

SOPHIA LAW REVIEW

上智法學論集

第66卷 第1号
第2号
第3号 合併号

論説

暗号資産と「財産権」の意義

..... 照沼 亮介

結合企業における悪意判断の法的構造（1）

—グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて—

..... 溝渕 将章

住居侵入罪における犯罪の継続の有無

..... 牧 耕太郎

雑報

上智大学法学会

矢島基美先生を送る 原 強
矢島基美教授略歴・主要著作目録

論説

領海警備に係る法整備の提言 兼原 敦子

泉佐野市ふるさと納税事件と分権法治主義 北村 喜宣

証券会社の破産手続における顧客債権の取扱い
——「あるべき顧客資産」による顧客債権の最大の満足の観点から—— 田頭 章一

気候変動と憲法
——ドイツ連邦憲法裁判所 21 年 3 月 24 日決定と同決定を巡る議論状況—— 桑原 勇進

「立法事実」の再考について 卷 美矢紀

環境劣化と文化財訴訟 越智 敏裕

国家の気候保護義務と将来世代の自由 玉蟲 由樹

日本国のもう一つの象徴 江藤 祥平

研究ノート

規制の虜と行政法 筑紫 圭一

紀律法の誕生 小島 慎司

■目次

論説

- 暗号資産と「財産権」の意義
..... 照沼 亮介（ 1 ）
- 結合企業における悪意判断の法的構造（1）
——グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて——
..... 溝渕 将章（ 25 ）
- 住居侵入罪における犯罪の継続の有無
..... 牧 耕太郎（ 73 ）

雑報

論 説

暗号資産と「財産権」の意義

照沼 亮介

- I 問題の所在
- II 関連する刑事裁判例
 - 1 東京地判平成 31 年 3 月 15 日 LEX/DB25562725
 - 2 東京地判令和 3 年 3 月 24 日 LEX/DB25590382
 - 3 東京地判令和 3 年 7 月 8 日 LEX/DB25590771
- III 暗号資産の法的性質をめぐる議論
 - 1 関連する民事裁判例
 - 2 学説上の議論
- IV 刑法学における議論との関連
 - 1 検討の方針
 - 2 客体との関係
 - 3 保護法益論との関係
 - 4 裁判例の検討
 - 5 法的性質をめぐる議論の検討
- V 立法による保護の可能性

I 問題の所在

ビットコインに代表されるいわゆる仮想通貨（virtual currency）に関しては既に私法上の議論の対象とされて久しいが、その法的な呼称としては、国際的な動向にも合わせる形で、2019 年の改正資金決済法 2 条 5 項により今日では暗号資産（crypto assets）と称されるようになった。すなわち同項 1 号・2 号によれば、暗号資産とは、（金商法 2 条 3 項における電子記録移転権利を表示するものを除き）「物品を購入し、若しくは借り受け、又は役務の提供を受

ける場合に、これらの代価の弁済のために不特定の者に対して使用することができ、かつ、不特定の者を相手方として購入及び売却を行うことができる財産的価値（電子機器その他の物に電子的方法により記録されているものに限り、本邦通貨及び外国通貨並びに通貨建資産を除く。次号において同じ。）であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの、及び「不特定の者を相手方として前号に掲げるものと相互に交換を行うことができる財産的価値であって、電子情報処理組織を用いて移転することができるもの」を指すと定義されている。ここでは「財産的価値」という概念が用いられているが、それ以上にいかなる法的性質を具備するものなのかは解釈に委ねられている。

従来、刑法学の領域においては、具体的な客体として文言上規定されている「財物」「財産上の利益」の意義に関する議論は相応に蓄積されてきたものの、それ以上に両者を包含した「財産」や「財産権」とはそもそも何か、という点に関する検討はあまり積極的になされてこなかった。それはおそらく、第一次的に民法をはじめとする私法上の議論の蓄積に委ねられるべきとする意識があったからであろう。しかし今日では、さまざまな無体財産権の保護が求められる中で、いわゆる2項犯罪における「財産上の利益」の意義や、それに類似する他の概念との区別については相当に不明瞭になっており、これらをめぐる議論も未だ十分なものとはいえない⁽¹⁾。そして、本稿が対象とする暗号資産の法的性質に至っては、後述する通り私法上の議論も混沌とした状況であり、そうした中、Ⅱで紹介する通り、刑事裁判例においてもその意義が問われる場面が既に現実のものとして生じつつある。

以下ではこれらをめぐる議論を概観した上で、特に電子計算機使用詐欺罪における「財産権」の解釈を素材として取り上げ、さらに可能な範囲で立法論にも踏み込みつつ、あるべき方向性を探ってみることにしたい。

(1) この問題に関しては、照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護」刑事法ジャーナル 49号(2016年)4頁以下参照。

II 関連する刑事裁判例

1 東京地判平成 31 年 3 月 15 日 LEX/DB25562725

本件は、ビットコインの取引所を運営していた M 社の全議決権を支配し、唯一の取締役であった X が、①サーバコンピュータ内のビットコイン取引の仲介を行うシステムに接続し、同システム内に設けた自己名義のアカウントの米ドル口座の残高が増加した旨の情報を作出し、サーバコンピュータに記録保存させ、M 社の事務処理の用に供した行為が私電磁記録不正作出、同供用に使われると共に、② M 社が取引所の利用者から各アカウントへの入金のため振込入金を受けていた預金口座から、X 名義の預金口座、並びに事業譲渡の代金として他社の預金口座にそれぞれ振込送金した各行為が、業務上保管している利用者の現金（主位的訴因）、又は M 社の現金（予備的訴因 1）を横領した業務上横領、若しくは自己の利益を図り M 社に損害を与える目的で任務に違背し、M 社に財産的損害を与えた会社法上の特別背任罪（予備的訴因 2）にあたるとして訴追された事案である。

本判決は①についてはその通り成立を認めたが⁽²⁾、②については、まず利用者が M 社の口座に送金した金銭は M 社に帰属するものであるとして主位的訴因は認められないとした。また各振込送金は X に対する貸付として行われており、M 社のために X が相当程度の出捐をしていることや、X の地位・権限に照らして返済等に際しての大きな裁量の余地があること、その返済に際しての現実的な可能性もあったと認められ、X にその意思があったと認められることなどから横領行為に該当しない、他社口座への振込送金についても具体的根拠のある事業計画に基づいており経営判断としての合理性を否定できずやはり横領行為に該当しない、として予備的訴因 1 も認められないとした⁽³⁾。その上で、予備的訴因 2 についても同様の理由から、いず

(2) この点については、和田俊憲「判批」法学教室 472 号（2020 年）139 頁、鎮目征樹ほか編著『情報刑法 I サイバーセキュリティ関連犯罪』（2022 年）216 頁以下（鎮目執筆）などを参照。

れの振込送金についても任務違背行為に該当せず、M社に財産上の損害もなく、Xに図利加害目的はなかったとしている。なおその後、検察官は②の点については控訴せず、控訴審では①の点のみが争われたが、結局本判決の結論が是認されており⁽⁴⁾、さらに被告人が最高裁に上告したが棄却されている⁽⁵⁾。

本稿との関係で注目されるのは、ビットコインの性質に関する以下のような判示部分である。すなわち、ビットコインには発行者が存在せず、ユーザーのコンピュータがピア・ツー・ピアのネットワークを形成し、ビットコインに関する全ての取引履歴が記録されたデータであるブロックチェーンが共有されることにより決済手段等として利用されるものであることを確認したのちに、「ビットコインは『有体物』(民法85条)ではなく、その帰属や利用者間での取引がどのような私法上の性質を有するかも一義的に明らかとはいえないが、本件の判断に影響のない限り、ビットコインの保有・所有や利用者間の売買などと表現し、日常的な意味合いで記載する」と断っている部分である。これは後述する通り、所有権をはじめとする通常之物権関係と同義に理解することはできないとする私法上の議論に目配りした上で、しかし実態としては物権変動に近い部分をも有していると捉えられることを示唆するものといえよう。

(3) なお、委託物を費消する際に合理的な根拠・確実な見込みを伴う補填意思があった場合には横領罪における不法領得の意思が否定され得るとするのが学説上有力な見解であり、下級審裁判例でも一般論として、金銭は代替物であり、一時使用を許さない特別な事情がない限り本罪の成立が否定される余地があると説明するものが見受けられるが(東京高判昭和31年8月9日裁特3巻17号826頁)、リーディングケースとされる最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁では、委託物である供出米を費消した事案において上記のような主張は斥けられている(以上に関する解説として、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第13巻〕[2018年]595頁以下[小倉哲浩執筆])。本判決の論理が以上のような判例理論との関係でいかに位置付けられるかは検討の余地を残しているが、Xに多大な裁量の余地があったことが重視されているものと思われる。

(4) 東京高判令和2年6月11日高刑速(令2)号180頁。

(5) 最決令和3年1月27日LEX/DB25569821。

2 東京地判令和3年3月24日 LEX/DB25590382

1が本稿との関連では限定的な参照価値を有するにとどまるのに対し、以下の2つの事案では暗号資産が明文に規定された概念に該当するか否かの解釈が正面から問題となっており、より重要である。

本件では、氏名不詳者らが財産上の不法な利益を得る目的で、E社の管理するアドレスから氏名不詳者らの管理するアドレスに送信する旨の虚偽の情報を与えて暗号資産 NEM を得た事実（「本件前提行為」）が認められ、その後、法人の代表者 X 及び法人 A が流出した NEM の一部を収受した行為につき、組織犯罪処罰法 11 条における犯罪収益等収受罪の成否が問われた。その際、検察官が、本件前提行為につき電子計算機使用詐欺罪が成立するから、流出した NEM は刑法 246 条の 2 にいう「犯罪収益等」に該当し、X は情を知った上で収受したものであるから同罪が成立すると主張したのに対し、弁護人は、暗号資産が電子計算機使用詐欺罪における「財産権」に該当しないから残高を記録する分散台帳（ブロックチェーン）も「財産権の得喪若しくは変更に係る不実の電磁的記録」に該当しないのであって同罪は成立せず、従ってまた犯罪収益等収受罪における「犯罪収益等」にもあたらないなどと主張した⁽⁶⁾。

東京地裁は、NEM の移転に際してはアドレスに紐づいた秘密鍵が必要であること、支払い手段としても用いられており金銭的評価が可能なものとして流通していたこと、資金決済法が暗号資産につき両者保護のために各種規制を設けていることなどを確認した上で、暗号資産 NEM は電子計算機使用詐欺罪における「財産権」に該当することを認めた（従って、その得喪又は変更に関する不実の情報をブロックチェーン上に記録させれば「財産権の得喪又は変更に係る不実の電磁的記録」を作ったことになる」とされた）。その際、暗号資産は物権の対象とならず、債権的構成も取り得ないからこれに該当しないと主張する弁護人の主張に対しては、「刑法 246 条の 2 にいう『財産権』は金銭

(6) その他に犯罪地（国内で生じたといえるか）、故意（情を知って収受したといえるか）も争点となったが、以下では省略する。

的価値を内容とする権利であれば足り、物権や債権に限られるものではないし、暗号資産の私法上の性質に関する議論が定まっていないからといって、不法な手段で財産上の利益を得ることを罰する趣旨で規定された電子計算機使用詐欺罪による保護の対象にならないというのは飛躍がある」として採用できないと述べていることが特に注目される。

3 東京地判令和3年7月8日 LEX/DB25590771

本件でも基本的に2と同様の問題が扱われている。すなわち、氏名不詳者がP2社の管理するアドレスから自身らの管理するアドレスに送信する旨の情報を与えて暗号資産NEMを移転させたのち(「本件移転行為」)、Xが情を知った上でその流出NEMの一部を收受したという行為が犯罪収益等收受罪に問われたが⁽⁷⁾、その前提として本件移転行為につき電子計算機使用詐欺罪が成立するかが争われた。弁護人は、暗号資産が246条の2における「財産権」に該当しない、本件移転行為は保有する秘密鍵を使用している以上、同条にいう「虚偽の情報」を与えたことにならず作成された電磁的記録も「不実」とはいえないなどと主張した⁽⁸⁾。

東京地裁は、NEMが資金決済法2条5項における暗号資産の一種であってXEMとも呼称され流通していること、移転に際して秘密鍵が必要となること、本件移転行為がP2側に承認されていない不正送信であることなどを認定したのち、NEMが資金決済法における暗号資産であり、不特定の者に対して対価の弁済として用いたり交換(購入や売却)したりすることのできる「財産的価値」であることをまず確認している。その上で、資金決済法が利王者保護のための各種規制を設けていることにも触れ、以上によれば、NEMは「財産的価値であって、支配の形態や保護の態様等を踏まえれば権利性を有しており、刑法246条の2にいう『財産権』に該当すると認められる」と述べている⁽⁹⁾。そして、弁護人の主張に対しては、本条における

(7) 本件でXが收受した流出NEMは合計6132万2625XEMで、收受時点における時価総額は約22億8875万3926円相当であり、類例を見ないほどに多額であった。

(8) その他に犯罪地や故意についても問題となったが、以下では省略する。

(9) この部分の構成は2においては見られない内容であり、注目に値するため、IVにおいて

「財産権」とは「金銭的価値を内容とする権利であれば足り、物権や債権のみに限られるものではないと考えられるし、暗号資産の私法上の性質について議論が定まっていないことをもって、不正な行為による不法な財産上の利得行為を処罰する趣旨で創設された電子計算機使用詐欺罪による保護の対象にならないという結論が直ちに導かれるものでもな」として、これを斥けている。

その上で、NEM ネットワークに参加している者は、自らのアドレスに対応する秘密鍵によって厳重に管理することで暗号資産を支配しているといえるとして、正規の権限者以外の者が秘密鍵を不正に入手するなどして取引等を行うことは想定されていない仕組みとなっていることを前提とすれば、本件移転行為における氏名不詳者は正規の権限者が送信を行うという虚偽の情報を与え、その旨の不実の電磁的記録を作成したと認められるとしている。

Ⅲ 暗号資産の法的性質をめぐる議論

1 関連する民事裁判例

暗号資産の法的性質に関して言及した最初の民事裁判例として注目されたのは、①東京地判平成27年8月5日 LEX/DB25541521 である⁽¹⁰⁾。本件は、Ⅱ1で取り上げたM社が破産開始手続決定を受けたのち、同社が運営するビットコイン取引所を利用していた原告が、M社の破産管財人である被告に対し、原告が所有しており、従ってM社の破産財団を構成しないビットコインを自身が占有していると主張して、破産法62条の取戻権に基づき、その引渡しを求めた事案である⁽¹¹⁾。個別の争点に関する原告のより具体的

特に取り上げて検討する。

(10) 本判決に関する論稿として、松尾弘「判批」法学セミナー763号(2015年)122頁、道垣内弘人「仮想通貨の法的性質」『社会の発展と民法学〔上巻〕近江幸治先生古稀記念論文集』(2019年)489頁以下、森下哲郎『デジタル化・グローバル化時代の金融法』(2022年)241頁以下など。

(11) 同時に、被告が引き渡しをしないことによりビットコインの自由な使用収益・処分が妨げられ損害を被ったとして不法行為に基づく損害賠償を主張していたが、結論的にこ

な主張内容は以下の通りである。すなわち、(1) ビットコインが所有権の客体となるかに関しては、法律上の排他的な支配可能性があれば「有体物」＝民法85条のいう「物」になお該当するとする理解を前提として、ビットコインも観念的存在ではなく、アドレスと秘密鍵によって排他的な支配が可能である以上これに該当する。(2) 原告が被告に対して取戻権を行使し得るかに関しては、本件では、複数の寄託者が同じ種類・品質のものを寄託し、受託者がこれを混合する形で保管して、契約で定められた返還時期に各寄託者が寄託した割合に応じて寄託物の返還を受けるという混蔵寄託の状態にあることが認められるから、原告は被告に対して寄託した割合に応じたビットコインの返還を求めることができる、というものである。

以上に対し、東京地裁は大要以下のような趣旨を述べて(1)(2)のいずれも認めず、原告の請求を棄却した。すなわち(1)については、所有権(民法206条)は、法令の制限内において自由に所有物の使用、収益及び処分をする権利であるところ、客体となる「物」は、民法85条において「有体物」であると定義されている。有体物とは液体、気体、固体といった空間の一部を占めるものを意味し、債権等の権利や自然力のような無体物に対する概念であるから、民法は原則として所有権を含む物権の対象を有体物に限定している。他方、権利質(民法362条)等の例外規定も存しており、著作権や特許権等の特別法により排他的な効力を有する権利も認められているが、これらにより上記の原則が変容しているとは解されない。以上のほか、所有権の対象となるには、加えて排他的支配可能性、非人格性が要件となる。原告の主張はこれらのうち有体性の要件を考慮せず、排他的支配可能性のみをもって足りるとするものであるが、上記のような民法の原則・明文に反するものであって採用できない。本件におけるビットコインについては、空間の一部を占めるという有体性は認められないし、その仕組みに照らし、秘密鍵の管理者が当該アドレスにおいて当該残量のビットコインを排他的に支配しているとも認められない。以上から、ビットコインは有体性、排他的支配可能性が欠ける以上、物権である所有権の客体とはならない。(2)につ

れも斥けられている。

いても、被告が所有権を有しているとは認められないのであるから、破産会社の管理するアドレスに保有するビットコインについて共有持分権を有することもなく、所有権の存在を前提とする寄託契約の成立も認められない。従って、所有権を基礎とする取戻権を行使することはできない、とした。

さらに、②東京地判令和2年3月2日金判1598号42頁も同様の理解を前提としていると解される。本件は、被告の運営する仮想通貨交換所にアカウントを開設していた原告が、当該アカウントに第三者からの不正アクセスを受けビットコインが外部に不正送付されたと主張した事案であるが、その際、主に、当該ビットコインを目的物とする寄託契約の債務不履行に基づく損害賠償を請求していたのに対し、東京地裁は、寄託契約は物の保管を目的とする契約であるところ、民法上、物とは有体物を指し、有体物とは空間の一部を占めて有形的な存在のものをいうと解されるのに対し、ビットコインを含む仮想通貨は「電子的方法により記録される財産的価値」であるに過ぎないのでこれに該当しない、従ってこれを目的物とする寄託契約は成立しないとされた。さらに、金銭や株式については寄託契約の目的物とされていることを論拠とする原告の主張に対しては、金銭はその高い流通性や代替性等の性質から一般の動産とは異なる取扱いが行われるものの、「紙幣や貨幣に紐づけられる有体物と解されている」ことから寄託の目的物とされていること、株券が発行されていない株式について寄託の目的物とするという実務上の取り扱いが確立していることを認めるに足りる証拠はないことをそれぞれ指摘してこれを斥けている点が注目される。

他方、より踏み込んだ独自の理解を示したのが③東京地判平成30年1月31日判時2387号108頁である⁽¹²⁾。本件は上記①におけるM社の破産手続において、顧客であった原告が届け出たビットコインの返還請求権に対する原決定裁判所の査定について、これを不服として提起された異議申立ての事案であるが、東京地裁は以下のような趣旨を述べてこれを斥け、原決定を是

(12) 本判決に関する論稿として、森下哲郎「判批」現代消費者法41号(2018年)64頁以下、久保田隆「判批」判例時報2412号(2019年)143頁以下、得津晶「判批」ジュリスト1535号(2019年)108頁以下、芝章浩「暗号資産の移転その他の処分の法律関係と実務」金判1611号(2019年)84頁など。

認している。すなわち、ビットコインを有する者の権利の法的性質については必ずしも明らかではないが、少なくともこれを仮想通貨として認める場合には、「通貨類似の取扱をすることを求める債権」(「コイン債権」)は、ビットコインが移転した時には、「その性質上、一緒に移転するものと解される」。ビットコイン自体は電磁的記録であって返還することができないから、原告はコイン債権について破産法103条2項1号イの「金銭の支払を目的としない債権」として、破産手続開始時における評価額をもって届け出たものと解されるが、仮に原告が主張するようにM社の代表者が原告のビットコインを引出し喪失させたのであれば、既にビットコインは移転しており、同時にコイン債権も移転したことになるため、手続開始時において原告はM社に対してコイン債権を有しなかったことになる。従って原告の主張は前提を欠いている、というものである。ただし、法的性質に関してこのような説明をする見解は見当たらず、内在的にも不明な点が多いため、本判決には多くの批判が向けられている⁽¹³⁾。

2 学説上の議論

暗号資産の法的性質に関する私法上の議論は、既にこれらの裁判例の出現よりも先行してかなりの程度に蓄積されている。以下では代表的な見解を概観しておくことにしたい⁽¹⁴⁾。

まず少数ながら、暗号資産を排他的に支配しているとしてもそれは事実状態に過ぎず、何らの権利・法律関係を伴うものではないとする見解⁽¹⁵⁾があ

(13) 森下・前掲(注12)68頁以下、久保田・前掲(注12)147頁以下。得津・前掲(注12)109頁は、「ビットコインを直接保有する者の権利」と「顧客が取引所に対して有する権利」とを混同しているようにみえるとする。芝・前掲(注12)84頁は、事実誤認に基づいており先例としての価値は乏しいと断じる。

(14) 以下の分類に際しては、末廣裕亮「仮想通貨の法的性質」法学教室449号(2018年)52頁以下、加毛明「仮想通貨の私法上の法的性質」金融法務研究会『仮想通貨に関する私法上・監督法上の諸問題の検討』(2019年)1頁以下、芝章浩「暗号資産の民事法上の取扱い」NBL1138号(2019年)49頁以下、森田宏樹「仮想通貨の私法上の性質について」金法2095号(2019年)14頁以下、小島冬樹「暗号資産の私法上の性質」判例1611号(2021年)30頁以下、同「ネットワーク参加者が保有する暗号資産をめぐる法律関係の総論」同35頁以下などを参照した。

る。しかしこの見解は決済手段としての動的安全性を重視する見地から述べられたものであり、他方において個別の問題との関係で民法の規定を参照・適用した性質決定がなされる余地も認めていることから、規範的な評価・位置付けを行う余地が否定されているわけではない。

他方、大多数の見解は法的保護ないし権利性を承認しているが、今日では以下の3つに大別されるのが一般的である。第1に、物権ないしこれに準ずる法的保護を認めようとする見解がある。代表的な論者によれば、「仮想通貨は、日本の私法上、法的保護に値する財産的価値であり、その帰属については、物権法のルールに従うと考えるべきである」⁽¹⁶⁾とされる。ただし注意すべきであるのは、同時に「無理に無体物を『物』であるという必要までではなく、無体物の帰属や移転についてはその記録方法の性格に応じて「有体物に関する物権法のルールを準用すること等により、その効果を第三者との関係でも主張できるという意味での物権法ルール」を発展させていくのが適切であるとされている⁽¹⁷⁾ことであり、客体の有体性ではなく優先的権利の所在（帰属の有無）が重視されている点である。また、実定法上の「権利」とはいえないとして権利性自体は否定しつつも、一定の財産的価値を有していることを承認した上で、条理に基づき、その帰属については物権法理を準用または類推適用すべきであるとする見解⁽¹⁸⁾もあり、基本的に共通していると解される。

第2に、仮想通貨に決済手段としての性質を認める前提から、これを「財産権」として位置付ける見解⁽¹⁹⁾がある。この見解は、「現金通貨において有

(15) 西村あさひ法律事務所編『ファイナンス法大全（下）〔全訂版〕』（2017年）845頁、851頁（芝章浩執筆）。

(16) 森下・前掲（注10）251頁。

(17) 森下・前掲（注10）274頁。

(18) 片岡義広「仮想通貨の私法的性質の論点」LIBRA504号（2017年）12頁以下、同「再説・仮想通貨の私法上の性質」金法2106号（2019年）8頁以下。

(19) 森田・前掲（注14）16頁以下。小島「暗号資産の私法上の性質」（注14）33頁も同旨。他方、本多正樹「仮想通貨の民事法上の位置付けに関する一考察（2・完）」民商法雑誌154巻6号（2019年）38頁以下は支払単位に対する「財産権」と位置付ける点においては共通しているが、無権限者による移転がなされた場合、原因関係が無効であった場合について例外的に物権的返還請求権を認めるとしている（同57頁以下）。

体物が通貨媒体として果たしていた機能を、ブロックチェーン上の電子的記録に代替させたもの」⁽²⁰⁾と捉えて、通貨と同様の規律を及ぼそうとする(具体的には「占有=所有」の原理を妥当させようとする)ところに特徴がある。

第3に、暗号資産におけるプログラム・コードに対して取引参加者全員が「合意」しているという点に着眼し、そうした合意が一種のソフトローとして参加者相互間の権利義務関係を規律すると捉える見解がある⁽²¹⁾。そうした「希薄な合意」に拘束力を認めてよいかという点については、約款取引をはじめとして当事者が権利義務関係を十分に認識することなく締結されている場合が多いことを考えれば支障とはならないと説明されている⁽²²⁾。この見解については、そこでいう「合意」の内容をいかに理解するかによって帰結が異なり得ることから、他の見解とは階層の異なった次元の議論であるという整理もなされている⁽²³⁾。

IV 刑法学における議論との関連

1 検討の方針

以上のような議論状況を踏まえ、刑法学としてはどのように考えるべきかを検討するにあたり、本稿ではⅡ 2、3で問題となった電子計算機使用詐欺罪の対象となる「財産権」の解釈を素材とする。あらかじめ方向性を示しておけば、ここでは客体としての有体性ではなくむしろ私法上の要保護性が問題となっていることを確認した上で、Ⅲでみた法的性質論に関しどのような方向性が望ましいのかについて言及することにした。

(20) 森田・前掲(注14)20頁。

(21) 末廣裕亮「仮想通貨の私法上の取扱いについて」NBL1090号(2017年)68頁、同・前掲(注14)54頁以下、加毛・前掲(注14)22頁以下、24頁。

(22) 加毛・前掲(注14)22頁。さらに、道垣内・前掲(注10)495頁。

(23) 加毛・前掲(注14)24頁。

2 客体との関係

刑法上は客体が「財物」であるか無形の「財産的利益」であるかの違いに応じ、強盗罪（236条）、詐欺罪（246条）、恐喝罪（249条）等においては条文上の区別がなされており、背任罪（247条）においては同一条文中に双方を客体に含むことが示されている。他方、「財物」のみを客体と規定している窃盗罪（235条）、横領罪（252条）、器物損壊罪（261条）では、無形の利益が客体となる余地はなく、従って例えば債務不履行や産業スパイ、映画のただ見などの不正利用行為が窃盗罪で処罰されることはない。

以上の見地から電子計算機使用詐欺罪（246条の2）をみると、文言上「財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた」となっており、無形の財産的利益のみが客体とされている。これは、機械に対する操作によって利益を不正に取得する場合、人に対する「欺罔」行為や、被欺罔者における「錯誤」が要件となる詐欺利得罪（246条2項）は成立する余地がないことから、この処罰の間隙を埋めるために昭和62年改正によって新設されたという本罪の立法趣旨に由来している⁽²⁴⁾。

従って本罪では有体物という意味における「物」に対する権利侵害は存在しないことになるが、例えばその客体に対して法益主体がいかなる権利を有しているか、優先的な保護・帰属を主張し得るか、という意味での「物権的なルール」の内容を考慮する必要があるか否かはここでは問題となっていないことに注意が必要である。

3 保護法益論との関係

むしろこの問題は、財産犯の保護法益をめぐり、民法をはじめとする私法上の要保護性が備わっていることは必要か否か、また必要だとしてもいかなる程度においてかという議論に関連している。

従来、A) 刑法は事実上の所持・占有それ自体を保護しており、私法上の

(24) 例えば大塚ほか編・前掲（注3）178頁以下（和田雅樹執筆）、西田典之ほか編『注釈刑法第4巻 各論（3）』（2021年）317頁以下（西田典之＝今井猛嘉執筆）など参照。

要保護性の有無は問題とならないとするいわゆる占有説と、B) そうではなく所有権その他の本権を保護しており、私法上の要保護性の有無に従属するとするいわゆる本権説の対立があるとされてきた。もっとも、今日の多数説は、自力救済が禁止されている以上、一応適法に存在しているとみられる外観があればなお財産犯で保護すべき必要性があるが、まったく無権限で私法上の保護に値しないような占有(例えば、つい先ほど他人の物を奪って逃走中の窃盗犯人が有している「占有」)については刑法上も保護すべきではないと解しており、その意味で基本的に両者の中間に位置し、C) 私法上の解釈として一応紛争の余地がある・ペンディングにしておく利益がある・合理的理由のある占有が保護されるという立場をとっている(合理的理由のある占有説、修正本権説など。出自の細かいニュアンスを捨象して「中間説」と総称されることもある)⁽²⁵⁾。

A) の立場からは、とにかく現在の静的状態・秩序を維持することが必要だとされ、ここでは当事者間における私法上の権利関係は判断される必要がないことになる。刑事判例は従来この立場をとってきたとされ、例えば①窃盗罪に関する最決平成元年7月7日刑集43巻7号607頁、②建造物損壊罪に関する最決昭和61年7月18日刑集40巻5号438頁、③不法原因給付物について横領罪の成立を認めた最判昭和23年6月5日刑集2巻7号641頁などが代表とされる。もっとも、③についてはその後の民事判例である最大判昭和45年10月21日民集24巻11号1560頁により不法原因給付者には所有権が存在しないとされて以降、立件はされていないようであり、既に先例としての意義は失われている⁽²⁶⁾。また①②に関しても最高裁が殊更積極的にA) のような立場を主張しているわけではないという分析もなされており⁽²⁷⁾、実際、私法上の判断を前提とした上で財産犯の成否を検討する傾向

(25) 最近の説明として、橋爪隆「窃盗罪の保護法益について」法学教室429号(2016年)80頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法[第3版]第12巻』(2019年)260頁以下(佐藤道夫=麻生光洋執筆)、松原芳博『刑法各論[第2版]』(2021年)184頁以下、高橋直哉『刑法の授業[下巻]』(2022年)77頁以下など。

(26) 佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論[第8版]』(2020年)128頁(豊田兼彦執筆)など参照。

