

日本法學

第七十九卷 第一号 2013年6月

論 說

国際取引における域外適用ルール統一化
ならびに秩序形成に向けて

藤川 信夫

翻 訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺

—— A・V・ダイシー「コモン・ローの発展」——

A・V・ダイシー
加藤 紘捷
菊池 肇哉 訳

研究ノート

南北戦争後の憲法秩序

—— チェイス第六代長官の時代——

甲斐 素直

G H Q 憲法草案第八二条の皇室財政規定と「世襲財産」

山田 亮介

日本法学 第七十八卷第三号 目次

論 説

航空保険の現状と課題……………松嶋 隆之

コンピュータ・ネットワークに関連する犯罪と刑事立法(二・完)……………南部 篤

変化する司法審査の基準……………青山 武憲

——合衆国連邦最高裁判所——

研究ノート

米国の違憲立法審査権の確立……………甲斐 素直

——マッシュナル第四代長官の時代——

日本法学 第七十八卷第四号 目次

論 説

「白山比咩神社奉賛会発会式」市長参列訴訟の問題点……………百地 章

集団的自衛権の行使に関する政府見解概評……………青山 武憲

翻 訳

英米法におけるダイシー理論とその周辺……………A・V・ダイシー

——ダイシー「ブラックストンの英法釈義」——

……………加藤 紘捷

……………菊池 肇哉

研究ノート

米国奴隷制とドレッド・スコット事件……………甲斐 素直

——トリー第五代長官の時代——

判例研究

刑罰法規の明確性が争われた事例

——世田谷区清掃・リサイクル条例事件——

……………船山 泰範

平成(〇)年七月七日最高裁決定(平成(〇)年あ)第三九号 世田谷区清掃・リサイクル条例違反被告事件 判時二〇五〇号一五六頁 判タ三〇二号二四頁

雑 報

日本法学 第七十八卷 索引

国際取引における域外適用ルール統一化 ならびに秩序形成に向けて

藤 川 信 夫

一・はじめに―国際取引における域外適用―

1. 域外適用の議論

近年、米国のドッド・フランク法におけるボルカールールにみるように国際取引における域外適用が議論となりつつある。従前より、独占禁止法において域外適用は問題となってきたが、国際金融法制、国際取引法など全般に域外適用の問題が拡大しつつあり、内容も区々のため、予測可能性および国益などの観点から域外適用のルール統一化の必要性が起こつて来つつあるといえよう。域外適用に関しては、個別の各分野・法に関する著作はあるが、近年のドッ

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて（藤川）

ド・フランク法などの域外適用の動きが強まっていることを受け、新たにその統一的考察、ルール統一化の試みなどが大きな意義を持つてきたといえる。本稿は、こうした大きな問題意識の下に、近時の域外適用の現状を把握すると共に、忠実義務と域外適用の交錯などの課題にも論及し、将来の秩序形成に向けて歩を進めんとするものである。

国際取引法に関する規制の域外適用と、内部統制というコーポレート・ガバナンス改革、即ち組織法との一体的な考察を求められる問題であり、内部統制における企業風土などの統制環境としてのガバナンス体制構築が重要になってきたことを示している。

2. 米国ドッド・フランク法および英国賄賂防止法などの域外適用

二〇一〇年七月二一日署名、成立した米国ドッド・フランク法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) に関しては、サブプライム金融危機後の米国金融改革を目指す米国内法であるが、域外適用 (extraterritorial application) と一律規制・外国銀行の扱いが大きな焦点となっているが、二〇〇二年サーベンス・オクスリー法 (米国企業改革法 Sarbanes-Oxley Act 上場企業会計改革及び投資家保護法 SOX法) が実質的に域外適用となっている事例もあり、ドッド・フランク法も本邦金融機関に実質的に域外適用される可能性があるとの見方も出される。特に同法のボルカー・ルール (Volcker Rule) の外国銀行と銀行持株会社をも対象とする一律規制、店頭デリバティブならびにスワップ規定などの域外適用に対しては、我が国金融庁、全国銀行協会などから反論も出されている。⁽¹⁾

ドッド・フランク法に関しては、規制強化の反面、適用除外・延期が相次ぎ、またジレンマ・パラドックスが指摘されるなど内容が揺らいでいる面もあるが、近時も持株会社に自己資本基準達成を求めるなど大手外銀に関するさらなる規制強化の方向性が示され、一部邦銀も対象となる見込みであるなど、我が国金融機関経営への影響も大きい。⁽²⁾

F R B (Federal Reserve Board 米国連邦準備制度理事会) は二〇一二年一月四日米国内で事業展開する大手外国銀行に対する規制強化策をまとめ、米国内外の総資産五〇〇億ドル以上の外銀の一部に中間持株会社 (immediate stock holding company IHC) 設立を義務付け、米銀持株会社と同様の自己資本基準を求めることを骨子とする (二〇一五年七月一日施行)。必要資本の計算には国際展開する銀行の健全性を高めるための新自己資本規制であるバーゼルⅢを適用するとし、私見であるが、従前は実質的にはドッド・ فرانク法などバーゼル規制と類似内容の規制導入を図ってきたものはいたものの、直接適用には消極的であった F R B が国際金融規制と平仄を図る方向性に転換しつつあることが窺えようか。⁽³⁾

国際不正取引に関しては、二〇一一年七月一日英国賄賂防止法 (UK Bribery Act) が施行され、⁽⁴⁾ 法人の罪 (Corporate Offence) として企業が賄賂防止を図らないこと自体を犯罪化するなど、米国外汚職行為防止法 (Foreign Corrupt Practices Act FCPA 一九七七年施行) に比し、広範な規定となっており、域外適用も議論がされる。⁽⁵⁾ 国際不正取引に関するグローバル・コンプライアンス体制と内部統制等の考察が重要となる。⁽⁶⁾

3. 国際取引における域外適用のルール統一化の必要性―予測可能性と国益―

域外適用に関しては、国際金融法制など国際取引法の様々な局面で議論を呼んできている。ボーダーレスな金融規制の強化・統一や米国金融規制改革法の域外適用等を背景に、新たな法制度の収斂の動きに繋がることも考えられる。バーゼルⅢ規制は元来グローバル規制であり、国内法であるドッド・フランク法にしても域外適用を通じ各国国内法制の整備を促す要素がある。金融取引は国境を超えて進展し、金融規制の統一的な浸透は当然でもあろう。ドッド・フランク法の域外適用と一律規制には、差別的跛行性の存在などもあって、批判も出される。⁽⁷⁾ 今後は司法権・司法判

断の域外適用、執行・エンフォースメントを含め、国際管轄権の議論とも併せて、予測可能性を持たせた理論的統一性確立と法秩序形成に向け、解決に向けた模索が続くものとみられる。

以下では、域外適用のルール統一化に向けて、従前より域外適用の問題が論じられてきた独占禁止法、米国証券取引法における議論などを参照し、さらに国際取引法分野全般における域外適用に係る課題と展望を考察したい。

二．独占禁止法における域外適用

1. 独占禁止法にみる域外適用と国際取引・コンプライアンス領域への示唆

(1) 独占禁止法に例をみる域外適用問題の解消 国際取引における域外適用に関する統一ルールの形成は容易でない。国際取引自体、多様性を有し、新しく複雑な経済社会の変貌を受け、ますます困難さが際立ってきている。

域外適用問題に関しては、独占禁止法に関する変貌ぶりが先駆的経験として参考となり得る。当初、カルテルの行われた場所、あるいは効果の発生に重きを置くことの相違から、属地主義と効果主義の対立があり、我が国も属地主義の立場で米国などの主張する効果主義に基づく域外適用の拡大傾向に対峙していたが、一九八九年ベルリンの壁の崩壊以降、旧共産圏諸国も独占禁止法を広く制定するに至り、情勢が大きく変化することになる。即ち、経済のグローバル化、米国以外の独占禁止法の執行の活発化を受けて、米国による域外適用の対応が積極的礼讓と呼ばれる形に変化するに至る。一九九一年米国E.U.独占禁止法協力協定に象徴されるとおり、企業は進出国に備わる独占禁止法を上手く扱うことが先ずは重要であり、機能しない場合に米国の独占禁止法の域外適用を及ぼす考え方である。加えて近年では、リニエーション制度の世界的普及から、カルテル規制における国際協力が容易になり、主要国は共通資料により審査協力も図ることが可能

となっている。企業のインセンティブを利用した制度設計が域外適用問題を解消したことになる。⁽⁸⁾ EU、連邦国家では、域外企業への法適用が容易な制度を採用し、競争制限のため、効果主義は当然の前提となっていることを示しているといえ、企業サイドとしては国際的なベストプラクティスへの対応が求められよう。

(2) 国際取引・コンプライアンス領域への示唆 独禁法領域における域外適用問題の解消過程に鑑みると、効果主義を当然視し、法規制が各国に共通ルールとして確立したことが背景となっている。翻って国際金融取引、海外不正競争防止などの国際コンプライアンスの領域では、私見であるが、独禁法分野と異なり、今後域外適用問題が大きくクローズアップされてくることが予想され、各国の法規制の整備・共通化の進展を前提に、域外適用問題の統一化に向けた動きも出てくると考えられようか。米国ボルカー・ルールにしても英国・米国で類似の動きをみせているが、我が国では官民挙げて個別の背景・事情の相違を強調し、単純な受け入れにはほど遠い状況である。一層の規制強化に進むとしても、規制自体の一律化に向かうとは限らないとみられよう。

独禁法域における域外適用問題の考え方との整合性も検討課題となるが、こうした国際取引分野では、今後域外適用問題がますます際立ち、域外適用問題の事実上解消したとされる独禁法分野とはまた異なる統一ルール化への模索が進められることも考えられる。

2. 独占禁止法の域外適用

(1) 独占禁止法の域外適用に関する議論 独占禁止法の域外適用に関する議論について、考察を進めてみると、域外適用の問題に関しては、従来は主として独禁法に関連して考察が進められてきた。独占禁止法の域外適用に関する課題は、立法管轄権について効果主義に基づく管轄権原則の確立、二国間協力協定による競争当局間の協力体制の

整備、役割を終えた独占禁止法六条の廃止であり、国際取引に対する法適用の問題である。国外の行為について自国競争法規定を適用できるかという立法管轄権原則には、国内で行われる行為に適用できる属地主義、主要な行為が国内で行われた場合に行為全体について適用できる客観的属地主義、国外で行われる行為が国内に実質的な効果を有する場合に国外行為について適用できる効果主義があるが、一九九〇年代以降の世界的な流れは効果主義に収斂したといえる。⁹⁾

立法管轄権は、競争法の管轄権原則について国際的に効果主義が採用される中で、各国が国内法である競争法を構成する中核規定についての管轄権原則をいかに解釈するかを意味する。明文で域外適用の有無が規定されれば優先する。国際的ルールは、自国市場に直接的、実質的および予測可能な効果を及ぼすときに適用できると解され、我が国も同じ流れに沿っている。①自国市場に実質的效果を及ぼすことを意図して行われ、自国市場に実質的な効果を及ぼしているときに自国競争法が適用される基準、②自国市場に効果を及ぼすことが当初から意図されているとはいえない海外の行為でも、自国市場に直接的、実質的かつ予測可能な効果を及ぼしているときに自国競争法が適用される基準の二つがある。

米国反トラスト法 (Antitrust Law) の域外適用につき、一九八二年外国取引反トラスト改善法 (The Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTIA)) 制定および一九九二年ハートフォード火災保険会社 (The Hartford) 事件最高裁判決、一九九五年司法省・連邦取引委員会「国際的事業活動に関する反トラスト法執行ガイドライン」により現行ルールが明確化され、事物管轄権については輸入取引または輸入通商に関する行為は従前通り判例法により決定され、輸入取引・輸入通商に関する行為以外に外国で行われる行為は FTIA により規律される。¹⁰⁾ 米国では一九四五年アル

コア事件 (Alcoa Case) で米国通商に実質的效果を及ぼすことを意図し、かつ実際に効果が及んだ場合反トラスト法が適用されるとして効果主義を適用した。ハートフォード事件¹¹⁾で、外国の法律が米国法が禁止するやり方で行動することを義務付けまたは強制する場合以外は反トラスト法を適用できるとする。

EC競争法の域外適用につきウッドパルプ (Wood Pulp) 事件判決 (一九八八年) は、EC競争法の管轄権はEC域外で形成されEC域内で実行された行為に及ぶこと、EC域外で締結された協定等について、当該商品がEC域内で販売された場合にEC競争法の管轄権が及ぶこと、参加事業者がEC内販売において子会社、支店、代理店等を介さず、EC内の購買者に直接販売する場合にも原則として管轄権が及ぶことを明らかにし、EC域外における行為についてEC競争法の管轄を認める。¹²⁾

競争法の域外適用は外国・国内企業に関係なく、主要な違反行為が国外で行われた場合に影響を受けた国が自国法を適用するもので、違反行為はどこまでを指すのかが議論となり、カルテルの場合は合意の会合、実施の会合、その後の販売等の行為まで違反行為に含まれるかは定説がない。企業結合については結合手続が完了するまでは違反行為に含まれるが、合併企業が販売することまで違反行為に含まれるかも定説はない。

比較法的に域外適用事例は圧倒的に米国事例が多く、大陸法の一般の域外適用とは分けて議論するべきとされる。我が国独占禁止法の域外適用について、公的枠組み、基本的な考え方は大陸法的な考え方を取るべきことが指摘されている。効果主義に基づく立法管轄権の確立と六条の廃止が課題となり、我が国において効果主義に基づく立法管轄権原則を採り、文書送達規定を整備し、効果主義に基づく立法管轄権を確立することが提唱される。¹³⁾ 個別の限界事例処理の難点として、国内法の独占禁止法の要件解釈で適切に運用できるのであれば国際法的概念を使用しないで処理

できる。また排除措置命令等を海外で執行できないことが大前提で、どのような内容の命令ができるかという難しさもある。

（２）我が国の独禁法域外適用ルール 我が国の独禁法域外適用ルールに関しては公正取引委員会の公式見解、独禁法分野の判例もなく、客観的属地主義あるいは効果主義の立場を明確にしていなかった¹⁴。理由の一つとして文書送達規定の存在が挙げられる。外国送達を認める民訴訟法の準用規定が独禁法に欠けており、反対解釈として外国送達はできないと解され、立法管轄権の範囲を議論する意味合いがなかったためである。外国企業に対する文書送達規定（七〇条の一七、七〇条の一八）を改正し、外国企業に管轄権を及ぼすことが可能となる場合が拡大したが、手続管轄権拡大により我が国の立法管轄権が事実上拡大したと把握できる¹⁵。

独禁法分野で効果主義が拡大した他の理由は企業結合の事前届出制度の普及である。届出義務を課す場合、当該企業に立法管轄権が及ぶことが前提となる。外国企業による外国企業の在外資産または株式取得（外国対外国取引）に対して届出義務を及ぼすためには効果主義によることになる。二〇一〇年一月以降は対日輸出額のみを国内売上額を基準に届出義務を課すこととなり、対日輸出金額が大きいことを根拠に我が国市場に効果が及ぶとする効果主義により、外国企業に届出義務を課していると説明することになる¹⁶。

次に六条の存在意義が検討される。六条は国内事業者のみを名宛人として排除措置命令を行うことを可能とする独自規定である。当面、三条等の補完規定として利用する前提で、六条規定を存続させる意義はあろう¹⁷。

三・米証券取引所法の域外適用

1. 米証券所法 10b-5 の域外適用と統一ルールの提案——属地主義の拡張、主観的属地主義および客観的属地主義、国際私法的な法の抵触・準拠法選択——

(1) 米証券所法 10b-5 の域外適用と主観的属地主義および客観的属地主義 独占禁止法領域以外における域外適用の法制度として、一九三四年米証券取引所法 (the Securities Exchange Act of 1934) 一〇条(b)および証券取引委員会規則 10b-5 について考察しておきたい。一九三四年米証券取引所法一〇条(b)および規則 10b-5 の域外適用において、米国裁判所は属地主義の拡張として、主観的属地主義および客観的属地主義を根拠としている。独禁法の域外適用は行為と効果の関係が具体的に明白なものでなく、客観的属地主義により正当化されない。域外適用の限界として他国の経済政策と衝突し、その国に対する干渉となり、国際法違反となる可能性を指摘され、規則 10b-5 の域外適用に関する司法判断に疑問も呈される¹⁸⁾。今後ボルカー・ルールなどドッド・フランク法関連の域外適用を検討するに当たり、こうした議論は参考となろう。

国際的企業活動に対する経済法的規制の域外適用については、管轄権に関する国際法の原則に従わなければならないが、国家に自国の正当な利益が関係する場合に管轄権を域外的に行使する権利が認められるが、他国の管轄権の行使に対する干渉となる権利行使は権利の濫用になる¹⁹⁾。

米国の連邦の証券に関する法律のうち、証券法 (the Securities Act of 1934)、証券取引所法 (the Securities Exchange Act of 1934) および投資会社法 (the Investment Company Act of 1940) の三つが米国の証券取引規制の基礎を形成してい

る。証券法は証券の発行市場を規制し、証券取引所法は証券の流通市場を規制する。投資会社法は、ミューチュアル・ファンド (mutual fund) と呼ばれるオープン・エンド型投資会社の活動を主に規制する。これらの法律は、準立法・準司法機能を持つ独立行政委員会で連邦の全証券取引規制を担う証券取引委員会 (the Securities Exchange and Commission) により執行される。証券法五条 (登録)、同一二条 (民事責任)、同一七条 (不正な州際取引)、証券取引所法二条 (a) 項^⑫ (適用除外証券の定義)、七条 (f) 項 (証拠金所要率)、九条 (相場の操縦)、一〇条 (相場操縦的および詐欺的策略)、一二条 (g) 項^⑬ (外国発行者の登録)、一五条 (a) 項 (ブローカーおよびディーラーの登録および規制)、二〇条 (b) 項 (外国証券取引所)、投資会社法七条 (外国投資会社の登録) などが国際的証券取引に関係する。

域外適用に関し、管轄権について国際法の原則との関係で問題になるのは証券取引所法一〇条 (b) 項および規則 10b-5 である。規則 10b-5 は、証券取引所法一〇条 (b) 項に基づき、一九四二年証券取引委員会により制定されている。本来、証券取引委員会に一定の権能を付与することを目的とし、規則に違反する詐欺的不正行為により損害を受けた私人が同規則に基づき損害賠償請求の訴えを提起できることを目的としなかったが、一九四六年 *Kardon v. National Gypsum Co.* 事件判決において、民事責任の明文規定がなくても黙示的責任 (implied liability) が規則 10b-5 に基づいて認められ、以後は多くの民事上の訴えが提起されている。包括的裁判管轄が認められること、訴訟費用の担保が不要であること、出訴期限が長いこと、弁護士費用について取扱いが有利なこと、損害賠償の他に取消の請求も認められること、当事者関係 (privity) の必要性が緩和されること、広範な行為を対象とできることなど利点があり、広く活用され、証券業者の不正取引、売買当事者間の詐欺、証券分売上の詐欺、粉飾決算、株式公開買付 (tender offer)、合併、営業譲渡、会社資産の不当処分、内部者取引などの事例において規則 10b-5 が適用される。

一般に経済法的規制は行政法規制および刑事責任追及による公法的規制と損害賠償請求という私法的規制が含まれ、証券取引の特質上、詐欺禁止措置として開示制度などの予防措置とともに不正行為に対して罰則と損害賠償責任が課される。規則10b-5による私的訴訟のように民事責任追及を容易にし、損害を受けた者の救済と不正行為を行う者に対する威嚇として証券取引規制強化を図っている。証券取引所法一〇条(b)項・規則10b-5の域外適用の明示的规定はないが、域外適用の意図が明確であれば、国際法に反するものでも米国裁判所は意図に従う。意図が不明確な場合には、従前は国家の主権的独立に基づく管轄権の排他性に厳格に従い域外適用を認めなかったが、国際経済活動の増大に伴い、法目的の達成のために域外適用が必要であることが認められ、制定法は原則としては域外適用が否定されると推定されるものの、黙示的に意図されると解釈できれば域外適用を肯定する⁽²⁰⁾。議会の黙示的意図を推量して域外適用を行う場合には国際法に従って行われる。

こうした証券取引法の域外適用の根拠として考えられるのは一般的な管轄権原則である属地主義の拡張である。属地主義は国家主権に基づく自国領域に対する排他的支配を根拠とし、規則10b-5の域外適用では米国裁判所は主観的属地主義および客観的属地主義を根拠としている。

施行機関が下す命令の域外的な効力について、独禁法に関する調査・訴訟手続において外国文書の提出命令、排除措置命令が下された場合に問題が生じる。証券取引委員会は一定の調査権を持ち、文書提出を求める召喚令状を発することでもでき(証券取引所法二二条(b)項)、独禁法と同じ問題が生じ得る。証券取引委員会が外国子会社を持つ米国会社に対し、子会社保管の文書提出を命令することは正当とされる⁽²²⁾⁽²³⁾。

(2) 主観的属地主義に基づく域外適用 SEC (米国証券取引委員会) の主張に従えば、行為の大部分が米国領域外

で行われ、被害者も米国領域外の者でも、詐欺的不正行為に関連し州際通商の施設または郵便が使用されればリストートメント (Restatement) における領域内行為として領域内法律関係に関する立法管轄権が肯定され、規則 10b-5 の域外適用が可能となる。裁判所も、国際法上、何らかの行為が領域内で行われれば主観的属地主義に基づき域外適用が可能と解し、明示的規定がないときは議会は国際法により許容の限界まで法律が適用されることを意図するものでなく、どこまで適用されるかは解釈問題とする。主観的属地主義のリーディング・ケースとされる *Leasco Data Processing Equip. Corp. v. Maxwell* 事件控訴裁判決では、米国での行為が重要な行為 (significant conduct) か、または結果への不可欠な連関 (essential link) を形成するものでなくてはならない⁽²⁴⁾。 *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.* 事件、 *ITT v. Vencap* 事件控訴裁判決では予備行為と詐欺の実行行為が区別される。

(3) 客観的属地主義に基づく域外適用 第二リストートメント一八条は領域外で生起し、領域内で効果の発生する行為について管轄権を認める。①行為と効果が相当に発達した法制を有する国家で一般的に犯罪または不法行為の構成要件として認められている場合、②行為と効果が一般的に犯罪または不法行為として認められていない場合、効果が行為の構成要件となっていること、効果が実質的であること、効果が直接的かつ予見可能な結果であること、当該原則が相当に発達した法制を有する国々で一般に認められた裁判原理に反しないことの充足を要件として、管轄権が認められる。 *Schoenbaum v. Firstbrook* 事件の控訴裁判決は客観的属地主義を適用したものと見える。米国内で全く行為がなくても、米国内に居住する株主に効果を及ぼす詐欺的不正行為にはすべて規則 10b-5 が適用されることになる。リストートメント一八条(b)項では効果は実質的、直接的、予見可能であることとされ、詐欺的不正行為の実質的、直接的、予見可能な行為は明確にされないが、いくつかの基準も示される。SECも客観的属地主義に基づく規

則 10b-5 の域外適用を主張している。

2. 規則 10b-5 の域外適用における問題点

(1) 域外適用の正当化 第一に、被害者が外国居住の外国人である場合、詐欺的不正行為が米国内で行われ、被害者の損害の直接の原因でない限りは域外適用はない。域外適用を及ぼすためには、予備行為のみならず、実行行為までも米国内で行われることが必要となり、この場合、域外適用は主観的属地主義により正当化される。第二に、被害者が外国居住の米国人の場合、損害発生に相当な程度寄与するだけの相当に重要な行為が米国内で行われない限り、域外適用はない。米国内の予備行為は、外国居住の外国人の損害に関して域外適用を認めるに十分でないが、外国居住の米国人の損害に関しては十分となり、予備行為と実行行為を区別する実益がある。域外適用は主観的属地主義により正当化される。第三に、被害者が米国内居住者の場合は、詐欺的不正行為による損害発生により、行為は米国内で行われていなくても域外適用があり、客観的属地主義により正当化される。

行為または効果が領域外に存在する場合、属地主義に基づく管轄権を拡張し、主観的属地主義または客観的属地主義により域外適用が正当化されるためには、行為および効果が不可分で効果は具体的になければならない。独禁法の域外適用について、行為と効果の関係が具体的に明白ではなく、客観的属地主義によつては正当化されないとされる²⁵。

(2) 規則 10b-5 の域外適用の問題点—内容面の国際法上の制約— 主観的属地主義および客観的属地主義に基づく規則 10b-5 の域外適用の問題点としては、被害者の国籍および居住地、詐欺的不正行為の場所および行為の程度ならびに被害者に対する有害な効果が考慮される。規則 10b-5 の域外適用は主観的属地主義または客観的属地主義に基づき、行為と効果の関係が明白で抽象的管轄権の行使に関しては国際法上の問題はない。もつとも域外適用の行われ

る法律の内容面において、国際法違反である場合には管轄権を行使できない。規則 10b-5 の域外適用は他国の経済政策と衝突・干渉となり、国際法違反となることがあると考えられるが、米国裁判所の判決では考慮は全くなされず、SEC の見解でも触れられていない。抽象的に国際法上管轄権の域外的行使の正当化のみを考え、内容面を検討していないため、今後はこうした検討を加えて国際法に反する場合は域外適用は否定されなければならない。²⁶

3. 手続管轄権行使と域外的効力―主権侵害と法抵触―

手続管轄権行使は国家の主権独立性に基づき自国領域内に限られる。対人管轄権の要件、法律施行にあたる機関が下す命令の域外的効力が問題となる。²⁷ 米国証券取引所法二七条で訴訟の管轄裁判所を定めるが、対人管轄権の要件として被告が裁判地区内に居住、現在または事業を営むことを定め、国内に現在しない外国人も当該地区で事業を営んでいれば対人管轄権がある。訴状送達は被告の現在場所であれば行うことができ外国を含む。²⁸ 米国会社を支配する外国会社も事業を営むものとして対人管轄権が及び、地区内で活動または予見可能な結果をおこしたものにも及ぶ。²⁹ 後掲する近時の Southern Peru 事件（デラウェア州衡平法裁判所二〇一一年一〇月一四日）³⁰とも関連する企業結合と国際会社法の事例の議論でもあろう。

域外適用の法律施行機関が下す命令の域外的効力について、独禁法において調査または訴訟手続につき外国にある文書提出命令が下された場合、排除措置命令が下された場合に問題が生じる。SEC は一定の調査権を有し、文書提出を求める召喚令状を発することも可能である（証券取引所法一二条(b)項）。このことから、独禁法と同様な問題が生じ得る。SEC が外国子会社を有する米国会社に対し、子会社保管の文書提出命令を発することは正当とされる。³¹ 独禁法のように外国と紛争³²は生じていないが、外国にある文書の提出命令を発した場合、外国が主権侵害として反対す

ることが想定される。SECは証券諸法違反行為に対する差止命令を求め提訴することはできるが、やはり外国における行為に対する場合、外国主権の侵害または法抵触をおこすことも考えられよう。

規則10b-5の域外適用につき、SECが外国会社の被告に資産および議決権株式の処分禁止命令と管財人任命を請求した事案があり³³、本国法律において外国人である代理人はその国の会社に対する権限を持つことができないと定められており、管財人任命はできないとの申立に対して、裁判所は裁判所命令が外国領域で施行されるかの問題であり、裁判で審理されている米国証券取引法違反があるかの問題ではないと述べる³⁴。

4. 国際私法的アプローチと経済政策実現―域外適用と統一ルールに向けての示唆―

今後の域外適用に係る提案として、他国の経済政策に適切な考慮を払わないと当該国に対する干渉となることを認識しつつ、国際法に違反することには触れず、国際私法的な法の抵触・準拠法選択というアプローチの採用により、他国の経済政策との衝突回避を図るべきとの提案がされる³⁵。最高裁判例によれば³⁶仲裁条項が存在する場合、規則10b-5違反行為についても仲裁条項が尊重され、米国裁判所で審理されない。仲裁条項は法廷選択条項であり、国際取引に対する規則10b-5適用について国際私法的アプローチを採用して域外適用を抑制するものとも考えられる。

しかしながら経済法的規制の域外適用については、国際私法におけるいずれかの国家の法選択の問題ではなく、一定の経済政策を実現するために自国法を適用するかの問題であり、他国の経済政策に干渉する域外適用は国際法上から許されないといえよう³⁷。後述の域外適用に関して国内管轄権の原則に付随する国際法の他の原則からの一定の制限として述べられる三原則である、①管轄権の対象と管轄権の渊源の間に実質的かつ真正の結合があること、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、③適合性、相互性および比例性の原則に従うことのうち、特に②が重視

されることになろうか。証券取引法を含む経済法と呼ばれる法分野では、伝統的な公法・私法の明確な区分に馴染まない部分が多いが、私見であるが、国際金融法制などについても上記の指摘が当てはまり、今後の域外適用の統一ルール形成に向けて重要な示唆となろう。上記の議論を踏まえて、域外適用に関する判例の具体的基準をさらに検討していきたい。

5. 判例の具体的基準——主観的属地主義と客観的属地主義——

(1) 域外適用の肯定判例——Leasco 判決、Schoenbaum 判決、Bersch 判決—— 規則 10b-5 の域外適用を認める管轄権の根拠原則として、主観的属地主義(行為理論)と客観的属地主義(効果理論)により、管轄権を領域外に及ぼすことが国際法上認められる。規則 10b-5 の域外適用を認めた判例は、SEC v. Gulf International Finance Corp. を嚆矢として、Schoenbaum v. Firstbrook、Leasco Date Processing equipment v. Maxwell、Bersch v. Drexwel Firestone, Inc. がある。Leasco 判決は、主観的属地主義に基づき、被告による米国内における行為を理由として、外国において行われた取引に米国法が適用されている。⁽³⁸⁾ Schoenbaum 判決は、客観的属地主義に基づくもので、外国における外国人の行為が米国人の利益を侵害する効果をもたらしたことを理由に、外国における行為に規則 10b-5 が適用される可能性があるとされた。⁽³⁹⁾

Bersch 判決では、以下の内容を示し、域外適用が認められる基準として主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせている。規則 10b-5 は、①米国内の実質的に重要な行為または過失ある不作為の有無に関わらず、米国内における米国居住者に対する証券売付により損害を被ったときは適用がある。②外国に居住する米国人への証券売付により被った損害については米国における実質的に重要な行為または過失ある不作為が相当な程度で損害に寄与したとき

に限り適用がある。③米国外における外国人への証券売付により被った損害については、米国内における行為または過失ある不為が損害の直接的原因であるときを除き適用がない⁴⁰。在外外国人が被った損害に証券取引法の域外適用を認める場合、米国における行為を損害の直接的原因となる行為か、単なる予備行為か判断しなければならないが Bersch 判決では明確にされていない。

(2) Fidenas 判決と Continental Grain 判決 さらに Fidenas 判決では、在外外国人が被った損害について米国内での行為を理由に規則 10b-5 の域外適用が求められたが裁判所は認めていない⁴¹。Bersch 判決など従来の判例の延長線上にある。

他方 Continental Grain 判決は、在外外国人が被った損害に対し米国内の行為を理由に規則 10b-5 の域外適用が求められ、連邦控訴裁判所（第八巡回区）は域外適用を認めている⁴²。外国の被った損害について域外適用を認めなかった Bersch 判決に比べて被告による米国内の行為は少ないにもかかわらず域外適用が認められている。この Continental Grain 判決では、Kasser 判決が既に Bersch 判決の示した基準において必要とされる米国内における行為の範囲を拡張しているとして、域外適用の範囲の拡張を正当化したものである。後述する Kasser 判決においては、三つの政策的理由を掲げ、詐欺の計画の助長を目的とする何らかの行為が米国内で行われれば域外適用が認められる⁴³としていた。

Continental Grain 判決は、Kasser 判決が原告が SEC であることで政策的理由に基づき拡張した域外適用の範囲を原告が在外外国人で被告の米国内の行為が限られたものである場合にまで拡張したことになる。Bersch 判決を三つの基準から主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせたリーディングケースとしつつ、Continental Grain 判

決は行き過ぎであるとして、Kasser判決が示す二つの政策的要素がある場合は、Bersch判決の示した基準において域外適用のために必要とされる米国内における行為の範囲が、原告が在外外国人で被告の米国内の行為が限られたものである場合にまでも拡張されるとみることになるのか。

6. 規則 10b-5の域外適用の拡張と国際法原則の整合性—Bersch判決の画一的基準—

(1) 規則 10b-5の域外適用と国際法原則 米国裁判所の規則 10b-5の域外適用に関する判例をみると私人間訴訟、SECが証券諸法を強行するために提起する訴訟共に、属地主義を刑事管轄権行使に関して拡大した原則である主観的属地主義および客観的属地主義に基づき域外適用が認められている。

国際法の原則については、①国際法は民事事件の管轄権にはいかなる制限をも課していないとの考え方が⁴⁴⁾ある。法廷地国とは関係のない事件に法廷地法が適用され裁判される例があるにもかかわらず、外交上の抗議が行われたことがないことを根拠とする。

他方、②国際法が課する制限は民事・刑事裁判権共に大きな相違はないとの考え方もあり、民事訴訟も刑事制裁を含む執行手続により担保され刑事管轄権と差はないとする。国際法の原則と米国判例の整合性を考えると、①では、規則 10b-5の域外適用が私人間訴訟について求められた場合、域外適用の範囲は米国の裁量に任せ国内法の証券取引法との抵触法の問題となるに過ぎないという問題が生じるが、①の考え方を採用しても、域外適用には刑事管轄権に関する国際法の原則が適用されると考えなければならぬことが指摘される。証券取引法を含む経済法分野では伝統的な公法・私法の区分に馴染まない部分があり、民事・刑事を峻別しない英米法においてかかる理解は意味を有する。⁴⁵⁾

即ち、損害填補を主目的とする債務不履行・不法行為に関する法は民事的で国際法の観点からも同様に考えれば済むが、規則 10b-5 に基づく損害賠償訴訟は損害填補のみならず、公正な証券取引という証券取引法の目的実現のために果すべき役割があり、⁽⁴⁶⁾ 私人間でも国際法の見地からは公法的な性格を持つとみるべきこととなる。私見であるが、こうした考え方は米国金融改革法、米国海外汚職行為防止法、英国賄賂防止法などにも合致することになるとみられる。即ち、同様の一定の制約に服することになる。

そこで刑事管轄権に関する国際法原則をみると、国家の刑事管轄権の根拠として一般的に承認される内容は属地主義ならびに拡張としての主観的属地主義・客観的属地主義、国籍主義、消極的属人主義、保護主義、普遍主義であるが、規則 10b-5 の域外適用は主観的属地主義および客観的属地主義を根拠としている。国内法の域外適用を規律する国際法原則は、刑事管轄権に関するもののみでなく、属地主義、国籍主義等の管轄権の根拠がある場合も、加えて国家主権に関する国際法原則からの制限も課せられる。⁽⁴⁷⁾ かかる制限としては、⁽⁴⁸⁾ ①管轄権の対象と管轄権の渊源の間に実質的かつ真正の結合があること、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、③適合性、相互性および比例性の原則に従うこと、という三原則が挙げられ、国内管轄権の原則に付随するものである。

①では、国家が何らかの管轄権の根拠に基づいて管轄権を行使することに合理的な利益を持つ場合であり、いかなる利益が合理的かは国家の裁量ではなく、国際法の客観的基準に従い判断されるべきことになる。⁽⁴⁹⁾ ②では、域外適用が他国の内政に対する干渉、主権国家の政策実現の阻害になつてはならず、かかる結果をもたらす場合には域外適用せんとする国の権利濫用となる。③では、平等な主権国家の関係を規律する国内管轄権の原則に付随するものとして適合性、相互性および比例性の原則を掲げる。⁽⁵⁰⁾ 適合性の原則は、一方の国の域外適用を認めるのであれば他方の国の

管轄権行使に適應すべきであるとする。相互性の原則は、同一事項について互いの国内法の域外適用を認めるとする。比例性の原則は、域外適用は必要な限度内にとどまるべきであるとする。

私見であるが、米国金融改革法などの域外適用の実際においても、参考となるべき考え方であるといえ、具体的には、①については関連性・結合性はあるといえようが、特に域外適用を求める側としては、②、③の原則のクリヤーは求められることになろう。

(2) 管轄権対象と溯源の間に実質的かつ真正な結合と国際金融法制への敷衍の試論 そこで以下では、①、③の原則について、考察を行うこととしたい。①の管轄権の対象と管轄権の溯源の間に実質的かつ真正の結合があることについてみていきたい。客観的属地主義を根拠とする規則 10b-5 の域外適用においては、国際法上問題となる管轄権の対象は外国における証券詐欺行為である。属地的根拠は米国内において証券を取得した米国居住者が損害を被ったこと、米国の利益は自国の証券投資者保護である。外国における証券詐欺行為と米国居住の投資者の損害の間に投資者保護のために正当化できる実質的かつ真正な結合が必要となる。⁵¹⁾

主観的属地主義を根拠とする規則 10b-5 の域外適用に関しては、管轄権対象は外国における証券取引または証券詐欺行為のうち外国で行われた部分であり、属地的根拠は米国内において証券詐欺行為が行われたこと、米国の利益は米国投資者保護または米国を証券詐欺の基地にしないことである。外国における証券取引または証券詐欺行為のうち外国において行われた部分と証券詐欺行為のうち米国で行われた部分の間に米国投資者の保護または米国を証券詐欺の基地としないことのため正当化できる実質的かつ真正な結合が必要となる。⁵²⁾ 主観的属地主義に基づく域外適用において、実質的かつ真正な結合の存在のために意味の大きい行為が米国内で行われたことが必要とされる。また在外

国人が被った損害に域外適用を認める場合、米国における行為を損害の直接的原因行為または単なる予備行為かを判断しなければならぬが、Bersch判決では明確にされていない。

私見となるが、米国金融改革法の域外適用に関して、主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせたBersch判決の考え方に従えば、主観的属地主義に基づく域外適用において、米国居住者が被害者のときは米国内における行為はどんな程度のものでよいとすべきでない。在外米国人のときは予備行為以上、在外米国人のときは損害の直接原因となる行為が必要とされるが、管轄権対象の關係で必要な行為の種類を考えるべきである。

例えば邦銀の支店が米国にある事例では、米国の利益は、損害を被った者が米国居住者であるときとして、米国投資者の保護が該当する。米国銀行の日本法人が原告となる場合には、在外米国人であるときとして、米国人投資家の保護および米国を証券詐欺の基地としないことが該当する。さらに在外米国人であるときは米国を証券詐欺の基地としないこと、と序々に抽象的となる。

即ち、①管轄権の対象と管轄権の渊源の間に実質的かつ真正の結合があること、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、③適合性、相互性および比例性の原則に従うこと、という三原則のうち、①の原則に関連して、米国からみて原告・被告とも在外米国人である純粋な我が国の国内取引に対して、米国金融改革法の域外適用を及ぼさんとするとき、域外適用による米国の利益は、米国を証券詐欺の基地としないこととなる。米国では被告による損害の直接原因となる積極的行為がない場合、管轄権対象と管轄権の渊源の間には、実質的かつ真正な関係はなく、主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせたBersch判決の考え方からは、国際法によっても域外適用は許されないこととなると思料されようか。

(3) 管轄権行使の適合性、相互性および比例性原則と国際金融法制への敷衍の試論 ②の他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないことは、権利濫用法理からも重要な原則といえる。その上で、③の原則について域外適用における管轄権の行使の適合性、相互性および比例性の原則についてみていき、上掲した三原則の考察を踏まえて、国際取引法の関する域外適用の規範鼎立を図りたい。

私見であるが、その場合、広範な国際取引において、各法益などを十分に吟味する必要がある、一律には言い難いことは当然であるが、公益的色彩も兼ね備える点で、米国の証券取引法と金融改革法とは近接しており、かかる三原則の立場を踏まえることに合理性はあろう。国際法的な見地から民事と刑事の区分を考える場合、近時の国際取引分野における新たな不正取引として問題となる海外汚職防止法やマネーロンダリングなどは、より刑事的色彩が強くなるといえよう。

(i) 適合性 規則 10b-5 の域外適用により、外国の証券取引法・会社法などの規制対象事項に対して、米国証券取引法も適用され、法規制が衝突する可能性が生ずることを回避すべく、域外適用による管轄権行使は外国管轄権に応じた適合が求められる。国内管轄権の原則の存在から領域内においては当該国の管轄権が他国管轄権に優先する。⁽⁵³⁾

(ii) 相互性 米国の規則 10b-5 の域外適用が認められるのであれば、他国の証券詐欺防止規則も米国における一定の行為に対する域外適用が認められなくてはならない。⁽⁵⁴⁾

(iii) 比例性 規則 10b-5 の法的手段として SEC に差止命令請求と行政的制裁の権能が賦与され、民事上の救済手段として私人間の損害賠償請求⁽⁵⁵⁾、証券取引の取消⁽⁵⁶⁾、エクイティ上の差止命令⁽⁵⁷⁾、加えて刑事上の制裁手段⁽⁵⁸⁾も存する。域外適用で実現される米国の利益に応じ、法的手段の中で必要最低限のものを目的としなければならない。

7. 国際取引全般の域外適用の具体的メルクマール鼎立への示唆

規則 10b-5 の域外適用の問題は、国際法上の管轄権行使の範囲画定の問題であるが、主観的属地主義および客観的属地主義の原則により規律されれば域外適用の拡張が不当に拡大する懸念があるため、国内法を域外適用せんとする国の利益によつて正当化されうる管轄権対象および管轄権の溯源の間に実質的かつ真正な結合が存在することが重視され、その上で国内法の域外適用全般について、各国利益を考慮すべきことになる。⁵⁹ 国際取引全般の域外適用に関しては、抵触法におけるインタレスト・アナリシス (interest analysis) のアプローチなどメルクマールとなり得る基準も想定される。⁶⁰ 米国裁判所において規則 10b-5 の域外適用が求められるとき、米国が域外適用により管轄権を及ぼすことに利益を有するか、他国が自国管轄権を行使することに利益を有するかを前提として明確にし、次に米国か他国のどちらか一方のみが利益を有する場合、虚偽の抵触として米国のみが利益を有するときに域外適用する。米国および他国の両方が利益を有する場合、真正の抵触として法廷地法の規則 10b-5 を適用するアプローチである。

