

日本法學

第八十六卷 第二・三号 2020年12月

論 說

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について …………… 西原 雄 二

スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論 …………… 長谷川 貞 之

研究ノート

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所 …………… 岡 田 俊 幸

判例研究

輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と

転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年（許）第26号債権
差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する
許可抗告事件、抗告棄却、民集71巻5号789頁、判タ1440号112頁、
判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、
金法2075号64頁 …………… 清 水 恵 介

翻 訳

ゲルマン私法からみた物の差異について ……………

クリスティアン・トマジウス
ヨハン・コンラット・ネーゼン
出 雲 孝 訳

日本法学 第八十五卷第四号 目次

南部篤教授退職記念号

日本法学 第八十六卷第一号 目次

論 説

ドイツにおける計画策定手続の展開に関する考察
——我が国の計画策定手続の充実化への応用を見据えて——
……長谷川 福造

資 料

穂積陳重博士『羅馬法講義』第二編
羅馬法正編第一卷及び第二卷
……吉原 達也 編

論 説

由利公正と太政官札財政……………甲斐素直

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について

西原 雄二

目次

- 一 はじめに
- 二 住民監査請求前置主義の存在理由
- 三 物的側面の同一性
- 四 人的側面の同一性
- 五 結びに代えて

一 はじめに

地方自治法二四二条によれば、住民監査請求について、地方公共団体の住民は、当該地方公共団体の長や職員等に

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について（西原）

よる違法・不当な公金の支出、財産の取得・管理・処分、契約の締結・履行、債務その他の義務の負担があると認めるとき、又は違法・不当に公金の賦課・徴収、財産の管理を怠る事実があると認めるときは、これらを証する書面を添え、監査委員に対し、監査を求め、当該長等に対して、必要な措置（当該行為を防止・是正し、当該怠る事実を改め、又は当該行為・怠る事実によって当該地方公共団体の被った損害を補填するために必要な措置）を講ずべきことを請求することができる。

これに対して、地方公共団体の監査委員は、監査を行い、当該請求に理由がないと認めるときは、理由を付して、その旨を書面により請求人に通知し、かつ、これを公表しなればならず、当該請求に理由があると認めるときは、当該地方公共団体の議会や長等に対し必要な措置を講ずるよう勧告するとともに、当該勧告の内容を請求人に通知し、かつ、これを公表しなればならない（同法二四二条五項）。

さらに、当該住民は、その措置に不服がある場合等には、同法二四二条の二により、裁判所に対し、住民訴訟を提起することができる。住民訴訟については、住民監査請求前置主義が採用されており、住民は住民監査請求をしない限り、これを提起することができないとされる（同法二四二条の二第一項）。

住民が監査請求を行った後に、住民訴訟を提起することができるのは、①監査委員の監査の結果又は勧告に不服がある場合、②監査委員の勧告を受けた議会、長その他の執行機関又は職員の措置に不服がある場合、③監査委員が住民監査請求のあった日から六〇日を経過しても監査又は勧告を行わない場合、④監査委員の勧告を受けた議会、長その他の執行機関又は職員が必要な措置を講じない場合である（同法二四二条の二第二項）。

住民監査請求は、住民訴訟に先立ってまず地方公共団体の内部において自主的解決を図るための制度である。これ

に対し、住民訴訟は、監査結果の当否を争うための訴訟ではなく、執行機関又は職員の違法な財務会計行為（財務会計上の行為又は怠る事実）を対象として、地方公共団体の違法な財務行政の防止・是正又は損失・損害の回復を目的とする制度である。⁽¹⁾

住民訴訟制度の意義について、最高裁判例では、「地方自治法二四二条の二の定める住民訴訟は、普通地方公共団体の執行機関又は職員による同法二四二条一項所定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実が究極的には当該地方公共団体の構成員である住民全体の利益を害するものであるところから、これを防止するため、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する機能を与え、もつて地方財務行政の適正な運営を確保することを目的としたものであつて、執行機関又は職員の右財務会計上の行為又は怠る事実の適否なしその是正の要否について地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかることができる点に、制度の本来の意義がある」と判示している。

住民訴訟制度においては、住民監査請求前置主義を採用していることから、住民監査請求を前置したといえるためには、住民監査請求における請求の対象と住民訴訟における請求の対象とが同一であることが必要であり、同一性がなければ、その住民訴訟は住民監査請求を前置していない不適法なものとして却下される。請求の対象が同一でなければ、住民監査請求前置の要件を充足したとはいえないからである。⁽³⁾

このように、住民訴訟においては、当該財務会計上の行為等が違法であるか否かという本案の審理のほかに、住民監査請求前置の要件を充足しているか否かといった手続的な問題（本案前の問題）が争われることが少なくない。⁽⁴⁾

住民訴訟においては、住民監査請求を前置したか否かが問題となることが多く、住民監査請求前置については、住

民監査請求の対象と住民訴訟の対象とは同一でなければならないのか、といった問題がある。この対象の同一性の有無は、住民訴訟提起の要件の一つとなっている。

この問題の背景には、次のような事情がある。^⑤

第一に、法律の規定に由来する事情がある。地方自治法上、住民監査請求においては、住民は「当該行為を防止し、若しくは是正し、若しくは当該怠る事実を改め、又は当該行為若しくは怠る事実によつて当該普通地方公共団体の被った損害を補填するために必要な措置を講ずべきこと」を請求することができるが（二四二条一項）、必ずしも請求類型が明確に区分されているわけではなく、住民訴訟の類型を定める二四二条の二第一項各号との間には、相当な開きがある。

第二に、住民監査請求の内容の実態に由来する事情がある。住民監査請求においては、財務会計行為の違法性を指摘することに重点があつて、差止め、怠る事実の解消、損害補填のための措置などを求める場合も、包括的になされることが多い。こうした実態の背景として、住民は、地方公共団体の財務会計行為を外部からみているに過ぎないため、監査結果が出るまでは、どのようにして財務会計行為の是正等を求めるべきかについて、絞り込めないことがある。

第三に、時間的経過に伴う事態の変化に由来する事情がある。例えば、ある財務会計行為の差止めを求めたが、住民訴訟の提起の時点においては、すでに進行して、もはや差止めはできない事態に至っていることも少なくない。

そこで、住民訴訟の請求に関し、住民監査請求の対象とした事項との同一性をどのように判断するのが問題となる。住民監査請求と住民訴訟における請求対象の同一性の問題は、^⑥住民が監査請求で主張しなかったことを住民訴訟

で主張することができるか否かが論点となる。⁽⁷⁾

したがって、以下、本稿は、まず、住民監査請求前置主義の存在理由をみताうえて、住民監査請求と住民訴訟における請求対象の同一性の有無の問題について、物的側面（請求内容の対象）の同一性と人的側面（請求の相手方）の同一性の問題に分けて、多数の判例・学説を中心に考察するものである。

(1) 伴義聖・山口雅樹『新版実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成三〇年）九九頁参照。

(2) 最判昭和五三年三月三〇日民集三二卷二号四八五頁。

また、最高裁判例では、住民監査請求の意義について、住民監査請求が普通地方公共団体の財政の腐敗防止を図り、住民全体の利益を確保する見地から、当該地方公共団体の長や職員の違法・不当な財務会計行為又は怠る事実について、その予防・是正等の措置を監査委員に請求する機能を住民に与えたものであり、住民訴訟の前置手続として、まず当該地方公共団体の監査委員に対し、住民の請求に係る財務会計上の行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法・不当を当該地方公共団体の自治的、内部的処理によって予防・是正させることにあるとされる（最判昭和五〇年五月二七日判例時報七八〇号三六頁、最判昭和六一年二月二七日民集四〇卷一号八八頁、最判昭和六二年二月二〇日民集四一巻一号一二二頁、最判平成二年六月五日民集四四巻四号七一九頁、最判平成五年九月七日民集四七巻七号四七五五頁、最判平成一〇年一月二日一八日民集五二巻九号二〇三九頁参照）。

住民監査請求については、住民の関心も高く、その利用件数も増加の傾向にあり、必要に応じて司法的救済が得られるため、住民自治を実現する具体的手段として大きな意義を有する制度といえる。

(3) 伴・山口・前掲書九九頁参照。

(4) 木ノ下一郎「判例解説」地方財務五三四号一六五頁参照。

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について（西原）

なお、住民監査請求を行わずに提起された住民訴訟は、訴訟要件を欠く不適法な訴えとなるが、口頭弁論終結時までには適法な住民監査請求を行い、かつ監査結果の通知がなされれば、住民監査請求不経由の瑕疵は治癒されたものと解されている（寺田友子「住民訴訟関係」仲江利政編『住民訴訟の実務と判例』（ぎょうせい、昭和六二年）一七四頁、関哲夫『住民訴訟論（新版）』（勁草書房、平成九年）二八〇―二八一頁、細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学四四卷二号五〇頁、静岡地判昭和三〇年五月一三日行裁例集六卷五号一二四二頁、千葉地判昭和三八年三月二九日行裁例集一四卷三号六四五頁、大阪高判昭和五六年一月二六日行裁例集三二卷一〇九五頁、京都地判昭和五八年六月二四日行裁例集三四卷六号一〇三三頁、大阪高判昭和五八年一月二五日行裁例集三四卷一〇九五頁、さいたま地判平成一三年一〇月一五日判例地方自治二二〇号四六頁参照）。

(5) この点については、確井光明『要説住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（学陽書房、平成一四年）七一頁参照。

(6) 本稿で考察する住民監査請求と住民訴訟における請求対象の同一性の問題と類似したものに、住民監査請求を行う際に、その対象をどの程度特定すれば足りるのかという特定性の問題と住民監査請求内部における繰り返し可否の問題がある。これらの問題については、西原雄二「住民監査請求における対象の特定の問題」日本法学七四卷二六〇七頁以下、同「再度の住民監査請求に関する考察」日本法学八四卷二二〇一頁以下参照。

(7) 阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑤』」判例評論四二七号一九頁参照。

例えば、名古屋高判平成五月一日二九日判例タイムズ八四一号一五〇頁では、「地方自治法二四二条の二第一項は、監査請求前置主義を規定しているけれども、右は抗告訴訟における審査請求前置とは全く性質を異にするものである。即ち、同法二四二条の二第一項の住民訴訟は、住民がその所在する普通地方公共団体の財務についての違法不当の是正を求めるために、自己の法律上の利益にかかわらない当該普通地方公共団体の住民という資格で、特に同法によって出訴することが認められている民衆訴訟の一種であるところ、同法二四二条が定める監査委員に対する監査請求は、地方公共団体の職員の財務会計行為の違法不当をまず当該自治体の自治的、内部的処理によって予防、是正することを期待している。そうした前記二四二条の二第一項一号ないし四号は、右監査請求に対する監査委員の監査の結果等に不服がある住民に対し、裁判の道を開いているもの

である。かかる法の趣旨からすると、監査請求前置の要件を充足したというためには、監査請求と住民訴訟の対象とが必ずしも完全に一致する必要はないけれども、その対象事項の同一性が必要であると解される」と判示している。

二 住民監査請求前置主義の存在理由

地方公共団体の住民が住民訴訟を提起するにあたっては、まず専門的機関である監査委員に対して住民監査請求を行わなければならない^①。これは「住民監査請求前置主義」と呼ばれている。この監査請求前置主義は、昭和二三年の地方自治法改正により、新たに住民監査請求及び住民訴訟の制度が導入された際に、その中に新設されたものであり、その後、昭和三八年の同法改正においても存置され、今日に至っている。

住民監査請求前置主義を採用した理由^②については、次のように説明されている。

まず、昭和三八年の同法改正前においては、「監査請求前置主義をとつた理由は、本来ここにおいて問題となつてゐる違法不当行為は、行政権の内部における事柄であるから、先ず、行政的措置によつて解決を図るべきであり、行政的手段によつて解決がなされない場合に限り、司法的措置を求むべきであるとされるためである。即ち、それは、訴願前置主義の存在理由と類似性を有する。而して、監査前置としたのは、当該行為はその大半が財務計理上の問題であるから、この方面の専門であり、かつ公正なる見地にたつて判断をなしうる監査委員をしてその任に当らしめるのを適当としたため^③」である。

次に、昭和三八年の同法改正後において、その立案に際しての議論を踏まえつつ、監査請求前置制度の導入に際し

ては異論もあつたが、「かような手続をとくに要求したのは、地方公共団体の内部に地方公共団体の事務全般にわたつて当否の監査を行なうことを任務とする監査委員という機関が設けられている以上、職員の違法・不当な行為によつて住民全体の利益が害されるような事実が発生した場合には、まずこの機関に監査の機会を与えることによつて、できうれば、事件を自主的に解決させるほうが地方自治の本旨からいつても、また、裁判所の負担を軽減する意味からいつても好ましいと考えたため⁴⁾」である。

しかし、一方で、住民監査請求前置主義に対しては、住民の正当な出訴権をチェックする結果を招く恐れがあること、監査委員は前審機関としての機能を十分に発揮する能力に乏しいこと、監査委員が勧告を行つても、関係機関が何らの措置も講じない場合には監査委員としては、とるべき手段がないこと等の理由から、批判的な見方もある⁵⁾。

今日では、住民監査請求前置主義の存在理由については、こうした所説を踏まえて、①違法・不当な財務会計上の行為又は怠る事実については、財務会計事務の専門的・技術的な性格から、専門的知識を有する監査委員の判断を受ける方が適切な場合が多いため、②財務会計行為等の当否は、まず当該地方公共団体内部の問題として、自主的・主体的な解決を図ることが地方自治の本旨（憲法九二条）に沿うため、③住民監査請求手続の方が、住民訴訟手続と比較して簡易かつ迅速に処理できるため、④裁判所の負担が軽減されるためなどが挙げられている。

このように、住民監査請求前置主義については、住民訴訟の提起にあたって、まず、監査委員の監査を経ることにより、当該事案に係る事実関係の解明、具体的法律関係の究明及び可能な解決策の探求を予め行い、そのことが住民訴訟における住民の訴訟活動、さらには裁判所による審理判断についてその本来のあり方の実現を容易にし、住民訴訟の機能を制度上予定されたように発揮することが期待されている⁶⁾。

(1) もつとも、甲府地判平成五年三月三十一日判例タイムズ八四三号一五五頁は、当該地方公共団体（特別地方公共団体である一部事務組合）に監査委員が置かれていなかった事案であるが、監査委員が置かれていない以上、監査委員に対して住民監査請求することは不可能であり、また当該一部事務組合に対して住民監査請求することも実効的な監査を期待することができない以上、無用であるとし、住民監査請求を行わなくとも、住民訴訟を提起することができる」と判示している。

(2) 住民監査請求前置主義の存在理由（意義・趣旨）については、久世公堯「違法不当行為等の監査請求及び納税者訴訟（二）」地方財務二二二二六頁、成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第三卷行政救済』（有斐閣、昭和四〇年）二〇八―二〇九頁、同「監査請求及び納税者訴訟について（二）」自治研究三三三卷四号四四頁、三好達「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第九卷 行政訴訟Ⅰ』（日本評論社、昭和五八年）三一六頁、佐藤英善『住民訴訟』（学陽書房、昭和六一年）四四頁、山代義雄「住民訴訟と住民監査請求の関係」民商法雑誌九二卷五号七一―七二頁、同「住民訴訟のシステム」仲江利政編『住民訴訟の実務と判例』（ぎょうせい、昭和六三年）一七頁、園部逸夫「住民訴訟の訴訟法上の問題点」ジュリスト九四一号三〇―三二頁、成田頼明「住民訴訟——制度の回顧と展望」ジュリスト九四一号一九頁、加藤幸嗣「監査請求前置主義」園部逸夫監修・編『実務・自治体財務の焦点第四卷 住民訴訟』（ぎょうせい、平成元年）七一―七三頁、海老沢俊郎「住民監査請求」園部逸夫編『実務地方自治法講座第四卷 住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成二年）二〇―二二頁、古閑裕二「住民監査請求の特定性と同一性」判例タイムズ八二六号五八―五九頁、石井昇「住民監査請求期間の制限と『正当な理由』」甲南法学三三三卷三・四号一九頁、伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成九年）一三頁、関哲夫『住民訴訟論（新版）』（勁草書房、平成九年）二八〇頁、高橋太郎『情報公開・住民監査請求の実務』（新日本法規、平成一〇年）二六〇―二六一頁、團藤丈士「監査請求期間と『正当な理由』」大藤敏編『現代裁判法大系第二八卷 住民訴訟』（新日本法規、平成一一年）六六頁、伊東健次「住民訴訟における住民監査請求の重要性」法律のひろば五五卷八号三八頁、碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（学陽書房、平成一四年）三七―三八頁、秋田仁志「住民監査請求・住民訴訟の手続」秋田仁志・井上元編『住民訴訟の上手な対処法（改訂増補版）』（民事法研究会、平成一五年）三〇頁、廣田達人「住民請求監査法に関する若干の考察」日本財政法学会編『財政法講

座第三卷 地方財政の変貌と法』（勁草書房、平成一七年）二二一頁、大藤敏「住民監査請求における対象の特定」大藤敏編『新版裁判住民訴訟法』（三協法規、平成一七年）二二二頁、大藤敏「適法な監査請求の不適法却下と出訴期間の起算日」大藤敏・前掲『新版裁判住民訴訟法』二六四―二六五頁、寺田友子『住民訴訟判例の研究』（成文堂、平成二四年）二頁、山本隆司「特殊問題 住民訴訟」南博方・高橋滋・市村陽典・山本隆司編『条解行政事件訴訟法（第四版）』（弘文堂、平成二六年）一八三頁、松本英昭『新版 逐条地方自治法（第九次改訂版）』（学陽書房、平成二九年）一〇五七頁、伴義聖・山口雅樹『新版 実務住民訴訟』（ぎょうせい、平成三〇年）九六頁、井上元『住民訴訟の上手な活用法——監査請求から訴訟までの理論と実務Q&A（第二版）』（民事法研究会、平成三二年）一八頁参照。

(3) 久世・前掲「違法不当行為等の監査請求及び納税者訴訟（二）」二六頁。

(4) 成田・前掲「住民訴訟（納税者訴訟）」二〇八―二〇九頁。

(5) 成田・前掲「住民訴訟（納税者訴訟）」二〇九頁、廣田・前掲「住民請求監査法に関する若干の考察」二一五頁、大藤・前掲「適法な監査請求の不適法却下と出訴期間の起算日」二六五頁参照。

(6) 加藤・前掲「監査請求前置主義」七五頁参照。

三 物的側面の同一性

住民監査請求の対象と住民訴訟の対象の同一性については、地方自治法二四二条の二第一項は「同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて……」と定め、文理上は同一性を前提としているが、どの程度の厳格な同一性が要求されるのが問題となる。この点に関して、最高裁判決として、最高裁昭和六二年二月二〇日判決⁽¹⁾（以下、「最判昭和六二年」という。）がある。

本件事案の概要は、次のとおりである。すなわち、新潟県西川町の町長 Y_1 は、有限会社 Y_2 に対し、町有地を随意契約により売却し、その旨の所有権移転登記を行った。同町の住民 X らは、昭和五四年四月二〇日、町有地の売却価格が時価に比して著しく低廉であつて、同町の財政運営上多大な損害を生じさせるものであるとし、その是正を求める旨の第一回目の住民監査請求を行ったが、同年六月一六日、同請求には理由がない旨の通知を受けた。 X らは、同年一月二〇日、町有地を随意契約により売却したのは違法である等の主張を追加して、再度、第二回目の住民監査請求を行ったが、昭和五五年一月一七日、同請求に理由がない旨の通知を受けた。 X らは、同年一月三〇日、第二回監査請求の監査結果を不服として、地方自治法二四二条の二第一項四号（平成一四年法律四号による改正前のもの）に基づき、同町に代位して、 Y_1 に対し、 X らの主張する適正時価と売却価格との差額九三二二万余円の損害を賠償するよう求めるとともに、 Y_2 に対し、同額の不当利得の返還を求める住民訴訟を提起した。

本件における争点は、①再度の監査請求の可否、②監査請求と住民訴訟の対象の同一性（財務会計上の行為を不当・違法とする監査請求は、特段の事情のない限り、当該財務会計上の行為が違法、無効であることに基づく実体法上の請求権の行使を怠る事実を理由とする監査請求をその対象として含む）、③怠る事実の監査請求期間の三点であつた。

第一審判決及び第二審判決は、 X らの訴えを不適法なものとして却下した。

最判昭和六二年は、②監査請求と住民訴訟の対象の同一性について、「住民監査請求の制度は、住民訴訟の前置手続として、まず当該普通地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によつて予防、是正させることを目的とするものであると解せられるところ、法二四二条の二第一項は、『普通地方公共団体の住民は、前条第一

項の規定による請求をした場合において、……裁判所に対し、同条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、訴えをもつて次の各号に掲げる請求をすることができる。』と規定し、住民訴訟は監査請求の対象とした違法な行為又は怠る事実についてこれを提起すべきものとされているのであつて、当該行為又は当該怠る事実について監査請求を経た以上、訴訟において監査請求の理由として主張した事由以外の違法事由を主張することは何ら禁止されていないものと解せられる」と判示した。

財務会計上の行為の違法・不当を理由とする住民監査請求と、怠る事実の相手方に対する損害賠償請求等の住民訴訟との関係について、最判昭和六二年は、普通地方公共団体の住民が当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の財務会計上の行為を違法・不当であるとして、その是正を求める監査請求をした場合には、特段の事情が認められない限り、同監査請求は当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権を当該地方公共団体において行使しないことが違法・不当であるという財産の管理を怠る事実についての監査請求も、その対象として含むと判示した。最判昭和六二年によると、当該職員の財務会計上の行為を対象として、その違法・不当を指摘して住民監査請求を行い、この監査請求に基づいて、財務会計上の行為が違法、無効であることを理由に地方公共団体が取得することになる損害賠償請求権、不当利得返還請求権を行使していないことが財産管理を怠る事実であるとして、その相手方に損害賠償及び不当利得返還の請求をすることを求める住民訴訟を提起することも、住民監査請求前置の要件を満たすことになる。⁴⁾

このような事例では、住民訴訟段階での主張が異なっても住民監査請求との同一性を有するという判断に基づくものや、住民訴訟は監査結果そのものの当否を争うものではなく、財務会計上の違法状態を除去し、損害を回復さ

せるところにあるから、住民監査請求と同一である必要はないとの判断が前提となっている。⁽⁵⁾

したがって、当該財務会計行為又は当該怠る事実について住民監査請求を経た以上、住民監査請求で主張した違法事由と異なる違法事由を主張することもできる。

次に、最高裁判成一〇年七月三日判決⁽⁶⁾以下、「最判平成一〇年」という。がある。本件は、福井県吉田郡松岡町の住民である原告が、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、土地区画整理事業計画上の道路予定地とその代替用地であった町有地（以下、「本件土地」という。）との交換契約が同町の公有財産の交換等に関する条例に反する違法なものであるとして、本件土地の一部転得者Y₁及び抵当権者Y₂を被告として、所有権一部移転仮登記及び抵当権設定登記の抹消登記手続を求める住民訴訟である。

本件事案の概要は、次のとおりである。町とZとは、昭和六一年五月六日に、町所有の本件土地とZ所有の前記道路予定地とを交換する旨の契約を締結し、Zは本件土地につき所有権移転登記を経由した上、同土地に建物を建築して同土地を占有している。Y₁は、本件土地につき、昭和六一年五月一三日受付の所有権一部移転仮登記を経由し、Y₂は、同土地につき、昭和六一年八月一二日受付の抵当権設定登記を経由した。原告は、昭和六二年三月一〇日、松岡町監査委員に対し、本件交換契約が前記条例に反することを理由に、本件土地の返還及び所有権移転登記の抹消登記手続等を求める旨の住民監査要求をしたが、監査委員が同請求から六〇日を経過してもこれに対する判断の結果を通知しなかったため、同法二四二条の二第一項四号に基づく住民訴訟を提起した。

第一審判決⁽⁷⁾では、原告は、①Zに対する所有権移転登記抹消登記手続及び建物収去土地明渡し、②Y₁に対する前記所有権一部移転仮登記の抹消登記手続、③Y₂に対する前記抵当権設定登記の抹消登記手続をそれぞれ求めていたが、

これらをいづれも認容した。

第二審判決では、被控訴人のY₁らに対する訴えが監査請求前置の要件を充足しているか否かにつき職権で調査した上、本件監査請求において求められた措置内容は、Zに対して本件土地の所有権移転登記抹消登記手続を求め、これを町に返還させること並びにこれができない場合にZ及び町長に損害賠償を支払わせることであつて、前記②及び③は監査請求の対象とされていないから、被控訴人らのY₁及びY₂に対する訴えは、法の定める監査請求を経ておらず、監査請求前置の要件を欠く不適法なものであるとして、いづれに対する訴えも却下した。

これに対して、最判平成一〇年は、「住民訴訟につき、監査請求の前置を要することを定めている地方自治法二四二条の二第一項は、住民訴訟は監査請求の対象とした同法二四二条一項所定の財務会計上の行為又は怠る事実についてこれを提起すべきものと定めているが、同項には、住民が、監査請求において求めた具体的措置の相手方と同一の者を相手方として右措置と同一の請求内容による住民訴訟を提起しなければならないとする規定は存在しない。また、住民は、監査請求をする際、監査の対象である財務会計上の行為又は怠る事実を特定して、必要な措置を講ずべきことを請求すれば足り、措置の内容及び相手方を具体的に明示することは必須ではなく、仮に、執るべき措置内容等が具体的に明示されている場合でも、監査委員は、監査請求に理由があるとき、明示された措置内容に拘束されずに必要な措置を講ずることができると解されるから、監査請求前置の要件を判断するために監査請求書に記載された具体的な措置の内容及び相手方を吟味する必要はないといわなければならない。そうすると、住民訴訟においては、その対象とする財務会計上の行為又は怠る事実について監査請求を經ていと認められる限り、監査請求において求められた具体的措置の相手方とは異なる者を相手方として右措置の内容と異なる請求をすることも、許

されると解すべきである」としたうえで、「本件についてみると、原審の確定した事実関係によれば、本件監査請求においては財務会計上の行為として河合弘和による本件契約の締結が明示されており、本件訴えにおいてもその点に何ら変わりはないのであるから、請求の内容及びその相手方が監査請求におけるものと異なるからといって、本件訴えが監査請求前置の要件に欠けるということとはできず、本件訴えは適法というべきである」と判示した。

住民訴訟においては、その対象とする財務会計上の行為又は怠る事実について監査請求を経ていると認められる限り、監査請求において求められた具体的措置の相手方とは異なる者を相手方として同措置の内容と異なる請求をすることも、許されるところとした。

住民訴訟では、住民監査請求前置主義が採用されているため、住民監査請求を経ない住民訴訟は不適法であり、したがって、住民監査請求と住民訴訟との関係については、両者間に対象の同一性が肯定されることが必要である。もつとも、従前から、住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性については、両者の完全な一致が必要であると形式的に考えられているわけではなく、裁判例上も、ある程度緩やかな判断が下されてきた。本件においては、住民監査請求では、本件交換契約締結の違法を理由に契約の直接の相手方に対する原状回復請求と行為者に対する損害賠償請求を求めているのに対し、住民訴訟では、所有権に基づく第三者に対する妨害排除請求に変更したのであるから、請求権の構成が大きく異なっている。また、住民監査請求の対象は、①対象となる財務会計上の行為又は怠る事実、②求める措置の内容、③措置の相手方から構成されている⁹。本件において、これらの各要素を比較して、同一性の有無を検討すると、異なるのは、②求める措置の内容と③措置の相手方だけであって、①対象となる財務会計上の行為又は怠る事実については、内容も行為者も完全に一致している。そして、同法二四二条一項が「必要な措置を講ずべきこ

とを請求することができる」とだけ規定していることや、監査の結果による是正方法には様々なものがあり、請求内容には拘束されないことからすると、求める措置の内容を重視するのは相当ではなく、求める措置の内容と住民訴訟の請求内容は異なっても差し支えないと解される。このように考えると、財務会計上の行為又は怠る事実の内容及び行為者が同一である限りは、住民監査請求と住民訴訟との対象の同一性は、肯定されるべきである¹⁰。

こうして、最判平成一〇年は、「財務会計上の行為又は怠る事実」が同一である限り、監査請求において求めた具体的措置の内容及び相手方を問わずに、住民訴訟を提起することができるという判断を示したものである。これは、住民監査請求は、監査委員の監査の端緒を与えるものであるという考え方に共通するところがある。対象とする「財務会計上の行為又は怠る事実」が同一である限り、住民監査請求前置の要件を判断するにあたって、監査請求書に記載された具体的な措置の内容及び相手方を吟味する必要はないということになる¹¹。

最判平成一〇年の意義は、住民訴訟における住民監査請求の前置の要件を充たすには、違法と主張される財務会計行為又は怠る事実が住民監査請求と住民訴訟において同一であれば足り、求めた措置や相手方が同一である必要はないことを明確にした点にある¹²。

最判平成一〇年は、住民監査請求前置の要件の充足性を判断するにあたり、措置の相手方、内容に拘束されないことを明言したもので、最判昭和六二年をさらに発展させたものと評価できる¹³。このように、最高裁は、財務会計上の行為又は怠る事実の同一性について、比較的緩やかに解釈しているといえる。

下級審判決においても、請求対象の同一性の問題について、緩やかに解した例が数多くみられる。

例えば、公金の支出がなされる前に当該支出が違法であるとしてその差止めを求める住民監査請求を行ったが、こ

れが棄却された後に、当該支出がなされてしまった場合に、当該支出について再度の住民監査請求を経ることなく、当該支出の違法を理由とする損害賠償請求を提起した事案において、住民監査請求前置の要件を充足するとした判決^⑭、住民監査請求（道路建設が違法であると主張して、市長に道路の原状回復請求）と住民訴訟（市長個人に道路建設のための請負契約及び公金支出の違法性を合むとして、建設工事請負契約に基づく公金支出の損害賠償請求）は、監査の理由として主張された事由と、住民訴訟で主張された事由との間に、少なくとも実質的同一性が認められるとした判決^⑮、長に対して違法な公金支出の差止めを求めた住民監査請求とその支出による損害の賠償を代位請求する住民訴訟の対象との同一性を認めた判決^⑯などがある。

これに対して、ある年度の固定資産税の徴収を怠る事実について住民監査請求を行ったうえで住民訴訟を提起したが、訴訟提起後に発生した平成二年度、三年度第一期分の固定資産税の徴収を怠る事実の違法確認の訴えを追加的に提起することは、住民監査請求前置の要件を充足しないとされた判決^⑰もある。

また、「求める措置」とは異なる事項を請求内容とする住民訴訟が提起された場合、請求対象の同一性はどのようなのが問題となる。それは、「求める措置」というものを、どのように評価するのにかかってくる^⑱。すなわち、「求める措置」が、同一性の判断に際し、住民監査請求の対象と同格の評価を受ける性質のものであれば、「求める措置」と住民訴訟の請求の異同は、対象の同一性の判断に影響を与えることとなり、両者に実質的同一性が認められない場合は、住民監査請求前置の要件を欠くこととなる。「求める措置」と住民訴訟における請求とに不一致があつても、同一性は失われないと解される。

その理由については、第一に、住民監査請求においては、財務会計上の行為又は怠る事実は他の事項から区別して

特定認識できるように個別的、具体的に特定する必要があるのに対し、求める措置については必ずしも特定は要求されず、「必要な措置を取ることを求める」程度で済まされている場合のあること、第二に、監査委員は必要な措置を勧告する際にも、住民の求めた措置に拘束されないと解されていること、第三に、財務会計上の行為又は怠る事実の違法の態様が明らかになれば、多くの場合、その是正・回復のため取るべき措置は法理論的に決まってくることであり、それが挙げられる。

住民監査請求における求める措置と住民訴訟の請求形式が異なっても同一性を失わないとした事例は多い¹⁹。

さらに、住民監査請求の対象とされた財務会計上の行為若しくは怠る事実から派生し、又はこれを前提として後続することが当然に予測される行為若しくは怠る事実を住民訴訟の対象とする場合には、住民監査請求前置の要件を充足すると判断されている。例えば、裁判例においては、財務会計上の行為が違法・不当であるとして、差止めの措置を求めて住民監査請求を行い、同監査請求に基づいて差止請求の住民訴訟（二号請求）を提起したところ、その訴訟係属中に、差止めの対象とした財務会計上の行為がなされてしまった場合、原告は、新たに住民監査請求することなく、当該財務会計上の行為によって地方公共団体の被った損害の賠償を、当該職員に対して請求することを求める四号請求に追加的に変更することができると判示している²⁰。

近年の裁判例においても、住民監査請求と住民訴訟の請求対象の同一性が認められている。

例えば、京都地裁平成二八年二月四日判決²¹では、京都市の住民である原告らは、京都市議会議員であった本件各議員及び各議員の一部が所属していた本件各会派が政務調査費を違法に支出したとして、被告（京都市長）に対し、地方自治法二四二条の二第一項四号に基づき、違法に支出された額に相当する金員の支払を本件各議員及び各会派に請

求することを求めた住民訴訟について、「当該怠る事実について監査請求を経た以上、訴訟において監査請求の理由として主張した事由以外の違法事由を主張することは何ら禁止されていないところ（最高裁判所昭和六二年二月二〇日第二小法廷判決・民集四一卷一号二二三頁参照）、本件監査請求で原告らが対象としていたのは、被告が本件各支出に係る不当利得返還請求権の行使を怠っている事実であり、これを本件訴訟においても対象としているのであるから、本件訴訟において本件監査請求の理由として主張した事由以外の違法事由を主張することは何ら禁止されない。……原告らは適法な住民監査請求を経たものとして、本件訴訟を提起できる。したがって、本件訴訟は適法である」と判示する。

東京地裁平成二八年三月三〇日判決²²では、東京都の住民らが東京都による株式会社新銀行東京（新銀行東京）への出資金が回収不能になったとして、計画を推進した元知事と旧経営陣らに対し、損害賠償を請求するよう求めた住民訴訟において、本案前の争点として、本件住民監査請求と本件訴えとの対象の同一性に関し、「本件住民監査請求は、東京都が、石原、補助参加人ら及び『その他の取締役及び執行役（かつてその地位にあった者も含む。）』の共同不法行為により、①新銀行東京に対して当初に出資した一〇〇〇億円のうち八五五億円に相当する損害を受け、また、②新銀行東京に対して追加の出資をした四〇〇億円の相当する損害を受けたにもかかわらず、これらの損害に係る損害賠償請求を怠る事実があるとしてされたものである。そして、本件訴えは、①本件相手方らが、それぞれ東京都に対する不法行為をし、それらが共同不法行為に当たるとし、これらにより、東京都に対し、新銀行東京に対する当初の出資の額である一〇〇〇億円のうち八五五億円及び追加の出資の額である四〇〇億円の相当する合計一二五五億円の損害を与え、また、②石原が、東京都に対する不法行為をし、これにより、東京都が四〇〇億円の追加の出資をし

て、東京都に対し、同額の損害を与えたとして、被告に対し、本件相手方らに上記の不法行為に基づく損害賠償請求権に係る金員の支払の請求をすることを求めるといふものである。そうすると、本件住民監査請求及び本件訴えはいずれも、東京都の『財産』たる損害賠償請求権の行使を怠ったことを請求の原因とするものであつて、原告らは、本件住民監査請求及び本件訴えのいずれにおいても、新銀行東京に対する当初の出資の額である一〇〇〇億円のうち八五五億円及び追加の出資の額である四〇〇億円に相当する合計一二五五億円の損害が東京都に生じたとし、この損害を生じさせた本件相手方らの不法行為について、東京都の職員としての注意義務と新銀行東京の役員等としての注意義務が一体のものとして把握されることを前提とした主張をするものであるから、本件住民監査請求及び本件訴えにおける怠る事実に係る管理の対象となる『財産』は、いずれも、東京都の有する他の財産と区別して認識し得る程度に特定されており、また、そのように特定された範囲で社会的な同一性を有するものであるということができると判示する。

大阪地裁平成二九年五月一九日判決²³では、市の住民らが、本件各財務会計職員が補助参加人と意を通じ補助参加人に不当な利益を与える目的で違法に本件請負契約を締結し、本件支出命令及び本件支出を行い、又はこれらに關与したと主張し、共同不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠る事実が財産の管理を怠る事実に当たるとして本件各財務会計職員及び補助参加人に対し損害賠償請求又は賠償命令をしよう求める住民訴訟において、本件監査請求の対象と本件訴えの対象の同一性に關して、「本件監査請求書の記載内容からすると、本件監査請求は、本件請負契約の締結及びこれに關与する行為を対象として」と認められる。また、本件監査請求書には本件支出命令及び本件支出は明示されていないものの、本件請負契約の締結と本件支出命令及び本件支出は公金の支出を構成する一連の行為

であつて、いずれの違法も本件請負契約に基づいて支払われた請負代金の返還を請求する根拠となり得るものであり、支出負担行為の是正又はこれによる損害の填補は、同時に支出負担行為を前提とする支出命令及び支出の是正又はこれによる損害の填補と重なることなどを考慮すると、本件監査請求は、本件請負契約の締結及びこれに關与する行為のみならず、本件支出命令、本件支出及びこれらに關与する行為をも対象に含むものと解するのが相当である。……本件監査請求は、本件各財務会計行為及びこれに關与する行為が違法であるとして損害賠償請求をするよう求める趣旨と解されるところ、法二四二条の二第一項四号に基づく訴訟は、地方公共団体が損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を有するにもかかわらず、これを行使しない場合にその行使を求めるものであり、本件監査請求は同号に基づく訴訟を予定して行われたものであることからすれば、本件監査請求は、吹田市が本件各財務会計行為及びこれに關与した行為が違法であることを理由とする損害賠償請求権を有するにもかかわらずこれを行使しないことについても監査を求める趣旨を含むものと解するのが相当である。したがつて、本件監査請求は、本件各財務会計行為及びこれらに關与する行為が違法であることに基づく損害賠償請求権の行使を怠る事実をその対象に含むものであるといふべきである。以上によれば、本件監査請求及び本件訴えは、いずれも本件各財務会計行為及びこれらに關与する行為が違法であることを理由とする損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象とするものであるといふことができ、本件監査請求の対象と本件訴えの対象は同一性を有するといふことができる」と判示する。

物的側面の同一性を肯定した裁判例として、最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁、最判平成一〇年七月三日判例時報一六五二号六五頁、名古屋高判昭和四四年一月二二日行裁例集二〇卷一二号一七二六頁、静岡地判昭和五一年四月一日行裁例集二七卷四号四八九頁、岡山地判昭和五二年一月二七日行裁例集二八卷一二号

一三八〇頁、東京地判昭和五三年五月三十一日行裁例集二九卷五号一一一頁、東京高判昭和五五年一月二二日行裁例集三一巻一二号二六一五頁、広島高判昭和五六年一月二〇日行裁例集三二巻一号一頁、東京高判昭和五七年二月二五日判例時報一〇三八号二七四頁、浦和地判昭和六一年六月九日判例時報一二二一号一九頁、東京地判平成元年六月二三日行裁例集四〇巻六号六〇三頁、東京高判平成二年一月二九日判例時報一三五一号四七頁、高松地判平成三年七月一六日判例タイムズ七七七号一二四頁、水戸地判平成三年一月一二日判例時報一四四九号八六頁、大阪高判平成四年一月二五日判例地方自治一一四号三五頁、東京高判平成五年九月二八日行裁例集四四巻八・九号八二六頁、京都地判平成二八年二月四日（判例集未搭載）判例秘書LLI/DB・L07150054、東京地判平成二八年三月三〇日（判例集未搭載）判例秘書LLI/DB・L07130721、大阪地判平成二九年五月一九日判例時報一三六四号一九頁がある。

これに対して、物的側面の同一性を否定した裁判例として、山口地判昭和四四年一月二五日行裁例集二〇巻一一号一七六二頁、東京地判昭和五五年一〇月九日行裁例集三一巻一〇号二〇六九頁、東京地判昭和六二年二月二五日判例タイムズ六五五号一一九頁、大阪地判昭和六三年六月二四日判例タイムズ六七九号一六五頁、大阪高判平成二年四月二六日判例タイムズ七三一号一三三頁、和歌山地判平成三年九月一日判例タイムズ七七三号一三七頁、名古屋高判平成一一年一月二八日判例地方自治二〇七号五三頁がある。

以上のことから、対象の同一性の問題については、比較的緩やかにとらえる判例・学説が多いことがわかる。厳格な同一性を要求しない理由としては、第一に、財務会計の管理運営は通常、継続性があるものが少なくないことから、住民監査請求の対象とされた行為又は事実から派生ないし連続する行為・事実についても、住民訴訟で争えるようにしないと、住民監査請求期間との関係で不当に限定されてしまう恐れがあること、第二に、住民訴訟の趣旨は、監査

の結果を争うものではなく、財務会計運営の違法な状態の是正にあり、地方公共団体の損害発生防止と損害の回復を図るものであるから、住民監査請求との同一性を厳格に解する必要はないというものである。²⁴⁾

(1) 最判昭和六二年二月二〇日民集四一巻一号一二二頁参照。

本最高裁判決については、木佐茂男「最新判例批評」判例評論三四五号三四頁以下、野村善史「実務演習 同一人による同一の監査請求」自治実務セミナー二六巻九号六二頁以下、北崎秀一「地方自治関係判例紹介」地方自治四七九号一一三頁以下、田中館照橘「判例評釈」法令解説資料総覧六六号一二八頁以下、石川善則「時の判例」ジュリスト八八九号七四頁、西鳥羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号二九頁以下、鈴木庸夫「判例解説」『昭和六二年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊六七七号三二〇頁以下、石川善則「判例解説」法曹時報四二巻六号一三九頁、石川善則「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和六二年度』(法曹会、平成二年)六八頁以下、阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑤』」判例評論四二七号一九頁以下、金子昇平「判例解説」『地方自治判例百選(第三版)』別冊ジュリスト一六八号一五六頁以下、正木宏長「判例解説」『地方自治判例百選(第四版)』別冊ジュリスト二二五号(平成二五年)一五七頁以下、岡森識晃「判例解説」『行政判例百選(第七版)』別冊ジュリスト二三五号(平成二九年)二六二頁以下参照。

(2) 新潟地判昭和五六年六月二九日行裁例集三二巻九号一五三五頁参照。

第一審判決では、第二回監査請求は第一回監査請求と同一の行為を監査対象とする不適法なものであり、本件訴えは、同法二四二条の二第二項一号に基づき、第一回監査請求の監査結果がXらに通知された日である昭和五四年六月一六日から三〇日以内に提起されるべきところ、同出訴期間を経過した昭和五五年一月三〇日に提起されたことを理由に、Xらの訴えを不適法なものとして却下した。

(3) 東京高判昭和五七年八月三一日行裁例集三三巻八号一七六三頁参照。

第二審判決では、第一回監査請求、第二回監査請求は同一内容であって、本件訴えは、一事不再議の原則の適用及び同法

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性について(西原)

二四二条二項所定の出訴期間の徒過により不適法であるとした。

(4) 石津廣司「訴訟要件」小早川光郎・青柳馨編『論点体系 判例行政法第三卷』（第一法規、平成二八年）一三二頁参照。

(5) 鈴木庸夫「判例解説」『昭和六二年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊六七七号三二一頁参照。

(6) 最判平成一〇年七月三日判例時報一六五二号六五頁参照。

本最高裁判決については、木ノ下一郎「判例解説」地方財務五三四号一六五頁以下、太田幸夫「判例解説」『平成一〇年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一〇〇五号二八六頁以下、山之内紀行「判例解説」行政判例研究会編『平成一〇年行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成二二年）一六五頁以下参照。

(7) 福井地裁平成四年一月一七日判例タイムズ八四一号一五二頁参照。

(8) 名古屋高判平成五年一月二九日判例タイムズ八四一号一五〇頁参照。

本高裁判決については、石原直樹「判例解説」『平成六年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊八八二号三一〇頁以下参照。

(9) この点に関して、古閑裕二「住民監査請求の特定性と同一性」判例タイムズ八二六号六三頁は、住民監査請求では、①対象となる行為者（長、委員会、委員、職員等）、②監査対象（財務会計上の行為又は怠る事実）、③違法事由、④求める措置が要素となっているとし、対象の同一性の問題は、前記事項について、住民監査請求と住民訴訟とでどのような齟齬があるかを認定し、その齟齬があっても住民監査請求前置主義の趣旨に照らして実質的にみて同一といえるかどうかを検討すべきであると

(10) 最判平成一〇年七月三日判例時報一六五二号六五頁、三好達「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第九巻 行政訴訟Ⅰ』（日本評論社、昭和五八年）三一九頁参照。

ちなみに、横浜地判平成二二年三月三〇日判例地方自治三三三三号一四頁では、住民監査請求前置の有無について、「地方自治法二四二条の二第一項は、普通地方公共団体の住民は、監査請求に係る違法な行為又は怠る事実について住民訴訟を提起することができる」と定めているから、この監査請求前置の要件を充足したというためには、住民監査請求の対象とされた財務会

計行為と住民訴訟の対象とされた財務会計行為との間に同一性が認められることが必要である。……住民訴訟は、普通地方公共団体の執行機関又は職員による同法二四二条一項所定の財務会計行為について、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する権能を与え、もって地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とした制度であつて、監査委員の監査の結果そのものの当否を争うための訴訟ではない。そうすると、住民訴訟の対象とされた財務会計行為と監査請求の対象とされた財務会計行為は必ずしも完全に一致する必要はなく、財務会計行為に係る社会的経済的行為又は事実が実質的に同じであると認められれば、同一性を肯定してもよいものと解される」としたうえで、本件について、「住民訴訟の対象とされた財務会計行為と監査請求の対象とされた財務会計行為とは実質的に同一である」と判示する。

(11) 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』（法曹会、平成一二年）三五六―三五七頁、水谷里枝子「住民訴訟の提起とその後の手続」大藤敏編『現代裁判法大系第二八巻 住民訴訟』（新日本法規、平成一一年）九二頁以下、碓井・前掲書七五頁、松本英昭・前掲書一〇五九頁参照。

(12) 太田・前掲「判例解説」二八七頁参照。

(13) 細川・前掲「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」五六頁参照。

(14) 東京地判昭和五三年五月三一日行裁例集二九卷五号一一一頁、東京高判昭和五五年一二月二二日行裁例集三一卷一二号二六一―五頁参照。

(15) 東京高判昭和五七年二月二五日行裁例集三三卷一・二号二〇一頁参照。

(16) 高松地判平成三年七月一六日判例タイムズ七七号一二四頁参照。

住民訴訟の一号請求ないし四号請求の間で、請求の類型を変更することは、財務会計行為に係る事実の同一性があれば可能である。公金の支出が違法であるとして、長に対し一号請求（差止請求）をしていたところ、後に支出されたので、長に対する四号請求（損害賠償請求）に変更することがしばしば行われるが、一号請求の提起前になされた住民監査請求に対する監査委員の判断は、四号請求に変更されたとしても変わらないため、四号請求に訴えを変更するに先立ち、新たな住民監査請求を求めることは無益で、不要なことである（細川・前掲「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」五七頁参照）。

(17) 名古屋高判平成一一年一月二八日判例地方自治二〇七号五三頁参照。

本高裁判決については、白井皓喜・秋山祐司「はんれい最前線」判例地方自治二二一号五頁以下参照。

(18) 木ノ下・前掲「判例解説」一六九頁参照。

(19) 例えば、名古屋高判昭和四四年二月二二日行裁例集二〇卷一二号一七二六頁、広島地判昭和四五年五月二七日行裁例集二二卷五号八四二頁、岡山地判昭和五二年二月二七日行裁例集二八卷一二号一三八〇頁、広島高判昭和五六年一月二〇日行裁例集三三卷一号一頁、東京地判昭和五三年五月二二日行裁例集二九卷五号一一一頁、東京高判昭和五五年二月二二日行裁例集三一卷一二号二六一五頁、浦和地判昭和六一年六月九日判例時報一二二二号一九頁、東京高判平成二年一月二九日判例タイムズ七三三三三号五二頁参照。

また、学説上、「求める措置」の部分に着目して同一性の有無を論じたものは少ないが、例えば、三好・前掲「住民訴訟の諸問題」三三〇頁は、「行為又は事実につき監査請求で求めた措置と住民訴訟における請求が異なってもよい」と述べている。

(20) 例えば、東京地判平成元年六月二三日行裁例集四〇卷六号六〇三頁、神戸地判平成三年二月二五日行裁例集四二卷二二二六七頁、高松地判平成三年七月一六日行裁例集四二卷六・七号一一二二三頁、東京高判平成五年九月二八日行裁例集四四卷八・九号八二六頁、東京地判平成九年九月二四日判例地方自治一七六号二二頁、横浜地判平成一三年一月一七日判例タイムズ一〇九四号一三九頁、横浜地判平成一三年一〇月五日判例タイムズ一三七八号一〇〇頁参照。

(21) 京都地判平成二八年二月四日（判例集未搭載）判例秘書 L11/DB・L07150054参照。

(22) 東京地判平成二八年三月三〇日（判例集未搭載）判例秘書 L11/DB・L07130721参照。

(23) 大阪地判平成二九年五月一九日判例時報二二六四号一九頁参照。

(24) 大和勇美「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座第九卷 行政訴訟Ⅱ・労働訴訟』（日本評論社、昭和四五年）四八頁、佐藤・前掲書九三頁、小幡純子「時の判例」法学教室二七三号一一一頁参照。

ただし、三好・前掲「住民訴訟の諸問題」三三〇頁は、「行為者ないし怠っているとされた者が異なれば、行為又は事実は同一性を欠く」とする。

四 人的側面の同一性

住民監査請求と住民訴訟の対象となる当該職員ないし相手方の同一性について、肯定説（緩和説）と否定説（厳格説）との対立がある。^①問題は、住民訴訟においては、住民監査請求で求められた具体的措置の相手方と異なる者を相手方として、同措置の内容と異なる請求をすることは許されるのかということである。

人的側面としての同一性を肯定した下級審判決として、例えば、荒川区長、助役の土地取得契約について住民監査請求を行い、住民訴訟の被告に総務部長、財政課長を追加したことにつき、住民監査請求の対象となっていたとした判決^②、「財務会計上の行為に関与した職員が複数である場合において、当該行為の性質、目的等に照らし同一部局員又は担当者であるこれらの職員を一体とみて、その違法性又は不当性を判断するのを相当とするときは、必ずしも、全職員を個別的具体的に摘示しなくてもよい」との理由から、監査結果により判明した職員を、住民訴訟で被告としたことにつき、住民監査請求前置主義に反しないとした判決^③、住民監査請求の段階で、措置の相手方として明示されなかった市長個人に対して住民訴訟を提起した事案で、請求対象の同一性が認められた判決^④、執行機関である長に対し公金の支出が違法であるとしてその差止めを求めていたところ、結局支出されたので、長個人に対する損害賠償の請求（旧四号代位請求）に変更する場合も、その支出は、当該監査請求の対象から派生し又は後続することが当然予想される行為であるため、被告の変更を伴うものであっても、新たな住民監査請求を経ることは不要であるとした判決^⑤などがある。

これに対して、人的側面としての同一性を否定した判決として、例えば、市長の違法な支出命令に従い公金を支出

したことを理由として、市長等への住民監査請求を経ている場合でも、市収入役に対し損害賠償を求める住民訴訟は、収入役の職責は市長・助役とは異なるため、収入役に対する住民監査請求があつたものと認められないため、住民監査請求前置の要件を欠くとした判決^⑥、住民監査請求においては、その対象となる財務会計上の行為又は怠る事実に関する機関又は職員は、具体的に特定されていなければならぬと判示したうえで、住民監査請求書には町長は、監査委員が監査の後必要な措置を講ずるよう勧告する相手方となるべきものとして表示されているに過ぎず、住民監査請求の対象となる財務会計上の行為又は怠る事実に関する機関又は職員として表示されていないことから、町長については住民監査請求がないとした判決^⑦がある。

人的側面の同一性について、前記の最判平成一〇年は、住民訴訟においては、その対象とする財務会計上の行為又は怠る事実について住民監査請求を経れば、住民監査請求において求められた具体的措置の相手方とは異なる者を相手方として、同措置内容と異なる請求をすることも許されると判示した。その根拠として、地方自治法二四二条一項が「必要な措置を講ずべきことを請求することができる」とだけ定め、住民監査請求において求めた具体的措置の相手方と同一の者を相手方とし、その措置を求める請求内容の住民訴訟を提起しなければならぬとする規定はないこと、住民監査請求をする際、措置の内容及び相手方を具体的に明示することは必須ではなく、仮にこれが明示されている場合でも、監査委員はこの請求内容に拘束されずに必要な措置を講ずることができると解されることが挙げられている。

