
2013 年度
日本法哲学会
学術大会・総会 案内

日 時 2013 年 11 月 16 日 (土)・17 日 (日)
会 場 駒 澤 大 学 (東 京 都 世 田 谷 区) 駒 沢 キ ャ ン パ ス
1 号 館 203 教 場、204 教 場、301 教 場
受 付 : 記 念 講 堂 ロ ビ ー
統 一 テ ー マ 民 事 裁 判 に お け る 「 暗 黙 知 」 — 「 法 的 三 段 論 法 」 再 考 —

1 プ ロ グ ラ ム

1.1 第 1 日 午 前 の 部 < 個 別 テ ー マ 報 告 >

| A 分 科 会 (1 号 館 203 教 場)

9:00 ~ 9:45 山 崎 康 仕 (神 戸 大 学)
「倫理の法制度化——臨床倫理と研究倫理を素材にして」
9:50 ~ 10:35 吉 良 貴 之 (宇 都 宮 共 和 大 学)
「ゲノムデータベースとプライバシー」
10:40 ~ 11:25 橋 本 祐 子 (九 州 産 業 大 学)
「復讐感情と法に関する一考察」
11:30 ~ 12:15 毛 利 康 俊 (西 南 学 院 大 学)
「法的思考における概念の役割」

| B 分 科 会 (1 号 館 204 教 場)

9:50 ~ 10:35 平 井 光 貴 (東 京 大 学 大 学 院)
「現代自然法論の擁護可能性」
10:40 ~ 11:25 大 西 貴 之 (立 命 館 大 学 客 員 研 究 員)
「討議理論における司法・裁判の位置」
11:30 ~ 12:15 服 部 寛 (松 山 大 学)
「日本の法律学方法論の史的展開に関する批判的検討
——昨今のドイツの論争・議論状況を手がかりに—— (仮題)」

1.2 第1日 午後 の 部 <ワークショップ>

| Aワークショップ (1号館 203 教場)

13:30 ~ 15:10 A-1 「クィア法理論の可能性を探る」

開催責任者：綾部 六郎 (名古屋短期大学助教)

司会：関 良徳 (信州大学)

綾部 六郎 (名古屋短期大学助教)

「企画趣旨説明」

池田 弘乃 (都留文科大学非常勤講師)

「フェミニズム法学とクィア法理論の交錯する場 (仮題)」

谷口 洋幸 (高岡法科大学)

「国際人権法における

「マイノリティ/minority」概念のクィア的分析 (仮題)」

綾部 六郎 (名古屋短期大学助教)

「法をクィアするとは：

同性婚の法制化現象を題材にして (仮題)」

関 良徳 (信州大学)

「コメント」

質疑応答

15:10 ~ 15:20 休憩

15:20 ~ 17:00 A-2 「規範理論と実証理論との対話

ーリバタリアン・パターンリズムを手がかりに」

開催責任者 (司会兼任)：若松 良樹 (学習院大学)

若松 良樹 (学習院大学)

「企画趣旨説明」

宇田川 大輔 (苫小牧駒澤大学)

「実験のデザイン」

清水 和巳 (早稲田大学)

「実験結果の概要」

井上 彰 (立命館大学)

「総括と今後の展望」

質疑応答

| Bワークショップ (1号館 204 教場)

13:30 ~ 15:10 B-1 「カントの理性法論と共和主義—グローバルリズムの視点から—」

開催責任者（司会兼任）：竹下 賢（関西大学）

木原 淳（富山大学）

「カントの理性法論と共和主義—グローバル化の視点から—」

酒匂 一郎（九州大学）

「コメント」

篠原 敏雄（国士舘大学）

「コメント」

15:10 ～ 15:20 休憩

15:20 ～ 17:00 B-2 「グローバル化と公法・私法の再編」

開催責任者（司会兼任）：浅野 有紀（同志社大学）

浅野 有紀（同志社大学）

「問題提起」

藤谷 武史（東京大学）

「グローバル化時代の行政法」

横溝 大（名古屋大学）

「グローバル化時代の国際私法」

那須 耕介（京都大学）

「法哲学からのコメント」

質疑応答

| Cワークショップ（1号館301教場）

13:30 ～ 15:10 C-1 「民事事実認定の実像を求めて」

開催責任者：小林 智（名城大学非常勤講師）

司会：森際 康友（名古屋大学）

森際 康友（名古屋大学）

「民事事実認定論の条件と方法（企画趣旨説明）」

園尾 隆司（東京高等裁判所判事）

「横浜共有物事件にみる事実認定及び判決の技法と現代的意義」

辻村 亮彦（学習院大学非常勤講師）

「明治前期における法実務教育

—横浜共有物事件を手がかりとして」

小林 智（名城大学非常勤講師）

「コンテキストを読む — 総括にかえて」

質疑応答

15:10 ～ 15:20 休憩

15:20 ～ 17:00 C-2 「司法権の独立と司法による自然法の実践

—最近明らかになった砂川事件関連米公文書—

開催責任者(司会兼任): 布川 玲子(元山梨学院大学)

布川 玲子(元山梨学院大学)

「田中耕太郎最高裁長官と司法による自然法の実践」

内藤 功(弁護士)

「砂川事件とその今日的意義」

吉永 満夫(弁護士)

「危うい司法権の独立—司法積極主義と司法消極主義—」

我部 政明(琉球大学)

「総括コメント」

1.3 第1日午後の部 <総会> (1号館301教場)

17:10 ～ 17:40 IVR日本支部総会

- (1) 会計・会務報告
- (2) 第11回神戸記念レクチャーについて
- (3) 第26回IVR世界大会(ブラジル)について
- (4) IVR日本支部規約改正について
- (5) その他

日本法哲学学会総会

- (1) 会計・会務報告
- (2) 役員改選について
- (3) 2013年度法哲学年報編集について
- (4) 2014年度学術大会について
- (5) その他

18:00 ～ 20:00 懇親会 (駒澤大学深沢キャンパス 洋館大ホール)

1.4 第2日午前の部 <統一テーマ報告> (1号館301教場)

9:30 ～ 10:00 高橋 文彦(明治学院大学)

統一テーマ「民事裁判における「暗黙知」

—「法的三段論法」再考—」について

10:00 ～ 10:30 亀本 洋（京都大学）
「法を事実当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか」

10:30 ～ 11:00 瀬川 信久（早稲田大学）
「民事裁判における法的三段論法の限界と展望
——超過利息の判例を素材に」

11:00 ～ 11:30 村田 渉（司法研修所教官）
「民事裁判における法規範の選択と形成の手法」

1.5 第2日 午後 の 部 <統一テーマ報告およびシンポジウム>
(1号館 301 教場)

13:00 ～ 13:30 嶋津 格（千葉大学）
「民事事件における事実の認定」

13:30 ～ 14:00 中村 多美子（弁護士）
「弁護士からみた事実」

14:00 ～ 14:30 手嶋 あさみ（最高裁判所事務総局）
「民事裁判における事実認定の構造」

14:30 ～ 14:40 休 憩

14:40 ～ 15:05 加藤 新太郎（東京高等裁判所判事）
「事実認定と法解釈・法適用（総括コメント）」

15:05 ～ 15:30 田中 成明（京都大学名誉教授）
「総括コメント」

15:30 ～ 16:00 休 憩

16:00 ～ 17:40 シンポジウム「民事裁判における「暗黙知」
——「法的三段論法」再考——
司会 高橋 文彦（明治学院大学）・山田 八千子（中央大学）

17:40 閉会の辞 日本法哲学会理事長

2 役員選挙のお知らせ

今年度は、役員選挙の行われる年です。学術大会第1日目の会場受付で投票用紙と名簿をお渡ししますので、同日午後の部の開始（13:30）までに投票をお済ませください。

3 会費納入のお願い

普通会员の年会費は6,000円（ただし『法哲学年報』の配布を希望しない場合は3,000円）となっております。今回のご請求より、会員の皆様への会費請求額は、この冊子を封入した封筒に貼付してある宛名シールの下段に記載することとなりました。同封の「日本法哲学会 2013 年度会費のお支払いについて」をご参照のうえ、ご確認ください。会費は、同封振込用紙にてお振り込み下さい。なお、学術大会・総会にご出席になる場合には、会費の納入が確認できた会員には会場受付にて『法哲学年報』をお渡しすることができます。（学術大会直前に会費を振り込まれた場合、事務局による会費納入の確認が間に合わないこともありますので、会場受付にて『法哲学年報』をお受け取りになりたい場合は、振込を証明する書類を学術大会受付にご持参ください。）

4 担当校からのご案内

4.1 学術大会・総会会場

駒澤大学（東京都世田谷区）駒沢キャンパス

〒154-8525 東京都世田谷区駒沢 1-23-1

受付： 記念講堂ロビー

会場： 1号館 2階 203・204 教場、3階 301 教場

*会場へのアクセスについては、本案内末尾の地図をご覧ください。

4.2 懇親会

日時：11月16日（土） 18:00～20:00

会場：駒澤大学深沢キャンパス 洋館大ホール

〒158-0081 東京都世田谷区深沢 6-8-18

会費：5,000円（学生は4,000円）

4.3 昼食

大会2日目（17日（日））のみ、弁当（1,000円程度）を用意いたします。ご希望の方は必ず出欠葉書にてご予約の上、2日目当日に会場受付にて引換券をご購入ください。

大会初日（16日（土））は、お弁当の用意はありません。キャンパス内の学生食堂やコンビニエンスストア、および大学周辺の飲食店をご利用下さい。

なお、当日受付にて、大学周辺の飲食店マップを準備いたします。

大学周辺の飲食店については、大会当日ご案内いたします。

4.4 宿泊

各自でご手配下さい。会場へのアクセスは渋谷駅周辺が至便です。

5 お問い合わせ先

5.1 担当校

〒154-8525 東京都世田谷区駒沢 1-23-1 駒澤大学法学部
高橋洋城 研究室 E-mail: hirokit@komazawa-u.ac.jp Tel: 03-3418-9206

5.2 日本法哲学会事務局

〒192-0393 東京都八王子市東中野 742-1
中央大学法学部 石山文彦研究室気付 日本法哲学会
Tel : 042-674-3156 Fax : 042-674-3133
E-mail : secretariat@houtesugaku.org (2011年度からアドレスが変更されております)
<http://www.houtetsugaku.org/> (2011年度からアドレスが変更されております)

6 資料コーナーについて

本学術大会では、会員のための資料コーナーを設けますので、資料の配付をご希望の会員は、日本法哲学会事務局まで氏名と配布物を届けて下さい。なお、当該会員は、配布について全般的な責任を負うこと、また、金銭の授受を行わないこととなっております。

学術大会・総会のご出欠、懇親会のご出欠、弁当（大会2日目のみ）の要否について、同封の出欠葉書にて、10月31日（木）までにお知らせください。

報告要旨

<個別テーマ報告>

| A 分科会

倫理の法制度化——臨床倫理と研究倫理を素材にして

山崎 康仕（神戸大学）

本報告で取りあげる臨床倫理(Clinical Ethics)は、日常的な診療において患者と医師が直面する倫理的問題に最善の対応を模索していく取り組みの中で形成される倫理規範を考究する営みを指しており、例えば、「帰宅すれば容態の悪化が避けられない末期ガン患者の帰宅希望に応じるべきか」というような問題に答えようとするものである。他方、ここでの研究倫理(Research Ethics)は、人を研究対象とする医学研究についての倫理規範を探究するものである。例えば、「人を被験者とするある薬剤の臨床研究はどのような条件が満たされれば可能であるか」というような問題に答えようとするものである。

これらの臨床倫理と研究倫理については、近年、欧米および日本において様々な規範形成が行われてきた。例えば、研究倫理に関しては、欧米では、世界医師会の「ヘルシンキ宣言」(1964)、米国の Belmont Report(1979)、国際医学団体協議会(CIOMS)の「人を対象とする生物医学研究の国際的倫理指針」(1982)、EUの臨床試験に関する指令(2001)、米国連邦政府令 45CFR46「被験者の保護」(2009)が見られる。我が国でも、「医薬品の臨床試験の実施の基準」(GCP)の省令化(1997)を皮切りに、大半は厚労省・文科省の指針という形態ではあるが、多数の指針が省庁から通知されている。例えば、ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律(2000)、疫学研究に関する倫理指針(2002)、臨床研究に関する倫理指針(2003)、ヒト受精胚の作成を行う生殖補助医療研究に関する倫理指針(2010)などである。

他方、臨床倫理に関しても、1970年代以降の生命倫理学の生成・発展の中で、理論の精緻化とともに実践的な取り組みが活発に行われてきている。例えば、英国では、医療評議会(General Medical Council)が、善良な医療(good medical practice)を目指して、日常的な医療での種々の問題に関して多数の指針を頻繁に更新して発表している。日本の医師会も、1986年以降、その生命倫理懇談会を通して医療上の種々の問題についての報告書を公表しており、2004年には「医師の職業倫理指針」も公表している。

