどの方策を講じることによって、被押収者の不利益を最小限に止めることは可能であると思われる。

論説

# 弁護士の民事訴訟におけるパフォーマンス評価： 法曹の質の実証的研究

東京大学教授・「法曹の質」研究会代表

太田勝造

- I. はじめに
- II. 先行研究
- III. 研究手法
- IV. 弁護士による弁護士評価の信頼性
- V. 「民事弁護の質」尺度の構築
- VI. 弁護士の「民事弁護の質」による分析
  - 1 第一審結果の実質的な有利・不利と民事弁護の質
  - 2 事件類型と弁護士の民事弁護の質
  - 3 原告側主任弁護士と被告側主任弁護士の民事弁護の質
  - 4 訴訟代理人の人数と民事弁護の質
  - 5 当事者に法人が含まれている場合と自然人のみの場合
  - 6 係争利益の価額と民事弁護の質
  - 7 手続期回数と民事弁護の質
  - 8 事案の複雑さ
  - 9 弁護士の性別と民事弁護の質
  - 10 弁護士実務経験と民事弁護の質
  - 11 尋問の出来栄と法曹の質
- VII. 終わりに

## I. はじめに

法科大学院制度が2004年度からスタートし、新司法試験は2006年度から実施されて、司法試験合格者数は増加し、現在では2000人以上が毎年法曹になっている。2013年には裁判官と検察官を含む法曹人口は38000人を超えた。こうして増加した法曹のほとんどは弁護士数の増加となっている。これに伴い弁護士の増加による法曹の質の低下を指摘する声は激しさを増している。しかし、そもそも法曹の「質」とは何か、それをどのように定義するべきかについての十分な理論的、実証的研究は乏しい。また、何らかの形で定義された法曹の質を、ではどのようにすれば正確かつ客観的に測定することができるかについての理論も実践も乏しい。法曹の質がどのようなものであるべきかの議論は、法曹が社会秩序に対していかなるサービスを提供しているのかという社会科学的探究と、いかなるサービスを提供するべきかという規範的理論なしには議論できないはずである。したがって、法曹の質と法曹の適正規模について議論するためには、現在の法曹が社会秩序に対していかなる影響を与え、社会の側は法曹に対していかなるニーズを有しているかを経験科学的に探求しなければならない。そこで、法曹の質と社会秩序の関係に関するこのような理論面ならびに実証面での欠落を埋め、あるべき法曹養成制度を社会秩序制御の観点から検討することを目的として「法曹の

質」研究会では本稿の研究を含む一連の研究を行うこととしたのである。

この「法曹の質」研究会は、法曹の「質」を弁護士の法実践に根差した形で概念規定し、それを客観的に測る理論的方法を開発し、法科大学院以前の法律家と法科大学院経験の法律家との対比、法曹人口の増加前に法曹となった者と後に法曹になった者の対比などを行うことを究極の目標としている。法社会学を専門分野とする筆者（太田勝造）が代表者となり、法律分野の研究者と弁護士をその構成員とする「法曹の質」研究会では、本稿の研究以外にも種々の実証的な研究を行ってきた<sup>1)</sup>。本研究会は、日弁連法務研究財団の財団研究として開始されたものである。それと同時に、筆者は村山眞維明治大学教授、飯田高成蹊大学准教授（現・教授）、及び藤田政博関西大学准教授と「法曹の質と社会秩序：弁護士数増加と法化社会の行方」というテーマで学術振興会科学研究費補助金を申請し承認された（基盤研究（B）、平成19年～平成22年度、課題番号：19330023）。これら二つの研究プロジェクトは相互に密接な連携を取りつつ研究を進めてきた。データの分析段階では学術振興会科学研究費補助金特別推進研究「経済危機と社会インフラの複雑系分析」（課題番号：23000001、研究代表者：矢野誠教授）の支援を受けている。

「法曹の質」研究会の従前の研究成果としては、法曹の質をどのように考えるべきかについての理論的、実証的研究成果として、太田が「法曹の質」研究会代表として執筆した「法曹の質」研究会『法曹の質』の検証方法に関する研究」日弁連法務研究財団編『法と実務』6号1-93頁（商事法務、2007）、同じ

く太田が「法曹の質」研究会代表として編集した「法曹の質」研究会編『「法曹の質」の検証：弁護士に求められるもの』（商事法務、2008）、太田勝造『「法曹の質」の概念と現状：英米の研究と日本の実態調査を踏まえて』NBL 890号9-17頁（2008）、及び太田勝造『「法曹の質」の調査研究：依頼者・弁護士関係——法律相談者評価と弁護士自己評価・ピアレビュー』法社会学70号159-168頁（2009）がある。さらに、法曹の質について、日本人一般の持っている弁護士イメージの観点からアプローチした研究として、太田が「法曹の質」研究会代表として執筆した「法曹の質」研究会編『JLF 叢書 VOL.18 日本人の弁護士イメージ』（商事法務、2011）がある<sup>2)</sup>。

## II. 先行研究

本稿で論じる「弁護士の民事訴訟におけるパフォーマンス評価」とは、弁護士の現実の仕事の産物（アウトプット）、すなわち民事裁判の一件記録の全体を、第三評価者としての熟練の弁護士が様々な観点からその「出来栄え」をリッカート尺度で評価するという研究である。この研究方法は、英国のカーディフ大学ロー・スクールの Richard Moorhead 教授らによる英国における以下の二つの研究に筆者がヒントを受けて設計したものである。

第一の研究において Richard Moorhead 教授らは、1997年から1999年にかけて実施された Civil Advice and Assistance Contracting Pilot と呼ばれる法律扶助制度に関するパイロット・プログラムにおいて広範な実態調査を行った<sup>3)</sup>。このパイロット・プログラムでは、民事事件の法律相談・法律支援を提供す

1) 「法曹の質」研究会の構成メンバーは次の通りである。研究代表者は太田勝造（東京大学教授）、学者の研究分担者は村山眞維（明治大学教授）、飯田高（成蹊大学准教授、現在は教授）、藤田政博（政策研究大学院大学准教授、現在は関西大学准教授）、弁護士の研究協力者は兼川真紀、菊地裕太郎（主査）、久保英幸、佐々木広行、馬橋隆紀、村山晃、山田正記、山本昌平、由岐和広である。

2) また、太田勝造「法曹の質とロースクール」『ロースクール研究』15号59-62頁（民事法研究会、2010）も参照。

3) See MOORHEAD, RICHARD, AVROM SHERR, LISA WEBLEY, SARAH ROGERS, LORRAINE SHERR, ALAN PATERSON, & SIMON DOMBERGER, *QUALITY AND COST: FINAL REPORT ON THE CONTRACTING OF CIVIL, NON-FAMILY ADVICE AND ASSISTANCE PILOT* (The Stationary Office 2001). Moorheadらは Legal Service Commission と契約して法律相談・法律支援を市民に提供するソリシター（solicitor）及び非営利団体の提供業務の質と費用を評価するために、以下の多様な方法を総合的に行った。① BriefCase とよばれる事件分類システムを作成してデータを蒐集し分析のためのデータベースを構築して分析した。②募集に応じた170名のソリシターを熟練度等に関する書類審査で13名に絞って試験面接を実施し、最終的に6名を業務の質の評価者（marker）として選任し、2日間をかけて事件記録評



る主体としてのソリシターと非営利団体について、その提供する法的サービスの質 (quality) と、Legal Service Commission がこれらの法律相談・法律支援提供主体に支払う料金体系との関連を調べることを主たる目的としていた<sup>4)</sup>。そのために、ソリシターの場合は、3つの料金体系をランダムに割り振ってソリシターとの業務委託契約を締結した<sup>5)</sup>。これら3グループのソリシターの提供する法的サービスの質の相互比較並びに、非営利団体の提供する法的サービスの質との比較をするために採用された方法の一つがPeer Review法であった。特別に訓練を受けた熟練のソリシター6名が評価者となって、1998年から1999年にかけて、法律相談・法律支援提供者の事務所を訪問して、事件記録を閲覧してその業務の質を評価して評価シートに記入した。評価票の項目は、イエス・ノーの二値回答形式の少数の項目と、大多数の5段階リッカート尺度評価項目からなっていた<sup>6)</sup>。評価された事件は718件に上り、そ

の中の173件については異なる二人の評価者が別々に評価し、評価者間のバラつきや主観性の程度をチェックして評価の信頼性を検証した。さらに訓練を受けたサクラの利用者(覆面評価者)による、法律相談・法律支援提供者に対する利用評価がなされた18件の記録については、1件ごとに5名の評価者が記録を別々に評価して、評価者間の評価の一致度を検証している。それらの検証によれば、評価者間の評価の一致は一定程度以上みられ、十分に信頼に足る評価であることが示されたとする<sup>7)</sup>。ちなみに、調査の眼目である比較結果は、まず、非営利団体提供者とソリシターの比較から、基準未達の質の業務提供の割合は両者で差がないが、基準を超える質の業務提供の割合は非営利団体の方が有意に大きく、非営利団体の方がソリシターよりも質の高い業務を提供していることが明らかとなっている。ソリシターの料金体系との関連では、裁量年俸制的なグループ2が最も提供業務の質が高く、次いで従前の従量制的な

価のための特訓を施した。これら6名が評価者となって、事件記録に基づく業務の質の評価を行った。③法律相談・法律支援の提供者に面接調査を実施してその経営・運営の実態を調査した。④医学教育等で利用されている手法に倣い、Model Clientと呼ばれる訓練を受けたサクラの市民(dummy client, 覆面評価者)に法律相談・法律支援提供者を訪問してもらい、来所相談者の立場から当該法的サービス提供者の業務の質を評価してもらった。⑤実際の利用者への満足度調査も実施している。

4) 法律相談・法律支援をソリシターや非営利団体に契約委託する場合の主要な法領域である生活保護、借家、借金、労働問題、及び人身損害の5つの領域の事件のみを対象としている。

5) グループ1は従前と類似の料金体系(Green Formと呼ばれる)によって報酬が支払われたグループで、処理した事件数とそれに従事した時間数に基づいて算出されるいわば「従量制」の料金体系である。グループ2は1年あたり一定額の料金を支払い、法律相談・法律支援提供者は、その額に見合うと自ら思う量の仕事をすればよいといういわば「裁量年俸制」的な料金体系で報酬が支払われたグループである。グループ3は2000年から新たに採用された料金体系の元になったシステムによって報酬が支払われたグループであり、その料金体系においては、1年あたりの料金総額が、当該年度に新受事件数が一定以上であることを条件として支払われるといういわば「最低数付年俸制」的なものである。グループ3の場合、当該の最低事件数ちょうどを、できるだけ時間をかけずに処理することが利潤追求型の合理人の場合の業務提供方針となる。

6) 尺度の1が「業務提供と呼べない程度(non-performance)」, 2が「プロフェッショナルの仕事としては不十分な程度(inadequate professional services)」, 3が「基準となる普通のレベル(threshold competence)」, 4が「普通よりも優れたレベル(competence-plus)」, 5が「特に優秀なレベル(excellence)」である。

7) 二重に評価した173件の二人の評価の間の一致度については、Cohenの $\kappa$ とSpearmanの順位相関係数 $\rho$ を用いて検証し、一つの評価項目の例外を除いてすべてで統計的に有意な一致・相関が見られた。但し、Cohenの $\kappa$ のスコアもSpearmanの順位相関係数 $\rho$ のスコアも、ともにかなり低いものであった。 $\kappa$ のスコアは例えば0.134などであり( $\kappa$ は-1から1の値を取り、正の値であれば一致の方向であるとされる。0.4未満では低い一致度、0.4以上0.6未満で高い一致度、0.6以上で非常に高い一致度であると評価する)、 $\rho$ のスコアは例えば0.443であった(Cf. MOORHEAD et al., supra note 3, at 103)。他方、5人の独立した評価がなされた18件について検証すると、 $\kappa$ のスコアは0.270から0.571(平均0.409)、 $\rho$ のスコアは0.464から0.812(平均0.647)であった。さらに、5段階評価の1と2を合わせて基準よりも劣る方向にまとめ、4と5を合わせて基準よりも優れている方向にまとめることで、三段階評価に変換した場合、Cohenの $\kappa$ の値がたとえば、0.13から0.24のように大きく上昇する(Cf. MOORHEAD et al., supra note 3, at 119 n. 9)。以上の検証から、MoorheadらはPeer Review法による評価は十分に信頼できるものであるとしている。

料金体系のグループ1が高く、改革の眼目であった最低事件数付年俸制的なグループ3の提供業務の質が最も低いという皮肉な結果となっている。

第二の研究でMoorheadらは、Legal Service Commissionが2000年4月から実施している民事の法的支援活動について実証的研究を行った<sup>8)</sup>。Legal Service Commissionが資金を援助する法律事務の提供者は、ソリシター事務所、ロー・センター、及び非営利相談機関(not-for-profit advice agency)である。提供される民事の法律事務はカテゴリー分けされており<sup>9)</sup>、そのカテゴリーごとに専門性のある法律事務提供者が選ばれる。法律事務提供者は契約したカテゴリーの法律事務を原則として行う。このカテゴリーの法律事務の提供は、厳格な能力要件を満たすその分野の専門家として行うので「専門法律事務(specialist legal help)」ないし「契約事件(contract case)」の提供と呼ばれる。法律事務提供者は、このカテゴリーの法律事務に加えて、その専門以外のカテゴリーの法律事務も一定の事件数以内なら提供できる。この場合は、最低限度の能力要件を満たしてはいるが実質的には非専門家(non-specialist)として提供することになり、「許容事務(tolerance work)」ないし「許容事件」と呼ばれる。この専門法律事務と許容事務の提供における「質(quality)」の差の有無を実証的に明らかにしようとするのがMoorheadらの研究である。こ

の研究の中の一つの方法は、専門法律事務342件と許容事務301件の合計643件の事件記録<sup>10)</sup>を熟達の法律家(ソリシター)が評価して<sup>11)</sup>、その結果を統計的に比較するというものである。これら事件記録のうち420件は、二人の評価者が別個独立に評価しているので評価者の評価の信頼性のチェックも可能となっている<sup>12)</sup>。結果は、許容事務の質の方が専門法律事務の質よりも劣っていた。ただし、カテゴリー別にみると両者の質に差が統計的に有意に見られたのは生活保護受給カテゴリーのみであった。

これらMoorheadらの研究方法を参考として行ったのが、本稿の研究であり、いわば弁護士による弁護士パフォーマンスの評価と表現できる。

### Ⅲ. 研究手法

本研究では、最高裁判所の協力を受けて、横浜地方裁判所での予備調査と東京地方裁判所での本調査の二段階で調査を実施した。

まず横浜地方裁判所で実施した予備調査<sup>13)</sup>では、1件あたりにかかる時間、評価項目の適否、評価方法の適否などを確認することを目的として、103件の民事訴訟記録での弁護士のパフォーマンスを、弁護士評価者に評価してもらった。弁護士評価者としては、弁護士実務を5年以上経験した者であることを最低要件とし<sup>14)</sup>、その中で、原則と

8) See MOORHEAD, RICHARD & RICHARD HARDING WITH AVROM SHERR, *QUALITY AND ACCESS: SPECIALIST AND TOLERANCE WORK UNDER CIVIL CONTRACTS* (The Stationery Office 2004).

9) 法律事務は家族法、生活保護、移民、地域支援、借金、借家関係などの法分野ごとにカテゴリー分けがなされ、それぞれのカテゴリーごとにLegal Service Commissionは法律事務提供者と契約を締結する。Cf. *Id.* at 1-2, 53-54.

10) Legal Service Commissionの事件報告書式のリストから、借金(debt)、借家(housing)、及び生活保護受給の3つのカテゴリーを選び、そこから無作為に951件を抽出した(2002年実施)。Legal Service Commissionを通じて、抽出された事件の法律事務提供者に事件記録の提供を要請し、643件が集まった。Cf. *Id.* at 53-54.

11) Institute of Advanced Legal Studiesが評価者となるソリシターを募集し、評価のトレーニングを施した。評価者は評価書式に評価を記入して事件記録を評価した。Cf. *Id.* at 53-54.

12) それによれば、二人の評価者の評価の相関は(Spearman's Rho,  $\rho$ 値)は、借金データ(0.237, 0.006)、借家データ(0.434, 0.001)、生活保護受給データ(0.317, 0.001)、及び全データ(0.319, 0.001)となっている。

ちなみに「法曹の質」研究会のデータによれば、データ数の限られる主尋問と反対尋問に関する質問を除けば、評価者たる練達の弁護士2名の評価は全ての評価項目についてSpearmanの順位相関係数 $\rho$ は0.215から0.595の間にあり、全て1%水準で統計的に有意である。

13) 実施日は、2009年3月24日に10名の評価者弁護士、2009年3月26日に10名の評価者弁護士が、訴訟記録を別々に評価する方式で実施した。

14) 「法曹の質」研究会の弁護士会員の一致した見解は、弁護士実務経験5年以上の弁護士は「一人前」である

して弁護士登録10年以上の弁護士を選び、さらにその中でも弁護士界で評価の高い熟達の弁護士を選抜した<sup>15)</sup>。評価対象の訴訟記録は、原告・被告の双方に弁護士が代理した民事事件で、和解または対席判決で終了したものを書記官に選択して頂いた。実施日に記録を見て、過払金請求などの簡単すぎたり記録が薄すぎたりして弁護士パフォーマンスを評価できないものを除いた事件の訴訟記録を評価対象とした。

この予備調査の結果に基づいて、東京地方裁判所で本調査を実施した<sup>16)</sup>。弁護士評価者としては、予備調査と同様に弁護士実務を5年以上経験した者であることを最低要件とし、その中で、原則として弁護士登録10年以上の弁護士を選び、さらにその中でも弁護士界で評価の高い熟達の弁護士を選抜した<sup>17)</sup>。弁護士評価者には事前に説明会を開催して、調査の趣旨、調査の方法、調査項目などの説明をしておいた<sup>18)</sup>。評価対象の訴訟記録は、東京地方裁判所本庁に平成19年に提起された(ワ)号事件で、原告・被告双方に訴訟代理人が付いた事件で、対席判決又は和解により終局した事件の訴訟記録である。以上の条件を満たす事件について、終局日順に並べた上で、終局日が早いものから順にN件に1件ずつ抽出する方式によるランダム抽出で、300件程度の事件記録を書記官に出して頂いた<sup>19)</sup>。当日、弁護士評価者が記録を見て、実質的な訴訟追行のなされた事件を200件程度まで選んで評価することにしたが、諸般の事情で191件の評価をすることができた。調査日に排除されたものとしては、事件が単純すぎると判断されたものや、何らかのミスで一方ないし双方に代理人が付いていない事件があった。訴訟記録を二人の弁護

士が、別個独立に読んで評価し、調査票に記載してもらった<sup>20)</sup>。

#### IV. 弁護士による弁護士評価の信頼性

本研究の眼目は、熟練の弁護士が他の弁護士の民事事件での訴訟代理業務の質について、その事件記録を読んで多様な観点から評価するという、いわば弁護士による弁護士評価である。法律の専門的な業務についての評価であり、かつ、訴訟記録を読むことで判定される評価であるため、主観性が入り込む危険が危懼されるであろう。そこで全ての評価について、二人の弁護士によって別個独立に評価してもらい、そのスコアの平均値を対象弁護士のスコアとすることで、主観性によるばらつきを抑え、できるだけ客観的で信頼できる評価となるよう工夫した。この工夫がどれほどうまく行っているかを検証することにする。

Moorheadらによる検証作業に倣って、Cohenの $\kappa$ と相関係数を指標として検討する。ただし、Moorhead教授らは、イエス・ノー(該当・非該当)などの定性的で離散型の名義尺度の評価の複数人間の一致度の指標であるCohenの $\kappa$ を、5段階評価での二人の評価者の一致度の指標の一つとしても用いている。また、5段階評価についてはCohenの $\kappa$ の他に、定性的な順序尺度と位置づけてSpearmanの順位相関係数 $\rho$ を一致度の指標として用いている。しかしながら、「法曹の質」研究会の研究の設計としては、評価項目について主として7段階リッカート尺度、一部5段階リッカート尺度及び11段階リッカート尺度で評定してもらっており、それら

というものであった。

15) 弁護士の選択は「法曹の質」研究会の主査である菊地裕太郎弁護士に行ってもらった。

16) 全部で95名の弁護士から協力を得て、2010年3月15日に20名、2010年3月16日に20名、2010年3月17日に20名、2010年3月18日に20名、そして2010年3月19日に20名と手分けして集まってもらい、事件記録を評価した。

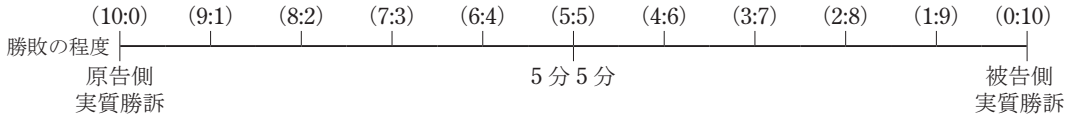
17) 弁護士の選択は「法曹の質」研究会の主査である菊地裕太郎弁護士に行ってもらった。

18) 2010年3月3日と3月4日の2回、評価者となる弁護士に集まっていただき、事前説明会を実施した。

19) N件おきの抽出の数値Nは、このように終局日が12か月から万遍なく抽出される数値にしていた。

20) ほとんどの弁護士は持参していただいたノートパソコンで、あらかじめ配布しておいた調査票ファイルに入力して実施した。

(図表 1)



は定性的 (カテゴリーカル) な離散的データではなく、定量的な間隔尺度ないし連続尺度であると位置づけている<sup>21)</sup>。したがって、一致度の指標としては、Pearson の相関係数を指標とするべきことになろう<sup>22)</sup>。とはいえ、Moorhead らの検証との比較可能性を維持するために、ここでは、これら 3 つの指標をすべて計算した。

まず、判決及び和解という訴訟の結果が原告・被告のいずれにどれだけ有利なものであったかの評価について検討する。なお、この項目自体は、第一審の結果 (判決・和解) について実質的な勝敗の程度を上記 (図表 1) の 11 段階で評価してもらうものであり、データとしては原告側実質勝訴を 10 とし、被告側実質勝訴を 0 と入力したものである。

この評価項目について一致度の 4 種類の指標を計算した結果が次の表 (図表 2) である<sup>23)</sup>。

(図表 2)

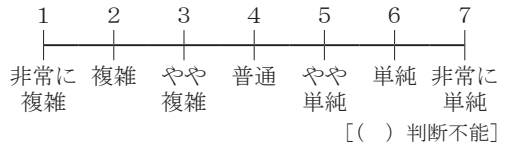
裁判結果 (判決と和解) の勝敗評価 (N = 174)		p 値
Pearson の相関係数 R	0.791	0.000
Spearman の順位相関係数 ρ	0.793	0.000
Cohen の κ	0.415	0.000

このようにいずれの指標によっても、二人の弁護士の評価が非常によく一致していることが示されている。p 値がほとんどゼロであることから、統計的にも高い有意性が得られ

ている。

これに対し、事案の複雑性評価の項目は、下記 (図表 3) のように 7 段階リッカート尺度で評価するようになっている。

(図表 3)



(図表 4)

事案の複雑性評価 (N = 178)		p 値
Pearson の相関係数 R	.398	0.000
Spearman の順位相関係数 ρ	.393	0.000
Cohen の κ	.147	0.000

上記 (図表 4) のように Pearson の相関係数 R 及び Spearman の順位相関係数 ρ は中程度の値であると評価できるが、Cohen の κ のスコアは 0.2 よりも小さく弱い一致である。ただし、いずれも p 値に見られるように統計的に高い有意性を示している。

弁護士のパフォーマンスについては、原告側主任弁護士と被告側主任弁護士を別々に<sup>24)</sup> 評価してもらった。なお、評価の基準として 7 段階リッカート尺度の場合、「単独で仕事を十分にこなして行ける弁護士」の能力やスキルの平均的レベルを「4 普通」として評価してもらっている。

21) 本研究では、二人の評価者のスコアの平均値を対象弁護士の評価スコアとして扱うことから分かるように間隔尺度として位置づけている (順序尺度であれば加減乗除は意味をなさない)。

22) さらに、三人以上の評価者の評価スコアの平均を取って当該対象弁護士のスコアとするのであれば、内的整合性を検証するための信頼性係数である Cronbach の α も用いるべきことになろう。

23) 評価シートでは、事件が和解で終了した場合の有利不利の評価と、判決で終了した場合の有利不利の評価は枝分かれした別々の評価項目となっていた。これらを統合して計算してある。

24) 「主任弁護士」ないし「主たる弁護士」とは、代理人弁護士が一人の場合は当該弁護士を指し、複数の弁護士が共同訴訟代理人となっている場合は、①訴訟記録に連絡先として○が付いている弁護士を指し (当該事件で主要な弁護活動をする弁護士として書記官がこの弁護士に連絡をとる)。②そのような記載がなければ尋問を担当した弁護士を指し (尋問を担当するのは主たる代理人である)、③最終的には評価者の弁護士に判断してもらった。

原告側主任弁護士の評価項目と評価尺度は、以下の通りである。

(A) 訴状の出来栄の評価

- (A1) 訴状の内容量 (5段階尺度)<sup>25)</sup>
- (A2) 法律構成・論理性 (7段階尺度)<sup>26)</sup>
- (A3) 説得力 (7段階尺度)<sup>27)</sup>
- (A4) 文章力・表現力 (7段階尺度)<sup>28)</sup>

(B) 準備書面 (準備書面全部を通じての総合評価)<sup>29)</sup>

- (B3) 法律構成・論理性 (7段階尺度)<sup>30)</sup>

- (B4) 説得力 (7段階尺度)<sup>31)</sup>

- (B5) 文章力・表現力 (7段階尺度)<sup>32)</sup>

- (C) 弁護士としての法的知識 (7段階尺度)<sup>33)</sup>

- (D) 事実関係の把握度 (7段階尺度)<sup>34)</sup>

- (E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ (7段階尺度)<sup>35)</sup>

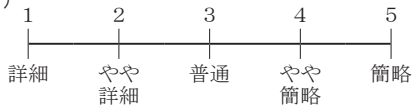
- (F) 要を得た立証活動 (7段階尺度)<sup>36)</sup>

- (G) 主尋問の技法 (主尋問は的確に要領よく上手に実施していたか)<sup>37)</sup>

- (G1) 主尋問の量 (5段階尺度)<sup>38)</sup>

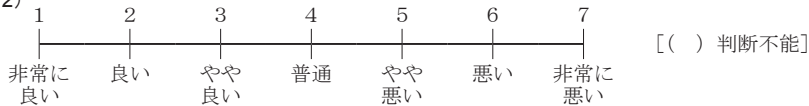
25) 訴状の段階では、簡略にまとめる場合と、詳細に記述する場合があるので、本件の訴状がどの程度詳細か簡略かを評価してもらった。なお、この項目は訴状の詳細さ、簡略さの評価であり、必ずしも弁護士の能力を評価するものではない。評価尺度は下記である。

(脚注図 1)



26) 要件事実、主張立証責任、証拠・事実・法の接合、先例などの観点から訴状を評価してもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図 2)



27) 間接事実・事情・実質論、スジ・スワリなどの観点から訴状を評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

28) 簡にして要を得た文章力か、知性と品性を感じさせる表現力か、丁寧で緻密か、などの観点から訴状を評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

29) (B1) と (B2) はそれぞれ、準備書面の提出数 (回) と準備書面の総頁数 (頁) なので省略した。

30) 要件事実、主張立証責任、証拠・事実・法の接合、先例などの観点から準備書面の全体を評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

31) 間接事実・事情・実質論、スジ・スワリなどの観点から準備書面の全体を評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

32) 簡にして要を得た文章力か、知性と品性を感じさせる表現力か、丁寧で緻密か、などの観点から準備書面の全体を評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

33) 事案の法的解決に関連する法的知識が十分か否かの評価をしてもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図 3)



34) 紛争の実質や紛争の根本原因まで理解していたかを評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

35) 迅速かつ的確に対応していたかを評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

36) 証拠を十分に収集したか、主張と立証が的確に対応していたかを評価してもらった。評価尺度は (A2) 法律構成・論理性と同じである。

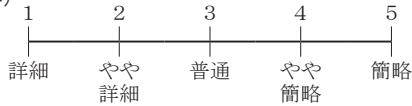
37) 主尋問の実施の有無及び、実施した場合の主要なもの一つを評価してもらった。その評価対象が本人尋問か、証人尋問 (味方か、敵か) も記載してもらった。

- (G2) 主尋問のための準備の程度 (7段階尺度)<sup>39)</sup> の評価 (7段階尺度)<sup>44)</sup>
- (G3) 主尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (7段階尺度)<sup>40)</sup> (I) 全般的な弁護士評価
- (H) 反対尋問の技法 (反対尋問は的確に要領よく上手に実施していたか)<sup>41)</sup> (I1) 全体的な貢献度 (7段階尺度)<sup>45)</sup>
- (H1) 反対尋問の量 (5段階尺度)<sup>42)</sup> (I2) 全体的な能力 (7段階尺度)<sup>46)</sup>
- (H2) 反対尋問の有効性の程度 (7段階尺度)<sup>43)</sup>
- (H3) 反対尋問の技法 (パフォーマンス)

以上のうち、主尋問と反対尋問は実施件数がともに半数弱と少なかったため以下の分析では省略する。それ以外の評価項目について、二人の評価者の一致度を評価するために、Pearsonの相関係数R、Spearmanの順

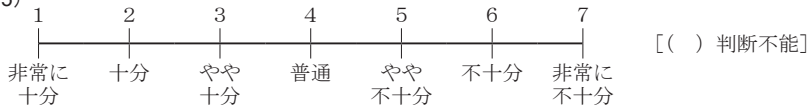
38) じっくり時間をかけた詳細な主尋問か、簡略に済ませた主尋問かを評価してもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図4)



39) 依頼人への主尋問の準備は、事案に鑑みてどの程度のもだったかを下記の評価尺度で評価してもらった。

(脚注図5)



40) 主尋問の技法を評価してもらった。なお、非常に簡略な場合は「判断不能」にしてもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図6)



41) 反対尋問の実施の有無及び、実施した場合には主要なもの一つについて評価してもらった。その評価対象が相手方本人への反対尋問であったか、証人への反対尋問であったかも記載してもらった。

42) じっくり時間をかけた詳細な反対尋問か、簡略に済ませた反対尋問かを評価してもらった。評価尺度は(G1)と同じである。

43) 代理人の反対尋問は効果的だったかについて評価してもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図7)



44) 反対尋問の技法を評価してもらった。なお、非常に簡略な場合は「判断不能」にしてもらった。評価尺度は(G3)と同じである。

45) 事案の筋(すじ)(勝ち筋の事案か負け筋の事案か等)を総合的に考慮して、事態の改善や依頼人の利益向上の点で、この弁護士の訴訟活動が貢献した程度はどれくらいだと判断するか、評価してもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図8)



位相関係数  $\rho$ 、Cohen の  $\kappa$ 、及び5段階尺度や7段階尺度を3段階尺度に圧縮した場合のCohen の  $\kappa$  を計算して一覧表にしたものが下記(図表5)である。

この表から分かるように、Pearson の相関係数Rは(A1) 訴状の容量(詳細・簡略)を除いてそれほど高くはないが、(A4) 訴状の文章力・表現力を除いて0.300から0.374と0.3を超えており、中程度の相関といえる。しかも全て統計的に1%水準で有意である。

Moorhead らの研究と比較するためにSpearman の順位相関係数  $\rho$  を出しておいたが、結果は(A1) 訴状の容量(詳細・簡略)を除いてMoorhead らの値とほぼ同じである。すなわち、(A4) 訴状の文章力・表現力を除いて0.259から0.382と0.25を超えており、中程度の相関といえる。しかも全て統計的に1%水準で有意である。

Cohen の  $\kappa$  の値についてみると、一致度がより下がる。すなわち、(A4) 訴状の文章力・表現力、(B5) 準備書面の文章力・表現

力、(D) 事実関係の把握度、(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ、及び(F) 要を得た立証活動で0.1を切っている。これら以外は0.1から0.2の範囲内である。また、(A4) 訴状の文章力・表現力、(B5) 準備書面の文章力・表現力、(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ、及び(F) 要を得た立証活動では統計的に有意となっていない。ただし、(B5) 準備書面の文章力・表現力と(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さは10%水準で傾向性が認められる。

三段階尺度に圧縮することで大半の評価項目においてCohen の  $\kappa$  が大幅に上昇している点でもMoorhead らの研究と同様である。そして、(A4) 訴状の文章力・表現力のみが三段階尺度に圧縮しても統計的に有意とならなかった。

また、弁護士評価者の間で評価が一致しやすい評価項目と、一致しにくいものがあることが分かる<sup>47)</sup>。

以上の検討から、原告側主任代理人のパ

(図表 5)

原告側主任弁護士	Pearson の相関係数 R	Spearman の順位相関係数 $\rho$	Cohen の $\kappa$	三段階化でのCohen の $\kappa$
(A1) 訴状の容量(詳細・簡略)	0.589	0.595	0.192	0.269
(A2) 訴状の法律構成・論理性	0.339	0.296	0.167	0.189
(A3) 訴状の説得力	0.3	0.288	0.154	0.158
(A4) 訴状の文章力・表現力	0.243	0.215	0.057 (*1)	0.067 (*6)
(B3) 準備書面の法律構成・論理性	0.316	0.329	0.128	0.231
(B4) 準備書面の説得力	0.368	0.382	0.156	0.263
(B5) 準備書面の文章力・表現力	0.311	0.298	0.077 (*2)	0.148
(C) 弁護士としての法的知識	0.364	0.339	0.171	0.268
(D) 事実関係の把握度	0.365	0.331	0.096 (*3)	0.179
(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ	0.304	0.259	0.068 (*4)	0.128 (*7)
(F) 要を得た立証活動	0.357	0.325	0.053 (*5)	0.148
(I1) 全体的な貢献度	0.374	0.381	0.131	0.237
(I2) 全体的な能力	0.358	0.331	0.118	0.216

\*1:p=0.193

\*2:p=0.066<0.1

\*3:p=0.018<0.05

\*4:p=0.098<0.1

\*5:p=0.186

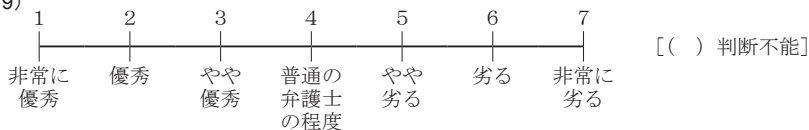
\*6:p=0.229

\*7:p=0.019<0.05

\*1~\*7 以外は 1% 有意

46) 記録から総合的に判断して、この弁護士の能力をどのように評価するかを記載してもらった。評価尺度は下記である。

(脚注図 9)



パフォーマンス評価において、二人の弁護士評価者の評価は十分な信頼性のある評価となっていると考える。少なくとも、Moorhead教授らの先行研究と同程度以上の信頼性が得られているといえる。よって、以下では二人の評価者の評価スコアの平均値をもって評価スコアとして扱うことにする。

