

# 日本法學

第七十七卷 第四号 2012年3月

翻 訳

近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハ……マティアス・ジモニス  
過去と今日の刑法上の諸原則  
滝沢 誠訳

研究ノート

ベルリン州開店法の憲法適合性……小林 宏 晨  
二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って(二・完)

判例研究

いわゆるデット・エクイティ・スワップ事件  
適格現物出資に該当するデット・エクイティ・スワップにつき、混同消滅した債務の額  
とその帳簿価額との差額につき債務消滅益を認定した事例……東京地判平成二十二年四月  
二八日訟務月報五六卷六号一八四三頁  
……松 嶋 隆 弘

雑 報

日本法学 第七十七卷 索引

日本法学 第七十七卷第二号 目次

論 説

昭和初年の官吏減俸令と裁判官……………新井 勉

イギリスの議会主権と議会制定法の階層化について……………加藤 紘捷

——EU法の優位性とイギリスにおけるコモン・ローの発展——

国内旅客航空運送契約における「延着」責任について……………松嶋 隆弘

判例研究

通信社配信記事に対する名誉毀損の成否と真実相当性……………高畑 英一郎

——「東京女子医大病院事件」最一判平二三・四二八判時二二五号五〇頁——

日本法学 第七十七卷第三号 目次

論 説

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配……………新井 勉

薄くなる政教分離の壁……………青山 武憲

——アメリカ合衆国——

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり……………尾田 清貴

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望……………杉本 純子

——商取引債権を含めたプライオリティ体系の構築をふまえて——

翻 訳

国際裁判管轄の合意と新ハーグ管轄合意条約……………ペーター・フーバー

……………ジェニファー・アントモ

小田 司訳

研究ノート

ベルリン州開店法の憲法適合性……………小林 宏晨

二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って(二)

クオータ制を巡る諸考察……………松島 雪江

——ドイツでの議論をきっかけとして——

# 近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルム・フオイエルバッハ 過去と今日の刑法上の諸原則

クラウス・ホフマン・ホラント  
マテイアス・ジモニス  
滝沢 誠 訳

## I. はじめに

啓蒙主義に特徴付けられた時代から一九世紀に変わる際に、新しい刑法についての問いが投げかけられた。この問いは、パウル・ヨハン・アンゼルム・フオイエルバッハによつて答えられた。すなわち、彼は、一八一三年公布のバイエルン刑法典を通じて、今日のドイツ刑法典の前身を創造し、また、現在のボン基本法一〇三条二項及び刑法典一

条にも盛り込まれており、絶対的に妥当すべき明確性の原則 (Bestimmtheitsgrundsatz) の最も名高い提唱者 (Wegbereiter) の一人としてみなすことができる。とりわけ、このような結論をとったがゆえに、フォイエルバッハは近代刑法の父とみなすことができることになった。私は、この彼の近代刑法への功績について追うことにする。

その際、まず、フォイエルバッハの基本的な考えと本質的な原則を概観する (Ⅱ)。ここでの対象は、フォイエルバッハによる、刑の目的は何であるかという意味での刑の目的論 (Strafzwecktheorie) について検討を加え、また、そこから派生する明確性の要求 (Bestimmtheitsgebot) 及び、フォイエルバッハが考えていたふさわしい刑罰の観念 (seine Vorstellungen angemessener Strafe) というものも対象となる。そして、最後に、現在のドイツ刑法典へのフォイエルバッハの影響 (Spur) を探ることとする (Ⅲ)。

## Ⅱ. 基本的な考えと本質的な諸原則

### 1. 哲学と法学の関係について

フォイエルバッハの基本的な考えとその活動は、まず、哲学に向けられていた。彼は、息子のアンゼルムに宛てた手紙において、まさしく、次のように述べている。

「少年時代の始めの頃には、私は法学が大嫌いであつたし、また、今なお、学問としては法学には魅力を感じられない。私は、歴史、及び、特に哲学に、大きな関心があつたからである。」

一度、職業と名譽のために、フォイエルバッハは、とりわけ、経済的な困窮から、きつぱりと、現実の生活を受け止める新たな方向への折り合いをつけたのであった。

「そこで私は、すばやくしかし確固とした決意をもって、嫌いな法律学に取り組むことにした。やがて法律学は私にとってはあまり苦手なものではなくなってきた。」

刑法学に転向する際に、フォイエルバッハは、哲学に対する情熱をパンとしての学問（生きるための術としての学問。Brotwissenschaft）の法律学と結びつけた。その際、カント哲学の信奉者として、彼にとっては、法と道徳を区別することが、決定的に重要であった。実定法は、簡単には、道徳から導かれるものではない。同様に、法律学にとっての哲学も重要ではないわけではない。哲学がなければ、法律学は愚かなままである、とフォイエルバッハは書いている。哲学的に思慮深く法を教えるものは、それゆえに、国家の立法者に任せられる。実定法は優位にある。彼の教科書には、次のように書かれている。

「ドイツ共通刑法の源は、その適用において、哲学が積極的に法的な諸規定によつて制限されない限りにおいては、刑法の哲学である。」

## 2. 刑の目的論、刑と刑の量定について

### a) フォイエルバッハの刑の目的論

フォイエルバッハは、刑法理論において常に現実的な問題である刑の目的について、立ち入って取り組んでいた。国家を法的な状態を築くもの、従って、法の法律により人間の共同生活として理解する立場から、フォイエルバッハは次のように推論する。

「どのような方法であつても法を犯すことは、国家の目的に反する…従って、国家は、法違反をそもそも不可能にするような準備を行うことによつて、正当化され、また義務付けられる。」

この目的を実現するために、フォイエルバッハによれば、心理的に「強制する準備」(Zwangsanstalten)が必要となる。けれども、それだけでは十分ではない。なぜなら、一方では、国家は、全て予防的に干渉することはできず、抑圧的な観点では、全ての損害を回復することができない。効果的で行き届いた強制を生み出すためには、これに加え、まずは、犯罪行為を行いうるような市民に心理的な影響(威嚇)を及ぼさなければならぬ。

「従つて、そもそも、法に違反しないようすることができないのなら、心理的な強制とともに、法を犯す前に先行している他の最も好ましい強制がなければならぬ。そのような強制は心理的なものでありうる。」

この表現は、フォイエルバッハの心理強制説 (psychologische Zwangstheorie) の核心である。この心理強制説は、全ての法を犯す原因は、感覺性、すなわち、感性的衝動の中に (in einem "sinnlichen Antrieb") 見い出すことができる。このようなフォイエルバッハの認識の結論 (この認識は、後に、ガリー・S・ベッカー (Gary S.Beckers) の提唱する合理的な選択アプローチ (合理的選択の理論) (Rational Choice Approach (Theorie der rationalen Wahl)) に類似するものを見出すことができる) は、以下の通りである。

「誰もが、満足しない犯罪行為の動機から生じる嫌悪の気持ちよりも、所為の後に不可避免的に生じる害悪のほうがより大きいことを知っているならば、このような感性的衝動を止揚することができる。」

その際、本来の刑罰の目的は、それ自体において根拠付けることはできない。

「法律によって刑を示して、予め犯罪を行わないように脅しておく目的は、全ての者、すなわち、法を犯すというひよつとしてありうる全ての侮辱者に対する威嚇である。刑罰を加えるという目的は、それがなければ威嚇がない (効果的にはならない) のと同じく、法による威嚇を効果的にする理由付けになる。」

全ての者が受けることのできる相互的な自由 (die wechselseitige Freiheit) を得る必要性から刑罰は科せられるべきである。その流れの中で、フォイエルバッハはこの特徴を明らかにしている。すなわち、①刑罰は特別予防効果を持

つべきではないこと、② 刑罰は道徳的な復讐でないこと、③ 刑罰は道徳的な改善をもたらすものであるべきではないことである。今日の異文(原典批判による異本校合による)によれば、フォイエルバッハは、刑の一般予防効果のアプローチ (Ansatz) を認める擁護者の一人であった。

b) 一八一三年公布のバイエルン刑法典において定められていた刑罰の種類

そこで、次に、私は、一八一三年公布のバイエルン刑法典において定められていた刑罰の種類について、概観することとする。

- 「I. 死刑 (Todesstrafe) Ⅱ. 刑務所において終身にわたって鎖で拘束をする刑 (Kettenstrafe)、Ⅲ. 肉体労働を伴う懲役刑 (Zuchthaus) Ⅳ. 懲役刑 (Strafarbeitshaus) Ⅴ. 城砦に閉じ込める禁錮刑 (Festungsstrafe) Ⅵ. 名誉及び侮辱刑 (Ehren- und demütigende Strafen) Ⅶ. 身体刑 (Körperliche Züchtigung) Ⅷ. 刑務所または要塞への隔離 (Gefängniß oder Festungsarrest) Ⅸ. 財産刑 (Vermögensstrafen) Ⅹ. 刑務所または

刑務所において通常は終身にわたって鎖で拘束をする刑 (Kettenstrafe) について、概観する。バイエルン刑法典七条一文は次のように規定している。

「この刑罰を言い渡された者は、その判決に既判力が生じた時点から、民事法上は死亡したものである。」



このことは、刑を言い渡された者にとっては、次のようなことを意味する。すなわち、その財産は、相続人のもとに相続される。その時から、財産を取得あるいは所有することができない。長期にわたり法廷に証人として出廷することができない。婚姻をすることができない、既に婚姻をしている場合には婚姻関係が解消される。さらに、いつでも、重労働（沼地の干拓 (Austrocknen von Sümpfen)、要塞の建築、採石場での労働) に協力させることが許される。それらの場合には、いつでも、思い鉄の玉を付けた長い鎖に繋ぐことが許される。

c) 刑の量定と犯罪不成立の理由 (Strafaufhebungsgründe) に ついて

aa) 刑の量定、刑の減輕及び加重の理由

刑の量定に関して、フォイエエルバッハには、覆すことのできない原則がある。

「裁判官は、法的に承認された刑罰の判決を下すことのみが許さる。このことは、新たな刑という害悪を発生するという裁判官の権力の中にあるものではない。」

個人は、ある特定の犯罪行為を行えばどのような刑罰が予定されているのかを知ることができる。けれども、裁判官にはある程度の裁量が残されている。

「法律が絶対的な刑罰を規定していない限り、特別な事件における刑の加重あるいは減輕としての固有の事

由に従って、ふさわしい程度に刑の量を定めることは(バイエルン刑法典九〇条)、裁判官の任務である。可罰性の程度は、法に違反する大きさ(Größe)、被害者の数、場合によっては、国家が自ら侵害されたかどうかという事実、及び、意思の法違反(Gesetzwidrigkeit des Willens)に従って、上昇したり減少したりする(バイエルン刑法典九一条以下)。」

バイエルン刑法典九三条は、刑を減輕する多くの理由を規定している。犯罪者が自分の行った犯罪行為の違法性を認識できない場合には、可罰性が減少していた。もし、犯罪者が錯覚(Täuschung)あるいは脅迫により、犯罪行為を行うようであったならば、貧困により犯罪行為を行うようであったならば、無理やり犯罪を行うようであったならば、あるいは、犯罪行為が弁解のできる激情に駆られて犯罪を行った(die Tat einer "entschuldigten Leidenschaft")とみなすことができたならば、そして、最後に、

「行為者の振る舞いから、所為(犯罪行為)を行った際、あるいは、その後、軽い程度の道徳的な墮落(Verdorbenheit)及び粗暴(Verwilderung)で済むことができる程度の以前の生活の変化から、犯罪を行った場合である。」

刑の加重、とりわけ、累犯を理由とするものは、問題となりうる(バイエルン刑法典一一一条以下)。

bb) 犯罪不成立の理由

一八一三年公布のバイエルン刑法典には、犯罪を不成立にさせる多くの理由が規定されていた。そのようなものとしては、八歳以下の子供、また、精神疾患にかかっている者が挙げられる(同法一二〇条)。同様に、克服不能で有責でないことを知らない状態で、許され、また、非難に値しないと考えていて実行行為を行った者、同様に、現在及び避けることのできない生命に対する危険と結びついている抵抗しがたい身体的な暴力、または、脅迫によって、犯罪行為を行うように強いられて者についても、犯罪は成立しないと規定していた(同法一二二条)。

また、公務員 (Staatsbeameter) についても、上司の命により、犯罪行為を行うように命じられた場合に、それを断ることで公務上の義務に違反し、犯罪が成立する場合にも、犯罪が成立しない場合もありうる。そのような場合には、ただ命じられた範囲についてのみで責任があるのであって、従った場合には別である (nur der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende) (同法一二二条)。

次に、重要な犯罪不成立の理由として、正当防衛あるいは緊急援助 (Notwehr bzw. Nothilfe) がある。しかし、正当防衛は、侵害の時点で国家によって助けを期待することができなかった時にのみ、適法とされていた(同法一二五条)。また、まず、自ら侵害を避けるあるいはそれを無に帰せしめなければならなかった。このような基準に従って適法な正当防衛の行為は、必要な範囲にとどまっていなければならず(同法一二八条)、一定の法益侵害のみが発生することが許されていたにすぎない(同法一二九条)。正当防衛の際に、防衛をする者が、思慮深く考えることができない状態で驚いて過度に恐怖心から、前述の限界を超えた場合には、限界を超えたにもかかわらず、犯罪が成立しなかった(同法一三〇条以下)。

最後に、既にフォイエルバッハが主張していたように、同一の犯罪行為によって再び処罰することが許されないと  
いう二重処罰の禁止の原則がある(同法一三七条以下)。

### 3. 「法律無ければ刑罰なし」及び明確性の原則

フォイエルバッハの影響という点について、中心にあるものとして、刑法の大原則(höchste [s] Princip des peincl. Rechts)と記述した表現がある。

「国家における法的な刑罰は全て、法以外の維持にとって基礎づけられる法的な結果であり、また、法によつて威嚇された感性的害悪を伴う法違反である。」

この基本原則は、啓蒙主義の思想から生じたが、フォイエルバッハによつて初めて表現された。また、バイエルン刑法典一条も以下のように規定していた。

「法律が一定の害悪をもつて威嚇している違法な作為または不作為によつて責任を負う者は、刑罰としてその法律に規定されている害悪を引き受けなければならない。」

そこから、フォイエルバッハにとっては、次の副次的な諸原則(untergeordnete Grundsätze)が導き出される。

「Ⅰ 全ての科刑は、刑法を前提とする (Nulla poena sine lege)。なぜなら、ただ、法によって害悪の威嚇が刑の概念と法的な可能性を基礎づけるからである。」

「Ⅱ 科刑は、威嚇された行為の存在によって条件づけられる (Nulla poena sine crimine)。なぜなら、法律によって、行為に対して威嚇された刑罰は、法的に必要な前提として結び付けられるからである。」

「Ⅲ 法律によって威嚇された行為 (法的な前提) は、法律によって規定された刑罰 (Nullum crimen sine poena legali) によって条件づけられる。なぜなら、法律によって、必要な法的な効果としての害悪が、一定の法違反と結び付けられるからである。」

この明確性の要求は、フォイエルバッハの刑の目的論と相互関係にある。すなわち、全ての刑罰法規にとって明確性が必要であることは、威嚇効果を発揮するという刑の目的から生じることになる。従って、市民は、市民に一定のある行為にとって一定の刑罰が、その時々で法律で明確に規定されていることを知ることになる。なぜなら、重要な意味において、私は、一定の行為のみをしないことができるからである。

### Ⅲ. 今日におけるフォイエルバッハの諸原則

一八一三年公布のバイエルン刑法典は、多くの点においてフォイエルバッハに遡ることになるが、一般に、その後の時代に公布された全ての刑法典の模範とされており、それゆえに、今日のドイツで効力を持っている一八七一年公布の刑法典（一九九八年一月一三日版）にも妥当している。従って、両者の法律を比較することによって、多くの類

似点が見出されることになる。

既にフォイエルバッハの起草したバイエルン刑法典においては、故意及び過失行為についての規定（現行刑法典一五一条に規定されている）、錯誤（現行刑法典一六条及び一七条に規定されている）、犯罪不成立の根拠（現行刑法典一九条及び二〇一条に規定されている）、未遂（現行刑法典の二二条に規定されている）、正犯及び共犯（現行刑法典二五条以下に規定されている）、正当防衛及び緊急避難（現行刑法典三二条以下に規定されている）等の規定が盛り込まれていた。

そこで、次に、フォイエルバッハの学説のうち、フォイエルバッハが近代刑法の父として引き合いに出すことのできるという点について、特に関心がありまた特に重要な説のいくつかに限って、言及することとする。

## 1. 刑の目的論

刑法の目的に関して、フォイエルバッハは、全ての者の相互自由の維持の必要性（*Nothwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit Aller, [...]*）を述べていた。今日では、人間の共同体における秩序がありかつ有益な共生が引き合いに出される。ドイツの刑法学においては、今日では、既にフォイエルバッハの時代と同様に、二つの刑の目的についての学説が議論されてきた。その一方は、絶対的応報刑論と言われるものであり、これは、特にカント及びヘーゲルによれば、刑を既に行われた違法に対する報復として理解するものである。それに対しては、相対主義があり、これは、刑の一般予防及び特別予防を考慮している。前者の考え方は、積極的には、法秩序における全ての者の信頼を強化し、消極的には、犯罪行為が行われる前に威嚇をする。これに反して、特別予防は、積極的に、行為者を良くする、あるいは、その再社会化を導こうとし、消極的には、行為者から社会を防衛するものである。

これらの理論のうち、どの理論が今日の刑法で妥当してきたのか、また、どの程度まで、フォイエルバッハが消極的一般予防を貫こうとしたのかという問いは、刑法を一目見ると、少なくとも部分的には答えることができる。すなわち、現行刑法典四六条一項一文は、次のように規定している。

「(行為者の) 責任は、刑の量定の基礎である。」

従って、行為者の責任が刑の量定にとっての最も最上位の基準点であれば、ドイツ刑法は、とりわけ、カント及びヘーゲルの学説に決定づけられているという考えは自然のものであり、従って、既に行われた違法の報復を基礎としている。行為者は、その犯罪行為によって、自ら、ふさわしい程度に量定された刑によって制裁を科せられるという責任を負うことになる。しかし、さらに読み進めると、同条の二文では同様の規定があることに気づく。

「刑を科すことによって、社会における行為者の将来の生活に期待できる効果は、考慮されなければならない。」

この点については、(連邦) 刑事執行法 (Bundes-) Strafvollzugsgesetz) 二条は、より明確に、以下のように、規定している。

「自由刑の執行においては、受刑者には、社会における責任のもとで、将来、再び犯罪をせずに生活することができなければならない。自由刑の執行は、再犯から一般公衆を守ることに寄与するものである。」

このことは、ここでは、明確に、特別予防、すなわち、積極的な特別予防（同条一文、再社会化）及び消極的な特別予防（社会の保護）が言及されている。それゆえ、ドイツ刑法においては、復讐的な考えとともに、特別予防の観点も考慮されていることが確認されよう。さらに、刑法典四七条もさらなる観点を提供している。