このように臨床倫理と研究倫理という領域では、種々の規範形成が行われてきているが、同じく人を対象とする医療と医学研究という場であって、臨床倫理と研究倫理の関係をどのようにとらえるべきなのかは明らかではない。また、特に我が国では、2011年以降、多岐にわたり複雑化した研究倫理規範の再構築が模索されると共に、欧米の基準に準拠した臨床研究体制の構築を目指すべく、臨床研究中核病院整備事業が開始されている。そのような研究倫理規範の再形成過程の中で、臨床倫理はどのように位置づけられるのかが問われるべき問題として登場している。

本報告は、このような臨床倫理と研究倫理を素材にして、あるべき両者の関係を考察するとともに、それらの倫理を通して、倫理を制度化、特に法制度化する場合にどのような問題に留意すべきかを探究しようとするものである。

ゲノムデータベースとプライバシー

吉良 貴之（宇都宮共和大学）

1. 本報告の目的と背景

東北大学・東北メディカル・メガバンク機構（以下適宜、ToMMo と略記）の活動を具体的な素材として取り上げ、科学研究におけるいわゆる ELSI（Ethical, Legal and Social Issues）と称される問題を検討する。本報告は昨年度に開催されたワークショップ「法と科学の不確実性」（開催責任者：吉良貴之）の問題意識を受け継ぐとともに発展させるものである。

2. 東北メディカル・メガバンク機構の活動

東北メディカル・メガバンク機構（<http://www.megabank.tohoku.ac.jp>）は、宮城県を中心とする被災地医療の復興と未来型医療の構築を目指して設立された。その活動は、①東日本大震災からの医療復興事業、②人材育成事業、③バイオバンク事業を三本柱とし、それぞれの内容も多岐にわたっているが、本報告では同機構の「目玉」として議論を巻き起こしている③バイオバンク事業にともなう法哲学的問題に焦点をあてる（なお、報告者は同機構の活動に部分的に関与しているが、本報告は当然ながら ToMMo の見解を代表するものではまったくない）。

③バイオバンク事業では、宮城県内（一部岩手県）の 15 万人以上を対象にゲノムコホート調査を実施し、大規模なゲノムデータベース構築が始まっている。その解析・研究成果を基礎に「個別化医療」「個別化予防」の実現が目指されている。各個人のゲノム情報をもとにした、いわば「オーダーメイド医療」の可能性が視野に入れられている。

このデータベース構築は、人数的にきわめて大規模である点、人口の流動性が比較的低い地域であるがゆえに三世代コホート調査が効果的になされる点など、バイオバンク事業として世界的に類例のない特徴を有する。また、調査対象が「被災地」住民であることによる研究倫理の問題、および特定の問題に関わる「科学コミュニケーション」として類をみない規模である点など、多くの検討すべき倫理的課題を有している。

3. プライバシーと同意の変容

本報告では上述の諸問題とあわせ、特にゲノムデータベース構築において「同意」「プライバシー」といった概念がいかなる変容を被るかを検討する。ゲノムデータベース構築においては、その便益またはリスクを受ける者とデータ提供者の対一関係が維持されない。提供に「同意」した人々のデータのみをもとに、各種の属性によって類型化された知見が広範に獲得されうる。それがたとえば提供に同意しなかった人々の生命保険の掛け金に影響する事態は、一定の問題を惹起するだろう。さらにいえば、リスク計算のこの中途半端な進行は「最大の保険会社」たる近代福祉国家の根本を問い直す可能性さえもある。本報告では以上の諸問題につき、Daniel Solove らの近年のプライバシー概念の研究などを参照しつつ、考察を深めることとする。

復讐感情と法に関する一考察

橋本 祐子（九州産業大学）

「復讐は一種の野蛮な正義である。人間の本性がそれに傾けば傾くほど、法律はますますそれを根絶しなければならない。」という F. ベーコンの言葉は、復讐は人間の本性と分ち難く結びついた野蛮なものであり、法によって統制されるべき対象であるという理解を示しており、これに異論を唱える者は少ないだろう。同様に、「刑罰は文明的なものであるのに対して、復讐は野蛮なものであるという点において、両者はまったく異なるものである。」という理解も、広く一般に浸透している。

しかしながら、復讐を描いた文芸作品が現代でもなおわれわれを魅了し続けていることからわかるように、文明の発展に伴い復讐が禁じられ、その代わりに刑罰制度が確立されたにもかかわらず、いまだにわれわれは復讐感情を克服してはいない。

本報告においては、法は復讐感情に対してどのように関わるべきかという問題について、刑事司法に照準を定めて、あらためて考えてみたい。

まず、鍵概念となる「復讐感情」とは何かについて、これまでの議論を整理する。人間の有する様々な感情のなかで復讐感情がどのように位置づけられるのか、復讐感情は人間の実存にとってどのような役割をはたしているのかという観点から、「赦し」など近接する感情との関連性も踏まえて、復讐感情とは何かについて可能な限り迫りたい。

次に、そもそも法は復讐感情を取り扱うべきなのか、もしそうだとすればそれはなぜなのかという問題について検討を行う。というのも、復讐感情のコントロール自体は、カウンセリングなどを通じて法以外の次元においても可能だからである。法の次元において復讐感情を取り扱うべき積極的理由を求めるにあたっては、正義観念と復讐感情の関係を考察することも有益な方策の一つであろう。

かりに、法が復讐感情を取り扱うべきだとするならば、それは刑事司法の理論や実践においてどのような問題を提起するのだろうか。前者に関しては、刑罰の正当化理論における復讐感情の位置づけについてあらためて考察を行う。後者に関しては、刑事裁判への被害者参加について、それが法制度にどのような変容をもたらさうのか吟味する。

「復讐感情と法」という主題は古典的なものである。しかし、それと同時に、刑事司法政策が政治によって利用され国民感情が過大に重視されるとともに専門家の意見が軽視されるというポピュリズム刑事政策の弊害が指摘される状況にあっては、現実的課題として現れる。本報告では、安直なポピュリズムが煽られるという危険性についても考慮しつつ、公共的制度としての法が人々の復讐感情をいかに取り扱うべきか探っていきたい。

法的思考における概念の役割

毛利 康俊（西南学院大学）

法的思考における概念の役割を強調することは、概念法学の亡霊を呼び覚ますことになるだろうか。しかし、日々、法的概念の洗練に従事する法律家の多くはみずからを概念法学の徒とは考えていないだろう。では彼らはなにをしているのだろうか、また彼らの概念的仕事の意義とはなんだろうか。その答えは、概念に基づく思考を形式論理と等値する発想からは生まれてきにくいだろう。そこで本報告では、近年注目を集めつつある、R. ブランダム言語哲学を手がかりに、法的思考における概念の役割について幾ばくかの検討を行うことにしたい。

ブランダムは、人間の言語活動の核には、理由を与え求める言語ゲームがあると見て、構文論・意味論・語用論の三側面を密接に関連させる言語哲学を展開している。彼によれば、この言語ゲームは次のような意味である種のスコアキーピング活動に喩えられる。ある人がなにかを主張するという事は、なんらかのことにコミットメントすることである。つまり、その主張に続けて、一定範囲のことを自分や他人が主張することを許容することであり（権限付与）、また、その主張に続けて、一定範囲のことは自分も他人も主張できなくなることである（禁止）。理由を与え求める言語ゲームに参加するとは、ひとつの主張ごとに変わる権限付与と禁止の布置を互いに記録し続け（スコアキーピング）、許容される範囲で次の指し手としてなんらかの主張をおこなうことである。

ブランダムはこういう過程における概念の役割に注目する。たとえば、「大阪は東京の西にある」という主張にコミットすることは、「東京は大阪の東にある」という主張を自分にも他人にも許すことである。ここには、西、東という概念を通じた実質的推論がある。ブランダムは、概念の意味をこうした推論上の役割で特定する。それぞれの概念は適用の状況と帰結がある。訴訟の場合には、生活事実の日常概念による把握から事実認定、法規範概念との照合にいたるまで、こうした概念を梃子にする実質的推論の連鎖がある。ある概念の適用が不当な結果を導くとき、それは概念の再検討のきっかけにもなる。

ブランダムの立場は現在の言語哲学のなかでたしかに主流的とはいえない。けれども、その理論は、一般市民、実務家、法律学者がそれぞれの活動のなかでどのように概念の仕事に従事しているかに光を投じようように思われる。これは、理論と実務の架橋がいつそう求められているLS時代において貴重なことであろう。また法的思考論の文脈では、構文論、意味論、語用論を統合したアプローチが求められているように思われ、彼の言語哲学は、こういう面からも注目に値しよう。

【参考文献】

岡本裕一朗『ネオ・プラグマティズムとは何か』ナカニシヤ出版(2012年)

拙稿「法的実践の経験的記述と概念的思考」法の理論32（2013年）

Robert B. Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, 2000, Harvard University Press.

現代自然法論の擁護可能性

平井 光貴（東京大学大学院）

本報告では、現代の自然法論者 Michael S. Moore の学説等を頼りに、自然法論がなお法の記述理論の一種として擁護可能かどうかの検討を行う。

この検討を行うに先立って、そもそも自然法論とはどのような理論かが問題となるが、ここでは Moore の定式化に依拠し、法と道德の必然的関連性を肯定する「関連性テーゼ relational thesis」と、道德の実在性を肯定する「道德実在論テーゼ moral realist thesis」という二つのテーゼが満たされることを以て自然法論が擁護されることの必要十分条件であると考え（そのように自然法論の意味を約定する）こととし、この二つのテーゼの擁護（ここでは主に前者の検討を行う）を通じて、少なくともここで約定するところの自然法論は擁護可能であるということを示す（したがって、ここでの議論に対して「それは自然法論ではない」という批判が向けられた場合、それは報告者が法の記述理論として擁護した理論の記述的適切性への批判というよりは、その理論の名称として「自然法論」を採用した約定の仕方への批判ということになる）。

上記の二つのテーゼの擁護は、法的理由の道德的理由への還元という一連の方法を通じて行う。それは下記のようなものである。

まず、道德的理由や法的理由がそもそも存在すると言えるのかを検討する必要があるが、これについては説明主義(explanationism)の基準とアブダクションを採用し、「道德的／法的理由の存在が人々の振り舞い等の説明に対して消去不能な役割を演じるならば、その存在が推定される」という論証の手法を用いる。

次に、これらの理由がどのような性質を有するかについても検討する必要があるが、これについてはともに「欲求非依存的客観的規範的理由 Desire-Independent Objective Normative Reason : DION 理由」としての性質を持つことを示す。DION 理由とは、行為 Φ について、主体 X が Φ する欲求を有するか否かとは無関係に、客観的に (X の信念に依存しない形で) X に対して Φ すべきであるとする行為理由のことを指す。

また、道德的理由と法的理由がともに DION 理由であるとして、法的理由を道德的理由に還元するためには、これらが別種のものではなく同一の DION 理由であることを示す必要があるが、ここでもやはり説明主義の基準とアブダクションを採用し、「もし法的理由を道德的理由に還元して説明することが可能であり、かつ、法的理由が道德的理由とは別に存在すると考えることが法現象の説明に対して消去不能な役割を演じることが示されないならば、道德的理由とは別個の法的理由なるものは存在しないと推定する」という論証の手法を用いる。

最後に、法的理由の道德的理由への具体的な還元の方法であるが、これには、Michael Moore の「機能主義法理学 functionalist jurisprudence」の手法を用いる。これは、法体系全体に帰属しうる道德的機能 F_{IS} を暫定的に同定し、そのサブシステム群の諸機能も FLS に奉仕するかどうかを基準に同定することで、法体系とそのサブシステム群をすべて機能主義的に記述するという方法論である。

討議理論における司法・裁判の位置

大西 貴之（立命館大学客員研究員）

現代社会における司法・裁判のあり方について探究する理論やアプローチは多岐にわたる。そのようなものの一つとして、「討議理論（Diskurstheorie）」がある。この理論は、現代法秩序の一構想として、「討議（Diskurs）」概念を核とした熟議民主主義を掲げている点に特徴がある。例えばハーバーマスは、『事実性と妥当性』のなかで、「デモクラシーのラディカル化」を推し進めるものとして自らの主張を展開している。そのような彼の主張は、彼自身の社会学的理論との接点から、「公共性」のあり方をめぐる問いや「市民社会」概念に対して新しい光を投げかけている。しかしそれだけではなく、彼は法適用や裁判のあり方といった「法的 juristisch なもの」固有の諸問題についても、基礎づけと適用の峻別や憲法解釈における「衡量（Abwägung）」の否定等の主張を展開している。

