

日本法學

第八十四卷 第一号 2018年6月

論 說

穂積陳重のローマ法講義について 吉原達也

労働事件における法人格否認の法理 南健悟

ドイツ法における買主による解除前の使用行為
——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して—— 野中貴弘

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体
——デビットカード取引契約の法律構造を参考に—— 田中夏樹

判例研究

公務員に対する求償権行使における重過失要件の検討

(福岡高判平成二九年一〇月二日ウエストロー・ジャパン文献番号二〇一七 長谷川 福造

WLJPCA 一〇〇二六〇〇二)

日本法学 第八十三卷第三号 目次

論 説

金融機関における新たな二つの防衛線と
リスクガバナンスの実践
…… 藤 川 信 夫

——内部制および監査ならびにFinTech関連諸問題を踏まえた組織法的考察——

集会の自由とイベント文化 …………… 岡 田 俊 幸

大正十二年・競馬法の制定による馬券の合法化について…… 末 澤 国 彦

日本法学 第八十三卷第四号 目次

論 説

刑法における名譽 …………… 設 楽 裕 文

カナダ初期憲法史 …………… 甲 斐 素 直

FinTech 関連法制の課題と展望
——国際私法、国際金融規制の交錯—— …… 藤 川 信 夫

判例研究

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項
——*Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 137 S. Ct. 2012 (2017)—— …… 高 畑 英 一 郎

学校施設の目的外使用に対する不許可処分に関する検討
(大阪高判平成二十七年一〇月一三日判時二九六号三〇頁) …… 長 谷 川 福 造

雑 報

日本法学 第八十三卷 索引

穂積陳重のローマ法講義について

吉 原 達 也

はじめに

本稿は、穂積陳重^①の『羅馬法講義筆記』^②を手がかりに、わが国におけるローマ法講義の草創期の状況の一端を検討することにある。穂積陳重は、一八五五（安政二）年、伊予宇和島に生まれ、一八七〇（明治三）年に貢進生として当時の大学南校・開成学校を経て、一八七六（明治九年）にロンドン大学キングズ・カレッジ、ミドルテンプル法曹院に入学し、一八七九（明治一二）年にバリスターの称号を受け、一八八〇（明治二三）年ドイツ・ベルリン大学を経て、一八八一（明治一四）年に帰国、東京大学法学部講師を経て、一八八二東京大学教授兼法学部長に就任し、法理学^④、民法、比較法学など法律学の幅広い分野で日本の先駆者、開拓者として活躍したこと周知のことである。一八八六（明治一九）年以後、帝国大学法科大学教授として、法理学とともに、「羅馬法」を講じた時期があった。法科大学に

おける邦語によるローマ法講義は穂積陳重に始まったことになる。原田慶吉は、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三人を評して「孰れも他を凌駕し、当時の最高水準に位した羅馬法学者であつた」とし、とくに穂積陳重について「儒帝の立法事業に付いて御進講申し上げた穂積陳重は、過去の学歴に於ても明治十九年度より二十二年度迄帝国大学に於て羅馬法を担当し、其比較法的進化論論述中に散在する羅馬法に関する事項の外、其早期の「万法帰一論」や「羅馬法を講ずるの必要」と等の全部又は大部分羅馬法に関する論文に於て、其学力の片鱗を覗かせてゐる⁶」、と記している。大著『法律進化論』に至るさまざまな段階でつねにローマ法の重要性が説かれているが、とりわけ早期の諸論文が書かれた時期と、ローマ法の講義が行われた時期が重なっていることから、『羅馬法講義』は穂積陳重のローマ法理解が具体的にどのようなものであつたかを知る重要な手がかりを得られるものと考ええる。この講義が行われた時期は、イギリス法、フランス法からドイツ法へと力点が移っていく時代にあたり、実際穂積陳重自身そうした流れをリードした存在であり、講義にもたしかにドイツ法への関心が示されているが、むしろ穂積陳重の法理学と同様に、その根底のところで、メイン『古代法』をはじめとするイギリス法学との関わりにとくに注目しておきたいと思つている。そこで以下では、わが国における草創期のローマ法教育の変遷を一瞥したあと、『羅馬法講義』の内容を検討し、穂積陳重のローマ法との関わりについて考察を進めることとしたい。

一 草創期のローマ法教育の変遷

穂積陳重『羅馬法講義』の具体的な検討に先だつて、まず、草創期のローマ法教育の変遷を一瞥しておきたい。

わが国においてローマ法教育は、東京開成学校におけるイギリス人法学教授グリグズビー (William Ebenezer Grigsby, 1847-1899) によるローマ法講義を嚆矢とする。⁽⁷⁾ローマ法は「羅馬法律」という講座名で登場し、二年本科中級および三年本科上級に配当されている。講義は英語で行われ、その内容は、グリグズビーによる試験問題からその一端をうかがうことができる。一八七六年 (明治九) 年東京開成学校年報 (欧文) によれば、相続法と債権関係を中心に八問が出題されている。ユスティニアヌス『法学提要』の第二巻、第三巻に関連する語句の意味が問われるだけでなく、例えば第一問では「信託遺贈 Fidei-commissa」の意味と、イギリス法上の制度との比較、第六問では「言語契約 contract verbis」の意味と、イギリス法上の契約との関連が問われていることから、グリグズビーによる講義の傾向をうかがうことができる。⁽⁸⁾

一八七七 (明治一〇) 年、東京開成学校が東京医学校と併合して東京大学となり、その後一八八一 (明治一四) 年にかけて、ローマ法は、一時的にカリキュラム上から消えていた時期があるが、一八八二 (明治一五) 年に復活する。⁽⁹⁾ローマ法を講ずる目的は、「羅馬法ハ法学第一年及第二年ノ両期間ニ之カ大意ヲ教ヘ以テ後來英仏両国ノ法律ヲ学ブノ予修トナスモノトス」ということにあつた。⁽¹⁰⁾この時期、「羅馬法律」は第一年級に配され、アメリカ人テリー (Henry Taylor Terry, 1847-1936) ⁽¹¹⁾ によつて担当されており、講義は「サンダル氏ノ翻譯ニ係ルジャスチニヤン法典」⁽¹²⁾を教科書となし、人事編の大意が講じられた、とされる。テリーは、一八八四 (明治一七) 年七月をもつていったん法学教師の地位を離れ、アメリカに帰国している。⁽¹⁴⁾同年一月にドイツからオットー・ルードルフ (Otto Rudorff, 1845-1922) が来日し、法学部において国法学とローマ法を講じたとされる。⁽¹⁵⁾他方、一八八三 (明治一六) 年七月、穂積陳重等の建議により法学部に別課法学科が設けられる。⁽¹⁷⁾穂積陳重の回想によれば、その目的は、一つには本科生の不足を補う⁽¹⁶⁾

ことであり、「社会の急需」に応ずることにあったが、「其主眼とする処は、邦語教授の端を開く」ことにあった。⁽¹⁸⁾この別課法学科でローマ法を講じたのが渡邊安積 (1859-1887) であつた。⁽¹⁹⁾その編輯になるとされる『羅馬法 全』の序にはこう記されている。「予曾て大学の嘱托を受け羅馬法を講するに方りマツケルデキ ハンター ポスト サンダー マクケンジー諸氏の羅馬法書に拠り其大要を纂述したる者漸く積みて一冊子を成す頃日小閑を得たるに由り修正補綴を加へ以て世に問ふ。」⁽²⁰⁾と。これによれば、同書は別課法学科における講義の成果として公表されたことがうかがえる。⁽²¹⁾渡邊は英吉利法学校の創設にも参画しており、一八八七 (明治二〇) 年に二九歳の若さで病没している。⁽²²⁾邦語教育の端緒にすでにローマ法が講義科目として組み込まれていた。渡邊がローマ法講義の典拠として挙げているマツケルダイラについては、穂積陳重とローマ法講義との関連であらためて触れることにしたい。

一八八六 (明治一九) 年、帝国大学令の制定により、従前の東京大学法学部 (前年文学部理財学科の移管後は法政学部) は、司法省法学校の後進にあたる東京法学校をいわば「吸収合併」する形で、帝国大学法科大学へと改組される。それ以後も毎年のようにめまぐるしい制度改革が行われる中で、ローマ法はつねに一定の位置を占めていた。⁽²³⁾穂積陳重は、一八八六 (明治一九) 年法科大学教授として「羅馬法」「法理学」を担当することになり、⁽²⁴⁾一八八九 (明治二二) 年までローマ法の講義を担当したと考えられている。⁽²⁵⁾

一八八七 (明治二〇) 年にはドイツ人法学教師ヴァイペルトの名前が国法学とともに、「羅馬法」法の講義担当者にその名を連ねている。⁽²⁶⁾ヴァイペルト (Heinrich Weipert, 1856-1905) は、一八八九 (明治二二) 年まで法科大学に在籍したが、ローマ法の講義に関して、一八八七 (明治二〇) 年七月に刊行された『法学協会雑誌』に「羅馬法及法典編纂論」という一文を寄せている。⁽²⁷⁾ローマ法を研究する意義が法典編纂という当時の課題との結びつきが強調されている

点が注目される。「羅馬法ノ勢力ヲ有スル所以ハ独前段ニ述ベタル如クニ直接ニ其原理規則ヲ仮用シタル場合ニ於テ其淵源ニ溯ヘリ。現行法ヲ研究スルノ利益アルノミニ由ルニアラズ又特更ニ羅馬法ノ規則ヲ變更シ又ハ廢棄シタル場合ニ於テモ新法ノ方向ヲ定メ其精神ヲ探リ以テ新法ノ適用ヲ知ラント欲セバ其沿革ニ依ラザル可ラザルコトアリ。是等ノ理由アルヲ以テ仏蘭日耳曼等ノ如ク羅馬法ニ基キタル法典ヲ有スル諸国ニ於テ羅馬法ヲ沿革的并ニ論理的ニ研究スルノ必要ハ法典編纂ノ為メニ決シテ減少スルコトナシトハ皆人ノ信ズル所ナリ若シノ果シテ該法ヲ修ルハ法典編纂ノ準備トシテ必要ナリシモノナレバ編纂結了後ニ之ヲ理會シ之ヲ適用スル為メニモ亦等シク必要ナルベシ又更ニ一歩ヲ進メテ論センニ該法研究ハ法律ヲ改良修正スル為メニ必要ナリトス。何トナレバ初メ法律ヲ制定スルノ際ニ準拠シタル原則ハ後日ニ至リ之ヲ修正改良スル為メニモ亦準拠セザル可ラズ」⁽²⁸⁾」(三二―三三頁)

「本会場ニ在ル諸君ハ皆知ラル、如ク日本国ニテモ數年來羅馬法ノ研究ハ二三ノ法律學校ニ於テ始タリ又帝國大學ニテハ次学年ヨリ大ニ之ヲ擴張スベキコトヲ決セリ。今ヤ何人ト雖トモ此拳ヲ賛成セザルヲ得ズ。其理由ヲ求メント欲セバ先ヅ日本近時ノ立法史ヲ顧ルベシ。概シテ近時ノ制度ハ西洋ノ法律ニ拠ルモノナレバ其原理規則ノ淵源ハ遠ク羅馬法ニ在リ。故ニ新法ヲ理會適用セント欲セバ羅馬法ヲ研究スルヲ要スルナリ。特に伝聞スル所ニ依レバドユ、ボアソナード氏ノ起草セル草案ハナポレオン法典ニ拠ルコト少クシテ羅馬法(Pandects)ニ基ク所多シト聞キタレハナリ。又説令前述ノ如キ事實ナクシテ日本法律ハ全ク固有法ニシテ国内ニ成長シタルモノトナスモ尚ホ法律家ヲシテ羅馬法ヲ研究シ整備シテ且論理ニ明カナル法律思想ヲ得セシムル為メニハ不朽ノ価格アルコトハ日本国ニテモ決シテ世界各国ニ於ルト異ナルコトナシ」⁽²⁹⁾」(三七―三八頁)

この一文が掲載されたのは一八八七(明治二〇)年七月のことであるので、実際の演述がなされたのはそれ以前の

時期になる。これによれば、次学年から、おそらく明治二〇年九月以後「羅馬法」の拡張が告げられている。この年法科大学は、従前の法律学科一科（英法）、二科（仏法）体制から、独法を加えて三部体制へと拡充されるのであるが、その中で、羅馬法の講義も拡充されていた。ヴァイペルトが右に引用した一文以上に、具体的にどのような講義を行ったかは明らかにできないが、以下に見る穂積陳重『羅馬法講義』は、まさにその時期の記録としても貴重な意味をもつ。

一八八八（明治二二）年にドイツ留学から帰国した宮崎道三郎によつて、一八八九（明治二三）年以後、羅馬法、法制沿革、独逸法制史が順次講じられ、一八九三（明治二六）年、講座制が導入にあたつて、宮崎が最初の「羅馬法講座」担任となり「法制史比較法制史講座」も兼担した⁽³⁰⁾。日本大学総合学術情報センターに、謄写刷の宮崎道三郎『比較法制史』上下巻が残されている⁽³¹⁾。上巻が「羅馬法制史」、下巻が「独逸法制史」にあたる。宮崎はこの比較法制史の講義を長く続けていたようである⁽³²⁾。一八八九四（明治二七）年に留学から帰国した戸水寛人が「羅馬法講座」担任となり、辞職する四〇年代まで「羅馬法」を講じたのであるが、宮崎の「羅馬法制史」と戸水の「羅馬法」とがどのような関係にあったのかは今後の課題としておきたい。

二 穂積陳重のローマ法講義

1. 穂積陳重のローマ法講義については、いくつかの学生による講述筆記録ないし謄写本が残っており、その内容を知ることができる。ここでは、国立国会図書館所蔵本により、その内容を概観することにした⁽³³⁾。全体は、総論とし

て「羅馬法の必要」が語られたあと、第一編 羅馬法律史として、第一章から第五章までに分けて、ローマ建国の時代から、近代ドイツにおけるローマ法研究の時代までが概観される。その構成は以下の通りである。

総論 羅馬法の必要「1」 第一 立法上の必要「2」 甲 欧米現行法の淵源、乙 国際法の基礎 第二 法学上の必要「7」 羅馬法の完美なる点用語厳正 編纂整正原則に富むこと

第一編 羅馬法律史「8」

第一章 第一期 羅馬建国より十二銅表の時に至る、即ち不文法の時代七百五十年より四百五十年に至る「10」

十二銅表 第一表 訴訟法「17」 第二表 訴訟法「18」 第三表 負債の事「20」 第四表 家長権「22」 第五表 相続後見「26」 第六表 所有権「30」 第七表 地所建築道路樹木に關す「39」 第八表 私犯法「39」 第九表 刑法「52」 第十表 宗教「55」 第十一表 婚姻「56」 第十二表 奴隸「56」

第二章 第二期 十二銅表制定より「シセロー」の時代に至る、成文法の時代紀元前四百五十年より紀元前百年に至る「59」

平民権伸張を助けたる法典 第一 Lex Canuleia 紀元前四百四十五年両族の交婚を許す 第二 Lex Valeriae et

Horatiae 紀元前四百四十四年 平民国会立法権原の端緒を開く 第三 Lex Publilia 紀元前三百卅九年 平民法は

元老院の認可を要せず 第四 Lex Hortensia 紀元前三百卅九年 平民法は国民全部を支配す。此時羅馬に法行はる

「62」 固有法 jus civile 俗人法にして羅馬人に行はる 普通法 jus Gentium 族隸諸国就中伊国地方に普通なる慣習を云う、普通法を有形の自然法と見做し遂に固有法を圧倒せり

第二期行はれたる法律の種類 [66] 第一 *Leges* 法公法に属す 第二 *Plebiscita* 平民法 第三 *Senatus Consulta* 元老院令主として公法に關す 第四 *Praetoris Edicta* プレートル告受書 第五 *Leges non scripta* 不文法又は慣習法

第三章 第三期 学説法の時代成文法發達の時代 紀元前百年より紀元二百五十一年に至る、即ちシセロよりアレキサンドル セベラス帝に至る [68]

皇帝の権力 [68] 第一権 行政司法の長官 第二権 属隸諸国の長官 第三権 永久の命令者 第四権 調査官の長 第五権 宗教の長 第二期に於る法律の種類 [70] 第一 *Lex Plebiscita* 第二 *Senatus Consulta* [69] 第三 *Constitutiones* 帝憲の種類 [70] 一 *Edicta* 勅令 二 *Mandata* 勅諭 三 *Decreta* 勅裁 四 *Rescripta* 勅答 第四 *Edictum* プレートル告受書 [72] 第五 *Responsa Prudentium* 法律家の学説主たる法源なり [72] 羅馬に於る法律五大家 [73] *Papinianus, Paulus, Ulpianus, Gaius, Modestinus* 第三期中の二学派 [75] *Proculiani, Sabiniani* ガイヤス発見の困難 [77]

第四章 第四期 法典編纂の時代紀元二百五十年より紀元五百五十年に至る [80]

政体の変遷 法律の変遷 [80] グレゴリヤン・ヘルモゲニアン法典 [81] セヲドシヤス法典 [82] ジャスチニアン法典 [83] 第一 *Codex* 第一法典 第二 *Codex Repetitae Praelectionis* 第二法典 第三 *Digesta or Pandectae* 会典 第四 *Institute* 教科書 第五 *Novellae Constitutiones* 新法 *Corpus Juris Civilis*

第五章 ジャスチニアン帝以後羅馬法の衰亡及再興 第一 東帝国に於る羅馬法の運命 [88] *Basilica* 第二 西帝国に於る羅馬法の運命 [88] 帝国と共に亡ぶ 第三 中世羅馬法の再興 [89] イルネリヤスボロナに講筵を開

く羅馬法の欧州に起こりたるは伊国之を近世に傳へたるは仏国之を完全ならしめたるは独逸国なり 第四 第十六世紀の仏国法律家 アルシャス「アルチャート」ブルジュに講筵を開く、キュジャス之を次ぐ「90」 第五 イスパニヤ及フランダに於る羅馬法 グロシヤス、ビンケルシュック「93」 第六 英国に於る羅馬法 英法学者少し「93」 第七 独逸国に於る羅馬法 ガイヤスのインスティチュート、セヲドシヤス法典ウルピヤン著書を發見せるは「皆独逸」也「95」 羅馬法律歴史終り「96」

2. まず、総論として、「羅馬法の必要」について語られる。³⁴ 第一に、立法上の必要として、甲 欧米現行法の淵源³⁵、乙 国際法の基礎が論じられ、³⁶ ついで、法学上の必要³⁷として、ローマ法の「完美なる点」³⁸として、用語が嚴格であり、編纂布置がよく整い、原則に富むことが指摘される。穂積は、留学から帰国して以後、おりにふれてローマ法研究の重要性を説いていた。穂積によるローマ法講義の時代の終わり頃、一八八九（明治二二）年三月には、「羅馬法を研究する必要」と題する論文を『日本之法律』に發表している。その論旨と構成は、講義冒頭で語られている「羅馬法の必要」と基本的に一致する。「羅馬法は如斯其勢力大なるを以て、余は此羅馬法を講ずるに当り、現今歐洲諸国の法律の淵源を探り、且羅馬法をして法理学を研究するの材料たらしめんとす。³⁹」その用語は厳正で編纂布置もよく整い、原則に富んでいるが、実用にはずれず、分析法理学にとつては貴重な材料であることが示される。その論旨をもう少し敷衍すると、ローマ法は近世文明諸国法律の基礎であり、一旦これを学べば容易に諸国の法を学ぶことができる。ローマ法を基礎として諸国の法律を比較することができるので、ローマ法は比較法学の貴重な材料である。ローマ法はその発生から発達に至るまで「一大期」があるので、歴史法学研究には無類の材料となる。ローマ法は国

際法の材料ともなっており、国際法を学ぶ者にも貴重な参考となる。以上のようなことが、ローマ法の必要が説かれる所以である。

以上の「羅馬法の必要」は、二回にわたって講じられた。三回目以後、ローマ法律史が語られることになるが、これは一二月六日の二五回目まで続き、第一学期はここで終了する。

3. 第一編 羅馬法律史として、四つの時代、即ち、第一期 不文法の時代、第二期 成文法の時代、第三期 学説法の時代 成文法発達の時代、第四期 法典編纂の時代に分けて、国初よりユスティニアヌス帝の時代までが、そのあとにユ帝以後の近代に至るまでが概観される。このようなローマ法律史の時代区分は標準的なものであると考えられるが、そのモデルの例として、マッケルダイ (Ferdinand Mackeldey, 1784-1834) の教科書⁽⁴⁰⁾を指摘しておきたい。先に挙げた渡邊安積の『羅馬法 全』の序にもその名前が最初に挙げられており、穂積陳重を通じてマッケルダイの教科書を知っていたのではないかと思われる。マッケルダイは、一九世紀前半のドイツ法学を代表するローマ法学者の一人であり、創設されたばかりのボン大学のローマ法教授を務めた。マッケルダイの『ローマ法教科書』は、多くの版を重ねた作品であり、大著であるにもかかわらず、二種類の英語翻訳⁽⁴¹⁾があるほど、当時の英米の法学に大きな影響を与えていた。マッケルダイの教科書は、一八四五年に原著一二版に基づくものとして、Compendium of Modern Civil Law の名前で翻訳されている。『羅馬法講義』の時代区分に登場する「羅馬建国より十二銅表の時に至る」「シセロよりアレクサンドル セベラスに至る」といった表現、四つの時代、ユスティニアヌス以後の時代と、ローマ法のドイツへの継受の扱いなど、構成としてマッケルダイの著書のそれと類似している。先の渡邊の『羅馬法 全』も

簡略化されているが、その構成は近い。もちろん穂積陳重の講義自体は、確かに外形的な類似性は指摘できて、内容は独自のアレンジが施されていることはいうまでもなく、例えばローマ法とイギリス法との関係についての言及など、随所に工夫が施されている。

4. 『羅馬法講義』の中で、とくに注目されるのは、第一期の「十二銅表」に大きな比重が置かれ、第五回から第一六回までの一二回にわたって講じられており、分量的には法律史全体のおよそ半分を占めていることである。⁽⁴²⁾先のマッケルダイの教科書では一二表法への言及が一頁余りにとどまると、きわめて対照的である。一二表法を講じるにあたり、こう述べている。「予の之れより述べんとするものは此独逸学者の集めたる十二銅表の法文に基き、沿革法理学の原則を解く可し。而して予は前述の如く古きコトをむやみに解釈的好古物的に論ずるものにはあらざるなり」として、その条文が後世の法の進歩の原点とみなす姿勢を見てとることができる。一二表法の法文に基づいて、「沿革法理学」の原則を具体的に示そうとしているのである。

5. 一二表法の第一表、第二表は訴訟手続を規定したものとされている。『羅馬法講義』では一二表法という古代の法典がなぜ訴訟法の規定が最初に置かれたのかという問いかけから始まる「二七——一九丁」。「法律の語にも此に権利くれば此に必に救済ありとの語もある位にて、先づ権利なるものありて而して之を犯すトキは初めて訴訟起るが之れ通常の順序」であり、それゆえベンサムが法律を主法 substantive law と助法 adjective law の二つに分け、前者は「権利義務」を、後者は「制済及び手続等」を定めたように、「主法定まりて而して後助法之に次ぐ」というのが、通

常の順序である。しかし諸国の法律の歴史を紐解くとその順序は逆であり、「制済救済法先づ起り而して後権利義務を確定するの法定まる」とされる。古代インドのマヌ法典、ナラダの法典もそのような順序になっており、まず、訴訟、治罪の手續が掲げられ、その後に婚姻相続財産が扱われている。このように「法典の編纂法は理論によりて之を定めたるものにあらずして自然発達の順序に従ひしものなり。此の如く助法先づ発達し而して後主法の発達するものなり。」とされる。古代にあつては法典編纂がなされず、あつても簡単なものに留まつたので、「一度人民の間に訴訟の起りしトキは法官に於ては自ら正しき理なりと信ずるコトを以て之を判決する」ことが行われ、その集積からしだいに「権利義務」を觀念するようになるのが、「自然発達の順序」であり、それゆえ、「羅馬十二銅表の第一表第二表に於て訴訟手續の事を定めたるも之に皆法律の自然発達の順序に従」つたものであり、「右述べたるコトは甚だ大切なコトなれば善く注意すべし。」と、法の発達の順序を強調する。⁽⁴⁴⁾ 第一表、第二表のたんなる解説ではなく、法体系の歴史の中で、一二表法がいかなる位置を占めるかというより広い視点に立つて、「沿革法理」の考え方に基づく分析がなされている。⁽⁴⁵⁾

6. 次に『羅馬法講義』第二編「正編」の構成は以下のようになっている。

第二編

羅馬法正編 総論 第一章 法学 [97] 第二章 公義 [101] 第三章 法律 [102] 第四章 法律の種類 *ius* [111]
第一 公法及私法 [112] 第二 自然法 普通法 国法 第三 成文法及不文法 不文法の起源 第四 人事法 物
件法 訴訟法 第五章 法律の淵源

羅馬法正編 第一卷 人事法 第一章 古代法律に於る人事法の位地 [125] 第二章 人 [129] 第三章 身分 [130]

第一節 自由に関する身分 [131] 甲 純粹自由人 乙 解放自由人 第一 俘虜 第二 生産 第三 刑罰 解放式

第一 民籍登記 第二 偽訴 第三 遺囑 解放の制限 第一 制限 甲 債主權利保護 乙 年齡に関する制限

丙 人員に関する制限 恩主と被解放人との關係 近代の奴隸制度 第二節 民籍に関する身分 国民と外国人 第一 出産 第二 解放 第三 法令若くは勅許 第四 民権喪失の方法 第三節 族制上の身分 自権者 他権者

家長権 夫権 主人権 [149]

第四章 結婚法 第一 婚姻の性質 [149] 第二 婚姻の種類 [151] 第三 羅馬結婚の法式 [156] 第四結婚の約束 [157] 第五 結婚の資格(独居蓄妾の制) [158] 第六 結婚の効 [163] 第七 離婚 [165] 第五章 家長権 *Patria Potestas* [168] 家長権を得る二原因 第一 出産 第二 認正 第三 養子 家長権解除 [176] 第六章 後見 [178]

羅馬法正編 第二卷 物件法 第一章 古代に於る物件法の位地 [184] 第二章 物及物の分類 [185] 第三章 所有権 占有 使用 収実 消滅 [189] 第四章 占有 *Possessio* [190] 第一 定義 [190] 第二 占有の保護 [192] 意思自由保護の説 人身平等の権の保護するの説 財産保護の説 第三 占有の効果 [193] 第五章 地役権 [197] 地役の性質 [200] 領有権 [204] 表面権 [205] 質権 [205] 所有権獲得事実 甲 特産獲得事実 一 専有 二 附増 三 引渡 四 時効 五 贈与 乙 全産獲得法 [206] 一 遺言 相続 二 無遺言相続 三 戸主収養 四 才判の宣告 五 身代限 六 元老院令の没収 [211]

7. 後半の「正編」の講義は、翌年明治二十一年一月九日から始まり、総論として 第一章 法学 第二章 公義「正義の意」 第三章 法律 第四章 法律の種類の第一 公法及私法 第二 自然法普通法国法 第三 成文法及不文法、不文法の起源 第四 人事法物件法訴訟法 第五章 法律の淵源として、ローマ法の法、正義の言葉の意味と理念を説明し、法の分類、法源論が、第二学期九回目講義の途中まで講じられる。一月二十四日は八回目と九回目の講義が同日に行われているようで、その後半から、正編として、人事法（婚姻と家長権）の講義が始まる。しかし、実際一月中の講義はここまでで、今回は二月九日に行われるが、二月は結局この一回だけであつたようである。人事法が再開されるのは一月後の三月一五日になり、三月も確認できるのはあと一九日と二〇日の三回のみで終わり、春期休業を挟んで第三学期の四月は週一回のペースで三回、五月はほぼ週二回のペースで、一五日まで、合計で人事法は一二回と半分ほどが割あてられている。最後の物件法（所有権、地役権など）は、五月一八日から六月五日まで五回のみ日付が確認できるとどまる。分量的には、概算であるが、十二表法に関する講義がノートで四〇葉ほどであるのに対して、正編の総論が二八葉、人事法が五九葉、物件法が二七葉という割合になっている。

8. 正編の総論は、「法学」をめぐる概念史的な考察に先立ち、まず法律進化論的な考え方が示される。そこには、「社会の幼稚」なる時代から、社会の組織が複雑になり、法律も次第に万巻をなすようになったときに、通常人と区別される法律家が登場するという図式が登場するが、このあたりは、サヴィニーの歴史法学が提示したモデルに依拠している。⁴⁶

「抑も法律は進化の規則に従ひ簡単より複雑に進むものなり。／社会の幼稚なり」トキは其組織も簡単なるが故

に其法律も亦簡單なり。十二銅表、三章の法の如し。／然れトモ社会の組織段々複雑なるに従ひ法律も段々萬卷となるなり。／故に例ひ其法律の正条を読み得るものと雖トモ其真意を了解する能「九七丁裏」はざるに至るなり。此に於てか常通人民と特別なる法律家との區別を生ずるなり。之れイエリングに在り。而して之れ則ち法律の智識を以て一種特別なる研究物なりとするの初めなり。／其後社会益々進み人事繁忙に赴くに從ひ分業協力の道段々開け行はれ遂に法律の智識及び其の法律の取扱ひは一種の専門家に委するに至れり。殆も百ヶ条を読むトキは分明なるも今日の刑法は只読むのみにては分明ならざるが如し。」

法律学の起源はギリシャにあるが、しかしギリシャ人は法律家というよりも哲学者と呼ばれるべきもので、その研究は「想像的」(abstract)なものであり、「実形的」(concrete)な研究方法が登場するにはローマをまたなければならなかった。そしてそのローマ法は英国に伝播し、「実用的」なものとなつたされる。講義の基調が英国法への評価と深く関わっていることがここにも確認できる「九七―九八丁」。

「ギリシャ時代の哲学者(未だ法律家と称す可からず)は主として正義Justiceは如何なるものなるや、人と人との法律上の関係は如何なる基礎に基く可きものなるや等の如き問題を研究せり。然るに羅馬の時代に至りてはギリシャの想像的(abstract)の研究追々變じて実形的(concrete)の研究となれり。即ち實際其国に行れたる法律を研究了解するの主義、原則は如何なるものなるやを研究するに至れり。之れ羅馬人民の実用を尊ぶの思想に富みたりしを以て想像的を实形論とせしなり。而して羅馬法英国に渡りて又実用的のものとなりたりしなり。」「九八丁」

ここでもローマ法と英国法との関係が指摘されており、この点について、後述することしたい。

9. 以上のような全般的な考察を経て、第一章として法学 Jurisprudentia の論題が取り上げられる。以下正編は「主としてジャスチニヤンのインスチチュートに根拠を取れりと知るべし。」と筆記者が記すように、題材はユ帝『法学提要』に沿って講じられていく。まず冒頭の箇所をここで検討したい。「九八丁以下」そこでは、ウルピアヌスによる法学 jurisprudentia の定義が取り上げられ、その釈義というかたちで講義が展開される。

「ジャスチニヤン インスチチュート第一卷第一章第一節（…）に於てウルピヤン氏の法律学の定義を載せたり。曰く法学 Jurisprudence は神事人事の規則にして正及び不正の科学なり。（又は学問なり。）之れ実に有名なる定義なり。／右の定義を見て近世の法律家は頗る宗教法律を混同せる考なりと非常に攻撃せる人あり。ヲースチン氏の如きは尤も甚しき人の一人なり。然れトモ之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅はかなる論にして、能く進化の原義により法律学を研究するトキは羅馬の時代に於て斯の如き定義のありしは決して怪むに足らざるなり。（之を以て見るも法律学者とは実に歴史上の研究の足らざるを知るべき也。）抑も法律の最大原則は万世不易のものなれトモ社会に顕はるる現象は時と共に進化するものなり。左れば現今の法律の有様に適せざるを以て古代の定義学説等を迫撃するは酷に過ぐると云ふ可し。／法律も他の一切の万物と同じく進化の大則に支配さるるものにして段々進歩するに従ひ分化 differentiate するものなり。初めは動物も同じものなりしが遂に猿とか犬とかに分化せしなり。」「九八―九九丁」

ここではウルピアヌスの定義について、まずオースティンによる宗教と法律の混同という解釈が法律進化論の立場から批判される。近世の法律の考え方をもって古代のことを判断してはならない。進化の原義に基づいて法律学を研究するにはその時代に即して判断しなければならない。「法律も他の一切の万物と同じく進化の大則に支配さるるものにして段々進歩するに従ひ分化 differentiate するもの」だからである。

古代における宗教と法律の未分化という主題は、メイン『古代法』でも随所に登場するヌマ、リクルゴス、マヌの法典、モーセ律法によっても例証される。また古代の法律は、祖先祭祀の制度と密接に結びついており、家長制、婚姻制などもすべて祖先の祭祀を絶やさないために設けられたので、ローマの公法私法も祖先祭祀に由来するという考え方を採っている。法と宗教、さらには祖先祭祀との関わりも重要な指摘である。⁴⁷

グリュック⁴⁸による注釈にも触れ、「神事」が宗教を、「人事」が通常法律を指すという注釈はたしかにそうではあるが、自分としては、法律の起源のあり方を示す論拠として重視されることになる。ポロックは、後段の正と不正を見分ける学問であり、それゆえ前段も神事と人事を区別する学問の意であるという新しい解釈を提示しているが、これは牽強付会というべきものであり、一笑に付されるべきものとの批判を展開する。このようにウルピアヌス文の解釈について、サンダースによるユ帝『法学提要』の羅英対訳本の解説を踏まえつつ、歴史法学登場以前のドイツ普通法学の成果でもあるグリュック注釈に言及しつつ、ポロックによる最新の解釈にも目配りをし、自らの解釈を展開しているところに、その学問的方法論の一端を認めることができる。法律学が「正と不正の科学」であるとされることから、法律学が正義論に関わり、さらにそこから、中世において権利論へと、その学問は進歩したという図式が示される。英語の *jurisprudence* がラテン語の *jus* の属格形と「知識又は熟練」を意味する *prudentia* からなるが、これが法律学を意味するとともに、ドイツ、フランスにおいて、裁判例を意味するように、言葉の意味が時代と場所とともに変化しても、その根本は同じあるといった考え方が提示されている。⁴⁹

これに続く、第二章では、「ジャスチス」が講じられるが、これには「公義」という訳語が当てられている。まずユ帝『法学提要』の原文がサンダースの英語訳と対照されて提示されている。

「Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.

Justice is constant and perpetual wish to render every one his due.

即ち公義とは各人をして其分を得せしめんとする恒久の意思なり。」

この定義は、「心の有様を評せるもの」であり、「法律又は道理上に於て常に他人に対して為すべきの所為為すべからざるの所為を常に久しく守らんとするの心」であるとされる。以上は、そうした心を「虚形的」に見た場合であり、これは「実形的」に捉えることもできる。「法律又は道徳上より他人に対して適当に行ふべきコトを実行すること、さらに狭義に解して、「法律上のみにて各人に対して其分を得せしむる」ことも「ジャスチス」である。それゆえ、その用法は益々「実形的」になり後には裁判が「ジャスチス」、裁判所が Court of Justice、英国の上等裁判所の裁判官が「ジャスチス」と呼ばれる所以が説かれている。それゆえ、「ジャスチス」こそがまさに「古代法律学の基礎」であるとされる。

古代学者の説によれば、「ジャスチス」は「公平及び正直」「法律の徳義上尤も尊ぶべき観念」とされたが、近世に至つて、観念の変遷があり、「ジャスチスにあらざるもの」を法律の基礎として論じられるようになった。その例として、ベンサム最大の幸福の考え方やミルの「実利主義の哲学」などがそれである。近世に至つて法律の基礎は「ジャスチス」ではなく、「実利なり」する学派が登場したのであるが、「今後学問の進むに従ひ法律の基礎は社会進歩に帰するに在りと云ふに至る可し。」として、「ジャスチス」の項を閉じている。「一〇二丁」このようにユ帝『法学提要』冒頭の法文の釈義を通じて、法の本質を明らかにすることを試みている。

10. 次に『羅馬法講義』正編第一卷及び第二卷については、個別の論題として、婚姻、占有、遺言について検討することにした。 「人事法」に始まり「物件法」に至る講義の構成はかたちの上では法学提要式のそれに基づいている。「人事法」は、古代法律における人事法の位地、人、身分が講じられたあと、第四章 結婚法が「物件法」は、物の分類に始まり、所有権、占有、地役権を経て、所有権獲得事実が「特産獲得事実」（専有、附増、引渡、時効、贈与）と「全産獲得法」（遺言相続、無遺言相続など）に分かれ、その内容は限られた講義時間にもかかわらずきわめて濃密なものであったことがうかがえる。ここでは、人事法の中から「婚姻の性質」、「物件法」の中から、占有、最後の「所有権獲得事実」中の「特産獲得事実」と「全産獲得事実」という分類についてのみの検討にとどめることにしたい。

11. 「人事法」は、古代法律における人事法の位地、人、身分が講じられたあと、第四章 結婚法が扱われる。そこでは、まず婚姻とは何かについて、次のように語られる。

「広く婚姻なる事を解せば婚姻とは法律に於て公認したる男女両性の生存結合を云ふ。」男女両性の結合があっても法律によって公認されない場合は「夫妻の関係」は生じない。また「共同の生存を営む為めの結合」でなれば婚姻ではない。婚姻にはさまざまな種類があり、時と場所によって異なり、一夫一婦制、一夫数妻制、数夫一妻制をとるところもある。いずれにしても、「婚姻は成文若しくは慣習の法律の公認」するものでなくてはならないのであり、婚姻とは、人間の天性の行為を法律が認めたものであるという趣旨が語られる。〔二五〇丁〕

婚姻をめぐって、穂積陳重は、英独からの帰朝した直後に、「婚姻法論綱」という比較的長い論文を『明法志林』に発表している。『羅馬法講義』のこの箇所で講じられたことと、内容面でほぼ一致している。⁵⁰ 婚姻とは何か、古来

法律学において婚姻の性質がさまざまに論ぜられてきた。婚姻を契約とする学説が盛んであり、プーフエンドルフ、ポティエ、ヒューム、ブラックストンらも、皆婚姻を契約と考えることでは一致している。しかしそうした考え方は、ローマ法に関しても「亦純粹の法理論に照すも決して其当を得たるものに非らず。」とされる。その理由として、第一に、結婚を契約とする説は「羅馬法の誤解に発した」ものである。ローマ法の「法語」に「婚姻は共諾によりて成り共臥によりて成らず *Consensus facit matrimonium, non concubitus*」があるが、その意味は「男女共臥は未だ以て婚姻と為すに足らず必ず法律上一定の共諾を経て婚姻と為す可し」との趣旨であり、「*consensus* 即ち共諾なる字ありし故直に真に之れより結婚は契約なりとの説を生じた」のであるが、「共諾あるものは必ず契約なりとは余り広きに過ぎ」る。右の法語はローマ法の發達した時代の語にすぎない。第二は、婚姻をつねに契約とするのは、沿革法理学上よりも不当であり、「婚姻進化の末段に於て初めて顕はるるものにして現今諸国に於て十分之れを認めたるは地上の一少部分に止まる」。第三に、ローマ法などの例のように、古代法律上の婚姻は、その結婚者の両親若しくは家長の意によるものが多く、自身の承諾によることは少ない。第四に、通常契約は双方の協議に基づいて相互の権利義務を定め得るものであるが、「婚姻に於ては法律が予め夫婦間相互の権利義務を確定し相方の意思によりて之れを変更するを許さ」「二五二丁」ない。第五 古来諸国の法典でも婚姻は人事編に編入して契約編に入れていないのであるから、古来立法者は婚姻を契約と看做していなかった。したがって、「婚姻を契約と為すは法律歴史上若くは純粹の法理論にても当を得たるものならず。」「二五二丁」「婚姻は天性に基きたる行事を法律にて公認保護したる制度」⁵¹である。ローマにおいて婚姻とは何であつたかが、あらためて問い直されることになる。ローマ法の沿革を辿ると、婚姻の性質が種々に変遷してきたとして、ローマ婚姻の種類に応じて、その変遷の大様が描き出される。「一五〇—

一五二丁

ここにもメイン『古代法』第五章を締めくくる「身分から契約へ」の定式のヴァリエーションを見ることができよう。古代社会と現代社会の対照は、前者の単位をなしたものが家ないし家族であり、後者のそれは個人である。古代法には、この差異から生じるいっさいの結果が見出される。『古代法』第五章の立論は、古代法の歴史的比較考察を通じて明らかにされた父権制社会の想定を基礎にしている。「家」が法人として社会組成の単位をなしており、現代社会におけるように個人そのものではない。「婚姻は社会の制度にて法理上之を観る時は身分の起原なりと断ぜざるを得ず。子女一度婚する時は、男子は忽ち夫たるの身分を得、女子は直ちに妻たるの身分を得て、身体財産の諸関係より、所生子孫の一に至る迄、尽く法律に因りて定まり、自約に因りて左右する能わず⁵²⁾」と述べているところにも同様の思考を見て取ることができる。

婚姻の変遷については、『羅馬法講義』の中では、図式的な説明にとどまっている。今これを「婚姻法論綱」によりつつ、敷衍すると、二つの類型が構想されている。一つは、結婚者の数による沿革からすれば、酋族共同婚 communal marriage、数婦一夫婚、一夫一数婦婚、一夫一夫婚へと進化する方向、⁵³⁾婚姻の態様の変遷から見れば、掠奪婚、売買婚、贈与婚を経て共諾婚の時代へと進化する。「一五二丁」こうした婚姻史のとらえ方は、一九世紀半ば以降、さまざまに論じられてきたテーマである。『羅馬法講義』の中でも、バハオーフェン『母権制』⁵⁴⁾への言及がある[三〇丁]が、これはわが国におけるバハオーフェン受容の比較的早い時期のものである。そこでは Mutterrecht の訳語として「母権」が用いられている。⁵⁵⁾穂積陳重がどのようにバハオーフェン『母権制』を参照したかは必ずしも確認できないのであるが、少なくともマクレナンの『原始婚姻』(Primitive Marriage, 1865)⁵⁶⁾への言及も見られること

から、この関係の書物を通じてのことである可能性は残る。当時、母権制と父権制、母系制と父系制をめぐる言説が注目されていた。例えばバハオーフェンの乱婚制―母権制―父権制への発展の図式、マクレナンの原始略奪婚説、L・H・モーガン『古代社会』⁽⁵⁷⁾の氏族先行説などが登場した時代でもあった。メインの『古代法』も『母権制』と同年の一八六一年の出版である。N・D・フュステル・ド・クラランジュ『古代都市』⁽⁵⁸⁾も一八六四年に出ている。もとよりそうした法則的認識の困難さはE・A・ウェスターマークにより指摘され、家族の歴史を進化と結びつけられなっていくのであるが、当時の思潮は穂積陳重の家族観、婚姻観を知る上で重要な手がかりとなる。

12. 占有について、まず、その定義が与えられる。「占有とは自己に所有するの意思を以て有形物を所有するコトを云ふ。」この定義によれば、占有には、「二原素」即ち、「精神上的原素 *Animus of possession*」と「体質上の原素 *Corpus of possession*」とがある。「一九〇丁」ここではいわゆる「心素」と「体素」の区別、占有意思に基づく「代表」「代理占有ないし間接占有」「伝来占有」「他主占有」、「純粹占有」「自主占有」の区別が扱われ、とくに「伝来占有」の場合、占有権は何人に属するかという問題について、「羅馬法族の諸国と英国法族の主義と扱ふ所を異にせり。羅馬法の主義に従へば占有すれば必ず其占有者が自己に所有するの意思あるコトを要せり。此の意思を称して *Animus Domini* 「一九二丁」主人の意思と云ふ。伝来占有者は *Animus Domini* を持たざるは勿論の事なり。故に其占有は事実たるに過ぎずして未だ占有権は持たず。日耳曼及び英国の主義に由れば占有に必要な *Animus* は他人を排斥して自己に物件を保有するとの意思を以て足れりとす。敢て其意思は自己に所有するの意思たるを要せず。故に伝来占有者は占有権を有する者とせり。」として、占有をめぐるローマ法と英国法乃至ゲルマン法の考え方の違いを説

明している。

次に、占有の保護について、「法律は何故に所有者に非ざりし占有者を保護するやと云ふ問題」に関しては、第一意思自由を保護するの説、第二 人類平等の権を保護するの説、第三 人身保護の説、第四 財産保護の説として、近世の法理学者の諸説を挙げる。「意思自由保護の説」はカントの説によるものであり、「人一度び物件を占有するトキは其占有者は其物件を己れの意味の範囲内に入れたる者なり。即ち自己に其物件を保有するの意思を現はしたる者なり。人斯の如く己れの意味を外形に顕はしたるトキは他人より理由なく干渉を受く可きものに非らず。独り能く之を動かし得るものは社会一般の意思のみなり。故に社会一般の意思を代表する。裁判所の判決に由りて其占有を奪はれしは免も角も他の人民より干渉を受く可き理由なし。之法律が故なくして他人の意思を害するを禁じ故なくして他人の占有を害するコトを禁ぜし所以なり」とされる。ヘーゲルも同様とされるが、『羅馬法講義』の筆記者は、ここで、「此説には穂積博士も亦賛成の意を表せり」と記している。「一九二——一九三丁」

第二 人類平等保護の説は、ヴィントシャイトによるとしつつ、法律が占有を保護するは人類平等の権を保護する結果であり、他人の占有を害する者は故なく他人を強迫することであり、それは「現在の所有者の利益を減じて自己の利益を増さんとする」ことであり、法律が占有を保護するはこうした行為を禁ずるからである。

第三 人身保護の説は、「占有論に關しては最も有名なるサビニー氏」によるもので、これによれば、法律が占有を保護するのは人身の保護を延長したからであり、而して法律が占有の妨害を禁ずるのは一切の暴行は不法だからである」とされる。「一九四丁」

第四 財産保護の説は、「有名なるイエリング氏の主張する所」であり、これに法律が占有の事実を保護するは所

有権保護の一部であり、法律が占有の事実を保護しなければ、所有権は完全でありえない。「故に占有者以外の人民が現在の占有者に優りたる権利を証明する迄は法律が財産を保護するの一部分として占有を保護し而して其占有は正当なる財産権の一部」と推定されるという説である。〔二九四丁〕

いずれも、主として当時のドイツ語圏における占有をめぐる論争を踏まえたもので、それぞれの説の要点をコンパクトにまとめられており、占有保護の考え方が端的に把握されているあたりは穂積陳重の目配りのよさをあらためて感じさせられる箇所である。

次に「占有の効果」についても、サヴィニー説によるとしつつ、時効（*prescriptio*）と禁令状（*interdictum*）〔特示命令〕のそれぞれの効果が説明される。前者について、買主が手中物たることを知らず購入し引渡を受けたが、握取行為によらない限り、所有権は取得できないが、一定の要件、善意、正当名義があれば、一定の期間（古代法すなわち一二表法よれば、不動産二年、動産一年）の期間の経過により、つまり時効により所有権が得られる。後者は、法務官が発する「禁令状」（*interdictum*）に関わる占有の問題であり、占有の保護に関する「禁令状」の区別として、占有者に対して発行される、占有獲得の令状、占有保続の令状、占有恢復の令状が占有の侵害者に対して発行される、禁止令状、恢復令状、提出令状の六種類が区分される。「其要は占有を継続せしむると云ふコトが尤も其重き働き」であるとされるが、令状の性質については訴訟法に譲られている。〔一九五―一九七丁〕

13. 「物件法」の中で、最後の論題は、「所有権獲得事実」に関する。「特産獲得事実」と「全産獲得法」が区別され、前者には、専有「無主物先占」、附増「附合」（加工、流動物混同「混和」、固形物混同「接合」、漸積「寄洲」、附着、

引渡、時効、贈与が区分される。前三者は自然法の獲得法」、後二者は「国民法」「市民法」の獲得法」とされる。これに對して、全産獲得法では、遺囑相続、無遺囑相続、戸主収養、裁判の宣告、身代限、元老院令の設収が區別される。時効はローマ法の發明であり、古にはその期間は短かったが社会が進むにつれて、その年数が長くなる。贈与は本来法律上認められないものであるが、社会進むにつれて、契約と同一になる傾向がある。實際現在の引渡がなくてはならないが、これも双方の意思が尊重されるようになり、相当の証拠があれば有効とされるようになっていく。このように制度の変遷を法律の進化の視点からまとめられている。『二〇六―二〇七丁』

遺言に関する箇所を少し敷衍してみると、會議遺囑「民會遺言」、陣前遺囑「武装遺言」、銅衡遺囑のような儀式的遺囑から、書面の遺囑に移るが、結果として、遺囑の法律上の性質に大变革が生じた。こうした儀式的遺囑は公知のものであったが、書面による遺囑は秘密のものとなった。儀式的遺囑の効果が即時的であるのに対して、書面の遺囑は死後に効果を生ずるものとなった。その結果、生前にはいつでもでも遺囑の変更が可能となった。遺囑の目的は太古において祖先の祭祀を継続することにあった。『二〇八―二〇丁』

ローマ法における遺言については、すでに一二表法第五表にも語られているので、ここであらためて取り上げておきたい。遺言制度が何ゆえローマにおいて拡がったのか。そのことは、ローマ法に特別な現象であると指摘する。

「古代諸国の法に於て遺言を以て死後財産の所分を許すは之れ羅馬法に特別な現象にして、諸国の法律にも往々之に類する規則あれども遺言を以て相続法の一部と公認せるは羅馬法の外は之を見ず。斯の如く羅馬に相続法を公認せるは之れ一に羅馬法固有法の無遺言相続法の欠点に帰因せざる可らず。第五表に依るに無遺言にて死せる者の遺産は死亡したる家長の権内に居りし相続人に歸するなり。／然るに家長たるものは我が子弟に独立の地位を与へんと欲し

家長権を免除し（*emancipatio*）分家を為すなり。而して其子弟を一己の独立人と為すに至れり。然るに其子弟一たび家長権の範囲外に出でたるトキは法律上前の家長とは全く他人と為り家長死亡するとも其遺産を相続する能はず。故に家長の尤も愛する子弟家族にして事更に家長権を免除し独立の家長と為したるものは相続権を失ひ却て其遺産は遠系の親戚に移り、若し男系親 *agnati* の無きトキは同族に移るの規定なり。此の如く羅馬の無遺言相続法は家長の最愛なる子弟に財産を失はしむるの制となりし。／之れ羅馬人の無遺言相続法を辟けんとするの一理由なり。／而して歐洲諸国の法律は其原法たる羅馬法に斯く遺言法の盛になりしが為め遂に其子法たる歐洲諸国迄に相続法の事に付きやかましく云ふに至りしなり。／又他の理由は女子にして一たび他家に嫁したるトキは全く夫の家の家族となるを以て其女子の生したる子の如きは固より相続法権（外戚に対する）を持たず故に若し一家長無遺言にて死亡せるトキは現在己れの娘より生じたる孫ありとも之に遺産を相続せしたる能はずして却て一面識もなき同族の他人に其遺産を取らるるコトあり。之れ大羅馬人の無遺言相続を辟けんとせる第二の理由なり。」「二八―二九丁」

遺言に関する箇所でも同趣旨のことが再説される。「遺囑を以て財産を他人に譲るコトに付きては十二銅表の時代に於ては敢て制限なかりし。故に例ひ我子には財産を譲り渡さずして之れを他人に譲り渡すとも敢て法律の禁ずる所にあらずし。斯くの如く遺囑に制限を置かざりし所以は古代の法律は純粹なる家族制度にありたるもの故に例ひ己れの子たりと雖トモ其家族ならざるものは相続する能はず。時として遺囑に由りて我家族以外の近親に財産を分配するの便利ありたり。然るに族制崩れるに従ひ遺囑の能力を乱用して近親を差置きて乱りに他人に財産を譲与するに至れり。故に古代に於ては人権に叶ひたる遺囑相続も却て人情と背違するに至れり。茲に於て遺囑に制限を置くの必要を見るに至れり。」「二一〇―二二丁」このように、「羅馬の固有相続法は人情に悖りたるを以て羅馬人の無遺言相

続法を厭ふ事甚だしく遂には人を罰するトキに当り汝無遺言にて死せよと云ふに至れり。」「二八―二九丁」、と扱えられている。

一二表法第五表は、ローマ市民法上の無遺言相続の原則が定められている。これによれば、相続人となるのは、死亡した家長の権力内にあった者に限られる（いわゆる自権相続人）。しかし生前家長権免除により父親の家長権を免れ、一人の独立した個人となったにもかかわらず家外人として相続に与ることができず、ときに「家長の最愛なる子弟」に財産を失わせることになる。その一方で女子の相続における市民法上の制約もあり、そうした不利益を避けるために、ローマでは遺言相続が拡がることになったというのである。もとより家長権免除の性格は議論の分かれるところである。例えばメインは『古代法』第七章において、古代人が遺言をなした目的は近代人と同じかという問題について、これは同じではないことを論証する。古代ローマ人にとって、無遺言による死亡とは、「いかなる害悪も遺言特権の喪失ほど苛酷な災厄はなく、遺言をなさずに死なねばならない場合仇敵を呪うよりも激しい呪詛はな」かった。これに対して「遺言作成に対するローマ人の熱情は気まま気まぐれのたんなる欲求ではない」⁵⁹。家長権免除は、親の愛情の徴表であり、こうした苛酷な無遺言相続の原則を破るべく、ローマにおいて遺言が盛んに行われた理由があるとするメインの言説と軌を一にすることができよう。以上、『羅馬法講義』を断片的に見てきたが、人事法、「物件法」と形式的には体系的な構成をとってローマ法の基本的な考え方を講じているのであるが、それらは、ある意味でメイン『古代法』が描くローマ法の世界を理解するための注釈としての性格も認めることができようと思われる。