(27) 佐伯ほか編・前掲(注26)55頁(上罵一高執筆)、佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民

は強まっているといえる（例えば、誤振込に関し被告人に適法な預金債権が成立することを認めつつ、詐欺罪の成立を肯定した最決平成15年3月12日刑集57巻3号322頁など⁽²⁸⁾）。これらは、学説上上記C)の立場が多数化したことと無関係ではないと思われる。以上のような見地からは、2項犯罪における「財産上の利益」や電子計算機使用詐欺罪における「財産権」についても、この意味での私法上の要保護性が備わっていることが要求されることになる。

4 裁判例の検討

以上を踏まえ、刑事裁判例のうち最も詳細なⅡ3を取り上げて検討する。本判決では、まず暗号資産が「財産的価値」を有することを確認し、しかる後に「支配の形態や保護の態様を踏まえれば」権利性を有しているから246条の2にいう「財産権」に該当する、という論理構成が採用されており、暗号資産それ自体がダイレクトに「財産権」だと述べているわけではないので、客体として財産的な価値（利益性）があることを確認してから、しかる後に主体への帰属を認めるという趣旨であると理解するのが自然な読み方と思われる。以上のような理解は、虚偽の説明によりビットコインを送付させた行為につき、「ビットコインという財産的価値」を騙取した詐欺であり不法行為に該当すると説明する近時の民事裁判例⁽²⁹⁾の用語法とも整合している。

他方、弁護人の主張を排斥する文脈において、本条の「財産権」とは金銭的価値を内容とする権利であれば足り、「物権や債権のみに限られるものではない」と述べられている。もっともここでその両者に属さない利益や価値が具体的に想定されているとまでは考えにくく、教科書等にはあまり積極的に記述がなされていないことからすると、定評あるコンメンタールの記

法の対話』(2001年)146頁以下(佐伯発言)など。

(28) 他の問題も含めた概観として、内田貴ほか編『民法の争点』(2007年)12頁以下(佐伯仁志執筆)。

(29) 例えば京都地判令和3年8月11日LEX/DB25591008、東京地判令和3年9月9日LEX/DB25601958など。

述⁽³⁰⁾を参照しただけのようにも思われる。

またさらに続けて、私法上の性質について議論が定まっていなかったことをもって本罪による保護の対象にならないという結論が直ちに導かれるものでもないとも述べられており、以上の部分はⅡ2とも共通している。この部分は一見するとA)占有説を前提とした叙述に読めないでもないが、これはそのような強い前提を含むものではなく、少なくとも現状においても法的な保護の必要性が認められること自体については、Ⅲ2で示した通り法的性質論に関するいかなる見解も否定していないわけであるから、先端的な議論の帰趨が定かでないということのみをもって財産犯の成立が否定されるわけではない以上、抗弁として成り立たないという趣旨において述べられたものと解するのが適切であると思われる。

5 法的性質をめぐる議論の検討

以上のような理解から、Ⅲ1、2でみた法的性質をめぐる議論について若干の検討を加えることにしたい。

まず、資金決済法の定義にも示されている通り、暗号資産は「財産的価値」というニュートラルな概念であってそれ自体に権利性が備わっているわけではなく、権利義務関係の「対象」となる利益である。社会の実態を見る限り、暗号資産は通貨のような決済手段としてではなく、投機の対象として用いられているのが現状であって⁽³¹⁾、資金決済法上の諸規制もそのような前提に立った上で行われていること⁽³²⁾、特にビットコインのように国家のような発行主体(価値を保証し、その源泉となる存在)が存在していないものが多くを占めること⁽³³⁾をも勘案するなら、Ⅲ1のうち「通貨」としての性

(30) 大塚ほか編・前掲(注3)180頁(和田執筆)。246条の2における「財産権」につき「金銭的価値を内容とする権利であって、債権、物権等がその典型である」とのみ記されている。

(31) 得津晶「仮想通貨の消費者被害と法的問題」現代消費者法42号(2019年)29頁以下は、もはや賭博でしかないのではないかと疑問を向けている。

(32) 高橋康文編著『新・逐条解説 資金決済法』(2021年)274頁。

(33) 高橋編著・前掲(注32)272頁以下、末廣・前掲(注21)68頁、同・前掲(注14)53頁。網羅的なものとして片岡「再説・仮想通貨の私法上の性質」前掲(注18)13頁

質を強調して財産権であるとする第2の見解には、実情・現行法に調和していない面があるように思われる。また、暗号資産それ自体がダイレクトに「財産権」であるとする部分も、IV 4 でみたような裁判例の用語法に整合しない面がある。

さらに、第3の見解のように、ネットワーク参加者の合意によって性質決定されるとするアプローチには、私法上の性質論としての意義はあるとしても、ややもすると不明瞭さも疑われているそうした概念によって刑法上の要保護性の有無が決定され、処罰の可否が分かれるということになると、罪刑法定主義との関係で問題が生じることになる。この点は、一定の手続が形式的に遵守されていれば刑法上も正当化されたものとして扱う考え方（いわゆる「手続化論」⁽³⁴⁾）の問題性にも通ずる部分があるように思われるが、そもそも国家権力の介入を排除した上で自生的に利用を促進しようとしてきた暗号資産の発達の過程をみるならば⁽³⁵⁾、発行主体のガバナンスの欠如という問題を皮切りとして結局国家による法規制や後見的保護を求めざるを得ない状況に至っているというのは見方によっては背理ともいえるのであって⁽³⁶⁾、このアプローチによって「法的性質」を規定しようとすることには内在的に限界があるように思われる。少なくとも財産犯の処罰根拠を考える刑事法の視点からは、このような理解の採用は困難であるといわざるを得ない⁽³⁷⁾。

以上に対し第1の見解については、対象の有体性の欠如から強い返還請求

以下。第2の見解を主張する論者もこの点の問題性は自覚している（森田・前掲（注14）21頁以下）。

(34) この問題につき、天田悠「刑法における『手続化』論の基礎的考察（1）～（3）（完）」香川法学39巻3・4号（2020年）39頁以下～同40巻3・4号（2021年）101頁以下、同「背任罪における任務違背行為と『手続』の履行」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2022年）417頁以下参照。

(35) 加毛明「デジタル・トークンと法」金判1611号（2021年）6頁以下など参照。

(36) この問題につき、小塚荘一郎「仮想通貨に関するいくつかの『大きな』問題」法律時報89巻11号（2018年）1頁以下。

(37) 得津晶「日本法における仮想通貨の法的諸問題：金銭・所有権・リヴァイアサン」法学81巻2号（2017年）99頁以下は、倒産隔離効の問題を考えればネットワークに参加している取引当事者のみならず「取引当事者の債権者」も含まれることになる点を指摘して、当事者間の合意のみで権利関係のルールを説明することには無理があるとする。

権を認めることには解釈上無理があるとする批判がなされている。しかし少なくとも電子計算機使用詐欺罪をはじめとする無形の財産的利益を客体とする各罪の解釈論においてはもともと対象の有体性は問題となっておらず、これまでに述べてきたように、むしろ無形の利益を事実上保持していることに対する私法上の「裏打ち」、要保護性の有無こそが問題となっている。このような見地からは、上述した通り、客体とその要保護性の問題を適切に区分した上で、当該利益に対する優先的帰属(例えば返還請求権など)を認められるだけの関係があるか否かを、既存の物権変動のルールを適宜参照しつつ検討するというアプローチには魅力があるように思われる⁽³⁸⁾。ただし、(M社がそうであったように)交換業者の側において自身の財産と顧客から預かった暗号資産や金銭の分別管理がなされていなかった事案も存在していたこと、今日では資金決済法63条の11によりこれらの分別管理が交換業者に義務付けられたものの⁽³⁹⁾、他方で個別の顧客の暗号資産相互の間の厳密な分別までは要求されているわけではないため⁽⁴⁰⁾、この種の場合にそもそも「預かった分」といういわば数値上・帳簿上の把握のみで特定可能といえるかについても議論の余地があることなどを踏まえると、實際上、個別の被害者毎に対象となる範囲を特定してこのような帰属の有無を考えることが可能かについてはなお不透明な部分が残されている。実務上は特に破産事案における倒産隔離効や取戻権をいかにして基礎付け、機能させ得るかが難問として立ちはだかっている⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾。

(38) 預金を対象とした私見として、照沼亮介「預金口座内の金銭の法的性質(4・完)」上智法学論集58巻2号(2014年)69頁以下。

(39) 違反した場合には同法108条3号により処罰の対象となる。

(40) 堀天子「暗号資産交換業者に対して暗号資産を預託した場合の法律関係の総論」金判1611号(2021年)42頁、43頁、小林信明=武内齊史「倒産時における暗号資産の取扱いと具体的対応」同68頁。

(41) 例えば、西村あさひ法律事務所編・前掲(注15)861頁以下(芝執筆)、加毛・前掲(注14)30頁以下、32頁以下、岩原紳作『商事法論集Ⅲ 金融法論集(下)―信託・保険・証券』(2020年)515頁以下、堀・前掲(注40)41頁以下、小林ほか・前掲(注40)67頁以下などを参照。

(42) なお、諸外国においても暗号資産の法的性質については議論がなされているものの、未だに明確な位置付けが与えられているとはいえない状況のようである(西村あさひ法

V 立法による保護の可能性

この問題は結局、対象の有体性を前提として組み立てられた及び所有権概念、及びこれを前提とする「所有権」侵害罪としての財産犯を中核とする現行法の限界を示すものでもあり、そのような視点から刑事法上も立法による対処が必要であるとする主張も既に示されている⁽⁴³⁾。最後にこの問題について可能な範囲で言及しておくことにしたい⁽⁴⁴⁾。なお、財産的価値の保護という見地からのみ検討を行い、資金決済法 107 条以下のような一般的な業

律事務所編・前掲（注 15）847 頁注 30（芝執筆）、森下・前掲（注 10）247 頁以下など参照）。性質決定に関する議論は国際的に平仄の合う形でなされるべきであるとする主張もあるが（久保田・前掲（注 12）147 頁）、そもそも「所有権」概念に関してですら各国の間で理解が様々に分かれていることをも想起するとき、現実的にはそのような見込みは乏しいように思われる。

以下、ごく簡単にドイツ刑法上の財産犯規定による暗号資産の保護の可能性について記しておけば、まず日本と同様、財物は有体物に限定されると考えられており、財物罪の適用は排斥される。他方、無形の財産上の利益に関しては、恐喝罪（253 条）、強盜的恐喝罪（255 条。わが国における 2 項強盜罪に相当する）、詐欺罪（263 条）、背任罪（266 条）のほか、本稿の対象である電子計算機使用詐欺に相当する行為についてはコンピュータ詐欺罪（263 条 a）の適用があり得る（差し当たり、Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 24. Aufl. 2022, S. 338 ff.）。本罪における「財産上の損害」については詐欺罪等と同様の議論が妥当するとされるが、そこでいう「財産」の意義に関しては大まかにいえば経済的な価値の存在と法的な要保護性の存在とが要求されている。以上を踏まえれば、暗号資産についても金銭的価値を有しており法的保護を受けていることからして（Vgl. BGH 27.7.2017, NSz 2018, 401）、上記の各罪における保護の対象とすることが可能であろう（Roland Hefendehl, in: *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch Band 5*, 4. Aufl. 2022, § 263 Rdn. 615 f.）。

(43) 品田智史「金銭に対する横領罪について」『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』前掲（注 34）416 頁。

(44) もっとも、資金決済法改正により業法としての規制が及ぼされたことをとらえて「仮想通貨を奨励しているかのようなメッセージが社会に醸成されてしまったのであれば、そちらの方が問題である」とし、「そもそも法規制をせず、法の支配の及ばない『危ない領域』だと思ってもらった方がよいのかもしれない」とする見解もある（得津・前掲（注 31）30 頁）。確かにそのような側面もあることは否定できないが、暗号資産自体の財産的価値に加え、ブロックチェーン技術の発達に伴い多様なサービスが今後もさらに増えていくであろうこと（それが社会の発展をもたらす可能性もあること）を勘案するならば、やはり適切な法的保護のあり方を探究していく必要性は高いと思われる。

法としての規制⁽⁴⁵⁾や、コンピュータデータの機密性に対する保護⁽⁴⁶⁾の問題は射程外とする。

まず法的性質をめぐる議論の検討を踏まえつつ、暗号資産のような客体が保護の対象となりうるのかを再確認しておく必要がある。以下では、①利益性の有無(財産としての適格が認められるか)、②移転性の有無(他者に引き渡すことを観念し得るか)、という指標を用いて論じることしたい⁽⁴⁷⁾。まず①に関しては、資金決済法上の定義や、これまで判例・学説の議論を通じてみてきた実態を踏まえるならば、暗号資産には保護に値する経済的価値が備わっていることは明らかである。その上で、よほど問題のある運営主体や取引当事者が介在している場合でない限り、通常は私法上の要保護性をも認め得るであろう⁽⁴⁸⁾。厳密な意味での私法上の性質決定になお課題が残されているとしても、それを法的保護の対象とすること自体には支障はないと解される⁽⁴⁹⁾。以上の点は、暗号資産に類似する他のトークンについても基本的に同様に考えることができるように思われる⁽⁵⁰⁾。そして②に関しても、資金決済法上、秘密鍵とアドレスを用いて特定数量の暗号資産を排他的に管理している者が、その状態を他者に引き継がせる=移転させることが可能であるという理解が前提とされている。事実上はブロックチェーン上の数字・記号の羅列が変化するだけであるとしても、その変化によって対象の移転・権利関係の変動として評価することができるという点は振込取引等の場合と変わるものではないため⁽⁵¹⁾、同様に肯定できると考えられる。これらの検討を踏まえ、有体性を欠いているとしても、なお権利義務の対象となるとい

(45) 内容については、高橋編著・前掲(注32)275頁以下など参照。

(46) この問題につき、西貝吉晃『サイバーセキュリティと刑法』(2020年)参照。

(47) これらについては、照沼・前掲(注1)7頁以下、14頁参照。

(48) 加毛・前掲(注14)26頁は、ガバナンスに問題が存在する場合に保護の必要性を否定する余地があるとする。

(49) 信託法上は、金銭的価値があり委託者の財産と分別可能であれば、物権か債権かといった点の確認を要せず信託財産として扱うことができるとされている。

(50) 暗号資産と他のトークンの区別については、河合健ほか編著『暗号資産・デジタル証券法』(2020年)33頁以下(陳嘉洲執筆)が参考になる。

(51) 最近の解説として、千葉恵美子「預貯金口座に対する払込みと弁済(応用編)」法学セミナー806号(2022年)83頁以下。

うことを明文で規定しておくことが好ましいであろう。

次いで、いかなる行為態様が処罰の対象とされるべきかについて考えてみる。この点、刑法典の財産犯規定における主な態様を整理するならば、領得罪としては①窃取、②詐取⁽⁵²⁾、③喝取、④強取、⑤横領があり、毀棄罪としては⑥損壊（判例によれば効用喪失）があり、さらにこれら双方を包含する形での⑦任務違背行為といったものも存在する。暗号資産が無形的利益であることを念頭に置いた上でこれらを手掛かりに考えてみると、上述のような移転性が存在することを踏まえるならば、領得意思をもって不正に移転させた場合、無形の利益を対象として①～⑤の行為を行ったと評価することが可能である。ただし①⑤については一般的な利益窃盗・利益横領不可罰の原則との関係をどう考えるべきかという問題が残り、この点を重視するなら②～④の態様に限定して立法化するということが考えられよう⁽⁵³⁾。他方、領得意思を有さない⑥に関しても器物・建造物損壊罪としては有体物のみが対象となっている関係で検討の余地がある。もっとも、⑦との関係で、現行法の背任罪の中に「無形の利益」を客体とする「毀棄・隠匿」行為が既に処罰対象として含まれている⁽⁵⁴⁾。仮に暗号資産交換業者を事務処理者類似の主体とみるならば、こうした者に限定する形で、領得意思の存在が認められない不正流出などの行為につき⑦を処罰対象とすることが考えられよう⁽⁵⁵⁾（「財産上の損害」の発生を別途要するかという問題は残る）。

ただし、ここまでの検討で気付くのは、暗号資産の場合、そもそも財物でいうところの「占有」に相当する状態が誰に・どこに認められるのかという問題である。金銭をはじめとする有体物については、(1) 法益主体 A に事

(52) なお、電子計算機使用詐欺については固有の論点が存在するものの、本稿では差し当たりここに含めておくこととする。

(53) 盗品等関与罪に相当する規定を設けるか否かに関しても、基本的に同様に考えられると思われる。

(54) この点につき、照沼・前掲（注1）9頁注28。

(55) この発想を推し進めていくと、交換業者の管理上の問題によって不正流出が生じた際、業者にプラットフォームとしての責任を問うという方向性にも至り得る。この問題につき、品田智史「プラットフォームビジネスと刑法学」法律時報93巻12号（2021年）93頁以下参照。

実上の支配が認められるときにこれを侵害すればAに対する①窃盗罪の問題となる。そうでなくAが他人Bにその管理を委ねている場合には、(2) 第三者CがBの支配を侵害したときにはBに対する①窃盗罪の問題となるが、(3) Bが自身の事実上・法律上の支配下にある財物を取得した場合にはAに対する⑤横領罪(及び⑦背任罪)の問題となる、という形で区別がなされてきた。この点、暗号資産の場合には、暗号資産の保有者が自ら秘密鍵とアドレスを用いて管理下に置いているケースと、交換業者等が委託されて顧客の暗号資産を管理下に置いているケースとが考えられる。上記に対応させるということであれば、(1)(2)のように直接の管理者から不正に取得する行為(②～④)と、(3)直接の管理者自身が主体として不正に取得する行為(⑦)とを切り分けて規定することになろう。もっとも、暗号資産の「占有」それ自体がそもそも規範的・観念的なものでしかないことに鑑みると、そもそも両者をあえて別罪として扱うべきなのか、同種の犯罪の別個の行為態様として包括的に規定した方がよいという考え方もあり得るかもしれない。しかし上記の通り、直接の管理者から侵害する②～④の行為と、管理者自身が主体となって侵害する⑦の場合とを書き分けつつ、後者の任務違背性を考慮してそれなりに重い法定刑を用意するという方策がより明快であり、好ましいように感じられる。

最後に法定刑については、基本的に上記②～④及び⑦に相当する各罪に対応した重さとするのが考えられる⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾。被害が莫大な金額に上りがちな

(56) 西村あさひ法律事務所編・前掲(注15)887頁(芝執筆)は、少なくとも窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪と同等の財産犯としての保護を及ぼすべきだとする。

(57) もっともより根本的には、現行法の窃盗罪における法定刑の上限が懲役10年とされているもの実際にそのような上限付近の科刑がなされることはほとんど見受けられないところ、新規の刑事立法に際してこの部分がしばしば不動の前提・基準であるかのようには扱われることには疑問の余地がないではない(団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(1990年)578頁以下参照。著作権侵害罪に関しこの点を問題視するものとして中山信弘『著作権法[第3版]』(2020年)800頁以下)。

そもそも旧刑法366条では窃盗の罪につき重禁錮2月以上4年以下とされていたが、それ以外にも態様や被害額によりさまざまに細分化された上でさまざまな法規が存在していたため、現行刑法制定時にこれらの諸規定を一本化する形で裁判所に裁量の余地を広く認める形式にすることが意図されていた(例えば、大塚ほか編・前掲(注25)352

ことや流出した場合の追及が困難であることなどを考慮して根本的により重い法定刑を設けることも考えられないではないが、不正アクセス等の規定による処罰も別途想定されること、財産侵害としての性質やそれに対する評価を明確化することを重視するならば、基本的には上記のような方向で考え、必要に応じて罰金刑を追加・加重するなどの形で対処すべきではないかと思われる。

(本学法学部教授)

頁以下〔川合昌幸＝西森英司執筆〕参照)。しかしなぜ上限をここまで重くする必要があったのかについては必ずしも明らかでない。司法省の刑法改正審査委員会・法典調査会における検討内容（明治25年～明治33年）、及びその成果である明治28年「刑法草案」の第294条、明治30年「刑法草案」の第298条、明治33年「刑法改正案」の第281条及びその理由書、明治35年「刑法改正案」の第272条及びその理由書で、それぞれ窃盗罪を懲役10年以下とすることが提案されているが、これらの過程においても、またこれを受けた第15回帝国議会における審議内容（明治34年）、第16回帝国議会における審議内容（明治35年）、ひいては最終的な第23回帝国議会における審議内容（明治40年）に至るまで、確認できた範囲ではこの点に関する明確な説明や議論がなされた形跡は見当たらない（内田文昭ほか編著『日本立法資料全集21 刑法〔明治40年〕（2）』（1993年）218頁、580頁、582頁、同『日本立法資料全集24 刑法〔明治40年〕（4）』（1995年）146頁、147頁以下、546頁、665頁、同『日本立法資料全集27 刑法〔明治40年〕（7）』（1996年）216頁。なお、松尾浩也増補改題・倉富勇三郎ほか監修『増補刑法沿革総覧』（1990年）1192頁）。

その後の改正刑法草案をめぐる議論においては、同草案第321条に加重窃盗罪を置き、法定刑を懲役1年以上10年以下とした関係で、通常の窃盗罪にあたる第320条について上限を7年に引き下げはどうかという主張もなされたが、最終的には10年以下ということにされている。この間の経緯につき平場安治ほか編『刑法改正の研究2 各則』（1973年）106頁以下（藤木英雄執筆）、法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975年）319頁以下参照。

論 説

結合企業における悪意判断の法的構造 (1) ——グループ会社間での情報伝達の法的規律を ふまえて——

溝渕 将章

- 第1章 問題の所在
- 第2章 ドイツ法における議論の展開
 - 第1節 本章における検討対象の確認
 - 第2節 前提となる法的理論の確認
 - 第3節 結合企業間における悪意の効果帰属
 - I 連邦通常裁判所判決における問題の顕在化
 - II 学説における議論の端緒——ボルクおよびドレクスルの見解 (以上本号)
 - III 学説の展開①——従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するか
 - IV 学説の展開②——支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するか
 - V 学説の展開③——役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属
- 第3章 日本法への示唆
- 第4章 結語

第1章 問題の所在

第1節 本稿の検討対象

民法その他の私法には、当事者の善意悪意（または善意についての過失の有無）によってその当事者の法律関係を決する法規範が数多く存在する。いずれの規範も、悪意（または善意有過失）の当事者を法律上不利に扱うこと

で、私法における当事者間の利害調整の役割を担っている。自然人が当事者となる場合、その善意悪意は、同人の認識状態を直接に判断すればよい。これに対して、法人が当事者となる場合には事情が異なる。観念的存在である法人は、自然人と同一の意味での身体・知能、とくに認識能力を有しない。このため、法人を当事者とする法律関係においてその善意悪意が問題となる場面では、法人に関わる自然人が事実・情報を認識していることをもって、法人を悪意者と法的に評価することが必要になる。従来のが国の判例・学説では、とくに組織内の役員⁽¹⁾・被用者のうち誰を基準にして法人の悪意を決するかという論点を中心に、この問題が議論されてきた⁽²⁾。

他方で、現在の企業活動においては、有力上場会社の多数がそうであるように、資本参加等によって他社を子会社化し、企業グループを形成して活動する例が極めて多くみられる。親子会社の定義規定(会社法2条3号、4号、会社法施行規則3条各項)や持株会社解禁(平成9年)など、法制度もまたこの現実を追認、後押ししてきた⁽³⁾。こうした実態のもとでは、ある会社(A

-
- (1) 本稿において「役員」というときは、特段の断りがない限り、業務執行機関・代表機関の役員(取締役、代表取締役)を指すものとする。
 - (2) 末弘厳太郎「判批」判例民事法昭和12年度版(1938年)425頁以下(以下では、末弘①と表記する)、末弘厳太郎『民法雑記帳』(1940年)78頁以下(以下では、末弘②と表記する)、福地俊雄「法人の不当利得と悪意」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(3)』(1972年)123頁以下、星野英一「判批」法協91巻4号711頁以下(1974年)、二宮照興「法人の善意又は悪意について」日法58巻1号115頁以下(1992年)、加毛明「法人における事実認識の有無に関する法的判断の構造」神作裕之編『フィデューシャリー・デューティーと利益相反』(2019年)171頁以下。筆者もまた、この問題を扱ったことがある。溝淵将章「民法101条1項と『悪意の帰責』法理(1)(2・完)」阪法63巻1号75頁以下、63巻2号497頁以下(2013年)(以下では、拙稿①(1)(2)と表記する)、溝淵将章「法人における分業的組織構造と『悪意の効果帰属』(1)(2・完)」常業3巻1号163頁以下(2016年)、4巻1号85頁以下(2017年)(以下では、拙稿②(1)(2)と表記する)。
 - (3) 企業結合法制に関するわが国の状況について、森本滋「企業結合」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第2巻企業組織』(1985年)97頁以下、101頁以下、早川勝「企業結合法の現状と課題」法時64巻7号58頁以下(1992年)、高橋英治「会社法における企業結合規制の現状と課題(上)(下)——平成26年改正を踏まえて——」商事2036号16頁以下、2037号36頁以下(2014年)、高橋英治「現代日本における企業結合と企業結合法」商事2075号64頁以下(2015年)。

社) の法律関係に影響する情報が、同一の企業グループに属する他の会社 (B 社) の内部に存在することがある⁽⁴⁾。それでは、この場合に、B 社内に情報が存することをもって A 社を悪意者と扱い、その相手方との関係で A 社を不利に扱えるか。

具体例を挙げてみよう。例えば、東京地判昭和 61 年 1 月 28 日 (判時 1229 号 147 頁) は、以下のような事案である。A 保険会社は、本件原告との間で、訴外某を被保険者とする生命保険契約を締結した。同契約締結時、被保険者は、数日前に肺疾病の存在を医師から指摘された事実を告知しなかった。被保険者の死亡後、保険金支払を本件原告から請求された A 社は、告知義務違反の有無を子会社の B 社に調査させた。調査の結果、B 社は、被保険者に告知義務違反があった事実を認識し、それから 15 日後に調査結果を A 社に報告した。同報告により告知義務違反の事実を認識した A 社は、その約 20 日後に本件原告に対して解除の意思表示をした。これに対して本件原告はつぎのように主張し、解除の効果を争った。すなわち、B 社は、A 社の 100 パーセント子会社であり、役員・被用者はすべて A 社の出身者または出向者である。このような「関連共同性」がある場合は、B 社が解除原因を認識した時点をもって A 社が同事実を認識した時点とみるべきである。そうすると、本件では、解除時、A 社が解除原因を認識してから 1 か月の除斥期間が経過しているので、本件解除は無効である、と (商法旧 644 条 2 項、678 条 2 項、現・保険法 28 条 4 項、55 条 4 項、84 条 4 項)。本件事案が、子会社の事実認識をもって親会社を悪意者とできるか (それゆえ、本件原告との関係で親会社を不利に扱えるか) を争点としていることが分かるであろう。

前記事案は、解除権の除斥期間という、保険法上の規律との関係で法人の悪意を問題としたものであるが、同様の問題状況は、民法上の規律との関係でも想定できよう。例えば、A 社は、所有する土地を子会社の B 社に管理させていた。A 社は、同土地を担保責任の免責特約付きで売却した。このと

(4) 「社内に情報が存在する」というのは抽象的な表現であるが、本稿ではさしあたり、当該情報を知る役員・被用者が同社内に現にいる、もしくは過去にいたこと、または、当該情報が同社の役員・被用者により取得され、何らかの媒体により記録・保管されていることを指すものとする。

き、同土地の地中には障害物が存在しており、売買契約を担当したA社の役員はその存在を知らなかったが、B社では、当該障害物が被用者によって知られていた。この場合、A社は悪意の売主として、目的物の契約不適合による責任を買主に対して負うか(民法(以下省略)572条)。

本稿は、法人の悪意判断が問題となる一局面として、以上のような場合に、B社内に情報があることをもって⁽⁵⁾、A社を悪意者と扱えるかを検討するものである。すなわち、ある行為(例えば、解除権行使や売買契約)との関係でA社の法律関係に影響する情報について、同一の企業グループに属するB社(その役員・被用者)がこれを認識していることに基づき、A社を悪意者と扱えるかということである⁽⁶⁾(本稿では、ある株式会社が、他のひとつまたは複数の株式会社を株式保有により子会社化し、企業グループ⁽⁷⁾を形成している場合を主として念頭に置く)。

第2節 日本法の理論状況

従来の日本法では、本稿が課題とする論点を直接扱った議論はほとんどみあたらない。もっとも、前記昭和61年判決およびこれに対する評釈は、同論点に対して一定の判断を示しており、これを論説の起点にすることが有益

-
- (5) なお、本稿では、B社の役員・被用者が、A社の法律関係に影響する情報を知らなかったことにつき過失があった(善意有過失であった)状況は、かかる状況を通常想定できないことから、考察の対象から除外する。
- (6) 本文でも述べたように、法人の悪意判断をめぐる民法上の議論は(筆者自身の先行研究を含め)、組織内にいる役員・被用者のうち誰を基準にして法人の悪意を決するかを扱っており、企業グループの関係を念頭に置いていない。他方で、企業結合法制に関する会社法学説は、会社の内部関係(とくに、企業結合のなかで親会社株主や子会社の少数株主をどのように保護するか)を議論の主な対象としている(枚挙にいとまがないが、例えば、森本・前掲注(3)124頁以下、神作裕之「親子会社とグループ経営」江頭憲治郎編『株式会社法大系』(2013年)57頁以下、61頁、70頁以下、92頁以下)。企業結合の対外関係については、法人格否認の法理のなかで扱われることがあるものの、この議論も、会社の悪意判断の問題を対象にしていない。本稿は、従来の議論のこの隙間を埋める試みである。
- (7) 本稿では、「企業グループ」を「株式保有に基づく支配従属関係を基礎にする垂直的結合体」と理解する。この点については、川濱昇「企業結合と法」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法7企業と法』(1998年)87頁以下、111頁。なお、「企業グループ」の多義性については、神作・前掲注(6)61頁以下。