最判平成一〇年では、住民監査請求において重要なことは、①対象である財務会計上の行為又は怠る事実の特定であり、求める措置の内容や相手方を明示することは必要ではない、②仮に求める措置の内容や相手方が明示されてい

ても、監査委員はそれに拘束されない、③住民監査請求書に記載された求める措置の内容や相手方は、住民監査請求前置の要件（本件の場合は、請求対象の同一性）を判断するために吟味する必要がないということである。

最判平成一〇年により、住民訴訟における住民監査請求前置の要件を満たすには、財務会計行為又は怠る事実の対象が住民監査請求と住民訴訟において同一であれば足り、求めた措置と住民訴訟の請求の内容が同一であったり、あるいは相手方が同一人である必要はないこととなった。

四号請求の被告は、平成一四年の地方自治法改正によって、損害賠償等の請求や賠償命令を行う権限を有する「執行機関又は職員」とされ（同法二四二条の二第一項四号）、多くの場合、長が被告となることから、被告を誤って住民訴訟を提起することは少なくなった。⁽⁸⁾

人的側面の同一性を肯定した裁判例として、最判平成一〇年七月三日判例時報一六五二号六五頁、広島地判昭和四五年五月二七日行裁例集二一卷五号四八二頁、東京地判昭和五三年五月三一日行裁例集二九卷五号一一一頁、東京高判昭和五五年一二月二二日行裁例集三一卷二二号二六一五頁、広島地判昭和五七年六月三日判例タイムズ四七四号一九〇頁、東京地判昭和五七年七月一四日行裁例集三三卷七号一五〇二頁、広島地判昭和五九年七月一九日判例地方自治八号一一頁、東京地判平成元年六月二三日行裁例集四〇卷六号六〇三頁、神戸地判平成三年二月二五日判例タイムズ七六七号一〇四頁、高松地判平成三年七月一六日判例タイムズ七七七号一二四頁、京都地判平成四年一月四日判例地方自治一〇六号三一頁、東京高判平成五年九月二八日行裁例集四四卷八・九号八二六頁、東京地判平成九年九月二四日判例地方自治一七六号二二頁、横浜地判平成一一年三月二四日判例地方自治二〇〇号三六頁、横浜地判平成一三年一月一七日判例タイムズ一〇九四号一三九頁、大阪地判平成二三年二月二日判例地方自治三五四号三五頁、

大阪地判平成二三年三月四日判例地方自治三五一号八四頁、広島地判平成二四年三月二一日判例地方自治三七七号三三二頁がある。

これに対して、人的側面の同一性を否定した裁判例として、千葉地判昭和五七年三月二六日行裁例集三三卷三三六〇〇頁、広島高判昭和五八年一〇月一日行裁例集三四卷一〇号一七五七頁、広島高判平成二年五月二三日判例地方自治七七号一八頁がある。

住民監査請求の対象者と住民訴訟の被告とが異なる場合、あるいは訴訟段階で新たに追加する場合も、実質的な同一性の有無から判断すべきである。住民監査請求前置主義は、地方公共団体における違法・不当な財務会計行為を自主的・自律的に解決するために設けられた制度であり、財務会計行為に参与した個々の職員について手続上の権利を保障しているものではないからである。⁹⁾

住民監査請求の段階において、住民が当該財務会計行為の相手方まで特定することは困難である。住民が特定の財務会計行為につき監査請求をする意図は、当該行為に参与した職員が一人であるか、複数であるかには関係ない。複数である場合は、通常はこれらの職員全体を一体として、違法性・不当性を追及することにある。住民監査請求後に違法行為に関わった職員が判明したときには、この職員を新たに被告とすることについても、住民監査請求を経たものと解するべきである。¹⁰⁾

(1) この点については、細川・前掲「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」五九頁以下参照。

否定説（厳格説）は、人的側面としての同一性を厳格に解し、住民監査請求の対象とされなかった者に対しては、住民訴訟

を提起することができないとする考え方である。この説に立つ学説として、三好・前掲「住民訴訟の諸問題」三二〇頁、長野士郎『逐条地方自治法(第一二次訂新版)』(学陽書房、平成七年)八八八頁がある。これに対して、肯定説(緩和説)に立つ学説として、大和・前掲「住民訴訟の諸問題」四八頁、山代・前掲「住民訴訟と住民監査請求の関係」八九頁、佐藤・前掲書九三―九四頁、寺田友子「四号請求の被告適格」民商法雑誌九五巻六号八六三頁以下、関・前掲書二九八頁、阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟⑥』」判例評論四二八号二九頁がある。

住民監査請求前置主義の趣旨が、被告とされる者の手続上の権利の保護にあるとすれば厳格説に、また、地方公共団体の自主的・自律的な是正にあるとすれば緩和説に立つこととなる。

- (2) 東京地判昭和五七年七月一四日行裁例集三三巻七号一五〇二頁参照。
- (3) 京都地判平成四年一月四日判例地方自治一〇六号三一頁参照。
- (4) 横浜地判平成一年三月二四日判例地方自治二〇〇号三六頁参照。
- (5) 東京地判平成元年六月二三日行裁例集四〇巻六号六〇三頁、東京高判平成五年九月二八日行裁例集四四巻八・九号八二六頁参照。

- (6) 千葉地判昭和五七年三月二六日行裁例集三三巻三号六〇〇頁参照。
- (7) 広島高判平成二年五月二三日判例地方自治七七号一八頁参照。
- (8) 出口かおり「住民監査請求・住民訴訟」大島義則編『実務解説行政訴訟』(勁草書房、令和二年)三六七頁参照。
- (9) 木ノ下・前掲「判例解説」一七〇―一七一頁、水谷・前掲「住民訴訟の提起とその後の手続」九四頁、細川・前掲「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」五九頁参照。

人的側面の同一性の問題において、たまたま住民監査請求の対象とされなかった一部職員であっても、住民訴訟の段階で被告とされたとしても、当該職員には予想し得ることであり、これをもって不意打ちというべきではない。そもそも住民監査請求制度は、当該職員らに手続上の権利を保障するものではなく、住民監査請求の対象とされた財務会計行為そのものの適法性・妥当性につき、地方公共団体に自主的統制の機会を与えることにあるからである。したがって、住民監査請求の相手方と

された者と住民訴訟の被告は必ずしも同一人である必要はない。この点、違法・不当な行為があった場合に、住民監査請求前置の制度趣旨からすると、違法・不当とされる行為が同一である場合には、両者の同一性が認められると解するべきである。

(10) 阿部・前掲「判例総合研究『住民訴訟⑥』」一九頁参照。

財務会計上の行為又は怠る事実について住民監査請求を経ていると認められる限り、住民監査請求において求めた具体的措置の相手方とは異なる者を相手方として同措置の内容と異なる請求をする住民訴訟であっても、住民監査請求前置の要件に欠けることはない。求める措置の相手方についても、措置内容によって変化し得るため、措置内容の場合と同様、住民監査請求と住民訴訟との間で相手方の一致を求めるべきではない。

五 結びに代えて

住民訴訟制度においては、住民監査請求の対象とした財務会計上の行為又は怠る事実と住民訴訟において審理の対象となる財務会計上の行為又は怠る事実との間に同一性があることが要請されている。しかし、これをあまり厳格に要求することは、住民の出訴権を不当に制約することになりかねず、住民監査請求前置主義の存在理由（趣旨）とも相容れない結果となってしまうため、¹⁾ 妥当ではない。また、住民監査請求においては、訴訟におけるような請求の趣旨、原因を明確に摘示することは要求されていないし、住民訴訟において、住民が監査請求において求めた具体的措置の相手方と同一の者を相手方として右措置と同一の請求内容による住民訴訟を提起しなければならぬとも規定されていない。この点に関して、前記最判平成一〇年は、「住民訴訟においては、その対象とする財務会計上の行為又は怠る事実について監査請求を経ていると認められる限り、監査請求において求められた具体的措置の相手方とは異

なる者を相手方として右措置の内容と異なる請求をすることも、許される」と判示している。

住民監査請求と住民訴訟の請求対象の同一性を厳格に解釈することは、住民に与えられた住民訴訟提起の権利を事実上制限することとなるため、裁判例の大勢は、対象の同一性に関する要件を緩やかに解釈している。学説も、厳格に解する立場もないわけではないが、多くの裁判例と同様の見解を示している^②。

このように、住民監査請求・住民訴訟の制度趣旨の解釈を通して、請求の内容や対象の同一性を比較的広く認めようというのが学説・判例の傾向といえる^③。

住民訴訟は、住民監査請求を経て提起されるものであるから、この両者の請求の対象は同一でなければならない。しかし、何が同一であるのかが問題で、住民監査請求前置主義の存在理由、住民監査請求後の事態の変化、住民に何度も監査請求をさせる必要性和負担、裁判所の負担などを十分に考慮して判断すべきである。こうした事情を考慮すると、両者の請求対象の同一性は必ずしも厳格に一致する必要はない。両者が形式的には異なっても、実質的な同一性があればよいのである^④。

住民監査請求と住民訴訟の対象の同一性については、「監査請求自体が簡易な制度で、監査の対象を特定できる程度の端緒があれば認められるのであるし、監査委員は職権で調査すべきであるから、原告住民が訴訟を見通して、監査請求の段階で対象をきちんと決めることができなかつたことを問題とすべきではない^⑤」といえる。

住民訴訟は、監査結果の当否を争うための訴訟ではなく、地方公共団体の執行機関又は職員の違法な財務会計行為（財務会計上の行為又は怠る事実）を対象にして、違法な財務行政の防止・是正又は損失・損害の回復を目的とするものであり、また、住民監査請求は、住民訴訟に先立ってまず地方公共団体の内部において自主的解決を図るための制度

である。^⑥ 請求対象の同一性の問題を考える場合、このような制度を前提として考える必要がある。^⑦

以上ことから、住民監査請求・住民訴訟が地方公共団体の財務行政の適正な運営を図るための住民参政の一環という位置付けからすれば、請求対象の同一性も含め、その要件について厳格な解釈をすべきではないと考える。^⑧

(1) 小田靖子「住民訴訟と住民監査制度」大藤敏編『現代裁判法大系第二八号 住民訴訟』（新日本法規、平成二年）一八頁参照。

(2) 木ノ下・前掲「判例解説」一六八頁参照。

(3) 海老沢・前掲「住民監査請求」四三頁参照。

(4) 阿部・前掲「総合判例研究『住民訴訟⑥』」二四頁参照。

地方公共団体の財務会計活動の実態は、住民からみて一般にかなり不透明であるため、「住民監査請求の段階における非違内容の摘示や取られるべき措置内容の提示に厳密さや法律的秩序を要求することには、ことの性質上無理がある」（関・前掲書二九七頁）といえる。

さらにまた、「監査請求の段階では訴訟類型のようなものは決める必要はないのである。監査請求前置は不服申立て前置とは異なるのである。そこで、監査請求は、訴訟との同一性といっても、訴訟物論争のような議論をする必要はなく、専門家の監査委員が監査請求でスクリーンにかけ、調査する機会があったかどうかだけを問題とすれば十分である。そこで、訴訟との実質的な同一性が保たれれば、監査請求前置を満たしたというべき」（阿部・前掲「総合判例研究『住民訴訟⑥』」二五頁）である。

(5) 阿部泰隆『住民訴訟の理論と実務——改革の提案——』（信山社、平成二七年）六頁。

阿部・前掲書四二頁以下においては、住民訴訟制度抜本的改革の考え方を条文の形で、具体的に提案している。

「住民監査請求・住民訴訟法（条文案）」として、第三条第一項では、監査請求について、次のように規定している。

「普通地方公共団体の住民は、当該地方公共団体の長若しくは委員若しくは委員又は当該普通地方公共団体の職員若しくは議員について、次の財務会計行為又は怠る事実の違法又は不当を理由として、監査委員に監査請求をすることができる。

- ① 公金の支出
- ② 財産の取得、管理若しくは処分
- ③ 契約の締結若しくは履行若しくは債務その他の義務の負担（当該行為がなされることが相当の確実さをもって予測される場合を含む。）
- ④ 公金の賦課若しくは徴収又はその怠る事実
- ⑤ 財産の管理又はその怠る事実
- ⑥ 第三者に対する損害賠償の請求若しくは不当利得返還請求、損害防止措置を怠る事実
- ⑦ その他、これに類する財務会計上の行為（財務会計行為の原因となる予算調整行為を含む）又は怠る事実」

第七条第一項では、「普通地方公共団体の住民は、何人も、第三条第一項の規定による監査請求をすることなく、裁判所に對し、第三条第一項の請求に係る違法な行為又は怠る事実につき、当該行為がなされてから一年以内に（ただし、不当利得返還請求、損害賠償請求においては、当該行為がなされてから五年以内に）、又は怠る事実が終結してから一年以内に、本法の規定により訴訟（以下、住民訴訟という）を提起することができる」と定めている。

これは、住民監査請求前置主義を廃止するものである。住民監査請求では認められる場合がほとんど少ないことを前提に、住民監査請求を行うか否かを、住民の自由に任せる選択主義とするものである（阿部・前掲書四六頁参照）。

(6) 住民訴訟に前置される住民監査請求制度の意義が問題となる。つまり、住民監査請求と住民訴訟との関連性である。この点について、二つの見解がある。第一説は、住民監査請求は、住民訴訟の前審であって、取消訴訟における不服申立前置主義と同様な制度と考えて、その対象は住民訴訟と同一と厳格に解する考え方である。それに対して、第二説は、住民監査請求には住民訴訟と異なる独自の存在理由があつて、住民監査請求は、監査の端緒の一つであると解して、両者の対象は異なつてよ

いと考える考え方である。いずれの説に立つかによって、住民訴訟において住民監査請求前置主義の要件を充足しているか否かの判断が異なることとなる（寺田友子『住民訴訟判例の研究』（成文堂、平成二十四年）二頁参照）。

加えて、加藤幸嗣「監査請求前置主義」園部逸夫監修・編『住民訴訟』（ぎょうせい、平成元年）七九頁は、監査委員の行う監査は、住民訴訟において、一定の役割を果たすべきことが制度上予定されている。重要な点は、住民が監査請求を行ったか、あるいは行うことができたかという点よりも、むしろ、十分な監査が行われたか、行われるべきであったかという点にある。同様に、園部逸夫「住民訴訟の訴訟法上の問題点」ジュリスト九四一号三〇—三二頁は、「過誤財務の予防と是正については、第一次的には監査委員も含めて地方公共団体当局の責任であり、住民監査請求は、監査の端緒の一つとして位置づけべきものと考えている。大事なものは、監査請求ではない。監査そのものである」と述べている。

(7) 伴・山口・前掲書九九頁参照。

(8) 前田雅子「住民監査請求・住民訴訟」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点（第三版）』（ジュリスト増刊、平成一六年）二一〇頁、細川・前掲「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」五八頁、碓井・前掲書六三頁、野田崇「判例紹介」民商法雑誌二二九号四・五号一一七頁、吉野夏己『紛争類型別 行政救済法（第三版）』（成文堂、平成二十四年）四八九頁、塩野宏『行政法Ⅲ（第四版）』（有斐閣、平成二十四年）二一七頁参照。

住民監査請求・住民訴訟が、住民による財政腐敗防止の制度として認められている以上、その利用が著しく制限されるような解釈は妥当でない。訴訟要件の解釈のうえで、住民訴訟の制度趣旨を斟酌することは必要である（古閑・前掲「住民監査請求の特定性と同一性」六五頁参照）。

また、住民訴訟制度は、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環としての制度であるから、制定法に明文の根拠がないにもかかわらず、解釈によって訴えの適法要件を創設することは、最小限の範囲にとどめるべきであり、「制度全体の健全な運用を妨げる解釈や明文の根拠に基づかないで住民訴訟の途を閉ざす解釈が多発することは、国民の法律実務家や法一般に対する不信を招きかねないものである」（藤山雅行「基本行為に対する住民訴訟と派生行為に対する住民訴訟の關係」大藤・前掲『現代裁判法大系第二一八巻 住民訴訟』一四三頁）といわなければならない。

スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論

長谷川 貞 之

(目次)

- 一 はじめに
- 二 スマートコントラクトの歴史と沿革
 - 1 ブロックチェーン登場以前のスマートコントラクト
 - 2 ニック・スザボと現代のスマートコントラクト
 - 3 新たなテクノロジとスマートコントラクトの展開
 - (1) IoTプラットフォームとスマートコントラクト
 - (2) ブロックチェーンとスマートコントラクト

スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論 (長谷川)

- (3) スマートコントラクトの現代的展開
 - (4) スマートコントラクトにおける契約的要素
- 三 スマートコントラクトと伝統的契約理論

- 1 伝統的契約理論の動揺
- 2 伝統的契約理論が抱える問題点
- 3 スマートコントラクトとプログラムコード—コードは法か？

- 四 同意理論による契約理論の再構成とスマートコントラクト
- 1 多角的発想に基づくパラダイム転換

- 2 思考形式としての同意理論
- 3 伝統的な意思主義と同意理論

- 4 同意理論によるスマートコントラクトと契約理論の再構成
- 五 スマートコントラクトの紛争解決機能

- 1 スマートコントラクトによる契約の最適化
- 2 スマートコントラクトと契約の不適合責任
- 3 知的エージェントを介した契約の効力
- 4 履行障害と損害賠償、原状回復

— 契約上の連帯からデジタル連帯へのパラダイム転換

六 結 語

一 はじめに

今日、テクノロジーの発展は目覚ましく、人間の生活のあり方を大きく変えようとしている。現代は契約社会といわれるが、テクノロジーの顕著な発展により、契約の捉え方、理解の仕方大きく変わってきた。当事者が自らの意思に基づいて契約を締結し、契約上の義務を履行するのではなく、各種のアプリケーションやコンピュータプログラム、アルゴリズム、人工知能などを介して、または、これらにより、契約を締結し、契約を実行することが一般的に認められるようになってきた。このような契約は「スマートコントラクト」(Smart Contract)と呼ばれている⁽¹⁾。スマートコントラクトは、通常、インターネット上のプラットフォームを介して、見知らぬ者同士をP2P (Peer-to-Peer: ネットワーク上でコンピュータとそのユーザー同士が対等な関係で通信する方式) ネットワーク上で結びつけ、契約の締結および履行をアルゴリズムやコードといったコンピュータプログラムより自動的に行うものである。

スマートコントラクトにいう「スマート」とは、情報化されたシステムやモノなどがインターネットやネットワークに接続されている状態をいい、「コントラクト」とは、法的な拘束力をもつ当事者間の合意、すなわち、契約を意味する言葉である。スマートコントラクトに対して抱いているイメージは人によって異なり、議論がかみ合わないことが多い。一般的には、自動化された契約を実行する仕組みのことを指してスマートコントラクトといっているが、あまり実感はわかないとの指摘もある⁽²⁾。

一般的に、スマートコントラクトは、インターネット上のプラットフォームを介して、P2Pネットワーク上で展開される。最近では、スマートコントラクトは、ブロックチェーンに搭載されることも多く、⁽³⁾ ブロックチェーンを基

盤とする分散型元帳技術 (Decentralized Ledger Technology: DLT) を用いた記録保存などでも利用されている。⁽⁴⁾ また、スマートコントラクトがモノのインターネット (Internet of Things: IoT) と組み合わせり、⁽⁵⁾ 機械思考による契約の締結と実行が広く社会に浸透してきている。⁽⁶⁾

今日、インターネットによる各種のモノやサービスとの相互接続、これらの新しいテクノロジーに依存する企業が増えるにつれて、スマートコントラクトをめぐる法律関係の明確化と規律の必要性が問われ、⁽⁷⁾ また、その法的紛争の解決にも新たな視点が必要とされている。⁽⁸⁾ 従来の伝統的な契約理論に取って代わられる可能性を有するとの指摘もある。⁽⁹⁾ スマートコントラクトを含む契約のデジタル化は、伝統的な契約を取り巻く法律関係ないし社会環境を大きく変えるものである。今まさに「スマートコントラクトの時代」が到来しようとしている。こうした契約が多方面で行われ、普及するならば、規制や契約のガバナンスについても今までとは違う捉え方をする必要が出てくるのは当然であろう。

契約の不履行や不正のリスクが限りなく排除された世界では、信頼のある仲介機関の仲介を要することなく、即時に契約上の義務が実行される。このことは、当事者の合意ないし約束の相互交換を契約成立のための基本的要件とする伝統的な契約理論を根底から揺さぶるものである。⁽¹⁰⁾ 一部の論者は、スマートコントラクトは契約ではないという。⁽¹¹⁾ なぜなら、当事者はそれを知らないか、または意図することなく法的義務を負う可能性があるという点を指摘する。⁽¹²⁾ また、スマートコントラクトは単にコンピュータ上のプログラムソフトでコード化されたルールにすぎないのであり、契約上の合意がない限り法的拘束力はないと考える者もいる。⁽¹³⁾ また、スマートコントラクトにおいては、契約のもつ社会的機能が排除されていることを指摘する者もいる。⁽¹³⁾ スマートコントラクトは、契約の締結と実行が自動化された

プログラムの契約であるが、それ自体、契約といえるのかどうか。現代社会においては、コンピュータプログラムの指示により契約が実行されるなど、合意の重要性は著しく減少し、当事者の意思ないし約束の相互交換を取り上げて議論する実益が問われているとの指摘もある。¹⁴ このため、伝統的な契約理論においては、ここ数年来、合意の概念が一つの争点として議論の的とされてきた。¹⁵

一方、契約を自動的に執行するスマートコントラクトといえども、当事者間で合意し、コード化された条件の解釈が事後的に問題となったり、予期しないコードの破損やコード間の不整合など、システムにバグが生じたりするなどして、当事者間に紛争が生じることがある。また、システムやネットワークへの不法侵入（ハッキング）から契約の執行ができないことも起こり得る。このような場合、裁判所が当事者の真の合意内容を発見し、それを承認することができるのかどうかを含めて、スマートコントラクトをめぐる契約の効力、契約上の責任については、これをどのように考えができるかどうかである。

スマートコントラクトについては、社会での注目度が高まるにつれて、法律上も主要な論点の一つとして取り上げられ、議論されるようになってきた。¹⁶ しかし、スマートコントラクトにより形成される契約については、不透明な点も少なくない。¹⁷ この点、いち早くスマートコントラクトをめぐる契約上の問題を取り上げ、論じてきたのが、アメリカを中心とする伝統的契約法である。¹⁸ 契約の執行を自動的に行うスマートコントラクトについては、明確な形で当事者間の合意や約束の相互交換といったものが存在しているわけではなく、合意内容がコンピュータ言語により記述され、合意内容の記録と内容に従った執行は一体的に処理される。この契約の自動執行という特徴は、前述のような契約の不適合責任の問題が生じた場合の対応につき、裁判所などの第三者による法の介入を認めるかどうかを含めて、意思

の自律と私的自治の原則を標榜する伝統的な契約理論に多くの疑問を投げかけ、その理論的基礎を根底から揺さぶることになった。¹⁹ 近時、スマートコントラクトを実装したデジタルプラットフォームフォームやブロックチェーンを活用したスマートコントラクトによる契約については、当事者間の契約関係が明確でないことが指摘され、それが原因で問題が生じた場合の責任の所在やあり方についての議論が活発である。

本稿は、現代社会で注目されているスマートコントラクトについて、その特徴や法的性質を分析しながら、契約法的側面からその意義を明らかにし、問題点を課題を論ずるものである。スマートコントラクトについては、現在、これを明確に定義するものではなく、二つの意味が混在している。²⁰ 一つは、契約を保存し、その有効性を担保し、契約を執行するためのプログラムないしコードである。これを「スマートコントラクトコード」と呼ぶことができる。もう一つは、法的な意味での契約を補完または代替し、スマートコントラクトコードを実装する技術ないしその応用である。これを「スマートリーガルコントラクト」と呼ぶことができる。ここで取り上げるのは、後者のスマートコントラクトである。

本稿では、まず、スマートコントラクトの台頭の背景ないし沿革について、スマートコントラクトと類似する自動販売機と対比しながら、新たなテクノロジーとしての現代版スマートコントラクトを取り上げ、その意義を明らかにする（二）。次に、契約の締結ないし実行を自動化するスマートコントラクトについて、技術的側面、契約的側面、および、経済的側面を分析したうえで、契約的側面から、従来の伝統的契約理論と対比しながら、契約法の世界に何が起きようとしている問題点を明らかにする（三）。その際、多角的発想に基づくパラダイム転換、思考形式としての同意理論を紹介したうえで、従来の伝統的な契約理論とスマートコントラクトの法的関係について分析し、同意

理論に基づく契約法理の再構成の必要性を指摘する(四)。そして、最後に、このスマートコントラクトという新しいテクノロジーに対して、既存の法的枠組みにどのように組み込むのか、自主的管理に委ねるのが妥当かどうかを論じ、スマートコントラクトの紛争処理機能の重要性を解くことにしたい(五)。

これまで、わが国におけるスマートコントラクトに関する研究は、技術的側面や経済的側面の検討に力点が置かれた⁽²¹⁾。この点、アメリカなどの諸外国では、契約的側面からの研究も豊富である⁽²²⁾。本稿もこれらの研究に負うところが多い。スマートコントラクトが投げかける契約上の問題は、一種のパラダイム転換であり、私法秩序に対して変革をもたらすものである。スマートコントラクトの法律的側面を解明するには、単にそれだけを取り上げて検討するのではなく、コンピュータ上のアルゴリズムやプログラムコードといったシステム全体の構造、IoTプラットフォーム、ブロックチェーンの基本的仕組みなどを踏まえて行う必要があるといえよう⁽²³⁾。時代の転換期とでもいうべきこの時期において、スマートコントラクトの問題を掘り下げこれを論ずる本稿の先駆的な意義は大きいということができ

二 スマートコントラクトの歴史と沿革

1 ブロックチェーン登場以前のスマートコントラクト

従来、ブロックチェーンやビットコイン、スマートコントラクトといった新しいテクノロジーは、未来の超ハイテク社会をテーマにした作家(cyberpunks)や暗号愛好家(cryptography enthusiasts)が興味をもつ分野にすぎなかった。

ブロックチェーンが登場する以前にも、自動販売機などを中心にスマートコントラクトといわれるものは存在した。古くは、古代ローマの属州であったアレキサンドリアにおいて、自動販売機の事例が見られる。当時、エジプトの寺院では、硬貨ドラクマが五枚投入されると、その重みでレバーが上に動いてバルブを開き、傾いた鍋に少量の聖水が自動的に落ちてくる装置が開発されていた。²⁴ 現代に近いところでは、一七世紀のイギリスにおける図書の出版販売などにおいても自動販売機の実例が見られる。²⁵

自動販売機とスマートコントラクトの間に原則的な違いがないとすれば、スマートコントラクトの起源は、相当に古いものであることを認めざるを得ない。

2 ニック・スザボと現代のスマートコントラクト

今日いうところのスマートコントラクトは、プログラムできる契約として、アメリカの法律学者で暗号学者のニック・スザボ (Nick Szabo) が一九九七年に発表した論文「スマートコントラクトのアイデア (The Idea of Smart Contracts)」の中に登場し、その後広まって行った概念であることが知られている。²⁶ スザボによれば、スマートコントラクトは、「デジタル形式 (digital form) で指定された一連の約束 (a set of promises) で構成され、当事者がこれらの約束に基づいて実行する手順 (protocols) を含む」ものである。²⁷

スザボは、スマートコントラクトの一例として自動販売機 (vending machine) を取り上げ、特定の条件に合致すると契約が締結され、自動的に実行される契約を説明した。自動販売機は、表示金額のお金を投入してボタンを押せば商品が出てくる機械の仕組みであるが、商品の売買契約を自動化している。自動販売機では、①飲み物の代金を販売

機に投入し、購入したい飲み物のボタンを押す、②自動販売機が対応した飲み物を出力するという契約を実行する、③購入者は購入した飲み物を確認するという三つの段階を経ることで、プログラムされた契約が自動的に実行される。このように、自動販売機においては、商品の内容や投入する金額は誰が見ても同じであり、時と場所で解釈が異なる余地はない。万が一、お金を投入して商品が出てこないなどの不具合があっても、返金ボタンでお金を取り戻すことができる仕組みとなっており、契約不履行のリスクも抑えられる。

現代のスマートコントラクトの仕組みは、自動販売機のように利用者が硬貨を投入し、飲み物のボタンを選択した瞬間に売買契約が成立するイメージに似ているといわれるが、契約内容の実行のみならず、契約締結の自動化をも含み得る点で、さらに進化したものである。⁽²⁸⁾ スマートコントラクトでは、契約当事者としての人の意思はプラットフォームに入る最初の段階でのみ要求されるだけで、コンピュータによる一方的なオファーを前提に、そのほとんどが交渉なくしてプログラムコードを用いて行われる。これによって、当事者が契約の締結そのものを人工知能などのいわゆる知的エージェント (Intelligent Agent) に委ね、当事者の交渉や意思の疎通、契約締結をも自動化することが可能となる。⁽²⁹⁾

3 新たなテクノロジーとスマートコントラクト

(1) IOTプラットフォームとスマートコントラクト

スマートコントラクトが現代社会において活用されている背景には、インターネットの普及やそれに伴う流通イノベーションの改革、モノのインターネット (IoT) 化などが大きく作用している。⁽³⁰⁾

モノのインターネットは、前述したように“Internet of Things”と呼ばれ、その頭文字をとってIoTと略されることが多い。IoTという言葉を最初に用いたのは、先駆的なセンシングテクノロジーの実証研究を行う米国 Auto-ID Center の共同設立者であるケビン・アシュトン (Kevin Ashton) で、一九九九年のことである。³¹⁾ アシュトンが予測したのは、いずれは人の操作を介さずにセンサーなどを搭載した機器 (モノ) が直接インターネットにつながり、モノ同士が様々な物事をやり取りすることで、人にとって快適な環境や状態、サービスなどが実現されるということであった。ここで示唆されているのは、パソコンや携帯電話をインターネットにつなげて人が操作するという前提のビジネスではなく、人が介在しない機器 (モノ) の情報だけから発生するビジネスの可能性であった。

IOTは、モノに搭載されたセンサーから回りの状況や動きなどの情報を取得し、テレビやエアコン、時計など、身の回りのあらゆるモノがインターネットにつながる仕組みである。センサーには、モノの有無や形状などを読み取るセンサーから、重量や圧力を検出センサー、速度・音声・新堂・熱・光・電圧・匂いや味覚などを読み取るセンサーなど、数多くの種類がある。センサーによって集められた情報は、インターネットを介してサーバーやクラウドに送信され、活用できる形にしてデジタル化されて、データとして共有される。

IOTで使われる主な通信手段としては、直接通信方式とデバイスゲートウェイ方式の二種類がある。³²⁾ 前者は、デバイスそのものを直接インターネットに接続する方式であり、後者は、インターネットなどを経由して、クラウドサーバーと通信する方式である。モノそのものに通信機器を搭載するよりも、ゲートウェイを経由する方がコストや消費電力を抑えることができる。また、ゲートウェイを経由することで、複数のIoTデバイスに効率的に接続することが可能となる。蓄積されたデータは分析されて、可視化されたり、また、シミュレーションして予測を行ったり

するが、その役割を担っているのがアプリケーションである。また、IoTを介して収集されたデータは膨大となるため、その保存方法（ストレージ）にも工夫が必要とされる。IoTでは、通常のファイル単位ではなく、オブジェクトという単位で情報データを管理する方法が採られる。従来のファイルストレージは、フォルダを使い、入れ子状の階層を利用したディレクトリ構造でデータを保存するものであった。これに対し、オブジェクトストレージでは、オブジェクト自体にIDという個別識別子が与えられ、IDを使ってデータを呼び出す方式が用いられる。その結果、格納場所に依存することなく管理することが可能とされている。

現在、各種の財や機器、サービスを対象に、IoT化が様々な分野で広まっている³³。モノ同士がインターネットにつながることで、モノを遠隔から操作したり、モノのリアルタイムの状態を確認することができるなど、人が介在しなくてもモノ同士が対話し、情報をやり取りすることが可能となる。モノをつなげることによってえられるメリットは、コストの削減や効率化に限定されない。より重要なことは、IoTは単にモノをつなぐだけでなく、それを通じてモノベータティブな価値を生み出すところに、IoTの本質がある³⁴。

今日、IoTプラットフォームを通じて世界中の様々なモノやサービスがインターネットにつながり、あらゆるモノがデジタル化され、オフラインのリアルな店舗からオンライン上の店舗でプラットフォームを介して取引が行われるようになった。スマートコントラクトは、このような社会経済的要因を背景に取引や契約を自動化するものであるが、その役割ないし機能は非常に重要である。

(2) ブロックチェーンとスマートコントラクト

今日、スマートコントラクトは、ブロックチェーン技術と結び付けられて用いられることで、注目を集めている。

スマートコントラクトが実装されることの多いブロックチェーンは、ビットコインの中核技術として生み出された技術であり、複数の取引データを記録したブロックをチェーンのように直列に連結したデータベースである。⁽³⁵⁾ ビットコインに始まる仮想通貨は、P2Pネットワーク上で、自動化によるコスト削減、不正の防止、透明性の向上などを主たる目的とし、法定通貨への応用を想定として構築された。⁽³⁷⁾ 仮想通貨の取引において、P2Pネットワーク上で取引内容を台帳に記載し、その台帳に対して誰も恣意的に操作や詐欺を行えないようにするには、分散型の台帳技術が必要であった。それが、ブロックチェーン技術である。ブロックチェーンとして今日知られる台帳技術がより広範な用途をもった強力なテクノロジーとして誕生したということに気づいた者は、当時ほとんどいなかったともいわれる。⁽³⁸⁾

ブロックチェーンを用いたスマートコントラクトは、中核となる管理者をもたない自律分散的なP2Pネットワーク上で展開され、ネットワーク参加者の合意（コンセンサスアルゴリズム）に基づいて成立している。⁽³⁹⁾ この場合、スマートコントラクトを構成するプログラムコードはブロックチェーンに格納され、P2Pのネットワーク参加者の各ノード（node）において合意形成が行われる。このブロックチェーンには、不正や改ざんが行われにくく透明性が高いとか、仲介者が不要なためコスト削減が期待できるなどの強みがある。この特性を利用し、契約内容をあらかじめブロックチェーンにプログラミングしておき、定められた契約条件が満たされると自動的に取引が行われる仕組みを作り出すことも可能がある。ブロックチェーンの一つのブロックには、直前のブロック（親ブロック）に記録された取引データが保持されており、それがブロックごとにまとめられ、各ブロックが一本のチェーンでつながっている。この場合の合意形成は、P2Pネットワークにおける各ノードが同じデータに合意することが必要である。従って、

ブロックチェーンでは、ネットワーク参加者の各ノードがブロックにおいて送金などのデータを記録した取引履歴が正当なものであることを検証し、その結果をブロックチェーン全体で確認して共有することにより、スマートコントラクトにおける合意があったということになる。⁽⁴⁰⁾

もつとも、ブロックチェーンにおける合意形成では、中央の管理システムが存在せず、参加者の中に故障したコンピュータや悪意をもった個人が紛れ込んでいることから、このような状態で、果たして全体として正しい合意を形成できるかどうかという問題が指摘されてきた。⁽⁴¹⁾ ブロックチェーンは、この問題を確率的なコンセンサスアルゴリズムによって解決することに成功し、スマートコントラクトの展開に新たな道を開くことになった。⁽⁴²⁾ 一般的に、裏切り者の将軍がN人のとき、誠実な将軍が $2N + 1$ 人以上であれば、誠実な将軍同士の判断で一致した行動をとることが知られている。このビザンチン将軍問題を解決し、P2Pネットワークが正常に稼働するシステムはビザンチン障害耐性 (Byzantine Fault Tolerance: BFT) をもつといわれ、ブロックチェーンおよびこれを活用したスマートコントラクトではこれを備えていることが必要とされる。⁽⁴³⁾ また、ブロックチェーンでは、不特定多数の参加者が強調して一つのシステムを実行させて行くために、新しくブロックを生成した参加者に報酬としてビットコインなどの仮想通貨を与えるなど、システムに貢献する行為に対してインセンティブを与える設計がなされている。従って、ブロックチェーンを活用したスマートコントラクトを契約と考えるにしても、スマートコントラクトの合意形成はかなり複雑化した様相となっているといえることができる。

また、ブロックチェーンの利用は、ビットコインなどを始めとする仮想通貨にとどまるものではないことに留意する必要がある。ブロックチェーンのようなデータベースを用いることによって、中央集権的な特定の台帳管理主体に

代わり、複数の主体による分散型の台帳管理を行うことも可能である。それが、前述の「分散型台帳技術」(DLT)である。⁽⁴⁴⁾ 分散型台帳技術は、ブロックチェーン技術のもつ耐改ざん性を保ったまま、合意形成を特定のノードに行わせたり省いたりすることで、高速に動作するように工夫された記録システムである。わが国では、ブロックチェーン技術を指して、分散型台帳技術と紹介されることも多い。意味や用途の違いを考えると、両者は分けて考える方が間違いが少ないのではないかという指摘もある。⁽⁴⁵⁾ アルゴリズムの名前として使われるときのブロックチェーンは、純粋な分散型のP2Pシステムにおいて、多数のブロックチェーンデータ構造の情報内容を協議・決定する一連の命令を表す。このデータ構造としてのブロックチェーンに対して、暗号化とセキュリティの技術を組み合わせたものもある。この組み合わせを用いることで、アプリケーションの目的に関係なく、純粋な分散型のP2Pシステムにおいて完全性を達成することが可能となる。⁽⁴⁶⁾

通常のデータベースでは、ユーザーから取引の依頼ないし注文があると、中央のホストコンピュータに送信され、タスクマネージャーがユーザーからの注文を受け付け、それをデータベースに記載する。往々にして異なる依頼・注文が同時に来ることがあるが、この時はマネージャーがどちらの要求を正とするかを決めて、これをデータベースに反映するところになる。これに対し、分散型台帳技術では、分散して台帳管理を可能とする複数の主体（いわゆるノード）がP2Pネットワークを通じて結び付いており、情報が各ノード間で共有される。

例えば、分散型台帳ネットワークを構成するノードが複数あり、各ノードは同じ台帳をもったシステムから構成されているとしよう。各ノードを結び付けるのがP2Pネットワークであり、分散台帳システムではネットワークを介して各ノード間で台帳の同期をとっている。新規に取引に参加しようとする者は個々のノードを通じてシステムにア

クセスし、参加者からの書込み要求があると、これが各ノード間で共有される。

各ノードでは、個々に検証が行われ、それが正しいものであることが認証されると、その結果がシステムに反映されて、ブロックが追加されるという仕組みである。分散型台帳システムにおいては、各ノードで作成した情報の集合（ブロックなど）の正当性を検証・合意し、その結果を分散台帳に追加・反映するといったプロセスがとられる。これが、分散型台帳技術におけるコンセンサス・アルゴリズムである。このコンセンサス・アルゴリズムは、情報伝達のタイムラグや未到達といった事態を避けられないネットワーク上の分散処理において合意形成を司る技術である。⁴⁷

分散型台帳技術は、集権的な特定の台帳管理の主体に代わり、複数の主体による分散した台帳管理を可能とするが、その基盤となるブロックチェーンは、参加者の範囲、ブロックの作成主体、ブロックの検証・承認主体、用いられるコンセンサス・アルゴリズムなどを様々なに設定することができる。ただ、分散型台帳技術といわれるものの中には考え方や制度設計の思想の異なるものがある。分散型台帳技術を代表するイーサリアムでは、分散台帳データはどのノードにも等しく提供されている。これに対し、ハイパーレジャーにおいては、チャンネルという概念を導入して、そこに登録されたノード間でのみ共有されるというアクセスコントロールを行っている。また、コルダにおいては、取引当事者間とのノタリーと呼ばれる検証ノードとの間で分散台帳が共有され、すべての分散台帳データをもつノードは存在しない。⁴⁸従って、分散型台帳技術を実装するアプリケーションが異なれば合意形成に至るプロセスも一様ではなく、コンセンサスアルゴリズムも異なることは避けられない。

いずれにせよ、これらの分散台帳システムでは、同じデータを共有しているため、相互検証により改ざん防止ができることが特徴である。スマートコントラクトを実装した分散台帳技術は、分散したシステムの間での情報共有を非

常に高い耐改ざん性ととも実現する技術である。分散型台帳技術がもつ中央排除、契約執行、同一データの共同作業、データの永続性の担保などの特性は、多くの産業に採用され、そう遠くない将来に仮想通貨の元祖として誕生したビットコインを凌駕する形で、様々なプラットフォームに繰り込まれて行くことが予想される。実際、ブロックチェーンの力に気づき、莫大な投資を始めた金融業界からすでにその波が外へと波及し、金融取引以外の分野でもブロックチェーン技術の実用化が検討されている⁴⁹。

以上のように、ブロックチェーンにおいては、P2Pのネットワークを通じてデータを利用者の各ノードで保持し、ノード間でデータをやり取りするために様々な実装が行われることが予想される。そのアプリケーションの一つが、スマートコントラクトである。この数年以内には、ブロックチェーン技術の普及とともに、人の手を介さず契約が自動で執行され、不履行や不正のリスクが限りなく排除されたスマートコントラクトの時代が到来するともいわれている⁵⁰。

(3) スマートコントラクトの現代的展開

前述したように、スマートコントラクトは、IoTプラットフォームに搭載され、契約の締結および履行を自動化を図る仕組みとして、金融取引以外の分野にも徐々にその適用範囲を拡大してきている。IoTの開発においては、センサーが情報を収集し、それをデータとして解析したうえで、利用者に還元することが行われているが、今後は、データを利用者に見せるだけでなく、ブロックチェーン技術やブロックチェーンを活用したスマートコントラクトを用いて、他のデバイスと連動させて行くようなIoTプラットフォームが増加するものと思われる⁵¹。諸外国では、IoTや人工知能などの技術を使って家電や自動車などあらゆるモノがネットワークにつながり、効率的な社会や都市

を構築すること、いわゆるスマートシティーの構想が提唱され、IoTテクノロジーでインフラを管理し、環境に配慮しつつ経済発展を目指す社会の構築に向けた実験がすでに始まっている。⁽⁵²⁾

また、最近では、ここ数年来、インターネットの普及とIoTの浸透により、モノや場所、乗り物、サービス、人材、スキルなど、遊休資産をインターネットを通じて必要な人とマッチングし、共有・交換する新しい経済システムである「シェアリングエコノミー」⁽⁵³⁾が、世界規模で展開されている。このシェアリングエコノミーにおいても、スマートコントラクトを装備したブロックチェーン時術を利用することで、分散型のシェアリングエコノミーサービスを構築することが期待されている。⁽⁵⁴⁾シェアリングエコノミーとIoTとの相性は、抜群に良い。今では、インターネットやスマートフォンアプリを通じて駐車場を検索し、賃貸予約や決済をえるため、人を介さずに煩雑な手続を回避することが可能である。⁽⁵⁵⁾このIoTプラットフォームを介して、スマートコントラクトは、各種の契約・取引・決済を自動化する役割を果たしている。

また、IoTは、クラウドといったモジュール化可能な技術で構築されることが多くなっている。その際、必要となる複数の機能をまとめてモジュール化して提供するのが、IoTプラットフォームである。⁽⁵⁶⁾スマートコントラクトは、このIoTプラットフォームに装備され、契約の自動化を促進させる役割も担っている。インターネットに接続するモノや情報データの爆発的な増大は、共有化されたデータの保存や管理・分析、利用などを通じて、既存の産業に対する変革や新たな付加価値をもたらし、新たな社会の到来を予感させるものがある。⁽⁵⁷⁾

従来、スマートコントラクトは、ビットコインなどの仮想通貨の技術の中核となるブロックチェーンを基盤としてプログラミングされ、自動送金や送金記録の保存を図る分散型データベースとして金融取引を中心に活用されてきた。

一般に、取引では、相手方の不履行リスクを排除するために、同時履行の確保が重要となることが多い。とくに金融取引においては、決済リスクの管理のために証券と資金の同時決済 (Delivery Versusu payment: DVP) や通貨間の同時決済 (Payment Versusu Payment: PVP) の確保が必要とされる。取引対象資産の双方がブロックチェーン上のデジタル資産である場合、ブロックチェーンのスマートコントラクト機能を応用すれば、一方の引渡しを他方の反対給付の条件とすることができるため、DVPやDVPを容易に実現することが可能となり、決済リスクを適切に管理することができる⁵⁸⁾。

最近では、前述したように、金融取引以外の分野でも、ブロックチェーンを基盤とするスマートコントラクトの利用が拡大している。分散型ネットワーク上で自律的に実施されるプログラムコードは、ブロックチェーンに組み込まれ、インターネット上のプラットフォームを介して、見知らぬ者同士をP2Pネットワーク上で結びつけ、契約の形成および履行をアルゴリズムにより自動化するものである。契約内容をあらかじめブロックチェーン上にプログラムングしておき、定められた契約条件が満たされると自動的に取引が行われる仕組み、それがスマートコントラクトである。今日、ブロックチェーンを活用したスマートコントラクトも、我々の日常生活に広く浸透しつつある。スマートコントラクトは、ブロックチェーン技術と結びつくことにより、既存の流通システムを大きく変容させる可能性を有しているといえる⁵⁹⁾。

このように、スマートコントラクトは、コンピューター上のプログラムコードによって契約の締結や履行が自動的に行われることを意味するものであるが、広義では、IoTプラットフォームを介した各種のモノやサービスのデジタル相互接続、ブロックチェーン技術による分属型取引データ (元帳) の記録保存などが含まれる。現在、多くの企

業がこうした新しいテクノロジーに依存しており、その様相は様々である。ブロックチェーンのスマートコントラクト機能は、複雑な取引条件をコーディングすることが可能であり、かつ、一定の条件を満たせば自動的に取引を執行してしまうという点で、その実装のいかんによっては、デジタルプラットフォームにおけるアーキテクチャ論を先鋭化させる契機を有しているといえることができる。⁽⁶⁰⁾

(4) スマートコントラクトにおける契約的要素

スマートコントラクトは、人間の関与を極力排除し、あらかじめコンピュータプログラムに埋め込まれた条件に従って自動的に実行される契約である。コンピュータ上では、プログラムコードで、「AならばX」という条件と結果が書き込まれ、Aが成就したときは、自動的にXという処理がなされる。このとき、「AならばX」という合意自体は、法的にはスマートコントラクトとは別に当事者間で行われる。契約の成立のためには、当事者間における意思の合致が必要であるが、一部の要式契約において書面の作成が要求される以外、口頭による意思の合致があれば足りるとされており、真の合意内容がコードの形で記述されているのであれば、その内容に拘束されない理由はないとも考えられる。

しかし、スマートコントラクトでは、人が条項を読むといった義務や機会は著しく制限されており、約束の相互交換といったものはほとんど観念する余地はない。⁽⁶¹⁾ スマートコントラクトにおける契約の変更やこれをめぐる解釈、紛争解決のための裁定などは、事実上排除されており、従来の契約がもつ主要な機能はスマートコントラクトには見られない。⁽⁶²⁾ また、ブロックチェーン技術を基盤として用いられるスマートコントラクトにおいては、分散型データベースシステムを介して、より複雑な紛争を処理することが事前にコンピュータ上のプログラムコードに組み込まれ

ており、アルゴリズムとプログラムコードを使用した契約の自動実行にその特徴がある。⁶³ アルゴリズムやプログラムコードは、人の意思表示に代わり得る表現形式であるが一方的なものであり、相手方の同意や約束を前提とするものではない。⁶⁵ このような契約の基本的要件を欠くスマートコントラクトあつては、これを契約と評価することはできず、従つて、スマートコントラクトという名称を用いるにしても、また、その構成要素であるアルゴリズムやプログラムコードがそれ自体契約となるわけではない。⁶⁶

スマートコントラクトは、自動的に実行される契約という定義がされることが多いが、機能的には、コンピュータ上のプログラムコードに基づき動作するアプリケーションおよびその実行環境を意味する。⁶⁷ そのようなスマートコントラクトは、情報伝達のタイムラグや未到達といった事態を避けられないネットワーク上の処理において、情報の集合の正当性を検証・合意し、その結果をコンピュータに追加・反映させる技術であるアルゴリズムとともに、契約を自動的に執行する役割を果たすものである。⁶⁸ そのため、スマートコントラクトにおいては、契約の変更やこれをめぐる解釈、紛争解決のための裁定などは不可能であり、従来の契約がもつ主要な機能がほとんど排除されている。プログラム言語によりコード化された指示は、事後的に変更したり、改ざんしたりすることはできず、将来への高い拘束力の確保がスマートコントラクトの特徴でもある。

通常の契約であれば、解釈による契約の補充が行われたり、事情変更の原則や公序良俗などの法理によつて契約内容が変更されたり、あるいは、無効となることがある。また、事後的に再交渉による契約内容の改訂ということも、通常の契約では考えられる。しかし、リアルタイムで契約を自動的に執行するスマートコントラクトには、そのような通常の契約がもつような機能はない。法的な契約は、別途、当事者間において締結される必要がある。もちろん、

その契約内容にスマートコントラクトの機能を内包させることは可能であるが、その解釈は当事者間の合意または法律の定めるところによって行われることになる。⁽⁶⁹⁾

スマートコントラクトが実装されることの多いIoTプラットフォームやブロックチェーンとの関連でいえば、スマートコントラクトは、プラットフォーム上で、ブロックチェーンの分散台帳に格納されているデータの参照や更新を行うほか、管理項目や業務ロジックを構築・付加することを可能とする。そのプログラムコードは多くの場合、ノード間で共有・実行されるため、業務ロジックの妥当性が検証可能な透明性の高いシステムを構築することが可能とされている。ただ、その検証は、あくまでもコードが改ざんされていないことまでであり、コードの業務ロジックそのものを検証するものではない。ロジックの検証は、別途必要とされる。⁽⁷⁰⁾

ブロックチェーンを用いたスマートコントラクトでは、P2Pネットワーク参加者間の検証を経て、有効な取引履歴として承認されたものがブロックに書き込まれ、それがブロックチェーンに追加される仕組みとなっている。その際、当事者が信頼を寄せるのは、相手方の債務を履行することの約束や、その約束が破られた場合の法律による強制的実現ではなく、見知らぬ者同士を結び付けるネットワーク上のコンピュータであり、契約の締結から実行までを定めたプログラムまたはそれを指示するコードないしその手順を定めたプロトコルである。ネットワーク上のブロックチェーンにおいては、自律分散型のデータベースであり、各ノードにより分散され、ランダム化され、匿名化されている。ネットワーク参加者の各ノードがブロックにおいて送金などのデータを記録した取引履歴が正当なものであることを検証し、その結果をブロックチェーン全体で共有する仕組である。それが確認されてはじめてスマートコントラクトにおける合意が承認される。作業の証明 (Power of Work: POW) は、そうしたブロックチェーンにおける合

意形成のためのアルゴリズム（コンセンサス・アルゴリズム）の一つであり、マイニングと呼ばれる計算を行って生成されたブロックがP2Pネットワーク上で他のノードより有効であると認められるのに必要な証明を提供するものである。こうした作業により、ブロックチェーンでは、通貨の移動などのブロックチェーン上での処理が行われるとともに、ブロック内容や取引履歴に関する情報データに不正がないかどうかを検証され、ブロックチェーンの安全性や信頼性が担保される仕組みとなっている。このような仕組みを有するスマートコントラクトについては、これを伝統的な契約理論の下における契約と同様に考えることはできないが、参加者全員による合意形成という仕組みが盛り込まれており、これを軽視することはできない。むしろ、スマートコントラクトにおいては、合意の概念や約束の相互交換に基づくのではなく、チェーン化されるブロックの追加があつて初めて、スマートコントラクトにおける合意形成があつたと見ることができよう。⁽⁷¹⁾

ただ、いずれにせよ、機械思考により契約の形成と執行を自動的に行うスマートコントラクトにおいても、当事者間で契約内容を合意し、スマートコントラクトとしてコード化された条件の解釈が事後的に争われたり、システムにバグが生じたりするなどして、当事者間に利害対立や紛争が生じることがある。このような場合、スマートコントラクトにより形成される契約関係については、これを通常の契約と同様に考えることはできないが、どのような契約と捉えればよいのか、裁判所がスマートコントラクト上の合意内容を契約内容として承認するかどうかを含めて、どのような法的効果が認めるべきか否か、この点の解明が重要な争点となる。⁽⁷²⁾

三 スマートコントラクトと伝統的契約理論

1 揺れる伝統的契約理論

スマートコントラクトの浸透により、契約を取り巻く社会環境は大きく変化し、意思主義に立脚する従来の伝統的な契約理論が大きく揺れている。⁽⁷³⁾このような状況を目の前にして、アメリカの契約法では、この数年間、契約を構成する合意の概念が学説における論争の的とされてきた。⁽⁷⁴⁾