次に被告側の主任代理人についての評価の信頼性を検討する。被告側主任弁護士の評価項目と評価尺度は、以下の通りである。

- |   |   |
|---|---|
| (A) 答弁書の出来栄への評価                           | (D) 事実関係の把握度 (7段階尺度) <sup>57)</sup>                 |
| (A1) 答弁書の内容量 (5段階尺度) <sup>48)</sup>       | (E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ (7段階尺度) <sup>58)</sup>        |
| (A2) 法律構成・論理性 (7段階尺度) <sup>49)</sup>      | (F) 要を得た立証活動 (7段階尺度) <sup>59)</sup>                 |
| (A3) 説得力 (7段階尺度) <sup>50)</sup>           | (G) 主尋問の技法 (主尋問は的確に要領よく上手に実施していたか) <sup>60)</sup>   |
| (A4) 文章力・表現力 (7段階尺度) <sup>51)</sup>       | (G1) 主尋問の量 (5段階尺度) <sup>61)</sup>                   |
| (B) 準備書面 (準備書面全部を通じての総合評価) <sup>52)</sup> | (G2) 主尋問のための準備の程度 (7段階尺度) <sup>62)</sup>            |
| (B3) 法律構成・論理性 (7段階尺度) <sup>53)</sup>      | (G3) 主尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (7段階尺度) <sup>63)</sup>    |
| (B4) 説得力 (7段階尺度) <sup>54)</sup>           | (H) 反対尋問の技法 (反対尋問は的確に要領よく上手に実施していたか) <sup>64)</sup> |
| (B5) 文章力・表現力 (7段階尺度) <sup>55)</sup>       | (H1) 反対尋問の量 (5段階尺度) <sup>65)</sup>                  |
| (C) 弁護士としての法的知識 (7段階尺                     | (H2) 反対尋問の有効性の程度 (7段階尺度) <sup>66)</sup>             |
|   | (H3) 反対尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (7段階尺度) <sup>67)</sup>   |
|   | (I) 全般的な弁護士評価                                       |
|   | (I1) 全体的な貢献度 (7段階尺度) <sup>68)</sup>                 |
|   | (I2) 全体的な能力 (7段階尺度) <sup>69)</sup>                  |

47) MOORHEAD et al., *supra* note 3, at 102-103 も同様に一致する評価項目と一致しにくい評価項目を見出している。

48) 答弁書の段階では、簡略にまとめる場合と、詳細に記述する場合があるので、本件の答弁書がどの程度詳細か簡略かを評価してもらった。なお、この項目は答弁書の詳細さ、簡略さの評価であり、必ずしも弁護士の能力を評価するものではない。評価尺度は訴状の内容量評価 (A1) と同じである。

49) 原告側主任弁護士評価での訴状の法律構成・論理性 (A2) と同じである。

50) 原告側主任弁護士評価での訴状の説得力 (A3) と同じである。

51) 原告側主任弁護士評価での訴状の文章力・表現力 (A4) と同じである。

52) (B1) と (B2) はそれぞれ、準備書面の提出数 (回) と準備書面の総頁数 (頁) なので省略した。

53) 原告側主任弁護士評価での準備書面の法律構成・論理性 (B3) と同じである。

54) 原告側主任弁護士評価での準備書面の説得力 (B4) と同じである。

55) 原告側主任弁護士評価での準備書面の文章力・表現力 (B5) と同じである。

56) 原告側主任弁護士評価での弁護士としての法的知識 (C) と同じである。

57) 原告側主任弁護士評価での事実関係の把握度 (D) と同じである。

58) 原告側主任弁護士評価での相手方の主張立証に対する反応の良さ (E) と同じである。

59) 原告側主任弁護士評価での相手方の主張立証への準備書面の法律構成・論理性 (B3) と同じである。

60) 原告側主任弁護士評価と同様に、主尋問の実施の有無及び、実施した場合の主要なものひとつを評価してもらった。その評価対象が本人尋問か、証人尋問 (味方か、敵か) も記載してもらった。

61) 原告側主任弁護士評価での主尋問の量 (G1) と同じである。

62) 原告側主任弁護士評価での主尋問のための準備の程度 (G2) と同じである。

63) 原告側主任弁護士評価での主尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (G3) と同じである。

64) 原告側主任弁護士評価と同様に、反対尋問の実施の有無及び、実施した場合には主要なものひとつについて評価してもらった。その評価対象が相手方本人への反対尋問であったか、証人への反対尋問であったかも記載してもらった。

65) 原告側主任弁護士評価での反対尋問の量 (H1) と同じである。

66) 原告側主任弁護士評価での反対尋問の有効性の程度 (H2) と同じである。

67) 原告側主任弁護士評価での反対尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (H3) と同じである。

68) 原告側主任弁護士評価での全体的な貢献度 (I1) と同じである。



このように、訴状の評価か答弁書の評価かの別を除けば、評価項目と評価方法は原告側主任弁護士と被告側主任弁護士とで全く同じ内容である。訴状と答弁書は対応する書類であり、結局、原告主任代理人の評価項目と、被告主任代理人の評価項目は基本的に一致しているといえる。なお、これら被告主任代理人評価の項目のうち、主尋問と反対尋問は実施件数がともに半数弱と少なかったため以下では省略する。それ以外の評価項目について、二人の評価者の一致度を評価するために、Pearsonの相関係数R、Spearmanの順位相関係数 $\rho$ 、Cohenの $\kappa$ 、及び5段階尺度や7段階尺度を3段階尺度に圧縮した場合のCohenの $\kappa$ を計算して一覧表にしたものが下記(図表6)である。

この表から分かるように、Pearsonの相関係数Rは(A1)答弁書の内容量(詳細・簡略)を除いてそれほど高くはないが、(B5)準備書面の文章力・表現力、(D)事実関係の把握度、(E)相手方の主張立証に対する反応の良さ、及び(F)要を得た立証活動を除いて0.3から0.409と0.3を超えており中程度の相関といえる。そして、(E)相手方の主張立証に対する反応の良さのp値が0.064と統計的な傾向性が認められるだけであるのを

除けば、全て1%水準で統計的に有意である。

Moorheadらの研究と比較するためにSpearmanの順位相関係数 $\rho$ を出しておいたが、結果は(A1)答弁書の内容量(詳細・簡略)を除いてMoorheadらの値とほぼ同じである。すなわち、(B5)準備書面の文章力・表現力と(E)相手方の主張立証に対する反応の良さを除いて、0.259から0.382と0.25を超えており、中程度の相関といえる。しかも(E)相手方の主張立証に対する反応の良さが0.053と統計的な傾向性が認められるだけであるのを除いて、全て統計的に1%水準で有意である。

Cohenの $\kappa$ の値についてみると、原告主任代理人の場合と同様に一致度がより下がる。すなわち、(D)事実関係の把握度、(E)相手方の主張立証に対する反応の良さ、及び(F)要を得た立証活動で0.1を切っている。それ以外は0.1から0.313の範囲である。しかも、(D)事実関係の把握度、(E)相手方の主張立証に対する反応の良さ、及び(F)要を得た立証活動で統計的に有意となっておらず、(A4)答弁書の文章力・表現力は10%水準で傾向性が認められるにすぎない。

三段階尺度に圧縮することで大半の評価項目においてCohenの $\kappa$ が大幅に上昇してい

(図表 6)

被告側主任弁護士	Pearsonの相関係数R	Spearmanの順位相関係数 $\rho$	Cohenの $\kappa$	三段階化でのCohenの $\kappa$
(A1) 答弁書の内容量 (詳細・簡略)	0.653	0.655	0.313	0.357
(A2) 答弁書の法律構成・論理性	0.326	0.386	0.175	0.272
(A3) 答弁書の説得力	0.321	0.346	0.168	0.263
(A4) 答弁書の文章力・表現力	0.326	0.39	0.1 (*3)	0.219
(B3) 準備書面の法律構成・論理性	0.373	0.358	0.12	0.201
(B4) 準備書面の説得力	0.34	0.342	0.131	0.234
(B5) 準備書面の文章力・表現力	0.205	0.243	0.12	0.132 (*7)
(C) 弁護士としての法的知識	0.36	0.401	0.193	0.295
(D) 事実関係の把握度	0.285	0.271	0.072 (*4)	0.125 (*8)
(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ	0.141 (*1)	0.147 (*2)	0.049 (*5)	0.084 (*9)
(F) 要を得た立証活動	0.28	0.3	0.067 (*6)	0.149
(I1) 全体的な貢献度	0.409	0.456	0.214	0.326
(I2) 全体的な能力	0.369	0.387	0.19	0.31

\*1:p=0.064<0.1

\*2:p=0.053<0.1

\*3:p=0.072<0.1

\*4:p=0.106

\*5:p=0.259

\*6:p=0.108

\*7:p=0.020<0.05

\*8:p=0.043<0.05

\*9:p=0.148

\*1~\*9以外は1%有意。

69) 原告側主任弁護士評価での全体的な能力 (I2) と同じである。

る点でも原告側主任弁護士及び Moorhead らの研究と同様である。そして、(E) 相手方の主張立証に対する反応の良さのみが三段階尺度に圧縮しても統計的に有意とならなかった。

また、被告側主任弁護士のパフォーマンス評価においても原告側主任弁護士の場合と同様、弁護士評価者の間で評価が一致しやすい評価項目と、一致しにくい評価項目とがあることが分かる<sup>70)</sup>。

以上の検討から、被告側主任代理人のパフォーマンス評価において、二人の弁護士評価者の評価は十分な信頼性のある評価となっていると考える。少なくとも、Moorhead 教授らの先行研究と同程度以上の信頼性が得られているといえる。よって、以下では二人の評価者の評価スコアの平均値をもって評価スコアとして扱うことにする。

## V. 「民事弁護の質」尺度の構築

まず、前節IVにおいて弁護士の民事弁護でのパフォーマンスを評価する項目を紹介した際に見たように、訴状の内容及び答弁書の内容量の項目は、訴状・答弁書の詳細さ・簡略さを評価するだけのものであり、実質的には弁護士の民事弁護の質を評価するものではない。しかも、これは5段階評価である。そこで、以下では弁護士の民事弁護の質の要素には含めない。また、前節IVで述べたようにデータ数が半減することから、証人尋問関連の評価項目は以下での合成尺度構築においては用いない。

次に、やはり前節IVにおいて見たように、原告側主任弁護士と被告側主任弁護士の評価項目は、原告側が訴状の出来栄え、被告側が答弁書の出来栄えを評価している点を除けば、他の評価項目は全く同一であるといえる。そして、訴状と答弁書とは対になるものであり、評価項目としては対応している。し

たがって、原告側主任弁護士と被告側主任弁護士の評価項目は、民事弁護の質の評価として同じに扱ってよいと思われる。事実、(A2) から (I2) までの 12 の評価項目に因子分析を施した結果は、原告側主任弁護士の場合も被告側主任弁護士の場合も類似している<sup>71)</sup>。そこで、弁護士の「民事弁護の質」の評価項目としては、原告側主任弁護士についてのそれと、被告側主任弁護士についてのそれとを同一視することにする。その結果、評価対象弁護士として原告側主任弁護士 191 名と被告側主任弁護士 191 名の合計 382 弁護士の評価スコアが得られたことになる。以下では、この 382 弁護士の民事弁護の質の評価データとして分析の対象とする。よって、このように再構成された評価項目は下記ようになる。

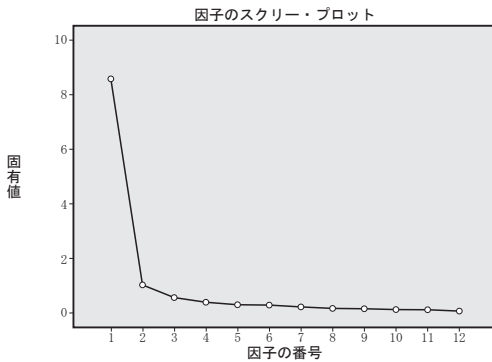
- (A) 訴状・答弁書の出来栄えの評価
  - (A2) 法律構成・論理性
  - (A3) 説得力
  - (A4) 文章力・表現力
- (B) 準備書面（準備書面全部を通じての総合評価）
  - (B3) 法律構成・論理性
  - (B4) 説得力
  - (B5) 文章力・表現力
- (C) 弁護士としての法的知識
- (D) 事実関係の把握度
- (E) 相手方の主張立証に対する反応の良さ
- (F) 要を得た立証活動
- (I) 全般的な弁護士評価
  - (I1) 全体的な貢献度
  - (I2) 全体的な能力

これら 12 の評価項目を 382 データについて因子分析すると（主因子法）、きれいに一因子となる。スクリー・プロットは以下（図表 7）である。

70) MOORHEAD et al., *supra* note 3, at 102-103 も同様に一致する評価項目と一致しにくい評価項目を見出している。

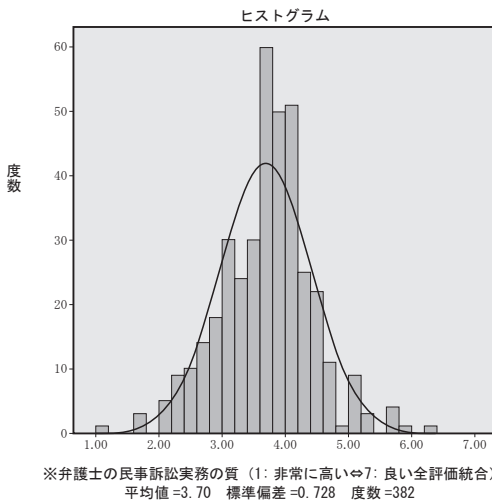
71) 主因子法による因子分析を施すと、原告側主任弁護士の場合、初期の固有値が 1 因子での 8.353 から 2 因子での 0.916 と約 7.437 減少し、3 因子では 0.731 となっている。被告側主任弁護士の場合、初期の固有値の値が 1 因子での 8.505 から 2 因子での 1.345 と約 7.16 減少し、3 因子では 0.496 となっている。スクリー・プロットによれば両者とも 1 因子であると解釈できる。

(図表 7)



これらの項目の信頼係数 (Cronbach の  $\alpha$ ) は、0.967 と極めて高い<sup>72)</sup>。そこで、これら 12 項目のスコアの平均値を計算して構築される合成尺度を、弁護士の「民事弁護の質」指標と呼ぶことにする。民事弁護の質のスコアの分布を示すのが次のグラフ (図表 8) である。

(図表 8)



このように、正規分布に近い分布をしており、平均値は 3.70 と「4. 普通の弁護士程度」

よりもスコアは小さく、全体として高い評価を受けていることが分かる (1 サンプルの t 検定で  $p=0.000$ )。以下ではこの民事弁護の質を用いて種々の分析を行う。

## VI. 弁護士の「民事弁護の質」による分析

### 1 第一審結果の実質的な有利・不利と民事弁護の質

弁護士の民事弁護の質と、当該弁護士の民事訴訟の第一審の結果 (判決又は和解) の実質的な有利・不利の程度との間には十分な相関があると予想される。すなわち、民事弁護の質のより高い弁護士ほど、より有利な第一審結果を勝ち取っており、逆もまた真なり、という仮説である。この仮説を検証するために、裁判結果の実質的な有利不利の程度 (10: 評価対象弁護士の実質勝訴  $\leftrightarrow$  0: 相手方弁護士の実質勝訴) について、弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い  $\leftrightarrow$  7: 非常に低い) との相関係数を計算したのが次頁の図表である (図表 9)。

このように、統計的に有意で明確な相関が見いだされる。したがって、民事弁護の質の高いと評価された弁護士ほど、第一審結果が実質的により有利な結果を獲得する傾向があるといえ、仮説は検証されたといえる<sup>73)</sup>。なお、Pearson の相関係数は線形の関係的前提としているので、その点を確認するために、民事弁護の質のスコアについて、1 以上 2 未満を 1, 2 以上 3 未満を 2, 3 以上 4 未満を 3, 4 以上 5 未満を 5, 5 以上 6 未満を 6, 6 以上 7 未満を 7 とする 6 分割にして、それぞれの第一審結果の実質的な有利・不利のスコアの平均値をプロットして、両者の関係を図にしたものが次頁の図表である (図表 10)。

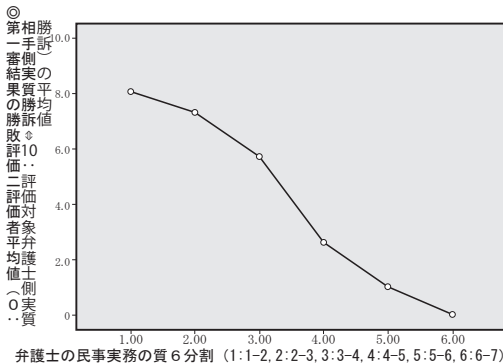
72) Cronbach の  $\alpha$  は 0 から 1 の値を取り、合成尺度を構築する上では、0.7 以上となる質問群をまとめるべきであるとされる。ジョージ W. ボンシュテット=デイヴィッド・ノーキ (海野道郎=中村隆監訳) 『社会統計学：社会調査のためのデータ分析入門』309 頁 (ハーベスト社, 1990) 参照。

73) もちろん、逆に、第一審結果がより有利であると評価されたほど、当該弁護士のパフォーマンス評価においてそれが反映して高い評価へとつながった可能性は論理的には排除できない。しかし、熟練の弁護士による評価で、しかも多数の別々の項目の評価において、結果先取りの評価が一律になされた可能性は高くはないであろう。

(図表 9)

相 関 係 数			
		※弁護士のみ民事弁護の質 (1: 非常に高い ⇔ 7: 非常に低い)	◎第一審結果の勝敗評価二評価者平均値 (10: 評価対象弁護士側実質勝訴 ⇔ 0: 相手側実質勝訴)
※弁護士のみ民事弁護の質 (1: 非常に高い ⇔ 7: 非常に低い)	Pearson の相関係数	1	-.493**
	有意確率 (両側)		.000
	N	382	382
◎第一審結果の勝敗評価二評価者平均値 (10: 評価対象弁護士側実質勝訴 ⇔ 0: 相手側実質勝訴)	Pearson の相関係数	-.493**	1
	有意確率 (両側)	.000	
	N	382	382
**. 相関係数は 1% 水準で有意 (両側) です。			

(図表 10)



このように、ややカーブしてはいるが、ほぼ線形に近い。すなわち、弁護士の民事弁護の質が高いほど（横軸のスコアが左方向で小さいほど）、評価対象弁護士は実質的勝訴を勝ち取る傾向がみられ（縦軸のスコアが高い）、逆に民事弁護の質が低いほど（横軸のスコアが右方向で大きいほど）、相手側が実質勝訴を勝ち取る傾向がみられ（縦軸のスコアが低い）、その関係はほぼ直線的である。

以上から、民事弁護の質が高いほど、より有利な第一審結果がもたらされるといえるであろう。

## 2 事件類型と弁護士の民事弁護の質

事件類型によっては事件数、よって評価対象弁護士の割合が非常に小さくなるので、比較はあまり意味を持たなくなる。そこで、

10%以上の事件数のある類型について、該当する場合とそうでない場合とで弁護士の民事弁護の質に差異が生じているかを検討した。まず、交通事故の損害賠償関係の類型（約 10.5%）か否かで差異が生じているか、及び、原告側主任弁護士と被告側主任弁護士とで差異が生じているかを検討した。それによれば、次頁（図表 11 と図表 12）の結果となった。

下記のように、二元配置分散分析によれば（等分散性が成立）、交通事故の賠償関係かそれ以外かにおいては有意差が認められないが、原告側か被告側かで有意な差が生じている。すなわち、原告側主任弁護士か被告側主任弁護士かでは民事弁護の質には有意差が認められ、被告側主任弁護士の方が民事弁護の質がやや高い。また、統計的に有意な交互作用は見られないので、交通事故の賠償関係の類型で、原告側ないし被告側の主任弁護士について民事弁護の質に特別な差異が生じているわけではないこともわかる。

次いで、交通事故以外の損害賠償類型（約 31.9%）かそれ以外の事件か、及び評価対象の主任弁護士が原告側か被告側か、に関してで比較した。その結果が次頁と次々頁の図表（図表 13 と図表 14）である。

このように、二元配置分散分析によれば（等分散性が成立）、交通事故以外の損害賠償関係かそれ以外かで民事弁護の質で有意差が生じており、交通事故以外の損害賠償関係の事件の主任代理人の方が民事弁護の質が高い

(図表 11)

記述統計量				
従属変数：※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)				
I. 0. 交通事故の賠償関係		平均値	標準偏差	N
それ以外	1. 原告側主任弁護士	3.7605	.74981	171
	2. 被告側主任弁護士	3.6153	.74028	171
	総和	3.6879	.74751	342
交通事故の賠償関係	1. 原告側主任弁護士	3.9729	.53518	20
	2. 被告側主任弁護士	3.6365	.48703	20
	総和	3.8047	.53302	40
総和	1. 原告側主任弁護士	3.7827	.73208	191
	2. 被告側主任弁護士	3.6175	.71700	191
	総和	3.7001	.72834	382

(図表 12)

被験者間効果の検定					
従属変数：※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)					
ソース	タイプ III 平方和	自由度	平均平方	F 値	有意確率
修正モデル	3.423a	3	1.141	2.171	.091
切片	2010.419	1	2010.419	3824.759	.000
交通事故の賠償関係	.489	1	.489	.930	.335
原告側か被告側か	2.076	1	2.076	3.950	.048
交通事故の賠償関係 * 原告側か被告側か	.327	1	.327	.623	.431
誤差	198.689	378	.526		
総和	5431.985	382			
修正総和	202.112	381			

a.R2 乗 =.017 (調整済み R2 乗 =.009)

(図表 13)

記述統計量				
従属変数：※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)				
I. 0. 交通事故以外の損害賠償関係		平均値	標準偏差	N
それ以外	1. 原告側主任弁護士	3.8641	.68965	130
	2. 被告側主任弁護士	3.7343	.69601	130
	総和	3.7992	.69455	260
交通事故以外の損害賠償関係	1. 原告側主任弁護士	3.6093	.79350	61
	2. 被告側主任弁護士	3.3685	.70275	61
	総和	3.4889	.75612	122
総和	1. 原告側主任弁護士	3.7827	.73208	191
	2. 被告側主任弁護士	3.6175	.71700	191
	総和	3.7001	.72834	382

という結果である。また、原告側か被告側かで有意な差が生じており、被告側主任弁護士の方が民事弁護の質がやや高い。他方、統計的に有意な交互作用は見られないので、交通事故以外の損害賠償関係の種類で、特に原告側ないし被告側の主任弁護士について民事弁護の質に差異が生じているわけではないこともわかる。

最後に、土地建物明渡類型（約 12.6%）か

それ以外の事件か、及び評価対象の主任弁護士が原告側か被告側か、に関して比較した。その結果が次頁（図表 15 と図表 16）である。

このように、二元配置分散分析によれば（等分散性が成立）、土地建物明渡かそれ以外かでも、原告側か被告側かでも有意な差は生じていない。また、統計的に有意な交互作用は見られない。

(図表 14)

被験者間効果の検定					
従属変数：※弁護士のみ民事弁護の質（1:非常に高い⇔7:非常に低い）					
ソース	タイプ III 平方和	自由度	平均平方	F 値	有意確率
修正モデル	10.857a	3	3.619	7.153	.000
切片	4410.622	1	4410.622	8717.243	.000
交通事故以外の損害賠償関係	7.995	1	7.995	15.801	.000
原告側か被告側か	2.850	1	2.850	5.632	.018
交通事故以外の損害賠償関係 * 原告側か被告側か	.256	1	.256	.506	.477
誤差	191.255	378	.506		
総和	5431.985	382			
修正総和	202.112	381			

a.R2 乗 =.054（調整済み R2 乗 =.046）

(図表 15)

記述統計量				
従属変数：※弁護士のみ民事弁護の質（1:非常に高い⇔7:非常に低い）				
I. 0. 土地建物明渡		平均値	標準偏差	N
それ以外	1. 原告側主任弁護士	3.7839	.74109	167
	2. 被告側主任弁護士	3.6233	.72200	167
	総和	3.7036	.73492	334
土地建物明渡	1. 原告側主任弁護士	3.7747	.68067	24
	2. 被告側主任弁護士	3.5773	.69473	24
	総和	3.6760	.68765	48
総和	1. 原告側主任弁護士	3.7827	.73208	191
	2. 被告側主任弁護士	3.6175	.71700	191
	総和	3.7001	.72834	382

(図表 16)

被験者間効果の検定					
従属変数：※弁護士のみ民事弁護の質（1:非常に高い⇔7:非常に低い）					
ソース	タイプ III 平方和	自由度	平均平方	F 値	有意確率
修正モデル	2.653a	3	.884	1.676	.172
切片	2285.517	1	2285.517	4331.334	.000
土地建物明渡	.032	1	.032	.061	.806
原告側か被告側か	1.344	1	1.344	2.547	.111
土地建物明渡 * 原告側か被告側か	.014	1	.014	.027	.870
誤差	199.459	378	.528		
総和	5431.985	382			
修正総和	202.112	381			

a.R2 乗 =.013（調整済み R2 乗 =.005）

が次頁の図表である（図表 17）。

### 3 原告側主任弁護士と被告側主任弁護士の民事弁護の質

われわれのデータにおいて、原告側主任弁護士と被告側主任弁護士の間で民事弁護の質に差異が生じているかを検討した。その結果

(図表 17)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)	度数	平均値
1. 原告側主任弁護士	191	3.7827
2. 被告側主任弁護士	191	3.6175
合計	382	3.7001

p=0.026

このように、分散分析によれば（等分散性が棄却されたので Welch で評価）、5% 水準で有意な差異が生じており、原告側主任弁護士よりも被告側主任弁護士の方が民事弁護の質がやや高い結果であった。

#### 4 訴訟代理人の人数と民事弁護の質

複数の弁護士が共同で訴訟代理をする場合の方が、単独で代理する場合よりも、お互いの相談等ができるので（「文殊の知恵」効果？）、民事弁護の質は高くなるのではないかと、という仮説が考えられる。これを検証しようとしたのが下記（図表 18 と図表 19）である。

(図表 18)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)		度数	平均値
1. 原告側主任 弁護士	原告代理人 1 人	93	3.9922
	原告代理人複数	98	3.5839
	合計	191	3.7827
2. 被告側主任 弁護士	原告代理人 1 人	93	3.6977
	原告代理人複数	98	3.5414
	合計	191	3.6175

(図表 19)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)		度数	平均値
1. 原告側主任 弁護士	被告代理人 1 人	85	3.7309
	被告代理人複数	106	3.8243
	合計	191	3.7827
2. 被告側主任 弁護士	被告代理人 1 人	85	3.7552
	被告代理人複数	106	3.5070
	合計	191	3.6175

このように、分散分析によれば（全て等分散性が成立）、上記のようなここでの仮説は検証されたといえる。すなわち、原告側主任代理人の場合、原告側代理人が 1 人である場

合よりも複数人である場合の方が 1% 水準で有意に民事弁護の質が高くなっているが、原告側代理人数は被告側主任弁護士の民事弁護の質には影響を与えていない。同様に、被告側主任代理人の場合、被告側代理人が 1 人である場合よりも複数人である場合の方が 5% 水準で有意に民事弁護の質が高くなっているが、被告側代理人数は原告側主任弁護士の民事弁護の質には影響を与えていない。すなわち、複数の弁護士の共同代理の方が単独代理の場合よりも民事弁護の質が、原告側であれ被告側であれ、高くなるといえる。

#### 5 当事者に法人が含まれている場合と自然人のみの場合

当事者に法人が含まれている事件と自然人のみの事件とで、主任弁護士の民事弁護の質に差異が生じているかを調べた結果が以下（図表 20 と図表 21）である。

(図表 20)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)		度数	平均値
1. 原告側主任 弁護士	法人原告いない	113	3.8074
	法人原告がいる	78	3.7469
	合計	191	3.7827
2. 被告側主任 弁護士	法人原告いない	113	3.5106
	法人原告がいる	78	3.7724
	合計	191	3.6175

(図表 21)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)		度数	平均値
1. 原告側主任 弁護士	法人被告いない	62	3.7831
	法人被告がいる	129	3.7825
	合計	191	3.7827
2. 被告側主任 弁護士	法人被告いない	62	3.6727
	法人被告がいる	129	3.5910
	合計	191	3.6175

分散分析によれば（全て等分散性が成立）、原告に法人が含まれている事件と自然人のみの事件とでは、原告側主任弁護士の民事弁護の質に有意な差異は生じていない。なお、原告に法人が含まれる場合に被告側主任弁護士の民事弁護の質が 5% 水準で有意に低くなっている。被告に法人が含まれている事件と自

然人のみの事件とでは、被告側主任弁護士の民事弁護の質にも原告側主任弁護士の民事弁護の質にも有意な差異は生じていない。

### 6 係争利益の価額と民事弁護の質

係争利益の価額が大きい事件ほど、民事弁護の質が高くなるのではないかという仮説が考えられる。この仮説を検討したのが下記(図表 22)である。まず、相関係数を見た。

このように、主任弁護士の民事弁護の質と係争物の価額との間に有意な相関は見られない。この点は、原告側と被告側を統一した全体データにおいても同様である。係争物の価額と民事弁護の質との関係が線形ではないかもしれないとして、ほぼ同一のデータ数になるようにして、係争物の価額について 10 分割、5 分割、4 分割をして分散分析を実施したが、全ての場合に統計的に有意な差異は検出されなかった。したがって、係争利益の価額が大きい事件ほど、民事弁護の質が高くなるのではないかという仮説は棄却された。

### 7 手続回数と民事弁護の質

手続回数が多い事件であるということとは総じて困難な事件ないし複雑な事件であることに対応しているであろう。そのような事件での訴訟代理人となる弁護士はその民事弁護の質が高いのであろうか。それを以下に検討した。

まず、期日について記述統計的にみると、期日の開催回数が 10% 以上のものに、弁論準備手続き (87.4%)、口頭弁論期日 (99.0%)、和解期日 (45.0%)、及び証拠調べ期日 (35.1%) があり、さらに証人尋問も 10% 以上の期日で行われていた (44.5%)。これらの手続きの回数及び証人尋問の人数と民事弁護の質の相関を分析した結果を示すのが以下 (図表 23) である。

このように、弁論準備手続の期日回数と証人尋問人数が 1% 水準で有意な相関を示し、証拠調べ期日の回数が 5% 水準で有意な相関を示した。係数がマイナスであるので、回数や人数が多くなるほど民事弁護の質が高くなることを示している。困難な事件や複雑な事

(図表 22)

		相関係数		
		※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)	I. 2. 係争物の価額 (円)	
1. 原告側主任 弁護士	※弁護士の民事弁護 の質 (1: 非常に高い ⇔ 7: 非常に低い)	Pearson の相関係数	1	
		有意確率 (両側)	.405	
		N	191	
	I. 2. 係争物の価 額平均値 (円)	Pearson の相関係数	-.061	1
		有意確率 (両側)	.405	
		N	190	190
2. 被告側主任 弁護士	※弁護士の民事弁護 の質 (1: 非常に高い ⇔ 7: 非常に低い)	Pearson の相関係数	1	
		有意確率 (両側)	.478	
		N	191	
	I. 2. 係争物の価 額平均値 (円)	Pearson の相関係数	-.052	1
		有意確率 (両側)	.478	
		N	190	190

(図表 23)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔ 7: 非常に低い)	弁論準備 手続期日回数	口頭弁論 期日回数	和解期日回数	証拠調べ 期日回数	証人尋問人数
Pearson の相関係数	-.174**	-.014	-.083	-.121*	-.230**
有意確率 (両側)	.001	.785	.105	.018	.000
N	382	382	382	382	382



件ほど、弁護士は注力し、より高い民事弁護の質をパフォーマンスしているといえる。なお、口頭弁論期日の回数とは有意な相関がみられなかった。

期日の回数や証人の人数がゼロの事件が比較的多い、和解期日、証拠調べ期日、及び証人尋問について、念のためにゼロの場合とそれ以外との間で検定を行ったところ、以下(図表 24) のようになった。

(図表 24)

和解期日 p=0.042	度数	平均値
無し	210	3.7686
有り	172	3.6165
合計	382	3.7001
証拠調べ期日 p=0.006	度数	平均値
無し	248	3.7748
有り	134	3.5619
合計	382	3.7001
証人尋問 p=0.000	度数	平均値
無し	212	3.8183
有り	170	3.5526
合計	382	3.7001

このように分散分析によれば(全て等分散性が成立)、和解期日も含めて「有り」の場合の方が「無し」の場合よりも民事弁護の質が高く評価されていた。やはり、困難な事件や複雑な事件ほど、弁護士は注力し、より高い民事弁護の質をパフォーマンスしているといえる<sup>74)</sup>。口頭弁論期日の回数についてのみ民事弁護の質との間に相関がみられない理由は分からない。

(図表 25)

		事案の複雑さ	訴訟記録の厚さ	訴状・答弁書の内容量	準備書面提出数	準備書面総頁数
※弁護士の民事弁護の質 (1:非常に高い⇔7:非常に低い)	Pearsonの相関係数	.309**	-.244**	.319**	-.082	-.239**
	有意確率(両側)	.000	.000	.000	.108	.000
	N	382	374	373	382	381

74) もちろん、係争利益が大きく、よって報酬額も大きくなる事件の方が、より複雑で困難となるという関係性があると仮定して、係争利益が大きいほど熱心に訴訟追行をするので、民事弁護の質も高くなる、という仮説に基づく相関であることを論理的に排除することはできない。

75) 簡略な訴状や答弁書を差し当たり出しておいて、後に準備書面で詳細な主張を展開する弁護士よりも、訴状や答弁書の段階から本格的な議論を展開する弁護士の方が多いうことになる。

## 8 事案の複雑さ

複雑な事案を受任する弁護士の民事弁護の質は高いのであろうか。この仮説を検証するために以下の分析を行った。

事案の複雑さについては「1.非常に複雑」から「7.非常に単純」までの7段階評価をしてもらった。また、事案の複雑さの指標としてその他に、訴訟記録の厚さを物差しで測ってもらった。また、訴状・答弁書の内容量を「1.詳細」から「5.簡略」までの5段階評価をしてもらった。準備書面については、提出数と、総頁数を記載してもらった。これらの項目は、いわば事案の複雑性についての代理変数と位置づけることができる。これら事案の複雑さについての直接変数及び代理変数と民事弁護の質との相関を下記の表(図表 25)に記した。

それぞれの変数の方向性に注意してみてみた場合、この表によれば、事案の複雑さの程度が高い事件の主任弁護士の方が民事弁護の質が高く、訴訟記録が厚い事件の主任弁護士ほど民事弁護の質が高いことが分かる。訴状・答弁書が詳細である主任弁護士の方が、民事弁護の質が高いことが分かる<sup>75)</sup>。逆にいえば、民事弁護の質が高くない主任弁護士は、訴状・答弁書を簡略に済まそうとしていることになろう。準備書面の提出数それ自体は民事弁護の質と相関していない。しかし、準備書面の総頁数が多い事件の主任弁護士の方が、民事弁護の質が高いということにな

る。準備書面の提出数よりも総頁数の方が、準備書面に掛ける労力の量に対応しているということであろう。

## 9 弁護士の性別と民事弁護の質

主任弁護士の民事弁護の質は男女で差があるのであるか。この点を確認するために、分散分析を実施した。その結果が下記（図表26）である。

（図表 26）

	度数	平均値
男性主任弁護士	345	3.6992
女性主任弁護士	35	3.6385
合計	380	3.6936

p=0.720

このように、分散分析によれば、p 値が 0.720 であるから男女で民事弁護の質には差異が全く存在しないことが分かる（等分散性が成立しなかったため Welch で算出している）<sup>76)</sup>。

