

# 日 本 法 學

第七十九卷 第二号 2013年9月

## 論 説

近代日本における大逆罪・内乱罪の創定……………新井 勉

## 翻 訳

法の極みは不法の極み……………J・シュトルー  
吉原達也 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  
加藤紘捷 訳

——ダイシー「代議制統治の形態は永遠のものか」——……………菊池肇哉 訳

国家と社会の機能変動…憲法と国際秩序への挑発……………フィリップ・クニーヒ  
高橋雅人 訳

## 研究ノート

第一四修正と裁判所……………甲斐素直  
——ウェイト第七代長官及びフラ―第八代長官の時代——……………

航空会社経営破たん時の旅客保護に関するEU法制……………工藤 聡一

## 資 料

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に関する意見……………日本大学法学部民事研究会

## 判例研究

第三者を搭乗させる意図を秘して自己に対する……………設楽 裕文  
搭乗券の交付を受ける行為と詐欺罪……………

——最高裁平成二二年七月二九日第一小法廷決定、平成二〇年(あ)第七二〇号……………淵脇 千寿保  
詐欺被告事件、刑集六四卷五号八二九頁——……………

## 論 説

租税条約におけるLOB条項の意義と問題点……………今村 隆  
——我が国の視点からみた同条項の考察——……………

日本法学 第七十八巻第四号 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 訳  
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  
——トニ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  
平成二〇年七月一七日最高裁決定（平成二〇年（あ）第三九号 世田谷区清掃・  
リサイクル条例違反被告事件）判時二〇五号一五六頁、判タ二二〇号一四頁

雑 報

日本法学 第七十八巻 索引

日本法学 第七十九巻第一号 目次

論 説

国際取引における域外適用ルール統一化 ……藤川信夫  
ならびに秩序形成に向けて

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  
——A・V・ダイシー「コモン・ローの発展」—— ……加藤紘捷 訳  
菊池肇哉

研究ノート

南北戦争後の憲法秩序 ……甲斐素直  
——チェイス第六代長官の時代——  
GHQ憲法草案第八二条の皇室財政規定と「世襲財産」 ……山田亮介

# 近代日本における大逆罪・内乱罪の創定

新井

勉

はじめに——内乱罪の分離

## 一 大逆罪・内乱罪の創定

(一) フランス法の模倣

(二) 大逆罪・内乱罪の分離

(三) 朝憲紊乱への階梯

(四) 旧刑法の成立と条文の確定

## 二 分離への反発

(一) 分章撤回する

(二) 一章に二節をおく

おわりに

## はじめに——内乱罪の分離

古く唐律は、社稷を危うくせんと謀る謀反を一〇惡の筆頭に掲げて、謀反という罪が全犯罪のうち最惡のものたることを示した。社稷の語は直接皇帝という尊号をさすのを憚ったものである。唐律においては、謀反は皇帝その人に対する攻撃のみならず、皇帝の位（現王朝）に対する攻撃を含んでいた。すなわち、君主の概念と王朝の概念が区別されていなかったから、謀反は近代刑法学のいう大逆罪と内乱罪の二つを含んでいたのである。

目を中世イングランドに転じると、一三五一年の反逆法は、公然たる行為により国王殺害の意思を示すこと、国王に対して戦いをしかけること、国王の敵対者に追隨すること、主としてこれらの事項を反逆罪と定めた。<sup>①</sup>この反逆法において、王朝（プランタジネット朝）の存立が国王その人の安全を中心として構成されていることからみて、君主と王朝は概念上区別されていなかったらしい。

一方、一八世紀のフランスにおいては、犯罪は、神に対する不敬罪、人に対する不敬罪、私人に対する犯罪の三群に区分された。この人に対する不敬罪（君主に対する反逆罪と混同されていた）がさらに二類に区分され、その第一類は国王やその家族の殺害・殺害未遂と、国家（ブルボン朝）の主権および安全に対する侵犯の二者を含んでいた<sup>②</sup>という。ここでも、君主と国家（ないしは王朝）はいわば一つに括られていた。

フランス革命後、立憲君主制下の一七九一年刑法は、初めて君主と国家をはっきり区別した。国境にオーストリアやプロイセンの軍靴の音が迫る中で、この刑法は大逆罪を含む全犯罪中、外患罪を一番敵視しなければならなかったのである。<sup>③</sup>ナポレオンの一八一〇年刑法も、七月王政下の一八三二年の改正法も、同じく国家の外的安全を内的安全

より重視した。その上でこの改正法は、大逆罪と一括りのものとして、政府の顛覆・王位継承順序の変更・王権への反抗を目的とする内乱罪をおき、第二帝政下の一八五三年の改正法も、一八三二年改正法の大逆罪・内乱罪の内容を大きく修正することがなかった。<sup>(4)</sup>

フランス刑法（一八五三年の改正法）の問題の箇所は、第三部、第一編、第一章、第二節、第一款の冒頭二箇条である。第三部重罪・軽罪およびその処罰、第一編公事に対する重罪・軽罪、第一章国家の安寧に対する重罪・軽罪のうち、第一節が国家の外部安寧に対する重罪・軽罪、第二節が国家の内部安寧に対する重罪、第二節の第一款「皇帝及皇室ニ対スル危害及陰謀」の冒頭がそれである。<sup>(5)</sup>

#### ○フランス刑法

第八十六条 皇帝ノ生命若ハ身体ニ対スル危害ハ殺親罪ノ刑ニ処ス

第二項以下 略（皇族の生命・身体に対する危害、皇帝・皇族に対する不敬）

第八十七条 政府又ハ帝位継承ノ順位ヲ顛覆シ若ハ之ヲ変更シ又ハ公民若ハ住民ヲ煽動シテ皇帝ノ権力ニ対シ武器ヲ執ラシムルヲ目的トスル危害ハ隔離流刑ニ処ス

（注）第八八条、危害の定義。第八九条、第八六条・第八七条の予備・陰謀。

ベルギーがオランダから独立したのは、一八三〇年のことである。ザクセンから国王を迎え、立憲君主国の政体を採用した。一八六七年の刑法は、これも大逆罪と内乱罪を一括りにして配置した。この内乱罪は、右のフランス刑法に倣いそれを修正して、憲法や王家継統法の変更、王権への反抗や、議会（両議院もしくはその一院）の顛覆を目的とするものである。<sup>(6)</sup>

プロイセンを中核として、一八七一年、ドイツの統一が実現した。一八七一年の刑法（一八七〇年の北ドイツ連邦刑法）は、これもやはりドイツ皇帝や各邦君主に対する大逆罪と、ドイツ帝国や各邦の憲法・王位継承順序・領土に対する内乱罪を一括りのものとして配置した。<sup>⑦</sup> しかも、憲法や王位継承順序の変更、領土の分割は、概念上は大逆罪に包摂されていた。この刑法典は、この一括りを各則冒頭に掲げたのである。

オランダの一八八一年刑法や、イタリアの一八八九年刑法の大逆罪・内乱罪の扱いも、フランス刑法やドイツ刑法と径庭がない。<sup>⑧</sup> ヨーロッパは一九〇〇年の時点でサンマリノ、スイス、フランスの三国を除き、他の国々は君主国である。そのため、右にざっと一瞥した幾つかの刑法典のように、他の国々の刑法典も君主国の歴史をひきずっていたと想像される。

さて、唐律に戻ると、一〇悪の最初三つは、①謀反、②宗廟・山陵・宮闕を毀さんと謀る謀大逆、③国に背き偽に従わんと謀る謀叛、である。これらはそれぞれが罪名で、各則の賊盜律に刑罰を定める条文がある。そこで賊盜律を開くと、第一条が謀反大逆条で、同条は①②を括って、謀反（謀るだけで）および大逆（実行に移すと）は皆（首従の別なく）斬に処すると定めている。

時代が下ると、明律も、清律も、これら三悪の罪名もそれぞれの注（社稷を危うくせんと謀る、宗廟などを毀さんと謀る、という構成要件）も修正することなく、謀反大逆条の「謀反大逆」の四字を以て一罪とし、謀反・謀大逆の科刑上の区別をなくし、謀反を王朝への攻撃、大逆を皇帝への攻撃として前代の解釈を大きく変更した。<sup>⑨</sup> これは、律の条文の字面をそのままにしておいて、解釈により君主と王朝を分離したことを意味する。

この解釈が近世日本に入った。明治の早期、司法省の刑法草案編纂のさい、ボアソナードが国事犯（ボアソナード

は「政治犯」と表現した<sup>(10)</sup>の死刑廃止を力説する一方、天皇に対する罪をフランス刑法の殺親罪の刑（死刑）に倣うよう主張したため、編纂委員は大逆罪と内乱罪は罪質が異なるとして、二つを別の章においた。この方針を刑法草案審査局がうけついだ結果、明治一三年（一八八〇年）刑法は、大逆罪・内乱罪を二章にわけて設置した。それまで新律綱領も、改定律例も、八虐（中国の一〇悪）を掲げず、謀反大逆条をおかなかった。明治一三年刑法は、フランス刑法の罪刑法定主義を採用して、大逆罪や内乱罪をおいた。もともと、これらを二章にわけておいたのは、一九世紀ヨーロッパの刑法典に例のないやり方である。歴史的にみれば、これは、大逆罪という一括りの犯罪の中から内乱罪を分離したことを意味する。

- (1) James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, 1883, vol. 2, p. 249.
- (2) R・ガロ「フランス近代の刑法史」二九九～三〇〇頁。塙浩著作集第一九卷『フランス刑事法史』（信山社、二〇〇〇年）所収。塙氏の翻訳の原典は、Jean René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3<sup>ed.</sup>, 1913.
- (3) 内田博文・中村義孝訳「フランス一七九一年刑法典」（立命館法学第九六号、一九七一年）五五頁以下。
- (4) さしあたり、司法資料第二五八号（一九三九年）の『仏蘭西刑法典』二二頁以下、中村義孝編『ナポレオン刑事法典史料集成』（法律文化社、二〇〇六年）一七八頁以下。
- (5) 前掲『仏蘭西刑法典』二四頁。
- (6) 手元に一九世紀のベルギー刑法がない。司法省第八局編『刑法表』（一八八三年）を参照。一七八頁、一八〇頁。
- (7) さしあたり、司法資料第一九一号（一九三五年）の『一九三〇年独逸刑法草案並に現行独逸刑法典』一九六頁以下。
- (8) 日本大学法学部図書館は、訳者不詳『和蘭刑法』や曲木如長訳『伊太利刑法』を所蔵している。どちらも司法省が印刷にふしたものらしい。前者の発行年は不明、後者は一九〇三年の発行。



（9） 明律・清律における解釈の変更について、さしあたり、律令研究会編『訳註日本律令』第五卷・唐律疏議訳註篇一（東京堂出版、一九七九年）三五～三六頁。この唐律疏議訳註篇一（名例）の著者は滋賀秀三氏。

（10） 七月王政下一八三二年の改正法は、第八七条の法定刑として死刑をおいた。第二共和制下一八四八年二月二六日の布告が一般的に国事犯（政治犯）の死刑を廃止したという（オルトラン著・井上正一訳『仏国刑法原論』第一帙上巻一七五～一七七頁、一八八八年。信山社・日本立法資料全集別巻、一九九九年）。この点、ブローニユ蜂起に失敗したルイ・ナポレオン（後のナポレオン三世）が北フランスの一城塞に終身禁錮に処せられた（脱獄した）話が想起される。

## 一 大逆罪・内乱罪の創定

新律綱領も改定律例も明律・清律に倣いながら、編纂時の政治事情から謀反や謀大逆など八虐を掲げず、謀反大逆条をおかなかった。明治一三年刑法、いわゆる旧刑法が、各則冒頭、第二編第一章皇室に対する罪の中心に大逆罪をおき、第二章国事に関する罪の第一節内乱に関する罪として内乱罪をおいたのは、政治事情への配慮より西欧刑法に倣う必要性が勝り、さらに編纂者らが西欧刑法の採用する罪刑法定主義を認識したことによる。

もつとも、大逆罪という語は、旧刑法のどこを探してもみあたらない。第一一六条の天皇・三后・皇太子に対して危害を加え、または加えんとした行為を、明律・清律の解釈を以て一般に大逆（罪）と称したのである。一方、内乱罪という語は、旧刑法の節名にあり、第一二一条の構成要件の中に政府を顛覆し、または邦土を僭窃し、その他朝憲を紊乱することを目的となし「内乱ヲ起シタル」者とある。旧刑法が名付け親である。



## (二) フランス法の模倣

旧刑法の編纂は、明治八年（一八七五年）九月、司法省が刑法草案編纂委員をおいて緒についた。このとき、編纂の一助として、ボアソナードにフランス刑法を講義させた。しかし、独力の編纂が失敗し、翌年五月、ボアソナードに章節毎の原案を提出させ、それを基礎として編纂を行う方式に改めた。各則冒頭には、編纂委員が希望して天皇に對する罪をおくことを決定した。<sup>(11)</sup>ボアソナードの原案中、最初の三箇条は次のようである。<sup>(12)</sup>

### ○原案、和訳

第一条 日本天皇、皇后並皇太子ノ身体ニ対シタル重罪又ハ輕罪ハ卑属ノ親其尊属ノ親ノ一人ノ身体ニ対シ重罪又ハ輕罪ヲ犯シタル如ク第〇〇条ニ從ヒ処断ス

第二条 皇威ヲ覆スヲ目的トナス重罪ハ重流刑并〇〇円ニ至ルマテノ罰金ニ処スルコトヲ得

第三条 皇嗣ノ順序（正確には、皇位継承の順序か）ヲ換ヘルヲ目的トナス重罪ハ輕流刑并〇〇円ヨリ〇〇円ニ至ル罰金ニ処ス

これはボアソナードがフランス刑法第八六条、第八七条の主意により起草したもので、一目みてわかるが、第一条が第八六条、第二条・第三条を併せて第八七条に対応している。第二条について、編纂委員を代表して鶴田皓（纂集長）が皇威の原語は何かきくと、通訳を務める名村泰蔵がオトリテ・アンペリアルだと答えた。<sup>(13)</sup>第八七条のフランス語（前掲和訳には「皇帝ノ権力」とある）をそのまま綴ったものである。そしてボアソナードは、同条の政府顛覆を削除したことについて「日本は皇統連綿の国体に付、其政府を覆す者は即皇威を覆すものなり。依て皇威を覆す云々の語中に政府を覆す云々のことをも含蓄するものと為し之を省きたる訳なり」と説明したのである。<sup>(14)</sup>

しかし、編纂委員は「皇威ヲ覆ス」の意味がわからなかった。天皇を殺したら、天皇のオトリテ・アンペリアルを滅ぼし、それは第二条の罪に入るのではないかというのである。そこで、ボアソナードは「皇威の原語は天皇一身に係るべきにあらず。其系統に迄係るべきものなり」と答えた後、それなら皇朝（ディナスティ）を覆す云々と記せばよいと教えた。<sup>15</sup>

ボアソナードと編纂委員は第一章については第四案まで作成した。この第四案を、刑法草案第一稿（明治九年々末成稿）の各則第一章とした。<sup>16</sup> 章名は「天皇ノ身体及ヒ主権ニ対スルノ罪」である。原案の第一条は第一一八条「天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ卑属ノ親其尊属ノ親ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪輕罪ニ同シ」で、おそらく仏文は元の第一条と同じである。原案の第二条・第三条は、第一二〇条「皇室（ディナスティ）ヲ顛覆シ又ハ皇權ヲ拒絶シ若クハ滅損シ又ハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為ス犯罪ハ重流ニ処シ且五千円以下ノ罰金ヲ附加ス」として、併せて一条に纏められた。

すなわち、刑法草案第一稿は、各則第一章に第一一八条君主に対する大逆の罪と、第一二〇条王朝に対する謀反の罪（内乱罪）を並べた。ボアソナードがフランス刑法第八七条のグヴェルヌマンの語を回避し、ディナスティの語を選択したことにより、第一稿の定める内乱罪は、母法よりさらに君主制国家にふさわしい内乱罪としてかきこまれたのである。<sup>17</sup>

もつとも、第一二〇条内乱罪の刑を流刑に止めることは、原案第二条の審議のときから、編纂委員はボアソナードに対して「日本にては従前内乱を起したる罪は特別に取扱ひ、総て死刑に処すべきことゝ為す。故に今後と雖も之れに死刑を廃し流刑に処するは太た不都合なり」と強く異論を唱えた。しかし、ボアソナードが現在ヨーロッパ各国は

政治犯に死刑を科さないと頑強に主張したため、編纂委員はとりあえずボアソナードに従ったのである。<sup>18)</sup>

## (二) 大逆罪・内乱罪の分離

明治八年九月、司法省はボアソナードに命じて、刑法草案編纂委員にフランス刑法を講義させた。この講義は、翌九年五月まで、約八カ月続いた。ボアソナードはまず、編纂委員の求めに応じて刑罰論を展開した。そのさい、今回編纂する草案は「国事犯と通常の犯罪とを区別すべき積なるや。仏国にては通常の犯罪に比すれば国事犯の者に於て其取扱ひを寛宥にすることあり」と説明した。<sup>19)</sup> 国事犯というのは（近代刑法学のいう）政治犯のことである。<sup>20)</sup>

政治犯の取り扱い（処分）を寛宥にするというのは、ボアソナードが第七五条「仏蘭西ニ抗敵シテ武器ヲ所持セル仏蘭西人ハ総テ死刑ニ処ス」について、同条の犯罪を「政事の罪と為す時は死刑にあらず。通常の罪と為す時は死刑なり。千八百四十八年の布告を以て政事の罪に死刑を廃せることは国民一般皆知る処なり」と説明したように、政治犯の死刑廃止をさしていた。この一八四八年の布告は、二月革命時の第二共和制仮政府の布告のことである。<sup>22)</sup>

この講義の中で、ボアソナードは、第八六条「皇帝ノ生命若ハ身体ニ対スル危害」は「其犯罪の事柄は極重きものなれとも矢張通常の罪と見做すなり」と説明し、編纂委員がこれは国事犯（政治犯）ではないのかときくのを、通常犯だとして退けた。<sup>23)</sup> ボアソナードとしては、殺親罪の刑（死刑）がある以上、皇帝に対するアタンタ（侵害）を通常犯だといふしかなかったのかもしれない。ボアソナードは次に、一八五三年の刑法改正時をふり返り、皇帝に対するアタンタはナポレオン三世の威権を憚って死刑を廃止できなかったことや、その時の議論は二説あり、このアタンタを国事犯中の例外規定とする意見が多数だったことを、詳しく説明したのである。<sup>24)</sup>

一方、ボアソナードは、第八七条について「第八十七条は醇粋の国事犯と云うべきものなり。国事犯とは何となれば政府を覆へし政体を一変せんとすることを謀るものなり。例へば共和政事の時なれば王政と為さんとし、王政の時なれば共和政事と為さんとする等のことなり。又は皇帝の即位の順序を紊たし帝権を拒み政府を覆へさんとの目的の意ある者なり」と説明した<sup>(25)</sup>。これこそ醇粋の国事犯、すなわち真正の政治犯だといふのである。ただ、ボアソナードが「本条を改正せし千八百五十三年の頃は三世『ナポレオン』在世中のことなり。故に之は其王家の爲めに用ふべき法律なり」と指摘したのは、単に死刑を隔離流刑に改めたにすぎないから、紛らわしい説明である。

さて、明治一〇年一月に始まる刑法草案第一稿の見直しのさい、編纂委員は、ボアソナードから教わったフランス刑法の知識をよく記憶していた。そのため、第一一八条天皇・皇后・皇太子の身体に対する犯罪と、第一二〇条皇室の顛覆・皇権の拒絶・皇嗣順序の紊乱を目的とする犯罪を同じ章におくことについて、編纂委員は「此第百十八条は通常罪にして、第百二十条は国事犯なり。其通常罪と国事犯と性質の異りたる罪を同じく此第一章中に混同して置くは、太た不都合ならずや」と指摘して、二箇条を別の章におくことを求めた。すなわち「第百十八条の罪は尊属の親に対する罪に同じと為す（死刑）故に、国事犯を流刑に処すべき原則に抵触せんとす」といふのである<sup>(27)</sup>。

ボアソナードが第一一八条の「天皇の身体に対したる罪は通常罪と国事犯と二つの性質を帯びたる者」で、第一稿はそのうち国事犯の性質を重視したのだと反論しても、原則論に忠実な編纂委員は納得しなかった。編纂委員はさらに「一体第百十八条の罪を尊属の親に対する罪に同じと為したるは、畢竟日本の人民は天皇を親とし（て）戴き之を尊ひ且親む所の主意に基きたるものなり。然らば飽迄私罪と見做さるを得ざるへし」と迫ったため、ボアソナードの方が分が悪くなった。その結果、第一一八条を第一章に残す一方、第一二〇条を（フランス刑法第九一条の内乱の

罪に倣う) 第一三四条と併せて別の章におくこととなった。<sup>(28)</sup>

### (三) 朝憲紊乱への階梯

フランス刑法の講義が、第九一条「公民若ハ住民ヲシテ武装セシメ又ハ互ニ武器ヲ執ラシメ以テ内乱ヲ惹起スルヲ目的トシ又ハ一乃至数個市町村ニ於テ侵略、殺戮若ハ掠奪ヲ為スヲ目的トスル危害ハ死刑ニ処ス」に及ぶと、第八七条との関係が問題となった。ボアソナードは、第九一条は「其主意最も広し」として、国民の宗教上の争乱や、議院設立のための紛擾などを例にあげた。編纂委員が地方住民が賦税の適否を論じて一揆を起した場合も第九一条の内乱のうちに入るのかときくと、ボアソナードはそれは前段でなく、後段の一個ないし数個のコミューンの箇所にあたる<sup>(29)</sup>と答えたのである。

その後、草案編纂のさい、編纂委員はボアソナードに、第二章(外患罪)に続き、天皇の主権に対する内乱とは別に、第三章としてその他の内乱の条文をおくことを求めた。編纂委員は佐賀の乱や神風連の乱の類いを想定し、減税一揆や地租改正反対一揆を内乱と同列に扱うのは過酷だと主張した。<sup>(30)</sup>ボアソナードはこれを考慮しながら、フランス刑法第九一条に倣い原案を作成した。この原案を審議して作成された第二案を、第一稿の各則第三章とした。第三章の中心は、第一三四条「院省地方各官署ノ権ヲ傾覆若クハ変乱シ又ハ各官署ノ布令ヲ廢シ若クハ中止セシムルノ目的ヲ以テ内乱ヲ起シタル者ハ輕流ニ処ス」の規定である。<sup>(31)</sup>この院は太政官の正院をいう。

繰り返しになるが、刑法草案第一稿の見直しのさい、編纂委員は第一二〇条を、この第一三四条と併せて別の章におくことをきめた。その上で、編纂委員は、第一二〇条の表現をみて「日本のコンスチ、ーションに対したる国賊は



第三百三十四条の一地方一部落に限りたる内乱にあらず。即不庭（逞）の徒にて日本の朝憲を紊乱するものなり。故に此第二百二十条の罪に入れて論せざるを得ざるへし。然るに其明文なし」とか「一体此第二百二十条の皇室を顛覆し又は皇権を拒絶し云々の罪は全く日本国一般の政体に関する罪なり。故に朝憲を紊乱するとか又建国法を紊乱するとかの主意を示すへき適當の語を用ひんことを要す」とか主張して、書法を修正するよう求めた。<sup>(32)</sup>

ボアソナードが日本には建国法がなく「其建国法の有無に拘わらず広く係るべき為め、矢張皇権を拒絶し若しくは滅殺すると記する方宜しからん」と論したが、編纂委員はそれでは日本人はよくわからないから「日本文にては朝憲を紊乱するとか又は蔑如するとか記せんとす」と強く主張した。結局、通訳の名村泰蔵が仏文はそのままにし、和文を朝憲蔑如（蔑如の字は其字義輕きに失せんとすれとも先づ仮りに）と記すことに収めたのである。<sup>(33)</sup>

蔑如は蔑む、ないがしろにすることで、朝憲の蔑如は朝憲を憚らないことだから、朝憲蔑如は朝憲を乱す朝憲紊乱とさしたる違いはない。江戸幕府は、政治犯を「公儀を恐れざる致し方」として処罰した。<sup>(34)</sup>これに対して、明治政府は、公卿の政府顛覆の企てや不平士族の反乱を「朝憲を憚らざる」所業として処罰し、さらには百姓一揆や紙幣贋造も同じく「朝憲を憚らざる」所業として処罰した。<sup>(35)</sup>

第一稿の見直しが行われたのは、明治一〇年上期である。司法卿の大木喬任が「臨時暴徒処分例」をもち、属僚を率いて西国へ下り、その指揮の下、各臨時裁判所で神風連の乱、秋月の乱、萩の乱を処断してきて、数カ月のことである。この「臨時暴徒処分例」は、第一条で「朝憲ヲ紊乱センコトヲ企テ兵器ヲ弄シ衆ヲ聚メ以テ官兵ニ抵抗シ及ヒ官兵ヲ殺傷セシムル者首及ヒ従ト雖モ首ト同ク画策ヲ主（つかさ）トル者、斬」と定めた。<sup>(36)</sup>この処分例は、愛宕通旭らの陰謀や江藤新平らの拳兵という国事犯（政治犯）の事例と朝憲紊乱の語を結びつけたもので、第一稿の見直しの

さいも、九州臨時裁判所やその出張所で裁判の準則として使用されていたものである。編纂委員としては、不逞の徒の処分例第一条の文頭を刑法草案の第一二〇条にもつてくれば、その意味がわからない人はいないだろうという、という話である。

修正されたはずの第一二〇条は、校正第一案の第一三三条である。同条の構成要件は「本朝ヲ顛覆シ又日本管内ニ於テ皇權ヲ拒絶シ又天皇ノ特權ヲ減損シ又皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルヲ内乱ノ目的トナシタル重罪」である。何か手違いがあつたらしく、これは前の第一二〇条と同じである。そのため、編纂委員は皇權の拒絶と天皇特權の減損の二つを併せて朝憲の蔑如と記すよう求めた。<sup>37</sup>二つの区別がはっきりしない、というのである。

ボアソナードがこれに答えて、オトリテ（権力）とプレロガチーブ（特權）は区別が明らかであり、前者は日本の土地の一部を占拠して皇權を拒絶する類いをいうし、後者はこれまで天皇に属した議員（元老院議員？）選挙や条約改正の特權を減損して行わせないようにする類いをいうと説明した。しかし、編纂委員はなお「其二事を特書すれば各特別に示す訳なれとも、假令特書せさるとも日本文にて朝憲云々と記する時は、右二事の主意に係るは勿論、国事犯中何事にも通し用ゆへきの便利あらんとす」と主張した。<sup>38</sup>ボアソナードが再びこれに答えて、皇權の拒絶はドイツ刑法第八一条第四項の記す「領地の全部又は一部を非理に云々領せしめんとしたる」という主意と同じだと説明したため、編纂委員は第一三三条の和文を「国家ヲ顛覆シ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ蔑如シ若シクハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ」と記すこととして、同条に関する議論を決着させたのである。<sup>39</sup>

一方、校正第一案の第一三四条「官（この官は括弧の中に記される）院省地方各官署ノ權又ハ其長官ヲ顛覆シ又ハ變更シ又ハ其官署ニ於テ政事上又ハ行政上ニ付処分シタル法度ヲ廢止又ハ中止スルヲ目的トナシ内乱ヲ起シタル者ハ



前条ニ記載シタル區別ニ從ヒ各々一等ヲ減ス」について、編纂委員は、官署の権を修正しないと、第一三三条の朝憲蔑如と區別しにくいと指摘した。<sup>(40)</sup>これは、あるいは、太政官（明治一〇年一月正院の称の廃止）をはじめ中央官署の権力の顛覆と、前条の朝憲蔑如の區別を懸念したものでろうか。しかも、編纂委員は「然し日本文の朝憲蔑如の語は所謂不応為の罪名と同じく国事犯中何事にも通し用ゆべきものなれば、到底其區別を為し難し。故に之れは裁判官の監定に任せ置くへし」といつて、<sup>(41)</sup>朝憲蔑如の語が不応為（情理において為すを得べからざるのこと）と同じく、内容が確定されない一般条項としての利便性をもつ、という認識を口にしたのである。

このようにして内乱罪の条文の内容が固まってきたが、ここで一つ確認しておくことがある。それは、繰り返しになるが、編纂委員が朝憲（紊亂・蔑如）の語を「コンスチ・ーション」や「建国法」と同義のものとして刑法草案にもちこんだことである。しかも、朝憲蔑如の語の使い勝手のよさを認識してもちこんだことである。もつとも、それでいて、刑法草案第二稿（明治一〇年六月成稿）の見直しのさい、ボアソナードが「此第百三十三条中『朝憲ヲ蔑如シ』の語は或ひは例へは百姓一揆の如き小事にも係るに似たり」というと、編纂委員は「然し日本文にて朝憲の字は小事に迄係るへき意味にあらず。故に仏文の適訳にはあらされとも先づ此語の外恰好の字面なきを如何せん」と一蹴した。<sup>(42)</sup>これは、実は、それまで政府が百姓一揆をあるいは朝廷を憚らず、あるいは朝憲を憚らずとして断罪してきた事実<sup>(43)</sup>に反していた。

#### （四）旧刑法の成立と条文の確定

話の順序が逆になったが、編纂委員がボアソナードとともに刑法草案第一稿を編纂したのが明治九年一二月、刑法

草案第二稿を編纂したのが翌一〇年六月。編纂委員が確定稿たる「日本刑法草案」を纏め、編纂委員・司法大書記官鶴田皓の名で司法卿の大木喬任に提出したのが、明治一〇年十一月のことである。日本刑法草案中、第二編の必要な箇所は次のようである。<sup>43)</sup>

#### ○日本刑法草案

##### 第一章 天皇ノ身体ニ対スル罪

第三百十一条 天皇皇后及ヒ皇太子ノ身体ニ対シタル犯罪ハ子孫其祖父母父母ノ身体ニ対シテ犯シタル重罪輕罪ニ同シ

##### 第二章 内乱ニ関スル罪

第三百十四条 国家ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ蔑如シ若クハ皇嗣ノ順序ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

- 一 内乱ノ教唆者及ヒ其首魁ハ無期流刑ニ処シ五百円以上五千円以下ノ罰金ヲ附加ス
- 二、三 略

第三百十五条 略（官省地方各官署の傾覆・変更、その長官の黜除などを目的とする内乱）

第三百十六条 略（立法行政官の議事、各裁判所の審判の妨害を目的とする内乱）

（注）第二三五条、第二三六条、どちらも第二三四条の刑の各一等減。

日本刑法草案を、政府（太政官）は、その頃の立法諮問機関たる元老院へ送る前に、臨時に部内に刑法草案審査局を設置して審査させた。国家権力を支える刑法の編纂は大事業であり、加えて西欧法を模倣する初めての法典だった

から、政府は慎重をきいたのである。参議・法制局長官の伊藤博文を総裁とし、審査委員は元老院議官、法制局書記官、司法書記官（纂集長を務めた鶴田皓を含む）の中から任命した。審査は長引き、一年六カ月を費やした。<sup>(44)</sup>

審査局は審査に入つてすぐ、数点の重要事項を予決問題として政府に上申し、その指令を仰いだ。明治十一年二月二七日、伊藤博文が出局し「上申の件は内閣より上奏を経て決定すること左の如しと口達せり。一、皇室に対する罪を設くること。一、国事犯の巨魁を死刑に処し刑名を区別して設くること」云々。<sup>(45)</sup>これは、審査委員の一人、村田保の回顧談の中の記事である。その頃の現行法たる新律綱領・改定律例にない大逆罪・内乱罪を新たにおこうというのだから、天皇と政府の同意が必要だった。さらには、大逆罪を高々親殺しと同視してよいのか、内乱罪の処分を無期流刑に止めてよいのか、という問題もあった。伊藤の口達は後者を死刑に処せ、と命じていた。

審査局の審査は司法省の刑法草案編纂のときと違い、おそらく議事録が残されていない。修正案は幾つか残されている。明治十一年一〇月（？）成稿の「刑法草案修正稿本」<sup>(46)</sup>は、大逆罪として第一一六条「至尊上皇三宮及ヒ東宮ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス」をおいた。内乱罪として第一二一条「政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ区別ニ從テ処断ス」をおき、第一号「首魁及ヒ其教唆者ハ死刑ニ処ス」と改めた上で、元の第一三五条、第一三六条（官省地方各官署の傾覆・変更など、立法行政官の議事などの妨害）の条文を削除した。

審査の具体的な内容はよくわからない。審査委員は日本刑法草案を逐条審査すること四回、確定稿たる「刑法審査修正案」を纏めた。刑法草案審査総裁・元老院幹事柳原前光が太政大臣の三条実美に提出したのが、明治十二年六月のことである。日本刑法草案の全四七八条は圧縮されて全四三〇条となっていた。刑法審査修正案中、第二編の必要

な箇所は、次のようである。<sup>(47)</sup>

## ○刑法審査修正案

### 第一章 皇室ニ対スル罪

第百十六條 天皇皇后及ヒ皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス

### 第二章 国事ニ関スル罪

#### 第一節 内乱ニ関スル罪

第百二十一條 政府ヲ顛覆シ又ハ邦土ヲ僭竊シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ区

別ニ從テ処断ス

一 首魁及ヒ教唆者ハ死刑ニ処ス

二、三、四 略

(注) 第二一六條の「皇后及ヒ」を元老院が「三后」と直した以外は、このまま旧刑法の条文として確定。

政府(太政官)は、明治一三年三月、刑法審査修正案を元老院の審議にふした。元老院は三月、四月、数回の審議を行い、修正らしい修正を加えることなく、ほぼ刑法審査修正案どおり可決した。そのため、旧刑法を考察しようという場合、審査局が日本刑法草案を修正した箇所はどこか、修正した意味は何かを調べることが必要となる。大逆罪は元の殺親罪の刑を死刑と改めたにすぎない。一方、内乱罪は、①「国家」の顛覆を「政府」の顛覆に改め、②朝憲の「蔑如」を「紊乱」に改めたばかりか、③末尾の「皇嗣ノ順序ヲ紊乱スル」を削り、④前にみたように、第一三五條、第一三六條をどちらも削除してしまった。ここでは、これらの修正の意味について論じること<sup>(48)</sup>をしない。ここで

指摘しておくのは、①審査局は大逆罪・内乱罪の分章を保ち、内乱罪（政治犯）は首魁らを死刑に改めながら、大逆罪（通常犯）と区別して他の者に流刑や禁獄を科していること、②審査局は第一三五条、第一三六条を削除する一方で、第三章静謐を害する罪の第一節として兇徒聚衆の罪の三箇条をおいたこと、これら二点である。この兇徒聚衆罪というのは、近代刑法学という騒擾罪である。

（11） 天皇に対する罪の創定をきめた後、ボアソナードが未遂犯・欠効犯の減刑をいいはって譲らず、既遂犯と同じ死刑を主張する編纂委員と対立した。新井勉「明治日本における大逆罪と内乱罪の分離」（日本法学第七二卷第三号、二〇〇六年）四七～四九頁。

（12） 早稲田大学鶴田文書研究会編『日本刑法草案会議筆記』第二卷（早稲田大学出版部、一九七七年）四九三～四九四頁。

（13） 注（12）五〇〇～五〇一頁。

（14） 注（12）五〇〇頁。

（15） 注（12）五一八～五一九頁。

（16） 注（12）五五五～五五六頁。

（17） フランスの一八一〇年刑法は、第八六条皇帝に対する大逆罪に並び、第八七条に政府の顛覆・皇位継承順序の変更・皇帝権力への反抗を目的とする皇族に対する危害の罪をおいた。一八三二年の改正法が、第八六条に国王に対する大逆罪と併せて皇族に対する危害罪をおき、第八七条に皇族危害罪から切り離した形で、政府顛覆・王位継承順序変更・王権への反抗を内容とする内乱罪をおいた（中村・前掲『ナポレオン刑事法典史料集成』一八七～一八八頁）。

（18） 注（12）四九八～五〇〇頁。

（19） ボアソナード「仏国刑法会議筆記」一六六頁。これは、明治八年九月二五日の講義で、西原春夫ら編『旧刑法（明治13年）①』（信山社・日本立法資料全集、一九九四年）所収。通訳は名村泰蔵。

(20) ボアソナードがクリム・ポリティクといい、それを通訳が国事犯と訳したことにについて、新井勉「近代日本における大逆罪の罪質について」(日本法学第七五卷第一号、二〇〇九年) 九頁以下。

(21) 注(19)二四八～二四九頁。明治八年二月一〇日の講義。

(22) 注(10)参照。ちなみに、政治犯について、ボアソナードの師たるオルトランは、政治犯が法理上犯罪として成立しないというのではないが「往々同一の人にして圀圀より廟堂に移り、又廟堂より圀圀に入るを見るの習慣は、事実に因りて国事犯は犯罪にあらずとの論結を甚た演繹せしめんとするものなり」という。オルトラン・前掲書、第一帙下卷(一九九九年) 一二〇～一二二頁。

(23) 注(19)二五〇～二五一頁。正確には、ボアソナードは皇帝に対するアタンタ(侵害)を通常犯だと説明する一方で、国事犯(政治犯)だと口走ったり歯切れが悪い。通訳を通すせいか、なおさらわかりにくい。

(24) 注(19)二五一～二五二頁。ボアソナードとしては、このアタンタを通常犯とも国事犯ともしないで、刑法全体の中で全く別の種類の例外規定とする、一八五三年当時の少数説がよいという。

(25) 注(19)二六八頁。明治九年一月二五日の講義。

(26) 注(25)と同じ。中村・前掲『ナポレオン刑事法典史料集成』一八八頁参照。

(27) 注(12)五五七～五五八頁。引用中の注(死刑)は、引用者。

(28) 注(12)五五八～五五九頁。

(29) 注(19)二七四～二七五頁。明治九年二月五日の講義。

(30) 注(12)五九三～五九六頁。編纂委員は一揆を内乱と同列に扱うのは過酷(重きに失する)ながら、静謐を害する罪とするのは軽きに失する、ともいう。

(31) 注(12)六二六頁。

(32) 注(12)五六一～五六二頁。

(33) 注(12)五六二～五六三頁。括弧の中の(其字義軽きに失せん)は、名村の言葉。



(34) 平松義郎『江戸の罪と罰』（平凡社ライブラリー、二〇一〇年）九四頁。原本は一九八八年の発行。

(35) 新井勉「明治四〇年刑法の成立と内乱罪」（日本法学第七三卷第一号、二〇〇七年）一九頁以下。

(36) 内閣記録局編『法規分類大全』刑法門①（原書房、一九八〇年）三七八頁。臨時暴徒処分例について、新井勉「明治前期の叛逆について」（政経研究第四九卷第四号、二〇一三年）一六頁以下。

(37) 注(12)六三九頁。実は前回（第一稿の見直し）の編纂委員の主張は、和文で、①国家（皇室）の顛覆、②朝憲の蔑如、③天皇特権（皇権？）の拒絶または滅殺、④皇嗣順序の紊乱と記すことだった（五六三頁）から、今回③を朝憲蔑如と記すよう求めるのは、前回と大きなズレがある。

(38) 注(12)六三九～六四〇頁。

(39) 注(12)六四〇頁。仏文はそのままだから、朝憲蔑如は結局、仏文の「天皇ノ特権ヲ減損シ」にあたる。なお、前掲『刑法表』をみると、ドイツ刑法第八一条謀反大逆罪の第四項は「連邦ノ甲国ノ領地ノ全部又ハ其一部ヲ連邦ノ乙国ヘ領セシメントシタル者」と記され、第三項は「連邦ノ領地ノ全部又ハ其一部ヲ外国政府ニ領セシメントシ又ハ其領地ノ一部ヲ叛カシメントシタル者」と記されている（一九〇～一九一頁）。前者は「又ハ甲国ノ領地ノ一部ヲ叛カシメントシタル者」と記されるはずが省略されている。

(40) 注(12)六四一頁。

(41) 注(12)六四一～六四二頁。

(42) 注(12)六五八～六五九頁。

(43) 司法省（？）発行の『日本刑法草案』六一頁、六二～六四頁。第一三五条の黜（しりぞける）除は、罷免と同じ。ちなみに、本書は縦二〇・七センチ、横一三・七センチの洋装版で、目次一〇頁、本文二三〇頁。発行者・発行年は記載なし。参照には、前掲『日本刑法草案会議筆記』第四卷（一九七七年）巻末所収のものが便利である。

(44) 司法省刑事局編「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革」①（法曹会雑誌第八卷第八号、一九三〇年）一一二～一一四頁。

(45) 村田保「法制実歴談」(法学協会雑誌第三三卷第四号、一九一四年) 一四三頁。

(46) 早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』(早稲田大学比較法研究所、一九八四年) 六五～六七頁。

(47) 太政官(?) 発行の『刑法審査修正案』四九頁、五〇～五一頁。ちなみに、本書は縦二〇・七センチ、横一三・四センチの洋装版で、目次一〇頁、本文一八一頁。発行者・発行年は記載なし。参照には、前掲『刑法審査修正関係諸案』巻末所収のものが便利である。

(48) 内乱罪について、審査局が日本刑法草案を修正したこの意味について、さしあたり、新井勉「明治日本における内乱罪の誕生」(日本法学第七〇巻第四号、二〇〇五年) 一五三頁以下参照。

## 二 分離への反発

旧刑法の編纂は、司法省の草案編纂、刑法草案審査局の審査、および元老院の審議をへて、明治一三年(一八八〇年)四月、すべて終了した。上奏をへて、七月一七日、政府はこれを公布し、明治一五年一月一日より施行したのである。同時に公布し施行した治罪法とともに、西欧法を模倣する初めての法典である。この旧刑法中、大逆罪・内乱罪の条文は、前掲刑法審査修正案の第一一六条(皇后及ヒを三后と直す)および第一二一条である。

元老院の第一読会で内閣委員として趣旨説明を行った村田保は、政府提出案(刑法審査修正案)について「従前の律よりは寛にして濫ならず、密にして疎ならず、真に完然無瑕と言はさる可らず」と力説した。<sup>(49)</sup>しかし、完全で瑕がないと力説しても、旧刑法は施行してすぐ改正論の逆風に曝された。早くも明治一五年九月、司法省は、政府(太政官)に実務上の差し支えが少なくないとして一部改正案を提出した。<sup>(50)</sup>これがきっかけとなった。

## （二）分章撤回する

司法省の一部改正案は、旧刑法の一〇数箇条について、修正や加除を施したものである。まず、未成年者中一六歳以上も減刑する第八一条を削除し、続いて、第二六一条の賭博罪の成立を現行犯から非現行犯へ拡大し、第三八〇条の強盗傷害を無期徒刑から死刑へと加重した。さらに、第四〇一条として贓物の出所を証明できない者を罰する規定をおき、第二編第三章の静謐を害する罪の中に、第一〇節として無頼および乞丐の罪をおいた。<sup>51</sup>

詳しい経緯はわからないが、このとき政府は、この一部改正案を部内で審査させた。法制局も（太政官の）法制部も廃止されたから、審査にあたるのは参事院しかない。内局・六部のうち、法制部（同じ名称）である。明治一五年の暮れか翌一六年の初め頃か、法制部は、一部改正案に対する「太政官調査修正案」を纏めた。<sup>52</sup> この修正案は、司法省の求めるところを基礎とし、それに数倍する箇条の修正や加除を施したものである。もっとも、全四三〇条に及ぶ法典だから、なお一部改正案にすぎない。第二編の第一章皇室に関する罪と、第二章国事に関する罪の第一節内乱に関する罪は、元どおり分章されたままである。修正が加わった条文を記すと、次のようである。<sup>53</sup>

### ○太政官調査修正案

#### 第一章 皇室ニ対スル罪

第一百六条 皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス

皇陵ヲ毀壞シタル者亦同シ

#### 第二章 国事ニ関スル罪

##### 第一節 内乱ニ関スル罪

第二百一十一條 政体ヲ変更シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ区

別ニ從テ処斷ス

一 首魁及ヒ教唆者ハ死刑ニ処ス

二、三、四 略

法制部は修正案と一緒に理由書を作成した。第一一六条の修正理由は「原文天皇三后皇太子に対し危害を加へ又は加へんとしたる者云々とあるは、特に玉体に対し奉り危害の所業を為したる者の如く見ゆるのみならず、天皇に対し危害を加ふ云々の文字は古典に曾て見ざる所」だから、天皇・三后・皇太子の語を皇室に改め、さらに「原文は危害を加へ奉らんとしたる者にして始めて罰あるか如く、其権衡を得たる者にあらざる」から、危害を加え云々も（悖逆を）謀ると改める、<sup>54</sup>というのである。その権衡というのは、旧法（反を謀るだけで極刑に処する謀反）における権衡のことをいう。

第一二一条の修正理由をみると、政府を顛覆しとあるのを政体を変更しと改めるのは「太政官は即ち天皇臨御万揆を親裁し賜ふ所にして、天皇の政府なり。其政府を顛覆せんと謀る者は、即ち第一百六条皇室に対して悖逆を謀る者とす。故に惟た内閣の組織を一変せんとする如き政治上の犯罪に係る者は政体を変更する者と為し、宜く此条を以て論す可きなり。但政体を変更せんと謀るも其目的共和政治に在る者の如きは、即ち皇室に対して悖逆を謀る者を以て論す可し」<sup>55</sup>というのである。すなわち、政体の変更と改めることにより、第一一六条は君主の身（大逆）や位（君主制や君主の政府）に対する謀反、第一二一条は単なる政治上の犯罪、として分離しようというのである。

参事院の法制部が太政官調査修正案を纏めるさい、おそらく井上毅（法制部議官兼内閣書記官長）が中心的な働き

をしたに違いない。その井上が、同僚で木下犀潭塾同門の鶴田皓（司法部議官・部長）と旧刑法の改正について意見を交わしたのは、明治一五年一二月のことである。刑法案や刑法改正案が提出されたさい、これを審査するのは法制部の担当ながら、総会議にかかることを予想すると、鶴田へ根回しが必要だった。

井上は、改正意見を二通記し、鶴田へ送付した。一通目は、新刑法（旧刑法をいう）は詳密本元にして千載の大典ながら名分と倫理を忽略（粗略？）にし、名分については四点で誤ったと論じている。①古律は謀反や謀大逆を予謀のとき誅鋤する（殺しつくす）が、新刑法の第一一六条は天皇・三后・皇太子に対し危害を加え、加えんとした者といつて、その危害を謀る者を罰しない。②古律の謀大逆たる、宮闕（皇居）を破り放火する罪を掲げない。③大宝律の大不敬にして死刑に処する、乗輿（天皇をいう）を指斥（非難）し情理切害なりという条文を掲げず、漠然たる不敬条をおき、重禁錮に処するに止まる。④宮禁の尊嚴は直指せず、宮闕や乗輿などと言葉を婉曲にするのが人臣の礼である。第一一六条は天皇を危害する、などと古典に見ざる文字を記しているが、これは「立憲国に於て天子神聖之主義にもあらず」というのである。<sup>56</sup>

二通目は、旧刑法の大逆罪・内乱罪の分置について、甲乙二案を示し「元来皇室に対する罪と内乱とを分割したるは共和主義之精神にして甚た我国体に適當せずと存候。彼の仏国刑法に皇帝を干犯する者を国事犯に混したるは彼国理論家之満足せざる所にして、日本刑法は即ち仏国理論家をして厭足せしむるも我国之瑕疵なる哉如何せん」と主張している。<sup>57</sup> これら二案は次のようである。<sup>58</sup>

# ○甲案

此度之改正ニ於而、皇室ニ対スル罪ト内乱ノ罪ヲ合セ、左之大意を以而案ヲ立ツ。

凡ソ朝憲ヲ紊乱シ宮闕ヲ干犯シ悖逆ヲ行フコトヲ謀リ及乗輿ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ死刑ニ処ス  
本条ノ罪ヲ犯ス者ハ期満免除并宥恕軽減ノ例ニ非ラズ

## ○乙案

——条 宮闕ヲ干犯シ悖逆ヲ行フコトヲ謀リ及乗輿ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ死刑ニ処ス

本条云々、同甲案

—— 不敬ノ刑ヲ重罪トス

—— 朝憲ヲ紊乱シ内乱ヲ興スコトヲ謀ル者ハ死

右両案中御取捨奉仰候。何分今日之刑法ハ不安之物なるハ只此一点ニ有之歟ニ候へハ、御熟考奉万冀候。

井上は、大逆罪・内乱罪の分置を「共和主義之精神にして」国体にあわないう。甲案は、律の謀反と同じように、二つを「悖逆ヲ行フコト」を謀るとして一条に包摂するものである。乙案は「悖逆ヲ行フコト」を謀る罪、不敬罪、および「朝憲ヲ紊乱シ内乱ヲ興スコトヲ謀ル」罪を、それぞれ別の箇条としておくものである。そして甲乙二案どちらも、期満免除（刑の時効）も、宥恕減輕（未成年者）も認めない、というのである。

井上は、一通目を、右は「先日勿々中反覆熟議之時を失ひ遺憾奉存候に付、猶楮上に托し縷陳仕候間更に奉仰賢慮候」と結んだ。井上が二通を鶴田へ送付したのは、御用納めの後寸暇をえた一二月三〇日のことである。先日勿々中反覆熟議の時を失ったと記したのは、あるいは、法制部が太政官調査修正案を纏めたときの事情をふり返っているのかもしれない。この場合、修正案の成立時期は、おそらく明治一五年暮れである。

しかし、修正案は、第一一六条を改め、①予謀の段階で罰し、④宮禁の尊嚴を保ち、③第一一七条の不敬罪に一項



を加え、これを第一項「皇室ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ無期徒刑ニ処ス」とする一方、元の条文を「皇室ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ輕懲役ニ処シ其情輕キ者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス」と改め、第二項へ回した。<sup>59</sup>井上がそれを承知で改正を力説するのは、何か不自然である。それなら、井上が鶴田と意見を交換した後で、法制部は右の乙案の線で修正案を纏めたのではないか。この場合は、修正案の成立時期は、明治一六年初め頃である。あるいは、この時点で、鶴田が甲案に同意するのを渋ったかと想像される。

○太政官調査修正案、続き

第百十七条 皇室ヲ指斥シ情理切害ナル者ハ無期徒刑ニ処ス

皇室ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ輕懲役ニ処シ其情輕キ者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス

皇陵ニ対シタル罪亦同シ

井上は、同じ頃「第二編第一章第二章改正の議」と題する覚書を作成した。井上は、この覚書の中で皇室に対する罪と国事犯を二分するのは「実に建国の大義に乖き、立憲の主義に戻（悖）り、将来永遠に国体と相矛盾し、不軌の徒をして口実を藉り、邪説の資と為すことを得せしめんとす」と論じ、これは断じて改めざるべからざるなりと大書した<sup>60</sup>上で、理由を詳論している。

理由は四つある。①第一二一条の政府は天皇の政府にして、邦土は天皇の邦土、朝憲は天皇の朝憲であるが、これを内乱罪として皇室に対する罪としないのは、不可の一である。②各国刑法は皆、君主を犯す罪と国に背き乱をなす罪を同一類とし、一条を以て包括するものがあるし、条を殊にして節を同じくするものがある。それは、君主の身を危うくするのと君主の位（現王朝）を犯す（攻撃する）のと、悖逆たるは同一である。ところが、政府を顛覆し朝憲

を紊乱する者を内乱罪として、皇室に対する罪とは別扱いするのが、不可の二である。③我が国は宮中・府中ともに一体となし、皇室と政府はかつて両岐することがなかった。将来憲法が制定されても、政府を以て皇室に属し、政府を以て議院・政党に属せざるべきは、不易の理である。ところが、今刑法が政府と皇室をわけ、政府顛覆を内乱罪として、これを皇室を干犯する罪としないのは、不可の三である。④内乱とは両党が相戦う名称であり、旧法では臣民にして皇室や政府を犯す者を反逆とする。今皇室に対する罪、すなわち反逆罪とは別に、内乱罪において政府を顛覆する罪人をまち、不軌の徒をして藉口し反逆の名を逃れさせるのは、不可の四である。<sup>61</sup>

井上は、具体的な改正を提案している。①第一章皇室に対する罪と、第二章国事に関する罪の第一節内乱に関する罪を併せて一章とし「悖逆ノ罪」をおく。②第一一六条を書き換えて「皇室ニ対シ、悖逆ヲ行フコトヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス」と改める。③同条に「本条ノ罪ヲ犯ス者ハ、第八十条不論罪宥恕ノ例ヲ用ヒズ」という第二項を加え、一六歳未満の未成年者についても減刑を外す。④第一一七条を書き換えて、第一項「乗輿ヲ指斥シ、情理切害ナル者、及諸口悖逆ノ言ヲ為シ朝憲ヲ蔑如スル者ハ有期徒刑ニ処シ、其ノ教唆シテ人ヲ惑ハスノ情アル者ハ無期徒刑ニ処ス」と改めるほか、第二項の皇室に対する不敬、第三項の皇陵に対する不敬の刑を加重する。⑤第一二一条に「政体ヲ変壞シ、邦土ヲ僭窃シ、及朝憲ヲ紊乱スルコトヲ謀ル者ハ無期流刑ニ処ス」という第一項を加え、その次に「前項ノ目的ヲ以テ兵乱ヲ興シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス」という第二項をおき、その処分例は旧刑法と同じとする。⑥国事に関する罪の第二節外患に関する罪を改め「第二章、謀叛ノ罪」とする、<sup>62</sup>というのである。この改正論は、前掲鶴田あて乙案の内容に近く、より詳細である。

さて、明治一六年三、四月頃か、司法省は、政府（太政官）に、前年九月提出の一部改正案にさらなる修正・加除

を施した改正案を提出した。<sup>63</sup> 提出時期は早ければ二月頃だったかもしれない。改正案は、全四三〇条の法典中半分の箇条に修正・加除を施した上、徒刑・流刑、懲役・禁獄、重禁錮・軽禁錮の刑期を一斉に延長するなど、いわば全面改正案と称してよいものである。

この改正案は、第二編の第一章皇室に対する罪と、第二章国事に関する罪の第一節内乱に関する罪を併せて一章とし、第一章内乱に関する罪をおき、第二章として皇室に対する不敬の罪をおいた。元の第二章の第二節外患に関する罪は、名称を保って第三章をたてた。大逆罪、内乱罪について、旧刑法に修正が加わった条文を記すと、次のようである。<sup>64</sup>

#### ○司法省改正案

##### 第一章 内乱ニ関スル罪

第百十七条 皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス

皇陵ヲ毀壞シタル者亦同シ

本条ノ罪ハ宥恕及不論罪ノ例ヲ用フルコトヲ得ス

第百十九条 政体ヲ変更シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ内乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

一、四 元のまま

##### 第二章 皇室ニ対スル不敬ノ罪

第百三十一条 皇室ニ対シ大不敬ノ所為アル者ハ有期徒刑ニ処シ其情輕キ者ハ重懲役ニ処ス其不敬ノ所為ニ係ル

者ハ輕懲役ニ処シ其情輕キ者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス

皇陵ニ対シ大不敬若クハ不敬ノ所為アル者亦同シ

司法省改正案は、井上が強く非難する、旧刑法の第一章と、第二章第一節の分章を撤回した。しかも、第一一七条も、第一一九条も、太政官調査修正案の第一一六条、第一二一条をそのまま転用した。第一一七条は新たに第三項を追加した。これはおそらく、司法省の（旧）刑法改正担当者が、参事院法制部から修正案をみせられ、井上の主張をきかされたに違いない。あるいは、鶴田が古巣司法省の下僚らに指示したのかもしれない。しかし、この司法省改正案に誤記がないとすれば、第一章の名称は、井上が排斥する内乱の罪である。それだけでなく、皇室に対する不敬罪を以て一章をたてるのは、かなり突飛である。

## （二）一章に二節をおく

政府（太政官）は、司法省提出の全面改正案を部内で審査させた。法制部がこれにあたり、明治一六年五月、全面改正案に対する「太政官再調査案」を纏めた<sup>65</sup>。そして議官補清浦奎吾、員外議官補名村泰蔵、議官井上毅、議官鶴田皓、四人の名で参事院議長の山県有朋に提出した。審査に鶴田が加わっているのは、法律案は部会議でなく、総会議で審議するからだろう。

この再調査案は、司法省の求める修正・加除を大幅に削減したものである。中でも、徒刑・流刑、懲役・禁獄など刑期の延長を認めなかった。刑期の延長は「其の關係する所、刑法の全局全部の変動にして、取りも直さず旧刑法を廢して新刑法を施すもの」だからという<sup>66</sup>。ともあれ、肝腎の大逆罪、内乱罪について、旧刑法に修正が加わった条文

を記すと、次のようである。<sup>(67)</sup>

○太政官再調査案

第一章 悖乱ノ罪

第一節 皇室ニ対スル罪

第一百六条 皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス

第〇〇条 皇陵ヲ毀ツ者ハ死刑ニ処ス

第一百七条 皇室ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三月以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ其情重キ者ハ重懲役又ハ輕懲役ニ処ス

皇陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ

第二節 国事ニ関スル罪

第二百一条 政体ヲ変壞シ又ハ邦土ヲ僭窃シ其他朝憲ヲ紊乱スルコトヲ目的ト為シ兵乱ヲ起シタル者ハ謀反ノ罪ト為シ左ノ區別ニ從テ処断ス

一、四 元のまま

太政官再調査案は、旧刑法の第一章と、第二章第一節（および第二節）の分章を撤回し、併せて一章とし、第一章悖乱の罪をおきながら、一章の中に第一節皇室に対する罪、第二節国事に関する罪、および第三節外国に関する罪の三節をおいた。大逆罪、内乱罪についていえば、一章にして二節を配置したのである。なお、第一一六条は、太政官調査修正案の第一一六条と同じ。第一二一条の構成要件は、修正案の表現をかなり改めた。

参事院は、この再調査案を総会議の議案とした。六月下旬、総会議が開かれ激論が交わされたという。<sup>(68)</sup> 山県議長が総会議の議決した旧刑法改正案を、太政大臣の三条実美に提出したのは、七月一二日のことである。<sup>(69)</sup> しかし、改正案は元老院へ送ることなく、審議にふすることなく、政府自ら握り潰したのである。ちなみに、この参事院の改正案のうち、これもやはり大逆罪、内乱罪について、旧刑法に修正が加わった条文を記すと、次のようである。<sup>(70)</sup>

#### ○参事院改正案

##### 第一章 悖乱ノ罪

##### 第一節 皇室ニ対スル罪

第百十六条 皇室ニ対シ悖逆ヲ謀ル者ハ死刑ニ処ス

第百十七条 皇室ニ対シ不敬ノ所為アル者ハ三年以上五年以下ノ重禁錮ニ処シ其情重キ者ハ輕懲役又ハ重懲役ニ処ス

皇陵ニ対シ不敬ノ所為アル者亦同シ

##### 第二節 謀反ノ罪

第百二十一条 政体ヲ変壞シ又ハ朝憲ヲ紊乱スルノ目的ヲ以テ兵乱ヲ起シタル者ハ左ノ區別ニ從テ処断ス

一、四 元のまま

##### 第三節 謀叛ノ罪

(注) 太政官再調査案中、第〇〇条「皇陵ヲ毀ツ者ハ死刑ニ処ス」は削除。



(49) 明治法制経済史研究所編『元老院会議筆記』前期第八卷（元老院会議筆記刊行会、一九六四年）五八頁。明治一三年三月一五日の会議。

(50) 前掲「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革」③（法曹会雑誌第八卷第一〇号、一九三〇年）一四一―一四四頁。

(51) 注(50)と同じ。

(52) 日本大学法学部図書館は、甲号「太政官調査修正案」と題される、旧刑法改正案を所蔵している。これは、旧刑法の活版印刷本（目次一二頁、本文一八二頁）の各条文に朱書で修正・加除を施したものである。この修正案の成立時期は、はっきりしない。本文の「明治一五年の暮れか翌一六年の初め頃か」というのは、現在のおよその推測である。なお慎重な考察が必要である。修正案は、内田文昭ら編『刑法（明治40年）①』全三卷（信山社・日本立法資料全集、一九九九年―二〇〇九年）の中にみあたらない。もっとも、同書第三卷（①―③）補遺③、四四四頁以下の「刑法改正案・参事院」は、この修正案のうち主要な箇条を掲げるとともに、修正・加除の理由をふしたものである。

(53) 注(52)「太政官調査修正案」四九頁、五〇―五一頁。

(54) 前掲『刑法（明治40年）①―③』所収、補遺③「刑法改正案・参事院」四四六頁。

(55) 注(54)「刑法改正案・参事院」四四七頁。明治二年（一八八九年）発行の『言海』は、政体の語の解釈として「政治ノタテカタ」と記し、用例として「立憲ノ政体、共和ノ政体」をあげている。大槻文彦編『言海』（ちくま学芸文庫版、二〇〇四年）六八七頁。法制部が第二二一条の文頭を政府から政体へ修正したのは、強引な観がある。

(56) 鶴田皓あて井上毅書簡、明治一五年（？）一二月三〇日付。井上毅伝記編纂委員会編『井上毅伝』史料篇第一卷（国学院大学図書館、一九八六年）二六七頁。初版は一九六六年。

(57) 鶴田皓あて井上毅書簡、明治一五年（？）一二月三〇日付。注(56)二六八頁。厭足は、十分にたりる、満足する。

(58) 注(57)と同じ。

(59) 注(52)「太政官調査修正案」四九頁。

(60) 井上毅「第二編第一章第二章改正の議」。注(56)三四三頁。

- (61) 注(60)「第二編第一章第二章改正の議」。注(56)三四三～三四四頁。
- (62) 注(60)「第二編第一章第二章改正の議」。注(56)三四四～三四五頁。法文中の読点、濁点は、原文どおり。
- (63) 前掲『刑法(明治40年)①—3』所収、補遺①「司法省改正案」。この改正案は、旧刑法の活版印刷本の各条文中、朱書で修正・加除を施したものである。同書第二卷(①—2)資料解題五〇頁。
- (64) 注(63)補遺①「司法省改正案」二九二～二九五頁。
- (65) 日本大学法学部図書館は、注(52)のほか、丙号「太政官再調査案——即参事院総会議案」と題される、旧刑法改正案を所蔵している。これも、注(52)と同じ活版印刷本の各条文中に朱書で修正・加除を施したものである。この再調査案は、およそのところ、前掲『刑法(明治40年)①—1』資料⑦、二四八頁以下の「参事院総会議案」の内容と同じである。
- (66) 山県有朋あて井上毅書簡、明治一六年(?)五月一四日付。注(56)三四二頁。
- (67) 注(65)「太政官再調査案」四九頁、五〇～五一頁。
- (68) 伊藤隆・尾崎春盛編『尾崎三良日記』上巻(中央公論社、一九九一年)三〇四～三〇五頁。
- (69) 前掲『刑法(明治40年)①—1』資料⑨、四一五頁以下の「参事院上申案」。
- (70) 注(69)と同じ。

## おわりに

近代日本が西欧法典を模倣して最初に編纂したのは、明治一三年の刑法、いわゆる旧刑法である。草案編纂を担当した司法省の編纂委員は、ボアソナードの指導を受けながら暗中模索の日々を送った。その頃の刑法が大逆罪や内乱罪をおこなったにもかかわらず、編纂委員はこの草案の中に大逆罪、内乱罪を創定しようとした。初めはフランス

刑法の定めるところを模倣するしかなかったが、刑法草案第一稿の見直しに入ると、これら二罪の罪質の違いが気になり、二罪をそれぞれ別の章に分離した。これは、大逆罪から内乱罪を分離することであり、一九世紀ヨーロッパの刑法典に例のないやり方だった。

ところが、旧刑法は、施行直後から改正論の逆風に曝された。いわばそれに便乗して、日本型憲法を構想中の法制官僚井上毅が、古い律の謀反や大逆の概念を、旧刑法という近代的法典の中に強引に侵入させようと努めた。天皇制国家建設の旗をふる井上の強力な働きかけに、司法省も、参事院もふり回された。司法省は、大逆罪・内乱罪の分章を撤回する改正案を提出する始末である。参事院は、これら二罪を纏めた一章をおき、その中で節をわける改正案を作成した。どちらも五〇歩一〇〇歩。条約改正をはじめ外交上の問題に日夜苦闘する政府が、大きく時代に逆行する改正案を見送ったのは、明治一〇年代の賢明な選択だった。

### ○追記

かなり古く日本法学第六三卷第一号（一九九七年）掲載の、新井勉「参事院の刑法論小考」は、司法省の全面改正案の提出を、ひとまず明治一五年々末くらいかと想像した。しかし、今回、太政官調査修正案の成立が一五年暮れか翌一六年初め頃か、と見当がついた。早ければ一五年一二月、遅ければ一六年一、二月である。そうすると、修正案を下敷きとする全面改正案の提出は、早ければ明治一六年二月頃、おそらく三、四月頃とみるしかない。

○追記

校了とするさい、本稿における司法省改正案の扱いに、おそらく思い違いがあることに気づいた。この点、次稿で再論しようと思う。



# 法の極みは不法の極み

J・シュトルー

吉原達也 訳

## 解題

1 本稿は、<sup>(1)</sup> Stroux, Johannes: “Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris”,  
(Aus der im ganzen nicht erschienenen *Festschrift für Paul Speiser-Sarasin zum 80. Geburtstag am 16. Oktober 1926*), Leipzig/  
Berlin 1926; Nachdr. in: Verf.: *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam 1949, S.7-66 <sup>(2)</sup>を訳出したものである。

ヨハンネス・シュトルー <sup>(3)</sup> (Johannes Stroux, 1886-1954) は、一九二六年に公表した「法の極みは不法の極み 法解釈

法の極みは不法の極み (吉原)



史断章」と題する論稿において、ローマ共和政期に修辞学が法律行為の解釈理論を樹立し、これがローマ法律学に影響を与えたという主張を展開した。このテーゼをどのように受け止めるか、その後のローマ法学史研究、法解釈学史研究にさまざまな意味で大きな影響を与えることになった。<sup>(4)</sup> わが国でもつとに武藤智雄氏はシュトルーを擁護する立場から独自の研究を展開されたことで知られている。氏はシュトルーの見解を次のように要約されている。「法律解釈の修辞学的理論は、共和末のローマに深刻な影響を与えた。それは確かにアリストテレスを背にして、外にしては方式主義と抗争し、内にしては、法律実践に於ても法の解釈に於ても、常に衡平が保たれるようなテクニックを案出するに至った。その間に於ける修辞学的方法と理論を豊富に示したものが、シセロの諸作であり、殊に《*de inuentione*》(修辞学的発見について)<sup>(6)</sup>である。……新解釈は既にシセロ時代に於て凱歌を奏した。法務官は直接間接、また通常非常の手段を以てこれを採用し、法学者は、シセロの友人たる *Aquilius Gallus* と *Servius Sulpicius Rufus* <sup>(7)</sup> 等を含めて、これを論議の対象とし、やがてこれは具体的事案に対処する法廷実践に於ても認められて、解釈理論の大変革、ひいてはのちのローマ法の発展の端緒を築いた」<sup>(9)</sup>、と。

2 原題の *Summum ius summa iniuria* は、「法を最高の法則とすることは最大の不法である」、「最厳正の法は最不正の法である」「最高の法は最高の不法」とも訳される法格言であり、<sup>(10)</sup> 多くの学者によつて、キケロの言に由来するとされている。<sup>(11)</sup> 武藤氏は、シュトルーがこの表題に込めた意味として、「これは不正を齎らす文字解釈への闘争宣言であり、方式主義で固められた城塞への突入宣言であり、それが一方的であれ双方向的であれ、行為者の意思を具体的に考慮して、常に当事者が欲した目的を実現せしめんことを期したモットー」<sup>(12)</sup> であるという点を指摘している。本稿に

も記されているように、テレンティウス（『自虐者』796）以来、ローマで「法の極みはしばしば害悪の極み *ius summum saepe summa est malitia*」という諺があり、そこではいわば権利濫用を批判するような意味合いを有していた。これは四世紀末の聖ヒエロニムス（ep.1, 14）でも同様の意味合いで用いられており、少し表現は違う（*summum ius — summa crux*）が、彼以前にも一世紀の『農事書』の著者コルメラ（*de re rust.*1, 7, 2）にも登場する。これに対して *summum ius summa iniuria* という形は、キケロ（『義務について』*de off.*1, 33）に唯一登場する。そこでは「日常普通にいいふるされる格言 *iam tritum sermone proverbium*」とされ、その矛先は、法感情の「狡猾と *calumnia*」だけでなく、「あまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈 *nimis callida sed malitiosa iuris interpretatio*」とあるように法律解釈の面にも向けられている。もとより意図的な法律解釈をまつまでもなく、例えばキケロ『カエキーナ弁護論』には、争うのに「文言と字面 *verba et litterae*」つまり「最高の法 *summum ius*」をもつてすることは「不衡平 *iniquitas*」であり、そのようなことは、「善と衡平の名目や価値 *aequi et boni nomen dignitas*」にはまったくあたらないと論じる<sup>(13)</sup>。

この「法の極みは不法の極み」という格言の背景に浮かび上がってくるのは、解釈理論の中心に位置するが、ローマ古典法学にとつての意味をめぐってはなほだ論争を生んできた対立、つまり「文言 *verba*, *scriptum*」と起草者の「意思 *voluntas*, *consilium*, *sententia*」の対立である。そうした発想の由来はどこに求められるのか。アリストテレスは、「公正であることは人間の弱さを許すことである。法ではなく法をつくった人間を、法の言葉でなく立法者の意図を、行為ではなく動機を、出来事の部分ではなく全体を……を見ることである。」（『弁論術』*Rhet.*1, 13, 1374b.12）として、「立法者の意図」を探求すること勧めている。もとよりアリストテレスのローマ法学への直接的な影響は考え

られない。キケロ『トピカ』冒頭の法学者トレバティウスとのやりとりを示されるようにローマ法学者とアリストテレスとのつながりは遠い（キケロ『トピカ』<sup>③</sup>）。そこで、シュトルーは、前一五〇年―五〇年のレトリック理論の法解釈への影響を証明しようと試みる。

3 シュトルーによれば、「修辞学はいかなる特殊な学問分野ではなく、すでに前一〇〇年頃にはローマでもある社会階層―法律家はその出身であった―の中心的教養科目であったので、その生涯を通じて法律顧問たる権威を担うに値する一流のローマ人はつぎのような教養影響を離れてははじめから考えられなかった。その教養影響とは、成年期に修辞学から受けたものであり、また演説を必要とした政治経歴のなかでたいていは継続して受け続けるのが普通であった。<sup>⑮</sup>」とされる。かくして、シュトルーはローマ法律学と修辞学とのあいだの発生論的架橋をとくに修辞学の「スタトゥス status」論に求め、とくに例えば、決定すべきは法律文言か、法律意思かないし、法律に矛盾がある場合、法律の曖昧性、法律の欠缺（除去は三段論法）に関するローマの法律解釈のありかたを修辞学的に理解する方向を開いた。<sup>⑮</sup>

キケロ『構想論』は、いわゆる「文言への問い controversia scripti」ないし「法文スタトゥス status legales」について、「文言への問いが生じるのは、その論旨につき疑問が持たれる場合である。それは曖昧性によるか、字面とか意味によるか、法が矛盾しているか、類推によるか、定義によるかのいずれかである」(2, 116)として、次の五つに分類して論じていく。<sup>⑰</sup>

- (1) 曖昧性 *ambiguitas* 文面から両様に意味がとれるという (116-120)

- (2) 文言と意思 scriptum et sententia 法文の文面が立法者の意思に反すると説く (121-143)
- (3) 法律の抵触 contrariae leges 二つまたは二つ以上の法文の矛盾を指摘する (144-147)
- (4) 類推 ratiocinatio 文面に表明されていない意味をその法文から引き出してべる (148-153)
- (5) 定義 definitio (153-154)

ただし、本稿において概観されるのは、定義を除く四つのスタトゥスである。もとよりレトリックのスタトゥスは問題状況を知るためのトポスとでもいうべきものであり、相互に独立して理解されるよりもむしろ相互補完的な機能を持っている。その意味で実際のところ体系としての不完全性を有しているといわざるをえない。例えば、曖昧性はある法律文言について起草者の意図した法的に有意な意思ないし意図が問われることになるが、その点で、起草者の意図した文言の意味を問う文言と意思の問題の特殊な事例としても理解することが可能である。シュトルーの概観にも示されるように、その目的は、立法者意思説、客観説、主観説のような法律解釈に通じるところがあるが、むしろ状況に応じた弁論の構成を発想させる一覧としての性格が強いがうかがえよう。

4 遺言書の文言と意思の解釈をめぐる一つの事件が取り上げられる。一般にクリウス事件 (causa Curiana<sup>(18)</sup> 前九二年) と呼ばれる争訟で、それぞれの弁護人として登場するのは、法律家の中で最も達弁な弁論家、弁論家の中で最もすぐれた法律家たる大神官クイントゥス・ムキウス・スカエウオラと「弁論家の中ですぐれて法に精通した人」とされるリキニウス・クラッスス (前140—92) の二人である。スカエウオラは、いわゆる厳格な法解釈論を展開し、これに対して、クラッススは意思主義的解釈を展開し、「衡平 aequitas」を擁護する立場を展開する。事件はクラッスス

の主張する観点に従って決着される。シュトルーによれば、この事件こそが嚴格法と衡平との対立、衡平の勝利を象徴するものされ、そこにローマ法学発展の一大転換の契機が認めようとする。さらに、キケロの『カエキーナ弁護論』もそうした法学の傾向を示唆するものとして位置づけられる。このクリウス事件をめぐる解釈こそは、シュトルーのテーゼを支えるべく、最も精彩ある叙述となっている。ただ逆にこの点がシュトルー説の最大の弱点でもあることもまた否定できないのである。長い論争の過程についてここでそのいちいちを検討することはできない。長く標準的なローマ法史教科書の位置を占めてきたクンケル『ローマ法史』は、シャーマイヤーによって、改訂されているが、最近の状況をその叙述に簡単に見ることにとどめたい。

遺贈の解釈をめぐる事案で、二世紀前半の法学者ケルススは、発話者の発した文言 *vox* とその意思 *mens* を対置して立論している (Celsus D.33, 10, 8)。このことは、ケルススが、「口頭文言 *vox*」と「意思 *mens*」、「文言 *verba*」と「意思 *voluntas*」の対置を法解釈の特殊な論題と理解していたともいえよう。こうした理解は二百年前のクリウス事件の二人の弁論の中で取り上げられたもので、文言に忠実なことを衡平と善の考量は以来、「法解釈者 *interpretes iuris*」の役割になっていた。だがしかし「レトリック自体は法律解釈技術にも法学的概念形成に影響を及ぼすことはなかった。レトリックに帰せられるのは、たかだかギリシア弁証法及び文法学と、ローマ法との媒介者としての役割を果たしたに過ぎない。弁論家の中で最も人気を博した例はリキニウス・クラッススである。彼はクリウス事件において、被相続人の意思に基づく遺言解釈を提唱したが、その一方、売買目的物の瑕疵担保責任の問題については嚴格法 *ius strictum* を主張した。売主は売買目的物の瑕疵を告知すべきであり、瑕疵を告知しなかった売主は誰も責任を負う。実際のところこの瑕疵が別の理由で買主の知るところであったとしても変わりはない<sup>19)</sup>。」と。クンケル教科



書旧版<sup>(20)</sup>は、なおシュトルーの名前を挙げて言及していた。「かなり以前に卓越した文献学者J・シュトルーは、ローマ古代の形式主義から解放をもたらす決定的なギリシアの方法論、つまり厳密にはそのレトリック的方法論の影響を証明可能だと考えた。しかしながら氏のテーゼは反論の余地あるものとされている。前九三年の百人審判所で争われた事件、つまり氏が自由な解釈方法論へのブレークスルーと見たマニウス・クリウスの相続財産事件はそのような歴史の意味を有するのは困難となった。たとえば偉大な法学者Q・ムキウス・スカエウオラに対する優れた弁論家L・リキニウス・クラッススの成功として同時代人のもとで大いに喝采されたとしてもであるが。」クンケルは以前よりシュトルー説には消極的な立場を貫いているが、その批判的な叙述の中にも、シュトルーの論稿が持ち続けたローマ法学史研究における意義が示されている。シャーマイヤーによる新版では、その名前は消えてしまったが、形を変えながらも、その背景にシュトルーの『法の極みは不法の極み』の影を感じるように思われる。<sup>(21)</sup>

- (1) Stroux, *Summum ius summa iniuria* についての書評として、Levy, Ernst, *Recht und Gerechtigkeit. Besprechung ZSS 48* (1928) S.668ff. (=Gesammelte Schriften I, Köln Böhlau 1963, S.20ff.). 本論稿は、一九二六年にパウル・シュパイザー＝サラジン Paul Speiser-Sarasin (1846-1935) の八〇歳を祝して「子どもたちによつて献呈された」私家版の記念論集(書誌にはBasel: Basler Druck-u. Verl. Anst.と記されている)に寄せられたかたちになっており、独立して同年にB.G. Teubner社から刊行されたものである。因みに被献呈者とはシュトルーの妻パウラ Paula Speiserを通じて女婿という関係になるようである。
- (2) *Summum ius summa iniuria* のほかに、同論稿イタリア語版に付された、リッコボーノ Salvatore Riccobono による序文 S.67-80 'Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit, *Atti del congresso internazionale del diritto romano*. 1934, S.111-132が収録されている。同書についての書評として、



Kornhardt, H. in: *ARSP*, XL, 1952, S.306ff. を参照。

- (3) ヨハンネス・シュトルーは、一八八六年八月二五日に、アグノー Haguenau に生まれ、一九五四年八月二五日の誕生日にベルリンに没した。享年六八。古典文献学者にして古代史家。一九〇四年以後、シュトラスブルク、ゲッチンゲン大学に在籍、一九一一年にシュトラスブルクで博士号を取得。一九一四年に同大学で教授資格を取得、バーゼル大学員外教授、一七年同古典学正教授となる。以後、キール (一九二二年)、イエナ (一九二三年)、ミュンヘン (一九二四年) を経て、一九三五年にベルリン・フリードリヒ・ヴィルヘルム大学古典文献学正教授、第二次大戦後同フンボルト大学正教授として、一九五四年まで勤めている。一九四六―四七年、再開後の初代大学長、一九三七年プロイセン学士院会員、ドイツ学士院ベルリン会員、一九四六年―五一年同会長、一九四九年―五四年、ドイツ民主共和国人民議会議員などを歴任。シュトルーの経歴については、Wolfgang Kunkel, In Memoriam Johannes Stroux, *ZSS* 72 (1958) Rom. Abt. S.514-516; Bernd-Rainer Barth: Stroux, Johannes, *er war wer in der DDR?* 4. Ausgabe, Ch. Links Verlag, Berlin 2006, Band 2, S.1229; Kurzbiographie zu: Stroux, Johannes. In: Werner Hartkopf: *Die Berliner Akademie der Wissenschaften: Ihre Mitglieder und Preisträger 1700-1990*. Akademie-Verlag, Berlin 1992, S.351f.; Fridolf Kudlien: Johannes Stroux (1886-1954), in: *Eikasmós. Quaderni Bolognesi di Filologia Classica*. 4/1993, Università degli Studi di Bologna, S.357-364 ベルリン・フンボルト大学ホームページ 歴代学長紹介の項目' <http://www.hu-berlin.de/neuerblick/geschichte/rektoren/stroux> を参照。主な著作として' *Nietzsches Professur in Basel*, Frommannsche Buchhandlung, Jena 1925; *Eine Gerichtsreform des Kaisers Claudius*. Bayerische Akademie der Wissenschaften, München 1929.
- (4) シュトルーの見解についての学説史的な意味について、真田芳憲「共和政末期における弁論術 Rhetorik と法学の解釈方法」『法学新報』七四卷一三三頁以下。西村隆蒼志『ローマ損害賠償法理論史―法律論の歴史的過程―』愛媛大学法学研究叢書 (一九九九年一〇月)、六三頁以下、とくに六九頁以下及び第四章九四頁以下を参照。本稿は両論稿と武藤智雄氏 (次註) の論稿に負うところが多い。

- (5) 武藤智雄「ことばと意思」(一、二完)『阪大法学』第二一号 (一九五七年三月) 一一三四頁、第二三号 (一九五七年八

月) 一一二頁。

- (6) Cicero, de inventione, 40, 117 「第三に、起草者がどのような意思であったかを、彼が他に書いたものをはじめ、彼の行為、発言、性格、そして生き方から導き、当該の曖昧だとされる文書そのものをあらゆる部分について、われわれの解釈と合致する点は何か、あるいは相手方の理解と矛盾する点は何かを検証することである。というのは、起草者がいかなる意図を有していた蓋然性が高いか、文脈全体から、そして、起草者の人物や人物に属する事柄から、容易にうかがえるであろうからである。」片山英男訳『発想論』『キケロー選集六』岩波書店・二〇〇〇年、一二五頁も参照。吉原達也 a 「キケローの弁論術教科書——『構想論』《弁論の諸部分》覚書——」(1)『広島法学』第二〇巻三号二三七—二五四頁、(2)第四号一六五—一八二頁(一九九七年)、b 「キケロー弁論術教科書——『構想論』における論証のトポスと共通トポス——植松秀雄編『埋もれていた術・レトリック』木鐸社／一九九八年所収、c 「キケロー『トピカ』におけるローマ法学の範例(exempla)」『広島法学』第二五巻二号二五九—二六五頁(二〇〇一年)、d 「『ヘレンニウス』(Ad Herennium) 第三巻における「記憶」(memoria) について」『広島法学』第二五巻四号一一二頁(二〇〇二年)、e 「キケロー『トピカ』とローマ法学」(1)『広島法学』第二六巻二号一一二〇頁(二〇〇二年)、(2)第二六巻三号一一二〇頁(二〇〇二年)。平野敏彦「キケロー『発見・『構想論』におけるレトリックの構想』『広島法学』一六巻二〇七頁(一九九二年)。
- (7) Aquilius Gallus について、林智良「ガイーウス・アクィーリウス・ガッルス C. Aquilius Gallus の周辺：共和政末期ローマの政治的・社会的・法学的文脈において」『法と政治』六二巻一号(二〇一一年)(下)一九七—二二五頁を参照。
- (8) Selvius Sulpicius Rufus について、林智良『共和制末期ローマにおける法と社会』法律文化社・一九九七年を参照。
- (9) 武藤・前掲『阪大法学』第二二号五一六頁。
- (10) 落合太郎・田中秀央編『ギリシア・ラテン引用語辞典』増補版・岩波書店・一九六三年。柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』慈学社出版・二〇一〇年。船田享二「『法の極は不法の極』の起源」『法律春秋』第五巻第七号(一九三〇年)、同「Summum ius summa iniuria」『法哲学年報』(一九六九年)法思想の諸相(有斐閣、一九七〇年一〇月)。
- (11) キケロー『義務について』1, 10, 33 「不法はまた狡猾さにより、またあまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈に

よって起こされることも多い。あの『最高の法は最高の不法』ということだが、日常普通にいいふるされる格言になったのもこのためである。」泉井久之介訳『義務について』岩波文庫・一九六一年を参照。

(12) 武藤・前掲『阪大法学』六頁。

(13) Cicero, pro Caecina 65 「もし文言と文字、いわゆる最高の法 *summum ius* を論駁する場合、このような不衡平な事柄に、善と衡平の名目と価値が対置されるのがつねである。他の人なら、ときに『何々であれば』とか、『何々でなければ』のような紋切り型の論法を一笑に付し、ときに文言に仕込まれた罣や綴りの罣を非難し、ときに、裁判は狡猾で歪曲された法解釈ではなく、衡平と善に基づいて判断されなければならないとか、文言に執着するのは濫訴者の仕事であり、起草者の意思と意向を擁護することは善い審判人の仕事であるとかを声高に主張するのであるが」。吉原達也訳「カエキーナ弁護論」(一)『広島法学』第三四巻四号(二〇一一年)一四八―一三五頁、第三五巻一号(二〇一一年)一〇六―九一頁、(三・完)第三五巻第二号(二〇一一年)六六―五二頁。

(14) 訳文は池田美恵訳『弁論術』『世界古典文学全集一六 アリストテレス』筑摩書房一九六六年、九三頁による。

(15) Stroux, op. cit. S.25. Frier, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's pro Caecina*, Princeton 1985 頁、『カエキーナ弁護論』にローマ法学の成立の契機を見ようとする。木庭顕『法存立の歴史的基盤』東京大学出版会・二〇〇九年、とくに九四四頁以下は独自の観点から『カエキーナ弁護論』を分析する重要な業績として注目したい。フライヤーにはきわめて批判的である、九五五頁註七、九五六頁註一四など。

(16) Stroux, op. cit. S.27.