「六月以下の自由刑は、裁判所が、特別な事情：すなわち、自由刑を科すことによって…法秩序を守るために必要不可欠と考える場合にのみ、言い渡すことができる。」

従って、フォイエルバッハ及び一般予防に、われわれは到達するのであろうか。自由刑の執行によって、他の犯罪行為を行おうとしている者が、類似の犯罪行為を行わないように威嚇をすることができるのであれば、法秩序は、自由刑の執行によって守られることになる。この問いについては、明確にベルリン高等裁判所 (Kammergericht) は、一九九二年一〇月二二日判決において、明確に答えている。

「法秩序を守るために短期の自由刑の執行が必要であるかを判断する際には、自由刑が市民の法遵守の態度を維持するために必要であるかが、重大な基準である。刑法典四七条一項を適用する際には、常に、法に忠実



な市民及び判決に対するそのような市民の推測される反応に注目しなければならず、類似の犯罪が行われる傾向にあることに着目すべきではない。将来生じうるであろう行為者の威嚇は、直接は、自由刑を選択することを正当化することができないものである。」

また、ベルリン高等裁判所は、フォイエルバッハとは逆の立場に立つ。同裁判所判決は、明確に威嚇の考えを、少なくとも、この事案においては、退けている。そうすると、フォイエルバッハの心理強制説が今日でも支持を失っているのだろうか。謀殺罪（計画して殺害する）が法に適合するかどうかが問題となった一九九七年六月二日の有名な判決において、ドイツ連邦憲法裁判所は、自由刑の威嚇効果について、批判的な立場に立っている。すなわち、疑いがあるにもかかわらず、そのような威嚇効果は、完全には除外することができないことを、結局のところ明らかにした（また、直接は、終身刑は、行為者が刑罰を避けるために、他の解決策を探す場合に、影響を与える）。刑についての心理的強制を支持する者は、この立場において、確実に、そう表現するだろう。

## b) 刑の減輕理由及び犯罪不成立の理由

### aa) 刑の減輕

既に述べたように、刑の量定は、今日では、まず、行為者が自らに責任を負わせるという責任によって定められる（刑法典四六条一項一文）。今日のドイツの刑法典においては、フォイエルバッハが示した刑の減輕事由、すなわち、貧困から自ら犯罪を行うように誘惑すること（das Sich-Verleitenlassen von Armut）、突然あるいは免責される激情により

自己を忘れて犯罪を行う場合 (das Sich-Hinreißenlassen durch eine plötzliche Gelegenheit oder eine entschuldigende Leidenschaft) のようなものは承認されていない。刑法典四六条二項二文は、裁判所が行為者の責任の量を認定すべき様々な考慮基準を列挙している。例えば、行為者の動機と目的、その信念、義務違反の程度、実行行為及びその影響の性質、行為者の犯罪前の経歴、並びに、行為者の人的経済的な関係、そして、最後に、犯行後の行為者の態度である。

典型的な刑の減軽事由は、今日では、例えば、刑法典二二条に規定されており、このことは、精神的な理由から、行為者が自己の行為の違法性の認識、あるいは、その認識によって犯罪行為を行う能力がかなりの程度減少されている限りでは、バイエルン刑法典九三条におけるフォイエルバッハの規定に極めて類似している。

道徳的な墮落 (Verdorbenheit) 及び粗暴 (Verwilderung) の程度は、これに反して、今日の刑法では、もはや何の役割も持たない。ただ、そのようなカテゴリー分けは、今日の法の理解とは異なるものである。しかし、程度の軽い道徳的な墮落、及び、従って、刑の減軽としてのフォイエルバッハにより示された前兆は、全く類のかたちで、今日でも存在している。現行刑法典四六条 a は、行為者が損害回復を努力した場合、行為者がより重い犯罪の解明に寄与したあるいはその発生を阻止した場合に (同四六条 b。王冠証人規定 (Kronzeugenregelung))、刑の減軽あるいは刑の放棄ができる規定している。放火の事案において、例えば、かなりの損害が生じる前に、行為者が火を消すといったように (同条三〇六条 e)、行為者が悔悛の情を示した (tätige Reue) 場合のように、さらに他の規定も存在している。

今日の観点から、奇異に思えるものとして、フォイエルバッハによる子どもと少年の可罰性についての規定がある。確かに、ここでは、まず、責任を帰すことができるかが確認されなければならないが、そうであれば、八歳の子供も

刑務所において、処罰することができた。今日では、刑法典一九条は、一四歳以下の子供については、刑事責任がないと規定している。さらに、まずは、教育的考えを指導原理とし、科刑をただ最後の手段としてみなしている少年法の特別な刑罰規定により、一八歳までは刑事責任を課することができず、また、さらに、場合によつては、二一歳まで、刑事責任が免じられている。

#### bb) 刑の放棄

既に一八一三年公布のバイエルン刑法で示されているように、今日の刑法でも、刑を放棄することとなる様々な状況を承認している。バイエルン刑法典一二〇条と同様に、現行刑法典二〇条では、精神疾患により、自己の行為の是非を弁別することができない、あるいは、その弁別に従つて行動をすることのできない者は、処罰されない。避けることのできない無知によつて、自己の行為の不可罰性を確信している者も、現行刑法典一七条により、処罰されない。また、バイエルン刑法典一二一条は、相応する規定を設けていた。その相応する規定とは、他のより高い法益の脅迫を目の当たりにして、行為者が犯罪行為を行った場合には、現行刑法典三四条及び同三五条により、刑罰を科すことができないというものである。

それに反して、公務員についても、今日では、もはや、おいそれと、バイエルン刑法典一二二条が一定の範囲で規定したように、公務員が命令により行った行為を引き合いに出すことはできない。確かに、公務員にとつては、指示に従うという基本的な義務があり（連邦公務員法 (Bundesbeamtengesetz (BBG)) 五五条二文）、このことは、場合によつては、公務員が指示の違法性に疑義を持っている場合には、妥当する（同法五六条二項三文）。けれども、指示に従う

ことは違法あるいは、指示を受けた公務員の行為がまさしく科罰的となる場合には、限界がある（同様に、同法五六条二項三文）。指示に従うことが犯罪となるような指示に公務員が従わないことが自由な場合には、その公務員が、指示の可能性を用いなかった場合には、刑法上は、完全に、刑事責任がある。

また、バイエルン刑法典一二五条以下に規定されていた、フォイエルバッハの起草による正当防衛は、今日の刑法典三二条において、再び見出すことができる。もつとも、詳細を見ると、フォイエルバッハの時代に承認されていた他の諸原則も承認されている。該当する者は、基本的には、侵害を除去することを試みてはならない（正当防衛の権利が制限されていないとみなすことができる限りにおいて）。それに対して、正当防衛の権利は基本的に全ての法益を下回るべきであり、ただ、特に上回ってはならないというフォイエルバッハの正当防衛の解釈は、承認されなければならない。

フォイエルバッハについては、今日でも妥当するものに、二重処罰の禁止がある。この基本原則は、ボン基本法一〇三条三項に明確に定められており（何人も同一の行為により、また、一般刑法を理由として二度処罰されることは許されない）、従って、憲法レベルの原則となっている。

### 3. 明確性の原則

フォイエルバッハにより特徴づけられた明確性の要請は、今日では、ドイツ刑法典一条及びボン基本法一〇三条二項の二ヶ条においてのみ、規定されている。すなわち、

「犯罪行為が行われる前に、法律によってその可罰性が定められている場合にのみ、その犯罪行為は処罰することができる。」

この表現は、まず、いわゆる法律主義 (Gesetzlichkeitsprinzip, nullum crimen, nulla poena sine lege) として表れる。このことは、刑を科すことが実証される行為態様が、個々人が構成要件の射程範囲を認識する、あるいは、解釈によって探し出すことのできるように具体的に、刑罰規定に書き換えられていることを義務付けている。

連邦憲法裁判所は、資産刑 (Vermögensstrafe) の違憲判決を言い渡した事案において、次のように、より厳密に明らかにしている。

「もし、刑法及び秩序違反法の諸規定が、説明された方法で規定されていたならば、このことは、明瞭さという特別な程度で裁判官によって必要とされる程度の概念を用いることを除外するものではない。いずれにしても、通常の場合は、名宛人は、法的な規定を手掛かりとして、予め、その態度が可罰的であるかどうかを予測できる。この観点からすれば、刑罰法規の明確性は、まずは、なあえて人に見分けのつくものであり、また、法的な構成要件が理解できる語義で書かれたものであることが基準となる。」

「法の諸規定の解釈の対象は、つねに、ただ、条文だけであるのだから、条文は、指導的な基準を提供する。すなわち、法律のあるいる語義は、許される法的な解釈の最も外れた限界を画するものである。もし、示されたように、ボン基本法一〇三条二項が、刑法と秩序違反の威嚇を認識できるように、また、予め予見できるよ

うに、名宛人に求めていれば、この語義は、市民の立場からすれば、定められているものと意味することができる。」

「ある規定が見分けのつく語義を超えて、法解釈がある態度を処罰できるということになれば、このことは、市民に刑罰を科すという負担を課すことは許されない。従って、ある刑罰法規の規範の語義がもはや理解することができない場合には、裁判所は、無罪判決を言い渡さなければならぬ。」

今日の刑法典が、市民にとって、常に、どの態度が禁止されているかを認識することのできる、ふさわしい基礎を意味するかどうかは、疑わしいかもしれない。確かに、連邦憲法裁判所の前述の見解からすれば、一般条項及び補充を必要とする概念は、全く、明確性の要請に反する法規範を導くことから生じる。刑法典の諸規定においては、少なくとも、許容性の程度は守られているかどうかは、疑わしく見える。例えば、現行刑法典一八五条(侮辱)、より新しい規定である同法二三八条(ストーキング)、同法二四〇条(強要)にいう暴力概念、あるいは、同法二六六条(背任)、これらは、ここでは憂慮すべきものと評価できる。

#### 4. 手続上の諸原則

公訴の提起の権限及び有罪判決の権限を二つの組織に委ねるべきとするフォイエルバッハの過去の認識は、今日のドイツの刑事訴訟法においては、不可欠のものとして考えられている。いわゆる糾問手続、すなわち、起訴状及び判決文が同じ組織によって作成されるというような訴追機関と判断機関が分離されていない刑事訴訟手続は、過去のも

の (passé) である。

また、公判手続は公開でかつ口頭で行われるべきというフォイエルバッハの要求は、今日の基本原則である。このことは、公判手続の公開に関しては、裁判所構成法一六九条一項（判決及び決定の言渡しを含む裁判所における訴訟行為は、公開で行われる）に規定されている。この基本原則は、他の事件の場合、例えば、少年刑法（少年法四八条）における審理の場合には、例外的に、妥当しない。これに反して、刑事訴訟法は、フォイエルバッハの要求に関して言えば、公開原則は、正当にも、残っている。裁判所の議決は、公開の強制には加えられなかった。

#### IV. むすび

以上のことからすると、フォイエルバッハは近代刑法の父であろうか。もし、我々が偉大なスケッチを見れば、彼は、刑法の本質的な土台を作った。すなわち、彼の起草したバイエルン刑法典は、多くの点で、今日まで同様あるいは類似のかたちで適用される規定が含まれていた。彼の基本原則である、犯罪なければ刑罰なし、という原則は、今日では、最も流行している刑法の諸原則である。彼の学説及び業績は、拷問の廃止、責任能力の調査、及び、一定の人的なグループに属する者に対する刑の減輕、身体のせつかんについての医師による鑑定の必要性、苦痛に満ちた死刑の執行の廃止、場合によっては、屈辱的な死体の切断といった点では、刑法の人間化のために、寄与している。そして、フォイエルバッハは、今日の刑事訴訟法において自明なもの、それは、彼の時代には未知の領域であったものであるが、例えば、訴追機関と裁判所の組織的な分離あるいは公判手続の公開原則及び口頭主義を要求していた。他方で、我々は、さらに詳しく、今日の観点からは受け入れることのできない多くのものについて考察し、発見し

なければならない。とりわけ、そのようなものとして、挙げることのできるものとして、死刑、鎖でつなぐ刑罰、市民を単に威嚇するための刑の目的の減少（消極的一般予防）、及び、子供の処罰が許容されていたことである。

けれども、フォイエルバッハは、恣意的な処罰から、必然的に従われる法典に編まれたかたちでの規定のシステムへの道を導いており、その利用者は、法の外に置かれているわけではない。フォイエルバッハは、法の下における全ての者の平等、国家の不当な干渉からの個人の保護、警察国家の全能と常在の限界のために、戦った。そこから、多くを言うことはできないものの、パウル・ヨハン・アンゼルム（フォン）・フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm (von) Feuerbach）は近代刑法の父ということができよう。とりわけ、彼による明らかな明確性の原則を表現したことは、今日まで存在している、表現の一つである。現代の立法者に、フォイエルバッハの理念と確信をまざまざと思い浮かべることができるならば、あまりにも、多くを望むことができないからである。

〔注記〕

本稿は、平成二二（二〇一〇）年一〇月二日（土）に、日本大学法学部において行われた、クラウス・ホフマン・ホルント（Klaus Hoffmann-Holland）教授による講演「Paul Johann Anselm Feuerbach als Begründer des modernen Strafrechts Strafrechtliche Prinzipien gestern und heute」（近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルム・フォイエルバッハ 過去と今日の刑法上の諸原則）で用いられた報告原稿を翻訳したものである。

クラウス・ホフマン・ホルント教授は、一九七一年にザールブリュッケン（Saarbrücken）で生まれ、アルトウール・クロイツァー（Arthur Kreuzer）教授のもとで、二〇〇〇年には、博士論文（Dissertation）である「自由でないこ



との限界―刑の執行における処遇理由による拒否の輪郭」(Grenzen der Unfreiheit-Konturen der Versagungen aus Behandlungsründen im Strafvollzug) を、二〇〇五年には、教授資格論文 (Habilitationsschrift) である「刑法におけるモデル論―犯罪学及び刑法的なモデル論の試みの分析」(Der Modellgedanke im Strafrecht-Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuchen) を、それぞれ、ギーゼン大学 (Justus-Liebig Universität Gießen) に提出し、二〇〇八年三月より、ベルリン自由大学 (Freie Universität Berlin) 法学部 (Fachbereich Rechtswissenschaft) の正教授である。

本講演原稿では、パウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハの提唱した心理強制説、その起草にかかるバイエルン刑法典の諸規定を概観し、その上で、現行のドイツ刑法典との比較やフォイエルバッハの現在の重要な判例の判文への影響が示されているものである。そのため、本公演原稿は、いわば古典的な刑法理論を対象とするものではなく、現在のドイツ刑法における新しい流れ、例えば、いくらかは古いものであろうが、連邦憲法裁判所による資産刑の違憲判決、ドイツ刑法典への新たな構成要件の創設やいわゆる王冠証人規定の刑法典への盛込みを内容とする近年の法改正についても、言及されている。バイエルン刑法典の比較によつて、フォイエルバッハの提唱の全ては現在に受け継ぐことはできないとしつつも、フォイエルバッハは近代刑法の父と評価されている。なお、刑法学及び法哲学の領域においては、フォイエルバッハに関する多くの文献があるものの、本講演原稿と同様に、刑法理論につき歴史的な考察の枠組みによるものとして、山口邦夫『帝国崩壊後(二八〇六年)のドイツ刑法学』(尚学社、二〇〇九)、同『一九世紀ドイツ刑法学研究』(尚学社、一九七九)を参照されたい。

なお、本稿は講演原稿を翻訳している手前、注については省略している。本講演のために作成された完全原稿は、

Comparative Law Vol.27 2010 p.17 以下 Paul Johann Anselm Feuerbach als Begründer des modernen Strafrechts  
strafrechtliche Prinzipien gestern und heute として掲載されていることから、さちらも併せて参照されたい。

## ベルリン州開店法の憲法適合性

二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って (二・完)

小林 宏 晨

### B. 判定

第一法廷によれば、許容される憲法異議申立は事物に於いて部分的に成功する<sup>99)</sup>。

#### I. 異議申立の許容

憲法異議申立ては許容される。公法的に組織され、異議を申立てる宗教共同体は、異議申立能力があり、かつ異議申立権限を持つ (1.)。法〈裁判〉の道の使い切りの命令は、許容性と矛盾するものではない (2.)<sup>100)</sup>。

#### 1. 異議申立能力

異議申立人は、法人として公法上の組織形態にもかかわらず、宗教の自由の基本権に関し異議申し立て能力があり<sup>101)</sup>、しかも異議申し立て権限を持つ。異議申立人は、攻撃対象とされる諸規範によって異議申立を可能にする権利<sup>102)</sup>、つまり基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項の中で自らが直接かつ現実に侵害されたと主張している。この主張は可能のようである<sup>103)</sup>。

a) 先決事項無し

自らの基本権の侵害は、連邦憲法裁判所の従来の判例に基き基本法第四条第一項及び第二項からする異議申立人の基本権の範囲に関する既に展開された諸原則が適用され、しかもこれに基いて、基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶこの基本権の侵害が即座に否定される場合に、最初から排除される<sup>104</sup>。

これに対し、基本権侵害の可能性は、憲法異議申立が、憲法異議申立権の想定を最初から排除しない、これまで連邦憲法裁判所によって決定されなかった未決の憲法問題を提示する場合に存在する<sup>105</sup>。ここでは、基本権保護の具体化と強化の意味で、基本法第四条第一項及び第二項の基本権に基くワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の客観法的保護保障の逸脱のケースである<sup>106</sup>。

諸宗教共同体がいったいしかもどの程度に憲法異議申立を通してワイマール憲法第一三九条の憲法の日曜・祭日保障を適用できるかの問題を異議申立人は提示した。これはこれまで連邦憲法裁判所の判例で未だ解明されていない問題領域である。何故なら、これまでは、自らの

職業遂行の自由が制限されたと看做し、しかも日曜・祭日保護の例外が有利となる基本権担い手に対するワイマール憲法第一三九条の効力のみが判定されたからである<sup>107</sup>。これと並んで、連邦憲法裁判所の判例では、基本法第一四〇条自体は、基本権資質が認められないことのみが確定された<sup>108</sup>。

これまで未決に留まった事項は、いったいしかもどの程度に、ワイマール憲法第一三九条が基本法第四条第一項及び第二項もしくは他の諸基本権の共同作用の下に、諸宗教共同体あるいは他の当事者に日曜・祭日の実行を可能にするかである。更に解明されていない事項は、いったいしかもどの程度に、基本権の保護内容が——ここでは基本法第四条第一項及び第二項——基本法第一四〇条と結ぶワイマール憲法第一三九条の日曜保護を通して、具体化されかつ強化され、しかもその際に、労働休息と精神的高揚の可能性の保障を基本権規範の保護内容規定に取入れるべきかである。これらが肯定される場合、正に開店に対する日曜保護の意義ゆえに、いったい開店に対する具体的、基本権保障的制限が存在するのか、しかもその制限が何処で行われるのかの未決の問題が提示

