

法律要件 = 要件事実認識と2値認識

辻 義 教

はじめに
 殯の認知論的意味論
 類型論と認知論
 法律要件イメージによるイメージ判決
 おわりに

はじめに

昔々ロオマの都では、例えば甲と乙が乙の所有する奴隷Aの売買をしようとする場合（手中物 *res mancipi* の所有権取得の場合）、甲と乙は計量係、ロオマでは *libripens* と称したようであるが、その面前に赴き（他に成人のロオマ市民5人の証人とともに）、買主甲が銭貨、銅貨、後に銅片になった、それで計量係の前に置かれてある天秤の皿を叩き、一定の所有権を取得する旨の文章（文言 式語）を唱え、所有権の移転が発生したとした¹⁾。それを *mancipatio* 握取行為という²⁾。

しかしその類のことはなにも遠いロオマの昔々の談ではなく現代の我が日本社会にも現在する。今ではその勢威に陰りが見えたが、俗にゼネコンといわれる大手建設会社には不思議な仕事をする社員が居る。その人は、これまた俗にいう「一本締め」（三本締めというのも他にある）の、いわばプロであって、大人数の集った会に区切りを付けるに際し、掛け声を掛け、参加者全員に拍手をさせるのである。しかしその拍手、いささか特殊なものであって、「一本締め」と称するとおり、ただの一つ、一回こっきりの拍手である。すなわち大人数の人間の手を合わせ、その場にたった一つ「パンッ」と音

を纏まるように音頭をとる。どうやらそれは誰にでもできる業ではないらしく、それを上手く導いて行くのを専ら特定の社員が得意とし、演じる。その種の社員が存在する。そしてその人間のその場の引導の仕方は、やはり上手いというべきで、感心するに価する。

しかしそれはゼネコンといわれる建設業界で、宴席のいわば余興的に演じられるものであった。そういうものでは本来なかったのである。安土築城、江戸城造営の「中井」、江戸期を通して江戸城のメンテナンスを担った「清水」以来の沿革、因縁をもつ建築業の伝統の中で、一つの請負を負ったときに、建築屋が施主との間でその合意のこの世の証しに、寄り集って手を合わせ、一つの音を鳴らした。それが「一本締め」といわれるものの意味であった。あるいは大手建設会社に現在するその社員（従業員）の伝える業は、そういう伝来の意味をもつ。そういうことではないかと思われる。

これらは、法律行為あるいは権利というものが常に言語によってしか行われない。したがって抽象的なものであり、それを現実の、売買でいえば物と通貨の交換という実体といかに一致させるか。あるいは言語による抽象的な、空なる現象をいかに現実在に現象させるか。それを意味する一つの所為であったらうと思う（他の一つのもは、法律世界で「占有」ロオマで *possessio* といわれたもの）。

すでに一度とならず扱っていることであるが、法律が適用されるというのは（それには大きく三つの場合があるといえよう。その一つは司法、そして行政。残りが私人間の取引におい

て、法律の適用を意識して法律行為、その多くは契約であるが、それが行われる場合であるが、そのいずれにおいても、法律それを法規範と一般化していうと、法規範の適用としては同じであるから、その代表として司法の場を念頭に置く)、いかなるか。それを問題場裏に引き出してみようとするのが本稿の目的である。

殯の認知論的意味論

相続は死亡によって開始する(882条)。若干の意味がある。その第一は、形式的に882条以下の民法典各条項が、死亡した人についての法規範であるという謂(より精密にいうと死亡した人の財産についての法 財産法という謂)、民法典旧1条(現行1条の3)は、私権の享有が出生によって始まるというのであるから、民法典旧1条~881条の条項が、生者の規範であるというのに対照する謂である。同じ対照からであるが第二の謂が出る。すなわち生者の私権の享有が、死亡によって終焉するという謂。生者の私権の享有を、可能性としていうのが権利能力であるから、また生者を自然人というから(法人は実在するとみるか否かは別にして「生きていない」)それは、自然人の権利能力の終期をいうことでもある(諸公的試験問題のなかには、自然人の権利能力の終期の規定はない等という出題がある)。同条項はその他、今少しの意味を帯有するが、それは当面の主題からは離れているからそれ以上触れない。

いうまでもなく、この「死」は従来心臓死というとされて来た(3徴候説³⁾)。そしてそれについての変更が、いうまでもなく脳死問題であった。その脳死問題は、臓器移植を可能にするために特別立法で解決に至ったのであるが(臓器の移植に関する法律 平成9年、法律104号)、そこで問題になったのは主として、医学、生理学上脳死は死であるか否か、というものと、法理としては死に脳死というものを(心臓死以外に)認めるべきか否かというものであった。

論者は今ここで、それを繰返すことはしない。

い。しかし一つ指摘しておくべき点があると考え。それは法律学にとって死と心臓死と脳死の問題がもっている法律要件・要件事実論の問題点である。先ず死を心臓死とする、従来の、いわば法律学が公理としてもっていた理解について知るべきなのは、「死」の認知というものがいかなるものであったかである。そしてそれについて論者は死と殯の間をめぐって扱った⁴⁾。それは死の認知が殯→呼吸死→心臓死へと変遷して来たとするものであるが、したがってそれもまたここに繰返すことはしない。

そうすると、そこに殯という死の認識が、人間にとって死という形態(パターン)の同一性の認知を得る行態、人間の多くの行態を人は、それが人の一生の画期を成すものについては儀式として行う(通過儀礼)。したがって殯も儀式として行われたのであるが、殯という儀式とは、人が死という形態すなわちパターンを認知するものであった(死それ自体はパターンではないが)。そういうことが可能である。