スマートコントラクトは、コンピュータ上のプログラムコードをもって特定の条件の発生時に契約上の義務が自動的に履行されるように設計されたプログラムである。スマートコントラクトにおける当事者の義務は、コンピュータプログラムによって事前に決定され、特定のアルゴリズムコンセンサスに従って実行される。その特徴は、コンピュータ上のアルゴリズムとプログラムコードを使用した契約の自動執行にあり、⁽⁷⁵⁾当事者の一方が履行すべき範囲はコンピュータ上のプログラムコードで定められる。⁽⁷⁶⁾その意味では、スマートコントラクトというのは「デジタル形式で記載された一連の約束」(a set of promises, specified in digital form) ⁽⁷⁷⁾とすることができる。⁽⁷⁷⁾論者の中には、スマートコントラクトの特徴を踏まえて、これをより端的に、「デジタル合意」(digital agreement)、⁽⁷⁸⁾「電子コードにより表示されるプログラム」(programs represented by electronic code)、⁽⁷⁹⁾あるいは、「コンピュータプロトコール」(computer protocols) ⁽⁸⁰⁾と呼ぶ者がいる。ただ、実体は、当事者間に合意や約束の相互交換があるわけではなく、スマートコントラクトという名称はどこか不幸な名前 (unfortunate name) を背負わされたといえなくもない。⁽⁸¹⁾この点、スマートコントラクトという名称は実態を偽るものであり、誤称 (misnomer) と指摘する者もいる。⁽⁸²⁾

このように、スマートコントラクトという語は、論者によって異なる意味ないしニュアンスをもって用いられており、一義的な意味をもつ用語ではない。スマートコントラクトには、コンピュータを稼働させるプログラムコードおよびそのためのプロトコールが含まれており、コンピュータプログラムをもって特定の条件の発生時 (if-then) に契約上の義務が自動的に履行されるようにプログラミングされている。このようなスマートコントラクトは、契約の基本的要件である当事者間の合意や約束の相互交換を前提とするわけではなく、それ自体、コンピュータのプログラムコードに基づき実行される契約上の義務の履行を表示するものにすぎず、必然的に契約を意味するものではない。

伝統的な契約理論は、契約の成立において人間の精神作用である意思的関与を必要とし、当事者の一方の申込とそれに対する相手方の承諾という相対立する意思の合致を要求した。双方の約束は、申込と承諾の形をとって相互に交換される。これが契約における合意であり、合意は契約成立のための基本的な要件の一つとされた。合意に合理性が認められると、その約定の範囲内で当事者間に法的拘束力が生じ、契約が成立するものと考えられた⁽⁸³⁾。意思の自律と私的自治が支配する伝統的な契約理論の下において、合意は契約の成立にとって重要な基本的要件の一つであった⁽⁸⁴⁾。さらに、契約には社会的規範の遵守も要求される⁽⁸⁵⁾。相手方が契約に寄せた信頼が重視され、契約上の義務に違反した場合には、損害賠償が課せられることになる。

これに対し、スマートコントラクトは、当事者の一方がインターネット上のプラットフォームに一方的に定めたコードをもって契約の条件を提示し、他方の行為がコード化された契約条件に合致すると、即時に契約上の義務が実行される。契約の成立と実行が自動化され、契約上の義務が実行によって即時に担保される仕組みが、スマートコントラクトの特徴である⁽⁸⁶⁾。それゆえ、スマートコントラクトは、「相互に関連する一方的な契約」(interrelated unilateral

contract) ともいわれる。⁽⁸⁷⁾

このような特徴を有するスマートコントラクトについては、それ自体、契約といえるのか、スマートコントラクトをどこまで取り込んで理論構成を図ることができるのかなど、学説において議論があり、見解が分かれる。⁽⁸⁸⁾ スマートコントラクトによる契約の締結および執行において用いられるアルゴリズムやコードは、人の意思表示に代わりうる表現形式であるが、一方的なものであり、契約当事者の一方の意思表示に対する相手方の同意という相互関係（申込と承諾）を形成するものではない。⁽⁸⁹⁾ その意味では、スマートコントラクトにより契約が実行されても、スマートコントラクトをもって評価することはできず、その実行を指示するアルゴリズムやコードが契約となり得るわけではない。⁽⁹⁰⁾ スマートコントラクトは、機能的には、コンピュータ上のプログラムコードに基づき動作するアプリケーションおよびその実行環境である。

それでは、スマートコントラクトをどのような契約と扱えばよいのか。自動的に契約を実行するという定義がされることが多いスマートコントラクトであるが、一方的に提供される申出であっても、義務の履行があれば、申出人に契約上の責任が生ずる場合もあり得ることが論じられている。⁽⁹¹⁾ 例えば、ある者が、「ブルックリン橋を渡つたら一〇〇ドルを差し上げます」とか、「難解な数学問題を解くなどすればデジタル資産や仮想通貨を受け取ることができるといったような場合、誰かある者がその課題を実際に履行すれば、申出人には契約上の義務を履行する責任が生じるとされる。⁽⁹²⁾

この点、学説には、スマートコントラクトには法的介入のための端緒がないことを理由に、スマートコントラクトにおける法的効力を限定的に捉える者もいる。⁽⁹³⁾ また、プログラムを作成するために用意された手順や計算方法（アル

ゴリズム）からスマートコントラクトを分類し、その内容に応じた法的効力を認めることを提案する者もいる。⁽⁹⁴⁾しかし、これに対し、スマートコントラクトは、単にソフトウェアでコード化されたビジネスルールにすぎないから、契約上の合意がない限り法的拘束力はないという者もいる。⁽⁹⁵⁾また、スマートコントラクトでは、当事者がそれを知らないかまたは意図することなく法的義務を負うという点で、これを契約ということはできないという者もいる。⁽⁹⁶⁾このほか、契約は自分たちの社会的関係を管理するための手段であり、スマートコントラクトはそのような契約がもつ社会的機能を排除していると批判する者もいる。⁽⁹⁷⁾

契約の成立場面におけるスマートコントラクトの意義および評価については、アメリカの伝統的な契約理論は揺れており、一定の見解ないし方向性を見出さないでいる。ただ、この点につき、既存の法や規定には人による取引や契約に対するのと同様に適用されるといった見解もある。⁽⁹⁸⁾また、スマートコントラクト上の事後的な紛争の解決自体を、裁判所の法的な介入を経ることなくブロックチェーン上で行い、当事者はそれに従うという仕組みも登場している。⁽⁹⁹⁾しかし、最終的に裁判所が介入できない領域が創出されることについて問題はないのかどうか、このような領域をどこまで認めるべきかは、さらに検討を必要としよう。⁽¹⁰⁰⁾

この問題について、わが国では、ブロックチェーンという技術を用いてネットワーク上に記録・保持される分散台帳について、取引参加者全員が合意している仕組みが取られており、そのような合意が一種のソフトウェアとなつてシステム全体を支えているから、その取引上のルールはこのような合意に根拠を求めべきであるとの見解もある。⁽¹⁰¹⁾しかし、このような見解に対しては、参加者によるそのような規範的合意があるとは思われず、⁽¹⁰²⁾合意を根拠にして証拠以上の法的効果を分散型台帳に認めることは適切でないといった見解もある。⁽¹⁰³⁾

実際問題として、問題が発生してから、プログラムコードを検証して原因究明をすればといった考え方もあり得る。しかし、その場合でも、誤った結果、または、その結果を用いて別の業務ロジックが実行された結果の連鎖については、これをどのように修正して行くのかという対応は必要となる¹⁰⁴。ブロックチェーンのように、分散台帳を共有しているノード保有者すべてが関与しなければ実行できないシステムの下では、分散台帳上の過去の記録自体の修正が可能かどうか、問題処理の範囲は一挙に拡大することになる¹⁰⁵。このような問題は、すでに「The DAO Attack 事件」として顕出している¹⁰⁶。

2 伝統的契約理論が抱える問題点

これまでの検討から明らかなように、スマートコントラクトの評価ないし位置づけについては一様ではなく、見解が分かれているといえる。スマートコントラクトのような新たな契約形態の出現を目の前にして、合意の重要性は著しく低下し、約束の相互交換を取り上げて議論する実益が問われている¹⁰⁷。近年の傾向としても、合意の概念に言及する判例の急激な減少を指摘する報告もある¹⁰⁸。いずれにしても、契約を申込と承諾という相対立する意思の合致と定義し、当事者間に合意や約束の相互交換を要求する伝統的な契約理論からすれば、スマートコントラクトがそれ自体、必然的に契約を意味するわけではない。スマートコントラクトの浸透は、従来の伝統的な契約理論を根底から揺さぶるものであるが、その処遇についていまだ一致した見解を示せないでいる。

スマートコントラクトに向けられる批判の大部分は、スマートコントラクトがそれ自体約束の交相互換があるわけではないという点、および、スマートコントラクトでは事前にすべての問題が解決され、事後的に人の判断を入れた

柔軟な是正措置の余地がないといった点にある。¹⁰⁹確かに、スマートコントラクトにおいても、プラットフォームにアクセスする段階で、契約当事者としての人の意思は存在するが、それは一方的な意思表示であり、合意とか約束の相互交換といったものではない。コンピュータによる一方的な条件提示やそれに対する申込を前提に、そのほとんどがコンピュータ上のプログラムコードに従って行われており、人が契約の個々の条項を読むといった機会は著しく制限される。¹¹⁰

しかし、スマートコントラクトには、より複雑な紛争を処理することが事前にコンピュータプログラムに組み込まれており、迅速な紛争の解決を導くこともまた可能である。¹¹¹これは、スマートコントラクトの紛争処理機能ということもできる。また、前述したように、ブロックチェーンを活用したスマートコントラクトにあつては、ネットワーク参加者の各ノードがブロックにおいて送金などのデータを記録した取引履歴が正当なものであることを検証し、有効な取引履歴として承認されたものがブロックに書き込まれ、それがブロックチェーンに追加される仕組みとなっている。しかも、ブロックチェーンは、いわゆるビザンチン障害耐生の問題を確率的なコンセンサスアルゴリズムによって解決することに成功し、スマートコントラクトの展開に新たな道を開くことになった。このようなブロックチェーンを活用したスマートコントラクトにおける合意形成は、従来の伝統的な契約理論の下における合意とは異なるが、これもまた契約的側面を構成しており、これを過小評価すべきではないように思われる。

以上のように考えてみると、スマートコントラクトを、それ自体、契約当事者間における合意や約束の相互交換がないとか、事後的に人の判断を入れた柔軟な是正措置の余地がないといった形式的理由だけで、契約ではないとか、あるいは、契約の拘束力を否定することは軽率であるといえよう。むしろ、スマートコントラクトは、第三者の仲介

なくして取引を効率化し、促進する点に主眼があり、¹¹²そのような観点からすると、伝統的な契約理論と必ずしも敵対する関係にあるというわけではない。むしろ、問題は、スマートコントラクトについて、その特徴ないし本質を踏まえて、まず、誰と誰との間にどのような契約が成立しているのか、当事者は何に合意しているのかを明らかにすることが必要であろう。¹¹³そのうえで、スマートコントラクトはプログラムされた契約であるので、従来の契約に見られるような言葉の解釈による誤解や混迷はないとはいっても、当事者間で合意し、スマートコントラクトとしてコード化された条件の解釈が事後的に問題となったり、システムにバグが生じたりするなどして、事後的に紛争が生じることがある。また、コードの破綻やコーディングエラー、あるいは、システムへの不法侵入（ハッキング）により、紛争に発展することもあり得る。その場面は限られているが、¹¹⁴スマートコントラクトは伝統的な契約理論と敵対するものというよりも、スマートコントラクトを伝統的な契約理論の中にどのように位置づけ、調和をもって解釈し、また運用して行くことが求められるといえよう。

以上のような検討を踏まえて考えるならば、スマートコントラクトの法的分析においては、IoTプラットフォームやブロックチェーンの種類と構造、スマートコントラクトの特質を踏まえたうえで、コンピュータプログラムを含むシステム全体の視野に入れながら、誰と誰との間にどのような契約が成立しているのか、当事者は何に合意しているのか、その点をまず明らかにすることが重要であるといえよう。そのうえで、スマートコントラクトによって実行されるサービスの利用者に損害が生じた場合、裁判所がスマートコントラクト上の合意内容を契約内容として承認するかどうかを含めて、契約の意義、契約上の責任についてどのように考えられるか、その点が問われなければならぬ。¹¹⁵

3 スマートコントラクトとプログラムコード—コードは法か？

スマートコントラクトは、プログラムされた契約であり、コンピュータ上のプログラムコードをもつて特定の条件の発生時に契約上の義務が自動的に履行されるように設計されている。スマートコントラクトにおける当事者の義務は、コンピュータプログラムによって事前に決定され、特定のアルゴリズムコンセンサスに従って実行される。その特徴は、コンピュータ上のアルゴリズムとプログラムコードを使用した契約の自動実行にある。しかし、その結果、利用者が他の選択肢を取ることができないことなどにより、事実上、利用者が拘束されるといった事態も生じている。

テクノロジーの進化とこれによって引き起こされる社会の変容によって、時代は再び大きな変革期に突入しつつある。ローレンス・レッシング教授は、一九九五年に『コード（CODE）』という書籍を出版し、その中で、技術的なコードがルールを作っていると指摘した。¹¹⁶「コードが法に代わる」という指摘は、この問題を端的に表現するものである。レッシング教授がこれを最初に提起したときは、デジタル技術によって法が潜脱されるというマイナスのニュアンスがあった。コードによって法のルールが塗り替えられ、法が擁護している権利や価値が損なわれることに、レッシング教授は強い危機感を持っていたといわれる。¹¹⁷法律ではなく、コードによって相互の意思を確保することは、法的にどのような意味を有するのか。この問い掛けは、レッシング教授に始まるとされるが、¹¹⁸法律の規定よりもコードが法として優先されるのか、また、人はどこまでコードにより規律されるかという問題提起でもある。¹¹⁹

今日、コードが法に代わるという考え方は、より積極的な意味が与えられ、契約当事者間にトラブルが発生した場合に、法ではなくコードという技術的な対応によって問題の解決が図られることを示すものである。¹²⁰こうした何らかの行為主体を制限し、またはそれを可能とする技術的構造は、「アーキテクチャ（architecture）」と呼ばれ、サイバー

型社会の構築にあたり無視することができない行為主体の制限原理として注目されつつある。⁽¹²¹⁾ 新たなテクノロジーの開発に伴い、法律学の分野でも、インターネットを含むコンピュータの作り出すコミュニケーション空間やコンピュータネットワークなどのサイバースペースを規律する必要性が高まりを見せて、「暗号法 (Lex Cryptographia)」といった学問分野が現れるなど、いくつかの動きが現れている。⁽¹²²⁾ 論者の中には、将来、このようなサイバースペースを対象とした暗号法が伝統的な契約法ないし契約理論に取って代わり、その中心的な地位を占めると指摘する者もいる。⁽¹²³⁾

このような社会状況を背景に、人が人工知能などを代理人として用い、それを通じて契約の締結などを行った場合、人はこれに拘束されるということも認められないわけではない。実際、アメリカの法律の中には、このような考え方を認めるものもある。⁽¹²⁴⁾ しかし、このような人工エージェントの行為を通じた合意の擬制という考え方については、人工エージェントには単なるコミュニケーションとしての道具にすぎないものから人の指示を受けなくても自律的にものを考え行動して行くもの（いわゆる知的エージェント）まであり、その範囲は一様ではないこと、また、人工エージェントは人のような判断や意思を持ち合わせておらず、本人に対する受託者の義務を負っているわけではないことなどを理由に、学説は批判的である。⁽¹²⁵⁾

また、前述したように、スマートコントラクトをめぐっては、当事者間に生じた事後的な紛争の解決を、裁判所の法的な介入を経ることなくブロックチェーン上で行い、当事者はそれに従うという仕組みも登場している。しかし、最終的に裁判所が介入できない領域が創出されることについて、これをどこまで認めるべきかは、さらに検討を必要としよう。

スマートコントラクトにおける契約の当事者は、アルゴリズムによって形成された契約を当然に承認したといえる

のかどうか、アルゴリズムは契約の成立・実行における知的エージェントなど見なされるのかどうかなど、検討すべき課題は多いといわなければならない。このような問題点や課題については、スマートコントラクトの技術的な特性を知り、これに的確に対応することが求められる。ブロックチェーンを基盤としたスマートコントラクトは、複雑な取引条件をコーディングすることが可能であり、かつ、一定の条件を満たせば自動的に取引を執行してしまうという点で、その実装のいかによつては、デジタルプラットフォームにおけるアーキテクチャ論を先鋭化させる契機を有している。¹²⁶

アメリカでは、このような時代の変革をいち早く察知し、法律学者や弁護士、立法機関などがブロックチェーンを活用したスマートコントラクトに多くの関心と期待を寄せ、従来の契約法理との関係や理論的な問題点の把握、分散型台帳に基づく取引の管理やそのためのコンプライアンスガイドラインの策定などについて、検討の必要性を指摘しており、¹²⁷ また、実際、そのような検討が始められている。¹²⁸

アメリカの州では、現在、ブロックチェーン技術の利用とこれに関連するスマートコントラクトの実用可能性について、新たな規律を策定し、立法の制定を目指す動きが広がっている。¹²⁹ アメリカ州議会全国会議（NCSL）の調査によると、二〇一九年三月三日現在、アメリカのいくつかの州では、ブロックチェーン技術の使用に関する五四の法案が提案されているという。¹³⁰ また、別の調査では、各州において、ブロックチェーン技術に関する一三三の法案が検討されているともいわれている。¹³¹ もつとも、このうち、スマートコントラクトに関する立法提案が法律に結実したものは、今のところ数例を数えるにすぎない。¹³² 一部の州では、法律の制定を議論し、立法の準備をしている段階にあることが報告されている。¹³³ 立法府における規制は、実務での取組みが先行し、法律の議論がそれを後追いつている感じ

である。⁽¹³⁴⁾

四 同意理論に基づく契約理論の再構成とスマートコントラクト

1 多角的発想に基づくパラダイム転換

近年のテクノロジーの著しい発展とモノのインターネット化は、経済をデジタル化し、インターネット上であらゆる財を人に結び付け、あらゆる接続点（企業や家庭や乗り物など）に絶えず刻々とリアルタイムで情報を提供することを可能とした。多くの人がP2Pでネットワークに関与し、あらゆる財や情報が統一性ある稼働ネットワークに組み込まれ、インターネット上のプラットフォームを介した取引が行われている。今日、資本主義の世界では、共用型経済へのパラダイム転換が起こりつつあるといわれる。⁽¹³⁵⁾

また、スマートコントラクトにより、多くの契約や取引がスマートコントラクトのコードに置き換えられることが可能となり、コンピュータによって形成、検証、および実施されるエンコードされたプログラムとしての契約が出現した。スマートコントラクトを実行するためのプラットフォームは、スマートコントラクトを構築するために重要な役割を果たしている。スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンは、不特定多数の参加者による合意形成の問題をコンセンサスアルゴリズムによって解決することに成功し、スマートコントラクトの展開に新たな道を開くことになった。

テクノロジーの進化は、単に科学技術を進歩させるだけでなく、それが具体的な製品やサービスに実用化されると、

社会や生活を大きく変化させることになる。しかし、その一方で、社会で生成する法律上の問題についても、その種類や内容が複雑化し、変化が生じている。法律は、これにどのように対応し、答えることができるかである。

現代の社会は、各種の契約を基礎に、当事者が権利を取得し、義務を負担するなどの関係から成り立っている。いわゆる契約社会である。わが国の法律行為論のもとでは、契約は、申込者と承諾者の二当事者間での意思表示の合致により形成されるという「二当事者間契約の原則」が採られている。しかし、実際には、三人またはそれ以上の複数人の当事者間で、各当事者の固有の利益を実現するために、独立の当事者として契約を個別に締結し、これら複数の契約を組み合わせることによって、意思表示の合致がない当事者間を含めて、一つの社会的・経済的目的を達成しようとする取引が存在する。これが、いわゆる多角取引である。¹³⁶ 多角取引は、現代社会における契約を特徴づけるものであるが、多種多様なものがあり、複雑である。

多角取引においては、実際には、取引に参加するすべての当事者相互間で種々の利害関係が発生するにもかかわらず、全当事者によって取引全体を包括する契約が締結されているわけではない。そのため、個々の二当事者間で締結される契約で問題を解決しようとするが、法律などにより特別の規定が設けられていない限り、当事者関係を十分に反映した妥当な結果を導くことができない。このような多角取引が抱える問題を克服するために、従来の学説は、これまで多くの問題場面で様々な見解を示してきた。その一つが、多角的発想である。¹³⁷ 多角的発想とは、契約に関与する多数当事者の存在から、個別契約とは別に、多数当事者による新たな契約を観念することによって、そこから個別契約とは別の効果を導こうとする考え方である。

2 思考形式としての同意理論

多数当事者間契約における合意を多角的発想から法律構成するためには、合意に対する全当事者の同意による契約の成立を認めることが必要となる¹³⁸。全当事者の同意は、各取引当事者による自己の立場の引き受けと他の取引当事者の立場の承認からなる。この場合の意思形成の過程は、全当事者の同意という意思を中心に、個々の当事者の意思ないし二当事者間の意思表示の合致を絶対視することなく、同意を多数当事者による合意の内容を確定するための要素の一つとして捉え、合意に対する全当事者の同意による契約の成立を導くことにある。これが認定できる場合には、取引参加者の当事者間で、個別契約が網羅的に締結されているか否かにかかわらず、多数当事者間契約における合意の成立を認めることが可能となる¹³⁹ことができる。

このような法律構成は、従来の二当事者間契約の原則を前提にした契約理論によつたのでは多角取引の問題解決として限界があることを踏まえて、これを克服するために、各当事者間の関係を個別契約の連鎖（いわば線）で捉えるのではなく、全当事者による取引への参集（いわば面）で捉えるという発想へと転換するものである¹³⁹。これが、合意に対する全当事者の同意という法律構成であり、いわゆる「同意理論」といわれるものである。このような発想から、多数当事者間に一つの契約が成立するという構成を導くことが可能となる。

合意に対する全当事者の同意という法律構成は、理論的には、当事者を対立構造で捉えるものではなく、一つの合意事項に対して両当事者が相互に同意するという考え方を基礎とするものである。ここでは、すべての関係当事者が合意事項に同意することによりその法的効果を承認することから、合意事項の確定は事実認定の問題であり、同意により合意に対する法的拘束力が付与されることになる。また、合意事項の確定にあたっては、当事者の意思にのみ依

捉するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の目的、契約の性質、正義・衡平なども考慮されることになる。換言すれば、合意の適法性の評価は、契約解釈として、同意の中に内在的に取り込むことが可能であり、同意に対する客観的評価を通じて合意内容を修正することも生じうる。場合によつては、当事者の意思と異なる結果が導かれることもあり得るといふべきである。⁽¹⁴⁾

このような、合意に対する全当事者の同意という法律構成によれば、契約の目的に合致する限り、契約当事者が誰であるかを最初から固定する必要はない。取引の必要や拡大により、後から取引参加者を含めて多数当事者間契約は拡大する可能性を秘めている。各当事者間で個別的に合意されている内容があつても、その法的効果はそれにとどまるものではない。ここでは、取引を維持するために必要な包括的な同意から導かれる効果が規範的に創出されることになるからである。⁽¹⁴⁾

3 伝統的な意思主義と同意理論

従来、契約の解釈においては、権利変動の原動力である「意思」が「表示」と密接に結び付けられ、捉えられてきた。当事者間に共通する意思が見出されない場合、あるいは、意思表示の実際の理解が明確でない場合には、契約の規範的解釈および補充的解釈が必要になる。⁽¹⁴⁾ この場合、意思表示の解釈はなおも表意者の真意を基準とすべきか(意思説)、表示それ自体の客観的意味を基準とすべきか(表示説)、判例・学説上、争われてきた。

表示の客観的意味、慣習などによる補充を認める考え方は、個々人の意思を一般的に普及した規範に照らして社会的に妥当なものとして承認し、これを契約の解釈に用いるものである。ここでは、個々人が表示する意思に先立ち、

その妥当性を根拠づける一般的に承認された規範というものが存在し、それに合致する意思（理性的意思）が社会的に妥当するものとして承認されるという関係にある。これが従来の伝統的な契約の解釈であり、これを「規範的意思主義」と呼ぶことができる。¹⁴³

これに対し、当事者の意思を、それに先立って社会的に承認された一般的規範によって制約されたものとして捉えるのではなく、より素朴に主観的な意味で捉え、純粹な主観的意思に照らして法律行為を解釈する立場も考えられる。このような考え方は、純粹に主観的な意思の合致としての合意こそが意思の妥当根拠と考えることから、これを「合意主義」と呼ぶことができる。¹⁴⁴

今般の債権法改正においては、債権関係の中でも、とくに契約に関する規定を中心に見直しを行うことが企図されたが、契約を構成する意思の捉え方が正面から論じられたわけではない。また、法律行為や契約の定義のレベルにおいても、規範的な意思主義からの転換が意図され、論議されたわけではない。¹⁴⁵しかし、仔細に検討すると、今般の債権法改正では、個々の条文の定立にあたり、表意者の意思形成の不完全さの程度のみならず、相手方の交渉態度や用いた手段の違法性の程度、結果として生じた債権・債務などの権利変動の内容、当事者の属性や当事者間における情報量や交渉力などの格差、その他意思表示に至る経緯など、諸般の事情を多元的に考慮に入れて解釈する立場が広まったといえる。このような考え方は、様々な要因を考慮し多元的に法律行為を解釈することから、「機能的な多元主義」と呼ぶことができる。¹⁴⁶

従来の伝統的学説は、規範的意思主義ないし合意主義の立場から、債務の構造を明らかにすることに重点を置き、債務一般を措定して不履行責任などを議論してきた。これに対し、近時の民法学は、合意主義に立脚しながらも、債

務の発生原因である契約に着目し、契約内容に照らして履行がなされたか否かの観点から不履行責任の成否などを判断しようとする傾向にある。¹⁴⁷ その際、当事者の契約締結時の合意こそが決め手であるという考え方も有力である。¹⁴⁸

このような状況の中で、今般の債権法改正においては、契約責任の内容は個別の契約（当事者の意思）によって定まるといふ考え方と一般的な基準（社会通念）によって定まるといふ考え方が水面下で対立していたが、この対立は両者の妥協によつて解決された。その結果としてまとめられたのが、改正後の民法の規定のあちこちで用いられている「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という表現である（改正法九五条一項、四〇〇条、四二二条の二、四一五条一項、四七八条、五〇四条二項、五四一条、五四八条の二第二項など）。改正民法においては、契約などの債務発生原因を取引上の社会通念と「及び」で連結し、併置するという案が採用され、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」という表現で、発生原因が考慮に入れられることが明示されることになった。¹⁴⁹ これによると、義務を定めるのはまず契約であるが、契約だけでは定まらない場合には取引上の社会通念に依拠して判断されることになる。両者が合わさつて当該契約の趣旨は明らかになるのである。債務者の注意義務を決めるのはあくまでも当該契約の趣旨ということになる。この取引上の社会通念は、当該契約の外に存在する実体的な基準ではなく、当該契約の趣旨を明らかにするための解釈基準として用いられるという考え方である。¹⁵⁰

ちなみに、今般の債権法改正の審議の過程でまとめられた中間試案では、「契約の趣旨」という語が、特定物の引渡しの場合の注意義務（第八一一）、契約による債権の履行請求権の限界事由（第九一一）、債務不履行による損害賠償の免責事由（第一〇一一）、債務不履行における損害賠償の範囲（第一〇一六）、債権者の帰責事由による不履行の場合の解除権の帰趨（第二二一一）、付随義務・保護義務（第二六一三）、継続的契約の終了（第三四一一）、契約の目的

物の契約適合性（売買につき第三五―三など）、貸借型契約における使用収益の態様（賃貸借につき第三八―一〇など）、役務提供契約における報酬（請負につき第四〇―一など）において用いられていた¹⁵¹。契約の趣旨とは、合意の内容や契約書の記載内容だけでなく、契約の性質、当事者が当該契約をした目的、契約の締結に至る経緯を始めとする契約をめぐる一切の事情を指し、これらの諸事情に基づき、取引通念を考慮して判断を決するというものである。これは、すべてを契約締結時の合意に還元するのではなく、契約締結後の諸事情や取引上の社会通念もまた重視されるという考え方である。

改正後の民法の規定は、全体を通して見ると、中間試案に比べて、契約締結時の合意とともに事後的評価を受け入れやすい表現になっている。これは、当事者が何を合意したのかという点が重要であり、契約の解釈によって相応の債務の発生を認めてよいとする考え方に立脚するものである¹⁵²。このような考え方によると、契約締結後の諸事情についても、「契約の趣旨」という観点から、当初の合意内容を基準として法的に評価されることになる。たまたし、当事者の合意と切り離して事後の状況や諸事情を法的に評価することは、当事者が合意によって形成した関係に裁判所が事後的に介入し、その変更を許容することになり、適当ではない。この点、「契約（その他の債権・債務の発生原因）」という文言と並び、これと併置する形で「取引上の社会通念」という文言が付け加えられたのは、契約内容とは無関係に諸事情が考慮されるわけではないことの表れと見ることができよう¹⁵³。

今般の債権法改正では、妥協の産物とはいえ、機能的な多元主義への変化が見られる¹⁵⁴。ただ、このような多元主義による意思主義の拡張に対しては、本来、解釈によって契約内容を確定できない場合に、当事者が合意したと考えられる内容を確定することは一般的に可能であろうかとか、また、それが可能であるとしても、そのように確定された

当事者の意思とは一体どのようなものであるのか、といった疑問が提示されている。⁽¹⁵⁵⁾ このような問い掛けの背後にあつて求められているのは、当事者の純粹に主觀的な意思というよりも、多分に社会的評価を帯びた理性的意思ということに外ならないといえなくもない。

ところで、日本民法の編纂に大きな影響を与えたとされるフランス民法とドイツ民法は、契約の解釈について、どのように規定しているのであろうか。この点を確認しておくことは、意思ないし意思表示と契約との関係を考えるうえで参考となるであろう。⁽¹⁵⁶⁾

フランス民法は、契約とは、二人または複数人の間の債務を創設し、変更し、消滅することに向けられた意思の合致をいうとし（フ民一一〇一条）、当事者が自ら債務を負う意思を表示する申込と承諾の合致により契約は成立すると定める（フ民一一三条）。そして、契約は公の秩序に属し、誠実に交渉し、成立させ、履行しなければならないのであつて（フ民一一〇四条）、契約が有効であるためには当事者の同意を必要とするとしている（フ民一一二八条）。現行民法の規定にはないが、二〇一六年改正前民法には、「合意においては、その文言の字義に拘泥するよりも、むしろ契約当事者の共通の意思がどのようなものであつたかを探求しなければならない」とし（旧フ民一一五六条）、また、「合意は、それを言い表す文言がどのように一般的であつても、当事者がそれについて締結しようとしたと思われるものでなければ、これを含まない」と規定する（旧フ民一一六三条）。これに対し、ドイツ民法においては、契約を構成する当事者の合意に関する解釈規定はなく、「契約は取引慣行を顧慮して信義および誠実が要求するところに従つて解釈されなければならない」と規定する（下民一五七条）。

両法典の規定を比べて見ると、フランス民法は、個々人の主觀的な意思の合致としての合意を意思の妥当根拠と考

えるのではなく、契約当事者の共通の意思を探求し、それを意思の妥当根拠とする構成であるように思われる。共通の意思を探求するにあたり、その妥当性を根拠づける一般的に承認された規範というものが存在し、それに合致する意思（理性的意思）が社会的に妥当するものかどうかを問題としている。それが承認されるところに契約が存在するというのであれば、これは規範的意思主義の考え方に近いということがいえよう。

一方、ドイツ民法は、フランス民法のような合意の解釈原則を設けていない。ドイツ民法は、「法律行為により債務関係を設定しまたは債務関係の内容を変更するには、法律に別段の規定なき限り、当事者間の契約を必要とする」と規定し（ド民二〇五条）、契約は権利義務の変動原因として、それ自体、意思への志向をもつものと捉えられている。そして、契約の解釈は、個人の意思を尊重し、意思の合致を契約と捉えたいうえで、取引慣行や信義則を顧慮して行うものとされている（ド民一五七条）。

一九世紀のドイツの法学においては、自主性が決して無制約なものではなく、法秩序による限定の中においてのみ展開しうるものであったことから、契約についても法律によって設定される規制の制約を受けることが定められた。ただ、ドイツ民法は、いかなる規制が契約の内容を制約するかを明確には述べていない。そのため、契約の解釈をめぐり、取引慣行や信義の働く余地が大きくなる理由がある。また、裁判官には、一般条項（ド民二四二条）に基づき、制定法秩序を自ら充填することが認められている。このようなドイツ民法の考え方は、自由という価値を基軸とする古典的な契約理論から、意思の合致を中心として契約が内容ぬきで妥当する思考形式が導かれたということができよう。¹⁵⁷ これ以前の契約理論は、まず、契約当事者から独立した独自の客観的に正当性を持つ合意というものが存在し、これが社会的に確定されて、しかる後に、当事者がそれを承諾（同意）することによって契約が成立すると考えられ

ていた。¹⁵⁸しかし、このような規範的な意思主義の考え方に対しては、その客観性なるものが人間の自律性を損なうというところで、カントからサヴィニーに至る時期にそれが放逐され、契約は当事者の意思の合致（合意）により成立するものと考えられた。¹⁵⁹この点で、ドイツ民法は合意主義の立場に近いといえる。ただ、現代の契約理論は、行き過ぎた個人の意思の探求を反省し、意思の形成には取引慣行や信義則などが顧慮されるとしており、社会とのつながり（いわゆる契約の社会化）がまったく否定されているわけではない。¹⁶⁰

以上のことを、W.フルーメ（Flume）は次のように述べている。ドイツ民法では、解釈の対象は約束ないし合意そのものではなく、法秩序によって承認された法律行為ないしその構成要素である意思表示である。法律行為の本質は、法律効果の創出に向けられた意思が確定され、かつ、かかる意思を承認するという法秩序の決定にある。言い換えれば、意欲された法的形成物を法的世界に出現させることに見い出される。それは、法秩序が確定した内容に従って形作られた行為類型の抽象化であり、私的自治の原則を実現するために、個々人の自己決定による規則の設定を通じて法律関係を確定する作業である。従って、意思表示によって設定された法律行為的規則は、当事者の実際の理解という意味において妥当する。その結果、表意者によって意欲されたことと表示との間に不一致があっても、意思表示の相手方がその意欲されたことを正しく理解したならば、たとえ明確な表示に反しても、意欲されたことの意味に従って解釈されなければならないという規範が成り立つとされる。¹⁶¹

わが民法の法律行為ないし契約の規定は、ドイツ民法の影響の下に、近代法の基本原理である意思主義（改正民法三条の二、九七条、五二一条以下など）を基本原理としつつ、社会的効用（公益）の最大化（民法一条、改正民法九〇条、九一条）の観点から表示主義（改正民法九三条以下、一〇九条・一一〇条・一一二条、四七八条など）との調和を図った実定

法規の体系と捉えることができる。¹⁶² わが国では、法律行為の概念を受容し、意思中心の考え方に立脚しながらも、規範的意思主義から合意主義へと意思理論が拡張してきた。最近の考え方は合意主義の立場が有力化している。しかし、規範的意思主義と合意主義の相克については、今般の債権法改正においてもいまだ決着には至っていない。¹⁶³

当事者があらゆる事態を想定して必要な事項を合意しておくことは、必ずしも容易ではない。意思を中心とした合意主義に立脚し、表示主義との調和を目指すのであれば、社会的に承認された法定ルールとして、私的自治の原則に立脚した一般的規範を予め用意しておくことが必要とされる。¹⁶⁴ その際、契約当事者間の合意に先立ち、その意思に妥当性を付与する規範の存在を承認し、その枠内でのみ合意の効力を認めるのか（規範的意思主義）、それとも、契約当事者間の合意を優先し、主観的な意思の合致としての合意こそが意思の妥当根拠であり（合意主義）、その合意を事後的に契約の趣旨や諸般の事情などを考慮して修正して行くのかどうかは、各々の社会の歴史や発展経緯に応じて相違し、また、異なる態様があり得るといふべきであろう。

4 同意理論によるスマートコントラクトと契約理論の再構成

前述のレッシングが説いたような「コードが法に代わる」という考え方を推し進めてゆくと、人工知能などの知的エージェントが契約内容を示し、それに人が同意をしてから契約に入るといふ世界も考えられないわけではない。このような考え方は、現代の契約理論が構築される以前の規範的な意思主義の下で提唱されていた契約理論である。わが国の契約理論は、ドイツ民法の影響の下に、契約を相対立する当事者の意思の合致と捉え、契約当事者の申込と承諾という意味に重きを置く構成原理（合意主義）を採用している。これに対し、合意主義が登場する以前の契約理論

は、まず、契約当事者から独立した独自の客観的に正当性をもつ合意というものが存在し、これが社会的に確定されて、しかる後に、当事者がそれを承諾(同意)することによって契約が成立すると考えられていた(規範的意思主義)。しかし、このような考え方に対しては、その客観性なるものが人間の自律性を損なうということで、カントからサヴィニーに至る時期にそれが放逐され、契約は当事者の意思の合致(合意)に成立するものとされた⁽¹⁶⁵⁾。それでも、現代の契約理論は、行き過ぎた個別の意思の探求を反省し、意思の形成には社会通念などが顧慮されるとしており、社会とのつながり(いわゆる契約の社会化)を否定しているわけではない⁽¹⁶⁶⁾。

現在、開発が進められているIoTプラットフォームやブロックチェーン、あるいは、これらを活用したスマートコントラクト、人工知能などの知的エージェント、その他のデジタル技術は、人間の自律的な判断部分をデータに基づく機械の判断に置き換えるものである。人間が関与しないまま契約が締結されとか、機械の動作によって契約が成立するといったことについては、議論しなければならない問題が多く残されている⁽¹⁶⁷⁾。スマートコントラクトは、契約の締結および実行が自動化されたプログラムの契約であるが、それ自体、契約といえるのかどうか、スマートコントラクトの法的性質をめぐっては、前述のように、学説において議論があり、見解が分かれる。スマートコントラクトに向けられる批判は、その大部分がスマートコントラクトにおいては事前にすべての物事が決定され、事後的に人の判断を入れた柔軟な是正措置の余地はほとんどないといった点に向けられている。同意の相互関係を欠くスマートコントラクトあつては、これを契約と評価することはできず、その構成要素であるアルゴリズムやコードが契約となるわけではないといった点にある。そのため、スマートコントラクトを、単にソフトウェアでコード化されたビジネスルールにすぎないとか、契約上の合意がない限り法的拘束力はないと考える者もいる。また、契約を自動化するス

スマートコントラクトには法的介入のための端緒がないことを理由に、スマートコントラクトにおける法的効力を限定的に捉える者もいる。スマートコントラクトの締結および実行において必要とされるアルゴリズムやコードは、人の意思表示に代わり得る表現形式であるが、一方的なものであり、契約当事者の一方の意思表示に対する相手方の同意という相互関係を要求するものではない。このような問題を解決するには、合意に対する全当事者の同意という法律構成、すなわち、同意理論は有用であるように思われる。¹⁶⁸

前述したように、合意に対する全当事者の同意という法律構成は、当事者を対立構造で捉えるものではなく、一つの合意事項に対して両当事者が相互に同意するという考え方を基礎とするものである。当事者の意思にのみ依拠するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の目的、契約の性質、正義・衡平なども考慮される。各当事者間で個別的に合意されている内容があっても、効果はそれにとどまることはなく、取引を維持するために必要な包括的な同意から導かれる効果が規範的に創出されることになる。

今日、スマートコントラクトは、今日、様々な場面で用いられており、前述したように、これが私法上の契約に該当するか否かは場合により異なるが、一般的には次のように考えられよう。¹⁶⁹

まず、当事者間に契約に相当する合意があり、それが有効と課される場合には、その内容とおりの効果が生じる。そのような効果意思の合致は、多くの場合、IoTシステムまたはブロックチェーンの外の問題であり、それが認定される必要がある。スマートコントラクトとしてコーディングされた内容とおりの合意が当事者間にあれば、その合意をもって契約が成立し、スマートコントラクトにより契約の執行が行われることになる。

スマートコントラクトという契約は、コンピュータコードによりプログラムされた契約であり、プログラミング言

語で書かれている。法的観点からみると、スマートコントラクトは、それ自体漠然としており、その契約から生ずる当事者の債務や契約の拘束性をつかむのは容易でない。この場合、契約を基礎づける当事者の合意はコードの外に存在し、当事者はコード化されたもの以外の何かに合意したということを証明しなければならない⁽¹⁷⁾。

これに対し、当事者間に上記のような合意がなければ、スマートコントラクトによる契約の執行は法律上の原因がないものと評価される恐れがある。しかし、このような場合であっても、スマートコントラクトにより自動的に契約の実行が行われ、コードの破損やコーディングのミス、あるいは、システムへの不法侵入（ハッキング）などがなければ、契約の執行をもつて当事者間に契約が成立し、同時に履行があつたものとみなされることになる。

そうになると、問題は、当事者間で合意し、コンピュータ上、スマートコントラクトとしてコード化された条件の解釈が事後的に争われたり、システムにバグが生じたりするなどして、事後的に紛争が生じ、スマートコントラクトによつて実行されるサービスの利用者に損害が生じた場合、裁判所がスマートコントラクトによる当事者の合意内容ないし真意を探索し、これを契約内容として承認するかどうかを含めて、その責任の所在等についてどのように考えるかである⁽¹⁷⁾。

また、スマートコントラクトによる契約において、約款が存在する場合には、基本的に約款の問題に還元されることになる。本年四月から施行された改正債権法では、新たに定型約款に関する規定（改正債権法五四八条の二以下）が創設された⁽¹⁷²⁾。スマートコントラクトを考えるうえでは、定型約款との関係が今後重要な解釈上の一つの争点となり得る。

五 スマートコントラクトの紛争処理機能

1 スマートコントラクトによる契約の最適化

今日、スマートコントラクトと呼ばれる言葉が、各種のモノやサービス、情報をインターネットやネットワークを通じて最適化することを内容とする契約ないしシステムを示す言葉として、様々な場面で用いられていることは、すでに指摘したとおりである。

周知のように、日常生活においては、モノの売り買いやサービスの提供などをはじめとして、様々な契約が存在する。これら契約の多くは口頭の約束で成立する（諾成契約）。口頭の約束では、契約内容について言った・言わないの争いになることが多く、これを回避するために重要な契約では、契約書を作成して契約内容を確認し、相互の合意を得るのが一般的である（様式契約）。しかし、書面による契約の場合であっても、書かれた表現や意味内容が曖昧で漠然としていれば、解釈の違いや意味の齟齬が生じ、紛争に発展することになる。また、契約内容が明確であっても、それが確実に実行されるとは限らない。契約は相対立する意思の合致といわれるが、それが口頭や書面のいずれによるにせよ、常に一定のリスクを抱えている。このようなりスクを回避するため、スマートコントラクトでは、契約内容をあらかじめコンピュータ上にプログラムコードでプログラミングしておき、インターネット上のWebサイトに開設されたプラットフォームを介して定められた契約条件が満たされると、自動的に取引が行われる仕組みが採られている。これにより、運用コストの削減、および、効率の向上を図るための手段として、スマートコントラクトは用いられている。¹⁷³⁾

スマートコントラクトは、契約締結に至る手続の煩雑さや契約不履行のリスクを解消するため、契約の締結や契約内容の執行が自動化されているのみならず、解釈上生じうる問題を情報技術で回避し、契約の最適化を図るために考案されたシステムでもある。最近では、自律的な知的エージェントを介した契約の効力、スマートコントラクトにおける紛争解決機能が強調される傾向にある¹⁷⁴。

2 スマートコントラクトと契約の不適合責任

ほとんどすべての契約は、不完全であるといわれる。それは、将来生じるであろうあらゆる不測の事態について、当事者はそれを予見できないか、または、適切な対応ができないからである¹⁷⁵。スマートコントラクトは、プログラムにより機械化された自動契約であり、一見して完全な契約のようにみえる。しかし、そのようなスマートコントラクトといえども、不完全性とまったく無縁というわけではない。ただ、スマートコントラクトにおいては、それがインターネット上のプラットフォームを介したP2Pネットワークを介して行われることから、契約の不完全性が問題となるといっても、通常の契約における不完全性とは異なった様相を呈している。

スマートコントラクトをめぐる契約上の問題は、概していえば、プラットフォームの契約条件、基盤となるスマートコントラクトやIoTシステムにおけるプログラムコードにおいて、当事者間にどのような約定ないし合意があるのか¹⁷⁶、また、契約の実行に際して解釈上の疑義が生じたり、コードの破損やハッキングにより契約の実行に支障が生じた場合、スマートコントラクトの当事者はどの程度プログラムコードなどに拘束されるのかである。その際、紛争解決にあたり、裁判所の介入をどこまで許し、事後的な契約内容の変更をどの程度認めるかという点も、重要な論点

となり得る。⁽¹⁷⁷⁾

紛争の最終的解決は、従来、裁判所の役割とされてきた。しかし、日々進展するテクノロジーを前に、デジタル化されたスマートコントラクトの内容を正しく認識し解明することには困難が伴うことが指摘されている。⁽¹⁷⁸⁾ しかも、自動化されたスマートコントラクトの契約では、裁判所の介入が排除される可能性をもっている。法的観点からみると、スマートコントラクトという契約は、コードによりプログラムされた契約であり、それ自体、漠然としている。その契約から生ずる当事者の債務や契約の拘束性をつかむのは、決して容易なことではないといえよう。

スマートコントラクトについては、従来の契約に見られるような言葉の解釈による誤解や混迷といったものはない。⁽¹⁷⁹⁾ 不履行が生じるとすれば、それは多くの場合、予期しないコードの破損や各コード間の不整合、あるいは、システムやネットワークへの不法侵入（ハッキング）が原因である。⁽¹⁸⁰⁾ このような履行障害については、前述の合意に対する全当事者の同意という法律構成により、問題の所在が明らかにされなければならない。すなわち、当事者を対立構造で捉えるものではなく、一つの合意事項に対して両当事者が相互に同意するという考え方を基礎としながら、同意に対する客観的評価の対象として、契約の目的、契約の性質、正義・衡平などを考慮しつつ、当該取引を維持するために必要な包括的な同意から導かれる効果を導き出して行くことになる。

3 知的エージェントを介した契約の効力

スマートコントラクトによる契約では、人工知能を人の代理人と同様に人工エージェントとして取引や事業活動に導入し、業務の効率化を図ろうとしている事業者も少なくない。人工エージェントの中には、人から指示を与えられ

なくても独自で物を考え、業務を展開していく自律的な知的エージェントも開発されている。しかし、その一方で、知的エージェントが利用者の意思に沿わない法律行為をしてしまった場合や誤作動などにより利用者の想定していないような事態が発生した場合、その行為の効力はどのように扱われるかについては、実はあまりはつきりしない。知的エージェントの法的地位の取り扱いにも関わり、意思表示の問題として取り扱うのか、代理の問題として処理することができるのかによって、問題の処理の仕方は大きく異なる。

例えば、知的エージェントの利用者Aが、知的エージェントの判断に従って、ある商品を受注者Bに対して注文し、Bはその注文を受諾したものの、Aはその商品について知的エージェントが注文した数量を購入する意思はなかったというケースを考えてみよう。この場合、Aは知的エージェントが行った契約に拘束されるのかどうかである。Aがこれを追認することなく無効としたいとすれば、Aは知的エージェントが発注した数量を注文する意図はなかったということを主張し、立証しなければならぬ。これは錯誤といわれる問題であるが、Aの思い違いは知的エージェントが自分の予想する範囲で注文するだろうという部分（動機）である。この場合のAの錯誤は売る・買うといった内心的効果意思に関するものではなく、そのような意思を形成する前提事実に思い違いがあるにすぎず、いわゆる「動機の錯誤」といわれるものである（改正民法九五条一項二号、同条二項）。動機は相手方には分かりづらく、これが相手方に表示されることは少ないことから、動機の錯誤を理由に意思表示を取り消し、当該契約の無効を認めることは、慎重でなければならない。民法は、動機が相手方に表示され、そのような動機がなければ無効とされることを相手方が認識していることを必要とするとしている。

これに対し、知的エージェントがその利用者の意思とは関係のないところで勝手に契約をした場合については、問

題はさらに深刻である。例えば、前述の例で、知的エージェントがそれまでに独自で学習した結果に基づいて、Aの知らない間に、勝手にBに対して注文をし、Bがその注文に対し受諾を与えたとしよう。このような場合、Aの意思表示はどこにも存在しない。契約成立のために必要とされる当事者の「意思表示の合致」がないのであれば、契約が成立したとすることはできない。

ただ、AとBとの間で取引が継続的になされており、その取引に際し、AとBの間であらかじめ合意していたIDやパスワードを使って注文がなされたような場合には、知的エージェントを介してAとB間に売買契約が成立する可能性がある。また、無権代理ではあるが、物の所持や名称の使用許諾による表見代理（民法一〇九条）または権限外の行為の表見代理（民法一一〇条）が成立するとして、知的エージェントが行った契約の効力をAとB間に帰属させることも考えられよう。

一方、知的エージェントの行為を不法行為責任に引き付けて議論する場合には、事理弁識能力が欠ける未成年者の場合の監督義務者の責任（民法七二二条、七二四條）に準じて扱うことができるかどうかを検討されなければならない。また、物に対する監督責任という観点では、動物占有者責任（民法七二八条）との対比、報償責任ないし危険責任との関係では、使用者責任（民法七二五條）という考え方の見直しなども、検討の視野に入ってこよう。これらは、責任主体の概念を再構築することにもつながる重要な問題である。

人が自律的な存在として自らの選択に従って行動することは、我々の社会的、経済的、政治的制度の基本的な部分である。この選択は、私法の領域では、意思の自律と私的自治の原則を基礎づけるものであったが、今やアルゴリズムなどを介して動作する自律的な知的エージェントが人の選択に取って代わる新しい時代の到来を告げようとしている。

る。現代社会におけるアルゴリズムや人工知能の普及を考えると、個人、企業、および国が知的エージェントの使用に関する法的および倫理的問題に取り組むことは急務の課題であるといえよう。

4 履行障害と損害賠償、原状回復

— 契約上の連帯からデジタル連帯へのパラダイム転換

スマートコントラクトによる契約の当事者間に生じた不利益ないし損害については、通常、損害賠償あるいは原状回復によって処理されることになるが、この場合、従来の伝統的な契約理論による救済がそのまま通用するわけではない¹⁸¹。損害賠償によるとしても、この賠償は信頼利益の賠償または履行利益の賠償のどれによるのか、また、原状回復によるとして、当事者の一方が不当に得た利益を吐き出させることは可能かどうかなど、この問題に対する解決策を規範的に検討しなければならない。その意味では、解決に至る道のりは決して平坦ではない¹⁸²。

スマートコントラクトにおいて、予期しないコードの破損や各コード間の不整合、あるいは、システムやネットワークへの不法侵入から契約の履行ができないといった事態が生じた場合、このような履行障害は、通常、損害賠償あるいは原状回復によって処理されることになるといえよう。この点、確固たる定説があるわけではないが、損害賠償によるとした場合、一般に、その賠償は、履行利益の賠償でもなければ、利益の吐き出した損害の賠償でもなく、コードの破損やプログラム相互関係の齟齬が発生する前の元の状態に回復することを目的とした信頼利益の賠償といわれる¹⁸³。ただ、そうであるとしても、この損害を誰が、どのような方法で、いかに負担するのかということについては、さらに検討を要する。

損害賠償や原状回復といった解決以外には、別の可能な解決策として、ネットワーク参加者が紛争解決のための基金を提供することが考えられる。⁽¹⁸⁴⁾これは、各参加者が取引履歴の検証と認証にあたり一定額のトークン（仮想通貨など）を提供し、契約上の損害を補償するために使用するというものである。もう一つの解決策は、スマートコントラクトをハイブリッド契約の観点から読み直して修正を加え、妥当な結果に導くということが考えられる。⁽¹⁸⁵⁾前者は、コードの破壊や不一致あるいはハックなどの結果として、仮想通貨を失ったユーザーの救済のために使用されることから自動車保険に似ているともいわれるが、従来の合意による「契約上の連帯」(contractual solidarity)から「デジタル連帯」(digital solidarity)への移行を示すものといえる。⁽¹⁸⁶⁾後者は、当初意図された結果を回復するために、親文書や他の類似する契約を参考に入れて当事者の合理的な意思解釈を行うものである。契約のハイブリッド構造はブロックチェーン外の法的手段に依拠することを前提としており、最終的には裁判所による紛争解決が予定されている。⁽¹⁸⁷⁾

