

日本法學

第七十八卷 第二号 2012年9月

論 說

中世日本の謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

新井 勉

イギリス救貧法におけるright to reliefの形成について

——新救貧法の成立まで——

矢野 聡

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法(一)

……南部 篤

研究ノート

米国初期の憲法判例

……甲斐素直

米国の裁判所で提起された外国仲裁判断確認訴訟に

おけるフォーラムノンコンビニエンスの法理の適用

……坂本力也

——*Figueredo* 事件に見るコモロー法域の新展開とシヴェルロー法域との交錯——

判例研究

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位

……清水恵介

日本法学 第七十七卷第四号 目次

翻訳

近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルス・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・ホント
…… マティアス・ジモニス
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)・完
…… 小林 宏 晨

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を認定した事例・東京地判平成二年四月
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 第七十八卷第一号 目次

論 説

古代日本の謀反・謀叛について
…… 新 井 勉

名をめぐめる民法草案と全国惣体戸籍法の対峙
—— 明治六年小野組転籍事件をとおして ——
…… 小 林 忠 正

米国ドッド・フラック法における銀行持株会社ならび
にM&A取引規制等にかかる考察
…… 藤 川 信 夫

パンデミック対策に関する憲法的考察
—— 国家の公衆衛生に関する責務とその限界についての憲法的アタミ ——
…… 大 林 啓 吾

資 料

再生可能エネルギーによる事故発生に関する被害者救済
システム
…… 松 嶋 隆 弘

—— 私法学の観点から ——

判例研究

脱線転覆事故における安全対策責任者の過失
—— 尼崎JR脱線事件 ——
…… 船 山 泰 範

中世日本の謀叛について

——大逆罪・内乱罪研究の前提として——

新井 勉

はじめに——天皇御謀叛という奇語

一 公家法の謀反

(一) 前史

(二) 鎌倉開府以後

二 武家法の謀叛

(一) 御成敗式目

(二) 追加法

おわりに

中世日本の謀叛について (新井)

はじめに——天皇御謀叛という奇語

古代中国の律は、社稷（皇帝）を危うくせんと謀る謀反と、国（本朝）に背き偽（正統ならざる王朝）に従わんと謀る謀叛を明確に区別した。これに倣った古代日本の律も、国家（天皇）に対する謀反と、国（本朝）に対する謀叛の二つを区別した。しかし、法文上はともかく、謀反は君主その人を危うくせんとする場合に加え、君主の位（君主の権力や現王朝）を危うくせんとする場合を含むから、自ずと本朝に背く（本朝から離反する）謀叛との区別が曖昧になりやすかった。広大な大地の遠隔の地に偽王朝が出現したり、蜿蜒たる国境の外から数しれぬ蕃族が侵入したりする大陸と異なる、狭小な島国にあつては、なおさら概念上の混同が起ることを免れなかった。

明治末期、文芸評論家の笹川臨風が「謀叛論」の中で、律は謀反と謀叛を区別するが、謀反は「皇室に対する叛逆なり」謀叛は「国に背く叛逆を云へるなり」と、両者の内容を簡単に捉えてみせた後「其後、対外関係の薄くなれると、もに、此二者は混同せられて、其間に又差別なし。苟くも当時の政府に対して戈を執るものは之を称して謀反人と呼べり。故に太平記には天皇御謀反と云へる奇語さへも生ずるに至れり」と論じている。^①もつとも、謀反を皇室に対する叛逆だと捉えるのはごく一面的で、謀反は君主に対する攻撃のみならず君主の権力（現王朝の支配）に対する攻撃を含むから、政府に対して戈を執るものは元々真正の謀反人である。誤りはあるが、臨風のいう、謀反と謀叛の混同が対外関係の希薄化によるものだという見方は、これまでの一般的な見方である。すなわち、対外関係の希薄化により、謀反と謀叛を区別する必要も実益もなくなったとみるのである。

この点について、古代史家の青木和夫氏は「反は手を裏返す意、叛は反と半を合せた字で、半は分ける意。従つて

反は積極的で君主や朝廷への攻撃、叛は消極的で君主や朝廷からの離脱を意味する」と字解した後、しかし「反と叛とのこのような区別に対応する日本語はなく、両者は漢字の音で区別するほかはなかった。一般に君主に対する反逆を意味する日本語のソムクは背を向ける意で、反より叛に近い。従って律令制が崩壊した平安後期以後は謀反も謀叛と書かれ、すべてムホンと読まれた」と説明している。^②この説明はわかりやすく、二つの語を区別する必要や実益がなくなつたという事情とは別に、元々謀反と謀叛の二つが混同されやすい理由を説明して説得的である。

平安後期の辞書として有名な橘忠兼編『色葉字類抄』は、無の篇の𠄎字（漢字の熟語）の筆頭に謀反をおき「謀反ムホン、謀叛同、背本朝」と記している。^③ムホンは謀反の語のルビ、同、背本朝は謀叛の語の割り注である。ここでは謀反（ムヘン）と謀叛（ムホン）の読みも意味も混同されている。鎌倉初期に増補された『伊呂波字類抄』も、无の篇の𠄎字の中に謀叛をおき「謀叛、反同」と記している。^④反同（謀反も同じ、の意味）も割り注。

軍記物語の傑作『太平記』は、複数の作者の手で何段階かの書き継ぎをへて、室町初期に成立したらしい。正中の変を描写する巻第一も、元弘の変を描写する巻第二、巻第三も、謀反・謀叛の二語を何ら区別することなく併用している。^⑤手元の『太平記』の底本は慶長八年（一六〇三年）の古活字本ながら、古活字本には特別の作為なく元の写本中の反の字・叛の字が保存されているだろうと想像される。

問題は『太平記』が、後醍醐天皇の倒幕の企てを謀反・謀叛と表現していることである。律は謀反の対象たる君主がその行為者の地位にたつことは無論、君主が謀叛の行為者として偽王朝に従つたり蕃国に奔つたりすることも論理的に想定していないから、正中の変を描写して「君ノ御謀叛事ナラズバ」や「当今御謀反ノ事露顕ノ後」と表現しているのを目にすると、読者はぎよつとさせられる。正に奇語である。^⑥

この点について、ずっと昔、法制史家の滝川政次郎氏が「鎌倉時代の謀反罪が王朝時代の謀反罪と異なる点は、王朝時代の謀反罪が一天万乗の天皇に対する謀反罪なるに反して、鎌倉時代の謀反罪が鎌倉將軍又は執権に対する謀反罪であることである。故に後醍醐天皇が幕府の討滅を謀り給ふた正中の変の如きは、朝廷の律に拠れば、執権の謀反であるが、鎌倉の式目に拠れば、天皇の御謀反である。日本の国体から云つて、天皇御謀反といふ程、本末を顛倒した話はないが、南北朝時代の人は皆斯ういふ不都合な言葉を使つてゐたやうである」と説明している⁷⁾。鎌倉時代の謀反罪が將軍や執権に対するものだというのは一面的な見方であり、御成敗式目が律の上位にあつたわけでもなく、この説明は粗雑で首肯しがたい。その頃の人々が皆こつこつ不都合な言葉を使つていたようだというのも、僅かに『太平記』から二、三の例をあげるにすぎない。

これも昔、国文学者の釜田喜三郎氏は『太平記』巻第一の謀叛の語の初出の、日野俊基が「謀叛ノ計略ヲ回サント思ケル処ニ」の箇所に補注をふし「この時代の『謀反』は臣が君に背く意には使つてはいない。単に兵を挙げることを『謀反』と称した」と記している⁸⁾。単純で明快ながら、右の「君ノ御謀叛事ナラズバ」や「当今御謀反ノ事露顕ノ後」にあてはめると「天皇が拳兵する」こととなり、この説明も十分でない。

玄慧・小島法師ら、足利直義に近い学僧の手になる『太平記』と異なり、二条良基辺り、北朝の上級公家が作者に擬される歴史物語の秀作『増鏡』は、後醍醐天皇の倒幕の企てを描写して謀反や謀叛の語を使用しない。そのような言葉は必要なく、擬古文体を以て、正中の変の「事の起こりは、御門世を乱り給はんとて、かの武士どもを召したる也とぞ、いひあつかふめる」と表現している⁹⁾。それより遡る承久の乱も、後鳥羽上皇の倒幕の企てを描写して「院の思し構ふる事、忍ぶとすれど、やうやうもれ聞こえて、東さまにも、その心づかひすべかんめり」という書き振りで

ある。^⑩

国文学史の通説は『増鏡』と『太平記』の成立をほぼ同時代だとみている。公家は正中の変を「天皇が世を乱そうとした」と表現し、武家方の学僧は「天皇が謀叛しようとした」と表現した。天皇の謀叛という表現が『太平記』にしか登場しない以上、これがその頃の人々の通念だったかという点、おそらく違うだろう。承久の乱から一〇〇年に及ぶ朝廷と幕府の均衡を、後醍醐天皇は打破しようとした。元弘三年（一三三三年）幕府滅亡という朝廷の悲願達成の経緯を後世に伝えようとする『増鏡』でさえ、これを捉えて天皇が世を乱そうとしたと表現した。天皇は安定した政治社会の秩序を覆そうとしたのだから、公武をとわず、この表現の方が人々の思いに近かったのかもしれない。

(1) 笹川臨風「謀叛論」一頁。この「謀叛論」は、田岡嶺雲『明治叛臣伝』（日高有倫堂、一九〇九年）の序文である。嶺雲の書物は、河野広中や奥宮健之らを論じたものである。

(2) 日本思想大系『律令』（岩波書店、一九七六年）四八九頁の、「謀反と謀叛」の補注。

(3) 前田育徳会尊経閣文庫編『色葉字類抄』二巻本（八木書店、二〇〇〇年）二二〇頁。本書は、原本の写本（年代不明）を鎌倉後期・室町前期の二度の伝写をへて、永禄八年（一五六五年）に書き写したものである。ちなみに、小学館国語辞典編集部編『精選版日本国語大辞典』第三巻（二〇〇六年）は、むほん【謀叛・謀反】の項（九〇〇頁）で『色葉字類抄』が「謀叛ムホン、背朝也」と「謀反ムヘン、賊乱分」を区別することを記している。検索の仕方に誤りがあるのか、この区別は前田本の『色葉字類抄』にみあたらない。後者の語釈は「賊、分を乱す」とよむ。

(4) 日本古典全集復刻版『伊呂波字類抄』第五（現代思潮社、一九七八年）无、四一葉裏。なお（復刻版の）原本は一九三〇年の発行。

(5) 日本古典文学大系『太平記』第一巻（岩波書店、一九六〇年）を参照すると、巻第一は謀反の語を三回、謀叛の語を七回

使用し、卷第二、卷第三併せて謀反を四回、謀叛を三回使用している。

(6) 注(5)四八頁、七〇頁。当今（トウギン）は今上天皇のこと。

(7) 滝川政次郎「内乱罪・謀反罪の字義及び沿革」（歴史公論第二卷第二号、一九三三年）一一三頁。引用中、謀反・謀叛の表記は原文どおり。

(8) 注(5)四三頁、四三四頁。補注の、謀反の表記は原文どおり。

(9) 日本古典文学大系『神皇正統記・増鏡』（岩波書店、一九六五年）増鏡・四三〇～四三二頁。御門は後醍醐天皇。

(10) 注(9)増鏡・二七二頁。東（ひんがし）ざまは、意味が特定できない。

一 公家法の謀反

(一) 前史

鎌倉幕府は平氏政権と戦う過程で誕生した。源氏将軍は三代で断絶したが、幕府は承久の乱（一二二一年）で朝廷を武力で制圧した。もともと、幕府の成立により、あるいは承久の乱の敗北により、朝廷の全国支配の枠組みが解体したわけではない。すなわち、幕府が朝廷に取って代わったのではなく、幕府の法（武家法）が律令より上位の席をしめたのではない。後者は北条泰時が弟の重時への書状の中で、御成敗式目は武家のために編纂したもので「これによりて京都の御沙汰、律令のおきて聊も改まるべきにあらず候也」と記した^①ことを想起すればよい。ここでは、この式目や追加法の謀叛を考察する前提として、律の謀反・謀叛を一瞥する。

古代日本の律（大宝律・養老律）が八虐の第一に「国家を危うくせんと謀る」謀反、第三に「国に背き偽に従わん

と謀る」謀叛をおいたことは、広く知られている。謀反の刑は皆（首従の別なく）斬、謀叛は（首は）絞で、どちらも縁坐する範囲が古代中国の律（唐律）より狭い。大雑把な話、前者は近代日本の大逆罪・内乱罪にあたり、後者は主として外患罪、一部は内乱罪にあたる。

奈良時代の正史たる『続日本紀』は、幾つもの謀反の事例を記載している。戦いの中で斬りすてた藤原広嗣や藤原仲麻呂を別として、朝廷は、長屋王（聖武天皇への謀反）を自尽させ、和氣王（称徳天皇への謀反）を絞殺し、井上内親王（光仁天皇への謀反）を皇后位からおおい、氷上川継（桓武天皇への謀反）を流刑とした¹²。これらは、それぞれ事情があつたにしても、律の定める斬刑より軽い。

保元の乱の後始末として、朝廷は、平清盛をして叔父の忠正を六波羅で斬らせ、源義朝をして父の為義を船岡山で斬らせた。鎌倉時代に成立した『保元物語』は、右大臣の中院雅定が嵯峨朝に藤原仲成を遠流（実は死罪）に処して以後「本朝に死罪をとゞめられて年久（ひさしく）成ぬ」として遠流を主張したのに、信西が強く反対し、平忠正や源為義をはじめ、多くの人の斬刑を行わせた¹³と記している。

平安初期に突発した薬子の変（八一〇年）のさい、朝廷は、兄の藤原仲成を首謀者として、紀清成らに命じて監禁する右兵衛府の中で射殺させた¹⁴。あるいは、逃亡を図つたので射殺させたのかもしれない。詳細は不明ながら、それ以後、保元の乱（一一五六年）で死刑が行われるまで、約三五〇年も死刑が停止されたというのが、法制史の通説である¹⁵。この見方は、右の『保元物語』の記す、寛刑説の論拠をなぞるものである。

承和の変で謀反にとわれた伴健岑や橘逸勢は遠流となり、応天門の変で大逆（八虐の第二の謀大逆は首が絞、大逆は皆斬）にとわれた伴善男らも遠流となった¹⁶。平安中期の安和の変のさい、源満仲が謀反人として密告した橘繁延ら

も遠流に処された。同じく平安中期、花山上皇に矢を射らせた藤原隆家らも流罪の形で左遷された。すなわち、謀反についても大逆についても、朝廷は死刑を行うことがなかった。

もつとも、法制史家の利光三津夫氏は、平安後期の歴史書『日本紀略』から、朝廷が死刑を停止する中、平安中期に検非違使が強盗を、追捕使が海賊を捕え斬首して首を獄門にかけた記事を紹介し、朝廷がこれらを勸賞したことを指摘して「検非違使、追捕使が犯人を捕えて、死刑を専断した」という¹⁷。賊盜律強盜条は仗(武器)をもった強盜は未遂でも遠流、既遂なら賊一〇端以上は絞、傷人は斬と定めているから、確かに強盜の多くや山賊・海賊の類は死刑となつて然るべき輩である。しかし、これらはおそらく、捕縛のさい反撃にあい官人がとつた処置(殺害)や、その延長上の処置(獄門)であり、官人による死刑の専断ではなかったのではないか。律の逸文をみると、捕亡律の中に罪人持仗拒捍条があり、捕縛のさい罪人が仗をもち拒捍すれば格殺し(闘つて殺し)逃走すれば逐つて殺すと定めている¹⁹。

保元の乱に続く平治の乱のさいも、朝廷は、敗者を斬刑に処した。これも鎌倉時代成立の『平治物語』は、謀叛の首謀者たる藤原信頼を六条河原にひきだしたが、覚悟がきまらないため斬り手が斬れず、搔き首にした様子を描いている²⁰。中世の開幕をつげる、武者を投入した政權争奪の二つの乱の後始末として、朝廷は、三五〇年近い死刑停止を撤回したのである。

(二) 鎌倉開府以後

後白河上皇院政下の朝廷が、源義経らの搜索を名目とする源頼朝の求めに対して守護・地頭をおくことを認めたの

は、文治元年（一一八五年）一二月のことである。⁽²¹⁾これは、朝廷が入京した頼朝の代官たる北条時政の率いる軍勢の力に屈したためである。頼朝はその後、公家勢力や寺社勢力の抵抗の中、幕府が全国的に軍事権・警察権を掌握することに努めた。頼朝が征夷大將軍に就任したのは、建久三年（一一九二年）七月のことである。

朝廷はなお、京都の警察権や全国の裁判権（関東を除く）を手の内にしてきた。ところが、文治二年二月、在京の北条時政が、洛中の群盜一八人を六条河原で斬首した。時政は郎従に「およそ此の如き犯人は使庁（檢非違使庁）に渡すべからず。直ちに刎刑に処すべし」と命令したという。⁽²²⁾翌三年九月、鎌倉から派遣された下河辺行平は、尊勝寺辺で捕縛した奇怪の者八人を、時政の前例どおり斬首したのである。⁽²³⁾

保元・平治の死刑停止の撤回にもかかわらず、朝廷は、これら武者による手荒な斬首に釈然としないものがあつたのだらう。建久二年四月、朝廷は、近江守護の佐々木定綱や二男定重と争つた延暦寺の衆徒が、神輿を奉じて定重らの身柄を引き渡せ（殺害する）と強訴してきたのをはねつけ、佐々木父子らを流刑とした。朝廷はこのとき、後白河上皇の院宣の中で「およそ件の刑法（死刑）は嵯峨天皇以来停止の後、多くの年代をへた」という認識の下に「遠流の罪として再び帰ることなく、禁固の法として徒年をみたせば、死罪にあらずと雖も、さらに勝劣はなきか。よつて遠流を以て死罪に比し、禁固を以て斬刑に代える」と、⁽²⁴⁾死刑を回避した事情を記している。禁固というのは、定重の命により日吉社宮仕え法師らを傷つけ誤つて神鏡を破損した、実員法師、井伊真（直か）綱ら郎従五人に科した禁固のことをいう。

同二年十一月、朝廷は、檢非違使をして六条河原で強盜一〇人を鎌倉方へ引き渡させた。洛中の強盜は捕縛されても死刑停止のため再犯するので、関東へ押送し夷島（えぞがしま、北海道）へ流してしまおうと、源頼朝が申しでた

のである。公卿の一人は日記の中に「これまた死罪にあらず。將軍の奏請と云々。人以て甘心す」と記した⁽²⁵⁾。甘心すは快く思うことで、これも死刑停止の慣行を是認する心情を示している。

ところで、平安中期以降、朝廷は、旧来の律令と別に、太政官符・宣旨などの形式で「新制」を發布して、それにより政務に臨んだ。建久二年三月、朝廷は後鳥羽天皇の宣旨(新制)を發布した。天皇は年少で、実権は後白河上皇が握っていた。全一七条の第一六が「一、京畿・諸国の所部の官司をして、海陸の盜賊ならびに放火を搦め進めしむべき事」で、内容は次のようである⁽²⁶⁾。

仰す。海陸の盜賊・閭里の放火、法律罪を設け格殺悪を懲らす。しかるに頃者(このごろ) 奸濫なお繁く、嚴禁に拘らず、水浮陸行往々にして縦横の犯頻りに聞こえ、掠物放火比々として賊害の制いまだ止まず。ただに強窃の科を成すのみならず、兼てまた鬪殺の辜(つみ)に渉る。これ法官緩(おこた)りて糺さず、凶徒習いて畏れなきの致すところなり。自今已後、慥かに前右近衛大將源朝臣ならびに京畿・諸国の所部の官司等に仰せて、件の輩を搦め進めしめよ。そもそも度々使庁に仰せらるると雖も、有司怠慢して糺弾に心なし。もしなお懈緩せば、処するに科責を以てせよ。もしまた殊功あれば状に随つて抽賞せよ。

海賊・山賊・放火の輩を捕縛せよという命令は、治承二年(一一七八年)七月の(山陰道諸国司あての)太政官符の中にもある。全一二条のうち第九がそれである⁽²⁷⁾。この官符も、後白河上皇の院政下のものである。建久二年三月の方は、治承二年七月のものに比べて、目につく特徴が二つある。一つは、諸国の国司と並んで源頼朝に追捕を命じていることで、おそらく諸国の国司よりも大きな成果が期待されたに違いない。今一つは、法官や有司と称して検非違使らの懈怠を非難し、懈怠を戒飭していることである。しかし、平氏の落ち武者や木曾義仲・源義経らの残党が賊と

化している場合、檢非違使や国司らが容易に捕縛を進めることができたかどうか疑わしい。

治承二年七月、建久二年三月、どちらも国司らに海賊・山賊・放火の輩の捕縛を命じるが、律の内容（賊盜律強盜条の構成要件）を改めるものではなく、律の定める刑を改めるものでもない。律の定める死刑を執行せよというものでもなく、停止の慣行を継続せよというものでもない。寛喜三年（一二三一年）十一月、朝廷が発布した後堀河天皇の宣旨も、全四二条を数えるうち第三二、第三五に「諸国に仰せて海陸の盜賊を追討せしむべき事」と「京中の強盜を停止せしむべき事」を掲げている。²⁸ 前右近衛大将源朝臣に代わり四代將軍の左近衛權中将藤原朝臣が記されている以外、寛喜三年一月の新制も律を改めるものでもなく、死刑の執行や停止を命じるものではない。

源実朝が鶴岡八幡宮で殺された後、頼朝と縁続きのごく幼い藤原頼経が、幕府の求めにより新鎌倉殿として鎌倉に下向した。後鳥羽上皇が北条義時追討を五畿七道諸国に命じたのは、二年後の承久三年（一二二一年）五月のことである。このときの仲恭天皇の宣旨（読み下し）は、次のようである。²⁹ 四月に踐祚した天皇も幼く、朝廷は後鳥羽上皇の院政下にあった。

右弁官下す、五畿内諸国（東海、東山、北陸、山陰、山陽、南海、太宰府）

まさに早く陸奥守平義時朝臣の身を追討し、院庁に参り裁断を蒙らしむべき、諸国庄園守護人地頭等の事

右、内大臣宣す。勅を奉るに、近曾（さいつころ）関東の成敗と称し、天下の政務を乱し、纒（わす）かに將軍の名を帶すと雖も、なお以て幼稚の齡にあり。然る間かの義時朝臣、偏に言詞を教命に仮り、恣に裁断を都難に致し、剩（あまつさ）え己の威を輝かし皇憲を忘るるが如し。これを政道に論ずるに謀反と謂うべし。早く五畿七道諸国に下知し、かの朝臣を追討せしめ、兼てまた諸国庄園守護人地頭等、言上を経べきの旨あらば、各院庁

に参り、宜しく上奏を経べし。状に随いて聴断せん。そもそも国宰ならびに領家等、事を綸綍（ふつ）に寄せ、更に濫行を致すなかれ。緯（こと）これ嚴密にして違越せざれてえれば、諸国承知し、宣に依りてこれを行え。

承久三年五月十五日

大史三善朝臣

大弁藤原朝臣

朝廷は、執権の北条義時を名指し、その主宰する幕府の政務に謀反という烙印をおした。これは無論、八虐冒頭におかれる謀反のことである。構成要件は「国家（天皇）を危うくせんと謀る」で、刑は首従の別なく、皆斬に処するのである。しかし、問題は、朝廷（京都方）が幕府（鎌倉方）を兵力で圧倒したとき初めて謀反の罪が成立し、義時の処罰が可能となることである。

幕府は反撃のため、東海道、東山道、北陸道の三方から大軍を上洛させた。六月一日、北条泰時らの率いる鎌倉方主力が入京した。後鳥羽上皇は義時追討の宣旨を撤回し、官軍・賊軍の立場が逆転した。鎌倉後期、幕府関係者が編纂した『吾妻鏡』は、七月一日以降、鎌倉方の手による、京都方処罰の記事を掲載している。³⁰ 二日西面の武士四人を梟首したのをはじめ、五日一条信能を濃州遠山庄で斬首し、一二日追討宣旨の起草者たる藤原光親を駿州加古坂峠で梟首し、一四日藤原宗行を駿州藍沢原で殺害し、一八日藤原範茂を相州早河で水死させ、二九日源有雅を甲州稲積庄で殺害した。処罰の多くは関東へ押送する途中で殺したのである。さらに、同月九日踐祚して間もない仲恭天皇を退位させ、一三日後鳥羽上皇を隠岐へ、二〇日順徳上皇を佐渡へ出立させたのである。これこそ、幕府が律の謀反の罪の「反」を実行したものに外ならない。

- (11) 日本思想大系『中世政治社会思想』上巻（岩波書店、一九七二年）四〇〜四一頁の、「北条泰時消息」。
- (12) 新井勉「古代日本の謀反・謀叛について」（日本法学第七八巻第一号、二〇一二年）第二節（二）律令制度盛期を参照。
- (13) 日本古典文学大系『保元物語・平治物語』（岩波書店、一九六一年）保元物語・一四一〜一四二頁。
- (14) 新訂増補国史大系『日本後紀・続日本後紀・日本文徳天皇実録』（吉川弘文館、一九六六年）日本後紀・八七頁。葉子の変の直後、大同（五年）を弘仁と改元。
- (15) 利光三津夫「平安時代における死刑停止」二二八頁以下。利光『律令制とその周辺』（慶応通信、一九六七年）所収。布施弥平治『修訂日本死刑史』（巖南堂書店、一九八三年）一六二頁以下。
- (16) 新訂増補国史大系『日本三代実録』（吉川弘文館、一九六六年）一九九頁。善男らは、法（律）に随えば斬罪。それを一等減じられ遠流となった。
- (17) 利光・前掲論文二二一〜二二三頁。利光氏のひく記事は、新訂増補国史大系『日本紀略・百鍊抄』（吉川弘文館、一九六五年）日本紀略後篇・一五四頁の惟文王による藤原斉明の梟首、一七四頁の追討使源忠良による海賊一六人の梟首、二六一頁の檢非違使（氏名不詳）による強盗の梟首である。
- (18) 新訂増補国史大系『律・令義解』新装版（吉川弘文館、二〇〇〇年）律・六九〜七〇頁。端は布の単位で、幅二尺四寸×長さ四丈二尺。なお、注（2）前掲『律令』五八一頁の、賦役令「端」の補注を参照。
- (19) 注（18）律・一六七頁。罪人の逃走するのを殺す場合、持仗・空手（素手）をとわぬ。
- (20) 前掲『保元物語・平治物語』平治物語・二四五頁。
- (21) さしあたり、永原慶二『源頼朝』（岩波書店、一九五八年）一三八頁以下。地頭の設置については、近藤成一「鎌倉幕府と公家政権」一四六頁以下。新体系日本史『国家史』（山川出版社、二〇〇六年）所収。
- (22) 新訂増補国史大系『吾妻鏡』前篇・新装版（吉川弘文館、二〇〇〇年）一九八頁。原文は（和風の）漢文。
- (23) 注（22）二七八頁。行平は、朝廷からの要請により、頼朝が洛中の群盜鎮圧のため千葉常胤と二人京都へ派遣した御家人である。上皇近臣の吉田経房は、行平らの上洛後、洛中が静謐となったと鎌倉に伝えてきた（同書二七七頁）。

- (24) 注(22)四四二頁。しかし、定重は、建久二年五月、衆徒の手により辛崎辺で梟首されたという(同書四四四頁)。
- (25) 日野資実『都玉記』建久二年一月二二日条。東京大学史料編纂掛(所)編『大日本史料』第四編之三(東京大学出版会復刻版、一九六九年)七四二頁。原文は漢文。なお、文暦二年(一二三五年)七月、幕府は、六波羅探題へ通達した追加法の中で、夜討・強盗の張本は断罪せよ、その他枝葉の輩は夷島へ流すから関東へ送れ、と命じている。佐藤進一ら編『中世法制史料集』第一卷鎌倉幕府法・補訂版(岩波書店、一九六九年)九九頁。
- (26) 日本思想大系『中世政治社会思想』下卷(岩波書店、一九八一年)二二～二三頁。原文は漢文。
- (27) 佐藤進一ら編『中世法制史料集』第六卷公家法・公家家法・寺社法(二〇〇五年)一六～一七頁。
- (28) 注(27)九五頁、九六頁。原文は漢文。
- (29) 前掲『大日本史料』第四編之十五(一九七二年)九二〇～九二二頁。原文は漢文。内大臣は源通光。将軍とあるが、鎌倉殿のこと。藤原頼経の将軍宣下は承久の乱後、嘉禄二年(一二二六年)一月。教命は鎌倉殿の命。皇憲は朝憲と同じく朝廷の法。国宰は国司。綸綍は天皇の言葉。緯は宣旨の内容。大弁は藤原資頼。
- (30) 注(22)七九二頁以下。『吾妻鏡』は、承久三年七月一日条で「合戦張本衆公卿以下の人々、断罪すべきの由宣下の間、武州早くこれを相具し、関東に下向すべきの旨、面々の預人等に下知す」と記している(七九二頁)。武州は武蔵守泰時。

二 武家法の謀叛

(一) 御成敗式目

貞永元年(一二三三年)八月、幕府は、執権北条泰時の下で、太田康連ら法曹系評定衆を中心とする、御成敗式目の編纂を終了した。後のことながら『吾妻鏡』は、この式目を律令と比べ「彼は海内の亀鏡、是は関東の鴻宝」だと

評価している。⁽³¹⁾ 全五一条中、謀叛の語が含まれるのは、第三、第九、第一一の三条である。第三は守護（人）の職務たる大犯三カ条の一つとして、第一一は妻女の所領没収を招く夫の罪過の一つとして、それぞれ謀叛の語が記されている。これに対して、式目のうち第九の規定が、謀叛を正面から定める唯一のものである。第九（読み下し）は、次のようである。⁽³²⁾

一、謀叛人の事

右、式目の趣兼日定め難きか。且は先例に任せ、且は時議によりこれを行わるべし。

式目の趣は本条の趣旨ないしは内容、兼日はあらかじめ、時議（時儀）はその時々状況に対応する判断のことをいう。第九の規定は、謀叛人については前以て内容を定められない。謀叛人の概念（謀叛の構成要件）も、その刑も定められない。そのため、一方では先例に従い、また一方ではそのときの判断により裁判を行うべきである、というだけのことである。

中世史家の笠松宏至氏は、式目編纂の経緯について、北条泰時の下でまず五一カ条の篇目（事書き）が決定された後、それらに対応する内容（本文）が編纂参加者に諮問され、答申案について審議が行われた。そのさい「謀叛人の事」の規定は、第一〇の「殺害・刃傷罪科の事」の前におかれるべき「第一の重大犯罪であり、篇目の一つとしては逸することのできぬ事項であったが、実質的な処分規定を立案し得ぬまま、公布せざるを得なかったのである」と推測している。⁽³³⁾ 式目は全条文を整然と分類し配列するものではないが、社寺を巻首として、守護・地頭の権限、所領知行、刑事、所領譲与、訴訟手続き、再度刑事などという順序で、およその分類を行っている。律が八虐冒頭に謀反をおいたのと同じように、式目も刑事の群の冒頭に謀叛の規定をおこうとしたことは十分考えられるから、この推測

はおそらく正鵠を射ている。

御成敗式目は、幕府が訴訟を裁断する裁判規範として編纂された。そのため、式目は、幕府の支配の及ぶ武家社会を適用対象とした。第六「国司・領家の成敗は関東御口入に及ばざる事」という一条は、幕府が朝廷や本所の訴訟に容喙しないことを示したものである。このことは、第九の謀叛人の規定に具体的な内容を記すさい、律の謀反（国家を危うくせんと謀る）に倣うなら、鎌倉殿（將軍）に反逆を謀る、と記すことを意味した。

北条時政は將軍源実朝の年少期に執権としてその権限を代行し、泰時も將軍藤原頼経の年少期に執権として権限を代行した。泰時は頼経が長じても幕府の実権を掌握しつづけた。しかし、鎌倉殿の存在からは、時政も泰時も御家人の一人でしかない。式目の中に謀叛人の規定をおくとしても、執権に対する反逆を文字として記すことは、到底困難なことである。執権はただ幕府機構の上層部の一人として、広い意味の謀叛の対象となるに止まる。すなわち、式目の中に謀叛人の規定をおき、鎌倉殿（將軍）に反逆を謀ると記す場合、それは鎌倉殿その人に対する危害と、鎌倉殿の位（幕府の権力や機構）に対する攻撃を含むこととなる。

もつとも、執権のことは二義的な話である。これを外して、編纂者は単純に、第九で「鎌倉殿に反逆を謀れば死罪に処せらるべし」と記せばよかつたのではないか。ところが、問題はそう簡単なことではなかつた。なぜなら、守護の職務を掲げて広くしられる、第三「諸国守護人奉行の事」は、文頭「右、右大将家の御時定め置かるる所は、大番催促・謀叛・殺害人（付たり、夜討・強盜・山賊・海賊）等の事なり」と記している。この謀叛人は鎌倉殿に対する謀叛人でなく、朝廷に対する謀叛人、公家法という謀叛人だつたに違いない。平安後期以降、律の謀反・謀叛の概念が混同されたことを考えれば、第三の規定中の謀叛人は律の謀反人だつたに違いない。

繰り返しとなるが、源頼朝は、文治元年十一月、謀叛人たる源義経らの捜索のため朝廷から守護・地頭をおくことを認められた。さらに、建久二年三月の新制により海賊・山賊・放火の輩の追討を命じられた。朝廷の有する全国の軍事権・警察権を担うことで、幕府は朝廷の地方機構にくいこんだのである。³⁴ この意味で、守護が職務の一つとして追捕する謀叛人は、本来は朝廷に対する謀反人だった。

義経が奥州平泉へおち、その義経を藤原泰衡が急襲して殺害した。文治五年七月一九日、頼朝は藤原氏追討のため大軍を率いて鎌倉を發した。頼朝は二月、三月、六月と三度、泰衡追討の宣旨を下されるよう求めたが、後白河上皇が渋ったため、勅許なしに出陣した。朝廷が後鳥羽天皇の宣旨を發したのは、同じ七月一九日。その後、八月平泉が陥落し、九月初め泰衡は自らの郎従に殺害された。志波郡に逗留する頼朝に宣旨・院宣が届けられたのは、九月九日のことである。宣旨は泰衡らの「結構の至り、既に逆節に涉らんとするか」と反逆を認定し、頼朝に命じて「その身を征伐し、永く後の濫れを断て」と記されていた。³⁵ すなわち、関東の背後を扼する奥州の雄、藤原氏を打倒しようとする頼朝には、泰衡らが朝廷に対する謀反人だという構図が必要だった。頼朝の担う全国の軍事権・警察権も、式目が守護の職務の一つとする謀叛人の追捕も、朝廷の存在を抜きにして成立しなかったのである。

結局のところ、編纂者は、第九の謀叛人の内容として、鎌倉殿（将軍）に反逆を謀るとは記せないし、鎌倉開府の頃に遡って国家（天皇）を危うくせんと謀るとも記せない。しかも、厄介なことには、編纂者の記憶の中に承久の乱の事後処理のことがあった。朝廷は北条義時を謀叛人として兵を募り、幕府打倒を計った。しかし、鎌倉方の軍勢が入京した時点で官軍・賊軍の立場が逆転し、鎌倉方が敗者たる京都方の処罰を行い、処罰は仲恭天皇の退位、後鳥羽上皇・順徳上皇の配流にまで及んだ。このような処罰の内容は、律の定める謀反の罪の概念をこえる、いわば超法規

的なやり方だった。朝廷の存在を前提とする謀反の概念自体が破綻していたのである。

有名な北条義時・泰時の話をのせているのは『増鏡』である。鎌倉を発した泰時が翌日単騎たち帰り、もし後鳥羽上皇自ら軍兵を率いてくるのに出会ったらどのように進退すればよいかと尋ねた。義時は「まさに君の御輿に向ひて弓を引くことは、いかゞあらん。さばかりの時は、かぶとをぬぎ弓の弦を切りて、ひとへにかしこまりを申て、身をまかせ奉るべし。さはあらで、君は都におはしましながら、軍兵を給せば、命を捨てて千人が一人になるまでも戦ふべし」と教えたというのである。³⁶ 作者が果して何を典拠としたのか。承久の乱後、幕府が容赦なく上皇・天皇を処罰したことから、この話の虚構性は歴然としている。

もつとも、鎌倉開府の少し後、謀反（謀叛）の語が朝廷の存在を前提としない例がある。藤原定家は後鳥羽上皇の知遇をえた歌人で、京都にいながら源実朝の和歌を指導した人でもある。この定家が日記の中で、將軍に対する反逆のことを謀反と記している。建暦三年（一一一三年）五月の和田合戦は、和田義盛が同年二月の泉親衡の乱の処罰を不満として実朝の御所や北条義時邸などを襲撃したが、同族の三浦氏の裏切りにより、鎌倉を戦場として一族とともに滅亡した事件である。定家は、数日後上皇の御所で一条信能から事件のことをきき、義盛は「去んぬる春謀反の者結党の由、風聞落書等あり。件の義盛その張本たり」と記しているし、八月には、巷説として「関東謀反の輩、將軍の幕下を夜襲し、すでに以て滅亡す云々」と、実朝が殺害されたという風説を記している。³⁷ これでは、編纂者が単純に反逆を謀ると記せば、朝廷・幕府を通じて網をかけられたのかもしれない。

今一つ、式目の第九は、謀叛人については、その刑も定められないというのである。しかし、遠く保元の乱、近くは承久の乱などの先例を想起すれば、原則は死罪に処せられるのだらう。第一〇の「殺害・刃傷罪科の事」が、当座

の諍論や遊宴の酔狂により思いがけず「もし殺害を犯せば、その身は死罪を行われ、ならびに流刑に処せられ、所帯を没収せられると雖も、その父その子相交わらずば、互いにこれを懸くべからず」とする刑の比較からは、謀叛の刑は死罪、罪状が軽いと認定されるときのみ流刑、と定めるべきだったのかもしれない。それを、式目は「且は先例に任せ、且は時議によりこれを行わるべし」として、謀叛の処罰について裁量の余地を確保したのである。なお、問注所系統の式目講義の筆録の一つは、この点について「且ハ依時儀ト云ハ、一定可殺者ナレトモ、一人殺テ大乱可起事ナレハ、ナダメユルシ、又殺マシキ者ナレトモ、一人殺テ悉クヨク可治事ナレハ、殺ス」と記している³⁸。

(二) 追加法

御成敗式目は、必ずしも体系的な法典ではなかったし、網羅的な法典でもなかった。幕府は、必要に応じて種々の事項に関する法令を立法し、関係者・関係機関へ通達した。式目を基本として、幕府が式目以後（少数ながら以前を含む）立法した法令を追加法という。現在主として追加集により多数の法令が伝えられているが、謀叛に関する法令は僅かである。

①貞応元年（一二二二年）四月、幕府は、承久の乱以後の「国々守護人ならびに新地頭、非法禁制・御成敗条々の事」を定めた。全六条中、第二の規定（読み下し）は、次のようである³⁹。

一、謀叛人追討の事

真偽を糾明し、実正に随い、沙汰致すべし。

②嘉祿三年（一二二七年）閏三月、幕府は、諸国守護・地頭の所務について定め、六波羅探題へ通達した。その中

に、次の一条(読み下し)がある。⁽⁴⁰⁾

そもそも謀叛・殺害人の資財所従は、守護所の進止すべきなり。その跡田畠住宅は、預所・地頭あいともに沙汰を致せしむるべきなり。

①は義時の署名(これは下知状)で、②は泰時・時房二人の署名で発せられた。前者は謀叛人の概念を定めるものではなく、その刑を定めるものでもない。後者は謀叛人らの附加刑の扱いを定めるものである。式目第九は、これらを前提として「式目の趣兼日定め難きか。且は先例に任せ、且は時議によりこれを行わるべし」という内容となったのである。

③宝治元年(一二四七年)六月の宝治合戦は、源頼朝以来の有力御家人たる三浦氏を、北条時頼が外戚の安達一族らと一緒に攻撃し滅亡させた事件である。寛元四年(一二四六年)三月の時頼の執権就任直後、前將軍頼経を擁する時頼打倒の企てが露見し、幕府は、五月北条(名越)光時を伊豆へ流し、七月頼経を京都へ送り返した。三浦光村らの頼経鎌倉帰還論が、この年宝治合戦へ発展した。当主泰村邸は奇襲され、防戦のさなか煙攻めにあい、泰村・光村兄弟をはじめ一族は、頼朝の墓所の法華堂へ退き自刃した。ここで主たる人々二七六人、郎従らを含め都合五〇〇人が自刃したという。⁽⁴¹⁾時頼は次の追加法(読み下し)を、⁽⁴²⁾六波羅探題の重時へ通達した。

一、謀叛の輩の事

宗たる親類・兄弟等は、子細に及ばず召し取らるべし。その外京都の雑掌、国々の代官・所従等の事は、御沙汰に及ばずと雖も、委しく尋明し、注申に随い、追って御計らいあるべし。