である。

I 東京地判昭和 61 年 1 月 28 日と同判決に対する学説の評価

前記昭和 61 年判決は、原告主張の関係性があっても、B 社の事実認識を、直ちに A 社の事実認識と同視することはできないとした。この判示の理由として、「両社間に（前記の）密接な関係があるというだけの理由で、それぞれ独立の法人格を有し、社会的に各別の企業活動を営む両者を、法律上同一視することはできない」⁽⁸⁾とする（括弧内および傍点・筆者）。

商法・保険法上の学説も、同判旨におおむね賛同しているようである⁽⁹⁾。とくに重要なのは、昭和 61 年判決に対する落合誠一の評釈である。落合は、本件のように極めて密接な親子会社関係にある場合でも、それだけで子会社の事実認識を親会社の悪意とするのは妥当ではないと述べ、本判決を支持する。「法人格が別個であれば、それぞれ対等・独立の別個の人格と考えるのが法原則」だからである⁽¹⁰⁾。そのうえで、落合は、特別な事情があれば、人格が異なる者の認識を同一視することが正当化されるとする。そうした事情の例として、①解除権行使の権限が子会社に授与されていることや、②實際上、子会社の調査結果を親会社が直ちに知りうる状況にあることを挙げている⁽¹¹⁾。

昭和 61 年判決および落合の見解を通じて注目されるのは、いずれも、親子会社（A 社と B 社）を法律上同一の人格と評価できるかという観点から、問題を把握している点である。「法人格が別個であれば、それぞれ対等・独立の別個の人格」であるため、親子会社の関係があるだけでは、B 社の事実認識をもって A 社を悪意者とすることはできない。この場合に A 社を悪意者とするには、A 社と B 社とを法律上同一の人格とみうるのでなければな

(8) 判時 1229 号 151 頁。

(9) 例えば、落合誠一「判批」鴻常夫編『別冊ジュリスト 97 号生命保険判例百選（増補版）』（1988 年）234 頁以下、小林量「判批」山下友信・洲崎博史編『別冊ジュリスト 202 号保険法判例百選』（2010 年）132 頁以下、山下友信『保険法（上）』（2018 年）428 頁。

(10) 落合・前掲注 (9) 235 頁。

(11) 落合・前掲注 (9) 235 頁。

らない。落合が掲げる諸事情も、このようにA社とB社とを(解除権行使との関係で)法律上同一視するための要件として理解できよう。

Ⅱ 民法学における法人の悪意判断をめぐる理論

翻って、民法上の判例・学説にも、法人の悪意判断をめぐる従来から理論の蓄積がある。民法上の議論は、(ひとつの)法人内の誰の事実認識をもって法人を悪意者とできるかを対象としており、親子会社間の関係を扱ったものではない。しかし、一般法たる民法に議論が存する以上、本稿の問題との関係でもこれに言及することが不可欠である⁽¹²⁾。以下では、法人の悪意判断をめぐる民法上の理論を紹介したうえで(一、二)、Iでみた昭和61年判決や商法・保険法学説が、この理論に照らしてどのように位置づけられるかを検討する(三)。

一 101条1項・2項の適用または類推

判例・学説は、法人の悪意判断の第1の根拠を101条1項・2項(代理行為の瑕疵)に求めている⁽¹³⁾。同項は、代理行為の効力に影響する善意悪意や過失の有無は、本人ではなく代理人を基準にしてこれを決する旨を定める。この規律は、ある法律行為の効力に影響する主観的事情は、当該行為(意思表示)を現にする者を基準に決するという考え方に基づく。代理の場合には、代理行為をするのは代理人であるため(代理人行為説)、同行為に影響する善意悪意も、その代理人を基準に判断するわけである⁽¹⁴⁾。

判例・学説は、以上の考え方は法人の関係でも妥当するとする。これによ

(12) 法人の悪意判断に関する理論の詳細は、二宮・前掲注(2)118頁以下。筆者も、別稿にて判例・学説を比較的詳しく紹介・検討したことがある。拙稿②(1)・前掲注(2)165頁以下。本稿では、論説の重複をなるべく避けるため、本稿での問題を扱うのに必要な最低限度の紹介にとどめる。

(13) 本稿で扱う判例および学説の議論は、主に平成29年民法改正前のものであり、改正前民法では、旧101条1項が現行同条1項および2項に、旧同条2項が現行同条3項に対応している。本稿の紹介では、旧1項を現行1項・2項に、旧2項を現行3項に、それぞれ置き換えて記述する。

(14) 例えば、我妻榮『新訂民法総則』(1965年)348頁。

れば、ある法律行為や業務との関係で法人の法律関係が善意悪意により決まる場合には、法人を代理（代表）して当該行為の意思決定をした者を基準に、これを決する（以下の記述では、このような役員・被用者のことを「決定権者」と表記する）。したがって、まず、代表権を有する役員が、法人の悪意判断の基準となる⁽¹⁵⁾。また、代表者が、組織内の被用者や組織外の他人に代理権を授与して法人のために行為させていれば、当該行為との関係では、その代理人が悪意判断の基準となる⁽¹⁶⁾。この考え方によれば、**第1節**で掲げた各事例では、A社の解除権行使を担当し、その意思決定を現実に行う役員や被用者、あるいは、A社の側で売買契約の意思決定を行う者が、それぞれ、解除や売買契約との関係でA社の悪意判断の基準となる。

二 101条3項の類推

さらに学説では、決定権者以外の役員・被用者も悪意判断の基準とする見解が、戦前・戦後を通じて有力に提唱されている。代表例として、末弘嚴太郎および星野英一の各見解がある。両説は、101条1項・2項に加えて、同3項を法人の悪意判断の根拠とする。

末弘によれば、101条3項は⁽¹⁷⁾、代理人が善意でも、代理人に法律行為をさせた本人が悪意であれば、代理人の善意から生じる効果を本人に享受させないようにするための規定である。この趣旨によれば、法人の代理人が善意であっても、代理人に指示して行為をさせた者が悪意であれば、代理人の善意の効果を法人に享受させるべきではない⁽¹⁸⁾。そこで、代理人への指図

(15) 大判明治44年2月16日民録17輯59頁、最判昭和47年11月21日民集26巻9号1657頁、我妻榮『債権各論下巻一』（1972年）1103頁、四宮和夫『民法総則（第4版補正版）』（1996年）108頁。

(16) 最判昭和47年11月21日民集26巻9号1657頁、末弘①・前掲注(2)426頁、末弘②・前掲注(2)79頁、星野・前掲注(2)713頁、四宮・前掲注(15)109頁。また、我妻・前掲注(15)1103頁は、「会社その他機構の複雑な法人について、代表機関が知らない限り法人として善意だとすることは、甚だ迂遠であって実情に適さない」とし、不当利得の悪意との関係で、被用者の悪意が法人の悪意となりうる可能性を指摘する。

(17) 末弘と星野の見解はいずれも、平成29年改正前101条旧2項のもとで主張されたものである。もっとも、旧2項と改正後3項との間で、規律の内容に大きな違いはないと思われるため、本文では、101条3項と表記して両説を紹介する。

権限を法人の職務規定上与えられており、かつ、現に指図をして行為をさせた役員等が悪意であれば、（代理人が善意でも）法人は悪意者と判断される⁽¹⁹⁾。

また、星野は、101条1項・2項および3項の全体から、意思決定をすることやその内容を決定した者について善意悪意を判断する、という考え方を導出する⁽²⁰⁾。そして、この考え方を法人にも及ぼす。これによれば、第1に、契約に名前を出ている者だけでなく、当該行為の意思決定に参与した者の悪意は、当然に考慮される。さらに、意思決定に影響する法律上または事実上の状態にあった者が悪意である場合にも、その悪意が考慮される⁽²¹⁾。

三 東京地判昭和61年判決の位置づけ

以上のように、民法上の判例・学説は101条各項を根拠に、法人の法律行為・業務の意思決定を現に行った、または、その意思決定に影響を及ぼした（及ぼしうる）役員・被用者を、法人の悪意判断の基準とする。こうした101条の基礎には、本人のためにある行為の意思決定をする代理人は、当該行為との関係で本人と等しい法的地位にあるといえるので、その主観的状态も本人のそれと同一に評価できる、との発想があると思われる。法人の場合にも、法人の行為について意思決定をする役員・被用者は、当該行為との関係では、まさに法人と同一に評価できる。このため、当該行為に影響する主観的事情は、この役員・被用者を基準に判断する。

前記昭和61年判決は、このような民法上の理論からの帰結と評価できる。問題の場面で保険会社の悪意判断の基準になるには、解除権行使（の意思決定）を現に担当し、それゆえ、解除権行使との関係で同社と「法律上同一視」できる者であることを要する（解除業務を担当する社内の役員等がこれに該当しよう）。子会社は、保険会社とは「対等・独立の別個の人格」であるから、解除権行使そのものを担当しない限り、解除権行使との関係で保険会

(18) 末弘②・前掲注(2) 80頁。

(19) 末弘①・前掲注(2) 427頁、末弘②・前掲注(2) 80頁。

(20) 星野・前掲注(2) 713頁。

(21) 星野・前掲注(2) 713頁。

社と「法律上同一視することはできない」。したがって、保険会社の悪意判断の基準にはならない、というわけである。

第3節 比較法的な視点の導入

しかしながら、意思決定権の所在や法人格の同一性を基準とする以上のような悪意判断が、常に妥当な解決をもたらすとは限らないように思われる。同一の企業グループに属する各会社は、法律上の人格を異にするものの、経済的には、グループ単位で一体となって企業活動を営んでいる。こうした経済的一体性⁽²²⁾に照らせば、法人格の範囲に拘泥せず、企業グループまたはそこに属する各会社を対外関係上一体的に扱うことが、法律上も可能であり、かつ求められる場面があるのではないかと。とくに、A社の取引相手としては、A社と経済的に一体をなすB社内に情報があることをもって、法律上もA社が悪意者の扱いを受け、それゆえ自らが保護されると期待することもありえよう。現在の企業活動の実態からは、こうした相手方の期待を必ずしも不当とは断じえない。のみならず、判例・学説の考え方によれば、例えば、会社が、情報を保有する社内の事業部門を分離して子会社化すれば、自らは悪意者の扱いを受けなくなり、結論としても不当である⁽²³⁾。そこで、企業グループの経済的一体性を法律上も尊重し、一方の会社(B社)の事実認識をもって他方(A社)を悪意者と扱うことが、A社の取引相手を保護す

(22) 稲庭恒一「コンツェルンにおける経済的実質と法——いわゆる「単一体説」論争の意義を中心に——」法学54巻6号992頁以下、993頁(1991年)、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法(第3版)』(1994年)32頁、川濱・前掲注(7)97頁。

(23) このような事態に対しては、子会社の法人格を否認して、子会社と親会社とを同一視し、前者の事実認識を後者の悪意とみなす、という解決を模索する方向性もあるかもしれない。しかし、この問題状況は、企業結合の対外関係を扱った法人格否認の法理が従来想定し、検討対象としてきた状況と、相当の隔たりがある。例えば、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』(1980年)176頁以下(とりわけ247頁以下、258頁以下、280頁以下、332頁以下)、早川勝「企業の結合関係と法人格否認の法理」産法21巻1・2号271頁以下(1987年)。また、すぐ後で本稿が検討する解決方法によれば、権利濫用を根拠とする一般法理を用いずとも、問題の解決が可能である(法人格否認法理論の内部でも、同法理の射程の見極めに慎重な態度が求められている。この点については、森本滋「いわゆる『法人格否認の法理』の再検討(2)」論叢89巻4号28頁以下、45頁(1971年)、江頭・前掲書130頁、142頁以下、170頁、416頁以下など)。

るために妥当な場合があると思われる⁽²⁴⁾。

この問題意識との関係で注目されるのは、ドイツ法の判例・学説である。日本法と同様に、ドイツの私法上も、善意悪意(または善意についての過失の有無)によって当事者の法律関係を決する法規範が数多く存在する。かつ、日本民法101条1項・2項に相当するドイツ民法典(以下ではBGBと表記する)166条1項⁽²⁵⁾により、法人の善意悪意は、決定権者たる役員・被用者を基準にこれを決するとされている。さらにドイツの判例・学説は、同項の範囲をこえて、決定権者以外の者が事実を認識していることをもって、法人を悪意者と扱うことを広く認めている(詳細は後記第2章第2節1二)。その際に判例・学説が採用しているのが、事実認識者と本人(法人)とが別人格であると意識したうえで、この他人の事実認識に基づいて、悪意者としての法的効果を本人(法人)に引き受けさせる、という発想である。このように「他人の悪意に基づく効果を法人に帰属させる」という視点へと発想を転換すれば、企業グループの場面でも、B社の事実認識に基づいて、A社に悪

(24) 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』(1987年)144頁は、「問題は、法律上独立せる会社における法律関係が、その経済的一体性のゆえに、個々の場合においていかなる影響を受けるかにあり、結局各場合における特殊の事情とそれぞれの法規の意味内容および立法の精神とにかなりみて決するほかない」とする。この指摘は、もちろん本稿の扱う問題を念頭に置いたものではないものの、本稿の課題との関係でも重要である。

(25) BGB166条 意思表示の法律上の効果が、意思の欠缺またはある事情を知っていたこともしくは知るべかりしことによって影響を受けるときは、その事実の有無は本人ではなく、代理人について決するものとする。

2項 代理権が法律行為によって授与された場合(任意代理権)において代理人が授権者の一定の指図に従って行為したときは、授権者は、自らが知っていた事情について代理人の不知を援用することができない。知るべかりしことが知っていたことと同一に扱われる場合において、授権者が知るべかりし事情についても同様とする。

本稿におけるドイツ法条文の訳出に際しては以下を参考にした。ただし、本稿と同書とで訳語が一致するとは限らない。BGBにつき、柚木馨『現代外国法典叢書獨逸民法Ⅰ民法總則(復刊版)』(1955年)、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(1988年)、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(1990年)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(1995年)、山口和人『基本情報シリーズ②ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)』(2015年)、マンフレート・ヴォルフ、マリーナ・ヴェレンホーファー(大場浩之ほか訳)『ドイツ物権法』(2016年)。ドイツ商法典につき、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ商法典(第1編～第4編)』(2016年)、ドイツ株式法につき、慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』(1969年)。

意者としての法的扱いを受けさせうるのではないか。現に、ドイツの判例・学説は、限定的な要件のもとではあるものの、企業グループ内の会社 (B社) の悪意に基づく効果が、同一グループ内の他社 (A社) に帰属すると、認めている。

以上のようなドイツ法の議論、とくにグループ会社の悪意判断に関するそれは、日本法で本稿が扱う問題を検討する際にも、重要な示唆を与えるはずである。そこで、次章ではこのドイツ法の議論に目を転じることにしよう⁽²⁶⁾。

第2章 ドイツ法における議論の展開

本章では、ドイツ法における議論を紹介し、検討する。以下では、ドイツ法で議論の対象とされている問題 (第1節)、および、同問題を論じるにあたり前提となる法的理論 (第2節) を、はじめに確認する。そのうえで、同問題をめぐる議論をみていく (第3節)。

第1節 本章における検討対象の確認

ドイツ法で議論の対象となっているのは、つぎのような問題状況である。A社とB社は、同一の企業グループ (コンツェルン) に属している。ある法律行為や業務との関係でA社の法律関係に影響する情報が、B社の組織内に存在する。この場合に、当該行為との関係でA社を悪意者と扱えるか。以上の問題状況は、さらに3つの類型に分けられる⁽²⁷⁾。第1に、子会社の

(26) わが国では従来、法人の悪意判断、および、企業結合法制のあり方をめぐる理論の双方が、その多くをドイツ法との比較研究を通じて形成されてきた経緯がある。この点からも、本稿が扱う問題にとって、ドイツ法は、比較研究の素材として適していると思われる。

(27) Aktiengesetz : Großkommentar, Bd.4/ 1, 5.Aufl., 2015, § 78, Rn.44 (Habersack/Foerster) [im Folgenden zit. Großkomm AktG/ Bearbeiter, Band, Aufl., Jahr]; Jan Schürnbrand, Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten, ZHR 181, 357, 358 (2017); Münchener Kommentar zum AktG, Bd.2, 5.Aufl., 2019, § 78, Rn.103 (Spindler).

組織内に情報があることに基づいて、親会社を悪意者と扱えるかという問題である。ドイツの学説では、例えば、以下のような事例が挙げられている。

事例① コンツェルンの親会社が、その所有する事業用地を子会社に使用させていた。同土地の土壌は有害物質で汚染されており、子会社の役員はこの事実を知っていたものの、親会社にこれを報告しなかった。その後、親会社は(決定権者が土壌汚染の事実を知らないまま)同土地を第三者に売却した。買主は、売主(親会社)が売買目的物の瑕疵(土壌汚染)について悪意だったとして、親会社に損害賠償を請求できるか⁽²⁸⁾。

第2に、親会社の組織内に情報があることに基づいて、子会社を悪意者と扱えるかという問題である。例えば、つぎのような事例がある。

(28) *Josef Drexl, Wissenszurechnung im Konzern*, ZHR 161, 491, 494 (1997) [im Folgenden zit. *Drexl, Wissenszurechnung*]. 日本法においても、例えば売主と買主の間で売主の担保責任を免除する特約があった場合などには、同様の事柄が問題となる(第1章第1節を参照)。

なお、本文の事例①は、前記ドレクスル論文の公表当時(1997年)のBGB旧463条を念頭に置いて設定されており、同条の規律は2002年の債務法改正により大幅に修正されている。しかし、債務法改正後のBGBにおいても、売買目的物の瑕疵に基づく責任追及の可否を、当該瑕疵に関する売主の善意悪意により決する規律は複数ある(例えば、BGB442条1項、444条)。このため、現行のBGBにおいても、瑕疵についての売主の善意悪意を問題とすることの意義は失われない。

(前記引用の条文を参考までに掲げておく)

BGB旧463条(2002年債務法改正前) 売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠いているときは、買主は解除または減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が、瑕疵を悪意により告げなかったときも同様とする。

BGB442条1項 買主が契約締結時に瑕疵を知っていたときは、瑕疵を理由とする買主の権利は成立しない。買主が重過失により瑕疵を知らなかった場合は、売主がその瑕疵を悪意で告げなかった、または物の性質について保証を引き受けたときに限り、買主はその瑕疵を理由とする権利を行使することができる。

(以下、省略)

BGB444条 売主が瑕疵を悪意で告げなかったとき、または物の性質について保証を引き受けたときは、売主は、瑕疵を理由とする買主の権利を排除または制限する合意を援用することができない。

事例② コンツェルンの子会社が、自社で雇用している被用者を一定の期間、親会社での業務に従事させていた。親会社の役員は、即時解約告知ができる重大事由 (BGB626 条 1 項) が同被用者に生じたことを知ったものの、これを子会社に報告しなかった。同被用者が子会社に復帰した後に、子会社は当該事由の存在を知り、解約告知をした。同被用者は、親会社の役員が当該事由を知った時から起算すればすでに 2 週間が経過していることを理由に (同条 2 項)、解約告知の無効を主張できるか⁽²⁹⁾。

以上の類型のほか、第 3 に、姉妹会社の組織内に情報があることに基づいて、他の姉妹会社を悪意者と扱えるかという問題がある。ただし、ドイツ法の議論で重点が置かれているのは、第 1 および第 2 の問題類型であるため、本稿では、もっぱらこの 2 つの状況に焦点を絞ってドイツ法の紹介・検討を進める (以下では、親会社・子会社ともに株式会社である場面を念頭に置く)。

第 2 節 前提となる法的理論の確認

以上の論点をめぐる議論を紹介するには、その前提として、つぎの 2 つの理論を説明しておかなければならない。第 1 に、法人、とくに (ひとつの) 会社の悪意を、そもそもどのようにして法律上判断するのかという問題であ

(29) *Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.494f.* 以下の条文が示すように、重大事由に基づく即時解約告知は、当該事由を雇用者 (子会社) が知ってから 2 週間以内にこれを行うことを要する。事例②では、親会社役員が当該事由を知ったことに基づいて、子会社を (その時点で) 悪意者と評価し、その時から 2 週間が経過したとして、解約告知権の消滅を認めうるかが問題となる。これは、第 1 章第 1 節で挙げた昭和 61 年判決と同種の争点といえる。

BGB626 条 個別事案における一切の事情を考慮し、かつ、契約当事者双方の利益を衡量して、解約告知期間の経過するまで、または、雇用関係の合意による終了まで雇用関係を継続させることを解約告知者に期待できない原因となる事実が存在するときは、各契約当事者は、重大な事由に基づき、解約告知期間を遵守することなく雇用関係の解約告知をすることができる。

2 項 解約告知は、2 週間以内に限りこれを行うことができる。この期間は、解約告知権者が解約告知について重要となる事実を知った時から起算する。解約告知者は、請求があるときは、遅滞なく書面により解約告知事由を相手方に通知することを要する。

る。法人は、自然人と同一の意味での認識能力を有しないため、法人の善意悪意が問題となる場面では、法人に関わる自然人(役員・被用者)が事実・情報を認識していることをもって、法人を悪意者と評価する。こうした事情は日本法と同様であるが、この問題が、「役員・被用者の事実認識をもって、悪意者としての不利な効果を法人に引き受けさせる」という観点から議論されている点に、ドイツ法の特徴がある(以下の記述では、このことを、ドイツ法上の表現に従い、「悪意の効果帰属(Wissenszurechnung)」という)。まずは、法人の悪意判断に関するこの基本的な理論を説明しておく。

さらに、本章での紹介内容を先取りすれば、ドイツの判例・学説は、悪意の効果帰属に関するこの基本的理論を、親子会社間にも転用できるかという観点から、前記問題(第1節)を考察している⁽³⁰⁾。そして、その転用に際しては、親子会社に特有の諸事情を考慮することが、とくに強調されている。したがって、前記問題に関するドイツ法の理論を説明する前提として、第2に、企業グループ(コンツェルン)に関する法的規律(とくに親子会社間の法律関係)を確認しておくことが、必要となる。本節では、この第1、第2の点を順に説明する。

I 代理関係および法人における悪意判断の法的構造

一 BGB166条1項の規律と悪意の効果帰属

ドイツ法上、法人の悪意判断の第1の根拠とされるのは、BGB166条1項およびその解釈論である⁽³¹⁾。同項は日本民法101条1項・2項に相当する条文であり、代理の場合に本人側の善意悪意が問題になるときは、本人ではなく代理人をその判断基準とする旨を定める。同項によれば、ある代理行為との関係で代理人が悪意であれば、本人は、自らが善意(無過失)であっても、当該行為との関係で、悪意者としての不利な法的効果、法的扱いを受け

(30) MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.103.

(31) BGB166条1項をめぐるドイツの判例・学説の詳細は、拙稿①(1)・前掲注(2)83頁以下、拙稿①(2)・前掲注(2)497頁以下。以下の記述も、そこでの検討結果に依拠している。

る。このため、同項は、本人・代理人間での悪意の効果帰属を定めた条文と位置づけられる⁽³²⁾。代理人の悪意の効果を本人に引き受けさせる正当化根拠については、説明の細部で意見の対立があるものの、学説は、悪意の効果帰属を分業利益の代償と理解する点ではほぼ一致している。本人は、代理人の活動から分業利益を享受する以上、代理人の主観的態様に起因する不利益な結果もまた引き受けなければならないとされる⁽³³⁾。

さらに、以上の正当化根拠は、法律行為の代理人以外の補助者にも妥当することがある。例えば、法律行為について意思決定以外の事務処理（契約交渉など）を本人から委託された者や、事実行為の代行者などである。このため、判例・学説は、代理人以外でも、「一定の案件を自己の責任で処理するよう本人に委託された者が、事務処理の範囲で事実を知ったとき」には、当該事務との関係で本人を悪意者と扱う（BGB166条1項の類推）⁽³⁴⁾。

BGB166条1項に関する以上の規律は、法人の役員・被用者が、法人のためにその法律行為・業務を行う場面でも妥当する。これによれば、ある法律行為・業務との関係で法人の善意悪意が問題となる場合は、当該業務を意思決定その他の方法で担当する役員・被用者が悪意であれば法人は悪意者と、善意であれば法人は善意者と、それぞれ判断される（BGB166条1項の適用または類推）⁽³⁵⁾。

(32) Reinhard Richardi, Die Wissensvertretung, AcP 169, 385, 397 (1969); Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12.Aufl., 2020, § 49, Rn.77.

(33) Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2021, § 166, Rn. 1 (Schubert); Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2019, § 166, Rn.5 (Schilken); Neuner, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn.77.

(34) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, § 166, Rn.6 (Leptien); Gerd Nobbe, Die Wissenszurechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 140ff.; MüKoBGB/Schubert, a. a. O. (Fn. 33), § 166, Rn. 19ff., Rn. 28; Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.4; Neuner, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn.77.

(35) Thomas Gasteyer/Christof-Ulrich Goldschmidt, Wissenszurechnung bei juristischer Personen und im Konzern, AG 2016, 116, 119; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.7; Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.3. ただし、取締役などの機関の悪意については、法人の不法行為を定めた BGB31 条を根拠にその悪意が法人に効果帰属するとみる見解も有力である。Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 34), § 166, Rn. 5; Großkomm

二 情報伝達確保の期待可能性に基づく悪意の効果帰属

それでは、当該行為の決定権者(または、これに匹敵する権限を有する者)以外の者が悪意の場合に、法人は悪意者と扱われるか。この論点については、とくに1990年代以降のドイツで、活発な議論が展開されている⁽³⁶⁾。例えば、つぎのような状況が問題となる。A会社が、自己の事業用地を他社に売却した。この事業用地の土壤は汚染されていた(本件瑕疵)ものの、売買契約の交渉や締結を担当した役員B(決定権者)はこの事実を知らなかった。しかし、Aの社内には、当該事業用地をこれまで利用し、このため本件瑕疵を知っていた被用者C(情報取得者)が、Bとは別の部門にいた。このとき、A社は、Cの事実認識をもって、当該売買契約との関係で悪意の売主とされるか。

この場合において、瑕疵の情報を取得・保有しているCは、当該契約には直接にも間接にも関与しておらず、前記の規律(一)をCに適用できない⁽³⁷⁾。また、当該契約を担当したBは瑕疵について善意である。したがって、前記規律によれば、CからBへの情報伝達によってBが当該事実を認識しない限り、Aは善意の売主とされそうである。しかし、ドイツにおける現在の判例・通説は、このような結論に否定的である。むしろ、一定の要件のもとで、Cのような非担当者の悪意に基づいて法人を悪意者とするのを、明文(BGB166条1項)をこえた継続的法形成として認めている⁽³⁸⁾。

1 自然人との均衡、および、情報不伝達のリスク負担

こうした考え方を支える論拠を、ドイツの判例・学説は、つぎのように説明している。第1に、法人が多数の役員・被用者を擁して分業活動をする場

AktG/Habersack/Foerster, Bd.4/1, 5.Aufl., 2015, § 78, Rn.38; Koch, Aktiengesetz, 16.Aufl., 2022, § 78, Rn.24.

(36) この論点をめぐるドイツの判例・学説の詳細は、拙稿②(1)・前掲注(2)216頁以下、拙稿②(2)・前掲注(2)85頁以下。以下の記述も、そこでの検討結果に依拠している。

(37) Nobbe, a.a.O. (Fn.34), S.152; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.62.

(38) この点については、とくに、Gerald Spindler, Wissenszurechnung in der GmbH, der AG, und im Konzern, ZHR 181, 311, 314ff. (2017).

合と、自然人が自ら直接に行為する場合との均衡である。自然人は、自己のある業務で情報を取得した場合、後の他の業務との関係でも（その情報を行為時いまだ記憶している限りは）当然に悪意者となる⁽³⁹⁾。これに対して、法人Aが、複数の業務を別個の被用者（または役員）に分担させる場合、被用者Cが、自己の所管外の業務に影響する情報を取得しても、その決定権者Bへの情報伝達がない限り、Bは善意にとどまる。このように、ある業務に影響する情報を取得した者（C）と、その業務の決定権者（B）とが組織内で分かれているのは、法人が分業をして、複数の業務を異なる者に分担させた結果である⁽⁴⁰⁾。ここで決定権者の善意により法人を善意者と扱うと、分業の結果生じたこの分離により、法人は悪意者としての法的扱いを受けなくなり、双方の業務を自然人自らがする前記の場合と比較して不均衡が生じる。業務を役員・被用者に分担させることで分業利益を享受している法人に、分離の結果生じるこの有利な扱いまで受けさせるべきではない⁽⁴¹⁾。そこで、情報取得者（C）の悪意に基づいて、法人を悪意者と判断する余地を認めるべきである。

第2に、決定権者への情報不伝達のリスクは、法人が負担すべきだとする発想である。前記の場面でCからBへの情報伝達がないとき、善意のBは、当該情報に基づく行動を法人（A）のためにとることができない。ここで、Cの悪意をAに効果帰属させると、当該情報に基づく行動を自己の側ではとれなかったにもかかわらず、Aは、悪意者としての法的扱いを受けてしまう（以下では、このことを「情報不伝達のリスク」と表現する）⁽⁴²⁾。しかし、

(39) 例えば、自然人は、自己所有の土地を利用するなかで土壤汚染を知った場合、後にこの土地について自らが締結する売買契約との関係でも、当然に悪意者となる。Dieter Medicus, Anmerkung zu BGH, 2.2.1996, WuB IV A. § 166 BGB 1.96, S.726.

(40) MüKoBGB/ Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.11.

(41) Soergel/ Leptien, a.a.O. (Fn.34), § 166, Rn.9; Nobbe, a.a.O. (Fn.34), S.153; Hans Christoph Grigoleit, Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, ZHR 181, 160, 189f. (2017); MüKoBGB/ Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.11, Rn.63; Neuner, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn. 79ff.