## 10 弁護士実務経験と民事弁護の質

弁護士としての実務経験が長ければ長いほど、民事弁護の質はどんどんと向上していき、であろうというのが一般的な仮説である。この仮説を検証するために、実務経験の長さの指標として弁護士の司法修習の期を用いた。確かに、司法修習を終えて裁判官になった後

に弁護士となった者は、同期の弁護士よりも弁護士実務経験は相当に短い。この点は、検察官を経験した弁護士にも当てはまる。しかし、このような弁護士は弁護士全体の中では少数派であり、統計的には無視して差し支えないであろう。もちろん、訴訟記録には弁護士の修習期は記載されていないので、『全国辯護士大観』などを用いて評価対象弁護士の修習期データを追加した<sup>77)</sup>。したがって、修習期が大きい弁護士ほど、一般的に比べてより若くより弁護士経験が短いことになる。

主任弁護士の修習期と民事弁護の質との相関を求めた表が以下（図表 27）である。

このように、相関係数の値自体はそれほど大きいものではないが、1%水準で有意である。係数がマイナスであるから、弁護士の修習期が大きいほど、民事弁護の質は高くなる。言い換えれば、弁護士としての実務経験が短いほど、ないし、若い弁護士ほど、民事弁護の質が高いという、冒頭の仮説とは正反対の結果となっている。もちろんその理由として、例えば、①経験が短いほど手持ち事件も少なく、1件1件により多くの時間と労力と情熱を注ぐことができるためであるとか（経験が長くなると手持ち事件も増加して、1件あたりに割ける時間と労力が限られるようになったり、弁護士としての事件にかかる情熱が冷めたりするなど）、②司法試験の勉強の成果がより新鮮に残っているためであるとか（実務を続けていくうちに法的知識が古くなり、新しい判例や法令を十分にフォローで

（図表 27）

		相関係数	
		※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)	◎評価対象の弁護士の修習期
※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)	Pearson の相関係数	1	-.193**
	有意確率 (両側)		.000
	N	382	380
◎評価対象の弁護士の修習期	Pearson の相関係数	-.193**	1
	有意確率 (両側)	.000	
	N	380	380

\*\*。相関係数は 1% 水準で有意 (両側) です。

76) 女性弁護士数は確かに圧倒的に少ないが、それをも考慮した上での統計分析の結果である。

77) このデータ補充に際しては、千葉大学法政経学部准教授の佐伯昌彦氏と東京大学大学院法学政治学研究所助教の平田彩子氏にお世話になった。ここに記して謝したい。

きなくなっている), ③実務経験が長くなるにつれていわゆる「手抜き」の仕方をマスターするようになり, 評価者弁護士にそれを見抜かれたとか, 様々な仮説を考えることができる。ただし, それらの検証は今後の研究課題である。

相関係数は線形関係を仮定するものであるので, 現実に即していない可能性もある。司法修習を終えて, 実務経験を積むほど民事弁護の質は向上するが, 中年以降, とりわけ老年以降に知識と精力の減衰で民事弁護の質が低下し, その影響で, 全体としてはマイナスの相関となっている可能性も排除できない。そこで, 修習期を分割して変化を見ることにする。統計分析パッケージソフトであるSPSSに組み込まれている「連続変数のカテゴリ化」機能を用いて, それぞれの分割に属するデータ数がだいたい同等になるようにして, 修習期を3分割, 5分割, 及び10分割して, 分散分析を実施した。

3分割の場合は, (1)修習期が1期から36期までの130人, (2)37期から50期までの128人, そして(3)51期から60期までの122人のグループに分割された。その比較結果は以下(図表28)である。

(図表 28)

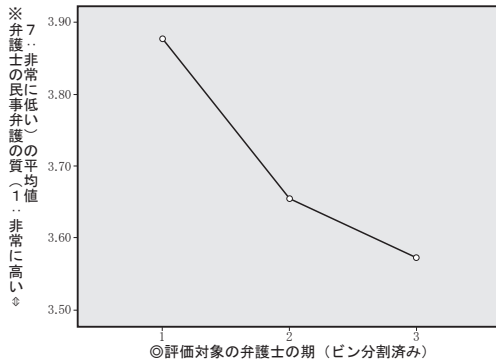
※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)		
	度数	平均値
1. 1期～36期	130	3.8770
2. 37期～50期	128	3.6548
3. 51期～60期	122	3.5727
合計	380	3.7044

p=0.002

このように, 1%水準で有意な差が検出された(等分散性が認められた)。5%水準で多重比較をTukey法とScheffe法で行った結果が下記(図表29)である<sup>78)</sup>。

これを図示したのが下記(図表30)である。

(図表 30)



(図表 29)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)			
◎評価対象の弁護士の期	度数	α =0.05 のサブグループ	
		1	2
TukeyHSDa,b	3. 51期～60期	122	3.5727
	2. 37期～50期	128	3.6548
	1. 1期～36期	130	3.8770
	有意確率		.633
Scheffea,b	3. 51期～60期	122	3.5727
	2. 37期～50期	128	3.6548
	1. 1期～36期	130	3.8770
	有意確率		.660

等質なサブグループのグループ平均値が表示されています。

a. 調和平均サンプルサイズ=126.574を使用

b. グループサイズが等しくありません。グループサイズの調和平均が使用されます。タイプ I エラー有意水準 0.05 は保証されません。

78) 多重と比較については山内光哉『心理・教育のための統計法 (第3版)』141-149頁 (サイエンス社, 2009)を参照。

このように、1期～60期の主任弁護士の民事弁護の質が、51期～60期及び37期～50期のグループから5%水準で有意に区別された。民事弁護の質スコアの平均値に見るように、51期～60期及び37期～50期のグループの方が1期～60期より民事弁護の質が高い。

5分割の場合、(1)1期～27期(81人)、(2)28期～39期(73人)、(3)40期～47期(75人)、(4)48期～55期(89人)、(5)56期～60期(62人)に分けられた。分散分析結果は下記(図表31)である。

(図表 31)

※弁護士の民事弁護の質 (1:非常に高い⇔7:非常に低い)		
	度数	平均値
1. 1期～27期	81	3.9078
2. 28期～39期	73	3.7962
3. 40期～47期	75	3.6646
4. 48期～55期	89	3.5780
5. 56期～60期	62	3.5605
合計	380	3.7044

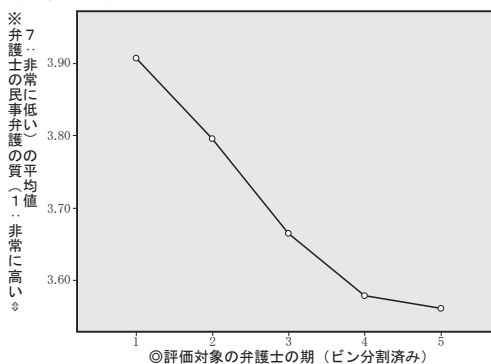
p=0.011

このように、5%水準で有意な差が検出された(等分散性が認められた)。5%水準で多

重比較をTukey法とScheffe法で行った結果が下記(図表32)である。

これを図示したのが下記(図表33)である。

(図表 33)



このように、Tukey法によって1期～27期の主任弁護士の民事弁護の質が、48期～55期及び56期～60期のグループから5%水準で有意に区別された。Scheffe法では区別されなかった。民事弁護の質スコアの平均値に見るように、48期～55期及び56期～60期の方が1期～27期よりも民事弁護の質が高い。

10分割の場合、(1)1期～22期(44人)、(2)23期～27期(37人)、(3)28期～34期(37

(図表 32)

※弁護士の民事弁護の質 (1:非常に高い⇔7:非常に低い)				
◎評価対象の弁護士の期	度数	α =0.05 のサブグループ		
		1	2	
TukeyHSDa,b	5. 56期～60期	62	3.5605	
	4. 48期～55期	89	3.5780	
	3. 40期～47期	75	3.6646	3.6646
	2. 28期～39期	73	3.7962	3.7962
	1. 1期～27期	81		3.9078
	有意確率		.262	.233
Scheffea,b	5. 56期～60期	62	3.5605	
	4. 48期～55期	89	3.5780	
	3. 40期～47期	75	3.6646	
	2. 28期～39期	73	3.7962	
	1. 1期～27期	81	3.9078	
	有意確率		.069	

等質なサブグループのグループ平均値が表示されています。

a. 調和平均サンプルサイズ =74.915 を使用

b. グループサイズが等しくありません。グループサイズの調和平均が使用されます。タイプ I エラー有意水準 0.05 は保証されません。

人), (4) 35期～39期 (36人), (5) 40期～43期 (36人), (6) 44期～47期 (39人), (7) 48期～51期 (39人), (8) 52期～55期 (50人), (9) 56期～58期 (31人), 及び(10) 59期～60期 (31人) に分割された。分散分析の結果は以下 (図表 34) である。

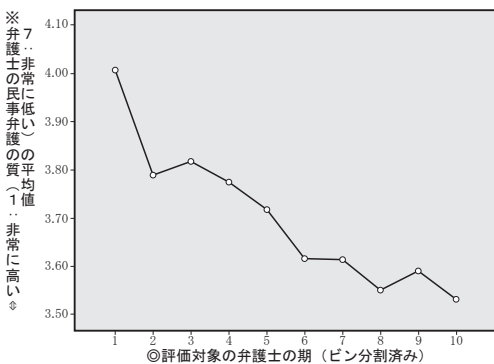
(図表 34)

※弁護士の民事弁護の質 (1: 非常に高い⇔7: 非常に低い)		
	度数	平均値
1. 1期～22期	44	4.0076
2. 23期～27期	37	3.7891
3. 28期～34期	37	3.8176
4. 35期～39期	36	3.7742
5. 40期～43期	36	3.7182
6. 44期～47期	39	3.6151
7. 48期～51期	39	3.6140
8. 52期～55期	50	3.5500
9. 56期～58期	31	3.5902
10. 59期～60期	31	3.5308
合計	380	3.7044

p=0.078<0.1

このように、統計的な有意差は検出されず、10%水準での傾向性のみが検出された。この傾向性を見るために図を下記 (図表 35) においておく。

(図表 35)



このように、多少の凹凸はあるが、総じて、ほぼ直線的に年齢・経験数が小さくなるほど民事弁護の質が向上していることが示されている。

以上からいえることは、弁護士の民事弁護の質は、司法修習を終えて実務に入ってから、

ほぼ単調に劣化しているということである。逆にいえば、市民の立場からは、いわゆる著名な「大先生」とされる年齢の弁護士に委任するよりも、より若い情熱的な弁護士を雇った方が良いということになる。ないしは、大先生の事務所にいる優秀な若手に実質的な主任を担当してもらおうべきということになる。

## 11 尋問の出来栄と法曹の質

以上の分析では、人証 (証人尋問及び本人尋問) における主尋問と反対尋問の出来栄については、データ数が半分以下となるので扱わなかった。ここではデータ数が少なくなるが参考として、尋問の出来栄について簡単な分析をしておくことにする。

IVで述べたように、人証の出来栄評価では、以下の項目を評価してもらった。

- (G) 主尋問の技法 (主尋問は的確に要領よく上手に実施していたか)
  - (G1) 主尋問の量 (5段階尺度)
  - (G2) 主尋問のための準備の程度 (7段階尺度)
  - (G3) 主尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (7段階尺度)
- (H) 反対尋問の技法 (反対尋問は的確に要領よく上手に実施していたか)
  - (H1) 反対尋問の量 (5段階尺度)
  - (H2) 反対尋問の有効性の程度 (7段階尺度)
  - (H3) 反対尋問の技法 (パフォーマンス) の評価 (7段階尺度)

これらのうち、主尋問及び反対尋問の量 (G1とH1) は、詳細か簡略かの評価であり、出来栄そのものではなく、かつ、尺度も5段階と異なるので分析対象から外し、内容にわたる評価であるG2, G3, H2, H3について検討した。因子分析によれば、1因子となり、信頼性分析によればクロンバックの $\alpha$ は0.853となるので、一つの尺度「尋問の出来栄」にまとめることができる。この尋問の出来栄と、民事弁護の質、評価対象の弁護

士の修習期、及び第一審の結果（判決・和解）について実質的な勝敗の程度との相関を見た表が以下（図表 36）である。

このように、尋問の出来栄と民事弁護の質は正の高い相関があり、尋問の出来栄のよい弁護士は民事弁護の質も高い。また、裁判結果の実質的な勝敗の程度と尋問の出来栄は負の相関を示しており、尋問の出来栄がよい弁護士であるほど、裁判結果も自分の側に有利となる関係がみられる。これらに対し、弁護士の修習期との間には統計的に有意な関連性はみられない。すなわち、修習期が大きくなると、すなわち弁護士経験年数が短くなると、尋問が下手になるとか上手になるとかという関係は探知されなかった<sup>79)</sup>。

## VII. 終わりに

本稿では、練達の弁護士により、他の弁護士の民事訴訟実務のパフォーマンスを、訴訟記録から判断できる範囲で評価してもらおうという方法論によって（Ⅲ）、法曹の質の一つとしての民事弁護の質を測定した。評価の信頼性は期待したほど高いものではなかったが、先行研究との比較などに鑑みると、統計的に十分意味のある程度の信頼性は得られたと判断できる（Ⅳ）。その評価スコアに基づいて、弁護士の民事弁護の質という合成尺度を構築した（Ⅴ）。民事弁護の質尺度を用いて、様々な分析を試みた（Ⅵ）。

予想される仮説通りの結果もあれば、予想とは正反対の分析結果もあった。本研究のよ

うな実証的な検討が、法曹の質をめぐる議論をより社会科学的なものへと、改善してゆくことを祈念して筆を擱くことにする。

（おおた・しょうぞう）

### 《文献》

Moorhead, Richard, Avrom Sherr, Lisa Webley, Sarah Rogers, Lorraine Sherr, Alan Paterson, & Simon Domberger, *Quality and Cost: Final Report on the Contracting of Civil, Non-Family Advice and Assistance Pilot* (The Stationery Office 2001).

Moorhead, Richard & Richard Harding with Avrom Sherr, *Quality and Access: Specialist and Tolerance Work under Civil Contracts* (The Stationery Office 2004).

「法曹の質」研究会『『法曹の質』の検証方法に関する研究』日弁連法務研究財団編『法と実務』6号 1-93頁（商事法務、2007）。

「法曹の質」研究会編『『法曹の質』の検証：弁護士に求められるもの』（商事法務、2008）。

「法曹の質」研究会編『JLF 叢書 VOL.18 日本人の弁護士イメージ』（商事法務、2011）。

太田勝造『『法曹の質』の概念と現状：英米の研究と日本の実態調査を踏まえて』NBL 890号 9-17頁（2008）。

太田勝造『『法曹の質』の調査研究：依頼者・弁護士関係——法律相談者評価と弁護士自己評価・ピアレビュー』法社 70号 159-168

（図表 36）

◎尋問の出来栄（スコアが小さい方が優れている）	※弁護士の民事弁護の質（1:非常に高い⇔7:非常に低い）	◎評価対象の弁護士の修習期	◎第一審結果の実質的な勝敗の程度（10:相手側実質勝訴⇔0:評価対象弁護士側実質勝訴）
Pearson の相関係数	.703**	-.116	.439**
有意確率（両側）	.000	.109	.000
N	193	192	193

\*\* は 1% 水準で統計的に有意。

79) ただし、p 値は 10.9% で Pearson の相関係数のスコアはマイナスであるので、弱いマイナスの相関についての傾向が見られなくもないといえる。これは修習期が大きいほど、経験年数が短いほど、わずかではあるが、尋問の出来栄が良くなる傾向があるかもしれない。そうであれば、民事弁護の質と弁護士経験年数との関係とパラレルな関係といえることになる。

頁 (2009)。

太田勝造「法曹の質とロースクール」『ロースクール研究』15号 59-62頁 (民事法研究会, 2010)。

ジョージ W. ボーンシュテット=デイヴィッド・ノーキ (海野道郎=中村隆監訳) 『社会統計学：社会調査のためのデータ分析入門』 (ハーベスト社, 1990)。

山内光哉『心理・教育のための統計法 (第3版)』 (サイエンス社, 2009)。

## 論説

## 営業秘密

## ——保護の経緯と秘密管理性

東京大学客員教授・弁護士

末吉 亙

## I. 営業秘密の保護の経緯

- 1 平成2年改正による営業秘密の保護
  - (1) 背景
  - (2) 平成2年改正不正競争防止法の骨子
- 2 平成5年不正競争防止法改正（営業秘密関連）
- 3 その後の不正競争防止法改正（営業秘密関連）

## II. 秘密管理性の要件について

- 1 立法当初の秘密管理性の解釈
- 2 裁判例における秘密管理性の解釈・判断
  - (1) 原則論どおりの認定の裁判例
  - (2) アクセス制限徹底型の裁判例
  - (3) 少し緩やかな認定の裁判例
  - (4) 緩やかな認定の裁判例
  - (5) 検討

営業秘密が不正競争防止法で初めて保護（施行）されてから、ほぼ23年になる。本稿では、この間の経緯を概観したうえ、特に重要と考えられる秘密管理性の要件について、裁判例を検討しようとするものである。

## I. 営業秘密の保護の経緯

## 1 平成2年改正による営業秘密の保護

## (1) 背景

平成2年改正前夜、産業界においては、政府間交渉であるガット・ウルグアイ・ラウンドのTRIPs交渉に対して、我が国の日本経済団体連合会、米国の知的所有権委員会（IPC）及び欧州産業連盟（UNICE）の間で、知的財産に関する日米欧民間三極会議が組織され、GATT-TRIPs交渉に先進国の民間の意向を反映させるとともに自由貿易の障害となる保護主義を牽制すべく活発な活動が行われた。この日米欧民間三極会議による「知的所有権に関する日米欧民間三極会議の見解」（昭和63（1988）年6月）では、特許、商標、著作権、半導体チップ、権利行使（エンフォースメント）と並んで、営業秘密についても日米欧の民間の見解がまとめられ、提言されている<sup>1)</sup>。

また、法曹界においても、日本弁護士連合会知的所有権委員会においてかねてから営業秘密の保護を含む不正競争防止法の改正の検討が行われており、平成元（1989）年5月に「不正競争防止法改正要綱」がまとめられ、

1) 西村もも子「TRIPs協定の形成過程における日米欧民間三極会議」知的財産法政策学研究37号57頁、76-84頁、87-89頁（2012）。ただし、当時、我が国産業界は一枚岩ではなく、たとえば、製薬業界は営業秘密保護に積極的であった反面、電機業界は、必ずしも積極的ではなかった、と思われる。



さらにこれが、同年7月には通商産業大臣に意見書として提出された。同要綱は不正競争防止法の全面改正を提言するものであり、その中の一項目として、「企業秘密の不正使用行為の差止め」の項を設けることにより、営業秘密の保護を不正競争防止法において行うべきとしている<sup>2)</sup>。

このようにして、当時、営業秘密の保護が内外から要請されていた。

そして、産業構造審議会財産的情報部会の審議を経たのち<sup>3)</sup>、営業秘密の保護を中心とする「不正競争防止法の一部を改正する法律」が、平成2(1990)年6月22日に可決成立し、同月29日公布され、平成3(1991)年6月15日から施行された。この改正不正競争防止法により、営業秘密の保護が初めて明文で制度化されたものである。

## (2) 平成2年改正不正競争防止法の骨子

平成2年の不正競争防止法改正による営業秘密保護の骨子は、後掲の表【図表1】のとおりである。なお、この、民事的な救済の前提となる営業秘密に係る不正競争行為の類型は、営業秘密の定義を含めて、この当時から現行法に至るまで、同等である。

## 2 平成5年不正競争防止法改正 (営業秘密関連)

平成5年不正競争防止法改正において、営業秘密に影響するところでは、①現代語化された点と、②損害賠償請求のための推定規定及び書類提出命令規定が新設された点とがある。後掲の表【図表2】に、上記平成2年改

正法の各条文との対応関係を示す。なお、平成5年改正法は、平成2年改正法の営業秘密に係る不正競争行為の類型を踏襲している。

## 3 その後の不正競争防止法改正 (営業秘密関連)

その後の営業秘密に関連する不正競争防止法の改正経緯を、後掲の表【図表3】に示す。ここで、民事的救済については、その基本形は平成2年及び平成5年改正法で確立しており、その後の改正はこれを補充する形となっているのに対し、刑事的救済については、平成15年改正法を皮切りに、その後、短期間でこれを拡大しているのである。これらによれば、本稿で取り上げる秘密管理性の要件は、平成2年改正法から変わっておらず、むしろ、限界に近いところまで刑事罰の範囲を拡大してきたことからすると、構成要件の明確性という観点から、営業秘密要件を緩やかに解釈するのに消極的立場を採る説が有力である<sup>4)</sup>。

## II. 秘密管理性の要件について

### 1 立法当初の秘密管理性の解釈

立法当初、秘密管理性については、つぎのように考えられていた<sup>5)</sup>。

秘密として管理されていることという要件の内容は、当該営業秘密について、従業員、外部者から、認識可能な程度に

2) この要綱は、日本工業所有権法学会年報14号69頁(1991)に掲載されている。併せて、本間崇「不正競争防止法改正の必要性和日弁連の改正要綱について」日本工業所有権法学会年報14号47頁(1991)、松尾和子「日弁連要綱の不正競争行為類型5及び6について」日本工業所有権法学会年報14号109頁(1991)参照。なお、日弁連案は、秘密管理要件の問題点(①管理概念の曖昧さ、②企業格差によって営業秘密の保護に不公平な結果が発生する、③「秘密」など他の要件の判断で足りる)を指摘して(松尾・同114-116頁)、この要件を採用せず、侵害行為を限定する案としている。

3) 産業構造審議会財産的情報部会「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について」(平成2年3月)通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密——逐条解説改正不正競争防止法』157頁(有斐閣、1990)所収。盛岡一夫「企業秘密の保護に関する問題点について」日本工業所有権法学会年報14号119頁(1991)も参照。

4) この間の改正は、かなり限界まできているというのが筆者の感覚である(中原裕彦ほか『日本の知財戦略』を考へる～『三位一体』の実現と営業秘密保護の課題～(上、下)特許ニュース13722号1頁(2014)及び13723号1頁(2014)、特に13723号3頁〔末吉互発言〕)。

5) 通商産業省知的財産政策室監修・前掲注3)55-56頁。

客観的に秘密の管理状態を維持していることを要し、具体的には、

- ①. 当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることを認識できるようにされていること（中略）、
  - ②. 当該情報にアクセス出来る者が制限されていること（中略）、
- といった状況が考えられる。

ただし、こうした秘密管理の内容も、同一の営業秘密について、外部からの侵入者に対しては、その営業秘密を記載した文書等が置いてある部屋に鍵がかかっていることで秘密管理の要件を満たす場合もあり得る一方で、当該情報に日々接しながら仕事をしている内部の従業員等に対しては、単に部屋に鍵をかけているだけでは足りず、当該情報が営業秘密であることが認識できるようにマル秘の判を押し、持ち出しを禁ずる等の措置を講じておくことが必要と考えられる場合もあり、具体的状況に応じて個別に判断されることになるものと考えられる。（中略）

秘密管理の程度は、当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なものとなっていれば足りるのであり、必要以上に管理を行うことは要しない。例えば、大企業の場合には、多数の従業員がアクセスする可能性があることから、誰がアクセスしても営業秘密で

あることが認識できるような厳格な管理が必要とされる場合も考えられるし、中小企業の場合には、少数の従業員に対して口頭で注意する等の手段により十分認識させ得る場合もあると考えられる。

つまり、この、①営業秘密認識可能性、及び、②アクセス制限の2要件を中心として、個別に判断するものとされていた。

また、当時の国会審議においては、秘密管理要件は、それ程、深刻には考えられていない<sup>6)</sup>。

なお、営業秘密の定義は、平成2年改正法から同様であり、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう」。

## 2 裁判例における秘密管理性の解釈・判断

裁判例においても、一般論としては、秘密管理性の解釈については、基本的には上記1と同様に考えられている<sup>7)</sup>。

しかし、個別の当てはめ判断においては、判断の揺らぎが少しあるようにも見受けられる。以下においては、平成10年以降において、秘密管理性を肯定した裁判例を分類し、「原則論どおりの認定の裁判例」、「アクセス制限徹底型の裁判例」、「少し緩やかな認定の

6) 衆議院第118回国会商工委員会第8号（平成2年6月13日）によれば、棚橋政府委員の答弁では、有体物の場合は金庫保管・アクセス者の範囲限定・責任者決定、その他の情報の場合は、情報知得者の特定・限定、情報知得者につき上層部・責任者による把握等が、それぞれ秘密管理として指摘されている。（<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/118/0260/11806130260008c.html>, 2014年8月19日最終閲覧）。

7) 「認識可能性」及び「アクセス制限」の2要件を述べて秘密管理性につき判示したうえ、これを認定する裁判例としては、東京地判平成12年9月28日判時1764号104頁【医療用機械器具】〔後掲(1)①〕、大阪地判平成15年2月27日裁判所HP参照（平成13年(ワ)10308号等）【セラミックコンデンサー】〔後掲(3)⑧〕（要求される情報管理の程度や態様は、秘密として管理される情報の性質、保有形態、企業の規模等に応じて決められるものというべきである、とする）、東京地判平成15年3月6日裁判所HP参照（平成12年(ワ)14794号等）【食肉包装用ネット等】〔後掲(4)①〕（どのような状態であれば保護に値する「管理」ということができるかは、当該情報の性質、その利用態様、不正な取得行為の具体的な態様等の諸般の事情を総合して、個別・具体的に判断するのが相当である、とする）、名古屋地判平成20年3月13日判時2030号107頁【産業用ロボットシステム】〔後掲(4)③〕（要求される情報管理の程度や態様は、秘密として管理される情報の性質、保有形態、企業の規模等に応じて決められる、とする）、東京地判平成23年11月8日裁判所HP参照（平成21年(ワ)24860号）【投資用マンション】〔後掲(3)⑫〕（控訴審同旨、知財高判平成24年7月4日裁判所HP参照（平成23年(ネ)10084号等））等がある。上掲括弧内の各抜き書きのとおり、情報管理の程度や態様に関する判断基準に触れている裁判例もあり、興味深い。

裁判例」,「緩やかな認定の裁判例」の順に検討する<sup>8)</sup>。

(1) 原則論どおりの認定の裁判例

下記の裁判例では, 秘密管理性の要件の原則論(あるいはその趣旨)を適用して, それぞれ秘密管理性を認定していると解される。ただし, 電子データのみの事例では, アクセス制限のみの認定であっても原則論どおりと評価して分類している(後掲の裁判例②④⑤⑥⑦)。

- ① 東京地判平成12年9月28日判時1764号104頁【医療用機械器具輸入販売／顧客名簿】〔秘密管理性一部肯定(顧客名簿(電子データ)のみ肯定, 顧客名簿残り・治験データ・輸入申請書等は否定)するも4号否定(不正取得認めず)〕は, <FD内の磁気情報について人的アクセス管理・施錠管理><プリントアウト制限・プリントアウトにマル秘表示>を認定。
- ② 東京高判平成16年4月22日裁判所HP参照(平成16年(ネ)424号)【システムエンジニアを顧客に派遣する人材派遣／会社所属のシステムエンジニアに関する情報(システムエンジニアの連絡先, システムエンジニアの売上高・報酬額, その差額である粗利益等のシステムエンジニアに関する情報)】〔秘密管理性肯定するも7号否定(不正の利益を得る目的ないし保有者に損害を加える目的を有していたとは認めず)〕は, 電子データのみで, <PW・IDによるアクセス制限(5名のみ)>を認定。
- ③ 東京地判平成17年6月27日裁判所HP参照(平成16年(ワ)24950号)【食料品輸入／香菜・豆苗・カイラン・広東白菜・菜心等の中華料理に使用する生鮮野菜の一部の輸入販売等に関する生産者の名称・住所・連絡先その他の情報(「仕入先関連情報」), 顧客の名称・住所・連絡先・過去の取引実績・支払状況(信用

度)その他の情報(「顧客関連情報」)〕〔秘密管理性肯定し, 4号5号肯定〕は, <電子データはPW(代表者のみ)によるアクセス制限><紙資料は施錠可能保管によるアクセス制限・営業秘密表示あり><営業秘密に接する機会のある従業員から誓約書><守秘義務を細かく規定した就業規則・これを原告営業所内のホワイトボードに掲示><毎朝朝礼で, 随時, 新聞等に掲載された営業秘密に関する事件を紹介する等の教育>を認定。

- ④ 大阪地判平成19年5月10日裁判所HP参照(平成18年(ワ)5172号)【出会い系サイト運営／プログラム「顧客情報」】〔秘密管理性肯定し, 4号5号肯定(欠席判決)〕は, <プログラムはID・PWによるアクセス制限(従業員P1と原告ら代表者のみ)><顧客情報電子データはID・PWによるアクセス制限(正社員及び入金・問合担当のアルバイト従業員のみ)><被告及び従業員P2は, 本件顧客情報をすべて閲覧できたが, 原告を退職する際に原告との間で秘密保持契約>を認定。
- ⑤ 大阪地判平成20年6月12日裁判所HP参照(平成18年(ワ)5172号)【出会い系サイト経営／顧客データ, プログラム】〔秘密管理性肯定し, 4号5号7号8号肯定〕は, <プログラムはID・PWによるアクセス制限(原告ら代表者と従業員P2のみ), 使用許諾に際しての守秘義務設定><顧客データはID・PW(原告ら従業員保有)によるアクセス制限(ID・PWの趣旨が有名無実化していたというような事情は認められない)>を認定。
- ⑥ 大阪地判平成25年4月11日判時2210号94頁<sup>9)</sup>【各種自動車の輸出入及び売買等／顧客情報】〔秘密管理性肯定し, 5号8号肯定〕は, <専用ソフト利用にはユーザー名及びPW入力必要(PW変更

8) なお, 各裁判例においては, 【 】内に, 【営業秘密保有会社の業務／問題となっている情報】を, [ ]内に, [秘密管理性の肯定否定, 不正競争行為の成否]を, それぞれ表示し, また, パスワードを「PW」, フロッピーディスクを「FD」とそれぞれ省略して表示する。

9) 苗村博子「判批」WJ判例コラム6号1頁(2013)。

あり) > < 従業員が私物 PC にインストールする際、依頼書署名が義務 (同書面に、退職時に必ずアンインストール作業を原告に依頼する条項、無断複製・機密漏洩・全てのデータの譲渡転売・会社への損害付与全てで禁止条項あり) > < 実際にはソフトのインストール及びアンインストール作業は、従業員個人ではなく作業担当者による > < 管理業務等委託先たる関連会社につき、同従業員は ID 及び PW を付与されてソフトのアクセス権限を付与され、同委託契約で守秘義務設定 > < 本件顧客情報の管理状況からすれば、本件顧客情報のアクセス権限者は、同情報の秘密性を当然認識 > を認定。

- ⑦ 東京地判平成 25 年 10 月 17 日裁判所 HP 参照 (平成 23 年(ワ)22277 号) 【レジスター、計算機の販売／顧客情報】〔秘密管理性肯定し、4 号 5 号肯定〕は、< 顧客管理パソコン設置の管理部屋は、業務時間外は、本社 1 階と同部屋の各出入口の錠と警備装置にて、同錠を開く各鍵と同警備装置を解除するカードキーとを各所持する役員及び管理部所属の正社員 3 名以外のアクセスを制限／業務時間内も、常に管理部所属の従業員 4 名のうちの誰かが管理部か奥の役員室にいて、役員、管理部所属の従業員及びこれらの者に入室を認められた者以外のアクセスを制限 > < PC は ID 管理・アクセス権限定 > < 就業規則で守秘義務 > < 業務通達や社内研修で周知 > を認定。

## (2) アクセス制限徹底型の裁判例

ここでは、秘密管理性要件の原則論を踏まえつつも、電子データに限られない秘密情報全体について、そのアクセス制限を徹底しているタイプの裁判例を挙げる (「アクセス制限徹底 (組織的管理) 型」及び「アクセス制限徹底 (代表者集中管理) 型」と分類してみた)。

### a アクセス制限徹底 (組織的管理) 型

大企業が、徹底したアクセス制限を組織的

に実現して、秘密管理を実施しているものである。

- ① 東京地判平成 22 年 3 月 30 日裁判所 HP 参照 (平成 19 年(ワ)4916 号等) (控訴審同旨、知財高判平成 23 年 9 月 27 日裁判所 HP 参照 (平成 22 年(ネ)10039 号等))<sup>10)</sup> 【石油精製油脂製造・石油化学工業／ポリカーボネート樹脂製造装置 (PC プラント) に関する情報】〔秘密管理性肯定し、一部被告 8 号肯定・他被告 8 号否定〕は、< 図面図表及び DAD データ FD をロッカー保管 > < 保管室入り口扉に「関係者以外立入禁止」表示 > < FD ケースに持ち出し禁止を示すシール > < 特定の者以外のアクセス制限 > < 工場には守衛駐在・守衛詰所で出入管理 > < 製造に関係する従業員は秘密情報であることを認識 > を認定。

- ② 東京地判平成 22 年 4 月 28 日判タ 1396 号 331 頁 【医薬品等の製造販売／コエンザイム Q10 の生産菌 A, B】〔秘密管理性肯定し、4 号 5 号肯定〕は、< フリーザー室内の施錠可能冷凍庫に保管 > < フリーザー室入室は原則研究者のみ・不在時は施錠 > < 同建物は夜間施錠 > < 同建物区域は常時施錠・カードキー管理、監視カメラ設置、守衛管理 > < 種菌研究のための使用場所はパイロット工場と実験室のみ・運搬は研究者自身 > < 培養研究は工場で研究者のみ・研究使用後は廃棄 > < パイロット工場、実験室、工場でも施錠管理と建物管理 > を認定。

- ③ 東京地判平成 23 年 4 月 26 日判タ 1360 号 220 頁 【石油化学工業／PC 樹脂プラント図面・図表等】〔秘密管理性肯定し 8 号肯定〕は、< 図面及び CAD データ FD は工場内の計測器室 (独立した建物) 内保管・同室入り口扉に「関係者以外立入禁止」の表示 > < FD ケースに「持ち出し禁止」のシール > < 工場は守衛常駐・守衛詰所で出入管理 > < 工場の従業員は秘匿性が高い情報と一般的に認識 > を認定 (上掲①は関連裁判例)。

10) 控訴審につき、苗村博子「判批」知財管理 62 巻 10 号 1449 頁 (2012)。

b アクセス制限徹底（代表者集中管理）  
型

比較的小規模の企業において、代表者のみアクセス出来ることを徹底して、秘密管理しているものである。

- ①東京地判平成23年2月3日裁判所HP参照（平成20年(ワ)34931号）【雨戸製造／図面等】〔秘密管理性肯定し7号肯定（控訴審反対（非公知性否定）、知財高判平成23年7月21日判時2132号118頁<sup>11)</sup>（交付された図面等は、本件情報に係る部品に関するものに限られ、かつ、当該部品は、一般的な技術的手段を用いれば光通風雨戸の製品自体から再製することが容易なものであるから）〕は、＜社長室中の鍵のかかった金庫中保管＞＜原告代表者だけこの金庫の鍵を開閉出来る・従業員は社長室入室不可＞＜原告らは、金型を製造する会社に対し、同一金型を製造しないよう要請＞＜就業規則で守秘義務＞を認定。