私見であるが、国際金融取引、不正防止における域外適用を考察する場合、概ね以上の Bersch 判決の枠組みは妥当することとなるが、あえて差異として指摘するとすれば、各国独自の経済政策や金融政策的な要素が強いため、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、という要因を重要視することになるか。またその中でも、刑事法関連規定については、②もさることながら、むしろ①管轄権の対象と管轄権の溯源の間に実質的かつ真正の結合があること、③適合性、相互性および比例性の原則に従うこと、という要因が強まる。その上で、Bersch 判決の画一的基準に加えて清水章雄教授の示される九基準、抵触法におけるインタレスト・アナリシス・アプローチなどを事案に応じて、きめ細かく勘案することになるか。

さらに私人間の訴訟として、忠実義務などの考察も求められるような企業結合法制・国際会社法制等に関連した事案では、公法的色彩がやや薄れるとみられ、このため、国際法の原則につき、民事事件の管轄権に関しては、国際法は民事事件の管轄権にはいかなる制限をも課していないとの考え方からは、法廷地国とは関係のない事件に法廷地法が適用され、域外適用の範囲は米国の裁量に任され、米国内法の証券取引法との抵触法の問題となるに過ぎないとも考えられようか。しかしながらこうした場合も、域外適用には刑事管轄権に関する国際法の原則が適用されると考えなければならぬことが指摘されていることも述べた。他方、国際法が課する制限は民事裁判権、刑事裁判権共に大きな相違はないとの考え方もある。何れにせよ、国際法の原則と米国判例の整合性を考えると、会社法制の域外適用が私人間訴訟について求められた場合、同様に抵触法におけるインタレスト・アナリシス・アプローチを加味して判断していくことが考えられよう。

会社の役員・取締役による自己取引、忠実義務を含む信義義務違反等の事案については株主に救済を与え、不完全な開示に対して株主、公開買付会社および公開買付対象会社ならびに他の方法で資本参加を図る会社および対象会社等に救済を与えんとするものであり、こうした事案で会社法と規則 10b-5 の両者による保護を訴求するなどの交錯も想定される。規則 10b-5 の域外適用として拡大されていくと、米国居住株主を有する米国に対する外国会社である他国の会社に対して米国規制が課せられることとなり、他国からみれば自国の経済政策に基づき定める企業規制の一貫性が乱されることもなにかねない。証券取引分野として画一的基準を考えるかの問題はともかく、全体的統一ルールを模索しつつも、あとは具体的事案に即してきめ細かく検討することとなろう。

四・域外適用と企業結合法制ならびに国際会社法の交錯―忠実義務の域外適用―

近年議論を呼んでくる Southern Peru 判決（デラウェア州衡平法裁判所二〇一一年一〇月二四日）については、司法判断による公正価格算定の可否と完全公正規準適用、第三者委員会の正当性、さらには支配株主の忠実義務違反ならびに株主間差別化などの今後に影響を及ぼす論点を内包するものであるが、さらにこの判決の影響として支配株主の有する海外子会社の関連で、実質的な域外適用の考察を必要とすることも想定されよう。

海外子会社設立に当たり、考慮しなくてはいけない要因には進出先国の法制度で子会社保有制限が存在する場合があります、本国の支配株主たる親会社とその株主たる権利を行使する際には、当然ながらその抵触が問題となる。

次に、Southern Peru 判決自体は直截的に我が国法制に影響を与えるものではないが、企業結合法制ならびに国際会社法の論議を通し影響が生じかねないことが考えられる。域外適用の変形ともいえようが、現地子会社が現地上場している場合、当該子会社の少数株主から忠実義務違反を理由に提訴されるリスクを本国の支配株主たる本社あるいは本社役員が抱える事例が想定される。即ち当該子会社が米国に存在する場合、子会社の少数株主が子会社経営に関して支配株主として忠実義務を負う我が国の親会社あるいは親会社の役員を提訴することが考えられ、我が国親会社が提訴対象となる。提訴後の処理は国際会社法⁶¹とも称される不透明な領域の問題ともいえ、今後更なる検討が必要となろう。

「会社法制の見直しに関する要綱案」（法制審議会会社法制部会二〇一二年八月一日）においては、親会社株主による多重代表訴訟提起が認められるが、子会社の少数株主・債権者保護法制の整備の課題は依然として残っている。親会社

株主保護の法制度と位置づけられる多重代表訴訟・子会社の重要事項に関する親会社株主の権限は、目的が単体の株式会社を想定した規制の潜脱防止または企業グループのコーポレート・ガバナンスの向上のいずれであれ、形式的には単体の株式会社を想定した株主権限の拡張であり、その必要性和範囲に関しては諸外国において意見の一致は存在しない。他方で、子会社少数株主・債権者保護の問題は株式会社制度から必然的に派生し、多数派株主と少数株主、株主と債権者の利害対立から生じるもので、法制度の保護の必要性は親会社株主保護よりも明らかといえる⁶²。差止請求の可否にしてみると、会社法改正要綱案において株主において組織再編等の差止請求を認めることとなったが（第四③）、取締役の忠実義務違反は「法令・定款違反」には含まれない（中間試案解説）。もつとも現行法でも、総会決議の瑕疵を理由とするのであれば、取締役の忠実義務違反に関する差止請求も可能とする議論もあろう⁶³。他方で、米国では親会社としての支配株主による子会社における忠実義務違反が問われる局面で、上場子会社の少数株主に差止請求を認めるか否かという議論であり、株主間の構図である。忠実義務違反といっても状況は異なるが、概して米国の議論は親子会社間を想定しており、議論が進展している感がある。忠実義務の域外適用に関する判例の蓄積を通じて、我が国の国内法形成にも影響を与えることも考えられる。

五・ Foreign-Cubed 事件にかかる米国証券取引法の域外適用と新たな判例法理ならびに我が国への影響―域外適用における証券取引法とドッド・フランク法の交錯ならびに規範鼎立の俯瞰―

1. 米国証券取引法の域外適用に関する新たな判例とドッド・フランク法

米国証券取引法の域外適用に関する理論的考察を行ってきた。一九三四年証券取引所法一〇条(b)を巡っては、近時の新たな動向として、行為・効果基準と米国最高裁の域外適用否定に関する *Morrison* 判決が注視される。米国では証券法の域外適用は肯定されてきたといえるが、二〇一〇年六月二四日最高裁判所は *Morrison v. National Australia Bank* 事件⁶⁴において、域外適用を原則的に否定する立場を示した。しかしながら同年七月ドッド・フランク法において、米国証券法の域外適用を許容する明文規定が置かれたことから、さらに議論となる。域外適用否定の立法意思推定、立法目的に照らし厳格に国内行為を判断すること、非米国有価証券発行体の訴訟リスク軽減への寄与、同法による行為・効果基準の復活ならびに私人への提訴権付与等を内容とする。米国連邦第二巡回区控訴審は従前の行為・効果基準により裁判管轄権を有しないと判断したが、最高裁は同じ結論ながら立法意思から法律解釈するアプローチを採ったものである。

外国人原告らが外国の証券取引所で外国会社の株式を購入した有価証券に関する訴訟である *Foreign-Cubed* 訴訟として、規則 10b-5 が規制する証券取引における詐欺的不正行為の問題である。かかる *Morrison* 判決の内容と意義などについては、既に別稿において触れたところであるが、以下では域外適用に焦点を絞り、改めて考察を進めてみ

たい。

2. 米国証券取引法の域外適用と我が国への影響

米国一九三四年証券取引所法(三四年法)一〇条(b)・規則10b-5は証券売買に關係する欺罔行為を違法とする包括的規定であり、投資家が証券発行企業(発行体)および欺罔行為について、責任を負うべき取締役等に対し損害賠償を求め手段となるが、同規定の米国外行為への域外適用について、これまで述べてきたように米国連邦控訴裁判所が従前採用してきた規準は概ね行為基準(Conduct Test)および効果基準(Effect Test)とも称される(行為・効果基準)。もつとも統一の見解はなく、二〇一〇年六月二四日米国連邦最高裁判所はMorrison判決において初の連邦最高裁判所の判断が示されたものである。⁶⁶⁾

Morrison判決は行為・効果基準を覆し、投資家の一九三四年証券取引所法一〇条(b)・規則10b-5に基づく訴訟の範囲を狭めるものであったが、域外適用の議論に終止符が打たれるものではなく、ドッド・フランク法が成立し、SEC(U.S. Securities and Exchange Committee 米国証券取引委員会)および司法省(Department of Justice)の行為に関する限りで行為・効果基準を採用し、Morrison判決の内容は実質的に一部修正されたと考えられる。同判決の示す新基準自体、内容が明確でなく、同判決と異なる事実関係の場合の当該基準の射程範囲など議論される。就中、自社株式について米国預託証券(American Depositary Receipts)(ADR)が発行される非米国企業および今後ADR発行が予定される非米国企業にとり、一九三四年法一〇条(b)に基づく米国内の訴訟リスクにも直結するため、重要な意義を有する。本邦企業にとつても、ADRをニューヨーク証券取引所等に上場、あるいはNASDAQ全国市場システム(NASDAQ National Market System)に流通させる企業は二〇社以上、自社株式につき店頭市場(Over the Counter Market)

取引されるスポンサー付ADRの発行企業は四〇社程度存在しており、今後の動向が注目される。

3. Foreign-Cubed 事件など不正取引と証券取引法一〇条(b)・10b-5の域外適用の考察

(1) Morrison 判決以前の行為・効果基準 一九三四年証券取引法一〇条(b)およびSEC規則 (General Rules and Regulations) 規則10b-5は、証券の欺罔行為に関する基本規定であるが、改めて内容をみると実務的には①会社の報告書における不実表示 (misrepresentations) または不開示 (omissions)、②インサイダー取引、③相場操縦行為 (manipulation) の三類型行為に適用される。⁶⁷⁾

米国では上場企業の株価下落を招く不実表示等の欺罔的行為があつた場合、投資家が当該企業に損害賠償訴訟を提起する際に証券取引法一〇条(b)・規則10b-5が根拠となることが多く、集団訴訟としてクラス・アクション (Class Action) が多用される。クラス構成員の定義である一定期間内に特定会社の普通株式を購入または売却した者、自ら積極的に離脱を要求しない限り、自動的にクラス構成員に含まれる (オプト・アウト方式)⁶⁸⁾。原告側は多くの投資家をクラス構成員として原告に取り込み、多数の請求を単一請求にまとめ、請求金額総額を多額にすることが可能となり、原告側訴訟代理人である弁護士は多くの投資家をクラス構成員として取り込むインセンティブが働くことになる。

証券取引法一〇条(b)・規則10b-5の域外適用は一九三四年法に明示的規定がなく、裁判所において争われてきたが、特に米国人でない外国投資家が非米国企業 (非米国発行体および関係する非米国居住者) に対し、米国外取引の証券に関して提訴する Foreign-Cubed (F-Cubed) 事件と称される事案が典型事例であつた。以下では Foreign-Cubed 事件に絞つて、証券取引法一〇条(b)・規則10b-5の域外適用の考察を深めたい。

Morrison 判決以前に連邦控訴裁判所が採用してきた行為・効果基準をまとめると、①効果基準は、不法行為

(wrongful conduct) が米国内または米国市民に対し、重大な影響を及ぼす場合に一〇条(b)・規則 10b-5 が適用される。一九六八年連邦第二巡回区控訴裁判所によりの Schoenbaum v. Firstbrook 事件において採用され、その後も連邦控訴裁判所および連邦地方裁判所により用いられてきた。②行為基準は、不法行為が米国内で行われた場合に一〇条(b)が適用される。一九七二年第二巡回区連邦控訴裁判所によりの Leasco Date Processing Equip. Corp. v. Maxwell で効果基準に代わる新たな基準として採用され、やはり連邦控訴裁判所および連邦地方裁判所により採用された。行為基準に拠る場合も具体的にいかなる行為が米国内で行われる必要があるかについて不明確で連邦控訴裁判所も判断が分かれ、⁶⁹⁾ 行為基準および効果基準を統合して適用される事例もあった。⁷⁰⁾

実際の事件における適用が不明確で予測可能性に欠けるとする行為・効果基準に対する批判が、Morrison 判決において行為・効果基準の否定、一〇条(b)・規則 10b-5 の適用を狭く解釈する動機となったといえる。⁷¹⁾

(2) 原審判断と連邦最高裁判断 ニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所は、行為基準および効果基準を競合適用し、本件は行為基準の要件を満たさないとし、一〇条(b)・規則 10b-5 適用を否定した。⁷²⁾ 第二巡回区連邦控訴裁判所も同基準を採用し、行為基準については主張されている詐欺的行為の中心は被告 National Australia Bank (NAB) 本社のあるオーストラリアで行われ、NAB が一九九八年買収した米国法人 Homeside 社で行われたものではない。効果基準では、詐欺的行為が米国投資家および米国資本市場に影響を与えたことの立証はされていないとして理由中の一〇条(b)・規則 10b-5 適用を否定し、連邦地裁判決を肯定している。⁷³⁾

米連邦最高裁は結論として一〇条(b)・規則 10b-5 は適用されないと原審判断を肯定するが、根拠は原審と異なり、①一〇条(b)・規則 10b-5 適用は事物管轄 (subject-matter jurisdiction) としての手続的問題でなく実体的問題 (merits

questions) とする。②適用基準につき行為・効果基準を採用せず以下の新基準を採用する。一〇条(b)・規則 10b-5 は、第一要件である「米国内の証券取引所に上場されている証券の売買 (the purchase or sale of a security listed on an American stock exchange)」、または第二要件である「その他の証券の米国内で行われた売買 (the purchase or sale of any other security in the United States)」に関連した詐欺的行為に適用される。本事案では、第一要件は N A B 普通株式は米国内証券取引所に上場されず、第二要件は N A B 普通株式の購入は米国外で発生したとして適用を否定している。連邦最高裁の判示における上記基準を導く理由としては、第一に、域外適用否定の推定 (presumption against extraterritoriality) 原則である。議会が明示的に域外適用を肯定する意思を表明しない限り、裁判所は当該法律は主として国内に関する事項を定めたものと推定すべきとし、一九三四年法の焦点は詐欺的行為の発生場所でなく米国内の証券売買にある。第二に、外国法との抵触問題がある。連邦最高裁は域外適用を広く肯定した場合の他国証券規制との不整合の可能性を指摘し、新基準は外国の証券規制への干渉 (the interference with foreign securities regulation) を避けるための明確な基準となるとしている。

4. ドッド・フランク法による Morrison 判決修正と私人間訴訟

(1) ドッド・フランク法九二九 P 条(b)(2)(B) ドッド・フランク法は Morrison 判決との関連で、SEC および司法省の域外取引に対する権限に関して行為・効果基準を明示的に採用する。Morrison 判決は、一〇条(b)・規則 10b-5 に基づく私人の投資家が提起した私人間訴訟としての損害賠償請求訴訟に関するものであるが、他方一〇条(b)・規則 10b-5 は SEC または司法省の連邦裁判所への提訴等の権限の根拠にもなる。ドッド・フランク法九二九 P 条(b)(2)(B) において一九三四年法二七条に以下の条項を加えることで、SEC および司法省による域外適用規制の権限の範囲

を行為・効果基準に依拠することとし、行為・効果基準をこの限りで復活させ、SECおよび司法省にMorrison判決以前と同様の権限を保持させることとする。ドッド・フランク法九一九P条(b)(2)(B)の条項によれば、裁判所はSECまたは米国により提起される以下の場合に関する詐欺防止条項(anti-fraud provisions)違反を主張した訴えに関して管轄権(jurisdiction)を有する。①証券取引が米国外で発生し外国投資家のみが関与する場合も、違反行為を形成する重要な段階(step)が米国内で行われた場合、または②米国外で行われた行為で、米国内に実質的な影響を及ぼすことが予見可能である場合。

(2) 私人提起訴訟 私人提起訴訟に関してはSECの調査義務等の規定を置くが、SECおよび司法省の権限と異なりドッド・フランク法はMorrison判決内容を覆す規定は置いておらず、私人提起訴訟についてはなおMorrison判決の射程にあることになる。もつともドッド・フランク法九二九条Y(a)では、SECが一〇条(b)・規則10b-5に基づく私人訴訟提起の権限を海外証券詐欺事案に拡大することに関してパブリック・コメントを募集・調査を行うとしており、今後議会がSECの調査結果・提言を受け新たな立法を行うことも考えられ、Morrison判決の分析にも影響を及ぼしかねず、見通しが不明確な部分ともいえよう。⁷⁴⁾

(c) Morrison判決とADR—非米国企業に及ぼす影響— ADRは、米国外で発行された証券(原証券)を表章する証明書受領書で、米国商業銀行(受託者)が原証券の預託を受け、原証券を見合いにADRを発行する。ADRは一つまたは複数の原証券を表章し、ADR保有者は表章する原証券と交換でき、原証券が追加で受託者に預託された場合にはADRも追加発行される。ADRの配当支払いおよび譲渡等の管理は受託者が集中的に行い、非米国企業および米国投資家にとり原証券を直接米国内で発行・流通させるよりも便利な手段となる。ADRはスポンサーなし

ADR (unsponsored ADR)、スポンサー付ADR (sponsored ADR) に分けられる。Morrison 判決の影響は私人である投資家の提起する訴訟に限られるため、上場ADRと店頭市場取引ADRに分けて影響を検討したい。

自社株式について米国内証券取引所に上場またはNASD A Q市場取引されるADR (レベル一、またはレベル二三のスポンサー付ADR) が発行される非米国企業については、Morrison 判決後もADRを米国内証券取引所で取引した投資家から、一〇条(b)・規則10b-5に基づく訴訟を受ける可能性が高いが、従前の行為・効果基準によれば必ずしも排除されない可能性があったADR原証券の株式を米国外証券取引所で取引した米国・非米国投資家からの訴訟は排除されるとみられる。⁽⁷⁵⁾

具体的には、①上場ADRに関して、原証券株式が証券取引所で取引された場合には、米国投資家か否かに関わらず一〇条(b)・規則10b-5の適用は否定されることになる。行為・効果基準であれば、原証券株式が米国外証券取引所で取引された場合も状況いかんによっては適用される可能性があるが、かかる場合に適用が一律に否定されることとなる点でMorrison 判決はADR発行の非米国企業の訴訟リスクを減少させるといえる。⁽⁷⁶⁾

②上場ADRに関して、米国投資家または非米国投資家がADRを米国内証券取引所のニューヨーク証券取引所およびNASD A Q市場で取引した場合、Morrison 判決上告人は普通株式保有者でありADR取引について判断するものではないが、ADRは米国内証券取引所に上場され、Morrison 判決基準における米国内の証券取引所に上場されている証券の売買との第一要件が充足され、一〇条(b)・規則10b-5の適用があると考えられよう。⁽⁷⁷⁾

③自社株式につき店頭市場取引されるADR (レベル一スポンサー付ADRまたはスポンサーなしADR) が発行される非米国企業は、ADRの原証券株式を米国外証券取引所で取引した米国・非米国投資家による訴訟は排除されると

考えられ、やはりMorrison判決が非米国企業の訴訟リスクを減少させたとみられるが、ADRを店頭市場取引した投資家の訴訟を受ける可能性は不明確であり、今後の展開が注視されよう。

店頭市場のADR取引は、Morrison判決に関しては米国内の売買として第二要件を充足するため一〇条(b)・規則10b-5が適用されよう。もつともADR取引は主として外国証券取引(predominantly foreign securities transaction)との理由により、店頭市場取引のレベル—ADRにつき一律に適用を否定するMorrison判決後の下級審判例もあり、裁判所判断の蓄積が待たれる。しかしながら原証券株式発行者の米国内の積極的行為が予定されないスポンサーなしADRの場合には、一〇条(b)・規則10b-5の他の実体的要件を充足することは実際上は困難であろう。

六．米国証券取引法10b-5の域外適用と信任・開示義務の交錯

1. 信任義務違反と域外適用

信任義務(fiduciary duty)違反などに関して、主に私人間の会社法に関する事案ともなるが、域外適用ならびに他国への影響面を考察したい。規則10b-5が規制する証券取引における詐欺的不正行為の問題は、取引の一方当事者が全ての重要な事実を完全に開示しないことにあるが、多くの国家は開示主義を法政策としてはそもそも採用していない。⁽⁷⁹⁾特に欧州では完全開示が要求されることが公正な証券取引のための努力が払われないことを意味しないものもあり、この観点から詐欺防止規定としての規則10b-5の域外適用は他国政策と重大な衝突を引き起こすことにはならないともみられることになる。

しかしながら規則10b-5は、会社の役員・取締役による自己取引、信任義務違反などに対し、株主に救済を与え、

不完全開示に対して株主、公開買付を行う会社、公開買付の対象会社、それ以外の方法で他社に資本参加せんとする会社およびその対象会社などに救済を与えんとする⁽⁸⁰⁾。不実表示を理由とする規則 10b-5 の域外適用が拡大されると米国居住株主を有する外国会社に対し米国規制が課せられ、ひいては他国が経済政策に基づき定める企業規制の一貫性が乱されてしまいかねない。米国の開示要求の強行により、スイス銀行法四七条B項など他国の銀行秘密法 (Bank Secrecy Act BSA) などとの衝突も想定されることになる⁽⁸¹⁾。

2. 信認義務と経済政策の衝突

規則 10b-5 の域外適用は信認義務違反等を通じて他国の経済政策等との衝突・干渉となり国際法違反となることもあると考えられるが、米国裁判所の判決ではかかる事柄は全く考慮しておらず、SEC の域外適用に関する見解でも触れられていない。抽象的に、国際法上管轄権の域外的行使の正当化のみを考え、抽象的には正当化されるとする規則 10b-5 の域外適用の内容面の検討はしていない。規則 10b-5 の域外適用の問題が生じた場合かかる検討が加えられ、国際法に反する場合は域外適用は否定されなければならない⁽⁸²⁾。

私見であるが、開示主義の不存在は欧州において市民社会ルールが前提として存在し、規律づけとして機能していることと密接に関連しよう。FRC's UK Corporate Governance Code, The UK Stewardship Code (二〇二二年二月改訂) しっかりであるが、機関投資家の投資先企業に対する責任に関する Stewardship Code については近年新たな議論も出される⁽⁸³⁾。後述のガバナンス・オーバーフォールの必要性にも繋がる部分で、ハーモナイゼーションに向け更なる検討作業が必要となろう。

七．英国賄賂防止法の域外適用

1. 国際商取引・グローバル金融取引における不正とコンプライアンスならびに内部統制

近年マネー・ロンダリング、外国公務員等への贈賄など、国際金融取引・国際商取引における不祥事防止に向けて法制度整備が進められる⁸⁴。ドッド・フランク法など金融規制とも関連する分野で、従業員の不正としてのグローバル・コンプライアンスと内部統制・コンプライアンスの問題であろうが、経営者不正としてガバナンスの問題でもある。戦略的内部統制 (Enterprise Risk Management ERM 統合的リスク管理態勢) における統制環境 (control environment) など企業風土等の要因の改善も求められる事案であろう。

2. 英国賄賂防止法の域外適用と米国海外汚職行為防止法

(1) グローバル企業における内部統制 グローバル企業における内部統制 (Internal Control) の要点として、コーポレート・ガバナンスと一体となった内部統制、②電子化情報を含めた文書化・記録化が重要となる。企業不祥事防止策もグローバル内部統制が求められ、オリンパス・大王製紙事件については共通して経営トップによる関与が問題となっている。ガバナンスの利いた内部統制が重要であり、経営トップによる不正は内部統制の弱点としてつとに指摘されたところであろう。具体的には、海外子会社の関与する不祥事が問題となり、特にオリンパス事件では英国子会社のM&Aを絡めた不正取引（損失とばし）が行われ、外国公務員への贈賄も同様である。海外子会社のガバナンスならびにグローバル・グループ内部統制が必要となる。

(2) 英国賄賂防止法の域外適用と米国海外汚職行為防止法 域外適用に関して、二〇一一年七月一日英国賄賂防

止法 (UK Bribery Act 2010) が施行され、贈賄禁止について対公務員のみならず私人間への適用を規定すると共に、法人の罪 (Corporate Offence) として企業が賄賂防止を怠らなかつたこと自体を犯罪化する規定を設けるなど米国海外汚職行為防止法 (FCPA) に比し広範な規定となっている。

英国贈収賄禁止法は二〇一〇年四月八日成立し、英国企業だけでなく英国で事業を行う外国企業や個人に大きな影響を及ぼすものであり、英国贈収賄禁止法には以下の四種類の贈収賄罪が規定される。(a) 贈賄 (公務員に限らない) 職務を不正に執行させること、または不正な職務執行に報酬を与えることを目的として、人に利益を供与し、またはその申込若しくは約束をすること (第一条)。(b) 収賄 (公務員に限らない) 不正な職務執行の見返りとして、利益を收受し、要求し、または收受に同意すること (第二条)。(c) 外国公務員に対する贈賄 外国公務員に対して贈賄をすること (第六条)。FCPAの贈賄禁止条項に近い内容である。(d) 贈賄を防ぐ措置を怠つたこと 営利団体が贈賄を防ぐ措置を怠つたこと (第七条)。贈賄 (第一条) または外国公務員に対する贈賄 (第六条) があつた場合、贈賄を防ぐための十分な手続きを整えていたことを証明できない限り、当該企業もまた有罪となる。十分な手続きの内容については指針が出される。収賄 (第二条) は本条における前提犯罪にはなっていない。英国贈収賄禁止法に違反した場合、罰金・一〇年以下の懲役が科される (第一条)。

英国贈収賄禁止法とFCPAの主な相違点としては、英国贈収賄禁止法はFCPAと重なる部分もあるが、以下の点でFCPA⁸⁶と異なる内容を有する。

(a) 民間人への賄賂の禁止。英国贈収賄禁止法第一条は民間人との贈収賄にも適用され、外国との商業賄賂が有罪とされることはFCPAの禁止行為の範囲を超えている。事業者間で交わされる様々な種類の支払の多くが監視対象と

なり、企業は一層のリスクに直面する。第一条に定める犯罪は第七条に基づく企業責任の根拠になり得る。英国贈収賄禁止法の対象企業にとり、コンサルタント、代理人、その他の第三者に対する支払およびこれらの者からの受領の全てを厳密に監視すべき必要性が増加することになる。

(b) 企業に関する管轄の拡大。英国贈収賄禁止法が意図する適用範囲には、設立地にかかわらず英国内で事業の一部または全部を営む全営利団体が含まれる。当該条件が充足されれば犯罪を構成する行為または不作為がなされた場所は関係ない。FCPAでは米国領域内の行為が要求されるため、文言上はFCPAよりも広い適用範囲となる。英国内の従業員を抱える民間企業の場合、当該従業員が実際に贈収賄に関わっていないことも英国贈収賄禁止法が適用される可能性が生じることになる。

(c) 目的に関する表現の拡大。英国贈収賄禁止法において外国公務員に対する贈賄罪を問われるのは取引または取引を行う上で有利な立場を獲得または維持することを意図した場合に限定されるが、FCPAにおける目的文言に比し拡大したものとなっており、英国贈収賄禁止法では特定取引の獲得ではなく、一般的に有利な待遇を確保するためになされた支払、例えば納税義務軽減や規制に関する有利な待遇を得るための支払等も適用範囲に含まれることが明確となる。FCPAにおいてはかかる支払が対象となるかが争われてきたが、主要判例は不適切な支払いが直接または間接的に取引の獲得または維持に役立ったことを立証する必要があるとする⁽⁸⁷⁾。

(d) アファーマティブ・ディフェンス (Affirmative Defence 営業活動に関する抗弁) がないこと。FCPAにおいては製品もしくはサービスのプロモーションまたは契約の履行に関する適切かつ正当な費用 (reasonable and bona fide expenditure) である旨を抗弁として主張できるが、英国贈収賄禁止法にはかかる規定はない。上院において合法的商

業行為は許容されることを法的に明確にする用語を加える提案が検討されたものの却下され、個別判断は訴追裁量に委ねられた。企業としては旅費や交際費等の方針を見直し、接待費として許容されるか否かの明確な線引きを行うことが重要になる。

(e) ファシリテーション・ペイメント (Facilitation Payments) の例外もない。贈収賄禁止法には、FCPAにおけるような業務円滑化のための支払としてのファシリテーション・ペイメント⁽⁸⁸⁾に関する例外規定はない。このため本法の対象となる企業は、税関の通過、免許もしくはビザの更新、許認可の取得、年次検査の合格などに関する現地の規制当局とのやり取りについて改めて見直す必要がある。

二〇一一年三月三〇日英国司法省 (MOJ) などから贈収賄禁止法の指針が公表され、合理的な接待費その他の費用、英国でのプレゼンス、関係者、ファシリテーション・ペイメント、訴追裁量、贈賄防止方針および手続きに関する指導原理 (リスクに応じた手続き、上層部のコミットメント、リスク評価、デュー・デリジェンス、コミュニケーション、監視と見直し) 等が提示される。適用範囲の限界も規定しており、英国証券取引所上場または英国子会社を有するのみでは訴追されないことを明確にし、贈収賄禁止法に基づく「十分な手続き」を整える上での参考すべき指導原理も示されるが、疑問も数多く残され、指針が条件付で一般的なものであるため確証が得られない分野も多い⁽⁸⁹⁾。

今後は、本法により禁止される可能性がある行為に対してリスク・アセスメントを行い、コンプライアンス・プログラム (Compliance Program) を広い視野から構築することが求められる⁽⁹⁰⁾。贈収賄を防ぐための十分な手続きを整えることが英国贈収賄禁止法上の企業責任に対する抗弁ともなり、本法対象企業にとってはコンプライアンス・プログラムを強化すべき必要が高まっている。

（3）英国贈収賄禁止法の域外適用と内部統制 英国贈収賄禁止法によれば不祥事防止のための内部統制を構築しなかつたことが罪に問われることになる（第七条）。FCPAでは贈賄行為はなくとも会計記録がないために処罰される規定（会計記録条項）があるが、英国贈収賄禁止法も同様の規定がある。内部統制ならびに文書化要求が英国でも法制化されたことになる。⁹¹ ガイダンスでは当該条項の域外適用を認めており、⁹² 今後は疑われるリスクを晴らすためにも、適切な文書化・リスクマネジメントが求められよう。

本法の域外適用について、英国内およびその他の管轄区域内で犯された犯罪については、当該犯罪を犯した者（法人か自然人かを問わない）が自らの居住地、設立地または市民権のいずれかを理由として英国と密接に関連している場合、英国裁判所がその裁判管轄を有する。英国で設立または組織された営利団体に対し適用されるのは勿論のこと、英国で事業の全部または一部を行う団体にも適用され、英国裁判所はかかる犯罪を犯した者が英国国民か居住者かにかかわらず、また当該犯罪が行われた場所にかかわらず、裁判管轄を有する。英国外で設立されたまたは英国外に拠点を有する団体の場合、かかる団体が英国で事業の全部または一部を行っているかと判断されるか否かは事案により決定され、紛争が生じた場合、英国裁判所が最終決定権を有する。本指針は、ある会社が本法の対象範囲に該当するかを決定する際には、常識的な方法が適用されると述べ、例えば英国政府が、ロンドン証券取引所での取引を認められている有価証券の発行会社である会社に対し、その上場のみを理由として英国で事業を行っているかと判断されることはない⁹³と述べている。

外国企業による英国以外の行為も同法の適用対象となり、FCPAに比し適用範囲が広く留意が必要となる。例えば海外子会社による汚職行為として、英国企業A社がインドネシアにB社を所有してインドネシアのプライベート・

セクターの契約を獲得するため汚職行為を行った場合、B社がA社に代わって汚職行為を行ったことが立証されれば第七条違反 (Failure of commercial organisations to prevent bribery) の可能性があり、B社が適用対象か否かに関わらずA社の贈収賄罪防止プログラムを導入する必要がある。⁽⁹³⁾

八・域外適用のルール統一化の提言

1. 域外適用の統一ルール化の模索

私見であるが、米国ドッド・フランク法の域外適用について考えると、自国利益を重視し、相手国の事情は考慮していない傾向があり、考え方としては客観主義がベースとなろう。一方で、域外適用を主張する主体は、例えばSECであり、主観主義的な要素も出てくる面もある。すると国際法適用外の調整マターになり、公平性、互換性、比例性などのいくつかの要素が考慮すべき点として挙げられることになる。その具体的基準としては、先述した一〇項目あまりが参考として用いられる基準ともなる。主観的要素がないのであれば、衡平法主義などで割り切っていくことも可能となろう。

一九三四年米国証券取引所法の域外適用に関して、ドッド・フランク法は二〇一〇年六月二四日米国連邦裁判所Morrison判決の修正にしても、SECおよび司法省の域外取引に対する権限につきMorrison判決により否定された行為・効果基準を明示的に採用し、私人の訴訟に関してSECの調査義務等の規定を置くことが特徴である。

現時点では米国ドッド・フランク法の域外適用に関して、例えばボルカー・ルールの域外適用など、既述の通り、我が国全銀協などから具体的に反論が出されているが、こうした基礎的観点から理論的に再構築し、再度反論を出し

ていくことも考えられる。また当該分野における現実の裁判例の蓄積も待たれるところであるが、エンフォースメントでは、基本的にはソフト・ロー、英国におけるような最善慣行規範といったベストプラクティスによる規律づけがボーダーレスな効用を生み出す局面において現実には有効となるだろうか。

2. 域外適用における証券取引法とドッド・フランク法の交錯ならびに規範鼎立の俯瞰

私見として、域外適用に関する証券取引法とドッド・フランク法の交錯と規範鼎立について述べてみたい。ドッド・フランク法自体、膨大な内容と規則の制定、適用除外・延期規定もあり、未確定な内容が多い。また規制自体が内包するジレンマ・パラドックスも抱え、経済政策などの動向によつては今後方向性が変更する可能性もある。Morrison 判決に関する射程、あるいは内容面でもなお議論・検討がなされる状態であり、現時点で証券取引法分野における同判決に関わる明確な評価は容易ではない。

米国証券取引所法に関する域外適用については、一〇条(b)・規則10b-15を中心に考察を進めてきたが、概ね行為・効果基準により域外適用を肯定する司法判断がされ、これに対しては相互主義や各国利益を考慮する抵触法におけるインタレスト・アナリシスのアプローチなどの修正が検討される。特に Foreign-Cubed 訴訟の場面においては、近時 Morrison 判決が出され、米国連邦最高裁の判断が示されたことから、議論となる。従来 of 行為・効果基準を修正し、域外適用否定の推定、抵触法の観点からの外国証券規制に対する干渉を避けることが二つの基準として示され、行為・効果基準による域外適用を肯定してきたことに対する修正メルクマールの考え方と近接性も窺えるところである。もつとも、ドッド・フランク法九二九P条(b)(2)(B)は Morrison 判決に対する修正を図り、SECおよび司法省の域外取引に対する権限に関し、行為・効果基準を明示的に復活させている。この限りでは、Morrison 判決の判断が否

定されるが、Morrison 判決自体、私人間訴訟であることから、米国証券取引法一〇条(b)・規則 10b-5 に関する域外適用につき、特に Foreign-Cubed 訴訟の場面においては、同判決の基準がなお有効として残ることが指摘される。また一〇条(b)・規則 10b-5 の域外適用につき、Foreign-Cubed 訴訟以外の事案があるのか、また一〇条(b)・規則 10b-5 以外の証券取引所法、さらには広く証券取引所法を含む米国証券取引関連法全般についても、域外適用が想定できる場面があるのであれば、こうした事例で私人間訴訟が提起された場合、同判決の考え方を敷衍していくのかどうか、同判決の内容や射程自体が議論も残り、下級審判例が区々に分かれる状態にある現状では、明確な結論は出しにくいともいえよう。

さらにドッド・フランク法に視点を据えれば、同法の域外適用の問題は別稿で述べてきたとおり、証券取引法に關わる Foreign-Cubed 訴訟に限定されるものではなく、ボルカールール、店頭デリバティブなど、多くの分野に及ぶ膨大な内容を有する同法のゆえに、広範囲な議論が必要であり、各々が詳細かつ不確かな内容を内包している。我が国金融庁などからの域外適用の強制に対する反論もなされ、また経済・政治情勢の変化によっては大きく変動しかねない。こうしたドッド・フランク法全般に関する域外適用の統一的ルールの模索は、私人間訴訟である Foreign-Cubed 訴訟の場面においては、米国証券取引法全般、特に一〇条(b)・規則 10b-5 の域外適用の議論と重なるが、それ以外の多くの私人間訴訟の域外適用場面では Morrison 判決の考え方・規範を参考にしつつも、同一でよいということにはならない。当然ながら、私人間訴訟以外の広範なドッド・フランク法全般に關わる域外適用については、また別の議論となろう。そもそも Morrison 判決は私人間訴訟に限定される方向になりつつある。これまで考察を進めてきた米国証券取引法全般、特に一〇条(b)・規則 10b-5 の域外適用に關する議論と大きくは平仄を合わせる方向にはな

ろう。詳細は個々の法規制毎に精緻に域外適用の可否を検討していくにしても、一定の最大公約数的なミニマム・スタンダードの規範鼎立を可能な部分から進めていく姿勢が求められよう。その場合、Morrison 判決の考え方は、私人間訴訟に限定されることになったとはいえ、証券取引法に関して考察してきた域外適用の修正とは考え方が近接する部分が少なくないこともまた事実ではあり、同判決に関する今後の議論は注視される。さらに国際的エンフォースメント面でも、グローバル化・IT化による企業経営のスピードが早く、拡大する国際的コンプライアンス防止の実効性確保のためにも外国当局との国際的情報交換、ネットワーク型ソフトローにより、可能な部分から早急に域外適用についての枠組みを構築しはじめることが望まれる。

3. 域外適用の秩序形成—国際的エンフォースメントの考察—

ドッド・フランク法の適用除外、域外適用等の問題は国内法の域外管轄権 (extraterritorial jurisdiction) の問題でもあり、独占禁止法あるいは証券取引法の域外適用と関連して論じられてきたところである。⁹⁴ 域外適用に関しては、国際的適用が可能な場合であっても、さらに国際的エンフォースメント権限 (執行管轄権) の考察が必要となる。

立法管轄権と異なり執行管轄権を外国領土内で行使することは被行使国の同意がある場合を除き、外国法令に基づく報告・資料提出命令や検査権限を行使することは許容されないと考えられ、国際的エンフォースメントの実効性確保のために外国当局との国際的情報交換が必要な要素となる。例えば、松尾直彦教授からは、証券MOU (Memorandum of Understanding) の合意による多国間MOU、二当局間MOU等の活用が想定されることが提示されている。⁹⁵ 金融商品取引規制当局間で行う情報交換をみると、①我が国当局が外国当局に対し情報提供を要請して外国当局が情報提供をする場合、②我が国当局が外国当局に対して自発的に情報提供をする場合、③外国当局が我が国当局

に対して情報提供を要請して我が国当局が情報提供をする場合、④外国当局が我が国当局に対して自発的に情報提供をする場合があるが、①②④については金融商品取引法には特段の定めはない。③の法的根拠については、金商法一八九条が根拠条文として示される。情報交換の枠組み（証券MOU (Memorandum of Understanding)）の合意には多国間MOU、二当局間MOUの類型があるが、法的拘束力のない意図表明文書として位置づけられ、法一八九条等国内法令の許容範囲内でのみ実施される。

私見であるが同法について、外国当局が日本の当局に対して情報提供を要請して日本当局が情報提供する場合が同法の域外適用における現実的な今後の成り行きの一つとも想定され、公開情報は任意の提供が可能ではあるが、要請に応じる場合に新たに関係者からの情報収集などが必要な場合は法的な根拠が求められ、同法が域外適用を通じて外国に実質的な法定立を強いることになる⁹⁶とされる所以であろう。

域外適用に関しては二〇一一年七月一日英国賄賂防止法が施行されるなど、近年は独占禁止法以外にも金融政策、海外不正行為防止など種々の分野において課題となっているが、基準となる法益など横断的な理論的整理、比較法的検討など十分になされているとはいえない状態である。域外適用の限界として国益の侵犯が挙げられ、他国の経済政策と衝突し、その国に対する干渉となり、国際法違反となる可能性が指摘される。ドッド・フランク法のボルカー・ルールの域外適用等に関する参考となろう。

規則106-5などに関する考察にみるとおり、他国の経済政策に適切な考慮を払わないと当該国に対する干渉となることを認識しつつ、国際法に違反することには触れず、どの国家が自国法適用に一番利益を持つかにより域外適用の有無を決定する国際私法的な法の抵触・準拠法選択というアプローチの採用により、他国の経済政策との衝突回避を

図るべきとの提案がされる。特に経済法的性質をもつ規制の域外適用については、国際私法におけるいずれかの国家の法選択ではなく、一定の経済政策を実現するために自国法を適用するかの問題であり、基本的な考え方としては他国の経済政策に干渉する域外適用は国際法上許されないとはいえよう。

Continental 事件は原告が証券取引委員会であるということとで拡張した域外適用の範囲を、原告が在外国人で、被告による米国内における行為が限られたものである場合にまでも拡張したのである。Bersh 判決では、本来は域外適用が認められないはずのところを認めたものである。判決はその判断が政策的理由に基づく部分が大きいとし、SEC という米国政策当局が起こせば域外適用の拡張を認めた形であり、自国利益のご都合主義であろう。何らかの制約が必要である所以であり、たとえ国際法に反してもという部分、即ち国際法との衝突が問題となる。