論者はその殯が呼吸死(「息がない」)を経て(前稿でこの呼吸死についてはあまり強調はしていない)、心臓死(「脈がない」)に移ったとするのであるが(その後には脳死という問題を抱えたのであるが、その関連も本稿には第一次的な意味がないから、それ以上触れない)、問題はその変遷が認知論的にはパターン認識過程のなかでどのような意味をもつかということになる。

人が死んだのか否かは、人が経験的に得ている死亡した人の形態(パターン)と今、目前に横たわる「死んだ」(遺体を目前に眺めている生きているその人には遺体になっている「人」が死んでいるとは分っていない)人の遺体の形態との同定によって得られる認識である。それが殯による死の認知とはパターン認識であるという謂である。そしてそれが人間の、かろうじて伝承している歴史、民俗、考古資料によれば、奇怪ということのできる(死者の枕頭で酒宴を張り、歌舞音曲を催す。そして遺体に蛆がわき腐爛を始めるに至って焉む⁵⁾) それは死者の

死を悼み、哀しみ、場合によれば怖れるものである等とする説とは⁶⁾、およそかけ離れた光景である) 殯という儀式の意味であった。人はそうすることによって目前に横たわる「人」の「死者」であることを認識したのである(すなわち「死」という認知を得た)⁷⁾。

それを最初は息 呼吸のある = なしにより、次いで 多分、呼吸死の方が早かったはずであるが、ほぼ同時期とも考えられるが、そのいずれが早かったか、遅かったかは本稿には関心がない、脈膊死 心臓死に至ったという点は、人間の死の認識が何らかの特定の事実の有無に着目するのではなく、漠然と遺体全体を眺め続けることによってする素朴なパターン認識から、呼吸あるいは脈の2値認識を取り出した認知に移ったということの意味しよう。すなわち、息がある = ない(1 = 0)、脈がある = ない(1 = 0)というのは結果として2値認識である。しかし何が息か、何が脈膊であるかはパターン認識である。したがって呼吸死、心臓死というのは、人間が死の認識を遺体総体の状態の変化によって認知することから、人間の呼吸する、脈膊を打つという生存の特定の現象形態の有無の認知を取出すことによって代替したということである(因みにいえば、脳死判定とは死の認知を殯による認知と等しく遺体の総体的な形態変化によるパターン認識に戻す。そういう側面がある。もちろん弥生の昔ではないのであるから「科学的」に若干の要件の有無によっているわけであるが〔竹内基準〕脳死批判の一つの根拠はここにも存在するということができる) したがってその限りで、脳死判定とは死の認知の殯化である。そういうことも可能である)。

したがって死の認知を瞳孔散大、呼吸死、心臓死によってするというのは、知的情報処理の過程に即してみると、そこでは対象現象から、認知しようとする対象パターンを切り出し(セグメンテーション)その対象パターンのなかから認知しようとするパターン特有の現象を取出し(特徴抽出)、それを認知しようとするパ

ターン(カテゴリあるいはクラス)の特徴と対照することによって、認知(決定)するものである⁸⁾。したがって死の認知の殯から呼吸死、心臓死への変遷とは、人が死の認知のための「特徴抽出」を行なうようになった。そういう意味をもつということである。逆に総括すると、呼吸死、心臓死(3徴候説)とは人の死の認知の「特徴抽出」である。そういうことである。

類型論と認知論

a

類型論とは法理論世界においては、不当利得の取分け給付不当利得における返還されるべき利得を決する場合の法理で、それは民法典の条項(日本民法典703条、BGB § 812)が提示する利得債務者の利益から利得債権者の損失を差引いて求めるのではなく、利得が移転するについて誤って依拠された無効あるいは取消された(したがってその場では法規範として存在しない)契約の類型に従って決定されるべきだとする⁹⁾。

その場合をケメラールが取上げた事例に「即」して述べて行く。ケメラールが取上げたのは、オランダのゴダ・チーズの取引事例で、不当利得債務者が履行した瑕疵ある反対給付が、返還請求の対象である利得債権者のした給付からどれだけ差引かれるかについてである¹⁰⁾。

事例は第一次世界大戦時中の1916年4月に(ドイツの)ある地方公共団体がオランダのゴダ・チーズ9,000ポンドを18,148.80マルクで買った。ところが到着したチーズの3分の1は腐敗しており、買主が苦情を言ったが、売主は契約の取消しを拒絶した。ために買主はチーズを競売に付し、3,396.55マルクで競落されたが、この地方公共団体によるチーズの買付け契約自体が当地方公共団体の参事会で認められなかった。ために買主、地方公共団体がチーズの売主に競落代金を差引いたチーズ代金の返還を求めた、というものである。

当事者双方は売主の履行したチーズ9,000ポ

ドの給付が返還債務18,148.80マルクから差引かれるか。差引かれるとすれば9,000ポンドのチーズの当初価格（それは代金額に相当）であるのか、競落価格相当であるのかを争った。この場合、代金額返還債務と9,000ポンドのチーズ返還債務の二つの債務が成立すると考えるのが二請求権対立説。それに対し、原告の返還請求額から反対給付を差引き、一つの返還請求が成立するとするのが差額説Saldotheory。

そこでドイツの裁判所実務がとっている立場は差額説の上に立って、差引かれる反対給付が9,000ポンドのチーズ相当額（代金額）ではなく、給付者の手許にある競落代金額3,396.55マルクであるとした。しかしそれは一見、ドイツ裁判所が立っているようにみえる差額説ではなくて（本来の〔！〕差額説に従えば、反対給付の減価の危険はその反対給付の受領者が負うとするものであるとされている）¹¹⁾ 解消されたチーズ売買契約によって実行された9,000ポンドのチーズの給付履行と、その代金18,148.80マルクの支払いのそれぞれの返還債務が事実上の双務契約の消滅上の牽連関係として（債権者の責めに帰すべき危険負担 日本民法典でいえば536条2項）「処理」されている。そう理解されて来たのが、給付不当利得の返還されるべき利得は、誤って実行された事実上の契約の類型に従って判断されるとする、不当利得における類型論という法理である¹²⁾。