(3) 少し緩やかな認定の裁判例

ここでは、原則論からすると、秘密管理性の要件を少し緩やかに解していると見られる裁判例を検討する。これらは、営業秘密表示がないところを、「営業秘密としての認識」で補っている<sup>12)</sup>。

- ①大阪地判平成10年12月22日知的財集30巻4号1000頁【耐食タンク等製造販売／口金ノズルの技術】〔秘密管理性肯定（口金ノズルの技術のみ）し、7号8号肯定〕は、＜ノズル等の施錠を要件としないアクセス制限＞＜営業秘密表示なし（ただし、役員、従業員から誓約書を徴して営業秘密の保持義務を課す）＞を認定。
- ②東京地判平成11年7月23日判時1694号138頁【美術工艺品等販売／顧客名簿】〔秘密管理性肯定し、4号肯定（5号6号

否定）〕は、＜全役職員に個別PW（毎月変更）によるシステムへのアクセス制限＞＜ディスプレイ表示を最少限度とするアクセス制限＞＜アウトプット顧客名簿の出力管理・保管管理・廃棄管理・貸出制限管理＞＜営業秘密表示はないが、就業規則・被告の秘密保持誓約書（在職中、退職時）＞を認定。

- ③東京地判平成12年10月31日判時1768号107頁（控訴審も同旨、東京高判平成13年6月20日裁判所HP参照（平成12年(ネ)5926号））【放射線測定機械器具販売等／顧客情報】〔秘密管理性肯定し、4号5号肯定〕は、＜PWを要件としないシステムへのアクセス制限（処理手順が複雑）＞＜FDに営業秘密表示なし（しかし、被告丙野が戊野に命じて特に作成させたという経緯及び本件顧客情報の内容に照らし、秘密であることは原告会社の社員であれば容易に認識可能）＞を認定。

- ④東京地判平成12年11月13日判時1736号118頁<sup>13)</sup>【墓石販売／「暫定顧客名簿（電話帳抜粋）」「お客様情報」「来山者名簿」「（予約）聖地使用契約書」「加工図・パース」及び「墓石原価表】〕〔秘密管理性肯定（ただし、非公知性一部（「加工図・パース」及び「墓石原価表」）否定）し、4号肯定〕は、＜書類につき施錠まで要求しないアクセス制限＞＜営業秘密表示なし（ただし、原告では、新規採用社員に対して、原告が保管する営業資料につき、営業活動以外への使用禁止を徹底指導）＞を認定。

- ⑤大阪高判平成14年10月11日裁判所HP参照（平成12年(ネ)2913号）【人材派遣会社／派遣社員に関する情報、派遣先企業に関する情報】〔秘密管理性肯定するも7号8号否定（使用・開示認め

11) 控訴審につき、宮脇正晴「判批」法セ増刊（新・判例解説Watch）13号203頁（2013）。

12) これら裁判例における認識の経緯については、a) 保有企業の努力の成果たる認識の事例（①②④⑤⑦⑨⑩⑪⑫）、b) 当該秘密情報の作成経緯の結果たる認識の事例（③）、c) 保有企業の努力及び小規模の結果たる認識の事例（⑥⑧）、d) 商用ソフトウェアの特質の結果たる認識の事例（⑬）、と分類できる。

13) 工藤莞司「判批」時の法令1664号61頁（2002）、末吉互「判批」中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』190頁（2007）。

ず)は、＜オフコン起動の人的・物的制限＞＜書類の施錠保管・管理責任者限定・廃棄管理＞＜書類利用は業務上必要範囲＞＜営業秘密表示なし(ただし、誓約書・就業規則・「入社時ガイダンス」や先輩による指導、派遣社員に対して極めて厳重な注意、営業担当社員が営業活動に派遣社員の履歴書原本を持ち出したことを他の社員の面前において強く叱責)＞を認定。

- ⑥福岡地判平成14年12月24日判タ1156号225頁<sup>14)</sup>【精密金型及び精密機器の製造販売等／半導体全自動封止機械装置、半導体全自動封止機械装置用コンバージョン及び半導体封止用金型の生産方法に関する個々の設計又は製造技術情報等】〔秘密管理性肯定し、5号肯定〕は、＜ユーザーID(又はユーザー名とPW又はPW)によるシステムのアクセス制限＞＜データバックアップメディアの施錠可能保管・保管責任者限定＞＜ハードコピーは施錠可能保管＞＜データバックアップメディアとハードコピーとは関係者以外は立ち寄らない部屋内に保管＞＜営業秘密表示なし＞＜各部の設計担当の従業員数は、それぞれ9人、6人、18人で、同各部の上司が、それぞれ職場にいる同各従業員を一覧できるような状況であり、誰かに一声かければ、その指導内容を同各従業員全員に伝えることができ、同上司は、同従業員に対し、設計図面を机の上に放置してはいけない等の設計図面の管理に関する指導を実施＞＜就業規則＞＜顧客に対し、原則として部品図を非開示／例外的には厳格な手続を経由し、守秘契約締結のうえ部品図提供、出図する図面上に「Confidential」の押印／原告従業員は部品図の出図に際し上記決裁を経なければならないことを認識＞＜原告が、外注先や商社に対し、見積依頼や発注等のため部品図を送付する

際には、返却・廃棄を原則求め、特段の事情のない限り、見積依頼の時は見積印を押印／発注の際には出図印を押印／原告が外注先や商社に対し図面管理の依頼を行うことや見積印及び出図印を押す運用については、新入社員等の実地研修受入れの際同社員等に指導＞＜図面流出の疑義がある時には調査等してこれに対処＞を認定。

- ⑦東京地裁中間判決平成14年12月26日裁判所HP参照(平成12年(ワ)22457号)(終局判決も同旨、東京地判平成15年11月13日裁判所HP参照(平成12年(ワ)22457号))<sup>15)</sup>【人材派遣／派遣スタッフに関する情報、派遣先の事業所に関する情報】〔秘密管理性肯定し、7号8号肯定〕は、＜書類の一時持ち出しあり(必要上やむを得ない利用形態)＞＜営業秘密表示なし(ただし、原告会社では、派遣スタッフや派遣先事業所の情報の重要性やこれらを漏洩してはならないことを研修等通じて従業員に周知／該当部署の従業員一般との間で秘密保持契約締結し秘密保持に留意)＞を認定。
- ⑧大阪地判平成15年2月27日裁判所HP参照(平成13年(ワ)10308号等)<sup>16)</sup>【セラミックコンデンサー積層機及び印刷機の製造販売／セラミックコンデンサー積層機及び印刷機の設計電子データ】〔秘密管理性肯定し、4号5号肯定〕は、＜営業秘密表示なし(ただし、原告従業員は全部で10名・電子データの取扱態様は全員認識)＞＜PW等によるアクセス制限なし(バックアップ作業についてはPW等によるアクセス制限)＞＜電子データ利用は業務の必要範囲内・アクセス限定＞＜バックアップメディアは施錠保管・アクセス制限＞を認定。
- ⑨東京地判平成16年5月14日裁判所HP参照(平成15年(ワ)5711号)【作務衣等の通信販売等／顧客情報】〔秘密管理

14) 進士英寛「判批」NBL754号4頁(2003)。

15) 終局判決につき、市川正巳「判批」中山ほか編・前掲注13)196頁。

16) 山本英雄「判批」知財管理54巻1号69頁(2004)。

性肯定し、7号8号肯定〕は、＜電子データはID・PWによるアクセス管理・物的アクセス制限＞＜紙資料は施錠保管によるアクセス制限・廃棄管理＞＜営業秘密表示なし（ただし、就業規則で守秘義務、新入社員入社時にその旨指導）＞を認定。

⑩東京地判平成22年3月4日裁判所HP参照（平成20年(ワ)15238号）【労働者派遣／派遣労働者情報、派遣先情報】〔秘密管理性肯定するも7号否定（因果関係認めず）〕は、＜アカウント付与制限・アクセス制限＞＜データ持ち出し禁止・外部記憶装置物理的使用不可＞＜PCの社外持ち出し禁止・例外は申請・誓約による＞＜人事関係書類は施錠管理・鍵使用制限・アクセス制限＞＜人事関係書類持ち出し禁止・限定的な例外＞＜派遣先情報書類は施錠管理・鍵使用制限＞＜営業秘密表示なし（ただし、就業規則・誓約書・研修）＞を認定。

⑪大阪地判平成22年6月8日裁判所HP参照（平成20年(ワ)7756号等）【電話占い／顧客情報】〔秘密管理性肯定し、一部被告の7号8号肯定・他被告の5号6号8号9号否定〕は、＜PCによる顧客名簿管理＞＜PCのログインPW、ソフト立ち上げPW7つ（何度か変更、経験豊富な数名しか知らない）＞＜データは営業時間中にはスタッフが自由に顧客情報閲覧可能＞＜データのコピー・プリントアウトは出来ない＞＜特定の2人だけが使用するPCでのみタックシール作成＞＜タックシールは施錠保管・鍵管理・タックシール枚数管理＞＜顧客情報にアクセス可能なスタッフは6名＞＜営業秘密表示なし（ただし、守秘契約等によりスタッフや占い師は秘密管理認識可能）＞を認定。

⑫東京地判平成23年11月8日裁判所HP参照（平成21年(ワ)24860号）【投資用マンション販売／顧客情報】（控訴審同

旨、知財高判平成24年7月4日裁判所HP参照（平成23年(ネ)10084号等）〔秘密管理性肯定し、7号8号肯定〕は、＜顧客ファイルや顧客管理システム保管された電子データとして一元管理＞＜顧客ファイルや顧客管理システムは、いずれも入室が制限された施錠付きの部屋に保管＞＜利用者限定（顧客ファイルは営業本部所属の社員と所定の申請手続を経た営業部所属の社員のみ・顧客管理システムは所定のログイン操作を経た営業本部所属の社員のみ）・利用の必要性の範囲内＞＜営業秘密表示なし（ただし、就業規則で秘密保持義務を規定、退職時に秘密保持に関する誓約書、各種の情報セキュリティを実施してISMS認証やISO/IEC27001認証取得し、毎年行われる審査に合格、従業員に対する「ISO27001ハンドブック」の配布、これに基づく研修・試験など周知・教育措置実施）＞を認定。

⑬大阪地判平成25年7月16日裁判所HP参照（平成23年(ワ)8221号）<sup>17)</sup>【ソフトウェア開発／ソースコード】〔ソースコードの秘密管理性肯定（顧客情報は否定）するも7号否定（参照したと認められない）〕は、＜一般に、商用ソフトウェアにおいては、コンパイルした実行形式のみを配布したり、ソースコードを顧客の稼働環境に納品しても、これを開示しない措置をとったりすることが多く、原告も、少なくとも原告ソフトウェアのバージョン9以降について、このような措置をとっていた＞＜このような販売形態を取っているソフトウェアの開発においては、通常、開発者にとって、ソースコードは営業秘密に該当すると認識されている＞＜本件ソースコードの管理は必ずしも厳密であったとはいえないが、このようなソフトウェア開発に携わる者の一般的理解として、本件ソースコードを正当な理由なく第三者に開示してはなら

17) 小泉直樹「判批」ジュリ1464号6頁、7頁（2014）（この判決は、ソースコードという情報の性質から、秘密情報認識可能性が認められれば、アクセス制限において厳格なものを要求しない立場、とする）。

ないことは当然に認識していた>を認定。

#### (4) 緩やかな認定の裁判例

ここでは、秘密管理性に関する原則論からすると、緩やかと思われる裁判例を挙げる。

- ① 東京地判平成15年3月6日裁判所 HP 参照（平成12年(ワ)14794号等）（控訴審も同旨，東京高判平成15年9月29日裁判所 HP 参照（平成15年(ネ)1791号））【食肉包装用ネット等の包装材料販売／取引先名簿など取引関係書類】〔秘密管理性一部肯定するも4号5号否定（不正取得認めず）〕は、<①本件情報4はソフトPW管理（人的制限）、アウトプット営業秘密表示なし・人的保管管理（営業本部長管理）><②本件情報5はシステム管理なし、アウトプット営業秘密表示なし・人的保管管理><③本件情報6はソフトPW管理（人的限定）、アウトプット営業秘密表示なし・人的保管管理><④本件情報9（代金リストと原価表）は、人的保管管理（常務取締役以上の取締役管理）、原価表のみ営業秘密表示あり>を認定。
- ② 大阪地判19年5月24日判時1999号129頁<sup>18)</sup>【水門開閉装置用の減速機の製造販売／「水門開閉機用減速機を構成する各部品の図面」「機械効率のデータ」】〔秘密管理性一部（「水門開閉機用減速機を構成する各部品の図面」「機械効率のデータ」のみ）肯定するも7号8号否定（使用・開示認めず）〕は、<当該部署以外の従業員も閲覧できる><無施錠の棚保管・営業秘密表示なし・管理上の注意なし><「部品図」「機械効率のデータ」は顧客から求められた時に当然には交付しない・責任者管理><外注先に部品図を交付する時はそれが営業秘密であることが前提>を認定。
- ③ 名古屋地判平成20年3月13日判時2030号107頁【産業用ロボットシステムの製造販売／設計図面，設計CADデータ等】〔秘密管理性肯定し，7号8

号否定（プライスリストの交付認めず）・7号8号肯定（設計図等）〕は、「プライスリスト」につき<PWによるアクセス制限・人的制限（ただし、PWの付箋を貼付している者あり）><アウトプット印刷の制限管理・廃棄管理（ただし、未廃棄物あり）><朝礼において、時々、プライスリスト及びその印字用紙の管理を厳重にするように注意><秘密文書管理規程なし・管理マニュアルなし・営業秘密表示なし>を認定し、また、「設計図等」につき<図面は施錠保管管理><設計部門の者が設計室内で行う設計作業のために設計原図を持ち出すことは自由><設計部門で図面を返却しない例あり><設計部門以外、図面借り出しは台帳管理、以前は記入が徹底されていないこともあったが平成12年以降は徹底><機械設計部長がその設計内容を承認した図面であれば、コピーしてこれを外注先に交付することについて上司の承認は不要／外注先に交付した図面のコピーは、回収した上で廃棄する建前となっていたが、これは徹底されておらず、回収されない図面もあった><外注先との間で「秘密保持に関する念書」締結><仕入先との間で「文書（図面・標準類）管理要領」「取引基本覚書」締結、後者により図面・文書管理責任者及び緊急時の連絡先等を記載した「責任者登録表」受領><技術部門の従業員は、CADデータ（技術部門従業員のみアクセス可）をコンピューター端末にコピーして利用することがあり、また、印刷した図面については、設計原図のコピーと同様の扱い><設計部門の従業員が、営業部門の従業員に対し、電子メールに添付する方法によりCADデータを送信することがあった><取引先に対して、設計図面のコピーやCADデータを提供することがあり、こうした場合には提供した設計図面等を第三者に開示しないように注意することはなかった><得意先にロボット

18) 千野直邦「判批」判評601号（判時2027号）17頁（2009）。



システムを納入した際交付する取扱説明書には、「調達部品表」及び個々の部品の使用箇所を図示した組図が添付されており、同組図は CAD データを印刷したものだが、これは必要性の範囲内<>同取扱説明書には、その内容が秘密情報であるとか原告の了解なく第三者に開示してはならないことが明記されておらず、原告はロボットシステムを納品した先に対し、同取扱説明書の内容が秘密情報であるとか原告の了解なく第三者に開示してはならない旨を申し入れたことも、守秘義務契約書を取り交わしたこともない>を認定。

- ④大阪高判平成 20 年 7 月 18 日裁判所 HP 参照（平成 20 年(ネ)245 号）【袋物製造卸業／販売価格等】〔秘密管理性肯定し、7 号 8 号一部肯定〕は、<これら情報それ自体競合会社に知られると控訴人に多大の損害を与える可能性のある情報であり、営業従業員等がその旨の認識を有していたといえることは明らか>>控訴人は被控訴人 B が従業員を引き抜いて独立する動きがあるとの報告を受けて、これを防ぐために本件誓約書を作成させ、被控訴人 B がこれに署名押印するに際しては控訴人の取引先を同業他社に紹介して営業情報が漏れた例を挙げてかかる事態を防ぐ必要があると説明したものであるから、同被控訴人においては、かかる特殊状況下で作成された本件誓約書によって在職中及び退社後に秘密保持義務が課された「当社（控訴人）の秘密事項」は、控訴人の従業員が在職中ないし退社後に同業他社を設立ないし転職するなどして控訴人と競業する際に控訴人がその顧客を奪取される等、競争上不利な立場

に立たされることに繋がるような情報を指し、かかる情報（控訴人商品の販売先業者名、当該業者への販売価格、仕入価格）に秘密保持義務が課されていると当然に認識ないし認識しえた>>控訴人は、本件誓約書を作成したところに、同様の書面を上記秘密事項を知りうる立場にあると判断された営業関係の従業員全員に作成させて秘密保持義務を課すなどした>として、独立直前の具体的な守秘契約を秘密保持する従業員と締結した事実で秘密管理性を認定。

#### (5) 検討

まず、有力学説は、前掲(3)⑧【セラミックコンデンサー】より後において、秘密管理要件につき厳格に認定する裁判例の時期があるとし、これに対する「揺り戻し」裁判例として、前掲(4)②【水門開閉機】、前掲(4)③【産業用ロボット】、前掲(1)⑤【出会い系サイト】及び前掲(4)④【袋物】を挙げ、これら「揺り戻し」裁判例の理論的正当性を検証している<sup>19)</sup>。この学説は、秘密管理性につき、情報の利用者にとって秘密であると認識可能であるか否かを基準として相対的に判断すべきとする学説<sup>20)</sup>の延長線上にある。これら学説の実務に対する影響力は大きかったと思われる。秘密管理性の厳格な認定の問題点を実証的に指摘したからである。このため、秘密管理性の厳格認定に歯止めがかかっていると解される。

ところで、まず、すでに見たとおり、立法当初の解釈では、秘密管理性は、「具体的状況に応じて個別に判断される」とされていたし、「秘密管理の程度は、当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なものとなっていれば足りる」とされていたうえ、大企業でも、多数の従業員がアクセ

19) 近藤岳「秘密管理性要件に関する裁判例研究——裁判例の『揺り戻し』について——」知的財産法政策学研究 25 号 159 頁, 187-234 頁 (2009)。田村善之「営業秘密の不正利用行為をめぐる裁判例の動向と法的な課題」パテント 66 巻 6 号 79 頁, 84-86 頁 (2013)。田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否 (その 1) ——主観的認識 vs. 『客観的』管理——」知財管理 64 巻 5 号 621 頁, 629-638 頁 (2014) も同趣旨。なお、ここで、前掲(1)⑤の位置づけは本稿と異なる (本稿では、電子データのみの場合の原則論適用事例として整理している)。

20) 津幡笑「営業秘密における秘密管理性要件」知的財産法政策学研究 14 号 191 頁, 208-213 頁 (2007)、小嶋崇弘「営業秘密の保護と秘密管理性——人工歯事件——」知的財産法政策学研究 14 号 215 頁, 236-240 頁 (2007) など。

スする可能性がある場合には、厳格なアクセス管理が必要とされる場合があることも指摘されていた<sup>21)</sup>。

他方、すでに指摘したとおり<sup>22)</sup>、情報管理の程度や態様に関する判断基準に触れている裁判例があり、とくに、「揺り戻し」前の厳格認定時期直前とされる前掲(3)⑧【セラミックコンデンサー】、及び、「揺り戻し」とされている前掲(4)③【産業用ロボット】の裁判例では、いずれも、「要求される情報管理の程度や態様は、秘密として管理される情報の性質、保有形態、企業の規模等に応じて決せられる」と判示されていることに注目すべきである。

ところで、もとより、秘密管理性は、個別具体的な事案の解決の場面で検討されているのだが、裁判例を少し抽象化して比較してみよう。まず、前掲(3)（少し緩やかな認定の裁判例）の各裁判例では、営業秘密表示がない事例において、これに代えて「営業秘密としての認識（可能性）」で補って考えているものと解される。その意味で柔軟な判断ではあるが、「情報の利用者にとって秘密であると認識可能であるか否かを基準として相対的に判断」するとの判断手法だけで考えるのは妥当ではなく、やはり、全体的な総合評価が必要であろう。この全体的な総合評価の結果として、前掲(3)（少し緩やかな認定の裁判例）の各裁判例は、いずれも、妥当な範囲内のものであると解される。

他方、前掲(4)（緩やかな認定の裁判例）の各裁判例のうち、とくに、請求を認容した、③【産業用ロボット】及び④【袋物】についてであるが、いずれも、秘密として管理される情報の性質、保有形態、企業の規模等に応じて判断されている（いずれも、スピニアウト事例であり、また、大企業事例ではなく、かつ、秘密管理が機能していたと評価しうる事例である）。また、上記④は、営業秘密認

識可能性の認定を背景にしつつも、具体的な漏洩危機に直面した企業努力を正面から評価したもので、実務上の参考になる。これらも妥当な範囲内のものと解しうるであろう<sup>23)</sup>。

ところで、つぎの、知財裁判官の発言は、スピニアウト事例での秘密管理性を検討する裁判官としてのバランス感覚を示すものであり、参考とすべきであろう<sup>24)</sup>。

退職者に秘密を持ち出されないようにする最良の方法は、従業員に裏切られないように、従業員の保護を手厚くして、退職されないようにするということかと思えます（笑い）。それはそれとして、企業が、退職者によって営業秘密を奪われたと主張して訴訟を提起する場合における対策としては、外からも確認できる、見える形での秘密管理も重要かと思われれます。例えば、秘密情報について、一定の範囲の従業員以外にはアクセスできないようにする物理的な方法も考えられますが、業務の円滑な遂行とのバランスで、そのような方法が現実的でないのであれば、就業規則、内規、契約などによって拘束する方法とか、いろいろなあらかじめの対策が必要になってきます。いろいろな規則を定める際に重要なことは、業務の過程で、実際に遵守されているという実態があることは必要かと思われれます。

ここでは、「見える形での秘密管理」の重要性が指摘され、具体的には、「一定の範囲の従業員以外にはアクセスできないようにする物理的な方法」「就業規則、内規、契約などによって拘束する方法」が挙げられており、また、規則制定については、業務過程での実際の遵守実態が重要とされている。これらから、管理実態の認定が大事にされている

21) 通商産業省知的財産政策室監修・前掲注3)55-56頁。

22) 前掲注7)参照。

23) この点、棄却事例である前掲(4)（緩やかな認定の裁判例）の裁判例のうち、①【食肉包装用ネット】及び②【水門開閉機】については、妥当な範囲内かどうか、やや不明確ではある。

24) 牧野利秋監修・飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』171頁〔飯村敏明発言〕（青林書院、2005）。

ことが窺える。

訴訟実務では、「原則論どおりの認定」や「アクセス制限徹底型」の事例では余り問題はないが、やはり「少し緩やかな認定」や「緩やかな認定」の事例では、上掲のバランス感覚を踏まえ、上手に主張立証を組み立てる必

要がある。

ここまでの裁判例の蓄積を踏まえ、秘密管理性の判断、さらには、営業秘密の保護が、さらに適切に進展していくことに期待したい。

(すえよし・わたる)

【図表 1】

主な項目	骨子
営業秘密の定義、請求権者、差止請求権（1条3項柱書）	<ul style="list-style-type: none"> <li>「営業秘密」（秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう）、「保有者」、「営業秘密に係る不正行為」の各定義。</li> <li>営業秘密に係る不正行為によって、営業上の利益を害せられる虞があるときは、営業秘密に係る不正行為の停止、あるいは予防を請求することができる。</li> </ul>
盗取等の不正取得類型（1号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>「営業秘密の不正取得行為」の定義。</li> <li>不正取得行為者自身による使用・開示を「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
不正取得者からの転得類型（2号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>不正取得行為者又はその後の転得者からの、不正取得行為の介在したことにつき悪意・重過失での取得、あるいはそのように取得した上でする使用・開示を、「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
不正取得に係る事後的悪意者類型（3号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>「取得したる後に」、不正取得行為の介在したことにつき悪意・重過失で使用・開示する行為を、「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
信義則違反類型（4号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>例えば契約に基づいて営業秘密の開示を受けたような、保有者より営業秘密を示された者が、不正の競争その他の不正の利益を図る行為、あるいは保有者に損害を加える目的を以てする使用・開示を「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
不正開示者からの転得類型（5号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>5号は、4号の行為の相手方又はその後の転得者類型。</li> <li>「営業秘密の不正開示行為」を定義し、4号の行為及び法律上の守秘義務違反の開示行為を指すとす。</li> <li>不正開示行為の相手方又はその後の転得者については、不正開示行為の介在したことにつき悪意・重過失とする取得、あるいはそのように取得した上でする使用・開示を、「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
不正開示行為に係る事後的悪意者類型（6号）	<ul style="list-style-type: none"> <li>取得時の主観的態様を問題にしていた2号と取得後の主観的態様を問題にしていた3号の対応関係と同様、5号が取得時の主観的態様を問題にしていたのに対して、6号は取得後の主観的態様を問題にする。この6号は、取得したあとで不正開示行為の介在したことにつき悪意・重過失とする使用・開示を、「営業秘密に係る不正行為」とする。</li> </ul>
廃棄・除却請求権（1条4項）	<ul style="list-style-type: none"> <li>4項は、差止請求の附帯請求である廃棄・除却請求の内容を規定し、使用・開示の差止め、あるいはその予防だけではなく、「営業秘密に係る不正行為」を組成した物、「営業秘密に係る不正行為」により生じた物、又は「営業秘密に係る不正行為」に供した設備の廃棄を求めることなど、不正行為の停止又は予防に必要な措置を請求することができる。なお、「営業秘密に係る不正行為」を組成した物には、「営業秘密を化体したる媒体」も含むとする。</li> </ul>
損害賠償請求権（1条ノ2第3項）	<ul style="list-style-type: none"> <li>故意、過失によって他人の営業上の利益を「営業秘密に係る不正行為」により害した者には損害賠償責任がある。ただ、差止請求権が消滅した後に当該営業秘密を使用する行為によって生じた損害については、損害賠償責任がない。</li> </ul>
信用回復措置請求権（1条ノ2第4項）	<ul style="list-style-type: none"> <li>営業上の信用を害された場合、いわゆる信用回復措置が、「営業秘密に係る不正行為」による信用損害の場合について認められる。</li> </ul>

適用除外（善意者の保護）（2条1項5号）	・適用除外の要件を定めた規定で、この適用除外に当たる場合には、不正競争に係る規定は適用されない。この5号は、①取引により取得したこと、②取得時に、不正開示行為であること、あるいは不正取得行為もしくは不正開示行為が介在したことにつき善意・無重過失であること、③当該取引により取得した権原の範囲内の使用・開示であること、の3点を要件に、適用除外とする。
時効及び除斥（3条ノ2）	1条3項に規定する差止請求権につき、3年間の短期消滅時効及び10年間の除斥期間を規定する。

【図表2】

平成5年改正法	旧法との対応関係
2条4項 営業秘密	旧法1条3項柱書を踏襲
2条1項4号～9号 営業秘密に係る不正競争行為	旧法1条3項1号～6号を踏襲
3条2項 差止請求権、廃棄・除却請求権	旧法1条3項、4項を踏襲
4条 損害賠償請求権	旧法1条ノ2第3項を踏襲
7条 信用回復措置請求権 (後に、平成15年改正で14条に)	旧法1条4項を踏襲
8条 時効及び除斥 (後に、平成15年改正で15条に)	旧法3条ノ2を踏襲
11条1項6号 適用除外（善意者の保護） (後に、平成15年改正で15条1項6号に)	旧法2条1項5号を踏襲

【図表3】

<b>【平成15年改正】</b> ー①刑事的保護導入 ー②民事的救済措置強化	①. 他人の営業秘密を不正に取得、使用又は開示した者に対する処罰規定を新設。 ②. 不正競争行為による営業上の利益侵害によって生じた損害額や、その侵害行為自体の立証を容易化するため、特許法等の産業財産権法と同様に、逸失利益の立証容易化規定の導入や書類提出命令規定（侵害の場合）を拡充等。
<b>【平成17年改正】</b> ー①刑事的保護強化 ー②罰則強化	①. 「不正の競争の目的で営業秘密を日本国外に持ち出して使用・開示する行為」及び「在職中の約束に基づき元役員・元従業員が営業秘密を使用・開示する行為」を刑事罰対象に。かつ、営業秘密侵害罪に関する両罰規定を新設。 ②. 他の知的財産侵害犯又は刑法上の財産犯との均衡を考慮し、十分な抑止効果が図られるよう、罰則の水準を引き上げ（原則として5年以下の懲役又は500万円以下の罰金）。また懲役・罰金の併科を可能に。

<p>【平成 18 年改正】</p> <p>一①営業秘密侵害（及び秘密保持命令違反）の刑事罰強化</p> <p>一②法人に対する公訴時効期間延長</p>	<p>①. 特許権侵害罪や刑法上の財産犯との均衡を考慮し、十分な抑止効果が得られるよう、営業秘密侵害に係る罰則の水準を 10 年以下の懲役又は 1000 万円以下の罰金（秘密保持命令違反は 5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金）に引き上げ。両罰規定も 3 億円以下の罰金に引き上げ。</p> <p>②. 不正競争防止法の犯罪は、典型的には、個人の利得よりも法人の業務を利する意図で犯されることを想定しているため、法人に罰金刑を科する場合における時効期間は、その元となった罪の時効期間に（延長）。</p>
<p>【平成 21 年改正】</p> <p>一①営業秘密侵害罪の目的要件を変更</p> <p>一②第三者等による営業秘密の不正な取得に対し刑事罰対象範囲を拡大</p> <p>一③従業者等による営業秘密の領得自体に刑事罰導入</p>	<p>①. 改正前の営業秘密侵害罪の目的要件「不正の競争の目的で」を、「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で」（図利加害目的）に改めた。</p> <p>②. 改正前の第三者等による営業秘密の不正な取得行為に対する刑事罰の対象は、詐欺等行為又は管理侵害行為により、営業秘密記録媒体等を取得する場合又は営業秘密記録媒体等の記載等の複製を作成する場合に限定されていたが、この限定なく、図利加害目的をもって詐欺等行為又は管理侵害行為によって営業秘密を不正に取得する行為一般を刑事罰対象に。</p> <p>③. 改正前の「営業秘密を保有者から示された者」は、営業秘密を不正に持ち出す等の段階では処罰対象とせず、不正な使用・開示の段階に至って初めて処罰対象としていたが、一定の方法による営業秘密の領得に処罰対象を限定した上で、営業秘密を保有者から示された者が、営業秘密の管理に係る任務に背き、図利加害目的をもって営業秘密を領得する行為を、新たに営業秘密侵害罪の対象に。</p>
<p>【平成 23 年改正】</p> <p>一営業秘密侵害罪に係る刑事訴訟手続で営業秘密公開を恐れる被害企業が告訴を躊躇する旨の指摘への対処</p>	<p>①. 裁判所は、被害者等の申出に応じて、営業秘密の内容を特定させることとなる事項を公開の法廷で明らかにしない旨の決定（秘匿決定）が可能に。</p> <p>②. 裁判所は、秘匿決定をした場合には、当該事項につき、呼称等の決定が可能に。</p> <p>③. 裁判所は、秘匿決定をした場合において、一定の要件が認められるときは、公判期日外において証人等の尋問又は被告人質問をすることが可能に。</p>

## 論説

## 株式取得価格決定申立事件の審理についての一考察

元東京大学法科大学院客員教授・判事

鈴木謙也

## I. はじめに

## II. 株価算定の判断枠組み（客観的価値＋プレミアム）について

- 1 総論
- 2 客観的価値
- 3 プレミアム

## III. プレミアムの判断に当たって考慮すべきファクターについて

- 1 総論
- 2 第三者算定機関による株価の算定
- 3 独立委員会の設置
- 4 公開買付けの結果
- 5 他の事例におけるプレミアムの平均値

## IV. MBOの事案における審理の在り方について

- 1 対象会社の実質的な立証責任
- 2 他の事例におけるプレミアムの平均値を基準とした審理方法
- 3 専門委員の活用

## V. おわりに

## I. はじめに

株式取得価格決定申立制度（会社法 172 条 1 項）は、平成 17 年制定の会社法により、全部取得条項付種類株式の制度と同時に導入された制度である。

平成 17 年制定の会社法の施行後、上場株式に係る株式の価格決定の申立てが少なからず見られるようになった。株式買取価格決定申立事件については、最決平成 23 年 4 月 19 日民集 65 卷 3 号 1311 頁〔楽天対 TBS 事件最高裁決定〕、最決平成 23 年 4 月 26 日判時 2120 号 126 頁〔インテリジェンス事件最高裁決定〕及び最決平成 24 年 2 月 29 日民集 66 卷 3 号 1784 頁〔テクモ事件最高裁決定〕が出され、法廷意見において、株式買取価格決定の判断枠組みについて最高裁の判断が示されている。これに対し、株式取得価格決定申立事件については、レックス事件最高裁決定【裁判例①】<sup>1)</sup>において、抗告棄却の決定がされ、田原睦夫裁判官の補足意見が示されたが、法廷意見において、抗告を棄却した理由について特段の説示はされていない。

株式取得価格決定申立事件については、レックス事件最高裁決定【裁判例①】の田原補足意見及び同決定の原決定であるレックス事件東京高裁決定【裁判例②】において示された、いわゆる「客観的価値＋プレミアム」という株価算定の判断枠組みに沿って、多く

1) 裁判例のサイテーション並びに番号及び名称は、別紙「裁判例一覧」記載のとおりである。

の裁判例が出されているが、上記の判断枠組みを前提として、具体的にどのように株式取得価格を算定するか（客観的価値及びプレミアムの算定方法等）については、最高裁の明確な判断が示されておらず、現在においても議論がされている。

そこで、本稿では、実務的に多く見られる、MBO（マネジメント・バイアウト）<sup>2)</sup>の事案において公開買付けを経て行われる全部取得条項付種類株式の取得に係る株式取得価格決定申立事件を念頭に置いて、同事件の審理において問題となる幾つかの点について検討を加えることとしたい。MBOの事案における株式取得価格決定申立事件の主なものを挙げると、別紙「裁判例一覧」記載のとおりである。

なお、本稿において意見にわたる部分については、筆者が、現在所属し、また、過去に所属した部署の見解を示すものではなく、全くの個人的な見解であることを念のため付言しておく。

## 株価算定の判断枠組み（客観的価値＋プレミアム）について

### 1 総論

株式取得価格決定申立事件において、裁判所は、全部取得条項付種類株式の取得日（会社法173条1項）における「公正な価格」をもって、その取得価格を決定することにな

る。株式取得価格決定申立事件における「公正な価格」の算定については、レックス事件最高裁決定【裁判例①】の田原補足意見において、「①MBO（経営者による企業買収）が行われなかったならば株主が享受し得る価値と、②MBOの実施によって増大が期待される価値のうち株主が享受してしかるべき部分を、合算して算定すべきものと解することが相当である」との判断枠組みが示されており<sup>3)4)</sup>、現在、裁判例においては、この判断枠組みを用いて、「公正な価格」の算定が行われている。この判断枠組みに対しては、取引実務からは違和感があるとの指摘<sup>5)</sup>もされているところではあるが、裁判実務としては、この判断枠組みが定着しており、今後もこの判断枠組みに沿って、裁判例が積み重ねられるものと思われる。

以下、本稿において、「①MBOが行われなかったならば株主が享受し得る価値」を「客観的価値」、「②MBOの実施によって増大が期待される価値のうち株主が享受してしかるべき部分」を「プレミアム」と呼ぶことにする。