(42) 例えば、前記事例では、瑕疵を知らないBは、瑕疵に基づく賠償責任を避けるための行動（瑕疵の存在を買主に告げることや、当該契約の締結を差し控えることなど）をAのためにとることができない。Cの悪意によりAを悪意者とする、こうした情報に基

情報取得者から決定権者への情報の不伝達は、この両者が組織内で分かれていたために生じたことであり、かつ、この分離は、分業体制を組織内に敷くことで法人が作出した結果である。また、法人には、自己の組織内に情報伝達体制を設けることで決定権者への適時の情報伝達を確保しておくことが、通常期待できる。このように、組織内での情報不伝達から生じるリスクは、その原因を作出し、かつ、適切な組織編成によりこれを支配できる法人が、まず負担すべきである⁽⁴³⁾。

2 効果帰属要件としての情報伝達確保の期待可能性

他方で、例えば、法人の守秘義務や情報保護法上の要請などから他部門への情報伝達が法律上禁止されるときのように⁽⁴⁴⁾、具体的な状況下で決定権者への情報伝達の確保を、法人に期待できない場面もある。このような場面まで、組織内での情報不伝達のリスクを法人に負わせることは、不当である。そこで、情報不伝達のリスクを法人に負担させ、悪意の効果帰属を認めるとしても、それは、決定権者への情報伝達確保を法人に期待できた場面に限られるとする見解が、まず学説で有力となった。情報伝達の確保が期待可能かどうかは、当該法人にとって「正常な情報伝達体制」のもとで、同情報が行為時まで決定権者に伝達されたかどうかにより判断される⁽⁴⁵⁾。この判断にあたっては、前記のような①情報伝達の法的許容性のほか、②当該情報の重要性⁽⁴⁶⁾、③情報の記録・管理を法人に期待できる期間⁽⁴⁷⁾などが総合

づく適切な行動をとれなかったにもかかわらず、悪意の売主としての不利な法的効果をAに受けさせる結果になる。

(43) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; Dieter Medicus, Probleme der Wissenszurechnung, Karlsruher Forum 1994, VersR Sonderheft, S.11; Nobbe, a.a.O. (Fn.34), S.134; Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.505; ders., Wissenszurechnung im unabhängigen und Konzernunternehmen – Zivil-, gesellschafts- und bankrechtliche Überlegungen in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte – Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S.98 [im Folgenden zit. Drexl, Bankrechtstag]; Schürnbrand, a.a.O. (Fn.27), S.364.

(44) Gasteyer/Goldschmidt, a. a. O. (Fn. 35), S. 122; Spindler, a. a. O. (Fn. 38), S. 321f.; MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.98; MüKoBGB/ Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.73ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 78, Rn.28.

(45) Spindler, a.a.O. (Fn.38), S.320; MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.97f.

考慮される。このような発想は、1990年代後半に連邦通常裁判所にも採用され⁽⁴⁸⁾、現在の判例法理となっている(以下の記述では、この判例・学説のことを、「情報伝達上の組織編成義務」法理と表現する)⁽⁴⁹⁾。

II ドイツにおけるコンツェルン法の概要

つぎに、企業グループ(コンツェルン)に関するドイツ法の規律・議論を確認する。ドイツ株式法(以下、株式法と表記する)には、企業グループに関する定義や、各グループ会社間の法律関係を定めた比較的詳細な規定が存在し、個々の規定の解釈に関する議論も活発である。これら議論の内容を網羅的かつ詳細に紹介することは、筆者の能力および本稿の目的をこえる。本稿では、悪意判断をめぐる議論の説明に必要な範囲で、基本的な定義や、各会社間の法律関係を概観するにとどめる(II一、二)⁽⁵⁰⁾。

(46) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn.35), S.121.

(47) *Gasteyer/Goldschmidt*, a. a. O. (Fn. 35), S. 122; *Spindler*, a. a. O. (Fn. 38), S. 322f.; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.98; *MüKoBGB/ Schubert*, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.77.

(48) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; BGH, 15.4.1997, BGHZ 135, 202; BGH 12.11.1998, BGHZ 140, 54; BGH, 13.10.2000, NJW 2001, 359.

(49) 以上の考え方によれば、法人は、情報不伝達のリスクを回避するために、「正常な情報伝達体制」を組織内に設けておくことを間接的に強いられるようになる。「正常な情報伝達体制」を設置していなかったために決定権者に情報が伝達されなかった場合、法人は、当該情報に基づく行動を自己の側ではとれなかったにもかかわらず、悪意者としての法的扱いを受ける、つまり、情報不伝達のリスクを引き受けることになるからである。

(50) この点に関するドイツ法の紹介・検討をした邦文の先行研究は、極めて多い(以下では、本稿本節において筆者が参考にしたもののみを列挙する)。例えば、前田重行「ドイツ株式法におけるコンツェルンの規整」法協 84 巻 12 号 1661 頁以下(1967年)、早川勝「事実上のコンツェルンにおける指揮力と責任」下関商経論集 16 巻 3 号 137 頁以下(1973年)、河本一郎「西ドイツコンツェルン法成立の背景についての一考察」神戸 28 巻 3 号 259 頁以下(1978年)、青木英夫「事実上の取締役とコンツェルン関係——コンツェルン関係における大株主の責任(5)——」独協 28 号 1 頁以下、6 頁以下(1989年)、青木英夫「事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮の限界——商法 294 条一 2 のコンツェルン法的構成を目指して(1)(2・完)——コンツェルン関係における大株主の責任(6)——」独協 29 号 1 頁以下、4 頁以下(1989年)、30 号 1 頁以下(1990年)、川濱・前掲注(7) 101 頁以下、高橋英治「ドイツの企業結合法の問題」ジュリ 1104 号 49 頁以下(1997年)、高橋英治『従属会社における少数派株主の保護』(1998年) 5 頁以下、高橋英治『ドイツ会社法概説』(2012年) 393 頁以下、ヴェルンハルト・

また、第3節で詳説するように、現在のドイツの通説は、親子会社の関係に「情報伝達上の組織編成義務」法理を適用し、その一方の悪意を他方に効果帰属させうるかを、争点のひとつとしている。これによれば、一方の認識している情報が、親子会社間における「正常な情報伝達体制」のもとで他方の執行機関や決定権者に伝達されえたのであれば、同情報についての前者の事実認識に基づき、後者は悪意者となる。この議論との関係では、親子会社の一方が他方から情報提供を受けることが法的にどの程度保障されているかが、関連論点として問題となる。このため、グループ会社間における情報提供をめぐる規律・議論を、ここであわせて確認しておく(Ⅲ)。

一 基本的事項の定義

1 従属関係

本稿の主題との関係でまず重要なのが、企業間における従属関係の概念である。企業A社が、法律上独立した他の企業B社に対して、直接または間接の「支配的影響力」を有する場合、B社は、A社に対して従属関係にある。この場合のA社を「支配企業」と、B社を「従属企業」という(株式法17条1項)⁽⁵¹⁾。ある企業(支配企業)が他社(従属企業)に対して支配的影響力を有する原因として、大きく分けて2つのものがある。第1に、両者の間で、後者が前者の支配に服する旨の企業契約(支配契約)が結ばれている場合である⁽⁵²⁾。この契約に基づき、支配企業は従属企業に対する指図権を取得し、従属企業はその指図に従う義務を負う(株式法308条1項)⁽⁵³⁾。第

メーシェル(小川浩三訳)『ドイツ株式法』(2011年)133頁以下。

(51) 株式法17条 従属企業とは、法律上独立した企業であって、これに対して他の企業(支配企業)が直接または間接に支配的影響力を行使することのできるものをいう。

2項 多数参与下にある企業については、多数参与企業に従属しているものと推定する。

(52) Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9.Aufl., 2019, AktG § 17, Rn.14, Rn.22f. (Emmerich) [im Folgenden zit. Emmerich/Habersack/Bearbeiter]; K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz: Kommentar, 4.Aufl., 2020, § 17, Rn.42 (J. Vetter); Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.12.

(53) 株式法308条 支配契約が存するときは、支配企業は、会社の取締役に対して、会社

2に、多数参与に基づく影響力である⁽⁵⁴⁾。株式法上、過半数持分を有する株主は、総会決議により(自らの意向に沿う)監査役を選任でき、かつ、監査役は、取締役の選任権限を有する(株式法101条1項、84条)。このため、多数株主は、人事を介して取締役に対する事実上の影響力を有する⁽⁵⁵⁾。典型的には、A社がB社の株式(議決権)の過半数を保有するために、B社の取締役が、自らが後に再任されないことへの危惧から、A社の指示や意向に事実上従う場合である(なお、株式法17条2項は、多数参与下にある会社は、多数参与企業に対して従属するものと推定している)。

以上の原因に基づき、A社が、B社における企業上の中心事項の決定に恒常的に影響を及ぼしうる場合に、株式法17条1項の従属関係が認められる。A社がこの影響力を現実に行使していなくてもよい⁽⁵⁶⁾。

2 コンツェルンの形成

支配企業が、法律上独立したひとつまたは複数の従属企業を自己の「統一的指揮のもとに統合」している場合には、両者の間にコンツェルンが形成されたものとされる(株式法18条1項)⁽⁵⁷⁾。この場合の各社を「コンツェル

の指揮に関して指図を与えることができる。契約で別段の定めがないときは、会社にとって不利益な指図であっても、これが支配企業、または、支配企業および会社とコンツェルンで結合された企業の利益に資するときは、これを与えることができる。

2項 取締役は、支配企業の指図に従う義務を負う。取締役は、その指図が自らの見解によれば支配企業、または、支配企業および会社とコンツェルンで結合された企業の利益に資することがないと考えることを理由にして、指図の遵守を拒否することはできない。ただし、指図が、かかる利益に資するものでないことが明白であるときは、この限りでない。

(以下省略)

(54) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.14, Rn.17; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.9ff.

(55) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.6ff.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 17, Rn.6.

(56) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.8; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.4, Rn.6.

(57) なお、従属関係にない複数の企業のうち、一方が他方の「統一的指揮のもとで統合」されている場合にも、コンツェルンは成立する(18条2項)。この場合のコンツェルンを「水平コンツェルン」と呼び、1項が定める「垂直コンツェルン」と区別される

ン企業」という。「統一的指揮」の意味については学説上争いがあるものの、通説はこれを、人事、財政、生産など企業活動上の重要事項のいずれかについて、支配企業が統一的な計画の策定、その実現に向けた組織編成、コンツェルン企業間での調整、監督などを実行していることとする⁽⁵⁸⁾。

企業間の支配契約に基づいて従属関係が存する場合には、支配企業は従属企業を統一的指揮のもとに統合しているものと、すなわちコンツェルンが形成されているものとみなされる(株式法18条1項)。この場合のコンツェルンを「契約コンツェルン」と呼ぶ。それ以外のかたちで、とくに多数参与を背景にして統一的指揮が実行されている場合のことを、「事実的コンツェルン(または事実上のコンツェルン)」と呼ぶ。例えば、B社株式の過半数を保有するA社が、多数参与に基づくB社への支配的影響力(17条1項)を現実に行使し、B社に対して統一的指揮を実行する場合が、事実的コンツェルンの例である(なお、株式法18条1項は、支配契約がない場合でも、企業間に従属関係が存するときには、統一的指揮の実行を推定している)。

以上のような、2つ以上の法律上独立した企業であって、①支配企業と従属企業の関係にあるもの、②コンツェルン企業、および、③多数参与企業と多数参与下にある企業の関係にあるものなどを包摂して、「結合企業」という(株式法15条)⁽⁵⁹⁾。本章の以下の記述ではこれらの表現を用いて、企業

(Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 18, Rn.1ff., Rn.25ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 18, Rn.2)。本稿では、もっぱら、垂直コンツェルンのみを念頭に置いて説明をする。

株式法18条 支配企業およびひとつまたは複数の従属企業が、支配企業の統一的指揮のもとで統合されている場合、これら企業はコンツェルンを形成するものとする。この場合の個別の企業を、コンツェルン企業とする。支配契約(291条)の存する企業、または、そのうちの一方が他方に編入されている企業(319条)は、統一的指揮のもとで統合されているものとみなす。従属企業については、支配企業とコンツェルンを形成しているものと推定する。

2項 法律上独立した企業が、一方が他方に従属することなく、統一的指揮のもとで統合されているときは、これら企業もコンツェルンを形成するものとする。この場合の個別の企業を、コンツェルン企業とする。

(58) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 18, Rn.11ff.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 18, Rn.11; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 18, Rn.9f.

(59) 株式法15条 結合企業とは、法律上独立した企業であって、多数の参与下にある企業と多数をもって参与する企業(16条)、従属企業と支配企業(17条)、コンツェルン企業

グループを「コンツェルン」と、同一コンツェルンに属する会社のことを「結合企業」または「コンツェルン企業」と、そして、結合企業のうち親会社を「支配会社」と、子会社を「従属会社」とそれぞれ表記する。

二 結合企業（コンツェルン企業）間の法律関係

つぎに、支配会社と従属会社が、それぞれ互いに対してどのような権利を有し、義務を負うかを確認する。結合企業間の権利義務の内容は、企業間に支配契約があるときとないときとで大きく異なるため、以下では項を分けてそれぞれを説明する。

1 支配契約が存する場合の支配会社と従属会社の法律関係

契約コンツェルンの支配会社は、統一的指揮を実行する手段として、従属会社に対する指図権を有する（株式法 308 条 1 項）。この指図は、支配会社の法定代理人（取締役）が、従属会社の指揮（株式法 76 条）⁽⁶⁰⁾に関する事項について、同社の取締役に対して行う⁽⁶¹⁾。支配会社の指図を受けた従属会社取締役は、この指図に従う義務（服従義務）を負う。この服従義務は、当該指図が従属会社の利益に反するときであっても、原則として生じる。取締役が服従義務を免れるのは、①支配契約にその旨の特別な定めがあるとき、または、②当該指図が、支配会社、および他のコンツェルン企業のいずれの利益にもならないことが明白であるときに限られる（株式法 308 条 1 項、2 項）⁽⁶²⁾。このように、契約コンツェルンの支配会社は、統一的指揮のために強力な権利を付与されており、指揮の実行を法律上保障されている。

他方で、支配会社の法定代理人は、指図権行使に伴い、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いる義務を、従属会社に対して負う。この義務の違

(18 条)、相互に参与する企業 (19 条)、または、企業契約の当事者 (291 条、292 条) の関係にあるものをいう。

(60) 株式法 76 条 1 項 取締役は、自己の責任のもとで会社を指揮することを要する。
(以下省略)

(61) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 308, Rn.11, Rn.17ff., Rn.21.

(62) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 308, Rn.52ff.

反があった場合、支配会社の法定代理人は、義務違反により生じた損害を、従属会社に賠償する責任を負う(株式法309条)⁽⁶³⁾。指図権が行使される場合、従属会社の指揮を實質上担うのは支配会社であるから、それに見合う責任を支配会社に負わせる趣旨である⁽⁶⁴⁾。

2 支配契約が存しない場合の支配会社と従属会社の法律関係

支配会社・従属会社間に支配契約がない場合の法律関係については、株式法311条以下が規律している。企業間に従属関係が存するものの統一的指揮が実行されていないとき、および、形成されているのが事実的コンツェルンのときが、ここでの規律対象となる(以下では、一括して事実的コンツェルンと表記する)。株式法311条は、以下のように定める。

株式法311条 支配契約が存しないときは、支配企業は、従属する株式会社または株式合資会社に対し、その不利益となる法律行為をし、または、その不利益となる措置を行いもしくは行わないことを誘発するために、自己の影響力を用いてはならない。ただし、その不利益が補償される場合は、この限りでない。

2項 営業年度の間に前項の補償が現実にされないときは、当該不利益がいつ、どのような利益によって補償されるかを、遅くとも、従属会社に不利益が生じた営業年度の末に決定することを要する。補償のための利益に対して、従属会社に法律上の請求権を与えることを要する。

(以下省略)

(63) 株式法309条 支配契約が存するときは、支配企業の法定代理人(個別商人の場合はその保有者)は、会社に指図を与える際には、会社に対して、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いることを要する。

2項 法定代理人がその義務に違反した場合は、これによって生じた損害を連帯して賠償する責任を負う。通常、かつ誠実な業務執行者の注意が用いられたかどうかにつき争いがある場合は、法定代理人が立証の責任を負う。

(以下省略)

なお、支配会社自体の責任は条文上明記されていないものの、当然に生じるものと解されている。Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 309, Rn.20f.

(64) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 309, Rn.4.

同条は、支配会社が自社またはコンツェルンの利益を追求するために、その支配的影響力に基づき、従属会社に対し一定の行為・措置を誘発 (Veranlassen) ⁽⁶⁵⁾してもよいことを、前提とする (例えば、支配会社 A 社が、多数参与に基づく影響力を背景に、何らかの措置を行うよう従属会社 B 社に指示、助言、推奨、または意見表明などをする場合である)。このように、支配契約のないときであっても、支配会社から従属会社に対する事実上の指揮を容認する点に、本条の意義がある ⁽⁶⁶⁾。他方で、本条は、従属会社 (その少数株主および会社債権者) を保護するため、誘発に一定の制限を設けている ⁽⁶⁷⁾。すなわち、誘発は、①当該措置が従属会社の不利益にならないとき、または、②従属会社の不利益になる場合であって、当該の不利益が支配会社によって補償されるとき (1 項)、もしくはその補償が確約されるとき (2 項) にのみ許される。以上の要件を充たさない誘発によって従属会社に損害が生じた場合、支配会社およびその法定代理人、ならびに同誘発に従った従属会社取締役は、従属会社に対して賠償責任を負う (株式法 317 条、318 条) ⁽⁶⁸⁾。

(65) 先行のドイツ法研究では、*veranlassen* を「仕向ける」と訳する例が多いが (例えば、慶應義塾大学商法研究会訳・前掲注 (25) 482 頁)、本稿では、さしあたり「誘発」という訳語を用いる。

(66) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.2; Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.11, Rn.14.

(67) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.1, Rn.4; Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.6f.

(68) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.5.

株式法 317 条 支配企業が、支配契約のない従属会社に対して、その不利益となる法律行為をし、または、その不利益となる措置を行いもしくは行わないことを誘発した場合において、この不利益を営業年度の末までに現実に補償せず、かつ、補償のための利益に対する法律上の請求権を従属会社に与えなかったときは、支配企業は、会社に対して、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。株主が、会社の損害により生じたものとは別に損害を受けた場合は、支配企業は、株主に対しても損害賠償の義務を負う。

2 項 前項の賠償義務は、従属関係のない会社の通常の、かつ誠実な業務執行者であっても、当該の法律行為をし、または、措置を行いもしくは行わなかったであろうときは、生じない。

3 項 会社に対して当該の法律行為または措置を誘発した法定代理人は、支配企業と

契約コンツェルンのときと異なり、支配会社の誘発に従うべき従属会社の義務は、株式法311条以下から導かれない⁽⁶⁹⁾。したがって適法な誘発があったときでも、これに従うかどうかは、従属会社取締役が自己の責任および裁量により決定する(株式法76条)(前記事例で、B社取締役は、A社への協力的姿勢や後の人事への懸念からA社の誘発に事実上従うことがあるとしても、この誘発に従うべき法律上の義務は負わない)。

以上のように事実上のコンツェルンでは、支配会社は、株式法311条の要件のもとで事実上の指揮(誘発)をすることを許されるものの、従属会社を誘発に従わせる法律上の権利を有しない。また、従属会社(取締役)は、株式法311条の要件のもとで誘発に従うことを許されるものの、誘発に従うべき法律上の義務を負わない⁽⁷⁰⁾。こうした規律は、従属会社の自治・独立性を尊重しつつコンツェルンを運営する、いわゆる分権的コンツェルンを定めるものとして、法政策的観点からの評価を受けている⁽⁷¹⁾。

Ⅲ 結合企業(コンツェルン企業)間における情報提供の規律

つぎに、結合企業間での情報提供に関わるドイツ法の規律をみていく。ドイツの学説は、①従属会社が、社内の情報を支配会社に提供する義務を負う

連帯して責任を負う。

(以下省略)

株式法318条1項 会社の取締役会構成員は、自己の義務に違反して、結合企業に対する会社の関係に関する報告書に、不利益な法律行為または措置を記入すること、または、会社がその法律行為または措置によって不利益を受けたこと、および、その不利益が補償されなかったことを記載することを怠ったときは、317条により賠償義務を負う者と連帯して責任を負う。取締役会構成員は、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いたかどうかにつき争いがあるときは、その立証責任を負う。

(以下省略)

(69) Emmerich/Habersack/Habersack, AktG § 311, Rn.10; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 311, Rn.7, Rn.109; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.57.

(70) Florian Mader, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016, S.234 [im Folgenden zit. Mader, Informationsfluss]; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.15, Rn.57f.

(71) Marc Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 159; Emmerich/Habersack/Habersack, AktG § 311, Rn.12; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.6; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.74.

かという問題と、②支配会社が、社内の情報を従属会社に提供する義務を負うかという問題とを、区別して議論を展開している。以下では、①と②の問題に分けて議論を概観する。

一 従属会社から支配会社への情報提供

支配会社が統一的指揮を適切に実行するためには、従属会社の財政状態、生産、営業、製品開発等にかかわるその社内情報を知っておくことが不可欠である⁽⁷²⁾。多くの場合、支配会社と従属会社は相互の信頼に基づく協力関係にあるので、後者は、これらの情報を自発的に提供する。しかし、当該情報の性質や両者の関係によっては、支配会社による情報の不正利用（例えば従属会社との競争目的での利用）や第三者への情報漏洩を懸念して、従属会社が情報提供を差し控えることもある。そこで、従属会社から任意の情報提供がない場合、支配会社が、従属会社に対して情報提供を請求する権利を有し、従属会社はこの請求に応じる義務を負うか。

ドイツの学説は以上の問題を考える前提として、従属会社が、任意によるものも含めて支配会社への情報提供をそもそも法律上許されるかを、まず検討している。株式会社には、このような情報提供を禁止するような事由が存するためである。従属会社から支配会社への情報提供が法律上禁止されるのであれば、情報提供を請求する支配会社の権利も、この請求に応じる従属会社の義務も生じない。そこで、以下では先にこの論点を確認したうえで、従属会社の情報提供義務に関する議論を紹介する。

1 支配会社への情報提供の許否

株式法上、従属会社から支配会社への情報提供を禁止するような事由

(72) Christian E. Decher, Information im Konzern und Auskunftsrecht der Aktionäre gem. § 131 Abs. 4 AktG, ZHR 158, 473, 476 (1994); Bernd Singhof, Zur Weitergabe von Insiderinformationen im Unterordnungskonzern, ZGR 2001, 146, 155; Löbbe, a.a.O. (Fn.71), S. 104. なお、結合企業間での情報提供、とくに支配会社の情報請求権の問題をめぐるドイツ法の議論を紹介・検討した先行研究として、船津浩司『「グループ経営」の義務と責任』（2010年）239頁以下。

として、従属会社取締役の守秘義務(株式法93条1項)⁽⁷³⁾、および(事実的コンツェルンの場合につき)株式法311条の制限が挙げられる。学説は、これらの事由が支配会社への情報提供に与える影響を、個別に検討している。結論としては、いずれの事由も、情報提供を禁止しないとされている⁽⁷⁴⁾。

(73) 株式法93条1項 取締役会構成員は、業務執行に際して、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いることを要する。取締役会構成員が、企業者的決定に際して、適正な情報を基礎として会社の利益のために行為していると合理的に考えてよいときは、義務違反は存しないものとする。会社の機密事項および秘密、とくに経営上または営業上の秘密であって、取締役会構成員が取締役会におけるその活動を通じて知ったものについて、取締役会構成員は、沈黙を守ることが要する。(以下省略)

(74) この点については、船津・前掲注(72)240頁以下も参照。

なお、ドイツの学説では、株主の報告請求権(株式法131条4項)が、支配会社への情報提供に対する間接的な障害にならないかが議論されており、この点について若干の補足説明しておく。株式法131条4項は、情報面での株主平等を保障するべく、総会の外で株主の一部が「株主としての資格を理由に」取締役から情報を得た場合、他の一切の株主は、これと同一の情報提供を総会において取締役に請求できると定める。(株主のひとりである)支配会社に対して総会外で情報提供をした従属会社に、同項が適用されるとする。これによれば、支配会社への情報提供により、従属会社取締役は、当該情報を後の総会で公表することを強いられる。そうすると、当該情報の機密性が高い場合、取締役がその結果に対する懸念から、支配会社への情報提供を差し控えるようになりかねない。このため、同項が、支配会社への情報提供に対する間接的な障害になるのではないかが、問題となる。

この点について通説は、支配会社への情報提供には、株式法131条4項は適用されないとする。支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上承認されており、この点で、そもそも他の株主とは異なる特別な地位にある。この統一的指揮に要する情報を支配会社のみを提供しても、株主平等原則に反しないため、同原則に基づく株式法131条4項をここで適用しなくてもよい。また、この場合、支配会社は、「株主としての資格を理由に」してではなく、「コンツェルンの支配会社としての地位において」情報を与えられている。この文言上の理由からも、同項の適用を否定すべきだとされている。Decher, a. a. O. (Fn.72), S.478ff.; Andreas Fabritius, Zu den Grenzen der Durchsetzung eines kapitalmarktlich begründeten Informationsinteresses des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S.705ff, S.711f.; Uwe Hüffer, Informationen zwischen Tochtergesellschaft und herrschendem Unternehmen im vertragslosen Konzern in: Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, 2009, S.185ff., S.194f.; Florian Mader, Der Informationsfluss im Verbund als Vorfrage einer konzernweiten Legalitätskontrollpflicht, WM 2015, 2074, 2079f. [im Folgenden zit. Mader, WM]; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.255ff.

(1) 従属会社取締役の守秘義務 (株式法 93 条 1 項)

取締役は、会社の機密事項および経営・営業上の秘密であって、その業務を通じて知ったものについて、守秘義務を負う (株式法 93 条 1 項)。このため、当該情報が従属会社の秘密にあたる場合に、従属会社取締役は、支配会社への情報提供を守秘義務により禁止されるのかが、問題となる。

この論点につきドイツの通説は、支配会社への情報提供は、従属会社取締役の守秘義務によって禁止されないとする⁽⁷⁵⁾。このように解する理由として、以下の点が挙げられている。第 1 に、取締役の守秘義務は会社利益の保護を目的とするところ、同義務によって支配会社への情報提供を禁止することは、この目的にかえて反する。支配会社が従属会社に関する十分な情報のないまま同社の実情にあわないうちの指揮を行うことは、従属会社にも不利益となる。したがって、自社に関する十分な情報を得させて指揮を行わせることは従属会社の利益に適い、そのための支配会社への情報提供を、守秘義務によって禁止するべきではない⁽⁷⁶⁾。

第 2 に、株式法上の体系的整合性である。支配会社への情報提供が従属会社の利益に反するときであっても、契約コンツェルンでは、株式法 308 条以下が、統一的指揮により従属会社固有の利益が害されることを許容している⁽⁷⁷⁾。また、事実的コンツェルンにおいても、株式法 311 条以下が一定の要件のもとで同様の結論を認めている。同条は、支配会社の事実上の指揮を容認しつつ、これに対する制約と責任を設けることで、従属会社の少数株主や会社債権者を保護している。同条は、結合企業間の権利義務を定めた組織法的規律であり⁽⁷⁸⁾、情報の秘密保持による会社利益の保護についても、同条が株式法 93 条 1 項に優先して適用され、同条の要件のもとで情報提供の

(75) *Fabritius*, a. a. O. (Fn. 74), S. 711; *Marcus Lutter*, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, 3. Aufl., 2006, Rn. 479; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 192; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 36a; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 248.

(76) *Löbbe*, a. a. O. (Fn. 71), S. 111; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 192; *Mader*, WM, a. a. O. (Fn. 74), S. 2079; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 36a.

(77) *Löbbe*, a. a. O. (Fn. 71), S. 107f., S. 111f.; *Lutter*, a. a. O. (Fn. 75), Rn. 178.

(78) この点については、*Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 190; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 4; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 52 も参照。

許否が判断されるべきである⁽⁷⁹⁾。以上のように、株式法が統一的指揮を許容する一方で、そのために必要な支配会社への情報提供を守秘義務により禁止することは、矛盾している⁽⁸⁰⁾。

(2) 株式法 311 条の制限

つぎに、株式法 311 条との関係である。従属会社が社内の情報を提供した場合、支配会社がこの情報を、従属会社との競争などに不正利用する危険がある。このため、自社に関する情報の提供は従属会社にとって「不利益となる措置」にあたり、かつ、この不利益は算定が、それゆえ補償が困難である。そこで、従属会社取締役は、支配会社への情報提供を株式法 311 条によって禁止されるかが、問題になる。

この論点についてもドイツの通説は、株式法 311 条は、支配会社への情報提供を禁止しないとす。第 1 に、ここでも株式法上の体系的整合性が、その根拠に挙げられている。任意によるものも含め、従属会社から支配会社への情報提供が一切禁止されると、支配会社は、従属会社への事実上の指揮を適切に実行できなくなる。これでは、事実上の指揮を容認する、まさに株式法 311 条の価値判断と矛盾する⁽⁸¹⁾。

第 2 に、支配会社への情報提供は、「不利益となる措置」にそもそもあたらないとする指摘もある。①十分な情報を取得させようとして支配会社に指揮をさせることは、従属会社に通常有利であるし、また、②支配会社は株主と

(79) *Löbbecke*, a.a.O. (Fn.71), S.113ff.; *Lutter*, a.a.O. (Fn.75), Rn.178, Rn.480; *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2079; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.250.

(80) なお、支配会社と従属会社の間に従属関係は存するものの、前者から後者への統一的指揮が実行されておらず、コンツェルンが形成されていない場面については、この結論に若干議論の余地がある。第 1 に、この場面では株式法 93 条 1 項が適用され、支配会社への情報提供は同項の守秘義務違反になりうる、とする見解がある。他方で、現在のドイツでは、この場面でも同項の適用を否定する第 2 の見解が、相当に有力となっている。この場面でも支配会社は、従属会社の監督や、統一的指揮に入るか否かの判断のために、従属会社内の情報を必要とする。したがって、支配会社における情報取得の必要性、および、支配会社に情報を得させる従属会社の利益は、コンツェルン形成の有無によって変わらない。*Löbbecke*, a.a.O. (Fn.71), S.117; *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2079.