(注)『吾妻鏡』宝治元年六月五日条

④右の追加法は、三浦氏が京都にしている雑掌や、三浦一族が守護たる国（相模、河内、讃岐、土佐）や所領の代官・所従は、御沙汰（命令）に及ばない、というものである。宝治合戦に関係しない人々に処罰を拡大する必要はなかった。ところが、この機会に乘じ、人身の追捕や財産・所領に対する狼藉があつたらしい。そこで六波羅探題は河州の守護代へ、次の追加法を通達した。⁴³途中まで③の追加法の繰り返しである。

一、謀叛之輩為宗親類兄弟者、不及子細可被召取。其外京都雑掌、国々代官所従等事者、雖不及御沙汰、委尋明、随注申、追可有御計之由（ここから読み下す）関東より仰せ下さるる所なり。この旨を存ぜしむるべし。しかるに謀叛の被官の輩と称し、左右なく追捕狼藉に及ぶの由、その聞えあり。事（こと）実ならば甚だ然るべからず。所詮その煩いを止め、子細を注申すべきの状件の如し。

宝治元年六月廿二日

相模守（重時）

河内国守護代

⑤右の追加法にもかかわらず、事態は沈静しなかつたらしい。そのため、幕府は、甲乙人（庶民）が左右（幕府の命令）なく追捕・狼藉に及ぶことをやめさせるよう、六波羅へ通達した。⁴⁴畿内・西国に散在する三浦氏の所領・所職が、庶民・雑人や非御家人により蚕食されている様子が想像される。なお、この追加法（読み下し）は重時が鎌倉に帰つて二日後の発令だから、重時のもち帰つた情報が発令の根拠となつたのかもしれない。

一、叛逆輩の縁者ならびに所従等の事。甲乙人等のため、事を左右に寄せ、煩いを成すの条、甚だ然るべからず。早くその儀あるべからざるの旨、下知を加えらるべし。承引せざる人々においては、注申せらるべきの状、仰せにより執達件の如し。

宝治元年七月十九日

左近将監 (時頼)

相模守 (重時)

相模左近大夫将監殿 (長時)

式目第九は謀叛人については前以て内容を定められないと記され、規定の内容は無に等しい。そのため、一方では先例に従い、また一方ではそのときの判断により裁判を行うべきである、というのである。その後、③④⑤の追加法は謀叛人に関する追加法ながら、式目第九を具体的内容を以て補うものではなかった。北条氏ないしは得宗家と有力御家人の抗争では、兵力や謀略の優越する前者が後者を圧して権力を掌握しつづけた。それにしても、鎌倉を舞台とする謀略や鎌倉を戦場とする抗争は、確かに多かつた。その大きな原因は源氏の血筋が三代で途絶え、鎌倉殿として幼い公家や皇族を招いた無理にある。将軍が長じると反得宗家の核となり、幕府は京都へ送還することを繰り返したのである。そのさい、将軍を逆興 (さかさごし) にのせ、御所からだしたという。七代将軍 (惟康親王) の京都送還について、公家を作者とする『増鏡』は「将軍宮こへ流され給」という表現を伝えている。⁽⁴⁵⁾ 律の謀反の罪の「反」を実行した承久の乱の記憶が鮮明なときは、式目第九の内容を定めることができなかつたし、将軍を罪人として京都へ送還する事態が生じては、追加法を発して内容を定めることはさらに難しいことだつたに違いない。

(31) 前掲『吾妻鏡』後篇・新装版 (二〇〇〇年) 一一八頁。

(32) 注(11)一三頁 (前掲『中世政治社会思想』上巻)。原文は漢文。本稿が参照する式目の条文は、本書所収のものである。

(33) 注(11)四三二頁の補注。御成敗式目の (注解者・) 補注者は笠松宏至氏。

(34) さしあたり、西田友宏『鎌倉幕府の検断と国制』(吉川弘文館、二〇一一年) 一六頁以下。

(35) 注(22)三五〇～三五二頁(前掲『吾妻鏡』前篇)。宣旨中「結構之至、既涉逆節者歟」の結構は企て、逆節は反逆のことである。

(36) 注(9)二七三頁(前掲『神皇正統記・増鏡』増鏡)。上皇の近臣や北面・西面の武士は弓箭兵仗の練習にあけくれたという記述を参照(同書二七一頁)。

(37) 藤原定家『明月記』建暦三年五月九日条、同年八月一日条。前掲『大日本史料』第四編之十二(一九七二年)四九六～四九七頁、五六五頁。原文は漢文。信能の情報では、義盛が泉親衡の乱の首謀者だという。

(38) 池内義資編『中世法制史料集』別巻御成敗式目註釈書集要(一九七八年)二二六頁。引用は「御成敗式目注、池辺本」による。濁点の有無は原文どおり。一定可殺者の一定(いちじょう)は、必ず。なお、六二四頁以下の解題を参照。

(39) 前掲『中世法制史料集』第一卷鎌倉幕府法六一頁。原文は漢文。

(40) 注(39)四六九頁。原文は漢文。

(41) 注(31)三八〇～三八二頁(前掲『吾妻鏡』後篇)。

(42) 注(31)三八三頁、注(39)一六〇頁。原文は漢文。

(43) 注(39)一六〇頁。所詮は、こうなったからには。

(44) 注(31)三九四頁、注(39)一六一頁。原文は漢文。この追加法は、父に代わる新六波羅探題として鎌倉を出立する北条長時に通達された。

(45) 注(9)三九三頁(前掲『神皇正統記・増鏡』増鏡)。益田宗「吾妻鏡の伝来について」三二四頁以下を参照。中世の窓同人編『論集中世の窓』(吉川弘文館、一九七七年)所収。

おわりに

律の定める謀反や謀叛は、朝廷の軍事組織が崩壊し、軍事的動員力が著しく低下した中世には、刑罰による制裁を期待できない、単なる法律用語と化した。武者の時代の幕を切って落したのは平清盛。武者の手で幕府を創建したのは源頼朝。頼朝は本来朝廷権力の篡奪者でありながら、一貫して朝廷に恭順の姿勢をとりつづけた。頼朝以来の幕府の姿勢を激変させたのが、承久の乱の事後処理である。幕府は、幼い天皇を退位させ、院政の主宰者たる上皇を遠島へ流した。これは、唯一の軍事組織たる幕府が謀反の罪の「反」を実行したものに外ならない。すなわち、承久の乱は正しく朝廷と幕府の力学を逆転させたのである。

とはいえ、幕府の成立や承久の乱の敗北により、朝廷の全国支配の枠組みが解体したのではない。朝廷は、依然として（関東を除き）全国を支配し、行政を行い、裁判を行った。しかし、実際に謀叛（謀反）がおきたら、朝廷にはそれを追捕し鎮圧する実力がなく、全国の軍事権・警察権を委任された（篡奪した）幕府が代わって追捕し鎮圧するしかなかった。そのさい謀叛は、朝廷の存在を前提とするものだったに違いない。その意味では、謀叛の語は死語ではなく、生きている法律用語だった。もともと、天皇ないしは朝廷に対する反逆を、朝廷自らの軍事力を以て追捕し鎮圧し、朝廷自らの手で制裁を加えるという律の想定から、現実は大きく食い違っていた。

承久の乱後、幕府は御成敗式目を編纂し、その中に謀叛人の篇目をおいた。篇目をおきながら、謀叛人については前以て内容を定められないとしたから、その内容は無に等しかった。幕府は式目のほか、謀叛に関する少数の追加法を立法したが、おそらくそれらは、式目の謀叛人の篇目を具体的内容を以て補うものではなかった。幕府は何か事が

おきたら、先例を参考として、容易に謀叛人だとして制裁を加えることができたのである。

式目は武家社会を適用対象としたから、謀叛人の篇目をおくなら、鎌倉殿（将軍）に反逆を謀ると記せばよかったのに、編纂者はそうしなかった。謀叛（謀反）の本来の概念にそつて、天皇ないしは朝廷に対する反逆のことを記すこともしなかった。幕府は、承久の乱の事後処理で、いわば超法規的に天皇・上皇・京都方の公家・武士らを大量に処罰した。さらに、宝治合戦以後、摂家将軍・親王将軍を罪人扱いで京都へ送還した。これらのことは、式目の謀叛人の篇目に内容を記せなかった理由でもあり、内容を記さなかった結果でもある。承久の乱後、幕府が後堀河天皇を擁立したばかりか、その第一皇子四条天皇が夭折すると、次に後嵯峨天皇を擁立した。持明院統・大覚寺統の迭立が行われた後も、幕府の意向が皇位決定を左右した。幕府が外から干渉して、朝廷の主宰者を誰にするかを決定する力をもったのである。北条氏の後継たる足利氏、その学僧が「天皇御謀叛」の奇語を使ったのも、故なしとしない。

イギリス救貧法における right to relief の形成について

——新救貧法の成立まで——

矢野 聡

1. はじめに

今日、社会保障を軸とした福祉重視型の国内政策をなお将来にわたって存続・発展させようとするれば、従来の立法及び行政に流れる思想と現代の社会保障の概念における権利論をより接近させるための研究が従来以上に必要となる。この認識の基底として、理論を構築するための背景をなす歴史研究による法律・行政の実体的検証のための作業が欠かせない役割を果たす。たとえばイギリス労働法の分野では、デーキンやウィルキンソン (S.Deakin and F.Wilkinson 二〇〇五) が歴史分析として展開したように、賃金・雇用関係が雇用主の独占から離れ、労働者の個人の権利として

新たな契約関係が成立するところから、近代的雇用の理論が発生する⁽¹⁾。これと同様に、福祉政策が従来の中世の国家行政ないし教会勢力によるパターンリズムから離れて、公共サービスとして給付の提供者と受給者との間に従来と異なる比較的対等な関係が発生し、定着する過程を検証する必要がある。そのためには、社会政策分野の法制度的主体が政変によって急激に影響を受けないオートノマスな組織体であり、サービス受給対象がともに何らかの認知を受けた個人を前提としなければならない。これはヨーロッパ大陸の「社会権」の生成と発展のための前提条件であろう⁽²⁾。こうしたことから個人を取り扱う場合には、規範理論としての福祉概念の位置を設定するため、歴史研究に触れないわけにはいかない。とくに社会保障における法学の学問的発展を分析・検証する過程において、こうした手法が必要不可欠である。

この作業をなす背景としてさらに言えば、わが国の近代福祉政策の基本をなす法律および行政の思想が、とりわけ欧米各国からの影響を強く受けて成立した事実を挙げなければならない。特に明治維新以降に導入された福祉に関する基本思想については、時にはアメリカを経由して今日においてもなお、もとのイギリスの制度や思想から多大な影響を受けている。したがって本稿は、イギリスの法思想の根源を探ることによってイギリス型福祉行政の特質⁽³⁾ 普遍性を理解するとともに、イギリス救貧法をめぐる最近の学界の動向を分析する中から、わが国の法体系を規定づける福祉思想の基礎を探求・整理することを目的とする。

社会福祉 (Social Welfare) という用語は、わが国では敗戦時まで一般的には用いられていなかったが、昭和 (日本国) 憲法にGHQによる条項の翻訳語として突然登場してから⁽³⁾ わずか半世紀あまりを経て急速に普及し、今日では全国的に普遍化している。これは第二次大戦終了以降、わが国の国家目標が大転換して、当時のヨーロッパとりわけイ

ギリスや北欧が政治的に希求し、実現しつつあった「福祉国家」を目標に設定したと連動しているといっている。そしてこの思想を翳した憲法第二五条は、今日でもなお人々の間で最もよく受け入れられているといえる。この福祉、ないし社会福祉という概念の発生源は、先に述べたようにイギリスに求めることができる。アメリカにおいて新保守主義の立場から社会福祉の歴史研究を行っているヒンメルファープ (G.Himmelharb) は、社会実験としてアメリカが「民主主義」の基本形を他の国に示したように、イングランドは「社会福祉」の基本形を示した、と述べている。⁴ イギリスは社会福祉の基本思想をなす法体系及び政治体系、そして社会福祉対象者に関して、国内行政施策としてその救済技法を世界で最も早く進めた国として知られる。この法的根拠が救貧法 (Poor Law) であつたことは有名である。イギリス救貧法は、およそ三五〇年以上にわたつてイギリス国内の社会福祉サービス受給者を対象に君臨した。ヨーロッパの他の国々が孤児、高齢者、障害者その他の貧民を救済する分野を長く宗教的慈善活動に委ね、その結果自国の実定法による貧民救済制度の法的確立が遅れた事実と比べれば対照的である。一九世紀のヨーロッパ大陸の国々が、福祉立法及び行政政策の近代的確立にあつて、多かれ少なかれイギリスを参考にした歴史的経緯から見ても、ヒンメルファープによる指摘は正しいといえるであろう。しかし日本国内で行われた救貧法の研究における今日までの到達点は、社会政策あるいは社会福祉の分野にしても、ウェット夫妻による政治色の強い歴史研究をめぐる解釈という極めて限定された領域に集中するという現象を呈してきた。⁵ この研究の閉塞をブレイクスルーする意味からも、イギリス救貧法の権利論的源泉について、今日までの研究水準を考察しながら分析することは重要であろう。

2. 救貧法 *right to relief*

イギリス救貧法は一六世紀のチューダー王朝時代に法体系の整備に向けた具体的法制化がすすみ、エリザベス一世の治世に、いわゆる「エリザベス救貧法」⁶⁾としてその完成をみた。その後も救貧法は、ピューリタン革命、名誉革命等の国内の政治の変遷の中で存続・発展を遂げ、一八三四年の大改正⁷⁾によって救済の対象を労働者階級の下層にまで広げることがあったが、時代によってその内容を巧みに変えながら、一九四八年まで存続した⁸⁾。イギリス国内で救貧法が長期にわたって存続しえた理由の一つは、一八三四年を境にそれまでのコモン・ローとして扱われた法的処遇から、近代イギリス国内の行政立法として巧みに転化できたからであった。このように、救貧法は大陸法とは異なるイギリス法の特徴を存分に備え、コモン・ロー的法思想の衰退後も機能を変化させて運用されてきたといえる。

救貧法も法である限り国内の社会政策を規定する行政的方向付けの役割を担いながら、イギリス貧民を生活困窮から救済するための法の定義に基づいて運用されていた。この運用の根本にある思想は、一九世紀に至るまで法律の理念、条項の中に明快に成文化されてはいなかったが、詳細に突き詰めれば、*right to relief*とどうなる。 *right to relief*とは一般に「被救済権」ないし「保護受給権」と理解され、旧救貧法の時代には領主と農奴、支配人と召使、そして職人と徒弟等との間の、封建的身分制における伝統的救済の慣例として存続していたという解釈が可能である。しかしわが国のイギリス救貧法史研究においてはじめて正面からこの問題に取り組んだ大沢真理は、このような日本語訳をせず、あえて原語による表現を用いた。その理由には、イギリスのコモン・ローによる用語の独特の構造と理解が、被救済権や生存権の概念に見られるような、人々に備わった固有の権利というヨーロッパ大陸的な法の理解と

いう道筋を招く恐れがあった、と推測できる。⁽⁹⁾ 英米法では常識の範囲に属するが、成文法のとらえ方自体がヨーロッパ大陸法のそれとは異なっており、大沢真理はそのことにとりわけ配慮した。筆者もまたこの立場に立ち、本研究の主題を翻訳語ではなく *right to relief* と表現する。ただその場合、大沢真理が一九八〇年代の時点で、もっぱらウェップ夫妻の救貧法史観をそのよりどころにせざるを得なかった当時の救貧法（及び定住法）研究の制約の中での問題提起、すなわち「権利の本質、権利者に相対する者の義務、第三者の地位や制度的保障等々」⁽¹⁰⁾ を、三〇年を経た救貧法の今日的研究の蓄積によって整理しようと試みるものである。

イギリス救貧法の歴史で、仮に人々の普遍的権利として、このような社会契約のもとで貧民の保護が行われていれば、日本国憲法が享受する第二五条の条文に明記されている「生存権」の起源が、まさにイギリス救貧法を通じて行われていたことになる。しかしヨーロッパ大陸の法とは異なっており、イギリス救貧法（旧救貧法）は、社会契約立法として理解するよりはむしろ慣習法の伝統を受け継ぐコモン・ローそのものとして理解すべきである。これはすなわちアングロサクソン族の侵入によるグレートブリテン島領地支配で示された法及び行政機構の伝統と経験を重視する統治形態が、基本的にノルマン征服王朝以降も継続し、さらに時代とともにその厚みを増していった結果とみるべきであろう。そこにある貧民救済とは、イギリスの国王および教会による統治、そして行政執行による「慣習的」原理であつたということになる。

さらに言えば、救貧法概念そのものを生存権に連なる解釈で推しはかることが救貧法の全体像を網羅することに必ずしもならない。なぜならば、救貧法は孤児、夫を失った女性、生活困窮者のほかに病弱者や失業者など、その適用範囲が広く、同時に浮浪者や犯罪者の取り締まりの一部としても機能していたからである。それでは生存権の源

流によらない救貧法を、コモン・ローの原理から説き起こす、というのはどのようなことであろうか。一八世紀からコモン・ローの法哲学は、もともとギリシャ時代にその発想が遡る「自然法 (natural law)」による理解としてイギリス法学界に定着していた。通常の自然法の理解には二つの種類がある。一つは自然秩序すなわち普遍的序列に関するもので近代国家以前の社会 (身分) 秩序もまた、この自然法によつて規定されることになる。もう一つは、個人は誰にも譲渡することができない固有の権利を有する、とするものである。アングロサクソン諸国の法哲学に属する国々は、現在でもなお知的判断の根底に自然法が屹立しているといつてよく、彼らの法を深く理解するうえで重要である。また、ホッブスにおける権力論、ロックによる社会契約論の背景をなす基本哲学も、自然法のこの解釈によつて理解が容易になる。こう考えれば、right to reliefはイングリランドとウェールズにおいて抽象的な「権力」ないし「民主主義」が獲得した固有の権利の明確な象徴とは必ずしもいえない。さらにいえば、わが国の憲法二五条を起点とする生存権保障の理念は、明らかにドイツ・ワイマール共和国憲法、すなわちドイツ法思想の影響を受けている。そのことがたとえば現行の生活保護法等の運用実態に厳格に適用されるかどうかはともかく、生存権保障を軸とした実定法の出自そのものがイギリス救貧法とは縁がない。さらに、この憲法二五条第一項は、その運用及び法解釈において判例や研究の流れから福祉対象者の総合的な権利向上を促す立法、というよりはむしろもっぱら「最低生活保障」の問題へとすり替わる傾向があり、それは主に金銭の最低保障給付の適切性へと収斂される方向性を持つ。¹¹⁾ すなわち、昭和憲法で謳われている「生存権」は、それを規定する上位概念を欠いている、と指摘できるであろう。しかし生活保護法の法理論はともかく、実定法上の解釈と運用の理解については、特に自立助長の側面から見れば明らかにイギリス・ベヴァリッジ計画の影響を見て取ることができる。¹²⁾ これを単純に言い表せば、ドイツ法理論のアングロサクソ

ンの運用、ということになる。わが国に特徴的なこの英米法とヨーロッパ大陸型の法思想の混在は、その論理的矛盾を解くよりも、何であれ利用価値が高いと思われる思想を積極的に吸収したという、わが国特有の外からの学問、文化の導入方法による歴史的形體として理解するほうが容易であろう。

救貧法に戻ると、一般的なイギリス救貧法史の説明としては、エリザベス救貧法にあるように今日という障害者、高齢者、孤児、未亡人等の救済と浮浪者、治安を乱す軽犯罪者の取り締まりを主な対象とするものであった。これはすなわちアングロサクソン族その他がその伝統として組織的に行っていた生活困窮者救済事業及びこれと関連する治安維持総体の国内行政の需要による法制化であり、金銭給付の発展はその具体化の一例にすぎなかったともいえる。しかし同時にエリザベス救貧法は教区の貧民監督官に三つの権限を与えていた。⁽¹³⁾すなわち第一に既婚であると否にかかわらず、自立助長のための職業あつせんを行う権限である。第二に、今日という身体障害者に最低生活を営むための現金給付を行う権限である。そして第三は児童の徒弟奉公のあつせんや就労のあつせんを行う権限であった。救貧法そのものは、これら社会政策全般を含む広い範囲の中で行われる行政であった。

救貧法と *right to relief* との関係について、さらに述べてみよう。一八八一年にイギリスの救貧法を解説したフォール (T.W.Fowle) によれば、救貧法は「我々の感覚で現存する(窮乏状態を救済する意味での) 法とは全く言えない。それらと呼ぶならば貧民に対する法、および労働権のための法としたほうがより適切である」と述べており、⁽¹⁴⁾この理解の仕方を救貧法史の研究を行ったウェブ夫妻も引用している。⁽¹⁵⁾この意味するところは、ヨーロッパ大陸法においてしばしばみられるように、人々の権利を「社会権」化してこの概念のもとに法的な判断を下す法基準とした、ということではない。少なくとも一九世紀にいたるまで、イギリス救貧法をめぐる裁判上の裁定において、このよう

な解釈を以て判例の根拠にされたことはない。貧民の *right to relief* は、主に統治者によるコモン・ローの運用から、長い年月をかけて次第に行政および教会勢力の最小行政単位である教区を通じて全体に普及していった、ということである。⁽¹⁶⁾ ちなみに *right to relief* についてヒンメルファーフは、「生存のためのすべての資産を法的に保障することによって、イングランドは貧民に労働の義務からの救済を行った」と述べる。⁽¹⁷⁾

ところで社会福祉の源流をなすイギリス国内法には、救貧法のほかにもう一つの立法があげられる。これが一六六二年に制定された定住法 (*settlement and removal act*)⁽¹⁸⁾ である。定住法は、全国各地ですで行われていた、教区が発行する定住戸籍 (*settlement*) を制度化したものだ。この法律の必要性は、清教徒革命による国内混乱による人口移動による治安の不安定化によって起こった。端的に言えばエリザベス救貧法の治安維持的強化策の一環であった。定住法は、イギリス国内の政治変動の補強的役割と考えるべきであろう。ちなみにイギリス最初の救貧法史研究家バーン (*R. Burn*) も述べるように、エリザベス救貧法制定以前の生活困窮者への救済もまた、定住戸籍の確定したものに對して行われていた。⁽¹⁹⁾ 旧救貧法研究の権威であるスラック (*P. Slack*) は、同法の内容を以下のように要約している。

- (1) 新たに教区に来たものは、二名の治安判事によって四〇日以内ないし少なくとも一〇ポンド以上の価値のある家に居住していない場合、住民から苦情があれば退去させられた。例外的に出身の教区がいくつかの環境条件によって居住を認めた。

- (2) ロンドン貧民法人による活動の存続が認められ、その他はそれぞれの郡が行うこと、とされた。

- (3) 巨大な北部の教区、街区は、自分たちの貧民監督官を置くことができた。⁽²⁰⁾

このように、定住法は救貧法と名称が異なる。だが、その内容は、具体的に言えば救貧法受給の法関係の明確化で

ある。すなわち、救済受給権の教区戸籍保持者への明確化であり、それ以外の貧民および不審者を排除する権利の明確化でもあった。また(2)、(3)の内容をみれば、明らかに救貧法を前提とし相互に補完する役割を有した法律であった。一八世紀までの定住法による慣習法的裁定からすれば、イギリス国内の定住権を得る（つまり父方の出自の証明により出生地が証明される）ことと救貧法による救済を受給できる権利とは連動していた。さらにこの定住法はいくつかの改正を経た。たとえば一六八五年改正法は一六六二年法の継承だが、入来者が到着について書面での通知を教区官吏または貧民監督官のうちどちらかの一人に与えた日付から四〇日までの住居期間につき始まるように定義した。言い換えれば、四〇日の滞在が、教区官吏のもとで本人及びその家族が認知した滞在期間、というように緩和されたこととなる。⁽²¹⁾

これを受給側から見てもよい。生活に困窮した人が援助を求めて最初に向かう対象は通常教区官吏、とりわけ「貧民監督官 (overseers of the poor)」である。貧民監督官が援助を必要と認める基準は、さしあたり本人が飢餓の状態にあるかどうか、である。つまり飢餓という緊急性による援助の必要性は、貧民監督官個人の裁量によりある程度の恣意性を想定することができる。しかし、救済決定権は、あくまでも治安判事が有していた。したがってたとえ貧民監督官が救済の給付を拒否する場合でも、その決定は治安判事によって覆される場合もあった。すなわち、援助を求めた人が、不服申し立てをする権利が認められていた、ということになる。もともとこれは明瞭に成文化されたものではなく、個人の権利として通常に行われていた手続であった。チューダー王朝の当時一五〇〇〇余に及んだ教区の教会活動を含む行政事務のスタッフは、それぞれ「緊急的措置」としてこれらの人々の受け入れや食事、宿泊の世話をを行った。つまり救済は、法的には救貧法行政ではあるが、一七世紀の当時はその土地で行われた過去の救済に沿って

独自の方式で行うという、必ずしも法執行の厳格性を重視しない、比較的緩やかな仕組みの下で行われた。治安判事や貧民監督官、それに他の事務スタッフが行う実際の救済による法の執行には、個人の裁量が多くかわるとみなされる事例も少なくはなかった。⁽²²⁾ しかしこの裁量権は仮に生活困窮者が自分のところに居住証明としての定住戸籍 (settlement) を有する住民であれば、定住法に従って必ず救済しなければならず、定住法についての彼らに対する恣意性は、限定されていたと考えられる。⁽²³⁾

定住法は一六九一年にまた改正された。⁽²⁴⁾ 改正点は救貧救済の受領において、教区居住者の登録を導入し、証明書を発行したことであった。このため、

- (1) 地方税の支払い、徒弟奉公、年季奉公が定住戸籍の資金となった。
- (2) 教区会は年金支払者の証明名簿を各年作成し、治安判事の権限による認証がなければ名簿の名前が追加できなかった。⁽²⁵⁾

さらに一六九七年になって改正が加えられた。⁽²⁶⁾ 改正の内容は証明書制度の導入および教区民への従弟割当に関するもので、

- (1) 証明書を持った新参者は、理由があるときに出不ければ退去させることができない
- (2) 救済を受けているものはバッジをつけなければならない
- (3) これを拒否するものは、過料として窮民徒弟奉公に出される

というものであった。⁽²⁷⁾

既に述べたようにこの最終決定権は、四季巡回裁判を通じた治安判事によって行われた。救済に対する法的な整備、

言い換えればイギリス救貧法及び定住法の適用は、一八世紀以降になって順次行われ、時代が求める国内行政法的装いを増しながら持続していったといえる。ちなみに一六九七年法は、定住法の法的解釈をさらに柔軟にした。個人が証明書ないしバッジをつけて定住戸籍から認定を受けるという行為は、貧民の汚名という意味ではなく、被受給者にとつて限りなく *right to relief* の権利獲得に接近するものであった。チャールズワース (Charlesworth) の著述によれば、内容的にこれが法律に規定・明文化されるのは、一七一四年である⁽²⁸⁾。一七一四年定住法改正法の概要は、援助を申請した生活困窮者が貧民監督官によつて救済の給付を拒否された場合、治安判事に対して再審査を請求できることを定めた。また定住法で確認できない状況にある生活困窮の状態にある、義務を全く伴わない立場の部外者についても、すべての立法に先んじて人道的見地から、飢餓状態から救うために救済を与えることを認めた⁽²⁹⁾。

同法の内容をみると、被救済者の権利性の明確化は先にも述べたように人民の権利として謳いあげるものではなく、救貧法適用時に行政上の義務規定の中から現れた。言い換えれば、実際の救貧行政における保護救済の緊急性に即して、救貧法の運用を緩和する過程の中から体験的に出現した施策の結果が法に反映された。すなわち旧救貧法体制の下で、改正定住法を通じた生活困窮者の *right to relief* という独立した概念は、一八世紀前半から認識され始めたと考えてよい。

チャールズワースの説明による一七一四年法の条文の内容は次のとおりである。「定住法で確認できない状況にある生活困窮の状態にある、義務を全く伴わない立場の部外者についても、すべての立法に先んじて人道的法の見地から、飢餓状態から救うために救済を与えることを認める⁽³⁰⁾」。ただ、定住法による居住地確認の明瞭な受給対象者は、このような紛争事例に遭遇することはほとんどなかった。この法律によれば、「生活困窮者は、彼が困窮状態であれ

ば、教区に戸籍を持つ定住者であろうがなからうが、救済されなければならない」という表記がある³¹⁾。ところで、実際に貧困救済業務にあたる教区官吏は、当然ながら救貧法の執行業務と同時に、教会の牧師による指揮命令系統にも属していた。救貧法の法的救済は教会の勢力による裁量というフィルターも通していたことになる。教会の倫理観によれば、特に生活が困窮した未婚の妊婦等に対しての救済は、あまり資料が明確ではない。一八世紀後半までは、教区の中にはイギリス高等法院による救貧法の指令と争う事例もあったが、生活困窮の救済の緊急性から、また後に述べるギルバート法に見られる人道主義化の流れから、本人の救済が優先されることとなった。

法律によって生活困窮者の保護の緊急性が確立すると、書類による申請保護行政による手続きの遅れと、浮浪化する貧民の収容の非効率性を挽回するための動きが顕著になった。すなわち救貧施設を建設し、そこに生活困窮者を収容する動きが加速したのである。すでにイギリスの各地で建設が行われていた「ワークハウス」の建設促進が叫ばれるようになった³²⁾。こうした背景から議会で成立した立法が一七二二年のナッチブル法 (Knatchbull's Act) である³³⁾。別名ワークハウステスト法とも呼ばれるナッチブル法は、教区におけるワークハウスの建設促進と定住法の居住制限を強化する狙いがあった。その概要は次のとおりである。

- (1) 治安判事によって宣誓が行われた証拠がなければ、どのような附加的な救済リストも用いてはならない。
- (2) 教会管財人と貧民監督官は、教区住民の合意のもとで、ワークハウスおよび複数のワークハウスを借り上げ、そこに貧民の生活維持と就労のためならだれでも契約をするようにしなければならぬ。
- (3) これらを拒否する貧民はワークハウスに入れて救済を行わないようにする。
- (4) これらの目的のために二およびそれ以上の教区が治安判事の合意のもとで連合できる³⁴⁾。

このように、当時は浮浪化の防止による貧民の当該居住地への留め置きのための施策が大きな課題となった。

一八世紀を通じて、判例から貧民の有する証明書の有効性が際立った。これをチャーズワースから転用すると、証明書の有効性は技術的に送致する場合のみであること (Rex v Wensley)、³⁵そしてそれは特定の教区に向けられるものではないこと (Rex v Lillington)。しかし、もし証明書のある教区、保護を申請した教区以外の第三の教区へ移住しそこで定住戸籍を得ようとした生活困窮者は、³⁶またもし元の定住戸籍のある教区に二年以上戻れば、その定住戸籍の法的効力を失効させることが認められた (Rex v Newington)。ちなみに証明書の発行は二名の治安判事によるもので、当然ながら自由裁量の余地は高かったと推測できる。教区には貧民の移動をコントロールする法的権限はなく、ただ定住権がないものは除去し、定住権を有する者に証明書を発行した。しかし定住法に従って治安判事に上程する判断については、教区会の決定が影響した。この結果、保守的な教区では教区の救済費用節約のために新たな労働者の流入を制限し、その結果当該地区の近代産業の生成や労働市場形成の速度を鈍らすこととなった。

旧救貧法に見られるように、コモン・ローの伝統による法解釈が動揺する一九世紀に入ると、近代法規の装いのもとに right to relief は次第に具体的な形容となって表れてきた。同時にそれは、旧救貧法及び定住法の再定義を要求するものでもあった。政治的に見ればウィリアム・ピット (W. Pitt)、ウィルバーフォース (W. Wilberforce) 等の人道主義的貧困救済観による最低賃金制度の提唱等によるホイッグ的議会の動きがあった。もちろんその背後には、この時期の穀物の不作等による経済不況と物価の高騰という深刻な状況があったことは付け加えなければならない。政治的な変化では、このようにキリスト教福音主義による政治、また経済不況を背景として一七九五年にはウィリアム・ヤング法 (William Young Act) が制定された。³⁶ 同法は、定住法のさらに大幅な緩和を示す内容で、生活困窮者が

他の教区に移住したいと思うだけで移住できるようになった。翌年に新たに制定されたヤング法⁽³⁷⁾によって定住法による居住地制限が大幅に緩和された。同法によれば、救済を申請するものの取り扱いについては、証明書の保持の有無にかかわらず当該教区で救済を行わなければならないということになった。従って困窮者を他教区へ移す、ないし救済を拒否する根拠をなす証明書の保持、という法的根拠は次第に薄弱になった。

一七九五年ヤング法の第一章条文は、一六六二年定住法の欠点を長く論じた。その欠点とは、定住法が以前の定住戸籍のある教区に送り届けられて、それ以外の教区へ移動できないということであった。一八五二年のパシユリ (Pashley) の著述⁽³⁸⁾によれば、ヤング法の条文には窮乏の主原因は本人の疾病であり、それがたびたび続くので元の教区へ帰還する際にこうむる災害について、第二章条文では『貧困者はしばしば退去されるか当該教区を通過する。疾病にり患しているながら移動するということは、彼らにとって大きな生命の危機である』と述べている⁽³⁹⁾。一七九五年法は、こうして従来は移動が不可能だった貧民についても、第二の場所に移動することを可能にした。さらに、生活困窮者を定住戸籍のある教区へ移送する際の費用は従来相手の教区の支払いになっていたが、それを担当教区の支払いとした。これによって、教区移動の制限にかかわる一六六二年定住法の運用は、さらに緩和された⁽⁴⁰⁾。だからといって一七九五年ヤング法が生活困窮を訴える貧困者を定住法の基本である元の教区に送還する手続きをやめたわけではなかった。その後も証明書の発行やコモン・ローによる法的な裁定は残ったのである。しかし、ウィリアム・ヤング法によって示された定住法の適用緩和の方向は促進された。たとえば陸軍兵士や海軍水兵の予防的移住の仕組みはすでに一七八四年に終了していたし、一七九三年のローズ法 (友愛組合法) は友愛組合の会員には教区移動が及ばない、という例外事項が設けられた⁽⁴¹⁾。一八〇九年には貧民に関する定住法の改正法が成立した⁽⁴²⁾。この内容は、疾病にり患し

ている生活困窮者の移動を免除するものであった。こうして初期の定住法の効力はさらに薄れたが、その存在はなお新救貧法の条項においても残存したのである。

3. right to relief 具体化の過程について

救貧行政における right to relief の概念を法律の観点からはじめて、おそらく決定的なまでに明瞭に定義したのはベンサム (J.Bentham) であろう。イングラントにおいて旧救貧法の行政手法への問題と財政負担の問題が表れた一八〇〇年代初頭は、法学的には時を同じくしてコモン・ローに対する懐疑が高まった時代であった。周知のようにコモン・ローへの反論をもっとも強力に推し進め、近代イギリスの法実証主義と功利主義の体系を打ち立てたのはベンサムであった。ベンサムがコモン・ローに対して向けた批判的理論の一つが、ほかならぬ旧救貧法の処遇をめぐるものであった。ベンサムが捉えた旧救貧法は、歴史主義と権威主義によって運用されていたコモン・ローの代表のひとつでもあり、したがって残滓でもあった。ベンサムはコモン・ローの批判、すなわちオクスフォード大学時代の恩師ブラックストーンの学説に対する権威主義への反発とともに、功利主義理論による自らの理論確立のためにも旧救貧法に代わる(新)救貧法理論を自らの手で行わなければならないと考えた。しかし、彼が救貧法に関する考察を始めるきっかけは、一九九七年当時の、彼の友人であるピットやウィルバークス⁽⁴³⁾を代表とする議会の議員たちが、人道的見地から最低賃金や救貧法適用の緩和を打ち出した動きを見てからであった。実際彼の新救貧法へ向けた個人的見解はその内容が公開されたわけではなく、直弟子のチャドウィック (E. Chadwick) に受け継がれて、彼による法思想として体系化された⁽⁴³⁾。

ベンサムの救貧法に関する書簡は、一九九〇年代までごく一部の者にしか明らかにされていなかった。当時のイギリス指導層が影響を受けたであろうベンサムの救貧法の見解は、したがってウェッブ夫妻をはじめ、それ以前の救貧法研究者が検討したくてもできないものであった。ところが今日マイケル・クウィン (Michael Quinn) が編纂したベンサムの救貧法書簡集によって、それを知ることができる。クウィンによれば、ベンサムは定住戸籍の所在が明確である以上は救済が与えられる権利、すなわち救貧法受給権が発生する、と明瞭に述べる。クウィンの注釈によれば、ベンサムは *right to relief* つまり救済を受ける権利がイギリスのコモン・ローから発生するものだとし、同時に法的根拠を救貧法及び定住法とし、その表現を *no man, settlement or no settlement shall be left to starve* としている⁴⁴。したがって生活困窮に対する救済の受給権は、ベンサムによってもまた定住法によって担保されたと見てよい。

実際、救貧法と定住法の二つの法を全体として一つとみなすシステムの中で、救貧行政はそれらに規定された治安判事と貧民監督官の行政機構による行政裁量として扱われた。たとえば救済の申請も給付の決定も、さらには荘園領主や教区内の富裕な人々から徴収された地方税も、長い間外部の政治的変動に左右されることなしに大きな矛盾もなく執行された。この意味は大きい。中世から近代にかけて、他のヨーロッパ諸国と同様に、イギリスにおいても政治的な変動が続いた。エリザベス救貧法の成立以降、ピューリタン革命、名誉革命等、イギリスの政治的動乱は決して小さくはなかった。こうした国内動乱による中央政権の決定的な変更の中でもなお、行政管轄区としての教区における救貧法行政の執行は、大きな変化を経ることもなく維持された。ベンサムの理解によれば、旧救貧法による法の執行とは、定住法による戸籍の確立によって被救済権もまた生じることを前提とすることとなる。これは当時の経済学者の多くが、賃金基金説を根拠に救貧法廃止の論陣を張った事実と比べて、法学者としての彼の当然の理解といえる。

同様にスネル (K.D.M Snell) は、定住権を有する教区に居住する者の救済は、「特殊な特権」言い換えれば「貧民の」特殊な権利といえる、と述べる⁽⁴⁵⁾。しかし一八世紀の後半になると産業革命、アメリカ独立戦争、フランス革命、そして第二次エンクロージャーを含む、人口の増加及び都市化と流動化が、結果として定住法を根拠とした旧救貧法行政の持続を困難にした⁽⁴⁶⁾。

先述の、ベンサムによる救貧法関係書簡集に従えば、right to reliefの内容について法律上比較的明瞭にしたのは、ギルバート法⁽⁴⁷⁾であると指摘している。同法の内容は、自分たちの事情により、居住している地域からすぐに生まれた地域に移動ができない居住者が、生活困窮という事由により救済を要求する場合、救貧法による救済の提供者の責任としてギルバート法第三八章を適用する、とある。ちなみにギルバート法第三八章は以下のように記している。「どの教区、街区、場所でも、該当するところに滞って、公式の定住地を持たず、何らかの事故に遭遇して、または危険な病気や身体が疾患状態になり、しかも生存のための資産を持たず、手続きを彼らの定住地に送りえない貧困者を扱う場合は、当該場所の近くの貧民保護官は要求に基づきあるいはそのことを察知して、彼らが安全に移ってゆけるようになるまで住む場所を提供し、適切な食物を与え、かつ扶助（必要な衣服も）するべきである⁽⁴⁸⁾。」この条項の意味するところは、緊急性を有しかつ出自が明瞭ではない生活困窮者でも、従来の定住法による制限を超えて地元の救済資源および財源によって救済すべきだとの見解を示すものである。これは基本的には当該居住地に貧民を固定しようとする定住法の目的を基本的には維持しつつ、さらに運用上は緩和する内容である。実際の救済がそこに存在する生活困窮者の申請によって行われるとする法律の観点から、明らかに近代的公的扶助の「緊急性の原理」を導くものになるといえるであろう。しかしギルバート法は、イギリス国内の地方政府によって広く採用されたわけではなかった。

ギルバート法の趣旨の一つは、教区の連合によってワークハウスを大規模にし、有給の管理者を置く、というものであったが、実際およそ一五〇〇〇の教区のうち、この仕組みを採用したものは九〇〇余り、教区連合の設立は六七でしかなかった。⁽⁴⁹⁾ ギルバート法成立に象徴される、キリスト教福音主義派による運動とも連携した救貧法の人道主義化は、一八世紀後半の産業革命の勃発によるイギリス新中産階級の台頭と労働者階級の発展、言い換えれば貧民の賃労働者化の促進の過程で必然的に発生したのは事実であるが、それが効果的に機能したとは言えない。なぜならば、アダム・スミスも述べたように工場制工業の発展はその前提として労働移動の自由化が要求される。しかし、ほかならぬ定住法の存在が、次第にこの時代の労働力自由化の阻害要因となる、との理論である。しかし、一八世紀末から一九世紀初めにかけて行われた、いわゆる貧困をめぐる論争で、たとえばマルサスは貧民の人口増加を農業による穀物生産と工業製品の増加との関係で説明し、賃金基金説として説明する中で救貧法解体論を展開した。マルサス、リカードゥ、そしてナツソウセニア等の当時の経済学者にしてみれば、古典的賃金論の中に貧民の権利や義務規定が入り込む余地はなかったのである。