される。<sup>(10)</sup>

基本法第四条第一項及び第二項からする基本権は、宗教・世界観共同体にも帰属する。<sup>(11)</sup>既にこれまでの連邦憲法裁判所の判例によれば、ワイマール教会条項の保障は、機能的に宗教の自由たる基本権の要求と実現に当てられている。<sup>(12)</sup>

従って、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の保障を通して具体化される異議申立人の基本法第四条第一項及び第二項の基本権の侵害は、日曜・祭日に於ける開店可能性の法律による拡大によって可能のように思われる。<sup>(13)</sup>

#### b) 異議申立人の十分説明

これに加え、異議申立人は、自らが開店に関するランクト法規定の直接名宛人でないにもかかわらず、自身が影響を受けている事実を十分に説明した。その説明から、申立人に対しても相当な法的不利益の可能性が生じる。開店された売り場と精神的な高揚を目的とする異議申立側

の日曜・祭日要求は、確かに完全に矛盾するものではない。このように、開店時間中に礼拝あるいは他の宗教行事が行われえるし、あるいは、これらの行事が開店時間以外の時間に移転されることが可能である。しかし異議申立人自身への影響は、これらの日々が全体として、安息日及び精神的な高揚の日々として異議申立人に対する宗教的意義を有しているが故に、言及されている開店時間によって、一般的に安息日、そして内省の日々としての日曜・祭日の性格が変わってしまう、という観点下に考慮されることになる（「七日に汝は、休息しなければならぬ！」<sup>(14)</sup>）。そのことは、いずれにせよ、異議申立人が適用する、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条による基本法第四条第一項及び第二項の保護内容の具体化の想定に基いて該当している。<sup>(15)</sup>

#### c) 異議申立人は利害関係者

異議申立人は、関連諸規範を通して現実に影響を受けている。何故なら、ベルリン開店法が有効であるからだ。異議申立人への直接影響は、降臨祭日曜に於ける売り場開店の可能性に関する対象規定（ベルリン開店法第三条

第一項二)が如何なる執行規定も必要としていない、つまり自己執行法律規範である事実に起因する<sup>(15)</sup>。

そのことは、ベルリン開店法第四条第一項四及び第二項一の諸規定に対しても該当する。ベルリン開店法第六条第一項及び第二項の諸規定がそれぞれ転換、つまり一般命令、あるいは行政の黙認を伴う事前公示を必要とする場合、このことは、直接影響を受ける事と矛盾しない。異議申立人は、大抵売りの公示を適時に知ることはできない。法律の多様な部分に分散されている日曜・祭日の開店可能性の集積に鑑みて、直接影響は、事物の関連によるベルリン開店法第六条第一項によっても存在することになる<sup>(16)</sup>。

## 2. 「法(裁判)の道」完全利用

「法(裁判)の道」の完全利用命令(連邦憲法裁判所法第九〇条第一項)及び補完原則は、憲法異議申立の許容に対立するものではない<sup>(17)</sup>。

### a) 憲法異議申立手続以外に権利保護方法無し

四降臨節日曜日に於ける開店及び傷み易い果実と野菜

ならびに日曜の当たる聖夜に関わるベルリン開店法第三条第一項二、第四条第一項四及び第二項一の「自己執行」諸規定に対しては、異議申立人にとって憲法異議申立手続以外に如何なる有効な権利保護も存在しなかった<sup>(18)</sup>。

### b) 専門裁判所の有効保護無し

特別の理由に基く開店を目的とする、公示義務と結ぶ販売所の権限規定に(ベルリン開店法第六条第二項)ついては、同様に専門裁判所の有効な権利保護が存在しない。予定される開店の六日前に行われるべき公示は、異議申立人に通知される必要がない<sup>(19)</sup>。

### c) 販売を目的とする四日曜・祭日の開放

ベルリン開店法第六条第一項に基く一般命令により四日曜・祭日を販売の為に解放する可能性故に、異議申立人に専門裁判所への道の指示は期待できない。異議申立人は、ベルリン開店法第三条第一項二、第四条第一項四及び第二項一、第六条第一項及び第二項の諸規範全体の憲法的検証を目指しており、他の諸規定は、関連するべ

ルリン開店法第六条第一項無しには、完全には判定され得ない。<sup>120)</sup>

## II. 異議申立の部分的根拠付け

憲法異議申立は、部分的に根拠付けられる。ベルリン州に於ける日曜・祭日の開店を目的とする諸規定の基盤となる保護構想は、(基本法第一四〇条と結ぶ)ワイマール憲法第一三九条を通じた具体化に於いて基本法第四条第一項及び第二項からするラント立法者の保護義務に充分に対応していない。<sup>121)</sup>

基本法第四条第一項及び第二項の基本権は、立法者の保護義務(1.)としての意義に於いて、世俗的・社会的意義とならんで、宗教的・キリスト教的伝統に根ざす(基本法第一四〇条と結ぶ)ワイマール憲法第一三九条からする日曜・祭日保護の為の客観法的保護課題を通じて具体化される(2.)。従って、諸日曜ならびに法的に承認された——ここでは教會的——諸祭日の保護の最小レベルが立法者によって保障されなければならない(3.)。

あらゆる観点からして、ベルリンの日曜・祭日保護構想は、これを充足していない。そこで予定されている全ての四降臨祭日曜の開店可能性は、基本権的に保障された保護の最低要求と一致しない。一般命令による更なる四日曜・祭日開店に関する規定は、制限的解釈の場合にのみ、立法者が保障すべき最低保護の必要に対応する(4.)。

その他、攻撃対象とされる諸規定は、ラント立法者の追及する保護構想の枠内で憲法的検証に対応している(5.)。<sup>122)</sup>

### 1. 信教の自由たる基本権の保護義務

基本法第四条第一項及び第二項からする基本権は、ここで、その意義に於いて国家の保護義務として侵害された。<sup>123)</sup>

ベルリン開店法は、故意に異議申立人の信教の自由に介入せず、又日曜・祭日での開店を目的とする多様な諸規定及び諸選択の中で、介入の「機能的同値」は存在しない。この法律は、ここで攻撃対象とされる諸規定を

以って、売店所有者に向けられ、しかも彼らに対して、日曜・祭日の開店への可能性を開いている。<sup>124</sup>

連邦憲法裁判所の判例によれば、基本権保護は、国家の介入に対する公権的防御権としての古典的内容に留まるものではない。寧ろ諸基本権から保護される法益に対する国家の保護義務も引き出されるべきであり、これを疎かにする場合、当事者による憲法異議申立が適用されるのである。<sup>125</sup> 信教の自由も、防御権の機能に限定されず、肯定的意味に於いても、信仰確信の積極的活動と世界観的・宗教的領域に於ける自律的人格の実現を確保する余地を提供している。<sup>126</sup> この保護義務は、公法上の法人として組織される宗教共同体に対しても国家に課される。<sup>127</sup>

国家は、この保護義務に対し、十分な準備対策を充足しなければならぬ。基本権的保護義務からは、通常一定の行動課題は帰結されない。管轄国家諸機関、取分け立法者は、寧ろ先ず、自らの責任の中で、如何にして自らの保護義務を充足するかについて決定しなければならぬ。保護構想を設定し、しかも規範的に展開する事は、

原則的に立法者の事項である。その際に立法者には、広範囲にわたる判断、評価、及び形成の余地が帰属する。連邦憲法裁判所は、このような保護義務の違反を、準備対策が全く行われなかったか、行われた規定及び措置が明らかに適切でないか、あるいは命じられる保護目標に到達するには全く不十分であるか、あるいは、これらの措置が相当程度保護目標から置き去りにされているかについて確認できるに過ぎない。<sup>128</sup>

## 2. 信教の自由の具体化

基本法第四条第一項及び第二項だけからは、宗教的・キリスト教的祭日及び日曜を詳細に形成されるべき一般労働休息の保護下に置き、しかも自らの教義に従う一定の宗教共同体の理解を特別の日々の根拠とする国家の義務は導き出し得ない。基本法第四条第一項及び第二項からする基本権は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条に従った日曜・祭日保障を通じた具体化を受ける。日曜・祭日保障は、一方で、憲法の中で行われる評価として、基本法第四条第一項及び第二項の保護内容の解釈と決定に影響し、従って、立法者の基本権的



保護義務の具体化に際しても遵守されなければならない。ワイマール憲法第一三九条は、最小保護レベル保障の意味で基本法第四条第一項及び第二項からする基本権保護に内容を付与する立法者<sup>(129)</sup>に対する保護課題を内包する<sup>(130)</sup>。

#### a) 基本法第四条

基本法第四条は、第一項で、信仰、良心ならびに宗教的及び世界観的告白の自由を、第二項で、邪魔されない宗教実行の権利を保障している。基本法第四条の両条項は、包括的に理解すべき一体的基本権を内包する<sup>(131)</sup>。この基本権は、団体の宗教の自由も包括する<sup>(132)</sup>。

基本法第四条第一項及び第二項からする基本権の保護内容の詳細規定に際し、日曜・祭日保護の為のワイマール憲法第一三九条の保護保障も結び付けられる。基本法第一四〇条を通して採用されたワイマール憲法の諸規定、従ってワイマール憲法第一三九条も基本法の他の諸規定と同様の規範資質を有している<sup>(133)</sup>。日曜・祭日保障は、確かに、基本権あるいは基本権と同等の権利ではない<sup>(134)</sup>。しかし、ワイマール教会諸条項は、機能的に信教の自由た

る基本権の要求と実現を目標としている<sup>(135)</sup>。基本法と組織的全体を形成するワイマール憲法の統合教会所条項<sup>(136)</sup>は、国家と教会間の基本関係を規定している<sup>(137)</sup>。少なくともこの基本関係の部分的側面が基本法第四条によっては博されて<sup>(138)</sup>いる事は承認されている。

基本法の構想の中で、教会諸条項は、法人化された宗教諸共同体の信教の自由の展開を目的とする手段でもある<sup>(139)</sup>。

#### b) ワイマール憲法第一三九条の世俗的・社会的意味と宗教的意味

基本法第四条第一項及び第二項からする基本権の要求へのいわゆるワイマール教会条項の機能的方向付けは、この基本権自体には宗教的・キリスト教的関連が明示的に指摘されていないにもかかわらず、ワイマール憲法第一三九条に於ける労働休息と精神的高揚の日々の保障に對しても妥当する。ワイマール憲法第一三九条は、その成立史、教会条項に於けるその組織的結びつき、その規定目的によつて、その世俗的・社会的意味と並んで、宗教的・キリスト教的意味も有している。この条項は、そ

の保護を以て人間の休養の可能性と同時に社会的共存の為に本質的基盤を確保し、従って、人格の発展に奉仕する基本権擁護の為の保証者でもある。このようにしてこの条項は、社会的共存と国家秩序の憲法的に裏付けられた基本的要素であることを自ら証明し、多様な基本権への関連保障として把握されなければならない。労働休息と精神的高揚の日々の保障は、基本権保護、——基本権の前提保護の意味に於いても——を強化し、具体化することを指向し、その限りで、それぞれ関連する基本権から帰結される国家の保護義務を指向する<sup>140</sup>。

既にこの規定の成立史は、日曜・祭日保護の伝統的宗教的・社会的側面の結びつきを明らかにしている。ワイマール国民議会への提出の際に報告者マウスバッハ議員(中央党)は、この規定が「公的慣習」、キリスト教的伝統ならびに宗教実行を保護する。宗教実行の偉大な歴史的構成部分は、しかし、個人の為の価値ある自由権をも内包し、しかも日曜休息の正にこの側面が全ての階級の自由と社会的同価値の保護がここに表明されていることを指摘した<sup>141</sup>。ワイマール憲法第一三九条の宗教関連は、

ワイマール憲法の基本権部分の「宗教及び宗教団体」表示での地位を通して証明されている。ワイマール教会条項の基本法への組込みは、結局ワイマール憲法第一三九条の伝統的保障内容を最早議論対象としないとする妥協であった。これによつて結果として、ワイマール憲法第一三九条の成立を決定した宗教憲法政策的努力と労働憲法政策的努力間の動機的同盟が継続された<sup>142</sup>。

ワイマール憲法第一三九条は、従つて決定的に社会的、世俗的・中立的指向の目標設定と並行して現れるキリスト教的伝統に根ざす宗教的内容を特徴とする<sup>143</sup>。

#### c) ワイマール憲法第一三九条と両キリスト教会の公教要理

ワイマール憲法第一三九条は、その伝統的キリスト教的意味で労働から解放される安息日として日曜と国家的に承認された祭日を結びつける限り、生活実践的結果の中で、その効果として、日曜・祭日保障の社会的意義とオーバーラップする。この条項は、その限りでその根源をユダヤ安息日(土曜日)に有している。聖なる安息日

としてのサバート（安息日）のユダヤ的理解は、後に日曜に移転した<sup>144</sup>。

公法的に組織された大キリスト教宗教共同体による近代的解釈の中で、日曜及び宗教的・キリスト教的祭日には、人間の大幅な経済化に対して保護を提供する任務が帰属する。このように、例えばカトリック教会の公教要理 (Rn.2172) の中で日曜は、日常の労働日を中断し、休息を与え、「労働の苦役」と「金の崇拜」に対する抵抗の日である。人間の生活は、労働と休息を通してそのリズムを維持する (Rn.2184)。プロテスタント成人公教要理 (6.Aufl.2000) では、生産と収益が生活の意義を意味しない事を経験するために人間と社会が日曜を必要としている事実を指摘している。この理解によれば、「労働と休息のリズム」は、「キリスト・ユダヤ的文化の中心的リズム」なのである。<sup>145</sup>

#### d) ワイマール憲法第一三九条は社会国家原理を具体化

その上、定期的に再来する労働休息の日々の保障を以

て、ワイマール憲法第一三九条は、社会国家原理を具体化する。この観点下で、この条項は、より拡大された基本権的関連を有している。日曜・祭日保障は、信教の自由の実行のみを保護しているのではない。これに加え、労働休息は、物理的・精神的回復に、しかもこれによって、身体の不可侵に奉仕する（基本法第二条第二項）。共同の労働休息の設定は、婚姻と家族の保護に奉仕する（基本法第六条第一項）。このようにして、結社の自由もより有効に守られる（基本法第九条第一項）。日曜・祭日保障は、最後に、人間の尊厳への特別の関連が付与され得る。何故なら、この保障は、経済効率思考に限定を付し、しかも人間に、人間であるが故に奉仕するからである。<sup>146</sup>

世俗的領域に於ける日曜・祭日保護ならびに一般的労働休息の社会的意義は、本質的に——とりわけ週間リズムを通して条件付けられる——社会生活の同時タクト化から生ずる。労働時間及び労働保護がそれぞれ個人に対して保護効果を展開するに對し、全ての領域に通常的な労働休息の同時制度は、社会生活の多様な形態の利用に

対する本質的要素である。それはとりわけ、家族に、特に複数の職業従事者のいる家族に、そして社会的諸団体、特に、多様な分野に於ける諸団体に妥当する。これらと並んで注目すべき点は、日曜・祭日に於ける労働休息は、政党、労働組合及びその他の諸団体の活動の枠条件にとつても重要であり、当然全体的に「解放された週末」と結び、集会開催への可能性に対しても影響する事実である。日曜・祭日に於ける労働休息には、更に体験的民主制の日常に於ける参画形成に対しても重要な意義が帰属する。その事は、通常法形成により、選挙日が日曜もしくは法定祭日でなければならぬ事を通して、その意義を表明している<sup>147</sup>。

これに加え、日曜・祭日に於ける労働休息は、個人に物理的及び精神的回復の可能性を開く。専門鑑別人、ペーター・クナウト教授とフリートヘルム・ナハラライナー教授が的確に説明したように、これには、労働学的観点からして、個人の健康と安定化にとって本質的意義が認められている<sup>148</sup>。

e) 立法者に対する保護課題

基本権保護の為に規定目的を以て定められた意義と並んで、ワイマール憲法第一三九条の性格は、憲法的制度保障がそれぞれの特別内容の中で、基本権強化を指向していることを通して、関連保障として強調されている。憲法が全体として目的論的意義内容として現れ<sup>149</sup>、ワイマール憲法第一三九条に於ける日曜・祭日保護が憲法的評価として把握する必要があるので、立法者に対するこの保護課題は、基本権的裏付けのある保護義務の具体化に際して、援用されなければならない<sup>150</sup>。

f) 日曜・祭日保護は国家の世界観的・宗教的中立と矛盾せず

国家の世界観的・宗教的中立義務は、ワイマール憲法第一三九条による基本法第四条第一項及び第二項保護内容の具体化に対立するものではない。何故なら、憲法自体が、日曜・祭日を、国家的に承認している限り、国家の特別保護課題下に置き、これによって、キリスト教的・西洋的伝統に、しかも曆的にこの伝統に結びつく評価を行っている。そのことがキリスト教的諸宗教共同体

に日曜及び国家的に承認された祭日の基本権に根ざす最少保護を仲介するならば、それは、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の価値決定の中に設定されている。ところで、この保護を、他の基本権保持者もその基本権保障の枠内で利用できる<sup>151</sup>。

#### g) 日曜・祭日保障を根拠とする客観法的保護課題

日曜・祭日保障を根拠とする客観法的保護課題（ワイマール憲法第一三九条）は、特別に労働休息と精神的高揚の日々に依存する者たちの基本権保護の強化を目指している。この課題は、基本権自体から国家とその諸機関に対して生ずる保護義務に遭遇する。（基本法第一四〇条と結ぶ）ワイマール憲法第一三九条の保護課題は、従って、日曜・祭日保護に関わる基本法第四条第一項及び第二項の基本権保障の保護機能を誘発することに留まらず、それに加え、内容的にも、立法者による日曜・祭日に対する基本権的に命じられた最低保護レベルの形成に対する実質課題をも具体化している<sup>152</sup>。

### 3. 立法者の基本権侵害

立法者は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条から帰結する日曜・祭日保護の最低要求を下回る場合、基本法第四条第一項及び第二項から生ずる保護義務に違反する<sup>153</sup>。

#### a) 日曜・祭日の憲法的保護

ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の保護保障の性格と範囲は、連邦憲法裁判所の判例を通して既にこれまで具体化されて来ている<sup>154</sup>。

ワイマール憲法第一三九条は、立法者への保護課題を含んでおり、その課題は、日曜・祭日労働に対して取分け原則・例外関係を創設している<sup>155</sup>。原則的に、典型的「ウィークデイ労働」は日曜・祭日に休止しなければならない。憲法的に保障された日曜・祭日保護は、限定的にのみ制限され得る。日曜・祭日の休息の例外は、より高い、あるいは同価値の法益の維持を目的とし、いずれにせよ、立法者は、日曜・祭日保護の十分なレベルを維持しなければならない<sup>157</sup><sup>158</sup>。

個別的には、日曜・祭日の保護は、ワイマール憲法第一三九条に法的保護として記述されている。その意味するところは、日曜・祭日の制度が直接憲法によって保障されているが、しかし保護の種類と範囲が法律による形成を必要としている事である。立法者は、その規定に於いて、労働休息と精神的高揚の保護以外の事項も考慮することが許される。従って立法者には、一方のワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条、他方の基本法第一二条第一項及び第二条第一項間の均衡が課されている<sup>159</sup>。

ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の保護は、日曜・祭日の宗教的もしくは世界観的意味内容に限定されない。確かに日曜・祭日に於ける宗教行為の可能性は含まれている。しかしこの規定は、世俗化された社会・国家秩序に於いて個人的休息、思慮、回復、娯楽の如き世俗的諸目標の追求も目指している。日曜・祭日には原則的に、個人が一人あるいは他者と共同で、ウィークデイ的諸義務と諸要求によって阻害されることなく、これらの日々を利用できるために、営利活動、とり

わけ依存的作業の設定の形態での営業活動は停止すべきである。保護される対象は、一日の一般的に利用可能な性格、つまり原則的に全てに拘束的な労働休息の日なのである。古くから社会的現実の中で、とりわけ、友人、積極的団体生活及び家族内で行われ労働休息及び精神的高揚時の共同形成は、時間的同時性及びリズム、つまりシンクロナイズが確保されている場合にのみ計画が可能である。その限りに於いて正に、七日リズムに於ける日曜ならびに全国一律の祭日が特別に重要である。その事は、市民が日曜・祭日に、職業活動から回復し、しかも、自らの個人的諸目標の実現の為に、そして日常との調整の為に重要である<sup>160</sup>と見做す事を行い得るところに根拠づけられる。ワイマール憲法第一三九条に含まれる精神的回復の可能性は、宗教的拘束に関わり無く、すべての人間に付与されるべきである<sup>160</sup>。

#### b) 日曜・祭日の立法者による保護とその例外

立法者は、対立する保護法益の調整に際して、自らの形成余地の枠内で、変化した社会的現実、取分け余暇行動の変化を考慮することができる。しかしながら、市民

の余暇願望実現の保護は、この実現が給付提供者の労働投入を必要とする給付の提供に依存している限り、紛争に導く<sup>161</sup>。

通常法的には、既に古くから、社会的及び技術的諸理由からして必要な労働が、日曜・祭日に許されている。これらの労働は、「日曜・祭日にもかかわらず」、限定的である限り許される。このように例えば、救助作業、消防、警察、全医療給付、インフラの維持、エネルギー供給と並ぶ移動の確保（道路、鉄道、バス及び空輸）に於ける市民あるいは共同体の基本権その他の重要法益の保護を目的として、日曜・祭日に労働が許される事は承認されている。この領域には、多様な領域の多様な緊急業務、ならびに、生産技術的諸理由からする産業分野における例外が該当する。

国際比較に於ける競争力の維持、従って、雇用政策的考慮からして、最後に産業領域に於いて、日曜保護の例外が、旧くから受入れられていた。しかもこの例外は、広く公的感知から離れており、従って、日曜休息の外的枠組みにとって特徴的性格が帰属しなかった<sup>162</sup>。例えば、

公に認知可能な大型トラックが交通法規定に基づいて、日曜保護の表明として休止するが、しかしここでも例外が存在する事実がこれに合致している<sup>163</sup>。この「日曜であつても労働」の分野に並んで、例えば、ホテル及び飲食業並びに個人の移動の確保の領域で、市民に労働休息及び精神的高揚の日の個別的形成を可能にする事に奉仕する「日曜の為の労働」も承認されている。しかし絶えず日曜・祭日保護の十分なレベルが維持されなければならない<sup>164</sup>。その事は職業遂行の自由（基本法第一二条第一項<sup>165</sup>）に鑑みても妥当する<sup>166</sup>。

### c) 原則と例外の関係

この基盤の上に、日曜・祭日休息保障の為の法的保護構想は、明白にこれらの日々を労働休息の日々として原則に高めなければならないという結果となる。ここで対象とされる開店に関して、この事は、例外が日曜保護に正当に対応する理由を必要としている事を意味している。販売店所有者の経済的販売利益や潜在的顧客の日常的購買利益（ショッピング利益）は、日曜・祭日に於ける労働休息と精神的高揚への可能性の憲法に直接的裏付けを

持つ保護の例外を正当化するには原則的に不十分である。更に例外は、それ自体として、公に認知可能でなければならず、しかも、日曜・祭日のウィークデイとその活動とも大幅な同値を目指すものであつてはならない。<sup>167)</sup>

原則・例外・命令には、一般的に、日曜・祭日保護に関係づけられる諸根拠の比重が軽ければ軽いほど、しかも、影響を受ける領域及び関連付けられる販売分野と商品グループに関して、開店解放の領域が広ければ広いほど、重要性が帰属することになる。従つて、複数の日曜・祭日が結果として、それぞれ多くの時間に渡つて、開放される場合、全域かつ全小売業を包括する開店開放に際しては、特別の比重を持つ正当化理由が存在しなければならぬ。<sup>168)</sup>

#### 4. ベルリン開店法

攻撃対象とされる日曜・祭日に於ける販売所開店に関するベルリン開店法の規定及びラント立法者が選択した保護構想は、基本法第一四〇条及びワイマル憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からする基

本権的保護要求にあらゆる側面から正当に対応しているわけではない。ラント立法者が選択した保護構想は、確かに形式的に憲法適合であり、しかも重要な保護要素を内包しているが、しかし、ラント立法者の広い形成の余地を考慮するならば――命ぜられる最低保護レベルに關しては、本質的部分に於いて、十分に有効ではなく、しかもその限りで、予定される保護目標に到達していない事が判明している。<sup>169)</sup>

a) 基本権的保護義務の名宛人としてのラント立法者  
ベルリン・ラント立法者は、基本権的保護義務の名宛人である。何故なら、この立法者に本件対象規定に対する立法権限が帰属するからである。<sup>170)</sup>

連邦主義改革の途上で、基本法第七四条第一項第一号に於ける競合立法対象カタログからの閉店法の明示的削除を以て、立法権限は、諸ラントに移転した(基本法第七〇条第一項)。権限法的疑義には攻撃対象規定は晒されていない。何故なら、連邦の競合立法は、基本法第七四条第一項第一二号により、労働保護を含む労働法領



域までおよび、しかも連邦は、労働時間法を制定したが、それでもなおベルリン開店法第七条の中で、閉店の労働保護法的側面が規定されているからである。ベルリン・ラント立法者は、明らかに、閉店に関わる労働時間法の為の競合立法権限が、連邦に留まっているが、連邦がこの権限を行使していない事から出発した。<sup>(11)</sup>労働時間法的規定要素に関する立法権限の問題は、本件では未決に留まりえる。何故なら、ベルリン開店法第七条の個別的・被用者保護的規定が憲法異議申立の攻撃対象となっていないからである。たとえラント立法者に立法権限が欠けているとしても、ここで攻撃対象とされる法律規定は関わりが無い。何故なら、この場合には、その限りで、より厳格な連邦法的労働時間保護規定が介入するか、あるいは、(連邦) 閉店法第一七条の被用者保護規定の有効性から出発することになるからである。<sup>(13)(14)</sup>

b) ベルリン開店法諸規定は、異議申立人の基本権に正当に対応していない

ベルリン開店法の保護構想と攻撃対象諸規定は、基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本

法第四条第一項及び第二項からする異議申立人の基本権に保障すべき最低限保護に関し全く無条件には対応していない。立法者は確かにその構想の総合考察に際して、概観すべき肯定的配慮をしている。この保護構想の諸突破は、しかしその本質的部分で保護に必要な最低レベルさえ欠いている。<sup>(15)</sup>

aa) 日曜・祭日は国家的保護を享有する

ベルリン州法によれば、日曜・祭日は、労働休息と精神的高揚として、国家的保護(ベルリン日曜・祭日法第一条第三項)を享有している。これらの日々には、連邦法もしくは州法によって、一般的あるいは個別的に許可されていない限り、あからさまに注目される労働が禁止されている。<sup>(16)</sup>ベルリン開店法は、これに対応して原則的に、日曜・祭日に於ける販売所が閉じられなければならないとしている(ベルリン開店法第三条第二項一号)。これによって一方で店舗所有者(職業の自由)と購買者(一般的行為の自由)の基本権的立場と他方で被用者、休息を求める者及び異議申立人(基本法第二条、第四条第一項及び第二項、第六条第一項及び第二項)間の紛争

は、出発点と体系的性質に於いて異議申立人及び他の労働休息を求める基本権担い手の原則的保護に有利に決定される。これは始からそれ自体、ワイマール憲法第一三九条の保護課題に対応している。ベルリン開店法案の理由に於いても労働休息と精神的高揚の保障を目的とする日曜・祭日保護の意義が強調されている<sup>(17)</sup>。最後にラント立法者は、該当する日曜・祭日の数を限定しない一般的個別関連例外を放棄した。これは連邦法で行われている(連邦閉店法第二條)<sup>(178)</sup>。

bb) 最低レベルの保障無し

州法の保護構想は、しかし、日曜・祭日の開店に関する例外規定によって相当に制限されている。これによって本質的部分で原則・例外関係の必要に対して十分な考慮がなされず、しかも、その限りで、その為の如何なる充分な根拠も存在しない<sup>(179)</sup>。従って結果的に、必要な最低レベルが保障されていない。

(1) 日曜・祭日開店の影響

日曜・祭日に於ける労働休息突破の位置づけと評価に

際しては開店が重要である。宗教的あるいは世俗的動機であれ、日曜保護の目標到達は、ウィークデイ活動の休止を前提とする。しかし当に開店は、その公の影響故に、その日の特徴を刻印する。開店から、典型的にウィークデイに帰属する誰にでも認識可能な労働・活動効果が発せられる。この効果は、販売所の被用者及び他の従業員のみではなく、顧客に寄ってももたらされるのである。しかもその効果は、道路交通及び公共交通の密度も含み、その従業員及び騒音にも影響する。このようにして開店は、その日の公にイメージを規定する。これによって必然的に、労働の必要が無く、買い物をしようとせず、休息と精神的高揚を求める人々、つまり自らの理解によれば、この日が安息と塾考であるキリスト教信者及び宗教共同体も影響を受ける<sup>(180)</sup>。

(2) 女性従業員の高い割合

日曜・祭日開店によって影響される人々、つまり被用者、顧客及びいわゆる帰結領域、例えば域内交通従業員の数は、比較的高い。このように社会保険義務のある従業員の数は、全国統計で飲食業分野に於ける従業員の二

倍以上で、ベルリンでは約二倍となっている。しかも女性従業員の割合が取分け高い<sup>181</sup>。これに加え、自営業、家族営業補助員、及びとりわけパートが存在する。これらのグループに関しては、労働組合側の調査が存在する。これによると、開店時間の拡大が社会保険義務の無い従業員の割合を非常に高める傾向が示されている。この調査によれば、販売所の従業員に於ける女性の割合が約七二%である<sup>182</sup>。しかしこれらの従業員数は、全体数である。確かに全ての従業員は、潜在的に日曜・祭日保護突破の影響を受ける。しかし現実には、開放された日曜・祭日には、従業員の一定割合のみが労働する<sup>183</sup>。

既に該当者の膨大な数からして、公然たる効果を伴って、日曜・祭日の原則的休憩に対する相当の侵害が証明される。しかもここでは、州全体で、全ての販売所の開店の可能性が開かれている<sup>184</sup>。

(3) 社会的参加機会の減少及び女性負担の増大  
適用される場合に、これに見合う人的投入と結ぶウイークデイ開店時間の最大拡大を二四時間にする事よつ

て、日曜・祭日に於ける労働休息は、益々意義と比重を持つようになった。土曜日を含むウイークデイの開店時間の完全解放(全時間販売 || shop-around-the-clock)によつて、必然的にシフト労働及び夜間労働に於ける従業員の更なる投入に至る。従つて、これらの従業員にとつて、個別的労働保護の為の労働時間規定にも拘らず、当日に日曜が反復的労働休息の唯一の日として卓越した意味を持つ回復及び家族的・社会的共存の可能性の日なのである。しかも家族的拘束の枠内で依然として大部分家族内で二重の負担に晒されている女性の割合が特别多い小売業に於ける雇用構造において、それはとりわけ妥当する<sup>185</sup>。

クナウト及びナハライナー両教授は、口頭弁論で、一般的労働休息日の同時適用に於ける夜間・シフト労働の拡大が社会心理的障害の増大に導く事実を指摘した。社会的諸関係の減少もしくは放棄、社会生活への参加削減及び社会的、政治的参与への立場の変更は、生活に密着する観察のみで分かるものではなく、労働科学においても承認されている。この不一致効果は、必然的に社会的

相互行為の密度及び質の低下に導き、しかもこれが家族の紐帯及び子供の育成に影響する。結果的に世俗的・社会的展望の中で指摘される影響と本質的に区別されないキリスト教的・宗教的観点からして、その限りで関連分野をも含む広範囲にわたる開店可能性を通して、日曜・祭日から、共同体の日、しかも熟慮の日としての性格が大幅に奪われる<sup>187</sup>。

(4) 営業利益は日曜・祭日保護レベルを下げる根拠とならない

最後の重要な点は、ラント立法者が当に、売店所有者の職業の自由と潜在的顧客の一般的行為の自由を大幅に考慮している事である。立法者はウィークデイの開店時間を完全に解放(二四時間開店)し、しかも日曜・祭日に営業及び購買利益、ならびに供給及び需要充足利益に大幅に対応する商品グループに特化し、地域及び動機に関連する例外規定を行った<sup>188</sup>。従って日曜・祭日には、需要充足及び供給論拠は、たいした意味が無い。雇用政策的効果に關しても、これまで小売業界に於ける注目すべき減少の危険の指摘は無い。存在する認識、例えば、W

ABE研究所の報告は、ベルリン・ブランデンブルグ販売団体提出の概観を考慮しても、日曜開店を以って、顧客の流れ、ならびに被用者投入の適正化及び拡大の配分変化に至ることを示している。この報告によれば、訪問者とベルリン州の住民の日常の買い物利益が一組になっている企業の営業利益が認識に留まる。しかしこれらは、日曜・祭日保護のレベルを大幅に下げることが正当化するに適した根拠ではない<sup>190</sup>。

(5) 憲法的には優遇措置への参与権は存在しない

日曜・祭日休暇の侵害は、「開店時間の新规定を以つて、特権的立地(給油所、ドライブイン、空港、駅、ベルリン開店法第五条参照)に対する個別ラントの不平等と思われる優遇及びオンライン営業(E-Commerce)の優遇が明確に緩和されたとする中・大規模小売業連邦アルバイツゲマインシャフトによって指摘された抗弁によって相対化されない。結局異なった実際上及び法的枠組み条件を通して発生する競争上の不利益の調整要求を指向するこの論拠は成功しない。憲法的には、原則的に優遇措置への如何なる参与権も存在しない事が承認され

ている。何人もあるグループが特別の動機から優遇措置が付与された事実から、自らの為に比較可能な特別の動機が無い限り、同一の優遇措置が付与される事に対する請求権を自らの為に憲法的命令を導き出すことができない<sup>197</sup>。究極的に「日曜労働」の領域に帰属する一定地域における開店の為の規定の例外的性格故に、これまで把握されなかった情況への拡大は、一般的平等規定を引き合いに<sup>198</sup>出して強制されることはできない。オンライン販売(E-Commerce)に関しては、事物に反する不平等措置の想定は、その枠条件が根本的に異なるが故に、適用されえない<sup>199</sup>。

#### (6) 開店の侵害効果は変わらない

法案の理由付け<sup>194</sup>の中で、「販売員の保護は労働時間法によって配慮されている」と指摘されているとしても、日曜・祭日に於ける開店の侵害効果は同様に変わらない。被用者を保護するこれらの諸規定からは、個別的保護効果が発せられるに過ぎない（ベルリン開店法第七条参照）。これらの諸規定は、開店の公に認識され、その日を標準的に刻印する労働効果に対しては如何なる影響も

もたらさない<sup>195</sup>。

#### c) 四降臨節日曜日の一括開店は最低保護基準以下

この基盤の上に全ての四降臨節日曜日に於ける無前提の七時間にわたる開店規定は、充分な比重の根拠無しに日曜保護から一ヶ月にわたる関連時空間の削除故に、必要な最低保護基準以下に導く。公共利益の際に、時間的限定無しに、一般的命令に基づく更なる四つの日曜・祭日の一括した開店の可能性は、限定的解釈の場合、憲法と矛盾しない。憲法意義申立を以って攻撃される更なる諸規定は、憲法的に命じられる最低保護を侵害しないし、憲法による反対に遭遇しない<sup>196</sup>。

#### aa) 全ての降臨節日曜の開店は基本権と相容れない

ベルリン州に於ける一三時から二〇時までの全ての降臨節日曜の開店の無条件の一般的かつ実質的解放としての降臨節日曜規定（ベルリン開店法第三条第一項）は、日曜・祭日に於ける労働休息保障の為の販売所開店の意義に鑑みて、最早基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からす

る異議申立人の基本権と相容れない。<sup>197)</sup>

(1) 日曜・祭日開店の正当化の困難性

この規定の特性は、既に法律によって、如何なる前提も無しに続けて四日曜日それぞれ七時間開店の為に解放するところにある。この規定は、日曜休息が通常であるとする要求に対応していない。何故ならこの規定は、一年の一二分の一の一括時限ブロックを完全に労働休息から外しているからである。ベルリンの首都機能への一般的指摘であってもこの事実を変えるものではない。ここでは、売り上げ及び収益利益のみが反映されているに過ぎない。事物からしてこの規定は、日曜・祭日保護を一ヶ月にわたって、その日の外的性格を直接的及び間接的当事者及び公的効果に鑑みて、刻印する売り場の為に廃止し、しかもその際に、かくも密度の高い侵害に対して十分な根拠付けを与えないか、あるいは、日曜保護の憲法的レベルに正当に対応している事を示してもいない。<sup>198)</sup>

もしもベルリン立法者がクリスマス前時の特性に鑑みて、降臨節日曜に於ける改定の為に客観的根拠を提示で

きるとすれば、それは、個々の日曜の為の開店のみを正当化できるに過ぎない。<sup>199)</sup>

(2) 過去の用例解釈の誤謬

ベルリン議会及び政府の態度決定の中で主張された見解に反し、降臨節日曜の法的解放の事前評価に対し、既にワイマール共和国時代と一九五六年までの連邦共和国時代に当に降臨節日曜が商取引の取分け重要な販売日であった事実が成功裏に対置され得ない。この態度決定は、営業法第一〇条b第二項改正後、一九一九年二月五日付商業及び薬局に於ける日曜休息に関する法規命令<sup>200)</sup>によって、売り場の開店が管轄官庁によって許可され、しかもこれがワイマール共和国時代に於いても妥当していた事実を裏付けとしている。これによれば、「特別の諸事情が拡大された営業を必要とさせる場合、全てのもしくは個別の営業分野に対して」年間警察が六日曜・祭日、上級官庁が更に四日曜・祭日八時間までの活動を許可する事が出来る。更に、第二、第三及び第四降臨節日曜に、当時この規定に基づいて、特別に高い売上げが達成された。当時の法的状況は、「保護され続ける」との表現を