小結 ローマ法と法学教育

冒頭の「羅馬法の必要」で、「羅馬法の研究は独り近世諸国の法律羅馬より伝来せりとの過去の理由のみに在らずして羅馬法は過去に於けるも未来に於けるも法律学と称する建物を建築するには欠く可からざるの材料なりと謂ふべし。」と述べている。法学教育と観点から見た場合、穂積陳重はローマ法教育をどのように見ていたのであろう。同時期に法科大学でローマ法を講じたであろうヴァイペルトの講演は、表題にも示されているように、ローマ法教育と法典編纂の問題がサヴィニエ的な歴史法学モデルでいわば直結している。もちろん、当時ボアソナードらの新しい民法典がその姿を現してきた時期である。ヴァイペルトの講演にも三大法典について論じており、それぞれを評価しつつも、フランス民法典に対する辛辣な言辞もかいまみられる⁶⁰。しかしその欠点を補うためには、「其真意ヲ探グルニ必竟羅馬法ヲ参考スベシ云フニ過ぎザルナリ。」というのである。東京大学法学部の時代から、ドイツ法への比重が高められてくるが、それを牽引したのも穂積陳重の力が大きく作用している。一八八七（明治二〇）年に、学科の中に新しく「独逸法」が加えられたのもそうした流れの中に位置づけられる。ヴァイペルトにもそうした要請が課せられていたことは同じ年の講演の内容からも明らかである。しかし穂積陳重の『羅馬法講義』は、ただちにドイツ法を意識した内容にはなっていない。もちろん、サヴィニエ、イエーリングらの著名な名前が登場するが、それがそのままドイツ法への愛好へとは必ずしもつながっていない。むしろこれまでも見てきたように、まずはメイン『古代法』への愛着で貫かれていると言ってもよい。穂積陳重が講義を担当したのは、一八八九（明治二二）年までの数年間であるが、そこにはイギリス法学への指向がその根底にうかがえるのである。冒頭の「羅馬法の必要」において、ロー

マ法継受の典型例としてフランス民法典 Code Civil を引き、ユスティニアヌス『法学提要』との関係に簡単に触れたあと、欧米におけるローマ法継受の具体例として、イギリス法に詳しく言及している点が注目される。「抑も英人は全体他国の法律を継受せるなどのコトを云ふは大に好まざる性質なれば、近代迄は其事を明言する人は甚だ少なりしが、近世に至り羅馬法の英国にて盛なりしコト及び英法も亦羅馬法の末孫なるコトを発見するに至れり。例へば英国法律の大家なる「ブラックストン」Blackston, 「グランヴィル」Granville 氏の如きの著書なども皆ジャスチニヤン帝の institutio に基きしものなり。／＼且英国古来の判決例を見るに英法は尽く羅馬法より出でたるに相違なし。即ち彼の附託法「寄託法」Bailment の leading Case なる「コグズ対バーナード事件」Coggs v. Bernard [1703] の如きは其判決は尽く羅馬法に基きたりし。『マンズフィールド』Mansfield [1705-93]、『ホルト』Holt [Sir John, Chief Justice of the King's Bench, 1642-1710] 等の大家の裁判は殆ど皆な羅馬法なり。故に當時に在つては英国にても羅馬法の研究尤も盛んにして Inns of court 「法曹院」にても羅馬法のみは特別の試験を行ふ位なり。」「四丁」と記している。自らのイギリス留学での体験、ミドル・テンブル法曹院での学修を経て、バリスターの資格をとったことはよく知られている。⁽⁶¹⁾「英国古来の判決例を見るに英法は尽く羅馬法より出でたるに相違なし」という言も、今日から見ると違和感を感じざるをえない。この点でピーター・スタインが、ローマ法についての認識が当時と今日では違つていたと指摘していることは注意しておく必要がある。今日では、古典期ローマ法とイギリス法との間に問題を実際的にカズイステイクに扱い、権利よりも救済を強調して、限定した範囲で規則をつくるといった点に類似性があるとされるのに対して、一九世紀の法学者は、ローマ法を分類して理路整然とした制度に概念化したところのパンデクテン法学の目を通して見ていた、⁽⁶²⁾というのである。この点は、先にも見たように、一九世紀のイギリス法学へのドイツ・パ

ンデクテン法学の影響があったことも、穂積陳重のイギリス法理解と関係している。最後に、メインとの関わりについて、もう一点指摘しておきたい。メインは、『古代法』⁽⁶³⁾刊行の五年前の一八五六年に、「ローマ法と法学教育 Roman Law and Legal Education」という講演を行っている。この講演は、たんに法学教育いかにあるべきかを論じているわけではないが、当時のローマ法とイギリス法との関係を知る一つの手がかりを与えてくれる。「われわれ自身の法体系とローマのそれとが、一緒に研究されるべきであるというのは、両者がかつて同様なもの (were once alike) ⁽⁶⁴⁾であったからではない。―それは、それらが同様のものになるであろう (will be alike) からなのである。」すべての法律は、その幼稚期においてはいかほど類似性がないにしても、その成熟期においては、相互に類似していくものである。「われわれは、イングラントにおいて、ローマの法学者たちが、数世紀にわたる経験の蓄積と、たゆまない研鑽とを経たのちに、到達したところと同じ法思想の態様および同じ法原理の観念に、緩漫に、そして、おそらくは、無意識的にまたは不本意的に、しかも、やはり着実かつ確実に、慣れていきつつあるからなのである。」この一文は、内田力蔵教授よれば、穂積陳重博士に「万法帰一論」という題目を思いつかせたと想像される有名な文章であるが、『羅馬法講義』の原点に、メインから得た発想があることをうかがわれるのである。

(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬一「穂積陳重」(潮見俊隆、利谷信義編『法学セミナー増刊 日本の法学者』日本評論社、一九七四年) 五五頁。長尾龍一『法思想史研究』創文社、一九八一年。穂積重行「明治十年代におけるドイツ法の受容―東京大学法学部と穂積陳重」(家永三郎編『明治国家の法と思想』御茶の水書房、一九六六年、五三八頁。穂積重行『明治一法学者の発見…穂積陳重をめぐる』岩波書店、一九八八年。『法学者・穂積陳重と妻・歌子の物語』公益財団法人 渋沢栄一記念財団 渋沢資料館。堅田剛『独逸法学の受容過程…加藤弘之・穂積陳重・牧野英一』御茶の水書房、

二〇一〇年。

- (2) 本稿では、主として、国会図書館所蔵の穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』二一九丁(美濃野紙に手写したもの、秋山定輔の蔵書印あり、出版年不明、請求記号322.315-H734; info:ndljp/pid/1879760)を参照させていただいた。このほかにも、穂積陳重のローマ法講義について、いくつかの学生による講述筆記録、謄写刷のものが知られている。注(25)所掲の文献を参照。
- (3) 矢田一男「明治時代のローマ法教育(一)(二・完)」『法学新報』第四四卷三、四号(一九三四年)、「雷斯知尼安法典」同誌四八卷五号、「明治以来ローマ法源邦訳事歴」同誌四九卷六号——一二号。原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部・経済学部』(一九四二年)二九四頁。佐藤篤士「日本におけるローマ法学の役割——日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一つの反省——」『早稲田法学』第四〇巻第一号(昭和四〇年一月二〇日刊)五三—九九頁、とくに五九、六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部、昭和五〇年四月二五日刊に、第一章「日本におけるローマ法学の発達——日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一反省——」と改題して再録、一—四六頁。岩野英夫「わが国における法史学の歩み(一八七三—一九四五)——法制史関連科目担任者の変遷——」『同志社法学』第三九卷一・二号(一九八七年)、二二五頁以下も参照。
- (4) 松尾敬一「穂積陳重の法理学」『神戸法学雑誌』第一七卷三号(一九六七年)一頁。
- (5) 西賢「わが国における比較法学の発展」『神戸法学雑誌』第二〇卷三・四号(一九七一年)。
- (6) 原田・前掲注(3)、二九五—六頁。
- (7) グリグズビーに関しては、林智良によるパーソナル・ヒストリー研究に詳し、「W.E.Grigsbyの学識と教育活動——日本最初の「ローマ法」講義担当者をめぐって——」『阪大法学』第六三卷(二〇一三年)九二三頁を参照。なお、矢田一男「明治時代のローマ法教育(一)」『法学新報』第四四卷三、四号(一九三四年)、八四頁以下も参照。
- (8) The Calendar of the Tokio Kasei-Gakko, Or Imperial University of Tokio, for the Year 1876, p.89-90. グリグズビーによる試験問題について、林・前掲論文九二六—七頁に詳細な分析がある。林教授は、グリグズビーのローマ法講義について、「西欧系の法知識を有する法曹を育成するために、あえて選択科目として「ローマ法」を開講し、更に近代のローマ法体系書

ではなくユ帝『法学提要』という法文に直接基づいた講義を彼が行ったことは、その後の近代日本法学の方向性を定める貴重な播種となった」と評されている。具体的に受講生がどのような成績を修めたかについて、穂積重行『明治一法学者の出發』岩波書店・一九八八年、一〇九頁以下を参照。とくに一一三頁掲載の資料では、穂積陳重をはじめとする五名の Middle Law Class の成績一覧が示されている。なお、グリグズビーの後半生について、葛西康德「古代ギリシアにおける法 (Nomos) の概念について：とくに立法および立法者に焦点を合わせて」『国際哲学研究』別冊二(二〇一三年)、二頁、東洋大学学術情報リポジトリ URL <http://id.nii.ac.jp/1060/00006549/> を参照。

- (9) 『東京帝国大学五十年史』一九九頁「本科課程 法学第一年 下級 列国交際法「平時交際法」 英国法律「大意 憲法及刑法」 憲法史記 心理学及論文 拉丁語／第二年 中級 列国交際法「戰時交際法」 英国法律「慣用法 結約法衡平法及其主旨」 羅馬法律 政学 修身学及論文法蘭西語／第三年 上級 列国交際法「交際私法」 英国法律「私犯法 海上法及法律要旨」 羅馬法律 法国法律「那命拿法律要旨」 比較法論 證據法及理説」(傍線筆者)。

- (10) 『東京大学一覽(明治一五年・一六年)』学科細目「第四章 教科細目」[羅馬法]。

- (11) テリー (Henry Taylor Terry, 1847-1936) は、一八七二年コネティカット州で法曹資格を取得後、一八七六(明治九年) 来日、一八七七(明治一〇) 年まで東京開成学校、その後一八七七(明治一〇) — 一八四(明治一七) 年及び一八九四(明治二七) 年 — 一九二二(明治四五) 年まで東京大学、帝国大学、東京帝国大学法科大学教師を務めた。主著の「法の基本原理」[The first principles of law (一八七八年)、「英米法の指導原理」Leading Principles of Anglo-American Law (一八八四年)、「英米法入門」An elementary treatise on the common law, for the use of students (一八九八年) は、いずれも学生のために著した書である。高柳賢三「ヘンリ・T・テリー先生の追想」『米英の法律思潮』海口書店、一九四八年、三二五頁。

- (12) 『東京大学年報』六五—六六頁「従来法学緒論ノ講義ハ第二年級ニ授ケンモノ唯一課ナリシカ之ヲ増設シテ三課ト為スニ至レリ而シテ穂積教授ハ法学通論ヲ余ハ羅馬法律ヲ第一年級ニ講授シ且ツ余ハ別ニ英国古代法律ヲ第二年級ニ講授セリ／羅馬法律ノ講義ハサندان氏ノ翻譯ニ係ルジヤスチニヤン法典ヲ用テ教科書と為シ人事編ノ大意ヲ普通一般ノ方法ニ依リテ授ケタリ特ニ学生ヲシテ大ニ注意ヲ喚起セシメシハ無形物及ヒ義務ノ條目トス蓋シ英国法律上必要ナル關係アリセハナリ…」 <http://>

dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/813149を参照。

- (13) Cf. The Institutes of Justinian, with English introduction, translation, and notes by Thomas Collett Sanders, Longmans, Green, 7th edition 1883. 同書は一八五三年の初版以来版を重ねており、時期的には第七版の頃にあたる。Sanders (1825-1894) は、オックスフォード大学 Balliol College の出身、古典学、ラテン語で優等の成績を修めた。一八五一年以来実務家として主に商事事件を扱った、とされる。

- (14) 小柳春一郎「裁判所構成法原案起草者オットー・ルードルフについて」小柳春一郎・蕪山巖編著『日本立法資料全集 94 裁判所構成法』信山社・二〇一〇年、二九七頁以下所収（「オットー・ルードルフ (1845-1922) について——東京大学ドイツ法講師から司法省顧問・裁判所構成法原案起草者へ（付・明治一八年九月『裁判所組織及裁判手続ニ関スル意見』）『獨協法学』七三号（二〇〇七年）」も参照）、この時期におけるテリーの帰国について、「テリーとの契約の期限切れを捉えて、新たにドイツ人教師を採用したいというのが当時の法学部の意向であった」（三二六頁）、とされる。

- (15) オットー・ルードルフの来日の経緯について、小柳・前掲、三二三頁以下、東京大学法学部においてパンデクテン法学への期待が高まったこと、穂積陳重の影響が大きかったことが指摘されている。ルードルフ自身、三年間の契約での就任であったが、法学部で講義を始めて半年余りで、講義への情熱を失ってしまったことは、その書簡によってもうかがえる、小柳・前掲・三二八頁所掲のフリードベルク司法大臣宛の書簡を参照。翌一八八五（明治一八）年八月には司法省に雇替えとなり、裁判所構成法原案の作成に大きな役割を果たすことになる。一八九〇（明治二三）年一〇月離日。一九二二年没。

- (16) 『東京帝国大学五十年史』五九四頁以下を参照。五九五頁以下に「東京大学法学部内二別課設立ノ儀ニ付建議」と題する長文の建議書が採録されている。設置の理由として、明治一一年から一五年にかけての東京大学法学部の卒業生の数は僅か三八名に留まった。まさに「需用ニ応ズルニ足ルト云フヘカラス」ということにあり、社会の要請に答えようとする趣旨で設けられたのであるが、結局二年で新規募集が停止され、一八八六（明治一九）年の帝国大学への移行にあたって、当該学科は文部省から司法省に移管された。なお、司法省法学校と東京大学法学部の合併によりそれぞれが、法律学第一科（仏語）と第二科（英語）となり、翌一八八七（明治二〇）年九月に「独逸法」が加えられ、英吉利部、仏蘭西部、独逸部の三部体制と

なっている。この間の学科制度の変遷について、一一二〇頁以下を参照。別課法学科について、矢田一男「明治時代のローマ法教育 (一)」『法学新報』第四四卷三号、九一頁以下も参照。

(17) 別課法学科の授業科目は、『東京大学百年史』部局史一、三三―三四、三九―四〇頁を参照。山崎利夫『英吉利法律学校覚書 明治前期のイギリス法教育』中央大学出版・二〇一〇年、三三―四頁。

(18) 「法科大学沿革談」『穂積陳重遺文集第三冊』二五一頁以下、二五三―四頁を参照。この「邦語教育」の中心をなしたのが、当時助教授であった土方寧であったとされる。当初講義を担当したのは外国人であり、邦人の教師も原書に基づいて講義をしていたのであるが、邦語教授を実現するために困難は「術語の翻訳」にあったとされる。

(19) 渡邊安積は、岩国の出身、一八五九 (安政六) 年八月二日―一八八七 (明治二〇) 年二月二三日。英吉利法律学校 (中央大学) 創設者の一人としても知られる。一八七四 (明治七) 年三月東京に出て東京英語学校、開成学校を経て、東京大学で法学を専攻。一八八二 (明治一五) 年七月卒業し、法学士。日報社員、農商務権少書記官、参事院の員外議官補および東京大学御用掛・准講師、英吉利法律学校創立に参画しその幹事を務めたが、一八八七 (明治二〇) 年に病没。年二九。渡邊安積編輯『羅馬法全』英蘭堂・一八八六 (明治一九) 年、復刻版『日本立法資料全集』別卷一一一、信山社出版・二〇一六年も参照。原田前掲二五一頁「Mackelley, Hunter, Poste, Sanders, Mackenzie 等を基礎とした帝国大学の数年の講義の結実たる『羅馬法』を遺している」と評している。ただしこの「帝国大学」は「東京大学」と読み替えられるべきである。

(20) ここに登場する「マッケルデキ」即ち、マッケルダイ (Ferdinand Mackelley, 1784-1834) は、一八一七年以来新設のボン大学でローマ法教授を務めた。Lehrbuch der Institutionen des heutigen Römischen Privatrechts. 1814. その改訂版である Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. 1818. などの著者として知られる。これらの書は英語に翻訳され、英米においてよく読まれて、渡邊安積はおそらく英語版を参照していたのではないかと思われる。後注も参照。

(21) 渡邊安積『羅馬法全』巻頭「羅馬法序」にはこう記されている。「羅馬法の泰西諸国に尊信せらるること中世より現今に至るまで未だ嘗て一日も衰へざるなり而して近來我国に於て英仏独諸法の法律書の梓に上るもの汗牛充棟も啻ならずと雖も羅馬法に至りては寥々晨星の如き者世の学者未だ之を攻究するの必要を感じずして其需要甚た鮮きに由るか今夫れ歐洲に於て成

典の完備を以て鳴る者仏蘭西あり慣習自生の法を以て誇る英吉利あり法理の精緻を以て尚る者独乙あり然り而して此諸邦の能く其名声を博したる所以の者は職として模範を羅馬法に取りたるに源由せずんばあらず則ち羅馬法は今日文明諸邦の法律の淵源たることは欧米学者の常に称する所にして今更に喋々するを待たざるなり」として、穂積陳重の「万法帰一論」の一節を引きつつ、これを論拠として、さらに以下のように論じている。「然るに我邦の学者は特り英仏独の法律を講すべきを知りて而して羅馬法の大に攻めざるへからざるを知らざる如きは豈痛惜すへの至りにあらずや予曾て大学の囑托を受け羅馬法を講するに方りマッケルデキ ハンター ポスト サンダー マクケンジー諸氏の羅馬法書に拠り其大要を纂述したる者漸く積みて一冊子を成す頃日小閑を得たるに由り修正補綴を加へ以て世に問ふ。回顧すれば数年前予の東京大学に在り法律を学ぶの日科程中未だ羅馬法の設なかりしと雖も当時メイン オースチン氏等の法理書を講するに当り其論拠たる羅馬法に出づる者十の八九に居るを見て窃に羅馬法を講究せざるへからざる所以を感じたりしが其後幾何もなく大学科程中果して一科を置かるるに至り爾来諸私立学校に於ても之を教授するの必要を覓り現に此科程を設くるもの少しとせず。知るべし、本邦人が一般に羅馬法の価格を知るは其期決して遠きにあらざることを且つ方今洋語に達せざるの士適、羅馬法の講せざるへからざることを知るも而かも世間羅馬法書の邦語を以て綴りたる者甚だ希なるを以て講するの便を得ざる者あるへし。是れ予の謫劣を顧みず此書を公にする庶幾くは万一に裨益する所あらんか。然れトモ本書は固より書生科程の爲めに著述したる者にして沿革、人事、財産、契約の要旨を簡説するに過ぎず。若夫れ深く其蘊奥を研究せんと欲する者は他日羅馬法の世に尊信せられ良書続々上梓するの時を待つべきなり。明治十九年四月二十七日」(序一〇頁より抜萃、漢字は新字体に、ひらかな読みに替えた)。因みに、『東京帝国大学五十年史』五九四頁には、一八八四(明治一七)年「十月二十日渡邊安積に准講師を囑託」と記されているが、これは先の「序」に記されたことと符合すると思われる。別課法学科については前注も参照。

(22) 渡邊安積について、山崎・前掲書、一八、二四、三四、一三八―九、一五五、一六二、一六五頁。「渡邊安積 英吉利法学校幹事」『タイムトラベル中大125』http://www.chuo-u.ac.jp/aboutus/history/pdf/timetravel125_036.pdf?1519361039489

(23) 以下『東京帝国大学五十年史』一一一七―一一四八頁を参照。ローマ法に関わる部分のみを以下に記す。一八八六(明治一九)年度「法律学第一科(第二科) 第二年 羅馬法一年間毎週三時」、「羅馬法 法理学 バリストル・アト・ロー(ミツ

ドル・テンプル）穂積陳重 東京。一八八七（明治二〇）年度「法律学科 英吉利部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／仏蘭西部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／独逸部 第一年 羅馬法 一年間毎週六時／ 第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」、「羅馬法、法理学 バリストル・アト・ロー（ミツドル・テンプル）穂積陳重／ 独逸法学、羅馬法 ドクトル ユーリス（イエナ大学）バリストル・アト・ロー（カツセル）ハインリヒ・ワイペルト」。明治二年になると、「明治二十一年十月法律学科及政治学科の学科課程を改正し、英吉利部、仏蘭西部及独逸部を改めて第一部第二部及第三部と為せり。」として、「第一部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／ 第二部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時／ 第三部 第一年 羅馬法 第一期、第二期 毎週六時、第三期 同四時／第一年 羅馬法演習 一年間毎週一時／第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」とされ、とくに第三部におけるローマ法の比重が大きくなっている。以上の『五十年史』の記事からうかがえることは、それまでの歴史的な事情も加わって、学科目編成が非常に複雑なものになっているということである。明治一九年度には、「羅馬法」は、法律学科第一科、第二科共通で二年次配当になっているが、当該の年度は実際穂積陳重自身によって講義が行われたのか、あるいは行われなかったのか微妙な問題が残る。さらに、明治二〇年度を例にとれば、ローマ法は、英吉利部と仏蘭西部では第二年配当で毎週三時とされる一方、独逸部では一年配当毎週六時とされ、少なくとも二つのローマ法講義が併行して行われざるをえない形になっている。しかも二年時には演習も科目になっている。この点をいかに調和させていたのか疑問の残るところである。その一方で、明治二十三年に至り、「明治二十三年に至り、……法典編纂の事業漸次進歩し、法典も逐次発布せられたれば、法律学科の授業は当然本邦法典を主とし、外国法は参考に資するに止むべきを以て同年九月法律学科及政治学科の科目に改正を加へ、法律学科を従来如く三部に分けて組織する制を廃し、法律学科として毎年本邦法典其の他を授け、猶別に参考科として外国法を授くることとし、参考科を第一部第二部第三部と為せり。」（前掲書一二四頁）。法典編纂事業の進展と共に、英法、仏法など外国法の授業が各部の参考科に位置づけられるようになり、相対的に比重が減じられていくのに対して、ローマ法は、「本邦法典」の講義と並んで、中心的な科目としての位置を示し続けている。

（24）『東京大学五十年史』一二四二頁掲載の当時の教授助教教授の一覧を参照。

（25）穂積陳重のローマ法講義についても、講述筆記録がいくつか知られている。森征一・岩谷十郎／監修 法文化研究会「帝

大生・安達峰一郎の「法学」ノート——『法律講義案集』の伝える明治中期法学教育——『法学研究』第七三卷一〇号（二〇〇〇年）七三一—一二〇頁『羅馬法』（JR19 654 13）清水裕樹筆 一〇六—一一〇頁。京都大学法学部図書室所蔵本（319||Ho||和装本714532）、同吉田南総合図書館所蔵本（図316||11||三高和200021826680）、東京大学総合図書館所蔵本（L11:194005733191）など。国会図書館に所蔵される、不破彦蔵手写『穂積陳重 講述』一八八九（明治三二年）、冊子体、一六一丁（請求記号322.315-H734r2 国立国会図書館書誌）。ID00000904794:info:ndlp/pid/1880330）及び穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』info:ndlp/pid/1879760。ここでは主として参考し得た後者によりつつ、穂積陳重の羅馬法講義の内容を検討するにとどまる。講述筆記の年代は明示されていないが、欄外メモとして記されている日付から判断すると、明治二〇年九月から翌二一年六月にかけての講述ノートであると考えられる。縦罫線のノートに毛筆で記され、二一葉に及ぶ。筆記者も特定できないが、表紙見開きに「秋山定輔図書之印」が押されていることから、この筆記者が、後の「二六新報」主宰者であり、明治末の政界の黒幕としても知られる秋山定輔（1868-1950）その人である可能性が高い。秋山は明治三三年に帝国大学法学部法律科の卒業とされることから、二〇年～二一年にかけて穂積博士のローマ法を聴講したと考えておきたい。この秋山定輔所蔵印本の穂積『羅馬法講義筆記』からうかがえることを幾つか指摘しておきたい。当時学年暦は毎年九月一日に始まり、翌年七月一〇日までとされていた。この年の始業日の九月一日が日曜日であるので、一二日から実際の学年は始まった。講義筆記には講義日がすべて完全に記録されているわけではないが、明治二〇年～二一年のカレンダーの曜日に当てはめると、第二回が「十五日」（五丁）とあり、その日は木曜日にあたる。あとの曜日のとの関連で、初回は一二日か、一三日のいずれかである。第四回（一二丁）、第五回（一七丁）のあと、次に日付として出てくる九月二九日（二〇丁）木曜日は一回の講義の分量から第六回目にあたると思われる。九月末までにおそらく六回の講義が行われたと考えられる。九月ははっきりとはしないが、一〇月以後、曜日のとの対応を見てみると、授業自体は毎週月、火、木曜日の三日にわたるが、実際は毎週二回のことが多く、第一学期は一二月六日の火曜日で終わっている。因みに当時三期制が採用されており、第一学期は一二月二四日まで、二五日から翌一月七日までが冬期休業となり、九日から第二学期の授業が再開されている。第二学期は三月三十一日まで、四月一日から七日までが春期休業で、四月は一二日以後火曜日乃至金曜日に週一回が三週と、回数が少なく、五月は

ほぼ毎週二回の授業が行われ、最後の日付が六月五日となっている。六月中旬以後に学年末試験が行われた。テキスト入力してみると、ほぼ一二万字を数える。記載の日付から知られる授業回数合計が四八回である。回によつて分量の増減があるが、単純に割ってみると、一回の講義の分量は二、四〇〇字ほどになると考えられる。なお当時の学年暦、学期については、『東京帝国大学五十年史』一〇〇三頁所収、分科大学通則中、学年学期休業に関する規定を参照。実際このような講義がどのような形式で行われていたか、陳重の長男、穂積重遠は次のように語っている。「講義の態度方法は各教授一人一様であり得る。筆者の学生時代（明治三七年―明治四一年）には筆記式の講義が多かったが、それにもいろいろな遣り方がある。例へば穂積八束教授の憲法は一言一句を其儘筆記させる意図の「口を開けば文を成す」式講義であつた。……これに反して穂積陳重教授の法理学は一くぎり書かせては挿話はいるので、学生は時間中にノートを整理しアンダーラインを引き見出しまで附けることが出来た。」「穂積八束教授の講義は自ら信ずる所人をして信ぜしずんば已まざるの意気込で、正に「権威を有る者の如く」であつた。穂積陳重教授は兄弟ながら全然対蹠的で、疑ふに勇にして断ずるに怯なる「学者の如き」講義であつた。現在に於ても或はこの二つの傾向があるであろうか。……大学の講義としては二つの態度はそれぞれに正しい。一は学生を感奮興起せしめ、他は学生を内容思索せしめる。」穂積重遠『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』法学部総論六―七頁。重遠先生は、陳重・八束兄弟の講義ぶりをこのように振り返っている。穂積陳重の羅馬法講義も法理学講義と同様のものではあつたのではないかと思われる。穂積陳重が担当した科目は、羅馬法と法理学の講義だけではなかつた。勿論年度により差異はあるが、そのカバーした範囲はきわめて広く、実際の講義負担もかなりのものがあつたのではないかと推察される。「当初は教授の数極めて少なかりしを以て、一人にて担任する学科目甚だ多く、余の如きも法学通論、法理学、英法各部、海法、羅馬法、民法原理、刑法原理、国際法、監獄法の多きに当たらざるを得ざりき。随つて其講義の粗略不完全は免るべからざる所なりき。然るに、其後教授の数も次第に増加したるにより、二十六年より講座制を採ることとなり、各教授其の専門に就き、研究講義共に完備の域に進めり」と当時を回顧している、「法科大学沿革談」『遺文集第三冊』二五六頁以下を参照。穂積陳重の民法原理について、小柳春一郎「穂積陳重と舊民法―「民法原理」講義を中心に―」『法制史研究』三二（一九八一年）、一〇五頁以下を参照。

(26) ヴァイペルトに関して、武内博「東京大学傭外国人教師・講師履歴書収録一覧」<http://rainichi20072.blog106.fc2.com/blog-entry-17.html> 149 ヴァイペルト。OAG（オーアーゲー・ドイツ東洋文化研究協会、ドイツ文化会館内）＝Deutsche Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens の <https://oag.jp/people/heinrich-weipert/> によれば、ヴァイペルトは帝国大学法科大学法学教師として、一八八六―一八八九年まで在籍、その後 Südkorea、Bordeaux で領事を務めた。一八八八年以後OAGの正会員であった。ドイツの比較法学者カラーなどとも関係があり、日本やアジアに関するレポートや翻訳を行っていた。なお、ヴァイペルトについては、石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』（滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念）信山社・二〇〇二（平成一四）年・一〇七頁、とくに一二二頁を参照。

(27) ヴァイペルト「羅馬法及法典編纂論」『法学協会雑誌』第五巻通号四一号（一八八七（明治二〇）年）一七一―四一頁。「法科大学教師独乙法律博士 ヴァイペルト氏演述、法科大学助教授 法学士 植村俊平通訳」とある。植村俊平は、一八六三（文久三）年生まれ、一八八六（明治一九）年東京大学法学部を卒業、一八八七（明治二〇）年に東京大学法学部助教授となっている。のち代言人となり、その日本銀行、住友本店支配人などを経て、大阪市長を務めた。一九四一（昭和一六）年没。

(28) ヴァイペルト前掲三二―三三頁。

(29) 前掲三七―三八頁。

(30) 原田「我が国に於ける外国法史学の発達」前掲書一九六頁、「帝国大学、東京帝国大学【明治三〇年六月以来】に於て羅馬法を講じた宮崎道三郎【担任明治三二年―三七年】は、法制史学者として羅馬法を講じた最初の学者であらうが、彼は羅馬法の専門家ではない。遺した羅馬法に関する研究も、「羅馬法の独逸に伝来したる始末を述」べた一篇【法協五九号六〇号六一号（明治三二年・三三年）】の外アイヒホルン伝【法協七三号七五号（明治三三年）】に於て註釈学派と後期註釈学派を語り、「古代売買ノ方法」【法協一二巻（明治三七年）九号】に於てマンキパチオ、人身売買に触れてゐる位に過ぎない」。明治三二年、三四年の詳細は不明であるが、矢田教授によれば、「明治三十三年度第一年羅馬法一年間毎週三時」「明治三十四年度第一年羅馬法一年間毎週四時（？）」とされ、明治三三年度、三十四年度の担当者として、それぞれ「教授 法制沿革、羅馬法 法学士 宮崎道三郎 三重」、「教授 法制沿革、羅馬法、独逸法律史 法学博士 法学士 宮崎道三郎 三重」として、宮崎

博士の名前を挙げておられる、矢田前掲（二）九六頁を参照。なお、石井良助博士によれば、宮崎博士が明治二十一年に帰朝後「二十二年以来「日本法制沿革」（後に「本邦法制沿革と改む」）の講義を担当した」とされておられる、石井「日本法制史研究の発達」前掲書二八一頁を参照。『宮崎先生法制史論集』中田薫編、岩波書店、一九二九年。日本法制史の講義については、故沼義雄先生の東大学生時代のノートが、「日本法制史 宮崎法学博士述」として、日本大学図書館法学部分館に所蔵されており、貴重な記録となっている。

(31) 宮崎道三郎『比較法制史』上・下巻 日本大学総合学術情報センター所蔵、登録番号:nucn.100100883。

(32) 宮崎の比較法制史の講義録はいくつか知られているが、その中で摂南大学所蔵本は、日本大学所蔵本が謄写刷であるのに対して、筆記者は不明であるが、インクによる筆記ノートを製本したものであり、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授比較法制史 完 於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年度の筆記録であることが知られる。

(33) 穂積陳重『羅馬法講義筆記』（秋山定輔蔵書印本）冒頭に記された「筆記者による目次記載事項を原則として残し、仮名送りを平仮名とし、漢字は新漢字として、明白な誤記の訂正を施し、欠けている箇所及び該当頁数を補っている。同史料の書誌については、前注を参照。この秋山定輔所蔵印本の穂積『羅馬法講義筆記』からうかがえることを幾つか指摘しておきたい。当時の学年暦は毎年九月一日に始まり、翌年七月一日までとされていた。この年の始業日の九月一日が日曜日であるので、一二日から実際の学年は始まったことになる。講義筆記には講義日がすべて完全に記録されているわけではないが、明治二〇年―二十一年のカレンダーの曜日に当てはめてみると、第二回が「十五日」「五丁」とあり、その日は木曜日にあたる。あとの曜日のとの関連で、初回は一二日か、一三日のいずれかである。第四回「二丁」、第五回「一七丁」のあと、次に日付として出てくる九月二十九日「二〇丁」木曜日は一回の講義の分量から第六回目にあたると思われる。九月末までにおそらく六回の講義が行われたと考えられる。九月ははつきりとはしないが、一〇月以後、曜日のとの対応を見てみると、授業自体は毎週月、火、木曜日の三日にわたるが、実際は毎週二回が多く、第一学期は一二月六日の火曜日で終わっている。因みに当時三期制が採用されており、第一学期は一二月二四日まで、二五日から翌一月七日までが冬期休業となり、九日から第二

学期の授業が再開されている。第二学期は三月三十一日まで、四月一日から七日までが春期休業で、四月は一二日以後火曜日乃至金曜日に週一回が三週と、回数が少なく、五月はほぼ毎週二回の授業が行われ、最後の日付が六月五日となっている。六月中旬以後に学年末試験が行われた。テキスト入力してみると、ほぼ一二万字を数える。記載の日付から知られる授業回数の合計が四八回である。回によって分量の増減があるが、単純に割ってみると、一回の講義の分量は二、四〇〇字ほどになると考えられる。なお当時の学年暦、学期については、『東京帝国大学五十年史』一〇〇三頁所収、分科大学通則中、学年学期休業に関する規定を、「試業規定」に関しては一一〇七頁参照。実際このような講義がどのような形式で行われていたか、陳重の長男、穂積重遠は次のように語っている。「講義の態度方法は各教授一人一様であり得る。筆者の学生時代（明治三十七年—明治四一年）には筆記式の講義が多かったが、それにもいろいろな遣り方がある。例へば穂積八束教授の憲法は一言一句を其儘筆記させる意図の「口を開けば文を成す」式講義であった。……これに反して穂積陳重教授の法理学はくぎり書かせては挿話はいるので、学生は時間中にノートを整理しアンダーラインを引き見出しまで附けることが出来た。」「穂積八束教授の講義は自ら信ずる所人をして信ぜしずんば已まざるの意気込で、正に「権威を有る者の如く」であった。穂積陳重教授は兄弟ながら全然対蹠的で、疑ふに勇にして断ずるに怯なる「学者の如き」講義であった。現在に於ても或はこの二つの傾向があるであらうか。……大学の講義としては二つの態度はそれぞれに正しい。一は学生を感奮興起せしめ、他は学生を内容思索せしめる。」穂積重遠『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』法学部総論六—七頁。重遠先生は、陳重・八束兄弟の講義ぶりをこのように振り返っている。穂積陳重の羅馬法講義も法理学講義と同様のものではなかつたのではないかと思われる。穂積陳重が担当した科目は、羅馬法と法理学の講義だけではなかつた。勿論年度により差異はあるが、そのカバーした範囲はきわめて広く、実際の講義負担もかなりのものがあつたのではないかと推察される。「当初は教授の数極めて少なかりしを以て、一人にて担任する学科目甚だ多く、余の如きも法学通論、法理学、英法各部、海法、羅馬法、民法原理、刑法原理、国際法、監獄法の多きに当たらざるを得ざりき。随つて其講義の粗略不完全は免るべからざる所なりき。然るに、其後教授の数も次第に増加したるにより、二十六年より講座制を採ることとなり、各教授其の専門に就き、研究講義共に完備の域に進めり」と当時を回顧している、「法科大学沿革談」『遺文集第三冊』二五六頁以下を参照。穂積陳重の民法原理について、小柳春一郎「穂積

陳重と舊民法―「民法原理」講義を中心に―『法制史研究』三二(一九八一年)、一〇五頁以下を参照。

(34) 以下講義筆記から抜萃しておく。なお、漢字は新字体、仮名は平仮名送りとし、一部句読点を補った。「彼の有名なる独逸「イエリング」が Spirit of Roman Law の冒頭に書いて因り羅馬は二度世界に号令し三度万国を統一せり。第一は羅馬の隆盛の時に当り兵力を以て万国制伏せしめたりし (By force of Arms)。以て邦国の統一を為せり。第二回は帝国破壊の後に於て猶ほ教法の権柄を握り宗教の統一を為せり。第三回は中世以後欧州の諸国をして相率ひて羅馬法を継受せしめ以て法律の統一を為せり (Reception of Roman Law) 此「イエリング」は今にゲッチンゲンにて羅馬法を講義せる人にて此書は只に羅馬法の精神のみならず一般法律の精心とも云ふ可きなり。此の如く羅馬法は近世法律世界を統一せしを以て我々が法律を研究するの材料として尤も大切なコトは云ふ迄もなく且羅馬法の勢力は未だ消ずして猶漸く将来世界に及ぶの勢力なり。予は万法帰一論を書きし中に云ひし如く此後開明諸国の法律は羅馬法の子孫なる可し。」「一丁」ここではイエーリングの『ローマ法の精神』の冒頭を引用しつつ、「万法帰一論」と結びつけられている。「予は羅馬法を研究するに当り現今欧法の淵源を探ぐり且つ羅馬法の実績に由り法理学を研究するの材料となす積りにて之を研究するなり。左れば羅馬法を研究するの理由二あり一は立法上の必用なり。二は法理學上の必要なり。」

(35) 「立法上の必要」として、「羅馬法は欧州諸国現行法の淵源なり。其故に苟も欧州諸国現行法を理解せんとなれば、其淵源に遡りて羅馬法を学ばざるを得ず。」……「羅馬法を欧州に継受したるトキは羅馬尚ほ盛んなる時に限らずして其国亡びて後数百年を歴て諸国之を受けたるなり。」ローマ法が武力によるのではなく、「只其法の精神發達の整の羅馬法は性質上余程優等なる所あるを以て帝国亡たる後に至りて世に出でし」「羅馬法の価値あるコトは亡びたる後に世界に広がりたりとの事実が之れ羅馬法の美なる一証なり。」とする。〔四丁〕

(36) 「羅馬法は國際法の基礎となり」として、グロチウス『戦争と平和の法』に言及しつつ、「諸国交通の条規を論究するに悉く羅馬法を参考せしなり。…何故に羅馬法は万国公法の基礎となりしや之れ如何となれば昔日羅馬の版図は欧米諸国に跨がりしかば従て羅馬国と羅馬国属隸の諸国との交通最も繁忙なりし。之れ数国の法律を規定すべき元〔原〕則に富めるを以てなり。」「五丁」

(37) 「法学上の必要」について、まず当時のサヴィニーの歴史法学、メインの歴史法学、オースティンの分析法学の方法論を対比しつつ、三者に共通するローマ法との関係に言及する。「此の如く欧州諸国に於ては独り羅馬法を継受したるのみならず其学をも継受せるなり。其後羅馬法研究の力を三変して其研究法は一方に於ては羅馬法を材料として法律に關する諸觀念を研究し一方に於ては其法を材料として法律沿革の道理を究政するの学派を生ぜり。近世歴史法学派の初祖なる独立国の「ザビニー」氏の如きは羅馬法を以て其材料と為せり又近世歴史法学派の「メーン」氏の如きも此法を以て立論の基礎とせり。／又分析法学を盛大に起したりしジョン・オースチン氏の如きも其材料は悉く羅馬法に採れり只法律学派の中に於て究理を論ずる自然法学派のみ羅馬法の実歴を頼まざるのみ。／之に依りて見れば羅馬法の研究は独り近世諸国の法律羅馬より傳來せりと過去の理由のみに在らずして羅馬法は過去に於けるも時來に於けるも法律學と稱する建物を建築するには欠く可からざるの材料なりと謂ふべし。」「五丁」

(38) ローマ法を必要とする理由は以下の四点にまとめられている。「(甲) 羅馬法は之と哲學者にして實際家を兼ねたる者の手に成りしものにして (Cato, Cicero, Greek Stoic School)、其用語甚だ嚴正なり。又其編纂批判の方法も亦能く整へり且つ原則に余程富みたるが上に實用も疎からず故に分析法学に取りては甚だ貴重なる材料なり。(乙) 羅馬法は近世文明諸国の法律の基礎たるを以て一度之を学びたる後は真に究易く諸国の法律を学ぶを得べし故に之を基として諸国法律を比較するに得るなり。然れば羅馬法は比較法学にも亦考重なる材料と云ふ可し。(丙) 羅馬法は其發生の年より發達死亡に至る迄一代記を為すものなり故に歴史法学研究には他に比類なき良材料なり。(丁) 羅馬法は前述の如く國際法の材料と為りしものなれば國際法を究たるものにも貴重なる参考なり。」「七―八丁」。「以上述べたる所は立法上學理と羅馬法研究の大切なコトの最なるものなり。予曾て世界中の法律を分別して五大法と為せりコトあり。即ち印度法族、支那法族、回々法族、(ペルシヤ、インド、トルク) 英國法及び羅馬法族之れなり。而して此五大族の内自然の淘汰ありて或は基法律の範圍の縮小するあり擴張するありて遂に世界の法族は羅馬法族に一統するならんとのコトを述論せり。」とあるように、独自の「法律五大族」の考え方がここでも示されている。「法律五大族之說」『法学協會雜誌』第一卷一号、五号、『遺文集第一冊』二九二頁以下。松尾敬一「穗積陳重の法理学」『神戸法学雜誌』第一七卷二号(一九六七年)一頁以下、法律五大法族説については、とくに四頁以下。法律

も進化の法則を離れることがのできのであれば、五大法族間でも「自然の淘汰」が行われ、まず滅亡することになるのは「支那法族」、次いで「印度法族」「回々法族」であり、「英国法族」はその中で「頗る広大なる者」とされ、「他日編典の拳」があれは必ず「ローマ法族」に帰すべきとの予言も一概に否定できないとして、「英国法」を高く評価していることは、当該講義の趣旨にも通じている。松尾教授は、「万法帰一論」（『法学協会雑誌』一二号、『遺文集第一冊』三五九頁を参照）は、こうした議論の展開の背景に、時代への「危機感」を指摘され、「劣者の位置にあることの自覚の上に、いかにして劣敗を免るかが考察される」ことを指摘される。

- (39) 穂積陳重「羅馬法を講ずるの必要」『穂積陳重遺文集第二冊』九〇頁、九一頁。初出『日本之法律』第拾四号、一八八九（明治三二年）三月掲載。『日本之法律』については、村上二博『日本之法律』にみる法典論争関係記事（二）『法律論叢』第八〇巻四・五号二六七頁以下、解説を参照。同誌は一八八八（明治二一年）二月二九日創刊、発行元は当時ボワソナードのProjet、『法学協会雑誌』を刊行していた博文館である。『羅馬法講義』には以下のように記されている。「メーン」氏古代法理学に曰く我輩の羅馬法の研究を必要と為す所以は独り英国の之を継受したるが故なりのみにあらず、他日両国の法律は遂に一と帰すべき者なればなり独り両国の法律一途に帰すべきが故のみに在らず万国法律幼稚の時に在りて如何程其性質を異とするとも其発達するに従ひ漸く其規を一にすべきを以てなりと。之を要するに羅馬法は一方より見れば過去の法律にして一方より見れば現在の法と云ふ可く又之を未来の法律と云ふも過言にあらざるべきなり。／今日より見れば羅馬法は一時法典として貴重のみならず其歴史頗る貴重なり。故に予は中頃歴史を述び中頃より規則正しく羅馬法を研究す可し。」と。〔八一九丁〕
- (40) Ferdinand Mackley, *Lehrbuch der Institutionen des heutigen Römischen Privatrechts*. 1814; *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*. 1818. このように一九世紀前半ドイツ法学文献がイギリスで読まれるようになった背景には、メインの「ローマ法と法学教育」に語られた時代の精神と呼応したものがと考えられる。分析法学で知られるオースティンは、一八二六年にロンドンのユニヴァーシティ・カレッジの法学教授に就任する以前にドイツに留学し、当時の現代ローマ法学、パンデクテン法学を踏まえて、分析法学の枠組みを構想したことはよく知られている。ドイツ法学のイギリスへの影響は、それ以前から、ティボー（Anton F.J.Thibaut）やマッケルダイ等教科書が翻訳されいた。サヴィニーの『現代ローマ法体系』

第一卷（一八四一年）が翻訳されるのも一八六七年のことである。その他の巻も継続して刊行された。Lord Mackenzie, *Studies in Roman law with comparative views of the laws of France, England, and Scotland*, 3rd ed by, Blackwood, 1870松野貞一郎／伊藤悌治訳『羅英佛蘇各國比較法理論』一八九一年（原著 9th ed., 1879に基づく）『ローマ法研究の成果を踏まえて』イギリス・フランス・スコットランド法を対照比較したもの。William A. Hunter, *Introduction to Roman law*, 4th ed., London Sweet & Maxwell, 9th ed. rev. by F.H. Lawson, 1934. 西川鉄次郎「羅馬法入門」『明法志林』一一〇号（一八八六年）。Peter Stein, *Legal Theory and the Reform of Legal Education* (1979), in: *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, p.234sq.; *Continental Influences on English Legal Thought*, 1600-1900, in: *op.cit.* p.224. このほかにも、イギリス人がパンデクテン法学に基づいて著した最初期のイギリス法の書物とされるマークビーの著書も日本に紹介されていた。William Markby, *Elements of law: considered with reference to principles of general jurisprudence*, 2nd ed., 1874 Oxford 安藤一太郎・小野徳太郎訳『法理原論』巻之一・巻之二／巻之三日本立法資料全集別巻 323, 324 信山社・二〇〇四年。原著は、一八七〇年カルカタでの講義をもとにしたもので、万国共通の法理の論究がその目的であるとされ、英吉利法律学校のテキストにもなっていた。マークビーは、スタインによれば、サヴィニーの熱烈な支持者であったとのことであり（Stein, *op.cit.* 241, 224）イギリスの法学教育に欠けていた、法を原理の体系的論理的連関とする考え方を補充する役割がパンデクテン法学に期待されていた。ローマ法は一般法学の一部をなすものと考えられ、その法的概念、定義と分類、思考形式、内的連関ないし体系が重視されるようになっていた。こうした当時のイギリス法学のあり方が、穂積陳重の法理学講義はもとより、ローマ法講義のバックボーンを形成していた。石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』（滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念）信山社・二〇〇二（平成一四）年、一一四頁以下を参照。穂積陳重はもとより、渡邊安積をはじめとする所謂英法派の人びとにとってこうしたイギリス法学のあり方は共通の前提となっていた。

- (41) 英語訳としては、Ferdinand Mackelley, *Compendium of Modern Civil Law*, edited by Philip Ignatius Kaufmann, 2 vols. New York 1845（原書一二版に基づく）；*Handbook of the Roman Law*, 2 vols., translated by Moses A. Dropsie, Philadelphia, T. & J. W. Johnson, 1883.（原書一四版に基づく）が知られる。

(42) 穂積陳重が一二表法に大きな関心をもっていたことは、メイン『古代法』からの影響があったことはいうまでもない。大正三年に末松謙澄による『ウルピアヌス法範』の刊行に当たって、同書に附録として採録された「十二表法全文並英佛獨等諸説対照」について後序を寄せている。「メイン」は「古代法論」の冒頭に題して曰く「世界に於て最も長命なる法制は法典に始まり法典に終はれり」と、是れ蓋し「ローマ」の立法は十二表法に其洪源を発し、「ユスチニアヌス」帝の「ローマ」全法典に完成したるを謂ふものなり。」という言にもうかがえる。

(43) 一二表法を講ずるにあたり、実際いかなる文献が参照されたか、いくつかの手がかりがないわけではない。一二表法の復元研究はもとよりゴットフリート・ジャック Godefroy (Godofredus, 1587-1652) に遡る。Fontes quatuor juris civilis in unum collecti, puta : Legis XII. tabularum fragmenta quae supersunt, una cum ejus historia... notis et glossario ; Legis Juliae et Papiae fragmenta; Edicti perpetui ; ut et Sabinianorum ordo seriesque... auctore Jacobo Gothofredo,... [Esaia Colladone edente.] Edition : Genevae : sumptib. J. A. et S. de Tournes, 1653. 講義の中にも語られるように、本格的な復元研究は一九世紀に入ってからのものである。ハインリッヒ・ディルクセン「独逸学者」として、まず「ディルクセン Heinrich Eduard Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, von Heinrich Eduard Dirksen, J.C. Hinrich, 1824; R. Schölle, Legis Duodecim Tabularum Reliquiae, Leipzig, 1866; M. Voigt, Die XII Tafeln-Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie Prozesses, der XII Tafeln nebst deres Fragmenten, Leipzig 1883など」が想起される。実際、各表の説明するにあたり、例えば第一表では冒頭に「現今迄に遺存するもの九ヶ条」のような復元された法文の数を挙げている。各表の復元法文数とともに、それぞれの法文の配列に近いのは、フランスのオルトラン Joseph-Louis-Elzéar Ortolan (1802-1873), Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne; suivie d'une généralisation du droit romain, et de l'explication historique des Instituts de Justinien, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts. 1868. The history of Roman law : from the text of Ortolan's histoire de la législation romaine et généralisation du droit (edition of 1870) : translated with the author's permission and supplemented by a chronological chart of Roman history, by Iltudus T. Prichard and David Nasmith, 1871, William S. Hein,

2008 (reprint) もあり、末松訳の配列は、オルトランのそれに原則として準じており、各法文の注釈にあたる「諸説対照」に用いたいわけの「才本」がこれに該当する。もとより『羅馬法講義』における一二表法の講述内容には、独自のアレンジがどここされている。

(44) 穂積陳重「沿革法理一班 法律の發達は助法に始まり主法に成るを論ず」『明法志林』第八冊第八七号（一八八四（明治一七）年十一月一日發行）、百二十九頁以下、『遺文集第二冊』九頁以下所収。「古代は訴訟法を以て法典の冒頭に置き助法を主として主法を客とせるは既に上に陳へたる如し。碩学「メイン」氏其理由を論して曰く古代の未開社会にありては人民互に腕力を以て自己の利益を保護し苟も他人に害を為す者あるトキは或は生血を以て其損害を償はしめ或は腕力闘争によりて之が賠償を強迫す。而て一たび法廷の設あるや人民一切の紛議を裁判すへき一大制度を生したるを以て苟も一の争議ある毎に直ちに之を法廷に告訴す。而て未開の人民は争議常に風を成し闘争息む時なし。此の如き時代には人民法廷の必用を感ずるコト最も深し。而て人民稍や進歩して紛「百五十四頁」争の風減少するに隨ひ法廷の要稍く減少し人民高等の開化に達し人民法律を遵奉し秩序を尚ぶの風生する時は法廷の価直一層減却し竟に制裁に関する法を法典の終尾に付くるに至るなり。是れ羅馬十二銅表に於ては法典の首部を占めたる訴訟法も「ジャスチニヤン」帝の「インスチチュート」法典には巻尾に位せる所由なりと。此説頗る精確なるは論を俟たず然りと雖トモ古代の法典中の助法が主法の前に出たるの理由は主として助法の主法に先て起りたる沿革上の原因によるものの如し。」（仮名送りを変更してある）。

(45) 穂積陳重の一二表法への大きな関心は、メイン『古代法』に想を得ているように思われる。『古代法』第一章「古代法典」では、原始社会に現れる法及び法觀念の原型から慣習が生まれ、文字の發明により古代法典に結晶化するのであり、一二表法はその典型である、とされる。それに続く章で、法典の形式に固定された古代法が社会の進歩とともに変化發展を遂げるための手段は、法的擬制、自然法及び衡平、立法と三種あるが、メインの関心はとくに成文法の問題に向けられ、古代法典の典型としての一二表法が随所でその立論の基礎とされている。Sir Henry Maine, *Ancient Law*, 1861, introduction by Prof. J.H.Mogan, Everyman's Library, 1965を参照。『羅馬法講義』の「十二銅表」の解説は、当時一二表法研究の動向も踏まえながら、独自の解釈を試みようとしたものといえよう。穂積陳重の一二表法への関心は、末松謙澄訳『ウルピアヌス羅馬法

範』帝国学士院、一九一七(大正六)年の後序にもうかがえる。

- (46) Savigny, Friedrich Carl von ' Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814; Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften, hg. von Hattenhauer¹. 1. Aufl., 1973; 2. Aufl., 2002. 守矢健一訳「F. C. サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その一)『法学雑誌』第五九卷二号(二〇一二)一頁、(その二)第六〇卷一号五九頁、とくに六〇頁以下を参照。穂積陳重「サヴィニー、ティボーの法典争議」『法窓夜話』岩波文庫、三四四頁以下。

- (47) 穂積陳重『祖先祭祀と日本法律』有斐閣、一九一七(大正六)年を参照。同書は一八九九年にローマで開催された万国東洋学会での英語による講演を邦訳したもの。メイン、クランジュにも言及されている、四四頁。問芝志保「祖先祭祀の「文明化」：穂積陳重を事例として」『宗教研究』第八八卷一号(二〇一四年)、二五—四七頁。

- (48) Glück, Christian Friedrich Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld : ein Commentar für meine Zuhörer, J.J. Palm, Erster Theil, 1797, S. 1ff. なお、Glückの注釈本は現在 Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Digitale Bibliothek, <http://dlib-pr.mpij-mpg.de/> にも収録されている。

- (49) 『羅馬法講義』九九—一〇〇丁。「古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屢々宗教の教文中に掲げたるなり。又立法権を直接間接に神に帰せし時代あり。ヌマ ライカーガス「リクルゴス」メニュー「マス」モゼス「モーセ」法典等の如し。又法律の学識も中世迄は僧侶に帰せり。加之ならず古代の法律は祖先の「九九丁裏」祭りの制度に基き之を作りしものにして家長婚姻等の制度たりとも皆祖先の祭祀を絶たざるが為めなり。／羅馬にても十二銅表発布の時迄は法律の智識は貴族の占有する所たり。而して貴族なるものは宗教儀式等に尤も通ぜしものなり。羅馬の公法私法は皆祖先を祭ると云ふコトより出でしなり。／斯の如き有様なりしが故にウルピヤンの時代に於ても宗教法律の区別未だ全く立たざりしなり。之れ法律学の学者の罪にあらずして法律其れ自身の然るに由れり。故に此時代の法律学は必要上神事及び人事の智識となる所以なり。左れトモ只神事人事と云ふのみにては広きに失するが故に定義の下半に於て正不正の学即ち適法不適法を知るの智識とせるは頗る穏当なり。独逸学者 Glück (Pandekten I) の説に由ればウルピヤン「一〇〇丁表」の神事と云へるは即ち宗教法を指せ

るものなりと。而して人事と云へるは通常の法律 (common law) を指せりと云へり。之れ或は然らん。左れトモ余はウルピヤンの説を解して前述の如く之を見んと欲するなり。／前のウルピヤンの定義は非常に有名なるものなり。／ウルピヤン「の」定義の弁護人中に笑ふ可きはポロックの説なり。氏はむりやりに之を弁護して曰く此定義中の第二段は正と不正とを見分る学問なりとの意にして上段は connect にあらずして discriminate にして神事と人事とを区別するの学問なりと大に無理なる弁護を為せり。」

(50) 穂積陳重「婚姻法論綱」『明法志林』第一四、一五号 (明治一四年)、二〇、二三号 (明治一五年)、『遺文集第一冊』九六頁。

(51) 穂積「婚姻法論綱」『遺文集第一冊』一〇〇頁にも同趣旨のことが語られる。

(52) 穂積「婚姻法論綱」『遺文集第一冊』一〇六頁。

(53) 一五二丁「右の四段を経るものなり。抑も原社会に於ては人々自立の力に乏しく故に水草を逐ひ漸く生を繋ぐの時代には女の数は必定減少なりし。之に於てか数夫一妻の制と為りたるなり。之れの制は余程広く行はれしには相違なし。其後稍進んで秀でたる人々は一夫数妻の制を経りたる等の事もありたる可し。然れトモ之れ少数の富強者の間にのみ行はるる可き筈なり。其れより一夫一婦の制と為るコトにて之れ尤も進歩発達せるトキに起るなり。」

(54) J.J.Bachofen, Das Mutterrecht : eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur, Stuttgart : Kraiss & Hoffmann, 1861. 吉原達也・平田公夫・春山清純訳『母權制』上・下巻、白水社、一九九二—一九九三年。バハオーフェン、マクレナン、モルガン等の当時の家族史研究の状況について、差し当たり、中川善之助「婚姻と家族の理論—その起源に関する学説史—」穂積先生追悼論文集『家族法の諸問題』有斐閣 (東京)、一九五二年、一一三—一二頁、青山道夫『近代家族法の研究』有斐閣、一九五二年、清水盛光『家族』岩波全書、一九五三年、青山道夫「家族学説の諸問題」『家族 家族問題と家族法Ⅰ』酒井書店、一九五七年、一三—一五五頁、『続近代家族法の研究』有斐閣、一九七一年に収録。江守五夫『歴史のなかの女性』彩流社、一九五五年。

(55) 「母法 Mutterrecht」「子法 Tochterrecht」をめぐって、穂積陳重『法窓夜話』岩波書店、一九八〇年、跋、三六六頁、

「六三 舶来学説」一二六頁、一二九頁及び所掲の注記、三八八頁。中田薫「母法、子法なる熟語に就て」『法制史論集』第四卷、一九六四年、二九八頁を参照。

(56) John Ferguson McLennan, *Primitive Marriage*, Edinburgh Adam & Charles Black, 1865.