これに対し、法学者ベンサムは貧困問題を都市化による人口増加に付随する現象としてとらえることをしなかった。むしろ、私的所有の多寡によって人口増加は制限されるという論拠によっていた。たとえば彼は次のように述べる。「人口というものは性交への願望によって制限されるものではない。それは生存に必要な資産によって制限される」⁽⁵⁰⁾。このようにベンサムは救貧法解体論者には与せず、生活困窮者に対する施設収容の方法へと論を導いていった。彼が示した貧困 (poverty) と生活困窮 (indigence) の区分による救貧法の存在論的理解は、その後チャドウィック (F. Chadwick) によつて (ベンサムの説によらない) 救貧法擁護論となる。⁽⁵¹⁾ しかし今日、この区分法による救貧法の社会福

祉立法としての再定義の先駆けを作ったのはすでにベンサムであることが、彼の史料によって明らかとなっている。⁵²⁾

4. 新救貧法への right to relief のこと

ウェットプ夫妻によるイギリス救貧法史研究が刊行される以前の二〇世紀初めまでのイギリスの見解によると、イギリス救貧法において最も鮮明に被救済者の権利性が明示されるのは、一八二四年の救貧法改正の第五章の表記であった。これによれば、教区の官吏（貧民監督官ないし救済官等）は「そのたびごとのケースで一時的な救済が要求された場合、究極的必要の範囲で」救済を行う、というものである。⁵³⁾ところが、法の表記には肝心の「生活困窮」の定義が示されていない。救済は申請によるが、救済の判定は依然として教区委員か貧民監督官、そしてそれを認定する地方の治安判事の裁量に任されていた。これが、権利性に関する明確な規定を伴わなくても貧困者処遇の行政措置を実現できたイギリスの伝統といえる。一八三四年の新救貧法でも、定住法の条項は存続した。しかし、それ以前の貧民に対する条項は大幅に削られた。⁵⁴⁾新救貧法は教区と定住戸籍保持者との個人の権利性、義務と負荷の関係について明瞭に認める、という点でコモン・ローを離れた近代法の様相を整えた。同時にイギリスの特徴でもあるが、貧民救済の対象は個人ではなく、世帯主を筆頭とする家族として取り扱われた。家族という集団が救済の対象となっているにもかかわらず、個人の「権利性」としてみなされたのは、定住法による相互補完の機能であったと思われる。定住法による戸籍は、婚姻及び出産時の戸主を規定し、また居住地の移動についても戸主の責任を明確にした。定住戸籍の法的根拠もまた、戸主の配偶者ないし子供であることが条件であった。したがって、救済の判断は定住法による個人が所有する権利性によって裏打ちされていたと考えることができるのである。⁵⁵⁾だが、新救貧法においては労働者

の圧倒的多数に、この条項が当てはまらなくなった。新救貧法は、労働者に対して定住戸籍の相続を断ち切った。これによって、救貧法が伝統的に与えていた定住戸籍による救済権が消滅したのである。⁵⁶これは、中世以降維持されてきた地方行政の「教区」による優位性が終焉を迎える象徴でもあった。総じていえば、一八三四年の新救貧法制定に関連した当時にイギリスの社会改良者たちは、その中央集権制への指向が、地方からたとえ反発を受けようとも、その対案の手法として旧救貧法が獲得した権利性を持続させることを強調しようとはしなかった。

既に考察してきたとおり、議会や議会外の知的指導者の運動による旧救貧法体制の動揺と、新救貧法成立へ至る過程は、受給者たる貧困層が自らの処遇に対する不満を表明するという、受益者およびその利害代表による強力な意思表示の結果としてではなかった。議会を流れた人道主義(キリスト教福音主義)による救済強化による立法の動きはあったが、決定的なものではなかった。結果はむしろその逆であつて、地方税として徴税される当時の支配層の救貧税負担の耐え難い重さから沸き起こつたのであった。そして貧民救済に関する論点は、救貧法研究という名を借りながら、法律としての権利や義務を強調する視点ではなく、経済学および経済思想史の視点によつてのみ、論じられたということが出来る。

このようにイギリスにおける「上から」の需要によつて行われた貧困に対する社会政策は、歴史的に見ても特徴的である。たとえばこの傾向はおよそ一〇〇年後の一九世紀末から二〇世紀初頭にかけて行われた「貧困問題」をめぐる社会政策が、貧困問題を取り上げる際にも発揮された。問題の設定と社会改良の動きは、貧困者自身および仲間の社会主義による権利性や団結の問題として設定する階層からではなく、むしろそれを対象化して取り上げられる富裕なグループの人々によつて遂行されてきたといえる。⁵⁷ともあれ、こうして出現した一八三四年の新救貧法に対して

right to relief からの評価を試みよう。一八三四年の新救貧法成立は、チャドウィックをはじめとしたベンサマイトと呼ばれるベンサム思想信奉者によって先導され、実現した。思想的指導者のベンサムは、一八世紀から一九世紀のイギリス近代法学の確立に寄与し、コモン・ローを批判し、各人の持つ個別の権利を最大多数の最大幸福という社会的連続性へと押し上げた。確かに彼の基本原理は、功利主義として知られる幸福の最大化であるが、それは当時の自然法解釈による王室・旧貴族、教会および領主等伝統的中産階級の利害擁護のための貧民抑圧ないし放置、すなわち救貧法の廃止を主張するものではなかった。⁵⁸⁾

また、当時のイギリス古典派経済学者を理解しようとするあまり、新救貧法の立法趣旨があたかも労働権とのトレードオフ、すなわち労働テストと引き換えの生存給付を規定しようとした、という考え方を容れるわけにもいかない。なぜならば、すでに筆者が二〇一一年の論文で明らかにしたように、新救貧法の思想的原則を作ったのはノッティンガムシャーのワークハウス行政や治安判事に関係した専門家たちであった。彼らが確立した「劣等処遇」や「ワークハウス収容」の原則は、法的に生活困窮者の個人としての権利を認め、その生存を保障する範囲内での取決めであった。新救貧法の原則を提唱した人々は確かに当時の経済思想家の影響は受けたが、それによって right to relief の原則を放棄し、救貧法解体を唱えたりするものはいなかった。⁵⁹⁾ 一八三四年の新救貧法による貧民抑制とは、救貧税負担の効率化を意図する内容であったが、旧救貧法からの基本原理は貫かれていたのである。しかし同時に、定住法の権限の削減により、権利上の変化は大きかったといえる。すなわち、新救貧法の条文によって貧困救済に関する地方の自治裁量権、言い換えれば教区の救済権を奪った。このことは、コモン・ローからの伝統である個人の救済権をなく奪し、新たに国内行政法による貧民統治に移譲する転換点となった。チャールズブワースは、この時点から

貧民の救済がコモン・ローとしての「権利」から「行政の寛大さ」へと変容した、と述べる。⁶⁰⁾

以上みてきたように、救貧法史研究における *right to relief* の概念を通じた定住法との一体的分析の視点は、英米を中心とした研究の水準において、今日では定説といえるであろう。しかし先にも述べたように、英米諸国の研究過程からしても最近の研究成果に属しており、当然ながらわが国においてこの視点について早くから指摘されていたわけではない。先に述べたように、*right to relief* の概念は一九七〇年代から比較的早い時点で着目し、分析を行ったのは大沢真理であった。大沢真理は自身の著作でウェップ夫妻の著作や「J.H. マーシャルの論文を引用して新救貧法の「自由主義段階論」における *right to relief* の概念を整理した。この視点の重要さは、それはすでに述べたように社会政策における「扶助請求権否認の自由主義国家像」として、経済思想史の中で半ば「常識的」な解釈が通っていた時期において、この種の議論の一つの重要な立脚点のただなかで敢えて提起した研究視点であったことである。この作業で大沢は、ベンサムや後の法学者による新解釈が現れるはるか以前の当時の文献の制約の中で、膨大な資料を検討したうえで *right to relief* の概念は明らかにウェップ夫妻が誘導する方向とは異なる、と見抜いた。⁶¹⁾ もっともこれはすでに述べたように、ウェップ夫妻が当時の時点でも知りうる史料の限界から導き出された結論の隘路を突く視点といってもよい。しかし、今日の救貧法研究者の間では「常識」に位置する定住法と *right to relief* の概念との法的な関係について、一八三四年の時代がそれほど注目していた、という事実はない。⁶²⁾ 大沢真理の分析も、救貧法委員会が当時ようやく用い始めた *right to relief* の概念を、必ずしも定住法の存在とその変遷に沿って考察できる状況になかった中での、難解な解釈に終始している。⁶³⁾ 新救貧法における定住法の位置は、まさにコモン・ローの適用の残滓と、近代法との入れ替わりについて、時間をかける形で移行させるといふセレモニーの一つとして作用したとみられ

る。こうして新救貧法は国内行政法のひな型を示し、イギリス近代法体系がさらに確立するとともに、新救貧法内の
コモン・ロー的側面が次第に消滅の過程をたどることとなるのである。

(1) この分野では Simon Deakin and Frank Wilkinson (2005) *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press が最も詳細である。

(2) ドイツ連邦基本法では、社会権のうち個人の尊厳に関する項目が生存権より優位の位置にいることはよく知られた事実である。

ドイツ基本法第一条「人間の尊厳、基本権による国家権力の拘束」*Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt*を参照のこと。

(3) 周知のように、わが国で「社会福祉」という用語が登場したのは憲法第二十五条第二項、「国は、すべての生活部面について、社会保障、社会福祉及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」という条文からである。この第二項については、原案が我が国の国会によるものではなく、GHQによる条文の翻訳であることは知られている。それ以前は、今日の社会福祉のことをわが国では「社会事業」と呼んでいた。

日本国憲法第二十五条第一項の成立に関する事情については、矢野 聡 (二〇一一) 『日本公的年金政策史』ミネルヴァ書房、五八一―六一頁を参照願いたい。

(4) G.Himmelfarb (1984), 'The Idea of Poverty', Faber :London, p.5

(5) 新救貧法と古典派経済学との連関を最もよくまとめた論考として、森下宏美を挙げることができる。しかしこれもまたわが国の救貧法研究の蓄積の多くがそうであったように、経済思想史からの論考であり、新救貧法という法制度を扱いながら法思想とその運用の変化と発展にまで踏み込んだ内容ではない。

森下宏美 (二〇〇六)、「救貧法改革と古典派経済学」、『北海道大学 経済学研究』、第五六卷第二号、pp.51-62.

イギリス救貧法における right to relief の形成について (矢野)

四九 (二二二)

- (6) 1601. 43 Elizabeth. cap. 2.
- (7) 1834. Poor Law Amendment Act, 4& 5 William IV. cap. 76.
- (8) イギリス救貧法は、一九四八年に成立した「国民扶助法 National Assistance Act 1948 : 1948 c. 29 (Regnal. 11_and_12_Geo_6) によって、法制上は最終的に消滅したといわれている。しかし、ワークハウスの遺構や劣等処遇の精神の存続など、救貧法に付随した国内の意識はすぐにはなくならなかった。
- (9) 大沢真理 (一九八六)、「イギリス社会政策史 救貧法と福祉国家」東京大学出版社 はしがき
- (10) 同右二頁
- (11) これについて、最近の個別の研究を取り上げることにはしない。たとえば、社会政策学会第一一九回大会の共通論題、「最低賃金制度と生活保護制度」を参照願いたい。
社会政策学会誌 (二〇一〇)「社会政策」第二巻第二号、ミネルヴァ書房、五一―四七頁
- (12) 例えば戦後の生活保護行政を先導した木村忠次郎も、また小山進次郎も、その解釈と運用の方針についてはイギリス法による福祉国家思想の影響下にあった、ということができであろう。
小山進次郎『改訂増補生活保護法の解釈と運用 (復刻版)』全国社会福祉協議会、二〇〇四年
- (13) 1601. 43 Elizabeth. cap. 2. 'For the Relief of the Poor'
- (14) T.W.Fowle (1881), 'The Poor Law' London Macmillan and Co. p.55.
- (15) Sidney and Beatrice Webb (1963), 'English Poor Law History Part1: The Old Poor Law' Frank Cass and Co. p.397.
- (16) 実際、エリザベス救貧法が普遍的な法律としてイングランド、ウェールズ全体に普及するのには一〇〇年の歳月がかかったといわれている。
- (17) G.Himmelfarb, *ibid*, p.149.
- (18) 1662. 14 Charles II. cap. 12.
- (19) R.Burn (1764), *The History of the Poor Laws*, Reprinted 1973 by Augustus M. Kelly Publishers, pp106-111

- (20) P.Slack (1990), *The English Poor Law, 1531-1782*, Cambridge University Press,p.54.
- (21) Charlesworth L. (2010), *Welfare's Forgotten Past*,Routredge p.52.
- (22) これについては多くの研究がある。最近ではBedfordshireの教区の救貧法運用事例を分析した、Samantha Williams (2011), *Poverty, Gender and Life-Cycle under the English Poor Law 1760-1834*, The Royal Historical Society: The Boydell Press を参照願いたい。
- (23) Charlesworth L. (2010) ibid. p.50
- (24) 1691. 3 William and Mary, cap. 11. 'For ... supplying the Defects of the former Laws for the Settlements of the Poor'
- (25) P.Slack (1990), ibid. p.54.
- (26) 1696-97. 8&9 William III. cap. 30. 'For supplying some Defects in the laws for the Relief of the Poor'
- (27) P.Slack (1990), ibid. p.54.
- (28) 1714. 1 George I. Ss 1, 2,Charlesworth L. (2010), ibid.,p.50.
- (29) Charlesworth L. (2010), ibid., pp.50-51.
- (30) Ibid.p.51.
- (31) Ibid.p.51
- (32) この動きについては矢野 聡 (二〇〇八)「ワークハウス概論(1)」、『政経研究』第四五巻第二号、日本大学政経研究所、一―二四頁を参照願いたい。
- (33) 1722. 9 George I. cap. 7. 'For Amending the Laws relating to the Settlement,Employment and Relief of the Poor (Workhouse Test Act)',
- (34) P. Slack (1990), p.55.
- (35) Charlesworth L. (2010) ibid. p.54.
- (36) 1795. 35 George III. cap. 101. An Act to prevent the Removal of Poor Persons until they shall become actually Chargeable

- (37) 1796. 36 George III. cap. 10 and 23.
- (38) Pashley, R. (1852), *Pauperism and Poor Laws*, London: Longman Brown Green and Longmans, by Kessinger Publishing's Legacy Reprints
- (39) *Ibid.*, p.253.
- (40) Charlesworth L. (2010) *ibid.* p.56.
- (41) J.R. Poynter (1969), *Society and Pauperism, English Ideas on Poor Relief 1795-1834*, Routledge and Kegan Paul Limited, p7.
- (42) 1809. 49 George III. cap. 14.
- (43) チャムハントンの『アンソニー・ブランドウィックの政治学』Anthony Brundage (1988), *England's Prussian Minister: Edwin Chadwick and the Politics of Government Growth, 1832-1854*, The Pennsylvania State University Press 邦訳『アンソニー・ブランドウィックの政治学』藤井徹 訳 (二〇〇一) 『エッセイ・チャムハントンの 福祉国家の開拓者』ナカニシヤ出版、を参照したい。
- (44) M. Quinn (ed.) (2001), *The Collected Works of Jeremy Bentham, Writings on the Poor Laws, Vol. I*, Clarendon Press · Oxford
- (45) K.D.M Snell (1985), *Annals of the Laboring Poor: Social Change and Agrarian England 1660-1900*, Cambridge University Press P.73.
- (46) Lynn Hollen Lees (1998), *The Solidarities of Strangers, The English Poor Laws and the People, 1700-1948*, Cambridge University Press, pp.73-81.
- (47) 1782. 22 George III. cap. 83.
- (48) Anno Regni GEORGI II III. VicesimoSecundo.CAP.
- LXXXIII. An Act for the better Relief and Employment of the Poor. [1782.]
- xxxviii. And be it further enacted, That if any poor Person shall be retarded on his or her Passage through any Parish,

Township, or Place, in which he or she has no legal Settlement, by Reason of his or her meeting with any Accident, or being afflicted with any dangerous Sickness or bodily Infirmity, without the Means of Subsistence, or of proceeding to the Place of his or her Settlement, the Guardian living near the Place where such distressed Object shall be, shall, and is hereby required, upon Notice thereof, forthwith to provide Lodging, and suitable Nourishment and Assistance (and also Cloathing if necessary) for such Person, until he or she can be removed with Safety; (六一略)

- (49) Englander D. (1998), *Poverty and Poor Law Reform in 19th Century Britain, 1834-1914 From Chadwick to Booth*, Longman p.120
- (50) W. Stark (ed.) (1952), *Manual of Political Economy* in Jeremy Bentham's *Economic Writings*, 3vols. London, p.272
- (51) 大沢真理 (一九八六)、『前掲書七六一―八二頁』
- (52) M. Quinn (ed.) (2001), *ibid.*, pp.217-263.
- (53) The Poor-Law Officers' Journal (ed.) (1924), *The Law Relating to the Relief of the Poor*, London : Poor law Publications LMD. p.1.
- (54) Section64-68.
- (55) Charlesworth L. (2010), *ibid.*, p.47.
- (56) Charlesworth L. (2010), *ibid.*, p.61
- (57) ブース (C.Booth) エラウントリー (B.S.Rowntree) は一九世紀から二〇世紀のイギリスの貧困研究によって貧困問題をイギリスの主要な社会政策課題の押し上げた人物として有名であるが、よく知られているようにブースは汽船会社の社長で、ラウントリーは製菓会社の社長であり、貧困問題は自身ないし階級の、存在論的問題としてとり扱う課題ではなかった。こうしたことから貧困問題という課題を調査研究の対象として問題解決の方法を探る際の、イギリス社会の独自性をうかがうことができる。

(58) 矢野 聡 (二〇〇八)、『ジェレミー・ベンサムの救貧思想―旧救貧法から近代社会政策へ―』日本大学法学会、『日本法学』

イギリス救貧法における right to relief の形成について (矢野)

第七四卷第一号、二七―五三頁を参照願いたい。

(59) 矢野 聡（二〇一一）、「イギリス救貧法原理の形成過程に関する研究」 日本大学政経研究所、『政経研究』第四八卷第一号、一―二六頁を参照願いたい。

(60) Charlesworth L. (2010), *ibid.*, p.62

(61) 大沢真理（一九八六）、前掲書一六頁

(62) Charlesworth L. (2010), *ibid.*, p.61.

(63) 大沢真理（一九八六）、前掲書一五八―一六九頁

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法（一）

南部 篤

- I はじめに
- II コンピュータに関連する犯罪の概念
 - 1 検討対象とコンピュータ「犯罪」
 - 2 コンピュータ犯罪の登場
 - 3 コンピュータ犯罪の広がり
 - 4 コンピュータ犯罪からネットワーク犯罪へ
- III 法解釈による対応の限界
 - 1 データの侵害と文書犯罪
 - 2 コンピュータを用いた不正な財産的事務処理と財産犯罪
 - 3 コンピュータを利用する業務への加害行為など（以上本号、以下次号）

IV ネットワーク犯罪をめぐる刑事立法の動向

1 コンピュータ犯罪刑事立法

2 不正アクセス刑事規制立法

3 ネットワーク犯罪刑事立法

V ネットワーク犯罪刑事規制の課題

1 ネットワーク犯罪刑事立法の検討

2 刑事立法のあり方——フランス刑法との比較から——

VI むすび

I はじめに

情報・通信テクノロジーのめざましい発展は、わたくしたちの社会に、はかりしれないほど大きな恩恵をもたらした。しかし同時に、コンピュータ・ネットワークに関連する不正行為という、この社会にとっての深刻な脅威も生み出した。

コンピュータによる情報処理技術がさまざまな分野に応用されるようになり、やがて電気通信技術と結びついてネットワーク化が進行し始めると、その利用度・利用分野は加速度的に大きくなる。それとともに、社会のコンピュータ・ネットワークへの依存度は、それなしには社会が立ち行かなくなるほど高まって行く。コンピュータなしには身動きがとれない社会、コンピュータに支えられた社会は、いかえれば情報テクノロジーをその成立の基盤と

する社会にはかならない。したがって、その依存度が高まれば高まるほど、それが宿命的に持つ性質であるヴァルネラビリティ (vulnerability)、脆弱性) も、必然的に背負いこむこととなる。^① ひとたびシステムの障害が生じると、小さなほころびが想像もできない大きなものに拡大し、社会生活が麻痺したり大規模な災害に発展することもありうる。^② その原因が、事故による場合であろうと、ここに論じようとする犯罪・不正行為による場合とでかわりはない。むしろ、ネットワーク化の進展が、^③ 空間的な制約から人間の能力を解放し、拡大したことにより、故意の行為——システムへの不正侵入・加害など——の機会も大きく広がった点では、事故よりも故意の犯罪・不正行為の脅威こそがより深刻といつてよいかもしれない。こうした観点からは、今日注目されているクラウドコンピューティングの発展を背景に、この問題が今後さらに重要性を増していくように思われる。

このクラウドコンピューティングとは、ネットワーク上に点在するITリソース (コンピュータ資源) を活用するための利用技術の発展形態であり、ネットワークという情報通信テクノロジーを活用することによって、ユーザが必要とするITリソースを必要に応じて必要な分だけ利用できるよう提供する画期的なサービスである。クラウドコンピューティングの登場・発展により、情報通信分野にパラダイムシフトが起きつつあるともいわれる。^④ 今日のクラウドコンピューティングの普及発展は、IT利用コスト縮減による効率化、高機能化、地理的に離れた場所に情報資源を置くことによる自然災害への有効な備え等の点でも意義を有するが、同時に、^⑤ 今後はネットワーク上からの不正な干渉・侵入への対処という課題もさらに重要性を増すこととなると思われる。

情報セキュリティと法とのかかわりを考える場合、情報処理の過程に人間の目が届きにくく、一般のユーザにとってブラックボックスの領域が大きいこと、また不正な操作により記録の改ざんなどが行われても痕跡が残り難く発見

が困難であるといった特徴などから、犯罪・不正行為への対処がつねに中心的な課題とならざるをえない。社会環境や人々の生活様式、価値観に大きな影響を与えつつある新しいテクノロジーの発展という変化の中で、それまでなかった新しい手口の不正行為や、新たに生まれた価値を侵害する不正行為などが次々と現れ、刑事法の領域において多くの問題を提起し続けている。

刑事規制の分野では、はじめに合目的・拡張的な法解釈による対応が試みられるが、やがて柔軟な法解釈による対応の困難さが臨界点を越えた部分から順次刑事立法による対応が行われていく。^⑦

本論文は、このようなコンピュータ・ネットワークにかかわる不正行為・犯罪現象に対する刑事規制立法の展開過程を眺め、その課題を明らかにし、あるべき刑事規制の方向性を探ろうとするものである。いいかえれば、刑事立法の指針を見出すための基礎的考察を行おうとするものである。

本論文においては、まず、コンピュータの利用に関連して生じた不正行為——刑罰法令で捕捉できる範囲外のものも含める趣旨で「不正行為」というべきであるが、便宜上、以下では端的に「コンピュータ犯罪」という——に直面した時期の刑事司法・刑法学がどのように対応したかを、コンピュータ犯罪概念の把握の点から概観する。次に、コンピュータ・ネットワーク社会（高度情報化社会）の段階に達した今日において、「コンピュータ犯罪」がどのように変容したかを、ネットワークの悪用とネットワークの侵害とを対比しつつ検討する。次いで、刑事立法による対応の軌跡を跡づけ、その問題点を探り、コンピュータ・ネットワーク犯罪に対する刑事規制の考察を試みる。止まることのないテクノロジーの進歩がさらなる課題を生み続けることが避けられない以上、今後のあるべき刑事立法の方向性を探りつづけることが重要な作業と考えられるからである。

(1) コンピュータ・テクノロジーへの依存の問題性は、その技術が、不可避的な属性として脆弱性・脆さをともなうことから生じる。たとえば、情報処理技術に依存する社会が事故や犯罪の脅威に対していかに抵抗力が弱いものであるかを描いた、August Bequai, *How to Prevent Computer Crime*, 1983. の日本語訳書である、堀部政男・堀田牧太郎訳編『情報犯罪』(啓学出版、一九八六)は、そのサブタイトルに「コンピュータ社会のバルネラビリティ」を掲げていた。

(2) これを強く印象付けたのが、一九八四年(昭和五九年)に発生した世田谷電話ケーブル火災事故である。一般電話八九〇〇〇回線に加えて、データ通信の三〇〇〇回線が不通となったため、多くの銀行のオンライン・システムが不通となり、警察・消防への緊急通報も途絶し、周辺道路では、信号機が車両通行量を検知して点滅間隔を調整する信号制御ができなくなるなどの事態が生じ、完全復旧までに九日間を要した。

情報化社会のインフラを直撃した初の都市型災害として知られるこの事故は、情報化社会のヴァルネラビリティを端的に示したものといえる(野村好弘・小賀野晶「電気通信事業者の損害賠償責任——世田谷通信ケーブル火災事故を素材にして——」時の法令一二五八号二六頁(一九八五)、松本恒雄「電気通信事故と損害賠償論の課題(上)」法律時報五八巻六号八七頁(一九八六)、落合誠「電気通信事業者の損害賠償責任」ジュリスト増刊・ネットワーク社会と法二八頁(一九八八)。

(3) わが国で一九九三年に商用サービスが開始されたインターネットは、利用者数が、一九九七年の二一五五万人から二〇一〇年の九四六二万人と、一三年間で八・二倍に拡大した(総務省編『平成二三年版情報通信白書』三三三頁(二〇一一))。

(4) クラウドコンピューティングのわが国の利用実績はアメリカに比べ著しく立ち遅れており、日米間の利用実績格差は二〇一〇年度で二・五倍といわれている。しかし、二〇〇九年度は三・八倍の差であったから、格差は急速に縮小しつつあるともいえる(総務省編『平成二三年版情報通信白書』二七一頁)。

(5) クラウド・コンピューティングという「次世代コンピューティング・パラダイム」の進展については、二〇一〇年度から二〇一一年度、国産クラウド元年、大企業はプライベート・クラウドの検討を優先、二〇一二年度から二〇一三年度、海外クラウドの日本進出が本格化、二〇一四年度以降、さまざまなITリソースが利用可能となり大企業はハイブリッド・クラウド環境へ移行、という細かな予測(ロードマップ)を示したうえで、そこでの課題がセキュリティに対する懸念の払拭等にある

ことが指摘されている（野村総合研究所『ITロードマップ二〇一一年版』東洋経済新報社（二〇一一）六五頁）。

(6) 後述する自動車登録ファイル事件、オンラインシステム不正操作事件、キャッシュカード偽造事件、テレフォンカード偽造事件などがそれである。

(7) 後述するように、電磁的記録の改ざん行為・消去行為等の明確な犯罪化、コンピュータを用いた財産的事務処理における不正行為の処罰、不正アクセス行為の犯罪化、スキミング等によるカード偽造準備行為等の犯罪化、電子メディアによるわいせつ表現の規制の明確化、ウイルス作成行為等の犯罪化などがその例である。

II コンピュータに関連する犯罪の概念

1 検討対象とコンピュータ「犯罪」

本稿においては、いわゆる「コンピュータ犯罪」が注目を浴び検討の俎上に載せられ、やがて急速なテクノロジーの発展とコンピュータシステムの普及にともない、「情報犯罪」、「ネット犯罪」、「サイバー犯罪」等さまざまな呼称が現れる過程を考察の対象とするが、そこでの「コンピュータ犯罪」という用語については、法律上の犯罪の定義からある程度自由な用法によることを確認しておかなければならない。

いうまでもなく、厳密には、刑罰法令に規定された犯罪構成要件に該当する違法な行為であつて、それについて行為者を非難しうる場合（犯罪成立が肯定しうる場合）に、はじめて犯罪と呼ぶべきである。しかし、コンピュータ犯罪として検討対象とされるべきさまざまな行為の重要部分は、処罰規定を適用することが困難であること自体が検討を要することの理由となつているのである。したがつて、不正な行為であることが明らかで、放置しておくことが耐え

難い行為でありながら、既存の処罰規定による捕捉が困難な逸脱行為こそが、解釈論において、立法論において、検討すべき対象ということになる。処罰可能な不正行為と法の不備により処罰から抜け落ちる不正行為との限界はどこか、また、後者のどの部分までを立法により犯罪化すべき範囲かを検討することが重要である以上、ここではひとまず、ひろくコンピュータに関連する不正行為を指してコンピュータ「犯罪」と呼ぶことから検討をはじめることとする。⁽⁸⁾

2 コンピュータ犯罪の登場

(1) 新たな犯罪現象としてのコンピュータ犯罪

一九七一年（昭和四六年）の石田晴久氏の「コンピュータを悪用する犯罪の手口」⁽⁹⁾が、わが国で最初にコンピュータ犯罪を紹介したとされる論稿であるが、それは、一九七〇年に開催されたアメリカの学会で、「コンピュータ犯罪」という「あまり学会らしくらぬテーマの研究発表」が行われたことを紹介するものであった。そこでは、コンピュータ犯罪を、A. プログラムの改変により横領を行う、B. 計算機時間を売る、C. 自社のソフトウェアを競争相手に売る、D. 自社の保持するデータを売る、E. ハードウェアを盗み出して売る、という五つの手口に分類し、その特徴として、発覚しにくいことと、発覚しても法律上処罰が困難なことをあげ、また、磁気記録の消去やプログラムのパンチカードの引き抜きなど容易にできる不正操作が大混乱、大損害を生むという「コンピュータがきわめてもろい面をもっている」ことを指摘し、「どうもアメリカのみならず日本でもコンピュータ犯罪などというものに対しては、法律はまったく無防備なようである。もうそろそろ将来に備えて、電子計算機法律学とでもいった新分野を開拓する人が出てもいいような気がする。」というきわめて先見性に富む指摘が行われている点が印象的である。⁽¹¹⁾

刑法学者も、このころから、コンピュータに関連する犯罪に目を向けるようになる。そこでは、「何が刑法の適用対象となるか」と、「どこが刑法解釈の限界点か」を意識したアプローチがとられている点が特徴的である。一九七一年に発表された西原春夫博士の論稿は、現行法の解釈範囲内でのどのような犯罪が成立しうるかという観点から、コンピュータに関連する不正行為を、①コンピュータに向けられた犯罪と、②コンピュータを悪用する犯罪とに分けて論じられている。¹²

（2）コンピュータ関連事犯の増加とコンピュータ犯罪

一九八〇年台に入ると、後述するように、キャッシュカードや、銀行オンラインシステム悪用事案が注目をあびるようになる。このころ多くの論稿を発表された板倉宏博士は、コンピュータに関連する犯罪を広くコンピュータ犯罪として取り上げ、それを、①コンピュータを悪用する行為、②コンピュータに害を加える行為、③コンピュータによつて得られた情報を悪用する行為、に分類し論じられている。¹³ また、①コンピュータを悪用する行為、②コンピュータに加害する行為、③コンピュータの情報を読み取る行為、④キャッシュカード犯罪、の四つに分類して論じる論稿や、CD犯罪を除くコンピュータ犯罪として、①不正なデータの入力、②データやプログラムなどの不正の入手、③コンピュータの破壊、④コンピュータの不正使用、⑤プログラムの改ざん、⑥磁気テープなどの電磁的記録物の損壊、に分類して論じるものなどがこのころ発表されている。¹⁵

一方、この時期の警察の対応を見ると、一九八二年にコンピュータ犯罪を特集した「警察學論集」誌上の論稿では、「警察庁では、コンピュータ犯罪を『コンピュータ（プログラム及びデータを含む）に向けられた犯罪又はこれを悪用した犯罪』と定義し、犯罪捜査及び防犯対策上参考となる事例は広くこれを含める」とする見解が示されていた。¹⁷ ま

た、一九八二年版警察白書には、前年の金融機関の現金自動支払システムを利用した犯罪や、不正データの入力、無権限使用等各種事犯が多発したことなど、初めて「コンピュータ犯罪」の記述が現れたが、翌一九八三年版（昭和五八年版）警察白書は、「科学技術の進歩と犯罪」との節を設けてコンピュータ犯罪を正面から取り上げている。それによれば、「警察では、コンピュータ犯罪を『コンピュータ・システムに向けられた犯罪又はこれを悪用した犯罪』と定義して、その発生実態の分析と、捜査及び防犯上の対策を進めているところであり、「コンピュータ犯罪は、犯行の態様から、CD犯罪：とそれ以外のコンピュータ犯罪の二つに分けることができる。」とした上で、CD犯罪を除外したコンピュータ犯罪には、「『不正データの入力』、『データ、プログラム等の不正入手』、『コンピュータの破壊』、『コンピュータの不正使用』、『プログラムの改ざん』、『磁気テープ等の電磁的記録物の損壊』の六つの類型がある。」としていた（なお、これらの類型にあたる事案の一九八一年から八二年までの認知状況が各年二、三件程度だったものが、ここ数年で増加に転じつつあることが示されている¹⁸⁾）。

（3）初期の不正行為の特徴とコンピュータ犯罪

以上のコンピュータに関連する犯罪をめぐる議論をながめると、まず、一九七〇年代に、文字どおりのコンピュータ先進国アメリカの状況が伝えられた時期においては、コンピュータは、研究機関やごく一部の企業などにしか利用されておらず、専門的知識・技能を有するオペレータなどが扱うもので、身近なものとはいえなかった。そこで、「コンピュータに向けられた犯罪」としては、磁気テープなどに保存された電磁的記録の改ざんや消去の問題が取り上げられ、「コンピュータを悪用する犯罪」としては、たとえば、銀行員が顧客の預金の利子計算に関し虚偽データを入れて差額を自分の口座に組み入れてしまうとか、在庫管理のデータを不正操作して製品を横領する、といった

ケースが想定されるに過ぎなかった。そのため、コンピュータ犯罪の多くは、「プログラマーやパンチャー、現場のオペレーターなど、専門的な知識と技術を持つ者のみが犯すことができ、第三者は一般にそれらの者と共謀することが必要となる」ものと考えられていた¹⁹⁾のである。

3 コンピュータ犯罪の広がり

(1) コンピュータ犯罪の急増

しかし、一九八〇年代に入り、さまざまな分野へのコンピュータの利用が大きくな広がりを見せるようになると、コンピュータに関連する各種の不正行為も急速に増え、注目を集めるようになる。

一九八一年には、銀行職員のオペレーターがオンライン端末を不正操作して架空口座から一億三〇〇〇万円を引き出した三和銀行事件や、機械のテストと偽り端末操作をさせて架空口座から三〇〇〇万円を引き出した平和相互銀行事件、社員ぐるみで長期間にわたりオンライン端末を不正操作し架空貸付口座から一億二〇〇〇万円を引き出した北浜クレジット事件、銀行職員のオペレーターがCDカードにデータを書き込むなどして不正に作り二〇〇〇万円を引き出した近畿相互銀行事件、他人のID、パスワードを無断使用し電話回線経由で大学のコンピュータを不正に使用した岡山大学事件など²⁰⁾、次々にコンピュータに関連する犯罪が起こり、「コンピュータ犯罪元年」²¹⁾などと呼ばれた。

この時期は、多くのコンピュータに関連する事案が発生し、また被害も小さくないものの、依然としてコンピュータの利用が金融機関を中心とする企業と研究機関などに限られていたため、コンピュータ犯罪の概念にそれほど変化は見られない。なお、金融機関のオンラインシステムなどのコンピュータシステムによるサービスの提供が一般に開かれていく分野では、それにもないCD犯罪などが増加して行くが、窃盗等の伝統的な財産犯罪の延長線上の新たな

な手口に過ぎないため、前述のように、CD犯罪を除いてコンピュータ犯罪が把握されることとなる。

(2) システムの機能に対する加害の視点

また、はじめはコンピュータ犯罪を、「コンピュータ(プログラム及びデータを含む。)に向けられた犯罪又はこれを悪用した犯罪」としていた警察庁は、後に、「コンピュータシステムの機能を阻害し、又はこれを不正に使用する犯罪」と定義を変更しているが、コンピュータのハードウェアやプログラム、データというような、いわば部分的な侵害対象のとらえかたから、「システムの機能」に着目した把握へと発展的に定義を変更している点が、この間のコンピュータ犯罪の急速な増加を反映した変化といえるかもしれない。

しかし、この時期、基本的には従来とほぼ同様の意味で「コンピュータ犯罪」という言葉が用いられ続け、コンピュータに関連する刑事法学の議論の状況にも、立法その他の法状況にも大きな質的变化はみられない。

(3) ネットワーク化の緩やかな進行

インターネットの利用は、一九九〇年代に入り徐々にひろがりを見せ始めるが、依然として大学や研究機関の学術ネットワークという段階にとどまっており、コンピュータを用いた情報のやり取りは、金融機関の業務用システムなどの閉ざされたネットワークが中心であった。一般の個人ユーザーが参加するのは会員同士のパソコン通信があるのみで、これも開かれたものではなく、一九九〇年代前半ころまではコンピュータ・ネットワークの利用は発展途上ともいえる過渡的段階にあった。金融機関のオンライン悪用型の財産侵害行為(内部者による不正送金、CD犯罪)や、データの不正入手、ハードウェアやプログラムに向けられた侵害などは増加し続け、刑事立法による対応が行われる(後述する一九八七年の刑法一部改正)ものの、ここではネットワークの保護を正面に見据えた対応は見送られたのである。

る。

4 コンピュータ犯罪からネットワーク犯罪へ

(1) インターネットの急速な普及

状況が大きく変わるのは、一九九〇年代の半ば以降である。ハードウェアやソフトウェア、通信機器等の進歩と通信環境の整備が進み、一般の個人や企業がパーソナルコンピュータをインターネットに接続して利用する形態が急速に普及し、ウェブページの閲覧や電子メールによるコミュニケーションが容易になり開かれたネットワークが実現すると、金融機関の内部者などによる事案にとどまっていたコンピュータ犯罪は大きく変容をみせる。すなわち、ネットワークを利用した詐欺や名誉毀損、ポルノグラフィの事案などが急増し、またネットワークへの不正侵入事案（いわゆるハッキング等）が増加したのである。インターネットの普及が便利で強力な犯行手段を提供するようになったためといえるであろう。²⁴

この時期以降には、「コンピュータ犯罪」に代わって、「ハイテク犯罪」が用いられることが多くなり、やがて、「サイバー犯罪」との呼称が現れる。こういった、コンピュータ情報処理技術に関連する不正行為の呼称の変化は何を意味するのか。

(2) コンピュータ犯罪からハイテク犯罪へ

まず、「コンピュータ犯罪」は、コンピュータがスタンドアローンないしは専用回線で結ばれた閉じたネットワークにとどまっていた時期の、その悪用を意味する名称として出発した。しかし、コンピュータが犯行手段として「本格的に」その威力を発揮するようになるのは、それが電気通信技術と結びつき、通信テクノロジーの発展により大

量・迅速な情報のやり取りの能力を獲得するようになってからである。二〇〇〇年前後に動き出したe-Japan構想という政府の政策も、インターネット常時接続の一般化、ブロードバンド化を推進し、そのような流れを加速した。そしてその段階、すなわち、社会経済構造全体が情報処理・情報通信技術 (Information-Communication Technology) に依存したものとなって以降、コンピュータ・システムへの加害行為は、きわめて深刻な脅威として自覚されるようになって行く。

「ハイテク犯罪」はそのようなタイミングで注目をあびたのである。一九九八年、英国バーミンガムで開催された第二四回主要国首脳会議 (バーミンガム・サミット) において、国際犯罪のテーマの中でハイテク犯罪 (high-tech crime) が取り上げられ、高い関心を集めた。首脳会議の討議の結果は、共同コミュニケの中に、ハイテク犯罪と闘うための証拠としての電子データの取得・保存等に関する手続法的枠組み整備と、国際協力、産業界に対する協力の呼びかけなどが盛り込まれたが、「こうしたことが、われわれの、インターネットおよびその他の新たなテクノロジーの悪用を含む広い範囲の犯罪との闘いに寄与することになる」⁽²⁶⁾ ことが確認されている。⁽²⁵⁾ 以後、これをきっかけに、「ハイテク犯罪」という呼称がひろく用いられることとなる。⁽²⁶⁾ しかしこれも、先端的技術革新がもたらした新たな事態——ネットワーク化というキーワードで了解しうる変化の途上にある事態——であって、やはり過渡的な状況を背景とする表現であった。

(3) ネットワークの発展とサイバー犯罪

ネットワーク化の進展にともない、インターネットにより実現される新たな情報空間を意味するサイバースペース (cyberspace) という言葉がポピュラーになり、サイバー・エコノミー (cyber economy)、サイバー・モール (cyber mall)、