私見であるが、域外適用における管轄権の行使の適合性、相互性および比例性の原則についても調整を考えることになる。特に相互性について、米国による域外適用が認められるのであれば、逆に他国の同様の規則も米国における一定の行為に域外適用されることが可能性として認められなくてはならない。金融商品取引法第一五七条（旧証券取引法第五八条・証券の不正取引の禁止）、第一五九条（旧第一二五条・相場操縦の禁止）および第一六〇条（旧第一二六条・同前の違反者の賠償責任）について、米国に対する域外適用を行う際には、こうした相互性による理由づけを行うこともできる。また国際法の原則と米国判例の整合性からは、会社法制の域外適用が私人間訴訟について求められた場合に抵触法におけるインタレスト・アナリシス・アプローチを加味して判断していくことも参考となる。

4. 経済政策実現からみたミニマム・スタンダードの域外適用ルール提言

米国ドット・フランク法ボルカー・ルール、同じく米国証券取引規制、英国贈収賄法等の経済法的規制は、しばし

ば国の域内を越え、その関係国ないし隣接諸国に法的影響を与え得る。このことを起因とし、各国の法規制、政策などと衝突する事態が表出する。この事態に対処するために国際的な規制統一法を定め、経済法的規制における画一的な対処法を導出できないか、種々考察を行ってきた。

私見であるが、結論として、「他国（B国）の法規制が自国（A国）に経済的または政策的悪影響を及ぼす可能性がある場合、自国（A国）はこの規制の適用を拒否することができ、他国（B国）は自国（A国）の経済又は政策的悪影響を与えないことを立証または確約しないかぎり、他国（B国）に適用できない」との規則を主なミニマム・スタンダードの一つとして用いることが提言される。逆にいえば、他国（B国）は自国（A国）の経済または政策的悪影響を与えないことを立証または確約をすれば、域外適用ができる。準拠法の選択的採用という方法も考えられるが、経済法的規制の性質からして、国際私法的な選択的準拠法の決定という方法よりも、「一定の経済政策を実現するために自国の法を適用するかしないかの問題」に重点を置いてみた。

国家の主権に基づく自国の領域に対する排他的な支配と経済法的規制の法目的を十分に達成する必要性と両者ともに満足させることを考慮しなければならない。従って、自国の政策的目的を他国の規制によって侵害される可能性がある場合は、他国の規制を拒否できるとすることで、国家の主権を確保する。ただし自国に対する悪影響を及ぼさないことを証明せしめ、または確保する場合は他国の規制の域外適用を認め、経済法的規制の求める法益を充足せしめる。このことから合理的な法規制が実現できるのではないかと考える。

5. 英国贈収賄法ならびにFCPAの域外適用の統一ルール

英国贈収賄法ならびにFCPAの域外適用ルール統一化に関しては、経済刑法・コンプライアンスの要因が強く、

行為・効果規準と私人間訴訟を分けて考察した Foreign-Cubed 訴訟以上に、経済政策等の衝突よりも各国国内法領域との法抵触等の観点から検討を重ねることになる。証券市場の不正ファイナンス関連規制の域外適用も同様であろう。更にマネー・ロンダリングについては、テロ資金対策などを目的としており、域外適用の局面で法抵触がある場合はむしろ解消させるように他国の国内法整備を促すべき内容を有するともいえる。法執行でなく、むしろ法創造に向けてのエンフォースメントとして、後述のネットワーク型ガバナンス・オーバーフォールが求められるといえようか。

何れの域外適用の場合もミニマム・スタンダードとしてのルールには従うことが衡平となり、領域に応じてインタレスト・アナリシス・アプローチや相互主義などを加味していくことになるが、経済政策等の衝突といった要因については薄まることになる。

九．ソフトローとネットワーク型プラクティス、ガバナンス・オーバーフォールの交錯——域外適用の実践に向けて——

1. 国際民事手続法と米国金融機関の破綻処理手続承認

域外適用の実践・エンフォースメントに関連して、国際民事手続法と米国金融機関の破綻処理手続承認につき、国際民事手続法的アプローチによる外国倒産の内国効力自動承認ルートが提唱されたが、外国倒産承認援助法制定に伴い自動承認ルートが排除されるかが議論される⁹⁷。

自動承認ルート排除説は、管理命令が発令され、承認管財人が選任されてはじめて業務遂行権や財産管理処分権の

所在が債務者から承認管財人に移り、管理命令の有無により財産管理処分権の帰属が一義的に明確になり、取引の安全に資し、裁判ごとに対内効の肯否の結論が分裂することも防ぐことができると説明される⁹⁸。他方、外国倒産承認援助法が規定する承認決定手続は自動承認ルートを排除しないと、外国倒産承認援助法の管理命令が発出されるまでの間も同法とは別個に外国管財人の権限を一般的に自動承認する余地があるという自動承認ルート存続説が示される。外国金融機関破綻処理手続が外国倒産承認援助法の承認対象適格性を有するものである⁹⁹。

自動承認ルート存続説からは、第一に外国倒産承認援助法は、外国倒産処理手続の我が国における取扱いを規定した法律であるが、従前から存在していた見解を排除する旨の規定を設けていないため、同法が従前の国際民事手続法のアプローチによる自動承認ルートを全面的に排除したと考える理由はなく、同法適用の局面において抵触する限りにおいて自動承認ルートが排除されると考えれば足りる¹⁰⁰。第二に外国倒産承認援助法では、承認決定が下されても具体的にいかなる援助処分が発動されるかは裁判所の裁量的判断によるところが大きく、必ず管理命令が下されるとは限らない。外国倒産承認援助法上のリスクを踏まえ、国際倒産実務の観点から外国倒産承認援助法上の承認ルートだけでなく、外国倒産処理手続の対象となる在日支店等に関して外国管財人が日本国内において倒産手続を申し立てる並行倒産アプローチ、外国管財人が債務者企業の従前の指揮命令系統を利用して日本国内の資産の管理処分等を行う任意整理アプローチが存在している。

この考え方からは、直接の関連を有するものではないにせよ、議論してきた域外適用に対して肯定的な考え方と親和することになるが、外国倒産承認援助法の制定により国際民事手続法的アプローチが排除されないとしても、運用に当たっては金融機関破綻処理手続の特殊性が考慮されるべきことが述べられる。第一に、米国で金融機関の破綻処

理手続が開始された場合、当該金融機関の支店が我が国に存在するとき、当該在日支店の免許が失効し（銀行法五〇条）、在日支店につき清算手続が行われる（銀行法五一条一項二号）。同一の金融機関について必然的に並行倒産が進行する。米国金融機関が我が国に営業所を有しない場合も、その資産が我が国に所在するとき、財産所在地管轄に基づき、我が国で当該米国金融機関の破綻処理手続が開始される可能性もある¹⁰¹。米国で金融機関破綻処理手続が開始された場合、我が国で同時に破綻処理手続が開始され、並行倒産的处理に繋がる事例が多いとみられ、問題となる具体的事象について承認対象適格性を肯定し得るとしても、内国倒産手続が存在する以上は民事訴訟法一一八条三号の公序要件を充足しないことから、当該米国破綻処理手続の内国効力は原則として自動承認され得ない。第二に、米国金融機関が在日支店を有していない場合、我が国において当該金融機関について倒産手続が開始しないとき、あるいは我が国金融機関の米国支店について破綻処理手続が実施される場合で我が国所在の本店につき倒産手続が開始しないとき、並行倒産的处理がなされないこととなり、米国破綻処理手続の内国効力の自動承認の余地が生じることになるが、金融機関破綻処理手続の特殊性から、個別事象毎に承認対象適格性および承認要件の充足を判断していく必要がある¹⁰²。私見であるが、これらの考え方は域外適用の実践に関して公法性、相互性等として考察してきたことと類似性があり、域外適用ルールの考察を図る上で参考となるものとみられる。

2. 域外適用の実践に向けて——ソフトローとネットワーク型プラクティス——

域外適用の統一化の理論的面と共に、実践的・現実的対応に関する側面につき、条約締結などでなく、現実的にソフトローで対応する考え方が示される。対象企業をも直接に規制する集権型（EU機能条約（TFEU）、欧州会社法（the Statute for a European company, Societas Europaea S.E.法））、加盟国に対して無差別性、最恵国待遇・内国民待遇、

透明性といった基本原則部分のみを決めていく分権型（NAFTA、TPPなど）の他に、第三の方式として、ソフトローとしてのネットワーク型プラクティスが実効ある仕組みとして想定される。¹⁰³ 二〇〇八年IMF（国際通貨基金）策定の政府系ファンド規制であるサンチャゴ原則（Santiago Principles）、競争法執行の手続面および実体面の収斂の促進を目的として二〇〇一年一〇月発足した各国・地域の競争当局を中心とする国際競争ネットワーク（ICN International Competition Network）などが例示される。

世界的な共通項・基本原則の部分のみ、調和・ハーモニーさせ、各国固有の土着の部分、例えば独禁法であれば我が国における域外適用のこれまでの理論的蓄積など決着のついた部分等は各国の裁量に任せる考え方であり、合意を得られた国、合意を得られた部分から協定あるいはガイドラインなどによって進めていくことになる。関係国における相互理解、共同意識醸成、そのための人的交流、コミュニケーションが必要となり、国家間のみならず私企業ベースの交流も重要性を増そう。証券MOU（Memorandum of Understanding）の合意による多国間MOUなど金商法の監督領域の国際的協力などもこうした考え方に依拠するものといえようか。

私見であるが、域外適用問題は、訴訟の形式で顕現することともなるが、企業の実践・プラクティスのレベルにおいて、法形成・訴訟・司法判断の以前において、しかるべき非制度的企業慣行の形成を民間ベースで醸成することが実効的であろうか。域外適用の議論は、経済法規律の部分が実際には大きいとみられることから、各国あるいは多国籍企業における共通認識部分が当然少なからず検討課題として出てくるはずである。制度調和もさることながら、プラクティス調和の比重が大きい領域といえよう。

3. 域外適用の統一ルールの実効性ある構築とガバナンス・オーバーフォール

(1) コーポレート・ガバナンスのハーモナイゼーションとジレンマ・パラドックス 私見であるが、金融規制のミクロ・プルーデンス (Micro Prudence) では個別行毎に応じたきめ細かい通常業務ベースのモニタリングとコーポレート・ガバナンス体制の構築が必要となる。コーポレート・ガバナンスの実効性を挙げるためには、各国毎、業界ごとに相違のあるモデルを精緻化し、運用を図ることが望まれる。コーポレート・ガバナンスのハーモナイゼーション・収斂を全世界的に図り、単一モデル化を図ることは、個別行毎の実効性には疑問が生じることにもなりかねず、ジレンマ・パラドックスをもたらしかねない。

ここから、OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development 経済協力開発機構) あるいはバーゼル銀行監督委員会などにおけるコーポレート・ガバナンス原則策定の統一的観点からの議論は、必要最小レベルでの大きな根幹部分を中心に共通項を定めればよい。¹⁰⁴ この点は、金融システム全体の安定を維持する観点から、金融機関の経営の健全性を確保するマクロ・プルーデンス (Macro Prudence) の議論とも通じるものがある。その上で各国毎、更には業界毎に法制度あるいはソフトローも加味してきめ細かく対応することが望まれる。実際にバーゼル委員会ガイドラインにおいても、世界中の銀行の健全なコーポレート・ガバナンスの実践の採用と適用を意図するが、既存の国家による法律、規則、綱領など階層構造による新たな規制構造の構築を意図するものではないと説明されている。

一方で、域外適用の統一適用の議論が出されるが、米国ドッド・フランク法にせよ、域外適用により米国の制度的枠組みを他国の国内法転化などを通して事実上強制することは、コーポレート・ガバナンスの側面においてもドッド・フランク法のコーポレート・ガバナンス関連規定の我が国への押し付けとなりかねない。コーポレート・ガバナ

ンスのハーモナイゼーションでなく、域外適用として一層強く押し付ける要素も生じることになる。この点、ハーモナイゼーションであれば最終的には各国の独自判断として、コーポレート・ガバナンスの根幹部分を中心に法制度整備、あるいは業界団体の自主規定などソフトローを整えればよい。これと平仄を合わせる形で、域外適用ルール自体の統一化に遡上するにしても、基本的には各国の判断を尊重し、ソフトロー・ミックスを絡めていくことになるのであろうか。その場合、内容面でも根幹となるべき部分の最大公約数の事柄をマクロ・プルーデンスと整合性をとりつつ、各国政策と関連づけて進めることになる。更に、実際のアプリケーションとエンフォースメントの実際について、理論面の検討に加えて考察していかなければならない。本稿では独禁法の考察も行ってきたが、エンフォースメントの面では、リニエンスー制度などの導入も検討される。独禁法領域の域外適用・エンフォースメントを含め、統一的ルール全般の更なる考察を進めていきたい。

(2) 域外適用の問題は近年急速に耳目を集めつつあるが、各国の政策的要素も強く、未だ明確な概念が構築されない不透明な領域といえる。これまで他国からの一方的な域外適用の押し付けに対処するため、ミニマム・スタンダードとしての自発的な統一規準を模索し、その浸透・定着のためのエンフォースメントともいえるMOUなどネットワーク型プラクティス実践等を検討してきた。

後者のMOUなど条約締結の局面においては、厳密にはもはや域外適用の発生の問題は生じなくなるともいえる。近年は中国などのWTO加盟、ウィーン売買条約 (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) など諸条約の締結ならびに批准もあつて各国の法体系の接近・近似化が図られつつあることが、域外適用のための条件整備となつて米国他から域外適用をかけやすくなっている背景にあるが、同様に国際商業会議所

(International Chamber of Commerce ICC) が制定する貿易条件とその解釈に関するインコタームズ (Incoterms 2010)、¹⁰⁵ バーゼルⅢ (Basel Ⅲ) などの世界標準化に関しても、何れも強制される (compulsory) ものではなく、各国の自発的 (voluntary) 領域を侵すものではないため、これらは域外適用の問題とは切り離される。もともとバーゼル規制などはグローバル金融市場で金融機関が行動する上では事実上の遵守が求められ、強制的な要因は強まろうが、何れにしる域外適用そのものとは性格が異なる。

MOU等の条約締結あるいはソフトローによる連携がなされれば、域外適用の問題は生じない。一方で、私人間訴訟など域外適用の問題が生じる場合には裁判など争訟となる。¹⁰⁶ この場合の解決規準あるいは裁判規範の一つとして相手国の経済政策との抵触、事前同意など自発的なミニマム・スタンダードの鼎立が想定され、機能することとなろう。

(3) ガバナンス・オーバークォールと国際金融規制改革 私見であるが、特にドッド・フランク法、バーゼル規制など国際金融法制の分野における域外適用に関しては、適用ルールの統一化、エンフォースメントと共に、通常業務の金融監督面も含めた三位一体の改革が求められよう。域外適用を含めた国際金融規制改革の実効性ある枠組み構築のためには、企業レベルのコーポレート・ガバナンスと並行して、国家・政策レベルのガバナンス改革としてのガバナンス・オーバークォール (Governance Overhaul) 施策も重要となる。コーポレート・ガバナンスの各国毎の個別的な進化、精緻化が進められ、また個別行の通常業務面の日常的監督も求められる反面、金融のグローバル化から逆に国際的なエンフォースメントのみならず、広く監督組織・機能の共通化など政策面の検討が並行して進められる必要があるであろう。ガバナンス・オーバークォールに関して、ギリシャ危機以降の欧州金融・ソブリン危機へのEUの対応を例にとると、¹⁰⁶ 財政危機との連鎖を断つべく銀行同盟 (European Banking Union) が二〇一二年合意され、欧州中央銀

行 (European Central Bank ECB) が二〇〇億ユーロ以上の資産またはGDP (国内総生産) の二〇%以上相当のバランスシートを持つ約二〇〇のEU域内銀行を監督することとなっているが、金融監督、整理回収、預金保険、金融規制のうち、金融規制については比較的統一が進められるものの他は統一されていないのが現状である。

独禁法における域外適用の持つ意味合いの変遷も述べてきたが、多分に政治・経済情勢の変化の影響を受けた側面もあり、その意味からもガバナンス・オーバーフォールの方向や展開は注視される場所である。今後は国際取引の域外適用に関し、司法権・司法判断、執行・エンフォースメント、国際管轄権の議論とも併せて、予測可能性を持たせた理論的統一性確立と法秩序形成に向け、さらに国際金融分野では新たな域内国家間・政策レベルのガバナンス・オーバーフォールという大枠の視点も併せ¹⁰⁷、解決に向けたさらなる模索が続くものとみられる。

(4) 米国証券取引法、国際金融関連法制など公法、私法領域に跨がる分野を念頭に域外適用を考察してきたが、元来広範な内容を有する国際取引法全般にかかる域外適用の統一ルールを検討するとなると、勢い最大公約数的な部分を規範づけせざるを得なくなろう。その場合、今度はエンフォースメントなどの実際において、実効性に懸念も生じかねない。一種のジレンマともいえる。だからこそ独禁法分野はともかく、国際取引法全体の域外適用ルールの統一化の議論がさほどこれまでは進展してこなかった感がある所以でもあろうか。必ずしも明確な分野づけを持たない国際取引法領域において、公法・私法の両面の色彩を有するとはいつても、個別の法制毎に濃淡も異なろう。域外適用の議論が活発化しつつある現在、一層の議論の精緻化、進展を図り、残された課題をさらに考察していきたい¹⁰⁸。

(1) 金融庁「ボルカー・ルール(案)に関する米国当局宛のレターについて」(二〇二二年一月二二日)。全国銀行協会「米国

ドッド・フランク・ウォールストリート改革および消費者保護法による自己資本規制のフロアール改正等に係る市中協議文書に対するコメント」（二〇一二年二月三日）（域外適用）、同「米国ボルカー・ルールの経過期間に係るFRB提案に対するコメント」（二〇一二年一月七日）。満井美江「店頭デリバティブ取引について―店頭デリバティブ取引規制の動向」早稲田大学GCOE金商法研究会（二〇一三年一月二四日）。

(2) ボルカー・ルールの域外適用ならびに差別的跛行性と修正等に関する考察について、拙稿を参照されたい。藤川信夫「米国ドッド・フラン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」日本法学第七八卷第一号（二〇一二年六月）六五―九二頁参照。

(3) 時事通信二〇一二年二月五日、日本経済新聞同。二〇一四年七月時点で一定の資産規模を持つ金融グループに中間持株会社（IHC）設立を義務付け、自己資本蓄積を求める。邦銀ではメガバンクが対象となる見通しである。新規制により、米国で多額の資産を持ち、経営不安などに陥ると市場や実体経済への影響が大きい外銀に対する厳格な監督を図る。ドッド・フランク法に基づく措置であり、新規制適用は二〇一五年七月一日となる。

(4) O'Melveny&Myers LLP「英国で新たな贈収賄禁止法が成立」（二〇一〇年五月一〇日）。

(5) UK Bribery Act to come into force on 1 July 2011, Ministry of Justice releases guidance on the application of the UK Bribery Act, by Kevin Roberts and Kelly Beirne. モリソン・フォスター外国法事務弁護士事務所「二〇一一年七月一日施行予定の英国贈収賄法―英国法務省が英国贈収賄法の適用に関する指針を発表―」（二〇一二年四月一五日）。

(6) 藤川信夫「米国金融規制改革法など国際金融法制における新たなリスク・ガバナンス―規制強化とコンバージェンスならびに忠実義務などを通じた株主間差別化に向けて―」政経研究第四九卷第三号高木勝一教授古希記念号（二〇一三年一月）五九一―六二二頁参照。

(7) ドッド・フランク法の域外適用等に関して、松尾直彦「米国ドッド・フランク法の域外適用問題」神作裕之編『企業法制の将来展望』資本市場研究会（二〇一二年二月）頁、同「証券取引法の域外適用」ジュリスト『アメリカ法判例百選』（二〇一二年二月）二五〇―二五一頁、同『Q&Aアメリカ金融改革法―ドッド・フランク法のすべて』金融財政事情研究

会(二〇一〇年二月)二七五―二七六頁。藤川信夫「域外適用と銀証分離の交錯―グローバル金融法制の新潮流―」政経研究第四九巻第四号奥村大作教授古希記念号(二〇一三年三月)一七一―二〇四頁。

(8) 上杉秋則『独禁法国際実務ハンドブック―グローバル経済下の基礎知識』商事法務(二〇一二年)一―三五七頁参照。同「国際商取引に対する独占禁止法の適用問題」国際商取引学会(於神戸大学二〇一二年一月四日)。

(9) 村上政博「域外適用をめぐる諸問題」外国競争法研究会(平成二十二年二月二十五日)一―七頁参照。星正彦「独占禁止法の域外適用：欧米における競争法の域外適用理論の進展と日本におけるその受容と新展開に関する一考察」Hitotsubashi University Repository(二〇一一年三月三日)一―五四頁。松下満雄・渡邊泰秀編『アメリカ独占禁止法[第二版]』東京大学出版会(二〇一二年三月)三〇七―四〇九頁参照。

(10) 奥田安弘「アメリカ抵触法におけるジュリスディクションの概念―アルコア事件判決再考―」北大法学論集第四一―五―六号(一九九二年一月三日)二一七―二五二頁。

(11) 松下満雄「国際事案に対する競争法の適用」公正取引委員会競争政策研究センター(二〇〇七年一月九日)。

(12) 「各国競争法の執行状況について」経済産業省経済産業政策局競争環境整備室(二〇〇九年八月四日)。

(13) 村上政博・前掲七頁。

(14) 属地主義を採ることが妥当でないことは公正取引委員会内で認識されていた。上杉秋則(二〇一二年)三五―三七頁。

(15) 公示送達につき、上杉秋則『カルテル規制の理論と実務―法違反リスクの増大への対応』商事法務(二〇〇九年)一五五―一六一頁。

(16) 二〇一〇年一月以前は企業結合届出制度につき、子会社・営業所が日本国内に所在し、国内売上額が計上されている場合限り届出義務を課したため、効果主義に拠らずとも外国企業に対し立法管轄権が及ぶことが説明可能であった。国内売上額があるため、両見解とも立法管轄権は及ぶことが説明できる。国内に営業拠点を有しない外国企業も、届出義務に応じて届出することで当該企業に対し手続管轄権が及ぶとの法律構成となる。企業結合以外の違反行為に関しては客観的属地主義を採用する必要もない。

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて(藤川)

- (17) 審決例として旭化成工業(株)ほか二名事件(昭和四七年一月二七日審決・審決集一九卷一二四頁)等六件。外国企業に対する適正手続面の問題があり、三条のみで十分として削除を主張する見解も唱えられる。「一定の取引分野」を市場の範囲と一致させて解釈すれば「一定の取引分野」が画定できることになるため、六条の存在意義は失われたとする考え方が出される。公正取引委員会の解釈は変更されているとはいえず、国内市場を「一定の取引分野」と画定する姿勢を維持しているようにみえる。上杉秋則(二〇一一)三七頁。
- (18) 先駆的研究として、清水章雄「米国の証券取引規制と国際法——一九三四年証券取引所法一〇条(b)および証券取引委員会規則10b-5の域外適用——」早稲田法学会(一九八〇年三月)二〇五—二三五頁、同「米國連邦証券取引法の域外適用の拡張と国際法における管轄権の原則」商学討究三二巻四号(一九八二)一一—二二頁に詳説され、参照した。以下同。
- (19) Jennings, Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws, 53 Brit. Y. B. Int'l. L.146,153 (1957).
- (20) 反トラスト事件の地裁判決として、United States v. Imperial Chemical Industries, United States v. The Watchmakers of Switzerland Information Center があゝ。
- (21) 以下では米國証券取引所法等関連諸法を証券取引法と総称することとする。
- (22) 従って、米國企業について我が国に子会社を有する場合、域外的な効力が生じうる。この限りでは、後述の我が國企業が米國子会社において生じた忠実義務違反の想定事例と対になり、適用内容は異なれど両方の想定事例で域外適用があり得るといふ。
- (23) 外国会社の被告に資産・議決権株式の処分禁止命令と管財人任命を請求したものとす。SEC v. Capital Growth Co., S.A. (Costa Rica), 391. F. Supp. 593 (S.D.N.Y. 1974).
- (24) Leasco Date Processing Equip. Corp. v. Maxwell, 468 F. 2d 1326, 1334 (2d Cir. 1974). Zimmerman, Note, Extraterritorial Application of Section 10(b) and Rule 10b-5, 34 OHIO ST. L. J. 342, 350 (1973); Mizrack, Recent Development in the Extraterritorial Application of Section 10(b) of the Securities and Exchange Act of 1934, 30 BUS. LAW. 367, 372 (1975); Sandberg, The Extraterritorial Reach of American Economic Regulation; The Case of Securities Law, 17

HARV. INT. L. J. 315, 320 (1970).

- (25) 松下満雄『独占禁止法と国際取引』東京大学出版会（一九七四年）二四〇頁。独禁法の主観的属地主義に基づく域外適用もないとの見解につき、清水章雄「国際取引における競争制限の規制」『早稲田大学大学院法研論集』一八号（一九七八年）一一二頁。
- (26) 清水章雄（一九八〇）一三三—一三五頁。国際法上の制約を検討する必要がある。
- (27) 松下満雄（一九七四）一三七頁、清水章雄（一九八〇）一一一—一二〇頁。
- (28) Leasco Date Processing Equip. Corp. v. Maxwell, at 1340.
- (29) Travis v. Anthes Imperial Limited, 473 F.2d 515 (2nd Cir. 1973), at 529.
- (30) Court of Chancery of Delaware. In re SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION SHAREHOLDER DERIVATIVE LITIGATION. C.A.No.961-CS. Submitted: July 15, 2011. Decided: Oct. 14, 2011. Revised: Dec. 20, 2011. (WEST LAW). 藤川信夫・前掲政経研究第四九卷第二号六〇八—六一二頁参照。
- (31) SEC v. Minas de Artemisa, 150 F. 2d (1945).
- (32) 松下満雄（一九七四）一八一頁。
- (33) SEC v. Capital Growth, S.A. (Costa Rica), 391. F. Supp. 593 (S.D.N.Y.1974).
- (34) SEC v. American Institute Counselors, Inc., CCH Fed. Sec. L., Rep. 95,388 (D.D.C.1975). Keith Raffel, Note, Extraterritoriality-Enforcement of United States court orders conflicting with foreign law or policy, 17 HARV. INT. L.J.679 (1976). (外国法に抵触する命令が下された事例)。
- (35) Comment, U. Penn. L. Rev. 1392 (1973); Jones, An Intererst Analysis Approach To Extraterritorial Application of Rule 10b-5, 52 Tex. L. Rev. 983, 987 (1974); Sandberg, at 329.
- (36) Scherik v. Alberto-Culver Co., 417 U.S.506 (1974); Sandberg, at 329. 証券取引所法一九(a)項の、法律の保護を避けるための契約中の規定は無効との規定にもかかわらず、規則 10b-5 違反行為について仲裁条項が尊重される。しかし、規則 10b-

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて（藤川）

5の域外適用に関する判決は国際法上の管轄権原則を根拠として域外適用を正当化せんとするものに過ぎない。

(37) 規則10b-5を母法とする日本の旧証券取引法五八条も域外適用の可能性が考えられる。龍田節「証券の国際取引に関する法的規制」『証券研究』第四一号(一九七五年)九頁。五八条の規制内容により、規則10b-5の域外適用と同様の問題が生じるかもしれない。清水章雄(一九八〇)一三三五頁。旧証券取引法第五八条第一号(金融商品取引法第一五七条第一号…不正取引行為の禁止)によりインサイダー取引は違法と解釈されていたが、実際にその時点において第五八条による起訴事例はなかった。

(38) 米国内で取引されていない株式を外国証券取引所において、外国子会社を通じて取得した米国会社の被る損害について、被告による不実表示その他の行為が米国内であり、規則10b-5の域外適用が認められたものである。468F. 2d 1326 (2d Cir. 1972). 清水章雄(一九八二)二一一頁。

(39) 405F. 2d 200 (2d Cir.), 2d 215 (2d Cir.1968).

(40) Bersch v. Drexel Firestone, Inc., 519F. 2d 974, 993 (2d Cir.), cert. denied sub nom. 即ち Bersch v. Arthur Anderson & Co., 423U.S. 1018 (1975) 判決は、証券諸法、立法経緯に根拠を見出せないことを認め、証券諸法と他の制定法の域外適用に関する判例法、論評ならびに議会の意思の推量に基づくとする。

(41) 606 F. 2d 5 (2d Cir. 1979). CA 79-3030 FIDENAS AG, Sidesco International Ltd., and Mr. G. P. Jurick, Plaintiffs-Appellants, v. COMPAGNIE INTERNATIONALE POUR L'INFORMATIQUE CII HONEYWELL BULL S.A.

(42) 592 F. 2d 409 (8th Cir. 1979). CONTINENTAL GRAIN (AUSTRALIA) PTY. LTD., Appellant, v. PACIFIC OILSEEDS, INC. and Carl Ernest Classen, Appellees, and Northrup, King & Co.

(43) 政策的理由は、①域外適用を認めないことは米国を国際的証券詐欺師の基地と避難所にしてしまうこと、②規則10b-5の域外適用を認めることにより、外国から米国へ向けられた詐欺に対する規制を他国に相互的なものとして期待できること、③域外適用は、連邦証券諸法の詐欺防止規定に示されるように証券取引における行為基準を上昇させるという議会の意思に合致している点にある。

- (44) I.BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 299 (3d ed.1979).
- (45) 清水章雄 (一九八二) 一一—一二頁。田中英夫『英米法総論下』東京大学出版会 (一九八〇年) 五一七頁。
- (46) 清水章雄「多国籍企業と証券取引法」『多国籍企業の法的研究 (入江啓四郎先生追悼)』成文堂 (一九八〇年) 四四三頁。国際法は民事管轄権には制限を課していないという意見を採用しても、規則 10b-5 の域外適用には刑事管轄権に関する国際法原則が適用されると考えることになる。
- (47) Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Series A/B No. 53 (1933) (東グリーンランドの法的地位事件)。
- (48) Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, 111 RECUEIL DES COURS 9,44-51 (1964 I).
- (49) Jennings, Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws, at 153.
- (50) Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, 111 RECUEIL DES COURS 9,44-51 (1964). 松下満雄 (一九七四) 一五二頁。事実に関する立法が国際法およびその様々な側面である国家のプラクティス、不干渉および互恵の原則ならびに相互依存の要請と調和をなすとき国家は立法管轄権を持つ。
- (51) Schoenbaum 事件における米国株主の損害は株式を発行した外国会社が外国で損害を被ったことを理由とする間接的なものであり、実質的かつ真正な結合が存在するか疑問である。会社の権利と株主の権利を明確に区別するバルセロナ・トラクション事件に対する国際司法裁判所の判決を考えると疑問はさらに強くなる。清水章雄 (一九八二) 一五一—一八頁。
- (52) 米国における行為が些細なものである場合、実質的かつ真正な結合が存在するかは疑問である。米国の利益は、損害を被った者が米国居住者であるとき、米国投資者の保護、在外米国人であるときは米国人投資家の保護および米国を証券詐欺の基地としないこと、在外外国人であるときは米国を証券詐欺の基地としないこと、と序々に抽象的となる。実質的かつ真正な結合の存在のため、この順に意味の大きい行為が米国内で行われたことが必要とされよう。Bersh 判決の画一的基準は、有益であるが、内容は必ずしも適切ではない。主観的属地主義に基づく域外適用において、米国居住者が被害者のときは米国内における行為はどんな程度のものでよいとすべきでない。在外米国人のときは予備行為以上、在外外国人のときは損害の直接原因となる行為が必要とされるが、管轄権対象の関係で必要な行為の種類を考えるべきである。

- (53) Schoenbaum 事件ではカナダ会社の内部者取引に規則 10b-5 が適用されたが、カナダ会社法が存在し、株主と取締役の利益の調節に関する準則も存在する。カナダ法の規制事項に規則 10b-5 が域外適用され、管轄権の衝突が生ずることについて判決は考慮していない。Gray v. New Angarita Porcupine Mines, Ltd., [1952] 3 D. L. R. I (1952); Canada Safeway v. Thompson, [1951] 3 D. L. R. (1950), judgment amended [1952] 2 D. L. R. 59 (1951). 清水章雄 (二〇一三) 一八頁以下(注57)―(注62)。
- (54) 金融商品取引法第一五七条(証券の不正取引の禁止)、第一五九条(相場操縦の禁止)および第一六〇条(同前の違反者の賠償責任)について、米国に対する域外適用を行う際に相互性による理由づけを行うことができる。龍田節・前掲「証券の国際取引に関する法的規制」九頁。Kasser 判決で展開される規則 10b-5 の域外適用の政策論にも、米国規則 10b-5 の域外適用により他国の証券詐欺防止規則の域外適用が相互的に期待できることがあげられる。SEC v. Kasser, 538 F. 2d 103, 116 (3d Cir.), cert denied sub nom. Churchill Forest Industries (Manitoba), Ltd. v. SEC, 431 U. S. 938 (1977).
- (55) Fratt v. Robinson, 203 F. 2d 627 (9th Cir.1953).
- (56) Bowman & Bourdon, Inc. v. Rohr, 296 F. Supp. 847 (D. Mass.1969), aff'd on opinion below, 417 F. 2d 780 (1st Cir. 1969); Sackett v. Beaman, 399 F. 2d 884, 891 (9th Cir. 1968).
- (57) Chris-Craft Industries, Inc. v. Piper Aircraft Corporation, FED. SEC. L. REP. (CCH) P95, 058 (2d Cir. 1975).
- (58) Chiarella v. U.S., No.78-1202 (U. S. Sup. Ct. Mar. 18, 1980).
- (59) 規則 10b-5 の適切な域外適用の問題に関して以下の九規準の適用が示唆される。私見であるが、米国金融規制改革法を含め、十分に参考に値する基準であろう。規制される行為の性格、規制の根拠となっている基本政策、規制を行う国とその行為が規制される者の間の関係、国際的な政治・法および経済システムにおける必要性と伝統、当事者の正当な期待の保護、紛争の確実性と程度、規制される行為が主として行われた場所、規制される行為の直接的かつ予見しうる影響、問題とされる行為を規制するよう立法部の明確な意思。Extraterritoriality: Conflict and Overlap in National and International Regulation, in PROCEEDINGS OF THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW AT ITS 74 TH ANNUAL MEETING 32 (1981). 清水章雄 (一九八二) 二〇―二二頁(注67)参照。

(60) ①規則10b-5の域外適用において、全ての利害関係諸国の法律、規制慣行および国内政策のバランスがとられるべく、以下の要素を考慮するべきとの意見がSECにはある。証券取引の行われた場所、当事者の住所、一定の状況において自国の国内法が適用されることについての各利害関係国が持つ重要性、国内法が適用されることにより増進する公の政策、証券取引にある国の法律が適用される可能性、適用される法律に関する当事者の期待など。②規則10b-5の域外適用に抵触法におけるインタレスト・アナリシスのアプローチが採用されるべきとの意見もある。Jones, An Interest Analysis to Extraterritorial Application of Rule 10b-5, 52 TEXAS L. REV. 939 (1974); Sandberg, The Extraterritorial Reach of American Economic regulation: the Case of Securities Law, 17 HARV. INT'L L.J. 315 (1976). 抵触法におけるインタレスト・アナリシスのアプローチが反トラスト法の域外適用について主張されることにつき、司法次官(当時) William F. Baxter 発言、Conflict of Law Analysis Proposed for Extraterritoriality Problems, CCH TRADE REG. REPORTS No. 510, 5 (1981)。インタレスト・アナリシスのアプローチにつき、松岡博「最近におけるアメリカ国際私法の動向」『国際法外交雑誌』第七六巻第五号(一九七七年)。Schoenbaum 事件では米国の利益は不正な外国取引の影響から米国内の証券市場を保護すること、米国の証券取引所において外国証券を買い付けた米国投資者を保護することである。規則10b-5対象の証券取引が行われたカナダは自国会社の内部事項を規律する利益を持ち、両国とも利益を有し真正の抵触が生じる事例となるため、結局は法廷地法である規則10b-5が適用される。規則10b-5の域外適用は純然たる民事事件の裁判管轄権の問題ではないため、抵触法のアプローチによって解決されるべきでなく、インタレスト・アナリシス・アプローチを採用しても多くの域外適用事案では米国投資者の保護または米国を証券詐欺の基地としないとの米国の利益が存在し、結局は規則10b-5の域外適用が認められることとなる。岡野祐子「オーストラリアにおける不法行為の準拠法―厳格な不法行為地法主義の下での反致の導入―」法と政治(関西学院大学レポジトリ)六〇巻二号(二〇〇九年七月二〇日)五〇四―五二九頁。松岡博『アメリカ国際私法・国際取引法判例研究』大阪大学出版会(二〇一〇年)三四〇―三六七頁参照。

(61) 多重代表訴訟の事例であるが、海外企業の我が国子会社と我が国企業との三角合併・株式交換により、我が国企業の従前の株主は親会社たる米国本社株主に転化し、三角合併・株式交換後は例えばNY地裁に提訴することにならざるを得ないが、

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて(藤川)

この場合の法的扱いが必ずしも明白でないことが述べられ、国際会社法たる領域の課題として指摘される。武井一浩「国際会社法―国際会社法をめぐる実務上の諸問題―」日本私法学会シンポジウム（二〇〇四年）、同「企業価値向上のためのコーポレート・ガバナンスと独立取締役―デフレ脱却のために―」東京大学比較ビジネスロー・比較法政研究センター第四四回比較法政シンポジウム（二〇一三年一月二二日）。ジュリスト¹¹」

- (62) 「企業結合法制に関する調査研究報告書」商事法務（二〇一〇年三月）八九―九八頁参照。
- (63) 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』有斐閣（一九九五年）三四―三八頁、同『株式会社法（第四版）』有斐閣（二〇一一年）二二頁。出口正義『株主権法理の展開』文真堂（一九九一年）三頁。
- (64) Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d Cir. 2008). 「米国連邦第二巡回区控訴裁判所、外国発行会社の証券訴訟について判断」モリソン・フォースターLLP（二〇〇八年一月二一日）。<http://www.mofo.jp/topics/publication/20081111.html>. 大橋宏一郎「米国証券法の域外適用に関する最近の動向」金融財政事情（二〇一一年二月七日）四八―五〇頁。
- (65) 松尾直彦・前掲「アメリカ法判例百選」。藤川信夫・前掲政経研究第四九巻第四号一八八―一八九頁。Morrison 判決に関しては内容・論点も多く、さらなる検討を進めていきたい。
- (66) 樋口航「一九三四年米国証券取引所法の域外適用に関する米国連邦最高裁判決と米国預託証券（ADR）を発行している企業に対する影響」国際商事法務第三九巻第九号（二〇一一年）二四七―二五六頁に詳説され、参照した。以下同。Colin Mayer (Professor, Management Studies (Finance), Saïd Business School, University of Oxford, UK) “Micro, Macro and International Design of Financial Regulation” Organizational and Financial Economics Seminar, 早稲田大学GCOEシンポジウム（二〇一三年一月一七日）。
- (67) John C. Coffey, Jr & Hillary A. Sale, *Securities Regulation* 932 (11th ed. 2009).
- (68) 連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure) Rule 23 (Fed. R. Civ. P.23).
- (69) 従前の司法判断をまとめると、①コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、一〇条(b)・規則10b-5における詐欺的行為の明ら

かな要素 (prima facie elements) を満たす行為が米国内で行われる必要があるとの制限的解釈をとる。Zoelsch v. Arthur Andersen & Co., 824F. 2d 27 (D.C. Cir. 1987). ②第三、第八および第九巡回区連邦控訴裁判所は、より広く詐欺的スキームを存続させる行為であるが本質的行為である必要があり、単なる準備的行為では足りない行為 (conduct to perpetuate the fraudulent scheme) が米国内で行われれば足りると解釈する。SEC v. Kasser 548 F. 2d 109 (3d Cir. 1977), Grunenthal GmbH v. Hotz, 712F. 2d 421 (9th Cir. 1983). ③第一、第五および第七巡回区連邦控訴裁判所は、司法管轄権の憲法上の限界 (the constitutional limits on the judiciary's jurisdiction) と市場の一体性保護 (the protection of market integrity) の対立調整により国境を跨ぐ取引の競合する利益を衡量する。樋口航・前掲一二五四—一二五五頁(注9)、(注10)。

(70) Toba Ltd. v. Lep Group PLC, 54F. 3d 118 (2d Cir. 1995).

(71) かかる批判があればこそ、本稿においても証券取引法関連を主な対象に域外適用統一ルール形成の必要性について検討を重ねてきたものである。

(72) In re Nat'l Austl. Bank Sec. Litig., No. 03-6537, 2006 WL 3844465 (S.D.N.Y. Oct. 25, 2006).

(73) Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd., 547F. 3d 167 (2d Cir. 2008).