(17) *Auct. ad Herem.* 2, 13-14, 15; 16; 1. 23 『ヘレンニウス弁論書』については、柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』法律文化社一九六七年、三六七頁以下を参照。クインティリアヌス『弁論家の教育』*Quint. inst. or.* 7, 6. 7. 8. 9 同書については、クインティリアヌス／森谷宇一・戸高和弘・吉田俊一郎訳『弁論家の教育<sup>3</sup>』京都大学学術出版会 二〇一三年、一七七、一八一、一八五、一八八頁を参照。*status* (キケロ『構想論』の用語としては *constitutio*) はここではスタトゥスという訳語をあてている。問いの立て方、立てられた問い、そこから、争点、係争問題をも意味する。 *controversia, quaestio* は、ギリシ

ア語の hypothesis, thesis の訳語として用いられることもある。具体的性格をもつ題目の「仮説 hypothesis」と抽象的性格をもつ題目の「定説 thesis」との対応を考えると理解しやすいかもしれない。前者は私と汝との間で交わされる問いと答え（「君はなしたか fecisti」「私はなした feci」）であり、それを客観化した問題のありよう（「彼はなしたか an fecerit」）、と理解しておく。

(18) 武藤・前掲『阪大法学』二二号二〇頁以下。真田・前掲・一六六頁以下。関連の文献については、さしあたり、Wiacker, F., *Römische Rechtsgeschichte*, Erster Abschnitt, München 1988, S.581. n.45. 46; 588.

(19) Kunkel, W./Schermaier, M., *Römische Rechtsgeschichte*, 14. Aufl., Köln Weimar Wien Böhlau, 2005, S.137. C・S・オラタ Orata vs. M・M・グラティディアヌス Gratiannus 事件は、売買の目的物たる家屋に地役権が設定されている事実を明示しなかったことに関し、売主の責任が争われたが、この事件では、クリウス事件では意思主義を標榜した L・リキニウス・クラッススが文言主義の立場をとり、意思主義の立場を主張したマルクス・アントニウス（前143-87, praetor 103, censor 97）と対立した。事件の結果は不明であるが、アントニウス側の勝訴であったと考えられている。詳細な事件の経過とその評価については、真田・前掲一七〇頁以下を参照されたい。

(20) Kunkel, W., *Römische Rechtsgeschichte*, 9. Aufl., Köln Weimar Wien Böhlau, 1980, S.97. クンケル『ローマ法史』は一九七一年の第六版が著者による最終改訂版と思われる、第七版以後は若干の字句と誤植の訂正に留まるようである。

(21) ローマの法学と修辭学の関係をめぐってはさまざまな観点から論究されてきた。Schulz, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934, S.9ff.; ders., *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S.28, 71, 162. 主題はローマ慣習法を巡る問題であるが、傍論的に、さきのシュトルーのテーゼに否定的な立場を示す。慣習法は古典期までにこのようなしかなかったのでは発生しなかったものであり、むしろ僅少な制定法の枠外に、自由な法発見が機能する広汎な場が認められていた（例えば事実訴訟）のであり、ローマの法学者は制定法の解釈に厳格であった一方、制定法の枠外で自由に法発見を行ったとされる。なお、シュルツの研究史的位置づけについては、最近のものとして、Ernst, W., Fritz Schulz, in: Beatson/Zimmermann (ed.), *Jurists Unproven*, Oxford, 2004, p.103-203. 自由法論者 H. Kantrowicz との関係から、Schulz の独自の「法律学」観がうか



が、その点が興味深い。Villey, M., *Logique d'Aristote et droit romain*, *RH* 29 (1951), p.309-28; von Lübtow, U., *Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz, Festschrift für Wenger* I, 194, S.224-35.)。また Voigt, M., *Das Ius naturae, Aequum et Bonum und Ius Gentium der Römer* III, 1875 の関連が指摘されている: Schiller, A., *Roman Interpretatio and Anglo-American Interpretation and Construction*, *Virginia LR*, 27 (1941), p.733, 754。その評価をめぐっては、肯定的な立場、例えば Riccobono, *Corso di diritto romano* II, 1933, p.318-86。否定的な立場 (Beseler, *ZSS* 43 (1922), S.536; Albertario, *Studi Bonfante* I p.629, 631ff.) があり、刊行後の主要な議論については、Wenger, L., *Quellen des römischen Rechts*, 1953, 235-38。トピック論との関連については Martini, *Definzioni dei giuristi romani*, 1966, p.14 n.3 を参照。コイニングは共和政期末のローマ法学者の、専門用語の語源や語法、シンタクスについての説明に文法学や言語学の理論が反映されているとし、その文法的・論理的解釈方法への影響を見た (Coing, H., *Studi Arancio-Ruiz* I, 195, p.365, 372-77.; ただしその後の *Juristische Methodenlehre*, 1972, S.11 については見解を改めているようである)。またサンタクルスは法学教育との関係で修辞学の status 論の影響を強調している。Santa Cruz, *ZSS* 75 (1958), S.91-115。これに対し、カーザーは、ローマの法律家と弁論家とが用いる手段と求められる目的はまったく別であり、修辞学と法学との接触はわずかにすぎず、法律家の本領である「直観的法認識 intuitive Rechtserkenntnis」は法廷弁護人や弁論家には無縁であるとす (Kaser, M., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Akad. Wiss. Göttingen, 1962, S.67f.)。ヴェーゼルはシュトルーが提起した status legales のうち法学者に関心をひいたのは法律文言か法律意思か (scriptum-sententia, verba-voluntas) だけにすぎぬとし、しかも意思解釈と厳格な文言解釈の対立という問題でなく、意思解釈をとって文言解釈を制限するないしは回避するという選択の問題であり、一方が文言解釈をとり他方が意思解釈をとるという弁論家のそれとは異なり、しかも法学者の解釈の範囲はシュトルーが考えた共和政末から帝政期の自由な解釈の範囲を越えるものであったとす (Wesel, U., *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, 1967, S.15-21.; 書誌・Brtone, *Labeo* 15 (1969), p.298ff.)。ハイヤー・アンカー・Wieacker, F., *IVRA* 20 (1969), p.448, 469-75。フーヘ・Bund, E., *Studi Volterra* I, p.196, 571, 578f. をめぐるように、シュトルーの見解に対しては消極的な傾向にある。

## ヨハネス・シュトルー「法の極みは不法の極み 法解釈史断章」

カントは、『人倫の形而上学』法論序説付録において、「衡平 *aequitas*」と「緊急権 *ius necessitatis*」と厳格法との関係を取り扱ったさいに、「法の極みは不法の極み *Summum ius summa iniuria*」という格言を見事に説明している。この格言はカントにとって「衡平の格言」そのものである<sup>(1)</sup>。法哲学や法の解釈理論を扱った文献の随所でこの格言は同様に重要な意味で用いられている。そのことはまさに正しい。というのは、ローマ的精神とラテン語が一つになって、人間の普遍的に妥当する経験を、語ったり、証明したり、説明するまでもなく、明確で簡潔な矛盾命題<sup>アンチテーゼ</sup>というかたちで、容赦なく表現してみせたからである。この格言はギリシア・ローマの法発展の経験によって裏づけられている。両文化について、史料は、法が、太古の口頭伝承の時代より、制定法という形をとって恣意と恐怖のみならず時代をも越えて確定されることによって、はじめて完成されるに至った経過を示している。不可変性のうちに法理念の本質が実現されると思われ、個々の文字に至るまでの充足は必然的な結果であった。この目的のために、法律の解釈はなくてはならないものであった<sup>(2)</sup>。しかし、生活が発展を遂げ、新しい精神的物質的關係を作り出した一方で、法がその文言に拘束されて硬直化した結果、「賢明なる立法者」が管理する揺籃期には認めがたい不自然さが現われるようになったのであるが、その原因は制定法の不可変性にあった。というのは、たとえ法理念それ自体が不可変的であろうとも、特定の時代のために、時代拘束性のゆえにそして人間の言語という手段によって永遠に妥当するような表現を作り出すことは不可能なことだからである。むやみな法律信仰を揺るがすためには、経験に基づく多くの証明、多くのテストケース、法律に忠実であるといえ、不衡平であるがゆえに不正な多くの裁判官の判決が必要であった。



裁判官の判決も裁判官でない者の法律解釈とともに、文言の自由な解釈と補充への持続的な要求に抗しえなかったのである。<sup>(3)</sup> 制定法と並んで、衡平 Billigkeit が登場したのである。ローマはたしかに十二表法制定以後数世紀にわたって、紋切り型であるとはいえ、ペダントリーなまでに正確かつ厳格な法解釈を示してみせたのであり、その結果特殊ローマ的ともいふべき「形式主義 Formalismus」を生み出すことになった。しかし、同じローマが衡平にも制定法と並ぶ妥当性を付与し、法務官の告示において衡平を実現するための道具、つまり、形式主義と並んで、「衡平 aequitas」を特殊ローマ的なものたらしめる道具を用意したのである。二つの根本原理を明確に特徴づける歴史的な順序は、法秩序内部におけるその後の両者の共同的支配が両原理の本質と正当性への明確な洞察に基づかせる原因となったのである。

こうした発展のなかで、「法の極みは不法の極み *summum ius summa iniuria*」という言葉は、格言というよりはむしろ、闘いの声、つまり戦いの合い言葉の役割を果たす。というのは、この言葉は、「法 Recht」を求め「法 Recht」を獲得しながらも、獲得するのは、文字によって法のレッテルをはられたものにすぎないことに幻滅した人々の義憤を反映したものである。病者や障害者の鋭敏な感覚は、自己防衛のために、文言に体现されたにすぎぬ法に耐えなくてはならないという結果、つまり、法が不法を生み出しこれを擁護し、文言という刃で逆転して、生と死のよに、それ自体相殺されるという結果を明らかにする。実定法は「法」を実現するために存在するものである以上、それがもたらす被害が明らかにされるのはもとより、その存在理由つまり、人間が何よりも任意にその支配を認めることの理由も争われる。制定された規範が普遍妥当的たらしんとする要求は、それゆえその唯一決定的な点において破綻しており、その破綻は、衡平が形式主義によってしっかりと固められた砦への突破口を確保した自由な路線を開く。

そのことは、この標語が、衡平について何も語らないまま、衡平の格言となったことを示している。衡平の理由とは、それ自体緊急措置にある。もし法律の規範が法をあらゆる側面から完全に包括しうるのであれば、衡平の余地はない。しかし「法の極みは不法の極み」は実定的法と並んで、衡平の妥当性が必然であることの証しである。

歴史的な対立は、ギリシアの発展の中で、さらにはるかに明確にローマの発展の中で認識されうるのであるが、そのような対立はあらゆる法発展において類比物を有している。それゆえその過程が偶然ではなく、法発展の内的ダイナミックに導かれる必然的なものであることは明らかである。普遍的な定式化を達するためには個別的な生活から切断されざるをえない法規範と、個別的事例のために適正で「正しい」規制を示す衡平との対立は、法の性質とその可能的な現象形式において与えられる。したがって、両者の緊張関係は、つねにあらたに、そして、いかなる時代、いかなる法秩序においても、程度の如何を問わず、あらゆる人間にとって、繰り返される。そこに「法の極みは不法の極み」という標語が発揮する作用のエネルギーが依拠しているのであって、法律学ないし人間の生活経験が法の精神と形式の区別に向き合うところではつねにこの標語は特別な調べをもって奏でられる。それゆえ、この標語は、それを伝えてきた諸々の証拠<sup>⑤</sup>を提示しつつ、「法解釈 *interpretatio iuris*」の理論を明らかにすることによって、歴史的に説明するにふさわしいのである。

# 1

古典的ともなった標語形式の保証人とでもいうべきは、法律家ではなく、一人キケロである。しかしこの標語はキケロの独創になるのではなく、彼はこれを日常的に用いられる格言と呼んでいる。この言葉によって、キケロは狡猾

さや法のうがった解釈からある種の不法が生まれることを説明している。「不法はまた狡猾さにより、またあまりに穿ちすぎて、しかも悪意のある法律解釈によつて起こされることも多い。あの『法の極みは不法の極み』というこゝろが日常普通いいふるされる格言となつたのもこのためである。Existunt etiam saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quo illud “summum ius summa iniura” factum est iam tritum sermone proverbium.」(『義務について』De officiis 1, 33 [泉井訳を参照])。キケロは最初の例として、スパルタ王クレオメネスによる休戦条約の巧緻な解釈を挙げている。王は三〇日と記しながら、夜間に劫略を続けた。<sup>(6)</sup> 第二の例は、ローマの元老院議員が二つのイタリア都市「ノラとネアポリス」間の境界画定の裁定人 arbiter finium regundorum として、両当事者に対して、要求された境界からかなりの部分を譲るよう勧告したというものである。その後、相互の譲歩を求めた彼の裁決によつて、境界を画定したが、相互の譲歩によつて主のなくなった中間地帯はローマ国民の所有と宣言される。およそこのような「巧緻 sollertia」が道徳的に退けられるべきことは当然のことであり、キケロはここでこうした当然の結論を導こうとしている。倫理的な問題、「不法 iniuria」の種類の区別に彼は取り組んでいる。しかし、「狡猾さ calumnia」、「悪意のある法律解釈 callida iuris interpretatio」の対立物、つまり「衡平と善に基づく ex aequo et bono」解釈は語られず、いわんや具体的な説明もなされていない。<sup>(7)</sup>

キケロよりも一〇〇年ほど前のテレンティウスは、その喜劇『自虐者』において、その最も簡潔な格言のかたちの前段階を伝えており、文言も内容もすでにきわめて近似している。一人の奴隷がいつものように主人と顔を合わせ、主人から彼の軽薄な息子のために金をだましとろうとしている。まさに彼の父としての愛と心配につけこもうとしている。というのは、金は名目上は彼の娘が負つた借金を返すのに用いられることになっているからである。明白な抗

弁の先手を打って、奴隷は主人にこう信じさせた。「厳格法によればあなたは支払わなくてもよいし、そんな義務はありません。しかしそんなことを拒絶するのは、お父さんらしくありませんし、ふさわしくないのではないでしょうか。あなたの状況にはこんな言葉があてはまります。『法の極みはしばしば害悪の極み *ius summum saepe summa est malitia*』(第七九六行)。詩人は、自分も又この格言を引用していることを明言しているが、どのくらい文字通りのままなのか、メナンドロスによるギリシア語原典がどの程度彼のモデルないし契機となっているかは、明らかではない。<sup>(8)</sup> キケロの引用との本質的な違いはその中身にある。『法解釈 *interpretatio iuris*』、つまり解釈とその巧みさが問題となっているのではなく、法は父親にとって有利なことは確かなのである。だが彼は義理からそのような主張をなすべきではない。彼の態度はそうでなければ「邪悪 *malitia*」であり、シカーネと権利濫用にあたる。これに対して、ケルスス (D. 6, 1, 38) が伝える「邪悪はこれを寛容すべきにあらず *malitis non est indulgendum*」<sup>(9)</sup> という否定の格言はしばしば引用されるところである。

かくして、テレンティウスは、メナンドロスへ、そしてさらにギリシア人への展望を開く。内容的に奴隷と主人との小景はメナンドロスと彼の劇の都市性に対応しており、それはまさに登場人物の生き方のなかに行為の動機を求めている。彼の品位のある喜劇に対応するのは、ここで奴隷がプラウトウスの喜劇のように抜け目ないのではなく、人情の機微に通じた者として、品格をくすぐって、財布のひもを解かせ、そして、年取った主人も愚かな者としてペテンにかけられるのではなく、まさに彼が市民の、いうなればアッティカの気風を法よりも優先させるがゆえに、騙されてしまうところである。メナンドロスの断片は情景よりも当該格言の一般的な関係に属している。そこでは、メナンドロスは、制定法の高い価値を「はなはだしく巧みに *ἐλαττωδὲς*」<sup>(10)</sup> (*nimis callide*) 解釈する告訴常習者<sup>シュコパントス</sup>によるそ



の濫用に対置する。<sup>(11)</sup> しかしこれは、たんなる「古くからの」残響に過ぎない。というのは、こうした問題設定は文献的にはもつと古い時代に認められるからである。ヘロドトス『歴史』(3.53)は、「コリントスの」僭主の息子リュコプロンにまつわる説話の中で、「母殺しの怨みのゆえに」父親に対して口もきかぬほど憎しみをいだきながら異国にとどまり続けるリュコプロンをうまく説得するために遣わされた姉が古くからの警句にあふれた忠告をなしたことを伝えている。その中に、次のようなものもあった。「いたずらに厳しい正義よりも、公正な分別の方を尊しとする人もたくさんあるのです」。メナンドロスの奴隷はこのように論じることができたであろう。この言葉は、「法の極みは害悪の極みなり」という言葉の実際を教えているのであり、この言葉を命令形によってではなく、他人の行為に倣うように定式化するやり方は古い格言のスタイルに適合している。用語的にも、「正義 *dikaion*」——「衡平 *ēneikēs*」という語による対立はすでにその継続的に妥当する形式にあてはまっている。——この説明は、いわゆるソフィストたちの間に求められるべきであろう。たとえゴルギアスが証拠を残していなくても、それが既成の成果を利用し、「正義」<sup>デイカイオン</sup>と「衡平」<sup>エビエイケス</sup>との争いが行われたことを推測させてくれるからである。激戦に倒れたアテナイ人への追悼演説は、表面的には彼の新しい言葉遣いを示しているが、内容的には英雄たちの称讃を人間の価値と徳についてのソフィストの啓蒙的な説に依拠しているといわれている。残存断片 (Nr.6 Diels) では、最初の内容として、「神のような精神の高貴」が称讃されている。「一方で彼等は厳格な法よりも寛恕ある衡平を、他方で峻厳な法よりも言葉の正しさを好んだ。」「実に彼等は非常な厳格なる正義よりも寛恕ある衡平をよしとした *potiorem enim illi iustitia quae* *severe exigit aequitatem duxerunt comiter indulgentem*」<sup>(12)</sup> というフォス H.E. Foss の解釈は正しい。法律に忠実なパリスイ主義は「厳格な *αὐθάδης*」という言葉によって、「寛恕ある *πραῦς*」という形容詞によって衡平な人間性が見

事に表現されている。<sup>(13)</sup> この種の称讃の背景としての倫理的議論はアンチテーゼの中にはつきりと跡づけられる。<sup>(14)</sup> アッティカの気風は、「寛恕ある衡平 *πραὸν ἐπιεικὲς*」、自ら責任を負う（独善的ではない）人間性によつて特徴づけられる態度の担い手には自明のことである。ソポクレスはアッティカの舞台で年老いた盲目の亡命者オイディプスに感謝を込めてこう告白させている。「神への畏敬を私は君たちのうちに見た、<sup>(15)</sup>そして衡平（*τὸ ἐπιεικὲς*）と偽りのない言葉<sup>(16)</sup>を」と。

アリストテレスは、衡平の本質及びその実定的法との関係について考察している。彼の考察は規準としての妥当性を獲得し、直接的にさらにしばしば間接的に受容され、中世並びに近代の法哲学<sup>(17)</sup>を稔り豊かなものとしてきた（『ニコマコス倫理学』5, 14、『弁論術』1, 13）。衡平の価値はアリストテレスにとつて、それを徳として賞讃する一般的な認識から明かなことであるが、実際、これは、通常衡平（*ἐπιεικὲς*）を正義（*δίκαιον*）の上位に置く点で、アポリアに達する（ゴルギアスの英雄賞讃を想起されたい）。その謎を解く鍵は「衡平」<sup>エビエイケス</sup>をどのように認識しているのかにかかっている。「衡平」<sup>エビエイケス</sup>は、いわゆる「正義」<sup>デイカイオン</sup>の必然的補正であつて、何か別の第二のものではなく、「正義 [Gerecht]<sup>(18)</sup>」に本質的に内在するものである。正義が法律に忠実であることに見出されるように（「法律的正義 *τὸ νόμιμον δίκαιον*」）、正義は必然的に衡平による補正を必要とする（「衡平的正義 *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον*」）。したがつて、衡平の本質は法律の本質から間接的に導かれるべきものである。法律が規範たらんとし、また複数の可能性を統一的に把握しようとするれば、法律はしばしば例外を伴つた規則とならざるをえない。というのは、そうでなければ、規制されるべき対象が統一的な規制に従属しないということになってしまうからである。「法律における欠缺」から、法律を補正するものとしての衡平の本質が導かれる。「一般的な規定であるがゆえに残されるものがあるかぎりにおいて、法律を補正するとい



う性質が衡平の本質である」と。これによれば、衡平は法律的正義に優位すると同時に、倫理学の意味において、「ノミコン・デイカイオン法律的正義」も正義の一種であり、衡平も正義の一種であるということになる。このような徳論の体系「倫理学」や正義の領域への衡平の参入は、アリストテレスが別の箇所（『弁論術』序論1, 1, 1354a27）で持ち出す制限よりも頻繁に引用される。正しく制定された法は、できる限り自らすべてを規定し、できるだけ僅かなことだけが裁判官の衡平による裁量に委ねられるのが何よりも望ましい。その理由としては、第一に、一人または少数の立法者の方が交替の多い裁判官よりも法発見にふさわしいからである。第二には、立法作業が長い熟慮と審理の結果であるのに対して、判決はその場で下されるものだからである。第三に、実はこれが主要なことなのだが、立法者は特殊なケースを対象とするのではなく、将来を見通し、好き嫌いや個人的利害の影響にとらわれない点で、「具体的なケースの状況」を共に体験する裁判官とはまったく異なるからである。アリストテレスにとっても、衡平は、人間が作るものとしての法律につきまとう不完全性に対して、正しい法を実現するためには必要不可欠なのである。

テレンティウスを契機としてギリシア人を一瞥してみたが、格言そのものについて証拠とは結びつかなかった。定式はむしろ別の道を辿った。しかしそこに表現された思想と理論はアリストテレス以前に明らかに登場し、彼によってすでに究極的に教義学的に捉えられ整理された。レトリックのようなヘレニズム哲学を媒介として、それはローマに影響を及ぼした。しかしローマでは、固有の法発展から、厳格法と衡平の対立は裁判に直接的に作用する生きた現象となった。<sup>(20)</sup>それから、たしかにローマの言葉 [summum ius summa iniuria] はその力を得たのであり、キケロが伝えるその普及もそれに依拠をしているのであって、何らかの継受された哲学の理論によるのではない。たとえばその形（テレンティウスによって引用される言葉は「害悪 *malitia*」という語を伴っている）にとって、ギリシアのモデルが存在した

としても、である。内容的に多くの箇所が近似するとしても、明らかな形式の点で類似性がないということはその反証となっている。

この格言がローマでとった第三のかたち…哲学者セネカと同時代の人コルメラがキケロの『義務について』より一〇〇年後に著した『農事書』は、農場主に対して、小作人たちには、あまりに厳しく法Ⅱ権利を主張してはならないし、例えば支払いの期日やささやかな現物給付は猶予せよと警告している。法Ⅱ権利があるからといって何でも取り立てていいわけではないとは、実に古人がすでに述べているところである。すなわち、「というのは、法の極みは災厄の極みと古人たちは考えたものであった *nam summum ius antiqui summam putabant crucem*」(1, 7, 2)<sup>(21)</sup>、と。生ける習慣を前提としているテレンティウスやキケロと異なり、コルメラは敢えて無意識の言葉遊びを語っているのは彼の教養を示している。それこそはまさに「古人たちの」知恵である。「災厄 *crux*」という表現について、彼の異伝「ヴァリアント」は形式的である。つまり、厳格法―災厄(苦難<sup>(22)</sup>、苦しみ、シカーネという意味で)は幸運にも変更されていないが、アンチテーゼにふさわしい付加語「最高の *summa*」は「災厄」という表現にそぐわない<sup>(23)</sup>。法の領域から、この語「*crux*」は、その形式において、「害悪 *malitia*」ないし「不法 *iniuria*」という語より離れている。内容的にはコルメラとテレンティウスの用法は近い。つまり、いかなる解釈も余地のないほど明白な法の断念、道徳的理由から、ときには同時に、主人は小作人とのよき関係を作らなければならない、つまり、「小作人たちと丁寧に接し、気前よさを発揮すべし」[*Columella, res rustica* 1, 7]<sup>(24)</sup> の如き有用性という理由からの法の断念である。

まったく倫理的な怒りからテレンティウスによりつつこの格言を語っているのは聖ヒエロニムスである。彼は処刑場での奇跡についての話を締めくくっている。罪なく死刑宣告された女性の首を熟練した執行人の刀から守ったとい

う奇跡。「おお、法の極みは害悪の極みとはいかに真実なることか。……かかる奇蹟のあともなお、法律が猛威をふるっていることか！」命助かった者が自由を回復するためには、皇帝の恩赦行為が必要であった (Hieronymi epistula I 14; CEL.54.8)。ここでは、法律解釈のことも本来的に悪意ある適用のことも論じられず、法律の効果が、下された神判によつて衡平によつて要請された恩赦と対照して語られているだけである。<sup>24)</sup>

要約すると、近代人によつてくりかえし引用される「法の極みは不法の極み」という格言は、「法*ius*」と「不法*iniuria*」の対立というかたちで、ラテン語文献のなかで引用されるのは、唯一キケロによるだけである。<sup>25)</sup>そしてキケロだけが「はなはだ悪意のある法律解釈 *nimis callida iuris interpretatio*」に対する、衰弱した法感情の警告としてこの格言を持ち出している。この格言がこの領域でいかなる役割を果たしているのかは『義務について』からはうかがえないので、そのために、より広い意味で具体的な関係の中で、それは探求されなければならない。古代弁論術の中にささやかな一步を進めなければならない。

## 2

いかにして、当事者本人が弁論家に語る事柄が弁論家の事案になるのか？ 言換えれば、生の素材に、未だ輪郭だけとはいえ、弁論全体を決定する最初の形式がいかにして与えられるのか？ いかにして、顧客の出来事そのままの申立てから法問題 *Rechtsfrage* が探り出され、これにより審判人の前での弁護の全般的方針が見つかるのか。この問いに対しては弁論術が微に入り細に亘る体系的詳述を以て答えている。どの事件も一方の主張 (*accusatio* な*ius intentio*) と他方の否定 (*defensio* な*ius depulsio*) を前提とする。双方の観点の衡量から弁護人は、彼の課題、彼の弁護の目標

の出発点たる設問を引出すが、これが同時に、訴訟の内容をなし判決の対象たるべき真の法問題を明らかにする。単純な例…君は殺した。防禦…我は実行者ならず。主たる問題…被告は実行者か？<sup>(26)</sup> この問いから、告発、防禦、審判人それぞれの課題が生ずる。かく探り当てられた事件基礎が、その事件の「スタトゥス status」（ギリシア語で *στάσις*）「争点、事項」といわれ、今の設例での主張と否認の基本形は：「君はなした *Fecisti* — 私はなしていない *non feci*」。この立証は双方が推論によるから、本件は「推定スタトゥス *status coniecturalis* (*στοχαστικός*)」といわれる。「私はなした」に正当になした、ないし、しかるに適法になした *Feci sed iure feci, sed recte feci*、私が追い剥ぎを殺したのは正当防衛である、ゆえに殺人を犯したのではない。行為自体は認めるが、その「性質」が争われる場合、これが「属性スタトゥス *status qualitatatis* (*ποιότης*)」である。私有財産を神殿から（逆に神殿の財産を私人宅から）持ち出すのは、聖物窃盗か単純窃盗か。問題は「定義 *definitio* (*ὁρος*)」によって解決される。<sup>(27)</sup> 第四は形式的な法に関わる。すなわち、相手方が応訴せず、手続の適法性を争う場合、つまり、「一方は審判人手続へと召喚し、他方は審判人手続を拒絶する *alter in iudicium vocat, alter recusat iudicium*」場合である。

ギリシアの体系がローマへ伝わったさい、第四のスタトゥスは、ローマでは審判人手続での審理対象になりえなかったことが注目される。というのは、法廷手続において形式的要件がすでに決定されていなければならなかったからである。<sup>(28)</sup> さらに、法廷手続の審理—キケロ（『構想論』II, 66）は抗弁を方式書に採用するかどうかをめぐる争いの例を挙げている—も法の認識に基づいていなければならないという事情もあった。

このような資料における指示は法律事件に関するレトリック理論が、裁判実務や法学的方法と無関係に併存していたわけではないことの最初の徴標である。逆に、レトリックにおいてある種の特別な科目ないし学問的な個別学科が



問題となったような場合には、法学的な取り扱いが伝統的な形態のまま、その影響を免れたということも考えられないであろう。レトリックの体系がきめ細かく構築された理論と術語を伴っていたのに対して、法技術がまだ未熟な中間段階にあつたのであれば、なおのことそのようなことは考えられないであろう。法学とレトリックの併存という状況において、取り扱われるべき素材の広範な共通性及び両学問の代表者たちにおける人的共同性が支配しているのであれば、未熟な理論「法学」に対する完結した理論と完全な体系構造をもつ隣接学問「レトリック」が影響を与えないはずがない。ところでレトリックは特殊学問ではなく、前一〇〇年の頃にはすでにローマでも、法学者たちの出自である社会階層の中心的な教養学問分野であつて、本来、経歴を通じて「法律家*iuris consultus*」の「権威*auctoritas*」を享受したすぐれたローマ人が、少年時代にレトリックが彼にもたらし、弁論を必要とする政治的経歴においてたいいていの場合には持続し続けた教養影響を免れたなどとは考えることはできない。われわれはさらに一般的な評価へと向かう前に、レトリックと法学の本来的な共通性を輝かせる体系の部分を学ぶために、スタトゥスに立ち戻ることにしよう。

以上十分に展開されたというよりはメモ書き風に示唆され得た理論は、全素材の取り扱い方にとって、つまり、証明法の発見と分類にとつて基準となる。教科書も授業もこのスタトゥスによって、弁論家の全素材を分類する。弁論家が「練習事案 *controversia*」や実務における法廷弁論の現実的課題のために「事案のスタトゥス *status causae*」をはじめ吟味すると、レトリック理論は細部に至るまではりめぐらされた網の目の中から、具体的ケースで適用可能な論拠の一般的形態を提供してくれる。<sup>(29)</sup> もちろん、スタトゥスの発見それ自体にとつて、レトリックの術がすでに設定された論拠の取り扱いについて多くの指示が必要であるように、上述の四つのケースの単純な基本形からきわめて

複雑な体系を浮かび上がらせる。それゆえ、レトリックのかかる領域からまさに多数の競合的な教説や教義が発展したのである。<sup>(30)</sup>

われわれが関心を有する事案の集合は、体系内部の涉獵と各statutus相互関係についての争いによって把握される。法律とその解釈に基づいて当事者間で争われる事案は、多数説では四つある。

1. 一方当事者が法律文言の厳格な解釈に依拠し、他方当事者が意思適合的な解釈、(文言と意思 *scriptum et voluntas sententia, ῥητὸν καὶ διάνοια*)、つまり、立法者意思、法律意思に依拠する。<sup>(31)</sup>

2. 両当事者が相互に矛盾した法律に依拠する。同じ法律に矛盾が見出される場合も、方法的に同じ(法律の抵触 *antinomia, leges contrariae*)。

3. 同じ一つの多義的な法律についてさまざまな解釈をもって(曖昧性 *ambibolia, ambiguitas*)

4. 一方当事者が法律の文言で理解される範囲を提唱し、他方当事者が法律の欠缺があり、推論によって補充されるべきであるという立場を主張する(類推 *sylogismus, ratiocinatio, collectio*)。<sup>(32)</sup>

以上の四つのstatutusないし「問題 *quaestiones*」——名称や体系配置はすでに述べたように様々である——の中に、完全にレトリック的法解釈理論は示されている。例えば第五の問題、定義による領域の補充をめぐる議論が示すように、理論は完全であろうとする。四つのstatutusの間に相互補完的な関係があることは見落とされることはなかった。<sup>(33)</sup>二つの法律間に矛盾がある場合、主として文言と意思からの解釈の役割が倍加されることは明らかである。同様に、曖昧性や類推の場合、「立法者の意思からの理由付け *ex voluntate legis latoris*」が決定的であることも。他の三者は曖昧性を、他の三者が還元されるべき基本問題とみなした。<sup>(34)</sup>それにもかかわらず、併存が確保されたのは、



實務のために創設されたこの体系が、概括的かつ包括的解釈理論とあらゆる基本事例にとって考察される論法の列挙たらんとしたからである。

かりにこの体系がローマ法学にこれ以上の影響を与えなかったとしても、それにもかかわらず、法史において、それが現実に見出した以上に注目されねばならない。<sup>(35)</sup>現代の法律学が様々な側面から同じような解釈の諸問題に導かれた。<sup>(36)</sup>新生の法哲学はこれらを衡平の説明に関係づけねばならない。<sup>(37)</sup>これに関係する古代からの歴史的素材はたいていはアリストテレスに限定される。自由法文献を一瞥すれば、同様のことがいえる。法律解釈と法律からの自由に関する古代的理論は、自由法文献にとっても重要であるに違いない。<sup>(38)</sup>

最後に、立法自体、それが裁判官による判決に、文言を拒絶して、衡平な最良ないし法創造的補充を指示した点で、解釈の学問的議論にとって最も強力な契機を与えた。スイス民法典第一条はこの点で例証的な意味を獲得した。<sup>(39)</sup>

### 3

四つの「法文スタトゥス」のもとで展開される、このレトリック的解釈理論について、以下に簡単に素描することにした。さまざまな資料から引き出されるヴァリエーションやギリシアとローマの記録の比較には触れないで、むしろ以下の叙述は、『構想論』の名前で知られる、キケロの青年時代の著作に拠ることにする。<sup>(40)</sup>その理由は、一つには、ローマの資料内部で、いかに取扱われていたかがまさにこの章にとって最も豊富であるからであり、それゆえに、まさにこの時期の作品の上に、同時代のローマ法学の発展への推論が構築されるからである。

## I 曖昧性 Ambiguum

文言の多義性。そのために、以下の処方と証明の拠点は、いずれの立場にも妥当力を有すべく、自由に扱うことができる。

1 通常の語法ないし言葉遣いからその意味が明らかになる場合には、あると思われるよう不明確さは存在しない。通常の言葉遣いは、多くの意味が見出されるのを許容しながらも、しかしつねに一つの意義を想定している。

2 前後の文脈連関は意味を一義的に明確にする。<sup>(41)</sup>

3 起草者「立法者」がどのような意味を意図したかは、彼が他に書いたもの、その行動、言説、性格から吟味されなければならない。多義的な箇所は、いかなる解釈がこれらの吟味された規準に照らして適切であるか、正確に検証されなければならない。「何が起草者が意図した真実に等しいか Quid veri simile sit eum voluisse qui scripsit」は、広義の「動機 Motive」から解明されるべきであり、それゆえ彼の人格を規定するいつさいの材料が利用されねばならない（「起草者の人格 persona scriptoris」）。

4 同じ目的のために、成立時期や時代的狀況も考慮されるべきである。

5 一貫した推論に基づく正しい解釈の証明。また誤った解釈に対する反証。

6 別の解釈が想定される場合、法律に瑕疵がないかを吟味。その場合、何か重要なことが欠如している。

7 可能であれば、相手方が当該箇所求めた典拠が他の法律において規定されていることの証明。

8 相手方の解釈に求められるべき文言の提示、所与の文言をこの仮定的な文言に照らして吟味すること。かの別の解釈をとったとしたら、起草者「立法者」の文言はつじつまが合わなくなること明らかにすること。そのさいに、

たんに文言ばかりでなく、文言の位置も考慮されるべきである。

9 最後に有用性と名誉性という視点も「曖昧性 *ambiguum*」の解釈を指示するために引き合いに出されるべきである。

## II 文言と意思 *scriptum et voluntas*

当事者の一方が「文言 *scriptum*」に拠り、他方が起草者の「意思 *voluntas*」に拠る場合がある。これは、遺言、問答契約、その他形式を践んだ法律行為的な意思表示に類推可能である。すでに述べたように、このことはきわめて重要な事例である。

### a 文言の厳格解釈に与する場合

1 起草者ないし処分者が自らの意思に明確な文言表現を与える能力有すること、及び、

2 審判人が書かれたこと、つまり拘束力ある文言に従うべき義務を負うこと

3 事実的な事件と法律文言及び審判人の宣誓によって指示された審判人の義務との対置<sup>(42)</sup>。本文の頻繁な逐語的な引用による対置の強調

4 「起草者 *scriptor*」はその意思に自らそして確信をもって法的拘束力ある表現を附与したのであるから、起草者がその文言をもって自ら表示せんとする意思に代えて、理性をもってその文言に仮定的に他の意思を帰することは正しくない。

5 かかる手続は法的安定性を欠き<sup>(43)</sup>、審判人をして不確実ならしめる。

6 実際、文言の擁護者なら、主観的な推測からではなく、「文言そのものに基づいて」解釈する以上、起草者意思の擁護者よりも、つまりかかるスローガンをもって争う者たちよりも、大きな正当性を感じるであろう。

7 相手方が行為の動機を主張する場合、つまり、その動機が衡平によって支持されるとか、起草者がもしそう考えたならば<sup>(44)</sup>に保護することを欲したであろうとか保護したであろうと主張する場合には、立法全体からすれば、動機が法にかなない、衡平によって保護されているという抗弁は法律侵害を根拠として甘受することはできないという原則で対抗すればよい。

立法者がかかる可能性を認識することを欲する場合には、法律本文が確定的な伝承によって明確な「例外 exceptions」を配慮するであろう<sup>(45)</sup>。このことを、「文言 scriptum」の提唱者は例外をともなった法律を読み上げることによって明らかにするであろう。とくに問題となつて法律自体が例外を含んでいるとしても、しかしそれが相手方の立場に対応しない場合や、少なくとも、同じ立法者が他の法律で例外を設けている場合には、申し立てられた例外が欠如しているのは立法者がそれを意図したものであることを明らかにするであろう<sup>(46)</sup>。

8 現実には、相手方が衡平の意味で主張するカウサを承認するのは、「解釈 interpretatio」ではない、意思によって得られた法律に一致させるのは、「法律を廃止せざる限り、他には何もなし nihil aliud est nisi legem tollere」の擬制である、特殊な事案のために法律を廃止することである、と。

9 このような判決が下される場合には、法的安定性からどのような結果が得られることになるのか？<sup>(47)</sup> 審判人を指導するのは、もはや審判人が宣誓するところの法律ではなく、いまや法律侵害者の解釈の才能にすぎない。

10 審判人（仲裁人）の地位は、それが法律体制の中で規制される限り、「法律に反して判決すること iudicare contra

「legem」とは相容れない。<sup>(48)</sup>

11 本来的にはこのケースのために法律の文言として与えられるべきであった例外を構成し、審判人、あるいは国民がかかる例外によって実際に法律を細かくするであろうか否かを問う。

12 国制は法律を擁護し、その文言が規定した通りの内容と意思に従ってそれを実現する。もし法律が変更されなければならぬ場合には、それは国民によって変更されなければならない。<sup>(49)</sup> 裁判権は立法権ではない。法律が修正の必要があれば、爾後的に国民によって改正され変更されなければならない。それが為される以前には、審判人はそれに従って判決すべきである。

13 原則を除けば、「文言 scriptum」の擁護者も、解釈に争いがある特別な法律を守ろうとするであろう。意味とそ  
のなかで規制されている素材によって

14 最後に、彼は相手方固有の領域に入って、<sup>(50)</sup> 相手方が衡平の保護の主張のために援用した動機が現実に衡平にかな  
わないことを示すであろう。

15 もし可能であれば、文言の擁護者は文言から証明されるところのものを、そのなかに語られる「意思 voluntas」  
と「理由 ratio」を説明し、それゆえ後発的に主張された文言と意思の対立を文言に基づく解釈に有利にふたたび  
排除する。

b 文言に反対の立場 contra scriptum

そのためにはまず、いつものことながら、誤解をうむ文言のもとに認識されるべき意思及び意図（例えばクリウス事  
件における遺言者の場合<sup>(51)</sup>）と、特定の個別的事案、一回的なものや瞬時的なものに対する意思の解釈、つまり規範と



しては確立されていないが、しかし起草者の意思がそれに対していかなるものであったかによって吟味されうるころのものが区別されなければならない。規範における類型的なものと個々の事案における個別的なものとのかかる対立のなかに、法律に対する衡平の本来的な性質が現われる。<sup>(52)</sup>

1 それゆえ、文言の反対者は、当該事案において事態の<sup>カウサ</sup>衡平性が解決を与えるところのものから始める。それはしばしばを行為、行態、態度の動機ということになる。<sup>(53)</sup>

2 文言の反対者は法律の一般的な性質、即ち、それ自体衡平の実現と保障<sup>(54)</sup>たらんとする法律の一般的な性質から判断のルールを導き出す。

3 制度上、審判人の選択には何らかの予防措置（最低年齢、社会的地位）がとられている。それはなぜか？それは、審判人が学童のように法文を復唱してこれにむやみに従属するのではなく、自分でよく考えて法律を解釈しうるためである。<sup>(55)</sup>

4 もし法文に従って判断がなされるならば、明らかに不法な結果となるような考えられうる別の事案を構成してみる。その結果は、明らかな特殊な事案は明文をもって規定される必要はないということである。<sup>(56)</sup>

5 家政の場合とはかく、日常生活のいかなる場合にも、もし受任者が委任者の意思ではなく、文言に固着するならば、委任は「正当に recte」に実行されえない。<sup>(57)</sup>

6 公共と倫理的な価値への有用性は衡平のために援用されるべきである。立法の価値と尊厳は法文ではなく、その内容、意図そしてその叡智に依拠する。<sup>(58)</sup>

7 「法律 lex」をそのように定義するならば、この定義から、「法律の本質」も文言にではなく、意味に依拠するこ

とは明らかである。<sup>(59)</sup> それゆえ法律に忠実な審判人とは、法律の意味に（つまり文言ではなく法律に）従うところの者にほかならない。

8 実際法律違反と判断されるべき事案との比較にあたつては、衡平を無視することが言語道断であることを明らかにする。

9 最後に、文言の反対者も、法律に対する相手方の立場に立つて、文言の中には、文言にも衡平にも賛成するものがあること、つまり、その点では少なくとも「曖昧である *ambiguum*」ことを示すことを試みる。

### III 法律の抵触 *antinomia, contrariae leges*

「法律が相互に抵触する場合 *antinomia, contrariae leges*」

1 両者は、公共にとつての意味、有用性、倫理的価値、必然性によつて比較される。

2 先後関係。後法はそれ自体妥当性を推定される。<sup>(60)</sup>

3 いずれの法律が「定言的」[命令的] *kategorisch*」であり、いずれが「認容的 *einräumend*」であるか？<sup>(61)</sup>

4 いずれが刑罰的制裁によつて保護されているか (*lex perfecta*)、もし両者がそうであれば、いずれが上級の刑罰的制裁によつて保護されているか。<sup>(62)</sup> 刑罰条項は法律がもつべき意味を推論させる。

5 いずれが命令を定式化し、いずれが禁止を定式化しているか？というのは、しばしば禁止はより一般的な規定の修正を意図しているからである。<sup>(63)</sup>

6 いずれが「特別的 *specialis*」であり、いずれが「一般的 *generalis*」であるか？<sup>(64)</sup>

7 いずれがただちに実行を要求するか、いずれが期間を猶予しているか？

8 矛盾は、弁論者自身が依拠する法律が文言において明確であるのに、文言に反対する解釈によって、相手方によつてはじめて技巧的に実現された。<sup>(65)</sup>

9 もし可能ならば、この相手方の解釈を、矛盾を総じて引き起こす相手方の法律に新しい解釈と置換する。自分の解釈は二つの法律を両立させる。

#### IV 推論 *sylogismus, ratiocinatio*

「推論 *sylogismus, ratiocinatio*」による法律の欠缺補充<sup>(66)</sup>。例えば、母を殺した者が、判決と死刑執行（袋詰め刑）の間に、<sup>(67)</sup>友人たちのすすめで、形式になつた遺言を起草し、その友人たちが挙げた者たちを相続人に指定した。死刑執行後、これらの相続人と、遺言は存在しないとして相続財産を請求する宗族員との間で、訴訟になつた。類推によつて、判決と執行の間に牢獄にあつた者（顔は狼の毛皮で目隠しされ、足は鎖に繋がれている）に、かかる場合に遺言する能力が拒絶される。この場合、主として「精神錯乱者 *furius*」の類推が強調される。類推による処方方は以下の通りである。

1 まず類推として援用される法律規定を詳細に取扱い、そしてその意味を吟味しなければならない。次に、個別的な比較により、類推を強化しなければならない。さらに、衡平の命ずるところにより、このように示された二つの類推事案のうち一方がそうでなければ、他方は別のように判断されねばならない、と論じる。

2 法律の一般的な性質、つまり、個別事案を規律しつつも、その類推的適用を許容するという法律の一般的な性質

が援用されねばならない。「いかなる起草者もすべてのことを文書によつて論じ尽くすことはできない *neminem posse omnes res per scripturam amplecti*」<sup>(68)</sup>（『構想論』II 152）<sup>(69)</sup>と。

3 最後に、衡平がケースの全体的状況からして決定的なものであることを証明しなければならない。これに対して、相手方は次の通りである。

1 相手方はその類推が虚偽であることを証明する。

2 補充的にのみ、書かれた法律だけが妥当するという立場に立つ。類推の許容は法律のむやみな類推的補充に扉を開くことになる。最後に、類推として評価されるところの類似性が暴露される。

3 立法は現実に類推的な法律関係の個別的で明確な規制の頻繁な事例を与える。

#### 4

以上に簡単に述べた解釈体系は、教育的、言うまでもなく学問的体系であつて、法律解釈のみならず、あらゆる形式拘束的な法律行為による意思表示の解釈など想定されうるあらゆる場合に妥当する。整序されたトピックも、具体的ケースにその都度適合的な選択を許容しながら、一般的に適用可能な論拠をできる限り網羅することによって、いつさいの一般的視点（共通トポス *loci communes*）<sup>(70)</sup>という性格を獲得しようとする。したがって、レトリックの教科書は、実務をはるかに越えて、まさに抽象的な解釈のトピックを樹立する点で、非レトリック的な法律解釈にも体系的な支援を与えることができる。「文言に基づく」解釈と「意思に基づく」解釈という解釈の二つの種類の明確な対立と意思に基づく解釈」と「衡平」の主張との合一とを、教科書に対応して、口頭の指示も考慮している。「この種の模擬裁

判において、あるいは文言をあるいはは衡平を防禦することを教えられるとき、すべての少年たちは教師たちのもとでこの種の事柄を訓練される。*in hoc genere pueri apud magistros exercentur omnes, cum in eius modi causis alias scriptum alias aequitatem defendere docentur.*」(キケロ『弁論家について』de oratore 1, 244)。ある意味でこのような弁証的な手続が将来の弁論家にとって重要であることを、キケロとクインティリアヌスは強調している。しかし相手方に可能な論拠について見通すことは自分自身の論拠を組み立てるのにそれを確実なものたらしめる。しかしまた法律を解釈せんとする法律家と審判人としてそのために召喚された者はこうした弁論術教育の成果としてなじみが深い方法に自らの援助を発見したではない。

弁論術的解釈理論の作用への洞察は、弁論教育の教室や教科書の範囲を越えて法廷や裁判実務の実際に及べば、さらに深いものとなる。しかしこれは共和政の最後の世紀においてなお弁論術において少なくとも補充的な若者たちの学習であったが、法学においては本来的な教師であった。次の二つのケースがここで追及される解釈理論の典型的事例である。即ち、キケロの直前の弁論家世代がどのような位置にあったかを示すクリウス事件とキケロ自身の『カエキーナ弁護論』である。

I クリウス事件は遺言の解釈に関わっている。<sup>①</sup>被相続人が遺言の作成に当たって死の直前にはたしかに子供がなかったが、彼の妻が妊娠したという期待していた。それゆえ彼は期待されるべき子供を相続人に指定する。この子供が未成熟のまま(遺言能力をもたないまま)死亡した場合のために、彼はM・クリウスを補充相続人に指定する。しかし遺言の前提は誤っており、子供は生まれず、一〇カ月後に、M・クリウスが相続財産を請求し、これにM・コポニウス——彼は無遺言の場合の最近の親族であった——が対抗する。遺言の前提が誤りであり、クリウスの指定の条件



が実現していない以上、その後の処分は生じないのだから、遺言は無効であり、したがって相続財産は自分に帰属する、と。この立場の主張を唱えるのはその時代の屈指の法律家Q・ムキウス・スカエウオラ<sup>(72)</sup>であり、クリウスの事件を弁護するのは、最良の弁論家L・リキニウス・クラッススである。この有名な事件についての記録は、判断能力ある同時代の人々がこうした精神的な演劇を見ていかに喜こんだかをかいまみさせる。二人の権威——二人とも執政官級の人士である——は、事件を、たんに相続問題という意味を越えて、法律と法の解釈を支配する二つの原理の闘争劇たらしめる。ローマ法の内的発展はその当時この闘争をいかに決着するかについて充分成熟していた。「文法的」解釈の主唱者スカエウオラは遺言の厳格な解釈のために遺言の本質と文言へのきわめて正確な服従を要求する相続法の特別な性質を援用する。未成熟補充指定 (substitutio pupillaris) の場合に関して、彼は彼の父つまり大神官Q・ムキウス・スカエウオラの権威を援用し、解釈は文言によるべきであり、子供が生まれなければ、後順位相続人は当然排除されねばならないとした。一般的に彼は法的安定性の存立を文言の妥当性の承認に結びつけた<sup>(74)</sup>。しかし「論理的」解釈の主唱者たる彼の相手方は、文言に対して意思の保護にとつての法的根拠づけを断念する必要はなかった。彼も、意思を擁護せんとする衡平の観点にとつての「権威と範例 auctoritates et exempla」を援用することができた(キケロ『トピカ』44, 『ブルトゥス』197)。彼の弁論も「市民法の範囲内 in medio iure civili」にあった(『弁論家について』1, 180)<sup>(75)</sup>。レトリックはたんに弁論術的な解釈原則によつて、いくつかの証言の定式化のなかに現われるように、伝統的・法学的な原則に対立しただけではない<sup>(76)</sup>。二つの立場はローマ的な「法の解釈」の傾向、つまり「父祖の権威 auctoritas veterum」に裏づけられた、古くそして一見確実な立場と、より新しく現代的なもう一つの立場とが存在することは、なおあまり意識されていないままであった。つねにそうであるが、二つの傾向は正しく機能するために

解明的な加工が必要であった。クリウス事件はそのためにとくに重要な成果の一つであった。この事件は、原則の明確化のためにカズイステイクな契機を提供することによって、すでに学問的と呼ばれるべき法学的ディアレクティケ論証法ないし法哲学の欠如を埋めた。そして方法か？実現のトピック論か？それを提供したのは明らかにレトリックであった。スカエウオラの弁論について、それが全体として「書かれたことがもつとも優越すべしと弁護する」(ut scriptum plurimum valere oportere defenderet) という風のものであったと言われている。その弁論の個々の特徴はすべてさきに概略したこのレトリックのスタトゥスのトピックに<sup>(78)</sup>適合している。キケロはこれに法廷における弁論が法学的な専門的知識を必要としないという見解の支持者をして、法学者スカエウオラの弁論に次のような結論を結びつけてさせている。もし彼がこの場合に、彼の弁論の構成と論拠をレトリックの図式で形成したならば、このことは、弁論家が法律解釈をなす場合でもそのレトリックの理論で充分やっていけるということを最もよく証明しているのである(『弁論家について』1, 244)<sup>(79)</sup>、と。反対にクラッススはこう述べる。「もし意思が蔑ろにされるようなことでもあれば、遺言書はもとより、他の事どもでも、文言のうちにいかに大きな詭弁がひそんでいることであろうか。sententias voluntatesque testamentorum...quanta esset in verbis capio cum in ceteris rebus tum in testamentis, si neglegerentur voluntates」(『ペルトゥス』198)<sup>(80)</sup>。彼の立場はたんに「衡平の擁護 patrociniū aequitatis」と呼ばれる(『弁論家について』1, 242)。百人裁判所は、かたずをのんで待ち受けられたその判決によって、満場一致で、クラッススの説に与した<sup>(81)</sup>。法廷はレトリックにスタトゥスの実地訓練のためのテスト・ケースを与えたが、法律学には、もつと重要なことであるが、二つの解釈原則の対立をそれまでに経験されたことのない鋭さで提示したのであり、しかもその判決は、「個別の」事案だけでなく、「一般的な」観点にも関わっているので、衡平がブレークスルーするためにきわめて重要な先例を創出

したのである。

Ⅱ 『カエキーナ弁護論』におけるキケロの態度はそれ以上のものを示している。『カエキーナ弁護論』も、レトリックにおける「意思に基づくスタトゥス *status ex voluntate*」にとつて、さらにそれを越えて、法廷における「衡平 *aequitas*」の支配を保障する「法解釈 *interpretatio iuris*」にとつて、ひな型事例たるべきものであり、これが同書が公刊された主要な理由である。『カエキーナ弁護論』はクラッススのクリウス事件に挑み、クリウス事件は、新しいより成熟した技術に対応するひな型によって取って代わられる。この関係を弁論家「キケロ」は、彼の立場を証明するのに役立つ「範例 *exempla*」の冒頭で次のように述べることによつて、示唆している。即ち、

「われわれが法廷に立つようになった少し前に、十分に雄弁なルキウス・クラッススは、相続事件を管轄する百人審判所において華麗なスタイルで内容豊かにこの見解を擁護している。……それは何か。いったいこのことは文言によつて十分に配慮されていたか。少しもされていない。それではどのような事柄がそれに役立ったのか。それは意思である…」(『カエキーナ弁護論』53)。

暴力と武装した人による特示命令の解釈を文言のむやみな濫用から守ろうとするキケロの任務をここではその前提に立ち帰つて追及する必要はない。われわれは彼の方法を認識するだけで十分であり、それは弁論全体にちりばめられている標語から明らかである。「それとも、特示命令の意思と意図と内容とが十分に理解されているときに、文言上の誤りにもかかわりあつて、事態や共通の利益をかえりみないだけでなく、放棄さえもすることを極度の恥知らずまたは異常な愚かさとわれわれは考えるのだろうか[50]」。あらゆる法律、あらゆる法拘束的文言は次のような場合

には無効となりうる。「もし、われわれが、文言の方へ事柄をひきよせようとして、一方で、それを起草した人の意図と根拠と意向とを無視せんとするならば [51]。……衡平さの点で、同じ根拠が妥当するとすれば、その根拠が了解されるかぎり、文言および名目の意味が何であるかはたしかに事態となんら関係しない [58]。……しかし、問題となっているこの事件では、文言が裁判の対象になっているのではなく、この文言を特示命令の中へ盛り込むきっかけとなったその事柄が裁判の対象となっている [63]。……法及び衡平の問題を……文言の中に設定することはよいと思うか [81]。……物事の衡平さが文言の罨にまどわされてはならないと君は考える [83]」。相手方について、例えば、「衡平によらず、文言によって自ら防禦せんとする」。審判人について、「起草者の意思と意向を擁護することは善い審判人の仕事である [65]」。相手方の立場は「狡猾なる解釈 *callida interpretatio*」として特徴づけられている。「君たちは、その特示命令の中で、もしわれわれが文言の中に法の存在を認めるならば、われわれがずるく狡猾でありたいと願っているかぎりは、この特示命令の有用性をすべてわれわれが失わせてしまうであろうということを理解している [55]。……しかし実際に武器について裁判が行われることになれば、このようなことを言うのがよい。しかし裁判が法と衡平について行われるとき、君は、これほど愚鈍な、これほど貧弱な策略へと逃げ込まないように注意せよ [61]。……あるときは狡猾な、歪曲された法からではなくて、衡平と善とから事件が判断される必要がある、書かれたことに従うのは濫訴者の仕事である [65]」。

これらの箇所の用語から、この弁論が、レトリックにおける「文言に反した意思に基づくスタートウス *status ex voluntate contra scriptum*」の事例としての役割を果たすことは明らかであるが、その一方で、弁論家〔キケロ〕の関心は、「法解釈 *interpretatio iuris*」の根本原理及び衡平への参入を彫琢することにも向けられている。彼の「弁護

の通例のやり方 *consuetudo defendendi*] (*pro Caecina* 85) は、法廷において、ローマにおいて、衡平の証拠となるべきものである。キケロは、内的に豊かな彼の資質から何かが構想される多くの場合と同じく、モデル——この場合に弁論家として彼の最も親しいローマの模範たるクラッスス——と、理論——この場合にはレトリック——とによって導かれながらも、彼は同時にその最も内的な本質の傾向に従った。これらのことは彼のエトスを見事に特徴づけているのであるから、彼は、さきに見たギリシア語の表現を用いれば、「厳格な法律 *αἰθαρὸς δίκαιον*」に対する「寛恕ある衡平 *πραῶν ἐπιεικὲς*」の生来的な擁護者であったといつて差し支えないであろう。こうした観点が法廷という非哲學的領域とその当時のローマ法という土壤に受け入れられたかを『カエキーナ弁護論』は教えてくれるのである。

## 5

ところで、こうした探求は出発点から間違っていないか。間違っていないかと思われるし、まさに『カエキーナ弁護論』はわれわれの念頭に浮かぶ二つの結論を理解するのに役立つという点でわれわれの目的になったものであった。より特殊な結果については次に簡単に概略することし、より一般的な結果についてはその関連についてもっと説明が必要である。

1 二つの観点の対立の中にあつて、「法の極みは不法の極み」という言葉が思い浮かぶ。相手方は、——それはなぜかを説明すべく——審判人に対して法律家という權威に屈服してはならないという一般的な忠告を主張した。キケロは彼に、このことがしかし文言の提唱者の立場に適合しないことを教える。この忠告は意思と衡平の擁護者を念頭においている、「もし文言と文字に対して、——そして通常言われるように——厳格な法に対抗して論陣を張る場



合には、そのような不衡平さに対して、善と衡平の名目が対置されるのがつねである<sup>(82)</sup>。ここにはかの格言はそのまま引用されているわけではない！しかし、この格言と、「最高の法によつて *summo iure*」という表現——これは確定的なものとして引用されている（「通常言われるように *ut dici solet*」）——と区別することは不可能である。「最高の法に対抗する *summo iure contendis*」は、衡平の提唱者が文言と文字に基づく解釈に対向する標語にほかならない。<sup>(83)</sup> ここでこの文言は『義務について』におけるよりも生き生きとした関係に置かれる。二種類の解釈の緊張はここで直接に結びつけられ、真つ向勝負の舌戦の記録が認識される。キケロの証言は、喜ばしいことに、この格言が通常のものであつただけでなく、両者の対抗がその当時のフォーラムにおいて頻繁であつたことを証明している。

「最高の法と対立する *summo iure contendere*」、「最高の法と争う *summo iure agere*」という別の表現が登場することからすると、「法の極みは不法の極み」という格言の歴史を単純に考えることはできない。少なくともテレンティウス以来ローマには「法の極みはしばしば害悪の極みである *summum ius saepe summa est malitia*」という言葉が存在する。これは厳格で、硬直的で、濫用的な法適用のすべての事例に当てはまる。

ローマの法廷が、文言に基づく厳格な解釈と意思つまり法律の意図に基づく衡平な解釈という二つの「法解釈 *interpretatio iuris*」を相互に戦わしめたとき——これは弁論家が理論的にも実践的にも参加した闘争である——、厳格な解釈は「最高の法に対抗すること *contendere summo iure*」として、そのための確定的な表現によつて非難された。一人の弁論家が、それは誰かわれわれにはわからないが、すでに簡潔な言葉に込められた意味に対立物の附加によつて標語的な表現「法の極みは不法の極み」を与えた。この表現はそのさい古い格言によつて導かれた。<sup>(84)</sup> しかし新しい表現は *summo iure agere* という語の部分の範囲で「狡猾な解釈 *callida interpretatio*」の不衡平さに対する非難

として作られた。標語の生ける力にかかる対立の生ける効果に結びつけられた。そのことが争われる限りで、この標語は「衡平の旗印」であった。その背後に、よりひろい連関として、存在するのは、本研究がまさに対象とするところの、法解釈の基本原理の対立にほかならない。この標語の「盛んな時期」にだけ、この簡潔な形式が伝わることはたしかに偶然のことではない。共和政の終焉とともに自由活発な「法廷の論争 *disputatio fori*」は途絶え、法廷 *forum* と裁判 *iudicium* が、法解釈と同様に新しい条件のもとに置かれた時、標語の生ける効果もまた終わってしまった。しかし法の性質に基づく闘争がどこでもいつでも再生するのであれば、標語とその効果もまた再生する。

2 一般的な性質の結果は、レトリックがローマ法学に、その発展の時代に、つまりローマ法学が学問へと決定的に転換した時代に、与えた影響について、よりよき認識を与えてくれる。つまり、若い方の大神官 Q・ムキウス・スカエウオラとセルウィウス・スルピキウス・ルフスという二人の人物によって特徴づけられる時代である。ギリシアの学問が体系構成や方法の基礎づけにどの程度力を及ぼしその中身はどうかについて、なお明らかにされてはいない。法律家が一般的な学問方法を哲学から、厳密に言えばストア哲学<sup>(86)</sup>から受容したという次第に伝統になってきた定式は現実の理解には障碍でしかない。とくに小スキピオ以来、とくにストア哲学がローマに影響を与えたとしても、そのディアレクティクはまったくその役割を果たしていない<sup>(87)</sup>。ローマの要請にとってそれが役立たなかったことは繰り返して強調されている<sup>(88)</sup>。両ムキウス・スカエウオラやルティリウス・ルフスがストア派と呼ばれるとしても、セルウィウス・スルピキウスはそうではない。彼はその弟子たちとともに法律学の学問的方法に前者たち以上に大きな貢献をなした。方法論の影響について、若い逍遥学派とアカデミア学派が、ストア学派以上に注目された。それと同時にアリス

トテレスの衡平に関する説がレトリックによつて媒介されたのと同様に、この点でもレトリックは、その媒介者として主張を申し立てる。方法論に関する材料についての生ける証拠を提供するものが、まさにキケロが友人の法学者トレバティウスのために著した『トピカ』である。この著作によつて、著者はこの本来的には哲学的な材料を法律家に役立つようにしたこと<sup>(89)</sup>で知られる。序論は当時この法律家が自らの学問的方法論の構築のために役立てたいと申し出たことを生き生きと語っている。しかしトレバティウスの熱意に対して、キケロははじめ、この理論に精通した弁論術教師のところで、この——本来的にはアリストテレスの——トピカについて説明してもらえとだけ答えた。ギリシアのことはギリシアでということと考えられよう。しかしこれはローマにおける当時の学問の分業に対応している<sup>(90)</sup>。法律学の哲学への従属とその範囲についてはそれ自体一個のテーマである。そのためには、今まで以上に、同時にレトリックの影響が注目され取り扱われなければならない。

われわれの研究に基づいて、その影響がどのようなものであるか、たしかに一定の範囲だけのことであるが、ここでは二つの局面について確認しておきたい。

a 法律訴訟の時代の法律家の役割は主として形式的な法に関係していた。ローマはもちろん随所で自然必然的に、法は形式主義的なものであった。そのように法律家の活動は展開するのであるが、片言隻句への隷従といえるほどの文言への固着がその本質的な特徴である。キケロの『ムレナ弁論』はそこから生まれた法律家の風刺に皮肉を込めた表現を与えた<sup>(91)</sup>。法律家の問題は、「彼らが些細なこと、もっぱら法律の一字一句にかかずらわっている」<sup>[§25]</sup> ことである。この種の法律家は別の箇所<sup>(92)</sup>で（『弁論家について』I, 236）で論争的にこう定義されている。「法律家それ自体は、抜け目なく目敏いどこかの三百代言、法律訴訟の案内役廷吏、訴訟方式書の暗誦者、法律の片言隻句

を穿鑿する訓解者<sup>(92)</sup>、つまり文言の専門家、その召使い<sup>(93)</sup>。法律文言が聖なる力と拘束力を持つという觀念を免れていた時代には、こうした形式主義は「衡平 aequitas」ないし、同じような意味といえる「意思 voluntas」に対する裏切りであると見られた。「最後に、あらゆる市民法において、彼らは、文言そのものは守ったが、衡平をおざなりにした in omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenerunt.」(『ムレナ弁護論』27)、と。法律学内部で衡平及び「論理的」解釈の原理を通用させるようになり、しつかりと根を下ろした形式主義にそれを遅らせる障壁を見出した時代に、レトリックは介入した。レトリックはたしかに哲学的(アリストテレス的)な衡平の理論とはまったく間接的な関係しかないが、しかし衡平を法廷や法解釈 interpretatio iuris において認識するためのローマ法律家の前提からは独立した素材と新しい方法を持っていた。クリウス事件におけるクラッススの勝利についてはさきに評価した。四〇年以上も前にフォルムにおいて次のような選挙にまつわるエピソードがあった。クリウス事件に関与した有名な人物の叔父にあたるムキウス家の人「クラッスス・ディウエス・ムキアヌス」で、養子縁組によってリキニウス家に入ったプブリウス・リキニウス・クラッススが按察官職に就いた。彼は、家伝によって法知識に精通していた。按察官職に立候補したとき、彼は、フォルムで——慣行に従って、勢力ある親戚たち——その中に執政官職経験者で弁論家のセルウィウス・ガルバがいた——が随行していた——、選挙人たちから法律相談を受けたことがあった。なかでもある選挙人が彼をその場所から脇にやって、自分の事件を彼に説明した。残念ながらその事件の中身はわからないのであるが、相談者はクラッススの「回答 responsum」<sup>(94)</sup>に明らかにうちひしがれて立ち去った。このちよつとした状景を見ていたガルバはその男を自分の所に連れてこさせ、彼に尋ねた。それで、ガルバはクラッススの回答をただちに間違いだと攻撃した。クラッススは、その道の權威に逃げ場を求め、自分の兄弟の「プブリウス・」ムキウス



やセクストゥス・アエリウスの註解書を引き合いに出した。残念ながら、法律的に事情はまったく明らかである！しかしそのときガルバはいろいろ「類似の事例 similitudines」を挙げ、レトリックの手法を用いて厳格な法解釈に反対して衡平をいろいろ擁護して見せた。<sup>(95)</sup> 法律家のクラッススの困惑した姿は面白い。彼の扱って立つ権威たちや彼の解釈方法は同意を拒絶するが、しかしこの新しい觀念に発する考えを認めざるをえない。「彼は、ガルバの論がもつともらしく、また、ほぼ真実のように思われると認めた」と（そのようにキケロ『弁論家について』1, 239では語られている）。立候補はおそらく前一三七年のことであろう。それは、残念ながら今なお年代特定ができないアエプティウス法による訴訟改革——ガイウスに拠れば衡平への要請によって惹起されたという（Gaius, 4, 30）——の頃のことである。

この話が発展の端緒へと導いてくれるのに対して、『カエキーナ弁護論』はこの発展の終わりに近い時期に一条の光を投げかける。カエキーナ事件では、両当事者はそれぞれの法律顧問の「権威 auctoritas」を百人審判所の法廷で引き合いに出している。キケロが衡平のために権威と仰いだのは、まさにC・アクイリウスその人である。悪意の方式書（キケロ『義務について』3, 60）<sup>(96)</sup>の考案者であるこの人物をこの立場の人と見ることは驚きではない。「キケロはアクイリウスのことを、「その人は、市民法の理念を決して衡平さから切離さなかった」<sup>(97)</sup>（『カエキーナ弁護論』78）「と述べている」。厳格な文言解釈に対して意思と衡平を提唱する弁論家「キケロ」は、この最もすぐれた法律家と同調することができる。対立はクリウス事件とは変わった。「事情と意図と衡平が最も妥当すべきである」と告げるのは、このたびは「法の声 vox iuris」である<sup>(98)</sup>（§77）。他方、これに対立するのは、こういつてよければ、キケロの時代にとつての現代的な法律家たち、（キケロに拠れば）その知識は完全に文言に、つまり「いかなる文言によりどのようなことがなされ示されたか？」（§79）ということに依拠する助言者たちの「類 genus」である。キケロは自ら彼らのう



ちの一人とこの事件について議論した。彼は、「特示命令の意思 *sententia interdicti*」はキケロの側に有利であるが、文言はキケロに不利であると言った、即ち、「文言から離れることはできないと彼は考えた」 (§79)、と。正真正銘の論争が芽生えた——キケロはそのようなことを創作できない、容易に反論することは困難であつたろう——この論争で、弁論家は法伝統からの「範例 *exempla*」を通じて「文言と書かれたこと *verba et scriptum*」に対する「衡平と善 *aequum et bonum*」の対立が頻繁にあり、文言の不利を明らかにしようと試みた (§80)。それは空しく終わる！シェイクスピアが『ヴェニスの商人』において劇的かつ大々的に生み出した驚きを小規模な仕方で眼前にする。そこでバルトルス派のポーシャ姫が認めそして自ら擁護し、そしてそれに基づいて判決が下された当の厳格法が、それ自体の方法で覆されるという驚き。「文言は明らかに肉一ポンドとある。この証文はお前に一滴たりとも血を与えていない」と。まったく同じ方法で、文言に固執する法律家はキケロを慰める。「もし誓約の文言自体を綿密に検討するつもりならば、私をわずらわすものは何もない、と、彼は私を慰めてくれた。」 (§80)。しかし彼が推奨しなければならなかったのは、策略であり、「狡猾なる解釈」である。ポーシャ姫の理由付けにおける迂路がまたそうであるように。<sup>99</sup>

アクイリウスと彼の方針が実現したという事実はただちに危険に遭遇する。このことをキケロは『カエキーナ弁護論』の中で明らかにしている。裁判官から衡平の評価によつて法律に反した判決、法律に責任をもつ法律家に反した判決をもぎ取るとは慣習になつていたし、悪しき弁護人の場合にはそうではない、と。そのようなことはローマ的でなく、ギリシア民主政の民衆裁判所の精神に適つたものであり、そのことの証拠は明らかである。<sup>100</sup> キケロの法理解は次の点に、即ち、一方で裁判官の判決と、他方法及びその解釈者とを相互に対立させようとしてもそのようなことは不可能である、と説明している点に認められる。こうした矛盾を事実上証明されるような事案は、間違つた法律家

なり間違った裁判官なり、まさに人間の弱さに関係している。「法の対立 ius controversum」が問題になり、法律家たち自身の意見が異なるとしても、当然のことながら矛盾は表面上のことにすぎないのである。「衡平 *aequitas*」の法及びその解釈への完全な受容への発展を完成させたのは、アキリウス・ガッルス(101)の弟子、セルウィウス・スルピキウス・ルフスである。ローマ法学の発展における彼の独自の位置に与えられる多くの名声のうちで、われわれの関連で最も重要なのはキケロの称讃である。(102)

「法律を解釈し、法理を説明する際に見せた、あの驚嘆すべき、人知を越えて神性すら感じさせるほどの博識も、……彼は法律だけでなく、正義の何たるかを心得ていたからだ。だから、法律や市民法から導き出される事柄でも、親しみやすさと公平さに照らして判断するのを怠らなかった」(キケロ『ピリッピカ』ⅡⅠⅠ)。セルウィウス自身弁論家であり、新しい法学の方法的構築に携わったというよりはむしろ、法律解釈に関するレトリック理論を細部に至るまで修得していた。(103)

「衡平 *aequitas*」のローマ法及びローマ法学における位置を決定的にしたのは、前一五〇年から五〇年にかけての頃であった。レトリックは、法形式主義に反対して「衡平 *aequitas*」へと決断のために尽力した。こうした立場がしばしばそれに固有のものであるかのように思われるが、法学内部で支持されるようになった。その立場の圧力、その間接的に哲学的な素材、そのギリシア的に形成され考案された方法は発展を強力に推進した。まずはアキリウスとセルウィウスによって完成された「衡平 *aequitas*」の全面的な承認への方向において、ついで、レトリックのインシヤティヴなしにはるかにゆつくりとしたものであったであろうテンポにおいてである。しかし「衡平 *aequitas*」がローマ法において持った意味はこの発展へのレトリックの影響の意味をも明らかにする。(104)

b レトリック理論の法学的解釈への影響は即自的に、「衡平 *aequitas*」の内容を除いて考察しなければならない。というのは、この理論は別の立脚点、「書かれたもの *scriptum*」と「文言 *verba*」という立脚点のための実効的なトピックを提供するものだからである。影響力をレトリックが得るのはその絶対的な完全性の故ではなく、法学的方法の弱さからである。そのため、まず具体的な例を挙げよう。キケロは、法曹法と既存の法文献が見渡すことができないのは、あらゆる名前をもった「回答 *responsa*」とそれが付与された実際の事案の状況が法学的説明と文献へと移行したからだという<sup>(105)</sup>。これに対して、レトリック理論は、人、場所、状況によって規定される「個別的事例 *inōdēotē, causa*」と「一般的問題 *θέσις, quaestio*」を明確に区別する。たしかに弁論術教師たちは、こうした区別の実際的な必要性をめぐって争っており、ヘルマゴラスに依拠するスタシス論「スタトゥス論」と結びつけられ、授業の中で、学生たちがその修得をめざした<sup>(106)</sup>。より洞察力ある者たちは、レトリック理論が決定的な役割を果たすことができる手続の段階を認識した。あらゆる実際の事案は、その性質上個人的な状況とともに弁論家の前にもたらされるのであるが、一般的な問題を含んでいる。事案の「取り扱い *tractatio*」のために、最初の課題はこの一般問題を発見することである。例えば、前述のクリウス事件で、原則的な問題設定は、「息子が実際に生まれなかった場合、息子が死ねば相続人となると指名されていた者が相続人となるべきと考えられるか」というものである<sup>(107)</sup>。抽象的なトピックの設定、つまり学問的な証明理論は、総じて、こうした還元を通じて、無数の実際の事案が見通し可能な一連の一般的な事案に分類されてはじめて可能となる。これが体系の前提であった。個別の事案の中に、キケロの表現を借りれば、「永久的な法」を認識させるこの理論と実践から、弁論家は「法律家 *iuris consulti*」のカズイスティッシュな手続を不器用な、それどころか素朴なものと認めざるをえなかった。個々の「事案 *causa*」の状況——これを弁論家はその

つど一般的な内容のために選り分けることができた——は、法律家の場合、回答だけでなく、文献の中まで入り込んでいた。繰り返し繰り返し返され、「永久的な法」は実現されることはなかった。体系学、トピック学も、学問も不可能であった。<sup>(109)</sup>

こうした批判は、何よりも弁論家による法律家への相談がしばしばあったということを教えてくれた。そのための生き生きとした事例はキケロの最も初期の弁論『クインクティウス弁護論』五四に見られる。審判人はC・アクイリウスと彼の顧問団である(§22)。相手方は回答を得ていなかった、キケロはこれをそれ自体悪意による懈怠を埋め合わせることをでっち上げた。「私が君のためにこれらの人々に相談してあげよう。今となつてはおそらく、私には関心のないことだからについてだ。君が君自身の問題なのに、時宜になつて彼らに相談することを忘れていたからだ。私は次のような問題をお聞きしたい。ガイウス・アクイリウス、ルキウス・リキリウス・バルブス、プブリウス・クインクティリウス、マルクス・クラウディウス・マルケッルスよ。私の同僚で縁者の者が保証約束に応じなかった。私は彼と長い間親しくしてきたが、最近金銭をめぐって彼と諍いが生じた。私が彼の財産に対する占有を認めるよう法務官に申請をなすべきか、彼はローマに家と妻子を持っているので、彼の家に告知を置いてくるべきか。もし私が正しくあなたの親切心と良識を測ったとしたら、あなたが相談されたときにあなたが答えるであろう回答についていささかも疑わない。」キケロの衡平に関するすべての論拠を受け入れたい希望から生じる多弁は次のことを見損なわせない。キケロが弁論家として事案をすでに一般的問題へと還元していることを。こうした手続に法学的カズイステイクはしばしば直面しなければならなかった。法学的カズイステイクが規範へと至る一般的なるものの理論的彫琢によつて影響されないことはありえない。また同じような関係は一般的に法律学とレトリックの間でも生じた。法律学