スマートコントラクトを構成するプログラムの中には、契約または不法行為から生じる法的責任について、紛争解決のための損害賠償や利用停止などが組み込まれているものもある。⁽¹⁸⁸⁾この問題は、これまであまり論じられることはなかったが、最近では、スマートコントラクトにおける紛争解決処理として積極的に取り上げられ、議論されている。⁽¹⁸⁹⁾

紛争の最終的解決は、本来、裁判所の役割とされてきたが、日々進展するテクノロジーの下で、スマートコントラクトに関する紛争の実態を正しく認識し、説明することは、極めて難しい。契約の形成・執行が自動化されたスマートコントラクトでは、裁判官や仲裁人などの高度な専門知識を必然的に必要とするわけではないが、事前の約束と同

意の名のもとに裁判所の介入が排除される可能性をもっている¹⁹⁰。

いずれにせよ、この問題の解決策は、まだ議論が始まったばかりで明確ではない。契約上の債務の履行に関する紛争や契約そのものを修正する機能を備えることが、スマートコントラクトの今後の課題である。紛争解決機能を備えたスマートコントラクトは、従来の裁判所による伝統的な紛争解決に大きな影響を与えることになるものと思われる。

五 結 語

本稿は、現代社会で注目されているスマートコントラクトについて、スマートコントラクトの特徴、その法的性質を分析しながら、契約法的側面から、その意義、問題点を論ずるものである。これにより、コンピュータ上のプログラムコードによって当事者双方の意思を規律することは法的にどのような意味を有するのか、これによって何が起きようとしているのか、これを既存の法体系の中にどのように取り込んで行くのかといった問題点について、その論点を明らかにすることを目的としたものである。

今日、スマートコントラクトと呼ばれる言葉が、各種のモノやサービス、情報をインターネットやネットワークを通じて最適化することを内容とする契約ないしシステムを示す言葉として、様々な場面で用いられている。スマートコントラクトは、コンピュータ上のプログラムコードによって契約の形成や執行が自動的に行われることを意味するものであるが、広義では、IoTプラットフォームやブロックチェーンプラットフォームに装備され、アルゴリズムによる契約の自動化やブロックチェーン技術による分散型台帳の記録保存、IoTネットワークを介した各種のモノ

やサービスのデジタル相互接続などを含むものである。一般的には、スマートコントラクトは、特定の契約をコンピュータ上でプログラミングし、一定の条件に合致したときは、価値あるデジタル情報で取引ができるようにコード化されたものと理解されている。スマートコントラクトというスマートは、まさに各種のモノや情報がデジタル化され、それがインターネットやネットワークに接続されている状態といえることができる。スマートコントラクトの特徴は、コンピュータ上のプログラムコードの形で存在し、あらかじめ定められた契約条件に基づいて実行されるという点にある。

このような特徴を有するスマートコントラクトは、契約成立の基礎を当事者間の合意や約束の相互交換ではなく、契約の締結および実行が人間の関与なしに自動化されている点、それをコンピューターコードを通じて表現する点で、従来の契約理論に対して静かな革命を起こしつつある。スマートコントラクトを既存の法的枠組にどのように組み込むのか、当事者間の自律に委ねるのかどうかは、スマートコントラクトの特性を踏まえ、アルゴリズムやコードなどのコンピュータプログラムを含むシステム全体の構造、あるいは、スマートコントラクトの基盤となるブロックチェーンの仕組みなどを踏まえて行う必要があるといえよう。

本稿の検討によれば、スマートコントラクトの法律構成を考えるうえでは、合意に対する参加者全員の同意という理論構成が有用であること、契約不適合責任が生じた場合の責任もまた、これに準じて考えるべきであることを説いた。合意に対する参加者全員の同意という理論構成は、従来の二当事者間契約の原則を前提にした契約理論では多角取引の問題解決として限界があることを踏まえて、これを克服するために、各当事者間の関係を個別契約の連鎖（いわば線）で捉えるのではなく、全当事者による取引への参集（いわば面）で捉えるという発想へ転換するものである。

換言すれば、当事者を対立構造で捉えるのではなく、一つの合意事項に対して両当事者が相互に同意するという考え方を基礎とするものである。

このような合意に対する参加者全員の同意という理論構成では、すべての当事者が合意事項に同意することによりその法的効果を承認することから、合意事項の確定は事実認定の問題であり、同意により合意に対する法的拘束力が付与されることになる。合意事項の確定にあたっては、当事者の意思にのみ依拠するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の目的、契約の性質、正義・衡平なども考慮されることになる。合意の適法性の評価は、契約解釈として、同意の中に内在的に取り込むことが可能であり、同意に対する客観的評価を通じて合意内容を修正的に確定することも生じうる。場合によっては、当事者の意思と異なる結果が導かれることもあり得る。

わが国では、ブロックチェーンという技術を用いてネットワーク上に記録・保持される分散台帳について、取引参加者全員が合意している仕組みが取られており、そのような合意が一種のソフトローとなってシステム全体を支えているから、その取引上のルールはこのような合意に対する参加者全員の同意という理論構成によって規律されるべきである。このような理論構成によれば、当事者の意思にのみ依拠するのではなく、同意に対する客観的評価の対象として、契約の目的、契約の性質、正義・衡平なども考慮される。合意の適法性の評価は、契約解釈として、同意の中に内在的に取り込むことが可能であり、同意に対する客観的評価を通じて合意内容を修正的に確定することも生じる。場合によっては、当事者の意思と異なる結果が導かれることもあり得る。従って、各当事者間で個別的に合意されている内容があっても、効果はそれにとどまることはなく、取引を維持するために必要な包括的な同意から導かれる効果が規範的に創出されることになる。また、契約の目的に合致する限り、契約当事者が誰であるかを最初から固定す

る必要はない。取引の必要や拡大により、後から取引参加者を含めて多数当事者間契約は拡大する余地がある。

いずれにしても、スマートコントラクトの法的分析は、合意の概念や約束の相互交換に基づくのではなく、コンピュータプログラムを含むシステム全体の構造を踏まえて行う必要がある。そして、それを踏まえた紛争解決は、従来の合意を前提とした個別具体的な損害賠償や原状回復から、契約のネットワークを前提とした「デジタル連帯」への移行が検討されるべきである。それがスマートコントラクトの時代における紛争解決の指針となり得るように思われる。

法が社会の変容に的確に対応するには、まず、テクノロジーの進化がどのような社会の変化をもたらしているかを正しく理解しなければならない。そのうえで、そのような社会の変化が現在の法的枠組の中で処理できるかどうか、まず、この点を検討することが必要である。それにより、法が変革を迫られている問題点が明らかになり、将来への対応が可能となるといえよう。スマートコントラクトの時代を迎えて、この問題の解決策は、まだ議論が始まったばかりで明確ではない。契約上の債務の履行に関する紛争や契約そのものを修正する機能を備えること、そのための理論的根拠を示すことがスマートコントラクトの時代においては重要であるといえよう。

- (一) Reggie O'Shieles, *Smart Contracts: legal Agreements for the Blockchain*, 21 N.C. Banking Inst. 177 (2017); Jared Arcari, *Decoding Smart Contracts: Technology, Legitimacy, & Legislative Uniformity*, 24 Fordham J. Corp. & Fin. L. 363 (2019); Jonathan G. Rohr, *Smart Contracts and Traditional Contract Law, Or: The Law of the Vending Machine*, 67 Clev. St. L. Rev. 71 (2019); Sarah Templin, *Blocked-Chain: The Application of the Unauthorized Practice of Law to Smart Contracts*, 32 Georg. J. Legal Ethics 957 (2019); SHERMIN VOSHMIGIR, TOKEN ECONOMY: HOW BLOCKCHAINS

- AND SMART CONTRACTS REVOLUTIONIZE THE ECONOMY, BlockchainHub 2019; Lauren Henry Scholz, *Algorithmic Contracts*, 20 Stan. Tech. L. Rev. 128 (2017); Stefan Grundmann & Philipp Hacker, *Digital Technology as a Challenge to European Contract Law*, 13 Eur. Rev. of Contract Law 255 (2017). わが国では、ブロックチェーン技術との関連で、技術的側面からスマートコントラクトが取り上げられることが多い。加藤長門ほか『スマートコントラクト開発』(マイナビ、二〇一九年)二頁以下、コンセンサス・ベイス株式会社『ブロックチェーンのしくみと開発がこれ1冊でしっかりわかる教科書』(技術評論社、二〇一九年)一七三頁以下、森川夢佑斗『これからのブロックチェーンビジネス』(MdN、二〇一八年)三〇頁以下、鳥谷部昭寛ほか『スマートコントラクト本格入門』(技術評論社、二〇一七年)六八頁以下、赤羽善治「分散台帳技術とは何か」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)一四頁以下、翁百合ほか編著『ブロックチェーンの未来』(日本経済新聞社、二〇一七年)一五四頁、一九七頁以下「柳川範之」、二〇七頁以下「増島雅和」、ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会『ブロックチェーンの衝撃』(日経P B社、二〇一六年)一八頁、二五二頁以下など。
- (2) 柳川範之「ブロックチェーン技術にはどのような応用可能性があるのか」翁ほか・前掲注(1)一四五頁以下、一六三頁。
- (3) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』・前掲注(1)二〇八頁以下。Scott A. McKinney et al., *Smart Contract, Blockchain, and the Next Frontier of Transactional Law*, 13 Wash. J. L. Tech. & Arts. 313, 340 ff. (2018).
- (4) 赤羽善治・愛敬真生『ブロックチェーン仕組みと理論「増補改訂版」』(リックテレコム、二〇一九年)三六頁以下、コンセンサス・ベイス株式会社『ブロックチェーンのしくみと開発がこれ1冊でしっかりわかる教科書』(技術評論社、二〇一九年)一〇頁以下、森川・前掲注(1)一二頁以下、ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』・前掲注(4)二頁以下、リテシユ・モディ／花村直親ほか訳『Solidity プログラミング: ブロックチェーン・スマートコントラクト開発入門』(講談社、二〇一九年)二頁以下など。欧語文献として、Arcari, *supra* note 1, at 365; Philip Peach, *The Governance of Blockchain Financial Networks*, 80 M. L. R. 1073 (2017); Blaise Carron and Valentin Botteron, *How Smart can a Contract be ?*, in BLOCKCHAINS, SMART CONTRACTS, DECENTRALIZED AUTONOMOUS ORGANISATIONS AND THE LAW, edited by DANIEL KRAUS et al. Elger 2018, p.101; IMRAN BASHIR, MASTERING BLOCKCHAIN SECOND EDITION,

Packet 2018. 9-42; Valentina Gatteschi, et al., *Technology of Smart Contracts*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORMS, edited by LARRY A. DIMATTEO, et al., Cambridge University Press 2020, p.37 など。現代の企業はブロックチェーン技術に大きく依存しており、Amazon (Amazon) やウォルマート (Walmart) などの大企業はこの新しいテクノロジーを採用している。Alex Murray et al., *Contracting in the Smart Era: The Implications of Blockchain and Decentralized Autonomous Organizations for Contracting and Corporate Governance*, [2019] Academy of Management Perspectives 36. なお、ビットコインの誕生とその中核となるブロックチェーン技術との関係については、PEDRO FRANCO, UNDERSTANDING BITCOIN: CRYPTOGRAPHY, ENGINEERING, AND ECONOMIES, Wiley 2015, pp.95-122, 161-169参照。

- (5) IoT産業技術研究会『未来IT図解これからのIoTビジネス』(MDN、二〇一八年)二二頁以下、高橋郁夫ほか編著『デジタル法務の実務Q&A』(日本加除出版、二〇一八年)二八三頁以下、福岡真之介編『IoT・AIの法律と戦略』(商事法務、二〇一七年)二頁以下、八子知礼編著『IoTの基本・仕組み・重要事項が全部わかる教科書』(SB Creative、二〇一七年)二頁以下、IoT検定ユーザー教育推進ワーキンググループ『図解戦力IoTのしくみと技術がこれ1冊でしっかりわかる教科書』(技術評論社、二〇二〇年)二〇頁以下、DIAMONDハーバード・ビジネス・レビュー編集部編『IoTの衝撃』(ダイヤモンド社、二〇一六年)一〇頁以下など。欧語文献については、JAMES A. COX AND MARK W. RAUSMUSSEN (eds.), BLOCKCHAIN FOR BUSINESS LAWYERS, Science & Technology Law 2019, 1 ff.; MICHELLE FINCK, BLOCKCHAIN REGULATION AND GOVERNANCE IN EUROPE, Cambridge University Press 2019, 1 ff.; KEVIN WERBACH, THE BLOCKCHAIN AND THE NEW ARCHITECTURE OF TRUST, MIT Press 2018, 71 ff. など。
- (6) Anthony J. Bellia, *Contracting with Electronic Agents*, 50 Emory L. J. 1047, 1058 (2001); Jeffrey Lipshaw, *The Persistence of "Dumb" Contracts*, 2 Stanford J. of Blockchain Law & Policy 5 (2019).

(7) 福岡編・前掲注(5)二二頁以下。

(8) Fahrshad Ghodoosi, *Digital Solidarity: Contracting in the Age of Smart Contracts*, 29 ff., available at <https://ssrn.com/>

スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論 (長谷川)

九五 (二〇二二)

abstract=3449674 (2019).

- (6) Adam Kolber, *Not-So-Smart Blockchain Contracts and Artificial Responsibility*, 21 *Stan. Tech. L. Rev.* 198, 221-222 (2019).
- (10) Daniel Markovits, *Contract and Collaboration*, 113 *Yale L. J.* 1417, 1419 (2003).
- (11) Rohr, *supra* note 1, at 72.
- (12) Alan McQuinn & Daniel Castro, *A Policymaker's Guide to Blockchain*, Information Technology & Innovation Foundation, April 2019, 24.
- (13) Karen Levy, *Book-Smart, Not Street-Smart: Blockchain-Based Smart Contracts and the Social Workings of Law*, 3 *Engaging Science Technology, and Society* 1 (2017).
- (14) Chunlin Leonhard, *The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law*, 63 *Case W. Res. L. Rev.* 57 (2012); Gregory Klass, *Empiricism and Privacy Policies in the Restatement of Consumer Contract Law*, 36 *Yale J. On Reg.* 45, 57. (2019).
- (15) Leonhard, *supra* note 14, at 57; Randy E. Barnett, *Contract is Not Promise; Contracts Is Consent*, in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW*, edited by GREGORY KLASS et al., Oxford University Press, 2014, p. 42. 契約は単なる約束ではなく、相対立する意思表示の合致であり、義務の履行に関して法的責任を伴うものである。
- (16) Templin, *supra* note 1, at 958-962; Arcari, *supra* note 1, at 370-372; Rohr, *supra* note 1, at 73-74; Mark Verstraete, *The Stakes of Smart Contracts*, 50 *Loy. U. Chi. L. J.* 743, 746-757, 778-780 (2019); Maren Woebeking, *The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract law*, 10 *J. Intell. Prop. Infa. Tech. & Elec. Con. L.* 105, 106 (2019) 及び。わが国では、増島雅和「スマートコントラクトの法的側面について」翁ほか編著・前掲注(1)二〇七頁以下 [増島①]、同「ブロックチェーン技術を用いたスマートコントラクトの検討」NBL一〇九三号(二〇一七年)二八頁以下 [増島②]、倉橋雄作「スマートコントラクトの法的分析と実務対応」NBL一二二五号(二〇一八年)八六頁、木下信行「スマートコントラクトについて」NBL一〇一〇号(二〇一七年)四頁、木村真生子「AIと契約」弥永真生・穴戸常寿編『ロボット・AIと

法』(有斐閣、二〇一八年)一三二頁以下など。

(17) 増島・前掲注(16)〔増島①〕二〇八頁以下、小出篤「分散台帳技術と法制度」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)二二頁以下、二六―二七頁、森剛敏・上田綾乃「ブロックチェーン技術におけるスマートコントラクトの可能性と課題」金融財政事情六八巻七号(二〇一七年)三〇頁以下、橋大地「スマートコントラクト時代における裁判以外の紛争解決可能性」ビジネス法務一八巻九号(二〇一八年)九二頁など。なお、併せて、宍戸常寿ほか「AIと社会と法：パラダイムシフトは起きるか?―契約と取引の未来：スマートコントラクトとブロックチェーン」論及ジュリスト二七号(二〇一八年)一五二頁以下参照。スマートコントラクトとプラットフォームを通じた取引との関係についてはすでに論じた。長谷川貞之「市場のプラットフォーム化をめぐる契約上の諸問題」日本法学八五巻四号(二〇二〇年)一四一頁以下、とくに一九三―一九七頁。

(18) THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORM (edited by LARRY A. DIMATTEO et al., Cambridge University Press 2020) (一九編の論文所収)『おもむく European Review of Private Law Volume 26 No. 6 (2018) (一一二個の論文所収)』 SMART CONTRACTS (herausgegeben von MARTIN FRIES und BORIS P. PAAL, Mohr Siebeck 2019) (九編の論文所収)には「スマートコントラクトに関する論説がまじまじに収録されている。全体を概観するには便利である。このほか、上記注で引用したもの以外で、注目すべき最近の論文などを以下に挙げておく。

Giesela Rühl, *Smart (Legal) Contracts, Or: Which (Contract) law for Smart Contracts?*, available at <https://ssrn.com/abstract=3552004> (2020); Riccardo de Caria, *Definition of Smart Contracts: Between Law and Code*, in THE CAITBRIDGE HANDBOOK OF CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORM, edited by Larry A. DiMatteo et al., Cambridge University Press 2020, 753; Sati Agnihotram & Antonios Kouroutaki, *Doctrinal Challenges for the Legality of Smart Contracts: Lex Cryptographia or a New, 'Smart' Way to Contract?*, 19 J. High Tech. L. 300 (2019); Monika di Angelo et al., *Smart Contracts in View of the Civil Code*, SAC. '19, April 8-12, 2019, Limassol, Cyprus; Riccardo de Caria, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, 6 European Review of Private Law 731 (2019); Marco Dell'Erba, *Do*

- Smart Contracts Require A New Legal Framework? Regulatory Fragmentation, Self-Regulation, Public Regulation*, available at <https://ssrn.com/abstract=3228445> (2019); Ames Grimmelmann, *All Smart Contracts Are Ambiguous*, 2 J. L. Inn. 1 (2019); Thibault Schrepel, *Collusion by Blockchain and Smart Contracts*, available at <https://ssrn.com/abstract=3510525> (2019); Morgan N. Temte, *Blockchain Challenges Traditional Contract law: Just How Smart Are Smart Contracts?*, 19 Wyo. L. Rev. 87 (2019); karen Yeung, *Regulation by Blockchain: the Emerging Battle for Supremacy Between the Code of Law and Code as Law*, 82 M. L. R. 207 (2019); J. Dax Hansen et al., *More Legal Aspects of Smart Contract Applications*, Perkins Coie.Com/Blockchain 6-7 (2018); Pierling Cuccuru, *Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts*, 25 Int'l J. L. & Inf. Tech. 179 (2017); Joshua Fairfield, *Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection*, 71 Wash. & Lee L. Rev. Online 35 (2017); Kristian Lauslahti et al., *Smart Contracts-How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?*, ETLA Reports No. 68 (2017); Eliza Mik, *Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity*, 9 I. Inn.Tech. 1 (2017); Max Raskin, *The law and legality of Smart Contracts*, 1 Geo. L. Tech. Rev. 305 (2017); Jeremy M. Sklaroff, *Smart Contracts and the Cost of Inflexibility*, 166 U. Pa. L. Rev. 263 (2017); Kevin Werbach & Nicolad Cornell, *Contracts Ex Machina*, 67 Duke L. J. 101 (2017); Carla L. Reyes, *Moving Beyond Bitcoin to an Endogenous Theory of Decentralized Ledger Technology Regulation: An Initial Proposal*, 61 Vill. L. Rev. 191 (2016); Alexander Savelyev, *Contract Law 2.0 《SMART》Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law*, National Research University Higher School of Economics WP BRP71/LAW/2016., available at <https://ssrn.com/abstract=2885241>.
- シビラ・グレノン「研究報告書」 Sibilla Grenon, Codifying Code? Evaluating US Smart Contract legislation, International Bar Association: The Global Voice of the Legal Profession (2019); Smart Contracts Alliance, Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond: A Technology, Legal & Regulatory Introduction—Foreword by Nick Szabo, Chamber of Digital Commerce (2016) (hereinafter Smart Contracts Alliance ①); ID., Smart Contracts: Is the Law Ready?, Chamber of Digital Commerce (2018) (hereinafter Smart Contracts Alliance ②) 4520°

- (19) Ghodoosi, *supra* note 8, at 17 ff. 併せて Val Ricks, *Assent is not an Element of Contract Formation*, 61 U. Kan. L. Rev. 591 (2012); Lauren Henry Scholz, *supra* note 1, at 128 も参照。わが国でも同様の指摘がなされる。増島・前掲注(16) [増島①] 一一二二頁、小出・前掲注(17)二六―二七頁。
- (20) 増島・前掲注(16) [増島①] 二〇八頁。
- (21) 自動的に契約を執行するという定義がされることの多いスマートコントラクトについては、そもそも契約とは何か、契約はあつたのか否か、そこでいう損害とは何か、どのような損害が賠償の対象となるのか、また、その解決はどのように行われるべきなのか、裁判所などによる法の介入は承認されるかどうかなど、検討すべき課題は多い。最近の論稿として、〈特集〉「ブロックチェーンと商取引」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)一三頁以下の各論考を参照。とりわけ、本稿のテーマとの関連では、赤羽・前掲注(1)一九頁、小出・前掲注(17)二六―二七頁、森下哲郎「分散台帳技術と金融取引」同二八頁以下、三二―三三頁などが有益な示唆を与えてくれる。
- (22) これまでのスマートコントラクトに関する主要文献の多くは、欧文の文献が中心である。その内容は、三つのカテゴリーに分類することができる。第一は、主にスマートコントラクトの根底にある困難なテクノロジーを説明し、既存の法理との類似性を提供するもの、第二は、スマートコントラクトの限界と有用性に焦点を当てるもの、そして、第三は、スマートコントラクトから生じる規制上の課題や問題を分析するものである。詳細は、Ghodoosi, *supra* note 8, at 40-42. これらの文献に共通することは、いずれも既存のテクノロジーに重点を置き、ブロックチェーン技術の構造と分散機能、および、スマートコントラクトとの関係に言及している。
- (23) VOSHMIGIR, *supra* note 1, at 87-102; WERBACH, *supra* note 5, at 17-32.
- (24) Savelyev, *supra* note 18, at 8; この自動聖水機は、アレクサンドリアで活動したギリシャ人工学者で数学者のクテシビオス (Ctesibius : 古代ギリシア語音に近い表記としてアレクサンテリアのヘロン (Heron of Alexandria) と呼ばれることもある) が考案したといわれている。KERRT SEGRAVE, *VENDING MACHINES: AN AMERICAN SOCIAL HISTORY*, McFarland, 2002, p.3.

- (25) Agnikhotraum & Kouroutaki, *supra* note 18, at 312.
- (26) Nick Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, Extropy (1996), available at http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html. 註「*Rob*」 Rory Unsworth, *Smart Contract This! An Assessment of the Contractual Landscape and the Herculean Challenges it Currently Presents for “Self-executing” Contracts*, in LEGAL TECH, SMART CONTRACTS AND BLOCKCHAIN, edited by MARCELO CORRALES et al., Springer 2019, 17 ff. スザボの経歴と人物像について WERBACH, *supra* note 5, at 203-204. スザボについては、彼がビットコインの創始者であるサトシ・ナカモト (Satoshi Nakamoto) ではないかと広く信じられているが、彼自身は否定している。この点につき Nathan Reiff, *Who Is Nick Szabo, and Is He Satoshi Nakamoto*, INVESTOPEdia, Apr. 12, 2018, available at <https://www.investopedia.com/news/who-nick-szabo-and-he-satoshi-nakamoto/>.
- (27) 前掲注(18)および後掲注(65)参照。
- (28) 典型的な契約は一人以上の当事者による将来の義務の履行が含まれるため、将来義務の欠如は伝統的な契約の概念と一貫性がない。この点につき Kolber, *supra* note 9, at 221-222.
- (29) 人工知能と契約に関しては、解決されなければならない問題が多い。全体的な考察として、弥永真生 Ⅱ 宍戸常寿編『ロボット・AIと法』(有斐閣、二〇一八年)が収録する二二編の論文を参照されたい。本稿のテーマとの関連では、木村・前掲注(16)一三二頁以下が重要である。また、福岡編・前掲注(5)五六頁以下は、「AIをめぐる法律問題」を取り上げて論ずる。欧語文献については Roger Brownsword, *Smart Contracts: Coding the Transaction, Decoding the Legal Debates*, in REGULATING BLOCKCHAIN, TECHNO-SOCIAL AND LEGAL CHALLENGES, edited by PHILIPP HACKER et al., Oxford University Press, 2019, 311 ff.; SAMIR CHOPRA AND LAURENCE F. WHITE, A LEGAL THEORY FOR AUTONOMOUS ARTIFICIAL AGENTS, The University of Michigan Press, 2011, pp. 29 ff., 55-61.; Emad Abdel Rahim Dahiyat, *Artificial Intelligence and Law: Do We Need a Thoughtful Reconsideration*, 18 Colo. Tech. L. J. 351 ff. (2020). 二二

エージェントは操作者などのユーザーを補助し、繰り返し行うべきコンピュータ関連のタスクをユーザーに代わって行うなどの能力を有するが、独立して行動し、状況の変化を学習して適応する能力を有する人工エージェントは知的エージェントと呼ばれる。

(30) 詳細は、長谷川・前掲注(17)一四一頁以下。

(31) 八子編著・前掲注(5)二頁。アシュトン氏は一九六八年英国バーミンガム生まれで、P&G社のアシスタント・ブランド・マネージャ時代に、MITのサンジャイ・サルマ (Sanjay Sarma) 教授やサニー・シウ (Sunny Siu) 教授らと共同でRFID (Radio frequency Identifier: ID情報を埋め込んだRFタグから電磁界や電波などを用いた近距離の無線通信によって情報をやりとりするもの) やセンサーのグローバルスタンダードを推進する研究コンソーシアム「Auto-IDセンター」を始動させた人といわれている。RFIDジャーナル二〇〇九年一月二二日付けの「That 'Internet of Things' Thing」というタイトルの記事の中で、冒頭、一九九九年のP&GでのプレゼンテーションにおいてIoTという言葉を使用したと記載されている。

(32) 八子編著・前掲注(5)一四〇頁、IoT産業技術研究会・前掲注(5)三六一―三七頁。

(33) 八子編著・前掲注(5)二六頁以下、IoT産業技術研究会・前掲注(5)一二頁以下など。

(34) 八子編著・前掲注(5)二二頁。

(35) ビットコインは、第三者を信頼することなく価値を移動できるデジタル通貨を実現することを目指したもので、その始まりはサトシ・ナカモトと名乗る人物が二〇〇八年に発表した論文に由来する。二〇〇八年一月三十一日、サトシ・ナカモトなる人物が暗号技術メーリングリストに投稿した論文「Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System」には、「ビットコインの基本的なアイデアが記されていた。インターネットを利用した決済、オープンソース・プロトコルに基づく仮想通貨が、それである。ビットコインの構成要素は、公開鍵暗号方式による秘密鍵を保管しているウォレット、インターネットでつながっているビットコイン・ネットワーク、取引情報であるトランザクション、元帳となるブロックチェーン、そして、ブロックチェーンを作るマイナーである。ビットコインの開発によりインターネットを利用した決済が可能となり、オープンソース・

プロトコルに基づく仮想通貨を広める契機となった。仮想通貨は、一般的にはネットワーク上で電子的な決済の手段として広く流通しているが、法定通貨との比較において強制通用力をもたない（または特定の国家による裏付けのない）ものである。詳しくは、畠山久志編著『仮想通貨法の仕組みと実務』（日本加除出版、二〇一八年）六一頁など。なお、わが国では、仮想通貨交換業者に対する登録制を導入するなどの必要性から、資金決済法の改正（令和二年五月一日施行）により今まで仮想通貨と呼ばれていた名称が暗号資産へと変更されることになった。堀天子『実務解説資金決済法「第4版」』（商事法務、二〇一九年）一頁以下。なお、暗号通貨の私法上の位置づけにつき、松嶋隆弘Ⅱ渡邊涼介編著『暗号資産の法律・税務・会計』（ぎょうせい、二〇一九年）一五四頁以下「松嶋隆弘」。

(36) 前掲注(1)および(2)で引用の各文献を参照。ビットコインが開発された当初、ビットコインのソフトウェアをベースにして、計算アルゴリズムやブロックサイズなどのパラメーターを変更しただけのものが多く作られた。LitecoinやMonacoinなどがこれにあたる。その後、ビットコインの取引履歴のメッセージ領域に特定のデータを書き込み、ビットコインのチェーン上にデータを乗せる形で運用されるコインが作られた。それが、OmniやOpen Assets, Counterpartyである。今では、ブロックチェーンを仮想通貨のためだけに用いるのではなく、様々な機能をもたせて他の分野にも応用しようとする動きが起こっている。仮想通貨の定義と沿革につき、PWCあらた有限責任監査法人編『仮想通貨の会計・税務・監査』（中央経済社、二〇一八年）二頁以下。

(37) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会編・前掲注(1)二三七頁、株式会社ブロックチェーンハブ『新事業企画・企業のための実践ブロックチェーン・ビジネス』（日本能率協会マネジメントセンター、二〇一八年）二〇頁以下など。

(38) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会編・前掲注(1)二八五頁。

(39) ブロックチェーンの出現後は、各種のプラットフォームを介してブロックチェーンに搭載されて、分散型取引データの記録台帳の役割も果たすようになった。Dickson C. Chin, *Smart Code and Smart Contracts*, in *BLOCKCHAIN FOR BUSINESS LAWYERS*, by edited by JAMES A. COX AND MARK W. RAWSMUSSEN, Science & Technology Law 2018.

pp. 87 ff., 90-112.

(40) ブロックチェーンにおける合意形成に用いられるアルゴリズムとしては、「作業の証明」(Proof of Work: P o W)がよく知られている。ブロックチェーンに新たなブロックを追加するときは、直前のブロックのハッシュ値と追加されるブロックに含まれるデータがハッシュ関数によって暗号化され、両者の整合性を確認して承認する作業(これを採掘という)が行われる。この承認作業において、不正が行われていないことを証明する仕組みがP o Wである。これにより相互牽制力が働くことになり、ブロックチェーンに書き込まれるデータそのものへの不正を回避することができる。ただ、P o Wは、膨大なCPUパワーを必要とするため、非常に電気代がかかること、悪意をもったマイナー(取引内容をブロックに書き込む作業を行う人)が、ネットワークの半数以上を支配すると不正操作が可能になる点、デメリットとして挙げられる。

(41) いわゆる「ビザンチン障害耐性」(Byzantine Fault Tolerance: BFT)の問題である。数学者のレスリー・ランポート(Leslie Lamport)らによって提起された問題である。L. Lamport et al., *The Byzantine Generals problems*. <https://doi.org/10.1145/357172.357176>.

P 2 P ネットワークに基づいて構築されるブロックチェーンにあつては、ビザンチン障害耐性(BFT)の問題が発生しても、ネットワーク全体が正しい値に合意できるという性質が考慮されなければならない。ビザンチン障害耐性(BFT)とは、分散型ネットワークにおいては、参加者の故障したノードから誤った情報が送信されたり、悪意あるノードから意図的に偽りの情報が送信された場合に、ネットワーク全体で正しい値を合意できるかという問題である。東ローマ帝国(ビザンチン帝国)の将軍らが戦場で抱えた問題に由来するところから、ビザンチン将軍問題(Byzantine Generals Problem)ともいわれる。Werbach, *supra* note 15, at 42 ff.

(42) ブロックチェーンは、P 2 P ネットワークを用いた中核となる管理者のいない自律分散型のデータベースである。自律分散型データベースのアプリケーション(Decentralized Applications)は、その英語表記の頭文字を取って“Dapps”と呼ばれる。Dappsは、ブロックチェーンのテクノロジーを使用していること、アプリをコントロールする中央管理者は存在せず、分散管理されていること、自由に価値の交換を行うことのできるトークンの発行とアプリ内にそのトークンの受け渡しを行う仕組み

- を作ること、自動的にオペレーションが実行されることなどを特徴としている。Dappsでは、誰がどれくらいの金額を所有しているかを正確に記録したり、正確な送付先を書き込むことで、お金を送りたい相手に正確に送金するサービスを提供することができる。これらのサービスは、具体的には、アプリ利用者が送金手数料を支払い、ビットコインの記録作業に参加しているマイナーが送金手数料を受け取るにより行われる。このアプリケーションの1つが、スマートコントラクトである。スマートコントラクトをブロックチェーンに実装するには、イーサリアム (Ethereum) やエリス (Eris)、ハイドラチェーン (HydraChain)、ハイパーレジャー (Hyperledger)、ルートストック (Rootstock) などのプラットフォームを用いる。この中で最も重要なインパクトをもたらしたのが、イーサリアムである。イーサリアムは、ブロックチェーン上でより複雑なアプリケーションを開発できるプラットフォームとして設計された画期的なもので、現在、スマートコントラクト開発のスタンダードとなっている。ただし、イーサリアムで実行されるブロックチェーン上のスマートコントラクトは、Ethereum Virtual Machine Code (EVM Code) というプログラム言語で書かれており、ブロックの開発者が理解してプログラミングするには難易度が高い。そのため、イーサリアムでは、可読性が高い言語とそれをEVM Codeに翻訳するためのコンパイラが数種用意されている。近年、最も使われている言語がソリディティ (Solidity) とサーペント (Serpent) である。また、イーサリアムでは、ビットコインに次ぐ時価総額を誇る仮想通貨イーサ (Ether) を内部通貨として定めている。イーサは、市場で出回る通貨として使われるだけでなく、スマートコントラクトを行うための手数料としても用いられる。イーサリアムについては、アンドレアス・M・アントノブロス&ギャビン・ウッド／宇野雅晴、鳩貝純一郎訳『マスターリング・イーサリアム』(オーム社、二〇一九年)、クリス・ダネン／ウィリントン訳『Ethereum + Solidity入門』(インプレス、二〇一九年)などに詳しく。
- (43) 唐澤光彦「ブロックチェーンの基礎知識と合意形成アルゴリズム」(二〇一八年)。Available at <https://deross.impress.co.jp/docs/column/column20180725-01/000730-3.html>.
- (44) 最近の特集記事として、前掲注(13)で引用の各文献を参照。
- (45) 小出篤『分散型台帳』の法的問題・序論―『ブロックチェーン』を契機として―江頭憲治郎先生古稀記念『企業法の進路』(有斐閣、二〇一七年) 八二七頁以下、八四一―八四二頁、ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委

員会編・前掲注(1)二二四頁など。なお、岡田仁志ほか『仮想通貨―技術・法律・制度』(東洋経済新報社、二〇一五年)九五頁参照。

(46) ダニエル・ドレシヤ／株式会社クイープ・訳『徹底理解ブロックチェーン…ゼロから着実にかかわる次世代時術の原則』(インプレス、二〇一八年)四〇―四一頁。

(47) 赤羽・前掲注(1)一六頁。

(48) 赤羽・前掲注(1)一八頁。

(49) 詳細は、〈特集〉「ブロックチェーンと商取引」ジュリスト一五二九号(二〇一九年)一三頁以下、加藤貴仁「ブロックチェーンと金融商品の決済システム」金融法務事情二〇九五号(二〇一八年)六一頁以下、ビットバンク株式会社&「ブロックチェーンの衝撃」編集委員会編・前掲注(1)二〇四頁以下、株式会社ブロックチェーンハブ・前掲注(37)一三六頁以下、正田英樹ほか『ブロックチェーンがひらく「あたらしい経済」』(幻冬舎、二〇二〇年)五一頁以下など。FinTechとの関係につき、森下哲郎「FinTech時代の金融法のあり方に関する序説的検討」江頭憲治郎先生古稀記念『企業法の進路』(有斐閣、二〇一七年)七七一頁以下。

(50) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会編・前掲注(1)一四七頁。

(51) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会編・前掲注(1)二二九頁以下。

(52) IoT産業技術研究会・前掲注(5)五七頁以下、一一四頁。

(53) 長谷川・前掲注(17)一六二頁以下。

(54) ビットバンク株式会社&『ブロックチェーンの衝撃』編集委員会編・前掲注(1)二四五頁。

(55) 長谷川・前掲注(17)一七二頁以下。自転車とポートにGPSやセンサーを搭載することで、利用状況の把握や自転車の位置情報などを取得して盗難対策やスムーズな回収ルートを検索し、運用コストの削減を図ることも可能である。

(56) 八子編著・前掲注(5)四一頁以下、IoT産業技術研究会・前掲注(7)五七頁以下、一一四頁など。八子編著・前掲注(5)四一―四二頁によれば、IoTはその提供する機能によって、次の六つに分類されるといふ。①アプリケーション開発環

境を提供するもの、②課金・認証・ユーザー管理機能を提供するもの、③データ蓄積・流通・連携機能を提供するもの、④デバイスとクラウド間のセキュアな通信を提供するもの、⑤デバイス管理機能を提供するもの、⑥デバイス側でクラウドと連携して動作するもの。

(57) IoTの進展につき、総務省編『IoT・ビッグデータ・AI・ネットワークとデータが創造する新たな価値』〈情報通信白書平成二八年版〉（発売・全国官報販売協同組合、二〇一六年）八〇頁以下、IoTに関する国内外の取組みについては、同署一一頁以下。

(58) 増島雅和・堀天子『暗号資産の法律』（中央経済社、二〇二〇年）九頁。

(59) Yeung, *supra* note 18, at 209.

(60) 増島・堀・前掲注(58)一一頁。

(61) Raskin, *supra* note 18, at 323.

(62) Stuart D. Levi and Alex B. Lipton, *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*, HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATIONS (2018), available at <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>

(63) Markovits, *supra* note 10, at 431.

(64) Raskin, *supra* note 18, at 306.

(65) Smart Contracts Alliance^②, *supra* note 18, at 41; Harry Surden, *Computable Contract*, 46 U.C. Davis L. Rev. 629, 656 (2012).

(66) Kolber, *supra* note 9, at 220; Werbach & Cornell, *supra* note 18 at 340-341; Bellia, *supra* note 6, at 1065: COPRA AND WHITE, *supra* note 29, pp. 30, 55-61.

(67) 赤羽・前掲注(一)一五—一六頁。

- (68) ドレシヤー・前掲注(46)四〇頁。
- (69) 小出・前掲注(45)八三九頁。
- (70) 赤羽・前掲注(1)一六頁。
- (71) McGuinn & Castro, *supra* note 12, at 5.
- (72) 小出・前掲注(17)二二頁以下、二二六頁。
- (73) 前掲注(1)―(4)で引用の各文献参照。
- (74) Leonhard, *supra* note 14, at 57.
- (75) Raskin, *supra* note 18, at 306; Grundmann & Hacker, *supra* note 1, at 267-69.
- (76) Agnikhotraum et al. *supra* note 18, at 302; Savelyev, *supra* note 18, at 742。 法律の整理として Caria, *supra* note 18, at 735 は代表的な学説の見解をこの分類に整理する。
- (77) Nick Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Publicnetworks*, FIRST MONDAY 2, No. 9 (September 1, 1997), <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.
- (78) Temte, *supra* note 18, at 94; Agnikhotram et al., *supra* note 18, at 301-302; Peach, *supra* note 3, at 3; Templin, *supra* note 1, at 959 以下。
- (79) Arcari, *supra* note 1, at 370.
- (80) Woebeking, *supra* note 16, at 106.
- (81) Rohr, *supra* note 1, at 72.
- (82) Mateja Durovic & Andre Jansen, *Formation of Smart Contracts under Contract Law*, in THE CAMBRIDGE OF HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORMS, edited by LARRY A. DIMATTEO et al., Cambridge University Press 2020, pp. 61 ff., 75.
- (83) 詳細は Woebeking, *supra* note 16, at 106 ff. 併せて前掲注(15)を参照。

- (84) ERIC A. POSNER, *CONTRACT LAW AND THEORY*, (Wolters Kluwer, 2nd ed. 2016). 法と経済学の観点から約束の相互交換が、また、関係的契約理論からは協調行動が取り上げられ、公的規範の結果として生じる効率性が議論される。伝統的契約理論によれば、約束の交換や社会規範の遵守も要求される。GRANT GILMORE, *THE DEATH OF CONTRACT* 61 (Ohio State University Press 1974).
- (85) GILMORE, *supra* note 84, at 61.
- (86) Bellia, *supra* note 6, at 1058-1059.
- (87) Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 343. 一方的契約の概念について Mark Pettit, *Modern Unilateral Contracts*, 63 Bu. L. Rev. 551, 565 (1983); Maurice I Wormser, *True Conception of Unilateral Contracts*, 26 Yale L. J. 136 (1916).
- (88) 註文で Rohr, *supra* note 1, at 73; Woebeking, *supra* note 16, at 107-111; Durovic & Jansen, *supra* note 82, at 754, 761-770; Temte, *supra* note 18, at 102-112; Verstraete, *supra* note 16, at 745, 762-793, Arcari, *supra* note 1, at 373-376; O'shields, *supra* note 1, at 185-193; Agnikhotraum et al., *supra* note 18, at 309; J. Dax Hansen et al., *supra* note 18, at 6; Savelyev, *supra* note 18, at 16-21; Gatteschi, et al., *supra* note 3, at 53-54 以下。
- (89) Smart contract Alliance^②, *supra* note 18, at 41; Surden, *supra* note 65, at 656.
- (90) Kolber, *supra* note 9, at 220; Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 340; Bellia, *supra* note 6, at 1047.
- (91) Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 341-344; Daniel Caruso, *Then and Now: Mark Pettit's Modern Unilateral Contracts in the 1980s and in the Age of Blockchains*, 98 Bu. L. Rev. 1789, 1791 (2018).
- (92) Tess Wilkinson-Ryan, *A Psychological Account of Consent of Fine Print*, 99 Iowa L. Rev. 1745 (2013).
- (93) Usha Rodrigues, *Law and the Blockchain*, 104 Iowa L. Rev. 679, 717 (2018).
- (94) Scholz, *supra* note 1, at 128.
- (95) Mequinn & Castro, *supra* note 12, at 24.
- (96) Grimmelmann, *supra* note 18, at 4; Rohr, *supra* note 1, at 72.

- (97) Levy, *supra* note 13, at 1.
- (98) TFCT (Commodity Futures Trading Commission) 報告書「PrimerSmartContracts, https://www.cftc.gov/sites/default/files/2018-11/LabCFTC_PrimerSmartContracts12718.pdf, at 11 ff., 25.
- (99) Robert Herian, *Legal recognition of Blockchain Registries and Smart Contract*, p.10, available at <https://www.eublockchainforum.eu/knowledge>.
- (100) Ghodoosi, *supra* note 8, at 42 ff.
- (101) 末廣裕亮「仮想通貨の私法上の取扱いについて」NBL一〇九〇号（二〇一七年）六八頁。
- (102) 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全（下）』（商事法務、二〇一七年）八四五頁「芝章浩」。
- (103) 森下哲郎「分散台帳取引と金融取引」ジュリスト一五二九号（二〇一九年）二八頁以下、三三頁。
- (104) 赤羽・前掲注（一）一九頁。
- (105) 赤羽・前掲注（一）一九頁。
- (106) The DAO Attack 事件については、林裕司「The DAO Attack 事件」翁ほか編著・前掲注（一）二六七―二七〇頁などに詳しく紹介がある。
- (107) Leonhard, *supra* note 14, at 57; Klass, *supra* note 14, at 57.
- (108) The Case Law Access Project: Historical Trends, available at <https://case.law/trends/>.
- (109) WERBACH, *supra* note 5, at 163; Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 341.
- (110) Brownsword, *supra* note 29, at 311 ff.
- (111) Ghodoosi, *supra* note 8, at 39; Markovits, *supra* note 10, at 431; Amy J. Schmitz & Colin Rule, *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, 2019 J. of Dispute Resol. 103, 117 (2019).
- (112) Yeung, *supra* note 18, at 220, 224; Larry A. DiMatteo et al., *Smart Contracts and Contract Law*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SMART CONTRACTS, BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND DIGITAL PLATFORM, edited by LARRY

A. DIMATTEO et al., Cambridge University press 2020, at 4.

- (113) Yeung, *supra* note 18, at 236, 239; Gatteschi et al., *supra* note 3, at 53; Matteo et al., *supra* note 112, at 4 ff., 10.
- (114) Grimmelmann, *supra* note 18, at 4; Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 322; David Siegel, *Understanding the DAO Attack*, COINDESK, June 25, 2016, available at <https://www.coindesk.com/understanding-dao-hack-journalists>.
- (115) 小出・前掲注(17)二六―二七頁。
- (116) ローレンス・レッシング／山形浩生・柏木亮二「訳」『Code: インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社 二〇〇一年)三頁以下、七七頁以下。
- (117) 小塚社一郎『Aの時代と法』(岩波新書) (岩波書店 二〇一九年) 一三九頁、一四五頁。レッシングの問題提起につき WERBACH, *supra* note 5, at 153-160; FINCK, *supra* note 5, at 39-45, 66-87.
- (118) L. LESSING, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE, New York: Basic Books, 1999. 本書の邦訳はレッシング／山形・柏木「訳」・前掲注(116)参照。
- (119) Yeung, *supra* note 18, at 209, 215-216, 219-220; Savelyev, *supra* note 18, at 14.
- (120) 長谷川・前掲注(17)一九四頁。
- (121) 長谷川・前掲注(17)一九四―一九六頁。
- (122) Agnikhotram & Kouroutaki, *supra* note 18, at 305. 註(1)のReyes, *supra* note 18, at 384; Aaron Wright & Primavera De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, available at <https://ssrn.com/abstract=2580664> (2015), p. 1; Surden, *supra* note 65, at 629.
- (123) Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 319; Jakob J. Szczerbowski, *Place of Smart Contracts in Civil Law. A Few Comments on Form and Interpretation*, available at <https://ssrn.com/abstract=3095933> (2017).
- (124) 各州の立法状況はRex Martinez, *Artificial Intelligence: Distinguishing Between Types & Definitions*, 19 Nev. L. J. 1015, 1016, 1029-1033 (2019). 連邦法としてアメリカ統一コンピュータ情報取引法 (UCITA) § 107; 電子署名法

- (E-SIGNS 101 (b))。詳しくは、CHOPR AND WITTE, *supra* note 29, at 35 ff., 61-65.
- (125) Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 341; Bellia, *supra* note 6, at 1065.; CHOPRA & WHITE, *supra* note 66, at 30, 55-61, 65-69. 最近の議論については、Dahiyat, *supra* note 29, at 372 ff.
- (126) 増島 天・前掲注(58) 一一頁。
- (127) 新たなテクノロジーに対する法的規制の必要性と法律家の役割については、Frank A. Pasquale and Glyn Cashwell, *Four Futures of Legal Automation*, 63 UCLA L. Rev. Discourse 26 (2015).
- (128) Arcari, *supra* note 1, at 365-366.
- (129) Rohr, *supra* note 1, at 74-75; Arcari, *supra* note 1, at 366 & 377 et seq.; Margaret I. Lyle et al., *State Laws Addressing Blockchain Technology*, in BLOCKCHAIN FOR BUSINESS LAWYERS, by edited by JAMES A. COX AND MARK W. RAWSMUSSEN, Science & Technology Law 2018. pp. 185 ff., 187-194.
- (130) Arcari, *supra* note 1, at 377.
- (131) Arcari, *supra* note 1, at 366 & 377.
- (132) Arizona on March 29, 2017 (H.B. 2417); Tennessee on March 26, 2018 (Public Chapter No. 591, Senate Bill No. 1662)
- (133) Ohio (SB300); Nebraska (LB695).
- (134) Arcari, *supra* note 1, at 377.
- (135) 長谷川・前掲注(17) 一九三頁。
- (136) 中舎寛樹「〈研究ノート〉『失われた契約理論』と多数当事者契約論」明治大学・法科大学院論集二三号(二〇二〇年) 六三頁。
- (137) 中舎・前掲注(136) 六五頁。
- (138) 中舎・前掲注(136) 六五―六六頁。
- (139) 中舎・前掲注(136) 六七頁。同意理論につき、詳しくは、筏津安恕『失われた契約理論』(昭和堂、一九九八年) 一二頁以下

下、中谷寛樹「ボアソナーードの合意論と多数当事者間契約論」伊藤進先生傘寿記念論文集『現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七年）一頁以下。

(140) 中舎・前掲注(136)八七頁。

(141) 中舎・前掲注(136)六六―六七頁。

(142) 従来の伝統的な支配学説につき、山本敬三「契約の解釈と民法改正の課題」石川正夫先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』（商事法務、二〇一三年）七〇一頁以下、七〇四頁。

(143) 松尾弘「民法改正における規範的意思主義と合意主義の相克―法律行為における「意思」の妥当根拠をめぐって―」内池慶四郎先生追悼論文集『私権の創設とその展開』（慶應義塾出版会、二〇一三年）五一九頁以下、五二一―五三三頁。

(144) 松尾・前掲注(143)五三一頁。

(145) 松尾・前掲注(143)五二九頁以下、山本（敬）・前掲注(142)七〇一頁以下、中田裕康「民法（債権法）改正の対立軸」松久三四彦ほか編著『社会の変容と民法の課題「上巻」』（成文堂、二〇一八年）三七一頁以下、大村敦志「民法（債権法）改正の『契約・契約法』観」民商一五三卷二号（二〇一七年）五七頁以下など参照。

(146) 松尾・前掲注(143)五三一頁。

(147) 潮見佳男「総論―契約責任論の現状と課題」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八一頁以下など。

(148) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ一三一八号（二〇〇六年）八七頁。

(149) 中田（裕）・前掲注(145)三七四―三七五頁、三八九頁。

(150) 大村・前掲注(145)六八頁。なお、潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、二〇一七年）五四頁以下参照。

(151) 中田（裕）・前掲注(145)三七四頁注四。

(152) 中田（裕）・前掲注(145)三七六頁。なお、中田裕康『債権総論「第3版」』（岩波書店、二〇一四年）二五頁以下参照。

(153) 大村・前掲注(145)七三頁。

(154) 松尾・前掲注(143)五三一頁。併せて、松尾弘「民法〈債権法〉改正における『意思主義』の行方——法律行為における帰責原理の観点から」池田真朗Ⅱ平野裕之Ⅱ西原慎治編著『民法〈債権法〉改正の論理』（新青出版、二〇一〇年）六六三頁以下参照。

(155) 松尾・前掲注(143)五三五頁。

(156) 松尾・前掲注(143)五五六頁注(18)、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」山中康雄教授還暦記念『近代法と現代法』（法律文化社、一九六二年）一一九頁以下。フランス民法の近時の改正につき、中田裕康「2016年フランス民法（債権法）改正」日仏法学二九号（二〇一七年）九七頁。これまでの改正の歴史の通観として、馬場圭太「フランス民法典改正史——民法典の危機と再生」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅰ』（商事法務、二〇一八年）二五九頁以下。

(157) 原島・前掲注(156)一四四頁。

(158) 民法学の古典的体系を一九世紀のパンデクテン法学、とくにサヴィニーの『現代ローマ法体系』に求めること、そして、その社会像ないし思考様式の源をドイツ古典哲学に、さらに遡って啓蒙期自然法思想に確認することには、さして異論はなからう。民法学の古典的体系の根底にあつて、その全体を支える基本的な価値は、個人の自律的な展開を可能とする自由であつた。この自由を端的に表すものが、私的自治の原則である。私法上の法律関係は、自由な個人の意思力の流出の結果、形成されるものでなければならない。権利の担い手が自ら法律行為によつて法律関係を作り出し、変更するのである。このような民法学の古典的体系は、今日まで原則としてそのまま維持されている。それは、この体系の中に、私法が互いに独立し自己の決定に基づいて行動する市民の法であるということの表現が見られるからである。原島・前掲注(156)一二二—一二四頁。

(159) 原島・前掲注(156)一六〇頁。民法学の古典的理論とは何かを厳密に問うとすれば、これを一九世紀初めのサヴィニーに求めることもあれば、一九世紀末、二〇世紀初めのドイツ民法典制定に接するヴィントシャイトに求めるものもある。それは、結局、サヴィニーからヴィントシャイトに至るパンデクテン法学において、民法理論はその骨格においてどのような変化を遂げたかということを追求する歴史的研究に帰着する。

- (160) 原島・前掲注(156)一六〇頁。
- (161) Weiner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band 2, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Ergänzte Auflage, Springer-Verlag, 1979, S.23, 302-304. ちなみに、「ドイツ民法は、意思表示の解釈について、「真意が探求されなければならず、表現の字義的な意味に拘泥してはならない」と規定する（下民一三三三条）。意思表示における当事者の実際の理解が明らかでないときは、法律行為の規範的解釈および補充的解釈が必要となる。その際、意思表示の解釈は、なおも表意者の真意を基準とすべきか、表示それ自体の客観的意味を基準とすべきか、判例・学説上、争われてきた。松尾・前掲注(143)五五七頁注(18)。詳しくは、内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について——意思表示解釈の原理をめぐる」法学研究三八巻一号（一九六五年）一九一—二〇五頁。
- (162) 松尾・前掲注(143)五五七頁注(19)。
- (163) 松尾・前掲注(143)五三一頁、原島・前掲注(156)一四四頁。
- (164) 松尾・前掲注(143)五五三頁。
- (165) 穴戸ほか・前掲注(17)一五二頁以下。同意理論の展開につき、前掲注(139)参照。
- (166) 長谷川・前掲注(17)一九五頁。
- (167) 穴戸ほか・前掲注(17)一五二頁以下。
- (168) 長谷川・前掲注(17)一九五—一九六頁。
- (169) 増島Ⅱ堀・前掲注(58)一〇頁。
- (170) Rohr, *supra* note 1, at 103.
- (171) 小出・前掲注(17)二六—二七頁。
- (172) 詳細は、定型約款に関する規定の創設の経緯につき、筒井健夫Ⅱ村松秀樹『一問一答・民法（債権関係）改正』（商事法務、二〇一八年）二四〇—二六三頁、村松秀樹Ⅱ松尾博憲『定型約款の実務Q & A』（商事法務、二〇一八年）一一—二〇頁。改正経緯を踏まえた解釈上の問題点について、河上正二『約款による契約』と『定型約款』（特集）「改正民法における『定

型約款』と消費者契約」消費者法研究三号（二〇一七年）一頁、山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」同三二頁以下、川地宏行「民法改正における定型約款の組入要件と内容規制」伊藤進先生傘寿記念論文集『現代私法規律の構造』（第一法規、二〇一七年）一一七頁以下など参照。

(173) スマートコントラクト開発の開発と展開は、Agnikhotram & Kouroutaki, *supra* note 18, at 302; Gatteschi et al., *supra* note 3, at 38, 45-53. 詳細は、Smart Contracts Alliance^②, *supra* note 18, at 14-18.