(74) 樋口航・前掲一二五二頁。

(75) Morrison 判決がADRの原証券株式を米国外証券取引所で取引した投資家の訴訟を除外し、ADRを米国内証券取引所で取引した投資家の訴訟提起リスクも一定程度減少させるとの評価もできる。一〇条(b)・規則10b-5のクラス・アクションにおいてADRの原証券株式を米国外証券取引所で取引した米国・非米国投資家を原告として取り込めなくなり、原告請求総額は減少するため原告側弁護士訴訟提起のインセンティブも減少する。

(76) 効果基準に関して、相当数の米国投資家が原証券株式を購入していれば充足すると判断される可能性がある。行為基準に関して、米国内で欺罔行為に関連する不実表示のある書類の開示等が行われる場合はやはり充足すると判断される可能性がある。William C. Fredericks, "Foreign-Cubed" and "Foreign-Squared" Securities Litigation in the wake of Morrison v. National Australia Bank, 840 PLL/LIT 85, 99-109 (2010). 樋口航・前掲一二五三—一二五四頁(注28)、(注29) 一二五六頁。

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて (藤川)

- (77) Morrison 判決後の連邦地方裁判所判例と整合するが、適用否定を示唆する連邦地方裁判所判例もあり、今後は争われる可能性はある。前者は「Jared L. Kopel et al., Current Topics on Securities Litigation, 1850 PLI/CORP 365, 394-395 (2010), William C. Fredericks, at 98-99. 後者は「Stackhouse v. Toyota Motor Co., 2010 WL 3377409 (C.D. Cal. July 16, 2010)。」
- (78) 被告の主観的要件、原告の信頼、被告の行為と原告の損害との因果関係等。
- (79) Widmer, The U.S. Securities Laws-Banking Law of the World? (A reply Messrs. Loomis and Grant), IJ. COMP CORP. L. & SEC. REC. 39, 39 (1978). 英国、ベルギーにおける証券発行の際の開示は米国のように厳しいものは要求されないが、証券取引所に上場された会社の行為に直接的規制が加えられる。銀行、証券会社、ブローカーなどの非公式規制により、広範囲にわたる開示の必要性はそれほど大きくないと考えられる。
- (80) Leasco 事件は、英国の会社を買収せんとした米国の会社を買取りの際の不実表示を理由として規則 10b-5 の保護を求めた。
- (81) スイス、ドイツは、経済政策の一環として銀行に厳格な秘密保持の義務を課し、銀行秘密法を制定している。長谷川正国「スイス銀行の秘密保持制度―その国際法的検討―」早稲田大学大学院法研論集一六号 (昭和五二年) 一一七頁参照。
- (82) 清水章雄 (一九八〇) 一三〇―一三四頁参照。
- (83) Dr. Arad Reisberg (UCL FACULTY OF LAWS) “The UK Stewardship Code: On the Road to Nowhere?”、上村達男 (コメンテーター)、小田博「イギリス法における契約・定款解釈の最近の動向」、河村賢治「イギリスの新しい金融規制システム」『イギリス会社法・金融規制法の最新動向』早稲田大学 GCOE (二〇一三年二月一九日)。もつと Dr. Arad は金融危機後の Stewardship Code が近時は外人機関投資家増加により株主を一律に所有者として扱う前提が変化し機能しなくなっていること、所有者としての Engagement を望まない Exit 投資モデルも選択肢として用意する必要性が生じることを指摘する。私見であるが、支配株主型ガバナンスのオーナー経営の多い英国において、外人機関投資家が増加することで株主ガバナンスの変容を来し、従来の Comply or Explain を柱とする市民社会型ソフトウェアである Code よりも現実化した規制強化が、Exit の選択となろう。Southern Peru 事件において厳格な完全公正基準が採用されたことと親和性がある。二〇一〇年

David Cameron 政権となり金融サービス市場法改正の形で二〇一二年二月一九日金融サービス法 (Financial Service Bill) が国王承認を受けている (二〇一三年四月施行)。FSA (Financial Services Authority) を解体し、ミクロ・プルーデンス規制担当のPRA (Prudential Regulation Authority)、行為規制担当のFCA (Financial Conduct Authority) を設置する。BOE (Bank of England) 内にプルーデンス担当のFPC (Financial Policy Committee) を設置し、BOE主体のツィン・ピークス型アプローチを採用するが批判も出される。ドッド・フランク法のプルーデンス規制の域外適用問題につき、Ted Paradise, Davis Polk & Wardwell LLP” Enhanced Prudential Standards for Foreign Banking Organizations” February 25 2013.

(84) KPMG高岡俊文「国際取引における不正の特徴と最近の傾向く予防のために、まずすべきことは何か」、警察庁犯罪収益移転防止管理官高須一弘「犯罪収益移転防止法の施行状況一年次報告書 (平成二三年) から」、情報処理推進機構小松文子「組織の内部不正ガイドライン策定の試み」、長谷川俊明弁護士・斎藤憲道教授ほかパネルディスカッション『企業における不正と内部統制―国際商取引の留意点―』国際商取引学会東部部会 (二〇一二年七月二日)。長谷川俊明「国際商事法の事件簿―レター・オブ・コンフォート―」国際商事法務第四〇巻第二二号 (二〇一二年) 一八七四―一八七八頁。

(85) O'Melveny & Myers LLP・前掲(注4)。FCPAのDOJ・SECによる執行指針、コンプライアンスプログラム、制裁措置、違反解消措置 (刑事罰、民事罰、付随的措置) 等につき、同「DOJ・SECがFCPAガイドラインを共同発表」(二〇一二年二月一〇日)。David Foster, Richard Grime, Jeremy Maltby “New Bribery Act Creates Additional Liability Risk for Corporations Doing Business in the U.K.” April 22, 2010.

(86) 二〇一二年一月一四日FCPAの執行に関するガイドライン (A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act) では、①贈賄禁止条項 (適用範囲、要件、積極的抗弁、共犯など)、②会計処理条項 (適用範囲など)、③FCPAの執行に係る指針 (DOJおよびSECによる執行指針、コンプライアンスプログラムなど)、④制裁措置、違反解消措置 (刑事罰、民事罰、付随的措置など)、⑤執行措置の終結方法、⑥内部告発者保護規定、⑦DOJからのオピニオン取得手続きが示される。山田裕樹子「米政府が海外腐敗行為防止法 (FCPA) ガイドラインを公表」法と経済のジャーナル

Asahi Judiciary (二〇一二年二月二日)。長谷川俊明『海外子会社の契約書管理』中央経済社 (二〇一二年九月) 八―二二頁、一五二―一五四頁参照。反贈収賄の分野におけるグローバルルールと法令の域外適用を意識したコンプライアンス体制構築の必要性を述べられる。

(87) United States v. Kay, 359 F.3d 738, 754-56 (5th Cir. 2004).

(88) 裁量の余地のない機械的に行われる業務に対する支払い。大田和範「特集」海外汚職行為に関する実態調査 海外腐敗行為防止法 (FCPA)・英国贈収賄防止法 (UK Bribery Act 2010) の影響の考察 第一回海外汚職防止規制の動向」、高木謙太「同 第二回汚職防止コンプライアンスプログラムの構築のヒント」『Anti-corruption practices survey 2011』(Deloitte Financial Advisory Services)。木目田裕・吉本祐介「米国 FCPA ガイドラインを踏まえた日本企業の実務上の対応」商事法務 No.1989 (二〇一三年二月五日)。

(89) O'Melveny & Myers LLP 「英国」二〇一〇年贈収賄禁止法の指針公表」(二〇一一年五月九日)。「THE BRIBERY ACT 2010 Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)」。Ministry of Justice, March 2011. 贈賄防止方針および手続きに関する指導原理は、①リスクに応じた手続き。方針および手続きは明確、実地的、現実的であり、企業が直面するリスクの水準と釣り合うものでなければならぬ。②上層部のコミットメント。幹部役員は、贈賄を防止する企業文化を育成し、方針が組織全体に効果的に伝わるようにしなければならない。③リスク評価。リスクを正確に特定して優先順位をつけることができる。リスク評価手続きを採用し、よくあるリスク (例えば腐敗度の高い国、大規模インフラのようなリスクの高い部門、仲介人を使った公務員との取引など) に細心の注意を払わなければならない。④デュー・ディリジェンス。徹底的、かつ特定されたリスクに釣り合うデュー・ディリジェンスを行わなければならない。⑤コミュニケーション (トレーニングを含む)。贈賄防止のための方針および手続きが組織全体で理解され、贈収賄に関連する問題の処理に必要なスキルに焦点を当てたトレーニングが実施されるようにしなければならない。⑥監視と見直し。手続きの監視、見直しおよび必要に応じて改善をしなければならない。

(90) 上院での討議中、Willy Bach 上院議員 (政務次官で、贈収賄禁止法の立案者の一人) は、OECD の Good Practice

Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance (内部統制、倫理、およびコンプライアンスに関するグッドプラクティスガイドダンス)、ならびにトランススペアレンシー・インターナショナルおよび Global Infrastructure Anti-Corruption Centre の贈収賄防止戦略に言及している。

(91) アジア諸国におけるファシリテイティング・ペイメントの横行を鑑みると英米の法制の域外適用もやむを得ない面がある。前掲・長谷川俊明発言。

(92) モリソン・フォスター外国法事務弁護士事務所・前掲(注5)。

(93) グローバル企業であるC社の英国支社において、業界関連団体に定例会議として会議室を提供してC社が販売促進資料を設置していた場合、C社は英国において事業の一部を行っているため適用対象であり、不正にビジネスを獲得する目的で会議室を提供している場合第一条違反となる可能性がある。第一条違反に該当して贈収賄防止のための適切な措置を講じていない場合には第七条違反ともなる。内部統制の観点から、会議室使用は期間限定とし、販促物の提供・展示は行うべきでなく、出席者への招待案内や準備手配、費用等は正しく記録して文書化することが必要となる。大田和範・前掲四―五頁。

(94) 小寺彰「独禁法の域外適用・域外執行をめぐる最近の動向―国際法の観点からの分析と評価」ジュリスト一二五四号(二〇〇三年) 六六頁。

(95) 金融庁による金融商品取引業者等の主要株主に対する報告・資料提出命令権限と検査権限(金商法五六条の二第二項)に關して、松尾直彦「金融商品取引法の国際的適用範囲」東京大学法科大学院ローレビュー VOL.6 (二〇一一年九月) 二七六―二八六頁参照。

(96) 松尾直彦「アメリカのドッド・フラנק法の日本の金融機関と企業への影響」法と経済のジャーナル Asahi Judiciary (二〇一〇年十一月一日)。

(97) 嶋拓哉「米国金融機関破綻処理手続の内国効力の承認について」国際商事法務第三九卷第一二二号(二〇一一年) 一七二―一七三八頁参照。同「銀行倒産における国際倒産法的規律」金融庁金融研究研修センターFSAリサーチ・レビュー第六号(二〇一〇年三月) 一一三―一三八頁。

国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて(藤川)

(98) 松下淳一「国際倒産」櫻田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選「新法対応補正版」』有斐閣（二〇〇七年）二二一頁。東京高判昭和五六年一月三〇日下民集三二卷一—四号一〇頁、東京地判平成三年九月二六日判例時報一四二二号一二八頁等の判例法が「先例としての価値を失うことになる」。

(99) 森下哲朗「国際倒産と銀行倒産」国際私法年報第三号二三七—二三八頁。学説は、①近い将来に外国管財人に対して管理命令がなされることが確実に予測されるような場合には管理命令の発出を待たずに外国管財人の指図に従うという選択が実務上十分に合理的であること、②外国管財人が新たに全ての担当者を任命し直した場合には、仮にこれら担当者が従前と同一人物であったとしてもその依頼や指図を受けることは許されず、旧代表者以外からの依頼や指図は受けられないとの結論は現実的でないこと、③一九七八年米国連邦倒産法の下でも同法三〇四条の附帯手続による援助と国際礼讓 (international comity) に基づく外国管財人の米国内での権限行使とが共存するなど、倒産共助システムと個別承認システムとが比較法的にみて共存しないわけではないこと等を根拠として掲げる。前掲(注9)松下満雄・渡邊泰秀三〇八—三一四頁。

(100) 石黒一憲「第一九四回国際課税と抵触法（国際私法）」貿易と関税（二〇〇七年八月）八二—八三頁。

(101) 内国財産に基づき国際倒産管轄を認める見解として、小林秀之『国際取引紛争「補訂版」』弘文堂（一九九一年）二二六頁、伊藤眞「破産財団の国際的範囲—属地主義の再検討」法学教室四八号（一九八四年）六五頁、貝瀬幸雄『国際倒産法序説』東京大学出版会（一九八九年）五二六頁、高桑昭・江頭憲治郎『国際取引法「第二版」』青林書院（一九九三年）九三頁「道垣内正人」。

(102) F D I C (Federal Deposit Insurance Corporation 連邦預金保険公社) は米国金融機関破綻処理手続において、債権者のみならず、破産管財人または財産管理人や監督当局としての性格を有し、承認対象の個別具体的な権限や措置の性格に着目して、承認対象適格性や承認要件の充足を判断することとなる。具体的には、破綻処理手続における銀行法違反に対する罰則付与権限一〇一等は監督当局としての権限行使の態様として評価し得ることから、承認対象適格性を否定すべきことになろう。F D I C が Cross-Guarantees 権限に基づき、破綻米国金融機関の在日関連法人に対し破綻処理手続に伴う損失を求償して行く場合、我が国所在の債権者に対して米国所在の同順位債権者に比して差別的な配当を行う場合、非民事事象とはいえず、承

認対象適格性を否定し得ないまでも、民事訴訟法一一八条の所定の要件に基づき内国効力の承認を否定すべきと考えられる。実際の事案を想定すれば、米国の金融機関破綻処理手続の内国効力を国際民事手続法的アプローチによって承認し得る機会は極めて限定されると思われる。嶋拓哉・前掲「米国金融機関破綻処理手続の内国効力の承認について」一七三三―一七三四頁。⁽¹⁰³⁾ 松下満雄「多角的観点からの日本のコーポレートガバナンスモデルの重要性と東アジアについて」『日本と東アジアにおけるコーポレートガバナンスのモデルと実際』早稲田大学GCOEシンポジウム(二〇一三年一月一二日)。

⁽¹⁰⁴⁾ ① Principles for enhancing corporate governance issued by the Basel Committee on Banking Supervision, 4 October 2010. 金融庁「バーゼル銀行監督委員会による「コーポレート・ガバナンスを強化するための諸原則」の公表について」(二〇一〇年一〇月五日)。② Principles for enhancing corporate governance issued by Basel Committee, 16 March 2010. 金融庁「バーゼル銀行監督委員会による市中協議文書「コーポレート・ガバナンスを強化するための諸原則」の公表について」(二〇一〇年三月一七日)。③ Basel Committee issues guidance on corporate governance for banking organisations, 13 February 2006. 金融庁「バーゼル銀行監督委員会「銀行組織にとつてのコーポレート・ガバナンスの強化」(改訂)の公表について」(二〇〇六年二月)。川名剛「多国籍金融機関の法的規律―多国籍企業に対する管轄権の新たな態様として―」二一世紀COE国際関係法研究会(二〇〇四年三月八日)。

⁽¹⁰⁵⁾ ドッド・フランク法など米国のみが域外適用を図らんとしており、問題を発生させている。以前は各国毎に完全に法体系が異なっていたが、近年はWTO加盟、ウィーン売買条約など諸条約の締結により、法体系の接近・近似化が図られつつあり、域外適用のための条件が整備されつつあることが域外適用がしやすくなった背景にある。他方で、インコタムズ二〇一〇、バーゼルⅢなど世界標準化も進んでおり、国際取引法の概念は過去五〇年間をみても完全に変化している。しかし、域外適用の問題はこうした世界標準化とは異なる問題である。各国が自発的に(voluntary)決定する事柄であり、強制される(compulsory)ことは問題を生じる。域外適用ルールの統一化の試みにしても、あくまで自発的ルールとしてである。世界標準としてのインコタムズ二〇一〇、バーゼルⅢは域外適用の問題とは切り離すことになる。背景・環境は域外適用をしやすくなったといえるが、別の問題であり、域外適用自体はなおも各国の自発的領域であるといえ、そこに留まる事柄である。各

国間でMOU等が締結されれば、各国の自発的領域を侵さないことになるため、もはや域外適用の問題にはならなくなる。各国の自発的領域を侵すこととなるときは、域外適用として争訟となり、最終的解決は当該企業からの利益のクローバック(Claw Back)である。Dr. Thomas Schoenbaum (Professor of Law, The George Washington University Law School) の discussion による(於 日本大学法学部二〇一三年二月二六日)。海商法、域外適用の分野の世界的権威であり、本論稿作成に当たり多くの示唆をいただいたことを謝する。Thomas Schoenbaum “International Business Transactions” (2010) Aspen, “International Trade Law” (2012) Aspen, “The Age of Austerity (Dodd-Frank)” (2012) Edward Elgar (UK) 参照。

(106) EUのガバナンス・オーバーフォールは単一市場、共通通貨ユーロ、EUの経済成長・雇用に関するリスボン戦略(Lisbon Strategy)を骨子とする。財政規律の重要性に加えて、今次金融危機後はマクロ経済不均衡も重視する。欧州のガバナンス改革についてはEuropean Semester (二〇一〇年導入)、Six Pack (二〇一一年二月二三日発効)、TSCG (Treaty on Stability, Coordination and Governance 安定、調整とガバナンスに関する条約二〇一三年一月一日発効)、The Euro Plus Pact : Stronger Economic Policy Coordination for Competitiveness and Convergence (ユーロプラスパクト：競争力と収斂のための経済政策調整の強化二〇一一年三月二四―二五日欧州理事会採択)、European Banking Union (銀行同盟二〇一二年一二月合意)が挙げられる。嘉治佐保子(慶応大学教授)「欧州のソブリン危機」『ソブリン危機と国際金融の新たな枠組み』東京大学金融教育センター・日本政策投資銀行設備投資研究所主催パネルディスカッション(二〇一三年二月二二日)。この他パネリスト・東大教授伊藤隆俊、財務省財務官中尾武彦、一橋大学教授小川英治、シテイバンク・シニアアナリスト尾河眞樹、日本政策投資銀行設備投資研究所副所長武者秀明。「国際通貨制度の諸課題―アジアへのインプリケーション」全国銀行協会金融調査研究会シンポジウム(二〇一三年二月一日)。

(107) 私見であるが、EUの金融・財政規律が主な内容とするガバナンス・オーバーフォールの議論も、こうした国際的取引・金融面の域外適用などに関する問題が将来は含まれてくることが予想される。ドッド・フランク法のボルカールールの域外適用にしても、我が国金融庁などから主として国益に反するとする反論が出されることを述べた。今後、アジア域内の実質的な通貨統合の動向を勘案すると、米国など他国法制からの域外適用の問題は、アジア域内の共通問題ともなっており、EU域内のガ

バランス・オーバーフォール同様、アジア域内の共通利害に基づく域内共通の施策面のガバナンス・オーバーフォールにも繋がるものとなり得よう。大きくはバーゼル規制などにおけるマクロ・プルーデンスの論点とも重複し、収斂するものともいえるようか。

(108) 独禁法における域外適用の検討との整合性に関連して、独禁法の域外適用については効果主義を修正する局面で相当性原則が用いられ、他方証券法における域外適用では、行為効果基準（テスト）における行為テストのうち詐欺の準備行為である場合は事物管轄権が否定されるという準備行為の概念を用いている。域外適用を狭める方向性としては同一であろうが、独禁法に関する米国対外関係法第三リステイメント§四〇二―§四〇三では他国の利益のための譲歩の考え方を掲げるが、証券法適用にこれを応用した§四一六では密接関連行為プラス実質的效果という行為効果基準に沿ったものとなっている。また独禁法の域外適用に関しては、事物管轄につき合理の原則に関連してマニングストン・ミルズ判決（一九七九年）、ハートフォード火災保険会社判決（一九九三年）などで比較衡量論と共に国際礼让（international comity）の規準が用いられるに至っている。域外適用のルールの一統化については、こうした独禁法分野の蓄積といえる国際礼让の考え方が一つの柱となってくるものとみられよう。

〔本稿は、財団法人民事紛争処理基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である〕

英米法におけるダイシー理論とその周辺

——A・V・ダイシー「コモン・ローの発展」——

A・V・ダイシー
加藤 紘 捷
菊池 肇 哉 訳

訳者解題

はじめに

本稿は、一八七一年八月、英国の『マクミラン雑誌』Macmillan's Magazineの第二四号 (pp. 287-296.) に掲載されたA・V・ダイシーによる「コモン・ローの発展」(The development of the Common Law)と題する論文の邦訳であり、

英米法におけるダイシー理論とその周辺 (加藤・菊池)

七五 (七五)

ダイシーの伝記作家リチャード・コスグローブ (Richard Cosgrove)^{*1} によるダイシー論文リスト（一九八〇年）によれば、*Fortnightly Review* における二つの論文、一八六七年「法的エチケット」*Legal Etiquette* と一八六八年「自由の法的限界」*The Legal Boundaries of Liberty* に続く、恐らくは第三番目の論文と目されているものである。ダイシーの著作品の中では比較的初期に位置し、一八七〇年、ダイシーが二六歳の時、オックスフォード大学のローマ法欽定教授に任命されたばかりの親友ジェームズ・ブライス James Bryce との長期にわたる *Grand Tour*、いわゆる「アメリカ見聞旅行」に行つた翌年に書かれた著作品ということになる。奇しくもダイシー論文のキャリアは、日本の明治維新と同時に開始したようである。

「コモン・ローの発展」——「エクイティ」というテーマと当時の社会状況

本論文の九割は、英米法のコモン・ロー、及びその発展としてのコモン・ロー内部のエクイティによる改革、そしてコモン・ロー裁判所とは別系統の大法官府裁判所によるエクイティの確立を、ローマ法の「市民法、厳格法」と「法務官法、名誉法 *ius honorarium*」との対比によつて二元的英国判例法の発展を説明しようとするものである。しかし、一見したところ、本論文の題名から、本稿は憲法学者たるダイシーが英国憲法の未来を予測した内容ではないかと思われるかもしれない。だが、実のところ読んでみると、コモン・ローと英国のエクイティの発展の諸相を「コモン・ローの発展」との表題に託して表していることが分かるであろう。この「発展・進展 *development*」という未来志向の言葉の選び方に、その自由主義的、進歩論者的、ホイッグ的なダイシーの嗜好が汲み取れるかもしれない。その意味で、本論文の一貫したテーマは「コモン・ローにおけるエクイティ論」と言つてよい。そして、このテ

マの背景にあったのは、ホイッグ党のグラッドストーン第一次内閣(1868-74)による司法改革であった。周知の通り、一八七三年最高法院法(Supreme Court of Judicature Act 1873)により、コモン・ローとエクイティの管轄権は統合され、大法官府裁判所によるエクイティの管轄は終わりを告げることとなる。本ダイシー論文は、その前夜の改革論が吹きすさぶ渦中に発表されたものである。

先述のダイシーの渡米する前に出版した処女本、*A Treatise on the Rules for the Selection of the Parties to an Action*, (London, 1870) もコモン・ローとエクイティの管轄権の複合性により複雑化していた「市民請願」に関するルールをより単純な少数の主導的原理に基づきまとめたものである。コスグローブによれば、ここで、ダイシーは既に、後の『憲法序説』で見られる複雑な英国憲法の現状を単純な少数の主導的原理に基づきまとめて見せるという才能を既に見せていたと評される。渡米後の最初の論文であろう、当論文「コモン・ローの発展」は、そのような渡米前のダイシーの学問的関心から自然に延長・発展したものと考えられる。またここで、ダイシーはコモン・ローの形式性を正義の概念から緩和する衡平法をコモン・ロー裁判官による「法改革[Law Reform]」として捉えている。ダイシーにとって、実体的正義であるエクイティの発展は、コモン・ローの中での法改革であり、かつ、社会ダーウィニズム的な「社会における法進化の過程」であった。そしてそのことは、当時のグラッドストーン内閣による「立法による司法改革」の最終段階へと繋がっていく。

ダイシーが立てた主要な問いは、「英国法はいかなる事情で、二つの違ったある側面では相互に敵対的でさえある裁判所により運営される、コモン・ローとエクイティという二つの法的枠組みを生み出すに至ったのであろうかということである。この問いかけは、言い換えれば、英国の通常裁判所は、どのような事情で、彼らによる裁判制度の内

部に「エクイティ」として知られる自身の法の改良、若しくは変更を化体せしめることがなかったのであろうか？ということである。」ということである。ローマでは、大法官府裁判所のように、独立に「エクイティ」を運用する裁判所は生まれなかった、なのになぜ、英国では大法官府裁判所が存在するようになったのであろうか？このことは、まさに大法官府裁判所のエクイティ上の管轄権に大鈍を振った数年後の一八七三年最高裁判所法を考える上での焦点でもあった。

コモン・ローにおける衡平

留意すべきなのは、「エクイティ上の救済 equitable remedy」や「equitable principle エクイティ上の原則」と翻訳される equitable という言葉であるが、厳密に「衡平法裁判所」のみで使用される規定ではなく、コモン・ロー上にもエクイティが存在するという点である。この点、日本の英米法の教科書や辞典類では「エクイティ上の救済」はコモン・ローとは別系統の「エクイティ」でしか使用できないという峻別主義を前提とした叙述がしばしば目に付く。が、その前提はまま誤解を生じやすく、現実の判例を読んでもみるとコモン・ロー裁判所ではしばしば「衡平的原則」が適用されている事態を目にすることができるのである。本論文でもダイシーは、エクイティという言葉で、コモン・ローの裁判官によるエクイティの導入と大法官府によるエクイティの導入の二つの場面にわけ、コモン・ロー裁判所と大法官府裁判所の両者にわたってエクイティが存在しているという叙述をしている。ダイシーの表現を借りるなら大法官府裁判所のエクイティとは別に、「コモン・ローにおける衡平 equity of the common law」が存在するのである。この点は、あまり表立って指摘されることはないが、日本における英米法学の基礎理解には比較的重要な点

であると思われるので特筆しておきたい。

ダイシーはコモン・ローの発展段階を、三段階に分けて理解していると思われる。つまり、(1)コモン・ロー裁判官による、擬制の使用によるコモン・ローにおける衡平の段階、(2)大法官府裁判所による近代以降の衡平法の発展、(3)ベンサムや功利主義者達による立法改革運動やコモン・ロー批判後の一八三〇年代から開始する立法による司法改革である。その内、三番目の一九世紀中の立法による司法改革は、メイトランドの没後刊行された著名な講義録『The Forms of Action at Common Law, (1909)』で言及されているように一八三〇年代から一八九〇年代にまで掛けて行われており、ダイシーが当論文を執筆中は正にその抜本的な立法改革の渦中であった。

メイトランドの言及した「訴訟方式の廃止」にしても、「大法官府裁判所のエクイティ管轄権の放棄と最高法院への機能統合」にしても、英米法の根本を揺るがす大改革であったことは想像に難くない。今日では、トニー・ブレア労働党政権がヨーロッパ人権条約やEU法との調和の観点から、三権分立や『一九九八年人権法』Human Rights Act 1998に配慮して、『二〇〇五年憲法改革法』Constitutional Reform Act 2005により、大法官の司法的権限を完全に奪い去ってしまったことがこれに匹敵し得よう。ダイシーのヴィクトリア朝時代のホイッグ(自由党)のグラッドストーン内閣の司法改革は、その左翼的伝統否定の精神において今日のトニー・ブレア労働党政権の司法改革とある意味、非常によく似ているようにも思われる。ともあれ、第三の段階である立法による司法改革は、ダイシーにとっては、エクイティでは無かったことを付記しておこう。

ダイシーによるエクイティの定義は、「エクイティは、その最も一般的形式において、名目的には既存法を施行したまま実際はそれを破棄するところの、概してより正当である裁判所により導入された新原則にすぎないと理解され

る。」というものである。立法はコモン・ロー^{＊二}の一部として吸収され、エクイティではない。

上記の区別自体は、伝統的な区分で問題はないのだが、法の進化論的發展を考えるにあたって、最終段階にあるはずの立法による司法改革という手段に、ダイシーは功利主義者たちとは違ってあまり乗り気ではなかったふしがある。ダイシーの著作にはしばしば、立法をコモン・ローの例外的部分とみなして、穏便なものではあるが、立法に対する敵意のようなものが感じられるのである。有名な『憲法序説』において、「法の支配」の特徴の一つに、制定法ではなく通常裁判所の判決の帰結であることを敢えて論じたのも、ある意味、ダイシーの立法に対する判例法への嗜好を表すものかもしれない。この点、ベンサム^{＊三}の弟子であったオースティンなどとダイシーの態度は明確に異なる。

法的擬制とエクイティ・メイン 『古代法』の影響

この定義から、ダイシーは既存の制度を表面上は変革しないが、実際上は新しい救済手段を与えるというエクイティの性質を、特に the Bench と呼ばれるコモン・ローの高位裁判官によるコモン・ローの発展と関係させる。その際に、持ち出されるのは、“legal fiction”つまり「法的擬制」の概念である。この「法的擬制」の概念は、本論文の十年前、一八六一年に出版されたサー・ヘンリー・メイン 『古代法』によって当時非常に意識されていた概念であり、本論文におけるダイシーの叙述の大半が法的擬制と言わば裁判官による「脱法的法改革」である「エクイティ」の発展と費やされているのは恐らくそのためであろう。

ダイシーによる「コモン・ローの発達」という言葉などにも見られる進化論的史観と、この「擬制 legal fiction 概念」に対する注目はメインの影響であろうと思われる。メイン 『古代法』が出版されたのが、一八六一年、ダイシー

二六歳の時である。同年、オースティン『法理学領域の確定』の第二版が出版された。ダイシーは訳者らが前号で翻訳したオックスフォード大学を離任する際の、言わば自分の学生生涯を振り返ることとなった別論文で「一八六一年」をコモン・ローの歴史において、エポック・メイキングな年として認識している。その影響を受けた中にはダイシー自身も含まれているものと思われる。本論文にもオースティンからの引用が含まれているが、ダイシーの論文の方法論は、厳密に「分析法学的」であるというには程遠いものの、ほぼすべてのダイシー論文でオースティンからの引用に依拠しているのは事実である。オースティンの影響は学説史にも常に認識されているが、歴史主義的な著作であるメイン『古代法』からのダイシーへの影響の方は、今日では、法史学から決別した実定法学者ダイシー像の影になり、あまり認識されていないのではないだろうか。ダイシーの学術的方法論を理解する上で、メインもまた非常に重要であり、オースティンの影響と二本柱とさえなり得る可能性を指摘しておきたい。

古代ローマにおける法務官法の発達もそうなのであるが、法原則というものが形式主義的に定義されると、かならず、社会発展による状況変化に対応するため、何らかのそれを上回る社会的妥当性を有する行政的対応、もしくは、妥協が必要となってくる。ローマ法は「純粹市民法」を廃止せずに、行政的法務官である法務官の告示を通して、言わば迂回的に、「法務官法」という別の法システムを並行的に運用し、それにより、法改革をなしたのである。その点、英国と古代ローマの状況は非常にパラレルに対比して見受けられるかもしれない。ダイシーはそのような「衡平」の発展の中核的システムとして法的擬制を捉えたのであろう。

我々は定訳としてエクイティを、ともすれば、大法官府裁判所により運営された固有の法制度という意味で、「衡平法」と機械的に訳しがちであるが、元来、この言葉に「法」という表現は入っていない。上で、ダイシーが述べて

いるように、エクイティとは根本的に「法」と相容れない反対概念でもあるのである。端的に言えば、エクイティの脱法的性格が「衡平法」という表現からはこぼれ落ち、特に、本邦における「コモン・ローにおけるエクイティ」の存在の十分な認識に先述の通りブレキをかけているのではないかと思われる。またこのことは、最後に触れるダイシーの本論文でのオリジナリティのコアにもなるであろう「司法に対立する行政的逸脱行為としてのエクイティ」の中核に関わる。本論文の翻訳にあたり、ダイシーのコモン・ローの三裁判所と大法官府裁判所を横断するエクイティ観をそのままカタカナで処理するしかなかったのはこのような事情による。

先述の通り、ダイシーによれば、コモン・ロー裁判官による正義の是正、すなわち衡平の導入に貢献したのは、法定費用収入をめぐる三つのコモン・ロー裁判所の管轄権争いであった。本来の民事事件（特に契約）は民間裁判所 Court of Common Pleas の管轄であった。この民間裁判所の専属管轄権を財務裁判所 Court of Exchequer は、そのような契約違反は国王の財産を侵すものであるという建前から、王座部裁判所 Court of King's Bench は「契約違反は欺罔行為を持った「直接的権利侵害」[trespass] 中の「引き受け訴訟 action of assumpsit」にあたり、その意味で、「国王の平和 Pax Regis」侵害であるという建前からその管轄権を侵害していくのであるが、ダイシーにとってはそのような建前も一種の「法的擬制」であった。ダイシーのある意味、非常にサーカイスティックな見解によれば、法定手数料が裁判官の私的収入に編入されるのを止めた時点からコモン・ロー裁判所によるエクイティ導入も停止したということになる。ダイシーは、特定のにその時期を上げていないが、恐らくは一七世紀以降、ヨーロッパ全域に敷衍した中央集権化により、裁判官が高級官僚・公務員として国家からの定額の俸給により収入を得るようになったいわゆる「裁判官の官僚化」の過程と軌を一にするのであろう。

大法官府裁判所の成立とエクイティ

ダイシーは、論文の最後の残り二頁になり、ようやく、本来の当論文の目的であった大法官府裁判所によるエクイティ管轄権の成立について述べるが、そこで示されるダイシーの視点というのがオリジナルでかつ現在では識者の描写から失われてしまっている視点として非常に興味深い。ここでは、エクイティの法からの行政的逸脱という性格に關して、コモン・ロー裁判所と国王の中央政府の距離と権力分離が語られる。本稿ダイシーによれば「そして、大法官の（コモン・ロー司法への）介入は、元来は、実際のところ、行政政府の介入であり、国王というものは、通常裁判官たちが法の技術性により正義を実現できない場合に正義を与えるべきものであるとか、もしくは、これはより説得力のある理由であるのだが、司法裁判所が無力で彼らの判決に実効性をもたせる事ができない場合に行政府が法を強行すべきであるというような理由から正当化されたのであろうということは、非常にあり得る推測であり、それが真実であることはほぼ疑いようのない事実である。」

コモン・ロー裁判所の王権からの分離と大法官府の介入

三種のコモン・ロー裁判所は全て「王^の Aula Regis」から分化したもののだが、英国においては、司法機関の行政組織からの分離が非常に早期に行われ、コモン・ローの各種技術性も一三世紀後半から一四世紀初頭にかけてのエドワード一世治世には、ガチガチに硬直化していた。近代的視点から見れば、ある意味で司法裁判所の中央政府からの独立は非常に歓迎すべきものであるが、逆に、コモン・ロー裁判所のあまりにも早期からの王権からの分離は、コモ

ン・ローの硬直化、保守化と、コモン・ロー裁判所が判決を執行するに際しての権力不足を促進した。中世では、判決の執行が担保されなかったり、通常裁判所の手続きでは正義が担保されない場合の、最終的な責任は正義の源泉である国王にあるとされていた。国王は正義を国民に担保する正義の源泉としての機能を有していたのである。そのことは、国王による裁判所への行政的介入を意味していたが、それを代行したのが国王による政府の第一の官僚である大法官であった。ダイシー論文によれば、大法官府のエクイティ管轄権の機能は、本来は、中心的な王権の行政官としての逸脱的なものであったが、早期からの王権との分離によるコモン・ロー裁判所の弱体化と保守化により「大法官の介入」に抵抗する力を持たなかったことが、本来行政的なものであった大法官府のエクイティ管轄権を固定化させ、裁判所的組織にし、そのことが、エクイティ専門の管轄権を持つ大法官府裁判所の存在を英国に許したというわけである。エクイティの確立は、大法官の良心というより、行政権力より遠ざかっていたコモン・ロー裁判所の抗えない大法官の介入によるものであった。そのうえで、大法官府裁判所の出現の原因を、コモン・ロー裁判所の早期からの王権との分離であると喝破して見せたのはいかにも、後に英国憲法学の泰斗たるダイシーの国家権力組織間の関係への観察眼の真骨頂ではないだろうか。

余談であるが、本論文で、ダイシーは *government of law* という言葉を一度だけ使い「主権者意思」と対置しているが、内容は「法の支配」の事でありまた *rule of law* という言葉が当時のダイシーの中では定着していなかったことを伺わせる。また、ダイシーが「衡平法・衡平 *equity*」と言われているものがいかに簡単に主権者の恣意的意思が裁判所の判決を覆すことの単なる仮面に過ぎないと、大法官府裁判所のエクイティが主権者による司法恣意的運用の一側面にすぎず乱用の危険性と常に隣合わせにあることを喝破しているのは、実証研究あるいはリアリズムからくる

彼のまさに卓見であろう。ダイシーにとってエクイティの本質は、法からの行政的逸脱であった。

小括

本論文は最初期の論文で、メインの影響を受けたエクイティの「法的擬制論」としての色彩が強いが、後ろになるほど味わい深くなり、後の大学者たるダイシーの片鱗が随所に感じられるというのが、私見としての我々の感想である。しかしながら、最終的判断は読者諸賢の読後感に委ねたい。

*一 Richard Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, (North Carolina, 1980), pp. 303-6. コスグロブは、ダイシー論文のリストを法学・憲法論文、政治学論文、その他雑多な論文の三種に分けているが、そこからの分析である。また、当リストで抜けを発見したことがあり、必ずしも完全なものではないが、現在のところ本邦の研究でも標準的なものであるので、これによる。

*二 The Lawと表現されるが、コモン・ローの事である。

「コモン・ローの発展」

A・V・ダイシー

仏語や独語の読める英国人であれば、ローマ法がどのように成立したかを詳細に知ることにより、自国法であるコ

モン・ローが一体どのようなようにして成立したか、その理解がずっと容易であることに気づくはずである。この事実に見えるための説明として、英国の法律家は自国の法制度以外に一般的に他国の法を研究したことがない、というまさにその理由のために、自国法制度の発達を理解することにも、自国法が引き起こす諸問題をどのように解決すべきかにも、正確に理解することが困難であるということである。外国語を全く知らないのならば自国語の文法を理解することが不可能であるのと同様、英国法しか学ばない者は、比較すべき他国の法制度についての理解を欠くがゆえに、自国の英国法が歴史的にどのように発展したかを理解することも困難になるのである。ブライス氏¹が適切に指摘したように、ローマ法の研究は、英国の法律家をして、「独自の見地から」、自国法の用語、概念、発展を批判的に理解することを可能ならしめるものである。一見、逆説的に思われるかもしれないが、至極当然の理（ことわり）として、ローマ法へ向けられる関心は英国法における非常に興味深い様々な問題への関心をかきたてる効果を有するものなのである。

本論文での考察を目的とする問いかけは、英国法はいかなる事情で、二つの違った、ある側面では相互に敵対的であるさえる裁判所により運営される、コモン・ローとエクイティという二つの法的枠組みを生み出すに至ったのであるかを明らかにするということである。この問いかけは、言い換えれば、英国の通常裁判所、すなわちコモン・ロー裁判所は、どのような事情で、彼らによる裁判制度の内部に「エクイティ」として知られる自身の法の改良、若しくは変更を化体せしめることが無かったのであろうか？ということである。

かかる疑問は、ローマ法の諸制度をごく表面的に学ぶだけでも、直接的に示唆されるものなのである。ローマ及び英国の双方において「衡平的法」の成長を観察することが出来、ローマの歴史と英国の歴史の比較は、エクイティの本質とは何であるのか、それはどのようなプロセスで存在するに至ったのかを教えてくれる。もし、「法」というものが直接的立法により新しい、そして恐らくはより良いルールに取って代わられる場合には、誰もそのような新しい原則を「エクイティ」もしくは「正義のルール」と呼ぶことは無いであろう。なぜならそれは、それが廃止し取って代わった「法」と同じく、単に「法」であるからである。しかるに、ある裁判官がある正義の原則に効力を与えることにより間接的に既存法の効果を廃止する場合、つまり、実際上は既存の法的ルールを廃止することになるのであるが、形式上はその既存法を存続させておくような場合には、全ての人が通常の場合に存在する旧来の「法」と、（※それに対し逸脱的な）裁判官によって作られた新しい「衡平的法」つまり「エクイティ」との間に存在する対立を意識することとなる。例えば、最近の制定法は、既婚女性をして訴えることと訴えられること、すなわち既婚女性の訴訟適格性を認めたのであるが、誰もこの新制定法を「エクイティ」と呼ぶことはない。なぜなら、その新法はそれが廃止したところの旧来の状況が「法」であったのと同じく「法」（※通常法としてのコモン・ローの一部）であるからである。しかしながら、コモン・ロー裁判官が、訴訟の原告が「既婚女性 *Femme covert*」であるとの異議申し立てを却下することを決心し、たとえ直接的にはないにせよ既婚女性がコモン・ロー上で訴訟することを禁ずる原則を事実上は廃止した場合には、既婚女性が訴訟することを不可能にする正式のコモン・ローのルールがそのまま存在し続けることになるその一方で、既婚女性に訴訟可能にする法実務が存在することになる。かかる場合、前者は未だに「法」であると考慮されるであろうし、後者はエクイティという流儀で呼ばれるものとなろう。そして、このことは、

裁判官たちにより原告が既婚女性であるという異議申立てを却下する代わりに、法的凝制を使って、訴えを提起した女性は全て未婚であると看做すとされ、同時にその凝制に疑義を呈すことを禁止するような場合には、より当てはまるであろう。

それゆえ、エクイティの本質と起源に関して、ローマ法と英国法はお互いに光を投げかけ合うということになる。エクイティは、その最も一般的形式において、名目的には既存法を施行したままにするものの、実際はそれを破棄するところの、概してより正当である裁判所により導入された新原則にすぎないと理解される。しかるに、ローマ帝国の歴史はその「衡平法」の真の特質を説明してはくれるものの、同時に、今ここで考慮している問題、つまり、「なぜゆえに、我々英国の通常裁判所は（※ローマの）法務官（法）により示された軌跡をなぞることをせず、英国に於いては大法官府により実現されてきた法変更を自らの上に導入し、最終的にはエクイティという独立した法制度を結果として成立させるに至ったのか？」という疑問を提起するのである。

ローマにおける「衡平法」の進展と、それが提示する英国法の発展との間の対比について、次のオースティン氏の著作からの短縮された引用以上に適切に叙述するものは無いであろう。

「ローマ市民法 *jus civile*」で知られていない権利を法務官 *praetor* が付与する場合には、法務官はかかる権利を明示的かつ直接的に付与することはなかった。法務官は彼の一般的告示という方法により、法務官 *praetor* たるところ