は法の土壤に根ざし、法律と実務との真の関係において比較にならぬほど優位に立ち、その一方でかのレトリック理論は当時体系的という点では一頭地抜いていた。レトリックは哲学的にも実践的にも長くギリシアの精神の営みのもとで形成された。それは抽象的であつたので、異国の起源にもかかわらず、ローマのフォーラムで親しまれ、實際支配的となつた。

レトリックが法律学に提供しなけりなかつたものに、われわれの研究対象であつた法律解釈理論もまた属する。クインティリアヌスは「文言と意思のスタトゥス status scripti et voluntatis」のまつたくレトリック的な取り扱いについて証拠を提出している。「法学者間で最も頻繁に問われた問題であり、法に関する争いの大部分はこのことにかかつてゐる。」弁論家にとって方法的にも術語的にも同じような取り扱いが認められうる。<sup>(10)</sup>「文言と意思に関する問題は法学者間で最も頻繁なものである scripti et voluntatis quaestio inter consultos frequentissima est」。『ローマ法大全』もこうした確言を確証しその術語も又レトリックと一致する。最も決定的な事案はウルピアヌス ad ed. 4, D. 1, 3, 30に求められる。すなわち、「法律が一定の行為を禁止せずと雖も之を希望せざる場合に其の行為を為すは法律に対して詐欺を行うものなり、而して法律に対する詐欺と法律違反の際は恰も意思と言語との差異に同じ。Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat φητόν ἀπὸ διαβολάς, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.」<sup>(11)</sup>で説明されるべき区別、「法律に対して詐欺をはたらく in fraudem legis agere」と「法律に反して行う contra legem agere」の区別は、言い換えではなくむしろ明らかにするためには、全く周知のものとして前提とされる「意思 διάνοια」と「文言 φητόν」の区別の類推に還元される。これは「文言と意思



のスタトゥス *status scripti et voluntatis*」にあたる確かなレトリック的な名称である。『ローマ法大全』の参考に附せられた翻訳でも、「語られたこと *dictum*」ではなしに「書かれたこと *scriptum* (ないし *verba*)」を当てるのがむしろ正しいであろう。ウルピアヌスは勿論ここでレトリックのスタシスを引用していないが、むしろ、学校術語とともに、法学的解釈への受容はるか昔に実現されていた。それ以上に、『ローマ法大全』の解釈に関わる箇所<sup>112</sup>で、術語的にも方法的にも前に『構想論』によって展開された解釈の体系に吸収されないような事案は存在しない。したがって、「曖昧性 *ambiguum*」、「抵触 *contrarium*」、「推論 *conjectura*」、「文言と意思 *scriptum et voluntas*」という法学的解釈の原理は厳格な解釈と「衡平 *aequitas*」との二重の視点のもとで「解釈 *interpretatio*」に統一される。それは法律学において、レトリックとまったくパラレルな構造 (*Topik*) を持っていた。たとえ個々の点、論拠の適用や就中その評価が異なったものであろうとも。

ローマ法学が、総じて解釈理論、「法解釈 *interpretatio iuris*」を持っていなかったということはとくに証明済みのことであるのか。繰り返し提起されてきた見解は『ローマ法大全』の中で解釈に関わる箇所がばらばらであり、そこに、——そして差しあたりそのようなことが期待できそうな「法律について *de legibus*」の章においても——そのような関連性が見出されない、ということに依拠している。ローマ法学がカズイステイク、つまり個別的事案の結果であるという一般的な評価は、「実践的な」ローマ人の貢献として、彼らは法学的方法のこの部分を持っていたが、理論的には取り扱えなかったと言おうとしている。この見方は根本的な誤りに依拠しているように思われる。ユ帝の法典発布のさまざまな勅令は『ローマ法大全』における理論の欠如についての別の答を与える。この新しい法典編纂

の主要な目的は法律家の解釈を求めるような契機をいっさい排除することにある。こうした法典編纂が「法解釈について *de interpretatione iuris*」という章から始まり得るだろうか？「重複 *similitudo*」と「矛盾 *discordia*」、「矛盾 *antinomia* は絶無なるべし」：「全法文は調和と統一とを以て一貫するものにしてこの点に付ては何人と雖も異議を挟むことを得ず」[c. Deo autore 8]。学説彙纂は一切の註釈を施してはならない：「後世の学者は何人たりとも決して此の法典に註釈を施し又自己の冗語を以て此の法典の拔萃書たるの性質を害すべからず」[§12]。この法典が「法解釈 *interpretatio iuris*」を余計なものとしていることが、初期の状況との違いである：「古へ嘗て解釈者が互いに相容れざる見解を採りたるが為め法律全体が殆んど混乱状態に陥りたる」(§12)。しかし「解釈 *interpretatio*」が必要となるときは、それは皇帝にのみ委ねられる：「疑わしき規定と認めらるものあるときは裁判官は皇帝に就いて之を質し神聖なる権力に依りて疑義の釈明を得べきものとす。凡そ法律を制定し且つ之を解釈するの権能は皇帝の独占する所なればなり」(C. Tanta, 21)<sup>(113)</sup>。このような法典編纂物が法学的解釈理論をまとめた「法律について *de legibus*」という章から始まり得ようか？もしそのようなことがあり得たとしたら、トリボニアヌスはセルウィウス以来の法学者たちの中にそのための十分な素材を発見したであろう。ユ帝の『ローマ法大全』における「解釈 *interpretatio*」についてのばらばらな法文から、古典法学者に解釈理論がなかったとは決して結論づけることはできない。もし何らかのことがあるとしたら、この点での意識的な対立が確実である。『ローマ法大全』から追放された初期の法律学の「法解釈 *interpretatio iuris*」理論とはどのようなものであるか、その形成に影響を与えたレトリックの法律解釈理論が少なくともその概略を認識させてくれるのである。

- (1) *Metaphysik der Sitten, Teil I, Einleitung*, vgl. Kants Werke, hg. von A. Messer III, 243.
- (2) アテナイの民主政において、早期からそして決定的に、厳格法に対する民衆裁判所の自由な審判人団が主人となった。実定法と並ぶ衡平の承認と——それと手と手を携えて——裁判人の何らかの自由の承認は、あらかじめ言えば、民主的国家形態と密接に関係しており、厳格法は君主政（ユスティニアヌス、ルイー四世）に相応する。アテナイの政治闘争において、こうした法律の従属は早くから不条理な嫌疑に至り、ソロンは故意に法律の文言を曖昧かつ多義的なものにし、そのようにして、民衆裁判所は、自由な法律解釈の展開を意のままにすることができた。すでにアリストテレスはこのことについて知っている（『アテナイの国制』第九章二。これについてプルタルコス「ソロン伝」一八、Wilamowitz: *Aristoteles und Athen* I, 61）。法制史的に言えることは、こうした発展が、立法者ならそう意図したと思われ得たほど、立法行為のあと時宜をおかずに生じたということである。
- (3) こうした発展がしばしば必然の流れであると言われる。Ihering, *Geist d. röm. Rechts* II, 467ff., Savigny: *System d. heutigen röm. Rechts* I, Kap. IV. Manigk: *Handwörterbuch d. Rechtswiss.* hg. Stier-Somlo u. Elster (1926) I 429ff., derselbe in "Festschrift f. Stammler" (1926) 16f.
- (4) Cicero de legibus 1, 17<sup>ab</sup>、これに就いて、法解釈の二つの時代を区別するが、これは同時に法律学の時代でもある。「それゆえ、まさに現在のように、法務官告示からでもなく Non ergo a praetoris edicto ut plerisque nunc」（同時代の法律学）、「父祖たちのように、十二表法からでもなく neque a duodecim tabulis ut superiores」（初期）、「まったくもって深遠なる哲学から法律学が汲み取られるべきである sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam」（キケロの見方では将来の法律学）。
- (5) A. Otto: *Sprichwörter u. sprichw. Redensarten der Römer* (1890) S.179. G. Büchmann: *Geflügelte Worte* (27 A. 1925) S.387. 説明（解釈 interpretatio について）両者より慎重なのは Erasmus: *Adagia*, Chil. I. Cent. X 25.
- (6) ギリシアの伝承（Plutarch: *Apophthegm. Lac.* 「スパルタ警句集」S.233）では、王は、マキャヴェル的な絶対者の命令で、解釈の芸当を許さない、即ち、敵を倒すことは、神と人間の判断によれば、法より大事なことである、と。同様にアゲシラス

王 (a.a.O. S.209)。

(7) ここで格言が「形式的で些事に拘泥した法律家の方法——文言と形式的論理学を操り、その意味を目から逸らす法律家の方法」(そのように Binder: *Philosophie des Rechts* (1925) S.404, 134) に換言されることはテキストに反して広く流布している。二つの事例 (peccatur in re publica) も『義務について』と関連した一節の役割も、法律家の方法との直接的な関係と矛盾する。

(8) Domat の註釈を繙けば、格言の古い歴史も明らかになろう。註釈はそのようなことをつねに教えてくれる。テレンティウスとギリシアのモデルとの関係に基づいて P. Jörs (*Röm. Rechtswissenschaft*, I, 260, 1) は、格言は「おそらく」ギリシアの格言に由来するであろう、としている。

(9) この概念及び現代の理論について: K. Huber: *Über den Rechtsmissbrauch* (Diss. Bern 1909)、歴史に関する序言がある。C.C. Coroi: *la théorie de l'abus de droit et l'excès du droit* (Thèse, Genève 1910). 反対の格言:「自分の権利を行使する者は誰も害しない。Qui suo iure utitur, neminem laedit.」Cicero (de natura deorum III 74) は、アクイリウスの悪意訴権 (iudicium de dolo malo) を「すべての悪事の箴」と呼ぶべき。

(10) ガイウスの表現「はなはだしい厳格也」nimia subtilitas (Gaius IV 30) ともより正確に対応する。

(11) Stobaeus IV 116 Wa. (=635 Kock). 新しいメナンドロス・パピルスの断片は、厳格法と衡平との争いに属する仲裁裁判をこころけ問答から始まる。二つの標語: A φεύγεις τὸ δίκαιον B. σκοφαυτεῖς δυστυχής がきっかけとなっている。こうした思想を少なくともプラウトゥス『網曳き』Rudens (v.1230ff.) も軽く触れている。この意味でのシュコパンテスという表現について Syrian S.194 Rabe を参照。

(12) *De Gorgia commentatio* S.71. これに対して Blass の文体に関する注記: *Attische Beredsamkeit* 2.Aufl.1, 65 νόμου ἀκρβείας ἢ νόμου ἀκρβουῦς となっており、用法が正しくない。

(13) Plato (*Politicus* 294c) は Νόμος——典型的なものは生活の個々の事例を完全には把握できないが、すべてを規制しようとする——ν ἀνθρώπου ἀνάδης——ラテン語の「法の厳格や rigor iuris」にあたる——とを比較する。

- (14) これについてのギリシア語の証拠は、法律に従順なのは称讃に値しない。 Hirzel: *Ἀπαφος Νόμος* (1900) S.17, 1.
- (15) アテナイの一般的な成句も。これについての若干の証拠は Norden, *Agnostos Theos* S.33.
- (16) 逆に「法の肅正 *αὐθιότης δίκαιον*」及び「法の峻厳 *ἀκριβεία νόμου*」はスパルタの気風に適合する。レオニダスの軍勢をいかなる弁論家も「公正の寛恕」と呼びかけることはできなかったであろう。スパルタの戦士たちは古典的な言い回しで「厳しい掟に従う者たちに」と呼ばれて眠っている。
- 問：誰がスパルタを治めているか？アルキダモス王の答：「法律並びに法律の命令による當局」(Plutarch: *Apophtegma*. Lac. 「スパルタ警句集」S.218)。リュクルゴスの法は個人の倫理を強制する。 「スパルタにおいては、全員があらゆる徳行を修練するように公的に強制した」 Xenophon de rep. Lac. 10. 4
- (17) M. E. Mayer: *Rechtsphilosophie* (1922) S.85ff. Binder: *Philosophie des Rechts* S.400ff. M. Rümelin: *Billigkeit im Recht* (1921) S.20, 3 (mit Literatur); S.45.
- (18) そのことに固執する者は、 「正義に適う *δίκαιος*」ではなく、 「法に厳格なる *ἀκριβοδίκαιος*」なのである。 ようやくこれが「衡平 *ἐπιεικής*」に対する反対物であり、 「厳格と subtilitas」が衡平に作用しないといふことは、 *akribodikos* *epi to kheiron*. である。これが、 レトリックの定式では、 ゴルギアスの「正義の峻厳」が「公正の寛恕」と対比されるように *epikeies* の対立物である。
- (19) アリストテレス以前の理論の展開についての材料はあまり多くない。それはきわめて慎重に R. Hirzel: *Ἀπαφος Νόμος* (*Abhandlung sächs. Ges. d. Wiss. phil.-hist.* XX, 1900) に収録されている。 ここで、ギリシアの理論をわずかな証拠に基づいて明らかにしていることは重要であり、個々の点はすべてヒルツェルを参照されたい。個々の解釈をこのテーマはさらに促進できたであろう。ヒルツェルはエピエイケイアの理論を不文法へと結びつけたのであるが、こうした関係は私には両者の妥当領域に適合しないように思われる。その他、ペルニス Pernice (*Sau. Ztsch.* XX 163) は、ローマ法が成文法と不文法の対立を用いないという点では正しいが、レトリックによる媒介を疑問とするのであれば、正しくない。 Géza Kiss: *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht* (*Therings Jahrb. f. Dogmatik d. bürger. Rechts* 58, 413ff.) は逆にローマの理論に



おける「不文法」の役割を過大評価しており、その結果彼の「解釈 interpretatio」の理解にはじめから間違った根拠を与えている。

(20) 十二表法の告示に対する関係はすでに指摘した。ガイウスは方式書訴訟手続の導入（アエプティウス法 *lex Aebutia*）を古い形式主義に対する衡平の勝利としている。

(21) 因みに、彼は返してもらうべきものを見過ぎてはいけない（*nec rursus in totum remittendum...*）が、借主は要求が多いだけで総じて払う気などないからである。

(22) 別の語調であるが、比較可能なものとして、「どのような正論も頑なに言い張っては聞き苦しいものです」（ソフォクレス『アイアス』一一一九行）。

(23) それゆえこうした形の格言が本来的で一般的であったとは考えられない。Wölllin は通俗的な格言に登場する韻から *iūs* — *crūs* を導きだそうとした。

(24) 古代の学校デク라마ティオは法律に適った事例を次のように構成した、「近親相姦の廉で有罪となり岩壁から突き落とされた巫女が生き残った場合は、再度裁判にかけられる」。“*Incesti damnata et praecipitata de saxo vixit: repetitur*” Quintilian Instit. VII 8, 3.

(25) R. Stammler: *Die Lehre von den richtigen Rechte* (1902) は、この格言を題とする章で比較的長い説明を施しており、そのさう (S.34) ‘テレンティウスがよく使われる言葉’としてこれを引用している。

(26) 詳細な学校事例：Cicero de inv. II, 14. そのやり方自体は、自分の経験からきわめて明らかである。Quintilian VII, 1, 4; 7, 2.

(27) Quintilian 7, 3, 19ff. Cicero de inv. I, 11 ギリシア資料による (Hermogenes p.37, 8R. Aristoteles Rhetorik I, 13). Vgl. Thiele: *Hermagoras* (1893) S.164.

(28) Cic. de inv. 2, 57 「というのは、訴訟の多くは法務官の抗弁によって排除され、それゆえ、わが市民法では手続に瑕疵のある者は敗訴することになっているからである。五八それゆえ、このような問題は一般的に（法務官の面前の）法廷手続において処理される。というのは、まさに法廷手続において抗弁が申請され、訴権が付与され、民事訴訟の方式書が完全に作成

されることになっているからである。Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is qui non quemadmodum oportet egerit. 58 quare in iure plerumque versantur, ibi enim et exceptiones postulantur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.] Auctor ad Herennium 1, 22: 「このスタートゥスの部門をギリシア人は審判人の面前で用いたが、我々は、大抵は法廷手続において用いる。しかしながら、審判人の面前でも多少は用いる。審判人手続においてめったにしか生じないのは次のような理由からである。即ち、民事裁判においては、法務官による抗弁が存在し、原告は、訴権を有していない限り敗訴するからであり、刑事裁判「公的査問」においては、法律によつて、commodumが被告に或る場合、まず原告について、その者が訴えることが出来るのか否か、審判が行われることが定められているからである。Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis nos in iure plerumque utimur... raro venit in iudicium quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit qui egit nisi habuit actionem, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare neque.」この種の実的な説明が法廷「審判人手続」にどのくらい影響し得たかをよく示すのは、キケロ『トゥリウス弁護論』(pro Tullio) である。これについて、詳細は目下、M. Wlassak: *Die klassische Prozessformel I* (1924) 112ff.

(29) Quintilian III 6, 21: Hermagoras satum vocat, per quem subiecta res intellegitur (Funktion 1), et ad quem probationem etiam partium referuntur (Funktion II).

(30) こうした混乱をQuintilian III 6, 22は嘆いている。唯一の(最早時代に相応しくないが)概観として、Volkmann: *Rhetorik der Griechen und Römer* 2 A. (1885) S.33ff. や G. Thiele: Hermagoras (1893); G. Jaeneke: *De statuum doctrina* (Diss. Leipzig 1904); L. Laurand: De M. Tulli Cicerois studiis rhetoricis (Paris 1907).

(31) レトリックにおいては、まずこう言われる:立法者の意思。アリストテレス『弁論術』1, 15  
レトリック理論は方法的に法的に有効な形式的意思表示(遺言、契約)だけでなく法律についても妥当するので、理論的にはこの関係は起草者の意思にもつねにあてはまる。まさに法律の場合に、根本的な差異が認められることなく、時間とともに法律の意思も組み込まれる。例えばキケロ『プランクティウス弁護論』(pro Plancio) 42「私は今法律の不衡平に文句を言

うつもりはないが、君の行いが法律の意向とは違うことを示そうとしている。……君は法律の意向を忌避した。君はあらゆる  
 衡平を踏みにじったのだ。 neque ego nunc legis iniquitatem queror sed factum tuum a sententia legis, doceo discrepare...  
 fugisti sententiam legis aequitatem omnem reieicisti]; pro Caecina 50: 「特示命令の意思と意図と内容」 voluntas et consilium et  
 sententia interdicti. その直後に」 [51] 「起草した人の意図と根拠と意向 consilium eorum qui scripserunt et rationem  
 auctoritatem...」

フォルトゥナティウス Fortunatian のレトリック教科書 (S.107 Halm) はこの定式化する: 「法律の意思はいかなる仕方  
 で考慮されるか voluntas legis quot modis consideratur?...」。法律家の場合一般的に「法律の意思 sententia voluntas legis」に  
 ついて論じられる (D.13 de legibus の随所: D.50, 16, 6, 11. 例として Savigny: *System d.h. röm. Rechts* I Kap.IV §47;  
 Windscheid-Kipp: *Pandekten* 8 A. (1900) 81ff. Ivo Pfaff: *Zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere* (1892) S.15 及び所掲の  
 文献。) しかし Gaius III 76: 「この点に関して立法者が十分に明瞭な用語でその意思を表示しなかった。 non satis in ea re  
 legislatorem voluntatem suam verbis expressisse.」一般的な定式 D.50, 17, 96 (Marcianus): 「曖昧な発言におおつて、それを  
 述べた者の意向がとくに考慮されるべきである。 in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius qui eas  
 protulisset.」特示命令の説明の例「本方式書を創定した者の意思に基づく ex voluntate eius, qui hoc iudicium composuit」,  
 Cicero: pro Tullio 8. しばしば言及される際について根本的な注記は Paul Speiser: *Zeitschr. f. schweiz. Rech* N.F. 4, 553ff.

- (32) サヴィニー以来繰り返し返される主張は以下のことによつて制限される。すなわち、ローマ人が法律の解釈と補充を区別しな  
 かつたといふことである。現在では、例として Manik: Artikel “Auslegung”, *Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft* (1926),  
 430; W. Burchardt: *Die Lücken d. Gesetzes u. die Gesetzesauslegung* (Abh. z. schw. Recht) S.82, 3; vgl S.87.-Savigny  
 (*System* Bd.I) und Ihering (*Geist d. r.Rechts*. Bd.II) はこのローマ人の法律解釈の理解について基本をなしているが、一  
 人ともレトリック的素材について考慮を払つていない; vgl.D.1, 3, 12.13.

- (33) 「すべての弁論術作家たちの間で、法の抵触 antinomia には、文言と意思という二つのスタートゥスが存在するといふことと、  
 一致している。 Inter omnes artium scriptores constitit, in antinomia duos esse scripti et voluntatis status.」, Quintilian VII 7, 1.

- (34) 詳細は、Cicero: de oratore II 110.
- (35) 詳しく取り上げたように見えるのは、M. Voigt: *Das Ius naturale, quicum et bonum und ius gentium der Römer* Bd.IV Beilage XVII: *Die Theorie der Rhetorik von der Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*. だけである。不朽の努力の作品であるが、古代レトリックへの展望もなく歴史的理解もない。フォイクト自身 Bd.III で *aequitas* について用いた不幸なやり方を考慮すれば、この雑然とした巨塊がその後に影響力をもたなかったことは理解できる。「仮定に仮定を重ねたこの碩学に取り組むこと」(P. Jörs: *Röm. Rechtsw.* I, 142, 1) は、法学文献には不毛であると思われる。しかし一般性を目指した P.W. *Realencyclopädie* の項目 *interpretatio* は、少なくとも解釈のための素材は網羅されているフォイクトの仕事を文献表に載せていないし、*Rhetorik* という言葉もその説明の中にそもそも登場しない。キップ Kipp の示教的で多く引用される項目 *Aequitas* (a.a.O.1598ff) は、*aequitas* の節で、解釈の原理として若干の示唆をしているが、レトリックにおける理論の体系的関連についてはまったく触れられていない。*aequitas* はキケロの場合には *scriptum* などの対立物である、という彼の表現 (Kipp: *Geschichte d. Quellen d. röm. Rechts* 3 A. S.9, 27 も同様) は、この対立がたんにローマ的であり、まったくキケロ的であるという考えへと導く。これに影響されたものに、Binder: *Philos. d. Rechts* S.403. Kübler の新しい教科書 *Gesch. d. röm. Rechts* (1925) S.132, Abschnitt: *Aequitas* はレトリック理論に同様に何ら考慮を払っていない。
- (36) 一般的な手引きとして、Manigk のすべにしばしば引用される論稿: *Auslegung* (Handwörterbuch d. Rechtsw. (1926) I, 429ff.)。彼はこの方法論の部分が理論的に十分には扱われていないことを嘆いている (S.430)。
- (37) 例えば Binder: a.a.O.403. M. Rümelin: *Die Billigkeit im Recht* (1921) S.22ff.
- (38) ここでも理論の歴史のために、アリストテレスと個々のデイゲスタの箇所だけが挙げられている。ローマ人はそのための理論を持ち合わさなかったと言われる。例えば H. Reichel: *Gesetz und Richterspruch* (1915) S.80.
- (39) W. Burckhardt: *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung* (Abh. z. schweiz. Recht N.F.8, 1925) の綿密且つ明晰な説明に、筆者はおおいに感謝する。Art.1 Z.G.B. の理論的な関連について、最近では、H. Reichel: *Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches in "Festschrift für Stammler"* 1926. —パンドクテン教科書の中に、

法の極みは不法の極み (吉原)



解釈入門の章のために一瞬確たる伝統が形成されるが、その歴史的素材は極めて狭小である。なおしばしば引用されるハイデルベルク・ロマン主義者で、サヴィニーの同時代人ティボー A. F. Thibaut: *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (2 A. 1806) は実際方法的な明晰性と活力ですべてれているが、ローマ法律家の interpretatio の歴史的像をまったく与えてくれない。そのことをティボー自身も語っている (S.167, 175c;179)。ティボーの歴史的な問題設定の拒絶、『ローマ法大全』におけるテキスト批判の根拠についての見解は今日学問史的な関心となっている。

(40) 同書はいわゆる『ヘレンニウス弁論書』と広汎に材料を共有しており、「法文スタトゥス status (quaestiones) legales」についてはより詳細である。ギリシア語資料は主としてヘルマゴラス。Cic. De. inv. II 116ff.

(41) 「どのような語も、少くともたいていの語もそれ自体文脈から切り離して考えると曖昧のように思われようとも、全体の文脈に照らしてみれば明らかなことは曖昧とはみなしてはならない。Si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri, quae autem ex omni condidrata scriptura perspicua fiunt, haec ambigua non oportere existimari.]」これに関して D.1, 3, 24 による解釈原理「法律の全部を達観せず其の一部のみに依拠して判決し又は回答するは法律家たる者の為すべき事に非ず。incivile esta nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere]」。

(42) 「審判人の為すべき務めは法に従うことであって、法を解釈することではない [と主張することである]。Judicem legi parere, non interpretari legem oportere」, II 126. 「審判人諸君、諸君は法に則り宣誓して裁判に臨んでいる以上、法に従う義務がある。Iudices qui ex lege iurati indicatis obtemperare legis debetis」, I 70.

(43) 「審判にあたる者が、ひとたび書かれたものから離れることに慣れ親しむようになると、仰ぐべき確実な指針を失うことになるからである。Eos qui iudicent certum quod sequantur nihil habituros, si semet ab scripto recedere consueverint」, II 128.

(44) キケロは de inv. II 71ff. でこの抗弁を詳しく取り扱っており、この点に関して II 127 では前に示唆されたことを利用している。法制史でしばしば引用される、ius 及び ius naturale, consuetudo, praeiudicia といった簡単な概念規定との峻別はすでに II 65 で与えられている。もちろんそれらは II 116 の interpretatio の説明を用意するものである。



- (45) II 130 「法律を起草する者は例外を設けることには慣れているのである。 consuesse eos, qui leges scribant, exceptionibus uti.」
- (46) II 131 「必要と考えたなら、きつと例外を設けたであらうことが明らかとなるからである。 quo magis probetur eum fuisse excepturum, si quid excipiendum putaret」
- (47) II 131は、はっきりと一般的な法的安定性を実定法に対する aequita の考慮の結果であると定式化する。「ひとたび法律を離れてしまえば、審判人が判決を下したり、また、その他の市民の生活原理は動揺をきたすことなるう。(et ipsis iudicibus iudicandi et ceteris civibus vivendi rationes perturbatum iri, si semel ab legibus recessum sit.)」
- (48) この表現は当事者表現である。しかし scriptum の立場から contra legem としてのかかる判断が好まれたと看做されている。 secundum voluntatem としての相手方、この点について M. Rümelin: Die Billigkeit im Recht (1921) S.73.
- (49) この点について Mommsen: *Röm. Staatsrecht* III 1228.
- (50) II 136 「法律文言に反対の主張をする者がつねに何らかの衡平になつたことを申し立てるべきだからである。 semper is, qui contra scriptum dicet, aequitatis aliquid afferat oportet.」
- (51) 後掲 S.29を参照。
- (52) M. Rümelin: a.a.O. S.20. 以下では (Kierulff: *Theorie des gemeinen Zivilrechts* S.22ff から) 簡潔な定式が説明される。「裁判官の衡平 aequitas はつねに具体的な意思の探求と確認であり、そこから規範が生まれる。それは真の法律内容を分析し、文言に固着した真ならざる内容を越えることにならぬ。」 Binder: *Philosophie d. Rechts* S.399. 「起草者の意思を考慮するもう一つの場合は、起草者の意思がいついかなる場合でも不変的に妥当するほど単純なものでなく、何らかの事実や状況により、事情に応じて解釈されるべきであると論じる場合である。……要するに、意思が採用されるのは、……あるいは、起草者がこのような状況や時点でするように欲したということを示すためである。 non simplex voluntas scriptoris ostenditur, quae in omne tempus et in omne factum idem valeat, sed ex quodam facto aut eventu ad tempus interpretanda dicitur.... sententia inducitur...., sic, ut in eiusmodi re et tempore hoc voluisse doceatur」, II 123f.

- (53) 「あるいはどういう意図でどういうつもりでどのような理由で彼がなしたか。 quo animo, quo consilio, qua de causa fecerit」, II 138.
- (54) 「彼は何らかの有用でないことや正しくないことがなされることを欲する法律はありえない、そして、法律が定めるすべての罰は犯罪や悪事に報いるために制定されたものである、ことを証明するであろう。 Demonstrabit nullam esse legem, quae aliquam rem inutilem aut iniquam fieri velit; omnia supplicia, quae ab legibus profisciscantur, culpa ac malitiae vindicandae causa constituta esse」, II 138. への contra scriptum の論拠の法学的な定式と比較せよ。 D.1, 3, 25 (Modestinus) 「法理も恩恵を主眼とする衡平も認容せざる一事あり他なし幸にも人類の福利の為に採用したる規則は寧ろ厳格なる解釈に依り人類の利益に反して峻厳なる結果を生ぜしむることはなり。」
- (55) 立法者について「というのは、彼はあなたがた〔審判人〕がたんなる彼の文言の朗詠者ではなく、意思の解釈者たらんことを考えたからである。」 (neque enim vos scripti sui recitatores, sed voluntatis interpretes fore putavit) II 139.
- (56) 「それゆえ、かならずしもすべての事件が法律によって配慮されているのではなく、何らかの明白であるところのものは默示的な例外によつてゐるのである。 non ergo omnia scriptis, sed quaedam, quae perspicua sint, tacitis exceptionibus caveri」, II 140.
- (57) Cicero, pro Caecina 52 「もし、われわれの子供奴隷に、文言から理解されうるのではなく、文言そのままにわれわれの言うことにしたがうことだけを許すならば、家庭内の命令は全く意味をなさないだろう。」現代の文献では夏中を通じて暖房する召使いがそのための好例である。
- (58) 「法律がわれわれにとつて価値があるのは、意図についてわずかで曖昧な情報しか与えない文言によつてではない。 leges nobis caras esse non propter litteras, quae tennes et obscurae notae sint voluntatis」, II 141.
- (59) Cicero de legibus II 9ff. と結びめて広汎な関係にある。 D.1, 3, 1 及び 2 の定義も同様の傾向をもつ。レトリック的定義を示唆するものとして、 de inv. II 143 「法律は、文言からではなく、起草者の意図や共通の有用性からなる。 leges in consilio scriptoris et utilitate communi, non in verbis consistere」。

- (60) Krüger: *Gesch. d. Quellen d. röm. Rechts* 2. Aufl. S.22 (Livius VII 17, 12)
- (61) このこと及び以下のことについて Modestinus D.1, 3, 7 「法律の効用は命令し禁止し許可し又は処罰するに在り」 (*legis virtus haec est: operare vetare permittere punire*).
- (62) 制裁 *sanctio* とその形式についての問題にとって重要である。 Krüger: a.a.O.5, 21を参照。
- (63) 「というのは、しばしば禁止するところの法は何らかの例外によって命じるところの法律を修正すると見られるからである。 saepe ea quae vetat quasi exceptione quadam corrigere videtur illam quae iubet」, II 146.
- (64) 「というのは、何らかの部分に対して書かれたものや何らかの特定の事柄に対して書かれたものは、事案により近く、そして裁判により関係が深いと見られるからである。」 II 146。すなわち、弁論家は二つの法が妥当することを前提とし、いずれの法律が事案にとってより考慮されるべきかを探求する。
- (65) 原則：「これはより明晰に書かれたものがより尊重されるべきでありより確定であると見られるからである」, II 147.
- (66) 「どこにあるものにより、どこにも書かれていないものが導かれる場合」 *Cum ex eo quod uspiam est, ad id quod nusquam scriptum est, venitur*.
- (67) 本来的には猶予期間が存在しない。この場合それは、明らかに（袋を作るといった）動機からである。したがって、この箇所は猶予期間が存在しないという原則 (Mommesen: *Röm. Strafrecht* 911, 3) にとって間接的な証拠として援用されうる。
- (68) 弁論家はこう言う：(II 151) 「多くの法律において多くの規定が省略されることがあるとしても、法律によって定められた他の件に基づいて考えることができるので、誰も省略されたとは考えないからである。」……。法律家はこう言う (Julianus): (D.1, 3, 12) 「法律若は元老院議決は問題と為るべき個々の場合を悉く其の規定中に網羅することを得ず、然れども若し法律若は元老院議決の規定にして一定の場合に関し明白なるときは裁判官はこの規定を類似の場合に準用し以て法を宣言することを要す。」
- (69) すでにプラトン Plato (*im Politicus* 294b) アリストテレス Aristoteles 『政治学』 Pol. III 16, 1287 a 1ff. (25: 「なるほどたしかに法律が規定し得ないと思われるものがある。しかしそのようなものはやはり人間だとして識ることを得ないだろう。」)

いや、その目的のために法律は特に役人たちを教育して自分のし残したことにについては「最善の判断によって」裁判し統治することを彼らに委ねるのである。「その上、制定された法律を試してみ、それよりもっと善いと思われるものがあるなら、それへと修正することを許しているのである。だから法律が支配することを命ずる者はただ神と理性とだけが支配することを命ずるのだと思われる。」…。成文による法律よりも慣習による法律の方がいっそう権威あるものである。…。今日でも法律が規定し得ない二三のことに關してのみ役人、たとえば裁判官のようなのが判定する権利をもっているのである。』『ニコマコス倫理学』Eth. Nic. V 14.

(70) 例えば教科書によって完全さを要求されない文体論との違いについて。Cicero, *Topica* 34「そこで、弁論術において、論題の類を問題にするとき、その類に属する種がいくつあるかは、完全に付け加えられている。しかし、ギリシア語で「スキーマタ schemata」〔詞姿〕と呼ばれる、語と文の修飾について、教えられるとき、同じにはならない。というのは、このテーマには限界がないからである。」

(71) 関連資料は最近 M. Krüger: *M. Antonii et L. Licinii Crassi fragmenta* (Breslau 1909), 42f. にまとめられている。

(72) Q. Mucius P.F. Scaevola. Max. 彼と同名の法学者との違いについて: A. Schneider: *Die drei Scaevola Ciceros* (München 1879). 22ff.: P. Krüger: *Geschichte der Quellen des römischen Rechts* 2. Aufl., S.64 (カリウス事件について S.136, 36)

(73) [Brutus 52:] 「かの者は遺言者たちの法＝権利について何も語らなかったのか? Quid ille non dixit de testamentorum iure?」 [Cicero: de oratore I 195. → Brutus 52]

(74) [Brutus 196:] 「書かれたことが無視され、意思が勝手に探求され、賢明なる法律家の解釈によって単純なる人々が書いたことがねじ曲げられることほど、人々にとって害悪なことがあるか? ……市民法を遵守することについていかに大きな労力が必要ないとか? Quam captiosum esset populo, quod scriptum esset, neglegi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere....quam omnia multa de conservando iure civile?」

(75) Cicero de legibus 1, 17 (前掲註(4)) が区別する法律学の二つの時代、十二表法に始まり、より形式主義的であった時代と、法務官の告示に発し、解釈においても衡平が一般に用いられねばならなかった時代を想起したい。



(76) すでにキケロはこの誤った、しかし現に存在する見解に対して抗議している、「なぜならば、弁論家クラッスス自身は、法学者に対抗して論ずるといふようなかたちで百人審判所で事情を述べたのではなくて、スカエウオラの弁護したことが正当ではないことを示すためにそのようにしたのであり、その論点に対してたんに論拠を提示しただけではなく、彼自身の義父である法学者クイントゥス・ムキウスおよび多数のきわめて学識のある人々を援用したからである。」(pro Caecina 69)。このクラッススの立場を実現するために重要な個所は十分に考慮されていない。この個所は、Krüger a.a.O.S.42f.にも欠落している。

(77) 以前に述べたレトリックの規則に対応して、クラッススは、一般的な証明を行っている。彼は、文言解釈によって矛盾したおかしな結果になった法律や元老院決議を引用した。「あのとき君はまた、法律からも、元老院決議からも、さらには世間一般の生活や談話からも実例を数多く拾い集め、趣意にではなく、文言に文字通り従えば、何事も片づかない場合のあることを、鋭くも、おかしみも込めてウィットも利かせて例証してみせたのであった」。(de oratore 1, 243) 古い十二表法の文言「舌が言明したように uti lingua nuncupassit」は無効とされ、「舌 lingua」「文言」は「意思 mens」に置き換えられるべきである。原則的なものがいかに手を加えられるべきかについての指針。方法的に同様のものとして、Cicero pro Caecina 54. これについて、Quintilian VII 6, 7.

(78) Cicero Brutus 195; de oratore 1, 180; 244の記事によれば明らかである。

(79) キケロは次のような見解に、即ち、彼は対話の中で二つの見解を主張させ、彼自身弁論家のために法学的知識を要求する者たちの側に立っているという見解に与しない。この誤りは、方法自体が法律にまったく精通していない者の手にあつては意味がないというものである。しかしスカエウオラの弁論は「文言と意思に基づくスタトゥス status ex scripto et voluntate」の立場から行われていたことは客観的に正しいに違いない。

(80) 「あらゆる事案において、厳格法の理よりも正義と衡平の理が優越するというのが通説である。 placuit in omnibus rebus praecipuum esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem.」(a.314) C. 3, 1, 8. (Paulus): 「衡平が最もよく考慮されるべきである。 in omnibus quidem maxime tamen in iure aequitas spectanda est.」 D.50, 17, 90.



(81) 「ルキウス・クラッススは、『相続事件を管轄する』百人審判所において、華麗かつ内容豊かにこの見解を擁護したのであるが、最高の法学識者クイントゥス・ムキウス・スカエウオラの反論に対して、『死後に生まれるはずの息子が死亡したときに(相続人となれ。』』という文言で相続人に指定されたマニウス・クリウスが、その息子が生後に死亡した場合だけでなく、初めから生まれもしなかったときにも相続人たるべきことを』すべての人に容易に立証してみせた。」(pro Caecina 53)。これに対して、『スカエウオラの方は……彼の弁護をもってしても人びとを納得させられなかったのは、彼が、文言によって衡平を攻撃していると見られたからである。』(pro Caecina 67)。

(82) すでに以前に (§10)、キケロは次のような言葉を用いている。「アウルス・カエキーナは、彼自身が嚴格すぎる法を援用したと思われぬように苦慮しているからである。Laborat A. Caecina, ne summo iure egisse...videatur」これはおそらく相手方が提起した批判を受けてのことであろう。この言葉は、カエキーナの訴権選択をめぐる法制史的にはきわめて重要な一節 (§8ff.) を締めくくる。この節は、目下のところ、Wlassak によって方式書訴訟の理解のために評価されている (Die klassische Prozessformel I (924) S.17 及び随所)。

(83) この形と、造語の上ではパラレルであるが、内容的には対立的な表現「至高の法によって optimo iure」と比較せよ。

(84) レトリックのスタシス論における対立の定式化についても何らかの手掛かりがある。クラッススの同時代人アントニウスは、『為された factum、為されなかった non factum』という推定スタトゥスと並んで、『法 ius、不法 iniuria』を設定した。Quintilian III 6, 45; Cicero Topica 82 「理論的な問いは三種あり、すなわち、存在するか否か、何であるか、いかなるものであるか、を問う。」これらのうち第一のものは推定によって、第二のものは定義によって、第三のものは正と不正の区別によって明らかにされる」。

(85) ローマの法律家は実際衡平とその妥当性を解釈の中に完全に取り入れた。セルウィウスはこの発展を決定的なものとした。彼らの学問的な論争の中で、この対立が登場するが、闘争的な標語が前提にする形式とはまったく別の形式をとるようになった。例えば Iav.7 Epist.D.50. 16. 116: 「誰であれ他の (息子) 又は息子の息子が私の相続人たれ」『という文言』について、ラベオは娘は含まれないとし、プロクルスはこれに反対。ラベオは文言の趣旨に従い、プロクルスは遺言者の意思に従うもの

と私には考える。同人は、ラベオの見解が真実でないことは疑いない、と同人は解答した（私は解答した F<sup>2</sup>）。“Quisquis mihi alius (filius) filii filiusve heres sit”: Labeo non videri filiam contineri, Proculus contra. Mihi Labeo videtur verborum figuram sequi, Proculus mentem testantis, respondit (respondi F<sup>2</sup>): non dubito, quin Labeonis sententia vera non sit.]

(86) 例え<sup>ば</sup> Krüger: *Geschichte der Quellen* 2. Aufl. S.50f.

(87) 法の倫理的な基礎という觀念に、ストア哲学が影響を及ぼしたことは少くはないが、この点に関してしばしば過大評価の表現に遭遇する。「ストアの自然法は、理性に基づく正義の要請によつて、キケロによるローマ法の体系的基礎づけに役立つ」(Ebenhard Nestle: “Griechische Naturrechtstheorien” in *Humanist. Gymn.* 1926, S.156.)。

(88) 弁証家 dialectici に対する激しい非難と法解釈にとつての彼らの無用性は『ヘレンニウス』Auctor ad Herennium 2, 16 (曖昧性 amphibolia を契機にして) に記されている。Cicero, Brutus 152 がセルウィウスのディアレクティカについての知識を称讃していることはとくにストア的というわけではない。

(89) 「それゆえ、論拠のトポスを注意深く探求すれば、弁論家や哲学者はもとより、法学者も彼らの諮問された問題について豊かに議論することができるであらう。」(Topica 66)

(90) 以下のことは異議のないところである。トレバティウスは弁論術教師を訪ねたがその結果は空しいものであった。第一に、この弁論術教師は、アリストテレスのものでないとしても、類似のトピカの基本線を教えることも、教科書(『ヘレンニウス』『構想論』『弁論家について』)を挙げることもできなかったからであり、第二に、キケロの指示が、レトリックが媒介者として考慮されたということを証明するからである。

(91) こうしたイメージはまったく偏向しているだけでなく、そのためにキケロが、すでに歴史的となり当時もはや隔絶した法学の時代からいかに素材を取り上げているかが注目される(S.25ff.)。批判されているセルウィウスは、キケロが言うところの「法律家 Jurist」とはまったく別のタイプの法律家であった。しかしキケロはそのことを後によくわかるようになっていく。こうした世論的な誤解は、継続的な発展がなお進行中であり、閉じられた成果にしか目がいかなくなったからにはかならない。

(92) このこと並びに方式書作成における法律家の役割について Wlassak: *Die klassische Prozessformel* I (1926), Abschnitt

II und IIIを参照。その表現として、pro Caecina 65: 「彼らは文言に仕込まれた罾や綴りの罾を非難する。aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiani vocant.」C. 2. 57. 1: 「文言にこだわるあまり危険をもたらす法的方式 Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes.」

(93) Ihering, *Geist des römischen Rechts* II 468ff.; 475; 479ff.

(94) 「クラススから返ってきた返答は彼の問題に都合のよい返答というよりは、むしろ真実をついた返答であった。Verum magis quam ad suam rem accommodatum.」(de orat. 1, 239)。

(95) そのようにしては定式化されている(「衡平に賛成し法に反対して多くのことを論じる ulta pro aequitate contra ius dicere」)。

(96) これについて Wlassak a.a.O.25ff.

(97) 「市民法からたんにある知識だけではなく、善 bonitas (悪 malitia の反対語、Topica 47を参照) さえも生まれたと見られるほど、法に精通し、かつ学識をもった人。」

(98) 方法の発展的形成とともに対象の限定が要請されるようになるのは明らかである。古法学者たちについて、キケロは (de or. III 133) 「つまり、彼らはあらゆる問題を自分たちの回答の対象とした de omni denique aut officio aut negotio」ことを強調している。このことは、キケロにとって、ローマにおいていまだ知の専門化(換言するといまだ学問)が成立していなかったことの主たる例示なのである。nostros homines..omnia, quae quidem tum haec civitas nosset, solitos esse complexi.これに對して、アクィリウスは、『トピカ』(51)の記事によれば、それぞれどこか法の事案について、事実問題が対象になる場合には回答を拒絶した。即ち、「わが友人ガッルス『アクィリウス』は、誰かが彼のところへ事実に関する問題を持ち込んだときに、『これは法の関知するところにあらず、キケロの関知するところなり』というのがつねであった。nihil hoc ad nos ad Ciceronem inquebat Gallus noster, si quid ad eum quid tale tetulerat, ut de facto quaeretur.」と。つまり、これがガッルスが法学の対象領域をはっきりと限定していたということである。その峻別はスタシス論の術語によってもさらに活気あるものとなる。事実問題は、「定義 definitio」と法律解釈のすべての「問題 quaestiones」がそれに数えられる当の属性問題と峻別さ

れる。この峻別は、アリストテレス（『弁論術』 Rhet.c.1. 1354 a27）によって準備され、スタシス論によってさらに推し進められた。キケロは『カエキーナ弁護論』 pro Caecina 71において、次のような対置を通じて、彼なりにこれを用いている。「他の争いや裁判において、あることがなされたかどうかが問題とされる。……法に關してはそのようなことは何もない。in ceteris controversiis atque iudiciis cum quaeritur aliquid factum neque sit in iure nihil est eiusmodi.」<sup>99</sup>

(99) 「よき判決であるが、しかし理由付けが悪く」 Kohler: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* (1883) S.88. ここでは、「衡平 aequitas」の理論とのさらなる関係が言及されている。

(100) 「法学者の見解も認められず市民法（ここでは「法学者が法と考えているもの」の意味）も事件においてつねに妥当する必要はないというような考え方が、公然と裁判において、そして、時には才能のある人々によって擁護されるというのは驚くべきことだと私にはいつも思われる。」(S67)

(101) セルウィウスについての、全面的な評価はまだないように思われる（Arno の最新の研究、*Scuola Muciana e scuola Serviana* は書評では知っている：Ztschr. Sav. St. Ro. A. 46, 392ff; 485）。Brunns-Lenel (in *Holtzendorffs Encycl.* 7. Aufl. 1, 345) 「セルウィウスは、完全なギリシア—ローマ的教養を法律学のために用いた」と。言い換えると、彼はキケロなしには理解できないということである。源泉としてのキケロから、セルウィウスが法律学に用いられた教養の範囲と方法が推論されなければならない。P. Jörs への追悼辞 (Ztschr. Sav. St., 59 S. IX) に、彼の言葉を讀むことができる。「私はセルウィウス・スルピキウス・ルフスに関する研究から始めたのであるが、結果的にローマ法学史にまで発展した」と。このことはまったく首尾一貫している。というのは、彼は、共和政期の早期の発展が後の古典法学者の基礎であると結論しているからである。法律学は、ムキウスではなく、セルウィウスを通じてはじめて学問となった。ムキウスに対する叱責の言葉は、伝承によれば、彼を法律学へと改宗させたのである。

(102) 死者に対する追悼辞。因みに、キケロは、記念碑の建立に対する形式的な異議に対して「意思に基づく解釈 interpretatio ex voluntate」を展開しなければならない。(S3 「われわれの父祖が問題にしたのは、このような意向であったと私は解釈する。sic interpretor sensisse maiores nostros」)。レトリック的に関心があるのは、ここでスタシス論が元老院における「意向



sententia」に適用されているからである。

(103) Cicero: Brutus 151.

(104) われわれの研究が追求する二つの主要な概念、「意思と衡平 voluntas et aequitas」に関係したインテルポラティオの問題について、ここで立ち入ることはできない。方法論的な異議はここで提示した素材の結果である。「意思 voluntas」とか「衡平 aequitas」といった特殊「ビザンツ的」な概念の吟味の際に、インテルポラティオや脚色の疑いのある同じ法源からただただ締め出される。それゆえ際立った古典法学の構成の際に、「論点先取り petitio principii」が混在している。レトリックが影響を与えたのはビザンツ法学者だけであるとか、ようやくビザンツ法学が初めてであったとかいうような、レトリックがらみの標語にしばしば遭遇する。しかしレトリックがその最も強力な影響を及ぼしたのは、まさに学問へと成長する初期の法律学(小ムキウス、アクイリウス、セルウィウス、帝政最初の一世紀)であり、ローマ法学固有の学校組織や伝統が完全に固定的となる以前のことである。法源における「意思 voluntas」と「衡平 aequitas」の役割を判断するために一層の解明を必要とすることは、筆者の見解としては、われわれの研究の結果である。「意思と文言 voluntas et verba」について、Gradenwitz: *Interpolationen in den Pandekten* Kap. VII. 爾来「意思 voluntas」はまさにインテルポラティオの鉅脈を発見する占い棒である。「衡平 aequitas」については、就中 Pringsheim, *Ztschr. Sav. Stift.* 42, 641ff.、彼は古典法学者における「衡平 aequitas」の役割について正しくない (Abschnitt C, S.644は十分ではない)。

(105) 「これに関連して、われわれを阻害し、市民法を学ぼうという意欲を阻喪させている点では、例の法学者たちも同断だ。というのも、カトーの書を見ても、ブルートゥスの書を見ても、相談を受けた市民法の問題に関して男性にであれ女性にであれどう答えたか採録してあるが、ほとんどの場合、個人名を挙げて語っているのである。さぞかし相談の案件、疑問の案件が事柄そのものではなく、人物によって左右されるのだとわれわれに思わせようとしたことだろう。」de oratore 2, 142 (de legibus 2, 47と比較せよ)。

(106) Cicero: de inventione 1, 8; de oratore 2, 133.

(107) 「しかし事実はそうではなく、コポニウスやクリウスという個人の名は、証明の充実度や、係争の本質的な正確とは何の



関係もないものだったのである。問題はすべて対象となる事実が属する一般的・包括的なものに依存していたのであって、個々の時や個人に依存していたのではないのだ。……普遍的な法に基づき、包括的なものに関わる問題が求めるのは、個々人の名なのではなく、理論的な弁論なのであり、証明の源泉（すなわちトポス）なのである。」（de or. 2, 141）

(108) 「時や個人は確かに介在しはするが、係争は、そうしたものではなく、一般的・包括的問題にかかっていることを理解しなくてはならない。」（de oratore 2, 139）

(109) まさにこうした関連から、法学文献への批判を含んだ前述の箇所が生じたのである。説明全体からすると、ローマの弁論家はフォルムの実践に基づいて、ギリシアの学校レトリックよりも一般的包括的問題の理論を始めることができた。

(110) クインティリアヌスは、その後の説明のために、法学的な事例に助けを求めたと言うことである！しかしこの点で、学校教師はクインティリアヌスに勝利した（「同様にそうしたことが学校でも起こる」ということは驚きではない。しかしそこではそうしたものは、故意に作り出される。Quo minus id accidere in scholis mirum est: ibi etiam ex industria fingitur.」, VII, 6）のであるが、それは虚構された事例というぼんやりとした幻影が積み重なった作品との引き替えによつてのことであつた。これに対して、キケロの場合にはレトリックの作品は「法廷での討論 disputatio fori」が響き渡っている。しかしクインティリアヌスは残念ながらも「法」iusの生きた理解を持っていない。彼はしばしばそれを称讃するが、トゥリアヌスの処方箋がただちに認識されうるようなものである。

(111) 比較せよ：Ivo Pfaff: *Zur Lehre vom sogen. in fraudem legis agere* (1892). ラテン語の表現は例えば C.1. 14. 5pr.: 朕惟ふに法文の文字を厳守してその精神を失はしめんと企つものはその実に於いて法律に違反するものたること疑なきところなり。故に法律条文の趣旨に反して故意に屢々その法文の文字を悪用して相手方を苦しむるものは法律に定めたる刑罰を免くることを得ざるものとす。Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat.]

(112) P. Jörs: *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1, 283ff. は「レグラ法学という観念を展開している。これによれば、レグラ法学も、解釈の原理の発見と定式化の主要な貢献をなしたとされる (S.294)。そこには「文言と意思

scriptum et voluntas」に関わる解釈も含まれている。そこに述べられた範囲で、このことはあてはまらず、レグラ的方法の学問的意味（S.295）がその他の点では冷静に判断する優れた著作の中で過大評価がなされている。上にあげた法律学への批判（Cicero: de oratore 2, 142）を Joers はそれゆえ緩和しなければならない。

(113) これについてのコンスタンティヌスの言葉「朕惟ふに法律の解釈権は朕にのみ存するものなり。この故に公平なる條理と厳正なる法律との調和に関する解釈の権利は朕の公務の一にして実に朕にのみ存するものと知るべきなり。」C.1, 14, 1<sup>o</sup>。しかし、ユ帝は彼の要求を文言に於て将来的に拘束力を有する新しい法典編纂の存在に基づかせている：「然れどもこれらの法律に不明の点あらば立法者たる皇帝はその解釈権によりて解釈して以て法律の嚴に失するもの又は人道と調和せざるものを調整せざるべからざるものとす。」（四五四年）。

本稿は、二〇一〇～二〇一二年度科学研究費補助金基盤研究（C）研究課題番号22530008  
による研究成果の一部である。深甚なる謝意を表するものである。

# 英米法におけるダイシー理論とその周辺

——ダイシー「代議制統治の形態は永遠のものか」——

A・V・ダイシー  
加藤 紘 捷  
菊池 肇 哉  
共訳

## 訳者解題

本稿は、一八九九年六月、アメリカのハーヴァード・ロー・レビュー、第一三卷、第二号（六七―七九頁）に掲載されたA・V・ダイシーの論文、“Will the Form of Parliamentary Government Be Permanent?”<sup>(\*)</sup>の邦訳である。ダイシーは一八九八年、ハーヴァード大学に招請され<sup>(\*)</sup>、同大学の学生に向けてイギリス法を講じた。それは一八九九年、

英米法におけるダイシー理論とその周辺（加藤・菊池）

一〇九（二八三）

Contemporary Review 誌に、ダイシーの名により、“The Teaching of English Law at Harvard”として発表された。後にこの論文はハーヴァード・ロー・レビューに転載されたが、<sup>(\*)</sup>それを含めて、ダイシーは同大学の法律雑誌に三本の論文を発表している。三本のうち、最初に発表した論文が本稿で邦訳の対象とした論稿である。そのなかで、彼が満を持して取り上げたテーマこそ、英国憲法がその成功例として世界に誇る「代議制統治」Parliamentary governmentであり、ダイシーは、それをテーマに、果たしてそれが普遍的に永続性のあるものかを世に問うたのである。

英国は、一六八八年、これまでの国王との主権闘争を名誉革命にて決着させ、議会主権体制を確立した。それから二世紀後の一九世紀、ダイシーにより、主権は法的主権と政治的主権に峻別され、法的主権は議会に、政治的主権は国民に存するとされた。本稿の演題にみるParliamentary governmentは、論稿の内容に即して言えば、国民のもつ政治的主権により選出され、託された代議員による英国の代議制統治をさすものであり、ここではミルの著わしたJ.S. Mill, Considerations on Representative Government（一八六一年）（ミル、水田洋訳、『代議制統治論』）にみる“Representative Government”と通じるものとして、本稿では「議院内閣制」より、「代議制統治」として訳した。それは、換言すれば、英国の議会制度をその雛形とした「近代型議会制民主主義」そのものと言ってよいかもしれない。タイトルのthe Form of Parliamentary Governmentにみる定冠詞のtheの含意は、「近代の」「現代の」「今ではスタンダード化されている英国型の」と様々に解することが出来よう。

当論文の趣旨を要約すれば、一九世紀を通じて、英国型議会制民主主義をモデルにした民主主義は、アジアの国家である日本すら含め、世界に急速に敷衍して来たが、非常に特殊な英国の歴史的事情に依拠し発展してきた英国型議会制民主主義でもあり、それは現在の状況にかんがみ、場合によっては、永遠あるいは普遍的なものとして永続でき

ようかとの疑念を呈する内容と言つてよい。

我々日本人にとって興味深いことには、本論文で、ダイシーは日本で「まるで魔法の杖の一振りであるかのように」突然、採用された議会制統治や議会制度についていささか驚きを持って言及されていることである。しかし、ダイシーの明治日本に対する評価は、その言外のニュアンスを十分に汲み取るならば、かなり否定的に見ていると言わざるを得ない。もちろん、それは、ダイシーがその判断を「後の歴史の判断」に任せるべきものとしているが、明治憲法下における日本の大戦期の立憲政治が議会制統治どころか、軍部の暴走に対し議会が身を削る抵抗も制約もなしえなかったことを考えれば、ダイシーの疑念も実に先見の明を得ていたと言えなくはないであろう。

当ダイシー論文が一九世紀の最後である一八九九年に、来たるべき二〇世紀を前にして代議制統治 representative government 論、ひいては、「議会主権論」を論じた未来志向の論文であったであろうことは想像に難くない。ダイシーは自己の『憲法序説』（初版、一八八五年）により提示した諸原則を、決して万古不易のものと考えていたわけではなかった。実は、ジェニングスがダイシーに内在するホイッグ史観批判として指摘してみせた「個人主義 individualism から集産主義 collectivism」への変化というものは、ダイシー自身により、当論文で既に、言及されている。

しかしながら、そこで提示されているのは、社会進化論的（※ダーウィン『種の起源』は一八六〇年、ダイシー二五歳の時に、初版された。）なポジティブな右肩上がりの未来志向と言うよりは、ネガティブな未来志向なのである。英国型主権論に対する将来の否定的な予測が続き、最終的にその判断を読者に任せる形をとってはいるものの、当論文をダイシーの思想史の中で如何にして位置付けるべきか、ダイシーの真意はどこに存したのか、そのネガティブな表現による懐疑性・曖昧性ゆえに理解する上で困難が多い論文でもある。端的にいえば、通常予測される英国型主権の唱道



者たるダイシー像に必ずしも一致しないのである。

しかし、これもまた人間ダイシーの一側面であることは否定出来ない。畢竟、糺されねばならぬのは、観察の対象でなく、我々の主観的ならざるを得ない理解の方であろう。

当論文では今日の我々には、全く忘却されている一九世紀後半期のヨーロッパで敷衍した「議会制否定主義」もしくは「議会制統治の倫理的崩壊」という状況を想起するかもしれない。かかる見解を意味する言葉として、現在では「議会主義」を意味する「パラメンタリズムParliamentarism」が否定的用語として触れられている。ダイシーによれば、この用語はEnglishではない（オースライズされた英語ではないというニュアンスを持つ）が、当時、編集されつつあったOED、すなわちOxford English Dictionaryに収録されるに正当な請求権を有するまでになったとされる。しかしながら、今日のOEDの初版及び第二版では、「パラメンタリズムParliamentarism」という用語には、大陸で敷衍したようなネガティブ的なニュアンスは含まれていない。

実は、ダイシーにより、この一九世紀末のネガティブな意味としての「パラメンタリズム」に関連して語られる諸種の問題点は、二一世紀の現在になっても全く解決されていない問題が非常に多いのである。

ダイシーは、第一に、少数者が、議事妨害手段などにより、その権利を乱用する問題を取り上げる（後出一二九頁以下参照）。

「第一の弊害は、「少数者による専制」というものである。我々は、今となつては、絶対的少数者による各種の議事妨害手段により多数者の意思が歪められ立法府の権威のみならず効率性すら台無しにされることを知悉している。この弊害は、『強制的討論終結手続closure』という適切な善後策により抑制されることも、我々はむろん承知している

のであるが、議事妨害手段に対して発見された、この唯一の対抗手段というものは、バジェットののような議会制主義者の視点からは、それが治癒する病弊と同程度に、質の悪いものである。なぜなら、強制的討論終結手続というものは、議論による統治に不可欠な自由な討論そのものに終止符を打つからである。また、議論を免除するという可能性は、議会の倫理的権威というものに、致命的な思考、つまり、議会における討論にはなんの重要性もないということを示唆するからである。」

これらは、現在の日本では、「牛歩戦術」などの非生産的な議事妨害や「強行採決は横暴である」と言って、絶対少数の野党が国会運営を妨害し、ともすれば多数決の原理を踏みにじりかねない状況と直結するかもしれない。ダイシーは、かかる場合の処方箋として「強制的討論終結手続 closure」を挙げるが、これは、民主主義による議論否定にもなりかねず、民主主義の自殺を意味する諸刃の剣であり、二一世紀の日本でも、未だ、何の解決も見出されていないのである。

第二には、正当に選挙された議会ですら、しばしば、民主主義的な要望を代表出来ない点がダイシーにより以下の如く指摘される。

「第二の病弊は、公正に創出された各選挙区から、それも公正に選出された議会が、重要な案件においてすら、国民の各種要望を代表しそこなうということである。」と。

この点は、現在の日本では等閑視されている。ダイシーは英国議会が、英国の民衆の見解を必ずしも代表するものでないことを早くから看破していた。それゆえにこそ、「法的主権」は「英国議会」にあるが、他方で、「政治的主権」は「英国人民」に存するという理論構成をし得たのである。

ダイシーの最後の第三点は、いささか現在の我々には想像しづらい。というのも、

「最後に、各国議会は会議・議会というものが、その本質から、為すことに向いていない、ある仕事をするように近年仕向けられてきたことから、信用喪失に悩まされてきている。」と述べているからである。

ダイシーによれば、議会制定法による政治改革がもつとも効率的に行われるのは、革命時など、既にある旧制度を破壊する、破壊的立法の場合であるが、今日では、「個人主義 individualism の信条から集産主義 collectivism の信条へと移行」して来ており、かかる福祉国家観に基づいた積極的立法は、実は、議会の得意とする所ではないのであるとされる。この点は、歴史的に、現代の我々にとって、興味深い指摘であろうか。

以上のように、ダイシーによる当論文は、時代を越えて未来志向であるとともに、ダイシー伝統のダイシー自身による否定というような側面さえも持ちあわせており、極めて評価の難しい論文であると言えるかもしれない。

しかしながら、今や当然かつ所与の前提となっている現代の我々の議会制民主主義の根本を問いなおす意味で、非常に意義ある論文ではないだろうかと訳者らは考える次第である。無論、最終的判断は、読者諸賢の評価に委ねるものである。

(＊１) A.V. Dicey, "Will the Form of Parliamentary Government Be Permanent?", *Harvard Law Review*, Vol. 13, No. 2 (June 1899), pp. 67-79.

(＊２) ハーヴァード大学の学長チャールズ・W・エリオットの招請を受けて同年一〇月から一一月にかけて同大学で講義をしたようである。Cosgrove, 一七〇～一七一頁参照。

(＊３) *Harvard Law Review*, vol. 13, no. 5 (1900), pp. 422-440.

## A・V・ダイシー「代議制統治の形態は永遠のものか」<sup>(1)</sup>

加藤紘捷  
菊池肇哉 訳

今日、代議制統治の永続性に対する世に広く行き渡っている信仰は、全く非対称的意味を持つ二つの事実に基づいている。

これらのうち、第一のものであり、かつ、はるかに重要である事実は、英国憲法の耐久性とその成功である。

英国議會は、多かれ少なかれ、現在の形態で、六世紀以上も存続して来ており、世代を積み重ねるにつれ、両院の権限、特に庶民院の権限は増大の一途をたどり、今や、英国の公的生活の中心にまで、成長した。

この事実の優れた点は、各時代の多様に変化する英国議會の地位、影響力、特質を知るほどに、いや増すものである。なぜならば、かかる多様性こそ、代議制統治の様々な時代の変化する環境に自らを適応させていくことのできるという内在的能力を、証明するものだからである。もともと、このことは、我々の想像力に印象づける様々な現象の一つにすぎない。英国憲法は、ある意味で、現代の形態を、エドワード一世治世（※一二七二年から一三〇七年）に完成させたのだが、それはプランタジネット朝（※一一五四年から一三九九年）の時代から我々自身の時代に至るまで、継続して、その妥当性・適応性を示してきており、英国の国勢が増大するにつれ、憲法自体も、徐々に拡大可能であることを、自ら証明してきた。イン格蘭ドによるウェールズの併合、イン格蘭ドとスコットランドの合併、グレート・ブリテンとアイルランドとの合併を許容するに十分、英国憲法は、柔軟であった。加えて、当初は小さな一

つの島の、さらにその一部分の統治のために、組み上げられたシステムが、広大な大英帝国の需要に應えるために、ほぼ無意識といつて良い成長の過程を経て適合し、かつ、当初はイングランドのみの議会であつたものが、様々な方式及び様々な程度で、各植民地及び各自治領を統制するに至つたのである。例えば、ヴィクトリア（※現在のオーストラリア連邦を構成する Queensland, New South Wales, Victoria, Tasmania, South Australia 及び Western Australia の六つの英国自治植民地 (British self-governing colonies) の一つで州都のメルボルン近辺の区域を含む。当論文の書かれた当時はオーストラリア連邦は成立しておらず、独立した議会有する自治植民地として認識されていた。）や、カナダ自治領は事実上の独立を達成しており、他の地域、たとえばインド帝国などは、実際上は、最終的手段として各種命令を英国議会の委員会から授権される官吏たちにより統治されている。その成果から判断されるに、最も厳格な批評家さえも、英国立憲主義はその顕著な成功により栄冠を受けるといふことを否定し得ぬであろう。英国議会が非常に重大な数々の過ちを犯して来たことは、疑いなき事実であるが、同じ事は、有史以来存在してきた全ての統治機関についても言われ得る。現実上、世界の統治に費やされた、もしくは、統治に足り得た人類の叡智がいかに卑小であつたかということ、今や万人の口に膾炙する箴言となつている。しかしながら、いずれにせよ、アメリカ合衆国でジョージ三世（※一七六〇年から一八二〇年…アメリカ独立戦争時の英国王）及びその臣下<sup>(3)</sup>が、植民地支配に関して示した、無能さと先見の明の欠如が、過小評価されるような可能性は、大いにあり得よう。しかしながら、長いその後の歴史の中で、合衆国大統領の愚行と無能が、英国諸王の無知と傲慢さと、同様の無残な結果を残すであろうかどうかは未来の歴史に照らしてのみ、答えうる疑問として残ろう。無論、英国議会といえども、大きな失敗もあつたのであるが、それが英国人民の爲した諸成果と秤にかけられるならば、公平な批評家ならば、後者の立憲政治を信頼する方に大きく軍配を挙げるに違いない



ことを認めるであろう。なぜならば、英国は、何時の時代でも、その憲法のお陰でとは言わないまでも、その憲法の下で、多くの民族が難破するに至った様々な嵐を、何とか安全に、乗り越えてきたからである。英国憲法は―その中には我々の司法機関全てが包摂されねばならないが―、バラ戦争中の無政府状態中も、自由の伝統を維持してきたし、貴族的派閥政治の騒乱が英国民の活力を破壊することも阻止してきた。もともと、チューダー朝での英国の繁栄は、英国議会の両院のおかげと言うよりも、王権のおかげであると主張され得よう。しかしながら、かかる主張の真実は認められるものの、代議制機関が、祖国に対し為した奉仕を、実質的に損なわしめるものではない。なぜなら、英国議会の存在は王権の専制を抑制するか、あるいは、国王の権力を増大させながらも、その専制的権力の行使を英国民の福利に裨益するような様々な経路へと方向付けたからである。英国議会制により、英国は、我々が宗教改革と呼ぶ、社会的、宗教的変革を成功裏に切り抜けてきたし、フランスにおける宗教的自由を確立する希望を叩き潰した悲劇や、ドイツの統合と繁栄を何世代もの間遅延させることとなった、その悲劇の一〇分の一の損害すら、英国は、被って来なかったのである。英国憲法の存在が、スチュアート朝の専制に対して英国民をして抵抗することを可能ならしめ、究極的に、領国に宗教的寛容の時代を確立せしめたことは、いかなる研究者にとっても、明らかである。爾来、余り注意を向けられて来なかったが、それゆえにこそ、ここで留意されるべき点は、英国の立憲主義は、一七世紀における様々な革命的運動により動揺した公共道徳を、回復したということである。ウォルポールの時代とピールの時代とを比べてみるがよい。その中間期に、徐々に高い公共精神が復活したことに注意を払うべきである。かかる比較から、宗教改革前の英国議会の欠陥がどのようなものであったにせよ、英国の各政治機構には、公共生活の一般的特質の改善を可能にするのみならず、促進する何らかのものを、見出さざるを得ないと、結論せざるを得ないのである。最後

に、議会制立憲主義は、ジャコバン時代とそれに続くナポレオン帝政時代の対フランスとの摩擦の中で、英国を勝利に導いた。その結果としてもたらされた長い平和状態の中で、英国は、革命の害悪抜きに、諸改革の全ての恩恵をうけることに成功したが、かかる恩恵は、ヨーロッパ大陸においては、(仮にもし)可能であつたとしても、暴力と不正義を対価とせずに達成されなかつたものであつたのである。それゆえ、かかる英国憲法の兼ね備える安定性と柔軟性が、世界の現代人の感性に不朽の感銘を与えたことに対し、疑念を抱き得る者は何人も居ないであろう。

次に、代議制統治に信を置くことの、第二の大きな要素は、議会制度の全文明世界への拡張である。

この統治制度は、ロシアとトルコを除く、全ヨーロッパの国家により採用されており、広く言つて、ヨーロッパから文明を受け継いだ全ての国に敷衍しており、ついに、議会制度は極東アジアにまでも侵食した。日本人の度を過ぎたとは言わぬが異常な模倣性は、彼らをして、まるで魔法の杖の一振りでのように、現代立憲制度のコピーもしくは下手な戯画 caricature を生み出すことを可能にせしめた。彼ら日本人は、今や、立憲君主を有しているし、自身の内閣を有しているし、自身の議会多数派を代表する閣僚を有しているし、自身の対立政党を有しているし、自身の議事妨害手段を有しており、最新の民主制統治の美点のみならず、欠点までを再生産してみせたのである。果たして、このヨーロッパの政治的製品の東洋国による輸入が、日本にとり有益足りえたのかは、時の経過のみが答を出すことができる問題であろう。しかしながら、全く議会制の伝統の存しない、東洋のこの一種族による、立憲主義の現行諸形態の採用は、今日の現代人にとって代議制統治は文明国もしくは進歩主義的国家に不可欠の要素であると考えられていることの、決定的証拠でもある。

かかる見解の現状は、全くもって当然なことである。しかしながら、議会制度の健全性は、それらが実際のところ

依拠する様々な事実によって確立されたのではないかと疑問視しうる、諸種の考察というものが存する。

まず第一に、英国の憲法史は変則的であることは言わずもがな、例外的でさえある。それゆえ、英国人民の経験から得られた教訓を、他国の居住者に適用することには、注意深い理論家なら、反対せざるを得ないであろう。私の意味するところを説明するためには、手元にある事実のうちから一例を供すのみで十分であろう。英国の島国的特質が、英国の諸種の自由権を、その破壊から救ったのである。ヨーロッパ大陸諸国、もしくは、強力な近隣諸国からの攻撃に晒されて来たことにより、行政権の権威強化を余儀なくされ、最終的には大規模な常備軍の維持を余儀なくされたあらゆる国々において、かかる自由権がいかにして、英国において深く根を張り、徐々に進展し得たのかを理解することは容易なことではない。今日においては、議会がその権威の基礎を確立した時代に、英国の諸種の軍隊がいかに取るに足らないものであったかを想像することは、困難である。実際、ある危機に際して、英国の自由の保護のために、常備軍が設立され、一人の成功した将軍に無限の権限を与えることが必要となった。かかる英国議会の自由を代表して、兵力を使用せんとする試みは、ある好都合な状況下で為された。つまり、クロムウェルは文民教育を受けていたし、彼の兵隊は共和主義者であったのである。しかしながら、そのような実験は失敗に終わった。常備軍の優位性は、英国人民の諸種の自由と相容れないことが明らかになり、かつ、王政復古は王権の勝利と言うよりは更なる議会側の勝利に終わったのである。今日、連合王国は過去の世代の英国民が、それなりにもっともな理由を持って、市民的自由への脅威と見なして来た、その各種軍隊を維持している。しかし、今日の英国諸軍は、大英帝国全域の防衛のために存在しており、その目的のためには、それらの軍隊は必ずしも大規模であるとは言えない。また、海軍というものは、極めて稀な事例をのぞいては、革命を引き起こす手段としては使用不能なものである。加えて、英国議会

というものは、結局のところ、それが最大の要点なのであるが、今日においては英国の制度の不可欠な一部にまでなっており、全英国人民にとり、英国議會的思想及び英国議會傳説というものが骨の髄まで浸潤して来ているのである。ゆえに、今日においては、その保護に最も熱心な自由の友人でさえ、クロムウェル政權下で反乱を起こし、英国議會を解散させた連隊よりもはるかに大規模な諸軍の編成を、無頓着かつ無防備に目撃し得ることを保証されているのである。私の言わんとする事を、これ以上詳説する要はなからう。英国史からも、他国の数百年來に渡るそれぞれの経験に照らしても明らかなことは、英国の例外的歴史とは全く發達を異にする国々に、英国の諸制度を成功裏に移植することがどの程度可能であろうかというのは、極めて、疑わしいということであり、英国人の経験を引き合いに、議會制統治が、あらゆる文明的國民の需要に応え得る政体の形式であることが証明されるなどと考えてすることは、確實に早計であるということである。

このことに対する証明は、我々にとっての第二の偉大な事実、つまり、議會制統治の世界中への傳播によつて齎されるはずだとも考えることができよう。

しかしながら、いかなる思想家であれ、模倣という人間行為がいかにか計り知れぬものであるかを知悉する者ならば、ある流行が急速に拡大したからといって、そのことが、即、かかる流行がある國家の特定の需要を満たすことを証明するものであると、結論付けることには躊躇するであろう。政治においては、流行というものは全能である。議會制統治は、この半世紀に流行となった。そして、代議制機關を各自統いて採用した各國民は、繁榮して權力のあると自身が稱賛した近隣諸國を模倣しようとする自然な欲望から、そのように行爲したのである。日本の政治家たちは、ヨーロッパは強大であると認識した。彼らは、ヨーロッパ人達のようになりたいと、思つたのである。それゆえ、彼



らは、当世流行のヨーロッパ流の政治的よそおいを採用し、身にまとったのであるが、それは、彼ら自身が、燕尾服と山高帽を身にまといてみせたと同じことである。いずれの場合も、彼らはヨーロッパ人達のような格好をしたいと思ったのである。日本の政治家たちは、ローマ帝国の称号や法を採用した、フランク人達やロンバルド人達と、正に同じ行動をしたわけである。仮にもし、日本の西洋慣習を習得したいという欲望が、ルイ一四世が西洋列強の中で最も賞賛されていた時代に起こったのなら、日本人政治家たちは、フランスの行政システムに範をおいた行政制度を構築し、ロンドンと言うよりはパリの流行に従っていたことであろう。つまるところ、人間本性の盲従性というものは、ある特定の民族もしくは国家に限定されるものではない。現代のスペイン、イタリア、もしくは、メキシコの政治家達は、各自違った形式ではあるが、それぞれの時代に支配的であった各流行に追従してきた。ある国家の国制が、議會制君主制であれ、中央集権化した共和国家であれ、連邦制共和国であれ、多くの場合は、ある特定の政治形態が与えられた、ある民族の需要を満足すであろうという、何らの合理的確信をも伴わずに、各国の憲法制定者の各時代に支配的であった流行に追従しようという無意識の欲望によったものである。つまるところ、それらの国家の憲法制定者達は、それぞれ、英国、フランス、アメリカ合衆国といった国々の各時代の支配的威信におもねっていたのである。

しかしながら、議會制統治は、比較的最近に發明された政治メカニズム以外の何物でもないのであるが、蒸気エンジンや電報などといった、他の人間の發明の才による製品同様、その様々な国での採用の事実は、一部には、その証明された有用性によることもまた事実である。それゆえに、議会的諸機構の敷衍は、それを採用した国家によって有用であると証明された、との推定を与えるものである。



かかる所見は、明らかな真実ではあるが、二つの考察からその力を削がれるものである。第一に、我々が問題としている政治的流行は、歴史的には、比較的最近に起源を持つものである。一七八八年、つまり、革命のドラマを開始したフランス国民三部会が招集される前年においては、おおまかに言つて、議会的機構というものは、英国人民のみの所有にかかわるものであった。諸種の議会制度は、英国およびその植民地と自治保護領であつた国々にしか存在していなかつた。たしかに、デンマーク及びスウェーデンにおいては、議会が今日同様に権力を有していた時代もあつたが、これらの国々において議会は既に廃止されていたか、もしくはまさに廃止されんとしていたのであり、両者ともにおいて王権の勝利はかかる人民の自発的選択によるものであつた。第二に、議会制立憲主義の有用性に対する人民の感傷ほど、あてにならず、移ろいやすいものは、他にない。フランス革命は、社会的不平等及び政治的専制に抵抗する運動であつた。それは、ごく当然のことわりとして、最もよく知られ最も成功であつた、人民統治の一形態への情熱に、火をつけたのである。それゆゑに、ある一時点では、議会制度がヨーロッパの主要国において確立されるであろうと予測することは、全く合理的なことであると思われたのである。しかしながら、かかる期待は裏切られることとなつた。ナポレオンは、言論の自由に、一層敵対的な、啓蒙専制君主制の一形態を發明してみせたのであるが、（※ナポレオン政権の弾圧した）この言論の自由こそが、同革命が破壊し動揺せしめた封建君主制度よりも、正に、（※英国の）議会制統治の魂であつたのである。ナポレオンの没落は、英国型立憲主義を流行せしめた。しかしながら、ナポレオン帝政の転覆も、フランスに対する英国の勝利も、議会の自由への信仰を、本来期待されたほどには普及せしめなかつたのである。一八四五年時点での、ヨーロッパの状況を考えてみよう。例えば、フランスやベルギー、スペイン半島の諸国など幾つかの重要国において、多かれ少なかれ、英国の自由の先進性を模倣した立憲君主政体を採用

用していた、ということが見出されるのであるが、これらの国家の中には、かかる模倣は現実上のものであるというより、遙かに単なる名目上のものに過ぎなかったのである。一八四五年においても、英国で理解されるところの「自由の領域」は進展中であつた。しかしながら、この領域獲得に対しては、イタリアおよびオーストリア帝国のほぼ全域において、専制的独裁制が支配的であつたという事実が対置されねばならないのである。では、今度は、一八五八年に目を向けてみよう。我々は、一八四八年革命により、ほとんどは無駄に終わったものの、一つか二つの国、特に、ピエモンとスイスにおいて、恒久的な議会制統治の形体が確立されたことを見出すであろう。しかしながら、かかる進展は、別の後退により帳消しにされることとなる。フランスにおいては、帝政が再興されたが、それは―クーデターによる裏切りがいかに憎むべきものではあつたとしても―、フランス国民の積極的賛成とは言わぬまでも、（※権威主義的復興帝政への）黙従を伴つたものであつた。それにも関わらず、フランス第二帝政は、その他の特質がどのようなものであつたのであれ、一貫して議会制統治を否定してきたし、これからも否定し続けるものである。オーストリア帝国を盟主としたドイツ同盟の国々においては、専制による支配が強化され、ハンガリーの憲法的諸権利は破壊された。この一八五八年という年は、注目に値する。それは、ある時代の終わりを告げていた。翌一八五九年には、イタリアの一部を開放した戦争により、何らかの新時代といつていいものが開始された。この年以降、今日に至るまで、ほぼすべてのヨーロッパ諸国で議会が再導入、再確立されてきた。しかしながら、この事実は重要ではあるものの、我々をして議会制統治に対するある世論の変化を等閑視することを許してはくれないのである。いずれにせよ、これらの事実、ある国民が、ある時代の流行に従つて議会制度を採択したが、その流行の移ろいに伴い、議会制統治のシステムを、放棄しえたという可能性を証明するのみで、議会制民主主義という発明が、人類に明らかなる恩恵

を施してきて、最早、人類はそれを放棄しようとしないうし、むしろ、放棄することが不可能なような他の発明と、同レベルであるということは、到底主張する事は出来ないのである。

そうすると、議会制統治制度の永久性に対する信仰は、結局のところ、狹隘、かつ、不安定な、歴史的事実という基礎の上に立脚しているにすぎないことになる。つまり、議会制民主主義への信仰は、我々が見てきたように、第一に、英国憲法の明らかな成功と、第二に、ここ一五〇年間ほどのヨーロッパの経験に依拠しているのである。