(81) *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2078.

して、得た情報を自己または第三者のために利用しない忠実義務を負うので、情報の不正利用をしないことが合理的に期待できるからである⁽⁸²⁾。

2 従属会社の情報提供義務の存否

以上のように支配会社への情報提供が禁止されないとして、それでは、従属会社から任意の情報提供がない場合、支配会社は、情報提供を従属会社に請求する権利を有し、従属会社はこの請求に応じる義務を負うか⁽⁸³⁾。

ドイツ法では、従属会社の情報提供義務が個別の条文で法定されていることがある。例えば、コンツェルン決算書等の作成に必要な情報について、支配会社が従属会社に情報提供を求めると定めるドイツ商法 294 条 3 項⁽⁸⁴⁾が、その代表である。しかし、これらの規定は、特定の場面に限って従属会社の情報提供義務を定めるものであり、その射程は限定的である⁽⁸⁵⁾。そこで、個別の規定が定める範囲をこえて、従属会社が、社内の情報を提供する一般的な義務を支配会社に対して負うかが問題となる。以上の問題に対し、ドイツの学説は、支配契約があるときとないときに分けて検討を加えている。

(82) *Dirk A. Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175, 401, 420f. (2011); *Mader*, WM, a.a.O. (Fn. 74), S.2078; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36c; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.253.

(83) この問題に関する議論の総合的な整理・検討として、*Mader*, Informationsfluss, a.a.O. (Fn.70), S.172ff.

(84) ドイツ商法 294 条 296 条による組み入れがされないときは、親企業および一切の子企業は、子企業の本拠および法律上の形態にかかわらず、コンツェルン決算書に組み入れられることを要する。

2 項 (省略)

3 項 子企業は、その年度決算書、325 条 2a 項による単体決算書、状況報告書、区分された非財政的報告書、コンツェルン決算書、コンツェルン状況報告書、区分された非財政的コンツェルン報告書、決算監査がされたときは監査報告書、および、中間決算書を作成すべきときはコンツェルン決算書の決算日において作成された決算書を、親企業に対して遅滞なく提出することを要する。親企業は、一切の子企業に対して、コンツェルン決算書、コンツェルン状況報告書、および区分された非財政的コンツェルン報告書の作成に要する一切の説明および証明を請求することができる。

(85) *Fabritius*, a.a.O. (Fn.74), S.708; *Hüffer*, a.a.O. (Fn.74), S.189.

(1) 契約コンツェルンにおける従属会社の情報提供義務

契約コンツェルンの場合には、従属会社の情報提供義務を肯定することで、学説上異論がない。契約コンツェルンの支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上保障されており、従属会社は支配会社の指図に従う義務を負う。したがって、支配会社が統一的指揮に要する情報の取得のため、指図権を行使して情報提供を求めた場合、従属会社はこの請求に応じる義務を当然に負う⁽⁸⁶⁾。

(2) 事実的コンツェルンにおける従属会社の情報提供義務

これに対して事実的コンツェルンの場合には、従属会社の情報提供義務を認めるべきか否かについて議論があり、肯定説と否定説が対立している。

① 情報提供義務を肯定する少数説

ドイツでは、事実的コンツェルンについても従属会社の情報提供義務を肯定する見解が、少数ながら存在する。肯定説の理由はこうである。株式会社は、支配契約が存しないときでも、従属会社に対する事実上の指揮を支配会社に認めている。このように指揮を承認する以上、法律は、実効的な指揮を可能にする手段として、情報提供の請求権を支配会社に付与しているはずである⁽⁸⁷⁾。情報提供の請求権および情報提供義務を導く法律構成については、①ドイツ商法294条3項からは「支配会社は、従属会社の指揮に要する一切の情報を請求する権利を有する」とする法的思想が導かれるとして、同項を類推する見解⁽⁸⁸⁾と、②支配会社・従属会社間には特別結合関係があるとし、この関係から情報提供義務を導く見解⁽⁸⁹⁾とが、提唱されている。

(86) *Michael Kort*, Das Informationsrecht des Gesellschafters der Konzernobergesellschaft, ZGR 1987, 46, 71f.; *Decher*, a.a.O. (Fn.72), S.480; *Singhof*, a.a.O. (Fn.72), S.158; *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.148ff.; *Fabritius*, a. a. O. (Fn.74), S.709; *Lutter*, a. a. O. (Fn.75), Rn.178; *Emmerich/Habersack/Emmerich*, AktG § 308, Rn.39a; *Großkomm AktG/Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.242.

(87) *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.161.

(88) *Johannes Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2.Aufl., 1996, Rn.300ff.

(89) *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.161.

② 情報提供義務を否定する通説

以上に対して通説は、従属会社の情報提供義務を否定する⁽⁹⁰⁾。これによれば、支配会社は、従属会社から提供された情報を受領し、または、情報提供を求めること(誘発)を許されるものの、情報を強制的に提供させる権利は有しない⁽⁹¹⁾。

否定説は、まず、肯定説に対し、同説の発想は株式法 311 条の規律に整合しないと批判する。株式法 311 条は、特定の措置を従属会社に講じさせる誘発を支配会社に許しているものの、従属会社には誘発に従う義務はなく、当該措置を講じるか否かは、従属会社取締役が裁量に基づきこれを決定する。支配会社への情報提供は同条にいう「措置」にあたるため、支配会社からの情報提供の求め(誘発)に、従属会社が応じる義務はないはずである⁽⁹²⁾。このため、従属会社の情報提供義務を認めることは、従属会社の服従義務を否定する同条の規律に反する⁽⁹³⁾。さらに、株式法は、事実上の指揮を容認しているにとどまり(Ⅱ二2)、事実的コンツェルン形成の促進を目指しているわけではない。このため、事実上の指揮を容易にする手段を法律が支配会社に与えているはずだという理解は、株式法の立法趣旨に反する⁽⁹⁴⁾。

そして、否定説は、まさにこの株式法 311 条との整合性を自説の積極的根拠とする。同条は、従属会社の自治・独立性を尊重し、分権的なコンツェルン運営を定める(Ⅱ二2)。支配会社への情報提供を強制すると、結果的に、こうした従属会社の自治・独立性が損なわれる。むしろ、支配会社はコンツェルン内の情報伝達システムを設けるにとどまり、従属会社自らが、自己の利益を考慮しつつ同システムを受け入れるか拒否するかを決定する。こうした情報共有のあり方こそが、分権的コンツェルンを定める法律の論理に合致する⁽⁹⁵⁾。さらに、従属会社が情報提供を義務づけられないもののこれを禁

(90) *Verse*, a.a.O. (Fn.82), S.423; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36d; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.246.

(91) *Singhof*, a.a.O. (Fn.72), S.159, S.161.

(92) 同旨の指摘として、*Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.262.

(93) *Fabritius*, a.a.O. (Fn.74), S.710; *Hüffer*, a.a.O. (Fn.74), S.191; *Mader, Informationsfluss*, a.a.O. (Fn.70), S.248f., S.251, S.265; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36d.

(94) *Mader, Informationsfluss*, a.a.O. (Fn.70), S.236ff., S.247f.

止されはしないという法的規律のもとでは、支配会社と従属会社がコンツェルン内の情報規則を合意することへと促され、ここに「私的な秩序形成(private ordering)」が生まれる⁽⁹⁶⁾。

二 支配会社から従属会社への情報提供

以上とは反対に、従属会社は、支配会社に対して情報提供を請求する権利を有し、支配会社はこの請求に応じる義務を負うか。従属会社は、例えば支配会社の指図が適法か否か(株式法308条1項、2項)、誘発による不利益を補償する資力が支配会社にあるか(株式法311条)を判断するために、支配会社内部の情報を必要とすることがある。このため、支配会社から任意の情報提供がない場合に、情報提供を求める権利を有するかが問題となる⁽⁹⁷⁾。

この論点については、一の問題と比較して議論が尽くされていないものの、学説は一般に、支配会社の情報提供義務を否定する⁽⁹⁸⁾。従属会社は支配会社に対して支配的影響力(株式法17条1項)を行使できず、支配会社に対して指図や誘発を行えない。このため、情報提供についても、支配会社に対する法律上の請求権を有しない。

ただし、近年の学説では、従属会社に情報を得させる前記の必要性に照らし、特定の要件のもとで支配会社の情報提供義務を肯定する見解もある。例えば、支配会社から従属会社への情報提供を、(支配契約その他の企業契約のなかで)両者が合意している場合には、支配会社の情報提供義務が認められる⁽⁹⁹⁾。また、格別の合意がなくても、支配会社は、従属会社の株主としての忠実義務に基づき、同社に対して情報提供義務を負うことがあるとされ

(95) Hüffer, a.a.O. (Fn.74), S.191. この点については以下も参照。Lutter, a.a.O. (Fn.75), Rn. 179; Mader, Informationsfluss, a.a.O. (Fn.70), S.257.

(96) Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.262. なお、以上の論点については、松津・前掲注(72) 247頁以下も参照。

(97) Singhof, a. a. O. (Fn. 72), S. 166f.; Moritz Pöschke, Auskunftsrechte der abhängigen Kapitalgesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen, ZGR 2015, 550, 551ff.

(98) Singhof, a.a.O. (Fn.72), S.167; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.265.

(99) Pöschke, a.a.O. (Fn.97), S.556ff., S.560ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e.

る⁽¹⁰⁰⁾。

三 コンツェルン法のみとめ

コンツェルンに関するドイツ法上の規律、とくに支配会社と従属会社間での権利義務について、ⅡおよびⅢで確認したことを簡単にまとめておく。支配会社と従属会社間で支配契約が締結されている場合、前者は後者に対する統一的指揮を法律上保障され、その手段として指図権を有する。従属会社は、支配会社からの指図があった場合には、同指図が自社に不利益となるものであっても、原則としてこれに従う義務を負う(株式法308条)。情報提供に関しても、支配会社は、従属会社に対して同社内の情報の提供を請求する権利を有する。

支配会社と従属会社間に支配契約が存しない場合でも、支配会社は、従属会社に対する支配的影響力(株式法17条1項)に基づき、同社に対して事実上の指揮(誘発)をすることを法律上容認されている(株式法311条)。ただし、従属会社は誘発に従う義務を負わず、これに従うかどうかは従属会社取締役が自己の裁量に基づき決する。情報提供に関しても、支配会社は、株式法311条の要件のもとで従属会社に情報提供を求めることを許されるものの、これを強制する法律上の権利は有しない。

本節(ⅠからⅢ)で確認した知見を前提にして、次節では、本稿の主題である結合企業間(支配会社・従属会社間)での悪意の効果帰属をめぐる議論をみていく。

第3節 結合企業間における悪意の効果帰属

結合企業をなす2つの法人のうち、一方の法律行為・業務に影響する情報が、他方の組織内にあるとする。この場合に、当該行為との関係で前者を悪意者と扱えるか(第1節を参照)。本節では、この問題に関するドイツの判例・学説を詳述する。

第2節Ⅰでみたように、悪意の効果帰属に関する理論は、代理人の悪意が

(100) Pöschke, a.a.O. (Fn.97), S.568ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e.

本人に効果帰属するか、または、ひとつの法人内で役員・被用者の悪意が法人に効果帰属するかという問題を、主に念頭に置いている。これに対して、(結合企業をなす)法人と法人の間で悪意の効果帰属が生じるかという問題は、裁判上争点として浮上することが少なく、これに関する学説上の議論も比較的低調であった⁽¹⁰¹⁾。しかし、1990年代に入ると、結合企業間での悪意の効果帰属を争点とする事案が、連邦通常裁判所の判例において僅かながらみられるようになる(Ⅰ)。また、学説でも、この問題を正面から取り扱う議論が登場する(Ⅱ以下)。

Ⅰ 連邦通常裁判所判決における問題の顕在化

結合企業間での悪意の効果帰属を争点とする最も早期の判決として、つぎの判決【1】がある。

【1】連邦通常裁判所 1993年7月14日判決⁽¹⁰²⁾

【事実の概要】

Xは、就業不能年金の付帯する生命保険契約をY保険会社と締結した。Xには過去に膝の手術を受けた病歴があったものの、Xはこの病歴を、Yの保険契約申込書のなかで告知しなかった。後にこの事実が判明したため、YはXの詐欺を理由に、本件契約を取り消した。これに対してXは以下のように主張して詐欺を否定し、X・Y間における保険契約関係存在の確認を求めて提訴した。すなわち、Xは、本件契約締結の約1年前に、本件契約と同一の保険代理商Aを介して、Yと同一のコンツェルンに属するB保険会社との間で疾病保険契約を締結しており、その際に本件手術歴を告知した。本件契約申込みに際して、AはXに対して、YはBと共通のデータベースにアクセスできるので、手術歴を改めて告知する必要はないと説明していた、と。

第1審および原審は、Xの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下の理由から、本件契約時YはXの手術歴につき悪意だったと認められるので、Xの詐欺に基づく取消しはできない旨述べ、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

(101) 1990年代より前の理論状況については、*Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S. 496ff.*

(102) BGHZ 123, 224.

「Yの申込書における質問への回答として、他に告知があった事実が指摘されており、かつ、同告知に、Yの担当者が、データ処理装置を使って直接にアクセスできたか、または、Bの文書を保険番号を手がかりにして参照し、そこから情報を取得できた場合には」、当該病歴についてYの悪意を認めうる。(中略)「Bに対する生命・疾病保険申込書、および、Yに対する保険契約申込書には、それぞれ、『申込者は、BおよびYが共通のデータバンクを運用すること、ならびに、申込書から得られた情報が他の保険者に伝達されることに同意する』という表示が印字されていた。他の保険者と共同で申込者の情報を収集することの同意を、保険者が申込書のなかで申込者にさせていた場合、申込者は、他の保険者のデータバンクに存する情報を指摘することによって、自己の告知義務を履行したと認められる」。

本判決は、同一のコンツェルンに属する2つの会社のうち、一方(B)の社内に情報(Xの手術歴)が存することをもって、他方(Y)を悪意者と認めうるとした。ただし、Yの悪意を認めるのに本判決が掲げる要件は、①YとBが共通のデータバンクを運用していた点に加えて、②B側の情報にアクセスする可能性をYが申込書でXに示し、かつ、Xも、B側の情報の存在を申込書でYに示していたという、相当に特殊なものである。とくに②の要件は、保険契約申込みにおける告知のあり方を反映したものであろう。したがって、結合企業間での悪意の効果帰属に関する一般論を本判決が示したとみることは、困難である⁽¹⁰³⁾。

これに対して、つぎの判決【2】は、ある法人の悪意が他の法人に効果帰属するかという論点について、【1】よりも一般的な理論を示している。

【2】 連邦通常裁判所 2000年10月13日判決⁽¹⁰⁴⁾

【事実の概要】

1992年7月7日、A組合の組合員Yらは、B消費協同組合から本件建物を取得する契約を、Aを代理して締結した。1994年4月26日、Bにつき破産手続開始の申立てがされ、区裁判所は、Bの財産に対して一般的処分禁止と保管の命令を発した。保管人に選任されたXは同年4月28日に、Yが取締役を務めるC有限会社に宛てて、処分禁止命令の通知を発送した。この通知はCの事務所に配達されたものの、同一の事務所に所在していたD有限会社の取締役Eがこれを受領し、Yに回付されなかった。このため、同年5月13日、同命令の存在を知らないYらの申請により、

(103) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.305.

(104) NJW 2001, 359.

本件建物につきBからYらへの所有権移転登記がされた。その後、Bについて破産手続が開始され、管財人に選任されたXは、本件建物の所有者をBとする更正登記への承諾を、Yらに請求した。

ドイツ法によれば、法律行為に基づく所有権の取得には、取得行為完了の時点で売主に処分権限があったことが必要であり、本件では、Yらの所有権移転登記(申請)時がこの時点にあたる。Bは、この時点ですでに処分禁止命令により処分権限を失っている。このため、Yらが本件建物の所有権を取得するには、登記申請時に同命令につき善意であったことが必要となる(BGB892条1項)⁽¹⁰⁵⁾。

第1審および原審は、Xの請求を認容した(詳細は不明であるが、処分禁止命令についてのEの悪意がCに効果帰属するので、Cの取締役であるYもまた悪意者になるとしたようである)。これに対してYらが上告した。

【裁判所の判断】

裁判所は、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。その理由として、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づいてEの悪意がCに効果帰属することがあっても、これにより、Y個人や、Cと異なる団体であるAが悪意者と認められることはないとする。ただし、この説示に続く以下の傍論において、ある法人(団体)の悪意に基づき他の法人(団体)を悪意者とする可能性があることを示唆している。

「法人または合有的団体の任務の実行が組織化され、その任務領域の一部が自然人または独立の法的単一体へと移転している場合に限り、以上と異なることが妥当する。Cが、Aの委任によって、Yらが本来なすべきであった任務を引き受けていたという事実は、主張されていない。争いのないXの主張によれば、YらはAの組合員としてだけでなく、CやDのような複数の法人の社員としても経済取引に参加し、Cと同一の事務所を利用していった。しかし、この事実からは、Cが、Aの活動および任務領域において行為していたとは帰結されない」。

本判決は、EまたはCの悪意が、Y、またはYらからなるA組合に効果帰属することを否定しつつ、Aがその任務の一部をCに移転させていたのであれば、Cの悪意に基づきAを悪意者と認めうるとする。このように、

(105) BGB892条1項 不動産登記簿の内容は、不動産に対する権利またはその権利に対する権利を法律行為によって取得した者の利益のために、これを真正なもののみとする。ただし、真正であることに対して異議の登記がされ、または、取得者がその不真正であることを知っているときは、この限りでない。不動産登記簿に登記された権利についてその権利者が、特定の者の利益のために処分を制限されているときは、その制限は、これが不動産登記簿から明白であるとき、または、取得者がこれを知っているときに限り、取得者に対して効力を有する。

(以下省略)

法人(団体)間での任務の移転を要件として、ある法人(C)の悪意を他の法人(A)に効果帰属させる理論を示している。ただし、本判決は、結論としてAからCへの任務の移転を否定しているため、どのような具体的事情があれば、ここでいう任務の移転と認められるかは、本判決からは明らかでない。

以上のように、連邦通常裁判所の判例は、結合企業の一方の悪意が他方に効果帰属することを肯定している。ただし、この効果帰属を認める根拠・要件については、事案の特殊性を反映している(判決【1】)、または、傍論で展開されていて詳細が不明確である(【2】)など、体系的な判例法理は形成されていない。この点に関する理論の深化は、つぎにみる学説上の議論を俟つことになる。

II 学説における議論の端緒——ボルクおよびドレクスルの見解

結合企業間での悪意の効果帰属をめぐる問題は、1990年代半ば以降、学説でも議論の対象となる。この議論に先鞭をつけたのは、ボルクおよびドレクスルの各見解である。両説は、この問題を検討する理論的枠組を異にするものの、一定の要件のもとで結合企業間での悪意の効果帰属を認める点で共通している。以下では、学説の起点を確認する意味で双方の見解を概観する。まずは、両説に共通する前提を確認し(一)、そのうえで、各説の具体的な内容、とりわけ悪意の効果帰属を認める要件設定をみていく(二、三)。

一 コンツェルンの法的単一性の否定

ボルクとドレクスルとともに、議論の第1の前提として、コンツェルンの法律上の単一性を否定する⁽¹⁰⁶⁾。ここで両説が念頭に置いているのは、1910年にイザイが提唱したコンツェルンの「単一体説」である⁽¹⁰⁷⁾。同説によれ

(106) Reinhard Bork, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237, 243ff.; Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.498f.; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.102.

(107) Rudolf Isay, Das Recht am Unternehmen, 1910, S.103ff. イザイの学説および同学説をめぐるドイツ法の議論については、大隅・前掲注(24)143頁以下、稲庭・前掲注(22)995頁以下。

ば、法律上コンツェルンは独立の権利主体であり、コンツェルンに属する各企業・会社は、このひとつの法主体の有機的な構成部分である。しかし、株式会社15条や17条の文言が示すように、株式法は、コンツェルンに属する各企業の法的独立性を基礎としており、これを、ひとつの法主体の構成部分とみることはできない。また、ドイツ法には、コンツェルンそのものに法主体性がないことを前提とする規定が多くみられる(例えば、ドイツ商法290条以下、共同決定法5条など)⁽¹⁰⁸⁾。以上のように、ドイツ法上、各結合企業は、独立の法人格を有する別個の法主体である。このため、一方の組織内に情報があることに基づき他方を悪意者とするには、前者の悪意に基づく効果を後者に帰属させるという理論が必要になる⁽¹⁰⁹⁾。

それでは、結合企業間での悪意の効果帰属は、どのような正当化根拠に基づいて認められ、効果帰属の要件は何か。つぎに、この点に関する両者の見解をみていく。

二 ボルクの見解

ボルクは、結合企業間における悪意の効果帰属を、代理法理(BGB164条以下)の適用問題と捉えて検討する。BGB166条1項によれば、本人が他人を自らの代理人として用いた場合、代理人の悪意が本人に効果帰属する(第2節I一)。この規定は、①結合企業の一方が、他方を自己の法律行為のために代理人として利用するときにも適用される⁽¹¹⁰⁾。したがって、この場合、当該行為との関係で、代理人たる会社の悪意は、本人たる会社に効果帰属する。

さらに、ボルクは、BGB166条1項の基礎には、「法的取引において代理人を使用する者は、自己の善意の背後に隠れてはならない」、他人の利用に

(108) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.244.

(109) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.245, S.252; *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.499. 厳密には、前者の組織内にいる役員・被用者で当該の情報を知る者の悪意を、後者に帰属させる、という法律構成となろうか。

(110) 以下の考察にあたりボルクは、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかという場面を、主に念頭に置いているようである。*Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.252.

より「情報取得の可能性をその他人に移転させた者は、自己の善意を援用できない」とする思想があるとする⁽¹¹¹⁾。そこで、①以外の場合にも、この思想が妥当する場面では同項の類推により、悪意の効果帰属を認めるべきだとする。まず、②結合企業的一方が、他方（またはその役員・被用者）に一定の案件処理を委託し、他方を自らの事務処理に「具体的に利用」している場合である⁽¹¹²⁾。また、両者の間に具体的な利用関係がなくても、③結合企業的一方が、分業的なコンツェルン組織を編成することによって、情報取得の可能性を他方に移転させ、これにより、自らが情報を取得するのを免れた場合には、後者の悪意が前者に効果帰属する⁽¹¹³⁾。

三 ドレクスルの見解

「情報伝達上の組織編成義務」法理が判例上定着した1990年代後半に登場したドレクスルの見解は、結合企業間での悪意の効果帰属を、同法理の適用が問題となる一局面として把握する⁽¹¹⁴⁾。ドレクスルは、ボルクに増してこの問題を詳細に論じているため、以下では項を分けて、同説の内容を詳しくみていく。

1 他の法人内における組織編成の支配可能性

「情報伝達上の組織編成義務」法理によれば、当該行為の決定権者たる役員・被用者が善意であっても、情報を有する者が組織内にいるときは、法人は悪意者となる（第2節I二）。ドレクスルは、この法理が結合企業間の関係にも及ぶかという観点から、結合企業間での悪意の効果帰属の成否を検討

(111) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.255f.

(112) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.256. 同時期の学説で同旨のものとして、*Carsten Römmer-Collmann*, *Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen*, 1998, S.201f.; *Nobbe*, a.a.O. (Fn.34), S.162.

(113) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.256. 同時期の学説で同旨のものとして、*Römmer-Collmann*, a.a.O. (Fn.112), S.202f.

(114) *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.493. これは、A社の決定権者が善意でも、決定権者以外の者、すなわち、他のコンツェルン企業B社や同社の役員・被用者が悪意であることによって、A社を悪意者とできるかが問題となるためである。

する⁽¹¹⁵⁾。

ドレクスルは、この検討を進めるにあたり、結合企業に特有の以下の事情を考慮すべきだと強調する⁽¹¹⁶⁾。「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づく悪意の効果帰属は、情報取得者から決定権者への情報伝達の確保を法人に期待できたことが、その要件となる(第2節I 2)。ひとつの法人内で悪意の効果帰属が問題になる場合、法人は、自己の組織内に情報伝達体制を構築することで、情報取得者から決定権者への情報伝達を確保できる。これに対して結合企業間で同法理を適用するには、効果帰属を受ける法人(A)が、情報を有する他の法人(B)から自社への情報伝達を確保できることが、必要となる。これは、他の法人(B)内の情報伝達体制を支配する法律上および事実上の可能性が、当該法人(A)になければならないことを意味する⁽¹¹⁷⁾。結合企業においては、このような事情を考慮しつつ、効果帰属の成否を判断することを要する。また、その結果として、効果帰属を受ける法人(A)とその相手方のみならず、情報を有する法人(B)を含めた三者の利益に配慮することが必要となる⁽¹¹⁸⁾。

以上のことからドレクスルは、結合企業間では、原則として、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属することのみが認められるとする。支配会社(A)は従属会社(B)内の組織編成を支配できるものの、後者は前者内の組織編成を支配できないからである⁽¹¹⁹⁾。また、従属会社内の組織編成に対す

(115) これによれば、以下のような法律構成で悪意の効果帰属が認められると思われる。結合企業的一方A社が行う法律行為・業務にとって重要な情報が、結合企業の他方B社の組織内にあるとする。この場合において、B社(B内部でその情報を知る役員・被用者)から、A社(当該行為の決定権者)への情報伝達の確保がA社に期待できたときは、A社は、当該情報について悪意者となる。

(116) *Drexel*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.500f., S.511ff.

(117) *Drexel*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512, S.519; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(118) *Drexel*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.103. ドレクスルは、代理法理を結合企業に適用するボルクの見解は、結合企業に特有のこうした諸事情を考慮に入れていないとして、同説を批判する(*Drexel*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.498)。

(119) *Drexel*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

る支配可能性は、支配契約の有無によってその程度が異なる。このため、ドレクスルは、支配契約の存する場合と存しない場合とに分けて、効果帰属の成否をめぐる考察を進める⁽¹²⁰⁾。

2 契約コンツェルンにおける悪意の効果帰属

支配会社と従属会社間に支配契約が存する場合について、ドレクスルは、後者の悪意が前者に効果帰属すると認める。両者の間に支配契約があれば、支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上保障されており、同社（その執行機関）に対して指図を与える包括的な権利を有する（株式法 308 条 1 項）⁽¹²¹⁾。支配会社は、この指図権に基づき、従属会社に情報伝達の体制を構築させることで、従属会社から自社への情報伝達を確保できる⁽¹²²⁾。

3 事実的コンツェルンにおける悪意の効果帰属

以上に対して評価が困難なのは、支配会社と従属会社間に支配契約がない場合である。両者の間に従属関係が存するだけのとき（統一的指揮が実行されていないとき）、および、形成されているのが事実的コンツェルンのときがここでの考察対象となる（以下では、一括して事実的コンツェルンと表記する）。

(1) 従属会社内の組織編成に対する支配可能性の有無

この場面で第 1 に問題となるのは、従属会社内の組織編成に対する支配可能性の有無である。事実的コンツェルンの従属会社は、支配会社の指揮に従う義務を負わず、また、支配会社は、従属会社に対して情報提供を請求する権利を有しない（第 2 節 II 二 2、III 一 2 (2)）。このため、情報伝達体制構築

(120) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.494, S.512ff.; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(121) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.111.

(122) この場合にも、一法人内での悪意の効果帰属のときと同様に、情報の重要性や伝達の法的な許容性が、情報伝達確保の期待可能性を判断する要素として同時に考慮される。*Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512.

との関係でも、従属会社内の組織編成を支配する可能性が支配会社にあるのが問題となる。

ドレクスルは、ここでいう「支配可能性」を、「コンツェルン全体における情報伝達・情報管理を組織編成できる地位」と理解し⁽¹²³⁾、株式法17条1項の従属関係があればこれを肯定できるとする。支配会社が従属会社に情報伝達をさせることは、従属会社の自治に対する干渉になるものの、従属会社に不利益が生じない限り⁽¹²⁴⁾、このような干渉は株式法上禁止されない(株式法311条)。このため、株式法17条1項の従属関係があれば、法人間の垣根をこえた情報伝達を確保するための条件が、充たされている⁽¹²⁵⁾。

(2) 支配可能性のみに基づく悪意の効果帰属？

ただし、ドレクスルはつぎの理由から、事実的コンツェルンでは、以上の意味での支配可能性があっても、それだけでは悪意の効果帰属は生じないとする。第1に、支配会社は、資本参加だけにとどまることも許される点である。株式法17条1項の従属関係があるときでも、支配会社は、統一的指揮を実行する義務を負うわけではなく、むしろ、指揮を放棄して他の(少数)株主と同様の役割にとどまることもできる。支配会社がこのような参与形態を選択した場合、支配会社と従属会社の間に分業的な関係性は存しない。ここで、支配可能性の存在だけで悪意の効果帰属を認めると、支配会社は、従属会社の活動から分業利益を得ていないにもかかわらず、その悪意に基づく不利な効果だけを負担する結果になる⁽¹²⁶⁾。

第2に、支配可能性だけで悪意の効果帰属が生じるとする規律は、支配会

(123) *Drexl*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(124) ドレクスルは、ここで従属会社に生じる不利益は情報伝達に要する費用程度にすぎないとして、株式法311条の禁止に抵触しないとみている。*Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.513.