本報告は、同じく討議理論論者でありながらこのようなハーバーマスの主張に対して一定の距離をとるアレクシーの主張から、現代法秩序における司法・裁判のあり方を模索する。アレクシーは様々な著作・論文で主張しているように、討議民主主義を主張しつつ、司法・裁判の合理性をハーバーマスよりも広く認めている。しかしながらアレクシーの各々の主張について、その結び付き及び司法・裁判理解の全体像が十分に明確とは言い難い。そこで本報告では、法的議論理論、基本権論、法概念論を主要な柱とする「理性の制度化としての法」という彼の法哲学上の構想全体との関連において、さらにハーバーマスとの論争を素材として、彼の司法・裁判理解を明らかにしたい。

ハーバーマスとの論争への検討では、一方で「法的議論（juristische Argumentation）」・「法的討議（juristisch Diskurs）」として捉えられる裁判官や法律家による法的判断の正当化過程が、実際にどのような内容と射程を有し、法秩序全体のなかで特に民主主義的立法との関係でどのように位置づけられるかが問題となる。ここでは「法的討議は実践的討議の特殊事例である」という特殊事例テーゼを主張するアレクシーと、適用討議の概念を提唱するハーバーマス及びその高弟クラウス・ギュンター（Klaus Günther）との間で「法的議論／討議」に与える含意の違いが明らかにされる。

他方で、合理的な法的正当化の方法論として基本権の「衡量」が許されるかどうか論争においては問われている。ハーバーマスは、裁判官による「衡量（Abwägung）」を「権利」テーゼとの関係で緊張関係にあるものとして否定する。それに対してアレクシーによれば法的正当化のための方法論として衡量は不可避であり、「権利」テーゼとの両立も可能である。衡量を認めるかどうかの問いは、司法の射程を大きく左右しうる。

本報告では以上について取り扱い、若干の考察を加える。

日本の法律学方法論の史的展開に関する批判的検討 ——昨今のドイツの論争・議論状況を手がかりに——（仮題）

服部 寛（松山大学）

本報告は、報告者のこれまでの研究成果に基づきそしてそれを進展させ、ドイツにおける近年の法律学方法論（以下、方法論）の論争と議論状況を手がかりとして、日本の方法論の今日的課題を示すことを、主たる目的とする。

ドイツでは、数年前に方法論に関する論争が起きた。その直接的な契機は、BGHの前長官のヒルシュ（Günter Hirsch）が在任時代に裁判官と立法者との関係を《ピアニストと作曲家》に喩え、裁判官を立法者の侍従とする利益法学的裁判官像を拒否したことであった。これに対して、利益法学の系譜に連なる法哲学者・リュターズ（Bernd Rüthers）が非難し、この議論の応酬に名だたる学者や裁判官も直接的・間接的に発言していった。争点は、解釈の目標などの方法論上の問題のほか、①《ピアニストと作曲家》への類比の適否（これは、法律と楽譜の相違、ひいては制定法の法的性質という法理論的問題へと連なる）、三権分立の理解（特に司法と立法との関係）、そして、②方法論・法哲学史の理解にも及ぶ。本報告では、理論と歴史の双方にかなりの奥行きと広がりがあるこの論争のさらなる展開のほか、論争との直接的関連性は薄いが最近の注目すべき動向にも瞥見しつつ（衡量論に関する議論など）、ドイツの現況を整理する。

本報告の主眼は、このドイツの論争を主に念頭に置いて、日本の方法論の今日までの史的展開を批判的に検討することにある。このうち、上述の論争にそくして、現時点（＝本要旨の執筆時点）の私見を披瀝しておくとして：①ピアニスト（音楽演奏）の比喻は、最近でも散見されるが、尾高朝雄や渡辺洋三など既に50年代に確認でき、そこで採られている裁判官像・解釈などに関する基本的理解に迫る必要がある。②方法論・法哲学史については、ドイツとは異なり、戦時期における蹉跌が取り上げられることは非常に少ない。本報告では、②の問題に力点を置く予定である。注目したいのは、法解釈論争のいわば陰にある、悪法論議なるものの存在である。これは、今から60年前に遡り、1953年の本学会の春季大会における報告者の小林直樹・天野和夫、議長を務めた和田小次郎、この各者の論文を直接的な契機とするもので、この諸論文に牧野英一が批判を加え、さらに後の最高裁判事・斎藤朔郎きくたろうが牧野に批判を行い、これに対して牧野が反批判をした、というものである。本報告では、この悪法論議を手がかりとして（キーマンは、日本における無限解釈論と悪法論の主唱者・牧野である）、日本の戦時期の方法論（および可能なれば（広義の）法哲学）の問題の解明を試み、他方で、戦後についても、法解釈論争（および来栖三郎の位置づけ）から今日に至るまでの展開の再考を図り、法哲学の三大領域において最も影が薄い方法論の重要性と存在意義を強調する。

<ワークショップ> | Aワークショップ

クィア法理論の可能性を探る

開催責任者： 綾部 六郎（名古屋短期大学助教）

本ワークショップでは、「クィア queer」という聞きなれない、しかし重要な学術的な意義を有する概念が、法理論研究にどのようなインパクトを与えてきたのか、ということを検討する。また、本学会での2003年の学術大会統一テーマ「ジェンダー、セクシュアリティと法」での各報告や、2011年の学術大会WS「家族という経験と法—親密圏からのまなざし、親密圏へのまなざし—」でも検討されてきた、性と法の関係という論点について、これまでの学問的蓄積を踏まえつつ原理的な分析をおこなおうとするものでもある。

クィアとは元々、英語圏においてレズビアンやゲイ、トランスジェンダーなどのいわゆる性的マイノリティの当事者たちへの蔑称として用いられていたことばであるが、90年代以降は支配的な性規範を攪乱し、より多様な性のあり方を可能にするための肯定的・積極的な意味づけを与えられ、アカデミズムの文脈でも流通するようになっていく。

このようにクィア概念を理解したうえで、まず池田報告ではWS全体のいわば総論として、クィア法理論はフェミニズム法学と系譜や方法論等の面でどのような関係にあるのか、クィアという主題はLGBT(Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender)の幾分ファッショナブルな言い換えに過ぎないのかといった問題を考察し、クィアという概念を手がかりにすることで法理論に新たな可能性がもたらされるのかどうかを検討する。

国際人権法の領域をベースに、クィア法理論の主要なテーマを研究してきた実定法学者にも報告を依頼することで、多面的な分析をおこなう。2000年代に入ってから、国際人権法の分野では性的マイノリティにかんする人権保障の議論が高まっているという状況を踏まえつつ、谷口報告では用語選択の経緯や規範形成の動きを概観しながら、国際人権法におけるminorityと日本語のマイノリティの相違、主体やアイデンティティを回避した用語選択、ならびに、非拘束的文書や共同声明などによる規範形成の動きを紹介する。これらの流れをもとに、クィアと法のつながりを検討したい。

綾部報告においては、近年において非常に「進歩」が著しい、同性間の関係性についての法的保障の問題、すなわち、これまでおもに西欧先進諸国において法制化されてきた、当事者に一定の法的保護を与える同性パートナーシップ制度と、さらに異性婚と同等の権利保障を可能にする同性婚の法制化という現象を取り上げ、法制化の正当化根拠としての「平等」概念をクィア的な観点から批判的に分析することで、そこにどのような問題が含まれているのかを明らかにする。

以上の各報告について、クィア理論の成立に多大な影響を与えた思想家の一人であるミシェル・フーコーの法思想の専門家でありフェミニズム法学や「マイノリティと法」研究にも造詣が深い関がコメントし、各報告者がリプライすることで、生産的な対話の場を確保するだけでなく、より多様な視点の提示に努めたい。最後にコメンテーターも含めた登壇者と会場との間で討論の時間を設けることで、人びとが性と法の問題にかんしてこれまで以上に多くの関心を払うようになるための契機を提供できればと念じている。

規範理論と実証理論との対話ーリバタリアン・パターナリズムを手がかりに

開催責任者： 若松 良樹（学習院大学）

ある政策の規範的評価を行うに際して、経済学において、そして法哲学においても、一定の行動仮説が暗黙の裡に前提とされていることが少なくない。しかし、従来の経済学が用いてきた行動仮説に対しては、近年、行動経済学によって、その根拠が脆弱であることが明らかとされつつある。法哲学者も自らが依拠している行動仮説に対して反省をするよい機会であろう。そのためには、規範理論は実証理論との対話を必要とする。

他方において、実証理論も規範理論との対話を必要としている。実証的な知見からどのような政策的含意を引き出すべきかに関しては、慎重な検討に値する問題であるが、しばしば素朴かつ安直に政策的含意が引き出されてしまう。行動経済学に関して、人間の非合理性という知見からパターナリズムの政策を正当化しようとする一連の理論が存在する。本ワークショップはこの一連の理論の中でももっとも洗練されたものの一つである C.サンスティーンたちによるリバタリアン・パターナリズムを素材に、実証研究と規範研究との対話を試みようとするものである。

リバタリアン・パターナリズムとは、行動経済学の知見をベースに人々の行動や意思決定を nudge（「肘でつつく」が原意）することで、社会的に望ましい状態を実現しようとする考え方である。一方で、これは、人々の行動や意思決定に介入することで望ましい状態を導こうとする意味でパターナリズムに属する。他方で、その介入が強いものではなく人々が簡単にそれを拒否する自由を重んじていることから、リバタリアニズムとも親和的でもある。

本ワークショップの目的は、1) このリバタリアン・パターナリズムはその主張どおり結果として福祉を社会的に向上させるものなのか、2) もし向上させるとしても、リバタリアン・パターナリズムは結果としての福祉以外の観点（たとえば「手続き的正義」や「自律性」）からも正当化されるのか、これらの問題に対して、実験哲学の手法を通じて答えることにある。

| Bワークショップ

カントの理性法論と共和主義ーグローバリズムの視点からー

開催責任者： 竹下 賢（関西大学）

カントの道徳論や法理論はリベラリズムの根拠として強い影響力を行使してきたが、そこで主に想定されてきたのは、コスモポリタニズムも見据えているとは言え、ナショナルな主権国家だった。したがってグローバル化という新たな時代環境の中で、カントの法・国家論はどのように読み込まれるべきかが今日の課題といえる。ロールズによる『人民の法』の場合、それはリベラルな価値享有と自由な通商による「民主的平和」論であり、その源流は『永遠平和論』に求められるものであった。だがそうした議論から受ける印象は、グローバリズムを通じた経済支配と重なるアメリカ的文脈である。カントのリベラリズムはそうした国際秩序を要請するのか、またそもそもカントの法・国家論がリベラリズムを自明のものと認めているのかが問題である。

カントの実定法秩序構想を、ロールズ的リベラリズムに直結させることには多くの困難が伴う。抵抗権否認論、ルソー的人民主権主義、理性の公的／私的使用の区別を通じた絶対的な法服従要求等、その立場はナショナルな共和主義に近い。19世紀の自由主義運動からロールズの登場以前まで、カント的リベラリズムは、ナショナリズムや共和主義的な民主制を伴いつつ、受容されてきた。

本ワークショップでの報告は、共和主義的体制こそグローバリズムの荒波から、国民の「平等」を確保し、事実上の自由を保障するという認識を提示するが、ここでは次の2点が問題となる。1点目は、共和主義の説くパトリオティズムは、今日のリベラル化した法的実践とどのように調和するかである。普遍的立法意志とは、一定の法秩序空間を背景とする実定法として現象する以上、法服従は当該法秩序空間への愛着を必要とするだろう。だがリベラリズムと多文化主義的な現実が一般化しつつある今日、国家はどこまでそれを構成員に義務付け、強要できるのか。2点目として、共和主義的法秩序は、『永遠平和論』のコスモポリタニズムとどのようにつながるかである。パトリオティズムがナショナリズムの淵源となり、近代の戦争の土壌ともなってきたことを考えると、国家の共和(民主)化が戦争の要因を除去すると考えた『永遠平和論』の構想は、ロールズの『人民の法』における平和論と同様、余りにナイーブに見える。逆のこのことはカント国家論をパトリオティズムや共和主義国家論として解釈することの誤りを裏付けるものとも考えられる。

以上のような報告ののち、主に上記の2点に焦点を合わせて3名からコメントをいただき、さらにフロアを含めた質疑応答を行うことにしたい。本ワークショップは、カント法・国家論、とりわけ平和論の現代的射程を、グローバル化との関連で明らかにしようとするものである。

グローバル化と公法・私法の再編

開催責任者： 浅野 有紀（同志社大学）

グローバル化は法の内容や、法の在り方を変化させつつある。このワークショップでは、グローバル化における法の変容を、従来の公法私法の区分の意義がどのように考え直されるかを主要な軸として、議論する。