(57) L.H.Morgan, *Ancient Society Or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*, MacMillan & Company, London, 1877. 青山道夫訳『古代社会』上下巻、岩波文庫、一九五八年。

(58) L. Numa Denis Fustel de Coulanges, *The Ancient City : A Study on the Religion, Laws, and Institutions of Greece and Rome*, Boston/New York, 1877; *La cité antique* (Champs, 131) Flammarion, 1984. 田辺貞之助『古代都市』白水社、一九六一年、新装復刻版二〇一一年。

(59) Maine, *Ancient Law*, p.128-129.

(60) ワイペルト前掲三三―三四頁、「又立法ノ業ハ至難ニシテ如何ニ意ヲ用キテ作リタル法典ト雖トモ誤謬欠点ナキヲ得ザルハ殆ンド疑フ可ラズ請フナポレオン法典ヲ見ヨ。該法典中ニハ物権人權ノ差異ニ関スル定義解説ヲ全ク欠ケリ。然ルニ該法典中ニ採用シタル羅馬法ノ規則ハ右二種ノ權利ノ區別ニ基ケリ。又一千一百七条ニ当然無効ノ契約ノ事并ニ契約取消ノ訴訟ヲ記載セルハ明ニ羅馬法ニ在ル *Ipsa jure* 及ヒ *Ope exceptionis* ノ區別ニ從ヒタルエナリト雖トモ民法典ニハ此區別の結果ニ関スルハ一モ規定スル所ナシ。然ニ羅馬法ニテハ二者ノ區別ヨリ生ズル効果ハ甚タ多シ斯ノ如キ場合ニハ羅馬法ニ就テ研究スルノ外ハ他ニ拠ル所ヲ発見スルヲ得ズ。又実ニ民法典ノ起草者ブーレーユ及ビマンビーユハ自ラ其草案中ニ誤謬欠点ノ多カルベキヲ知りテ之ヲ研究スル者ハ須ク普通法性法法律言論ヲ参照スベキコトヲ勸メタルモ其真意ヲ探グルニ必竟羅馬法ヲ参考スベシ云フニ過ギザルナリ。」

(61) 穂積重行『明治一法学者の出発』一五―二頁。ミドル・テンプル法曹院で、穂積陳重は「ブラキス氏」による「羅馬法沿革史」を聴講した。「ブラキス」とは、穂積重行氏は、『神聖ローマ帝国』（一八六四年）の著者としても知られる、オックسفード大学の欽定ローマ講座教授 James Bryce (1838-1922) とされている。

(62) P. Stein, *Maine and legal education*, in: Allan Diamond, *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine: A Centennial*

Reappraisal, Cambridge University Press, 1991, p.200. 山崎利夫『英吉利法律学校覚書』一四五頁注24を参照。

- (63) Sir H. S. Maine, *Village Communities in the East and West*, New York, 1876 3rd. ed., p.330 sqq. 初出は、Cambridge Essays for 1856に記されている。メインの「ローマ法と法学教育」については、内田力蔵『法改革論』『内田力蔵著著作集』第二巻、一五五頁以下（「4 サー・ヘンリー・メインとイギリス法の「法典化」」、とくに一六八頁以下を参照。

- (64) Maine, op. cit., p.332.

労働事件における法人格否認の法理

南 健 悟

目次

- 第一章 問題の所在
 - 第一節 はじめに
 - 第二節 法人格否認の法理—会社法学からの分析
 - 第三節 問題の提起
- 第二章 労働事件における法人格否認の法理の実際
 - 第一節 労働事件における法人格否認の法理の判断要素
 - 第二節 裁判例のまとめ
- 第三章 労働契約承継型と法人格否認の法理
 - 第一節 濫用形骸二分論を前提とする見解の背景

第二節 法人格否認の法理と実質的同一性の法理の限界

第三節 近時の裁判例の再検証

第四章 労働契約の承継を求める他の法的構成

第一節 法人格否認の法理以外による構成の可能性

第二節 事業譲渡が存在する場合

第三節 契約当事者の誤信の場合

第五章 結びに代えて

第一章 問題の所在

第一節 はじめに

一般的に、使用者とは、労働関係において労働者と対抗的な立場にあり、そうした立場のゆえに労働法上さまざまな責任を負う者とされる。^①労働契約法二条二項でも、使用者とはその使用する労働者に対して賃金を支払う者をいうとされ、通常は、労働者が入社した会社ないし労働者を雇った事業主として明白である。^②したがって、例えば、企業グループにおいて、親子会社の関係にある二つの企業の子会社の方に雇用された労働者については、子会社自身が労働契約の締結を行い、賃金支払い、指揮命令、人事管理などの点で労働関係を担っていくかぎりには、子会社のみが労働契約上の使用者であって、親会社は使用者ではない。^③しかしながら、そのような企業グループを形成しているような場合に、親会社等の支配企業または個人・同族による支配株主が、労働法の潜脱（組合員排除、賃金債務免脱、解雇

法規潜脱等）を目的に、その支配力の行使により従属企業の一つを廃業・解散させ、当該従属企業の労働者を廃業・解散を理由に解雇させた上で、当該従属企業の事業と実質的に同一の事業を他の従属企業に継続させるような事案（いわゆる「偽装解散」）において、親会社等に対して労働契約上の使用者性を追及する法理として、法人格否認の法理が用いられてきた。^④ 法人格否認の法理とは、株主と会社との関係が密接なケースにおいて、両者の法人格の独立性を形式的に貫くことが、場合により正義・衡平に反するような場合に、特定の事案につき会社の法人格の独立性を否定し、会社とその背後の株主（親会社等）とを同一視して事案の衡平な解決をはかる法理である。^⑤ 周知の通り、最判昭和四四年二月二七日民集二三卷二号五一頁によれば、「法人格が濫用される場合」または「法人格が形骸化している場合」に、当該法理が肯定される。そして、同判決が法人格否認の法理を肯定したことを嚆矢とし、労働事件においては、賃金責任追及事例として、仙台地判昭和四五年三月二六日労民集二二卷二号三三〇頁〔川岸工業事件〕が肯定して以来、労働法学及び労働事件においても法人格否認の法理が用いられてきた。特に、法人格否認の法理と一緒に論じられる偽装解散の法理が労働法学上、独自の発展を遂げてきたといわれている。^⑥ 労働事件においては、前述した川岸工業事件のような未払賃金責任追及事例だけではなく、親会社への、そして事業譲渡等、企業の組織再編行為等と合わさった別会社等への労働契約の承継を求める事例も存在し、法人格否認の法理の適用に関しては、かなり複雑な様相を呈している。本稿は、労働事件における法人格否認の法理の適用に関して、次節以降で詳述するように、第一に、労働事件における法人格否認の法理の適用につき、それが争われた労働事件について、会社法学の立場に立脚しながら、同法理が適用される判断要素について分析を加え、第二に、労働事件において法人格否認の法理が適用される場面で最も問題となりやすい、労働契約の承継との関係について検討するものである。

第二節 法人格否認の法理―会社法学からの分析

（一）濫用形骸二分論に対する批判

法人格否認の法理を一般論として認めた前掲最判昭和四四年二月二七日は、「法人格が全くの形骸にすぎない場合、またはそれが法律の適用を回避するために濫用されるが如き場合においては、法人格を認めることは、法人格なるものの本来の目的に照らして許すべからざるものというべきであり、法人格を否認すべきことが要請される場合を生じるのである。そして、この点に関し、株式会社については、特に次の場合が考慮されなければならないのである。／＼思うに、株式会社は準則主義によつて容易に設立され得、かつ、いわゆる一人会社すら可能であるため、株式会社形態がいわば単なる藁人形に過ぎず、会社即個人であり、個人即会社であつて、その実質が全く個人企業と認められるが如き場合を生じるのであつて、このような場合、これと取引する相手方としては、その取引がはたして会社としてなされたか、または個人としてなされたか判然しないことすら多く、相手方の保護を必要とするのである。ここにおいて次のことが認められる。すなわち、このような場合、会社という法的形態の背後に存在する実体たる個人に迫る必要を生じるときは、会社名義でなされた取引であつても、相手方は会社という法人格を否認して恰も法人格のないと同様、その取引をば背後者たる個人の行為であると認めて、その責任を追求することを得、そして、また、個人名義でなされた行為であつても、相手方は敢て商法五〇四条を俟つまでもなく、直ちにその行為を会社の行為であると認め得るのである。けだし、このように解しなければ、個人が株式会社形態を利用することによつて、いわれなく相手方の利益が害される虞があるからである。」と判示する。そのため、前述したように、法人格否認の法理は、法人格が濫用されている場合又は法人格が形骸化している場合に適用されるものと考えられている。そして、伝統的学説

においては、法人格の濫用とは、会社を支配している背後者が違法・不当な目的を有している場合をいい、法人格の形骸化とは、株主等による会社の完全な支配の存在に加えて、株主総会・取締役会の不開催や株券発行等の決定手続の不遵守、役員の兼任、会社と社員の財産・業務の混同等がある場合を指すとされてきた。^⑧とりわけ、前者の法人格の濫用の場合においては、会社の背後にある者の会社法人格の利用という事実と違法又は不当な目的という事実が重要であると指摘される。^⑨

しかしながら、このような法人格の濫用の場合と形骸化の場合という濫用形骸二分論に対しては、会社法学説では痛烈な批判が展開された。すなわち、法人格の濫用以外の場合にも法人格否認の法理を適用することは妥当であるが、その要件として法人格の形骸化のように債権者保護との関係が不明なものも含む法人形式無視の諸徴表を数え立てることは、要件の適切性を疑わせるとの批判である。^⑩要するに、法人格の形骸化との関係において、個々の利益とは関係ない諸ファクターを羅列することへの批判が唱えられたのである。^⑪そこで、このような見解からは、法人格否認の法理は過少資本規制・親子会社間の利益相反取引規制・外観理論・不法行為等の法制度等の不備・未発達があるさまざまな分野について不公平を調整するための一般条項の一つに過ぎないことから、他の法律規定の解釈・適用や契約の解釈により解決し得る場合にはまずそれに依拠すべきであり、それが不可能な場合であっても個々の実定法上の規範や有限責任制度の趣旨を基準とした検討による要件の明確化が必要であるとされ、^⑫そこでは、会社債権者全体に対する株主有限責任を排除することが問題となる制度的利益擁護型と、^⑬特定の相手方との利害調整が問題となる個別的利益調整型とに分けて検討すべきであると指摘された。^⑭そして、契約相手方の保護や債権者保護の観点から必要なファクターを検討すべきであるとする。より具体的に言えば、法人格否認が争われている事案において、契約相手方

の信頼や期待の保護、契約・法律上の義務回避、債務免脱目的の有無といったファクターを検討すべきであるとされてきた。⁽¹⁶⁾

このような批判に対して、少なくとも裁判例（最高裁判例及び下級審裁判例）は、伝統的な濫用形骸二分論を墨守しているのではないか、という指摘がありうる。⁽¹⁷⁾ しかしながら、近時の学説において、前掲最判昭和四四年二月二七日も当該事件において問題となつてゐる利益、制度に応じた判断をすること、および形骸化型と濫用型とは連続的に捉えられるべきものであることを示唆し、⁽¹⁸⁾ また、下級審裁判例の多くも、形骸化を主観的濫用の意図のない場合の総称に過ぎないと理解しており、必ずしも伝統的な濫用形骸二分論に依拠し、いわゆる要件としての形骸化とは考えていないのではないか、との理解も示されている。⁽¹⁹⁾ そこで、本稿は、会社法が一般的に類型化した各考慮要素を参考に、労働事件においても同様の考慮が働いているか否かを確認することが一つの目的である。

（二）濫用形骸二分論と法人格否認の効果

また、法人格否認の法理の効果論との関係においても法人格の形骸化の場合と濫用の場合とは明確に区別できるものではなく、連続的に捉えられるべきともいわれてきた。⁽²⁰⁾ もともと法人格否認の法理における形骸化論は、アメリカ法における道具理論をベースに発展したものであるとされているが、これは主観的な濫用目的のない場合にも法人格否認の法理による救済範囲を広げるための概念であつた。⁽²¹⁾ 形骸化という要件は、主観的濫用の意図のない場面という意味で、主観的濫用の意図のある濫用型と連続的に捉えられることになると指摘される。⁽²²⁾ そのため、効果論としても、会社法上、法人格の形骸化の場合と濫用の場合とで効果を違えることはネガティブに評価されてきたともいえよ

う。

このような伝統的学説に対する批判は、今や学説上、広く受容されていると評価されている⁽²³⁾。したがって、現在では、どのような具体的類型のものに法人格否認の法理を適用できるかが問題とされ、「濫用」「形骸化」という要件がみたされれば、法人格は否認されるのか否かという単純な議論はなされなくなっている⁽²⁴⁾。

このような会社法学説における法人格否認の法理の捉え方を基礎に据え、労働事件における法人格否認の法理の適用の問題について検討することとする。

第三節 問題の提起

本稿は、労働事件における法人格否認の法理の適用に関して、第一に、労働事件における法人格否認の法理の適用について、それが争われた労働判例について、会社法学の立場に立脚しながら、同法理が適用される判断要素について分析を加える。前述したように、法人格否認の法理を肯定したといわれている事案において、当該訴訟で問題となっている利益、制度に即した判断がなされてきたのか否か、ということを確認する。そこでは、会社法学説において指摘されている、①契約相手方の信頼や期待の保護が問題となる類型、②契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型、③株主による会社搾取や過少資本が問題となる類型に即した検討を行う。第二に、労働事件において法人格否認の法理が適用される場面でも問題となりやすい、労働契約の承継との関係について検討するものである。労働事件において、法人格否認の法理が適用の如何が争われる場合には、濫用事例であるのか、それとも形骸化事例であるのか、その適用の効果という観点から重要視されてきた。すなわち、裁判例においては、労働契約の承継を

認められるかが争われ、法人格の形骸化が認められる場合には、労働契約の承継が認められる一方、濫用のような場合には、原則として労働契約の承継が否定されるとし、ただ、偽装解散が認められるときには労働契約の承継が認められることを示唆するものもある⁽²⁵⁾。そうすると、会社法学説においては否定的に考察されてきた濫用形骸二分論は労働事件においては未だに墨守されているのではないか、とも考えられる。そこで、本稿は、労働事件において見られる濫用形骸二分論を指摘する一般論が展開されてきたその背景についても検討する。

なお、これらの論点を検討するに当たって、注意すべきは、労働事件において法人格否認の法理の適用が争われるケースは、大別して、未払賃金等請求型と労働契約承継型（地位確認型）に分けられる。そうすると、未払賃金等請求型については、他の会社法判例と同様に（労働）債権者保護との関係で捉えられるのに対し、後者の労働契約承継型の場合には、法人格否認の法理の当該事案限りの処理であるという理解との関係をどのように考えればよいのかも問題となる⁽²⁶⁾。本稿では、まず法人格否認の法理が争われた労働判例を包括的に検討して、そこで争われている利益状況や制度は何か、ということを示す（第二章）。その上で、法人格否認の法理を適用するに当たって、労働法分野においては、労働契約の承継を求める場合が多いが、しばしば展開される濫用形骸二分論を前提とした一般論とそこで語られている背景や実質的根拠とは何か、ということについて検討する（第三章）。さらに、労働契約の承継を求める場合に、法人格否認の法理以外の法的構成の可能性についても最後に付言する（第四章）。

第二章 労働事件における法人格否認の法理の実際

第一節 労働事件における法人格否認の法理の判断要素

労働事件において法人格否認の法理が争われる類型として、単純な親子会社関係（単独個人株主の事案も含む）の事案や事業譲渡や組織再編に絡む事案等があるが、ここでは包括的に法人格否認の法理の適用が問題となった事案の考慮要素について検討する。なお、本稿では、ひとまず、貸金等請求型及び労働契約承継型を区別せず、²⁷⁾考慮要素にのみ着目した形で検討を行うこととした。また、複数の要素に跨がる事案については、それぞれのところで個別に指摘する。前述したように、会社法においては、現在では、どのような具体的類型のものに法人格否認の法理を適用できるかが問題とされ、「濫用」「形骸化」という要件がみたされれば、法人格は否認されるのか否かという単純な議論はなされなくなっている。²⁸⁾とりわけ、形骸化を要件とすることは、それが要件として明確性をもたず、法的安定性を害するものとされると考えられており、²⁹⁾個別具体的な類型に即した適用範囲を考察する。そこで、以下では、一般的に会社法上挙げられてきた、具体的な類型に即して、労働事件における法人格否認の法理の適用の実際について、分析を加えてみることにする。ここにいう具体的な類型とは、①契約相手方の信賴や期待の保護が問題となる類型、②契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型、③株主による会社搾取や過少資本が問題となる類型という形で分析する。なお、いずれの類型にも当てはまらない事案について、④その他として紹介する。

（二）契約相手方の信頼や期待の保護が問題となる類型

この類型に位置づけられ得る事案として、まず盛岡地判昭和六〇年七月二六日労判四六一号五〇頁〔盛岡市農協事件〕が挙げられる。本件は、親法人である農業協同組合が子会社の営業を別会社に譲渡し、当該子会社を解散させ、子会社労働者を解雇したことから、子会社労働者が親法人に対して地位確認等を求めた事案である。本判決では主として会社解散における不当労働行為が問題とされており、後述の契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型ともいえるが、やや曖昧な判示ではあるものの「被告〔農協―筆者註〕の職員として直接雇用されたと認めうる余地はある」として、原告労働者の「被告の正規職員として採用決定を受けたと理解した」との主張に一定の理解を示している。その意味において、契約の相手方である労働者が、誰が使用者であるのかを誤信した可能性も示唆され、この点も法人格否認の法理が適用される要素として働いた可能性がある。次に、この典型的な事案ともいふべき、札幌地判平成三年八月二九日労判五九六号二六頁〔クリエイティブインターナショナルコーポレーション事件〕は、被告出向先への労働契約関係の形成を求めた事案において、原告労働者は被告出向先が募集する採用試験を受け、同社への入社希望の申込みをして、他の新規採用者と共に同社の入社式に出席し、さらに出向先の本部にて新人研修を受けていた事情が詳細に認定されており、確かに、法律判断においては専ら社会保険の加入義務を回避する目的があったとして法人格否認の法理が適用されているが、他方で、契約の相手方である労働者が、出向先を使用者であると誤信していた典型例ともいふべき事案である。また、比較的類似の事例として、東京地判平成二三年三月二三日労判一〇二九号一八頁〔ココロプロジェクト事件〕も子会社の労働者が親会社に対して時間外手当を請求した事案において、親会社の代表者が子会社を設立した際に、子会社の労働者になることについて「他の二社に人員を均等に割り振

ります。この二社に違いは一切ありません。あくまで形式上なので、今までと同様ココロプロジェクトの看板をメインにやっていくことに変わりはありませんのであしからず。皆さんにおいては事実上何も代わりません^(ヤマ)。振り込み会社名が変わるだけです。」というメールを送付し、また、被告会社の代表者は子会社を自社の飲食店部門との認識を持っており、労働者も親会社に労務を提供しているという意識があることを認定しており、労働者の信頼を惹起していることが、法人格否認の法理の適用に当たっての考慮要素として働いているといえよう⁽³⁰⁾。なお、この類型に含まれる事例として、他にも千葉地判平成二二年三月一九日労判一〇〇八号五〇頁〔三和機材事件〕がある。厳密に言えば、法人格否認の法理が争われた事案とはいえないが、被告会社がその営業部門を分社化し、被告会社の労働者を転籍出向させていた事例において、被告会社に対して賃金等請求をした事案であるが、本件では「賃金債務などを被告が引き継いだものと認めることが相当である」として債務引受という法律構成により別会社への賃金責任の追及を認めるものもある。

(二) 契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型

次に、契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型であるが、これは労働事件において最も多いパターンとすることができであろう。具体的には、解雇法理適用回避目的、不当労働行為目的、そして労働債務免脱目的（労働債権者詐害目的）の類型である。これらの類型は、いわゆる濫用事例として考えられる。

まず、解雇法理適用回避目的であることが認定された事例として、大阪地決平成六年八月五日労判六六八号四八頁〔新関西通信システムズ事件〕がある。同事件は、新設の別会社を設立し、当該別会社に営業譲渡をしたが、一部の

労働者が承継を排除された事例において、新会社の設立が組合嫌悪目的で行われ、営業譲渡先へ一部の労働契約の承継は解雇法理を潜脱するものであるとして法人格否認の法理の適用を認めている。他方で、同事件もそうであったが、不当労働行為目的が認定され、濫用事例として法人格否認の法理の適用が認められたものとして、徳島地判昭和五〇年七月二三日労民集二六卷四号五八〇頁〔徳島船井電機事件〕、札幌地判昭和五〇年七月二三日判時八〇〇号一〇五頁〔宣伝事件〕、神戸地判昭和五四年九月二二日判時九五五号一一八頁〔中本商事事件〕、大阪高判昭和五九年三月三〇日労判四三八号五三頁〔布施自動車教習所・長尾商事事件〕、盛岡市農協事件、大阪高判平成一九年一〇月二六日労判九七五号五〇頁〔第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件〕、名古屋地裁一宮支判平成二六年四月一日判時二二三八号一一五頁〔ベストマンほか事件〕及び長崎地判平成二七年六月一六日労判一一二二二〇頁〔サカキ運輸ほか事件〕が挙げられる。まず徳島船井電機事件においては「徳島船井の解散は、Xらの組合活動を嫌悪し、その団結の場を失わせ組合組織を壊滅させる目的で少なくともそれを決定的動機として不当労働行為の意思でなされたものと認められる」として不当労働行為目的による解散として認定している。中本商事事件では、形骸化を否定しつつ、濫用の要件として支配従属関係で充足するとしつつ、不当労働行為目的での解散（真実解散）において親会社との間で労働契約の承継を認めている。宣伝事件においては、営業財産の譲受会社に対して労働者としての地位の確認を求めた事案において、確かに、伝統的な形骸化事例の認定手法が用いられているように読めるものの、会社解散が不当労働行為目的であることが認定されている。また、布施自動車教習所・長尾商事事件では形骸化が否定されているが、不当労働行為目的が認定され、法人格否認の法理の適用が認められている。³¹盛岡市農協事件は前述のとおり、契約の相手方の信頼保護という観点も認められつつ、「一連の行為がエコープ店によるXらの団結権に対する侵害として

不当労働行為に当たるとは明らか」とし、子会社の解散は不当労働行為目的で行われていたことも認定されている。第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件においても、布施自動車教習所・長尾商事事件とほぼ同様の枠組みを採用し、不当労働行為目的については「Y社は、泉州交通圏におけるタクシー事業を新賃金体系の導入に反対していたX組合を排斥するという不当な目的を実現することを決定的な動機として、実質的・現実的に支配しているA社に対する影響力を利用してA社を解散したものであると認められるから、A社の解散は、Y社がA社の法人格を違法に濫用して行ったものである」と認定している。また、比較的近時の裁判例であるベストマンほか事件やサカキ運輸ほか事件においても不当労働行為目的が認定されている。

加えて、解雇法理適用回避目的や不当労働行為目的だけではなく、労働債権者を害する行為（債権者詐害行為及びそれに類する行為）が認定されているものとして、東京地判昭和五六年二月一日四日判タ四七〇号一四四頁〔両毛ラスほか事件〕は、新設別会社は、もともとの会社の資産が債権者により差し押さえられることを免れる目的をもって設立されたことを認定し、法人格を濫用したものと判示されている。この類型も労働事件においても比較的多く、他に東京地判平成二十二年一月一日〇〇〇号三五頁〔日本語研究所ほか事件〕、ベストマンほか事件、横浜地判平成二六年八月二七日労判一一一四号一四三頁〔ヒューマンコンサルティングほか事件〕、サカキ運輸ほか事件及び京都地判平成二八年四月一五日労判一一四三号五二頁〔メルファインほか事件〕で見られる。日本語研究所ほか事件では、事業を承継した別子会社の設立行為について、「倒産直前に多額の滞納家賃及び更新料を支払うことによつて、本店所在地であるI第二ビル二階及び三階の賃借権及び保証金返還請求権をY1社に承継させ、さらに、倒産直後には、受講生及び顧客データを被告二社に無償で譲渡するなどその営業権のすべてを被告二社に譲渡し、その

結果、A社は多額の累積未払賃金債務を残したまま倒産し、被告二社は、従前、A社が行っていたものと実質的に同一の事業を継続している」と述べており、債務免脱目的の別子会社の設立であることが示されている。また、ベストマンほか事件では、不当労働行為目的に加えて労働者に対する未払賃金等の債務を免脱する目的で別会社を新設したことが認定されている。ヒューマンコンサルティングほか事件では、「組合を通じての交渉、神奈川県労働委員会でのあっせん等と紛争が拡大していく中で、さらなる金員の要求や場合によっては何らの金銭債務を負担させられると、いうことをY社側が危惧したことは当然予想されることであつて、そのような債務の支払を免れるための手段をとることは十分に考えられる」として、別会社の設立が債務免脱目的であることを認定する^{③②}。サカキ運輸ほか事件では、前述したように不当労働行為目的であることも認定されているが、同時に事業譲渡が無償で行われていたことも認められており、詐害行為的な発想が垣間見える。そして、メルファインほか事件でも、Aが別会社Y1社へAの資産等を無償で譲渡し、Aを倒産させ、労働者Xを解雇した事案において、Y1社などに対して地位確認及び未払賃金を請求した事案において、裁判所は当該資産の無償譲渡について「A社においては、B社の倒産を奇貨として、Xに対する支払を免れるために、訴外C社を倒産させ、当該事業をY2、Y3、Y4、Y1社及び訴外D社の協力の下で、Y2個人の名で継続させたものと推認することができる。／これらに照らすと、Aは、Xに対する債務の支払免れるために、法人格の濫用を行った」と認定されており、債権者詐害の類型として位置づけることができる。

他方で、その他の契約上の義務回避が認められた事案として、クリエイティブインターナショナルコーポレーション事件が挙げられる。同事件は前述したように、契約の相手方の誤信を生じさせた類型でもあるが、加えて、社会保険の加入義務を潜脱する目的でもあることが認定されており、そのような考慮要素も踏まえて法人格否認の法理の適

用が肯定されている。

（三）株主による会社搾取や過少資本が問題となる類型

そして、最後に、株主による会社搾取や過少資本が問題となる類型である。前述したように、労働判例における法人格否認の法理は、川岸工業事件を嚆矢とするが、本件は未払賃金等請求型の事案であった。⁽³³⁾ 同事件は、子会社の労働者が親会社に対して賃金等を請求した事案であるが、仙台地裁は一般論として「子会社の責任を親会社において自からの責任として負担すべきものとされるための条件としては、第一に親会社が子会社の業務財産を一般的に支配し得るに足る株式を所有すると共に親会社が子会社を企業活動の面において現実的統一的に管理支配していること、第二に株主たる親会社において右責任を負担しなければならないとするところの債権者は、親会社自から会社制度その他の乱用を目的として子会社を設立し又は既存の子会社を利用するなどの事情がない限り子会社に対する関係で受動的立場にあるところの債権者に限ること、しかも親会社と子会社との間に右第一の支配関係があるときは子会社の受動的債権者に対する債務関係は常にしかも重疊的に親会社において引受けている法律関係にあると解する」と述べ、親会社の子会社に対する支配と労働債権者の特徴を挙げ、⁽³⁴⁾ 法人格否認の法理を適用して、子会社労働者の親会社に対する賃金請求を認容した。同事件を発端に、様々な類型において、労働判例において法人格否認の法理の適用の問題が展開していく。本件では、形骸化が認められ、親会社に対する賃金等請求が認められた事案として位置づけられることもあるが、一方で、本件では親会社に対して代物弁済目的で子会社が有する全ての不動産を譲渡し、結果、子会社財産がほとんどなくなってしまうことも認定されており、子会社搾取からの債権者保護という側面を有する事案

ともいえる。また、東京地判平成一三年七月二五日労判八一三号一五頁〔黒川建設事件〕は、子会社の労働者が未払退職金を親会社に対して請求した事案において、第一に、代表者Y1（親会社及び子会社いずれの代表を兼務）が、子会社について、「毎年、粉飾決算を行う目的で、『前倒未収金』と称し、実際には受注していない架空の売上を計上しており、他方において、Y2社〔親会社―筆者註〕からA社〔子会社―筆者註〕に対し、多額の融資を行っていた」と、更に「A社の四国支店が独立して別法人となった際、Y1は、A社が同四国支店に対して有していた未収金二七二万一〇〇〇円について、Xの反対にもかかわらずこれを一部放棄させ、結果的に四国支店に対する未収金の額を一〇六〇万円として処理し」、「A社は、Y2社に対し、立替諸費用、業務費等の名目で、B社に対し、健康管理指導料の名目で、それぞれ多額の金員を支払うこととされていた。Y2社に対する支払は、本社ビル本館・別館の共通諸経費や社主であるY1に要した費用等の割当分であるが、この中には本来事務所賃料に含まれるべき借地料など、A社の負担とするには疑問のある項目」等があったことが述べられており、親会社による子会社搾取の徴表が詳細に認定されている。更に、日本言語研究所ほか事件においても、多額の費用を優先的に支払わせていたなど子会社搾取ともいふべき事実が認定されている。加えて、同事件では、「被告二社は教育情報研究所の一営業部門たる性質を有し、そのため上記三社の事業目的及び事業内容には共通性があるばかりか、被告二社はいずれも人的・財産的基盤が乏し」と認定されており、過少資本を想起させるような判旨も見られる³⁵。

（四）その他

ところが、法人格否認の法理の適用を肯定するに当たって、一見すると従来の会社法学説で批判されている純粋な

法人格の形骸化を理由としたのではないか、と見られる事案も存在する。その例として大阪地判平成二十一年六月一日労経速二〇五七号二七頁「北九州空調事件」がある。本件は、子会社の清算に伴い解雇された子会社労働者が親会社であるY社に対して労働者たる地位の確認を求めた事案において、労働契約の利用者を誤信していたわけでもなく、解雇法理適用回避目的や不当労働行為目的もなく、また子会社への搾取や債権者詐害等も認定されておらず、法人としての形骸化が著しいと認定されている。実際、判旨でも「XとY社との間の労働契約の存否との関係では、Y社の業務とA社〔子会社―筆者註〕の業務の境界は、相当に不鮮明であつたといわざるを得ない」とし、また「A社が独自に自己の財産を管理しているという面は希薄で、Y社が単に出資口数が最大の有限会社の社員であるという以上に個別具体的な財産管理についての意向を強く反映させていたと認められ、ひいては、A社の名義や計算において支出された金員について、これが実質的には、Y社の支出と見る余地も少なからず存するものと言える」として法人格の形骸化を認定している。しかし、本判決では支配関係に加えて、実質的な資金支払関係が存在していたことが大きな判断要素になったものと思われる³⁶。

第二節 裁判例のまとめ

以上、労働事件における法人格否認の法理が争われ、認められた事案を概観すると、一般論に違いは見られるものの、そのほとんどは、従来の会社法学説が指摘する類型に該当するのではないかと思われる。つまり、労働事件における裁判所の判断も、当該訴訟で争われている利益に即して、考慮要素を措定し、法人格否認の法理の適用を検討しているのではないか、と考えられる。そうすると、少なくとも、一般論との関係はひとまず措くとしても、労働事件

においても、上記のような要素（例えば、契約相手方の信頼や期待の惹起の有無・契約や法律上の義務を潜脱の有無・株主（親会社）による会社搾取や過少資本の有無）といった要素を主張立証することが重要であるといえよう。そして、とりわけ未払賃金等請求型については、会社が債務を免れるために債権者を害する行為（資産の無償譲渡等）の有無、親子会社関係においては親会社が子会社財産を搾取するような行為の有無又は過少資本といった徴表を主張立証することが、法人格否認の法理の適用を求める労働者側に求められることが従前の裁判例から見ても看取することができる。裏を返せば、従来、労働事件において法人格否認の法理の適用を求めるべく、特に、形骸化を認めさせるために主張される、財産の混同、業務活動の混同の反復、収支区別の欠如、株主総会や取締役会の不開催等³⁷といった当該訴訟で問題となっている利益とは関係の薄い要素を並べて主張することは、従来の裁判例から見ても、あまり意味が見いだせないように思える。

第三章 労働契約承継型と法人格否認の法理

第一節 濫用形骸二分論を前提とする見解の背景

しかしながら、なぜ労働法学説においては、伝統的な濫用形骸二分論を前提とした枠組みが踏襲されてきたのだろうか。例えば、一部の裁判例³⁸に対する一つの見方ではあるものの、親会社や事業承継先の会社に対して労働契約の承継を求めようとすると、大要、法人格の形骸化が認められる場合には、親会社等に対して労働契約の承継を追及することができ、他方で、法人格の濫用が認められる場合には、真実解散の場合と偽装解散の場合とに分けた上で、

真実解散の場合には親会社等に対して労働契約の承継を求めることはできないが、他方で、偽装解散の場合には、親会社等に対して労働契約の承継を求めることができるとの整理もなされている。⁽³⁹⁾ また、法人格の濫用について、偽装解散型を三類型に分け、①会社解散後、実質的同一性のある新会社を設立して事業を継続する場合には、両会社の実質的同一性（両会社間の株主、役員構成、事業内容、従業員の共通性）が認められ、濫用目的（会社解散・新会社設立が法人格の相違を利用した責任分離の濫用）が認められる場合、解散会社の雇用関係は新会社に承継される、②親子会社において、親会社が子会社を不当目的で解散し、その事業親会社自ら継続する場合には、親会社に雇用関係上の責任が承継されるとしつつ、他方で、子会社の業務を継続することがない場合には、裁判例上、労働契約上の責任を追及するか否かは分かれている、③親会社が子会社を解散させ、別の子会社に業務を引き継がせる場合には、別の子会社が形骸化しており親会社の一部門とみなされるのであれば、親会社が労働契約を承継するが、そうではない場合に、親会社か別子会社のいずれに労働契約を承継させるべきか、という点で学説・裁判例は分かれているとも整理されている。⁽⁴⁰⁾ このように、若干のニュアンスの違いはあるにはせよ、従前の学説の整理においては、法人格否認の法理の適用に当たっては、概ね、第一に、賃金等請求型と労働契約承継型が区別され、後者については、法人格否認の法理の適用を、形骸化事例と濫用事例とに分けた上で、形骸化事例については労働契約の承継を認める一方で、基本的には単なる濫用事例（不当労働行為目的の真実解散の事例等）については認められないとしつつ、しかし、なおその濫用の程度が大きい場合（明白な濫用の場合―不当労働行為目的の偽装解散の事例等）については労働契約の承継を認める可能性を示している。このような見解は、布施自動車教習所・長尾商事事件、第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件及び福岡地裁小倉支判平成二十一年六月一日労判九八九号二〇頁〔ワイケーサービス（九州定温輸送）事件〕における一般論

が影響していることは間違いない。それまでの裁判例では、例えば、徳島船井電機事件や中本商事事件は、形骸化事例と濫用事例とに分けずに法人格否認の法理を適用して、労働契約の承継を認める立場を打ち出していた。⁽⁴¹⁾ すなわち、前者の徳島船井電機事件は、組合嫌悪から親会社の子会社を解散した事案では、子会社を不当労働行為の意思で解散した場合には、子会社を現実的、統一的に管理支配している親会社があり、解散した会社が実質上親会社の一製造部門とみられるような場合には、偽装解散と同様に親会社に対して労働契約の承継を認め、更に、①背後の実体である親会社が、子会社を現実的・統一的に支配しうる地位にあり、子会社とその背後にある親会社とが実質的に同一であること、②背後の一体である親会社が会社形態を利用するにつき違法または不当な目的を有していることを挙げ、法人格を濫用したものとして労働契約の承継が認められるとする。また、後者の中本商事事件においても、労働契約承継型における法人格否認の法理について、①法人格の形骸化の場合においては、経済的に親会社が一個の単一体を構成していること、企業活動の面において親子会社の子会社に対する管理支配が現実的で活動そのものが社会的にみて単一性を有することが必要であり、②法人格の濫用の場合においては、親会社が子会社を支配し利用していること、右親会社による子会社の支配、利用について親会社が違法または不当な目的を有していること（ただし、形骸化の場合よりも緩やかな支配従属関係があれば足りるとする）⁽⁴²⁾ を挙げ、濫用事例と形骸化事例とで効果を違えるような一般論は展開されていなかった。

ところが、前述した布施自動車教習所・長尾商事事件が法人格否認の法理の適用につき、次のように判示して、形骸化法人格否認と濫用法人格否認とに分けて、その法的効果に違いを認めたのである。⁽⁴³⁾ すなわち、「Xらは法人格否認の法理により、Y1の右未払賃金債務行為を否認してY2に対し右未払賃金の支払を求めることができ、しかも、そ

の支配につきY1との連帯責任を負わせることができる」とし、「Y1が…なした会社解散決議は、Y1の労働組合壊滅を目的とした不当労働行為に基づくものではあるが、右解散は真実解散する意思のもとになされたものであるから右解散決議は有効であり、右解散を理由とした本件解雇も有効なものである」と述べつつ、「もつとも、Y1の前記解散決議が真実解散の場合であつても、Y1が形骸法人、すなわちY2の一営業部門とみられるような場合には偽装解散と同様に考えるのが相当である」として、法人格の濫用が認められる場合には、使用者以外の法人への賃金等請求は認められるが、原則として労働契約の承継を求めることはできず、しかし例外的に別会社の一営業部門として見られるような場合には、形骸化が認められた場合と同様に労働契約の承継が認められる一般論を展開したのである。これと類似の判断枠組みは、その後の第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件が、子会社の法人格が完全に形骸化している場合には継続的・包括的な労働契約上の権利を主張できる一方で、形骸化とまでいえず、法人格の濫用が認められた場合、真実解散の場合には、親会社に対して原則として労働契約の承継を求めることはできず、例外的に、法人格の濫用の程度が顕著かつ明白であると認められる場合には労働契約の承継を求めることができる⁴⁴と述べ、布施自動車教習所・長尾商事事件の一般論を踏襲する。では、このような一般論の背景には何があるのだろうか。そのことは、続くワイケーサービス（九州定温輸送）事件で、より明確に表されている。すなわち、「形がい化し又は濫用されているとしても、子会社が主体となっている権利義務関係を親会社に帰属させることは、その限りで法人格制度を否定することであるから、法人格否認の法理による救済は、本来、個別的・例外的にのみ認められるべきものである。例えば、子会社の従業員が、親会社に対し、過去の未払賃金や退職金の支払等、一回的な給付の請求を行うような場合であれば、比較的、同法理の適用になじむものといえる。／これに対し、本件請求のように、解散した子会社の従

業員が、親会社に対し、雇用関係の存在を主張する場合は、仮に主張が肯定されるならば、将来的に継続する法的関係を認めることとなり、個別的・例外的といえる域を超えて救済を認めることとなる。そのような救済が認められるためには、上記のような一回的な給付の請求を行うような場合と比較して、法人格を否定すべき度合いがより高いことを要すると解される。／そうすると、法人格否認の法理により、解散した子会社の従業員が親会社に対し雇用関係の存在を主張することが認められるためには、子会社の法人格が全く形がい化しているか、又は濫用が明白であることを要すると解するのが相当である。」と判示されている。つまり、本来の法人格否認の法理の当該事案限りの処理であるという理解を背景に継続的な契約関係を形成させることに對する評価がこの一般論に現出しているといえよう。⁴⁵ 実ほ、このような法人格否認の法理の当該事案限りの処理であるという理解が前面に押し出されたものはそれ以前にも見られた。福島地決昭和四九年一月一八日労民集二五卷六号五二〇頁〔阿部写真印刷事件〕は「雇傭契約の当事者ではない債務者に対し『雇主』たる地位を認めるところまで、A社の法人格を否認することは困難というべきであろう。けだし、法人格否認の法理は、法人制度の目的に照らし必要な限度において相対的に適用すべき」とし、「法人格の濫用による団結権侵害行為に對しては、これを排除するに必要な限度で、換言すれば、不当労働行為に對する救済の問題としてその限度で法人格否認の法理を援用すべき」と述べ、雇用契約上の責任追及までは認められないとしている。また、学説においても、「あくまで、当該権利に基づく請求をなしうるにすぎないのであるから」、「背後の実体たる法的人格者との間に、雇用契約関係を創設したり」することはできないとの見解もあつた。⁴⁶ 法人格否認の法理の効果として指摘されるのは、債権者保護という観点からの有限責任の排除が中心である。このことは法人格否認の法理を主張するに当たって同一訴訟手続の中で、一方では法人格の否認を主張しつつ、他方では法人とし

ての存在を前提とする主張をなすことも妨げられず、例えば、会社債権者が会社を被告として債務の弁済を求めると同時に社員を被告として法人格否認の法理に基づき会社債務の弁済を求める場合、その法人格否認の主張が認められれば会社と社員は連帯債務を負担することからも伺い知れる。⁽⁴⁷⁾つまり、法人格否認の法理が認められる場合、契約上の使用者だけではなく、その背後にいる親会社や別会社の両方に対して不真正連帯債務を負わせることが可能とされているが、労働契約の承継の場合には、どのように考えるのかが不明となるのである。⁽⁴⁸⁾確かに、法人格否認の法理それ自体が一般法理であり、効果という側面からも、どのような効果でも認められると解する余地は充分あり得るが、法人格否認の法理の効果として、労働契約の承継まで認められるか、ということそれ自体が大きな壁として立ちはだかつていたとも言える。換言すれば、法人格否認の法理によって当該事案限りで法人格を排除することはできても、継続的な法律関係を形成するという効果までをもたらさうような状況に対する躊躇が見られるのである。⁽⁴⁹⁾そのため、一回きりの債務の弁済を請求する事案と異なり、労働契約のような継続的な契約関係を創設するような効果には一定の限界をはめようとしたものと考えられる。そうすると、従来の裁判例において、法人格否認の法理により労働契約の承継を求める場合には、濫用形骸二分論を前提に、法人格が形骸化している場合、または法人格が明白に濫用されている場合に、労働契約の承継を認めてきたのは、そういった法人格否認の法理に内在する当該事案限りの解決という理解⁽⁵⁰⁾、理論的困難性を克服するための一つの手法であったといえよう。⁽⁵¹⁾

しかし、このような理論的背景を明らかにしたもの、それではなぜ、濫用形骸二分論を前提に、明白な濫用の場合はともかく、原則として、法人格の形骸化事例の場合には、労働契約の承継が認められると考えたのだろうか。基本的な発想として、濫用と形骸化事例を区別して、その効果を違えるようになったのか、という点については未だ説

明が足りないように思われる。つまり、法人格の形骸化が認められれば、労働契約の承継が肯定されると、なぜ考えたのか、その理論的背景はどこにあるのか、ということが問題となる。そこで、次に、法人格否認の法理が内在する限界を踏まえて、労働契約の承継を認めるべき実質的根拠がどこにあるのか、について考えていくこととする。

第二節 法人格否認の法理と実質的同一性の法理の限界

労働事件において見られるような濫用事例と形骸化事例とで効果を違えるというのは、少なくとも、会社法における判例学説ではあまり見られない特徴であるように思われる。その背景の一つとして考えられるのは、法人格否認の法理が認められる以前より、既に労働法学説には、いわゆる「実質的同一性の法理」と呼ばれるものが存在していたことと関係するのではないだろうか。実質的同一性の法理とは、新旧両企業間の実質的同一性を認めて使用者責任は旧会社から新規業態に承継されるものとする法理を指す^{⑤②}。つまり、新旧両企業間での実質的同一性が認められると労働契約が承継されるとする法理である。もともとは不当労働行為の救済命令の中で用いられてきた法理である。このような法理は、法人格否認の法理が最高裁判例として確立するより前、福岡地判昭和二十七年五月二日労民集三卷二号一二五頁〔福岡国際観光ホテル事件〕等で見られた。すなわち、「企業というものは、労働力を離れては在り得ないつまりそれは有形無形の資本と労働力の結合による動的な組織とみるべきであり、従つて労働関係は特定の経営者に対するというよりも、むしろ企業そのものに結合したものであることが出来るから、たとえば合資会社から株式会社組織変更があり、株式会社から個人企業に切替が為されたとしても、企業そのものが廃止されることなく、同一性を存続する限り労働関係は新たな経営者に承継されると解すべきである。…それでたとえば株主総会において解散の決議

が為されても、これにより終局的な企業の廃止が伴わず、新たな経営者がこれを承継して経営を続ける場合には、ただ企業の所有者乃至経営者が交替をしたというに止まり、企業そのものは、実質的には同一性を失うことなく、終始存続しているとみることができから労働関係は解散会社から新たな経営者に承継せられ」と判示する。学説上も、実質的同一性の法理が認められる要件として、①ほぼ共通する性格が二つの企業間において社長を始めとする何人かの人的兼務の状態があること、②資本系統が同一であること、③労務管理が一体をなして行われていることなどが認定されている場合が挙げられる。⁵³ 実質的同一性の法理は、本来は労組法七条にいう「使用者」概念を拡張するための枠組みであったが、契約法理として、契約上の使用者とは別使用者との関係において労働契約関係を形成させるための法理に展開されていったのではないかと考えられている。⁵⁴⁵⁵

ところが、この実質的同一性の法理に対しては、なぜ新旧両企業が実質的に同一であれば、使用者として取り扱われ労働契約の承継が認められるのか、ということそれ自体に理論的根拠がないとの批判が強い。例えば、東京地判昭和三十七年二月一日労民集一三卷一号一〇三頁〔鉄の時代社事件〕は、不当労働行為の救済申立に関して、労組法七条の使用者について、「同一の企業体であることを理由としているところからしてY社を以て前記労使関係における実質上の使用者と目したものと解されなくてはならないけれども、かような場合においても右労使関係につき法律上第三者たるを失わないY社を救済命令の名宛人となし得る法理論上の根拠はない：実質上同一の企業体であるという一事だけで本件救済命令の名宛人とするに足るものと判断したのは早計にすぎた」と判示する。⁵⁶ そこで、その内容が不明瞭な実質的同一性の法理が、法人格否認の法理と結合することによって実質化が図られていったとも考えられる。⁵⁷ 由来は異なるものの、古くから法人格否認の法理と実質的同一性の法理の類似性が夙に示され、⁵⁸ 実質的同一性の法理の理

論的根拠が法人格否認の法理に求められていったとも考えられるのである。つまり、それより以前から存在した実質的同一性の法理が法人格否認の法理に「仮託」されていたのではないかと考えられる。したがって、特に法人格の形態事例の場合に、労働契約の承継が認められるとするのは、背後に実質的同一性の法理が存在していたからではないだろうか。

しかしながら、そのように考えてみると、（実質的同一性の法理の背後にある）法人格の形態化が実質的根拠になるという説明は、法人格否認の法理の濫用形態二分論が克服され、形態自体を単独の根拠とできず、より実質的な利益や制度に即した判断が必要という考えとは整合性を失ってしまった。法人格否認の法理における形態化という要件の立て方自体が批判に晒され、それ自体に意味がないというのであれば、実質的同一性の法理が求めてきた理論的根拠も揺らいでくることになる。結果として、いわゆる伝統的学説が述べる純粹形態化事例ともいえる事案については、実質的同一性の法理の当初からの批判、すなわち理論的根拠がないとの批判に堪えられないことになる。そうであるならば、実質的同一性の法理に根拠はないから、法人格否認の法理を適用すべき、との考えもあり得るが、⁵⁹形態化により労働契約の承継が認められることにも実質的根拠がないのではないかとも思われる。⁶⁰他方で、法人格否認の法理と実質的同一性の法理は異なる法理であるとして、法人格否認の法理により労働契約の承継を考えていくべきであるとの見解も見られるが、⁶¹なにゆえ企業や事業の実質的同一性が存在すれば労働契約の承継が認められるのか、という当初の疑問に戻ってきてしまう。⁶²

そうすると、企業や事業の実質的同一性それ自体は根拠となりにくいものと考えられる。単に企業や事業の実質的同一性から労働契約の承継を認めると考えるのではなく、別の実質的根拠が必要となるものと思われる。そこで、結

論を先取りしていえば、同一事業を他に引き受けさせた、逆に言えば、同一事業を引き受けたことが労働契約上の責任も引き受けたと捉えることで、それを実質的な根拠とすることはできないだろうか。⁶³ 単に同一事業を有していることは労働契約の承継の実質的根拠とはならないが、他方で、従前の事業と実質的同一の事業を引き受けている場合等に、労働契約の承継を求めうると考える。⁶⁵ 事業の実質的同一性単独では労働契約の承継は認められず、実質的同一事業を引き受けたという事実が労働契約の承継を求めるために必要になると考えるものである。したがって、法人格を否認するという効果を法人格否認の効果に持たせ、労働契約の承継という効果を、実質的同一の事業の引受けという実質的根拠により認めるという合わせ技も十分考えられるのではないかと思われる。⁶⁶⁶⁷ このように法人格否認の法理により労働契約の承継を求める場合には、第一に、実質的同一の事業の引受けと、第二に、従前会社法学説が指摘してきた考慮要素等を主張立証する必要があるものと思われる。加えて、このような見解からは、そもそも濫用形骸二分論を考える必要はなく、形骸化事例であることや明白な濫用事例であることを根拠に法人格否認の法理の適用を求める必要もないのではないか。そして、次に述べるように、近時の裁判例においても、ほぼ同様の判断が行われているのではないか、ということを再検証する。

第三節 近時の裁判例の再検証

それでは、近時の裁判例はどのような判断で労働契約の承継を考えているのだろうか。実は、濫用形骸二分論を前提に、形骸化事例と明白な濫用事例とで労働契約の承継を変えたとの一般論は、ワイケーサービス（九州定温輸送）事件以降、明確な形では表れてこない。したがって、そもそも前述したような濫用形骸二分論を前提とした判断枠組

み（ワイケーサービス（九州定温輸送）事件以前の一般論）自体採られていない可能性も充分あり得る。それでは、具体的に、近時の裁判例はどのような点を考慮して法人格否認の法理の適用を認め、労働契約の承継を肯定したのだろうか。

まず、日本語研究所ほか事件は、法人格否認の法理を適用するに当たり、次のような要素を取り上げている。すなわち、「被告二社は教育情報研究所の一営業部門たる性質を有し、…いずれも人的・財政的基盤が乏しく」（過少資本を示唆）、「被告〔代表者―筆者註〕は、教育情報研究所及び被告二社を自己の意のままに管理支配することのできる地位にあった」（支配の要件）、そして、「Y1研究所に対する多額の業務委託費やY2新聞社に対する多額の日本語教育新聞代及び業務委託費等は優先して支払っていること、…教育情報研究所は、倒産直前に多額の滞納家賃及び更新料を支払うことによって、…賃借権及び補償金返還請求権をY2新聞社に承継させ、倒産直後には、受講生及び顧客データを被告二社に無償で譲渡するなどその営業権のすべてを被告二社に譲渡し、その結果、教育情報研究所は多額の累積未払賃金債務を残したまま倒産」（実質的事業譲渡、子会社搾取や債務免脱目的を示唆）したことが指摘されており、ここでは実質的な事業譲渡が認定されている。ベストマンほか事件では、従前の会社から労働者派遣事業における実際の取引先を引き継ぎ、またIT事業をそのまま譲り受けていたという事実から実質的同一性を認定した上で、不当労働行為意思及び未払賃金等債務の免脱目的が明確に認定されている。つまり、実質的同一性の認定部分において、事業の引受関係があることを示している。更に、ヒューマンコンサルティングほか事件でも、従前の会社の営業を新会社に譲渡していることを認定した上で、それが賃金債務の免脱目的、債権者詐害的に行われていることも濫用性の判断の要素としている。また、サカキ運輸ほか事件では、運送事業の目的の同一性との関係で、新会社が本店所

在地、駐車場、給油設備をそのまま利用し、また原告Xら以外の従業員も全員雇用し、事業に必要な行政上の手続、取引の承継が行われており事業譲渡が行われていたことが認定され、加えて、それが無償で行われていたことから、債権者詐欺的な状況が作出され、なおかつ、それが不当労働行為目的を有していたということが認定されている。