(125) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.513; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.111. (ドレクスルは明言していないものの)この理解によれば、情報伝達またはそのための体制構築を求める支配会社の誘発に対して、従属会社取締役が(例えば後の人事への懸念などから)これに従う事実上の可能性があれば、支配可能性が肯定されることになろう。

(126) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.514f.; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.112. 悪意の効果帰属と分業利益の関係については、第2節I-を参照。

社に、集権的なコンツェルンを形成することへのインセンティブを与えてしまふ⁽¹²⁷⁾。この結果は、従属会社の自治・独立性を尊重し、分権的なコンツェルン運営を定める株式法の価値判断に反する。このため、従属会社を中央集権的に指揮することへの過剰なインセンティブが生じないように、悪意の効果帰属の要件を設定すべきである⁽¹²⁸⁾。

(3) 効果帰属の基準としての「分業化」

以上の理由からドレクスルは、悪意の効果帰属を認めるには、従属会社内の組織編成に対する支配可能性に加えて、特別な正当化根拠が必要だとする。そして、ドレクスルは、この正当化根拠を、支配会社と従属会社の分業化に求める。支配会社が資本参加にとどまらず、「統一的な企業目的の実現のために従属会社を利用している」場合には、後者から前者への悪意の効果帰属が正当化される⁽¹²⁹⁾。両者の間にどのような関係性があれば分業化を認めうるかは、個別事案における諸事情を考慮して判断される⁽¹³⁰⁾。ドレクスルは、この判断にあたっては、支配会社が従属会社を「共通の企業目的へと向かわせている」か、すなわち統一的な企業計画が行われているかが決め手

(127) この点については若干の補足説明をしておく。A社(支配会社)とB社(従属会社)の間に従属関係が存するものの、A社は統一的指揮を実行しておらず、両者の間にいまだコンツェルンが形成されていない。この場面で、A社のする法律行為に影響する情報が、B社の内部にあるとする。A社がB社への支配可能性を有することのみをもって悪意の効果帰属を認めると、ここでA社は、決定権者が善意であり、それゆえ、当該情報に基づく適切な行動をとれなかったにもかかわらず、当該行為との関係で悪意者と扱われ、不利な法的扱いを受ける(情報不伝達のリスクを負担する)。A社がこの結果を避けるには、(B社からの情報伝達により自社の決定権者も当該情報を取得し、その情報に従って行動できるように)B社から自社への情報伝達の体制を構築しておく必要がある。そして、そのためには、B社への支配的影響力を現実に行使し、統一的指揮を実行せねばならない。また、B社からの遺漏のない情報伝達を確保するには、それだけ一層、B社への指揮も強力なものにならざるをえない。結果的に、集権的なコンツェルンを形成することへのインセンティブが、支配会社に働く。

(128) *Drexler, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S. 112.*

(129) *Drexler, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515f.*

(130) *Drexler, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S. 112.*

になるとする。統一的な企業計画さえ行われていれば、分業に基づく特別な利益が生じていると認めうるからである⁽¹³¹⁾。

4 支配可能性以外の正当化根拠

検討の最後にドレクスルは、組織編成に対する支配可能性以外で、悪意の効果帰属を正当化する理論の存在に言及している。具体的にはつぎの2つの根拠が挙げられているが、これらはいずれも、他法人内の組織編成に対する支配可能性を要件としないため、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを正当化する。第1に、支配会社と従属会社とが、契約の締結およびその履行において、一体として相手方に対峙することである。この場合、相手方は、支配会社と従属会社間で情報交換が正常に行われていると信頼するので、この信頼を保護するために悪意の効果帰属を認めるべきである⁽¹³²⁾。

第2に、支配会社が従属会社の単独の社員であるときは、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属する。この場合には、従属会社に他の社員がいないことから、同社の利益に配慮しなくてもよいためである⁽¹³³⁾。

四 小括——後の学説議論への展開

ボルクおよびドレクスルは、代理関係またはひとつの法人に関して展開された悪意の効果帰属法理を、コンツェルンにどう転用するかを議論の焦点としている。ボルクは、他人の利用により「情報取得の可能性をその他人に移転させた者は、自己の善意を援用できない」とする思想を BGB166条1項から導出し、これを結合企業間の関係に適用する。他方で、ドレクスルは、

(131) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.516; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.112. 同時期の学説で、分業という観点に着目して効果帰属の成否を判断する見解として、*Römmel-Collmann*, a.a.O. (Fn.112), S.203f.

(132) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.517f., S.519; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.113f. ドレクスルは、第1節で掲げた事例②では、この根拠に基づき、親会社(支配会社)役員の悪意が子会社(従属会社)に効果帰属するとする。子会社が自己の被用者を親会社に派遣した場合、当該被用者は、自らに関する重要な情報が親会社から子会社へと正常に伝達されていると、信頼してもよいからである。

(133) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.518f., S.519; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.112f.

法人内部の悪意の効果帰属について展開された、情報伝達確保の期待可能性という基準を結合企業にも及ぼす。

つぎに紹介する 2000 年代以降の学説では、「情報伝達上の組織編成義務」法理を結合企業に適用できるかという観点から、議論を展開するのが一般的となっている。そこでは、とくにドレクスルの提示した以下の視点が継承されている。第 1 に、情報伝達確保の期待可能性を判断する際には、問題となっているのが、①従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させる場面なのか、②支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させる場面なのかの相違を考慮せねばならない点である。2000 年代以降の学説は、①では情報伝達確保の期待可能性を根拠に効果帰属を認める一方で、②については、それ以外の根拠に基づいて効果帰属を正当化できるかを模索している。

第 2 に、①の場面であっても、悪意の効果帰属には、情報伝達の確保可能性（従属会社内の組織編成に対する支配可能性）に加えて、特別な正当化根拠が必要だという点である。ドレクスルは、この正当化根拠を統一的な企業計画に求めるが、同説以降は、この正当化根拠を何に求めるかをめぐり議論が展開されている。

以下の学説紹介では、これらの事情に配慮し、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかを対象とした議論（Ⅲ）と、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するかを対象とした議論（Ⅳ）とに分けて、ドイツ法の紹介を進める。

(本学法学部准教授)

論 説

住居侵入罪における犯罪の継続の有無

牧 耕太郎

- 第 1 前提となる判例とそれをめぐる学説
 - 1. 最決昭和 31 年 8 月 22 日刑集 10 卷 8 号 1237 頁
 - 2. 昭和 31 年決定と状態犯説
- 第 2 住居侵入罪における継続犯説と状態犯説
 - 1. 継続犯説の根拠
 - 2. 状態犯説の根拠
 - 3. 小 括
- 第 3 不作為による住居侵入罪と不退去罪
 - 1. 検討事項の再整理
 - 2. 前提問題としての保護法益理解
 - 3. 不作為による住居侵入罪の可否 ―不退去罪の存在意義を踏まえて―
- 第 4 住居侵入罪における犯罪の継続の有無
 - 1. 諸前提の再確認
 - 2. 住居侵入罪における「構成要件該当結果」
 - 3. 本稿の結論と残された問題

第 1 前提となる判例とそれをめぐる学説

刑法 130 条は、住居等に対する侵入の犯罪性を肯定するとともに、当該住居等からの退去要求を受けたにもかかわらず退去しない場合の犯罪性も肯定している。ここから、一般に、刑法 130 条が規定する広義の住居等侵入罪には、刑法 130 条前段に規定される狭義の住居等侵入罪⁽¹⁾と同条後段が規定

(1) 以下、住居侵入罪ないし侵入罪というときには、この狭義の住居等侵入罪を指し、客体

する不退去罪が存在するとされる。しかし、これら両罪の関係は、その文言から直ちに明らかとまではいい難い。しかも、前者である住居侵入罪が成立するときには、それが当該侵入者が退去するまで継続するため、後者である不退去罪は成立しないとす最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1237頁の存在により、刑法130条全体(広義の住居侵入罪)の理解は分かれている。このため、狭義の住居侵入罪が継続するかどうかという問題は、狭義の住居侵入罪と不退去罪の関係を明らかにし、刑法130条全体(広義の住居侵入罪)の構造を明らかにすることとほぼ同義となる。すなわち、本稿は、狭義の住居侵入罪の継続の有無を問うことで、刑法130条全体の構造を解き明かそうとするものである。

以上のような認識の下、本稿の主題たる住居侵入罪は継続するのかという問題の検討の端緒として、最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1237頁(以下、昭和31年決定という)の判旨と事案を確認した上で、これをめぐる学説の理解を一瞥しておきたい。その上で、立入りの時点では過度に斟酌していたため、他人の住居を自宅だと勘違いをし、当該他人の住居に立ち入ったが、立入り後その事実気づいたものの、当該住居に留まった場合や、(美術館等がイメージしやすいだろうが)時間を定められて立入りの許諾を得た者が、所定時間を経過したにもかかわらず、引き続き滞留した場合等について、「退去要求」がないことを理由として不可罰とすることが妥当か、言い換えれば、このような場面を不作為による住居侵入罪とする余地はないのかを問題とすることで、刑法130条の構造に迫ることとしたい。

なお、本稿において、継続犯というときは、法益侵害の継続する間、犯罪の継続が認められるものをいい、対して、状態犯とは、一定の法益侵害によって犯罪は終了し、その後法益の侵害されている状態が存続しても、それは犯罪事実とはみられないもの⁽²⁾としておく。

を住居に限るものではない。

(2) 以上、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第2巻』(青林書院・2016年)42頁[大塚仁]。

1. 最決昭和 31 年 8 月 22 日刑集 10 卷 8 号 1237 頁

昭和 31 年決定が前提とする事実は、被告人らは、郵便局に故なく侵入し、管理権者たる電報局業務長から退去を求められたにもかかわらず同所に留まったというものであった。これについて、原審は、住居侵入罪は作為犯であり、不退去罪は、適法に建造物内にある者が要求を受けて故なくその場所から退去しないことによって成立する不作為犯であることを理由に、両罪は併存しないとして、住居侵入罪のみの成立を肯定し、原々審判決を是認した。これに対して、被告人側が、原審が是認した原々審は、不退去の事実も罪となるべき事実に掲げているが、これを原審が「両者はその構成要件を異にし併存しえない」としながら、不退去部分について「侵入後の事情として附加説明」したに過ぎないという説示をしたのは、理由不備ないし食い違いの違法があり、かつ、犯罪事実の特定をなしていない違法（刑法 335 条）があるとして上告をした。

最高裁は、「建造物侵入罪は故なく建造物に侵入した場合に成立し退去するまで継続する犯罪であるから、同罪の成立する以上退去しない場合においても不退去罪は成立しないものと解するを相当とする。それ故原判決には所論の違法は存しない。」と判示し、上告を棄却した。

この判示から明らかなこととして、最高裁は、住居侵入罪はその構成要件該当性が、「退去」時まで継続すると理解していること、「同罪の成立する以上」とされていることから、不退去罪の成立は、侵入時に住居侵入罪が成立していないことが前提となっているということが挙げられよう。これを従来の理論に照らして素直に理解すれば、住居侵入罪は継続犯であり、不退去罪は、住居侵入罪との関係では、補充的地位にあるということになる。

2. 昭和 31 年決定と状態犯説

しかし、学説は、このような「素直な」理解をするものばかりではない。平野龍一は、住居侵入罪を状態犯だと解しながら、「不退去罪は、…住居侵入者に対しても、成立しえないわけではない。ただ、住居侵入で処罰する場合には、これに吸収されるというだけのことである。（最決昭和 31 年 8 月 23

日刑集10巻1237頁)もこの趣旨である。」⁽³⁾とする。このような理解は、平野だけに止まらず、同じように状態犯説を採用する井田良なども同様である⁽⁴⁾。このように、住居侵入罪を継続犯とみるかどうかに関わりなく、昭和31年決定の結論自体を否定する者はあまりおらず、一度住居侵入罪が成立してしまえば、その後少なくとも不退去罪の成立要件を満たしている場合には、退去時までには犯罪が継続すると考えるのが一般的だと思われる。そのことの効果として、(退去要求を受けた後の)滞留中においては新たな共犯関与なども観念し得るということはいえる⁽⁵⁾。

しかし、このことは、直ちに、状態犯説に立ってしまうと、もし権利者から退去要求がなされなかったのであれば、滞留中での共犯関与はあり得ないのではないかと、という疑問をもたらす。不退去罪は退去要求を要件として構成されている。したがって、侵入後、例えば権利者が卒倒するなどして退去要求が発せられない場合には不退去罪は成立しないはずであり、また侵入時に犯罪が終了している以上、その後「別の住居侵入罪」が成立しない限りは、たとえ滞留についての援助者が後に現れた場合(例えば、侵入者XがAの住居に侵入した後にAが何らかの理由で室内で昏倒し、その後Xが知人のYに電話等でA宅前での見張りを依頼し、Yがそれを受諾し、Yが見張りを始めたような場合)であっても、当該援助者には、不退去罪の共犯はおろか、住居侵入罪の共犯も成立しないことになる⁽⁶⁾。状態犯説がこのような帰結を是とするのであれば、その理由を確認しておく必要もあろうし、また翻って

(3) 平野龍一「刑法各論の諸問題」法学セミナー201号(1972年)69頁。

(4) 井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』(有斐閣・2020年)161頁注)7。

(5) なお、犯罪の継続の場面では、しばしば公訴時効の起算点が問題にされてきた(これまで筆者が公表してきた論稿の多くもそれが前提となっている)。しかし、住居侵入罪・不退去罪との関係では、例えば3年もの間(刑法250条2項6号参照)、一歩も外出せずに住居等に留まっているということは考え難く、現実の問題になることはあまりないように思われる(例えば、買い物のために一時外出しながら屋根裏に潜んでいるような場合には、「帰宅」時ごとに犯罪を成立させ、包括一罪処理をすることが可能であり、公訴時効が完成していることが不当だということは考えにくい)。

(6) 無論、上記の事例において、その際Xの侵入目的が窃盗等であれば、Yに窃盗の共犯が成立することはいうまでもない。問題はあくまでYに対する刑法130条についての共犯成立の可否にある。

昭和31年決定がそのような理解を採らない理由もまた探究される必要があるように思われる。

そこで、次に、住居侵入罪における継続犯説と状態犯説の理解の根拠やその帰結を確認しておきたい。

第2 住居侵入罪における継続犯説と状態犯説

1. 継続犯説の根拠

いわゆる継続犯説は、昭和31年決定と同様に、住居侵入罪を、行為者の立入り後も侵入という構成要件該当性が継続する、継続犯だと理解する。その理由となるところをみてみると、次のような根拠が述べられている。たとえば、刑法130条の保護法益は住居権であるとの理解を前提として、「そもそも住居権は、家長の住居権といった静態的なものではなく（もしそうであれば状態犯と解すべきである）、住居に対する自由を動態的に保障するものであり、その意味で住居侵入罪は継続犯である」⁽⁷⁾とするものや、「他人の住居等に不法に滞在し続ける行為が、継続的に『住居権』を侵害する」⁽⁸⁾とするもの、「退去によって法益侵害状態が消滅することを考えると、侵入の場合にも『侵入している状況』の継続を考慮することができるので、本罪は継続犯であると解するのが自然である」⁽⁹⁾とするものなどが見受けられる。いずれの立場も、侵入している状態が継続する間は法益侵害が継続しており、住居侵入罪はそのような法益侵害を動態的に捕捉対象にしているという理解を示している。

だが、このような理解が強固なものだとはいいがたい。まず、論理的な問題として、住居侵入罪が「侵入している状態」を構成要件として捕捉しているかどうかこそがむしろ解釈の帰結なのであって、解釈の根拠とはいいいがたいのではないかと疑問がある。また、継続犯において、犯罪（特に実行行

(7) 浅田和茂『刑法各論』（成文堂・2020年）138頁。

(8) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂・2018年）137頁。

(9) 橋本正博『刑法各論』（新世社・2017年）138頁。

為) 継続中に犯罪成立要件をすべて充足すれば、その時点で既遂になるという理解を採用して、(状態犯説が指摘するように) 不退去罪を「住居侵入罪が成立しない場合の補充規定」と理解する場合には、不退去罪は本質的に不要な規定にならざるを得ない⁽¹⁰⁾。このことを「罪刑法定主義違反」という⁽¹¹⁾かどうかは別としても、やはり「解釈」論としては「うまく」ないといわざるを得ないであろう⁽¹²⁾。無論、状態犯説からの批判が成功しているといえるためには、上記の「犯罪(特に実行行為)継続中に犯罪成立要件をすべて充足すれば、その時点で既遂になり、その後は忘却等が生じても犯罪は継続する」という理解(以下、「継続犯のドグマ」という)⁽¹³⁾自体の妥当性が検証されなければならない、もし継続犯説を採用するとしても、「継続犯のドグマ」を否定することができるのであれば、このような難点は生まれないことにはなる。

2. 状態犯説の根拠

対して、「侵入」という構成要件該当事実に「立ち入った状態」を含まないとする状態犯説の理解は明快である。通説である継続犯説に対して異論を唱えた急先鋒といえる平野龍一は、監禁罪と比較しながら、住居侵入罪について継続犯説を採用してしまえば「承諾を得て入っても、途中から中に『居る』ことが居住者の意思に反するようになったときから、住居侵入罪が成立するはずである。しかし法は、その限界が不明確になることをおそれたため

(10) 平野・前掲注(3) 69頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣・2010年) 119頁。

(11) 岩間康夫「不退去による住居侵入罪の成立可能性」愛媛法学会雑誌 19巻4号(1993年) 15頁、また小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』(判例時報社・2021年) 284頁。

(12) 同じく、刑法 242条(他人の占有等に係る自己の財物)及び同 245条(電気)における議論が想起される。

罪刑法定主義という強い枷を持つ刑法にとって、条文の死文化は、他の法分野よりもさらに忌避されるべきであるというのは納得しやすいものであろう。もっとも、墮胎罪(刑法 212条)やあへん煙に関する罪(刑法 136条以下)のように、事実上死文化しているものがあるのもまた事実である。

(13) 所持罪に関わるものであるが、松原芳博『行為主義と刑法理論』(成文堂・2020年) 30頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』(青林書院・2015年) 125頁〔佐久間修〕参照。

か『退去要求』があった場合にかぎって、不退去罪を認めた。したがって、おそらく『退去要求』がないかぎり、意思に反するようになっても、それだけでは住居侵入罪は成立しないと解するほかないであろう。」⁽¹⁴⁾とし、特に不退去罪（それも退去要求）の存在を理由に、住居侵入罪を状態犯かのように理解をしている。また、その流れを汲む山口厚も「侵入後の滞留という事実は継続するが、『侵入』という構成要件該当事実は継続しないから、住居侵入罪を継続犯と解することには疑問があり、むしろ状態犯と解すべきではないかと思われる」⁽¹⁵⁾という⁽¹⁶⁾。山口の理解では、「侵入」概念において、その動的部分——いわば「敷居を越える」時点（以下、越境時点という）に意味の重点が置かれていることが認められる。この点に関し、上で述べた、浅田和茂の「住居に対する自由を動的的に保障する」⁽¹⁷⁾というところの「動態」とは対象を異にしていることは、念のため確認しておいてよいであろう。山口が重点を置いているのは行為者の行為の部分である「越境」を問題としているのに対して、浅田が重点を置いているのは、あくまで権利者が行為者を排除しようとする自由が時々刻々と存在することを言い表そうとしたものと理解でき、両者は向いている方向が逆である。

この山口のような理解は、「侵入」の語義を基調としており、理解のしやすいものではある。しかしながら、なぜ「侵入」という語の中にその後の「滞留」を含めてはならないのかについて確固とした説明はないように思われる。平野はその点を踏まえているようにみえ、不退去罪の要件として退去要求が置かれているという理解をしているようにみえる。

また、江藤隆之は、軽犯罪法1条1号の「ひそんでいた」ことや同条32号の「入つた」を取り上げ、「侵入」に「滞留」や「潜伏」は含まれていないとの理解を示している⁽¹⁸⁾が、これもうまくいっているようにはみえない。

(14) 平野・前掲注(3) 69頁。

(15) 山口・前掲注(10) 119頁。

(16) なお、井田・前掲注(4) 161頁も同旨。

(17) 前掲注(7)。

(18) 江藤隆之「住居侵入と不退去」桃山法学29号(2018年)35頁。なお、江藤には、これの準備的な検討として、「立ち入りを禁じる特別刑法と刑法130条」桃山法学25号(2015年)1頁以下がある。

軽犯罪法1条1号の客体は、刑法130条の客体から、現住性と現に看守されているという要件を除外したものである。そうだとすれば、もとより侵入の心理的障壁は低いとすらいえよう⁽¹⁹⁾。むしろ、潜伏自体がもたらすのが「所有権侵害」よりも、そこが犯罪者の「隠れ家」になりかねないなどというの方が重要視されるべきであるように思われる⁽²⁰⁾。「ひそむ」という言葉が内包する、隠匿性ないし認識困難性のニュアンスをこそ汲み取るべきなのではないかと思われる。同様に、軽犯罪法1条32号においても、「入ることを禁じた場所又は他人の田畑」となっており、刑法130条の客体とは異なっている。軽犯罪法1条32号では「田畑」が含まれており、「ひそむ」ことが困難なことを考えると、その前段階である「入った」段階で禁止をかけておくことには理由があるといえよう⁽²¹⁾。そして、このように解することで、軽犯罪法1条32号の罪を状態犯だと考えることが自然になる。したがって、このことから、「侵入」を「入った」と同値とするのには、まだ若干の距離があるように思われる。江藤は、1号について「『侵入』と『潜伏』とを別の行為として明確に書き分けている」⁽²²⁾としながら、32号については、「『侵入』も表現上の違いがあるのみで『入った』と同様」⁽²³⁾としており、文言の「書き分け」に対してもやや牽強付会だとみざるを得ないように思われる。したがって、軽犯罪法における規定の書き分けは、行為客体の性質を踏まえられたものとも見ることができ、住居侵入罪における「侵入」に「滞留」を含むかどうかには直結しがたいように思われる。加えて、刑法典と軽犯罪法典は別の法典であり、その文言を別異に解することは何ら問題はない。

(19) そのため、刑法130条からみると責任減少類型といえるであろう。なお、心理的障壁について、齊藤彰子「侵入(刑法130条前段)と住居権者、管理権者の意思」法政論集285号(2020年)11頁以下及びそこで引用された諸文献参照。

(20) 伊藤栄樹・勝丸充啓改訂『軽犯罪法〔新装第2版〕』(立花書房・2013年)50頁参照。

(21) 無論、軽犯罪法1条1号の客体であっても、「入ることを禁じた場所」であることは当然にあり得る。

(22) 江藤・前掲注(18)「住居侵入と不退去」35頁。

(23) 江藤・前掲注(18)「住居侵入と不退去」36頁。

3. 小 括

このようにみえてくると、継続犯説においては、住居侵入罪は、所持罪などとは異なって、既遂時点がいわば「敷居を越えた」時点に限定されると考えているように見え、その根拠は住居権の保護と不退去罪の存在という2つの要請にあると考えられる。他方、状態犯説は、むしろ不退去罪の存在、特に退去要求が要件化されていることにその根拠を持つとよい。言い換えれば、「不退去罪」の存在は、両説にとって「既遂時点」を越境時点という一時点に画する役割を担っているということはいえよう。だが、若干ながら、滞留について不作為による住居侵入罪の成立可能性に言及する立場⁽²⁴⁾もある。この立場からは、上記のような継続犯説の根拠のうち、住居権保護以上のものは存在しないことになるであろう。だが、状態犯説が「住居権の保護」を否定しているわけではないことからしても、あくまで継続犯説は住居侵入罪でその「継続的な」保護を図ろうとするものであり、状態犯説よりも「手厚い」ものであるという理解をしているというべきであろう⁽²⁵⁾。無論、状態犯説であれ、その「手厚い」部分是不退去罪に振り分けるべきであると理解しているだけであろう。その意味で、問題は、この「住居権保護」の役割分担をどのように行うべきかという部分にあるようにも思われる。

第3 不作為による住居侵入罪と不退去罪

1. 検討事項の再整理

以上のことから、住居侵入罪における犯罪継続の有無を理解するにあたっては、住居侵入罪と不退去罪の間での住居権保護についての棲み分けを問題とすべきだと理解することができる。では、このことを検討するに際して

(24) 西田典之ほか『注釈刑法第2巻』（有斐閣・2016年）307頁〔小林憲太郎〕。なお、同箇所については後掲注（60）も参照。

(25) これを明言するものとして、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』（日本評論社・2021年）132頁。

は、具体的にどのような手順を踏むべきであろうか。

上で述べたことからすると、不退去の存在が前提となっているとはいえ、「侵入」という構成要件が「住居権」との関係でどこまで捕捉しているのか、ということが問題となる。そこで、住居権ないし刑法130条の保護法益についての理解を確認しておく必要があると考えられる。特に、その法益の性質として、継続的侵害が可能なものなのか、言い換えれば、既遂となった後に、当該法益侵害が維持強化されるものなのか、あるいは減退していくものなのかといったことが1つのヒントになり得よう。その上で、不真正不作為犯としての住居侵入罪の成立が可能かどうかを検討する必要がある。もし、これを全面的に肯定できるのであれば、住居侵入罪も監禁罪などといった典型的な継続犯と同様の性質を有するものとなり⁽²⁶⁾、問題は不退去罪の存在意義のみに解消されることとなる。他方で、これが限定的、あるいは否定的に理解される場合には、なお住居侵入罪の継続についての問題は残り続けることとなり、とりわけ不退去罪との棲み分けが問題となる。

以下では、以上のようないくつかの前提的な疑問・問題に答えていく形で、議論を組み上げていくこととする。

2. 前提問題としての保護法益理解

そもそも、犯罪の継続という問題自体が、当該の犯罪の保護法益がどのような性質を有しているのかという問題に強い影響を受けている⁽²⁷⁾。その意味で、住居侵入罪における犯罪の継続の有無という問題についても、やはり保護法益についてどのような理解を前提とすべきかは問題となり得る。だが、この点は、それ自体で十分な紙幅を確保して論じられている問題でもある。時に「侵入の意義」として論じられるこの問題は、作為犯を前提に論じ

(26) 監禁罪の犯罪継続性については、拙稿「典型的な継続犯としての監禁罪」上智法学論集64巻3・4号(2021年)279頁以下参照。

(27) 平野龍一『刑法総論I』(有斐閣・1972年)132頁、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』(有斐閣・2000年)30頁。なお、拙稿「不作為による死体遺棄罪とその終了時期」上智法学論集59巻3号(2016年)191頁、さらに、拙稿「盗品等保管罪における犯罪継続の可否」上智法学論集64巻1・2号(2020年)109頁以下も参照。

られ、また侵入後の行為者の態様や錯誤による同意といった問題を取り扱われながら論じられている。そこで、本稿においては、犯罪の継続の有無・可否という観点において必要な範囲で、この問題に若干の焦点を当てたい。

(1) 伝統的な法益理解の変遷

住居侵入罪の保護法益の理解については、大まかに、戦前・戦中の家長の家長権を住居に妥当させる形で論じられた、いわゆる旧住居権説を皮切りに、それを批判する形で展開された、住居の平穏を守ろうとする平穏説、さらにそれを乗り越える形で戦後に展開され、現在の判例・通説の理解となっている新住居権説という流れを持っていることは、周知のとおりである。

旧住居権説については、家長の住居権と考えられてきた⁽²⁸⁾ことから、権利者が極めて限定されており、このことが特に戦後に施行された日本国憲法の精神との関係で、もはや維持し得なくなっている⁽²⁹⁾というのが大方の見方となっている。その意味で、ここで旧住居権説を大々的に取り上げる必要性は小さいものと考えられる。

他方、平穏説については、現在なお支持者があり⁽³⁰⁾、これを歴史的な理解として排斥していいものとはいえない。しかし、現在の通説が新住居権説にあり、またその内部の対立こそが実際上の問題だと考える本稿の立場からは、ここで平穏説について言及しておくのが妥当であろう。

伝統的な平穏説は、刑法130条の保護法益を、法的な権利に求めることなく、事実上の住居の平穏であるとする⁽³¹⁾。その根拠とするところは、住居というものに複数人が居住していることを前提として、その共同生活者全員が利益の主体であるというためには、権利という形での時に対立的な事態を招きかねないものを法益とするよりも、事実的な状態を捉える方が優れているというようである⁽³²⁾。また近時の理解にあっても、住居侵入罪の成否に

(28) 大判昭和14年12月22日刑集18巻565頁参照、また西田ほか編・前掲注(24)288頁〔小林憲太郎〕。

(29) 西田ほか編・前掲注(24)288頁〔小林憲太郎〕。

(30) 井田・前掲注(4)163頁。

(31) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（創文社・1990年）501頁。

については、住居等への事実上の平穩、特に侵入によって生じるその利益侵害の可能性を考慮すべきであり、そのことによって処罰範囲を適切に限定し得るという理解を示している⁽³³⁾。

このようにみえてくると、平穩説は、侵入前(ないし、立入りに許諾を与えた当時)の住居の事実上の状態それ自体がある程度安定的なものであることを前提として、その安定的な事実こそ価値があるものと考えているようである。このような発想は、時に「刑法は静的な状態を保護する」⁽³⁴⁾といわれることと極めて親和的であるし、実際に窃盗罪のように⁽³⁵⁾、そのような事実状態を保護法益とするものは少なくない⁽³⁶⁾。他方で、平穩説には、住居侵入罪・不退去罪を個人的法益に対する罪として位置づける以上は、居住者の意思や承諾の有無とかかわりなく犯罪の成立が決定されるとするのは不適とする批判⁽³⁷⁾や、平穩性を基礎づける実質的利益が無制限になり、住居侵入罪・不退去罪を事実上「一般的利益侵害予備罪」に転化されかねないとする批判がある⁽³⁸⁾。また、判例が、住居侵入罪における侵入の定義として、住居権者の「意思に反して立ち入ること」(最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁)と述べているところ、住居権者の住居権こそが保護法益であるというのが判例の理解であるとされている。学説においても、現在では、住

(32) 同上。

(33) 井田・前掲注(4)163頁。なお、この見解は、居住者の意思に反することを一切不要とするものではないことは注意しておいてよいであろう。また、前田雅英『刑法講義各論〔第7版〕』(東京大学出版会・2020年)115頁は、最決平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁が「私生活の平穩の侵害」も重視していることに言及した上で、「『保護法益はどちらか』という思考は、妥当ではなく、両者を総合して解釈すべきである」と論じることが、基本的な思考は井田のそれに近いように思われる。

