

大宮法科大学院大学

# 大宮ローレビュー

第2号 2006年3月



# 目次

## 【論説】

択一的認定について..... 5  
上田正和

内部統制システム構築の法的義務と役員の責任 ..... 31  
北沢義博

行為の属性としての常習性概念の問題性 ..... 51  
中島広樹

## 【法学教育実践報告】

民法と要件事実論の同時進行教育について ..... 61  
民法実務演習の報告を兼ねて  
田中 宏

## 【判例研究】

動産売買先取特権者の物上代位権行使と  
目的債権の債権譲渡の優劣 ..... 87  
佐伯一郎

## 【雑録】

2005年度入学式告辞..... 103  
住吉 博



# 択一的認定について

上田 正和

1. はじめに
2. 前提となる事柄      概括的認定と予備的認定を含めて
3. 択一的認定が問題となる主なケース
  - (1) 保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪
  - (2) 窃盗罪と盗品譲受罪
  - (3) 単独犯と共同正犯
4. おわりに

## 1. はじめに

裁判における事実認定は難しい。過去の特定の出来事について、体験者ではなく目撃者でもない人間たる裁判官が、いくつかの材料（証拠）に基づいて認定する作業であるからである。とりわけ刑事裁判においては、有罪が無罪か、実刑が執行猶予か、そして具体的な量刑は（例えば、懲役 年）、という被告人の重大な利益に直ちにつながるので、事実認定には（特に事実関係に争いがある事件については）格段の厳密さと慎重性が求められる。もっとも、科学技術の進歩により、証拠収集及び立証手段の精度は日々進歩していることも事実であり<sup>(1)</sup>、今後も、一層その傾向は進むであろう。

ところで、刑事裁判においては、近い将来、裁判員制度が導入されることが決定しており<sup>(2)</sup>、最初のごく限られた事件が対象であるものの、その範囲は次第に拡大されていく予定である。裁判員制度の紹介やその問題点ないし課題等については、既に多くの文献が出ているので、本稿では立ち入らない。

本稿は、裁判員制度という新たな時代を目の前にして、事実認定の分野における従来からの難問である択一的認定（Wahlfeststellung）の問題を取り上げ、いくつかの代表的なケースについてのこれまでの判例（裁判例）・学説の整理と確認を行うと共に、私なりの若干の検討を行おうというものである<sup>(3)</sup>。択一的認定としてこれまで論じられてきた全てのケースを網羅するものではなく、主要ないくつかのケースについて検討を加えるに過ぎないものであり、内容的にも不十分であろうが、択一的認定の問題に関する私自身の今後の研究の出発点としたい。

択一的認定の議論を改めて簡潔に表現すれば、「事実がA又はBのいずれかであることは間違いないが、AとBのいずれであるのかが明らかでない」という場合において、「A又はBである」という認定か、（少なくとも）「(軽い犯罪事実である)Bである」という認定を行い、それによって被告人を有罪とすることができるのか、という問題である。

あらかじめ私の考えを簡単に述べると、一定の場合にはこのような択一的な事実認定を行うことができるというものであって、学説としては少数説である積極説に立つものである<sup>(4)</sup>。

## 2. 前提となる事柄 概括的認定と予備的認定を含めて

裁判所がある被告人の特定の行為について有罪判決を言い渡すことができるのは、「被告事件について犯罪の証明があったとき」に限られる（刑事訴訟法333条1項）。そして、ここで言う「犯罪の証明があったとき」とは、検察官が起訴した訴因（公訴事実）について、裁判所に「合理的な疑いを容れない程度の心証が形成されたとき」を意味する。つまり、訴因事実について、「誰が見ても間違いがない事実である」という程度に達している必要がある。

とすると、検察官が「A事実である」と裁判所に提起したことに対して、裁判所が「A事実又はB事実のいずれかである」とか、「(少なくとも軽い)B事実である」との認定を行うことは許されないことになる。また、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に違反していることや、刑事訴訟法は、起訴の際の訴因については予備的・択一的な記載を許しているにもかかわらず（256条5項）、有罪判決の罪となるべき事実の記載としてはこのような記載を認めていないこと（335条1項参照）が指摘され、さらに、実体刑法の面からは、「A又はB」という合成的構成要件を裁判所が作り出すことになり、罪刑法定主義に違反するとも言われている。

これらは、いずれも刑事法の基本的な原則として無視することができない事柄であるが、それにもかかわらず択一的認定の可否が論じられ、判例（裁判例）において認められたケースが存在する実最大理由は、「AかBのいずれかで有罪であることが明らかであるのに、AとBのいずれかであることが特定されなければ無罪になる、というのはおかしい」という素朴な法感情であろう。また、裁判における事実認定は、事件の発生から数ヵ月後（場合によっては1年以上の後）の時点から、事件の場に居なかった人間が過去の出来事を検証していく作業であるので、多少の幅があり得ることを否定できないという面もあろう。問題は、これらの諸事情が、厳格な事実の認定に基づいた処罰を要請する刑事裁判の場合（そして、そこで通用する法理）において、どの程度まで曖昧性の残る事実認定を許容する要素として機能し得るのか、ということでもある。それは、刑事法の法理の側（さらに実務家や研究者の側）からすれば、刑事法の法原理・法原則がどこまで強固なものであるのか、ということでもある。

なお、改めて言うまでもないことであるが、択一的認定の是非の議論は、「事実  
はA又はBのいずれかである」ことが前提であるので、A事実とB事実との間に「公  
訴事実の同一性」が備わっていることが必要である<sup>(5)</sup>。

広い意味では択一的な認定の中に含めて議論されているが、本来の択一的認定とは  
区別すべきであるとされ、ほぼ共通して認められているのが、概括的認定（不特定  
認定とも言われる）及び、予備的認定、の2類型である。

#### 概括的認定について

概括的認定とは、罪となるべき事実の認定が一義的ではなく多少の幅を含んでいる  
が、構成要件に該当する事実の存在（処罰されるべき違法行為の存在）については合  
理的な疑いを容れない、という程度に認定事実が概括的なものを言う。

例えば、(a)被害者を屋上から落下させて殺害しようとしたケースについて、「被害  
者の身体を、有形力を行使して、……転落防護壁の手摺り越しに約7.3メートル下方の  
コンクリート舗装の被告人方北側路上に落下させて、路面に激突させた」という適示  
であっても、「被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており……罪となるべき事実  
の判示は、被告人の本件犯行について、殺人未遂罪の構成要件に該当すべき具体的事  
実を、右構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明白にして  
いる」とされている<sup>(6)</sup>。

さらに、最近の最高裁判例では、(b)詐欺の口封じのため共謀して殺害及び死体遺  
棄を行ったケースについて、「被告人は、Xと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25  
日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、X又は被告  
人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でVを殺害した」と  
いう判示について、「上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、  
実行行為者が『X又は被告人あるいはその両名』という択一的なものであるにとどま  
るが、その事件が被告人とXの2名の共謀による犯行であるというのであるから、こ  
の程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが構成  
要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明らかにしているものと  
いうべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえない」とされてお  
り<sup>(7)</sup>、実行行為者の択一性すら認めるに至っている。



このように、同一の構成要件内における事実の認定について幅があったとしても、特定の構成要件に該当する事実の存在が合理的な疑いを容れない程度に立証されていれば、概括的な認定を行うことに問題はないであろう<sup>(8)</sup>。もっとも、上記(b)は、共犯者間における具体的な実行行為者についての択一的認定を認めるものであって、この延長線上にあるものとして、共犯事例において単独犯か共同正犯であるのかが明らかでないケース(直接の実行行為を分担していない者についての共謀の成否が確定できないケース)が問題となり、これに関するいくつかの裁判例があるが、これは後に取り上げる。

#### 予備的認定について

予備的認定とは、概括的認定のような同一構成要件内における認定ではなく、異なった構成要件にわたって認定事実の択一性が認められるが、その構成要件相互の間に大小関係(包摂関係)が認められるので、少なくとも確実に認定できる小さい事実の認定を行うというものである。

例えば、(a)殺人事件について、死亡との因果関係の存否がいずれとも確定できないケースについて、殺人未遂罪を認定し、(b)業務上横領事件について、業務性の有無がいずれとも確定できないケースについて、(単純)横領罪を認定するというものである(他に、殺人罪と傷害致死罪、強盗罪と恐喝罪等、多くの例がある)。

重い犯罪事実(より大きい事実)の存在について合理的な疑いを容れる余地が残る以上、構成要件上は実質的に包摂されている軽い犯罪事実(小さい事実)を認定することは、「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用した結果であって、問題はない<sup>(9)</sup>。もっとも、構成要件上の大小関係(包摂関係)の理解の仕方によっては、軽い犯罪事実での認定の是非が問題となり、後に取り上げる保護責任者遺棄罪が死体遺棄罪であるのかが明らかでないケース(遺棄行為の時点での被害者の生存が確定できないケース)の取り扱いをめぐる議論がある。

### 3. 択一的認定が問題となる主なケース

#### (1) 保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪

## 〔設例1〕

Xが保護責任を負う関係にあるVを遺棄したことは証拠によって明らかであるが、遺棄行為の時点でVが生存していたか否かが確定できない場合、裁判所は有罪判決を行うことができるか。仮に有罪判決を行えるとすると、いかなる判決となるのか。

ア 人間である被害者の状態は、「生か死のいずれか」でしかあり得ない。従って、被害者に対して保護責任を負う者が遺棄行為を行ったことが明らかな場合には、「保護責任者遺棄罪（刑法218条前段）又は死体遺棄罪（刑法190条）のいずれか」が成立することになる。

ところが、遺棄の時点における被害者の生死が、鑑定の実施によっても確定できない場合に、裁判所としてはどのような判断を行うべきであろうか。被害者の「生」を前提とする保護責任者遺棄罪については、客体の「生」が合理的な疑いを容れない程度に証明されていないので有罪とできず、同様に、被害者の「死」を前提とする死体遺棄罪についても、客体の「死」が合理的な疑いを容れない程度に証明されていないので有罪とできず、結果として、裁判所はいずれについても無罪を言い渡すことになりそうである。そして、実際にも、多くの学説は、無罪にすべきであると主張している<sup>(10)</sup>。

イ 裁判例においては、大阪地判昭和46年9月9日判時662号101頁が、“生後1ヵ月余の子どもに暴行を加えて死亡させて捨てた”、という事案において、傷害致死罪の成立は認めているものの、遺棄罪（本位的訴因が死体遺棄罪、予備的訴因が保護責任者遺棄罪）については、

「右各訴因の犯罪時における同児の生死は不明ということにならざるを得ないが、このような場合、右両訴因につきいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡すべきものか、それとも、二者のうちいずれか一方の訴因が成立することは間違いないものとして択一的に或いは被告人に有利な訴因につき有罪の認定をなすべきかは困難な問題であるが、現行刑事訴訟法上の挙証責任の法則に忠実である限り、後者のような認定は許されないものと解すべきであるから……右各訴因についてはいずれも証明が十分でないものとして無罪の言渡すするほかはない。」

としている<sup>(11)</sup>。

ところが、その後、札幌高判昭和61年3月24日高刑集39巻1号8頁が、遺棄行為の時点における被害者の生死が不明であったという同様の事案において、被害者の死亡を認定して本位的訴因である死体遺棄罪で有罪との判断を行った。この裁判例は、我が国において、いわゆる択一的認定を正面から行ったものとして、多くの注目を浴びるに至った。

この札幌高判昭和61年3月24日の事案は、“除雪作業終了後、除雪作業中に除雪車で妻を轢いて死亡させてしまったものと思った被告人が、殺人の嫌疑をかけられるのを恐れ、妻の死が交通事故によるものであると見せかけようとして、妻を国道脇まで運んで投げ捨てた”、というものであって、遺棄行為の時点における被害者の生死を確定することができなかった。

同判決の原審判決（旭川地判昭和60年8月23日判タ607号108頁）は、死体遺棄罪の故意で保護責任者遺棄罪を犯したものであるとして、抽象的事実の錯誤の理論を適用して構成要件の重なり合いを認め、軽い死体遺棄罪の成立を認めたが<sup>(12)</sup>、控訴審判決（上記・札幌高判昭和61年3月24日）は、被害者が死亡していたとの事実認定を行い、死体遺棄罪の成立を認めている。同判決は次のように述べている。

「前記死亡推定時刻は、あくまでも死体解剖所見のみに基づく厳密な法医学的判断にとどまるから、刑事裁判における事実認定としては、同判断に加えて、行為時における具体的諸状況を総合し、社会通念と、被告人に対し死体遺棄罪という刑事責任を問い得るかどうかという法的観点をふまえて、Vが死亡したと認定できるか否かを考察すべきである。……本件では、Vは生きていたか死んでいたかのいずれか以外にはないところ、重い罪に当たる生存事実が確定できないのであるから、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに際し死亡事実が存在するものとみることも合理的な事実認定として許されてよいものと思われる。……本件においては被告人の遺棄行為当時Vは死亡していたものと認定するのが相当である。」

ウ 上記・札幌高判昭和61年3月24日においては、2つのポイントが示されてい

る。1つめは、刑事裁判における事実認定は、刑事責任を問い得るか否かという法的観点を踏まえるべきものであること。2つめは、重い事実である生存事実が確定できないので、軽い罪である死体遺棄罪の成否を判断するに当たって死亡事実が存在するものと見ることは合理的な事実認定であること、である。

1つめの刑事裁判における事実認定のあり方についての理解は肯定されるべきであろう。刑事裁判の役割は、起訴された被告人に対して、起訴事実（訴因事実）を根拠理由として刑罰を課することができるか否か（仮に、できるとすれば、その内容はどのようなものであるのか）を、証拠に基づいて明らかにしていく作業である。そこでは、当該構成要件事実が存在したことについて、合理的な疑いを容れない程度の証明がなされたかどうか为正に問題であって、その判断は、判断権者であり被告人の法的責任の有無・内容を明らかにする裁判所（裁判官）が行う。そこにおいては、自然科学の世界と同様の正確な判断が求められてはいない。もとより、刑事裁判における事実認定が、自然科学上の諸判断と乖離することは避けられるべきであって、被害者の「生」と「死」について言えば、医学的な判断を可能な限り尊重すべきではあるが、医学上の判断においても「生」と「死」は完全に断絶するものではないとされており、ましてやその限界線上における法的判断としての「生体」と「死体」は、それぞれの構成要件が予定している保護法益や処罰（刑罰）の内容や程度等の観点から、独自に「生体であるとの認定」や「死体であるとの認定」を行うことが許されるべきである<sup>(13)</sup>。

このような観点からすれば、上記・札幌高判昭和61年3月24日が、「被告人は、……午後8時40分ころ、Vに対し、自力脱出不能な程度の傷害を負わせた上、厳寒時雪山に埋没させてしまい、約4時間20分後の翌日午前1時ころ、ようやく同女を雪中から発掘したが、その際すでに同女は前示のように被告人の呼び掛けにも全く答えず、雪に触れていた身体部分は氷のように冷たく、着衣におおわれていた胸にもほとんどぬくもりはなく、両腕や下肢部分は冷たく硬くなっており、手を当てるなどして確めても心臓の鼓動も呼吸も全く感じられなかつたという状態であつたので……氷点下13、4度の寒冷な外気中で同

女を抱えたまま、何の手当も加えず、それから約1時間40分経過した午前2時40分ごろに至り、ついに同女を敷地内に遺棄したというのであるから、少なくともその時点においては、被告人のみならず、一般人から見ても、同女は既に死亡していたものと考えるのが極めて自然であるということができる。……法医学上の観点からみても、前記のとおり、死体解剖所見によるVの死亡推定時刻は、同月29日午後7時10分ごろから同月30日午前3時10分ごろまでの間であるが、同女を発掘した時点において、仮に同女がいまだ生存していたとしても凍死に至る最終段階である虚脱期にあつたものと推定でき、発掘後から遺棄までの気象条件、時間なども勘案すると、少なくとも遺棄時においては、Vは死亡していた可能性が極めて高いと考えられる。」

として、正に「法的な」死亡事実の認定を行ったのは正当であろう。

2つめの点は、多くの議論を呼ぶところであって、この点に異を唱える学説は多数に上っている。本件では、遺棄行為時点において、人間である被害者は「生体」であったか「死体」であったかのいずれかでしかあり得ず、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って考えれば、他の可能性が全くあり得ない以上、軽い犯罪事実である「死体」遺棄罪を認定することは合理的であるように見えるが<sup>(14)</sup>、実は、初めから軽い犯罪事実について有罪とすべきであるという結論が先行して存在しているのではないか、という指摘が有力になされている<sup>(15)</sup>。つまり、なぜ、重い犯罪事実（「生体」の遺棄（保護責任者遺棄罪））から先に「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用するのかについての説明がなされていないという指摘であり、上記・札幌高判昭和61年3月24日の事案について言えば、本位的訴因が軽い「死体」遺棄罪であることも合わせて問題となり得る。

しかし、これらの点についても、私は、刑事裁判における事実認定のあり方として問題はなく、軽い犯罪事実である「死体」遺棄罪の成立を認めてよいと考えるが、それは次のような理由からである。

行為者（被告人）の遺棄行為が明らかであれば、「保護責任者」という要件は充たしているという前提で考えると）残る要件である被害者の生死について

は、「生きていたのか」「死んでいたのか」の二者いずれかでしかあり得ない。第3の選択肢（可能性）は全く存在し得ない。つまり、他の要件が充たされている限り、行為者（被告人）に対する法的評価は、遺棄行為者として有罪以外にはあり得ない。この場合、「生体」であることについての合理的な疑いを容れない程度の証明はなされておらず、「死体」であることについての合理的な疑いを容れない程度の証明についても、同様になされていない。しかし、両者のいずれかであることについては、合理的な疑いを容れない程度の証明どころか、100パーセント確実である。このような局面において、重い犯罪事実であるのか軽い犯罪事実であるのかが確定できないと言うのであるから、刑事裁判の大原則である「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従うと重い犯罪事実を認定することができない以上、「生体」と「死体」という両者間では、重い「生体」が認定できず、軽い「死体」であるとの認定を行うことは、刑事裁判における事実認定のあり方として、十分に合理性のあるものである。「黒」であるのか「白」であるのかが明確にできない「灰色」については「白」とみなす（つまり、「白」であると「擬制」する）というのが刑事裁判の世界において通用する「疑わしきは被告人の利益に」の原則である<sup>(16)</sup>。従って、保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のいずれかであることが明らかな場合に、死体遺棄罪との認定を行うことには合理性があり、また、そのように認定すべきでもある。そして、このことは、軽い犯罪事実である死体遺棄罪が本位的訴因であることによっても何ら妨げられるものではない。なぜなら、「客体が生であるのか死であるのか」の判断を刑事裁判における事実認定という観点から行うべき場面であるからである。死体遺棄罪の成立を認めず、無罪とすべきであるという反対説は、死体遺棄罪という訴因、保護責任者遺棄罪という訴因を、それぞれ単体として見ることにとらわれ過ぎており、過大とも言える当事者主義の強調によって、正しい事実認定のあり方を見失っているものと言うべきであろう。

このように、保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪の間では、軽い死体遺棄罪の成立を認定することが可能であり、その限りで軽い犯罪事実を択一的に認定することが許されると考える。従って、「保護責任者遺棄罪又は死体遺棄罪」とい

う明示的な形での択一的認定は許されない<sup>(17)</sup>。

## (2) 窃盗罪と盗品譲受罪

### 〔設例2〕

Xが他人から盗品を手に入れたことは証拠によって明らかであるが、Xが自ら窃取したのか、それともXは窃盗犯人から無償で譲り受けたのか、そのいずれかであることは間違いないが、そのいずれであるかの確定ができない場合、裁判所は有罪判決を行うことができるか。仮に有罪判決を行えるとすると、いかなる判決となるのか。

ア この設例は、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケースと並んで典型的な択一的認定のケースとして議論されているが、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケース（被害者が生存しているか死亡しているか）と異なり、両者が論理的択一関係に立っていない。遺失物等横領罪その他の第3の可能性が、論理的にも、そして実際上も存在し得る。

そのため、保護責任者遺棄罪か死体遺棄罪かのケースについて、仮に死体遺棄罪の成立を認める見解に立ったとしても、このケースについては無罪とすべきであると一般的に考えられてきたようである。つまり、窃盗罪と盗品譲受罪の関係においては、そのいずれかであることが明らかであったとしても、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という形はもちろんのこと、(軽い犯罪事実である)盗品譲受罪での有罪判決を行うことも許されないと考えられてきた<sup>(18)</sup>。

イ この「窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれか」というケースに関する裁判例としては、東京高判昭和35年1月27日東高時報11巻1号4頁が、被告人がスクーターの窃盗犯人であることについて、運搬委託者の存在が否定できないことからその証明は不十分であるとして、被告人がスクーターが盗品であるかもしれないという程度の認識を有していたことを前提に、同スクーターについての贓物（現行刑法上は「盗品」）運搬罪の成立を認めている。

もっとも、この裁判例は特殊な証拠関係に基づく事例判断であるともされており<sup>(19)</sup>、窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかのケースに関する直接的な裁判例はないようである。「人間の生死」という論理的択一関係の場面と異なり、第3の



可能性が常に問題となり、盗品性についての認識その他の犯罪成立の要件が証拠上問題となることが少なくないので、「窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかであることは間違いないが、そのいずれであるのかが明らかでない」ということは実務上は極めて起こりにくいと言えるであろう。

ウ それでは、このケースはどのように考えたらよいのであろうか。いずれかであることが明らかであるので（少なくとも軽い犯罪事実で）有罪にすべきである、というのが一般人の法感情であろうが、これでは法的な説明としては少々荒っぽい。

先にも述べたが、人間の生死については論理的に二者択一であるから、その場合に限って択一的認定（死体遺棄罪との認定）を行うことが許される、との見解があるが、本稿で問題としている択一的認定の議論は、論理的な択一性の有無とは関係なく、証拠評価上（裁判官の心証形成上）他の可能性は絶対があり得ないが二者のうちいずれかまでは特定できない、という場面である。つまり、裁判官の心証上は第3の可能性が排除されていることを前提として考えなければならない。

もっとも、択一的認定を論じる前提を以上のように明確にしたとしても、学説の多くは、択一的認定を否定し、窃盗罪についても盗品譲受罪についても、各々が合理的な疑いを容れない程度の証明に達していない以上、（軽い犯罪事実である盗品譲受罪を理由としても）有罪判決を行うことはできないと考えている。その主要な論拠として、窃盗罪についても盗品譲受罪についてもそれぞれ有罪であることの確信に至っていない以上は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則によっていずれについても無罪にすべきであることや、択一的認定を肯定することは「窃盗罪又は盗品譲受罪」という合成的な構成要件によって処罰することになってしまい、罪刑法定主義に反すること等が挙げられてきた。

しかし、これらの論拠は果たして合理的であろうか。論理的な可能性はともかくとして、窃盗罪か盗品譲受罪かのいずれかでしかあり得えないという心証が形成された以上は、被告人に対する裁判所の判断は、「窃盗罪又は盗品譲受罪による有罪」という範囲に既に限定され、他の可能性である「無罪」という選



択肢は消去されているはずである。

そして次に、「窃盗罪又は盗品譲受罪による有罪」という限定された範囲の中で、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従い、重い犯罪事実である窃盗罪について合理的な疑いを容れない程度の証明がなされていない以上、「窃盗行為の不存在」という事実を以後において裁判所は前提とせざるを得ず、結果として、残された唯一の可能性である盗品譲受罪の心証形成に至るのである。もとより、盗品譲受罪が予備的訴因として示されていないければ盗品譲受罪による有罪判決を行うことはできないが、仮に（予備的な）訴因として掲げられている場合には、「盗品譲受罪」の構成要件に該当する犯罪事実（盗品であることの認識その他の盗品譲受罪の構成要件該当事実）が合理的な疑いを容れない程度に証明されたものとして、同罪を理由として有罪判決を行うのであるから、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という合成的な構成要件によって処罰することになってしまうという批判は当たっていない。また、「保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のいずれか」のケースと同様であるが、盗品譲受罪の成立を認めず、結果として無罪とすべきであるという多数説は、起訴事実を構成要件毎に単体として見ることにとらわれ過ぎており、正しい事実認定のあり方を見失っているのではなからうか。