これら二つの事実の重みに対して、その恒常的重要性がどのようなものであれ、対置しうるのは、いかなる公平な観察者であっても、その存在を否定し得ぬ、ある一つの現象である。

議会に対する信仰は、その失墜を経験したのであるが、それは、議会制統治の採択された地域の進展に正比例するものであり、それに従い、代議制統治の倫理的権威や威信も失墜したのである。

このことは、この一九世紀中頃という、ごく最近までの世論の状況を知る<sup>よわい</sup>齢にある者には、明白たる事実である。一八四八年革命が社会改革者や革命家たちに、彼らの理論を実行に移す、たとえ一過性のものではあるにしても、思いがけぬ機会を提供した時、ヨーロッパ諸国において、相次いで「憲法 constitution」設置の要求が起こったのである。当時、「憲法」という、この言葉の意味したものは、常に、議会制統治の導入もしくは伸長を内包していた。

まったく、実際のところ、当時においては、自由の進展を望む者で、ヨーロッパ全域において、何らかの形の代議制機関が文明社会全域を通じて人類に対し最大の恩恵を恵与するであろうことを疑うような者は、誰一人として居なかったのである。このことに関しては、そして、おそらくこのことに関してだけは、マコーレー<sup>(2)</sup>や、パーマストン<sup>(3)</sup>、グラッドストーン<sup>(4)</sup>といった英国の政治家達が、カブール<sup>(5)</sup>などの大陸の議会主義者のみならず、ラマルティーヌ<sup>(6)</sup>やコ

シュート<sup>(x)</sup>、マツツイーニ<sup>(x)</sup>といった非常に違ったタイプの革命主義者たちとも同意するところであつた。ところで、一九世紀中葉における普遍的な議會制統治への信仰と、今日一九世紀末における議會制統治への懷疑主義とを比べてみるがいい。今日、全世界からいたるところで議会的機関に対する批判や非難が聞かれる。これら全ては「パラメンタリズム Parliamentarism」の一語で尽くされるものである。この「パラメンタリズム」という言葉は到底まともな英語ではないが、マレー博士 Dr Murray<sup>(y)</sup>の英語辞典（※要するに、OED）の、いかに聞きなれぬ言葉でも英語を書こうと志す人類によつて使われている単語であれば、どんな単語でも登録しようとする見境ないとはいえぬまでも、太っ腹な博愛主義に対して、今や、正当な請求権を主張しうるまでになっているのである。この言葉は大陸起源であり、英国人にはごく最近まで無縁であり非常に不自然でさえある、ある思想、つまり、「議會制統治の倫理的崩壊」を意味する。

もつとも、一方で確かに一過性なものであるかもしれないのであるが、議會制立憲主義の陥つた、かかる不信の証拠を挙げることは容易である。アメリカ憲法の増大する厳格性と瑣末主義（——ところで、これらのものはアメリカ共和国のほぼ全州に名目ではなく現実として存在する状況なのである——）、スイスにおける国民投票制、熟考された比例代表制度導入への提言、何千もの人々が有する感情を制御しうる者のほとんど居ないような言葉で語られる才気があり重要な思想家たちによる政党制度への非難、これらすべてのものは、少なくとも場合によつては、選出された議會が偉大な国民の最悪の部分を代表することがありうるような、代表制度に対する広く行き渡つた不信というものの証左である。しかしながら、ほとんどすべての觀察者が否定しえぬ世論の状況に対し、これ以上証拠を積み立てることは無益であろう。さしあつての私の目的として重要なのはその原因の特定である。



かかる原因は三つほどの項目にまとめることが可能である。

第一に、代表制統治の採用の敷衍が議会からその権威を奪い去ったのは必然であつた。

代表制立法府を有する国家が、極く少数に限られており、たまたま、その国家が繁栄を謳歌していた限りにおいては、かかる国家の繁栄を彼らの賞賛すべき憲法に帰し、自らの立法者になる権利を獲得したいかなる国民にも繁栄が約束されると考えることは容易であつた。また、情熱的な議会主義者にとっては、人民を代表する議会は、その人民を益する全ての立法を為すであろうと、換言するならば、法改革者もしくは博愛主義者自身が恩恵的であると信じた全ての立法が為されるであろうと、信じることは容易であつた。しかしながら、革命時の危機的状況下では、賢明で経験豊かな人々をすら不当に影響せしめた、かかる甘やかな期待というものは、糠喜びの水泡と帰す運命にあつたのである。今日となつては、いかなる国家ですら議会有しており、かつ、その繁栄の度合いは、各国によりまちまちである。代表制制度を採用したからといって、その国民の繁栄が約束されるものでもないことを、我々は確実に理解している。また、議会という立法府は、その選挙民の叡智のみならず、愚行までも反映するものであり、議会立法はしばしば人類の暗愚の端的な記録でさえある。そのうえ、ある一人の改革者によつて肯定される立法は、別の改革者の最も強固な確信に対し矛盾する。それが国王であれ、議会であれ、民衆会議であれ、立法者から提起される法案というものは、少なくともそれに賛同するのと同数の反対者を立腹せしめないようなものは、歴史上存在しなかつたし、爾後、未来においても存在し得ないのである。

第二に、樂觀主義者とは決して呼ばれ得ぬ人々により、人民による統治の敷衍から期待しうるような利点の幾つかでさえ、現実のところは、現代において代表制機関の存在を享受している諸国民に与えられていないのである。



この事の一例として、イタリアの場合をとりあげてみよう。ヨーロッパ全域の最高の賢人たちにより、新しいイタリア国民の出現が期待されてから四〇年ほどの歳月が経過した。外国に寸断され、僧職者による暴政と迫害による知的暗黒状況という最悪の状況下にありながらも、新生イタリアが高い天稟と揺るぎない愛国心を有する傑物を多く輩出するはずであると全知識人が表明したものである。外国勢力の駆逐と市民的及び宗教的自由の導入により、イタリアは再生し、人格的にも知性的にも、現代ヨーロッパの指針となるような市民を生み出すことが可能となるであろうと、自信を持って、そう考えられた。現在のイタリアは、他の世界の諸国と同程度に、自由ではある。つまり、この二五年間、イタリアは、その憲法に絶対的に忠実である立憲君主により招集され、自由に選挙された議会により統治されて来ており、今現在もそのように統治されているが、その友人たちにより賭けられたイタリアへの期待は失望に終わっている。彼らは、ある歴史的逆説の目撃者となるよう、運命づけられていたのである。つまり、外国勢力や、専制君主や、僧職者によるイタリア統治・支配は、歴史がその名前を容易には忘れえぬ多くのイタリア人たちを輩出してきた。しかしながら、その一方で、現代のイタリアの自由と独立は、外部世界から見限りにおいて、取るに足らないが、それゆえ、当世の名声は剥奪されているものの、その代わり、死後の批判・不名誉からも保護されているということに大方のところ満足を見出している、といったような愚にもつかぬ政治家たち以外の、何者も生み出してはいない。今のイタリアのどこに、カブールやマツィーニやガリバルディやマニンの後継者が居るといっているのであるか？ローマ議会のどこにも、そのような者は、見出し得ぬことは確実である。しかし、その一方で、正氣の人間なら、誰も、専制的政治の復活を希望するような者も、イタリアには天稟と偉大性を兼ね備えた人物が過去に居続けたきたし、今現在でも居るであろうことを疑うような者もないであろうと私は補足したい。しかしながら、一方で

まったく不可解なことであるものの、今のところ多くの観察者たちの目には、現代型議会制立憲主義が、知恵と誠実者を兼ね備えた指導者による指導を希求しているのが確実なそのイタリアという国家に奉仕する最良かつ最も崇高な人物を与えうるであろうかどうかは疑わしい。その上、代議制統治が自由の最良の果実の生育に近年失敗した国は、なにもイタリアに限るものではない。

第三に、現代的生活の数々の状況は、代議制議会から、その威厳を取り去ってしまったことが挙げられる。

世評というものは公的・政治的生活にかかせぬものとはいえ、同時に、その破綻の種でもある。英国人民が庶民院を尊敬することも、私が推測するに、アメリカ人民がその下院を尊敬することも、仮に英国議会やアメリカ連邦議会の議論の毎日の記録を読むことが不可能であつたならば、よりたやすいことであつたろう。確かに、何らかの価値を持った著作の中で、うらわびしさという点において、議会議事録・ハンサードに比するものは稀であろう。概して、現代社会は、出版の自由の賜物なのである。しかしながら、英国庶民院が記者たちに対して持つ本能的反感というのは理由なきことではない。新聞各社は、不可避免的に、議会制統治のくだらない威厳のない部分を、外の世界に対し提示したがるものである。一九世紀末の今日において、英国議会の議員に見出される才能の量というものが、一八世紀末の前任者たちのそれに劣ると信ずるに足る何の有効な根拠もない。しかしながら、それにもかかわらず、一つの重大な差異が存する。その才能がどのようなものであれ、現在では、全ての国会議員は多かれ少なかれ、世人の目に晒されている。我々は全て、我々の中の偉大な人物の弱い様々な側面を知っており、よりたちの悪いことには、第二級や第三級の我々が政治家たちが全くありふれた凡人であることを知悉しているのである。前世紀の終わりには、大衆の大部分に知られていた二、三の限られた人間というのは指導者たちであり、それらの指導者達は大衆の前に丸裸

であらわれることは決して無かった。たった五〇年前ですら、パーマストン卿はブライト氏の「地方・田舎での政治家のお目見え」を嘲笑した。かかる嘲笑は、当時においてですら、いささか時代遅れのものであったが、今日においては、かえって、なお一層、無意味なものである。この「地方でのお目見え」は、ここ二〇年余りの期間においては、指導者たらんと熱望する、最上の者から最下等の者にまで至る、全政治家の主要な業務と化してきている。

第四に、バジェット(xiii)のごとき明敏な観察者をしても認識し得なかったような、議会制度の陥りやすい二つの弱点、もしくは、病弊が、近年明らかになってきた。

第一の弊害は、「少数者による専制」というものである。我々は、今となつては、絶対的少数者による各種議事妨害手段により多数者の意思が歪められ、立法院の権威のみならず、効率性すら、台無しにされることを知悉している。この弊害は、「強制的討論終結手続 closure」という適切な善後策により抑制されることも、我々はむろん承知しているのであるが、議事妨害手段に対して発見された、この唯一の対抗手段というものは、バジェットのような議会制主義者の視点からは、それが治癒する病弊と同程度に、質たちの悪いものである。なぜなら、強制的討論終結手続というものは、議論による統治に不可欠な自由な討論そのものに終止符を打つからである。また、議論を免除しうるという可能性は、議会の倫理的権威というものに、致命的な思考、つまり、議会における討論にはなんの重要性もないということを示唆するからである。

第二の病弊は、公正に創出された各選挙区から、それも公正に選出された議会が、重要な案件においてすら、国民の各種要望を代表しそこなうということである。この危険性はハラム(xiv)やフリーマン(xv)やバジェットといった旧来の憲法論者の著作の中には、ほとんどいいか、まったく警告されて来なかった。しかしながら、かかる（※議会が

国民の見解の代表することにおける) 失敗の悪評は、現代では周知のこととなった。アメリカの各州の市民が、憲法制定会議により提案された改正を拒否する時や、スイス人民がリファレンダム Referendum により連邦議会を通過した法案に拒否権を発動する時、新しく選出された英国庶民院が解散されたばかりの庶民院によって通過された法案を絶対的多数で弾劾する時、かかる場合には、すべて、代表制機関がその選挙民の諸種の要望を反映することに失敗したことは明白である。また、代表制議会の側で、その主要な機能を果たすことに失敗したという事実は、必ずしも議会の構成員の側からの、裏切り行為や非行によるものではないということに、注意を払う必要がある。スイス人民は、彼の法案をスイス人民自身が廃案にしてきた当の議員のまさにその議席を何度も再選して来ているのである。当面の私の目的のためには、直接民主制の各短所長所について、ここで、何らの意見を表明することも不必要であろう。唯一、ここで主張したいことは、代議制機関がその選挙民を代表し損なう可能性により、議会の権威が減ぜられるという事実である。

最後に、各国議會は會議・議會というものが、その本質から、為すことに向いていない、または、ある仕事をするように近年仕向けられてきたことから、信用喪失に悩まされてきている。

このことは、古来の英国議會についても確かに当てはまる。一八世紀末もしくはこの一九世紀初頭において、代表制統治の各種利点を称揚した改革者たちの目的は、主に、個人の自由の行使の妨げとなる全ての独占状態や特権を破壊することにあった。今や、破壊の目的のためには、人民會議が最良の道具である。長期議會は、二つの短い王令により英国の君主制と貴族院を廃止した。フランス国民會議は、一夜にして、あらゆる封建制度の残滓を破壊した。あるフランスの歴史家により、(それは)「濫用的特権の抹消 St. Bartholomew of Abuses」<sup>(xvii)</sup> と名付けられた、この



一七八九年八月四日の事態は、実際には、国民会議が意図したような、スッキリとした「旧体制・アンシャン・レジム」の一掃とはならなかったのである。この部分的失敗は、いかなる国家の土地法改革においても、それが廃止する諸法を、何らかの新しくてより良い制度に代替する建設的立法抜きには、不可能であるという理由に由来する。なにも、革命時の会議だけが、破壊が得意だというわけではない。カトリックを弾圧する刑事立法の廃止、保護貿易主義の全形式の撤廃、スコットランド国教会の非国教化などは、連合王国議会の権限の内部にあり、英国議会により、立派に達成されてきた偉業である。制度破壊に関する英国議会の能力が、少しでも落ちたと信ずる理由は、何もないのである。仮にもし、時代の要請が、破壊的立法を未だに要求するのなら、英国議会は、従来に負けぬほど効率的であることを、自ら証明するであろう。しかしながら、我々の時代精神には、徐々に、ある変化が訪れたのである。いずれにせよ、一九世紀最後の四半世紀になって、現代の改革者たちは、それにより国家の様々な需要を満たすものとされ、大衆の生活をより幸福なものにするであろうと考えられる建設的な立法を、要求するようになって来たのである。我々は、ほぼ無意識に、全体的にか、部分的にか、個人主義 individualism の信条から集産主義 collectivism の信条へと移行してきたのである。かかる新しい信念の形態は、代議制会議に、大規模な代議制議会が為すのに適していない、まさにそのような仕事を課すのである。「自由放任主義 *laissez-faire*」の信念の衰亡は、議会への信頼及びその道徳的権威の失墜へと、本質的に、連鎖するのである。

仮に、上に述べたような種々の考察の中に、何らかの真実が見出されるとすれば、実践政治の分野からはかけ離れてはいるであろうが、一種の思想上の興味を有するであろう様々な結論へと、我々は到達するのである。今日存在する形態での議会制システムが永続的なものであろう、という信念は、我々が見出す、一定の現実上の重要な幾つかの



事実に依拠しているが、しかしながら、それらの事実は、それらに依拠するその結論に対しては、非常に狭隘、かつ不完全な基礎をしか与えてくれるものではないのである。また、もう一方において、一九世紀の後半期において、議会の威信の凋落が、明白となった。議会の道徳的権威の失落は（既に述べられたような）重要性において様々に異なる諸種の決定的要因によるものである。これらの諸要因がどの程度作用し続けるであろうか、もしくは、どの限度でそれらは除去もしくは中和されるのであろうかという問いかけは、用心深い思想家ならば、なんの決定的見解も表明せず、ただ読者諸賢による考察に委ねるべきであろう。

(1) 一八九九年六月、ハーヴァード・ロー・レビュー第一三巻、第二号

(i) 当論文がアメリカのハーヴァード大学で発表されたことを想起する必要がある。アメリカでは英国王ジョージ三世と言えばアメリカ独立戦争時の英国王で国敵、及び暴君であることは自明の理であった。ダイシーはジョージ三世の統治が失政であることを基本的に認めてはいるが、そうは言っても、アメリカ大統領が将来暴走してジョージ三世の評価が相対的にアメリカですら上がるようなことも無いとは言えないだろうと、英国人らしい皮肉で当てこすっているのであるが、表現自体がわざと韜晦かつ難解にされており分かりづらい。「過小評価」という表現が韜晦である。ダイシーが「将来の歴史の判断に仰ぐしかない」という表現を使うときは、ほぼ彼の中で結果が決まっており、単なるレトリックにすぎない。

(ii) ロバート・ウォルポール Robert Walpole, 1st Earl of Orford (26 August 1676-18 March 1745)。一八世紀前半期に活躍した英国の政治家および事実上、英国史上最初の首相。一般に、一七〇七年併合法によりスコットランドと併合した「グレート・ブリテン」の最初の首相 Prime Minister と称されるが、当時、法的にはそのような職掌は存在しなかった。ホイッグ党の党首として、重商政策と平和外交を推し進め、フランス革命が終わったばかりのフランスと宥和政策をとった。

(iii) サー・ロバート・ピール Sir Robert Peel (5 February 1788-2 July 1850)。一八世紀前半の保守党 Tory の政治家。ウォルポールと対照的に、同時期のトーリーを指導した。1834-35年に、メルバーンがウィリアム四世に罷免されたことで保守党が政権を奪還し、第一次ピール内閣を形成する。一八三五年には、アイルランド国教会の教会税転用問題をめぐる批判に負け、下野、メルバーン第二次内閣が成立する。一八四一年の解散総選挙で勝利し、第二次ピール内閣を組閣。保守党の中でも保護貿易政策には組せず、ウィリアム・グラッドストンを起用し、自由貿易を推進した。この結果、保守党は自由貿易派と保護貿易派に分離することとなる。ダイシーがウォルポールとピールの間の時代に「公共精神が復活した」と言っているのは、恐らくは、フランス革命とナポレオンの敗走による反動主義を乗り越えた、ピールの時代には保守党の政治家と言えども、自由主義的、社会福祉的(※主にアイルランドの貧困問題に関係して)な政策をとることが時代精神になっていたことに言及しているものかと思われる。

(iv) トーマス・バビントン・マコーレー (マコーリーとも) Thomas Babington Macaulay (25 October 1800-28 December 1859)。英国の自由党 Whig の政治家で歴史家。彼による『英国史 The History of England from the Accession of James II, 5 vols., (1849-55)』は、英国の典型的な正当史観であるホイッグ史観を代表する名著として知られる。また、インド統治時の法務大臣に任命され、各種インド成文法典の父としても知られるほか、同地の教育改革にも尽力した。

(v) ヘンリー・ジョン・テンブル (第三代パーマストン子爵) Henry John Temple, 3rd Viscount Palmerston (20 October 1784-18 October 1865)。俗にパーマストン卿 Lord Palmerston として知られる一八世紀後半のホイッグを代表する政治家。第一次パーマストン内閣 (1855-1858)、第二次パーマストン内閣 (1859-1865) を率いた。英国の国益を重要視しながら自由主義的政策を推し進めた。

(vi) ウィリアム・エワート・グラッドストン William Ewart Gladstone (29 December 1809-19 May 1898) は、いさゝか年長であるが、ダイシーとほぼ同時期に活躍した自由党の政治家。ヴィクトリア朝中期、後期は、彼と保守党のベンジャミン・ディズレリーとの政治闘争の歴史である。一九世紀後半の四期 (1868-1874, 1880-1885, February-July 1886 and 1892-1894) に渡って首相を務めた。ダイシーの親友であるブライス James Bryce は第二次グラッドストン内閣で外務次官 (1886年)、第

四次グラッドストーン内閣でランカスター公領尚書 (1892-94年) を務め、ダイシー自身とも非常に政治的に近い関係にあった自由党の政治家であった。

- (vii) カミッロ・パオロ・フィリップポ・ジュリオ・ベンソ・カブール伯爵 Camillo Paolo Filippo Giulio Benso, Count of Cavour (August 10, 1810-June 6, 1861) は、カミッロ・ベンソとも伯爵号を姓に取り、カミッロ・カブールとも称される。一九世紀のイタリアの政治家であり、サルディニア王国首相であり、初代イタリア王国首相も務めた。ガリバルディ、マッツイーニと並ぶ「イタリア統一の三傑」の一人。非効率な革命を嫌い、議会政治を好んだ。彼の有名な言葉に「議会が閉会中の時ほど無力感を覚えることは無い」という言葉が有り、「議会制主義者」とダイシーが評するのも宣なるかなである。

- (viii) アルフォンス・マリ・ルイ・ドゥ・ブラ・ドゥ・ラマルティエヌ Alphonse Marie Louis de Prat de Lamartine (21 October 1790-28 February 1869) は、フランスの作家・詩人であり、フランス第二共和政設立に主要な役割を果たした政治家でもあった。一八四八年にナポレオン三世と大統領選挙で争って破れ、一八五一年のクーデターで政界を引退。

- (ix) ラヨシュ・コシュート (コシュート・ラヨシュとも) Lajos Kossuth (19 September 1802-20 March 1894) は、ハンガリーの法律家、ジャーナリストで政治家。一九四八年から四九年のハンガリー革命時のハンガリー王国の執政官として有名。

- (x) ジュゼッペ・マッツイーニ Giuseppe Mazzini (22 June 1805-10 March 1872) は、イタリアの政治家、ジャーナリストであり、イタリア統一運動の活動家。革命を非効率なものとして嫌悪し、議会制民主主義を好んだカブールなどとは異なり、生粋の共和主義者であり民衆革命主義者であった。その強い理想主義のため、イタリア統一後は、次第に現実的政治路線とは乖離し政治的孤立を深めることとなった。

- (xi) サー・ジェームズ・アグストウス (オーガスタス)・ヘンリー・マレー Sir James Augustus Henry Murray (7 February 1837-26 July 1915) は、スコットランド出身の辞書編纂学者及び文献学者で、OED (Oxford English Dictionary) 『オックスフォード英語辞典』の初代編集長であった。OEDの編纂開始は一八七九年に宣言され、マレーは、当初はスコットランドの自宅にスクリプトルム scriptorium と呼ばれ、そのために建設した特殊なトタン張りの編集室を建築したが、仕事量の増加のためオックスフォード北部のバンベリー・ロードに移り、scriptorium も再築した。OED編纂事業のため、バンベリー・

ロード七八番の彼の自宅兼オフィスには、毎日、英語の新しい用例に対する大量の郵便物が配達され、ついには、彼専用のポストが設置されるに至った。(※同地番にはそのポストが史跡として現存している。) 当論文が書かれた一八九九年当時は、ダイシーの同僚であり、OEDに着手して二〇年目であり、オックスフォードの名物事業の一つになっていた。マレーは一九一五年には胸膜炎で死去するが、OEDの完成が宣言されたのは、一九二七年の大晦日のことであった。

(xii) ダニエーレ・マニン Daniele Manin (13 May 1804-22 September 1857) は、ヴェネツィア政治家で、愛国主義者、ヴェネツィア臨時政府大統領。イタリア再統一に従事した英雄として知られている。

(xiii) 日本は通例、バジヨットの発音で知られているが、筆者が複数の英国人に確認した正確な英語の発音はバジエットである。今日では、インターネットの多くのサイトに各地域のネイティブによる発音の標本がアップロードされており、現地での発音の確認が容易になっている。バジヨットのように昔から日本人研究者によく知られており、伝統のある人名は、逆に、人名辞典などでも間違ったまま伝わることも多い。

(xiv) ヘンリー・ハラム Henry Hallam (9 July 1777-21 January 1859)。英国の歴史家で、英国憲法史の古典的名著『英国憲法史』*The Constitutional History of England*, 1<sup>st</sup> ed, 3vols, (1827) で知られる。ハラムの憲法史を皮切りに一九世紀の英国の憲法研究は始まる。

(xv) Edward Augustus Freeman エドワード・アグストゥス (オーガスタス)・フリーマン (2 August 1823-16 March 1892)。ヴィクトリア期の建築家であり、歴史学者であり、政治家。オックスフォード大学における現代史の欽定講座教授 *Regius Professor of Modern History* であつた。主著として『英国憲法の発達：その創成期から *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*, (1872)』がある。当時流行したドイツ歴史学派の影響を受け、ゲルマン史学的観点から英国の初期憲制・憲法史を叙述した。ダイシーの著作にしばしば引用されているが、ダイシー自身は、英国憲法の精神の起源をゲルマン・ドイツに求めることには拒否感を表している。

(xvi) 長期議会 (The Long Parliament) は、スコットランドの反乱に敗れたチャールズ一世が賠償金を捻出するため一六四〇年十一月二日に召集した議会で、オリバー・クロムウェルにより一六五三年四月に解散されるまで、一三年の長期に渡り続い



たことからこの名称がある。清教徒革命はこの会期に行われた。ここで言及されているのは、クロムウェル治世時の革命議会としての長期議会による破壊的立法である。

(xvii) ダイシーがここで使用している原語は“the Saint Bartholomew of abuses”。

一九世紀に活躍したフランスのジャーナリストであり歴史家、フランソワ・オーギュスト・マリ・アレクシス・ミネ（ミネルハ、ミネルハと号）François Auguste Marie Alexis Mignet (8 May 1796 – 24 March 1884), *Histoire de la Révolution française depuis 1789 jusqu'en 1814*, 2 toms, (Paris, 1824) が、ソースである。日本で明治時代の官僚で法律家であり司法大書記官、東京法学校（現法政大学）校長などに任ぜられた河津祐之（かわづ すけゆき）(1849-1894) による翻訳でミギエー著『佛國革命史』明治三二年（一八八九年）として出版紹介されているが、今日では日本でもヨーロッパでも殆ど忘れられている作家である。英国では原著出版の二年後の一八二六年に *History of the French Revolution, from 1789 to 1814* として英訳出版され、二〇世紀初頭一九〇七年に至るまで繰り返し再版されたようである。ダイシーが読んだのは恐らく英語版の方であろう。この部分だけであると、関連部分の abuse の意味が難解であるので原文を紹介する。François Auguste Marie Mignet, *Histoire de la Révolution française depuis 1789 jusqu'en 1814*, (1824), tom 1, p. 101; ‘Cette nuit, qu’un ennemi de la révolution appela dans le temps la Saint-Barthélemy des propriétés, ne fut que la Saint-Barthélemy des abus.’ 同英訳 pp. 53-4:

‘That night, which an enemy of the revolution designated at that time Saint Bartholomew of property, was only the Saint Bartholomew of abuses.’

「この夜をある革命の敵は当時、各種所有権 propriétés の虐殺・抹消の時であったと称したのであるが、実のところそれは（封建的）濫用（特権）の虐殺・抹消に過ぎぬものであった。」

革命時の消極的・破壊的立法でアンシャン・レジム時代からの各種土地所有権を廃止したのを、反革命派は革命のイデオロギーの一つである所有権尊重のその「所有権を皆殺し」にしたと非難したのであるが、実際のところは、「封建的濫用によって生み出された土地特権」の廃止に過ぎなかったとの意味であろうと解釈する。濫用ということばだけで「封建的濫用によって生み出された土地特権」まで読み込むのは骨が折れる。仏語では Saint-Barthélemy という単語一六世紀の有名なサ



ン・バルテルミの虐殺に引っ掛けて、「抹消、抹殺、虐殺」の直喩となる。本訳では「虐殺」は強すぎるので「抹消」と翻訳した。なお、当ソースとその意味の確定には日本大学法学部の吉原達也教授に一方ならぬご教示を頂いた。



# 国家と社会の機能変動…憲法と国際秩序への挑発

フィリップ・クーニヒ

高橋雅人<sup>訳注</sup> 訳

- I. はじめに
- II. 国家と社会の法的分離
- III. 国家の後退と社会の利益代表に対する開放
- IV. チャンスとリスク
- V. 民主主義と法治国家性の燈す国家の責任
- VI. 憲法学と立憲化
- VII. 展望

## I. はじめに

ヨーロッパで、のちにはほかでも、近代的立憲国家の基盤が構想され定着したとき、相互に独立したと想定された諸国家は、国際法によつて、同格の一つのシステムのなかで結びつけられていた——当時はいまとは別世界ではあつたが。今日の世界といたら、私と同世代の人たちが体験し学問的に従事してきた国家と法の世界とは本質的に異なっている。すなわち、ヨーロッパにおいて、たしかに異なつてはいるものの共通した基本理念と価値に結びつけられた国家システムを、新たな性質として一つにしていこうとする理念からしばしば着想を受け、動機づけられている国家とはちがつてきているのだ——この価値とは、私が今日お話しさせていただくこの大学のあるこの街でも完全に共有され定着しているものである。ここで見いだされた認識と価値は、特に東の方向へも道を見だし、そこで濃縮され、そこから再びヨーロッパ圏に戻されてルネサンスをもたらし、啓蒙と法文化の成果としての近代立憲国家を可能にした。

われわれが過去数十年のあいだに経験し、かつ現に経験している若干の諸事象というのは、このように刻まれてきた世界、諸国家、法のモデルのなかに、ただ重々しくはめこまれていくにすぎない。これは、国内についても、ヨーロッパ諸国連合においても、それから国際的なシステムについても言えることである。銀行とさまざまな団体の活動が国家行為を決定している。それらの活動は、政府の活動の公表よりもずっと注目を浴びている。銀行は、金融業以外の様々な業務を行い、通貨を弄び、損失や価格暴落または食品価格の上昇、諸国家の破産すら投機の対象とし、しかも彼らがその投機の成功に自ら寄与できる地位にあると仮定することには十分な理由がある。ときには銀行も失敗

し、想像できないほどの規模の資金を喪失するが、その時は国家の資金注入によって生きながらえる。銀行は不可欠のものと考えられているからである。その分、他の目的に使う金は失われる。国内選挙または重要な政府決定の前後に、金融市場のアクターは、査定を発表して脅かす。何十億人もの生存可能性と未来の可能性が、ほんの少数の個人のために、過大な利回りの利益獲得に方向づけられた決定にかかっているように思われる。長いこと世界のさまざまな地域間で歴史的かつ地政学的に引き起こされていた貧富の格差が、やがて帝国主義と植民地主義によって強められ、いまや特権化された空間の内部、ヨーロッパ内部やヨーロッパ共同体内部でも、増大する社会的貧困化がつけ加わっている。

しかし、単に国際的な資本市場だけが問題なのではない。国内でも、我々は驚くべき変化に遭遇している。特にコミュニケーションの分野でそれが起きている。コミュニケーションメディアによって、実質的に政治過程の具体化が行われている。なぜならコミュニケーションメディアは、国家の決定につながるだけの議論状況を形づくり、影響を与えるからである。ときおり有権者が、選挙の決定の際に、メディアによって暗示をかけられる、という印象すらある。政治的な駆け引きすらも商業的に作用している。「インターネットなどを利用した」電子的公開手段は、市民社会の活動の前提となる包括的な情報化をもたらすだけではなく、人格権に対して、国家に由来するものよりもかなり強烈な脅威となりうる。同時に、このことは、精神的な財および権利の脅威ならびに文化的な価値創造の脅威と結びつく。こうしたすべての現象は、国家と社会の関係にもかかわっているのである。これらのうちいくつかは、後で再び取り上げたい。



## Ⅱ．国家と社会の法的分離

私の講演は、それ故に、国家と社会の間の若干の機能変動に関するものである。社会的アクターとは、官職にある者でも政府を代表する者でもない者のことで、したがって、政府やその下位にある行政官でも、立法府議員でも、あるいは司法官でもないすべての者であり、しばしば市民と呼ばれる。これにはほとんどの人が含まれるので、市民ないし社会的アクターは非常にさまざまな役割を演じることができ、その中には、国際的な結びつきと市場において強大な力をもった寡占状態の株式会社や、千億ドル以上の名目上の市場価値をもったいわゆる社会ネットワーク（訳注<sup>1</sup>）なる概念の混乱）や格付け会社が含まれる。これらはすべて市民であって基本権享有主体であり、相応に保護される。しかし、それらから、誰がわれわれを保護するのか。

社会が対峙している国家というのは、大部分は公法分野で決定を行う、国家権力の三つすべての形態にあらわれる諸機関である。もともと、国家は二つの顔をもっている。国家は、私法に基づいて行為を行うこともできるし、私人を任務遂行に關与させることもできる。そしてこのとき、国家は自らの憲法上の拘束を失うことはない。いや、より正確に言えば、国家は憲法上の拘束を失ってはならないし、失うべきではない。以下は、その枠内での理論である。国家と社会の理論的な分離は、——ヨーロッパ諸国それぞれで異なる経過を辿ったのだが——ドイツでは、その立憲君主制の時代に形成されたが、その移行期は、国家権力の法治国家的抑制に関する觀念の形成によって特徴づけられ、同時に、民主的な萌芽をたんに黙認することで、むしろしぶしぶ甘受した君主制システムを存続させることで特徴づけられた。国家と社会の分離は、国家支配に市民の人格的な自律性を対置し、高権的権力を自由と対置し、公共

空間を私と対置した。かつての国家の活動領域であった経済、学問そして教育の大部分と宗教作用が、ますます脱国家化し、自発的に理解された国家の自己抑制として、発展史上は整理された。このことは、当時は、発展を促進するものだったのである。

この分離思想の歴史的起源は、国家と社会の区別がしばしば時代遅れと見られることの所以となっている。それは危険で誤った考えだと私は確信している。現行憲法システムは、これと対立する立場から出発しているし、国際法もその立場を求めている、と私は主張している。これは正当化の問題であり、それは基本権秩序にかかわっているものであつて、結局は政党の役割の問題なのである。正しく理解された一般的な人権宣言は、これらの問題に対する決まつたまやかしの答えを求めているだけではない。

憲法のなかには、正当化を生み出す手続きが規律しないものもある。つまりそれは、選挙の民主的な妥当性を明文で要請するだけの憲法である。しかし、このことが表しているのは、いずれにしても国家機関のすべての行為が、選挙民に帰される正当化連鎖に支えられていなければならない、ということでもある。それは国家と社会の機能変動に内容的な境界線すらも引く。これについては後でもう一度取り上げる。

基本権もまた、国家と社会の領域に違いがあることの証拠である。なぜなら、基本権は、私が先に市民と称した者たちの諸権利として構想されているからである。それらは、意見表明の自由や集会の自由といった民主主義的な基本権であり、それは国家的アクターには与えられていないのである。結社の自由も、自律的な結合形成の権利として、この文脈におかれる。また、財産権と職業の自由といった他の諸基本権もここに示しておく。国家は基本権享有主体とはなりえず、国家は基本権に拘束されているのだ。基本権は、国家の社会への介入を防御するものである。今日は

次のように言っておこう。国家が社会的権力からわれわれを保護するための基本権もわれわれは必要としているのだ、と。

最後に、政党である。ここには、比較法上、きわめて大きな相違がみられる。政党は、ここで前提としているモデルにしたがえば、社会的アクターであるが、国家機関ではない。もともと政党は中間的存在といったところのものである。なぜなら、私的結社という政党の地位にもかかわらず、政党には、憲法上、国民の意思形成への協力が課せられているからである。政党は、議会内で形成した会派を通じて、制度的に、そこで行われる——国家的な——決定に参加する。政党は、国家の職務者になる政治にかかわる者をリクルートするための集団を形成している。政党は、その役割を果たすために、部分的にであつても、国家によって資金援助されている。しかし、政党は、資金力のある社会のアクターからも、ときには公開で、ときには間接的に金銭が支払われる。ドイツでは、大企業が党大会のスポンサーになる。したがって、政党の地位は、国家と社会の分離の根拠でもあるし、両者の境界の線引きを困難にする根拠ともなっている。

### Ⅲ．国家の後退と社会の利益代表に対する開放

国家と社会の原則的な分離という憲法上のモデルを現実と対決させるなら、ヨーロッパではいたるところで機能変動が姿をあらわす。国家が、法的に閉ざされた領域にどの程度まで踏み入ることができるのか、ということや、いつの間にか踏み出してしまったということ、ここでは問題にしない。むしろ私は別の問題側面に限定する。どこで国家がいとまを告げて、その分野を私的アクターに任せるのだろうか。どこまで国家は、新たな挑発に対して無為であ

りつづけるのだろうか。国家の決定への社会的アクターの影響と作用はどのように見えるのだろうか。

たとえば、国家は、かつて運送部門、鉄道、郵便、空港営業・航空安全、公衆衛生、廃棄物処理そして水道供給といった古典的な国家任務を負っていたが、「今日では」私人を警察任務に参加させ、犯罪者に対する保安処分にさえも参加させている。戦争は私的な軍によって行われている。

国家は長いこと、私的アクターが国家機能の行使に対して影響を与えることを許容してきた。

立法、行政、司法において、社会的アクターは国家の決定に影響を与えている。三つすべての領域で、フォーマルな影響とインフォーマルな影響が区別されうる。フォーマルな影響とは、形式、すなわち法律によって規定されるものであり、インフォーマルな影響とは、法律の規律の外で実行するものだが、先の理由から必然的に違法ではない。

立法。それは議会によって行われるが、議会が法律によって授権した場合には、政府も行う。この理論からすると、この種の授権法律は、対象と内容を限定しなければならないので、行政は議会によって引かれた範囲を行使するだけである。この立法過程への社会的アクターの参加は、少なくとも憲法では規定されていない。それにもかかわらず、社会的アクターの参加は著しく、かつ、内容上もしばしば影響を与えている。これは法律の発議にも、さらに立法手続にも関係している。

立法のイニシアティブの権能は、国家機関のみに留保されている。実際には、そこに、形式的に議会が発議者として登場する場合であっても、政府が優位にたっている。これは、システムに内在する政党の優位を生みだしている。しかし、その他の社会的アクターも立法準備に参加し、しばしば決定のきつかけを政治的に与えている。つまりそれらは、社会的な部分利益の組織である団体なのである。それは、工業、手工業、経営者団体といった経済的利益の代

表であり、社会的利益またはエコロジーの利益の代表でもある。これらは部分的には、政党を経由し、考えられる立法、あるいは予定されている立法における個々の問題を社会的団体の代表者と討議し、しばしば将来の潜在的な立法の名宛人の了承を得ようとする。政府自身もそうした議論のイニシアティブをとる。政府は意見を求めて審議会と専門委員会を設置する。この過程は圧倒的にインフォーマルに行われる。それは多かれ少なかれ透明性をもって行われるが、ときにはメディアの公開による活気づけをねらった選択的で部分的な透明性によって行われる。それはロビイストという独自の職業を生み出す。それは大群である。ドイツでは、ロビイストの一部は、助言者として省庁に従事して、法案を下書きする。

行政は、法律のプログラミングにより個別事案を決定するが、そのとき内容形成の余地があるのは、とくに法律執行が裁量のかたちで行われる場合、つまり法効果の点での変動域が、不確定法概念の具体化のときや、とりわけ、たとえばインフラにかんする重要な巨大プロジェクトの法的な形成としての計画の分野で、法的に許容される決定をみとめる場合である。ここでは衡量が可能であり、ときには本質的に、法律執行を「公共の利益」に最も適している問題に限定できる。そのような状況では、しばしば社会的アクターの対立する諸利益にかかわる決定のために、多くの代替案から選択を行うのは執行行政なのである。このことは、直接的には、社会的アクターが自らの利益を決定前に強く主張することにつながる。

立法のこの状況とは反対に、行政の手続法は徹底的にその必要性に応えている。したがって、ここでわれわれは、フォーマルな作用と向き合わなければならない。ドイツ法では、行政と決定後の名宛人との法関係だけでなく、第三者の利益にもかかわる行政決定については、そのような関係人へ徹底的に聴聞を行う可能性がある。建築法や環境法



など、様々な法領域が多くの例を提供している。ある建築計画や操業施設が許可された場合、まさに広い範囲の關係人のフォーマルな関与というものが予定され、そこから訴えの可能性も発生している。巨大プロジェクトにおいては、数百の、いや数千の關係者がいて、それは、しばしば個人として協働するし、また組織された団体のなかで協働する場合もある。したがって、国家機関である「行政」は、一面的・高権的に決定するのではないし、社会的利害と隔離されているわけでもない。むしろ決定にいたる道程を、その担い手たちが行政に随行するのだ。その際、しばしば、考えられうる決定の内容を議論の対象にして、討論の期日が予定されるのである。この種のコミュニケーションは、心理学的な理由ゆえ、意見のたんなる交換から共同決定へと傾いていくことになる。

#### IV・チャンスとリスク

国家の代表者と社会的アクターとのコミュニケーションに関して私が述べたことは、国家による決定の質にとって有益なチャンスとなる。長いことわれわれは、リスクに対するこうしたチャンスをはつきりと強調してきたように思う。参加させ、開放的で、かつ柔軟に見せている国家というものは、たんに好感が持てるというだけではなく、一方的に厳しく上から官憲的に決定する国家と比べて、たいていは適切に行動する。それは、決定を行う機関が、その決定の帰結全体を考慮できる場合には適切にはたらく。立法手続においても、行政手続においても、社会的アクターの関与は、事実に関する決定者の知識を補完し、本質的な観点が無視されるのを防ぐことに役立つ。さらにコミュニケーションは、国家の決定の受容を獲得することにも役立ちうる。コミュニケーションは、国家が自らの決定に対する裁判上の権利保護の主張を考慮しなければならないのかどうか、そしてどの程度考慮すべきなのかについて判断す

る負担を軽減している。徹底的なコミュニケーションは、前もって長期的な訴訟を回避する手助けとなりうるのである。

しかし、チャンスのあるところには、リスクが存在する。リスクは巨大であり、その存在はいよいよ明白になっている。限界が踰越されると、説明責任が曖昧になる。個々の決定にあたって、国家が単に形式に従って決定を行う場合には、そのものごとに関して社会的アクターの強制力と圧力の度合いに応じて——実質的に——形式や内容が脅かされる。国家が自ら活動を低下させている事項、すなわち民営化を推進している領域や、いわゆる規制緩和の分野では、事実上、国家に残された統制権限と監督権限がもはや実効的に行使されないことが起こりうる。しかし、それはまた、国家が立法権と執行権の決定の準備のために、社会との協働を招く場合にも起こりうる。ここでも、国家は、場合によつては、公共善に沿うように民主的に正当化された手続で制定された法律に基づいて一方的に決定する力を必要としている。国家はまた、場合によつては、抵抗勢力に対しても強制する力と、その力を使用する意思を必要としている。

そのような力には部分的に欠けたところがある。国家は、最小の抵抗方法をとらせるように誘導できる。立法の際に起こりうるのは、国家が可能な限り多くの、相互に対立する利益を対等に考慮しようとして、その結果として明快な決定を行わずに、裁判所によつてはじめて具体化されることになる、妥協のようなはっきりしない法律を施行することである。これは、権力分立のバランスを狂わせることになる。

さらに考えられうるのは、——これは行政と同様に、立法にも当てはまるのだが——国家が、とくに持続的な影響力をもった自己利益の代表者たちから影響を受けうることである。よく知られているように、社会的勢力を組織する

ことは、しばしば財政の問題となる。専門家の助言は、法的助言ですらも費用がかかるのである。したがって、弱者や経済力の弱い社会部門の利益が、背後に押しやられてしまいがちになるのは、国家が、彼らの利益を実効的に代表する者たちに対して優位にコミュニケーションする場合である。それは、とくに巨大なプロジェクトに関する行政決定の際に明らかになる。国家が、コミュニケーションによる決定を行う際に、一定の決定への積極的ないし消極的利益をもつ者たちと優先的に関係をもつ場合に、全体社会の利益が背後に押しやられる危険がある。そして、もし国家が決定を行う際、世論調査に基づいた多数者に短期的に方向づけられるのであれば、国家はより長期的な公共の利益を見落とすことになるおそれがある。なぜならそのような利益を代弁する者は必然的に少数だからである。国家はとくにこの代弁者たちを想定していなければならない。

このような観察からいくつかの懸念が生じる。立法に目を向けたとき認められる問題——いつ、そしていかなる条件下で社会的利益の集積が、法律の質に欠陥を生じさせたり、特定の法律を一面的な利益誘導に至らせたりするのか——は、しかし、行政決定の質に関しても生じている。国家行為は、社会的勢力が押し付けたものにどこまで制約されることになるのだろうか。部分的には発信し放題で、あるいは原初的なソーシャルメディアは、決定の客観性——と正当性！——のどこに影響を与えているのだろうか？国家と法は、その決定が私的な個別的利益の手段と見られた場合には、その威信を失ってしまう。

市場、競争及び民営化は、多数者のための繁栄と社会保障の唯一の前提条件であるという信念は、我々は今日では他の国々でも受け入れる所となっていると考えているのだが、私的アクターがまず自己の利益を認識しなければならぬというこの状況に適合していない。彼らは、何人も最初は私的利用によって動機づけられるという——人間がこ

の思想をもちはじめたとき以来——よく知られた状況を抑圧することに心を寄せている。トマス・ホッブズはこれを狼のようだと呼んでいる。国家は、利益をめぐる闘いに可能な限り多数者が参加するためのルールを設定することで満足してはならず、非参加者や弱者の利益ならびに将来の利益に配慮しなければならない。そのために憲法は、私人には妥当しない諸義務を、国家には課しているのである。

## V・民主主義と法治国家性の燈す国家の責任

国家は、誰もが真剣に取り組まねばならない政治学や経済学の理論にしたがえば、社会的原動力を制御する唯一の引受手である。このことをわれわれは、ホッブズ以来知っているし、マルクスも、少なくとも彼の期待する無階級社会という悟りの境地の前段階に対する認識を本質的に豊かなものとしたが、われわれは残念ながらそれを期待することはできない。以下の考察で求めようとするのは、われわれの学問である法学が、国家の任務遂行にとって唯一の基準でありうるものを促進するために、すなわち、あらゆる人間にとって、その相違にもかかわらず、平等な発展のチャンスの保障とそのようなチャンスを実現できる生活条件の維持ないし整備を促進するために、いかなる寄与をなしうるのか、ということである。

法治国家は、民主主義——競争を通じてさまざまに形成される理念——の手續に必要な組織形式である。民主主義が、正確には可能な限り多くの決定に参加機会を与えることに特徴があるので、それに当たっては愚かさや無知に影響されているということも、何ら根本的な異議となっていない。民主主義的決定に基づく不正、不幸及び衰退は、無制約な資本主義システムの結果としての、あるいはエリート思想に基づくイデオロギー的幻想を実現した結果とし

ての平等性に対比すれば、最善であるはずだとおそらく思われる。

したがって、法治国家と民主主義に対する他の選択肢はないので、最近の誤った発展をかんがみるに、すでに存在し継続的に発展している措置の活発化が必要となるのである。

戒めるべきは、まずは、一般的な法の役割であるその妥当性と堅牢性についての意識である。法律の優位性とその拘束力は、平和的であると否とを問わず革命を通じて開発されたので、高位の国家の代表者たちをもいらだたせている。ドイツの連邦宰相は、議会選挙の機会を改善するために憲法の諸ルールを相対化して議会を解散した。アメリカ大統領たちは国際法をあまり気にかけない。あるイタリアの大統領は、自分は法的な責任の外にある、というように振る舞っていた。他国の多くの代表者たちからは、法は、法の支配 (Rule of Law) の意味というよりも、法による支配 (Rule by Law) の意味で理解され、すなわち法は内容的な規準としてではなく、単なる道具として理解される、という見解がある。

類似して、問題なのは、国家の代表者たちと、社会および資本との間の距離の喪失である。国家官僚は、ときおり自分で、しばしば官僚に関係する人に、相当な個人的な利得を与える。ドイツでは官僚は失墜した。なぜなら、官僚は社会領域からの寄付によって利得をあさっていたからだ。多くの国でこのことは微罪とされる。しかし私は、ここでは、それが法文化の発展と存続の前提条件であったとしても、もうそれを政治的倫理の問題と言うことはない。

個人と集団の意思表明によって国家の決定を事前に刻印づける民主主義の理念は、弱められてはならない。国家の決定に対する社会の影響力は、民主主義の表明で足りない。社会的影響力は、まさに国家的アクターの人の選定と正当化において実現され、——とくに重要なのは——政党内部の民主主義として実現されている。なぜなら政党は、人



的にも内容的にも、国家と社会の結びつきを創出する課題をもつにふさわしい社会的アクターなのだから。その点で、政党は多くの諸国家で荒廃しているように見えるのだ。

しばしば忘れ去られることだが、民主主義は不可分に、正当化だけではなく、内容的な責任とも結びつけられている。社会的アクターは国家に対して責任を負わず、他の私人と自身に対して責任を負う。したがって、民主主義原理は、責任の実効的な引き受けをすでに要請しているし、行為義務を基礎づけている。これは、国家任務の民営化と、国家が責任を負う決定への私人の影響力の甘受に、法的な限界を引いている。

ドイツ連邦憲法裁判所は、今年一月に、私人による高権的任務遂行への注目すべき基本決定を行った。<sup>(1)</sup> そこでは、刑罰執行の一部が問題となっていた。すなわち、国家の任務が委譲された私法上の資本会社による精神科病棟と教護施設における措置である。そこで強制措置を与えられた施設利用者が憲法異議を出したのである。基本法三三条四項は、高権的任務のための官吏の設置を規定している。この規定は、そのような任務の私人への委譲にも適用され、例外事例には限定的に適用される。要請されているのは、そのような状況では、裁判所が、任務遂行に対する議会による統制可能性を保持しつづけねばならない、ということだった。裁判所は明確に、国家責任からの逃走に対する憲法上の禁止を述べた。秩序にかなった任務遂行のために、国家の保証責任には——議会に対しても——相応の觀察義務が含まれている。そして——引用すると——「民主的正当化の連関は、議会がこの觀察義務の履行を妨げない場合にのみ維持され続ける」。したがって、ここでは事実上の質も求められている。国家の監督官庁は、割って入ってきた私人に対する実効的な監督についてたんに権限があるだけでなく、義務づけられてすらいるのだ。重要なのは、憲法の上記規定が、ここでは絶対的な民営化の限界としてあらわれるのではなく、それは責任ある合理的な決定を求めて

いるということである。こうした権力と責任の一体化の憲法上の義務づけという根本思想は、個別事例を越えて広く一般化可能である。

## VI. 憲法学と立憲化

上述した、国家責任の憲法上の要請という民主主義理論によつて基礎づけられるテーゼは、それ故に判例によつて確立された一つの憲法学的認識である。このテーゼは、すべての民主的に志向された憲法において基礎づけられていて、たんに発見されねばならないだけだと私は確信している。ともかく憲法学の革新力は呼び起こされなければならないのだ。憲法学は基礎学であり、そのかぎりで、法制史、比較法、法哲学と並び立つものである。

たしかに憲法学は、法の歴史や哲学とはちがつて、現行法に取組むので、それらとは区別されている。すなわち、憲法学は、一定の時点での法律に基づいて、そのつど実際に妥当している憲法に基づいて、具体的な法問題にいかに対応するべきなのか、という問題に専念する。しかしこのとき、その通用している諸憲法の間で共通した内容というのは、一般に思われているものよりも大きいもので、少なくとも多様な個性を顧慮しない公理よりも大きい。それゆえ比較憲法も、多くの国々の憲法実務の方法として、きわめて長いこと定着してきた。憲法学は、他の基礎学とともに、全体法秩序に関わっている。憲法は、他のあらゆる部分法秩序に対して上位にあり、それゆえ優位を要請されている。憲法は、国内規範のヒエラルヒーでは最高位にあり、国際法だけがさらに上位にある。

他のすべての法に対する優位性は、原則的に、おそらく世界中のあらゆる憲法が要請している。それにもかかわらず、その帰結は、きわめて多様である。このことは、比較法的研究が示すように、憲法がきわめて異なつた基準をも

とに具体化されていることから説明される。たいていの憲法は、たんに大綱を設定する機能に限定されていて、憲法下位法という、いわゆる単純法に、まったく異なる方向に発展する可能性を与え、その内容を拘束しない。それは結局、多かれ少なかれどれも同じように見える政党綱領と同じように読まれる。さらに、多くの憲法秩序には、単純法の憲法適合性保障ないしその憲法適合的解釈に関する実効的な実現メカニズムが欠けている。憲法学はそのような欠缺の除去という目標をもつ基本的な学問として認識されねばならない。憲法学は、憲法が法全体の立憲化を獲得することを十分に考えなければならないのである。<sup>②</sup>以下では、このことが——ここに挙げた民主主義理論の要請を越えて——社会的勢力に対する国家の脆弱さとの闘いについて、いかなる結論をもつのか、説明したい。

もし法秩序——全体——の立憲化という場合、考えられるのは、基本権と、さらに、例えば立法の権限規定や立法の内容形成の憲法上の基準といった他の憲法諸原理が、法システム全体に偏在し、単純法の解釈を導くということである。このことは、基本権の水平的効力の意味で、私法に対して広く承認されている。<sup>③</sup>憲法が法律やある私法契約の一定の解釈を要求しているのであれば、憲法はこの解釈をあらかじめ強制的なまでに設定していることになる。もしそのような解釈が、単純法の立法者の認識しうる規律意思を鑑みて不可能なのであれば、そのような法律は違憲と考えられなければならない。基本権を考えれば、このことは広範な帰結を有している。基本権の水平的効力は、基本権が、たんに国家権力に対する個人の防御権として理解されうるだけではなく、価値を置く基本決定としても理解され、そして、基本権に置かれた価値の、私的アクターと、私人同士の関係の保護が国家に義務づけられている、とも理解される、ということに由来する。したがって、すべての法的紛争は、潜在的には憲法争訟である。したがって、すべての専門裁判所は、憲法裁判所でもある。そして結果的に、それらの憲法裁判所は専門裁判所でもある。これには多

くの重要な限界問題が結びついていて。それは、実際に示されているように、憲法裁判権の優越なくして解決することはできない。<sup>(4)</sup>

立法への基本権の影響は、本質的に、立法可能な内容の実質的な限界という意味で理解されている。したがって立法は、立法の必要性に由来する基本権保護義務によっても決定されている。立法は基本権の実現に資するのであって、それは、基本権実現の条件を作り上げる前提となっている。個人のために平等な機会実現の可能性を保障する義務を国家が負っているのであれば、ほかの社会的勢力がそのような機会掌握のための状況を作った場合には、国家は、立法によつて介入しなければならない。

基本権介入の領域で、許容される介入を限定するための決定的な基準として比例原則が有効ならば、<sup>(5)</sup>保護の次元では過少保護の禁止が相応する。比例原則が要求しているのは、正当な目的がただ適切な手段によつてのみ追求されるということである。しかも、その手段は、より小さな負担の手段を用いずに、最終的に適切となるという意味で必要でなければならない。この比例原則の考え方は、法治国家に義務づけられたあらゆる法文化に共通の要素として妥当しうるほどまで本質的なものである。これは、「法治国家という」術語「があるかどうかという」問題とはまったく関係がないわけではなく、そもそも構造的に予定されているものなのである。こうした基本思想が欠けていることを合理的に理由づけているような法秩序はあつてはならないだろう。

立法不作為や不十分な履行といった状況では、過少保護の禁止が過剰介入の禁止と対応することになる。

この過少保護の禁止は、比例性審査を裏返しにした思考のステップを要請している。そこで適切性ととらえられるものに対応して考察される。たとえば、資本市場法の厳しい規律といった立法を放棄することから、不適切にも基本



権の発展と対立する状況が生じるのか？比例性審査の要素である必要性と対応して、衡量されたある立法措置がこの不適切性を除去できるかどうかを問うことができる。不適切性を除去できる場合、すなわち、より緩やかな手段に代替されない相当な措置が行われうる場合にかぎり、憲法上その措置が要請される。たしかに、立法は通常、立法者の裁量である。しかし、この状況は、裁量の縮減の問題である。なので、ここで挙げた合理性の基準にしたがって審査された法律が公布されなければならない。このことは、立法者の客観的義務である。この義務は、規範統制手続における審査に開かれている。客観的な国家の義務が、主観的権利の次元にも及ぶのはいつも、措置の不作为が、基本権保持者その者への個別的な介入となる場合である。この状況では憲法異議の可能性も開かれる。

この構想が、法律の公布と同時に、他者の基本権の介入と結びつくときには、それは憲法が求める法律の比例性審査にとって代わるわけではない。立法は、典型的には多極関係のなかで行われる。過少保護の審査の結果は、権利が縮減される者の観点から、過剰介入の審査状況による。あらゆる関係人の基本権地位を包括的に衡量できる適切性の審査段階は、相当の判断基準を提供する。憲法裁判権を強調し、そしてあらゆる裁判所を憲法が拘束するということを鑑みて、とどのつまり、裁判権一般を強調するような構想には、反論する者もいるだろう。それは裁判官支配を助長する、と。したがって、立法者というのは、立法者自身が立法権の憲法上の規準を満たすことによって、裁判官の介入を回避することができるということを考えねばならない。過少保護の禁止と結びついた保護の構想も、立法の内容形成に対する裁判官の敬讓の必要性を課している。ここでの裁判官の規範統制は、不作為または不十分に行動する立法者に対する統制も、合理性審査にほかならない。この審査を、立法者は合理的な論証によって切り抜けることができる。しかし、もはや合理的に理由づけられないものは違憲であり、不作為でもある。



## VII・展望

多くの国々で、この裁判規範統制によって、とくにこの統制可能性があるという予防的効果によって、よき経験がえられている。規範統制は、立法者の基本権侵害を抑制させ、最小化させた。似たことは、ヨーロッパの裁判メカニズムでも言われている。たとえば基本的自由は、とくにストラスブールに提訴できるように取決められた人権は、個人を保護する力を、主に裁判所の機能に負っている。このことは、介入の次元の裏面にかかわっている。つまり、無視をする立法者にも不作為の立法者にも、実効的な裁判統制を受けさせるので、筋が通っていると思われるのだ。民主的な思想に基づく国家の最終責任は、法治国家理念におかれた裁判統制がおざりにされる場合に必要となる。

たしかに、われわれは、憲法と憲法に関する学問に過大な要求をしてはならないが、社会的領域からあらわれる実際の脅威のシナリオに対して、これを発揮させる理由がある。法は、普遍的な要請をもったヨーロッパの文書に置かれた共通の価値を貯蔵する倉庫であり、貯蔵室であり、それは、私が冒頭で言及した思想の潮流に由来している。この潮流はかつて、唯一者として社会契約に参加せず、それでも不可欠とみなされたレヴィアタン〔怪物〕を、法の遵守の確保のために飼い馴らした。それは、海の怪物という脅威のないエウダイモニア（幸福）の登場に関するアリストテレスのオプティミズムを修正することで行われたのである。このレヴィアタンをわれわれは解放しようとはしない。しかし、かつてトマス・ホブズがレヴィアタンを案出したように、レヴィアタンの特質を十分に生かしければ、平等で尊厳ある人間の生を侵害する、そういうところに介入するために、われわれは、国家と、国家間の結合した諸組織を準備されたものとして見るのである。

長いこと、ヨーロッパの憲法学者は、自覺的に、法治国家と民主主義の伝統を外に輸出しているし、篡奪のエリートたちが形式的な正当性を伴いつつ、イデオロギーまたは家族主義的・封建主義的に飾られ、多かれ少なかれ法律もなく支配したか現に支配しているようなかのシステムに対して推奨している。たしかに、それを続ける理由はあるが、それでもわれわれは、自分たちのヨーロッパでも、その自分の要求をかなえるように注意しなければならない。

最後に意見を述べておきたい。私が何度も強調してきたのは、法治国家の遺産の公理である、立法の水準の要求、個人の権利保護、独立した裁判所による国家行為の統制可能性、比例原則、人権に含まれる価値のための国家の最終責任、ここでさらに付け加えて、社会的・経済的・文化的人権を含めて、各国に与えられた国際法とみなすことである。国内においてこれらすべての発展を獲ようとするわれわれの努力は、きちんと見てみれば、普遍的な法の規準を執行することなのだ。たとえその意識が、規範的な当為（Sollen）に劣っていても、法的にこのことは確かなことである。——もう一度マルクスを引用すると——たとえ存在（sein）が意識を規定しても、当為が強力に意識と行為すらも規定できることに、われわれは飽くことなく取組みつづけてはならない。

そのほかにも、国際法秩序は、これまた尊大にも、保護責任履行のために信賴すべき介入能力の拡充を求める状況にあり、つまり、権力者たちと諸国家の利益の集中を克服する状況にある。それは、国家間の法から世界の人々のための法にならねばならない<sup>⑥</sup>ということであり、国際法学は、われわれが立憲国家の内部で維持しようとしてきた平等の価値のために、刺激を受けることができるし、刺激を受けなければならないのである。

訳注 訳者による訳注をつけたほか、読みやすくするために「括弧」の表記でことばを補った部分がある。

訳注1 「アクター」ということは、日本語としてあまりなじみがないため、このようなカタカナ語ではなく「主体」と訳出することも考えられるし、その方が読みやすいかもしれない。それでもなおここでは「アクター」とする。それには、重大な理由がある。それは、ドイツ語で“Akteur”と表記されていることについてである。ここでは“Subjekt”（主体）と表記されていない、ということに意味がある。つまり、“Akteur”と表記したのは、「主体性」を意識させることよりもむしろ、国家と社会とが交錯する公共空間で一定の役割を演じる行動因子・要素として“Akteur”（役者）の意味を込めた、ということに注目したい。国家的主体や非国家的主体などさまざまな「アクター」が交わるこの世界観（国家と社会の脱分化）においては、「主体性」よりも、多様な「アクター」の交わる「関係性」を基点にして世界が観察されるため、その関係間での一因子を示すことばとして「アクター」が使われていると考えられるのである。実際に、本稿のように、国家と社会が交錯する公共空間を議論する際には、近年のドイツでは、「主体」ではなく「アクター」ということばを用いることが通用している。そのとき、「主体性」から「関係性」へと視点が移行したことがしばしば指摘されるのである。たとえば、この用法で最も代表的な論者の一人としてしばしば挙げられるレナーテ・マインツは、次のように「アクター」という用語を述べている：「協働する国家のモデルでは、制御を行う主体と制御の客体の明確な区別というものが消滅する。それに応じて『政治』システムは、もはや国家的アクターの意味や政治行政システムの構成員の意味での行為者のみに関わるのではなく、自己の行為によって『公共的利益』を代表し、実現するあらゆるアクターを含めなければならないのである。」（Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2.Aufl. (2006) S.11-20 (13))

訳注2 「今年」と記されているのは、本稿の基になった講演会が二〇一二年に行われたためである。正確には「今年一月」とは二〇一二年一月であり、具体的な判例そのものは下記の(1)を参照されたい。

(1) Beschluss v. 18. Januar 2012, -2 BvR 133/10-; dazu Marc André Wiegand, Die Beleihung Privater im Kernbereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2012, 1134 ff.

(2) Philip Kunig, Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, in: Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Vol. 43 No. 60 (2011), 3ff.

- (<sup>3</sup>) Dazu Hinweise bei Ingo v. Münch/Philip Kunig, Vorbemerkungen zu Art. 1-19, Rn. 14ff., in: dieselben (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2012.
- (<sup>4</sup>) Philip Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 61 (2001), 34 ff.
- (<sup>5</sup>) Hierzu und zum Folgenden Philip Kunig, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im deutschen öffentlichen Recht, in: Philip Kunig/Makoto Nagata (Hrsg.), Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog, 2006, 169ff.
- (<sup>6</sup>) Gedanken dazu bei Philip Kunig, Das Völkerrecht und die Interessen der Bevölkerung, in: Festschrift für Christian Tomuschat, 2006, 377 ff.

## 第一四修正と裁判所

—— ウェイト第七代長官及びフラ―第八代長官の時代 ——

### 甲 斐 素 直

#### 「はじめに」

チェイスの後に続いた二代の連邦最高裁判所長官の選任は、いずれも難航した。第七代長官となったウェイト (Morrison Waite) は実に一〇番目の候補者であった。第八代長官となったフラ― (Melville Weston Fuller) は二番目の候補者であったが、フラ―は南北戦争中に軍役を回避していた等の問題があつて上院における審査は紛糾し、辛くも承認されたのである。

連邦最高裁判所長官は、最初の三人は建国の父だったし、その後は国務長官、財務長官、財務長官と、いずれも連邦政府の中枢に位置する有力な政治家が就任していた。それに対し、この二代の長官はいずれもほとんど政治経歴を持たない人物であった。ウェイトはオハイオ州下院の議員を一期務めたのが唯一の履歴で、連邦上院議員選挙には二回挑戦していずれも落選した、というあまり冴えない地方政治家に過ぎなかった。就任の時点ではオハイオ州最高裁判所判事を務めていた。フラ―も同じ



く一期だけイリノイ州下院の議員を務めたのが唯一の政治履歴で、それ以上の政治活動は自ら拒み、就任の時点ではイリノイ州弁護士会会長だった。

したがって、彼らは、それまでの連邦最高裁判所の歴史から見て、異例の人事であった。このように政治的には実績のない人物が長官候補に浮上した理由は、ウェイトの場合には、彼の弁護士としての卓越した成功にあった。特に、全国的にその名を高くさせたのが、アラバマ号事件に関する国際仲裁法廷で、米国を代表して英国と渡り合い、一、五五〇万ドルの賠償金を英国から勝ち取った事件であった。<sup>1)</sup> フラーの場合にはウェイトの先例が意味を持ったのであろう。

この二人の長官の、こうした経歴のせいであろうか、その時代の判決には政治的配慮が乏しい。その結果、様々な条文、特に第一四修正という、本来、社会的弱者である黒人等の権利保護の目的で制定されたはずの規定を、ある場合には限定して、ある場合には拡大して解釈することにより、むしろ彼らを虐げる方向の判決を下すのである。

## 一 合衆国対クルックシャンク事件

ウェイト・コートにおける最重要判決は、このクルックシャンク事件 (United States v. Cruikshank - 92 U.S. 542 (1875)) 判決と言って良い。この判決は、その政治的影響において、合衆国の歴史を書き換えるほどに大きなものであった。

### (一) コルファックス大虐殺

この裁判となった事件は、コルファックス大虐殺 (Colfax massacre) として知られる事件の後始末である。



ルイジアナ州地図  
(網かけ部分がグラント郡)

大虐殺事件は、ルイジアナ州のグラント郡 (Grant Parish) の郡庁所在地であるコルファックスで一八七三年四月十三日、イースターサンデイに起きた。そこに到る経緯は、当時における南部の混乱

を端的に示すもので、以下、簡単に説明する。

南北戦争後の一八六八年四月、ルイジアナ州では連邦軍の後押しの下、共和党が政権を握った。この年から一八七六年までのルイジアナ州におけるすべての選挙では暴力と欺罔が横行した。

ルイジアナ州知事であったウォーモート (Henry Clay Warmoth) は、それまで共和党員であったが、一八七二年、自由共和党 (Liberal Republicans ≡ 南部再建法に反対する勢力) に転向した。ウォーモートは、自由共和党と民主党の結びついた連合派 (Fusionist) を郡の選挙登録官に選任し、彼らは選挙人名簿に可能な限り多数の白人と、可能な限り少数の黒人が登録されるよう努力した。その手段として、例えば多くの登録官は、黒人に知らせること無く登録所を変更した。また、以前に奴隷であった者は出生証明書を持っていないことを承知の上で、二一歳以上であることの証明を求める等の手段で黒人の登録を阻んだ。また投票箱の改竄も横行した。

一八七二年の選挙に、連合派は、元南軍大隊長のマッケン (John McEnery) を州知事候補に擁立し、州知事のウォーモートは、連邦上院議員候補に擁立することを

決めた。これに対抗して、共和党ではルイジアナ州選出上院議員のケロッグ (William Pitt Kellogg) を知事候補に立てた。投票は一八七二年一月四日に行われたが、両者が共に勝利宣言をし、両陣営とも就任パーティーを開催し、役職名簿を発表するという異常事態になった。しかし、連邦判事がケロッグの勝利と共和党が州議会の多数となるという判決を下し、グラント大統領がケロッグの政府を守るために軍を派遣したので、実質的にケロッグが勝利した。

これに対し、マッケン派はニューオーリンズ市中心部にあったジャクソン広場にある州の武器庫を襲撃した。しかし、ケロッグ派民兵は逆にマッケン派の指導者多数を逮捕し、ニューオーリンズを支配下に置いた。逮捕を免れた者達は、マッケン派民兵を組織した。そして翌年三月、マッケン派民兵団はジャクソン広場の戦い (Battle of Jackson Square) を展開し、ニューオーリンズの州議事堂及び警察署を押さえた。しかし、連邦軍が到着する前に退却したので両軍の正面衝突には至らなかった。

こうした状況の中で発生したのが、問題のコルファッ

クス大虐殺 (Colfax massacre) である。事件の起きたグラント郡 (Grant Parish) は、共和党政府によって新設された郡の一つで、そうした新郡は州内での共和党政府に対する支持基盤を作るための努力の一環であった。同郡人口のうち、二、四〇〇人は黒人で二、二〇〇人が白人であった。一八七二年十一月の選挙では、グラント郡で選挙登録したのは黒人七七六人に對し白人六三〇人であった。黒人は共和党に、そして白人は連合派に投票したが、連合派登録官は、連合派の圧勝を宣言した。

グラント郡では、翌一八七三年三月になってもの保安官や治安判事の職をめぐって、共和党と連合派の争いは続いていた。連邦政府の支援を得て、ケロッグ知事はルイジアナ州知事としての役職任命を行った。それにより任命された共和党の登録官は、コルフアックスにある裁判所を占拠した。そこが投票所となる予定だったのである。連合派が奪還することを恐れて、黒人達は裁判所のまわりに塹壕を掘り、三週間にわたり、それを保持していた。

三月二八日、連合派の登録官は裁判所を奪還するために武装した白人を召集した。共和党の登録官は、裁判所

を守るために武装した黒人を召集することで対抗した。両派の間に何回か散発的に武力衝突が起こり死者も出たので、不安を感じた黒人女性や子供も、男達から保護されるために裁判所に集まった。

ウォーモートによって任命されていた治安判事は、これは黒人の暴動であるとし、連合派の保安官であるナッシュ (Christopher Columbus Nash) についての暴動を鎮圧し、裁判所建物を奪還しよう命じた。ナッシュは近隣の郡から白人民兵を召集した。

そして、問題の四月一三日がやってきた。

昼過ぎに、ライフル銃及び四ポンド砲で武装した三〇〇人以上の白人で組織された民兵団が、コルフアックス裁判所を襲撃した。裁判所周辺にキャンプしていた女・子供を退去させた後に始まった銃撃戦は数時間も続いた。しかし、大砲が火を噴くと、黒人の一部はパニックに陥り、周囲の森に逃げ込んだり、裏手の赤い河 (Red river) に飛び込んだりした。白人側は馬で追跡して彼らを殺害した。さらに白人側は裁判所建物に火を放った。このため、黒人側は降伏し、武器を捨てて建物から出て行った。その際、何者かが建物の中から発砲し

た。それがきっかけとなって、白人は一斉に射撃を開始し、一方的な殺戮が開始された。それでも約五〇人が捕虜となったが、彼らも数時間後に殺害された。ネルソン (Levi Nelson) という黒人だけが、只一人この殺戮を生き延びた。彼はクルックシャンクから撃たれたが、何とか気づかれずに這って逃げるのに成功したのである。

四月一四日に、ニューオーリンズからケログ知事の送った警官隊が到着し、さらに数日後、連邦軍二個中隊が到着した。その報告に依れば、彼らは三人の白人と一〇五人の黒人の死体を識別した。また、一五ないし二〇人分の識別不能な死体を河で発見した。それ以上、何名が殺害されたかは不明である。彼らは民兵隊員を捜索したが、そのほとんどは既にテキサス等に逃亡していた。

結局、九七人が逮捕されたが、検察官が起訴に持ち込めたのは九人だけだった。彼らは一件の殺人と、解放奴隷の権利に対する陰謀という一八七〇年第一四修正施行法違反で裁かれることになった。裁判は一八七四年になつて行われた。最初の審理では、一人が無罪とされ、他の八人は審理無効 (Mistrial)<sup>(3)</sup> が宣言された。再度の

審理では、三人が黒人に対する陰謀その他一五の訴因に対して有罪となった。

控訴審は、一八七〇年第一四修正施行法は違憲であるとし、全員に無罪を言い渡した。このため連邦側が、連邦最高裁判所に上告した。上記のような経緯から、この事件では、第一四修正実施法の合憲性が問題となった。

## (二) 判決の内容

判決はウェイト長官自身が執筆した。評決は五対四というきわどいものであった。

ウェイトは、冒頭に起訴が妥当で無い理由を六項目も挙げる。憲法学的に重要なものは三項と四項である。

三項ではこう言う。

「前述の一六の訴因に基づいている犯罪は、議会制定法第六条が作り出したものであり、同法は、合衆国司法においては違憲であり、したがって問題は州裁判所においてのみ審理でき、立法権も憲法上、州に留保されている権限である。」

四項ではこう言う。

「本件法律は、それが、犯罪が作り出し、刑罰を科している限度において合衆国憲法に違反し、人び



との権利を侵害している」

その理由として、次の様に説き起す。

「市民は、彼らが所属する政治的共同体のメンバーである。市民は共同体を形成し、その能力に応じて、その一般的な福祉の増進と個々人の権利及び集団の権利の保護を受けるために、政府の支配に服している。保護を提供する政府の義務は、その目的のために有する権力によって常に制約されている。政府の形態は、人民がその嗜好に基づいて選択するところによって決定される。政府は一度形成されると、市民と人民の権利を、その権限の範囲で守るために、その有するすべての権限を行使でき、あるいはしなければならぬ。しかし、それ以外のことは許されない。政府の保護義務は、常に、その目的の為に有する権力によって制約されている。」

ここからウェイトは合衆国の理念を説く。つまり、連邦はあくまでも連邦でしか達成できない目的を達成するために存在しているのだという。バラバラの邦のバラバラの政府では外国の脅威に十分に対抗できなかったため、連合規約を作った。そして、より完璧な団結を目指して

合衆国憲法を作った。合衆国憲法の下で、連邦は、その目的の範囲内においては州の権限を上回る。しかし、目的外では権限はまったく持たない。合衆国憲法に書かれていない権限は、すべて州政府と人民に留保されているのである。この結果、合衆国人民は、連邦政府と州政府という二重の政府の下で暮らしている。この二つの政府は、異なる目的の下に異なる管轄権を有している。例えば、連邦保安官が州裁判所の審理の執行を妨害し、その妨害が州官吏に対する攻撃に協力するものであれば、合衆国の主権はその抵抗によって侵害されることになる。要するに、州内における殺人に対しては、連邦裁判所は審査権を持たないというのである。この結果、連邦裁判所における審理の対象は、第一四修正案実施法だけになる。以上を前提にウェイトは第一修正に言及する。第一修正は、他の権利章典の規定と同様、本来連邦政府の権限を制約しているのみであって、州政府が、その人民の権利を制約する場合に付いては触れていない。この点について、ウェイトは数多くの判例を引用して論証する。さらにウェイトは、第一修正に述べられている権利は、この修正によって生じたのでは無く、人民の本来保有して



いる権利を確認したものだという。

「人民が平穩に集会する権利および苦痛の救済を求めて政府に請願する権利及びその他これに関連する連邦政府の権限や義務は、国家の市民権の属性であり、合衆国の保護と保障の下にある。共和国政府形態という理念は、その権利を意味し、その侵害は、米国の主権の侵害である。」

ここから、第一四修正実施法が述べている犯罪である陰謀目的の集会というのは、合法的な目的の集会を禁止する性格を有しているが故に違憲と結論を下す。

ついで、第二修正に議論は移る。武器を携帯する権利である。これについても、州が制限するのはともかく、連邦政府による制限は認められないとウェイトは述べる。そして、これらに対する侵害の根拠を、第一四修正に求めることはできないと述べる。

「第一四修正は、州が、法の適正手続きなしに生命、自由、または財産をすべての人から奪い、あるいは、その管轄内にある者に対し法の平等な保護を否定することを禁止しているが、しかし、それは一人の市民の、他の市民に対する権利に何にも加えて

ない。それは単に社会の一員としてすべての市民に属する基本的権利に対する州からの侵害に対して、追加の保障を供給しているだけである。平等権を享有することに関して、すべての市民を保護する義務は、本来は州を想定しており、それは依然として存在している。合衆国に課された唯一の義務は、州が権利を否定しないことを確認することである。それが修正条項の保障の内容であり、それ以上のものは無い。中央政府の権限は、この保障の実施に限定されている。」

こうして、第一四修正の意味を厳しく制限し、本件実施法や公民権法のように、州を飛び越えて直接市民を拘束する立法を違憲とした結果、わずかに拘束されていたクルックシャンク達はすべて無罪が確定したのである。つまり、全米を震撼させた大虐殺事件でありながら、その総指揮官のナッシュも含めて、誰も刑事責任を問われなかったのである。

### (三) その影響

この判決は、連邦議会共和党急進派が推進してきた、軍事的圧力の下に南部を再建するという一連の立法をす

べて違憲と宣言したに等しいものであった。この結果、南部の黒人達は、連邦法による救済を失い、急速に敵対性をましている州政府の慈悲にすがるほかは無くなったが、その州政府は彼らを守ろうとする努力をまったくしなくなった。ルイジアナ州に関して言えば、民主党が一八七〇年代後半に州の政権を握ると、黒人を選挙登録から閉め出すための、より複雑な手続きを定めた立法を行うようになった。

黒人の権利を擁護するための南部再建計画は、結局、ヘイズ (Rutherford B. Hayes) 一九代大統領の命により、一八七七年にルイジアナ州とサウスカロライナ州から連邦軍が撤退したことを最後に、すべて終了するのである。

ウェイト・コートは、それ以降も、黒人保護立法について違憲判決を下し、あるいは黒人差別立法について合憲判決を下していく。代表的なものとして、次のものがある。

# 1 公民権法事件 (The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))

これは、五件の同種の事件を一括して判決したもので

ある。<sup>(5)</sup> この判決で、最高裁判所は、連邦議会は、第一四修正実施法として、私人ないし私的組織による人種差別を規制する憲法上の権限を持たないとした。第一四修正では公民権法を合憲とする狙いで制定されたのであるが、それでも不十分としたのである。

## 2 合衆国対ハリス事件 (United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883))

クー・クラックス・クラン判決とも呼ばれる。この事件は、四人の男性が、ハリス (R. G. Harris) 保安官率いる一九名のグループによつてテネシー州クロケット郡刑務所から連れ出されたというものである。四人は殴られ、うち一名は殺された。一八七一年第一四修正実施法(クー・クラックス・クラン法)は、州が行動しない場合にのみ、州の活動に適用されるとしていた。この判決で、連邦最高裁判所は、同法が、襲撃や殺人を連邦犯罪としていることは違憲だとした。州にのみ、その様な犯罪を処罰する権限はがあると宣言したのである。

## 3 ペース対アラバマ州事件 (Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883))

白人種と有色人種間の婚姻を禁止する立法 (anti-

miscegenation statute) は、一七五〇年までの間に、南部諸州並びにマサチューセッツ州及びペンシルヴェニア州で制定された。それが第一四修正に違反するか否かをめぐって争われたこの事件で、連邦最高裁判所は、アラバマ州が制定した異人種間婚姻禁止法を合憲と判決した。この結果、同種立法は全米に拡大し、一九六〇年代までには四一の州にその種立法が存在したという。この判決は一九六四年のマクラフリン対フロリダ州事件 (McLaughlin v. Florida 379 U.S. 184 (1964)) 及び一九六七年のラヴィング対バージニア事件 (Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)) 判決に至って、ようやく覆されるのである。

こうして、クルックシャンク判決は、南部ばかりでなく、全米の黒人に暗黒時代をもたらしたのである。

## 二 マイナー対ヘイパーセット事件

この時代、女性参政権を有していなかった。このマイナー事件 (Minor v. Happersett, 88 U.S. 162 (1875))

判決は、婦人参政権を第一四修正の平等条項から読めな  
いとして、憲法論的に否定した歴史的判決である。

### (一) 事件の背景

マイナー (Virginia Minor) は、ミズーリ州の婦人参政権運動の指導者であった。彼女は、一八七二年一〇月一日にミズーリ州セントルイス郡で選挙人登録をしようとしたが、州登録官のヘイパーセット (Reese Happersett) に、女性であることを理由に阻まれたので、彼を相手に選挙権確認の訴えを提起した。当時のミズーリ州憲法は、男にだけ選挙権を認めていたが、これが合衆国憲法、特に第一四修正の「特権または免除」条項に違反すると主張したのである。

ミズーリ州は、連邦最高裁判所に、たった三文からなる異議申立書を送っただけで、代理人も送らなかった。

### (二) 判決の内容

判決は、ウェイト自身が申し渡した。

ウェイトは、市民という言葉は通常、国家の構成員という概念を示すものとして使われるとし、その意味では、市民である両親の子に生まれ、合衆国の管轄内にある者は、常に合衆国市民と考えられ、その意味では第一四修