### 2 客観的価値

株式取得価格決定申立事件の裁判例においては、「客観的価値」を算定するに当たって、異常な価格形成がされた場合等、市場株価が企業の客観的価値を反映していないことをうかがわせる事情がない限り<sup>6)</sup>、市場株価が採用されている。もっとも、上記裁判例におい

2) MBOとは、一般に、現在の経営者が資金を出資し、事業の継続を前提として、自らが経営を行っている会社の株式を購入することと定義されている（企業価値研究会「企業価値報告書2006～企業社会における公正なルールへの定着に向けて～」45頁注79（2006）参照）。

3) レックス事件東京高裁決定【裁判例②】においては、「①取得日における当該株式の客観的価値に加えて、②強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待を評価した価額をも考慮するのが相当である」と判示されているが、レックス事件最高裁決定【裁判例①】の田原補足意見において示された判断枠組みとおおむね同旨と解される。

4) 経済産業省「企業価値の向上及び公正な手続確保のための経営者による企業買収（MBO）に関する指針」（2007）（以下「MBO指針」という）において、MBOに際して実現される価値は、①MBOを行わなければ実現できない価値と、②MBOを行わなくても実現可能な価値の2種類に区別して考えることができるとされている（同7頁）。

5) 江頭憲治郎ほか「座談会 MBO取引・完全子会社化時の取締役の行動規範を考える（上）」ビジネス法務2011年6月号28頁、41頁〔岡田光発言〕（2011）。

6) セレブリックス事件東京地裁決定【裁判例④】は、買収対象会社が債務超過の状態に陥り、債務超過の状態を解消しなければ上場廃止となるところ、債務超過の状態を解消する具体的な見通しがなかったことなどの事

ては、市場株価は、投資家による一定の投機的思惑など偶然的要素の影響を受ける面もあることから、市場における偶然的要素による株価の変動を排除するため、評価基準時点（取得日）に近接し、かつ、公開買付けの公表等による影響のない一定期間の市場株価の平均値<sup>7)</sup>をもって、当該株式の客観的価値であると判断するのが相当であるとされている。

レックス事件東京高裁決定【裁判例②】は、客観的価値の算定に当たって市場株価を用いるべき理由について、「一般に、株式市場においては、投資家による一定の投機的思惑の影響を受けつつも、各企業の資産内容、財務状況、収益力及び将来の業績見通しなどを考慮した企業の客観的価値が株価に反映されている」と判示している。なお、最高裁は、株式取得価格決定申立事件において、客観的価値の算定に当たって市場株価を用いるべき理由を判示していないが、株式買取価格決定申立事件において、「公正な価格」を算定するに当たり、「株式が上場されている場合、一般に、市場株価には、当該企業の資産内容、財務状況、収益力、将来の業績見通しなどが考慮された当該企業の客観的価値が、投資家の評価を通して反映されているということが出来るから、上場されている株式について、反対株主が株式買取請求をした日のナカリセバ価格を算定するに当たっては、それが企業の客観的価値を反映していないことをうかがわせる事情があれば格別、そうでなければ、

その算定における基礎資料として市場株価を用いることには、合理性が認められる」と判示している（前掲最決平成23年4月19日〔楽天対TBS事件最高裁決定〕）。

これに対しては、裁判所は、市場株価を過度に重視しすぎているのではないかと指摘があり<sup>8)</sup>、客観的価値の算定に当たって市場株価を用いることの当否が問題となるが、上記の裁判例で説示されるような市場株価に対する信頼や、市場株価が容易に測定可能なものであることに加え、過去の一定の時点における市場株価は、その後の事情によって変動することのない過去の一定時点における客観的事実であり、株式取得価格決定申立事件も裁判である以上、たとえ専門家による株価算定書であったとしても、当該裁判に係る紛争に関連して作成された資料よりも、当該裁判に係る紛争が発生する前に存在した客観的事実を基礎に据える方が、判断の安定性に資することになるという考慮もあるように思われる<sup>9)</sup>。

なお、市場株価を用いて客観的価値を算定する方法として、公開買付けの影響を受けていない時期における市場株価を出発点とし、回帰分析の手法を利用して、出発点の市場株価に出発点から算定基準時までの市場全体又は買収対象会社が属する業種に共通の変動要因を反映させることも考えられる<sup>10)</sup>。この点については、①裁判所による取得価格の決定は、裁判所の合理的な裁量に委ねられているものと解されることからすると<sup>11)</sup>、客観

情から、客観的価値の算定に当たり、市場株価が、買収対象会社の客観的価値を反映しているものとは認められないとして、買収対象会社が依頼した第三者算定機関の算定した株式価値を採用するのが相当であるとした。

7) 裁判例においては、公開買付けの公表前1か月間の市場株価の終値の平均値を用いるものが多いようである。そのうち、単純平均値を用いるものとして、レックス事件東京地裁決定【裁判例③】があり、出来高平均値を用いるものとして、サイバード事件東京高裁決定【裁判例⑥】、同事件東京地裁決定【裁判例⑦】、カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件大阪地裁決定【裁判例⑧】、ホリプロ事件東京高裁決定【裁判例⑩】、同事件東京地裁決定【裁判例⑫】がある。

8) 江頭憲治郎「講演 裁判における株価の算定——日米比較をまじえて」司研122号36頁、60頁（2012）。

9) 前提として、客観的価値の算定に当たって市場株価を用いるには、市場株価が企業の客観的価値を反映していないことをうかがわせる事情がないことが必要となる（前掲最決平成23年4月19日〔楽天対TBS事件最高裁決定〕参照）。

10) 藤田友敬「新会社法における株式買取請求権制度」江頭憲治郎選『企業法の理論（上）』292-293頁（商事法務、2007）、弥永真生「反対株主の株式買取請求権をめぐる若干の問題」商事1867号4頁、11頁（2009）参照。なお、加藤貴仁「レックス・ホールディングス事件最高裁決定の検討〔下〕——『公正な価格』の算定における裁判所の役割——」商事1877号24頁、26頁（2009）参照。

11) 最決昭和48年3月1日民集27巻2号161頁、前掲最決平成23年4月19日〔楽天対TBS事件最高裁決定〕



的価値の算定に当たって上記の方法を用いるか否かについても、裁判所の合理的な裁量に委ねられているものと解される<sup>12)</sup>。また、②株式取得価格決定申立事件における「公正な価格」の算定について「客観的価値＋プレミアム」との判断枠組みが採られていることからすると、上記の「出発点の市場株価に（反映させるべき）出発点から算定基準時までの市場全体又は買収対象会社が属する業種に共通の変更要因」については、「客観的価値」の判断において考慮することになるのか、それとも「今後の株価の上昇に対する期待」に含まれるものとして「プレミアム」の判断において考慮することになるのかを検討する必要があり、後者のような考え方も成り立ち得るように思われる。

### 3 プレミアム

(1) 裁判所がどのようにして「公正な価格」を算定すべきかについて、学説の多数説は、第1に、組織再編が独立当事者間で行われる場合には、原則として、当事者間の交渉の結果を尊重する、第2に、組織再編が親子会社間など支配・従属関係にある会社間で行われる場合など独立当事者間で取引が行われたとはいえない場合には、裁判所は、組織再編の

対価の内容・額など組織再編条件の形成過程の公正さを審査する、第3に、組織再編条件の形成過程が不公正と評価される場合には、裁判所が自ら買取価格を決定するが、組織再編条件の形成過程が公正である場合には、第1の場合に準じて当事者間の交渉の結果を尊重すると解しており、MBOの事案において公開買付けを経て行われる全部取得条項付種類株式の取得に係る株式取得価格決定申立事件については、MBOにおいて株主と経営陣との間に構造的な利益相反関係や情報の非対称性が存在することを踏まえて<sup>13)</sup>、裁判所は、①公開買付け価格の形成過程の公正さを審査し、②公正と評価される場合には公開買付け価格を尊重するとともに、不公正と評価される場合に限って独自に「公正な価格」を算定すべきであると解している<sup>14)</sup>。

裁判例においては、前述のとおり、「公正な価格」の算定に当たって、「客観的価値＋プレミアム」との判断枠組みが採られているが、「プレミアム」の判断において、実質的には、上記①及び②に相当する判断が行われているとの指摘もされている<sup>15)</sup>。

(2) MBOの事案において公開買付けを経て行われる全部取得条項付種類株式の取得に係る「公正な価格」の算定に当たっては、裁判所は、「プレミアム」の判断において、公

参照。

12) 前掲最決平成23年4月19日〔楽天対TBS事件最高裁決定〕は、吸収合併等により企業価値が増加しない場合に消滅株式会社等の反対株主がした株式買取請求に係る「公正な価格」に関して、「上記公表等（筆者注：吸収合併等を行う旨の公表等）がされた後株式買取請求がされた日までの間に当該吸収合併等以外の市場の一般的な価格変動要因により、当該株式の市場株価が変動している場合に、これを踏まえて参照株価（筆者注：吸収合併等を行う旨の公表等がされる前の市場株価）に補正を加えるなどして同日のナカリセバ価格を算定するについても、同様である（筆者注：当該事案における消滅株式会社等や株式買取請求をした株主に係る事情を踏まえた裁判所の合理的な裁量に委ねられているものというべきである）」と判示して、市場の一般的な価格変動要因を踏まえた参照株価の補正をするか否かは、裁判所の合理的な裁量に委ねられているとしている。

13) MBO指針は、MBOにおいては、本来、企業価値の向上を通じて株主の利益を代表すべき取締役が、自ら株主から対象会社の株式を取得することとなり、必然的に、取締役について株主との利益相反構造が生じることになり、また、取締役は、株主よりも、対象会社に関する正確かつ豊富な情報を有していることから、株式の買付者側である取締役と株式の売却者側である株主との間に、大きな情報の非対称性も存在することになるが、とりわけ、必然的に上記の利益相反的構造が生じることが、MBOの取引に特有の論点であると指摘している（同3-4頁）。

14) 加藤貴仁「レックス・ホールディングス事件最高裁決定の検討〔中〕——『公正な価格』の算定における裁判所の役割——」商事1876号4頁、5頁（2009）、宍戸善一「判批」ジュリ1437号92頁、94頁（2012）、林天宇「判批」ジュリ1408号176頁、178頁（2010）等。なお、白井正和「MBOにおける利益相反回避措置の検証——ホリプロ株式取得価格決定申立事件を題材に——」商事2031号4頁、8頁（2014）参照。

15) 阿南剛「MBO事例における『公正な価格』の再考——大阪地裁平成24年4月13日決定を契機として——」商事1976号53頁、54頁（2012）。

開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを検討し、①公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当である場合には、当該公開買付価格には十分なプレミアムが付されているとして、当該公開買付価格をもって「公正な価格」と判断し、②公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当でない場合に初めて、独自にプレミアムを算定して「公正な価格」を算定すべきであると解される。

しかし、MBOが経営陣による自社の株式の取得であり、経営陣と株主との間に構造的な利益相反関係が存在していることからすると、特別の事情がある場合（例えば、売却側に大株主や親会社等が存在し、かつ、総体としての株主と取締役等との合理的な交渉が成立する場合等の特別の利害状況がある場合<sup>16)</sup>）を除いては、一般的に、「公開買付価格の形成過程の公正さ」という手続面のみの審査により、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断すること

は、困難ではなかろうか<sup>17)</sup>。そうすると、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かの判断に当たって、「公開買付価格の形成過程の公正さ」という手続面の審査は重要ではあるものの、強制的に株式を剥奪される株主の保護を図る必要性にかんがみると、手続面（公開買付価格が決定されるに至る手続が透明かつ公正であること<sup>18)</sup>、すなわち、手続の透明性・公正性）の審査のみならず、実体面（公開買付価格が価格として相当なものであること、すなわち、価格の相当性）の審査を併せて行い<sup>19)</sup>、手続面（手続の透明性・公正性）及び実体面（価格の相当性）の審査の結果を総合的に勘案して、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断するのが妥当であるように思われる<sup>20)21)</sup>。

この考え方による場合、手続の透明性・公正性の程度が高ければ、価格の相当性の程度が相対的に低くても、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と

16) MBO 指針 21 頁、池永朝昭ほか「MBO（マネージメント・バイアウト）における株主権」金判 1282 号 2 頁、3 頁（2008）参照。

17) サイバード事件東京高裁決定【裁判例⑥】は、当該 MBO の事案において、利益相反関係が全くないとはいえないこと、当該 MBO は、第三者委員会を設置して公正と認められる手続によって行われているが、同委員会の選任したフィナンシャルアドバイザー及び法務アドバイザーがいずれも買収対象会社の取締役会が選任したアドバイザーであること等を理由として、公開買付価格を公正な価格と認めた原決定（同事件東京地裁決定【裁判例⑦】）を覆している。

18) MBO には、真正 MBO（一般的な意味での MBO）と擬似 MBO（経営陣が「雇われ経営者」として残る、投資ファンドによる上場会社の買収とでも言った方が実体を反映している場合）があり、真正 MBO と擬似 MBO とでは、経済的な利害が薄いため、擬似 MBO の方が利益相反性が低いとの指摘がされている（三苦裕「マネージメント・バイアウト（MBO）に関するルール設計のあり方」東京大学法科大学院ローレビュー 1 号 35 頁、37 頁、39 頁（2006）参照）。要求される手続の公正性（利益相反性回避措置）の程度は、当該 MBO における利益相反性の程度によって異なると解されるので、当該 MBO における利益相反性の程度についての判断も、手続の公正性の審査においてされるのが相当である。

19) 阿南・前掲注 15) は、「主として手続の実施状況から価格の公正性を判断しようとする枠組みは、バランスを欠くように思われる」（同 58 頁）、「手続的側面を中心に公正な価格を組み立てようとする枠組みを維持するだけでは、裁判所の理解を得ることができない」（同 64 頁）と指摘する。

20) 本稿の考え方は、「公開買付価格の形成過程の公正さ」についての審査が、裁判所が独自にプレミアムを算定して「公正な価格」を算定すべきか否かについて判断する際の重要な考慮要素であることを何ら否定するものではないことに注意を要する。

21) 本稿の考え方に対しては、手続の公正さのほかに裁判規範として用いることができる基準はなく、手続が公正であると法的に評価されるのであれば、その手続の結果として導かれた判断についても、裁判所としては尊重するのが相当であるなどの批判が考えられる（中東正文「会社非訟事件の現状と課題——会社法の視点から」川嶋四郎＝中東正文編『会社事件手続法の現代的展開』253 頁注 17（日本評論社、2013）参照）。しかし、MBO における経営陣と株主との間の構造的な利益相反関係にかんがみると、手続面の審査のみでは十分でないように思われる。

であると認めてよいケースもあり、価格の相当性の程度が高ければ、手続の透明性・公正性の程度が相対的に低くても（利益相反回避措置が必ずしも十分とはいえない場合であっても）、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」とであると認めてよいケースもあるように思われる。

(3) 上記のとおり、手続面（手続の透明性・公正性）及び実体面（価格の相当性）の審査の結果を総合的に勘案して、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断するとした場合、「客観的価値＋プレミアム」との判断枠組みを前提にすると、この判断は、「プレミアム」の判断において行われることになり、①公開買付価格を尊重してよいと認められる場合には、当該公開買付価格には十分なプレミアムが付されているとして、当該公開買付価格をもって「公正な価格」とであると判断し、②公開買付価格を尊重してよいと認められない場合には、裁判所が独自にプレミアムを算定して「公正な価格」を算定することになる。そして、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断する際に考慮すべきファクターとしては、(i)

手続面（手続の透明性・公正性）の審査において、MBOの検討態勢（対象会社における社内の検討態勢、第三者算定機関による株価の算定、独立委員会の設置・答申、法律事務所からの法的助言、特別の利害関係を有しない取締役による取締役会決議等）、経営者による情報開示、公開買付けの結果等が挙げられ、(ii)実体面（価格の相当性）の審査において、公開買付価格の検討内容（第三者算定機関による株価の算定結果）、他の事例におけるプレミアムの平均値<sup>22)</sup>、公開買付けの結果等が挙げられる<sup>23)24)</sup>。

また、裁判所が独自にプレミアムを算定する場合の方法としては、これまでの裁判例においては、①過去のプレミアムの平均値を利用する方法<sup>25)</sup>、②第三者算定機関によるDCF法による対象株式の価値算定結果から、取得日における当該株式の客観的価値を差し引いた価格の2分の1に相当する価格とする方法<sup>26)</sup>が採られている。

22) プレミアムの判断に当たって考慮すべきファクターとして、コージツ事件東京高裁決定【裁判例⑨】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑩】が「近接した時期に実施された他の事例のプレミアム率等」を挙げ、ホリプロ事件東京高裁決定【裁判例⑪】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑫】が「MBO事案におけるプレミアムの平均値」を挙げているのは、「公正な価格」の判断に当たって、価格の相当性をも考慮しているものと解することができる。

23) MBO指針は、MBOの透明性・合理性の確保のための枠組みとして、①適切な判断機会の確保（株主に対する情報開示の充実）、②意思決定過程における恣意性の排除（独立した第三者委員会への諮問及びその判断の尊重、特別の利害関係を有しない取締役及び監査役全員の承認、弁護士等による独立したアドバイスの取得、独立した第三者評価機関からの株式価値算定書の取得）、並びに③価格の適正性を担保する客観的状況の確保（対抗的な買付けの機会の確保）を挙げている（同10-20頁）。

24) レックス事件東京地裁決定【裁判例⑬】においては、当該MBOに対する対抗提案の不存在が、公開買付けの結果を尊重すべき理由の一つとして挙げられているが、我が国における会社支配権市場又はM&A市場の流動性が高いとはいえない状況を前提にしたときに、対抗提案を積極的に勧誘したという事実が存在しない限り、対抗提案の不存在を公開買付けの結果を尊重する理由とすることはできないとの指摘がされている（加藤・前掲注14）12頁参照）。

25) レックス事件東京高裁決定【裁判例⑭】、サンスター事件大阪高裁決定【裁判例⑮】及びサイバード事件東京高裁決定【裁判例⑯】参照。

26) カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件大阪地裁決定【裁判例⑰】、コージツ事件東京高裁決定【裁判例⑱】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑲】参照。なお、MBOの事案ではなく、親会社による完全子会社化の事案であるが、第三者算定機関によるDCF法による対象株式の価値算定結果から、取得日における当該株式の客観的価値を差し引いた価格の2分の1に相当する価格と、対象会社の主張する取得価格とを対比して、前者の価格が後者の価格を上回らないことを摘示するものとして、東京地決平成25年7月31日資料版商事法務358号148頁〔グッドマンジャパン事件東京地裁決定〕参照。

### Ⅲ. プレミアムの判断に当たって 考慮すべきファクターについて

#### 1 総論

プレミアムの判断において、手続面（手続の透明性・公正性）及び実体面（価格の相当性）の審査の結果を総合的に勘案して、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かの判断を行うこととした場合、その際に考慮されるファクターは、上記Ⅱ 3(3)に述べたとおりであるが、以下、上記ファクターのうちの幾つかについて検討する。

#### 2 第三者算定機関による株価の算定

対象会社が、公開買付価格について検討するに当たり、独立した第三者算定機関に株価の算定を依頼して、株価算定書を取得していることは、手続の公正性を基礎付けるものであり、公開買付価格が第三者算定機関による株価算定の結果に沿っていることは、当該株価算定の内容が相当なものである場合に、価格の相当性を基礎付けるものであるといえる。

それにもかかわらず、旧非訟事件手続法（明治31年法律第14号）の下での株式取得価格決定申立事件の審理においては、対象会社において、第三者算定機関との間の守秘義務契約等を理由に、第三者算定機関の株価算

定書を提出することを拒むケースがしばしば見られ、第三者算定機関の株価算定書につき、一部マスキングをして提出したり、申立人である株主との間で守秘義務契約を交わして提出したりするなどの運用がされたこともあったようである<sup>27)</sup>。

上記のとおり、第三者算定機関の株式価値算定書は、手続の公正性及び価格の相当性を判断する上で極めて重要な文書であるから、株式取得価格決定申立事件の審理において、対象会社がこれを開示して、申立人である株主に対し、第三者算定機関による株価算定の内容が相当であるか否か等について反論の機会を与えるべきものである。また、平成23年制定の非訟事件手続法（平成23年法律第51号）においては、文書提出命令の制度が導入されており（非訟法53条1項参照）、第三者算定機関の株価算定書については、引用文書（民訴法220条1号）又は一般義務文書（同条4号）<sup>28)</sup>として、文書提出命令の対象となる場合も少なくないと考えられるところ<sup>29)</sup>、文書提出命令の審理にいたずらに時間と労力を費やすことは、対象会社にとっても申立人である株主にとっても好ましいことであるとは思われない。

そうすると、第三者算定機関の株価算定書については、対象会社において、①証拠として提出することを前提として、第三者算定機関に作成を依頼し、②審理の早期の段階で、証拠調べの申立てをして提出することが望ましいと思われる（そのように提出された株価算定書は、仮に守秘義務契約を締結した上で提出されたとしても、閲覧等の対象となり得ることに留意が必要である<sup>30)</sup>）。

27) 大阪地方裁判所商事研究会「新しい非訟事件手続法と大阪地裁商事部の運用（第6回）株式買取価格決定申立事件」金法1969号60頁，65頁（2013）参照。

28) 神戸地決平成24年5月8日金判1395号40頁は、MBOの事案において、買取対象会社が委嘱した算定機関及び買収者が委嘱した算定機関の作成した株式価値算定書について、職業の秘密文書該当性（民訴法220条4号ハ）及び自己利用文書性（同号ニ）を否定して、買取対象会社に対し、上記文書の提出を命じた。

29) 非訟事件手続における文書提出命令については、非訟事件手続において、真実擬制について定める民事訴訟法224条等の規定が準用されておらず（非訟法53条1項参照）、正当な理由なく文書提出命令に従わないときには過料の制裁が科されるにすぎない（非訟法53条3項）。もっとも、真実擬制をすることができないとしても、会社が文書提出命令に従わないことを心証形成の資料の一つにすることは否定されていないと解される（金子修＝脇村真治「新非訟事件手続法の概要と会社法等の整備の解説」商事1939号68頁，77頁注10（2011）参照）。

30) 旧非訟事件手続法においては、非訟事件の手続における非訟事件の記録の閲覧等についての規定がなく、全面的に裁判所の裁量に委ねられていたが（金子修編著『一問一答 非訟事件手続法』68頁（商事法務，2012）

### 3 独立委員会の設置

独立委員会（「特別委員会」や「第三者委員会」などと呼ばれることもあるが、本稿では「独立委員会」と呼ぶことにする）とは、おおむね、「取締役会がMBOについての意思決定（典型的には、公開買付けに対する意見表明）をするに際し、当該MBOについて検討等をするを目的として、取締役会決議により任意に設置する合議体」<sup>31)</sup>をいう。

弁護士・公認会計士等の専門家や社外監査役<sup>32)</sup>を委員とする独立委員会を設置して、同委員会に対して一定の事項を委嘱し、同委員会の勧告を尊重して取締役会決議を行うことは、MBOにおける手続の公正性にとって有益なものであり<sup>33)</sup>、独立委員会の設置は、利益相反関係を抑制するための一定の措置として、手続の公正性を基礎付けるものであるといえる。

これまでの裁判例においては、独立委員会について、独立委員会の設置の有無、同委員会の権限の内容や開催回数等といった形式面について検討されることが多かった。しかし、独立委員会が、具体的にどのような検

討・交渉を行ったかという実質面を重視し、独立委員会が現実果たした役割について検討すべきであるとの見解も提唱されているところであり<sup>34)</sup>、事案によっては、手続の公正性（利益相反回避措置が十分か否か）を判断する上で、そのような検討を行うことが相当であるケースもあると思われる<sup>35)</sup>。

ただし、MBOの事案において、買収対象会社の取締役会が独立委員会の委員を選任している場合には、独立委員会に、いわば「買収者が選任した者による委員会」という側面があることは否めず、いかに専門家が委員として選任されていたとしても、独立委員会の中立性・公平性については、一定の留保が必要であるようにも思われる<sup>36)</sup>。

### 4 公開買付けの結果

MBOの一環として実施される公開買付けにおいて、経営陣から十分な情報開示がされた上で、買収者と利害関係を有しない一般株主が公開買付けに多数応募したことは、手続の透明性・公正性を基礎付ける事情であるとともに、手続的な観点から価格の相当性を基礎付ける事情となると解される<sup>37)38)39)</sup>。

参照)、平成23年制定の非訟事件手続法においては、記録の閲覧等について、裁判所は、①当事者から閲覧等の許可の申立てがあった場合には、当事者又は第三者に著しい損害を及ぼすおそれがあると認めるときを除いて許可しなければならず（非訟法32条3項）、また、②利害関係を疎明した第三者から閲覧等の許可の申立てがあった場合には、相当と認めるときは許可することができる（非訟法32条4項）とされている。

31) 石綿学ほか「MBOにおける特別委員会の検証と設計（上）」金判1424号2頁（2013）参照。

32) 特別委員会の委員の活動と役員の兼任規制・資格制限との関係について、江頭憲治郎ほか「座談会 MBO取引・完全子会社化時の取締役の行動規範を考える（下）」ビジネス法務2011年7月号70頁、75頁（2011）、石綿学ほか「MBOにおける特別委員会の検証と設計（下）」金判1425号2頁、4頁（2013）、田中亘「石綿・篠原・石川・高橋論文へのコメント——MBOにおける特別委員会」金判1425号12頁、13頁（2013）参照。

33) 石綿学「MBOに関する指針の意義と実務対応」商事1813号4頁、10頁（2007）参照。

34) 白井正和「利益相反回避措置としての第三者委員会の有効性の評価基準」岩原伸作ほか編集代表『会社・金融・法（下）』183頁（商事法務、2013）参照。なお、石綿ほか・前掲注32)9頁参照。

35) プレミアムの判断において、手続面（手続の透明性・公正性）及び実体面（価格の相当性）の審査を行い、その審査結果を総合的に勘案して、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断するという考え方を採ると、価格の相当性の程度が相対的に低い場合に、公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるというためには、手続の公正性の程度が高いことが求められるが、そのようなケースにおいて、独立委員会が具体的にどのような検討・交渉を行ったかという実質面が問題となる場合もあると思われる。

この点、ホリプロ事件東京高裁決定【裁判例①】及び同事件東京地裁決定【裁判例②】では、プレミアムの判断において、独立委員会の形式面についてのファクターが摘示されているが、同事件においては、対象会社の主張する取得価格（公開買付価格）におけるプレミアムに相当する額が、他の事案におけるプレミアムの平均値を上回る額であったことを指摘することができるであろう。

36) 江頭ほか・前掲注32)74-75頁〔江頭発言〕参照。

37) ただし、前提として、強圧性が存しないことが必要となる（石綿・前掲注33)12頁参照）。

ただし、公開買付けの結果（一般株主の多数の応募）の位置付けについては、レックス事件東京高裁決定【裁判例②】が、「多数の株主が公開買付けに応じたとの事実から、買付価格や買付価格の設定に当たって考慮されたプレミアムの額が合理的であり、正当であったと容易に推認をするのでは、公開買付けが成立した場合には、これに反対する株主にも同額での買付けに応ずることを強制することにもなりかねず、買付価格に不服のある株主に対し、自らが保有する株式の取得価格の決定の申立権を認め、強制的に株式を剥奪されることになる株主の保護を図ることをその趣旨とする取得価格の決定申立制度の趣旨を没却することにもなりかねない」と判示するとおり、手続の公正性及び価格の相当性を基礎付ける一つの事情にすぎず、これを過度に重視すべきものではないと解するのが相当である<sup>40)</sup>。

## 5 他の事例におけるプレミアムの平均値

レックス事件東京高裁決定【裁判例②】、サンスター事件大阪高裁決定【裁判例④】及びサイバード事件東京高裁決定【裁判例⑥】においては、他の事例におけるプレミアムの平均値を考慮して、当該事件におけるプレミアムを20パーセント（公開買付けの公表前の一定期間における市場株価の平均値の20

パーセント）と算定した<sup>41)</sup>。

また、近時の裁判例においては、プレミアムの判断において考慮すべきファクターとして、近接した時期における他の事例のプレミアムの平均値を挙げるものがある<sup>42)</sup>。

プレミアムの額は事案毎に個別に決せられるべきものであるが、株主が公開買付けにおける買収提案に賛成するか否かを判断する際に、他の事例におけるプレミアムの平均値を参考にして検討することは十分に考えられるところであり<sup>43)</sup>、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かの判断に当たって、実体面（価格の相当性）の審査において考慮すべきファクターとして、他の事例におけるプレミアムの平均値を斟酌することには、一定程度の合理性があると思われる。さらに、後述のとおり、株式取得価格決定申立事件の審理において、他の事例におけるプレミアムの平均値に、一定の意義を持たせることも考え得るように思われる。

## IV. MBOの事案における審理の在り方について

### 1 対象会社の実質的な立証責任

株式取得価格決定申立事件は非訟事件であるところ、訴訟手続と非訟手続では、理念や手続に関する基本的な考え方が異なってい

38) MBO 指針においても、株主の意思確認の見地を重視する観点から、実務上の対応として、「MBO に際しての公開買付けにおける買付数の下限を、高い水準に設定すること」が挙げられている（同 18 頁）。

39) なお、コージツ事件東京高裁決定【裁判例⑨】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑩】は、公開買付けが株主の大多数の賛同を得て成立したものであるとは認めがたいことを、公開買付価格が増加価値分配価格（プレミアム）を適切に織り込んだものと推認することができない事情として挙げている（阿南剛「コージツ事件東京高裁決定の検討」商事 1998 号 53 頁，59 頁（2013）参照）。

40) 阿南・前掲注 15)64 頁参照。

41) 上記の各高裁決定においては、近接した時期における他の事例のプレミアムの平均値を参照してプレミアムを20パーセントと算定しているが、その後の裁判例によると、プレミアムの平均値は、変動しているようである（ホリプロ事件東京高裁決定【裁判例⑪】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑫】参照）。

42) コージツ事件東京高裁決定【裁判例⑨】、同事件東京地裁決定【裁判例⑩】、ホリプロ事件東京高裁決定【裁判例⑪】及び同事件東京地裁決定【裁判例⑫】参照。具体的には、近接した時期における我が国で行われた MBO 事案の公開買付けの公表例における、公表日前日の株価に対するプレミアムの平均値や公表前1か月間の株価の平均値に対するプレミアムの平均値と、当該事案の公開買付価格におけるプレミアムに相当する額との対比が行われている（前掲注 22）参照。なお、MBO の事案ではなく、親会社の完全子会社化の事案として、前掲東京地決平成 25 年 7 月 31 日〔グッドマンジャパン事件東京地裁決定〕参照。

43) 加藤・前掲注 10)30 頁注 104 参照。

る。すなわち、例えば、民事訴訟手続では、公開対審構造が採られ、原則として当事者の提出した資料のみを裁判の資料とする弁論主義が採用されているのに対し、非訟事件手続では、公開対審構造が採られておらず（非訟法 30 条参照）、職権探知主義が採用されている（非訟法 49 条 1 項参照）<sup>44)</sup>。

しかし、非訟事件においても、事件の種類によっては（具体的には、争訟性が高く、当事者が対立関係にある事件においては）、当事者主義的な手続運営が望ましいと解されている。とりわけ、株式取得価格決定申立事件は、当事者主義的な審理が期待され<sup>45)</sup>、当事者の主張・証拠の提出を尊重する必要がある事件の類型の一つであると解されており<sup>46)</sup>、実際の審理においても、当事者主義

的な手続運用が行われているものと思われる<sup>47)</sup>。加えて、非訟事件手続法（平成 23 年法律第 51 号）の制定並びに非訟事件手続法及び家事事件手続法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（同年法律第 53 号）による会社法の改正により、当事者の手続保障が拡充されて<sup>48)</sup>、当事者主義的な手続運用を行うための環境が整備されている。

また、全部取得条項付種類株式の取得においては、対象会社において取得対価を決定しており（会社法 171 条 1 項 1 号参照）<sup>49)</sup>、また、対象会社と株主を対比した場合において、取得対価の算定に関する資料は、対象会社に偏在しているといえる。

さらに、株式取得価格決定申立事件における「公正な価格」の判断枠組みとしては、既

44) 新堂幸司『新民事訴訟法（第 5 版）』24 頁（弘文堂、2011）参照。なお、平成 23 年制定の非訟事件手続法の下における非訟事件手続の特徴について、金子・前掲注 30)37-39 頁参照。

45) 中東正文「株式買取請求権と非訟事件手続」名古屋大学法政論集 223 号 233 頁（2008）、同・前掲注 21)248 頁参照。

46) 松中学「株式の評価と手続」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』510 頁（商事法務、2014）参照。

47) ただし、平成 23 年制定の非訟事件手続法においては、相手方のある非訟事件の特則という形での規律は設けられず、会社法に設けられた特則の規定も、対象会社が当然には非訟事件手続法上の「当事者」に当たるものではないことを前提としており、株式取得価格決定申立事件における対象会社は、「裁判を受ける者となるべき者」（非訟法 21 条 1 項）として、利害関係参加の手続を踏むことにより、利害関係参加人としての地位を獲得して、裁判資料の提出等の当事者がすることができる手続行為をすることになる（非訟法 21 条 5 項）。上記の点について、岡崎克彦＝橋爪信「非訟事件手続法・同規則の施行に向けて（第 4 回・完）非訟事件手続法の施行後の株式取得価格決定申立事件について」NBL 993 号 29 頁、31-32 頁（2013）参照。

48) 具体的には、平成 23 年制定の非訟事件手続法により、職権探知主義を維持しつつも、当事者の証拠調べの申立権（非訟法 49 条 1 項）並びに事実の調査及び証拠調べに対する当事者の協力義務（非訟法 49 条 2 項）が規定され、文書提出義務及び文書提出命令の規定が整備された（非訟法 53 条 1 項による民法の条文の準用）。

また、整備法による会社法の改正により、株式取得価格決定申立事件のように紛争性の高い会社非訟事件（会社法 870 条 2 項各号の事件）について、申立書の送付（会社法 870 条の 2 第 1 項）及び必要的審問（会社法 870 条 2 項）が定められ、また、審理の終結する日（会社法 870 条の 2 第 5 項）及び裁判をする日（会社法 870 条の 2 第 6 項）の告知が必要的とされた。

49) 全部取得条項付種類株式の取得の手続は、①対象会社を会社法の定める種類株式発行会社（会社法 2 条 13 号）とするため、対象会社の定款の一部を変更し、従前の普通株式に加えて、適宜の内容を有する「A 種種類株式」を発行する規定を設ける旨の定款変更議案、②上記①の議案による変更後の定款に関して、従前の普通株式について、その内容として対象会社が株主総会の決議によってその全部を取得することができるものとする定めを付すとともに、取得の際には全部取得条項付普通株式 1 株と引換えに A 種種類株式 X 株を交付する定めを設ける旨の定款変更議案、③会社法 171 条及び上記②の議案による変更後の定款に基づき、対象会社が、取得日を定め、対象会社の株主から、全部取得条項付普通株式の全部を取得し、その対価として、全部取得条項付普通株式 1 株につき A 種種類株式 X 株の割合で、A 種種類株式を交付する旨の議案の 3 つの議案について、対象会社の株主総会の特別決議による承認を得（会社法 309 条 2 項 3 号・11 号）、かつ、上記②の議案については、全部取得条項を付される普通株式の株主による種類株主総会の特別決議による承認を得ることにより行われるところ（渡辺邦広「全部取得条項付種類株式を用いた完全子会社化の手続」商事 1896 号 25 頁、27 頁（2010）参照）、一般株主に対して交付される A 種種類株式の数が 1 株未満の端数とされて、1 株未満の端数について端数相当株式の任意売却許可の手続（会社法 234 条 2 項）が採られ、任意売却の結果、一般株主に対して交付されることになる金銭の額について、一般株主が有していた普通株式 1 株当たりの値段が、公開買付価格と同額となるように設定されるのが通常である。