ここで試みられる議論の特徴は、グローバル化における法の変容を、実定法学と法哲学との対話を通じ、具体例を念頭に置きつつ理論化しようとする点である。このために、法哲学者2名とともに、行政法学と国際私法の先端的議論に関心を有する実定法の研究者2名の参加によって、ワークショップを構成する。

さて、公法と私法の区分の意義は、基本的にはリベラリズムと関連して認められてきた。すなわち、国家における意思決定や権力行使のあり方を定める公法と、市場や私生活における私人の活動に関する私法の区分である。前者においては公的な問題に関する統一的意思決定が制度化され、人々はそれに従う義務があるのに対して、後者においてはそのような国家の一律的な決定や介入は基本的には否定され、私人の自由な領域が保障されると考えられてきた。その意味で、公法と私法の区分は主権国家における国家法体系を前提に考えられてきたものである。

法のグローバル化は、法の内容におけるこのような国家法体系の相対化を招来している。人々や企業は国境を越えた経済活動やその他の社会活動を行い、そこには経済や業界の理論が働くため、必ずしも国家の法的政治的な支配が貫徹しなくなっている。これらの、いまや特定の国家領域に拘束されることのなくなった人々の社会活動領域に応じて、商人法 (*lex mercatoria*)、インターネット法 (*lex digitalis*)、スポーツ法 (*lex sportica*) などの規範領域が出現しつつある。また、地域共同体や国際機関などの新たな政治的・法的機関の存在も重要性を増している。国家法の側からは、これらの新たな法あるいは規範に対して、適切な対処法が如何なるものであるかが議論される。

このワークショップの報告者はいずれも、このような、非国家法の重層的・断片的な国家法との併存を、法多元主義の理論の上で理解することを一応の共通理解としている。(ただし、この法多元主義的現象に対する評価は各報告者で異なっている。)

では、グローバル化に伴うこのような法多元主義においては、従来の国家法を前提とした公法私法の区分は意義を失ってしまうのであろうか。

ワークショップでは、問題提起（浅野報告）に続いて、グローバル化時代の行政法における公私協働についての先端的な議論の紹介と検討を行い（藤谷報告）、法の断片化や非国家法の位置づけについて国際私法の観点から議論の紹介と検討を行い（横溝報告）、最後に、以上の文脈に置きなおして、法の内容や合法性、正統性に関する古くて新しい問題を考察する（那須報告）。

| Cワークショップ

民事事実認定の実像を求めて

開催責任者： 小林 智（名城大学非常勤講師）

近代司法において、法適用の前提となる事実認定は必要不可欠である。また、わが国では明治期に近代司法が確立したとされる。したがって、そこでは適切な事実認定がなされていなければならない。この点が問われるべきところ、従来、司法の近代化につき判決の内容が分析の俎上に載せられるときにも、そこに表れる法理が主たる関心事となってきた。それには、参照可能な記録として残されているものが一般的に裁判言渡書のみであるという史料的な制約も大きく関わっている。

本ワークショップでは、こうした状況に際し、横浜市で長きにわたって争われ、広く耳目を集めた「共有物事件」にまつわる明治 22 年の訴訟記録を分析対象とし、そこで行われた事実認定の適切性如何およびその仕組みを解明することを課題とする。

ここで用いる花井卓蔵（編）『横浜共有物引渡請求訴訟始審顛末録』は、「急訴状及証拠物写」、「答弁書及証拠物写」、「対審傍聴録」、「裁判言渡書」からなるものであり、訴訟の全貌をほぼ把握できるという点で、稀有な性格を具えた史料である。なお、審理過程を子細に記録した花井自身の言葉によれば、その成立経緯につき、「我法理精華社ノ先輩諸氏ハ此事件ヲ以テ法理上、微妙ナル問題ヲ含蓄スルモノトシ特ニ余ヲ派シテ実地取調並ニ訟廷筆記ノ事ニ従ハシム時、偶々横浜ナル貿易商諸氏モ又余ニ托スルニ訴訟顛末録編纂ノコトヲ以テシタル」ことが知られる（『法理精華』第 3 巻第 15 号、1889 年、26-27 頁）。

この訴訟の日付は、大日本帝国憲法公布（明治 22 年 2 月）、民法典論争の端緒とされる「法典編纂ニ関スル法学士会ノ意見」の表明（同年 5 月）の直後であり、間近に裁判所構成法施行（明治 23 年 11 月）を控え、その先には老朽司法官淘汰処分（明治 26 年以降）も視界に入ってくる、ひとつの節目の時期にあたる。また、この事件に携わった法曹を見てみると、被告代言人のうち 2 名を除き、正規の近代法学教育に接していることがわかる。すなわち、裁判官の寺尾亨（司法省法学校正則科第二期生）、原告代言人の大谷木備一郎、渋谷慥爾（ともに東京大学法学部）、被告代言人の大塚成吉（司法省法学校正則科第一期生）である。

本ワークショップでは、以上の事柄をふまえつつ、実務、歴史、哲学、それぞれの観点からの分析を試みる。まず、司会の森際康友氏（名古屋大学）が、全体の趣旨説明を行う。次に、園尾隆司氏（東京高等裁判所部総括判事）が、事案の概要を紹介したうえで、寺尾判事の訴訟指揮、裁判言渡書、事実認定に見られる特色、その現代のおよび歴史的、双方の文脈における意義等を指摘する（第一報告）。続いて、辻村亮彦氏（学習院大学非常勤講師）が、事件の歴史的経緯を紹介したうえで、ここに登場する法曹の実践の背景にある当時の事実認定に関わる法学教育の内容等を明らかにする（第二報告）。最後に、小林智（名城大学非常勤講師）が、全体の総括を行う（第三報告）。

具体的事例の分析を通じて、司法の近代化の現場に立ち会うとともに、民事事実認定の実像に迫りたい。

司法権の独立と司法による自然法の実践 —最近明らかになった砂川事件関連米公文書—

開催責任者： 布川 玲子（元山梨学院大学）

ここで扱う「砂川事件」とは、旧米軍立川基地の拡張反対闘争を支援する学生、労働者が、基地内に数メートル立ち入ったことで、「日米安全保障条約に基づく刑事特別法違反」に問われた事件である。この事件について、一審東京地裁（裁判長 伊達秋雄）は、米軍駐留違憲から演繹して被告人らが無罪とした（1959.3.30）が、跳躍上告された最高裁（裁判長 田中耕太郎）は、破棄差戻しとした（最大判 1959.12.16）。

この裁判について、当時安保条約改定交渉が大詰め段階にあった日米双方が、重大な関心を持ち、早期伊達判決破棄に向け、綿密な打ち合わせを重ねていたこと、その過程で、田中最高裁長官とマツカサー駐日米大使との「対話」までであったことが、半世紀経た 2008 年になって、米國務省解禁文書によって日本で初めて明らかになった。その後も、「対話」に言及した米公文書が 2 通明らかになり、田中長官は、自らが裁判長を務める事件の係属中に、少なくとも計 3 回米側に裁判情報を提供していたことになる。

田中長官のこのような「裁判所法」75条(評議の秘密)に違反すると思われる行動については、司法への信頼を揺るがすものとして強い批判が向けられる一方、「統治機構」の一翼を担う司法が、政治から無関係ではありえないということで、政治状況への配慮を肯定する意見も出てくる場所である。

ところで、田中長官は、1948年創設の日本法哲学会初代会長であり、戦後の田中法哲学について、井上茂元理事長（在 1977-1981）は、次のように述べている。「とりわけ戦後の博士の活動にこそその法哲学が洗練され完成された形で呈示されているとみることもできる」（からである。以下 3 行略。）「とくに、戦後は法学者としての長年の理論的・思想的蓄積が立法・行政・司法の頂点にあつての仕事に具体化される諸過程で、その法哲学はすぐれて具体的な形で展開され、その自然法の立場を具体的事象にそくして実証するという試みが重ねられている。」（鈴木竹雄編『田中耕太郎 人と業績』第 I 部業績 井上茂「法哲学」1977 有斐閣 44 頁。）

「司法権の独立を自ら放棄」、「対米従属の司法」といった批判では捉えきれない上記田中長官の行動を解明する鍵は、法哲学者田中耕太郎のこのような視点からの分析にあるように思われる。本ワークショップ開催を法哲学会に申請した所以である。

＜統一テーマ報告＞

午前の部

統一テーマ「民事裁判における「暗黙知」—「法的三段論法」再考—」について

高橋 文彦（明治学院大学）

法哲学には、周知のように、①法の一般理論、②法価値論（特に正義論）、そして③法律学方法論という三つの問題領域があり、このうち③は法律学的な思考・推論・議論の構造を考察の対象としている。かつてはこの問題領域に対する関心は高く、日本法哲学会の学術大会においても「法思考の問題」「法源論」「法の解釈と運用」「法的推論」「法的思考の現在」といった法律学方法論的なテーマがしばしば取り上げられた。しかしながら、近年はこの問題領域に関して活発な議論が行われているとは言い難い状況にあるように思われる。

それでは、法律学方法論的なテーマは既に論じ尽くされてしまったのであろうか。法律学的な思考・推論・議論の構造は十分に解明されたのであろうか。法学入門の教科書を繙いてみると、いわゆる「法的三段論法」を法的思考の基礎とみなし、これを駆使する能力を「リーガルマインド」の核心的部分として捉える伝統的な説明が、依然として少なくない。しかし、このような旧来の通説は、法的思考における最も重要な部分を捉え損ねているように思われる。「法的思考過程において、結論を左右する核心的作業は、演繹的三段論法の適用が可能となる以前の段階、つまり、大前提と小前提とを相互作用的に確定・形成する段階にみられ、この複雑な総合的判断の積み重ねの過程を形式論理的にとらえ尽くすことは不可能である」（田中成明）という問題提起を正面から受け止め、新たな視点から「この複雑な総合的判断の積み重ねの過程」を地道に解明し、単純な「法的三段論法」モデルを超える法律学方法論を展開することが、今まさに法哲学者に求められているのではないだろうか。

そこで、本企画においては法律学方法論に敢えて焦点を当て、我が国の法実務の現場における「大前提」と「小前提」の相互作用的な確定・形成過程について、「暗黙知」という概念を手掛かりにししながら、新たな理論展開の可能性を探りたいと思う。具体的な進め方としては、考察の対象を我が国の民事裁判に絞った上で、法哲学・実定法学・法実務の第一線で活躍しておられる研究者および実務家に、いくつかの具体的な裁判例を念頭に置きつつ、それぞれの視点から「大前提」および「小前提」の確定・形成過程における「暗黙知」について考察・検討を加えていただき、相互の対話と議論を通じてその明示化・言語化を試みたいと考えている。（なお、本企画でいう「暗黙知」の概念は、「言葉で伝えることのできないもの」（M・ポラニー）という狭い意味に限定せず、「明示化・言語化されていないもの」や「明示化・言語化しがたいもの」も含めて、広い意味でご理解いただきたい。）

1. 「大前提」形成過程における「暗黙知」（テーマ1）

本企画の前半では、「大前提」形成過程に関する諸問題を取り上げる。一般に、裁判所は具体的な事件について「法」に基づいて判断を下すものとされている。しかしながら、制定法は「法源」の一つにすぎず、「法的三段論法」の「大前提」は必ずしも制定法の条文そのものではない。したがって、「法」すなわち裁判規準をどこから取り出すべきかが、法源論において重大な問題となる(広中俊雄)。「法的三段論法」の適用が可能となる以前の段階において、「大前提」を形成すべき「法」は、いかにして法源から「発見」あるいは「創造」されるのであろうか。その際に、実定法学者はいかなる非形式論理的な推論や議論に依拠しながら、法規範を確定・形成しているのであろうか。また、裁判官はいかにして法規範を選択・形成し、あるいは場合によっては適用すべき法規範を変更しているのであろうか。その際、認定される事実関係(小前提)と法規範(大前提)の間には、いかなる相互作用が働いており、「大前提」はいかなる「暗黙知」によって導かれ、形成されるのであろうか。

2. 「小前提」形成過程における「暗黙知」(テーマ2)

本企画の後半のテーマは、「小前提」形成過程における法的思考である。裁判における事実認定は自由心証主義に基づいてなされており、その心証形成過程は判決文に明記されないため、法哲学者にとっては論じることが困難なテーマである。しかしながら、そこには法哲学的にも興味深い論点が多く潜んでいるように思われる。例えば、紛争当事者が主張する雑多な事実の中から、法律家はいかにして法的にレレバントな事実を抽出するのであろうか。この抽出に際して、「大前提」たるべき法規範との間でいかなる形で「視線の往復」が行われるのか。また、証拠から事実(主要事実・間接事実)を導く過程や、間接事実から主要事実(要件事実)を導く過程は、どのような推論構造をもっているのか。これらの過程において「経験則」はいかなる役割を果しているのか。「経験則」に基づく事実認定は、専門的な法的思考を駆使したプロの仕事であらうか、それとも素人による事実認識と本質的な違いはないのであろうか。