このように、窃盗罪と盗品譲受罪との間においては、軽い盗品譲受罪の成立を認定することが可能であり、その限りで盗品譲受罪という軽い犯罪事実を択一的に認定することが許されると考える。ここでも、「窃盗罪又は盗品譲受罪」という形での明示的な択一的認定は許されない。

### （3）単独犯と共同正犯

#### 〔設例3〕

Xは単独で商店に入り店員に暴行脅迫を加えて現金を奪ったが、かかる強盗の実行についてYとの共謀の存在が強く疑われたものの、共謀の成否について確定ができない場合、裁判所はXに対してどのような判決を行うべきか。

ア この設例においては、Xは、単独で強盗罪の構成要件を全て充たしている。

もっとも、判例・実務上は、自らは直接の実行行為を行わない共謀共同正犯を

認めることが確立しており<sup>(20)</sup>、仮にXとYとの間の共謀関係が認定できれば、Xは強盗罪の共同正犯となる。つまり、他者Yとの共謀関係の成否如何によって、強盗罪の単独犯又は共同正犯が成立するのであり、共謀の成否が明らかでないということは、「単独犯か共同正犯のいずれかであるが、そのいずれであるのかが明らかでない」という択一的認定の問題となる。

この問題は、単独犯の構成要件と共同正犯の構成要件の関係をどのように理解したらよいのかという刑法理論上の難問にも関わっており<sup>(21)</sup>、また、単独犯と認定されることと共同正犯と認定されることとの違い、つまり、実行正犯者に対する刑法的評価のあり方（量刑に反映するような類型的差異の有無）を考える必要がある困難な問題である。そして、この問題に関する裁判例はそれぞれ異なった結論を示しており、問題の深さを示している<sup>(22)</sup>。以下、裁判例を見ながら、検討していきたい。

イ まず、東京高判平成4年10月14日高刑集45巻3号66頁は、設例3とほぼ同様の事案において<sup>(23)</sup>、以下のように縷々述べて、単独犯と共同正犯との明示的な択一的認定を正面から認めた<sup>(24)</sup>。極めて注目すべき裁判例であると言ってよい。

「本件のような場合においては……強盗の共同正犯と単独犯を択一的に認定した上、犯情が軽く被告人に利益な共同正犯の事実を基礎に量刑を行うものとするのが、最も事案に即した適正な法的解決であり、現行刑訴法の解釈として、十分支持され得るものと思われる。刑訴法には、択一的認定に関する規定はないけれども、択一的認定が全て直ちに刑訴法の原則に反するとは考えられず、少なくとも本件のような場合には、これが許されると解するのが相当である。」

そして、このような択一的認定を肯定する結論を導く理由として、  
「本件強盗は、被告人がFと共謀の上実行したか（共同正犯）、単独で実行したか（単独犯）のいずれかであって、第三の可能性は存在しないと認められる上……両者は、互いに両立し得ない択一関係にあり、訴訟法上は同一の公訴事実

に属する。しかも、本件強盗の共同正犯と単独犯とを比較すると、被告人が実行行為を全て単独で行ったことに変わりはなく、単に、被告人が右犯行につい

てFと共謀を遂げていたかどうかの違いがあるにすぎないのである。そして、法的評価の上でも、両者は、基本形式か修正形式かの違いはあるにせよ、同一の犯罪構成要件に該当するものであり、法定刑及び処断刑を異にする余地もない。」「このような事案について、強盗の共同正犯と単独犯を択一的に認定することができるものとしても、その量刑が、犯情が軽く、被告人に利益と認められる共同正犯の事実を基礎に行われる限り、共同正犯又は単独犯のいずれかの事実を一義的に認定して被告人を処罰する場合と比べ、実体法の適用上、被告人に不利益を及ぼす余地は全くない。」「本件において、被告人が自ら強盗の実行行為の全てを行っていることが明らかであるにもかかわらず、それがFとの共謀に基づくものであるか否かが判然としないため、結局、強盗の単独犯及びその共同正犯のいずれについても犯罪の証明がないとして、被告人に無罪を言い渡すべきものとするのは、明らかに国民の法感情に背反し、事案の真相を究明して適正な刑罰法令の適用を図る刑訴法の理念にもそぐわないといわなければならない。……本件においては、被告人が自ら強盗の実行行為の全てを行った証拠は十分であり、Fと右強盗を共謀した証拠は十分でないことからすると、証拠によって認定することができる限度で、強盗の単独犯を認定すべきではないかとも考えられるが、前記のとおり、本件の場合には、強盗の共同正犯の方が単独犯に比べて犯情が軽く、被告人に利益であると認められるのであるから、共同正犯であるかもしれないという合理的疑いがあるにもかかわらず、被告人に不利益な単独犯の事実を認定し、これを基礎に量刑をして被告人を処罰するのは、『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反するといわざるを得ないであろう。」

と述べている。

また、択一的に認定することによって生じ得る被告人の防御上の不利益の有無については、

「右択一的認定が許されるとすれば、訴訟手続上、被告人は、強盗の共同正犯と単独犯の双方の事実について防御しなければならなくなり、その分だけ負担が増すことは事実であるが、右負担の増加は、公訴事実を同一にする事実の範囲

内において、予備的又は択一的訴因が掲げられた場合と異なるところはなく、刑訴法上当然に予想されたものというべきであって、これをもって、被告人に過大な負担を課すものとはいえない。」「本件のように、強盗の実行行為を全て被告人が行ったとされていてそのこと自体に争いはなく、ただ、被告人と共犯者との共謀の有無につき、両名の各供述が顕著に対立しているにすぎない事案においては、共同正犯の訴因に対し、共同正犯と単独犯の事実を択一的に認定しても、被告人の防御権を実質的に侵害することはないと認められる」として、防御上の点においても特段の問題がないことを明らかにしている。

そして、択一的認定を認める場合の有罪判決中の「罪となるべき事実」の記載方法について、次のように特筆すべきことを述べている。

「刑訴法には、判決の『罪となるべき事実』について択一的な記載をすることができる旨の規定はないが、刑訴法335条1項の解釈として、事案により、一定の範囲でそのような記載が許される場合がある……その範囲について考えると、先ず、判決の『罪となるべき事実』においては処罰の対象とされる事実を特定の犯罪構成要件に即して明示すべきものとされている趣旨からすると、犯罪構成要件を全く異にする複数の事実を『罪となるべき事実』として択一的に記載することは許されず、この場合には、軽い罪の限度で事実を認定して、その事実を判示すべきものと解される……これに対し、同一の犯罪構成要件に該当する事実中、例えば犯行の態様等については、これを択一的に認定、判示することが許される余地が大きいと解される。けだし、この場合には、『罪となるべき事実』の法的評価に動揺を来たし、これを不明確にするおそれがないことが多く、また、事案の性質上、そのような認定をせざるを得ない場合には、その具体的な認定事実を率直に判示するものとする方が、『罪となるべき事実』の明確性を高めることになると考えられるからである」

「本件のような強盗の共同正犯と単独犯の択一的認定の場合には、同一の犯罪構成要件の基本形式と修正形式に当る事実の間の択一が問題となる事案であり、前記二つの事例の中間に位置するものと見られるが、その実質においては、同一の犯罪構成要件に当る行為態様に関する択一的認定に類似し、かつ、『罪とな

るべき事実』の基本的な法的評価に差異を来しこれを不明確にするおそれがないという点で、あとの事例に近い。強盗の共同正犯と単独犯の間には、罪質はもとより、罪の軽重の面でも定型的な差異が認められない……裁判所が実質上『強盗の共同正犯か単独犯のいずれかである』との心証しか得ていないのに、『罪となるべき事実』においては、強盗の共同正犯の事実を判示、認定せよというのは、いささか無理を強いるきらいがある……なお、現にそのような判示をした場合、強盗の共犯者とされるFに対し『共謀の証明がない』として無罪判決が言い渡されたときは……両判決の事実認定に実質上何らの矛盾がないにもかかわらず、あたかもその間に矛盾があるかのような観を呈することを避けられない。これらの点を考えると、本件のような場合においては、判決の『罪となるべき事実』として、裁判所が現に行った択一的な事実認定をそのまま判示する方が、明確性において優るとも考えられる。なお、このような判示を許容しても、量刑が犯情の軽い強盗の共同正犯の事実を基礎に行われる限り、被告人に実質的な不利益を及ぼすおそれがないことは、いうまでもない。」

上記・東京高判平成4年10月14日が「単独犯又は共同正犯」という択一的認定を肯定した理由を要約すれば、以下のとおりである。

- i) 単独犯と共同正犯の構成要件は、基本形式と修正形式という違いはあるが、同一の犯罪構成要件に該当する。
  - ii) (強盗罪の)単独犯と共同正犯の間には、罪質や刑の軽重において定型的な違いはない。
  - iii) 単独犯と共同正犯とでは、共同正犯の方が犯情が軽く、被告人に利益である。従って、量刑が共同正犯の事実を基礎に行われる限り、実体法の適用上、被告人に不利益を及ぼす余地はない。
- ウ これに対して、札幌高判平成5年10月26日判タ865号291頁は、“暴力団幹部である被告人が、幹部間の確執に絡み、某幹部に対して発砲して傷害を負わせた、として殺人未遂罪の単独犯として起訴されたが、被告人は、最高幹部Cからの命令や他の組合員Dの援助があったと主張して、単独での犯行を争った”、という事案において<sup>(25)</sup>、

「検察官主張にかかる被告人単独の犯行を内容とする起訴事実は、いわゆる合理的な疑いが残るもの」

であることを前提に、被告人に対する認定について、

「ことを被告人の利益に判定し、本件では所論主張のような態様でのCらの犯行関与があった、したがって、これによれば、被告人とCらとの間に事前の謀議があり、被告人はこの謀議（共謀）に基づき犯行をした……ものと認定すべきである。」

とした。

そして、共犯者の有無（つまり、単独犯であるのか共同正犯であるのか）が有する意味については、

「共犯者の有無は、単に量刑事情にとどまらず、罪となるべき事実の認定や刑法60条の適用にも係る事項である」

とした（もっとも、本件の具体的な処理としては、「被告人が……実行行為のすべてをしたことは明らかであるから、……被告人が単独でしたか他の者と共謀をしていたかの違いにすぎない」、「Cらが所論のように関与していたとして被告人の量刑を判断しても……原判決の量刑は是認し得るものであること」等を挙げつつ、「原判決が、その『犯罪事実』欄や『法令の適用』欄で共犯の認定・処理をしていない点をかしくみても、それらは判決に影響を及ぼすことが明らかかな場合であるとはいえない。」としている）。

上記・札幌高判平成5年10月26日の判示のポイントは、以下のとおりである。

- i) 単独犯と共同正犯とでは、共同正犯の方が被告人に利益である。
- ii) （上記i)を前提として）被告人に有利な（共謀）共同正犯との認定を行うべきである。

エ さらに、東京高判平成10年6月8日判タ987号301頁は、“駐車中の自己の自動車内で覚せい剤を所持したとして起訴されたが、「通称Aと共謀の上」との当初の訴因が、「単独で又は通称Aと共謀の上」との択一的な訴因に変更された（被告人は、捜査段階から一貫して、覚せい剤はAのものであって、Aに頼まれて覚せい剤の入ったスポーツバッグを預かっていた、と主張）”、という事案に

おいて、

「被告人がAと共謀の上これを所持したという事実が証明されていないのに、これを択一的にせよ認定することは、証明されていない事実を認定することに帰して許されないというべきである。これに対し、被告人が本件覚せい剤を所持したことは証拠上明白であって、Aと共謀の上これを所持した疑いがあっても、そう認定することに問題はなく、択一的に認定する必要はなかったのである。」として、単独犯との認定を行うべきであるとした。

同判決は、さらに択一的認定の許容性について、次のように述べている。

「罪となるべき事実の要件事実を単一では認定することができず、他の要件事実と択一的にのみ認定することができる場合においても、2つの要件事実のいずれかという択一的な形で認定することは、証明されていない要件事実を認定することに帰して原則として許されず、外形上2つの要件事実があってもこれらを包含する上位の要件事実が存在していると認められるような特殊な関係があるため、択一的な形で上位の一つの要件事実が証明されていることになる場合に限り許されるものというべきである。」

もっとも、同判決は、

「原判決には事実誤認があることになるが、本件においては被告人自身が覚せい剤を所持していたことは明白であり、ただ被告人が共謀による所持であると主張していたため共謀の点が念のため付加されたにとどまると解することができるので、右の誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであるとはいえない。」としている。

上記・東京高判平成10年6月8日の判示のポイントは、以下のとおりである。

- i) 共謀の事実が証明されていないのに択一的にせよ共謀の事実を認定することは、証明されていない事実を認定するものであって許されない。
- ii) (上記 i) を前提として) 被告人の覚せい剤所持が明白であるその限度で、単独犯との認定を行うべきであった。

オ このように、単独犯と共同正犯のいずれであるのかが明らかでないケースについては、比較的最近の下級審裁判例は三者三様であり、その評価をめぐって



学説も混沌としているが、私なりに多少の検討を行ってみたい。

この問題は、事実として「共謀」という新たな要素（しかも、認定が難しい要素）が加わることによって刑事責任が軽くなる、とされる点に特徴があり、単独犯の構成要件と共同正犯の構成要件の関係をどのように理解するのか、単独犯と認定されることと共同正犯と認定されることの間には類型的な違いがあるのか（「疑わしきは被告人の利益に」の原則を発動させるに足りる程度の質的な違いがあるのか）、という実体刑法上の理論的な事柄を検討することが求められる。しかし、それと同時に、具体的に問題になっているのが、共謀関係を認め得るだけの関係にあったか否か、という言わば（刑法的な）「規範的評価」が常に問題になるべき場面（評価以前に、当然ながら事実認定も問題となり得る。）でもある。

実務上、共謀の成否（共謀関係を認めることができるか否か）は、当該被告人と他者との間の犯行前後の諸々の事情（動機、役割、行動、利益の取得その他）を総合的に踏まえて行われる裁判所による総合的な規範的評価である<sup>(26)</sup>。つまり、当該犯行に向けての関与者間の一連の会話や互いの役割や行動、そして具体的な犯行実行中の行動、犯行によって得た利益の分配や程度等が具体的にどのようなものであったのかが重要な要素として評価の対象とされ、これらの各場面における関与者の役割や行動等の意味を理解するには、それまでの関与者相互の人間関係の内容や程度をも考慮しなければならない。実務上は、供述調書の信用性が大きな問題となる。そして、当該犯行についての関与者相互の関係について認定された内容が「一定程度以上の水準（親密さ）」に達している、つまり、各人についていずれも「自己の犯罪と評価し得る」場合には、共謀関係の存在が認定されて、共謀共同正犯（つまり、正犯者）とされ、そこまでの水準に達していないと認定（評価）されれば、共謀の存在が否定され、共同正犯であるとの認定は行われない。

従って、この分水嶺である「一定程度以上の水準（親密さ）」「自己の犯罪と評価し得るか否か」が重要になってくるわけであるが、それは、具体的な犯罪毎に（殺人罪とか強盗罪という構成要件の類型よりもさらに具体化された言わ



ば事件毎)に異なり、かつ、時代ないし社会的状況によっても異なり得るものである。例えて言えば、薬物犯罪の趨勢やそれに対する国民の意識、行政刑罰法規による取締り状況等によって(薬物犯罪における)故意論が微妙に影響を受け、あるいは、科学技術の手段の有用性と危険性によって過失犯の成否(注意義務違反)に関する刑事実務が影響を受けてきたように、具体的な共犯現象(共謀現象)の趨勢によっても、共謀の成否を分ける「一定程度以上の水準(親密さ)」のラインは変動すると言えよう。

このことを、単独犯と共同正犯の構成要件という実体刑法の理論的な面に推し及ぼすとすれば、特定の具体的な事案において「関与者相互に共謀があったと評価してよいか否か」という問題であることに照らし、単独犯と共同正犯の違いは「質的」なものではなく「量的」なものであって、両者の構成要件は連続的なものとして考えるべきことになるであろう。そして、刑法を初めとする我が国の実体刑罰法規における法定刑の範囲がかなり幅のあるものとなっている(なお、構成要件の行為自体も、かなり包括的な定め方をしている)ことも、このような理解を可能にし得るであろう。

このように考えるとすれば、単独犯か共同正犯かが問題になるケースは、他のケース(保護責任者遺棄罪と死体遺棄罪のケースや窃盗罪と盗品譲受罪のケース)と異なり、いわゆる本来の択一的認定の場面とは区別されるべきであると言え、上記・東京高判平成4年10月14日が示したように、単独犯と共同正犯を正面から択一的な形で認定することも許されるであろう。

そして、具体的な量刑については、単独で犯罪を実現する方が複数人で同一犯罪を実現する場合よりも当該行為者がより多くのことを行う(実行行為全てを担当する)という点に着目すれば、上記・東京高判平成4年10月14日が述べるように、共同正犯の方が単独犯よりは犯情が軽く被告人に利益であると言えそうであるが<sup>(27)</sup>、この点は、必ずしもそうは言えないであろう。

刑罰を課すことは、単に道義的な責任追及に尽きるものではなく、国民が安心して生活する社会を実現すべく、犯罪を防止する、という目的をも有しており(目的刑論ないし刑罰の手段性)そこでは、国民がその時点で国家に対して

期待する処罰の要請、という一定の政策的要素が不可欠であり、単独行為者と犯罪結果とが「1対1の関係で対応」している場面とは異なる共犯現象・共犯処罰については、とりわけその要素が大きく入り込むであろう。例えば、事前の共謀を企画立案し関与者を集めた共謀者については、厳格な処罰が期待されると言ってもよいであろうし<sup>(28)</sup>、反社会的な危険行為を主導した者については、(その当時の犯罪発生状況や治安状況等にもよるが) 厳しい刑法的評価を加えることが許されると言ってもよいのではなかろうか。

このように考えると、共同正犯の方が単独犯よりも犯情が軽く被告人に利益であるとは必ずしも言えないが、そもそも択一的認定が問題にされてきた単独犯と共同正犯は既に述べたように連続的なものであるので、両者のいずれが典型的に(質的に)重い刑法的評価(量刑)を受けるのかという議論自体が絶対性を有するものではないと考える。また、刑事裁判実務上、単独犯と共同正犯それぞれについてのいわゆる量刑相場が存在しているとしても、それはあくまでも相場であって、もとより一般化し得るものではない。

#### 4. おわりに

本稿は、刑事訴訟手続の最終場面である事実認定に関する難問とされてきた択一的認定について、代表的なケースをいくつか取り上げ、問題点を改めて確認し、これまでの代表的な判例(裁判例)を事案と共に紹介し整理しながら、私なりの多少の検討を行ってみたものである。

確立された判例・実務上の考え方が存在しているわけではなく、学説上は、択一的な認定を行うことについて消極的な見解が多いものの、実務家の側(とりわけ検察官側)からは、択一的認定に積極的な見解も有力に展開されてきた。私も、未だ研究途上であって不完全な検討段階に過ぎないが、どちらかと言えば択一的認定に積極的な観点に立ちつつ若干の考察を行ってきた。

もとより、本稿で取り上げた3ケース以外にも、故意犯か過失犯かが問題になるケース<sup>(29)</sup>や、過失犯の注意義務違反の態様が択一的なケース<sup>(30)</sup>等、択一的な認定の可

否が議論される場面はいくつか存在する。今後は、これらのケースを含めて、今回必ずしも十分に掘り下げることができなかった問題点について、さらに検討を深めていきたい。

刑事裁判における事実認定は刑罰権発動の根拠であり、とりわけ厳密性が要求される。科学技術の成果を活用した捜査活動ないし証拠収集手段の活用により、事実認定の精度（鑑定内容の精度）は以前よりは格段に高まっているが、犯罪発生から数ヵ月後（場合によっては1年以上の後）に、人間である裁判官（近い将来、これに裁判員が加わる。）が事実を明らかにすることの困難性は、いつの時代になっても完全には否定できないであろう。また、共謀の内容や程度という人間相互の関係を、後の時点から他者が解きほぐしていくことの難しさはあえて言うまでもないことである。

我が国の刑事訴訟法が明文をもって示している証拠法則は決して多くはないが、近い将来に訪れる裁判員時代における事実認定のあり方をめぐっては、今後、各方面で議論がなされるであろう。その際、従来の刑事法領域において展開されてきた法律論にのみ依拠しては、国民の司法参加という裁判員制度の本来の制度趣旨に悖ることにもなる。その意味で、刑事訴訟の実務及び研究に携わる者に課せられた役割はとも大きい。

---

【注】

- (1) 犯罪現象の広域化・組織化・密行化への対応という視点も存在する。  
科学的捜査方法としては、写真撮影やビデオ録画、通信傍受等がこれまで議論されてきた代表例である。これらの捜査方法については、捜査対象者の利益保護（人権保障）という観点も必要である。
- (2) 「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（法律63号）（平成16年5月28日公布）。公布から5年以内に施行される。
- (3) 択一的認定に関する議論状況は、各基本テキスト（体系書）やコンメンタールの他に、一般的なものとして、三井誠「概括的認定・択一的認定〔1〕～〔3〕」法学教室213号115頁以下・同214号101頁以下・同215号97頁以下（いずれも1998年）や寺崎嘉博「択一的事実認定」刑事訴訟法の争点〔第3版〕（2002年）200頁以下等。  
比較法を含む詳細な体系的な研究として、大澤裕「刑事訴訟における『択一的認定』（1）～

(4・完)」(法学協会雑誌 109巻6号(1992年)919頁以下・同111巻6号(1994年)822頁以下・同112巻7号(1995年)921頁以下・同113巻5号(1996年)711頁以下。

- (4) 学説上は、択一的認定に消極的な見解(否定説)が一般的である。主なものとして、松尾浩也『刑事訴訟法(下)(新版補正第二版)』(1999年)128頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法 中』(1992年)278頁、田口守一『刑事訴訟法〔第4版〕』(2005年)429頁以下等。これに対して、実務家側からは積極的な見解も主張されている。

なお、ドイツでは、択一的認定(Wahlfeststellung)が広範に認められているようである(ちなみに、ナチス時代のドイツは択一的認定を明文をもって認めていた)。この点については、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(1992年)423頁。詳しいものとして、大澤・前掲(3)の(2)~(4・完)。

- (5) この点については争いが見られない。

なお、「公訴事実の同一性」の理解については、学説は多岐に分かれているが、具体的な結論は、判例・実務における基本的事実関係の同一性という基準(最決昭和25年6月17日刑集4巻6号1013頁等)とほぼ同様である。

- (6) 最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁。

- (7) 最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。

- (8) もっとも、公訴時効の起算点や土地管轄との関係で、概括的認定が制約されるべき場面は生じ得る。

- (9) これに対して、中野次雄「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第4版〕(1981年)195頁は、殺意があるかもしれない、既遂であるかもしれないのに、どうして傷害や未遂が疑いなく証明されたといえるのか、として、これは実質的に見て一種の択一的認定と言わざるを得ない、とする。もっとも、択一的認定を肯定する立場からの指摘である点に注意を要する。

- (10) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979年)332頁、松尾・前掲(4)、田口守一「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)198頁等。

これに対して、死体遺棄罪の成立を認めるものとして、田宮・前掲(4)424頁。

- (11) 但し、傷害致死罪によって有罪とされている。

- (12) 刑法学説上は、死体遺棄罪と保護責任者遺棄罪との間に構成要件の重なり合いを認める考え方(平野龍一『刑法総論』(1972年)179頁等)は少数である。

- (13) 前田雅英『刑法各論講義(第3版)』(1999年)424頁は、死の時期には一定の幅があり得るとし、行為者が死体だと思って損壊したところ、医学的には行為時に生命現象が残っていた可能性がある場合、抽象的事実の錯誤を問題にするまでもなく、客観的にも死体損壊罪が成立する余地がある、とする。