サイバー法 (cyber law) などが新しい仕組み・枠組みとして注目されるようになるにつれ、次には、「サイバー犯罪」⁽²⁷⁾という言葉が用いられるようになって行く。

サイバー犯罪は、第一に、コンピュータ・ネットワークを犯行手段に用いたさまざまな犯罪、または、コンピュータ・ネットワークを加害対象とする犯罪を中心とする不正行為の範疇という特徴を有するものである。第二に、より重要な点は、サイバースペース自体の機能・秩序・価値を侵害する不正行為を含むという性質を持つことである。そこでたとえば、後述するように、コンピュータ・ウィルスを作成・使用する行為は、伝統的な「業務妨害罪」の延長線上に捉えられる犯罪——業務妨害の予備段階を犯罪化する「処罰の前倒し」——にとどまらず、サイバースペースの正常な機能・秩序を害し、サイバースペースという電子情報空間への信頼を害する性質を持つものと考えられることになる。こうして、「コンピュータ犯罪 (コンピュータ関連犯罪)」は、テクノロジーの発展段階にそって、「ハイテク犯罪」、「サイバー犯罪」へと姿を変えてきたのであるが、そのような変化をもたらした中心的要素に、ネットワーク化の進展があったことが重要であると考えられる。そこで、本論文は、この問題領域の中心的本質的要素を考慮しつつ、かつ、検討対象をもらさず広くとらえる趣旨で、「コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪」との呼称を用いることとした。こうした視点をふまえながら、以下に、法解釈上の限界の問題、刑事立法の対応の問題を検討して行く。

(8) たとえば、この分野の研究の草分け的存在として知られるドン・パーカーは、研究対象を設定するにあたり、ひろく、「何らかの形でコンピュータに関連しており、それにより被害者は損失をこうむるかその可能性があり、加害者は利益を得る

かその可能性があるような意図的な行為」を「コンピュータ悪用」と定義するところから出発している（ドン・B・パーカー著・鶴澤昌和監訳『コンピュータ犯罪研究総論』秀潤社（一九八四）二〇頁以下）。研究対象の設定にあたり、意識的に、「コンピュータ犯罪（computer crime）」ではなく、「コンピュータ悪用（computer abuse）」という表現が用いられていた（Parker, *Fighting Computer Crime*, 1983, pp.16-17.）点が示唆的である。

(9) 石田晴久「コンピュータを悪用する犯罪の手口」蟻塔一八五号昭和四十六年三月号一頁（一九七二）。なお、その後の、石田「コンピュータ犯罪について」法律のひろば二四卷六号二九頁（一九七二）も参照。

(10) 西原春夫「コンピュータの導入と刑事法上の諸問題」ジュリスト四八四号三五頁（一九七二）。

(11) 石田「コンピュータを悪用する犯罪の手口」前掲（註(9)）論文一頁以下。

(12) 西原「コンピュータの導入と刑事法上の諸問題」前掲（註(10)）論文三六頁。

(13) 板倉宏「コンピュータ犯罪」判例タイムズ四二九号（一九八一）二二頁。なお、同「コンピュータ犯罪と法律」ビジネスコミュニケーション一九卷七号五一頁以下（一九八二）、同「コンピュータ犯罪と刑法」法学セミナー一九八二年七月号一〇〇頁以下（一九八二）、同「コンピュータ犯罪と刑法上の問題点」研修四〇九号三頁以下（一九八三）、同「新しい犯罪への対応」法学セミナー三七〇号六七頁以下（一九八五）、同「情報犯罪と刑事立法」法学セミナー三八五号九八頁以下（一九八七）、同「情報犯罪と刑事法」警察学論集四〇巻四号一〇九頁以下（一九八七）、同「コンピュータ犯罪と刑事法」ジュリスト七〇七号参照。

(14) 大谷實「コンピュータ犯罪（上）——刑法の改正問題および罪刑法定主義と関連づけて——」法学セミナー三六二号二〇頁（一九八五）、同「コンピュータ関連犯罪と刑法の改正」判例タイムズ六〇二号二頁（一九八六）。

(15) 宮野彬「情報犯罪」ジュリスト増刊『高度情報化社会の展開と課題』二六四頁。

(16) この他にも、コンピュータ犯罪の多種多様性・広範性、現行法規に触れないものも含める必要がある等の理由をあげ、「コンピュータ犯罪とは、コンピュータが直接的あるいは間接的に何らかの形で介在した社会悪行為」と定義する見解（鳥居壮行「コンピュータ犯罪研究」警察学論集三二巻六号（一九七九））や、定義にとらわれて視点をゆがめたり形式論に陥るこ

とを避ける等の考慮から、「コンピュータを利用した反社会的行為、ならびにコンピュータの存在によって現われた反社会的行為」と捉える見解(金井浄「コンピュータ犯罪の特質」警察学論集三五卷六号(一九八二))がみられる。

- (17) 人見信男(警察庁捜査第一課課長補佐)「コンピュータ犯罪の発生状況」警察学論集三五卷一〇頁(一九八二)。また、廣畑史朗(警察庁調査統計官付警視)「コンピュータ犯罪と刑法の適用」同誌同号四五頁(一九八二)は、コンピュータ犯罪の態様分類については、CD犯罪を除くコンピュータ犯罪を、「①コンピュータに不正のデータを入力することにより不法に財物を得たもの、②コンピュータに入力されているデータを不正な方法で入手したもの、③コンピュータを破壊したもの、④権限なくコンピュータを使用したもの」に分類し論じている。

- (18) 警察庁編『昭和五八年版警察白書』(一九八三) 五頁以下。

- (19) 西原「コンピュータの導入と刑事法上の諸問題」前掲(註(10)) 論文三七—三八頁。なお、同時期に発表されたコンピュータ犯罪に関する著作には、プライバシー侵害を中心論じるものなど(たとえば、堀内恭一『コンピュータ犯罪——情報とプライバシー——』日本工業新聞社(一九七四))が多かったといえる。

- (20) これらの事件については、小林道男「コンピュータ犯罪防止対策」警察学論集三五卷一〇号六四頁以下(一九八二)、人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲(註(17))、安井正男『コンピュータ・システムとコンピュータ犯罪』財経詳報社(一九八四)一六九頁以下、菅野文友『コンピュータ犯罪のメカニズム——コンピュータ・セキュリティへの対応——』日科

技連出版社(一九八九)五五頁以下、菅野文友『コンピュータ犯罪のからくり』コロナ社(一九九〇)二八頁以下、中山研一

|| 神山敏雄編『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正(注釈)改定増補版』成文堂一九九頁以下(一九八九)参照。

- (21) トマスホワイトサイド・湯沢章伍訳『コンピュータ犯罪 恐るべきアメリカ』(一九八二)は、「訳者あとがき」の中で、これらのケースについて、「いずれの事件も、本書に引用されたアメリカのコンピュータ犯罪に源流を見る、本格的な犯罪」とし、「昭和五六年(一九八一年)はコンピュータ犯罪元年といえるのではないかと述べている(同書一九〇頁)。なおこの時期には、「法とコンピュータ学会」が機関誌「法とコンピュータ」創刊号を刊行しているが、同誌は、コンピュータ犯罪を中心に編まれたものであった(《特集 コンピュータと犯罪…三浦賢一「コンピュータ犯罪概観」、金井浄「コンピュータ

犯罪の特質について」、加藤直「コンピュータ犯罪の予防——コンピュータ室管理者としての対応——」、白石高義「データ保護の技術的対策」、中山隆夫「コンピュータ犯罪とセキュリティ対策」、辛島睦「アメリカにおけるコンピュータ犯罪立法」、宮澤浩一「日本の刑法から見たコンピュータ犯罪」『法とコンピュータ』一〇号（一九八三）五頁以下。

(22) 人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲（註(17)）一〇頁。

(23) 警察庁編『一九九〇年版警察白書』九二頁。

(24) ネットワーク侵入事案の増加等のこのような変化の予測は、一九八〇年代にはすでに行われていた。「わが国のコンピュータ犯罪の今後について、楽観を許さないその他の要因としては、パーソナル・コンピュータの普及による、いわゆる『ハッカー予備軍』の青少年の急増や、通信回線の自由化に伴う、個人レベルでのデータ通信利用の機会の増加などもしばしば指摘されてい」たのである（原田豊「コンピュータ犯罪に関する研究動向」科学警察研究所報告二五卷二号九一頁（一九八四））。

(25) 共同コミュニケの全文は、外務省のウェブ・ページを参照した（The Birmingham Summit: Final Communique, Sunday 17 May 1998, Ministry of Foreign Affairs of Japan Website <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/1998/fn_comminq.html> visited on Dec. 21, 2011.）。なお、バーミンガム・サミットにおける「コミュニケ」と、その別添、「ハイテク犯罪と闘うための原則と行動計画」については、「ハイテク犯罪の現状と警察の取組み」を特集する一九九八年版の警察白書が詳しい。

(26) 警察白書は、初めてコンピュータ犯罪に言及した一九八二年以来、一九九七年まで「コンピュータ犯罪」の呼称を用いてきたが、一九九八年から「ハイテク犯罪」との表記に改め、さらに二〇〇四年からは「サイバー犯罪」の項目でこの問題を扱うようになり現在にいたっている（警察庁編『昭和五七年～平成二三年版警察白書』）。サイバー犯罪とは、インターネット等の高度情報通信ネットワークを利用した犯罪やコンピュータ、電磁的記録を対象とした犯罪等、情報技術を利用する犯罪を指すものとされる。警察庁は、従来、ハイテク犯罪と呼称していたところを、「国際的動向を踏まえて」、サイバー犯罪と称するよう変更することとしたとされる（同『平成一六年警察白書』一二八頁）。これに対して、コンピュータ技術以外の他の先端技術も含む「ハイテク」という用語を避け、意識的に「ネットワーク犯罪」の名称を用いる論稿として、佐久間修「ネットワーク侵害と財産犯」産大法学三二卷二・三号（一九九八）一五〇頁以下を参照。

(27) 「サイバースペース」、「サイバー・エコノミー」、「サイバー・モール」、「サイバー法」等の意義については、北川高嗣²⁸ 須藤修²⁹ 西垣通³⁰ 浜田純一³¹ 吉見俊哉³² 米本昌平『情報学辞典』弘文堂（二〇〇二）を参照。

(28) サイバー犯罪とは、不正アクセスや、コンピュータ・電磁的記録対象犯罪、ネットワーク悪用犯罪など「コンピュータ技術及び電気通信技術を悪用した犯罪」を意味するものとされる（本田尚志「サイバー犯罪の現状と対策について」警察時報 六〇巻一二号（二〇〇五）一五頁）。

Ⅲ 法解釈による対応の限界

コンピュータ・システム関連の事故や不正行為は、情報化社会のネガティブな側面にほかならないが、それが登場した際には、そのときの法制度と法学が全く予想していなかったタイプの問題現象であった。そのような急激な技術革新から生じた新しい課題に、既存の伝統的な法体系・法制度が十分対応できないのは、もとより当然なことであつたともいえる。犯罪と刑罰に関する基本法である刑法もその例外ではない。²⁹

すべての法は、それが制定された時代の社会状況を反映したものであることはいうまでもないが、一九〇七年（明治四〇年）制定の現行刑法も、その時代の社会の生産・流通・消費のあり方、技術革新の程度など、その当時の社会構造や人々の生活様式のありようを前提に作られたものである以上、時代が下ると、個々の犯罪類型の内容において——さらには基本的枠組みの一部においてさえ——、今日の社会に適合しない部分を生じるのである。

文書概念を例にとれば、従来の紙に記載されて利用・保存に供されてきた文書は、あらゆる分野の事務処理で急速にデジタルデータ（磁気記録）化されていった。今日では、行政が扱う各種の記録をはじめとしてのほとんどの情報が

電磁的記録の形態で記録・保存され利用に供されている。これは、伝統的な文書概念が予想していなかったことである。文書偽造罪や文書毀棄罪は、紙などの物体に書かれた可視性・可読性ある文書を念頭に、それぞれ文書の公共信用性、文書の効用を保護しようとしていたが、デジタルデータに置き換えられたところから、保護が及び難い部分を生じて行ったのである。

そこで、以下に、最初のわが国のコンピュータ犯罪対策刑事立法となった一九八七年（昭和六二年）刑法一部改正以前の状況を中心に、法解釈による対応の限界線上に現れた問題状況を概観することとする。

1 データの侵害と文書犯罪

(1) データの信用性の侵害

文書は、取引や各種の証明事務など社会生活上種々の場面で重要な証明手段として機能しているものであるところ、その偽造・変造などの公共信用性を害する行為を文書偽造の罪として処罰することにより、刑罰を担保に文書の公共信用性が保護されている。

文書を保護する理由がそのようなものである（人がその文書を見て一定の事実を読み取りその文書の存在を拠り所として各種の取引・事務処理等を行うという重要な機能を営むものであるということ）から、刑法上保護される文書とは、「文字またはこれに代わるべき符号を用い、一定程度の永続性をもつて、物体上に記載された意思や観念の表示をいう」と解されてきた⁽³⁰⁾。

ここでは、紙などに記載され、可視性・可読性を有するものであることが当然の前提とされているのである。ところが、すでに述べたように、情報処理技術がさまざまな分野で利用されるようになったことから、従来の紙上に固

定・表示された文書は次々にコンピュータによる処理に適したデジタルデータに置き換えられて行き、その結果、多くの重要な記録が、伝統的な刑法上の文書が要求する「可視性・可読性」を持たないものに移し替えられて行ったのである。ここでの問題は、以下の事案にみられるように、そのようなコンピュータ記録を刑法上の保護の対象となしうるのかという文書概念をめぐる解釈上の課題として現れた。

① キャッシュカードのデータ改ざんの事案

今日では、銀行など金融機関の預金の払い戻し等の処理は、ATM (Automated Teller Machine) 現金自動預払機) を用いて行われるのが通例であり、そこで用いられるキャッシュカードも、ICチップへのデータ記録や生体認証方式の採用など不正行為への効果的な対処に意を尽くした方法が採られている。しかし、オンラインシステムが稼働を始めてしばらくのあいだ——CD (Cash Dispenser) 現金自動支払機) の利用が主流であった——、そこで用いられていた初期のキャッシュカードは、暗証番号などのデータをカード自体の磁気記録部分に保存したものであったため、比較的容易に他人のキャッシュカードの預金をCD機から引き出すことのできる偽のカードを作り出すことができた。たとえば、一九八一年に発生した近畿相互銀行事件は、銀行のオペレータの職にあった被告人が、職務上知った他人のキャッシュカードの暗証番号情報を利用し、窃取したカードの磁気ストライプ部分にデータを印磁するなどして不正にキャッシュカードを作りだし、これを用いてCD機から約二〇〇〇万円を引き出したというものである。この事案では、不正に作られた電磁的記録部分を含むカードが文書に当たるといえるかが争われたが、裁判所は文書性を肯定し、有印私文書偽造罪、窃盗罪等で有罪を言い渡した。³¹⁾

② 自動車登録ファイルへの虚偽記録の事案

自動車登録制度は最も早い時期にコンピュータ・システムによる処理が導入されたものである。従前の紙の登録簿に調製されていたものに代わって、コンピュータのハードディスク等の記録媒体が、従来の自動車登録簿と同様に自動車登録ファイルとして用いられるようになったのである。

そのような中で、この電磁的記録にかかるファイルの性格が文書性との関係で問題となった事例、すなわち、自動車登録をしようとした者が、その際に虚偽の申告をして磁気ディスクに収納された自動車登録ファイルに不実の記載をさせたところ、このような登録ファイルに不実の記録をさせる行為が、(当時の刑法一五七条所定の)公正証書原本不実記載罪にあたるかが争われた事案が生じたのである。最高裁は、電磁的記録物である自動車登録ファイルは「公正証書の原本にあたる」との判断を示した。³²⁾

まず、①のキャッシュカードの事案では、被告人が、「①発行銀行名が記名印字されたプラスチック製のキャッシュカード原版に、他人の氏名を凸字で刻字し、②磁気ストライプ(磁性体の塗布された樹脂製磁気テープを带状に埋め込んだ形態)部分に、エンコーダ(磁気印字機)を用いて暗証番号を印磁した(磁氣的に書き込んだ)行為が有印私文書偽造罪にあたるかが争われた。そこでは、①の部分は可視性・可読性を備えており文書性に問題ないが、②の部分はカードリーダー等専用の機器によらなければ人が読み取ることができず、文書性を肯定することが困難であった。しかし、キャッシュカードの用途・性質上は、CD機に用いて現金の引き出しを行うことにあり、その本来の機能からみると最も重要なのは②の部分なのである。そこで、検察官は、(a)カードの暗証番号等の電磁的記録は、CD機に内蔵されたカードリーダーによって視覚可能であり、(b)電磁的記録のうち口座番号等の内容は、CD機から打ち出されるプリント上に文字・数字として読み取れる、と主張したが、裁判所もこれを認めた。キャッシュカードの磁気スト

ライブ中の暗証番号等の内容は、マイクロフィルムなどと同様に直接肉眼で視覚できないが、CD機に用いれば読み取りが可能となり、また取引店番号、口座番号などが打ち出されるレシートも、カードの磁気記録とは形式的には別の文書ではあるが、内容的に一体不可分の関係にある、ということをも理由とする。

しかし、文書偽造の概念の中核部分は、作成名義の偽りにあるが、電磁的記録は性質上作成名義人が誰かを観念することが難しいのである。そこで、右のような文書偽造の成立を認める見解も、カードの券面上に表示された銀行名や預金者の氏名部分と、電磁的記録部分を一体的に捉える見方に支えられたものであったといえることができる。⁽³³⁾

したがって、可視的表示部分を全く欠いた場合は、もはや文書偽造に問うことはできないことになる。実際、もっぱらCD機に挿入使用する目的で、銀行名も預金者名の表示もまったくない白地のプラスチック版に磁気テープを貼り付け、そこに銀行の通信回線から取得したデータを解読して得た暗証番号等を印磁したカード（「キャッシュカード」の外観をまったくもたないもの）を作り出してCD機から現金を引き出し窃取した事案（いわゆる札幌電電公社事件）では、私文書偽造罪での訴追は見送られている。⁽³⁴⁾

このように、キャッシュカードの電磁的記録部分を不正に作り出す行為を文書偽造罪に問うことには、可視性・可読性のない記録を不正に作り出す行為に「文書の公共信用性」の侵害を認めうるか、作成名義の偽りが公共信用性侵害を惹起するところ、それ自体に作成名義を観念しにくい電磁的記録を文書と同列に論じることができるのか、という本質的に困難な点があったのである。つまり、データの信用性の保護を、文書の信用性の保護の枠組みに期待することには無理があったと考えられる。

次に、②の自動車登録ファイルに関する事案であるが、自動車登録ファイルに、不実の記録をさせる行為に関して

は、公正証書原本不実記載罪の成立を認めた高裁判例の集積があつたが、⁽³⁵⁾前述のキャッシュカードの事案と異なる点は、自動車登録ファイルの内容が公開されている点である。この点、キャッシュカードの「磁気ストライプの電磁的記録は、CD機を作動させる、いわば合鍵のような機能を果たすものであり、視覚可能な状態に再生されたものが公共の目にさらされることはあまりない」こととの対比で、自動車登録ファイルの文書性は認めやすいことには理由があるとする指摘もあつた。⁽³⁶⁾

しかし、②の最高裁決定については、これを、電磁的記録として保存されたファイル一般の文書性をひろく認められたものとは言い難い、と解する見方も有力であつた。また、同決定には、本件の自動車登録ファイルは「文書」ではないが、「公正証書の原本」にはあたるとする谷口裁判官の補足意見が付されていた。「公正証書の原本」は必ずしも「文書」でなくてもよいというのである。しかし、このような考え方は、法解釈の一貫性からも疑問のあるところであつて、いずれにせよ電磁的記録一般を「文書」とするには刑法の解釈上、かなりの困難があつたことは否定できないのである。⁽³⁷⁾

なお、一九八七年刑法一部改正後の事案であるが、プリペイドカードの通話可能度数データ改ざんのケースも、法解釈の限界を示したものといえる。

今日、一般に普及しているプリペイドカードのさきがけとなつたテレホンカードは、偽変造行為の被害にさらされた点でも最初のものである。すなわち、テレホンカードの通話可能度数データも、一九八七年改正後の刑法一六一条の二にいう電磁的記録にほかならないので、これを不正に改変する行為は、「人の事務処理を誤らせる目的で、その事務処理の用に供する権利・義務に関する電磁的記録を不正に作ったもの」として、私電磁的記録不正作出罪に該当

することになる。しかし、一定の通話サービスに関する権利が化体された電磁的記録部分とあわせて、そのような権利を表示した外観をもち、譲渡性をそなえた有価証券として流通している実態があったのである。そこで、可視性を欠く電磁的記録部分と、可視的なカード面全体とを一体的にとらえると、電磁的記録部分のみの改ざん行為も、有価証券の変造罪にあたりとみることが可能になる。私電磁的記録不正作出罪は五年の懲役を上限とするのに対し、有価証券変造罪は一〇年の懲役を上限としている。そして特に、一六一条の二は、行使の目的で人に交付する行為を処罰する規定を欠くため、テレホンカードの変造が有価証券変造にあたらないとの解釈をとると、多くの不正に作られたテレホンカードの密売行為が放置されてしまうことになることから、この点が激しく争われた。

裁判所は、ほぼ積極の見解をとったが⁽³⁸⁾、なかには消極の判断を示したものもあった。その代表的なものとして、千葉地裁の無罪判決は、有価証券は文書であることが前提とされているところ、「昭和六二年の刑法一部改正によって電磁的記録の定義規定が新設されたことに関して、文書の多くが電磁的記録に置き換えられつつある現状に鑑み、これ等の記録の改竄、毀棄等の不正行為を的確に処罰することが困難なため、従前の文書の偽変造罪、毀棄罪等と同様の処罰規定を設ける必要が生じたが、従来の文書概念では可視性可読性がその要件とされていたり、作成名義が観念されていたのに対し、電磁的記録については人の五感の作用では記録の存在及び状態を認識することができないものであり、またその作成過程についても入力したデータがプログラムによってほかのデータなどとともに処理、加工されて作り出されるなど複数の者の意思や行為がかかわることが多く、作成名義も観念することが困難な状態にあるので、新たに電磁的記録についての定義規定を置いたものである。こうして、従来の文書概念と電磁的記録とを截然と区別することとなり、従来の文書偽造・同行使に見合う電磁的記録の不正作出・同供用という構成要件を新設した。

そうだとすれば、テレホンカードの電磁的記録部分は文書ではなく、有価証券にもあたらないことになる。」⁽³⁹⁾とした。

従来、有価証券も文書の一種であり、当然に文書性が要求されると解されてきたが、電磁的記録不正作出罪を新設した一九八七年改正後も、プリペイドカードを有価証券として扱うためには、すでにみた自動車登録ファイルの最高裁決定のケースのように、「有価証券」にあたるか否かを端的に検討し、その際「文書」にあたるかどうかは問題ではない、とする立論によることが考えられる。しかし、それは、すでに述べたように法解釈の一貫性・体系的整合性の点から疑問があり、妥当とはいえない。この領域でも、立法的対応が必要とされていたのである。⁽⁴⁰⁾

(2) データの効用の侵害——電磁的記録の消去と毀棄罪——

文書は、すでに述べたように、社会生活上さまざまな場面で重要な機能を営んでいる。そこで、文書の「信用性の保護」とは別に、その「効用の保護」という角度から、刑法は公用文書、私用文書の毀棄罪を規定している。しかし、ここでも、伝統的な文書概念とコンピュータ記録とのギャップが、法解釈上の困難な問題として現れたのである。

前述のデータの改ざん等とは異なり、磁気テープやディスク等の記録媒体に収納されたデータを消去する行為が実際に問題とされた事案はほとんど現れてこなかったが、この問題については、可視性・可読性を欠くため刑法上の文書とはいえないとすると、コンピュータ記録に置き換えられた多くのデータが刑法による保護の埒外に置かれることになるのではないか、との観点から、議論の俎上に乗せられることが多かった。⁽⁴²⁾ 伝統的な文書毀棄行為の態様が、書類を引き裂く、焼き捨てるなどを典型的な行為として想定しているため、物理的破壊を伴わない場合には適用の可否が判然としなかったためである。

厳格に解すると、ディスク等のデータを保存した媒体ごと一つの「電磁的記録物」と考え、その内容の消去を器物

損壊罪に問うことには無理がある。ディスク等記録メディアの「データを記録する」という効用自体は害されていないからである。このように毀棄罪を「物の効用」を保護するものと考えれば、他人のビデオテープの録画内容を無断で消去しても、器物損壊罪などにあたらないことになる。⁽⁴³⁾

これに対して、価値のある内容、重要なデータが収納されている媒体（たとえばビデオテープ、ディスクなど）の「効用」は、「記録を行える」という働きだけでなく、そこに記録されている「内容を再生・利用できる」という働きも含まれると考えれば、内容の消去自体が毀棄罪を構成すると解する余地も出てくることになる。⁽⁴⁴⁾

こうして、コンピュータ・データ自体の効用は、毀棄罪による保護の範囲ないし保護が及ぶか否かが明確でなく、不安定なままにおかれていたのである。

2 コンピュータを用いた不正な財産的事務処理と財産犯罪

情報処理技術の応用分野の中でも比較的初期の段階で実用化され普及が始まったのが金融機関などの業務である。ここでは、従来、手作業で行われていた金銭の決済処理などの財産的事務処理の大部分が、コンピュータ・システム（機械）を用いて人の判断作用を全く介さずに行われる方式に置き換えられていった。詐欺罪などの財産犯罪は、人の判断作用に働きかけて行われる不正行為を念頭においているが、自動化された電子データの処理に適用するのは難しい。また、現金や証券など物体の移動をとらなわれない、いわゆる電子マネーの移転によって取引の決済が行われるのが常態になると、窃盗、横領などの伝統的な犯罪類型の適用に困難を来す部分も生じたのである。

(1) CD犯罪

わが国で、コンピュータ・システムを悪用する犯罪として最初に注目されたのが、金融機関のオンラインシステム

を利用した財産犯罪であったことはすでに述べたとおりである。なかでも、他人のキャッシュカードを用いてCD機 (Cash Dispenser) 、ATM機 (Automated Teller Machine) から不正に現金を引き出す犯罪が最もポピュラーであるが、その理由は、誰にでも容易に犯行の機会があるということに由来する。他人のキャッシュカードを拾得、窃取、詐取、横領などにより取得した者が、何らかの方法で暗証番号を知り現金を引き出すという形態が一般的である⁴⁵⁾。

これらの多くは、銀行など金融機関の設置するCD機から不正に現金を引き出す手口がほとんどであつて、伝統的な財産犯罪と実質が異なるものではない。CD機からの不正な現金の引出し行為に窃盗罪の成立を認めるのが確立した判例である。CD機は、銀行など金融機関が設置・管理し稼働しているものであり、機器の中に収納されている現金の占有は金融機関にあるので、権限なくカードを用いて口座名義人の預金を引き出す行為は、他人(≡金融機関)の占有を侵害して財物を窃取したと評価される⁴⁶⁾。

なお、自己名義のカード悪用につき、「返済の意思がないのに、当初から不正に使用する目的でキャッシングサービスを受けられるクレジットカードの交付を受けて、これを使用し自動支払機から現金を引き出す行為は窃盗罪を構成する」としたものがある⁴⁷⁾。

以上のように、いわゆるCD犯罪については、窃盗罪の適用による処理に格別問題はなく、安定した法状況にあつたといえる。

(2) オンライン・システムの悪用と財産犯罪

これに対して、銀行など金融機関の内部の者によるオンライン・システム悪用の事案は、これも本質的には伝統的な財産犯罪の新しい手口といつてよいものであるが、CD犯罪とは異なる性格を有するものとして現れた。金融機関

の職員など内部者が、オンライン・システムの端末から不正な操作を行い現金や財産上の利益を取得するこの形態の犯罪は、たとえば、銀行の行員が、あらかじめ用意した口座に宛てて架空の入金操作を行ない、後にそこから現金を引き出したり、振替を行ったりする態様で行われた。本稿Ⅱ—3—(1)でふれたように、三和銀行事件をはじめ、平和相互銀行事件、北浜クレジット事件、大阪サラ金事件など多数の事例がある。⁴⁸⁾

これ等の事例は、内部関係者——あるいは元内部者——によるものが多く、大きな被害にもかかわらず発覚しにくい密室犯罪であるという性格を持ち、中にはコンピュータに関する専門知識を駆使した巧妙な犯行という特徴を持つものもある。いずれも現金等を取得した時点では、窃盗・詐欺・横領等の財産犯罪に問うことのできるものではあるが、しかし、現金の引出し前の段階では、次のような問題点があった。

① 不正に端末を操作してデータを入力し、あらかじめ準備した口座(当時は架空名義の口座が比較的容易に開設できた)に架空の入金操作を行い、その口座残額を増加させたとしても、それだけでは窃盗にも詐欺にも問えなかった。現金(≡財物)が取り出されていない段階では窃盗罪にあらず、また、一連の財産的事務処理が人の判断作用を介することなく機械によって行われている以上——機械は錯誤に陥ることはない——、詐欺罪の余地はなく、したがって二項詐欺でも捕捉できないからである。⁴⁹⁾

② 架空の入金が行われた口座から自動的に引落しが行われても(債務の弁済がなされ行為者が具体的に財産上の利益を得ていても)同様に依然として罪責を問うことが困難であった。

③ 引出された段階で窃盗罪に問う場合にも問題があった。たとえば、元々行為者の預金が一〇〇万円あった口座に、架空入金により一〇〇万円が増加し預金残高が二〇〇万円の状態となった後に一〇〇万円が引出された場合、

元々あった一〇〇万円と架空入金された一〇〇万円とは論理的に判別不可能であり、一〇〇万円の引き出しを「他人の物」を窃取したと評価するのは困難である。

このように、あきらかにその実質が窃盗、詐欺などの財産犯罪に等しい内実の不正行為であるにもかかわらず、現金の引き出しや財物の取得を待たなければ罪責を追及できない事態——処罰の間隙——が生じ、それが、後述する刑事立法を促す最も大きな動因となつていくのである。

3 コンピュータを利用する業務への加害行為など

(1) コンピュータへの加害と業務妨害罪

コンピュータ・システムの普及がすすむにつれ、それが、さまざまな場面で人の業務に用いられることも増えて行った。コンピュータは、すでに見たように、家庭で、趣味やプライベートな用途等に幅広く利用されるようになる。今日の状況に先だつて、まずは研究所など専門家による利用や、一部の企業活動における利用が行われたことから、むしろ業務に用いられる場面が先行したともいえる。そして、種々の業務におけるコンピュータの重要度がますます高まつていくにともない、業務に用いられているコンピュータへの加害行為をどのように捉えるべきかということが重要な課題として意識されるようになった。

すなわち、人の業務用のコンピュータへの加害行為により業務が妨害された場合、業務妨害罪（刑法二三三条・同二三四条）の適用が検討されることとなる。ここにいう「業務」とは、精神的であると経済的であるとを問わず、広く職業その他、社会生活上の地位に基づき継続的に行われる事務または事業を意味するものとされるとされる⁵⁰ところから、そのような業務に使用中のコンピュータに向けられた加害行為は、同罪を構成する可能性があることになる。

しかし、業務妨害罪は、「虚偽の風説の流布」、「偽計」、「威力」を実行行為として規定しているが、そのいずれもが、人の意思・判断作用に働きかけて妨害を行うことを念頭においており——判例実務上相当程度拡張的に把握されている⁽⁵¹⁾——、コンピュータ・システムに直接加えられる物理的破壊や動作障害を捉えることは難しかったのである。「威力」業務妨害にも、「偽計」業務妨害にも問えない場合が生じるからである。社会生活のコンピュータ・システムへの依存度の高まりや、加害行為が重要な社会のインフラを直撃しかねない事態も想定される以上、コンピュータを用いた業務のより適切な保護が大きな課題となつていったのである⁽⁵²⁾。

(2) コンピュータの無権限使用・不正アクセス

研究機関や企業の所有する運転コストの高額なコンピュータ・システムを、無断で不正に使用する行為は、比較的はやい時期に現れている。次のようなものがある。

①一九八〇年五月、マイコン・ショップの従業員が、岡山大学の助教授の同大学計算センター登録番号（ID）とパスワードを入手し、これを用いて数カ月の間、のべ四五時間にわたり電話回線経由で同センターのコンピュータにアクセスし無断で使用していた（使用料約一六万円）ことが発覚した。②一九八一年八月、某公団職員らが、全国高等学校野球選手権大会の試合に関して、現金合計一六万円余りを賭けて、いわゆる「野球トトカルチョ」と称する賭博を行い、その際、賭け金の計算処理を行う特別のプログラムを作成した上、同公団のコンピュータを不正に使用していたことが発覚した。いずれも、コンピュータの不正使用については適用条文を欠くため立件されなかった⁽⁵³⁾。

このような利用権限のない者によるコンピュータの不正使用——マシン・タイムの盗用とも呼ばれる——は、一台のコンピュータを並行して同時に複数のユーザが利用できるタイム・シェアリング処理を用いて、本来の業務で稼働

中の運転コストの高額なシステムを、不正に対価を支払わずに使用することとなる点で、ある種の「利益窃盗」とみることができる。そのため、発覚した事案のような大型のコンピュータでなくとも、勤務先のコンピュータを私的な目的で使用したり、外部から電話回線等を介して接続して使用したりする行為も含めて、処罰するためのいかなる刑罰法令も存在しなかったのである。しかし、この「無権限使用」の問題性は、他人の所有するコンピュータという重要な「資源」を無断で利用することに重点があるのではなく、利用するために無断でシステムに侵入するという側面にあったというべきであろう。⁵⁴

すなわち、上のコンピュータの無権限使用や、データの不正入手、データ・プログラムの消去や改ざんなど多くの不正行為は、コンピュータ・システムへの不正な侵入（無権限のアクセス）を手段に行われるのであるから、犯罪化の要否が検討されなければならないのは、ハッキングなどの不正なアクセス行為ということになる。一九八五年、わが国では電気通信事業の自由化が行なわれたが、この通信の自由化がハッカーを生む土壤となるということが早くから指摘されていた。⁵⁵ 公衆通信回線を経由するなどして不正に他人のシステムに侵入し、データやプログラムを盗み見たり、破壊・消去・改変などを行ない個人情報や企業秘密、行政機関の情報、さらに国家の防衛に関する秘密情報を侵害したり、あるいは、システムに致命的なダメージを与えるなどの事態もありうるのである。

この時期のわが国の事例としては、①KDD（当時の国際電信電話公社）の国際公衆データ伝送サービスの契約利用者（企業や公立の研究機関）のシステムが、海外から不正侵入され、ファイルに落書きされる等の被害を受けた事例⁵⁶、②筑波学園研究都市の文部省高エネルギー物理学研究所のコンピュータ・システムが、KDDの国際通信回線を介して西ドイツから不正侵入された事例⁵⁷、また、実害が生じたものとして、③大阪工業大学のコンピュータ・システムの

磁気ディスク中に収納された研究用数値プログラム、学生の成績・入試処理プログラム等二五〇〇件の最重要データが、何者かが何らかの方法で入手したパスワードを用いて学内の端末からシステムに侵入し消去プログラムを打込むという手口で消去したという事例がある⁽⁵⁸⁾。

これらの不正侵入事案は、いずれも刑事責任の追及は行われていない。重要データの消去という実害を生じた⁽³⁾の事案も、毀棄罪適用による訴追は全く不可能ではなかったと思われるが、法的責任を含め追及は断念されている⁽⁶⁰⁾。

その後、わが国においては、多くの有力な刑法学者をメンバーとする「情報セキュリティと法制度調査研究委員会」によって、コンピュータ・システム侵害行為に関する検討が行われ、積極的な立法提言を含む検討結果「コンピュータによる情報処理システムへの加害行為に関する刑事法的対応」が明らかにされるなど、不正アクセス等の刑事規制に向けた動きがみられるようになって行くのである。

(29) たとえば、旧刑法下に、電気の利用普及という技術革新にもなつて、従来想定されていなかった電気盗用の事案が現れたが、最初は「管理可能性」を用いた拡張的法解釈による解決が図られ(大判明三六・五・二二刑録九輯八七四頁)、後に立法的解決が行われた——現行刑法制定時に電気を「財物とみなす」二四五条が設けられた——経緯がある。

(30) 大判明四三・九・三〇刑録一六輯一五七二頁。学説も、「文字その他の符号によって意思または観念を表示した物」(団藤重光『刑法綱要第三版』創文社(一九九〇)二七一頁)とするのが通説である。なお、「①媒体の上に可視的・可読的な状態で固定された、人の意思・観念の表示であつて、②意思・観念の表示の主体である作成名義人が認識可能なものをいう」とする山口教授は、「作成名義人の認識可能性の要件が付加されるのは…文書が証拠として保護されることに由来する」とされる(山口厚『刑法各論(第二版)』有斐閣(二〇一〇)四三〇頁)。

- (31) 大阪地判昭五七・九・九判例時報一〇六七号一五九頁。
- (32) 最決昭五八・一一・二四刑集三九卷九号一五三八頁。
- (33) 積極の見解を支持する学説も、カード券面上の可視的表示部分と一体的に観察すれば作成名義は明らかであることをあげて、このような行為に私文書偽造罪を肯定することにはそれほど問題はない、としている(板倉宏「キャッシュカードと私文書偽造罪——大阪地裁九月九日判決をめぐって——」法律のひろば三五卷一二号二五頁(一九八二))。ほぼ同様にこの判決を支持する見解として、戸田信久「キャッシュカードの改ざんに対し有印私文書偽造罪の成立が肯定された事例」研修四一三号(一九八二)四七頁以下。
- (34) 但木敬一「キャッシュカードと文書偽造罪の成否」研修四〇八号五五頁。
- (35) 名古屋高裁金沢支判昭五二・一・二七判例時報八五二号一二六頁(その評釈として、宮澤浩一「自動車登録ファイル(電磁的記録物)は刑法一五七条一項の『公正証書の原本』か」判例評論二二二号(一九七八)一五六頁以下)、広島高判昭五三・九・二九判例時報九一三号一一九頁。なお、自動車登録ファイルが公正証書の原本にあたるとした最初の判決(そしてまた、電磁的記録の文書性を肯定した最初の判決)は、福岡地裁久留米支判昭四九・一二・四(判例集未登載)とされる(原田國男「コンピュータ磁気テープの文書性」研修三三二二号六七頁)。
- (36) 板倉「キャッシュカードと私文書偽造罪」前掲(註(33))二七頁。なお、吉田淳一「自動車登録ファイルは公正証書原本か」警察學論集三〇卷一二号(一九七七)一七四頁は、消極的見解に立ち、「やはり本来立法的解決を要すべき事柄であるように思われるといわざるを得ない」とする。
- (37) 積極の結論を支持する学説も、谷口補足意見が、自動車登録に関する法令の改正(従来の自動車登録原簿から自動車登録ファイルへと変更したもの)により刑法の構成要件が補足修正されたとの理論構成を、「窮余とはいえ巧妙な説明」とし、多数意見が公正証書の原本にあたることは認めながら、その文書性について格別の判断を示していないことも「意味深長といふべき」と評している(団藤『刑法綱要第三版』前掲(註(30))二九八—二九九頁)。
- (38) 東京地判平一・八・八判時一三一九号一五八頁など。

- (39) 千葉地判平一・一一・二判例時報一三三二号一五〇頁。この点につき、後に最高裁は、テレホンカードを刑法上の有価証券と認める積極判断を示し、争いに終止符を打っている（最決平成三・四・五判例時報一三三三号一一八頁）。
- (40) 改ざんテレホンカードの問題について、詳しくは、拙稿「いわゆる改ざんテレホンカードと変造有価証券交付罪の成否」法学紀要三二巻三九七頁以下（一九九〇）参照。
- (41) コンピュータ犯罪の事案を詳細に紹介した当時の論稿によれば、アメリカなど海外の事例として、保険会社のコンピュータ担当職員が会社の重要な磁気テープの中身を消すなどして二三億円余りの損害を生じさせた例や、会社の従業員が磁石を使って磁気テープのエラーチェック・コードを消去した事例、磁気テープを先のとがった道具で突いて使用不能にした、などの実例が紹介されているが、わが国の実例はあげられていない（人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲（註（17））一〇頁以下）。
- (42) コンピュータ犯罪を早い時期に扱った論稿のなかにも、磁気記録の消去行為を文書毀棄や器物損壊に問うことができるかを詳細に論じたものがみられる（西原「コンピュータの導入と刑事法上の諸問題」前掲（註（10））三六頁）。
- (43) 板倉「コンピュータ犯罪と刑法」前掲（註（13））一〇二頁。
- (44) 廣畑史朗「コンピュータ犯罪と刑法の適用」警察學論集三五巻一一号五四頁（一九八二）。
- (45) 今日でも、このような単純な手口のCD犯罪は、クレジットカード不正使用と並び、カード犯罪の大半を占めているとされる（警察庁編『平成二三年版警察白書』七五頁）。
- (46) 窃取した他人名義のキャッシュカードを用いて銀行のCD機から現金を引き出した事案につき、「カードを利用した現金の窃盗罪が成立し、銀行がカードの名義人に対して免責を受けることがあるとしても同罪の成立を妨げるものではない」とした裁判例がある（東京高判昭五五・三・三刑裁月報一二巻三号六七頁）。
- (47) 高松高判昭六〇・五・三〇高検速報四二六号。
- (48) 人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲（註（17））九頁、小林道男「コンピュータ犯罪防止対策」警察學論集三五巻一一号六四頁以下（一九八二）、中山研一・神山敏雄編『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（注釈）改定増補版』成