(174) Dahiyat, *supra* note 29, at 372 ff.; Dalton Powell, *Autonomous Systems as Legal Agents: Directly by the Recognition of Personhood or Indirectly by the Alchemy of Algorithmic Entities*, 18 Duke L. & Tech. Rev. 306, 312 ff. (2020); Ghodoosi, *supra* note 8, at 39 ff.

(175) Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 Yale L. J. 87, 92 (1989).

(176) プログラムコードの合意に関しては、契約の自動実行を定めたコードに関する合意、検証メカニズムを決定するプラットフォーム上のコードに関する合意、ユーザーがプラットフォームを使用する前に署名する契約条件に関する合意という、三つの層からなる契約上の合意が問題となる。学説は、これら三つの合意に関して、しばしば不整合が存在することを指摘している。Kolber, *supra* note 9, at 220.

(177) Rodrigues, *supra* note 93, at 679.

(178) Kolber, *supra* note 9, at 217-226.

(179) Grimmelmann, *supra* note 18, at 4.

(180) Werbach & Cornell, *supra* note 18, at 322.

スマートコントラクトは、コンピュータプログラムのコードに関する三つの層からなる契約上の合意により行われる。すなわち、契約の自動執行を定めたスマートコントラクトのコードに関する合意、検証メカニズムを決定するプラットフォーム上のコードに関する合意、そして、ユーザーがプラットフォームを使用する前に署名する契約条件に関する合意であるが、

学説は、これら二つの合意の間にはしばしば不整合が存在することを指摘している。Grimmelmann, *supra* note 18, at 11; Kolber, *supra* note 9, at 220.

- (181) Savelyev, *supra* note 18, at 18-21.
- (182) Ghodoosi, *supra* note 8, at 46.
- (183) Lon Luvois Fuller & William R. Perdue, *Reliance Interest in Contract Damages: 1*, 46 *Yale L. J.* 52, 87 (1936).
- (184) Ghodoosi, *supra* note 8, at 32.
- (185) Ghodoosi, *supra* note 8, at 32.
- (186) Ghodoosi, *supra* note 8, at 47.
- (187) Ghodoosi, *supra* note 8, at 32-33.
- (188) Ghodoosi, *supra* note 8, at 38 & 45.
- (189) Ghodoosi, *supra* note 8, at 46.
- (190) Wulf Kaal & Craig Calcaterra, *Crypto Transaction Dispute Resolution*, *THE BUSINESS LAWYER* 109, 147 (2017).

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 判例の展開
- III 結語

I はじめに

ドイツにおいても、コロナウイルス感染拡大阻止のためには講じられた様々な措置によって、人々は、ドイツ連邦共和国の歴史において前例のない重大かつ深刻な基本権制限を受けることを余儀なくさせられることになった。^①ドイツ連邦憲法裁判所は、コロナ・パンデミックに

関連する事案、とくにコロナウイルス感染拡大阻止のために講じられた措置に関する事案について、すでに数多くの決定を下している。本稿は、連邦憲法裁判所が二〇二〇年三月中旬から五月末日までの間にコロナ・パンデミックに関連する事案について下した諸決定を時系列に沿って紹介する作業を行う。^②

II 判例の展開

一 訴訟要件の壁

連邦憲法裁判所は、すでに二〇二〇年三月中旬にはコ

ロナ・パンデミックに関連する事案について決定を下している。連邦憲法裁判所第二法廷第二部会は、二〇二〇年三月一九日の決定^③において、二〇二〇年三月二〇日の公判期日をコロナウイルスに感染する危険を理由として取り消すことを求めたが、地方裁判所がこれを認めなかつたという事案に関する仮命令の申立てを憲法異議の訴えの補充性原則が遵守されていないことを理由として却下した。連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法三二条一項に基づいて、争訟事件において、重大な不利益を防止するため、急迫する暴力を阻止するため、又は他の重大な理由により公共の福祉のため緊急の必要がある場合には、仮命令により事態を暫定的に規律することができ^④る。仮命令の形式的要件については、まず、補充性原則が重要である。憲法裁判所の仮の権利保護手続きにおいても、憲法異議の訴えの補充性原則が適用される（連邦憲法裁判所法九〇条二項参照）。それ故、仮命令の発布は、申立人が、他の裁判所による仮の権利保護を求める手段を尽くしている場合に限り検討の対象とされることになり、申立人は、補充性原則が仮の権利保護を妨げないことを示さなければならぬ。第二部会は、本件にお

いて申立人は、地方裁判所の処分に対して抗告をすることが申立人に期待することができないことを示していないと指摘し、補充性要件の充足を否定した。

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年三月二〇日の決定^⑤において、集会禁止に関する憲法異議の訴えの手続きに併せて提起された仮命令の発布の申立てを補充性要件が充足されていないことを理由として却下した。異議申立人の一人による憲法異議の訴えは、集会禁止等に向けられていた（*Re. C*）。異議申立人はもう一人の異議申立人が届出をした集会への参加を予定していた。もう一人の異議申立人は、二〇二〇年三月一八日にカールスルーエ市に「ギリシャ国境付近及び難民収容所における人権侵害に抗議する緊急的集会」をモットーとする集会を二〇二〇年三月二〇日に行う旨の届出をした。同集会は一四時から一六時までシュロス広場で行われ、四〇〇人の参加が予定されていた（*Re. S*）。二〇二〇年三月一九日の処分により、カールスルーエ市は、二〇二〇年三月一七日のバーデン・ヴュルテンベルク州コロナ命令三条三項と結び付いた感染防護法二八条一項及び集会法一五条一項に基づいて当該集会を禁止した

(Rn. 3)。第一部会は、異議申立人が専門裁判所による迅速の権利保護の手段を使っていないことを理由として、仮命令の発布の申立てを不適法であると判断した (Rn. 4)。第一部会は、異議申立人は、集会の禁止を行政裁判所法八〇条五項に基づく行政裁判所の迅速の権利保護を求める方法を使っていないと指摘した (Rn. 6)。

仮命令の形式的要件としては、補充性原則要件に加えて理由記載要件も存在する。連邦憲法裁判所法二三条一項二文は、訴状には理由を示さなければならぬと定めている。連邦憲法裁判所第二法廷第二部会は、二〇二〇年三月二三日の決定⁶⁾において、公判期日の取消しを認めなかった地方裁判所の処分に対して併せて提起された憲法異議の訴えが、公正な裁判手続きの原則及び公判期日の公開原則に反しているとの主張に関しては補充性原則に反していることを理由として仮命令の発布の申立てを却下するとともに、異議申立人が、公判においてコロナウイルス感染により健康に対して生じる危険が基本法二条二項一文に反しているとの主張により召喚を攻撃する限りにおいて、憲法異議の訴えは補充性原則に反するものではないが、異議申立人の訴えは理由記載要件を充た

していないと判断した。第二部会は、異議申立人は、地方裁判所が講じている多数の保護措置について実際上の観点からも法的観点からも検討を加えずに、「絶対的な接触禁止」のみが感染を阻止できると概括的にかつ十分な証拠も示さずに主張しているにすぎないと指摘した。その後、同種の事案を扱った二〇二〇年四月一日連邦憲法裁判所第二法廷第二部会決定⁷⁾においても、ほぼ同じ判断が示された。

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年三月三十一日の決定⁸⁾において、二〇二〇年三月二二日の新型コロナウイルス感染拡大阻止措置に関するベルリン州命令一条及び一四条に向けられた憲法異議の訴えを受理しなかった (主文)。異議申立人は、本件命令は直接に適用される禁止条項を含むもので、これにより、基本法二条二項一文及び二文、四条二項、八条、九条並びに一条に基づき異議申立人自身の基本権が、現在、直接的に影響を受けている—少なくとも基本法二条一項に基づく異議申立人自身の基本権はそうである—と主張し (Rn. 68)、二〇二〇年三月二七日に憲法異議の訴えと仮命令の申立てを提起した (Rn. 4)。第一部会は、異議申立人

に行政裁判所による権利保護の利用を求めることができ
る（Rn. 13）の⁶、本件憲法異議の訴えは補充性要件を
充たしておらず（Rn. 11）、さらに理由記載要件も充た
していない（Rn. 18）と判断した。

連邦憲法裁判所第一法廷第三部会は、二〇二〇年四月
一日の決定⁹において、立法者がコロナ・パンデミック対
策として新設した諸規制において貸貸人による貸貸借関
係の解約可能性が制限されたことに向けられた憲法異議
の訴え（及びこれに併せて提起された仮命令の申立て）
について、理由記載要件が充足されていないことを理由
として受理しなかった。

このように連邦憲法裁判所は、当初、憲法異議の訴え
及び仮命令の申立てについて、訴訟要件が充足されてい
ないとの理由により却下する決定を繰り返した。訴えが
訴訟要件の壁を乗り越えたのが二〇二〇年四月七日連邦
憲法裁判所第一法廷第三部会決定である。以下、この決
定以降の判例の展開を詳しく紹介することにした（た
だし、訴訟要件を欠くことを理由として訴えを却下した
決定等紹介しないものもある）。

二 二〇二〇年四月七日連邦憲法裁判所第一法廷第三 部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第三部会は、二〇二〇年四月
七日の決定¹⁰（決定①）において、コロナ・パンデミック
対策のための外出制限及び感染防護措置に関するバイエ
ルン州暫定命令の効力を暫定的に失わせることを求める
申立て（仮命令の発布）を棄却した（主文）。すでに述
べたように、本決定において何よりも注目すべきなのは、
第三部会が本件申立ての適法性（訴訟要件の具備）を認
めたことである。第三部会は、補充性原則要件の不充足
を理由として本件申立てを不適法であるとは判断しな
かった（Rn. 2）。バイエルン州憲法裁判所及びバイエ
ルン州上級行政裁判所は、バイエルン州暫定命令の執行を
停止しないとの判断をすでに示しており、同じ法律問題
について各専門裁判所による仮の権利保護を求めること
を異議申立人に期待することはできないというのが、そ
の理由である（Rn. 4）。しかし、第三部会は、本件申立
てには理由がないと判断した（Rn. 5）。

第三部会は、まず、仮命令の発布の判断枠組みとして、
先例¹¹を引用しつつ、結果衡量の基準を示した。それは、

次のとおりである。①攻撃されている高権的行為の違憲性を示すために持ち出された根拠は、憲法異議の訴えがはじめから不適法であるか、又は明らかに理由がない場合を除いて、考慮しない。②憲法異議の訴えの帰趨が明らかでない場合、仮命令は発布されなかったが、その後に憲法異議の訴えが認容されたときに発生する結果と、求められている仮命令は発布されたが、憲法異議の訴えが認容されなかったときに発生する不利益を比較衡量しなければならぬ (Rn. 6)。

そして、第三部会は、本件憲法異議の訴えがはじめから不適法でもなく、明らかに理由がないものでもないことを指摘した (Rn. 7) 上で、仮命令の申立てを認めるかどうかについて結果衡量の基準によって判断した (Rn. 8)。第三部会は、連邦憲法裁判所法三二条一項の要件が具備されているかどうかの審査に際しては、仮命令の広範囲に及ぶ効果の故に「厳格な基準」を適用しなければならぬこと、さらに、結果衡量に際しては、異議申立人にとっての結果のみならず、攻撃されている規定の適用を受けるすべての人に対する影響を考慮しなければならぬことを指摘した (Rn. 8) 上で、本件仮命

令の申立てについて、次のような判断を示した。

- (i) 求められている仮命令を発布することはできない。たしかに、異議申立人は、攻撃されているコロナ・パンデミック対策措置が基本権によって保護されている異議申立人の自由を広範囲に縮減していることを示している。何故なら、異議申立人は、現在、新たなパートナー関係を結ぶことも、他者と一緒に音楽を演奏し、デモをすることもできないからである。攻撃されているコロナ・パンデミック拡大阻止措置がバイエルンに滞在している人々の基本権を著しく制限していることも明らかである。同措置は、直接的な身体的接触のほかに、人と実際に会うことも広範囲に制限し、又は完全に禁止することを定めている。同措置は、人々が出会う施設に対してその操業を禁止し、理由なく自宅から離れることを禁止している。求められている仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、部分的には不可逆的でもあると予測される著しい社会的、文化的及び経済的効果を伴うあらゆる制限が不当に命ぜられ、これに対する違反について不当に罰せられることになる (Rn. 9)。
- (ii) これに対して、申し立てられた仮命令が発布され

たが、憲法異議の訴えが認容されなかったときは、非常に多くの人々が、攻撃されている規定によって禁止しようとしていた行動を、この行動制限が憲法に合致するにもかかわらず、行うことが予測される。この場合は、とくに閉鎖によりその経済的存立が損なわれている諸施設が再開され、多くの人々が自宅を頻繁に離れ、人々の間の直接的接触も頻繁に行われることになるだろう。現在の知見によると、これにより、ウイルスに感染し、多くの人々が罹病し、重症のケースを治療する際に医療施設に過重負担が課せられ、最悪の場合に人が死亡する危険が著しく高まることになる (Ru. 10)。

(iii) そうすると、憲法異議の訴えから、攻撃されているコロナ・パンデミック防護措置が今後も適用されることから生じる結果が例外的に仮の権利保護において執行を停止しなければならないほど耐えられないものであることは、全体として明らかではないし、これを認めることもできない。本件で主張された利益は、重要ではあるが、本件で適用される基準に照らすと、生命及び身体的無瑕性の権利(基本法二条二項)に基づいて国が原理的に義務付けられている健康及び生命の保護を出来る限り

広範囲に行うことを可能にするために一時的に劣位に置くことが期待できないと考えられるほどには重大ではない。生命にかかわる危険に比して、個人の自由の制限は重大ではない。攻撃されている規定にもとも期限が付されていること、外出制限に関しては数多くの例外が定められていること、個別の事案における違反について罰するときは裁量の枠内でとくに重要な個人の利益に配慮しなければならぬことも考慮しなければならぬ (Ru. 11)。

三 二〇二〇年四月九日連邦憲法裁判所第一法廷第一

部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年四月九日の決定^①(決定^②)において、「コロナ危機の間も集会の自由を保護せよ」をテーマとして二〇二〇年四月九日一六時から一九時までの間ミュンヘンにあるイーザル川の東岸(ヴィッテルスバッハ橋の南、ブラウナウ鉄橋の北)において行う予定の最大参加者人数一〇名(参加者の名前も分かっている。)の屋外集会(二〇二〇年四月六日に届出)について、バイエルン州命令一条一項三文

に基づく例外的許可を与えることを求める仮命令の申立てを棄却した（主文）。第一部会は、結果衡量の基準によつて事案を検討し、結果衡量は申立人に不利な結論となると判断した（Rn. 6）。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかったが、本案手続きにおいて、本件命令一条一項三文に基づく例外的許可の拒否が違憲であることが明らかになった場合、基本法八条一項に基づく申立人の基本権（集会の自由）が侵害されることになる。この基本権侵害は、当該集会との関連で基本権上の自由を行使できない申立人との関係のみならず、自由主義的国家秩序にとつての集会の自由の重要性にかんがみると、民主的共同体全体との関係においても極めて重大である（Rn. 7）。

(ii) これに対して、仮命令が発せられたが、許可の付与は本件命令一条一項三文の意味において「感染防護法上の視点から適当である」とは言えないとの相手方の判断が憲法上の基準に適合しているので、例外的許可を与えなかったことは正当であることが事後に明らかになった場合、第三者である多くの人々の基本権によつて保護

された利益に影響を与える。本件命令一条に基づく例外を留保した行事及び集会の原則的禁止は、現在のコロナウイルス・パンデミックにかんがみると、感染予防、感染症の早期発見及び感染症蔓延の阻止という本件命令一条一項において定められた目的に役立つ。命令の目的は、とくに生命及び身体的無瑕性の保護であり、これは基本法二条二項一文に基づく基本権保護義務を根拠として原來的に国に求められている。計画された集会場所であるイーザル川の岸において集会が実施されて狭い空間に多くの人々―自発的参加者、見物人、対抗デモ―が集まることになった場合には、医療キャパシティが過重負担にならないようにするために回避しようとしている追跡調査のできないウイルス感染の拡大という具体的危険がある（Rn. 8）。

(iii) 各々の結果を対置すると、計画された集会を実施するという申立人の利益は劣位に置かれざるをえない。集会が実施された場合には、計画された集会場所―申立人はこれについて交渉の余地はないと考えている―において差し迫った著しい感染リスクがあるという市（相手方）及び行政裁判所の説得的な評価を申立人が根本的に

崩していないことが、とくに重要である (Rn. 9)。

四 二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第

二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月一〇日の決定¹³(決定③)において、教会、モスク、シナゴグ等における会合の禁止を定めるヘッセン州第四次コロナウイルス対策命令の規定(一条五項)を暫定的に失効させることを求める仮命令の申立てを棄却した(主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。申立人は、カトリック教徒であり、定期的にミサに通っていたが、本件命令により、ミサに参加することが不可能になった。このことは、毎週ミサに通うことにも、また、復活祭の祝日の礼拝にも当てはまる。申立人は、生命及び身体の無瑕性の権利に対して信教の自由を完全に劣位に置くことは比例原則に反すると主張した (Rn. 3)。申立人は、仮命令の方法により本件命令一条五項の規定を暫定的に失効させることを求める申立てをヘッセン州上級行政裁判所に提起したが、この申立ては、斥けられた (Rn. 4)。

第二部会は、仮命令の発布の申立ては適法である (Rn. 5) が、理由がないと判断した (Rn. 7)。第二部会は、結果衡量の基準に基づいて事案を検討した (Rn. 10)。その内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、申立人にとって参加することが重要であるミサが不当に禁止される。申立人は、第二バチカン公会議及びカトリック教会教理問答書の言明に関連させて、カトリックの教義によると聖餐式を共同で行うことは信仰の中心的構成要素であり、この信仰行為を、インターネットによる礼拝の中継又は個人の祈祷といった他の形式の宗教活動に置き換えることはできないことを示した。それ故、この祝典の禁止は、基本法四条一項及び二項に基づく信仰の自由及び告白の自由に対する「極めて重大な制約」を意味する。このことは、この禁止がキリスト教徒の信仰生活のクライマックスである復活祭の祝日の間に開催される聖体式にも及ぶ範囲において、より強く当てはまる (Rn. 11)。仮命令が発布されず、憲法異議の訴えが認容された場合、このことは、信仰の自由及び告白の自由に対する「極めて重大な、申立人らの

信仰理解によると不可逆的でもある制約」が不当に行われることになる (Rn. 12)。

(ii) これに対して、教会における会合の禁止を仮命令により暫定的に失効させたが、憲法異議の訴えが認容されなかった場合、非常に多くの人々が教会における礼拝に集まること予測される。このことは、まさに復活祭の祝日について当てはまる。これにより、ロベルト・コッホ研究所（以下、「RKI」という。）のリスク評価に基づく、ウイルスに感染し、多くの人々が罹病し、重症のケースを治療する際に医療施設に過重負担が課せられ、最悪の場合に人が死亡する危険が著しく高まることになる。憲法上許された仕方では、礼拝を禁止することによつて、このことを回避することが可能であつたにもかかわらず、そうなるのである。この危険は、自らの意思で礼拝に参加した人に限られるのではなく、二次感染の可能性及び医療キャパシティの使用によつて著しく広範囲の人々にも及ぶ (Rn. 13)。

(iii) 国は、生命及び身体的無瑕性の権利（基本法二条二項）に基づいて生命を保護することを義務付けられており、生命にかかわるこのような危険に対して、共同で

礼拝を行う基本権によつて保護された権利は、現時点では劣位に置かれなければならない。上級行政裁判所は、RKIの評価によると、多数の死亡事例を発生させる医療システムの崩壊を回避するために、パンデミックの初期段階においては、接触を出来る限り広範囲に阻止することによつて高度に感染力のあるウイルス感染の拡大の速度を遅らせることが重要であると指摘したが、これは正当である。教会における会合の禁止を定めた二〇二〇年三月一七日の命令に二〇二〇年四月一九日までという期限が付されていることから、健康及び生命を保護するための信仰の自由に対する極めて重大な制約は現時点においては是認できる。これにより、本件命令が、コロナ・パンデミックの新たな展開を考慮しつつ継続的に補正されなければならないことが確保される。この場合、教会における会合の禁止に関しては、比例原則のより厳格な審査が行われなければならない。礼拝の禁止を条件付きで、場合によつて地域的に限定して緩和することが新たな知見にかんがみてウイルスの感染経路の要因、又は医療システムの過重負担の危険の要因となり得るかどうかが調査されなければならない (Rn. 14)。

最後に、第二部会は、同じことは、信者が集まること
が信仰の中心的構成要素であるため、本件命令に基づく
会合の禁止によって同じように深刻な影響を受けている
他の宗教団体にも当てはまることを指摘した (Rn. 15)。

五 二〇二〇年四月一〇日連邦憲法裁判所第一法廷第

二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月
一〇日に、同種の事案について別の決定¹⁴(決定④)を下
している。本件の事実の概要は、次のとおりである。申
立人は、宗教の振興を目的とする公益団体であり、教区
集会所と居住フロアのある S.F.A 教会を運営している。
集会所で礼拝が定期的に行われている。もう一人の申
立人は、S.F.A 教会のミサに定期的に通っていた (Rn.
2)。申立人らは、ベルリン行政裁判所に仮の権利保護手
続きにより、申立人(団体)が S.F.A 教会において最大
参加人数五〇人の公開の礼拝を行うことができることの
確認を求めた、その場合、申立人(団体)は、適切な措
置、とくに、印を付けた座席を参加者に割り当てること
によって、参加者が建物への出入りに際して及び礼拝の

間一・五メートル以上の最小離隔距離を保つこと、さら
に、すべての参加者に氏名、住所及び電話番号を出席者
リストに記載させ、自らこれを保管し、州が求めた場合
にこれを利用させることを確保するものとしている。行
政裁判所は申立てを棄却し、上級行政裁判所も抗告を棄
却した (Rn. 4)。申立人らは、衛生上の防護措置の遵守
しつつ S.F.A 教会において公開の礼拝を開催することが
許されることの確認を目的として仮命令の発布を求めた
(Rn. 3)。

第二部会は、仮命令の発布の申立ては適法であるが、
理由がないとして棄却した (Rn. 5)。第二部会は、本件
申立てについて結果衡量の基準によって判断した (Rn.
6)。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令が発布されず、憲法異議の訴えが認容され
た場合、申立人(団体)は、公開の礼拝を申立てに記載
された状況の下で開催することが不当に認められず、申
立人(個人)は、この場合、憲法上の請求権が存するに
もかわらず上記の礼拝に参加できないことになる。申
立人らは、公開の礼拝の開催と礼拝への参加は申立人ら
の信仰の中心的構成要素であり、この信仰行為を、教会

への個人的な沈黙の訪問又はインターネットによる礼拝の中継といった他の形式の宗教活動に置き換えることはできないことを示した。それ故、ベルリン州コロナ命令に基づく公開の礼拝の禁止は、基本法四条一項及び二項に基づく申立人らの権利（信仰及び告白の自由）に対する「極めて重大な制約」を意味する。このことは、この禁止がキリスト教徒の信仰生活のクライマックスである復活祭の祝日の間に開催される公開の礼拝にも及ぶ範囲において、より強く当てはまる（Rn. 10）。仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、このことは、信仰の自由及び告白の自由に対する「極めて重大な、申立人らの信仰理解によると不可逆的でもある制約」が不当に行われることになる（Rn. 11）。

(ii) これに対して、仮命令の方法により、申立人が St. A 教会において最大参加人数五〇人の公開の礼拝を開催する権利を有することが確認されたが、憲法異議の訴えが認容されなかった場合、非常に多くの人々が St. A 教会における礼拝のみならず、他の教会における礼拝にも集まることが予測される。このことは、まさに復活祭の祝日について当てはまる（Rn. 12）。これにより、

RKI のリスク評価に基づくと、ウイルスに感染し、多くの人々が罹病し、重症のケースを治療する際に医療施設に過重負担が課せられ、最悪の場合に人が死亡する危険が著しく高まることになる。憲法上許された仕方での礼拝を禁止することによって、このことを回避することが可能であったにもかかわらず、そうなのである。この危険は、自らの意思で礼拝に参加した人に限られるのではなく、二次感染の可能性及び医療キャパシティの使用によって著しく広範囲の人々にも及ぶ（Rn. 13）。

申立人らは、適切な措置（参加者数の限定（五〇人）、教会の建物への立入りの管理、一・五メートルの最小離隔距離を保った上での印をした座席の割り当て、参加者リストの作成）によって、上記の危険の発生に十分効果的に予防することができると主張する。これに対してベルリン行政裁判所は、二〇二〇年四月七日の決定において、このような考え方を前提することができると十分な確実性はないと評価しているが、申立人はこれに対して真剣に疑問を述べているわけではない。当裁判所は、他人と一・五メートル以上の離隔距離をとることはコロナウイルス感染のリスクを減少させるが、現在の知見による

と、これによつて感染拡大が確実に阻止されると想定することはできないとのRKIのリスク評価に依拠する。さらに、行政裁判所の見解によると、教会への出入りに際して及び礼拝中に離隔距離の保持を確実に実施することはできず、同時に話す(祈祷)及び歌うという礼拝に典型的な行為をしたときは参加者からウイルスを含む潜在的な可能性が高い唾液が空气中に放出されるだろう。加えて、現在の知見によると、他人と接触する時間が長ければ長いほど、感染の危険は高まる。罹患した人と一分以上接触した場合には高い感染リスクがあるが、礼拝の場合、この時間を上回るのが通常である(Rn. 14)。

(iii) 国は、生命及び身体的無瑕性の権利(基本法二条二項)に基づいて生命を保護することも義務付けられており、生命にかかわるこのような危険に対して、共同で礼拝を行う基本権によつて保護された権利は、現時点では劣位に置かれなければならない。例えば、RKIの評価によると、多数の死亡事例を発生させる医療システムの崩壊を回避するために、パンデミックの初期段階においては、接触を出来る限り広範囲に阻止することによつて高度に感染力のあるウイルス感染の拡大の速度を遅ら

せることができる。また、このシナリオをこれと結び付いた経済的及び社会的問題にもかかわらず出来る限り回避するという基本決断は、申立人の想定とは異なり、「科学」によつてではなく、これに政治的に責任を負う者によつて下された(Rn. 15)。

ベルリン州コロナ命令には、それにより本件で問題となつている公開の礼拝の禁止にも二〇二〇年四月一九日にまでという期限が付されていることからしても、健康及び生命の保護のための信仰の自由に対する極めて重大な制約は現時点においては是認できる。これにより、本件命令が、コロナ・パンデミックの新たな展開を考慮しつつ継続的に補正されなければならないことが確保される。この場合、公開の礼拝の禁止に関しては、比例原則のより厳格な審査が行われなければならない、礼拝の禁止を条件付きで、場合によつて地域的に限定して緩和することが新たな知見にかんがみてウイルスの感染経路の要因、又は医療システムの過重負担の危険の要因となり得るかどうかが調査されなければならない(Rn. 16)。

最後に、第二部会は、同じことは、信者が集まること
が信仰の中心的構成要素であるため、本件命令に基づく

会合の禁止によって同じように深刻な影響を受けている他の宗教団体にも当てはまることを指摘した (Rn. 17)。

六 二〇二〇年四月一五日連邦憲法裁判所第一法廷第一一部会決定

(一) 連邦憲法裁判所第一法廷第一一部会は、二〇二〇年四月一五日の決定(決定⑤)において、ギーゼン行政裁判所及びヘッセン州上級行政裁判所が集会禁止に関する仮の権利保護手続きにおいて下した諸決定に対する憲法異議の訴えに併せて提起された仮命令の発布を求める申立てを認容し、二〇二〇年四月一六日及び一七日に予定されていた集会の禁止に関する限りにおいて、ギーゼン市の処分に対する異議申立人の異議申立ての延期効を回復した(主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。異議申立人は、二〇二〇年四月四日の書面によって、「基本権を弱めるのではなく、健康を強化せよ―人に対する防護ではなく、ウイルスに対する防護を」を標語とする集会をギーゼン市(以下、「市」という。)に届け出た。届出の記載によると、集会の実施日は一四日、一五日、一六日及び一七日の一四時から一八時までで、参加

予定人数約三〇人であった。市内のベルリン広場において約二時間の集会を行い、これに引き続いて、いくつかの道路を通るデモ行進を行い、このデモ行進の中で五分の場所を移動しない集会を三回実施する予定であった。異議申立人は、表示板により安全距離の遵守を集会参加者に促し、整理担当者によって集会参加者を目印が付けられた出発地点に誘導する、スタート地点の目印を、前後一〇メートル、左右六メートルの間隔で付け、個人、同居人又は家族単位でスタート地点につかせる、演説を各整理担当者の携帯電話を通して拡声器に送信する、デモ行進の間は、定められた距離を保持し、新たな参加者を列の後ろに入れるようにするといった感染防護措置を講じる予定であることを市に伝えた(Rn. 2)。市は、二〇二〇年四月八日の決定において、集会を実施すると、公共の安全及び公の秩序が直接に危険にさらされ、集会は、二〇二〇年三月三〇日の命令の文言における二〇二〇年三月一四日のヘッセン州政府コロナウイルス対策命令一条一項に反するとして、集合法一五条一項に基づく集会禁止を命じた。本件命令によると、自宅以外の場所での他人との接触は絶対に必要な最少限度にとど

めなければならぬ。本件命令により禁止された行動様式には、公開の集会も含まれる。経験則上、どのような種類の集会であっても、安全距離を遵守することはできず、異議申立人もこれを確保できない。公の秩序に対する直接的危険は、本件集会が州のコロナ命令を遵守している住民の多数にとつて挑発と感じられることから発生する (Rn. 3)。異議申立人は、ギーゼン行政裁判所に異議申立ての延期効の回復を求める申立てを提起したが、同裁判所はこれを斥けた。ヘッセン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月一四日の決定によつて、ギーゼン行政裁判所決定に対する抗告を斥けた (Rn. 4)。異議申立人は、二〇二〇年四月一四日に憲法異議の訴えを提起するとともに、連邦憲法裁判所法三二条一項に基づき仮命令によつて異議申立ての延期効を回復することを求める申立てをした (Rn. 5)。

(二) 第一部会は、仮命令の発布の申立ては適法であり、主文から明らかな範囲において理由があると判断した (Rn. 7)。第一部会は、まず、先例¹⁶⁾を引用しつつ、仮命令発布の判断枠組みを示す。それは、次のとおりである。憲法異議の訴えの勝訴の見込みは、仮の権利保護手続き

において下され、本案における判断を先取りする行政裁判所の決定に関係する場合、とくに、主張されている権利侵害が仮の権利保護が拒否されたときに回復することができない場合、つまり、本案における判断が時機を逸することになる場合、決定的となり得る。このような事例において、迅速的裁判の時点において認識することができる憲法異議の訴えの勝訴の見込みを考慮しないとすると、結果衡量に際しては、衝突している法益よりも重要な法益、又は主張される危険の程度が衝突する法益よりも高い法益に、たとえ仮の権利保護手続きにおいて可能な審査によつて、その保護のための法的要件が明らかに欠けていることが明らかになったとしても、優位が認められることになる。このことは、憲法異議の訴えの続きにおいて基本権の遵守を確保するという連邦憲法裁判所の任務に矛盾する (Rn. 9)。これに対応して、集会禁止を契機として異議申立ての延期効の回復を求める仮の権利保護の申立てについて判断しなければならず、憲法異議の訴え又は本案手続きの終結を待っていると集会の目的が達成できない高度の蓋然性がある場合、迅速的権利保護手続きにおいて認識することができる憲法異議

の訴えの勝訴の見込みを考慮しなければならない。迅速
的権利保護手続きにおける審査によって、憲法異議の訴
えに明らかに理由があることが明らかになった場合、権
利保護を与えないことは、連邦憲法裁判所法三二条一項
の意味における公共の福祉に対する重大な不利益である
(Rn. 10)。

つぎに、第一部会は、上記の基準によって事案を検討
し、被申立人の禁止処分が基本法八条一項に基づく異議
申立人の基本権を侵害していることは明らかであるから、
仮命令の発布は必要であるとの判断を示した (Rn. 11)。
判断の内容は、次のとおりである。

二〇二〇年三月三〇日の命令の文言における二〇二〇
年三月一四日のヘッセン州政府コロナウイルス対策命令
は、同居していない二人以上の人による屋外集会の一般
的禁止を含んでいない。ヘッセン州政府も同じ立場であ
る。これに対して、市(相手方)は、命令制定者も集会
法に基づく公開の集会を意識的に禁止しようとしたと想
定した。市は、その禁止処分において、同居していない
二人以上の人による集会の一般的禁止を明らかに前提と
している (Rn. 12)。市は、このような不適切な評価に

基づいて、基本法八条一項を侵害した。何故なら、本件
命令一条は、集会官庁に対して、集会法一五条一項に
よって認められた裁量の行使について、基本権によって
保護された集会の自由を考慮するためにも決定の余地を
与えているが、市はこのことを見誤っているからである。
このことからだけでも、市は、基本法八条一項に基づく
異議申立人の基本権の意義と射程範囲をはじめから適切
に考慮できなかったのである (Rn. 13)。加えて、市は、
本件集会が本件命令に適合しているかどうかについて、
個別事案の具体的事情を十分に考慮して判断しておらず、
この理由からも市の判断は基本法八条一項の憲法上の基
準に適合していない。市は、主として、あらゆる集会を
禁止することにならざるを得ない危惧を主張し、基本法
八条一項を考慮するために存在する本件命令一条の裁量
も空洞化させた (Rn. 14)。

なお、第一部会は、市は、基本法八条の意義と射程範
囲を考慮した義務に従った裁量に基づき、届出がされた
集会の実施に集会法一五条一項に基づいて条件を付すか
どうか、又は、これが不十分である場合には禁止するか
どうかについて改めて判断することを妨げられないと説

示しつゝる (Rn. 15)。

七 二〇二〇年四月一七日連邦憲法裁判所第一法廷第

一部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年四月一七日の決定¹⁷⁾(決定⑥)において、申立人が届け出た二〇二〇年四月一八日実施予定の集会の許可を部会の見解を考慮しつつ判断することをシュトゥットガルト市(以下、「市」という。)に義務付けた(主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。申立人は、二〇二〇年四月一〇日に、二〇二〇年四月一五日及び一八日に別々に行う予定の「我々は、憲法二〇条一項を譲れない。緊急事態体制を終わらすことを求める。」をモットーとする集会を市に届け出た。集会は、一五時三〇分から約一七時三〇分までの間、シュトゥットガルトのシユロス広場において行う予定であった。予定参加者数は五〇人と記載されていた。集会は、「表示板をもった散歩」として実施され、必要な衛生ルール(とくに二メートルの離隔距離)についてすべての参加者にあらかじめ知らせる予定であった(Rn. 2)。二〇二〇年三月一七日の

SARS-CoV-2ウイルス蔓延に対する防護措置に関するバーデン・ヴュルテンベルク州政府命令(二〇二〇年四月九日に改正)三条は、五人を超える行事及びその他の会合を禁止するとともに、その例外を定めていた。同命令三条六項は、所轄官庁は、重要な理由に基づき、感染防護のための条件を付して一項及び二項に基づく禁止の例外を認めることができると定めていた(Rn. 3)。

申立人は、二〇二〇年四月一四日に、シュトゥットガルト行政裁判所に対し、仮命令によって届出をした集会を許可することを市(相手方)に義務付けることを求める申立てをした。行政裁判所は、二〇二〇年四月一四日の決定によってこの申立てを棄却した。申立人は、バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所に抗告したが、同裁判所は二〇二〇年四月一五日にこれを棄却した(Rn. 5)。申立人は、二〇二〇年四月一六日、仮命令の発布を求める申立てを連邦憲法裁判所に提起した(Rn. 7)。

第一部会は、二〇二〇年四月一五日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定が示した判断枠組みと同じ判断枠組みを示し(Rn. 11-13)、この基準によって仮命令の発布

が必要であると判断した (Rn. 14)。第一部会は、憲法異議の訴えは、現時点の状況に基づくと、明らかに理由があると判断した (Rn. 16)。第一部会は、次のように説示した。

市のやり方は基本法八条一項に基づく基本権の意義と射程範囲に適合していない (Rn. 19)。市は、本件命令三条六項において認められる裁量を基本法八条に照らし行使したとは認められない (Rn. 20)。

憲法裁判所の仮の権利保護においては、集会の自由の行使を命令により許可留保付きの原則的禁止に服させ、この許可を行政の裁量に委ねることが基本法八条に適合しているかどうかという点は未解決のままにしなければならぬ。しかし、少なくともこのような規制が講じられた場合には、裁量行使の枠内において基本法八条に基づく基本権を考慮しなければならない。このことは、とくに、個別事案の具体的事情の十分な考慮を求める。あらゆる集会を妨げることができるとなる概括的な検討は、命令制定者によって認められ、行政が基本法八条に基づく個人の基本権を考慮しつつ行使しなければならぬ決定の裁量に適合していない。市が行ったような個別

事案から切り離れた検討は、これに適合していない (Rn. 23)。集会の不許可によってウイルス罹病の拡大を防ぐという目的を達成できるということは、参加者数とは無関係に持ち出すことができる。これによって、本件命令三条六項に基づく許可留保は、それが基本法八条に基づく基本権の保障に役立つ範囲において大幅に空洞化される (Rn. 24)。

それに加えて、官庁は、感染リスクを最小限に抑えるための独自の検討をしなかった。この責任は、申立人だけが負うわけではない。集会の制限を発出する前に、所轄官庁は、何よりもまず、集会主催者ともに、合意に基づく協同的解決策を得るよう努めなければならない。申立人と共同して感染防護のための可能な条件を見出すことは、市が行うべき事柄である (Rn. 25)。しかし、市は、市保健局との協議及び R K I の勧告をも踏まると現在のパンデミック状況に対処できる条件を定めることが市には不可能であることを概括的に確認したにすぎない。これによって、市は、個別事案に即した検討をあらかじめ排除している。とくに、市は、不当にも、参加者数 (五〇人)、集会場所、集会の実施日に関する届出の

された事項を必須の事項と捉えて、参加者数の削減、集会の場所及び日時の変更によって―場合によっては他の感染防護措置を併せて講ずることによって―感染リスクを基本法八条に基づき基本権と衡量して是認できる程度に縮減できるかどうかについて考慮しなかった (Rn. 26)。

第一部会は、まさにシュトゥットガルトにおいて感染者数が先週急上昇したことを認める。しかし、そうだからといって、市は、集会を不許可にする前に出来る限り申立人と協調的調整を行いつつ考慮に値するあらゆる防護措置を考慮し、このような仕方では、感染防護及び生命保護の目的と集会の自由との間の実践的整合性を創出できる解決策を得るよう努めることを免れるものではない (Rn. 27)。

八 二〇二〇年四月二十八日連邦憲法裁判所第一法廷第

二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月二十八日の決定(決定⑦)¹⁸において、二〇二〇年三月一七日の SARS-CoV-2ウイルス蔓延に対する防護措置に関

するバーデン・ヴュルテンベルク州政府命令(コロナ命令を改正する第六次命令により改正されたもの) 四条一項五号について、二〇二〇年五月三日まで一般利用者のためのフィットネス・スタジオの営業を禁止している範囲において、その執行を停止することを求める仮処分¹⁹の発布の申立てを棄却した(主文、Rn. 3)。異議申立人は、バーデン・ヴュルテンベルク州におけるフィットネス・スタジオの事業者である (Rn. 3) が、休業を命じられたことにより、基本法一二条一項に基づく自己の基本権が侵害されたと主張した (Rn. 4)。異議申立人は、バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所に本件命令の暫定的執行停止を求める申立てをしたが、この申立ては斥けられた (Rn. 5)。異議申立人は、本件命令に対して憲法異議の訴えとこれに併せて仮命令の発布の申立てを提起した (Rn. 2)。

第二部会は、仮命令発布の申立ては適法であるが、理由がないとしてこれを棄却した (Rn. 6)。第二部会は、結果衡量の基準を示した (Rn. 7) 上で、この基準に従って事案を判断した (Rn. 8)。第二部会は、次のような説示した。

(i) 仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、フィットネス・スタジオの営業禁止が不当に行われることになる。このことは、この種の施設の事業者にとって、著しい経済的不利益を伴う基本法一二条一項によって保護された職業の自由の重大で一部においては不可逆的な制約をもたらす (Rn. 11)。

(ii) これに対して、申し立てられた仮命令が発布されたが、憲法異議の訴えは認容されなかった場合、コロナ命令四条一項五号の暫定的な失効により、バーデン・ヴュルテンベルク州における数多くのフィットネス・スタジオが再開されることになるが、このことは、社会的接触を増大させ、これにより、人から人へと容易に感染し得るコロナウイルスの新たな感染連鎖のリスクも増大させる。これにより、多くの人々が罹病し、一部は重篤な病状又は死亡に至る危険があり、医療施設に過重負担をかける危険が著しく高まることになる。フィットネス・スタジオの営業禁止により憲法上許された仕方であることに対処することが可能であるにもかかわらず、そのようなのである (Rn. 12)。

(iii) 国は、生命及び身体的無瑕性の権利 (基本法二条

二項) に基づいて生命を保護することを義務付けられており、生命にかかわるこのような危険に対して、フィットネス・スタジオ事業者の職業の自由及び経済的利益は、現時点では劣位に置かれなければならない。この関連において、バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、このような営業禁止の経済的影響は国の支援プログラムによって多少は緩和されていると評価した。異議申立人もこれに反対していない。加えて、攻撃されている規定には、二〇二〇年五月三日までの期限が付されている。これによって、本件命令がコロナ・パンデミックの新たな展開を考慮しつつ補正されなければならないことが確保される。その際には、本件命令四条一項五号に基づくフィットネス・スタジオの営業禁止を維持できるのか、それとも緩和できるのかについて、比例原則を遵守しつつ審査しなければならない (Rn. 13)。

九 二〇二〇年四月二十九日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月二十九日の決定¹⁹⁾(決定⑧) において、二〇二〇年四月二一

日の第二次バイエルン州感染防護措置命令二条五項一号の執行を暫定的に停止すること、予備的に、本件命令二条五項一号を、売り場面積を人為的に(遮断により)八〇〇平方メートルに限定することもできるといいうように解釈することを内容とする仮命令の発布を求める申立てを棄却した(主文、Rn. 2)。

二〇二〇年三月一六日のバイエルン州保健省の一般的処分発効後、申立人は、バイエルンにある自己の服飾専門店の支店を開くことが禁止された。本件命令二条五項により、本件命令二条四項に規定された開店禁止の例外に当たらない商店、ショッピングセンター及び専門店ビルディングについても、その売り場面積が八〇〇平方メートルを超えず、事業者が、適切な措置により、店舗内に同時に滞在する顧客数が売り場面積二〇平方メートル当たり一人を超えないことを確保する場合に限り、その開店が適法であるとされた。しかし、申立人の店は七〇〇〇平方メートルの売り場面積を有するので、開店が禁止された(Rn. 3)。

バイエルン州上級行政裁判所は、二〇二〇年四月二七日の決定によって、第二次バイエルン州感染防護措置命

令二条四項及び五項が基本法三条一項に適合しないと判断したが、上記の規定の暫定的執行停止を控えた(Rn. 4)。バイエルン州保健省は、二〇二〇年四月二八日の第二次バイエルン州感染防護措置命令改正命令を制定し(二〇二〇年四月二九日発効)、商店、ショッピングセンター及び専門店ビルディングの開店は八〇〇平方メートルの売り場面積を超えない範囲において許されるという趣旨に二条五項を改正した(Rn. 5)。申立人は、自己の専門店の営業を禁止又は制限する規制は基本法一二条一項、一四条一項及び基本法三条一項に違反していると主張した(Rn. 6)。

第二部会は、バイエルン州上級行政裁判所が、二〇二〇年四月二一日の命令改正の文言における第二次バイエルン州感染防護措置命令二条四項及び五項の諸規定の執行を暫定的に中止しないとの判断しているのであるから、本件において専門裁判所による迅速的権利保護を求めることを申立人に期待することはできないと指摘し、補充性原則の要件は充たされしていると判断した(Rn. 11)上で、結果衡量の基準をよって事案を検討する。第二部会は、次のように説示した。

(i) 仮命令は発布されなかったが、憲法異議の訴えが認容された場合、本件命令二条四項によって許される範囲を上回るような商店、ショッピングセンター及び専門店ビルディングの開店については、事業者が、適切な措置により、店舗内に同時に滞在する顧客数が売り場面積二〇平方メートル当たり一人を超えないことを確保している場合であっても、売り場面積が八〇〇平方メートルを上回るときは、不当に禁止される。これは、上記の商店等の所有者に基本法一二条一項によって保護された職業の自由の制約を生じさせ、所有者は売上を失うことによつて著しい経済的不利益を被る (Rn. 15)。

(ii) これに対して、申し立てられた仮命令が発布された場合、本件命令五条二項一号の暫定的中止は、多数の商店がその売り場を顧客の通行のために無限定に開放するという効果を伴う。コロナウイルスの感染率を人の接触の制限により出来る限り低く抑えるという目的の達成に適合的な措置が行われなくなる。その結果、多数の人が Covid-19 に罹病する (一部の人は重篤な症状になり、死亡したりする) 危険と医療施設の過重負担の危険が高まる。商店等の開店制限という憲法上許される方

法によつてこれに対処できるにもかかわらず、そうなるのである (Rn. 16)。

(iii) 国が基本法二条二項に基づいて保護が義務付けられている生命に対して存続している危険に比して、攻撃されている規定と結び付いた商店等の所有者の職業の自由の制限及びその経済的利益は、現在のところ、劣位に置かれなければならない (Rn. 17)。この点については、攻撃されている規定が二〇二〇年五月三日までの効力を有するにすぎないこと、従つて、職業の自由の対する制約は短い期限付きのものであることが考慮されなければならない (Rn. 18)。加えて、今では本件規定によつても、商店、ショッピングセンター及び専門店の開店も、その売り場面積を八〇〇平方メートルに限定している場合には許されることも、結果衡量の枠内において考慮されなければならない。これにより申立人も今後は自己の服飾専門店を開くことができ、主張される売上減損も緩和される (Rn. 19)。

一〇 二〇二〇年四月二十九日連邦憲法裁判所第一法廷

第二部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第二部会は、二〇二〇年四月二十九日の決定⁽²⁰⁾(決定⑨)において、ニードーザクセン州コロナ命令に基づく教会、モスク及びシナゴークにおける礼拝、並びに合同の宗教行為をするための他の信仰共同体の会合の禁止を、申請に基づいて個別の事案において禁止の例外を認めることを排除している範囲において、仮命令の方法により暫定的に停止した(主文)。本件の事実の概要は、次のとおりである。本件憲法異議の訴えの申立人は、約一三〇〇人の構成員を有する登録団体であるが、ラマダンの残りの週に金曜祈禱を申立人が使用しているモスクにおいて行う計画を立てている。二〇二〇年四月二十四日の改正命令の文言における二〇二〇年四月一七日のコロナウイルス感染防護のためのニードーザクセン州命令一条五項三号は、教会、モスク、シナゴークにおける会合及びその他の信仰共同体の会合を禁止している(Rn. 2)。申立人は、申立人及びその構成員が、二〇二〇年四月二三日から五月二三日までの間、(改正前の)本件命令二条及び八条に基づく衛生

措置を遵守しつつ、申立人が使用しているモスクにおいて金曜祈禱のために集まることを可能にする仮命令の発布の申立てをニードーザクセン州上級行政裁判所に提起した(Rn. 3)。申立人は、具体的な防護措置として、信者間に一・五メートルの離隔距離をとり、各金曜礼拝への参加人数を二四人に限定すること、教区の構成員の大部分は知り合いであるから、信者を個別的に個々の金曜礼拝に招き、モスクの前で待機する行列を避けること、安全距離を保障するために床に印を付けること、金曜日に複数回の金曜礼拝を行うこと、モスクに入る前に手洗いの儀式を行い(石鹸も利用できる)、そのためにモスクに手洗いのスペースを設けること、信者にマスクの着用を求めること、ドアの取っ手及び類似の部分を消毒し、それ以外のための消毒剤も用意しておくこと、部屋の換気をすること、イスラムの戒律によると、病気になるが、信者が合同の祈禱に参加することは許されないが、このことは、当然のことながら、コロナウイルスの感染にも当てはまることを挙げた。なお、申立人は、申立人の信奉する教義によると、礼拝で歌うことはなく、共同の祈禱もイマームのみが声を出すことも指摘した(Rn. 4)。

上級行政裁判所は二〇二〇年四月三日の決定において申立てを棄却した (Rn. 5)。異議申立人は、二〇二〇年五月一日から五月二三日までの間、本件命令の諸規定(二条、八条、九条)を遵守しつつ金曜祈禱を異議申立人が使用しているマスクにおいて行うことを異議申立人に許可することを求める仮命令の発布を申し立てた (Rn. 1)。

第二部会は、仮命令の発布の申立ては適法であり、主文から明らかになる範囲において理由があると判断した (Rn. 6)。第二部会は、二〇二〇年四月一五日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定(決定⑤)等の参照を求めつつ、連邦憲法裁判所法三二条一項に基づく仮命令手続きにおいて、本案の終結を待つことが基本権保護を無に帰せしめる場合、憲法異議の訴えの勝訴の見込みが認識できることを考慮しなければならぬと指摘した (Rn. 7)。上で、この基準によると仮命令の発布は、主文から明らかになる範囲において必要であると判断した (Rn. 8)。第二部会は、例外のない禁止に異議を唱えることはできないことから本案の申立てに理由がないとされることとが見込まれるという上級行政裁判所の見解に従うこと

はできず、少なくとも疫学上の危険状況に対処するための知見及び戦略の現時点の水準によると、個別の事案において、必要な場合には衛生当局との調整をしつつ、状況に即した条件及び制限を付けて例外を許可することができる可能性のないマスクにおける礼拝の一般的禁止は基本法四条に適合しないことが見込まれるとの見解を示した (Rn. 9)。第二部会は、次のように説示した。

(i) 上級行政裁判所によると、医療システムの過重負担を防ぐために罹病の拡大の速度を出来る限り遅くしなければならず、そのためにソーシャル・デスタンスを作り出すことが不可欠である (Rn. 10)。マスクにおける礼拝の禁止は感染を回避するために引き続き必要である。マスクにおける会合は、かりに本件命令が販売所及び商店を開くために求めているような防護措置がマスクにおける会合に適用されると仮定しても、販売所や商店に訪れる場合よりも著しく高い潜在的危険性を有する。マスクにおける会合は、買ひ物の状況とは異なり、長時間に及ぶ目的的な合同の活動であり、そこにおいては、とくに祈禱や歌唱を同時に行うために大量のウィルス放出が予測されなければならない。まさにラマダン(断食月)