択一的認定を否定する田口・前掲(10)199頁も、札幌高判昭和61年3月24日の事案については、死亡事実の合理的な疑いを容れない認定は十分に可能であったように思われる、としている。

なお、町野朔『犯罪各論の現在』(1996年)75頁は、妻の死体を葬祭する義務を有していたものであるから、それを単に放置しただけでも死体遺棄罪が成立する、とした上で、仮

に放棄された時点では妻が生きていてその後死んだとした場合、そのまま放置していたわけであるから、死体遺棄罪の客観面は存在するに至ったことになり、結果的には死体遺棄罪の構成要件が実現している、とする。同様の観点から死体損壊罪を認めたものとして、東京高判昭和62年7月30日判時1246号143頁。

- (14) 中野・前掲(9)194頁、佐藤文哉「択一的認定」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕(1992年)185頁。  
 なお、被害者が生存していた場合には、保護責任者遺棄罪の他に(重)過失致死罪の成立の可能性もある。
- (15) 田口・前掲(10)199頁。
- (16) 佐々木正輝「択一的認定」田口守一・寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(2004年)326頁以下によると、「疑わしきは被告人の利益に」の原則は、自然的事実認定に人為的な修正を施して、存否不明を「ない」とするものであり、そこから事実認定の次のステップへと進んでいくこと、また、不存在とされた事実は後にも不存在とされ続けるのでなければ、裁判体として統一した整合的な事実判断を果たし得ないこと等が主張されている。
- (17) このような明示的な択一的認定を正面から認める見解は、今日では、殆ど見当たらない。
- (18) 田宮・前掲(4)423頁は、盗品とされた物品の取得というそれ自体では犯罪を構成しない事実で処罰されることになる、とする。  
 なお、鈴木茂嗣「概括的・択一的認定と訴因変更の要否」ジュリスト臨時増刊1224号(平成13年度重要判例解説)(2002年)196頁は、窃盗罪と盗品等譲受罪の間には、財物の領得罪という点で等質性があるのに対し、保護責任者遺棄罪は個人の生命・身体を害する個人的法益に対する罪で、死体遺棄罪は社会的法益に対する罪であって、両者は全く罪質を異にするので、罪刑法定主義的観点からの疑問は一層強い、とする。
- (19) 佐々木・前掲(16)332頁。
- (20) 最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁(練馬事件判決)、最決昭和57年7月16日刑集36巻6号695頁等。
- (21) 伝統的には、単独犯の構成要件が共同正犯の規定(60条)によって修正される(修正された構成要件)という説明が行われている。
- (22) 代表的な3つの裁判例を紹介して詳細な検討を行ったものとして、大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(2003年)481頁以下。
- (23) 東京高判平成4年10月14日の事案においては、共犯者Yは、被告人X(強盗罪の共同正犯として起訴されている)の強盗の実行行為の前後に被告人Xをオートバイに同乗させていたことや、両者が犯行後に現金を山分けしていた等の事情があった。
- (24) 原審の東京地判平成4年3月6日判タ794号266頁は、両者の手続きを分離し、Xについては単独犯と共同正犯の択一的認定を行い有罪としたが、共犯者Yについては、共謀の事実を認定するに足りる証拠がないとして、無罪とした。
- (25) この札幌高判平成5年10月26日(控訴審)においては、被告人は、CやDの関与について、

1 審判決が事実誤認であるとの主張を行わず、量刑不当の事情として主張するにとどまっている。

- (26) 共謀共同正犯における共謀の認定については、石井一正・片岡博「共謀共同正犯」小林充・香城敏磨編『刑事事実認定 裁判例の総合的研究 (上)』(1992年)341頁以下が詳しい。要点を分かりやすくまとめた最近の文献としては、石井一正『刑事事実認定入門』(2005年)122頁以下。さらに、小林充・植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)』(2005年)の196頁以下(村瀬均執筆)及び207頁以下(菊池則明執筆)。
- (27) なお、中野目義則「択一的認定」ジュリスト臨時増刊1157号(平成10年度重要判例解説)(1999年)194頁は、合理的な疑いを容れない程度に証明されたとは言えない(共同正犯の)事実を量刑の基礎として扱うことは、刑事裁判における証明の意味を失わせるものである、とする。
- (28) これに関連して、反対論が根強い“共謀罪”の新設という問題がある。
- (29) 予備的認定の一種と考えれば、軽い過失犯での認定が許される。この点について、田宮・前掲(4)424頁は、純粋な大小関係にはないが、同一行為についてもっばら行為者の主観面だけが二義的に解される場合は、大小関係の理を用いることも許されよう、とする(それぞれ別の故意行為と過失行為の選択的認定はできないとする)。なお、実行正犯と間接正犯についても、同様の問題が生じ得る。
- (30) 煙草の火から火災が生じた事案(失火罪)において、自己の直接過失が従業員を監督しなかった過失のいずれであるのかが確定できないとして、軽い監督過失を認定したものとして、秋田地判昭和37年4月24日判タ131号166頁。

# 内部統制システム構築の法的義務と 役員の責任

北沢 義博

1. 内部統制システムとは何か
  - (1) 議論の契機
  - (2) 法的責任の場面への登場
  - (3) 内部統制システムの捉え方
  - (4) 商法・会社法の考える内部統制システム
  - (5) 法務省令における内部統制システム
  - (6) 監査役の監査基準における内部統制
  - (7) 政府機関における内部統制システムの研究
  - (8) 法的義務としての位置づけ
2. 「財務情報の正確性」を中心とする内部統制システムの議論の進化
3. 内部統制システムの構築を巡る判例の考え方
4. 役員のとるべき対応

## 1. 内部統制システムとは何か

### (1) 議論の契機

近時、株式会社における内部統制システムについての議論が盛んである。この議論の関連で、世間の耳目を集めた事案としては、西武鉄道の証券取引法違反事件<sup>(1)</sup>、カネボウの粉飾決算と公認会計士の逮捕<sup>(2)</sup>など、枚挙にいとまがない。

内部統制システムを適正に構築し、運用することは企業運営の基本であり、同時に役員の職務であるということは、ほぼ異論の見ないところである。このような状況の中で、我々法律家の役目は、この「役員の内部統制システム構築・運用義務」が、法的にどのような性格を持つものであり、また不幸にして、その義務を怠ったと認定されたときに、どのような責任が問われるかを明らかにすることである。

内部統制システムは、これまで主に、財務諸表監査の一環として議論されてきたものといえる。ところが、その概念が、様々な契機により、財務諸表監査の問題にとどまらず、企業経営全般に亘るものとなってきた。本講では、内部統制システム構築義務の法的性質について検討するものである。

また、余談ではあるが、新司法試験のプレテストにおいても、内部統制システムに関連する問題が出題されており<sup>(3)</sup>、法科大学院生の関心も高まったものと思われる。

### (2) 法的責任の場面への登場

「内部統制システム」が、法律家の議論に登場する契機となったのは、やはり「大和銀行株主代表訴訟事件」(以下単に「大和銀行事件」という)である<sup>(4)</sup>。第一審の判決の中で、裁判所は「取締役会は、リスク管理体制(すなわち内部統制システム)の大綱を決定することを要する」と述べ、内部統制システムの構築が会社の取締役会の責任であり、内部統制システムは、リスク管理体制のことでありという前提で、論を進めている<sup>(5)</sup>。

後にも述べるように、「内部統制システム」は多義的であり、法律でも直接これを定義しているわけではない。ただ、一般的に、内部統制システムは「リスク管理体制」と同義であるとしてとらえることは少ないと思われる。大阪地裁の裁判官が、なぜそ



のような理解をしたか、興味深いところではあるが、いずれにしても「内部統制システム」が法律家の間で定着するきっかけとなった判例として画期的なものであることは間違いない<sup>(6)</sup>。

### (3) 内部統制システムの捉え方

コーポレート・ガバナンスやコンプライアンスがそうであるように、内部統制システムについても、用語の定義について議論することは、あまり意味のあることではない。かといって、全く方向性の違う議論になることを避けるためには、ある程度の定義はもちろん必要である。「内部統制システムとは、リスク管理、法令等遵守、業務の効率化、適正な財務報告などの目的を達成するために、経営活動の携わる人々の行動を統制する仕組み」<sup>(7)</sup>などとするのが穏当なところであろう。

この定義は、大和銀行事件の判決よりも、かなり広いものであり、企業経営全般に亘るものである。従って、このようなものが役員の法的責任と直接に繋がるかという疑問が湧いてくる。

### (4) 商法・会社法の考える内部統制システム

内部統制システムという用語は使われていないが、平成18年5月施行予定の新会社法（以下単に「会社法」という）においては、内部統制システムに関する規定が明確に置かれている。大和銀行事件で注目された「内部統制システム」が立法上も認知されたといえる。

立法上、内部統制システムが意識されたのは、平成14年の商法改正で委員会等設置会社が認められたときである。委員会等設置会社における、監査委員会は、取締役および執行役の職務を監査する権限と義務を負うが（商法特例法21条の8第2項1号）取締役会は、監査委員会の職務の遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項を決定しなければならず（特例法21条の7第1項2号）この決定事項は取締役委任することができない（同条2項）とされた。

現行法務省令（商法施行規則193条）は、取締役会が決議する監査委員会の職務の執行のための必要事項として6つの事項を記述している。本条全体が内部統制システ

ムの構築に関連する規定である<sup>(8)</sup>が、特に内部統制システムの実体として位置づけられるのが、損失の危険の管理に関する規程その他の体制に関する事項 執行役の職務の執行が法令および定款に適合し、かつ、効率的に行われていることを確保するための体制に関するその他の事項、である<sup>(9)</sup>。

内部統制システム概念が、法文上も明示されたわけである。これは、会社法においても引き継がれ、発展させられている。すなわち、取締役会設置会社において、取締役の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備<sup>(10)</sup>を取締役会の専決事項とし(362条4項6号、取締役会非設置会社における同趣旨の規定として348条3項4号)さらに大会社においては、取締役会にその決定を義務付けている(362条5項、348条4項)<sup>(11)</sup>。

委員会設置会社については、取締役会の専決事項として、また決定義務のある事項として、監査委員会の職務の執行のために必要なものとして法務省令で定める事項(416条1項1号口)および執行役の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備(同号ホ)が規定されている。

上記、法務省令は、平成18年2月7日公布された<sup>(12)</sup>。

#### (5) 法務省令における内部統制システム

会社法関係法務省令は、全般に亘る「会社法施行規則」と計算と電子公告に関する2省令から成っている。内部統制システム関連事項は会社法施行規則に記述されている<sup>(13)</sup>。

会社法施行規則中、98条(取締役会設置会社以外)、100条(取締役会設置会社)112条(委員会設置会社)がそれぞれの株式会社における内部統制システムについて規定している<sup>(14)</sup>。共通する内容としては、職務の執行に係る情報の保存・管理に関する体制 損失の危険の管理に関する規程その他の体制 職務の執行が効率的に行われることを確保する体制 使用人の職務の執行が法令・定款に適合することを確保するための体制 企業集団における業務の適正を確保するための体制、である。

商法施行規則の規定から引き継がれたリスク管理体制、法令遵守体制、そして業務の効率性を目指す体制に加え、情報管理、企業集団としての内部統制の確保が規定さ

れたことに注意を要する。そして、委員会設置会社の内部統制システムは、監査委員会の職務の執行のために必要な部分と取締役会としての監督のために必要な部分に分けられ、監査役設置会社の内部統制は、後者に限られるという点に相違があるとされる<sup>(15)</sup>。

#### (6) 監査役の監査基準における内部統制

現行商法および会社法が内部統制システムの整備を会社に求めていることは明らかであるが、条文上「内部統制システム」という用語は使われていない。これに対し、日本監査役協会の監査役監査基準は、「内部統制システム」を用語としても明確に使用している<sup>(16)</sup>。

監査役は、業務執行はしないから、もっぱら、取締役会が内部統制システム構築の責任を果たしているか監査する、という職務を担うことになる。

平成16年2月に全面改訂された、監査役監査基準は、内部統制システムに関連する監査対象として、3つの事項を列挙している。法令遵守体制 リスク管理体制 財務情報その他企業情報のディスクロージャー体制である。が商法施行規則193条の規定と少し異なるとされる<sup>(17)</sup>。

監査役の場合、自らが積極的に内部統制システムを構築するわけではないので、内部統制システム関連部門との情報交流、提携が重要となる。従って、取締役会からの定期報告（監査基準15条2項）内部監査部門との連携および会計監査人からの報告（同条3項）取締役会への報告、助言・勧告（同条4項）など、他部門との協力が重要になる<sup>(18)</sup>。

#### (7) 政府機関における内部統制システムの研究

法令および監査役監査基準に次いで注目すべきは、経済産業省関連の研究会が提案する、内部統制システム構築の提案である。経済産業省では、平成15年6月「リスク管理・内部統制に関する研究会報告書 リスクマネジメントと一体となって機能する内部統制の指針」を公表し<sup>(19)</sup>、内部統制がリスクマネジメントと一体となって機能すべきことを提唱し、企業構成員および会社機関等ごとに果たすべき役割を示している。

この報告書では、「内部統制とは、企業がその業務を適正かつ効率的に遂行するために、社内に構築され、運用される体制およびプロセス」と説明されている。

経済産業省では、さらに、平成17年8月「企業行動の開示・評価に関する研究会（座長・伊藤邦雄一橋大学副学長）」の「コーポレートガバナンスおよびリスク管理・内部統制に関する開示・評価の枠組について - 構築および開示のための指針 - 」を公表し<sup>(20)</sup>、企業経営者が自社の経営環境、業種形態、規模等を勘案し、ステークホルダーの期待を踏まえ、各企業の経営理念、事業目的等に照らしてそれぞれの企業に適したコーポレートガバナンスおよびリスク管理・内部統制の在り方を模索、検討したうえで、それらを確立・整備・運営していくための指針を示し、これを制度開示へ反映させることを提言している。ここでは、内部統制は「企業経営者の経営戦略や事業目的等を組織として機能させ達成していくための仕組み」と説明されている。

上記報告書は、指針として、コーポレートガバナンスの確立 健全な内部環境の整備・運用 トータルにリスクを認識・評価 リスクへの適切な対応 円滑な情報伝達の整備・運用 業務執行ラインにおける統制と監視の適切な整備・運用 業務執行ラインから独立した監視（内部監査）の確立、を指摘し、特に と が重要であるとす。

#### (8) 法的義務としての位置づけ

いずれにしても、内部統制システムを法的に厳格に定義することは困難である。企業が、適法でかつ効率的に運用されるための企業内のシステムという、幅広い捉え方で十分であろう。商法・会社法、監査役監査基準、経済産業省報告書が、それぞれ違うのは、視点・立場の違いの反映と思われる。例えば、取締役会には業務の効率性の確保の観点が問われるのに対し、監査役には財務情報の適正な開示に関する監査が要求されるなどである。また、法律において、委員会設置会社、監査役設置会社では、内部統制システム構築に向けての機能・担当に違いがあることに留意しなければならない。

取締役会が、内部統制システム構築の基本的職務を担っていることは明らかであるが、委員会設置会社の場合と監査役設置会社の場合とでは、その分担のあり方は異なる

っている。監査役設置会社の場合、内部統制システムの構築も業務執行の一つと考えたと、その職務・機能分担も特に他の業務と異ならない。大和銀行事件などの判例もそのような枠組みで取締役会、個々の取締役、監査役の責任を判断している。

これに対し、委員会設置会社の場合、監査委員会の職務の執行のために必要なもの(416条1項1号口)と取締役会が執行役の監督のために必要なもの(同号ホ)とに分けられる。

## 2. 「財務情報の正確性」を中心とする内部統制システムの議論の進化

内部統制という概念は、主に「財務情報の正確性」を追求する中で、考え出された概念である。それが、リスク管理という視点と結びつき、企業の広範な活動をコントロールする概念へと発展してきたものと思われる。

財務情報の正確性を求める「内部統制システム」と役員「内部統制システム構築義務」の内容は、基本的には共通するものも多いが、全く同一のものでもないので、議論の混乱を避けるためにも、各分野での内部統制システムに関する議論をまとめておく必要がある。

ここでは、前項で検討したもののほか、内部統制の議論のうえで重要なものを簡単に紹介する。これらに関しては、多数の文献があるので詳細はそれらを参考にされたい。

### COSO レポート

グローバルに「内部統制」の議論を定着させたのは、COSO レポート<sup>(21)</sup>(以下「COSO」という)である。COSOは、内部統制を「業務の有効性と効率性、財務報告の信頼性、関連法規の遵守の三目的の達成に関して合理的な保証を提供することを意図した、事業体の取締役会、経営者およびその他の構成員によって遂行されるプロセス」と定義する。

COSOは、内部統制の議論において、画期的なものではあったが、歴史的な背景から「財務報告の信頼性」を中心とした会計士、会計学者の観点が主であるとの評価がある<sup>(22)</sup>。

COSO は、2004年9月、リスクマネジメントの観点を取り入れたCOSO ERMを発表し、リスク管理には目的の設定、リスクの識別、評価、優先順位の高いリスクに対する経営者としての対応、会社として挑戦すると決定したリスクを低減する統制の構築、統制が機能していることを監視するメカニズムの設計・導入が必要であるとしている<sup>(23)</sup>。

前記、経済産業省の報告書もCOSOの影響が大きいとされている。

### 米国のSOX法

わが国の内部統制システムの議論に大きく影響を与えたもう1つの要因として、米国における企業会計改革法（いわゆるサーベーンズ=オクスレー法<sup>(24)</sup>以下「SOX法」という）がある。

SOX法は、米国におけるエンロン社やワールドコム社等、会計不正による企業破綻の教訓を踏まえ、米国の証券市場に対する信頼を回復させるために制定された法律である。SOX法は、企業の経営者を中心に会計不正を起こさないための様々な規制を定めた。主な内容は、役員に対する規制、開示責任の強化 内部統制評価報告義務と監査 監査委員会の独立性強化 外部監視機構の設置などである。

内部統制システムに関連して、特に注目されるのは、SECが規則を制定し、発行企業の年次報告書に内部統制報告を含めることを義務付けていること（404条）、発行企業のCEOおよびCFOによる年次報告書および四半期報告書の認証を義務付けていること（302条）、302条の認証とは別に、CEO、CFOに財務諸表を含む定期報告書の法令遵守および適正表示の認証を義務付けている（906条）ことなどである。906条に故意に違反すると20年以下の禁固刑、500万ドル以下の罰金が科せられるという厳しい規制である<sup>(25)</sup>。

### 「財務報告に係る内部統制の評価および監査の基準」

内部統制システムの議論が、前述のとおり会計の分野を中心に行われてきたことは、多くの人が指摘してきたところであるが、わが国において最近公表された企業会計審議会の「財務報告に係る内部統制の評価および監査の基準（公開草案）」<sup>(26)</sup>は、

内部統制システムの整備について具体的な基準を提示している点で参考になる。もっとも、上記基準は、タイトルからも明らかなように、対象を財務報告に限定してのものであるから、経営者が構築すべき内部統制システム全般についてどの程度妥当するかについては、留保をしておかなければならない。また、上記基準は、日本版SOX法などと呼ばれることもあるが、法令としての性質を持つものではない。草案は、内部統制とは、業務の有効性および効率性 財務報告の信頼性 事業活動に関わる法令等の遵守 資産の保全、の4つの目的の達成のために業務に組み込まれ、組織内の全ての者によって遂行されるプロセスと定義し、そのプロセスは、統制環境 リスクの評価と対応 統制活動 情報と伝達 モニタリング（監視活動） IT（情報技術）の利用の、基本的要素から構成されるとしている。

草案は、経営者は、内部統制を整備・運用する役割と責任を有しており、財務報告に係る内部統制については、その有効性を自ら評価しその結果を外部に向けて報告することを求めている。また、経営者による財務報告に係る内部統制の有効性の評価は、その評価結果が適正であるかどうか、当該企業の財務監査を行っている公認会計士等が監査することとするが、その監査は、経営者の作成した評価結果のみを対象に行えばよく、いわゆるダイレクト・レポートングまでは行わない。一方、内部統制の限界として、内部統制は 判断の誤り、複数の担当者による共謀 当初予定していなかった環境の変化、非定型の取引などにより機能しないことがある。

内部統制の整備・運用には費用と便益との比較衡量が求められ、経営者が不当な目的の為に内部統制を無視することがある、と指摘しているのも、特徴である。

その後、上記公開草案に対し寄せられた意見を参考に、「財務報告に係る内部統制の評価と監査の基準案」がまとめられ、発表された<sup>(27)</sup>。

### 3. 内部統制システムの構築を巡る判例の考え方

内部統制システムを巡る法分野での議論、「財務情報の正確性」を中心とする内部統



制の議論を概観したので、内部統制システム構築の法的義務と責任についての議論に入ることとする。

「内部統制システム構築の法的義務・責任」は、誰の誰に対するものであるのか。会社法は、基本的に取締役会にその義務を課しているので、取締役会が責任者ということになる。しかし、法的な性質としては、取締役会を構成する個々の取締役の会社に対する義務・責任ということになる。また、業務執行としての内部統制システムの構築責任を考えると、業務執行取締役あるいは執行役のうち、内部統制システム担当者の会社に対する義務・責任ということになる。

従って、責任追及の形態としては、株主代表訴訟がほとんどであった。以下、内部統制システムの構築が問題となった代表的な判例を検討し、裁判所が「内部統制システム構築の義務・責任」をどのようなものとして捉えているか検討する。

#### 大和銀行株主代表訴訟事件

まず、最初に検討しなければならないのは「内部統制システム」構築義務を正面から問題とした、大和銀行株主代表訴訟事件大阪地裁判決である<sup>(28)</sup>。本判決は、多様な法的問題を含み、また賠償金額の高さから、役員の実任の減額を認める商法改正の契機になったもので、論ずべき点は多いが、本稿では、「内部統制システムの構築」に絞って検討する。

##### a) 内部統制システムの理解

判決は、争点1（内部統制システムの構築に関する任務懈怠の有無）において、内部統制システムおよびリスク管理について、次のように説明している。

健全な会社経営を行うためには、事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスクの状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が必須である。会社の規模、特性等に応じたリスク管理体制の整備が必要である。この、リスク管理体制が内部統制システムであるとする。リスクには、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスクなどがある、としているところから、ここでいうリスクは、単に損失・損害という企業にとって、不利な事象という意味より、いわゆる不確実性をいっているものと考えられる。



そして、取締役は、自ら法令を遵守するだけでは十分でなく、従業員が会社の業務を遂行する際に違法な行為に及びことを未然に防止し、法令遵守経営を実現するための、従業員の違法行為を未然に防止するための法令遵守体制を確立する義務がある、とする。この法令遵守体制の整備は、事務リスクの管理体制の整備のことであると述べる。つまり、法令遵守体制（コンプライアンス体制）の整備は、リスク管理の一部ということになる。本件のような、従業員の不正行為を防止することが、法令遵守体制の整備の問題であるかは、疑問であるが、事務リスクの問題であるという指摘は意義がある。

いずれにしても、本判決の内部統制システムの総論部分に関しては、リスク管理体制が上位の概念で、法令遵守体制の整備は、その一部であるという理解であるように読める。また、リスクが不確実性を意味しているとする、商法施行規則193条5号の「損失の危険の管理」より広い概念かと思われる。

#### b) 内部統制システム構築の義務

判決は、「会社経営の根幹に係わるリスク管理体制の大綱については、取締役会で決定することを要する」とするが、この「大綱」とは、どのようなものを指し、また、取締役会としてはどの程度の大綱を決すれば、義務を尽くしたことになるのか、明らかにしていない。

結局、本判決では、リスクのうち、ニューヨーク支店における財務省証券取引およびカストディ業務に内在する事務リスクを適切に管理する体制を整備していたか、そしてこれに関し、取締役または監査役としての監視義務違反または監査義務違反が認められるか判断しているに留まる。