(34) 財産犯に関わるものではあるが、佐久間修ほか『刑法基本講義〔第3版〕』(有斐閣・2019年)325頁〔橋本正博〕。

(35) 窃盗罪において、禁制物の窃盗が肯定される理由もまたこのような側面がないとはいえないであろう。

(36) 社会的法益はおおよそそのようなものとすらいえる。法人ですらない「社会」に「権利」を認めることは困難であろう。

(37) 西田典之・橋爪隆補訂『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂・2018年)110頁。

(38) 山口厚『問題探究刑法各論』(有斐閣・1999年)65頁、同・前掲注(10)119頁。そのため、山口は、平穩説を「実質的利益説」と理解し直している。

居権者の許諾を問題としない、純粋な形での平穩説というものは積極的に主張されているようにはみえない。そこでは「平穩」性の内実としてであり、住居権者の許諾等について配慮がされており、むしろ、このような住居権者の許諾を超えるのか、あるいはその住居権の内実としてどこまでを包摂するのこそが実質的な対立点であると理解すべきであろう⁽³⁹⁾。

(2) 近時の法益理解の主たる対立

このような観点から、刑法 130 条の保護法益の現在の理解については、住居権者の許諾権のみを議論すべきとする立場（一般に許諾権説と呼ばれ、以下でもこの名称で呼称する）⁽⁴⁰⁾と、そこにさらに実質的な利益を織り込もうとする立場に分けることができよう。後者については、これまで平穩説として理解されてきたものもあるが、上述したことに加え、例えば林幹人は、自らを新住居権説と規定しながらも、「住居権説は一定の空間・領域に対する支配権を、そこでの機能などと無関係に、それ自体として保護しようとするものだから、領域説とでもいうべき」⁽⁴¹⁾と規定している。そこで、本稿においては、後者のように住居権の内容として、支配権ないし実質的利益を織り込む立場を、便宜的に、「領域支配説」と呼ぶこととしたい。したがって、本稿で認識する、刑法 130 条の保護法益についての対立の実質は、許諾権説か領域支配説かということになる。

ここで、次の検討のための導入として、両説の要点を把握しておきたい。

許諾権説の要点は次のようなものである。すなわち、「住居侵入罪は、住居などに誰の立入りを認めるかの自由（許諾権）を保護法益として理解することが妥当である」⁽⁴²⁾だが、それは、「正当な理由もなく、かつ許諾なく立ち入った場合に不可罰の余地を認めようとする」実質的利益説は妥当でなく、

(39) なお、前田・前掲注(33) 115頁。

(40) 山口・前掲注(38) 66頁。

(41) 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会・2007年）100頁。なお、同書では続いて、「なお、この説も領域に対する支配権自体を実質的利益と考えるものなのだから、平穩説・機能説のみを実質的利益説と呼ぶのも適切でない」として、山口・前掲注(38)の呼称を批判する。

(42) 山口・前掲注(10) 119頁

「(常に存在する)許諾権以外の実質的利益(の不存在)は問題とすべきでない」⁽⁴³⁾という理解に基づいている。ここでは、住居侵入罪を「一般的利益侵害予備罪」とすべきでない⁽⁴⁴⁾というそれ自体としては妥当な考慮に基づき、それを純化させることが目指されている⁽⁴⁵⁾。

他方、領域支配説においては、住居等の持つ外界と区別された領域としての性質を重視しているように見える。この点を明確に叙述する伊東研祐の表現を借りれば、「私的な住居であれ半ば公的な建造物であれ、そのミニマムな機能がその内部にいる時点時点における天候を含めた様々な外部的影響からの物理的及び精神的なシェルター・干渉排除施設としてのそれにある」のであり、その意味で、刑法130条の罪は「私的空間を支配する自由に対する罪」⁽⁴⁶⁾であるということになる。

許諾権説及び領域支配説の両見解は、いずれも特に住居がプライバシーにとって核たる場であり、その意味で住居侵入罪がプライバシー保護にとって重要な役割を果たしていることについては、異論はないように見える⁽⁴⁷⁾。その意味で、両説の対立は、①刑法130条が保護している利益として、プライバシー(や、官公庁施設や商業施設のような建造物の場合でそれに相当する利益⁽⁴⁸⁾)。以下、単にプライバシーとする)以外のものを観念し得るか、②①でプライバシー以外の利益を包摂し得る場合に、それと住居権との関係いかんという形で整理できよう。以下、このような観点から、検討を施す。

(43) 山口・前掲注(38)66頁。

(44) 山口・前掲注(10)119頁。

(45) 山口・前掲注(38)66頁参照。

(46) 以上、伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社・2011年)86頁。

(47) 許諾権説の立場からは山口・前掲注(38)66頁、領域支配説の立場からは林・前掲注(41)98頁などがある。

(48) なお、この点については、関哲夫『住居侵入罪の研究』(成文堂・1995年)が重要であろう。また、佐伯仁志「住居侵入罪」法学教室362号(2010年)98頁は、関のような理解(一般に多元説と評される)について、「立ち入りのコントロールのされ方」について「個人の住居と公衆に開かれた建造物とは異なっていることを明らかにしたことには高い評価を与えている。しかし、佐伯の理解も、許諾権という枠組みからの再構成だといえるため、本稿では、多元説の評価それ自体については、留保しておく。

(3) 検討と私見

許諾権説の中核的根拠は、すでに山口がいうように、実質的利益を織り込んでしまえば、住居侵入罪が「一般利益侵害予備罪」に墮するというところにあると思われる。確かに、住居等内部で犯罪が行われた場合、ありとあらゆる利益を住居権等として織り込んでしまえば、そのことをもって事実上遡及的に住居侵入罪の肯定が認められることになるであろう。そのことは、特に、被害者の同意において「錯誤」を広範に認める判例のような立場⁽⁴⁹⁾を採れば、比較的容易に看取されよう。しかし、このことは、住居権を許諾権と捉えたところで、実は大差ないのではなかろうか。判例のような態度を前提とすれば、その許諾権行使において、「真実を知らされていたならば許諾しなかった」といえれば、同意が否定され、住居侵入罪として可罰性が肯定されることとなる⁽⁵⁰⁾。この条件関係的な理解は、「なぜ許諾したのか」という許諾の理由を実質的な前提としている。その意味で、単なる許諾なのではなく、住居権者による一定の利害判断を前提とした許諾なのである。このように考えてくれば、許諾を文字どおりに捉えてしまえば、相当に表層的なものにならざるを得ない⁽⁵¹⁾。この点では、領域支配説に分があるといわざるを得ないであろう。

次に、領域支配説（山口のいう実質的利益説の1つ）に向けられた批判の1つである「正当な理由もなく、かつ許諾なく立ち入った場合に不可罰の余地を認めようとする」ということについて考えてみたい。端的に言って、このような場合がどのような場合なのかは判然としない。とりわけ生活拠点である住居は、いわばプライバシーの塊といえる場所であり、「正当な理由がない」時点で、そこに住む者は否応なくプライバシーを侵害される。例えば囲繞地に立ち入っただけでも我々は様々な情報に接することができるであ

(49) 例えば、最判昭和23年5月20日刑集2巻5号489頁。

(50) この点については、すでに平野龍一「住居侵入について」警察研究57巻7号（1986年）11頁以下が、公開された部分への立入りと欺罔による許諾は分けて論じるべきとしており、前者は推定の同意の場面であり、後者は現実の許諾の問題だとする。なお、橋爪隆「住居侵入罪」法学教室447号（2017年）100頁以下も参照。

(51) 松原・前掲注（25）120頁。

う。カーテン1つとってみても、そこに住む者の趣向がみえることすらある。それ1つでは大した情報でなくとも、他の情報が集積されれば、内心を覗き見るようなことは可能であろう⁽⁵²⁾。このことは、事業所であっても同様に当てはまる。許諾権説が向ける実質的利益侵害がないことで不可罰化されるという危惧は、みようによっては、実質的利益を過度に重いものとみてはいないかということがいえそうである⁽⁵³⁾。無論、こう考えてくれば、領域支配説と許諾権説の差は縮まっていく。その意味で、両説の差は、住居権という法益内部における重点の差ということがいえるのかもしれない。

他方で、住居侵入罪が、事実上、「実質的利益侵害予備罪」のように使われてきたことに対しては、やはり一定の考慮を払っておくべきであるように思われる⁽⁵⁴⁾。住居内で行われたことが処罰できない場合に、住居侵入罪を用いて半ば強引に処罰対象とするということに対する忌避感、それ自体としては、首肯し得る。例えば、多少強引なセールスマンの訪問を住居侵入罪とするならば、それは実態においては、セールスマンに対する嫌悪感自体を処罰していないかという疑念が湧くのはもっともであろう。それと同時に、住居権というものは、詰まるどころ、そういうものであるということもできよう。住居はいわば「安住の地」であるはずである⁽⁵⁵⁾。つまり、外界からの干渉が極力及ばないようにすべき場であると考えられるのである。そうす

(52) フィクションとはいえ、推理小説において行われる推理とは詰まるどころそういうものであろう。

(53) なお、領域支配説の立場から、「侵入」概念を限定することが困難であることを示すものとして、齊藤・前掲注(19)83頁以下。

(54) 最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁が、もし、「自衛隊の宿舎」や「反戦ビラ」といった政治的色彩の強いものでなかったら同様に立件されたいだろうかという懸念は、やはりついて回る。なお、最判平成21年11月30日刑集63巻9号1765頁では、一般のマンションにおいてではあるが、共産党のチラシ等であった。この点については、松宮・前掲注(8)139頁、松原・前掲注(25)131頁、安達光治「『ポストイング』は犯罪か？」法学セミナー596号(2004年)66頁以下なども参照。

(55) これを破壊する1つの形がドメスティック・バイオレンス(DV)であるわけであるが、その点は脇に措く。なお、家庭内の犯罪については、深町晋也『家族と刑法』(有斐閣・2021年)があるが、同書2頁は、家族や家庭が持つ機能として、「その構成員を『社会の荒波』から守る自律的な存在」と、「その構成員に対する侵害リスクを高める存在」と、相反する機能を指摘しており、正当である。

ると、外界からの、住居権者の意に沿わない干渉は、この「安住の地」の破壊になりかねない。一度作り上げた砦を一部であれ破壊されれば、その修復は容易ではない。その砦の「弱点」が露わになった時点で、「要」を失う可能性すらある⁽⁵⁶⁾のである。そうだとすれば、そもそも「弱点」を曝すべきかを判断する利益というのは、極めて重要な意義を有するであろう。このような理解からすれば、住居権にとって最初に意味を持つのは許諾であるということには疑いが無い。

以上のような理解から、本稿における刑法 130 条の保護法益の理解としては次のようなものとなる。すなわち、前提としては、住居権説を基点として考えることが妥当であろう。そのことによって、保護法益が、漠たる利益ではなく、そこに住んだり、利用したりする者にとって、中核的な利益が特定されると考えるからである。そして、その住居権の中核はやはり許諾にあると理解するのが相当であろう。住居が典型であるが、当該の空間の支配権の行使は許諾という形で先鋭化するからである。しかし、この許諾は、最終的には、住居等に対する支配権の実現・具現でしかない以上、住居権の実態としては当該の住居等に対する支配権であるといわざるを得ない。このように理解することにより、両者の立場は止揚されるものと考えられる^(56a)。

以下の叙述においては、このような法益理解を前提として、議論を進める。

3. 不作為による住居侵入罪の可否 —不退去罪の存在意義を踏まえて—

継続犯においては、作為の後に不作為が連なっているという意味での実行行為の継続が根拠として持ち出されることが多い。そこで、住居侵入罪における構成要件該当行為については、まず、不作為による実現があり得るのかを確認しておく必要がある。

(56) 石垣には「要石」と呼ばれるものがあることは周知のとおりである。要石は必ずしも大きな石ではないかもしれないが、それが欠けた時点で石垣は崩壊する。

(56a) 小林・前掲注 (11) 280 頁以下参照。

(1) わが国での言及

わが国において、不作為による住居侵入罪の可否に触れたものは多くはない。思うに、その1つの理由として、住居侵入罪を状態犯と解し、とりわけ立入り時点では不可罰であるものの、その後の滞留において可罰的となるようなものとしての不作為(以下では、便宜上滞留型という)での実現をおよそ不退去罪に振り分ける学説が有力化しているからであろう。このような理解では、「(滞留型における)不作為による住居侵入罪」というものは、存在しないことになるはずである。したがって、有力説に立ってしまえば、この議論は不要とされてしまう。

では、通説の理解ではどうか。通説の理解、特に犯罪の継続に実行行為の継続を要求するのであれば、不作為による住居侵入罪の可能性は、論理的には否定されない。しかも、実行行為の継続の中身として、不作為の継続を観念する立場⁽⁵⁷⁾によれば、このことは自明視されるであろう。有力説が通説への批判していたのもこの点であった。いわく、「不退去罪の独自の処罰領域が失われる」と。それにもかかわらず、この点は意識的に議論されてきたような跡があまりみえない。

このような状況下で、(特に滞留型を念頭においた)不作為による住居侵入罪を意識的に取り上げているものとして、次のようなものがある。やや古いものであるが、岩間康夫は、「現行法における広義の住居侵入罪の規定の体裁からみて、現行法の解釈としては……否定説を採らざるをえない」。「まったく適用の余地のない処罰規定が存続しているという事態は、一種の罪刑法定主義違反と評価されなければならない」⁽⁵⁸⁾という。もともと、岩間自身は、肯定説へ若干の未練を残しており、「要は、保護領域における滞在が住居権者等の意思に合致しているのか否かのみが犯罪の成否にとって決定的なのである。このことや、……現行法も不退去について狭義の住居侵入罪と同等の処罰を(条件付ではあれ)用意していること……からすれば、ひとまず

(57) 例えば、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』(有斐閣・2018年)113頁注)48参照。ただし、井田は、住居侵入罪については状態犯説を採用していることについては、前掲注(4)及びこれに対応する本文参照。

(58) 以上、岩間・前掲注(11)14頁以下。

現行法規定の解釈を離れてみるならば、不可罰の立ち入りの後に住居権者の意思に反する滞留が開始される事例についても狭義の住居侵入罪による処罰を認める肯定説は、本質的には正当である」⁽⁵⁹⁾とする。

小林憲太郎は、より積極的に「たとえば、適法に住居に立ち入った者が住居権者と口論するうちに、住居権者が恐怖の念を抱きその者に退去してもらいたいと思ったものの、これをいい出せない状況に陥ったとしよう。このとき、もしその者自身がそのことを分かって滞留し続ければ、不作為による住居侵入罪の成立を肯定することは絶対に不可能とはいえない。たしかに、『侵入』の語義に反しないか、不退去罪が別途、設けられているのは不真正不作為犯としての住居侵入罪成立の余地を排除するためではないか、等が問題にはなりえよう。しかし、侵入を住居権を侵害しつつ住居内に存在することと目的論的に解釈することが、直ちに罪刑法定主義違反であるとまではいえない。また、不退去罪は不作為による住居権侵害の典型的なケースについて犯罪の認定を簡明ならしめるため設けられたにすぎず、しかも、それはむしろ住居権を厚く保護するためなのであるから、その存在によって住居権が他の保護法益よりも薄くしか保護されないというのでは本末転倒であるようにも思われる」⁽⁶⁰⁾とする。

江藤隆之に至っては、「不作為による侵入は、不退去とは別に不真正不作為犯としての侵入として観念しうる」とするが、その前提とする事案は、これまでのものと全く異なり、「たとえば、他人の工場内につながるベルトコンベアの屋外部分の上に寝転がっていた者が、ベルトコンベアが動き出したことにより、このままでは建造物内に体が入ってしまうことを認識しながら、あえてベルトコンベアから降りない場合」のようなものを念頭にお

(59) 岩間・前掲注(11)16頁。

(60) 西田ほか編・前掲注(24)307頁〔小林憲太郎〕。なお、同箇所については、小林・前掲注(11)284頁によって、「住居侵入罪は状態犯と解するほうが一貫するものであり、同罪が継続犯である不退去罪と並記されていることそのものは、特に矛盾とはいえないように思われる。」と改説されている。しかし、本稿においては、『注釈刑法第2巻』における記述はある種の特徴的な記述であると考え、小林の意図とは別に、取り上げ、検討の対象とするものである。そこで、本稿においては、小林の理解については改説の前後を明示せず、旧説のみを取り上げる。

く⁽⁶¹⁾(以下、このような場合を越境型という)。では、岩間や小林が念頭においている滞留型の事例について、江藤はどのように述べているのかというところ、「不作為による侵入は、侵入禁止規範に違反している。ところが、不退去は退去命令規範に違反するものであるから、両行為には質的な相違がある。そのため、不退去を侵入後の同一規範の侵害の継続としてみることは困難であり、そのため構成要件該当評価が継続しているとは解し難いことになる。」とし、否定説の立場にあるといえよう。

このように通覧すると、滞留型不作為の可罰性否定説の理解は、不退去罪の存在を前提として、罪刑法定主義違反とするものと、構成要件が内包している規範の相違をいうものが存在しているといえる。だが、罪刑法定主義違反の点については、小林が触れるように、多分に解釈者の「罪刑法定主義」というものへの理解の差が表れており、決定的というには不足している感が否めない。また、規範論を用いたロジックは、およそ不真正不作為犯の成立を否定するロジックになりかねない⁽⁶²⁾。江藤が設定する事例についても「ベルトコンベアから降りるべき命令規範」と「侵入禁止規範」の関係については、規範の主従や実現の具体化を考えるのだとすれば、退去命令規範がなぜ侵入禁止規範に包摂されないのかは(江藤によれば、軽犯罪法1条1号という根拠があるにせよ)、やはり解釈者の理解というものに多分に依拠する形になってしまう⁽⁶³⁾。

法益侵害の実質ということを考えてとき、住居侵入罪が保護する住居権は、占有という状態それ自体が保護の対象とされる⁽⁶⁴⁾窃盗罪が状態犯とされることとは、質的に異なるものがある⁽⁶⁵⁾。この法益侵害の実質というも

(61) 江藤・前掲注(18)「住居侵入と不退去」37頁。また、同箇所には、AIの自動運転でのルートに他人の敷地を通過するものがあったときに、それと知りながら、ルート変更を命じなかった場合という、相当にトリッキーな場面が設定されている。

(62) 規範論的に作為犯と不作為犯の間には大きな溝があることについては、日高義博「不真正不作為犯の理論」(慶応通信・1979年)。

(63) 規範を主位的規範と副次的規範に分けて階層化する例として、Stephan Ast, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010がある。

(64) 占有というのは、まさに一定の状態を指し示すものであるとすらいえる。典型的には、木庭顕『新版ローマ法案内』(勁草書房・2017年)47頁以下、特に55頁以下参照。

(65) 念のため、付言しておく、窃盗罪の場合には、「占有」という状態が失われてしまえ

のをみたときには、岩間が指摘するように、不作為による住居侵入罪というものゝ当罰性の実質は否定しようがないように思われる。

では、わが国と同様の条文構造となっているドイツ StGB § 123 の理解はどのようなになっているのであろうか。節を改めて、確認をしていきたい。

(2) ドイツでの議論状況

ア. 条文構造

ドイツ StGB § 123 は、わが国同様、前段（第 1 文）にて狭義の住居侵入罪を、後段（第 2 文）において不退去罪を定め、不退去罪においても、わが国同様、退去要求を要件としている。また、不真正不作為犯一般については、わが国には存在しない § 13 というものが存在することは周知のとおりであり、そこでは、結果の発生を前提とした上で、不作為犯の成立を肯定し、また不真正不作為犯については任意的減軽とすることとしている。

ここで留意しておくべきは、まず不真正不作為犯が任意的減軽事由であるということ、そして住居侵入罪において不真正不作為犯が議論されているということは、翻って、同罪は「結果犯」として理解されているということである。したがって、後に述べるように、不退去罪よりも不真正不作為犯が「一段軽い」犯罪と理解する余地があり、また、「結果犯」という理解からすれば、本罪を挙動犯とする理解と比べて、実行行為の継続性を強く要求する必要はないのではないかということがいえそうである。

イ. 判例

StGB のコンメンタールをいくつかみても、直ちに、不作為による住居侵入罪を肯定したものとして、BGHSt 21, 224 が挙げられている。これは次のような事案のもとでの判断である。賃貸に住む G（14 歳・女性）は、賃

ば、引き続き侵害すべき「占有」という状態がそもそもないため、犯罪の継続が観念し得ないのである。その意味で、犯罪の継続には、次の一瞬に「保護すべき状態」が存在していなければならないと考えられる。なお、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判例タイムズ 550 号（1985 年）91 頁は、電気や水道水について犯罪の継続を認める余地に触れる（なお、古田は、このような事態を指し、このような場合の窃盗罪は、継続犯であり、かつ状態犯ということとなろうとする）。

借人たる母 M が不在中、病気のために部屋で寝ていた。そこにセールスマンであった被告人 A がやってきて、G と談笑を始めたものの、A は何度か G の身体にわいせつに触れた。A は G から退去を要求されたものの居座り続け、やがて立ち去ったというものである。原審は不退去罪の成立を肯定したところ、被告人は G が 14 歳で退去要求権限がないという趣旨で上告したが、BGH は原審の判断を維持した。BGH は、その理由の中で、傍論ながら次のような議論を展開している。すなわち、「従来の判例もまた(1項1文と2文)明確な区別を欠いている」とした上で、後段の不退去罪について「行為者が違法な立入りについて有責性がない場合に常に適用されるとの理解は、正しくない」とし、その理由として「第1の構成要件は不作為によっても充足できる(からであり不真正不作為犯)、その例としては行為者が後になってようやく違法な立入りだと認識したような場合がある。これは、住居権を有する権利者がその場に居合わせていない場合や、そういった者が不存在である場合に、特に重要である；とりわけ、違法な立入りであるという認識が、無権利者の指摘によっても伝達され得る場合である」と判示し、不作為による住居侵入罪の成立可能性を肯定したのであった⁽⁶⁶⁾。

この判決の事案自体をみれば明らかのように、問題の本質は G の住居権、さらには「退去要求」を発する権限の有無であり、本判決はこれを肯定するものである以上、不作為による住居侵入罪の可能性を議論する実質的理由は乏しかったといえる。そのため、いわゆる「判例」としての価値をどの程度認めるべきかは疑わしいし、この判断以降、不作為による住居侵入罪の成立が問題となった BGH の事件は見当たらない。

ウ. 学説

さらに学説がこの BGH の判断に賛同しているかということ、必ずしもそうとはいえない。むしろ、状況としては混沌としている。不作為犯の成立を認める立場であっても、わが国で江藤が主張するような、越境型の不作為での実現のみを認めるものもあるし、BGHSt 21, 224 が認めるような滞留型のものまで認めるものもある。後者については、例えば、わが国でも参照頻度の

(66) なお、同判決は、G に住居権を認めて、不退去罪の成立を肯定している。

極めて高い *Shönke/Shröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 123 Rn. 13 では、博物館にやってきた者が閉館時間になったのに館内に留まった場合に住居侵入罪の成立を肯定している⁽⁶⁷⁾。

やはり、このような理解には反対するものがある。典型的には、*Rengier* は、第1文の「立入り (Eindringen)」という言葉の意味に反していること、第2文が退去要求を要求していることをその理由として挙げている⁽⁶⁸⁾。もっとも、*Rengier* ですら、監督権限のある保障人（例えば父親）が監督されるべき者（例えば13歳の息子）が住居等に立ち入ろうとしているのを止めなかったというような場合に、不作為による住居侵入罪の成立を肯定している⁽⁶⁹⁾。このような場合は、監督されるべき者が「立入り」をしているという点で、越境型に振り分けることができるであろう。

このようにみえてくると、わが国の理論状況と大きな差があるようにはみえない。だが、ドイツの方が議論がまだ盛んであるのは、不真正不作為犯についての彼我の差があるからであろう。すなわち、*StGB* § 13 Abs. 2 は、不真正不作為犯が成立する際には、任意的減軽を認めているという点に関わる。*StGB* § 123 Abs. 1 Alt. 2 の不退去罪と、Alt. 1 の狭義の住居侵入罪とは同じ法定刑であるのに対して、狭義の侵入罪について不真正不作為犯の成立を認めた場合には、任意的減軽を受けることができる。そのため、退去要求を、違法要素として理解する余地が残されているのである。また、積極説に立ったとしても、①作為による住居侵入罪、②不退去罪、③不作為による住居侵入罪という、整理が可能になるのである。このことは、見落とすべきではないように思われる。

エ. 小括

以上のことを彼我の差としてみたときには、次のようなことがいえるであろう。すなわち、住居侵入罪・不退去罪に関する日本刑法130条とドイツ *StGB* § 123 Abs. 1 との条文構造自体には大きな差はない。しかし、日本刑

(67) *Shönke/Shröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., 2019, § 123 Rn. 13 [Sternberg-Lieben/Schittenhelm].

(68) *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 21. Aufl., 2020, S. 279.

(69) Vgl. *Rengier*, a.a.O. Anm. (68), S. 278.

法には存在しない不真正不作為犯の成立要件についての総則規定が、ドイツ StGB では § 13 として存在し、その Abs. 2 によって、不真正不作為犯には任意的減軽が認められている。このことによって、ドイツでは、その刑の軽重をみたとき、①作為による住居侵入罪、②不退去罪、③不作為による住居侵入罪という順序での整理が一応は可能になる。他方、わが国においては、ドイツ StGB § 13 のような規定が存在しないため、不真正不作為犯も作為犯と同じ法定刑において処理されることとなる。そのため、少なくとも、作為による住居侵入罪と不作為によるそれとでは、刑罰の面においても、「等価」として理解されることになる。そのことにより、作為による住居侵入罪、不作為による住居侵入罪、不退去罪の3つが並列に置かれてしまう。それは、翻って、わが国においてこれらの3種類の優先劣後や棲み分けがいかなる形になっているのかを不透明化させているものといえよう。

そこで、続いて、わが国において上記3類型(特に不作為による住居侵入罪については滞留型の場合)の優先劣後関係を考える一助として、不退去罪の位置づけを検討する。不退去罪の守備範囲が明らかになり、余事象的に、住居侵入罪の守備範囲を特定できるからである。延いては、そのことが住居侵入罪の犯罪継続の可否を検討するヒントを与えるものと考えられる。

(3) 不退去罪の存在意義 —特に退去要求との関係で—

ア. 住居侵入罪における継続犯説と状態犯説とでの理解の差

検討に先立ち、住居侵入罪においてその罪質を継続犯とするか状態犯とするかによって、不退去罪がどのように位置づけられているかを(すでに述べたことと重複するところもあるが、再)確認することとする。ここで簡単な見取り図を示すと、住居侵入罪を継続犯と解したときには、不退去罪は「適法に又は過失により立ち入った場合に限られる」⁽⁷⁰⁾とする立場(以下、便宜上、棲み分け説という)及び住居侵入罪を継続犯と解しつつ、不退去罪の成立要件として住居侵入罪が成立していないことを前提としない理解(以下、

(70) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第7巻』(青林書院・2014年)334頁[毛利晴光]、橋本・前掲注(9)138頁参照。

便宜上、併存説という)の2つがあり、さらに住居侵入罪を状態犯と解する状態犯説では、不退去罪もまた成立した際には、これを刑法130条全体で包括一罪とするという構図になり、合計3つの立場があり得るものと思われる。以下、それぞれについて敷衍していきたい。

まずは、住居侵入罪を継続犯とする立場からみてみると、不退去罪は「適法に又は過失により立ち入った場合に限られる」とするのが一般的であろう。棲み分け説はこれを素直に解したものと理解できる。この見解から明らかであるのは、すでに述べたところではある⁽⁷¹⁾が、住居侵入罪における犯罪継続の意味は、既遂時点は越境時点に限定されるものの、その後の滞留の状態も住居侵入罪における「侵入」という構成要件によって捕捉されるということである。したがって、それは、例えば所持罪などのように、客観的構成要件要素の全てが時々刻々と充足され続けていくために、継続中のどの時点においても犯罪成立要件が充足され、どの時点においても既遂にし得るといった性質のものではないと理解されているといえる。

しかしながら、棲み分け説がどのようなロジックの下で成り立っているのかは判然としない。例えば、犯罪の継続に構成要件該当結果の継続のみを要求し、実行行為はしかし時点で捉えるというような、いわゆる結果継続説のような理解を前提とすればあり得るのであろう⁽⁷²⁾。だが、結果継続説ではなく、実行行為の(評価的)継続を要求する通説的立場(いわゆる行為継続説)を前提とした場合には、やはり整理が行き届いていないと評さざるを得ないのであろう。

他方で、住居侵入罪を継続犯と解しつつ、不退去罪の成立要件として住居侵入罪が成立していないことを前提としないとする併存説も論理的にはあり得る⁽⁷³⁾。この立場は、棲み分け説では、不退去罪の不文の要件として、住居侵入罪の不成立が含まれるということになる⁽⁷⁴⁾が、それを必ずしも妥当

(71) 本稿第2の1。

(72) このような理解を示すものとして、林・前掲注(41)101頁。

(73) 正田満三郎「住居侵入罪と不退去罪」ジュリスト445号(1970年)122頁参照。また、西田ほか編・前掲注(24)306頁〔小林憲太郎〕参照。

(74) 実際に、不退去罪の不文の成立要件として、住居侵入罪の不成立が必要だとし、そこ

とはいえないと評価するものだということもできよう。そのため、併存説は、思うに判例と同様に、最終的には住居侵入罪のみを成立させるものと考えられるが、その趣旨がいかなるところにあるのかは、判然としない。住居侵入罪として可罰性を肯定している滞留部分について、重ねて不退去罪の成立も観念することは、構成要件的に二重評価となることをきらって、単純一罪である法条競合と捉えるのか、あるいは観念上は数罪の成立を肯定する包括一罪として捉えるのかといった形で、罪数処理を施すということになるだろうか。そうだとすると、そのいずれも論理的に排除されるものではないであろう。この立場からは、判例が住居侵入「罪の成立する以上退去しない場合においても不退去罪は成立しないものと解するを相当とする」というのは、文言どおりに素直に理解すれば、法条競合的に理解しているように読むことになるであろう。しかし、この「成立しない」というのをどのように理解すべきかにかかっているとはいえ、包括一罪という理解が絶対に不可能であるとはいいきれないように思われる。もっとも、法条競合と理解するか、包括一罪と理解するかは、この住居侵入罪と不退去罪の併存を認める立場からは、必ずしもクリティカルな問題とはいえ、問題としては「仮象」に止まるとすらいえよう⁽⁷⁵⁾。