これらの裁判例においては、濫用形骸二分論を前提とした一般論は展開されていない。近時の裁判例においては、実質的な同一事業の引受けともいふべき事情もあり、それに加えて、①債権者詐欺行為（債務免脱目的・無償事業（資産）譲渡）、②労働法違反行為（不当労働行為目的等）、③有限責任が排除されるべき行為（子会社搾取・過少資本）といった、法人格否認の法理の適用が認められる場合の考慮要素が認められるような場合に労働契約の承継が肯定されてきたともいえよう。つまり、裁判所の判断としては、事業の引受け（及びそれと評価しうる事情）を前提に、法人格否認の法理の適用が認められる場合の考慮要素がどれだけあるのか、という観点から労働契約の承継を判断してきているともいえるのではないだろうか。

第四章 労働契約の承継を求める他の法的構成

第一節 法人格否認の法理以外による構成の可能性

前章まで、従来の裁判例における法人格否認の法理が適用される場合の考慮要素について、従前の会社法学説が指摘しているような事案類型に即しても説明しうることを示した。また、労働事件における濫用形骸二分論を前提とした一般論の背景として、労働契約の承継を求める場合、法人格否認の法理が当該事案限りの解決方法であるという内

在的な制約から、法人格否認の法理が確立する以前より存在する実質的同一性の法理が背景にあったのではないか、ということを描いた。ただ、実質的同一性の法理そのものは実質的根拠に乏しいと思われることから、実質的同一性の事業の引受けが労働契約承継の実質的根拠ではないかと考えた。そして、近時の裁判例についても、実質的な事業の引受けがあることも踏まえての法人格否認の法理に基づく労働契約の承継を認めてきたのではないかということを示した。

しかし、そもそも法人格否認の法理以外に労働契約の承継を求めることはできないのだろうか。法人格否認の法理を、一般私法法理の現在の発展のつきたところからはじまるという観点で捉えるのであれば、⁶⁸労働法が従前展開してきた労働契約の承継を求める他の法的構成を検討した上で、法人格否認の法理の適用を考慮すべきであるように思われる。つまり、他の法的構成でも認められないような場合に法人格否認の法理の適用を求めることになる。そこで、最後に、法人格否認の法理以外で労働契約の承継を求めるための他の法的構成についても考えてみたい。また逆にいえば、以下のような場合以外に結果の妥当性が認められないような場合に、改めて法人格否認の法理の適用があるかを考える必要がある。

第二節 事業譲渡が存在する場合

従来、事業譲渡の事案において、法人格否認の法理を適用した事例はいくつか存在する。まず一つ目として挙げられるのは、新関西通信システムズ事件である。同事件においては、会社の解散は事業継続意思の喪失ではなく、取引先との信用失墜や廃業という事態を避けるために新会社を設立し、大半の事業、資産、負債関係を譲渡して、旧会社

を解散したことを認定した上で、法人格の異別性、事業廃止の自由、新規契約締結の自由を全面的に主張して、全く自由な契約交渉の結果としての不採用であるという観点から労働者との雇用関係を否定することは、実質的には解雇法理の適用を回避するための法人格の濫用であるとして、旧会社労働者の新会社への承継を認める。また、ベストマンほか事件では、事業譲渡会社と譲受会社の実体は、本来一社で行うことのできる業務を形式的に二社に分けて行っていたにすぎず、実質上同一であり、また組合活動を行っていた労働者を会社から排除しようとする不当労働行為の意思や貸金債務免脱目的で譲渡会社を解散し、当該労働者を解雇したとして、会社解散は会社制度の濫用を認め、譲受会社への労働契約の承継を認容している。このように、新会社設立、同社への事業譲渡、会社解散、労働者解雇といった一連の経緯が法人格の濫用と認められるような場合には、法人格濫用の法理に基づき、新会社への労働契約の承継を認めるケースが見られる。

事業譲渡における労働契約の承継は、周知の通り、従来から様々な見解が提唱されてきた。⁶⁹ 事業譲渡の特定承継性から、通説によれば、譲渡される事業に従事してきた労働者の労働契約が譲受会社に承継されるか否かは、譲渡会社、譲受会社、労働者の三者間の合意によって決まり、⁷⁰ 譲受会社又は労働者のいずれかが労働契約の承継を明確に拒否した場合には、労働契約は譲受会社に承継されないとされる。⁷¹ そのために、労働契約の承継を求めて法人格否認の法理が主張されることになる。事業譲渡の場合には、譲渡会社と譲受会社との間で締結される事業譲渡契約において、特定の労働者を排除する契約がなされることで生じる問題ではあるが、当該契約の解釈の問題としても解決しうるように思われる。まず、事業譲渡契約において明確に労働契約の不承継を定めていない場合については、大阪地判平成一一年一二月八日労判七七号二八頁〔タジマヤ事件〕が、事業譲渡前に解雇した労働者に関して、当該労働者への

解雇を無効とした上で、「Y社〔讓受会社〕が訴外A社〔讓渡会社―筆者註〕に在籍した従業員全員を雇用していることからすると、讓渡の対象となる営業にはこれら従業員との雇用契約をも含むものとして営業讓渡がなされたことを推認することができる」としている。他方で、明確に労働契約の不承継を定めている場合には、このような判断手法を用いることができない。そこで、東京高判平成一七年五月三十一日労判八九八号一六頁〔勝英自動車学校事件〕では、事業讓渡契約の内容について「〔解雇は―筆者註〕従業員を個別に排除する目的で行われたものであり、客觀的に合理的な理由を欠き社会通念上相当としては認めることができないから、解雇権の濫用として無効であること、…〔事業讓渡により一部の労働者を承継しないとの〕合意部分は、民法九〇条に違反するものとして無効」として、公序良俗違反を根拠に事業讓渡契約の一部無効を認めているのは注目値する。ただし、このような労働契約の個別排除が公序良俗違反とまで言えるかは難しい。そうすると、さいたま地判平成一六年一二月二二日労判八八八号一三頁〔東京日新学園事件第一審判決〕のように「事業の全部讓渡に伴い、雇用関係が事業と一体として承継されていると評価できる場合には、事業に現に従事する労働者が事業の讓受人に採用されないということは、事業に従事する当該労働者にとつては、實質的に解雇と同視すべきことであり（逆に、讓受人に採用された労働者にとつては、単なる労働条件の変更に過ぎない。）、事業讓受人の採用の自由を理由に、事業讓渡の当事者間の合意のみ、あるいは讓受人の意思のみによつて、いかようにもその処遇が決められること、すなわち事業の讓受人による事業に従事する労働者に対する完全に自由な採否を容認するのは、雇用関係の承継を含む事業讓渡において、恣意的な解雇を許すのと同様の結果を招き、労働者保護に欠けると言わざるを得ない。／他方、讓受人は、事業をその労働力とともに譲り受け、それを使用した運営によつて利益を享受することになるのであるから、労働力を使用する立場をも承継した者として、労働者保

護法理に基づく一定の責任は当然負担すべきであり、新規採用との法形式を採用したとの一事をもつてかかる負担を免れることは、それらの法理の不当な潜脱として許されないと言うべきである。／したがって、労働力と一体として行われたと認められる事業全部の譲渡において、事業の譲受人が、当該事業譲渡時点において譲渡人と雇用関係にあり、かつ、譲受人との雇用関係のもとに引き続き当該事業に労働力を提供することを希望する労働者を、当該事業における労働力から排除しようとする場合には、解雇権濫用法理に準じ、当該排除行為が新規採用における採用拒否、あるいは雇用契約承継における承継拒否等、いかなる法形式でされたかを問わず、それについて客観的に合理的な理由を要し、かかる理由のない場合には、解雇が無効である場合と同様、当該労働者と事業譲受人との間に、労働力承継の実態に照らし合理的と認められる内容の雇用契約が締結されたのと同様の法律関係が生じるものと解するのが相当である（これに反する当事者間の合意は、その限りで効果を制限される。船員法四三条参照。）⁽⁷²⁾と述べるものもある。確かに、このような判断枠組みに対しては、解雇権濫用法理を適用しても労働者の事業帰属は明らかにならないため、承継されるべきと論者が考える労働者を承継するためのレッテル貼りに終わる可能性を否定しがたいとの批判が存するところである⁽⁷³⁾。ただ、事業譲渡も含め、企業の組織再編は、多くの場合、無駄を省き、より効率的な経営を行うことで企業価値を高めることを目的として行われる⁽⁷⁴⁾。そうすると、労働契約を必ず承継するという判断は企業価値の向上という点からは適切ではない場合もあり得る。つまり、事業譲渡が絡むような場合については、それによって生じる企業価値の向上と労働者保護をどのようにバランスを取るかということが焦点となる⁽⁷⁵⁾。その点に鑑みれば、東京地新学園事件第一審判決は機能的には優れているように思われる。すなわち、事業譲渡による労働契約の承継は、事業譲渡契約により譲渡会社と譲受会社により決められるものの、そこには解雇権濫用法理（整理解雇法理）による修正

の余地を認め、そうすることで、経営合理化のための人員削減が合理的であるとするならば、労働契約の不承継を認め、他方で、それが不合理であるとするならば、事業譲渡契約内容の修正により労働契約の承継を認めることで、企業価値と労働者保護の均衡を図ることができると思われる⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾。そして、このような判断枠組みの方が、少なくとも、法人格否認の法理の適用を争うよりかは、紛争当事者における結果の予見可能性に資するのではないだろうか。

第三節 契約当事者の誤信の場合

次に、契約当事者である労働者が使用者を誤信していたような場合である。典型的には、前述したクリエイティブインターナショナルコーポレーション事件のようなケースが挙げられよう。この事件においては、労働者は採用の段階から、誰が使用者であるのかについて誤信していたとされる。例えば、募集・採用といった当初から形式的な契約当事者ではない別の者を使用者だと認識していたような場合等では、実質的な使用者との間で黙示の労働契約が生じていると考えることが素直であるように思われる⁽⁷⁸⁾。この点、大阪高判平成二〇年四月二五日労判九六〇号五頁〔松下PDP事件控訴審判決〕では「労働契約の本質は使用者が労働者を指揮命令及び監督し、労働者が賃金の支払を受けて労務を提供することにあるから、黙示の合意により労働契約が成立したかどうかは、当該労務提供関係、賃金支払関係があるかどうか、この関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかによって判断するのが相当である」との判示が見られる。したがって、一つのメルクマールとして、当該労働者と親会社等との間に労務供給とその対象としての報酬の支払の意思の合致があれば黙示の労働契約の締結を認める余地はあり得べきであろう⁽⁷⁹⁾。そうすると、法人格否認の法理という枠組みではあるが、その中で考えられている利益状況に即していえば、ク

リエイティブインターナショナル事件を素材に考えると、A社が形式的な使用者になっていたとしても、Y社の採用試験を受け、同社から採用通知を受け取り、加えて研修も同社によって行われていて、給料の支払いもY社からなされていた場合には同社との間に黙示の労働契約関係が成立したとも言えるのではないだろうか。逆に言えば、当該事件において、そのような背景事情が存在していたからこそ、法人格否認の法理が認められたともいえよう。⁽⁸⁰⁾ なお、やや特殊なケースとして考えられるのは、労働契約の締結に当たって、例えば、親子関係やグループ関係にある会社において、採用担当者等が親会社等の代理人として採用したのか、それとも子会社や関連会社の代理人として採用したのかが判然としないような場合にも親会社等との関係で黙示の労働契約の締結を認めるべき場合もあると思われる。もちろん、このような場合には、給料の支払いが実質的に親会社等によってなされていること（親会社等の計算においてなされていたこと等）や親会社が採用するかのような外観などが重要になるものと思われる。⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾

第五章 結びに代えて

最後に、本稿の結論をまとめると以下ようになる。

第一に、労働事件における法人格否認の法理についても、裁判例上、従前から会社法学説において指摘されているような利益や制度に即した判断がなされていることを示した。すなわち、契約相手方の信頼や期待の保護が問題となる類型、契約・法律上の義務の潜脱の防止が問題となる類型、株主による会社搾取や過少資本が問題となる類型に分けて議論されてきたが、このことは労働事件においても同様に当てはまるということを指摘した。なお、従前の会社

法学説ではあまり指摘されてこなかったが、労働事件特有の類型として、労働者への支配関係及び賃金支払関係が存在しているような場合についても、法人格否認の法理の適用が認められる場合がある。

第二に、労働法学説や労働判例の一部では、伝統的学説が示す「濫用」「形骸化」の二分論（濫用形骸二分論）を前提に、効果を違えることが指摘されてきた。この点は、労働事件における法人格否認の法理の特殊性と捉えることもできよう。そして、その背景として考えられてきたのは、法人格否認の法理の当該事案限りの解決手法という、法理に内在する問題を克服するためであった。また、特に法人格の形骸化の場合には、労働契約の承継を認めるとの効果論の背景として、それ以前から労働法学説において指摘されてきた実質的同一性の法理が法人格否認の法理に機能を仮託していたのではないかと考えた。しかし、既に克服されたともいえる濫用形骸二分論を前提とした労働事件における一般論は、会社法における議論と整合性が合わなくなってきた。そこで、実質的同一性の法理により労働契約の承継を認めると考えるのではなく、同一事業を別会社が引き受けたことを理論的根拠とし、実質的な事業の引受けと法人格否認の法理の合わせ技により労働契約の承継が認められるのではないかと考えた。そして、近時の裁判例も、実質的な事業の引受関係が存在し、かつ法人格否認の法理を適用すべき要素の有無により、労働契約の承継を認めてきたのではないかと示した。

第三に、法人格否認の法理により労働契約の承継を求めるために他の法的構成が考えられないか、ということ論じた。一つは、事業譲渡関係が存在しているような場合、そして、もう一つが採用段階等における契約当事者の誤信があったような場合について考察をした。

法人格否認の法理は、一般法理であるが故に、その適用の要件化は困難で、一律の判断枠組みで検討することは非

常に難しいことは従前から指摘されてきた。本稿では、労働事件における法人格否認の法理の適用の在り方について、会社法学との平仄を合わせながら、若干の考察を試みた。

最後に、本稿ではほとんど指摘しなかったが、労働事件における法人格否認の法理の嚆矢となった、川岸工業事件では、いわゆる受動的債権者論が示されていた。川岸工業事件が提示した受動的債権者論に対しては学説上、非常に強い批判がなされている。しかし、有限責任の排除という関係では、従来から、契約債権者と不法行為債権者とに分けた議論もなされてきた。⁽⁸³⁾ 労働債権者である労働者を債権者保護の枠組みとして考える必要はないのかなどについては、今後の課題としたい。⁽⁸⁴⁾

※本研究はJSPS科研費17K03444の助成を受けたものです。

- (1) 西谷敏『労働法(第二版)』(日本評論社、二〇一三年)二九頁。
- (2) 菅野和夫『労働法(第一版補正版)』(弘文堂、二〇一七年)一七八頁。
- (3) 前掲註(2)・菅野一七九頁。
- (4) 本久洋一「労働契約上の使用者」日本労働法学会編『講座労働法の再生第一巻 労働法の基礎理論』(日本評論社、二〇一七年)一〇八頁～一〇九頁。使用者概念の拡張については、近時、土岐将仁「法人格を越えた労働法規制の可能性と限界―個別的労働関係法を対象とした日独米比較法研究(二)―」法学協会雑誌一三四卷五号(二〇一七)二頁以下による詳細な研究がある。なお、法人格否認の法理による使用者概念の拡張については、和田肇「労働契約における使用者概念の拡張―会社法人格否認論の一断面」平出慶道Ⅱ今井潔Ⅱ浜田道代編『現代株式会社法の課題』(有斐閣、一九八六年)二五三頁以下参照。

- (5) 江頭憲治郎『株式会社法（第七版）』（有斐閣、二〇一七年）四一頁。
- (6) 原弘明「労働法における法人格否認の法理と事業譲渡にかかる労働契約の取扱い——会社法の視点から」法政研究八二卷二／三号（二〇一五年）九三八頁参照。
- (7) 奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」鈴木忠一Ⅱ三ヶ月章編『実務民事訴訟講座5』（日本評論社、一九六九年）一六八頁。
- (8) 前掲註(7)・奥山一八七頁。
- (9) 前掲註(7)・奥山一六九頁は、支配の要件に関して、背後の者が会社を自己の意のままに道具として用いることができる支配的地位になければならず、これを「実質的同一性」と呼んでいる。
- (10) 前掲註(5)・江頭四六頁。
- (11) 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、一九八〇年）四一六頁は「散弾銃を撃ちまくるように、法人格形骸化の徴表といわれる諸ファクターを、判旨の理由中にならべ」「裁判官の自信のなさを示すもの以外のなにものでもなく、訴訟の当事者をまどわせ、むだな費用と労力を、将来にあたってかけさせる原因となる。」と述べる。
- (12) 江頭憲治郎編『1 会社法コンメンタール 総則／設立「1」』（後藤元）（有斐閣、二〇〇八年）九八頁、前掲註(11)・江頭一二八頁以下。
- (13) ここで問題となるものとして、①隠れた資本奪取を中心とする財産移転、②財産混同、③過少資本が具体的に挙げられる（前掲註(11)・江頭一五三頁）。
- (14) 前掲註(11)・江頭一七一頁では、この類型として、①社員又は会社に対して新たな請求権の発生するもの（競業避止義務に基づく差止請求権の拡張、和解契約の効果の拡張等）、②社員又は会社に通常の私法法理では生じ得ない負担・不利益が生ずるにすぎないもの（保険法の代表者責任類似のケース、善意取得が排除される事案等）を掲げる。
- (15) 前掲註(11)・江頭一四七頁以下参照。
- (16) 前掲註(12)・後藤九九頁は「濫用・形骸化の二分論は、具体的事案を念頭に置いてなされたものではなく、事案によって

は片方がよく使われるということはあるが、完全に分類されているわけではないため、基準としては不適切」とし、具体的な事案毎の類型に応じた検討がなされている（なお、同書は制度的利益保護類型・個別的利益保護類型という区別とも一線を画する）。

(17) 前掲註(12)・後藤九八頁。

(18) 得津晶「法人格否認の法理の原構成」黒沼悦郎・藤田友敬編『企業法の進路』（有斐閣、二〇一七年）一四頁。また、最判昭和四四年二月二七日以降の最高裁判例において、すべてが「濫用」を問題にしており、形骸化を問題とした事件はないと指摘する（同一頁）。

(19) 前掲註(18)・得津一九頁、二九頁、三三頁。

(20) 前掲最判昭和四四年二月二七日はそのことを示唆するものであると指摘するものとして、前掲註(18)・得津一四頁。そして、同書二三頁においても、法人格の否認による執行力の拡張に関して、形骸化についてはこれを認め、濫用については否定するという見解に対し、裁判例における形骸化と濫用の区分が主観的濫用目的の有無にしかなく、連続的に捉えるべきものであるならば、このような主観的要素の有無が何らかの意味を持たない限り、この区分で効果を変えることは適切ではないとする。また、前掲註(11)・江頭四二三頁においても、法人格の形骸化事例か濫用事例かによって判決効の拡張という効果を認めるという立場に対しても批判が加えられている（前掲註(5)・江頭四八頁も参照）。

(21) 前掲註(11)・江頭三三頁、前掲註(18)・得津六頁〜七頁。

(22) 前掲註(18)・得津三三頁。

(23) 弥永真生「法人格否認の法理」倉沢康一郎・奥島孝康編『岩崎稜先生追悼 昭和商法学史』（日本評論社、一九九六年）二七六頁。

(24) 前掲註(23)・弥永二七六頁。

(25) 大阪高判平成一九年一〇月二六日労判九七五号五〇頁（第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件）、福岡地裁小倉支判平成二一年六月一日労判九八九号二〇頁（ワイケーサービス（九州定温輸送）事件）、佐賀地判平成二二年三月二六日労判

一〇〇五号三二頁〔佐賀ゴルフガーデンほか事件〕参照。

(26) この点、後述するように福島地決昭和四九年一月一八日労民集二五卷六号五二〇頁〔阿部写真印刷事件〕は、法人格否認の法理の効果として労働契約の承継は認められないと明示する。

(27) 他にも、損害賠償責任を追及する形の事案も少なくない。

(28) 前掲註(23)・弥永二七六頁。

(29) 前掲註(23)・弥永二七七頁。

(30) 前掲註(18)・得津二〇頁。

(31) なお、本件以降、形骸化が認められる場合には、労働契約の承継が認められ、他方、濫用が認められる場合（形骸には至らないが支配関係があり、不当労働行為目的が認定される場合）には、賃金等請求は肯定されるが、原則として、不当労働行為目的の真実解散の場合には労働契約は承継されず、例外的に、不当労働行為目的の偽装解散であるような場合には労働契約の承継を認めるという一般論が登場する（その後、このような一般論自体は変容していくものの、形骸化事例と濫用事例とで法人格否認の効果を違えるという発想が登場する）。このような一般論が展開された背景については後述する。

(32) なお、本件の事業譲渡契約は会社法上の手続が行われておらず、またその対価も無償であった。そのため債権者を害する目的による事業譲渡という性格も有している。加えて、別会社の設立は組合からの執拗な要求等をかわすために行われたとも指摘されている（ただし、不当労働行為目的であることまでは判示されていない）。

(33) 米津孝司「企業解散・事業譲渡における雇用と法人格の濫用」野川忍Ⅱ土田道夫Ⅱ水島郁子編『企業変動における労働法の課題』（有斐閣、二〇一六年）一八九頁。

(34) いわゆる「受動的債権者論」とも呼ばれる（前掲註(11)・江頭一二〇頁―一二二頁）。

(35) ただし、過少資本による法人格否認の法理の適用に対しては、近時、自己資本の水準が低いか否かということではなく、資産代替や不法行為コストの外部化といった株主のインセンティブのゆがみが問題であるとする見解が有力に唱えられている（後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』（商事法務、二〇〇七年）五四二頁）。

(36) 労働事件において法人格否認の法理が適用される場面で想定されているのは、実質的支配関係との指摘もある（前掲註(18)・得津三一頁）。これは、前掲註(11)・江頭二六四頁も同様であるが、そこで指摘されているのは、労組法七条にいう「使用者」の判断枠組みである。確かに、不当労働行為が関係するような場合については、ある程度妥当するものと思われるが、一方、現在、労働法学における「使用者」概念は、労働契約上の使用者と労組法上の使用者とを区別して議論がされ、裁判例では専ら労働契約における使用者概念につき使用従属関係と賃金支払関係の有無により決されており（本久洋一「使用者の概念」土田道夫Ⅱ山川隆一『労働法の争点』（有斐閣、二〇一四年）七頁参照）、必ずしも実質的支配関係だけが考慮されているわけではないようにも思える。しかし、使用従属関係と賃金支払関係が存在しているのであれば、後述するような黙示の労働契約によるか、それを実質的な根拠として法人格否認の法理により労働契約関係を肯定することもあり得ると思われる。

(37) 荒木尚志『労働法（第三版）』（有斐閣、二〇一六年）六三頁参照。

(38) 神戸地裁姫路支判平成二五年六月二六日判例集未登載（伊藤興業等事件）。

(39) 西谷敏「労働法における法人格否認法理の到達点―親会社の雇用責任をめぐって」季刊労働法二四七号（二〇一四年）九三頁〜九四頁参照。ただし、形骸化類型の場合には偽装解散の法理が適用されず、濫用類型の場合には適用されるという考え方は、整理としてミスリーディングであるとの指摘もある（前掲註(6)・原九四七頁）。

(40) 前掲註(37)・荒木六三頁〜六七頁。

(41) なお、この間、宣広事件においては、譲渡会社の労働者が、営業用財産の譲受会社への労働契約の承継を追及した事案において「〔譲受会社〕と〔譲渡会社―筆者註〕は、経済的社会的にみて継続性を有し、本件雇用契約の関係においては、実質的に前後同一の会社である」とみざるをえない。また株式会社が被用者とその解雇を廻って紛争中特段の合理的事由がないのに旧会社の人的物的営業財産をそのまま流用し、商号、代表取締役、営業目的、従業員などが旧会社のそれと同一の新会社を設立したような場合には、形式的には新会社の設立登記がなされていても、それは労働契約上の義務を免れるためになされたものと見るべく、しかも新旧両会社の実質は前述の如く前後同一で継続性を有する以上会社の被用者に対して信義則上新旧両会社が別人格であることを主張できず、相手方は新旧両会社の何れに対しても右労働契約上の義務履行を請求できる」として、

労働契約の承継を認めた事案もある。

(42) 更に、大阪地判昭和五七年七月三〇日労判三九三号三五頁〔布施自動車教習所・長尾商事事件第一審判決〕も、形骸化は否定する一方、資本関係、役員関係及び業務・労務の統一的な管理支配の一体を踏まえ、会社解散とそれに伴う解雇は、組合壊滅等を目的とした法人格の濫用を認定し、支配会社に対する労働契約の承継を認めている（なお、前掲註(33)・米津一八九頁～一九〇頁参照）。

(43) 布施自動車教習所・長尾商事事件匿名コメント参照（労判四三八号五三頁）。

(44) 佐賀地判平成二二年三月二六日労判一〇〇五号〔佐賀ゴルフガーデンほか事件〕も結論として、賃金請求や労働契約の承継は否定し、不法行為責任のみ認めた事例であるが、同事件においても形骸が認められる場合には親会社に労働契約の承継が認められ、他方、濫用事例であり、かつ真実解散の場合には親会社の労働契約の承継は否定されつつ、濫用事例であり、かつ偽装解散の場合には親会社による労働契約の承継を肯定するという布施控訴審判決と同様の判断枠組みを採用している。

(45) 江頭憲治郎・中村直人編『論点体系会社法1―総則、株式会社I』（遠山聡）（第一法規、二〇一二年）二二頁も「雇用契約上の地位確認請求は、それが将来的に継続する法律関係を認めることになるが故に、法人格否認の法理の持つ、個別性や例外性になじまない側面を有する」と指摘する。

(46) 今中利昭「法人格否認適用の限界」司法研修所論集（創立三十周年記念特集号）五九号（一九七七年）一一九頁。

(47) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法（1）―会社総則、合名会社、合資会社』（江頭憲治郎）（有斐閣、一九八五年）七二頁、井上和彦『法人格否認の法理』（千倉書房、一九八四年）一一一頁、名古屋地判昭和五七年九月二〇日判タ四八七号一一〇頁参照。

(48) なお、徳島船井電機事件の判旨では法人格否認の法理が適用された場合の効果について「否認の結果形式上の法人格とその実体をなす個人もしくは別法人とは重疊的にその責任を負うものとされているが、これは…右法理が当初取引関係に基づき既に発生した責任追及を主眼として導き出されたことによるものであるから、将来への継続を必然的にならしめる雇用関係についてはそのまま適用すべきではない」とする一方、前述のように、宣伝事件は「新旧両会社の実質は…前後同一で継続性を

有する以上会社は被用者に対して信義則上新旧両会社が別人格であることを主張できず、相手方は新旧両会社の何れに対しても右労働契約上の義務履行を請求できるものと解することができる」とする。

(49) この点を論じる会社法学説は少ないものの、日本法は、ドイツ法のような厳格な資本拘束の体系をもたず、絶対に独立の債務根拠に基づく金銭賠償以外を許さないと解する必然性はなく、また偽装解散を主張して、旧会社従業員が新会社を相手どって裁判所に地位保全仮処分申請をなす場合には、その請求を認めようとするれば、法人格否認という法律構成を、せざるを得ないのではないかとの指摘が見られる(前掲註(11)・江頭二〇二頁)。しかし、アメリカ法でも比較的否定的に考えられているようである(同二〇一頁)。

(50) 田中誠二「法人格否認法理再論」商事法務八八五号(一九八〇年)五頁参照。

(51) 菅野和夫「会社解散と雇用関係」菅野和夫Ⅱ中嶋士元也Ⅱ渡辺章編『友愛と法——山口浩一郎先生古稀記念論文集』(信山社、二〇〇七年)一四二頁は布施自動車教習所・長尾商事事件判決に対して「法人格否認の効果を一時的貸金債務の処理に限定するその考え方は、法人格否認の例外的救済法理としての性格を重視した政策的なもの」と述べる。なお、政策的なものとの評価に関して、ここで注意すべきは、法人格否認の法理に基づき労働契約の承継を求めるような場合について、貸金債務の処理の場合に比してより厳格な要件を付加すること、濫用形骸二分論を前提に、法人格について明白な濫用がある場合と形骸化している場合にのみ認めることは論理必然に結びつくわけではない。他の要件の加重の仕方もあり得るからである。

(52) 阿久沢亀夫「使用者理論の展開——労使関係における実質的同一性の理論と法人格否認の法理」法学研究四三巻八号(一九七〇年)三七頁参照。

(53) 前掲註(52)・阿久沢三八頁。

(54) 宣伝事件でも「Yと訴外A社は、経済的社会的に見て継続性を有し、本件雇傭契約の関係においては、実質的に前後同一の会社である」と見ざるをえない。：新旧両会社の実質は前叙の如く前後同一で継続性を有する以上会社は被用者に対して信義則上新旧両会社が別人格であることを主張でき」ないとして、実質的同一性の法理を契約法理として及ぼしているような判示が見られる。

(55) 野田進「『労働契約上の使用者性』論の現状と展望——実質的同一性論と法人格否認法理の対比を中心に」菅野和夫Ⅱ中嶋士元也Ⅱ野川忍Ⅱ山川隆一編『渡辺章先生古稀記念 労働法がめざすべきもの』（信山社、二〇一一年）一五五頁～一五七頁参照。また、前掲・野田一五四頁は、会社法人という法形式を貫くと、労使間の信義則や雇用保護の観点から、社会的に不当な結果を導くことが明らかな場合に、その結果を回避して実情に即した解決を導くために、判例上考案された法理と指摘する。

(56) 前掲註(52)・阿久沢三八頁も「実質上同一であるからという理由だけで救済命令の名宛人とすることは、形式上からみればかなり問題があり、これを肯定する実定法のないことは否定説の立論に有力的な根拠を与えている」と論じる。

(57) 大隅健一郎「会社の法形態の濫用」同『会社法の諸問題（増補版）』（有信堂、一九六四年）二八頁～二九頁は福岡国際観光ホテル事件を法人格否認の法理の事案として位置づけている（ただし、濫用事例として位置づけているように思われる）。他方で、労働法上の実質的同一性の法理と法人格否認の法理は別個の法理として捉える見解として、西原寛一「会社の解散と不当労働行為」石井照久Ⅱ有泉亨編『労働法大系四 不当労働行為』（有斐閣、一九六三年）八八頁（実質的同一性の法理は、法人格の否認そのものではなく、実質的行為主体の認定の問題、すなわち、行為の効果の帰属する主体を把握する問題と指摘）。そして、近時、前掲註(55)・野田一五八頁は、理論基盤の異なる、相容れない法理と指摘する。

(58) 前掲註(52)・阿久沢四五頁、四六頁、松岡浩「労働関係における法人格否認論と企業間の実質的同一性の理論」西山俊彦Ⅱ川口実Ⅱ原島克己編『労働訴訟の課題と展望』（別冊判例タイムズ五号）（一九七七年）九八頁。また、橋詰洋三「会社解散と不当労働行為」日本労働法学会編『新労働法講座第六卷』（有斐閣、一九六七年）一六四頁は「法人格の融合は、法人格否認の法理を援用することによって最も論理的に説明しうる」と述べる。

(59) 前掲註(51)・菅野一六三頁参照。

(60) 前掲註(11)・江頭四二三頁は、法人格否認の法理により判決効を拡張するという文脈において、法人格の形骸化が認められる場合には、判決効が及ぶとする民事訴訟法学説に対して、「『形骸化』という確定した要件があるという認識自体に問題がある」と論じる。

(61) 前掲註(55)・野田一五四頁以下、中内哲「親会社による子会社解散と労働関係」村中孝史Ⅱ荒木尚志編『労働判例百選

〔第九版〕（有斐閣、二〇一六年）一三五頁参照。

〔62〕 なお、前掲註(55)・野田一六一頁では「国際化・流動化する現代社会においては、会社という法人格は、企業運営あるいは利益追求のための道具にすぎず、会社自体が取引の対象にさなりうる。その意味では、会社という法人格を権利主体として絶対視すべきではなく、むしろ会社の変動にかかわらず一貫して存続する経営主体を実質的な使用者とみる法理を確立する必要がある。このことから、上記実質的な経営主体に着目した法理が導かれるのは、社会法の原理から見て当然のことである」と述べる。

〔63〕 本久洋一「企業間ネットワークと雇用責任―労働関係における法人格否認の法理の再検討」日本労働法学会誌一〇四号（二〇〇四年）五一頁参照。

〔64〕 事業譲渡が明確に認定できるような場合であれば、後述するように事業譲渡契約の解釈によってもある程度対応可能と思われる。しかし、明確な事業譲渡がない場合（例えば、事業譲渡を行うのに必要な株主総会決議が全く存在しないと見られる場合や個別資産の大量譲渡のような有機的一体的な事業の譲渡と明確に判断しがたい場合）については、本文で述べたような法律構成が考えられるのではないか。

〔65〕 そして、このように考えられるのであれば、親会社が、不当労働行為の意思に基づき子会社解散・従業員解雇をなした後、すぐに同一の事業目的を有する新子会社を設立する典型的な偽装解散の場合には事業の引受けと同視し得る一方、不当労働行為の意思に基づく子会社解散後新会社が設立されない真正の解散の場合には、事業の引受け（ないしはそれと同視しうる状況）がなければ、親会社に対して労働契約の承継を求めることはできないものと考ええる（前掲註(47)・江頭七九頁、前掲註(63)・本久五二頁、高橋英治「大阪地堺支判平成一八年五月三一日判批」商事法務一八八七号（二〇一〇年）一三〇頁参照。反対、中本商事事件）。

〔66〕 なお、従前の実質的同一性の法理との関係で、法人格否認の法理と当該法理が相容れない異なる法理であることから、このような合わせ技に反対する見解として、前掲註(55)・野田一五八頁―一五九頁。

〔67〕 裏を返せば、事業の引受けがないような事案において、不当労働行為目的や債権者許害的な行為等が行われているような

場合には、法人格否認の法理により未払賃金等のみ請求できるものと考ええる。

(68) 前掲註(11)・江頭一七〇頁。

(69) 学説及び判例の展開については、有田謙司「事業譲渡における労働契約の承継をめぐる法的問題」毛塚勝利編『事業再構築における労働法の役割』（中央経済社、二〇一三年）六六頁以下参照、池田悠「事業譲渡と労働契約関係」野川忍・土田道夫・水島郁子編『企業変動における労働法の課題』（有斐閣、二〇一六年）六四頁以下参照。

(70) なお、事業譲渡の場合には民法六二五条一項は適用されず、原則として労働契約は承継されるとする原則承継説も古い時期には見られた（我妻栄『民法講義Ⅴ 債権各論中巻二』（岩波書店、一九六二年）五六八頁。裁判例として、高松高判昭和四二年九月六日判時五〇一号九八頁）。なお、船員法四三条も参照。

(71) 前掲註(2)・菅野七一七頁。

(72) ただし、東京高判平成一七年七月一三日労判八九九号一九頁では否定されている。また、船員法四三条の（類推）適用と考えるのも早計に過ぎると思われる。

(73) 前掲註(69)・池田八〇頁。

(74) 高橋美加・笠原武朗・久保大作・久保田安彦『会社法（第二版）』（弘文堂、二〇一八年）四四七頁。

(75) この点、破産手続における事業譲渡の場合は、労働者保護の要請よりも、迅速な事業譲渡の要請から事業譲渡の責任限定機能を優先させるべきであり、譲渡会社の解雇及び不承継特約は有効とする一方、平時においては一定の場合に労契法一六条及び民法九〇条の解釈から解雇や不承継特約を無効と解する見解もある（金久保茂『企業買収と労働者保護法理』（信山社、二〇一四年）四四〇頁～四四二頁）。確かに、倒産時か否かというのは一つのメルクマールになり得ると思われるが、平時における事業譲渡の場合であったとしても、労働者の不承継が企業価値に資する場合も充分あり得るのであって、必ずしも倒産時か否かというだけでは決められないように思われる。

(76) 前掲註(6)・原九六一頁は「事業譲渡には有機的・一体性が要求されるから、恣意的にごく一部の労働契約のみが承継されなかった場合、事業譲渡契約の内容からその不承継が否定されることは十分ありうろと考える」と指摘する。なお、前掲註

(1)・西谷二四一頁も参照。

(77) なお、事業譲渡のようなケースで他に問題となるのは、そもそも事業譲渡契約を締結していない場合である。例えば、ヒューマンコンサルティングほか事件やサカキ運輸ほか事件のような事案である。ヒューマンコンサルティングほか事件では、明確な事業譲渡が行われておらず（事業譲渡契約の作成等も全く行われていない）、株主総会決議も経ていない。サカキ運輸ほか事件に至っては、個別の資産譲渡が行われており、本来的には事業譲渡契約とは言い難い事案であった。事業譲渡契約の締結に当たっては、株主総会決議が必要とされ（会社法四六七条、三〇九条二項一号）、株主総会決議を欠く事業譲渡契約は当然無効と解されている（最判昭和六一年九月一日判時一二一五号一二五頁）。そうすると、これらの事案においては株主総会決議を経ている以上、事業譲渡と性質決定したとしても（サカキ運輸ほか事件では、裁判所は「A社において、Y社の事業開始に必要な行政上の手続、取引の承継の根回しをして、事業所等の不動産の借用についても斡旋し、雇用を承継したものである。…会社の目的の同一性、A社が譲渡した内容、Y社のその譲渡への関与に照らすと、A社は、長崎での運送事業を有機的の一体として、Y社に譲渡したというべきである」と述べる）、当該契約は無効となり、そもそも労働契約の承継も認められないのではないか、との疑問も生じる。しかし、明確な株主総会決議は経ていなくとも、一人会社のような場合等であれば、特に問題ないように思える（最判昭和四六年六月二四日民集二五卷四号五九六頁参照。ヒューマンコンサルティングほか事件においては一人会社であったことが認定されている）。さらに、前述したように、明確に事業譲渡が認定できないような場合には、法人格否認の法理と実質的な事業の引受けを根拠に労働契約の承継を求めることはできるものと思われる。

(78) 前掲註(33)・米津二一七頁参照。

(79) 川口美貴『労働法』（信山社、二〇一五年）八五頁、六三九頁参照。

(80) 前掲註(11)・江頭三三〇頁～三三二頁も参照。

(81) 他の法的構成としては、労働契約が問題となった事例ではないが、東京地判平成五年一月二七日判時一四七〇号一五一頁が参考になるものと思われる。同判決は、従前、寿司店を営む被告Yと雇用関係を有していた訴外A（店長）が、その後、Yとの間で経営委託契約に切り替えた事案で、Aに対して鮪等を販売した原告XがYに対して、平成一七年改正前商法四二条

（会社法一二三条）に基づき、売掛代金請求した事案で、次のように判示している。すなわち、「商法四二条に規定する使用人は、必ずしも営業主と雇用関係にある者だけに限られず、これと委任関係にある者も含まれると解されるが、その場合においても、当該営業者の行う営業活動が、営業主の行う本店または支店の営業活動の一部をなしていることが前提となっており、当該営業者が右営業主と別個独立の営業主体であるときは後記の名板貸の責任の有無が問題となることはあっても、右は商法四二条という使用人ということはできず、同条の適用の余地はないというべきである。」との一般論を提示している。本判決では結論として、第三者とYとの間での契約関係の成立を認めていないが、この一般論からすると、営業主の行う本店または支店の営業活動の一部をなしている場合には、AはYの商業使用人として契約を締結し、効果をYに帰属させることを示唆しているのではないと思われる。労働契約の締結の問題として考えるのであれば、Aの営業がYの営業活動の一部をなしている場合には、AはYの商業使用人と性質決定され、AによるXの採用行為はYのために行われたと考えることができ、その効果はYに帰属させうることになる。

（82） なお、名古屋地判平成一四年一月二九日判タ一一四七号二八五頁は、親会社に対して退職金請求を行った事例において、結論において法人格否認の法理を認めず請求が棄却されたが、本判決に対しては、労働者と親会社間の契約の有無、保証関係、労働者の期待の問題は生じ得たとの指摘も見られる（後藤元「名古屋地判平成一四年一月二九日判批」ジュリスト一二八七号（二〇〇五年）一三七頁～一三八頁参照）。

（83） 例えば、金本良嗣Ⅱ神田秀樹「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳郎Ⅱ神田秀樹Ⅱ柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会、一九九八年）二〇〇頁以下参照。

（84） 会社法における労働者保護について検討するものとして、原弘明「会社法における従業員の取扱いについての交通整理」関西商事法研究会編『会社法改正の潮流』（新日本法規、二〇一四年）三七七頁。

ドイツ法における買主による解除前の使用行為

——解除原因の認識の有無と物使用の目的・方法・結果に着目して——

野 中 貴 弘

I はじめに

1 問題の所在

2 検討の出発点と本稿の構成

II 債務法改正前の使用行為の評価

1 学 説——用法に従った使用を特別視する二つの見解

(1) 総 説

(2) 後の物の返還と矛盾しないことを根拠とする見解

(3) 利益とリスクの同一帰属を根拠とする見解

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

2 判例

- (1) 原則としての使用禁止と広範な例外
- (2) 判例法理の確立と考慮要素の提示
- (3) 買主負担とされた裁判例

Ⅲ 債務法改正後の使用行為の評価

1 使用利益返還と用法に従った使用（三四六条二項一文三号）

- (1) 規定内容と議論の争点
- (2) 学説状況
 - ア 利益とリスクの同一帰属を強調するアプローチ
 - イ 売主が二重に補償を受けることの回避に着目するアプローチ
 - ウ 両説の差異

2 解除原因認識前の使用行為と三四六条三項一文三号

- (1) 「自己の事務におけると同一の注意」の意義
- (2) 主観的基準か客観的基準か

3 解除原因認識後の使用行為と三四六条三項一文三号

- (1) 免責根拠論からの議論
- (2) 買主の選択権と代替物入手の困難性に着目した議論
- (3) 売主のリスクで使用されることの危惧と矛盾挙動の観点からの議論

4 小括

Ⅳ おわりに

1 本稿の結論

2 我が国における解釈へ向けて

- (1) 使用利益返還義務と使用に伴う減価分の賠償義務との関係
- (2) 改正五四八条本文の「過失」の意義

I はじめに

1 問題の所在

本稿は、売買契約の解除前に買主が売買目的物を使用した場合において、当該使用行為をその後生じた滅失損傷というリスクの配分との関係でいかに評価すべきかについて論ずるものである。たとえば、中古自動車を購入し、引渡しを受けた買主が、その車の品質に関する契約不適合（物の瑕疵）を発見したものの、なお使用し、この使用に伴って損傷が生じた場合、この損傷による価値低下は契約解除後のどちらの契約当事者が負担すべきか。あるいは、当該使用による損傷が契約不適合発見前であった場合はどうか。

筆者は、前稿において、⁽¹⁾ 原状回復におけるリスク配分にあたっては、買主の目的物受領時における契約適合性についての信頼が重要な要素になると主張した。⁽²⁾ 危険負担における支配領域説が通説化している中で、⁽³⁾ 「契約不適合を知っていれば受領せず、受領しなければ買主の許での滅失損傷もなかった」との買主の素朴な主張をリスク配分にあたって重視する。⁽⁴⁾ 買主は、受領時に存在した契約適合性についての錯誤により、受領によるリスク引受けを撤回できるわけである。

こうした前稿の視点を買主が受領物を使用するに至った場合にも敷衍して当てはめると、契約不適合を認識せずに使用したのであれば、買主が契約不適合があることを知っていれば使用しなかったといえる限り、やはり使用によるリスク引受けの撤回ができるとの解釈が支持されることになる。それに対し、契約不適合を認識したうえで使用した場合については、もはや「不適合を知っていれば使用しなかった」とはいえず、ひいては「不適合を知っていれば受領しなかった」ともいえず、買主の許での滅失損傷については買主の負担となりそうである。^⑤買主がリスク引受けを撤回できなくなる（＝買主負担となる）のは、あくまで、買主が契約不適合を認識したうえで使用した場合に限られるという解釈になろう。

しかし、その一方で、受領した売買目的物の使用行為は、買主のリスク引受けの典型であり、単に受領したにとどまる段階と使用に至った段階とでは状況が異なるとの解釈もありうる。受領後、たとえ買主が契約不適合を知らないままであろうとも、買主がその受領物を使用した場合には、もはやこのリスク引受けを事後的に撤回できず、使用に伴う滅失損傷のリスクあるいは使用後の滅失損傷のリスクは買主の負担とする解釈である。^⑥事実、我が国における藤田寿夫の見解は基本的にはこのような立場に位置づけることが可能であるし、後述のとおり、同様の危険配分論はドイツにおいても存在する。^⑦前稿の観点からすれば、本来、受領時に契約適合性についての錯誤が存する限り、買主はいつまでもリスク引受けの撤回が可能であるとも思えるが、しかし、いかに受領時には錯誤があろうとも、その後には買主の使用行為があれば撤回主張が制限されることを意味している。もはや撤回できないだけのリスク引受けがあったと評価することも可能であろう。

果たして、解除前の買主の使用行為は、原状回復におけるリスク配分にあたってどのように評価すべきであろうか。

確かに、一定の場合に買主が免責される根拠が買主の自己の物との信頼であるとか契約適合性への信頼にあるのだとすれば、契約不適合認識前の使用行為はリスク配分にあたって重視されず、逆に、契約不適合認識後の使用行為があった場合にはもはやそれに伴うリスクを免れ得ないという理解は論理的である。

しかし、①契約不適合認識前の買主は、どのような使用も許されるのであろうか。すなわち、自己の物になったと信じている買主は、いかなる使用をしても、そこから生じる滅失損傷のリスクを負わなくてよいのか（Ⅱその後の解除や代物請求によって危険を売主に転嫁できるのか）⁽⁸⁾。ここで問われるべきは、自由な使用行為をしておいて生じたリスクを後の解除や代物請求によって売主に転嫁することの可否であり、当該買主が受領物を自由に使用できる状態にあつたか否かではないのか。

また他方で、②買主が契約不適合を認識するに至った場合には、どのような使用も許されないのか。すなわち、契約不適合物であることを知りつつ使用した買主は、使用をした以上、使用に伴うリスクあるいは使用後のリスクを基本的にすべて負担しなければならないのであろうか。⁽⁹⁾ 契約不適合を認識しての使用といっても、実際には、当該不適合（瑕疵）が契約解除をするほどのものかどうか確かめるための使用ということもあり得ようし、契約不適合に気づいた買主としては代物給付請求をしたものの、売主が修補を選択し、⁽¹⁰⁾ その修補に時間がかかるために買主がその間使用に至るといふケースもあり得よう。このように買主が使用を継続する理由は多様でありうるにもかかわらず、契約不適合認識後は一切の使用を控えなければならず、使用に伴う滅失損傷はすべて買主負担というのもあまりに形式的ではなからうか。買主がその物を使用するに至った経緯等の具体的事情を捨象することは適切なのか。本稿は、こうした①②の二つの問題意識をもとに検証を進めていきたい。

2 検討の出発点と本稿の構成

ところで、冒頭で示したふたつの解釈のそもそもの前提あるいはまた別の分析視覚として、物の用法に従った使用行為をリスク引受けと評価することの是非も問題となろう。物を使用する方法への着目である。考えてみれば、我が国の改正前民法五四八条一項の「行為」を「故意」と読み替えるかつての通説的見解からすれば、五四八条一項で解除権が消滅するには返還不能につき故意または過失が必要なのであるから、用法に従った使用から滅失損傷が生じた場合には同条二項により解除権が存続し、当該リスクは売主が負担することになる。¹²

では、用法に従った使用を特別視する根拠はどこにあるのか。また、当該特別視は、果たして正当であろうか。ここで仮に、用法に従った使用からは使用利益が生じ、この使用利益は契約が解除された場合には売主に返還・賠償されること¹³から、使用に伴うリスクもまた売主に帰属すべきであるという点が根拠であると解するとき¹⁴、買主の許で生じたリスクは広く売主が負担することとなり、解除には広くリスク配分を変更する機能があることになる。それに対して、契約適合性への信頼を前提とした買主の自己の物との信頼を根拠として、用法に従った使用を特別視するという論理もあり得よう。ただし、この場合には、先述のとおり、用法に従った使用が優遇されるのは、解除前のうちでも、契約不適合の認識前までに限定される可能性がある。契約不適合の認識により、受領物についての自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）が揺らぐからである。このように、用法に従った使用を特別視するか否か、する場合にはどのような根拠に基づくかという問題は、広く原状回復論に対する見方が表れるように映る。

本稿は、こうした問題について、ドイツにおける議論から学ぶこととする。ドイツ民法においては、右の問題について一定の議論が蓄積されており、さらに二〇〇二年の債務法改正により、用法に従った使用行為に関する規定が設

けられ（三四六条二項一文三号）、あるいは法定解除権者たる買主は自己の事務におけると同一の注意を尽くしていれば、それでも生じた滅失損傷については免責されるとの規定が設けられたことで（三四六条三項一文二号）、買主の使用行為をリスク配分にあたりどう評価すべきかにつき、議論の進展がみられるからである。ただし、ドイツの解除効果論は、とりわけ二〇〇二年の債務法改正以降、その詳細な新規定に半ば縛られる形での議論が増えているため、ここでの解釈を我が国に持ち込むことには慎重でなければならない。そこで、本稿では、買主の使用行為にかかわる議論を広く取り扱い、かつまたドイツ民法が当然の前提にしている部分をも明らかにすることで、今後の我が国における買主の使用行為の評価について議論の焦点を見出していきたい。

最後に本稿の構成を示しておこう。本稿では、まず最初のⅡ章1節で、ドイツ債務法改正前の学説、とりわけ買主の用法に従った使用を特別視して買主の免責を認める見解を採り上げる。債務法改正前にあつては、買主の使用行為を履行認容あるいはリスク引受けと評価し、使用に伴う滅失損傷について広く買主負担を導く見解が有力であったが、そうした中で、買主の用法に従った使用を優遇する二つの見解が注目される。そのうえで、債務法改正前の判例についても概観しておくこととする（Ⅱ章2節）。Ⅲ章からは、債務法改正後の議論状況に移る。債務法改正後では、まず、三四六条二項一文三号をめぐる「用法に従った使用」についての議論を分析する。同号本文およびただし書の解釈をめぐつて学説は大きく二分するが、いずれも買主の用法に従った使用により生じた「損耗」については買主の価値賠償義務を否定する。学説対立は、買主が価値賠償義務を免れる根拠やその範囲にあるわけである（Ⅲ章1節）。また、ドイツでは、二項一文三号での買主の免責範囲を狭く解する見解からも、法定解除権者たる買主が自己の事務におけると同一の注意を遵守していても生じたリスクについては、解除の相手方たる売主の負担となる（三四六条三項一文三

号）。これとの関係で、買主の解除原因（Ⅱ品質に関する契約不適合）認識前にあつては同注意基準がいかなる行為を許容し、いかなる行為を禁じているのかをめぐって、同注意基準の意義が議論される（Ⅲ章2節）。また、解除原因認識後の買主にあつては、同号がなお適用され、不可抗力や⁽¹⁵⁾軽過失によるリスクが免責されるのが議論されている（Ⅲ章3節）。最後にⅣ章では、こうしたドイツにおける議論状況にあつて多くの学説・判例に共通している部分を析出することで本稿の問題意識に対するドイツ法における結論を示す（Ⅳ章1節）。そして最後にⅣ章2節にて、ドイツ法の分析から得られたことを我が国の解釈においてどう評価するかに触れたい。ここでは、ドイツにおける議論が所与の前提としている部分に目を向けるとともに、我が国独自の規定の解釈にあたつて検討されるべき点を明らかにしてみたい。

Ⅱ 債務法改正前の使用行為の評価

1 学説——用法に従った使用を特別視する二つの見解

(1) 総説

前稿でも述べたとおり、二〇〇二年の債務法改正前のドイツでは、旧三五〇条が「解除は、解除権者の受領した対象が偶然により滅失したことによつて排除されない。」と規定し、売買契約でいえば偶然の事情による滅失について売主負担主義を定めていた。つまり、物の引渡しにより買主に移転した危険が、買主の解除によつて売主に跳ね戻った。もちろん、当時、こうした「危険の跳ね戻り（Zurückspringen der Gefahr）」を自明のものとする立場、ある

いは売主の義務違反に着目をして正当視する立場もあったが、後にこうした売主負担主義に反対するものが有力となっていた。旧三五一条が、物の滅失等につき解除権者に過失があった場合に解除権を排除していることに着目をし、この旧三五一条の過失概念を拡張解釈することによって旧三五〇条の適用範囲を狭める解釈を展開したケメラールやラーレンツらの議論がその中心である。旧三五一条の「過失」を、滅失や著しい損傷が解除権者の自由な行為(freie Handlung)や滅失損傷の危険を高めるふるまい(risikoerhöhenden Verhalten)に基づく場合を意味するものと解することにより、買主の使用中の偶然滅失は、もはや偶然の事情による滅失といえず、旧三五一条の過失があるとして解除権が排除されると主張したのである¹⁷。また、右の有力説とは異なるものの、同じ方向を志向する解釈として、フルーメやレンギーアの不当利得法における議論が挙げられよう。買主による契約時の決定や物の受領行為・使用行為をリスク引受けと評価し、買主負担を導く見解である¹⁸。そのうち、フルーメは、契約時の決定、すなわち自身の給付に代えて受け取った反対給付を自身の財産に組み入れるという決定を何より重視したが、その一方で詐欺被害者や錯誤者、さらには制限行為能力者等にはこの契約時の決定を帰責しえないとしていた。しかし、そのフルーメも、そうした詐欺被害者等の場合に、今度は契約時の決定ではなく、物を受領した後に使用する段階でのその使用決定にリスク引受けを見出し、使用が原因でのリスクは買主が負担すべきとしたのである¹⁹。

ところで、これらの見解のように、買主の意思的行為によるリスク引受けを問うのであれば、その時点での買主の解除原因についての認識を前提とするか否かが問われるべきはずである。解除原因を認識したうえでリスク引受けでない限り、当事者のリスク配分の指標として適切でないとの評価は十分に成り立つ。もつとも、右に挙げたフルーメも、あるいは物の受領後の使用行為にリスク引受けを見出したレンギーアも、ともに、たとえ買主が取消原因を知