#### c) 損害賠償責任の根拠

本判決は、ニューヨーク支店の事務リスク管理体制について、証拠上は、大綱のみならず、具体的な仕組みについても整備されていなかったとはいえない、としている。そして、行員による財務省証券の無断売買が生じた原因を、もっぱら財務省証券の保管残高の確認方法が適切さを欠いていたことに求めている。任務懈怠を認められたの

は、以下の事項である。 検査部の担当取締役の決裁を経て作成された検査要領に基づいて検査部が検査を実施していたという事実により、検査部の担当取締役が、業務担当取締役あるいは使用人兼務取締役として、財務省証券の保管残高の確認方法が適切さを欠いていた。店内検査および内部監査担当者による監査は、ニューヨーク支店長の指揮下で実施されるので、取締役が支店長を務めている場合は、同支店長が業務担当取締役あるいは使用人兼務取締役として財務省証券の保有残高の確認方法が適切さを欠いていた。米州企画室の担当役員は、米州企画室が実施した財務省証券の保有残高の確認方法が適切さを欠いていたこと、に任務懈怠の責任がある。

いずれも、業務担当取締役あるいは使用人兼務取締役として、具体的な業務に関する任務懈怠の責任を認められているのであって、組織全般の内部統制システム構築の責任が問われたわけではない。

法令遵守経営に関しては、米国法令に違反したことが、大和銀行の取締役として法令遵守という観点に立った会社経営を行ったのか否か、すなわち会社経営の専門家として適切な経営判断を怠ったのか、という善管注意義務と経営判断の問題として判断しており、内部統制システムの構築とは直接関係がない。

#### d) まとめ

結局、判決は内部統制システム（リスク管理体制）の大綱について取締役会に決定義務があることを明らかにしたが、多額の賠償責任の根拠は、取締役会の構成員としてではなく、財務省証券の保有残高確認を怠った業務執行の取締役に、具体的な職務懈怠責任を認めたとということになる。

取締役会としての内部統制の構築責任は経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に広い裁量が与えられる、というのが判決の結論である。判決が肯定した取締役の責任とは必ずしもつながらないので、あえて判決でこのような責任に触れる必要がなかったともいえるが、原告の請求原因が、内部統制システムの構築義務に基づくものであったので、これに応えたということであろうか。

リスク管理体制を、内部統制システムと同義としているのは、判決の指摘する「リスク管理体制」を法令遵守体制や、不確実性への対応を含む広い概念で捉えているか

らであろう。

### ダスキン株主代表訴訟事件

#### a) 2つの判決

ダスキンは、その運営する「ミスタードーナッツ」において、食品衛生法上使用の許されていない添加物を含んだ「大肉まん」を販売したため、大阪府からその販売禁止を命じられ、また食品衛生法違反で罰金刑に処せられた。ダスキンの株主は、これらの一連の行為により会社に生じた損害106億2400万円の支払いを求めて株主代表訴訟を提起した。裁判所は、弁論を分離し、2名の被告には請求どおりの賠償を命じる判決をしたが<sup>(29)</sup>、残りの被告については1名に賠償を命じ、他の被告に対する請求を棄却した<sup>(30)</sup>。内部統制システムの関係で取り上げるのは後者の判決である。

#### b) 法令遵守体制の整備

本判決の特色は、法令遵守体制について判断している点である。本判決は、「リスク管理・内部統制システム」については大和銀行事件と同一の認識を示しているが、大和銀行事件が事務リスクについて判断したのに対し、本判決はリスク管理体制のうち、違法行為を未然に防止するための法令遵守体制の整備について判断しているところに特徴がある。

本件の違法行為は、食品販売に関する事業部門の業務担当取締役および使用人兼務取締役が、自社が販売していた食品に食品衛生法上使用が許されていない添加物が含まれていることを知ったにもかかわらず、その販売を継続したことと認定されている。この違法行為を、未然に防止するための法令遵守体制が欠如していたかが判断されている。

#### c) ダスキンにおける法令遵守体制

ダスキンの法令遵守体制について、裁判所は、担当取締役は経営上の重要な事項を取締役に報告するように定められており、従業員に対しても、ミスや突発的な問題は速やかに報告するよう周知徹底していた。違法行為が発覚した場合の対応体制に

ついて定めていた（「内部摘発」による発覚も想定） その上で、実際に起こった食中毒に関する企業不祥事の事案を取り上げて注意を促すセミナーを開催していた、などの事実を総合して、ダスキンにおける法令遵守体制は整備されていなかったとまではいえない、としている。

原告は、違法行為等があれば即座に「コンプライアンス部」または「品質管理機関」を通して取締役会に報告される体制を構築すべきであった、また、違法添加物の使用を発見した際、どのように報告し行動しなければならないのか、等についてマニュアルを作成し、従業員に周知徹底させるべきであったと主張したが、裁判所はそこまでの義務を会社には認めなかったものである。

#### d) 責任を認められた取締役

本判決では、1名の取締役だけが責任を認められたが、当該取締役が専務取締役生産本部担当であって、「大肉まん」への使用が許されていない添加物が含まれていることを知った場合、担当外であっても社長に報告義務があるとして、その義務懈怠により責任を認めた。

#### ヤクルト株主代表訴訟事件

本件は、ヤクルト本社で行われたデリバティブ取引により平成10年3月期に約533億円の特別損失が発生したことに関する株主代表訴訟である。特に問題となるのは、実際にデリバティブ取引を行った取締役以外の役員の監視義務違反の責任である。

判決は、この判断の前提として、ヤクルトのデリバティブ取引についてのリスク管理体制について検討している。ただし、本事案で判断されている「リスク管理体制」は、ヤクルトにおけるデリバティブ取引についてのものであり、リスク管理全般に及ぶものではないことに注意を要する。

判決が認定したヤクルトのデリバティブ取引についてのリスク管理体制は、次のとおりである。 デリバティブ取引の実現損益について経営政策審議会および取締役会に報告されていた。 監査法人の助言に従いデリバティブ取引の制約事項を設けた。

個別取引報告書の制度を設け資金運用部門以外の監査部門によるチェックが行われ

た。監査法人はデリバティブ取引を詳細にチェックしていた。計算上の含み損が監査役、社長らに報告されていた。常務会においてデリバティブ取引の整理・縮小方針が定められ、資金運用に関する決裁規程を見直した。

これを前提として、取引の実行者以外にも社長などがデリバティブ取引のリスク管理に関与していた。監査室と資金運用チームによる相互牽制体制がとられ、取引実行部門と監査部門の分離・独立が図られていた。想定元本額による規制および計算上の含み損の把握が行われているとして、ヤクルト本社には一定の時点において、デリバティブ取引の規模および危険性に対応するだけの相応のリスク管理体制が構築されていた、と認定された。

本判決は、資金運用業務の担当取締役1名には一部善管注意義務違反の責任を認めただが、他の取締役の監視義務について、本件デリバティブ取引に関する具体的なリスク管理体制を怠っていたと認められる場合において、個々の取締役が違法な職務執行を行い会社が損害を被ったときは、他の取締役についても、監督・監視義務を内容とする善管注意義務違反を問われる余地がある。リスク管理体制が構築され、これに基づき個々の取締役の職務執行に対する監視が行われている限り、個々の取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しなければ、他の取締役が、代表取締役や担当取締役の職務執行が適法であると信頼することには正当性が認められる、として責任を問わなかった。

#### 判例の傾向

上記3判例は、役員の責任を認める場合も、具体的な損失発生の防止を怠ったことにその根拠を求めており、商法あるいは会社法が取締役会に求めている、内部統制システムの構築を怠ったことを根拠とするものではない。むしろ、そのような内部統制システムは一応構築されていたことを認定している。内部統制システムの整備の内容は、取締役の広範な裁量に委ねられる（大和銀行事件判決）。つまり、取締役としては、その判断で、相当と思われる内部統制システムを構築すれば、義務を果たしたことが推定され、これを義務違反と主張するものが立証責任を負うことになる。内部統制システムの整備も経営判断の問題と捉えれば、当然の帰結ともいえる。

#### 4. 役員のとるべき対応

上記判例で概観してきたように、役員ของบริษัทに対する損害賠償義務の問題としては、代表取締役や業務担当取締役はリスク管理等のために内部統制システムを構築し、これに基づいて個々の取締役の職務執行を監視する義務を負うが、このような体制が構築されて監視が行われている場合には、個々の取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しない限り、監視義務違反の問題は生じない<sup>(31)</sup>との考え方が定着している。内部統制システムの構築責任が、法律上規定されたからといって、役員の実任が加重されたというわけではない<sup>(32)</sup>。業務の効率性を考慮しながらリスク管理体制の整備を図ることは、経営者として当然であることに法改正前後で変わりはない。

ただし、内部統制システム概念が整理され、具体化されれば、当然これに沿った職務としての内部統制システムの構築義務が生ずる。役員は今後の内部統制システムの議論の進化には注意しなければならない。その点、「財務報告の適正」については、前述のとおり評価・監査の基準が示されたので、これに明らかに反すれば善管注意義務違反を問われることとなる<sup>(33)</sup>。

問題は、日本の民事訴訟の構造上、役員の実任が会社に対する損害賠償責任という形でしか判断されないことである。内部統制システムの整備を怠っても、問題となった事故による損害との相当因果関係がなければ、役員の実任損害賠償責任は生じない。一方、因果関係が認められれば、多額の賠償責任を負担させられる<sup>(34)</sup>。

経営者の責任は、必ずしも損害賠償責任に結びつく法的責任だけとは限らない。「経営判断の原則」もそのような考慮から生み出されたものである。判例が、内部統制システムの大綱の決定を取締役会の責任としながらも、経営判断の問題として取締役の広範な裁量に委ねたことはやむを得ない面もある。

このような漠然とした職務を法律で規定することに意味があったのかという疑問も湧くが、取締役としては、企業運営に当たって、常に心得ておかなければならないテーマであることは明らかである。前記判例に従う限り、内部統制システムの構築義務に反したとして損害賠償義務を負担させられる可能性は低いが、役員の実任としての

内部統制システムの構築責任があることは明らかとなった。監査委員会あるいは監査役という組織内のモニタリングに加え、外部からのモニタリングなどによって、内部統制システムが健全に機能することを確保しなければならないのである。

判例が、「リスク管理体制」を重視していることから、役員にとっては当該企業にとっての主要なリスクが何であるかを検討することは必須である。これを怠ると、役員個人の損害賠償責任に繋がる。もっとも、内部統制システムは役員個人の責任を問題とするものではなく組織全般の意識・環境の問題である。この点についての内部統制の責任者の意識を高めることが重要である。

---

#### 【注】

- (1) 西武鉄道株式の名義偽装に関連し、コクドの前会長が証券取引法違反（有価証券虚偽記載、インサイダー取引）で起訴され、2005年10月27日、東京地方裁判所において、有罪判決を受けた。法人としての西武鉄道（有価証券虚偽記載）、コクド（インサイダー取引）も有罪判決を受けた。
- (2) カネボウの平成13年度から15年度にかけての粉飾決算に関し、元会長兼社長および元副社長が証券取引法違反（虚偽有価証券報告書の提出）で逮捕・起訴されるとともに会計監査人であった中央青山監査法人の公認会計士もこれに関与した疑いで逮捕・起訴された。
- (3) 2005年8月実施、民事系論述式試験の第一問。委員会等設置会社において、内部統制システムの整備に不備があった場合の取締役の第三者に対する責任（商法特例法21条の22）に関するもの。
- (4) 大阪地判平成12・9・12判例時報1721号3頁
- (5) 岩原教授は、本判決をリスク管理体制および法令遵守体制を併せて「内部統制システム」と呼んでいる、と評している。岩原紳作「大和銀行事件代表訴訟事件第一審判決と代表訴訟改正問題（上）」商事法務1576号11頁
- (6) 同事件の担保提供事件から、「内部統制システム」構築の義務は問題となっている。大阪地決平成9・4・18判例時報1604号139頁は、原告が主張自体失当であることを認識しつつも本件訴訟を提起したもとして、悪意を認定して、担保提供を認めたが、大阪高決平成9・11・18判例時報1628号133頁は、これを取り消し、原告の主張は不十分ではあるがなお悪意とはいえないとして、担保提供の申し立てを却下した。
- (7) 土田義憲「会社法の内部統制システム」中央経済社（2005年）2頁
- (8) 江頭教授は、これをもって、「取締役会に対し内部統制システムの構築を義務づけたもの」



とする。江頭憲治郎「株式会社・有限会社法（第4版）」有斐閣（2005年）470頁

- (9) 弥永教授は、5号はリスク管理体制で、6号が内部統制システムの整備であるとし、取締役会は、リスクの種類や重大さあるいは損害をもたらす蓋然性の大きさに応じた実効的な内部統制システムおよび内部監査体制を構築するための規程を定め、内部監査部門の被監査部門からの独立性、内部監査部門の情報収集のための権限と能力の確保、適切な人材の配置による実効性の確保、内部牽制および内部監査の有効性の検証、必要に応じた外部の専門家の利用、取締役会または監査委員会に対する報告系統の確立などについて、十分な方策を講ずる義務があるとする。弥永真生「コンメンタール商法施行規則」商事法務（2003年）556頁
- (10) 現行商法施行規則193条は、法令・定款への適合と「効率性」を目的としているのに対し、会社法は、法令・定款への適合と業務の「適正」を目的としている。「効率性」と「適正」では意義が異なる。商事法務1739号17頁相澤発言参照。
- (11) 株式会社のうち、大会社については、その活動が社会に与える影響が大きいことから、適正なガバナンスが重要であることが立法理由とされる。相澤哲編著「一問一答新会社法」商事法務（2005年）128頁。
- (12) 法務省令案について商事法務1750号10頁。
- (13) 省令案段階の全般的な解説として、税務経理協会編「新会社法施行規則案のすべて」24頁以下
- (14) 会社法施行規則140条は、清算株式会社について規定している。
- (15) 中央経済社編「新会社法詳解」（2005年）70頁。
- (16) 第15条（内部統制システムの整備状況の監査）1．監査役は、取締役が次の諸事項を含む内部統制システムを会社の規模および事業内容等に照らして適切に構築しているかを監視し検証しなければならない。（1）取締役および使用人の職務執行が法令または定款等に違反しないための法令遵守体制（2）会社の重大な損失の発生を未然に防止するためのリスク管理体制（3）財務情報その他企業情報を適正かつ適時に開示するための体制 2．監査役は内部統制システムの構築状況および運用状況についての報告を取締役から定期的に求めなければならない。 3．監査役は前項に定める報告のほか、内部監査部門等との関係および会計監査人からの報告等を通じて、内部統制システムの状況を監視し検証する。 4．監査役は内部統制システムに関する監査の結果について、適宜取締役会に報告し、必要があると認めるときは、取締役に対し内部統制システムの改善を助言または勧告しなければならない。
- (17) 別冊商事法務277号監査役監査基準の全面改訂16頁
- (18) 監査役監査基準の他の条項で内部統制システムに関連するものとして、22条（監査計画および業務の分担）、27条（監査役監査の環境整備）、29条（内部監査部門等との関係）34条（子会社の調査等）、35条（会計監査人との関係）がある。前掲別冊商事法務277号110頁
- (19) 商事法務1670号49頁
- (20) 商事法務1743号68頁
- (21) 「internal Control-Integrated Framework」COSO（Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission）は、米国80年代における不正な財務報告問題対策の



ための「不正な財務報告全米委員会（トレッドウェイ委員会）」を後援するための自主的な民間組織である。トレッドウェイ委員会の最終報告書において、内部統制の重要性が提起されたことを受けて、内部統制のフレームワークを検討し、1992年にCOSOレポートを提唱した。「内部統制の統合的枠組み - 理論編、ツール編」白桃社として翻訳が出版されている。COSOに関する書籍は、その他多数出版されている。

- (22) IBM ビジネスコンサルティングサービス著「企業改革法が変える内部統制プロセス」日経BP社（2005年）27頁
- (23) 前掲「会社法の内部統制システム」268頁など
- (24) Sarbanes-Oxley Act of 2002
- (25) 松尾直彦「米国企業会計法への対応と現状」商事法務1667号4頁はSOX法の内容と日本企業との関わりについて記述されている。
- (26) 2005年7月13日公表。企業会計審議会内部統制部会（八田進二部会長）が中心となって作成した。新会社法A2Z第5号（第一法規）22頁で八田教授ご自身が解説しておられる。
- (27) 2005年12月8日。この基準案は、有価証券報告書の記載内容の適正性に関する確認書の制度の一層の活用を促すことに資するとともに、財務報告に係る内部統制の有効性に関する経営者による評価および公認会計士等による監査の義務化のあり方についての検討に際して、議論のベースを提供する役割が期待されている。
- (28) 大和銀行株主代表訴訟は判決で、「内部統制システム」を論じた最初のものといえるが、「内部統制システム」という用語は使用していなくても、実質的に同様の議論をしている判例は大和銀行事件以前にも見られる。例えば、東京電力株主代表訴訟第一審判決平成11・3・4判例タイムズ1017号215頁では、東京電力が支店、営業所で架空、水増しの発注により裏金を作ったことが税務当局に発覚したことについて、原告は「取締役が従業員による不正行為および不正行為による危険を管理するシステム構築を怠った」ことを請求原因として主張した。判決は、東京電力においては、組織的的確かつ効率的な運営を図り、かつ業務を遂行する上において創意と個性を発揮することに資するよう職務権限規程が存在するとし、物品の購買等に係る権限の委譲、責任の配分、従業員に対する指導監督体制、物品ごとに定められた手続きは、合理的で適正さが担保されているとして取締役には責任はないとした。
- (29) 大阪地判平成17・2・9判例時報1889号130頁
- (30) 大阪地判平成16・12・22判例時報1892号108頁
- (31) 岩原紳作「大和銀行事件代表訴訟事件第一審判決と代表訴訟改正問題（上）」商事法務1576号14頁
- (32) 森田教授は、内部統制の設置義務の履行状況は、営業報告書においてこれに関する取締役会決議の概要が記載されるだけであり（商法施行規則104条）、商法の内部統制システムに関する基準が、取締役の善管注意義務の内容をなすものが明らかでない、とする。月刊監査役504号別冊付録・森田章「内部統制システムの設置・維持の法的意義」16頁
- (33) 会社法432条1項は、「株式会社は、法務省令で定めるところにより、適時に、正確な会計帳簿を作成しなければならない」と規定した。

- (34) 大和銀行事件をきっかけに賠償額の制限が法定されたが(現行商法266条7項) 数千万円の賠償額は日本の役員にとって、なお負担が小さいとはいえない。

# 行為の属性としての常習性概念の問題性

中島 広樹

1. はじめに
2. 考察の対象  
：最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁
3. 判例  
【事案の概要】  
【判決要旨】
4. 検討

## 1. はじめに

行為責任の見地から常習犯の刑の加重をどのように説明するかは一個の問題である<sup>(1)</sup>、とされ、人格責任論の立場から主張される常習性は行為者の属性であるとする見解は、行為主義の原則からみて疑問とされる。

そこで、学説上、行為責任の立場から、常習性を行為の属性と解したうえで、刑の加重根拠を説明しようとする試みが現れる。

主要な考え方は、2種類あるといえる。すなわち、常習性は「行為の属性」であり、同じ態様の行為が反復して行われたとき、一括して一個の常習行為となる（集合犯）と考えたうえ、構成要件上予定される数個の行為のおのおのの個別行為責任が累積して刑罰が加重されるとするもの<sup>(2)</sup>（以下 説と呼ぶ）と、常習性を行為の属性と解しつつ、犯行をたえずくりかえす意思の発現として具体化された行為は、法秩序に対して重大な脅威を与えるばかりでなしに、法益侵害性（危険性）の面でも、非常習行為とは違った客観的な意味を有し、その限りで強い違法性を示す<sup>(3)</sup>とするもの（以下 説と呼ぶ）である。

すなわち、前者は常習犯の集合犯としての性格を重視したうえで、犯罪行為の累積性に基づく法益侵害の増大とそれに伴う行為責任の増加に重罰根拠を求める見解であり、後者は、行為の反復によって培われた強い犯罪意思の反映する常習行為は、意思が違えば行為・結果も違ってくるはずであるというのが論理の帰結である以上、強い法益侵害性を有するとして、常習犯の加重根拠を法益侵害の危険性の強さに見出す議論であり、必ずしも集合犯概念を経由しないものといえよう。

両者は、いずれも行為責任論に基づく責任主義と違法論における結果無価値論をベ - スとする見解であって、傾聴すべきであるが、実務上どのような差異を生じるのであろうか。

従来、あまり意識されてこなかった問題ではなからうか。行為責任に立脚した常習性であれば足りるのか、常習性は、行為の属性であると解しているだけで充分なのか。

近時、この問題を考えさせられる好個の判例が現れたので、検討してみたい。

## 2. 考察の対象

：最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁

この判例は、前訴・後訴の訴因が単純窃盗であるが、両者が盗犯等の防止および処分に関する法律2条の常習特殊窃盗罪が疑わしい場合、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ぶかが問題となったものである<sup>(4)</sup>。そして、一事不再理効は、原則として、確定判決が下された訴因と「公訴事実の同一性を害しない範囲」で発生するとほぼ異論なく理解されており<sup>(5)</sup>、実体法上一罪と評価される複数の犯罪事実に公訴事実の同一性が肯定されることを前提とすれば、常習特殊窃盗罪のような場合、その一部につき有罪判決が確定すれば、常習犯は集合犯であるから、同じく常習性を有する他の窃盗行為にも一事不再理効が及ぶはずである<sup>(6)</sup>。

このことは、前訴・後訴のいずれかの訴因が常習犯で、他が非常習犯であった場合と異なり、両者が非常習犯であった場合には、裁判所は常習性を基礎づける事実を認知する契機を持たない可能性があるが、このような場合にも常習一罪ゆえに公訴事実の同一性が認められ、その範囲内で一事不再理効が及ぶとしてよいのか。本判決は、この点が争われたものであり、基本的には訴訟法上の問題であるが、常習犯の一罪性との関連で微妙に実体法に絡んでくるのみならず、前述した行為の属性としての常習性概念の問題性にも関わるものと思われる。そこで、最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁の事案の概要と判旨を摘記したうえ、問題を検討したい。

## 3. 判例

### 【事案の概要】

原審の認定したところによれば、被告人Xは、Yと共謀のうえ、平成11年1月から4月までの間に実行したとされる窃盗1件および住居侵入・窃盗3件の事実につき、平成12年4月14日に立川簡易裁判所において有罪判決を受け、懲役1年2カ月の刑を言い渡された（同年9月20日確定）。

その後、Xは、平成9年9月から同11年4月までの間に実行したとされる窃盗又は

建造物侵入・窃盗23件の事実につき平成12年11月24日に起訴され(訴因変更を経て)平成10年10月から平成11年8月までの間に実行したとされる窃盗又は建造物侵入・窃盗22件の事実につき平成13年6月28日に東京地方裁判所八王子支部において有罪判決を受け、懲役2年の刑を言い渡された。

これに対して、X側が、前訴における各犯行と本件各犯行とは共に盗犯等の防止及処分に關する法律(以下「盗犯防止法」という)2条の常習特殊窃盗罪に該当し、一罪を構成するものであるから、高松高判昭59・1・24判時1136・158の先例に従い、刑事訴訟法337条1号により、免訴を言い渡すべきであるにもかかわらず、一審判決は有罪を宣告したものであり、同判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令適用の誤りがあるなどとして控訴した。

これを受けた東京高等裁判所は、検察官の訴追裁量権や訴因の拘束力、一事不再理効の客観的範囲を画する公訴事実の同一性の判断が、前訴の訴因および後訴の訴因を基礎としてなされるべきである等として控訴を棄却した。

そこで、X側がさらに上告したところ、最高裁判所は以下のように判示し、刑訴法410条2項により、上記の高松高裁の判例を変更したうえ、本件上告を棄却したのであった。

#### 【判決要旨】

原審の判断が前記高松高判昭59・1・24と「相反するものである」ことを認めつつ、「しかしながら、本件引用判例の解釈は、採用することができない」として、その理由を以下のように述べた。