の彼が「何人に対しても」訴権を与えるであろう、もしくは、かれがかかる訴訟を提起するのが適切だと考える場合には訴権付与を受け容れるであろうと宣言した。『法務官』が『市民法』の一部であるルールを廃止する場合には、彼は明示的に廃止することはなかった。法務官は一般的告示の手段を通じて、つまり、彼は訴答不十分抗弁もしくは訴え（※原語は「demurrer 訴答不十分抗弁」or 「plea 訴え」、悪意の抗弁 *exceptio doli* や悪意訴権 *actio doli* についての言及であろう。）により原告の訴訟に被告が打ち勝つことを許容すると、宣言したのである。…この曖昧かつ馬鹿げた法の廃止方法は我々自身の大法官により踏襲されてきている。コモン・ロー上のルールがエクイティにより廃止される場合には、一見した所、当該コモン・ロー上のルールは手付かずのままに放置されるのであるが、かかる権利を訴訟で強行しようといふいかなる試みが為されたとしても、原告は彼の空疎化した権利を追求することを大法官により抑制されることになるのである。ローマと英国の二つの事例の唯一の相違点は次のことから発生する。ローマでは、エクイティの名の下に独立した法制度を運用すべく作用する独立の裁判所は存在せず、それゆえ、衡平的抗弁は「法務官」本人か、もしくは、訴訟が持ち込まれたその裁判所に提出されることになる。…それに対し、英国では、エクイティの名の下に独立した法制度を運用すべく作用する独立の裁判所が存在しており、それゆえ、一方である裁判所に訴訟が提起され、他方で訴訟が提起された裁判所と異なる別系統の裁判所において衡平的抗弁が訴訟の形式をとって提起されることとなったのである。…英国における複雑性と不条理による混乱は、古代ローマに比べ、何かしら度を越したものとなるのである。」

それゆえ、いずれにせよ、一見したところの、相違は、次のようなものである。古代ローマ及び英国のいずれの事

例でも、裁判官たちによる改良であるところのエクイティは裁判所により導入されたものである。ローマにおいては「偉大なコモン・ロー裁判官」（というのも、英国での関係において法務官に対するもつとも近接的表現がこれであろうから。）は何が正義であるのか、何が効率的であるのか、といった見解に従ってコモン・ローを適合化しようとする目的で、法を自ら形成していったのであるが、かかる衡平の見解は折にふれ、世論からの承認という試練に服したものである。対して、英国においては（コモン・ローの）裁判官は、厳格法の執行者であり代表者であるに留まり、もしくは、留まらざるべきものとされ、衡平的法変革の導入は独立した敵対的裁判所の手に残され委ねられたものであると理解されている。加えて、法が立法により変革されるべきものであるならば、ローマのやり方が、より簡潔かつ有益であり、その意味において、英国において衡平が追求されるやり方より、はるかに自然であるということを疑う者はほとんどいないであろう。それゆえ、実際の所、疑問となるのは、「なぜゆえに我々英国における高位の裁判官たちは（※古代ローマにおける）「法務官」と同様の政策を採用して、現代社会の様々な要求に答えうるまでにコモン・ローというものを伸長しなかったのか？」ということである。

第一の答えは、事実、初期の裁判官たちとその後継者の一部の者は「法」の変更を（ローマ法の）「法務官」がローマ市民法を変革したのとほぼ同じやり方で変革していたということである。

しかし、疑いなくこのことは、標準化され固定化した近代的司法運営のみに慣れ親しむ大衆からは忘却されている事実であり、同時に著名な裁判官たちの次のような言葉により隠蔽され続けていた事柄でもある。たとえばケニヨン

卿 Lord Kenyon⁽¹⁾によれば「私はこの職業に就いて四〇年以上になり、コモン・ロー及びエクイティ両者の裁判所で実務に従事してきたが、仮に法律学全体の体系を構築することが自分の仕事としてお鉢が回ってきたとしたら、果たして異なったルールにより支配される異なった管轄権を有する二つの異なった裁判所を設立すべきであると勧告した方がよいと思料すべきか否かということについて、もつとも、このようなことは言う必要のないことがらなのであるが（※この部分、論理的繋がりがおかしいが原テキストママ）。しかるに、私は、既に確立された状態で見受けられるそれらの複合的法制度に従属する人間にとつて常習的になつたある種の様々な先入観に現在のところは影響されており、異なつたルールにより手続きが進行されるこれらの裁判所においては、一般的法律学のある種の複合的法制度が構築されてきており、それは我が英国の人民にとつて非常に有益なものであることを見出すのであり、このことは、もし私がかかるとく思いのままに主張されることが許されるならば、そして私はそう望むのであるが、（わが法制度は）地球上のいかなる他の国家に類を見ないものとなっている。∴「古き道の上に *super antiquas vias*（※ラテン語で「道」は複数対格であり「英語でいう *old ways*」を墨守することと、現実の古道に足を踏みしめることを比喩的にかけている。）」足を踏みしめることは我が希望であると同時に我が慰みでもある。私は立法者たりえないが、自らの勤勉さにより私の先任者達がなしてきたことを発見し、彼らの足跡に自発的に隷従するのである。」

かかる自己満足的保守主義の言は、（※一八世紀における法改革の雄で、王座部裁判所主席判事として彼の前任者であつた）マンズフィールド卿の天才への侮蔑・侮辱を含むものであるが、コモン・ローの裁判官たちの恒久的態度であると広く一般に信じられていたものを雄弁に語るものであり、事実として、何らかの誇張は伴うものの、大まかに、今世紀

初頭において高位裁判官職 the Bench に息づいていたある種の感情を、まさに描出するものである。しかしながら、一八一〇年時点での感情や慣習といったものが、他の個々の時代の高位裁判官職の感情や実務を体现していたと考えらるなら、これに勝るアナクロニズムはなからう。他の時代のコモン・ローの裁判官たちは、二つの法的機構の存在を当たり前のものたるべく容認もしていなかったし、「踏みならされた道」の上に立ち止まらるべく注意をはらつても来なかつたし、実際上の立法行為をすることを躊躇もしなかつたということは、端的な歴史的事実である。また、これらのことは、概して、英国人民にとって非常な恩恵となつたということも付言せねばなるまい。

英国史における顕著な特徴を一瞥するのみでかかる主張の真実は証されるであろう。

おおまかに言つて、我々の法的、憲法的な諸機構がその恒常的な形に落ち着いたのは(※一三世紀後半の)エドワード一世の治世であつたと言えよう。当時、技術的、形式主義的、かつ厳格な「コモン・ロー」の体系は既に存在していた。例えば、当時流布していた法諺に「一音節に躓く者は、訴訟全てに躓く。 *qui cadit a syllaba cadit a tota causa*」というものがある。つまり、訴答におけるほんのわずかな見落としでも敗訴するということである。この点において、当時のコモン・ローの状況は、古来の訴訟形式のみが認容され、古来の法律家の精妙さがほんの些細な点画の過誤だけで訴訟そのものが敗訴してしまうような状況を招来せしめ、徐々にそれらの法制度自体が全般的不信に陥ることになつてしまつたと伝えられる、ローマにおける状況とある意味で似ていたのである。加えて、ローマにおいてそうであつたように、英国においても、「コモン・ロー」の形式性は、社会の進化に対応して徐々に承認され

るに至った全ての権利を保護しうるに耐えるほどの柔軟性を有しては居なかった。古い個々の訴訟形式を検証するだけで、エドワード一世即位時において、恐らくはそれ以前から、時代の要請に応ずるに十分な法的救済手段が欠如していたという事を十分に証明しうるものである。なぜならば、当時の古い訴訟形式を見れば、土地（※保有権）及び人身の自由の保護、並びに、特定の厳格な要式による契約の強行といったものが、コモン・ロー裁判所によりその達成が請け負われている全てであったことが理解できるからである。通常の契約方式が、押印証書や債務証書であると解され、さらに、それが最も厳格な要式によるものであった時代においては、商業的活動における取引の多くはしかるべき法的保護を受けることが出来なかつたことは明らかである。我々が話題にしている時代の商人や貿易商人間の取引が保護されていたに違いないその程度及び範囲が、ギルド、商社、そして恐らくは市参事会の権威といったものが後世にはコモン・ロー法廷によって与えられた保護を代用していたことを前提として初めて理解しうるものだったということとは、実際、妥当な推測である。いずれにせよ、十分な法的救済の欠如というものは、当該治世の有名な制定法（※ウェストミンスター第二法^⑤）の規定から明らかである。それによれば、「大法官府裁判所において、ある事例においては令状が存在するが、類似する事例においては（*in consimili casu*）令状が存在せず、仮に同様の法によって同様の救済が必要とされる事例に該当するケースが起こったとして、（該当する）何らの救済も見出されないものであるならば、大法官府裁判所の書記官は新しい令状を創出することに同意せねばならない」とされている。英国法においては「場合」訴訟として知られる一連の莫大な数の訴訟様式はこの制定法に依拠しているのであるが、この「場合訴訟」は、法的な文言の様式性を取り払ってみれば、何時でも新しい権利を認容するのが望ましい場合には様々な新訴権を付与することによりコモン・ローを修正しようとした精力的な試み以外のなものでもないのである。

法的救済の欠缺のみならず、時代遅れの思想もしくは迷信といったものがしかるべき司法の運営に対し大きな困難を投げかけてきていたのである。例えば、被告の雪冤宣誓をする権利は、どんなゴロツキであれ、彼が信義違反の上に偽誓の罪を重ねることを選択すれば、彼自身の債務から逃れる権利を意味していた。^{三〇}

けれども、コモン・ローの形式性、厳格性、時代遅れの特性といったものだけが、改革を必要としていたわけでもなかった。法廷は、ある意味で、それが有している権限を実行する上で非常な制限を受けており、このことは相応の注目に値する事柄である。例えば、コモン・ローにおいて法廷はその管轄権の限度に関して非常な制約を受けていた。かかる制約ゆえに、コモン・ロー裁判所は、本来的には、英国国外で為された、もしくはチェスター公爵領内でさえ為された、契約違反や不法行為に対する補償を与えることは不可能であった。より深刻な司法上の欠陥は、被告の出頭を強制する適切な手段が存在しなかったことであつた。多くの場合において、唯一の厳密な法的救済というものは、被告が出頭するに適正であると感じるまで被告の資産を担保として差し押さえることであり、彼を逮捕したり彼に保釈金を払うよう強制したりする法的手段は何も存在しなかった。加えて、下された判決を執行するのに満足行く手段といったようなものは全くといって存在しなかった。

それゆえ、裁判官たちに課せられた使命というものは、裁判所に認容されてこなかった新しい権利に保護を与えることが出来るように既存の法制度を拡充し、司法の運営の妨げとなつてきた時代遅れの慣習を除去し、一方で管轄権を拡大しながらも、もう一方で裁判所の手続きをより効率化するということであつた。これらの方向性の全てにおい

て、裁判官たちは顕著な実績を上げてきた。もつとも、裁判官たちは新訴権を付与することもなかったし、新しい令状を発給すべく、許可する制定法に完全な効力を付与するような形で効力を与えることも無かったのは事実である。しかしながら、(※コモン・ロー) 裁判官たちは、ある種の迂回的方式により、新しい権利を確かに認定したのである。例えば、押印証書によらない契約が、いずれにせよ、独立した債務証書として結実していない場合に、一般に強行可能なものであるのか、ということとは非常に疑わしいものに見うけられた。しかしながら、(※コモン・ロー) 裁判所は、部分的にその制定法(※ウエストミンスター第二法)の権威によりつつも、押印証書によらない契約(※無方式契約)違反に対する損害賠償金を回復する手段とすべく、古来のトレスパス訴権を伸長したのである。この結果を得るために裁判官たちは、実のところは、単なる法的擬制に過ぎないものを相当程度、利用した。しかしながら、最終的に万人に使用されうるに至る法的擬制の大胆さというものが何たるかを知るには、動産侵害訴訟(trover)及び不動産占有回復訴訟(ejection)がその基礎を置く恣意的な様々な仮定条件の興味深い総体を微に入り細を穿って検証するに若くはなからう。第一の(※動産侵害訴訟troverの)事例においては、原告は彼が失ったこともない動産を失ったことが仮定される一方で、被告は彼が発見したこともない動産を発見したように仮定される。第二の(※不動産占有回復訴訟ejectionの)事例においては、想像上の原告が純粹に想像上の直接的権利侵害trespassに対し想像上の被告に対し訴訟を提起する。しかるに、いずれの場合においても、かかる法的擬制の総体の下には、実質的な法改良が隠されているのである。彼所有の動産の横領conversion of his goodsに対して、より古い動産返還請求訴訟detinueの代わりに動産侵害訴訟troverを提起する原告は、被告が進んで自身が誓約することを提案することにより、敗訴する危険性を回避することが可能である。不動産占有回復訴訟ejectionというものは、一見した所、全く人工的なものではあ

るが、『物的 real』訴訟にまつわる全ての困難を回避しつつ、誰が土地占有の正式な権利者であるかを決定する簡便な方式なのである。実際、コモン・ロー裁判官たちの創意により生み出された様々な訴権は概して、次に挙げる利点のいずれか一つか、多くの場合、複数を有しているということが出来る…つまり、それらの訴訟はコモン・ロー法廷で認知される以前に新しい権利を強行することを可能にするか、被告をして雪冤宣誓をして逃げおおせることを不能にするか、もしくは、最後に、コモン・ロー裁判所をして被告の出頭を強制する権限を与えるような要式を有しているかのいずれかである。しかしながら、我々の議論の眼目は、コモン・ロー裁判官たちにより発明された手続きの様々な利点ではなく、彼らがまさに隠れて新訴権を付与していたという事実であるか、もしくは、実際のところ、「衡平法」を導入していたという事実の方にある。彼らコモン・ロー裁判官たちによる努力が、ローマ法務官の司法的立法(※各種法務官告示 *edictum* への言及であろう。)により達成された成果に及ばなかったとしても、長い目で見れば、それらは決して効果の無いものではなかった。例えば、「債権的財産 *a chose in action*」は譲渡 *assign* 不能であるということ、つまり、XがAに対し債務を負っている場合に、AはBに対しXを訴追する権利を譲渡できないという原則以上にコモン・ローにおいて確立された原則は存在しなかった。しかるに、コモン・ロー裁判官たちはこの格言を決して廃止することなしに、時の経過とともにその効力を大いに奪ったのである。つまり、第一には、BをしてAの名の下に訴追することを許可することによって、第二には、商人の慣習による法原則の運営を許可することによってである。実際のところ、漸進的ではあるが偉大な「コモン・ローに於ける衡平 *equity of the common law*」の勝利というものは、高度に文明化した商業的共同体においては不可避に生ずる全ての複雑で技術的な諸契約をコモン・ローの手続きに従ってコモン・ロー法廷において処理されることが可能であるように、主に架空のものである色々な仮定

的条件の利用により、慣習 *custom*、つまり、庶民生活における実務慣行、特に、商生活における実務慣行に計り知れない力点を置くことによりもたらされたのである。

また、既に指摘されたように、コモン・ロー裁判所の管轄権はある限られた領域に対して伸長されたのである。ここでは、明らかな欠陥に対する救済として馬鹿げた擬制が用いられた。コモン・ロー裁判所は海外で起こった取引から生ずる訴えを考慮する権限を有しては居なかつたが、代わりに彼らが有して使用した権限というのは、特定の海外で締結された契約や犯された不法行為が、現実に英国内で締結されたり、犯されたものであるかのように偽って主張する権限であつたのである。ゆえに、現代に至るまで、例えば（※スペインの）ミノルカ島である人間が権利侵害を受けたとすると、彼の主張は、当該不法行為は「ミノルカ島、つまるところ、ロンドンのセント・メアリー・ル・ボウ教会区のチープ地区」*at Minorca, to wit, at London, in the parish of St. Mary-le-Bow, in the Ward of Cheap*」為されたというものであり、そうすることにより当該事件を自己の管轄権内に移動したのである。法学者なら、かかる子供じみた法的擬制を見て笑みを漏らすかもしれない、しかしながら、このことが大いなる実務上の弊害に救済を与え、最初にこの制度を生み出し使用した司法行政官たちは自らの前任者たちの足跡に盲従するというような傾向を有していたわけでは決して無いということは何人も否定し得ない事実であろう。しかしながら、コモン・ローの高位裁判官たちが折にふれて、少なからぬ衡平的革新を導入してきたことは、法律の素人には、手短に語られれば理解不能であろうし、逆に長々と論じられれば退屈であろう、その細々とした技術的細目に立ち入るといふ犠牲さえ厭わなければ、全く理解することは容易である。コモン・ローの高位裁判官たちは、ローマの「法務官 *praetor*」

と同様に、時にはコモン・ローでは知られていなかった脅迫に基づく訴えを認容したし、彼らは、ローマの政務官と同様に、保証人が初めて自らが債務者に代位して支払わなければならなかった金銭を求めて彼の債務者を訴えることが可能になった場合のように、時には、全く新しい権利を強行したりもした。加えて、彼らは自らのローマの先人たちのように、例えば、比較的近代になって、場合訴訟の有益性を考慮して新しい審判手続を創設し、そうすることによって陪審審判の全ての機能に影響を及ぼした場合のように、しばしば、法的手続き過程を大きく変更したりもしたのである。最後に、コモン・ローの裁判官たちが、自己の所属する個別の裁判所の管轄権の伸長に、非常に特異な行動力を披露したことには、いくつかの理由から、特別な注意が払われねばならない。王座部裁判所は、被告がトレスパス（※直接的権利侵害）を犯したという一つの擬制によって、コモン・ローによれば（※本来、）民訴間裁判所のみが管轄権を有した契約の事例を自らの裁判所に呼び寄せた。また、一方で、民訴間裁判所は自らのある発明によって王座部裁判所の優位に対抗しようとしたし、財務府裁判所は裁判における原告が被告（※原文では原告になっているが被告にしないと意味が通らない）の行為により国王 the Crown に負っている債務の支払いが妨害されたと偽って主張することにより、（※本来、）財務裁判所が関心をもつことを全く予定してない様々な一団の通常訴訟を自らの管轄領域に引き寄せたのである。

かように、コモン・ローの裁判官たちは革新を忌避するというのには程遠かったわけではあるが、では、歴史上のある時代において、彼らをかかえる積極的な法革新者としたその動機は何であったのかという疑問が、自然に生じてくる。

古い時代のコモン・ロー裁判官たちは、相異なる二重の動機から改革、特に自己の各裁判所の管轄権及び権限の進展を達成しようとしたが、両動機とも現代の彼らの後継者たちには力を及ぼすことが無くなっていることが分かる。

まず、何時の時代でも、イングランドの裁判官たちは、高名で通常の才能をはるかに超えた人物達であったということが思い出されねばならない。また、文明の進歩ともに、教養人が進む様々なキャリアが増加する傾向にあるという単純な理由から、我々の歴史の早期の段階では、コモン・ロー研究に捧げられる才能及びエネルギーの量は現代に比べて恐らくは、比較的にかつたのであろうと推測される。これに加え、科学が研究対象として存在しておらず非常に不完全にしか発達していなかった時代には、人々が科学的研究に献身する時代において体験されるのとは比べ、法学の研究に対し感じられる関心の量は恐らくは大きかったことであらう。加えて、英国の法曹界の構造により、司法界の頭職に出世するのは、非常に特殊な法的知識によると言うよりは、一般的評判によったことも想起されねばならない。英国においては少しの程度、そしてローマにおいてははるかに大きな程度、職業的訓練の大いなる利点と、一般人の感情と意見を共有するというより大きいとは言わぬまでもほぼ同じ大きさの利点とを、独特の方法で融合せしめた人間が高位の司法的地位を占める様になったのである。それゆえ、かかる人材を裁判官として長に持った英国の法曹組織は、ローマにおけるよりはるかに弱い力によるものではあるものの、かつてローマの全ての才能ある者が法学の研究に従事することを強制されたのと似た様な各種動機をもつて、法改革を為すよう促されたのである。また、何世紀にもわたって、そして、事実上、ある意味では、非常に最近に至るまで、コモン・ローの修正 *modification of the law* というのは、いやしくも必要であるのならば、直接の立法によるよりは各裁判所の行為によ

らなければならぬことは明確であった。なぜなら、プランタジネット朝やチューダー朝における議会の実情がどのようなものであったのか実感しているものなら誰でも、議会というものが滅多にか、有史以来如何なる議会も決して、立法改革に適したものではなかったのだということが理解されるからである。

高位裁判官職に影響した一方の動機が、法改良を實行しようとする合理主義的願望であるとするならば、現在までほとんどの注意が払われて来なかつたもう一方の影響というものは、非常に重要な影響を生み出した。各裁判所が自らの管轄権を進展しようとする努力してきたことについては既に触れた。法的年代史をほんの少し学ぶだけで、大法官は恒久的にコモン・ロー高位裁判官職の管轄権を侵食しようとする一方、各コモン・ロー裁判所は同じ熱意を持って大法官の侵入をはねのけると同時に、互いの裁判所の個別の領域を侵略しようとしていたのである。かかる精力の源泉とは何であったのであろうか？その答えは、法廷手続料を得んとする欲望だったのである。かなりの程度、コモン・ロー裁判所は法的手続き料からの収益に賄われていた。(※裁判所の)管轄権の増大は、事業・商売の増大を意味し、事業・商売の増大は収入の増大を意味した。端的に言えば、コモン・ロー裁判所相互間の競争というものは、事業競争であり、同業のライバル商社間の競争を支配しているのと同じの原理により支配されていた。この公的正義の売人たちは、他の商人らと同じく、高額の支払いを受け取ることと、顧客の愛顧を増やすこと、という二重の私欲に動機づけられていた。(サー・マシュー・ヘイルの様々な論考を学ぶ者は、王座部裁判所は「小商いを沢山(※稼ぎに追いつく貧乏なし) small gains and frequent」という格言に固執すること、言い換えれば、その手続を比較的安価かつ効率的にすることで、その競争相手たちに対し優位を得たのだが、一方で、民間裁判所は、めつたに現れない裁

判所の顧客から時折大金を雀り取りはしていたものの、不必要なほど多数の裁判所付き官吏と高額な方式書による過
負荷に陥り、次第に商売を落目にしたのであると、結論付けることであろう。かかる表現は、現代の読者の耳には奇
異に聞こえることであろうが、ヘイル自身により採用された表現ほどは奇異でもないのである。ヘイルは、「各自、
自らの粉挽小屋^{mill}へできるかぎり多くの代訴人たちを連れ込もうとやつきになつてゐる裁判所主席書記官の乱闘及び
取組^{scuffling}組み合わせ scrambling and scuffling among protonotaries, each striving to get as many attorneys as he can to his
mill」と叙述しており、民訴間裁判所については、特筆して、「その法廷では、人民の利益を極めて害するのみなら
ず、ウエストミンスターの（他の）全ての法廷に（※民訴間裁判所に対しての）有利な立場を提供し、かつ、代訴人の料
金を膨れあがらせる以外の目的にしか役立たずで、目下の所、その首席書記官が自らの地位を買収した代償を有利に
償還するために私的収入（ポケット）を膨らませることにはしか貢献しない一定の非合理的な様々な慣行が通用し存在
しているのである。」としている。最後の言葉は示唆的で、コモン・ロー高級裁判官職が裁判手続料の増加により個
人的な利害を感じ得た少なくとも一つの態様（※現実社会での現象の現れ）を指し示している。実際、裁判手続料によ
る支払いの古来のシステムという問題全体は幾つかの疑問を触発している。例えば、コモン・ローの諸法廷が法的擬
制により新しい法的救済を与えることに最も活発であつたと観察される期間が、大法官がコモン・ローの領域を侵害
しようとして、換言すれば、コモン・ロー裁判所の商売を引き剥がそうと、まさにしようとしていた時期と正確に一致す
るのは単なる偶然なのであるか、という問い掛けである。また、各種裁判手続料による（※裁判官収入の）支払いと、
コモン・ロー裁判官たちの如何なる新しい管轄権を引き受けようとする性向が同時に消滅したのは果たして単なる偶
然なのであるか？各種裁判手続料による（※裁判官収入の）支払いというのは、詰まるところ、（※権利救済の）結果

報酬であるのだが、果たして、例えばその給料の三分の一が仕事量に比例した裁判手数料に依存するとするならば、現在そうであるように、我らのコモン・ロー裁判所の一つが、他の二つの裁判所各自が達成している約半分の量の仕事を認可・処理するという現況のままあり得るかどうかというのは、確かに興味深い問い掛けなのである。

これらの疑問のうちの幾らかに対する答えがどのようなものであれ、コモン・ローの裁判官たちは、非常に強力で非常に当然な動機をもつて、様々な時期において、疑いもなく、多くの衡平的改善の導入者であったと考えることができる。実際、我々の法の最良のそして最も満足の行く部分の少なくとも半分は彼らの司法的活動の成果であると正當に言いうるであろう。しかしながら、このことが理解された時点で、当初に述べたように、形の違うものであるが、ある疑問が起こってくるのである。つまり、なぜコモン・ローの高位裁判官職 *the Bench* はそこまで踏み込んだが、それ以上は踏み込むことはなかったのでしょうか？換言すれば、それほどまで衡平の導入に有能であったコモン・ロー裁判官たちが、多かれ少なかれ、かれらの抵抗にあれだけ会いながらも大法官府が導入した法改良をコモン・ローの中に自からで先手を打って導入しなかったのは一体なぜなのであるか？

この疑問に対する返答は単純な一つの答えをただ認めるようなものではない。なぜならば、英国法の軌跡は幾つかの運動の合力による産物であるからである。もつとも、ある程度、推測に基づくものではあるが、この問題に対して多かれ少なかれ満足の行く解答を与えることは可能である。

法的救済を与えようという活動を制限した諸原因を理解するにあたって、コモン・ロー高位裁判官による衡平的革新がそこで留まり制限されていた様々な限界やその理由とは何であったのか、手短に見ていく必要がある。

どのようなコモン・ローの裁判官でも、「新訴権を付与する」と言つて正面から新訴権を付与する者は決して誰も居なかつた。コモン・ロー裁判所はここでも、事実上は既存の法を変更することにはなつても、例えば、権利回復のシステムを導入する場合のように、表立つては、もしくは、恐らく我々は決して意識的にはといつていいかと思われるが、立法を引き受けることはなかつたのである。さらに、裁判官たちには彼らが運営していた組織の基本的構造と呼びうるものを変革することは不可能であつた。例えば、全ての訴訟というものは究極的には令状 *the writ* に依拠していた。訴訟全体の流れは、本質的に訴答 *the pleadings* により決定されていたし、その訴答そのものは相当程度、裁判官というものが不当介入する権限も無いしその意思も持たない制度である陪審審判 *trial by jury* の帰結によるものであつた。幾つかの点において、どれほど厳格にコモン・ローの諸準則が、今日にいたつてもなお、維持されてきているのかということは、素人の読者にでも理解できる二つの例によつて示すことが出来る。既婚婦人というものは、大法官府裁判所の介入や近時の制定法が無ければ、彼女の財産に対して未だに強行可能な権利はほとんど有していない。この点はより興味深い、なぜなら、コモン・ローの裁判官たちは折りにふれ、コモン・ローのこの過酷さを変更しようとする望みを表明してきたし、代理権法 *Law of agency* を曲解し矛盾を生じさせつつも、既婚婦人が彼女の夫の費用により生活必需品を取得することを可能にしてきたのである。また、XがAに二〇ポンド借りがあり、AがXに一五ポンド借りがある場合に、XがAに訴えられた場合、XはAから負っている金額からその四分の三に当たるA

に対して貸しがある一五ポンドを差し引いて勘定、もしくは相殺することが許されるということは、単なる常識の要請に思われるであろう。このことは、一見、手続の問題であり、厳密に裁判所の指揮権の範囲内であるかのように見えるであろう。しかしながら、この「相殺権」は制定法に基づく権利であり、コモン・ロー理論上では、AはXから二〇ポンドを回復する訴訟を提起せねばならず、Xは別訴訟でAから一五ポンドを回復する訴訟を提起せねばならないのである。

加えて、コモン・ローの裁判官たちはコモン・ローの管轄領域を拡張するのに使用可能であった様々な権限を徐々に廃れるに任せてきた。非常に早期の時代に、場合訴訟を認可する権限を自由に利用すれば、大法官府の介入は全く必要でなかったであろうということが示唆されてきた。現代英国の執政官（※裁判官）たちは仮定的事例に対して判決を宣言する事に対し激しい抵抗感を示しているが、しかしながら、その一方で、クックやハウルト3と言ったより古い時代のコモン・ロー裁判官たちは、しばしば、ある一事件を、そこで直接に問題とされている問題の決定には不必要な、様々な一連の関連した全ての疑問に対して脇から解答を与える機会として利用してきたのである。

実際のところを大まかに言えば、コモン・ローの各裁判所は、たとえ見せかけであつても、確立したシステムの様々な準則の中に留まることと首尾一貫しうるその限界ギリギリにまでコモン・ローを発展させたが、一方で、その限界を突破しようとする意思の欠如もしくは権限・能力の欠如を示したのである。

もし、この事実の描写が実質的に正確であるとするならば、その現象の原因は二項目に整理可能である。

なぜコモン・ローの裁判官たちが「法務官達」を模倣して、徐々にコモン・ローと衡平法を統合することによって成功しなかったのかという事の第一の「内在的理由」と称し得るものは、彼らが扱わなければならなかったコモン・ローの高度に発達した特質の内に見いだせるであろう。確かにエドワード一世治世（※一二七二年から一三〇七年・ポロック&メイドランドの叙述がここで終わることから分かるように、英国コモン・ローの一応の制度的完成を意味した。）の早期にまで遡って、英国の法的諸制度がいかに技術的で厳格かつ複雑なものになっていたのかを、人は驚き無しには理解し得ないであろう。しかしながら、当時の制定法を少しでも学ぶものは誰でも、裁判官であれ立法者であれ、当時の法改革者たちは、（※古代ローマの）「法務官達」が正義の準則に合致するように折り曲げたローマ市民法よりもはるかに複雑で強靱な材質を持った諸制度を変革するように求められたものだということが理解されることであろう。その上、既存システムの厳格性というものは、それが為されている最中でさえもほとんど気づかれることすら無いほど徐々に発展させられてきた法変革により、一層強固にされたのである。この変革というのは、口頭訴答から書面訴答への変遷であった。事実が陪審に付される前に両当事者が法廷において自らの訴訟原因を口頭で口述する限りにおいては、法形成の偉大な権限は、訴答と決定しそれらを（※古代ローマの）「法務官達」が「方式書 formula」を扱ったのとほぼ同じやり方で扱っていた（※コモン・ローの）裁判官たちの手にあつた。また、原告による請求と被告による応答という口頭の法的議論は、技術的な諸ルールの厳格性による弊害を無害化したのである。なぜなら、初期の訴答に関するリポーツに見られるように（※口頭手続では）彼は自己の主張を訂正、撤回、変更可能であつたからである。

事実、最も技術的な訴答の様々なルールというものは恐らくは、当初は口頭による弁論における公正な振る舞いのために設置された全く良識的な諸々の規制に過ぎなかったであろう。しかしながら、両当事者による事件における主張が両当事者もしくは両当事者の代訴人により（※予め）作成された正式の書面・文書の形を取るようになると、裁判所による訴答監督は存在し無くなったに相違ない。口頭による議論を念頭に置いて考案された様々な（訴答の）技術的ルールが書面による訴答への推移により有害な細則に墮し、行政官吏による監督的手腕により変革が要求されるようになったのと、まさに時を同じくして、かかる裁判所による訴答監督の消失は起こったのである。

これらすべての事情に加え、陪審審判はその利点がどのようなものであれ、そして利点というのは非常に大きなものであったのだが、文明の進歩に従いコモン・ローの介入を要求する複雑な請求及び反対請求の調整には一貫して適用不能なものであることが分かっており、かつ、その成功は通常の市民間における平均的知性の存在を前提にし、そのさいに要求されている平均的知性の基準というものは現代英国の住民間において常に見出すことが可能であるものよりも更に高度なものなのである。しかしながら、この制度にコモン・ローの裁判官たちは縛り付けられており、同時に裁判官たちは、コモン・ローの各裁判所が有益な行動をなすことを阻害するある事情により、動きを阻まれていた。つまり、必要かつ十分な人数の従属官吏団の必要性である。また、彼らは彼らの後継者たちがほとんど感じることのない制度上の欠陥によっても苦しめられていたのである。コモン・ローの裁判官たちは、彼らの判決を執行することを義務とする官僚たちに対して、決して、完全な監督（権）を有していたわけではなかったのである。

しかしながら、この時点で、我々はコモン・ロー裁判官たちをして、彼らの意思に非常に反したものでありながら、コモン・ローの変革を衡平法裁判所に主に委ねさせることになった、第二の、言わば外在的原因と呼びうるものについて触れることになる。

その理由は各司法裁判所の行政的政府に対する始原的關係の中に見出されるが、この問題のしかるべき考察は初期コモン・ローにおけるほとんどの様々な謎に解答を与えるものである。

英国の各種法廷は、「王^の Aula Regia（※国王の宮廷、国王の會議、国王の宮殿、国王の法廷、curia regis（同じ）」というものの派生物もしくは分枝であった。そして、その最大の利点の一つは、それらは急速に法廷となり行政的政府の一部門であるということを決めたことであった。しかしながら、このある視点ではそれら法廷の最強の一面であったものは、別の視点では最弱の一面であったのである。各法廷が司法的性格を得て、行政的性格を失うにつれ、それら一方では主権権力の一部であることをやめ、もう一方では統治の行政的機構に対して直接的支配を及ぼすことを止めた。この裁判所の政府・統治からの分離が予期されたものでなかったことは、先に触れられた新しい令状、つまり、新訴権を付与する制定法（※ウエストミンスター第二法）の中で、その権利がコモン・ローの裁判官たちにはなく大法官府の書記官らに与えられたが、同時に、エドワード一世の時代になるまでは各裁判所と大法官府の分離はすぐ後の時代にそうなったほどには決して明確でなかったことを他の諸状況が示唆しているという事実から推測される。他方、国王、枢密院及び大法官府は、区分されうる機関であるが、それぞれに、実質的に異なる主権的権限が残ったの

である。しかも、それぞれ二つは、執行的行政部、すなわち行政政府を代表しており、王 the King、枢密院 the council、大法官 the chancellor においては、他の如何なる官僚よりも国王及び枢密院が代表され、後の世紀には減じていったが、これらの権限は、元来は英国議会や各種裁判所などといった個別機関が有する特定の権威 definite authority よりはるかに超越した、留保された、国王の権限、または、限定のない、国王の権限と呼ばれ得るものであり続けた。換言するならば、大法官はその当初からそして現在においても、司法機構であると同時に、内閣・統治機構の一員であつたのであるが、その当初は大法官のありかたは現在の大法官のありかたとは違つていた。つまり、大法官は行政の中心人物の一人であり、彼の法的、司法的な性格はその事実と分離不可能であり、裁判官としての大法官の行為は創成期には行政・政府の一員であるというその地位の単なる帰結にすぎなかつたのである。国王、もしくは、特別に国王（※の権限）を代表する大法官は、時には非常に脆弱なものではあつても、中世の行政政府が有したあらゆる行政的権限をその手に有しており、それゆえに、通常裁判官が可能よりも遥かに実効的な裁判をなすことがしばしば可能であつた。そして、大法官の（コモン・ロー司法への）介入は元来は、実際のところ、行政政府の介入であり、国王というものは、通常裁判官たちが法の技術性により正義を実現できない場合に正義を与えるべきものであるとか、もしくは、これはより説得力のある理由であるのだが、司法裁判所が無力で彼らの判決に実効性をもたせる事ができない場合に行政政府が法を強行すべきであるというような理由から正当化されたのであろうという事は、非常にあり得る推測であり、それが真実であることはほぼ疑いようのない事実である。

行政政府の一員としての大法官の特質は、現代研究者からはあまり理解されず関心も持たれていない。なぜなら、彼

らは、今日、大法官がコモン・ローの諸法廷を支配しているのと同様の固定化した技術的な司法システムを運用しており、また過去においても、長年そのようにして来ているのを見てきているからであり、また、「衡平 equity」だとか「法廷の良心 the conscience of the court」などといった様々な表現が真に意味するところを全く誤解して、衡平法の恣意的性質に対し多くの冷笑が浴びせかけられてきたことを、見てきているからである。しかしながら、現代の大法官府裁判所の手続に由来する様々な観念を、より古い時代の大法官たちへと持ち込むことは、実務法曹としてのみコモン・ローを学ぶものが特に陥りやすい時代錯誤を犯している。そのような学習者が犯しやすい過ちを訂正するには、スペンス氏が傾倒してきた「大法官府裁判所の廢れた管轄権」の諸章を精査することが有用であろう。そうすれば、彼らは大法官、もしくは現代的用語を使うなら、行政政府の司法官僚たちが、無法 outrage 及び略奪・破壊行為 spoliation や、司法手続妨害、司法官僚の腐敗、及び一般的にコモン・ロー裁判所が効果的な正義を達成する能力を持たない全ての事案において、継続的に介入してきたことが理解できるであろう。また、誰であれ、大法官府により運営された衡平法の根源的、そして本質・自然的特質と呼ばれ得るものが何であるかを疑う者には同著作者による、エリザベス女王及びその直接の相続者達の治世下で大法官たちがコモン・ローの訴権を補完することを引き受け、そうすることにより裁判所の権限により厳格な倫理的諸義務を強行するようになったという解説を読ませるがいい。ハットン Hatton^(viii) 大法官が原告に対して、彼のおじに対し恭順であるよう勧告するのを見ると、また、様々な案件で、一方の当事者が他方の当事者に向かって公開の法廷やその他の場所で許しを請うように命令するのを見ると、「女王の聖なる良心 (the) holy conscience of the Queen」を根拠としてある大法官が彼の判決を下すのを見ると、そして、先用語が国璽尚書 Lord Keeper がある事件の判決に対して、女王陛下から私的な指図を受けていること

を意味すると説明されるのを想起するとき、我々はいかに原初的な大法官府による衡平法上の管轄権と「国王・王権 the Crown」(※死ぬことのない法人としての抽象的国王の地位を意味する。)の主権的権限との関係が密接であるのかということのみならず、「衡平法・衡平 equity」と言われているものがいかに簡単に主権者の恣意的意思が裁判所の判決を覆すことの単なる仮面に過ぎないものになり得るのかを理解するのである。

ある制度が他の制度に反発するあの興味深いやり方で、大法官府による(※各種コモン・ロー裁判所への)介入というものは、コモン・ローの固定化と厳格化というものを推進した。(※古代ローマの)「法務官達」と比較した場合、コモン・ロー裁判官たちの保守主義を批判して、多くのことが正当に言われ得る。しかし、コモン・ローの各裁判所はある時期において、特異な危機に抵抗したのであることが思い起こされなければならない。既に見たように、コモン・ローの裁判官たちは行政権から隔絶していたので、王権 the Crown と密接に繋がったある官吏(※大法官)による介入を容認せざるを得なかったのである。大法官は、疑いなく、まさにこの(王権との)繋がりにより、多くの事件において、コモン・ローの法準則より、より柔軟で、より正義に適合的であり、より公正である法準則を導入したのである。しかしながら、(一方において)その本質は国王諮問会議と大法官府と星室裁判所の密接な関連性について考察した者になら誰にでも分かるように、大法官たちは法の統治 the government of law を主権者意思 the will of the sovereign に代置するという一つの傾向性を示していたのである。かかる傾向に、コモン・ローの裁判官たちが抵抗することは必至であったし、事実彼らは抵抗し、それに大きな成功を収めたのであるが、しかしながら、この恣意的権力との戦いを継続する中で、裁判官たちはコモン・ローの偏狭性と技術性を高める一方で、相当程度において

コモン・ローをより公正かつ衡平な形に成形する努力を放棄してしまったのである。後の時代になり、マンズフィールド卿のような偉大な法律家は、最良の古代ローマの政務官の真実の精神にのっとり、彼が主宰した法的システムの境界を伸展せしめようと試みたのだが、彼の様々な努力は一般的に考えられている以上の物事を達成したものの、非直接的立法が立法府による直接的立法の作用に取って代わられる時代がすぐそこに近づいていたという単純な理由から、一定の限度において、その目的の達成に失敗したのである。

それゆえ、英国においてなぜコモン・ローとエクイティという二つの体系が並立的に発展したのか？、という疑問に対するもつとも端的な解答は以下の通りである。ある時代においては、コモン・ローの裁判官たちは、非常に強い各種の動機からコモン・ローの諸準則を変革した。これらの動機が存在しなくなるに伴い、その司法改革も停止した。しかしながら、コモン・ローの裁判官たちはどの時代においても、ローマの各種政務官のような熱意を持って行動したことはなく、コモン・ロー the Law の改良におけるコモン・ロー裁判官が非活動的であった理由は、究極的には、(コモン・ローの) 各裁判所は特異なほど早期に統治から分離し、一部にはその権力の無さから、一部には他の様々な理由から「王権 the Crown」に非常に近い関係にあったある官吏(※大法官)に衡平(法)の導入を任せることを余儀なくされたからである。

了

(1) “The Academical Studies of the Civil Law. An Inaugural Lecture delivered at Oxford, Feb. 25, 1871. By James Bryce, D. C. L., Regius Professor of Civil Law in the University of Oxford.” Macmillan and Co.-“Institutionen” von C. F. Puchta. Leipzig: Breckopf und Härtel. “Reeves’ History of English Law” Reeves and Turner. (※原注ママ、先にあるのはダイシーの旧来の友人でありオックスフォード大学のローマ法の欽定講座教授であったジェームズ・ブライスのオックスフォードにおける「就任記念特別講演 [Inaugural Lecture]」であるが、後に続く、プクタの Institutionen と ジョン・リーブズの History of English Law との正確な関連性は不明。最後の Reeves and Turner. は ジョン・リーブズではなくロンドンにあった出版社の名称のようである。「³」で括弧してあるが、後の一書は論文でなく書名である。本論文はブライスのローマ法学のダイシーに対する影響とも理解可能である。)

訳注

(I) サー・ロイド・ケニヨン Sir Lloyed Kenyon (1732-1802) 初代ケニヨン男爵

一八世紀から一九世紀初頭にかけて活躍した裁判官、政治家。

小ピット内閣の法務総裁として知られる。マンズフィールド卿の次の首席判事でもある。

ダイシーによる「マンズフィールド卿の天才への侮蔑を含むものであるが」との言は、ケニヨンが法改革者マンズフィールドの出来の悪い反動主義的後継者であることを暗示しているのであろう。大学教育を受けておらず、プライドが高かったが、間違ったラテン語の使用で大法官府の時代は補佐官を困らせたことが知られる。実務裁判官としては有能であったとも伝えられるが、大法官府に勤めながらローマ法に無知であったとか、王座部裁判所の首席判事に任命される際に今度はコモン・ローに無知であるので周りが務まるか案じて反対したとかのエピソードが伝えられ、しばしば、その無教養で話題になった人物でもある。

(II) 一二七五年のエドワード一世制定によるウェストミンスター(第二)法。

(英) In similar cases, the remedy should be similar.