らなかったとしてもこれをリスク引受けと評価し、買主負担であると解した。⁽²⁰⁾ その理由は明示的には語られていないが、フルーメが契約時の決定について語ったことを敷衍すれば、買主による使用行為決定は、「意思表示」(Willenserklärung)ではなく、「現実」(Wirklichkeit)であるために、⁽²¹⁾ 契約の効力による影響を受けないだけでなく、取消原因を認識したうえで使用したことまで問われないということになるうか。また、旧三五一条の過失の解釈として展開されたラーレンツらの見解もまた、先述のとおり、買主の使用行為を買主の自由な行為あるいは危険を高めるふるまいと評価し、こうした使用行為さえあれば、原則として買主のリスク負担を帰結する方向での理論展開であった。

(2) 後の物の返還と矛盾しないことを根拠とする見解

しかし、そうした中で、たとえばディーセルホルストは、不当利得法において、買主がたとえ給付と引き換えに反対給付を得るとの契約時の決定をしていたり、使用行為に及んでいたとしても、最終的に生じた滅失損傷について買主の自己の事務において要求される注意違反(“Verstoß gegen die in eigenen Angelegenheiten erforderliche Sorgfalt”)がない限りは、買主負担とすることに反対した。⁽²²⁾ 旧三五〇条が売主負担を規定し、八一八条三項が善意の利得債務者に特権を付与しようとしていることを重視するものである。⁽²³⁾ ここにおいて、リスク引受けとみなされるのは解除原因を知ったうえでの使用に限られるのか否かという議論状況に加えて、買主の使用、方法に、着目するというまたもうひとつの議論軸が提供されたことになる。

以後こうしたディーセルホルストの解釈は、カナーリスにも引き継がれた。カナーリスによれば、単に車を使用に置くこと自体はリスク配分において重要でない。また、使用行為の中には、用法に従った使用もあり、こうした用法

に従った使用は、ドイツ民法九八九条や旧三五一条の意味における「過失」と同等取扱いをしようような危険を高める行為ではない。そこで、カナーリスは、買主が法律上の原因がないことを知っていたならば過失と評価されるであろうふるまいに基づく滅失損傷の場合に限って、当該滅失損傷を買主に帰責できるとしていたわけである。⁽²⁴⁾

こうしたディーセルホルストやカナーリスの考えを引き継ぎながら、より緻密なリスク配分論を展開していったのが、ジッキンガーである。ジッキンガーは、買主の使用行為をリスク配分において如何に評価するかをめぐっては、解除原因の認識の前後を区別したうえで、さらに当該使用目的と具体的使用方法とが別個に検討されるべきであると⁽²⁵⁾する。

まず、使用目的について、ジッキンガーによれば、解除原因認識前の買主は、売買契約により取得した物をいかなる目的のために使用するかは原則として自由である。⁽²⁶⁾ただし、解除権者たる買主は、旧三五一条に基づき、使用目的が破壊目的であってはならないという制限を受ける。何らの建設的な意味もなく故意に破壊するという使用目的は、買主がその後に解除しようとした際にも買主を拘束するとし、その根拠を、そうした破壊をしておいてその結果を後の解除によって売主に転嫁しようとするのは矛盾挙動であることに求める。⁽²⁷⁾それに対し、解除原因認識後の買主は、後になって契約を解除するという可能性を留保しておくためには、物を返還して行う契約の清算と矛盾するような使用目的を追求してはならないという。通常、その物を用法に従って使用するという決定は、物の返還という事後的決定と矛盾しない。⁽²⁸⁾したがって、解除原因認識後の買主は一切の使用が禁止されるべきであるとする見解は否定されるべきである。購入自動車を道路で使用していたところ追突されて滅失しても、これは旧三五〇条により買主が免責される通常のリスクが現実化したただけであり、買主は免責されるのである。⁽³⁰⁾ただし、物の滅失が避けて通れない結果と

なるような使用目的については、それがたとえ買主にとって経済的に利益になる場合であろうとも、許容されない。買主が自ら意識的に契約の清算の可能性を排除するときには、買主は自らの決定に拘束されると考えるのである。⁽³¹⁾

この点、ジッキンガーは、解除原因認識後の買主について義務違反を語る見解を挙げたうえ、それは否定されるべきとする。単なる解除権の認識は、解除の相手方に対する注意義務を根拠づけ得ないからである。ジッキンガーによれば、解除によつてはじめて当事者間における返還債務関係が生じるのであり、買主はここに至つてはじめて、売主に対して、物を取り扱う際の特別な注意を義務づけられる。⁽³³⁾ ジッキンガーが、物の滅失に至るような使用目的を追求してはならないとするのは、売主に対する注意義務があるからではなく、事後の解除による契約清算の主張と矛盾するからなのである。

次に使用方法について、ジッキンガーによれば、使用目的は許容されても、そうした目的を追求する具体的使用方法が許容されるかどうかのレベルでの検討が必要である。そのうえで、ジッキンガーは、ラーレンツらにより展開された議論を参考にし、解除権者が、物の使用の際に通常のリスクを超えたリスクにさらし、かつこの特別なリスクが現実化したときにはじめて、権限者の解除が禁じられるべきとする。したがって、たとえば、自動車を道路で使用するにしても、酒に酔った状態で運転して事故を起こし滅失させたときには、特別なリスクの現実化として買主負担となる。旧三五〇条は、物に一般的に内在するリスクの負担についてだけ買主を免除しているものであり、権限者自身が有責かつ拒否されるべき方法でさらしたリスクについては免除していないというのである。

以上のジッキンガーの見解を整理すれば、次のようになる。物の使用に伴う滅失のために旧三五一条により解除が排除されるか否かの検討にあたっては、まず、①解除権者により設定された物の使用目的に着目する必要がある。解

除原因の認識前は、破壊的な使用目的が唯一許容されないだけであり、そのほかは原則として自由だが、解除原因の認識後は、事後的な契約解除による清算（物の返還）と矛盾しないような使用目的だけが許容される。②また、仮に①の使用目的は許容されても、具体的使用方法によっては買主に過失ありとして解除権が排除される可能性があり、解除権者が物の使用の際に、当該物を通常のリスクを超えた特別のリスクにさらし、かつこの特別なリスクが現実化したときには解除権が排除される。このように、ディーセルホルストやカナーリスの結論を継承するジッキンガーは、用法に従った使用は後の物の返還と矛盾せず、かつまた特別のリスクにさらすものではないといった理由からこれを特別視し、買主の免責を認めていたことが注目される。

(3) 利益とリスクの同一帰属を根拠とする見解

以上、債務法改正前の学説を見てきたが、もうひとつ、ここでおさえておくべき見解がある。ここまで出てきた見解の全ては、買主の言動、とりわけ矛盾挙動に着目してのリスク配分論であったのに対し、売主の状態に着目してのリスク配分を志向しているといえるのが、次にみる見解である。それは、解除による偶然的危険の跳ね返りを認めた旧三五〇条を正当化する根拠として、カイザーにより主張されたものである。カイザーは、旧三五〇条による危険の跳ね返りを、（引渡しによる危険移転を定めた）旧四四六条一項一文と矛盾しないと評価するだけでなく、むしろ、旧四四六条からこそ危険の跳ね返りの説明が付くことを、次のように指摘していた。³⁴ 少々長くなるが引用しよう（条文はすべて二〇〇二年の債務法改正前のものである）。

今日の批判とは反対に、三五〇条は、三二三条一項や四四六条といった一般的危険負担規定と矛盾しない。むしろ、売主への物の危険の跳ね戻りは、まさに四四六条から説明される。四四六条は、物の引渡しと一項一文で規定された買主への危険移転とを結びつけるだけでなく、次の二つの法効果とも結び付けている。物の引渡しによって、第一には、一項二文に従って売買目的物からの収益が買主に帰属し、第二には、物のリスクを買主が負担する。買主は、依然として物権法上は売買目的物の所有者ではないが、債務法上は、引渡しにより四四六条に従って売主との関係で所有者としての法的地位が割り当てられる。売主ではなく買主が、物に関して責任を負うのであり、そのリスクを負担しなければならない。物から生じる収益は、売主ではなく買主に帰属する。買主が売買契約を解除したり物の瑕疵を理由として瑕疵担保解除するときには、買主はこの地位を失うことになる。解除または瑕疵担保解除がなされることにより、売買目的物から収益を得る権利が、三四七条二文や九八七条に従って売主に跳ね返る。四四六条一項二文とは反対に、買主ではなくむしろ売主が、売買目的物の必要な費用を負担することを義務づけられる。しかし、解除または瑕疵担保解除により収益や物のリスクが再度売主に割り当てられるとき、売買目的物の引渡しによって四四六条一項一文に従って買主に移転した危険もまた、売主に跳ね戻らなければならない。給付対象は、もはや買主の財産ではなく、売主の財産と位置づけられる。三五〇条はこの帰結を生み出す。つまり、買主は、売買目的物の偶然の滅失にもかかわらず、支払った売買代金を取り戻すのである。

このようにカイザーは、物の引渡しを受けた買主が以後のリスクを負担するのは、当該物から生じる使用利益が買主に帰属することと不可分に結びついているとしたうえで、解除により収益が売主に帰属するに至った場合には、い

わばその必然的帰結として、リスクもまた売主負担になると説いたのである（本稿では以後こうした見解を「利益とリスクの同一帰属論」と呼ぶこととする）。使用利益の帰属先と滅失損傷のリスク負担との関連を意識し、いわば解除によるリスク配分の変更を肯定する議論といえよう。先ほど見たジッキンガーの見解が使用の目的や方法に着目していたのとは異なり、カイザーは、使用利益が生じるという使用の結果と解除によりこの使用利益が売主に帰属するという点に着目して買主の使用行為を許容するわけである。

2 判例

(1) 原則としての使用禁止と広範な例外

以上まで債務法改正前の学説を概観してきたが、解除原因である瑕疵を認識した後の使用行為の評価をめぐるのは、判例の一定の蓄積がある。債務法改正前のもののため、右に見てきた学説同様、旧三五一一条の適用の可否あるいは解除権放棄の有無という形で議論されているものであるが、原状回復におけるリスク配分について詳細な規定を持たない日本民法への示唆という観点からすれば、むしろ改正前のものの方が有益であるとの評価もあり得よう。以下、判例の立場を概観しておきたい。

債務法改正前のドイツにおける売買契約の瑕疵担保解除（Wandlung）は、通常の解除（Rücktritt）が形成権とされるのと異なり、請求権として構成されていた。したがって、物の瑕疵に気づいた買主が瑕疵担保解除の意思表示をし、それは直接に契約の巻き戻しにつながらず、売主が買主の要求に同意するか買主の訴訟上の請求を認容する判決があつてはじめて解除は実現されることになる。⁽³⁵⁾ このことから、債務法改正前のドイツでは、買主が解除原因であ

る瑕疵を認識した後の使用行為についてだけでなく、買主が瑕疵担保解除の意思表示後に使用行為をした場合もまた問題となった。

こうした状況の中で、ドイツ連邦通常裁判所は、一九五八年七月一日の判決において、瑕疵を認識したにも関わらずなお当該瑕疵ある物を使用継続することは、原則として買主が瑕疵担保解除を求めることと両立しないと³⁶した。したがって、当該使用行為ゆえに滅失損傷に至った場合には、旧三五一一条や瑕疵担保解除権の放棄という構成により、瑕疵担保解除権は排除されるのが原則ということになる。

もつとも、連邦通常裁判所は、こうした原則を掲げておきながら、実際には、極めて広い例外を許容していた。事実、右の一九五八年判決も、原則としては右のように述べつつも、契約解除がなされた場合には使用利益も含めた収益が売主に返還・賠償されることに着目し、とりわけ使用継続によってその他特別の危険にさらされていないようなときには、こうした使用継続が売主の利益に鑑みても都合が良いということが決定的に重要になりうるとした。したがって、当該使用はどのような危険にさらすものであったかを検討することが必要であるほか、たとえばその物が買主の許で使用されるのではなく、買主の許で保管され続けたという場合においてその物が経年劣化によりさらなる価値喪失を受けるかどうかなどの考慮もまた必須であるとされ、こうした利益状況の慎重な検討無しに、買主が使用継続によって売主の利益を著しく損ねたかどうかの判断はできないとするのである。³⁷

これ以外の連邦通常裁判所の判決では、たとえば、映画館の座席の売買契約がなされ、その後買主がその椅子に瑕疵があることに気づき瑕疵担保解除の意思表示をしたものの、その後四年もの間使用し続け、当該使用により椅子の価値が著しく低下したという事案における一九五五年四月五日の判決が挙げられる。³⁸当該事案において連邦通常裁判

所は、確かに、買主は瑕疵担保解除の意思表示の時点から売主の利害に配慮しなければならないために、瑕疵担保解除を望む買主は、原則としてその瑕疵ある物の使用を中止しなければならないとする。しかし、そのうえで裁判所は、もともとの契約において原告である売主には椅子を取り付ける付随義務が存在したことに着目し、そうである以上買主が瑕疵担保解除を正当に行行使したならば、売主には当該椅子を取り外す義務があったとする。そのうえ、売主が取り外すまでの間、被告である買主に対し映画館を閉鎖して椅子を使用しないことを要求することはできないとし、これらのことを理由として、売主が取り外すまでの間に買主が椅子をさらに使用し続けたとしても、そのことは、旧三五一條の過失を意味しないとするわけである。結果として、買主の瑕疵担保解除権が許容されている。

この映画館の椅子の事案は、椅子の取り付けあるいは取り外しについてどちらが義務を負っているかという観点から、買主に使用中止を要求できないとの結論が導かれたものであったが、裁判例には、これ以外にも買主に使用中止を要求できないとしたものがある。一九七六年一月三日のハム高等裁判所判決は、新車が売買され、引き渡された新車に瑕疵があったため、買主が瑕疵担保解除の意思表示をしたものの、その後も当該瑕疵ある車を使用し続けたという事案において、売買代金の返還を売主により拒否されていた買主には他の車を購入できる経済的状況になかったことに着目をする。そのうえで、買主が車を必要としていた以上、売主が売買代金を返還するまでの間、売主から購入した自動車を引き続き使用し続けることは強制されていたとして、買主が単なる使用を続けたとしても瑕疵担保解除権は失われないとする。³⁹⁾

また、一九八〇年四月一七日のニュルンベルク高等裁判所判決では、同じく新車の売買契約がなされ、買主が引き渡された車の瑕疵に気づいた後も当該自動車を使用し続けたことで、瑕疵担保解除権が失われたのか否かが争われた。

ここでも裁判所は、単純な使用継続により生じた自動車の損傷は、瑕疵担保解除権の排除には繋がらないとし、その理由を二つ挙げる。ひとつは、こうした瑕疵担保解除が問題となるときに買主は、売買代金を売主から返還されるまでの間、代わりの車を購入する経済的余裕がない限り、しばしばデイレンマ状態にあることが挙げられる。ふたつめは、買主が正当に瑕疵担保解除を請求したにもかかわらず売主が売買代金の返還を遅滞した場合、売主は遅滞したことで生じた損害を買主に賠償しなければならないことに着目し、この損害には、レンタカー代のほか、代わりの車を調達するにあつての利息や手数料も含まれ、これらは通常当該瑕疵ある車を使用し続けたことで生じる価値喪失よりも高額になるため、ここで買主が当該自動車を使用し続けることは買主の損害軽減義務を果たしていることになる⁽⁴⁰⁾とするものである。

こうして判例においては、瑕疵を認識した後、あるいは瑕疵担保解除の意思表示をした後は、当該瑕疵ある物の使用を中止しなければならないのが原則とされていたものの、実際の個別具体的事案において買主が契約目的物を実際の生活において必要とし、かつ経済的に他の同等の代替物を調達することができないときには、広く例外が許容された。また、買主が正当に瑕疵担保解除権を行使しているにもかかわらず、売主がその対応を遅滞したという場面においては、そこで買主が使用を続けて価値が低下したとしても、それは通常売主が負担すべき損害賠償額と比べればコストが低く、したがって使用継続が売主の利益にもなるが故に、⁽⁴¹⁾買主の瑕疵担保解除権は排除されないものとされたのである。解除の場合には使用により生じた使用利益を含む収益が売主に帰属するという点に着目した一九五八年判決も、使用継続が売主の利益にもなるという点を理由として例外を認めようとするものであり、こうした視点がニュルンベルク高等裁判所が例外を許容する判決を下したことに影響を与えているものといえよう。

(2) 判例法理の確立と考慮要素の提示

こうして原則と例外の逆転現象があったわけであるが、⁽⁴²⁾連邦通常裁判所は、一九八四年二月八日の判決において、確かにこれまでは、瑕疵のある売買目的物をさらに使用し続けることは瑕疵担保解除権を保持し続けることと矛盾するのが原則とされたきたものの、(その最終結論においては)単なる使用継続は瑕疵担保解除権を排除しないとされてきたことを確認する。また、少なくともこれまでの判例においては、例外なしに、個々の事案におけるそれぞれの状況に合わせて両当事者の利益について包括的で慎重な検討が強調されてきたことを明示するとともに、こうした判断が維持されるべきであるとする。⁽⁴³⁾

そのうえで、右判断にあたって重要な考慮要素として次のものを指摘した。すなわち、(i)瑕疵の種類がどのようなものであったか、(ii)修理をしてしまうと瑕疵の確定が困難になる等の事情があるか否か、(iii)買主はどのくらいの期間どのような範囲で物を使用し続けたか、(iv)買主の経営(Betrieb)の継続にとってその物が必要かどうか、必要であればこういった理由により必要か、(v)買主にとって購入物の使用を中止したり、その使用中止をしている間に代替物を調達することが可能であったり期待できるか否か、そして特に、(vi)物の更なる使用により物の本質的損傷が生じたかどうか、の六つである。そのうえで同判決は、最後の(vi)の要素において本質的損傷が生じている場合には、矛盾挙動の禁止の特別な発現である旧四六七条・旧三五一一条にしたがって瑕疵担保解除が排除されるかどうかの問題が生じるところ、特に買主に過失があるかどうかという旧三五一一条の判断にあたっては、右に挙げた諸要素、とりわけ使用を中止したり、維持したり、代替物を調達することでの費用がどれほどのものであったかもまた考慮されるべきであるとする。

また他方で、この判決は、買主が使用を継続することで物の価値が低下するという売主の不利益は、買主が使用利益を返還・賠償することで軽減されうることも指摘しており、これらは、右に見た一九五八年の連邦通常裁判所の判決やニュルンベルク高等裁判所の二つ目の理由付け（買主の使用継続が売主の利益にもなることからの買主の免責）とも繋がる。⁽⁴⁴⁾

(3) 買主負担とされた裁判例

では、このように瑕疵認識後の単純な使用行為について広く買主が免責されている判例法理のもとで、買主負担とされたケースはどのようなものであろうか。その例として挙げられるのが、一九八七年のハム高等裁判所の判決である。⁽⁴⁵⁾原告である買主は、被告である売主からヨットを七五、八四八ドイツマルクで購入したものの、引渡しを受けたヨットには多数の瑕疵があり、専門家の見積もりによれば、瑕疵を除去するには税抜きで約三、〇〇〇ドイツマルクを要する程度であった。売主は、右瑕疵のうちいくつかのものについては修補する気があることを表明したが、ヨットの使用を継続した買主はすべての瑕疵が修補されることに固執した。⁽⁴⁶⁾

こうした事案のもとで、ハム高等裁判所は、買主の代物給付請求および瑕疵担保解除を排除し、代金減額請求のみを認めたにとどまった。その理由としては、判決文中から二つの理由が読み取れる。まずひとつ目であるが、ハム高等裁判所によれば、確かに、買主が代物給付と契約解除のどちらを求めるか決心がついていない間は、買主が引き渡された物を使用することは禁止されない。しかし、買主が代物給付か契約解除かを決めて請求した時点以降は状況が変わり、その時点以降は、その物を購入した目的や物の必要性の考慮の代わりに、物の返還を求める売主の利害に配

慮しなければならない。そこで本件の具体的事実をみてみるに、買主は、引渡しを受けた一九八四年の六月末か七月始めから約一年が経過した一九八五年の七月一二日には、当初の瑕疵修補請求に代えて代物給付請求をしたにもかかわらず、その後もなお一九八五年のシーズン終わりまで及び一九八六年のシーズン全体に渡り、当該ヨットを居住船として絶え間なく使用し続けている。このように一九八五年の七月に代物給付請求に移行したにもかかわらず、買主はなお、過度な使用を長期的に続けたわけであるから、代物給付請求権も契約解除権も失ったとするわけである。⁽⁴⁷⁾

また、当該判決は、先に紹介した一九八四年の連邦通常裁判所の判決を挙げ、単に使用を継続したというだけでは瑕疵担保解除権や代物給付請求権は排除されないのが原則であり、むしろ個々具体的な事例における両当事者の利益を包括的に慎重に考慮して排除の有無を決すべきとする。そして、そうした検討の結果、本件では瑕疵担保解除も代物請求も排除されるという。すなわち、一九八四年判決では、当該買主の経営にあたって受領物を使用継続する必要性や、売主に多くの使用利益が返還・賠償されることが考慮要素とされたが、本件買主は当該ヨットをプライベートで使用するただけに購入したのであるから、こうした点ではヨットの更なる使用を正当化することはできないという。また、売買目的物が車であれば、その使用継続の必要性も認められやすい傾向があるが、こうした考え方も、船には簡単には転用されない。このヨットを使用できなければ余暇の楽しみを放棄せざるを得ないという事実があらうとも、それはそのヨットをさらに使用することに有利に働くわけではない。ヨットの瑕疵が些細なものであり、修理に多大な費用も要さないのであれば、他の事業者を通して瑕疵を除去することもできたはずである。そのような、物の使用にあたって重大な支障とはならないような些細で簡単に除去されうる瑕疵があったことを奇貨として、これを売買対象を交換したり売買代金の返還を求めるために利用する者は、一定の標準的な価値低下を超えた損耗を必然的

に生じさせるような使用についてはいかなるものも中止しなければならない。ここにおいて、単に、その物無しには余暇の楽しみが奪われるというだけでは、こうしたルールの例外を形成するに足りないという。こうして、ハム高等裁判所は、代物給付請求権もその代わりに行使された瑕疵担保解除権も失われたとするわけである。⁽⁴⁸⁾

以上で債務法改正前の判例の概観を終える。判例においては、瑕疵認識後の使用行為について、使用中止が原則なのか否かという点につき変遷がみられるものの、使用中止が原則とされた時代から広く例外が認められていた。判例は一貫して、具体的事情、とりわけ先に挙げた一九八四年判決が整理したような諸要素に着目をして、当事者間のリスク配分をしてきたといえる。ここで判例が重視する要素を要約するならば、次の三点にまとめることができよう。一つ目は、買主が物を使用した目的である。物を使用継続する目的が仕事等のためのやむを得ないものであったのか、あるいはプライベートのためであったのかが問われる。また、代替物を入手することが経済的に困難であったか否かも問題とされる。二つ目は、買主が物を使用した方法である。文字通り、買主の使用が用法に従ったものであったのか、それとも、用法に従わない、あるいは過度な使用であったのかがりリスク配分において考慮される。最後に三つ目が、物を使用した結果である。使用の結果として生じたのは、損耗の程度なのか、あるいはそれを超えた損傷や滅失なのか。また、使用の結果、どの程度の使用利益が生じ、それが売主に返還・賠償されることにより売主の損失はどの程度補われるものなのかについても判例において重視されていた。

以上で債務法改正前の学説・判例の概観を終えて、次章より債務法改正後の規定状況およびそれに対する学説の分析に移る。本稿との関係で重要なのは、三四六条二項、一文三号の本文およびただし書をめぐっての解釈と、三四六条三項、一文三号の「自己の事務における同一の注意」基準についての理解と同号の適用範囲をめぐる解釈である。原

状回復障害におけるリスク配分においては、右のうちでも三四六条三項、一文三号に注目が集まり、筆者も前稿までこの三項一文三号が解除によって売主への危険転嫁を認めることの妥当性や根拠を検討してきた。もつとも、こと買主の使用行為に着目すれば、次に挙げる三四六条二項、一文三号とそこで展開されている見解を抜きに語ることが適切でない。そこにおいて、買主の用法に従った使用をどう処遇するかが使用利益返還との関係で正面から論じられるのである。三四六条三項一文三号でも「自己の事務における同一の注意」基準が用いられ、これにより買主による一定の使用行為が許容されているとみることができ、本稿ではまず、用法に従った「使用」について直接言及されている同条二項一文三号を検討することとしたい。

Ⅲ 債務法改正後の使用行為の評価

1 使用利益返還と用法に従った使用（三四六条二項一文三号）

(1) 規定内容と議論の争点

ドイツ民法三四六条二項一文三号⁽⁴⁹⁾は、その本文において、返還目的物が滅失または損傷（Verschlechterung）した場合に、返還債務者（＝売買における買主）に価値賠償義務があることを規定する。もつとも、これにはただし書による例外があり、用法に従った“Ingebrauchnahme”から生じた損傷についてはこの限りでないと規定されている。

この点、まず、“Ingebrauchnahme”は、通常の語法によれば、「使用に置くこと」を意味するとされる。このことから三四六条二項一文三号ただし書が、買主がその物を用法に従って使用に置いたことにより生じた価値低下分につ

いて買主を免責していることは争いが無い。つまり、たとえば、新車も一度使用されれば中古車となるが、この新車の中古車となることによる価値の低下については、この三四六条二項一文三号ただし書で買主は価値賠償義務を免責されるのである。

そこで、議論における争点は、使用に置いたことによる価値低下だけでなく、用法に従った使用に伴う損耗 (die infolge eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs eingetretene Abnutzung) についてもまた、同号ただし書で買主が価値賠償義務を免責されるか否かである。具体的には、「用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も、ただし書の“*Ingebrauchnahme*”による損傷に含まれるか」といった形で議論される⁵⁰。また、使用の結果、右の損耗にとどまらず、使用利益を返還することでは補えないような損傷が生じた場合に、買主が価値賠償義務を免責されるかどうか問題となる。使用利益の返還が義務づけられていることを、どれだけリスク配分と結び付けるべきかにかかってくる。

学説は、この点について大きく二つの立場に分かれる⁵¹。以上を踏まえ、学説状況を見ていこう。

(2) 学説状況

ア 利益とリスクの同一帰属を強調するアプローチ

少数説は、用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗 (Abnutzung) も、二号本文の「損傷 (Verschlechterung)」には含まれるとする。したがって、買主は原則として価値賠償義務を負担することになる。しかし、少数説は、そのうえで、ただし書の“*Ingebrauchnahme*”を拡張解釈し、これには用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も含まれると解する。こうして、用法に従った使用による損耗は、ただし書によって価値賠償の対象から外されるに至るのであ

る。⁵²⁾

少数説は、このように解する根拠として、(必ずしも後述の多数説の根拠を否定するわけではなく、それに加えて、あるいは二重補償回避の方策として) 利益とリスクとの同一帰属の観点を挙げる。⁵³⁾ つまり、買主は使用利益の返還が義務づけられて、⁵⁴⁾ 利益は売主に帰属する以上、使用から生じるリスクもまた売主に帰属させるべきということである。言うまでもなく、債務法改正前に、旧三五〇条の売主負担を正当化する根拠としてカイザーにより主張された論拠であり、カイザー自身もまた債務法改正後にこの三四六条二項一文三号ただし書の解釈としてこうした解釈を展開している。⁵⁵⁾ こうした少数説の中でも、利益とリスクの同一帰属を強調するコーラーやシュヴァープは、いわば当然に、使用の結果として使用利益を返還することでは補えないような損傷が生じた場合にも、買主が価値賠償義務を免責されるとする。⁵⁶⁾ こうした少数説の立場は、用法に従った使用 (Gebrauch) に特権を付与しているものと評される。

イ 売主が二重に補償を受けることの回避に着目するアプローチ

もともと、右のような解釈は、少数説にとどまるといって良い。多数説は、ただし書が“*Ingebrauchnahme*”という語を用いていることを重視し、ただし書は「用法に従って使用に置くことによる損傷 (価値低下)」しか含まれないものと解釈する。⁵⁷⁾ つまり、ただし書は、新品の物を使用に置いたことで中古品になることの価値低下のみを問題にしているとみるのである。多数説は、⁵⁷⁾ ここでもし「用法に従った使用から生じた損耗についても同号ただし書によって買主が免責される」と考えてしまえば、偶然の滅失損傷のリスクを買主に負わせた同号本文のリスク配分と矛盾してしまうことを危惧し、同号ただし書は利益とリスクの同一帰属論とは無関係であるとするのである。⁵⁸⁾ 用法に従って使用

【ドイツ民法 346 条 2 項 1 文 3 号の解釈における学説の対立点】

	少数説	多数説
①本文の「損傷」には、用法に従った使用(Gebrauch)による損耗が含まれるか	含まれる	含まれない
②ただし書の Ingebrauchnahme は、Gebrauch を含むか	含まれる (ただし書は広く使用に伴った価値低下を意味)	含まれない (ただし書は新品が中古になることによる価値低下を意味)
③用法に従った使用による損耗の取扱い	ただし書により賠償義務なし	損耗は本文の「損傷」に該当せず賠償義務なし
④用法に従った使用による損耗を価値賠償の対象から外す趣旨	利益とリスクの同一帰属の観点	売主が二重に補償を受けることの回避
⑤使用利益返還では補えない損傷の取扱い	3号ただし書により賠償義務なし※	3号本文により賠償義務あり

※この⑤については、少数説の中にも、3号ただし書の適用を否定するものがある (注 56 参照)

に置くこと (Ingebrauchnahme) への特権だけが必要で、使用 (Gebrauch) への特権は不要であるとされる。

もつとも、使用をする一方で利益が生じ、他方で損耗が生じる以上、売主が使用利益の返還を受けたうえでさらに物の減価賠償も受けければ、重なり合う範囲で売主に二重の補償 (Doppelkompensation) を与えることになるため、両者の調整が必要となる。そこで、多数説は、用法に従った使用による「損耗」については、そもそも同号本文の「損傷」にあたらな⁵⁹いとの解釈をする。すなわち、買主が受領物を元のままで返還できない場合には二項一文三号本文が買主の価値賠償義務を規定するが、ドイツ民法典は、その二項一文三号よりも前に位置する規定である同条一項で収益返還を規定し、二項一文一号で収益賠償を規定している。したがって、収益返還義務および収益賠償義務が滅失損傷の価値賠償義務に優先するとし、用法に従った使用による損耗については、使用利益返還で売主の損失は補われる以上価値賠償は不要と理解されるのである。⁶⁰

このように、多数説は、売主が二重の補償を受けることの回避のために、使用による損耗を二項一文三号本文の段階で排除するのである。ここで確認しておきたいのは、多数説は、用法に従った使用による損耗を価値賠償の対象から除外するにあたって、「利益とリスクとの同一帰属」を目的ないし根拠とはしていないということである。

ウ 両説の差異

ここで、右の学説対立が実際の紛争解決においてどのような差を生じさせるのかを整理しよう。まず、三四六条二項一文三号はその本文において、物の滅失損傷のリスクを原則買主負担とし、その一方で、同号ただし書で用法に従って使用に置くこと (Ingebrauchnahme) による損傷 (価値低下) を価値賠償の対象外としている。また、買主の使用利益が売主に返還ないし賠償される (三四六条一項、二項一文一号) ことを前提として、用法に従った使用 (Gebrauch) による損耗も、二項一文三号の本文とただし書のどちらに依拠するかはともかく、価値賠償の対象外とされている。結局、両説は、使用から通常生じるような、収益返還により補われる損耗の場合においては差が生じない。

ただし、用法に従った使用により生じる損傷には、右のようなもののほか、使用中に偶然生じた、収益返還では補えない損傷もあり、両説はこの場合にこそ差が生じることになる。少数説の持ち出す「利益とリスクの同一帰属」からすると、こうした収益返還では補えないような損傷の場合にも買主が価値賠償義務を免責されうるが、多数説はこれのように解すると三四六条二項一文三号本文において原則買主負担とした趣旨に反するとし、「利益とリスクの同一帰属」はドイツ法上否定されているとするのである。

では、多数説は、収益返還では補えないような損傷が生じた場合、最終的に常に、買主負担とするのか (＝買主の

価値賠償義務を認めるのか」というと、そうではない。当該買主が法定解除権者であり、なおかつ、当該買主の使用行為が自己の事務におけると同一の注意を遵守している限り、別途三四六条三項一文三号により買主の価値賠償義務が免責されるのである。そうすると次に、買主の使用態様と三項一文三号の「自己の事務におけると同一の注意」概念との関係性が問題となつてこよう。買主のいかなる使用行為がこの「自己の事務におけると同一の注意」を尽くしたと評価されるのが重要になる。そこで、以下では、解除原因認識前の使用行為（後述2節参照）と解除原因認識後の使用行為（後述3節参照）とに区別をしたうえで、三四六条三項一文三号の議論を見ていこう。

2 解除原因認識前の使用行為と三四六条三項一文三号

(1) 「自己の事務におけると同一の注意」の意義

まず、解除原因認識前の買主による使用行為への評価から見ていこう。解除原因に気づく前の買主は、契約に従つて受領したその物を、自己の物であると信頼している。そうである以上、一方で、買主がいかなる使用をしても買主を非難することはできないとの評価ができる。もっとも他方で、そもそも自己の物として使用した結果、その物の契約不適合（物の瑕疵）に起因しない要因によつて滅失損傷が生じた以上、買主はたとえ解除や代物請求ができたとしても常に滅失損傷のリスクを負うのが当然であるとの評価、つまりは自己の物との信頼を買主の免責根拠とすることへの批判的評価がありえよう。⁶¹ そうした中でドイツ民法三四六条三項一文三号は、法定解除権者たる買主が「自己の事務におけると同一の注意」を尽くしていたか否かにより買主の免責の可否を決する。したがって、解除原因認識前の買主も、事後的に見て、自己の事務におけると同一の注意を尽くさなかったことで滅失損傷が生じた場合には、物

の返還に代えた価値賠償義務を負うことになる。つまり、自己の物と信じているからといって、どのような使用をしてもそこから生じるリスクを免責されるわけではない。ドイツ民法三四六条三項一文三号は、右に見た二つの観点からすれば、自己の事務におけると同一の注意という基準を用いることにより、双方の中間に位置するようなりリスク配分を志向していることになる。

そうすると次に、ここでいう「自己の事務におけると同一の注意」がどのように捉えられるべきかが問題となろう。ドイツにおける比較的多くの見解は、その文言から、これをドイツ民法二七七条に規定された自己の事務におけると同一の注意義務と同様のものと理解する。⁶²すなわち、ドイツ民法二七六条や二七七条の場合と同様、注意義務の存在とその違反を前提とするわけである。しかし、解除原因認識前の買主（＝後の法定解除権者）は、ほぼ全ての論者が一致して認めるように、当該受領物を好きなように取り扱うことができるはずであり、何らの注意義務も観念することはできない。それにもかかわらず、ここで二七七条と同様に考えてしまえば、ドイツ新解除効果規定が過失に依存しない制度として三四六条二項の価値賠償義務を構築したと矛盾するとして批判される。⁶³

そこで、現在では、こうした批判を踏まえ、三四六条三項一文三号における自己の事務におけると同一の注意違反とは、「自分自身に対する過失」を意味すると解する見解も有力となる。⁶⁴すなわち、同号の自己の事務におけると同一の注意に反する行為とは、自身の利益に対する違反行為のことであると理解し、自身を損害から守るためにその状況により必要とされるような注意をしないときに、自己の通例の注意を尽くしていないものとされる。⁶⁵

(2) 主観的基準か客観的基準か

しかし、このように理解される「自己の事務における同一の注意」も、客観的基準により定まるものなのか、あるいは主観的基準により補われるのかは定かでなく、右のように解したところで、期待される注意やその注意深さの基準が欠けているとの批判を受ける。⁶⁶ この「自己の事務における同一の注意」基準が主観的基準により決定されるのか、客観的基準により決定されるのかという学説対立は見逃せない。同注意基準は、個人的な *Schlendrian* (いゝ加減な取扱い) もまた許容しているのか否かが争点とされるのである。⁶⁷

多数説は、規定の文言および同規定が法定解除権者を保護しようとした点を考慮し、あくまで、該解除権者が、物の取扱いにあたって通常どのような注意を払っているかを重視する。⁶⁸ 二〇〇七年のカールスルーエ高等裁判所の判決もまた、この主観的な基準からの帰結を明確にする。⁶⁹ こうした主観的基準説からすれば、個々人における取扱いの独自性がこの注意基準に影響を与えることになる。カイザーによれば、三四六条三項一文三号の「自己の事務における同一の注意」は、解除の相手方の利益を配慮するよう解除権者に義務づけているものではない。同号は、解除権者たる買主が解除をするまで物の所有者であつたことに着目し、当該受領物を不利益を危惧することなく彼のその他の財産と同様に取り扱うことができるという実際上の法的状況に即した取り扱いをしているに他ならない。三四六条三項一文三号は、解除権者である個々人の慣習に照準を合わせた純粹に主観的な基準である。個々人のいい加減な取扱いについても、原則として、解除権者がそれによつて不利益を受けることはない。むしろ、解除権者が、たとえ自ら破損したとしても、彼が返還すべき物を彼の比較可能な他の物と同等に取り扱っている限り、自己の通例の注意を尽くしたことになる。こうした自己の通例の注意概念が、解除権者は自身が解除原因を知っていた場合のように振る舞わ

なければならないといった形で客観化されることはありえない。⁽⁷⁰⁾ したがって、こうしたカイザーの理解からは、三四六条三項一文三号というのは、自動車を購入した買主が一般的な基準でいえば自動車交通における過失により破壊あるいは損傷したときであつても適用になりうるという。⁽⁷¹⁾

他方、ドイツの一部学説は、こうした多数説の理解とは異なり、物の取扱いに際して所有者は通常どのような注意を払うかに着目をし、個々人の基準を超えた標準的考慮に照準を合わせる。⁽⁷²⁾ たとえばコーラーは、ここで重要なのは、買主が当該時点において使用する権限があるか否かではなく、当該使用の結果、使用に伴う滅失損傷のリスクを売主に転嫁することを許容して良いかどうかであるとし、そのための基準として客観的基準を要求する。⁽⁷³⁾ また、デルは、主観的基準の適用によると、日頃から通常人よりも物をいい加減に扱う人間の方がより優遇されることになるが、このように解する根拠がないことをその論拠として、客観的基準でもって判断すべきとする。そのうえで、デルは、解除可能性を認識する前の買主の使用行為を分析するにあたって、その使用目的および具体的使用方法に着目して、「自己」の事務における同一の注意」の具体的内容を明らかにしようとする。⁽⁷⁴⁾ 使用目的については、解除可能性を知らない買主は、原則として、受領物を自己の利益の実現のために手にいれた権限に相当するような形で使用することが許されるとし、これは通常の注意深さの人間の基準と一致しなければならないという。すなわち、通常人の観点からして経済的に道理にかなった使用目的かどうかが重要となり、解除権者が受領物の価値を意識的に破壊する使用をするときには、解除権者はその価値喪失を事後的な解除でもって解除の相手方に転嫁することはできない。解除権者は、自ら損傷させたいと望んだ、その意識的な決定に拘束されるという。⁽⁷⁵⁾ 次に、使用方法に関しては、解除権者は、物についての具体的法的地位を取得した、通常の注意深い人間の通例の注意に相当するように受領物を取り扱わな

ればならないとする。こうして客観的基準説に立つデルは、主観的基準説との違いを強調しながら、自己の事務におけると同一の注意の内容を具体化しようとしている。

もつとも、実は、多数説の主観的基準説もまた、主観的基準に基づく配分を修正するのが一般的である。カイザーによれば、二七七条には、こうした自己の通例の注意基準について二つの方向での限界があるという。⁽⁷⁶⁾一つは、特別に注意深い人間に関する問題であり、自己の事務における注意というのが、二七六条の標準的な過失基準よりも厳しい基準とはならないということである。三四六条三項一文三号は、注意基準の引き下げを意図しているものであるから、特別に注意深い解除権者は彼の過剰なまでの自己に通例の注意と比べられず、彼が取引において要求される二七六条二項の意味における注意を尽くさなかったときにだけ、価値賠償を義務づけられる。もう一つは、二七七条が与えている自己の通例の注意への特権は、重大な過失がある場合⁽⁷⁷⁾および解除権者の故意による行動の場合には認められないということである。⁽⁷⁸⁾たとえば、解除権者が、購入物を捨てた場合である。近時、カスペルもまた、買主は契約目的に従った使用であれば、たとえそこから滅失損傷が生じることが不可避であったとしても、当該リスクについては負担しなくて良いとしつつも、買主による故意的破壊行為については買主負担とするのである。⁽⁷⁹⁾

こうして、基準についての対立にも関わらず、多くのケースにおいてその具体的帰結を同じくするに至る。⁽⁸⁰⁾たとえば、購入自動車につき鍵をかけずに駐車しておいたところ盗難に遭った場合や買主が故意的破壊行為をした場合には、結局どちらの立場に立ったとしても買主は自己の事務におけると同一の注意を尽くしていないとされ、買主が危険を負担することになるのである。ここでは、当該時点の買主に物を使用する権限があったか否かが重要なのではなく、当該使用の結果、使用に伴う滅失損傷のリスクを売主に転嫁することを許容して良いかが問題であるとのコーラーの

指摘が問題の本質を示しているように思われる。つまり、解除原因認識前の買主は受領物を自己の物として取り扱うことが許され、買主には目的物使用権が認められようとも、それはそうした行為から生じた滅失損傷というリスク全てを免責される根拠とはならないのである。

3 解除原因認識後の使用行為と三四六条三項一文三号

(1) 免責根拠論からの議論

以上に対し、解除原因認識後の使用行為については、三四六条三項一文三号の適用の可否という結論も含め、学説の評価は様々である。

既に前稿でも簡単に触れたとおり、三四六条三項一文三号で法定解除権者たる買主が自己の事務におけると同一の注意を尽くしていた限り滅失損傷のリスクを免責される根拠については、大きくわけて三つの考え方がある。①債務法現代化法連邦政府草案の理由書（以下「草案理由書」という）に代表されるように、解除の相手方の義務違反を根拠とする見解⁽⁸²⁾、②法定解除権者たる買主の自己の物との信頼を根拠とする見解⁽⁸³⁾、そして③偶然の危険の免責根拠は①のように考えるが、偶然の危険ではないが自己の事務におけると同一の注意を尽くしていた場合の免責根拠は②のように考える見解⁽⁸⁴⁾（以下「免責根拠区分説」とも呼ぶ）がその二つである。②説は、自己の物と信じている買主は、その物を自己の他の財産とは区別して慎重に取り扱う契機を持たず、解除原因を認識するまでの買主は、その目的物を自己の物として取り扱っており、そのように取り扱うことが許されることから優遇されると解するものである。

ところで、こうした免責根拠についての学説対立が意味を持つてくるのが、解除原因認識後の三四六条三項一文三

【解除原因認識後のドイツ民法 346 条 3 項 1 文 3 号によるリスク免責の有無】

	346 条 3 項 1 文 3 号が 法定解除権者を免責する根拠	解除原因認識後	
		不可抗力免責	軽過失免責
A 説	②買主の自己の物との信頼	×	×
B 説	③不可抗力免責：売主の義務違反 軽過失免責：自己の物との信頼	○	×
C 説	①売主の義務違反	○	○

号適用の可否である。確かに、三四六条三項一文三号それ自体は、適用にあたり解除原因の認識による区別をしていない。しかし、解除原因を認識した後は、買主の自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）は失われると解しうるため、この自己の物との信頼を買主の免責根拠（の全部または一部）とする立場（右②③）にあつては、解除原因認識後には同号の適用が否定あるいは制限されるに至るわけである（三四六条三項一文三号の目的論的制限説）⁸⁵。

これを受け、現在のドイツ法学説を結論に着目して分類をすると、学説は、大きく次の三つの立場に整理できる。すなわち、解除原因認識後の買主は、偶然すなわち不可抗力による滅失損傷のリスクすら免責されないとする立場（以下「A 説」という）、不可抗力による滅失損傷のリスクは免責されるものの、それを超えた具体的軽過失による滅失損傷のリスクの免責は認められないとする立場（以下「B 説」という）、さらには、解除原因認識後も不可抗力による滅失損傷のリスクの免責だけでなく、具体的軽過失による滅失損傷のリスクも免責されるとの立場（以下「C 説」という）の三つである。

A 説は、三四六条三項一文三号の免責根拠を買主の自己の物との信頼に求める立場（右②）から主張されるものであり、B 説は、三四六条三項一文三号が偶然による滅失損傷のリスクを売主負担としているのは法定解除の相手方である売主の義務違反に着目したものであると解しつつ、それを超えて具体的軽過失により生じたリスクであつても

免責されるのは買主の自己の物との信頼ゆえであると解する免責根拠区分説（右③）から主張される。B説は、自己の物との信頼は解除原因を認識すれば失われるために具体的軽過失によるリスクの免責という特権（Privilegierung）は与えられないのに対し、偶然による滅失損傷のリスクが免責される根拠は相手方の義務違反であり、この義務違反は買主の解除原因の認識によっても一掃されないために、偶然の事情によるリスクの免責はなお存続すると解するわけである。不可抗力リスクは免責されるものの、それを超えた具体的軽過失による滅失損傷のリスクの免責は認められないとのこの立場は、当該受領物を自己の物のように取り扱ってはならないことを意味しているように思われる。⁽⁸⁷⁾

C説は、偶然によるリスクの免責根拠も具体的軽過失によるリスクの免責という特権付与根拠も、ともに相手方である売主の義務違反にあるとする立場からのものが多い。この立場からすれば、買主は解除原因認識後も当該受領物を自己の物のように取り扱ってよいということになる。

買主が解除原因を認識したところで解除の相手方たる売主が義務違反をしたという事実自体は無くならない。⁽⁸⁸⁾したがって、C説が、免責根拠を解除の相手方の義務違反と解しつつ、解除原因認識後も同号の適用が制限されないとの帰結に至ることについては、それ自体論理的ではある。しかし、これについては前稿でも触れたとおり、⁽⁸⁹⁾解除の相手方の義務違反は、偶然による滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはなつたとしても、偶然によるものではないが解除権者が自己の事務におけると同一の注意を尽くしていたというケースにおける滅失損傷の危険を解除の相手方負担とする根拠にはならないとして批判される。⁽⁹⁰⁾

また、解除原因認識後には不可抗力免責すら認めないA説に対しても批判は強い。A説のように解するとすれば、買主が解除原因を認識するや否や売主は以後のリスクを何ら負担しないということになり、これは「解除権者である

買主の解除原因の認識によって相手方の義務違反が「掃される」ことを意味する。この点、A説に立つ論者からは、このように解する根拠として、解除原因認識後の当事者は解除権が約定されている場合の当事者と同一の利益状況にあることが挙げられることが多い⁹¹。しかし、こうした約定解除の場合との同等取扱い是不適切であるとの理解もまた有力である。すなわち、約定解除の場合には、義務違反など存在しないにも関わらず、場合によっては契約が解消されうることを契約当事者が自らの自由な意思で合意しているのに対し、法定解除は、相手方の義務違反ゆえに自らの意思に反して契約を解消せざるを得ず、解除権者が保護を必要とする状況になった局面であり、約定解除と法定解除とはこうした差が大きいというのである⁹²。約定解除の場合には約定するにあたり様々なリスクを想定して合意をしているのであり、返還債務者である買主が広く価値賠償義務を負うのは適切であるが、相手方の義務違反ゆえの法定解除の場合には状況が異なり、契約に基づき努力したにもかかわらず相手方の義務違反により契約目的が挫折した以上、解除権者は自らした給付を再び取り戻せるよう保障されるべきであるとされる。こうした法定解除の特徴に着目した指摘は、相手方の義務違反の存在に着目して、A説を不当と評価するものと位置づけられよう。

A説には他の観点からの批判も存する。解除原因認識後に同号の適用を否定して不可抗力免責すら認めないA説からすると、解除原因認識後の解除権者が偶然の危険を免責されるには、即時に返還する他ないことになってしまう。しかし、このようになれば、買主には受領物の返還を前提とした契約解除権や代物請求権だけではなく、修補請求権が保障されていることの意味が失われかねないとされ、こうしたことから、法定解除権者は、不可抗力による滅失損傷のリスクを免責されなければ不合理であるとされるのである⁹³。確かに、ここでの買主は本来欲していない契約不適合物を押し付けられた状況にあることに鑑みれば、解除原因認識後は偶然の危険すら免責されないというのはいかに

も不合理であるといえよう。こうして不可抗力による滅失損傷のリスク配分に関しては、解除権者の解除原因についての知・不知は問題とならず、解除権者が解除原因を認識しようとも免責されるとの理解が多数を占める。

以上の次第で、ドイツでは三四六条三項一文三号の免責根拠論から三四六条三項一文三号の適用範囲について一定の結論を演繹する議論が盛んであり、免責根拠についての賛否も含め、現在では、B説が多数説であるといえよう。

(2) 買主の選択権と代替物入手の困難性に着目した議論

ところで、こうした免責根拠論からの演繹的議論が多い中で目を引くのが、契約不適合物の引渡しを受けた買主に与えられる救済手段のうち買主がどれを選択するか決定するまでの期間の保障といった観点や、解除をして支払済みの代金の返還を受けるまでの買主は通常代替物入手することが困難であること着目した論理展開である。たとえば、ハインリクスは次のように述べる⁹⁴。まずそもそも、買主が解除原因を認識したとしても、契約は存続しているのであり、なお返還債務関係には姿を変えていない。また、契約に適合しない物を引き渡された買主は、追履行請求、代金減額請求、契約解除あるいは場合によっては自己実行 (Selbstvornahme) などの諸権利が与えられるところ、これらのうちどれが適切かの決定をするためには、入念で慎重な検討が必要となる。そのうえ、解除の場合には、相手方に対して催告をしなければならない。したがって、解除の意思表示をするまでには、数週間を要するのが不可欠となる。さらに、買主が契約の清算前に瑕疵ある物の代わりになる代替物入手することは金銭上の理由からできないのが通常である。ハインリクスは、こうした買主の置かれた状況を挙げ、解除の意思表示までの間、買主が物の使用を断念するのは困難であるという⁹⁵。そして、そうであるが故に、解除権者である買主の契約に従った使用権は、解除原因の

認識後もなお存続しているのが原則であり、こうした使用権は、解除の意思表示をしてはじめて失われると解するのである。債務法改正前の判例においては、買主の物使用の必要性を重視する傾向が強かったが、ハイブリックスの主張は、こうした改正前の判例を引き継いでいるものと評価できよう。

なお、先述のとおり、(1)のC説、すなわち解除原因を認識した後であっても、買主は偶然による滅失損傷のリスクだけでなく、具体的軽過失による滅失損傷のリスクすらも免責されるという見解は、三四六条三項一文三号の根拠を相手方の義務違反を根拠とする立場から主張されることが多い。実際、ハイブリックスも、買主が解除原因を認識したとしても、売主には義務違反があり保護に値する地位にないことを根拠に、三四六条三項一文三号の制限解釈を否定している⁹⁶。もっとも、ハイブリックスのように、買主には、受領物を返還することを前提とした契約解除や代物給付請求だけでなく、受領物を以後も自己の物とし続けることを前提とした修補請求権や代金減額請求権もが認められていることに着目するならば、買主の免責根拠を自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）としつつも、解除原因認識後であっても買主の信頼は保護に値するとの評価・位置づけも可能なように思われる。言い換えれば、ハイブリックスの論理には、買主の自己の物との信頼と解除原因の認識との関係性を捉え直す契機があるように思われるのである。

さらに言えば、契約不適合物の引渡しを受けた買主に、修補請求や代金減額請求のような、受領物を以後も自己の物とし続けることのできる請求権が与えられることに着目するハイブリックスの見解は、解除原因を認識したにすぎない買主には未だ他人の物としての保存義務などないこともまた言い表しているように映る。そうであるが故に、買主の自己の物との信頼（＝取得存続への信頼）もまた、解除原因認識後もなお継続し、自己の物として使用することができるとの理解に至るわけである。

(3) 売主のリスクで使用されることの危惧と矛盾拳動の観点からの議論

もつとも、以上のようなハインリクスの見解や売主の義務違反を根拠として広く買主の免責を認める見解（C説）に対しては、それを説得的でないとして批判する見解も主張されるに至っている。たとえば、デルは、解除権の行使について決心がつかないことは、解除権者である買主が受領物を引き続き自己の物のように取り扱うことを正当化するものではないという。なぜならば、ここで軽過失免責を認めれば、相手方である売主のリスクで解除を先に延ばし、売主のリスクで物を使用する契機を提供することになってしまうからである。⁹⁷ 解除可能性を知った買主が解除をするか否かを熟慮する段階において、この買主を保護するためには、三四六条三項一文三号による偶然のリスクの免責で十分であるとするわけである。デルによれば、法定解除権者である買主は解除に至るまで受領物を契約に従って使用することができる。しかし、これは基本的には、使用の結果として損耗が生じても、それは三四六条二項一文三号本文の「損傷」を意味しない結果として認められているものにすぎない。つまり、買主に使用権限があるとはいえ、これは軽過失による滅失損傷をも免責される特権付与を正当化することはできないとするわけである。⁹⁸ そのうえデルは、三四六条三項一文三号で買主が免責される根拠について免責根拠区分説に立つが、買主が解除原因を認識して追履行を請求した時点で買主は解除をその選択肢のひとつにしたとして、取得存続への信頼は保護されなくなるとする。⁹⁹ 解除原因を知った買主の置かれている状況への評価が、先のハインリクスのものとは大きく異なるのである。

ただし、デルは、右のように三四六条三項一文三号を一部制限解釈し、解除原因認識後の買主には偶然の危険についてのみ適用されるとするにもかかわらず、なお買主の使用に伴う滅失損傷についての同号の適用が予定されている点には注意が必要である。すなわち、買主の使用行為があり、それに伴う滅失損傷であっても、当該滅失損傷が不可

抗力によるものであれば、同号の適用の対象とされている。先述のとおり、債務法改正前において有力であったラールンツらによる自由な行為説や危険を高めるふるまい説によれば、買主の使用行為があつた時点で原則として旧三五一条の「過失」があるとされた¹⁰⁰。また、そのような立場に立たなくとも、買主の使用行為がなければ生じなかつた滅失損傷である以上、それを偶然によるものと評価できるかは疑問がないわけではない。しかし、デルは、買主の使用中の偶然の滅失損傷は、偶然の危険の現実化と理解し、三四六条三項一文三号の適用による免責を認めているのである。