以って過去との関係を表明しているワイマール憲法第一三九条に結びついている。<sup>(20)</sup>

この抗弁は、ワイマール憲法第一三九条に於ける過去に関わる表現が日曜・祭日を単に一般的観点下に、立法者の継続的保護に委ね、その際に、立法者の具体的形成については何も言明していない事実を誤認している。比較的判断に於いては、商取引に於ける日曜休息の例外が、指摘されたかつての規定によれば、限定された構成要件の充足とこれに関する官庁の決定を前提としていた事実を考慮しなければならぬ。この事實は、開店が全ての降臨節日曜に始から一般的に許可されるべきとは言明していない。これに、当時ウィークデイに於ける開店時間が短く、しかも、土曜開店時間も夕方遅くまでは延長されていなかった事実が加わる。更に、地方に於ける住民の低い機動性は、ウィークデイに於ける買い物を困難にした。他の分野に於いて、当時明確に拡大されたウィークデイ労働時間故に、降臨節日曜に於けるクリスマス買物活動の可能性は、供給及び必要の観点からしてより大きな意味を持っていた。この観点は、変化した状況、

取分けウィークデイの開店時間を二四時間に拡大される事によって、その重要性を失った。<sup>(202)</sup>

bb) 一般命令による四日曜・祭日の開店認可は憲法適合  
合

ベルリン行政をして公共利益の為に、例外的に一般命令によって更なる四日曜・祭日に限定した売り場の開店許可を可能にする規定（ベルリン開店法第六条第一項一文）は、限定的解釈の場合、基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からする異議申立人の基本権と相容れる。<sup>(203)</sup>

(1) 一般命令による四日曜・祭日認可は全日曜・祭日に対する割合が低く、しかも行政決定を前提とする

四つの日々に関するこの規定に対しては、年間五二日曜日に加え、必ずしも祭日と一致しない九祭日の総数に鑑みて、問題とする必要が無い。ましてや一定の祭日がこの開店可能性から排除されている（ベルリン開店法第六条第一項二文）。開店容認が一般命令を通して行われ

るので、関係利害と法益を具体的に考量する可能性を開く行政決定が必要とされている。<sup>204</sup>

(2) 公共利益は労働休息の例外を正当化する重みを要求する

しかしながら例外規定の為の一般的と看做される広い前提が問題視される。例外的開店が「公共の利益」に合致している事のみが必要とされている。ここでは、語句のみを指向する理解について、あらゆる些少な公共利益で充分とすることを可能にする充足を必要とする不確定法概念が対象となっている。ここでは、ワイマール憲法第一三九条の評価を充足する解釈が命じられている。この解釈によれば、公共利益が労働休息の例外を正当化するほどの重みを要求している。しかも、売店所有者側の販売・営業利益や顧客のショッピング利益<sup>205</sup>だけでは充分ではない。

「公益」の概念は、立法根拠によれば、「ベルリン住民と観光者の利益に於ける特別の出来事の為に」付加の開店時間を許容すべきとしている。そこでは、市全体に対

する重要性からして要綱を必要とする「大掛かりな催物」であるべきとされる。その意味するところは、「ベルリン市を越えた意味を持ち、しかも多くの観光者をベルリンに惹き付ける」催物や出来事である。<sup>206</sup>このようにして、ベルリンの如き構造を持つ州に於いて、大量の観光者や訪問者への供給が一定地区に限定され難い状況が考慮されている。根拠付けに関わる目標背一定設定及び出来事の範疇の為に個別的存在あるいは全体としてベルリン全体の為の意義を持つ催物のみが例外を正当化できるのである。<sup>207</sup>

(3) 規定の例外的性格の欠落

憲法適合的解釈に於いては、ベルリン開店法第六条第一項に於ける日曜・祭日の休息の例外が関係日に於いて、明示的時間限定を含んでいない事実は否定できない。降臨節日曜と特別の出来事を切っ掛けとする開店に関する他の例外規定が一三時から二〇時までの時間限定を予定している(ベルリン開店法第三条第一項、第六条第二項)<sup>208</sup>に対し、ここではそれが欠けている。つまりこの語句は、対象とされる更なる四つの日曜・祭日に於いて、ベ



ルリンのウィークデイ規定と同様に、二四時間開店が許されるとする結論を許容している。特別の売り場や一定商品を目指す他の例外に際しては、明示的に時間限定が表示され、ここではそれが行われていないので、この解釈は的外れではない。ベルリン議会及び政府も、その態度表明において、この解釈から出発している。このような理解は、これらの日々に於けるウィークデイ的活動が売り場開店の刻印された公開活動効果故に、全面的に日曜・祭日に移転されてしまう結果となる。これらの日々は、その限りで、基準となる法的状況によれば、最早ウィークデイと明確に区別されない。この規定の例外的性格は、実践適用と法的認識に於いて、最早充分には表明<sup>209</sup>されていない。

その限りに於いても、例外規定の基本権と日曜保護によつて導かれた限定的解釈の可能性が開かれた。この解釈は、ラント立法者がベルリン法開店法第三条第一項二及び第六条第二項で設定し、しかも時間的限定を予定しているその他の例外システムを指向している。それでもなおラント立法者は、日曜・祭日に於ける、全面的・一

般的二四時間開店を可能にしようとするならば、憲法的に保障すべき保護に対し、この為に特別に高い前提、例えば、卓越的に重要な公共利益を設定する事によって考慮を払う事が可能となる。しかしこのようなことが行われていないので、対象となっている規定に対しては、この例外事実構成の却下に代わって、本質部分に於ける例外制度に対し、一三時から二〇時までの固有の時間限定を要求し、この解釈に於ける規定に反対しない事が、負担を軽減する可能性である。このような限定的解釈に対して、ラント立法者の反対意思が対置されているとの主張には、根拠が無い。例外要件のこのような限定解釈は、ベルリン州に於ける従来の実践に合致しており、これが、口頭弁論に於いても、反論されずに承認された<sup>210</sup>。

##### 5. その他の規定

ラント立法者の保護構想を例外を伴って表示する更なる攻撃対象規定は、憲法上の疑義に遭遇しない。そのことは、これらの諸根拠の基準に従って反対されない諸規定の協働に対しても妥当する<sup>211</sup>。

a) 時限が付された特別開店は問題とならない

売店が特別の事象、取分け会社記念日や地域祭に因んで年間更に二日曜・祭日を上限として一三時から二〇時まで開かれうるとする規定（ベルリン開店法第六条第二項三）は、憲法的にそれ自体でも又保護構想的コンテキスト的にも異論がない<sup>(212)</sup>。

最低保護レベルを下回っているとは主張できない<sup>(213)</sup>。

b) 例外規定は憲法の問題とならない

異議申立人は、この法律の一部分に反対しているが、これらは立法の保護構想的効果からすれば些少な意味しか持たず、憲法的傷害とはならない<sup>(214)</sup>。

販売所は、管轄区役所に開店の六日前に通知しなければならぬ（ベルリン開店法第六条第二項二）。ベルリン開店法六条第一項による特別祭日の保護は、ここで妥当する（ベルリン開店法六条第二項三参照）。開店可能性は、その狭い地域限定故に、その日の公的性格にとつて些少な意味しか持たない。法律で要求される諸前提は、それぞれ具体的販売所、記念日若しくは地域のお祭りを前提としているが故に、限定的比重しか持たない事実が受け入れられる。六日前公示故に、行政の統制若しくは介入の十分な可能性が存在する。これによつて都市的に構成されているラントにおいて、年中床化の販売所で無制限に商品が提示されている事実是不可避であるが、受け入れられるものである。従つて、この例外が、

aa) 例外規定は立法者の裁量枠内に留まる

信教の自由の維持の観点下において、一二月二四日が項隣接日曜に該当する場合、七時から一四時まで開店が許され（ベルリン開店法第四条第一項第四号）、しかも、自動販売車で傷み易い果実及び野菜が生産者によつて日曜・祭日・項隣接日曜にも七時から二〇時まで、一二月二四日が項隣接日曜に該当する場合七時より一四時まで提供することが許されることは、反対すべき事柄ではない（ベルリン開店法第四条第二項第一号）。これらの例外規定は、それ自体、最低保護保証の観点からして、正当化される諸根拠が認識される。これらの例外は、開店諸規定の構想の中で些少の意味しか持たない。これによつて立法者は、自らに帰属する広い形成の余地の枠内

に留まっている。確かに異議申立人が主張するように、現代の備蓄実践条件下において、一月二四日が日曜に該当する場合、クリスマスのための食料・嗜好品を二三日の買い置くことは十分に可能である。しかし同様に主張できることは、生産者の傷みややすい果実・野菜が今日の冷蔵・備蓄の可能性に鑑みて、特権化の必要がない事実である。異議申立人の論拠は、立法者に、その保護構想形成の枠内で、つまり特別例外の設定に際して、広い余地が帰属して居る事実を看過している。従って、一定の商品に関わる対象規定が日曜・祭日の保護レベルを大幅に侵害している事実は確認できない。<sup>215</sup>

#### bb) 聖夜が降臨節日曜に該当する場合の例外

異議申立人が2)に関し、ベルリン開店法第四条第一項第四号規定が誤解を生むと見なす限り、この規定が食料品及び嗜好品を売る売りの場の開店を疑いもなく毎日曜・祭日に許可してはいない事実が明確化されなければならぬ。この方向での憂慮は、言葉の意味と第一項に含まれる諸規定の関連からして考えられない。この規定は、一月二四日（聖夜）が降臨節日曜に該当する場合にの

み、明らかに介入する例外を内包している。<sup>216</sup>

#### cc) 命令違反規定の有効性

最後に、法律に予定されている保護が有効に実行され得ないとは考えられない。閉店時間と例外規定に対する違反は、命令違反を構成し、しかもベルリン開店法第九条第二項の規定により、二五〇〇ユーロまでの罰金を以て罰せられ得る。これだけでは、太チェーンストアや百貨店に対して抑止効果は期待できないかも知れない。しかし、開店規定に対する違反が命さらなる合法的に停止され、しかも場合によっては、更なる帰結が発生し得る事が考慮されなければならない。従って、保護構想が全く不十分あるいは不適切であるとは確認できない。しかも、連邦閉店法によって設定された罰金高が開店法のそれよりも高くなかった（旧連邦閉廷法第二四條第二項<sup>217</sup>）。

#### c) 信教の自由の保護義務違反には導かない

日曜・祭日における法的に設定された開店の可能性は、その協働においても、全ての四降臨節日曜における違憲的開店可能性に考慮しても、日曜・祭日の為に、その全

ての攻撃された例外要件を伴った全保護構想を駆使し、違憲であるとする異議申立人の信教の自由の国家的保護義務違反には導かない<sup>218</sup>。

### III. 結論

全ての四降臨節日曜に於ける売り場の開店規定（ベルリン開店法第三条第一項）は、従って憲法不適合と宣言しなければならぬ（連邦憲法裁判所法第九五条第三項）。この規定は、売り場所所有者の職業の自由、規定への信頼、二〇〇九年のクリスマス以前に投入された措置に考慮し、本年は適用可能とする。ベルリンラント立法者がこの判決にどの程度順応するかは、この判決の基準に従ったその形成権に帰属する<sup>219</sup>。

### 第三節・判決の要点

前記の判例では以下の諸点が明らかとなった。

1. 基本法第四条第一項及び第二項の基本権は、その世俗的・社会的意義と並んで、宗教的・キリスト教的伝統に根源を有する「基本法第一四〇条と結ぶ」

ワイマール憲法第一三九条からする日曜・祭日保護に対する客観法的保護課題による立法者の保護義務として具体化される。

従って、日曜日及び法律で承認された教会の祭日の最小限保護が立法者によって保障されなければならない。

2. 宗教の自由は、防衛権の機能に限定されるものではなく、肯定的な意味で、信仰確信の能動的活動と世界観的・宗教的領域に於ける自立的人格の実現に対する空間の確保を提供する。この保護義務は、公法上の法人として組織される宗教共同体に対応する国家に該当する。

しかし、保護構想を設定し、規範設定する事は、原則的に立法者事項である。その際に立法者には、広い裁量、評価及び形成の余地が帰属する。

3. しかし、ベルリン州に於ける日曜・祭日の開店規定の根底にある保護構想は、基本法第四条第一項及び第二項からするラント立法者の保護義務に、基本法第一四〇条と結ぶワイマール憲法第一三九条による具体化に於いて充分に対応していない。

4. 基本法第四条第一項及び第二項だけからは、確かに、宗教的・キリスト教的祭日及び日曜日を一般的労働休息の保護下に置き、一定の宗教共同体の理解をその教義に従った特別の日とする国家の義務を引出す事は出来ない。しかし、基本法第四条第一項及び第二項の基本権は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条による日曜・祭日保障を通じた具体化を経験する。日曜・祭日保障は、更に、憲法の解釈として、基本法第四条第一項及び第二項の保護内容の解釈に決定的に作用し、従って、立法者の基本法保護義務の具体化に際しても尊重しなければならぬ。ワイマール憲法第一三九条は、最低保護レベルの保障の意味で基本法第四条第一項及び第二項の基本権保護に内容を付与する立法者に対する保護課題を内容とする。

5. 基本法第四条第一項及び第二項の基本権適用の爲のいわゆるワイマール教会条項の機能的方向付けは、この規範自体には宗教的・キリスト教的関連が明示的に指摘されていないにも拘らず、ワイマール憲法第一三九条に於ける労働休息と精神的高揚の日々の

保障に対しても妥当する。何故なら、ワイマール憲法第一三九条は、その成立史、いわゆる教会条項へのその組織的結び付き、及びその規定諸目的からして、決定的に社会的、世俗的・中立的に方向付けられた目標設定と平行して現れる宗教的、キリスト教的伝統に根源を有する内容の特徴とするからである。日曜・祭日保障は、宗教の自由の行使のみを奨励・保護しているわけではない。労働休息の保障は、人間の休養の可能性に対すると同時に社会的共存に対する本質的基盤を確保し、しかもこれによって、人格の発展に奉仕する他の基本権の行使に対する保障者でもある。

日曜・祭日保障は、婚姻と家族の保護（基本法第六条第一項）及び健康の回復と維持（基本法第二条第二項参照）の助けにもなる。その意義は、本質的に、労働休息の時間的同時性に起因する。このようにワイマール憲法第一三九条は、社会的共存と国家秩序の憲法的裏づけのある基本要素であり、多様な基本権に対する関連保障として把握される。

6. 国家の世界観的・宗教的中立への義務は、ワイ

マール憲法第一三九条による基本法第四条第一項及び第二項保護内容の具体化に対立するものではない。何故なら、憲法自体が、日曜・祭日を国家的に承認する限り、これらを国家的保護課題下に置き、これによつて、キリスト教的・西洋的伝統の根源に、しかも曆的にこの伝統に結びつく評価を行うからである。

7. ワイマール憲法第一三九条は、日曜・祭日労働に対し、なかならず通常・例外関係を設定する。典型的「ウィークデイ的な」労働は、日曜・祭日には休止しなければならない。その際でも、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条の保護は、日曜・祭日の宗教的もしくは世界観的意味内容に限定されていない。この規定は、世俗化された社会・国家秩序に於いて、個人的休憩、思慮、保養及び休息の世俗的目標の追及を目指している。その際に、ワイマール憲法第一三九条によつて同様に把握されている精神的高揚の可能性は、宗教的拘束に関わりなく、すべての人間に帰属すべきものである。

8. 従つて、日曜・祭日保障に対する保護構想は、明

白にこれらの日々を通常労働休息の日々としなければならぬことが明らかとなる。

ここで対象とされる開店は、例外が日曜保護に正當に対応する根拠を必要とすることを意味する。商店所有者の経済的販売利益及び潜在的顧客の日常的買い物利益だけでは、日曜・祭日に於ける労働休息及び精神的高揚の可能性の憲法に直接結びつく保護の例外を正当化するには原則的に十分ではない。更に、例外それ自体は、公に対し認識可能に留まり、しかも、日曜・祭日関係とウィークデイ及びその作業との大幅な一致を指向するものであつてはならない。

9. 通常・例外命令は、一般的に、日曜・祭日保護の比重が軽くなるほどに、しかも、開店領域の解放が広がるほどに、しかも、取引領域及び商品グループが広がるほどに、意味を持つようになる。従つて、連続的に日曜・祭日に於ける多くの時間が解放される場合には、広範囲にわたり、全小売業界を包括する開店許可に際しては、これを正当化する重大な根拠が存在しなければならぬ。

10. 日曜・祭日に於ける労働休息を突破する位置づけ及び評価に際しては、開店が非常に重要である。宗教的及び世俗的に動機付けられた日曜保護の目標達成は、ウィークデイの典型的作業の休息を前提とする。まさにこの開店は、その公的影響故に、特別に日程を性格付けている。開店から典型的にウィークデイに帰属する誰にでも認識され得る労働効果が発せられる。これによって、必然的に、労働の必要もなく、買い物的心思もなく、休息と精神的高揚を求めめる者、つまり自らの理解によれば、この日が安息と思慮の日であるキリスト教の信者並びに宗教共同体も影響を受けることになる。需要の充足や必要の充足の論拠は、ベルリンに於いて、ウィークデイで保護されている完全な開店時間（二四時間！）からして、日曜・祭日の開店は、重要性が低い。

11. ベルリン降臨節日曜日規定の特質（三五）は、既に法律によって、更に前提無しに、続けて四日曜日それぞれ七時間開店の為に開放されている事実にある。この規定は、日曜休息が通例であるとの要求を充足していない。このことは、法律の根拠付けにお

けるベルリンの首都機能の指摘によっても変わらなない。ここでは、単に販売・営業利益が反映されているに過ぎない。事物の本質からして、この規定は、一ヶ月にわたる日曜・祭日保護を、廃止する事を方向付け、しかもその際に、これほど密度の高い侵害に対し、十分な根拠付けも無く、あるいは日曜保護の憲法的レベルに正当に対応できる根拠付けも示していない。

12. 日曜・祭日休息の為の法的保護構想は、今日明白に、労働休息の保障として通常化されなければならず、例外は、日曜保護に正当に対応する根拠を必要とする。販売所所有者の経済的利益やお客の日常的買い物利益だけでは、開店にとつては原則的に十分ではない。しかも継続して複数の日曜・祭日にわたって多くの時間開店の為に解放される場合には、広範囲にわたり、かつ全小売業界を含む開店の自由を正当化する特別の根拠が必要である。

十分な根拠のない全ての四降臨節日曜日の七時間にわたる無条件の開店は、憲法で命じられる日曜保護の最小限をも充足しない。

全ての四降臨節日曜日の開店を可能にする攻撃対象規定は、最早基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からする保護義務要請と相容れない。