このような事実認定をめぐる諸問題を考える際には、民事裁判の制度的枠組みを押さえておくことが必要であらう。特に、事実に関する資料の収集は弁論主義に基づいて行われるという原則が、重要な意義をもつと思われる。弁論主義のもとでは、当事者の提出する訴訟資料次第で、認定される「事実」も変わり、判決も異なりうる。このダイナミックな対話的思考過程において、「大前提」形成過程からもフィードバックを受けつつ、いかにして「小前提」は確定・形成されるのであろうか。そこには、何らかの法律家特有の「暗黙知」が見出されるのであろうか。

3. 法の解釈・適用における「あてはめ」と「視線の往復」

上述のように、「大前提」形成過程と「小前提」形成過程は、別個の独立した過程ではなく、相互に密接に関係している。本企画では、この両者の相互作用を考えるための手掛かりとして、「あてはめ」という概念に注目したい。「あてはめ」とは、「大前提」と「小前提」を結びつける作業として

捉えられるが、一体何を何に「あてはめる」のだろうか。法を事実に「あてはめる」のだろうか。それとも、事実を法に「あてはめる」のだろうか。前者の「あてはめ」とは法規範の具体化を、また後者の「あてはめ」は法律要件による具体的事実の包摂を意味している。この二つのプロセスの間で生じるフィードバックが、「法発見」プロセスにおける「視線の往復」（エンギッシュ）であり、これはまた、山の両側（すなわち「大前提」と「小前提」）からトンネルを掘る作業にも喩えられる（ラートブルフ）。本企画においては、この論点を独立の報告テーマとはせず、むしろ民事裁判における「暗黙知」を論じる際の共通の指針として位置づけたい。

4. 各報告の概要

本企画の前半においては、上記のテーマ1について、法哲学者・実定法学者・裁判官の3名の方からご報告いただく。まず最初に、亀本洋会員（京都大学）には法哲学者の立場から、法的三段論法の「大前提」形成作業における法学者・裁判官・弁護士の思考の相違に着目しつつ、ハードケースとイージーケースの違いを、「法を事実にあてはめる」という発想と「事実を法にあてはめる」という発想との違いとして解明していただくとともに、フランク図式 $R \times F = D$ との関連で、法と事実の操作について検討していただく。次に、瀬川信久氏（早稲田大学）には民法学者の立場から、「大前提」形成過程における①準演繹的法律論、②帰結主義的論法、そして③法解釈のあり方に関する議論という分類に基づいて、利息制限法超過利息に関する諸判決に現れる議論を分析していただき、民事裁判における議論のあり方を、「言語化された表」から「言語化されていない裏」に向かって探っていた後、「法的三段論法」は裁判知のあり方をどこまで捕捉できるのか、その決定的部分を捕捉できない演繹的・準演繹的法律論に法律家はなぜ多大な労力を費やすのかといった問題について論じていただく。そして前半の最後は、村田渉氏（司法研修所教官）に裁判官の立場から、我が国の当事者主義的な訴訟構造のもとで、当事者の主張する事実と当事者の選択する法規範が適合していると認められない例外的な場合に、裁判所が適用すべき法規範の選択・形成にどのように関与するかについて類型のご説明いただいた上で、なかでも、証拠により認定された事実関係を前提として、結論が逆になるような異なる法規範を選択・適用するのが相当であるような場合について、具体的な裁判例を取り上げながら検討していただき、法規範と事実関係の相互作用的な確定・形成過程に関する「暗黙知」をできる限り「形式知」として明らかにしていただく。

本企画の後半では、上記のテーマ2について、法哲学者・弁護士（会員）・裁判官の3名の方に考察を加えていただく。まず、嶋津格会員（千葉大学）には弁護士資格をもつ法哲学者の立場から、裁判においてどの「事実」を問題にするのか、その事実の確定に際して「暗黙知」はいかに働くのか、使うことが許される証拠の限定という条件のもとで「正しい」事実認定とは何か、さらに弁論主義が支配する民事事件は特殊な構造をもつかといった「前提問題」について論じていただいた後、単称命題と普遍命題、裁判における普遍命題としての科学的法則と「経験則」、「経験則」の命題（言語）

化と客観化、「個人的知識」(M・ポラニー)と「自由心証」といった論点について考察していただく。続いて、中村多美子会員には弁護士の立場から、紛争当事者が提示する「生の事実」から法領域と法規範の選択を通じていかにして法的な主要事実が抽出・決定されるか、弁護士はいかにして裁判官が「スジがよい」と「錯視」できるような「小前提」を「生の事実」から構成するか、そのように命題化された事実の立証に際して「経験則」は裁判官の「錯視」にいかなる作用を及ぼすか、また「隠れた事実」の出現はどのような「錯視」を生じさせるかといった問題を検討していただく。最後に、手嶋あさみ氏(前東京地裁判事)には裁判官の立場から、当事者が提出した証拠等に基づく「訴訟法的真実」の追究としての事実認定についてご説明いただいた後、二つの裁判例を取り上げていただき、そこで用いられた「経験則」とこれを用いて行われた事実認定の構造を具体的に明らかにしていただくことを通じて、「経験則」を大前提とする三段論法の集積としての事実認定において、法律家による法的思考特有の「暗黙知」が果たして存在するか否かを探っていただく。

以上の6つの報告に対して、事実認定における「暗黙知」を「形式知」に意識的に組み替えていくことの必要性を主張しておられる加藤新太郎氏(東京高裁判事)、および法的思考に関する法理学的研究の第一人者である田中成明会員(京都大学名誉教授)に総括的なコメントを加えていただく。

5. 「裁判例一覧」について

この学術大会案内所載の各原稿において実務家が引用しておられる裁判例は、法哲学者には必ずしも馴染み深いものばかりではない。そこで、実務家の原稿で言及されている裁判例については、大会委員長の私(高橋)と実施委員の山田八千子会員で「裁判例一覧」を作成し、この学術大会案内所載の統一テーマ原稿の末尾に掲載させていただいた。この一覧が、シンポジウムにおける実り多い意見交換のための一助となれば幸いである。なお、この一覧は、学術大会案内で言及された裁判例のみを取り上げており、大会当日に各報告者・コメンテーターが言及される裁判例は、必ずしもこの一覧所載の裁判例に限定されるものではないことをお断りしておきたい。

法を事実に当てはめるのか、事実を法に当てはめるのか

亀本 洋（京都大学）

7月末現在、まだ考えがまとまっておりません。恐縮ですが、今のところ、どのような問題を扱おうと思っているかについて漠然たる構想をのべることでお許しください。

1 大前提形成における法的思考に話を限定するのであれば、事実については争いがなく、法律問題についてのみ争われている事例、すなわち最高裁で審理されるような事例のみを取り上げるのが適切ということになるだろう。だが、それについては、判例集に現れた認定事実を前提として（逆にいえば、事実について口頭弁論で争われた実態の詳細を知らずに）、法律解釈を云々する実定法学者のほうが法哲学者よりよく知っていることであろう。

法的三段論法における小前提たる事実と大前提たる規範の間の「視線の往復」ということを、一部の実定法学者は強調するが、学者がそれをやる場合、裁判官によって認定された事実を所与とした上で、その事実のどの一部を重要と見るか、あるいはそれを法律上または法学上のどのような概念に包摂するかを試行錯誤的過程の名称にすぎず、事実そのものを弁論の全趣旨に基づいて最初から見直すことはできない。法哲学者の主要な関心はむしろ後者のほうにある。

その際、事実の見直しは、どの程度、法律上の見解——関連すると思われる最高裁の判例、下級審の先例、学説、当該事件または類似事件担当の弁護士の主張等々——から影響を受けるのか。どの程度、どのように受けるのか。

2 判決 D は、ルールと事実という変数の関数であるということを表すために、ジェローム・フランク $R \times F = D$ という図式を採用している。自分が出したい判決が両当事者の主張を聞く過程で決まれば、裁判官は、 R か F の少なくとも一つを操作して、結論に到達することができるであろう。本当にそうなのか。通常、 F を操作するほうが裁判官にとって容易だと思われるが、本当にそうなのか。法律を度外視して、まずは当事者の主張に耳を傾けるということが真実ではないか。

多くの法学者は、事実が所与とされることもあって、「法を事実に当てはめる」と考えるように思われるが、事実認定をも行う裁判官の実感としては、「事実を法に当てはめる」（当該裁判官が弁論の各時点で把握する事件の事実がまずあって、それに適合する法命題（法学者のいわゆる「基準」）を判例（または学説）から探す）場合のほうが多いようにも思われるがどうなのか。

それとも、イージーケースでは「法を事実に当てはめ」、ハードケースでは「事実を法に当てはめる」ということが裁判官の実感なのであるだろうか。そうだとすれば、事実認定の作業を無視して、イージーケースとハードケースの区別はできないと考えてよいのか。

当事者が法律解釈についてそれなりに説得力のある提案をしてきた場合、それが裁判官が採用した

い結論にとって都合が悪い場合、最高裁が支持する既存の法命題を使って、敗訴当事者は、その証明が不十分であるという理由で決着をつけることができるが、そのような手法はできれば使いたくないのか。

3 法学者が特定の法律問題に注意を絞って一連の数多くの判例を分析して、それらに通じる法命題または（線引き）「基準」は、裁判官にとっても役に立つか。現職裁判官の行う、似たような判例要約作業と比べて違いはあるか。

4 下級審裁判官は、上級審で自分の法律解釈が否定されることをどの程度恐れるのか、気にしないのか。それを避ける一つの方法は「事実の操作」だが、それについて下級審裁判官自身はどう考えているのか。

5 裁判官の本音と建前というようなものはあるのか。あると思うが、法律問題についてはどのようなものがあるのか。法律ではこうなっていると裁判官が考える場合、それは、「法律の法律家的読み方によれば当然そうなる」ということか、多くの判例または最高裁の判例によればそうなっている」ということか、「それが（法律の読み方として多少無理があっても）法律の「正義」にかなった解釈である」ということか。どの場合が多いのか。ハードケースとイージーケースで違いがあるか。

6 裁判官の仕事の中心は個々の事件の「正義」の実現にあり、法解釈の正義は二次的関心であるという見解があるが、どう思うか。そうだとすれば、判例の流れを整理した「基準」を採用することは、担当事件の解決のための便宜にすぎないということになるが、そう考えてよいか。最高裁を含め、裁判官の多くが、後の裁判所の法律解釈をできるだけ制約しないような判決を書くのは、それと関係しているか。

7 裁判官のほとんどは、社会通念や社会情勢の変化に応じて、下級審判例の積み重ねによって、法律の解釈は徐々に変わっていくものと考えているように思われるが、最高裁がイニシアティブをとって急激に変更される場合もなくはない。これについてどう考えるか。

8 発見のプロセスと正当化のプロセスの関係

9 「裁判官は、既存の法を適用するのであって、立法するのではない」という通念と、実際に裁判官がやっていることとの辻褃合わせはどうするのか。最高裁がやる判例変更は、どうして立法ではないのか。

民事裁判における法的三段論法の限界と展望——超過利息の判例を素材に

瀬川 信久（早稲田大学）

本報告では、民事裁判における議論のあり方を、言語化された表から言語化されていない裏に向かって探る。その際に、法的三段論法の大前提に関する議論が何をどのように言語化しているかに焦点をあてる。問題を具体的にとらえるために、最近まで裁判例があり、大前提の選択をめぐって裁判官が議論している制限超過利息の問題を取り上げる。

1. 制限超過利息に関する最高裁判決の変遷

(1) 1960年代の最高裁の議論：(ア) 利息制限法1条2項は、超過利息でも任意に弁済すると債務者はそれを返還請求できないと規定していた。それでは、その超過利息を元本に充当できるか。充当すればその分元本債務は減少する。この問題について条文はなく下級審裁判例は分裂していた。最高裁は当初元本充当を否定した（最大判昭37・6・13民集16巻7号1340頁）が、間もなく肯定に変わった（最大判昭39・11・18民集18巻9号1868頁）。両判決の法廷意見・補足意見・反対意見の議論は、関連する法規範から当該事案のための法規範を導く準演繹的法律論（A）と帰結主義的論法（B）と法解釈のあり方に関する議論（C）に分けることができる。