文堂二九頁以下（一九八九）参照。

(49) 実際に、前述の三和銀行事件では、犯人は数回にわたり計一億八〇〇〇万円の架空振替入金操作を行って架空口座にその金額を記帳させたが、罪責を問われたのは、最終的に手にした現金、保証小切手計一億三〇〇〇万円分にとどまっている（人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲（註(17)）三一頁）。

(50) 大判大一〇・一〇・二四刑録二七輯六四三頁。学説上もこれを承認する見解が通説といつてよい（団藤『刑法綱要第三版』前掲（註(2)）五三五頁、前田雅英『刑法各論講義（第四版）』東京大学出版会（二〇〇七）一六五頁、山口『刑法各論（第二版）』前掲（註(30)）一五五―一五六頁など）。

(51) 山口『刑法各論（第二版）』前掲（註(30)）は、虚偽の風説の流布・偽計・威力は、「本来、人の意思を介した妨害手段を意味すると解されるが、…判例により拡張され、端的な業務妨害までが捕捉されるに至って」おり、「妨害の態様として、犯罪成立を限定する意義は極めて薄れているのが実情である。」とされる（同書一六二頁以下）。

(52) なお、この業務妨害に関連して、コンピュータ・ウイルスの問題が後に重要なテーマとなるが、昭和六二年改正前のこの時期には問題とされておらず、立法課題とはされていない。

(53) 人見「コンピュータ犯罪の発生状況」前掲（註(17)）三五頁。なお、同論文に、海外のさまざまな不正使用事案の紹介がある（同二三頁以下）。

(54) 対価を払わずに他人の物を権限なく使用する行為を犯罪化する必要がないことはいうまでもない。たとえば、勤務先会社の機器を用いた仕事中の私人用電話やファクシミリなどは、内部的ルール等に委ねられることで十分規律しうるのである。

(55) この時期、コンピュータ犯罪の将来について、原田「コンピュータ犯罪に関する研究動向」前掲（註(24)）九一頁は、通信回線自由化にともないデータ通信利用機会が増加することに加え、憂慮すべき点として、パーソナル・コンピュータ普及による「ハッカー予備軍」急増の点をあげていた。

(56) 一九八六年二月二四日付毎日新聞。

(57) 一九八六年二月三日付毎日新聞。

- (58) 一九八四年七月二七日付毎日新聞。
- (59) 以上のコンピュータへの不正侵入等の実例については、それらを詳細に紹介する、室伏哲郎『コンピュータ犯罪戦争——日本のネットワーク犯罪・攻防最前線——』サンマーク出版（一九八七）を参照。
- (60) 室伏『コンピュータ犯罪戦争』前掲（註(59)）一〇二頁以下。
- (61) 日本情報処理開発協会『コンピュータによる情報処理システムへの加害行為に関する刑事法的対応』（一九九〇）。なお、これを紹介する記事として、「システム侵害罪立法化の動き」経営法務一七九号二三頁以下（一九九一）。

米国初期の憲法判例

「はじめに」

米国の憲法には、わが国憲法八一条に相当する裁判所の憲法判断権が規定されておらず、連邦最高裁判所の判例を通じてそれが形成されてきたことはよく知られている。そして、それを確立したのがジョン・マーシャル第四代連邦最高裁判所長官の主導によるマーベリ対マデイスン事件判決である事もよく知られている。しかし、そのために、そのマーベリ対マデイスン事件判決が最初の憲法判例であるかのように誤解されていることが多い。本稿は、そうした誤解を払拭すべく、ジョン・ジエイ

米国初期の憲法判例（甲斐）

甲 斐 素 直

初代長官やオリバー・エルスワース第三代長官の時代にすでに裁判所による憲法判断は行われていたことを紹介することを意図したものである。また、裁判所による憲法判断権は、決して判例だけに依拠したものではなく、憲法その他の成文法も若干ではあるが存在していた。そうした総合的情況も、本稿では併せて紹介したい。

一 米合衆国憲法の最初期

米国憲法判例を理解するには米合衆国憲法の条文の意味を正確に理解する必要がある。そのためには、それが制定された経緯を知る必要がある。そこで、以下に簡単

に合衆国憲法制定の歴史を紹介する。

北米大陸にあつた一二の英国植民地は、一七七六年に大陸会議 (Continental Congress) を開いて英国からの独立を宣言した。それに引き続き、大陸会議は一六ヶ月に及ぶ討論の末、一七七七年一月一五日に連合規約 (Articles of Confederation and Perpetual Union) を採択した。連合規約は、各邦間^①の連合を緩やかなものとし、権限が非常に限られた連合政府を樹立した。防衛、国家財政、通商といった極めて基幹的な問題に関しては、連合政府は各邦議会の意向に従わなければならないとされていた。この規約は、一七八一年三月一日にすべての邦の承認を得て発効した^②。これがアメリカ最初の連邦憲法といわれる。

しかし、この規約にはいくつかの致命的欠陥があつた。第一に、連合規約には、行政府による法の執行や、連合の裁判制度による法の解釈に関する規定がなかつた。議会が連合政府の唯一の機関だつた。第二に、議会には、各邦の意に反した行動を強制する権限はなかつた。議会は、建て前では、戦争を宣言し、軍隊を召集することができたが、各邦に対して割り当てられた人数の兵士の動

員や、そのための兵器・設備の提供を強制することはできなかった。第三に、当時、邦境を巡って未解決の紛争が多数あり、そのように各邦間で紛争が発生した場合、議会は、調停役および裁判官の役割を果たしたが、邦に議会の決定を受け入れるよう義務付ける権限はなかつた。

しかし、それらの欠陥よりさらに大きな問題だつたのが、連合政府は租税高権を持たず、その財政は各州の分担金で賄うこととされていたことである。独立戦争下において、各邦も厳しい財政状況にあつたため、分担金が約束通りに支払われることはほとんどなかつたが、連合は、財政経費の分担に応じない邦を罰する権限を持たなかつた。このため、連合はきわめて厳しい財政赤字に見舞われ、ワシントン指揮下の兵士に給料を払うことさえ満足にできず、独立戦争のさなかに、軍が反乱を起こしたことさえあつたほどであつた^③。

そこで、独立戦争に勝利すると、よりしつかりした連邦憲法を作ろうという気運が高まり、一七八七年五月二五日にフィラデルフィアで憲法制定会議が開催され、互いの譲歩の中で新憲法の起草が行われた。しかし、この時も、各州の批准は大変難航した。その後の合衆国憲

法の歴史にもっとも大きな影響を与えたのが、マサチューセッツ州の批准であった。マサチューセッツ州は、宗教・言論・報道・集会の自由、陪審による審理を受ける権利、不当な捜索や逮捕の禁止などに関し、計一〇項目について連邦の立法権を制限するという修正条項を追加する、という条件付きで憲法を採択したのである。多くの州がこれに追随した。そしてこの一〇項目の修正条項は一七九一年に第一修正から第一〇修正として合衆国憲法に追加された。その後の歴史の変遷の中で、この規定は個人の基本的人権の保障規定として重視されるようになり、今日では「権利章典 (Bill of Rights)」と呼ばれるに到っている。

合衆国憲法は、その発効に全一三州ではなく、九州の批准があれば足りるとされていた⁴⁾ので、一七八八年六月二二日にニューハンプシャー州が批准した時点で成立した⁵⁾。

ニューヨーク州の批准はその後になされたが、合衆国憲法に別の意味での重要な影響を与えた。すなわち、ニューヨーク州では合衆国憲法の批准に反対する者が非常に多かったので、憲法起草者のうち、ハミルトン

(Alexander Hamilton)・マディソン (James Madison)・ジェイ (John Jay) の三人が協力し、憲法の解釈に関する一連の優れた論文を新聞紙上に発表したのである。そのおかげで、合衆国憲法は同州でも小差ではあるが、可決・採択された。この論文が、その後まとめられて、『ザ・フェデラリスト』と題される論文集となった。今日、『ザ・フェデラリスト』は、合衆国憲法制定当時の考え方を伝える最も重要な文書として、米国の憲法判決でもたびたび引用されている⁶⁾。

(一) 一七八九年司法権法

1 司法権法を取り巻く情況

憲法そのものは、こうして難産の末成立したが、妥協に妥協を重ねて制定されたため、その条文には不明確な点が多く、その実質的補完は、第一回連邦議会における立法作業に委ねられることになった。

そうした立法の中でも、合衆国憲法三条一節(連邦裁判所)「合衆国の司法権は最高裁判所と連邦議会が随時制定設置する下級裁判所に属する。」を受けて、一七八九年九月二四日に成立した連邦司法権法 (The United

States Judiciary Act of 1789 (ch. 20, 1 Stat. 73)⁽⁷⁾ は、その後の連邦における司法活動の骨格を作り出したものできわめて重要である。

そもそも合衆国憲法が成立するまでは、司法機関は各州のものしかなかった。そのため、連邦司法制度を作り出すことの是非は、憲法の批准論議中で、すでに激しい議論の対象となっていた。反連邦主義者達は、司法権を連邦による専制政治の潜在的な道具と、公然と非難していたのである。このため、憲法を批准した後においても、強力な司法に反対する派は、連邦裁判所は、最高裁判所以外には、地域的な海事裁判 (local admiralty judges) に限定するよう主張した。議会は、しかし、この反対を押し切つて司法権法を制定することにより、連邦裁判所制度を確立し、連邦の各州内における国内法執行のための、より広範な管轄権を確保したのである。

司法権法は、憲法修正一条から修正一〇条までの、今日権利章典として知られるようになった条項と表裏の関係にある。なぜなら、これらの一〇条のうち五箇条までが主に司法手続で対応するべき問題だからである。⁽⁸⁾

司法権法と、権利章典の成立に、中心的な役割を果た

したのがエルスワース (Oliver Ellsworth) である。彼は、独立戦争前においては弁護士として活動していた人物で、合衆国憲法の草稿作成において重要な役割を担い、合衆国憲法に署名はしなかったものの、貢献が大きく、合衆国建国の父の一人に数えられている。

憲法成立後はコネチカット州選出の初代の上院議員として活躍した。エルスワースの提出にかかる司法権法として活躍した。エルスワースの提出にかかる司法権法は、上院における第一号議案であった。司法権法が上院で可決されると、エルスワースは権利章典の上院における承認を推進した。これは、下院においては、『ザ・フェデラリスト』の執筆者の一人であるマディソンが推進していた。他方、マディソンは下院で司法権法を提案した。このことから、司法権法と権利章典が、提案者達の頭の中で一対のものと考えられていたことが判る。司法審査権を確立することで連邦政府の権限を確保し、他方、権利章典によって、連邦政府が州と市民の権利を侵害することを防止することを保障したのである。

2 法律の内容

同法は、最高裁判事の数を六人とした。長官一名及び五人の陪席判事である。

同法制定当時は、まだ合衆国憲法を一一州しか批准していなかったが、同法はそれを一二の司法区 (judicial district) に分けた。即ち、原則として各州がそれぞれ一司法区とされたが、例外としてバージニア州とマサチューセッツ州はそれぞれ二司法区に分けられた。⁹⁾

各地区には高等裁判所 (circuit court)¹⁰⁾ と地方裁判所 (district court) が設けられた¹¹⁾。高等裁判所は、常設ではなく、その司法区の地方裁判所判事一名と最高裁判所判事二名で構成された。つまり、最高裁判事は、最高裁判事としての業務の他に、担当する高等裁判所を巡回 (circuit) する義務を負っていたのである。高等裁判所の権限は、刑事事件では重罪、民事訴訟では訴額が五〇〇ドル以上の訴訟及び州が当事者となる訴訟である。それに加え、地方裁判所からの上訴審であった。

地方裁判所は、判事一名で構成され、海事情事、軽犯罪及び一〇〇ドル以上の民事事件を管轄した。

裁判においては、自ら訴訟を行っても良いし、代理人を立てても良いとされた。

その後の歴史の中で、特に重要な役割を担ったのが、同法第二五条である。州の最高裁判所がアメリカ合衆国

憲法と矛盾する法を支持する判決を下した場合に、連邦最高裁判所にこれを拒否する権限を与えたのである。また、州の最高裁判所で認められたあらゆる州や地方の法律の合憲性に関しては、連邦最高裁判所に上訴することができ、連邦最高裁判所が必要と認めれば、違憲だとしてそれを否定できる権限が与えられた。この規定は、連邦政府に州政府に対する当時における唯一の実質的優越権を与えた。同条は、エルスワースが、わざと大変入り組んだ表現をとったため、審議当時、その精確な内容を誰も理解せず、看過されたため成立した、といわれる。¹²⁾

二 ジェイ・コート

一七八九年九月二四日にワシントン大統領は司法権法に署名した。同日付で第一代連邦最高裁判所長官に、『ザ・フェデラリスト』の執筆者の一人であり、その時点で外務大臣 (Secretary of Foreign Affairs) であったジェイ (John Jay) を任命した。

ワシントンは、同時にブレア (John Blair) Ⅱ合衆国憲法署名者)、クッシング (William Cushing) Ⅱマサチューセッツ州憲法批准会議副議長)、ウィルソン (James

Wilson Ⅱ 独立宣言署名者)、アイアデル (James Iredell Ⅱ ノースカロライナにおける連邦主義の指導者) 及びラトリッジ (John Rutledge Ⅱ 合衆国憲法署名者) を陪席判事に選んだ。これら五人も建国の父ないしそれに準じる活躍をした人物である。

連邦最高裁判所判事の任命には、合衆国憲法二条二節二項により、上院の助言と承認 (Advice and Consent) を必要とするが、⁽¹³⁾ ジェイ・コートの六人の場合、九月二六日には早くも承認が得られた。

こうして活動を開始した連邦最高裁判所であるが、連邦地裁等も同時に開設されたため、上告される事件は少なく、この結果、ジェイ・コートの活動はもっぱら様々な規則や手続きを定めることに費やされた。ジェイの六年近い任期中に下された連邦最高裁判決は、わずか四件だった。その四件の判決のうち、合衆国憲法に關連する判決は、一七九一年に判決が下されたウエスト対バーンス事件 (West v. Barnes, 2 U.S. 401 (1791)) と、一七九三年に判決が下されたチザム対ジョージア州事件 (Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)) である。以下、順次、紹介したい。

(一) ウエスト対バーンス事件

West v. Barnes 事件⁽¹⁴⁾は合衆国連邦最高裁判所が下した最初の事件であり、口頭弁論が開かれた最初期の事例であり、そして顕在化はしなかったが、違憲立法審査権の行使が問題となった最初の事件である。すなわち、この事件では、紙幣を債務の履行に使用することを認めるロードアイランド州法の合憲性及び一七八九年司法権法の定める上訴期間の制限規定の合憲性が問題になったのである。しかし、結論的に言うならば、裁判所は司法審査権を行使しなかったのである。立法府への敬讓からといわれているがはつきりしない。

1 判決の背景

ウエスト (William West) はロードアイランド州在住の農民兼宿屋の主人であり、独立戦争時には民兵団の將軍であった。ウエストは、一七六三年に、糖蜜酒 (molasses) 取引に失敗し、プロビデンス町のジェンクス家 (Jenckes family) から、五〇〇エイカー⁽¹⁵⁾の農場を担保に融資を受けた。ウエストは、二〇年間にわたり融資に対する支払いを行い、一七八五年に残額を支払うために、彼の資産の一部を宝クジ方式で販売する許可を州

に求めた。独立戦争中の彼の功績を評価し、州は彼に許可を与えた。しかし、この時期に、ロード・アイランド州は自らの財政問題を解決するために、紙幣を発行していた。この結果、その宝籤収益のほとんどは金貨や銀貨ではなく紙幣で支払われた。

ウエストはそれによりジェンクス家に対して融資を返済するのに十分な資金を得たので、紙幣で支払おうとしたが、ジェンクス側では、その受け取りを拒絶した。ロード・アイランド州議会は、紙幣での取引に対する抵抗を予測し、一七八六年五月、債務者は州裁判所に債務金額を支払うことで債務を履行できるとする法律を制定した。同法によれば、債務者が債務金額を裁判所に支払ったと判断された場合、裁判所は債権者に対し、支払いを受け取るために一〇日以内に出頭するように命じることができ、債権者が一〇日以内に出頭しなかった場合には、裁判官には、債務は履行されたという証明書を発行する権限が与えられていた。

そこで、ウエストは一七八九年九月一六日に債務の全額を裁判所に支払ったが、ジェンクス側は出頭しなかった。

バーンズ (David Leonard Barnes) は、マサチューセッツ州在住の著名な弁護士であり、後に連邦判事になった人物であるが、その妻はジェンクス家の相続人であったところから、訴訟を担当した。バーンズは、債務の履行には金貨ないし銀貨による支払いが必要であり、紙幣を拒否できると主張して連邦裁判所に訴訟を提起した。異なる州の市民間の訴訟の管轄権は連邦裁判所にあるからである。

ウエストは本人訴訟で奮闘したが、連邦高裁で負けたため、連邦最高裁判所に上告した。ウエストは、自らはフィラデルフィアに旅することができなかったので、代理人にペンシルベニア州検事総長であるブラッドフォード (William Bradford, Jr.) を選任した。

このような事件の流れからすれば、当然、この裁判における主要争点は、ロード・アイランド州法の合憲性になるはずであった。ところが、実際にはバーンズの巧みな法廷戦術により、その点が顕在化すること無く終わったのである。すなわち、バーンズは上告手続きの瑕疵に狙いを絞って攻撃したのである。

一七八九年司法権法によれば、高裁判決から一〇日以

内に上告する必要があった。そこで、ウエストは、フィラデルフィアの連邦最高裁判所書記官であるタッカー (John Tucker) に裁判記録その他の書類を送付すると共に、そのコピーを自分の代理人であるブラッドフォードにも送付した。

タッカーに送られた原本がどうなったのか、すなわちタッカーがそれを遅れて受け取ったのか、あるいはどこかに紛れ込ませて失ったのかは不明である。とにかく、ウエストの上告が正式に受理簿に記載される以前に、一〇日間が経過していた。

連邦最高裁判所は一七九一年八月二日にウエスト対バーンズ事件の口頭弁論を開催した。裁判所は、債務履行があつたか否かでは無く、手続き上の瑕疵の問題に対処することを余儀なくされた。五裁判官 (ラトリッジは出席していなかった) の全会一致によって、上告は期間徒過により無効であると決定された。立法府は、ロード・アイランド州プロビデンスからフィラデルフィアまでの距離を考慮せずに、わずか一〇日の上告期間を設定した点に問題があつたのである。しかし、裁判所はその点を違憲とはしなかった。

悪いことに、ウエストが紙幣を裁判所に供託したわずか三日後に、ロード・アイランド州は、問題の法律を停止していた。その結果、ウエストは、バーンズとの紛争とは別に、州から資金を回収する訴訟を提起せざるを得なくなつた。

一七九二年、バーンズはウエストとその家族を農場から立ち退かせようとしたが、地方保安官は、その要求に応じようとはしなかった。そこで、バーンズは改めて、ウエストに対して立ち退き訴訟を提起しなければならなかつた。

一七九三年六月に、裁判所は、ウエスト敗訴の判決を下し、農場がバーンズの所有に属する事を認めた。さらに一七九四年に、陪審員は、ウエストがバーンズに対して損害賠償九〇ドル、最高裁への抗告訴訟費用の五九ドル九〇セントの支払い義務を負っていることを認めた。

(二) チザム対ジョージア州事件¹⁷

1 判決の背景

この事件では、合衆国憲法第三条第二節の解釈が問題となつた。この当時における第二節は次のように定めて

いた。

「合衆国の司法権はつぎの諸事件に及ぶ。この憲法、合衆国の法律および合衆国の権限にもとづき締結された、または将来締結される条約のもとで発生するコモン・ロー上およびエクイティ上のすべての事件。大使その他の外交使節および領事にかかわるすべての事件。海事法および海事裁判権に関するすべての事件。合衆国が当事者の一方である争訟。二以上の州の間の争訟¹⁸。州と他州の市民との間の争訟。異なる州の市民間の争訟。同じ州の市民間の争訟であつて、異なる州から付与された土地の権利を主張する争訟。一州またはその市民と外国またはその市民もしくはは臣民との間の争訟。」

一七九二年、サウスカロライナ州で、フアークア (Robert Farquhar) の資産の遺言執行人チザム (Alexander Chisholm) は、アメリカ独立戦争の間にフアークアがジョージア州に供給した物資の補償を求めて、ジョージア州を最高裁判所に訴えた。被告のジョージア州は、州の「主権」を理由として、同意しない自州に対する訴訟のために法廷に出頭する必要は無いと主張

し、出廷を拒んだ。

2 判決の内容

最高裁判所は四対一の裁決で、原告有利の判決を下した（反対したのはアイアデル判事である）。

この判決で、ジェイは三つの論点をあげている。

第一にジョージアはいかなる意味で、主権国家か。

第二に、訴訟対象性 (Suiability)¹⁹ はその様な主権とは相容れないのか。

第三に、憲法はジョージア州に訴訟を拒む権限を認めているか。

第一の点については、合衆国憲法前文が「われら合衆国の人民は：この憲法を制定し、確定する。」と述べていることなどを引用して、ジェイは言う。

「我々は人民が全国の主権者として行動しており、憲法が作り出した主権という語は、州政府を拘束し、州憲法はこれに適合しなければならぬというものが制定者の意思であつたことを示している。」

合衆国は、主権を持った州の連合体なのか、それとも合衆国人民が主権を有するのか、という問題は、後には南北戦争を引き起こすに到る合衆国憲法解釈上最大の論

点である。ジョージア州は、前者の解釈を正しいと考えたのだが、それに対し、『ザ・フェデラリスト』の一人、ジェイは明確に合衆国こそが主権の主体であると述べたのである。各州の主権は、いわばその残余であるに過ぎないのである。

欧州においては、王は悪をなせず (King can do no wrong) といわれ、絶対王政の下においては王とは国家であるから、そこから国家無答責の原則が貫かれた。わが国においても、現在も天皇無答責が言われるが、それはこの伝統の下にある。ジェイは、欧州において王に属する主権は、米国では人民に帰属すると説く。

「欧州の王は個人的に権力、尊厳、そして優越性を有している。それに対し、我々の統治担当者はそのいずれも持たず、単に職務としてその地位にあるに過ぎない。ないしはそうでなければ主権に関与せず、一般私人以上の何らの資格も有していない。」

このように論じて、州が訴訟対象性を有するとした。第二の訴訟対象性と州主権の整合性については、合衆国憲法が州と州との訴訟を予定していることを指摘する²⁰。それは結局、ある州の人民と他の州の人民の間の訴訟で

ある。したがって訴訟対象性と州主権は整合性がある。

「司法権のこのような拡張は、争訟を解決することであるため、適切である。したがって、基本的にそれは許される。州が原告である争訟だけではなく、被告となる場合も解決されるべきであるので政治的に賢明である。両方の場合がそれ故に司法救済の合理的な範囲であり、明白、平明、かつ文言通りの解釈は禁止されるべきではない。」

こうして、ジェイは合衆国憲法三条二節が、連邦裁判所には個人と州の間の論争を審問する肯定的権限があると認めた。

3 判決のその後

このように、連邦最高裁判所は、他州の市民の訴えを州は受け入れることを求めたのであるが、ジョージア州はこれを拒否した。連邦最高裁判所の判決が公然と州によつて無視されるという事件は、この後においても繰り返されるのであるが、本事件は、最初の憲法判断であったと同時に、州に受け入れを拒否された最初の事件ともなった。

これにならつて他の州も同様の権利を求めた。結局、

連邦議会は、一七九四年三月五日、第一一修正を可決した。一七九五年一月二三日にデラウェア州の批准によって修正条項は成立した。⁽²¹⁾

第一一修正は次のような規定である。

「合衆国の司法権は、合衆国の一州に対して、他州の市民または外国の市民もしくは臣民が提起したコモン・ロー上またはエクイティ上のいかなる訴訟にも及ぶものと解釈されてはならない。」

すなわち、これによりある州または外国の市民が他州を訴える場合の連邦司法権を、明文により排除したものである。

(三) ジェイ条約

ジェイは、最高裁判所長官として在任中に、ワシントンによりロンドンに特使として派遣された。すなわち、一七八九年に勃発したフランス革命が急進化し、一七九三年に革命政府がルイ一六世を処刑するに至ったので、英国は対仏大同盟を結成して革命へ干渉する姿勢を鮮明にした。それに対して、合衆国はフランス革命に対して中立の立場をとり、フランスとの貿易を継続しようとした。

この米仏間の貿易を英国が実力で阻んだことから、米英関係が緊張した。マディソンは英国との戦争を主張したが、ワシントンは戦争回避にむけて努力するべく、ジェイを英国へ派遣して、両国関係の改善を図ったのである。この結果、一七九四年に英国に有利でフランスに敵対する内容の条約が締結された。⁽²²⁾ 同条約はジェイ条約 (Jay's Treaty) の名で知られている。

この条約締結に怒ったマディソンは、ハミルトンやジェイと袂を分かち、ジェファースンと結んで共和党 (Republican) を結成し、ハミルトンを中心とする連邦党 (Federalist) と対立するようになる。⁽²³⁾ これが、マーベリ対マディソン事件の根本的な原因となる。

三 エルスワース・コート

一七九五年五月、ジェイは第二代ニューヨーク州知事に選出されたため、同年六月二九日に連邦最高裁判所長官を辞任した。ワシントンは、第二代長官に、陪席判事の一人ラトリッジ (John Rutledge) を合衆国上院が休会中に任命した。⁽²⁴⁾ ラトリッジは一七九五年七月一日に着任した。

ところが、休会任命後間もない七月一六日、ラトリッジは、英国との間に結ばれたジェイ条約を「このたわいもない文書に署名するくらいなら大統領は死んだ方がよい。それを採択するよりも戦争を選ぶ²⁵⁾」と述べるなど、明白に共和党寄りよりの言動を示したため、連邦党が多数を占める上院は一七九五年一月一五日にラトリッジに対する指名を拒絶した。その結果、ラトリッジに対する休会指名は上院会期の終了と共に自動的に期限切れとなった。ラトリッジはアメリカ合衆国最高裁判所の歴史の中で唯一人、本人の意に反して職を追われた判事である。

そこでワシントンは第三代長官としてエルスワースを一七九六年四月四日に選任した。彼については問題なく上院の承認が得られた。

そのエルスワース・コートにおける憲法判例がヒルトン事件とホリングワース事件である。特にヒルトン事件は、後々まで繰り返し引用される重要な憲法判例となった。

(一) ヒルトン対合衆国事件²⁶⁾

1 判決の背景

一七九六年に下されたこの判決は、米国連邦最高裁判所による、立法に対する最初の憲法判断として有名である。

事件はバージニア州に住むヒルトン (Daniel Lawrence Hylton) が「乗用馬車に租税を課する法律」という連邦法²⁷⁾に反し、その所有する乗用馬車 (carriage for the conveyance of persons) の台数に応じた租税 (duty) 計一〇〇〇ドルを支払っていないとして、地方検事により起訴され、罰金刑を求められた、というものである。ヒルトンは、貸し馬車屋であつたらしく、レンタル用の二輪馬車 (chariots) を一二五台所有していたため、このような多額となっている。被告は上述の法律は違憲で無効であるとして租税債務の不存在を主張した。

2 判決の内容

合衆国憲法第一条は議会の権限を定めているが、この判決で問題になったのは、そのいくつかの条項の解釈である。

(1) 直接税

ヒルトンは、まず馬車税は、合衆国憲法一条二節三項前半に違反すると主張した。次のような条文である。

「下院議員と直接税は、連邦に加わる各州の人口に比例して各州間に配分される。各州の人口は、年期を定めて労務に服する者⁽²⁸⁾を含み、かつ、納税義務のないインディアンを除いた自由人の総数に、自由人以外のすべての者の数の五分の三を加えたものとする⁽²⁹⁾。」

この条文は、連合の持っていた、租税高権を持たないという根本的な弱点をカバーする狙いで作られたものである。独立戦争のスローガン「代表なければ課税なし (No taxation without representation)」を反映して、下院議員の議席数と課税額が連動するという世界でも誠に珍しい規定である。

その結果、連邦が徴収しうる直接税は、各州の人口に応じなければならない。九節四項は、さらに「人頭税その他の直接税は、この憲法に規定した人口調査または算定にもとづく割合によらなければ、これを賦課してはならない。」と定めて、この点を強調していた⁽³⁰⁾。

米国初期の憲法判例 (甲斐)

人頭税 (poll tax) が、合衆国憲法一条二節三項前半に言う直接税に該当することは間違いない。しかし、悪税として定評のある人頭税⁽³¹⁾で、連邦財政をまかなうのは妥当ではない。そこで、人頭税以外には何が直接税に該当するかが問題となる。ヒルトンは、馬車税は直接税であり、人口調査に基づいて課税されているわけではないので、違憲だと主張したわけである。

エルスワース長官は、この判決では、この点についてしか意見を書いていない⁽³²⁾。それによると、馬車税は直接税ではない。直接税は人頭税と土地税 (taxes on land) だという。この点は、他の判事の意見でも同じで、その結果、その後に残る重要な判例となった。

初代の合衆国財務長官となったハミルトンは、このように合衆国憲法が直接税に厳しい姿勢を取ったので、必然的に間接税を、その税制の中心にせざるを得なかった。そこで彼が選んだのは、具体的には関税である。他の形態の租税と異なり、関税は連邦の専権事項となっていて州税との競合がないため、諸州との軋轢が無く、かつ少ない経費で徴収が可能であるためである。こうして、一七八九年関税法 (the Tariff Act of 1789) が、米国最

初の税法となる。その後、関税収入は、第一次世界大戦まで米国籍入の中心であり続ける。一九一三年の第一六修正という形の憲法改正により、所得税法の正式導入が可能になって、ようやくその首座をゆずることになる。

この当時の連邦最高裁判所の判決文は、英国の判決の伝統に従い、それぞれの判事が自分の意見を順番に述べ、それがそのまま判決文となっていた。したがって、法廷の意見がどのようなものであったのか判りにくい。適宜、判事の意見を紹介する。

チェイス判事 (Samuel Chase) のこの点に関する意見は興味深い。

「原告は、高等裁判所で、馬車への課税は直接税であったことを証明するために腐心したが、私は納得していない。私が思うに、それはかなり疑わしい。そして、疑問に過ぎない場合には高等裁判所の判決を維持すべきである。その決定は、連邦議会の判断 (馬車税は直接税ではなく、Duties であると構成した) にしたがっている。私は馬車税は、憲法の文言からする限り直接税ではないと考える方向に傾斜している。」

ここには既に今日の違憲審査に関する自制説 (疑わしきは同位の国家機関の判断に従う) の萌芽が認められるからである。

(2) 間接税

直接税でなければ、何かという事が次に問題となる。憲法的问题になったのが、同条八節一項の冒頭の次のような規定である。

「連邦議会は、次の権限を有する。合衆国の債務を弁済し、共同の防衛および一般の福祉に備えるために、租税、関税、輸入税および消費税を賦課し、徴収する権限。但し、すべての関税、輸入税および消費税は、合衆国全土で均一でなければならぬ。」³³

国家である限り、徴税権を有していることは当たり前のように思う。³⁴しかし、国家の徴税権は国家権力の最も典型的な発動で有り、自由の敵であるから、こうした規定無しには徴税は不可能なのである。

この判決とは関係が無いが、本項に基づき課税権は「合衆国の債務を弁済し、共同の防衛および一般の福祉」という目的のためという制約の下にのみ行使しうると読めるといふ問題がある。

この点の解釈は、『ザ・フェデラリスト』の執筆者の間においてすら、意見の対立があった。すなわち、マディソンは、これを文字通り、厳格に理解する、という立場をとった。³⁵これに対し、ハミルトンは、課税・歳出権限は一条八節に書かれている議会の権限に対応して与えられたものであると主張した。³⁶連邦議会は、ハミルトンの説を採用して立法活動を行った。連邦最高裁も、後年、これを明確に支持した。³⁷

この事件で直接に問題となったのは一条八節の「taxes, duties, imposts and excises」という言葉が何を意味するかであった。特に、直接税の概念に関連して、大きな問題だったことは、上述のとおりである。ここでもチェイス判事の意見を紹介しておく。

「私は、乗用馬車の年次税は、議会に与えられた Duties を課する権限内にあると考える。Duties という用語は「tax」という用語に次いで最も包括的なもので、英国で実例があり（その用例から我々は taxes, duties, imposts, excises, customs などの一般的な着想を得る）印紙税 (taxes on stamps)、通行税 (tolls for passage) 等々を含み、輸入税に限定

されない。

私には、消費 (expence) に対する税は間接税と思える。そして私は、乗用馬車に対する年次税は、その種類のものと考ええる。なぜなら馬車は消費商品であり、それに対する課税は所有者の消費に対する課税になるからである。」

これに対して、他の判事は、定義が明確にできない以上、その言葉の意味を決定することは、連邦議会の権限だと憲法起草者は考えていたはずだとしている。

(二) ホリングワース対ヴァージニア州事件

エルスワース・コートで、今ひとつ、憲法判例といえる判決がある。それは一七九八年のホリングワース対ヴァージニア州事件 (Hollingsworth v. Virginia, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798)) である。この事件の事実関係については、この判決文に書いてある以外の情報がなく、判決文の中では簡単に触れられているのみであるので、どのような事件かよくわからない。触れられていることから推測すれば、ジョージア州が、不動産 (Estate) に対する保障を行っていたのを、州憲法を改正して廃止し

たため、その改正が無効だと争ったものであるらしい。
この事件で関連して問題になったのは、先に紹介した
チザム事件判決に対して、合衆国憲法の改正が行われた
という点である。

直接に問題になったのは、憲法修正案が、大統領に提
出されていないことであった。すなわち、憲法改正も法
案であり、そうであれば、「下院および上院を通過した
すべての法律案は、法律となるに先立ち、合衆国大統領
に送付されなければならない」のに、大統領の署名が行
われていない点が問題となった。しかし、同文が大統領
に与えている拒否権は、上下両院それぞれの三分の二の
多数で議決されれば覆されることができ。

他方、憲法の改正を發議するには上下両院それぞれの
三分の二の多数による議決が必要とされる³⁸⁾。したがっ
て、大統領として、憲法改正の發議がなされてしまえば、
拒否権を發動する余地がない。したがって、憲法修正が
有効に成立するのに、大統領の署名は必要ではない。そ
れと同様に、ジョージア州の場合にも、知事の署名がな
くとも憲法修正は有効である。

このような論理により、合衆国憲法の改正に、大統領

の署名は要しない、という憲法判断を確定した点に、こ
の判決の重要性がある。

「おわりに」

ここに紹介したとおり、米国では、違憲立法審査権は、
確かにわが国憲法と違って、合衆国憲法レベルの明文の
規定は存在していなかったが、決して立法レベルで予定
されていなかったわけではない。そして、事実、連邦最
高裁判所ができたばかりで、ほとんど上告事件がなかつ
たジェイ・コートやエルスワース・コートの時点で、す
でに憲法事件は提起され、裁判所もそれに正面から向き
合って判決を下していたのである。このような流れの中
で、マーベリ対マディソン事件は出現したのであって、
決してゼロからの出現ではなかったことは、マーシャ
ル・コートの活動を視る上で看過してはならない点と考
える。

(1) State という言葉は、通例、合衆国憲法の下では州と
訳すが、連合規約の下では邦と訳されているので、本稿
においてもそれに従って訳語を使い分けている。

(2) 一三邦の承認日時を示すと次のとおりである。

1	一七七八年	二月	五日	サウス・カロライナ
2	一七七八年	二月	六日	ニューヨーク
3	一七七八年	二月	九日	ロード・アイランド
4	一七七八年	二月	二二日	コネチカット
5	一七七八年	二月	二六日	ジョージア
6	一七七八年	三月	四日	ニュー・ハンプシャー
7	一七七八年	三月	五日	ペンシルヴァニア
8	一七七八年	三月	一〇日	マサチューセッツ
9	一七七八年	四月	五日	ノース・カロライナ
10	一七七八年	一月	一九日	ニュー・ジャージー
11	一七七八年	二月	一五日	バージニア
12	一七七九年	二月	一日	デラウエア
13	一七八一年	三月	一日	メリーランド

このように、その批准のために何年も掛かったのは、西部のまだ開拓されていない土地に関する各邦の領有権主張が収まっていなかったからであった。特に、独立宣言の中心的執筆者であり、後に第三代大統領になったジェファァーソンが知事を務めるメリーランド州の批准が非常に遅れて最後になったのは、バージニア州とニューヨーク州がオハイオ川溪谷の領有権主張を取り下げらるまでは批准しないとしていたためであった。この点については、別稿で詳しく論じる。

(3) ロン・チャーナウ著『アレキサンダー・ハミルトン伝』上巻二九六頁、日経BP社二〇〇五年刊参照。

(4) 合衆国憲法七条は、次の様に定めている。
「この憲法は、九州の憲法会議の承認があれば、承認した州の間で成立するものとする。」
(5) 各州の批准年月日とその際の憲法制定会議に於ける賛否の票数は次のとおりである。

	賛成	反対				
1	一七八七年	二月	七日	デラウエア	30	0
2	一七八七年	二月	二日	ペンシルベニア	46	23
3	一七八七年	二月	一八日	ニュージャージー	38	0
4	一七八八年	一月	二日	ジョージア	26	0
5	一七八八年	一月	九日	コネチカット	128	40
6	一七八八年	二月	六日	マサチューセッツ	187	168
7	一七八八年	四月	一八日	メリーランド	63	11
8	一七八八年	五月	三日	サウスカロライナ	149	73
9	一七八八年	六月	二日	ニューハンプシャー	57	47
10	一七八八年	六月	二五日	バージニア	89	79
11	一七八八年	七月	二六日	ニューヨーク	30	27
12	一七八九年	一月	二日	ノースカロライナ	194	77
13	一七九〇年	五月	二九日	ロードアイランド	34	32

ロードアイランド州は全米五〇州中最小の州で、日本だと滋賀県と同程度の面積しかない。同州は、中央集権化に反対し、一七八七年の合衆国憲法制定会議もボイコットした。合衆国成立後も憲法の批准をためらっていたが、連邦から外国と宣告され、他州との交易品に関税

が課せられることの危機感から、他州から非常に遅れてしぶしぶ批准した。

(6) 『ザ・フェデラリスト』(The Federalist Papers) は、計八五編の連作論文である。これら論文のうち七七編は、一七八七年一〇月から一七八八年八月まで『The Independent Journal』紙、『The New York Packet』紙、又は『the Daily Advertiser』紙に連続して掲載された。これに他の八編を加えて編集したものが、『ザ・フェデラリスト』と題されて一七八八年に二巻本で J. & A. マクリーンによって刊行された。わが国では一九九八年に福村書店より翻訳・刊行されている。

(7) 一七八九年司法権法の正式名称は「An Act to establish the Judicial Courts of the United States」で、The United States Judiciary Act は通称である。わが国の裁判所法に相当する立法であるが、わが国にこの法律が紹介される時には「司法権法」の訳語が使用されている例が多いと思われるので、本稿もそれに従っている。

(8) 直接には、修正五条(大陪審の保障)、二重の危険の禁止、デュープロセス、財産権の保障)、修正六条(陪審、迅速な公開裁判、刑事被告人の権利)、修正七条(民事陪審)修正八条(過大な保釈保証金及び残酷な刑罰の禁止)の四箇条である。しかし、修正四条(不合理な搜索、逮捕、押収の禁止)もまた、司法過程と密接な結びつきを有しているため、数えられる。

(9) マサチューセッツ州の地区割りとは、今日のメイン州とマサチューセッツ州に相当する。同様に、バージニア州の地区割りは今日のケンタッキー州と、今日のバージニア州及びウエストバージニア州を合したものに相当する。司法権法の地区割りは、その後における州の分割を先取りしていたのである。

(10) わが国では、Circuit court は、巡回裁判所と訳する例が多い。しかし、この時期においてはともかく、後年においては固定的な裁判所となり、判事が巡回することはない。また、各州にも同じく Circuit court と呼ばれる裁判所が存在しているが、それらも今日では巡回することはなく、しかも例えばハワイ州のそれはわが国の家庭裁判所に類似した機能を持つ下級裁判所であるなど、審級も含めて実質がまちまちである。そうした紛らわしさを避けるため、本稿では、地裁と最高裁の中間の上訴裁判所を意味する場合には「高等裁判所」と訳した。

(11) 今日のメイン州とケンタッキー州に相当する司法区では、高等裁判所は設けられず、地方裁判所が高等裁判所機能も果たした。

(12) 一七八九年司法権法二五条の原文は次のとおりである。

That a final judgment or decree in any suit, in the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had, where is drawn in

question the validity of a treaty or statute of, or an authority exercised under the United States, and the decision is against their validity; or where is drawn in question the validity of a statute of, or an authority exercised under any State, on the ground of their being repugnant to the constitution, treaties or laws of the United States, and the decision is in favour of such their validity, or where is drawn in question the construction of any clause of the constitution, or of a treaty, or statute of, or commission held under the United States, and the decision is against the title, right, privilege or exemption specially set up or claimed by either party, under such clause of the said Constitution, treaty, statute or commission, may be re-examined and reversed or affirmed in the Supreme Court of the United States upon a writ of error, the citation being signed by the chief justice, or judge or chancellor of the court rendering or passing the judgment or decree complained of, or by a justice of the Supreme Court of the United States, in the same manner and under the same regulations, and the writ shall have the same effect, as if the judgment or decree complained of had been rendered or passed in a circuit court, and the proceeding upon the reversal shall also be the same, except that the Supreme Court, instead of remanding the

cause for a final decision as before provided, may at their discretion, if the cause shall have been once remanded before, proceed to a final decision of the same, and award execution. But no other error shall be assigned or regarded as a ground of reversal in any such case as aforesaid, than such as appears on the face of the record, and immediately respects the before mentioned questions of validity or construction of the said constitution, treaties, statutes, commissions, or authorities in dispute.