(羅) In consimili casu, consimile debet esse remedium. [Stat. West. 21 C. 24, 13 Ed. 1.]

「同様の事例には、同様の救済があるべきである。」

大法官府の書記に今まで救済していた場合に似た場合を類推拡大解釈から救済するように新しい令状 *Writ* を創出する権限を与えたものである。エキテイの原則である「権利あるところに救済あり。」に精神は通底する。既に一三世紀にブラクトン『イギリスの法と慣習について』第二巻で「何の先例も慣習のない新しい案件が起こったが、同様の事態が起こっている場合に、同様のものにより判決されるべきである」と述べられている。適用範囲は非常に広く、コモン・ローにおいて判例法 *Case Law* を支える「先例拘束主義」の大原則でもある。ここで、ダイシーは、当制定法を王座部裁判所における「場合訴訟」による衡平的救済手段の付与と関連付けている。

(Ⅲ) 契約の不履行時に雪冤宣誓により債務から逃れることが出来たことへの言及であろう。ダイシーは一九世紀末の自由主義者らしくキリスト教思想に基づく雪冤宣誓を不合理な迷信と切って捨てているようである。このような、反キリスト教的態度は、良心の法廷としての大法官府裁判所に対する言及で、一切そのカノン法や道徳神学との繋がりに触れていないところにも表われている気がする。ロジックとしては、単に契約を破るだけなら、道徳神学的には約束違反として「信義違反 *breach of faith*」だけであるが、雪冤宣誓により嘘をついて債務から逃れる場合は、人間のみならず神に対する信義違反である渎聖 *blasphemy* の一種である *perjury*、偽誓の大罪に当たるが、そのことさえ平気な悪党であれば、いくらでも訴訟から逃げおおせることが出来たということである。

(Ⅳ) *his mill* 粉挽小屋、比喩的に、飯の種を作り出す場所。例、「*No Mill, No Meal*. まかぬ種は生えぬ。(働かねば飯はなし。)」など。

(Ⅴ) サー・ジョン・ホウルト *Sir John Holt* (1642-1710)

オックスフォード大学のオーリオール・カレッジで学び一六七〇年頃グレイズ・インに所属、一六七三年に法曹資格取得、一六八八年に名誉革命で即位したウィリアム二世治世下での王座部裁判所主席判事を務めた。

- (VI) 「二〇〇五年憲法改革法」(Constitutional Reform Act 2005) により、今日では大法官の司法的、立法的権能は消失した。
(VII) ジョージ・スペンス George Spence (1787-1850)

法学者、国会議員でもあり、衡平法裁判所改革の唱道者、衡平法裁判所の歴史家として主に知られるが、ナポレオン法典の最初の英訳者としても知られる。

ここで言及されているのは、George Spence, *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery: Comprising its Rise, Progress, and Final Establishment*, 2 vols, (London, 1846-9) の大著である。

- (VIII) サー・クリストファー・ハットン Sir Christopher Hatton (1540-91)

一六世紀エリザベス女王治世下の代表的な大法官で寵臣。

南北戦争後の憲法秩序

——チェイス第六代長官の時代——

甲 斐 素 直

〔はじめに〕

リンカーンは、トニー連邦最高裁判所長官が一八六四年一月二日に死去したことに伴い、その後任として、財務長官であったチェイス (Salmon Portland Chase) を一八六四年二月六日に任命した。チェイスは任命当日に上院の承認を得ることができ、即日就任した。

彼が長官の時代、連邦議会は、南北戦争による社会混

乱を鎮め、黒人の社会的地位を向上させ、さらに産業革命によって発生した社会階級間の対立を減少するために様々な積極的立法を行った。その頂点に立つのが、第一三、第一四、第一五という三つの憲法修正である。

このまったく新しい憲法秩序の下で、裁判所はどう行動するべきか。チェイス・コートが迫られたのは、このような難しい判断であった。

もともと、チェイスは自由土地運動 (Free Soil movement) という運動の指導者であった。この運動は、

奴隸制度反対を目的とするもので、自由土地党 (Free Soil Party) という政党を作つて、大統領選挙に候補者を立てたりした。チェイス自身がオハイオ州選出の上院議員になつたのも、この運動の指導者であつたが故である。上院議員当時、彼は反奴隸制のチャンピオンとして、一八五〇年の妥協にも、カンザス・ネブラスカ法にも強力な反対の論陣を張つていた。

結局、この運動は共和党に吸収されることになる。

チェイスは、こうして最初の共和党員であるオハイオ州知事となつた。州知事としては、女性の権利や教育の拡充、刑務所改革など、当時としてはきわめて進歩的な政策を展開した。

一八六〇年の共和党大会では大統領候補の一人となるが、オハイオ州以外からはほとんど票が得られず、結局リンカーンの支援に廻り、リンカーンが当選した後は、財務長官となつて、リンカーンが南北戦争を遂行するのを財政的に支えたのである。

チェイスはこういう人物であつたから、連邦最高裁判所長官としても、トニーとはかなり異なる行動をした。長官としてのチェイスの最初の行為の一つが、最高裁判

所における弁護士資格をアフリカ系米国人弁護士であるジョン・ロック (John Rock) を承認した点に、その変化が端的に現れていた。

チェイス・コートがどういふものであつたかを知るには、それに先行して二つの憲法修正がどういふものであつたかを知る必要がある。

一 憲法修正

(一) 第一三修正

リンカーンは、奴隸解放宣言 (Emancipation Proclamation) の第一部を南北戦争中の一八六二年九月に、さらに第二部を一八六三年一月一日に、それぞれ最高司令官の資格において発していた。しかし、北部の支配下にある奴隸州の離反を恐れて、メリーランド州とデラウェア州 (連邦側から脱退しなかつたため)、テネシー州 (その時点では既に連邦側)、そしてミズーリ州とケンタッキー州 (連邦側に忠誠) の州名は、いずれも意図的に解放宣言に記されなかつた。そもそも大統領が、このような一片の宣言で、個人の財産権を侵害するのは憲法違反であつた。

そこで、奴隷解放宣言を全国的に有効なものとするためには憲法改正を行う必要がある。その目的で、第三修正が、連邦議会により一八六五年一月三十一日に各州の議会に提案された。次の様な条文である。

「第一項 奴隷制および本人の意に反する苦役は、適正な手続を経て有罪とされた当事者に対する刑罰の場合を除き、合衆国内またはその管轄に服するいかなる地においても、存在してはならない。

第二項 連邦議会は、適切な立法により、この修正条項を実施する権限を有する。」

この第一項は、あきらかに日本国憲法一八条に影響を与えている。

南北戦争の終結は一八六五年四月であるから、この修正はまだ完全に戦争が続いている時期に提案されたことになる。しかし南部諸州も、戦争終結後は奴隷解放に抵抗する意欲を失っていたらしく、同年一二月には、当時の全三六州のうち二七州の議会により修正条項が批准されたことにより、修正は成立した。

これに基づき、連邦議会は積極的に様々な立法を行った。その代表とも言うべきものが、一八六六年四月に成

立した公民権法 (Civil Rights Act of 1866) ⁽¹⁾ である。

同法は、米国に生まれ、外国市民でないものは、人種肌の色、もしくは以前に奴隷状態ないし非任意的召使い (involuntary servitude) であったか否かに関わりなく、合衆国市民の資格を与えられると宣言した。

また、いかなる市民も白人である市民と同一の権利を有し、それは、契約の締結、訴訟の提起もしくは提起されること、法廷で証拠を提出すること、相続し、購入し、リースし、販売し、保持し、不動産もしくは動産を諸有する権利を含むとも宣言した。さらにかつて奴隷であった者に、これらの権利を否定する者は、軽罪として有罪とされ、一、〇〇〇ドルの罰金または懲役一年、あるいはその両方を課すとしていた。

連邦議会は、この法律を第一三修正の第二項により議会に与えられている権限に基づき立法可能としたのである。

リンカーンは、この前年一八六五年四月一日に暗殺されていた。その結果、副大統領のジョンソン (Andrew Johnson) が第一七代大統領に四月一五日、昇格していた。

ジョンソンは、元来、南部連合に属して北部と戦ったテネシー州選出の上院議員であり、自らも奴隷所有者であったから、当然に奴隷制の賛同者であった。しかし、南部諸州の連邦からの脱退には反対であった。脱退した一州選出の上院議員のうち、ワシントンにとどまったのは彼だけであった。その結果、リンカーンの主張する南部の連邦からの脱退権否定の見本のような存在になつたため、第二期において副大統領とされたのである。

そういう人物であるから、当然に、連邦政府による南部再建において、南部人に寛大な政策をとつていた。

そのジョンソンが、公民権法に対して拒否権を発動した。公民権法が、州ばかりで無く、その市民にも義務を課している点で、違憲と判断したためである。しかし、議会は彼の拒否権を三分の二の多数で覆し、同法を成立させた。これにより、ジョンソンと議会の関係はこじれることになる。

（二） 第一四修正

南部諸州では、第一三修正が成立し、公民権法が制定されたにも拘わらず、時が経つにつれて、解放奴隷の移

動を制限したり、訴訟を起こしたり、法廷で証言したりすることを防げることを内容とする、いわゆる黒人法 (Black Codes) を制定することで、以前の奴隷状態とあまり変わらない状態に戻す試みが顕著になってきた。連邦憲法の規定は、連邦のみを拘束し、州を拘束しないと考える場合には、この様な立法には何の問題もない。そして、トニーが死去しても、この時代はまだトニー・コートを構成していた判事の多くは、そのまま任じていたことを考えれば、事件が最高裁判所に提訴されれば、それら黒人法では無く、公民権法の方が違憲と判断される可能性が高かった。

そこで、その様な主張を事前に憲法レベルで明確に封じる狙いから、第一四修正が制定されることになり、一八六六年六月一三日に連邦議会により提案された。これは、合衆国憲法の修正条項としては、質量ともに空前の大改正であった。

重要な改正なので、各項ごとに逐次見ていきたい。

1 第一項

「合衆国内で生まれまたは合衆国に帰化し、かつ、合衆国の管轄に服する者は、合衆国の市民であり、

かつ、その居住する州の市民である。いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない。いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪つてはならない。いかなる州も、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定してはならない。」

第一項一文は、先に紹介した一八六六年公民権法的一条とほぼ同一の書き出しであり、公民権法を合憲にする意図で制定されたものであったことは明らかである。この市民権条項 (Citizenship Clause) により、黒人はもともと市民であったことは無く、立法で市民権を与えることもできないとする、ドレッド・スコットに対するトニー判決が、明文により否定されたことになる。しかも、「いかなる州も」と州を主語にしたことにより、連邦憲法の規定でありながら、州にその遵守義務を課することを明確にした点で、この一点だけでも、合衆国憲法の歴史を大きく転換させる大改正といえる。同時に、このように州に義務を課するにとどめた点が、将来に禍根を残すことになった。この点については次稿以下に説

明する。

「合衆国内で生まれ」という文言は、合衆国内で生まれた子供は、ほとんど例外なく合衆国市民であることを意味すると解釈されてきた。このようなタイプの保証は「出生地主義」とか「領土の権利」とか呼ばれ、ヨーロッパやわが国を含むアジアの大半には存在しないイギリス慣習法の一部である。

同項二文は、適正手続条項 (Due Process Clause) と呼ばれる。連邦議会が不用意に設けたこの条項によって、連邦最高裁判所に、連邦議会の制定した法律に対して違憲と判断するに当たつての最大の武器を与えてしまったのである。これについて、詳しくは本稿第五節の屠殺場事件で述べる。この轍を踏まないため、日本国憲法三一条の文言では、「法律の定める手続きによらなければ (except according to procedure established by law)」と述べて、慎重に適正手続き (Due Process of Law) という表現を避けている。しかし、近時の通説は、それでもそこに適正手続きを読む方向に進んでいる。

同項三文は、平等保護条項 (Equal Protection Clause) である。合衆国憲法には、日本国憲法一四条に

相当する包括的な平等権条項が存在しておらず、例えば男女の平等は今日に到るも、連邦レベルでは憲法的保障の対象では無い³⁾。そうした状況下では、これがもつとも包括性を持つ規定であり、例えば一票の格差の禁止など、その後における多くの最高裁判所判決の基礎となった。

2 第二項

「下院議員は、各々の州の人口に比例して各州の間に配分される。各々の州の人口は、納税義務のないインディアンを除き、すべての者を算入する。但し、合衆国大統領および副大統領の選挙人の選出に際して、または、連邦下院議員、各州の執行部および司法部の官吏もしくは州の立法部の議員の選挙に際して、合衆国市民である州の男子住民が、反乱またはその他の犯罪に参加したこと以外の理由で、投票の権利を奪われ、またはかかる権利をなんらかの形で制約されている場合には、その州の下院議員の基礎数は、かかる男子市民の数がその州の年齢二一歳以上の男子市民の総数に占める割合に比例して、減じられるものとする。」

この第二項は、合衆国憲法一条二節三項の改正である。

すなわち、従来は、各州の下院議員数は、自由人の人口に奴隷の人口の五分の三を加えたものであった。その奴隷条項を削除したのである。単純に削除すると、しかし、南部諸州に配分される下院議員数が多くなり、連邦議会多数を占めることになって、改革に逆行するおそれがある。そこで、南部諸州が黒人の参政権を制約している限り、下院議員数の増加は認めないという趣旨である。ただし、二一歳以上の選挙権を否定した場合にアメリカ合衆国下院議員の数を減らすという規定は一度も実行されなかった。

3 第三項

「連邦議会の議員、合衆国の公務員、州議会の議員、または州の執行部もしくは司法部の官職にある者として、合衆国憲法を支持する旨の宣誓をしながら、その後合衆国に対する暴動または反乱に加わり、または合衆国の敵に援助もしくは便宜を与えた者は、連邦議会の上院および下院の議員、大統領および副大統領の選挙人、文官、武官を問わず合衆国または各州の官職に就くことはできない。但し、連邦議会は、各々の院の三分の二の投票によって、かかる資

格障害を除去することができる。」

この第三項は、南部の反乱に参加した者の公民権喪失規定である。一八九八年に、連邦議会はこの制限の一般解除法を三分の二の多数で議決したので、以後、事実上空文となった。もつとも、反乱の指導者達は同法の例外として公民権は回復しなかった。そのため、南軍の最高指揮官リー (Robert E. Lee) 将軍については一九七五年に、南部連合のディヴィス (Jefferson Davis) 大統領については一九七八年に、それぞれ公民権制限回復の議決がなされている。したがって、憲法学的な意味はほとんどない規定である。

4 第四項

「法律により授權された合衆国の公の債務の効力は、暴動または反乱の鎮圧のための軍務に対する恩給および賜金の支払いのために負担された債務を含めて、これを争うことはできない。但し、合衆国およびいかなる州も、合衆国に対する暴動もしくは反乱を援助するために負担された債務もしくはは義務につき、または奴隷の喪失もしくは解放を理由とする請求につき、これを引き受けまたは支払いを行つて

はならない。かかる債務、義務または請求は、すべて違法かつ無効とされなければならない。」

第四項は、直接には奴隷解放という財産権の侵害に対して、国家補償を否定した規定である。また、南部連邦の負債を拒絶する意味もある。すなわち、南北戦争中に、いくつかの英国及びフランスの銀行は莫大な金銭を南部連合に、北軍と戦うための資金として貸し付けていたのであるが、本項が連邦政府がその支払いを拒絶する根拠規定である。

5 第五項

「連邦議会は、適切な立法により、この修正条項の規定を実施する権限を有する。」

憲法実施法条項である。これは、第一三修正や第一五修正にも同一の規定が存在する。これ以後、憲法修正条項の多くで同様の規定が設けられることになる。この第一四修正の場合、一八七〇年及び一八七一年に実施法 (Enforcement Acts) と呼ばれる一連の法律が作られたことが重要である。すなわち第一のそれは、黒人の選挙権行使を守るためのものであり、第二のものは南部の選挙に対し、北部の監視を認めるものであった。一八七一

年に作られた第三のものはクー・クラックス・クラン法 (Ku Klux Klan Act) と通称されるもので、過激な白人が黒人の投票を妨害する行為を取り締まるものであった。それらの行為を連邦犯罪とすることにより、州が自ら解放奴隷を守らない場合には、軍が介入することを予定していた。なお、一八六六年公民権法は、そのままでは合憲性に疑問が持たれたことから、一八七〇年実施法第一八節で、再度同一内容が立法された。これらが引き起こした問題については、次稿に取り上げる予定である。

* * *

連邦議会は、この第一四修正を、南部諸州に連邦議会に復帰するための踏み絵として突き付けたのである。これに対して、南部諸州は激しく抵抗し、その批准は第一三修正に比べると大幅に難航した。

南部が期待を掛けたのは、奴隷制支持者であったジョンソン大統領が政局を支配すれば、このような屈辱的な修正案を受諾しなくとも済むのでは無いかということであった。結局、この修正条項は、次に述べるジョンソンの弾劾騒動が終結した後、南部諸州が批准するようになった結果、一八六八年七月九日になって、ようやく

二八州の批准を得て成立することになる。

(三) ジョンソン大統領の弾劾

南部諸州は、ジョンソンに期待を掛けるため、修正条項の批准を躊躇う態度をみせた。これに怒った議会共和党は、ついにジョンソンの弾劾に踏み切ることにした。⁽⁴⁾ ジョンソンに対する弾劾は一八六八年二月二十四日に下院を通過した。⁽⁵⁾ 弾劾法廷は同年三月五日に上院で組織された。チェイスが、その弾劾法廷で裁判長を務めた。⁽⁶⁾ 上院での弾劾決議採決では賛成三五票・反対一九票（賛成率六四・八％）で、弾劾されるには票が一票足りなかった。辛うじてジョンソンは大統領の座を保つことができた。しかし、この一連の騒動により議会とジョンソンの対立の溝は決定的なものになり、政権のレームダック化は免れなかった。一八六九年三月四日に任期満了に伴いジョンソンは退任した。

ここに到って、南部諸州も、第一四修正を批准して連邦議会に復帰する道を選ばざるを得なくなったのである。すなわち、ルイジアナ州は一八六七年二月六日に一旦拒絶していたが、一八六八年七月九日に批准した。そして、

サウスカロライナ州も一八六六年一月二〇日に一旦拒絶していたが、ルイジアナ州と同じ一八六八年七月九日に批准した。この批准により、同修正条項はこの日に発効したのである。

(四) 第一五修正

議会は、第一四修正二項により、間接的に強制することとて黒人に選挙権を与えるように南部諸州を誘導したつもりであった。しかし、その程度の強制では、現実問題として、黒人に対する参政権の付与は遅々として進まなかった。そこで、端的に黒人に投票権を与えねばならない、という憲法修正を行うことが考えられた。次の様な条文である。

「第一項 合衆国またはいかなる州も、人種、肌の色、または前に隷属状態にあったことを理由として、合衆国市民の投票権を奪い、または制限してはならない。

第二項 連邦議会は、適切な立法により、この修正条項を実施する権限を有する。」
一八六九年二月二六日に提案された。ジョンソンの弾

劾騒動により抵抗の意欲を南部諸州が失っていたので、一八七〇年二月三日と一年に満たない期間で発効した。

二 テキサス州対ホワイト事件

この *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869) という事件は、一八六七年に訴えが提起され、一八六九年に判決が下されたもので、決して時系列的な意味でチェイス・コートの最初の判例では無い。しかし、内容的には、南北戦争を色濃く反映したもので、最初に紹介することとした。

(一) 事件の背景

この訴えが注目を集めたのは、その時点において、当時議会における共和党とジョンソン大統領が、南部の再建をめぐる激しく対立していたためである。

リンカーンが南北戦争を行った理論的根拠である、州は連邦から脱退する自由を持たないという主張からすれば、南部諸州は脱退を取りやめさえすれば、そのまま無条件で連邦議会に復帰できるはずである。ジョンソン大統領はリンカーンのこの立場を継承し、一八六五年夏に

南部諸州に対し暫定的な知事を任命した上で、戦争の目的は、国家の統一を維持することであり、奴隷制が廃止された以上、南部再建は既に完了した、と宣言していた。しかし、議会共和党は、このジョンソンの主張を退け、南部諸州が選出した議員を受け入れなかった。

その翌年、この訴えの前年にあたる、一八六六年に北部だけを対象として行われた下院議員選挙において、共和党は前回選挙に比べて三七議席を増やして計一七三議席となり、全議席の七七・二%を保有するに到った。それに対して民主党は九議席を減らして四七議席となり、議席は二一・〇%に低下していた。

1 南部再建法

この圧倒的多数を背景に、共和党急進派 (Radical Republicans) Ⅱこれは彼ら自身がそう自称した) は、一八六七年に、南部再建法 (Reconstruction Acts) と総称される一連の法律を、ジョンソンの拒否権を覆して成立させた。⁸⁾ その最初の法律は、次の様に書き出している。

「合法的州政府ないし人命や財産に対する適切な保護が、反乱を起こしたバージニア州、ノースカロライナ州、サウスカロライナ州、ジョージア州、ミ

シシッピ州、アラバマ州、ルイジアナ州、フロリダ州、テキサス州及びアーカンソー州に現在存在しておらず、合衆国に忠実で共和主義に立つ州政府を合法的に確立することができるまでの間、そこでは平和と適切な秩序が強制されねばならない。

それ故に、アメリカ合衆国の上院と下院によって組織される議会は、上記反乱を起こした州は、以下に規定する軍管区に分割され、合衆国軍当局の管理に服するものとする。すなわちバージニア州は第一軍管区、ノースカロライナ州及びサウスカロライナ州は第二軍管区、ジョージア州、アラバマ州及びフロリダ州は第三軍管区。ミシシッピ州及びアーカンソー州は第四軍管区、ルイジアナ州及びテキサス州は第五軍管区をそれぞれ構成するものとする。」

この結果、南部諸州は連邦陸軍の軍事統治の下に置かれることになった。各軍管区の軍事指揮官は、その管内の各州の知事を任命した。

2 テキサス州保有の合衆国債

テキサス州は、一八五〇年妥協の一環として一、〇〇〇万ドルの合衆国債を受け取っていた。その多

くは徐々に売却されていたが、テキサス州が連邦からの離脱を宣言した一八六一年二月一日時点でもまだかなりの額が残存していた。テキサス州議会は北部と戦うための戦費を調達するため、これを売却することとした。当時のテキサス州法によれば、売却するすべての債券には、州知事の裏書きを要することとなっていた。しかし、連邦財務省が南部連合に属する州が売却した債券については承認を拒絶することが考えられ、その場合、売却価格が大幅に下がることが考えられた。そのため、その債券の出所を隠す目的で、テキサス州議会は知事の裏書きをしないことにした。

テキサス州内の連邦派は、合衆国債の売却前に、ニューヨーク・トリビューン紙に「大衆への警告 (Caution to the Public)」と題する告示を掲載し、債券に南北戦争開始前のテキサス州知事ヒューストンの裏書きが無い限り、それは承認されないであろうという警告をおこなった。この警告により売却阻止を狙ったのであるが、それにも拘わらず、売却は実施され、一三六枚の債券（一枚あたりの額面金額は一、〇〇〇ドル）がホワイト (George W. White) とチルズ (John Chiles) の所

有する証券会社によって購入された。この売買はおそらくは早期に実施されていたと見られるが、取引証明書は一八六五年一月一二日になってようやく発行された。債券は、その間に数名の個人に転売され、そのうちの何名かは合衆国政府からの償還を受けていた。

戦争の終結と共に、ジョンソン大統領は暫定的知事としてハミルトン (Andrew J. Hamilton) を任命し、新しい州憲法を制定し、連邦に忠実な新政府を組織するように命じた。ハミルトンは州知事選挙を実施しよう命じ、その選挙の結果、新知事としてスロッキモートン (James W. Throckmorton) が選出されていた。他方、南部再建法の規定により、第五軍管区の軍事指揮官であるシェリダン (Philip H. Sheridan) 将軍は、ピーズ (Elisha M. Pease) を州知事に任命していた。このため、この時期に、テキサス州には同時に三人の州知事がいるという異常事態が発生した。

合衆国財務省は、この債券をめぐる状況を知ると、ホワイト及びチルズによって売却された債券に対する償還を拒否した。また、テキサス州暫定政府は、合衆国に対する反乱資金とするために債券は違法に売却されたと決

定した。上記三名の知事は、この債券の所有権を主張し、債権の返還（既に償還を受けたものに対してその償還金額の返還）を求めて、合衆国憲法三条二節¹⁰に基づいて、一八六七年二月一五日に連邦最高裁判所に訴えを提起した。

共和党は、連邦最高裁判所が、上記南部再建法により、テキサスには合法的な政府は存在しないという理由から訴えを棄却することを期待した。

民主党は、それに対してテキサスに合法政府が存在していると判決されることを期待した。換言すれば、上記再建法が違憲と判決されることを期待したのである。

こうして、この訴訟は、南部再建法の合憲性が問題になるといふきわめて政治的性格を帯びてしまったのである。

（二） 判決の内容

法廷意見は一八六九年四月一二日に連邦最高裁判所長官チェイス自身によって述べられた。彼は、まず、州が訴えを提起する適格を備えていないという主張に対して大変な行数をつぎ込んで論じている。結論としては、三

人の知事のいずれもが行政機能を果たしており、実際に州の行政部門を代表しているので、三人の知事のいずれによって訴えが提起されても、訴えは適法であるとした。そこで問題の判断に入る。

最初に取り上げたのは、南北戦争の法的性格である。チェイスは、連邦は、植民者達が現実的問題に直面した際の反応であったという。その最初の結果が連合規約であった。それは各州間の永続的連合として作られた。合衆国憲法が制定されたのは、この永続的関係を強化し、完全なものとするためであった。

「州の連合が純粹に人工的で任意の関係だったこととは異なる。それは植民地間で生まれ、そして共通の起源を持ち、相互の共感や共通の原理、類似した利害と、地理的な関係から成長した。それは戦争の必要から確認され、強化され、連合規約により明確な形式と性格及び制裁権を与えられた。これらにより、連邦は厳粛に『永久的なもの』と宣言された。そして、この規約が国家としての緊喫の要求に応えるには不十分であることが判明したときに、合衆国憲法は『より完全な連邦を形成するために』定められた。

これらの言葉によつて、より明確により永続的な團結の理想を伝えることは困難である。」

このように、米国の起源について述べた後、チェイスはついでテキサスの連邦に対する關係を論じる。チェイスは、テキサスが単に他の州との契約によつて連邦に加入した、という説（これが南部諸州が連邦から脱退した理論的根拠）を否定する。

「テキサスが合衆国の一部になつた時、同州は永続的な關係に入つたのである。永続的連邦としてのすべての義務、そして連邦の一員としての共和政体の保障は、直ちにテキサスに与えられた。テキサスを連邦に加入させる法律は、契約以上の何かであつた。そして、それは最終的なものであつた。テキサスと他州の連合は、建国二三州間の連合と同様に、完全で、永続的で、不可分のものであつた。それを見直し、または失効させる方法は、革命によるか、あるいは諸州の同意による場合を除き、ありえない。」

リンカーンの下で閣僚を務めたチェイスらしく、ここではリンカーンの理念を見事に宣言している。このよう

な理由から、テキサスは一度たりとも連邦の外に出たことは無く、したがつて脱退を宣言したり、脱退を実現するために行われた行為はすべて存在せず、無効とした。テキサス人が合衆国市民として有する権利が損なわれていないのと同様に、州としての権利は損なわれてはいない、というのである。

「したがつて、合衆国憲法の下における活動としては、脱退条例の制定議会における採択も、テキサス州の市民の大多数による批准も、そしてその実行を意図としてテキサス州議会が行つたすべての活動も、絶対に存在していない。それらは完全に法的手続きでは無かつた。連邦の構成員としての州の義務は、そして米国民としての市民の義務は、完全かつ不可侵に存在していた。州が州で無くなることは無く、市民が合衆国市民で無くなつたことも無い。そうでなければ、州は外国にならねばならず、その市民は外国人にならねばならない。戦争は反乱の抑制のための戦争ではなく、征服のための戦争となつてしまう。」

しかし、南北戦争前に存在した合衆国とテキサス政府

間の関係から、第一に合衆国は反乱を鎮圧し、第二にテキサス州と連邦政府の間の適切な関係を再確立する必要があった。

「第一の行動のための権限は、暴動を抑制し、戦争を続けていく権力に見いだされる。第二の行動のための権限は、連邦内のすべての州に共和政体の政府を保障するという合衆国の義務から派生する。後者は、確かに、州政府が関与し、国家政府をその限界を超えて排除しようとする種の反乱の場合には、前者を補うものとして必要であろう。」

ここでチェイスが言っている共和政体を保障する義務というのは、合衆国憲法四条四節一文のことである。すなわち、

「合衆国は、この連邦内のすべての州に対し共和政体を保障し、侵略に対し各州を防衛する。」

この共和政体保障条項を根拠として、チェイスは、南部を軍事占領によって再建するという法律の合憲性を承認した。

そこで、今度は、訴訟の本体である、債券の所有権を有するのは誰か、という問題に移った。

「本件では、州政府の行為の有効・無効を一律に決定できる厳密に正確な定義を下す必要はない。おそらくは、その行為が平和と市民間における良好な秩序を維持するのに必要な程度の正確さであれば良いと言えるであろう。例えば、結婚や地域関係に対して制裁と保護を与え、相続過程を管理し、動産及び不動産に関する権利取得や譲渡を規制し、人や財産への損傷に対して救済する等の行為は、合法的な政府が行う場合には一般に有効とみなされるであろうが、しかし、事実上違法で、合衆国に対する反乱を促進し、助長するための行為、または市民の正当な権利をまさに侵害することを意図した行為、その他同様の性格を有するものは、違法で無効とみなされなければならない。」

こうして訴訟は、反対意見が一名あったものの、七対一でテキサス暫定政府側の勝利となり、法廷は債券の返還等を命じたのである。

三 ヘップバーン対グリズウールド事件

Hepburn v. Griswold, 75 U.S. 603 (1870) は、チェイ

スの司法官としての良心を示している事件である。この事件で、チェイスは何と自らの過去の行政・立法活動を違憲と判断したのである。

この事件の意味を正確に理解するには、米国における通貨の歴史を理解する必要がある。そこで、最初にその概略を説明する。

(一) 合衆国通貨に関する憲法規定

合衆国憲法一条八節五項に、連邦議会の権限として、次の規定がある。

「貨幣を鑄造し、その価格および外国貨幣の価格を規制する権限、ならびに度量衡の基準を定める権限。」

合衆国の建国当時は、八進法のスペイン銀貨⁽¹⁾が標準的に使用されており、その他にイギリスのポンド紙幣、シリング銀貨、ペニー銅貨⁽²⁾が使用されていた。

一七八四年、大陸会議の最高財務責任者であったモリス (Robert Morris) は、ジェファースンやフランクリン、ハミルトンと貨幣制度について相談した結果一〇進法の貨幣制度導入が提起され、翌一七八五年の会議により合

衆国の貨幣単位は一ドルであり、ドルは一〇進法に基づいて分割されるという決議が行われた。翌一七八六年には、一ドルの一〇〇分の一がセントと名づけられた。

一七八七年に合衆国憲法が成立し、合衆国が正式に誕生すると、連邦議会は一七九二年硬貨法 (Coinage Act of 1792) を制定し、これにより、合衆国は正式に一〇進法の貨幣制度を採用した。同法の成立に伴い、一七九二年四月二日に国務省の内部組織として、造幣局 (United States Mint) が誕生した。合衆国のもっとも初期の政府機関である。造幣局の本部であるフィラデルフィア造幣局の建物は、合衆国憲法の下において最初に建設された連邦の建物でもあった。造幣局は一七九九年にいったん独立機関となり、その後一八七三年硬貨法により財務省の下部組織となった。

問題は、上記憲法条項が、「貨幣を鑄造する (coin money)」と述べている点にある。鑄造するという言葉が該当するのは硬貨であって、紙幣では無い。そこで、国が紙幣を発行するのは憲法違反では無いかという疑問が生じる。

合衆国憲法一条一〇節一項の規定も、この疑問を裏付

ける。同項は次のように規定しているのである。

「州は、条約を締結し、同盟もしくは連合を形成し、船舶捕獲免許状を付与し、^①貨幣を鑄造し、^②信用証券を発行し、^③金貨および銀貨以外のものを債務弁済の法定手段とし、私権剥奪法、事後法もしくはは契約上の債権債務関係を害する法律を制定し、または貴族の称号を授与してはならない。」

この傍線部①は一条八節五項と同一の「貨幣の鑄造 (coin money)」という表現である。そして、下線部③では州が「金貨及び銀貨以外のものを債務弁済の法定手段とする (make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts)」¹⁾ことを禁じると表現して、やはり硬貨だけを政府は使用できるように読める。同項は直接には州を名宛て人に行っているが、同時に連邦の権限も制約していると考えられる。このように、連邦と州を共に拘束する規定を、同時権限 (Concurrent powers) という。

このように、合衆国憲法が、紙幣を敵視したのには理由があった。すなわち、連合規約下の議会が非兌換紙幣を発行し、大きな問題を起こした前例があるためである。

一七七五年に独立戦争が開始された以降、戦費を賄うために連合議会が発行した「コンチネンタル (Continental currency)」と呼ばれた紙幣がそれである。発行総額は最終的には二億四、一五五万二、七八〇ドルに達した。この通貨は戦争中、価値の下落が激しく、最終的には通貨としては流通しなくなってしまった。その反省が法定通貨を硬貨に限定する硬貨条項を合衆国憲法に作らせたと考えられることができる。なお、第一合衆国銀行の主要な任務の一つは、このコンチネンタル問題を解決することであった。

二つの傍線部の中間にある傍線部②「信用証券の発行 (emit bills of credit)」²⁾という言葉も注目に値する。信用証券とは、政府によって発行され、貨幣として流通するように設計されている銀行券類の書類をいう。北米の英国植民地では、金融危機に対処するために信用証券を発行し、繰り返しインフレを引き起こしたのである。憲法の起草者は、その事に鑑み、紙幣の発行を制限するばかりでなく、同様の機能を持つ信用証券の発行も、明示的に禁止したと考えられる。なお、建国前の信用証券は、民間債務のために法定通貨とみなされていなかった

が、政府に対する税金等の債務の支払いには使用できた。こうした憲法状況があったため、米国では、建国当初から、紙幣は、政府では無く、民間銀行が発行していた。第一及び第二合衆国銀行もマカラック事件に明らかとなり紙幣の発行を行っていたが、合衆国銀行の法形式は、連邦政府が認可した民間銀行であった。

しかし、銀行の設置は、国ではなく、州が認可すべきだという意見が強かった。これが、二つの中央銀行に対する反対理由の一つであった。

では、州の銀行に対する認可は、どのような状況にあったのだろうか。

「州の認可は、最初は個々の申請に対して、特別法で与えられていたが、一八三八年のニューヨーク自由銀行法を皮切りに、一般法の下で認可されることになった。すなわち、誰でも一定の条件を満たせば銀行を開けることになったのである。こうして一八三〇年代中葉に五〇〇〇行であった州法銀行は、一八四〇年には九〇〇〇行に、一八六〇年には一、五〇〇〇行と増加したのである。」¹³

この引用で、州法銀行と訳されているのは正確には州

認可銀行 (state chartered bank) の意味である。これらの銀行は、政府の発行した硬貨を準備した上で、それを引き当てに、自らの銀行名で紙幣を発行した。つまり兌換券である。兌換券であるが故に、債務の支払いのために州認可銀行が発行した紙幣を使うことは、合衆国憲法一条一〇節一項の「法定通貨 (legal tender)」の要件を満たすことになる。

こうして、南北戦争までの間、紙幣は一貫して民間銀行によって発行されていた。

南北戦争が始まり、戦費が不足したことから、一八六一年七月及び八月、そして一八六二年二月に、合計六、〇〇〇万ドルの合衆国紙幣が発行され、要求があればそれで支払うことを認める法律が制定された。¹⁴ ついで、一八六二年二月二五日、米国議会は「法定通貨法 (Legal Tender Act)」を成立させた。¹⁵ 同法は合衆国政府に一億五、〇〇〇万ドルを限度として、非兌換紙幣の発行を認め、硬貨に換えてこの紙幣を合衆国内における債務の支払いに使用することを承認するものだった。すなわち、先に言及した植民地時代の信用証券と違い、民間における債務の支払いにも、この合衆国紙幣を使用でき



るとした点に同法の特徴がある。この合衆国紙幣は、裏が緑色だったことから、グリーンバック (greenback) と呼ばれた。このグリーンバックの発行を担当したのは財務省であり、これらの

幣については法定通貨とはされなかった。しかし、これについては、連邦財務省において硬貨との兌換に応じたから、実際には法定通貨だったことになる。これは南北戦争後の南部再建を支える資金となった。

(二) 国立銀行法

南北戦争中の一八六三年二月、連邦議会は一八六三年国立銀行法¹⁷⁾を制定している。この法律は、国家通貨法 (National Currency Act) の通称で知られている。この法律は、州認可銀行によって紙幣が乱発されて経済が混乱している状況を解消する手段として、国全体に通用する単一の通貨を作り出すことを主たる目的としていた。この法律は中央銀行を設立し、その価値は合衆国財務省が支え、紙幣は合衆国自身が印刷する予定であった。銀行が発行可能な紙幣量は、銀行が準備している硬貨量に依って定まり、それは財務省に設置される通貨監督官 (Comptroller of the Currency) によって監視されることとなっていた。さらに、通貨の統制手段として、同法は、州や地方銀行の発行する紙幣に課税することを予定しており、最終的には連邦通貨以外のものは流通しない

法律を制定させる中心的役割を果たした人物は、当時財務長官を務めていたチェイスであった。そのため、グリーンバックの表面に掲げられている肖像は、責任者であるチェイスであった。また、裏面の中央上部に明確に「LEGAL TENDER」の文字がある。なお、南部連合の方

は、戦争開始以来、非兌換紙幣の発行を行っていた。翌一八六三年三月にも、政府に五億ドルの紙幣の発行を認める法律が制定された¹⁶⁾が、この法律で発行される紙

ようにすることを目指していた。

同法に基づき、国立銀行協会 (national banking associations) により二億ドルの紙幣が発行された。この紙幣も合衆国紙幣と同様の効力を持つとされ、上述のようにその信用確保手段が講じられたが、法定通貨とは宣言されなかった。

しかし、ちょうど一年後に一八六四年国立銀行法¹⁸が制定され、それに代わられている。新しい法律によれば、連邦による紙幣の印刷は行わない。それに代わって新法は、連邦政府の認可銀行 (これを国立銀行 national bank と呼ぶ) 制度を設立した。州認可銀行の認可条件が正貨の準備額が一万ドル以上であったのに対し、国立銀行は五万ドルないし二〇万ドルを要求したので、銀行の健全性ははるかに向上した。新法下に、一、五〇〇以上の州認可銀行が国立銀行に転換した。

一八六六年七月に、同法はまた改正された。新法では、州認可銀行の発行する紙幣には一〇%の税金が一八六六年八月以降課せられることになった。¹⁹ かつて第二合衆国銀行をつぶすためにメリーランド州が採用したのと同じ手段を、今度は連邦が採用したのである。²⁰ これにより、

州認可銀行の紙幣は事実上流通から姿を消すことになった。²¹

(三) 事件の背景

一八六〇年六月二〇日ヘップバーン夫人 (判決文には a certain Mrs. Hepburn とあり、名は明らかでは無い) は 그리스ウォルド (Henry Griswold) に対し、一八六二年二月二〇日に一一、二五〇ドルを支払う旨の約束手形を振り出した。

しかし、手形の期日が到来した時点においては、債務の支払いに正式に使用できる法定通貨を所持していなかったため、支払いができなかった。

手形期日の五日後に、議会が前述の法定通貨法を制定した。同法は、同法に基づき発行される紙幣は、合衆国の課する租税等支払いに使用できるだけで無く、民間における債務の支払いにも使用できる法定通貨であると定めていた。

そこで、ヘップバーン夫人は、満期後の利息も上乗せした一二、七二〇ドルを、このグリーンバック紙幣で支払おうとした。しかし、 그리스ウォルドはその受領を拒

絶した。そこでヘップバーン夫人はルイビル衡平法裁判所 (Louisville Chancery Court) に訴えた。裁判所は、疑わしき場合は議会の判断に賛成すべきである、として支払いを有効と宣言した。

そこで 그리스ウオルドはケンタッキー州高等裁判所に控訴したところ、裁判所は原審判決を覆し、再審理を命じた。これに対し、ヘップバーン夫人は連邦最高裁判所に上告した。

(四) 判決の内容

この事件でも、チェイスは自ら判決を言い渡した。

彼はまず通貨とは硬貨 (Coin) のことだと言う。すなわち、一八六二年の法定通貨法制定前における私人間の金銭の支払いを対象とする契約では、特に同意がない限り、硬貨による支払いを予定していると考えらるべきである。なぜなら、紙幣や約束手形は、所有者が望めば硬貨に直ちに兌換できるもので無い限り、何か異常な条件下でない限り流通するものではないことは広く知られている法則だからである。同様に広く知られている法則は、紙幣は大量に発行されるに連れて、その交換価値は額面

価格を下回るということである。法律で紙幣を法定通貨と定めたからと言って、この法則を変えることはできない。このことは合衆国における紙幣の歴史が端的に示している。

グリーンバック紙幣の場合、一八六二年三月に発行が開始されたが、一八六四年七月には紙幣二ドル八五セントが金貨一ドルとされるまでに下がったが、その後持ち直して判決時点では紙幣一ドル二〇セントが金貨一ドルと交換されるようになっていた。したがって、交換価値が最低の時点では、一、〇〇〇ドルの硬貨を受領する権利を有する者は、紙幣だと二、八五〇ドルを支払われ無い限り、損失を蒙ることになる。