こうした立場からすると、解除原因認識後の使用行為に伴う滅失損傷について、どのようなものが偶然によるものとなり、あるいはどのようなものが偶然によるものではないとして買主の免責が認められないのかが問われることになる。ここでデルは、解除原因を認識した買主には、受領物の保存義務があると解するわけではない。デルの見解の基礎にあるのは、矛盾挙動に着目するジッキンガーの理解である。確かに、「保存義務がなければ自由に使用でき、当該使用から生じたリスクもすべて免責される」とは限らず、債務法改正前のジッキンガーもまた、注意義務やその違反はなくとも、後の解除や代物給付請求によるリスク転嫁が矛盾挙動により許容されない余地があるというものであつた¹⁰¹。

デルによれば、解除原因を認識した買主は、もはや取得が永続的なものであると信頼してはならず、以後は、自身の通例の注意だけでは不十分であり、潜在的返還債務者としての通例の注意を遵守する必要がある。もつとも、この買主は、単に他人の財産を管理しているだけの地位ではなく、解除に至るまでは契約に従つた使用することが原則として可能である。具体的に見てみると、使用目的としては、当該買主は、潜在的返還義務を考慮しなければならず、

その結果、受領物の使用は、元のままでの返還の可能性を侵害してはならない。したがって、解除原因認識後の買主は、受領物を契約に従ってだけ使用することが許され、故意に過度な使用あるいは不注意な使用を決定したときには、自己の事務における注意に違反したことになる。また、それどころか場合によっては、契約に従った使用が、受領物の滅失あるいは損傷に至るような相当な危険にさらされ、あるいはそれが避けがたく、そのうえ、使用の継続についての解除権者の特別な利益が存在しないときには、使用の中断も必要になる。

また、デルは、契約に従った使用であっても買主の責任を認めたラーレンツらの見解を否定したうえで、使用方法として、解除権者は、契約に従った使用の限界を超え、かつそうした限界を超えた使用を通して受領物の滅失や損傷を引き起こすような物の取扱いは認めない。受領物の滅失損傷が通常のリスクに基づかず、解除権者により高められたリスクの現実化に基づくときには、もはや偶然によるものとはいえない。たとえば、自動車の違法運転により事故が生じた場合や、自動車の鍵をかけなかったために盗難に遭った場合などである。

4 小 括

以上、債務法改正後のドイツにおける議論状況を見てきた。少々長くなったので、買主の用法に従った使用が特別視されてきた根拠という観点に着目しつつ、債務法改正前の学説・判例が、債務法改正およびその後の学説にどのように影響を与えているかにつき再整理を試みたい。

債務法改正前の学説において、買主の使用行為があったとしても買主の免責を認める見解としては、二つのものがあった。ひとつが、債務法改正前のカイザーの見解、すなわち、売買契約が解除されれば買主の使用利益は売主に返

還・賠償されることから、使用に伴うリスクもまた売主に帰属することが公平であるとする見解である。こうした論理は、現在では、少数説によって三四六条二項一文三号ただし書の解釈の中で生かされ、用法に従った使用に特権が付与されていると評される。解除を、それまでのリスク配分を変更させる要因として捉え、解除前の買主のリスク引受けが、解除によってなかったことになる。買主は使用の結果得た利益を売主に返還せねばならず、利益が売主に帰属するにもかかわらず、リスクだけが買主負担になるという結果を疑問視するわけである¹⁰²。

それに対し、二つ目が、物の用法に従った使用では、通常滅失損傷には至らないことに着目して、当該行為を旧三五一条の過失とは評価しなかった立場である。当時ラーレンツらにより提唱された、買主の自由な行為や危険を高めるふるまいがあれば旧三五一条の過失と評価した有力説¹⁰³と対立したものであった。こうした考えをより緻密に展開したジッキンガーは、解除原因の認識の前後を区別したうえで買主の使用目的と使用方法に着目し、解除原因を認識しても受領物を他人の物として保存する義務が生じるわけではないとしたうえで、単なる使用、すなわち用法に従った使用は、後の物の返還と矛盾するものではないために原則として許容されるところとした。こうした考え方を継承しているのが、債務法改正後のデルである。デルは、三四六条三項一文三号の免責根拠として免責根拠区分説を採りつつも、解除原因認識後であっても物の返還と矛盾しないような使用はできるとし、ラーレンツらのような考えを採らないことを明言する。

これに対し、債務法改正前の判例は、債務法改正後にどのように位置づけられるか。ここでは、本稿でも見てきた複数の判例が、改正後の二つの規定の解釈に引き継がれていることが注目に値しよう。まず、債務法改正前の判例（具体的には、一九五八年の連邦通常裁判所の判決および一九八〇年のニュルンベルク高等裁判所の判決）において展開された

のが、買主は瑕疵ある物の使用の結果として使用利益を得ているところ、これが売主に返還されることにより売主の損失が補われることに着目して、買主の瑕疵担保解除権を認める論理であつた。右に挙げた、利益が売主に帰属する以上リスクもまた売主に帰属すべしという「利益とリスクの同一帰属論」では、あくまで利益とリスクの関係が抽象的に語られており、したがって使用利益返還では補えないような損傷や場合によつては滅失すらも売主負担とするのに対して、改正前の判例のそれは、実際に使用利益返還により売主の損失が補われるかを考察する点に違いがある。そして、こうした判例の論理を引き継いでいるのが、債務法改正後の三四六条二項一文三号本文の「損傷」についての多数説の解釈である。改正前の判例は、買主の使用利益返還によつて売主の損失が補われるかという点に力点があつたのに対し、改正後の同号本文をめぐる多数説の力点は、物から利益を得ようとすれば減価は不可避である以上、ここで買主の使用利益返還を義務づけつつ減価賠償を課せば、売主が二重に補償を受けることになるがこれは不当であるという点にあるが、その思考は共通している。二重補償の回避のために、用法に従つた使用から生じる損耗につき買主が免責されるわけである。

他方、債務法改正前の判例が、買主が物の瑕疵に気づいたにもかかわらずなお使用を継続した事案において重視していたのは、右の使用利益の観点よりも、むしろ買主の物使用の目的（必要性）の観点であつたように映る。買主はどのような理由から物を必要としていたのか、代替物を入手することは経済的に可能であつたのかが重視されていたのである。こうした観点を債務法改正後に引き継ぐのが、三四六条三項一文三号の解釈におけるハインリクスらの見解である。あるいは、デルが、使用継続についての解除権者の「特別の利益」を問題にしている点にも改正前の判例の影をみることができるようと思われる。

以上、債務法改正前の学説・判例が改正後にどのように評価されているかを見てきたが、改正後に特有とまでは言わないまでも特徴的議論もあった。それが、使用に限った議論ではないが、三四六条三項一文三号で展開される、買主の免責根拠論から解除原因認識後の買主免責の可否を導く演繹的議論である。すなわち、同号で法定解除権者である買主が免責される根拠を売主の義務違反と捉えれば、買主の解除原因認識後も買主の免責は広く継続するのに対し、免責根拠を買主の自己の物との信頼と捉えれば、買主の解除原因認識後には買主の保護は否定されるとの議論である。あるいは、免責根拠として両者を求める免責根拠区分説からすれば、解除原因認識後の買主の免責は偶然の危険に限られるとされる。債務法改正後はこの種の議論が極めて多い状況にある。もともと、こうした議論からすれば、解除原因認識前について言えば、本来、自己の物との信頼を有している買主は、いかなる使用をしても免責されるとの論理もありうるはずであり、それにもかかわらず同号が自己の事務におけると同一の注意を基準として設けていることを十分に説明できていない¹⁰⁴。結局、ドイツ学説も、より具体的考察にあたっては、たとえば一方で、解除原因認識前であろうとも、同基準は客観的基準であり標準的な買主の物の取り扱い以下であってはならないとされたり、主観的基準ではあっても故意的破壊や重過失による滅失損傷のリスクは免れないとされ、他方で解除原因認識後であっても、免責根拠からの演繹的議論だけでなく、買主に付与された諸請求権の選択権の観点や物使用の必要性などの観点から、使用に伴う滅失損傷について買主の免責を導くのであった。

IV おわりに

1 本稿の結論

最後により大きな観点からドイツ法を分析するならば、次のことが言えよう。本稿冒頭で示した①②という二つの問題提起への本稿の結論を示したい。

まず、解除原因（＝品質に関する契約不適合）認識前の買主は、その物をまさに自己の物と信頼し、他の自己の物と区別することなくその物を取り扱う。このように、認識前の買主はまさにその物を自由に取り扱うし、そのように取り扱うことが許されている。しかし、三四六条三項一文三号の「自己の事務におけると同一の注意」を主観的基準とみるか客観的基準とみるかという議論対立の中から見えてきたのは、いずれの立場にあっても、故意的破壊行為や重過失による滅失損傷があった場合には買主の免責を認めていないということであった。つまり、解除原因認識前の買主が受領物を自由に使えたということと、使用に伴って滅失損傷が生じた場合にそのリスクを免責されるということとは必ずしも結びつかないわけである。コーラーが述べたとおり、今ここで検討されるべきは、当該買主に使用をする権限があったか否かではなく、そのような使用を通して生じた不利益を解除という方法により売主に転嫁して良いかどうかという点である。こうした観点からしたとき、いかに自己の物と信頼してしようと、究極の履行認容行為とも評価しうる、右のような故意的破壊行為等をした買主を免責するわけにはいけないのである。これが、本稿I章1節において示した一つ目の問題提起に対する本稿の結論である。

次に、解除原因認識後について、ドイツでは、解除原因認識後の買主には三四六条三項一文三号が全部または一部

適用されないとの見解が有力であつた。解除原因の認識によつて買主の自己の物との信頼（Ⅱ取得存続への信頼）が失われると理解するのである。しかし、買主の使用に伴う損傷についてのリスク配分という観点から忘れてはならないのは、こうした学説もまた、三四六条二項一文三号本文の「損傷」の縮小解釈により、用法に従つた使用による損耗については、広く買主を免責しているという点である。三項一文三号の免責根拠を買主の自己の物との信頼に求め、解除原因認識後に同号の適用を否定する見解（Ⅲ章3節(1)におけるA説）ですら、解除原因認識後の買主の使用行為を許容していることになる。このように、三項一文三号の解釈争いだけでは見えてこないが、実際には二項一文三号の解釈を通じておよそ全ての見解が解除原因認識後の使用行為を認め、損耗の限度で買主を免責していることは注目し値しよう。

さらにいうならば、右に挙げた三項一文三号の制限解釈説の中でも、解除原因認識後に同号の適用を一律に制限するのではなく、偶然の危険を超えた危険の免責のみを否定し、偶然の危険はなお免責されるとの見解（Ⅲ3(1)におけるB説）が有力であつたが、こうした有力説からは、買主の使用の結果右の損耗を超えた滅失や損傷が生じたとしても、買主がこれにつき免責される余地があることも重要である。この点一見すると、「偶然ではないが自己の事務における」と同一の注意は尽くしていた場合のリスクは免責されない」となれば、買主が受領物を自己の物として自由に使用したことに伴うリスクについては（損耗を除き）免責されないようにも思える。事実、債務法改正前のドイツでは、買主の自由な行為、危険を高めるふるまいがあれば、そこから生じた滅失については、すべて三五一条の過失によるものと評価する見解が極めて有力であつた。もし、このような債務法改正前の有力説を右の区分説に敷衍してあてはめれば、解除原因認識後には使用に伴う滅失損傷（損耗を除く）については一切免責されないということになる。

しかし、債務法改正後のドイツ学説は、債務法改正の際の草案理由書がラーレンツらによる自由な行為説や危険を高めるふるまい説を否定したことや、あるいは単なる使用行為はその後の物の返還にあたって障害とはならないことを考慮してか、買主の使用中的のものであっても偶然の危険と位置付ける見解が主張されているのである。たとえば、瑕疵ある自動車を運転中に後続車両の運転手の完全なる不注意により追突されて車が滅失した場合、偶然によるものとして、三項一文三号により買主が免責される余地が残されているのである。本来、ここで瑕疵ある当該車を使用しなければ追突事故も起きなかったわけで、当該滅失損傷を偶然（不可抗力）によるものと位置付けることが適切かどうかは疑問がないわけではない。しかし、いずれにしても、「偶然のリスク」について右のような理解をした結果、右に挙げたB説からしても使用に伴う滅失損傷について三項一文三号により免責されうる状況になっていることは重要であろう。

以上、解除原因認識後の買主についてまとめれば、債務法改正後も学説対立は複雑であるものの、いずれも、解除原因を認識すればそれだけで他人の物としての保存義務が生じて使用できないであるとか、解除原因認識後の買主が使用をすれば即、履行認容となり以後のリスクをすべて負担するといった考え方は採られていない。この点で債務法改正後のドイツ学説は一致しているのである。解除原因を認識しただけでは買主の他人の物としての保存義務は生じない。

ただし、保存義務がないからといって買主はいかなる使用行為からの滅失損傷も免責されるというわけではなく、解除原因を認識し、後の返還を前提とした解除や代物請求を選択肢に入れる以上は、そうした物の返還と矛盾するような物の使用をしてはならないというのも、債務法改正前の学説の一部や判例、そして債務法改正後の学説にも引き

継がれている重要な視点であった。債務法改正により解除権消滅にかかわる規定（旧三五一条・三五二条）は削除された。したがって、矛盾挙動（言いかえれば履行認容）は解除権自体の消滅にはつながらないが、⁽¹⁰⁾矛盾挙動（履行認容）があつた場合には解除や代物給付請求にも関わらず物の滅失損傷の危険は売主に回帰せず、買主は価値賠償義務を負うことになるわけである。もともと、この矛盾挙動（履行認容）となるか否かの評価にあたっては、当該使用行為をした買主の状況（物を使用する必要性の程度など）や使用行為の結果どのような結果が生じたか（損傷の程度や使用利益の程度など）に着目して、事案ごとに具体的に判断されることになる。これが本稿I章1節において示した二つ目の問題提起に対するドイツ法における一つの結論である。

2 我が国における解釈へ向けて

ただし、以上の検討結果を我が国での解釈にあたりどのように評価するかをめぐっては、次のような注意点があるように思われる。いずれも解除原因（Ⅱ品質に関する契約不適合）認識後の買主の使用行為についてのものである。この点を指摘して、本稿を閉じたい。

(1) 使用利益返還義務と使用に伴う減価分の賠償義務との関係

まずひとつめは、使用利益が売主に返還・賠償されることを根拠として、生じた損耗について買主を免責する解釈についてである。右に整理したとおり、ドイツでは、こうした根拠に基づき買主の免責を導く学説や判例が存在した。このうち、債務法改正前の旧三五〇条の正当化根拠、あるいは改正後の三四六条二項一文三号ただし書の

“Ingebrauchnahme”の拡張解釈の根拠として主張される「利益とリスクの同一帰属論」については、ドイツ法のもとだけでなく、我が国においても疑問がある¹⁰⁶。使用から生じた利益が売主に帰属することに着目し、そうであればリスクもまた売主が負担するのが公平であるとの考えから、使用に伴う滅失損傷について広く売主負担を帰結するこの論拠を強調するならば、売主の債務不履行を理由に買主が解除した場合のみならず、買主の支払遅滞を理由とした売主解除の場合にもまた使用に伴う滅失損傷のリスクを売主が負担するという、明らかに不合理な帰結を生むことになる¹⁰⁷。ドイツにおける多数説も、こうした「利益とリスクの同一帰属」という考え方は採用されていないとして、使用行為に対して広く買主を免責することを認めない。

もともと、利益とリスクの同一帰属論まではいかなくとも、使用利益が売主に返還・賠償されることを根拠として買主の使用行為による損耗について免責を認める論理が、債務法改正前の判例や債務法改正後の三四六条二項一文三号の解釈における多数説にみられる。こうした解釈は疑問の余地のないものであろうか。改正前の判例は、売主に返還されるべき物の減価という損失も、買主による使用利益の返還・賠償によって補われるという点に着目し、買主を免責する要素として認めた。改正後の多数説は、物から利益を得るためには通常生じる損耗は受け入れざるを得ず、返還債務者たる買主に両者の賠償や返還を義務づけることは、返還債権者たる売主に過度の利益をもたらすことに着目し、用法に従った使用による損耗については、そもそも三四六条二項一文三号本文の「損傷」にあたらなとの解釈を展開している。ここで気をつけるべきは、債務法改正前の判例も改正後の多数説ともに、その判断の前提として、意識的か否かはともかく、使用利益返還と減価賠償とで前者を後者に優先させるといふ価値判断をしているという点である。

しかし、使用利益返還と減価賠償とにおいて、前者を優先させるドイツ民法の解決は、決して普遍的なものではない。近時、荻野奈緒は、フランスでの判例やカタラ準備草案、それらを受けての学説の評価を素材として、返還債務者に「損耗の補償」（＝減価分の価値賠償）を義務づけつつ、返還債務者に「用益補償」（＝収益返還）を義務づければ、返還債権者が二重の補償を受けることになることを指摘するとともに、（カタラ草案とは反対に）用益補償の方を否定する有力な判例・学説を紹介し、分析している。¹⁰⁸ すなわち、収益返還を優先させるドイツにおける改正前の判例や改正後の多数説とは理解が異なるわけである。¹⁰⁹

そして、荻野は、ここで両者のうちどちらを義務づけるかは、原状回復としてどういった状態の回復を志向しているかに関わる重要な問題であることを指摘する。減価賠償を義務づけることは契約締結時の売主の状態を回復することに奉仕し、使用利益返還を義務づけることは、契約がなかったならばあるであろう仮の売主の状態を回復することに奉仕する。¹¹⁰

今回の民法（債権関係）改正において、解除および無効・取消しの効果としての使用利益返還義務が改正手続の最終段階において提案から落とされた（改正五四五条三項は「果実」返還義務を規定する）のも、こうした使用利益返還と使用に伴う損耗の賠償義務との関係性についての議論が成熟していないことが理由とされた。¹¹¹ これまで我が国の通説は、売主が代金に利息を付けて返す（改正前五四五条二項）こととのバランスから、買主の使用利益返還を義務づけてきたが、このような理解は今後も変わらないのであろうか。¹¹² 荻野のいう「原状回復が目指すのはどのような状態か」という観点からしたとき、買主が実際には使用していなかった場合に使用していれば得られた分の利益の賠償を認めるか否かも、無視のできない重要な問題といえよう。¹¹³

以上のように、本稿で出てきた「使用利益の返還・賠償を理由として、使用行為から生じた損耗についての買主の免責を認める」ことは、原状回復のあり方に関わる重要な試金石になり得る。これに関しては、別稿にて、この点に焦点を当てて検討することとしたい。

(2) 改正五四八条本文の「過失」の意義

また、我が国での解釈にあたっては、改正五四八条の存在も無視できない。ドイツでは、解除原因の認識前後による区別は、規定を根拠とするものではないが、我が国では、改正により、解除権の認識が五四八条による解除権消滅の要件とされる。そして、この規定では、解除権認識後の故意による滅失損傷等だけでなく、過失による滅失損傷等についても、解除権消滅の対象となる。ここでいう過失とは、いったい何か。¹⁴

本稿では、ドイツにおける議論を通じて買主の保存義務がいつの時点から生じるのか、という点にも着目してきた。解除原因があることを認識しただけで買主に保存義務があるとの理解もある一方で、¹⁵本稿でみてきたとおり、解除原因を認識しただけの買主には保存義務がないとする見解もまた有力であった。¹⁶法定解除原因を認識しただけで約定解除権の場合と同一視することは不適切とされたのである。他人の物としての保存義務があればその物を使用できないというのが通常理解であるところ、(買主にはその物を自己の物とし続けることを前提とした修補請求権や代金減額請求権が認められていることを踏まえれば) 瑕疵を知っただけでそのような状態になるのは不合理であると思われる。

そうであれば、果たして、五四八条本文のいう「過失」とはどのような注意義務の違反であろうか。ただし書の解除権の認識によって直ちに注意義務が生じて、本文の過失を基礎づけるのか。あるいは、過失を論じられるのは時系

列的により後の時点なのか。はたまた、改正五四八条の「過失」は注意義務を前提とするものではなく、ドイツ民法三四六条三項一文二号のような「自己の事務における同一の注意」を尽くしていないことを意味するものなのか。改正五四八条ただし書が、契約不適合の認識（改正五六六条本文）や、解除原因の認識、解除可能性の認識ではなく、解除権の認識と規定していることも含め、慎重な検討が必要であるように思われる。

（１）拙稿「契約適合性への買主の信頼——契約不適合物の買主の許での滅失損傷」日法八三卷一号（二〇一七年六月）五五頁以下。

（２）本稿では、危険負担や危険移転という場合の「危険」という用語を、リスク配分やリスク引受けという場合の「リスク」という用語と同義のものとして用いている。

（３）支配領域（移転）説とは、目的物の支配が移転してはじめて買主への危険移転を認める考えであり、我が国では改正前民法五四条一項が定める債権者主義の關係で議論されてきた。今日、支配の移転があつてはじめて危険が移転するという点ではおよそ争いがなく、問題は「支配」の理解にある。その詳細な学説状況については、拙稿「契約不適合物の危険移転法理——危険の移転と解除によるその回帰」日法八二卷四号（二〇一七年三月）七一頁以下を参照されたい。

（４）「もし買主が引渡しを拒絶していたなら危険を負わなかったはずであるという仮定が、引渡し後にもどこまで貫徹できるのかという観点」から、商法五二七条を手がかりに、「契約不適合物の引渡しを受けた買主が目的物に対してとるべき対応を整理」し、当該目的物の危険負担を論じるのは、北居功「買主の正当な認容拒絶——商法五二七条の沿革および比較考察を契機に」法研九一卷二号（二〇一八年）一七三頁以下。

（５）この場合には、買主はもはや解除ができないという解釈もできようし、解除はできるものの、買主は価値賠償義務を負うとする解釈もあり得よう。筆者は、以前、契約不適合物の引渡しによつても危険は買主に移転するが、その後買主が解除や代物給付請求をすることでこの危険が売主に回帰しうるとの危険移転法理を提言した（拙稿・前掲注（３）一〇一頁以下）。こう

した論理からすると、後者の解釈は、解除によっても危険が回帰しない場合という位置づけになる。なお、この契約不適合を知りつつ使用するという行為を、最判昭和三六年一月一五民集一五卷一〇号二八五二頁のいう「瑕疵の存在を認識した上でこれを履行として認容する」行為と同義であると理解したとき、この判例と整合性のある解釈としては、「売主の契約不適合責任としての解除は認めつつも、解除によっても危険が回帰しない（＝買主が価値賠償義務を負う）」との後者の解釈が支持されることになろうか。

(6) 藤田寿夫『表示責任と契約法理』（日本評論社・一九九四年）一二七—一二九頁。藤田説は次のように整理できよう。まず、契約不適合を知らずに使用等をした場合には、引渡しに際し検査すれば発見しうる「明白な瑕疵」とそうではない「隠れた瑕疵」とで区別がなされる。明白な瑕疵のときには、瑕疵発見のための検査にとつて不可欠でない使用等をしたことで滅失または著しい損傷が生じれば、改正前五四八条の「過失」に該当して買主負担となるのに対し（二二八頁）、隠れた瑕疵のときには、その物の瑕疵が原因で滅失損傷に至ったり、物の使用に際して初めて瑕疵が現れたようなケースは売主負担となるものの、それ以外は買主負担になるとする（一二九頁）。他方、契約不適合を知らながら使用等をした場合には、明白な瑕疵か隠れた瑕疵かを問わず、買主負担とする（一二七—一二九頁）。こうした藤田説の本格的検討は、我が国における買主の使用行為の評価を論じる別稿にて行いたい。

(7) II章1節(1)におけるラーレンツらの見解およびフルーメやレンギアの見解を参照されたい。

(8) 北居・前掲注(4)一八九頁は、この場合にも、解除や代物給付請求によつて危険を売主に転嫁できるという。少々長くなるが、引用しておこう。民事売買において買主が瑕疵に気がつかないままに履行として受領したという段階においては、「買主はまさに自身の物として当該商品を扱うであろうし、扱つてよいはずである。たとえ、買主が目的物を故意に破壊し、あるいは、放棄したとしても、自己の物の処置としてそれ自体に何らの非難を受ける余地もない。したがって、ここに両当事者の責めに帰すべきではない事由による目的物の滅失などという概念は介在し得ない。目的物は、買主の物として扱われる以上、そこに生じるあらゆる事態は、いったん買主の危険に帰することになる。しかし、その後、なお買主は、当該目的物にはすでに引渡し前に契約不適合があったことを証明できるなら、それに基づいて、契約を解除し、あるいは、代物給付を求めること

によって、滅失した目的物の危険を売主に転嫁できる」（同一八九頁）。

（9）北居・前掲注（4）一八九・一九〇頁は、買主が契約不適合に気がついてから目的物を保持するかそれとも売主に返却するかを選択するまでの段階（北居のいう第2—1段階）では、「買主は、売主への返還可能性がある以上、他人の物として善良な管理者の注意をもって目的物を保管しなければならず、また、その目的物を利用するのであれば、その利用に際して生じた滅失・損傷についても責任を負わなければならないのではなからうか。」とする。

（10）改正五六二条一項ただし書は、売主のこのような追完権を認めている。この点につき、古谷貴之「民法改正と売買における契約不適合給付」産法五一卷三・四号（二〇一八年）三二一頁以下も参照。

（11）「行為」を「故意」に読み替えるだけであれば今もなお一定の支持者はいるものの、これと併せて、故意または過失によらない滅失損傷の場合には改正前五四八条二項により解除権が存続し、滅失損傷については解除の相手方（売主）の負担になると解する見解（故意への読み替え＋改正前五四八条二項を危険配分規定とみる見解）は、今日、通説的地位を占めてはいないものと思われる。この点については、拙稿・前掲注（3）七九—八〇頁を参照。

（12）もちろん、改正前五四八条二項を危険配分規定とみない有力説、つまり改正前五四八条二項により買主の解除権が存続する場合であっても、別途解除者たる買主の価値賠償義務を認める見解によれば、結論は自ずと変わり、買主負担となる。拙稿・前掲注（3）八一—八二頁参照。

（13）我が国の判例・通説は、かねてより使用利益の返還義務を肯定してきた。今日の通説は、改正前五四五条二項が代金に利息を付しての返還を売主に義務づけていることとの均衡から、買主にも物を返すにあたってこれを使用したことで得た利益の返還を義務づけている。末川博『契約法上（総論）』（岩波書店・一九五八年）一六八頁、石田穰『民法V（契約法）』（青林書院・一九八二年）九七頁、好美清光「契約解除の効力」遠藤浩ほか編『現代契約法体系第2巻』（有斐較・一九八四年）一八三・一八四頁、山下末人『新版注釈民法（13）債権（4）〔補訂版〕』（谷口知平『五十嵐清編』（有斐閣・二〇〇六年）七三三頁、磯村保『民法IV債権各論〔第3版補訂〕』（藤岡康宏ほか（有斐較・二〇〇九年）四九頁。他方、判例においては、使用利益返還義務を負う根拠について必ずしも統一されていない。双務契約が解除された場合における使用利益返還について

のリーディングケースとされる大判昭和十一年五月一日民集一五卷一〇号八〇八頁以下は、今日の通説と同様、使用利益返還義務の根拠を利息との対価関係に求めていたものの、最判昭和三十四年九月二三日民集一三卷一一号一四五一頁以下および最判昭和五十一年二月一三日民集三〇卷一号一頁以下に至っては、これとは異なる論理で使用利益返還義務を肯定している。この点につき、川角由和『不当利得とはなにか』（日本評論社・二〇〇四年）三七一頁以下を参照。

なお、無効・取消しの効果においても、解除の効果の場面と平仄を合わせるように、利息返還との均衡から使用利益返還を導く見解が有力である。無効・取消しの場合に、改正前五四五条二項を類推適用する見解（花本広志「物から生じる収益と不当利得（3）」判タ四〇巻二九号（一九八九年）四五頁、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為（第3版）』（有斐較・二〇〇一年）三四頁）や、給付と反対給付の「対価的均衡を維持しながらの清算」を重視する見解（好美・前掲一八三・一八四頁。加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐較・一九八六年）四五三頁および同『加藤雅信著作集第三卷不当利得論』（信山社・二〇一六年）四三三頁も同旨）がそれである。

こうした使用利益返還義務の有無とその根拠に焦点をあてた検討については、IV章2節(1)に述べるとおり他日を期したい。

- (14) このような果実収取権と危険負担との関係性についての我が国での先行業績として、小野秀誠『給付障害と危険の法理』（信山社・一九九六年）四一八頁以下、前田敦「特定物売買における果実収取と危険負担の関係（1）（2・完）」法研七六巻四号（二〇〇三年）二三頁以下、七六巻五号六三頁以下を参照。

- (15) なお、本稿では、「不可抗力による滅失損傷」といった「不可抗力」という用語の他に、ドイツ法に特有の表現として「偶然による滅失損傷」といったように「偶然」という用語を用いているが、両者は基本的に同じ意味を有するものとして使用している。

- (16) こうした債務法改正前の学説状況については、拙稿・前掲注(3)八五頁以下を参照。

- (17) 前者に『Ernst von CAEMMERER, mortuus redhibetur, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S.627 ff.; Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, 1987, S.409 ff. 後者に『Ernst WOLF, Rücktritt, Vertretensmüssen und Verschulden, AcP., 153, 1954, S.129 f.; Hans G. LESER, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975,

S.198.

- (18) Werner FLUME, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S.103 ff.; Bernhard RENGIER, Wegfall der Bereicherung, AcP., 177, 1977, S.419,438 ff.
- (19) フルーメは、自動車の買主が無効な契約に基づき受領した車に乗るとき、自らの決定に従ってその車を事故による滅失損傷の危険にさらしたのであって、買主はこの決定に基づき滅失損傷の危険を帰責されなければならないとする。Werner FLUME, Die Entreichungsgefahr und die Gefährtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW. 1970, S.1164 ff. ただし、この第二の財産上の決定から買主に帰責できるのは、使用が原因で生じた滅失損傷であり、使用中に「偶然」によって生じた滅失損傷についてはこの限りでないとされている。
- (20) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.19), S.1164; Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.18), S.438 ff, 450 f. つまり、八一八条三項の利得消滅の抗弁の適用領域を制限する。ただし、両者の議論は、解除との平仄を合せるかという点については対照的である。フルーメは、法定解除の場合には売主の義務違反に着目して旧三五〇条を正当化することで、解除と不当利得とで結論を異にすることを認めたのに対し、レンギアは、旧三五一条は解除権者の帰責可能なるまいに基づく場合に解除権排除としているのであり、このことからすれば、旧三五〇条で売主負担になる場面はそれほど広くないと解することで、解除と不当利得とで結論に差が生じないとの立場であった (Bernhard RENGIER, a. a. O. (Fn.18), S.438 ff.)。
- (21) Werner FLUME, a. a. O. (Fn.18), S.166 f.; ders., a. a. O. (Fn.19), S.1163; ders., Die Saldotheorie und die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung, AcP., 194, 1994, S.440.
- (22) Malte DIESELHORST, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S.202.
- (23) Malte DIESELHORST, a. a. O. (Fn.22), S.58 ff..
- (24) Claus-Wilhelm CANARIS, Die Gegenleistungskondition, Festschrift für Werner Lorenz zum siebenzigsten Geburtstag, 1991, S.32 ff. こうしたカナリスの解釈は、危険配分にあたってあくまで滅失損傷の原因に着目し、かつ、旧三五〇条以下

- の解除効果規定における価値判断を不当利得法においても尊重しようとする態度の一環であるといえる。これに対して、先述のとおりフルーメは、解除の場合の旧三五〇条・旧三五一一条の基準は不当利得法にはない独自の理由に基づくものであり、これを理由に不当利得においても同様の線引きをするのは不当であるとしていた。Werner FLUME, a. a. O. (Fn.19), S.1164 f.
- (25) Christian SICKINGER, *Gefahrtragung und Haftung beim Rücktritt vom Kaufvertrag*, diss., 1994, S.193 ff.
- (26) ジッキンガーは、この理由として、買主は物の所有権者になったことや、旧三四七条による収益返還の義務づけはその前提として使用を許容していると理解できること、瑕疵はたいいてい使用によつてはじめて認識するに至るものであることを挙げゑ。Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.194, 200.
- (27) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.195.
- (28) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.200 f. そのほか、ジッキンガーは、収益返還を規定する旧三四七条も、買主の解除原因の認識の有無を問うことなく、買主が物を使用して良いことを前提としているはずであることも根拠としている。
- (29) Fritz JANSSEN, in: *Münchener Kommentar zum BGB.*, Band 2, 2001, §351 RdNr.10.
- (30) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.200 f.
- (31) 以上の解除原因認識後につき Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.196 ff.
- (32) Gustav BOEHMER, *Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache*, JZ., 1953, S.394; Rüdiger NIERWETBERG, *Die Rechtsfolgen einer Verschlechterung des nach §346 S.1 BGB zurückzugewährenden Gegenstandes*, JuS., 1984, S.36.
- (33) Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.199 f, 201.
- (34) Dagmar KAISER, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB*, 2000, S.310.
- (35) 旧四六二条および旧四六五条。この点につき、右近健男『注釈ドイツ契約法』（三省堂・一九九五年）五五・五六頁および六四―六六頁を参照。なお、債務法改正により形成権に変更された点については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）一三五・一五八頁を参照。

- (36) BGH vom 11.7.1958-VIII ZR 158/57-NJW., 1958, S.1773. なお、BGH vom 29.9.1960-VIII ZR 135/59-NJW., 1960, S.2331 も同旨。
- (37) BGH vom 11.7.1958-VIII ZR 158/57-NJW., 1958, S.1774.
- (38) BGH vom 5.4.1955-I ZR 122/53-MDR., 1955, S.464.
- (39) OLG Hamm vom 3.12.1976-20 U 252/75-NJW., 1977, S.809. 同判決は、その他、具体的状況に照らし、買主による車の使用継続は、信義則の観点から瑕疵担保解除権の放棄とみなされるようなものではないとする。
- (40) OLG Nürnberg vom 17.4.1980-8 U 84/79-MDR., 1980, S.1019.
- (41) 後述のとおり、BGH vom 8.2.1984-VIII ZR 295/82-NJW., 1984, S.1526 f.にも共通する視点である。
- (42) こうした逆転現象を指摘するのは、Christian SICKINGER, a. a. O. (Fn.25), S.203.
- (43) BGH vom 8.2.1984-VIII ZR 295/82-NJW., 1984, S.1526 f.
- (44) ただし、この判決もまた、一九五八年の連邦通常裁判所の判決や一九八〇年のニュルンベルク高等裁判所の判決と同様、使用利益返還によりあくまで実際に売主の不利にならないことに着目して損耗についての買主の責任（瑕疵担保解除権の排除や価値賠償義務の負担）を否定する構成を採用していることは見逃されるべきではない。すなわち、抽象的に利益が売主に帰属する以上、使用からどのようなリスクが生じたとしてもそれを全て売主の負担とすべきといったような「利益とリスクの同一帰属論」は採用されていない。
- (45) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1461 f.
- (46) なお、本事案では、問題となったヨットの生産が既に中止されていることから、売主に対し代物給付を要求することはできないとされた点など、追完請求権の限界という観点からも注目すべき点がある判決である。
- (47) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1461.
- (48) OLG Hamm vom 25.6.1987-23 U 78/86-NJW.-RR, 1988, S.1462. なお、同判決は、一つ目の理由付けと二つ目の理由付けの間において、本件では旧三五一條の適用はなく、かつまた買主が途中から一貫して代物給付を求めていることを取り上げ、

当該ポートを自己の物として保持し続けるとの意思があったとは評価できないとして、代物給付請求権や解除権の放棄は認められないとしている。

(49) 邦訳にあたっては、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局・二〇〇二年）を参照した。

【第三四六条（解除の効果）】

1 契約当事者の一方が契約により解除権を留保した場合または法定解除権を有する場合において、解除がなされたときは、受領した給付を返還し、かつ、収取した利益を返還しなければならない。

2 次の各号に規定する場合には、債務者は、給付または収益の返還に代えて、価値賠償をしなければならない。

(1) 給付または収益の返還が、取得したものの性質によって排除されるとき

(2) 債務者が受領した対象を消費し、譲渡し、担保に供し、加工し、または改造したとき

(3) 受領した対象が損傷または滅失したとき。ただし、用法に従って使用に置いた (Ingebrauchnahme) ことにより生じた損傷についてはこの限りでない

契約において反対給付が定められたときは、その反対給付は、価値賠償の算定に際して基礎とされなければならない。消費貸借の使用利益に関する価値賠償がなされるべきときは、使用利益の価値がより小さいことを立証することができる。

3 価値賠償義務は、次の各号の場合に消滅する。

(1) 解除を基礎づける瑕疵が、対象を加工または改造中に初めて明らかになったとき

(2) 債権者が損傷または滅失について有責であるとき、またはその損害が債権者の許でも同様に生じたであろうとき

(3) 法定解除権の場合において、解除権者が自己の事務について通常用いるべき注意を尽くしていたにもかかわらず、損傷または滅失が解除権者（権限者）の許で生じたとき

残存する利得は返還しなければならない。

4 債権者は、本条第一項の義務の不履行を理由として、第二八〇条から第二八三条に基づき損害賠償を請求することができる。

ドイツ法における買主による解除前の使用行為（野中）

(50) なお、用法に従って使用に置くこと自体からは滅失は生じえない。したがって、「三四六条二項一文三号ただし書を拡張解釈し、損傷だけでなく滅失の場合にも適用するか」との論点は、この「ただし書の“Ingebrauchnahme”の“Gebrauch”も含めるか」という論点を前提としたものと整理できようか。

(51) 学説状況の詳細については、Yves DÖLL, Rückgewährstörungen beim Rücktritt, 2011, S.173 ff. を参照。

(52) Dagmar KAISER, in: Staudingers Kommentar zum BGB., Buch 2, 2012, §346 RdNr.147, 180 ff.; Martin SCHWAB, in: Martin Schwab / Carl-Heinz Witt, Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Auflage, 2003, S.352 ff.; Jürgen KOHLER, Die rücktrittsrechtlichen Haftungskriterien zwischen Schuld- und Sachenrecht, AcP., 206, 2006, S.719 f.; Kathrin HEROLD, Das Rückabwicklungsschuldverhältnis aufgrund vertraglichen oder gesetzlichen Rücktritts, 2001, S.132; Oliver KEMMERIES, Das Rückgewährschuldverhältnis nach Rücktritt vom Vertrag, 2005, S.82 ff.

(53) なお、少数説が「利益とリスクの同一帰属」の観点を持ち出すにあたっては、(厳密には区別しえないが) 少々異なった二つの論理があるように思われる。一つが、純粹に利益の帰属先に着目し、使用利益が売主に帰属する以上は、リスクも売主に帰属させるべしとする論理であり、もうひとつが、買主の使用義務を前提とする論理である。すなわち、ドイツ新解除効果規定において買主は、三四六条一項及び二項一文一号によって実際に得た使用利益を返還しないし賠償する義務を負うが、それだけでなく、三四七条一項によって「実際には得ていない使用利益の賠償義務」も負う。これにより買主には使用義務があるとするが、このように使用義務がある以上は使用行為から生じるリスクを買主に負担させるべきではないとの論理である。

(54) 前掲注(53)で述べたとおり、二〇〇二年債務法改正後のドイツ民法においては、返還債務者たる買主の収益返還義務は、買主が目的物を使用することで実際に得た収益を返還・賠償する(三四六条一項・二項)だけではない。ドイツ民法三四七条一項は、買主が実際には得られなかった収益についても一定の場合に価値賠償を義務づけている。次の三四七条の邦訳にあたっては、岡孝編・前掲注(49)を参照した。

【第三四七条(解除による収益と費用)】

1 債務者が、通常の経済法則に従えば収益を得ることができたにもかかわらず、これに反して収益を得なかったときは、

債権者に対して価値賠償することを義務づけられる。法定解除権の場合、解除権者は、収益に関して、彼が自己の事務について通常用いるのと同じの注意についてののみ、責任を負わなければならない。

2 (省略)

- (55) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.147, 180 ff.
- (56) Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.52), S.734 f.; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.355 f.ただし、シュヴァープは、損傷については、使用利益の返還では補えない損傷もまた同号ただし書で買主は免責されるとする一方で、コーラーと異なり、滅失の場合には免責されないとする。このように、ただし書の拡張解釈をする少数説の中にもその拡張の程度に差があることを指摘するのは、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.181 f.

以上と異なり、ただし書に使用による損耗を含めたり、利益とリスクの同一帰属を挙げるという点では少数説に立ちつつも、こうした使用利益返還では補えないような損傷については二号ただし書の免責を及ぼさず、買主の賠償義務を肯定するのは、Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.188; Oliver KEMMERIES, a. a. O. (Fn.52), S.87 f. ケメリースは、シュヴァープの右のような解釈に対し、解釈によって使用利益返還では補えない使用による損傷も免責されるとしておきながら、使用による滅失は免責されないとするのは矛盾であると批判し、このような中途半端なものであれば、同号ただし書の適用は、最初からあくまで使用利益返還で補えるような程度の価値低下に限るべきであるとする。

- (57) Claus-Wilhelm CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, S.XXXVII f.; Johannes HAGER, in: *AnwaltKommentar zum BGB*, 2005, Band 2, §346 RdNr.41; Reinhard GAIER, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, 2012, §346 RdNr.41 f.; Christian GRÜNEBERG, in: *Palandt Kommentar zum BGB*, 76. Auflage, 2017, §346 RdNr.9; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.184 ff.

- (58) つまり、少数説のように考えると、買主が損傷のリスクを負担することはほとんどなくなり、同規定における原則と例外を逆転させてしまうことを批判する。

- (59) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41 f.; ders., *Das Rücktritts (folgen) recht nach dem Schuldrechtsmodernis*

ierungsgesetz, WM., 2002.1, S.8; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XXXVIII; Christoph COEN, Vertragsscheitern und Rückabwicklung, 2003, S.201 mit Fn.460; Timo FEST, Der Einfluss der rücktrittsrechtlichen Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nichtiger Verträge, 2006, S.38; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.174 ff. なお、債務法現代化法連邦政府草案の理由書(以下「草案理由書」とする)でも同様に述べた解釈が展開されている。Begründung zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14.5.2001, BT-Drucks.14 / 6040, S.196.

(28) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.41 f.; Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.38; Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.39; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.175. なお、草案理由書も同様の理解をしている。BT-Drucks.14 / 6040, S.193.

(19) 債務法改正前のフルーメの財産上の決定理論からすればこのような評価となる。この点については、本稿Ⅱ章1節(1)のほか、拙稿・前掲注(一)六四頁以下も参照。筆者は、受領時の買主には契約適合性についての錯誤があることを重視し、このようなフルーメの見解には与しない。

(29) Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.13b; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.363; Peter DERLEDER, Der Kauf aus privater Hand nach neuem Schuldrecht, NJW., 2004, S.2484; Heinrich HONSELL, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB, JZ., 2001, S.281; David SCHNEIDER, Keine teleologische Reduktion von §346 Abs.3 Satz 1 Nr.3 BGB, ZGS., 2007, S.57; Bernd LINKE, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S.56.

(33) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; Matthias WOLGAST, Das reformierte Rücktrittsfolgenrecht vor dem Hintergrund der Entwicklung im deutschen und im französischen Recht, 2005, S.203 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.202 ff. その他、この点については次の文献も参照。Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.45 f.; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.275, 288.

- (64) Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; ders., a. a. O. (Fn.59), S.11; Timo FEST, a. a. O. (Fn.59), S.45 f.; Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.63), S.203 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.202 ff.; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV.
- (65) 現在では、本文の二つの立場は双方ともに不適切であるとして、解除原因を知っていた場合に二七七条の意味における過失を意味するようなふるまいであったか否かで判断するという仮定的考察を重視する見解や、規範的な基準の代わりに解除権者が受領物を自身の物を取り扱うよりいい加減に取り扱ったか否かで判断すべしとする経験的基準を重視する見解が主張されるに至っている。Johannes HAGER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.61; Florian FAUST, in: Peter Huber / Florian Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, Kap.10, RdNr.36 ff.
- (66) たとえど Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.275, 293, 310 ff.を参照。また、この点で、次の文献も参照。Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.59), S.11.
- (67) なお、我が国において、四〇〇条などに見られる善管注意義務は客観的基準であり、六五九条などの自己の財産に対するのと同一の注意義務は主観的基準であると整理されるのが一般であるものの、主観的基準の違反は論理的にありえないとして後者の注意義務も「通常人が自己または自己の財産に対して払う注意」といったように客観的基準と考えるべきであるとの議論があることを指摘するのは、道垣内弘人『リーガルベイス民法入門〔第2版〕』（日本経済新聞出版社・二〇一七年）二〇一頁Column27。ただし、道垣内は、「『その義務者が通常、自分の財産に対して払っている注意』と考えれば、主観的な基準だとしても違反を観念できるのではないか。」として、主観的基準として理解する。
- (68) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.211; Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.62), S.175 ff.; Reinhard GAIER, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.56; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLIV; Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.13b; David SCHNEIDER, a. a. O. (Fn.62), S.60; Stefan TETTENBERG, Der schlampige Heimwerker, Jura., 2004, S.850.
- (69) OLG Karlsruhe vom 12.9.2007-7 U 169/06-NJW., 2008, S.925 ff. この判決に対する批判として、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.311 f.

(70) 前掲注(65)で紹介した、ハーガーにより提言されている仮定的考察を持ち込む見解に対する批判としても受け取ることができる。

(71) 以上につき、Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.211 f.

(72) Jürgen KOHLER, Das Rücktrittsrecht in der Reform, JZ., 2001, S.334; ders., a. a. O. (Fn.52), S.707; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.309 ff.; Christoph COEN, a. a. O. (Fn.59), S.203; Kathrin HEROLD, a. a. O. (Fn.52), S.122.

(73) Jürgen KOHLER, a. a. O. (Fn.72), S.334.

(74) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.309 ff.

(75) デルは、こうした解釈こそが三四六条三項一文一号の規定の考え方とも符合するとし、その根拠を、三項一文一号が瑕疵を知らない場合になされた物の加工や改造について解除権者たる買主を免責するのは、その行動が価値の増大を目的としたものであるがゆえであることに求める。Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.315.

(76) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.213.

(77) 実際、ドイツ民法二七七条は、「自己の事務において通常用いられる注意についてのみ責任を負うべき者は、重大な過失による責任からは免れられない。」と規定している。

(78) 事実、二〇〇五年のハム高等裁判所の判決 (OLG Hamm vom 8.9.2005-28 U 60/05-NZV., 2006, S.421 ff.) は、売買目的物の引渡し後にとった買主の不注意が重大な過失にあたるか否かを検討している。簡単に紹介しておくと、自動車を購入した買主が、決められた検査期日に検査を怠ったところ、検査をしていればその後のエンジンの故障が阻止し得たという事案であり、裁判所は、重過失を否定し、自己の事務における同一の注意を尽くしているものとして、買主を免責した。その理由としては、検査をすれば発見し得たところの瑕疵のあるベルトは、解除権者である買主に与えられた情報に基づいて検査され得たわけでもなく、取り替えることができたわけでもないことが挙げられている。

(79) Tim KASPER, Das Erfolgsrisiko des Verkäufers, 2017, S.493.

(80) ハイリンクスは、解除原因認識前の買主の場合、たとえ重過失あるいは故意により損傷や破壊がなされたとしても、買主

は売主との関係では有責ではないとしても、解除の相手方である売主には三四六条二項による過失に依存しない価値賠償請求が認められるとしており、結論は他説と同様である。Helmut HEINRICHS, Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung gegen den nach §346 BGB zur Rückgewähr verpflichteten Schuldner, in: Liber amicorum Eike Schmidt zum 65. Geburtstag am 26.11.2004, S.175.

(81) 拙稿・前掲注(3)九六―九八頁を参照。

(82) たよべだ Andreas THIER, Rücktrittsrecht und Bereicherungshaftung: Zur Reichweite von §346 Abs.3 S.1 Nr.3 BGB und seinen Wirkungen für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S.444 ff.

(83) Bernd LINKE, a. a. O. (Fn.62), S.56 ff.; Christoph COEN, a. a. O. (Fn.59), S.203; Martin SCHWAB, a. a. O. (Fn.52), S.364 ff.

(84) Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLI ff.; Horst KONZEN, Schuldrechtsreform, Rücktritt und Wegfall der Bereicherung bei gescheiterten Austauschverhältnissen, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, S.621,625; Dirk LOOSCHELDERS, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2014, RdNr.827; Florian FAUST, a. a. O. (Fn.65), Kap.10, RdNr.35 f.; Stephan LORENZ, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW., 2005, S.1893; ders., Leistungsstörungen beim Autokauf, DAR., 2006, S.617 ff.; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.246.

(85) なお、同号の適用制限に関しては、解除原因を認識した場合にとどまらず、解除可能性について善意有過失（あるいは重過失）の場合にも適用制限をする見解も一定数存在する。ただ、この見解も、適用を制限した場合に、同号が完全に排除されるのか、それとも注意基準が引き上げられるにとどまるのか（つまり、偶然の危険についてはなお免責されるのか否か）という争いがある。ついでに議論について、ちよまたの Matthias WOLGAST, a. a. O. (Fn.63), S.183 ff.; Michael SONNENTAG, Das Rückgewährschuldverhältnis, 2016, S.94 ff.; Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.205 を参照。

(86) 善良な管理者の注意こそ尽くしていないものの、自己の事務におけると同一の注意は尽くしている状態を指す。明石三郎

『新版注釈民法（16）債権（7）』（幾代通Ⅱ広中俊雄編）（有斐閣・一九八九年）三三九頁。抽象的過失および具体的過失については、加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣・二〇〇七年）二五頁以下参照。

(87) もともと、実はこの点はあまり明確ではない。買主の使用中に不可抗力による滅失損傷が生じたとき、これを不可抗力によるリスクと捉えるか、あるいは買主の使用行為がなければ生じなかったものであるとして、偶然ではないが自己の事務におけると同一の注意を尽くしていながら生じた滅失損傷として捉えるかにつき、明確な共通理解ないように思われるのである。この点については、後述のⅢ章3節(3)にて、デルの見解をもとに触れることとする。

(88) 事実、Tilmann BEZZENBERGER, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, §346 RdNr.21 は、返還されてはじめて、そうした売主の義務違反が一掃されるという。

(89) 拙稿・前掲注(3)九六・九七頁参照。

(90) Dagmar KAISER, a. a. O. (Fn.52), §346 RdNr.206; Claus-Wilhelm CANARIS, a. a. O. (Fn.57), S.XLI ff.; Horst KONZEN, a. a. O. (Fn.84), S.621,625; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.246.

(91) その他、A説からの根拠として、ドイツ民法三五七条三項が撤回権に関して解除原因の認識の有無で区別していることも挙げられることがある。しかし、撤回権の場合の三五七条三項との比較に関しては、法定解除の場合には相手方の義務違反が重要であり、この観点から、相手方の義務違反のない撤回との比較は不可能であるとされる。また、撤回の規定は解除規定の特別規定であるところ、もしルールが同じなのであれば三五七条三項は不要なはずであり、わざわざ特別規定が設けられていることを重視すべしとする観点からも、撤回の場合との比較・同一視は不適切であると説かれる。

また、以上の他、不当利得規定や遅滞中の不能規定との比較から買主の責任を導く主張がなされることがあるが、これについても同様に批判されている。以上につき、さしあたり、Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.278 ff., 297 f.

(92) Helmut HEINRICHS, a. a. O. (Fn.80), S.181; Christian GRÜNEBERG, a. a. O. (Fn.57), §346 RdNr.13b; Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.296 f.

(93) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.296.

(94) Helmut HEINRICHS, a. a. O. (Fn.80), S.176 ff.

(95) その他、解除原因認識後の買主が、売主のリスクで受領物を使用する権限を肯定するものとして、David SCHNEIDER, a. a. O. (Fn.62), S.60; Peter DERLEDER, a. a. O. (Fn.62), S.2484; Stefan TETENBERG, a. a. O. (Fn.68), S.850などがある。

(96) Helmut HEINRICHS, a. a. O. (Fn.80), S.180 f.

(97) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.302. これに対し、前掲注(95)で述べたとおり、シュナイダーらは、売主のリスクで使用する権限をも明示的に肯定する。

(98) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.301 f.

(99) Yves DÖLL, a. a. O. (Fn.51), S.302 f.

(100) II章1節(1)を参照。

(101) ただし、債務法改正前は矛盾挙動ゆえに解除権自体が排除されることになったが、債務法改正後は解除そのものは許容され、そのうえで矛盾挙動ゆえに買主は免責されず、買主が価値賠償義務を負担するという構図になる。

(102) こうした「利益とリスクの同一帰属論」を強調すれば、使用中の不可抗力による滅失損傷も含め広く売主負担となる。しかしながら、それでは、二項一文三号の本文が物の滅失損傷のリスクを原則として買主に負担させた趣旨(体系)に反する。また、債務法改正後の三四六条二項は、買主が法定解除権者の場合だけでなく、約定解除権者である場合や買主の支払遅滞ゆえに解除された場合にも適用される。したがって、二項が想定する事例の中には、買主には何らの注意義務及びその義務違反がないケースだけでなく、買主に受領物の返還を前提としての保存義務があり、その義務違反があるケースもまた含まれる。こうしたことを合わせ考えると、利益とリスクの同一帰属を強調し、収益が売主に帰属すること(三四六条一項、同条二項一文一号)から一律にリスクを売主負担とすることには、結論として問題がある。それゆえ、この考えには支持が集まっていない状況にある。

(103) II章1節(1)を参照。

(104) このことを指摘するのは、Tim KASPER, a. a. O. (Fn.79), S.492.

(105) もちろん、草案理由書も極端なケースにおいては、買主の解除権行使が権限濫用として認められない余地があることは認めている。ただし、草案理由書は、解除の意思表示後に買主が受領物を故意に破壊した場合であったとしても原則として解除権は存続したままであり、あくまで価値賠償あるいは損害賠償の問題として捉えられるべきものと理解している。BT-Drucks.14 / 6040, S.195.