正の市民も同じであると述べた。

しかし、参政権については次の様に述べた。

「参政権は、第一四修正の批准以前において、市民権の特権または免除の一つである必要は無く、この修正は何ら新たな特権または免除を加えたものではない。それは単に市民が既に有するそれらの保護に対し、追加的な保障を与えたものである。」

そして、既存の市民権の中に参政権は含まれていないとして、上告を退けたのである。

### （三） その影響

#### 1 第一九修正

この判決が先例となった結果、米国の婦人参政権運動家たちは、憲法改正に活路を求めざるを得なくなった。その運動は、一九世紀の間は全く成果を上げなかった。しかし、第一次世界大戦により、銃後における女性の社会的役割が増大したことが大きな転機となった。一九一八年一月九日、ウィルソン大統領は、この修正条項に対する支持を表明した。翌日、下院に提出された修正条項は一票差というきわどさながら可決された。しかし、上院では九月三〇日に二票差で否決された。上院は

一〇月までは討議に掛けることすら拒否した。一〇月に上院が再度投票を行ったときも、三票差で否決された。翌一九一九年二月一〇日には一票差で否決された。そこで、大統領はこの修正動議のための特別会期を開くことを提案した。一九一九年五月二二日、動議は下院を三〇四票対八九票で可決し、二週間後の六月四日、最終的に上院も同調し、五六票対二五票で可決した。ついで各州が批准をはじめ、一九二〇年八月一八日、テネシー州が三六番目の批准州となって発効した。次の様な条文である。

「合衆国またはいかなる州も、性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。

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。」

この第一九修正の成立により、マイナー事件判決の婦人参政権に関する部分は失効したことになる。

#### 2 レッサー対ガーネット事件

女性参政権反対派は、この憲法改正そのものが無効であるとして法廷闘争を行ったのである。その事件



(*Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922)) で、反対派が修正条項を無効と主張する理由は次の三点であった。

第一に、憲法修正権力は、その性格から、このような修正権を含んでいない。

第二に、批准した州のいくつかは、その州憲法で女性参政権を禁止しており、したがって、その批准は無効である。

第三に、テネシー州及びウェスト・バージニア州の批准は、その州の批准手続きに従っていないために無効である。

これに対し、連邦最高裁判所は全会一致で否決した。第一の点に関しては、既に黒人参政権を認める第一五修正が五〇年以上も前に認められているという先例がある。

第二の点に関しては、州議会が修正条項を批准したとき、彼らは、合衆国憲法によって与えられた連邦機関としての権限は、「州民によって課せられるいかなる制限も超越した (transcends any limitations sought to be imposed by the people of a state)」役割であるとした。

第三の点に関しては、この問題は、その後ニコネチ

カット州及びバーモント州が批准した時点で争う価値がなくなっている (moot)。また、テネシー州等の批准の有効性は、国務長官がそれを受け入れた時点で、もはや司法審査の対象から外れていたとした。

### 3 一般の参政権

このマイナー事件判決は、選挙における性差別以外の差別、すなわち一票の格差に対しては、一九六〇年代に連邦最高裁判所が、ベーカー対カー事件 (*Baker v. Carr*, 369 U.S.186 (1962))、グレイ対サンダース事件 (*Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963))、レイノルズ対シムス事件 (*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964)) という一連の判決で、判例変更をするまで、先例として存在し続けた。これらによりようやく第一四修正の定める「法の平等な保護 (equal protection of the laws)」条項により、連邦最高裁は司法判断を行うことができることが明らかとされ、このマイナー判決が覆されたのである。

### 三 マン対イリノイ州事件

この事件 (*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877)) に



おけるウェイトの意見は、本稿で紹介する判例では例外的に、議会が持っていた時代に対する感覚を正當に評価した点で、優れたものである。本稿第七節に紹介するロックナー判決に始まる時代に、この判決は、ニューディール政策を推進した者達からは、聖典のように扱われた。

## (一) 事件の背景

一八七〇年に採択されたイリノイ州憲法に「第一三条倉庫」という規定がある。

その第一節は「報酬を得て穀物その他の資産を保管するサイロ (elevator) または貯蔵所 (storehouse) はすべて、資産を分離して保管するか否かを問わず、公共倉庫と宣言する」と規定している。以下、そのような倉庫の管理者に課せられる義務が第六節まで詳細に定められ、最後の第七節は「州下院は、穀物の生産者、船積み業者、受領者及び生産の保護のため、穀物を査察する法律を定めるものとする。」と規定していた。

これを受けて、イリノイ州下院は「公共倉庫及び倉庫保管料を規制し、穀物を検査し、及び州憲法一三条を実効化するための法律」という名の法律を一八七一年四月

二五日に制定した。同法第一条は、公共倉庫を、A B C という三ランクに区分する。それを受けて第二条は次の様に規定する。

「Aクラスの公共倉庫には、倉庫、サイロもしくは穀倉 (granaries) であつて、穀物をばら積みで、異なる所有者の穀物を混合して保管し、異なるロットまたはパーセルの識別を正確には行えないもの、及び人口一〇万人以上の住民を持つ都市に位置している倉庫、サイロ、または穀倉をいう。Bクラスの公共倉庫は、穀物をばら積みで、異なる所有者の穀物を混合して保管している、それ以外のすべての倉庫、サイロ、または穀倉をいう。Cクラスの公共倉庫は、それ以外の何らかの種類の資産を保管する倉庫または場所をいう。」

第三条では、Aクラスの倉庫の場合、その所在する郡を管轄する巡回裁判所 (Circuit Court) から、保証金を積んだ上で営業許可を取ることを求めており、第四条では、違反に対して一万ドル以下の罰金を定めている。第五条では、さらに許可を取らずに営業を続けた場合には、一日あたり一〇〇ドル以上の課徴金を徴収すること

を定めている。

また、第一五条では次の様に定めている。

「Aクラスの公共倉庫を経営する倉庫業者は、その倉庫が所在する都市で刊行されている新聞（もし存在すれば日刊紙）の一紙以上に、毎年一月の最初の週の間に、倉庫内の穀物の貯蔵の当該年度におけるレート（表または予定を公表し、そのレートは年間を通じて増額してはならない。その公表されたレートもしくは減額は、その倉庫で保管するすべての人及び会社に適用する。いかなる差別も、直接であれ、間接であれ、穀物の貯蔵のためにその倉庫業者によって行われた料金に関して行つてはならない。」

一八七二年に、マン及びスコット (Munn & Scott) が同法違反で起訴された。彼らは、その所有する北西サイロ (Northwestern Elevator) という名の穀物貯蔵庫で穀物をばら積みで保管するに当たり、異なる所有者の穀物を混せて保管していた。サイロはシカゴ市内にあり、シカゴは、その時点で一〇万人以上の人口があつた。しかし、彼らは巡回裁判所からの許可を取ること無く、したがつて保証金も積まずに違法に高い料金で営業を行つ

ていたのである。二人は有罪とされ、一〇〇ドルの罰金を科せられたので、連邦最高裁判所に上告した。

マン側は、同法が三点で合衆国憲法に違反していると主張した。すなわち

1. 合衆国憲法一条八節三項が連邦議会に「諸外国との通商、各州間の通商…を規制する権限」を定めている。

2. 同一条九節六項は「各州から輸出される物品に對して、租税または関税を賦課してはならない」と定めている。

3. 第一四修正は「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。」と定めている。

## (二) 判決の内容

ウェイト長官自身が判決を申し渡した。

この事件の焦点は、イリノイ州が問題の法律を制定する権限を有するか否かである。

ウェイトは、このうち、最後の第一四修正の問題を最初に取り上げた。彼はマグナカルタ、合衆国憲法第五修正等を引用し、あるいは多数の判例を引用した上で、

「私有財産が公共の利用に専ら供されている場合、それは公的規制の対象となる、という事は十分に示すことができた。」と結論し、「残る問題は、上告人の倉庫及び事業がこの原則の範疇に属するか否かである。」として、適正手続への違反の有無について、さらに詳細な検討を重ねた上で、西部の七、八州の生産物は東海岸に位置する四、五箇所の州を通過する必要があるので、シカゴの倉庫施設は事実上独占状態にある、と述べる。

「コモンローによつて作り出された財産権は、法の適正な手続きによらずに剥奪することはできない。しかし、法それ自身は、行動原則として、憲法の制限内であれば、議会の意思により、あるいは気まぐれにより自由に変えてもよい。実際、成文法の大きな使命は、発展に伴うコモンローの欠陥を改善し、時代と状況の変化に適應することである。公的雇用または公共の利害に関わる資産の使用に供された事業のための利用料率を制限することは、従来から存在していた規制の変更に過ぎない。それは決して新たな法原則を作り出したのでは無く、単に古いものに新しい効果を与えたに過ぎない。」

こうして、適正手続への違反はないとしたのである。ついで、議論は、マン側が主張した州際通商条項に関する議論に移る。マン側の主張について補足説明すると、これは休眠通商条項 (Dormant Commerce Clause) と呼ばれる理論を主張しているのである。すなわち、連邦議会が敢えて州際通商に関する権限を発動していない場合には、それは禁止を意味するという意味を持つとする理論である。その結果、州際通商にあたる事案に関して、連邦法が規制していない場合に、州がそれを規制する立法を行うと、連邦法に反して違憲になるとされる。この理論は、すでにマーシャルコートにおけるギボンズ対オグデン事件 (Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824))<sup>(6)</sup> において、マーシャルが打ち出した州際通商条項 (Interstate Commerce Clause) の解釈に既に現れているといわれる。すなわち、同事件でマーシャルは通商に関する連邦議会の権限は、州法にあらゆる局面で優越するとしたのであるが、そうであれば、その権限の不発動は、それに反する州の立法を禁止することになると解されるようになったのである。

つまりマン側は、連邦法にイリノイ州倉庫法に相当す

る規定が存在していない状況下でも、イリノイ州倉庫法は、連邦権限を侵害し、違憲となると主張したのである。これに対し、ウェイトは、*State Tax on Railway Gross Receipts*, 15 Wall. 293 という判例を引用して次の様に述べている。

「それは憲法の意義の範囲内で商業に影響を与えるすべての規制を意味しているのではない。この上告人の倉庫はイリノイ州に位置しており、彼らの事業は、イリノイ州の内で排他的に運営されている。彼らは州内だけでなく州際通商に従事する人々からもその道具として使用されているが、それは荷馬車やカートが通商の一部である以上の、あるいは穀物を他の鉄道駅から転送される鉄道駅以上の必然性を持つているわけではない。時として彼らは州際通商に関わるかもしれないが、連邦議会がその州際通商との関わりを基準に立法するまで、それらの規制は、間違いなく州内の問題であるので、例えば州がそうしたことで、それが間接的に州外の直接にはその管轄に服さない通商に機能するとしても、州はその全立法権を執行することが可能である。」

合衆国憲法九条一項違反という主張については、実に簡単に片付けている。それは単に連邦議会の権限の制約規定であり、したがって州がその地域的問題を規制するのには関係が無い、というのである。

結論として、ウェイトは本件イリノイ州憲法及びそれに基づくイリノイ州法は合憲と判決した。

### (三) その後

ウェイトはこのほか、鉄道許可事件 (*Railroad Commission Cases*, 116 U.S. 307 (1886)) でも類似の判断を示している。すなわち、州が鉄道会社に営業許可を下すに当たり、貨物や旅客の料金を定めるのは、州のポリス・パワーの範囲内であるとしたのである。

## 四 プレッシー対ファーガソン事件

この事件からフラー・コートの判決となる。

この事件の判決 (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)) は、ドレッド・スコット判決と並ぶ連邦最高裁判所最大の汚点と言って良いであろう。しかも、一九五四年のブラウン対教育委員会事件判決で最終的に



否定されるまで半世紀以上の長きにわたって生き残り、数多くの判決に影響を与え続けたという意味において、その問題性は、はるかに大きい。

## (一) 事件の背景

ウェイト・コートの一連の判例により、修正条項実施法の法的効力を奪われたため、北部の掣肘がなくなると、南部諸州の政府は、黒人が白人と同じ公共施設を使用するのを禁じたジム・クロウ法 (Jim Crow law)<sup>(7)</sup> を積極的に制定しはじめた。こうした状況下で、なんとか黒人の権利を確保する司法判断を得ようとする努力の一環として、このプレッシー事件は起きたのである。

## (二) 事件の内容

一八九〇年、ルイジアナ州は、車両分離法 (Separate Car Act)<sup>(8)</sup> を制定した。同法は、同州内で旅客を客車で運ぶ事業を行っている鉄道会社に、白人と有色人に対するもてなしとして、列車に二両以上の客車を連結することにより、または異なるもてなしを確保できるだけの障壁を客車内に設けることにより、平等ではあるが分離した車両を提供することを要求した。そして、いかなる人も客車内の自らが属する人種に割り当てられた座席以外

に座ることを禁止した。その列車の車掌に、各旅客をその属する人種に割り当てられた客車もしくはコンパートメントに割り当てることを要求した。自らの人種に割り当てられた客車もしくはコンパートメントに行くことを拒んだ旅客に対しては罰金もしくは拘留が課せられた。列車の車掌には、自らが割り当てられた座席またはコンパートメントに座ることを拒んだ旅客に対しては輸送を拒む権限を与えた。旅客会社に対しては、その様な拒絶からの自由を与えた。

ニューオーリンズの著名な黒人、混血人及び白人が、同法の廃止を求めて市民委員会 (Comité des Citoyens) というグループを組織した。委員会は、これまでも黒人の権利のために戦ったことのあるニューヨークの白人弁護士を雇った上で、三〇歳の靴職人プレッシー (Homer Plessy: 1862-1925)<sup>(9)</sup>、この法律に反対する行動のために志願するよう説得した。

プレッシーは八分の一黒人、つまり当時の表現で言えばオクトルーン (octoroon) であった。彼の曾祖母が黒人だったのである。その肌の白さのため、彼は通常は有色人とは思われない人物であった (次頁の写真参照)。



彼が車両分離法に違反すれば、同法による差別を打破できると期待して、委員会は彼を送り出した。明確なテストになるように、委員会は予めプレッシーが乗車することとを東ルイジアナ鉄道 (East Louisiana Railroad) に通知しておいた。鉄道会社も、余計な負担を課するこの法律に反対していたため、このテストに協力した。

一八九二年六月七日、プレッシーは一等車の切符を買って、ニューオーリンズ近郊の通勤列車に乗り込み、白人専用席に座った。車掌は予定通り、彼が有色人か否かを尋ねた。また、委員会では、プレッシーが確実に車両分離法に違反したことが判るように、彼を拘束し、列車から降ろす権限



ホーマー・プレッシー

を有する私立探偵を雇っていた。プレッシーはオーリンズ郡の留置場に拘束されたが、翌日、委員会の予定したとおり五〇〇ドルの保釈金で出

所した。

プレッシー対ルイジアナ州の裁判は、事件の一ヶ月後に開廷された。プレッシーの弁護士は、東ルイジアナ鉄道は修正第一三条と第一四条の下での彼の憲法上の権利を拒否したと主張した。しかし、この事件を担当するファーガソン (John Howard Ferguson) 裁判官は、州の中だけで運営されている限りは、ルイジアナ州には鉄道会社を規制する権限があると裁決した。そしてプレッシーは、車両分離法への違反のために、三〇〇ドルの罰金を課せられたのである。プレッシーは、ルイジアナ州最高裁に上告したが、州最高裁もファーガソン判決を支持したので、彼は連邦最高裁に上告した。

### (三) 法廷意見

九人の最高裁判事のうち、ブリュワ判事が参加しなかったので八人の判事による裁決となった。七対一の判決により、最高裁判所はプレッシーの訴えを退けた。

判決はブラウン (Henry B. Brown) 判事が書いた。判決は、まず同法が第一三修正に違反しないということに極めて明白だ、とする。〃隷属 (servitude)〃という語は、その人の階級や名称が同あれ、あらゆる形態の非

任意的奴隷制を禁止することを意味する。しかし、この規定では南部の州で制定された様々な法律から有色人種を守るためには不十分と、その当時の政治家によって見なされ、第一四修正が考案された、という事を指摘している。

そこで問題は第一四修正の解釈にかかってくる。ブラウン判事は言う。

「この修正の適切な構造については、屠殺場事件が、最初にこの裁判所の注意を喚起した。しかし、この判決は人種差別の問題の代わりに排他的な特権の問題が含まれていた。この判例は、有色人種に対して特定の権利を確保するような、いかなる意見の表明も要求しておらず、その主たる目的は黒人の市民権を確立し、連邦と州の市民権の定義を与え、州の敵対的な法律から合衆国市民の特権と免責を保護することであると一般的に述べているだけである。」  
このように、第一四修正の内容を限定した上で、さらに次の様に言う。

「修正の対象は、疑いもなく、法の下における二つの人種の絶対的な平等を強制することであるが、

物事の性質から、政治的、平等的に、皮膚の色に基づく差別を廃止したり、社会に強制したり、ないしはいずれかに不満足な条件に基づいて二つの人種を混ぜ合わせたりすることを意図することはできないのである。彼らが接触しやすい場所で分離することを法が許容し、そしてさらに要求したとしても、それは、必ずしもいずれかの人種の劣等を意味するものではないし、一般的ではないとしても、州のポリス・パワーの行使としてその立法府の能力内と認められるのである。この最も一般的な例は、白人種と有色人種のための分離された学校を設立することに関わっている。有色人種の政治的権利が長いこと追求され、もつとも真摯に主張されている場所でも、米国の裁判所によってそのような立法権行使は有効とされているのである。」

ここで、人種別学の合憲判決の例として、ブラウン判事が引用しているのは、マサチューセッツ州最高裁判所が一八五〇年にくだした「ロバーツ対ボストン市事件 (Roberts v. City of Boston, 5 Cush. 19)」判決である。この事件は、五歳のアフリカ系米国人であるサラ・ロ

バーツ (Sarah Roberts) が、アビエル・スミス校 (Abiel Smith School) という生徒全員が黒人の普通校に入学するよう、市教育委員会から指示されたことが問題になったものであった。この学校はボストン市内のサラの自宅から遠く、しかもアフリカ系米国人が行くように指示される学校は一般に老朽化が激しく、設備も劣っており、安全上の問題もあった。そこで、サラの父で、同じくアフリカ系米国人であるベンジャミン (Benjamin F. Roberts) は、自宅近くの白人用の学校に彼女を入学させようとしたが、人種に基づいて拒否され、さらに実力でその学校からつまみ出された。そこで、訴訟となったが、州最高裁判所は、「分離すれど平等」は合憲と判決したのである。父親はしかし州議会に運動した結果、マサチューセッツ州は、一八五五年、州全体で分離された学校を禁止した。これは諸州で黒白分離校を禁止した最初の法律となった。

つまり、ブラウン判事は、このロバーツ事件における最終的結果ではなく、途中経過に過ぎない州最高裁判所の判決だけをつまみ食いする形で引用したわけである。そのマサチューセッツ州最高裁判所のショー (Lemuel

Shaw) 判事の次の文章を、ブラウン判事はそっくり引用している。

「原告のために、学識深く雄弁な支持者によって述べられた偉大な原則は、マサチューセッツ州憲法及び法律により、すべての人は、年齢や性別、出生や色、種族や条件の区別なく、法の下に平等であるということである。……しかし、この大原則が社会における実際の様々な条件の人々に適用される場合には、男性と女性が法的に同一の市民的及び政治的権力を有しているとか、子供と大人が法的に同一の機能を有し、同一の取扱をうけるという主張を認めるものでは無く、単に人びとが法によって定められ、規律されているところに従い、等しく父親的温情主義に基づく配慮と、その生存と安全のための法の保護を受ける権利を有するに過ぎない。」

これを一般化する形で、ブラウン判事は、年齢や性による別学、つまり、小学校や女子校までも分離教育として捉え、あるいは貧困や親の無関心により就学できなかった子供のための学校等を例に挙げて、分離教育の合憲性を主張しているのである。そして、このような分離

教育を合憲とした州レベルの多数の判例を引用している。要するに、問題の法律は、そうした公的な施策の一環として二つの人種を分離したと主張したのである。

「こうして、これまでのところ、第一四修正との抵触が懸念されるのは、この事件に関しては、ルイジアナ州法が合理的な規制であるかどうかの問題に限定され、この点については必然に立法府に大きな裁量権がある。合理性の問題を決定するに際しては、その用途、習慣、人々の伝統を参照しながら、それらの快適さと公共の秩序の保全の推進を視野に立法する自由がある。この基準で測るならば、公共輸送機関で二人種の分離を定め、要求することが、コロンビア特別区で有色人種の子供のために別の学校を必要とするという議会法ないし州議会のそれに対応する立法が憲法上疑問視されているように見える以上、第一四修正に照らし不合理であるとか、不愉快であるという事はできない。」

こうして、この判決は、問題は鉄道における座席に過ぎないのに、それを正当化する手段として、教育における人種別別学までも合憲と述べているところに、その恐

るべき問題性がある。

さらにブラウン判事は最終的に、二つの人種の分離の強化が、白人より劣っているという刻印を有色人種に押すという仮定の上で行われているとする原告の主張は根本的に誤っている、と宣言した。仮に有色人種が州議会の支配的な力になっていることを想定し、正確に同様の条件で法律を制定した場合、それによって白人種が劣等の地位を有すると取り扱っていることになるのか、と反論したのである。また、法律によって社会的偏見を克服するように強制することはできず、両者の融和は自然の親和性、互いのメリットの相互理解、個人の自発的同意の結果でなければならないとした。

ブラウン判事は、最後にプレッシーがほとんど白人と区別の付かない混血人種である点について、次の様に述べている。

「有色人種と混血している者を、白人と区別して有色人種を構成する者とする問題は、いくつかの州の間で意見の相違があることの一つであることは事実である…何らかの目に見える差異のある者だけを有色人種とする例 (State v. Chavers, 5 Jones [N.



C.] 1) ; 血液の優勢であるもので決する例 (Gray v. State, 4 Ohio, 354; Monroe v. Collins, 17 Ohio St. 665) ; 白人種の血が四分の三以上でなければならぬとする例 (People v. Dean, 14 Mich. 406; Jones v. Com., 80 Va. 544) がある。しかし、これは各州の法律が決定するべき問題であり、本件で申し立てられている点ではない。本件においては、ルイジアナ州の法律に基づけば、申立人が白人種に属しているのか、それとも有色人種に属しているかどうかだけが重要な点である。」

#### (四) 反対意見

この判決に対し、唯一反対意見を書いたのはハーラン判事である。<sup>⑨</sup>多数意見と同じく、数多くの判例を動員して議論をする点は、同じである。そして、最終的に次の様な印象的な表現で書き出す。

「私の意見では、今日、言い渡された判決は、ドレッド・スコット事件において、この裁判所によって下された判決と同様に、非常に有害なものであることを、時が証明するであろう。」

そして、結論として、黒人問題に関しては常に引用さ

れる次の言葉を述べるのである。

「憲法上の、法的観点から見ると、この国には優位に立つどのような支配階級も存在しない。カースト制度はここにはない。我々の憲法は色盲で、市民の間にいかなる階級も知らずまた許容しない (Our constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens.)。公民権の点では、すべての市民が法の前に等しい。」

もつとも、ハーラン判事も時代の子で、次の様に述べていることも記憶すべきである。

「アメリカの市民になることを可能としない、私たちと非常に異なる人種がいる。それに属する人は、わずかの例外をのぞけば、我が国から絶対に締め出される。私はそれを、中国人(黄色人種)と示唆する」

#### (五) その後

一八九六年一月、プレッシーは違反の罪を認めて罰金を支払った。この裁判の余波として、「分離すれど平等」の主義は法的な根拠を与えられ、人種の分類に基づく分離は、施設が平等な品質である限りは合法であるとされ



た。この判決と同じ年に出されたブッカー・ワシントン (Booker T. Washington) の、黒人社会の白人社会からの分離を受け入れるとしたアトランタの和解 (Atlanta compromise) と呼ばれる声明も寄与して、人種分離法の制定は加速された。続く一〇年間に人種分離法は増殖し、一九一〇年代のウィルソン大統領の時代にはワシントン D.C. でまで制定された。プレッシー判決は黒人に本当に平等な施設や資産を与えることを求めている。しかし、南部諸州の政府は、この判決後の長い間、それを拒否した。これらの州は人種を分離するだけではなく、現実的に、品質の違いを確実なものとしていつたのである。

## 五 ポロック対農民貸付信託会社事件

この事件では第一四修正は争点となっていないが、憲法改正に繋がったきわめて重大な判決であり、また、第一四修正に関わる一連の判例と同様、連邦最高裁判所の、社会の変化に対する逆行性が顕著に表れているので、本稿で紹介する。

合衆国憲法が、その租税条項に関して極めて弱体であり、そこから大きな憲法問題が発生したことについては、ヒルトン事件 (Hylton v. United States, 3 U.S. 171 (1796)) 及びマカラック事件 (McCulloch v. Maryland - 17 U.S. 316 (1819)) に関して、既に紹介したとおりである。<sup>10)</sup> それが明確に顕在化したのが、このポロック事件 (Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company, 157 U.S. 429 (1895)) である。

### (一) 事件の背景——関税と所得税

合衆国憲法による縛りから、連邦政府の財政は、基本的には関税収入に依拠するという状態が、建国以来一貫して続いていた。ヒルトン事件で問題になった諸税は、それを補完する役割を担っていたに過ぎなかった。所得税は、そうした諸税の一つと考えられていた。

この当時は、直接税とは人頭税及び「所有しているという理由で」財産に課される税金（一般に通常価格に応じた資産税）のみと考えられていた。したがって、所得税は、直接税ではない、と考えられていたのである。そして、直接税に該当しなければ、税金は（直接税のように）州の人口に比例して分配される必要はない。

所得税が連邦レベルで始めて導入されたのは、南北戦争の戦費を賄うために、一八六一年八月に制定された歳入法 (Revenue Act of 1861)<sup>(11)</sup> が嚆矢である。それは年収八〇〇ドル以上の収入があるものに対して一律に三%の課税を行うものであった。

同じ一八六一年の三月、モリル (Justin Smith Morrill) 下院議員が提案したモリル関税法 (Morrill Tariff of 1861) が制定されていた。その当初の立法意図は歳入の確保ではなく、鉄及び羊毛の関税を引き上げることにより国内産業の保護を目指したものであった。このような保護立法は、それより前であれば、自由貿易により恩恵を受けていた南部諸州の反対により制定不可能な性格のものであった。これは、南北いずれにつくか、その動向が定まっていなかったペンシルヴァニア州をはじめとする西部諸州を、北部側につなぎ止める目的で制定されたものである。しかし、南北戦争が開始されると、歳入確保の上で重要な機能を果たすことになった<sup>(12)</sup>。

一八六一年歳入法の限度では南北戦争により急激に増大した歳出を賄うことができなかったため、翌年七月一日には一八六二年歳入法 (Revenue Act of 1862) が制

定された<sup>(13)</sup>。同法は年収六〇〇ドル以上の収入に対して三%、一万ドル以上の者に対しては五%という、簡易なものながら累進課税を定めたものであった。関税法も一八六二年七月一日に改正され、関税率がさらに一〇%引き上げられた (Morrill Tariff of 1862)。

歳入法は一八六四年にさらに改正された (Internal Revenue Act of 1864)。同法一一六条は、米国内または海外に居住するすべての米国市民の「利潤、収益または所得 (the gains, profits, and income)」に対し、それが資産、賃料、利子、配当もしくは給与 (property, rents, interest, dividends, or salaries) の別なく、またはどのような職業、貿易、雇用、または商売 (profession, trade, employment, or vocation) の別なく、それが遂行されたのが米国の内外であるとを問わず、また他のいかなる源泉であるかを問わず、課税対象とした。税率は年収六〇〇ドル以上の者は五%、五、〇〇〇ドル以上の者は七・五%、そして一万ドル以上の者は一〇%と、一八六一年法に比べ一段と引き上げられ、かつ累進制が強化された。また、所得税率の引き上げに加えて、同法はマッチや写真などに印紙税を新設した。この法律は、

主として戦争時の状況に対する緊急措置法だったので、一八七三年に期限が切れた。

関税法に関しては、一八八三年になって、ようやく戦時の高率関税率の引き下げが行われた (Mongrel Tariff Act)。しかし、議会の保護主義者は譲歩せず、関税の中には逆に上げられたものもあったりして、同法はかなり複雑かつ不明確なものとなった。ほとんどは二五〜四〇%の高率に留まり、平均して一・四七%下げられたに過ぎなかった。

一八九〇年に、保護主義論者マッキンリー (William McKinley) 下院議員が主導権を握ってマッキンリー関税法が制定され、輸入関税率は平均四九・五%にまで大幅に引き上げられた (Tariff Act of 1890 = McKinley Tariff)<sup>(14)</sup>。

これに反対したのが民主党バーボン派 (Bourbon Democrat)<sup>(15)</sup> である。バーボン派は企業利益を代表する集団で、共和党が主張する保護主義、すなわち企業や農民に対して補助金を出したり、競争から保護したりすることには反対し、自由放任 (laissez-faire) 型の資本主義を推進することを主張した。また、帝国主義及び米国

の海外進出に反対し、金本位制を支持し、金銀複本位制に反対した。公務員制度改革とボス支配の打倒を叫んだ。そこで彼らは当然にマッキンリー関税法を改正し、鉄鉱石、石炭、木材、及び羊毛に関する関税率をゼロに下げることを選挙公約に掲げて戦ったのである。

バーボン派は、一八七六年の大統領選挙では、ティルデン (Samuel J. Tilden) を擁立して戦ったが、大統領となったヘイズ (Rutherford B. Hayes) に惜しくも僅差で敗れた。<sup>(16)</sup> 一八八〇年の選挙でも民主党のハンコック (Winfield Scott Hancock) は、ガーフィールド (James Garfield) に敗れた。<sup>(17)</sup> しかし、クリーブランド (Stephen Grover Cleveland) を擁することで、バーボン派は、ようやく二二代大統領 (一八八四年〜一八八八年) の座を獲得する。<sup>(18)</sup>

だが、次の二三代大統領には、保護派であるハリソン (Benjamin Harrison) が就き<sup>(19)</sup>、一八九〇年にシャーマン反トラスト法 (Sherman Antitrust Act) を成立させている。これは、最初の反トラスト法、つまりわが国でいうところの独占禁止法であり、今日においても米国におけるその中心的な地位にある。これについては、詳しく

は次節で説明する。

クリーブランドは、しかし、ハリソンの失政を突いて、次の二四代大統領（一八九二年～一八九六年）に見事返り咲いた。<sup>(20)</sup>つまり、クリーブランドは連続しない二期を務めた、米国史上唯一の大統領である。

ここで、ようやくバーボン派はマッキンリー関税法を改正できる体制を握ることができた。その改正法は一般にはウィルソン・ゴーマン関税法<sup>(21)</sup> (the Wilson-Gorman Tariff Act of 1894) の名で知られる。ウェストバージニア州選出の下院議員であるウィルソン (William L. Wilson) とメリーランド州選出の上院議員であるゴーマン (Arthur P. Gorman) という二人の民主党員の主導により成立した法律だからである。同法の最大の特徴は、関税率の大幅低減もさることながら、その関税の減税より不足する歳入の不足を、所得税を導入することで補完することを目指した点にある。五年間を限って年収四、〇〇〇ドル以上の者に対し、そのあらゆる収入 (gains, profits and incomes) に対して二%の課税を行うというものであった。ちなみに課税対象は全所帯の五%未満にとどまったから、富裕者だけに狙いを絞った所得

税といえる。この結果、関税法 (Tariff Act) という名の法律で、米国史上最初の、平時における所得税が定められることになった。

同法に基づき、農民貸付信託会社 (Farmers' Loan & Trust Company) は、その株主に対して課税があることを通告した。そこで同社の株主であったポロック (Charles Pollock) が、この税は直接税であり、したがって違憲であると訴えた。下級審では敗訴したので、ポロックは連邦最高裁判所に上告した。

## (二) 判決の内容

この事件では、最高裁判所判事の見解は激しく分かれた。多数意見は、フラー長官の他フィールド (Stephen J. Field) 、グレイ (Horace Gray) 、ブリュワ (David J. Brewer) 、シラス (George Shiras, Jr.) の五名で構成された。これに対し、ホワイト (Edward D. White) 、ハーラン (John M. Harlan) 、ブラウン (Henry B. Brown) 、ジャクソン (Howell E. Jackson) の四名が反対に回るといふきわどい評決であった。

判決は、一八九五年四月八日に多数意見を代表してフラー長官自身が申し渡した。



フラーは、マーシャルのマカラック事件判決の引用を皮切りに、マーシャル、マディスン、ハミルトンなどの見解を幅広く引用し、最後に結論として、次の様に述べる。

「第一に、我々は既に公表されている判例に従う。

即ち、不動産に対する課税は、議論の余地無く直接税である。同様に、不動産の賃貸料や不動産からの収入も直接税である。

第二に、我々は個人資産に対する課税、または個人資産からの収入に対する課税は、同様に直接税であるという意見である。

第三に、一八九四年法の、第二七節―三七節によつて課された税は、不動産収入及び個人資産収入に対するものである限りにおいて、憲法の意味するところの直接税であり、それ故に、違憲であり無効である。なぜならばそれは代表の割合に応じて課税されておらず、それらすべての税は、一つの課税スキームを構成しているが故に、必然的に無効なのである。」

これに対し、反対意見の方は、ホワイト、ハーラン及

びブラウンによつてそれぞれ反対意見が書かれていることに示されるように、統一的なものでは無く、分裂した主張である。

その代表としてハーランの主張を紹介しよう。

「この法廷が現在宣告しているように、連邦議会は個人の資産、あるいは不動産の賃貸から、または投資した個人資産、債権、株式およびあらゆる種類の投資のような個人資産から上がる収入について、州の人口に応じて徴収された総額を配分する場合を除き、関税あるいは税を課することができないと宣告するとき、両院の三分の二と州の四分の三が同意する」という憲法の修正無くして、そのような資産や収入は連邦政府の支援に貢献できるようにはならないと事実上決めている。」

つまり、これは憲法解釈論というより、この判決の影響からの議論である。

### （三） 第一六修正

このポロック判決の結果、資産由来の収入に対しては、課税が不可能になった。それに対し、労働者の収入など資産によらない収入に対しては、ポロック判決の限りで



は、人口比例での配分を考慮することなく課税が可能だった。しかし、資産家を無税で放置しておいて、労働者など、貧しいものに対してだけ、資産によらない収入として課税することは、産業革命後、労働者階級の力が強くなっている社会においては現実的なものとはいえなかった。全人種の成人男子への選挙権付与が連邦憲法第一五修正により義務付けられる状態下で、そんな立法を行う事は、好んで選挙に落選しようとするようなものだった。

一八九六年の大統領選挙はアメリカ史で最も劇的な選挙戦の一つといわれる。民主党内で一八九三年の恐慌に続く経済不況からバーボン派は力を失い、代わって貧困に苦しむ一般大衆の支持を集めたブライアン<sup>(22)</sup> (William Jennings Bryan) が民主党だけでなく、人民党および銀共和党の候補者となり、南部、中西部及びロッキーマウンテンの諸州では最強だった。しかし、これを資金力で圧倒した共和党のマッキンリーは七一・二万二、一三八票(五一・〇%)、選挙人数二七一で、ブライアンの六五一万八〇七票(四六・七%)、選挙人数一七六を圧倒して勝利した。

一九〇〇年大統領選挙は、一八九六年の再現となり、共和党の現職大統領マッキンリーと民主党のブライアンとの間で争われたが、米西戦争に勝利して間もないことがマッキンリーに有利に働き、圧倒的勝利を得た。一九〇四年大統領選挙はマッキンリーの暗殺の後を受けて副大統領から昇格したルーズベルトがブライアンを圧倒して容易に当選し、任期途中で大統領職を継いだ者として次期にも選ばれた最初の例となった。<sup>(25)</sup> 一九〇八年大統領選挙では、ルーズベルトから禅譲されたタフト (William Howard Taft) が、ブライアンを圧倒した。

このように共和党政権が続く状況下で、強力な保護主義により富裕者層はさらに経済力を強め、社会不安が高まっていた。こうした状況下で、ブライアンに率いられた民主党は、一九〇八年の党綱領で所得税の導入を提案した。これに對抗して、共和党のタフト第二七代大統領は一九〇九年六月一六日の議会に向けた演説で、個人に対する連邦所得税を認め、「法人として事業を行う特権や、株式を所有する者が享受する一般の有限責任から自由であることの特権」に課税することを認める憲法修正を提案した。次の様な条文である。

「連邦議會は、各州に比例配分することなく、および人口調査または算定によることなく、いかなる源泉から生ずるものであつても、所得に対して税を賦課し徴収する権限を有する。」

こうして、共和、民主両党が憲法修正に賛成した結果、第一六修正は日の目を見ることとなつたが、各州の批准は決して順調ではなく、その年のうちに批准したのはアラバマ州のみだった。翌一九一〇年になると、ケンタッキー州等八州が批准した。一九一一年になるとオハイオ州を皮切りに計二〇州が批准した。一九一二年には批准はアリゾナ州等三州に留まり停滞したが、この年行われた大統領選挙では、三人の有力候補者のいずれも所得税の導入を提唱しており、批准の方向性は揺るがなかつた。<sup>26</sup>そして、一九一三年二月三日のニューメキシコ州の批准により、ようやく修正を成立させるのに必要な四分の三の州の批准を得ることができた。

これを受けて、あらかじめ用意されていた一九一三年歳入法 (Revenue Act of 1913)、別名アンダーウッド関税法 (Underwood Tariff Act) が直ちに議會を通過した。同法は所得税を再び導入すると共に、基本関税率を

四〇％から二五％に低減した。所得税に関しては、同法はかなり明確な累進課税を採用していた。すなわち、個人所得税には基本税率 (Normal Rate) と追加税率 (Additional Rate) があり、基本税率は一律に一％であるが、追加税率は、一三万ドル以上の者は一％（したがって合計二％）、五万ドル以上は二％（同三％）、七万五、〇〇〇ドル以上は三％（同四％）、一〇万ドル以上は四％（同五％）、一五万ドル以上は五％（同六％）、そして五〇万ドル以上は六％（同七％）となつていた。なお、人的控除が夫婦で四、〇〇〇ドル、独身者で三、〇〇〇ドル認められた。事業費用・支払利子・納税額・災害損失等の控除が認められ、また個人の受け取り配当が普通税一の課税ベースから除外され、法人所得税との二重課税が調整されていた。

法人所得税というものが設けられ、これは一律に一％とされた。経常経費・減価償却費・支払利子・租税に関する控除が認められた。<sup>27</sup>

このように、一部の富裕者層への課税という意図から導入された所得税であつたが、一九一七年にアメリカが第一次世界大戦に参戦することにより生じた急激な財政

膨張を賄うため、急速に大衆課税手段へと転化していくことになる。

こうして、ポロック判決は、憲法修正という手段によつて無効化されたのである。

## 六 合衆国対E. C. ナイト会社事件

この事件 (United States v. E.C. Knight Co., 156 U.S. 1 (1895)) は、別名「砂糖トラスト事件 (Sugar Trust Case)」という別名で知られる。この事件でも第一四修正は直接には問題になっていないが、裁判所の逆行性が端的に表れているので紹介する。連邦最高裁判所が、シャーマン反トラスト法に関して、合衆国政府の独占禁止活動を否定した事件である。

### (一) 事件の背景

一八九〇年に米国議会はシャーマン法 (Sherman act) を可決成立させた。<sup>(28)</sup> この時期は金ぴか時代 (Gilded Age) <sup>(29)</sup> といわれる。一八六五年の南北戦争終結から一八七三年に始まった大不況中の一八九三年の恐慌までの二八年間を指す。アメリカ資本主義が急速に発展をと

げた時代である。この時期、米国の政治は腐敗し、国家の庇護を受けた資本家は急速に富を蓄え、鉄鋼王カーネギー (Andrew Carnegie)、石油王ロックフェラー (John D. Rockefeller)、金融王モルガン (John Pierpont Morgan) など名立たる富豪が輩出したが、下層の人々は貧困に喘いでいた。その原因は、大企業が中小企業を圧迫・吸収して経済力の集中を引き起こしたからである。

こうした状況下で、シャーマン法が制定されたのである。シャーマン法成立当時の理論的基礎は、アダム・スミス経済学の現実への適用であった。すなわち、完全な競争が成立している社会においては神 (あるいは市場の) の「見えざる手 (invisible hand)」に導かれて、自ずと最適状態が実現する。しかし、「市場の失敗 (market failure)」が発生すると、完全競争は阻害され、市場が麻痺することになる。そこで、政府が介入して、その市場の失敗を補完し、自由競争状態を復元させる必要が発生するのである。

シャーマン議員が反トラスト法を提案した当時においては、トラスト、すなわち多くの業界において、競争関係にある多くの会社が、互いに株式を信託 (trust) す

ることにより、事実上企業を結合させ、競争の制限を図る弊害が顕著になってきていた。そこで、その様な信託行為を禁止することにより、自由競争を回復させようとする試みが、反トラスト法なのである。

シャーマン法第一条は、「取引を制限する全ての契約、結合、共謀」を禁じている。ここで禁じられるのは、正式な契約書や覚書のように書面により取り交わされる合意だけではなく、口頭の合意や、黙示の合意（紳士協定）等も問題となる。第一条の文言上、禁止の対象は非常に広範なもののように読めるが、それがどの範囲なのか問題になったのがこの事件である。

事件は、ニュージャージー州に本拠地を置く砂糖精製会社アメリカ砂糖精製会社 (American Sugar Refining Company) が、一八九二年に、競争関係にあるペンシルヴァニア州に本拠地を置く E. C. ナイト社等四社の株式<sup>30</sup>を譲渡されることにより、全米の市場の九八%まで独占する状態となったことから、当局はシャーマン法違反として、その株式譲渡の差し止めを求めて訴追した、というものである。しかし、第一審連邦裁判所は、この事実が州際通商に該当しないとして起訴を退け、高裁もこれ

を是認したので、連邦最高裁判所に上告したのである。

## (二) 判決の内容

一八九五年一月二一日、連邦最高裁判所は、八対一の大差を以て、上告を退けた。フラー長官自身が判決を言い渡した。この事件でも反対意見を述べたのはハーランであった。

フラーは、本件契約により、生活の必要に関わる品の製造に関して独占が発生したことは認めた。しかし、それをシャーマン法の規定により抑制することはできないと判決した。製造業、すなわちこの事件の場合であれば砂糖の精製は、地域的活動であつて、連邦議会が取り締まることのできる州際通商には該当しないとしたのである。フラーはいう。

「砂糖精製事業を制御する権力は、合衆国人口の大半にとり、州際取引は必要不可欠となっている生活を榮しくする上で必要なものに対する独占であり、したがつて、政府は、通商を規制する権力の行使として、直接にそのような独占を抑制し、それを生産している器具を除去することができると論ずる。しかし、この議論は、単に生活必需品に限定すること



はできず、一般的な消費のすべての品を含める必要がある。所与のものの製造を制御する力はある意味、それに対する処分を制御する。しかし、これは二次的なことであり、一次的なものではない。その力の行使は通商を管理することにつながるかもしれないが、それを制御することはなく、その効果は単に偶発的、間接的なものである。通商は製造につながるが、その一部ではない。通商を規制する力は通商を統制するべき規則を制定する力であり、それは独占を抑制する力からは独立した力である。しかし、それは独占が通商によって支配される規則の範囲内に入れば、あるいは契約が通商の独占それ自体であれば、いつでも独占を抑圧するように作動できるであろう。

通商権力とポリス・パワーの独立性及びその間の境界確定は重要であるが、しかし、時には困惑するとしても、連邦の強力な絆を維持しつつも、他方、我々の政府の二重構造によって州の自律性の保全することが大切である事を常に認識し、監視するべきである。そして弊害を認識した場合、それがいかに

深刻かつ緊急に見えようとも、それらを抑制する取り組みの中でリスクを負担するよりも、合憲性の疑わしい便法に頼ってそれを抑制する努力をするよりも、それを我慢することの方が増しである。」

### (三) その後

このナイト判決の下では、独占的生産に対するいかなる行動も個々の州によってなされる必要がある、その場合、州をまたがると認められる独占に対する規制は、その州内に関してだけでもきわめて困難になった。

なぜなら、先にマン対イリノイ州事件で紹介した休眠通商条項 (Dormant Commerce Clause) と呼ばれる判例理論がここでも問題になるからである。

幸い、連邦最高裁判所は一九三〇年代終わりになると、明示的にこの判例を変更することはなかったが、この判例の適用範囲を極めて狭く解釈するようになり、実質的には、この判例を覆し、連邦政府の反トラスト法に基づく活動を幅広く認めるようになった。



## 七 ロックナー対ニューヨーク州事件

この事件 (Lochner vs. New York, 198 U.S. 45 (1905)) 判決は、その後三〇年にわたるロックナー時代 (Lochner era) の始まりを告げる重要判決である。この事件では、契約の自由 (liberty of contract) が第一四修正と絡んで問題となった。

### (一) 事件の背景

一八九五年、ニューヨーク州議会は、パン屋法 (Bakeshop Act) を制定した。同法は、パン屋における衛生基準を定めると共に、パン屋で働く者の労働時間を一日一〇時間以内、もしくは週六〇時間以内に制限した。一八九九年、ロックナーパン店 (Lochner's Home Bakery) の所有者であるロックナー (Joseph Lochner) が、彼の雇用する店員 (an employee) に対し違法に週六〇時間以上の労働を強いたとして起訴され、罰金二五ドルが課せられた。さらに一九〇一年には二度目の違反があったとして、州地方裁判所 (County Court) から五〇ドルの罰金を科せられた。

ロックナーは、この二度目の処罰に対して控訴した。

しかし、ニューヨーク州最高裁判所上訴部 (Appellate Division of the New York Supreme Court) は、三対二の僅差であったが、有罪判決を支持した。そこで、連邦最高裁判所に上告したのである。

ロックナーの上告理由は、パン屋法が合衆国憲法第一四修正に違反しているというものだった。ドレッド・スコット対サンドフォード事件 (一八五七年) 判決以降の一連の判決により、第五修正及び第一四修正に定められているデュープロセス条項は、いずれも単に手続的保証にとどまるものでは無く、実体的デュープロセスを保障したものが確立しているところ、「契約の自由」は、実体的デュープロセスに包含される権利の一つであったと主張したのである。

契約の自由に関しては、この事件に先行して、アレゲイヤ社対ルイジアナ州事件判決 (Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897)) という連邦最高裁判所判決が存在している。次の様な事件である。

一八九四年に、ルイジアナ州議会は、「法を遵守していない海上保険会社との取引により個人、法人や企業を防ぐための法律 (An act to prevent persons, corporations

or firms from dealing with marine insurance companies that have not complied with law)」を制定した。法律の目的は、表向きは州外の海上保険会社とのビジネスにより州の市民や企業が詐欺に遭うのを防ぐことだった。その結果、州外の海上保険会社は州内に正規の代理店を持つ必要があった。

一八九四年一〇月、アレゲイヤ社 (E. Allgeyer & Co.) は、綿の国際輸送に保険を付する目的で、ニューヨークから、ニューヨークのアトランティック相互保険会社に依頼を郵送した。これに対し同年一二月、ルイジアナ州は、それを上記法律に違反したとしてアレゲイヤ社に罰金三、〇〇〇ドルを科した。これに対して、アレゲイヤ社は同法を第一四修正に違反するとして裁判所に訴えたのである。ルイジアナ州最高裁判所は訴因のうち二つは証明されておらず、一つだけが違反しているとして罰金を一、〇〇〇ドルに減額した。

連邦最高裁判所は、全会一致でアレゲイヤ社を支持した。判決はペッカム (Rufus Wheeler Peckham) 判事が執筆した。ペッカムは屠殺場判決等を引用して、次の様に述べた。

「第一四修正に記されている『自由』は、投獄のような物理的な拘束から自由になる市民の権利だけでなく、その能力のすべてを楽しむ権利、すなわちそれらを合法的な方法で使用する自由、その望むところで生活し、働く自由、その生計を任意の合法的な手段で維持する自由、職業や趣味を行う自由、そしてそれらすべての目的の為に契約を行う自由は市民の権利を包含するものとみなされる。」

問題は、この判決では、契約の自由だけが述べられていて、その限界がどこにあるかは不明だったことである。この結果、ロックナー事件では、この契約の自由の限界がまさに問題になったのである。

## (二) 判決の内容

連邦最高裁判所は、五対四の僅差でパン屋の労働時間を制限する立法はポリス・パワーの実行とは言えず、違憲であると判決した。ペッカム判事が法廷意見を執筆した。

ペッカムは、第一四修正は個人の「業務に関わる契約を締結する一般的自由 (general right to make a contract in relation to his business)」を保障していると論じる。

確かに権利は絶対的なものではないが、州の「何か漠然とポリス・パワーといわれるもの (somewhat vaguely termed police powers)」とは関わりが無いとする。すなわち、ポリス・パワーは一定の限界に服するのだと論じる。さもなければ、第一四修正は無意味なものとなり、州はポリス・パワーという口実の下にいかなる法律を制定することも可能になるからである。ペッカムは、立法が「公正で、合理的で、州のポリス・パワーの適切な実行であるか、それとも…不正で、不合理で個人の権利に対する一方的な干渉であるか」を決定するのは裁判所の義務であると主張する。そして、その個人の自由の重要な一環として、その労働に関して各人に適切と考えられる契約を締結する自由が存在するのである。

ニューヨーク州の検事総長メイヤー (Julius M. Mayer) は、各州は市民を、その知識の欠如から守る権利があると主張した。この主張に対してペッカムは、パン屋はいかなる意味においても州の被保護者ではなく、州の保護がなくとも自分自身で自分の権利を守ることができる、とした。

また、長時間労働はパン屋の健康を害するという主張

に対しては、一般的理解に依れば、パン屋の業務は不健康なものとは考えられていないと切つて捨てた。これに付け加えて、統計データに依れば、パンを焼くことは、他の一般的な専門職に比べて、平均して特に健康的とも不健康的ともされていないとした。

これを受けて、ペッカム及びフラー長官、ブリュワ、ブラウン、マッケンナは、ニューヨーク州法は「被用者の健康に対し、何ら現実の、そして本質的規制ではない」として、同法をポリス・パワーの実行としては無効であるとした。その結果、ロックナーの処罰もまた無効となった。

### (三) 反対意見

反対意見を書いたのは、ハーラン、ホワイ特 (Edward D. White) 、デイ (William R. Day) 、そしてホームズ (Oliver W. Holmes, Jr.) の四人である。

#### 1 ハーランの反対意見

ハーランの反対意見には、ホワイ特とデイが賛同した。ハーランの意見はペッカムのそのの正反対で、第一四修正の下におけるデュープロセス条項から導かれる契約の自由は、州のポリス・パワーに服するという。そこで、

本件のような立法が合憲可否かを判断する基準として、次の様に述べる。

「裁判所の立法行為を審査する権限は、一般的福祉に影響を与える問題で、『立法府が、その法規範が公衆衛生を、あるいは公衆道徳を、または公共の安全を守るために制定されたとしているのに、その規制が何ら現実のもしくは本質的な関係をその対象との関係で有していない場合、ないしは疑問の余地無く、基本法で保護された権利の単純、明白な侵害である場合に、その法規が該当する場合』のみ存在する。」

そして、ハーランは、立証責任は、その立法が違憲であると主張する側にあるとした。

これは、今日の用語でいうところの、狭義の合理性基準（明白性基準）の最初期の主張例と見ることができ。そしてハーランは、「この法律が、パン屋や菓子屋で働く人々の身体的幸福を守るために制定されたことは明らか」であるとした。そして、多数意見がパン屋は特に不健康な職業ではないとした点に対しては、パン屋特有の呼吸器系の疾患に関する学術報告を引用して反論して

いる。

## 2 ホームズの反対意見

ホームズの反対意見は比較的短いものであるが、しばしば引用される有名なものとなっている。「私はこの事件において判決に賛同することは不可能であり、反対意見を表明することは私の義務である」という印象的な文章で書き始められており、次の様に続いていく。

「この判決は、国のほとんどでは検討されてもない経済理論に基づいて決定されている。もし、私とその理論に同意するかどうかということが問題であるならば、決断を下す前に、私は深く、長期にわたり研究することを願うべきである。しかし、私はそれは私の義務ではないと考える。なぜならば、私の同意もしくは不同意は、多数意見がその法に関する意見を具現化する権利とは何の関係もないと強く信じているからである。本法廷で様々な判決が、州憲法や州法が様々な方法で人生を規制していることを決着させてきた。そこでは、我々は、立法者としては無分別にも、あるいはそう言いたければ専制的にも契約の自由に干渉してきた。日曜日を休日とす



る法律や、高利貸しを規制する法律は、古い例である。近時においては宝くじの禁止がある。他人が同じことをするのに干渉しない限り好きなことをする市民の自由は、これは良く知られている作家の格言であるが、例えば学校法で、郵便法で、そしてあらゆる州または地方自治体の機関が、彼はそれを好きかどうかにかかわらず、望ましいと思うことに使うという方法に依り干渉されてきた。第一四修正は、決してハーバート・スペンサー氏の社会学を制定したものではない。先日、我々は、マサチューセッツ州の予防接種法を支持したのである。」

スペンサー (Herbert Spencer) は、一九世紀イギリスの哲学者・社会学者で、ダーウィンの進化論を社会学に応用して、「適者生存 (survival of the fittest)」ということを言い出したので有名である。つまり、国家が余計な規制をしなければ、社会の中における生存競争で最適の者だけが生き残ると説いたのである。そしてホームズは、このロックナー判決の多数意見は、この適者生存という経済理論に従った誤ったものであると非難しているのである。

最後に出てきたマサチューセッツ州予防接種法事件というのは、この判決と同じ一九〇五年に下された *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905) という判決である。

ヤコブセン (Henning Jacobson) はスウェーデンからの移民で、牧師であり、マサチューセッツ州ケンブリッジに住んでいた。一九〇二年に天然痘が流行したが、ヤコブセンは、成人全員が種痘を受けるようにという町の命令を、種痘は彼を重篤な疾患に陥らせるおそれがあるとして拒絶した。その結果、五ドルの罰金に処せられた。彼はその支払いを拒んだが、マサチューセッツ州法廷は彼の主張を否定したため、連邦最高裁判所に上告されたのである。ヤコブセンは、マサチューセッツ州強制接種反対協会によって支援されていた。この当時、マサチューセッツ州は、予防接種強制法を持っていた一一の州の一つだったのである。しかし、連邦最高裁判所は全員一致で、個人の自由は時として公共の福祉に服さねばならず、この問題はポリス・パワーに属すると判決したのである。

ホームズは、このできたばかりの判例と、このロック



ナー判決は明らかに矛盾していると指摘しているわけである。それ以外にも、いくつかの判例を上げて、それらとの抵触を指摘している。例えば連邦最高裁判所は、炭鉱労働を八時間に限定している法律を合憲とした (Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1898))。それらを受けて、ホームズは次の様に述べる。

「これらの法律の一部は、裁判官が共有する可能性がある信念や偏見を体现している。一部ではないかもしれない。しかし、憲法は父親的温情主義 (paternalism) であろうと、国家への市民の有機的關係論であろうと、自由放任 (laissez faire) 論であろうと、特定の経済理論を具現化するものではない。」

## 八 アデア対合衆国事件

このアデア事件 (Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908)) 判決は、ロックナー時代判決の一つの代表であるので紹介する。労働組合に参加することを労働者に禁止した契約 (黄犬契約 = “yellow-dog” contracts)

の合憲性が問題になった。この事件まで、ドレッド・スコット判決を別格とすれば、裁判所は州だけを適用対象とする第一四修正のデュープロセス条項を使用して、契約の自由を制限する州法に対する規制を行ってきた。この事件で、実体的デュー・プロセス条項の理論が、第五修正を通じて連邦法を含むように拡張されたという点で、歴史的な判決である。

### (一) 事件の背景

一八七〇年代においては、労働組合に参加しないという誓約を含む書面による契約は、一般的に「悪名高い文書 (Infamous Document)」ないし「鉄の制約 (iron-clad oath)」と呼ばれていた。その後、「黄犬契約 (Yellow dog contract)」と呼ぶのが普通になっていった。黄色には卑劣というニュアンスがあり、犬という言葉には裏切り者というニュアンスがあるところから生まれた言葉のようである。

一八八七年にニューヨークをはじめとする一六の州が、その刑法典に、労働組合に加入しないことを誓約させる契約は犯罪行為とすると規定した。これを受けて連邦議会では、鉄道会社の職員に関しては、州際通商条項を発

動し、労働組合非加盟制約を違法とするアードマン法 (Erdman Act of 1898) を制定した。

その第一〇条は、大変長い条文であるが、要約すると、この法律の適用対象の事業で、従業員に対して雇用条件として、書面か口頭かの別なく労働組合に加入しないことを定めたり、労働組合員であることを理由に解雇その他の不利益取扱をすることを禁止し、不当労働行為があった場合には、その個々の違反ごとに、違反者に対して一〇〇ドル以上一、〇〇〇ドル以下の罰金に処することを定めていた。

一九〇六年に、ルイビル & ナッシュビル鉄道 (Louisville and Nashville Railroad) で、その従業員を監督する地位にあったアデア (William Adair) は機関車火夫団 (Order of Locomotive Fireman) という名の労働組合に所属していることを理由にコパージ (O. B. Coppage) を解雇した。アデアの行動は、アードマン法一〇条に直接に違反したとして連邦地方裁判所に起訴された。アデアは、アードマン法は違憲だと主張したが、地裁は合憲だとし、一〇〇ドルの罰金を支払うよう命じられた。そこで、アデアは連邦最高裁に上告した。

## (二) 判決の内容

判決は一九〇八年一月二八日に言い渡された。連邦最高裁判所は六対二の多数で、アードマン法一〇条は違憲であると判決した。

判決はハーラン判事が執筆した。ハーランは第五修正にあるデュープロセス条項は、ロックナー事件判決で連邦最高裁判所が第一四修正に示した解釈と同様に、個人の契約の自由を保障しており、アードマン法はそれに違反しているという。

「雇用主と従業員は権利の平等性を有しており、この平等性を侵害するいかなる立法も契約の自由の侵害であって、いかなる政府も自由の国においてはこれを法的に正当化することできない」

この結果、契約違反を理由に解雇することに刑罰を与えることは許されないと結論を下した。

また、政府側は、アードマン法一〇条は州際通商条項の下では議会権限の有効な行使であったと主張していた。それまでの判例だと、州際通商条項は、その規制に採用される手段の選択等に当たって選択に大きな裁量権が認められていたからである。この点について、ハーランは

次の様に述べた。

「明らかに、州際通商を規制するためのいかなる規制も、州際通商を規制するために議会が有する能力の範囲内である必要があり、規制しようとする通称との現実的ないし実質的な関連性を有していなければならぬ。」

そして、ハーランは次の様に述べて、その様な関連性は存在しないとしたのである。

「法的に、あるいは論理的に可能ないかなる関係が、従業員が労働組織の構成員になる事と、州際通商を実施することとの間にあるというのだろうか？労働組織それ自体として、あるいは法の目から見ても、被用者がその労働力と業務に関わる通商に依拠して、いかなる関係も見いだすことはできない。」

すなわち、州際通商は労働組合の加入権にまで拡張することはできないとしたのである。

ロックナー事件で反対意見を書いたことを考えると、この変身ぶりに驚くが、その理由は、ロックナー事件ではその立法権が州のポリス・パワーに属すると考えたために、連邦裁判所の司法審査権が及ばないとしたのに対

し、この事件では連邦法であるため、審査権を積極的に発動したところから来ている。ロックナー事件におけるホームズの反対意見が司法消極説に基づいていたのは基本的に異なるのである。

### (三) 反対意見

この判決に対して、反対意見を書いたのはマッケンナ<sup>(31)</sup> (Joseph McKenna) とホームズである。

#### 1 マッケンナの反対意見

マッケンナは、議会の立法意図を強調した。すなわち、鉄道業界では労使双方の衝突が恒常的に繰り返されており、その改善への取組としてこの立法は行われたという事である。

「法律の規定は明確であり、それは紛争に対し仲裁や調停を行う事により管理者と従業員の間の紛争の解決のためによく調整された計画を提示し、それによってストライキを防ぎ、それによって公共に与える障害や混乱を防ぐことである。私は立法配慮や立法対象として、これ以上に有用な目的を提示できない。」

このように述べて、マッケンナは、第一〇条を無効と

すると、議会の意図を阻害し、効果的な調停を行うための効果的な公正は失われるとした。雇用者側の任意に解雇する権利に関しては、議会の設けた調停枠組みの中で保障されているとした。

「もし管理者が一時の気まぐれや我が儘で解雇権を行使することで、紛争を持ち込んだり友好的な調停を妨げるならば、どうやって業務の深刻な中断もしくは中断の危険をもたらす論争（私は法の文言を換言している）を回避し、援助を与えることができるだろうか？」

多数意見の理由付けに見られる明らかな懲らしめの意図に対して、マッケンナは「自由は魅力的なテーマであるが、全くの反感から行使された自由は、正しく評価できない」と警告を発している。マッケンナは、本件立法は議会の有する州際通商権の限界内にあり、第五修正に関与していえば、境界線は民間部門と公共事業の間に描かれるべきであるという。

「我々は、準公共事業の実施を取り扱っており、そしてそれ故にその目的は公共の利益を管理することである。」

## 2 ホームズの反対意見

ホームズの反対意見は簡潔なものである。彼は本法は明らかに合憲であると冒頭に述べている。ホームズの見解に依れば、第一〇条は契約の自由に対する本質的に非常に限られた干渉だという。また、この判決は、過去の判例に抵触しているとも述べている。マッケンナ同様に、ホームズも、議会がストライキを防止し、効果的な調停の枠組みを作るには十分に正当化できる立法だとしている。

## 「おわりに」

ウェイト・コート及びフラー・コートの時代、連邦最高裁判所は、社会の変化を基本的に理解していなかったと言つて良い。本稿に紹介した各判決は、大きな歴史の流れから見るときには、それと逆の方向に向かつての抵抗であり、いずれも後の時代に覆されることとなる。特に、マイナー事件及びポロック事件は憲法改正という手段によって覆される。

ウェイト以前の連邦最高裁判所長官が、いずれも連邦



政府の中心で活動していた人物であったのに対し、ウェイトやフラーは政治経歴が短く、法曹として成功した人物であったために、立法の持つ政治的社会的意味を理解しなかったことが、このような結果を引き起こしたものと思われる。

しかし、同時に、彼らの判決は、同時代の人びとには優れたものと思われていたことも重要である。グラント大統領がスキャンダルにまみれて二期目を終えた時、共和党ではウェイトを、その次の大統領候補に担ぎ出そうとしたほどである。しかし、ウェイトは最高裁判所長官の職に固執したので、共和党はヘイズを候補者として指名し、彼が一九代大統領となる。また、いずれの問題判決も、覆されるまでには長い時間を必要とし、その間においては、むしろこれら判決の影響下に逆行的な立法も数多くなされた。このような事実を考えると、この時代の判例を逆行と捉えるだけでなく、米国にはこういう一面があることも理解する必要がある。

(1) アラバマ号事件…南北戦争中、英国は、表面上は中立という姿勢をとったが、実際にはアラバマ号に代表さ

れる通商破壊艦を何隻も建造し、南部連合に提供した。こうした通商破壊艦の活動で北部側は大きな損害を蒙ったので、米国は、南北戦争後にその賠償を英国に求めて訴えを国際仲裁法廷に提起した。

(2) ルイジアナ州の当初はニューオーリンズが州都だったため州議事堂もここにあった。一八四九年に州都がバトン・ルーージュ (Baton Rouge) に移った。しかし、南北戦争中にニューオーリンズ市が再び州都になり、一八八二年にまたバトン・ルーージュが州都になった。そのため、この時点では州議事堂はニューオーリンズにあった。

(3) 審理無効…本来は手続き上の過誤による無効審理を意味するが、本文のように米国で用いられる場合には陪審員の意見不一致による未決定審理を意味する。

(4) この文は、第一修正の一部を引用したものである。

(5) 公民権法事件判決を書いたのは、ブラッドリー (Joseph P. Bradley) 判事である。

(6) ギボンズ対オグデン事件判決の詳細については、拙稿「米国違憲立法審査権の確立—マーシャル第四代長官の時代—」日本法学七八巻三号一五〇頁以下参照。

(7) ジム・クロウ法…一八七六年から制定されはじめ、一九六四年まで存在していたアメリカ合衆国南部の州法の総称。ジム・クロウという名は、ミンストレル・ショー (Minstrel Show) = 白人が黒人に扮して歌うコメ



デイ)の一八二八年のヒット曲、『ジャンプ・ジム・クロウ (Jump Jim Crow)』に由来する。差別の対象になったのは黒人だけで無く、「黒人の血が混じっているものはずべて黒人とみなす」という人種差別法の「一滴規定 (One-drop rule)」に基づいており、黒人との混血者に対してだけでなく、インディアン、ブラック・インディアン(インディアンと黒人の混血)などの、白人以外の「有色人種」(Colored) も含んでいた。一九六四年七月二日に制定された公民権法 (Civil Rights Act) により、南部各州のジム・クロウ法は即時廃止となった。

(8) 判決文には“The statute of Louisiana, acts of 1890, c. 111”とあるだけで、この法律の正式名称は不明である。内容となっている条文は判決文に引用されている。

(9) John Marshall Harlan (1833-1911) : ケンタッキー出身で、したがって彼は南北戦争前は奴隷所有者であった。しかし、戦後においては考えを改め、公民権事件判決(一八八三年)でも、この事件同様、ただ一人反対意見を書いている。ただし、Pace v. Alabama (1883) 事件においては、異人種間婚姻禁止法が合憲であるという判決を支持している。なお、ウォーレン・コートで、ウォーレン長官の右腕として活躍したことで有名な、同名のハーラン (John Marshall Harlan II) 判事の祖父に当たる。

(10) ヒルトン事件については拙稿「米国初期の憲法判例」日本法学七八巻二号一〇二頁以下参照。マカラック事件

については、同じく拙稿「米国違憲立法審査権の確立」日本法学七八巻三号一三八頁以下参照。

(11) 一八六一年歳入法の正式名称は次のとおりである。

An Act to provide increased Revenue from Imports, to pay Interest on the Public Debt, and for other Purposes

(12) 前年の一八六〇年迄の時点での米国の関税率は二〇%内外で、当時の世界で最も低かった。それに対し、モリル関税法は二六%~三六%という高率となり、さらに戦争の進展と共に引き上げられていった。ちなみに徳川幕府が米国公使のハリスの圧力に屈して一八五八年に締結した日米修好通商条約 (Treaty of Amity and Commerce (United States-Japan)) では、米国の必要とする漁具、建材、食料などは五%の低率関税を押しつけられていたが、それ以外は二〇%であり、イギリスが主力輸出品とすることを目指していた酒類は三五%の高関税とされていた。

(13) 一八六二年歳入法の正式名称は次のとおりである。

An Act to provide Internal Revenue to support the Government and to pay Interest on the Public Debt.

(14) マッキンリー関税法は、またあらゆる米国への輸入品にその原産国を表示するように求めた。今日、様々な製品に Made in Japan などと英語での表示があるのは、このマッキンリー法の影響である。なお、後にマッキンリーは大統領になった際に一八九一年法を上回る最高

五二%の高関税を定めた「ディングレー関税法 (Dingley Act of 1897)」を制定させている。この空前の高関税時代は一九〇九年関税法 (Payne-Aldrich Tariff Act of 1909) の制定まで続くことになる。

(15) このバーボン派というのは、一八七六年から一九〇四年までの間に存在した民主党自由主義派に対する通称である。ケンタッキーのバーボン・ウイスキー (bourbon whiskey) と、フランス大革命でいったんは倒されながらも一八三〇年の七月革命まで反動的な支配を続けたフランスのブルボン王家 (Bourbon Dynasty) とを引っかけた洒落である。

(16) この大統領選挙は、米国大統領選挙史上もつとも白熱した選挙といわれる。バーボン派の擁立したティルデンは得票率でヘイズを破り、選挙人投票でも一八四票を獲得してヘイズの一六五票を上回った。しかし、残り二〇票をどう取り扱うかで選挙人の間で激しい議論となり、最終的にすべてヘイズの得票とされた。この結果、ヘイズが一八五票を獲得して大統領となった。この決着の裏には、南部がヘイズの当選を黙認する代わりに、共和党は南部から連邦軍が引き上げること同意し、南部再建を終了させるという取引 (一八七七年の妥協と呼ばれる) があつたと、多くの歴史家が信じているという。

(17) この選挙では共和党のガーフィールドは一般選挙でわずかに二、〇〇〇票、民主党のハンコックを上回っただけ

であつたが、選挙人選挙では全三六九票のうち二一四票を獲得して容易に当選した。

(18) この選挙では民主党のクリーブランドが一般投票で四八七万四、六二二票 (四八・五%) を獲得したのに対し、共和党のブレインは一般投票で四八四万八、九三六票 (四八・二%) という僅差であつた。しかし、ニューヨーク州で、わずかに一、〇四七票差でクリーブランドが勝ち、三六人の選挙人すべてを獲得した結果、選挙人数でいえば、クリーブランドが二一九人に対しブレインは一八二人となつて選挙の行方を決した。

(19) 一八八八年の大統領選挙では、現職のクリーブランドが一般選挙では五五三万四、四八八票 (四八・六%) と最高票を得たのに対し、共和党の挑戦者ハリソンは、一般選挙では五四四万三、八九二票 (四七・八%) と敗れていた。しかし、選挙人数ではハリソンは二三三票を獲得し、一六八票のクリーブランドを破つて大統領に選ばれた。なお、ハリソンは、第九代大統領 William Henry Harrison の曾孫である。

(20) この選挙ではクリーブランドは一般投票で五五五万三、八九八票 (四六・〇%) と勝ち、さらに選挙人数でも二七七人を獲得して、ハリソンの五一九万八一九票 (四三・〇%)、選挙人数一四五人を圧倒して問題なく勝利した。

(21) ウィルソン・ゴーマン関税法の正式名称は次のとお

りである。

An act to reduce taxation, to provide revenue for the government, and for other purposes

- (22) People's Party: 一八九一年に設立され、合衆国南部の貧しい白人綿花農家等を支持基盤とした。

- (23) Silver Republican Party: 金本位制を支持した共和党に対し、銀本位制を主張する勢力が離党し旗揚げした。

- (24) マッキンリーは、大統領となったのち、米西戦争を行って、フィリピン、グアム、サイパン等をスペインから奪取し、またクリーブランド時代にはその独立を支援していたハワイを米国に併合した。

- (25) 一九〇一年、マッキンリーは、無政府主義者のチョルゴッシュ (Leon Frank Czolgosz) によって暗殺された。副大統領のルーズベルト (Theodore Roosevelt) が昇格した。彼は四二歳と米国史上最年少の大統領であった。また、バーボン派は、この一九〇四年の選挙に、ウィルソン (Thomas Woodrow Wilson) が、その政敵であるブライアンと妥協することにより歴史的役割を終えて消滅する。

- (26) 一九一二年の選挙では、現職大統領タフトは共和党の保守派の支持で党候補に再指名された。しかし、第二六代大統領のセオドア・ルーズベルトは共和党の指名獲得に失敗した後、独自に党員集会を招集し新しく進歩党 (Progressive Party) を創出して、自ら指名された。

他方、民主党は、ウィルソンに一本化した。この共和党の分裂選挙のおかげで、ウィルソンは一般選挙での得票率は四二％に過ぎなかったが、漁夫の利を得て選挙人数では圧倒的多数を占めて当選に成功した。

- (27) 渋谷博史『二〇世紀アメリカ財政史「I」』渡橋大学出版会二〇〇五年刊、四二頁参照。

- (28) シャーマン法の正式名称は、次のとおりである。

An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies

- (29) 金びか時代の名は、マーク・トウェイン (Mark Twain) の同名の小説に由来する。

- (30) 他の二社は、Franklin Sugar Company、Spreckels Sugar Refining Company、Delaware Sugar House である。

- (31) Joseph McKenna (1843-1926) は、三権のいずれにも地位を占めたという珍しい経歴の人である。すなわち、まず下院議員となり、ついでマッキンリー政権において司法長官となり、最後に最高裁判事になったのである。

# 航空会社経営破たん時の旅客保護に関するEU法制

工 藤 聡 一

- I 序 説
- II 航空旅客の権利保護に関する欧米の立法動向
- III 経営破たんに伴う欠航と旅客保護
- IV 結 語

## I 序 説

欧州単一航空市場 (Single European Aviation Market)<sup>(1)</sup>の実現は、欧州連合 (European Union, EU) 域内及び第三国間の航空運輸の顕著な増加を招いた。多くの新規

参入事業者が次々と表れ、路線が種々開拓されて就航便数が増加し、こうした競争促進の積極的効果として航空券は値下がりした。しかし消費者にとって歓迎すべき成果の反面で、単一市場は、競争激化の負の側面をも投影せざるを得ず、消費者の誤認を招く安売り広告が横行しウェブサイトにおける価格表示の適正化が望まれたり、オーバー・ブッキングが搭乗不能旅客を生み出しこれへの正当な補償が望まれたりといった具合に、旅客権利保護のための規制をも呼び込むこととなった。旅客の権利の相当の部分は既にEUレベルで保護されているが、

パッケージ旅行等から独立した航空券 (Stand-Alone Ticket) の購入者が当該航空会社の経営破たんによって立たされる苦境に救済の手を差し伸べる仕組みのように、未だ法制化の途上にある領域もある。このことは、旅客の志向が航空会社等のウェブページを利用したテラーメイド型へと移行しつつあるなかで、旅行代理店主導のパッケージ旅行を中心に保護を与える現行指令 Council Directive (EC) 90/314/EEC<sup>(2)</sup>とのミスマッチを生んでいる。EU域内でも二〇〇〇年からの一〇年間に計九六件の航空会社の経営破たんがあり、一四〇ないし二二〇万人の利用者に影響が出たとみられる。<sup>(3)</sup>ときにそれらはバカンス・シーズンの需要ピークを襲い混乱を助長した。少なく見積もっても一六万八、〇〇〇人の旅客が自宅から遠く離れた場所で立ち往生を余儀なくされ、世間の注目と政策的な関心を呼び起こすこととなったのである。二〇〇九年、欧州議会 (European Parliament) は、「航空会社の破たん時における旅客補償に関する決議 (Resolution on Passenger Compensation in the Event of Airline Bankruptcy)」<sup>(4)</sup>を採択し、航空政策の執行を司る欧州委員会 (European Commission) に対して、航空会

社の経営破たん時に旅行先で取り残された旅客の保護を前進させる方策の検討を諮問した。<sup>(5)</sup>

そもそも欧州における単一市場の形成による航空自由化は、一九九〇年代以降各国が貨客運輸権の解放を積極的に行うようになった、いわゆるオープン・スカイという国際的な潮流の支流をなすものであり、旅客保護という自由化の反動といえる現象もまた、世界各地に共通してみられる。<sup>(6)</sup>例えばオープン・スカイを政策的に強力に推し進めてきた米国も、ウェブサイトにおける価格表示の適正化、オーバー・ブッキングによる搭乗不能旅客への補償を含め、その法定に積極的である。ただ興味深いのは、欧州、米国ともに、旅客の権利保護を「旅客権利章典 (Passenger's Bill of Rights)」<sup>(7)</sup>と呼んで体系化の軌を一にするにもかかわらず、航空会社の経営破たん時の旅客保護の議論は欧州独自のものとして展開され、米国においてはまったく欠落していることである。<sup>(8)</sup>以下本稿は、このような議論の偏在の理由を探る一方、いま欧州においてこの問題に具体的に如何なる方策が講じられようとしているのかを確認しようとするものである。続く本論では、EUの航空旅客の権利保護に関する立法動



向を米国との比較において一瞥した後、目下議論が行われている、経営破たんに伴う欠航に関する旅客保護の在り方について検討する。

なお、本稿の問題意識からは、航空会社の経営の行き詰まりが旅客の移動に甚大な悪影響を及ぼす局面をもつて「破たん (failure, bankruptcy)」と捉えるものとし、一般的な破産手続開始原因たる支払不能・債務超過 (insolvency) のみならず、行政機関による運航免許取消処分 (revocation of certificate) をもこれに含めて考えることとする。

## Ⅱ 航空旅客の権利保護に関する欧米の立法動向

### (1) 旅客権利章典

大西洋を挟んだ欧州と米国において、旅客の人権保護、いわゆる旅客権利章典の確立に向けた議論が盛んである。最近では、内水及び海上運送分野にまで保護対象が広げられようとしているが、この動きを一貫して主導して来たのは航空運送分野である。

ビジネスやレジャーで航空機を利用することがもはや珍しいことではなくなり、今日のように航空運送のボリュームがかつてない程に拡大すると、気象条件、技術トラブル等によって一度発生した遅延が機材繰りを乱して玉突き的、雪だるま的に影響が拡大し、基幹空港における慢性的な混雑と相俟って、各地で長時間の遅延、欠航が連続して発生することになる。<sup>⑩</sup> 遅延は軽微の場合もあるが、長時間に及ぶと待機の苦痛がつのり、あるいは旅程の変更・キャンセルを余儀なくされるなど、利用者は多大な不利益を被る。<sup>⑪</sup>

極端な例では、二〇一〇年二月二七日、夕方からブリザードに襲われたニューヨーク・JFK国際空港で、翌朝までの一時間にわたり積雪のため滑走路が閉鎖され、六〇〇便以上が欠航し、数千人が空港で足止めを食らった、というものがある。同日の空港閉鎖では、到着直後の複数の便において、旅客が長時間機内待機を余儀なくされるといふ事態が発生した。使用不能となったトイレからの異臭が機内にたちこめ、飲料水・食料は枯渇し、心身の異常を訴える旅客が続出したと報告されている。<sup>⑫</sup> 隔離された閉鎖空間で身動きもままならない航空

機の一般的性質からして、このような状況の恐ろしさは誰にも容易に想像できる。長時間の事実上の監禁状態が航空機で発生すること、運航再開の目途が立たないまま機内で長時間を過ごすことの困難は、「トラウマの発生を誘発する遅延 (traumatic delay)」の意味をこめて「滑走路遅延 (tarmac delay)」<sup>13</sup>という呼称を与えられることとなった。州際航空及び国際航空に関する立法管轄権を有する米国連邦議会<sup>14</sup>は、すぐさまその問題性を認識して、旅客権利章典の重要な要素として、長時間機内待機の禁止を法制化した<sup>15</sup>。当該規制の内容は大要次のとおりである。

(長時間機内待機の禁止) 航空会社が、離陸待機等実際に、四時間を超えて旅客を滑走路上の機内に止め置くことは、安全、保安及び交通管制上の理由に基づく場合のほか、禁止される。また、二時間以上に及ぶ機内待機の場合には、十全に使用可能なトイレ及び飲料水へのアクセスを保証しなければならない。航空会社は、そのような事態に備え対応計画を策定する義務を負う。<sup>16</sup>

航空旅客の権利保護を前進させた上述立法のイニシアティブをとった米国運輸省の Ray LaHood 長官は記者会

見で、同規則により「旅客は航空会社から正当に扱われる権利を有することになる。：それらはまさに我々の常識が体现されたものであり、旅行者を彼らが期待するとおりに処遇しようとするものに他ならない<sup>17</sup>」と、高らかにその意義を謳いあげた。次頁掲出の表1を参照されたい。これは現時点における旅客保護法制の整備状況を示すものであるが、長官が誇るとおり、航空旅客の保護に関し、旅行出発前からその帰宅後まで最も手厚い法制を敷くのは確かに米国である。

ただしここで注目しなければならないのは、項目九、航空会社の経営破たん時の旅客保護である。米国が本問題に注意を払わない一方、欧州は既に一定の立法措置を講じており、本稿が主題とするようにその議論を更に深化させようとしている。オープン・スカイ化した国際航空、燃油高騰によるコスト高、低価格航空会社 LCC の台頭といった要因により、<sup>18</sup>航空は今日グローバルな文脈でまさに大競争時代を迎えており、欧州と同程度あるいはそれ以上に航空会社の経営破たんが相次ぐ米国にあつて、このことは一見旅客への配慮を欠く対応かにみえる。欧州連合閣僚理事会運送部会の Brian Simpson 議長の言

(表 1) 航空旅客保護に関するルール (2012年10月現在)

| 項目     | 諸国の法令                       |          |          | 国際条約          |
|--------|-----------------------------|----------|----------|---------------|
|        | 米 国                         | 欧州連合     | その他      |               |
| 旅行開始前  | 1 運航会社 (実行運送人) 名の通知         |          |          |               |
|        | 2 提示運賃の最低価格保証               |          | ※30      |               |
|        | 3 値上げ前運賃に基づく航空券の通用          | ※27      | ※13      |               |
|        | 4 保有予約についての変更又は解約の選択※2      | ※23      |          | ※30, ※31      |
|        | 5 キャンセル時の迅速な払い戻し            | ※23      |          | ※30, ※31      |
|        | 6 特別な事情による航空券使用制限の緩和        | ※4       |          | ※30, ※31      |
|        | 7 運賃内訳及び付随費用の完全な開示          | ※5, ※23  | ※13, ※14 | ※26, ※29      |
|        | 8 航空会社の営業及び運航状況に関する情報の提供    | ※6       | ※15      | ※21           |
|        | 9 航空会社経営破たん時の保護             |          | ※28      |               |
|        | 10 将来の運航混乱可能性についての情報提供      |          |          | ※24, ※30      |
|        | 11 緊急対応計画、顧客対応ガイドライン、約款の開示  | ※23      |          |               |
| 旅 行 中  | 12 コードシェア・パートナーによるサービスの品質保証 | ※7       | ※16      | ※21           |
|        | 13 遅延、欠航及び目的地変更に関する情報の提供    | ※8, ※23  |          | ※30           |
|        | 14 一定の条件下で退機が認められることの説明     | ※23      |          | ※30, ※31      |
|        | 15 長時間の機内待機を含む遅延時の支援        | ※8, ※23  | ※17      |               |
|        | 16 搭乗拒否についての公正かつ一貫した取扱い     | ※9       | ※17      |               |
|        | 17 受託手荷物の適時の引渡し             | ※23      | ※18      | ※30, ※31      |
|        | 18 身体障害者、移動困難者に対する適切な処遇     | ※12      | ※17, ※20 | ※25, ※29      |
| 旅 行 後  | 19 監督庁への消費者レポートの定期的な提出      | ※11, ※23 | ※19      | ※29, ※32      |
|        | 20 旅客からの苦情への真摯な対応           | ※8, ※23  |          |               |
| 旅客補償※1 | 21 受託手荷物責任限度額の引き上げ          | ※10      | ※18      |               |
|        | 22 受託手荷物紛失時の受託料返還           | ※23      |          | ※29, ※30, ※31 |
|        | 23 欠航、搭乗拒否時の補償              | ※23      | ※17      | ※29           |
|        |                             |          |          | ※21, ※22      |

出典：Table A- Summary of Consumer Protection Rules, Consumer Protection and Definition of Passenger Rights in Different Contexts, Secretariat, International Civil Aviation Organization, ATConf/6-WP/5, December 7, 2012, available at [http://www.icao.int/sustainability/Documents/ConsumerProtection\\_Table-A.pdf](http://www.icao.int/sustainability/Documents/ConsumerProtection_Table-A.pdf) (last visited June 23, 2013) から抜粋，一部改変。

(表1) 注

- ※1 航空会社による旅行後のアクションのうち金銭補償的な措置を細分類したものである。
- ※2 IATA Recommended Practice 1724 (RP1724) on General Conditions of Carriage (Passenger and Baggage).
- ※3 Notice of the Department of Transportation (DOT) based on 49 U.S.C. 41712 and 14 C.F.R. 399.84. ウェブ及び他の営業媒体における開示について規制。
- ※4 Industrial Letter of DOT based on 49 U.S.C. 41712. 欠航時の払い戻しについて規定 (1996年), 同趣旨の通達あり (2001年)。
- ※5 49 U.S.C. 41712; 14 CFR 399.84. 価格表示規制。不公正もしくは欺罔的な実務, 又は反競争的手法の禁止。
- ※6 14 CFR 253.5, 257, 258 & 399. コード・シェア契約及び長期ウェット・リース契約の開示, キャンセル条件の開示。
- ※7 DOT & FAA (Federal Aviation Administration), Code-Share Safety Program Guideline (2006 Rev.).
- ※8 DOT 暫定規則 (2007年)。長時間にわたる滑走路上の機内待機に関する緊急対応計画を策定したり, 30日以内にすべての苦情に回答したり, 遅延発生状況及び苦情件数についてのデータを公表したりといった, 旅客保護の強化を謳っている。
- ※9 14 CFR 250. 座席の過剰販売に関する規則 (2003年, 2008年)。
- ※10 14 CFR 254. DOT は, 国内線における受託手荷物賠償責任限度額を, 2000年に1,250ドルから2,500ドルへ, 2004年に2,800ドルへ, 2007年に3,000ドルへと増額してきている。また DOT は国際コード・シェア便における受託手荷物責任ガイドラインを示している (2009年)。
- ※11 DOT は, 遅延, 手荷物の誤取扱い, 過剰座席販売及び苦情等をまとめた航空旅行消費者報告書 (Air Travel Consumer Reports) を公表している。DOT はまた, 2003年以降, 身体障害者に関係する苦情の抽出もはじめている (14 C.F.R. 382)。
- ※12 航空会社アクセス法 (Air Carrier Access Act) に基づく身体障害に基づく差別的取扱いの禁止である (14 CFR 382)。
- ※13 EC Regulation 1008/2008は, すべての税, 手数料を含む運賃の公表を求めており, 欧州委員会は Directive 93/13及び2005/29に基づき航空券の不正なウェブ販売や商取引を調査している。
- ※14 誤認誘発広告に対する Directive 84/450は Directive 2005/29によって運用が強化されている。
- ※15 コンピュータ予約運用憲章 (CRS Code of Conduct) が関連の規定を含んでいる (EC Regulation 80/2009 replacing Regulation 2299/89 as amended by 3089/93 and 323/99)。
- ※16 コンピュータ予約運用憲章が関連の規定を有している。欧州民間航空委員会 (ECAC) は勧告を公表している (1996年)。
- ※17 EC Regulation 261/2004は旧 Regulation 295/91を廃止し, 搭乗拒否及び長時間遅延の場合の払い戻しを一般ルール化している。
- ※18 EC Regulation 889/2002は Regulation 2027/97を一部改正し, 受託手荷物についての責任条項を加えている。
- ※19 欧州委員会は, Community Air Passenger Reporting System と称される試験的プロジェクトを立ち上げている。航空会社が任意に情報提供を行う仕組みである (COM (2005) 046)。
- ※20 EC Regulation 1107/2006. 障害者及び移動困難者が航空機を利用して移動する権利を定める。ECAC Policy Statement sec. 5 (Field of Civil Aviation Facilitation) に, 運用の細則がある。
- ※21 1999年モントリオール条約 (Montreal Convention, 1999) Art. 41.
- ※22 1999年モントリオール条約 Art. 22.
- ※23 DOT 規則 “Enhancing Airline Passenger Protections” (DOT-OST-2010-0140) がそれである。
- ※24 Law (France) No 2012-375 of 19 March 2012.
- ※25 Canadian Transportation Agency Decision No. 4-AT-A-2010 (nut allergies) & No. 66-AT-A-2010.
- ※26 Canadian Air Transportation Regulations, Section 116.1. ウェブサイト上の情報についての規則である。
- ※27 EC Regulation 2111/2005. 運航禁止処分を受けた運送人のリストである。
- ※28 Council Directive 90/314/EEC. パッケージ旅行に関する指令である。
- ※29 Consumer Protection Regulation in the Civil Aviation Sector (Saudi Arabia General Authority of Civil Aviation, pursuant to Board Resolution No. (8-99).
- ※30 Rules of civil aviation passenger and baggage, domestic transport (No. 49 Decree CAAC, China).
- ※31 Rules of civil aviation passenger and baggage, international transport (No. 70 Decree CAAC, China).
- ※32 Management measures of consumer complaint in air transport (No. 207 Decree CAAC, China).