このように考えると、同法施行前の私人間の契約にまで遡って、同法が適用されるとしているのは、合憲性に問題がある。以下、チェイスは過去の同種事件の最高裁判所判例の検討を行っている。

他方、チェイスは合衆国憲法六条二節の「この憲法、およびこれに準拠して制定される合衆国の法律、ならびに合衆国の権限にもとづいて締結された、または将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。」とい

う点を引用して、連邦議会の制定する法律は国の最高法規であるが、それはあくまでも憲法「に準拠して制定される」場合に限るのだとする。その上で、次の様に宣言する。

「事件が司法的判断を求めて提起され、判決が憲法と立法の規定にある矛盾の疑惑に依存する場合、その法律と憲法を比較することは、最高裁判所の明白な義務であり、公平な解釈の結果、前者と後者が調和できない場合には、立法よりも憲法に有効性を与えねばならない。」

この事件で問題になっているのは私権である。ここで、チェイスは合衆国憲法の二つの規定の解釈が問題になるという。第一は合衆国憲法一条八節一八項が定める連邦議会の「²²必要かつ適切なすべての法律を制定する権限」の解釈である。第二は、第一〇修正の定める「この憲法が合衆国に委任していない権限または州に対して禁止していない権限は、各々の州または国民に留保される。」の解釈である。つまり、前者からすれば、議会は黙示的権限を含む広範な立法権を有するし、後者からすれば議会の権限は限定的である。ここで、チェイスは、マカ

ラック対メリーランド州事件におけるマーシャルの判決を参照した上で、次の様に結論を下す。

「憲法中において明示的に授与されている『必要かつ適切なすべての法律を制定する権限』という言葉は、絶対的に必要では無いが、実際に適切であり、明白に合憲かつ正当な部門に適用され、それは禁止されているどころか、憲法の文言と精神に合致しているという法的文言と等価である。法律は実際に政府に信託された対象に効果を与えるように計算されているからである。」

グリーンバック紙幣の場合、その発行には戦争遂行の必要性が存在していた。合衆国紙幣を合憲とする説は、そこに憲法上の根拠を求めている。しかし、チェイスはその点に疑問を表明する。

「適切で、明白に妥当であり、憲法のと矛盾せず、また、その文言によって禁止されていない手段の中から、議会は無制限の選択を行う。しかし、いかなる権力も、そのような法が憲法の記述から導けない限り、立法権から黙示的に導くことで、それを実施する手段として法律を制定することはできな

い。」

ここでチェイスは、その時期に、グリーンバック以外にも合衆国紙幣が発行されており、また、国立銀行協会からの紙幣発行もあつたが、それらはいずれも法定通貨とは宣言されなかつたことを指摘する。それらの事実は、紙幣を法定通貨としなくとも、紙幣発行は可能であつたことを示していると論じる。

「紙幣や信用証券を製造し、既存の債務の支払いのための法定通貨とすることは、決して適切かつ明白な適用では無く、あるいは議会に帰属するすべての明示的な権力を実施すべく計算されたものでは無く、憲法の精神と矛盾しており、憲法で禁止されている。」

こうして最終的な結論が導かれることになる。

「一八六二年及び一八六三年の法律の、合衆国紙幣を公的・私的を問わず、あらゆる債務の支払いに使用できる法定通貨とする規定は、本法の施行以前に契約された債務に適用される限度において、憲法に違反している。」

（五） その影響

この判決以降、米国は一貫して兌換紙幣制度をとり続ける。それが終わりを告げたのは、ニクソン・ショックの時である。すなわち、ニクソン大統領（当時）は、一九七一年八月一五日に合衆国政府が、それまでの固定比率によるドル紙幣と金の兌換を停止すると発表した。これは、ドルと金の固定に依存していた当時の世界経済の枠組み（ブレトンウッズ体制という）を終わらせるといふ劇的な事件であつた。

この判決の理論からすれば、ニクソン・ショックは違憲と言うことになる。連邦議会議員の中にもそのような主張する者がいるが、現在までの処、憲法訴訟は提起されてはいない。

四 ミリガン決定 (Ex parte Milligan)

チェイスは、決してマーシャルやトニーのような指導力のある長官では無かつたので、彼が少数意見に留まつた事件も数多い。以下、その様な判例を紹介したい。この事件では、五対四の僅差であるが、チェイスは少数意見となつた。

この決定を紹介する狙いは、リンカーンが戦争遂行の過程で個人の人権を無視した活動をしたのに対し、連邦最高裁判所がそれを阻止しようと努力したという点において、トリーニー長官のメリーマン決定と好一對をなすものであり、また、この決定はメリーマン決定と違って連邦政府に無視されなかったからである。

(一) 事件の背景

米墨戦争の頃、奴隷制支持者達の間で「黄金の輪騎士団 (Knights of the Golden Circle)」という名の秘密結社が作られていた。これは、メキシコなども奴隷制国家に脱皮させることを目指すものであったらしい。南北戦争期間中、北部に居住するこの騎士団の団員が、リンカーンの支配に対して反対するのは当然である。騎士団のリーダーの一人、ミリガン (Lambdin Purdy Milligan) は、オハイオ州ベルモント郡 (Belmont County) の住人で、弁護士であるが、公然と南部連合に対する戦争に対する反対運動を行っていた。

ミリガンは一八六四年一月五日に連邦軍の命令により身柄を拘束され、二四日に軍事法廷に引き出された。

ミリガンは、その前年八月くらいから丹毒という病気にかかり、同年八月くらいからは寝たきりになっていた。ミリガンを拘束するに当たっては何の令状もなければ証拠も示されなかった。そして朝四時に彼を自宅で拘束するに当たり、彼は、抵抗すれば射殺するといわれ、また、自らの無罪を証明する義務があるといわれた。

ミリガンの罪状は、連邦政府に対する陰謀、連邦政府の反逆者への協力、反乱の扇動、不忠実な活動、戦争法の違反というものであり、特に他四名の者と共謀して連邦の武器を盗み、南軍捕虜に渡す事を計画していた、というものであった。彼らは一二月一〇日に有罪判決を受け、絞首刑を宣告された。

宣告後、彼の足は動かない状態であるにも拘わらず、杖も無しで監獄まで歩くことを強いられた。彼が投獄された監獄は屠殺場のそばにある不潔な施設で、彼の足は完全に麻痺し、獄中で彼は発熱した。しかし、連邦は彼を冬の冷たい隙間風の吹き抜ける監房に閉じ込め、食事は不潔な床に投げ与えられた。

南北戦争終了後、死刑執行の二日前に、彼はアンドリュー・ジョンソン大統領により終身刑に減刑された。

一八六六年四月三日、ミリガンの弁護団（その構成員には、後に第二〇代大統領となったガーフィールド (James A. Garfield) や後にインディアナ州知事となったポーター (Albert G. Porter) などを含む）は、連邦最高裁判所に人身保護令状の発行を求めた。

(二) 決定の内容

法廷意見はディヴィス (David Davis) 判事が書いている。

トニー判事のメリーマン決定と異なり、この決定は、リンカーンの人身保護令状の停止は合憲とする。

人身保護令状の停止を合憲としたのは、時期的問題がある。すなわち、リンカーンが人身保護令状の停止命令を出したのは、一八六二年九月二四日である。議会はこれを約六ヶ月遅れて一八六三年三月三日に人身保護令状停止法 (Habeas Corpus Suspension Act) を制定して追認した。メリーマン事件は、この議会の追認以前を問題としていたのに対し、ミリガンの拘留はこの時点以降だったのである。

しかし、と法廷意見は言う。

「兵役に服しておらず、また通常裁判所が開廷し、円滑に機能している地域に居住する市民は、人身保護令状の特権が中断されている場合でも、通常裁判所以外の裁判所により有罪判決を受けたり刑を宣告されたりすることはできない。」

すなわち戦場から離れた地域において、民間人を軍法に基づき軍事法廷で裁判するのは、憲法の保障する裁判を受ける権利を侵害し、違憲であるという。この点が法定意見と少数意見の相違点である。

(三) その後

ミリガンは、彼の拘留を命じた司令官を相手取って五〇万ドルの損害賠償訴訟を提起した。ミリガンは勝訴したが、判決が認めた損害賠償金はわずか五ドルだった。この訴訟では、被告の弁護人に後に二三代大統領となるハリソン (Benjamin Harrison) がなった。

五 屠殺場事件

この Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36 (1873) は、第一四修正そのものの憲法判断を行ったものとして有名

である。この判決は、ルイジアナ州最大の都市であるニューオーリンズ市における屠殺場設置規制の合憲性を論点とした三件の同種事件を一括して審理判決したものであるため、通常の訴訟のように訴訟の両当事者名では無く、単に屠殺場事件と呼ばれている。⁽²⁴⁾この事件でも、チェイスは少数意見に留まった。

(一) 事件の背景

ニューオーリンズは、メキシコ湾にそぐミシシッピ河の河口からは一六九kmほどをさかのぼった、ミシシッピ河が作り出したデルタ地帯に位置している。ミシシッピ河を基準にすれば、それほど上流であるにもかかわらず、地図を見れば明らかかとおり、ニューオーリンズは事実上メキシコ湾岸に位置しており、市域は海拔マイナス二メートルプラス六メートルという低地に展開されている。市の南部はミシシッピ川に、そして北部はポンチャートレーン湖 (Lake Pontchartrain) と接しているという幅の狭い地域である。蛇行するミシシッピ川に沿う地形から「クレセントシティ (三日月の街)」との愛称がある。このように海岸沿いの低地にあるため、市創設以来、水害

南北戦争後の憲法秩序 (甲斐)



に悩まされ続けており、一インチ (約二・五cm) 以上の降水量があれば、何時でも容易に水害が発生するといわれる。二〇〇五年のカトリーナ台風 (Hurricane Katrina) で甚大な被害を受けたのはそのためである。

一九世紀半ばのニューオーリンズは、屠殺業者の存在に悩まされた。市からミシシッピ河を一・五マイル遡った所に、約一、〇〇〇の屠殺業者がおり、年間三〇万頭

以上の家畜を屠殺していた。業者は、動物の内臓、血液、糞、尿等を処理せずに放棄していた。この地域をニューオーリンズの水道用水路は通過していたので、動物の糞尿等

一三九 (一三九)

は、当然ニューオーリンズの飲料水に混入していた。その結果、一八三二年〜一八六九年の間に、ニューオーリンズの街では一回もコレラが流行したという。

その対策として、ニューオーリンズ大陪審は屠殺場を南（つまり、市から見てミシシッピ河の下流）に移転することを勧告したが、屠殺場の多くは、当時のニューオーリンズ市の範囲外に所在していたため、大陪審の勧告は事実上無視された。

そこで、市は、州議会に屠殺場問題の改善を訴えた。その結果、一八六九年、ルイジアナ州議会は、「ニューオーリンズ市の健康を守るため、家畜陸揚げ場及び屠殺場の設置並びにクレセントシティ家畜陸揚げ及び屠殺場会社の設立に関する法律」²⁵を可決した。この法律は、屠殺場を担当する企業を設立し、そこで一元的に衛生的に屠殺を行わせるというものであった。この当時、すでにニューヨーク、サンフランシスコ、ボストン、ミルウォーキー及びフィラデルフィアでは、すべての屠殺業者を一箇所に集中させ、衛生管理を徹底することにより、家畜の糞尿によって水道水が汚染されることを防ぐようになっており、この法律はそれに倣ったものである。

同法は、クレセントシティ家畜陸揚げ及び屠殺場会社（以下「クレセントシティ社」という）に二五年間の期間で、屠殺場事業を行う唯一かつ排他的な特許を与え、先に大陪審が勧告したように市の南部のミシシッピ川の対岸に屠殺場を設置させることとしている。クレセントシティ社は、それ自体としては屠殺業は行わず、屠殺業者に適切な料金で、屠殺を行うためのスペースを提供する会社である。同法はすべての家畜は同社の陸揚げ場で陸揚げしなければならず、かつその陸揚げした家畜は、その屠殺場で屠殺されなければならないと定めた。その違反に対しては罰則がある。また蒸気船会社の最大の費用と各家畜の陸揚げ費用は固定的に料金が定められている。既存の屠殺場はすべて強制的に閉鎖され、屠殺業者はクレセントシティ社の屠殺場の利用を強制されることになる。

同時に、同法は、クレセントシティ社に対し、いかなる屠殺業者にもスペースの提供をする義務を課し、違反した場合には厳しい罰則を定めて、同社が特定の業者だけを優遇することを禁止した。また、同社の敷地内にあるすべての家畜は、州知事によって任命された官吏に

よって検査される。⁽²⁶⁾

同法のこのような内容は、わが国の現行「と畜場法（昭和二八年法律一一四号）」と基本的には同一である。このような制度によらない限り、屠殺場の存在による環境汚染を防止し、食肉の衛生を確保することはできない。

しかし、逆から言うると、それまで周辺環境を守るための費用を負担せず、動物の糞尿を垂れ流しにしてきた既存の屠殺業者からすれば、莫大な利潤を失うことを意味する。そこで、彼らはクレセントシティ社の独占を阻むために数多くの訴えを提起した。

しかし、下級裁判所では、すべての訴えでクレセントシティ社側が勝訴した。連邦最高裁判所に六件が上告された。

彼らの弁護士キャンベル (John A. Campbell) は、元連邦最高裁判所判事であったが、南部への忠誠から、辞職して弁護士となっていた人物である。彼は、第一四修正の成立に反対していたが、それが成立したこの時点において、第一四修正が、屠殺業者の既得権擁護の武器として使えるのでは無いかと考えついた。すなわち、その第一項は、狙いは南部の解放奴隷の自由を守ることにあ

るのは明らかであるが、文言としては解放奴隷に限定せず、一般的に「いかなる州も、合衆国市民の特権または免除を制約する法律を制定し、または実施してはならない。」となっているから、いかなる人種の屠殺業者であれ、その「労働を通じて自らの生活を維持する (sustain their lives through labor)」権利というものは、第一四修正一項で保障されている「特権または免除 (privileges or immunities)」に該当すると論じたのである。

最高裁判所は、上告された六件のうち、類似性の高い三件について一括審理を行った。

(二) 判決の内容

上告されたのは一八七〇年であったが、連邦最高裁判所判決は一八七三年四月一日に下った。この審理期間の長さだが、この判決の特殊性を示している。この事件の評決は五対四の僅差であった。多数意見を代表してミラー (Samuel Freeman Miller) 判事が判決を言い渡した。

実を言うと、上記のように、屠殺業者が公衆の犠牲の下に既得権益を守ろうとしている事件なので、結論とし

て訴えを退けるべきだという点については判事の間で争いは無かった。論述の順序は前後するが、その点に關し、判決は次の様に述べている。

「本法は、単に独占を形成し忌むべき排他的な特権を、ニューオーリンズ社会の大半を構成する人びとの負担で、少数の人びとに与えるばかりで無く、市民に大きな功績ある階級、すなわち街の肉屋のすべてが、その營業を遂行する権利を、彼らが訓練されてきた事業を、彼ら自身とその家族を支えるための事業を奪うものであり、そして肉屋事業が制限無く行使されることが街の人びとの日常生活に必要であると主張している。

しかし、嚴格に同法を検討した結果、これらの主張はほとんど正当化されない。」

その理由は、簡単に言えば、屠殺場の設置は州のポリス・パワー (Police power)²⁷⁾ に属し、連邦裁判所の管轄に属する問題では無い、というに尽きる。

判決が下されるのに長期を要した原因は、キャンベルの、第一四修正は黒人の権利擁護以外にも使用できるという主張をどう取り扱うかにあった。すなわち、連邦最

高裁判所の条文解釈の義務に關して、判事の間で激論になった。判決の冒頭近くに、その間の事情が忌憚なく書かれている。

「我々は、この義務が我々に課した大きな責任を隠蔽しない。結論に到達し、波及させる上で、これほどまでに、この国の人々に極めて興味深く、そして合衆国との関係、州の相互関係、州の市民に対する関係、そして市民と合衆国の関係の方向付けに重要である問題は、現在のメンバーの公的生活の間に、この法廷にある事は無いだろう。我々は法廷で本格的審理のためにあらゆる機会を与えた。我々はそれを自由に議論し、相互に見解を交換した。我々は慎重な審議のために十分な時間をとった。今、我々はこれらの条文の構成に關して形成された判断を、我々の前に存在する事件の判決に必要な限度においてのみ発表するのであって、その限度を超える意図も無く、権利も無い。」²⁸⁾

このように非常に持つて回った前書きの後に、衝撃の見解が次々と表明される。

「次の所見は、本事例における弁護人の見解より

も重要である。すなわち、合衆国の市民権と州の市民権の間の区別が明確に認識され、確立されている。

人は州の市民にならずに合衆国の市民であることではないが、しかし、重要な要素は、前者を後者に移行させる必要があるかであろう。人は州市民となるためには、彼を市民とする州内に居住する必要があるが、しかし、合衆国市民となるのに必要なことは、彼が合衆国で生まれるか、合衆国に帰化しなければいけないということだけなのである。

したがって、合衆国市民権と、そして州市民権が存在しており、それらは互いに異なっているが、その違いは個々人の特性や状況に依存していることは、極めて明らかである。」

その上で、裁判所は、憲法第一四修正の「特権または免除」条項は、「合衆国市民の特権または免除 (privileges or immunities of citizens of the United States)」と定めてくるから、合衆国市民の権利にのみ影響を与え、州の市民権には関わりが無いと判示した。したがって、肉屋の第一四修正の権利が侵害されたというキャンベルの主張は退けた。しかし、それで議論が終

わったのではなかった。それで終えたのでは、キャンベルの提起した、第一四修正は黒人保護以外にも使用できるといふ論点に対する答えが出て来ない。そこで、強引に次の様に論じる。

「控訴審において控訴人は、ただ合衆国市民の特権及び免除についてのみ主張し、州市民の同種のものについては述べていないが、我々は、この修正条項の同じ項の次の文が示しているこの区別及び明白な認識は、この議論において大いなる重要性を持つと考える。しかしながら、原告の有利に考えると、議論は、この条項で保障されている市民権は同一であり、特権と免除も同一と主張していると全面的に仮定する。」

すなわち、「特権または免除」条項に次にある適正手続条項、すなわち「いかなる州も、法の適正な過程によらずに、何人からもその生命、自由または財産を奪ってはならない。」という文に彼らは注目したのである。

当時、裁判所では、適正手続については、実体的 (substantive) なものではなく手続きの (procedural) なものと捉えていた。唯一の例外は、ドレッド・スコツ

ト判決でトニーが、第五修正の適正手続条項の解釈で示したものであった。²⁹ 第一四修正でも、トニーが述べたのと同じように、実体的な解釈は可能だろうか。これが冒頭に述べられた激論の正体である。

多数意見は、それを肯定的に捉えた。この結論を打ち出したことにより、その議論は、判決の結論にはまったく影響を与えなかったにも拘わらず、この判決は、重要な先例となったのである。それに対して反対意見は、それを否定的に捉えたという差である。

判事達の意見が鋭く対立したことは、判決に書かれている意見に見事にしめされている。すなわち、多数意見はミラー判事が書き、これにクリフォード (Nathan Clifford)、ストロング (William Strong)、ハント (Ward Hunt) 及びデイヴィス (David Davis) の各判事が賛同した。

反対意見はフィールド (Stephen J. Field) 判事が書き、チェイス、スウェイン (Noah H. Swaine)、ブラッドリー (Joseph P. Bradley) が賛同した。このうち、ブラッドリーとスウェインは、この反対意見にさらに補足意見を書いている。

(三) その後

この判決によつて導入された、実体的デュー・プロセス論は、この後の最高裁判所の判決を、今日に至るまで支配することになる。さらに、この第一四修正を媒介として、本来連邦だけを名宛人に行っている第一修正に始まる権利章典を、州を名宛人としても読むという技法を導入することで、連邦憲法裁判所における人権保障の範囲を格段に拡大する道を開いた。その意味では、合衆国判例史上、最も重要な判例といえることができる。

「おわりに」

リンカーンは、米国で最も偉大な大統領、少なくともその一人と言われることが多い。しかし、憲法という視点から見た場合、むしろ最悪の大統領というのが妥当であろう。

この当時はまだ、総力戦 (Total War) という学術用語は誕生していなかったが、南北戦争は明らかに世界で最初の総力戦だった。最終的な動員兵力は北軍が一五六万人、南軍が九〇万人に達した。特に南軍の場合、それは南部の成人男子のほとんどすべてが動員されたことを

意味している。その戦いの結果、両軍合わせて六二万人もの死者を出し、これはアメリカがこれ以降、今日まで体験している戦役史上、最悪の死者数である。

米國憲法によれば、宣戦布告は議会の権限である（合衆國憲法一条八節一項）。しかし、リンカーンは、これは戦争ではなく、内乱であるとして、議会に諮ることなく軍を動員し、戦闘を行わせた。他方において、メリーマン決定やミリガン決定に見られるように、戦時下でもなければ認められる訳のない、法律に基づくことなき人権の侵害を平然と行つた。その頂点に位置するのが本稿冒頭に言及した奴隷解放宣言である。

議会は、リンカーンの行つたこうした既存の憲法秩序の破壊行為を收拾するため、可能であれば立法で対応した。しかし、リンカーンの憲法秩序の破壊は極めて深刻なものであつたため、それでは対応しきれず、第一三修正に始まる一連の憲法改正を必要とした。それらの修正条項は、決して年月を掛けて慎重に検討された文言ではなかつたために、屠殺場事件に見られるような、起草者のまったく予見しなかつた新しい憲法秩序までも生み出してしまつたのである。

チェイスは、リンカーンの良き支持者として、財務長官としては違憲の立法を敢えて行い、他方、連邦最高裁判所長官としては、その違憲性を明確に宣言するという勇氣を見せたという点において、良き法曹であつたと言えよう。同時に、屠殺場事件に見られるような、起草者の予想しない憲法解釈に反対する点に、良き政治家としての面も見せている。

チェイスは屠殺場判決から間もない一八七三年五月七日に、ニューヨークで現職のまま死亡した。

(1) 同法の正式名称は、*“An Act to protect all Persons in the United in their Civil Rights, and furnish the Means of their Vindication”* と云ふ。

(2) 「ほとんど」という語を付したのは、例外が存在することが当然に予定されていたからである。合衆国内で生まれたにも拘わらず、例外として市民権が与えられなかつたのは、米國原住民である。本修正が連邦議会において議論されている段階において、すでにこの文言に原住民は含まないことは予定されていた。なぜなら彼らはその種族の規範を維持しているが故に、外国大公使の子弟と同様に外国人だからである。

このことは、*Elk v. Wilkins*, 112 U.S. 94 (1884) 事件

において、問題となった。原住民であるエルク (John Eric) は、あるインディアン居留地 (Indian reservation) で生まれたが、後にネブラスカ州の、居留地では無い地域に移住した。そのエルクが、一八八〇年に行われた選挙で選挙人登録をしようとして拒否されたという事件である。連邦最高裁判所は七対二で、インディアン種族は合衆国内に居住しようとも、厳密に言えば外国であり、明確に異なる政治社会であるので、彼らは出生に伴う市民権を有しないとされた。

原住民が連邦議会から合衆国市民権を与えられたのは、ずっと遅れて、一九二四年インディアン市民権法 (Indian Citizenship Act of 1924) によつてである。

なお、それ以外の外国人の場合には、米国で出生すれば、市民権が与えられる。このことは、連邦最高裁判決によりほぼ確立した。この事件は、米国内で出生した中国人の市民権が争われたものであった。

(3) 連邦レベルでは、男女平等修正 (ERA=Equal Rights Amendment) は、一九一三年に起草され、一九七二年に連邦議会でも可決されたが、一九八二年までに成立に必要な全州の四分の三(五〇州のうち三八州)の州議会の批准を得られず、不成立となった。これに対し、州レベルの憲法では、過半数の州が男女平等条項を持っている。

(4) 合衆国憲法二条四節は次の様に定めている。

「大統領、副大統領および合衆国のすべての文官は、反逆罪、収賄罪その他の重大な罪または軽罪につき弾劾の訴追を受け、有罪の判決を受けたときは、その職を解かれる。」

(5) 弾劾を訴追する権限は、一条二節五項の次の規定により下院に属する。

「下院は、議長その他の役員を選任する。弾劾の訴追権限は下院に専属する。」

(6) 弾劾裁判所の設置は、上院の権限である。すなわち一条三節六項は次の様に定める。

「すべての弾劾を裁判する権限は、上院に専属する。この目的のために集会するときには、議員は、宣誓または宣誓に代る確約をしなければならない。合衆国大統領が弾劾裁判を受ける場合には、最高裁判所長官が裁判長となる。何人も、出席議員の三分の二の同意がなければ、有罪の判決を受けることはない。」

これにより、連邦最高裁判所長官が、弾劾裁判における裁判長になるのである。なお、「宣誓に代る確約」とは、宗教上の理由などから宣誓できない場合に、これに代えて行う宣誓同様の陳述を意味する。

(7) 本文に示したのは、通常使用されている略称で、このままでは意味がよく判らないが、正式な訴えの名称は次のようになる。

The State of Texas, Compt., v. George W. White, John

Chiles, John A. Hardenburg, Samuel Wolf, George W. Stewart, the Branch of the Commercial Bank of Kentucky, Weston F. Birch, Byron Murray, Jr., and Shaw すなわち、訴えを提起したのはテキサス州暫定政府であり、訴えの対象になったのは、問題となったテキサス州の保有していた合衆国債券を保有しているすべてのものであるため、このように長い。

(8) 南部再建法は、単一の法律では無く、南部再建を目的とする四つの一連の法律の総称である。成立日別に個別にあげると次のとおりである。

- ① 一八六七年三月二日 An act to provide for the more efficient Government of the Rebel States (39th Congress, Sess. 2, ch. 153, 14 Stat. 428)
- ② 一八六七年三月二二日 An Act supplementary to an Act entitled "An Act to provide for the more efficient Government of the Rebel States," passed March second, eighteen hundred and sixty-seven, and to facilitate Restoration (40th Congress, Session 1, chapter 5, 15 Stat. 2)
- ③ 一八六七年七月一九日 An Act supplementary to an Act entitled "An Act to provide for the more efficient Government of the Rebel States," passed on the second day of March, eighteen hundred and sixty-seven, and the Act supplementary thereto, passed on the twenty-

third day of March, eighteen hundred and sixty-seven (40th Congress, Session 1, Chapter 30, 15 Stat. 14)

- ④ 一八六八年三月一日 An Act supplementary to an act entitled "An act to provide for the more efficient government of the rebel states," passed March second, eighteen hundred and sixty-seven, and to facilitate restoration. (15 Stat. 25)

(9) Samuel Houston : 一七九三年—一八六三年 バージニア州で生まれ、テネシー州に移住する。一八二七年、テネシー州知事となる。その後、テキサスに移住し、テキサス総督となる。一八二六年サンジャシントの戦い (Battle of San Jacinto) で、ヒューストン率いる八〇〇名のテキサス軍は、サンタ・アナ率いる一六〇〇名のメキシコ軍を撃破し、テキサスの独立を勝ち取る。その後、初代および第三代テキサス共和国大統領を務め、テキサスが合衆国に加わった後は州選出上院議員となり、最後はテキサス州知事を務めた。しかし、テキサス州が合衆国を脱退すると、彼は南部連合への忠誠を拒否して知事を辞職し、ハンツビル (Huntsville Texas) に引退し、南北戦争中にそこで死去した。なお、テキサス州ヒューストン市は彼の名にちなんでいる。

(10) 合衆国憲法三条二節一文は次の様に規定している。「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、ならびに州が当事者であるすべての事件につ

いては、最高裁判所は、第一審管轄権を有する。」

- (11) スペイン銀貨…一六世紀以来数百年にわたり、ヨーロッパ中でターラー (Thaler) という銀貨が使われていた。Dollar は、この言葉の米国訛りの発音である。スペインは、メキシコで、当時の世界の産出量の大半を占めるほどの豊かな銀山を発見し、それを原料に大量の銀貨を製造した。額面はハレアルであるが、米国において一ドル銀貨として通用したことからスペインドルないしメキシコドルと呼ばれるようになった。これが、世界的に貿易決済手段に用いられた。すなわち、ヨーロッパ諸国ばかりでなく、中国など東アジア諸国にも大量に流入し流通し、当時の世界標準通貨となった。中国および日本ではメキシコを墨西哥と表記するため墨銀とも呼ばれ、外国から流入した洋銀の主流的位置を占めた。日本ではドルラル、ドロ銀などとも呼ばれた。今日ドルを示す略号として \$ が使用されるが、これはスペイン銀貨の頭文字に由来している。

- (12) 一九七一年に一ポンドが一〇〇ペンスとされたが、それまでは一ポンド＝二〇シリング、一シリング＝二ペンスという複雑な体系であった。

- (13) 岡田泰男『アメリカ経済史』慶應義塾大学出版会 二〇〇〇年刊 一一〇頁より引用

- (14) 12 Stat. at Large 259, 313, and 338.

- (15) 法定通貨法の正式名称は、次のとおりである。

An Act to authorize the Issue of United States Notes, and for the redemption or Funding thereof, and for Funding the Floating Debt of the United States.

- (16) 12 Stat. at Large 711

- (17) National Banking Act of 1863 = ch. 58, 12 Stat. 665; February 25, 1863

- (18) National Banking Act of 1864 = ch. 106, 13 Stat. 99; June 3, 1864

- (19) この法律には、前注のような略称が無く、次のものが正式名称である。

That every national banking association, State bank or State banking association shall pay a tax of ten per centum on the amount of notes of any person, State bank, or State banking association, used for circulation and paid out by them after the 1st day of August, 1866.

- (20) マカラック対メリーランド州事件の詳細は、拙稿『米國違憲立法審査権の確立—マーシャル第四代長官の時代—』第五節、日本法学七八卷三号一一二頁以下参照。以下、第二稿という。

- (21) この一〇%の課税が合憲か否かをめぐって争われたのが、Veazie Banks v. Fenno 75 U.S. 533 (1869) で、やはりチェイスが自ら多数意見を書いた重要判例である。しかし、内容的には、マカラック対メリーランド州事件と同様のものなので、本稿では紹介しない。

(22) この条項は、一般に「必要かつ適切条項 (Necessary and Proper Clause)」と呼ばれる。ハミルトンが合衆国銀行の設立に際して主張し、第二稿で紹介したマカラック対メリーランド州事件でマーシャルが認めて以来、連邦政府が合衆国憲法に書かれていない権限を、法律に基づいて行使する場合の定番の根拠規定である。

(23) メリーマン決定については、拙稿『米国奴隷制とドレッド・スコット事件―トニー第五代長官の時代―』第五節第三項、日本法学七八巻四号一一二頁以下参照。以下、第三稿という。

(24) 一括審理された三件は、次のものである。

① The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company

② Paul Esteben, L. Ruch, J. P. Rouede, W. Maylie, S. Firmberg, B. Beaubay, William Fagan, J. D. Broderick, N. Seibel, M. Lannes, J. Gitzinger, J. P. Aycock, D. Verges, The Live-Stock Dealers' and Butchers' Association of New Orleans, and Charles Cavaroc v. The State of Louisiana, ex rel. S. Belden, Attorney-General

③ The Butchers' Benevolent Association of New Orleans v. The Crescent City Live-Stock Landing and Slaughter-House Company

南北戦争後の憲法秩序 (甲斐)

(25) この法律の原名は次のとおりである。

An Act to Protect the Health of the City of New Orleans, to Locate the Stock Landings and Slaughter Houses, and to incorporate the Crescent City Livestock Landing and Slaughter-House Company

(26) 同法の条文は、屠殺場判決の冒頭に引用されている。

(27) ポリス・パワー…米国憲法でポリス・パワーとは、住民の一般的な福祉の向上、モラル、健康、安全のために、自州内での行動を規制し、秩序を強制する州の権限を意味する。合衆国憲法第一〇修正により、ポリス・パワーは連邦政府に委任されず、それぞれの州または人民に留保されている。すなわち、ポリス・パワーのすべてを州が行使できるのでは無く、いくつかは人民に留保されている。ポリス・パワーの行使は、法を制定し、あるいは物理的ないし強制や誘因等の形態を通じた法的サンクションを通じて、これらの法律に服従することを強制するという形で行われる。

ポリス・パワーの概念は、連邦裁判所により、連邦裁判所が州憲法の解釈権を持たないことを説明する論理として使用される。

連邦議会は憲法が認めた限定された権限を持っているに過ぎないので、連邦政府は州政府と違って一般的なポリス・パワーを有していない。ただし、連邦政府の財産と軍事に関しては例外であり、また一八八七年州際通商

一四九 (一四九)

法によって広範なポリス・パワーを付与された。

(28) 原文の頁を示すと、83 U.S. 36, 73-74 である。

(29) トーニーが、ドレッド・スコット事件で実体的
デュープロセス論を展開したという点については第三稿
参照

G H Q 憲法草案第八二条の皇室財政規定と「世襲財産」

山 田 亮 介

- 一 皇室の「世襲財産」と「私的財産」
- 二 世伝御料と普通御料の関係について
- 三 G H Q 憲法草案第八二条と世襲財産の意義
- 四 総括

一 皇室の「世襲財産」と「私的財産」

これまでの筆者の研究では、戦前は明治期から現在に至るまでの皇室財政制度の変遷や、それに伴う憲法および関係諸法令の問題点を考察してきた^①。本稿では日本国憲法制定経緯の中で「世襲財産」の文言がはじめて登場するG H Q 憲法草案（いわゆるマッカーサー草案）の成

立に着目し、当時のG H Q 内部では皇室財産の性格がどのように議論・理解されていたかについて言及する。

そもそも「世襲財産」という用語は、戦後の憲法・法律には存在しない。戦前においてもわずかに華族世襲財産法によって華族に世襲財産保有が認められていたのみで、皇室の世襲の財産は別に「世伝御料」という文言が用いられていた。しかし占領期、八八条の制定過程において日本とG H Q の間でなされた議論の中心的なテーマの一つは、憲法草案第八二条中に突如現れた「世襲財産」の文言に関する解釈問題であった。日本は何と כאשר「世襲財産」に収益性のある財産を含めて解釈しよう

としたのに対し、GHQは再び皇室に膨大な財産貯蓄がなされないようにするため、収益財産を含めないスタンスを固持していた。そこで今一度GHQ憲法草案ができあがる以前において、GHQ内における皇室財産、なかならず世襲の財産に対する認識を探ることに意義が生まれるのである。

またこのことは、現在においても意味がないわけではない。昭和天皇崩御に際して皇室財産に相続税が課税されたとき、非課税の財産（相続税法第一二条第一号の御由緒物）と、課税対象となる財産に仕分けがなされた。戦後長らく、この御由緒物の具体的範囲は明らかにされなかったが、皇室が従来所有してきた「御物」のすべてを「私的財産」とすれば課税額が莫大になるため、皇室所有の美術品約四六〇〇件は、国有財産約三二八〇件、御由緒物五八〇件、御物のまま相続されるもの約八〇〇件^②というように分類整理された。ところがこの分類作業によって明確な線引きの基準が設けられたわけではなく、非課税とされる世襲の御由緒物と課税される私的財産の差異は不明瞭のままである。事実、通説的見解は、皇室の世襲の財産も私的財産の一つであるとしている^③。皇室

財産の公私の問題や法的性格を今後引き続き研究するうえで一つの足がかりとするためにも、GHQ憲法草案起草過程における皇室財産および世襲財産に対するGHQ側の認識を明らかにすることを本稿のテーマに据えた。その際には、戦前の皇室財産たる「御料」もGHQ内で議論の対象となったので、次項においてまずは戦前の「世伝御料」と「普通御料」について概観しようと思う。

二 世伝御料と普通御料の関係について

戦前、国法は二元主義を採っていた。憲法を頂点とする国務法体系と、皇室典範を頂点とする皇室法体系である。明治時代になって、日本はいちはやく西欧の立憲君主制を導入し、整備する必要に迫られた。この要請は、皇室財政という分野においては、皇室固有の財産設定という形で現出した。明治九年元老院で「日本（帝国）国憲按（第一次案）」が起草されることになるが、その調査書類の中では、古来日本において国土はすべて天皇が有していたが、政府所有や民有の土地ができた今、皇室にも財産を設定する必要性ができた旨が記されている^④。同年、皇室財産設定に関する建議が内閣顧問の木戸孝允

によって出されてから本格的に皇室財産に関する論議が始まる。そして明治一七年一月には、大蔵大臣松方正義による建議が認められ、その翌年に日本銀行及び横浜正金銀行の株式が帝室御資に編入されたことで、ここに初めて皇室財産が設定されることになった。こうして皇室財産形成が先行する中、帝国憲法と旧皇室典範をはじめ皇室財産令（明治四三年皇室令第三三号）や皇室会計令（明治四五年皇室令第二号）、皇族遺言令（大正一〇年皇室令第一五号）といった皇室財政に関する法制度が順次確立されていった。⁵⁾ 旧皇室典範には、皇室財産について以下の二ヶ条が置かれている。

第八章 世伝御料

第四五条 土地物件ノ世伝御料ト定メタルモノハ分割譲与スルコトヲ得ス

第四六条 世伝御料ニ編入スル土地物件ハ枢密顧問ニ諮詢シ勅書ヲ以テ之ヲ定メ宮内大臣之ヲ公告ス

皇室財産（御料）には世伝御料と普通御料があり（皇室財産令第一条）、旧皇室典範には世伝御料のみが規定された。世伝御料の詳しい内容および普通御料に関しては、皇室財産令にその規定が置かれている（同令第四条

（第二〇条）。世伝御料というのは、皇室の財産の中でも特に皇位の継承と共に、将来に受け継がれていくもので、天皇であっても永久に分割・譲渡できない世襲の財産である（旧典範四五条）。世伝御料の特徴としては、他に以下の諸点が挙げられる。⁶⁾

（一）皇位継承に伴って所有権が移転する。よって、皇位継承者以外は享有することができない。⁷⁾

（二）国税その他、公の賦課を課税されない。⁷⁾

（三）非分割・非譲渡性に基づいて、世伝御料を目的物とした契約（処分行為）につき、善意の第三者の相手方に対しても契約は無効となる。

（四）善意・悪意を問わず、事実占有による取得時効（それに伴う所有権移転）も認められない。⁸⁾

（五）原則として一般私法や法律の適用を受けない。⁹⁾

（六）世伝御料は土地建物といった不動産のみである。¹⁰⁾

元来、世伝御料の趣旨は、皇室財政を議会の干渉の外に置くことで皇室の尊厳を保持し、その経済的基盤を強固にすると共に将来にわたって皇室の財産が散逸することを防ぐという点にある。二に挙げた御料の非課税についても、帝国憲法第三条の天皇の神聖不可侵性から

導かれる当然の結果であつたし、そもそも皇室法体系は国務法体系たる一般公法の適用外にあるということもその根拠の一つと言える。一方で、このような性格を有する世伝御料に対して、通常の財産を普通御料と言ひ、こちらの方は自由に分割譲渡することができるものとされた。その性格に関して世伝御料との比較でみる限りは、

普通御料を私的財産であると考えることもできるかもしれないが、それがただちに国民一般にいうところの私的財産と同義ではなかつたという理解のほうが正しいと思われる。普通御料については皇室財産令第一八条から第二〇条に規定が置かれている。世伝御料に関する規定に比べればその簡素さが目立つが、たとえばその管理については、「其ノ種類ニ従ヒ必要ナル帳簿又ハ目録ヲ設ケ之ニ其ノ現況価格及異動ヲ登録シ土地ニ付テハ図面及疆界簿ヲ添附スヘシ」(同令第一八条)とあるし、その際作成された帳簿や目録は「主管部局ニ於テ保管ス」べきものとされた(同令第一九条)。また同令第二〇条では「内廷ニ属スル財産ノ管理ニ関スル規程ハ宮内大臣勅裁ヲ経テ之ヲ定ム」と定められた。ここに言う「内廷ニ属スル財産」というのは、いわゆる皇室の私的な財産とい

う意味であろう。¹¹⁾これらの規定をみるかぎり、普通御料の管理や運用の実態は世伝御料に劣らず厳格であり、西欧王室の立憲君主制に見られる公私の区別が、皇室財産において明確になされていた¹²⁾とは言い難い。このような公私の不明確性に関連して有賀長雄は、次のように述べている。

——宮中の官吏は君主の一身に奉仕するものなれば、以つて国家の官吏と区別すべしとの理論を採用したりと雖も、本邦と泰西の立憲諸国と君主の権力遷転に於ける歴史を異にするが故に、泰西に於ける宮中府中の関係は直に以つて日本の朝廷に採用すべからず。：(中略)：更に精密に之を言へば、欧州の各立憲君主国は封建諸侯の家督国家 (Patrimonial State) より一転して立憲国家の組織に移りたるものなり。：(中略)：日本に於ては所謂家督国家の觀念は啓国¹³⁾以来に於ける天皇権力の法理と相容れず、「しらす」と「うしはく」の区別は上古に於て已に存し、：(中略)：大化改新に至りて此觀念は益々明確を加へ皇族私領の土地人民に至るまで悉く廢して国家の土地人民と為し、天皇は国家の公務として之を「しらせ」給へり。——¹³⁾

明治以来、宮中と府中を西欧に倣って法制度上においても現実においても区別しようとしてきたが、実はそれが困難であったこと、皇室の統治のあり方は家督国家（家産制国家）にその起源を持つ西欧王室とは歴史的に異なっていることを指摘している。他方、穂積八束の行つた皇室典範に関する講義の中には、世伝御料と普通御料についての説明がある。

——世伝御料というのは、皇室典範において定められた言葉であるが、古来には屯倉というものがあつて、これと趣意は同じものである。…（中略）…：外国においては、君主の財産と国家の財産とは分かれたものではなかつた。よつて、様々な政務にかかる費用は全て君主の私産が用いられていた。しかし、のちに国務が複雑多様化し始めると、費用も膨大になり、そこで君主の一家の財産と国庫とを分けるようになる。…（中略）…：さらに君主の一家の財産の中でも、君主一個人の私有の財産と王室に属するところの家産に分けられてくる。このことは我が皇室の沿革とは異なっているが、我が国における普通御料と世伝御料の区別に似ている。¹⁴