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪ととらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。

したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、検察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは当然である。

そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に1つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかどうか、問題となるのである。

この問題は、確定判決を経由した事件（以下『前訴』という）の訴因および確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下『後訴』という）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するにあたり、両訴因間に記載された事実のみを起訴として両者は併合罪関係にあり、一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴および後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。

本件においては、前訴および後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するにあたり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当ではないといふべきである。

そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。」

#### 4. 検討

要するに、判例 においては、前訴・後訴のいずれかの訴因が常習犯で、他が非常習犯であった場合と異なり、両者が非常習犯であった場合には、裁判所は常習性を基礎づける事実を認知する契機を持たない可能性があるが、このような場合にも常習一罪ゆえに公訴事実の同一性が認められ、その範囲内で一事不再理効が及ぶとしてよいのか、という訴訟法上の問題について本判決は、訴因制度の下では、基本的に訴因同士で比較すべきものであり、両者ともに単純窃盗罪である場合には、常習性の発露という面が訴訟手続に現れていない以上、裁判所は常習一罪という観点を持ち込むべきではなく、後訴の訴因へ一事不再理効を及ぼすことを結果として認めなかったものと評されている<sup>(7)</sup>。

この判決内容については、訴訟法的観点から様々な議論の余地があるが、ここでは、常習特殊窃盗を構成する窃盗行為を単純窃盗として起訴することのできる前提として、常習特殊窃盗罪の構造につき、「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪ととらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない」と判示している点に着目したい。

常習一罪の一部起訴は、実務上もしばしば見受けられ、起訴裁量権の濫用にあたりない限り許されてよいといわれるが<sup>(8)</sup>、その前提として、本判決では、常習犯は、常習性の発露という面を除けば、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本質的な結び付きはない、と断じている。

これは、常習性が行為者の属性であり、その常習性に結び付けられる各行為が集合犯を構成し、集合犯内部で予定される各行為には固有の不法内容は存在しない、と解しているものといってよいであろう。

したがって、判例においては、常習性という行為者の属性によって各行為が結び付けられ、集合犯を構成する限りにおいて、実体法上一罪とされ、そこに公訴事実の同一性および一事不再理効が肯定される。



他方、前述した行為の属性として常習性を把握する2つの見解のうち、集合犯性を不可欠の前提とすると解される議論、すなわち 説のほうは、常習犯のもつ集合犯性が、行為者の属性としての常習性概念から導き出されるという判例の論理を無視しているといつてよいであろう。

行為責任論から導出されている集合犯概念は、常習犯を客観的に行為が複数存在する犯罪であると把握している、と解されるが、歴史的に形成されてきた集合犯概念は単なる「数個の行為の集積」のみをその本質とするのではなく、行為が複数集積する原因としての常習性、営業性ないし職業性を視野に入れていたであろう<sup>(9)</sup>。

議論の出発点において、常習性を行為の属性として捉えるからこそ、当然の論理的帰結として、そこで理解される集合犯性は行為者性の特性を捨象された単なる「数個の行為の集積性」という客観的性格のものになってしまっているというほかはない。そして、このような 説で前提とされているであろう論理の展開は、「行為の複数性」が、歴史的に培われてきた集合犯概念の本質的特徴であることを否定できない以上、可能であるといつてよいであろう。

そうすると、本判例の「前訴・後訴の訴因が単純窃盗であるが、両者が盗犯等の防止および処分に関する法律2条の常習特殊窃盗罪が疑わしい場合、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ぶかという問題」は、 説が客観性を偏重した集合犯概念ではあっても、集合犯は一罪であるがゆえに<sup>(10)</sup>、 説においても存続するのである。

ただ、 説は、本判例の指摘する「各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない」という指摘を甘受するほかはない。 説によれば、「複数の行為の集積」は固有の不法内容を持たないまま、漫然と存在していることになり、どこまでが一事不再理効の範囲が不明確なままである。

これに対して、常習性を行為の属性と解しつつ、犯行をたえずくりかえす意思の発現として具体化された行為は、法秩序に対して重大な脅威を与えるばかりでなしに、法益侵害性（危険性）の面でも、非常習行為とは違った客観的な意味を有し、その限りで強い違法性を示す<sup>(3)</sup>とする 説は、必ずしも、常習性に付随する集合犯という実体法上の特質に依拠しておらず、むしろ常習犯のもつ刑事学的特徴から割り出された

議論と考えるとよいのではないか<sup>(1)</sup>。

そうすると、説のように常習犯人の心的特性にその重罰化根拠を遡らせる見解によれば、説のように集合犯における「複数の行為の集積」に刑罰加重根拠を依存させる必要性がないために、常習犯は、接続犯のような集合犯以外の包括一罪を構成する場合のほかは、単純一罪として原則的に当該行為にしか一事不再理効が及ばないと解することになるのではなからうか。

しかし、この考え方は、常習窃盗を単純窃盗と同様に扱うがゆえに、一事不再理効を制限することになり、常習犯を構成する各行為を随時起訴することを可能にし、被告人の法的安定性を損ねる結果となりかねない、という批判と同趣旨の反論に直面するであろう。

このように、常習犯については、行為責任の観点からその刑罰加重根拠が一応説明されればよいわけではなく、集合犯概念に依拠する場合には、各行為間に存在する不法内容が確定されるべきである。また、集合犯的特質に依存しない場合には、被告人がいわば細切れに起訴されるという、集合犯概念を前提にした従来の常習犯に存在しなかった危険を排除する方策が検討される必要がある。

私見によれば、常習犯が集合犯としての性格を有していることは無視すべからざる特質であると解されることから、基本的には説によりながら、行為の複数性・構成要件の明確性・行為責任の分量に応じた不法内容の確定の各要求を充たす方向をめざさなくてはならない。また、こうして確立された常習犯概念が、一事不再理効を従来よりも制約する危険性がある場合にはその回避策の検討が必要になることも忘れるべきではない。

---

#### 【注】

- (1) 曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年)158頁。
- (2) 曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年)158頁、内藤謙・刑法講義総論(下)(平成3年)741頁、中義勝・講述犯罪総論(昭和55年)166頁、平野龍一・刑法概説(昭和52年)252頁等。この立場は、主観的違法要素を原則的に否定するので(曾根・前掲書94頁)、常習性は、主観的要素を超えて法益侵害・危険に新しい何物かを付け加えない限り、主観的違法要素として認められないはずであり、集合犯的な法益侵害の増大で刑

- の加重を説明する以上、常習性は主観的違法要素ではない。むしろ、集合犯という複数の行為の結びつきを前提に考えていることから、結合犯に近似した構造が想定されているように思われるが、身分犯のレベルになると責任身分とされてしまい(曾根・前掲書300頁)、常習性のもつ二個の属性たる集合犯性と身分犯性との間に矛盾があるように思われる。すなわち、加重根拠を集合犯の性格と関連づけて説明するのであれば、常習犯加重を違法性の増大として解していることになるから、常習性を責任加重身分と捉えることには無理があるのではなかろうか。また、一個の行為でも常習犯となりうるとする判例の立場(大阪地判昭和50年3月19日判時787号129頁等)とは整合的ではない。
- (3) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年)524頁、島伸一「常習賭博罪の処罰根拠」内田文昭(編著)『争点ノ・ト刑法各論』(改訂版)(平成9年)203頁、吉田敏雄「社会の平穩に対する罪」内田文昭(編著)『刑法 各論 法学セミナ - 別冊77号』(昭和61年)140頁等。この立場も、主観的違法要素を原則的に否定する(内田・前掲書178頁)ことから、常習性は主観的違法要素ではありえず、むしろ議論の出発点においては、違法身分という形で、行為自体ではなく行為の主体の問題とされ、ひいては、常習「行為」のもつ法益侵害性の強さ(法益侵害の強靱性とその危険性)が処罰根拠・加重根拠をなす(内田文昭・改訂刑法(総論・補正版)(平成9年)94~100頁、227頁注(14))とされる。すなわち、常習性は違法身分であり、それゆえ行為の属性であるが、集合犯性は、「反復して行われた行為も包括一罪とされる」として罪数問題の事柄とされ(内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年)524頁)、特に常習犯の構造と関わらせて論じられているとは思われない。ただし、一個の行為でも常習犯となりうるという判例の立場とは整合的である。
- (4) 岡田悦典「窃盗罪・常習窃盗罪に関する一事不再理効の範囲」法学セミナ - 590号(平成16年)123頁等。
- (5) 宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリスト1269号(平成16年)202頁。
- (6) 佐藤隆之「判批」法学教室282号(平成16年)123頁等。
- (7) 大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力」研修685号(平成17年)1頁以下、小島淳「判批」現代刑事法6巻6号(平成16年)88頁以下、長沼範良「一事不再理効の範囲」井上正仁(編)『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』(平成17年)204頁以下等。
- (8) 佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同志社法学56巻6号(平成17年)537頁、新屋達之「犯罪事実の一部起訴」松尾浩也=井上正仁(編)『刑事訴訟法の争点(第3版)』(平成14年)108頁等。
- (9) 中島広樹「集合犯概念」平成法政研究7巻2号(平成15年)141頁以下。
- (10) 集合犯を一罪とする場合、これを単純一罪とするもの、包括的一罪とするもの、科刑上一罪とするものに分かれる(中島・前掲論文154頁以下参照)。
- (11) 内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(平成13年)20~82頁。また、説を主張する内田博士が、集合犯について積極的に定義していないことも示唆的である。



# 民法と要件事実論の同時進行教育について

民法実務演習の報告を兼ねて

田中 宏

1. はじめに 本稿の目的
2. 要件事実論とは何か
3. 要件事実論はいかなる場面において使われるのか
  - (1) はじめに
  - (2) 民事裁判ないし裁判規範としての民法の構造
  - (3) 要件事実の機能(その1) 有理性のフィルタリング
  - (4) 要件事実の機能(その2) 争点整理の徹底
  - (5) 要件事実の機能(その3) ノン・リケットの「つけ回し」
4. 要件事実論のもつ特性と法学教育
  - (1) 要件事実論に接した学生の興味と当惑
  - (2) 要件事実論に潜む危険性
5. 要件事実教育の実践例 民法実務演習
  - (1) 民法実務演習のコンセプト
  - (2) 要件事実論の位置づけ
  - (3) 他の科目との関係
  - (4) 内容
  - (5) 授業方法
  - (6) 成果と今後の課題
6. 実体法と要件事実論との同時並行学習の意義 まとめに代えて
  - (1) 作図と建築作業
  - (2) 建築作業から作図者へのアプローチ
  - (3) おわりに

## 1. はじめに 本稿の目的

本稿執筆時点で、本学は2年目の期末試験を終えたところである。本学はいわゆる法学未修者を対象とする3年制(昼夜)および4年制(夜)のみを設定しているから、1期生の3年制在学者は、折り返し点から少し走ったところ 箱根駅伝でいえば、復路のスタートを切って山を駆け下っているところにいるということになる。

また、本学の場合、他学部出身者を幅広く受け入れることを特色としており、このアドミッションポリシーに共感して本学への進学を決めた学生も多い。したがって、入学前の自習はともかく、入学して初めて法律科目に接したという学生の比率が比較的高いといえるだろう。このような純粋未修者達に、1年半程度で法律基本科目の少なくとも土台部分を修得させ、さらに残りの1年半で実務科目や展開・先端科目を通じて法律の基礎を修得させること自体、決して容易なことではない。たとえば民法などでは、これまで学部の講義等では1年間を費やしてきた分野を半年で終了させるという分野まである。

加えて、法科大学院制度発足に伴い、新司法試験合格を経た修習生に対する司法修習期間は約1年間に短縮され、前期修習はなされない<sup>(1)</sup>。そのため、法科大学院においては、いわゆる法理論科目に加えて実務基礎科目という領域の科目が設定された。建前としては、司法研修所の前期科目がアウトソーシングされている。つまり、法科大学院においては、これまで法学部の4年間でなされてきた教育に加えて、司法研修所の前期3ヵ月でなされる教育も施すことが求められているのである<sup>(2)</sup>。

ところで、実務基本科目の民事法分野において、特に注目されている(というか、にわかに喧しくなった)領域の1つに、いわゆる要件事実論、あるいは要件事実教育と呼ばれるものがある。これまでは司法修習生と一部の実務家ぐらいしか強い興味を示すことなく、書店の法律書のコーナー等に並んでいるのは、せいぜい司法研修所から刊行されているものや、司法研修所教官経験者や要件事実論に関心をもつ民法学者<sup>(3)</sup>など一部の専門家による著作のみであった。

ところが、法科大学院制度発足後、おびただしい数の「要件事実もの」の書籍が刊

行され出し、ついには、要件事実を正面から意識して書かれた民法の教科書<sup>(4)</sup>が書店に並ぶまでに至った。また、要件事実論は2005年度の私法学会シンポジウムの1テーマとして採り上げられ、研究者 それも民事訴訟法ではなく民法の世界でも、要件事実論は好むと好まざるとにかかわらず、意識しなければならない対象となったようである。

しかし、研究者と実務家という、民事法の分野について相応の知識を備えている者が要件事実論について対話を行うことであればともかく、これを学生、しかも司法試験合格前の法学未修者に教えるとなると、きわめて困難な事態になる。また、そもそも否応なしに「要件事実教育なるもの」につきあわされることになりつつある教員（特にこれまで主として実体法の議論を積み重ねてきた研究者教員）にとっては、要件事実論というのは、必ずしもありがたい訪問者ではないようである。

「要件事実論などは民法などの基礎概念や解釈論の基本が理解できてからやるべきであり、法律基本科目の中に押し込むことは無理である」と割り切ってしまうのも1つの考えではある。しかし、そもそも「理解すべきである」という民法の基礎概念修得に相当の時間がかかり、それをじっと待っていては3年間で過ぎてしまう。また、カリキュラム上、2年次後半以降におかれるシミュレーション科目や臨床科目をこなすには、法律基本科目の一通りの修得に加えて、これを道具としてある程度使いこなせる能力が必要であり、そのためには、これらの中・上級の実技系実務科目に先行しての座学として要件事実論を一通りこなしておく必要がある。

そこで、本稿では、2005年度前期に本学で開講した民法実務演習（2単位）などを素材としながら、法学未修者に対して、どの段階でどのような点に留意して要件事実論を教えるべきであるのかを考えてみることにしたい。

## 2. 要件事実論とは何か

### (1) 共通認識

「要件事実論」という言葉は、法科大学院教育において市民権を得たといえる。ところが、要件事実「論」と言われているものの正体が今ひとつはっきりしない。「幽霊の正体見たり」ではないが、正体が今ひとつはっきりしないがために、要件事実論は過度に警戒されすぎているのではないかという印象を受けることすらある<sup>(5)</sup>。

各論文や著書の論者は、それぞれ要件事実論について定義づけをしているが、「立証責任の分配にあわせて、民法の条文の書き直しをしようという考え方<sup>(6)</sup>」「要件事実というものが法律的にどのような性質のものであるかを明確に理解して、これを意識したうえ、その上に立って民法の内容・構造や民事訴訟の審理・判断の構造を考える理論である<sup>(7)</sup>」に代表されるように、民事裁判におけるルールとしての実体法という観点から、民法の内容・構造を考えるということは共通認識として良いようである。

### (2) 裁判官の視点からの思考ツールであるということ

つまり、要件事実論というのは、第一義的には「裁判規範」すなわち、民事訴訟の審理判断を担当する裁判官が使うための道具という方向から実体法に光を当てるものである。

その結果として　つまり「裁判官はこういう判断過程をとる」ということが外部から明らかになることから　訴訟当事者は、裁判官の判断過程にそった主張・立証活動を行うという波及効果が生じる。その結果として、要件事実論が民事事件における法曹の共通言語であるということが言われているにすぎない。要件事実論に対する批判、特に弁護士からの批判として、あまりにも技術的であるとか、事実摘示が不自然であるというものがある。しかし、これはある意味宿命的なものであり、少なくとも要件事実論自体がそのような属性を持っていると言うこと自体を非難するのは当を得ていない。反面、要件事実論自体の守備範囲を正しく理解しないまま、法解釈・適用のすべての場面で、要件事実論として語られる各種のルールをそのまま妥当させようとするのは、ともすれば紛争解決の本質を外れた理論の一人歩きを招来すること



にさえなりうる。したがって、要件事実論については、その「守備範囲<sup>(8)</sup>」を正しく理解することが、「道具としての使用上の注意」ということになるが、その基本的な視点が「第一義的には裁判官のための事件処理のツールである」ということである。

### 3. 要件事実論はいかなる場面において使われるのか

#### (1) はじめに

要件事実論が、第一義的に裁判官のための事件処理のツールであるとして、「裁判官のため」というのがどのような形で発現するのかを次に考えてみることにする。

#### (2) 民事裁判ないし裁判規範としての民法の構造<sup>(9)</sup>

##### 請求

民事訴訟の対象は、複数当事者間の私法上の権利または法律関係の存否に関する紛争である。したがって、訴訟による解決を求める者は、裁判所による紛争裁定を求めて申立をするが、その際には、原則として裁判所にすべてを委ねる（「原告と被告との間の紛争を解決せよ」等）のではなく、たとえば「ある権利が自らに帰属すること」や、「ある法律関係が存在すること」などの具体的解決案を提起しつつ、裁判所に対して審理判断を求めるという仕組みになっている。

つまり、訴訟による紛争解決には、紛争当事者の一方による紛争解決案の提示が不可欠となる。これが「請求」である。この請求を実体法上の権利または法律関係とイコールとみる（旧訴訟物理論）か、給付訴訟においては実体法上の権利から離れた「受給権」とみる（新訴訟物理論）かという対立がある。

##### 事実主張と証拠調べ

請求（訴訟物）をどう把握するかについて学説の対立があり得るとはいえ、新訴訟物理論とて、その給付を求める地位なるものが実体法（の法律効果）で支えられていることまでを否定するものではない。したがって、当事者の請求が認められ、申立

当事者の求めるとおりの紛争解決基準が示されるためには、当該効果を導く法規定をピックアップし、その法規定が適用されるために必要な事実の存否が判断されることになる。この事実がまさに「要件事実」ということになる。そして事実の存否についても、当事者が「主張」という形でストーリーを呈示し、当事者間においてそのストーリーに争いがなければ争いのないままに取り扱われる。また、争いがあれば証拠を通じて裁判所がその存否を判断するという段階に進んでいく。

このように、民事訴訟は請求（第1ステージ）・主張（第2ステージ）・立証（第3ステージ）という3段階の構造をとっており、裁判官はこのような思考過程で当事者の申立に対してどのように応答するかを判断するというのが、1つの形になっている。いわゆる「旧様式」の民事判決は、この思考過程を忠実に表したものである。

### （3）要件事実の機能（その1） 有理性のフィルタリング

#### 主張整理・争点整理の必要性

しかし、現実の紛争においては、整然と整理された主張と証拠が両当事者から提出されることはむしろまれであり、未整理のまま（時には感情的対立が先行して）、双方の主張と反論が上程されることがほとんどである。

このような状態で、かつての民事裁判にあっては「とりあえず双方の言い分が対立しているのだから聴いてみよう」ということで、漫然と証拠調べに移行し、五月雨型に尋問期日が設定されることから、人証調べに数年を要し、その間に裁判官がたびたび交代し、人証調べが尽きた時点では、単に分厚い調書が残っただけで、何のための証拠調べであったか判断に苦しんだあげく、疲弊した双方当事者が和解を選択したということがしばしばあった（と聞いている）<sup>(10)</sup>。

しかし、民事裁判は、私法上の請求権や法律関係の存否を判断するものであり、その攻防にあたって用いられるのは実体法の導く法律効果に他ならないのである。したがって、攻撃方法・防御方法を問わず、およそ主張ないし争点として民事訴訟の土俵に乗りうるためには、最低限「それ自身が認められれば実体法上の請求権ないし法律効果を基礎づけうる一貫性（有理性（Schlüssigkeit））を備えた事実群<sup>(11)</sup>」として弁論に上程されていなければならない。仮に、ある事実の存否について原被告間に激し

い対立があり、両当事者が、その存否についての判断を求めているとしても、上記のような最低限の要素すら備えていないような事実群から構成された争点については、裁判所が当事者の要求を容れて証拠調べを行う意味が 少なくとも法的解決という意味においては ない。この事実对白黒をつけたとしても、そこから生まれる法律効果がない以上、原告の提起した請求の帰趨を決する役割を果たし得ないからである。これは、請求原因をはじめとする原告側の主張についてのみならずいえることであり、被告側の法律上の主張についても、それが法的に意味合いのあるものでなければ、それは民事裁判の役割ではない。このような場合にまで証拠調べを行うこととなれば、民事裁判は法的紛争解決の制度ではなく、たんなる「ガス抜き」の場に成り下がるであろう。

そこで、「当事者の主張を整理し、意味のある争点とそうでない部分を仕分けして、意味のある争点について効率的（ここには、ある争点については、そもそも証拠調べをせずに通過ないし無視をするという意味においての究極的な効率をも含む）な証拠調べを行うフィルタリングツールとして、「要件事実」が位置づけられる。当事者が呈示している法律上の攻撃防御が何かを見据えた上で、その法的主張を支える最低限度の事実が何かというチェックポイントリストを作り、当事者の主張が有理性を維持しうるミニマムの事実すら揃っていない場合には、証拠調べに入らずして当該主張を「失当」として排斥するのである。

#### 要件事実の徹底追及の功罪

ただし、フィルターの本質は甘ければフィルターとしての機能を果たさない反面、あまりに厳格に絞り込みすぎると機能不全を起こす。要件事実によるフィルタリングを厳しく行うと言うことは、要するに証拠調べに移行する争点を絞ってしまうということの意味する。この絞り込みを厳しくやりすぎることは、証拠調べも行わずして当事者の主張を排斥するという、いわば「門前払い」的行動を裁判所が行うことにつながる。むしろ、「無駄な審理を省く」という観点からは、このことは必ずしも責められるべき事ではないが、あまりに門前払いの範囲を広げることで機能不全を招くことは、これまでの行政事件訴訟の例を見れば明らかである。

そのため、有理性の吟味においてはハードルを低くし、有理性を備えるのに必要な事実を少なくしようという思考に出ることとなる。これは、要件事実の論理的分析を徹底して、事実群の構成要素を最小限にしていこうという思考方法につながるのであるが、このことが、要件事実論においてしばしば批判の対象となることがある。

すなわち、ここでの要件事実とは、当事者が主張を出し尽くした状態を基準時として、裁判官の目から弁論に上程された主張事実をみて、有理性を欠いてしまう論理的限界点はどこかという意識を維持しながら、いかなる争点（事実）について証拠調べをすべきであるか（あるいは当該争点については証拠調べに移行しないで弁論を終結して判決することができるか）をふるい分けるための道具として機能するのである。

#### 留意点

この場合の要件事実思考においては、当事者の観点から、どのようなストーリーを述べるのが自然であるかということは一切考慮されていない。だから、当事者ないし訴訟代理人として行動するとき、要件事実思考にいたずらに拘束されすぎる（特に、事実をそぎ落としていく方向に）と、最低限必要な主張は落とさないといい利点はあるものの、通常だったらこのような事実を語るはずなのに、それは語ってはならないのではないかという妙な閉塞感にさいなまれることになる<sup>(12)</sup>。おそらくは、弁護士が要件事実を抱く抵抗感の多く<sup>(13)</sup>は、「徹底的に事実をそぎ落とさねばならない」というのを、弁護士の訴訟活動にストレートに向けられたものと受け止めてしまった結果として抱いているものではないだろうか。これが無用な気配りによる抵抗感であることは言うまでもない。

#### (4) 要件事実の機能(その2) 争点整理の徹底

##### 「もと所有」という事実摘示のメカニズム

たとえば、X Y間において甲不動産の所有権の帰属に争いがあり、その争点がX Y間の売買契約におけるXの売却の意思表示の効力であるとする。この場合、X Yがどのような主張をするかを考えてみる<sup>(14)</sup>。