葉を借りれば、「政策課題のループホール」といえないくもないのである。果たして、このようなコントラストは如何なる原因に由来するものであろうか。

社会に未曾有のパニックを生じさせ、航空業界に甚大な損害を与えた二〇〇一年九月一日の同時多発テロを契機に、米国政府は、従前に増して航空運送事業の安定のための公的介入を強めた。他方で欧州は、そのような局面でこそ市場主義の貫徹が必要であると強調し、公的な介入を原則として行わなかった。以下、テロ後に欧米によってなされた対応の違いを紐解くなかで、その理由を探ることにする。

## (2) 米欧の政策不一致点としての破たん会社旅客保護

同時多発テロの影響を、おそらく他のいずれの産業分野よりも強く受けたのが、航空セクターであろう。あの決定的な日をもって航空産業の基盤が一機に不安定化し、オペレーションのあり方も永遠に塗り変えられてしまった。米国連邦政府及び欧州委員会は共に、その計り知れない影響の一部を緩和するための方策を立法的に手当した。もつとも、地域差を超えた航空の本質的類似性にも

かわらず、米国と欧州とで選択されたアプローチは全く異なるものであった。一方で米国は、短期及び長期の直接的な公的支援を行ったが、他方で欧州は、航空会社が私的なリストラクチュアリングの手法を通じて再生することを促進しつつ、財政的な援助は極端に限定的なものとした。<sup>(20)</sup>

大体、如何なる方法によっても、同時多発テロの航空産業への影響を取り除くことはできなかったに違いない。発生直後、連邦航空局 (Federal Aviation Administration, FAA) は、すべての国内線及び国際線の航空便の強制着陸措置に続き、四日間にはわたり民間機の一切の飛行を禁止した。国際航空運送協会 (International Air Transport Association, IATA) の試算によると、航空会社は米国空域のシャットダウンの四日間だけで約一四億ドルの損害を被った。運航は漸次再開したものの、テロ攻撃が航空需要及び収益に対して悪影響を与えていくことは明らかであった。二〇〇一年九月末時点で、国際線搭乗者は前年同月比二二%減となり、国内線搭乗者は同じく三四%減少した。同試算に則していえば、航空産業は二〇〇一年だけで全世界で一二〇億ドルという莫大な損



失を出し、それは米国の七五億ドル及び欧州の一九億ドルの、それぞれ市場規模の損失を含んでいた。<sup>21)</sup>そこで欧州及び米国の航空会社は、さまざま各々の政府に対して、飛行禁止措置及び差し迫った利用旅客減少による損失を軽減するための手当を請願した。米国でも欧州でも、政策担当者は同時多発テロが航空会社を財政的に窮地に追い込む可能性を十分に認識していたが、以下にみるとおり、彼らは航空会社への援助について全く対照的なアプローチを選択した。<sup>22)</sup>

### ① 米国の対応

米国は、同時多発テロに見舞われた航空産業を守るため、迅速にかつ包括的な対応を行った。連邦議会は、テロ発生から実に二週間というスピードで、「航空運送の安全とシステムの安定に関する法律 (Air Transportation Safety and System Stabilization Act, ATSSSA)」<sup>23)</sup>を採択した。ATSSSAは、テロ攻撃の短期及び長期の影響に対処するために四つの方策を講じた。第一に、米国空域の飛行禁止及び同年中の航空利用者の減少に起因する損失に対して、五〇億ドル規模の即時補償措置を定めた。

第二に、航空運送安定化委員会 (Air Transportation Stabilization Board, ATSB) を創設し、これに対し連邦債務保証証書を航空会社の長期的な財務安定のために一〇〇億ドルを限度として発給する権限を付与した。第三に、同時多発テロにおいて賠償責任を負うこととなった二社のそれぞれについて、一億ドルの損害賠償限度額を定めた。第四に、テロ発生から最低一八〇日間、民間の戦争リスク保険 (war-risk insurance) に出資し又は同等の制度を政府として直接提供する権限を運輸省に与えた。<sup>24)</sup>

### ② 欧州の対応

米政府によって約束された広範な援助策に比して、欧州系航空会社に与えられた援助は極めて限定的なものであった。ローマ条約以来競争政策<sup>25)</sup>に関してEU加盟国は、一種の足かせをはめられていた。すなわち欧州の産業の民間所有に基づく競争的な環境を確保するというより高次の目的の下に、加盟国政府が欧州委員会の承認なく民間企業に対して公的支援をなすことは、明示的に禁じられていた。そして同時多発テロが、同条約にいう

「例外的事象 (exceptional occurrence)」にあたることを理解しつつも、欧州委員会は二類型についての支援要請しか認めなかった。まず、加盟国が航空保険料の上昇分をカバーすることを許可した。それはATSSSAにおける戦争リスク保険措置に相当し、航空会社が同時多発テロ発生前のレベルの費用で保険を購入できるようにしたものである。次いで、加盟国がテロ直後の米国空域飛行禁止に直接起因する損失を補償することを許可した。ただしそれには二億ドルという限度額が設定されており、この額は現実には、テロ後の需要低迷によるものも含め最終的に三六億ドルに上ったとされる欧州系航空会社の損失の、ごく僅かな一部分をカバーしたに過ぎなかった。<sup>26)</sup>

### ③ 米欧の対応の違いの背景

米国と欧州とで行われた同時多発テロ後の航空会社支援は、基本的な姿勢において全く対極的なものであった。米国は政府による私企業経営への介入をこの場合「善」とみ、短期及び長期の両面で航空会社を保護しようとした。対して欧州は、自由放任 (laissez-faire) を政策の基調とし (換言すれば政府の介入を「悪」とみて)、同

時多発テロの直接的影響に対する最低限の手当に支援の範囲を限定して、航空会社が私的な再編によってテロ後の混乱を自力で乗り越えることを求めた。この差異には、少なくとも四つの背景を見出すことができる。<sup>27)</sup> 第一に、米国と欧州は、同時多発テロの航空業界への影響について異なる認識を有していた。<sup>28)</sup> すなわち、米国がこれを産業の屋台骨を崩しかねない事態とみた一方、欧州は産業の自助努力で克服可能な出来事とみた。第二に、市場における自由競争を促進する意図を有する欧州委員会と異なり、米国政府は、航空会社への公的支援ないし介入を慣例化してきていた。<sup>29)</sup> 第三に、米国では、航空会社の再興にテロ攻撃からの復興の象徴という意味を与えていた。<sup>30)</sup> 第四に、米国と欧州とでは、航空会社の経営破たん後の処理について異なる対応が積み重ねられていた。<sup>31)</sup> すなわち、欧州では航空会社は市場原理の下でスクラップ・ランド・ビルドされるべきもの、対して米国では法的手続下で延命ないし再生されるべきもの、とそれぞれ考えられてきた。

本論の主題との関係で決定的なのは、このうちの第四である。ATSSSAを柱とする米国議会・政府の包括

的で素早い対応により、テロ直後の大混乱の中でおそらく相当に高い確率で発生し得たはずの、米国における航空会社の経営破たん又は運航停止といった事態が結局起こらなかったことは重要である。米系航空会社は二〇〇一年第四四半期に七五億ドルの損失を出したが、連邦政府の直接金融支援によつて、初期的な損失のほぼ全部をカバーすることができた。総計で四六億ドルがUnited及びAmericanに拠出され、またDeltaも五億ドル以上の支援を受けた。直接的な支援に加えATSSSAはまた、航空産業全体が極度に不安定化した状況下で経営破たんへと転落する企業が発生しないよう、連邦政府による長期債務保証をも規定した。また、連邦破産法のチャプター・イレブンに基づく再建型倒産手続にも十分な蓄積があり、同手続の下、航空会社の運航の継続が實際上妨げられないという見通しも十分に効いた。このような経緯により、突如失われた航空需要、記録的な損失計上、民間保険の入手困難といった異常事態にもかかわらず、テロ直後、主要航空会社に経営破たんして運航停止に陥るようなものは出現しなかった。そして欠航により旅先で立ち往生するような旅客も、また

現れなかったのである。<sup>(32)</sup>

ATSSSAと比べて、欧州委員会の航空会社支援パッケージは極めて大人しいものであった。それは、加盟国政府が航空会社に対して戦争リスク保険を提供することを認め、同時に、FAAの飛行禁止措置に直接に起因する損失を填補する、という内容を有していた。航空会社首脳及び加盟国政府からの請願にもかかわらず、欧州委員会はその範囲を超える国家支援を断固として認めなかった。このような対応は、欧州の航空会社首脳にとつてそれ以上ない程に冷酷と映ったに違いない。そして実際に同時多発テロの発生から数週間のうちに、SwissairとベルギーSabenaは経営破たんし、運航を停止した。欧州委員会は航空会社がいずれ再編されることになる、あるいは、自由市場の規律に任せる以上そのような再編はむしろ必要となると予想していた。両社の経営破たんはおそらく想像以上に早く訪れたことであろうが、欧州委員会の基本的姿勢に変更を迫るようなものはなかった。Swissairはかつて「空飛ぶ銀行 (Flying Bank)」とまで呼ばれ強い財務体質で知られていたが、一九九〇年代には経営判断の失敗により業績が悪化して

いた。同時多発テロは、その破たんのタイミングを早めあるいは際立たせたに過ぎない。同時多発テロから四日間の飛行禁止措置及びその後の需要低迷が、同社のキャッシュ・フローの危機的低下を招いたのは疑いない。新たな融資を得られなくなったSwissairは、二〇〇一年一〇月に破産し運航を完全に停止した。スイス政府は、欧州委員会の判断に従い、同社への公的支援を行わずに、その代わりに民間の金融支援を得られるよう援助する態度で臨んだ。<sup>33)</sup>

しかし、この予期せぬ航空交通の途絶により、一九、〇〇〇人余の旅客が立ち往生を余儀なくされ、社会問題化する。狼狽えたスイス政府はそこで一転、同社の運航再開のための措置を講ずることとなった。欧州委員会は、加盟国政府からの抗議にもかかわらず、スイス政府のこの対応を公式には非難しなかった。次いで委員会は、欧州連合の加盟国であるベルギーが、ほぼ同時期に経営破たんに追い込まれたSabenaに対して公的支援を行うことをも黙認した。これらの対応は、自由市場主義とは相容れないとの批判を受けたが、委員会は国家的支援が抽象的には欧州連合（及び欧州・スイス間）競争

規定に反することを認めつつ、当該支援は具体的には如何なる意味においても欧州市場を歪ませることはない、と反論した。更に委員会は、今回の公的支援は正規のリストラクチュアリング手続を行うまでの穴埋め（stop-gap）に過ぎないとし、両社に対する公的支援は最後の例外であつて、以後加盟国の航空会社を経営破たんが生じた場合でも、委員会によって当初示された規定の限りでしか国家対応を認めないと、語気を強めた。<sup>34)</sup>

ここからみえてくるのは、多額の公的資金が投入され、かつ再建型倒産手続の適用が見込め、したがって運航停止が発生する可能性の小さい米国が、破たん会社の旅客に対する保護を講ずべき実質的な基礎を有しないという事実、それに対して欧州では、加盟国政府が破たん航空会社に対するつなぎ融資、政府保証のような措置を自らの判断で行い得ないうえに、判断権限を有する欧州委員会がSwissair、Sabenaの教訓から将来も公的支援の判断を留保する可能性が極めて高い、つまり運航停止が生じるという濃厚な予測である。後者は、旅客保護を推進する積極的な動機ともなり得るのであつて、現在専ら欧州においてこの側面での議論が進んでいることは、当然



の成り行きとさえいい得るのである。

### III 経営破たんに伴う欠航と旅客保護

#### (1) 経営破たんに伴う欠航の特性と旅客保護の要請

欧州における近時の破たん事例とそこでの旅客保護の経験を、まずはみておきたい。

XL Airways は英国のチャーター航空会社であり、二〇〇八年九月の破たんにより、八万から八万五、〇〇〇人の旅客が旅先で立ち往生したが、別に、二四万人が翌月にかけての予約を有していた。旅客のほとんどはパッケージ旅行に組み込まれた予約記録を有しており、よって彼らはパッケージ旅行者を保護する英国政府の旅行者監督スキーム (Air Travel Organisers' Licensing, ATOL) の適用を受けることとなった。<sup>(35)</sup> それ以外の八、〇〇〇から一万人はフライトのみの予約を有する旅客であった。英国の航空監督庁は、ATOLスキームに基づき邦人帰還のための空輸を開始した。本来、この措置はパッケージ旅客を対象としていたが、航空便のみの旅客も費用を負担する条件で参加が認められ、大

部分の旅客が実際にこれを利用した。<sup>(36)</sup> この事例はチャーター航空会社に関するものではあったものの、邦人の帰還手続の発動と実施に関する経験として一般化が可能な面を有している。すなわち、既存の民間機、同要員を利用したもの、すべての機材は検査を受け、監督庁の承認を得る必要があったため、破たんから空輸スキームの発動までに数日を要した。あるいは、フライトのみの旅客についてはとくに、現地で影響を受けている本人とコンタクトをとり、帰還に向けた調整をすることに相当の困難が生じた。

Air Madrid はスペイン籍で、当時欧州で唯一の長胴機利用 LCC であった。整備不良が相次ぐなどしたためにスペイン政府が運航免許の剥奪に動くと報道されたことをきっかけに、二〇〇六年一二月に運航を停止するに至った。スペイン、ラテン・アメリカ諸国、ルーマニア方面を中心に一〇万人以上の旅客が立ち往生した。その大部分はホリデー・シーズンに帰省するための移民であった。スペインの監督庁は、チャーター便を仕立てて約八、〇〇〇人の旅行者を予定地に送り届けた。また、同業者の Air Comet が Air Madrid の資産及び路線を急



きよ引き継ぎ、輸送を実質的に継続した。しかし、それでも数千人単位の旅客が取り残されたままとなった。スペイン政府は、航空監督庁と空港と連携しつつ国際礼讓(courtesy)の観点からそうした旅客への対応に当たった。同国法上、航空券の払い戻し、補償などに関する措置はなく、倒産処理手続において、旅客に優先再生債権者としての地位を与えることも模索されたが、債権者及び破産会社の反対にあうなどの混乱が生じた。ここでは空輸に関する問題に加え、旅客に対する補償の困難性が浮き彫りになった。<sup>37)</sup>

EJJetはアイルランドのLCCであり、Air Madridに似通った経緯を辿って二〇〇五年七月に運航を停止した。欧州各地に五、〇〇〇人余りの立ち往生客が発生したが、同業他社が特別に低料金を設定して、帰還を積極的に援助したため大きな混乱は生じなかった。未行使の航空券についても払い戻しがなされた。<sup>38)</sup>

Sabenaはベルギーのナショナル・キャリアであったが、同時多発テロの余波を受けて二〇〇一年一月に破たんした。興味深いことに、運航停止で立ち往生した旅客は多くはなく、大きな混乱は生じなかった。同社の財

務的困窮は既に大きく報道されており、その末期には極めて低い予約しか入っていなかったのである。全ての機材は本国に帰還出来たという事情もあった。Sabenaの子会社であるDATは、ベルギー政府のつなぎ融資を受けて、すぐさま路線の一部を承継し運航を再開した。これは、ほぼ同時期に破たんしたSwissairにおいて、多数の孤立旅客を生じた一方、アド・ホックな帰還手法が採られたことと対照的といい得る。Sabenaの事例は、旅客保護の観点からは、大規模な経営破たん時の対応の一つの手本を示すものである。<sup>39)</sup>

以上の各事例は経営の規模、運航モデル、末期における状況等々、それぞれ固有の事情を有し対応も一樣ではないが、総合的に評価するとき、少なくとも①監督庁による経営状況の悪化についての適切な把握、②破たん後の緊急課題としての邦人帰還、③帰還のための輸送開始までの間の旅客のビバーク、④旅客に対する返金、適切な補償という旅客保護問題が、航空会社の経営破たん時に考慮されるべき事項として経験的に確認されたことになる。これらに対して、経営破たんを防ぎ旅客がリスクにさらされないようにするか、又はリスクを当初段階に

において最小化するための予防的手法と、リスクが顕在化した後にそれをカバーする対処的手法とを組み合わせ、措置が講じられるべきことになる。

## (2) 欧州における議論の内容

予防的手法、対処的手法の両面から本問題に対応すべく、欧州委員会、及びその委託研究として各研究機関においてこれまで議論が積み重ねられてきている。これらを下敷きに今後立法作業が進むことになる。議論の内容は、より具体的には、①航空会社の財務を含む経営状況についての監督庁の監視強化。②航空券購入チャネルにおける旅客への注意喚起の強化。③破たん処理に対する国家責任の明確化。④航空会社の責任保険強制加入。⑤旅客の保険強制加入。⑥旅客の出資に基づく共通補償基金の創設。⑦倒産処理における旅客債権の優先的取扱い、の七つに集約されるが、EUが過去の経験に多くを学んでいることがわかる。各要旨を、それぞれについて考えられる課題点とともに紹介すると以下のとおりである。

### ① 航空会社の財務を含む経営状況についての監督庁の監視強化<sup>40)</sup>

経営破たんへの境界上にある航空会社を捕捉し、財務的安定性を監視し、公表するシステムの構築が、念頭に置かれている。既に、市場参入規制を行う規則 Regulation (EC) 1008/2008<sup>41)</sup>は、予防原則に立ち、財務的健全性を航空運航免許を請い受けるうえでの条件としている (Art. 5.1)。また、航空会社は監督庁に対して毎決算期監査済財務諸表を提出することを要し、その他監督庁は何時でも所管の航空会社の財務査定を行うことができる (Art. 84)。そして、同査定に基づき、向こう一二ヶ月間にわたり免許に適合する諸義務を航空会社が履行できないと判断するときは、監督庁は当該航空会社の運航免許の停止又は取消しの処分を行うことができる (Art. 9.1)。監督庁が技術的問題のみならず、このように航空会社の財務問題にもコミットし、免許停止等の措置を採れば強力な旅客保護になるものと思われる。また、最終手段としての免許停止に至る段階で、潜在的な利用者に対し公正に危険性を警告できれば、その効果は更に高まるといえる。

しかし実際には、財務情報に関する評価判断には、高度の専門知識を要する。すべての加盟国の航空監督庁が、そのための一定水準以上の能力を備えることができるかは課題となる。また、開示の精度を上げることが、新規参入企業にはこれまで以上に高い参入障壁となり、加えてとくに非上場企業には大きなコスト要因となる。

## ② 航空券購入チャネルにおける旅客への注意喚起の強化<sup>④②</sup>

航空会社のマーケティング・ウェブサイトその他の航空券販売チャネルにおいて、消費者注意喚起情報の表示を拡充することが念頭に置かれている。航空券使用不能リスク、保険購入オプション、クレジット・カード使用約款の払い戻し条件、クレジット・カード付帯保険(Scheduled Airline Failure Insurance, SAFI)の適用可能性、パッケージ旅行指令の適用による保護の範囲等が、これに含まれる。

インターネットを通じたダイレクト・マーケティングの普及とそこでの表示の重要性に鑑み、EUと同加盟国政府は、これまでも航空会社が行う表示・開示への監視

を強めてきている。ただし現行規則は、消費者契約規制としての、表示画面及び広告内容の真実性についての一般的なものである<sup>④③</sup> (Regulation 1008/2008)。広告手法の透明性、情報の完全性及び適時性のボトムラインでの確保は消費者法的には重要であるが、これを旅客の主体的な予防行動を喚起するための方策に位置付けることには、異質の感が否めない。破たん航空会社に限らず、日常的に欠航、延着は発生し得るのであるし、どのようなリスクを想定し、どこまでの情報を旅客に提供するかは、やはり議論を呼ぶことになる。また、どのように表示する情報を強制できても、消費者によるその完全な閲覧を確保することはできないし、そうしなかった顧客を自己責任として切り捨てることもできないに違いない。

## ③ 破たん処理に対する国家責任の明確化<sup>④④</sup>

航空会社に対し運航免許を与えているEU加盟国の、利用者に対する責任を明らかにしようとするものである。経営破たんという特別な状況において立ち往生を余儀なくされている旅行者に緊急輸送等の保護を与える加盟国の義務を前提としたうえで、迅速かつ有効な空輸を航空

業界と連携して実施し、必要に応じて軍用機を投入するための手続を定めることが想定されている。

民間人の航空輸送については、相当な数の前例が欧州内外に存在するが、航空産業による任意の協力を前提に、アド・ホックに行われてきた実態がある。しかし、LCCでも数万人規模に上る利用者数、とりわけ旅行繁忙期における対処の困難さに鑑みれば、政府が介入して適用可能な資源の特定とその適切な配置を組織的に行う必要性は高い。政府にとって、例えば一万人の民間人が、もしそれが各人の自己責任に基づく選択行動としての旅行予約の結果であったとしても、海外で立ち往生している状況を放置できないし、礼讓の観点から、行き場を失っている外国人も見殺しにはできない。航空会社、空港会社等のステーク・ホルダーだけでなく一般世論も、国家が周到な準備を背景に事態に対応することを歓迎するであろう。

#### ④ 航空会社の責任保険強制加入<sup>(45)</sup>

すべての航空会社に対して、経営破たん時の旅客保護費用を担保するための保険加入を強制するというもので

ある。航空事業者に対する付保強制を定める規則 Regulation 785/2004<sup>(46)</sup>を改正し補償範囲を拡げることが念頭に置かれている。従来、EUにおける最も影響の大きい旅客保護規定は、前述のとおりパッケージ旅行者に対する保護指令 Council Directive 90/314/EECであった。全EU加盟国はこれについての国内法措置を終えており、補償措置の一部を除きその適用基準はほぼ共有されている。ところが、近時その割合が次第に大きくなっているにもかかわらず、旅行会社を通さずに個人的に組まれた場合の航空券は、同指令の適用外とされている。そこで、航空会社自身の保険料負担において、代替的交通手段の利用、及びチケット購入費用の払い戻しを確保しようというのである。

しかし、保険の購入は保険市場圧力と無関係ではなく、経営状態の悪化した企業については高い保険料プレミアムの発生を避けられない。むしろそのこと自体の負担によって、企業の死期を早めることも考えられよう。

#### ⑤ 旅客の保険強制加入<sup>(47)</sup>

航空会社の経営破たん時に代替交通機関の利用料及び



支払済航空券代金等についての補償を受けるための保険を、旅行者個人が購入するというものである。十分な情報が開示されているという前提で、航空会社に義務を履行する責任がある一方で、航空券保有者にも航空券購入判断の責任がある。この手法は消費者のリスクを抑制し、その費用負担は受益者たる彼らに帰するのであって、単純である。航空企業自身の努力に依存しないため、航空業界の需要変動に対する耐性が高いというメリットもある。

もつとも、保険証券でカバーされる範囲は議論となり得る。欠航、遅延により利用できなかったホテルの代金はどうであろうか。それをも含めるとすると、従来クレジットカード・カードの利用付帯保険として運用されてきたSAFIに類似した機能を持つてくる。しかしSAFIの保険料が低廉であれたのは、数万人規模の欠航とそれに伴って関連費用が大規模に発生する「異常な(extraordinary)」事態を補償対象から除いていたためであることを忘れるべきでない。また、保険料が仮にリスク・プレミアムを反映した形になるとすると、信用データの蓄積の乏しい新規参入LCCでは、運賃に比べ

て高額な保険料となる可能性も否定できない。

#### ⑥ 旅客の出資に基づく共通補償基金の創設<sup>④8</sup>

一定の方法で航空券の購入額に保険料を上乗せし、政府等がこれを航空会社の経営破たんに備えて管理するというものである。負担者と受益者とが一致するその基本的な発想は単純である。

しかし、保険料を如何に定めるかは、実際には困難な判断を伴う。一律の賦課金方式を採ると、これはリスクに基づくプレミアムのあるべき負担と一致しなくなる。また、結果として給付される補償金額との関係で衡平といえるためには、高額なチケットほど保険料も高くなる、比例的な負担を検討すべきことになる。そして、これらの要請を組み合わせるとするなら、極めて複雑な保険料体系を要することになるのである。制度構築上の課題は他にもある。加盟国単位でいうと数年に一回程度の低い頻度のイベントのために、保険料の算定、徴収、運用、審査及び支払を自前のスタッフを抱えて運営していくとするなら、おそらく膨大な管理費用を生み出すことになり、その統計的希少性からして、無駄の大きい手法と評



価されざるを得ない。

### ⑦ 倒産処理における旅客債権の優先的取扱い<sup>④9</sup>

倒産処理、とくに精算手続において、旅客を優先債権者のクラスに位置付けることが念頭に置かれている。再生型の処理では運航が継続され旅客保護の要請もそれだけ後退するために、航空企業では再生手続の利用を促進すべきとする主張もないことない。しかし、EUには倒産法制及び同実務に対して固有の考え方があり、特定事業種の特定問題のためにその本質的変更を迫ることは現実的でないし、すべきでもない。この前提の下では、清算型処理に際して、手続開始前の一定期間に発生した労働債権同様、旅客の運送契約上の債権を共益債権とし得るかどうかが問題とされようが、任意性が高く、債権額も限定される旅客の債権を、労働債権と同列に扱うことは実際には難しいといえよう。更にいえば、破産手続における債権保護は、旅客保護要請のうちの一部をカバーするに過ぎないのである。

### (3) 欧州によるアクションの方向性

この程、欧州委員会は、航空旅客保護に関する欧州議会の諮問に対して、「共通補償基金 (Reserve Compensation Fund)」の創設と、路線を共有するすべての航空会社が有事に座席を融通するという「互助責任 (mutual responsibility)」に基づく解決を答申した<sup>⑤0</sup>。委員会は、現在、同趣旨において、パッケージ旅行指令 Council Directive 90/314/EEC の保護を、個人手配旅行にまで拡充する場合の政策影響評価を終えようとしている。

欧州委員会には、もともと本問題に全く介入しないという選択肢はなかったはずである。既存の保護策が関係する旅客の保護が十全に機能しないことを知りながら、今後も経営破たんによって生じたコストを旅客に押し付け続けることになるからである。そこで、旅客への補償と、空輪等の緊急対応という二つの大きな課題に、ひとまず手をつけることを決断したものと思われる。

#### IV 結 語

報道<sup>51</sup>によると、欧州委員会は、航空会社経営破たん時の旅客保護、とりわけ旅客への金銭的補償のため、共通補償基金を創設する具体的議論を開始したに止まらず、同時に、加盟国政府が各国の航空会社の財務状況をモニタールするとともに、旅客の保護に適合しない航空会社については委員会に報告する制度をも設け、これらを政策の柱に措える方針という。

欧州における航空会社経営破たん時の旅客保護が、余計な公的支援によって非効率な航空会社を延命させないという、市場主義の哲学に由来するにもかかわらず、当該旅客保護のための方策の柱がその原理に反する共通補償基金の創設に据えられつつあるのは、いかにも皮肉なことである。本来なら役務の確実な給付を期待して行われるはずの消費行動が、補償基金が軌道に乗ることによって航空会社の経営破たんリスクを度外視できることになり、非効率な航空会社をかえって温存させることになりかねないからである。

またもう一方の柱である監督庁による航空会社の財務

状況のモニタリングと窮迫時の警告についても、その有効性と正当性をにわかには首肯できない。既に主要資本市場において四半期報告と継続性リスクに関する開示が実施されており、そこに投入されている社会的なエネルギーと同等以上の精力を特定産業分野のみに傾注して、かつ同程度の精度をもつて、それ以上に短いタイムリングで予想値に基づく有効な「警告」を発することができかどうかは、相当に疑わしいといわざるを得ない。また、不確実性を存立基盤とする企業活動に対して、監督庁が予測と称して最悪のシナリオを押し付けるとしたら、それ自体市場の歪曲を歪めるおそれ大きいのではない<sup>52</sup>か。そう考えてくると、欧州にとってこの問題が非常に困難な政策課題であることが再確認される。

一方、航空産業への介入志向が強い米国も、欧州の動向を固唾を飲んで見守っているというのが真実であろう。米国にとって最も重要な路線である大西洋路線には、既に米欧双方からのLCCの参入が相次いでおり、そのシェアも年々高まっている。米国人が米国籍の航空会社を利用し、当該会社はチャーター・イレブンで確実に運航が維持される<sup>53</sup>というのは、早晚神話に過ぎなくなる。

その時、やはり彼らも旅客権利章典の一章に、経営破たん時の旅客対応を記さざるを得なくなるのである。

EUは既に、破たん航空会社の旅客保護に関して二〇一五年に立法化を完了するというスケジュールを示している。<sup>54</sup> その間も変化し続けるであろう航空の実態を反映しつつ、議論が最終的にどう固まるかが注目される。<sup>55</sup>

(1) 欧州連合は、従来加盟国の個別の主権に属してきた領空の商業的利用権を、一九九三年以降、漸次加盟国（スイス、ノルウェー等欧州自由貿易連合（EFTA）加盟国も参加）による多数国間の共同管理へと移行させ、二〇〇四年に至って市場の完全な単一化を実現した。その後、非EU近隣国（アルバニア、クロアチア等）を加えて欧州共通航空域（European Common Aviation Area）<sup>56</sup> 更には外延諸国（モロッコ、ヨルダン等）を加えた拡大共通航空域（Common Aviation Area）を組織し、単一市場の運営を行っている（[http://ec.europa.eu/transport/modes/air/single\\_european\\_sky/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/modes/air/single_european_sky/index_en.htm) (last visited June 23, 2013)）。なお、市場統合の経緯については、河越真帆「シングル・スカイパッケージにみるEU航空ガバナンスの変容」慶應法学五号（二〇〇六年）一頁以下、Rigas Doganis, *The Airline Business* 45 et seq.

(2nd ed., 2006) 参照。

(2) Council Directive (EC) 90/314/EEC on package travel, package holidays and package tours, OJ No L158, 23/06/1990, P0059-0064. 以下「パッケージ (package)」とは、二四時間又は一泊以上にわたる事前手配旅行であり、移動、宿泊その他の旅行サービスを組み合わせ、包括料金において販売されるものをいう (Art. 2)。事前手配旅行の手配者 (organizer) 又は販売者 (retailer) は、旅行の価格、条件等につき誤認を与える表現を用いてはならず、また、必要情報を明瞭に含む書面を旅行者に事前に交付しなければならない (Arts. 3 & 4)。加えて、手配者・販売者は、運航会社等の破産 (insolvency) に備え、旅行者に対する旅行料金の返還と、旅行者の本国送還のために十分な余剰資金の証明を持たなければならない (Art. 7)。

(c) Steer Davies Gleave, *Impact Assessment of Passenger Protection in the Event of Airline Insolvency*, Final Report Prepared for European Commission, DG MOVE, p. 17, March 2011, available at [http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2011\\_03\\_passenger-rights-airline-insolvency.pdf](http://ec.europa.eu/transport/themes/passengers/studies/doc/2011_03_passenger-rights-airline-insolvency.pdf) (last visited June 23, 2013).

(4) Resolution on Passenger Compensation in the Event of Airline Bankruptcy, European Parliament, November

25, 2009, OJ C 285 E/42, 21/10/2010.

(5) DG MOVE, Roadmap of Commission's Initiative on Passengers' Protection in the Event of Airline Insolvency for Standalone Air, European Commission, October 2012, available at [ticketshttp://ec.europa.eu/governance/impact/planned\\_ia/docs/2011\\_move\\_025\\_airline\\_insolvency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2011_move_025_airline_insolvency_en.pdf) (last visited July 23, 2013).

(9) こうした動きをとりあへて、商業航空を所管する国際連合の専門機関である国際民間航空機関 (International Civil Aviation Organization, ICAO) においても、国際的な統一的ルールの策定に向けた議論が始まっている。同機関の主導の下立案され、現代の国際航空運送人の責任に関する統一条約として信認を集めている一九九九年モントリオール条約では、既に透明性、差別的待遇の禁止等、旅客保護が明確に謳われている背景もあって、より広範な旅客保護に関しても、ICAOが指導原理を示し、政策ガイダンスを策定し、締約国における関連事象の展開をモニターすることになっている (Consumer Protection and Definition of Passenger Rights in Different Contexts, Secretariat, International Civil Aviation Organization, ATConf/6-WP/5, December 7, 2012, available at [http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp005\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/atconf6/Documents/WorkingPapers/ATConf6-wp005_en.pdf) (last visited June 23, 2013))。なお、モントリオール条約の成

立経緯と消費者志向の性格については、落合誠一「一九九九年国際航空運送に関するモントリオール条約の成立」ジュリスト一六二号 (一九九九年) 九九頁、関口雅夫「一九九九年モントリオール条約における旅客責任制度」法学新報一〇六巻七・八号 (二〇〇〇年) 三二七頁、藤田勝利編『新航空法講義』(信山社、二〇〇七年) 一九七頁以下「藤田勝利執筆」参照。

(7) 権利章典という呼称は、憲法上の保護を伝統的に受けてきた権利の他に近年認知されるようになってきた新しい類型の権利について、権利章典の歴史的重要性を当該権利類型に投影させて大衆に認知され易い工夫したもので、これまでも Consumers' Bill of Rights, Health Care Bill of Rights といった具合に多用されてきたとされる (Timothy M. Ravich, Re-Regulation and Airline Passengers' Rights, 67 J. Air L. & Com. 935, 936 n.4 (2002))。

(8) 一九九一年に上院及び下院で、航空会社経営破たん旅客保護法 (Airline Passenger Protection Act) の法案が提出されたが (S. 240; H.R. 66)、結局日の目をみなかった。趣旨としては連邦航空法 (Federal Aviation Act of 1958) を一部改正し、州際航空又は国際航空に従事する航空会社に対し、他社の経営破たんの際に当該破たん航空会社の発券にかかる航空券を自社便に適用して運送する共助体制を構築するよう指示するものであった。



おそろく、その発想自体が航空会社の実務的な取扱いの蓄積の中に見出されたものであり、法律によって強制するほどの必要性が認められなかったものと考えられる。

- (6) Regulation (EU) No 1177/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 concerning the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway and amending Regulation (EC) No 2006/2004 (OJ L334/1, 17.12.2010), available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:334:0001:0016:EN:PDF> (last visited June 23, 2013); Larry Bleiberg, Cruise Industry Adopts Passenger 'Bill of Rights,' USA Today, May 23, 2013 available at <http://www.usatoday.com/story/cruiselog/2013/05/23/cruise-passenger-bill-of-rights/2353979/> (last visited June 23, 2013).

- (10) W. Tom Whalen et al., A Solution to Airport Delays, Regulation, Spring 2008, pp. 30-31, available at <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2008/2/v31n1-5.pdf> (last visited June 23, 2013). 同稿は、主要空港では基本的に空港施設がピーク需要をまかないきれない現実があり、それへの対処法として空港スロットに市場原理を導入することで高収益路線に対する設備投資が促進され、遅延の発生が抑制されると主張する。また、Gregory M. Seigel, Attention

Passengers: Your Flight Will Be Delayed — Congestion Pricing as a Solution to Airport Traffic Management, 39 Transp. L.J. 165 (2012) は、一種の混雑課金の導入を唱える。一方、米国連邦政府は国家プロジェクトとして空港の再整備を加速させており、その効果にも期待がかけられている。この点については、拙稿「空港環境問題における連邦航空法の専占」日本法学七七卷一号 (二〇一一年) 一頁以下参照。

- (11) 遅延をめぐる我が国における裁判例を素材に、航空運送人の延着責任の基本構造を論ずるものとして、松嶋隆弘「国内旅客航空運送契約における『延着』責任について」日本法学七七卷一号 (二〇一一年) 八二頁以下。

- (12) William Neuman, Flights at J.F.K. Sit on Tarmac for Hours, New York Times, A23, December 30, 2010, available at <http://www.nytimes.com/2010/12/30/business/30tarmac.html> (last visited June 23, 2013).

- (13) Paul S. Hudson, Airline Passenger Tarmac Confinements and Delays, 23 Air & Sp. Law. no.2 at 17 (2010); Rachel R. Chen et al., Customer Bill of Rights Under No-Fault Service Failure: Confinement and Compensation, Marketing Science, vol.31 no.1, 157, 158 (2012).

- (14) 保証される権利内容は多岐にわたる。米国では、不公正もしくは欺罔的な実務から利用者を保護し (49



U.S.C. 41712) 又は安全で適切なサービスを確保すべき (49 U.S.C. 41702) 運輸省への法律上の授權に基づき、近時、行政規則「航空旅客保護の拡張に関する最終規則 (Final Rule on Enhancing Airline Passenger Protections)」が定められている (未発効)。本稿では経営破たん時に発生する欠航への対応を念頭に置き、それ以外のものを含め網羅的に検討することは控えたいが、以下代表的なものに一応触れておくこととしたい。① (手荷物紛失時の手荷物受託手数料返還請求権) 旅客はこれまで、航空運送人に対し受託手荷物の逸失毀損又は遅延について約款又は条約に基づく正当な補償を請求する権利を有してきた。これに加えて今回、旅客は受託手荷物の紛失に際しては、徴収された取扱手数料の全額返金を請求できるものとされた。航空会社は、インター・ライニング (IATA 共通航空券) 及びコード・シェア便を含むすべての旅程区間について、この手荷物補償を適用しなければならない。② (付随費用の完全開示請求権) 従来、航空会社がマーケティング・ウェブページ上等で予め開示すべき費用として、諸税及び空港使用料等の公的負担金は含まれていなかった、しかし消費者からみれば関連費用の総額が関心事である。そこで本規則により航空会社は、すべての潜在的費用、付随費用をウェブサイトに完全に開示しなければならないものとされた。これには、手荷物受託手数料、ミール・サービス料、

予約キャンセル及び変更手数料、座席の事前指定料、座席アップ・グレード費用が含まれる。それに加え、航空会社及びチケット・エージェントは、航空券購入前及び購入後に、適用される最新の手荷物手数料情報を提供しなければならない、すべての表示運賃において、税金及び公的負担金を含めた額を示さなければならないとされた。③ (オーバー・ブッキングに基づく搭乗不能についての補償) 今回のルールでは、イールド・マネジメントの一環として今日一般的に行われている座席の過剰販売の結果として発生する発券済旅客の搭乗不能 (Bumping) について、補償が強化された。そこでは、航空会社が当初便到着予定時刻から合理的な短時間 (国内線で二時間、国際線で四時間) 以内に目的地に到着する代替便を用意できた場合、四〇〇ドルを上限とする航空券購入価額を補償内容とすることが通例であった。これに対して今回の規則の下では、そのような搭乗不能者は、国内線に関しては二時間、国際線では四時間以上、それぞれ代替便の利用により当初便到着予定時刻よりも遅延した場合、八〇〇ドルを上限とする航空券購入額の補償を受けることになった。また新規則において搭乗不能旅客は、遅延について六五〇ドルを上限とするチケット購入額の二倍額、長時間の遅延については一、三〇〇ドルを上限とするチケット購入額の四倍額までの損害賠償を請求できるものとされた。これらの賠償限度額については、二年毎に

インフレーション調整が行われることとなる。各規則の詳細については Docket No. DOT-OST-2007-0022, RIN No. 2105-AD72, available at [http://www.dot.gov/sites/dot.dev/files/docs/Final\\_Rule\\_on\\_Enhancing\\_Airline\\_Passenger\\_Protections.pdf](http://www.dot.gov/sites/dot.dev/files/docs/Final_Rule_on_Enhancing_Airline_Passenger_Protections.pdf) (last visited June 23, 2013). また、未発効の改正規則については Docket No. DOT-OST-2010-0140, RIN No. 2105-AD92, available at (last visited June 23, 2013) 参照。

- (15) Department of Transportation, Press Release, U.S. Department of Transportation Expands Airline Passenger Protections, April 20, 2011, available at <http://www.dot.gov/briefing-room/us-department-transportation-expands-airline-passenger-protections> (last visited June 23, 2013). 規制緩和が最も早く徹底的に進んだ米国では、航空消費者保護についての問題意識も早くから持たれていた模様であるが (例えば一九八七年の上院公聴会記録に接し得る: Problems in the Airline Industry, Hearing Before the Subcommittee on Antitrust, Monopolies and Business Rights of the Committee on the Judiciary United States Senate on the Issue of Airline Consumer Protection, August 10, 1987, S. Hrg. 100-970.)、権利章典という呼ばれ方をした体系的な法整備という段階にまで至ったのは、一九九九年以降のことである (Robert S. Kirk, Airline Passenger Rights Legislation in the 107th

Congress, CRS Report for Congress, RL30940, August 17, 2001, available at [http://assets.opencrs.org/rpts/RL30940\\_20010817.pdf](http://assets.opencrs.org/rpts/RL30940_20010817.pdf) (last visited June 23, 2013); Zachary Garsek, Giving Power Back to the Passengers: The Airline Passengers' Bill of Rights, 66 J. Air L. & Com. 1187 (2001).)。最近の立法動向については Rachel Tang, Airline Passenger Rights: The Federal Role in Aviation Consumer Protection, CRS Report for Congress, R4307, May 20, 2013, available at <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43078.pdf> (last visited June 23, 2013) 参照。

- (9) 14 C.F.R. 259.4 (2009); Notice of Proposed Rulemaking, Department of Transportation, Enhancing Airline Passenger Protections, Docket No. DOT-OST-2010-0140, April 25, 2011, available at [http://usatoday30.usatoday.com/travel/pdf/dot\\_enhancing-airline-passenger-protections.pdf](http://usatoday30.usatoday.com/travel/pdf/dot_enhancing-airline-passenger-protections.pdf) or <http://regulationroom.org/airline-passenger-rights/agency-documents/final-rule/> (last visited June 23, 2013).

- (16) Press Release, U.S. Department of Transportation Expands Airline Passenger Protections, April 20, 2011, available at <http://www.dot.gov/briefing-room/us-department-transportation-expands-airline-passenger-protections> (last visited June 23, 2013).

(18) 各地方空港に分散する航空需要を大空港に一旦束ねたうえ、大空港間路線、更にその先の地方空港路線へと効率的に運ぶための仕組みとして確立されたハブ・アンド・スポーク方式は、定期航空ビジネスの花形として一九七〇年代以降の規制緩和期に普及したが、その後次第に、目的地空港に辿りつくまでに必ず乗り換えを要する、ネットワークを維持するために低需要期にも一通りの運航を確保しなければならない、需要に見合ったサイズの航空機を用いるために多様な機材を保有しなければならないといった、かえって非効率な面も認識されるようになってきた。その間隙を捉えて出現したのが、ポイント・トゥ・ポイント方式を採って、需要の見込める空港間のみに就航する低下価格航空会社 (Low Cost Carrier, LCC) である (David Gillen, *Airline Business Models and Networks: Regulation, Competition and Evolution in Aviation Markets, Review of Network Economics*, at 367 et seq., vol.5, issue 4 (2006).)。およそすべての航空需要をポイント・トゥ・ポイントで満たすことは出来ないと考えられ、今後ハブ・アンド・スポークと補完しあいがらの競争が予想される。しかし既に国際、国内輸送量ランキングのそれぞれ第一をLCCが占めている現実、それが潜在的な需要を多いに喚起しただけでなく、既存の需要をレガシー・キャリアから奪って成長したことを示すものといえる

航空会社経営破たん時の旅客保護に関するEU法制 (工藤)

(International Air Transport Association, *World Air Transport Statistics*, 57th edition, 2012, available at <http://www.iata.org/publications/pages/wats-passenger-carried.aspx> (last visited June 23, 2013).)。なお、主としてEU市場におけるLCCの成長について、小熊仁「EUにおける航空自由化とLCCの展開」運輸と経済 七〇巻六号 (二〇一〇年) 五九頁以下参照。

(19) Press Release, *Bust airlines: MEPs to vote on setting up compensation fund for stranded passengers*, November 24, 2009, Ref.: 20091002STO61739.

(20) Eric Jedrychowski, *The Post-September 11 U.S. and European Airline Industries: Navigating Through the Bailouts, Bankruptcies, Liquidations and Mergers*, 28 *Conn. J. Int'l L.* 177, 179 (2012).

(21) Jedrychowski, *Id.* at 179-80.

(22) A. George Assaf & Alexander Josiassen, *European vs. U.S. Airlines: Performance Comparison in a Dynamic Market*, 33 *Tourism Mgmt.* 317-18 (2012); Jedrychowski, *supra* note 20, at 180.

(23) *Air Transportation Safety and System Stabilization Act*, Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230 (2001).

(24) Erwin E. Caban, *War-Risk, Hijacking & Terrorism Exclusions in Aviation Insurance: Carrier Liability in the Wake of September 11*, 2001, 68 *J. Air L. & Com.* 421,

426 (2003); Jedrychowski, *supra* note 20, at 180-81. この規定はとくに、航空産業の運営に必須のものであった。テロ攻撃の直後、民間保険者は戦争リスク条項に基づく保険契約解除を通告し、その後被保険者は極端に高額化した保険料と極度に低額な付保条件に基づいてしか、運航が許されない状態に陥った (John H. Haley, *The Airline Industry and Insurance After September 11*, 16 *Air & Sp. Law*, 1, 12-18 (2002); Rod. D. Margo, *War Risk Insurance in the Aftermath of September 11*, 18 *Air & Sp. Law*, 1, 17-22 (2003).)。会計検査院 (Government Accountability Office, GAO) によると、一四の主要航空

会社が支払う保険料は、テロ前の約一、二〇〇万ドルから七億一、九〇〇万ドルにまで跳ね上がった。深刻であったのは、保険会社が地上損害について一億ドルまでの担保にしか合意しなかったことである。これが運航規則上も、潜在的債権者の保護にも不足することは明らかであり、このような責任保険の実質的欠缺に、政府の介入なくして商業航空の実施は困難となった。なお、戦争リスク条項については、藤田・前掲注(6)二七五頁以下〔松嶋隆弘執筆〕参照。

(25) Aids Granted by States, Rules on Competition, Arts. 92 to 94, Treaty Establishing the European Economic Community (Treaty of Rome, 1957) as Amended by the Treaty of Maastricht on European Union, OJ C 191 of

29.7.1992; Christopher H. Bovis, *The Application of State Aid Rules to the European Union Transport Sectors*, 11 *Colum. J. Eur. L.* 557, 565 & 585 (2005); Rosa Greaves, *EC Transport Law* 145 (2001). 大要、加盟国による自国産業に対する財政補助は、原則的に、共同市場と矛盾する行為として禁止される (Art. 92)。ただし、加盟国からの申し立てに基づき、理事会は全会一致により、その例外的取扱いを決定する(Art. 93)。そのような例外的取扱いは、委員会の提案に基づき、理事会が欧州議会に諮問して、適用除外類型として定めることができる (Art. 94)。このものである。

(26) John Balfour, *EC Policy on State Aid to Airlines Following 11 September 2001*, 27 *Air and Space Law* 398, 401-2 (2002); Jedrychowski, *supra* note 20, at 181.

(27) Jedrychowski, *supra* note 20, at 182 et seq.

(28) Jedrychowski, *supra* note 20, at 182-84. テロ攻撃が航空産業のその後に与える影響について、米欧が全く異なる認識を有していたことが、分岐点となったことは疑いが無い。米国連邦議会は、すぐさまそれが航空業界の運命を永遠に決定する出来事であることを認識した。最初の主要な立法対応としての ATSSSA は、発生二週間後の、二〇〇一年九月二三日に議会を通過した。ここに明記された広範な航空会社支援策は、航空会社それ自体がテロの被害者であるという国家的なコンセンサスの



下に行われたといつてよい。米国でも伝統的に、政府による企業支援は議論的になってきた。ところが五億ドルのノンリコースローンを含む一五億ドルという支援規模にもかかわらず、ATSSSAについて議会はほぼ全会一致をもって賛同を与えた。ATSSSAの支援規模及び支援期間を決めるにあたり、議会は航空会社の首脳及びロビイストによって示された要求をほぼそのまま受け入れたといわれている。そして示された最終案は、前例のない規模の業界支援となり、米国系航空会社は同時多発テロの損失を穴埋めするために、事実上金額白地の手形を得たのであった。

このような米国政府の態度とは対照的に、欧州委員会は、同時多発テロ直後の予想値に基づく損失補償、あるいは航空会社支援に対して全く消極的であった。テロ後の対応を検討するため、欧州委員会は緊急会合を開き、その財務的影響も当然に精査した。この会合にはスイスの代表を含むEUの官僚、政府代表が参加し、航空会社の首脳も出席した。興味深いのは、すべての業界首脳が公的支援を訴えた米国の場合と異なり、ここでは支援の当否に関して意見が分かれたことである。一方で、各国のいわゆるレガシー・キャリア (Legacy Carrier) は欧州委員会として積極的な支援パッケージを発動するよう主張した。彼らは、その収益の大きな部分が大西洋路線に由来し、米国空域のシャットダウン及びその後の混乱

は将来の収益及び会社財務の健全性に悪影響を与えるのは不可避であるとした。他方いわゆるLCCは、こうした見方に反対し、政府の介入はなすべきでないとした。委員会は、同時多発テロの世界の航空産業への影響を理解を示しつつも、欧州系航空会社に対する直接の影響は米国系のそれに比して小さく、従って民間セクターと国家との間の関係を歪め得るいかなる提案についての慎重であるべきとして、後者に同調した。

(29) Jedrychowski, *supra* note 20, at 184-86. 航空産業に対する政府のスタンスの違いの歴史的な背景も、また無視できない。商業航空の草創期から、米国政府は実際上航空会社を支援し続けてきた。換言すれば、世界で唯一民間航空会社による市場運営を一貫して標榜してきた反面、航空産業において複雑に絡み合うリスクをそのまま放置することによって、社会的必要量の航空運輸はまかないきれないと判断していたのである。現在米国政府は、少なくとも経済的な面では航空産業を規制してはいないが (Eva M. Dowdell, The Chapter 11 “Shuttle”-Coincidence or Competitive Strategy?, 71 J. Air L. & Com. 669, 671 (2006).) 間接的支援は明確に行われている。例えば、必須役務プログラム (Essential Service Program) 及び連邦破産法一一一〇条 (11 U.S.C. sec. 1110) がそれである。前者は、一九七八年に創設されたプログラムであり、規制撤廃前に航空会社が受けた免許



に基づき運航される小コミュニティ間の航空運輸については、最低限の定期運航を維持しなければならないとするものである。その主たる目的は地方アクセスの確保にあるが、他方でそれはまた、小規模路線にも多数就航する航空会社にて安定期的な収益をもたらすものでもあった。同様に、破産法第一一〇条は、表面上、航空会社ではなく航空機上の担保権者に有利なものであるが、同条はいわゆるチャプター・イレブンの企業再生手続に内在する債権者のリスクを除去することにより航空機金融を促進させ、翻って航空会社に間接的ながら巨大な恩恵をもたらすものであった。すなわち、申立に基づき破産手続が開始されると、債務者の債権取立行は基本的に禁止されるが(第三六二条)、航空機の担保権、リース債権を有する債権者は例外的に、担保権の実行等が認められる余地がある。すなわち、申立から六〇日以内に債務者たる航空会社が、以後の債務の完全な履行を確約し、かつ申立以前の未履行債務を精算しなかった場合、債権者は航空機を処分することができる(第一一〇条)。このセーフティ・ネットを背景として、航空機ファイナンスは、航空会社にとって相対的に低コストの資金調達手段となってきた。また、航空機を占有回復したとしても債権者は適当な転売先を見つける必要があり、必ずしも有利には運ぶとは限らない。そこで、航空会社に対して長期の融資を行うインセンティブが働いてきたのである

(Jeffrey W. Gettleman, Restructuring Aircraft Fleets Under Section 1110 of the Bankruptcy Code, 19 Air & Sp. Law. 13-14 (2005).)。

他方、一九九〇年代の終わりに域内の航空産業に対する規制権限を持つことになった欧州委員会は、航空会社に対する公的支援について消極的な態度で臨んできた。実はかつて、航空会社に対する公的支援は加盟国の裁量事項とされていた。国家の威信としてのナショナル・キャリアという位置付けから、多くの加盟国政府は相当規模の資本注入、課税免除等を行っていた。しかし、冷戦後の欧州統合に続く流れのなかで、欧州諸国は欧州系航空会社が単一市場で地力をつけグローバル市場に打って出ることができるよう、国家のプライドを捨てる決断をした。かくして欧州委員会は、リベラリ化した航空政策を推進しその決定をもって各加盟国を拘束する権限を与えられることとなった。その権限を支える中核的規定が、市場原理と整合しない如何なる国家的企業支援をも包括的に禁止するという、ローマ条約の競争規定であった。しかし同時多発テロは、同規定の存在ゆえに欧州委員会を困難な立場に追い込んだ。委員会は、一方で同規定が訴えるように、自由市場アプローチにこだわるべきことを感じつつ、他方で、航空産業の基盤が大きく揺らぐ中で国家支援が一定の積極的意味を持ち得ることをも知っていたからである。これらの認識のバランスを

反映し、委員会は航空会社救済パッケージを発動した。すなわち、F A A による飛行停止措置に伴う損失をカバーする国家支援、及び保険システムの安定に対する介入を許容するかわりに、支援をその範囲に限定して規模も狭く画することにより、欧州の自由市場に基づく適正な競争の確保という基本的姿勢を貫いた。

(30) Jedrychowski, *supra* note 20, at 187-88. 米国と欧州の対応を分けた理由のうち観念的なものとして、米国にとって航空会社はテロ攻撃からの復興をシンボリックに表す特別な意味を有していたことが挙げられる。航空はその黎明期からごく最近まで、単なる運輸機関の一つではない何かである、とみられていた。それは国際的に、国家の威信、繁栄、技術的先進性を誇示する象徴であった。一九八〇年代の冷戦終結以降、航空のそのような意味合いは相対的に失われて行ったかにみえたが、米国において二〇〇一年九月一日に状況は一変した。航空会社の多くは国名を用いているが、American も United もその例にもれない。テロ攻撃に遭遇した後、それが直接的な被害を受けたことと相俟って、国家の威信の象徴たる意義が航空会社と再び重なったのである。航空産業の物理的、精神的、財政的荒廃は、多くの米国人にとって国家国民が共有すべき痛みとして受け取られることとなった。航空産業の再興は、したがってその経済的文脈における重要性だけでなく、同時に合衆国が力強く、歴

史的悲劇から立ち直ることの象徴となったのである。

それらがしばしば国名を背負い、国旗と同色を機体にとっているように、欧州系航空会社も、これまで国家の象徴としてみられてこなかったわけではない。しかしそこでは、一九九〇年代における航空の域内統合を経て、大きな価値の変化が起こっていた。統合された競争市場においては、もはやナショナル・キャリアであることは特別の意味を有し得なかった。あるいは欧州系会社がテロの直接の標的となっていたら別の感情が生れていたかも知れないが、競争市場原理の貫徹という現実的な価値が国家の威信という感傷的な価値に優先することは、同時多発テロの余波で破たんした Swissair 及びベルギー Sabena の処理において証明された。ローマ条約の競争規定の趣旨に忠実に、両航空会社に対する早計な公的支援を行わないという選択を、彼らにさせたのである。国家による破たん会社支援が緊急事態という定義に合致する局面で、今後も欧州委員会の承認手続を経て実施される可能性はあるが、両会社の当事国政府が国益的な措置を採ることを認めないという枠組み自体が、欧州において航空会社は国家のシンボルとして如何なるコストを払っても死守すべきものではなく、単純に自由市場の規律の中で処理されるべき一産業分野であるという彼らの見方を表していた。

(31) Jedrychowski, *supra* note 20, at 186-87. 企業破たん

処理、とりわけ航空企業の再生についての欧米における感覚の隔たりは大きい。一九七八年に施行された連邦破産法により、米国は企業再生における非常に寛大で許容的な企業支援を認めるところとなっている。とりわけチャプター・イレブンは、債務者が統一されたフォーラムにおいて関係者との交渉を継続しつつ、企業財産に対するコントロールを維持することを可能にしている。このような仕組みを認める理由は二つある。第一に、継続企業を廃して清算する場合の、雇用が失われ財の消費もストップしてしまうという多大な社会的損失を回避できるということ。第二に、そのようなセーフティネットを張ることにより、資本主義の二大存立基盤である革新と起業家精神とが守られるということである。その考え方はATSSSAとも共有されている。議会は、同法により航空会社が十分な財政的柔軟性を持ち、テロ後の産業基盤の激変のなかでも安定した運航を継続できることを願った。潰すことを良しとしなかったわけである。航空産業への公的支援は企業の清算とその大きな損失を回避するための、社会的・経済的に望ましい政策であると判断したのである。

一方近年、欧州における企業破産手続も、より債務者保護的なものへと変化を遂げてきているが、伝統的に欧州における思想的な伝統は、継続企業の価値に優先して、債権者の保護の権益を保護するというものであった

(Maria Brouwer, *Reorganization in US and European Bankruptcy Law*, 22 *Eur. J. Law Econ* 5, 15 (2006)).<sup>32)</sup> の考え方は、債務者がその債務に対して絶対的な責任を負い、従って有責でない者（債権者）に先んじて有責者（債務者）の利益を保護することは不正義であるとの基本的認識に立っていた。破産法は欧州委員会の管轄を超える事項ではあるものの、航空会社への公的支援パッケージは明らかに欧州の企業再生に関する一般的認識が投影されたものであった。極端な公的支援を制限することで欧州委員会は、本来関係のない政府及び納税者が究極的な責任負担者となることによつて航空企業を存続させることを拒んだのである。

(32) Jedrychowski, *supra* note 20, at 192-94. ATSSSAは、緊急融資措置の終了後、航空会社の財政が不安定化することを避けるために、一〇〇億ドルを上限とする連邦融資保証を実施した。しかし、この措置が米国航空会社を長期的に救ったと考えるのは早計である。これまでに僅か一五六万ドルの融資保証が実行されているに過ぎず、実際ほとんど機能しないに等しかったからである。その理由は、同基金に基づく融資保証を受けてテロ後の厳しい経営環境を生き抜くよりも、連邦破産法第二章、いわゆるチャプター・イレブンの適用を受けて企業再生手続を採る方が、うまみが大きいという点にあった。同章は、手続開始原因が柔軟で、DIP (Debtor in

Possession) 型を選択して経営の継続性を確保することができるなど、債務者保護的な再生手続と一般に評価されているが、航空会社にも有利な利用が可能である。破産航空会社は、通常、第二六二条 (Automatic Stay)、第三六五条 (Executory Contracts)、第一一一三条 (Collective Bargaining Agreement) 及び第一一〇条 (Aircraft Financier Protection) に依拠して再建手続を進める。これにより、次のとおり供給過多及び高賃金という航空業界の恒常的な問題に有効に対処することができる。

一九九〇年代、飛行機旅行がブームとなり、米系航空会社は長期的な需要増大を見込み、こぞつて長期融資を受けて機材を強化した。ところがその矢先に同時多発テロが発生し需要が完全に折られてしまった。航空会社は運航計画の縮減を迫られ、余剰機材を多く抱えることとなった。ほとんどの機材は長期間の割賦又はリース契約に基づき取得しているため、航空会社は駐機中の機材についてさえ支払を免れなかった。この点連邦破産法第三六二条は、債務の弁済猶予を可能にする。また同第三六五条は、サプライヤーとの未履行契約、パートナー航空会社との相互債務の引受と拒絶とを選択的に行うことができる。そして最も重要なものとして、第一一一〇条により航空機担保権者及びリース債権者との間の契約の引受と拒絶を實際上選択的に行うことを可能にする。

古く効率の悪い契約だけを除去し、機材のダウンサイジングと効率化を達成できるのである。

他方、一九九〇年代を通じた需要の拡大によって、パイロット、客室乗務員、整備士等の組合は、有利な交渉を進めて好待遇を得ていた。その結果二〇〇〇年までに、人件費は航空会社の最も大きな費用項目となっていた。しかし同時多発テロに続く収入の減少で、その負担は極限に達した。この点、連邦破産法第三六五条は労働契約には適用されないが、航空会社は第一一一三条を利用して、すなわち、同条は雇用条件の変更に先行して労働者代表との交渉を義務付けるが、航空会社が連邦破産裁判所の承認を要するには、単に労働コストの見直しが業務の継続に必要である理由を示せばよいものとされている。労働者代表はその必要性に異議を唱え得るものの、ほとんどの場合労働契約の変更は申請通り認められ、結果極めて大きな労働コストの削減が可能となっている (Mark C. Mathiesen, Bankruptcy of Airlines: Clauses, Complaints, and Charges, 61 J. Air L. Com. 1017, 1019 (1996).)。

その効果は Northwest の事例でも証明済である。テロの影響もさることながら、Northwest は業界でも最も高い賃金水準と最も古い保有機材という二つの条件の下で、一層厳しい経営を強いられていた。このような困難にもかかわらず、同社は ATSSSA に基づく債務保証では



なく、チャプター・イレブンに基づく経営再建の道を選んだ。二〇〇五年九月のことである。同社は再生手続を通じて、第三六五条及び第一一〇条に従い、同社は古い機体の調達に伴う債務の履行を拒絶し、他方、未納航空機の購入契約の履行のための交渉を行った。最終的に、一八%の保有機材削減を、大幅な機材若返りとともに成し遂げた。加えて第一一一三条により、同社は年金の削減と賃金の平均一四%の賃金カットを含む、計二四億ドルの人件費削減を実現した。こうしてATSSSAではなく連邦破産法に依拠したリストラクチュアリングを通じて、Northwestは四二億ドルの債務を圧縮し、かつ三〇億ドルの流動性を確保して、破産申請直後の四半期には、早くも再建後最初の利益を計上するまでに業績を回復させた。テロ直後の倒産を免れた他の大手航空会社(Continental、Southwest及びAmerican)が、債権者に対してチャプター・イレブンの適用をちらつかせて、機材調達債務と賃金について再交渉を行って、実質的な経営再建を行ったことも知られている。そしてその後、彼らもまたより抜本的な問題解決のために正規にチャプター・イレブンの適用を受けているのである。米国航空会社がこの麻薬を体から抜けられないでいることは是非は別として、少なくとも本論の問題関心からすれば、破産法の大改正でもなされない限り、米国にあっては破たん会社の運航停止が回避される高い蓋然性が認められる

ことになる。

- (33) Jedrychowski, *supra* note 20, at 190-91.
- (34) Jedrychowski, *supra* note 20, at 191.
- (35) Civil Aviation (Air Travel Organisers' Licensing) Regulations of CAA, most recently amended in 2012 (No 1134 effective on April 29, 2012). パッケージ旅行を指定の業者を通じて組んだ場合、旅行者は旅行代金(一部金額でも可)を支払次第即時にATOL証書(ATOL Certificate)を取得し、航空会社の経営破たん時には、同証書を提示することで代替航空券代及び宿泊料、又はハイヤー代金がカバーされるといふ仕組みである。
- (36) Booz & Co. in association with Erwin von den Steinen, Ingomar Joerss & Pablo Mendes de Leon, Study on Consumer Protection Against Aviation Bankruptcy (Final Report), Prepared for Directorate-General Energy and Transport, European Commission (2009), p. 80 et seq., available at [http://ec.europa.eu/transport/modes/air/studies/doc/internal\\_market/2009\\_01\\_bankruptcy\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/transport/modes/air/studies/doc/internal_market/2009_01_bankruptcy_study.pdf) (last visited June 23, 2013).
- (37) Booz & Co., *supra* note 36, at 85 et seq.
- (38) Booz & Co., *supra* note 36, at 86 et seq; EUjet pledges speedy refunds, TTG Digital, September 1, 2005, available at <http://www.ttgdigital.com/sign-in?tn=eujet-pledges-speedy-refunds/227196.article> (last visited June



23, 2013).

- (39) Booz & Co., *supra* note 36, at 87 *et seq.*
- (40) Booz & Co., *supra* note 36, at 97; Steer Davies Gleave, *supra* note 2, at 63, 97, 101.
- (41) Regulation (EC) No 1008/2008 of the European Parliament and of the Council of 24 September 2008 on common rules for the operation of air services in the community (Recast), OJ L293, 31/10/2008, P0003-0020.
- (42) Booz & Co., *supra* note 36, at 100; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 103.
- (43) Regulation (EC) No 1008/2008, *supra* note 41.
- (44) Booz & Co., *supra* note 36, at 103; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 67.
- (45) Booz & Co., *supra* note 36, at 105; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 82.
- (46) Regulation (EC) No 785/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on insurance requirements of air carriers and aircraft operators, OJ L138. 30/04/2004 P. 0001-0006. 同規則は、欧州路線に就航する航空会社に対し運送責任（対旅客手荷物及び貨物）と地上第三者責任の双方について、付保強制を行っている。ちなみに旅客責任は旅客一人当たり二五万SDR、地上第三者責任は最大離陸重量五〇〇〇t以上（エアバスA三八〇クラスに相当するカテゴリー

一〇）で総額七億のDRが、それぞれ付保最低金額と定めらるゝ（Arts. 6 & 7）。

- (47) Booz & Co., *supra* note 36, at 107; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 72.
- (48) Booz & Co., *supra* note 36, at 109; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 90.
- (49) Booz & Co., *supra* note 36, at 112; Steer Davies Gleave, *supra* note 3, at 95.
- (50) DG MOVE, *supra* note 5.
- (51) Brussels Wants Fund for Bankrupt Airlines: Commission Demands Governments to Examine Finances of Airlines, Standart News, March 9, 2013, available at <http://paper.standartnews.com/en/article.php?id=2013-03-10&article=41967> (last visited June 23, 2013).
- (52) 安全性基準を満たさない航空会社に対する監視と公示に関する制度は、ブラックリスト（Community Black List）として既に運用されてる（Regulation (EC) No 2111/2005 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2005 on the establishment of a Community list of air carriers subject to an operating ban within the Community and on informing air transport passengers of the identity of the operating air carrier, and repealing Article 9 of Directive 2004/36/EC (OJ L344/15, 27/12/2005), available at <http://eur-lex.europa>.

eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:344:0015:0022:EN:PDF (last visited June 23, 2013). この制度によつても顧客離れは生じようが、身体生命に直接的な影響を与える安全の問題と財務状況とを、まったく同列には扱い得ないと思われる。

(53) 仮に、チャプター・イレブンによる債権の自動凍結 (Automatic Stay) の適用を前提としても、破産申請後は、クレジット・カード会社からの送金は一時停止され、ベンダーは役務の提供を拒絶し、旅行代理店は予約回避行動に出るといった具合に、破たん航空会社には大きな試練が待っている。そのために、破産申請前に周到な資金計画と運航計画を練り、つなぎ融資の道筋をつけておく必要が高くとされる (Gregory W. Buhler, *Airline Bankruptcy and Workouts: Lessons Learned*, 16 *Air & Sp. Law*, 1, 18-19 (2002))。しかし、そのような事前準備が、歴史が浅く信用度の低い零細LCCにおいても可能とは、やはり考えにくい。

(54) Lisa Bachelor, *Airline Passenger Rights Given EU Boost*, *The Guardian*, March 13, 2013, available at <http://www.guardian.co.uk/money/2013/mar/13/airline-passenger-rights-eu-boost> (last visited June 23, 2013).

(55) *Airports Resolve to Safeguard the Interests of the Travelling Public*, ICAO FALP Information Paper, FALP/7-IP/14, 19/10/12, available at <http://www.icao.int/Meetings/FALP/Documents/Falp7-2012/IP14/IP14%20EN.pdf> (last visited June 23, 2013).