確かに日本は西欧の君主財政制度と同様に、皇室の公

私を財政面においても分けようとした。しかし西欧の王室と日本の皇室とはそもそも歴史的経緯が違ふ。西欧王室がもともと私事として私領を支配していたのに対し、国の統治を公事としてきたのが天皇なのである。¹⁵ところが、近代立憲君主制を採用した後も、天皇に「私なし」とする伝統的な皇室観が、西欧の公私をわける王室観と混在していた。このことは皇室財政において「皇室の経理は一般人民の一家の経理とは其の根本に於て全く其の精神を別にし、其の経理は私的なものではなく、公的なもの」¹⁶という考え方にも通ずる。我が国では、世伝御料と普通御料の別を問わず、皇室財産は公的性格の強いものとして捉えられていた。たとえば、戦前の宮内省秘書課長であつた酒卷芳男は、御料の性質の特殊性に着目した上で、その公的性格を理由に御料を一種の法人（御料財団）と考へていた¹⁷、美濃部達吉はこの当時の皇室財産について、「従来の国法は皇室が法人として自ら財産権の主体となることは之を認めて居ない」と述べている。¹⁸これらの考え方は、世伝御料のみならず普通御料も含めた御料の法的特殊性を表していると言えるだろう。明治二三年には、世伝御料として御料林が勅定され、¹⁹以後の

御料は、毎年国庫から定額支出される皇室経費や、地金銀、登録国債、公債、牧場地、鉱山、温泉地などからの収益もあつて、莫大な価額になつていった。

本章では戦前における皇室財政制度の中でも世伝御料および普通御料の性質を中心にみてきた。戦前の皇室財産がいわば公的性質を持つものとして広く考えられていたこと（公私の不明確性）、そのような財産に対して課税するという発想がなかったという点は、現在の皇室財産の性格を考える上でも重要な判断材料を提供するものである。これを踏まえて次章では、日本国憲法成立経緯の中でも、とりわけ一九四六年二月一三日に完成するGHQ草案成立までの議論に焦点を絞つて検討を加える。

三 GHQ憲法草案第八二条と世襲財産の意義

〈皇室財産処理―凍結と課税〉

一九四五年八月、太平洋戦争終結によつてポツダム宣言を受諾した日本は、連合国軍の占領体制下におかれたポツダム宣言中、占領後の日本管理の根本方針をあらわした箇所には、皇室財政についてはもちろん皇室につい

て何ら言及されていなかった。皇室財政の問題について占領軍の管理方針が最初に明確にされたのは、「降伏後における米国の初期の対日方針（SWNCC 150/4/A “U.S. Initial Post-Surrender Policy for Japan”）」²⁰においてである。これは、八月末に国務・陸軍・海軍三省調整委員会（SWNCC）によつて作成され、九月二二日に国務省より発表された。この文書は、第一部究極的目的、第二部連合国の権力、第三部政治、第四部経済の四部に分かれる。このうち第四部の経済では、日本の経済と財政に関する処理方針が示されているが、その最後の九項（Part V 9）に「皇室財産」の一項が設けられ、「皇室の財産は、占領の目的を達成するに必要な措置から免除されることはない」ものとされた。²⁰ この基本方針の提示に伴つてGHQは、昭和二〇年九月二二日付「金融取引の統制に関する件」と題する通達²¹において、皇室財産の現況に関する報告を日本に求めている。これによつて、昭和二〇年の皇室費収支や予算、そして昭和二〇年九月一日現在の皇室財政現況報告などが一〇月三〇日に宮内省より公表されることになる。ここで公表された皇室の財産総額は、美術品・宝石・金銀塊等及び

一般皇族の財産を除いた現金および有価証券、土地建物、木材だけで一五億九〇六一万五五〇〇円にのぼった。²²⁾

このような皇室財産についての評価・調査作業の後の一月一日、経済科学局（ESS）金融課長クレマー（Raymond C.Kramer）によって、「この命令が強調しようとするところのものは、金融・経済・財産の分野において、民間のカルテル（財閥）と皇室との間になんら区別を設けない」という内容を含む凍結指令勧告が日本政府に対してなされた。²³⁾そしてこれに基づいて一八日に「皇室財産凍結に関する覚書」が正式に公布された。²⁴⁾この覚書の内容は、①司令部の事前の許可のない皇室財産を含む一切の取引の無効措置を講じること、②一九四五年八月一日以降の取引について、皇室の通常経営に必要でないものの全部無効、③特別な取引（a）i項に列挙²⁵⁾に該当しない宮内各機関の通常活動の継続と支払いの許可、④一九四六年度本予算の司令部への提出およびその期限と、一九四五年会計年度に基づく今後の支出について本司令部からの許可の必要性、⑤本覚書以前の皇室財産に関する非公式の貸借表の審査・確認および不正確な点の訂正、⑥本覚書の内容を実行す

るためにとられた措置の司令部への報告義務、というものであった。経済科学局は、戦後比較的早い段階から、莫大な皇室財産に対して税を課すことによって戦時補償に充てるという政策目的を持っていたので、皇室財産の取引や譲渡の一切を制限するこの凍結措置はそのための準備であったと言える。²⁶⁾この後一月二四日付で、「戦時利得の除去及び国家財政の再編成に関する覚書（SCAPIN NO.337）」が発せられることになる。²⁷⁾ここでは、戦時利得税と財産税の創設について、および細かいところでは、公債、借入金、信用の授受、補助金の交付、租税の減免、その他の恩典の賦与、不動産、固定資産その他国有企業の払い下げ、に対する認可制と、財産税法の法案提出期限・制定手続きなどが命令されている。そして最後の部分において「皇室も右計画より除外せられざるべし」という一項目が置かれた。このことは、従来非課税とされてきた皇室財産に対して課税がなされるといふ重大な意味を持っていたのである。

〈GHQ草案第八二条における世襲財産除外規定〉
財産税の賦課という形で皇室財産処理の計画が進む一

方、新憲法制定作業も始まっていた。ところがGHQは、初期の日本政府から提示された憲法改正案を依然保守的な内容であるとして認めなかった。GHQ総司令官マッカーサー (Douglas MacArthur) は、民政局 (GS) 局長ホイットニー (Courtney Whitney) に一九四六年二月三日、憲法改正の柱とすべきいわゆるマッカーサー三原則 (第一の原則に、憲法に基づいた元首としての天皇とその世襲制に関する内容がある)²⁸⁾に則って日本政府を「指導 (guide)」するための憲法改正案を総司令部で作成することを示し、翌四日の会議で民政局員に伝えた。²⁹⁾約一週間という短期間の作業の後、二月一三日にGHQから改正憲法案が日本政府に提示されることになる。それが、いわゆるGHQ草案 (マッカーサー草案) である。GHQ草案では、皇室財産に関して次のように規定された。³⁰⁾

Article LXXXII

All property of the Imperial Household, other than the hereditary estates, shall belong to the nation. The income from all Imperial properties shall be paid into the national treasury, and allowances and expenses of

the Imperial Household, as defined by law, shall be appropriated by the diet in the annual budget.

GHQ草案第八十二条「世襲財産ヲ除クノ外皇室ノ一切ノ財産ハ国民ニ帰属スヘシ。一切ノ皇室財産ヨリ収入ハ国库ニ納入スヘシ。而シテ法律ノ規定スル皇室ノ手当及費用ハ国会ニ依リ年次予算ニ於テ支弁セラルヘシ。」

このGHQ草案の段階で憲法草案の皇室財産の条項に「世襲財産を除く (other than the hereditary estates)」という文言が初めて現れる。世襲財産以外のすべての皇室財産は国に帰属するという趣旨の規定であるが、この文言が挿入されたことによって、これ以降の日米の折衝において世襲財産の性質や範囲が盛んに議論されるようになった。³¹⁾なぜなら、世襲財産であれば国有化を免れるからである。日本政府は、この世襲財産の中に収益性のある財産をなんとか含めて考えようとした。これに対してGHQは、そのような財産を世襲財産に含めてしまうことで、将来再び皇室に莫大な財産貯蓄がなされてしまうことを防止するという態度で臨んだのである。ところが同年八月六日、GHQは従来の態度から一転して、世

襲財産の文言そのものを削除したホイットニー修正案を日本政府に提示した。³² ここでは以下のように規定されることになる。³³

ホイットニー修正案第八十四条「すべて皇室財産は国に属する。すべて皇室の費用は国会の議決を経なければならぬ。」

結局、世襲財産の文言が削除されたこの修正案が現行の日本国憲法第八八条の素地となった。新憲法の制定をめぐる議論の中、およそ半年の間で削除された世襲財産に関する規定だが、GHQ草案段階においては、どのような意義を持っていたのか。

〈GHQ草案起草過程と皇室財政規定〉

一九四五年一月二日からモスクワで行われた米英ソ三国外相会議において、従来の極東諮問委員会（F E A C）にとつてかわり、日本の占領管理に大きな権限を有する極東委員会（F E C）が設置されることが決まった。これによって、憲法問題を含むGHQの対日権限は、後に極東委員会の影響下に置かれることになる。³⁴ 翌一九四六年一月一七日には、GHQは極東委員会調査団

（後の極東委員会）と会合をおこなっている。この会合では、民政局は調査団に対して、自分たち民政局の、とりわけ行政課（Public Administration Branch）の概要（組織・役割・活動）を説明したあとで、日本の議会や政党の現状等について解説をしている。³⁵ その後の質疑応答では、憲法改正に話が及んだ。調査団のフィリップン代表トマス・コンフェッソル（Tomas Confessor）からは、「憲法改正についてあなた方（民政局）は検討しているか」という問いかけがあったが、これに対してケーディス（Charles L. Kades）行政部長は、それを否定した上で、日本の憲法改正を極東委員会の管轄権限内、つまり極東委員会の付託条項の範囲に存する事項である旨を確認している。また二日後の一月二十九日にはマッカーサー自身も調査団に対して、憲法改正問題につき日本政府へは示唆のみに留まっていると述べていた。³⁶ ところが二月一日、憲法問題調査委員会の試案が毎日新聞にスクープされると、事態は急転する。ホイットニーは、マッカーサーに宛てて、「最高司令官のためのメモ 憲法の改革について」と題する文書を送った。この中で強調されている点は、憲法改正について、極東委員会の政策決定が

ない限りは、日本の占領と管理に関する他の重要事項の場合と同様にマッカーサーがその権限を有するという内容であった。³⁷⁾ もともと日本の憲法改革について調査および準備をしてきたGHQにとつては、これが一つの契機となり、以後マッカーサー三原則の提示からGHQ草案の作成という形で、新憲法制定に大きく関与し始める。

ところで、民政局には、憲法起草のために運営委員会をはじめ、立法権、行政権、司法権、人権、地方行政、財政や天皇・授権規定に関する委員会の合計八つのグループが設置され、それぞれの分野ごとに草案の起草作業が進められた。³⁸⁾ 民政局内部の一連の作業内容については、エラマン (R. Ellerman) によって記録された会議の要録がある。小委員会ごとに議論して作成された第一次試案を運営委員会で検討した末に第二次試案ができあがり、³⁹⁾ そこには皇室財政について、次のような規定案が記されている。

Article The entire income of the Imperial Household shall be turned into the public treasury and the expenses of the Imperial Household shall be appropriated by the Diet in the annual Budget.

二月七日に行われた第一次試案に対する討議の後にくきたこの第二次試案は、財政に関する委員会を司つていたりゾー (Frank Rizzo) 陸軍大尉によって提出されたものである。上記皇室財政に関する規定は、この一ヶ月前の一九四六年一月七日にSWNCCによって承認され、同一日付にマッカーサーに「情報」として送付された「日本の統治体制の改革 (SWNCC228)」⁴⁰⁾ において示されたものとほぼ同一であった。異なるのは、試案の“by the Diet”の部分にSWNCC228では“by the legislature”となっている点だけである。見てわかるとおり、この段階では、一切の皇室収入が国庫に帰属すること、および皇室費を毎年予算に計上して国会の承認を得るという二点しか掲げられておらず、GHQ草案における皇室財産を国有化する規定もなければ、世襲財産の除外規定も含まれていない。この第二次試案が最高司令官に提出された後、さらに二月一二日の運営委員会によって最終的な検討が加えられてGHQ草案の成案が完成することになるが、⁴¹⁾ この日の運営委員会要録の財政 (Finance) の箇所には、皇室財産について興味深い内容が残されている。⁴²⁾

The statement of Dietary control over the income and

the expenditures of the Imperial Household was made more emphatic by explicitly stating that all property belonging to the Imperial Household, other than hereditary estates shall belong to the nation, and the income from all Imperial properties shall be paid into the national treasury; allowances and expenses of the Imperial Household shall be appropriated by the Diet in the annual budget. On the suggestion of Colonel Rowell exception from national ownership was made in the case of hereditary estates. An ESS and NRS paper, to which the Government Section has given concurrence, recommended that exception from national ownership be made for the Imperial Estates around Kyoto that have belonged to the Emperor's family since the early Tokugawa Shogun period.

この中で言われている主な点は三つある。一つは、皇室の収入および支出を国会の統制下に置くという点をさらに強調するために、従来の試案の内容に加えて「世襲財産を除く一切の皇室財産は国に属する」点を明確に宣明すべきであること、二つは、世襲の財産を国有化の例

外としたのは、ラウエル (Milo E. Rowell) 中佐の提案に基づくこと、三つは、経済科学局 (ESS) と天然資源局 (NRS) による文書 (民政局も同意を与えている) では、徳川時代の初期から皇族が所有してきた京都周辺の皇室の財産については国有化の例外としてどうかという勧告がなされていることである。一つ目の点はまさに、この後できあがるGHQ草案の成案第八二条の規定内容とほぼ同一のものがこの段階で出来上がったことを意味する。二つ目および三つ目の点は、本稿で疑問を提示した「世襲財産」の本質と密接に関連する。ラウエルの言う世襲財産が、経済科学局と天然資源局の提案した京都周辺の皇室財産と同じものを指すのか、またはこれを含むものなのか、もしくは別のものなのか、両者の関係はこの記述からだけではわからない。⁴³⁾ GHQ草案の起草過程において、皇室の世襲財産規定に関与した者(部局)、および国有化の具体的な例外まで考えられていたという点が判明したのは、GHQ草案以降のGHQと日本との折衝経緯を検討する上でも一つの参考になるものであろう。

〈一九四六年一月の動向—民政局(GS)・経済科学局(ESS)・天然資源局(NRS)の合意—〉

これまで見てきたことから、GHQ草案起草段階における世襲財産の除外規定がラウエルの提案に基づくものであり、皇室財産に関する政策を主に担当していたのが、民政局、経済科学局、天然資源局であったことがわかった。それでは、この三者が、どのような経緯を経て二月一二日の結論に至ったのだろうか。

GHQ草案起草から遡ること一ヶ月、一九四六年一月一日、ラウエルは日本の民間の憲法研究グループの憲法改正案に目を通し、それに対して所見を発表している。「幕僚長に対する覚書—私的グループによる憲法改正草案に対する所見—」⁽⁴⁴⁾ というのがそれである。この民間の憲法研究グループというのは、高野岩三郎をはじめ鈴木安蔵や森戸辰男といったメンバーから成る憲法研究会のことである。この研究会案がGHQ草案に対して一定の影響を与えたであろうことは広く知られているところである。一二月二八日に完成した研究会案は、早くも年内のうちに翻訳に着手され、その後細部の修正がなされたものにラウエルが目を通した。⁽⁴⁵⁾ 所見の中でラウエルは、「いち

じるしく自由主義的な諸規定」と評価する項目で、研究会案にあった皇室費の議会統制(「皇室費ハ一年毎ニ議会ノ同意ヲ経ヘシ」)をその一つに挙げている。しかし他方で、皇室財産や世襲財産に関しては言及していないこと、GHQ草案が発表された後の二月末、鈴木安蔵がその著書の中で、改正案(GHQ草案)に対して「皇室の世襲財産は、議会の議の外に置かれている」と批判的な見解を述べている点に鑑みると、憲法研究会案がGHQ草案の世襲財産という箇所⁽⁴⁶⁾に何らかの影響力を持ったとは考えにくい。世襲財産に関する規定は、やはりGHQ内部において、一九四六年一月中に固められた方針を最終段階で条文化したものである可能性が高い。

さて、経済科学局は先述のとおり、戦後早くから皇室財産の価額算出や財産取引などを停止する凍結処理を実施し、皇室財産に対して課税を行うことを企図していた。一方、農林業や水産業などに関する施策の立案・助言を行っていた天然資源局は、皇室財産(主に御料林などの山林)⁽⁴⁷⁾を農林省に移管するという独自の計画を有していた。このように皇室財産について、部局ごとに課税と農林省移管という二つの異なる立場があったが、一九四六

年一月二九日に経済科学局と天然資源局と民政局、三者の代表が参加して非公式にひらかれた会議において、それぞれの考え方が検討されることになる。

この日の会議への出席者は、民政局のラウエル、経済科学局のハットフィールド (Rolland F. Hatfield)、天然資源局のスウィングラー (W.S. Swingler) などであった。スウィングラーは天然資源局の従来どおりの考え、すなわち皇室所有の山林を農林省に移管するということを改めて主張した。⁴⁸ その根拠として、昨今、当該山林から材木が盗まれていること、山火事の起りやすい季節になってきていることなどを挙げている。そして、二万五〇〇〇エーカー以上のものは国有とし、それ以下の散在する部分については、⁴⁹ それぞれの公共体に渡すのがよいという提案をおこなった。またこれらの土地森林を戦時賠償に充てるという考えについては、土地の買い手もいなければ、売却できる材木を用意する時間もかかるとして、反対している。⁵⁰ これに対して経済科学局のハットフィールドは、天皇がこれらの土地を下賜しようとしていること、および、天然資源局の言うような形で山林を農林省に移管するためには、まずもって天皇の勅書に

よって世伝御料を解除して普通御料としてからでないを実施できないので現実的でない点を挙げて反論した。この会議に先立ってラウエルは皇室財産についてホイットニー宛に一つの覚書を送っている。⁵¹ この中で、すでに経済科学局による皇室財産への課税という案に賛同していたラウエルは、そこに天然資源局の提案を盛り込んだ折衷案とも言うべきものを提示した。その内容は、①御料地という名の土地財産は、世襲財産を除いて、すべて農林省に移管すること、②世襲財産は皇室の私的財産として保有され、課税対象となること、③帝室博物館の財産は、それぞれ適切な省庁に移管すること、④すべての流動財産は、皇室からそれぞれ適切な機関へ移管されること、⑤すべての皇族財産は、私的財産として皇族に返すこと、⑥禁衛府および学習院を宮内省から除外すること、といったものであった。⁵² まさに①と②の点が、天然資源局と経済科学局の主張をそれぞれ取り入れた形になっていることがわかる。そして最も注目すべきなのが、②の「世襲財産は皇室の私的財産として保有され、課税対象となること」とされた点である。ラウエルはこの提案について、次のように述べている。

「天皇の財産に影響を及ぼすということは、日本の天皇を崇敬している人々にとって、重大なる関心事である。天皇による国民の統制なくしては、我々の占領政策は成し得ない。我々は、天皇を原因とするいかなる問題も決して起こさない。：(中略)：マッカーサーなら、このような皇室の財産を我々が取り上げるといやり方ではなく、日本政府に天皇の財産を取り上げさせるといやり方を良しとするのではないかと思う。これがもつとも望ましいやり方である。我々は自ら改革を進めようとする日本政府に対して、問題がごく本質的であったり、我々が望まないことをなそうとしたりしているときにだけ、命令を与えるべきである。：(中略)：天皇は自身の世襲の資産を持つが、それに対しては日本政府が課税する。もしそのための金銭を用意できるなら良し。もしできないのであれば、その資産を売却するのが望ましい。天皇が財産を有するとすれば、それは国民の立場において保有しなければならぬ。天皇は国会からその費用を受け取るが、このことは我々が天皇を一種の国家的機関 (a state functionary) としてではなく、一人の人間 (a human being) として扱っているということを適度に示

すサインのようなものである。天皇の私的財産は、他のいかなる人の私的財産と同じ法律に従うのである。⁵³⁾」
ラウエルは、天皇を一般国民 (private citizen) と同じに捉えようとした。それゆえに、国有化の例外として天皇の手に残す世襲財産も私的財産であるし、国民と同様の法律に基づいた課税対象となるといっているのである。そしてその課税は、日本政府自身の手によっておこなわれるのが望ましいという考え方であった。ところが、先の一月二四日の覚書でラウエルは、「経済科学局は、天皇の財産が公的とみなされるべきか、私的とみなされるべきかという問題が複雑であると述べたが、結論には至っていない。JCSI380-15においては、皇室財産は公的財産としてみなされるべきであることを確認した」旨を記している。⁵⁴⁾ JCSI380-15というのは、一九四五年一月三日に統合参謀本部 (JCS) によって承認されたマッカーサーに命令された「降伏後における初期の基本的指令 (JCSI380-15 “Basic Initial Post Surrender Directive to Supreme Commander for the Allied Powers for the Occupation and Control of Japan”)」のことである。皇室財産の公私について、この指令の中で言われて

いることと会議での結論が異なることになったわけである。⁵⁵ハットフィールドはこの点について「すべての皇室財産は公的財産とみなすという趣旨の指令をワシントンから受けている。もし我々が天皇に世襲財産の保持を認めるとなれば、そのことについてワシントンの承認を得る必要があるのではないだろうか」と発言している。⁵⁶しかしこれに対して、同じく会議に出席していた法務局(LS)のコバート(Covert)は、「皇室財産の処理やその方法については、当然に天然資源局、経済科学局、そして民政局が問題の適切な処置のために決定をおこなう」と答え、その主たる管轄権限がGHQにあることを改めて確認した。⁵⁷

ところで、この後コバートは、これらの議論を踏まえ、皇室財産の公私がよく理解できないと改めて質問している。ハットフィールドは「皇室は、皇室財産の法律上の所有者である」とした上で、「皇室財産にはその扱いが異なる二種類の財産がある。一つは世伝御料であり、一つは普通御料である。前者は勅書がなければ譲渡できず、課税もされない。後者は譲渡は可能だが、やはり課税はされない」と説明したあと、「世伝御料は、まった

くもって明白に公的財産である。普通御料のほうは、私的財産という面が幾分ある」と答えた。ラウエルは、「概して、皇室財産は、国家に帰属する公的財産にかなり近いものである。しかしその財産は、皇室の維持および扶養に充てられるものであった」と述べた。⁵⁸ここからは、当時GHQ内では、戦前の日本の皇室財産に関する調査研究がかなり進んでおり、しかもその内容は相当程度まで把握されていたということが読み取れる。皇室財産を「公的」と捉える認識があつてなおその上で、天皇を一般国民と同様に扱い、その世襲財産を私的財産とみなし課税対象にするという結論を導いた点は、非常に重要な意味を持つ。

二月二日には、ラウエルからホイットニー宛に、この日の合意とほぼ同内容の覚書が送られた。⁵⁹この合意にしたがつて、GHQ草案第八二条の皇室財政規定の形ができあがったと考えられる。

四 総括

本稿では、GHQ草案において初めて規定されることになった「世襲財産」の意義を、草案が成立するまでの

関係部局の覚書や史料の観点から明らかにすることができた。具体的には、①GHQ草案に至る過程で、皇室財産についてその管轄を有していたのは、経済科学局、天然資源局、民政局であったこと、②最終的には民政局のラウエルが中心となつて、規定の骨子が作られたこと、③彼らは戦前の皇室財産の特殊性（公的性格）やその制度を理解していたにもかかわらず、戦後、天皇を国民と同じように捉える趣旨で、世襲財産を課税対象となる私的財産とみなしたこと、が今回の研究で新たに判明した点である。JCS1380-15において皇室財産が公的であることとみなされていたことと、天皇を私的人間と捉えることでその財産も私的であると考へたGHQとの間に、何らかの作用もしくは政策的意図が働いたかどうかは現時点では不明である。その後設置されることになる極東委員会との関係があるのかもしれない。加えて、二月二二日の運営委員会要録にあった世襲財産の具体的内容が何に基づいているのか、一月二九日にとりかわされた意見などが、その後の憲法制定過程における皇室財産論議にどのように関わってくるか、といった部分はさらに究明が必要な点である。

このGHQ草案までの立法経緯を見る限りでは、冒頭に問題提起した「世襲財産は私的財産のひとつである」という通説的解釈は、ある意味においては間違ひではないということになる。但しこの解釈については次の二点を考慮しなければならぬ。一点は、草案起草段階では、森林や土地について言及されているのみで三種の神器などの特殊な動産の扱いについてはまだ触れられていないこと（したがって世襲財産といつても今とまったく同じものを指していたわけではない可能性がある）、そしてもう一点は、このような解釈の背景には「皇室財産に課税をする」という目的先にありきの思想があつたのである。皇室財産は元来公的性格を有するものとして認められていた、という点である。戦後七〇年が経とうとする今日においても皇室財産に対する課税がなされることを当時のGHQが予想・計画していたかどうかはともかく、明治期から戦後GHQ内部の認識に至るまで、皇室の財産が「公的性格」の強いものであるという考え方が存在していたことを本稿では確認することができた。従来の世伝御料はいうまでもなく、普通御料ですら純粹にプライベートなものではなく公的性格を帯びるものであつた。

そしてその上であえて天皇を国民一般と同様にみなしてその財産に課税するために世襲財産を私的財産とGHQが断じた点は再度強調しなければなるまい。このような立法経緯に鑑みると、現在、皇室への費用やその財産を明確に「公」と「私」というように分けることが可能なかどうか、⁶⁰また皇室における「公」「私」の概念とは何かという根源的な疑問も生じてくる。公私を峻別することが、現実にはたとえば、支出を伴う皇室祭祀の性格（二連の自室祭祀や儀式も途中でその性格が変わるため、政教分離の観点から支出名目もかわる）や、冒頭に述べた皇室財産に対する税の賦課といった重要な問題にも派生するのである。

今回明らかにしたGHQ草案起草過程における皇室財産の取り扱い方は、現在の皇室財産・世襲財産の性質をめぐる議論にも資するものである。これを踏まえたうえで今後は、GHQ草案以後の立法経緯はもとより、皇室経済法に規定される皇室費の性格や、課税に関する他国王室との比較といった多角的な視野からの論及も試みたい。

(1) 詳細は、拙稿「近代皇室の私的財産に関する一考察——皇室財政制度の実態と変遷——」日本大学大学院法学研究科『法学 研究年報』第三六号(二〇〇六年)七八頁以下、及び「皇室財産の公私とその問題点」憲法学会『憲法研究』第四二号(二〇一〇年)一〇五頁以下を参照されたい。費用に関しては、皇室行事に支出される費用の性格(それぞれの行事の性格と関連して)や、内廷費・宮廷費・皇族費の分類の不明確性などの問題がある。また財産については、毎年国会の議決を経て国庫から支出される皇室費の残余を積み立てた皇室財産の法的位置づけ(皇室経済法四条二項には「内廷費として支出されたものは、御手元金となるものとし、宮内庁の経理に属する公金としない。」とあるが、その実際の使途に鑑みてこれをただちに私金と解してよいか)などに関して未だ議論が不十分である点に言及している。

(2) 森暢平『天皇家の財布』(新潮新書、二〇〇三年)一一九頁以下。御由緒物とされたものの内訳は、三種の神器関連五件(八咫鏡、八尺瓊勾玉、天叢雲剣の三種の神器と宮中三殿(賢所・神殿・皇霊殿)、壺切の御剣)、儀式関連・古文書類五五五件(東山御文庫の収蔵品など)、装身具類二〇件(冠、胸飾り、腕輪、指輪、扇子など)となっている。

(3) 野中俊彦 中村睦男 高橋和之 高見勝利『憲法I(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇年)一四一頁、佐藤幸治

『憲法 (第三版)』(青林書院、一九九六年) 二六〇頁、宮澤俊義 著 芦部信喜 補訂『全訂 日本国憲法』(日本評論社、一九七八年) 七三五頁、佐藤功『日本国憲法概説』(学陽書房、一九九六年) 三五七頁など。

(4) 小林宏 島善高『日本立法資料全集 明治皇室典範 (上)』(信山社、一九九七年) 二五八頁。この内容は、国憲取調委員の横山由清が「国憲按載スル所ノ皇帝所有ノ不動産及ヒ歳入ノ事ニ就テ予定スル所ノ意見案」(明治九年一〇月)の中で述べている。

(5) 皇室財産設定をめぐる議論や、皇室令の成立経緯については、川田敬一『近代日本の成立と皇室財産』(原書房、二〇〇二年) 四一頁以下が詳しい。

(6) 酒卷芳男『皇室制度講話』(岩波書店、一九二四年) 一九八頁。

(7) 皇室財産令第一五条にいう公用徴収の場合は別である。

(8) このために旧典範第四六条、皇室財産令第一三条の宮内大臣による公告規定がある。

(9) 皇室財産令第三条「民法第一編乃至第三編商法及附属法令ハ皇室典範及本令其ノ他ノ皇室令ニ別段ノ定ナキトキニ限り御料ニ関シ之ヲ準用ス」

(10) 佐藤達夫 著 佐藤功 補訂『日本国憲法成立史 第三卷』(有斐閣、一九九四年) 二五八頁。なお、川田、前掲書六一頁によれば、世伝御料は皇城・離宮など以外

は、相当の収入が見込まれるものでなければならぬとされたから、皇室典範から動産に関する明文は削除されたが、枢密院諮詢案には、正倉院宝庫の御物も列挙されていたという。

(11) 美濃部達吉『新憲法概論』(有斐閣、一九四七年) 七二頁、宮澤・芦部、前掲書七三五頁。

(12) 川田、前掲書二五八頁も参照されたい。

(13) 有賀長雄「国家と宮中との関係」国家学会事務所『國家學會雜誌』一六七号(一九〇一年) 一頁。

(14) 穂積八束 著 三浦裕史 解説『皇室典範講義・皇室典範増補講義 日本立法資料全集別巻二六四』(信山社、二〇〇三年) 二七〇頁以下。

(15) 川田、前掲書一九三頁。

(16) 酒卷、前掲書一九七頁。

(17) 酒卷、前掲書一九七頁。

(18) 美濃部、前掲書七二頁。

(19) 世伝御料の内容は、明治二三年宮内省告示第二十七号で次のように勅定された。(有賀長雄 編 三浦裕史 解題『皇室制度稿本 日本立法資料全集』(信山社、二〇〇一年) 一七八頁)

宮城 東京府

赤阪離宮 東京府

青山離宮 東京府

濱離宮 東京府

芝離宮	東京府
京都皇居	京都府
二條離宮	京都府
桂離宮	京都府
修學院離宮	京都府
函根離宮	神奈川県
正倉院寶庫	奈良縣
三年町御料地	東京府
高輪御料地	東京府
上野御料地	東京府
南豊島御料地	東京府
函根御料地	神奈川県
畝傍山御料地	奈良縣 山梨縣
度會御料地	三重縣
富士御料地	静岡県
天城山御料地	伊豆國
千頭御料地	静岡県 長野縣
萩原御料地	山梨縣
丹澤御料地	静岡県 神奈川県 山梨縣
三方御料地	静岡県
相川御料地	山梨縣
木曾御料地	長野縣 岐阜縣
七京御料地	岐阜縣
段戸御料地	愛知縣

錦織御料地 岐阜縣

北上川御料地北海道(石狩國)

なお、『皇室財産たる御料地は二三万町歩に上るが、大体が明治十八年から二十三年に国有財産から切り換へられたものであり、「帝室林野局五十年史」(六〇六頁)によれば、その国有財産は幕府時代の幕府領又は藩領であつたものを国有とした』という。里見岸雄『萬世一系の天皇』(錦正社、一九六一年)二六八―二七一頁。

(20) 北山富久二郎「皇室財政の変遷」学習院大学政経学会『学習院大学政経学部研究年報』I巻(一九五三年)五〇六頁以下。

(21) この通達では、日本の財政金融に関する多くの事項につき、その詳細報告を提出することを要求している。この中で皇室財政の現況報告も要求していることは、皇室をいわゆる「金銭ギャングの最大のもの」(the greatest of the "Money Gang")とアメリカが考えていたことを意味する。これは、初期の対日方針の中、「経済」の章の中で述べられている「日本の大部分を支配した金融及び金融上の大コンビネーションの解体を指示すべきこと」という文言の趣旨とも一致する。この点については、黒田久太『天皇家の財産』(三一書房、一九六六年)一三八頁。(22) 芦部信喜 高見勝利『日本立法資料全集七 皇室経済法』(信山社、一九九二年)六頁。なお、詳細な皇室財産評価額内訳は、『Holdings of Imperial Household as of 1

September 1945” (六一頁) 参照のこと。この価額は当時の国家予算のおよそ二%にあたり、現在の価値にして二兆五〇〇〇万円相当である。

(23) Memorandum: Imposition of Controls over Property of the Imperial Household 14.November1945 芦部・高見・前掲書六五頁。

(24) SCAPIN AG091.3(18 Nov.45) ESS/ FI Memorandum for: Imperial Japanese/Government 芦部・高見、前掲書六八頁。

(25) 芦部・高見、前掲書六五頁。項目 a (i) では、例えば土地や不動産、有価証券、建築美術品など一切の重要資産の処分や取得、皇室の所有する有価証券に関する議決・一切の議決権の行使をはじめ、第一次予備金・第二次予備金(皇室会計令第三一条)の一切の支出に至るまで、すべてについて総司令部の事前の許可を必要としている。

(26) AKIN; Memorandum Subject “Public Finance” 24. October 1945 (伊藤悟 奥平晋『占領期 皇室財産処理』東出版(一九九五年)六八頁～七一頁。)

(27) SCAPIN no.337 95.Memorandum concerning Elimination of War Profits and Reorganization of National Finances.24.Nov.1945 日本管理法令研究会『日本管理法令研究』第一卷第五號(大雅堂、一九四六年)四二頁。

(28) 高柳賢三 大友一郎 田中英夫『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳』(有斐閣、一九七二年)九九頁。

(29) 江藤淳『占領史録 第三卷 憲法制定過程』(講談社、一九八二年)一六二頁～一七〇頁。

(30) 高柳・大友・田中、前掲書二九九頁。なお、同書によれば「皇室ノ一切ノ財産ハ国民ニ帰属スヘシ」の部分の「nation」を「国」とするが、一九四六年二月二六日臨時閣議で配布された外務省仮訳は、「国民」となっている(本文はこちらに拠った)。三月五日案以降は「国」になっっていることに照らして、ここでの nation は国の意味に解するのが妥当と思われる。

(31) 詳しい経過については、川田敬一「日本国憲法制定過程における皇室財産論議―『皇室経済法』制定前史二―」金沢工業大学日本学研究所紀要『日本学研究 第七号』(二〇〇四年)一五二頁以下を参照のこと。

(32) ケーデイスおよびホイットニーによる修正案で「世襲財産」が削除された趣旨は、「皇室は一旦はすべての財産を失うことになるが、今後、予算から得られる収入を節約し、また、第八条の献上の途を経て私有財産を築き上げていくことができる。原案では、いかに財産を持つても収入は得られずタイトル(名目)だけとなる。」この案(ホイットニー案)であれば、一切の皇室財産は国有的とするというのであるが、何が皇室財産であるかは日本政府で決定することが出来る。もちろん、その中には、

天皇の私有財産は入らないものと解し得る。条文上は皇室は無一物になる様に見えるが、実際の運用は日本政府に任されているので、その意味で原案より有利である」というものであった。さらに、「宮城は公的なものと認められるから別だが、京都御所などは第八条の議決によって天皇に譲渡し、その personal property とすることができよう」とも述べられている。(佐藤達夫 著 佐藤功補 訂『日本国憲法成立史 第四卷』(有斐閣、一九九四年) 八〇三頁以下。

(33) 入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』(第一法規出版、一九七六年)三七四頁。

(34) 古関彰一『新憲法の誕生』(中公文庫、一九九五年)一〇六頁。

(35) Government Section Meeting with Far Eastern Commission 17.January 1946 (Hussey Papers 国立国会図書館所蔵 Microfilm Reel5 (YE-5))。

(36) 古関、前掲書一一八頁。

(37) Whitney; Memorandum for The Supreme Commander Subject: Constitutional Reform 1.February 1946 (高柳・大友・田中、前掲書九〇頁、傍点は筆者による)。

(38) 古関、前掲書一一六頁。

(39) Rizzo; Memorandum for The Chief, Government Section 条数は書かれていない。(高柳・大友・田中、前掲書一六七頁。)

(40) 高柳・大友・田中、前掲書四一二頁。

(41) 高柳・大友・田中、前掲書一一七頁。

(42) Rowell; Review of the Amended-Drafts by the Steering Committee, 12 February 1946 Hussey Papers, Reel5

(43) 国有化の除外例として挙げられた京都御所については、注(32)も参照されたい。

(44) Rowell to Whitney, “Comments on Constitutional Revision proposed by Private Group” 11.January 1945 Hussey Papers, Reel5

(45) Translation of Draft Constitution Prepared by a Private Study Group known as the Constitution Investigation Association, as published December 28, 1945 Hussey Papers, Reel5

(46) 鈴木安蔵『民主憲法の構想』(光文社、一九四六年)一六一頁。

(47) C.Whitney to NR, “Imperial Household Property” 12.January 1945 (国立国会図書館所蔵 Microfiche Sheet No. GS (A)-00589)

(48) Rowell to Whitney, “Proposed Memorandum to the Imperial Japanese Government, AG091.3 (10.Jan 46) NR, received by this Office for Concurrence” (国立国会図書館所蔵 Microfiche Sheet No.GS (A)-00590)

(49) Rowell, Hatfield, Covert, Ellsworth, Swingler, and

Grober, “Minutes of Meeting to Determine Disposition of the Imperial Forests” 29.January 1946 Microfiche Sheet. No. GS (A) -00590

(50) *Ibid.* なお、民政局や経済科学局も、天然資源局の主張した「皇室の山林関連の土地財産を戦時賠償に充てない」という考えに賛成している。但し、ラウエルは「土地から生じる収益については、賠償に充てるべきだが、きると述べている。

(51) Rowell to Whitney, “The Imperial Household” 24.January 1946 Microfiche Sheet No. GS (A) -00590

(52) Rowell, Hatfield, Covert, Ellsworth, Swingler, and Grober, *op.cit.*

(53) *Ibid.* 要約は筆者による。

(54) Rowell to Whitney, “The Imperial...*op.cit.*”

(55) Joint Chiefs of Staff, “Basic Directive for Post-Surrender Military Government in Japan Proper” 3.November 1945 (国立国会図書館所蔵 Microfiche Sheet No.TS-00305) なお、皇室財産を公的とみなす内容は「以下に掲げる paragraph 5 に基づいたものと思われる。

“All property, real and personal, owned or controlled by any of the organizations referred to in paragraph 5 g above, should be considered public property. If there is any doubt as to the public status of any property (e.g., property of quasi-official companies or of private

companies in which the Japanese Government or the Japanese Imperial Household has an important interest), it should be considered public property. Imperial Household property shall not be exempted from any action necessary to carry out the objectives set forth in this directive.”

(56) Rowell, Hatfield, Covert, Ellsworth, Swingler, and Grober, *op.cit.*

(57) *Ibid.*

(58) *Ibid.*

(59) Rowell to Whitney, “The Imperial Household Properties” 2.February 1946 Microfiche Sheet No.GS (A) -00590

(60) 榎原猛「憲法―体系と争点―」(法律文化社、一九八六年) 二六九頁において榎原教授は「(憲法) 八八条を素直に読む限り、皇室に私有財産を認める余地は全く存しない。」と述べている。その論拠として①皇室の財産授受行為に国会の議決を要するとしていることから、八条は皇室の私有財産享有能力を前提としているのではなく、皇室財産がすべて国有であることを前提としたものである、②皇室経済法にいうところの内廷費および皇族費を御手元金として皇室にその自由使用を認める(四・六条)のでこれらの費用は一見皇室の私有財産のように見られるが、正式には国有財産の一部につき、国会

が皇室による自由使用を認めたものと解すべきである、
③神器・宮中三殿など「皇位とともに伝わるべき由緒ある物」（皇室経済法第七条）も、それが天皇の意のままに処分できないことから私有財産とは考えられない、ということを挙げている。また、葦津珍彦は、戦前の酒巻に似た考えを主張している。すなわち、天皇の「公」としての地位を認めることで、「私」はないとした上で、皇室財産を一定の寄付行為のために（この場合の寄付行為は、皇室の御用に奉仕するもの）設立された特殊な財団の公金であると解している。（皇室法研究会 共同研究『現行皇室法の批判的研究』（神社新報社、一九八八年）一九〇頁以下。）

○ 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

藤川信夫 日本大学教授
 加藤紘捷 前日本大学教授
 菊池肇哉 法学部比較法研究所研究員
 甲斐素直 日本大学教授
 山田亮介 日本大学助手

機関誌編集委員会

委員長 松嶋隆也
 副委員長 吉達宏
 委員 秋山和夫
 伊藤文夫
 坂井吉良
 関正晴
 高橋雅夫
 長谷川貞之
 藤井昭夫
 藤本信夫
 山本二夫
 湯淺敏
 吉野篤
 石川正登

日本法学第七十九卷第一号

平成二十五年六月十五日印刷 非売品

平成二十五年六月二十五日発行

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―四 A&Xビル
印刷所 株式会社メデイオ

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. 79 No. 1 June 2013

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLE

Nobuo Fujikawa, *Toward Unification and Order Formation of the Rule of Exterritorial Application in International Transactions*

TRANSLATION

A.V. Dicey, *The Development of Common Law*, translated by Hirokatsu Kato and Toshiya Kikuchi

NOTES

Sunao Kai, *Constitutional Order after the American Civil War*
—*The Period of Chase, the 6th Chief Justice*—

Ryosuke Yamada, *The Hereditary Property of the Imperial Household in the Draft Constitution drawn up by the GHQ*