(13) 合衆国憲法「二条」二項「二文は次の様に規定している。

「大統領は、大使その他の外交使節および領事、最高裁判所の裁判官、ならびに、この憲法にその任命に関して特段の規定のない官吏であつて、法律によつて設置される他のすべての合衆国官吏を指名し、上院の助言と承認を得て、これを任命する。」

(14) この事件の正式の判決は失われてしまつている。その結果、米国最高裁判所判決に関する公式出版物で、² U.S. 401 という番号には、現在では、OSWALD v. STATE OF NEW YORK - 2 U.S. 401 という翌一七九二年に判決が下された事件が掲載されている。このように正式な判決文が失われているにも拘わらず事件の詳細が今日判明するのは、この事件が連邦最高裁判所の最初の判決であつたために、当時大きな社会的関心を呼び、新聞に詳細な報道がなされたためである。

(15) 一エィカー 4 046.85642 m² すなわち約四ヘクター
ルである。

(16) その時のロードアイランド州連邦高裁判事はジェイ
連邦最高裁判所長官、クッシング連邦最高裁判所判事及
び地裁判事のマーチャント (Henry Marchant) の三名で
構成されていた。高裁段階におけるウェスト側の敗訴理
由は、記録が残っていないため、不明である。

(17) *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)

(18) 合衆国憲法の邦訳に関しては様々なものが公表され
ているが、米国自身がその翻訳に責任を有しているもの
を採用するのが最も妥当との判断から、本稿においては、
米国在日大使館が、そのホームページ中に掲記している
邦訳を原則として使用している。

[http://aboutusa.japan.usembassy.gov/j/jusaj-
constitution.html](http://aboutusa.japan.usembassy.gov/j/jusaj-constitution.html)

なお、英語そのものの持つ語義の多様性から、上記翻
訳に問題がある場合が現実問題として多々ある。本稿で
は、そうした問題箇所では、例えば注(33)のように、そ
の都度その語義の問題点を指摘する。

(19) この「Suability」という言葉は、ジェイがこの問題
を議論するために作り出したものであるらしく、次の
様にジェイは述べている。

“Suability” and “suable” are words not in common use,
but they concisely and correctly convey the idea annexed

to them.

この語については、管見の限りでは先行する翻訳例が
見当たらず、本稿では「訴訟対象性」という訳を当てる
こととした。

(20) 三条二節一項に「二以上の州の間の争訟」が連邦裁
判所の権限として予定されている。

(21) デラウェア州が連邦へ批准したことの告知を怠った
ために、国務省が正式に修正が発効を確認したのは
一七九八年になってからであった。

(22) この条約の内容を簡単に紹介すれば、①ミシシッピ
川を英国に開放する、②英国の敵国(つまりフランス)
の私掠船に対する補給を禁止する、③独立戦争以前の米
国人の英国人に対する負債は支払う、というものである。

(23) この共和党は、今日の米国の政党である共和党
(Republican Party)とは関係がない。ここに紹介してい
る共和党は一八二〇年に分裂し、ジャクソン (Andrew
Jackson) を中心とするグループが民主共和党
(Democratic-Republican Party)と名乗る政党を結党し、
一八二八年大統領選挙でジャクソンを第七代大統領に押
し上げた。それが一八三〇年に民主党 (Democratic
Party)と改名して今日に至る。これに対し、今日
の共和党は、むしろ連邦党の後裔で、黒人奴隷制反対を
掲げて一八五四年に結成され、リンカーンを第一六代大
統領に押しあげたのである。この現在の共和党とここに

紹介した共和党を区別するため、一七九六年や一八〇〇年の大統領選挙における共和党に關しても、民主共和党という書き方をしてゐる例が米國・わが國ともに多いが、間違ひなので、それには従つてゐない。

(24) これを休会任命 (Recess Appointment) としう。休会任命は合衆國憲法の第二條第二節により認められてゐる。「大統領は上院の休会中に生じうるすべての空席を、次の会期末を期限として任命により埋める権限を有する」。休会任命された場合には、したがつて次の会期末までに上院により承認される必要がある。

(25) 原語は次のとおりである。
“He had rather the President should die than sign that puerile instrument” and that he “preferred war to an adoption of it”

(26) *Hylton v. United States*, 3 U.S. 171 (1796)

(27) 原名は An act laying duties upon carriages for the conveyance of persons (The act of Congress of June 5, 1794) である。同法第一條は次の様に定めていた。

“Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That there shall be levied, collected and paid, upon all carriages for the conveyance of persons, which shall be kept by or for any person, for his or her own use, or to be let out to hire, or for the

conveying of passengers, the several duties and rates following, to wit: For and upon every coach, the yearly sum of ten dollars; — for and upon every chariot, the yearly sum of eight dollars; — for and upon every phaeton and coachee, six dollars; — for and upon every other four wheel, and every two wheel top carriage, two dollars; — and upon every other two wheel carriage, one dollar. Provided always, That nothing herein contained shall be construed to charge with a duty, any carriage usually and chiefly employed in husbandry, or for the transporting or carrying of goods, wares, merchandise, produce or commodities”

(28) 「自由人以外のすべての者の数の五分の三」とは、奴隸は五分の三と数えるという意味である。すなわち、南部諸州は、連邦における発言権を確保する目的から奴隸も人数に含めるべきだと主張し、北部諸州はこれに反対し、その妥協として決まつた。

(29) ここに紹介した文言のうち、第二文として訳されてゐる文章は、その後、第一四修正及び第一六修正により改正されてゐるので、現在では実効性を持たない。

(30) この条項は、第一六修正により、今日では削除されてゐる。

(31) 人頭税とは、その人の經濟能力に關係なく、全ての國民一人につき一定額を課す税金である。所得の無い人

にも課税する税という点では消費税と同様であるが、消費税の場合、消費能力に比例して課税額が増えるので、ある程度累進制をもっている。それに対して、人頭税の税額は一律なので、所得の少ない人の負担が最大になる税制であるため、悪税とされる。最近時の例を挙げると、英国でサッチャー首相が一九九〇年に導入したが、国民世論の反発が強く、その年のうちに同首相は辞任に追い込まれ、人頭税そのものも一九九三年には廃止された。

(32) 判決文に脚注があり、エルスワース長官はこの朝執務室に居り、討論をすべて聞いていないので、判決理由の記述を減らしたとある。

(33) この訳は、米国大使館の翻訳を紹介したため、Duties という語の訳語が関税と固定されていて、この事件での用語法とは整合していない。そこで、条文の原文を紹介しておく、次のとおりである。

The Congress shall have power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises, to pay the debts and provide for the common defense and general welfare of the United States; but all duties, imposts and excises shall be uniform throughout the United States;

(34) 松井茂記『アメリカ憲法入門』〔第四版〕有斐閣二〇〇〇年刊、五〇頁は「この課税権限が問題になることはあまりない」とあっさり述べているのは、そうした観念に基づくものと思われる。しかし、本講で紹介して

いる判例に代表されるように、歴史的に見れば、膨大な量の憲法訴訟がこの条項を巡って起こされている。

(35) マデイソン「第四一篇 連邦政府の権限」『ザ・フェデラリスト』斎藤真・武則忠見(翻訳) 福村書店一九九八年刊一九八頁以下、特に二〇三頁〜二〇四頁参照。

(36) ハミルトンが『ザ・フェデラリスト』中で、税制に関して述べている箇所は非常に多い。特に、「第三〇篇 課税権」一四一頁以下、「第三一篇 無制限課税権の不可欠性」一四六頁以下、「第三二篇 専属的課税分野と重複的課税分野」一五〇頁以下、「第三三篇 必要にして適当な条項と最高法条項」一五三頁以下、「第三四篇 連邦と州の共同課税管轄権」一五六頁以下、「第三五篇 輸入関税に限定した場合の不公平」一六一頁以下、「第三六篇 代表者数と国内税」一六五頁以下、の各篇は集中的に税制について論じている。本文に述べたことは、直接には、「第三三篇 必要にして適当な条項と最高法条項」に依拠しているが、ハミルトンの主張は、上記すべての論考を通じて把握される必要がある(示した頁はいずれも注(35)紹介書の該当ページである)。

(37) United States v. Butler, 297 U.S. 1 (1936) ニューディール政策の中心となった法律に農業調整法(Agricultural Adjustment Act of 1933)がある。この訴訟では、同法の特定の条文の合憲性が問題となった。法

は、特定の農産物の価格を、生産量を減らすことで引き上げるといふ狙いから、その作付けや生産を減少させようとする農民に対し補助金を支払い、その原資を得るために、農業製品の加工業に租税を課するというものであった。

連邦最高裁判所は、農民の収穫量を減らすという目的の租税の賦課は、本当の租税ではなく、したがって合衆国憲法によって与えられた連邦政府の権限を逸脱していると判決したのである。

(38) 第五条は次の様に定めている。

連邦議会は、両院の三分の二が必要と認めるときは、この憲法に対する修正を發議し、または、三分の二の州の立法部が請求するときは、修正を發議するための憲法會議を召集しなければならない。いずれの場合においても、修正は、四分の三の州の立法部または四分の三の州における憲法會議によって承認されたときは、あらゆる意味において、この憲法の一部として効力を有する。いずれの承認方法を採用するかは、連邦議会在が定める。但し、一八〇八年より前に行われるいかなる修正も、第一章第九条一項および四項の規定に変更を加えてはならない。いかなる州も、その同意なしに、上院における平等の投票権を奪われることはない。

米国の裁判所で提起された外国仲裁判断確認訴訟に おけるフォーラムノンコンビニエンスの法理の適用

——*Figueiredo* 事件に見るコモンロー法域の新展開とシヴィルロー法域との交錯——

坂 本 力 也

はじめに

- 一．問題の所在
- 二．問題の背景
- 三．コモンロー法域の新展開
- 四．FNCの要件と関連判例
- 五．*Monegasque* 事件 (M事件)
- 六．*Figueiredo* 事件 (F事件)
- 七．若干の検討
おわりに

はじめに

国際仲裁に関する裁判所の手続でコモンロー法域の法理であるフォーラムノンコンビニエンス (*Forum Non-Conveniens* (以下、「FNC」と言う)) が適用されうるステージには二つある。一つは、合衆国最高裁の *Scherk* 事件のように、⁽¹⁾ 仲裁合意が在るにもかかわらず裁判所に提訴された訴訟の却下を求めて妨訴抗弁が提出

される場合であり、もう一つは仲裁判断の承認執行訴訟において判断債務者が当該訴訟の却下をFNCに基づいて申立てる場合である。本稿で考察するのは後者である。

なお、本稿では、米国での外国仲裁判断の「recognition (承認)」には「confirmation (確認)」という法律用語が使用されているため「承認」を「確認」と置き換えて示す。仲裁判断を「確認する (confirm)」とは、仲裁判断の承認執行を目的として仲裁判断を裁判所の判決として登録する米国の裁判所での手続を意味する。

一・問題の所在

国際民事紛争を解決する手段として訴訟よりも仲裁を選択するメリットのひとつには、外国仲裁判断の承認と執行を一定の条件の下で認める条約の存在がある。本稿で言及されるその種の条約はNY条約(外国仲裁判断の承認および執行に関する国際連合条約 [U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards]⁽²⁾)とパナマ条約⁽³⁾(国際商事仲裁に関する米州条約 [Inter-American Convention on International Commercial Arbitration])である。これらの条約の締約国は他の締

約国で下された仲裁判断を一定の条件下で執行する義務を負い、これは仲裁による紛争解決を積極的に支持する米国の政策と合致している。

本件で検討する法的争点は、米国でNY条約またはパナマ条約の下で提起された外国仲裁判断の承認訴訟においてFNCが適用され、同訴訟が却下される要件とその適否である。

二・問題の背景

二・一 NY条約とパナマ条約

NY条約の締約国の数は現在一四六カ国にもなった。同条約は、承認執行訴訟の対象を明示的に「国際仲裁判断」に制限していない⁽⁴⁾。締約国である米国は、その第一条三項⁽⁵⁾の留保宣言を行っているため、相互主義に基づき、執行国以外の締約国の領域で下された仲裁判断を承認執行訴訟の対象とすることができるとしている。したがって、紛争の原因となった取引が国境を越えていること、または、当事者が国籍を異にすることを、その適用の要件とはしていない。すなわち、NY条約は、国際仲裁判断のみならず、「外国仲裁判断」についても世界規模の執行を目

指している。^⑥

他方、パナマ条約は米国を入れて一九の締約国（仮も含む^⑦）を擁している。だが、NY条約第一条一項^⑧に定められた締約国の領域で下された仲裁判断には言及していないため、外国仲裁判断を対象としているかが問題にされることがある。実際、判例の中には、パナマ条約は、仲裁手続とその当事者そして仲裁の対象となった関連取引が一国の国境を越えていない場合は適用しないと示すものもあるが、同条約には、連邦仲裁法三〇二条^⑩を通してNY条約のほとんどの条文が組み込まれていることから、その対象は実質的にNY条約と変わらないとの見解がある。^⑪

二・二 管轄権とFNCの立証順位

米国の裁判所で適正手続き（デュープロセス）を充足し既判力を有する判決が下されるためには、事件と争訟の内容に対する事物的管轄権と紛争当事者に対する領域的管轄権（人的管轄権）の両方の存在が求められる。これらの要件は、一般的に実体的審理を求める契約違反や不法行為等に関する訴訟でも、また、略式的手続である

外国仲裁判断の確認訴訟においても充足されなければならない。^⑫ 米国内に存在しない外国にいる被告に対しては、「公明正大さと実質的正義」を満たす最小限の接触があれば、当該被告に対する適正手続を充足する領域的管轄権が存在すると判断される。^⑬

管轄権とFNCの立証順位については、連邦の巡回区控裁レベルで判断が分かれていた。しかし、合衆国最高裁が、*Sinochem International v. Malaysia International Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007) において、審理の便宜、公平性、及び訴訟経済の観点から、事物的管轄権または人的管轄権に関する審理を経ることなしに、FNCに基づいて訴訟を却下する裁量権を連邦地裁に認めた。

二・三 フォーラムショッピングとFNC

米国では、裁判所に納める一律の訴訟開始費用、陪審制度、懲罰的賠償を含む高額な損害賠償の獲得の可能性、裁判所侮辱罪が課されるリスクのもとで展開される徹底したデイスカバリー（開示手続）、クラスアクションなど、原告保護の立場に有利とされる裁判制度がある。そこで、自国にこのような制度を持たない外国人の原告が、自己

に有利となる実体的な判断を獲得するために、米国の裁判所を法廷地として選択することがある。このような状況はフォーラムショッピング（法廷地漁り）という言葉で表現されることがある。FNCは、米国の受訴裁判所の裁判官が、前述のような外国人の原告によって提訴された米国の裁判所での訴訟を、無制限に認めることがないように、米国の裁判所以外に十分な代替的法廷地があることを確実にしたうえで、米国の裁判所の訴訟を却下することを可能にする。また、実体的審理を含む国際訴訟においては、米国の訴訟と外国の訴訟が競合している場合に、一つの事件に複数の異なった判決が下される状況を避ける役割も果たす。

他方、ある締約国の仲裁手続においてすでに実体的審理が終了している外国仲裁判断の執行が求められる略式的な確認訴訟では、判断債権者は、判断債務者の財産が米国にあるとき、NY条約やパナマ条約のもとで、その執行を目的としたフォーラムショッピングを積極的に行うことをFNCによって禁じられるべきではないとも考えられ、それは米国での確認訴訟が国際的に競合する場合も同様といえよう。例えば、スウェーデンの仲裁判断

の確認訴訟を扱ったカリフォルニア州北部地区連邦地裁の *Sony Ericsson* 事件¹⁴ では、タイの裁判所でも同様の訴訟が同当事者間で既に提起されていた。判断債務者は、同連邦地裁が仲裁判断の確認の是非を検討してしまうとタイの裁判所の判決と抵触する判決が下されるリスクがあることを理由に、タイがより便宜的な法廷地であると主張してFNCに基づき本件確認訴訟の却下を求めた。同連邦地裁は、タイの裁判所で判決の準備ができていないことが立証されていないと述べ、そのような状況下では同連邦地裁がタイの裁判所がすでに下した判決と抵触する判決を下すことはないこと、また、もしもタイの裁判所が執行拒否の判決を下そうとしても、そのような抵触する判決（実際、本件の連邦地裁は問題の仲裁判断を確認した）の可能性を以ってタイの裁判所を優先することを求められることはないことを示した。そして、第五巡回区の判例を引用し、米国の裁判所や他国の裁判所は、他の裁判所が仲裁判断を無効にしたとしてもその無効にされた仲裁判断の執行を認めてきたと論じ、本件をFNCのもと却下することはないと判断した。

三・ コモンロー法域の新展開

FNCに基づき確認訴訟を却下する判例の存在は、米国の仲裁を強く支持する政策とグローバルな仲裁判断の執行の妨げになることから非難の対象となっている。¹⁵⁾

右の非難が一次的ピークに達したのは、まず、二〇〇二年一月に影響力の強い第二巡回区控裁において確認訴訟がFNCに基づき却下されてからであり、それをさらに強めたのは、二〇〇一年一月に同控裁が前述の二〇〇二年一月の事件を引用して確認訴訟を却下したときであった。その二〇〇二年一月の判例は、*Monegasque* 事件¹⁶⁾ (以下、「M事件」と言う)であり、前述の二〇〇一年一月の判例は、*Figureiredo* 事件¹⁷⁾ (以下、「F事件」と言う)である。実際、一部の研究者を除いて、多くの仲裁の研究者や実務家は、これらの事件について批判的な立場を取っている。M事件については、確認訴訟の段階で国家に対して責任を課そうとしていたため、FNCが適用される限られた事件として位置付ける動きはあったものの、¹⁹⁾ 同控裁がF事件でFNCを適用し確認訴訟を却下した際には、M事件を覆すことに対する

期待に反した判例として強い批判を受けた。²⁰⁾

現在、合衆国最高裁は本稿で検討する法的争点について見解を示していない。また、二〇〇八年と二〇〇九年の文献²²⁾からも、英国やオーストラリアといった米国以外の他のコモンロー法域においては、外国仲裁判断の承認執行訴訟にFNCの法理が適用され却下されたことはないことが読み取れる。この点で、コモンロー法域においては確認訴訟のFNCに基づく却下は、F事件によって、コモンロー法域における新たな展開として位置付けられたことになる。

四・ FNCの要件と関連判例

FNCとは、²³⁾ 原告が選択した法廷地があまりにも被告に不便であるときに適用されるコモンローの法理であり、一般的に、シヴィルローの法域には存在しない法理として位置付けられている。²⁴⁾ FNCは、被告が訴訟却下を申立てる根拠のひとつである。本法理は、米国の連邦裁判所とほとんどの州裁判所で適用されており、原告が選択した法廷地がきわめて不便宜であると判断され、より適切な法廷地が受訴裁判所の所在する法域に存在しない場

合（存在していれば移送が可能）、受訴裁判所が訴訟却下を命じることを認める。受訴裁判所には、訴訟却下の命令を下す裁量が付与されており、当該命令は原告の救済の道を遮断することがないように条件付きで下されることもある。例えば、受訴裁判所は、より適切な外国の法廷地での訴訟の提起を命じることもでき、その際に、被告が出訴期限の徒過を抗弁として主張しないことを条件とすることもある。

四・一 要件

FNCの存在を確認しその適用を以って国内事件を却下する際に考慮される要件を具体的に示した合衆国最高裁の判例は、*Gilbert* 事件²⁵であり、他方、国際的な事件ではじめてFNCを再確認したのは *Piper* 事件²⁶である。一般的に、米国の裁判所は、FNCの下で事件を分析する際、(一)原告の選択した法廷地をどの程度尊重しなければならないのか (二) 受訴裁判所以外にも十分な代替的法廷地 (adequate alternative forum) が存在するか、及び (三) 受訴裁判所が当該訴訟の審理を行うときの私的利益要素 (private interest factors) と公的利益要素

(public interest factors) を比較衡量した結果が原告による受訴裁判所の選択が適切でないことを示すかどうかを検討する²⁷。

(一)の要件を検討する際、米国の裁判所は、外国人の原告による法廷地の選択を米国人の原告による法廷地の選択ほど尊重しない。その尊重度は「スライディングスケール」²⁸で量られ、米国を法廷地として選んだ理由が法によって認められる有効なものであれば高くなる²⁹。すなわち、米国と法廷地に対する原告と事件の関連が強くなるほど米国の法廷地に便宜が見出され、被告のFNCに基づく訴訟の却下を困難にするのである³⁰。もしも原告による法廷地の選択の動機が、その法廷地から得られる戦略的な利益を目したものであれば、原告による法廷地の選択への尊重度は低くなり、より便宜を図ることのできる他国の裁判所が存在することを被告が立証できれば、被告のFNCに基づく訴訟の却下がいっそう容易になるといった仕組みである。戦略的な利益を目した動機とは、原告が選択した法廷地に自分に有利な法律が存在していることや、陪審審理が存在していること、当該法廷地では原告に対して被告に勝った受入性が与えられること等、

フォーラムショッピングに基づくものである。³¹⁾

(二) の十分な代替的法廷地の存在が認められるためには、(a) 被告が訴状の送達を受け取ることができること、及び (b) 選択された法廷地の裁判所が紛争の対象を扱う訴訟を認めていること、が立証されなければならない。³²⁾

(三) の要件において、FNCのもとで分析されるべき私的利益要素には、例えば、証拠入手の相対的容易性、任意に出廷しない証人に対する出廷強制手続の存在、任意に出廷する証人を得る費用、現場の視察可能性、及び、事件の審理をいっそう容易に迅速に安価に行うことを可能とするその他の実務上の問題点がある。³³⁾ 他方、公的利益要素には、より混雑している裁判所で訴訟を進めていく際の困難性、招聘される陪審員の負担等がある。³⁴⁾

四・二 判例の流れ

連邦控裁が確認訴訟にFNCを初めて適用したのは一九九八年であり、それは第九巡回区の *Melton* 事件³⁵⁾であった。本件は、カリフォルニア州の連邦地裁において外国仲裁判断の執行訴訟をFNCに基づき却下された原

告が、NY条約の法廷地条項 (venue provision) によってFNCの抗弁は認められていないことを主張し連邦控裁に控訴した事件である。しかし、控裁は、原告が下級裁判所でその主張をしなかったため本主張は放棄されたと判断し、私的利益要素と公的利益要素を比較衡量した結果事件を却下した。しかし、本件自体は、FNCを適用したもののその適否についてはNY条約との関係で検討したわけではなかった。その後、二〇〇一年になると、ニューヨーク州南部地区連邦地裁が後述するM事件の控訴前の原審において、NY条約第三条に基づきFNCを適用し確認訴訟を却下した。³⁶⁾ 同条は、「各締約国は、次の諸条に定める条件の下に、仲裁判断を拘束力のあるものとして承認し、かつ、その判断が援用される領域の手続規則に従って執行するものとする。この条約が適用される仲裁判断の承認又は執行については、内国仲裁判断の承認又は執行について課せられるよりも実質的に厳重な条件又は高額の手数料若しくは課徴金を課してはならない」と定める (傍点追加筆者)。すなわち、判断債務者である被告は、FNCによって外国仲裁判断の確認訴訟の却下を求める際、同条の「手続規則」という文言に

コモンローのFNCが含まれると主張しその適用の根拠とするのである。二〇〇二年になると後述する第二巡回区控裁のM事件も、同条の「手続規則」という文言にFNCを組み込む解釈に従って、確認訴訟をFNCに基づき却下した。また、二〇〇六年にはコロンビア特別区巡回区控裁においても同様の事件³⁷⁾があったが、同控裁は二〇一〇年に、米国所在の財産に対する仲裁判断の執行にはFNCは適用しないと判断した³⁸⁾。そして、二〇一一年には、第二巡回区控裁において、後述のF事件が、M事件を先例とし、FNCに基づき確認訴訟を却下した。

五. *Monegasque* 事件 (M事件)

〔事実の概要〕

本件の仲裁判断は、ロシア法人Xとウクライナ法人Yとの間のガス輸送契約(ウクライナを横切るパイプラインを通じてYがXのために欧州に自然ガスを輸送する)から生じた紛争に関するものであった。当該紛争の原因は、輸送者であるYが引き出したガスの量が大幅に契約の内容を超えていたことであった。Xは不法に引き出されたガスの対価の返還を請求し、Xの保険会社Zからそ

の返済を受けた。Zを再保険していたのが本件の判断債権者である *Monegasque De Reassurances S.A.M. (Monde Re)* (以下、「M社」と言う)であった。M社は、オーストラリアの再保険会社を親会社に持つモナコの法律下で設立された法人であり、そしてZの代位者でもあった。仲裁手続は、XとYのガス輸送契約に定められていた仲裁条項に従ってロシアのモスクワにある国際商事仲裁裁判所で開始されたが、右輸送契約の下でウクライナの輸送人であったV社が同契約の権利と義務を仲裁手続開始後に引き受けたためM社とV社の間ですすめられた。同仲裁裁判所は、M社がZに支払った八億ドル超の支払をV社に求める仲裁判断を下した。V社はモスクワ市裁判所に当該仲裁判断の取消訴訟を開始し、取消の理由として、M社もV社も右輸送契約の当事者でないため紛争が仲裁合意に含まれないこと、仲裁判断がロシアの公序に反すること等を主張したが、同裁判所は取消を拒否し、ロシア連邦最高裁も仲裁判断を認めた。M社は、モスクワ市裁判所とロシア連邦最高裁の判決が下る前に、V社のみならず仲裁契約の当事者ではないウクライナに対しても、右仲裁判断の確認訴訟をNY条約の下でニュー

ニューヨーク南部地区連邦地裁に提起した。M社がウクライナを当事者とした理由は、V社が同国の代理機関または *alter ego* であることが理由であった。V社は、FNC に基づく確認訴訟の却下を求め、自らがウクライナ法人であること、米国またはニューヨーク州と関連が無いこと、及び、本仲裁に関係のあるガス輸送計画その他の事柄はウクライナとその隣国で起きたことを主張した。その結果、同連邦地裁は、FNC に基づき確認訴訟を却下した。これに対して、M社は、NY条約下で提訴された確認訴訟にはFNCは適用しないと主張した。M社は、その主張の根拠として、NY条約の締約国は、仲裁判断を、その第五条に定められる七つの抗弁のみに従って第三条が定めるように「その判断が援用される領域の手続規則に従って執行する」と述べ、FNCはその七つの抗弁に入っていないのだから、米国の裁判所は、条約上の義務として、その裁判所が執行手続に便宜的であるかどうかを全く考慮することなく全ての外国仲裁判断を執行しなくてはならないことを示し、第二巡回区連邦控裁に控訴した。

〔判旨〕

控裁は、合衆国最高裁の *Scherk* 事件を引用し「条約の目的と米国がそれを採択し取り込んだことに潜在する主たる目的は、国際契約における商事仲裁の合意の承認と執行を促進することであり、また、締約国で仲裁合意が認められ仲裁判断が承認されることであった」ことを確認した。そして、NY条約の第三条に触れ、仲裁判断は「その判断が援用される領域の手続規則に従って執行する」ことを認容する一方、同条約の五条に定められる仲裁判断の執行拒否事由は排他的であるとの理由からFNCによる確認訴訟の却下を否定するM社の見解を拒絶した。さらに、同条約の締約国の手続は、内国仲裁判断に適用されるときよりも一層大きな負担にならないように自由に適用することを求められており、その要求が満たされているかぎり執行国が適用する手続法は適切であると述べ、NY条約下での確認訴訟においてFNCが手続法として適用されうることを明示した。また、控裁は、外国の判断債権者によって選択された法廷地がNY条約以外に何ら関連を持たない場合、ウクライナとウクライナ法人に対してロシアの仲裁判断の確認を求める訴訟で

のFNCに基づく判断債務者の却下の申立においては、その選択された法廷地を尊重することはほとんどないと判断した後、広範なディスカバリーとおそらくは審理がウクライナの非署名者責任を判断するために必要とされること、証拠が米国内に存在しないこと、証人に米国の地裁からの召喚令状を送る権限がないこと、そして証拠文書がウクライナの言語であることから、ウクライナで手続を行ったほうがより「簡単で、迅速で、及び費用をかけない」ことを私的利益要素としてとらえ、また、本件は、米国が条約の締約国であることを除いて米国に何も関係がないこと、そして、VとYの間の契約の非署名者であるウクライナが同契約に拘束されるかという争点にはウクライナの法律が適用することを公的利益要素とし、それらをバランスした結果、FNCに基づき外国の再保険者であるM社の確認訴訟が却下されることは適切だと判断した。

六. *Figueiredo* 事件 (F事件)

〔事実の概要〕

本件の紛争の原因となった契約は、ペルーにおける上

下水道サービスに関する土木技術の研究を行うコンサルティング契約であった。契約の当事者は、本契約の労務を提供するためにペルーに事務所を構えていたブラジル法人 (*Figueiredo Ferraz Consultoria E Engenharia de Projeto LTDA*) (以下、「F社」と言う) とペルー政府の水処理プログラム (以下、「Y」と言う) であった。右契約には、「The parties agree to subject themselves to the competence of the Judges and Courts of the City of Lima or the Arbitration Proceedings, as applicable (「本契約の」当事者は、場合に依じて、リマ市の裁判官と裁判所の権限、または、仲裁手続きに服することに合意する)」と定めてあった。右契約について代金に関する紛争が発生したため、F社は右紛争解決条項に従い、Yに対してペルーで仲裁手続を開始した。ペルーの仲裁廷はYに対して約二一〇〇万ドルの支払いを命じる仲裁判断を下した。その金額は、主たる損害賠償としておよそ五〇〇万ドルに利子を加えたものと仲裁判断がなされた時点での生活調整費を含んでいた。ペルーの住宅建築衛生省 (以下、「Z省」と言う) は、ペルーの制定法では、ある状況において、ペルー政府の事業体に対し自ら

に対する判決を充足するために支払える金額を政府予算の3%までに制限しており（以下、「キャップ」または「キャップ制定法」と言う）、また、ペルー法のもとで、

本件の仲裁は国内当事者を含まない「国際仲裁」であることから、損害回復額は契約上の金額に限られると主張し仲裁判断の取消を求め、リマ市の控訴裁判所に訴えた。

しかし、リマ市の控裁は、F社が契約と仲裁の中で自らの本籍をペルーと指定していることから、本仲裁は国内当事者のみが関与する「国内仲裁（national arbitration）」であり、エクイティーで認められた分の仲裁判断についても認められると判断した。ペルー法のもとでは、リマ市の控裁の判断は上訴できないため終局的なものとなった。

F社は、仲裁判断を執行する権利があると主張し、ペルー、Y、及びZ省（以下、総称して「控訴人」と言う）に対し、パナマ条約と連邦仲裁法によって適用を強制されるNY条約に従って、右仲裁判断の確認訴訟をニューヨーク州南部地区連邦地裁に提訴した。本訴訟は、ペルーが米国に有する多額の国債に対する右仲裁判断の執行を目的としていた。同地裁においては、F社は自ら

をブラジル法人であると主張していた。また、Yは、F社に対して既に約一四〇万ドルを支払っており、この金額は、キャップを反映したものであった。

控訴人は、右連邦地裁において、（一）外国主権免除法による事物的管轄権の欠如、（二）国際礼讓、そして（三）FNC、を根拠に確認訴訟の却下を申立てたが、同地裁は、すべての申立を拒絶した。

右連邦地裁は、FNCを検討するにあたって、適用すべき要素を順番にあてはめていった。同地裁は、まず、F社による米国の法廷地の選択に与えられる尊重性を検討し、「外国人である」F社による米国の法廷地の選択に対する尊重度は低いが、米国におけるペルーの多額の財産の存在を考慮するとF社によるその選択にはいくらかの重要性が認められると述べた。そして、仲裁判断の執行は既に終局的な仲裁判断を単に裁判所の判決にする略式手続であることを考えれば、F社による法廷地の選択がフォーラムショッピングに動機付けられていることを示唆するものは何もないと判断し、F社の法廷地の選択を認めた。

続いて、右連邦地裁は、「代替的法廷地の十分性」の

検討に移り、代替的法廷地は、被告に対して訴状の送達ができ、そして、紛争の内容を訴訟で扱かうことができるとき十分であるとされると述べ、ペルー法が仲裁判断の執行を認めている一方で、米国の裁判所だけが米国内に位置する外国の商業的財産を差押えることができるし、米国内に位置するペルーの財産をF社が獲得できる他の法廷地はないので、ペルーの裁判所は十分な代替的
法廷地ではないと判断した。

最後に、右連邦地裁は、FNCの検討の最後の要件である、私的利益要素と公的利益要素の比較衡量を行った。同地裁は、まず、私的利益要素は、本件のような略式手続のFNCによる却下を後押ししないと主張した。同地裁は、控訴人が、この主張に対して、本件の仲裁判断の確認訴訟は、通常の略式的確認訴訟と異なると述べ、また、ペルー法の下での複雑な争点と広範囲のディスクバリーを含む事件であると反論すると同時に、Yがペルーとは別個の法人であることを支持する多くの宣誓書を提出したことを指摘し、本件では、ペルーに対して仲裁判断の確認がなされうるかは、広範囲にわたるディスクバリーなしに判断されうるし、過去の類似した事件でも同

様の種類の文書によって判断がなされた事件があったことに触れ、その結果、私的利益要素が、FNCによる却下の否定を支持していると判断した。次に、同地裁は、公的利益要素の検討を開始するにあたり、米国の裁判所が国際契約における商事仲裁合意を執行する利益を有すると述べた後、本件はM事件と異なり、米国との関連を米国が条約の締約国であったこと以外に有していなかった事件ではないことを強調した。そして、F社が選択した法廷地にペルーの財産が存在し本件の目的が債務の回収であることを確認し、合衆国最高裁の *Shaffer* 事件³⁹を引用して、「*もしも International Shoe* 事件を適用していたら裁判所が管轄権を有していなかった請求について、財産の存在をその訴訟の管轄権の十分な根拠として扱う主たる理由は、加害者が対人的訴訟の対象とならない場所に自分の財産を移動させる便法を以って自らの債務を逃れることを可能とすべきではない」ことであると述べたうえで、本件におけるペルーも、同様に、パナマ条約の締約国となり米国に財産を維持しているのだから、FNCに基づいてその債務の支払いを回避しうるべきではないと示し、公的利益要素もFNCによる本件の却下を

否定すると判断した。

控訴人は、右連邦地裁がFNCに基づいて確認訴訟の却下を拒絶した判断につき第二巡回区控裁に中間控訴を行った。

〔判旨〕

控裁は、連邦地裁がFNCに基づき確認訴訟の却下を拒絶したことについて裁量権の乱用があったかを再審理するにあたり、連邦地裁が法律について誤っていたのであれば地裁の判決を覆すことができるとしたうえで、連邦地裁が、米国の裁判所だけが米国内に位置する外国の商業的財産を差押ええることができると判断して仲裁判断の承認と執行を認めるペルーを代替的な法廷地として不十分とみなした点に誤りがあったと指摘した。そして、公的利益要素の分析へと移ると、控訴人が重要かつ決定的であると主張するキャップ制定法に着目し、「かかる法律は米国の国際仲裁を推す公序に相反する」と主張したF社の見解に対して、「我々は、キャップ制定法がFNCによる却下を確実にするきわめて重要な公的利益要素であることについて控訴人に同意した。訴訟の両当事者の

一方当事者に特に重要であることは明白であり、特定の訴訟当事者には関係のない裁判所が混雑しているといった公的利益とは異なるが、にもかかわらず、判決を充足するための資金に対して支払いの割合を制約する主権国家の試みを重んじることを確実にすることに公的な利益はある」としその控訴人の主張を認めた。

さらに、控裁は、国の債務を充足するにあたって支払われる公共の資金の割合は、確実に「国家の特権と密に結びついている」ので、ペルーの裁判所は、「他の法域の制定法の意味を明確に述べる権限を付与されている唯一の裁判所」であるとした。そして、本件の契約がペルー政府の一部のような事業体と当時ペルーを本籍と主張した法人によってペルーで締結されており、同契約に基づいてペルーで提供された労務から請求が生じていることを指摘し、キャップ制定法を適用する公的利益要素を量ると米国の管轄権の行使に決定的に反する側に傾くと述べた。F社は、これに対して、このような状況では、FNCに基づく却下は確実ではないと主張し、その理由として、米国が国際契約における仲裁合意の執行を後押しすることから来る利益、そして、国際仲裁判断の執行

を認めているパナマ条約の条項を挙げたが、控裁は、そのような仲裁判断の執行は通常米国が好む政策でありパナマ条約によっても特に期待されているとして認めた一方、その一般的な政策は、ペルーのキャップ制定法の重要な公的要素に譲歩しなければならぬとしてF社の主張を退けた。さらに、控裁は、パナマ条約の第四条が明示的に国際仲裁の執行は、「…執行がなされる国の手続法に従って…命じることができると定めていること、また、FNCは「手続に関する」法理であることに触れ、同様の文言がNY条約にあることを指摘したM事件を引用した。

また、控裁は、ペルーはパナマ条約の締約国なのだから、米国のような条約の加盟国において、仲裁判断を自らに対して執行されるリスクを引き受けていたとの連邦地裁の判断に対して、「我々が指摘したように、条約は、締約国の裁判地の手続上の法理の適用を期待していただけでなく、我々の理解では、同様のリスクが検討される」とすると、F社には、ペルー政府の機関であると論じている事業との契約を締結したとき、キャップ制定法の適用を受け仲裁判断を回収しなければならないといったさ

らに重要なリスクがあった」と述べた。そして、F社からの申立はFNCに基づき却下されるものと判断し、すべての適用しうる出訴期限の適用を放棄することを前提に控訴人がペルーの裁判所での訴訟に同意することを条件として、また、もしもある理由からペルーの裁判所が本件の仲裁判断の執行訴訟を拒否した場合には、連邦地裁において再度訴訟を提起できることを条件とする。したがって、連邦地裁の判断を覆し、連邦地裁に本件を差戻した。

〔反対意見 (リンチ判事)〕

リンチ判事は、多数意見がペルーのキャップはパナマ条約やNY条約の中で執行に対する抗弁として定められていないのでそれに基づき仲裁判断の承認を拒絶すると判断したことは誤りであり、合衆国最高裁がFNCの法理を連邦の専占目的で「手続の…法理」と示したことは⁴⁰事実であるが、多様性のある法律の伝統を持つ諸国から選ばれた条約の作成者達が、米国人によるその用語のきわめて技術的かつ明白な使用が国際仲裁判断の執行にあたるべき衝撃を考慮していたかもしれないと考える理由

はそれほど存在しないと述べた。そして、M事件以前は、条約の「手続」条項は、執行の方法についてのものではあつて執行の条件ではないと多くのコメンテーターが考えていたことを強調し、同条項が、国家がその仲裁判断の執行を拒否しうる方法を定めているわけでは決してなく、その点で、M事件の判断は誤っており条約に違反していると判断した。また、M事件とF事件の相違点にも触れ、FNCを確認訴訟に適用した先例としてM事件を認めながらも、本件にはFNCは適用されないと判断した。それらの相違点とは、M事件では地裁のFNCに基づく却下を控裁が認めた一方、F事件では地裁のFNCに基づく却下の拒絶を控裁が覆しており、この点でF事件は初めての事件であつたこと、そして、本件にはM事件に存在した実体的事項の審理が存在しないことであつた。