においては、信者が多数であり、多くの祈祷部屋は狭いことからコントロールが機能せず、安全距離が常に保たれない危険がある。それ故、モスク、教会及びシナゴグにおける集会は、販売所よりも、なお禁止又は厳格に制限されているコンサート、スポーツ行事、余暇活動に近い (Rn. 11)。

(ii) 命令制定者は礼拝について買い物をする場合と同じような状況であることから出発する必要はない (危険状況について異なる判断をすることができる) とする上級行政裁判所の考えに異議を唱えることはできない。しかし、人の接触による感染のリスクの評価は、モスクにおいて礼拝を行う場合は、より広い範囲において、個別事案の具体的事情に左右される。申立人自らが、イスラム教の礼拝は教義によって著しく異なることを指摘している。申立人の信奉する教義によると、金曜礼拝において歌うことはなく、祈祷においてもイマームだけが声を出す。リスク評価に際しては、とりわけ、各々のモスクの大きさ、立地条件及び建築上の状況、並びに宗教団体の規模及び構造も重要である。申立人は、自己の教区の約一三〇〇人の構成員の大部分を知っており、信者を個

別的に金曜礼拝に招くことにより、モスクの前で待機するための行列を避けることができると主張している (Rn. 13)。

(iii) 申立人によると、モスクにおける礼拝の禁止は、少なくともラマダン中の金曜礼拝にも及ぶ範囲において、信仰の自由に対する重大な制約を意味するが、この観点からすると、本件命令が、—必要に応じて衛生官庁の意見も聴いた上で—具体的事情を総合的に評価する場合には感染の危険の有意的増大を確実に否定できるような礼拝を個別事案において例外的に許可する可能性をまったく認めていないことは、少なくとも、現時点の危険状況、これに依拠した疫学上の危険に対処する現在の戦略においては、是認できない。個別事案に即した肯定的評価をすることがいかなる場合においてもできないとは認められない (Rn. 14)。

各々の教義に依拠した金曜祈祷のやり方やモスクの前で人が集まることを回避するために考えられる措置はすでに挙げられているところであるが、申立人は、さらに、所轄宗務部局との話し合いにより、申立人が使用するモスクにおいて金曜日に金曜礼拝を複数回実施し、これに

より個々の礼拝を極めて少人数のものにとどめることについて許可を受けていることを指摘している。比較的多くの人々が比較的長い時間一緒にいることによって生じる、買ひ物の状況よりも高い感染の危険を回避するために、さらなる措置として、マスクの着用を信者に義務付けること、信者が祈祷のために占有することができると分には印を付けること、安全距離を販売所に適用される基準よりも数倍拡大することが挙げられている (Rn. 15)。

(iv) モスクにおける会合の禁止の暫定的な一部失効により、申立人は、礼拝の例外的許可を求める申請をすることができる。所轄官庁は、例外的に礼拝を行うことができるかどうかを個別事案に即して審査しなければならぬ。禁止と結び付いた信仰の自由に対する制約の重大性も、この評価にとって決定的であり、この重大性は、とくにラマダンにおける金曜礼拝についてはとくに深刻であるが、しかし、他方において、とりわけ、条件及び制限の遵守を実効的にコントロールする可能性、各教区の地域的条件並びに構造及び規模、そして、とくに、社会的接触から生じる生命に対する危険の現時点での評価が決定的である (Rn. 16)。

最後に、第二部会は、本決定の対象は本件の具体的事情に基づく礼拝の暫定的な例外的許可の問題に限られることを指摘した (Rn. 17)。

一 二〇二〇年五月一日連邦憲法裁判所第一法廷第一部会決定 (ハンブルク)

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月一日の決定²¹(決定⑩)において、右翼政党「デイ・レヒテ」の集会の禁止に関する仮命令を棄却した。本件の事実の概要は、次のとおりである。ハンブルク州(市)のコロナウイルス感染拡大阻止命令は、屋外集会を原則として禁止するとともに、感染防護法上の視点から是認できる場合には、例外的に許可を与えると定めている(同命令三条二項)。申立人は、二〇二〇年五月一日一四時から一六時まで「移民の受け入れは社会崩壊をもたらす」という趣旨の集会をハンブルクのハルブルク駅前広場で行うことを届け出たが、ハンブルク市は例外的許可を与えなかった。行政裁判所は仮命令の発布の申立てを棄却し、上級行政裁判所も抗告を斥けた。連邦憲法裁判所は、仮命令の発布の申立てを棄却した。

第一部会は、結果衡量の基準を示した (Rn. 2) 上で、必要な比較衡量は申立人に不利な結果となると判断した (Rn. 5)。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 例外的許可を与えないことが事後的に違憲であることが明らかになると、基本法八条一項に基づく申立人の基本権 (集会の自由) が侵害されることになる。この基本権侵害は、本件集会に関連して基本権上の自由を行使できなくなる申立人との関係においてのみならず、自由主義的国家秩序にとつての集会の自由の重要性にかんがみると、民主的共同体全体との関係においても著しく重大である (Rn. 7)。

(ii) これに対して、仮命令が發布されたが、例外的許可を与えないことが正当であることが事後に明らかになった場合第三者である多くの人々の高度の重大性を有する基本権によって保護された利益が影響を受ける。集会が実施された場合、具体的事情に基づいて示された市 (相手方)、行政裁判所及び上級行政裁判所の評価の一致した評価によると、とくに、参加者数は感染防護法上は認める二五人にとどまらなると予測することができる。すでに二〇一九年秋から計画されてきた本件行事は当初は

比較的大規模なものであり、インターネットやビラにより強力に宣伝されてきた。それ故、参加に関心を持っている人の範囲は著しく広いことに加えて、これらの人々は、当局による参加者数の制限を受け入れず、行事の整理担当者や警察の統制から逃れ、又はこれに抵抗することが予測される。その結果、感染防護の理由から必要な最小離隔距離の遵守が保障されない。それ故、追跡調査できないウイルス感染が拡大する具体的危険が存在する (Rn. 8)。この評価に対して異議を述べることができない (Rn. 9)。

(iii) 予測される結果を対置すると、計画された集会を実施するという申立人の利益は劣位に置かれなければならない。たしかに、申立人の集会の自由の侵害は重大であり、さらに、理由として挙げられる健康上のリスクも、主として―もつぱらではないのであるが―第三者の行動に起因するものであり、国は、その妨害から集会を保護しなければならない。それにもかかわらず、本件においては、感染に起因する多数の人々の生命に対するリスクに対処するという利益が優越する。何故なら、本件の事情の下では、直接的身体接触に至る空間的密接性が不可

避であると予測されるからである (Rn. 10)。

一二 二〇二〇年五月一日連邦憲法裁判所第一法廷第

一部会決定 (ブレームン)

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月一日の決定⁽²²⁾(決定⑪)において、二〇二〇年五月一日に計画されている集会の禁止に関する仮命令の発布の申立てを棄却した (主文)。第一部会は、結果衡量の基準を示した (Rn. 2) 上で、必要な比較衡量は申立人に不利な結果となると判断した (Rn. 3)。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかったが、本案手続きを実施した後、申立人の計画していた二〇二〇年五月一日一四時開始の集会の禁止が違憲であることが明らかになった場合、基本法八条一項に基づく集会の自由の基本権が侵害されることになる。この基本権侵害は、本件集会に関連して基本権上の自由を行使できなくなる申立人との関係においてのみならず、自由主義的国家秩序にとつての集会の自由の重要性にかんがみると、民主的共同体全体との関係においても著しく重大である (Rn. 4)。

(ii) これに対して、仮命令は発布されたが、感染防護法二八条一項二文に基づいて被告がした禁止が適法であることが事後に明らかになった場合、第三者である多くの人々の高度の重大性を有する基本権によって保護された利益が影響を受ける。憲法裁判所の迅速手続きにおいては異議を唱えることはできない被告の評価によると、集会が当初の計画のとおりにより進捗として実施されると、差し迫った感染リスクが生じることになるが、本件禁止は、現在のコロナ・パンデミックを考慮して、上記の感染リスクの防止を目的とするものである。行政裁判所の見解によると、二〇二〇年五月一日にすでに市の中心部にいるか、又はソーシャル・メディアを通して迅速に動員することができる政治的に右派に属する多くの人々がデモに参加することが高度の蓋然性をもって予測される。それ故、異議申立人の集会に対する激しい対抗デモが行われ、対決が暴力行為に至る場合もあることも併せて考慮すると、ウイルスの制御できない感染拡大が予測される。感染経路の追跡は、このような状況では実際上不可能である (Rn. 5)。

(iii) 予測される結果を対置すると、基本法二条二項に

基づく基本権保護義務によって国が原理的に義務付けられる生命及び身体的無瑕性の保護に対して、計画された集会を実施するという申立人の利益は劣位に置かれなければならない。異議申立人は、集会をデモ行進ではなく、動かない集会として行う可能性を指摘しており、行政裁判所は、感染防護法上の条件を遵守しつつ、警察力と柵によって防護された集会場所において動かない集会を行うことは原則として可能であると判断したが、しかし、このような場所は二〇二〇年五月一日のブレーメン市中心部においては存在せず、異議申立人の求める「ブレーメン市中心部における魅力的な集会場所」を割り当てることはできないことを議論の出発点としなければならぬ。異議申立人は、適切な場所が見つからないという上級行政裁判所の見解に対して反論をしていない。申立てには、この点について何の主張も含まれていない（Rn. 6）。

一三 二〇二〇年五月一日連邦憲法裁判所第一法廷第一
一部会決定（ブラウンシュヴァイク）

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月

一日の決定（決定²³）において、補充性原則が充足されていないことを理由として、集会禁止に対する仮命令の發布を却下した（主文）。異議申立人は、「五月一日「メーデー」は我々の日であり続けている！」をテーマとする集会を二〇二〇年五月一日一三時から一四時三〇分までブラウンシュヴァイク旧市街地のマルクト広場で実施することを予定していた（Rn. 1）。ブラウンシュヴァイク市は、二〇二〇年四月二八日の処分によって集会の届出の到達を確認し、事前の協議に従って感染防護法上の条件を命じた。しかし、同市は、二〇二〇年四月三〇日の決定（異議申立人は二三時五三分にE-Mailで知らされた）によって集会を禁止するとともに、条件を付与した二〇二〇年四月二八日の決定を破棄した。異議申立人は、二〇二〇年五月一日深夜に連邦憲法裁判所法三二条に基づく仮命令の發布の申立てをした。異議申立人は、深夜に権限を有する行政裁判所に電話したが、通じなかったこと、行政裁判所に迅速手続きを扱う部署が存在することを認識できなかったことから、連邦憲法裁判所に直接に申立てをしたと述べた（Rn. 2）。

第一部会は、憲法裁判所の迅速的権利保護手続きにお

いても補充性原則が妥当することを指摘した (Rn. 2) 上で、異議申立人は、本件においては、専門裁判所の迅速の権利保護を利用する可能性を使い尽くしていることを十分に示していないと説示した。第一部会によると、禁止決定の告知と計画されている集会との間に利用できない時間を考慮しても、このことは実行不可能なものではない。本件においては、異議申立人が二〇二〇年五月一日の午前中にブラウンシュヴァイク行政裁判所に迅速手続きにおける権利保護を求めるためにどのような努力をしたのかが示されていない (Rn. 6)。

一四 二〇二〇年五月一二日連邦憲法裁判所第一法廷

第三部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第三部会は、二〇二〇年五月一二日の決定⁽²⁴⁾(決定⑬)において、間もなく六五歳になる者の提起した憲法異議の訴えを受理しなかった(主文)。異議申立人は、RKIの定義によると異議申立人は「危険度の高いグループ」に属すると指摘した上で、二〇二〇年四月一五日に下された連邦とラントの決定を具体化するコロナ対策措置の「緩和」は基本法二条二項

に基づく異議申立人の生命及び身体的無瑕性の権利を侵害していると主張した。異議申立人によると、ヘルツホルツ協会が意見書を提出した(二〇二〇年四月一二日)が、政治はこの科学的知見を無視し、現在では感染第二波を危惧しなければならぬ状況になっており、それ故、緩和措置は仮命令の方法により中止され、小学校の再開は暫定的に禁止されなければならない (Rn. 1)。

第三部会は、憲法異議の訴えは不適法であるとしてこれを受理しなかった (Rn. 2)。第三部会は、憲法異議の訴えが理由記載要件(連邦憲法裁判所法二三条一項二文、九二条)を充たしていないことを理由としてこれを不適法であると判断した (Rn. 4) が、その判断理由の中で次のように説示した。たしかに生命及び身体的無瑕性の権利は、国による制約に対する主観的防御権のみならず、個人の生命を保護・促進し、健康をその侵害から防護する国の義務も含む。しかし、法益を保護する措置を講じることが立法者が義務付けられる場合でも、立法者は、広範囲な評価及び形成の余地を有する。基本権保護を保障するために具体的に何をするのかは、多数の要因、とくに、事物領域の特性、十分に確実な判断を形成する可

能性、及び、事案に係る法益の重要性に左右される (Rn. 6)。それ故、本件においても連邦憲法裁判所の決定権限は限定的である。保護措置がそもそも講じられていない場合、講じられた規制や措置が、必要な保護目標を達成するために明らかに不適合であるか、若しくは全く不十分である場合、又は、保護目標を著しく下回っている場合に限り、保護義務違反を認定することができる。本件において、このことは明らかではない。生命及び身体的無瑕性という極めて重要な利益が問題となっており、ことが認められ、また、全住民の完全な社会的隔離が感染に対する最良の保護を提供すると想定される。しかし、立法者が社会的相互活動を一定の条件の下で許容しても、立法者はその評価特権を逸脱していない。立法者は、このような仕方でのみ基本権によって保護された他の自由を考慮することができる。同様に、立法者は、講じる措置の社会的な受容を考慮し、長期的に実効的な生命・健康保護という意味において慎重で臨機応変なやり方を得策だと判断することもできる (Rn. 7)。

一五 二〇二〇年五月一三日連邦憲法裁判所第一法廷 第一部会決定

連邦憲法裁判所は、コロナウイルス感染拡大阻止のための自由制限の緩和の阻止を求める憲法異議の訴え (決定¹³) とはまさに正反対の要求をする憲法異議の訴えを扱った。連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月一三日に、バイエルン州感染防護措置命令による制限を六〇未満の者についてさらに緩和することを求める憲法異議の訴え (本人訴訟) を受理しない (主文) との決定 (決定¹⁴) を下した。異議申立人は、第三次及び第四次バイエルン州感染防護措置命令によって自己の基本権 (基本法二条一項及び二項、八条) が侵害されていると主張した (Rn. 3)。第一部会は、一部は不合法であり、一部は少なくとも理由がないので勝訴の見込みがないとして本件憲法異議の訴えを受理しなかった (Rn. 6)。第一部会は、次のように説示した。

(i) 異議申立人は、コロナウイルスによる危険は、六〇歳未満の者のグループにとって毎年発生するインフルエンザウイルスによる危険よりも大きくなく、何人も、自己の身体的無瑕性のみを保護する行動を強制されない

ので、六〇歳未満の者のグループに対する基本権制限は一般的に比例原則に反すると主張しているが、この範囲において、憲法異議の訴えには理由がない。六〇歳未満の者にとつてのコロナウイルス感染リスクの評価が適切であるかどうかはさておき、異議申立人は、個人に対する制限はまさに第三者の保護を目的とするものであることを考慮に入れていない。国は、基本法二条二項一文によつて根拠付けられる保護義務に基づいて、感染の危険度の高い人々を感染から保護する権限を有するのみならず、その保護を憲法上義務付けられる (Rn. 8)。

(ii) 異議申立人が、六〇歳未満の者に対する自由権制限の違憲性の論拠を、これらの人々の自由を危険度が高いグループや病院及び介護施設の職員の保護のために制限することは許されず、むしろ、危険にさらされている人に対して「隔離措置」を講じなければならぬことに求めている範囲において、憲法異議の訴えは勝訴の見込みがない。国は、基本法に基づいて、健康及び生命の危険にさらされている人の保護をその人の自由の制限によつてのみ行うことに限定されるわけではない。むしろ、国は、比較的健康であり、比較的危険が少ないと推測さ

れる人にも一定の程度において自由の制限を求め、これによつて、より強く危険にさらされている人も長期にわたつて社会生活から完全に撤退する必要がなく、一定の程度の社会参加と自由が確保される規制を講じることも許される (Rn. 9)。本件のように、別の基本権主体の自由要求及び保護要求が異なる方向を示している場合、立法者及び立法者によつて権限が与えられた行政部は、連邦憲法裁判所の確立した判例によると、憲法上、対立する基本権の調整について裁量を有する。本件においては、専門分野の科学的議論において不確実性が発生しており、それに伴つて判断の根拠も不確実であるから、事実評価の余地もある。もちろん、この余地は、時間の経過とともに——例えば、基本権に対する負担の特別の重大性と知見の増大の可能性の故に——縮減する可能性がある。本件において、命令制定者は、自由の制限に期限を付け、命令の改正により制限を絶えず緩和することによつてこれを考慮することに努めている (Rn. 10)。異議申立人が、憲法上の裁量を逸脱していると主張しようとするのであれば、このことをより具体的に根拠付けなければならなかった。異議申立人の論証には、他人を保護するために

異議申立人の自由を制限することがそれ自体として違憲であると示唆する部分がある。しかし、これは、感染防護措置命令に対する迅速手続きの申立てに関する連邦憲法裁判所の最近の諸決定の誤解に基づく。命令は自由権を制約しているとの連邦憲法裁判所の説示は、命令がそれ故にすでに違憲であることを意味するものではない。むしろ、憲法においては、基本権制約のたんなる確認と基本権侵害の確認は区別される。基本権制約は、それ自体としては、それが合憲であるか違憲であるかについては何も述べていない。基本権侵害の確認は、さらなる検討を要するもので、検討の後に違憲となる。基本権制約は憲法上の基準によって正当化されない場合にはじめて基本権侵害に、従って憲法違反になる。自由制限の憲法上の正当化の根拠は、例えば、これにより他の人の生命及び自由を保護する点にもある。憲法上の正当化が否定された場合に限り、基本権制約は違憲になる。連邦憲法裁判所は、感染防護措置命令に対する迅速手続きの申立てに関する諸決定において、基本権制約を確認したが、しかし、この制約が憲法上正当化されず、違憲であるとの確認には至っていない。本件基本権制約は危険にさら

されている人々の保護を目的としており、立法者及び命令制定者は裁量を有している。さらに、命令制定者による期限の設定と緩和は調整を目的としている。異議申立人が、それにもかかわらず本件基本権制約が違憲であると判断するのであれば、異議申立人はこのことをより詳細に示さなければならなかった (Rr. 11)。

一六 二〇二〇年五月一六日連邦憲法裁判所第一法廷 第一部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月一六日の決定(決定²⁶(15))において、補充性要件が充足されていないことを理由として仮命令の発布の申立てを不適法であると判断する (Rr. 4) とともに、結果衡量の結果も申立人に不利な結果となると判断した (Rr. 7)。第一部会は、以下のように説示した。

(i) 仮命令は発布されなかったが、本案手続きが実施された後に、五〇人を超える集会参加者数について二〇二〇年五月八日のブランデンブルク州新型コロナウイルス対策命令五条三項に基づく例外的許可を与えなかったことが違憲であることが明らかになった場合、基

本法八条一項に基づく異議申立人の基本権（集会の自由）が侵害されることになる。この基本権侵害は、本件集会に関連して基本権上の自由を行使できなくなる申立人との関係においてのみならず、自由主義的国家秩序にとつての集会の自由の重要性にかんがみると、民主的共同体全体との関係においても著しく重大である（Rn. 8）。

(ii) これに対して、仮命令が発布されたが、本件命令五条三項で定められている参加者数の上限に対して憲法上異議を唱えることができないので、五〇人を超える参加者数を許可しなかったことが正当であることが事後に明らかになった場合、第三者である多くの人々の高度の重大性を有する基本権によって保護された利益が影響を受ける。本件命令五条一項及び三項に基づく例外留保付きの集会の原則的禁止は、現在のコロナ・パンデミックを考慮して、感染症を予防し、感染を早期に認識し、感染拡大を阻止するという感染防護法一条に定められた目的に役立つもので、本件命令の目的は、国が原理的に基本法二条二項二文に基づく基本権保護義務によって義務付けられる生命及び身体的無瑕性の保護である（Rn. 9）。行政裁判所及び上級行政裁判所の一致した見解によると、

集会を実施する際に、感染防護法上必要な最小離隔距離を下回ることが危惧される。この評価に対して異議を唱えることはできない（Rn. 10）。

(iii) それぞれの結果を対置すると、五〇人の集会ではなく、九七五人の人々と一緒に行う集会を実施するという申立人の利益は劣位に置かれなければならない。この点については、とくに、申立人はその基本権上の自由を行使することが不可能になっていないことが重要である。申立人は、場所及び時間の点からは希望したとおりの集会を実施することができる（Rn. 11）。

一七 二〇二〇年五月三十一日連邦憲法裁判所第一法廷

第一部会決定

連邦憲法裁判所第一法廷第一部会は、二〇二〇年五月三十一日の決定²⁷において、仮命令の発布の申立てを棄却した（主文）。申立人は、「基本法のための第九回無言デモ集会」をテーマとする参加者数一〇八八〇人の集会をシュトゥットガルト市（以下、「市」という。）に届け出た。デモは、二〇二〇年五月三十一日（日曜日）、シュトゥットガルトの中心部のテオドル・ホイス通り及びフリー

ドリヒ通りで行われる予定であった。市は、二〇二〇年五月二八日の決定によつて、届出を確認し、参加者数を五〇〇〇人に限定する等の条件を付した。申立人は、参加者数を五〇〇〇人に限定する条件について、シュトゥットガルト行政裁判所に仮の権利保護を求めたが、同行政裁判所は、二〇二〇年五月二九日の決定によつてこれを棄却した。バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所は、二〇二〇年五月三〇日の決定によつて抗告を棄却した。申立人は、シュトゥットガルト行政裁判所及びバーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所の決定を破棄し、市の決定に対する異議申立ての延期効の回復を求める仮命令の発布の申立てをした。

第一部会は、結果衡量は申立人に不利な結論となると判断した (Rn. 5)。判断の内容は、次のとおりである。

(i) 仮命令は発布されなかったが、本案手続きの実施後に、参加者数を五〇〇〇人に限定するという市が集会法一五条一項に基づいて付した条件が違憲であることが明らかになった場合、基本法八条一項に基づく申立人の基本権（集会の自由）が侵害されることになる。この基本権侵害は、当該集会との関連で基本権上の自由を行使

できない申立人との関係のみならず、自由主義的国家秩序にとつての集会の自由の重要性にかんがみると、民主的共同体全体との関係においても極めて重大である (Rn. 6)。

(ii) これに対して、仮命令が発布され、その後、参加者が多数であった場合、場所の具体的状況を考慮すると、相当程度確実に感染防護の理由から必要な最小離隔距離の遵守も保障することができないので、条件を付すことが正当であることが明らかになった場合、高度の重要性を有する極めて多数の第三者の基本権によつて保護された利益が影響を受ける。参加者の限定という条件は、現在のコロナ・パンデミックを考慮に入れると、集会参加者の間及び集会参加者から第三者へのウイルス感染のリスクを低減するために、集会参加者の間で最小離隔距離を保つように管理し、これを確保することに役立つ。これは、生命と身体的無瑕性の保護を目的とするものであるが、国は、基本法二条二項一文に基づく基本権保護義務により生命と身体的無瑕性の保護を義務付けられる (Rn. 7)。五〇〇〇人を超える人が参加する集会が実施された場合、必要な最小離隔距離を保つことが確実に確

保されないとの市、行政裁判所及び上級行政裁判所の評価に対して、憲法裁判所の迅速手続きにおいて異議を唱えることはできない (Rn. 8)。

(iii) それぞれの結果を対置すると、五〇〇〇人を超える人が参加する集会を実施するという申立人の利益は劣位に置かれなければならない。この点については、とくに、申立人はその基本権上の自由を行使することが原則的に可能であることが重要である。申立人は、場所及び時間の点においては希望した仕方での集会を実施することができぬ (Rn. 9)。

III 結語

以上において、連邦憲法裁判所が二〇二〇年三月中旬から五月末日までの間にコロナ・パンデミックに関連する事案について下した諸決定を時系列に沿って紹介した。すでに述べたように、本稿は、連邦憲法裁判所の諸決定を客観的に紹介する作業を行うことを目的とするものであり、連邦憲法裁判所の諸決定についての詳しい検討は別稿において行うことを予定している。ここでは、連邦

憲法裁判所の諸決定において注目すべき点を簡単に指摘するにとどめる。

何よりもまず指摘しなければならないのは、連邦憲法裁判所は、仮命令の発布について判断を示したにすぎず、コロナウイルス感染拡大阻止のために講じられた措置による基本権制限が憲法上正当化されるかどうかについては判断を示していないことである (決定⑭は、この点を詳しく説明している)。しかし、連邦憲法裁判所は、結果衡量に基づく事案の検討の中で、上記の問題点を検討するに際して極めて重要な示唆を与えている。ここでは、以下の二点を指摘しておきたい。

第一に、連邦憲法裁判所が、コロナウイルス対策措置により行われた基本権制限が極めて重大であることを繰り返し指摘していることは注目に値する。連邦憲法裁判所は、「バイエルンに滞在している人々の基本権を著しく制限している」(決定①)、集会の自由の侵害は、申立人との関係のみならず、「民主的共同体全体との関係において極めて重大である」(決定②⑩⑪⑮)、信仰の自由及び告白の自由に対する「極めて重大な…不可逆的でもある」制約がなされる (決定③④)、職業の自由に対

する「重大で、一部においては不可逆的な制約」（決定⑦）がなされると述べている。

第二に、連邦憲法裁判所は、制限には期限が付されており、制限は新たな展開及び知見を考慮しつつ継続的に見直さなければならず、その場合、比例原則適合性をより厳格に審査しなければならぬことを繰り返し強調していることにも注目しなければならない。基本権制限が長期化すればするほど、基本権制限を正当化するためににはより高度の正当化理由が求められる。そして、実際、連邦憲法裁判所は、四月半ばになると、仮命令の発布について判断する中で、例外的許可の可能性を認めない集会や礼拝の一律禁止は違憲であるとの判断を實質的に示している（決定⑤、決定⑨）。

すでに述べたように、連邦憲法裁判所は、コロナウイルス感染拡大阻止のために講じられた様々な措置による極めて重大な基本権制限がはたして憲法上正当化されるのか、という問題に対して解答を与えているわけではない。この問題に何らかの解答を与えることは憲法研究者に突き付けられた極めて重大な課題であると言えよう――日本の憲法研究者は日本の問題状況に即して考察する必

要がある――が、残念ながら、現時点において、筆者にはこの難問に解答を与える準備も整っていないし、また、その能力もない。この問題の本格的な検討も今後の課題としたい。なお、連邦憲法裁判所以外の裁判所も、コロナ・パンデミックに関連する事案を数多く扱っている。連邦憲法裁判所以外の裁判所の判例については、別稿を準備しているところである。

(1) 「我々はいわばほとんど基本権のない状態で暮らしている。」とのクリストフ・メラースの発言 (*Christoph Möllers, „Wir leben in einem quasi grundrechtsfreien Zustand“* (Interview), *Der Tagesspiegel*, 12.4.2020 (www.tagesspiegel.de/politik/verfassungsrechtler-christoph-moellers-zu-corona-wir-leben-in-einem-quasi-grundrechtsfreien-zustand/25734468.html)) はドイツの状況を端的に表していると言えよう。コロナ危機下のドイツの状況を憲法学の視点から分析した有益な論稿として、水島朝穂が自己のホームページに掲載している「直言」がある。「2020/3/30:『コロナ危機』における法と政治——ドイツと日本」(<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0330.html>)、 「2020/4/6:『コロナ危機』に『緊急議会』?——ドイツ連邦憲法裁判所前長官の主張にも触れて」(<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0406.html>)

www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0406.html）⁷「2020/4/13：何のための『緊急事態宣言』なのか——『公衆衛生上の重大事態』に対処するために」（<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0413.html>）⁸「2020/5/11：この国の『目詰まり』はどこにあるか——日独の指導者と専門家」（<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0511.html>）。なお泉真樹子【ドイツ】「新型コロナウイルス感染症対策関連法」外国の立法（国立国会図書館調査及び立法考査局）二八三—二号（二〇二〇年）四頁以下も参照。日本の状況については、石崎学『緊急事態宣言』下における公衆衛生と人権とのバランスとは？」大月書店 note (<https://note.com/otsukishoten/n/na2e7b844a826>) は、「緊急事態宣言のもとで、国民の人権は、現行憲法史上最大規模の制約に服している」と指摘している。

(2) 本稿は二〇二〇年六月八日に提出された。五月末日までに下された決定を研究の対象とするのは、もっぱら時間的制約（締切日）によるものであり、理論的な理由によるものではない。

本稿は、連邦憲法裁判所が下した諸決定を時系列に沿って客観的に紹介する作業を行うにとどまり、諸決定について理論的な考察を行うものではない。この意味において、本稿は、「研究ノート」の性格を有することとまらるものである。しかし、コロナ危機の時期における連邦憲法裁判所の活動を客観的に記録しておくことにも少な

コロナ危機下のドイツ連邦憲法裁判所（岡田）

くない意味があると考えられるし、また、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を紹介することは、日本においてなお継続しているコロナ・パンデミックに関わる憲法上の問題を考察する上でも一つの参考資料となることも考えられる。以上の理由から「研究ノート」の性格を有することとまらる本稿をあえて公表することにした次第である。

(3) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 19. März 2020 - 2 BvR 474/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200319_2bvr047420.html.

(4) 仮命令制度については、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判【第二版】』（中央大学出版部、二〇一三年）二二—五頁以下「畑尻剛」においてコンパクトな解説がなされている。

(5) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 20. März 2020 - 1 BvR 661/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200320_1bvr066120.html. 以下、判決の引用は本文中に欄外番号を示すことにより行う。

(6) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 23. März 2020 - 2 BvR 483/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200323_2bvr048320.html.

(7) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 1. April 2020 - 2 BvR 571/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200401_2bvr057120.html.

(8) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats

- vom 31. März 2020 - 1 BvR 712/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200331_lbvrr071220.html.
- (6) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1. April 2020 - 1 BvR 714/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200401_lbvrr071420.html.
- (7) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200407_lbvrr075520.html.
- (11) 14. Senat des BVerfGE 112, 284 (291); 121, 1 (14 f.). 6. Senat des BVerfGE 131, 47 (55); 132, 195 (232); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10. März 2020 - 1 BvQ 15/20 -, Rn. 16. 6. Senat des BVerfGE 112, 284 (291); 121, 1 (14 f.). 6. Senat des BVerfGE 131, 47 (55); 132, 195 (232); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 9. April 2020 - 1 BvQ 29/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200409_lbvq002920.html.
- (12) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_lbvq002820.html.
- (14) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. April 2020 - 1 BvQ 31/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200410_lbvq003120.html.
- (15) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200415_lbvrr082820.html.
- (19) BVerfGE 111, 147 (153)
- (17) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020 - 1 BvQ 37/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200417_lbvq003720.html.
- (18) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 28. April 2020 - 1 BvR 899/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200428_lbvrr089920.html.
- (16) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 47/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200429_lbvq004720.html.
- (20) BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200429_lbvq004420.html.
- (13) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 1. Mai 2020 1 BvR 1003/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200501_lbvrr100320.html.
 1. Senat des BVerfGE 131, 47 (55); 132, 195 (232); BVerfG, Beschluss vom 30. 04. 2020 - 5 Bs 66/20, BeckRS 2020, 721222. 46. Nr.
- (21) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 1. Mai 2020 1 BvR 1004/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200501_lbvrr100420.html.
- (23) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 1. Mai 2020 - 1 BvR 1005/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200501_lbvrr100520.html.

de/e/rk20200501_1bvr100520.html.

(24) BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200512_1bvr102720.html.

(25) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200513_1bvr102120.html.

(26) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Mai 2020 - 1 BvQ 55/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200516_1bvq005520.html.

(27) BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Mai 2020 - 1 BvQ 63/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200531_1bvq006320.html.

事実関係は、 Pressemitteilung des VGH Mannheim Nr. 29/2020. v. 30. 05. 2020 及び Pressemitteilung des VG Stuttgart v. 29. 05. 2020 に示す。

輸入商品譲渡担保の設定者の再生手続開始と 転売代金債権への物上代位

平成29年5月10日最高裁第2小法廷決定、平成28年（許）第26号債権差押命令取消及び申立て却下決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件、抗告棄却、民集71巻5号789頁、判タ1440号112頁、判時2347号86頁、金判1518号8頁、金判1525号8頁、金法2075号64頁

清水 恵 介

【事実の概要】

Xは、京都府内を中心として営業を行う地方銀行であり、Yは、紳士・婦人・子供服、それに伴う服飾雑貨の輸入及び販売等を目的とする株式会社である。

Yは、平成24年9月5日、Xとの間で、以下の合意を含む各約定を締結した。

- ① 銀行取引約定 Yが民事再生手続の申立てをしたときは、Xとの間の一切の銀行取引に関する債務について当然に期限の利益を喪失するとの合意
- ② 信用状取引に係る基本約定 信用状取引によってYが負担する債務並びに同取引に付随する利息等の担保として、付属書類（運送書類等輸入為替手形に添付された書類）及びこれに表示された荷物（付帯荷物）をXに譲渡するとの合意
- ③ 輸入担保荷物保管に関する約定 (a)YがXに発行を依頼した信

用状により X に仕向けられた輸入荷為替の付属書類・付帯荷物は、信用状取引によって Y が負担する債務の担保として、X の所有に属することを確認し、(b) Y が、X の担保である付帯荷物を、X に代わって引取りの上処理するため、X の承諾を得て当該付属書類・付帯荷物の貸渡しを受ける場合は、Y は、X の代理人として付帯荷物の陸揚げ、通関、付保、運搬、倉入れ又は自家保管及び所定の売先への売却を行うこととする旨の合意（以下、「本件貸渡合意」という。）

Y は、下記表 1 記載の各商品を各売主から購入するため、X に対して信用状の発行を申し込み、X は、下記の日それぞれ信用状を発行した。

表 1・本件各商品の輸入契約と信用状発行年月日

	売 主	信用状発行年月日
本件商品 1	中国企業である A 有限公司	平成26年12月25日 (本件信用状 1)
本件商品 2	中国企業である B 有限公司	平成27年 1 月14日 (本件信用状 2)
本件商品 3 (以下、上記各商品を合わせて、「本件各商品」という。)	上記 A 有限公司	平成27年 1 月29日 (本件信用状 3。以下、本件信用状 1・2 を合わせて、「本件各信用状」という。)

Y は、上記表 1 記載の各売主との間で、本件各商品の輸入契約を締結した。

これらの輸入契約に基づいて、本件商品 1（船積日平成27年 1 月 3 日、同月 5 日）は、C 株式会社の船舶により、本件商品 2（船積日同年 1 月 20 日、同月 22 日着）及び本件商品 3（船積日同年 2 月 3 日、同月 5 日着）は、D 株式会社の船舶により、中国上海から大阪南港へ輸送された。

本件各商品の輸入取引については、「サレンダーード B/L (Surrendered Bill of Lading)」⁽¹⁾と呼ばれる取引の方式が用いられており、発行された B/L（船荷証券）が有価証券の効力を持たないため、Y は、B/L の原

本なしに本件各商品を受領することができた。輸入・通関手続においては、本件各商品が記載されている B/L の写しが送り状として用いられた。

X は、E 銀行に対し、本件信用状 1 に基づき、平成 27 年 1 月 22 日、3 万 5162.85 US ドルを、本件信用状 2 に基づき、同月 29 日、6581.90 US ドル⁽²⁾を、本件信用状 3 に基づき、同年 2 月 19 日、5 万 2309.70 US ドルを、それぞれ支払って決済し、Y に対する本件各信用状に係る信用状取引によって生じた債権として、手形貸付債権 496 万 5149 円及び償還債務支払請求権 621 万 2823 円（合計 1117 万 7972 円）を取得した。

Y は、F 株式会社（平成 27 年 2 月 1 日、G 株式会社から会社分割。以下、「本件買主」という。）に対し、本件商品 1 の一部である商品（以下、「本件転売商品 1」という。）、本件商品 2 の一部である商品（以下、「本件転売商品 2」という。）及び本件商品 3 の一部である商品（以下、「本件転売商品 3」という。）を売却した⁽³⁾。

Y は、同年 1 月 5 日、乙仲（海運貨物取扱業者。以下、「海貨業者」という。）である株式会社 H に対し、本件信用状 1 の番号が記載された商業送り状を送付し、本件商品 1 を受領した上で、通関手続を行い、本件買主が指定した送り先である株式会社 I の保有する物流センター「J」（以下、「本件送り先」という。）に本件転売商品 1 を納入することを有償で委託した。H は、本件商品 1 を受領し、通関手続を行った上で、同月 9 日、K 株式会社に委託して、本件転売商品 1 を本件送り先に納入した。

Y は、同月 21 日、H に対し、本件信用状 2 の番号が記載された商業送り状を送付して、本件商品 2 を受領した上で、通関手続を行い、本件送り先に本件転売商品 2 を納入することを有償で委託した。H は、本件商品 2 を受領し、通関手続を行った上で、同月 23 日、本件転売商品 2 を本件送り先に納入した。

Y は、同年 2 月 3 日、海貨業者である L 株式会社（以下、H と併せて「H 等」という。）に対し、本件信用状 3 の番号が記載された商業送り状

を送付して、本件商品3を受領した上で、通関手続を行い、本件送り先に本件転売商品3を納入することを有償で委託した。Lは、本件商品3を受領し、通関手続を行った上で、株式会社Mに委託して、同月6日、本件転売商品3を本件送り先に納入した。

Yは、同月9日、大阪地方裁判所に対し、再生手続開始の申立てをし、同月20日午前10時、同裁判所は、再生手続開始の決定をした。

Xは、Yが本件各商品に対する譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、Yが当該商品を本件買主に売却したことによって取得した売買代金債権について差押命令の申立てをし（以下、「本件申立て」という。）、原々審裁判所（大阪地方裁判所）は、同年3月26日、本件申立てを認容して、Yの本件買主に対する上記売買代金債権を差し押さえるとの債権差押命令を発した（以下、「本件差押命令」という）。

これに対して、Yは、本件差押命令の取消しを求めて執行抗告を提起したところ、原々審裁判所は、同年7月9日、再度の考案により、下記【原々決定要旨】のとおり判示して本件差押命令を取り消し、本件申立てを却下するとの決定をしたため（原々決定⁽⁴⁾）、Xは、原々決定の取消し及び本件申立ての認容を求めて執行抗告をした。

原審裁判所（大阪高等裁判所）は、平成28年3月30日、下記【原決定要旨】のとおり判示して本件申立てを認め、原々決定を取り消した（原決定⁽⁵⁾）。そこで、Yは、原決定の取消しを求めて許可抗告を申し立てた。

【本決定要旨】

抗告棄却。

「Yは本件譲渡担保権の目的物である本件商品について直接占有したことはないものの、輸入取引においては、輸入業者から委託を受けた海貨業者によって輸入商品の受領等が行われ、輸入業者が目的物を直接占有することなく転売を行うことは、一般的であったというのであり、YとXとの間においては、このような輸入取引の実情の下、Xが、信用状の発行によって補償債務を負担することとされる商品について

譲渡担保権の設定を受けるに当たり、Yに対し当該商品の貸渡しを行い、その受領、通関手続、運搬及び処分等の権限を与える旨の合意がされている。一方、Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであったといえる。そして、海貨業者は、上記の委託に基づいて本件商品を受領するなどしたものである。

以上の事実関係の下においては、本件商品の輸入について信用状を発行した銀行であるXは、Yから占有改定の方法により本件商品の引渡しを受けたものと解するのが相当である。そうすると、Xは、Yにつき再生手続が開始した場合において本件譲渡担保権を別除権として行使することができるというべきであるから、本件譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、本件転売代金債権を差し押さえることができる。

原審の判断は、以上と同旨をいうものとして是認することができる。所論引用の大審院判例は、事案を異にし、本件に適切でない。」

【原々決定要旨】

「民法184条は、『代理人によって占有をする場合において、本人がその代理人に対して以後第三者のためにその物を占有することを命じ、その第三者がこれを承諾したときは、その第三者は、占有権を取得する』と定めているところ、文言上、同条における第三者とは、占有権の譲受人であることは明らかである。

そして、同条が規定する指図による占有移転が民法178条により動産物権変動の公示方法の一つとして規定されていることからすれば、代理人によって占有する債務者が占有権を移転するためには、直接占有者に対して、譲受人である債権者のためにその物を占有することを命じることを要するものと解されるのであり、債権者が主張するように、具体的な譲渡担保権者を特定せずに抽象的に譲渡担保権者のために占

有することを命じたとしても、具体的な物権変動を公示したといえないことは明らかである。

また、動産物権変動は直接占有者の占有意思を通して公示されるものであって、対抗要件としての占有移転の先後は、直接占有者への指図の先後によって決定されるものであるから、譲渡人から直接占有者に対する指図は明示的になされることを要すると解される。

本件についてみると、本件各商業送り状には、本件各信用状の番号が記載されているにすぎず、同送り状の送付をもって、債務者がH等に対し、債権者のために占有することを明示的に命じたとは認められないし、仮に、債権者の主張のとおり、抽象的に譲渡担保権者のために占有することを命じることで足りるとしても、同送り状の送付をもって、債務者がH等に対し、譲渡担保権者のために占有することを明示的に命じたとも認められない。

したがって、…本件において、債務者から債権者に対し、本件各商品について指図による占有移転がなされたとは認められない。」

【原決定要旨】

「代理占有（民法181条）が認められるのは、本人（間接占有者）が代理人（直接占有者）を介して目的物の事実的支配を有していると認められるからにはほかならず、本件では、H等の海貨業者が本件各商品の直接占有を取得した時点で、Yは、H等を介して本件各商品の事実的支配を獲得すると認められ、間接占有を取得することになる。そして、YとXとの上記法律関係からすると、Yは、Xのために本件各商品の事実的支配を獲得するものであり、これによって、XもYを介して本件各商品の事実的支配を獲得すると解することができる。そうすると、Xは、H等が本件各商品の直接占有を取得した時点で、Yを介してH等から本件各商品の間接占有を取得するものであり、このような占有の取得の形態も、占有改定に当たると解される。以上のように、他人のために占有を取得する法律関係が複数牽連する場合において、中間者（双方の法律関係の当事者である間接占有者）を介して直接占有者からの

占有（間接占有）の取得を認めることは、間接占有（代理占有：民法181条）の性質に反するものではない。」

「輸入取引においては、信用状の利用が一般的であると認められるところ、XとYとの信用取引約定の内容は、一般社団法人全国銀行協会が制定した信用状取引約定書のひな型と同一であり、輸入担保荷物保管に関する約定も一般に利用されている約定書に準拠しているものと考えられる。

そして、このように一般的に用いられている約定書に基づいて行われる信用状取引においては、信用状を発行する金融機関は、輸入商品について直接占有を取得することがなくても、当該商品について譲渡担保権を取得し、かつ、譲渡担保権について対抗要件を具備しているものとして取り扱われてきたものと考えられる。Yが、当初は、Xを含む金融機関が信用状取引に係る輸入商品について別除権（譲渡担保権）を有することを認めていたこと…も、このような取引慣行及び取引関係者の認識を裏付けるものというべきである。」

「動産取引については、占有が対抗要件とされ、外形的に占有の移転が明確とはいえない占有改定によっても対抗要件を具備すると解されている。

そして、輸入取引においては、本件のように輸入・通関手続の専門業者である海貨業者を介して目的物の受領、通関が行われ、輸入業者が目的物の直接占有を取得することなく、輸入及び転売を行うのが一般的である。

以上の点からすると、上記のように輸入業者（Y）を介して信用状発行金融機関（X）が占有改定により対抗要件を取得すると解することは、第三者に不測の損害を与え、取引の安全を害するものとはいえない。」

「YとH等の海貨業者との間では、Yが輸入商品の受領等を委託するに際して、Xの代理人として、Xのためにするものであることは明示されていない。

もっとも、輸入取引は、信用状の発行を伴うことが多く、信用状取

引の場合には、信用状を発行した金融機関が目的物について譲渡担保権を取得することが一般的であると認められるところ、輸入・通関業務を専門的に取り扱う海貨業者としては、このような取引の実情は当然認識していると考えられる。また、本件各取引においては、H等に対して、信用状番号が記載されている本件各商業送り状…が交付されており、金融機関によって信用状が発行された取引であることが明らかにされている。以上に加え、商行為については代理の顕名が不要とされていること（商法504条）をも考え合わせると、Yを介してXが本件各商品の占有を取得し、譲渡担保権について対抗要件を具備したと解しても、H等の海貨業者にとって不測の損害を与えるものではないというべきである。」

「以上によれば、H等の海貨業者がYの委託に基づいてYのために本件各商品を受領し、その直接占有を取得した時点で、Xは、Yを介してH等から本件各商品の占有（間接占有）を取得し、占有改定により譲渡担保権について対抗要件を具備したものと認められる。」

【抗告理由要旨】

「大審院大正4年9月29日判決（大正4年（オ）第62号）（以下「本件判例」という。）は、民法183条と同法182条の『代理人』の意義を判断した大審院の判例であるが、その判断の前提として、占有改定の意義について、『占有改定ハ甲権利ニ基キテ物ヲ占有スル改定者カ其権利ヲ本人ニ譲渡スルト同時ニ其譲渡シタル権利ニ伝来スル乙権利ヲ本人ヨリ取得シ乙権利ニ基キテ物ノ所持ヲ継続シ乙権利ノ為ニスル直接占有者トナリ本人ハ同一物ニ付キ返還請求権ニ基キテ甲権利ノ為メニスル間接占有権ヲ取得スル場合ヲ指スモノナリ』と判示した。なお、ここでいう『甲権利』とは所有権、『乙権利』とは賃借権のことである。

その上で、同大審院判例は、『第183条ニ『代理人ガ云云』トアルハ改定者ノ所持スル物ニ付キ本人カ間接占有権ヲ有スル状態ニ就キ立言シタルマテニシテ改定者カ予メ代理人タルコトヲ必要トスル法意ニアラス殊ニ所謂代理人モ占有権取得ノ法律行為ニ付テノ代理人ヲ指スモ

ノニアラスシテ間接占有ニ対シ物ノ現実ノ所持者^{ママ}を指称スルニ過キサ
ルモノトス』として、同条の『代理人』とは、動産の現実の所持者を
指すものであると判示した。

したがって、同大審院判例は、譲渡人が動産の直接占有者である場
合に限り、占有改定を行うことができることを判示したものと考えら
れる。」

「本件は、申立人が本件動産を手元に置くなどして直接占有したこと
は一度もなかった事案であり、このような場合でも、占有改定により
占有を移転することができる考えると、目的物の直接占有者が占有
移転の事実を全く把握できないまま、占有の主体が変更されるという
事態が生じ、法律関係が錯綜してしまうし、民法が引渡しの方法とし
て、占有改定と指図による占有移転を分けて規定している趣旨すら没
局されてしまう（民法183条、184条）。」

「相手方は、ABL 協会の正会員であるところ…、同協会から公報さ
れた『経済産業省等資料』のうち…、『動産・債権担保融資（ABL）の
普及・インフラ構築に関する調査研究』報告書テキスト編…により、
平成20年4月ころには、動産担保に関する設定契約書を作成する際、
第三者が動産を占有している場合には、指図による占有移転により引
渡しを行うべきであることを承知していた。

また、同協会が相手方を含む正会員に対して集合動産譲渡担保権設
定契約書（参考例）解説書…を解説していたところ、同解説書にも、
『本契約では、担保対象物となる動産を設定者が直接占有している場合
を想定している。（これに対し、倉庫業者等設定者以外の物が担保対象物を直
接占有している場合には、『占有改定』ではなく、『指図による占有移転』の方
法を用いることになる。）』と同様の記載がなされていた。」

【評 釈】

1 はじめに — 本決定の意義と本評釈の構成⁽⁶⁾

本決定⁽⁷⁾は、貿易実務の法理的難点といえる動産譲渡担保権者の代理占有による第三者対抗要件具備（民法178条）の問題につき、慎重な事例判断という形をとりながらも対抗要件の具備を肯定したことで、当該実務を追認した決定である。

このような問題が近時に至って争点化するに至った背景には、次の2つの事情があると思われる。

第1に、動産譲渡担保権の実行が問題となる現実的な場面として、転売代金債権等に対する物上代位権の行使の場面があり、その行使の可否については明文の規定がなく疑義があったところ、最高裁は、平成11年決定⁽⁸⁾及び平成22年決定⁽⁹⁾においてこれを肯定するに至ったため、これらの判例の素地に立つならば、かかる物上代位権の行使につき、もはや実務上の障害がなくなったとの事情である。

第2に、一般の貿易取引において利用されてきた船荷証券（B/L）の場合、運送品の上に行使する権利（所有権や譲渡担保権など）の取得につき、船荷証券の引渡しと運送品の引渡しと同一の効力、いわゆる物権的効力を有することとなるため（商法776条・575条）、対抗要件の具備につき疑義を生じないところ、本件では、日中航路を中心にアジア近海航路だけで行われている商慣習とされる、いわゆるサレンダー B/L が用いられ、これには上記の物権的効力が認められないため、別途対抗要件の具備が問われざるを得ないとの事情である。

それゆえ、本決定により、サレンダー B/L を用いた貿易取引に際して発行される信用状につき、その発行銀行による償還債権の回収にあたっては、債務者の倒産にもかかわらず、物上代位による輸入品の転売代金債権からの取立てが認められることとなった。

本評釈では、原々決定のように、発行銀行側の対抗要件の具備を認めず、サレンダー B/L の実務を見直すべきとの方向で議論⁽¹⁰⁾を展開

することは企図しない。実務的なニーズを受けて生成され普及してきた貿易実務の現状を追認した本決定のメッセージはひとまず尊重に値するものと思われるし、かかる貿易実務そのものの適法性を判断するだけの見識も持ち合わせておらず、軽々な判断を行い得ないからである。

そうした議論に代えて、本評釈は、本決定の結論を支持することを前提に、その結論に至り得る以下の3つのアプローチに注目する。

すなわち、本決定は、動産譲渡担保権の第三者対抗要件具備を認めることで、譲渡担保権者による物上代位権行使を認めるとの結論に至ったものの（対抗要件具備アプローチ）、それ以外にも、対抗要件は具備していないが相手方の第三者性を否定すること（第三者性否定アプローチ）や、そもそも対抗要件を不要であると解すること（対抗要件不要アプローチ）でも、同様の結論に至る余地があるように思われる。

そこで、以下では、本決定が採用した対抗要件具備アプローチを中心に検討しつつも（2）、第三者性否定アプローチ（3）や対抗要件不要アプローチ（4）についても検討を加える。また、本件が直接的には物上代位に関する判例であることから、物上代位固有の問題についても言及したい（5）。

2 対抗問題具備アプローチ

(1) 序 説

本決定は、当該「事実関係の下において」、信用状発行銀行（X）が発行依頼者である動産買主（Y）からの「占有改定の方法により本件商品の引渡しを受けた」として対抗要件の具備を認めた。この判断は、民法183条に定める「占有改定」が、民法178条に定める動産物権譲渡の第三者対抗要件としての「引渡し」にあたることを前提としている。

しかし、ここで確認をしておきたいことは、これ自体が1つの解釈の所産であるということである。民法183条は代理占有（間接占有）を

取得する1つの方法を定めたにとどまり、民法178条にいう「引渡し」の内容を直接的に指示するものではない。占有取得方法に関する一連の規定（民法180条～184条）でいえば、形式論理上、民法178条の「引渡し」に対応するのは、あくまで民法182条1項にいう「引渡し」（いわゆる現実の引渡し）に限られている。他方で、動産譲渡登記（動産・債権譲渡特例法3条1項）のように、「民法第178条の引渡しがあったものみなす」ことで第三者対抗要件にはなるものの、占有取得方法としては評価されないものもみられる。

もちろん、本評釈は、民法178条の「引渡し」を上記のように解釈すべきと主張するものではない。民法183条（あるいは同184条）にいう占有取得方法を論ずる点に問題の本質があるのではなく、あくまで民法178条の「引渡し」として、つまりは動産物権譲渡の第三者対抗要件として、実質的に評価できるか否かとの点に問題の本質があるということを確認するにとどめる。