に述べたとおり（前記Ⅱ3(2)及び(3)参照）、プレミアムの判断において、手続面（手続の透明性・公正性）及び実体面（価格の相当性）の審査の結果を総合的に勘案して、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かを判断するのが妥当であると思われる。

以上のことからすると、MBOの事案における株式取得価格決定申立事件においては、公開買付価格を尊重して当該買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であるか否かについて、対象会社に対し、実質的な立証責任（裁判資料の提出責任）を負わせ<sup>50)</sup>、手続の進行としては、プレミアムの判断において、まず、対象会社において、手続の透明性・公正性及び価格の相当性の観点から、公開買付価格をもって「公正な価格」とであると認めるのが相当であることを主張立証させ、これを受けて、次に、申立人である株主において、対象会社の主張に対する反論及び自らの主張する取得価格が「公正な価格」とであると認めるのが相当であることを主張立証させるのが相当であるように思われる。

## 2 他の事例におけるプレミアムの平均値を基準とした審理方法

裁判所による取得価格の決定は、裁判所の合理的な裁量に委ねられているものと解されるところ<sup>51)</sup>、①株式価格決定申立事件一般において、対象会社側に株価算定に関する証拠が偏在していることに加え、MBOにおいては、経営陣と株主との間に構造的な利益相反関係が存在していること、②株主が、他の

事例におけるプレミアムの平均値程度のプレミアムを期待することには一定程度の合理性があると解されること<sup>52)</sup>、③株式取得価格決定申立権は、株主総会の多数決による決議によって不当な取得対価が決定されるおそれがあることに対する救済手段として認められているところ<sup>53)</sup>、その趣旨を株式取得価格決定申立事件の審理方法においても反映させるのが相当であると解されることからすると、次のような審理方法が考えられるように思われる。すなわち、公開買付価格におけるプレミアムに相当する額（公開買付価格を「客観的価値+プレミアム」と構成した場合におけるプレミアムに相当する額）が、近接した時期における他の事例のプレミアムの平均値程度の額より低い額である場合には、そうでない場合に比して、対象会社において、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」とであると認めるのが相当であることについて、より積極的に立証すること<sup>54)</sup>が必要となると解し、公開買付価格におけるプレミアムに相当する額が、近接した時期における他の事例のプレミアムの平均値程度の額より低い額である場合に、対象会社において、公開買付価格におけるプレミアムに相当する額がそのような額であっても、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」とであると認めるのが相当であることを立証することができないとき（立証するに足りる裁判資料を提出することができないとき）は、裁判所が独自にプレミアムの額を算定して「公正な価格」を算定するという審理方法が考えられるように思われる<sup>55)56)</sup>。

50) 神田秀樹「講演 会社紛争に係る民事裁判の展望と課題——上場会社における株式の公正な価格の決定——」司研121号1頁、27-28頁（2011）参照。

51) 前掲最決昭和48年3月1日、前掲最決平成23年4月19日〔楽天対TBS事件最高裁決定〕参照。

52) 加藤・前掲注10)30頁注104参照。なお、これまでに抗告審が原決定を変更して独自にプレミアムを算定したケース（レックス事件東京高裁決定【裁判例②】、サンスター事件大阪高裁決定【裁判例④】）及びサイバード事件東京高裁決定【裁判例⑥】）においては、いずれも、他の事例におけるプレミアムの平均値を参照してプレミアムの額が算定されている。

53) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務295号43頁（2006）参照。

54) 例えば、手続面（手続の透明性・公正性）として、他の事例と比較してより手厚い利益相反回避措置が採られていること、実体面（価格の相当性）として、他の事例におけるプレミアムの平均値からの乖離の程度が小さいことなどを立証することが考えられる。

55) 江頭憲治郎「支配権プレミアムとマイノリティ・ディスカウント」関俊彦古稀『変革期の企業法』134-135



上記の審理方法は、株主が他の事例のプレミアムの平均値程度のプレミアムを期待することには一定程度の合理性があり、公開買付価格におけるプレミアムに相当する額が上記平均値程度の額より低い場合には、当然には、公開買付価格をもって「公正な価格」であると認めるのが相当であるとは解されないこと、他の事例におけるプレミアムの平均値を参照してプレミアムを算定することが裁判所の合理的な裁量の範囲内であるとする<sup>57)</sup>、他の事例におけるプレミアムの平均値を基準として、対象会社に対し、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」と認めるのが相当であることについて、より積極的に立証することを求めることも、裁判所の合理的な裁量の範囲内であると解されることを根拠とするものである。そして、上記の審理方法を採用することにより、対象会社から、より多くの裁判資料が提出されることになり、株式取得価格決定申立事件の審理がより充実したものとなるように思われる。

対象会社において、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」であると認めるのが相当であることを立証することができず、裁判所が独自にプレミアムを算定する場合には、現に提出されている裁判資料を前提として、裁判所が最も合理的と考える方法によりプレミアムを算定すること

になる（裁判所が独自にプレミアムを算定する場合の具体的な方法については、前記Ⅱ3(3)参照）。

### 3 専門委員の活用

平成23年制定の非訟事件手続法により、専門委員の制度が導入された（非訟法33条）。専門委員から聴取できる内容について、民事訴訟事件の手続においては専門委員から「説明」を聴くことができるにとどまる（民訴法92条の2第1項から第3項まで参照）のに対し、非訟事件の手続においては専門委員から「意見」を聴くことができるとされている（非訟法33条1項参照）。

現在の実務における「公正な価格」の判断枠組み（客観的価値+プレミアム）を前提にすると、「客観的価値」については、ほとんどの事案において、市場株価の平均値が用いられており、この点について、専門委員を選任する必要性が生じるケースは多くはないであろう<sup>58)</sup>。

「プレミアム」については、裁判所が、対象会社から提出された第三者算定機関の株価算定書における株価算定（例えば、DCF法による算定）の方法及び内容を審査する際に、専門委員を選任して意見を聴くことなどを検討する余地があるように思われる<sup>59)60)</sup>。このようにして専門的な知見を得ることは、

---

頁（商事法務、2011）は、上場株式の公開買付けの際に従前の株式の市場価格に比して平均して20数パーセントのプレミアムが支払われることを前提として、全部取得条項付種類株式の取得価格の決定を申し立てる株主のケース（会社法172条1項）には、20パーセント程度の支配権プレミアムを認めることを原則とし、会社に不満があれば、それに対する反論の機会を与える処理でよいとする。

56) 他の事例におけるプレミアムの平均値を参照してプレミアムの額を算定することについては、「銘柄の流動性や価格の騰落習性などによって、プレミアムの割合が異なる可能性は十分にあり、他のMBO事例における平均的なプレミアム割合で加算するというのは、——裁判所の裁量の範囲内であることに間違いはないが——ややどんぶり勘定的な面がある」との指摘がされている（弥永真生「企業価値が増加する場合の株式買取価格の決定〔下〕」商事1968号4頁、10頁（2012）参照）。しかし、本稿の審理方法は、他の事例におけるプレミアムの平均値をもって、対象会社において、公開買付価格を尊重して当該公開買付価格をもって「公正な価格」であると認めるのが相当であることについて、より積極的に立証することが必要となる場合の基準とするものであって、上記平均値を参照して、直ちにプレミアムの額を算定するものではなく、対象会社の立証によっては、他の事例におけるプレミアムの平均値程度の額より低い額をもってプレミアムの額とすることを認めるものである。

57) レックス事件最高裁決定【裁判例①】は、他の事例におけるプレミアムの平均値を参照してプレミアムの額を算定したレックス事件東京高裁決定【裁判例②】に対する抗告を棄却している。

58) 客観的価値につき市場株価が用いられなかった事案（セレブリックス東京地裁決定【裁判例④】）について、前掲注6）参照。

59) 福井章代「会社法施行後の東京地方裁判所における商事事件の審理の実情と課題」民訴雑誌58巻55頁、74頁（2012）参照。

裁判所が独自にプレミアムを算定して「公正な価格」を算定する場合においても一つの有効な手段であるように思われる。ただし、専門委員の意見を聴く際には、当該意見に対する反論の機会の確保等、当事者の手続保障に配慮する必要がある。

## V. おわりに

MBOの事案において公開買付けを経て行われる全部取得条項付種類株式の取得に係る

株式取得価格決定申立事件を念頭に置いて、株価算定の判断枠組み（客観的価値＋プレミアム）、プレミアムの判断に当たって考慮すべきファクター、MBOの事案における審理の在り方について、若干の私見を述べた。株式取得価格決定申立事件における株価の算定について、今後の事案の集積と議論の深化を見守りたい。

(すずき・けんや)

### (別紙)

#### 裁判例一覧

##### レックス事件

- ①最決平成 21 年 5 月 29 日金判 1326 号 35 頁  
(レックス事件最高裁決定)
- ②東京高決平成 20 年 9 月 12 日金判 1301 号  
28 頁 (レックス事件東京高裁決定)
- ③東京地決平成 19 年 12 月 19 日判時 2001 号  
109 頁 (レックス事件東京地裁決定)

##### サンスター事件

- ④大阪高決平成 21 年 9 月 1 日判タ 1316 号  
219 頁 (サンスター事件大阪高裁決定)
- ⑤大阪地決平成 20 年 9 月 11 日金法 1882 号  
107 頁 (サンスター事件大阪地裁決定)

##### サイバード事件

- ⑥東京高決平成 22 年 10 月 27 日資料版商事  
法務 322 号 174 頁 (サイバード事件東京高  
裁決定)
- ⑦東京地決平成 21 年 9 月 18 日金判 1329 号  
45 頁 (サイバード事件東京地裁決定)

##### カルチュア・コンビニエンス・クラブ事件

- ⑧大阪地決平成 24 年 4 月 13 日金判 1391 号

52 頁 (カルチュア・コンビニエンス・ク  
ラブ事件大阪地裁決定)

##### コージツ事件

- ⑨東京高決平成 25 年 3 月 14 日判例集未登載  
(コージツ事件東京高裁決定)
- ⑩東京地決平成 25 年 1 月 30 日判例集未登載  
(コージツ事件東京地裁決定)  
(阿南剛「コージツ事件東京高裁決定の検討」  
商事法務 1998 号 53 頁参照)

##### ホリプロ事件

- ⑪東京高決平成 25 年 10 月 8 日金判 1429 号  
56 頁 (ホリプロ事件東京高裁決定)
- ⑫東京地決平成 25 年 3 月 14 日金判 1429 号  
48 頁 (ホリプロ事件東京地裁決定)

##### セレブリックス事件

- ⑬東京高決平成 25 年 11 月 8 日判例集未登載  
(セレブリックス事件東京高裁決定) (商事  
法務 2015 号 48 頁参照)
- ⑭東京地決平成 25 年 9 月 17 日金判 1427 号  
54 頁 (セレブリックス事件東京地裁決定)

60) 専門委員から意見を聴く具体的な方法としては、例えば、審問期日において、専門委員の立会いの下で、対象会社から株価算定書についての説明を聞き、これに対する質疑応答を行う中で、専門委員から意見を聴くことが考えられる(阿南・前掲注 15)59 頁参照)。

論説

# ユーロトンネル事件国際仲裁判決

東京大学教授

中谷和弘

I. はじめに

II. 事件の概要

III. 本仲裁判決の内容

IV. Lord Millet 反対意見

V. 省察

I. はじめに

不法移民のトンネル内への侵入を防止するための適切な管理措置をとらなかったために鉄道の運行に支障が生じたこと及び鉄道と競合するフェリー会社に補助金を供与したことを理由として、トンネル建設・運営企業が英仏両政府を訴えたユーロトンネル事件国際仲裁裁判は、2007年1月30日にブリュッセルにおいて（中間）判決が下された（判決公表は同年2月23日）<sup>1)</sup>。本仲裁判決は、陸上輸送分野での数少ない国際仲裁判決である<sup>2)</sup>が、先進国である英仏両政府が共同被告となり、しかも違法行為責任が認定され両国政府が敗訴したという点でも、また、国際法学においては専ら鉱物資源開発契約として登場したコンセッション契約<sup>3)</sup>がトンネル建設・

1) In the Matter of an Arbitration before a Tribunal Constituted in Accordance with Article 19 of the Treaty between the French Republic and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning the Construction and Operation by Private Concessionaires of a Channel Fixed Link Signed at Canterbury on 12 February 1986 between 1. The Channel Tunnel Group Limited, 2. France-Manche S.A. and The Secretary of State for Transport of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Le Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer du Gouvernement de la République française, Partial Award, *International Law Reports*, vol. 132(2008), pp. 1-144. 判決文は英仏両語。本判決の要旨は Belinda Macmahon and Fedelma Claire Smith, *Permanent Court of Arbitration Summaries of Awards 1999-2009* (2010), pp. 106-116 にまとめられている。本判決の紹介・評釈として、Jean-Marc Thouvenin, *L'arbitrage Eurotunnel*, *Annuaire français de droit international* 2006, pp. 199-212; Mathias Audit, *Un arbitrage aux confins du droit international public*, *Revue de l'arbitrage* 2007, pp. 445-461; Mathias Audit, *The Channel Tunnel Group Ltd and France-Manche SA v United Kingdom and France, Partial Award on Jurisdiction, Decision of 30 January 2007*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57 (2008), pp. 724-732. 補償額の問題は第二段階で扱われることが予定されたため、本判決は中間判決 (partial award) と位置づけられた。

2) 陸上輸送に関しては、鉄道復興に関してベルギー・オランダ間で費用負担等が争われた *Iron Rhine* 仲裁判決 (2005年) がある。大谷良雄『鉄のライン』鉄道事件——国際法とEU法の交錯——『日本大学法科大学院法務研究』第3号161-175頁(2007)参照。なお、航空輸送に関しては、これまで5つの国際(国家間)仲裁判決がある。拙稿「国際航空輸送の経済的側面に関する国際裁判」国際法外交雑誌103巻2号31-57頁(2004)参照。

運営契約として登場し、契約準拠法である国際法に照らして同契約の解釈・適用がなされたという点でも、ユニークなものである。さらに本判決は、特定の合意に基づく国家責任及び共同責任に関連する判断がなされたものとしても貴重なものである。

以下、事件の概要と本仲裁判決の内容（及び反対意見）を紹介した後、若干の点について簡単に検討することにした。

## II. 事件の概要<sup>4)</sup>

ドーバー海峡（英仏海峡）を結ぶ鉄道用トンネルであるユーロトンネルは、民間資金による建設と運営が基本方針とされ<sup>5)</sup>、1985年4月、英仏両政府は、トンネルの建設と運営について入札を募った。入札の結果、ともにユーロトンネル・グループの企業である Channel Tunnel Group Limited (Eurotunnel plc) の完全子会社、双方とも英国法の下で組織）及び France-Manche SA (Eurotunnel SA) の完全子会社、双方ともフランス法の下で組織）が事業者選ばれた（両事業者は *partnership, société en participation* を構成する）。1986年2月12日、両政府間で民間事業者によるトンネル建設・運営に関するカンタベリー条約<sup>6)</sup>が締結され、同条約は1987年7月24日に発効した。同条約は両政府が規定した基準に従ってトンネルを建設・運営することを認める枠組を定め、建設・運営に関するすべての事項を両政府にかわって監督する政府間委員会 (Intergovernmental Commission, IGC) を創設した。1986年3月14日、両事業者は両政府とコンセッション協定<sup>7)</sup>を締結し、これにより両事業者にはトンネルの建設・運営の権限が55年間にわたり付与された（1998年2月13日のコンセッ

ション延長協定により、期間は99年間に延長された）。

トンネルは1994年に開通した（開通式は同年5月6日、ユーロスター開業は同年11月14日）が、1999年秋にフランス政府はトンネルのフランス側入口の Coquelles から2.5キロしか離れていない Sangatte に移民収容施設を設置した。同年末から、同施設に居住する不法移民が英国を目指して同施設を脱出し、隠れて列車に乗り込むという事件が相次いだ（2001年夏には月間1万件に達した）。両事業者では運営に重大な支障が生じ、追加的な保護措置のために多額の経費を要した。両事業者は2000年9月から両政府に対して同施設の閉鎖を要求した。2002年7月の両政府の合意に基づき、同施設は同年末に閉鎖された。

英国は、1999年の移民及び庇護法に基づき、英国への不法移民の移送に責任を負う者に対する民事罰（1人あたり2000ポンド）を規定し、2001年10月、同法に基づき両事業者に民事罰を科した（2002年2月までに38万8000ポンド）。2002年2月、英国政府は両事業者に対する民事罰を撤回するとした。

1999年12月、ドーバー海峡のフェリーを運営するフランス企業 SeaFrance（フランス国営のフランス鉄道 (SNCF) の孫会社）に対する資本注入がフランス政府の承認の下になされ、SNCFは2隻の新船舶を SeaFrance に供与し、SNCFはさらに免税スキームを利用して2隻の新船舶を購入した。

2003年12月17日、両事業者は仲裁付託条項であるコンセッション協定40（一方又は双方の事業者と一方又は双方の政府との間での同協定に関するいかなる紛争も、一方の要請によりカンタベリー条約19条に従って

3) なお、鉱物資源開発においてコンセッション契約は古いタイプの契約であり、現在の主流は生産物分与契約 (PSC) である。

4) 以下、主に *International Law Reports*, vol. 132, pp.3-5 に付された Summary, pp. 20-28 (Chapter II - Background to the Dispute) 及び *Permanent Court of Arbitration Summaries of Awards 1999-2009*, pp. 107-108 に付された Facts による。

5) この点につき、Roger Vickerman (添田慎二司会) 「ユーロトンネル民間セクターによる公共インフラプロジェクトの成功と失敗」運輸政策研究2巻2号81-84頁(1999)。

6) *United Nations Treaty Series*, vol. 1497, I-25792.

7) Cmnd. 9769.

仲裁に付託される旨を規定)に基づき、英仏両政府を相手取って仲裁裁判に付託した。両事業者の請求は、Sangatte ClaimとSeaFrance Claimの2つに大別され、前者については、①英仏両政府がSangatteの移民収容施設から脱出した多数の不法移民によって引き起こされた損害からトンネルを保護しなかったこと、②両政府が不法移民問題に直面する他の事業者に比して両事業者を不利に差別したこと、③英国政府が民事罰の適用に見合う義務を果たさなかったことが、コンセッション協定、カンタベリー条約、一般国際法に反すると主張し、後者については、SeaFranceへの補助金の付与により不公正な競争となったことを根拠とした。請求額は、前者につき3000万3982ポンド、後者につき4億2840万ポンドであった。

常設仲裁裁判所(PCA)が、国際紛争処理条約47条に基づき便宜供与を行った。両事業者はFortier(カナダ)及びPaulsson(フランス)を、英国政府はLord Millet(英国)を、フランス政府はGuillaume(フランス)を仲裁裁判官に選任した。政府選任の2名は、他の2名の合意を得て、Crawford(オーストラリア)を裁判長として選任した<sup>8)</sup>。2005年4月、英仏両政府の要請に基づき、裁判所は金銭補償額の問題は本判決では扱わず、後の段階に回すことを決定した。2006年5月に口頭弁論(証人による証言を含む)が行われた。

### III. 本仲裁判決の内容

本仲裁判決は膨大な分量を有するが、前置きとなる手続的前史(第1章、パラグラフ1-45)及び紛争の背景(第2章、パラグラフ46-73)に続く実質的内容の部分は、A. 先決的問題(第3章、パラグラフ74-96)、B. 管轄

権及び準拠法(第4章、パラグラフ97-161)、C. 原告による「連帯責任」の主張(第5章、パラグラフ162-187)、D. Sangatte Claimの本案(第6章、パラグラフ188-352)、E. SeaFrance Claimの本案(第7章、パラグラフ353-394)、F. 決定(第8章、パラグラフ395-396)からなる。以下、判決の要旨のみを簡単に記述する。

#### A. 先決的問題

カンタベリー条約19条2項f最終文(「事業者によって選任された仲裁裁判官は本条約の解釈・適用に関する決定の部分には参加しない」旨の規定)の解釈について、同条項が適用されるかの問題を含めて裁判所に付託されたすべての問題は、5名全員が弁論を聞き検討することができる。同条項の効果は、事業者選任の仲裁人を討議から排除するものではないが、該当する問題については当該仲裁人は票決から排除されるという趣旨である(パラグラフ75-90)。

当事者は、コンセッション協定が国際法によって規律されること<sup>9)</sup>、「国際契約」であること、国際法の解釈原則が適用されることにつき合意し、また、条約法条約の解釈原則が国際法上の国家・私人間の協定についても宣言的なものであって、正文の不一致(同協定は英文と仏文が等しく正文)の解決に適用されるべきであることに合意している(パラグラフ92)。言語上の不一致につき、裁判所は条約法条約33条を適用するように求められている(パラグラフ93)。協定の起草につき、まとまった交渉記録はないが、当事者が援用した交信や他の交渉記録は、条約法条約32条の準備作業(travaux préparatoires)から類推して、十分な注意を払った上で参考にする(パラグラフ94)。この点で、1985年

8) 5名のうち、PCAの裁判官名簿(国際紛争平和的処理条約44条)に掲載されているのはGuillaume及びPaulssonの2名である。

9) コンセッション協定40.4は、「カンタベリー条約19条6項に従って、本協定の適用に関するいかなる紛争をも解決するために、条約及び本協定の関連条項が適用される。英国法の諸規則及びフランス法の諸規則が、これらに依拠することが英国法又はフランス法の下での特定の義務の履行にとって必要な場合には、適宜、適用される。一般に、国際法の関連原則及び紛争当事者が合意する場合には衡平の原則への依拠もなされる」と規定する。

4月の入札案内は、カンタベリー条約やコンセッション協定の準備作業ではないが、協定解釈に際しての特に重要な準備文書である(パラグラフ 95-96)。

## B. 管轄権及び準拠法

本件においては、①原告と被告(の一方又は双方)の間に「紛争」が存在したか、②請求はコンセッション協定 40.1(「本協定に関する一方又は双方の事業者と一方又は双方の政府との間のいかなる紛争も、当事者の要請によりカンタベリー条約 19 条の規定に従って仲裁に付託される」と規定)の範囲内であるか、③協定 41.4(「一方の国における法の履行及び執行は、当該国の裁判所又は国内法上、許容され又は利用可能な場合には他の関連するフォーラムの管轄権に服する」と規定)に従って他のフォーラムに係属され又はされ得ることは、本仲裁裁判所の権限に影響するか、という3つの問題が区別されなければならない(パラグラフ 135)。

①につき、Sangatte Claim の多くの側面に関して両者の間に紛争が存在することに問題はない(パラグラフ 138)。SeaFrance Claim については、原告によってとられた諸措置の結果として、補助金の問題に関して原告とフランス政府の間に紛争は存在し、この紛争は協定 40.1 という紛争に該当する(パラグラフ 142)。原告と英国との間には SeaFrance Claim について紛争は存在しないため、請求のこの側面は管轄外となる(パラグラフ 143)。

②につき、裁判所の管轄権はコンセッション協定 41.1(「両政府と両事業者間の関係は、本協定によって効力を付与されたカンタベリー条約の諸条項及び本協定の諸条項によって規律される」と規定)の下での当事者の権利及び義務にかかる請求に限定される。それゆえ、本裁判所が関与する当事者の権利及び義務の唯一の淵源は、①カンタベリー条約(但しコンセッション協定によって効力を付与された部分についてのみ)及び②コンセッション協定である(パラグラフ 153)。Sangatte Claim はコンセッション協定の諸条項

の範囲内にあるため、本裁判所は Sangatte Claim につき管轄権を有する(パラグラフ 154)。SeaFrance Claim に関しては、少なくとも協定 34.3(「両政府は、コンセッション期間を通じて、いかなるリンクも、公的ファンドの支援(直接に又は財政的若しくは商業的な性質の政府保証の諸条項によってかを問わない)によって融資されないことに合意する」と規定)に依拠した請求については、本裁判所は管轄権を有する(パラグラフ 155)。

③につき、コンセッション協定では国内裁判所と国際仲裁という救済のパラレリズムを定め、また国内救済完了は協定 40.1 の下での国際仲裁の前提条件ではないことに鑑みると、Sangatte 請求につきフランスでの訴訟を継続しなかったこと及び SeaFrance 請求につき欧州委員会への申立に参加しなかったことは、本仲裁手続への障害にはならない(パラグラフ 156-160)。

## C. 原告による「連帯責任」の主張

原告は、不法移民に関する作為及び不作為は英国及びフランスに責任が個別に、及び、共同して帰属すると主張する(パラグラフ 163)。フランスは、もし責任が生じるのであれば連帯して責任が認められなければならないと主張する(パラグラフ 170)。英国は、共同責任又は連帯責任の国際法上の根拠はないと主張する(パラグラフ 171)。

判決では、国家責任条文 47 条に言及した上で、カンタベリー条約及びコンセッション協定の条項が義務違反に対する連帯責任の一般原則を確立又は含意しているか否かを問う必要があるとする(パラグラフ 173-175)。協定 20.1 は「両事業者の両政府に対する本協定の下での義務は、連帯のものである」(The obligations of the Concessionaires to the Principals under this Agreement shall be joint and several)と規定するが、両政府の両事業者に対する責任に関する対応する条項はない。協定起草時に両事業者は両政府の連帯責任を規定する条項を提案したが拒絶された(パラグラフ 176)。原告の請求が一方の国家の行為に対する他方の国家の連帯責任にかかるも

のである場合には、請求は棄却されなければならない。しかし、ユーロトンネルは両国政府の間の緊密な協力を必要とし、協力はとりわけ IGC 及び安全委員会を通じてなされる。両事業者に対する建設を容易にし、トンネルの中断なき運営を認める旨の約束は、両政府の直接的な又は IGC を通じた継続的な協力を必要とした。コンセッション協定の特定の違反が一方の国家又は両国家の過失から生じたかどうかは、違反した特定の義務及びすべての事情による（パラグラフ 187）。

#### D. Sangatte Claim の本案

Sangatte Claim は、①英仏両政府が、ユーロトンネルを不法侵入から保護するのに必要な措置をとらなかったこと、②両政府が、フランス鉄道ターミナル及びカレール港へ支援したことにより、ユーロトンネルを差別したこと、③両政府が、コンセッション協定の下で適用されるフランス法及び英国法にそれぞれ違反したこと、④英国政府が、コンセッション協定に違反して民事罰と拘禁及び退去のコストを課したこと、を主な根拠とする（パラグラフ 188）。

①につき、原告は、Sangatte 収容施設を設置し、繰り返しの閉鎖要請にもかかわらず開け続けたことは、コンセッション協定及び適用法に違反する一方的措置だと主張する（パラグラフ 194）。また原告は、両政府は、Coquelles ターミナル周辺での不法移民の行動に実効的に対処するための警備及び治安のレベルを、原告の支援要請にもかかわらず、引き上げなかったと主張する（パラグラフ 207）。原告は、「両政府は、必要とされる収入のフローを危うくするいかなる方法によってもユーロトンネルの建設及び運営が阻害されないよう確保することを約束した」と主張する（パラグラフ 218）。

判決では、まずコンセッション協定 2.1 第

2 文（事業者は、「政府の資金や政府保証に頼ることなく、また遭遇するいかなる危難 (hazards) にもかかわらず、自らのリスクで」ユーロトンネルの建設及び運営を行わなければならないと規定）につき、両政府の約束不履行を hazard と解釈することは正しくないとする（パラグラフ 280-281）。次に、協定 21.1（「事業者と両政府の間では、ユーロトンネルの建設又は運営から生じた利用者又は他の第三者が被った損害に対しては、事業者のみが、両政府へ求償することなく、責任を負う」旨の規定）については、本規定は第三者への責任に関するものであり、協定違反に対する両政府と事業者の間での責任の問題とは無関係であるとする（パラグラフ 282）。協定 2.1 冒頭の英文は The Principals shall, in a manner which they will endeavour to cooperate between them, adopt ... となっており、両政府は必要な措置をとる義務を協調の成否にかかわらず負うという意味になるのに対して、仏文では、Les Concédants coordonnent autant que possible leur action afin d'adopter ... となっており、両政府の負う義務は必要な行動を採用するために可能な限り協調することにとどまるという意味になり、不一致が生じる。不一致の解決のため、条約法条約 33 条 4 項を適用する。裁判所の見解では、「同条項は協調の義務のみを課し措置をとる義務を課していない」との解釈は誤りである。その理由は、①協定 2.1 はカンタベリー条約 2 条 2 項に効力を付与するが、同項の英仏文<sup>10)</sup>はともに協定 2.1 の英文に対応している。②協定 27.7（「両政府は、政府間委員会及び安全当局が本協定の履行を促進するための必要な措置をとることを確保すること」、及び、「両政府、政府間委員会及び安全当局は、不必要なコスト及び遅延の回避を含む事業者の合理的な商業目的に妥当な考慮を払う」旨を規定）は英仏文<sup>11)</sup>とも英文の協定 2.1 を反映している。③英文の方が、半世紀

10) 英文は、The High Contracting Parties shall take measures which are necessary ... 仏文は、Les hautes Parties contractants prennent les dispositions nécessaires ... となっている。

11) 英文は、The Principals shall ensure that ...the Intergovernmental Commission and the Safety Authority shall take necessary steps ... 仏文では、Les Concédants s'assurent que ... la Commission intergouvernementale et la Comité de sécurité prennent les mesures appropriées ... となっている。

以上にわたる巨大インフラ・プロジェクトの建設及び運営の安定した基礎を提供するという協定の趣旨及び目的全体とより合致する(パラグラフ 296-301)。

次に、どの程度両政府がこの義務に従ったかの決定について。まず、Sangatte 収容施設の設置はフランス当局の裁量の範囲内にある(パラグラフ 306)。それゆえ、同施設の開設自体はコンセッション協定の違反にはならない(パラグラフ 308)。2001年1月までには、同施設が犯罪活動のために利用されていることが両国政府及びIGCには明らかとなった。協定 2.1 及び 27.1 の下で IGC はトンネルの秩序ある運用を確保するため必要な措置をとるべきであったが、IGC は保安の全負担をユーロトンネル社に任せようとした(パラグラフ 309)。不法移民の侵入の結果、事業者が損失を被ったが、それは主に両政府の協定 2.1 及び 27.7 の下での義務の不履行による(パラグラフ 315)。英国の責任に関しては、ユーロトンネルの安全についての全般的責任は共有され、分割されない。協定 27.7 の下で両政府は IGC が協定の履行を促進するための必要な措置をとることを確保しなければならなかった(パラグラフ 317)。この認定は英国に対して不均衡なものではない。Coquelles ターミナルを保護するためとられた措置の主な受益者は英国自身であった。両国の協力的行動によってのみ問題は解決されるものであった。英国はフランスとともに原告が負った損害に対して責任を負う(パラグラフ 318)。以上より、両政府は Coquelles ターミナルでの安全と公序を維持するため責任を負い、この点で適切な措置をとらなかったため協定 2.1 及び 27.7 に違反する。原告にはこの違反から生じる損失を回復することが認められる(パラグラフ 319)。

次に、②について。原告は、両政府がコンセッション協定 15.3 (安全・保安・国境管理に関して協定 15.1 及び 15.2 において特定された各政府の要件に従うためのコストは、事業者又は関連当局によって負担されるが、各国の国内慣行に従い、また他の輸送手段との無差別原則を尊重する旨を規定)に違反すると主張する(パラグラフ 321)。保安や安全

のような運営上の要件に関して、異なる輸送モードのドーバー海峡輸送事業者間での無差別原則の遵守を両政府に一般的に義務づける規定は協定にはない(パラグラフ 324)。SNCF ターミナル及びカレー港とユーロトンネルとの異なる取扱は、協定違反にはならないと結論する(パラグラフ 335)。

次に、③について。本裁判所は両政府に対して国内法又は欧州法を執行する執行を有しないが、それでも原告はコンセッション協定 40.4 第 2 文(「英国法のルール又はフランス法のルールは、これらのルールへの依拠が英国法又はフランス法の下での特定の義務の履行に必要な場合には、適用されうる」と規定)に依拠する(パラグラフ 336-337)。しかし、協定の下での義務は英国法又はフランス法の下での義務ではない。協定の準拠法は一方の国内法ではなく国際法である(パラグラフ 338)。原告が請求のために依拠するフランス法又は英国法の条項は 40.4 第 2 文によってカバーされないのは明らかである(パラグラフ 339)。それゆえ、原告によるフランス法及び英国法の解釈が正しいかどうかについて検討する必要はない(パラグラフ 340)。

最後に、④について。民事罰は現実には支払われておらず、コンセッション協定の下での民事罰をめぐる不一致は抽象的なものにとどまる(パラグラフ 344)。不法移民の拘禁及び移転のコストは別個の責任の基礎としてではなく損害のありうべき一項目として扱うのが適当である(パラグラフ 350)。

原告の損害額は、本(中間)判決ではなく、第二段階で扱われる(パラグラフ 351)。

以上より、(a)2000年9月から2002年12月までカレー地方において存在した不法移民問題の状況において、Coquelles ターミナル内及び周辺での正常な治安と公序の状況を維持する責任は両政府が IGC を通じてか否かを問わず負う。(b)両政府はこの点において適切な措置をとらず、それゆえコンセッション協定 2.1 及び 27.7 に違反した。(c)原告はこの違反から直接に生じる損失の回復を求める権限を有する。損失は必要であれば訴訟の別の段階で、協定 15.3 の下での義務を勘案して、査定される。(d)原告によって提示された他の



請求は棄却される（パラグラフ 352）。

### E. SeaFrance Claim の本案

SNCF による SeaFrance への支援につき、SNCF の行為がフランスに帰属するかについて、原告はこれを肯定し、フランスはこれを否定する（パラグラフ 362-364）。原告は、SeaFrance への支援がコンセッション協定 34.3 等に違反すると主張する（パラグラフ 366）。

コンセッション協定 34.3 はユーロトンネルと既存のドーバー海峡輸送サービスとの間の不正な競争のより広い問題を対象とする規定ではない（パラグラフ 370）。その理由としては、第 1 に、仏文では、協定 34 のタイトルは *Extension éventuelle de l'ouvrage*（英文では *Exclusivity and Second Link*）となっており、*ouvrage*（建築物）という言葉が 34.1, 34.2 に登場するが、フェリーサービスは *un ouvrage* ではなく、既存のフェリー運航者への補助金は *une extension*（拡張）ではない。第 2 に、文脈上、協定 34 は両事業者が尚早に第二 link に直面しないよう確保するものである。ユーロトンネルは少なくとも 2020 年までは排他性を享受できるが、この排他性はフェリーサービスに関しては発生しない。第 3 に、SeaFrance のようなフェリー企業の運営が link と説明できるか疑問である。もし SeaFrance が該当するならば、エールフランスのパリ・ロンドン便も link に該当するはずである。いかなる協定中にもドーバー海峡のフェリーサービスを link と説明するものはない。第 4 に、既存の輸送事業者との競争上の立場は諸協定において無視された訳ではなく、いかなる保証も与えられない旨が言及されている（パラグラフ 373-377）。