次に、リンチ判事は、多数意見が、*Piper* 事件で合衆国最高裁が判じた「実体法における変更の可能性は、通常、FNCの審理 (inquiry) において決定的または実質的なウェイトを付与されるべきではない」ということに気付いていたことを指摘したうえで、一般的に、FN

Cは、事件の却下がその事件を支配する実体法にどのような影響があるかを意識していながら目をつぶっているが、両当事者の一方が主権国家であるときは、実体的な法律上の争点は公的利益要素にその形を変えることができその分析において考慮されると解釈した多数意見の立場を「本裁判所は、先例にない論理的方法、そして、私がお思うに、特に合衆国最高裁の支配的な法によって排除された方法でこの結果に行き着いた⁴¹」と強く批判した。さらに、合衆国最高裁の *Scherk* 事件を引用し、NY条約とパナマ条約が仲裁合意が尊重され仲裁判断が執行される基準を統一することを求めていることを述べ、シヴィルロー系諸国ではFNCが知られていないので、本件のような確認訴訟への拡大的なFNCの適用は、仲裁判断の国際的な相互執行性に矛盾するとも述べている。さらに、リンチ判事は、自らのその分析を、リストイメント第三版国際商事仲裁の最新案によって補充する。すなわち、同リストイメントの五—二一(a)条が、NY条約またはパナマ条約に基づく仲裁判断の執行訴訟はFNCを理由に停止または却下されない、と示していることを説明し、また、同条の解説を引用し、右条約の承認

拒否事由及び執行拒否事由は排他的にとらえられており FNC をそれらの事由としてとらえることは条約上の義務と矛盾することが明示されていることを示し、自らの分析が主観的なものではなく客観的なものであることを強調した。最後に、リンチ判事は、本件の仲裁判断についても執行を認めるいずれかの締約国は存在するのであると述べ、「私の心配は、多数意見の判決が本件の特定の原告に対して示唆することよりも、本件の判決がどのように本巡回区における FNC の法律を歪めていき商事仲裁の促進活動の努力（それについては米国も活動的な参加者である）を遅らせていくのにある。私は、多数意見は、我々がまさに特にその適用に慎重になり制限的であるべき文脈において、誤った、広範な、そして先例にみないアプローチを FNC について採択したと信じる、よって、謹んで「多数意見に」⁽⁴²⁾「反対する」と締めくくっている。

七・ 若干の検討

七・一 FNC に基づく確認訴訟却下の要件

M 事件において、FNC に基づき確認訴訟が却下され

た際の要件は、(一) 実体的事項の審理が含まれており、(二) それが他国に在る証拠と証人を必要としているが、米国裁判所の証人や証拠を強制する権限がその他国に届かない場合で、(三) 文書の言語が英語でなく、そして(四) 外国法の解釈が含まれること、である。他方、F 事件においては、(一) 実体的事項の審理が含まれていなくても、(二) 仲裁地にキャップ制定法があることであつた。

M 事件に見られる要件は、一般の訴訟で見られる FNC の適用と同様である。すなわち、*Gilbert* 事件で言われたように、「事件の審理を簡易に、迅速に、そして安価に」するために FNC を適用している。しかし、F 事件の要件を見ると、伝統的な FNC の適用要件から外れており、公的利益要素にペルーのキャップ制定法を新たに加えただけではなく、他の利益要素とバランスすることなく、それだけを理由として確認訴訟を却下している。⁽⁴³⁾

七・二 FNC の拡張

FNC は、もともと実体的審理を含む事件について国際的に十分な代替的法廷地に管轄権を分配する機能を

もった法理として理解することができる。故に、リンチ判事が指摘したようにM事件がFNCを適用し事件を却下したことは妥当であった。しかしながら、実体的審理を必要としない事件をFNCに基づき却下することはFNCの機能を以ってしても説明できない新たな展開である。

リンチ判事は、キャップ制定法が公的利益要素であるとの判断には先例がないと指摘した。これに対して、多数意見は、国家の資金に関する支払割合を制限するキャップや同様の類の制定法について主張があった訴訟が存在したのだから先例がないことは当然であり、争点というものはどこかではじめて生じるものであると論じ平然と受け流している。

結果的に、M事件もF事件も、FNCを執行拒否事由としてNY条約とパナマ条約に加えたことになる。合衆国最高裁も、現時点では、F事件のようなFNCの拡張が行き過ぎかどうかを判断していないため、両事件とも先例となりうる現行の有効な判例である。特に、F事件はFNCの適用要件を判断債務者が国家であるときに制限していない。したがって、今後も確認訴訟の被申立人

はFNCに基づき同訴訟の却下を主張してくることが予想される。

七・三 シヴィルロー法域との交錯

国際的な仲裁の枠組から見ると、リンチ判事が指摘しているように、NY条約やパナマ条約の締約国の中でFNCを持たないシヴィルロー諸国と米国との間の仲裁判断の相互的執行性が保持できるかどうかの争点が残されたことになる。興味深いことに、多数意見はそのリンチ判事の反対意見に対する応答の中でこの争点については全く言及していない。

M事件やF事件は、FNCが適用されたことで、米国の裁判所が条約の解釈を避けることなく仲裁判断の承認執行を拒否しうる余地を取り去ってしまった。思うに、両事件ともNY条約やパナマ条約の第五条の執行拒否事由に直接触れることがなかったのは、FNCの存在があつたためであり、もしもFNCが適用されなければ同条のもと問題の仲裁判断を確認するかしないかの二者択一の選択の決断にせまられたはずである。実際には、M事件もF事件も、NY条約とパナマ条約の執行拒否事

由を見出す可能性は残されていたとも考えられる。例えば、M事件は、NY条約第五条一項(a)の仲裁契約の無効性として主張することができそうである。⁴⁴また、これらの条約に定められる執行拒否事由は存在しないとしたり、リンチ判事の見解⁴⁵には反するが、F事件でも、キャップを米国の公序を分析する一要素としてとらえ、NY条約とパナマ条約の第五条二項(b)の公序違反として主張することは、公序違反を裁判所が認めることは一般的に難しいにせよ、不可能ではなかったように映る。実際に、第二巡回区連邦控裁では、ストックホルムで破産申請手続を行った債務者に対してロンドンで下された仲裁判断の米国内での執行を認めなかった *Victrix Steamship Co.* 事件が、NY条約の第五条二項に触れなかったものの、スコットランドでの破産手続のもとで地元の財産が適切に配分されることが「公序」であるとし、同仲裁判断の米国での執行はその公序に反すると判じ、外国の法律が米国の公序違反を量る際の一要件となりうることを示している。⁴⁶

他方、FNCを持たないシヴィルロー法域においては、条件付却下を以って一旦管轄権を外国に配分して、外国

での判決を待ち、その出方を見て自国での仲裁判断執行手続を進めて行くことは難しい。

シヴィルローの法域である日本を例にとって考えてみても米国のFNCとの違いは顕かでありその共存には限界が見える。日本の裁判所でも、「特段の事情」の下で涉外要素を持つ事件を証拠収集の負担等を考慮し却下することができるとはある。⁴⁷しかし、米国のFNCと異なる点としては、例えば、米国の裁判官のように条件付きで訴訟を却下する裁量権は日本の裁判官にはないこと、また、米国のFNCの要件の一つである十分な代替的法廷地の存在は日本の裁判所が「特段の事情」で事件を却下する際に必要不可欠な要件ではないことがある。⁴⁸

おわりに

合衆国最高裁が *Scherk* 事件の脚注一五で述べているように、⁴⁹「締約国で仲裁合意が尊重され仲裁判断が執行される基準を統一すること」(“unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries.”)が、NY条約やパナマ条約の目的である。この観点から、F

NCは確認訴訟には適用されるべきではなく、あくまでもNY条約とパナマ条約の第五条を絶対的な執行拒否事由とし、条文の解釈の中で判断を下していくことが重要である。

国際取引に従事する当事者は、不慣れな外国の裁判所における法手続や予測困難な判決の執行性に曝される可能性が高い。そこで、実務では、当該外国の裁判所の法手続からの回避や前述の条約下での仲裁判断の執行を求めるために、仲裁での紛争の解決に合意することが多いといわれる。

国際取引に従事する者がそのような理由で仲裁を積極的に選択していることを背景に、右条約締約国の裁判所は、可能なかぎり外国仲裁判断を執行することを期待され、仲裁判断の承認と執行に適用される自らの法域に特有の法律を、その期待を裏切らないように解釈することを求められる。

故に、とくにF事件においては、米国は、条約の一締約国として、シヴィルロー諸国における影響に配慮し、FNCの確認訴訟への適用を控えるべきであった。

他方、F事件で見られたFNCの拡大的適用は、以下

の重要なことを我々に伝える。すなわち、外国仲裁判断の執行は、時として、外交に響く結果をもたらす場合があり、そのときは、他の締約国における同外国仲裁判断の承認執行手続により深く関わりながら米国での執行のあり方を考えていくことが必要ではなからうか、というメッセージである。そのような状況下においては、FNCによる条件付き却下は功を奏す。

にもかかわらず、FNCに基づく確認訴訟の却下は、FNCを持たないシヴィルロー法域との関係において、外国仲裁判断の執行性に関する基準の統一といったNY条約やパナマ条約の目的を果たしていないことにほかならない。

本稿を出発点として、米国での確認訴訟におけるFNCの適用の動向を追い続けると同時に、FNCの適用を排除する有効な契約条項に関する研究をすすめていく所存である。

(1) *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

(2) U.N. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T.

2517.

(c) Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Jan. 30, 1975, (SEPEF), 1438 U.N.T.S. 248.

(4) UNCITRALによつて一九八五年に作成された国際商事仲裁モデル法では、その対象とする仲裁判断を第一条一項で「国際仲裁判断」に限っていた。

(5) NY条約第一条三項は以下のように定める。「いかなる国も、…他の締約国の領域においてされた判断の承認及び執行についてのみこの条約を適用する旨を相互主義の原則に基づき宣言することができる。また、いかなる国も、契約に基づくものであるかどうかを問わず、その国の国内法により商事と認められる法律関係から生ずる紛争についてのみこの条約を適用する旨を宣言することができる。」

(6) NY条約の作成者は、「国際仲裁判断 (international awards)」を定義することが困難であることを認識し、「外国仲裁判断の執行を視野に入れていた」とされる。See Charles H. Brower II, *December Surprise: New Second Circuit Ruling on Forum Non Conveniens in Enforcement Proceedings*, Kluwer Arbitration Blog, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/01/20/december-surprise-new-second-circuit-ruling-on-forum-non-conveniens-in-enforcement-proceedings/>, citing

Albert Jan van den Berg, *THE NEW YORK ARBITRATION CONVENTION OF 1958*, 17 (1981).

(7) アルゼンチン、ボリビア、ブラジル、チリ、コロンビア、コスタリカ、ドミニカ共和国、エクアドル、エルサルバドル、ガテマラ、ホンデュラス、メキシコ、ニカラグア、パナマ、ペルグアイ、ペルー、米国、ウルグアイ、ベネズエラ (内、メキシコとパラグアイは仮署名) 米州機構国際部のウェブサイト <<http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-35.html>> 参照。

(8) NY条約第一条一項は以下のように定める。「この条約は、仲裁判断の承認及び執行が求められる国以外の国の領域内においてされ、かつ、自然人または法人であるとを問わず、当事者の間の紛争から生じた判断の承認及び執行について適用する。この条約は、また、仲裁判断の承認及び執行が求められる国において内国判断と認められない判断についても適用する。」

(9) See *Energy Transport Ltd. v. M.V. San Sebastian*, 348 F.Supp.2d 186, 199 (S.D.N.Y. 2004).

(10) 9 U.S.C. § 302.

(11) See Brower, *supra* note 6.

(12) 拙稿「ニューヨーク条約下で米国の裁判所で提起された外国仲裁判断承認執行請求訴訟において求められる領域的管轄権の根拠」日本法学 四七三―五〇五頁 (二〇〇五) 参照。

- (13) *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945).
- (14) *Sony Ericsson Mobile Communications AB v. Delta Electronics (Thailand) Public Co. Ltd.*, 2009 WL 1874063 (N.D.Cal. 2009).
- (15) Matthew H. Adler, *Figueiredo v. Peru: A Step Backward for Arbitration Enforcement*, 32 NW. J. INT'L L. & BUS. 38A (2012); The International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of N.Y., *Lack of Jurisdiction and Forum Non Conveniens as Defenses to the Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 15 AM. REV. INT'L ARB. 407, 427-28, 433 fn. 98 (2004).
- (16) *In re Arbitration Between Monegasque de Reassurances S.A.M. v. Nak Nafto-Gaz of Ukraine*, 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).
- (17) *Figueiredo Ferraz E Engenharia de Projeto Ltda. v. Republic of Peru*, 665 F.3d 384 (2d Cir. 2011).
- (18) ブローワー教授は、F 事件を積極的に評価する。See Brower, *supra* note 6. F 事件を詳細かつ包括的に分析した文献として、Alan Scott Rau, *Research Paper No. 12-04 The Errors of Comity: Forum Non Conveniens Returns to the Second Circuit* (April 24, 2012), available at <http://ssrn.com/abstract=2045792> (last visited July 2, 2012) 参照。
- (19) See John S. Willems, *Shutting the U.S. Courthouse Door? Forum Non Conveniens in International Arbitration*, DISP. RESOL. J. 54, Aug-Oct 2003, <http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=509>.
- (20) その批判は、FNC適用の基準を下げて、確認訴訟で管轄権を行使する傾向が強かった地裁がFNCを適用する機会を増加するのではないかと懸念に向けられてゐる。Brower, *supra* note 6.
- (21) Peter S. Gillies, *Forum Non Conveniens in the Context of International Commercial Arbitration*, Macquarie Law WP 2008-6 (2008), <http://ssrn.com/abstract=1103344>. 本論文は、英国、米国、オーストラリアの仲裁手続に関連した裁判所でのFNCの適用について説明しているが、英国とオーストラリアでの執行訴訟については外国仲裁判断の承認執行訴訟においてFNCが適用された判例に触れていない。
- (22) ポーン教授は、FNCの確認訴訟での適用は稀であり、今のところ米国のみに見られると述べている。Gary B. Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 2402-03 (2009).
- (23) FNCの起源とされるスコットランドは英国の一部であるが、コモンローとシヴィルローが混合した mixed

- jurisdiction ㄲㄳㄴ. See generally Ronald A. Brand, *Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments*, 37 TEX. INT'L. L. J. 467, 468 (2002).
- (24) See generally James L. Baudino, *Comment, Venue Issues Against Negligent Carriers -- International and Domestic Travel: The Plaintiff's Choice?*, 62 J. AIR L. & COM. 163, 192-95 (1996).
- (25) *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).
- (26) *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).
- (27) See *Norex Petroleum Ltd. v. Access Indus., Inc.*, 416 F.3d 146, 153 (2d Cir. 2005).
- (28) *Monde Re*, *supra* note 16, at 498.
- (29) *Iragorri v. United Technologies Corp.*, 274 F.3d 65, 71-72 (2d Cir. 2001) (*en bank*).
- (30) *Id.* at 72.
- (31) *Id.*
- (32) See *Monegasque*, *supra* note 16, at 499.
- (33) *Gilbert*, *supra* note 25, at 508.
- (34) *Id.* at 509.
- (35) *Melton v. Oy Nautor AB*, 161 F.3d 13 (9th Cir. 1998).
- (36) See *e.g.*, *Monegasque de Reassurances SAM v. Nak Naftogaz of Ukraine*, 158 F.Supp.2d 377 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd*, 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).
- (37) *Terriorio S.A. E.S.P. v. Electrificadora Del Atlantico S.A. E.S.P.*, 421 F.Supp.2d 87 (D.D.C. 2006). 本件では、仲裁地の裁判所で既に取り消された仲裁判断の執行であつたことから却下された。
- (38) *Continental Transfert Technique Ltd. v. Federal Govt. of Nigeria*, 697 F.Supp.2d 46, 57 (D.D.C. 2010). 本件では、米国のみが米国所在の外国の商業財産を差押えることが可能であることから十分な代替的法廷地は存在しないと判断した。
- (39) *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186, 210 (1977).
- (40) NY条約やパナマ条約について示したわけではない。
- (41) *Figueiredo*, *supra* note 17, at 403.
- (42) *Id.* at 408.
- (43) M事件もF事件も、条約の締約国であつたこと、そして、判断債務者の財産が存在していたこと以外の関連を、米国の法廷地との間に有していなかったことから(もちろん)リンチ判事は反対意見でM事件において実際に財産がニューヨークに存在していたかどうか疑問を抱いている)、米国の法廷地との間にそれ以上の関連性がある事件においては、FNCの適用に基づく確認訴訟の却下の可能性は低くなると言えよう。
- (44) See *Rau*, *supra* note 18, at 11.
- (45) リンチ判事は、プルーのキャップが保護されること

に反感を抱いているわけではなく、多数意見がキャップを根拠にFNCに基づく却下を認めたことは、法の選択の問題であるとして批判している。以下は、リンチ判事の言葉である。「私は、F社が米国内のペルーの財産に対して多額の判決を執行するために差押さえを行いそれにより発展国の予算を保護するために設けられたペルーの判決執行に関する制限を回避することを可能にすべきではないという議論に、いくらか魅力的なものがあることを認める。しかし、このような心配は、FNCの判断で分析される利益においては確固たるものではない。他の文脈においては、かかる政策的考慮は、準拠法の選択の分析に当てはまるかもしれない。すなわち、ペルーの本件の紛争における利益は、仲裁判断にどうか黙示的に取り込まれたものとしてその3%キャップの制限を尊重するほどおおきいのか？ ペルーは、しかしながら、そのルール「3%キャップ」が法の選択の問題として本件で適用されるべきか議論しなかった、そして、口頭弁論においても、また、弁論後の本裁判所に対する補足的準備書面においても、通常の法の選択の原則のもとで、仲裁判断の執行は米国法によって支配されるであろうとの理由でその議論を行わなかったと率直に認めていた。多数意見は、その見解に申立を行わなかった、そして、私はそれを疑う理由は何もない。「NY条約とパナマ条約」は、国際仲裁判断を外国の司法判断に類似したものとす

ることを求めており、外国判決の執行には法廷地の法が適用することは十分確立されている。」*Figueiredo, supra* note 17, at 407-08.

(46) *Victrix S.S. Co., S.A. v. Salen Dry Cargo, A.B.*, 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987).

(47) 例えば、ナンカセイメン事件（東京地判平成三年一月二九日・判例時報一三九〇号九八頁・判タ七六四号二五六頁）参照。

(48) *Baudino, supra* note 24, at 194.

(49) *Scherk, supra* note 1, at 520 n.15.

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位

清水 恵 介

〔平成二十二年二月二日最高裁第一小法廷決定、平成二十二年（許）第一四号債権差押命令に対する執行抗告棄却決定に対する許可抗告事件、抗告棄却、民集六四卷八号一九九〇頁、判時二二〇二号八頁、判タ二三三九号五二頁、金判一三五六号一〇頁・一三六二号二五頁、金法一九一七号一〇二頁〕

【事実の概要】

Yは、魚の養殖業を営んでいたものであり、平成二〇年二月九日及び平成二十二年二月二五日、X（農林中央金庫）との間で、Xが所有する養殖筏等の養殖施設一式

及び当該養殖施設内の養殖魚^①について、Xを譲渡担保権者、Yを譲渡担保権設定者とし、XがYに対して有する貸金債権を被担保債権とする譲渡担保権設定契約を締結した。

その設定契約においては、Yが当該養殖施設内の養殖魚を通常の営業方法に従って販売できること、その場合、Yは、これと同価値以上の養殖魚を補充することなどが定められていた。

平成二十二年八月上旬ころ、当該養殖施設内の養殖魚二五〇匹が赤潮により死滅し、Yは、A（熊本県漁業共済組合）との間で締結していた漁業共済契約に基づき、

Aに対し、同養殖魚の滅失による損害を填補するために支払われる共済金に係る漁業共済金請求権を取得した。

Yは、上記の赤潮被害発生後、Xから新たな貸付けを受けられなかったため、同年九月四日、養殖業を廃止した。

Xは、同年一〇月二三日、当該譲渡担保権設定契約により設定された譲渡担保権の実行として、当該養殖施設及び当該養殖施設内に残存していた養殖魚をB（熊本県海水養殖漁業協同組合）に売却し、その売却代金をYに對する貸金債権に充当した。

Xは、平成二二年一月二九日、熊本地方裁判所に対し、上記の充当後の貸金残債権を被担保債権とし、当該譲渡担保権に基づく物上代位権の行使として、当該漁業共済金請求権の差押えの申立てをした。

同年二月三日、同地方裁判所は、同申立てに基づき債権差押命令を発付した。

Yは、当該漁業共済金請求権に当該譲渡担保権の効力は及ばないなどとして、上記命令の取消しを求める執行抗告をしたところ、原審は、これを棄却した（後記【原決定要旨】参照）。

そこで、Yは、原決定を不服として許可抗告をした。

【本決定要旨】

抗告棄却（Y敗訴）。

「構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保権は、譲渡担保権者において譲渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産（以下『目的動産』という。）の価値を担保として把握するものであるから、その効力は、目的動産が滅失した場合にその損害を填补するために譲渡担保権設定者に対して支払われる損害保険金に係る請求権に及ぶと解するのが相当である。もつとも、構成部分の変動する集合動産を目的とする集合物譲渡担保契約は、譲渡担保権設定者が目的動産を販売して営業を継続することを前提とするものであるから、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合には、目的動産の滅失により上記請求権が発生したとしても、これに対して直ちに物上代位権を行使することができない旨が合意されているなどの特段の事情がない限り、譲渡担保権者が当該請求権に対して物上代位権を行使することは許されないというべきである。」

上記事実関係によれば、Xが本件共済金請求権の差押えを申し立てた時点においては、Yは目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚を用いた営業を廃止し、これらに対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、Yにおいて本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかったというべきであるから、Xが、本件共済金請求権に対して物上代位権を行使することができることは明らかである。^②」

【原々決定】熊本地決平成二二年二月三日平成二二(ナ)一号

〔決定省略〕（債権差押命令の発付）

【原決定要旨】福岡高決平成二二年三月一七日平成二二(ラ)七八号（金判一三五六号一四頁）

抗告棄却（Y敗訴）。

「確かに、集合物譲渡担保においては、集合物を構成する個々の動産につき、設定者によって通常の営業の範囲内で処分がなされている限りにおいては、設定者には新たな動産の補充が義務付けられ、新たに補充された動

産に対して譲渡担保権の効力が及ぶため、譲渡担保権者は、担保価値の維持を図ることができるから、通常の営業の範囲内において処分された動産に対しては、譲渡担保権の効力は及ばなくなると解すべきであり、処分にかかる売買代金債権等につき、物上代位を認めることはできない。

しかしながら、集合物を構成する個々の動産について、通常の営業の範囲を超える処分が行われた場合には、当然に新たな動産が補充されるとは限らず、担保価値の維持を図るためには、個々の動産の代替物ないし派生物に対して譲渡担保権の効力を及ぼす必要がある、また、物上代位権の行使を認めても、譲渡担保権者の把握する担保価値が拡大しなければ、第三者に不測の損害を与えることにもならないというべきである。

一件記録によれば、①Yは、平成二二年八月上旬ころに発生した赤潮により、養殖魚二五〇匹が死亡する被害を受け、これによって漁業共済金請求権を取得したと、②Yは、養殖魚の餌代を調達するために、Xから繰り返し手形貸付を受けていたが、赤潮発生後、Xから今後の貸付は行わないと告げられたため、同年九月四日に

廃業したこと、③Xは、同年一〇月二三日、養殖筏等の養殖施設一式及び当時残存していた養殖魚を売却処分したこと、④Yは、平成二二年二月八日、第三債務者に対し、共済事故関係書類を提出して、漁業共済金請求手続を取ったことがそれぞれ認められるところ、Yが漁業共済金請求権を取得したのは、通常の営業の範囲を超える処分とすべきであるし、Yにおいて、前記赤潮被害発生後、新たに養殖魚を補充した形跡がない（したがって、その後、赤潮被害によって毀損された担保価値が回復したとは認められず、漁業共済金請求権に対する物上代位権の行使を認めても、担保価値の拡大によって、一般債権者等に不測の損害を与えることはない。）ことを考慮すると、赤潮被害が発生した時点において、Yが直ちに廃業を決意しなかったとしても、赤潮被害発生後、通常の営業が継続していたとは認め難いから、本件譲渡担保契約の目的物は、赤潮被害発生時に実質的に固定化したものといえることができる。

したがって、本件譲渡担保権の効力は、物上代位により漁業共済金請求権の上に及ぶうえ、その行使についても上記固定化によって当然許されると解するのが相当で

あるから、漁業共済金請求権に対する差押えを認めた原命令が違法であるとは認められない。」

【許可抗告理由要旨】

「1 買受人に無用な負担を負わせるべきではないから、譲渡担保権は、実行により消滅すべきと解するべきであり、本件譲渡担保権は、私的実行により消滅したとすべきである。

2 また、漁業共済金請求権の取得を通常の営業の範囲を超える処分として、漁業共済金請求権に本件譲渡担保権の効力が及ぶとしているが、赤潮の発生により申立人が漁業共済金請求権を取得した場合も、申立人は担保価値維持義務に基づき、新たな養殖魚を補充することを義務づけられる。この点について、通常の取引により養殖魚を売却する場合と変わりはない。

したがって、申立人の取得は通常の営業の範囲内の処分といえるべきである。

3 さらに、赤潮発生から申立人が養殖業廃業の決意をするまでの経緯から、本件譲渡担保権の目的物が固定化したのは、平成二一年九月四日といえるべきである。

4 以上のとおり、本件譲渡担保権実行後も本件譲渡担保権の効力が存続する^マしている点、漁業共済金請求権の取得が通常の範囲を超えており、本件譲渡担保権の効力が及ぶ^マとして^マる点、本件譲渡担保権の目的物の固定化時期を赤潮被害発生時としている点について、原決定には、法令の解釈に重要な誤りがあるので、申立人は原決定を破棄し、相当な判断が下されることを求める。」

【評釈】

一 本評釈の構成

二 本決定の評価

1 〳〵営業の継続〴〵の評価

- (1) 本決定の意義・特徴
 - (2) 物上代位権の行使基準時に関する本決定の傍論性
 - (3) 本決定にいう「特段の事情」の意義
 - (4) 「通常の営業を継続している場合」の評価
- #### 2 権利行使基準時をめぐる各見解の評価
- (1) 債務不履行時とする見解
 - ① 保全的差押えの可否
 - ② 付加（派生）的物上代位の区別
 - (2) 動産の補充を基準とする見解
 - ① 担保価値維持義務の視点

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位（清水）

② 保険金を用いた動産補充を確保する視点

(3) 目的動産の固定化時とする見解

- ① 「固定化」概念とその要否
 - ② 「元本確定」概念との対比
 - ③ 物上代位権行使との関係
- #### (4) 目的動産に対して譲渡担保権の実行がされた時とする見解

(5) 小括

3 〳〵直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意〴〵の評価

(1) 本評釈の立場の中で

(2) 本評釈の立場を超えて

三 結 語 — 残された課題

1 流動動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位

2 競合する債権者との優先関係

3 物上代位規定の類推適用の要否

一 本評釈の構成

本決定をめぐる^③ては、既に多数の優れた評釈が存在しており、その主な論点については議論が尽くされた感がある。そこで、本評釈では、これらの評釈を踏まえつつ、

本決定の中で更に評価を加えておく必要を感じるものとして、『営業の継続』(二一)、権利行使基準時をめぐる各見解(二二)、及び、『直ちに物上代位権を行使することができ旨の合意』(二三)の三点を中心に採り上げ、論点の整理と若干の評価を試みることにしたい。

二 本決定の評価

1 『営業の継続』の評価

(1) 本決定の意義・特徴

本決定は、事例限りの判断にすぎなかった最高裁平成一一年決定^④から歩を進めて、しかし、流動動産譲渡担保権^⑤に基づく損害保険金請求権への物上代位を肯定するにすぎないものとして慎重に射程を限定しつつ、法理的な判断に踏み切った点において画期的な決定である。

また、本決定は、物上代位の可否の問題を、譲渡担保権の効力が被代位債権に及ぶか否かという効力範囲の問題と、当該被代位債権に対する物上代位権をいつから行使できるかという行使要件の問題とに区別しており^⑥、この点もこれまでの物上代位判例にみられない大きな特徴を成している。そして、かかる区別の上で、前者の問題

については、損害保険金請求権が一般に被代位債権たり得るもの^⑦として、これを流動動産譲渡担保権の効力範囲に含め、後者の問題については、物上代位権の行使が妨げられる場合として、「譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合」を掲げる。すなわち、譲渡担保権の効力は及ぶものの物上代位権はなお行使できないといった場面が存在することを認めた。

そこで、ほとんどの評釈においては、本決定にいう「通常の営業を継続している場合」とは何か、また、かかる要件設定は適切か、更には、本決定が例外として掲げる、「直ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されているなどの特段の事情」とは何か、主な検討対象とされることになった。

(2) 物上代位権の行使基準時に関する本決定の傍論性
しかし、ここで注目すべきは、本決定の各掲載誌に付された以下の匿名コメントが指摘する点である。

「本件の事案においては、保険金請求権に譲渡担保権の効力が及ぶかの点は、争点となっていたが、それ

が及ぶとして、いつの時点まで物上代位権を行使することができないかは、当事者間において争点となっていないかった。また、本件においては、債務不履行が生じて動産に対する譲渡担保権も実行されていたし、Yは営業を廃止しており、この点においてどのような説を採ったとしても、Xが物上代位権を行使することができることが明らかであり、この点は結論に影響しないといえるような事案であった。このような観点から、最高裁判所は、いつの時点まで物上代位権を行使することができないかの基準時に関しては、『通常の営業を継続している場合』にはできないということのみを示し、後の解釈に委ねたものと思われる⁸⁾。

すなわち、この判示部分は傍論 *obiter dictum* にすぎず、厳密な意味における判例 *ratio decidendi* としての価値をもたないものといえよう。

この点、確かに、本決定の判断枠組みからは、譲渡担保権の効力が保険金請求権に及ぶものである以上、一般の物上代位の場合と同様に、民法上は「差押え」(三〇四条一項ただし書)の要件が課されるだけで、原則として

流動動産譲渡担保権に基づく物上代位(清水)

は、物上代位権の行使が許され、ただし、例外として、執行抗告訴訟において抗告人である設定者が「通常の営業を継続している場合」にあたることを立証したならば、いわゆる実体抗告が認められて債権差押命令が取り消されることになるものと思われる⁹⁾。しかし、本件は、結果的には、「通常の営業を継続している場合」への該当性を認めず、原則通り、物上代位権の行使を認めたとにすぎない。

したがって、このことを重視するならば、本決定にいう「通常の営業を継続している場合」(権利行使の積極的要件として捉え直すならば、その場合に当たらないこと¹⁰⁾)とは、権利行使基準時をめぐる他のいかなる学説をも排斥しない、いわば最大公約数としての意義を有するにとどまり、積極的な要件設定を行ったものと理解すべきではないから、「継続」概念の曖昧さを批判すること¹¹⁾にはおよそ意味がなく、むしろ本決定を契機とした学説による明確な定式化こそが期待されているものといえよう。

(3) 本決定にいう「特段の事情」の意義
それゆえに、本決定にいう「特段の事情」もまた、こ



のであるか否かは、なお検証の余地がある。

例えば、本決定では、「目的動産である本件養殖施設及び本件養殖施設内の養殖魚…に対する譲渡担保権が実行されていたというのであって、Yにおいて本件譲渡担保権の目的動産を用いた営業を継続する余地はなかった」と述べ、目的動産本体に対する譲渡担保権の実行を営業の不継続を基礎づける一要素としているが、それ以上に、常にその実行がなければ営業の不継続を基礎づけられないというほどの要素ではないはずである。養殖施設が回復困難なほどに破壊されてしまった場合など、たとえ本体の譲渡担保権が実行されなくても営業を継続できなくなる場合もあるであろうし、養殖魚のみに担保権を設定していたケースを想定すると、残存養殖魚に対して譲渡担保権を実行しても、養殖施設が残存する限り、なお営業を継続できるという場合もあるであろう。

また、設定者が負う目的動産の補充義務に違反した場合など、目的動産の補充を物上代位権の行使基準に据える見解¹³からは、現に営業が継続していない状況においても、なお目的動産が補充される限り、物上代位権は行使できないこととなる。

あるいはまた、現に営業を継続しているか否かを基準にするならば、いったん営業を停止して再開したような場合において、停止中に物上代位権を行使できたものが、再開後に行使できなくなるといった不安定な法的帰結を容認することともなるう。

したがって、本評釈の観点からは、本決定が「営業を継続する余地はなかった」との評価の下で物上代位権の行使を認められた点に鑑み、現に営業を継続していない場合であっても、「営業を継続する余地」がある限り、なお物上代位権行使を否定するとの解釈を採ることは、本決定の下でもなお排斥されていないといえる¹⁴。

ともすれば、最高裁平成一八年判決¹⁵が掲げた「通常の営業の範囲」概念に引きずられて、あたかも本決定の「継続」概念を所与の前提として議論を進める向きがみられるものの、必ずしもそのような議論を進める必要はなく、より純粹に、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位の権利行使基準時を模索すればよい。それが最高裁の発するメッセージであると捉える余地があるとの点にこそ留意すべきではなからうか。

2 権利行使基準時をめぐる各見解の評価

そこで、以下では、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位の権利行使基準時につき、本決定の評釈を中心に紹介されている各見解を採り上げ、論点の整理と若干の評価を加えておきたい。各見解はいずれも、その背後において重要な価値判断と結び付いており、軽々な評価は控えたいものの、この問題をめぐる議論が乏しい現状では、差し当たりの私見を提示しておくことにも意味があると考え、あえて評価を試みる。

(1) 債務不履行時とする見解

「物上代位権を行使するには、被担保債権が債務不履行（履行遅滞）にあること（弁済期を経過したこと）が要件として必要かどうかという問題」があり、「最高裁の判例の上では未解決の問題として残っている」とされる¹⁶。言い換えれば、被担保債権が「まだ債務不履行に陥っていない状況で物上代位権の行使を認めてよいか」といった問題である。

この問題は、以下の二つの問題に区分して理解することができる。

① 保全的差押えの可否

まず第一に、債務不履行前の段階での保全的意義を有するような物上代位権行使としての差押えが可能かという問題がある。

すなわち、物上代位権の行使を担保権の執行として捉える限り、他の担保権の執行と同様に、被担保債権の債務不履行が権利行使（＝実行）の要件となるが¹⁷、あくまで被代位債権に対する優先権を保全する趣旨で民法三〇四条一項ただし書にいう「差押え」を行うにすぎないというのであれば、たとえ債務不履行前であっても、担保権実行ではない物上代位権行使としての優先権保全を認めてかまわないといえる¹⁸。

もつとも、この点を承認するにあたっては、かかる物上代位権の保全手続が現行法上用意されておらず、法の欠缺を生じていることが障害となる。保全の必要性や本案訴訟を前提としない特殊な仮差押手続や第三債務者に対する供託請求の仕組みが用意されていればよいが、それらが存在しない以上、通常の債権担保権実行に準じた手続（民事執行法一九三条二項・一四三条以下）がとられる結果として、債務不履行前の物上代位権者に満足的

利益が与えられてしまう。しかし、それでよいかが問われよう。¹⁹⁾

② 付加（派生）的物上代位の区別

ついで第二に、前記①の差押えが可能であったとしても、いわゆる付加（派生）的物上代位については、なお債務不履行（履行遅滞）要件を要求して不履行前の権利行使を否定すべきではないかという問題がある。

ここに付加（派生）的物上代位とは、典型的には担保目的物の法定果実である賃料債権のように、担保目的物から派生した増加価値に対する物上代位をいう。そして、保険金請求権のように、目的物の価値の滅失・減少を機縁として、設定者に帰属することになった価値に抵当権の効力を及ぼす物上代位、いわゆる代替（代償）的物上代位²⁰⁾とは異なり、担保権実行前における設定者の使用収益を確保する趣旨から、被担保債権の債務不履行後にのみ物上代位権行使が認められるとする（平成一五年改正後における民法三七一条参照）。

もつとも、こうした概念区分は、賃料債権に対する抵当権者の物上代位の是非を論ずる上で、それが他の被代位債権に対する物上代位と比べて異質であることを明らかにするものには付加（派生）的物上代位の区別は、

かにするために用いられ始め²¹⁾、それが担保物権法の一般的な体系書・教科書において受容されて流布したとの経緯をもつ、比較的新しい立論にすぎない。そのため、この区分に基づく各類型が、物上代位の法的根拠の相違²³⁾を超えて、その解釈論上、債務不履行要件の要求のほかに、いかなる具体的相違を帰結することになるのか、²⁴⁾あるいは、そもそも何が代替（代償）的で何が付加（派生）的かできさえ、論者間に共通理解が得られていないように思われる。

とりわけ、立論当初、付加（派生）的物上代位としては賃料債権に対するものだけが想定されていたが、その後、一部の売却代金債権をも付加（派生）的物上代位に含めて説明するものが現れている点が注目される。すなわち、かかる区分を行う見解が両類型の決定的相違として掲げる、被代位債権が担保権者の「最後の拠り所となるか否か²⁵⁾」という形式面を重視し、目的物上の担保権本体が消滅する場合は代替（代償）的物上代位であり、存続する場合は付加（派生）的物上代位であると解するならば、²⁶⁾追及効のある担保権（抵当権など）における目的物の売却代金債権に対するものは付加（派生）的物上代位の区別は、

位に属するものとして扱われることとなる。⁽²⁷⁾

これを本件に照らしていえば、少なくとも流動動産を構成する個別動産の売却代金債権については、これを付加（派生）的物上代位の対象として捉える余地があるように思われる。なぜなら、設定者の権限ある売却によって目的動産が譲渡されると、譲渡担保権の効力は当該動産上に及ばなくなるが、当該動産を構成要素とする集合物上の譲渡担保権はなお存続しているのであるから、当該売却による代金債権が譲渡担保権者の「最後の拠り所」とはならないはずだからである。

また、担保権実行前における設定者の使用収益を確保するという付加（派生）的物上代位の實質面に着目しても、当該売却代金債権は流動動産を用いた事業の収益であり、この点では不動産事業の収益である賃料債権に等しいものと評価できる以上、⁽²⁸⁾これを付加（派生）的物上代位に属するものとみて、被担保債権の債務不履行前における権利行使を否定することが可能である。

これに対し、本件の被代位債権である保険金（共済金）請求権は、本来、代替（代償）的物上代位の典型的な対象とされてきたものである。しかし、これとて、集

合物全体が滅失したことにより生じた請求権でない以上、完全な代替ではないし、当該保険金が目的動産の補充に用いられる限り、担保権実行前は設定者の自由処分委ねるべき請求権であるともいえるから、債務不履行前における権利行使を否定するため、これを付加（派生）的物上代位に準じて扱う余地もあるように思われる。

	代替（代償）的物 上代位	付加（派生）的物 上代位
債務不履行前	保全的差押え	差押不可？
債務不履行後	本来的差押え	本来的差押え

(2) 動産の補充を基準とする見解

例えば、譲渡担保権者による目的債権の差押えの前に新たに動産群⁽²⁹⁾が集合物に補充されたか否かが基準となるとする見解や、「設定者の債務不履行時点で、目的物の滅失に対して設定者が目的物の補填・補充義務を怠り（あるいはこの義務を尽くしても）、目的物が存在しない

又は残存目的物だけでは被担保債権を弁済することができなくなつたと判断されたとき」に物上代位権の行使が認められるとする見解³⁰、あるいは、売却と補充のどちらかの要素を欠くに至つた場合に物上代位権の行使が認められるとする見解³¹がある。

このように動産の補充を物上代位権の行使基準に据える見解の論拠は、以下の二つの視点によつて整理することが可能である。

① 担保価値維持義務の視点

まず、設定者が負うべき目的物補充義務³²、ないしより一般的には、担保価値維持義務³³の視点が考えられる。すなわち、担保価値維持義務違反からは、期限の利益喪失（民法一三七条二号）が帰結されるほか、増担保請求や損害賠償請求の可能性が一般に挙げられるところ、これらに加えて、物上代位の権利行使要件としても機能するとの視点である。

しかし、期限の利益喪失に伴う付遅滞効により、債務不履行を理由にした担保権実行としての物上代位権行使が可能になるとする前記(1)の見解を前提とする限り、担保価値維持義務違反を独立の権利行使要件として捉える

必要性は乏しい。したがつて、本見解は、債務不履行のみによつては物上代位権をなおも行使できないとする見解に立ち、かつ、担保価値維持義務違反に対する制裁的意義を強調して、同義務の実効性を確保する見地に立つという稀な前提の下でのみ妥当するものといえよう。