Xは「甲不動産を自分(X)が所有しているにもかかわらず、Y名義の登記がある」

と主張することになる。すなわち、「現在」自分に所有権が帰属している旨の主張をするのが通常である。これに対し、Yは、「Xから平成 年 月 日に買ったのだから、現在は自分に所有権がある。」という言い分を明らかにすることになるから、「Xの主張は否認ないしは争い、は認める。」と答弁した上で、「X Y間で平成 年 月 日に本件土地のXからYに金 円で売却する旨の合意が成立した。」という主張をたてることになるだろう。これに対して、Xは合意の成立は認めた上で、詐欺や錯誤等の主張をしていくことになる。

このような双方の主張に対して、裁判所はどのようなスタンスで主張を整理することになるか。Xは現在所有しているという主張を展開しており、Yはそうではないといっているのであるから、少なくとも現時点における所有権の帰属には争いがあることになる。しかし、Yは、Xに現在所有権が帰属しない（Yに帰属する）理由として、平成 年 月 日のX Yの売却の事実を掲げている。これは、平成 年 月 日の売却の瞬間までは、Xに所有権があったことについてはX Y間に争いはないということの意味する。この結果として、X Yの「ナマの主張」すなわち「現在自分（X）のものだ」「いや、そうではない。」という全面的な争いの状態から、「少なくとも平成 年 月 日まで本件土地はXが所有していた」という事実については争いがなく、その瞬間の売買契約の効力の有効性（さらに言えば詐欺・錯誤）が争点になる、という形で争点が整理されたことになる。

この結果として、Xの請求原因は、「Xは平成 年 月 日当時本件土地を所有していた」と記述されることになる<sup>(15)</sup>。そしてYの答弁としてはこれを「認める」としたうえで、抗弁として売買契約の事実が記述され、再抗弁として詐欺・錯誤等が記述されるということになる。つまり、主張のすりあわせを行い、効力に争いのある売買契約がなされる瞬間に権利自白を認めるのである<sup>(16)</sup>。

#### 当事者の主張と争点整理後の主張との乖離

このように、要件事実の機能としては、双方の主張を徹底的にすりあわせ、両者の主張の一致点と、分歧点（争点）を明確に分けることがある。これは、可能な限り当事者双方の主張の一致するところを模索し、証拠調べに要する対象領域を絞り込もう

という考えによるものである。これらの作業を行う結果、原被告の主張として整理され、判決の事実領域に記載される部分は、原告・被告が「生の事実」として弁論に上程する事実とは、全く異なる形で記述されることとなる。これはある意味当然のことである。当事者は、相手方において予想される主張とのすりあわせを前提として主張を考えることはない<sup>(17)</sup>。これに対して裁判所は、双方の主張をすりあわせた結果として、主張の一致点を探し出して事実整理をするからである。

### 留意点

で述べたように、両当事者の主張と争点を整理するという観点から主張をすりあわせた結果として記述されている要件事実は、前述した要件事実の機能（その1）とも相まって、当事者が自然に語る主張とは全く異なっているわけであるから、たとえば弁護士として請求原因事実として何を記述するかという場面で、「もと所有」という思考過程を持ち込むことは、かえって事案解明をやりにくくするだけである。まして、相手方がどのような主張をするかわからない段階で、主張のすりあわせをした結果として導かれる「もと所有」を主張するということが自体不自然という他はない。

## (5) 要件事実の機能(その3) ノン・リケットの「つけ回し」

### 証明責任

ある事実の存否に争いがあり、証拠調べを尽くしても裁判官が存否についての心証を形成できない場合に、その真偽不明（ノン・リケット）の事実は「存在しない」として取り扱うのが民事裁判のルールになっている（証明責任）。これまた、裁判官が立ち往生しなくても良いようにするためのツールである。その結果、当該事実が存在しないとされることによるつけ回しを、当事者の一方が負うことになるが、その「つけ回し」のルールをどう定めるかを仕切る要素として要件事実論は機能する（証明責任の分配）。

これは民事裁判の構造と直結する問題である。すなわち、民事裁判においては請求を頂点として、各種の実体法に基づく法律効果が、攻撃防御方法となる。したがって、その効果を導く実体法規の要件事実の有無が、訴訟の勝敗を決するという論理構造に

なっている。これにより、証明責任の分配は、「各当事者が自己に有利に機能する実体法規の要件事実について証明責任を負う」ということになる（法律要件分類説）。

#### 留意点

法律要件分類説に忠実に従うとすれば、条文の構造によって機械的に証明責任は分配されるはずであるが、実体法規定が必ずしも証明責任の分配を意識して制定されているとは限らない<sup>(18)</sup>。これは実体法解釈の問題と関連することであるから、別途述べることとする。

## 4. 要件事実論のもつ特性と法学教育

### (1) 要件事実論に接した学生の興味と当惑

#### 民事裁判のツールとしての要件事実論の妥当領域

大半の法科大学院では、司法研修所ないし教官経験者が作成した、司法研修所の見解に基づく教材<sup>(19)</sup>に基づき、上記のような属性をもった民事裁判官の事件処理ツールとしての要件事実論が教えられているようである。要件事実論に関する教材に接した学生達は、程度の差こそあれ、技巧的な思考方法におもしろさを感じているようである。この点は、司法研修所の前期教育で民事裁判科目の要件事実論に触れてはまりこんでいく、一部の「要件事実おたく」と相通ずるところがある<sup>(20)</sup>。

ところが、法科大学院の場合、司法研修所のように、必ずしも「民事裁判」「民事弁護」という科目立てがなされていない場合があるため、実務基礎科目や演習科目のなかで、要件事実に対するスタンスが違うことがある。すなわち、基礎理論としては民事裁判のツールとしての要件事実論を教えられながら、応用的な問題研究では依頼者から話を聞き取った弁護士として、訴状の請求原因を起案せよと問われることがあり、このようなときには大きく戸惑うようである。これらの科目では、言い分形式や生の事実が大量に盛り込まれた資料を与えられて、それに基づいて請求原因等の起案を求められることがあるが、学生達は民事裁判型の要件事実論で創り上げた頭を持ってい



るので、厳格に民事裁判科目の手法に従って事実整理を行おうとする。ところが、既に述べたように、当事者ないしはその代理人として考えるべき要件事実論は、民事裁判型の要件事実論とは一致しないため、その点についての指導がないと、学生は何をどこまでやればいいのか、非常に困惑するのである<sup>(21)</sup>。学生は民事裁判における主張整理の要領でギリギリに事実をそぎ落とし、技巧を凝らして主張整理をしてきたのに、弁護士としての訴状ではこんな不自然な事実の書き方はしないという反応が教員から返ってくれば、学生には疲労感しか残らないであろう。

### 留意点

上記のような食い違いを防ぐためには、教える段階で、どういう意味における「請求原因」を書かせたいのか 民事裁判における主張整理としてのそれなのか、弁護士が訴状を各段階におけるそれなのか を、学生に明確に意識させる必要がある。これは要件事実を授業で採り上げる教員が十分に意識しておく必要がある<sup>(22)</sup>。

## (2) 要件事実論に潜む危険性

### 要件事実論を支えるもの

これも、多くの書物に書かれていることであるが、「要件事実論」という独立した法理論が存在するわけではない。冒頭に書いた定義をみればわかるように、要件事実論というのは、実体法に裁判規範という観点から光を当てて読み直すというものであって、一つの実体法解釈なのである。ただし、民法等においてこれまでなされてきた解釈論が、各要件を同一地平上において、それぞれの要素について吟味を行うことであったのに対して、要件事実論は、紛争当事者の攻撃防御という観点から法条相互の関係を構築したり、法律要件毎の証明責任の分配を考えようということに主眼をおいたものである。

したがって、要件事実論を支えているのは、実は民法等の解釈論（実定法規の解釈論のみならず判例法の形成を含む）であり、その論理的帰結として、要件事実論のテキスト等書かれている様々なルールや命題がある、といえるのである。換言すれば、あたかも1つの確定したフローチャートのように書かれている紛争類型毎の要件事実も、



その背景にある実体法解釈で別の見解をとれば、全く姿を変えてしまうのである<sup>(23)</sup>。

#### 司法研修所から発信される情報としての要件事実論

これまで、要件事実論に関する調査・研究・教育を主として担ってきたのは、いうまでもなく司法研修所であった。司法研修所においては、司法試験合格者に対する司法修習と、裁判官に対する研修が行われている<sup>(24)</sup>。いずれにせよ、法律実務家の養成や研鑽を目的とする研修機関としての位置づけがなされている。

この結果として、司法研修所教育においては、法理論上争いのある問題点については、実務で通用力を有している判例や通説の見解を基調とした情報提供がなされるのが基本となっている。したがって、要件事実論についても、立論の基底となる実定法の解釈に争いがある点については、判例または通説が前提となって展開されていく。たとえば、民事裁判の審判対象である訴訟物については、実体法上の権利毎に決まるという考え方（旧訴訟物理論）を前提とし<sup>(25)</sup>、建物賃貸借契約における無断転貸を理由とする解除（民法612条）については「賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用収益を為さしめた場合においても、賃借人の当該行為が賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情がある場合においては、同条の解除権は発生しないものと解するを相当とする。」という先例としての通用力を有する判例<sup>(26)</sup>は条文と同列の取扱をして、要件事実についてもこれを前提に考える。

この他にも、司法研修所における民事裁判教育や、その内容を記した各種の教材などにおいては、論理を貫けばこうなるはずであるという「原則」に対して、「公平」という観点から、さりげなく修正を加えている場面が多々ある<sup>(27)</sup>。

また、繰り返しを厭わずにあえて言えば、司法研修所が修習生に対して講ずる要件事実論は、あくまで民事裁判科目としてのそれであるし、各種の教材についても、民事弁護科目でも応用的に用いられることもあるとはいえ、あくまでも民事裁判科目の教材として作られたものである。それは前述したような「民事裁判官の思考ツール」として組み立てられた道具としての特性を備えており、民事法すべてをコントロールするルールでは決してないということである。

### やむを得ざる特性

で掲げた点は、時として、司法研修所の問題点や批判の対象として語られることがある。新訴訟物理論に依拠する体系書で司法試験に合格して意気揚々と研修所に入所し、民事裁判の授業の第1回の冒頭で「新訴訟物理論は実務では忘れてください」と教官から言われたときの思い出を語る元修習生は多いし<sup>(28)</sup>、消費者事件や公害事件等においては、被害者たる原告が被害発生原因に関する情報から隔たった場所におかれているため十分な主張・立証が出来ずに敗訴することの一因が「請求原因事実については原告が主張・立証責任を負う」というテーゼにあるということもあった。むしろ法解釈や運用の妙により相当程度の被害者救済がなされたこともあったが、それを割り引いても、主張責任・証明責任の分配についての生硬な基準が、被害者救済の障壁となっていたことは否定できない。

しかし、それをもって司法研修所や要件事実論を非難するのは、いささか情緒的すぎるとはいえまいか。実務家養成機関という司法研修所の役割から考える限り、少なくとも通用力のある判例や通説的な考え方を「無視」した研修を提供することは現実的ではあるまい。さりとて、あらゆる見解を採り上げて、その見解に即応した要件事実論（攻撃防御方法の構造論）を講じていては、無限の時間があっても足りないと言うことになるだろう。その結果として、ベースとなる実定法の解釈論において、通説・判例を軸として議論を進めること自体は責められるべきではない。それに、要件事実論が実体法規の解釈論を裁判規範に反映させる道具であるということであれば、要は「裁判規範への反映方法」を各人が修得していれば、あとは自らが是とする実体法規の解釈論に基づいて各人が「要件事実論」を組み上げていけば良いだけのことである。それに、司法研修所とて、要件事実教育や著作物の公表による「要件事実論の公定解釈」を標榜してわけではないことは、近時の刊行物における司法研修所関係者の発言 これらもまた、司法研修所を代表しての発言ではなく、個人としての発言という留保付きではあるにせよ からも明らかである<sup>(29)</sup>。

### 法科大学院において特に留意すべきこと

では、これまでの要件事実論ないし要件事実教育を、そのまま法科大学院教育に移

植すればよいのかと問われれば、これは「否」と言わなければならない。これまで創り上げられてきた民事裁判科目としての要件事実論を、そのまま法科大学院教育に移植することは、きわめて危険であると断言する。研究者教員の方々の拒否反応が、この「闇雲な移植」に対して向けられているとすれば、それは大いに共感すべきことである。

これまでの要件事実教育は、原則として司法試験合格者に対して施されてきた。つまり、受け手である修習生は、一通り基本六法についての学習は備わり一定の法解釈能力は備わっているという「推定<sup>(30)</sup>」が働き、「論」と「論」を標榜しながらも、あっさりとして例外を認めるような、法の世界における「欺瞞的理論」に慣れ、ある意味「すれた」者達である。そういう者達であれば、「実は背後に理論的対立点があるところでは、とりあえず通説・判例にそって議論を展開しておく（ただし、通説・判例を強要するものではない）という大人の話の集積」であり、「ところどころで利益衡量を持ち込んで修正を施してある」という「理論」なのだと言ってもついてこられるだろうし、耐えられるだろう。

しかし、そういう耐性の出来ていない法科大学院の学生、特に純粹の未修者にとって、こういういい加減な要素を多く含んでいる「理論」は毒牙ともいべき存在である<sup>(31)</sup>。また、法律基本科目で通説・判例ベースの知識修得をやることに汲々としているところに、司法研修所刊行のテキストを用い、司法研修所教官経験者によって、要件事実論が、司法修習生に対してと同様の方法で、あたかも公理のように教え込まれるということが横行したらどうなるか。実定法の解釈によって攻撃防御方法の構造というのは千変万化になるということが全く意識されずに、ひたすら記憶に終始するということになる危険があるのではないだろうか<sup>(32)</sup>。

法科大学院において、法解釈論の基本を修得しながら要件事実論をも並行して学ぶことが要求されている以上、教える側は、これまでもまして、要件事実論の持つ特性を十分に意識させながら教えるようにしなければならない。ゆめゆめ「旧訴訟物理論は忘れてください」とささやいたり、「貸借型理論」や「予備的請求原因」などを当然の公理として教えてはならないし、学ぶ側も、あたかも「公理」のごとく書かれている教材の記述を鵜呑みにしてはならないのである。

## 5. 要件事実教育の実践例 民法実務演習

### (1) 民法実務演習のコンセプト

民法実務演習は、法律基本科目としての民法・民事訴訟法等で学んだ、あるいは学ばつつある理論を、弁護士が実務で使いこなす観点から考えるというコンセプトで設けられた実務科目領域の展開科目としての演習である。具体的には弁護士が多く携わる紛争類型をいくつか採り上げて、その中で理論としての民法をどう使って紛争を解決するか、判例から抽出される規範を援用してどのようにして立論をするか、逆に当該紛争への判例の影響を回避するか、などを検討することが主眼である。また、法律基本科目と実技系実務科目（模擬裁判・クリニック等）の仲立ちを図る役割をも果たしている。

### (2) 要件事実論の位置づけ

民法実務演習は、単なる民事裁判型要件事実論概説のための講座ではない。ただし、紛争解決の前提として、事件の争点がどこにあるのかを分析する能力を欠かすことは出来ず、争点整理の共通言語として要件事実論についても採り上げるということは積極的に行っているし、教材として要件事実教育の定番ともなっている「紛争類型別の要件事実」「問題研究：要件事実」などを折に触れ使用している。ただし、第4で述べた考え方から、単に教材に書かれていることの伝授に終始するのではなく、時にはこれを批判的に検討する（少なくとも疑問を呈し続けていく）という姿勢を失わないようにしているし、司法研修所刊行の教材に論及されていない分野についても、積極的に議論を重ねて推論を試みるよう努めている。

### (3) 他の科目との関係

民法実務演習の配当時期は3年制学生の2年次前期（夜間主4年制においては3年次前期となる）であった。この段階までに、3年制の学生の場合は、法律基本科目としては民法1（総則）、民法3（法定債権法）、民事訴訟法（証拠法部分を除く）、また実務基礎科目として法情報調査・法文書作成を履修している。そして、本科目と併行して、

民法2（物権法）、民法6（担保物権法）、証拠と事実認定（証拠法）を履修するというカリキュラムで進行していく<sup>(33)</sup>。

「基本科目の知識を実務の観点から展開していく」というコンセプトからは、法律基本科目の民法・民事訴訟法が修了したあとの2年次後期に配置したかったところであるが、模擬裁判をメインとする民事訴訟実務が2年次後期に配当されており、その準備科目という性質も持っているため、2年次前期への配当となった。そのため、民法全体について未だ修了していない段階で要件事実論に触れることとなり、建前上も「法律科目未修了者に対する要件事実教育」を実践する機会を与えられたということになった。

#### （4）内容

全14回の項目は以下のとおりである（紙面の都合により個々の内容は省略する）。

民法・民事訴訟法既習事項の再確認  
売買を巡る紛争  
金銭消費貸借をめぐる紛争  
不動産賃貸借を巡る紛争  
人の労務・能力・技能を提供する契約を巡る紛争  
契約締結上の過失と安全配慮義務を巡る紛争  
契約関係の決済を巡る紛争  
当事者の契約意思の有無を巡る紛争  
違法・不当な取引勧誘行為を巡る紛争  
契約の強制的実現の可否を巡る紛争  
無権限者による取引行為を巡る紛争  
債権保全・回収を巡る紛争  
法人・団体を巡る紛争  
総合

### (5) 授業方法

それぞれの回毎に、仮設または現実に取り扱った事件を素材として作成した準仮設の事例を設定して設問を付加し（第1回のみ、知識確認のための試験形式）、あわせて関連する裁判例を資料として添付する。

学生は事前に課題の全部または一部について、単独または合議によって解答案を起草して教員に提出し、当日は提出された解答案や資料として添付された判例の意義などについて討議する方法で授業を行う。ただし討議については学生の自由な発言に委ねることなく、全体を教員が統括し、限られた時間を効率的に利用できるように腐心した。成績評価は筆記試験によって行った。

### (6) 成果と今後の課題

#### 成果

受講した学生からは、「弁護士が事件に立ち向かうときにどのようにしてものを考えていくのかが見えてきた」「事件解決のためには法律上の論点ではなく、法的戦略が必要だということが実感できた」など、当初の意図したところをある程度理解してもらえたのではないかと授業評価を受けた。また、法律基本科目で提供された授業内容と意識してリンクするようにしていたので、復習の手助けになったのではないかと考えている。

#### 課題

演習科目であるため、相応の負担があるのは当然のことである。ただし、授業運営においては、加重負担にならないよう、同時並行中の各科目における課題の負担状況をTKCシステム上で確認したり学生から聞き取ったりしながら、課題内容の調整を行ったが、夜間主コース在学中の社会人学生にとっては充分こなしきれなかったという回答を寄せるものもあった。特に、個人の課題負担を軽減する趣旨で行ったグループワークが、かえって合議の時間設定等で学生の負担となることもあり得ることなど、社会人学生を制度的に受け入れている本学においては、法科大学院としての教育水準を維持しつつ、学生の生活が破綻しない程度の課題をコーディネートするというこ

を常に意識しなければならない。

また、履修単位数の年間上限設定（キャップ制）による履修不能や、相対評価による成績低下を嫌っての履修見送り<sup>(34)</sup>などから、演習への正規参加者は少人数であったことも、カリキュラムや成績評価方法の見直しも含めて、今後改善しなければならない問題点であろう。

## 6. 実定法と要件事実論との同時並行学習の意義 まとめで代えて

### (1) 作図と建築作業

繰り返しになるが、要件事実論が、裁判のためのツールとして実定法理論を立体的に展開したものであるということから考えると、少なくとも実定法理論についての基礎を修得しない段階で、要件事実論を教えこむことは時期尚早であるという見解は説得的である。

ある法律要件に解釈が施されれば、要件事実もそれに連動して変動するのであるから、ある事実が抗弁になるか再抗弁になるかということ、実定法の解釈論から離れて論ずることは無意味である。たとえていうならば、実定法の解釈論は図面であり、要件事実論は図面に基づく建築作業ということになるだろう。

実定法と要件事実の並行学習というのは、図面を引きながら建物を建てるようなことをやっているに等しいのである。本来は、図面を引く段階で、どこに柱を立てるのが良いのかを吟味して図面を引いて決定し、そのうえで柱を立てるという作業工程が取られていたのに対し、先に司法研修所の教材を覚え込むようなことをやると、柱を何処に立てるかを自分で考えることもなく、「とりあえず完成予想図がこういう形になっているから柱はここに立てればよい。」という思考になってしまうのである。これは、研修所教材を背後で支えている通説・判例のみを是とし、それ以外の考え方を抹殺して伝授するに等しく、法的思考の死を意味する。

教える立場にある者は、このような危険を充分認識して周到に用意をして講義に臨まなければならない。専門職大学院である以上、実務を支配しているルールである判



例や通説をことさらに無視した学修というのが現実的でないことは当然である。ただし、それはものを考えられないことを礼賛することではない。考えるためには分岐点と反対の世界の理解を欠かすことは出来ない。そして、実務家として仕事をする以上、場合によっては、依頼者とともに戦うために、通説・判例と反対の世界に乗り込んで行かざるを得ないこともあるのである<sup>(35)</sup>。

これはひとり要件事実論だけの問題ではなく、あらゆる理論的問題に共通するものであるが、特に要件事実論においては、その危険性が背後に隠れていて見逃される危険性があるため、時に警鐘を鳴らしておく次第である。

## (2) 建築作業員から作図者へのアプローチ

要件事実論の早期学修がすべて有害かといえば、決してそうではない。柱をどう立てるかを考えることで、図面をどう引くべきかが見えてくることもあるのである。実体法のみ次元において、一方当事者が「勝つ」という場合に、実体法だけだと、どのような勝ち方をするのが十分に見えないことがある。また、実体法規の定め方が技術的であるような場合には、要件事実の観点から攻撃防御の形に組み替えてみると、実体法の構造が鮮明になることもある<sup>(36)</sup>。

また、近時の民法の代表的な体系書 特に民法総則に顕著である と判例理論と乖離していることに対する当惑について「何故判例は旧弊な考え方に固執しているのか」と学生から質問を受けることが多いが、それも「裁判規範としてのツール」という観点から考えることを示唆すると、理解する学生が多い<sup>(37)</sup>。

むろん、民法学は要件事実論の下僕として存在するわけではないし、ましてや司法研修所の発信する要件事実論という、「特定の見解を内包する理論」に従属することなどは研究・教育の死を意味する。求められることは、司法研修所の発信する民事裁判型要件事実論に内包される実体法解釈論を抽出し、それを批判的に検討すること<sup>(38)</sup>。そして、場合によっては自らの見解を前提とする要件事実論を構築して提起することである。



### (3) おわりに

法科大学院制度自体、発足して未だ3年を経過していない段階であり、要件事実教育をどこまで行うかについて確たる結論を出すことは難しい。「前期修習のアウトソーシング」とはいえ、いたずらに、研修所の教材を丸呑みするような無批判な教育は現に慎むべきであろうが、ことさらに警戒心むき出しで、有無を言わせぬ消極論を展開することは、要件事実教育という異物を大学から放逐したいという不純な動機によるものではないかと思われても仕方がないのではないか。授業時間などは、放蕩者の財布の中身と一緒に、仮に増えたら増えただ、そこでまた不足と感ずるのであって、きりがないわけであり、ある程度のところで割り切って、授業準備と進め方を工夫するほかないのではない。誰もが完璧な方法や完全なる正解などを持ち合わせている状態ではないのだから、それぞれが信ずるところを実施し、その結果を公開して、大らかな相互批評や対話を行うことが、今後の法科大学院教育の発展に資することになるのではなからうか。

冒頭にも述べたように、本稿は、その「叩き台」になればよいと考えて書いたものである。軽く叩いたらあっけなく壊れてしまうかもしれないが、それはそれで1つの役割を果たしたということが出来るであろう。