とりわけ、代理占有の取得方法である民法183条・184条は極めて観念的な法的仕組みであり、占有制度の系譜の二面性⁽¹¹⁾と相まって、これらが必要にして十分な規定なのかは疑わしく、また、これらの規定を他の占有関連規定とどのように接合させるべきかも必ずしも明瞭とはいえないように思われる⁽¹²⁾。

このことは、代理占有規定の解釈をめぐる学説史からもうかがわれよう。

わが国の代理占有規定は、旧民法を通してフランス法から継受したものとされる⁽¹³⁾。所持意思のほか、「本人のために占有する意思」（民法183条参照）を代理占有の要件とする主観説を採用し、占有権の取得にはあくまで「自己のためにする意思」が必要であること（民法180条）との対比から、占有代理人は単なる占有補助者（あるいは所持補助者）にすぎず、独自の占有権を有しない⁽¹⁴⁾と解する余地のある規定となっていた。ところが、その後、鳩山秀夫・末弘巖太郎・我妻栄らにより、占有代理人も独自の占有権を有することが承認される⁽¹⁵⁾とともに

に、占有意思の存否を権原の性質によって決する立場を採用することで、ドイツの現行法が採用する客観説⁽¹⁶⁾に接近させる解釈論が展開され、定着することとなった⁽¹⁷⁾。ここにもまた、フランス法の土台にドイツ法の学説を継受させるという、民法学において時折みられる伝統的営為が看取されよう。

しかし、ドイツの現行法は、わが国の代理占有に相当する間接占有を、直接占有者との実体的法律関係と連動させ、しかも、これを、占有取得方法として規定するとともに、動産物権変動の効力要件である「引渡し」に直接結びつける形でも重ねて規定している⁽¹⁸⁾。これに対し、日本法は、代理占有を実体的権利関係と連動させずに占有取得方法として純化させ、動産物権変動の対抗要件である「引渡し」には、少なくとも条文上は直結させていない⁽¹⁹⁾。

この相違は、上記のとおり、効力要件主義か対抗要件主義かの相違等、ドイツ法と日本法との法体系の相違と相まって、解釈論上の姿勢に大きな差異をもたらすものといえる。なぜなら、ドイツ法の下では、効力要件である「引渡し」の有無によって動産物権変動の有無を決する法構造となっているため、これを厳格に規定し、専ら当該規定の解釈によって判断せざるを得ないのに対し、日本法の下では、対抗要件である「引渡し」の有無だけでなく、動産譲渡登記や有価証券法理による「引渡し」の擬制や、対抗力の及ぶ範囲に関する解釈、さらには、動産先取特権のように、対抗要件が不要とされる場面が存することも視野に入れながら議論を展開する余地があるからである⁽²⁰⁾。

そのため、一方では、本決定のように、当該事案の下ではありながら、占有改定による対抗要件具備を肯定することも許容されるように思われるし、他方では、指図による占有移転を、現在の判例法理における要件論よりも緩和することで、これによる対抗要件具備を肯定することもまた許容されるように思われる。

本件は、典型的な占有改定とも典型的な指図による占有移転とも異なる事例であるがゆえに、対抗要件具備を是とした場合、その双方か

らのアプローチが可能であり、学説における受け止め方もすでに種々表明されている。

(2) 占有改定（民法183条）からのアプローチ

現在、原決定のように間接占有者からの占有改定を単純に認める立場（下記①説）のほか、本決定を踏まえ、その理解として示された下記②③の立場が存在する。

① 単純肯定説

第1に、占有の移転をなす者が間接占有者である場合には、占有改定と指図による占有移転の2方法を選択でき、したがって、指図による占有移転とは別に、間接占有者による占有改定も、民法183条の枠内で一般に許容されるものと解する立場である。この場合、占有改定と指図による占有移転とは、後者が代理占有を完全に移転させ、譲渡人は占有代理関係から離脱するものであるのに対し、前者が代理占有を前提とした復代理占有を成立させるものとして区別されることとなる⁽²¹⁾。

② 森田修説

第2に、代理占有関係の移転を受ける方法として、間接占有者との合意による占有改定という新しい類型を認めつつも、「指図による占有移転」という伝統的な類型をなおも参照して、直接占有者との間に、「指図」によって生じるのに類似した意思的連絡が存在していることを要求しているものと解し、「理論的には、指図による占有移転と占有改定とのハイブリッドなタイプの『動産の引渡し』を、しかしあくまで占有改定の亜種として（きわめて例外的に）承認したものと位置付ける」との立場である⁽²²⁾。上記①説とは、直接占有者による占有改定の場合よりも意思的連絡を要求する分、要件が厳しくなる点、及び、占有改定後の法律関係として、復代理占有の成立が必ずしも想定されていない点が異なる。

③ 角紀代恵説

第3に、一連の取引の流れによっては、第三者（本件における譲渡担

保権者) から見て、直接占有者と間接占有者の関係は、単なる代理占有関係を越えて一体として把握でき、間接占有者も直接占有者と評価される場合があり、その場合には、あくまで直接占有者からの占有改定と同視できるとの立場である⁽²³⁾。本件の信用状取引のような一連の取引の流れに着目する点において単純肯定説(上記①説)とは異なり、上記②説とは、同説にいう意思的連絡を重視しない点、及び、占有改定後の法律関係として、復代理占有の成立を想定している点が異なる。

④ もう1つのアプローチ

— 海貨業者(直接占有者)からの占有改定としての構成

ここで、少し視点を変え、民法178条による動産物権譲渡の対抗要件具備を認める上で、指図による占有移転等による動産占有の移転は、所有権や譲渡担保権等、占有以外の動産物権の変動の過程と一致していなければならないのかとの基礎的問題について確認する。なぜなら、不動産物権変動の対抗要件である登記については、当該物権変動の過程を忠実に公示すべき要請が働くため、登記上も同様の物権変動が記録されなければ対抗要件としての効力を有しないところ、この理屈を動産物権の譲渡に当てはめるならば、その対抗要件である「動産の引渡し」、つまり動産の占有移転の過程もまた、当該動産の実体的な物権変動と一致していなければならないのではないかと考えられるからである。

しかし、かかる一致を厳格に要求するならば、およそ非現実的な結論となるであろう。

たとえば、本件においても、輸入商品の所有者ではない海貨業者が当該商品を転売先に納入し、つまりは現実の引渡し(民法182条1項)をしているところ、これは当該転売の買主にとっては当該商品の所有権譲渡についての対抗要件である「引渡し」(同178条)として評価されざるを得ないとすれば、少なくとも現実の引渡しは、所有者ではない第三者(海貨業者)からなされたものであっても対抗要件を具備し得るということを意味することになる⁽²⁴⁾。

また、理論的可能性としては、本件事案から離れて、たとえば、AがBに動産を賃貸して引き渡した後、当該賃貸借が終了したものの、当該動産の返還を受けないまま、Aから当該動産の所有権を譲り受けたCがあらためてBとの間で賃貸借契約を締結した場合のように、所有者ではない第三者（B）から占有改定（同183条）がなされたと評価されるケースが考えられるであろう⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾。

このことは、本件のようなケースにおいても、所有者ではない第三者である海貨業者からの占有改定によって金融機関の譲渡担保権につき対抗要件を具備する構成の余地があることを示唆する。本件では、海貨業者H等から金融機関Xへの占有改定として構成するには両者間の合意が求められることとなるが、本決定が指摘するように、「Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであった」とするならば、当該委託に際し、海貨業者から不特定の金融機関に対する占有改定の申込みがあったことまでは認定できよう。

あとは、金融機関Xからの承諾の意思表示が認定できればかかる構成も取り得たところであるが、少なくとも申込者である海貨業者が当該承諾の意思表示の相手方になる以上、そこまでの認定は困難と思われる。そのため、かかる構成は取り得なかったものと考えられる。

(3) 指図による占有移転（民法184条）からのアプローチ

以上のアプローチに対し、本稿では、指図による占有移転（民法184条）の側からのアプローチも可能であることを示したい。

この点、おそらく本決定も前提としたように、本件取引においては、直接占有者に送付された商業送り状に具体的な譲渡担保権者が特定されておらず、これは占有移転のための「指図」としては評価できないとの見方が趨勢と思われる。その背景には、2つの最高裁判例⁽²⁷⁾を中心に、「指図」認定のハードルを高める裁判例群の存在がある。

しかし、これらの裁判例は、本来の対抗問題を処理するため、民法178条の適用上、指図による占有移転の有無が争われたといったケースではなく、そのほとんどが、(a)転々譲渡の場合に、最終の譲受人がいわゆる解除前の第三者として民法545条1項ただし書により保護されるか否か、あるいは、(b)所有権留保特約の存在等により、第三者が無権利者からの譲受人となった場合に、その者を民法192条の即時取得によって保護できるか否かのいずれかが争われたケースとなっている。そのため、(a)のケースにおいては、民法545条1項ただし書という「第三者」に、いわゆる権利保護資格要件として、いかなる占有移転行為が必要かが問われることとなるし、(b)のケースにおいては、民法192条にいう「動産の占有を始めた」に、判例が占有改定(民法183条)を除外する中、指図による占有移転はなお含めてよいのかが問われることとなる。つまりは、民法178条の適用問題以上に別異の配慮が必要であるとも思われる中での解釈であり、自ずと認定のハードルは高くなるとも考えられよう。以下、これらの論点を個別に検討する。

① 指図による占有移転と即時取得

概ね否定説で趨勢を決している占有改定と即時取得の問題とは異なり、指図による占有移転が即時取得の要件を満たし得るかの問題については、昭和57年の最高裁判例⁽²⁸⁾が一般法理ではなく、射程の狭い事例判断として適用を肯定しているにすぎない現状において、なお議論が尽くされていないように思われる。

すなわち、占有改定とは異なり、「簡易の引渡や指図による引渡があった場合には、所持こそ動かぬが、真正の権利者の信頼は形の上でも完全に裏切られて第三者が占有権を取得するのであるから、第192条は適用されてよい」とする適用肯定説⁽²⁹⁾が広く知られる一方で、具体的事案を類型化して個別的に検討すべきであるとする見解⁽³⁰⁾が提唱され、例えば、無権利者からの占有改定により動産の間接占有を得た者が第三者に指図による占有移転を行った場合における当該第三者や、指図による占有移転の方法を用いた動産の二重譲渡の場合における第

2 譲受人には、即時取得を否定すべきとされる。むしろ大審院判例の主流は即時取得の成立を否定していた⁽³¹⁾にもかかわらず、上記の昭和57年最判が即時取得を肯定したのは、無権利者による寄託後に指図による占有移転が行われた事案であって、上記類型論の下でも即時取得を認めるべきとされた類型であった等の事情が存したためと思われる⁽³²⁾。

それゆえ、その後の裁判例の動向にも大きな変化がみられず、現在の判例法理の下でも、指図による占有移転一般につき即時取得が成立するとはされておらず、いわば192条のフィルターを経た184条の姿が現れるにすぎないのであるから、そこでの判示内容から、指図による占有移転一般に関する解釈を引き出すことには慎重となるべきであろう。

② 権利保護資格要件としての占有取得行為

契約の解除前に当該契約上の権利につき利害関係を有するに至った第三者は、民法545条1項ただし書の適用上、解除によって当該権利を回復すべき者との関係で、保護の資格を主張するため、不動産登記等の対抗要件具備行為をしなければならないが、ここでの問題である。この場合に第三者に求められる要件は、権利保護資格要件などと呼ばれる。

この点、不動産取引の場面における登記の要否が典型的な問題であるが、これを本件のような動産取引に引き直すならば、権利保護資格要件としての占有取得行為となり、ここではさらに、権利保護資格要件としての指図による占有移転の当否が問題となる。

もっとも、登記に公信力がない中で、必ずしも帰責性のない解除権者とのバランスから、第三者に登記を要求する不動産取引の場合とは異なり、即時取得制度による保護の余地がある動産取引においては別異の考慮が働くとも考えられる。すなわち、現実の裁判例が示唆するように、動産が転々譲渡された後に最初の譲渡契約が解除され、最後の譲受人が第三者として保護されるか否かが争われるケースと、最初

の譲渡契約に所有権留保特約が付されたため、最後の譲渡契約が他人物譲渡となり、その譲受人が即時取得によって保護されるか否かが争われるケースとは、いわば紙一重であるといえ⁽³³⁾、上記①で述べた類型論のような解釈がこの問題にも影響を及ぼすのではないかとも考えられるところであり、そうであるならば、権利保護資格要件なるものの当否をめぐる解釈論のフィルターを経ることも含め、そこでの判示内容もまた、指図による占有移転一般に関する解釈論としては参照に値しないように思われる。

③ 民法184条そのものの当否

さらにいえば、指図による占有移転を定める民法184条そのものの当否も問題となり得る。

民法184条は、フランス法に直接のルーツはなく、ドイツ民法第1草案804条、ザクセン民法201条及び（旧）スイス債務法201条に範をとったものと思われる⁽³⁴⁾。そこには、「指示」や「指図」、「指令」、「委託」などと訳される語を用いた占有移転の規定がみられ、これらを参考に民法184条が起草されたものとみられる。

この点、確かに、譲渡人から占有代理人への指図を要件とすることで、あたかも債権譲渡につき譲渡人から債務者への通知を要求する（民法467条）と同様の要件を要求し、譲渡についての占有代理人の認識を占有移転の条件とするとの考えは決して理解できないものではない。

しかし、物権に属する占有の譲渡を要件面において債権譲渡と同列においてよいかは一考に値するであろう。一般に、直接占有者に向けられる物権的返還請求権を行使するにあたって、当該請求権の根拠となる物権を有することの立証はもっぱら請求者側に求められるものの、その立証が可能である限り、それ以上に直接占有者への通知や指図といったものは要求されてはいない。現に、現行ドイツ民法931条（返還請求権の譲渡）は、指図を要求することなく、返還請求権の譲渡により、間接占有の移転と動産物権譲渡の効力要件としての引渡しとを基礎づけている。

他方、日本法の下でも、代理占有の成立場面の1つである不動産賃貸借において、間接占有者である賃貸人の地位は、当該不動産又は当該地位の譲渡により、直接占有者である賃借人の承諾を要しないで移転するため（民法605条の2第1項、605条の3前段参照）、それに伴って間接占有もまた移転するものと解される。

また、債権法改正後の民法では、これまでの判例を変更し、賃貸人の地位を留保しながら原賃貸借を転賃借に移行させる形の賃貸借を許容するに至ったが（民法605条の2第2項前段）、これは、本来の指図による占有移転とは区別された、間接占有を維持しつつ再間接占有（復代理占有）が成立する場面を想定した新たな立法と評し得る。

このような扱いと民法184条とが果たして整合しているかが問われよう。

④ 小 括

以上の検討からは、少なくとも民法178条の適用上は、「指図」認定のハードルをむしろ低くする方向で、指図による占有移転による対抗要件具備を緩やかに認めることが可能と思われる。

(4) 動産譲渡担保権からのアプローチ

つぎに、本件が動産譲渡担保権の対抗要件具備が問われた事例であることから、動産譲渡担保権特有の視点からもアプローチを試みたい。

① 譲渡担保権の法的構成による影響

譲渡担保権については、目的物が動産か不動産かを問わず、その法的構成が議論されてきた。形式を重視し、目的物の所有権は譲渡担保権者に完全に移転していると捉える所有権的構成と、実質を重視し、譲渡担保権者は目的物についての担保権を取得し、所有権は設定者にとどまると捉える担保権説が対極であるが、近時は、目的物の所有権が譲渡担保権者に移転することを認めるものの、それは債権担保の目的に応じた部分に限られ、残りの権能は設定者に留保されるものとして、設定者も目的物に関する物権（設定者留保権＝所有権－担保権）を有すると捉える設定者留保権説も有力である。

この譲渡担保権が一般には担保権者に目的物の占有を移さない非占有担保であることを前提とするならば、設定者が間接占有者である場合の譲渡担保権設定による間接占有の帰すうは、この法的構成論によって左右されるのではないかと考えられる。すなわち、論理必然的でないとは思われるものの、設定者が直接占有者である場合の譲渡担保権設定においては、もっぱら占有改定による対抗要件具備が目指されるのに対し、設定者が間接占有者である場合の譲渡担保権設定においては、所有権的構成によれば、設定者に物権的権能を残さない構成であることから、物権的権能の一部を成す間接占有をも譲渡担保権者に移転させる方法として、(a) (純粹な) 指図による占有移転が目指され、担保権説によれば、所有権を設定者にとどめつつ、その一部の権能である担保権を譲渡担保権者に取得させる構成であることから、間接占有を設定者に残しつつ、再間接占有（復代理占有）を譲渡担保権者に取得させる方法として、(b) 間接占有者からの占有改定が目指されることとなる。

また、いわゆる設定者留保権説によれば、所有権を譲渡担保権者に移転させつつ、設定者留保権なる物権的権能を設定者にも残存させる構成であることから、設定者と譲渡担保権者双方に重疊的な間接占有を成立させる方法が目指されるものと思われる。この方法としては、前記(2)④で考察した、(c) 直接占有者（海貨業者）からの占有改定により、先に間接占有を得ていた設定者とともに譲渡担保権者が二重の間接占有を得るものと解するか、あるいは、(d) 設定者（間接占有者）からの指図による占有移転を観念するも、設定者は間接占有を失わず、譲渡担保権者に二重の間接占有を成立させるといった、いわば特殊な指図による占有移転がなされたものと解するかのいずれかが考えられる。

したがって、(b)の方法を採ったものと思われる本決定は、ここから逆算をすれば、上記の法的構成のうち、担保権説に親近性をもつとはいえそうであるものの、ここで重要と思われる指摘は、譲渡担保権者に間接占有を取得させる方法が複数存在し、そのいずれによるかは、譲

渡担保権の法的構成をめぐる議論によって影響を受け得るとともに、その取得方法のいずれによるかによって、要件・効果が異なり得るのではないかということである。こうした視点からの検討も重要であろう。

② 動産担保権と動産所有権とで対抗要件を区別する視点の当否

ついで、動産担保権の対抗要件を動産所有権の対抗要件一般と区別する視点の当否についても検討を加える。

動産譲渡担保権については、集合動産譲渡担保権の設定が可能とされていることからわかるように、目的物の特定性を緩和した状況で一括の対抗要件具備が許容されており⁽³⁵⁾、動産所有権一般とは異なる扱いを受けていることから⁽³⁶⁾、対抗要件具備に必要な占有移転を動産所有権一般よりも緩和できるものとして、本決定のような緩やかな対抗要件具備は、動産担保権だからこそ許容できるとの見解もあり得よう。

しかし、同じ動産担保権であっても、占有の移転を必須とする動産質権については、理論上、指図による占有移転（民法184条）による質権設定、すなわち、間接占有者からの質権設定が可能であるところ、その場合においても対抗要件を緩和できるとするのは、質権の占有担保性（民法344条、345条）を骨抜きにし、およそ妥当とはいえないであろう。

したがって、かかる対抗要件の緩和は、非占有担保としての動産譲渡担保権であるからこそ可能ではないかと考えられる。

(5) 動産譲渡登記（特例法登記）制度からの評価

なお、本決定が間接占有者との合意による占有改定という新しい類型を認めたことで、動産・債権譲渡特例法が平成16（2004）年に創設した動産譲渡登記制度への悪影響（特例法登記改善に向けた制度力学が生じないということ）が懸念されている⁽³⁷⁾。

もっとも、同一の物権について二重の公示方法が許容されているのは、不動産賃借権についての民法605条登記と借地借家法上の対抗要件（同法10条1項、31条）や、立木所有権についての明認方法と立木法登記など、決して珍しいことではないところ、先に認められていた公示方

法（民法605条登記、明認方法）よりも後に認められた公示方法（借地借家法上の対抗要件、立木法登記）の方が容易であれば、公示方法の柔軟化により後発の公示方法の利用が促進され、より困難であれば、公示方法を多元化しても（他のインセンティブが働かない限り）後発の公示方法の利用は停滞することとなる。そして、前者のパターンに属するのが不動産賃借権であり、後者のパターンに属するのが立木所有権と動産所有権であったといえる。

それゆえ、本決定により、先発の公示方法である占有移転が柔軟化したことから、後発の公示方法である動産譲渡登記の利用がいつそう停滞することになるものの、取引の実状を踏まえた政策的判断としては受け容れざるを得ないものと思われる⁽³⁸⁾。

3 第三者性否定アプローチ

冒頭で述べたように、本決定の結論は、理論上、対抗要件は具備していないものの相手方（再生債務者）の第三者性を否定することでも到達し得る。

不動産物権変動に関して広く知られている第三者性（民法177条）の制限、すなわち、「第三者トハ当事者若クハ其包括承継人ニ非スシテ不動産ニ関スル物権ノ得喪及ヒ変更ノ登記欠缺ヲ主張スル正当ノ利益ヲ有スル者」を指称するとの、いわゆる制限説（大判明治41年12月15日民録14輯1276頁等）は、動産物権変動にも妥当し、民法178条にいう「第三者」は、「引渡の欠缺を主張する正当の利益」（最二小判昭和33年3月14日民集12巻3号570頁等）を有する者に制限されるものと解されている。たとえば、寄託契約における受寄者は民法178条にいう「第三者」には当たらないとの判例⁽³⁹⁾が存在する。

もっとも、民事再生手続においては、一般に、再生債務者の第三者性が肯定されており、しかも、登記・登録については、「再生手続開始前に生じた登記原因に基づき再生手続開始後にされた」ものは、「再生

手続の関係においては、その効力を主張することができない」との明文規定（民事再生法45条）が存在する。同条に関して語られる、「個別の権利行使が禁止される一般債権者と再生手続によらないで別除権を行使することができる債権者との衡平を図るなどの趣旨」（最二小判平成22年6月4日民集64巻4号1107頁）は、動産担保権にも等しく妥当すると解するならば、再生債務者に第三者性を認め、その対抗要件である「引渡し」等の具備が求められることとなろう⁽⁴⁰⁾。

したがって、譲渡担保権設定者である再生債務者が再生手続開始後に自ら設定した譲渡担保権に基づく物上代位権行使を否定するかのよ様な主張を行うのはいわゆる禁反言則に触れ、信義則に反するのではないかとの一見もっともらしい指摘は当たらないこととなる。

しかし、他方で、未登記通行地役権の対抗力をめぐる近時の判例法理によれば、通行地役権の承役地が第三者に譲渡されても、「譲渡の時に、右承役地が要役地の所有者によって継続的に通路として使用されていることがその位置、形状、構造等の物理的状況から客観的に明らかであり、かつ、譲受人がそのことを認識していたか又は認識することが可能であったとき」は、特段の事情がない限り、当該譲受人は「第三者」に当たらず⁽⁴¹⁾、つまりは、背信的悪意の排除にとどまらず、善意であってもかかる認識が可能であった場合には「第三者」から排除されることとなる。そして、その根拠として、承役地の譲受人は、要役地の所有者が承役地について「何らかの通行権を有していることを容易に推認することができ、また、要役地の所有者に照会するなどして通行権の有無、内容を容易に調査することができる」ため、通行地役権の設定につき善意であっても、「何らかの通行権の負担のあるものとしてこれを譲り受けたものというべきであって」、当該譲受人が「地役権設定登記の欠缺を主張することは、通常は信義に反する」との理由を掲げる。

そこで、この判例法理が譲渡担保権その他の担保物権に応用できるかが問題となる。この点、担当調査官の解説によれば、「どこまで及ぶ

かは問題である」としつつも、上記の要件は、「『物理的状況から客観的に明らかである』というものであるから、本判決の射程距離が抵当権その他の担保物権に及ぶとはいえないが、通行地役権以外の地役権や地上権その他の用益物権には及ぶと解する余地があろう」との指摘がみられる⁽⁴²⁾。確かに、「物理的状況から客観的」な形で担保目的物であることが明らかとなるケースはおよそ想定し難いものの、上記の根拠を変形させ、“他の者が輸入商品について何らかの担保権を有していることを容易に推認することができ、また、担保権の有無、内容を容易に調査することができる”との状況が認められるならば、応用の余地はあろう。しかも、本決定は、「Yの海貨業者に対する本件商品の受領等に関する委託も、本件商品の輸入につき信用状が発行され、同信用状を発行した金融機関が譲渡担保権者として本件商品の引渡しを占有改定の方法により受けることとされていることを当然の前提とするものであった」と述べており、少なくとも海貨業者等の輸入関係者にとっては、輸入商品上の譲渡担保権の存在を容易に推認できる状況にあったとはいえそうである。

しかしながら、再生債務者によって利益を代表される立場にある再生債権者のすべてが輸入関係者であるとは限らない点に鑑みるならば、やはり応用は困難とみるべきではないかと思われる。

4 対抗要件不要アプローチ

第3のアプローチは、そもそも対抗要件を不要であると解するアプローチである。これには、公示方法なくして対抗可能な動産先取特権（民法311条以下）に依拠するアプローチと、公示方法が不要とされる弁済による法定代位（同499条以下）に依拠するアプローチとがあり得る。

前者（動産先取特権）は、現に、同様の輸入商品につき動産譲渡担保権に基づく物上代位を認めた先例である前記平成11年決定の評価として、動産売買先取特権（民法321条）を行使すべき場面と利益状況が共

通しているとの指摘もみられたところであり、その類推適用による対応が考えられる⁽⁴³⁾。これは、信用状取引の機能を動産売買との対比においてどう評価するかにもよると思われるが、一般に厳格解釈が志向されるものと思われる先取特権規定の解釈の限界を見定めつつ検討すべき課題であろう。

他方、後者（弁済による法定代位）は、自動車の留保所有権に基づき登録なくして別除権行使を認めた近時の最高裁判例（最一小判平成29年12月7日民集71巻10号1925頁）を受け、今後検討が深められるものと思われる。とりわけ、登録なき別除権行使を逆に否定した最高裁判例（前記最判平成22年6月4日）との結論の相違が法定代位構成に由来するのであるとするならば⁽⁴⁴⁾、本件のような信用状発行銀行による弁済のケースをこれに近づけることで対抗要件を不要と解することが考えられよう。

なお、両者のアプローチは一見無関係であるように見えるものの、近時の判例（最三小判平成23年11月22日民集65巻8号3165頁）によれば、弁済による代位の制度もまた、「原債権を求償権を確保するための一種の担保として機能させることをその趣旨とするものである」と説かれるに至っている。つまりは、ともに担保制度であるとの共通項を見出すことができる。しかも、本件も、国際物品売買であることを度外視するならば、売主（輸出業者）が有する動産先取特権が代位弁済によって移転したとも構成し得るところであり⁽⁴⁵⁾、より強固な理由によって対抗要件が不要であるとも解し得よう。

5 物上代位に関する問題

ついで、物上代位固有の問題について検討を加える。

（特定）動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位の可否については、すでに前記平成11年決定が当該事例上の判断としてこれを肯定し、その後さらに、前記平成22年決定が、集合動産譲渡担保権に

基づく共済金請求権への物上代位を、今度は一般論として肯定した。そのため、物上代位に関する本決定の意義としては、(特定) 動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位を、事例判断としてではなく、一般論として肯定した点に求められよう。もっとも、これらの決定を慎重に読み解くならば、判例法理は、集合動産譲渡担保権に基づく“売却代金”債権への物上代位も肯定するものであるとは必ずしもいえないように思われる。同じ売却代金債権であっても、(特定) 動産譲渡担保権にあっては、当該動産への追及効が遮断される反面において取得される代替的財産であるのに対し、集合動産譲渡担保権にあっては、指定範囲に含まれる集合動産への譲渡担保権実行が確保される上での付加的な財産にすぎないからである。

また、本決定は、物上代位権行使の前提として占有改定の有無を検討していることから、占有改定がなければ再生債務者との関係で物上代位権を行使できないことを意味するところ、こうした結論は、動産先取特権に基づく物上代位権行使を破産・執行手続との関係においても認めた最高裁判例⁽⁴⁶⁾や、抵当権に基づく物上代位権行使を執行手続や債権譲渡との関係においても認めた最高裁判例⁽⁴⁷⁾と対比させたとき、やや異質な印象を与えるように思われる。實際上、動産譲渡担保権については、設定契約と同時に対抗要件が具備されると思われることから、本件のようにその具備自体が争われない限り、執行・倒産手続開始前に譲渡担保権が設定されてさえいれば、物上代位権を行使できるとの結論に至るものの、理論上は、(設定契約時ではなく) 対抗要件具備時と執行・倒産手続開始時との先後によって物上代位権行使の可否が決められるとの立場が本決定によって示されたとみるべきであろう。

ただ、そのように理解した場合、今度は、動産先取特権に基づく物上代位権行使を債権譲渡との関係において否定した最高裁判例⁽⁴⁸⁾との整合性が問題となり得るように思われる。動産先取特権に基づく物上代位権行使の場面における執行・倒産手続開始と債権譲渡とのこうした結論の相違につき、「物上代位の目的である転売代金債権が第三者に

譲渡され…債務者の一般財産から逸出した場合にはこれを行使することができないが、債務者に対して破産宣告がされた場合であっても、目的債権の特定性保持により物上代位の効力保全、第三債務者を含む第三者の不測の損害防止の各目的を達することができるから、これをなお行使することができる」⁽⁴⁹⁾などと正当化を試みるものの、こうした理屈自体は、本件のような譲渡担保権と再生手続との関係にも応用できるため、そうすると、動産譲渡担保権に基づく物上代位権行使の場面においても、執行・倒産手続開始と債権譲渡とで結論を異にするべきこととなるが、それでよいか問われよう（表2参照）。

表2・担保の種別による物上代位の可否

		動産担保	不動産担保
法定担保 (先取特権)	執行・倒産 手続開始	物上代位○ (最一小判昭和59年2月 2日民集38巻3号431頁、 最二小判昭和60年7月19 日民集39巻5号1326頁)	
	債権譲渡	物上代位× (最三小判平成17年2月 22日民集59巻2号314頁)	
約定担保 (譲渡担保権、 抵当権)	執行・倒産	物上代位○ (最二小決平成11年5月 17日民集53巻5号863頁、 最二小決平成29年5月 10日民集71巻5号789頁)	物上代位○ (最一小判平成10年3月 26日民集52巻2号483頁)
	債権譲渡	物上代位×?	物上代位○ (最二小判平成10年1月 30日民集52巻1号1頁)

6 おわりに

本決定は、民法（178条）制定時に想定していたと思われる動産取引における一般の引渡方法（民法が定める4つの方法）からズレた輸入取引

上の引渡実務につき、輸入実務の混乱を回避すべく、差し当たりは現状追認的に、判例法理として、法の欠落を埋める対応をとったものと評価できる。もはや取引当事者による動産の物理的経由は必須ではなく、それを前提に譲渡担保権の設定も対抗力の具備も可能にすべきと思われる。そうした傾向は、証券のペーパーレス化・電子化の進展により、いっそう強まるものと思われる。本来であれば、船荷証券や倉荷証券を規定し、証券の引渡しを運送品の引渡しと擬制する、いわゆる引渡擬制（商法575条、776条等）の方途を定めた明治商法制定の段階ですでに、本来の引渡方法は不要とされていたとの事実にも照らせば、本来的には、立法による適切な対応が100年以上にわたって求められていたとはいえよう。

物権法定主義（民法175条）が妥当し、とかく硬直的に捉えられがちな物権法の中であって、新たな商慣習法（商法1条2項）上の公示方法ともいえる間接占有者からの占有改定を認めた本決定は、物権法秩序の柔軟性を示す一事例としても興味深い素材を提供するものといえる。

また、本決定後、法定不安定性を回避し、あくまで民法に則った明確な「指図」による占有移転の実務が今後形成されていくかについても注視していきたい。

- (1) 元地回収船荷証券などと訳される。
- (2) 本文の金額は原決定の前提事実（第1の2(9)）に記された金額である。これに対し、原決定別紙の担保権・被担保債権・請求債権目録によれば、6641.90USドルとあり、いずれが正しいか定かでない。
- (3) 転売代金合計額は、579万6646円である。
- (4) 裁判官：中垣内健治（裁判長）、瀬戸茂峰、宮本浩治。
- (5) 裁判官：山下郁夫（裁判長）、杉江佳治、吉川愼一。
- (6) 本評釈は、2018年9月20日、東京弁護士会金融取引法部定例会にて報告した内容を基にしたものである。当日、貴重なご意見を賜った部員各位にこの場を借りて御礼申し上げる。
- (7) 小貫芳信裁判長のほか、鬼丸かおる・山本庸幸・菅野博之各裁判官、全員一致の意見による決定。本決定の評釈・解説として、大寄麻代『最判解民事篇平成29年度』244頁（2020年3月）のほか、栗田口太郎「判批」

金法2068号4頁(2017年6月)、水野信次「判批」銀法826号36頁(2018年3月)、森田修「判批」金法2075号10頁(2017年10月)、藤澤治奈「判批」法教446号49頁(2017年11月)、本村健ほか「判批」商事法務2154号59頁(2017年12月)、青木則幸「判批」新・判例解説 Watch22号89~92頁(2018年4月)、角紀代恵「判批」リマークス56号18頁(2018年2月)、下村信江「判批」近畿大学法科大学院論集14号117頁(2018年3月)、町田余理子「判批」中央学院大学法学論叢31巻2号143頁(2018年3月)、吉岡伸一「外為取引における動産の譲渡担保権の利用」岡山大学法学会雑誌67巻3=4号409頁(2018年3月)、三笥裕「判批」ビジネス法務18巻4号43頁(2018年4月)、小山泰史「判批」民商154巻1号173頁(2018年4月)、生熊長幸「判批」ジュリ1518号(平成29年度重要判例解説)71頁(2018年4月)、石尾賢二「判批」静岡大学法政研究22巻3=4号113頁(2018年4月)、遠藤元一「判批」金判1540号16頁(2018年5月)、水津太郎「判批」民事判例16号78頁(2018年5月)、和田勝行「判批」金法2091号32頁(2018年6月)、河野憲一郎「判批」熊本法学143号81頁(2018年7月)、阿部裕介「判批・輸入商品を直接占有しない輸入業者による輸入商品の譲渡担保と占有改定の成否」金法2097(金融判例研究28)号29頁(2018年9月)、吉岡伸一「判批」NBL1131号93頁(2018年10月)、渡辺幹典「判批」松山大学論集30巻5-1号465頁(2018年12月)、小出篤「判批・信用状取引に伴う譲渡担保と占有改定」『商法判例百選(別冊ジュリ243号)』120頁(2019年6月)がある。

- (8) 最二小決平成11年5月17日民集53巻5号863頁。拙著「判批」金判1286号88頁(2008年)参照。
- (9) 最一小決平成22年12月2日民集64巻8号1990頁。拙著「判批」日本法学78巻2号311頁(2012年)参照。
- (10) たとえば、譲渡担保権者にとっては、担保的機能をもつ正式な船荷証券をあえて経由させなかった以上、債務者の倒産によるリスクは甘受すべきであり、かかるサレンダー B/L の実務は見直されるべきであるといった立論が考えられる。
- (11) 今日の占有制度はローマ法のポセッシオ〔Possessio〕とゲルマン法のゲヴェーレ〔Gewere〕という2つの系譜に属し、例えば、占有訴権(民法197条以下)は前者、即時取得(民法192条)は後者に由来するなど説かれる。その中で、「代理占有制度はその1つの法制度のなかに両制度が相互に乗り入れ融合状態にまでいたっている点で、特異なもの」(田中整爾「代理占有の特性」大阪学院大学法学研究22巻1=2号86頁(1996年))などと指摘される。
- (12) その証左として、占有改定による即時取得を否定した判例(最判昭和35年2月11日民集14巻2号168頁)が想起されよう。そこでは、占有改定が占有取得方法にはなるが本権取得方法にはならず、両者が区別されてい

- る。
- (13) 佐賀徹哉「代理占有に関する覚書」林良平先生献呈論文集『現代における物権法と債権法の交錯』150頁（有斐閣、1998年6月）。星野英一『民法概論Ⅱ』88頁（良書普及会、年月）も、「借りたり預ったりしている者を、民法は、フランス民法学を受けついで『占有代理人』と呼び、貸したり預けたりしている者は『代理人による占有』または『代理占有』をしているという」と述べる。旧民法財産編190条1項は、「物ノ所持又ハ権利ノ行使ハ之ヲ第三者ノ所為ニ委ヌルコトヲ得但占有スルノ意思ハ占有ニ付キ利益ヲ得ント主張スル其人ニ存スルコトヲ要ス」と定め、これは、フランス民法典2255条（2008年改正前の2228条）に近い内容となっている。
- (14) この場合、本人とともに占有代理人もまた占有者であるという形での階層的占有の成立自体が否定される。
- (15) 我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法』476頁（岩波書店、1983年）など。この場合、本人とともに占有代理人もまた占有者であるという形での階層的占有の成立が肯定される。
- (16) ドイツの現行民法典は、占有意思を要せずに所持のみで占有を認める客観説を採用する（同854条1項参照）。これは、ドイツ民法制定時の第2草案から採用された立場であったが、わが国の民法は、いまだ主観説を採用していたドイツ民法第1草案を参考にしたため、客観説が採用されることはなかった。
- (17) 河上正二『物権法講義』211頁（日本評論社、2012年）、佐久間毅『民法の基礎2物権〔第2版〕』265頁（有斐閣、2019年）など。
- (18) ドイツ民法典は、間接占有の取得方法として868条・870条等の規定を置き、動産の引渡方法として930条・931条の規定を置くことで両者を区別する。すなわち、間接占有の取得方法としての占有改定（後掲注(19)のとおり、厳密には、意思表示による占有取得方法としての占有改定とは異なる。）は868条、動産の引渡方法としての占有改定は930条がそれぞれ根拠規定となり、間接占有の取得方法としての返還請求権の譲渡（日本の指図による占有移転に相当するもの）は870条、動産の引渡方法としての返還請求権の譲渡は931条がそれぞれ根拠規定となる。ちなみに、930条は、「所有者が物を占有するときは、その引渡しは、所有者及び取得者が取得者に間接占有を取得させる法律関係を合意することをもって代えることができる」と定め、931条は、「第三者が物を占有するときは、その引渡しは、所有者が取得者に物の返還請求権を譲渡することをもって代えることができる」と定める（訳文は、マンフレート・ヴォルフほか（大場浩之ほか訳）『ドイツ物権法』614頁〔鳥山泰志〕（成文堂、2016年11月）による。）。
- (19) もっとも、日本法の規定振りは、占有改定等を占有取得方法として規定しつつも、その実は、意思表示や指図の要件を通じ、第三者対抗要件としての「引渡し」に代替し得るものとして機能することを専ら想定した規

定内容となっている。すなわち、直接占有を移転させないまま、意思表示のみによってその相手方に間接占有を取得させる占有改定(民法183条)は、直接占有から間接占有が派生する場面を網羅するものとはなっていない。例えば、動産の賃貸借契約に基づき賃貸人が賃借人に当該動産を現実に引き渡した場面では、賃借人に直接占有が取得されるとともに、それと同時に、賃貸人の下で間接占有が成立することとなるが、これをもって賃借人から賃貸人への占有改定の意思表示があったとは考えないであろう。この場面では、賃借人から賃貸人に向けた動産の物権譲渡がそもそも存在しないために民法178条の適用問題とはなり得ず、議論の実益が乏しいことからこれまで疑問視されてこなかったように思われる。この点、占有取得方法と引渡方法とを区別して規定するドイツ法によれば、「用益権者、質権者、用益賃借人、使用賃借人若しくは受寄者として、又はこれらに類する関係において、他人に対してある期間の占有をする権原を有し、又は義務を負う者が物を占有するときは、その他人も占有者とする(間接占有)」と定める民法典868条により、占有改定の意思表示を待つまでもなく、間接占有が成立することとなる。占有取得方法として、本来はこのような規定が望ましかったといえる。

- (20) これは、ヨーロッパ私法に関する共通参照枠草案(いわゆるDCFR)が、動産担保権者による直接占有を要求していること(Ⅸ.-3:201条)とも立場を異にしている。
- (21) 井口牧郎「最判解民事篇昭和34年度」211頁以下参照。ドイツ民法典930条(前掲注(18)参照)における譲渡人は間接占有者であっても足りると解されている(於保不二雄『独逸民法Ⅲ物権法(現代外国法典叢書)』102頁(有斐閣、1942年)、ヴォルフほか・前掲注(18)105頁参照)。また、この立場に属する評釈として、水津・前掲注(7)81頁、和田・前掲注(7)42頁がある。
- (22) 森田・前掲注(7)17頁。
- (23) 角・前掲注(7)21頁。栗田口・前掲注(7)5頁も参照。
- (24) かかる現実の引渡しにより、X(譲渡担保権者)やY(売主)が有していた間接占有はどうなるのかも問題となる。処分授権に基づいた有効な売却に伴う引渡しである限り、間接占有は消滅するものと解されるが、その論拠は必ずしも自明とはいえない。
- (25) その他、AがBに動産を賃貸し、BがCに当該動産を転貸してそれぞれ引き渡した後、AB間の賃貸借が終了したものの、Aから当該動産の所有権を譲り受けたDがBから賃貸人たる地位を譲り受けてCとの賃貸借契約関係を承継した場合は、所有者ではない第三者からの指図による占有移転(民法184条)を観念できるし、A所有の動産をBがCに賃貸していたところ、CがAから当該動産を買い受けたため、BC間の賃貸借が終了した場合は、所有者ではない第三者からの簡易引渡し(同182条2項)を観

念できる。すなわち、第三者弁済が原則許容されているのと同様に、第三者からの占有移転が可能であるとともに、これらはいずれも動産物権譲渡の対抗要件（同178条）として評価できるものと解される。

- (26) 同様に、第三者への占有移転が動産物権変動の対抗要件として評価できるかとの問題も考えられる。たとえば、本件における売主が（船舶による輸送を通じて）海貨業者に現実の引渡しをしたことで、買主であるYが当該輸入商品の所有権譲渡につき対抗要件を具備したものと評価されるかとの問題である。この問題も、実体的な物権変動との一致を厳格に要求し、対抗要件具備を認めないとの結論は非現実的であるゆえ、具備を認めるとするならば、少なくとも弁済受領権限を与えられた海貨業者への引渡しは、弁済として評価されるとともに、対抗要件も具備されると評価すべきこととなろう。
- (27) 最一小判昭和48年3月29日判時705号103頁、最三小判昭和57年9月7日民集36巻8号1527頁。
- (28) 最三小判昭和57年9月7日民集36巻8号1527頁。
- (29) 末川博『物権法』235頁（日本評論新社、1956年）。
- (30) 川島武宜編『注釈民法(7)』122頁以下〔好美清光〕（有斐閣、1968年）。
- (31) 大判昭和8年2月13日新聞3520号11頁、大判昭和9年11月20日民集13巻2302頁、大判昭和10年5月31日民集14巻12号1037頁、大判昭和12年9月6日新聞4181号14頁。もっとも、大判昭和7年2月23日民集11巻148頁は、即時取得を肯定する。
- (32) 塩崎勤「最判解民事篇昭和57年度」662頁以下参照。
- (33) 例えば、大阪地判昭和52年1月27日判タ360号252頁、東京地判昭和55年2月25日判タ417号147頁は、民法545条1項ただし書の適用が争われた事案、名古屋高金沢支判昭和54年12月24日下民集30巻9～12号694頁、前掲最判昭和57年9月7日は、同192条の適用が争われた事案である。
- (34) 手嶋豊ほか「史料・物権法(2)」判タ613号199頁以下（1986年10月）参照（ただし、同頁の【参照条文】に掲げられたドイツ民法第1草案805条は、804条（同号193頁に訳文あり）の誤りと思われる。）。なお、スイスの現行法では、「占有の譲渡は、譲渡人がその旨を知らせるまで、占有している第三者に対して効力を生じない」（民法典924条2項、私訳）ものとされ、規定振りは異なるものの、直接占有者への通知の要件を維持している。
- (35) 最三小判昭和62年11月10日民集41巻8号1559頁。一般の動産所有権については、いわゆる種類物売買のケースからもわかるように、目的物が特定される前に所有権が移転することはないものと解されている。
- (36) 他に、動産担保権の設定を受けるにあたり、先行する譲渡担保権設定を把握するため、事前に動産譲渡登記を確認すべきことが要請される点なども、単に売買等によって動産所有権を譲り受ける場合との相違として指摘できる。これは、具体的には、無権利者からの設定・譲受けにおいて、

即時取得規定（民法192条）の適用上、担保権者・所有権譲受人につき過失を認定できるかの違いとして現れる。すなわち、動産譲渡登記を確認しなかったことにつき、担保権者については過失を認めて即時取得を認めず、所有権譲受人については過失を認めずに即時取得を認めることとなる。

- (37) 森田・前掲注(7)18頁以下。
- (38) これと似た現象として、後述する第三者性否定アプローチを用いて未登記通行地役権者の対抗力を認めた判例法理（最二小判平成10年2月13日民集52巻1号65頁等）が挙げられる。
- (39) 大判明治36年3月5日民録9輯234頁、大判昭和13年7月9日民集17巻1409頁、最三小判昭和29年8月31日民集8巻8号1567頁。もっとも、受寄者の第三者性については、学説上の反対が強い。
- (40) 角・前掲注(7)20頁は、本決定は、登記・登録以外の対抗要件に民事再生法45条の適用を認めた初めての最高裁決定といえたと説く。
- (41) 前掲注(38)最判平成10年2月13日。
- (42) 近藤崇晴「最判解民事編平成10年度」106頁。
- (43) 拙稿・前掲注(8)89頁参照。
- (44) 堀内有子「最判解民事篇平成29年度」681頁参照。
- (45) 本件は中国からの輸入の事例のため、国際私法上、中国側の売主に先取特権が付与される保障がないものの、国内の海上輸送を伴う商品売買においては、かかる構成による対応が考えられる。
- (46) 破産手続との関係につき、最一小判昭和59年2月2日民集38巻3号431頁、執行手続との関係につき、最二小判昭和60年7月19日民集39巻5号1326頁。
- (47) 執行手続との関係につき、最一小判平成10年3月26日民集52巻2号483頁、債権譲渡との関係につき、最二小判平成10年1月30日民集52巻1号1頁。
- (48) 最三小判平成17年2月22日民集59巻2号314頁。
- (49) 遠藤賢治「最判解民事編昭和59年度」79頁。

ゲルマン私法からみた物の差異について

クリスティアン・トマジウス
ヨーハン・コンラット・ネーゼン
出 雲 孝 訳

1 解題

本稿は、プロイセンの法学者クリスティアン・トマジウス (Christian THOMASIUS, 1655-1728年) が主査を務めた学位請求論文「ゲルマン私法からみた物の差異について *De rerum differentiis intuitu juris Germanici privati*」(1721年)の日本語訳である(以下、本学位請求論文そのものを指すときは「本史料」、訳者の訳文を指すときは「本邦訳」と呼ぶ)。学位請求者は、ヨーハン・コンラット・ネーゼン (Johann Conrad NESEN, 1696-1742年) というツィッタウ出身の人物である。おそらくは、ツィッタウの市長を務めた人文主義者コンラット・ネーゼン (Konrad NESEN, 1495-1560年) の子孫であると推測される。以下、断りなくネーゼンの名前を挙げるときは、本史料の学位請求者であるヨーハン・コンラット・ネーゼンを指すものとする。

ネーゼンの法学上の業績には、もう一点、「ゲルマン法とザクセン法とにおける言葉の意味、およびこれらの法の古い法原則について *De verborum in jure Germanico ac Saxonico significatione nec non antiquis eorum jurium regulis*」(1721年) という「演習 *exercitatio*」がある。この演習を指導したのは、クリスティアン・ゴットフリート・ホフマン (Christian Gottfried HOFFMANN, 1692-1735年) というライブ

チヒ大学の教授であった。なぜネーゼンは同時期に、異なる大学に所属する2人の法学者の指導を受けていたのであろうか。ホフマンがネーゼンに宛てた1721年3月14日付の書簡によれば⁽¹⁾、彼の指導は正式な師弟関係にもとづくものではなかった、というのが真相のようである。両者の議論が演習というかたちになっているのは、このためであろう。ネーゼンはホフマンを一時的に訪問しただけであり、彼の正式な指導教授はあくまでもトマジウスであったものと推測される。

いずれにせよ、ネーゼンは、法学によって身を立てた人物ではない。彼のアカデミックな研究は、上記2点の業績に限られている。このため、本史料の歴史的価値について、疑義が生じるのではないかと思われる。以下、この点について、若干の解説を付しておく。トマジウスが主査を務めた学位論文は、一部の例外を除いて、後世の法学者たちからトマジウス自身の著作として扱われてきた⁽²⁾。とりわけ本史料についてはこの取り扱いを積極的に肯定してよい、と訳者は考えている。というのも、本史料は、トマジウスがライフワークとして構想していた『ゲルマン法学提要 *Institutiones jurisprudentiae Germanicae*』の一部にあたるからである⁽³⁾。本史料の序論が学位請求論文らしからぬ書き出しになっていることも、これによって説明がつく。トマジウスの『ゲルマン法学提要』は、その草稿が遅くとも1707年の段階で言及されていたにもかかわらず、現在は所在不明である。紛失の経緯は判明しておらず、完全に散逸したのか否かも詳らかではない。いずれにせよ、現代の私たちが目にすることができるのは、学位請求論文の体裁で公刊された本史料と、同年6月に提出された別の学位請求論文「ゲルマン私法からみた所有とその自然本性一般について *De dominio et ejus natura in genere intuitu juris Germanici privati*」(1721年)のみである。後者の論文は、本史料の続きに当たる内容となっている。トマジウスはさらに、ゲルマン私法からみた占有論を第3論文として構想していたようであるけれども⁽⁴⁾、これは公表されていない。

以上のように、本史料は、トマジウスのライフワークの一部であり、

単なる学位請求論文にとどまらない価値を有している。以下では、その法思想史上の位置づけについて、訳者の先行研究をもとにしながら簡潔に述べておきたい⁽⁵⁾。まず、トマジウスよりも前の世代の法学者たちまたは彼と同世代の法学者たちとの比較においては、2つの点が重要である。まず、パンデクテンの現代的慣用の大家であったザミュエル・ストゥリユク (Samuel STRYK, 1640-1710年) に代表されるところの法典編纂不要論に対して、トマジウスは批判的な立場をとっていた。ストゥリユクによれば、神聖ローマ帝国に新しい法典は必要なく、パンデクテンの現代的慣用で事足りるものとされた。これに対して、トマジウスは法典編纂の必要性を説き、みずからもその事業に携わろうとした。次に、法典編纂は必要であるけれどもその法典は『市民法大全 *Corpus juris civilis*』の修正版で足りる、というローマ法尊重論に対しても、トマジウスは攻撃を加えた。このようなローマ法尊重論の代表者として、ゴットフリート・ヴィルヘルム・ライプニッツ (Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, 1646-1716年) がいた。つまり、トマジウスは、ローマ法にこだわらないゲルマン的な法典編纂の必要性を強調しており、その一環として『ゲルマン法学提要』を執筆しようとしていた。それは、ローマ法大全の一部である『ユスティニアヌス帝の法学提要 *Institutiones Justiniani*』に取って代わるはずのものであった。本史料は、法典編纂の時代に先立つ立法理論の記念碑的著作であると言えよう。

次に後世からみた本史料の位置づけを述べる。まず、今日においても積極的に評価しうる点として、「私法 *jus privatum*」という用語の洗練が挙げられる⁽⁶⁾。レーエン法と罰訴権をこの分野から排除したこと、財産法を身分法の前に、また無遺言相続を遺言相続の前に置いたことは、現代私法にも繋がる大きな改革であった。これに対して、消極的に評価しなければならないのは、トマジウスによる史料の取り扱い方である。後世からみたとき、本史料は、いわゆるゲルマン法を正確に記述したものにはなっていない。これは、トマジウスを取り巻いてい

た当時の研究環境と関連している。トマジウスが「ゲルマン法 *jus Germanicum*」という言葉を使うとき、それは、中世の法書『ザクセンシュピーゲル *Sachsenspiegel*』と『シュヴァーベンシュピーゲル *Schwabenspiegel*』とに収録された諸規則を意味しており、その他の史料に関する言及はほとんど⁽⁷⁾見当たらない。この事実は、トマジウスの次の世代に属する法学者ヨーハン・ゴットリーブ・ハイネッキウス (Johann Gottlieb HEINECCIUS, 1681-1741年) などと比べて、ひとつの特徴をなしている。トマジウスの史料言及の乏しさは、彼の時代に参照可能であった史料が限られていたこと、さらにその史料の歴史的位置づけも不明瞭であったこと、これら2点に由来する。前述の『ザクセンシュピーゲル』や『シュヴァーベンシュピーゲル』についてすら、編纂の先後が判然と知られておらず、1708年に至ってトマジウス自身がようやく、前者が先に成立したことを明らかにした。このことは、本史料の序論第6節註cにおいて言及されている通りである。したがって、ハイネッキウスが、彼の著書『ゲルマン法要綱 *Elementa juris Germanici*』(2巻本、1736-1737年)の序文において、自分はさまざまな史料を用いてゲルマン法を解説した先駆者である、と自負した⁽⁸⁾ことも、あながち自惚れとはいえない。すると、『ザクセンシュピーゲル』と『シュヴァーベンシュピーゲル』だけでゲルマン私法の全体像を記述することが、はたしてトマジウスに可能であったのか、という疑問が生じる。残念ながら、これは不可能であった。そこで、トマジウスは、本史料にもあるように、ゲルマン法の欠缺を万民法や自然法などによって補うという手段に出た。ゲルマンの慣習は自然法と一致しているとか、あるいは少なくともそれに反していないとか、そのような論証が多用された。かくして、トマジウスのゲルマン法学は、ゲルマン法の解説というよりも、むしろ、自然法、万民法、ゲルマン法、はてはトマジウスが日常的に経験した法実務などのパッチワークという体裁になっている。本邦訳を一読しても、同様の印象が得られるのではないかと思う。