この法理は法規範論としては、不当利得返還請求について、利得者（債務者）が返還するべき利得の範囲を決するものである¹³⁾。その際、一般の法規範あるいは債権の場合には、その請求の範囲を決するについて、それが契約由来のものであるときには、契約に含まれる要件を法律要件として、その請求の範囲が決せられる。一般の法律関係においては、そうである。それを論者は「対象規範」と呼んでいる。

ケメラの挙げるドイツ判例の場合は、それが不当利得に関するものであるからその限りで若干認識過程は特異である。すなわち、不当利得とは法律要件をもたない。その成文法上の表

現が「法律上ノ原因ナクシテ」であるから、不当利得とは「不当利得」という名辞と返還請求権の付与、日本民法典上の表現は「返還スル義務ヲ負フ」という法律効果の提示しかない。したがってその限りでチーズの売手の返還義務からチーズの価値として幾許が控除されるかについては、総体として売手の許にある価値の差額としてしか認識できないことになる。差額という一見、計算可能な形式である。確かに差額説のもつ一つの意味は、差額すなわち減算の結果として計算を提示するのであるから、それは2値化しているのだから、そこにある。しかしこの2値化、何を何と減算するかについて規準を提示していないのであるから、それはパターン認識に委ねられている（放置されている）。

そこがまさにケメラ等によって指摘された点である。すなわち返還されるべき利得の範囲を決する規準として、あるいは何を何を減算するかのその規準としてより具体的で決定的な、すなわち不当利得というパターンの鍵となる特徴として、給付利得としては当事者の間で取消されたが、当事者が「事実」としてそれに従って実行した契約の双務的給付を援用する。そう主張されたわけである。それを双務的給付であるが、それは「事実」として援用されるのであるから、その「類型」に従って計算されるべしと主張したのである。とは類型論者自身が、おそらく自覚していないがゆえに、理論として提示されていない。単に「類型」に従ってとてしかいわれていない。

しかしその類型、まさに「類型」である。すなわち類型分類という類型と同じ謂。それは差引という計算としては2値化されているが、事実的契約の双方の給付類型とは何かというについては類型分類と同じく、イメージ認識。すなわち漠然としたパターン認識にすぎない。ただ不当利得における二請求権対立説から差額説への変遷には、一つには不当利得条項の文言、それは一見は法律要件の提示とみえるのであるが、それがそうではなく、法律要件としては機能しないことの自覚であったという意味。今一

つには、そうであるから「不当利得」という類型（一般不当利得）を総体としてパターン認識する。それは恰も死を殯によって総体としてパターン認識すると同じ認識方法。それを何か鍵となる特徴によって2値認識化しようとしている。そしてここでも、何が事実的契約上の給付類型であったかは、いうまでもなく2値化されることは不可能で、パターン認識に放置されているのであるが。

すなわち不当利得規範を実体に適用する場合の特異性とは、不当利得とは事実である。占有は事実であるというのは法律世界で確立された命題であるが¹⁴⁾、不当利得についてはしかくいわれることはない。そうであるからその特徴とすることのできる規準を不当利得規範外に求める（論者のいうメタ規範）。そこにあって、その上で外に求めた規準によって、一般の規範（論者のいう対象規範）と同じく特徴抽出を行うものである。そういうことができる（因みにいえば、上にいう不当利得とは事実である。ないしは法律要件をもたない。その点を誤解したとき、一般不当利得は成立しないとする理解が生ずる¹⁵⁾。この点、すでに別に言及した¹⁶⁾）。

そして、類型論者が事実的双務契約論に拠りつつ、給付不当利得における返還さるべき利得の範囲を、民法典成文の利得債権者の損失と利得債務者の利益という要件を超えて、かつまた利得債権者の善意・悪意という成文要件をも超えて、無効ないしは解消した契約の双方向的給付に従って求める。その理解を、論者は当事者間には適用されるべき規範ないしは規範要件がないから、そもそも是非契約的債権発生原因として、不当利得返還請求権が法定されているのであるし（その事情を、人によっては「不当利得制度」と表現する。すなわち不当利得請求権は法定債権であり、同規定は強行法であるという謂）それよりもさらに、法規範はその適用されるべき法律要件を「事実」の中から探し出さねばならない。そういう構造が提示されていると指摘しているものであり、それを論者はまた、不当利得という規範はそれ自体、法律要件を欠く

ものであり（そもそもその間に適用されるべき規範を欠く。「法規上ノ原因ナク」のであるから、法律要件を欠くのは当たり前である）、そういう謂で不当利得条項とは事実を提示するものである。ないしは不当利得条項とは出捐者の損失と利得者の不当利益を衡平に戻すための規範である。衡平とは具体的正義のことであるから、不当利得条項（ないしは規範）とは正義＝規範のための正義＝規範である。そう理解し、したがってそれをメタ規範であると指摘したのであるが、その間は既に別に論じた¹⁷⁾。