#### 第四節・判決の評価

今般の判決は、凡そ二つの問題点を提示している。一つは、日曜・祭日の世俗的・社会的意義とキリスト教的伝統に基づく宗教的側面の問題であり、他の一つは、国家の世界観的・宗教的中立への義務が、ワイマール憲法第一三九条による基本法第四条第一項及び第二項保護内容の具体化に対立するか否かであり、三つ目は、権利保護に於ける通常と例外の扱いの問題である。

#### 1. 日曜・祭日の世俗的・社会的意義とキリスト教的伝統に基づく宗教的側面

第一法廷によれば、基本法第四条第一項及び第二項の基本権は、その世俗的・社会的意義と並んで、宗教的・キリスト教的伝統に根源を有する「基本法第一四〇条と結ぶ」ワイマール憲法第一三九条からする日曜・祭日保

護に対する客観法的保護課題による立法者の保護義務として具体化される。従って、日曜日及び法律で承認された教会の祭日の最小限保護が立法者によって保障されなければならない。

宗教の自由は、防御権の機能に限定されるものではなく、肯定的な意味で、信仰確信の能動的活動と世界観的・宗教的領域に於ける自立的人格の実現に対する空間の確保を提供する。この保護義務は、公法上の法人として組織される宗教共同体に対応する国家に該当する。しかし、保護構想を設定し、規範設定する事は、原則的に立法者事項である。その際に立法者には、広い裁量、評価及び形成の余地が帰属する。

又基本法第四条第一項及び第二項だけからは、確かに、宗教的・キリスト教的祭日及び日曜日を一般的労働休息の保護下に置き、一定の宗教共同体の理解をその教義に従った特別の日とする国家の義務を引出す事は出来ない。しかし、基本法第四条第一項及び第二項の基本権は、ワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第一四〇条による日曜・祭日保障を通じた具体化を経験する。日曜・祭日保障は、更に、憲法の解釈として、基本法第四条第一項



及び第二項の保護内容の解釈に決定的に作用し、従って、立法者の基本法保護義務の具体化に際しても尊重しなければならぬ。ワイマール憲法第一三九条は、最低保護レベルの保障の意味で基本法第四条第一項及び第二項の基本権保護に内容を付与する立法者に対する保護課題を内容とする。

基本法第四条第一項及び第二項の基本権適用の為のいわゆるワイマール教会条項の機能的方向付けは、この規範自体には宗教的・キリスト教的関連が明示的に指摘されていないにも拘らず、ワイマール憲法第一三九条に於ける労働休息と精神的高揚の日々の保障に対しても妥当する。何故なら、ワイマール憲法第一三九条は、その成立史、いわゆる教会条項へのその組織的結び付き、及びその規定諸目的からして、決定的に社会的、世俗的・中立的に方向付けられた目標設定と平行して現れる宗教的、キリスト教的伝統に根源を有する内容の特徴とするからである。日曜・祭日保障は、宗教の自由の行使のみを奨励・保護しているわけではない。労働休息の保障は、人間の休養の可能性に対すると同時に社会的共存に対する本質的基盤を確保し、しかもこれによって、人格の発展

に奉仕する他の基本権の行使に対する保障者でもある。

日曜・祭日保障は、婚姻と家族の保護（基本法第六条第一項）及び健康の回復と維持（基本法第二条第二項参照）の助けにもなる。その意義は、本質的に、労働休息の時間的同時に起因する。このようにワイマール憲法第一三九条は、社会的共存と国家秩序の憲法的裏づけのある基本要素であり、多様な基本権に対する関連保障として把握される。

つまり日曜・祭日保障は、宗教の自由の行使のみを奨励・保護しているわけではなく、同時に婚姻と家族の保護（基本法第六条第一項）及び健康の回復と維持（基本法第二条第二項参照）の助けにもなる。その意義は、本質的に、労働休息の時間的同時に起因する。

基本法（憲法）の構成部分としてのワイマール憲法第一三九条は、その成立史、いわゆる教会条項へのその組織的結び付き、及びその規定諸目的からして、決定的に社会的、世俗的・中立的に方向付けられた目標設定と平行して現れる宗教的、キリスト教的伝統に根源を有する内容の特徴としており、社会的共存と国家秩序の憲法的

裏づけのある基本要素であり、多様な基本権に対する関連保障として把握される。

## 2. 国家の世界観的・宗教的中立義務とキリスト教的

### 伝統に基づく祭日保障

第一法廷によれば、国家の世界観的・宗教的中立への義務は、ワイマール憲法第一三九条による基本法第四条第一項及び第二項保護内容の具体化に対立するものではない。何故なら、憲法自体が、日曜・祭日を国家的に承認する限り、これらを国家的保護課題下に置き、これによつて、キリスト教的・西洋的伝統の根源に、しかも歴的にこの伝統に結びつく評価を行うからである。

つまり、憲法自体が日曜・祭日を国家的に承認する場合、それが、たとえキリスト教的・西洋的伝統に基づくものであつても、国家の世界観的・宗教的中立への義務と矛盾しないとされる。

## 3. 権利保護に於ける通常と例外の扱い

第一法廷によれば、日曜・祭日休息の為の法的保護構

想は、今日明白に、労働休息の保障として通常化されなければならず、例外は、日曜保護に正当に対応する根拠を必要とする。販売所所有者の経済的利益やお客の日常的買ひ物利益だけでは、開店にとつては原則的に十分ではない。しかも継続して複数の日曜・祭日にわたつて多くの時間開店の為に解放される場合には、広範囲にわたる、かつ全小売業界を含む開店の自由を正当化する特別の根拠が必要である。

十分な根拠のない全ての四降臨節日曜日の七時間にわたる無条件の開店は、憲法で命じられる日曜保護の最小限をも充足しない。

全ての四降臨節日曜日の開店を可能にする攻撃対象規定は、最早基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からする保護義務要請と相容れない。

つまり日曜・祭日保障に於ける通常と例外の関係は、例外を設定する際に、これを正当化する十分な根拠を提示しなければならぬとされた。この通常・例外関係に基づいて、ベルリン州の開店法で四降臨節日曜日の開店

を可能にする規定が最早基本法第一四〇条及びワイマール憲法第一三九条と結ぶ基本法第四条第一項及び第二項からする保護義務要請と相容れず、従って違憲とされたのである。

### おわりに

ドイツにおいては、日曜・祭日保障は、世俗的・社会的側面と同時に、キリスト教的伝統に根ざした宗教的側面がオーバーラップしている。そのどちらをより重視するか、つまり各ラント（州）の世俗化の度合いによって日曜・祭日保障の様相が微妙に異なってくる。

とはいっても、世俗化が進んでいるラントであっても、日曜・祭日保障の最低限は、保護することが憲法的に義務付けられている。

今般の事案では、保障の最低限の保護さえも提供しなかったベルリンの立法者の行為が違憲と看做されたのである。

信教の自由たる基本権が侵害されたことを以て違憲判決がなされたのであるが、キリスト教的伝統に根差す日曜・祭日の保障が対象とされる限り、他の宗教（たとえ

ば、ユダヤ教及びイスラム教）の安息日は、当面對象となる可能性は低いと推定される。

- (96) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 117
- (100) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 118
- (101) BVerfGE 42, 312 (321f.), 53, 366 (387f.) 参照。
- (102) Art. 93 Abs. 1 Nr.4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG 参照。
- (103) BVerfGE 94, 49 (84), 28, 17 (19), 52, 303 (327, 65, 227 (232f.)) 89, 155 (171) 参照。
- (104) BVerfGE 101, 274 (287f.) zu Art. 12 Abs. 1 GG 参照。
- (105) BVerfGE 94, 49 (84); Magen, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2.Aufl. § 92 Rn.50 参照。
- (106) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 120
- (107) BVerfGE 111, 10 参照。
- (108) BVerfGE 19, 129 (135) 参照。これについては BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des ersten Senats vom 18.September 1995-1 BvR 1456/95-, NJW 1995, S.3378f. 参照。
- (109) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 121
- (110) BVerfGE 24, 236 参照。
- (111) BVerfGE 102, 370 (387); BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 122 参照。
- (112) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 123

- (113) Bibel Ex 23, 12; Dtn 5k, 12-14 und in den Zehn Geboten Ex 20, 8-11
- (114) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 124
- (115) BVerfGE 109, 279 (306f.) m.w.N. 参照。
- (116) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 125
- (117) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 126
- (118) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 127
- (119) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 128
- (120) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 129
- (121) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 130
- (122) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 131
- (123) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 132
- (124) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 133
- (125) BVerfGE 92, 26 (46); 56, 54 (80f.); 77, 170 (215); 79, 174 (202) 参照。
- (126) BVerfGE 41, 29 (49) 参照。
- (127) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 134
- (128) BVerfG 92, 26 (46); 56, 54 (80f.); 77, 170 (215); 79, 174 (202); BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 135 参照。
- (129) BVerfGE 87, 363 (393) 参照。
- (130) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 136
- (131) BVerfGE 24, 236 (245f.); 32, 98 (106); 44, 37 (49); 83, 341 (354); 108, 282 (297) 参照。
- (132) BVerfGE 19, 129 (132); 24, 236 (245); 83, 341 (354f.); BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 137 参照。
- (133) BVerfGE 111, 10 (50) m.w.N. 参照。
- (134) BVerfGE 19, 129 (135); 19, 206 (218) 参照。
- (135) BVerfGE 42, 312 (322); 102, 370 (387) 参照。
- (136) BVerfGE 66, 1 (22); 70, 138 (167) 参照。
- (137) BVerfGE 42, 312 (322) 参照。
- (138) BVerfGE 42, 312 (322) 参照。
- (139) BVerfGE 102, 370 (387) zu Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV; siehe auch BVerfGE 99, 100 (119ff.) zu Art. 138 Abs. 2 WRV; BVerfG, 1BvR2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 138
- (140) Häberle, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2.Aufl.2006, S.63f.70 参照。 BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 139
- (141) Heifron, DieDeutscheNationalversammlung im Jahre 1919.6.Band, 1920, S.4007 参照。
- (142) Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, Art.139 WRV Rn.9f. 参照。 BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 140
- (143) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 141
- (144) Bergholz, in: TheologischeRealenzyklopädie, Bd.XXXI, 2000, ArtikelSonntag, S.451ff. 参照。 BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 142
- (145) 6.Aufl.2000 S.424f., S.457; BVerfG, 1 BvR 2857/07

vom 1.12.2009, Abs. 143

- (146) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 144
- (147) § 16 Satz 2 Bundeswahlgesetz 参照。BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 145
- (148) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 146
- (149) BVerfGE 19, 206 (220) 参照。
- (150) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 147
- (151) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 148
- (152) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 149
- (153) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 150
- (154) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 151
- (155) BVerfGE 87, 363 (393) 参照。
- (156) BVerfGE 87, 363 (393), 111, 10 (53) 参照。
- (157) BVerfGE 111, 10 (50) 参照。
- (158) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 152
- (159) BVerfGE 111, 10 (50) 参照。BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 153
- (160) BVerfGE 111, 10 (50) 参照。BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 154
- (161) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 155
- (162) 労働時間法 (ArbZG) 第一〇条第一項第一四―第一六号及び第二項ならびに取分け第一二条第一項、第四項及び第五項に於ける例外条項を参照。
- (163) 交通法 (Straßenverkehrs-Ordnung) 第二〇条第三項
- (164) BVerfGE 111, 10 (51f.) 参照。
- (165) BVerfGE 111, 10 (50, 52) 参照。
- (166) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 156
- (167) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 157
- (168) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 158
- (169) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 159
- (170) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 160
- (171) Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015.S14 zu § 7 BerlAdÖffG 参照。
- (172) § 13 ArbZG 参照。
- (173) 小杉正典、Kühling, ArbUR 2006, S.384; Kühn, ArbUR 2006, S.418; Kingreen/ Pieroth, NVwZ 2006, S.1221 (1224); Horstmann, NZA 2006, S.1246 (1249f) 参照。
- (174) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 161
- (175) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 162
- (176) § 2 Feiertagsschutz-Verordnung Berlin mit weiteren Ausnahme-tatbeständen 参照。
- (177) Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015 S.7f. 参照。
- (178) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 163
- (179) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 164
- (180) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 165
- (181) Amt für Statistik Berlin-Brandenburg, statistischer

- Bericht A VI 15-vj 4/07, Sozialversicherungsspflichtig Beschäftigte, Juni 2008 参照。
- (181) BVerfGE 111, 10 (40); WABE-Institut Berlin, Hrsg. ver.di.-Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Einzelhandel-Branchedaten 2007/2008, 27.März 2008 参照。
- (183) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 166
- (184) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 167
- (185) BVerfGE 111,10 (40) 参照。
- (186) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 168
- (187) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 169
- (188) ヌルリン開店法第四条第一号、第二号、第三号、第五法、第四条第二項及び第三項、第五条第一号、第二号 参照。
- (189) herausgegeben von ver. di.-Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Einzelhandel-Branchedaten 2007/2008, Berlin, 27.März 2008
- (190) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 170
- (191) BVerfGE 49, 192 (208); 67, 231 (238) 参照。
- (192) BVerfGE 67, 231 (238) 参照。
- (193) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 171
- (194) Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015, S.7 参照。
- (195) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 172
- (196) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 173
- (197) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 174
- (198) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 175
- (199) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 176
- (200) RGBI S.176
- (201) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 177
- (202) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 178
- (203) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 179
- (204) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 180
- (205) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 181
- (206) Abgeordnetenhaus Drucks 16/0015.S.13
- (207) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 182
- (208) § 3 Abs. 1 Alternative 2, § 6 Abs. 2 BerlLadÖffG
- (209) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 183
- (210) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 184
- (211) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 185
- (212) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 186
- (213) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 187
- (214) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 188
- (215) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 189
- (216) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 190
- (217) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 191
- (218) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 192
- (219) BVerfG, 1 BvR 2857/07 vom 1.12.2009, Abs. 193

## いわゆるデット・エクイティ・スワップ事件

適格現物出資に該当するデット・エクイティ・スワップにつき、混同消滅した債務の額とその帳簿価額との差額につき債務消滅益を認定した事例…東京地判平成二十一年四月二十八日訟務月報五六卷六号一八四三頁

松 嶋 隆 弘

### 【事実の概要】

原告（X法人）の新株発行にあたり、関連会社であるP社は、平成十五年二月二十八日、Xに対して有する債権（貸付債権…券面額四億三〇四四万二四三二五円中四億三〇四〇万円）を現物出資し、同年三月一日、XはPに対し、第三者割当により八〇万株の新株の発行（一株の発行価額五三八円）を行った。本件新株発行当時、Xと

Pは代表者Q（Xの代表取締役）を共通にしており、両社ともQにより完全支配されていた。また、前記新株発行は、いわゆるデット・エクイティ・スワップとして行われたものであり、前記貸付債権は、平成十四年一月七日、PがR銀行から代金一億六二〇〇万円で購入したものであり、Pにおける当該債権の帳簿価格は一億六二〇〇万円であった。

本件現物出資にあたり、裁判所により選任された検査役は、平成一五年二月二八日付で、一株の発行価額を五三八円とすること、Pに対し八〇万株の新株を割り当てては妥当である旨報告した。

その後、Xは、Xに移転した本件債権のうち四億三〇四〇万円の債権及びこれに対応する債務が消滅したとして、長期借入金勘定を四億三〇四四万二四三五円減少させるとともに、資本金勘定を四億円、資本準備金勘定を三〇四〇万円それぞれ増加させる経理処理を、さらに残額四万二四三五円については、Pから債権の免除を受けたとして、雑収入勘定を四万二四三五円増加させる経理処理を、それぞれ行った。

これに対し、税務署長は、Xに対して、本件債権の帳簿価格は、一億六二〇〇万円であるところ、本件現物出資は適格現物出資に該当するため、Xは同債権を受け入れたことにより四億三〇四四万二四三五円の債務を消滅させているのであるから、一億六二〇〇万円を超える部分につき債務消滅が生じるとして更正処分等を行った。

本件は、この更正処分等の取消しを求めている事案である(更正処分等にあたっては、その他に、法人税法

(平成一八年法律第一〇号による改正前のもの)三四条二項に該当する役員報酬の仮装経理があったこと等の理由も付されているが、本稿ではそれらについての検討は省略する)。本件においてXは、①. DESは一個の取引行為として資本等取引に該当し、債務消滅益は発生しない、②. DESにおける券面額説、③. 法人税法の平成一八年改正により、DESの券面額処理が認められなくなつたとしても、既往には遡らず、本件DESには適用されない、④. 混同は事実であつて取引ではないので、損益取引には該当しない、と主張した(なお、本件におけるXの主張及びY(国)の主張並びに裁判所の判断については、本稿末尾に表として整理したものを付している。併せて参照されたい)。

### 【判旨】

#### 1. DESの構成について

「DESは、株式会社の債務(株式会社に対する債権)を株式に転化することであるが、我が国の会社法制上、これを直接実現する制度は設けられていない……以上、



株式会社の債務（株式会社に対する債権）を株式に転化するためには、既存の法制度を利用するほかなく、既存の法制度を利用する以上、既存の法制度を規律する関係法令の適用を免れることはできないというべきである。そして、我が国の法制度の下において、DESは、①会社債権者の債務者会社に対する債権の現物出資、②混同による債権債務の消滅、③債務者会社の新株発行及び会社債権者の新株の引受けという各段階の過程を経る必要がある、それぞれの段階において、各制度を規律する関係法令の規制を受けることとなる。」

## 2. DESが一の取引行為として資本等取引にあたるか

「DESは、現行法制上、①本件現物出資によるPからXへの本件貸付債権の移転、②本件貸付債権とこれに対応する債務（以下「本件貸付債務」という。）の混同による消滅、③本件新株発行及びXの新株引受けという複数の各段階の過程によって構成される複合的な行為であるから、これらをもつて一の取引行為とみることはできない。」

また、上記①の現物出資及び同③の新株発行の過程においては、資本等の金額の増減があるので、これらは資本等取引に当たると認められるものの、上記②の混同の過程においては、資本等の金額の増減は発生しないので、資本等取引に該当するとは認められないから、①ないし③の異なる過程を併せて全体を資本等取引に該当するものということとはでき（ない）。」

## 3. 適格現物出資にあたるか

「本件現物出資が適格現物出資であれば、法人税法六二条の四第一項により、当該被現物出資法人に当該移転をした資産及び負債の当該適格現物出資の直前の帳簿価額による譲渡をしたものとして、当該内国法人の各事業年度の所得の金額を計算することとなるのであって、会社法制上、一般に現物出資対象債権の評価を券面額又は評価額のいずれで行うかという議論は、法人税法上、適格現物出資における現物出資対象債権の価額の認定には影響を及ぼさず、その認定とは関係がない。」