国際空港評議会 (Airport Council International) は、経営破たん時の欠航などフライトに異常な乱れが生じた場合、各地の空港が旅客対応を行うことについての基準作りの検討に入ったとされる。例えば、このような論点をも加えて、今後の議論が進むことが予想される。

※本稿は、二〇一〇年度～二〇一二年度科学研究費補助金「不良債権処理スキームの会社法学的考察 (基盤研究 (c))、研究代表者・松嶋隆弘 (日本大学教授) (課題番号 二二五三〇〇九〇)」に関する研究成果の一部である。

## 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に関する意見

### 日本大学法学部民事法研究会

日本大学法学部では、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下「中間試案」という。）に関する意見募集に応えるべく、平成二五年三月三〇日、四月一日・二五日、五月一日・一六日・三〇日の六回にわたって、民法・商法・民事訴訟法の研究者等により構成される民法法研究会を開催し、中間試案を網羅的に検討するとの方針の下、意見書を作成することとした。

以下では、本研究会の意見を、中間試案の項目立ての順序に従い列挙する。ただし、中間試案の内容そのものは、本意見書中にあらためて再録しないこととした。

なお、本研究会の参加者は、伊藤文夫（教授）、大久

保拓也（教授）、岡島芳伸（教授）、金澤大祐（大学院法務研究科助教）、川端敏朗（東邦音楽大学教授）、鬼頭俊泰（商学部助教）、小菅成一（嘉悦大学准教授）、佐藤亮（弁護士）、清水恵介（教授）、杉本純子（准教授）、高梨俊一（理工学部教授）、高橋めぐみ（商学部准教授）、長谷川貞之（教授）、藤川信夫（教授）、堀切忠和（准教授）、益井公司（教授）、松井丈晴（関東学院大学非常勤講師）、松澤健雄（校友）、松嶋隆弘（教授）、萬澤陽子（商学部非常勤講師）、三木千穂（海上保安大学校専任講師）、矢田尚子（准教授）、山下良（沖縄国際大学専任講師）および大学院生五名であった。また、本意見書の取

りまとめは、清水恵介、矢田尚子および堀切忠和が担当した。

## 第一 法律行為総則

### 一 法律行為の意義（民法第一編第五章第一節関係）

世界的に必ずしも普遍的でない法律行為という概念を維持する以上、国民の分かり易さの観点から、何らかの定義規定は必要である。

条文の位置は、中間試案が想定しているように思われる公序良俗（九〇条）の前でよいのか、法律行為の概念自体は五条において登場する以上、それより前、例えば、民法一条の後に設けるべきではないかとの意見があった。また、合同行為や準法律行為については定めを置かなくてよいのかとの意見があった。

### 二 公序良俗（民法第九〇条関係）

公序良俗の一般規定とは切り離れた形で独立した暴利行為の規定を置くと、二重の無効主張がされることで、取引が無効となるリスクがかえって高まり好ましくないとする意見があった。

また、暴利行為について規定を置くとしても、公序良

俗一般と同様に、その効果は絶対的無効であるのかを明らかにすべきであるとの意見があった。

さらに、公序良俗と表裏一体の関係にある不法原因給付（七〇八条）については改正の対象とされていない以上、公序良俗規定の改正には慎重であるべきとの意見があった。

### 第二 意思能力

（注1）に示された「特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でされた法律行為が無効とすることのみを規定するという考え方」を支持する意見が多かった。むしろ、こうした考え方によれば、中間試案第三の四(4)・五、第五の二(4)、第二八の五が単に「意思能力」とのみ記していることも整合する。

また、本文の案に従うとしても、「その法律行為」の「その」は要らないとの意見があった。

### 第三 意思表示

#### 一 心裡留保（民法第九三条関係）

賛成である。ただし、本試案で明文化が予定されている代理権濫用（中間試案第四の七）以外にも、近時は、いわゆる迂回融資であることを認識していた金融機関に

対して名義貸与者たる借主の責任を否定すべく九三条ただし書を類推適用した裁判例（名古屋高判平成六年一月三〇日金法一四三六号三二頁、大阪高判平成一年五月二七日金判一〇八五号二五頁、広島高岡山支判平成二年九月一四日金判一一一三号二六頁など）がみられるため、これらの裁判例の動向を妨げないように配慮すべきであるとの意見があった。

## 二 錯誤（民法第九五条関係）

従来の判例・学説の立場を明文化するとすれば、試案のようになるはずで、特段反対する理由はないとの意見があった一方で、「要素」や「動機」の要件を明確化し、これまでにない「通常人」なる用語を採用したりすることで、かえって実務に混乱をきたさないかを懸念し、端的に「要素」や「動機」という用語を使えばよいとの意見や、(1)と(2)とで「錯誤」の意味が異なり、かえって「錯誤」概念が不明確になるのではないかとの消極的な意見もあった。

ただし、(2)イにいう不実表示については、帰責事由の要否など不実表示となる範囲が不明確であるため、セールストークへの抑止効果や、消費者契約法上の取消権

（六ヶ月間で消滅）とは異なり、長期間行使できることによる適用範囲の不必要な拡大を懸念し、反対する意見が多かった。

## 三 詐欺（民法第九六条関係）

(2)において、代理人の詐欺を明文化することは賛成であるが、同項にいう「媒介」概念は、消費者契約法五条に定めがあるとはいえ、一般法としての民法で用いるにはなお不明確であり、条文化に適切でないとの意見が多かった。

(4)については、「無過失」を要求することに賛成である。ただし、取消後の第三者に関する判例法理を取り込まなくてよいのか、また、現行法のまま強迫との区別を維持してよいのかにつき疑問を呈する意見があった。

## 四 意思表示の効力発生時期等（民法第九七条関係）

試案によれば、意思表示の相手方が失踪した場合でも相手方の住所に郵便物が配達されれば、(2)イには該当せずとも、(2)アには該当する可能性があり、到達の範囲が不当に広がる可能性がないかを懸念する意見があった。

また、(4)につき、電子取引（いわゆるチャットのように、地を隔てていても、即時に応答できるために、対話



者に準じて処理すべき場合がある。）を念頭におかない「隔地者」概念を維持すべきか疑問を呈する意見があった。

## 五 意思表示の受領能力（民法第九八条の二関係）

賛成である。ただし、中間試案第二における意思能力の意義との整合性に留意すべきである。

## 第四 代理

### 一 代理行為の要件及び効果（民法第九九条関係）

(2)については反対である。概要で説明されているように、これが本来的な署名代理の場合を含まず、「代理人Aが自分を本人Bであると称してする方法」（いわば「なりすまし」）に関する規律を定めるものであるとすれば、そのようなことは文言から明らかでなく、わかりにくいとの意見があったほか、この場合において代理人に責任追及できないとすれば不当であるとの意見があった。(2)は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下、「中間論点整理」という。）中には存在しなかったもので、議論がまだまだ熟していないように思われる。

## 二 代理行為の瑕疵（民法第一〇一条関係）

賛成である。ただし、(1)にいう「意思の不存在」については、錯誤規定（中間試案第三の二）に動機の錯誤の規律を導入するとすれば対応しなくなるため、同規定の改正との連動性に配慮すべきである。

### 三 代理人の行為能力（民法第一〇二条関係）

反対である。實際上、例外的な事象である(1)について、さらに例外的な(2)を置いてまで規律内容を明確化する必要はない。また、(1)を正面から規律して代理行為の取消しを否定する旨定めるのであれば、同様に、代理権授与行為の取消しについても、それによって代理権は遡及的に消滅せず、既になされた代理行為の効力は覆滅しないこともまた定めてよいはずである。本試案は、その点において不徹底である。

### 四 代理人の権限（民法第一〇三条関係）

賛成である。ただし、代理人の権限が定まらないときに、包括代理権を有するものとして認め得る場合があるとの見解が存することについて配慮すべきであるとの意見があった。

## 五 復代理人を選任した任意代理人の責任（民法第一〇五条関係）

賛成である。ただし、一〇五条が他に類推適用されてきた現状を踏まえるならば、中間試案のように、履行補助者の故意・過失については規定を設けなかった場合に、はたして一〇五条を削除するだけで債務不履行の一般原則に従って処理されることになるのか（更には、一〇六条後段の責任も同様に処理されることになるのか）は明らかでなく、その影響を明確にすべきである。

#### 六 自己契約及び双方代理等（民法第一〇八条関係）

(3)の利益相反行為については、親権者のように特別代理人を選任する類型（八二六条参照）等もある中で、本試案のような形で一律に規定してよいにつき慎重に検討すべきであるとの意見があった。

また、一〇八条を準用する会社法三五六条二項への影響に配慮すべきであるとの意見があった。

#### 七 代理権の濫用

賛成である。判例（最判昭和四二年四月二〇日民集二二卷二号六九七頁）の立場よりも、いわゆる信義則説のように重過失を要件とする方が望ましい。

#### 八 代理権授与の表示による表見代理（民法第一〇九条関係）

#### 九 権限外の行為の表見代理（民法第一一〇条関係）

一〇 代理権消滅後の表見代理（民法第一一二条関係）  
中間試案第四の八―一〇につき、賛成である。ただし、これらの試案が現行法の「第三者」を「相手方」と明記した点については、転得者を含むものと解する手形法上の学説を排除することとなり、問題を生じないかとの意見があった。

また、表見代理全般を通して、もう少し判例の立場に沿った、より踏み込んだ案を示してもよかったのではないかとの意見があった。

#### 一一 無権代理人の責任（民法第一一七条関係）

(2)ア―ウに関し、本試案によれば、相手方が善意・無過失であっても、代理人が善意・無重過失であれば免責される反面、相手方が善意・有過失であっても、代理人が悪意であれば免責されない点において、現行法とは免責の範囲が異なることとなるが、(2)イ・ウの各ただし書の立証責任が責任追及側の再抗弁として構成されるとすれば、實際上免責の範囲が広きに失するのではないかと。とりわけ、代理人に重過失があっても（ウただし書参照）、相手方に軽過失があれば(2)イに従い免責されてし

まうことは妥当かなどの疑問があるとの指摘があった（下表参照）。

(2)エに関し、未成年者が代理人と称して行動している場合に、未成年者が「制限行為能力者」であるとの理由で、一律に当該行為の責任を免除されるといふのは行き過ぎである。この場合には、基本的には一一七条の履行又は損害賠償の責任が不法行為責任の性質を有することから、七一二条の場合と同様に、事理弁識能力を欠く者のみが免責されるとするべきではないかとする意見があった。

また、全体を通して、一一七条の特則である手形法八条や電子記録債権法一三条との整合性に留意すべきであるとの意見があった。

## 一二 授權（処分権授与）

反対である。商法上の問屋のような間接代理との関係を整理しないまま、

|             | 相手方が悪意     | 相手方が善意・有過失   | 相手方が善意・無過失   |
|-------------|------------|--------------|--------------|
| 代理人が悪意      | (2)ア→責任×   | (2)イただし書→責任○ | 責任○          |
| 代理人が善意・重過失  | (2)ア→責任×   | (2)イ→責任×     | (2)ウただし書→責任○ |
| 代理人が善意・無重過失 | (2)ア・ウ→責任× | (2)イ・ウ→責任×   | (2)ウ→責任×     |

民法上の制度として導入することは時期尚早である。

## 第五 無効及び取消し

### 一 法律行為の一部無効

反対である。一部無効の効果規定を設けるのであれば、そもそも無効の効果について、取消しのような原則規定（概念規定）を設けるべきではないかとの意見があった。

### 二 無効な法律行為の効果

(2)(3)について、総則規定中に、有償契約・無償契約という概念を用いた規定を設けることが適切かとの意見があった。

また、一二一条ただし書に関する(4)については、現存利益の法理を取消しの場合に限定するべきか、特定商取引法や割賦販売法のクーリングオフあるいは解除における原状回復との均衡を考えるべきではないか、また錯誤無効等でも考慮すべきではないかなど、(4)の試案だけでは不十分ではないかとの意見があった。

### 三 追認の効果（民法第一二二条関係）

特段の異論はなく、賛成である。

### 四 取り消すことができる行為の追認（民法第一二四条関係）

特段の異論はなかったが、「取消権を行使することができることを知った後」という要件を追加することと法定追認の制度（一二五条）との整合性には配慮されたい。

## 五 法定追認（民法第一二五条関係）

現行一三条一項との均衡を考えれば、弁済や担保の押しつけについては、特段問題を生じないのではないかとの意見が多かったが、なお検討すべきとの慎重論も見られた。

## 六 取消権の行使期間（民法第一二六条関係）

特段の反対論はなかった。「取消権を行使することができることを知った」ことが時効の起算点となるのであれば、期間の短縮は不利益がないのではないかとの意見があった。

## 第六 条件及び期限

### 一 条件

この部分だけ定義規定を設けることにつき、疑問を呈する意見があった。

### 二 期限

期限の利益喪失に関する(3)につき、積極的な反対意見はなかったが、本試案に基づく規定が任意規定であるこ

とを確認し、現在の実務上の特約の効力を妨げないように配慮されたいとの意見があった。

## 第七 消滅時効

### 一 職業別の短期消滅時効の廃止

議論の方向としては概ね賛成であるが、現状の時効期間を延ばすことになるので、実務の混乱・影響を懸念する意見があった。

### 二 債権の消滅時効における原則的な時効期間と起算点

【甲案】に賛成である。また、（注）記載の意見に親和的な意見が多かった。その一方で、「事業者」という概念に抵抗感を示す意見もあった。事業者概念や消費者契約法との整合性に留意されたい。

### 三 定期金債権の消滅時効（民法第一六八条第一項関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 四 不法行為による損害賠償請求権の消滅時効（民法

### 第七二四条関係）

学説上は判例に反して消滅時効説が有力となっている中で、七二四条後段を消滅時効として明文化することに



は賛成である。

なお、改正にあたつては、知的財産法にみられる七二四条の起算点の読替規定（商標法一三条の二第五項等）への影響や、国際航空運送についてのある規則の統一に関する条約〔モントリオール条約〕三五条にみられる類似の期間制限への影響に留意すべきであるとの意見があった。

## 五 生命・身体の侵害による損害賠償請求権の消滅時効

本規定の要否については両論があったが、生命・身体だけでなく、「これらに類するもの」を含んだ場合、本規定が原則規定として一人歩きしないかを危惧する意見が多く見られた。

## 六 時効期間の更新事由

更新と停止の整理の仕方を含めて、基本的には、賛成である。ただし、(1)エにおいて「相手方の権利を承認したこと」を権利の更新事由とするが、「相手方の」という表現による限定が必要かについて、疑義を述べる意見があった。

## 七 時効の停止事由

基本的には、賛成である。ただし、一部請求の扱いにつき判例（最判昭和三四年二月一〇日民集一三卷二号二〇九頁）を変更する(2)の試案に対して疑問を呈する意見があったほか、(6)柱書にいう協議を行う旨の書面による合意については、これを時効の停止事由としても、その書面が真摯に作成されたものか暫定的なものであったのかについて疑義を生じ得るので、不要ではないかとの意見があった。

## 八 時効の効果

条文化する内容に反対の意見があったわけではないが、条文化する必要性については、疑義を呈する意見があった。

また、(1)にいう「正当な利益」の中身をめぐっての議論が予想されるから、それをあえて明文化する必要がないとの意見もあった。

なお、時効学説に関して、特定の説を支持するような明文化となり得る可能性があり、その点について、留意されたい。

## 第八 債権の目的

### 一 特定物の引渡しの場合の注意義務（民法第四〇〇



## 条関係)

善管注意義務が客観的に判断しうるのに対し、契約の趣旨等を考慮することにより、義務違反の有無が主観的基準になるのではないかとの懸念が示された。また、本改正をしつつ、委任の善管注意義務（六四四条）について変更をしないことは整合性を有するのについて疑問を呈する意見があった。その結果、(1)のブラケット部分については、外すべきとの意見が多数を占めた。

## 二 種類債権の目的物の特定（民法第四〇一条第二項 関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 三 外国通貨債権（民法第四〇三条関係）

改正後の規定が任意法規であることから、特に反対する意見はなかった。

## 四 法定利率（民法第四〇四条関係）

### (1) 変動制による法定利率

### (2) 法定利率の適用の基準時等

(1)(2)を通じて変動制の採用に賛成する意見が多かったが、その基準金利や商事法定利率の見直しについては慎重に検討されたい。

## (3) 中間利息控除

規定を設けることに消極的な意見が多かった。

## 五 選択債権

特に異論はなく、賛成である。

## 第九 履行請求権等

### 一 債権の請求力

積極的な反対論はなかったが、ここだけ定義規定を設けることの不自然さについて、指摘する意見が多数あった。

### 二 契約による債権の履行請求権の限界事由

限界事由という用語については、用語の字義を重視した結果、かえって分かり易さを阻害しているため、再考すべきであるとの意見があった。

### 三 履行の強制（民法第四一四条関係）

概ね改正の方向に賛成であった。

## 第一〇 債務不履行による損害賠償

### 一 債務不履行による損害賠償とその免責事由（民法

### 第四一五条前段関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 二 履行遅滞の要件（民法第四一二条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 三 債務の履行に代わる損害賠償の要件（民法第

#### 四一五条後段関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 四 履行遅滞後に履行請求権の限界事由が生じた場合

#### における損害賠償の免責事由

特に異論はなく、賛成である。

### 五 代償請求権

特に異論はなく、賛成である。

### 六 契約による債務の不履行における損害賠償の範囲

#### （民法第四一六条関係）

国際物品売買契約に関する国際連合条約（ウィーン売買条約）との整合性に鑑みれば、なぜここだけが日本の判例法理に基づくのか明らかでないこと、いわゆる保護範囲説とは異なり、損害賠償の範囲の判断に際して契約締結後の事情を考慮できるのであるとすれば、契約時におけるリスク管理に支障をきたすことから、これに反対する意見が多かった。

また、物品運送に関する商法五八〇条等、民法四一六条に対する特則との整合性に留意すべきであるとの意見

があった。

### 七 過失相殺の要件・効果（民法第四一八条関係）

「過失」に代わる文言である「状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかつたとき」が分かりにくいとの意見や、全額の免除まで認めないのは問題であるとの意見があった。

### 八 損益相殺

特に異論はなく、賛成である。ただし、要件が類似する代償請求権の文言との整合性に留意すべきではないかとの意見があった。

### 九 金銭債務の特則（民法第四一九条関係）

(1)により、一般原則に基づく賠償請求の選択権を債権者に付与する反面、(2)により、無過失による債務者の免責を認めることでバランスをとるということであれば、特に異論はなく、賛成である。ただし、不可抗力の規定が民法から消えることによる従前の解釈論への影響に配慮すべきであるとの意見があった。

### 一〇 賠償額の予定（民法第四二〇条関係）

反対である。とりわけ、(2)については、裁判官に明文上の裁量権限を付与するのではなく、これまで通り、公序

良俗違反（九〇条）等により対処させれば足りる。著しく過大である場合のみを取り上げ、著しく過少である場合を取り上げないのも平仄がとれず妥当でないとの意見があった。

## 第一一 契約の解除

### 一 債務不履行による契約の解除の要件（民法第

#### 五四一条から第五四三条まで関係）

賛成である。ただし、中間試案に加えて、無責で解除された債務者の損害に対する解除権者の賠償責任につき、手当てをしなくてよいかとの指摘があった。

## 二 複数契約の解除

反対である。中間試案が念頭におく最高裁判例（最判平成八年一月一二日民集五〇巻一〇号二六七三頁）は、解除の範囲をめぐる争いであり、あえて個数概念を介さずとも対処は可能である。それゆえ、契約の個数概念を前提におく中間試案は、特定の見解に依拠したものであり、相当でない。契約の個数に関する議論はいまだ熟しておらず、時期尚早である。また、仮にこのような規定をおくとしても、同一当事者間の場合のみの規律では中途半端であり、下級審裁判例（東京高判平成一〇年七月

二九日判タ一〇四二号一六〇頁）にあるような三者間にまたがる解除の可否についても射程に入れるのでなければ意味がないとの意見があった。

### 三 契約の解除の効果（民法第五四五条関係）

解除の効果の法的構成をめぐる周知の議論を何ら反映せず、依然として解釈に委ねるといふのは問題であるとの意見があった。

### 四 解除権の消滅（民法第五四七条及び第五四八条関係）

本文に賛成する意見と、解除権の期間制限に関する原則規定を置かないままで、このような規定を置くことに反対する意見とに分かれ、意見の一致をみなかった。

## 第二二 危険負担

### 一 危険負担に関する規定の削除（民法第五三四条ほか関係）

従前より批判の強かった五三四条や五三五条は削除してよいが、五三六条一項については、危険負担の原則を明らかにする上で維持してよいのではないかと意見が多かった。

### 二 債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合

## の解除権の制限（民法第五三六条第二項関係）

危険負担制度を解除制度に統合する一元化の帰結ともいえるが、この規定自体からは解除権を制限する論理が自明でなく、「危険負担」の項目中に存する限り、その体系的な位置づけが不明瞭なままであるとの意見があった。

### 第一三 受領（受取）遅滞

賛成である。ただし、売買の箇所に置かれた買主の受取義務や弁済の提供の効果と規定が散在することから、国民のわかり易さの観点から問題があるとの指摘があった。

## 第一四 債権者代位権

### 一 責任財産の保全を目的とする債権者代位権

賛成である。ただし、(1)のような表現で、主に金銭債権を念頭に置いた責任財産保全の趣旨に読み取れるのか疑問であるとの指摘があった。

### 二 代位行使の範囲

特に異論はなく、賛成である。

### 三 代位行使の方法等

賛成である。(2)の相殺禁止については、相殺予約や見せ金などの潜脱の余地が考えられるものの、事実上の優

先弁済を認めるよりは債権者間の公平に適うものといえる。

### 四 代位債権者の善管注意義務

賛成である。ただし、法定の管理者としての地位を明らかにするためにこのような規定を置いてよいが、本来的には、事務管理法（六九七条以下）の改正によって対処すべきであるともいえ、引き続き解釈に委ねることも可能であるとの意見もあった。

### 五 債権者代位権の行使に必要な費用

賛成である。ただし、費用償還請求権に一般先取特権を付与するためにこのような規定を置いてよいが、本来的には、共益費用の一般先取特権（三〇六条一号・三〇七条）の解釈や改正によっても対処し得るのではないかと意見もあった。

### 六 代位行使の相手方の抗弁

特に異論はなく、賛成である。

### 七 債務者の処分権限

賛成である。ただし、このような規定を設けるならば、次項八の場合を含めて、債権者代位訴訟に関する規律を整理し明確化すべきである。



## 八 訴えの提起による債権者代位権の行使の場合の訴訟告知

賛成である。ただし、規定の位置については、一と併せて規定するのが望ましいとの意見があった。

## 九 責任財産の保全を目的としない債権者代位権

賛成である。(2)や(3)により、債権者代位権のいわゆる権利生成機能に配慮した柔軟性が確保されており、妥当である。

## 第一五 詐害行為取消権

### 一 受益者に対する詐害行為取消権の要件

現行倒産法における否認権規定（破産法一六〇条以下、民事再生法一二七条以下、会社更生法八六条以下）と合わせた要件設定としている点、債務者を被告にする点を含めて、賛成である。

### 二 相当の対価を得てした行為の特則

判例法理に反して原則と例外を逆転させるとの破産法の価値判断に従い、同法一六一条に準じた規定を置くことに、賛成である。

### 三 特定の債権者を利する行為の特則

平常時においては平等弁済義務がない中で、このよう

な規定を置くことで平等弁済を要求する結果となることには反対であるとの意見と、(2)イにおいて「通謀」の要件を課しているのも、いたずらに適用範囲が拡大することもないから、その限度でかかる偏頗弁済の規定を設けることには問題がなく賛成であるとの意見に分かれ、意見の一致をみなかった。

また、破産法二条一項のような支払不能の定義規定を置かないまま、このような規定を設けることに問題はないかとの指摘があった。

### 四 過大な代物弁済等の特則

特に異論はなく、賛成である。

### 五 転得者に対する詐害行為取消権の要件

転得者保護に関する判例の立場である相対的構成の変更や現行破産法一七〇条への批判を踏まえた変更の部分を含めて、賛成である。

### 六 詐害行為取消しの効果

賛成である。ただし、八(4)を含めて、詐害行為を取り消す債権者のインセンティブを削ぐ方向での改正は妥当でないとの意見もあった。

### 七 詐害行為取消しの範囲



特に異論はなく、賛成である。

## 八 逸出財産の返還の方法等

特に異論はなく、賛成である。

## 九 詐害行為取消権の行使に必要な費用

賛成である。ただし、六で出た意見と同様の価値判断から、弁護士費用を償還すべき費用に含めるべきではないかとの意見があった。

## 一〇 受益者の債権の回復

特に異論はなく、賛成である。

### 一一 受益者が現物の返還をすべき場合における受益者の反対給付

特に異論はなく、賛成である。

### 一二 受益者が金銭の返還又は価額償還をすべき場合における受益者の反対給付

特に異論はなく、賛成である。

### 一三 転得者の前者に対する反対給付等

特に異論はなく、賛成である。

### 一四 詐害行為取消権の行使期間

特に異論はなく、賛成である。ただし、破産法上の否認権が長期の期間制限を二〇年としているのを民法に合

わせて調整すべきである。

## 第一六 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

### 一 債務者が複数の場合

性質による連帯債務や合意による不可分債務を認めなくてよい。とりわけ、連帯債務の特約を非常に限定的にしか認めない現行法の運用の下では、合意による不可分債務を認めないとむしろ弊害が生ずるのではないかとの意見があった。

また、性質による不可分債務というときに、共同賃借による賃料債務を判例（大判大正十一年一月二四日民集一卷六七〇頁）が不可分債務としているように、本来可分な金銭債務も不可分債務となり得ることを規定の文言上明らかにするような配慮が必要であるとの意見があった。

さらに、規定の仕方としては、連帯債務と不可分債務の発生原因行為を正面から書くことが望ましいとの意見があった。

### 二 分割債務（民法第四二七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 三 連帯債務者の一人について生じた事由の効力等

#### (1) 履行の請求（民法第四三四条関係）

賛成である。現在、実務では連帯債務を積極的には使っておらず、七一九条や七六一一条等の法令の規定に基づく連帯債務が中心であるとすれば、より使いやすくなる観点からは、絶対的効力を生じない不真正連帯債務を原則とする方向で四三四条を改めることが望ましい。ただし、絶対的効力に関する他の規定とは異なり、四三四条は債権者にとって有利な規定であるから、担保的機能を弱めることにはならず、存置してよいのではないかとの意見があった。

#### (2) 更改、相殺等の事由（民法第四三五条から第

#### 四四〇条まで関係）

賛成である。ただし、相対的効力を原則とした場合には、絶対的効力の特約が可能である旨、明文の規定を置くべきである。

#### (3) 破産手続の開始（民法第四四一条関係）

特に異論はなく、賛成である。

#### 四 連帯債務者間の求償関係

##### (1) 連帯債務者間の求償権（民法第四四二条第一項関係）

賛成である。相対的効力を原則として承認する限り、このような帰結になるはずだからである。

##### (2) 連帯債務者間の通知義務（民法第四四三条関係）

事前通知制度（四四三条一項）は、連帯債務者間のトラブルを未然に防ぐという意味でまったく有用でない制度ではないのであるから、少なくとも、当事者間における別段の合意によって事前通知を求めることを排除すべきではなく、同制度を原則廃止するならば、その旨、明文で留保しておくべきである。もし、そうではなく、強行法規として同制度を廃止するとの趣旨であるならば、実務上、事前通知を要求することによる弊害があることを客観的な資料とともに開示すべきである。

##### (3) 負担部分を有する連帯債務者が全て無資力者である場合の求償関係（民法第四四四条本文関係）

特に異論はなく、賛成である。

##### (4) 連帯の免除をした場合の債権者の負担（民法第

#### 四四五条関係）

特に異論はなく、賛成である。

#### 五 不可分債務

前記第一六の一で示した点を配慮することを前提に賛

成する。

## 六 債権者が複数の場合

前記第一六の一で示した点を配慮することを前提に賛成する。連帯債権の明文化については、シンジケート・ローンでの利用が考えられるため、実務上のニーズもあり妥当である。

## 七 分割債権（民法第四二七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 八 連帯債権

前記第一六の一で示した点を配慮することを前提に賛成する。

## 九 不可分債権

前記第一六の一で示した点を配慮することを前提に賛成する。

## 第一七 保証債務

### 一 保証債務の付従性（民法第四四八条関係）

(1) については、賛成である。

(2) については、これが付従性の帰結ではなく、しかも、この規定が保証債務の総則中に置かれることから、根保証にも適用されるとすれば適当でないため（根保証人と

しては極度額の範囲内であれば主たる債務が加重されても負担を甘受すべき立場にある。）、その点に配慮すべきである。

また、他の付従性、例えば、成立上の付従性や、付従性の延長上にある随伴性についても明文規定を置かなくてよいのかとの指摘があった。

### 二 主たる債務者の有する抗弁（民法第四五七条第二項関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 三 保証人の求償権

(1) 委託を受けた保証人の求償権（民法第四五九条・第四六〇条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### (2) 保証人の通知義務

第一六の四(2)において述べた事前通知制度廃止の可否を踏まえて、適宜改めるべきである。

### 四 連帯保証人に対する履行の請求の効力（民法第四五八条関係）

第一六の三(1)において述べた履行請求の相対的効力の可否を踏まえて、適宜改めるべきである。

## 五 根保証

(1) については、賛成である。

(2) については、引き続き検討することにつき、賛成である。

(3) については、引き続き検討することにつき、賛成である。ただし、適切な要件化が可能かにつき疑念を呈する意見があった。

また、根保証全体を通して、性質に反しない限りで、根抵当権との類似性を踏まえた規定の整備を検討すべきであるとの意見があった。

## 六 保証人保護の方策の拡充

### (1) 個人保証の制限

引き続き検討することにつき、賛成である。ただし、「いわゆる経営者」の定義は難しいのではないかとの意見や、保証法の箇所は、実際のところ、平成一六年における保証制度見直しの際に予定されていた再見直しとしての性質をもつ箇所であり、債権法改正の他の箇所とは改正の理念が異なるのであるから、今回の改正とは切り離して別途、慎重な検討をするのが望ましいのではないかとの意見があった。

### (2) 契約締結時の説明義務、情報提供義務

説明義務・情報提供義務の規定を置くことについては、賛成である。ただし、保証についてだけ説明義務違反の効果として取消権を付与することの不釣り合いを指摘する意見がある一方で、むしろ効果としては無効とすべきではないかとする意見があり、この点については意見の一致をみなかった。

また、他の方策を通して、損害担保契約などのいわゆる非典型保証を利用することによる保証人保護方策の脱法行為に対しても、法的手当てを併せて検討すべきであるとの意見があった。

### (3) 主たる債務の履行状況に関する情報提供義務

情報提供義務の規定を置くことについては、賛成である。

### (4) その他の方策

引き続き検討することについては、賛成である。ただし、これらの方策をすべて導入しようとするのは行き過ぎであり、かえって不必要な保証否認訴訟を増やすことになるのではないかとの懸念があり、その導入にあたつては慎重に検討すべきである。



## 第一八 債権譲渡

### 一 債権の譲渡性とその制限（民法第四六六条関係）

基本的に、賛成である。債権の担保化が進展するなど、債権譲渡が広く行われるようになった現代では、譲渡禁止特約の物権的効力から歩を進めて、債務者の抗弁として構成する中間試案の立場は理解できる。ただし、債権の種類・性質に応じて区別することも可能ではないかとの意見があった。

### 二 對抗要件制度（民法第四六七条関係）

#### (1) 第三者對抗要件及び権利行使要件

【乙案】に賛成である。少額の債権であつても譲渡のニーズはあるため、その場合にも登記を要求すると費用倒れになる可能性があり、【甲案】は妥当でない。ただし、承諾を對抗要件から外すことについてはなお検討の余地があるため、現行法を維持すべきではないかとの意見もあった。

#### (2) 債権譲渡が競合した場合における規律

基本的に、【乙案】に賛成である。ただし、これに加え、いわゆる同時到達の場合において、【甲案】オのような各譲受人間の償還請求の定めや、債権者不確知に準

じた弁済供託を認める旨の定めを設けるべきである。

### 三 債権譲渡と債務者の抗弁（民法第四六八条関係）

#### (1) 異議をとめない承諾による抗弁の切斷

賛成である。これまでの判例における公信力説的な説明にむしろ無理があつたのであり、本試案は妥当である。

#### (2) 債権譲渡と相殺の抗弁

賛成である。ただし、権利行使要件の具備時に譲渡人に対する反対債権の発生原因が存在してさえいれば相殺を認めることに對しては、相殺の範囲を広げ過ぎるのではないかと懸念する意見があった。

### 四 将来債権譲渡

反対である。(1)の文言では、「当然に取得」の法的構成（譲渡人の下で発生した債権が譲受人に移転するのか、初めから譲受人の下で原始取得されるのか）が明らかとならない。また、将来債権譲渡の有効性を認めた最高裁判例（最判平成一一年一月二九日民集五三卷一号一五一頁）も、譲渡が公序良俗に反して全部又は一部が無効となる場合を留保しているところ、そのような留保を置かずに将来債権譲渡の規定を設けると、かえって無制限に譲渡が可能であると理解されかねず、そのような中途半



端な規定を置くのであれば意味がない。この規律は、主に債権譲渡担保の場面において問題となるのであるから、この点は、議論の成熟を待つて、将来の担保法改正時にあらためて検討した方がよい。

## 第一九 有価証券

### 一 指図証券について

### 二 記名式所持人払証券について

### 三 一及び二以外の記名証券について

### 四 無記名証券について

以上につき、特に異論はみられず、賛成である。ただし、金券についての規定を整備すべきではないかとの意見があった。

## 第二〇 債務引受

### 一 併存的債務引受

賛成である。判例法理に従った根拠規定を設けるだけでも意味のあることである。ただし、保証の脱法的利用が懸念されるため、(注)にあるような、保証人保護規定の準用規定を併せて設けるべきである。

### 二 免責的債務引受

賛成である。判例法理に従った根拠規定を設けるだけ

でも意味のあることである。商法や決済法等のバックボーンを組成すると思われるので、立案にあたってはそれらの法との整合性に留意されたい。

### 三 免責的債務引受による引受けの効果

賛成である。そうでなければ、免責を受けた意味をもち得ないのであるから、特段の合意を妨げる趣旨でない限り、妥当である。

### 四 免責的債務引受による担保権等の移転

賛成である。更改に準じた規律を設けるべきである。

### 第二一 契約上の地位の移転

賛成である。根拠規定を設けるだけでも意味のあることである。(注)のような規定も不要である。ただし、このような規定だけであれば不要であるとの意見もあった。

## 第二二 弁済

### 一 弁済の意義

賛成である。第三者弁済から始まる現行法の体裁よりはよいと思われる。

### 二 第三者の弁済(民法第四七四条関係)

(注)の案を支持する意見が多かった。債権者にリスクを負担させてまで債務者の意思を重視すべきではなく、

その点ではむしろ弁済を有効にして第三者にリスクを負わせる（注）の考えの方が妥当である。

### 三 弁済として引き渡した物の取戻し（民法第四七六条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 四 債務の履行の相手方（民法第四七八条、第四八〇条関係）

賛成である。ただし、いわゆる預金担保貸付け等において判例上認められている四七八条の類推適用法理（最判昭和四八年三月二七日民集二七卷二号三七六頁など）を妨げないよう配慮すべきである。これに対し、現在の四七八条の運用が広きに失するので、その適用範囲の見直し自体必要ではないかとの意見もあつた。

### 五 代物弁済（民法第四八二条関係）

(1) については、賛成である。

(2) については、なお検討を要する。代物弁済契約がなされたにもかかわらず、債権者が当初の給付を請求できるとすることは、債務者にとつての不意打ちとならないかが懸念される。給付内容を完全に切り替えるならば、更改契約を締結すべきであるとの趣旨かもしれないが、

代物弁済を字義通りに解するならば、むしろ給付内容が完全に切り替わるとみるのが自然であり、更改との間での選択を当事者に委ねても適切な選択が確保されないおそれがある。

### 六 弁済の方法（民法第四八三条から第四八七条まで関係）

(1) から(3) までについては、賛成である。

(4) については、反対である。振込みの法律関係について民法で規律しないままに、ここだけ規律を置くのはあまりに不自然である。

### 七 弁済の充当（民法第四八八条から第四九一条まで関係）

(1) から(5) までについては、賛成である。

(6) については、最高裁判例（最判昭和六二年一月一八日民集四一巻八号一五九二頁）に賛成する立場から、本試案に反対である。引き続き、執行法の規律に委ねればよいと思われる。

### 八 弁済の提供（民法第四九二条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 九 弁済の目的物の供託（民法第四九四条から第

## 四九八条まで関係

基本的に、賛成である。ただし、第一八の二(2)で述べたように、二重の債権譲渡における同時到達の場合に、債権者不確知に準じた供託原因を設けるべきである。また、(概要)にあるように、「口頭の提供をしても債権者が受け取らないことが明らかの場合に、弁済の提供をすることなく供託することができるとする現在の判例(大判大正十一年一〇月二五日民集一卷六一六頁)及び供託実務は、引き続き維持されることが前提である」のであれば、その旨、端的に明文化すべきである。本文の文言(1)ア(ア)のままでは、そのことが読み取れず不親切である。

### 一〇 弁済による代位

#### (1) 任意代位制度 (民法第四九九条関係)

特に異論はなく、賛成である。

#### (2) 法定代位者相互間の関係 (民法第五〇一条関係)

##### 係

オを除き、賛成である。オの二重資格者問題については、最高裁判例(最判昭和六一年一月二七日民集四〇巻七号一二〇五頁)に反対する高裁判例(仙台高判平

成一六年七月一四日判時一八八三号六九頁)も出現しており、いまだ議論が収束していないため、これを法文化するのは時期尚早と思われる。

#### (3) 一部弁済による代位の要件・効果 (民法第

##### 五〇二条関係)

特に異論はなく、賛成である。

#### (4) 担保保存義務 (民法第五〇四条関係)

特に異論はなく、賛成である。

### 第三 相殺

#### 一 相殺禁止の意思表示 (民法第五〇五条第二項関係)

特に異論はなく、賛成である。

#### 二 時効消滅した債権を自働債権とする相殺 (民法第

##### 五〇八条関係)

反対である。近時、最高裁判例(最判平成二五年二月二八日(平成二三年(受)第二一〇九四号)が出され、時効援用前であっても、時効期間満了後に相殺適状に達した場合には相殺を認めないとしたことから、この判例と本試案とは明らかに整合していない。今後、この点をめぐって更に議論が展開されるものと思われることから、

現時点で五〇八条を改正するのは慎重であるべきである。

### 三 不法行為債権を受働債権とする相殺の禁止（民法第五〇九条関係）

反対である。双方の過失による同一交通事故によって生じた損害賠償債権相互間での相殺を認めない現在の判例（最判昭和三三年四月三〇日民集一一卷四号六四六頁）は、保険制度を通じた現実の損害填補を志向するもので妥当といえるため、こうした運用を否定し、「損害を与える意図で加えた不法行為」の場合に相殺禁止を狭める試案は適当でない。また、他方で、債務不履行によつて生じた債権に相殺禁止を拡張することについてもまた適当でないとの意見があった。

### 四 支払の差止めを受けた債権を受働債権とする相殺（民法第五二一条関係）

賛成である。ただし、差押えの前に債権の発生原因が存在してさえいれば相殺を認めることに対しては、相殺の範囲を広げ過ぎるのではないかと懸念する意見があった。

### 五 相殺の充当（民法第五二二条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 第二四 更改

### 一 更改の要件及び効果（民法第五一三条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 二 債務者の交替による更改（民法第五一四条関係）

賛成である。ただし、債務引受とのバランスにおいて、ここだけ三面契約とすることに合理性はあるかとの疑問を呈する意見があった。

### 三 債権者の交替による更改（民法第五一五条・第五一六条関係）

賛成である。ただし、債権譲渡とのバランスにおいて、ここだけ三面契約とすることに合理性はあるかとの疑問を呈する意見があった。

### 四 更改の効力と旧債務の帰すう（民法第五一七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 五 更改後の債務への担保の移転（民法第五一八条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 六 三面更改

将来債権に関する(3)を除き、賛成である。(3)は、中間



試案第一八の四と同様に、議論が未成熟であり、時期尚早と思われる。

なお、三面更改の明文化については、基本法としての民法にはこの程度の規定で十分であり、他に決済法制の発展を妨げないよう配慮すべきであるとの意見があった。

## 第二五 免除（民法第五一九条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 第二六 契約に関する基本原則等

### 一 契約内容の自由

賛成である。ただし、契約内容の自由な決定を強調すると、とりわけ担保法の領域で、買戻特約付き売買契約を譲渡担保契約として認定したり、保証契約の規律を脱法する目的で併存的債務引受を利用してても保証契約に準じて処理したりするなど、当事者が選択した法的構成を無視して担保の実質に即した法的構成を付与することまでもが否定される根拠となってしまうおそれがあるため、ここにいる契約内容の自由には、いわば法的構成の選択の自由を含まない旨が明らかとなるような配慮が必要ではないかとの意見があった。

### 二 原始的に履行請求権の限界事由が生じていた契約

## の効力

賛成である。ウィーン売買条約などの体系に合わせて本試案のように改めることが望ましい。

### 三 付随義務及び保護義務

特に異論はなく、これに賛成する意見と、明文化になじまず、かえって明文化することで契約のドラフティングを甘くする原因となるのではないかととして、これに反対する意見とがあり、意見の一致をみなかった。

### 四 信義則等の適用に当たっての考慮要素

反対である。消費者契約についての考慮要素として挙げるならばまだよいが、事業者間契約の場合を含めてこのような一般規定を設けると、この規定が紛争の種となり、むしろ弊害を生じるのではないか。また、仮に規定を置くとしても、その位置は、信義則規定（一条二項）と併せて置くべきであるとの意見があった。

## 第二七 契約交渉段階

### 一 契約締結の自由と契約交渉の不当破棄

条文化には基本的に賛成である。ただし、契約締結自由と交渉破棄の賠償責任はやや次元の異なる事柄であり、両者を並べて規定してよいか、また、実務上は不法行為



責任構成が採られることが多い中、これを契約法中に規定することで、契約責任構成として理解されることにならないかにつき疑問が呈されたほか、これだけの規定では、賠償範囲が信賴利益か履行利益かが明らかでなく、中途半端であるとの意見があった。これらを踏まえて、適切な要件・効果を規定すべきである。

## 二 契約締結過程における情報提供義務

契約の類型を捨象してこのような一般的な規律が可能か、仮にこのような規定で規律したとしても、当事者の予測可能性を害するのではないか、また、かかる厳格な要件の下で処理することで、これまで裁判例で認められてきた情報提供義務違反の賠償責任が狭められることにならないかにつき疑問を呈する意見があった。

## 第二八 契約の成立

### 一 申込みと承諾

賛成である。ただし、これによって申込みと申込みの誘因とを明確に区別できるわけではなく、さほどの意味はないとの意見や、これを規定するのであれば、いわゆるミラーイメージ・ルールや書式の戦いを明文化することで、ウィーン売買条約一九条等と整合させるべきでは

ないかとの意見があった。

## 二 承諾の期間の定めのある申込み（民法第五二一条・第五二二条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 三 承諾の期間の定めのない申込み（民法第五二四条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 四 対話者間における申込み

特に異論はなく、賛成である。

## 五 申込者及び承諾者の死亡等（民法第五二五条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 六 契約の成立時期（民法第五二六条・第五二七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 七 懸賞広告

特に異論はなく、賛成である。

## 第二九 契約の解釈

特に異論はなく、これに賛成する意見と、法律行為概念を維持する以上、法律行為一般の解釈準則としてなら

ばよいが、遺言の解釈等を含まない契約の解釈準則だけを置くことには慎重であるべきとして、これに反対する意見とがあり、意見の一致をみなかった。

### 第三〇 約款

#### 一 約款の定義

基本的に、賛成である。ただし、約款が相手方当事者に配布されることを予定しているものと、運送約款のように、本来配布されずに見ようと思えば見ることができるとがあるところ、本試案は両者を統一的に扱おうとしているが、それでよいのか、もう少し定義をブラッシュ・アップすべきではないかとの意見があった。また、約款の法的性質についても明らかにするよう規定すべきではないかとの意見もあった。

#### 二 約款の組入要件の内容

基本的に、賛成である。ただし、前記第三〇の一の意見を踏まえる必要がある。

#### 三 不意打ち条項

基本的に、賛成である。ただし、効果として、その条項が「契約の内容とはならない」とするものの、これは一部無効とは異なるのか、仮に一部無効（中間試案第五

の一）の規定を設けるとすれば、これとの関係を明らかにすべきであるとの意見があった。

#### 四 約款の変更

労働法における不利益変更の禁止など、関連他領域との整合性に留意しながら適切な要件設定に向けて引き続き検討すべきである。なお、この問題が生ずるのは、継続的契約の場面であるから、その前提を明らかにすべきではないかとの意見があった。

#### 五 不当条項規制

消費者契約法では救済されない格差ある事業者間での契約などにおける実務的なニーズもあり、本試案に賛成する意見がある一方で、著しさを要求しない単なる「過大な不利益」との要件の下で、このような新しい一般条項が広く適用されないかを危惧し、同種の事業者と比べてというように、要件が不必要に広がらないようにするための一定のメルクマールを設けるなど、適切な要件設定に向けて引き続き検討すべきであるとの意見もあり、意見の一致をみなかった。

#### 第三一 第三者のためにする契約

##### 一 第三者のためにする契約の成立等（民法第五三七

## 条関係

本試案の方向性については、概ね賛成である。ただし、本試案を採用するのであれば、これが強行規定なのか、任意規定なのかをまずは明確にしてほしい。すなわち、仮に、五三七条を任意法規と解するのであれば、受益の意思表示を事前に要求することを特約で排除できることになる。そうであるとすれば、あえてこの規定を置く意味や必要性がどれほどあるのか疑問であるため、その点を明確に示した上で、慎重に議論を進めてほしい。

その一方で、受益の意思表示を事前に要求しないドイツ民法のように、遡及効をもった規定を第三者のためにする契約とするのが望ましいとの反対意見もあった。その際は、保険法や信託法などとも整合性がとれるような一定の配慮が求められることになる。

いずれにせよ、本規定の位置づけをより明確にするべきということで、意見が一致した。

## 二 要約者による解除権の行使（民法第五三八条関係）

特に異論がなく、賛成である。

## 第三二 事情変更の法理

反対である。解除だけの効果であれば、引き続き信義則（一条二項）に委ねればよく、契約の改訂まで含めるのであれば、継続的契約の規律をブラッシュ・アップする方向で検討すればよいのであるから、実際に適用された実例を欠く中であえて正面から事情変更の法理として明文化する必要はない。

## 第三三 不安の抗弁権

同じ信義則（一条二項）を基盤とする事情変更の法理とは異なり、実際に下級審裁判例で適用された実例（東京地判平成二年十二月二〇日判時一三八九号七九頁など）もあることから、これを条文化することには、賛成である。ただし、その適用要件について、慎重に検討されるべきである。

## 第三四 継続的契約

### 一 期間の定めのある契約の終了

### 二 期間の定めのない契約の終了

一・二を含めて、反対である。継続的契約の定義がない中で、無制限に契約の法定更新権なるものを与えることは、その実務的影響が甚大であると考えられるだけに、

いっそう慎重な検討が必要である。しかしながら、こうした規律が一般に承認されるまでに議論は成熟していない。仮に導入するとしても、いったん導入された更新要件をめぐる解釈が一人歩きする危険性も踏まえつつ、弱者保護が必要となる契約類型（例えば、利用権方式をとる有料老人ホーム入居契約）を個別に絞り込むなどの配慮が必要である。

### 三 解除の効力

特に異論はなく、賛成であるが、一・二を規定しないのであれば、この規定だけのために継続的契約に関する規律を設けることに意味はないと思われる。

## 第三五 売買

### 一 売買の予約（民法第五五六条関係）

売買の予約の一般規定を置き、予約の意義を明確化することは、他の契約類型にもひいては資することになるので賛成である。また、有償契約の準用規定（五五九条）をそのまま残すのであれば、双務契約的な売買が典型である予約に関する規定の置き場所についても、現行法の規定の在り方を維持し、売買の箇所に規定する形でよい。

### 二 手付（民法第五五七条関係）

手付については、解約手付の規定を維持した上で、条文の文言を明確化・整備し、現実の提供を要とした結論は評価できるところである。よって、明文化することにつき、特に異論はなかった。

### 三 売主の義務

(1) については、本来的給付義務につき詳細に触れてあるにもかかわらず、説明義務などの付随義務につき全く触れられていないのは、義務論という観点から違和感を覚えるとの意見があった。ただし、中間試案第二六の三に従い付随義務が規定されるのであれば特に異論はないとの意見でまとまった。

(2) については、瑕疵担保責任（五七〇条）の法的性質を契約責任と解することでは意見が一致しているところ、その点を踏まえつつ、本試案は、ウィーン売買条約の物品適合義務（同条約三五条以下）に準拠したものであり、また、「隠れた」という表現がとれることで、「隠れた」という表現のない請負人の担保責任（六三四条以下）と共通の基盤に立つことにもなる。したがって、それらの点は好ましい方向性であると考え、本試案に賛成である。



なお、「瑕疵」という文言については、日常的には使用しないので、別の用語に置き換えてもよい。ただし、本試案の文言は、現行の瑕疵よりも範囲が広がり、ぼかされるおそれがある。

また、(2)の試案は、ウィーン売買条約に準じて、種類物を前提とした表現となっている。しかし、不動産の場面にも適用されることを鑑みると、用語を整理検討していただきたい。

(3)(4)については、特に異論はなく、賛成である。

#### 四 目的物が契約に適合しない場合の売主の責任

「隠れた」という文言を用いないことについては、前記第三五の三の場面と同様、整合性がとれており、問題はない。また、本文の内容についても、特に異論はなかった。

#### 五 目的物が契約に適合しない場合における買主の代

##### 金減額請求権

(1)(2)については、特に異論はなく、代金減額を規定することについては賛成である。

ただし、(3)については、代金減額の追完と解除権の放棄の関係が必ずしも明確でない印象を受けるため、引き

続き検討する余地がある。

#### 六 目的物が契約に適合しない場合における買主の権利の期間制限

担保責任の性質等を鑑みると、【甲案】の一般原則に委ねるのではなく、やはり【乙案】の方がよいとする意見が多数を占めた。ただし、【乙案】を採用した場合について、一年という期間が短すぎるのではないかとの意見も出された。なお、権利保存の要件を、通知に改めたことは、評価できるとされた。

#### 七 買主が事業者の場合における目的物検査義務及び適時通知義務

本試案のような規定を設ける必要はない。商人間の取引であつても、こうした規定を一般法たる民法に規定することで、買主に過重な負担を負わせるおそれがある。

#### 八 権利移転義務の不履行に関する売主の責任等

物の瑕疵と権利の瑕疵とを分けて規定する本試案については、特段の異論はなかった。

#### 九 競売における買受人の権利の特則

中間論点整理の段階では、本試案のような規定を設けるべきか否かについて、見解が分かれていたものの、技



術的な問題にすぎず、現行法の解釈でこの問題は適切に処理することが可能であるので、現状を維持するとの方向で意見がまとまった。

#### 一〇 買主の義務

売買の規定は有償契約であり、他の規定にも準用されることからすれば、義務が明確化され、対抗要件具備義務等の根拠規定が設けられたことは好ましいことである。よって、特に規定を設けることについて異論はなかった。ただし、売主の義務と同様、本来的給付義務のみの規定でよいのかという意見があった。

#### 一一 代金の支払場所（民法第五七四条関係）

判例（大判昭和二年十二月二七日民集六卷七四三頁）の内容を明文化した(2)を設けることも含め、本試案のような規定を設けることについては特段の異論はなく、賛成である。

#### 一二 権利を失うおそれがある場合の買主による代金

##### 支払の拒絶（民法第五七六条）

特段の異論はなく、賛成である。

#### 一三 抵当権等の登記がある場合の買主による代金支払の拒絶（民法第五七七条）

限定列举されていることもあり、また、異論のない解釈を条文上明記したにすぎないので、賛成である。

#### 一四 目的物の滅失又は損傷に関する危険の移転

危険負担の危険の移転の場面を、最も適用される場面の多い当該箇所に置くこと、及び、本試案が強行規定でない限りにおいてこのような規定を設けることについては特段の異論はなかった。

#### 一五 買戻し

本試案に従った規定を置くことについては、疑問がある。そもそも、買戻しの規定は、担保目的で利用することを想定して厳格な規定を置いていたはずである。それにもかかわらず、本試案では、担保目的でない買戻しを想定して、要件を緩和させている。しかし、そのような担保目的でない買戻しを想定し、あえて規定を置くことにどれだけ意味があるのか疑問である。

加えて、(1)は、ここでのいう買戻しが、担保目的でない買戻しのケースを想定したものであるとの理解を要求している（最判平成一八年二月七日民集六〇巻二四八〇頁参照）。しかし、一般市民の誰もが、平成一八年の最高裁判例を知っているとは到底思えないことからすると、

当該規定は、今回の改正の趣旨とずれ、一般市民にとってわかりやすい規定ぶりとはいえないのではないかという疑念がある。

### 第三六 贈与

#### 一 贈与契約の意義（民法第五四九条関係）

現状の理解に沿って、現行規定を明確化しているにすぎないので、特段の異論はなく、賛成であるとの意見が多かった。ただし、財産の権利性を本条であえて規定することで、贈与の目的物や成立の範囲が狭められてくるのではないかといった疑問を呈する意見があった。また、現行法では贈与が財産、売買が財産権と規定されている点をふまえると、統一化するほうが全体の整合性が図れるとの意見もあり、あまり気にせずとも解釈で十分解決できることであるとの意見もあった。

なお、「自己の」を削除すべきであるとの考え方については、特段の異論はなかった。

#### 二 贈与者の責任（民法第五五一条関係）

(1)は、(2)～(4)が具体的な内容に踏み込んだ規定を置くのと比べて、(1)本文で責任を負わないものとするとし、ただし書では、「この限りではない」と規定するが、そ

もそもその責任が何かを具体的に記載しないのは、他の規定と平仄がとれないのではないかとの疑問がある。また、その点については一般原則に委ねるとするが、その一般原則が具体的に何かも明らかにされたとはいいい難い。その点を考慮すると、本試案の規定の仕方については、不親切な面があるので、表現方法に工夫の余地があると考ええる。

#### 三 贈与契約の解除による返還義務の特則

贈与が履行されなければ撤回の問題であり、その一方で、贈与が履行されているにもかかわらず、無償・片面的な行為で解除されるというケースは、後記第三六の五の規定があれば、十分カバーできそうである。すなわち撤回の規定を維持し、なおかつ後記第三六の五も追加して規定するにもかかわらず、あえて本試案をおく意味があるのか疑問である。当該規定が想定している場面が不明瞭であり、趣旨を明確にした条文の規定を望む。

#### 四 贈与者の困窮による贈与契約の解除

ただし書があることで、適用範囲が狭まることとなる。そのような結論でよいのか疑問もあるが、基本的に異論はない。

## 五 受贈者に著しい非行があった場合の贈与契約の解除

規定の方向性は、賛成である。ただし、(3)について、著しい非行があった場合には、履行があった場合にも返還義務があるのに対し、上記第三六の四では、返還義務はないとされ、整合性が十分図られたといえるのか疑問がある。このような点について、配慮しつつ立案に望みたい。

また、本試案が「著しい非行」があった者に対する制裁的な意味をもつものであるとするならば、現存利益の限度で返還義務を負うというのでは、実質的には制裁とならず、むしろ、反社会的な行為をした者を結果的に保護することにつながりかねない。その意味でも、要件をより重くすべきとの意見が多かった。したがって、上記第三六の四のただし書と本試案については、比較法も参照しながら、慎重な検討を望む。

(4)の権利行使期間は、一〇年でよいとする意見が多かった。

## 第三七 消費貸借

### 一 消費貸借の成立等（民法第五八七条関係）

(2)については、金銭に限って諾成的消費貸借を書面で認める趣旨と考えられる。よって、規定の仕方については、「金銭消費貸借」と明確に規定すべきである。さらに、書面性を要求する趣旨や、また、書面で書くべき内容が何であり、書面であれば何でもよいのか、また、保証のように書面が要件とされるのか、といったことが不明瞭であるため、その点を明らかとした規定であることが望ましい。たとえば、「消費貸借を書面にする場合に限っては、…効力が生ずる」などと規定すれば、条文の趣旨も明確になる。そうであるにもかかわらず、かような表記の仕方になっているのは理解しにくい。仮に、書面性を要求する諾成的消費貸借規定を導入したのであれば、もう少し規定ぶりに注意を払い、買主側にも配慮した表現に改めるべきである。

### 二 消費貸借の予約（民法第五八九条関係）

上記第三七の一と同様の点につき、引き続き検討を求める。

### 三 準消費貸借（民法第五八八条関係）

いろいろな場面に利用できる規定であるため、本試案に賛成である。

## 四 利息

判例法理を踏まえた試案となっており、賛成である。

## 五 貸主の担保責任（民法第五九〇条関係）

(2)では、「贈与者の担保責任」と明記されているが、贈与（中間試案第三六の二）では、そのような表現は用いていない。規定の表現について整合性を図ることを求める。規定を置くこと自体には、特段の異論はなかった。

## 六 期限前弁済（民法第五九一条第二項、第一三六条第二項関係）

特段の異論はなかった。ただし、規定を置かなくても、同じ結論を導き出せると思われる。

## 第三八 賃貸借

### 一 賃貸借の成立（民法第六〇一条関係）

賃貸借の本質として、返還義務を設け、規定を明確化することについては賛成である。

### 二 短期賃貸借（民法第六〇二条関係）

特段の異論はなく、賛成である。「処分につき行為能力の制限を受けた者」は制限行為能力者であり、個別規定があるため、削除した方がよい。

### 三 賃貸借の存続期間（民法第六〇四条関係）

六〇四条を削除するかについては、「継続的契約」（中間試案第三四）の箇所で通則的規定が置かれたことから、単純に削除してしまってもよいとの解釈もあり得る。しかし、六一七条を維持し、期間の定めのない賃貸借を導くには、その規定の前に、期間を定める賃貸借と期間を定めのない賃貸借という概念を置いておく方が、わかりやすいのではないかとの意見もあった。また、既に一定類型の賃貸借については、借地借家法等の特別法で対応するのが合理的であるので、現状維持でもよいとする見解もあり、意見の一致をみなかった。

「継続的契約」（中間試案第三四）や六一七条など、他の規定との関係性を含めて、いかなる意図で六〇四条を削除しようとしているのか明確化してもらわない限り、結論を導くことができない。また、仮に、賃貸借の存続期間の上限を決めるのであれば、二〇年でなく、一世代程度を想定した三〇年（信託法九一条参照）が穏当なのではないかとの意見もあった。他方、上限を定めないとや五〇年以上となると、長すぎるのではないかとの見解もあった。

また、現行六一七条二項が更新料という不明瞭な金銭



を認める根拠ともいわれてきたので、その意味で、六一七条を削除するということに意味が出てくるのではないのかとの意見もあった。

いずれにせよ、他の規定との整合性も図りつつ、なぜ、規定を削除するのかという理由につき、より明確にし、慎重に議論を進めてほしい。

#### 四 不動産賃貸借の対抗力、賃貸人たる地位の移転等 (民法第六〇五条関係)

判例を明確化、合理化するという点で基本的には賛成であるとの意見が大半を占めた。ただし、対抗力のある賃借人との関係でいえば、敷金の承継といった内部的な関係を規律する(3)・(5)のような詳細規定を置くことにつき、そこまでの詳細な規定を置くべきか、懐疑的な意見があった。また、賃貸人の地位の留保に関する(3)のみ、規定が浮いている印象があるとの意見もあった。

#### 五 合意による賃貸人たる地位の移転 特段の異論はなく、賛成である。

六 不動産の賃借人による妨害排除等請求権  
明文化しなくても、十分、解釈で導き出せるため、あえて規定する必要まではないと考える意見が多かった。

特に、今回は、物権法の箇所まで改正せず、物権法の妨害排除請求権の規定がないにもかかわらず、ここだけ規定しておく必要性は感じられない。また、この箇所だけ借地借家法の対抗要件を入れ、上記第三八の四では六〇五条の登記のみとしていることも均衡を失し、立法技術上、異論・改良の余地があると考ええる。ただし、占有訴権との関係で考えれば、本試案のような規定を置くことを認めてもよいとの意見もあった。

#### 七 敷金

基本的な方向性については、賛成である。ただし、「いかなる名義をもつてするかを問わず」といった表現やその他若干の文言については、たとえば、敷金という表現であっても地域によって内容が異なることや、また、関西には敷引特約などもあり、かつ、敷金と言っても当然金額の多寡もあることなどに鑑みれば、他の制度との関係性を踏まえつつ、規定の表現を工夫してほしい。

#### 八 賃貸物の修繕等 (民法第六〇六条関係)

賛成である。ただし、(2)にいう賃借人の修繕権限については、(1)にいう賃貸人の修繕義務との関係を明らかにすべきであるとの意見があった。また、本試案の射程範



困がどこまでなのか、例えば、賃貸人が修繕を怠った場合に、それが借地借家法上の法定更新における正当事由（同法六条・二八条）を補完する要素となり得るかにについても明らかにすべきであるとの意見があった。

#### 九 減収による賃料の減額請求等（民法第六〇九条・

##### 第六一〇条関係）

六〇九条及び六一〇条の削除に賛成である。

#### 一〇 賃借物の一部滅失等による賃料の減額等（民法

##### 第六一一一条関係）

反対である。改正案は冗長であって国民に分かりにくく、逆効果であるから、現行規定を維持すべきである。

#### 一一 転賃の効果（民法第六一三条関係）

(2)における「義務」の内容が不明瞭である。目的物の修繕義務等の付随義務もここに含まれるのかを明確にすべきであるとの意見があった。

また、賃貸人と転借人との間には直接の契約関係がないため、賃貸人・転借人間の法律関係を明確にできる規定が必要であるとの意見があった。

(5)については、転借人に対して解除の効力を主張できないとの理解を前提として、賃貸人・賃借人間で合意解

除がなされた場合に、解除の効果を相対的に考え、元の賃借人を賃貸借関係から離脱させて、賃貸人と転借人間での直接的な賃貸借関係に切り替えるという考え方を明文化すべきであるとの意見があった。

#### 一二 賃借物の全部滅失等による賃貸借の終了

特に異論はなく、賛成である。

#### 一三 賃貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第六一六条、第五九八条関係）

賛成である。ただし、(1)につき、造作買取請求権（借地借家法三三条）との関係を明確化する必要があるとの指摘があったほか、「これに附属させた物」という文言と不動産の付合に関する民法二四二条ただし書の文言との関係を明確化する必要があるとの指摘があった。

#### 一四 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第六二一条、第六〇〇条関係）

特に異論はなく、賛成である。

#### 一五 賃貸借に類似する契約

##### (1) ファイナンス・リース契約

反対である。民法に入れなければいけないほどの典型性のある契約なのか疑問である。また、ファイナンス・

リース契約を、賃貸借のいわば「おまけ感覚」で規定することで、かえってファイナンス・リース制度の発展を妨げる危険があるのではないかと指摘があった。ファイナンス・リース契約は、民法典中に規定するのではなく、リース契約法等の特別法を設けることで整備されるべきではないか。仮に、ファイナンス・リース契約を民法中に規定するならば、その法的性質を踏まえて、契約の部分ではなく、担保物権の箇所に規定すべきであるとの意見もあった。

## (2) ライセンス契約

民法に入れる必要はなく、反対である。民法が私法の一般法であるといっても、全ての契約を網羅的に典型契約としてその中で規定し尽くすことを目指す必要はない。民法における典型性とは、市民が使うか否かという観点から検討すべきであるところ、ライセンスは企業が使うものであって、あまり市民が利用するものではないし、ライセンス契約は特許権、著作権、意匠など、その対象がとても多様であるため、仮に民法の中でライセンス契約を規定するとしても、単に知的財産権を対象とする契約という形で一括りにすることは困難である。

## 第三九 使用貸借

### 一 使用貸借の成立等（民法第五九三条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 二 使用貸借の終了（民法第五九七条関係）

「継続的契約」（中間試案第三四）の議論の展開次第では、継続的契約の一種である使用貸借の終了に関して別途議論する内容が出てくる可能性に留意する必要がある。また、借主は、借用物を受けとった後、いつでも契約を解除することができるという点に関しては、解除によつて貸主に損害が発生した場合には借主に賠償義務を負わせるとの規定を設けることを検討する必要があるとの意見があった。

### 三 使用貸借終了後の収去義務及び原状回復義務（民法第五九八条関係）

中間試案第三八の一三に準じて、賛成である。

### 四 損害賠償及び費用償還の請求権に関する期間制限（民法第六〇〇条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 第四〇 請負

### 一 仕事が完成しなかった場合の報酬請求権・費用償

## 還請求権

仕事の完成を目的とする契約をすべて請負契約で一括りにすることはできないのではないか。つまり、従来、請負契約が念頭においていたのは、大半の場合、建築請負である。このように特定のケースを念頭においているにもかかわらず、請負契約を典型契約として民法の中で規定し、仕事の完成を目的とする契約のすべてを請負契約として把握するということは適切ではないとの指摘があった。

また、仕事が完成しなかった場合に報酬請求権・費用償還請求権を認めると、請負人の自己の仕事に対してのモチベーションが下がる危険があるとの指摘があった。

なお、(1)については、もう少し慎重な文言表現が必要であり、更に、他の労務提供型契約との整合性にも配慮する必要があるとの意見が多かった。

## 二 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の請負人の責任

(1) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の修補請求権の限界（民法第六三四条第一項関係）  
特に異論はなく、賛成である。

(2) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しないことを理由とする解除（民法第六三五条関係）

六三五条の削除に、賛成である。

(3) 仕事の目的物が契約の趣旨に適合しない場合の注文者の権利の期間制限（民法第六三七条関係）  
売主の担保責任の存続期間に関する中間試案（第三五の六）の場合と同様に、【乙案】に賛成する立場が多数を占めた。

(4) 土地工作物の瑕疵についての請負人の担保責任の存続期間（民法第六三八条関係）

特に異論はなく、賛成である。

(5) 瑕疵担保責任の免責特約（民法第六四〇条関係）

特に異論はなく、賛成である。

三 注文者についての破産手続の開始による解除（民法第六四二条関係）

破産法五三条の存在を考慮し、民法六四二条を削除することに、賛成である。なお、請負人が破産した場合の規定が従来から民法に入っていないが、この点は検討しなくてよいかとの指摘があった。

## 第四一 委任

### 一 受任者の自己執行義務

このような規定を設けることに、賛成である。

### 二 委任者の金銭の消費についての責任（民法第六四七条関係）

六四七条を削除することに賛成する意見がある一方で、同条を維持した上で、さらに忠実義務に関する規定も追加すべきであるとの意見もあり、意見の一致をみなかった。

### 三 受任者が受けた損害の賠償義務（民法第六五〇条第三項関係）

このような規定を設けることに、賛成である。

## 四 報酬に関する規律

### (1) 無償性の原則の見直し（民法第六四八条第一項関係）

今日、実務上、委任が通常は有償でなされているというのは事実であり、これに賛成する意見がある一方で、古代ローマ法以来続く委任契約の無償性という精神を宣言するために、この規定を残すべきであるとの意見もあり、意見の一致をみなかった。

### (2) 報酬の支払時期（民法第六四八条第二項関係）

これが任意規定であることを前提に、賛成である。

### (3) 委任事務の全部又は一部を処理することができなくなった場合の報酬請求権（民法第六四八条第三項関係）

委任には定型性がないものも多いため、請負とは異なり、このような規定を設けることに、賛成である。

## 五 委任の終了に関する規定

### (1) 委任契約の任意解除権（民法第六五一一条関係）

基本的には、賛成である。ただし、委任契約は単純な労務提供契約ではなく、委任者・受任者間の継続的な信頼関係が前提となり構築される契約であるのに、いつでも解除できるという仕組みにすると、委任契約が本来的に有していた当事者間の信頼関係に基づいた契約法理というものを崩壊させることになるとして、本試案に反対する意見もあった。

また、受任者側からの任意解除権は制限されるべきであるとの意見があった。

### (2) 破産手続開始による委任の終了（民法第六五三条第二号関係）



賛成である。ただし、今回は改正の対象になっていない六五三条一項及び三項につき、このまま改正の議論をしないままでのよいのかとの疑問を呈する意見があった。

#### 六 準委任（民法第六五六条関係）

反対である。このような改正をする必要性は認められない。

#### 第四二 雇用

一 報酬に関する規律（労務の履行が途中で終了した場合の報酬請求権）

特に異論はなく、賛成である。

二 期間の定めのある雇用の解除（民法第六二六条関係）

特に異論はなく、賛成である。

三 期間の定めのない雇用の解約の申入れ（民法第六二七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

#### 第四三 寄託

一 寄託契約の成立等

(1) 寄託契約の成立（民法第六五七条関係）

特に異論はなく、賛成である。

(2) 寄託者の破産手続開始の決定による解除

特に異論はなく、賛成である。

二 寄託者の自己執行義務（民法第六五八条関係）

特に異論はなく、賛成である。

三 受寄者の保管に関する注意義務（民法第六五九条関係）

特に異論はなく、賛成である。

四 寄託物についての第三者の権利主張（民法第六六〇条関係）

賛成である。ただし、第三者の権利主張について、ここまで詳細に規定する必要があるのかとの疑問が出された。

五 寄託者の損害賠償責任（民法第六六一條関係）

特に異論はなく、賛成である。

六 報酬に関する規律（民法第六六五条関係）

準用の範囲が不明確である。準用の範囲を明らかにしている準委任規定の中間試案（第四一の六）のように、本試案においても、その準用の範囲を明確にすべきである。

七 寄託物の損傷又は一部滅失の場合における寄託者



## の損害賠償請求権の短期期間制限

特に異論はなく、賛成である。

### 八 寄託者による返還請求（民法第六六二条関係）

特に異論はなく、賛成である。ただし、返還と損害賠償とが同時履行の關係に立つことを明らかにすべきである。これに対して、留置権（二九五条）を認めることで受寄者の保護は十分であるとの意見もあった。

### 九 寄託物の受取後における寄託者の破産手続開始の決定

特に異論はなく、賛成である。

### 一〇 混合寄託

特に異論はなく、賛成である。

### 一一 消費寄託（民法第六六六条関係）

特に異論はなく、賛成である。

## 第四四 組合

### 一 組合契約の無効又は取消し

特に異論はなく、賛成である。

### 二 他の組合員が出資債務を履行しない場合

特に異論はなく、賛成である。

### 三 組合の財産関係（民法第六六八条ほか関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 四 組合の業務執行（民法第六七〇条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 五 組合代理

特に異論はなく、賛成である。

### 六 組合員の加入

特に異論はなく、賛成である。

### 七 組合員の脱退（民法第六七八条から第六八一条まで関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 八 組合の解散事由（民法第六八二条関係）

特に異論はなく、賛成である。

### 九 組合の清算

特に異論はなく、賛成である。

## 第四五 終身定期金

特に異論はなく、賛成である。ただし、いわゆるリースモーゲージ等との関連で、この終身定期金を今後活用することが期待されており、そうであるならば、典型契約として維持した上で、むしろ条文をより詳細に整備し直す等の作業が必要となるのではないかとの意見も

あった。

#### 第四六 和解

反対である。改正後の新たな錯誤規定（中間試案第三の二参照）の運用が定着してから、改めて議論すべきである。

〔以上は、平成二五年六月一七日、法務省民事局参事官室に提出した意見書の全文である。本誌への掲載にあたっては、横書きを縦書きに改め、それに伴う体裁の変更を施したほか、若干の明らかな誤字を訂正した。〕

# 第三者を搭乗させる意図を秘して自己に対する 搭乗券の交付を受ける行為と詐欺罪

——最高裁平成二三年七月二九日第一小法廷決定、平成二〇年(あ)第七二〇号  
詐欺被告事件、刑集六四卷五号八二九頁——

設 楽 裕 文  
淵 脇 千 寿 保

## 事案の概要

一 本稿で検討する判例は、自己に対する搭乗券を第三者に渡して搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に対し、乗客として自己の氏名が記載さ

れた航空券を呈示して搭乗券の交付を請求し、その交付を受けた行為が、刑法二四六条一項の詐欺罪に当たる旨判断した、初めての最高裁決定（以下「本件決定」という）である。直接の実行行為は被告人以外の者がおこなっており、被告人は共謀共同正犯としての罪責を負う

ものとされた。

第一小法廷が認定した基本的な事実関係は、次のとおりである。

「被告人は、ア Aらと共謀の上、航空機によりカナダへの不法入国を企図している中国人のため、航空会社係員を欺いて、関西国際空港発バンクーバー行きの搭乗券を交付させようと企て、平成一八年六月七日、関西国際空港旅客ターミナルビル内のエア・カナダチェックインカウンターにおいて、Aが、エア・カナダ（以下「本件航空会社」という。）から業務委託を受けている会社の係員に対し、真実は、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券をカナダに不法入国しようとして関西国際空港のトラジット・エリア内で待機している中国人に交付し、同人を搭乗者として登録されているAとして航空機に搭乗させてカナダに不法入国させる意図であるのにその情を秘し、あたかもAが搭乗するかのよう装い、Aに対する航空券及び日本国旅券を呈示して、上記エア・カナダ三六便の搭乗券の交付を請求し、上記係員をしてその旨誤信させて、同係員からAに対する同便の搭乗券一枚の交付を受け、イ Bらと共謀の上、同年七

月一六日、上記チェックインカウンターにおいて、Bが、アと同様の意図及び態様により、Bに対する航空券及び日本国旅券を呈示して、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券の交付を請求し、Bに対する同便の搭乗券一枚の交付を受けた。」

本件決定は、このような基本的な事実関係を前提にして判断を示しているものの、背景となる事実関係、とりわけ被告人が果たした役割を明確に示してはいない。そこで、本件決定を（その射程距離を含めて）理解し、その判断の可否を論じる前提として、多少なりとも具体的に、被告人らの行為態様を、第一審判決（大阪地裁岸和田支判平成一九年一月二〇日刑集六四卷五号八五五頁）及び上告趣意における「本件の概要」（刑集六四卷五号八三二～八三三頁）によって、述べておくことにする。

それによれば、被告人らの具体的行為は、〈被告人は、金銭に窮し、中国人ブローカーから、カナダに不法入国しようとする中国人の便宜のために搭乗券を騙し取るところを持ちかけられて、これを承諾し、（I）高校時代の同級生を通じてAらを紹介してもらい、あらかじめAに

報酬を提供して、Aをして、旅行会社でカナダ便の航空券をA名義で購入させ、平成一八年六月七日午後二時頃、関西国際空港旅客ターミナルビル四階のエア・カナダチェックインカウンターにおいて、係員Vに対し、真実は、バンクーバー行きエア・カナダ三六便の搭乗券を、カナダに不法入国しようとして同空港のトランジット・エリア内で待機している中国人に交付し、同人を航空機に搭乗させてカナダに不法入国させる意図であるのに、その情を秘し、Aが搭乗するかのよう装って、前記航空券及び日本国旅券を呈示する方法で搭乗券一枚の交付を請求させて、その交付を受けさせ、さらに、被告人において、Aから同搭乗券を受領して、トランジット・エリア内で中国人ブローカーに手交し、(Ⅱ) B、Cらを協力させることにして、Bをして、航空券を予約させ、同年七月一六日午後一時三十分頃、前記チェックインカウンターにおいて、係員Wに対し、真実は、(Ⅰ)と同様の意図であるのに、その情を秘し、右航空券及び日本国旅券を呈示する方法で搭乗券一枚の交付を請求させて、その交付を受けさせ、被告人において、Cを通じて同搭乗券を受領して、中国人ブローカーに手交した」という

ものになる。主犯ないし「背後の大物」は「中国人ブローカー」らであると推定されるものの、第一審判決の「量刑事情」(刑集六四卷五号八五八頁)では、被告人は、「計画的で悪質な犯行」につき共犯者らに具体的指示をしており、「他の日本人共犯者らとの関係で、被告人は主犯格と目される」とされている。

二 第一審において、弁護人は、航空会社が航空運賃を受領している上、搭乗を予定していた中国人は実際には搭乗できなかったものであるから(前記上告趣意によれば、搭乗口で職員に偽造旅券であることを見抜かれたためのものである)、「財産上の損害」が発生していず、したがって「『欺く』行為」もなく、損害があつたとしても可罰的違法性が認められないなどの理由から、被告人は無罪である旨主張した。

これに対し、第一審判決は、次のように述べて、弁護人の主張を排斥した(刑集六四卷五号八五七頁)。

「しかしながら、関係各証拠によれば、本件における国際線の航空会社は、航空券上に記載されている者自身が搭乗することを前提として、搭乗券を発券しており、搭乗者が誰であるのか、その人格の同一性は、搭乗券を



発券するかどうかを判断するにあたって重要な要素として、いることが認められる。すなわち、同航空会社は、旅客機に搭乗しようとする者に対し、搭乗券を発券する際、旅券の呈示を求めて、その者が本人であることを確認し、その者自身が日本国を出国して目的地に向けて当該旅客機に搭乗するものとして、搭乗券を発券し交付しており、搭乗者とされている本人以外の別人が、搭乗券を譲り受け、これを使用して、旅客機に搭乗するということが分かれれば、搭乗券を発券しない。」「…」航空会社は、本人の同一性を要求している搭乗券について、真実搭乗する意思のない者に対して、運行の利益を受け得るための搭乗券を発券させられたものであり、航空会社に社会的に見て経済的価値のある損害が生じたものということができ、また、被告人には、航空会社が財産的処分行為をするための判断の基礎たる事実である真の搭乗者と航空券・旅券に記載されている者との同一性を偽り、これを誤信させた『欺く』行為があったものと認められる。」

宣告刑は、懲役一年六月（未決勾留日数三〇日算入）であり、三年間刑の執行が猶予された。それでも、被告人は、法令適用の誤り及び量刑不当を理由に控訴した。

三 第二審において、弁護人は、詐欺罪が成立するとして第一審判決は刑法二四六条一項の解釈を誤っているとし、これに関して、「搭乗券の引渡しを行うチェックイン手続は、航空運輸サービス契約とは無関係であり、航空会社には、これによって運行契約締結に伴う取引上の損失は起きないから、同手続固有の財産処分はなく、財産的侵害に向けた被告人の欺罔行為、その侵害に向けられた航空会社の錯誤、及び、会社財産に損害を与える処分行為は、いずれも存在しない」と主張した（刑集六四卷五号八五九―八六〇頁）。

これに対し、第二審判決（大阪高判平成二〇年三月一八日刑集六四卷五号八五九頁）は、次のように述べて、弁護人の主張を排斥し、控訴を棄却した（なお、弁護人は、ハイジャック回避や入管行政等の「社会的、国際的法益」の保護を個人の財産保護を目的とする詐欺罪に取り込むことは不当である旨の主張もしたもの、第二審判決は、搭乗券の適正な管理は「単に国家的社会的な関心事であるにとどまらず、航空会社にとって重大な財産的関心事」であって、「搭乗券を不正に取得しようとする行為に対して、財産罪による規制を要することも明らか

かである」として、この主張も排斥した。

「ア しかし、搭乗券は、航空券や乗客名簿に記載され、搭乗者として承認されている者との同一性を示し、それなくしては航空機に搭乗することができないもので、財産罪による保護に値する十分な社会的、経済的価値があることが明らかである上、上記の同一性がない者による搭乗券の使用、すなわち航空機への搭乗は、航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含み、航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化に結び付くものであり、さらに、本件の事案では、航空会社は、自社の発券の不備によって搭乗券の使用者にカナダへの不法入国をさせてしまった場合、同国政府に最高額で三〇〇〇ドルを支払わなければならないことも認められ、航空会社にとって、搭乗券の不正使用を防ぐ財産的利益は極めて大きい。したがって、搭乗券が詐欺罪の客体としての財物性を満たすことはもとより、その適正な管理は、航空会社にとって重大な財産的関心事であって、搭乗券を交付するかどうかの判断上重要な事項を偽ってその交付を受けようとする行為が、財産的侵害に向けられたものであることは明白である。

イ 次に、所論も自認するように、航空機を利用しようとする者が乗客名簿に搭乗者として記載されている者と一致していなければ、航空会社は、そのことだけで搭乗券の交付を拒み得るのであり、その実質的理由である上記アの諸点に照らしても、この人的一致の点は、搭乗券を交付するかどうかの判断に際して極めて重要な考慮事項であって、この人的一致を偽って搭乗券の交付を求める行為は、重要事実について航空会社の担当者を錯誤に陥れ、搭乗券の交付をするかどうかの判断を誤らせる行為であって、詐欺罪における欺罔行為に該当することに異論の余地がなく、この錯誤に基づいて搭乗券を交付することが、会社財産に損害を与える処分行為に該当することも、既に述べたところから明らかである。」

四 被告人が上告し、上告審において、弁護人らは、搭乗券は該当のフライトで限定されたサービスを受けるための事実上の証明書に留まるので、それ自体の財産的価値は乏しく、しかも対価は支払済みであって、搭乗券交付だけでは「詐欺罪に問うに値する財産的価値の定型性」を欠くなどの主張をした。本件決定は、弁護人の主張は刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして

つ、本件各詐欺罪の成否について検討し、次の決定要旨にあるように述べて、上告を棄却した。

### 決定要旨

本件決定は、「原判決及びその是認する第一審判決の認定並びに記録」によつて認定した本件の事実関係として、前掲（事案の概要一）の基本的事実関係を掲記した後、次のように述べた。

「本件において、航空券及び搭乗券にはいずれも乗客の氏名が記載されているところ、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者に対して旅券と航空券の呈示を求め、旅券の氏名及び写真と航空券記載の乗客の氏名及び当該請求者の容ぼうとを対照して、当該請求者が当該乗客本人であることを確認した上で、搭乗券を交付することとされていた。このように嚴重な本人確認が行われていたのは、航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであったことや、本件航空会社がカナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと等

の点において、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたからであつて、本件係員らは、上記確認がでない場合には搭乗券を交付することはなかった。また、これと同様に、本件係員らは、搭乗券の交付を請求する者がこれを更に他の者に渡して当該乗客以外の者を搭乗させる意図を有していることが分かつていれば、その交付に応じることはなかった。」

「以上のような事実関係からすれば、搭乗券の交付を請求する者自身が航空機に搭乗するかどうかは、本件係員らにおいてその交付の判断の基礎となる重要な事項であるというべきであるから、自己に対する搭乗券を他の者に渡してその者を搭乗させる意図であるのにこれを秘して本件係員らに対してその搭乗券の交付を請求する行為は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによりその交付を受けた行為が刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかである。被告人の本件各行為が詐欺罪の共同正犯に当たるとした第一審判決を是認した原判決は正当である。」

## 研究

### 一 序

本件決定は、多くの判例評釈の<sup>①</sup>ほか論文や概説書<sup>②</sup>でも採り上げられている重要判例である。<sup>④</sup>決定書の文面は、一見すると詐欺行為について判断したもののような様相を呈している。しかし、紙背に財産的損害についての判断があることは明らかである（他に、搭乗券が客体になっている<sup>⑤</sup>ので、証明文書の財物性の問題が生じないわけではない）。本件において、弁護士は、第一審以来、主として、①航空券の取得に際し料金を支払っている等の理由により、財産的損害が発生していない、②したがって、財産的損害の発生に向けられた欺罔行為（欺く行為）もない、として、搭乗券の交付を受けた行為は詐欺罪に当たらない旨の主張をしている。これに対し、第一審判決は、航空券に記載されている者と搭乗者との同一性は搭乗券を発券するかどうかを判断するについて「重要な要素」であり、航空会社には「社会的に見て経済的価値のある損害」が生じたとして欺罔行為の存在を認め、第二審判決は、「航空機の運航の安全上重大な弊

害をもたらす危険性」や「航空会社に対する社会的信用の低下、業績の悪化（に結び付く可能性）」、カナダへ不法入国させてしまった場合にカナダ政府に「最高額で三〇〇〇ドル支払わなければならないこと」をあげ、「航空会社にとって、搭乗券の不正使用を防ぐ財産的利益は極めて大きい」として、搭乗券の適正な管理は、航空会社にとって「重大な財産的関心事」であり、本件の行為が「財産的侵害に向けられたものであることは明白である」とか、搭乗券交付が「会社財産に損害を与える処分行為に該当することも、既に述べたところから明らかである」とした。そして、本件決定は、航空券に氏名が記載されている者以外の者の搭乗が「航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含む」ことやカナダ政府から「不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等から、航空券に記載されている者以外の者を搭乗させないことは「本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していた」などの事実関係を前提にして、搭乗券の交付を請求する者自身が搭乗するかどうかは「交付の判断の基礎となる重要な事項である」というべきである」ということ