上掲のチーズの売買の場合法規範は、最後的には地方公共団体の18,148.80マルクの利得返還請求に対し、チーズの売手が競売代金3,396.55マルクをしか差引けないか（したがって14,752.25マルクを返還しなければならないのか）否かという2値認識の規準として使われている。その場合、成文不当利得条項（BGBは§818、日本民法典でいえば703条）の条項文言が、直接その規準として機能しない。そこで機能しているのは成文文言、利得債務者の利得と利得債権者の損失、利得債務者の善意・悪意を離れて、当事者間に成立したと、当事者が理解して双方が給付を履行した、争うその時には当事者間に存在しない契約、したがって「事実的」双務契約であるのだが、その契約の「給付」が規準である。しかも上掲の事例の場合、チーズ売手の責任あるチーズの品質不良によって、チーズの競売が3,396.55マルクにしかならなかったのであるから、減価分14,752.25マルクは利得債務者（売手）の負担になる（したがって利得債務者はその給付を返還しなければならない）。そう裁判所が認定する規準が、当事者間に今は（口頭弁論終結時には）不存在となっている（したがってその限りで当初より無効であっても、取消されたものであっても、何らかの解除権の行使によって解除されたものであっても、規範状況は同じである）事実的双務契約の給付「類型」によるとするのが、上にも触れているように「類型論」といわれる法理である。

ただ規範適用の過程を精しくなれば、上に

いう結果に至るまでに今少しの「前処理」は存在する。すなわち先ず、原告地方公共団体の14,752.25マルクの返還請求が、不当利得返還請求であるか、ないか。すなわち当事者間に適用される「法律上の原因」があるかないか、である。それは当事者間に適用される、この場合、契約が有効に成立、もしくは存続しているかどうかである。そしてこの点は、成文不当利得条項の要件「法律上ノ原因」の有無の認定である。そしてその要件については被告側も争わなかったようであるから、事例では争点に上っていないのであるが、それは成文条項が掲げている法律要件に対応する要件事実の存否の問題である。したがってそれは法規範が直接対象、争いの実体に適用されるものであって、その部分は規範外に適用されるべき要件を求めるといふ類のものではない（対象規範である）。

b

ところが類型論には今一つ別の問題点が存在する。それは、類型が法律要件といかなる関係をもつかという点である。すなわち、類型論とは我が民法学世界においては、不当利得において取り分け給付利得について返還さるべき利得の範囲を、民法703条の損失と利益の差額計算によって求めるのではなく、誤って実行された、無効あるいは取消された（場合によっては遡及的に解除された）契約の給付「類型」に従って計算する（決する）。そういう特定のな問題として理解されている。

そして論者はその類型論の問題設定が、返還さるべき利得の範囲を決する問題とされるだけでは、問題を理解したことにならない。そう主張して来た。それは、不当利得というものが、利得の返還について有効な規範を欠き、したがって不当利得返還請求権が「法定」されているのであるが（703条）、しかしそうであっても、当事者間に適用さるべき、例えば返還さるべき利得を決する規範が存在しないという事情は不変である。確かに703条は「……他人ノ財産又ハ勞務ニ因リ利益ヲ受ケ之力為メニ他人ニ損

失……」が生じた場合と提示する。しかしそれは法律要件として機能する条項ではなく、不当利得とはいかなる状態であるか。そういう情景を提示しているのみであって、不当利得の、あるいは返還さるべき利得を決する法律要件として提示されているのではない。そういう意味で「占有は事実である」というのと同じく¹⁸⁾、不当利得も事実である。そうであるがゆえに、裁判所は（ケメラーもドイツ判例を帰納して類型論を提示したのであるし¹⁹⁾、川村教授も高松高裁判決から類型論を提示された²⁰⁾。そしてその二つの事実は偶然の一致ではないと考えるべきなのである）その規準を規範外の、今では不存在になった、そういう意味で事実上の契約「類型」に求めたのである。不当利得規範は規範の性格としてかかる性格を帯有しているものである。論者はそう指摘し²¹⁾、それを占有がそうであるがごとく、法規範の法規範性すなわち正義を貫徹するための（したがって不当利得は「常に」具体的衡平を引照される）規範という意味で、「メタ規範」であると指摘した。

しかし不当利得における類型論あるいは「類型」という問題設定には対象＝メタの対照の外に、今一つ別の意味がある。本来、類型論あるいは類型ということからいえば、法規範はすべて類型を提示するものである。したがって法学はすべて類型論なのである。我が私法学は、類型論を扱った際にその事実は忘却していたのであるが、今一つ別の意味とは直截には、類型とは法規範がすべて提示するものであるという一般的な指摘ではなく、類型が法規範の適用に際しいかに機能するか。すなわち法規範の適用とは、法規範要件を争いの実体に照射し、実体にそれに対応する事実（要件事実）が存在するか否かを決することである（存在する場合に、その規範が掲げる法律効果が付与される）。したがってそれは、法規範要件が実体事実の中に存在するか否かを認知することである。したがって、類型が規範の適用でいかに機能するかとは、類型が認知論としていかに機能するかという問題に他ならないことになる。そしてこの点

も、我が私法学が未だ提示していない問題点である。

人間の認知方法にはそれが法律学にとって有意味であるか否かという点からいうと、三つの方法を挙げることができる。すなわち論理、2値認識とパターン認識である。その三つの認知の方法で、上述来の給付不当利得における類型論理解はいかに理解されるかという点である。

そうであるとして、次ぎに問われるべきなのは、それら差額、類型の二つの認定、それは前者が成文法律要件を規準とした要件事実の存否、後者が成文条項を越えた向うに存在する事実上の双務契約の給付類型と、それが「事実上の」であるとしても双務契約であるのだから適用されるべき消滅上の牽連関係（危険負担）による認定という異質が存在するのであるが、そこにある認定が2値認識、パターン認識とどう係わるかである。