(106) なお、ここで、危険移転論における半田吉信教授の見解について触れておきたい。危険移転において「支配」の移転を問題とする我が国の通説においては、その「支配」の意味が問題とされるところ、我が国の通説は、危険配分にあたっては目的物に物理的に生じる危険を回避できることが重要であり、これができるのは目的物の占有者であるとの理解から、引渡しを重視する。それに対し、半田教授は、「支配」を占有の移転たる引渡しと考える点では通説と同様であるが、なぜ引渡しにより危険が移転するのかという根拠について、引渡しにより受領者が利益を取得できるようになったことを強調する。こうした半田教授の危険移転論には、本文の「利益とリスクの同一帰属論」と相通ずるものがあるように思われる。半田吉信『売買契約における危険負担の研究』（信山社・一九九九年）一六七頁以下。なお、こうした支配の捉え方に関する学説の詳細については、拙稿・前掲注(3)七一頁以下を参照。

(107) もちろんここで、危険法理としては買主の免責を認めつつ、買主の債務不履行（責任法理）に着目をして、買主の損害賠償義務を肯定するという構成も可能性としては残るが、そのように解する意義が乏しいと言わざるを得ないように思われる。

(108) 荻野奈緒「財産権移転型契約が解消された場合の使用利益返還義務に関する覚書——カタラ準備草案の検討を手がかりとして」同法六三卷三号（二〇一一年）六九頁以下、とりわけ九一—一〇〇頁。なお、半田吉信「売買の解除、無効、取消と危険負担」好美清光先生古稀記念『現代契約法の展開』（経済法令研究会・二〇〇〇年）一五七頁以下、および齋藤哲志『フランス法における返還請求の諸法理——原状回復と不当利得』（有斐閣・二〇一六年）五三六頁以下も参照。

(109) また、二〇一六年のフランスの債務法改正では、第一三三—一三六条一項が原状回復には果実および使用収益の価値を含むと規定しつつも、第一三五—一三七条後段では、善意の受領者につき果実や使用利益の価値賠償義務が請求日以降に限定されており、ここでも用益補償（＝収益返還）は否定されている。二〇一六年のフランス債務法改正における条文訳については、

荻野奈緒ほか「フランス債務法改正オルドナンス（二〇一六年二月一〇日のオルドナンス第一三二号）による民法典の改正」同法六九卷一号（二〇一七年）三二四・三二五頁を参照した。

(110) 荻野・前掲注(108)一〇一頁以下。

(111) 商事法務編『民法（債権関係）部会資料集 第2集（第11巻）——第68回〜第71回会議 議事録と部会資料』（商事法務・二〇一五年）一二五頁（第七〇回会議議事録一九頁）の内田委員発言を参照。ただし、右の内田委員発言は、物の価値の返還が義務づけられることを前提としたうえで使用利益返還義務がなお必要か否かが問題になるとしている。なお、山本敬三「民法の改正と不当利得法の見直し」論叢一八〇巻五・六号（二〇一七年）二四七頁以下（とりわけ三一九・三三〇頁）、山本豊ほか『民法5契約〈有斐閣アルマ〉』（山本豊執筆）（有斐閣・二〇一八年）一〇〇頁、中田裕康『契約法』（有斐閣・二〇一七年）二二九頁も参照。

(112) 改正前民法における指摘であるが、たとえば近江幸治は、五四五条二項が「金銭」の場合を問題としてしていることから、これを物（動産・不動産）に類推することを批判する（近江幸治『民法講義V契約法（第3版）』（成文堂・二〇〇六年）九四頁）。また、川角・前掲注(13)三六三頁以下は、起草者である穂積陳重が使用利益一般を原状回復義務を対象としていたにもかかわらず、その後の学説が使用利益返還の根拠を五四五条二項に求めていったことも指摘したうえで（同三八四頁）、「『使用利益』であるからには、民法545条2項の利息とバランスをとらなければならない、とする考えを、まずは捨てるべきである」（傍点・原著）とする（同三九六頁）。

(113) この点に関する改正前における議論として、さしあたり、内田貴『民法Ⅱ（第3版）』（東京大学出版会・二〇一一年）九五―九七頁を参照。なお、前掲注(54)で述べたとおり、ドイツ民法三四七条一項一文は、一定の場合に買主のこうした賠償を義務づけている。

(114) この点で、北居・前掲注(4)一八九頁以下は、買主が契約不適合に気がついて以降（北居のいう第2―1段階以降）は、目的物を他人の物として善良な管理者の注意をもって保管する義務があるとしたうえで、改正五四八条本文の「過失」を善良な管理者の注意義務への違反として理解している。ただし、北居は、買主が契約不適合に気づいて以降を、買主が当該目的物を

保持するか売主に返還するかを選択するまでの段階（第2―1段階）と、右のうちどちらにするか決定を下してそれに基づく権利を行使するまでの段階（第2―2段階）とに分けたうえで、第2―1段階の買主は「なお自身の危険において目的物を自身の物として利用することもできる」のに対し、第2―2段階において代物給付または解除を選択した買主はもはや「目的物を利用すべきではな」とする点に注意。その他、改正五四八条本文の「過失」の意義については、潮見佳男『法律学の森』新債権総論Ⅰ』（信山社・二〇一七年）五九三頁および五九三頁注（84）も参照。これらについては、別稿にて検討する予定である。

（115） 本稿Ⅲ章3節(1)のB説はこのようなものとして捉えることも可能であろう。また、債務法改正前については前掲注（32）に挙げた文献を参照されたい。

（116） 本稿Ⅱ章1節(2)のジッキンガーの見解、Ⅲ章3節(2)のハインリクスの見解およびⅢ章3節(3)のデルの見解を参照。

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体

——デビットカード取引契約の法律構造を参考に——

田 中 夏 樹

I 序

- 1 預金債権の帰属主体にかかる問題
- 2 本稿の構成

II 客観説に関する新たな考え方——預金債権の帰属主体の分離

- 1 預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とを区別する見解
- 2 預金口座の多機能化と利用態様

III 預金名義に基づいた預金債権の利用とその確保

- 1 預金口座内の残高の利用

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体（田中）

2 債権譲渡禁止特約による債権帰属の固定

IV デビットカード取引契約の法律構造と信賴の対象——金銭取引との比較

1 デビットカード取引契約の法律構造

2 デビットカード取引契約における信賴の対象

V 結語

1 まとめ

2 残された課題

I 序

1 預金債権の帰属主体にかかる問題

契約締結時の契約当事者を誰と確定するかの問題に関しては、古くは預金契約の当事者（以下、特に預金契約の当事者を「預金者」という。）を誰とするかについて活発に議論がなされていた。

従来の預金者の確定をめぐる議論では、「預入行為者が金員を横領して自己の預金とする場合を除いて、自らの出捐により自己の預金とする意思をもって金融機関に対して本人自らまたは使者・代理人・機関を通じて預金契約をした出捐者が預金者である」とする客観説^①、「委託された者が、自分の預金でない旨を明示しない限り、その者の預金と見るべきである」とする主観説^②、原則として出捐者を預金者とするが、「例外として、現実に金銭を持参し自分が預金者本人である旨を明示して預金を預け入れた場合には、たとい出捐者が別にいたとしても、それは現実に預入行

為をしたものと出捐者との内部関係に過ぎないから、意思表示によって預金者を決定する」とする折衷説⁽³⁾が有力に主張されていた。最高裁が昭和三二年に特別定期預金（以下「無記名定期預金」という。）について、昭和四八年に記名定期預金についても客観説と同様の結論を下したことから、学説上も、客観説が通説といえる地位を占めるようになった。⁽⁴⁾

前稿⁽⁵⁾では、判例・通説とされてきた客観説においても、差異が存在し、金融機関が預入行為者を特定できないこと⁽⁶⁾を前提に出捐者を預金者とする客観説と、金融機関が預入行為者を特定できないこと⁽⁷⁾を前提としない客観説が存在していたことを検討し、多数説であった前者は、判例とは異なつた根拠に依拠していたことを示した。

そのうえで、預金制度の変化によつて変容した利害関係及びその法律上の保護を踏まえ、預金契約における当事者の確定については、本人確認が厳格に行われ、預金名義人と預入行為者の同一性が担保されており、金融機関が名義から預入行為者を特定できる限りにおいて、定期預金、普通預金を問わず、名義人（本人確認の厳格化後においては預入行為者と預金名義人は一致することが原則であるため、以下、預入行為者と預金名義人を併せて「名義人」という。）を預金者として取り扱うべきであるとした。

しかし、かかる結論は、一般債権者が払戻しを円滑に受けられる制度の構築を重視しており、いわば、一般債権者の抽象的な利害関係を重視したうえでの結論である。出捐者を預金者とする見解からは、一般債権者の円滑な弁済を受ける利益を考慮する必要性が低い事情が存在すれば、結論を異にする余地がありうるとの指摘も考えられる。また、預金契約の名義人からの払戻請求に対しては原則として民法四七八条の適用を肯定するような解釈の余地があれば、必ずしも名義人を預金者とする必要性は高くないとの指摘も考えられる。

さらに、名義人を預金者として取り扱うべきとする結論は、預金契約の契約当事者を確定しているにすぎず、後述するように、客観説を預金債権の帰属主体の問題と捉え、預金契約の当事者としての預金者と預金債権の帰属主体とが異なるとの見解が成立する余地を残すこととなる。

この点については、従来の議論においても主に主観説の立場から指摘されていたことであるが、金融機関は、預金者に対して一定の金融サービスを提供する立場にあり、金融機関はサービスを提供する相手方である預金者を金融機関の認識に基づいて確定する必要があるとされていた。金融機関が、その後の取引相手として預金者の確定に関心を持つている場合には、金融機関にはより具体的に預金者を確定する利益が存在することとなる。もともと、この主観説からの指摘は、あくまでも金融機関が提供するサービス全般の提供先としての預金者の確定を指摘したものであり、個々の具体的な預金契約とは必ずしも密接に関係していたものではなく、また、必ずしも預金者側の利益を中心にはしていなかった。

しかし、公共料金の引落口座設定やデビットカード（キャッシュカードに、後述するデビットカード取引契約の機能を付与したもの）を用いた取引等、預金契約の存在を前提としたサービスが提供され始めたことから、具体的な預金契約と密接に関連した金融サービスの提供のために、金融機関が預金者、さらには預金債権の帰属主体を特定する利益を認めることができるのではなからうか。より具体的には、預金契約の当事者論が盛んに議論されていた段階においては、専ら払戻し時における預金者の確定が問題となっており、「無記名定期預金契約が締結されたにすぎない段階においては、銀行は預金者が何人であるかにつき格別利害関係を有するものではない」との判断がなされていたものである。しかし、現在は、定期預金及び普通預金のいずれもより複雑・多機能の金融サービスが提供されており（例え

ば総合口座は、普通預金口座及び定期預金口座を複合している）、金融機関が預金口座の名義人と帰属主体を契約締結段階において一致させておくことの利益が認められるのではないかと思われる。

そして、このような金融機関の具体的利益を最終的にはサービスの提供を受ける預金者の利益に資するものであるとして法的にも保護する必要性が肯定されるのであれば、預金契約の当事者としての預金者と預金債権の帰属主体とを一致させるとの結論を導くことが可能ではなからうか。

本稿では、以上に述べたような問題意識に基づいて、金融機関が預金者を特定することに対する利益は、金融機関がサービスの提供先である名義人に預金債権を帰属させることをも含み、そのようなサービスの提供を前提とした預金契約に基づいて預金者を確定することを法が許容していることを明らかにしたい。また、現在、デビットカード取引契約のサービスが提供されているが、このサービスは、債権者である預金者に現金取引に準じた信頼を付与するものであるといえ、そのような信頼が形成されるには名義人に預金債権が帰属することが基礎となっていることを明らかにし、そのようなサービスの基礎となる預金契約締結段階において、名義人に預金債権が帰属することが求められていることを明らかにしたい。

2 本稿の構成

本稿では、まず、客観説を再構成する学説において、預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とを分離して確定させる考え方が提唱されていることを踏まえ、学説の検討を行う（Ⅱ）。そのうえで、現在の預金契約では、預金者が預金口座内の残高を現金化せずに利用することが可能となっていること、預金者が預金口座内の残高を利用するうえで、金融機関が名義人と預金債権の帰属主体とを一致させる必要があることを指摘し（Ⅲ）、既にデビットカード取

引契約などにおいて、預金名義に対する信賴が現金取引における信賴と同程度まで確保されており、このような信賴の基礎として預金名義人と預金債権の帰属主体とを一致させることが求められることを示したい（Ⅳ）。

Ⅱ 客観説に関する新たな考え方——預金債権の帰属主体の分離

1 預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とを区別する見解

(1) 出捐者・名義人間の内部関係を重視する客観説

従来、通説・判例とされてきた客観説は、出捐者を預金者とするものであったが、出捐者の概念が不明確であるという指摘が他説からなされていた⁽⁹⁾。

また、平成一五年に最高裁が、預金者の確定が問題となった二つの事案（最判平成一五年二月二日民集五七卷二号九五頁及び最判平成一五年六月二二日民集五七卷六号五六三頁）において、客観説に言及しない判断を下したことを受け、平成一五年の両判決をどのように評価するかについて議論がなされた。

このような批判や最高裁の判断に対する評価をめぐっては、客観説のいう出捐者とは、出捐者と名義人間における内部関係に応じて判断されるとの見解が有力に提唱された⁽¹⁰⁾。この見解によれば、単に金銭を支出したものを出捐者として扱うのではなく、金銭を交付した趣旨が贈与であるのか、貸与であるのかといった内部関係に応じて判断することになり、誰を出捐者とするかの基準は、従来の客観説に比して明確になるものであった。

他方で、従来は定期預金における払戻し時の預金者確定が主たる問題となっていたこともあり、「『預金者』という概念は『預金債権の帰属者』の意味で用いられるのが一般体であった」、^(a)「預金債権の帰属主体（債権者）としての

『預金者』と、⑥預金契約の当事者として口座利用権限を有する『預金者』（預金契約上の地位）とが必ずしも明確に区別されてきたとはいえないように思われる^⑪として、従来の学説における「預金者」の概念がいまいであったことの指摘がなされた。

このような議論を踏まえ、預金契約を締結し、預金口座の管理を行う預金契約の当事者と金融機関に払戻請求権を有する預金債権の帰属主体とを分けて把握する学説が提唱されている^⑫。契約当事者と預金債権の帰属主体との分離を認めた場合、客観説は、あくまでも預金債権の帰属主体を出捐者とするることとなり、預金契約の当事者を名義人とする前稿の立場を前提としても結論としては成り立ちうるものであるといえる。

客観説を再構成ないしより明確にする学説においては、客観説を預金契約の当事者論ではなく、出捐者・名義人間の内部関係を第三者である金融機関に対する対外効として把握しようとする^⑬。このような見解は、客観説について内部関係を重視した学説であると評価した見解をさらに発展させたものであるといえ、従来の客観説とは異なるアプローチが試みられている。

(2) 預金契約の当事者と預金債権の帰属主体との分離

このように、預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とを分離して捉えることは、預金債権が差押えの対象となり、預金口座の名義人と金融機関に対する払戻請求権者が異なることが想定される以上、実態に即した法律構成であると評価し得る^⑮。

しかし、預金契約締結後に債権差押え等によって預金契約の当事者と預金債権の帰属主体を異にすることは、いわば預金契約とは別個の要因によって債権の帰属主体が決定しているものであり、預金契約締結段階において当初から

債権の帰属主体が異なることとは異質である。

また、預金契約における当事者確定論の議論において念頭に置かれていたのは、預金の払戻しに際して誰が預金者となるかであったが、現在においては、預金口座は単に金融機関に金銭を寄託し、後日その払戻しを受けるという従来の機能にとどまらず、預金口座内の預金残高を払戻しによって現金化せずに、金融機関に預け入れたまま利用することが想定されている。このように、預金契約の当事者を確定するには、従来に増して、預金を預け入れたまま利用することをも踏まえて検討する必要性が生じたといえるのではないか。

このような預金口座の新たな利用方法を法的にはどのように評価することができ、預金契約の当事者論に影響を与えるものか検討したい。

2 預金口座の多機能化と利用態様

預金契約の当事者確定が問題となった当初は、無記名定期預金の払戻しに際して、出捐者、預入行為者のいずれが預金者であるかが問題となった事例であり、⁽¹⁶⁾誰に対して預金を支払うべきかという場面が問題となっていたものであつて、金銭を預け入れたまま利用することは問題となっていなかったといえる。

その後の無記名定期預金が廃止され、議論の中心となった記名定期預金の事例、⁽¹⁷⁾分離管理されていた普通預金の事例⁽¹⁸⁾においても、預金者の確定について争われたのは金融機関が誰に対して預金を払い戻すかについてであり、金融機関に預け入れたままの預金を利用できる主体が誰であるかといった観点はあまり問題になつていなかったように思われる。これは、当初議論の中心となっていた無記名定期預金や記名定期預金は、一定期間金融機関に預けたままにしておくことが求められており、金銭を金融機関に預け入れたまま利用することが想定できなかったためであると考え

られる。分離管理されていた普通預金においても、名義人が預金残高を利用することは想定できない事案であった。

しかし、現代においては、預金口座は、貯蓄に利用されるだけではなく、デビットカードやクレジットカードを介して預金者に対する現金化を経ずに決済に利用されることが想定されており、以前にも増して単純な払戻し以外の預金口座の利用方法が増加しているといえる。このような運用は、特に普通預金口座において顕著であるが、定期預金口座についても、総合口座として普通預金口座と一体となった運用が可能となっており、普通預金口座の残高が足りなくなった場合に、定期預金を担保に金融機関が一時貸し付ける当座貸越を行う運用が可能となっている。一般的には、貸越額は定期預金の額に応じて上限が決まっており、定期預金を預け入れたまま担保として利用することが可能となる。¹⁹このように、預金口座によって程度の差はあるが、普通預金及び定期預金について、預金を預け入れたまま利用する運用ができるようになっていくといえるであろう。

そして、デビットカードやクレジットカードによる引落しは、基本的に預金口座の名義と一致するデビットカードやクレジットカードに基づいて行われており、これらのシステムは名義人に預金債権が帰属していることを前提としていると考えられるのではなかろうか。

すなわち、預金口座において単純な払戻し以外の利用方法が増加するに伴い、預金口座のいわば利用主体として預金債権の帰属主体が預金契約の当事者であると観念することはできないだろうか。このように考えた場合、預金契約の当事者と預金債権の帰属主体は、差押え等の要因によって事後的に分離することは観念されとしても、預金契約締結当初は一致しているものとして考えられるのではないか。

Ⅲ 預金名義に基づいた預金債権の利用とその確保

1 預金口座内の残高の利用

預金契約は、従来消費寄託契約として扱われてきた⁽²⁰⁾。近年、預金契約が単なる消費寄託契約ではなく、無名契約説⁽²¹⁾や複合契約としての性質を有しているとする説等様々な学説が提唱されているが、預金契約において一定の金銭が金融機関に預けられ、金融機関が預け入れられた金銭を消費することができ、預金者の求めに応じて同等の金銭を払い戻す必要があることから、少なくとも消費寄託契約の性質が存在するといえるであろう（改正民法六六六条）。

金融機関が預金者に対して預け入れられた金銭と同等の金銭を払い戻す義務を負っていることからすれば、金融機関は、預金者からいくら金銭の寄託を受けたかを把握する必要がある。預金者の立場からすれば、消費寄託契約の性質として、預け入れた金銭そのものの返還を請求するのではなく、あくまでも同等の金銭の払戻しを請求できるように、預金者は預金口座内の貨幣価値を把握しているに過ぎない。

預金者は、預金口座内の残高を預金債権の債権額として認識し、払戻請求をすることができるとともに、更に、預金口座内の残高（貨幣価値）の範囲内においてデビットカード等を使用した取引に利用したり、あらかじめ引落口座として登録しておくことによって、預金債権を自身への払戻しを経ずに利用することができる。

このような実態は、預金債権の帰属主体には、単純に払戻請求権を行使して現金化することのみならず、金銭を金融機関に預け入れたまま利用することが可能であることを示している。

このような制度を踏まえると、結局、預金契約は、預金契約の当事者と預金債権の帰属の一致が求められており、

一致を前提とした運用が予定されているといえる。これはもちろん、事後的に預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とが分離することを否定するものではないが、預金契約締結時における預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とが一致することを示している。

以下では、預金契約における債権譲渡禁止特約⁽²³⁾が特に従来通りの効力が認められていることを通じて、法が各当事者のいかなる利益を保護しようとしているのかを検討する。

2 債権譲渡禁止特約による債権帰属の固定

(1) 債権譲渡禁止特約の目的

一般的に、預金契約においては、「預金者側の選択の余地のない契約条項として、譲渡禁止条項が附されて」おり、金融機関が譲渡禁止条項を附する目的は、「自己の預金者に対する貸付債権の回収を預金債権との相殺によって図る利益を確保する点にあることは明らかである」⁽²⁴⁾とされている。他方で、金融機関が預金者の変更による事務の煩雑化を避けるといった点については、譲渡禁止特約に對外効を持たせるに足りる合理性はないとも評されている。⁽²⁵⁾これは、この規定が、立法当初は弱い立場の債務者を保護することを想定しており、強大な力を持つ債務者を保護するための規定ではなかったことが一つの根拠となっている。⁽²⁶⁾

預金債権の譲渡禁止特約については、改正民法四六六条の五第一項において、従来の民法四六六条二項と同様の規定が定められており、従来通りの運用が予定されている。⁽²⁷⁾法制審議会においては、「預貯金債権は迅速な払戻しが必要」⁽²⁸⁾とされており、預貯金債権について特例を設けた理由は単なる金融機関における事務の煩雑化を避けるためではなく、あくまでも債権者たる預金者の利益に資するためであることが示されている。

預金者確定の問題との関係では、前稿にて既に示したように、出捐者を預金者とする構成は、金融機関の払戻し拒否を誘発し、名義人の払戻請求に対する迅速な払戻しを一部犠牲にする可能性が存在することになるが、この名義人が金融機関から迅速な払戻しを受ける利益は、この債権譲渡禁止特約（民法四六六条二項）を通じて法律上保護され⁽²⁹⁾と考えられる。

すなわち、預金債権には譲渡禁止特約が付されていることが周知のものであるとする判例法理が存在し（最判昭和四八年七月一九日民集二七卷七号八二三頁）、債権の譲受人の重過失が比較的容易に認定されることによって、金融機関は債権の帰属を固定することができる。

改正民法において現行法と同等の規定（改正民法四六六条の五第一項）が維持されることについては、法制審議会では、「預貯金債権は迅速な払戻しが必要とされる上に、債務者が大量の債務を管理しなければならぬという特殊性」が指摘され、払戻業務遅延による債権者への不利益をも指摘されている。そのため、債権者である預金者の立場からすれば、預金の迅速な払戻しを受けることが譲渡禁止特約を通じて利益として認められて⁽³⁰⁾いる。

このように、金融機関が預金債権に譲渡禁止特約を付与することは、名義人が迅速な払戻しを受ける利益を保護することも目的とされており、預金債権においては迅速な払戻しを受ける利益は法律上一定の保護に値するものである。前稿での検討は、あくまでも迅速な払戻しを受けるといふ一般債権者の利益に資するかどうかであったが、本稿ではさらに、債権譲渡禁止特約を求める金融機関及び預金者のより具体的な利益がどのようなものであるかについても検討を加えたい。債権譲渡禁止特約については、主として第三者に対しても特約を主張できるかといった観点からの議論が中心であったといえるが、⁽³¹⁾ここでの検討対象は、譲渡禁止特約によって図られる利益についてであり、そのよ

うな利益を保護するために、債権の譲渡を禁止して預金債権の帰属主体と名義人とを一致させることが正当といえるかである。

この点について、債権譲渡禁止特約は、その債権の性質ないし当事者の関係に依じて、譲渡を制限する目的ないし趣旨が異なるものと指摘されている⁽³²⁾。すなわち、特定の債権者との関係でのみ義務を負担したいという債務者の利益⁽³³⁾は、より具体的に検討され得るべきことを示している。

先駆的な研究では、『特約』をもって追求されている利益と、他方、悪意の譲受人側の債権譲渡（取引）の確実性という利益との比較において、『特約』対抗の成否を決せられるべきではないか」としたうえで、債権譲渡禁止特約を定める場合において、債権者及び債務者の誰に特約を締結する利益があるかを類型化し、各類型に依じて、特約の対外効を個別具体的に検討する手法を取っている⁽³⁴⁾。

同研究にて挙げられている類型のうち、「非継続取引型」の典型例として「債権者が預金者で（商人か非商人かを問わない）、債務者が銀行であるという場合であって、」その際の銀行の利益として「問題の債権を固定しておくことによつて反対債権による相殺を確保すること」とや「債権が譲渡されることによる弁済費用の増加防止とか、誤払防止のための調査費用の増加防止」をあげ、「これらの利益を理由として債権譲渡禁止を正当化することはおそらくできないであろう」と結論付ける⁽³⁵⁾。

(2) 譲渡禁止特約による具体的利益の保護

確かに、預金債権を消費寄託契約に基づく単なる払戻請求権であるとすれば、金融機関にとつての債権譲渡禁止特約の目的は払戻し先の特定ということになろう。前稿では、金融機関に払戻し先としての預金者を特定する利益を保

護することを通じ、一般債権者が円滑な払戻しを受ける利益が保護されることを示した。⁽³⁶⁾

しかし、先に示したように、預金債権に関しては、単なる払戻し以上に、金銭を金融機関に預け入れたまま利用することが可能となっており、金融機関にとっては、債権譲渡禁止特約を通じて、払戻し先の特定のみならず、誰に対して預金債務を負っており、誰からの引落指図⁽³⁷⁾を受けた場合に対応すればよいかといった、単純な払戻し以外のサービスを提供するうえで、対象を特定する利益も存在することとなる。これは、預金口座内の預金の利用という点で、単なる一般的な利益というよりも、個々の預金口座に密接した利益と評することができる。

そして、債権譲渡禁止特約は、基本的には債務者の利益を保護するものとされているが、⁽³⁸⁾そのみならず、債権者の利益をも保護することを目的として締結される場合が指摘されている。⁽³⁹⁾債務者の利益保護を中心にとらえる見解は、金融機関のような強大な力を持つ債務者を念頭にしていたものではなく、⁽⁴⁰⁾立法者が想定していた債務者保護の趣旨を金融機関にあてはめて、金融機関に預金債権の帰属主体を固定化させることを正当化することには困難が伴うといえよう。むしろ、預金口座が単なる預金債権の払戻機能に終始することがない現代においては、預金契約における債権譲渡禁止特約は、債権者たる預金者の利益に資することをもって正当化されるべきである。債権者たる預金者としては、預金債権を自由に譲渡することが著しく制限される反面、預金名義と預金債権の帰属主体とが一致することを前提として提供される金融サービスを広く享受することができるといえ、その意味で債権譲渡禁止特約は、債権者たる預金者の利益を図る性質があるといえるのではなからうか。特に、現代においてはキャッシュレス化が進行し、預金口座内の残高を現金に近い形で利用することは多量の現金を持ち運びリスクの軽減や決済の簡略化など、多大なメリットが存在しうるものである。

以上のように、債権譲渡禁止特約による預金債権の帰属主体の固定は、単に金融機関の事務管理の負担軽減及びこれによる一般的な預金者の迅速な払戻しを受ける利益を保護するのみならず、より深く、金融機関が金融サービスを提供する際の前提となり、預金者が具体的な金融サービスを受ける利益をも保護することが可能であるといえる。

また、このような金融サービスを受けるメリットは、特に普通預金において顕著であるが、普通預金口座と定期預金口座とが一体となった総合口座では、当座貸越によって、定期預金口座の残高に応じた融資が行われる制度となっており、定期預金口座の名義人と債権の帰属主体とが一致することを前提として融資を行っている。定期預金においても程度の強弱はあれ、債権譲渡禁止特約によって預金名義と預金債権の帰属主体が一致することを前提に金融サービスが提供されているといえる。

そして、預金契約締結時において、金融機関が債権譲渡禁止特約を附する趣旨は、金融サービス提供の前提として、預金債権を名義人に帰属させることにもあるといえる。債権譲渡禁止特約を預金債権について認め、預金債権を名義人に帰属させることは、結局、最終的には強大な力を持つ債務者である金融機関ではなく、預金債権者の利益保護に還元されるべきである。

このような制度設計を踏まえ、さらに、預金を預け入れたまま利用する方法の一種であるデビットカード取引契約において、現金取引と同等の信賴を保護するためには、名義人に預金債権が帰属していることが前提として必要であり、そのような信賴を保護することによって預金者の利益保護につながっていることを検討したい。

デビットカード取引契約を特に検討の対象とすることは、後述するように、デビットカード取引契約は「即時決済性」を確保するための法律構造を用意し、現金取引に類似した機能を有しているものであるところ、このような現金

取引と類似した信賴を有するためには、口座を利用した他の取引よりも名義人と預金債権の帰属主体との一致が確保される必要性が高いと考えたからである。

IV デビットカード取引契約の法律構造と信賴の対象——金銭取引との比較

1 デビットカード取引契約の法律構造

デビットカードシステムのうち、「J-Debit」は、日本デビットカード推進協議会に参加している日本国内の金融機関が提供しているサービスである。「J-Debit」の利用者は、自己名義の預金口座を開設した銀行（以下、「発行銀行」という。）から発行されたキャッシュカードを用いて、基本的に事前の申し込みなしに、預金口座内の残額を利用限度額として預貯金口座からの即時引落としによる決済を利用できる。⁽⁴¹⁾ この点で、クレジットカードの信用払いとは異なった運用が予定されている。⁽⁴²⁾

以下では、厳格にデビットカード取引が行われることが想定されている「J-Debit」の規定を扱うものとして、

(1) デビットカードの目的

デビットカードにおいて構築されているシステムは、キャッシュカードに新たな基本機能として、売買取引や役務提供取引（以下、これらの取引を「本契約」という。）の対価を即時に決済できる機能を付与するものであり、⁽⁴³⁾ 「即時決済性」及び「利用者の保護」を可能な限り合理的に担保することを目的としている。⁽⁴⁴⁾

特に、「即時決済性」は、デビットカード取引契約が利用者（以下、デビットカードを用いた決済を行う者を単に「利用者」という。）の預金残高の範囲内において利用することが可能とされていることから、クレジットカードに比して支

払能力を超えた取引をしてしまうことを防ぐことができる」とされている。

「J-Debit」には、この「即時決済性」及び「利用者の保護」という目的を達成するために債権譲渡、引落指図、受領権限等を組み合わせたシステムを予定しているが、利用者、加盟店、発行銀行及び加盟店と取引のある銀行（以下、「加盟店銀行」という。）の関与が想定されており、各当事者間において別途どのような法律関係が想定されているかを踏まえる必要がある。以下で、デビットカード取引契約に必要な法律関係について述べる。

(2) 加盟店・加盟店銀行間の包括的契約

加盟店と加盟店銀行は、あらかじめ包括的に、加盟店と利用者との間においてデビットカード取引契約が解除条件付きで成立したときは、加盟店が顧客に対して有する当該商品の売買取引債権等は、同デビットカード取引契約成立と同時に自動的に加盟店銀行にデビットカード取引契約と同様の解除条件付きで債権譲渡の形式で移転する契約を締結しておくこととなる（加盟店規約⁽⁴⁵⁾）。

(3) 加盟店銀行・発行銀行間の包括的契約

また、加盟店銀行と発行銀行とにおいて、こちらもあらかじめ包括的に加盟店銀行が加盟店から売買取引債権を譲り受けたときは、当該債権⁽⁴⁶⁾についての弁済受領権限を加盟店銀行が発行銀行に自動的に付与する旨の契約をしておく必要がある（金融機関決済規約⁽⁴⁶⁾）。

(4) 利用者の申込と加盟店の承諾

上記の包括的契約が締結されていることを前提に、利用者がキャッシュカードを加盟店に引渡し、代金をデビットカードにより決済することを指定したことで、「発行銀行から加盟店の端末機に口座引落済確認を表す電文が表示さ

れないこと」を解除条件とする本契約債務を発行銀行にある預貯金口座からの引渡し（振替を含む）の方法により支払う旨の支払方法についての契約の申込を行ったものとする。⁽⁴⁷⁾

加盟店が引渡しを受けたキャッシュカードを端末機のカードリーダーに通すことによつて利用者からの申込みを承諾したときに、デビットカード取引契約が解除条件付きで成立し、上記加盟店及び加盟店銀行間の包括的契約に基づき、売買取引債権は加盟店銀行に解除条件付きで譲渡され、加盟店銀行と発行銀行間の包括的契約に基づき、発行銀行に直ちに弁済受領権限が付与される。⁽⁴⁸⁾

利用者は、端末機にキャッシュカードの暗証番号を入力する方法で、発行銀行に対して購入金額相当額の預金引落を指図し、当該引落にかかる預金により本契約債務の弁済をすることを委任する。⁽⁴⁹⁾ 発行銀行は、利用者からの引落指図に基づき、引落指図を受けた金額以上の預貯金残高があるときは、預金の引落あるいは振替により、弁済受領権を付与された発行銀行の別段口座に振替入金する方法をもつて弁済する。⁽⁵⁰⁾ この時、発行銀行は弁済行為の受任者と弁済受領権者としての地位を有することになり、利用者の負っている本契約債務は即時に消滅し、発行銀行が加盟店銀行に対して負う受領した弁済金の引渡し債務のみが残ることとなる。⁽⁵¹⁾

口座から預金引落し後、口座引落確認を表す電文を加盟店の端末機に発信し、これによつて「収納済」電文が端末機に表示されることによりデビットカード取引契約及び債権譲渡契約の解除条件が不成就であることが確定することとなる。

他方、引落指図を受けた金額以上の預金残高が預金口座内に存在していない場合には、「収納済」電文が表示されないことから解除条件が成就したものとされ、デビットカード取引契約及び債権譲渡契約はいずれも効力を失うこと

となる。

(5) 「即時決済性」の確保

「J-Debit」の目的は、「即時決済性」と「利用者の保護」にあることは既に指摘したところであるが、上記の法律構造によって、利用者にとっては即時に自己の債務が弁済されたことになるため、「発行銀行・加盟店銀行・加盟店の倒産等により代金が未払いとなること」がな⁵²く、「即時決済性」が確保されている。

(6) 小括

デビットカード取引は、クレジットカードの信用取引と比較して、「即時決済性」が徹底して図られていることから、現金と同様に取引に利用できるとされている⁵³。

もつとも、現金決済の場合と比して、①利用者の代金支払い債務は即時に消滅するものの、加盟店への入金にはタイムラグが存在すること②厳密には預金口座からの引き落としが先行し、利用者には同時履行の抗弁権が失われていること③本契約との関係が無因とされ、引き落とされた預金の復元には別途手続きを経る必要があること④加盟店には手数料の負担が存在すること、等の特徴が存在している。

しかし、デビットカード取引が現金取引の代用として想定されているとはいえ、現実の現金のやり取りではない以上、現金取引との場合と比して法律上、事実上一定の差異が存在することは何ら不自然なことではない。

ここで注目したいのは、デビットカードに利用されるキャッシュカードは、預金口座の名義人に対して発行されたものであり、預金口座の名義とキャッシュカードの名義は一致することである⁵⁴。すなわち、デビットカードの利用者は自己名義の預金口座内にある預金残高の範囲内でデビットカード取引契約を利用することができ、クレジットカード

ドにおける信用取引と異なり、利用者はいわば現金化できる範囲内に利用を制限されている。加盟店・加盟店銀行・発行銀行の立場からすれば、利用者の潜在的ないし将来的な支払能力に依存せずに取引を行うことが可能ということになる。

加盟店は、利用者がデビットカードを利用し、預金口座から代金相当額の引落しに成功し（代金相当額以上の預金残高が存在していた）解除条件が不成就となった際には、現金取引における利用者が「代金相当額の貨幣価値を有している」との信頼に代わって、「キャッシュカードの名義人と同一名義の預金口座内に少なくとも代金相当額の預金残高が存在していた」ことを信頼の対象として取引を行ったといえるのではなかろうか。

このことは、加盟店が、キャッシュカードと預金口座の名義が一致することを前提に、利用者に預金口座内の金銭が帰属していることを信頼しているといえるのではなかろうか。このような信頼を法的に保護し、預金者に預金債権が帰属しているとすることができれば、預金者がデビットカードを用いて預金債権を利用することができず、預金者の利益が十分に保護されないことになるう。

以下において、一般的な現金取引における売主の信頼の対象がなんであるかを示し、デビットカード取引契約における加盟店の信用の対象との比較を通じ、預金口座の名義人（契約当事者）には、預金債権が帰属することを示したい。

2 デビットカード取引契約における信頼の対象

(1) 加盟店は何を信頼して取引に依じているか

前述したデビットカード取引契約においては、システム上加盟店は、利用者名義の預金口座から代金相当額の預金

が引き落とされたことを確認したうえで（したがって、利用者の代金支払いが先履行となる⁽⁵⁵⁾）、加盟店は商品を引き渡すこととなっている。

この時、加盟店は、「キャッシュカードの名義人と同一名義の預金口座内に少なくとも代金相当額の預金残高が存在していた」ことが確実であると信頼することが許されており、これは、キャッシュカードの名義人に預金債権が帰属しており、名義人が預金債権者としての権利を有していることを信頼しているといえるであろう。仮に、名義人が預金債権を有していない場合には、名義人にはデビットカードを通じて預金債権を処分することができないはずであり、加盟店は安心して取引に応じることができない。

特に、加盟店は、利用者がデビットカード取引契約を求めた場合には原則として拒否することができず、名義人が預金債権者であるとの加盟店のかかる信頼は保護する必要がある。

いわば、名義人に預金債権を帰属させることは、加盟店に対して安全に支払いを受けられることを保証するものであり、部分的にはあるがデビットカードに現金と同様の信頼を与えているものであるといえる。

デビットカード取引契約について、現金取引と同様の利用ができることが強調されていることは、このような加盟店の信頼に基づいているといえるであろう。では、加盟店の信頼は現金取引の場合と比較して法的な保護に値するものであるといえるであろうか。以下に、現金取引の信頼の対象とデビットカード取引契約の信頼の対象を比較することを通じて、加盟店の信頼を保護することが妥当であることを示したい。

(2) 現金取引における信頼の対象

現金は、「法定支払手段としての強制通用力を有」し、「法的支払手段としての価値表象物である」とされる⁽⁵⁷⁾。ま

た、現金は、「抽象的な価値の化現者として存在するだけで、全く個性をもたない」という特質であると評され⁽⁵⁸⁾、このような現金の特質は、「観念的単位が貨幣たる物に直接化体するという法律概念」であり「金銭の物としての概念は、貨幣呼称の観念的単位が直接化体したものであり、貨幣のその素材・あるいはその形態のいかにかわりなく、単に、かかる観念的単位を表象する物（紙幣・銀貨・銅貨等のその素材）としての存在において決せられる⁽⁵⁹⁾」。

このような理解からは、現金は、紙幣や硬貨の素材そのものが貨幣価値を有するのではなく、⁽⁶⁰⁾「国家に対する一般の社会的信頼⁽⁶¹⁾」によつて貨幣価値が化体されているものであるといえる。

貨幣は、素材そのものに価値のある本位貨幣（金貨や銀貨等）から、本位貨幣との交換を保証する兌換紙幣、そして、本位貨幣との交換が保証されていない不換紙幣（信用紙幣）に移行するにつれて、徐々にその化体している貨幣価値は実質価値（素材となる貴金属そのものの価値）から離れた抽象的・観念的になっていったといえるであろう。現代においては、電子マネーのように国家が発行する貨幣以外においても、現金よりも限定されているとはいえず、部分的に貨幣価値を化体した社会的信用が認められている⁽⁶²⁾。

このように、貨幣価値は、時代を経るにつれて社会的信用に基づいてより抽象的・観念的な貨幣価値の化体として通用することが認められるにいたっている。現金による取引は、貨幣価値が化体されているという社会的信用に基づいており、取引相手からの信頼の対象という観点からみれば、現金を有している者が貨幣価値を支配していることに對する信頼としてとらえることも可能であろう⁽⁶³⁾。この信頼は、現金において所有と占有が對外的には一致しており⁽⁶⁴⁾、現金の占有者が貨幣価値を支配していることによつて裏付けられる必要がある。

したがって、現金取引における信頼の対象は、現金を占有している相手方が貨幣価値を処分する権限を有している

ことに対する信用であるといえる。

(3) デビットカード取引契約における信賴

このような現金取引における信賴の構造をデビットカード取引契約と比較してみると、信賴の対象はいずれも取引の相手方が貨幣価値の処分権を有していることに集約されているといえるのではなからうか。

すなわち、デビットカード取引契約における信賴の対象は、いわば、名義人が預金債権を処分する権限を有していることであり、預金口座内の金銭の貨幣価値を把握する処分権を名義人（キャッシュカードの名義人でもある）に与える法律構造が予定されている。

取引の相手方である加盟店としては、名義人が預金口座内の貨幣価値の処分権限があることを信賴することが保証されている点において、現金取引において現金の占有者が貨幣価値の処分権限を有することに対する社会的信用が存在することと信賴の構造は一致しているといえる。

加盟店がデビットカード取引契約の申出を拒否することができず、デビットカードによる取引を強制されていることからすれば、デビットカード取引契約による加盟店の信賴は、現金取引における信賴に準じた保護が与えられる必要があり、先に述べた現金取引との共通性からはこれが肯定されるべきである。

そして、デビットカード取引契約におけるこのような信賴の構造を維持するためには、預金口座の名義人に預金債権が帰属し、名義人に預金債権の処分権を帰属させる必要があるといえるであろう。

このように、預金債権を名義人に帰属させることは、単に払戻し時における利害関係にとどまらず、取引における正当な信賴を保護し、このような信賴に基づいた取引制度を維持するうえで必要であるといえる。デビットカード取

引契約における信託の構造は、預金債権を名義人に帰属させることを裏付けるものであるといえるであろう。

そして、このような取引を可能とすることはもっぱら金融機関の利益を図った制度であるとはいえず、むしろ債権者である預金者に現金取引に準じた信託を付与するという利益に資するものであるといえ、金融機関が預金債権に対して譲渡禁止特約を付することが正当化できるのではないか。債権譲渡禁止特約を付与し、金融機関が名義人に対して上記のような金融サービスを提供するためには、預金契約の当事者の地位のみならず、預金債権が名義人に帰属することまでも認める必要があるといえるであろう。このような預金債権の利用利益は、金融機関が債権譲渡禁止特約を付与したうえでかかる金融サービスを提供すること及び預金者がこの金融サービスを享受することが預金契約時の合意に求められるものであると考えられる。

(4) 小括

以上のように、デビットカード取引契約においては、デビットカードの名義と預金口座の名義とが一致していることに基つき、デビットカードの名義人が預金債権を処分できることを前提としている。このような前提が存在しているからこそ、デビットカード取引契約や預金口座からの引落契約等を利用することができるものといえるであろう。

このような名義人に預金債権が帰属していることを前提とした運用は、デビットカード取引契約だけでなく、クレジットカードの口座引落や公共料金の口座引落等、預金債権を預金者に対する払戻しを経ずに利用する場合には、名義人に預金債権が帰属することが必要であるといえる。

そして、名義人に預金債権が帰属することの根拠は、預金契約に債権譲渡禁止特約が付与されており、預金契約時の合意内容に求めることができ、そのように解することが、名義人を預金契約の当事者とし、かつ、預金債権の帰属

主体と解する利害関係とも整合するものであるといえる。

V 結語

1 まとめ

預金契約の当事者を名義人と定めた場合に、預金債権の帰属主体は異なりうるとする学説は、差押え等によって預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とが異なりうることを踏まえると、真に預金契約の実態に即しているといえるのではなかろうか。

しかし、預金を預け入れたまま利用する利用態様の増加という点を踏まえると、預金契約の締結段階において、預金債権の帰属主体が異なりうるという点は、別途検討することが必要といえるであろう。

改正民法においても、預金債権につき、債権譲渡禁止特約によって債権譲渡が制限されることは、専ら債務者である金融機関の利益を保護するためではなく、最終的には預金者の利益に資するためであると解釈するべきである。そして、そのように解釈した場合には、預金者が金融機関に現金を預け、後日払戻しを受けること以外に、現金を預け入れたまま利用することが認められるべきであり、そのために預金債権が預金者に帰属するとの解釈を取るべきである。もともと、このような解釈は、預金者が預金口座内の残高（貨幣価値）を預け入れたまま利用する場合を想定しており、専用口座や非総合口座の定期預金口座の場合にも、直ちに妥当するものとはいえないが、少なくとも金融機関において、預金者が払戻し以外の利用をしないことを認識している必要がある。

預金者に預金債権が原則として帰属することをもって初めてデビットカード取引契約のような、預金名義に基づい

て預金債権を処分することが可能となるだけでなく、各種の口座引落契約なども支障なく締結することができる。

そして、そのような現金を預け入れたまま利用することができ、預金口座に預けたままでもその貨幣価値を利用することができることが預金契約として認められていることからすれば、預金契約の際の合意内容に、預金者に預金債権が帰属することを認めることも可能であろう。このように解することによって、変容した利害関係を基にした預金者の確定を預金契約の合意内容からも導くことができるものといえ、前稿の立場とも整合的に理解することができる。

2 残された課題

本稿では、前稿において検討に加え、預金契約の当事者と預金債権の帰属主体とは契約締結時においては一致するべきであること、また、その根拠を最終的には預金契約時の合意内容に求めるべきであり、そのように解することが変容した利害関係後の預金者の確定とも一致することを示した。

しかし、本稿にて述べたことであるが、預金口座は多機能化・複雑化しており、本稿の立場が、例えば、預金を預け入れたまま利用することが想定されていない非総合口座の定期預金にも妥当するのか、また、預金者が預金契約時に預金債権の帰属主体となることによって受ける恩恵を自ら放棄する場合までも妥当するかの検討までは十分ではない。本稿は、金融機関の利益保護が最終的には預金者の利益保護に資するものであることを根拠としており、このような根拠が妥当しない預金類型の場合には別位に解する余地が存在する。同様に、誤振込の場合や金融機関が名義人の横領の事実が悪意である場合には、預金者の利益を保護する必要性が異なり、本稿が根拠とするところは、必ずしも妥当するものではなく、本稿における検討の範囲外である。

また、本稿では、債権譲渡禁止特約が、金融機関が預金者に金融サービスを提供する前提として、預金口座の名義

人に預金債権が帰属している必要があり、そのような預金口座の名義に対する信用を前提とした取引がなされていることを示した。

しかし、他方で、このような金融サービスの提供を受ける代わりに、預金者は預金債権を譲渡することによって資金調達を行うことが著しく制限されていることとなる。デビットカードを使用するのは、大多数の一般預金者であることが想定されており、いわばこのようなサービスを受ける対価として債権譲渡が制限されていることとなる。したがって、例えば、預金者がキャッシュカード発行しておらず、このようなサービスの提供を受けることを拒否している場合や企業のようにこのようなサービスの提供を受ける利益よりも債権譲渡による資金調達の利益のほうが大きく、必ずしも債権譲渡禁止の利益を求めないことも想定される。特に企業の場合には預金口座の名義において法人であることが明らかであり、法人の預金口座のみ取り扱いを変えることも不可能ではないであろう。

本稿は、あくまでも一般債権者である預金者の場合に債権譲渡禁止特約の利益を受けることを前提としており、債権譲渡禁止特約の利益がもつばら金融機関にのみに存する場合についてはなお慎重に検討する必要がある。このような各種の預金契約について、また、誤振込やデビットカードの不正利用（デビットカード利用者と名義人とが一致しない場合）等の特殊事情が存在する場合にどのような理論が妥当するかについては他日を期したい。

以上

- (1) 平出慶道「預金者の認定と預金の払戻し」鈴木禄弥ほか編『金融取引法大系第2巻―預金取引』（有斐閣、一九八三）七九頁。

- (2) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義Ⅴ3）』（岩波書店、一九六二）七三五頁。
- (3) 大原栄一「判批」ジュリ二六三号（一九六二）一〇七頁。
- (4) 最判昭和三十三年二月一九日（民集一一卷一三号二二七八頁）、最判昭和四八年三月二七日（民集二七卷二号三七六頁）等。
- (5) 拙稿「預金制度の変化と預金契約の当事者確定―利害関係の変容を通じた検討―」日本法学八三卷二号（二〇一七）八五頁。
- (6) 拙稿・前掲注(5)一〇七頁。
- (7) 川村正幸「預金者の認定と貸付金債権による相殺」喜多了祐先生退官記念『商事法の現代的課題』（中央経済社、一九八五）二二九頁〔初出一九八四〕。
- (8) 前掲最高裁昭和四八年三月二七日判決。
- (9) 大西武士「預金者認定に関する客観説とその限界」判タ八四三号（一九九四）五五頁。
- (10) 片山直也「判批」金法一七一六号（二〇〇四）一二頁、加毛明「最高裁判所民事判例研究」法協一二二卷一―号（二〇〇四）一九六八頁。
- (11) 森田宏樹「判批」重判平成一五年度（ジュリ臨増一二六九号）（二〇〇四）八四頁。
- (12) 森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（有斐閣、二〇〇二）三二七頁、高秀成「預金債権の帰属問題における救済法理としての客観説の一素描」慶應法学六号（二〇〇六）二二三頁。
- (13) 高・前掲注(12)二三九頁。
- (14) 片山・前掲注(10)一二頁、加毛・前掲注(10)一九六八頁。
- (15) 森田・前掲注(12)三二七頁。
- (16) 最高裁昭和三十三年二月一九日判決（民集一一卷一三号二二七八頁）等。
- (17) 最高裁昭和五七年三月三〇日判決（金法九九二号（一九八二）三八頁）等。

(18) 最高裁平成一五年二月二二日判決（民集五七卷二号九五頁）、最高裁平成一五年六月一二日判決（民集五七卷六号五六三頁）等。

(19) この点、判例では、定期預金を担保として融資を行うことを定期預金の期限前払戻しと同視するものであるが、あくまでも民法四七八条における弁済と同視するための構成であり、当座貸越が定期預金を預け入れたまま利用することを否定するものではないと考える。また、当座貸越は、預金者が不足分を入金すれば弁済したこととなり、元の定期預金は減少しない。

(20) 田中誠二『新版銀行取引法 四全訂版』（経済法令研究会、一九九〇）八〇頁等。

(21) 中馬義直「預金契約」契約法大系刊行委員会編『契約法大系V』（有斐閣、一九六三）三五頁等。

(22) 潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第3版』（新世社、二〇一七）二八二頁等。

(23) 拙稿・前掲注(5)では「債権譲渡制限特約」の名称を用いたが、引用した文献では「債権譲渡禁止特約」の方が一般的であつたため、本稿では後者の名称を用いる。

(24) 池田真朗「債権譲渡禁止特約再考」法学研究七二卷一二号（一九九九）二〇九頁。

(25) 池田・前掲注(24)二二〇頁。また、米倉明『債権譲渡―禁止特約の第三者効―』（学陽書房、一九七六）一二頁〔初出一九七二〕は、「『特約』などあえて締結しなくても、自己の利益を守ることができるもの（銀行をみよ）が、この『特約』を利用して（それも約款を用いて周知させ）より一その安全を期する。その結果として（悪意でない譲受人が考えられなくなる）とさえいえる」、債権取引が著しく阻害されることになるのであるが、『特約』を締結しなくても自己の利益を守りうる者に、『特約』を通じて債権取引を阻害することを是認すべきなのか」と金融機関が特約によって保護されることに疑問を呈するところから議論を提起している。

(26) 米倉・前掲注(25)三九頁。

(27) 法制審議会民法（債権関係）部会「法制審議会民法（債権関係）部会第93回会議事録」三六頁〔中原利明発言〕（二〇一四年七月八日）。

(28) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）部会資料81―3」四頁。また、潮見佳男『民法（債権関係）改正法

の概要』（きんざい、二〇一七）一五五頁。

(29) 拙稿・前掲注(5)一〇七頁。

(30) 法制審議会民法（債権関係）部会・前掲注(28)四頁、「払戻業務が遅延することなどによって顧客に生ずる不利益も看過することができないものになると指摘されている」。潮見・前掲注(28)一五五頁。

(31) 近藤英吉・柚木馨『注釈日本民法債権総則（中）』（巖松堂書店、一九三五）三六七頁、米倉・前掲注(25)六〇頁。

(32) 米倉・前掲注(25)六七頁。

(33) 石田剛『債権譲渡禁止特約の研究』（商事法務、二〇一三）一〇六頁。

(34) 米倉・前掲注(25)九頁、六八頁。米倉明「債権譲渡禁止特約に関する再検討」法学研究四七卷二号（二〇〇五）五四頁。

(35) 米倉・前掲注(34)五五頁。

(36) 拙稿・前掲注(5)一〇九頁。

(37) 日本デビットカード推進協議会法務委員会『「デビットカード」の仕組みおよびその法的枠組みの概要(1)』金法一五七三号（二〇〇〇）一五頁、デビットカードの場合等に想定される。

(38) 石田・前掲注(33)一〇七頁。最判平成九年六月五日（民集五一卷五号二〇五三頁）は、民法一一六条を根拠として、債権譲渡につき債務者の事後承諾を認めている。

(39) 米倉・前掲注(25)八八頁。

(40) 米倉・前掲注(25)三九頁。譲渡禁止特約の本来の趣旨を立場の弱い債務者の保護とするならば、強大な債務者である金融機関の事務手続きに資する譲渡禁止特約の効力を広く認めるべきではないとする考え方になろう。

(41) 日本デビットカード推進協議会法務委員会『「デビットカード」の仕組みおよびその法的枠組みの概要(2)』金法一五七六号（二〇〇〇）五〇頁。

(42) 六川浩明「J-Debit（ジェイ・デビット）の概要」金法一五七六号（二〇〇〇）六頁、「J-Debit」は全件オンライン・デビットであるとしている。

- (43) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(41)五〇頁。
- (44) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一二頁。
- (45) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一四頁。
- (46) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一四頁。
- (47) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一五頁。
- (48) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一四頁。
- (49) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一五頁。
- (50) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一五頁。
- (51) 日本デビットカード推進協議会法務委員会『デビットカード』の仕組みおよびその法的枠組みの概要(5)「金法一五八三
号(二〇〇〇)五二頁。
- (52) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(37)一五頁。
- (53) このことは、デビットカードのメリットとされている大量の現金を持ち歩かなくて済むこと、いちいちATMにて現金を
引き下ろす必要がないこと等からも現金の代替物として利用されることが念頭に置かれているといえよう。
- (54) 日本デビットカード推進協議会法務委員会『デビットカード』の仕組みおよびその法的枠組みの概要(4)「金法一五八〇
号(二〇〇〇)三九頁、デビットカードを利用しようとしている「顧客がカード名義人以外の者または不審者と判断される場
合」にはデビットカード取引契約を拒絶できることが定められている。
- (55) 日本デビットカード推進協議会法務委員会『デビットカード』の仕組みおよびその法的枠組みの概要(3)「金法一五七九
号(二〇〇〇)四二頁。
- (56) 日本デビットカード推進協議会法務委員会・前掲注(54)三九頁。
- (57) 金山正信「物権法総論」(有斐閣、一九六四)一四頁。
- (58) 我妻榮「物権法(民法講義Ⅱ)」(岩波書店、一九五二)一四五頁。

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体 (田中)