それにもかかわらず、本史料は、17世紀後半から18世紀初頭にかけてのゲルマン法をめぐる理解をよく反映しているだけでなく、当時の用語法の紹介も含まれており、史料的价值は高い。その邦訳を公表することは、我が国の法制史にとって意義あるものと、訳者は考えている。

2 凡例

本史料については、全集等の校訂を経たテキストが令和2年8月31日時点では存在していない。訳者は、ドイツ共和国のマックス・プランク＝ヨーロッパ法史研究所で閲覧した学位請求論文コレクション（書架記号 NETT207-001の合冊に所収のもの）を底本としつつ、誤植と思しき箇所については、同研究所の他のコレクション等と比較照合し、校正した。校正した箇所とその内容については、本邦訳の訳註にて明記した。

本邦訳の訳文中における括弧の使い方は、以下の通りである。丸括弧は、トマジウスおよびネーゼン自身が原文で使用したものである。角括弧は、原文にない言葉を訳文に補うときに、訳者が挿入したものである。亀甲括弧は、訳者が註釈をつけるとき、訳註に落とし込むほどではないと判断した場合に、訳者が挿入したものである。鉤括弧および二重鉤括弧に対応する記号は原文にはなく、筆者が日本語の慣用に照らして挿入したものである。

本邦訳における註について、a) b) c) とアルファベットに右丸括弧で表記されているものは、原註である。原文はいわゆる脚注を用いておらず、本文にそのまま併記しているので、訳文もこれに従った。いわゆる脚注のかたちになっているものは、訳註である。

本史料における文字の装飾は、以下の通りである。原文の本論部分においてイタリックになっている箇所は、訳文において太字で強調した。これに対して、序論と原註はすべてイタリックになっているけれ

ども、これらをすべて太字にすることはしなかった。トマジウスは序文、註、目次などをイタリックで書く癖があり、強調の意図ではないと解されるからである。序論第4節註b)において、「死すべき者たちの中で! 最も賢い」という表現が出てくるが、このエクスクラメーションマークの位置は原文のままである。

最後に、トマジウスとネーゼンがラテン語、ドイツ語、フランス語を解説しているときは、その単語を訳文に載せた。綴りの現代化も控えた。例えば、トマジウスとネーゼンは Zinß という古い表記法を用いており、現代の正書法では Zins とすべきであるが、訳者は校正していない。歴史的用語法の解説である以上、原文を尊重する必要があると考えたからである。

3 翻訳

序論

第1節 ユスティニアヌス帝のローマ法と、カノン法とは、ゲルマンからみれば、現代のとても精緻な法学者たちが認めているように、補充的な法であるにもかかわらず、驚くべきことに、法学者たちのだれもまだ『ゲルマン法学提要 *Institutiones jurisprudentiae Germanicae*』というものを書こうとしていない^{a)}。ところが、この仕事は、それほど難しくはないように思われるのだけれども。

- a) なぜなら、補充のために継受されたローマ法の諸法文は、抗弁あるいは[欠缺の場合の]補完に過ぎず、基礎の箇所にはすえられるべきなのは正規の法すなわちゲルマン法であるにもかかわらず、すべての法学者たちが、(あのヨーハン・シルター⁽⁹⁾ですらも) 補充的なユスティニアヌス法を基礎の箇所にはすえて、そしてゲルマン法の差異をあたかも抗弁であるかのようにそこへ従属させているからである。

なるほど、ゲオルク・バイヤー⁽¹⁰⁾は独り、『ゲルマン法要覧 *Specimen juris Germanici*』においてゲルマン法を説明したのだが、しかし、彼はローマ法が知らないことからのみを説明したにすぎない。

第2節 私が、法学 *jurisprudentia* という名称によってここで念頭においているのは、学術の形式に合わせられ、簡潔な主題を通じて説明された法の原理であり、定義、区別、法原則および司法慣行を含むものである。

第3節 ゲルマン法学 *jurisprudentia Germanica* と私が言うとき、念頭においているのは、ローマ人たちの慣習とははっきり異なるゲルマン人たちの古い慣習に起源を有しており、かつ、ゲルマンの法廷における現代的⁽¹¹⁾慣用を普通に有しているような、そのような法学である。たとえしばしば、この法学が、現代の法学者たちによって、外国法に対する過度の愛着から、壊されてしまっているとしても、そうである。ただし、時代の流れに応じて、慣習の明らかな変化が、外国法の補充的な継受を促したときは、この限りでない。

第4節 ところで、ゲルマン法学の学習の主題は2つある。すなわち、公法の学習と私法の学習である。公法の学習とは、皇帝と帝国等族との拘束行為 *nexum* に関するものであり、これには、皇帝および帝国等族から相互にみた場合と、臣民からみた場合とがある。私法の学習とは、私のものと君のものとをめぐる私人たちの取引と関係している^{b)}。

b) この定義は新奇なものであるとか、死すべき者たちの中で！最も賢いローマ人たちが別様に判断しているとか、君は叫ばないようにしなさい。というのも、仮にそうだとすると、いったいどうしたとい

うのか。私が「ローマ人たちの」あの思い込みでしかない賢しらを否定したからといって、いったいどうしたというのか。いったいどうして、私はこの主張を帰納によって証明しなければならないのか。とはいえ、私は君を苛立たせるつもりはない。というわけで、私はむしろ、ウルピアーヌスの権威を引き合いに出しておこう。『学説彙纂』第1巻第3章第41法文（ウルピアーヌス『法学提要』第2巻）「ところで、法＝権利はおしなべて、取得するか維持するか減少させるかの、いずれかから成り立っている。というのも、なにかが各人のものになるように、あるいは、だれかが自分の物または権利を維持するように、あるいは、[それらを]譲渡したり放棄したりするように、そのように法＝権利は行使されるからである」〔強調はトマジウスおよびネーゼンによる〕。

第5節　ところで、どちらの法も、自然な原理、万民の原理および市民的な原理から得られている。前2つのクラスは、輪郭をはっきりさせるためでない限り、ゲルマン法のテキストによって証明される必要がない。というわけで、むしろここでは、共通の理性と推論、また時として、共通感覚や経験でも事足りる。

第6節　他方で、市民的な原理、すなわちゲルマンに固有である原理および固有であった原理は、一部は『ザクセンシュピーゲル』と『シュヴァーベンシュピーゲル』から^{c)}、一部は、本当にゲルマンへ継受されたときに限って、カノン法とローマ市民法から、一部は帝国決議から、一部は共通の慣行から、一部は、とりわけプロテスタントである多くの帝国等族に共通した条例と都市法から、導き出されるべきである。

c) 『シュヴァーベンシュピーゲル』は『ザクセンシュピーゲル』よりもかなり新しいと同時に、『ザクセンシュピーゲル』とはわずかにし

か異なっていない。ランベック⁽¹²⁾とシルターに反対して初めて詳細にこのことを証明したのは、主査であるトマジウス先生の「ゲルマン・レーエン法の歴史の抜粋録 *Selecta capita historiae juris feudalis Germanici*」[[トマジウスのレーエン選集 *Selecta feudalia Thomasiana*] [1708年] 所収] 第45節59頁以下である。

第7節 ゲルマン法は、前述の2つのシュピーゲルから明らかなように、普通、ラント法とレーエン法とに（[ドイツ語では] Land=Recht と Lehn=Recht とに）区別される。例えば、マグデブルク都市法（[ドイツ語では] Weichbild）は、その大部分をザクセンのラント法 Land=Recht から集めている。

第8節 ラント法とは、貴族、都市市民および農村市民が、私のものと君のものとをめぐり共通の問題において、お互いに用いた法である。これに対して、レーエン法とは、貴族たちのレーエンに関する事件を扱う。

第9節 さて、たとえレーエンに関する事件が、私のものと君のものに関する紛争を部分的には含んでいるとしても、しかしこれらの事件をよりよく理解するためには、帝国の長と構成員たちとの拘束行為 nexum に関する多くの項目を同時に論じねばならず、そしてそれゆえにほとんどいたるところで、レーエンの事件は公法と私法との混合から成っているのです。このことから、レーエン法は専用の書物で提示されることが長いあいだ受け入れられてきた^{d)}。

d) おそらく、次のように言うべきであろう。これらのシュピーゲルがまとめられた時代には、ゲルマン公法は jus feudale すなわちレーエン法 Lehn=Recht という表題のついた書物で提示されてきた。なぜなら、それらの書物の多くの章は、一部は皇帝の選挙と権限とに

ついで、一部は等族 [そのもの] および主要諸等族⁽¹³⁾の諸権利について論じているからである。ゲルマン私法は、jus provinciale すなわちラント法 Land=Recht という表題のついた書物で提示されてきた。しかし、現代においては、当時知られていなかった多くの紛争が公法に入り込んでおり、その結果、レーエンに関する紛争は、公法の極一部をかたちづくるにすぎなくなった。それゆえに、レーエン法の論考は、大学において、私法と公法との中間部分であるかのような座を占め始め、そして、公法への準備段階であるかのように考えられ始めたのである。

第10節 さらに、狭義の私法、すなわちレーエン法とも区別される私法は、たとえば私のもとの君のものとの取得を、次にその維持を、そして最後にその喪失を扱うという方法⁽¹⁴⁾によって論じることにも可能であるとしても^{e)}、しかし、以下の方が、諸等族のラント条例またはポリツァイ条例の多くに、またそれらの秩序に^{f)}、あるいは、単純明快な方法論の諸規則にも、より合致しているであろう。すなわち、①所有に服したり服さなかったりするという観点からの物の区別について、また、所有の自然本性とさまざまな効果について、②私のもとの君のもの、すなわち所有の取得、維持、移転と関係するところの、物をめぐる契約について、③無遺言相続について、④遺言相続について、⑤私のもとの君のものに関する司法上の訴訟手続について、⑥諸人格の身分の違いから生じる個別の権利 jus singulare⁽¹⁵⁾について。

e) 既に前掲註 b で引用したウルピアーヌスの箇所に従って。

f) 例えば、ザクセン選帝侯アウグストの『ザクセン勅法集 *Constitutiones Saxonicae*』 [1572年] およびその諸部分を見よ。同じく、リューベックの都市法なども見よ。しかしながら、これらが

あらゆる点で前述の方法論と一致しているわけではない。

第11節 というのも、私のものと君のものに関する問題はすべて、これらの6つの項目にうまく割りふることができるからである。というのも、ローマの〔＝ユスティニアヌス帝の〕『法学提要 *Institutiones*』においては、最初の箇所では人の法が扱われているとしても、しかし、良き方法論の諸規則により合致していると思われるのは、〔所有権などの〕共通の法原則を扱ったあとで、〔身分の〕異なる人々のさまざまな権利を、前者の例外であるかのように最後の箇所でも論じることだからである。

第12節 不法行為を犯した者の〔損害賠償ではない〕懲罰および刑事手続については、言及しない。以下のような理由を挙げることができる。この教えはむしろ公法に属しており、また、ゲルマン法によれば、不法行為から生じる〔ローマ法上の〕罰訴権が私人に与えられることはないからである^{g)}。ただし、人格侵害訴権だけは除く。とはいえ、この人格侵害訴権が民事手続に関する教えとうまく結びつくのは、〔数学における〕系のような仕方〔＝付随的な仕方〕に限られる。

g) 主査であるトマジウス先生は、1693年の専門論文「ゲルマンの法廷におけるローマ法上の罰訴権の慣用について *De usu actionum poenaliu[m] juris Romani in foris Germaniae*」で、このことを詳細に証明した。また、ある高名な反対論者〔＝ストウリユク〕の異論に対して、『法学提要ノート *Notae ad Institutiones*』の第4巻第1章に対するノート240頁以下で反論した。

物の差異について

ゲルマン私法からみた物の差異について
(出雲)

第1節 物の差異に関する教えにおいては、昔のシュピーゲルからであれ新しい帝国決議からであれ諸等族のラント条例からであれ、ゲルマン法からのテキストの引用がないのだけれども、このことは、祖国のこれらの法が、正当にも次のように考えたことにもとづく。法は人間の行為を正しく律することに関して作成されるべきであり、文法学や論理学、すなわち物の定義や差異に関して作成されるべきではない、と。そして、ここでは、私たちの祖先や立法者たちをむしろ褒めるべきであって、非難すべきではない。なぜなら、彼らは、諸民族の、しかも高度にモラルのある諸民族のお手本すなわち共通の慣習に従ったからである。これらの民族は、自分たちの法の中で、立法の対象になっている物の性質を常に説明しているわけではない。

第2節 ここで物とは、私のものや君のものになることができるものすべてを意味する。すなわち、私人たちがその所有権を取得するような、所有可能なものすべてを意味する。部分的には、人格すなわち自由人や、訴権もまた、それらが取得されたり譲渡されたりすることができるときは、ここに含まれる^{a)}。

a) 訴権は、譲渡 *cessio* を通じて、自由人は、献身 *oblatio* [=自発的農奴化]、時効 *praescriptio*、自由人女性と農奴男性との婚姻あるいはその反対 [=自由人男性と農奴女性との婚姻] などを通じて。バイヤーの『ゲルマン法概論 *Delineatio juris Germanici*』第1巻第22章第6節、第7節および第19節を見よ。

第3節 したがって、たとえ取引不能なものが私法に属さないとしても、しかしここでは、次のような区別を前提とし、かつ、あらかじめ論じておくべきであろう。すなわち、ある物は私人にとって取引

不能なものであり、ある物は取引可能なものである。この区別は、ようするに混乱を避けるためである。なぜなら、取引不能でないものはすべて私人にとって取引可能である、というあのよく知られた公理は、まったくもって曖昧だからである。すなわち、[どれが取引可能なものでどれが取引不能なものかという] 未決定の問題を、判明なかたちで説明していないからである。

第4節 というわけで、あるものは万人にとって取引不能であり、あるものは私人にとってのみ取引不能である。

第5節 万人にとって取引から除外されているものとは、純粹に精神的で不可視な実体すべてである。例えば、神、善き天使、悪しき天使〔=悪魔〕、[肉体から] 分離した人間の魂、天空、光、大気である。ただし、光と大気が、有体物に付属しているときは、この限りでない。

第6節 さらに、有体物のうちでも、天空の有体物は、人間には取引不能である。例えば、太陽、月、その他の星である。

第7節 これに加えて、地球全体、同じく大洋全体も、[万人にとって] 取引不能なものである。他方で、一般的な海⁽¹⁶⁾ないし海岸は、人間の所有や取引から完全に除外されているわけではない。川および川の一部であるかのように流れている水も、同様である。

第8節 私人の取引のみから除外されているものには、私人全員にとって取引不能なもの、特定の私人にとってのみ取引不能なものがある。後者の例として、キリスト教徒たる捕虜は、ユダヤ人たちの取引から除外されており、自由人は、なおさらである。

第9節 私人全員にとって取引不能なものとは、真の意味での公共物、すなわち、国家や自治組織 *universitas* によってすら譲渡されえないものである。

第10節 ところで、公共物には、市民社会全体の所有に服する物と、国家よりは小さいが家族よりは大きい社会である自治組織の所有に服する物とがある。

第11節 したがって、私人にとって取引不能なものには^{b)}、領土、海、川、湖、岸、および王権または王権の行使に関する一般的な物すべてが当てはまる。例えば、絞首台、罪人を斬首するために作られた部屋、市民共同体の壁〔=市壁〕および門〔=市門〕が当てはまる。これら〔=市壁と市門〕は、ゲルマン法の慣用によれば（とりわけプロテスタントのそれに鑑みれば）、神聖物でもなければ神の法に服する物でもない。

b) ここで挙げられているのは、公共物ないし自治組織に属する物の全種類ではなく、それらの顕著な例に過ぎない。なぜなら、そのような物のより完璧な叙述は、公法に属するからである。ローマ人たちのもとでは、劇場や浴場なども、ここに数え入れられていた。しかし、劇場や浴場は、私たちのもとでは、元首の財産または私有物である。さしあたり、ティティウス⁽¹⁷⁾の『ローマ＝ゲルマン公法要覧 *Specimen juris publici Romano-Germanici*』第3巻第7章を参照せよ。同じく、主査であるトマジウス先生の『法学提要ノート』の第2巻第1章に対するノートを、すなわち本稿第9節から第13節に含まれていることに対するノートも参照せよ。ここでは同時に、次のことに注意しなさい。なるほど、元首によって時には私人たちに、公共物の使用が認められる慣わしになっている、と。しかし、使用から所有へと論を進めることは許されない。

第12節 同じ理が、墓地、教会、神の礼拝に関する道具および器具にも当てはまる。というのは、これらの物も、私たちのもとでは、神の法に属する物では決してなく、人間の法に属する物すなわち公共物だからである。

第13節 もちろん、教会の腰掛けや、教会に隣接する小屋すなわち礼拝堂 Capellen も、さらには部分的に墓も、私人にとって取引可能な物である。

第14節 一言で言えば、これまで列挙された物以外の物はすべて、私人にとって取引可能な物である。

第15節 さて、私人にとって取引可能な物の最初の差異は、レーエン物と非レーエン物すなわち私有物である。これらの差異とその慣用は、レーエン法においてより詳細に論じるのが常である。

第16節 この [ゲルマン私法というテーマに] ふさわしい私有物には、さらに共同所有の物と単独所有の物とがある。共同所有の物とは、その物全体が複数の私人に帰属しつつ、それでいてその持ち分は個々人に帰属している物である。単独所有の物とは、その物全体が個人に帰属している物である。

第17節 共同所有の物となるのは、無主物があったときに複数人がそれを先占する場合と、合意または組合による場合と、そのどちらでもない場合、例えば、相続財産や遺贈が複数人に遺された場合である。

第18節 ところで、単独所有の物についていえば、原則的にだれも、自分の物を売るように強制されないのだが、同様に、共同所有の物

に関していえば、原則的にだれも、共有に留まる責任を負わない。なぜなら、共有は紛争の母だからである。

第19節 したがって、だれであれ、共有物の分割を求めることができるし、また、共同所有権の訴えによって^{c)}、強制的に分割させることもできる。ただし、短期の共有に関する合意やその他の衡平が、妨げにならないときに限られる。例えば、ある人が、無節操に悪意で組合を清算させるときである。

c) 家産分割訴権の方式書と共有物分割訴権の方式書とを区別するローマ法の細かさは、ゲルマン法においては使われていない。これについては既に、主査であるトマジウス先生が、『学説彙纂ノート *Notae ad Pandectas*』で第10巻第2章および第10巻第3章に対して註記した通りである。

第20節 ところで、ある物については分割が必要なく、むしろ法それ自体によって分割がおこなわれるので、次のことを覚えておかなければならない。ある物は**分割物**であり、ある物は**非分割物**である。

第21節 さて、分割物および非分割物と呼ばれるのは、ある物の部分について2人以上の人々が権利を主張しており、その部分が問題になっているときに限られる。というのも、[なぜこの場合に限るかといえは、] どのような物であれ何らかの全体であって、その部分が見出されるからである^{d)}。[つまり、単に部分があるかないかだけを問題にするならば、あらゆる物は分割物である。]

d) 博士たちが、分割物と非分割物との定義についておたがいに意見を違えているのは、不思議なことである。このような意見の相違を詳しく提示してみせたのは、アウグスト・ホフマン⁽¹⁸⁾の「分割不能

性、一名、非分割物の法について *De individuitate, sive de jure rerum individuarum*」第1章であった。しかし、ホフマン自身もまた、この区別について判明な概念を定式化しなかった。したがって、私がこの意見の相違を取り除く方法を発見できるかどうか、試みる事が許されるであろう。

第22節 さて、部分には、未分割な部分と既分割な部分とがある。より明晰に言えば、知性的な部分と現実の部分とがある。未分割な部分の例は、ティティウスとカーユスが、共有の農地や家屋を占有しているときであり、既分割な部分の例は、ティティウスとカーユスが、一方は家屋の上層部分を、あるいは、農地の池に近い部分を所有しており、他方は家屋の下層部分を、あるいは、農地の池から遠い部分を所有している、というように、家屋や農地を「部分的にかつ単独で」所有しているときである。

第23節 ところで、物が分割物または非分割物と言われるとき、2つの意味がある。ひとつは、既におこなわれた分割からみたときであり、もうひとつは、将来おこなわれる分割からみたときである。

第24節 「既におこなわれた分割という」1番目の意味によれば、物が非分割であるのは、2人以上の人々のうちだれも現実の部分を持っていない、というかたちで、その物が彼らの権利の対象となっているときであり、分割であるのは、個々人が、現実の部分を持している場合である。[つまり、ある物を複数人で使っているときに、まだ持分しか観念できない場合が1番目の意味の非分割物〔=未分割物〕であり、既に単独所有が実現されている場合が1番目の意味の分割物〔=既分割物〕である。]

第25節 この意味によれば、原則的に、共有物はすべて非分割物であ

る。なぜなら、仮にそれらの物が分割物であるならば、より明晰に言えば、もしそれらの物が既に分割されているならば、実際には異なる2つの物があり、これらはもはや共有物ではなく単独所有物だからである。たとえ物理的には一体であるとしても、そうなる。これは、家屋や農地の現実の部分について直前に例を挙げておいた通りである^{e)}。

e) この考察は、とりわけ持分増加権において有用である。さしあたり、博士たちの、『学説彙纂』第7巻第2章に対する註釈を、とりわけ第12法文に対するそれを参照せよ。

第26節 [債権額や債務額のような] 量は除外される。量は、原則的に、もし複数の人々に対して義務づけられていたり、あるいは複数の人々によって義務として負われたりしているならば、法それ自体によって、それぞれの持ち分に応じて、各人に対して義務づけられたり、あるいは各人によって義務として負われたりすることになるからである。ただし、別様に合意したときは、この限りでない^{f)}。

f) この考察は、単独の債権者または単独の債務者を複数人が相続する場合において、有用であろう。

第27節 [将来おこなわれる分割という] 2番目の意味によれば、非分割物と言われるのは、現実の部分を持たず、かつ、持つことがそもそもできない物であり、分割物とは、現実の部分へと分割可能な物である。

第28節 この意味によれば、わずかな例外を除いて、ほとんどの物は分割物である。例外とは、例えば、個々の人間、(生きている) 獣、分割がおこなわれるとその将来の有用さが無くなるかあるいは減じ

る広い意味での物、例えば、農業地役権、用益権、小作権などである。

第29節 ところで、非分割の権利には、農業地役権の権利のように、その権利の有用さや行使が分割を受けつけないというかたちで、まったくどのような仕方でも非分割なもの、用益権のように、その行使や果実に鑑みれば分割を受けつけるけれども、しかしその内的な自然本性に鑑みれば非分割なものがある^{g)}。

g) おそらくこのようにして、用益権は分割物であるのか非分割物であるのかという、とてもねじれた論争において、博士たちの意見の不一致を調停させることができるであろう。ホフマンの「分割不能性、一名、非分割物の法について」第1章第7命題を参照。

第30節 さらに、分割物にも非分割物にも、**集合物と個物**とがある。とはいえ、個物だけでなく集合物も、共有ではない単独所有の個物とみなすことができる^{h)}。

h) 例えば、私たちは、個別の相続財産や個別の群れと言う。

第31節 集合物とは、複数の個物がまとまっているときを言う。個物とは、他でもない、一個の物として、あるいは、(論理学で言うところの) 個体として成立しているものを言う。

第32節 物の集まり *universitas* (人から成る自治組織 *universitas* ではない。これについては、第10節を参照) も、集合物と言われる。ところで、この集まりには、相続財産のように、法にもとづく集まりすなわち財産の集まりと、徒党や家畜の群れや騎兵隊のように、事実にもとづく集まりすなわち物体の集まりとがある。

第33節 物には、同じ物と異なる物もある。どちらの物も、類において同じであったり異なったりするときと、種において同じであったり異なったりするときがある。ところで、次のことは注意しておかねばならない。法において種という言葉が意味するのは、哲学者たちが個体と呼ぶ慣わしになっているものであり、類という言葉が意味するのは、彼らが種と呼ぶ慣わしになっているものであるⁱ⁾。

i) この区別は、遺贈、契約、弁済などの教えにおいて役立つ。

第34節 物には、有体物と無体物もある。有体物とは、触ることおよび見ることができるものである。無体物とは、知性によって、その作用と結果から認識されるものである。

第35節 さらに、ここでは常に法学を念頭に置いているのであるから、無体物とは、権利から成り立っているもの、すなわち、権利そのものである。他方で、有体物とは、権利が付着するもの、あるいは、その物のために権利を取得するところのものである。例えば、家屋、家畜、奴隷、金銭など。

第36節 したがって、権利には、物における権利 *jus in re* すなわち物それ自体に付着する権利と、物への権利 *jus ad rem* すなわち物の追求のために与えられる権利とがある⁽¹⁹⁾。物における権利 *jus in re* は、任意の占有者に対して行使されるが、物への権利 *jus ad rem* は、自分の行為によって私たちに義務づけられた人またはその相続人に対してのみ行使される。なぜ [相続人に対しても行使できる] かといえば、相続人は、前者と同じ人格であると評価されるからである。

第37節 物における権利 *jus in re* には、自分の有体物に関する権利すなわち所有権と、他人の有体物に関する権利とがある。後者には、

役権のように、私たち自身の利益を目的とする権利と、質権のように、担保を目的とする権利とがある。

第38節 所有権には、狭義の所有権すなわち有体物に対する所有権と、広義の所有権すなわち無体物に対する所有権とがある。無体物は、役権や質権だけでなく、債務をも含む¹⁾。

1) 債務⁽²⁰⁾は、ゲルマン法においては、儀式的譲渡によらずとも譲渡可能であり、一身専属性を有することもない。それゆえに、おそらくローマ法においては、なるほど役権の所有や質権の所有は可能であっても、債務の所有は不可能であったのだろう。というのも、債務は、所有物取戻し訴訟の対象にも譲渡の対象にもならなかったからである。

第39節 さらに、所有権には、畑の所有権、家屋の所有権、家畜の群れの所有権のような個別所有権と、相続財産の所有権のような集合所有権とがある。だからと言って、この区分を、集合物や個物という物の区分と混同してはならない。後者については、前述第30節および第31節で [既に説明した]。

第40節 物への権利 *jus ad rem* は、約束から、あるいは与えられた損害から、あるいはその他の自然な衡平から生じる^{m)}。

m) なぜここで、ローマ法の通説、すなわち、債務は契約、準契約、不法行為あるいは準不法行為から生じるという説を無視したのかについては、他の然るべき箇所でもより詳しく述べよう。端的に言うと、この通説は、一方では曖昧であり、他方ではそこからの帰結がゲルマン法とほとんど整合しないからである。

第41節 約束 *promissum* とは、万民法およびゲルマン法によれば、自分の物を自由に管理している人によってなされ、そして、その約束の相手方から承諾されたものを言う。物について約束があったのかなかったのか、文言が書面になっているのか、それとも口頭でなされたのかは関係がなく、また、明示的にであろうと黙示的にであろうと、いかなる方法によってであれ、合意が表示されていればよいⁿ⁾。

n) それゆえに、ローマの教え、すなわち、約束を [ラテン語で] *pactum* と *contractus* とに分けて、さらにそれぞれのクラスを下位分類するという教えは、不要である。

第42節 他人に損害を与える人は、故意によってであれ過失や懈怠によってであれ、等価なものの返還によって、すなわち同一の価額によって、この他人に同じものを賠償しなければならない。なぜなら、悪意も過失も、自身を益したり他人を害したりしてはならないからである。

第43節 物への権利 *jus ad rem* を生じさせる別の法原則として、自然な衡平にもとづく法原則がある。例えば、だれも自分の恩恵的行為 [=無償の行為] から損害を受けてはならない、だれも他人の損害から利得してはならない、だれも意に反して共有に留め置かれてはならないなどである^{o)}。

o) ここから、事務管理訴権、後見訴権、共有物分割訴権などと、さらに、本訴権に対する反対訴権の大部分が [生じる]。

第44節 さらに、たとえ債務が、その類においては権利全般の対応物であり、[それゆえに物への権利 *jus ad rem* のみならず] 物における

権利 *jus in re* に対応するものでもあるとしても、しかし、狭義においては、物への権利 *jus ad rem* に対応するものだけが債務である^{p)}。このため、法学者たちは普通、債務という言葉は、あたかも物への権利 *jus ad rem* と同義であるかのように用いる。

p) このようにして、ドイツ語の *Schuld* も、物への権利 *jus ad rem* から生じる債務を指す。

第45節 たとえすべての債務が、[終局的には債務者が何かを] 為すことを目的としているとしても、しかし、次のような言葉の使い方が妥当である。債務には、与える債務、すなわち所有権を移転する債務と、為す債務、すなわちそれ以外の行為を目的とする債務とがある。

第46節 行為という言葉は、法においては、不作為をも含む。例えば、受忍すること、沈黙することなどである。

第47節 有体物の自然本性と無体物の自然本性との両方を分有している物もある^{q)}。例えば、金銭すなわち貨幣である。それゆえに、金銭は、物体に数え入れられることもあれば、量に算入されることもある。

q) 前述第34節と関連づけなさい。

第48節 モラルや法学における量には、人格の量、すなわち世評、評判、名誉と、物の量、すなわち価格、価値、貨幣の外在的な財産性とがある。

第49節 すなわち、貨幣の中には、物体に内在的な財産性、すなわち

総重量 Schrot および貴金属含有量 Korn と、外在的な財産性、すなわち無体的な財産性である額面 Gehalt および「両替において他の通貨との交換レートになる」秤量 Gewicht とがある⁽²¹⁾。

第50節 たとえ物体はすべて、物理的には移動可能であるとしても、しかし、法の慣用に従うならば、有体物には動産と不動産とがある。動産とは、実体を毀損せずに移動可能な物であり、不動産とは、移動させると別の名前になってしまう物である。

第51節 不動産とは、畑、地所、家屋、土地である。土地には、都市的な使用を目的とする都市用地と、農業的な使用を目的とする農業用地とがある。

第52節 都市的な使用とは、農業的な使用ではない使用全般である。農業的な使用とは、耕作と牧畜を^{r)}、また、農夫たちの利用を目的としているということである。農夫たちの利用を目的としているというのは、例えば、農夫たちのビール付き食堂、すなわち「ドイツ語では」Schencken である。

r) この件については、主査であるトマジウス先生が、「市民共同体の設立に関する帝国等族の権利について *De jure statuum imperii, dandae civitatis*」[1696年] の中であまねく論じた。しかし、特に第33節である。

第53節 不動産には、畑のように、その自然本性からして不動産であるものと、家屋や家屋に取り付けられた物、すなわち「ドイツ語の通俗的な表現で言えば」「しっかり固定されたもの was Erd= Maur= Nied= und Nagelfeste ist」⁽²²⁾ のように、そしてまさに風車製粉所 molendina pneumatica [= Windmühlen] のように、[土地や家屋に固

定するという] 行為によって不動産になっているものと、船舶製粉所 *molendina navalia* [= Schiffmühlen] のように、[水辺に係留してあるだけであるが] 目的によって不動産になっているものと、反訴や費用のための担保提供の観点から、図書および食堂の商品のように、法の慣用および（少なくとも法の何らかの条文における）同一視 *aequiparatio* によって不動産になっているものがある。

第54節 動産には、農奴や動物のように、自分で動く物と、植物や無生物のように、他のものによって動かされる物とがある。

第55節 動物には、野生の動物、すなわち、通常は人間と共同生活を送っていない動物と、その反対に [通常は人間と共同生活を送っている] 人懐っこい動物と、人間の努力によって野生の性質を何らかの仕方で抑制された調教済みの動物、すなわち飼いならされた動物とがいる。

第56節 さて、動物には、自由な空で生活するものと、水中で生活するものと、地上で生活するものがある。鳥類と魚類は、わずかな例外を除いて、その自然本性からして野生である。わずかな例外とは、人間に使役される鳥類、例えば、鶯鳥、鶏、鳩という特定の種類である^{s)}。

s) トリボニアヌスは『法学提要』第2巻第1章第15節において、無駄に違う意見を述べている。

第57節 地面を四本の足で歩くだけで飛ぶことを知らない動物には、森をさまよう野生の動物と、人懐っこい動物とがいる。後者には、羊、山羊、[牧畜用の] 牛、豚のように、群れで飼育される群畜と呼ばれるものと、[車や道具を引く] 馬や牛のように、耕作や武器の運

搬のために使役される輓獣と、[背中に何かを乗せて運ぶ] 馬、牛、驢馬、象、駱駝などのように、荷物を運ぶ駄載獣とがいる。

第58節 動産たる無生物とは^{t)}、例えば、金、銀、衣服、什器など様々である^{u)}。しかし、次のことは注意しておかねばならない。ゲルマン人たちのもとでは、しばしば、mobiles というラテン語で、什器のみを意味させることがある。これは、フランス語の meubles を真似たものである。

t) 前述第54節をもう一度見よ。

u) 草と樹木は、不動産に算入されることもあれば、動産に算入されることもある。これは、地面とくっついているのか、それともくっついていないのかに応じる。

第59節 また、動産には^{v)}、代替物と非代替物とがある。代替物とは、消尽しなければ使えない物、すなわち、減少、変化させたり、消費、収益あるいは譲渡したりしなければ使えない物である。非代替物とは、消尽しなくても使える物である。ただし、ある代替物が他の代替物よりも長期間の使用に耐える、ということはある。すなわち、後者の方が前者よりも壊れたり摩耗したりしやすい、ということはある。

v) [なぜ動産に限定するかと言うと]、不動産は非代替物だからである。

第60節 したがって、代替物には、食べ物、飲み物、建築物の素材以外にも、極めて多数の例があるように、非代替物にも、多くの工芸品^{w)}、日用の衣服あるいは祭礼用の衣服^{x)}、金製、銀製、銅製、錫製、粘土製、木製の什器が属する。

w) すなわち、際立って技術的な物 *sehr künstliche Dinge* である。とりわけ、希少性を理由として保管対象になるのが常であるような物は、そうである。なぜなら、通俗的な製品に属する物、例えば、料理人の製品、工員の製品など、ドイツ語で言えば、大工 *Zimmerleute*、左官 *Meurer*、石工 *Steinmetzen*、煉瓦屋 *Ziegelbrenner* の製品は、通常、代替物だからある。

x) 『法学提要』第2巻第4章第2節で意見を違えているトリボニアヌスに敬意を払いつつも。

第61節 代替物に関して、万民法上の法原則は次の通りである。代替物は、感情にもとづく価格を受けつけず、物の取引においてはむしろ、ある物が別の〔同種の〕物によって代替される^{y)}。

y) 主査であるトマジウス先生の「代替物に感情にもとづく価格は成立しないことについて *De pretio affectionis in res fungibiles non cadente*」〔1701年〕を見よ。

第62節 というわけで、物の対価／価格も様々に区別される。というのも、対価／価格には、〔狭義の〕交換における通俗的な対価／価格と、売買における優れた対価／価格〔＝金銭から成る対価／価格〕とがある。優れた対価／価格の例は、ヌムス貨幣である。また、役人によって決められた法定の対価／価格と、〔当事者の自由な合意によって決められた〕任意の対価／価格もある。そして、任意の対価／価格には、民衆〔＝市場〕の判断にもとづく共通の対価／価格と、各所有者の自由な判断に委ねられた感情にもとづく対価／価格とがある。前者の民衆は、〔目的物の〕希少性または在庫の過多から生じた余剰性に自己を基礎づける。後者の所有者は、〔目的物に関する〕損得や欲求よりも、むしろ功名の証拠力や見かけに自己を基礎づけ

る^{z)}。ただし、功名の見かけのために求められるのは、[消尽せずに見せびらかすことができる] 非代替物だけである^{a)}。

z) 主査であるトマジウス先生の『神法学提要 *Institutiones jurisprudentiae divinae*』第2巻第11章を参照。

a) 例えば、使節を通じて元首から与えられた鎖〔非代替物〕の方が、同じ元首から与えられた葡萄酒〔代替物〕よりも高く評価されるのは、このためである。

第63節 さらに、物には、主物と従物とがある。人口に膾炙した公理によれば、従物は主物に従う。それゆえに、従物は普通、付属物とも名付けられる。このようにして例えば、家屋に併設された倉庫は、その家屋の従物であり、地所の設備や建設物は、その地所の従物であり、馬具およびその他の装飾品は、馬の従物である。

第64節 ところで、物の添付は、何らかの自然な一体性や依存性ではなく、むしろ人間たちの判断とその目的に、極めて多様なかたちで依拠しているので、主物や従物の本質と定義は、確定的な法原則によってはうまく説明することができない。

第65節 なるほど、物を装飾するために配置されるのが常であるようなものは何であれ、たとえ高価であっても、その〔装飾された〕物に帰属する、ということが頻繁に起こる。例えば、紐や布に付着した紫の染料である。しかしながら、ただし装飾品が容易に分離されない限り、という制約が、しばしば追加されねばならない。なぜなら、装飾品を剥がして別個に売ったり買ったりすることも、あるいは、別の物を飾り付けるために用いることも、よくあることだからである。例えば、什器、地所の建設物や設備、馬具などが、そう

である。

第66節 同様に、それがなければ他方が存在しえないような物が、しばしば主物とみなされる。例えば、家屋、苗、樹木からみた地所である。しかしながら、これもまた、しばしばうまくいかない。なぜなら、卓越した藝術家の絵が安価なキャンバスに帰属すべきであるということも^{b)}、自分は多額の金を借りていると認めている他人の文書〔=借用書〕が、極めて安価な羊皮紙に帰属すべきであるということも、おかしいからである^{c)}。

b) それゆえに、『学説彙纂』第6巻第1章第23法文第3項の、それがなければ他方が存在しえない物の方に帰属すべきである、という文言において、パウルスは誤っている。なぜなら、パウルスは、従物に関する法原則は必然的で数学のような真理であると、思い違いしているからである。

c) それゆえに、『法学提要』第2巻第1章第33法文におけるユスティニアヌス帝の教えは、『法学提要』第2巻第1章第34法文と、うまく整合しないのである。

第67節 これと関係しているのは、上で(第53節で)、目的に応じて不動産になる物と私が呼んだところの物である。なぜなら、ここでも、人間たちの意図は様々だからである。それゆえに、宿屋の寝台は、宿屋の従物であり、そこに固定されている物と同一視されるべきであるか否かが、常に問われるのである。この疑問は、シーツや羽毛布団のみならず、木製の寝台についても生じるのが常である^{d)}。

d) さしあたり、カルプツォフ⁽²³⁾の第3部第24規定第10定義を見よ。

第68節 ところで、工藝品においては素材が形相の従物であるべきだとか、形相が素材の従物であるべきだとか、あるいは、もし出来上がったものを原材料にまで戻すことができるならば、素材が主物であるべきで、反対に、戻すことができないならば、形相が主物であるべきだとか、こういうことには、まったく根拠が欠けている^{e)}。

e) ここでは、『法学提要』第2巻第1章第25法文を念頭に置いている。

第69節 農村においては、家屋は大抵、農業用地の従物である。あるいは少なくとも、主物ではない物とみなされる。反対に、都市においては、農業用地は大抵、都市用地ないし家屋の従物である^{f)}。

f) 都市における農業用地という言葉で私が念頭に置いているのは、家屋に併設された家畜小屋や倉庫のように、通常の出入口が家屋そのものを通じてそこまで繋がっているような土地のことであり、都市の外にある畑や、都市から離れたところに別置された倉庫のことではない。

第70節 最後に、人間たちが物の専有 *proprietas* を求めるのは、愛着や快樂のためだけではなく、とりわけ有用性 / 利益のためである。ここから、物と物の果実という新たな差異が生じる。

第71節 果実とは、物の利益である（〔領地などの〕管轄権の果実のように、〔主物は〕無体物であってもよい）。この利益は、物から、あるいは物を媒介として生じる。それゆえに、果実の最初の区別は、自然な果実と市民法上の果実である。

第72節 しかし、大抵の物は、果実をその自然本性だけから生み出すことがほとんどなく、むしろそれに加えて、重労働や出費を伴うこ

とが稀でない人間たちの勤労を前提とする。それゆえに、自然な果実は、その自然本性が勤労を上回っているのか、それとも勤労がその自然本性を上回っているのかに応じて、純粹に自然な果実と、勤労にもとづく自然な果実とに下位分類されるのが常である。

第73節 しかし、これら [2つの] 種類を、すべての事案において正確に区別することは困難である^{g)}。また、ゲルマン法においても、この区別は、大して用いられていない。

g) とりわけ、樹木の果実については、そうである。

第74節 市民法上の果実とは、実を結ばない物の使用によって得られる果実、あるいは、実を結ぶ物の賃貸から、人間たちの先行する合意にもとづいて得られる果実である。

第75節 ゲルマン人たちのもとでは、諸々の市民法上の果実は、定期金 census ([ドイツ語で] Zinß) という共通の名前で呼ばれる。というのも、[ゲルマン人たちのもとでは]、利息だけでなく、農業用地の小作料や地租も、そのように名付けられるからである。このような農業用地は、それゆえに、定期金負担付きの土地 praedia censitica、すなわち [ドイツ語で] Zinß=Güter や Erb=Zinß=Güter とも呼ばれるが、これらは大抵の場合、同じ意味であり^{h)}、またなるほどローマ人たちの永代借地に関する財産 bona emphyteutica と親近性を有するのだが、しかし、同じではない。たとえ多くの法学者たちが、ローマ法に対する過度の愛着から、両者を混同するのが常であるとしても、そうである。

h) さしあたり、『シュヴァーベンシュピーゲル』レーエン法の第109章と第110章を見よ (章番号はシルター版による)。

第76節 市民法上の果実は、物から生じる利害 *interesse* [=損害賠償]

とは異なる。なぜなら、物から生じる利害の方が、市民法上の果実よりも広いからである。すなわち、物から生じる利害には、逸失利益と既発生損害とがある。たとえ普通は、[訴状の中で]、金銭果実 *fructus pecuniae* や利息 *usura* という言葉が、利害 *interesse* に代わる言葉として登場するとしても、そうである。というのも、利害の証明は多くの場合極めて難しく、それゆえに慣習上の利息を取る方がより確実なので、利害の証明の代わりに、この利息を用いるのが常だからである。

第77節 果実には、未分離の果実、すなわち、地所の一部になってい

て、不動産に帰属する果実と、収穫された果実、すなわち、分離された果実とがある。そしてもちろん、収穫された果実には、単に収穫されただけの果実と、完全に収穫された果実、すなわち倉庫へ既に収められた果実とがある。

第78節 収穫された果実には、残存している果実と消費された果実と

がある。消費された果実とは、収穫した人のところには、もはや残っていない果実である。たとえ他の人のところに残っているとしても、そうである。というのも、消費には、自然な消費と市民法上の消費とがあるからである。市民法上の消費とは、すなわち譲渡である。

第79節 時として、収穫された果実と収穫すべきだった果実とが区別

される。収穫すべきだった果実とは、もはや未分離ではないのだが、収穫済みでもなく、仮に然るべき注意が払われたならば、収穫されたはずの果実 [=地面に落下したまま放置されている果実] を言う。

第80節 さらに、市民法上の評価によれば、果実と理解されるのは、

出費を控除したものに限られる。ところで、出費には、果実に対する出費と、物に対する出費とがある。そして [それぞれに]、必要な出費、好みにもとづく出費、有用な出費がある。

第81節 いずれにせよ、新しく開発された工芸品においてはとりわけ、必要な出費と有用な出費とを切り分けることがしばしば困難であるし、さらには、好みにもとづく出費を有用な出費から区別して把握することもしばしば困難である。なぜなら、嗜好性と有用性とは、しばしば混在するからである。

終わり

- (1) Christian Gottfried Hoffmann (Präs.), Johann Conrad Nesen (Resp.), *Exercitatio prima quae de verborum in jure Germanico ac Saxonico significatione nec non antiquis eorum jurium regulis generatim agit*, Leipzig : Literis Breitkopfianis, 1721, p. 28.
- (2) この経緯については、Takashi Izumo, *Die Gesetzgebungslehre im Bereich des Privatrechts bei Christian Thomasius*, Frankfurt am Main : Peter Lang Verlag, 2016, SS. 33-39を参照。
- (3) *Ibid.*, SS. 43-45.
- (4) Christian Thomasius (Präs.), Johann Georg Franck (Resp.), *De dominio et ejus natura in genere intuitu juris Germanici privati*, Halle : Salfeld, 1721, p. 22., §. 56.
- (5) Izumo, a. a. O. (Anm. 2), SS. 19-27.
- (6) *Ibid.*, SS. 305-307.
- (7) *Ibid.*, SS. 70-74.
- (8) Johann Gottlieb Heineccius, *Elementa juris Germanici*, vol. 1., Halle : Orphanotroph, 1736, p. LXXX.
- (9) ヨーハン・シルター (Johann SCHILTER, 1632-1705年) は、ドイツの法律家である。諸事情からアカデミアにおいては不遇であり、フランスによる併合前後のシュトラスブルク大学で名誉教授の身分を得るなど、変則的な学術活動をおこなっていた。
- (10) ゲオルク・バイヤー (Georg BEYER, 1665-1714年) は、ドイツの法学者である。ヴィッテンベルク大学教授。学生時代にはトマジウスの講義を受けており、ゲルマン法の研究に尽力した。

- (11) 原文では *hodiernum* となっているが、*hodiernum* と校正した。
- (12) ペーター・ランベック (Peter LAMBECK, 1628-1680年) は、ドイツの歴史家である。
- (13) 本邦訳で「主要諸等族」と訳したラテン語の *status praecipui* は、トマジウスの別の文献に照らす限り、聖職者、貴族、平民の「主要三等族 (*die drei Hauptstände*)」を指すものと解される。Christian Thomasius (Präs.), Johannes de Groin (Resp.), *De officio principis evangelici circa augenda salaria et honores ministrorum ecclesiae*, Halle : Salfeld, 1707, §. 48., p. 57を参照。
- (14) 原文では *mothodo* となっているが、*methodo* と校正した。
- (15) 近世における *jus singulare* という用語については、Thomas Duve, *Sonderrecht in der frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in alter und neuer Welt*, Frankfurt am Main : Klostermann, 2008の先行研究が詳しい。ただし、トマジウスとネーゼンは *jus singulare* という言葉を、当時の慣例的な意味すなわち「特権 *Sonderrecht*」という意味では使っていない。彼らはこのラテン語で、特定の身分に帰属する固有の権利 (例えば親権) を意味させており、いわゆる身分法に近い使い方をしている。これについては、Izumo, a. a. O. (Anm. 2), SS. 257-260を参照。
- (16) 本邦訳において「一般的な海」と訳した *mare in genere* とは、陸地に囲まれた海を意味する。これについては、Matthias Martini et al., *Matthiae Martini Lexicon philologicum*, vol. 1., Amsterdam : J. L. de Lorme, 1701, p. 285 (*mare in genere* の項目) を参照。
- (17) ゴットリープ・ゲルハルト・ティティウス (Gottlieb Gerhard TITIUS, 1661-1714年) は、ドイツの法学者である。ライプチヒ大学教授。
- (18) アウグスト・ホフマン (August HOFFMANN, 17世紀末頃に活動) は、ドイツの法律家である。イエーナを活動拠点としていたようであるが、詳細は不明。Christian Gottlieb Jöcher, *Allgemeines Gelehrten-Lexicon*, Bd. 2., Leipzig : Johann Friedrich Gleditschens Buchhandlung, 1750, col. 1651を参照。
- (19) ここでトマジウスは、債権と物権との峻別につながる議論をしている。物への権利 *jus ad rem* については、好美清光「*Jus ad rem* とその発展的消滅：特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学研究年報法学研究 3号179-432頁 (一橋大学、1961年) の詳細な先行研究があるので、そちらを参照されたい。
- (20) 原文では *obligatio* の譲渡可能性の話になっているけれども、問題となっているのは債権譲渡であると解される。この解釈は、古典期ローマ法において債権譲渡が原則的に禁止されていたことから根拠づけられる。Vgl. Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, *Juristische Kurz-*

Lehrbücher: Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München : C.H. Beck, 2017, SS. 331-332.

- (21) この箇所については、以下のような疑念がある。Die Hochteutsche Rechtsgelahrte Societät (Hrsg.), *Allgemeines juristisches Oraculum*, Bd. 11., Leipzig : Johann Samuel Heinsius, 1751, S. 555によれば、「貨幣の内在的な財産性は、金属の正当な貴重性および重量、すなわち Gehalt と Gewicht から成り立っており、他の人々はこれを Ligam と名付け、ドイツ語では Schrot や Korn と名付けている。外在的な財産性とは、指定された価値、査定すなわち貨幣の流通、つまり、もろもろの種類が一般的に持っている価額、値打ち、価値である」(Die bonitas intrinseca des Geldes bestehet in justa metalli pretiositate et pondere, in Gehalt und Gewicht, welche andere die Ligam, zu Teutsch Schrot und Korn, nennen; die bonitas extrinseca ist der valor impositivus, die Aestimation seu cursus monetae, der Werth, die Würdigung oder Valor der Müntz=Sorten, wie sie gäng und gebig sind.)。この定義によれば、トマジウスとネーゼンが Schrot および Korn と Gehalt および Gewicht とを区別していることは誤りであり、これら4つの用語はすべて貨幣の内在的な財産性に関するものであることになる。しかし、本邦訳ではこれを誤りとは見ず、訳文のような区別がなされているものと解した。訳者の理解によれば、例えば江戸時代初期の貴金属貨幣であった慶長小判について、約18グラムであるというのが Schrot、金が約85%含まれているというのが Korn、一両という単位が Gehalt、他の貨幣、例えば丁銀などとの交換レートが Gewicht に当たる。前2者は小判に内在しているが、後2者は幕府や両替商の決定に従うので外在的である。
- (22) すべて慣用句である。niedfest は現在では nietfest が正しい綴りとなる。
- (23) ベネディクト・小カルプッツォフ (Benedikt CARPZOV der Jüngere, 1595-1666年) は、ドイツの法学者、官僚である。ライプチヒ大学教授。ここでネーゼンとトマジウスが言及している書物は、『ローマ・ザクセン法廷法学 *Jurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』(1638年) であると思われるけれども、彼らがどの版を参照したのかは不明である。

〈謝辞〉

本研究は JSPS 科研費 JP20K13307の助成を受けたものである。

- 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 (<https://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

執筆者紹介

掲載順

西原雄二 日本大学教授
 長谷川貞之 日本大学教授
 岡田俊幸 日本大学大学院教授
 清水恵介 日本大学教授
 出雲孝 日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長	大岡健輔
副委員長	賀来健悟
委員	南来健悟
	大久保拓也
	加藤雅之
	黒滝真理子
	高畑英一郎
	友岡史仁
	松島雪江
	横溝えりか
	渡辺徳夫
	石川徳幸
	石橋正孝
	岩井圭和
	大熊暁子
	加藤竜也
	杉本竜也
	中村未也
	野村隆彦
	宮澤和彦
	佐藤義典
	前田義典

日本法学第八十六卷第二・三号

令和二年十二月十五日印刷 非売品

令和二年十二月二十五日発行

日本大学法学会

編集責任者 小田 司

発行者 日本大学法学会

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二一ー二四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディオ

電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 86 No. 2 · 3 December 2020

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Yuji Nishihara, *Identity of Object for Claims in Citizens' Audits and Citizens' Suits*

Sadayuki Hasegawa, *Contracting via Smart Contracts and the Concept of Consent under Traditional Contract Law*

NOTE

Toshiyuki Okada, *Das deutsche Bundesverfassungsgericht in der Corona-Krise*

CASE COMMENT

Keisuke Shimizu, *L'ouverture des procédures collectives des constituants de la propriété cédée à titre de garantie des marchandises importées et la subrogation réelle aux créances du produit de la vente*

TRANSLATION

Christian Thomasius, Johann Conrad Nesen, *On the Differences of Things in View of German Private Law, translated by Takashi Izumo*