その場合、注意すべき点が二つある。その一つは、上に見たように、訴えというものが常にそうであるように、当事者の争点は詰められて行けば必ず2値的な認定になる（ないしは弁論の成熟とは当事者の争点が2値的に詰められ、かつ双方の主張、抗弁の立証が積まれた状態である、ということでもある）。したがってその限りで、訴訟はすべて2値認識を求めている。ないしは2値認識をしている状況を呈するという点の一つ。上の例でいえば、利得債務者は反対給付の全額（それは当初は代金額18,148.80マルクの価値があったのだから）それを控除できるかどうかという2値認識（ただ、この2値認識は他の表現の仕方によっても提示することはできる。例えば競落代金に限られるか＝否か）。他の一つは、しかしその2値認識は、規範規準自体が2値規準になっていて、その規準の適用によって齊されるものであるかどうかという点である。換言すれば、それは別問題であるということである。

そうであるとして先ず第一に前者の認定。契約の存否は、日本民法典でいえば承諾の通知の発信による。ただそれはさらに注釈を要する。

すなわち、契約とは申込と承諾の一致によるのであるから、申込と承諾の一致（ただ、申込みを受けた当事者がその申込みに同意しなければ「承諾」とはいわないのであるが）の存否と、その承諾者による発信の有無による。その存否、有無とは一見2値的であるが、いうまでもなく、いかなる意思表示が申込みに対する承諾であるか。いかなる行為が発信行為であるかについて、2値的に認知できる規準は存在しない。

ある契約の申込みとは、対象、意思表示とも「十人十色」である。契約の目的のいかんによって（対象、種類 不動産なのか金銭なのか、贈与であるのか寄託、貸借であるのかによって）異なる。当事者は貸そうと思って、必ず「貸す」と喋るとは限らない。「預ける」と言うかもしれない。いうまでもなく、その認定のために民法典典型契約条項は存在する。争いの当事者は、それぞれ自からの主張に従って、「預ける」と言ったのは「貸す」という意味であった。あるいは「貰う」という意味であったとし、自己に有利な資料（証拠）を添えて、裁判官の前に提示する（証明する）。

承諾の意思表示の有無についても同断で、対話者が（したがってその時は到着の有無は問題にならない）申込みを受けて「黙っていた」。その沈黙を、成立を主張しようとするものはかすかにいったと言って成立という。成立を否定する者は沈黙ではなく、「イヤ」とかすかにいったと言う。云々。それを証明しようとし、場合によれば人によっては録音テープを提出する。それを否認しようとする者は断りなく録音した録音は違法だという。云々。

それらの主張、証明を受けた裁判官は、「預ける」と当事者は言ったと認定するか、それは当事者の前後の主張を勘案すると「貸す」という実態に該当すると認知すれば、当事者には「貸借」が問題になっているのだと認定する。したがってその認定という認知は、当事者の意思内容が貸借という実態に該当するとすることであり、当事者の実態は民法上の貸借という類型である実態と一致すると認知していることに

なる。

承諾についても、当事者は確かに首を振ったわけでもなければ、小声を出したわけでもない。しかしその遣取りの後、目的物の受渡しの談しに移っているのであるから、申込みを否定したのではないと認定したとすれば、裁判所はその当事者の行態の実態が「承諾」という実態に一致する（該当する）と認知することになる。

すなわち、上述の二つの場合における裁判所の認定という認知は、ともに法規範の提示する契約類型と承諾という類型実態に実体の実態が一致するという認知。すなわちパターン認識の図型パターン認識であるということになる。

さらに裁判所が事実的双務契約論によって、上掲事例の中核的認定である、利得債務者の反対給付をいかほど差引くか。それについて実行給付されたのは事実として双務契約の給付であったのであるから、債権者の責めに帰される事由によって履行できなかった給付については債務者は反対給付を受けることができるという規範（日本民法典でいえば536条2項）が適用されて、利得債務者の反対給付は競落価格に限定される。そういう認定である。

その場合に、なぜ事実として双務契約論が適用されるのか、危険負担が適用されるのかは、不当利得規範が論者のいうメタ規範性によるのであるが、それとは別にそれを応用したとき、裁判所はいかなる認知をしているか。それを問題にしているのであるが、したがってそれは直接、双務契約に（例えば有効な売買契約に）危険負担規範を適用する場合も同断であるが、ここでは、チーズの「品質不良」が、チーズ売手の「責めに帰す」に該当するかどうか。それは「過失」の存否、注意義務違反の存否という2値認識に置き換えられる。しかし、「過失」「注意義務」に2値規準が存在するわけではないのであるから、換言すると、過失とか注意義務とかが、その存否によって過失の有無を実体上に認知できる規準を提示しているものではないのであるから、それは、「過失」「注意義務」という類型を提示しているにすぎなくなる。

ただ、過失とは故意ではなく、法律関係においてはまた当事者は自由であり、意思能力をもつことを前提にすると、過失ないしは注意義務とは認知可能性、予測可能性の有無と同義に帰す点では2値規準化される。ただ上掲のチーズ事例ではそれは前提され、不良品を出すに到る認知可能性、予測可能性が前提され、チーズの品質不良の発生が「債務者の 反対債権の、責めに帰すもの」に該当すると認定されていることが分かる。