---

#### 【注】

- (1) 当面は各法科大学院における教育内容の多様性を調整するために、1ヵ月程度の導入教育が行われるようであるが、これとて、各教科（民事裁判・民事弁護・検察・刑事裁判・刑事弁護）に割り振られる時間は限られたものにすぎない。
- (2) 法科大学院に与えられた教育期間は、3年間であるから、これまでの方法で授業運営がなされれば、時間不足となることは必至である。授業時間の絶対数を増やせない限り、授業方法を大きく変えるなど、発想の転換をする必要があるし、現にそうしなければならない。この時間数の問題については、様々議論のあるところであるが、ここでは触れないこととする。
- (3) 証明責任分配の要素を採り入れた先駆的な体系書として、船越「理論と実際の体系」1～4（尚学社）がある。

- (4) 潮見「民法総則講義」(有斐閣) 同「債権総論〔第2版〕」(信山社) 同「基本講義 債権各論」(新世社) 山本「民法講義 総則〔第2版〕」(有斐閣) 同「民法講義 - 1 契約」(有斐閣)
- (5) 冗談交じりではあったが、2005年10月の私法学会におけるシンポジウムでは、「司法研修所には、門外不出の秘伝の書があり、それが公定的解釈の源として伝授されているのではないかと思っていた」という趣旨の発言すら出ていた。ただし、公定的解釈という意図はないとしても、結果的にそうなる危険性があることは後に述べる。
- (6) 賀集「要件事実の機能」(司法研修所論集90号)・32頁
- (7) 伊藤「要件事実の基礎 裁判官による法的判断の構造」14頁
- (8) 伊藤「同」161頁以下。
- (9) 吉川「要件事実論序説」(司法研修所論集110号133頁以下)。
- (10) 筆者が弁護士登録をしたのは平成6年4月であるが、この当時に、「迷走型事件の残滓」に接したことがある。某地方都市所在の地方裁判所で審理されていた事件であったが、事件符号が平成3年(ワ)事件(つまり、既に訴え提起から3年を経過している)であり、事務所で記録を引き継いだ時点で口頭弁論が10数回開かれていたにもかかわらず、思いつきで書かれたような、法律構成も何も無い準備書面が数通ずつづらわれていただけなのをみて仰天したことがあった。証人尋問も五月雨的に春夏秋冬に1回ずつ、それも主尋問と反対尋問を別期日に行うため、2人の尋問に1カ年を要し、尋問が終わるまでに裁判官が3人交代した。電話会議や集中証拠調べ等への意識は裁判所にも相手方にもなく、新人弁護士の「訴訟促進」の提案など一顧だにされない状態であった。
- (11) 「有理性」は一般的には訴えのレベルの問題として説明されているが、この理は請求のレベルにとどまらず抗弁以下の法的主張にも妥当する(伊藤「同」195頁)。
- (12) 例として、所有権に基づく土地の明渡し請求訴訟を提起する場合があげられる。この場合の必要最低限の請求原因事実は、原告の現所有と被告の現占有といわれているが、当事者としては に加えて 「被告は何の権限もない」ということを言うのが自然である。もちろんこれは司法研修所の解釈によるものにすぎないし、要件事実論は当事者が を主張に加えたら失当である言っているわけではない。
- (13) そのうちの幾分かは、立証に失敗して敗訴したことや、修習生時代に苦しめられたということへの恨みが背景にあるようである。
- (14) なお、この場合の「主張」とは、あくまでも当事者としてのXやYの行動という意味(換言すれば、Xが訴状に記載し、Yが答弁書に記載する主張)ということである。
- (15) 過去のある時点の所有ということ概括して「もと所有」と呼ばれることがある。
- (16) 司法研修所編「問題研究 要件事実」63頁以下
- (17) たとえば、Yが売買契約による所有権移転の主張をするであろうことを慮って、「原告は 年 月 日本件土地を所有していた」という請求原因の書き方をするXはいない。よほど事前に争点が明々白白であり、最初から売買契約の有効性が争点になることを指摘してしまうような場合は別であるが。通常は自分が現在所有しているという主張を請

求原因事実のなかに記述する。

- (18) 賀集「要件事実の機能」(司法研修所論集90号32頁以下)は、条文相互間の抵触によって不調和を生ずる具体例として民法167条と147条以下を、公平を保てないとの不都合を生ずる具体例として民法415条後段をあげる。
- (19) 司法研修所編「問題研究 要件事実」、同編「紛争類型別の要件事実」など。
- (20) 特に理系畑でソフトウェア関係の仕事の経験を持つ学生にとっては、プログラムのソースを記述することと相通ずるものがあるようで、研修所編の教材に書かれていない領域の要件事実についても、「論理的に考えたらこうなるはずである」と柔軟な発想で挑戦的なレポートを数多く提出してきており、既存の教科書の範囲でしか安心して踊れない法学学修経験者よりも格段の伸びを示している。
- (21) これは、我々が司法研修所でも体験したことである。民事裁判科目で徹底的に事実をそぎ落とす要件事実論(主張整理の技法)を学んだ修習生が、民事弁護科目で訴状の起案をする際に、民事裁判型の要件事実論で臨んだ起案をして、「要件事実の裸踊り」と酷評されることはしばしばであった。
- (22) 特に本学の場合、実務家教員がすべて弁護士であるため、民事裁判型のテクニカルな要件事実論に対して潜在的な抵抗感を持っている可能性があり、そのような抵抗感のない学生の意識との溝が出来てしまう可能性がある。むろん後述のように、要件事実論と一つの「見解」にすぎないわけであるから、金科玉条のごとく崇拜する必要などないのであるが。
- (23) その典型的な好例が、民法94条2項の効果に関する解釈論と攻撃防御方法における位置づけであろう。民法94条2項は、虚偽表示について善意の第三者に対抗することが出来ないと定めているが、この対抗できないという法律効果を、もともとの虚偽表示たる意思表示が有効に復帰するのか、それとも権利外観法理の効果として独自の法律効果が発生するのか、いずれの立場をとるかによって、94条2項は94条1項の無効の抗弁を覆してもともとの意思表示(請求原因)を復活させる再抗弁に位置づけられるか、94条1項に論理的には遅れるが、別ルートの法律効果を発生させる予備的請求原因になるか、という違いが生ずる(司法研修所編「紛争類型別の要件事実」77頁以下)。
- (24) 司法研修所の概要・組織等については、<http://courtdomino2.courts.go.jp/kenshujjo.nsf>
- (25) 司法研修所監修「4訂 民事訴訟第一審手続の解説」3頁では「訴訟物の理解については、いわゆる新訴訟物理論と旧訴訟物理論が対立しているが、本書では、現に行われている実務を解説するという観点から、旧訴訟物理論によることとする。」で、訴訟物理論についての議論を打ち切っている。また、吉川「要件事実論序説」(司法研修所論集110号)・134頁は、「給付を求め得る法的地位(受給権)」という実定法にない概念を用いて訴訟物を特定する新訴訟物理論が我が国の実務で採用されることは将来にわたっても困難であろう。」とし、旧訴訟物理論を前提として、その後の議論展開を行う。
- (26) 最判昭28.9.25/民集7巻9号979頁

- (27) しばしば挙げられ(かつ外部から「攻撃」の対象となる)例として、所有権に基づく妨害排除請求権の請求原因事実「占有者の無権限」が含まれていないこと、債務不履行責任追及の請求原因事実として、債務不履行の事実が含まれていないことが挙げられる。これらについて、司法研修所の教材では、いずれも「当事者間の公平」を理由とする(につき、司法研修所編「問題研究要件事実」59頁。につき、同「増補民事訴訟における要件事実 第1巻」255頁)。
- (28) 「実務は旧訴訟物理論」ということが強く浸透しすぎているためか、司法試験受験時代から新訴訟物理論などに見向きもしない者が増えているようである。また法科大学院の学生にレポートを書かせても、旧訴訟物理論を当然の前提(新訴訟物理論なるものには一顧だにしない)とする論述が支配的であったという談話にも接したことがある。
- (29) 例えば、村田「要件事実論の課題 - 学会論議に期待するもの」(ジュリスト1290号・38頁以下。特に45頁。) 村上「法曹養成と要件事実論」(大塚ほか「要件事実論と民法との対話」456頁以下)。
- (30) 決して「見なし」ではなく、簡単に破られる「推定」である。
- (31) 他学部出身者 特に理科系のなかでも理論畑から法科大学院に転身してきた者 にとっては、入学から1年間ほどは、こんなアバウトな「理論」が存在するのかと驚きの連続であったようである。
- (32) 同趣旨の危惧を述べられているものとして、道垣内「履行遅滞による損害賠償請求と要件事実」(大塚ほか編著「要件事実論と民法学との対話」・278頁)。
- (33) たまたま04年度1年次前期の民法総則、後期の債権法総論、05年度前期の担保物権法においては、それぞれの授業を担当された教員の補助教員の役割もつとめたので、上記授業については昼夜とも全て出席して立ち会った。そのため、これらの科目については授業の内容や学生の反応を全て直接把握していたため、これら法律基本科目の授業内容を補いつつ発展的に実務の観点から消化することも相当程度出来たと自負している。
- (34) 履修者の顔ぶれが「優秀な人」ばかりだと、自分の成績は相対的に低くなり、GPAが下がることを気にかけるということである。
- (35) 「判例がありますから。」と、依頼者を冷たく突き返すことに徹するのであれば別である。
- (36) 例としては、保証や根抵当権に関する一連の法規があげられる。具体的内容については、機会を改めて論ずることとしたい。
- (37) この点につき、吉川「要件事実論序説」(司法研修所論集110号)148頁註19は、「立証責任の分配を考えるに当たっては、制度の趣旨、法律効果とその法律要件、また積極的要件と消極的要件とを明らかにした著作が望ましいが、民法に関する近時の著作は、民法解釈学上の利益衡量論に立つ結果、法律要件を一般条項化し、法律効果を相対化する傾向にあり、このような考察には適していないことが多い。」という。
- (38) その意味において、大塚ほか編著「要件事実論と民法学との対話」(商事法務)は、司法研修所の見解が研究者によって批判的に検討された文献であり、歓迎すべき先駆的業

績である。また、岡口「要件事実マニュアル(上下)」(ぎょうせい)は、現役の裁判官による著作であるが、司法研修所の見解の紹介に終始するのではなく、多様な思考方法があることを示唆する好著である。



# 動産売買先取特権者の物上代位権行使と 目的債権の債権譲渡の優劣

(最三判平成17年2月22日金判1215号24頁)

佐伯 一郎

【判決要旨】

【事 実】

【判決理由】

【検 討】

1. はじめに
2. 従来判例・学説
3. 本件判決について

**【判決要旨】**

動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできない。

**【事 実】**

- (1) A社は、平成14年3月1日、東京地方裁判所で破産宣告を受け、X1が破産管財人に選任された。
- (2) Z社は、A社に対してエスカロン等の商品（以下「本商品」という）を売り渡し、これをA社の指示するY1、Y2、Y3に対し納入し、引渡しを了した。
- (3) Zは、A社に対して売り渡した本商品に対して動産売買の先取特権を有するが、本商品はA社からY1、Y2、Y3に転売されたため、その転売代金請求権（以下「本転売代金請求権」という）に対し、物上代位権を有するとして、平成14年3月11日、Y1から32万8598円、同20日、Y2から26万2112円、同25日、Y3から123万8464円をそれぞれ受領した。
- (4) そして、Zは、不足する見込の破産債権を2695万8789円とする債権届出書を提出した。
- (5) その後、Zは、動産売買先取特権の物上代位権の実行として、平成15年1月20日にY2に対する本転売代金請求権に対する債権差押命令を得、同年4月30日にはY3に対する本転売代金請求権に対する債権差押命令を得た。しかし、Y1に対する本転売代金請求権に対する債権差押命令の申立は却下され、執行抗告も棄却されたが、同日に抗告許可の決定がされた。
- (6) X1は、平成15年1月28日、破産裁判所の許可を得て、Yらに対する本転売代金請求権をX2に譲渡し、同年2月4日、各Yに対し、その旨の通知をした。
- (7) X2は、A社とYらの本転売代金請求権の支払いを求めて本件訴えを提起した。
- (8) 第一審判決（東京地判平成15年10月24日金判1204号38頁）は、まず、民法304条の「払渡または引渡」前の差押えの趣旨については「主として二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護することにあると考えられているから、破産者



に対する動産先取特権に基づく物上代位権について実体要件が存在している本件において、第三債務者であるYらが債権差押命令を要求せずに任意にZに売買代金を支払ったものである以上、Zがその後に債権差押命令を得ることによって民法304条の要件が充足（追完）されるものと解するのが相当である」とした。

次に「本件において、Zは、Yらから売買代金の支払を受けた後、Y2およびY3に対する債権差押命令を得ており、またY1に対する債権差押命令の申立をしていて、かつ、Y1に対する動産先取特権に基づく実体要件が存在しているから、ZがYらに対する物上代位権の行使としてYらから受けた売買代金の弁済は有効であり、これによってA社の売買代金請求権は消滅したものである」とし、「X2は、物上代位権の対象である売買代金請求権が譲渡された後は物上代位権を行使することができず、それによる債権差押命令は無効である旨主張するけれども、X2は、破産管財人であるX1からYらに対する売買代金請求権を譲り受けたものであり、破産管財人の地位をそのまま承継するにすぎないから、それが消滅したことを認めざるを得ない立場にあるものである」として、X2の請求を棄却した。

- (9) 控訴審判決（東京高判平成16年4月14日金判1204号33頁）は、民法304条の「払渡または引渡」前の差押えの趣旨については「先取特権者のする差押えによって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払い渡しまたは引き渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取り立てまたはこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的たる債権（目的債権）の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力が保全せしめらるとともに、他面二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護し、または目的債権を譲り受けた第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするにあると解される」とした。

次に「抵当権設定登記によりその存在およびその効力が物上代位の目的債権に及ぶことが公示される抵当権と異なり、動産売買先取特権は、権利が存在することおよびその効力が物上代位の目的債権に及ぶことが対外的に明らかにされているわけではないから、債権譲渡の対抗要件を具備した目的債権の譲渡よりも動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使による差押えが優先するとすれば、債権

譲渡により確定的に債権譲受人に目的債権が帰属したとの第三債務者の信頼を害することになることは明らかである」とし、先取特権と抵当権との違いを述べる。

「また、動産売買先取特権者は、目的物が売却等された場合に当該売買代金債権等に対して物上代位に基づく差押えをすることができるという点で、当該売買代金債権の譲受人とは、債権が二重に譲渡された場合の第一譲受人と第二譲受人と類似する関係に立つから、動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使と目的債権の譲渡とは、物上代位に基づく差押命令の第三債務者に対する送達と債権譲渡の対抗要件の具備との前後関係によってその優劣を決すべき対抗関係に立つと解するのが相当である」として「先取特権者が差押えを得ないまま、第三債務者から物上代位権の行使として債権の支払いを受けることはできず、第三債務者は、目的債権消滅を債務者（目的債権の債権者）または目的債権を譲り受けた第三者に主張することができず、先取特権者も物上代位権の優先権を主張することができない」と判示し、X2のY2、Y3に対する本訴請求を認容したが、Y1に対する本訴請求は棄却した。

(10)そこで、Y2から上告受理申立。

#### 【判決理由】

「民法304条1項ただし書は、先取特権者が物上代位権を行使するには払渡または引渡しの前に差押えをすることを要する旨を規定しているところ、この規定は、抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである。そうすると、動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできないものと解するのが相当である。」

## 【検 討】

### 1. はじめに

本件判決の事案は、動産売買の先取特権の物上代位の行使と目的債権の譲渡との優劣が争点となったものである（以下これを「本争点」ということがある）。

民法304条1項は「先取特権は、その目的物の売却、賃貸、滅失または損傷によって債務者が受けるべき金銭その他の物に対しても、行使することができる。ただし、先取特権者は、その払渡しまたは引渡しの前に差押えをしなければならない」と定める。

いわゆる「物上代位」の規定であるが、この規定が民法372条によって抵当権に準用されているため、本争点にかかる事案は、先取特権についても、また抵当権<sup>(1)</sup>についても生じるのであるが、先取特権の事案と抵当権の事案とを同様に論ずることができるのか、また、そうでないとすると民法304条ただし書の「差押えの意義」についてはどのように解すべきかが問題となる。

本件判決は、動産売買の先取特権については、抵当権とは異なり公示方法が存在しないことから「差押えの意義」を「物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含む」と解し、本争点についても先取特権と抵当権とで異なる結論を導いたものであって、今後の実務に与える影響も少なくないと考えられる。

### 2. 従来判例・学説

#### (1) 差押えの意義

イ) 本争点については、民法304条ただし書の「差押の意義」いかにかわるが、この点についての学説には、従来から対立がある<sup>(2)</sup>。

第一説は「差押は目的物を特定し債務者の一般財産に混入することを防ぐ」趣旨であると（特定性維持説）<sup>(3)</sup>、担保権者がみずから差押えをなす必要はなく、他の一般債権者による差押えでも足りるとする。

これに対しては「支払われるまでは目的債権は常に特定性を失わないし、なお、差

押えによって他人の優先権を保全してやるというのも奇異であるうえ、本当に保全されるのなら重ねて物上代位権者から差し押さえることは不要であるはずであるのにも理解されていない」との指摘がある<sup>(4)</sup>。

第二説は「抵当権者自らに差押をさせ、物上代位権を公示させる」趣旨であるとする(優先権保全説)<sup>(5)</sup>。

これに対しては「抵当権者が自ら差し押さえる前に他の一般債権者が代位物たる請求権を差し押さえてしまえば、もはや物上代位権者としての優先権を主張する余地はなくなる」との指摘がある<sup>(6)</sup>。

第三説は「この「差押」には、一面において請求権を特定する意味があると同時に、他面において、第三債務者に対する処分の禁止・弁済の制限という形でその優先性を公示する意味がある」とする、特定性維持説と優先権保全説の二面を有しているとする説である(二面性説)<sup>(7)</sup>。この説は民事執行法165条で配当要求の終期の制度が定められたことによる第一説の不都合を解消せんとするものである。

第四説は、特定性維持説および優先権保全説がそれぞれ価値権説・特権説のいわゆる物上代位の本質論を前提としていたのに対し、これと離れて「差押」は「第三債務者の二重弁済の危険防止を目的とする」と主張するものである(第三債務者保護説)<sup>(8)</sup>。

口) 判例は、当初は特定性維持説をとっていたが<sup>(9)</sup>、大審院は大正12年連合部判決<sup>(10)</sup>によりその見解を改め、優先権保全説の立場から、抵当権者自身の差押を要求するとともにその差押の前に目的債権について「転付命令」があれば抵当権者はもはや差押できないとし、傍論において目的債権が譲渡された後においても物上代位できないと判示した。その後の判例においてもこの立場は基本的に維持されていたが、物上代位権が広く用いられるようになった昭和50年代後半から最高裁判例が相次いで現れるようになった。

まず、最判昭和59年2月2日民集38巻431頁は「差押」の趣旨について「先取特権者のする右差押によって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡または引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立てまたはこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の対象である債権の特定性が保持され、これにより物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面第三者が不測の損害

を被ることを防止しようとするにあり」とし「第三債務者による弁済または債務者による債権の第三者への譲渡の場合と異なり、単に一般債権者が債務者に対する債務名義をもって目的債権につき差押命令を取得した場合にとどまる場合には、これによりもはや先取特権者が物上代位権を行使することを妨げられるとすべき理由はない」と判示し、特定性維持説と優先権保全説の両説を差押の趣旨とした<sup>(11)</sup>。

続いて、最判昭和60年7月19日民集39巻1326頁は「差押」の趣旨について「先取特権者のする右差押によって、第三債務者が金銭その他の目的物を債務者に払渡しまたは引渡すことが禁止され、他方、債務者が第三債務者から債権を取立てまたはこれを第三者に譲渡することを禁止される結果、物上代位の目的となる債権（以下「目的債権」という）の特定性が保持され、これにより、物上代位権の効力を保全せしめるとともに、他面目的債権の弁済をした第三債務者または目的債権を譲り受け若しくは目的債権につき転付命令を得た第三者等が不測の損害を被ることを防止しようとするにあり」と判示し、特定性維持説、優先権保全説および第三債務者保護説のすべてを差押の趣旨とする。

ところが、最高裁は、平成10年に至り、二つの小法廷判決（最二判平成10年1月30日民集52巻1頁<sup>(12)</sup>、最三判平成10年2月10日判時1628号9頁、以下上記判決を「平成10年判決」という）をもって「差押」の趣旨について「主として、抵当権の効力が物上代位の目的となる債権にも及ぶことから、右債権の債務者（以下「第三債務者」という）は、右債権の債権者である抵当不動産の所有者（以下「抵当権設定者」という）に弁済をしても弁済による目的債権の消滅の効果を抵当権者に対抗できないという不安定な地位に置かれる可能性があるため、差押えを物上代位権行使の要件とし、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前には抵当権設定者に弁済をすれば足り、右弁済による目的債権消滅の効果を抵当権者にも対抗できることにして二重弁済を強いられる危険から第三債務者を保護するという点にある」とした<sup>(13)</sup>。

## （2）物上代位権行使と目的債権の譲渡との優劣

イ）本争点では、先取特権の物上代位権の行使と目的債権の譲渡との優劣が問題になるが、昭和59年判決・昭和60年判決は、その傍論で、先取特権者の物上代位権行使

は目的債権譲渡後には認められないと判示していた。

しかしその後は、物上代位権行使と目的債権の譲渡の優劣の問題は、先取特権についてではなく、主として、抵当権の物上代位権行使と賃料債権の譲渡の優劣の問題として議論されてきた。

ところでこの問題は民法304条1項の「払渡前の差押」をいかに解釈するかにかかり、具体的には債権譲渡は「払渡」に当たるかと否かという問題に帰着する。

いくつかの考え方がある。

第一に、債権譲渡は「払渡」に含まれるとする説である（差押時基準説）。道垣内教授は「(賃料債権が第三者に譲渡された後に、なお抵当権者は物上代位権を行使できるか、という問題は)実質的には対抗問題である。しかし、法的構成としては「譲渡がなされたことは、民法304条1項ただし書にいわゆる『払渡』にあたる」とすべきである」と主張される<sup>(14)</sup>。この説は、結果的に債権譲渡の対抗要件具備と差押の先後で決することになる。

第二に、債権譲渡は「払渡」に含まれないとする説である<sup>(15)</sup>（登記時基準説）。これらの説は、差押は、第三債務者の二重弁済の危険防止のためのものであり、債権譲渡がなされその対抗要件が具備されても第三債務者が弁済するなどして目的債権が消滅する前であれば、抵当権者は物上代位権を行使して差押えができるとする。そして、債権譲渡と抵当権の優劣は、結局のところ抵当権と債権譲渡の対抗要件具備の先後で決することになる<sup>(16)</sup>。

第三に、既発生債権の譲渡は「払渡」に含まれるとする説である<sup>(17)</sup>（具体的債権発生時基準説）。すなわち、未発生債権については債権譲渡後も物上代位権を行使できるが、既発生債権については債権譲渡後は物上代位権を行使できないとする。

ロ) 判例であるが、平成10年判決までは、下級審判例は統一していなかった。

まず、第一説の差押時基準説をとるものとしては、東京高判平成8年11月6日判時1591号32頁がある<sup>(18)</sup>。同判決は、差押の趣旨については昭和60年判決<sup>(19)</sup>の見解に従った上で「この第三者保護の趣旨に照らせば、右「払渡または引渡」の意味は、債務者（物上保証人を含む）の責任財産からの逸出と解するべきであり、債権譲渡も同

条の「払渡または引渡」に該当するものということができる」とし「将来発生する債権の譲渡についても、その譲渡性が承認されるものである限り、右の法律関係が変わるところはない」と判示した。

次に、第三説の具体的債権発生時基準説をとったものとして、東京高判平成9年2月20日判時1605号49頁がある<sup>(20)</sup>。同判決は差押の趣旨について昭和60年判決<sup>(21)</sup>の見解を引用した上「未発生賃料債権について、その譲受人の権利と右債権に対する抵当権者の物上代位権との優劣は、右債権の譲渡につき第三者に対する対抗要件を具備した時と抵当権設定登記を経た時との先後によって決する」とし「将来発生する債権等転付命令の対象とならない債権については、その譲渡がされ第三者に対する対抗要件が具備されても、右の弁済と同視できる処分等があったものとすることはできないと解するのが相当である」と判示した。