このような併存説においては、住居侵入罪と不退去罪の棲み分けというものは、それほど大きな問題とされていないが故に、滞留型の不作為による住居侵入罪についても、何か特定の立場を前提にしておく必要性も乏しいと思われるのではないかとみえる。それと同時に、このような併存説の立場に立ってこそ、滞留型の不作為による住居侵入罪の成立の可能性も論じることができるということもいえる。(継続犯説中の)棲み分け説や状態犯説から

に検察官の立証責任があることを指摘するものとして、藤永幸治「判批(東京高判昭和50年12月4日判時808号109頁)」研修333号(1976年)83頁、及びこれを引用する江藤・前掲注(18)「住居侵入と不退去」23頁。

(75) なお、山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣・2016年)394頁が、法条競合における吸収関係は包括一罪として整理されるべきとするのは、結局このことの証左ともいえる。いずれに立場に立とうとも、仮に住居侵入罪が不成立であったとしても、不退去罪が処罰できないということもないはずであるし、一事不再理効等の訴訟法上の効果についても差があるわけではなからう。

は、滞留型の不作為は、本質的に不退去罪の問題であるからである。そして、併存説は、まさしく「処罰の間隙」を埋める立場であり、住居権の完全な保護を実現する立場として、積極的に評価できる面があることもまた確かである。しかし、同時に、刑法 130 条内部の理解について明確な切り分けをしておらず「極めて便宜主義的」だという批判もし得ようが、両罪の棲み分けなどというのはあまりに理論的関心に過ぎ、住居権（特に領域支配）を「手厚く」保護することの方が重要であるということなのかもしれない。

これに対して、状態犯説からの理解は極めて明瞭である。例えば、平野龍一は「不退去罪は……住居侵入者に対しても、成立しえないわけではない。ただ、住居侵入で処罰する場合には、これに吸収されるというだけのことである。」とし、上掲昭和 31 年判例を同旨のものとして理解する⁽⁷⁶⁾。また、山口厚は「住居侵入罪を状態犯と解する場合には、本罪は、住居侵入罪では捕捉できない行為を処罰の対象とするものと解される」と、一応、不退去罪を補充的処罰規定だと理解しつつ、「住居侵入罪が成立した後、退去要求にもかかわらず退去しなかった場合、住居侵入罪と不退去罪との両罪が成立するのではなく、刑法 130 条に該当する包括一罪が成立すると解すべきであろう」とされる⁽⁷⁷⁾。状態犯説の理解によれば、「敷居を越えた」時点で住居侵入罪は終了するのであるから、その後の住居権侵害というものは、あくまで不退去罪でしか捕捉できないのであり、住居侵入罪と不退去罪の棲み分けは明瞭である。

だが、特に平野と山口のような理解を前提としたときに気になるのは、両者ともに保護法益の実質を住居権者・管理権者の許諾権と解していることから生じる違和である。（平野は明言はしていないものの）山口は不退去罪を継続犯だと解している⁽⁷⁸⁾が、もしそうだとすれば、不退去罪の場合には「許

(76) 平野・前掲注 (3) 69 頁。

(77) 以上、山口・前掲注 (10) 127 頁。なお、同頁では、罪数についての言及に引き続いて「判例においては、住居侵入罪のみが成立することになる」とあえて記述されている。この記述が意味を持つものとして理解するためには、山口が判例の立場を、住居侵入罪と不退去罪の関係を択一関係にあるか、あるいは交差関係にあるかはともかくとして、基本的には単純一罪として理解していることを示しているように思われる。

(78) 山口・前掲注 (10) 127 頁。

諾権侵害が継続している」と評価されることになるはずである⁽⁷⁹⁾。しかし、許諾に反して侵入した場合には、侵入後にはその法益侵害は可罰性を失うのに、不退去に止まった場合には不退去中なお可罰性が肯定できるというのは、必ずしも理論的に一貫したものではないように思われる⁽⁸⁰⁾。これらの学説においては、「構成要件該当性の継続」というものを、条文の文言に引き寄せた理解をしている可能性がある⁽⁸¹⁾が、それは、「退去しなかった」ということと「侵入し」ということの間有意な差があるということの内包している。平野自身、このような真正不作為犯の事例においても犯罪の継続は自明ではないと述べていることもあり⁽⁸²⁾、その差異の内容を特定する必要があるであろう。そのような観点で不退去罪をみたとき、目につくのは、やはり退去要求である。既に触れたところではあるが、平野は住居侵入罪を論じるに当たり、不退去罪成立に退去要求を課した趣旨を勘案している。もし、平野の見立てのように退去要求に重きがあるとするならば、状態犯説は強いアドバンテージを持つことになる。

イ. 退去要求の理論的位置づけ

だが、退去要求の意義を明確に論じたものはほぼないように見受けられる⁽⁸³⁾。そこで、少々立法過程を遡ると、旧刑法下においては、不退去罪は

(79) 山口は、犯罪の継続において、構成要件該当結果の継続に重点を置く。山口・前掲注(75) 49頁。

(80) なお、保護法益論において平穩説を支持する井田良(井田・前掲注(4) 164頁)においても、やはりこのことは妥当しよう。

(81) 例えば、山口・前掲注(75) 49頁では、継続犯では「構成要件要素である法益侵害などの結果惹起が、監禁などのようにその結果が継続的に同等の侵害性を備えたものであるため持続的に肯定され、構成要件該当性が持続的・継続的に肯定される」としてはいるが、実際の個別の判断をみると、相当に文言に依拠したかのような判断がなされている。例えば、山口厚「判批(大阪高裁平成16年4月22日判タ1169号316頁)」平成16年度重要判例解説(2005年)159頁では、刑法230条1項において要求されている「事実の摘示」の継続がないことを、名誉毀損罪を状態犯と解する根拠としている。

(82) 平野・前掲注(27) 133頁は、外国人が入国後6ヶ月以内に登録をしなければならないところ、それを怠った場合の外国人登録令違反について問題となった最判昭和28年5月14日刑集7巻5号1026頁について、これを継続犯と見ることに疑問を呈している。

(83) なお、わずかに藤永・前掲注(74) 82頁が「不退去罪の構成要件が居住者の『退去要求』を必要としているのは、この『退去要求』を客観的違法性を決定づける特殊な評価基

存在していなかった（旧刑法 171 条）。当時の刑法改正案として出された、明治 23（西暦 1890）年の改正案の中で初めて不退去罪の創設が検討され、その改正案説明書の中で「犯人潜伏するとき又は家人若しくは看守者の不在に乗じて侵入したときを除くの外、単に侵入したる所為のみを以て罪と為すは稍々厳に過ぐるの規定なりとす。蓋し此の場合に於いては何らの危害を生ぜざるを以てなり。故に改正法に於いては単に家宅に侵入する罪に付いては家人の制止を受けて退去せざることを以て必要の条件と為したり」⁽⁸⁴⁾としていた。したがって、当時はむしろ「意思に反した立入りがあった場合に、そこに家人や看守者がいれば、その者が退去要求を出すであろう」ということが当然の前提とされていたように思われる。その意味で、当時はむしろ処罰範囲を限定しようとしていたものと理解できる。

だが、この明治 23 年改正案以降、不退去罪の規定創設という方針は維持されつつも、現行刑法に連なるまでの不退去罪の規定理由は、様相を異にしている。上記改正案の 10 年後の改正案である明治 33（西暦 1900）年改正案でも不退去罪の創設がいわれているが、そこでは「現行法に在っては唯侵入の行為を罰するのみにして縦令正当に入りたる者と雖も要求を受けて退去せざる場合の規定を欠きたるが為、亦實際上極めて不備を感じたるを以て本案に於いては新たに此れが規定を設けたり」とされ、以後、現行刑法が制定されるまでこの説明が維持されていく⁽⁸⁵⁾。

加えて、当時の刑法学の体系書をみると、岡田朝太郎は、『日本刑法論（各論之部）〔訂正増補再版〕』（有斐閣書房・1896 年）において「第一の条件は法文の列挙する場所に『入る』事是なり。入ると言う所為のみを罰し、別段其の場所に『止まる』と言う所為を罰する明文なきが故に、初めに承諾

準としていると解される」と、その意義を論じている。

(84) 内田文昭ほか編『刑法〔明治 40 年〕(1) - III 日本立法資料全集 20-3』（信山社・2009 年）220 頁。なお、かな書き及び新字に改めている。以下、カナ書き及び旧字のものも同様に改めている。

(85) 以上、内田文昭ほか編『刑法〔明治 40 年〕(2) 日本立法資料全集 21』（信山社・1993 年）549 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(4) 日本立法資料全集 24』（信山社・1995 年）116 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(5) 日本立法資料全集 25』（信山社・1995 年）406 頁、同『刑法〔明治 40 年〕(6) 日本立法資料全集 26』（信山社・1995 年）332 頁。

を得て邸宅若しくは建造物の内に入りたる者は、其の後退去の命を拒みて止まると雖も、之を罰するは克わず。蓋し此の如く論ずる時は頗る文字のみに拘泥したる観あらんと雖も、事の実際に於いて家宅に入ると家宅内に止まると其の間断然たる區別あるに拘わらず、甲の所為に対して明文あり、乙の所為に対して明文無き限りは、解釈上いかんともする能わず⁽⁸⁶⁾と、越境に限定した形での侵入のみを処罰の対象としながら、その7年後の『刑法講義全』(明治法律学校出版部講義会・1903年)では、前掲書の理解が改められ、「本罪は権利なくして法文の列挙したる場所に立ち入るか(又は要求を受けて其の場所より退去せざるか)に因りて成立す」⁽⁸⁷⁾と、現在の不退去罪に相当するものの可罰性を認めるようになってきている。岡田の理解が、上記の明治33年改正案の影響をどれだけ受けたのかは明らかではないが、無関係とは考え難い。少なくとも、明治23年改正案提出当時に、いまだ越境行為のみを処罰するという事は決してあり得ない理解ではなかったとはいえよう。

同時に、明治33年改正案の提案理由では、明治23年時とは異なり、不退去罪は処罰範囲を拡張する方向で議論がされていることを確認しておくべきであろう。このことは、提案の冒頭に掲げられた「修正の要点は、現行法の規定(は)狭隘に失し住所の安寧を十分に保護するに足らざるを以て稍其の規定を補充したるに在り」ということから看取される。このことから、当時の理解では、不退去罪は処罰範囲を拡張するものとして捉えられていただけでなく、どうやら、侵入罪もまた立入りを動的に把握するに止まるものであったということもいえよう。

当時の立法理由の中から、退去要求の必要性を明確に見つけ出すことは困難であるように思われる。現在わが国に存在している注釈書や体系書の類でも、退去要求がなぜ必要かはほぼ論じられておらず、退去要求に関わる論点は退去要求権者や退去要求の正当性といった点が挙げられるに止まる。その意味で、不退去罪における退去要求の必要性は自明視されているということ

(86) 岡田朝太郎『日本刑法論(各論之部)(訂正増補再版)』(有斐閣書房・1896年)250頁。

(87) 岡田朝太郎『刑法講義全』(明治法律学校出版部講義会・1903年)各論之部74頁。

もできよう。しかし、それはなぜなのであろうか。退去要求は明示のものである必要はないという理解⁽⁸⁸⁾を前提としても、すでに住居権侵害が生じていることを明らかにするという効果はあるであろう。その結果、退去要求を受けた者としては、以後自身の滞留が住居権を侵害する違法なものであるとの認識を有する契機となる⁽⁸⁹⁾。

ところで、侵入罪の際には、行為者の立入りが住居権者の意思に反したものであることを行為者自身が認識していれば可罰性を肯定できる。その意味で、住居権者から何か積極的なアプローチが必要なわけではない。対して、不退去罪では、(たとえ黙示であったとしても)退去要求が必要になるという意味で、住居権者による積極的なアプローチが必要になる。なぜにここまで「不退去」の場合にはハードルが上げられているのだろうか。平野龍一は、「法は、その限界が不明確になることをおそれたためか『退去要求』があった場合にかぎって、不退去罪を認めた」⁽⁹⁰⁾と処罰範囲の明確化を理由とするようである。しかし、これとて、黙示の退去要求を肯定してしまえば、それは程度問題であるといわざるを得ないであろう。また、現行法に至るまでに出された、旧刑法改正案の提案理由や現行法の立法理由をみると、(あまり深く考えずに)「退去しなかったといえるためには、まず退去要求が必要だろう」というような(素朴な)考えがあったのではないかとも思われる。

そうすると、退去要求には実は大きな役割は与えられていないようにも思われてくる。だが、それが構成要件要素とされている以上、せめてそれが違法要素なのか責任要素なのかといった検討は必要なのではないだろうか。そして、退去要求の存在が行為者の故意を惹起するものであるのならば、それはやはり原則として違法要素だと考えざるを得ないであろう⁽⁹¹⁾。しかし、このような理解は、不退去罪を継続犯だと解してきた通説と食い合わせが悪

(88) 大塚ほか編・前掲注(70)336頁〔毛利晴光〕、西田ほか編・前掲注(24)306頁〔小林憲太郎〕など。

(89) したがって、退去要求の存在は、その認識可能性すら不要にする客観的処罰条件ではあり得ない。

(90) 平野・前掲注(3)69頁。

(91) 藤永・前掲注(74)82頁は、まさにこのような理解であったものと評し得る。

い。継続犯における構成要件該当性の持続性が法益侵害等の維持・強化にある⁽⁹²⁾とすれば、不除去罪の場合には、除去要求をもってその違法性が可罰的な程度まで引き上げられることになる。その後は除去要求がなくても可罰性は減退していかないとすると、特に住居侵入罪が状態犯だと理解される場合には、不整合だといわざるを得ないのである。その意味で、不除去罪を継続犯だと解することが、むしろ、住居侵入罪を継続犯だと解する根拠とすらなり得ていたのである。住居侵入罪における状態犯説からは、この点をどのように整合的に説明するのかが、なお明らかではない。「除去しなかった」という文言だけが根拠となっていたのではないかと疑われるが、「除去しなかった」という言葉が、「除去していない状態が継続している」ということを直ちに基礎づけるということはないはずであり⁽⁹³⁾、十分に検討されてこなかっただけなのではないかと思われる。

あり得る応答の1つは、除去要求は故意を引き出すトリガーにすぎず、その意味で客観的責任要素であるという理解である。だが、皮肉にも、住居侵入罪において状態犯説を採用する山口厚が客観的責任要素という概念を否定しており⁽⁹⁴⁾、除去要求について、ひいては不除去罪というものについてどのように理解しているのかというはなお不明なままである。山口の表現を応用すれば、「除去要求がなされていないのに除去要求があったと錯誤をして、そのまま留まった場合に不除去罪を成立させるということにならないか」ということになろう⁽⁹⁵⁾が、客観的責任要素とはいえ構成要件要素であることは否定できないのであるから、可罰性を肯定することにはなり得ないであろう。山口は「確かに元来責任を考慮したもの」であったとしても、「その考慮が一旦構成要件に客観的要素として取り込まれた以上、それは違法行為類型を客観的に形作る構成要件要素となるのであり、それ自体は責任要素ではなく、その行為者による認識が、当該犯罪に固有の故意として、責任要素となるのである」⁽⁹⁶⁾とし、また主観的構成要件要素のうち責任要素に当たる

(92) 安田拓人ほか『ひとりて学ぶ刑法』(有斐閣・2015年)42頁[和田俊憲]参照。

(93) 前掲注(82)参照。

(94) 山口・前掲注(75)33頁。

(95) 山口・前掲注(75)33頁参照。

ものについては、「主観的な責任要素が例外的に違法行為類型を限定ないし形成する類型化する要素となっている」⁽⁹⁷⁾という。確かに、有責性を体现する要件が客観的要素として構成要件中に取り込まれた場合、そのことが当罰性を限定するということはあり得るように思われる。つまり、重い有責性に見合うだけの一定範囲の違法性のみで当罰性を認めるというわけである。その意味で、責任を考慮して付け加えられた要件が当該犯罪類型の当罰的範囲を限定していると考えすることは可能であろう⁽⁹⁸⁾。もっとも、このようなことは、客観的責任要素という概念を認める立場も同旨であったのではないかと思われ、したがって、このことをもって、当該要素を客観的責任要素といふかどうかは、名称の問題ではないかとも思われる。

ウ. 不退去罪の存在意義

上記でみてきたように、不退去罪は、現行法制定時には、処罰範囲を拡張するものとして理解されていた。このことは、住居侵入罪について、少なくともその既遂時期で（も）ある立入りを越境時点に限定して把握することを前提としていたということを示す。そして、このこと自体は、現在に至るまでの基本的な理解となっているということができよう。そして、このことが不退去罪の存在理由に直結してきた。すなわち、立入り時に住居侵入罪が成立しない場合に不退去罪が問題となる、と。そして、住居侵入罪におけるいわゆる状態犯説からは、それを超えて、たとえ住居侵入罪が成立してもなお不退去罪成立の余地はある、ということになる。これに関連して、立法資料をしてみると、不退去罪の新設は、（状態犯説の理解とは異なって）「縦令正当に入りたる者と雖も要求を受けて退去せざる場合の規定を欠きたる」ことが理由になっていたのであり、不退去罪の成立する場面として住居侵入罪も成立する場合を当然に包含していたとまではいえないであろう。だが、不可罰的事後行為という概念を否定ないし極小化しつつある昨今の考え方からすれば、住居侵入罪が先行して成立しているということだけで、不退去罪の成立

(96) 山口・前掲注(75) 34頁。

(97) 山口・前掲注(75) 97頁。

(98) 山口・前掲注(75) 34頁参照。

を否定することは困難であろう。実際、少なくとも条文上は、不退去罪の成立要件に住居侵入罪の不成立が明文で要求されているわけではない⁽⁹⁹⁾。無論、不退去罪による処罰範囲の拡張ということが意味する範囲は、住居侵入罪の成立範囲と不即不離の関係にあるのは確かである。だが、越境時点が既遂時期を画するというのはほぼ一致した考え方であろうから、不退去罪の存在によって、少なくとも、立入り時には適法または過失であった場合でも処罰が可能となるということには異論がないと思われる。そして、現行刑法定時までの議論では滞留中の可罰性は肯定されていなかったよだということとを併せ考えると、不退去罪の成否は住居侵入罪の成立の有無とは無関係であったのではないかという推論を強くするところである。

(4) 不真正不作為犯としての住居侵入罪の可否

以上のことを前提として、不真正不作為犯としての住居侵入罪の可否についてまとめておくこととしたい。

前提として、不作為による住居侵入罪については、すでに示したように、越境型と滞留型に分けることができよう。そして、越境型においては、「敷居を越える」越境としての立入りが認められる以上、これを否定する理由はないであろう⁽¹⁰⁰⁾。したがって、問題は、滞留型に絞り込まれる。

上記のように考えてきたとき、住居侵入罪の既遂時期を越境時に限定するという理解を採用すれば、越境後の事態はすべて不退去罪で処理されるべきということになろう。他方で、住居侵入罪の既遂時期を越境時に限定すべき理由はどこにあるか。上でみてきたように、不退去罪の存在が住居侵入罪の成立の有無を必須の前提としていないと理解できるとなれば、同様に、住居侵入罪においても不退去罪の存否とは別にその罪質を検討することができるで

(99) この点、共罰的事後行為のような理解ではなく、不可罰的事後行為のような理解を採ったとき、事前行為たる住居侵入罪が成立すれば、後行行為たる不退去罪は不可罰的事後行為として処罰の対象とならないし、そのような理解から、不退去罪の不文の要件として「住居侵入罪が成立していない場合」を加えることは理解できる。

(100) なお、より詳細に考えた際には、「越境」をどこで認めるのかという問題は残る。例えば、立入りが禁じられた部屋への立入りは越境なのかということは議論できようが、本稿の主題からはやや離れすぎるため、この点は留保しておくこととする。

あろう。このことを裏から検討するのが、まさしく（滞留型）不真正不作為犯としての住居侵入罪という問題である。

不真正不作為犯として住居侵入罪を肯定するということは、一定の範囲での滞留に作為による（＝越境的な）住居侵入罪との構成要件的な同価値性を認めるということでもある⁽¹⁰¹⁾。これは直ちには了解が困難な命題であろうが、従来の不作為による詐欺や放火の事例においては、すでに被害者が錯誤に陥っていたり、あるいは「既発の火力」を利用する⁽¹⁰²⁾ものであったりと、法益が危殆化している状況を利用するようなタイプのものが存在している。ここでも同様に、住居権（＝領域支配権の発露としての許諾権）が危殆化している状況を利用して、さらに住居権を侵害するというような場合には、理論上は、不真正不作為犯としての住居侵入罪を認めるということが可能になろう。問題はそのような場合があるのか、である。

ここで不退去罪に「退去要求」が課されていた趣旨を振り返ると、これが（違法要素かはともかくとしても）客観的に行為者の責任を限定する要素とはなり得るところであった。このことは、典型的な、立入り時には適法な場合に問題となる不退去の事案では、退去要求があるからこそ可罰的な程度に有責性が引き上げられるということの意味している。しかし、作為による住居侵入罪の場合にはすでに越境という事態自体がこの有責性の引き上げをも担っている。まさに敷居の持つ「心理的障壁」⁽¹⁰³⁾とはこのことをも指したものと思われる。しかし、滞留型の不作為の場合、この「心理的障壁」に相当するだけの客観的なハードルは存在しない。行為者を取り巻く客観的な状況は、（被害者の態度を含め）変わっていないからである。そうだとすると、不退去罪で要件化されている退去要求のようなものが、滞留型の不作為による住居侵入罪では認められない以上、もはや行為者の単なる住居権侵害以上の

(101) なお、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999年）349頁は、作為と不作為の同価値性は因果構造の同価値性と基本構造の同価値性であるとし、安田拓人「不作為犯」法学教室490号（2021年）113頁もこれに同調する。

(102) 最判昭和33年9月9日刑集12巻13号2882頁。

(103) なお、心理的障壁については、齊藤・前掲注（19）111頁以下を参照。

可罰性を肯定できる「心理的障壁」が存在しないことになり、これを肯定することは不可能であると考えらるべきであるように思われる。

以上のとおりであるから、私見としては、滞留型の不作為による住居侵入罪の成立可能性は否定せざるを得ない。

第4 住居侵入罪における犯罪の継続の有無

1. 諸前提の再確認

ここまでで出揃った前提を再度まとめておく。①犯罪の継続は構成要件該当性の維持の有無を問うべきである。②不退去罪における退去要求は、(違法要素かとはかくとしても)行為者の非難可能性を引き上げ、そのことで処罰範囲を限定するという意味での責任要素で(も)ある。③不退去罪は住居侵入罪の成否を必須の前提としない。④滞留型の不作為による住居侵入罪の成立可能性は否定される、という4つがそれである。

これらのこと、特に④の滞留型の不作為実現が否定されることから、所持罪などのように、行為と状態が並行的に存在するがゆえに犯罪の継続を肯定する、ということとはできない。そうすると、問題は、法益侵害の継続が構成要件該当性を有するかという問題に純化されることとなる。

2. 住居侵入罪における「構成要件該当結果」

住居侵入罪において、何が「構成要件該当結果」なのかという問題は、越境だけなのか、それとも滞留を含むのか、という問題だと言い換えられる。滞留型の不真正不作為犯の成立が否定された以上、当然に滞留を含むということはできない⁽¹⁰⁴⁾。しかし、不退去罪における退去要求を行為者の有責性を考慮した要件だと理解した場合、ただちに滞留が構成要件該当結果ではな

(104) そして、このことが、住居侵入罪において継続犯のドグマを論じる必要性を消失させる。滞留型の不真正不作為犯の成立があり得ない以上、犯罪継続中の中途知情のような問題が起き得なくなるからである。

いともいい切れない⁽¹⁰⁵⁾。

不退去罪において、退去要求が当罰的違法類型を限定する（有責性を惹起する）要素であると理解する場合には、これによって、拡散していくようにも思われる住居権侵害という違法性を当罰的な範囲に絞り込むという役割を觀念することができる。そのことは、翻っていえば、単に住居権侵害があるというだけでは当罰性までは肯定できないということでもある。旧刑法下の明治23年改正案の提案理由で「犯人潜伏するとき又は家人若しくは看守者の不在に乗じて侵入したときを除くの外、単に侵入した」場合には、「罪と為すは稍々厳に過ぐる」と考えられていたことも、このことと軌を一にする。提案理由では、ここで、「何らの危害を生ぜざる」としてはいるが、住居権の本体を領域支配権であると捉える私見からは、「何らの危害を生ぜざる」とはいえないであろう。だが、同時に「罪と為すは稍々厳に過ぐる」と考えられ、その結果、「単に家宅に侵入する罪に付いては家人の制止を受けて退去せざることを以て必要の条件と為した」ということは見逃せない。つまり、「家人の制止」によって住居権侵害が当罰的程度まで持ちあがるということが、翻って、滞留だけでは可罰性を肯定できないということの意味しているもの考えられる。これに照応して、住居侵入罪の場合には、滞留こそが違法性の中核なのではなく、（許諾を得ずになされた）越境という点にこそ違法性の重点があるということを示しているものと考えられる。

このような理解においては、退去要求は有責性に関わる側面が強いのに、住居侵入罪においては違法性の問題となっており、議論の土俵が異なっていることが問題とされよう。しかし、これは両犯罪類型の差異に基づくものと理解するべきである。すなわち、不退去罪の場合にはすでに行為者が住居等内部におり、時々刻々と領域支配権が侵害され続けているのに対して、住居侵入罪においては、越境によって領域支配権の侵害の開始が決定づけられる

(105) 逆に、これを違法要素だと考えると、これは不退去罪の違法性を可罰的なものに引き上げる要素だということになり、論理的に、退去要求ないままの滞留は可罰的違法性を持たないと考えられ、構成要件該当性を失わせる。しかし、この立場は、滞留それ自体には可罰的違法性がないということを前提とするため、不退去罪ですら、状態犯だと考えなければならなくなるように思われ、これまでの一般的な理解と大きな乖離を生んでしまう。

という違いがあるのである。それは、いわば、典型的な傷害の際に身体の生理機能がまさに毀損された時点と、その後の生理機能が毀損されて不完全な生理機能の状態を維持しているのに相応するように思われる。したがって、不退去罪における退去要求は、一般的には必ずしも当罰的とまではいえないかもしれない領域支配権の侵害のうち、当該の領域支配権の侵害が、当罰的なものであることを行為者に認識させるトリガーとしての役割を果たすのであり、通常当然に当罰的な領域支配権侵害の認識を呼び起こす越境とは、その役割を異にすることは不自然なことではない。

こう考えれば、住居侵入罪は、(不退去罪はともかくとしても)越境の時点だけが構成要件該当結果といわざるを得ず、したがって、その後の滞留は構成要件該当性を有しないと理解せざるを得ない。

3. 本稿の結論と残された問題

以上のように解する場合には、狭義の住居侵入罪においては、滞留型の不真正不作為犯は成立しないだけでなく、越境の時点だけが構成要件該当結果である以上、犯罪の継続を認めることはできないと解される。このような理解は、住居権者が退去要求を発し得ない場合に不可罰とするが、それは規定上やむを得ないものといわざるを得ないであろう。

関連する残された問題には、不退去罪が本当に継続犯なのか、という点がある。これは退去要求の法的性質のより精緻な検討のもとで行われるべきであろう。また、本稿においては、住居侵入罪の滞留時の構成要件該当性が否定されたため論究する必要が出てこなかったが、継続犯のドグマの持つ理論的意義については、別稿に委ねたいと思う。

(本学法学部客員研究員)

【追記】本研究は、JSPS 科研費 JP19K13540 の助成を受けたものである。

上智大学法学会教員名簿

(アルファベット順 ●法学会会長 ○編集委員)

安西	明子	卷	美矢紀
朝山	芳史	松本	尚子
東	史彦	三浦	まり
筑紫	圭一	溝渕	将章
出口	耕自	森下	哲朗
江藤	淳一	永野	仁美
羽生	香織	永下	泰之
●原	強	越智	敏裕
早川	咲耶	大橋	真由美
堀口	健夫	岡部	みどり
伊藤	栄寿	○奥田	純一郎
○伊藤	涉	佐藤	結美
伊藤	雄司	宍戸	博幸
岩崎	政孝	田頭	章一
岩下	雅充	田澤	奈津子
兼原	敦子	照沼	亮介
加藤	浩三	富永	晃一
川瀬	剛志	土田	亮
北村	喜宣	対木	和夫
駒田	泰土	上田	健介
小山	泰史	梅村	悠
楠	茂樹	善塔	章夫
桑原	勇進		

令和4年12月10日 印刷

令和4年12月20日 発行

編集兼発行人 原 強

発行所 上智大学法学会

102-8554 東京都千代田区紀尾井町7-1

03(3238)3231 / 03(3238)3232

<http://www.sophialaw.jp/law-web/>

制作 成文堂

SOPHIA LAW REVIEW

Vol. LXVI, No.1, 2, 3 2022

CONTENTS

Articles

Crypto-assets and Property Right

..... Ryosuke Terunuma (1)

Zur Wissenszurechnung in der Unternehmensgruppe (1)

..... Masaaki Mizobuchi (25)

Ist der Hausfriedensbruch Dauerdelikt?

..... Kotaro Maki (73)

Miscellaneous

**Published by the Sophia Law Society
Sophia University, Tokyo**

Address all Communications to the Sophia Law Society,
Sophia University, 7-1 Kioi-cho, Chiyoda-ku, Tokyo (102-8554)

ISSN 0447-7588