法律要件イメージによるイメージ判決

a

製紙工程の仕上げ段階で使われる巻取り機を製造、販売納入した企業（住友重機械工業株式会社）が、買受けた製紙会社（大竹紙業株式会社）とその取引に関し、住友重機械は、その取引については直接販売することはしないことになっていた²²⁾（そういう商慣行をもっていたということであろう）。一つはそのために商社を介在させ、買主はその商社から納入完了後、120日間の商社金融を受けることになった（納入完了時に商社より120日後を支払期日とする手形の振出しを受けるということ）。その中間の商社として、従来、大竹紙業と取引のあった大永紙通商株式会社はその取引を承諾した。大永紙通商がその取引を承諾するに至ったのは、大永は大竹との間でそれまで取引があり、かつその取引交渉の時点で大竹に対し債務を負っており、住友重機械の取引を承諾しても大竹に対しその債務と相殺できるという事情があった。ところがその事情をめぐっては、発注された機械の据え付けられる場所、そこはまた大永と住友の間の当機械買付け契約における、住友側の機械給付債務の履行場所でもあった。その場所とは大竹紙業の工場であるが、その工場の建築工事が遷延した。ために大竹の要請により住友の機械搬入、据え付け作業も遷延し、結局のところ、住友が据え付け、他機械との調整をし、

試運転を経て、大竹が引き取った。それを大永と住友間に結ばれた契約では「検収」と表現しているが、その「検収」が遅れたために、大永の負った大竹に対する債務の履行期が先きに到来し、大永はその製紙機械代金をめぐって、大竹に対する債権を相殺に供することができなくなるという事情を来たした。その上、詳しくは判決理由中にも現われていないのであるが、その間に大竹紙業の経営が不振になるという事情もあったことが伺える。

以上のような事実関係のなかで、製紙機械を製造、販売した住友重機械が、その売買代金を大竹紙業に対してではなく、大永通商に対して求めたのが、この訴えである。この種の売買は、二者間に実質上成立している売買契約に、多くは売主が求めて商社が介入し、一旦買主となってもらい、さらに実質上の買主に対し転売をすることにする。それによって売主は、介入してもらった商社の手形を得（それが名の通った商社であれば信用度が高い）、多くの場合実質上の買主は商社金融を得ることができる。また介入した商社は売買手数料 口銭を得るといって売買。それは「付け売買」（かつては「付け売り」といったこともあったようである²³⁾）といわれる売買形式であったとされている。

住友重機の訴えに対し、被告の大永紙通商は、争いの対象である契約が売買契約ではない（それは商社金融を目的とする、いわゆる「付け売買」契約である）。したがって売買代金債務を負っていないということ。その他、契約にいう「検収」が未成立である。したがって債務は履行期にない等の、若干の予備的、補助的主張をしている。それからみると争いは大永が住友に支払い債務を負うか否かを支える、大永・住友間に売買契約が成立しているか否かであったわけである。

民法典は、解釈規範として売買が当事者の一方（売手）の財産権の移転と相手方（買手）の「その代金」（対価金）の支払の約束によって成立する契約であるとしている（555条）。それについて裁判所は、上述の争いの実態を判定して、

……右事実によれば、原告、被告間の請求原因2の契約は、被告が原告、訴外会社間の本件物件の取引についていわゆる商社金融を実行する目的で締結されたものといえることができる。しかしながら、たとえその目的が商社金融であり、被告が右目的のために中間の買主として原告、訴外会社間の本件物件の取引に介入したにすぎないものであるとしても、それだけの理由から直ちに原告、被告間の右契約を売買契約とみるのが相当でなくいわゆるファイナンス・リース契約類似の無名契約と解すべきである、ということとはできないものというべく、またそのように解さねばならぬ必要性も存しないというべきである。

……

そう述べて、住友重機と大永紙通商間の売買契約の成立を認定している²⁴⁾。

この判決のみということではないのであるが、それは乱暴な、ないしは強引な判決。……それだけの理由から直ちに……売買契約とみるのが相当でなく……というのならば、売買契約であるとする根拠を提示するべきであろう。それが一切ない。いかなる根拠で、555条のどの要件にどう該当するのか、その提示がないのである。乱暴、強引という所以である。ただここで裁判所は商社金融であるとしても売買契約でないとは解するのは相当でないといっているのであるから、裁判所のしている認知は、「売買契約」という言語概念だけを規準として、売買契約という類型を念頭に思い浮かべ、住友重機と大永紙通商間の契約類型を同定していることになる。民法典は 売手の財産権の移転、買手の対価としての金銭の支払いの約束という二つの要件を提示しているのであるが、その二つの要件の同定（要件事実の存在の指摘）をすることなく、売買契約成立の同定を（売買契約事実の認定）しているということである。

b

分類学は類型分類を分類の王様といい²⁵⁾、それをイメージ分類という²⁶⁾。それは類型分類が

言語概念の成立する場合には一つの分類が成立する。そして類型分類はパターン認識を原則として、2値規準（クライテリオン、カテゴリ、要件）を必要とすることなく成立する²⁷⁾。人は2値規準を援用することなく、パターン認識をすることができる（能力がある）。そういうことを意味する。

それは逆にいうと、言語、言語概念をもつと、人は原則としてパターン認識として認識するということである²⁸⁾。ところが法規範は言語を介してしか成立しないものである（法規範は必ず言語によって 各国語によって成立している）。したがって、法規範の適用はまず法律要件に対応する要件事実をパターン認識によって認定（認知）するということになる。

電算機にパターン認識を行わせようとする場合、対象の現象自体も、そして取出されたその決定的に鍵となる現象も 抽出された特徴も必ず数値化されなければその認識 カテゴリあるいはクラスの決定はできない²⁹⁾。しかし人間のパターン認識はそうではない。すなわち人間は対象あるいはその特徴を数値化することなく認識できるから、例えば死の認識を、呼吸死、心臓死で特徴抽出しても、その特徴は数値化されることなく、息、脈膊（心拍）の存否というパターン認識に委ねたのみで済む。