「本件現物出資は、同条一二号の一四イ所定の適格現物出資に該当するものというべきである。そして、同条

一七号トによれば、本件現物出資により増加した資本積立金額は、適格現物出資により移転を受けた資産の現物出資法人(P)の当該移転の直前の帳簿価額一億六二〇〇万円から本件現物出資によつて増加したXの資本の金額四億円を減算した金額であるマイナス二億三八〇〇万円となるから、本件現物出資は、資本の金額を四億円増加させ、資本積立金額を二億三八〇〇万円減額させる取引であり、その差額である一億六二〇〇万円の資本等の金額の増加をもたらした資本等取引となる。したがつて、適格現物出資に該当する本件現物出資について、資本等の金額の増減等は、上記のとおり専ら適格現物出資に関する平成一八年改正前の法人税法及び同法施行令の上記各規定に従つて算定され……上記各規定に基づいて行われた処分行政庁による債務免除益の認定は、平成一八年改正後の法人税法の規定の遡及適用によるものではない。なお、……平成一八年改正の前後を通じて、適格現物出資を巡る税法上の規律の内容に何ら変更はない。」

#### 4. 法人税法における券面額説の位置づけ

「東京地裁商事部における検査役の調査実務の変更が

される前は、法人税の課税実務において評価額による評価の運用がされていたこと、東京地裁商事部が券面額による評価を採用した後も、他の裁判所では検査役の調査実務において評価額による評価が行われていた例が多数あったとの指摘があること……を考慮すれば、法人税法の平成一八年改正前において、DESに係る現物出資対象債権の評価について、その評価方法を明らかにした通達等が示されない状況の下で、Xが主張するように課税実務において券面額による評価が一般的に採用されていたとは認め難い。

むしろ、平成一八年五月一日に施行された会社法は、債務者会社の負債の帳簿価額を超えない限り、券面額で行う現物出資について検査役の選任を不要とし(会社法一九九条一項三号、二〇七条九項五号)、DESに係る現物出資に関する東京地裁商事部の従前の取扱いを踏まえつつ、さらに一層の手續の合理化を定めていることからすれば、会社法及びその制定に伴う法人税法の改正は、DESに係る現物出資対象債権の評価について、従来は両法制の関係を含めて解釈上の疑義があったことを前提とした上で、会社法制上の手續においては券面額による

ことを、税法上の法人税の課税においては評価額によることをそれぞれ明らかにすることによって、券面額と評価額の議論について立法的解決を図ったものとみることが出来る。」

## 5. 混同について

「法人税法二二条二項の規定の性質上、同項の「資産の販売、有償又は無償による資産の譲渡又は役務の提供、無償による資産の譲受け」は「取引」の例示であり、同項の「その他の取引」には、民商法上の取引に限られず、債権の増加又は債務の減少など法人の収益の発生事由として簿記に反映されるものである限り、人の精神作用を要件としない法律事実である混同等の事件も含まれると解するのが相当である。したがって、混同により消滅した本件貸付債務の券面額から上記資本等取引に当たる一億六二〇〇万円を控除した残額は、損益取引により生じた益金と認められる……。」

## 6. 結論

「以上に検討したところによれば、本件DESにおい

て消滅した本件貸付債務四億三〇四万二四三五円……のうち、現物出資法人であるPにおける本件貸付債権の直前の帳簿価格（ママ）一億六二〇〇万円を超える部分二億六八八万二四三五円につき、債務消滅益が生じたものと認めるのが相当であり、所得金額の計算上、これを益金に算入すべきものと解されるのであって、原告のその余の主張も、この判断を左右するに足りるものとは認められない。」

## 【解説】

### 一・ 本判決の意義

デット・エクイティ・スワップ (Debt Equity Swap : DESという。)における債権額の評価については、券面額説(債権の実価が券面額未満であっても券面額を基準としてよいとする見解<sup>①</sup>)と評価額説(債権の評価額を基準とする見解<sup>②</sup>)とがあるところ、東京地裁商事部(民事八部)は、おそらくわが国初のDESに関する事例を素材として、DESにつき券面額説をとることを明らかにしていた<sup>③</sup>。これに対し、本判決は、課税関係にお

いては評価額説が妥当であることを明言した判決であり、本判決のかかる判断は控訴審（東京高判平成二二年九月一五日（平成二二年（行コ）第二〇六号））においても維持されている。DESに関しては、様々な法的論点があるが、その中でも債権額の評価は、重要なものといつてよく、この点における実務の混乱は、DESの円滑な発展に対し障害となり得る。

筆者は、当初は、DESに関し券面額説が妥当である旨の意見を公表していたが<sup>④</sup>、その後、DESが不良債権処理スキーム以外の場面で活用される場合<sup>⑤</sup>を併せ考えると、今後要求されるべきは、両説のいかなよりも、券面額説の妥当領域の確定であるとの認識に到達し<sup>⑥</sup>、過日その旨の意見を公表した<sup>⑦</sup>。

本稿は、かかる観点から、本判決の事案のスジを検討しつつ、券面額説の妥当領域を確定しようとするものである。

## 二. DESの概要

### 1. DESの意義

まず前提として、DESの意義を明らかにしておく

⑧。DESは、不良債権処理スキームの一つであり、債権者と債務者との合意に基づき、債務を株式に振り替えること（貸借対照表の負債の部に計上されていた借入金を、資本の部の資本金（ないし資本準備金）に振り替えることをいう。類似のスキームとしてデット・デット・スワップ（Debt Debt Swap：債権を劣後化することによって、実質的に債務者の財産状態あるいは信用状態を改善し、再建可能性を高めるとともに、既存融資（特に通常ローン）の回収可能性を高めるスキーム。以下DDSという。）がある。

これまでわが国において、倒産手続は、とかく「事業の破綻」としてネガティブに捉えられがちであり、DESもDDSもあまり用いられてこなかった<sup>⑨</sup>。しかしABLの普及、DIPファイナンスやDIP型会社更生といった新しい再生手法の導入により、「倒産手続を活用した事業の再編」「事業再生」として、よりポジティブに捉えられるようになってきた<sup>⑩</sup>。かかるパラダイムの変化に伴い、特に私的整理の局面において、スキームの構築に際し、当事者間の合意・ネゴシエーションがより求められ、DESやDDSは、当事者間の合意による解決

の例として、導入されるにいたった。DESやDDSの実務への浸透は、倒産手続に関する見方の変化を受けたものといつてよい。

ただ、DESに関しては、その柔軟さのゆえ、実に毀誉褒貶が激しく、これを肯定的する者が、債権放棄と並ぶ不良債権処理スキームの一つ、「バランシート調整」の手段として有用な「現代の徳政令」として評価する一方、全く逆の見方として、不良債権を不良株式に振り返るだけの、「粉飾決算の片棒担ぎ」ではないかと批判する者も多い。

## 2. DESの法的構成

DESは、AがBに対する貸付金相当額を新規に金銭出資してB株式を引き受け、払い込まれた資金をAの債権に対する弁済に充当するという金銭出資型（疑似DES）と右債権を現物出資すると構成する現物出資型（真正DES）<sup>①</sup>とに大別できる。前者は、現物出資に關し要求される検査役の調査（又はこれに代わる弁護士等の専門家の証明）を回避するためのスキームであるところ、払込のための金銭を用意する必要がある。このことから、

そのための種々のコスト（金利負担等）がかかる他、リスクとして、当該スキームの実施にあたり、払い込まれた資金に対し他の債権者から差し押さえがなされる可能性、前記弁済が債権者取消権（民法四二四条）や否認権（破産法一六〇条以下、民事再生法一二七条以下、会社更生法八六条以下）の対象とされる可能性、当該払込が「見せ金」と認定され、払込の効力が否定される可能性が存在する。平成一七年会社法は、現物出資財産が株式会社に対する金銭債権（弁済期が到来しているものに限る。）であつて、当該金銭債権について定められた現物出資の価額が当該金銭債権に係る負債の帳簿価額を超えない場合、検査役の調査を不要とするともに（会社法二〇七条九項五号）、引受人からの相殺のみを禁止し、会社からの相殺を許容することで（会社法二〇八条三項）、払込相殺禁止規定がDESの障害とならないことを明らかにした。これにより、会社法の下では、現物出資型（真正DES）がDESの主流となった。本件におけるDESも、現物出資型（真正DES）である。以下、特段に断らない限り、DESというときは、現物出資型（真正DES）を意味するものとする。

### 3. DESの特徴1…債権放棄との比較

次に、DESの特徴を、債権放棄及びDDSとそれぞれ対比し、明らかにしたい。まず前者と対比する。やや図式的な整理だが、債権放棄については、四つの問題点があるとされている。第一に利害状況が異なる関係者を粘り強く説得するため、債権者の同意を得るのに時間がかかる。第二に、対象企業の体力、経営実態に比して、債権放棄額が少なくなりがちである。第三に、「メインバンクの全面支援」に依拠しがちである。<sup>12)</sup> 第四に債権放棄に伴い、企業価値の向上に貢献していない株主に企業価値向上のシナジーが分配されてしまう(いわゆるモラル・ハザード)。

これらの問題点は、DESでは次のようになる。まず、第一の点はDESと同様であり、抜本的に解決するためには、法的手続によるしかない。次いで第二点から第四点については、相互に関係する。すなわち、債権放棄額が少なくなるのは、債権放棄が、債権の一部を放棄し、放棄後の残債権につき一括でなく、長期にわたって分割弁済を受けるためであり、それは結果的に第三の問題を生じさせる。そしてこのようないわば「あなた任せ」の

傾向は、さらに、何ら努力なくして債権者から既存株主への価値の移転を発生させ、それが「モラル・ハザード」として認識される。

他方、DESは何といつても、債務を株式に振り返るだけであり、支援金融機関にとって「痛み」が少なく、しかも後日対象企業が再建されたときには、そのときに対象企業の株式を保有している者には大きな利益が期待できる。もちろん債権放棄によるのと同様の負債圧縮効果も存在する。

なお、モラル・ハザードの問題に対して、一言する。諸外国の実務ではなされていないようであるが、わが国の実務は、DESに大幅な減資(場合によっては一〇〇パーセント減資)を組み合わせ、既存株主に「株主責任」を取らせることで解決しようとしてきた。事業再生の領域では、新旧債権者の間で「せめぎ合い」がおきることがある。DIP型の再生手続・更生手続において、新スポンサーである新債権者の債権を共益債権とする点とて、新債権者にプライオリティを与えることは、手続申立後開始前の借入等の共益債権化として(民再一二〇条、会更一二八条)、よくみられる。<sup>13)</sup> また将来債権譲渡

担保に関し、将来の売掛債権を包括的に譲渡担保に取った旧債権者と、発生した個別債権を譲り受けた新債権者との間の「せめぎ合い」は、将来債権譲渡の有効性の範囲という形で議論される。DESにおけるモラル・ハザード論は、かかる議論の影響を受けているのではないかと推測している。

#### 4. DESの特徴2…DDSとの比較

次にDESを、もう一つの柔軟なスキームであるDDSと対比してみたい。DDSは、会社法の手続は全く用いず、単に債権者・債務者間の合意に基づき、対象債権（甲債権）の条件（返済時期等）を劣後化し、金融検査マニュアル上の「債務者区分等の判断」において、劣後化した甲債権（資本的劣後ローン）を「資本的性質」を有するものとして、資本と「みなす」ことにより、DESと類似した経済的効果（Bの負債圧縮、Aの不良債権処理）を達成しようとするものである<sup>14</sup><sup>15</sup>。DDSはあくまでも契約にすぎないので、DDSの当事者は債権者と債務者のみである。DDSはDESよりも簡単なスキームといえよう。

かかるDDSとDESを対比するとき、次の二点を指摘できる。第一に、両者は、法的形態の著しい違いにもかかわらず、発想という点からすると、両者は極めて類似している。すなわち、DESもDDSも、対象債権を「資本」に振り替え、これにより負債圧縮する点では同様である<sup>16</sup>。

第二に、機能的にみると、両者の違いは、「資本化」した後の「出口」にある。すなわち対象債権（甲債権）につきDESが実施された場合、債権者は、その有する新株式（Ⅱもと甲債権）につき、流通市場で売却し、それにより最終的に甲債権の「処理」が完了する<sup>17</sup>。従って、かかる流通市場を有しない場合においては、債務者たる非上場中堅企業にとっては、DESによって株式化しても、株式を手放す「出口」の保障がなく、DESのうまみが余り感じられないし、また、債権者（特に銀行）にとっても、業規制などの関係で、手放せない株式をただ保有しているだけのスキームではうまみがない。

これに対し、DDSは、債権の劣後化により、単に金融検査マニュアル上の「債務者区分等の判断」において、劣後化した甲債権（資本的劣後ローン）を資本と「みな

す」だけであり、対象債権(甲債権)が「債権」であること自体には何の変更もない。D D Sにより甲債権の弁済条件が劣後化されるということは、一定の再建計画のもとで、その分元本の弁済が長期にわたるということを意味し、債権者は、D D Sにより支払が長期にわたる対象債権(甲債権)を保有し、債務者の再建にコミットし続けることになる。流通市場のない非上場の中堅企業の再編にあたっては、債権者も、D E Sのように「債務を株式化して、それを流通市場でファンドに売却しておしまい」というような、ある意味ドライな処理はできず、できない以上、せめて単に金融検査マニュアル上の「債務者区分等の判断」上、「資本」とみなし、甲債権を無理のない形で保有しつづけ、債務者の再建にコミットした上で、債務者の再建後その弁済を受けるという形をとらざるをえない。D D Sはまさにそのためのスキームであり、中堅企業の再建に適しているという意味は、以上のところにある。逆に言うと、D E Sは、債権の流動化市場が不完全なわが国において、より成熟した市場である株式市場を「代用」すべく、あえて株式化するものといつてよいかもしれない。

### 三. 本判決の検討

1. D E Sの法的構成…総合的アプローチと分解的アプローチ  
 本件においては、D E Sは一個の取引行為として資本等取引に該当しないとXの主張に対し、裁判所は、本件D E Sは、(i) 債権の現物出資、(ii) 混同による債権債務の消滅、(iii) 新株発行という複数の行為によって構成され、「二個の取引行為」とみることができず、上記各段階の過程で法人税法等関係法令の適用を受ける旨判示する。Xの主張は、個々の行為を総合的に「一個」と捉える総合的アプローチと纏めることができるのに対し、本件判決の立場は、個々の構成要素に分解する分解的アプローチとすることができる。

法人税法二二条二項の適用にあたり、D E Sを個々の構成要素に分解することが唯一の解なのかは検討すべき課題であり、私見はこの点につき疑問を抱くものである。法的対象へのアプローチとしては、例えば見せ金による払い込みを無効とする現在の判例(最判昭和三八年一月六日民集一七卷一二号一六三三頁)・通説の立場のよ

うに、総合的に理解する立場も十分成り立ちうると考え



る。むしろ脱法行為などは、性質上、全体を総合的に捉えることによつてしか認識できまい。この点に關し、近時、「混合取引の法理」として<sup>(18)</sup>、統合的アプローチも提唱されており、意を強くしている。

また、そもそも「借用概念」という言葉に代表的に表れているように<sup>(19)</sup>、実体的な概念を実体法に依存する租税法において、会社法上券面額説で租税法上評価學説と単純に割り切れるかも疑問に思う。当該「取引」が固有概念なのか借用概念なのかについて検討が必要であるし、そもそもDESにおいて何が「取引」といえるのか検討されなければならない。そしてこれは、先に述べた分解的アプローチかそれとも総合的アプローチかにも関わる問題とも思われる。

## 2. DESにおける債権の評価

次に、本判決は、DESにおける債権の評価につき、評価額説を取ることを明言する。すなわち、東京地裁商事部（民事八部）は、前述のとおり、DESにつき券面額説をとることを明言していたところ<sup>(20)</sup>、本判決は、「会社法及びその制定に伴う法人税法の改正は、DESに係

る現物出資対象債権の評価について、従来は両法制の關係を含めて解釈上の疑義があつたことを前提とした上で、会社法制上の手続においては券面額によることを、税法上の法人税の課税においては評価額によることをそれぞれ明らかにすることによつて、券面額と評価額の議論について立法的解決を図つたものとみることができ「旨判示し、課税關係に關してであるが、評価額説を取ることを明言した。

真正DESについての最も大きな論点は、現物出資にあつたての対象債権の評価である。DESは債務超過時に券面額を大幅に割り込む実価の金銭債権を現物出資するものである。そもそも金銭債権は仮装が容易であり、その成立・存続・帰属・抗弁等に関する調査が欠かせないところ、両説間の違いは、かかる調査に加え、債権の実価（評価額）の調査が必要であるかにある。前述の券面額説は、DESに対し肯定的な価値判断の下、評価の基準を券面額とすることで、検査役の調査において現物出資の目的となる債権の存在及びその額を確認すれば足りることとなり、時間的・金銭的コストが格段に少なくて済むことを強調する<sup>(21)</sup>。これに対し、評価額説は、券面

額説によると既存株主の持分が過剰に希釈される結果になると批判し、DESに対し警鐘を鳴らす。

両説の解釈学的検討は、四・で後述するのでさしあたり措くとして、ここでは、本判決が取る理論構成如何に関わらず、事案の「スジ」として、本判決の結論が妥当であることを指摘したい。すなわち、判決文では必ずしも明確に認定されているわけではないが、本件におけるDESは、一億六二〇〇万円で譲り受けた債権を、券面額四億三〇四〇万円でDESを行い、券面額相当分の債務が混同により消滅したとするものであり、本件は必ずしも純粹な債務整理、不良債権処理だけがその目的とはいえないDES、どちらかというと租税回避行為的なDESといつてよからう。それだけではない。判決文から推測するに、本件DESは、前述の目的でありながら、適格現物出資（法人税法二条一二号の<sup>22</sup>一四）の適用があることを失念した事例ではないかと思われる。詳言しよう。本件DESはXPの代表者が同一人であるので、それぞれの法人が同一人による完全支配関係があったと認められれば、Xは被現物出資法人、Pは現物出資法人にそれぞれ該当し、当該現物出資は法人税法における適格

現物出資に該当するため、同法六二条の四第一項により、被現物出資法人(X)に移転した資産（現物出資された債権）は、直前の譲渡価額（すなわち一億六二〇〇万円）により譲渡したものとみなして、事業年度に所得の金額を計算することになる。その結果、混同により消滅した債務の券面額（四億三〇四〇万円）と、その取得価額（一億六二〇〇万円）との差額について、債務消滅益が認められることになる。

本件につき、もしかか推測が正しいとすれば、かかる租税回避行為「的」スキームの策定にあたって生じた「失念」を「券面額説」を採用することにより救済を必要はあるまい。その意味では、「券面額説か評価額説かといった議論は、法人税法上、適格現物出資における現物出資対象債権の価額の認定に影響を及ぼさない」、「混同により消滅した本件貸付債務の券面額とその取得価額との差額につき、債務消滅益が発生したものと認められる」との本件判決における結論は、事案のスジとして正当であったと評価したい。