その他、①コンセッション協定 2.1、②カンタベリー条約 12 条 1 項と協定 2.1, 12.1（「両政府は事業者が自由にその商業政策、料金及びサービスの種類を決定できるよう確保する」旨を規定）、③コンセッション延長協定 7（両政府は両国と第三国の間の鉄道輸送の発展を促進することを約束する旨を規定）

も原告の主張を認める根拠とはなりえない（パラグラフ 387-393）。

よって、SeaFrance の請求は全体として棄却される（パラグラフ 394）。

### F. 決定

以上より、本裁判所は次の通り結論する。

(1) 裁判所は、両被告に関する Sangatte 請求及びフランスに関する SeaFrance 請求について、これらの請求がコンセッション協定又は同協定によって効力を付与されたカンタベリー条約の下での被告の義務の違反に基づく限りにおいて、管轄権を有する。

(2) 2000 年 9 月から 2002 年 12 月までの期間においてカレー地方において存在した不法移民問題の状況において、両政府は、Coquelles ターミナル内及び周辺での通常の治安と公序を維持する責任を IGC を通じて可否かを問わず負った。両政府はこの点において適切な措置をとらず、それゆえ協定 2.1 及び 27.7 に違反した。

(3) 原告はこの違反から直接に生じる損失の回復を求める権限を有する。損失は必要であれば訴訟の別の段階で、協定 15.3 の下での義務を勘案して、査定される。

(4) 原告によって提起された他のすべての請求の根拠は棄却される（パラグラフ 395）。

### IV. Lord Millet 反対意見

Sangatte 請求につき移転要求を除いては英国は責任を負わないと考え、この点についてのみ判決に反対する。

(1) コンセッション協定 2.1 によって課された「ユーロトンネルの運営のために必要な措置をとる」義務は、両政府の連帯責任である。どちらの政府でもとりうる措置を両政府ともとらなかった場合には両政府に責任が生じ、一方の政府のみとりうる措置を当該政府がとらなかった場合は当該政府に個別責任が生じる（パラグラフ 2）。収容施設を閉鎖しなかったことにつき、英国は責任を負わない。閉鎖はフランス政府のみがなしたことであり、英国の支援や協力は不要であった。収容施設

内の一定数の移民の英国入国を認める措置は英国が義務としてとったものではなく、早期に同措置をとらなかったことは協定の違反ではない（パラグラフ 4-7）。Coquelles ターミナルを大量侵入から保護しなかったことにつき、ユーロトンネルの公序及び治安の維持についての全般的責任は両政府が負うとする多数意見には賛成するが、この責任が分割され得ないとする見解には反対する。公序の維持は、国土防衛同様、主権の行使であり、領域国のみが責任を負う。両政府は公序の維持につき責任を共有するが、ユーロトンネルの端から端まで全体につき共同で責任を負うわけではない。英仏は自国領域内（英国はケント、フランスはカレー県）での公序についてのみ別個に責任を負う（パラグラフ 10-11）。

(2) コンセッション協定 27 につき、IGC はコンセッション協定の締約者ではなく、原告に対して自身の契約上の義務や運営上の責任を負わない（パラグラフ 12）。協定 27.3（代理責任）に関連して、IGC が 2000 年 9 月 25 日の書簡（原告に保安の全責任を負わせようとした）を書くことを許可した英仏の行為は、それ自体が協定の違反となるものではない（パラグラフ 16）。また協定 27.7（直接責任）に関連して、同規定は両政府の共同義務について規定するが、あらゆる違反によって生じた損失につき両政府が等しく責任を負うことになる訳ではない。協定 27.7 も協定 2.1 も、前者は直接に、後者は IGC を通じて、両政府に行動をとる義務を課すが、どちらの場合も違反は必要な行動をとるべきフランスの不作为からなる（パラグラフ 18）。

(3) 一次的責任と二次的責任につき、本件は両政府が同一の国際違法行為につき有責となる国家責任条文 47 条に該当する場合ではない。英国につきせいぜい言えることは、フランスが自らの義務を誤解したことを誤って支持したこととフランスの義務履行を促すことをしなかったことである。これらはコンセッション協定の違反ではない（パラグラフ 19）。収容施設閉鎖と公序維持に関するフランスの義務不履行につき英国は責任を負うものではなかった。英国はフランスによる履行を保証しなかったが、たとえ保証したとし

ても、英国の責任はフランスの責任に比して二次的であり、両国間では原告への補償の責任はすべてフランスのみが負う（パラグラフ 21）。多数意見パラグラフ 318 では「英国は、望ましくない状況を終了させるため自らの権限内にあるすべてのことを行わなかった」としたが、正確には「英国は、フランスにその義務を履行させることによって、望ましくない状況を終了させるため自らの権限内にあるすべてのことを行わなかった」というべきである（パラグラフ 23）。「フランスにその義務を履行させることによって」という言葉の欠落ゆえ、両政府が責任を負うという英国に対して不衡平な結論となった。しかし不正義は英国が原告に対して僅かといえども責任を負うことに存するのではなく、フランスの責任を減少させたことに存する。英国の不作为がどのようなものであれ、最終的に英国の責任の原因はフランスがコンセッション契約の下での義務を果たさなかったことである（パラグラフ 24）。

(4) 両政府間の責任配分は責任の問題であって賠償額の問題ではないから、第二段階に回すのは誤りである（パラグラフ 27）。

(5) 英国による原告に対する不法移民の移転要求は英国のみが責任を有する違反であり、フランスの責任ではない（パラグラフ 30）。

## V. 省察

以下の 10 点について、簡単に指摘しておきたい。

第 1 に、本判決は、社会的には英仏両政府が企業に敗訴した点が注目されたが、複数国の不作为ゆえの国家責任が認められた稀有な例であり、先進国の国家責任が認められた例という点でも興味深い例であるといえる。国家の共同責任について、国連国際法委員会「国家責任条文」では 47 条 1 項が「複数の国が同一の国際違法行為に対して責任を負う場合には、当該行為との関係でそれぞれの国の責任を追及することができる」と規定する。同条のコメンタリーでは、まず、同一の国際違法行為について複数国が有責となる場合として、①運営全体に関して共同で行動してい

るとみなされる場合、②共同の機関を通じて行動している場合、③他国の指揮・命令をしている場合（条文17条）があるとする。その上で、各国が個別に責任を負うのが当該国家間で反対の合意がない場合の国際法上の基本原則であるが、ある単一の行動が同時に複数国に帰属し、当該各国が国際的に違法となる状況は発生し得るとし、同条はこのような場合につき規定したものだとする（なお、そのような場合に該当するか否かは状況及び当該各国の国際義務次第だとされる）<sup>12)</sup>。同条との関連では、本件はコンセッション協定により②が認められた例だと把握することが可能であろう<sup>13)</sup>。

第2に、これと関連して、本判決では、国家責任条文をはじめ一般国際法にはほとんど言及しておらず、専らコンセッション協定（及びカンタベリー条約）という「特別法」に照らして判断をしたのが特徴である。この点は、裁判長 **Crawford** が国家責任条文（案）の特別報告者であったことに鑑みると非常に興味深い。同条文の援用を「自制」した裁判官の姿勢は法曹倫理の観点からも注目に値しよう。但し、その結果として、一般国際法への依拠がほとんどないため、国際法学徒にとっては率直に言って「使えない」判決となった。また、複数国による国際共同事業から生じうる国家責任の問題は、本件のような相手締約者に対する合意不履行の責任の問題のみならず、締約関係にない第三者に対する損害から生じる責任の問題も存在し、この後者の場合には一般国際法に照らした判断が必要になる。この点からも、一般国際法への依拠がほとんどないことは、やむを得ないこととはいえ、残念であった。

第3に、コンセッション協定において準拠法が国際法となった理由について。端的に言えば、英国法又はフランス法のどちらか一方を準拠法とすることは両政府とも互いに譲らないため決定できず、また第三国法を準拠法とすることは、プライドが許さないばかりか、英米法又は大陸法のどちらかにすると一方に有利になってしまいかねないため、折り合いがつかなかったものと推測される。準拠法を国際法とすることで、条約法条約のルールや国家責任のルールの適用や準用が可能あるいは容易になる。本件では結局、国家責任の一般的ルールを援用する必要性は生じなかったが、条約法条約の条約解釈のルールの準用は合理的であり、特に同条約33条は英文テキストと仏文テキストの齟齬の問題を解決するに際して有用な指針となった。

第4に、本判決においては、フランスの領域内で発生した事件について英国にも責任が生じると判示した。領域外の出来事についても国家責任が生じうることについては、既に国際司法裁判所「ナミビア事件」勧告的意見（1971年）において、南アフリカによるナミビアへの居座りに関連して、「主権又は権原の正当性ではなく、領域の物理的な支配こそが他国に影響を与える行為に対する国家の責任の基礎である」と判示されている<sup>14)</sup>。「二国間協定に基づき共同機関（IGC）を創設して共同の運営を進める以上、物理的・直接的には対処できない相手国内での出来事に対しても相手国に善処するよう働きかけることは可能であるばかり協定上の義務にもなり得る」というのが、本判決の趣旨であろう。逆に **Lord Millet** 反対意見はこの「働きかけ」について何ら勘案していない。

12) *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two, pp. 124-125.

13) 国際司法裁判所「ナウル燐鉱山」事件では、ナウルの信託統治を実施した行政当局（Adminstrating Authority, オーストラリア、英国及びニュージーランドの3カ国により創設、実際にはオーストラリアが運営）に関連して、オーストラリアは「ナウルの請求は3カ国共同に対してはなし得ても、オーストラリア単独に対してはなし得ない」旨、主張したが、1992年の判決では「オーストラリアは信託統治協定の下で行政当局を構成する3カ国のうちの1国として義務を負い、オーストラリアによる当該義務違反の請求の裁判所による審理を妨げるものは同協定には存在しない」と判示した（*ICJ Reports 1992*, pp. 258-259）。同判決及び本判決とともに、共同機関の行為が当該機関を構成する各国に帰属することを示した最近の例であると指摘される。Francesco Messineo, *Multiple Attribution of Conduct*, SHARES Research Paper No. 2012-11 (available at <http://www.sharesproject.nl>), p.15.

14) *ICJ Reports 1971*, p. 54.

第5に、2008年4月にフランス政府はユーロトンネル・グループ側に2400万ユーロの支払をすることで、2009年に英国政府は800万ユーロの支払をすることで、それぞれ合意に達した<sup>15)</sup>。そして本裁判は2010年に正式に終結した。英仏両政府の補償額の相違（英国はフランスの3分の1）は、二国間合意に基づく管理・運用責任を超えた領域管理責任の有無として説明できよう。具体的な補償額及び補償割合の算定基準は明らかではないが、原告によるSangatte請求の請求額（約3000万ポンド）は2008年時点のユーロに換算すると約3700万ユーロとなるため、その9割近くは補償されることになったといえる。

第6に、本判決は、予防法学の観点からは、政府が将来、国際共同事業を実施する場合（先端科学技術分野での事業で巨額の費用を要する場合がその典型として考えられる）においての1つの教訓になりうるものである。即ち、複数国の共同事業として国家自体が事業主体となり、独自の国際法人格を有する国際組織が事業主体となって運営するのではない場合<sup>16)</sup>において、自国領域外の（想定外の）出来事についても共同責任（しかも不作為に基づく責任）を問われうるため、一見すると相手国の国内管轄事項と思われるものであっても共同事業に関連すると思われる懸念事項については、積極的に関与（口出し）していくことが求められる、という教訓である。換言すれば、他国領域内での事項については外交上の配慮から口出しを慎むという一

般的な対応は、自国に責任が生じてしまうリスクを抱えることになるため、国際共同事業においてはとられるべきではないということである。このようなリスクを回避する別の方法としては、国際共同事業の実施合意において、「相手国領域内での出来事については相手国のみが一切の責任を負う」旨を規定しておくことが考えられる<sup>17)</sup>。なお、共同責任に言及した数少ない条約の例として、宇宙損害責任条約を挙げることができ、同条約5条では共同打ち上げの場合の連帯責任及び求償の権利について規定する。

第7に、本仲裁は、投資に何らかの意味で関連する仲裁ではあるものの、①A国及びB国の共同プロジェクトにA国企業及びB国企業が共同で投資するという本件は、投資企業の国籍は投資受入国とは異なるという外国投資の当然の要件を少なくとも純粋な形では満たしていない、②当事者間の関係を規律する基本ルールは投資協定ではない、③公正衡平待遇や直接・間接収用をめぐる紛争ではない、という3点において、国際投資仲裁と呼ぶことは妥当ではなく、独自の存在として把握すべきものである。特にSangatte請求は施設周辺の全般的な管理責任をめぐるものであり、その意味で本件は、むしろ国内の行政訴訟（特に国家賠償訴訟）に近い構造を有するものであった。判決の Paragraph 275 では、「ユーロトンネルを外国投資とみなすことは疑わしい」と指摘し、さらに、たとえ一般国際法が適用されるとしてもSangatte請求を公正衡平待遇や収用と結びつけて論じる

15) Groupe Eurotunnel SA: 2009 Reference Document, pp. 20-21, available at <http://www.eurotunnelgroup.com/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=4099>.

16) このような場合の例として挙げられるのが、宇宙基地協定である。同協定では責任の問題に関しては、①参加国間では責任の相互放棄を規定し（16条）、②第三者損害については、宇宙損害責任条約の適用を確認し（17条1項）、同条約に基づく請求が行われた場合には参加主体は協議すべき旨を規定し（同2項）、また参加主体は連帯責任の分担について別の取極を締結できる旨を規定する（同3項）。他方で、国際組織が事業主体になる場合（例えば、国際熱核融合実験炉（ITER）事業についてはITER機構が創設され事業主体となっている）には、国際組織の責任と加盟国の責任の関係が国際法上の主な論点となる。この点につき、拙稿 *Responsibility of the Member States towards Third Parties for an Internationally Wrongful Act of the Organization*, in Maurizio Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations (Essays in Memory of Sir Ian Brownlie)* (Brill, 2013), pp. 293-301 参照。近い将来には、例えば、国際リニアコライダー（ILC）の建設・運営をどのような（どちらの）法的枠組の下にすすめるかが検討課題となろう。

17) もっともそのように合意していても、第三者損害が生じた場合には、当該規定の第三者対抗力の問題が生じうるが、第三者対抗力が否認されて第三者への補償が求められる場合であっても、当該規定は少なくとも相手国（領域国）への求償の根拠となろう。

ことは困難であり、また投資の「特別法」を構成するカンタベリー条約及びコンセッション協定にも対応する規定はない旨を指摘する。

第8に、Sangatte 請求に関連して、多数の不法移民のトンネル内への侵入の背景には、庇護希望者に対する英仏両政府の待遇の相違がある。よりよい待遇の国への移動は自然な流れであり、トンネル近辺に収容施設を設置したこと自体が侵入の誘引となったことは相違ない。ユーロトンネル建設当時にはこのような形でトンネルの運営が阻害されることは想定外であったと思われるが、両政府は管理及び運営に全般的責任を有する以上、「想定外」は抗弁にはならないし、また、運営の阻害はフランスによる自招危険の側面が強いと言わざるを得ない<sup>18)</sup>。なお、Sangatte 収容施設が1999年9月から2002年12月までの間に受け入れた者は合計65483人であり、出身別の内訳は、イラク26090人、アフガニスタン17715人、イラン5893人、コソボ3867人、クルド1543人、トルコ1407人、ルーマニア1304人の順であった<sup>19)</sup>。

第9に、SeaFrance 請求について判決では他の輸送モード（具体的にはフェリー会社SeaFrance）に対する補助・支援については検討不要とした<sup>20)</sup>。判決ではEUの補助金ルールについての検討はなされていないが、2004年の「海上輸送に対する国家援助の共同体ガイドライン」(Community Guidelines on State Aid to Maritime Transport)<sup>21)</sup>の「10. 短距離航路に従事する海運業への支援 (Aid to Short Sea Shipping)」において規定された支援の諸条件（支援は3年以内、運用コストの30%以内、他の船主との無差別等）の適用があると考えられる。なお、日本では「本州四国連絡橋の建設に伴う一般旅客

定期航路事業等に関する特別措置法」(昭和56年6月9日法律第72号)に基づき、本州四国連絡橋により悪影響を受けるフェリー会社に対して一般旅客定期航路事業廃止等交付金が交付された。

第10に、本仲裁裁判の訴訟費用は約70万ポンドと指摘される<sup>22)</sup>。英国の法律事務所Herbert Smith LLPが原告側の代理人(Counsel)として携わった。ユーロトンネル社の法律顧問David Marteauは、インタビューにおいて、①外部の代理人との協力が重要であるとの教訓がSangatte 請求から得られたこと、②仲裁コストの透明性は非常に重要な問題であること、③多くの困難が重要書類の英語版とフランス語版の間の整合性の欠如から生じたこと、を指摘する<sup>23)</sup>。

(なかたに・かずひろ)

18) なお、Sangatte での不法移民をめぐる諸状況につき、Liza Schuster, *Asylum Seeker: Sangatte and the Tunnel, Parliamentary Affairs*, vol. 56 (2003), pp. 506-522.

19) Romain Liagre et Frédéric Dumont, *Sangatte: Vie et mort d'une centre de <réfugiés>*, *Annales de Géographie*, Numero 641 (2005), p.100, Tab.1.

20) なお、SeaFrance は2012年に経営破綻し、ユーロトンネル社が買収した。

21) *Official Journal of the European Union*, 2004/C 13/03.

22) Kate Durcan, *International Arbitration: Getting Pricier, but Still Growing*, in *The Law Society Gazette*, available at <http://www.lawgazette.co.uk/48011.article> (last visited Aug. 15, 2014)

23) David Marteau, *Global Arbitration Review*, Volume 3 Issue 1 (2008), p.47.

## 論説

エジプト民法典における保険法関連規定<sup>1)</sup>

東京大学教授

両角吉晃

## I. 序

- 1 法源
- 2 保険契約の位置づけおよび規定の構成

## II. 一般規定（第 747 条—第 753 条）

## III. 生命保険（第 754 条—第 765 条）

## IV. 火災保険（第 766 条—第 771 条）

## V. イスラーム法と保険

## I. 序

エジプト民法典は 1949 年に施行され、以後、エジプトにおける政治状況の変化にもかかわらず、根本的な改正を施されることなく、エジプトにおける民事法の基本法典として、現在に至るまで、適用されている<sup>2)</sup>。この民法典の中に含まれている保険に関連する規定の内容を紹介するのが本稿の目的である。

## 1 法源

最初に、法源という観点から見たエジプトの保険法制の特徴について論じる。

まず指摘できるのは、一般市民にとって最も重要な意味を持つ保険類型に関する規定が、民法典の中に置かれている、という点である。エジプト民法典の制定に当たってはフランス法が大きな影響を与えたとされているが、そのフランスで採用されている特別法による規制という方法とも異なり、また、かつての日本のように商法典に保険に関する規定を置くという方法とも異なる方式が選択されている<sup>3)</sup>。

保険法の法源に関して、より実質的な観点から指摘できるのは、エジプト民法の歴史の中で、現行エジプト民法典が初めて保険に関する規定を置いた、という点である。

現行民法典の制定過程を記録した司法省の文書<sup>4)</sup>は、各条文に関する記載の冒頭部分で、その条文が定めている法規定の内容を決めるにあたり参照された素材——あくまでも「参照」されたものであり、必ずしも「依拠」

1) 本稿の執筆は、東京海上各務記念財団から社会科学研究所助成を受けて行われたものである。ここに記して厚く感謝の意を表したい。

2) エジプト民法典の制定経緯および構成の概要、起草者サンフーリーについては、両角吉晃「エジプト民法典小史」東京大学法科大学院ローレビュー第 2 巻 151 頁 (2007) および両角吉晃『イスラーム法における信用と「利息」禁止』250-266 頁 (羽鳥書店, 2011) を参照。

3) もっとも、後述するとおり、規定の内容に関しては、フランス保険法の影響を強く受けている。

4) AL-ḤUKŪMAH AL-MIṢRĪYAH, WIZĀRAT AL-'ADL, AL-QĀNŪN AL-MADANĪ, MAJMŪ'AT AL-A'MĀL AL-TAḤDĪRĪYAH (N.D.)

されたことを意味しない——を列挙している(該当するものがある場合)。具体的には、エジプト旧民法典(混合裁判所用民法典ならびに国民裁判所用民法典)の条文、エジプトの判例、イスラーム法の文献に現れた諸規定への言及がなされている。イスラーム法は、民法典制定にあたり起草者が依拠した4つの源泉の一つとされ(他に、フランス法、比較法、エジプトの判例が挙げられている)、実際、イスラーム法の文献への言及は頻繁になされている。

しかし、ここで扱う保険関連条文については、旧民法典の中に保険に関する規定が存在しないという事情を反映して、「旧民法の規定：該当なし」という言及が続く<sup>5)</sup>。また、イスラーム法の文献が引用されることもない。これは、伝統的なイスラーム法学の中で保険制度に該当する制度が論じられることがなかったという事情によるが、問題はそれに限られない。そもそもイスラーム法において保険契約自体が正当な契約類型として受け入れられるのかという原理的な問題が存在しており、イスラーム法について深い造詣を持つ起草者サンフーリーもまた、当然ながら、その問題に意識的であった<sup>6)</sup>。

旧民法下では、法律に定めがなかったため、保険契約の法的規制は、諸外国の立法、中でも、1930年のフランス保険法、ならびに契約の解釈によることとなった。しかし、このような事態は、保険契約に伴う高度の専門性ゆえに、一方当事者である保険会社にとって有利な契約関係を生み出す原因となった。この問題に対処するため、また、同時に、保険会社の集める保険料の額の大きさとその

国家経済への影響とに鑑み、1939年に、保険業の規制・監督に関する最初の法律が制定された。また、現行民法典の制定に当たっては、保険会社と契約を結ぶ一般市民に特別な保護を与えることとされ、後述する通り、保険に関する民法の諸規定を片面的強行規定とする第753条が置かれるに至った<sup>7)</sup>。

草案の条文作成に当たっては、1930年のフランス保険法の他、1908年のスイス保険法などが参照された。

民法典の準備草案には、保険関係の規定として、99箇条が含まれていた(第1034条から第1132条まで)。しかし、最終草案を作成する過程で62箇条に減らされ(第779条から第840条まで)、さらに、元老院に付置された特別委員会での審議の過程でも条文が削除され、最終的に残ったのは、第747条から第771条までの25箇条だけとなった<sup>8)</sup>。

草案に存在していた条文の削除の理由は、大きく二つに分けられる。一つは一般原則の適用であり、あえて規定を置く必要がないというものである。もう一つは、保険に関する規定は時代に応じて変化にさらされるため、細部に関わる規定は特別法に任せた方がよい、という判断に基づくものである。

削除条文の多さからもうかがわれるが、保険に関する条文案は審議の過程で多々議論の対象となったようで、元老院民法委員会の第34回会合では、保険に関する規定の審議を最後に回すこととされた。そして、第53回会合において、短期的に変化を被ることのない一般原則および重要な規定のみを残すという決定がなされた<sup>9)</sup>。

この事態を受け、削除された条文の中に含

5) ただし、準備草案に存在していたが最終的に削除された条文に関しては、「該当なし」という記述の後で、強制加入労災保険に関する1942年の法律第86号に言及したものがある。なお、判例への言及も、少なくともこの冒頭部分では、なされていない。

6) この点についてはVで後述する。

7) MUHAMMAD KAMIL MURSĪ, SHARH AL-QĀNŪN AL-MADANĪ, AL-'UQŪD AL-MUSAMMĀH, 'AQD AL-TA'MĪN 12-13 (2005), 'ABD AL-RAZZĀQ AHMAD AL-SANHŪRĪ, AL-WASĪT FĪ SHARH AL-QĀNŪN AL-MADANĪ, AL-MUJALLAD AL-SĀBĪ, 'UQŪD AL-GHARAR, 'UQŪD AL-MUQĀMARAH WA-AL-RIHĀN WA-AL-MURATTAB MADĀ AL-HAYĀH WA 'AQD AL-TA'MĪN, AL-MUJALLAD AL-THĀNĪ 1098 (1964)。保険業の規制・監督に関する立法については、後掲注14)を参照。

8) MURSĪ, supra note 7, at 13-14, SANHŪRĪ, supra note 7, at 1161。ちなみに、準備草案の段階では約1600箇条あった条文が、制定された民法典では1149箇条に減らされている(なお、エジプト民法典には家族法関連規定が含まれていない)。全体の削減率と比較すると、保険法関連条文の削減率が極めて高いということがわかる。

9) MURSĪ, supra note 7, at 13-14, SANHŪRĪ, supra note 7, at 1161-62 note 1。

まれていた規定を法律で定めるため、政府が保険法草案を作成したが、立法には至っていない<sup>10)</sup>。このため、法律書に現れたエジプト保険法についての記述は、民法典の条文の他、削除された法案の諸規定や、旧民法時代以降フランス保険法などに依拠して形成されたエジプトの判例、さらには、フランスの学説や判例の引用をも含むのが通常である。

なお、民法典における保険関連規定は、すべての保険契約に適用されるわけではない。適用対象となるのは、基本的に、陸上保険たる私保険であるが、いわば相互保険や共済に該当する類型など、別個の制度趣旨に基づく保険については、その趣旨および特別法に反しない限りでのみ、民法典の保険関連規定が適用される<sup>11)</sup>。海上保険については海商法の規定<sup>12)</sup>が適用され、さらにいわゆる公保険（社会保険）や強制加入保険<sup>13)</sup>についても、民法典の規定とは別個の法準則が存在する。保険業法に該当する分野<sup>14)</sup>や、それに関連する行政規定も含め、エジプトにおける保険関連法規は多々存在するが、本稿は、いわば研究の最初の一步として、民法典の条文に着目し、その内容を紹介するものである。

## 2 保険契約の位置づけおよび規定の構成

民法典の中で、保険契約に関する規定は、「第1部 債務および債権」、「第2編 典型契約」、「第4章 射倖契約<sup>15)</sup>」、「第3節 保険契約」の中で扱われている。保険契約の射倖性が、法典の構成の中で明示される形となっている<sup>16)</sup>。

第4章には、この他、第1節として「博戯および賭事」、第2節として「終身定期金」についての規定が置かれている。このうち、終身定期金については旧民法典の中にも条文があったが<sup>17)</sup>、第1節の「博戯および賭事」については旧民法典に条文がなく、第3節の「保険契約」同様、現行民法典で初めて規定が置かれることになった。

保険契約を扱った第3節は、大きく二つに分けられる。まず、第747条から第753条までに「一般規定」が挙げられ、その次に「保険のいくつかの種類」と題したセクションが続く<sup>18)</sup>。「保険のいくつかの種類」としては、「生命保険」と「火災保険」が挙がっており、それぞれ、第754条から第765条まで、第766条から第771条までを占めている<sup>19)</sup>。

10) SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1162, AḤMAD ABŪ AL-SA'ŪD, 'AQD AL-TA'MĪN BAYNA AL-NAZARĪYAH WA-AL-TATBĪQ : DIRĀSAH TAḤLĪLĪYAH SHĀMILAH 555 note 203 (2009).

11) 準備草案の中には、この適用範囲について定めた第1036条が存在していたが、この条文は審議の過程で削除された。MURSĪ, *supra* note 7, at 16-17.

12) 海商法（1990年法律第8号）第340条から第400条。

13) 自動車事故から生じる民事責任に備える強制加入保険に関する1955年法律第652号など。

14) エジプトにおける保険業の規制・監督に関する法律が存在する。1939年に最初の立法が行われ、数次の全面的改正を経て、現在は1981年法律第10号が適用される（1989年、1995年、1998年、2008年に部分的改正がなされている）。MURSĪ, *supra* note 7, at 13, SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1100-18, ABŪ AL-SA'ŪD, *supra* note 10, at 54.

15) アラビア語では、'uqūd al-gharar という。『危険』の契約」という意味である。ghararについては後述Vを参照。

16) エジプト民法典では、典型契約が一定のカテゴリーごとにまとめられており、他に「所有権にかかる諸契約」（売買、組合、消費貸借など）、「物の用益にかかる諸契約」（賃貸借、使用貸借）、「行為にかかる諸契約」（請負、雇用、委任など）、「保証」（保証）というカテゴリーがある。

17) 混合裁判所用民法典第586条から第589条まで、国民裁判所用民法典第480条から第481条まで。

18) 一般規定の後に個別の契約類型についての規定を置くという方式は、エジプト民法典の他の部分にも見られ、売買、賃貸借、寄託、保証について、同様の規定の仕方が採用されている。

19) なお、草案には責任保険についての規定も含まれており、その中には、保険者に対する直接請求権を被害者に認めた条文も存在していた。民法典の注釈書“al-Wasīṭ”に現れたサンフーリーの記述からは、これらの条文を「細部・詳細に関するもの」とみなして削除した委員会の決定に対し、サンフーリーが大いに不満を感じていたということがうかがわれる。SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1161-62 note 1.



## II. 一般規定（第 747 条—第 753 条）

各条文の内容を紹介するのに先立ち、ここで用語の問題について論じる。

まず、保険はアラビア語で *ta'mīn* と表現される。これは、請け合う、保証する、保険によりある危険から生じる損害を保証する、という意味の動詞 *ammana* の動名詞に該当する言葉である。条文には、この *ammana* という動詞自体は現れず、契約名称としての *ta'mīn* という言葉<sup>20)</sup>、ならびに、保険の当事者および対象物を指す専門用語として、この動詞の派生形が用いられている。

ちなみに、*ta'mīn* という言葉には、保証・担保という意味もあり、人的担保、物的担保は、*ta'mīnāt* (*ta'mīn* の複数形) という言葉を使って表現される（それぞれ、*ta'mīnāt shakhṣīyah*, *ta'mīnāt 'ayniyah*)<sup>21)</sup>。

さて、上記の通り、保険の当事者および対象物を指す専門用語として動詞の派生形が用いられるが、この用語法が、日本法で採用されている方式と異なっているため、注意が必要である。

民法典の条文にも、法学書の解説にも、*al-mu'amman la-hu* という言葉が頻出する。この言葉は、直訳すると、「そのものために保険による保証が行われるもの」という意味であり、言葉の文字通りの意味としては、これを被保険者と訳するのが適切であるように見える。ところが、実際には、この *al-mu'amman la-hu* という言葉は、*ṭālib al-ta'mīn*<sup>22)</sup> = 保険契約の当事者として保険料を払う義務を負う者、つまり保険契約者を指すこともあれば、*mustafid* = 受益者、つまり保険金受取人を指すこともあれば、*al-mu'amman 'alay-hi* = その上に保険による保証が行われるもの、つまり生命保険における被保険者<sup>23)</sup>を指すこともある<sup>24)</sup>。他方、日本法では、被保険者は、保険契約者や保険金受取人とは区別されている<sup>25)</sup>。このため、*al-mu'amman la-hu* という言葉を「被保険者」と訳すと、用語法のレベルで混乱が生じることになり、適当ではない。

そこで、本稿では、多義的に用いられるこの *al-mu'amman la-hu* という言葉に、なじみのない表現ではあるが、保険契約関係者という言葉で当てることにする。実際には保険契約者を念頭に置いているケースが多いとい

20) *ta'mīn* は保険金・保険価額の意味で用いられることもある（例：第 761 条）。

21) 後掲の第 770 条第 1 項でも物的担保という用語が用いられている。

22) この表現は、直訳すると「保険を要請するもの」という意味であるが、文脈からすると、「保険契約の締結を要請する者」という意味で用いられている。

23) 条文では、生命保険の被保険者について、*al-mu'amman 'alā ḥayāti-hi* という表現が用いられることが多いが、*al-mu'amman 'alay-hi* という表現も用いられており（第 764 条第 1 項および第 3 項）、これを被保険者と訳した。なお、「その上に保険による保証が行われるもの」は、言葉の文字通りの意味としては、人に限定されない。実際、損害保険契約で保険の対象となる物（＝被保険者の経済的利害が存在する物）は、この表現を使って指示される（第 766 条第 2 項など）。つまり、その者・物についての危険が実現すると保険金支払義務が生じるような存在を「その上に保険による保証が行われるもの」という言葉で表現している。

24) MURSĪ, *supra note 7*, at 24-25, SANHŪRĪ, *supra note 7*, at 1170-71. なお、サンフーリーは、*al-mu'amman la-hu* という言葉について説明する際、それは、*ṭālib al-ta'mīn* でも、*al-mu'amman la-hu* でも、*mustafid* でもあり得る、としており（SANHŪRĪ, *supra note 7*, at 1170-74）、いわば広義の *al-mu'amman la-hu* と狭義の *al-mu'amman la-hu* とを使い分けている。

保険契約に関与する者の用語法については揺れがあり、概説書の中には、*al-mu'amman la-hu* を *ṭālib al-ta'mīn* と言い換えておきながら、*ṭālib al-ta'mīn* と *al-mu'amman la-hu*（ここでは明らかに被保険者の意味で用いられている）と *mustafid* の三者が同じ者であることもあれば、そのうちの二者が同じであることもあれば（通常の生命保険では *ṭālib al-ta'mīn* と *al-mu'amman la-hu* が同じ、債権回収確保のための生命保険では *ṭālib al-ta'mīn* と *mustafid* が同じ、自動車の所有者が不特定の運転者のためにかかる自動車保険では *al-mu'amman la-hu* と *mustafid* が同じ）、異なる三者であることもある（保険契約者が、自分の家族を被保険者とし、その死亡時に別の家族が保険金を受け取れるよう生命保険契約を締結する場合）、といった説明を付加するものもある。MUHAMMAD SHARĪF 'ABD AL-RAḤMĀN AḤMAD 'ABD AL-RAḤMĀN, 'AQD AL-TA'MĪN 180-81 (2006).