A 準演繹的法律論は、超過利息を無効とする利息制限法1条1項、上述の同法1条2項、超過利息天引の場合に元本充当を規定する同法2条などから推論する。各意見は、着眼点（トポス）を移動させつつ、これらの法規範から自らの不充当説・充当説を導く。Bの帰結主義的論法とは、法規範の適用結果を法文にない基準によって評価してその法規範の採否を決める議論である。しかし、そのなかには相当に異なるものがある。B1 元本充当の直接の結果として、残存元本のある債務者が利益を受け、ない債務者が利益を受けないことの当不当を論ずる議論、B2 元本充当あるいは不充当の債務者に対する結果を、法文にない「弱者保護」という基準から評価する議論、B3 金融梗塞という市場取引を通じた間接的な影響に着目する議論などである。Cは、立法府に対する司法判断のあり方に関わる。不充当説は法解釈の限界を説くのに対し、充当説は裁判官による法創造を広範に認める。

(イ) 39年判決の後、問題は超過利息返還請求の可否に移った。しかし、ここでは補足意見・反対意見の議論がなくなり、法廷意見は古典的な演繹的法律論と結果の不均衡を理由とするB1の議論に収縮している。すなわち、最大判昭43・11・13民集22巻12号2526頁は順次弁済の場合に超過利息の返還請求を認めたが、理由は、「超過利息が元本に充当されて元本がなくなれば利息は生じない a。利息が発生しない場合には、債務者は利息として払った金銭を不当利得として返還請求でき b、利息制限法1条2項は適用されない」である。しかし、一括弁済の場合には超過利息の元本充当の余地がないから a の論理が使えない。ところが、最三小判昭44・11・25民集23巻11号2137頁はこの場合にも超過利息の返還請求を認め、法1条2項を死文とした。その理由は、法1条2項は順次弁済し

た債務者と一括弁済した債務者の間に不当な不均衡をもたらすという B1 の議論である。

(2)1983 年の貸金業法 43 条の制定：国会は 1983 年に貸金業法を制定した。同法 43 条は、貸金業者に限り、任意弁済した超過利息の元本充当と返還請求を否定した。判例が死文とした利息制限法 1 条 2 項を復活させたのである。最高裁は 1990 年頃まではこの立法に従い貸金業者に有利な判断をしていた（最判平 2・1・22 民集 44 卷 1 号 332 頁）。

(3)2000 年代の判例による貸金業法 43 条の死文化：しかし、1990 年代末から、43 条の適用に必要な受取証書の厳格な解釈により 43 条の適用を制限するようになり、2006 年にはついに、期限利益喪失特約があるときは任意の弁済ではないとして 43 条の適用を否定した（最二判平 18・1・13 民集 60 卷 1 号 1 頁）。こうして、貸金業法が復活させた利息制限法 1 条 2 項をふたたび死文とした。しかし、今回は、39 年判決のような大前提の創造ではなく、大前提の前件の操作——法性決定 qualification、包摂 Subsumption——によった。

2. 若干の検討

最高裁の議論にはいくつかの型があり、その重心が判例変動とともに変化している。このことの分析は重要である。しかし、その分析が、決定のメカニズムを明らかにするようには思われない。他方で、上記の判例変動は、金融市場の変化によってよく理解できる。(1)60 年代半ばの判例変動は中小企業融資に銀行が乗り出し高利貸が撤退する局面での金利規制の組み替えであり、(2)83 年の貸金業法は、60 年代に現れたサラリーマン金融が、70 年代末以後銀行等からの融資によりサラ金被害を拡大させたことに対する対応であり、(3)2000 年代の判例変動は、銀行自身が消費者ローン事業に乗り出す中での消費者法の制度整備である。弁済の任意性に着目する平成 18 年判決にはこの変化が反映している。

裁判を $\text{Stimuli} \times \text{Personality} = \text{Decision}$ ととらえるリーガル・リアリストの考えはあまりリアルでない。法的決定は一人格のモノローグではなく、各審級での両当事者と裁判官の議論（やりとり）、審級間の議論、先例との議論、ジャーナリズムや国会・政治との議論、学界との議論等々、様々な情報と議論の蓄積と循環の上でなされる。そのような裁判知のあり方を法的三段論法がどこまで捕捉できるのか。捕捉できない部分はどうかとらえるのか。他方で、法的決定の決定的部分を捕捉しない演繹的・準演繹的法律論に法律家・法学者はなぜあれほどまで労力を費やすのか。これらの問題の所在だけは整理しておきたい。

※学術大会当日の負担を軽減するために、報告の概要と取り上げる判決例を紹介した。1960 年代の判決については、亀本洋『法哲学』42 頁以下、笹倉秀夫『法解釈講義』148 頁以下などを、平成 18 年判決については小野秀誠・判例研究・民法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕112 頁などを事前に参照いただければ幸いである。

民事裁判における法規範の選択と形成の手法

村田 渉（司法研修所教官）

1 報告の目的

本報告の目的は、現代の我が国の民事裁判において、いわゆる「法的三段論法」の大前提となる法規範はどのように選択・形成されているか、大前提である法規範の小前提である事実関係への当てはめ（あるいは事実関係の法規範への当てはめ）はどのように行われているか、その際に、法規範と事実関係との相互作用的な確定・形成の過程（「視線の往復」による確定・形成の過程）はどのように行われるかを明らかにすること、すなわち、民事裁判における法規範（大前提）と事実関係（小前提）との相互作用的な確定・形成過程に関する「暗黙知」をできる限り「形式知」とするよう試みることである。

2 民事裁判の特質

現代の我が国における民事裁判の特質は、成文法主義の下、①裁判手続が当事者主義を基軸として組織され展開されること、②裁判のための一般的な法規範（法的基準）が予め定められていること、③裁判の対象が特定の当事者間の法的権利義務に関する具体的・個別的な紛争に限定されていることであり、我が国の民事裁判が当事者主義的な訴訟構造（双方審尋主義、処分権主義、弁論主義等）を有していることは、法規範の選択・形成過程において、特に重要な意義をもっている。

また、民事裁判における重要な機能は、既に存在している実定法規や判例法理を活用しつつ、実定法秩序としてあるべき法的価値・原理（あるいは正義・衡平の観念等）を具体的・個別的な事件について実現することにあるとあってよく、特に公序良俗、信義則、権利濫用、過失等の一般条項のように、実定法規が抽象的な法的価値・原理だけしか示していない場合には、そもそも裁判所において個々の事件の具体的な事実関係に即して法規範の意味内容を形成することが予定されているところである。

3 法規範形成の具体的手法

現代の我が国の民事裁判では、成文法主義の下での判例学説の展開等もあって、通常は、当事者が当該事件に適用すべき法規範（審判の対象となる訴訟物と請求原因等の攻撃防御方法）を選択しており、当事者による法規範の選択（訴訟物と請求原因、抗弁等）自体が問題となることはない。しかし、例外的ではあるが、裁判所からみて、当事者の主張する事実と当事者の選択する法規範（訴訟物、法的主張、法律構成、法律解釈等）が適合していると認められない場合には、求釈明あるいは法的観点の指摘等を行った上で当該事案に適用すべき法規範の変更（あるいは事実関係の変更）を促すことが

あり、そのような場合には、改めて事実関係に応じた法規範の選択・形成が行われることとなる。

4 例外的な場合の類型

裁判所が適用すべき法規範の選択・形成に関与する例外的な場合は、概ね、①当事者の主張する事実関係を前提としても、当事者の法的主張（法律構成、法律解釈等）が当初から裁判所の法律解釈等と異なっている場合（当事者の主張する事実関係を前提とする場合）、②当事者の主張する請求原因事実（あるいは抗弁事実）は認められないが、証拠調べの結果からは、別の法規範を選択・適用すれば、当事者が主張していない別の請求原因事実（あるいは抗弁事実）が認められる可能性がある場合（主張事実と認定事実とが異なる可能性がある場合）、③証拠により認定された事実関係を前提として、（結論が逆となるような）異なる法規範を選択・適用するのが相当である場合（認定事実を前提とする場合）などに分類することができる。

5 例外的な場合の具体例の検討

本報告では、法規範の選択・形成が問題となった典型的な場合として、上記4の③の場合に該当する、【事例1】消滅時効完成後の債務者による債務の承認に関する法律構成が問題となった裁判例（最大判昭41・4・20民集20巻4号702頁）、【事例2】所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟において、金銭消費貸借契約とともにされた、弁済期に借入金の返済がされない場合には債務者所有の土地を債権者名義に変更し、第三者に売り渡すことを承諾する旨の契約の法律構成が問題となった裁判例（最判平14・9・12判タ1106号81頁）、【事例3】被相続人の許諾を得て遺産建物に同居していた共同相続人の被相続人死亡後の建物使用権限が問題となった裁判例（最判平8・12・17民集50巻10号2778頁）、【事例4】内縁の夫婦がその共有する不動産を共同で使用していた場合における一方の死亡後の使用権限が問題となった裁判例（最判平10・2・26民集52巻1号255頁）を取り上げて、裁判所が新たに選択・形成した法規範を適用することとした実質的・具体的な理由・根拠等について考えることにより、法規範の選択、形成の場面における法規範と事実関係との相互作用的な確定・形成の過程（視線の往復の過程）をできる限り明らかにすることとしたい。

6 小括

最後に、上記の検討を通じて確認できた、民事裁判の実際の営みにおける法規範の選択・形成の在り方、裁判官が要件事実論的検討（形式）と、事件の落ち着きや「すじ」論的な検討（実質）とを統合して事件を解決する過程やその背景等について、これまで「暗黙知」とされてきたところを「形式知」とするための若干の取りまとめを行う予定である。

午後の部

民事事件における事実の認定

嶋津 格（千葉大学）

I. 前提問題

1-1. どの「事実」を問題にするか

これは要件事実の問題であって、「大前提」たる適用規範によって決まる。それを如何にして確定するのか、そこで暗黙知は如何に働くのか。法の適用を問題にする場合はこの部分が焦点になり、視線の往復などが語られてきた。私の議論においても前提問題ではあるが、これについては一基本的に他の論者に委ねたい。

1-2. 証拠の限定

一般の（哲学的）認識論においては、命題とその真理値が問題になるが、裁判においてはその中間に（使うことが許される）証拠の限定がはさまる（刑事＝民事）。起こった事実を正しく認定することをめざすだけではならず、その証拠による認定として正しいもの、をめざさねばならない。それだけですでに、正しい認定は起こった事実と異なるべき場合が発生する。ではこの場合、「正しい」認定とは何か。

1-3. 民事事件は特殊か

それに加えて、民事事件では弁論主義の結果、主張責任、立証責任が分配され、相手方の認否による争点の限定、要証事実の確定と進んだ後、上記の証拠による認定の局面となるから、「実際に起こった事実」とその裁判で「認定されるべき事実」とはますます乖離する可能性が大きくなる。だから、事件全体にたいして「真実」と「あるべき認定」とを問題にするなら、この両者が一致する保証はない。個々の要証事実に着目して、認定の真理を問題にする方が、議論がやりやすいだろう。それでも、挙証責任の問題と証拠の限定の問題は残るが、ここでの基本構造は、刑事事件と類似していると考えよう。

II. 事実はいかにして認定されるか

2-1. 単称命題（S）と普遍命題（U）：ポパー（≒ヒューム）的枠組み

$S_1 \text{---} U \text{---} S_2$

未来予測（S1 と U から S2 を導出）、過去認定（S2 と U から S1 を認定）、科学法則の発見（S1 群と S2 群との関係から U を得る←「反証の失敗」または「連想」により）。

2-2. 裁判における普遍命題（法則）とは何か

科学的法則がある場合はそれによるべき（例：チャプリンの認知訴訟）。

それがない場合は「経験則」による。

2-3. 経験則は、個人的か社会的か

経験則が命題（言語）化されるなら、それに対する反証の試みなどの「客観化」が可能となる。しかし、言語化されないまま使われている経験則は、いかなる普遍命題として表現されるべきか。また、使えるが言語化できないもの（パタン認識など）の場合はどうか。（例：とっさの殺人または傷害致死の境界問題）

2-4. 個人的知識（M. ポラニー）と事実認定

各人（裁判官・裁判員）が意識されていないが使われている認知システムを意識の背後にもつ、という仮定をとれば、いかなる像と帰結または示唆が得られるか。そこでは、「自由心証」はいかなるものと考えられることになるか。

弁護士からみた事実

中村 多美子（弁護士）

本報告は、裁判所は、法的判断過程を説明する際に法的三段論法の形式を与えているとの前提のもと、法的判断がなされるまでの思考過程において、法律家が、小前提となる「事実」がどのように構成しているのかについて考察するものである。

1. 紛争における「生の事実」

法律家によって要件事実として構成される以前、紛争当事者が認識している事実（「生の事実」）は、判決文において認定された事実とは様相が異なる。

弁護士は、当事者が提示する「生の事実」から、紛争解決に資すると思われる法領域の候補を複数検討する。「生の事実」を法律家が評価する視点は、ありうべき法領域との関連性の強さ、虚実の程度等である。