#### 四・券面額説の妥当領域の確定

##### 1. 履行期が到来した金銭債権・券面額説の追認

ここで、判示から離れるが、債権額の評価について、さらに券面額説の妥当領域を確定するという観点から検討を加えていきたい。会社法は、履行期が到来した金銭債権について、検査役の調査を不要とした（会社法二〇七条九項五号）。履行期が到来した債権につき、かかる処理を認めたのは、履行期到来時における債権の価値は券面額に等しく、それを弁済できない場合（債務超過）における既存株式の価値はゼロであり既存株主の利益を考慮する必要がないとの判断からである。少なくともその限度では、「割り切つて」券面額説を追認したものと解することができる。前述のとおり、諸外国のDESでは余りみられないようだが、わが国では、実務上既存株主に一〇〇%減資を併せ行い、「株主責任」をとらせてきた。立法のかかる「割り切り」の背景には、かかる実務の存在もあつたのかもしれないと推測している。

##### 2. 履行期未到来金銭債権

ただ、履行期未到来金銭債権については、引き続き解釈に委ねられる。この場合、債務者たる会社が期限の利益を放棄すれば、会社法が定める要件を充足するが、右放棄が会社（既存株主）の利益にならない場合には、放棄に関与した取締役の任務懈怠（会社法四二三条一項）の問題が生じ得ることが指摘されている<sup>23</sup>。

思うに、これまでDESといえ、①・実質倒産企業において、不良債権処理の一環として、②・短期借入金につきなされるのが大部分であるところ、かかる二つの「前提」については再考する必要がある。

「前提」①に関しては、前述のとおり、本判決にみられるような租税回避行為的DESが現れてきたことが再考の理由の一つとなる。ここでは、もう一つ、倒産手続のアウト・オブ・コート化を反映して、一見事業再生の形態を取っていないように見えるものの、実質的には事業再生ともいえる事案が散見されることをあげたい。管見によれば、いわゆる非公開化（ゴイング・プライベート）とそれに付随する締め出しに関する事案の中に、そのようにいえるのではないかと思われるものが目に付

く。その一つとして、最近における特徴的な事例である東京地判平成二三年二月一八日金判一三六三号四八頁をあげたい<sup>24</sup>。この事件は、いわゆる「締め出し」にかかる事案として一般的には分類される。だが、見方を変えらると、「倒産手続や私的整理手続を利用せず、非公開化（公開買い付けとその後の締め出し）を活用した事業再生事案」ともみられる。既存株主に対する締め出しは、倒産手続が活用されていけば、一〇〇%減資にほぼ相当するといえようし、現経営陣が引き続き経営に関わるのは、非公開化の実務においては、「利益相反」として議論されるが、事業再生の観点からはDIP型を想起させるものでもある<sup>25</sup>。

### 3. 短期借入金によるDES

次に、「前提」②について述べる。もともとDESが念頭に置いていた不良債権とは、銀行の貸付債権であった、銀行の融資限度額を超えた部分は、社債を発行し、銀行が引き受けるといった実務はこれまでも存在していた。社債を利用した資金調達、ヤオハン、マイカルでは破綻して大きな問題を引き起こしたものの、それ

自体ありうべき資金調達の方法である。これらのことに鑑みると、（倒産手続以外で）社債のような長期借入金を用いたDESというのも考えられてしかるべきである。特に、社債の設計につき、大幅な自由を許容して、種々のエクイティ的性質を有する仕組債（かつての他社株式転換条項付社債（Exchangeable Bond：EB）がその典型といえよう<sup>26</sup>）の発行を可能にする会社法制を前提とすれば、長期借入金に関するDESも十分に予想される<sup>27</sup>。

以上のところから、「前提」①・②のいずれかを欠くDESは、券面額説による処理が適切であるとは必ずしもいえないのではないかと考える次第である。そのようなDESにおいては、おそらく一〇〇パーセント減資を併用するということはなく、既存株主の利益を考慮せざるを得ないし、必ずしも券面額説で「割り切る」というわけにはいくまい。

### 4. 券面額説の妥当性から妥当領域の確定へ

私見は、これまでの券面額説による不良債権処理の実務は、限られた時間の中で、企業価値の急激な劣化を防ぎつつ、迅速なスキーム実施を可能にするための、いわ

ば便法として、それなりに合理的な背景があったのではないかと考えるものである。ただ、それには、おのずから、券面額説的处理が合理的である「妥当領域」があるはずであり、このような「領域」をしつかり確定することが肝要ではないか。これが本稿で論じたいことである。

そのための「仕分け」について現時点で確たる答えを有しているわけではない。さしあたり、アプローチとしては、何らかのルールのようなもので外延を画す方法と、仕組債の手法を応用し、社債や株式の設計を工夫することにより対応していくアプローチが考えられることを指摘し、若干のコメントをしておきたい。前者のアプローチとしては、真っ先に思いつくのはソフトローで仕切ることである。ただソフトローで仕切るとしても、先ほどの非公開化の事案などを考えると、券面額説の妥当領域を「私的整理ガイドライン」の範囲で区切るのでは、「妥当領域」としてはやや狭いように感じている。もう一つ、例えば、債権者代位権（民法四二三条）等に倣い、債務超過などといった、会社法の条文にない要件を設ける等といった解釈上の工夫も可能なのではないかと思われる。

他方、後者のアプローチは、優れた解決ではあるものの、必ずしも一般性を有していないように思われる。

##### 五・本判決の評価

以上のところから、本判決の拠って立つ理論構成については、いくつもの問題を指摘することができるものの、結論については正当として評価するものである。

参考 【東京地判平成21年4月28日訟務月報56巻6号1843頁の要旨】

	Xの主張の要旨	Yの主張の要旨	本件地裁判決
券面額説 v.s. 評価学説	券面額説		法人税法は評価額説
従来の運用	税法上DESに関する明確な規定はなく、課税実務においても、資本等取引として、債務消滅益が計上されることはなく、課税関係は発生しないとされてきた。	課税実務において券面額により評価の運用がされていたという事実はない。	
平成18年改正の遡及適用の有無	法人税法の平成18年改正により、DESにおいて券面額での処理が認められなくなったと解されているが、これはそれまでの処理を立法により変更したものであり、平成15年2月28日に行われた本件DESには、平成18年改正後の法人税法は遡及的には適用されない。	本件DESが行われた当時の規定（法人税法2条17号ト）と平成18年改正後の規定（平成18年政令第125号による改正後の法人税法施行令8条1項8号）とで内容に変更はない。	平成18年改正の前後を通じて、適格現物出資を巡る税法上の規律の内容に何ら変更はなく、処分行政庁による債務免除益の認定は、平成18年改正後の法人税法の規定の遡及適用によるものではない。
混同が損益取引か	混同は事実であって取引ではないので、損益取引には該当しない。	損益取引（資本等取引以外の取引：法人税法22条2項）とは、財産に影響を及ぼす1切の事実を含む簿記上の取引を指す。 仮に、混同による債務の消滅が民法上は取引ではなく事実であったとしても、この混同による債務の消滅は税法上は損益取引に該当し、これに伴う債務消滅益を益金の額に算入することについて何ら違法な点はない。	混同により消滅した本件貸付債務の券面額から上記資本等取引に当たる1億6200万円を控除した残額は、損益取引により生じた益金と認められる。
DESを1個の行為（資本等取引）と把握することができるか	DESは、1個の取引行為として資本等取引（法人の資本等の金額の増加又は減少を生ずる取引）に該当する。 DESによって債務が消滅しても、債務消滅益は発生しない。	DESは債権（資産）の移転及び資本金の増加であるという過程を無視し、債務（負債）の移転のみであるとする独自の見解を根拠にしている。	・DESは、複数の各段階の過程によって構成される複合的な行為であるから、1の取引行為とみることとはできない。 ・DESを資本等取引とみることとはできない。
DESが現物出資・適格現物出資に該当するか	DESは法人税法が規定する現物出資に該当せず、法人税法等の関連法令の適用はない。 DESの場合、被現物出資法人は資産又は資産及び負債を取得しておらず、自己の負債の移転がされたにすぎないから、法人税法62条の4第1項の適用はない。	本件貸付債権に係る本件現物出資は、適格現物出資（法人税法2条12号の14、法人税法施行令4条の2第8項2号）に該当する。	適格現物出資に該当する。

- (1) 弥永真生「債務の株式化―ヨーロッパにおける扱いを参考に―」『ジュリ一二二六号(平成一四年)』八四号
- (2) 藤田友敬「会社法におけるデット・エクイティ・スワップ」『会社法と商事法務』(平成二〇年)一一七頁
- (3) 針塚遵「東京地裁商事部における現物出資等検査役選任事件の現状」商事一五九〇号(平成一三年)四頁、同「デット・エクイティ・スワップ再論」同一六三二号(平成一四年)一六頁
- (4) 松嶋隆弘「債務の株式化に関する一考察」酒巻古希『二世紀の企業法制』(平成一五年)八〇四頁
- (5) 例えば、オーナー企業における財務内容改善・事業承継対策としてのDESを提言するものとして、佐々木正己「同族会社における債務の株式化の利用」KINZAI Financial Plan 一〇七号二頁を参照。
- (6) 松嶋隆弘「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」日本法学七五巻二号(平成二二年)一七七頁
- (7) 松嶋隆弘「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」私法七四号掲載予定(日本私法学会第七五回大会の個別報告)
- (8) DESの概要を理解する上で、実務における先駆者である明石一秀弁護士の一連の論考を欠かすことはできない。明石一秀Ⅱ弥永真生「債務超過会社の債務の株式

いわるるデット・エクイティ・スワップ事件(松嶋)

- 化」企業法学八巻(平成一三年)八八頁、明石一秀「債務株式化でバランスシート改善」日経ビジネス一〇四九号一二九頁、同「債務の株式化と会計上の評価」企業会計五四巻一〇号(平成一四年)三九頁。
- (9) これまでの不良債権処理に関する金融機関の対応は、やや図式的に整理すれば、①・金利減免、②・追い貸し、③・私的整理の枠内での債権放棄、④・メインバンクによる肩代わり、⑤・民事再生・会社更生等の法的整理(倒産手続)という手順により進められることが多かった。
- (10) いわば葬儀屋から医者(事業再生)への役割変化とあってよい。
- (11) 真正DESとは、具体的には次のようなものである。A銀行がB株式会社に対し、貸付債権(甲債権)を有しており、この甲債権が不良貸付債権となっているとする。この場合において、債務者Bが債権者Aに対し新株発行を行い、Aが新株に対する払込を金銭でなく、甲債権の現物出資により行う(会社法二〇七条九項五号)。これにより債権が株式に振り替わる。その結果、Bからすれば負債が大幅に圧縮され、Aからすれば不良「債権」が株式に振り替わった分だけ消滅する。
- (12) ちなみに、これは債権放棄後の残債権の回収が長期に及ぶため、その間の事業継続、再建の確実性が要求されるが、その検証・担保が困難であることに由来する。
- (13) なお、私的整理から法的整理に移行した際のプレD

七七(六一三)

IPファイナンスの共益債権化についてはまだ対応がなされていない。なお、松嶋一重<sup>11</sup>梅津貴<sup>12</sup>五嶋翔平<sup>13</sup>栗澤方智「事業再生ADRの展開と課題 金融機関の実務対応」プレDIPファイナンスの留意点<sup>14</sup>「事業再生と債権管理」二二八号(平成二二年)一四頁を参照。

(14) DDSにおける劣後化のための法的手段としては、実務上、全銀協契約書例のように、既存の契約の条件変更(劣後特約)と構成する方法と、複数の債務を一つにまとめるため、商工中金契約書例のように、準消費貸借契約と構成する方法とがある。この外に更改(民法五二三条)によることも可能であろう。ただ更改は債務の要素の変更として、担保の移転にあたって手続が必要になつてしまう(民法五一八条)。

(15) DDSにおける劣後化は、弁済の時期と順位においてみられる。まず、弁済の時期における劣後とはDDSにより劣後化された債権の弁済の開始時期のことであり、論理的には、①. 時期を劣後させず通常のローンと同様に返済させる取扱い、②. 再建計画の計画期間終了時(もしくはそのときから一定期間経過時)から返済を開始する取扱い、③. 既存の通常ローンと計画期間中に実行された新規ローンが全て完済されたときからとする取扱い、④. 全ての通常ローン(新規ローンを含む)が完済された時から返済を開始する取扱いがありうる。

ついで弁済の順位における劣後性だが、これは、債務

者にデフォルト事由が発生した場合における、劣後債権と他の債権の間の弁済の順位をどうするかという問題である。可能性としては、①. 通常債権と同順位とする取扱い(プロラタ方式)、②. DDS化された劣後債権を通常債権より後順位とする取扱いとがありうる。

(16) 法的な観点からみると、両者の違いは、DESが振替を会社法上の手続を用い「正規」に行うものであるのに対し、DDSが、振替を金融検査マニュアル上の「債務者区分等の判断」において、劣後化した甲債権を資本と「みなす」ことにより、なそうとするところにある。

(17) DESに際し、取得条項や取得請求権といった株式の設計を工夫するのは(償還条件付DES)、Aにとつて当該株式を手放す「出口」の選択肢を増やすためである。中村廉平<sup>15</sup>藤原総一郎「償還条件付デット・エクイティ・スワップの検討」中小企業の能動的再生のために――(上)――(下)――金法一七五七号(平成一七年)一一頁、一七五八号二二頁

(18) 金子宏「法人税における資本等取引と損益取引――『混合取引の法理』の提案――」租税研究七三三号(平成二三年)七頁

(19) 今村隆「借用概念論・再考」税大ジャーナル一六号(平成二三年五月)一五頁

(20) 前注(3)に掲げた針塚論文を参照。

(21) 本来三ヶ月程度かかるものが一ヶ月程度で済むと言



われる。

(22) ここに適格現物出資とは、一定の要件に該当する現物出資につき、「当該被現物出資法人に当該移転をした資産及び負債の当該適格現物出資の直前の帳簿価額による譲渡をしたものとして、当該内国法人の各事業年度の所得の金額を計算する」制度である。

(23) 江頭憲治郎『株式会社法（第四版）』（平成一三年）七〇四頁

(24) これは、株式会社AP8に吸収合併された旧株式会社レックス・ホールディングス（旧レックス）の株主であったXらが、AP8による株式公開買付けおよび旧レックスによる全部取得条項付種類株式の取得によるMBOが実施されたことよって、その所有する旧レックスの株式を低廉な価格で手放すことを余儀なくされたとして、適正な価格との差額分の損害賠償を求めた事案である。

(25) もともと全部取得条項付種類株式は、倒産時における一〇〇%減資を会社法に導入したものであることを想起されたい。

(26) 鬼頭俊泰「他社株式転換条項付社債（Exchangeable Bond）の適法性峻別に関する考察」日本大学大学院法学研究年報三五号（平成一八年）三四五頁

(27) 最近、M&Aなどの目的で、機動的かつ巨額の資金需要に備えるために、第三者割当の方法により新株予約

権付社債が発行される例が見受けられるが（例えば東京地決平成一九年一月一二日金判一二八一号五二頁は、かかる事案において、有利発行が問題とされた事案である。）、このようなデットとエクイティの中間形態の「もの」の活用は、今後益々増えていくと予想され、その外延には長期借入金によるDESもあるのではないかと推測している。



日本法学 第七十七卷 索引

論 説

空港環境問題における連邦航空法の専占……………	工藤 聡一……………	号	頁
……………	……………	……………	……………
第三者のためにする契約と適用範囲の類型化をめぐる問題……………	長谷川 貞之……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………
日常行為と可罰的幫助……………	上野 幸彦……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………
Lugosi ケース、人格権一元論の終焉 ——Lugosi v. Universal Pictures 160 Cal. Rptr. 323 (1979)——	豊田 彰……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………
昭和初年の官吏減俸令と裁判官……………	新井 勉……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………
イギリスの議会主権と議会制定法の階層化について ——EU法の優位性とイギリスにおけるコモン・ローの発展——	加藤 紘捷……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………
国内旅客航空運送契約における「延着」責任について……………	松嶋 隆弘……………	……………	……………
……………	……………	……………	……………

大正・昭和前期における司法省の裁判所支配……………新井 勉…三(一)

薄くなる政教分離の壁……………青山 武憲…三(四三)

——アメリカ合衆国——

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり……………尾田 清貴…三(八三)

倒産手続におけるプライオリティの変遷と展望……………杉本 純子…三(一三五)

——商取引債権を含めたプライオリティ体系の構築をふまえて——

翻 訳

団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を形成する体系の中心的な構成原理としての明確性原則……………クラウス・ホフマン(オランダ) 上野 幸彦 訳…一(一一七)

国際裁判管轄の合意と新ハーグ管轄合意条約……………ペーター・フーバー(オランダ) ジェニファー・アントモ 小田 司 訳…三(一七九)

近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエエルバッハ  
過去と今日の刑法上の諸原則

クラウス・ホフマン・ホランド  
マティアス・ジモニス …… 四 (一)  
滝沢 誠 訳

### 研究ノート

ベルリン州開店法の憲法適合性…  
二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って (一)

…………… 小林 宏 晨 …… 三 (一九九)

クオータ制を巡る諸考察  
——ドイツでの議論をきっかけとして——

…………… 松島 雪江 …… 三 (二三三)

ベルリン州開店法の憲法適合性…  
二〇〇九年十二月一日付連邦憲法裁判所判例を巡って (二・完)

…………… 小林 宏 晨 …… 四 (二五)

### 判例研究

通信社配信記事に対する名誉毀損の成否と真実相当性  
——「東京女子医大病院事件」最一判平二三・四・二八判時二二一五号五〇頁——

…………… 高畑 英一郎 …… 二 (二〇九)

いわゆるデット・エクイティ・スワップ事件

適格現物出資に該当するデット・エクイティ・スワップにつき、混同消滅した債務の額……松嶋隆弘……四(六一)  
とその帳簿価額との差額につき債務消滅益を認定した事例…東京地判平成二十一年四月……  
二八日訟務月報五六卷六号一八四三頁

執筆者紹介

掲載順

滝沢誠 専修大学法科大学院准教授  
小林宏 日本大学名誉教授  
松嶋隆弘 日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長  
副委員長  
委員

〃 〃 〃 〃 〃 〃 〃 〃 〃 〃

新井吉良 坂井文吉 伊藤正洋 岩崎真二 大井浩一 小川聡一 奥村大 工藤聡一 黒川正功 関正晴 高橋勝一 高木雅夫 谷部光一 外園澄子

日本法学第七十七卷第四号

平成二十四年二月二十五日印刷

平成二十四年三月十日発行

非売品

編集責任者 日本大学法学会  
杉本稔

発行者 日本大学法学研究所

電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー一四 A&Xビル

印刷所 株式会社メディアオ

電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U  
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 77 No. 4 March 2012

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

*TRANSLATION*

Klaus Hoffmann-Holland und Matthias Simonis, *Paul Johann Anselm Feuerbach als Begründer des modernen Strafrechts strafrechtliche Prinzipien gestern und heute.* Übersetzt von Makoto Takizawa

*NOTE*

Hiroaki Kobayashi, *Die Verfassungsmäßigkeit der Berliner Ladenöffnungsgesetzes: die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 1.12.2009 (2)*

*CASE COMMENT*

Takahiro Matsushima, *The So-called Debt Equity Swap Case (Tokyo District Court Judgment of April 28, 2009, Shoumu-Geppou, vol. 56, no. 6, p. 1843)*