25) この三者が同じであるケースは当然あり得るが、そのことと、三者のうちの一つを指す用語を他の者をも指しうる用語として用いることとの間には、違いがある。

う点に鑑み<sup>26)</sup>、保険契約という言葉を含む用語を採用した。

保険契約者に該当する *ṭālib al-ta'mīn* という表現については、上記の通り、直訳は保険要請者であるが、煩雑さを避けるため、保険契約者と訳すこととした。なお、この *ṭālib al-ta'mīn* という表現は、「第3節 保険契約」の条文の中では用いられていない。

*al-mu'amman 'alay-hi* は、被保険者または被保険物と訳した<sup>27)</sup>。

まとめると、以下のようになる。

エジプト法		日本法
保険者		保険者
保険契約 関係者	保険契約者	保険契約者
	受益者	保険金受取人
	被保険者	被保険者

なお、*al-mu'amman min-hu* という表現もある。これは、それに備えて保険による保証が行われるもの、そこから生じる損害を避けるために保険による保証が行われるものという意味である。本稿では、保険対象物という訳を当てた。この表現は、実際には、事故または危険という言葉との組合せで用いられ、保険対象事故または保険対象危険という形で現れる。

以下、条文番号順に翻訳を掲げる<sup>28)</sup>。条文によっては、空白行の後で、簡単に説明を加えてある。

#### 第 747 条

保険契約は、保険者が、保険契約関係者[に対して]または保険がその者の利益を定めるところの受益者に対して、一定額の財物または定期給付物またはその他何らかの財産上の

対価を、事故の発生[時]または契約に定められた危険の実現時に、保険契約関係者が保険者に対して支払う保険料またはその他何らかの財産上の支払と引き替えに、支払う義務を負う契約である。

保険契約の定義規定である。できるだけ原文の順序を変えずに訳したので、このままだとわかりにくいのが、ポイントは、保険者が、保険料その他の財産的支給と引き替えに、保険対象事故発生時に、保険契約者または受益者に対し財産的対価の給付を行う、という点にある。

条文の文言からは、いずれの対価も金銭以外の財物であり得るように読める。しかし、保険料については、「保険契約関係者は、保険料を金銭で支払わなくてはならない」とされる<sup>29)</sup>。保険金についても、「保険契約の準則として、賠償は金銭で支払わなくてはならない」とされており<sup>30)</sup>、また、例外的に金銭以外の財物の給付を約した場合であっても、最終的に保険者が支払うのは金銭になる、とされている<sup>31)</sup>。保険法を扱った著作の中では、基本的に、金銭が対価として念頭に置かれている。

#### 第 748 条

この法律に言及されていない保険契約に関する諸準則は、特別法が規定する。

#### 第 749 条

保険の目的となるのは、特定の危険が発生しないことから個人に帰属するすべての合法的な経済利益である。

26) たとえば、第 757 条第 2 項に現れた保険契約関係者は、保険契約者のみを指すということが明白である。

27) 前掲注 23) において、損害保険契約では、保険の対象となる物を *al-mu'amman 'alay-hi* という表現で指示すると述べたが、当該物に対する損失が損害保険によりカバーされることについて利益を持つ者のことを同じ表現で指示する用法もある(条文には出てこないが、MURSI, supra note 7, at 218 に動詞の形で使用された例が見られる)。そこで、損害保険についても、この表現が人について用いられた場合には、被保険者と訳した。

28) 条文中の [ ] に囲まれた部分は、日本語として理解しやすいように筆者が補った部分である。( ) に入っているのは、条文の内容を明らかにするために筆者が説明を加えた部分である。

29) MURSI, supra note 7, at 126.

30) もちろん、例外は認められており、火災保険、特に相互保険の場合に、金銭支払でないケースもあるということが指摘されている。MURSI, supra note 7, at 216.

31) SANHURI, supra note 7, at 1149.

第 750 条

保険証書に現れた以下の諸条項は無効となる。

(1) 法律および行政立法への違背を理由として保険における権利が消滅することを定めた条項。ただし、この違背が重罪または故意による軽罪を包含するときを除く。

(2) 保険契約関係者による保険対象事故の官庁への通報〔の遅滞〕および書類の提出の遅滞を理由として、状況からその遅滞には正当な弁明事由があったことが明らかである場合でも、保険契約関係者の権利が消滅することを定めた条項。

(3) 明白な形で目立つように示されていない印刷条項で、無効および〔権利〕消滅を発生させる状況に関するものすべて。

(4) 仲裁条項が、〔保険〕証書の中において、一般条項とは区別された特別の合意という形式をとらずに、印刷された一般条項の中に現れているときの、その仲裁条項。

(5) その他の濫用的条項で、それへの違背が保険対象事故の発生に対し何らの影響を及ぼさないということが明らかなるものすべて。

保険証書に現れた濫用的条項に関する規定である。この規定は、民法典制定以前、当事者間の不平等な立場を利用して行われていた濫用的な保険契約運用に対して法的な規制をかけるために作られたものである。起草者サンフーリーによると、この5つの類型のうち、(1)と(2)は契約の実質に配慮したもの、(3)と(4)は契約の形式に配慮したものである。ま

た、(5)は当初草案にはなかったものであり、審議の過程で、濫用条項についての一般ルールとして挿入された<sup>32)</sup>。

保険証書 (*wathīqat al-ta'mīn*) とは、保険契約の内容を証する文書で、特定の形式は要求されていないが、その中に含まれるべき重要な記載事項として、当事者、証書署名の日付、保険対象事故、保険による保証の開始日、保険料、保険金、保険期間が挙げられる<sup>33)</sup>。

(1)で「重罪または故意による軽罪」が除かれるのは、これらの犯罪を構成するのはいずれも意図に基づく行為であり、したがって、そもそも保険の対象にならない、という理由による。したがって、「この違背が重罪または故意による軽罪を包含するとき」には、当該条項が有効になり、保険契約における権利が消滅しない、という帰結がもたらされるわけではない<sup>34)</sup>。

(2)の「書類の提出」は、保険契約関係者が保険対象事故に関する書類を保険者に提出する必要がある場合を念頭に置いている。たとえば、書類の提出の遅れにより、責任保険の保険者が訴訟を遂行するに際して支障が生じ、不必要な負担を負うことがないようにするための規定である。このような場合でも、書類提出の遅れに正当な事由があれば、契約条項に依拠して保険契約関係者の権利の消滅を主張することはできないということになる<sup>35)</sup>。

(5)に該当する例として、運転免許の更新を怠った場合には保険による保証の対象にならない旨の条項について、運転免許の更新懈怠は行政規定への違反であり、それが事故の発

32) SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1242-45.

33) MURSĪ, *supra* note 7, at 80-81. 準備草案の第 1058 条には、保険証書の必要的記載事項についての規定があったが、これも削除された。MURSĪ, *supra* note 7, at 83-84. また、準備草案の第 1048 条には、保険証書への両当事者の署名と保険証書の保険契約関係者への交付とをもって保険契約の締結要件とする規定があったが、これも細部・詳細に関する規定として、削除された。MURSĪ, *supra* note 7, at 74. 保険契約は法律上は諾成契約とされているが、実際には、約款の定めにより、保険者が署名した保険証書の保険契約関係者への交付（および保険契約関係者の署名）をもって契約締結とするのが通常である（さらに、場合によると、初回の保険料支払をも契約締結要件として付加することがある）。SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1202-03. なお、これも条文には規定が存在しないが、契約締結までに時間を要する場合、それまでの期間も保険による保証がなされるよう、暫定覚書（フランス法の *note de couverture* に該当する）を交付する場合がある。MURSĪ, *supra* note 7, at 87-88, SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1182-87.

34) SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1243-45. 意図してなされた行為が保険の対象にならないという点は、MURSĪ, *supra* note 7, at 220 にも明言されている。第 768 条第 2 項も参照。

35) SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1243, 1335-36.

生に寄与していない限り、濫用条項になるとして、その効果を否定した判決が挙げられている<sup>36)</sup>。

#### 第 751 条

保険者は、保険価額を超えないことを条件に、保険対象危険の発生から生じる損害のみを保険契約関係者に対して賠償する義務を負う。

保険者は、合意された保険価額（保険金額）を超える保険金を支払う義務を負わない。人保険の場合は、合意された保険金額を払わなくてはならないが、物保険の場合には、実際に生じた損害の範囲でのみ、保険金を支払う義務を負う。保険契約関係者（正確には被保険者）が損害保険契約により利得することを禁止する原則を明らかにした条文である<sup>37)</sup>。

#### 第 752 条

第 1 項 保険契約から生じる訴権は、この訴権を生じさせた事故の発生から 3 年が経過することで時効により消滅する。

第 2 項 ただし、この条文は、

(ア) 保険対象危険についての説明が隠された場合、またはこの危険についての不実の説明もしくは詳細さを欠く説明が提示された場合には、保険者がそれを知った日からのみ、

(イ) 保険対象事故が起きた場合、利害関係者がそれを知った日からのみ、適用される。

通常の契約から生じる債権の消滅時効期間が 15 年であるのに比べると、保険関係の債権の消滅時効は短く設定されているということがわかる<sup>38)</sup>。

#### 第 753 条

本節に現れた条文の諸準則に反する合意は、保険契約関係者の利益になるものまたは受益者の利益になるものを除き、すべて無効となる。

民法典に現れた保険に関する諸規定が片面的強行規定であることを定める<sup>39)</sup>。

### Ⅲ. 生命保険（第 754 条—第 765 条）

#### 第 754 条

生命保険において、保険者が、保険対象事故発生時または保険証書に定められた期限の到来時に、保険契約関係者または受益者に対して支払わなくてはならない額は、事故発生の時または期限の到来の時から、保険契約関係者または受益者が被った損害を証明することなしに、請求可能となる。

#### 第 755 条

第 1 項 他人の生命の保険は、当該他人が契約締結の前に文書によりそれに同意していない限り、無効である。この他人が行為能力の要件を満たしていないときは、その者を法的に代理する者の同意によってのみ、契約は有

36) SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1245 note 3. 1940 年 6 月 26 日の混合裁判所控訴審判決。

37) MURSĪ, *supra* note 7, at 110-13.

38) 第 374 条：債務は、法律に特別な規定が存在する場合および以下の例外を除き、15 年が経過することによって時効にかかる。

なお、不法行為から生じる債務は、3 年で時効にかかる（第 172 条第 1 項：不法行為により発生する賠償の訴権は、損害を被った者が損害の発生とそれに責任を負う者を知った日から 3 年が経過することで、時効によって消滅する。この訴権は、いかなる状況においても、不法行為が行われた日から 15 年が経過することで消滅する）。

39) この点については、I 1 で言及した。なお、「本節」が保険に関する規定を置いた第 3 節全体を指すということは、文理上、明らかである。また、サンフーリーは、本条について言及した注釈書の記述において、「保険契約に関する [この] 法律の諸条文の諸準則に反する合意で、保険契約関係者の利益にならないものまたは受益者の利益にならない合意すべて」が無効になるとしており（SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1209）、条文の片面的強行規定としての性格が一般規定だけに限定されるものではない、ということが読み取れる。判例も同様に解しており、たとえば、火災保険についての第 767 条に第 753 条の適用があるということは当然の前提となっている（ABD AL-RAHĪMĀN, *supra* note 24, at 177-78 に引用された 1984 年 6 月 10 日のエジプト破産院判決）。

効となる。

第2項 この同意は、保険からの受益の権利の移転または当該権利への質権設定が有効となるためにも必要である。

言うまでもなく、他人の生命の保険契約に付随する様々な不都合を排除するための規定である。契約締結時のみならず、受益の権利の移転やその権利への質権設定を行う時にも同意が必要であるということを明記している。

#### 第756条

第1項 生命保険の被保険者<sup>40)</sup>が自殺したとき、保険者は、保険金<sup>41)</sup>の支払債務から解放される。ただし、保険者は、その権利が帰属する者<sup>42)</sup>に対して、保険積立金の価値に等しい額を支払う義務を負う。

第2項 自殺の原因が、病人の意思能力を失わせるような病気であった場合には、保険者の債務は完全に存続する。保険者は、生命保険の被保険者が自殺したということを証明しなくてはならない。受益者は、生命保険の被保険者が自殺したときに、意思能力を喪失していたということを証明しなくてはならない。

第3項 人の自殺が自発的・意識的に起きたときであっても保険者は保険金支払の義務を負うという条項が保険証書に含まれていた場合、この条項は、自殺が契約の日から2年経過した後に行った場合にのみ効力を有する。

保険金目的で行われる自殺を防止するための規定である。

#### 第757条

第1項 保険が保険契約関係者以外の者の生命についてのものである場合、保険契約関係者が意図的にその者の死を引き起こしたと

き、または保険契約関係者の挑発によりその死が生じたとき、保険者はその債務から解放される。

第2項 生命保険が保険契約関係者以外の者の利益のためにするものである場合、この者が被保険者の死を意図的に引き起こしたとき、またはその者の挑発によりその死が生じたとき、その者は保険から受益することができない。この者が行ったことが、死の発生の未遂でしかなかった場合、保険契約関係者は、仮にその受益者が自らの利益になる保険にすでに同意していたとしても、受益者を別の者にかえる権利を有する。

保険金目的で行われる殺人を防止するための規定である。

#### 第758条

第1項 生命保険においては、保険金を特定の者たち[に対して]または保険契約関係者が事後に指定する者たちに対して支払うよう、合意することができる。

第2項 保険契約関係者が、[保険]証書の中で、その配偶者、またはその子たち、またはその卑属たちのうちすでに生まれた者およびまだ生まれていない者、またはその相続人たちのために保険[契約]が締結された旨を、その者たちの名前に言及することなく、示した場合、保険[契約]は特定の受益者たちのために締結されたものとみなされる。保険が、その名前に言及することなく相続人たちのために締結されたものであった場合、これらの者たちは、それぞれ相続持分の割合に応じて保険金に対する権利を有する。仮に彼らが相続を放棄した場合であっても、彼らはその権利を保持する。

第3項 配偶者とは、保険契約関係者の死亡の時点でその地位にあったことが確認される者をいう。子たちとは、その時点で相続の権利を持つことが確認される者をいう。

40) 正確には、「その生命の上に保険による保証が行われる者」であるが、「生命保険の被保険者」と訳した。前掲注23)を参照。

41) 原文では、「保険の一定額」という表現が用いられているが(「一定額」は第747条に出てくるのと同じ言葉)、「保険金」と訳した。第747条の解説を参照。

42) 「その権利が帰属する者」とは、受益者のことである。SANHÜRĪ, *supra* note 7, at 1470-73.

保険金受取人の指定方法に関する規定である。「特定の者」というのは、氏名を挙げて指定するのではなく、続柄等、その者の属性に着目して指示された者を意味している。

相続人を受取人として指定することが許される反面、相続と保険金受取とは別個の権利に基づくということが明らかである。

準備草案の第 1090 条は、保険金は保険契約者の遺産に属さず（第 1 項）、また、保険契約関係者の債権者は、保険金からの弁済を主張することができず、ただ、保険契約関係者の財産状況に照らして支払われた保険料の金額が過大であるということが証明された場合にのみ、返還を請求することができる（第 2 項）、と定めていたが、これも一般原則の適用に過ぎないとして、削除された<sup>43)</sup>。債権者は、保険料額の過大さを根拠に、詐害行為取消権を行使することになる<sup>44)</sup>。

#### 第 759 条

定期保険料を支払う義務を負う保険契約関係者は、いつでも、当該定期期間の終了前に保険者に対して送付された文書により通告を行うことで、契約を解除することができる。この場合、保険契約関係者は、その次の定期保険料を支払う債務から解放される。

#### 第 760 条

第 1 項 生命保険の被保険者が特定の期間生存していることを条件とすることなく、生存中の [全] 期間を対象として締結された契約において、および、特定の年数の経過後に保険金を支払うことが約定されたすべての契約において、保険契約関係者は、少なくとも 3 回の年間定期保険料を支払済みの場合、保険金の価額の引き下げと引き替えに、支払済みの保険証書をもって元の保険証書に代えることができる。たとえ、これとは異なる合意がなされていたとしても、である。これは、すべて、保険対象事故の発生が確実であるとい

うことを条件とする。

第 2 項 生命保険契約は、期間の定めのある場合、[保険金] 引き下げの対象とならない。

保険金の引き下げ (takhfiq) 制度についての規定である。保険金の支払が確実である場合（したがって、期間の定めのある場合は除かれる）、保険契約関係者は、保険料支払を停止して、より低い金額の保険金を受け取るようにすることができる、という制度で、1930 年のフランス保険法第 75 条第 3 項に倣ったものとされる。3 回の保険料支払が条件とされるのは、3 回分を支払うと、積立金から契約費用を引いても残金が残る状態になるからであると説明される。3 回を超える支払回数を予め契約で合意しておくことは許されない。保険金の引き下げの法的性質については、既存の契約の効力を維持したままその内容を変更するものなのか、それとも契約の更改に当たるものなのか、フランスでは見解に対立があったが、エジプト民法典の規定は更改説に依拠するものとされている。なお、引き下げと類似の制度として契約の精算も挙げられるが（第 762 条参照）、引き下げの方が保険者にとって有利となる。なぜなら、引き下げの場合、保険金の支払満期は同じであるのに対し、精算の場合は直ちに払い戻す必要があるからである。ただし、引き下げを行った場合の満期について別の合意があれば、それによることとされる<sup>45)</sup>。

#### 第 761 条

保険 [金] の引き下げを行う場合、以下の制限を下回ってはならない。

(ア) 生存中の [全] 期間を対象として締結された契約においては、引き下げられた保険金は、引き下げの日における保険積立金に等しい額を支払っていたのであれば保険契約関係者が請求可能であったはずの価額から、元の保険金の 1 パーセント分を減額された価

43) MURSI, supra note 7, at 366-67.

44) MURSI, supra note 7, at 362. エジプト民法典には「詐害行為取消権」に関する規定があり（第 237 条-第 243 条）、そこに定められた条件を満たせば、債権者は「当該処分が自らに対して対抗力を持たないことを要求することができる」（第 237 条）。

45) MURSI, supra note 7, at 371-75.

額を下回ってはならない。その際、この〔保険金の〕額は、同種の保険において一括して支払われなくてはならない保険対価であって、元の保険契約において遵守される保険料金表に従い支払われなくてはならない保険対価である、という前提に基づく。

(イ) 特定の年数の経過後に保険金を支払うことが約定された契約においては、引き下げ後の保険金は、本来の保険金のうちの支払済み保険料に相当する部分を下回ってはならない。

#### 第 762 条

第 1 項 保険契約関係者は、少なくとも 3 回の年間定期保険料を支払っている場合、保険事故の発生が確実であるということを条件として、保険を精算することもできる。

第 2 項 生命保険契約は、期間の定めのある場合、精算の対象とならない。

#### 第 763 条

引き下げおよび精算の諸条件は、保険の一般条項の一部とみなされる。それらは、保険証書の中に規定されていなくてはならない。

#### 第 764 条

第 1 項 生命保険の被保険者の年齢に関する不実の説明および錯誤は、契約の無効を帰結しない。ただし、被保険者の本当の年齢が、保険料金表の定めている一定の制限を超している場合を除く。

第 2 項 その他すべての場合において、〔被保険者の年齢に関する〕不実の説明および錯誤により、合意された保険料が、支払わなくてはならなかった保険料よりも少ないということになったときには、本当の年齢に基づいて支払う必要のあった保険料と合意された保険料との比率に応じて引き下げられた保険金を支払わなくてはならない。

第 3 項 支払の合意された保険料が、生命保険の被保険者の本当の年齢に基づいて支払う必要のあったものよりも多い場合は、保険者は、自らの取得した増加分を利息なしに返還

する義務、ならびに、以降の保険料を、被保険者の本当の年齢に即した程度（＝金額）にまで減額する義務を負う。

#### 第 765 条

生命保険においては、保険金を支払った保険者は、保険対象事故を引き起こした者またはこの事故について責任を負う者との関係で保険契約関係者または受益者が有する権利について、彼ら（＝保険契約関係者または受益者）に代位する権利を持たない。

保険金は、保険契約関係者が支払った保険料により構成される積立金から生じる権利であり、後述の損害保険（火災保険）の場合と異なり、代位の生じる余地がない<sup>46)</sup>。

### IV. 火災保険（第 766 条—第 771 条）

#### 第 766 条

第 1 項 火災保険において、保険者は、火災から〔生じる損害〕、または、完全な火災になり得る初期火災から〔生じる損害〕、または、実現するかもしれない火災の危険から生じる損害のすべてについて責任を負う。

第 2 項 彼（＝保険者）の債務は、火災から直接発生する損害に限定されず、その必然的な結果であるところの損害をも包含する。特に、救助の手段を採用したことを原因として〔生じた損害〕、または、延焼を防ぐために生じた損害であって、被保険物が被る損害がそうである。

第 3 項 彼（＝保険者）は、火事の最中における被保険物の喪失または消滅についても、それが窃盗の結果であるということが証明されない限り、責任を負う。これはすべて、これと異なる合意があったとしても、である。

#### 第 767 条

保険者は、たとえ被保険物の瑕疵ゆえに火事が生じた場合であっても、この火災から発

46) SANHÜRĪ, supra note 7, at 1496.

生じた損害の賠償を保証する。

#### 第 768 条

第 1 項 保険者は、保険契約関係者の意図的ではない非行から生じた損害について責任を負う。同様に、突発事故または不可抗力から発生する損害についても責任を負う。

第 2 項 保険契約関係者が意図または詐欺に基づいて生じさせた損失および損害については、たとえ異なる合意がなされていたとしても、保険者はそれについて責任を負わない。

#### 第 769 条

保険者は、保険契約関係者が監督責任を負う者たちが引き起こした損害について責任を負う。彼らの非行の種類および程度が異なるものであったとしても、である。

#### 第 770 条

第 1 項 被保険物が、質権、担保となる抵当、その他の物的担保の負担<sup>47)</sup>を伴うものであった場合には、これらの権利は、保険契約に依拠して債務者が請求することのできる賠償〔の請求権〕に転化する。

第 2 項 これらの諸権利が公示されていた場合、あるいは、たとえ書留文書によってであれ、保険者に対して通告されていた場合は、彼（＝保険者）は保険契約関係者に対して負っている債務を債権者たちの同意なしに支払うことができない。

第 3 項 被保険物が差し押さえられた場合、または、この物が供託に付された場合、保険者は、前項に定められた方法によりそれについて通告を受けたときは、保険契約関係者に

対して、その債務を支払うことができない。

#### 第 771 条

保険者は、火災から生じた損害賠償で自らが支払ったものにつき、その行為によって損害——保険者の責任を発生させた損害——を引き起こした者に対して保険契約関係者が有していた訴権において、法律上、代位する。ただし、損害を生じさせた者が、保険契約関係者と家計を同じくする保険契約関係者の親族もしくは姻族、またはその行為について保険契約関係者が監督責任を負う者でない限りにおいてである。

## V. イスラーム法と保険

本稿が主に扱うのは、*エジプト民法典*に現れた保険関連条文であるが、エジプトを含むイスラーム地域においては、近代的な保険制度について、イスラーム法の諸準則に照らしてそれが適法と認められるか、という問題が議論されてきた。人口の一定割合以上がムスリム（イスラム教徒）である地域においては、特定の国家との人的・地理的繋がりを根拠に適用される国家法（ならびに国際法）と、ムスリムであるがゆえに遵守しなくてはならない、いわば信徒の行動規範としてのイスラーム法との間に緊張関係があり、一方で合法とされるものが他方で非合法とされるケースは決して少なくない。「利息」の問題は、まさにその例である。保険制度についても、それが特定の国家の実定法において合法的とされていても、イスラーム法上は許されない、という判断がこれまで多々下されてきた。

47) 「担保となる抵当」と訳した部分は、原文では、*rahn ta'mīnī* という表現が使われている。これは、保険質と訳すこともできる表現であるが、民法の概説書には、この部分について特殊な形態の担保権を想定していると解釈できる記述は現れず、むしろ、通常の物的担保である、抵当権、裁判上の抵当権 (*ḥaqq ikhtīṣās*)、質権、先取特権 (*ḥaqq imtiyāz*) が負担の例として挙げられている（担保権設定と保険契約の先後を問わない。留置権は除かれる。SANHŪRĪ, *supra note 7*, at 1568, 'ABD AL-RAḤMĀN, *supra note 24*, at 369）。そこで、ここでは、*rahn ta'mīnī* を「担保となる抵当」と訳した。

なお、アラビア語では、質権および抵当権を両方とも包含する *rahn* という言葉があり、これに形容詞を付加して、質権 (*rahn ḥiyāzī* = 占有の *rahn*) および抵当権 (*rahn rasmi* = 公式の *rahn*) とを区別する。

民法概説書に掲載された保険関連条文の仏訳では、この *rahn ta'mīnī* に該当する訳語は現れない（‘*Si la chose assurée se trouve grevée d'un gage, d'une autre sûreté réelle,*’ と訳されている。MURSĪ, *supra note 7*, at 458。おそらく、「質権、担保となる抵当」の双方を *gage* という言葉でまとめて表現していると推測され、そうであるとすれば、保険質のような特殊な類型の担保が問題になっているわけではないということがここからも裏付けられるように思われる。



この問題、すなわち、イスラーム法の諸規定に照らして、近代的な保険制度は法的にどのような位置付けを与えられるのか、という問題は、それ自体が非常に重要な問題であり、独立かつ詳細な考察の対象になるべきであるということはいまでもない。ここでは、現行の保険法関連規定を扱った著作の中に現れた本問題についての言及を紹介するとどめる。

近代に入り、保険制度が導入された結果、保険制度がイスラーム法に照らして適法なものとして認められるか否かについて、様々な見解が唱えられてきた。エジプトでは、国家によって指名されたムフティーが保険に関する多数のファトワー<sup>48)</sup>を下しているが、その中には、保険契約を合法として認めるものもあれば、その適法性を否定するものもある。

保険契約を適法としたファトワーとしては、イスラーム改革運動の指導者として有名なムハンマド・アブドゥのファトワー（1901年）が知られている。問題となったのは、死亡保険契約と生存保険契約を組み合わせたタイプの生命保険契約について、支払った保険料の金額に、その運用利益を加えた額を保険金として支払う（受け取る）ことが、イスラーム法の規定に照らして適法と認められるか、という点であった<sup>49)</sup>。この問題に対し、アブドゥは、利益を加えた額を保険金として受け取るとは許される、と述べ、その理由として、これは一種のムダーラバ<sup>50)</sup>であるという説明を行っている。

他方、同じくエジプト国のムフティーであったアブドゥルラフマーン・クッラーアが1925年に発したファトワーでは、火災保険

が問題となった。クッラーアの結論は、このような契約はイスラーム法に照らして許されない、というものであった。その理由としては、以下の点が挙げられている。まず、イスラーム法においては、物の保証は、保証契約か、侵害・損壊に対する賠償という形でのみ可能であるが、火災保険契約は、保証契約でも、侵害・損壊に対する賠償でもない。なぜなら、保証契約の場合、保証の対象となる物（いわば被保険物）を、保証者の手元に移すよう引渡が必要であるとされているが、保険契約では、そのような引渡がなく、また、保険会社自身が保険の目的物を侵害・損壊しているわけでもないからである。さらに、火災保険契約はムダーラバでもあり得ない。その理由として、ムダーラバで事業活動に従事する者は、出資者の拠出した財産を出資者のために使用する必要があるとされるのに対し、保険会社は自らのためにその財産を使うことになっている、という点が挙げられる。そして、実現するかどうかわからない危険にかかっている契約は賭博契約であって、有効な契約ではない、という点にも言及される<sup>51)</sup>。

起草者サンフリーは、当然ながら、この問題に意識的であった。

サンフリーによると、保険契約には、保険者と（特定の）保険契約関係者との関係という側面と、保険者と保険契約関係者集合体との関係という側面との、二つの側面があるとされる。そして、前者だけを念頭に置いて保険契約を見るならば、それは賭博と同じであり、賭博同様、禁じられるべきものである、とする。他方、後者を念頭に置くならば、保険は、多数の人々の間で精緻に組織化された

48) 法学上の問題に対して法学者が下した回答をファトワーといい、このファトワーを出す法学者をムフティーと呼ぶ。通常、優れた能力を持つ法学者がムフティーとして活動するが、国家が指名するムフティーに限られず、その学識ゆえに学者や一般信徒に尊敬される法学者がムフティーとして活動することもある。

49) MURSĪ, *supra* note 7, at 26, SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1087-88 note 1. なお、引用されたアブドゥのファトワーの文面には現れないが、この運用利益を加えた額の支払（受取）が問題とされたのは、それがイスラームで禁じられたリバー（利息）に該当するのではないか、という疑義に基づくと思われる。

50) *muḍārabah*. イスラーム法上の契約類型の一つで、出資者が資金を提供し、事業従事者がそれを運用して利益を上げることが目的とする。得られた利益は、予め決められた割合に従い、出資者と事業従事者との間で分配される。分配された利益は利息とは異なるので合法である、とみなされるわけである。ムダーラバは、イスラーム金融における手法の一つとして活用されている。

51) MURSĪ, *supra* note 7, at 27-28, SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1088 note 1. なお、ここに示された理由付けは、同じくエジプト国のムフティーであったムハンマド・バヒート・アル・ムフティーイの見解を踏襲するものとされている。ABŪ AL-SA'ŪD, *supra* note 10, at 17-18.

協力関係であり、保険会社はそれを実現するための手段に他ならない、とする。そして、そのような協力関係を実現するための仕組みである保険契約が、どうして非合法とされうるだろうか、と述べている<sup>52)</sup>。

保険契約を不適法とする様々な理由付けについては、サンフーリーは、以下のように答えている。すなわち、公保険と私保険との基礎は同じであり、前者を合法とするならば、後者も合法と判定しなくてはならない。保険は賭事ではなく人々の協力である。保険契約は危険の契約 (*'aqd al-gharar*) であるから許されないという点<sup>53)</sup>については、危険の中には必要性ゆえに許容されるものがあるというマーリキー派 (スンニー派イスラーム法学派の一つ) の見解を援用している。また、リバー (利息) については、この問題は保険契約に限らず、他の取引にも共通する問題であると述べた上で、穏当な率の利息であれば、経済制度の中での必要性が存続する限り、許容される、とする。また、保険契約は新しいタイプの契約であり、イスラーム法学において知られている契約との類推でこの契約を捉えるのは間違っているとした上で、イスラーム法においては、既存の契約に含まれない新しい契約類型が禁止されているわけではない、と主張する<sup>54)</sup>。

このように、保険契約については、イス

ラーム法学の専門家により、異なる見解が主張されている。現状では、営利目的の保険は許されないが、社会保険および相互扶助のための保険は許される、という見解が優勢であると思われるが<sup>55)</sup>、あらゆる種類の保険 (すなわち、営利目的の保険も含む) がイスラーム法において許される、とするファトワーも存在する<sup>56)</sup>。イスラーム法における保険の適法性について、統一的な見解は形成されていない、というのが現状である。

保険制度のイスラーム法における合法性の問題は、それ自体としては、イスラーム法の問題である。しかし、イスラーム法とエジプト法とは、現行のエジプトの法制においても、切り離されているわけではない。現行憲法 (2014年制定) の第2条には、「イスラーム法の諸原則は、立法の(唯一の)主要な源泉である」という規定が存在しており<sup>57)</sup>、将来、保険に関する特別法が制定される運びになった際、この条項の存在ゆえに、保険契約が「イスラーム法の諸原則」に反するかどうかという問題が、実際上の重大問題として議論されることになる可能性は否定できないと思われる。

(もろずみ・よしあき)

52) SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1087 note 1.

53) イスラーム法には、危険 *gharar* を伴う契約の効力を認めない、というよく知られたルールが存在する。この危険は不確定性を意味すると理解されており、多大な不確定性 *gharar fāhish* を伴う契約は無効であると説明されている。たとえば、WAL B. HALLAQ, *SHARĪ'A: THEORY, PRACTICE, TRANSFORMATIONS* 244-45, 262, 264, 286 (2009)。このため、保険契約のように、保険金の支払の有無およびその時期が不確定であるような契約は、そこに存在する不確定性ゆえに、賭博同様、許されない、という見解が存在するわけである。

54) SANHŪRĪ, *supra* note 7, at 1089-90 note 1.

55) この点について統計的な根拠を示すことは困難であるが、たとえば、1965年の第2回ムスリム学者会議、1972年の第7回ムスリム学者会議、1978年のイスラーム法学大会においてこの見解が支持されたということが紹介されている。MARKAZ AL-DIRĀSĀT AL-FIQHĪYAH WA-AL-IQTISĀDĪYAH, MAWSŪ'AT FATĀWĀ AL-MU'ĀMALĀT AL-MĀLĪYAH LI-L-MAŠĀRIF WA-AL-MU'ASSASĀT AL-MĀLĪYAH AL-ISLĀMĪYAH, AL-MUJALLAD AL-ĀSHIR 170-71 (2010)。

56) エジプトファトワー発布庁の出した1997年5月17日のファトワー。なお、エジプトファトワー発布庁は、このファトワー発布に先立ち、すべての種類の営利保険について、保険会社の作成した保険証券を検討した上で、ほとんどの約款はイスラーム法に反しないとしつつ、一部の約款について削除・修正を求める決定を下している。ABŪ AL-SA'ŪD, *supra* note 10, at 33-37.

57) 1970年憲法で初めてエジプトに導入されたイスラーム法条項は、1981年の憲法改正により、「主要な源泉」が定冠詞により修飾された結果、「(唯一の) 主要な源泉」という意味合いを獲得するに到ったと考えられている。この点につき、詳細は、両角・前掲注2)「エジプト民法典小史」162-163頁を参照。2012年憲法においては、イスラーム法が立法を拘束する度合いはさらに大きくなったと考えられたものの、2014年憲法の制定により、少なくとも条文レベルでは、1981年憲法と同じ状態に復帰することになった。

## 執筆者一覧

岡成玄太	2012年4月既修コース入学・2014年3月同コース修了
坂本 涼	2012年4月既修コース入学・2014年3月同コース修了
土井 翼	2012年4月既修コース入学・2014年3月同コース修了
石山宏樹	大学院法学政治学研究科教授・検事
太田勝造	大学院法学政治学研究科教授
末吉 互	大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士
鈴木謙也	元大学院法学政治学研究科客員教授・判事
中谷和弘	大学院法学政治学研究科教授
両角吉晃	大学院法学政治学研究科教授

## 編集委員一覧

### 学生編集委員

安部慶彦 小野寺知花 重田裕之 立入寛之 土井翼 道垣内正大  
永井香帆 三隅諒 森勇貴 山口陽 山本光洋 脇田将典

### 教員編集委員

白石忠志 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長  
松原健太郎 大学院法学政治学研究科教授  
菱田雄郷 大学院法学政治学研究科教授

## 東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.9 2014年10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-r@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.slrr.j.u-tokyo.ac.jp/>



※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、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。

東京大学法科大学院ローレビュー Vol.9

---

2014年10月24日 初版第1刷発行

編 者 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

発 行 者 塚 原 秀 夫

---

発 行 所 株式会社 商事法務

〒103-0025 東京都中央区日本橋茅場町3-9-10  
TEL 03-5614-5643・FAX 03-3664-8844〔営業部〕  
TEL 03-5614-5649〔書籍出版部〕

<http://www.shojihomu.co.jp/>

---

落丁・乱丁本はお取り替えいたします。 印刷／(有)シンカイシャ  
© 2014 国立大学法人東京大学大学院法学政治学研究科 Printed in Japan

*Shojihomu Co., Ltd.*

ISBN978-4-7857-2233-3

\*定価は表紙に表示してあります。



**Vol.9** (2014.10)

# The University of Tokyo Law Review

---

**Die Vorfragen der Auseinandersetzung und die notwendige Streitgenossenschaft**

Genta OKANARI

**Res Judicata and Binding Effect of Judicial Decision on Administrative Agencies under the Administrative Case Litigation Act**

Ryo SAKAMOTO

**Das Gemeinwesen als Besitzer öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch**

Tsubasa DOI

**The Relevancy of Evidence required for Seizure in Investigation Process**

Hiroki ISHIYAMA

— **Mainly on the Supreme Court Decision of May 1, 1998, KEISHU, Vol. 52, No.4, at 275**

**The Quality of Civil Legal Practice: An Empirical Study on Lawyer's Performance in Civil Litigation**

Shozo OTA

**Trade Secret in Japan**

— **how it has been protected and what measures should be taken to maintain its secrecy**

Wataru SUEYOSHI

**A Study on Court Hearings of Petitions for Determining the Acquisition Price of Fully Exchangeable Shares**

Kenya SUZUKI

**The Eurotunnel Arbitration**

Kazuhiro NAKATANI

**Provisions concerning insurance contracts in the Egyptian Civil Code**

Yoshiaki MOROZUMI