(59) 吉岡幹夫「金銭所有権に関する一考察」法経論集一九号（一九六五）三四頁。

(60) 例えば、一万円札の素材である紙には一万円の価値はない。もっとも、吉岡・前掲注(59)三六頁によれば、金貨等のようにかつては素材そのものが価値を有していた。

(61) 吉岡・前掲注(59)三八頁。

(62) むろん、最終的には現金に対する社会的信用を根拠にしているといえる。

(63) 田高寛貴「金銭所有権と価値の追及」法教四一七号（二〇一五）二二頁は、『『お金を持っている』というときに想定されている所有の対象は、紙幣そのものではなく、表象された価値である』とする。

(64) 新田敏「預金者の認定に関する一考察——管理剰余金等の管理会社名義の定期預金を中心にして——」杏林社会科学研究所一六卷三号（二〇〇〇）一一五頁。

公務員に対する求償権行使における重過失要件の検討

(福岡高判平成二九年一〇月二日ウエストロー・ジャパン文献番号二〇一七
WLJPCA一〇〇二六〇〇二)

長谷川 福 造

一 事実の概要

1 本件訴訟に至る経緯

X1及びX2（原告、被控訴人〔附帯控訴人〕。以下、合わせて「Xら」ということがある。）の子であるAは、Y県立a高等学校二年生の生徒であり、同校の剣道部に所属していた。Aは、平成二一年八月二二日、同校の教員Z（被告補助参加人、控訴人〔附帯被控訴人〕補助参

加人）及び同教員訴外B（以下、ZとBを合わせて「Zら」ということがある。）の指導監督の下、同校の剣道場で練習をしていたところ、熱射病を発症して倒れた。Aは、訴外C市が設置するb病院に搬送され、D医師による医療行為を受けたが同日死亡した（以下「本件事故」という。）。

Xらは、本件事故について、Y県及びC市に対し、それぞれ連帯して損害賠償金を支払うよう請求する訴訟を

提起した（大分地判平成二五年三月二一日判時二一九七号八九頁。以下「本件前訴」という。^①）。Y県に対する請求は、国家賠償法一条一項に基づく損害賠償請求であり、C市に対する請求は、民法七一条一項本文に基づく損害賠償請求（使用者責任）である。これらの請求は、Aが熱射病を発症したにもかかわらず、Zらが直ちに練習を中止し、医療施設に搬送する等の適切な処置を怠った過失があること、D医師に適切な医療行為を尽くさなかった過失があること、及びこれらの過失によってAが死亡するに至ったこと等を根拠としていた。

本件前訴において、Zら及びD医師の過失が認められ、Y県に対する国家賠償請求及びC市に対する損害賠償請求について、Y県とC市に共同不法行為が成立し、連帯して、X1及びX2それぞれに対し二二二八万〇〇一三円及び遅延損害金の支払いを命じる旨の判決が出され、これらの請求に係る部分は確定した。

Y県及びC市は、平成二五年四月一六日、本件前訴における損害賠償金を折半して弁済する旨を合意したが、Xらは、この損害賠償金の受領を拒否する旨回答した。そのためY県は、同年五月一日、Xらを被供託者として、

合計二七五万六五一九円を供託した（以下「本件供託」という。）。

Y県は、都道府県立学校管理者賠償責任保険^③に加入しており、本件は施設賠償責任保険等の対象であった。そのためY県は、本件供託後の平成二五年五月二二日、保険幹事会社に対して保険金の支払を請求し、本件供託に係る金員から免責金額二〇〇万円を控除した二五五万六五一九円を、同年六月一日、同保険幹事会社から収納した（以下、この収納に係る保険金を「本件保険金」という。）。

Xらは、Y県の住民として、平成二七年九月九日、Y県が、国家賠償法一条二項に基づいてZらに対する本件供託金相当額の求償権を取得したのに、その行使を怠っているのは違法であるなどとして、Y県監査委員に対して住民監査請求をした。^④これに対して、同委員は、同年一月五日、Zらには重大な過失があったとまでは認められず、Y県に求償権が認められない以上、その行使を怠る事実も存在しないとしてこれを棄却する旨の決定をし、同月六日、Xらに通知した。

2 本件請求の内容

このような経緯を受けて、Xらが、Y県の執行機関である知事（被告、控訴人〔附帯被控訴人〕）に対して提起した住民訴訟が、本件である。

本件でXらは、Zらに本件事故についての重大な過失があり、Y県知事が、国家賠償法一条二項によって本件供託金及び遅延損害金に係る求償権を取得したにもかかわらず、その行使を違法に怠っているなどと主張して、地方自治法二四二条の二第一項三号及び四号に基づき、この求償権の行使を怠る事実が違法であることの確認を求めるとともに、Zらに対し、その支払を請求することを求めた。

3 本件の争点

本件の主要な争点は、①ZらにAの死亡に対する重過失があったかであるが、その他②本件保険金の充当による求償権の有無ないし範囲、③信義則に基づく求償金額の制限、及び④怠る事実の違法性の有無も争点となった。

二 第一審の判断

第一審（大分地判平成二八年二月二二日ウエストロー・ジャパン文献番号二〇一六WLJPCA一二二二六〇〇二）は、本件の各争点について以下のように判断し、Xらの請求の一部を認容した。

1 争点①について

（一）Zの重過失

以下の事実を認定した上で、Aの死亡についてZに重過失があることを認めた。

(1) a 高等学校では、平成二二年六月二九日の職員朝礼において、「熱中症対策（部活生指導）」と題する書面が教員らに配付された。この書面には、「熱中症が発生する機序、熱中症の種類、対策、熱中症になりやすい関連条件、熱中症の症状」に関する説明がなされていた。熱射病を疑うべき意識障害等の症状についての明記もあった。さらに、このような症状を現認した場合には、すぐに救急車を要請し、同時に救急車到着までの間、積極的に体を冷やすなどの応急手当を行うこととされ、迅速に体温を下げることであれば、救命率が上がるなどと記

載されていた。

Zは、この書面を受領し、内容を把握した上で、後日、剣道場に貼付するなどしていた。また裁判所は、Zが保健体育の教員であり、使用していた教科書に熱中症及び熱射病の症状や医療機関への搬送の必要性について記載されており、内容をZが認識していたこと、及びZが剣道の段位七段の有段者であることも認定した。その上で、「熱中症・熱射病の危険性、熱射病を疑うべき症状、さらには熱射病が疑われる事態が生じた場合に求められる処置について、正確な理解が求められてしかるべき立場にあったというべきである」とした。

(2) 本件事故当日の状況については、午前一一時頃から行われた打ち込み稽古中、「Zには、遅くとも、Aが竹刀を落としたのにこれに気が付かずに竹刀を構える仕草を続けるといふ行動を取った時点において、Aについて直ちに練習を中止させ、救急車の出動を要請するなどして医療機関へ搬送し、それまでの応急措置として適切な冷却措置を取るべき注意義務があったと認められる」と認定した。

このような注意義務があったZにおいて、本件に係る

一連の行動、言動及び対応については、以下のような認定をしている。Zは、「指導に熱中し、自身の経験を過信して、それを熱射病の症状と疑うこともなく、何ら合理的な理由もないのに、安易に演技であると決めつけ、練習を継続させ、救急車の出動要請までの時間をいたずらに浪費したものであり、直ちに、Aについて練習を中止させることをせず、また、直ちに、医療機関へ搬送することも応急措置として適切な冷却措置を取ることもなかった」。さらに、Zは、Aに対し「『演技するな。』などと述べながら、Aの右横腹部分を前蹴りし、ふらつき倒れたAの頬を叩き、さらに、立ち上がったものの壁に額を打ち付けて出血し、再び倒れたAに対し、その身体の上にまたがり、『演技じゃろうが。』などと言いながら、一〇回程度、その頬を平手打ちに」した。その後、練習を終了させ、「Aに水分を取らせ、午前一一時五五分頃から、応急措置として保冷剤で冷やすとともに、大型扇風機をAに近付かせるなどしていたものの、しばらくした後、Aが嘔吐するなどした様子を見て、午後〇時一九分頃になってようやく救急車の出動を要請した」。

(3) このような事実に基づいて、「熱射病を疑わせる症

状が次々とみられ、体温を下げることができずに時間が経過すれば、死亡する危険が高いといえる状態に至っていたAに対し、その症状を正確に把握せず、直ちに体温を下げるため適切な措置を取らなかったばかりか、その全身状態を悪化させるような不適切な行為にまで及んでいるのである」と評価した上で、Zの行為は、「自らの職務上の立場において負うべき注意義務の内容に照らせば、わずかな注意を払えば、Aの行動が演技ではなく、熱射病に起因する意識障害の発現としての異常行動であること、ひいては放置すれば死亡する危険が高いことを容易に認識し得たのであるから、Aについて直ちに練習を中止させ、救急車の出動を要請するなどして医療機関へ搬送し、それまでの応急措置として適切な冷却措置を取るべき注意義務があったにもかかわらず、単にその注意義務を怠ったにとどまらず、Aの全身状態を悪化させるような不適切な行為にまで及んでいるのであるから、その注意義務違反の程度は重大であり、その注意を甚だしく欠いたものといえることができる」として、Zの重過失を認定した。

(4) また、搬送先の病院に係るC市及びD医師の過失と

の関連で、公務員に対する求償の場面において、行為後の具体的な因果の経過について予見可能性は必要ないとして、過失の重大性は注意義務違反の程度を基準に判断すれば足りるとした。

(二) Bの重過失

他方、Bについては、重過失の成立を否定した。

(1) 過失については、本件事故当時の状況、Bが本件事故に係る練習に立ち会っていたこと及びBが剣道の段位五段の有段者であること等の事実を認定し、「Bにおいても、遅くとも、Aが竹刀を落としたのにこれに気が付かず竹刀を構える仕草を続けるという行動を取った時点において、Aの行動が熱射病に起因する意識障害の発現としての異常行動であること、ひいては放置すれば死亡する危険が高いことを認識し得たといえる」とした。これを踏まえて、Bにおいて、「遅くとも、Aが竹刀を落としたのにこれに気が付かず竹刀を構える仕草を続けるという行動を取った時点において、」「Zが練習を継続するのを制止するなどして直ちに練習を中止させ、救急車の出動を要請するなどして医療機関へ搬送し、それまでの応急措置として適切な冷却措置を取るべき注意義務

務があったと認められる」とした。そして、Bは、Zが「練習を継続するのを制止するなどの措置を取っておらず、Aが倒れるに至っても」、「直ちに救急車の出動を要請するなどの措置を取っていない」ことから、注意義務に違反した過失があると結論付けている。

(2) 他方で、「Bは、顧問であるZを補佐する立場にあり、練習計画などは全てZが決定していたこと」、「剣道部の練習に参加する回数も限られていたこと」等から導き出されるBの立場やZとの関係性を指摘した上で、Bは、顧問であるZの意向に反することは困難なものであったと判断している。

さらに、Bは、壁に頭を打ち付けて倒れたAに駆け寄った際、Zから「B先生、これは演技じゃけん、心配せんていい。」「これが熱中症の症状じゃないことは俺は知っている。」などと制止されたことを起因して、すぐに救急車の出動を要請するなどの措置を講じなかったこと、「ZにみられるようなAの全身状態を悪化させるような不適切な行為には及んでいないこと」を認定し、「職務上の立場において負うべき注意義務の内容に照らしても、その注意義務違反の程度が重大であり、その注

意を甚だしく欠いたものとはまでは認められない」と判示した。

2 争点②について

住民訴訟における相手方に対する損害賠償請求権に係る損害の有無及び額について、損益相殺を肯定した上で、財務会計上の行為による損害と、その行為の結果生じた利得は、相当因果関係がある限り損益相殺できるとした（最判平成六年十二月二〇民集四八卷八号一六七六頁（平成一四年法律第四号による改正前の地方自治法二四二条の二第一項四号に関するもの）等参照）。そして、本件供託金の支出と本件保険金の収入との間に相当因果関係を認め、損益相殺により、求償権の上限は二〇〇万円であるとした。⁵⁾

3 争点③について

求償請求の制限については、公務の遂行を通じて公権力の行使という行政目的を実現していることを指摘した上で、その公務の性格、規模、施設の状況、当該公務員の業務の内容、勤務条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防もしくは損失の分配についての国又は公共団体の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の

公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度で、求償を請求できるとした。

本件の場合、教員の勤務態様や部活動の特質、並びに本件事故までにZが実施してきた事故防止の対策及び指導状況等の諸事情に照らし、損害の公平な分担という見地から、信義則上二〇〇万円の二分の一の限度で求償を請求できるとした。

4 争点④について

まず、債権行使の裁量については、地方公共団体が有する債権の管理について定める地方自治法二四〇条、地方自治法施行令一七一条から一七一条の七までの規定から、客観的に存在する債権を理由もなく放置したり免除したりすることは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使又は不行使についての裁量はないとした（最判平成一六年四月二三日民集五八卷四号八九二頁参照。以下「平成一六年最判」という。⁶）。

そして、国家賠償法一条二項に基づく求償権は、不法行為に基づく損害賠償請求権と同様に、債権の存否自体が必ずしも明らかでない場合が多いことを指摘した上で、債権不行使が違法な怠る事実⁷に該当するには、少なくとも

も、客観的にみて求償権の発生を認定するに足りる証拠資料を地方公共団体の長が入手し、又は入手し得たことを要するとした（最判平成二一年四月二八日集民二三〇号六〇九頁参照。以下「平成二一年最判」という。）。

本件の場合、Y県知事は、本件前訴判決及び本件前訴において提出された証拠を入手し、又は少なくとも容易に入手することができたことから、前訴の証拠及び判決等からすれば、客観的に見てZに重過失があり、求償権の発生を認めることは可能であるとした。そして、求償権を行使せず、その行使を見合わせることにした判断に合理性があると認めるに足りる例外的な事情は認められないとして、怠る事実の違法性を認めた。

三 控訴審の判断

第一審においてXらの請求が一部認容されたことを受けて、Y県知事は控訴し、Xらは、第一審の敗訴部分について附帯控訴をした。

控訴審は、本件控訴及び附帯控訴をいずれも棄却した。判断枠組みはおおむね第一審を踏襲している。Xら及び

Y県知事は、上告せず、本件は確定した。⁽⁷⁾

以下、本稿においては、第一審における判断枠組みを土台に、国家賠償法一条二項に基づく求償権の要件である重過失を中心に考察を行う。これと関連する限りで、公務員の個人責任、及び住民訴訟を通じた求償権行使の意義についても検討する。

四 分析と検討

1 法律関係の概要

(一) 特定の損害が特定の客体において発生した場合、損害発生原因の所在や属性を見定め、賠償責任の成否、帰属及び配分を適切に検証し、一連の関係主体において公平に分担することが必要となる。損害発生が行政作用に起因する場合で機能するのが、国家賠償法に定められた損害賠償に関する諸規定である。⁽⁸⁾

(二) 国又は公共団体が損害賠償責任を負う場合、「公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する」(国家賠償法一条二項)。本件でXらは、Z及びBに重過失があ

りY県知事が求償権を取得したにもかかわらず行使を違法に怠っているなどと主張して、住民訴訟を提起している。

(三) 国家賠償法一条一項に基づく国又は公共団体の責任を巡っては、国・公共団体が責任を負う根拠となる法律構成について見解が分かれている。すなわち、不法行為責任は第一次的には公務員個人に帰属するが、それを国又は公共団体が代位するという代位責任説と、国又は公共団体自身が不法行為を行ったものとして、損害賠償責任が第一次的に国又は公共団体に帰属すると解する自己責任説の対立である。

代位責任説は、国家賠償法一条一項が「公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて」と規定していること、及び同条二項が求償権規定を置いていること等を根拠にしている。⁽⁹⁾ 他方、自己責任説は、同法一条一項に「公務員に代つて」という表現がないこと、公務員の故意・過失は客観的に捉えられた「公務運営の瑕疵」の表現と解すべきこと、及び公務員は、国に対し職務上の義務違反として責任を負担すべき地位にあるから求償権の行使を受けるのは当然であること等を根拠にし

ている。^⑩

たしかに、代位責任の考え方を貫くと、加害公務員を特定できない場合に賠償責任の追及が困難になるとも考えられる。^⑪しかし、違法な職務活動に起因して損害が発生したことを立証できた場合に、加害公務員を特定できなくとも国家賠償責任を認める解釈は、代位責任を基盤に置いて可能である。最判昭和五七年四月一日民集三六卷四号五一九頁は、「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどのような違法行為によるものであるかを特定することができなくても、右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があつたのでなければ右の被害が生ずることはなかつたであろうと認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもつて国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができない」と判断している。国家賠償法一条一項の条文構成も踏まえ、責任の性質は代位責任と捉える

のが妥当と考える。

2 公務員の個人責任の検討

(一) 国家賠償法の審議過程

第二次世界大戦後、日本国憲法一七条が国又は公共団体に対する損害賠償請求に係る法律の制定を定めたことを受けて、内閣が国家賠償法案を提出し、昭和二年七月七日、衆議院司法委員会へ付託された。同年一〇月一五日、衆議院本会議において、参議院から回付された修正が是認され国家賠償法が成立するまでの約三か月間、両議院及び各委員会で同法案の審議が行われている。この審議の過程で、衆議院司法委員会は、「国家賠償法案（内閣提出）に関する報告書」を作成している。この報告書は、「不法行為をした公務員は、国又は公共団体より求償を求められても被害者から直接賠償の請求を受けるといことがなくなつた」ことが法案の特色であると説明している。^⑫政府原案の作成段階では、公務員の個人責任について肯否は必ずしも明確でなかつたとされる^⑬が、立法者意思は否定説に傾斜していたと考えられる。^⑭

(二) 判例の考え方

国家賠償法の施行から八年を経て、最高裁判所は、公

務員の個人責任の成立を否定する判断を示した（最判昭和三〇年四月一九日民集九卷五号五三四頁¹⁵）。以下「昭和三〇年最判」という。昭和三〇年最判は、当該請求は公務員の「職務行為を理由とする国家賠償の請求と解すべきであるから、国または公共団体が賠償の責に任ずるのであつて、公務員が行政機関としての地位において賠償の責任を負うものではなく、また、公務員個人もその責任を負うものではない」と述べるにとどまり、個人責任を否定した理由は明らかではない。だがその後も、最高裁判所は一貫して公務員の個人責任を否定している¹⁶。

（三） 学説の展開と分析

加害行為をした公務員自身が直接被害者に対して損害賠償責任を負うかについて、国家賠償法には明文規定がないことから、学説上幾つかの見解に分かれている。

（1） 公務員の個人責任を否定する見解は、国家賠償法一条一項が「国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずる」と規定していること、被害者救済のためには支払能力のある国又は公共団体が賠償に应ずれば十分であること、国家賠償法一条二項が求償を故意・重過失に限定していることとの均衡、求償権の規定は個人責任の否定を

前提としていること、及び公務員の職務執行を萎縮させないこと等を論拠にしている¹⁷。

（2） 否定説に対しては、国や公共団体の責任と公務員の個人責任は別個の問題であること、私人の不法行為において使用者責任（民法七一五条）が成立する場面では、加害行為者自身も民法七〇九条に基づく損害賠償責任を負いうることとの均衡等から批判があり、学説上、公務員の個人責任を肯定する見解も有力である。肯定説の中では、軽過失にとどまる場合にも広く認める見解もある¹⁸もの、求償権規定との均衡から、故意又は重過失がある場合に限定する見解が、現在多数といえる¹⁹。

（3） 公務員の個人責任を肯定する解釈を採る場合、加害公務員に対する損害賠償請求は、民法七〇九条を根拠に行うことになる。したがって、肯定説を展開する場面では、民法学的視点との整合性を確保することが必要となる²⁰。公務員の職務上の注意義務違反と民法七〇九条の過失要件における行為義務違反を区別して捉え、不法行為の一般原則を根拠に直接的な公務員の個人責任を肯定すべきであるという見解は、傾聴に値する²¹。その一方で、警察官、消防隊員及び自衛官等による職務執行のよ

うに権力的な性質を強く帯びた公務においてまで、民法七〇九条に基づく個人責任を認めたのでは、職務執行における萎縮効果も懸念される。そのため、このような権力的公務については、個人責任成立を故意又は重過失がある場合に限定すべきとの見解もある。²²⁾

立法者意思が個人責任否定に傾斜していたとして、最終的に国家賠償法に個人責任を排除する規定を設けなかったことは、むしろ解釈として公務員の個人責任を否定しないことを許容する意思の現れとも読み取れる。また、法制定後の経過に目を向けると、国家賠償法に基づく賠償責任が肯定される範囲が、同法一条一項が定めた各要件の解釈の変化及び進展に伴って拡張している。例えば、「公権力の行使」の意義について、立法者は命令・強制等の伝統的な権力作用に限定する狭義説に立っていたと理解されている。²³⁾しかし現在では少なくとも、このような狭い範囲に限定する考えは、判例及び学説も採ってはいない。²⁴⁾このように、立法者意思が波及する場面や効果の度合いが、対象となる事象及び要件解釈の変容によって弱まることも少なくない。

否定説を前提にすると、国家賠償責任の対象範囲の拡

張に伴って、公務員の個人責任の成立する範囲が縮減する。²⁵⁾損害の公平な分担への配慮を踏まえると、一律に公務員の個人責任を否定する解釈には限界があると考ええる。また、国家賠償責任の性質として、先述のように代位責任を基礎に据えるならば、公務員個人が不法行為責任を負うことが理論的に許容される方向に働く。

一つの考え方として、権力的行政活動については、公務員個人の職務執行に関する萎縮や公務の適正な執行の阻害を考慮して、公務員の個人責任を否定する一方、非権力的行政活動については、私人間における損害賠償請求と均衡を保つため、公務員に故意又は重過失がある場合には、民法七〇九条に基づく損害賠償責任を肯定するという解釈もできよう。この解釈手法の場合、権力的行政活動と非権力的行政活動の識別及び判断基準が問題となるが、従来の狭義説で捉えられていた命令・強制等の伝統的な権力作用（国家統治権の優越的意思の発動たる行政作用²⁶⁾）を、権力的行政作用として位置づけることで指標を定立できると考える。

3 公務員に対する求償権

(一) 趣旨及び機能

公務員の個人責任について否定説に立つと、公務員個人は、直接被害者に対して損害賠償責任を負わない。このことを前提に国家賠償法一条二項の趣旨を検討すると、その立法理由は、「公務員自身個人責任を負わない結果、公務員が、国又は公共団体に対する職務に精励せしめることにならないことを顧慮し、政策上これを採用した」ものとされる⁽²⁷⁾。また、求償権は、国家賠償により被害者から国民全体へと分散された損害を公務員個人に集中する機能を持つている⁽²⁸⁾。

国家賠償法案の審議過程では、公務員に対する求償権において重過失要件を設定し、その成立を絞り込んだ趣旨として、「軽過失の場合でも官吏に責任を負わすということはいささか苛酷に過ぎる」ものであり、「あまり苛酷であると、官吏も職務執行について臆病になりはしないか、従つて官吏個人の求償責任を求めるときには、故意、重大な過失のあつた場合に限定」したと説明されている⁽²⁹⁾。軽過失の場合にも求償権を行使できるとすると、公務員の職務執行が萎縮し、職務執行の停廃をもた

らすおそれがあり、それを避けるための政策的考慮によると考えられている⁽³⁰⁾。

(二) 重過失の判断枠組み

重過失の評価においては、重過失と軽過失の間に質的な相違はなく量的な相違があるにすぎないため、实例に応じた具体的な判断が必要とされている⁽³¹⁾。この重過失要件の指標として度々掲げられるのが、失火ノ責任ニ関スル法律(明治三十二年法律第四〇号。以下「失火責任法」という。)に関する最判昭和三十三年七月九日民集一一卷七号一二〇三頁である(以下「昭和三十三年最判」という。)。昭和三十三年最判は、「重大な過失とは、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたようなほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態を指すものと解するのを相当する」と判断している⁽³²⁾。重過失要件は、民法上、錯誤における表意者の重過失(民法九五条三項)や証券的債権に対する弁済(民法五二〇条の一〇)等にも定められている。基本的には、失火責任法のように加害者の責任負担要件になっている場合には緩やかに、

加重要件や免責要件になっている場合には狭く解すべきとされている。⁽³³⁾

このような特色を踏まえ、重過失要件の意義に関する考え方は、以下の二つに大別される。一つ目は、昭和三二年最判のように故意に近接した著しい注意欠如の状態を指すとの考え方である。⁽³⁴⁾ この考え方については、既にローマ法上、重大な過失 (magna culpa, culpa lata) は、悪意 (dolus) とみられ、今日的には「殆ど故意に近い著しい注意欠如の状態」ということができ、昭和三二年最判は、ローマ法以来の伝統的観念にも合致するとの指摘もある。⁽³⁵⁾

二つ目は、「故意と過失の中間」的発想である。すなわち、悪意ないし故意に準じるものではなく、著しい注意義務違反という意味での理解である。⁽³⁶⁾

重過失の認定は、個々の事件における総合的価値判断であるから、定義の相違は現実の結論の相違をもたらさないとの見解もある。⁽³⁷⁾ しかし、重過失が請求権発生要件である場合、原告は、被告に重大な過失があったことの評価根拠事実を請求原因として主張立証しなければならず、他方、被告は、評価障害事実を主張立証しなければ

ばならない。⁽³⁸⁾ 当事者が立証責任を負う事実を特定し、主張立証を展開する際に、裁判所の基本的姿勢を識別するうえで、重過失の定義を特定する意義は大きい。⁽³⁹⁾

(三) 本件における重過失の認定

(1) 第一審

本件第一審は、Zについて、「単にその注意義務を怠ったにとどまらず、Aの全身状態を悪化させるような不適切な行為にまで及んでいるのであるから、その注意義務違反の程度は重大であり、その注意を甚だしく欠いたもの」と説示し、重過失を認定している。

Bについては、「顧問であるZを補佐する立場にあり、練習計画などは全てZが決定していたこと」「剣道部の練習に参加する回数も限られていたこと」等のBの立場やZとの関係性から「Bは、顧問であるZの意向に反することは困難なものであったといえ、加えて、Aに駆け寄った際にZから制止されたため、すぐに救急車の出動を要請するなどの措置を講じなかったこと」、「ZにみられるようなAの全身状態を悪化させるような不適切な行為には及んでいないこと」等の事実から、Bについて、職務上の立場において負うべき注意義務の内容に照らし

ても、「その注意義務違反の程度が重大であり、その注意を甚だしく欠いたものとまでは認められない」として、重過失の成立は否定している。

第一審の判断指標は、注意義務違反の程度の重大性である。先述の二類型に当てはめると、故意と過失の中間的発想に位置づけることができよう。Bは、Zを補佐する立場であったとはいえ、Aが所属していた剣道部の顧問であり、剣道の有段者として本件当日の練習に立ち会っていた。練習の実施状況やAの症状を実際に観察し、練習に参加している生徒の身体状況に注意を払うべき地位にあった。他の加害行為者の意向に反することの困難性といった各行為者間の従属関係を、注意義務違反の度合いを低減する判断因子に据えることには疑問が残る。Z及びBの属性や本件事故に居合わせた経緯から考えて、結果発生を予見しこれを回避する義務の内容自体は、ZとBで差異はない。例えば、Aが倒れたことを現認したBは、自ら率先して他の教員へ連絡したり救急車を呼ぶ等の行為は可能だったと言えるよう。

同程度の注意義務を課せられている中で、各行為者がどのような行動をしたか、あるいは執るべき行動をしな

かったかを主たる要素に据えるのが合理的である。

本件の場合、BはZと異なり、Aの全身状態を悪化させる行為に及ばなかったことを、注意義務違反の程度を判断する際の主眼に据えるのが適切であろう。

(2) 控訴審

控訴審の判断は、おおむね第一審の説示を踏襲しているが、Zの重過失について、熱射病自体を疑うべき事態であり、また、熱射病ではないと断定する合理的な事情はないにもかかわらず、Aの行動を演技だと決めつけて指導を続けた点を指摘し、「生徒の安全確保を図るべき教諭の立場にありながら、生徒の状況を見守ることなく、また、僅かな注意をすれば有害な結果の発生を容易に予見することが可能であったのにそれをするともなくいたのであって、自らの職務上の立場において負うべき注意義務の内容範囲に照らして、重大な過失があるといわざるを得ない」と判示している。結果発生の予見可能性に対して必要とされる注意の程度に着目し、これが僅少であることに対応させて、注意義務違反の重大性を認定している。

予見可能性の論理的位置づけが、第一審では注意義務

違反の重大性を導き出す判断過程を構成する要素の一つにとどまっていたことと比べると、明確化されている。注意義務の密度や構成要素を特定した上で義務違反の程度を判断するという裁判所の思考過程が明らかとなっている点で評価できる。

結果を予見する可能性の程度を重過失認定の構成要素にしている控訴審の考え方は、第一審と比較した場合、先述の二類型のうち、故意に近接した指標になじむ解釈をしているといえよう。この意味で、第一審と控訴審では、重過失認定の判断指標に相違が見られる。重過失の評価根拠事実と評価障害事実を主張立証する当事者の立場を考えると、重過失の意義及び指標について、裁判所が統一性を帯びた理解・解釈をするのが望ましい。

(四) 重過失要件の是非

求償権行使の要件に関連して、重過失要件を削除すべきという見解がある。⁴⁰その理由として、判例上定義が嚴格であり認定のハードルが高く、判決で容易に認められないこと、無過失を争った国及び公共団体が求償権訴訟で重過失を主張することは整合性が取れないこと、求償権行使が積極的に行われるようになることで違法な権利

侵害の抑制を期待できること等が挙げられている。

しかし、過失の度合いが軽度であっても求償権を行使され得るとすれば、前述の個人責任の肯否及び範囲における議論と同様に、職務執行に対する萎縮効果が懸念される。萎縮効果への配慮と関連して私法上の使用者責任に目を向けると、被用者に対する求償権（民法七一五条三項）について、損害の公平な分担という見地から、信義則に照らして求償権を制限するのが判例である（最判昭和五一年七月八日民集三〇巻七号六八九頁⁴¹）。使用者責任における求償権制限の論拠には、経営から生じる危険について保険や価格メカニズムを通じて損失を分散できる使用者との均衡もあり、公務執行の場面と必ずしも利益状況は一致しない。ただ、この信義則法理を当てはめることで萎縮効果等の低減を図れるとも言える。また、実際に本件では、賠償金額について信義則に基づく減額をしている。

だがここで主張立証の構造と照らし合わせると、信義則に基づく求償権制限においては、基本的に、被告側が評価根拠事実を主張立証することになる。原告が請求原因として重過失の評価根拠事実の主張立証責任を負う現

行法の枠組みと比べて、公務員個人の負担に差異が生じる。また、一般条項の機能は慎重に見定める必要がある⁴³。求償権の成否を判断する場合と債権額の減額を図る場面では、信義則が作用する意味合いが異なる。

以上から、重過失を求償権の成立要件に据える現行法の仕組みには合理性があり、法改正による重過失要件の削除までは不要と考える⁴⁴。

4 求償権の実効的な行使と損害の公平な分担

（一）住民訴訟における怠る事実の違法性は、求償権不行使と住民訴訟の活用という意味で重要な論点である。

平成二〇年に制定された国家公務員改革基本法（平成二〇年六月一三日法律六八号）九条三項が、職員の倫理確立及び信賞必罰の徹底のため、「求償権について適正かつ厳格な行使の徹底を図るための措置」を講じるものと定めていることは、求償権行使の重要性の表れである。

この問題の背景として、実際に求償権が行使される事例の少なさが挙げられている。平成一九年一月から平成二〇年六月までの一八か月間に、国家公務員の違法を理由として国家賠償請求訴訟の認容判決が確定したのは、一部認容を含めて合計二九件である。この二九件のうち

判決文で公務員の故意が認められたのは二件であり、重大な過失が認められたのは一件である。故意が認められた事例については国が求償権を行使したが、重過失にとどまる一件は、平成二〇年一〇月までの時点で求償権行使はされていない⁴⁵。重過失要件を立証する負担や、従前の国家賠償請求訴訟で故意・過失要件を争ったこととの均衡は無視できない。しかし、「国の債権の全部又は一部を免除し又はその効力を変更するには、法律に基くことを要する」という財政法八条の規定に照らして、国による求償権行使の適切な運用は必要不可欠である。

（二）地方公共団体の場合は、本件のような住民訴訟の活用による求償権行使の適切な運用が考えられる。求償権行使の懈怠が住民訴訟によって追及された事例は、水道法違反の給水承認留保（拒否）により損害を被った給水申込者が、市に対して損害賠償を請求し、請求を認諾した市が損害賠償金を支払ったところ、当該給水承認留保は市長の不法行為によるものであるとして、住民が、市は市長に対して求償権を行使すべきであるとして、市に代位して損害賠償請求をした事案⁴⁷（東京地判昭和五八年五月一日判タ五〇四号一二八頁）、及び市立小学校

の教諭が叱責行為によって故意に児童に損害を与えたため、市が示談により被害者に賠償金を支払ったところ、住民が、市は当該教諭に対して求償権を行使すべきであるとして住民訴訟を提起した事案⁴⁸（横浜地判平成一四年六月二六日判例地方自治二四一号四七頁）等がある。

また、いわゆる国立マンション事件に関連して、市長の違法行為を理由に市が建設業者に対して損害賠償責任を負担させられたとして住民が市の求償を求めた事案がある（東京地判平成二二年一月二二日判時二一〇四号二二頁）。この請求は認容され、控訴が取り下げられたため確定した。その後、求償訴訟が提起されるとともに、平成二五年一月一九日、市議会が当該求償権について放棄する旨の議決をした。第一審（東京地判平成二六年九月二五日判例地方自治三九九号一九頁）は求償金請求を棄却したが、平成二七年五月一九日、市議会は一転して求償権行使を求める議決をした。⁴⁹控訴審（東京高判平成二七年一月二二日判例地方自治四〇五号一八頁）は、市長に対する請求を認容し、上告棄却及び上告受理申立ての不受理決定に伴い確定している（最決平成二八年一月一三日ウエストロー・ジャパン二〇一六WLJP

CA一二一三六〇〇二）。

住民監査請求及び住民訴訟の制度は、住民からの請求に基づいて、地方公共団体の執行機関又は職員の行う違法又は不当な行為若しくは怠る事実の発生を防止し、又はこれらによって生じる損害の賠償等を求めることを通じて、地方公共団体の財務の適正を確保し、住民全体の利益を保護することを目的としている。⁵⁰違法な行為又は怠る事実について裁判所の判断にゆだねて、判断の客観性と措置の実効性を確保するための制度である。⁵¹債権の適正管理の観点から、客観的に存在する債権を理由なく放置したり免除したりすることは認められず、「債権金額が少額で、取立てに要する費用に満たないと認められるとき」（地方自治法施行令一七一条の五第三号）等の法令が定める場面を除いて、原則として地方公共団体の長にその行使又は不行使について裁量はないと考えるべきである。その意味で、平成一六年最判の指標は妥当であり、これを引用した本件第一審の判断は適切である。

（三） また、債権不行使が違法な怠る事実⁵²に該当するか否かについて平成二一年最判が示した指標は、不法行為に基づく損害賠償請求権の請求原因事実について原告が

主張立証責任を負うことを踏まえた枠組みである。求償権の請求原因事実の主張立証責任を国又は公共団体が負っていることに照らして、本件にこの指標を当てはめることは妥当であろう。

（四） 国及び公共団体が求償権行使に消極的であることは、先述の国の場合の実例数からもうかがわれ、その問題点に近時注目が集まっている⁵²。求償権の行使が活用されない要因として、国家賠償請求訴訟で公務員に過失なしとして争った行政主体が敗訴後に求償することの困難性のほか、公務員間の同僚意識等も理由にあると指摘されている⁵³。国による求償権行使が適切に行われるための制度改革として、会計検査院の改革と国民訴訟の導入を提案する考え方が⁵⁴ある。また、被害者による会計検査院への調査の申立て等の求償権の行使を監視するための立法論を検討すべきとの見解もある⁵⁵。

加害公務員に対しては、懲戒処分による制裁機能や違法行為抑止機能が果たされ、これは注意義務違反の過失にとどまる場面にも当てはまる。実際に本件でも、平成二十一年二月二十八日付けで、Zに対して停職六か月、Bに対して停職二か月の懲戒処分が发出されている。しか

し、発生した損害を適正・公平に分担する視点から考えると、故意又は重過失のある公務員が相応の損害賠償責任を負うのが妥当であろう。

（五） 求償権行使が十分でない実情を踏まえると、解釈に基づいて、故意又は重過失のある公務員個人に対する損害賠償責任の成立を、非権力的行政活動に起因する損害に限って肯定することの有用性は増幅される⁵⁶。私人間の損害賠償請求において被用者の個人責任が認められていることとの均衡は軽視できない。

また、国家賠償請求の判決が確定した後、賠償金の支払又は供託等を経て住民監査請求及び住民訴訟の手続を必要とするのは、損害賠償責任の最終的な帰属を定めるまでの時間が長引く懸念がある。実際に本件では、本件前訴が確定してから本件控訴審が確定するまで、約四年半経過しており、本件事故発生からは八年以上が経っている。被害者救済の意義だけでなく、加害公務員の責任の存否及び範囲を速やかに特定するという視点からも、できる限り迅速に、損害の公平な負担を具現化するのが適切であろう。

この解決策を採る場合、権力的行政活動との識別につ

いて更なる検証が必要となるし、法的安定性や予測可能性の観点からは、個人責任が発生する要件を法改正によつて明文化することも求められよう。あるべき法の解釈は、時の推移そして社会の実状の変動に応じて変遷し得るのであつて、実践的な判断の変化が、どこまで法解釈論として許容され、どこから先を立法政策と位置づけるかが重要となる⁵⁷⁾。

これに加えて、公務員個人に対する損害賠償請求と国家賠償請求の、実体法及び訴訟法における関係性についても検討が必要となる。民法上の使用者責任の場合は、被用者個人の不法行為責任と不真正連帯債務の関係に立つ⁵⁸⁾(大判昭和二十一年六月三〇日民集一六卷一二八五頁)。国家賠償の責任と公務員の個人責任の関係も、基本的に不真正連帯債務の関係にあると理解してよいだろう。使用者責任の原理と照らし合わせて、個人責任の意義を精緻に検討していく必要がある⁵⁹⁾。

訴訟上は、必要的共同訴訟の成立要件には該当せず、通常共同訴訟となる(民事訴訟法三八条)。本件前訴のように同一の手続で訴えが提起され訴訟手続が進行する場合、被害者、国又は公共団体及び加害行為をした公務

員全員に論理的に整合性のある判決が出される。判決の内容が統一され、審理の重複が省かれ効率化される⁶¹⁾。

(六) 本件は求償権の要件である公務員の重過失が争点となつているが、発生した損害をどのような枠組みで帰責させるべきかという視点からの分析も行った。文部科学省は、平成二八年三月三二日、「学校事故対応に関する指針」を公表し、事件・事故災害の未然防止、及び事故対応に関する共通理解と体制整備の促進を掲げている。児童・生徒と教師の信頼関係が要素となる教育領域において、児童や生徒に損害が発生した場合、賠償義務をどのように帰属させるべきかという議論も踏まえ、今後一層の解釈論の展開と充実が必要となろう。

(1) なお、Xらは、本件前訴においてZ及びBに対し、民法七〇九条、七一〇条及び七一条に基づく損害賠償も請求していたが、これらの請求は棄却された。後述の公務員の個人責任との関連で、公務員個人に対する請求の適法性が問題となるが、大半の裁判例は、公務員の個人責任は実体法上の問題であり、訴訟法上の当事者適格の問題ではないと判断している(福岡地飯塚支判昭和四五年八月一二日判時六一三号四六頁、大阪地判昭和

四六年七月一四日判時六四九号六五頁、名古屋高判昭和四七年二月一〇日判時六七八号四六頁、福岡地小倉支判昭和五六年五月二二日判タ四四九号二七一頁、松山地判平成一六年三月一六日訟月五一卷二号三七〇頁、大阪高判平成一七年九月三〇日訟月五二卷九号二九七九頁等）。

(2) 以下、本稿における民法の条文は、平成二九年法律四四号による改正後の条項による。

(3) これは、都道府県立学校の施設整備の不備又は管理上の瑕疵による事故及び教育活動実施中の事故等に起因する損害賠償金等の財政負担を填補し、速やかに被害者の救済を図ることを目的とした保険である。学校責任者賠償責任保険の比較的初期の論稿として、杉村克彦「学校管理者賠償責任保険とその展望」季刊教育法二〇号（一九七六年）四五頁がある。

(4) Zらに対する求償権を行使し、本件供託金相当額の支払を求める措置を講じるよう勧告することを求める住民監査請求である。

(5) なお、第一審判決では、本件保険金が公務員個人の本来的な負担部分へ優先的に充当されるべきとするY県知事の主張に対しては、このような充当方法が可能という「行政裁量があることを基礎付ける財務会計法規上の根拠規定は存在せず、Y県知事の主張は、県に固有の過失が存在しないにもかかわらず、根拠不明な行政裁量を理由に、適正な求償権行使を控えるものといわざ

るを得ない」として、これを斥けた。公務員の個人責任や求償の適正化を考察する上で、保険金充当の位置づけについても、更なる検証が必要である。

(6) 平成十六年最判は、当該事件の結論として、東京都が損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を行使しないことは違法でないと判断している。

(7) 時事ドットコムニュース（平成二九年一〇月一〇日付け）。<https://www.jiji.com/jc/article?k=2017101001269>

(8) 宇賀克也「国家責任の機能」兼子仁・宮崎良夫ほか編『行政法学の現状分析（高柳信一先生古稀記念論集）』（勁草書房、一九九一年）四二三頁以下は、公務員の違法行為に起因して国又は公共団体が負う損害賠償責任の機能として、被害者救済機能、損害分散機能、制裁機能、違法行為抑止機能、及び違法排除（適法状態復元）機能を掲げている。

(9) 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』（酒井書店、一九五四年）一五九頁以下、及び古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、一九七一年）一九一頁以下等。

(10) 今村成和『国家補償法』（有斐閣、一九五七年）九三頁以下、杉村敏正『全訂行政法講義総論（上巻）』（有斐閣、一九六九年）二八〇頁、下山瑛二「損害賠償—国家の不法行為責任と公務員」ジュリスト一三〇号（一九五七年）三九頁、兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）二〇三頁、芝池義一『行政救済法講義（第

三版』(有斐閣、二〇〇六年)二二九頁以下、及び松村享「国家賠償法上の公務員概念と指定管理者の責任―判例理論を踏まえて」自治研究八八巻二二号(二〇二二年)一〇七頁等。

(11) 例えば、いわゆる安保闘争における受傷に関する東京地判昭和三九年六月一九日下民集一五巻六号一四三八頁は、「国家賠償責任が、公務員に代つて負担する代位責任を定めたものではなく、公務員の行為に起因して直接負担する自己責任を定めたものと解するときは、公務員の特定の点については、最小限、その公権力の行使にあつた公務員が行政組織の上でいかなる地位にあり、換言すれば行政機構上のどのような部署に所属している者であるかが解明されるならば、これによつて国家賠償法上のその他の要件を満たすかぎり国または公共団体の賠償責任を問うことができるものと解するのが妥当」と説示している。

(12) 第一回国会衆議院司法委員会会議録第一三号一四三頁(昭和二二年八月五日)。

(13) 第一回国会衆議院司法委員会会議録第一二二頁(昭和二二年八月二日)、及び宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、一九九七年)八九頁以下。

(14) 宇賀・前掲注(13)九一頁。

(15) この判断が示されるまでの間、下級審において公務

員の個人責任を肯定することを前提にした判決もあつた(水戸地判昭和二五年六月一九日下民集一卷六号一〇〇五頁。窃盗被疑事件における警察官による被疑者取調べに関する事件。ただし、この事件では損害賠償責任の成立は否定されている。)

(16) 猪股弘貴「判解」行政判例百選Ⅱ〔第七版〕(二〇一七年)四八〇頁、植村栄治「公務員個人の責任」ジュリスト九三三三三(一九九二年)一六〇頁以下、及び西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第二版〕』(勁草書房、二〇一四年)七一七頁。

(17) 古崎・前掲注(9)一九七頁、猪股・前掲注(16)四八一頁、西埜・前掲注(16)七一九頁、小澤文雄「国家賠償法案」法律新報七三九号(一九四七年)一五頁、有倉遼吉『公法における理念と現実』(多摩書店、一九五九年)二六五頁、田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第一版〕』(弘文堂、一九六四年)二〇九頁、及び雄川一郎『行政の法理』(有斐閣、一九八六年)三三二頁等。

(18) 猪股・前掲注(16)四八一頁、西埜・前掲注(16)七二〇頁、宗宮信次「国家賠償法」法学新報五五巻七号(一九四八年)一九頁以下、乾昭三「国家賠償法」加藤一郎編『注釈民法(一九)』(有斐閣、一九六五年)四一五頁、下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、一九七三年)二五八頁、及び潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第二版〕』(信山社、二〇一一年)二三三頁等。

- (19) 今村・前掲注(10)一二二頁、杉村・前掲注(10)二八二頁、芝池・前掲注(10)二七二頁、猪股・前掲注(16)四八一頁、西埜・前掲注(16)七二〇頁、大浜啓吉『行政裁判法〔行政法講義Ⅱ〕』（岩波書店、二〇一一年）四四八頁、及び阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、二〇〇九年）四四二頁等。また、公務員の対外的賠償責任に関して、否定説に対する疑問を中心に考察している近時の論稿として、津田智成「公務員の対外的賠償責任に関する試論的考察（二）」自治研究九三卷一一号（二〇一七年）九六頁以下がある。
- (20) 例えば、民法七〇九条と七一五条の解釈において、使用者と被用者の損害賠償義務は不真正連帯債務であるとして、被害者はいずれに対しても請求できるのが判例・通説とされている（平野裕之『民法総合6不法行為法〔第三版〕』（信山社、二〇一三年）二五六頁。大判昭和一二年六月三〇日民集一六卷一二八五頁、最判昭和四五年四月二一日判タ二四八号一二五頁、最判昭和四五年九月三〇日判時六四六号四七頁）。
- (21) 潮見・前掲注(18)一二四頁。
- (22) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣、二〇〇七年）二一〇頁。
- (23) 衆議院法制局・参議院法制局編『第一回国会審議要録』（一九五〇年）一七八頁において「公権力の行使とは、警察権や司法権、あるいはたとえば税の賦課徴収のごとき財政権等の行使をいう」との説明がある。
- (24) 倉島安司「判解」行政判例百選Ⅱ（第七版）（二〇一七年）四四二頁、宇賀・前掲注(13)二六頁、及び藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）五三〇頁。
- (25) 非権力的な行政活動も含めて、損害結果に対する責任から公務員が保護されることについては、宇賀・前掲注(13)二八頁及び神橋一彦『行政救済法〔第二版〕』（信山社、二〇一六年）三一頁に指摘がある。
- (26) この枠組みについては、神橋・前掲注(25)三一二頁及び櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第五版〕』（弘文堂、二〇一六年）三六五頁を参考にした。
- (27) 古崎・前掲注(17)二〇二頁。
- (28) 宇賀・前掲注(8)四四四頁。国又は公共団体が賠償責任を負担することで損害分散（loss spreading）が生じる。
- (29) 第一回国会衆議院司法委員会會議録第六号七九頁司法事務官奥野健一政府委員の発言（昭和二年七月二八日）。第一回国会参議院司法委員会會議録第四号三頁の奥野健一政府委員の発言（同月二六日）も同旨。
- (30) 古崎・前掲注(9)二〇三頁、西埜・前掲注(16)七二六頁、及び田中・前掲注(17)二〇六頁等参照。
- (31) 西埜・前掲注(16)七二八頁。
- (32) なお、判決文では更に大判大正二年二月二〇日民

録一九輯一〇三七頁を参照している。

(33) 澤井裕『失火責任の法理と判例』(有斐閣、一九八九年)四五頁。

(34) 澤井・前掲注(33)四八頁。

(35) 石本雅男「判批」民商法雑誌三七卷一号(一九五八年)七〇頁。

(36) 澤井・前掲注(33)四九頁。

(37) 幾代通『不法行為』(筑摩書房、一九七七年)一七四頁。

(38) 大江忠『要件事実民法(4) 債権各論(第三版)』(第一法規、二〇〇五年)七七二頁。

(39) 澤井・前掲注(33)四九頁、及び戸出正夫「失火責任法における重過失の意義」石田満ほか編著『保険法学の諸問題(田辺康平先生還暦記念)』(文眞堂、一九八〇年)一三三頁。

(40) 羽田真「国家賠償法1条2項における「重過失」」教育と研究 早稲田大学本庄高等学院研究紀要三四号(二〇一六年)六一頁。

(41) 潮見佳男『不法行為法(第三版)』(新生社、二〇一六年)一四八頁。

(42) 潮見・前掲注(18)四八頁参照。使用者責任をもつばら企業責任と結びつける点に特徴があると指摘されている。

(43) 山本敬三『民法講義I総則(第三版)』(有斐閣、

二〇一一年)六二四頁。

(44) なお、公務員に対する求償ルールについて経済学的視点から分析した論稿として、宮澤信二郎「国家賠償と求償に関する経済分析」社会科学研究六二巻二号(二〇一一年)五九頁がある。この分析では、損害賠償のルールが加害者の行動のみならず被害者の行動にも影響を及ぼし、結果として損害の発生する確率に影響が生じるという構造を前提に検証が行われている。国家賠償法一条二項及び同法二条二項が、政府と公務員の責任配分を規定しており、この求償ルールと賠償ルールが各当事者に波及する影響を検討した結果、公務員の責任を重過失の場合に限定することが、各当事者から社会的に望ましい注意水準を引き出す上で重要な役割を果たしていることを論証している。

(45) この重要性を指摘するものとして西埜・前掲注(16)六三二頁、及び西埜章「住民訴訟を通じての求償権の行使」明治大学法科大学院論集一二巻(二〇一三年)六九頁がある。

(46) この一八か月間の統計は、平成二〇年一〇月一日付け参議院議員近藤正道による内閣への質問主意書(国会法七四条)に対する、同月一〇日付け答弁書における数値である(阿部泰隆「国家賠償法上の求償権の不行使からみた行政の組織的腐敗と解決策」自治研究八七巻九号(二〇一二年)二五頁以下)。

(47) 根拠規定は平成一四年の改正（平成一四年法律四号。同年三月三〇日公布、同年九月一日施行。）前の地方自治法二四二条の二第一項四号である（いわゆる代位訴訟）。市長に故意ありとして請求は認容された。

(48) 市立小学校の教諭による叱責行為が原因で転倒した児童の損害について、当該教諭が治療費及び見舞金等として一〇二万余を当該児童に支払い、市は当該児童に対し示談金三四〇万円を支払った。その後、市の住民が市長を被告として、当該教諭に対し求償権を行使すべきであるのにこれを怠っているとして怠る事実の違法確認を求めた訴訟である（地方自治法二四二条の二第一項二号）。この請求は、当該教諭に対する求償額が約二二万円余であり、「少額の金額のために求償権を行使せずに訴訟を控えるのは、求償権行使について怠る事実があるとはいえない」として棄却され確定している。

(49) 議会による権利放棄議決については、平成二四年に出された最高裁判所の三つの判例が指標として参考になる（最判平成二四年四月二〇日民集六六卷六号二二七頁、最判平成二四年四月二〇日判時二二六八号四五頁、及び最判平成二四年四月二三日民集六六卷六号四二三頁）。これらの判例等の分析については、西原雄二「住民訴訟と議会による権利放棄議決」日本法学八一巻二号（二〇一五年）一〇七頁を参照。

(50) 最判昭和五三年三月三〇日民集三三巻二号四八五頁

参照。

(51) 松本英昭『要説地方自治法〔第九次改訂版〕』（ぎょうせい、二〇一五年）五六三頁。

(52) 阿部・前掲注(46)三頁。

(53) 宇賀・前掲注(13)八八頁、阿部・前掲注(46)三〇頁。

(54) 阿部・前掲注(46)三〇頁。

(55) 宇賀・前掲注(13)八八頁。

(56) 猪股・前掲注(16)四八一頁は、求償権行使と整合性を有する現実的な解釈として「公務の性質で区分けはしていないが―故意又は重過失のある公務員の個人責任を肯定する可能性を指摘している。

(57) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、二〇一三年）五二六頁。

(58) 両者の関係に関する先駆的な研究として、淡路剛久「使用者の責任と被用者の責任との関係について」立法学二二号（一九七四年）一〇八頁以下がある。

(59) 国家賠償法と民法上の不法行為について検討したものととして、藤村和夫編『使用者責任の法理と実務―学説と判例の交錯』（三協法規、二〇一三年）二頁以下〔藤村和夫〕等がある。

(60) 井上繁規『必要的共同訴訟の理論と判例』（第一法規、二〇一六年）三三頁以下。

(61) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下〔第二版補訂版〕』（有斐閣、二〇一四年）三七一頁。

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1
(T E L) 03-5275-8510
(F A X) 03-5275-8537
(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

揭載順

吉原達也	南健悟	野中貴弘	田中夏樹	長谷川福造
日本大学教授	日本大学准教授	日本大学助教	日本大学助教	日本大学助教

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il Il

田白野中小岡岩渡水西友清栗楠喜河賀大江柳大齋
村方村靜野山井辺戸原岡水原谷多合来保島瀬岡藤
千和未美敬義徳克雄史恵千 義利健拓泰 康
武晴彦知典二和夫典二仁介里清人修輔也子昇聡輝

日本法學第八十四卷第一號

平成三十年六月二十日 印刷
平成三十年六月二十日 発行
非売品

編集責任者
池村正道
日本大学法学会

発行者 日本大学法学研究所
電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二二四 A&Xビル
印刷所 株式会社 メディオ
電話〇三二(三二九六) 八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 84 No. 1 June 2 0 1 8

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tatsuya Yoshihara, *Hozumi Nobushige and his Lectures on Roman Law*

Kengo Minami, *Piercing the Corporate Veil in Labour Law Cases*

Takahiro Nonaka, *Gebrauch einer Sache durch den Käufer vor der
Rücktrittserklärung im deutschen Recht
— Im Hinblick auf Zweck, Weise und Ergebnis des
Gebrauchs unter Berücksichtigung, ob der
Rücktrittsgrund bekannt ist*

Natsuki Tanaka, *Determination of Parties Involved in Deposit Contracts
and Attributable Entities of Deposit Claims: Based on the
Legal Structure of Debit Card Agreement*

CASE COMMENT

Fukuzo Hasegawa, *An Investigation of the Conditions for Gross
Negligence in Cases in which the Reimbursement Right to
Public Servants is Exercised*