上掲、東京地裁、昭和59年8月21日判決の認知。争いの対象である住友重機械と大永紙通商間に締結された「売買契約」が、売買契約であるのか、商社金融契約であるのか（したがって大永紙通商に住友重機械を債権者とする債務があるのか = ないのか）について、東京地裁のする認定は、なんら規準を提示することをせず、単に「……それだけの理由から直ちに原告、被告間の右契約を売買契約とみるのが相当でなくいわゆるファイナンス・リース契約類似の無名契約と解すべきである、ということとはできないものというべく……」という。そういうことができるのは、売買契約という言語概念があれば、一方で人はある当事者間の契約を売買であるか否かを認知できるからである。また一方で、多

分原告、被告とも「売買契約」、と類型名辞を提示されるだけで、売買契約というイメージを形成し、それが相互に一致するか否かを検証することもしない。したがって一面、原被告とも自己の形成したイメージで納得する。そうであるから、裁判所は民法典555条の法律要件を顧ることを放擲して、上掲の類の認定を提示する。ないしは提示できる。そういうことが可能である。あるいはまた、それが上掲の判決の提示するものの意味である。

しかしその判決はある意味で根拠 具体的な規準を提示して、その規準に対応する事実の存在を指摘することをしないのであるから、説得力を欠くのも否めない。例えば上掲の判決でいえば、その説得力は一面、露骨な裁判所という権威による、場合によれば威圧である。そういうことも可能である。

民法典が典型契約として13の契約類型を提示するのは、名辞として成立しているだけの類型を要素 要件に分けて提示するものである。それは、上にいう単なる類型の提示、そしてそれによるイメージ認知という最も漠然としたパターン認識に具体的な、場合によれば2値の認識根拠を提供しようとする。そういう役割を果たしている。知的情報処理過程に照していえば、それはパターン認識のための特徴抽出である。法律学はそれを典型契約条項は任意規範であると説明する³⁰⁾。また逆にいえば法律学のいう13典型契約条項が任意規範、解釈規範であるという提示は、漠然とした契約名辞によるパターン認識に、できれば2値認識になりうる認識根拠を提供しようとする。そういう意味をもつ。

民法典555条が「財産権ヲ相手方ニ移転スル」「相手方力之二其代金ヲ払フコト」を「約スル」と提示するのは、その具体的な認知根拠の提供であるわけである。ここでは単なる売買というパターン類型の提示より進んで、財産権の移転、その代金の支払い、その約束 その約束とは申込みと承諾という意味の一致（521条～528条はそれを前提にしているのであるが、契約の成立がその一致であるとする明文条項はない）と

いう具体的名辞に分けられている。しかし、そうはいつでも財産権、移転、代金、支払い、そしてそれらの約束というすべての法律要件が2値認識を可能にするものではない。したがってそれはあくまでパターン認識を促すものでしかない。そういう意味で、法規範はどこまで細かく名辞、用語を細分して法律要件を提示したとしても、パターン認識をしか可能にしないという点で、マトリョーシカ構造、あるいは金太郎飴構造をもつということも可能である。唯一つの例外は法律要件を数値によって提示する場合である（例えば民法3条、あるいは道路交通法の多くの条項）。その場合は、法律要件事実の存否は2値認識される。

パターン認識を最も漠然としたイメージ認識から、その対象パターンから不可欠の特徴を抽出して、その存否という2値認識に替える。そういう点で、死の認知が殯から呼吸死、心臓死（心拍停止）に移行したというのも同一の変化である。

おわりに

法規範を争いの解決の場（裁判）で適用する。それは法規範の提示する法律要件を争いの当事者のいずれが該当するか、法律要件に該当する事実を要件事実というのであるから、それは要件事実をいずれの当事者が具備するかを探求するものである。したがってそれは、法規範は必ず言語でしか提示されないのであるから、法規範の提示する言語に該当する事実の認知ということである。

人間の言語による実体認知、それはほぼ類型分類というに等しいものであるが、それは人間の認知の二つの方法であるパターン認識、2値認識のいずれであるかといえ、パターン認識である。その限りで法規範世界における要件事実の認定は、法規範の提示する言語、それは多くは契約名称、権利名辞によるパターン認識によって行われている（東京地裁事例は契約名称のみによるもの）。その限りで法律世界におけ

る要件事実認定は、殯による死の認知に比定することのできるものである。それを論者は、総体的パターン認識と称したい。

論者のいう総体的パターン認識とは、したがってそれを殯に例をとると、人が経験的に死んだ人、それは当初は眠っているとしか見えなかったであろうから、それを起こそうとした儀式である³¹。しかし当初、眠っているとしか見えなかった人がついに目を醒さなかった。経験的に習得し、認識しているその姿を想起し、今、眼前に横たわる遺体の姿を重ね合わせ、ついにその人が再び息を吹き返すことはない。それを確信するに至ったのであろう。

そうであるとすれば、殯による死の総体的パターン認識とは、経験的に承知している死の姿という図型をカテゴリーとして、今、眼前に横たわる遺体の姿をその上に重ね合わせ、すなわちマッチングし、死の決定を得た。そういう認識である。すなわちパターン認識の一種である図型認識である。それを集約すれば、論者のいう総体的パターン認識とは図型パターン認識である。そう考えられる。

しかし人間の死の認知が、殯によるものから、経験的に呼吸死、心臓死（心拍停止）に遷移して来たように、法規範世界もその権利名辞、契約名称による総体的パターン認識ないしは図型パターン認識から、その権利、契約に決定的に特徴的な要素を抜き出し、その特徴の存否という認知を介する。あるいは、権利、契約の認知を特徴の認知を介してする。その特徴の認知はその存否によることが多いから、決定自体は2値化されている。恰も、呼吸（息）、脈膊の存否（0 = 1）によって死の認知が行われる如くである。それが法律要件というものの果している役割である。すなわち、売買契約の存否を総体としてのパターン認識に放置するのではなく、一方の（売手）財産権の移転の約束と、相手方（買手）のその代金の支払の約束という二つ、もしくは三つの法律要件を売買契約の決定的に特徴的な要素として抽出し、その存否という2値認識を介して、売買契約の存否（成立）を認