### (3) 平成10年判決

このように高裁段階で結論が分かっていた状況で、平成10年判決<sup>(22)</sup>が出されたわけである。同判決は、前述のとおり差押えの趣旨を第三債務者保護目的であることを説示した後「右のような民法304条1項の趣旨目的に照らすと、同条1項の「払渡または引渡」には債権譲渡は含まれず、抵当権者は、物上代位の目的債権が譲渡され第三者に対する対抗要件が具備された後においても、自ら目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、(一)民法304条1項の「払渡又ハ引渡」という言葉は当然には債権譲渡を含むものとは解されないし、物上代位の目的債権が譲渡されたことから必然的に抵当権の効力が右目的債権に及ばなくなるものと解すべき理由もないところ、(二)物上代位の目的債権が譲渡された後に抵当権者が物上代位権に基づき目的債権の差押えをした場合において、第三債務者は、差押命令の送達を受ける前に債権譲受人に弁済した債権についてはその消滅を抵当権者に対抗することができ、弁済をしていない債権についてはこれを供託すれば免責されるのであるから、抵当権者に目的債権の譲渡後における物上代位権の行使を認めても第三債務者の利益が害されることとはならず、(三)抵当権の効力が物上代位の目的債権について及ぶことは抵当権設定登記により公示されているとみることができ、



(四) 対抗要件を備えた債権譲渡が物上代位に優先するものと解するならば、抵当権設定者は、抵当権者からの差押えの前に債権譲渡をすることによって容易に物上代位権の行使を免れることができるが、このことは抵当権者の利益を不当に害するものというべきである。そして、以上の理は、物上代位による差押えの時点において債権譲渡に係る目的債権の弁済期が到来しているかどうかにかかわらず、当てはまるものというべきである」と判示し、債権譲渡と物上代位の優劣につき、第二説の登記時基準説をとったものである。

平成10年判決の読み方であるが、昭和59年判決・昭和60年判決は傍論で先取特権の物上代位権の行使は目的債権譲渡後には認められないとしていたのに対し、平成10年判決は、抵当権の事案であるが、目的債権が譲渡された後でも物上代位権を行使できるとした。そこで、平成10年判決によって、昭和59年判決・昭和60年判決の傍論が変更されたとすれば、先取特権についても、目的債権が譲渡された後でもなお物上代位権を行使して目的債権を差押えることができるという結論になる。

他方、平成10年判決の射程が先取特権の物上代位権行使には及ばないとなれば、目的債権が譲渡された後にはもはや先取特権の物上代位権行使はできないという結論もあり得る<sup>(23)</sup>。

### 3. 本件判決について

(1) このような状況で、本件判決は、後者の考え方をとり「動産売買の先取特権者は、物上代位の目的債権が譲渡され、第三者に対する対抗要件が備えられた後においては、目的債権を差し押さえて物上代位権を行使することはできない」とした。

その理由とするところであるが、本件判決は「抵当権とは異なり公示方法が存在しない動産売買の先取特権については、物上代位の目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むものというべきである」と判示し、その趣旨は、おおよそ、次のとおりである。

すなわち、抵当権については、登記によって公示されており、追及効を認めても第



三者に不測の損害を与えることがないが、動産売買の先取特権は、公示方法がないため、追及効を制限して第三者を保護している。とすれば、動産売買の先取特権に基づく物上代位権も、その目的債権が譲渡された場合には同じく追及効がなくなると判断したものと理解される。

(2) 道垣内教授は「先取特権においてはその公示が不十分であり、第三者が害されやすい。だから、「払渡または引渡前の差押」には第三者を害しないようにする機能を持たさなければならない。ところが、抵当権は設定登記によって公示されているのだから、第三者の保護は考えなくてよい。したがって、「払渡または引渡前の差押」に期待すべきなのは、第三債務者の保護だけになる。そこで、同じ条文の制度趣旨についての理解ではあるが、先取特権における場合と抵当権における場合とで異なるべきである」としておられる<sup>(24)</sup>。

また、内田教授は「抵当権の場合、第三者との関係は登記によって決せられるから、差押えの目的は第三債務者保護にあると言うことが可能である。これに対し、先取特権は公示されていないから、債権の譲受人等の第三者の保護が必要となり、差押えはその役割をも果たす。つまり、304条も差押えの趣旨が、抵当権の場合と先取特権の場合とで異なることになる」とし、いずれも本件判決の結論に賛成される<sup>(25)</sup>。

(3) しかし、本件判決の結論は、果たして妥当であろうか。

まず「差押の意義」であるが、第三債務者保護目的にあるという平成10年判決にも、目的債権の譲受人等の第三者の利益を保護する趣旨を含むとする本件判決にも疑問がある。

担保物権は、目的物の交換価値を把握しており、何らかの理由でその交換価値が具体化したときには、その価値代表物が特定されている間は、担保権者は物上代位権を行使できるはずである。かかる観点から「差押の意義」については、今なお特定性維持に重きが置かれるべきである<sup>(26)</sup>。

そして、このことは、抵当権であろうと先取特権であろうと同じである。

次に「払渡」と債権譲渡との関係であるが、債権譲渡が「払渡」に含まれないとい

う平成10年判決の判断は、抵当権の事案についてではあるが、正当である。

では、先取特権についてはどのように解すべきか。

たしかに、動産売買の先取特権には公示方法がないが、動産売買の先取特権は、法定担保物権であり、公示なく優先弁済効力が認められている。

また、動産売買の先取特権の目的物が売却されれば、先取特権は物上代位によって代償物である売買代金債権に対して効力を及ぼすのであり、先取特権者は、債権譲受人に対して優先するはずである。

したがって、先取特権についても抵当権の場合と同様に、債権譲渡は「払渡」に含まれないと解すべきである。そして、この結果は、必ずしも第三者の立場を不当に害することにはならない。

このことは、指名債権の二重譲渡がなされた場合と比較すると分かりやすい。もともと、指名債権の二重譲渡の場合には、譲受人には、自らを譲受人とする債権譲渡が他の債権譲渡よりも優先するかどうかを判断するすべがない。そこでは、民法467条の対抗要件の制度が用意されてはいるものの、譲受人には自らの債権譲渡に優先する債権譲渡が他に存在しないことを確認する有効な手立てはないから、債権譲受の時点では公示方法がないに等しい。

そして、譲受人が債権譲渡の対抗要件を具備しても、後日、これに優先する他の譲受人の存在が判明した場合と、当該譲受債権が物上代位権の付着した債権であることが判明した場合とで、譲受人が不測の損害を被ることはない。

つまり、本件判決のいう「目的債権の譲受人等の第三者の利益」なるものは、それほど確実なもの、ないしは、強く保護されるべきものであるとはいえない。

とすれば、譲受人が債権譲渡の対抗要件を具備しても、目的債権の弁済が現実になされ目的債権が消滅するまでの間は、先取特権者は物上代位権を行使できるとしても、第三者の立場を不当に害するとはいえない。

また、本争点は、目的債権について物上代位権という特別の利害関係を有する先取特権者とそのような立場にない一般の債権譲受人との利益考量の問題でもあるから、その観点からみても特別担保権者である前者を一般債権者に順ずる後者に優先させたとしても格別の不都合はない上に、「払渡」と債権譲渡の関係について、抵当権と先取

特権とで別異に解する必要もなくなる。

以上の次第であるから、本件判決の結論は、妥当なものとはいうことはできないであろう<sup>(27)(28)</sup>。

---

【注】

- (1) 「物上代位権の行使と目的債権の譲渡の優劣」という問題が本格的に議論されるようになったのは、賃料債権に対する抵当権の物上代位権行使が最判平成元年10月27日民集43巻1070頁によって無条件に肯定されてからのことである。
- (2) この問題について整理されたものとしては山田卓生ほか「分析と展開民法」25頁以下〔鎌田薫〕(弘文堂、第2版、1997年)
- (3) 我妻栄「新訂担保物権法」288頁(岩波書店、1968年)、川井健「担保物権法」59頁(青林書院、1975年)、川井健「民法概論2」404頁(有斐閣、1997年)、石田喜久夫「口述物権法」351頁～352頁(成文堂、1982年)、柚木馨・高木多喜男「担保物権法(第三版)」271頁(有斐閣、1982年)
- (4) 谷口安平「物上代位と差押え」(初出奥田昌道ほか編「民法学3」(有斐閣、1976年))民事手続法論集4巻「民事執行・民事保全・倒産処理(上)」118頁
- (5) 石田文次郎「担保物権法論上巻」81頁～82頁(有斐閣、1935年)、道垣内弘人「担保物権法」120頁(三省堂、1990年)、内田貴「民法」368頁～369頁(東京大学出版会、1996年)、生熊長幸「判批」別冊ジュリ民法判例百選 第四版183頁(1996年)、なお、野山判事は優先権保全説を二つに分類され、第一を「債務者の一般財産への混入防止」から説明するものとし、第二を「物上代位権の公示による取引の安全」から説明するものとされる(野山宏「判解(平成10年度)」20頁)。
- (6) 谷口安平前掲(注4)書118頁～119頁
- (7) 近江幸治「担保物権法(新版補正版)」144頁(弘文堂、1998年)、高木多喜男「担保物権法(新版)」133頁～134頁(有斐閣、1993年)、清水誠「判批」別冊ジュリ民法判例百選 第二版195頁(1982年)
- (8) 清原泰司「物上代位の法理」27頁～29頁(民法研究会、1997年)
- (9) 大判大正4年3月6日民録21輯363頁、大判大正4年6月30日民録21輯1157頁
- (10) 大連判大正12年4月7日民集2巻209頁
- (11) 昭和59年判決のいう「債務者」には第三債務者も含まれるとの見方もある(野山宏前掲(注5)「判解」24頁)
- (12) 評釈として松岡久和「判批」民商120巻6号116頁(1999年)、古積健三郎「判批」私法判例リマークス19号26頁(1999年)、清原泰司「判批」判時1643号216頁(1998年)、加藤新太郎「判批」NBL658号73頁(1999年)、升田純「判批」金法1524号44頁、小磯武男

- 「判批」金法1536号26頁(1999年)、秦光昭「判批」金法1581号172頁(2000年)
- (13) 本文に掲げた判示は平成10年判決(事件最二判平成10年1月30日)による。ちなみに、事件は抵当権者を原告とし第三債務者である賃借人を被告とする取立訴訟であり、事件最三判平成10年2月10日判時1628号9頁は、債権譲受人を原告とし抵当権者を被告とする第三者異議訴訟であるが、いずれも抵当権設定登記後に抵当不動産についての将来発生する賃料債権が譲渡され、その対抗要件が具備されたが、その後に抵当権者が物上代位権を行使して賃料債権を差し押さえたというものである。
- (14) 道垣内弘人「賃料債権に対する物上代位と賃料債権の譲渡」銀行法務522号15頁(1996年)なお、他にこの考え方をとるものとして、荒木新五「物上代位による賃料債権の回収と根抵当権の極度額」金法1483号22頁(1997年)、佐久間弘道「物上代位に基づく差押えの意義」金法1579号26頁(2000年)、ただし佐久間教授は譲渡が執行妨害にあたりまたは抵当権者に損害を及ぼすときはこの例外とされる。
- (15) 秦光昭「将来債権の譲渡と抵当権に基づく物上代位の優劣」金法1455号5頁(1996年)、秦光昭「物上代位における「払渡」前の差押えの意義」金法1466号13頁(1996年)、清原泰司前掲(注8)32頁、なお、清原泰司「抵当権の物上代位性をめぐる実体法上の問題点」加藤一郎ほか編「担保法大系1巻」360頁(金融財政事情研究会、1984年)
- (16) 特定性維持説からも同様の結論となる。たとえば我妻栄前掲(注3)書290頁、柚木馨・高木多喜男前掲(注3)書274頁。
- (17) 松岡久和「判批」民商120巻6号131頁(1999年)
- (18) 平成10年判決(最二判平成10年1月30日)の原審判決である。評釈としては清原泰司「判批」判時1606号175頁(1997年)
- (19) 最判昭和60年7月19日民集39巻1326頁
- (20) ただし、この東京高判は優劣を決する基準としては、抵当権設定登記と債権譲渡の対抗要件具備の先後とする。評釈として、清原泰司前掲(注18)「判批」175頁、原田敏章「判批」判タ978号46頁(1998年)、鎌田薫「判批」金法1492号36頁(1997年)、高木多喜男「判批」私法判例リマーク17号18頁(1998年)
- (21) 最判昭和60年7月19日民集39巻1326頁
- (22) 最二判平成10年1月30日民集52巻1頁
- (23) 野山宏前掲(注5)「判解」33頁は「本判決の直接の射程は、代位の目的となる債権につき対抗要件を具備した債権譲渡がされた後に抵当権者が物上代位権を行使できるかという点に限られ、隣接する諸問題(代位の目的となる債権について転付命令が発せられ確定した後の物上代位の可否、代位の目的となる債権について債権質が設定された場合の物上代位権との優劣、物上代位権者の担保物権が先取特権である場合と担保権が抵当権である場合との異同)については及ばないことに留意すべきであろう」とする。
- (24) 道垣内弘人「判批」別冊ジュリ民法判例百選 第五版175頁(2001年)、なお道垣内弘人「担保物権法(第2版)」64頁(有斐閣、2005年)、古積健三郎前掲(注12)「判批」27頁
- (25) 内田貴「民法(第3版)」517頁(東京大学出版会、2005年)

- (26) 高橋眞「判批」ジュリ臨増1157号70頁(1999年)が平成10年判決について「第三債務者保護説をとるとしたのは、単に優先権保全説をとらないことを宣言しただけであり、差押えの対抗要件としての性格を否定することによって、事実上は特定性維持説をとっているものというべきである」と評するのは正当である
- (27) 原審の評釈として清原泰司「判批」金判1212号59頁(2005年)があり、清原教授は同「判批」64頁で本件判決について「差押え」の趣旨を基本的に誤解し、先取特権を一般債権と同視するものであり、到底賛成できない」とされる。
- (28) 本件判決についての評釈としては、原田剛「判批」法学セミナー606号118頁(2005年)、渡部晃「動産売買先取特権に基づく物上代位権の行使と目的債権の譲渡」金法1745号20頁、金法1746号117頁(2005年)、遠藤研一郎「判批」銀行法務650号72頁(2005年)がある。



【附記】

第2期生入学式 学長告辞

2005年4月2日

## 2005年入学式告辞

大宮法科大学院大学学長

住吉 博

わが大宮法科大学院大学に入学し、いまここに集われている皆さんを、心から歓迎いたします。

最初にあえて一言しなければなりません、当大宮法科大学院のみならず、日本の法科大学院総体がいまだ教育訓練機関として確立されるまでには至っていないというのが現状であります。その事情は皆さん方もかなりの詳しさでお気付きのところでしょう。日本の教育制度史上、そして法律家供給制度史上初めて導入されようとしている法科大学院という学校をめぐり、その理想像についていまだにさまざまな論議が交わされています。

さてそうではあっても、今日のこの入学式に際して、次のことは確實であると言わなければなりません。すなわち、皆さんが大宮法科大学院大学で学ぶことを選択されたのは、日本の法律家資格を取得したいという願望を抱いてのことでしょう。つまり新司法試験に合格したいというのが皆さんの入学の動機をなしています。もしもこの事実を否定したり無視したりしようとするならば、そこにどのようにレトリックを弄するにしても、人間の条件である誠実性に大きな疑問が突き付けられることになるでしょう。

そうした認識のもとに、大宮法科大学院大学での勉学にかかわり、私の立場から多少の見解をこの機会にご披露したいと思います。皆さんのこれからの勉学の指針として多少でも役立つところがあれば幸いです。



ときに、高等教育機関での法学教育の目標は司法試験に合格させるところに設定されるべきではない、という意味の語りを聞くことがあります。確かに法科大学院大学は、良き法律家、現実社会に有用な法律家を送り出すことこそが理想とされるべきでしょう。しかし、この文脈において注意しなければならない一点は、十分条件についての言明と必要条件についての言明が混同されるのを避けることです。司法試験合格が社会に有用な良き法律家の十分条件ではない、司法試験合格以外の素養も良き法律家には要請される、というのは確かな判断でありましょう。しかし、だからと言って、決して司法試験合格が実務法律家の必要条件でなくなるわけではありません。現在の日本の法律制度のもとでは、ごく少数の例外を除き、裁判官、検察官あるいは弁護士として活動することが許される要員は、司法試験に合格した人々に限られています。

そこで、実務法律家として活動するにあたっての必要条件である司法試験合格について考えてみましょう。司法試験を突破するための勉強、言い換えれば法律専門職に就くために法律学を学ぶことは、一人の個人にとってどのような精神的営みを意味するのでしょうか。それは要約して言えば、近代の制度として専門職に位置付けられる法律家に負わされた公共的役割を十全に果たすという自覚をもって、近代法の存在意義と基礎知識を会得することです。

われわれのまわりを見回してみると、いまなお俗識の世界では、明治の文明開化とともに日本にもたらされた近代法の存在意義が的確には理解されていない事例に出会うことがあります。

一例を挙げると、『司法大改革 あなたは人を裁けますか』という題を付されたテレビ番組が最近放映されていました。裁判員制度導入との関連で作られた番組ですが、ここで番組の内容や裁判員制度の可否について論議しようと言うものではありません。それはそれとして重要な話題ですが、いま問題にしたいのは、「人が人を裁けるか？」という問いかけを番組の標題に選ぶ意識をもった人たちが、公共放送の番組を製作する側にいる、という事実です。

「人が人を裁けるか？」と述べられているのは、いわゆる修辭的疑問文に該当する命題としてであり、実は人が人を裁くなどのことは許されようがない、あるいは実行不可能である、という倫理的判断を暗黙の前提にしてこの疑問文は立てられています。「復讐するは我にあり」とか「汝らのうち罪無き者、この者を石にて打て」という教えも想起されるでしょう。日本のマスメディアの世界にもその程度にはおそらくキリスト教倫理の浸透があるようです。

しかし、司法大改革の一環として採用されようとしている裁判員の仕組みは、刑事裁判の領域に属しています。この関連において強調すべきなのは、〈人が人を裁く〉のを否定するところに、現在の刑事裁判制度の契機があるということです。つまり司法試験でその要員を選抜しようとしている司法は、倫理とは識別される実定法裁判規範が支配する領域の活動なのです。

刑事司法の裁判規範である刑法も民事司法の裁判規範である民法も、それぞれに独自の近代法原理を基礎に据え、論理整合的な規範体系として確立されています。もちろん個別の事案の法的処理に際しては、併せて社会規範の実態を考慮したり、基底にある倫理的価値判断を併用したりせざるを得ない局面に遭遇することはあるでしょう。裁判員はそのときに大きな働きをすと思われれます。しかしそのときにあっても、決して人が人を裁くことになるわけではありません。刑事裁判であれ民事裁判であれ、やはり近代国家の法技術として制定されている手続法規に規制されて、司法制度の運用という枠の中に収まる公権力の作用であるに他ならないのです。そうあるべきことが、現在の日本の憲法的要請なのであります。

法律家を志望する人々にまず要求されるのは、そうした実定法の組織体系と基礎原理を自家薬籠中のものにしてしていることです。それを達成するところに、司法試験のための受験勉強の眼目があります。そしてこの受験勉強は、一人の人間がその生涯の一時期において全精力を傾注するに値するだけの価値がある営みなのです。

さきに司法試験合格は実務法律家にとり、必要条件であるけれども十分条件とは言えない、と申しましたが、実務法律家にとっての十分条件はいかなるものであるのかを論じる重要な命題は別の機会に譲ることにしましょう。大宮法科大学院のカリキュラムは、法律家倫理の教科にも大きな比重を割いておりますし、その他の教科に関連してもその問いに答える発言がされる機会は少なからずあるはずです。

いま指摘しておきたいのは、次のことであります。すなわち司法試験合格だけでは十分条件を充たしていないと判断されるのであれば、その事情に新たな角度から光りをあてて次のようにも言えることになるのです。司法試験のための受験勉強は、それだけで良き法律家の要件を完全に充足することまでを目標としなくてもよいことになります。十分条件を充足するための勉強および訓練は、司法試験通過後にも行われてよいのです。むしろその方が効率的です。少し思いを致すならば、司法試験受験準備として、法律基本科目の勉強に集中すると同時に実践的授業や特殊プログラムでの勉強にも没頭せよ、というのは通常の間人にとっては無理を強いるものであることに気が付きます。それは、新司法試験の合格率が仮令80パーセントに設定されていても、やはり言えることです。人は20パーセントの不合格率を知りながら受験勉強をおろそかにするなど、通例あり得ないでしょう。まず試験合格達成ありきという機微に、われわれは十分に思いを致すべきであります。

ここで「受験勉強」というのが、いわゆる詰め込み、一夜漬けの浅薄で失われやすい表面的な知識獲得を意味しているのではないことも改めて強調しておかなければなりません。新司法試験に関しては、すでにサンプル問題が提示されております。それはこれまでの旧司法試験が六法縦割り論点主義出題であったのと比較すれば、基本的実定法の修得について、実務法律家適性をテストするものとしてかなり改善された内容になっています。そのような試験のための受験勉強を、呼び名では同一である他の

機会での受験勉強と区別しないまま立論しようとするのは不当の極みです。

そうした視野の中で次のような将来の課題があることを、あわせて今日ここであえて指摘しておきます。3年後に皆さんは新司法試験を受験されることになります。全員が目出たく合格を勝ち取られることを祈っておりますが、あるいは不運にも一回目は失敗したという人が出てくるかもしれません。そうなっても、法科大学院修了後5年の期間内に3回は繰り返し試験を受けることを認める、というのが新しい司法試験法の定めですから、第1回目は成功しなかった人もなお気を取り直して再挑戦を試みようとするのが、むしろ通常の反応かと思われます。そして、すでに大宮法科大学院大学設置者の側には、そのように再挑戦する学生を勉学施設などの面で支援するための考慮があるのです。

それは貴重な施策であり歓迎すべきことでありますが、そのうえさらに私が望むのは、挑戦者のために配慮するのと並行して、成功者のために配慮することでもあります。要約してその構想を説明しますと、3年間の法科大学院課程に加えて、司法試験に合格した人たちが、さらに高度な法律専門知識を学び特別法分野の実務技能を修得するための場として、仮称「高等教育訓練課程」を設けてはいかがであらうか、と思われるのです。

現在は司法試験合格後に司法研修所での司法修習が実施される仕組みですが、現実問題として、その仕組みはすでに生じている諸条件の変容に照らせば、大きく改革されるより他ないと見通されます。試験合格後の専門職能教育は、ただちに裁判官となる途を選ぶ合格者たちには研修所での司法修習を、ただちに弁護士となる途を選ぶ合格者たちには法科大学院が提供する「高等教育訓練課程」を、という複線型で構想されてもよいのです。

そしてやがては、すべての裁判官は実務弁護士の中から任用されるという方式が一般化すれば、いわゆる法曹一元が日本でも現実のものとなるでしょう。法科大学院の設置は、法律家養成供給システム改善の第一歩にしかすぎないのです。



## 執筆者紹介

上田正和

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

北沢義博

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

中島広樹

大宮法科大学院大学法務研究科教授

田中 宏

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

佐伯一郎

弁護士、大宮法科大学院大学法務研究科教授

(掲載順)

## 大宮ローレビュー 第2号

2006年3月 初版第一刷発行

---

発行 大宮法科大学院大学  
埼玉県さいたま市大宮区桜木町4丁目333番地13号  
TEL 048-658-8101 FAX 048-658-8102  
<http://www.omiyalaw.jp>  
E-mail: info@omiyalaw.jp

印刷 東京ラインプリンタ印刷株式会社  
東京都板橋区中丸町13-1 ゲオタワー池袋  
TEL 03-3972-4774 FAX 03-3972-6483