加えて、弁護士は、生の事実の評価段階で、「隠れている事実」が存在する可能性を意識している。なぜなら、紛争が存在する以上、紛争当事者にとって観察されている「生の事実」は相互に異なっているからであり、一方当事者が認識していない領域に、紛争のきっかけが存在することは少なくないからである。

2. 法規範の選択と主要事実の抽出

生の事実を詳細に聴取するだけでは、法的な主要事実は抽出できない。そのケースにの解決のために、妥当と思われる法領域と法規範を選択することで、法的な主要事実は決定される（法的に事実が命題化される。）。

複数の可能性が存在する法領域と法規範から、どれを選択するのかは、その法的効果が紛争解決に与える影響による。弁護士は、当事者にとって紛争を有利に解決しうる法領域と法規範を選択するのである。弁護士の選択過程において、将来の裁判と判決は、紛争解決までの通過点として位置づけられる（裁判官にとっても、判決が紛争解決に及ぼしうる結論の妥当性について、「スワリ」という表現で意識している。）。

生の事実を、選択された法規範に照らし合わせると、主要な事実が欠缺していたり、主要事実を基礎付ける証拠が希薄であることがしばしばある。この場合、裁判官は、適用すべき法規範の要件事実として、当事者の主張が不十分であることを指摘し、釈明を行う。釈明権の行使を通じ、要件事実と「生の事実」の重なり合いが十分であると考えるとき、裁判官は「スジがよい」と表現する。

もっとも、「生の事実」は、自ずと要件事実と重なりあっているものではないから、「ないものはない」という状況もありうるし、他の要件事実と整合しない事実も存在する。

3. 「小前提」の形成

弁護士は、選択した法領域で適用される法規範が要求する要件事実と、実際に観察されている生の事実との対照において、裁判官が「スジがよい」と「錯視」できるよう、生の事実から小前提たるべき事実を構成する。

小前提たる事実は、生の事実の集合から、要件事実と関連性の薄い事実、矛盾する事実を捨象し、一連の事実経過として再構成することによって形成されることにより、命題化される。

もっとも一般に、民事裁判の事実認定で問題とされるのは、命題化以前の生の事実の抽出・再構成ではなく、命題化された事実の立証である。

公表判決では、命題化された事実が証拠によって所与のものとされ、これについての法的判断が示されるため、公表判決分析からは、法律家による小前提の形成過程は観察しにくい。

しかし、法律家にとっての、小前提たる事実は、大前提たる規範との間で視線を往復させ、裁判官に一連の事実関係を錯視させることによって構成されるものである。裁判官が命題化された一連の事実関係を錯視するかどうかは、個々の裁判官のもつ「経験則」によるところが大きく、弁護士は、裁判官の錯視の傾向を予測する必要がある。裁判官は経験則に個性があるとは考えていないようであり、個々の裁判官の持つ「経験則」それ自体を争うことは、通常無益である。

また、命題化された後に、「隠れた事実」（多くの場合には「抗弁」事実の形をとる。）があらわれてきて、命題化以前には予想もつかなかった「錯視」が裁判官に生じることもしばしばある。

4. 「真実」との関係

非法律家にとって、「真実」は必ずしも要件事実の姿をしていない。しかし、特に裁判官にとって認定可能な「真実」は、要件事実の形をとる。裁判で、要件事実の形で表現できない「真実」（「スジ」が悪い）は、主張立証責任のもとで請求棄却されて、命題化以前の生の事実の山の中に再び埋まってしまう、裁判によって明らかにされることは通常ない。

民事裁判における事実認定の構造

手嶋 あさみ（最高裁判所事務総局）

1 本報告の目的

本報告は、我が国の民事裁判における「法的三段論法」の「小前提」の形成・確定過程、すなわち「事実認定」の局面において、法律家による法的思考特有の「暗黙知」というべきものが存在するかどうかを探り、これを明らかにすることを目的とするものである。しかし、民事裁判における事実認定は、そもそも法律実務家の間においても、その体系的な明示化・言語化が難しい分野であると言ってよい。そこで、本報告では、まずは、主として裁判所の立場から、日々の実務における心証形成に向けた思考過程をできる限り具体的に言語化し、民事裁判における事実認定の構造を提示することを試み、その上で、上記「暗黙知」と呼ぶべきものについての検討を試みることにしたい。

2 民事裁判における事実認定の特徴

裁判における事実認定は、裁判所に提起された具体的な訴訟（紛争）について、その解決を目的として、弁論主義の下で、当事者が提出した証拠等に基づき、法的判断の前提となる事実（要件事実たる主要事実）を確定することである。したがって、そこで追究されるのは、客観的に誤りのない絶対的真実ではなく、推論に基づき合理的な疑いをいれない程度に真実と認められる「訴訟法的真実」である。しかもその判断の基礎とすべき資料（証拠）は原則として当事者が申し出たものに限られる等の制約があり、その存否の判断は、これらの事実を法的要件とする法律効果の発生・不発生に直結することになる等の特徴を有する。

3 事実認定の構造と経験則

上記の推論の根拠となるのは、種々の論理則や経験則であるが、裁判で問題となる係争事実のほとんどが単なる自然現象ではなく、人間の行動や人間の関与した事実であることから、とりわけ重要な役割を担うのが経験則である。民事裁判における事実認定の過程は、証拠から事実（主要事実・間接事実）を導く過程や、間接事実から主要事実を導く過程等の多様かつ複雑な推認（推定・認定）の重層構造から成る。そして同時に、これらは全体として整合的なものでなければならないから、上記各推認過程を総合し、全体としての合理性・整合性を検証する作業を並行して行う必要がある。民事裁判においては、争点等の整理手続から証拠調べに至るまで訴訟の全過程において、この推認と検証の試みを不断に繰り返すことになる。この両面で主要な根拠となるのが経験則である。事実認定は、いわば経験則を大前提とする三段論法の集積であり、これをいかに説得力のある形で提示できるかが、判断（判決）自体に対する信頼の基礎となると言っても過言ではない。

しかし、一口に経験則といってもその内容もレベルも多種多様である上、常に例外を伴い、その幅

も様々である。実際の裁判においては、当該事案において前提とすべき（或いは例外として排除すべき）経験則の認識（発見）と取捨選択が、事実認定における最も重要かつ困難な作業の一つであると言つてよい。

本報告では、事実認定上の争点が比較的シンプルな2つの事例を取り上げて、具体的にそこで用いられた経験則とこれを用いて行われた事実認定の構造の紹介を試みることにしたい（【事例1】親族間における不動産の売買契約の成否が争点となった事例（最判平10・12・8判時1680号9頁）、【事例2】妻の借入金債務についての夫の連帯保証契約の成否が争点となった事例（最判平5・7・20判時1508号18頁））。

4 民事裁判における事実認定と「暗黙知」

上記の検討を前提とすると、事実認定の核となる経験則自体はあくまで一般的なものであって、これを駆使するについて特定の法律知識を要するものではなく、「小前提」形成過程においては、本質的に法律家特有の暗黙知は存在しないというべきことになりそうである。しかし、実務的にはなお「暗黙知」と呼び得るいくつかの要素が指摘できるように思われる。

検討の視点は複数あり得るが、例えば、主要事実の存否の判断（認定）が一定の法律効果の発生（不発生）に直結し、その前提となるものであることについての明確な認識である。適用すべき経験則の取捨選択等においても、そのような帰結との関連は一つの重要な視点となっている。

今一つは、法曹実務家における一定の経験値の集積である。経験則を一般的な命題として類型化して整理することは不可能とも言われているが、法曹実務家は多数の事例を経験する中で類似事例に関連する経験則をいわば経験値として集積しており、これが実務上の「暗黙知」として機能していることは否定できないように思われる。また、事実認定は争点等の整理手続を含めた訴訟の全過程における当事者との不断の相互作用の中で深化していくが、こうした過程についての共通認識や活用の技法も、的確な事実認定のための重要な要素である。

事実認定の構造や、日々の実務における経験・感想等も踏まえ、これらの点について若干の検討を試みることにしたい。

事実認定と法解釈・法適用（総括コメント）

加藤 新太郎（東京高等裁判所判事）

1 民事裁判における法的思考

民事裁判において、裁判官のあるべき法的思考とは、①訴訟物・請求原因事実・抗弁事実を見極め、攻撃防御方法を論理的に位置づけ、②事件のスジも押さえたうえで、③経験則を踏まえて、証明主題（争点）と証拠との関連（証拠構造）を吟味・評価して、④適切な法解釈に基づき、形式的論理はもとより、実質的にも具体的妥当性ある結論を導き、⑤事案に適合的かつ説得的な構成と文章で判決書を作成するというものである。①④が法解釈と法適用であり、②③が事実認定である。

裁判官の法的思考における与件として処分権主義・弁論主義原則がある。すなわち、民事裁判における裁判官の法的思考は、訴訟法原則上の制約付きのものである。裁判官の①～⑤の作業は、「同時代の法律実務家（裁判官）の共通知識・技能としての法的思考」に支えられている。その内実は、厳密に言語化することが困難であるが、「暗黙知」としては存在し、後進の裁判官に伝承されるべきものと考えられている。

訴訟物・請求原因事実・抗弁事実の選択、それを証明するための証拠方法の選択は、弁護士が行うが、その指標となるのが要件事実（論）である。弁護士は、事実を知る当事者（依頼者）と、事実認定・法律判断をする裁判所との中間にいる。嶋津報告は、この点を原理的に指摘するもの、中村報告は、実践的に指摘するものである。

2 「大前提」形成過程における法的思考

（1）基本

伝来型訴訟における法解釈・法規範選択は、それ自体難しくはない。当事者・訴訟代理人は判例・通説に依拠した法解釈を前提とした請求を組み立ててくるのが通常であるからである。したがって、裁判官は、弁論主義の原則の下に、基本的に当事者・訴訟代理人の主張にそった訴訟物・請求原因事実・抗弁事実を判断すれば足りる。

（2）例外

例外は、①裁判官に釈明義務が生じる場合、②当事者の主張していない法規範を適用すべき場合（【事例1】東京高判平22・8・30判時2093号82頁、その上告審＝最判平23・12・16判時2139号3頁＝契約型紛争）③事実審判決を前提としつつ結論を逆にするため法規範を形成する場合（【事例2】最判昭62・1・22民集41巻1号17頁＝事故型紛争）である。

裁判官に釈明義務が生じる場合（①）については、村田報告が詳細である。

②のケースでは、一審判決では、マンション建築請負工事契約における注文者・請負人の本訴・反訴について、事実認定（工事遅滞があったか、工事に不具合があったか等）をして結論を出した。

しかし、控訴審判決（東京高判平 22・8・30 判時 2093 号 82 頁）は、その「法的三段論法」には乗らず、「建築確認を詐取する形態で、公益的な安全基準を無視した建物を建築する、請負契約の私法上の効力」を問題にし、公序良俗違反で無効という判断をした。小前提から法規範の解釈（大前提の形成）へと遡るような法的推論をしたといえることができる（「逆三段論法」）。

上告審は法律審であるが、原審の結論が不相当あり、それが原審の事実認定の不都合に由来すると考えられる場合の対処の手法として、控訴審の事実認定を前提としつつ、法律問題として捉え直し、一定の規範を定立することにより不相当な結論を回避することがある。③はその例である。

3 「小前提」形成過程における法的思考

（1）総説

民事事実認定は、当事者の攻撃防御の構造を要件事実的思考に基づき把握したうえで、規範適用において意味ある事実に関する不一致である争点を認識し、当該争点を立証命題（要証命題）として押さえ、証拠調べの結果及び弁論の全趣旨から得られた心証と事実の存否の基準である証明度とを対比して行うものである。

事実認定においては、経験則に基づく評価をすることになるが、証拠評価だけでなく、主張レベルも評価の対象となる（弁論の全趣旨）。そこでは、証明対象の把握、経験則を用いる推論の構造の認識が重要であり、個別の証拠方法の評価など事実認定の手法において実務的ノウハウの蓄積がみられる。

事実認定は、勘ないし直感が重要であるとされるが、これは、比喩的に言えば、暗算である。しかし、勘ないし直感だけで済ますことはできず、証拠・経験則と照らし合わせて、認定の合理性を確認することが必要であり、これは筆算により検算をしているものといえよう。

（2）経験則の選択・適用

「小前提」形成は、証拠法則という（法的）約束事の中で証拠から経験則を選択・適用して事実を認識していく作用である。個別の証拠の合理的を評価し、証拠全体の整合性を評価し、事柄の自然な流れを構成（ストーリー展開）できるかを考え、証拠の空白部分を推認・洞察していく作業であるが、ポイントは、多様な経験則の中から、当該事案に適合する経験則を取捨選択することの適否に尽きる。