知する。それが日本民法典555条の規範世界の認知論的構造である。そういうことが可能である。

しかし、その2値認識化というのも結果の決定についてにすぎない。そういう点では総体としてのパターン認識であっても、その決定自体は、法規範世界では常に2値的であるのだから³²⁾、法律要件を提示したとしても、その点では何ら特異な点が存在するものではない。また、法律要件自体、いかにそれが抽出された契約もしくは権利の特徴であるとしても、その存否の認知はパターン認識に止っている。したがって法律要件の提示というのは、それが総体としてのパターン認識に代えて、その認識しようとする、知的情報処理用語でいえばカテゴリあるいはクラスの特徴のパターンを以ってしているということである。

その場合、人は総体として認識するよりも、場合によれば、その特徴のパターンを認識したほうがより明確であると感じることができる。そういうことが可能である。他に一つ。人はコンピュータと異なり、抽出された特徴を数値によってしか認知できないということはなく、さらには態々特徴を抽出しなくとも、パターン認識をすることが容易に可能である。そのため、法規範が法律要件を提示している場合であっても(特徴抽出がなされている場合であっても)それを無視して、総体としてのパターン認識で済ませる。そういう場合が、かなり多くある(いうまでもなく本文揭示、東京地判、昭和59年8月21日事例はその典型例)。それはまた類型分類がイメージ分類である³³⁾。そういわれることと本質を同じくする認知現象である。そういうことも可能である。

注

- 1) Kaser, Max, *Römisches Privatrecht*. 9Afl., Vlg., C. H. Beck, München, 1976, s.37.
- 2) a.a.o.s. 36f.
- 3) 山畠正男注釈「第882条」は、呼吸死だけを提示している。中川善之助編『注釈民法』(24)有斐閣、

昭和42年、64ページ。

- 4) 辻「ヒト科ヒト、脳死と殯のアウトライン」『阪南論集 社会科学編』阪南大学、26巻3号、1991年1月、1ページ以下。
- 5) 和田清、石原道博編訳『魏志倭人伝・後漢書倭伝・宋書倭国伝・隨書倭国伝』岩波文庫、岩波書店、昭和26年、81ページ、……始死停喪十餘日當時不食肉喪主哭泣他人就歌舞飲酒……
- 6) 上田正昭「古代の祭祀と儀礼」『岩波講座日本歴史』1、岩波書店、1975年、333-334ページ。
- 7) 辻、前掲論文、11ページ。
- 8) 鳥脇純一郎『パターン情報処理の基礎』情報科学こんせぶつ9、朝倉書店、1998年、30ページ。
- 9) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲」(三)『判例時報』352号、昭和38年12月、34-36ページ。
- 10) RG. Ur. v.20. Dezember 1918, RGZ Bd. 94, s.253.
- 11) 川村、前掲論文(二)、『判例時報』331号、昭和38年5月、12ページ。
- 12) 川村、前掲論文(三)。
- 13) 川村、前掲論文(二)、6-11ページ。
- 14) 辻「占有は権利か事実か?」『阪南論集 社会科学編』阪南大学学会、31巻3号、1ページ。
- 15) 川村泰啓「一つの中間的考察」『判例時報』380号、昭和39年、38ページ。
- 16) 辻「類型論批判」『阪南論集 社会科学編』阪南大学学会、29巻2号、1993年9月、55ページ。
- 17) 同上論文、58ページ。
- 18) 辻、前掲論文(「占有は」)、8ページ。
- 19) Caemmerer, Ernst von, *Bereicherung und Unerlaubte Handlung*, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1954, s.387.
- 20) 川村、前掲論文(一)、『判例時報』325号、昭和38年3月(「判例評論」1ページ)。
- 21) 辻、前掲論文(「類型論」)58ページ。
- 22) 東京地判、昭和59年8月21日、金融・商事判例、724号、昭和60年9月、33ページ。
- 23) 東洋綿花事例。大阪地判、昭和47年3月27日、判例時報、684号、76ページ。
- 24) 前掲、東京地判、37ページ。
- 25) 中尾佐助『分類の発想』朝日選書409、朝日新聞社、1990年、80ページ。

- 26) 同上書, 81ページ。
- 27) 同上書, 同ページ。
- 28) その場合, 特定の語(用語)にいかなるパターンが結びついているか(特定の語に特定のパターンが結びついているというのを対象言語という^{*1)})は, 言語によって決しない。それはその言語をとりまく制度, 歴史等言語外の事情によるとするのがチョムスキー革命といえる^{*2)}。
- ^{*1)} Jakobson, Roman, *On Language*, ed., L. R. Waugh and M. Monville-Burston, Cambridge, Ma., USA, Harvard Univ. Press, 1990, p.123.
- ^{*2)} 田中克彦『チョムスキー』岩波現代文庫, 岩波書店, 2000年, 172ページ。
- Chomsky, Noam, *Language and Thought*, London, Moyer Bell, 1993, pp. 18-19.
- 大石正幸訳『言語と思考』松柏社, 1999年, 10-11ページ。
- 29) 鳥脇, 前掲書, 29-30ページ。
- 30) 星野英一『民法概論』(第1分冊)良書普及会, 昭和50年, 17-18ページ。
- 31) 辻, 前掲論文(「ヒト科」)11ページ。
- 32) 沼正也『財産法の原理と家族法の原理』三和書房, 昭和35年, 206-208ページ。
- 33) 中尾, 前掲書, 81ページ。
- (2001年7月13日受理)