② 保険金を用いた動産補充を確保する視点

これに対し、保険金請求権のような代償的価値への物上代位に特化した論拠として、保険金（ないしは代償金）を用いた動産補充を確保する視点からの基礎付けも考えられる。これは、より一般的には、流動動産譲渡担保の場面に限定することなく、およそ担保権侵害に基づく損害賠償や保険金の請求権に対する物上代位の可否を論ずる上で、保険金等を用いた損害の現実的填補を確保すべきとの見解に連なる³⁴。

もつとも、設定者が受領した保険金の用途を直接拘束することが現実的に不可能である以上、この視点を重視することは、保険金請求権上の物上代位そのものを否定する見解に達することともなりかねない。したがつて、補充の懈怠に対しては、前記の担保価値維持義務違反として処断するにとどまり、独立の権利行使要件として把

握することは困難であるように思われる。

(3) 目的動産の固定化時とする見解

流動動産讓渡担保権本体の実行に関して論じられているのと同様に、物上代位権の行使についても、目的動産の固定化が基準時となるとの見解が考えられる。³⁵⁾

もともと、固定化を物上代位権行使の判断要素として用いている原決定とは異なり、本決定は、固定化概念に一切触れていない。この概念に対しては、有力な不要論³⁶⁾が存在するほか、本件が、目的動産本体とは別個独立の客体である保険金請求権への物上代位権行使を問題にしている点に鑑み、最高裁としては、あえてこの問題を等閑視し、依然として解釈に委ねる姿勢を示したものであると思われる。

しかし、本評釈では、固定化の意義について、あえて管見を提示してみたい。

① 「固定化」概念とその要否

そもそも「固定化」については、「いまだ概念定義が確立するまでには至っておらず、どの段階で固定し、どのような効果が生じるかについて、とりわけ企業再建の

局面で議論が続いている段階にある³⁷⁾」とされる。

例えば、「集合物を目的とする一個の讓渡担保権という状態から、構成個別物を目的とする特定動産讓渡担保権の集積に変化すること」を、最も広く共有されている理解として、狭義の「固定化」と称する³⁸⁾一方で、「『固定化』とは、①それによって集合物の構成要素の流動性が停止し（流動停止効）、②その時点において保管場所の所在地に現実に存在した動産だけが讓渡担保権の目的となることに確定し（目的動産確定効）、その結果、③確定された目的動産について設定者が処分権限を喪失し、担保権者の同意なくしては処分が許されなくなり（処分禁止効）、かつ④固定化後に保管場所の所在地に搬入された動産は讓渡担保権の目的とならなくなる（事後非担保効）をいう³⁹⁾」として、概念を広く捉える見解もある（広義の「固定化」）。

しかし、前記のうち、狭義の「固定化」は、流動動産讓渡担保権を、集合物として捉えられる「価値棒」⁴⁰⁾支配の限定的浮動担保権と解する価値棒説や、讓渡担保の目的物は集合物そのものであり、個々の動産は讓渡担保の直接の目的ではないとする集合物論貫徹説⁴¹⁾、「特定範囲

責任財産上の包括担保」説⁴²のような見解に立った場合に意味をもつものであり、伝統的集合物論としての二重帰属構成⁴³やいわゆる分析論⁴⁴に立った場合には不要となる⁴⁵。本決定が二重帰属構成を採ったとの理解⁴⁶に立つ限り、この意味における固定化概念を採用しなかったことは当然ともいえよう。

その上で、「固定化」概念不要論の中には、「集合財産の流動性は、設定者に対する処分授権の反映」であるとしてこの点を重視するもの（流動性の喪失論⁴⁷）がみられる。この立場では、前記③にいう処分禁止効を認めれば前記①②の効果も得られるから、それで十分と解するかのようなのであるが、しかし、他方で、前記④にいう事後非担保効は当然に帰結されないことから、広義の「固定化」概念との関係ではなお差異が存する余地があることとなる⁴⁸。

② 「元本確定」概念との対比

つぎに、「固定化」概念の意義を考察する上で、根抵当や根保証などの根担保にみられる「元本確定」概念（民法二九八条の六、三九八条の一九、三九八条の二〇、四六五条の三、四六五条の四など）を参照することが有

益であろう。例えば、「かつて債権と担保目的物が一対一に対応していたのに対し、根抵当などでは、一定の担保枠を想定し、その被担保債権が新陳代謝する（↓被担保債権の方が流動する）」と考えたが、流動財産譲渡担保では、（極度額のような固定的上限を持たないもの）一定の範囲内で新陳代謝するのが担保目的物となつていくわけである（↓担保目的物の方が流動する⁴⁹）」などと説かれるように、被担保債権が流動する根担保と担保目的物が流動する流動財産譲渡担保とは、「似た面」をもつものとして対比させることが可能である。そうであるならば、流動性の停止を意味する「元本確定」と「固定化」とを対比させることにも一定の意義が存するよう⁵⁰に思われる。

そこでまず、典型的な根抵当における「元本確定」制度の存在意義⁵¹について確認すると、これには、①優先弁済額を前もって確定して配当期日における計算を可能にするために、抵当不動産の換価手続が開始した場合に元本を確定させるといふ技術的意義⁵²、②担保の余剰価値を活用させるために、被担保債権額が極度額を下回る場合に元本を確定させるといふ公益的意義⁵³、及び、③設定者

の責任限度を早期に確定させ、あるいは担保権者による担保権を伴う被担保債権の処分を可能にするために、設定当事者の意思表示に基づいて元本を確定させるという私益的意義があるものとして整理することが可能である⁵⁴。もつとも、これらの意義を「固定化」事由のために応用させるとすれば、以下の二点において異なる対応が必要となる。

すなわち、第一に、前記①の技術的意義は、私的実行手続を基本とする譲渡担保権には必ずしも妥当しないとの点であり、第二に、「固定化」事由がいまだ法定されていない以上、前記②のような公益的意義をもつ「固定化」事由を解釈論として導くことは困難と思われる点⁵⁵である。

したがって、「固定化」事由としては、設定当事者の意思表示（合意又は一方的意思表示⁵⁶）に基づく私益的意義⁵⁷のものが認められるにとどまり、⁵⁸その他は、流動財産譲渡担保権の実行プロセスの過程において「固定化」を生ずると捉えれば足りるといえよう⁵⁹。

③ 物上代位権行使との関係
これを本件についてみると、被代位債権（保険金請求

権）は、譲渡担保権の本来の客体である流動財産とは異なる客体であつて、それ自体に流動性が備わっているものではなく、いわば固定化すべき流動財産の外側の問題であるから、仮に当該流動財産につき固定化が生じたとしても、被代位債権そのものは固定化の対象ではなく、流動財産の固定化が被代位債権を対象とする物上代位権の行使要件の問題に直結することもないはずである。

また、前述の理解の下では、仮に被代位債権が固定化の対象であつたとしても、担保権の実行そのものが固定化事由となるため⁶⁰、物上代位権の行使要件として別途、固定化が必要となるものでもないであろう。

もつとも、他方で、権利行使要件の問題から離れるならば、物上代位権の行使が逆に、流動財産本体の固定化をもたらしことにならないかはなお問題となり得る。

この問題は、とりわけ売却代金債権への物上代位の場合に顕著となる。事業のライフサイクルを一体的に担保化する、いわゆる循環型A B L⁶¹においては、かかる循環を断ち切るべきでないとの考えから、在庫商品を対象とする流動財産譲渡担保と在庫商品の売却代金債権を対象とする流動債権譲渡担保（ないしは物上代位）とを統

一的に理解すべきものとされる結果、売却代金債権への物上代位は、事業の循環を切断するとの点において、在庫商品に対する担保権実行と同視できるはずだからである。⁽⁶³⁾

そして、保険金請求権についても、その保険金が在庫商品の補充に用いられて事業の循環が継続する可能性がある限りにおいて売却代金債権に準じて扱い、保険金請求への物上代位は、在庫商品全体の固定化をもたらすものと解する余地がある。

しかし、そのような処理を超えて、本決定のように、設定者が営業を継続している場合に物上代位権の行使を許さないとする必要まであるかは疑問である。むしろ、物上代位権の行使が流動資産（在庫商品）の固定化をもたらすものと解することで、一部財産への担保権実行を無意味化し、全体財産への担保権実行に向けた決断を担保権者に迫ることによって、一定の抑止効果を生作用させた方が望ましいといえよう。

(4) 目的動産に対して譲渡担保権の実行がされた時とする見解

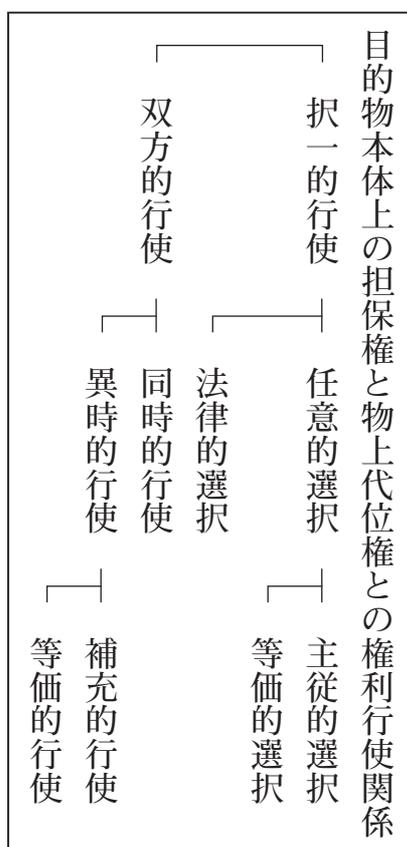
本件につき、目的物本体上の担保権と物上代位権との権利行使関係として、両権利の択一的行使ではなく（双方向的行使）、両権利の同時的行使でもなく（異時的行使）、かつ、両権利間に補充関係を認める立場（いわば双方向的異時的補充的行使説）を採った場合には、目的物本体に対して譲渡担保権の実行がされない限り、物上代位権の行使できないこととなり、したがって、物上代位権の行使可能時は、目的物（本件では目的動産）に対して譲渡担保権の実行がされた時であるとの見解に達する余地がある。

すなわち、両権利の行使関係としては、理論的には、①択一的行使か双方向的行使かの選択肢があるほか、後者（双方向的行使）の場合には、②同時的行使か異時的行使かの選択肢があり、更に後者の場合には、③補充的行使か等価的行使かの選択肢が現れる。すなわち、両権利間に補充関係を認め、目的物本体の担保権（主たる権利）が行使されてもなお被担保債権に残額がある場合にはじめて物上代位権（従たる権利）の行使が可能となるとす

るか（補充的行使）、それともかかる関係を認めず、いずれの権利を先に行使してもかまわないとするか（等価的行使）である。

この点、本件では、目的物本体上の担保権と物上代位権双方に対する異時的な権利行使を認めている。これは、本件目的動産である養殖魚の一部死滅により発生した保険金請求権に対する物上代位権が、死滅を免れた残部の養殖魚によつて構成される流動動産本体上の譲渡担保権となおも併存しているとの流動動産特有の事情から正当化できる。

また、本件では、目的物本体上の担保権を先に実行し、その後、物上代位権を行使していることから、上記の補充的行使・等価的行使のいずれを採つても物上代位権行使が可能な事例であった。この選択は、物上代位の補充性を重視すべきか否かにより定まるものといえるが、債権を対象とする物上代位権行使の方が一般に手続が容易であると考えられることから、あえて動産本体への実行を強要するまでもないであろう。したがって、等価的行使と捉え、目的動産本体上の譲渡担保権の実行は、物上代位権行使の要件とはならないものと解すべきである。⁶⁵⁾



(5) 小括

以上の考察からすれば、物上代位権を行使するにあつては、債務不履行（履行遅滞）要件のみが課されるにすぎないものと解すべきである。⁶⁶⁾ 「営業の継続」がなくなること（ないしは「営業の廃止」）は目的動産の流動性を事実上停止させるにすぎず（いわば事実上の固定化）、法的な固定化とは区別すべきものであろう。

また、いったん物上代位権を行使した以上は、原則として、流動動産本体にも固定化（広義）の効力が生ずるものといふべきではなからうか。したがって、本決定を前提とした場合には、「通常の

営業を継続している場合」であっても、設定者が債務不履行に陥っている場合には、「特段の事情」があるものと解して、物上代位権の行使を認めるべきこととなる。⁶⁷

3 直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意の評価

ここでは、譲渡担保権設定者が通常の営業を継続している場合であっても、損害保険金に係る請求権に対して物上代位権を行使することが許される「特段の事情」として、本決定が唯一例示する、損害保険金に係る請求権に対して直ちに物上代位権を行使することができる旨の合意⁶⁸について考察したい。

(1) 本評釈の立場の中で

この点まず、債務不履行要件のみを満たせば物上代位権を行使できるとする本評釈の立場に従う限り、当該合意が機能する場面は、保険金請求権が付加（派生）的物上代位に準じて扱われた結果、債務不履行前の物上代位権行使が否定される場合であってもなお、保全的意義をもつ物上代位権行使としての差押えを可能にするといっ

た限度にとどまることとなる。⁶⁸

したがって、本決定の評釈の中には、合意の有効性を限定的に解すべきとする立場が多くみられるもの⁶⁹、そのように解する必要はないといえよう。むしろ、本決定がこのような合意を許容したということは、営業の継続中も合意次第で債務不履行以外の要件を課さない物上代位権行使の無制限的運用が可能であることを意味するはずである。

(2) 本評釈の立場を超えて

なお、理論的には、本決定が明示する物上代位権の行使時期に関する合意を超えて、被代位債権の範囲に関する合意など、物上代位に関してどこまでの合意が許容されるかも問題となろう。

この点、本決定は、民法三〇四条を中心とする物上代位規定が、物権法定主義（民法一七五条）の下にありながらも、⁷⁰完全な強行規定ではないことを示唆するかのようである。しかし、抵当権の効力範囲に関する民法三七〇条ただし書のような「別段の定め」を登記する方法がなく、手続法上、被代位債権の範囲に関する特約の存在を

考慮する仕組みがつけられていないことに鑑みると、少なくともこの点に関して、民法三〇四条は強行法規であるものと解される。そうすると、同条を超える範囲の債権に対しては、いわゆる将来債権譲渡担保ないしは将来債権質の仕組みを用いて担保化するしかないであろう。²¹⁾

そのため、物上代位と債権譲渡担保ないしは債権質とが場合に依りて使い分けられることを前提として、これらの利害得失を明らかにし、²²⁾ 更にはより積極的な規範調整へと進んでいくことが今後の課題となるように思われる。²³⁾

三 結 語 — 残された課題

最後に、以上で既に指摘した以外で、本決定後になお残されているいくつかの課題を指摘し、それぞれ若干の付言を行うことで結びに代えたい。

1 流動動産譲渡担保権に基づく売却代金債権への物上代位

多くの評釈が指摘するように、喫緊の課題は、本決定が明らかに射程外においた売却代金債権への物上代位を

どのように考えるかである。

この点、本評釈の立場からは、保険金請求権におけるのと同様に、目的動産の流動中も売却代金債権に対して譲渡担保権の効力が及ぶと解した上で、同債権に対する物上代位権の行使は、被担保債権の債務不履行時点から認めるとすればよいように思われる。²⁴⁾ 効力範囲の問題と権利行使要件の問題とを区別する本決定の判断枠組みは、売却代金債権への物上代位に應用して何ら問題がないはずである。

また、いまだ試論の域を出ないものの、不動産担保権の法的実行方法が平成一五年改正以降、担保不動産競売と担保不動産収益執行、更には簡易化された収益執行として捉えられる賃料債権への物上代位とに複線化しているように、流動動産譲渡担保権についても、競売に相当する目的動産本体への私的実行のほかに、少なくとも簡易化された収益執行に相当するものとして、売却代金債権への物上代位の仕組みを積極的に評価するとの見方もまた可能ではなからうか。

2 競合する債権者との優先関係

かつて、目的動産本体の譲渡担保権が、動産売買先取特権や留保所有権など、他の債権者が有する担保権と競合する場合において、その優先関係が激しく争われたように、流動動産譲渡担保権に基づく物上代位権をめぐっても、他の債権者との競合問題が生じ得る。

この点は、他の評釈⁷⁵も指摘するように、動産先取特権に基づく物上代位の判例⁷⁶に準じて「差押え」時を基準に優劣を決するのを基本とするまではよいと思われるが、流動動産譲渡担保権が動産譲渡登記によって公示された場合に、抵当権に基づく物上代位の判例⁷⁷に準じて「譲渡登記」時を基準に優劣を決してよいかは、なお問題として残されよう。

3 物上代位規定の類推適用の要否

本決定が、事例判断である前掲最高裁平成十一年決定とは異なり、一般法理の形で流動動産譲渡担保に基づく物上代位を肯定したにもかかわらず、それが何条の類推適用に基づくものかを明示しなかった点（民法三〇四条か同三七二条か、あるいは同三五一条か）の評価も問わ

れよう。

この点は、前記2の問題の解決にも影響を及ぼすため、あえて判示を避けたとみることも可能であるが、いずれかの典型担保物権と同視し、既存の型にはめ込んでしまうことで、譲渡担保法理における独自の展開を妨げてしまふのではないかといった憂慮も背景にあると考えられる。これもまた、譲渡担保判例に多くみられる最高裁の慎重な姿勢を象徴するものといえよう。

(1) 決定文上、養殖魚の種類が明らかでないが、本件抗告理由によれば、ブリ⁷⁸とのことである。

(2) 構成裁判官は、宮川光治（裁判長）、櫻井龍子、金築誠志、横田尤孝、及び、白木勇である。

(3) 若林茂雄⁷⁹田子真也⁸⁰栗原さやか⁸¹泉篤志⁸²白井幸治⁸³丸山真司・商事法務一九二四号五六頁（二〇一一年二月）、池田雅則⁸⁴・筑波ロージャーナル九号二〇九頁（同年三月）、小山泰史⁸⁵・NBL九五〇号二五頁（同年四月）、印藤弘二・金法一九二二号四頁（同年五月）、田村耕一・広島法学三五卷一号七七頁、遠藤元一・銀法七三二号二二頁（以上は同年六月）、河上正二・法セ六七七号八〇（八七）頁、六七九号八二（八九）頁（同年五月）、栗田口太郎・事業再生と債権管理二三三号一三頁

(同年七月)、今尾真①・明治学院大学法学研究九一
 一五七頁、山本哲生・損害保険研究七三卷二二〇一頁、
 田高寛貴・金判一三七二二二頁(以上は同年八月)、澤重
 信・銀法七三五号四四頁、片山直也・金法一九二九号一九
 頁、門口正人・金法一九三〇号四六頁(以上は同年九月)、
 森田修・同号五四頁、小山泰史②・判時二二〇号一六二
 頁、今尾真②・月刊登記情報五一卷一〇号一〇八頁、古
 積健三郎①・民商一四五卷一五二頁、古積健三郎②・
 速判解九号八三頁、松本恒雄・現代民事判例研究会編『民
 事判例Ⅲ二〇一一年前期』一四四頁(以上は同年一〇月)、
 堀竹学・社会とマネジメント九卷一号三七頁(同年一月)、
 庄菊博Ⅱ杉江隆司・専修法学論集一一三号一四九頁、道垣
 内弘人・法協一二八卷二二号三三九(三三四三)頁(以
 上は同年一二月)、渡邊博己・NBL九七〇号五三頁、古
 積健三郎③・リマークス四四号二二頁、直井義典・判例
 セレクト二〇一一年一七頁(以上は二〇一二年一月)、谷
 本誠司・銀法七三〇号六七頁、七四二号四三頁(二〇一
 一年五月、二〇一二年三月)、中川敏宏・法七六八号二二四
 頁(同年三月)、池田雅則②・平井一雄先生喜寿記念『財
 産法の新動向』一六三頁(信山社、同年三月)、藤村和
 夫・同書一九一頁、占部洋之・ジュリ一四四〇号七二頁
 (同年四月)、加瀬幸喜・法律のひろば六五卷五号五二頁
 (同年五月)、丸山絵美子・法教三八四号二二六(二二七)
 頁(同年九月)。本評釈では、これらの評釈を随所に略称

で引用させていただいた。

(4) 最二小決平成一一年五月一七日民集五三卷五号八六三
 頁

(5) 本決定にいう「構成部分の変動する集合動産を目的
 とする集合物譲渡担保権」を本評釈では、流動動産譲渡
 担保権と呼んでいる。集合動産譲渡担保権との表現では、
 構成部分の変動するとの要素を含まないものとして理解
 される余地があるからである。

(6) 栗田口・一五頁、片山・三一頁、松本・一四五頁参
 照。これに対し、門口・四八頁は、物上代位(の発生)
 と物上代位権の行使の意義は、その内容または効果を表
 したもので、異なるものではないとし、両者の区別を認
 めない。

(7) 肯定説が通説ともいえる中で、加瀬・五六頁は、損
 害保険金請求権に対する物上代位を一般に否定する見解
 を採る。

(8) 判時二一〇二号九頁、判タ一三三九号五三頁、金判
 一三六二号二六頁、及び、金法一九一七号一〇四頁

(9) 更に、相手方が立証責任を負う抗弁事由として、「直
 ちに物上代位権を行使することができる旨が合意されて
 いるなどの特段の事情」が立証されれば、なお抗告は棄
 却されることとなる。

(10) 森田修・六〇頁は、「通常の営業の継続」がなくなる
 ことを権利行使の積極的要件として捉える。

(11) 田高・四頁など

(12) この点、本決定の判断枠組みの下では、「通常の営業を継続している場合」と「特段の事情」とで立証責任が抗告当事者双方に分配されてしまうこととなるが、権利行使基準時に関する見解がまだ定まっていない現状においては、その見解次第で物上代位の可否が変わり得るグレーゾーンの事案につき、物上代位権行使を認めるべき「特段の事情」の立証を、拠って立つ見解の主張を含めて担保権者である相手方の負担とすることは、必ずしも不合理といえないように思われる。

(13) 池田①・二二四頁、小山②・一六四頁、今尾②・一一九頁、古積②・八六頁など

(14) もちろん、今後の議論において、物上代位権の行使基準時が一定の立場に収斂されたならば、営業の継続に代えて、その立場に即した明確な要件設定があらためて行われるべきは当然である。

(15) 最一小判平成一八年七月二〇日民集六〇巻六号二四九九頁

(16) 抵当権に基づく賃料債権への物上代位に関するものとして、野山宏『最判解民事篇平成一〇年度(上)』三六～三七頁。

(17) 鎌田薫「賃料債権に対する抵当権者の物上代位」石田喜久夫Ⅱ西原道雄Ⅱ高木多喜男先生還暦記念『金融法の課題と展望』七九頁(日本評論社、一九九〇年二月)。

流動動産讓渡担保権に基づく物上代位(清水)

園部厚『書式債権・その他財産権・動産等執行の実務(全訂一二版)』三一頁以下(民法法研究会、二〇一一年一月)は、「債権等執行の場合と異なり、法令で明示的に定められているわけではないが(債権等執行について民執三〇条一項参照)、担保権が債権の弁済期が到来しても債務者が任意に履行しないとき、すなわち、債務が履行遅滞にあるときに実行または行使できるものであるという性質上、当然のことと解されており、実務上も確定した取扱いである」とする。

(18) 被担保債権の履行期到来の前後で物上代位を客體代替的代位と満足的代位とに区分する、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(六・完)」千葉大学法学論集二五巻四号六三頁(二〇一一年)も、同様の考え方に基づくものといえる。

(19) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂六版)』六八〇頁(青林書院、二〇一〇年一〇月)は、仮差押えの規定(民事保全法二〇条以下、四七条以下)を類推適用すべきとする。

(20) 以上につき、松岡久和「物上代位権の成否と境界(一)―賃料債権に対する抵当権の物上代位の是非」金法一五〇四号二二頁(一九九八年一月)、及び、高木多喜男『担保物権法(第四版)』一三八頁(有斐閣、二〇〇五年七月)参照。

(21) この区分は、特に平成一五(二〇〇三)年改正後は、

抵当権の果実への効力に関する民法三七一条の解釈論に絡めて採り上げられる傾向にある。しかし、同条が三四一条において先取特権に準用される点、及び、準用のない動産質権については賃料債権への物上代位がそもそも考え難い点(道垣内弘人『担保物権法〔第三版〕』八七頁(有斐閣、二〇〇八年一月)参照)に照らすならば、譲渡担保権を射程に含める見地からも、担保権一般の議論として構築することが可能である。

(22) 近時の教科書・体系書はこぞつてこの区分を採り上げる。

(23) 代替(代償)的物上代位は、民法三七二条・三〇四条を根拠とし、付加(派生)的物上代位は、平成一五年改正後の民法三七一条を根拠とする。

(24) 例えば、代替的物上代位では、担保権の順位をできるだけ反映させる必要があるが、付加的物上代位では、担保目的物本体によって債権回収が十分見込めることから、担保権の順位を反映させる要請はそう大きくないなどと説かれる(松岡・前掲(20)物上代位権の成否と限界(一)一六頁)。そのため、前者では、本体の担保権についての對抗要件具備時(抵当権設定登記時など)を基準に第三者との優劣を決し得たとしても、後者では、あくまで物上代位権行使としての差押時を基準に優劣を決すべきと解する余地がある。しかし、少なくとも判例は、被代位債権にかかる類型に応じた基準時の区別を行って

はいない。なお、目的物本体上の担保権と物上代位権との権利行使関係につき、両類型の解釈論的相違が現れるとの点につき、後掲(64)参照。

(25) 松岡・前掲(20)物上代位権の成否と限界(一)一二頁

(26) 豊澤佳弘『最判解民事篇平成一一年度(下)』九六一頁は、「目的不動産上の抵当権が消滅し、目的物自体の交換価値の直接的把握という本体的効力を失う場合にこれに代わるものとして認められる代替的物上代位と、目的不動産上の抵当権が有効に存続している状態で目的物の交換価値が具体化されたものに対して認められる付加的物上代位とに大別される」と説く。

(27) 現に、追及力を有すると考えられる建物区分所有法七条一項の先取特権に基づく売却代金債権への物上代位を、付加的物上代位を認めたものとして説明するものがみられる(本多健司「東京高決平成二二年六月二五日判批」別冊判タ三三二号二四三頁(二〇一二年九月))。

(28) 極論すれば、流動動産を構成する目的動産の売却代金債権は、流動動産(集合物)との関係で法定果実(民法八八条二項)にあたるかとする余地もあるのではなからうか。この点、一般には、法定果実は「物の使用の対価」であり、「元物の対価」である売却代金と区別されると説かれるが(我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法〔第二版〕』一九三頁(日本評論社、二〇〇八年六

月)、集合物概念を前提とするならば、売却もまた「物の使用」であると解することが可能である。現に、本決定も、「目的動産を用いた営業」と判示しており、あたかも売却を目的動産の使用と解しているかのようである。

(29) 古積②・八六頁

(30) 今尾②・一一九頁

(31) 池田①・二二四頁

(32) 本件では、譲渡担保権設定契約中に当該養殖施設内の養殖魚と同価値以上の養殖魚を補充することが定められていた。

(33) 近時の判例(最判平成一八年二月二日民集六〇卷一〇号三九六四頁)はこの義務の存在を認めている。この概念につき、拙著「担保価値維持義務について」月刊民事法情報二五〇号二〇頁(二〇〇七年七月)参照。

(34) 外国法の扱いを参照しつつ、こうした視点を前面に出すものとして、田高寛貴「担保権侵害による損害賠償請求に関する一考察―所有権侵害に対する救済との調整の見地から」名古屋大学法政論集二二七号三四一頁(二〇〇八年二月)がある。もともと、結論的には、被担保債権の弁済期前における担保権者の損害賠償金の受領を原則として制限すべきとするにとどまり、弁済期とは独立に、当該金銭を用いた動産補充を確保する視点から物上代位権の行使を制限すべきとするものではない。

(35) 「固定化」概念は、田原睦夫「集合動産譲渡担保の再

検討―担保権実行の局面から」金融法研究資料編(五一四六頁(一九八九年九月)に由来し、これが道垣内弘人「担保物権法」二九〇頁(三省堂、一九九〇年一月)に採用され(同「担保物権法〔第三版〕」三三九頁(有斐閣、二〇〇八年一月)、高木多喜男「担保物権法〔第四版〕」三三三頁(有斐閣、二〇〇五年七月)も参照)、実務上は再建型倒産手続の開始申立て又は開始決定による「固定化」の有無が争われる中で必須の概念とされるようになったものである。

(36) 山野目章夫「流動動産譲渡担保の法的構成―限定浮動担保理論の構築のために」法時六五卷九号二五―二六頁(一九九三年八月)、森田宏樹「集合物の『固定化』概念は必要か」金判一二八三号一頁(二〇〇八年二月)、平野裕之「民法総合3担保物権法〔第二版〕」三〇四頁(信山社、二〇〇九年九月)

(37) 株式会社野村総合研究所「A B Lの普及・活用に関する調査研究報告書(経済産業省平成二〇年度A B Lインフラ整備調査委託事業)」一七八頁(二〇〇九年三月)

(38) 森田修「債権回収法講義〔第二版〕」一六〇頁(有斐閣、二〇一一年四月)

(39) 栗田口太郎「倒産手続におけるA B L担保権実行の現状と課題―再生手続における集合動産譲渡担保権の取扱いを中心に」金法一九二七号八五頁(二〇一一年八月)

(40) 伊藤進「集合動産譲渡担保理論の再検討」ジュリ

六九九号九二頁(一九七九年九月)、同「集合動産讓渡担保の法律関係―個別動産に対する効力の問題」『明治大学法学部創立百周年記念論文集』一二六頁(明治大学法律研究所、一九八〇年)。

(41) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三二〇頁

(42) 下森定「集合物(流動動産)の讓渡担保」下森定Ⅱ須永醇先生還曆記念『物権法重要論点研究』一〇八頁(酒井書店、一九九三年六月)

(43) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三二〇頁

(44) 道垣内・前掲(21) 担保物権法三版三二七頁以下

(45) 森田宏樹・前掲(36) 集合物の『固定化』概念は必要か一頁

(46) 遠藤・一四頁、片山・三二頁、門口・四八頁以下、森田修・五七頁、今尾②・一一三頁、直井・一七頁など。本決定は、「讓渡担保の目的である集合動産を構成するに至った動産」を「目的動産」と称し、その「価値を担保として把握するもの」と述べていることから、二重帰属構成を採用するものとみられる。

(47) 森田宏樹・前掲(36) 集合物の『固定化』概念は必要か一頁

(48) 山口明『ABLの法律実務―実務対応のガイドブック』三四頁以下(日本評論社、二〇一一年七月)。また、この相違を捉えて、「固定化」概念については、「なお議論する必要性が存在する」と説かれる(伊藤眞「集合債

權讓渡担保と事業再生型倒産処理手続再考―会社更生手続との関係を中心として」曹時六一卷九号二七六頁(二〇〇九年九月)。中島弘雅「ABL担保取引と倒産処理の交錯―ABLの定着と発展のために」金法一九二七号八一頁(二〇一一年八月)も同旨。

(49) 河上・法七六七号八五頁

(50) 現実的にも、流動動産讓渡担保が同時に根讓渡担保であることが多いと思われるところ、その場合には、物上代位權行使が元本確定事由として考慮されることとなる(民法三九八条の二〇第一項一号本文)。

(51) これに対し、平成一六年に立法化された根保証における「元本確定」制度は、責任の範囲についての保証人の予測可能性を確保したり(元本確定期日に関する民法四六五条の三)、根保証契約の締結時には予想できなかった著しい事情変更において保証人の責任を制限するといった社会的弱者保護のための公益的意義に基づく(吉田徹Ⅱ筒井健夫編著『改正民法の解説(保証制度・現代語化)』三四・四五頁(商事法務、二〇〇五年五月)参照)。

(52) 鈴木祿弥『根抵当法概説(第三版)』一一四頁(新日本法規、一九九八年二月)

(53) 平成一五年改正前民法三九八条ノ二〇第一号は、「担保すべき元本ノ生ゼザルコトヲ為リタルトキ」を元本確定事由としており、公益的意義に基づくものと評し得た

が、規定が不明確で無用の紛争を生じさせているなどの理由（谷口園恵Ⅱ筒井健夫編著『改正担保・執行法の解説』四七頁（商事法務、二〇〇四年三月）参照）から削除された。

(54) 公益的意義と私益的意義の区分につき、拙著「東京高判平成二〇年六月二五日判批」金判一三〇六号二二頁（二〇〇九年一月）参照。

(55) 例えば、本決定が掲げるように、「営業の廃止」をもって強制的な固定化事由と捉えることが考えられる。これは、平成一五年改正前民法三九八条ノ二〇第一号がいう「其他ノ事由ニ因リ担保スベキ元本ノ生ゼザルコトト為リタルトキ」に該当し得る場合として「営業の廃止」が挙げられていた点（鈴木禄弥・前掲（52）根抵当法概説三版一四六頁）と符号するが、前掲（53）のとおり、同号は規定の不明確性から削除されている。これを固定化事由として捉えることは、同号の不明確さをめぐるかつての解釈論争を再燃させるおそれがあり、相当でない（田高四頁）。

(56) 石田穰『民法大系（三）担保物権法』七三二頁（信山社、二〇一〇年一〇月）は、「目的動産確定期日」なる概念の下で、設定当事者の合意又は一方的意思表示による固定化と同等の効果を認める。

(57) もっとも、担保権者による担保権を伴う被担保債権の処分を可能にするために、固定化を生じさせる必要は

ないであろう。被担保債権の譲渡により譲渡担保権の目的である集合物が随伴して移転するものと解することで、流動性を保ったまま担保権を譲渡することが可能であり、この点において根抵当とは状況が異なるからである。

(58) かつて激しく争われてきた再建型倒産手続の開始による固定化の有無については、伊藤眞「倒産処理手続と担保権―集合債権譲渡担保を中心として」NBL八七二号六〇頁（二〇〇八年一月）、及び、同・前掲（48）集合債権譲渡担保と事業再生型倒産処理手続再考―会社更生手続との関係を中心として二七五七頁が当然の固定化を否定し、現在はこれが有力説化している。

(59) この点において、実行から切り離された中間段階としての固定化概念を否定する山野目・前掲（36）流動動産譲渡担保の法的構成二五頁は、一理あるものといえる。

(60) この点、流動動産譲渡担保には、固定化を前提とする実行時回収型と、固定化を前提としない常時収益回収型とがあるとする見解がみられる（片山三三頁。集合債権譲渡担保につき、同NBL八五四号二八頁（二〇〇七年四月）参照）。また、森田修『新しい担保』の考え方と執行手続」ジュリ一三一七号二〇八頁（二〇〇六年八月）も、「近時の担保取引実務には、流動性を保ったまま在庫担保の換価がなされることの必要性を示唆するものが現れている」と述べており、実行によっても固定化を生じない場合の存することが指摘されている。

(61) 循環型A B Lとは、担保目的物が「原材料・在庫商品等（動産）→売掛金債権（将来債権）→預金（回収金）」と循環するA B L（動産・債権担保融資）をいう。

(62) 中島弘雅・前掲（48）A B L担保取引と倒産処理の交錯八二頁以下参照。

(63) 固定化に関して双方の譲渡担保が連動する理論的な根拠は、循環型A B Lにおける当事者間の統一的な担保契約目的に求められよう。

(64) 他方、前者（択一的行使）の場合には、担保権者が任意に選択するか（任意的選択）、法律上当然にいずれかの選択が行われるか（法律的選択）の区別があり得るものといえる。後者（法律的選択）は、例えば、物上代位の補充性に鑑みて、目的物本体への担保権の追及効が尽きた場合にはじめて物上代位が可能となるといった場合を指す。また、前者（任意的選択）については更に、主従的選択か等価的選択かの区別が可能であろう。すなわち、両権利間に主従の区別を認め、目的物本体の担保権（主たる権利）が行使されれば物上代位権（従たる権利）は消滅して行使不能となるが、物上代位権（従たる権利）が行使されても目的物本体の担保権（主たる権利）は消滅せずなお行使可能である（したがって、その範囲では双方向的行使を認める。）とするか（主従的選択）、それともかかる区別を認めず、いずれの権利を行使しても他方の権利は消滅するものとするか（等価的選択）である。

前者（主従的選択）の例として、抵当権の実行と抵当不動産の賃料債権への物上代位との関係が挙げられ、後者（等価的選択）の例として、抵当権の実行と抵当不動産の仮差押えに対して供託した仮差押解放金の取戻請求権との関係（最一小判昭和四五年七月一六日民集二四卷七号九六五頁）が挙げられる。一般には、付加（派生）的物上代位の場合は主従的選択となり、代替（代償）的物上代位の場合は等価的選択となるものといえよう。

(65) もっとも、以上に述べた点は、これまで意識的に議論されたことがなく、議論の蓄積もみられない。例えば、択一的行使の規律を執行手続上どのように実現すべきであるかは必ずしも明らかにされていない。このような概念整理の仕方を含めて、議論の喚起を期待したい。

(66) 「被担保債権が弁済期を徒過し、不履行に陥っている譲渡担保権を実行できる段階にあること」を権利行使要件とする田高・五頁は結論において同意であろう。

(67) とはいえ、執行手続上、履行期の到来が既に証明されているとすれば、本件のように抗告訴訟で物上代位権行使の可否がことさら争われることはないように思われる。

(68) その限度を超えて、債務不履行前の段階で譲渡担保権者に満足の利益を与える担保権実行としての物上代位権行使を可能にする趣旨の合意を行おうとするならば、それは無効であろう。もっとも、同様の目的は、期限の

利益喪失約款を組み込むことによつて達成可能ではある。

(69) 小山①・三〇頁、遠藤・一六頁、門口・五一頁、庄

Ⅱ杉江・一六一頁以下、渡邊・五九頁以下など

(70) 物上代位権は、債権上に成立するものであるとはいへ、一種の法定担保であると説かれており、他の法定担保物権である留置権や先取特権と同様に、物権法定主義の規律に服するものといえる。

(71) 拙著「物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保―その競合と再構成―」日本法学七一巻一号二〇八頁以下(二〇〇五年五月) 参照

(72) 池田①・二二二頁。通常の状況においてはいずれの方法をも選択可能である旨述べる。

(73) この点につき、詳細は、拙著・前掲(71)物的担保に基づく物上代位と債権譲渡担保一六七頁のほか、拙著「物上代位―民法三〇四条一項ただし書を中心として―」円谷峻編著『社会の変容と民法典』一三四頁(信山社、二〇一〇年三月)に委ねる。もつとも、これらの論稿は、保険金請求権に対して実務上用いられる債権質と物上代位との間での利害得失を採り上げていない。この点については、「保険質権の実務相談」編集委員会『保険質権の実務相談』二四頁(保険毎日新聞社、二〇一二年六月)が参考になる。とりわけ、同書が挙げる債権質の利点のうち、「根抵当権では物上代位権の行使により根抵当権が確定してしまうが、質権の取立権を行使すれば根抵当権

の確定を防止できる」との点は、根担保との比較における共通の利点であり、根譲渡担保権に基づく物上代位と債権譲渡担保(ないしは債権質)との比較にも一般化できよう。

(74) 松本・一四七頁参照。否定的見解として、小山②・一六五頁。

(75) 山本・二二四頁以下、今尾②・二二〇頁以下など

(76) 最三小判平成一七年二月二日民集五九巻二号三二四頁

(77) 最二小判平成一〇年一月三〇日民集五二巻一号一頁

○ 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

- ① 日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)
- ② CiNii (<http://ci.nii.ac.jp/>)

○ 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等が御座いましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu@law.nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

新井勉	日本大学教授
矢野聡	日本大学教授
南部篤	日本大学教授
甲斐直	日本大学准教授
坂本力也	日本大学准教授
清水恵介	日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長	野木村忠
副委員長	楠山谷
委員	秋山和宏
委員	伊藤正文
委員	岩崎真二
委員	大井洋一
委員	小川浩一
委員	奥村大
委員	黒川正功
委員	関正一
委員	高橋勝夫
委員	高橋雅夫
委員	藤川信隆
委員	松嶋隆弘
委員	築場保行
委員	谷部光一
委員	外園澄子

日本法学第七十八卷第二号

平成二十四年九月十五日印刷

平成二十四年九月二十五日発行

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―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. 78 No. 2 September 2012

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLES

Tsutomu Arai, *High Treason in the Middle Ages of Japan*

Satoshi Yano, *A Historical Study of the Formation of the Right to Relief
in the Age of Old Poor Laws and Settlement Acts*

Atsushi Nanbu, *Computer Network Crime and Criminal Legislation (1)*

NOTES

Sunao Kai, *Constitutional Precedents in the Early Years of the United
States*

Rikiya Sakamoto, *Application of the Doctrine of Forum Non-Conveniens
in Suits Brought in U.S. Courts to Seek Recognition and
Enforcement of Foreign Arbitral Awards
—A New Development in Common Law Jurisdiction in the
Figueriredo Case and Complications in Civil Law
Jurisdiction—*

CASE COMMENT

Keisuke Shimizu, *De la subrogation réelle dans la sûreté flottante sur des
meubles corporels*