4 結論を導く思考

民事裁判において結論を導くに当たり、分析的思考（要件事実的思考）と統合的思考（スジ論的思考）が提唱されていることは村田報告のとおりである。これが、規範と事実（形式と実質）の視線の往復の一発現形態であることはいうまでもない。

民事訴訟実務では、実体形成面において、形式と実質を統合する手法（統合的思考）は一般化している。これにより、①事案の印象で結論を決め、それに合う証拠を拾って辻褃をあわせる「印象認定」、

②当事者の属性をみて、気の毒な方に下駄をはかせて証拠評価する「心情認定」、③争点について、証拠の内容でなく、量の多い側を勝たせる「重量認定」などを排することができる。さらに、瀬川報告により整理された判例法理の形成も、相対的社会経済的弱者を救済するため、実定法の文理からはやや離れても、実質的妥当性を志向するものであり、これも統合的思考によるものと説明できるように思われる。

裁判例一覧

1. 村田渉報告「【事例1】消滅時効完成後の債務者による債務の承認に関する法律構成が問題となった裁判例（最判昭41・4・20民集20巻4号702頁）」

【事実の概要】木材商X（原告・被控訴人・上告人）が、同人を債務者、Y（被告・控訴人・被上告人）を債権者とする債務弁済契約公正証書に基づいてYが強制執行をしたことに対し、商事時効消滅等を理由にして請求異議の訴えを提起したところ、原審において、商人は商事債務が5年の消滅時効に服することを知っているものとした上で、手紙をもって債務を承認したXは反証のない限り時効の完成を知らずながら時効の利益を放棄したものと推定して、Yの強制執行が認められたことに対し、Xが上告した事例。

【判決の要旨】債務者が消滅時効完成後に債務の承認をする場合、その時効完成の事実を知らないのが通常であるといえるから、「消滅時効後に債務の承認をした事実から右承認は時効が完成したことを知ってなされたものであると推定することは許されないものと解するのが相当である」として、これと見解を異にする最判昭35・6・23民集14巻8号1498頁を変更すべきとした上で、信義則に照らし、「債務者が自己の負担する債務について時効が完成したのちに、債権者に対し債務の承認をした以上、時効完成の事実を知らなかったときでも、爾後その債務についてその完成した消滅時効の援用をすることは許されないものと解するのが相当である」として、上告を棄却した。

2. 村田渉報告「【事例2】所有権移転登記抹消登記手続請求訴訟において、金銭消費貸借契約とともにされた、弁済期に借入金の返済がされない場合には債務者所有の土地を債権者名義に変更し、第三者に売り渡すことを承諾する旨の契約の法律構成が問題となった裁判例（最判平14・9・12判タ1106号81頁）」

【事実の概要】XY1間において、X（原告・被上告人）がY1（被告・上告人）からの借入金の返済を怠った場合にはX所有の土地（本件土地）をY1名義に変更し第三者に売り渡すことを承諾する旨の契約（本件契約）が締結された。その後、Xが借入金の返済を怠った結果、XからY1へ、さらにY1から本件土地を購入したY2へそれぞれ本件土地の所有権移転登記がおこなわれたところ、Xが、Y1およびY2への各所有権移転登記抹消登記手続を求めて訴えを提起した。Y1が本件契約は代物弁済契約であって借入金の返済がないことからY1に本件土地の所有権が移転していると主張したことに対し、他方、Xは、本件契約は仮登記担保契約法の適用を受ける仮登記担保契約であるから、同法2条の適用によりXからY1への所有権移転の効果は生じないと主張した。原審は、Xの主張を認めてXのY1Y2に対する各所有権移転登記抹消登記請求を認容し、Y1Y2が上告した。

【判決の要旨】本件契約はY側の主張する代物弁済契約でもX側の主張する仮登記担保契約でもないとした上で、「Y1は、本件契約により、本件土地を上告人名義に変更した上で、なおも債務の弁

済を求め、利息を受領してきたのであるから、本件契約は、債務担保の目的で本件土地の所有権を移転し、その登記を経由することを内容としていたもので、譲渡担保契約にほかならない」として、譲渡担保契約において、Y 1 が第三者である Y 2 に譲渡した時点で X は本件土地の所有権を確定的に失うとして、原審判決を棄却し、X の Y 1 Y 2 に対する各所有権移転登記抹消登記請求をいずれも棄却した。

3. 村田渉報告「【事例3】「被相続人の許諾を得て遺産建物に同居していた共同相続人の被相続人死亡後の建物使用権限が問題となった裁判例（最判平8・12・17民集50巻10号2778頁）」

【事実の概要】被相続人からの相続開始後、共同相続人である X（原告・被控訴人・被上告人）は、被相続人の生前にその許諾を得て遺産建物に同居しており被相続人死亡後も遺産分割前の遺産建物に居住している同じく共同相続人の Y ら（被告・控訴人・上告人）に対し、不法行為又は不当利得に基づき賃料相当額の支払等を求めた。原審は、賃料相当額の支払い請求に対しては、その持分に相当する範囲を超えて共有物である遺産建物を占有する共有者は他の非占有共有者に対し賃料相当額により算出される不当利得返還義務を負担するとして、不当利得に基づき、X の Y らに対する本件土地の建物の賃料相当額の支払い請求を認めた。これに対し、Y らが上告した。

【判決の要旨】「共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と右同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続することになるものというべきである」と判示し、遺産建物において被相続人の許諾を得て無償で被相続人と同居してきた相続人である Y らが相続開始と同時に遺産建物の賃料相当の不当利得返還義務を負うことを否定し、本件土地の建物の賃料相当額の支払い請求の部分につき原審判決を破棄し原審に差し戻した。

4. 村田渉報告「【事例4】「内縁の夫婦がその共有する不動産を共同で使用していた場合における一方の死亡後の使用権限が問題となった裁判例（最判平10・2・26民集52巻1号255頁）」

【事実の概要】A と Y（被告・控訴人・上告人）は長年内縁関係にあつて本件不動産を共同で占有使用し、A の死亡後も、Y が単独で本件不動産を使用していたところ、A の相続人である X（原告・被控訴人・被上告人）と Y との間で本件不動産の所有権の帰属をめぐる紛争が生じ、X Y 間の訴訟の結果、本件不動産は A と Y との共有であつて Y が二分の一の持分を有する旨の判決が確定した。その判決後、X は、Y に対し、不当利得返還請求権に基づき、本件不動産の賃料相当額の二分の一の支

払いを求めて、訴えを提起したところ、原審は、Yの持分二分の一を超えるYの使用収益分について不当利得の成立を認め、原告の請求を一部認容した。これに対し、Yが上告した。

【判決の要旨】「内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である」と判示し、Yの不当利得を認めた原審のY敗訴部分を破棄し、特段の事情の有無について審理を尽くさせるため、原審に差し戻した。

5 手嶋あさみ報告「【事例1】「親族間における不動産の売買契約の成否が争点となった事例（最判平10・12・8判時1680号9頁）」（河邊義典「最高裁民事破棄判決の実情（中）—平成10年度」判時1680号9-32頁参照）

【事実の概要】X（原告・控訴人・被上告人）は、昭和57年3月以降、その所有に係る本件建物に四女であるY（被告・被控訴人・上告人）夫婦を無償で居住させていたが、その後Yらと不和になり、Yに対し、使用貸借契約の終了に基づき、本件建物の明渡し等を求めた（その後、A死亡により他の子ら（Xら）が承継）。これに対し、Yらは、昭和50年末ころAから本件建物とその敷地を650万円で買い受けた旨主張した。争点は、この抗弁（Yら主張の売買契約）の成否であった。第一審は売買契約（抗弁）を認めて、Xらの請求を棄却したが、第二審は、売買契約が認められないとして、請求認容した。

【判決の要旨】Yらが本件建物をXとの間で締結した一時的な居住を目的とする使用貸借契約に基づいて占有していたにすぎないとみるには疑問があり、かえって、YらはXから本件建物及びその敷地を買い受けたと認める余地があるとして、原判決を破棄した上、差し戻した。

6. 手嶋あさみ報告「【事例2】妻の借入金債務についての夫の連帯保証契約の成否が争点となった事例（最判平5・7・20判時1508号18頁）」瀧澤泉「最高裁民事破棄判決の実情（2）—平成5年度」判時1508号18-23頁参照

【事実の概要】X（原告・被上告人）は、Y（被告・上告人）に対し、妻の借入金債務を連帯保証したとして、連帯保証債務の履行を求めたが、Yは、金銭消費貸借契約書の連帯保証人欄のY名下の印影がYの印章によるものであることは認めたが、連帯保証契約の成立を否認した。争点は、連帯保証契約の成否であった。原審は、連帯保証人名下の印影が、Yの印章によるものであることは争いがないから、署名部分の真正が事実上推定されるとして、Xの請求を認容した。

【判決の要旨】契約書が作成された当時、Yは出稼ぎで自宅を離れているのが常態であるという事情がある場合、契約書作成時点でYが現に在宅中であったか、何らかの事情で妻に押印を指示したか否かの点について審理せず、Yの印章による印影の顕出の一事のみで契約書の成立の真正を推定する

ことには、審理不尽の違法があるとして、破棄し差し戻した。

＊手嶋あさみ報告【事例1】および【事例2】については、手嶋判事からお送りいただいた資料に基づいて、事実の概要と判決の要旨を作成した。

7. 加藤新太郎総括コメント 【事例1】 「（東京高判平22・8・30判時2093号82頁、その上告審＝最判平23・12・16判時2093号82頁＝契約型紛争）」

【事実の概要】 請負人X（原本原告・反訴被告）は、注文者Y（本诉被告・反訴原告）との間で、2棟の賃貸マンション（本件各建物）の建築工事（本件本工事）を目的とする請負契約（本件契約）を締結したが、本件契約は建築基準法等の法令の規定に適合しない違法建築を目的とするものであった。その後、区役所の指示に従い、本件工事による建築基準法に反する違法建築部分を是正する等の目的で追加変更工事（本件追加変更工事）をおこない、Yに対し本件各建物を引き渡した。Xは、Yに対し、未払いの請負代金の支払を求めて訴えを提起したところ（本訴請求）、Yは、Xに対し、請負契約の債務不履行又は瑕疵担保責任に基づき、損害賠償の支払等を求めて訴えを提起した（反訴請求）。第一審は、本訴請求および反訴請求について、それぞれ一部認容した。

【高裁判決の要旨】 請負人と注文者が建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とするマンション建築請負契約を締結し、建築確認取得後に確認図面上存在しない新たな住戸を建設するなど、注文者・請負人が故意に、建ぺい率、容積率、北側斜線制限や日影規制など多くの規制に違反する悪質な建築基準法違反を企図した場合には、当該請負契約は、「強行法規違反ないし公序良俗違反により私法上無効であり、その有効性を主張することができない」として、第一審判決を変更し、本訴請求、反訴請求のいずれも棄却した。これに対し、Xのみが上告受理申立をし、これが受理された。

【最高裁判決の要旨】 建築基準法等の法令の規定に適合しない建物の建築を目的とする請負契約が公序良俗に反し無効であるという原審の判断のうち、「本件本工事の代金の請求を棄却した部分は是認することができる」としたが、本件追加工事については、本件本工事の施行によって既に生じていた違法建築部分を是正する工事も含まれていた等の理由から、「基本的には本件本工事の一環とみることはできない」とし、本件追加変更工事の「施工の合意が公序良俗に反するものということではできない」として、本件追加工事代金の請求を棄却した上告人X敗訴部分を破棄し、原審に差し戻した。

8. 加藤新太郎総括コメント【事例2】 「（最判昭62・1・22民集41巻1号17頁＝事故型紛争）」

【事実の概要】 中学生グループのいたずらにより電車軌道のレール上に拳大の置石がされ、これにより電車が脱線転覆した事故につき、同グループにいたが自らは置石をしなかった仲間の同級生Y（被告、控訴人、被上告人、）に対し、電鉄会社X（原告、被控訴人、上告人）が、置石をした者との共同の認識ないし共謀による責任若しくは過失責任を主張して、損害賠償請求を求めた。第一審は、

置き石を容認放置した過失があるとしてXの請求を認容したが、原審は、Yは置石についての事前の認識がなく、置石をした者と共同の認識ないし共謀もないから、不法行為責任を負わないとして、Xの請求を棄却した。

【判決の要旨】列車が往来する電車軌道のレールに物を置く行為とりわけ当該物が拳大の石である場合には重大な事故を惹起させる蓋然性を指摘した上、このような「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と当該行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に動機となった話し合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、置石行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であったといえるときには」、事故の先行行為に基づく義務として、事故回避のための措置を講じて「事故の発生を未然に防止すべき義務を負」い、「これを尽くさなかったため事故が発生したときは、当該事故につき損害賠償責任を負う」として、原審を破棄して差し戻した。