を理由に、本件の行為が一項詐欺罪を構成するとしている。

これらの判決・決定に示された考えは、詐欺罪の実行行為についての〈通説的公式〉及び形式的個別財産説とは様相を異にする。すなわち、〈通説的公式〉によれば、<sup>⑥</sup>（二項）詐欺罪は欺罔行為によつて相手方を錯誤に陥らせて交付行為（処分行為）をさせ、財物の占有を移転させる（それによつて、財物の占有ないし所持を害する）罪であるとされる。ここから、他人をだまして錯誤に陥らせ錯誤に基づく処分行為によつて財物の占有を取得することが「人を欺いて財物を交付させ」ることの意味である<sup>⑦</sup>とされ、「財物の喪失自体が損害と考えられる」<sup>⑧</sup>。すなわち、財物交付により占有を喪うことが財産上の損害であるとする形式的個別財産説が導出される。このような考えによるなら、〈事実を告知すれば相手方は財物を交付しない場合に真実に反する事実を告知して相手方を錯誤に陥れ、よつて財物を交付させた〉のであれば詐欺罪に当たるのであつて、事案について判断する際にはこの点を検討すれば足り、本件についての判決・決定のように言葉を重ねる必要はないともいえる。もつとも、

通説的立場も、「社会的相当性」や「取引上の重要な事項に関するか否か」あるいは「相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となる事実をいつわたか」といった基準によつて欺罔行為を限定しようとはする<sup>⑨</sup>。ただ、「航空運送事業の経営上〔の〕重要性」に言及していることからすれば、本件決定は（いわば徹底した）通説的立場とは異なる思考をしているものとも評価できるであろう<sup>⑩</sup>。

さらに、判例の動向を顧みると、次章に述べるように、大審院時代から、〈通説的公式〉＋（理念型としての）形式的個別財産説によるなら詐欺罪の成立を肯定できそうな事案について、これを否定した判例が散見される。学説としても、これらの判例や詐欺罪を全体財産に対する罪として位置づけるドイツの学説を参考に、通説とは異なる見解が多数提唱されている。これらを踏まえた上で、本件決定について適切な評価をする必要がある。

## 二 本件決定以前（とくに平成一三年七月一九日判決以後）の判例

詐欺罪における「財産的損害」に関するわが国の判例には、大審院時代から、①これに言及しないもの、②



(理念型としての)<sup>12</sup> 形式的個別財産説的な考えによるといえるもの、<sup>13</sup> ③財産的損害が欠けるとして詐欺罪の成立を否定しているものなどが見られる。判例がどのような統一的理論に依拠しているのかは、観察のタイムスパンを広げるほど不明確なものになっていくともいえる。<sup>14</sup>

ただ、右の②の諸判例(いわゆる「配給詐欺」に関するもの)はともかくとして、(裁判所において実質的な処罰の必要性(可罰性)を認めえない場合には詐欺罪の成立が否定される傾向がある)ということは看取できる。平成に入って、そのような観点から詐欺罪の成立を否定した判例として注目を浴びたものは、最判平成一三年七月一九日刑集五五巻五号三七一頁(以下「汚泥処理偽装事件判決」という)である。汚泥処理偽装事件判決は、「被告人X及び同Yは、勤務先の建設会社が大阪府から請け負った府営住宅(建替え)新築くい工事の完成払金の支払を受けるためには同工事につき大阪府の係員の完成検査を受けて合格との判断の下に検査調書を作成してもらわなければならないかつたところ、同工事現場から排出された汚泥がすべて正規に処理されたかのように偽り、同係員をして同工事は適正に行われた旨の検査調書を作

成させて、大阪府出納室決算課支払係係員に工事完成払金として七二八八万円を同会社の口座に送金させた」という事案について、「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早く受領した場合には、その代金全額について刑法二四六条一項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立する」というためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるとい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である」とした。

この点は、調査官解説において、「本判決は、『社会通念上別個の支払に当たるとい得る程度の期間支払時期を早めたものである』かどうかという基準を導入することにより、通説の立場を採るときに一項詐欺の成立範囲が不当に広がることに歯止めをかけ、結論の妥当性を確保しようとしたものと解される<sup>15</sup>」と評されている。

しかし、その後、汚泥処理偽装事件判決に見られるような詐欺罪の成立範囲を限定する考えは最高裁判例においては鳴りをひそめ、かえって詐欺罪の成立範囲を拡張

するような判例が現れる。そのようなものとして、まず汚泥処理偽装事件判決の翌年に現れたのが、最決平成一四年一〇月二一日刑集五六卷八号六七〇頁（以下「他人名義の口座開設事件決定」という）である。他人名義の口座開設事件決定は、「被告人Xは、不正に入手したA名義の国民健康保険被保険者証を使用して同人名義の預金口座を開設し預金通帳を取得しようとの意図の下に、自己がAであるかのように装って同国民健康保険被保険者証や偽造した口座開設申込書などを銀行窓口係員Bに提出して、Bから貯蓄総合口座通帳一冊（時価三五〇円相当）の交付を受けた」という事案について、原判決が、他人名義による預金口座の開設は「詐欺罪の予想する利益の定型性を欠くと解するのが相当であり、その行為は金融秩序に関する規制のための法規に触れることはあり得るにしても詐欺罪には当たらないと解するのが相当である。そして、預金通帳は、「…」口座開設に伴い当然に交付される証明書類の書類にすぎないものであって、銀行との関係においては独立して財産的価値を問題にすべきものとはいえないところ、他人名義による口座開設が詐欺罪の予定する利益としての定型性を欠くと解され

る以上、それに伴う通帳の取得も、一項詐欺を構成しないといふべきである」としたのに対し、「しかし、預金通帳は、それ自体として所有権の対象となり得るものであるにとどまらず、これを利用して預金の預入れ、払戻しを受けられるなどの財産的な価値を有するものと認められるから、他人名義で預金口座を開設し、それに伴って銀行から交付される場合であっても、刑法二四六条一項の財物に当たると解するのが相当である。そして、被告人は、上記のとおり、銀行窓口係員に対し、自己がA本人であるかのように装って預金口座の開設を申し込み、その旨誤信した同係員から貯蓄総合口座通帳一冊の交付を受けたのであるから、被告人に詐欺罪が成立することは明らかである」とした（ただし、通帳自体の価額が少額であることや有印私文書偽造罪、同行使罪については有罪とされていることなどを考慮すると、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものとは認められないとして、上告を棄却した）。

つぎに登場したのは、最決平成一五年三月一二日刑集五七卷三号三二二頁（以下「誤振込預金払戻請求事件決定」という）である。誤振込預金払戻請求事件決定は、

〔被告人Xは、自己名義の普通預金口座に誤振込みがあったことを知りながら、これを自己の借金の返済に充てようと考え、銀行窓口係員Aに対し預金の払戻しを請求して現金の交付を受け、これを取得した〕という事案について、誤振込みであってもXと振込先銀行との間に振込金相当額の普通預金契約が成立しXは銀行に対し普通預金債権を取得するとしつつ、銀行実務において、誤って振込依頼をした者からの申出があれば受取人の承諾を得て振込前の状態に戻す「組戻し」という手続きがとられたり、受取人から誤振込みの指摘があった場合には振込依頼人に対し振込みの過誤の有無に関する照会をおこなうなどの措置が講じられることを指摘し、「これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものということができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちに

その支払に應ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない」として、「信義則」あるいは「条理」から受取人に誤振込みがあった旨を銀行に告知すべき義務があることを認め、誤振込みがあることを知った受取人がその情を秘して預金の払戻しを請求することは「詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといふべきであるから」詐欺罪が成立するとした。このような考えは、「安全な振込送金制度の維持」や「銀行が振込依頼人との紛争に巻き込まれないため」、「振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生防止」といったXと銀行との間の当該取引（払戻請求とこれに対する支払）とは直接関係のない事情を考慮して、「直ちにその支払に應ずるか否かを決する上で重要な事柄」について欺きないし錯誤があれば欺罔行為は認められ、財産的損害も認められる（安全な振込送金制度の維持や紛争に巻き込まれないといったことも財産的損害になる）とするに等しいものといえるであろう。

その後も財産的損害が問題になるようなケースで詐欺罪成立を肯定する最高裁判例は続々と現れた。最決平成

一六年二月九日刑集五八卷二号八九頁（以下「他人名義カード事件決定」という。名義人に成り済ましてクレジットカードを示し加盟店であるガソリンスタンドからガソリンの給油を受けたという事案についてのものである）、最決平成一六年七月七日刑集五八卷五号三〇九頁（相当対価を提供して根抵当権等の放棄を受けたという事案についてのもの）、最決平成一九年七月一〇日刑集六一卷五号四〇五頁（使途を限定されている前払金を自己名義の預金口座から払い出させたという事案についてのもの）がそれらに当たるとする。

これらの判例に続いて現れ、本件決定の「直近の先例」ともいふべき判例が最決平成一九年七月一七日刑集六一卷五号五二二頁（以下「自己名義の口座開設事件決定」という）である。事案にも類似したところがあり、本件決定と比較すべき先例であるので、ややくわしく検討することにする。

事案は、「被告人Xは、第三者に譲渡する預金通帳及びキャッシュカードを入手するため、①友人のYと意思を通じ、Yにおいて、五つの銀行支店の行員らに対し、真実は自己名義の預金口座開設後、同口座に係る自己名

義の預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡する意思であるのにこれを秘し、自己名義の普通預金口座の開設並びに同口座開設に伴う自己名義の預金通帳及びキャッシュカードの交付方を申し込み、前記行員らをして、Yが、各銀行の総合口座取引規定ないし普通預金規定等に従い、前記預金通帳等を第三者に譲渡することなく利用するものと誤信させ、各銀行の行員らから、それぞれ、Y名義の預金口座開設に伴う同名義の普通預金通帳一通及びキャッシュカード一枚の交付を受け、②Y及びZと意思を通じ、Zにおいて、前記①と同様に、銀行支店の行員に対し、自己名義の普通預金口座の開設等を申し込み、Z名義の預金口座開設に伴う同名義の普通預金通帳一通及びキャッシュカード一枚の交付を受けた。前記各銀行においては、いずれもY又はZによる各預金口座開設等の申込み当時、契約者に対して、総合口座取引規定ないし普通預金規定、キャッシュカード規定等により、預金契約に関する一切の権利、通帳、キャッシュカードを名義人以外の第三者に譲渡、質入れ又は利用させるなどすることを禁止していたし、Y又はZに應對した各行員は、第三者に譲渡する目的で預金口座の開



設や預金通帳、キャッシュカードの交付を申し込んでい  
ることがわかれば、預金口座の開設や預金通帳及び  
キャッシュカードの交付に応じることはなかった」とい  
うものである。第三小法廷は、「以上のような事実関係  
の下においては、銀行支店の行員に対し預金口座の開設  
を申し込むこと自体、申し込んだ本人がこれを自分自身  
で利用する意思であることを表しているというべきであ  
るから、預金通帳及びキャッシュカードを第三者に譲渡  
する意図であるのにこれを秘して上記申込みを行う行為  
は、詐欺罪にいう人を欺く行為にほかならず、これによ  
り預金通帳及びキャッシュカードの交付を受けた行為が  
刑法二四六条一項の詐欺罪を構成することは明らかであ  
る」とした。

自己名義の口座開設事件決定は、他人名義の口座開設  
事件決定にも増して、詐欺罪の成立範囲を財産犯として  
の可罰性の乏しい領域まで拡大したものと評されるべき  
であろう。これについての調査官解説は、他人名義の口  
座開設事件決定は預金通帳の財物性及びその交付自体に  
財産的損害の発生を認めたものと解されるところ、その  
射程が自己名義の口座開設事件決定の事案にも及ぶこと

から、後者の決定においては預金通帳の財物性及び財産  
的損害の発生については特段の言及をしなかったものであ  
るとする<sup>(16)</sup>。のみならず、この調査官解説は、「また、実  
質的にも、金融機関は、その公益性から、犯罪者によつ  
て金融機関等が提供する預金の受入れサービスや決済シ  
ステムが利用されてその信用が害されることを防止する  
利益、すなわち自行の口座を不正の目的に利用されない  
という利益を有しているといえるのであり、そのような  
利益は、財産罪の観点からも保護に値する利益といえよ  
う」とするほか、「なお、問題状況を同じくする設例と  
して、未成年者が成人と詐って酒類やタバコ等を購入す  
る行為は詐欺罪を構成するかというものがあり、学説上  
これを詐欺罪に問擬すべきではない、というコンセンサ  
スが形成されているようである。しかし、上記のような  
コンセンサスは、それらに対する規制及びその運用やこ  
れを取り巻く社会の意識が『おおらかな時代』には妥当  
したものと思われるが、決して所与のものでも不動のも  
のでもないのではなからうか」とする<sup>(17)</sup>。

自己名義の口座開設事件決定及びその調査官解説と汚  
泥処理偽装事件判決及びその調査官解説とを比較すると、



（両判例の間には六年間の時間的隔たりしかないにもかかわらず）径庭があると認識せざるをえない。そして、自己名義の口座開設事件決定から三年を経て、類似した事案について下された決定こそ、本件決定である。

### 三 本件決定の判例法上の位置づけ

前述した、自己名義の口座開設事件決定についての調査官解説は、「問題状況が類似する事案についての最高裁判例」として本件決定にも触れ、「その判断構造は、本決定〔自己名義の口座開設事件決定〕と共通するものがある。また、相手方が財産的処分行為をなすための判断の基礎となる重要な事項につき事実を偽ることが『人を欺く』行為であるという理解を端的かつ明示的に示している点でも注目される」としている。<sup>18</sup>この記述からも明らかなように、本件決定は、自己名義の口座開設事件決定の延長にある、いわば「後継判例」と位置づけられるべきものである。

さらに評価を加えるなら、自己名義の口座開設事件決定が、預金口座開設による継続的な利益を行為者ないし預金通帳等を譲り受けた第三者に与える交付行為を銀行の係員にさせたという事案についてのものであつて、か

なり将来的ないし抽象的なものであるとはいえ財産関係の実害を認めえないものではないのに対して、本件決定は、「航空機の運航の安全」とか「カナダ政府から同国への不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等から航空券に氏名が記載されている乗客以外の者を搭乗させないことが「本件航空会社の航空運送事業の経営上の重要性」を有していることが詐欺罪として処罰する実質的理由となるとしているものと見られることから、より財産関係の実害を認めがたい事案について詐欺罪の成立を認めたものと考えられる。まさに、「本決定は、譲渡・売却目的で自己名義の預金口座開設に詐欺罪を認めた最三小決平一九・七・一七（刑集六一卷五号五二二頁）の延長上にあるが、譲渡後の財産犯罪（振り込め詐欺での口座利用）や銀行の信賴低下という財産的利益がかかるうじて一九年決定を容認するとすれば、これを大きく超える。詐欺罪はセキュリティー保護の罪ではないと思われる」<sup>19</sup>ということになる。

これに対して、本件決定が原判決の述べた「航空会社に対する社会的信用の低下」や搭乗券発券の不備により

不法入国を許すと「最高額で三〇〇〇ドル支払わなければならないこと」に触れていないことから、「事業経営上の重要性」の「財産的要素は相当に抽象的である」としつつ、搭乗券には「所持人に対して有償の旅客運送および当該クラスの機内サービスを提供することにもその

主な機能があると解するのであれば有力説〔佐伯説〕からも本件で欺罔行為を肯定することは可能であろう」とする見解がある。<sup>20</sup>また、「経営上の重要性」と表現したのは「経済的損害や経済的目的についての錯誤・その実現の失敗に直接的に対応したのではなく、むしろ、具体的な財産的支出を伴うような場合でなくても、それは異なる観点から財産交付の実質的法益侵害（財産的損害）性を基礎づけることができる場合があることを意味するものであると思われる」とし、会社事業の経営上の重大性を有する事項とは「社会との関係において、詐欺罪の被害者である（あるいは、被害者の帰属する）会社組織の存続・発展に重要な影響を及ぼすと認められる事項」を意味するのであって、「このような重要性を有する事項について偽ることがあつてはじめて欺く行為であるとしたもの」と考えると、詐欺罪の成立について著しい

拡張が指摘される最高裁判例であるが、本平成二二年決定は、少なくとも、拡張の傾向を無制約に是認するものではないという態度を示したものとして理解することができ、注目すべきものであるということができよう」とする見解もある。<sup>21</sup>

評するに、前者の見解については、（旅客運送及び機内サービスの提供は料金を支払って航空券を得たことにより受けられるものであるとも考えられるので）搭乗券にそのような機能があるといえるかやや疑問である上、〈そのような利益を受けられる機能は搭乗券の財物性ないし二項詐欺罪の問題として取り扱うべきではないか〉という疑問が生じる。いずれにしても、前者の見解は自己名義の口座開設事件決定と同一レベルのものと本件決定をとらえるものであろう。後者の見解については、〈会社組織の存続・発展に重要な影響を及ぼすと認められる事項を偽れば詐欺罪における「財産的損害性」を基礎づけられるものか〉という疑問が生じることを禁じえない。むしろ、このような点は射程距離の限定に用いるべきものではあるまいか（射程距離の問題については後述する）。やはり、本件決定は、自己名義の口座開設事

件決定に比して、詐欺罪の成立範囲を拡張したものと考  
えるべきである。

#### 四 本件決定と学説

##### 1 財産的損害に関する日本の学説の状況

明治期から現在に至るまでを鳥瞰すれば、日本の「近  
代刑法思想」は、フランス法の影響を受けた「旧刑法」  
がドイツ法の影響の見られる「現行刑法」に移行した後、  
ドイツ法の強い影響を受けつつ、独自の発展をしてきた  
ものといえる。<sup>22</sup> 詐欺罪についての理論・学説の発展もこ  
のような流れの中にあるものと考えられる。

ドイツにおいては、詐欺罪における財産的損害の解釈  
に関し財産概念が研究され、最初に現れた法律的財産概  
念（juristischer Vermögensbegriff）に對置されるものと  
して極端な経済的財産概念（extrem wirtschaftlicher  
Vermögensbegriff）が唱えられ、これを修正した「法律  
的——経済的」折衷論（“juristische-ökonomische”  
Vermittlungslehre）が通説化するに至っている。<sup>23</sup> また、  
一方的な給付をさせる詐欺においては、自己による財産  
侵害の可罰性を社会的意味における目的の失敗によって  
財産移転の価値を低下させたことに見出す考え（目的失

敗説）が採用されており、「社会的な目的失敗とは何か」  
が議論されている。<sup>24</sup>

これに対して、ドイツ刑法典の詐欺罪規定（二三六条  
一項）とは異なり、「他人の財産を害した（das  
Vermögen eines anderen dadurch beschädigt）」という文  
言を持たず、窃盗罪に近い規定となった<sup>25</sup>、日本の刑法  
二四六条の解釈においては、当初、財産的損害不要説が  
現れ、<sup>26</sup> これが後に形式的個別財産説に変容して現在の通  
説的見解となっている。<sup>27</sup> とはいえ、ドイツ法と同様に財  
産的損害を要件とする学説も明治期から有力であった。<sup>28</sup>

さらに、近年は、財産的損害を実質的に考える立場が  
台頭し、「全体財産に対する罪」説（林幹人の見解）、目  
的失敗説の影響が見られる法益関係の錯誤説（佐伯仁志、  
山口厚、伊藤渉などの見解）、実質的個別財産説（西田  
典之、前田雅英、高橋則夫などの見解）が覇を競ってい  
る（本章2「第二に、」以下参照）。これらの学説の支持  
者から本件決定はどのように評価されるのであろうか。  
これについては次項で述べることにする。

##### 2 本件決定についての学説等からの評価

以下では本件決定——とくに、その詐欺罪の成立を認め

た結論が学説等からどのように評価されているかについて述べる。本件決定の結論は、通説的立場ないし形式的個別財産説からは支持され、実質説からは疑問とされるものと予想される。だが、各論者の考えは必ずしもそのように単純なものにはなっていない。

第一に、本件決定は通説的立場によつたものと理解する見解がある。判例時報等に掲載された本件決定の匿名解説は、「詐欺罪にいう『人を欺く』とは、人を錯誤に陥らせることであるが、これを、相手方が財産的処分行為をするための判断の基礎となるような重要な事実を偽ることであつて、その錯誤は財産的処分行為をするように動機付けるものであれば足り、法律行為の要素に関する錯誤であるか縁由の錯誤であるかを問わないと解するのが通説的見解と見られる（大判大<sup>マ</sup>12・11・2刑集二・七四四、団藤重光編・注釈刑法(6)一九八〔福田平〕等）」として、本件決定は「前記通説的見解に依拠したものと解され」、本件決定が「当該乗客が航空機に搭乗するかどうか搭乗券交付の判断の基礎となる重要な事項に当たるとしたことに異論はないと思われる。〔…〕法益関係の錯誤論の立場からも、前記のような航空券記

載の乗客本人以外の者を航空機に搭乗させないことの航空運送事業上の重要性や、そのため、厳格な本人確認手続を経て搭乗券が交付されていた等にかんがみ、本件決定の結論を是認し得るのではないかと思われる」として<sup>(29)</sup>いる。本件決定の詐欺行為についての判断は、右匿名解説と同様に〈通説的公式〉＋（理念型としての）形式的個別財産説の立場に立つ者はもとより、<sup>(30)</sup>錯誤について「規範的重要性」を求める立場や<sup>(31)</sup>法的・経済的財産説による立場、<sup>(32)</sup>あるいは、詐欺罪の保護法益に「個人の財産のほかには交付目的の達成、すなわち財産を保護するための公正な取引の確保」を加え、「相手方が真実を知れば財物の交付を行わなかったであろう」といえるような重要な事項について「交付者が自由な意思決定の意識を持つていたか、〔…〕そして行為者の設定していた取引目的が達成されたか」についての検討を要するとする立場<sup>(33)</sup>からも支持されている。

第二に、右の匿名解説が言及しているように、法益関係の錯誤説の立場に立ちつつ、本件決定の結論を支持する見解——正確には、「疑問である旨を明確には述べていない見解」がある。これらの論者が、他人名義の口座開



設事件決定や自己名義口座開設事件の決定（以下、これらの決定を「二決定」ということがある）を疑問視している場合、これら二決定に対する評価と本件決定に対する評価との整合性も問題になる。

まず、佐伯仁志は、二決定について詐欺罪成立を肯定することは疑問である旨述べているところ、<sup>34</sup>本件決定については、「〔…〕航空機の運航の安全上の弊害は航空会社の経営に重大な被害を及ぼしうるものであり、航空会社に対する社会的信用低下が業績の悪化に結び付くおそれも、預金口座が犯罪に利用されることによる金融機関の業績の悪化と比べれば遥かに現実的であり、詐欺罪の成立を肯定することは、<sup>35</sup>預金通帳の事例よりも容易であるように思われる」とする。

つぎに、伊藤渉は、他人名義の口座開設事件決定について詐欺罪成立を認めるのは妥当でない旨述べているところ、<sup>36</sup>自己名義の口座開設事件決定については財産的利益の侵害があると評価する余地がある旨述べるとともに、本件に関して「〔…〕搭乗券は、航空運送の役務を受けるのに重要な書面であつて、旅券などのように単なる証明手段として交付されるものではないから、その移転自

体に財産的利益の侵害を見いだすことができないものではない。また、本件においては、〔…〕第三者を搭乗させない理由として航空機の運航に対する危険の防止及び目的地での不法入国の防止といったことを挙げているところ、たしかに搭乗する者による違法行為の防止というだけでは航空会社の財産的利益と直接結びつくものではないが、しかし、航空機の運航の危険ないし不法入国のおそれを回避するために航空会社に不測の経費が生じうることは否定できないのであるから、この意味において、第三者を搭乗させる意図を秘匿して搭乗券の交付を受ける行為は、なお財産的利益の侵害をもたらすものと評価することが許されるのではあるまいか」とする。<sup>37</sup>

さいごに、山口厚は、二決定の結論を（最終的には）支持しているところ、<sup>38</sup>そのような立場からは、本件決定は「ここでも、いわば本人確認の重要性を介して、詐欺罪にいう人を欺く行為、ひいては錯誤の要件の充足が認められているといえる」ということになる。<sup>39</sup>

第三に、実質的個別財産説によりつつ、本件決定の結論を支持する見解がある。この論者は、二決定の結論を支持しているので、右の佐伯らの各見解に比べて、一貫



性」があるとはいえる。

西田典之は、二決定の結論を支持する山口らの見解を「目的不達成理論」と呼びつつ、『『目的』をどのようなものとして設定するかは、かなり不明確である。』「さらに、この見解によれば、これまで詐欺罪が否定されてきた成年者であると欺罔されて未成年者に有害図書を販売する行為や偽造された処方箋で要処方箋薬を定価で販売する行為などまでが詐欺罪にあたりうることになる」といえる（事実、長井・前掲一八二頁はこれを認める）。

「しかし、このような解釈は、詐欺罪を財産犯から国家的法益に対する罪、社会的法益に対する罪へと変容させるものとして妥当ではないと思われる（『…』）」とし、それでも、二決定の結論は「財産的損害の可能性」があることから妥当と解してよい旨述べる。そして、この理を本件決定に及ぼして、「控訴審判決と比較した場合、本判決が財産上の損害という要素を詐欺罪の要件から排除しようとしていることは明らかであるが、搭乗券および搭乗者の適切な管理が航空機の運航の安全上重要なことは明らかであり、その不適切な管理は、当該航空会社（マ）の業務に対する信頼を失わせ、ひいては航空会社運営（マ）の経

済的運営にも重大な影響をおよぼすものといえるから、本件において、財産上の損害の危険性・可能性を肯定することは十分に可能であったように思われる」とする。<sup>(40)</sup>

前田雅英は、二決定の結論を支持しているところ、本件決定は、「形式的個別財産説的表現を用いている」ものの、当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが航空会社の運送事業の経営上重要性を有していたことを強調しており、「その背後には、航空による運輸の安全性の確保、すなわち、『航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の航空機への搭乗が航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性』の除去という価値が重視されている。しかし、あくまでも『航空運送事業の経営上』の重要性が認定されているのである」とし、他人名義カード事件決定と比較した上、「航空券の場合も、その実質的理由に微妙な差異はあるものの、如何に本人の同意があろうと、その者が搭乗することを秘して航空券を購入することは、現在の制度を前提とする限り、詐欺罪を構成するといわざるを得ないのである」とする。<sup>(42)</sup>

第四に、「全体財産に対する罪」説の立場からは本件決定の結論はどのように評価されるのであろうか。明確

ではないものの、結論が支持される可能性はかなりあるといつてよいようである。<sup>(43)</sup>

林幹人は、二決定に関し、振り込め詐欺やマネーロンダリングなどの危険そのものは財産的損害とは解されないものの、そうした事態に対処するための銀行の経済的負担の危険や預金者を確認する事務処理の負担の危険を財産的損害の内容とすることは可能であるとする。<sup>(44)</sup> この理を本件決定に及ぼすなら、〈航空券ないし搭乗券に氏名が記載されている乗客以外の者が搭乗したり密入国を図るといった事態に対処するための経済的負担の危険、あるいは本人確認の事務処理の負担の危険を財産的損害と評価できるか〉という問題が生じてくることになる。そして、これらの「負担の危険」に重大性があると評価するなら、本件決定の結論を支持することになる可能性は高く、搭乗券の占有移転から直接生じたものとはいえない「損失」を財産的損害と評価しうる点で、「全体財産に対する罪」説から本件決定の結論を支持することには、実質的個別財産説によりつつ同様の判断をすることと比べて、整合性があるともいえる。

第五に、本件決定の結論を疑問視する見解がある。こ

の論者は詐欺罪の成立範囲を実質的な財産的損害の認められる範囲に限定しようとする思考を貫徹させているものと評価できる。

高橋則夫は、二決定の事案においては実質的損害は発生していないとしているところ、<sup>(45)</sup> 本件決定の判断についても「〔…〕実質的個別財産説によれば、本決定の『当該乗客以外の者を航空機に搭乗させないことが本件航空会社の航空運送事業の経営上重要性を有していたから』という点が、経済的にみて損害と評価し得るものかについて、なお疑問の余地がある」とする。<sup>(46)</sup>

門田成人も、本件決定の「経営上重要性を有していた」という点に着目し、事故発生の場合の損害賠償等や外国への乗り入れ禁止、航空会社の社会的信用の失墜による財産的損失のような「間接的あるいは抽象的な財産的損害」をも詐欺罪が保護するというのであれば「〔…〕個別財産に対する犯罪に実質的財産損害を求めて限定解釈を図ることは形骸化し、逆に予備罪化への道を拓いたともいえ、テロ行為などの犯罪阻止による個々の犯罪類型の拡張の根拠づけを許すことにもなる」とする。<sup>(47)</sup>

照沼亮介は、本件決定と原審判決とを比較し、「〔…〕

おそらく本決定は、搭乗券の占有喪失それ自体の意味を重視せず、また、実質的損害の内容としても、本人確認に失敗した場合に航空会社に生ずる具体的な金銭的損害の内容についてまで立ち入って判断する必要はなく、むしろ、安全面の問題や行先国との法的関係から生ずる『有形・無形の経済的損害』が重要であると解しているように思われる」ところ、これに対しては、——自己名義の口座開設事件決定では口座が開設された後に振り込め詐欺等に悪用される可能性やそこから生じる銀行の信頼低下の可能性などを根拠とすることでかろうじて詐欺罪の財産犯としての性格が保たれていたと解することができるとしても——「企業経営上の失敗に由来する長期的な損失のリスクを正面から詐欺罪の法益侵害結果として説明することはできない」という批判が考えられるとする。すなわち、本件では、取得された財物（搭乗券）と損害の実質との間に「『経済的価値』の実質的な同一性を認めることは困難」であり、（通帳の不正取得の場合とも異なつて）「〔…〕個々の搭乗券の不正取得によりダイレクトに航空会社の『経済的損害の可能性』が生じるとまではないがたいように思われる」というのである。また、

不法入国の支援やハイジャック等の危険を生じさせる行為は刑罰で禁止されるべき対象となるとしても「それを財産犯、しかも本来は搭乗券という紙片の占有侵害を対象とする一項詐欺罪によって捕捉することに対しては、どうしても躊躇を覚えざるを得ない」し、電子航空券（eチケット）を利用して同様のことをした場合との不均衡や詐欺罪を社会的法益に対する抽象的危険犯として運用することによる「他の処罰規定と併せた効果的な運用が阻害され、法体系全体としての機能不全を招来するおそれ」があること、何らかの政策目的から公的な規制の下に置かれた物については虚偽的な手段を用いて交付を受けさえすれば「その行為の実質を問わずすべて詐欺罪の処罰対象とされ得る」ということを今一度想起すべきであろう」といったことを指摘する<sup>48</sup>。

同様の見解は他にもある。曾根威彦は、財物の交付者が本来の交付目的を達成しえなかったことや「将来のリスク」等を根拠に「財産上の損害を認めることには疑問が残る」とする<sup>49</sup>。松宮孝明は、「〔…〕間接的な経済的損害の恐れは、顧客や各国政府の独立した意思決定に依拠するものであり、処分行為から直接に生じるものではない

く、詐欺罪の成立は疑わしい」とする。<sup>50)</sup>

### 3 本件決定の射程距離について

本件決定の結論をどう評価するにせよ、本件決定が詐欺罪の成立範囲を拡張する流れの中にある判例である事実は覆うべくもない。そこから、本件決定のいわゆる「射程距離」の限定が問題にされることになる。

まず、本件決定は、外国行きのものであり搭乗手続きに関し決定文にあるような嚴重な本人確認がなされている航空便の搭乗券についての判断を示したものであつて、射程距離もこの範囲に限られるとの主張がある。<sup>51)</sup> もっとも、国内航空便であつても本件決定と同様の判断をすることは可能であるとする見解もある。<sup>52)</sup>

つぎに、本件決定が、「〔航空券に氏名が記載されている乗客以外の者の搭乗が〕航空機の運航の安全上重大な弊害をもたらす危険性を含むものであつたこと」や「〔カナダ政府から〕不法入国を防止するために搭乗券の発券を適切に行うことを義務付けられていたこと」等の点から「航空会社の航空運送事業の経営上〔の〕重大性」が本人確認手続きに認められる場合に詐欺罪が成立するとしていることからすれば、射程距離は「本人確認

手続きに航空会社の航空運送事業の経営上の重大性が認められる場合」に限定されるということになる。<sup>53)</sup>ただ、その内容に不明確なものがあることも指摘されている。

さいごに、「財産移転と同時になされる意思侵害により詐欺罪を基礎づけるものとされないためには、欺罔・錯誤の対象である目的が具体的給付に内在している必要がある」ことから、「〔…〕本件で欺罔行為の構成要素とされるべきは、単に他人を搭乗させる意思を秘したことではなく、他人を搭乗させるために当該搭乗券を当該航空会社に対して不法に行使する意思を秘したことであり、本決定はそのような事案であることを前提としたものである（〔ABの〕搭乗券をトランジット・エリア内に持ち込むために利用された被告人自身の搭乗券については、詐欺罪は成立しないと解される）」とする見解がある。<sup>54)</sup>

この見解のように考えるなら、〈航空機内で（例えば、他の乗客の財布を窃取するといった）犯罪をおこなう意図を秘して自己が搭乗する意思で搭乗券の交付を受けても詐欺罪は成立しない〉ということになろう（ただ、そのように考えると、〈本件決定の事案のように第三者が密入国するために搭乗する場合は詐欺罪が成立するのに、



航空券に氏名が記載されている者自身が殺人等のまさしくテロ行為をする目的で搭乗する場合であれば詐欺罪は成立しないことになるのか」という疑問が生じないではない）。さらに考察を加えると、本件決定の事案のA Bのように、自分自身の氏名が航空券に記載されている者は、単独で自分自身以外の者を当該搭乗券によって搭乗させること（そのようにして当該搭乗券を当該航空会社に対して不法に行使用すること）は不可能であるから、本件決定に示された法理によつて搭乗券についての一項詐欺罪の成立が認められるのは、被告人のような共犯者を介するなりして第三者が不法に当該搭乗券を用いて不法に搭乗することが事前に予定されている場合に限られると解することもできよう（搭乗券を取得した後で不法に搭乗する第三者を探して搭乗券を売り付ける意図で自己に対する搭乗券の交付を請求する場合は、理論的には「不法に搭乗券を行使する意思」があるといえなくもないものの、客観的な行為としては通常の搭乗券交付請求と変わりがないので、詐欺罪は成立しないと解すべきであろう）。こうした観点から、本件決定が（自己名義の口座開設事件決定と同様に）共謀共同正犯の成立する事

案についてのものであることには、組織犯罪としての可罰性とは異なる意味が賦与されているものと思う。<sup>55)</sup>

## 五 結語にかえて―本件決定についての私見

以下では結語にかえて本件決定について筆者らの評価するところを述べることにする。結論から述べるなら、本件決定が詐欺罪の成立を認めていることは疑問であるといわなければならない。そのように思う理由は、高橋門田、照沼らの述べるところ（研究四2「第五に、」以下）とほぼ同様である。あえて若干補足するなら、次のようなものになる。

まず、搭乗券発券業務の実態にみると、本件決定の事案において係員に取引上重要な事実についての錯誤が生じているとは思えない。筆者（淵脇）が二〇一三年三月一日及び同月一四日に東京国際空港ほかで調査したところによれば、国内線の搭乗手続きはほぼ全て自動チェックイン機によつてなされるようになっており、JAL、ANAなどの国際線においてさえ自動チェックイン機によるものが係員によるものを上回っていた。さらに、「搭乗券を他人に譲渡することは許されない」といったインフォメーションが空港内で周知徹底されてい



るといったこともなく、係員に「親族のパスポートと搭乗券を持つている者がチェックイン手続きを代行することとはできるか」と尋ねてみたところ可能であるとの回答が返ってきた。これらの調査結果からすると、係員は航空券に氏名が記載された者と搭乗券の交付申請をする者との同一性については大した関心を持っていないものと同認められる。搭乗券の交付を受けた者がそれを第三者に譲渡するか否かについてはまして関心がないであろう。そのような実態にかんがみると、搭乗券を第三者に譲渡する意図を秘してなす搭乗券交付請求によつて係員が取引上重要な事実について錯誤に陥れられることになるものか、そもそも疑問であるといえる。

つぎに、仮に「それでも第三者に譲渡するとわかつていれば係員が搭乗券を交付することはないから『交付の判断の基礎となる重要な事項』に錯誤を生じさせたといえる」という（錯誤と交付行為との間に事実的な因果関係さえあれば足りるとする）主張を受け容れたとしても、正規の航空運賃が支払われている以上、実質的に財産的損害が生じていないことは否定できないであろう。航空会社ないし係員は、搭乗券を交付したことによつて直接

的にはなんら損害を被っていないのである。詐欺罪は財産犯であり、しかも侵害犯であつて危険犯でも挙動犯でもないのであるから、相手方に財産的な被害が生じていないにもかかわらず詐欺罪の成立を認めるのは無理である（実務上も、詐欺罪の成否が問題になつてゐる公判廷で「被害者」を証人として尋問してみたら――員面調書作成時とは異なり――、被害を受けたとの証言が得られないということがある。そのような場合に裁判所が詐欺罪の成立を認めることは通常は<sup>56</sup>ない）。派遣医であるかのように偽装して売薬を売りつけた事案についての大決昭和三年十二月二日刑集七卷七七二頁や汚泥処理偽装事件判決は、このような観点から、行為態様からすれば可罰性を否定しえないケースにおいて詐欺罪の成立を否定する判断を下したものであるといつてよい。

もっとも、「航空機の運航の安全上の重大な弊害をもたらす危険」や「不法入国防止のため搭乗券発券を適切に行うことを義務づけられていたこと」が財産的損害を基礎づけるというのであれば別であるけれど、（通常、密入国を図る者は平穩な渡航を希望するであろうから）密入国を図る者を搭乗させることによつて運航の安全上

重大な弊害がもたらされるものか疑問である上、ハイジャックなどのテロ対策はセキュリティチェック等によりおこなうべきものであり、不法入国の防止も（搭乗手続きの際の本人確認によつてではなく）入国管理によつてなされるべきものである。また、このような事態に対処するために航空会社は何らかの経済的負担が生じうるとしても、それを、一項詐欺罪を窃盗罪と同様に個別財産に対する罪であるとする立場（形式的個別財産説はもとより実質的個別財産説、法益関係の錯誤説もこのようなスタンスをとる）が財産的損害として評価する、<sup>57</sup>というのは整合性を欠くようにも思う。

要するに、財産的損害の観点からすると、本件決定の事案で詐欺罪成立を認めることは、未成年者事例、あるいは強盗目的での包丁購入事例（強盗に使う目的を秘して刃物店で包丁を買うという事例）において詐欺罪の成立を認めるのと同様であるといえる。これらの事例において、買主が未成年者であること（あるいは包丁を強盗に使う意図があること）を売主が知れば成人用品や包丁を交付することはないであろう。しかし、交付してしまつたとしても、売主は通常の売買と同様に正規の代金

を取得しているのであるから、そこに財産的損害を見出すことはできないことになる。<sup>58</sup> 本件決定の事案でも、財産的損害を見出しえないことは同様であり、詐欺罪を純粹に意思の自由や社会秩序を保護する罪とでも考えるのならともかく、従来の考えによるなら詐欺罪成立を否定することになるはずである。

本稿に示したように、近時の判例が詐欺罪の成立範囲を著しく拡張する傾向を見せ、学説もかなりの者がこれを支持しているかに見えることは重大な問題であろう。<sup>59</sup> 犯罪の成立範囲を適正な範囲に限定し人権保障にも資する理論が構築される必要があることはいうまでもない。しかし、本稿の性格と紙幅からして、これは別稿で論ずるよりない。ただひとつ指摘することが許されるなら、法益関係の錯誤説など近時の学説には二四六条の文言や詐欺罪が個別財産に対する罪であることを重視して財産的損害の内容を形骸化する傾向が見られるのに対して、従来の通説的見解にあつても、詐欺罪に個別財産に対する罪と全体財産に対する罪の両者が含まれ、しかも、全体財産の概念については経済的財産概念が支持されていたということ、そして、福田説などは、欺罔行為につい

て絞りをかけるほか、〈財物の所持喪失＝財産的損害〉とは考えないものであつて、理念型としての形式的個別財産説とはいえないものであることを忘れてはならないであろう。もとより、これは、詐欺罪を全体財産に対する罪であると解するのが妥当であることを直ちに意味するものではない。通説的見解においても、詐欺罪の成立範囲を合理的に限定する努力はなされてきたのであり、これを無にしてはならないという趣旨である。

(1) 本件決定の評釈として、次のようなものがある。門田成人「詐欺罪の限定解釈におけるループホール」法学セミナー六七〇号一三九頁(二〇一〇年)、後藤有己「判例評釈 最一小決平二一・七・二九」警察公論六五卷一一号一〇六頁以下(二〇一〇年)、伊藤渉「詐欺罪における詐欺行為の意義」『判例セレクト二〇一〇「I」』(法学教室三六五号別冊)三六頁(二〇一一年)、照沼亮介「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル二七号八七頁以下(二〇一一年)、和田雅樹「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」刑事法ジャーナル二七号八七頁以下(二〇一一年)——これは、解説判例の

罪に当たるとされた事例」研修七五二号一七頁以下(二〇一一年)、和田俊憲「国際線搭乗手続において他人を搭乗させる意思を秘してなされた自己の搭乗券の交付請求と詐欺罪」ジュリスト一四二〇号(平成二二年度重要判例解説)二一二頁以下(二〇一一年)、吉田雅之「自己に対する国際線の航空機の搭乗券を他人に渡してその者を搭乗させる意図であるのに、これを秘して航空会社の搭乗業務を担当する係員から搭乗券の交付を受ける行為が、詐欺罪に当たるとされた事例」捜査研究七一八号八〇頁以下(二〇一一年)、丸山嘉代「他の者を搭乗させる意図を秘し、航空会社の搭乗業務を担当する係員に外国行きの自己に対する搭乗券の交付を請求してその交付を受けた行為が詐欺罪に当たるとされた事例」警察学論集六四卷七号一六七頁以下(二〇一一年)、菅沼真也子「第三者を搭乗させる意図を秘して国際航空運送に係る航空会社関係係員から自己に対する搭乗券の交付を受ける行為が詐欺罪に当たるとされた事例」法学新報一一八卷一・二号六八五頁以下(二〇一一年)。

(2) 本件決定に言及した論考としては、前田巖「預金通帳等を第三者に譲渡する意図を秘して銀行の行員に自己名義の預金口座の開設等を申し込み預金通帳等の交付を受ける行為は、刑法二四六条一項の詐欺罪に当たるか」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一九年度)』三三六(三三七頁(法曹会、二〇一一年))——これは、解説判例の

後の「問題状況が類似する事案についての最高裁判例」として本件決定に触れたものである―のほかに、前田雅英「詐欺罪の保護法益と罪数について」警察学論集六三卷一―号一四四頁以下（二〇一〇年）、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室三七二号一〇六頁以下（二〇一一年）、上寫一高「最近の裁判例に見る詐欺罪をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル三一―号一二頁以下（二〇一二年）、渡辺靖明「詐欺罪における実質的個別財産説の錯綜」横浜国際経済法学二〇卷三号一二―頁以下（二〇一二年）がある。

（3） 本件決定に触れた概説書としては、次のようなものがある。高橋則夫『刑法各論』三二六頁（成文堂、二〇一一年）、前田雅英『刑法講義各論』一二六、三二五頁（東京大学出版会、第五版、二〇一一年）、西田典之『刑法各論』二一〇頁以下（弘文堂、第六版、二〇一二年）、佐久間修『刑法各論』二二七頁（成文堂、第二版、二〇一二年）、曾根威彦『刑法各論』一四五頁（弘文堂、第五版、二〇一二年）、松宮孝明『刑法各論講義』二五九―二六〇頁（成文堂、第三版、二〇一二年）、井田良『刑法各論 新・論点講義シリーズ2』一二八―一二九頁（弘文堂、第二版、二〇一三年）。

（4） 概説書以外の書籍（判例解説等）で本件決定に触れたものとしては、前田雅英『最新重要判例250〔刑法〕』二〇八頁（弘文堂、第八版、二〇一一年）―なお、同書の第九版（二〇一三年）では一九〇頁に掲載、林幹人

『判例刑法』二九八頁（東京大学出版会、二〇一一年）、山口厚『基本判例に学ぶ刑法各論』一四七頁（成文堂、二〇一一年）、成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』二四八頁〔安田拓人〕（信山社、二〇一二年）、設楽裕文編『法学刑法5判例インデックス一〇〇〇（コンメンタール）』三九〇頁〔坂井愛〕（信山社、二〇一二年）、西田典之ほか『判例刑法各論』二六七―二六八頁（有斐閣、第六版、二〇一三年）などがある。

（5） この問題については、設楽裕文Ⅱ坂井愛「刑法の解釈と自由の保障」法学紀要（日本大学法学部）四九卷一三三―一三七頁（二〇〇八年）参照。

（6） 「通説的公式」について、設楽裕文編『法学刑法2各論』六七頁〔坂井愛〕（信山社、二〇一〇年）参照。なお、菊池京子「詐欺罪における相当対価が提供された場合の財産上の損害の有無について（上）―「処分行為の自由」をめぐる問題（2）―」東海法学六号一三六―一三七頁（二九九一年）参照。

（7） 大塚仁『刑法概説（各論）』二四四、二五一頁（有斐閣、第三版増補版、二〇〇五年）。

（8） 団藤重光『刑法綱要各論』六一九頁（創文社、第三版、一九九九年）。もっとも、団藤や福田平らは、〈財物の喪失によってその財物に対する使用・収益・処分といった「所有権その他の本権の事実的機能」が害されるところに損害がある〉とするので、厳密な意味で（実質



的に財産的損害を不要とするのと同様の結論に達する）理念型としての形式的個別財産説ではない（福田平「詐欺罪の問題点」日本刑法学会『刑法講座 第六卷』八四頁〔有斐閣、一九六四年〕参照）。

（9） 団藤・前掲注（8）六一三頁、大塚・前掲注（7）二四六頁、団藤重光編『注釈刑法（6） 各則（4）』一七五頁〔福田平〕（有斐閣、一九六六年）参照。なお、林幹人は、『刑法の現代的課題』一七〇頁（有斐閣、一九九一年）において、「取引上重要な事実」を「被害者の取引目的の対象となつている事実」と解するほか、近時は、通説的公式より「有効でより適切な公式」として、「被害者に隠された事実が重要な財産的利益に関わるものか」というものを提唱している（林・前掲注（4）二九八頁参照）。

（10） 上寫・前掲注（2）二二頁は、「〔…〕経営上の重要性」という表現は、詐欺罪の要件として、実質的個別財産説が経済的評価による損害を必要とし、法益関係的錯誤説が、経済的目的についての錯誤、あるいは、その実現の失敗を問題とすることを意識したものということができるように思われる」とする。

（11） 例えば、大判明治四三年五月一七日刑録一六輯八七九頁（汽船二隻に抵当権を設定して借財名下に金員を騙取したという事案についてのもの）、大判大正二年一月二五日刑録一九輯一二九頁（他の者の出捐額等を偽って竹林を売り渡し代金を騙取したという事案につ

いてのもの）、大判大正一二年一月二一日刑集二巻八二三頁（定期預金証書により資力を偽って土地建物等を騙取したという事案についてのもの）など。

（12） 大判昭和一七年四月七日新聞四七七五号五頁（偽造割当証明書により銑鉄を購入したという配給詐欺の事案についてのもの）、最大判昭和三年六月九日刑集二巻七号六五三頁（偽造特配指令書により酒類を購入したという配給詐欺の事案についてのもの）など。もっとも、通説を支持する者の中にも配給詐欺における詐欺罪の成立については否定的な見解が見られる——議論の状況について、福田・前掲注（9）一六八―一七〇頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三巻（第二四六条）第二六四条』一四―一五頁〔高橋省吾〕（青林書院、第二版、二〇〇〇年）など参照。

（13） 諸文献においてしばしば引用されるのは、大決昭和三年一月二一日刑集七巻七七二頁（派遣医を装って診察し売薬を売り付けたという事案についてのもの）である。他に、大判明治四二年四月二九日刑録一五輯五二四頁（登記簿上不動産の所有名義を有する者が当該不動産を善意の第三者に売り代金を取得したという事案についてのもの）、大判大正七年五月二三日新聞一四二三号二六頁（担保として十分な価値のある偽の軸物を本物と称して担保に供し借財したという事案に関するもの）などもある。



- (14) 谷口正孝Ⅱ中平健吉「詐欺罪の成立と財産上の損害  
(二)―判例の概観―」法曹時報六卷三号八八頁(一九五四年)は、明治期から昭和二〇年代までの判例の分析結果に基づいて、判例は、一項詐欺については「法律上の損害」を、二項詐欺については経済的損害を、要求している旨述べる。これに対し、平場安治Ⅱ尾中俊彦「詐欺罪における欺罔と騙取」平場安治ほか『総合判例研究叢書刑法15』一一四頁(有斐閣、一九六一年)は、昭和一七年頃までの判例を分析し、損害面からの判例の統一的説明はむずかしいとしている。
- (15) 朝山芳史「請負人が欺罔手段を用いて請負代金を本来の支払時期より前に受領した場合と刑法二四六条一項の詐欺罪の成否」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一三年度)』一三七頁(法曹会、二〇〇四年)参照。
- (16) 前田巖・前掲注(2)三二八―三二九頁参照。
- (17) 前田巖・前掲注(2)三三一―三三二頁参照。このような「未成年者事例」について詐欺罪成立を否定することとを疑問視(あるいは相対化)するものとして、長井圓「第三者に譲渡する意図を秘した自己名義の預金通帳の受交付と『人を欺く』の意義」ジュリスト一三五四号(平成一九年度重要判例解説)一八二頁(二〇〇八年)、木村光江「詐欺罪における損害概念と処罰範囲の変化」法曹時報六〇巻四号二四頁(二〇〇八年)などがある。
- (18) 前田巖・前掲注(2)三三六―三三七頁参照。

- (19) 門田・前掲注(1)一三九頁。
- (20) 和田俊憲・前掲注(1)二一二頁参照。
- (21) 上瀧・前掲注(2)二二頁参照。
- (22) 明治期に西欧刑法思想が日本にどのように流入し変容したかについては、淵脇千寿保「明治期における刑法上の因果関係理論の導入」法学研究年報(日本大学大学院法学研究科)一二三頁以下(二〇一三年)を参照。
- (23) Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, S. 2348f.
- (24) Cramer/Perron, a.a.O. (Anm.23), S. 2353. なお、目的失敗説は、一方的な給付をさせる詐欺の事案について詐欺罪としての可罰性を認めるために創出された考えであり(vgl. BGHSt 19,45, BGH NJW1995,539)、日本の一部の学説のように、これを反対給付の存在する事案に用いてよいのか、については疑問がある(結果として、反対給付は考慮されず理念型としての形式的個別財産説と同様の結論に至る危惧がある)。
- (25) 小野清一郎『新訂刑法講義 各論』二五〇―二五一頁(有斐閣、第一四版、一九五五年)参照。
- (26) 牧野英一『重訂日本刑法 下巻』三八五頁(有斐閣、第六一版、一九三八年)、木村亀二『刑法各論』一三八頁(日本評論社、一九三八年)参照。
- (27) 団藤・前掲注(8)六一九頁、大塚・前掲注(7)二五五頁、福田・前掲注(9)二三四頁参照。

(28) 瀧川幸辰「詐欺罪に関する若干の問題」（一九三六年）  
 団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集 第四卷』四七九  
 ～四八一頁（世界思想社、一九八一年）、大場茂馬『刑法  
 各論 上巻』八一五頁以下（巖松堂書店、第六版、  
 一九一三年）、宮本英脩『刑法大綱』三七〇頁（弘文堂書  
 房、第三版、一九三五年）参照。

(29) 判例時報二一〇一号一六一頁、判例タイムズ一三三六  
 号五六頁、法律時報八三卷三号一三四頁。

(30) 渡辺・前掲注(2)一三七頁は、本件決定の「この事  
 案では、被告人側は、代金支払済みの航空券と引き換え  
 に、航空会社側から搭乗券の交付を受けていた、とされ  
 る。それゆえ、搭乗券の喪失を超える経済的損失は、航  
 空会社側には直接的にはおおよそ生じていなかった。それ  
 にもかかわらず、⑥決定〔本件決定〕においても、上記  
 のように条件関係の公式に言及したうえ、詐欺罪の成立  
 が認められている点に留意すべきである」とする。なお、  
 和田雅樹・前掲注(1)二二頁は、搭乗券は財産的価値を  
 有するものであり「搭乗券という財物の交付によって航  
 空会社に財産上の損害が発生したことも明らかである」  
 とする。

(31) 和田俊憲・前掲注(1)二二二頁は、詐欺行為と結果  
 との間に「条件関係を中核とする事実的つながり」だけ  
 ではなく「規範的な限定」が加えられた因果関係を認め  
 るためには錯誤の対象は「交付の判断の基礎となる事項」

すなわち「交付の可否を事実上左右する事項」というだ  
 けではなく、「交付判断において規範的に重要性が認めら  
 れる事項」でなければならず、本件決定で摘示された事  
 実関係もこの枠組みに合わせて位置づけることができる  
 とする。

(32) 佐久間・前掲注(3)二一七頁は、「なるほど、直接に  
 はテロ対策に起因するとしても、航空機の安全な運行に  
 資する搭乗者確認のシステムがある以上、こうした移動  
 の利益を表章する搭乗券が詐取されており、法益関係の  
 錯誤説からも、航空券記載の乗客以外の者を航空運送事  
 業上の重要性や、厳格な本人確認手続により搭乗券が交  
 付される点にかんがみれば、本決定の結論も是認できる  
 であろう」とする。

(33) 菅沼・前掲注(1)六九六～六九八頁参照。

(34) 佐伯仁志「詐欺罪の理論構造」山口厚ほか『理論刑  
 法学の最前線Ⅱ』一〇九～一一三頁（岩波書店、  
 二〇〇六年）、同・前掲注(2)一一二～一一三頁参照。

(35) 佐伯・前掲注(2)一一四頁参照。

(36) 伊藤渉「他人名義での預金口座開設による預金通帳  
 の取得と詐欺罪の成否」ジュリスト一二七七号一四一  
 一四二頁（二〇〇四年）参照。

(37) 伊藤・前掲注(1)三六頁参照。

(38) 山口厚『新判例から見た刑法』二二三～二三五頁  
 （有斐閣、第二版、二〇〇八年）参照。なお、同書の初版

の二一七頁（二〇〇六年）では、他人名義の口座開設事件決定は「住み分け」の見地から「現在においては」支持できない旨述べていた。

(39) 山口・前掲注(4)一四七頁。

(40) 西田・前掲注(3)二〇八～二一一頁参照。

(41) 前田・前掲注(3)三五〇頁参照。

(42) 前田・前掲注(2)一五〇～一五一頁参照。なお、

同・前掲注(4)第八版二〇八頁（第九版一九〇頁）参照。

(43) 林・前掲注(4)二九八頁は、欺罔行為に関して本件決定を掲げるに止めている。

(44) 林・前掲注(4)二九九～三〇〇頁参照。

(45) 高橋・前掲注(3)三二四～三二五頁参照。

(46) 高橋・前掲注(3)三二六頁参照。

(47) 門田・前掲注(1)一三九頁参照。

(48) 照沼・前掲注(1)九四～九七頁参照。

(49) 曾根・前掲注(3)一四五頁参照。

(50) 松宮・前掲注(3)二五九～二六〇頁参照。

(51) 前掲注(29)の匿名解説のほか後藤・前掲注(1)一一一頁、吉田・前掲注(1)八四頁参照。

(52) 菅沼・前掲注(1)六九八～六九九頁。また、和田俊憲・前掲注(1)二二三頁は、本件決定が本人確認の法的根拠となる出入国管理法五六条の二をあげていないことから「国内線の搭乗手続も条件を満たせば本件と同様の処理をするものと解される」とする。

(53) 吉田・前掲注(1)八四～八五頁参照。

(54) 和田俊憲・前掲注(1)二二三頁参照。

(55) 自己名義の口座開設事件決定に関し、足立友子「譲渡の意図を秘して銀行で自己名義の預金口座を開設し預金通帳等の交付を受ける行為と詐欺罪の成否」刑事法ジャーナル一一号一二四頁（二〇〇八年）は、本人確認法一六条の二との関係から「本決定の射程は、共謀共同正犯の成立が認められるほどに行業者間の行為の結びつきが密接である場合にのみ及ぶと考えるのが相当であろう」としている。こうした考えは本文で述べたような理由によっても基礎づけうるであろう。

(56) クレジットカードの不正使用のケースについて諸学説が加盟店ではなくカード会社を被害者とする構成に腐心する実質的理由は、カード会社から立替払を受けられる加盟店の経営者には実際上被害がないからである（ちなみに、クレジットカードの不正使用が詐欺罪に問われたケースで、弁護人が加盟店に示談交渉に行くと、加盟店の関係者から「うちは損害を被っていませんから示談するならカード会社の方に行ったらどうですか」といわれることがある）。

(57) 「全体財産に対する罪」説から、提供された利益をも考慮する実質的個別財産説は全体財産説と同じであるとの批判がなされている（林幹人『刑法各論』一四四頁〔東京大学出版会、第二版、二〇〇七年〕参照）。

(58) 通説的見解や法益関係的錯誤説は、欺罔行為ないし錯誤の要件を規範的に絞ることによって未成年者事例等において詐欺罪成立を否定する結論に至ろうとするようである。しかし、未成年者事例等の問題は（交付行為と因果関係のある錯誤を生じさせた場合でもなお財産的損害が欠けるとして詐欺罪成立を否定すべき場合があるのではないか）というところにあり、欺罔行為ないし錯誤のレベルで解決を図るアプローチにはそもそも無理があるといえるであろう。

(59) 何故、詐欺罪の規定がこのように拡張されて適用されるようになったのかについては、社会の変化や裁判官ら法曹（あるいは警察官ら）の意識など、多方面から考察する必要があるといえる。特殊な構成要件を設けて詐欺罪の成立範囲を拡張しようとするドイツの法制度と包括的抽象的な条文の解釈論でまかなおうとする日本の法制度との差異も否定できないであろう（vgl. *Klaus Geppert*, *Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen zum strafrechtlichen Betrug im Allgemeinen und zu betrugrechtlichen Sonderatbeständen im Speziellen*, in: Philip Kunig/Makoto Nagata (Hrsg.), *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog*, *Japanisches Recht* 44, S. 273ff. (2006), クラウス・ゲッペルト〔杉山之訳〕「詐欺罪について―解釈論と政策論の側面からの考察―」永田誠＝フィリップ・クーニヒ編集代表『ベルリン

自由大学・日本大学共同シンポジウム 法律学的対話におけるドイツと日本』三二三頁以下〔信山社、二〇〇六年〕参照。

(60) 福田・前掲注(9)二三三―二三四頁参照。あえていえば、同二三三頁に掲げられている牧野説あたりが理念型としての形式的個別財産説に近いものといえよう。

# 租税条約における LOB 条項の 意義と問題点

—我が国の視点からみた同条項の考察—

今 村 隆

## 目次

- 第1 はじめに
- 第2 トリーティ・ショッピングの意義
- 第3 LOB 条項の意義
- 第4 我が国における LOB 条項の締結状況
- 第5 我が国の視点でみたときの LOB 条項の問題点
- 第6 結び

## 第1 はじめに

我が国の租税条約には、日米租税条約を始めとして特典制限条項 (Limitation on Benefits Article, 以下「LOB 条項」という。) を規定しているものがある。このような LOB 条項は、トリーティ・ショッピング (treaty shopping, 条約漁り) を防止するために、租税条約における課税の減免といった便益を享受することのできる居住者 (resident) をいくつかの客観的基準で制限するものであり、租税条約上の租税回避否認規定の一つである。

租税条約には、トリーティ・ショッピングを防止する効果をもつ条項として、受益者条項 (Beneficial Ownership Clause) があり、現在、世界的に受益者条項の定義やその範囲が問題となっている。この問題に



については、既に別稿<sup>(1)</sup>で論じたところであり、筆者としては、受益者条項は、所得の帰属についての租税条約上の修正規定であり、トリートイ・ショッピングに関する租税回避否認規定とまではいえないと考える。これに対し、LOB条項は、正にトリートイ・ショッピングに関する租税回避否認規定であり、様々な問題を内在させている規定である。我が国では、LOB条項についての裁判例はなく、問題が表面化はしていないが、現在、LOB条項についても、世界的にみると、その意義や適用が問題となっている。

筆者は、2012年にボストンで開催された国際租税法学会（International Fiscal Association、以下「IFA」という。）の第66回年次総会でのセミナーL（以下「セミナーL」という。）でパネリストの一人として議論に参加した。このセミナーのテーマは、「租税条約におけるLOB条項：適用の現状」であり、正にLOB条項の意義や適用を議論したものである<sup>(2)</sup>。この際の議論の成果については、IFAのホームページに登載されているほか、筆者も加わったパネリストの共著による同名の論文<sup>(3)</sup>でも公表されているところである。しかし、上記論文は、世界的な視点で見たときの議論であり、筆者としては、特に我が国の視点で見たときのLOB条項の意義と問題点について更に検討すべきと考えている。

そこで、本稿では、まず、トリートイ・ショッピングの意義を明らかにした上で、LOB条項の意義、我が国における締結状況を検討し、さらに、我が国の視点で見たときのLOB条項の問題点について論じることとする。

## 第2 トリートイ・ショッピングの意義

### 1 トリートイ・ショッピングの類型

トリートイ・ショッピングとは、「二国間条約である租税条約の定める特典を本来享受することのできない第三国の居住者がこの条約上の特典を享受する目的でその条約締結国のいずれかに国に子会社を設立

するなどして形式的にその居住者になることにより租税負担の軽減を図ること」<sup>(4)</sup>である。

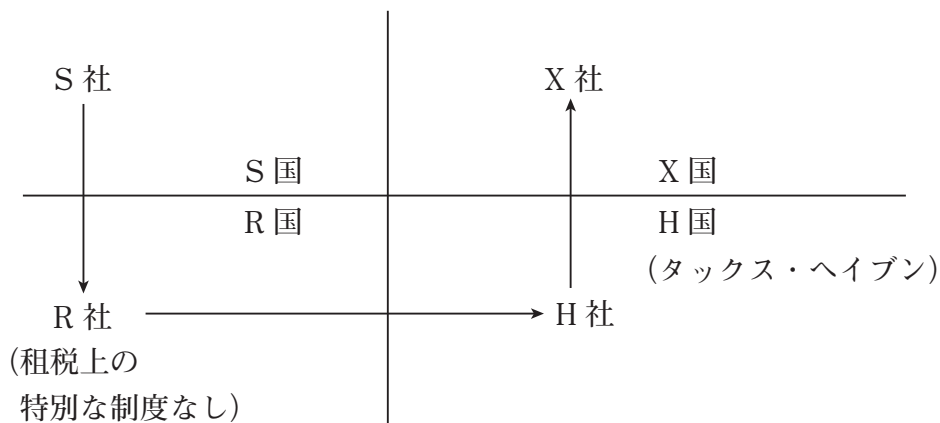
このようなトリートイ・ショッピングには、様々な形態があり、それらの類型については、OECDの1986年の導管報告書<sup>(5)</sup>で検討されている。それによると、トリートイ・ショッピングには、①直接導管方式 (Direct-conduit Method) と②飛び石方式 (Stepping-stone Method) があるとされている。

直接導管方式は、下図のとおりである。S国とR国との間の租税条約で、投資所得についての源泉地課税を減免すると定めている場合に、第三国の法人であるX社が、S国に直接投資すると、S国の源泉所得税を課税されるが、R国に子会社であるR社を設立し、子会社を介して我が国に投資すると、SR租税条約により、S国の源泉所得税が減免となり、また、R国において、RX租税条約あるいは国内法的措置でX社の源泉税が減免されるとすると、X社は、その分課税を軽減できることとなる<sup>(6)</sup>。この場合、第三国の法人は、SR租税条約の居住者でないのに、SR租税条約の投資免税の便益を享受できることとなるのである。



これに対し、飛び石方式というのは、S国とR国の租税条約上の特典条項を利用するため、次図のとおり、タックス・ヘイブン地にある子会社であるH社を介して、H社 (H国所在) → R社 (R国所在) → S社 (S国所在) と投資して、S社からの利子等の支払に当たり、S国の

源泉税を免れ、R国においては、H社への支払が損金算入となるのを利用して、R社へのR国の所得課税を免れ、H国においては、タックス・ヘイブン地であることからH社への所得課税及び源泉税を免れるというものである。



## 2 トリーティ・ショッピングについての議論

このようなトリーティ・ショッピングが、国際租税法において許されないと考えるか否かについては様々な議論がある。トリーティ・ショッピングが許されないとする理論的根拠としては、①租税回避であるとする議論、②租税条約の相互主義 (reciprocity) を破るとの議論、③経済的帰属 (economic allegiance) に反するととの議論、④租税条約交渉の阻害になるとの議論、⑤税収の減少で議論するものなどがある<sup>(7)</sup>。

租税回避のとらえ方の違いにもよるが、筆者は、LOB条項の対象となるのは、配当、利子及び使用料などの所得について、源泉地国課税を免税又は軽減する条項であり、このような免税又は軽減は、当該条約締結国間での投資の促進を図るためのものであり、これに対し、トリーティ・ショッピングは、条約締結国でない第三国の居住者が、当該条約上の便益を利用しようとするものであり、二国間条約における条約締結国の目的に反し、第三国の居住者による条約の濫用であると考えている。

### 第3 LOB条項の意義

#### 1 米国におけるLOB条項の意義

##### (1) 米国におけるLOB条項の導入状況

そもそもLOB条項は、米国が発祥である。1977年の米国モデル条約で初めて導入されたが（同条約16条）、この当時のLOB条項は、「投資又は持株会社条項」として規定されており狭いものであった。米国がこのようなLOB条項を導入したのは、1950年代から、米国企業が、ヨーロッパなどの第三国の企業から資金を調達するに当たり、米－蘭領アンティル租税条約を使って、第三国の企業が受け取る利子の米国源泉税を免れさせることにより、調達コストを下げるものが横行していたことが契機となっている。この場合、米－蘭領アンティル租税条約が、第三国の企業によるトリ－ティ・ショッピングに利用されていることとなり<sup>(8)</sup>、このような取引の場合に租税条約上の源泉税免除を制限することにしたのである。

その後、米国は、1996年モデル条約22条で、①公開会社基準、②支配・課税ベース浸食基準、③能動的事業基準、④権限ある当局による認定を導入し、その後、2006年モデル条約22条で改訂し、現在に至っている。これらLOB条項の各要件の詳細については、後記第5の2で論じることとする。

なお、この1996年モデル条約までのLOB条項の発展やその意義については、セミナーLのパネリストの一人であるバーマン教授の論文<sup>(9)</sup>で詳細に論じられている。

ところで、LOB条項には、(i)対象となる所得に制限がなく、源泉地国免除の場合だけでなく軽減の場合も対象とする「包括的LOB条項 (comprehensive LOB provisions)」と、(ii)対象となる所得を限定した上、源泉地国免税となる場合だけに限定する「制限的LOB条項 (restrictive LOB provisions)」とがある。米国は、1989年に米独租税条約で初めて包括的LOB条項を導入した。その後、米国は、各国と締結する租税条

約において、包括的 LOB 条項を締結している。米国が締結している租税条約の中で、現在このような LOB 条項がないのは、2010 年の改訂の際に米国－ハンガリー租税条約において LOB 条項を導入したことから、米国－ポーランド租税条約だけである。

米国においては、配当免税は条約ポリシーとはされていない。米国は世界最大の資本輸入国であり、米国から海外の親会社に対して支払われる配当に対しては、源泉地国としての課税権を確保したいとの政策的要請に基づくものである。親子会社間の配当免税を規定した租税条約は、日米租税条約を含め 5 つ（米英条約、米豪条約、米墨条約、米蘭条約）だけである。しかし、米国は、配当免税の場合だけでなく、広く LOB 条項を導入しているのである。

## （2）米国におけるトリートイ・ショッピングに対する国内法的措置

米国は、このような租税条約上の LOB 条項以外にも、(i) 1993 年には、内国歳入法典 7701 条 1 項によって、導管を利用した条約の濫用に対抗するために、財務省長官に規則制定を委任したほか、(ii) 1997 年には、LLC (limited liability company, 有限責任会社) などのハイブリッド事業体を利用した租税条約の濫用への対抗として、内国歳入法典 894 条 c 項を制定している<sup>(10)</sup>。

後者は、特にカナダの親会社が米国子会社へ融資するに当たり、米国に設立した LLC を通じて行うとのスキームに対応するものであり、米国において、LLC を透明体とみると、米加租税条約における利子についての軽減税率が適用されるが、他方で、カナダでは、LLC を法人としてみることから、LLC からの配当となり、カナダ国内法上益金不算入となる。そうすると、カナダの親会社は、カナダで課税されないのに、米加租税条約上の特典を受けることとなる。そこで、内国歳入法典 894 条 c 項は、上記のような場合には、租税条約上の特典を受けられないと規定している。

## 2 OECD の LOB 条項に対する立場

このような LOB 条項は、OECD モデル条約には規定がないが、



2003年に改正されたコメンタリー（1条パラ20）において初めて言及され、現在に至っている。これは、前記OECDの導管報告書以来のOECDにおける議論に基づくものである。

ここで注意しなければならないのは、上記コメンタリーは、米国の1996年モデル条約を参考にしていることである。しかし、米国は、前記1(1)のとおり、上記1996年モデル条約を改訂し、現在は、2006年モデル条約となっていることである。

## 第4 我が国におけるLOB条項の締結状況

### 1 LOB条項の締結状況

我が国は、2012年7月末現在、64か国と53の租税条約を締結している。締結している国と条約の数が違うのは、旧ソ連と締結した条約がソ連崩壊後の旧ソ連諸国との間で継承されているためである。

これらの租税条約のうち、LOB条項を締結しているのは、現在、6つであり、締結順に、①日米租税条約（2003年改正）22条、②日英租税条約（2006年改正）22条、③日仏租税条約（2007年改正<sup>(11)</sup>）22条のA、④日豪租税条約（2008年改正）23条、⑤日瑞租税条約（2010年改正）22条のA、⑥日蘭租税条約（2010年改正）21条である。

日米租税条約は、LOB条項の要件として、①適格者基準（公開会社基準、支配・課税ベース浸食基準）、②能動的事業基準、③権限のある当局による認定が規定しているが、派生的受益基準（derivative benefits provision）は規定していない。日豪租税条約にも、派生的受益基準はない。

一方、我が国が欧州諸国と締結している租税条約には、いずれも派生的受益基準があり、さらに、日瑞租税条約及び日蘭租税条約には、それに加えて、多国籍企業集団本拠法人基準（headquarters company provision）がある。

上記6か国と締結している現在のLOB条項のうち包括的LOB条項は、日米租税条約だけであり、それ以外は、いずれも制限的LOB条項である。

以上、我が国が LOB 条項を締結している 6 つの租税条約の各要件やトリートイ・ショッピングを阻止する効果をもつ他の条項を整理すると、本論文末尾添付の一覧表のとおりとなる。

## 2 我が国における LOB 条項の締結方針

我が国は、2003 年の日米租税条約の改訂までは、利子・配当・使用料といった投資所得に対する源泉徴収率を一定以上確保するという源泉地国課税を重視してきた。しかし、2003 年の同条約の改訂を契機として、投資所得に対する源泉地国課税を放棄し、投資所得に対する源泉税率の減免を行うことにより、国際的な経済活動（投資交流）を促進するとの方針に転換した<sup>(12)</sup>。

我が国は、2003 年の日米租税条約の改訂の際には、包括的 LOB 条項を導入した。その後、上記 1 のとおり、我が国の締結した租税条約には、包括的 LOB 条項はなく、いずれも制限的 LOB 条項である。これは、「課税当局、源泉徴収義務者、納税者の手続き上の負担等をも考慮しつつ条約の濫用防止の重点化・効率化を図る観点から、条約の濫用の可能性が最も高い投資所得等の源泉地国免税の場合に特典条項の適用を重点化するため」と説明されている<sup>(13)</sup>。

アジアでは、投資所得の源泉地免税の条約を米国や英国と締結しているのは、我が国だけである。そうすると、アジアのいずれかの国の居住者が、日米租税や日英租税条約を利用して、トリートイ・ショッピングをすることが懸念されている<sup>(14)</sup>。しかし、包括的 LOB 条項は、後記第 5 の 3 のとおり、課税当局や源泉徴収義務者に過大な負担を課すものであることから、現在、我が国においては、制限的 LOB 条項の締結の方向に進んでいると考えられる。

## 第 5 我が国の視点でみたときの LOB 条項の問題点

### 1 問題の所在

LOB 条項は、米国が包括的 LOB 条項の締結をするとの方針で臨んでいるところであるが、このような LOB 条項については、世界的にみ

ると、有用であるとの議論もある反面、LOB条項は、主観的要件を排除し、数値基準など客観的要件で構成されており、適用が厳しすぎるのではないかなどの批判も多々あり、また、最近では、米国とEU諸国との間で締結した租税条約におけるLOB条項がEU運営条約の保障する開業の自由や資本移動の自由に反するのではないかなど様々な問題点が生じている。

LOB条項を検討する上で、まず出発点となるのは、第3の1(1)で論じたとおり、LOB条項は、米国発祥であり、そのため米国のモデル条約やその説明書が重要で、LOB条項の各要件の趣旨などを検討する上では、まずは、米国のモデル条約及びその説明書を参照すべきであるということである。次に、重要なのは、LOB条項は、トリートィ・ショッピングを阻止するためのものであり、第三国の居住者がいずれかの締約国に子会社を設立するなどの法人形態を利用しての条約の濫用ということである。

そこで、LOB条項の問題点を検討するに当たっては、まずは、米国と締結している条約における問題点を検討すべきであり、日米租税条約のLOB条項を中心として、実体法上の問題点すなわち同条項の各要件（適格者基準、能動的事業基準、権限ある当局による認定）における問題点を検討することとする。次いで、日米租税条約のLOB条項を中心として、手続上の問題点やその他の問題点を検討することとする。

## 2 実体法上の問題点

### (1) 適格者基準

日米租税条約において、適格者は、①個人、②国又は公共団体、③一定の基準を満たす公開会社とその関連会社、④公益団体、⑤年金基金、⑥支配・課税ベース浸食基準を満たす法人とされている（同条約22条1項）。ここでは、特に上記③の公開会社基準と⑥支配・課税ベース浸食基準について検討することとする。

#### ア 公開会社基準

法人が公開会社基準を満たすためには、①特定の公開会社であるか、

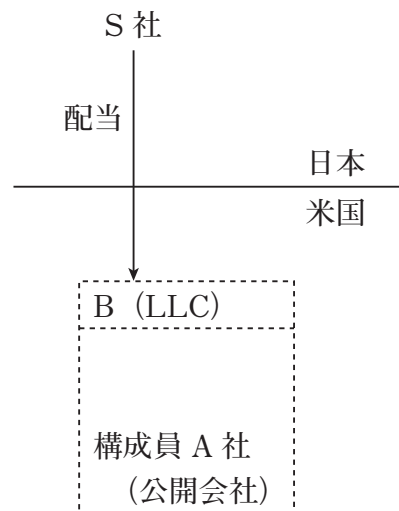
又は、②公開会社の関連会社であることが必要である。

そもそも LOB 条項の適用において、個人が適格者とされているのは、LOB 条項は、第三国の居住者が一方の締約国に法人を設立する形態により条約の濫用を阻止するものであり、一方の締約国の個人の場合には、このような場合に当たらないからである。また、公開会社が適格者とされているのは、公開会社であれば、株主による監視等もあり、上記のような条約を濫用するためのいわゆる導管会社として利用されるおそれが少ないからである。

公開会社基準の①の特定の公開会社であるためには、同社が発行する主たる種類の株式及び不均一株式が、有価証券市場に上場・登録され、かつ、公認の有価証券市場において通常取引されるとの要件を満たす必要がある（日米租税条約 22 条 1 項 c 号）。公開会社基準の②の公開会社の関連会社とは、その各種類の株式の 50% 以上が、上記①の特定の公開会社によって直接又は間接に所有されている法人である。

適格者基準における問題の一つとして、いわゆるハイブリッド事業体を租税条約上どのように扱うかの問題がある。例えば、下図の事例 1 とおり、日本に所在する S 社が、米国の公開会社 A 社らを構成員とする米国の LLC である B から出資を受け、配当したとする。そして、B が、米国のチェック・ザ・ボックス規則を適用して、構成員課税を選択したとする。

(事例 1)



上記の場合、日米租税条約は、源泉地国において、ハイブリッド事業体の所在地国の取扱いを受け容れるとしている（同条約4条6項a,b号）。これは、LLCなどの取扱いが不明確だと、日米双方の投資の阻害要因となり得ることから、このような取扱いをすることとしたのである<sup>(15)</sup>。そうすると、日本では、一般には、LLCは、法人として取り扱うこととされているが<sup>(16)</sup>、米国で構成員課税がされるとすると、その取扱いを受け容れ、Bを透明体とみることとなる。構成員のA社が上場会社であり、適格者基準を満たすことから、S社のBに対する配当のうちA社への支払について、LOB条項を満たすこととなる。このようなハイブリッド事業体の取扱いは、OECDのパートナーシップ報告書の考え方とも一致するものであり、相当と考える。

#### イ 支配・課税ベース浸食基準

この基準は、一方の締約国の居住者であって、支配基準と課税ベース浸食基準の両方を満たす法人である。我が国では、支配・課税ベース浸食基準は、日米租税条約においてのみ締結されている要件である（同条約22条1項f号）。この基準は、特に、前記第2の1で述べたトリートイ・ショッピングの類型のうちの「飛び石型」に対し、有効な基準である。

この基準は、米国の1996年モデル条約に基づいているが（同条約22条2項f号）、米国の2006年モデル条約では、要件がより厳しくなっている（同条約22条2項e号）。具体的には、日米租税条約では、まず支配基準では、間接支配の場合の中間者に特に限定がないのに対し、2006年モデル租税条約では、中間者が居住者であることとの要件が付加されており、さらに、課税ベース浸食基準では、日米租税条約では、支払の相手方が、単に、「いずれの締約国の居住者にも該当しない者」とされているのに対し、2006年モデル条約では、「個人又は公開会社等の適格者に当たらず、いずれの締約国の居住者にも該当しない者」とされている。これらは、いずれも支配・課税ベース浸食基準により実効性をもたせるための修正と考えられる。米国が締結している現行の租税



条約における支配・課税ベース浸食基準は、2006年モデル租税条約に基づくものが多く、セミナーⅠにおける議論も2006年モデル条約に基づいて議論がなされた。

しかし、我が国の視点でみたときには、日米租税条約における支配・課税ベース浸食基準が問題となることから、ここでは1996年モデル租税条約に依拠する日米租税条約における基準についての問題点を検討する。

#### (ア) 支配基準

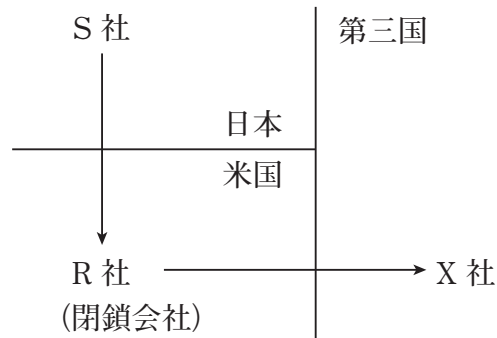
支配基準は、当該法人の各種類の持分の50%以上が、日米租税条約22条1項a,b,c(i), d又はeの各号に該当する適格者により直接又は間接(directly or indirectly)に所有されているとの要件である。この支配基準では、上記「間接所有」の意味が問題となる。

この「間接所有」は、租税条約の文脈で解釈するほかないが、同様の表現が前記アの公開会社基準における「公開会社の子会社」の場合に用いられている。すなわち、「公開会社の子会社」は、その株式の50%以上が5つ以下の相手国の居住者である公開会社により直接又は間接(directly or indirectly)に所有されていることが要件となっている(日米租税条約22条1項c号(ii))。このような、「公開会社の子会社」における「間接所有」と、支配基準における「間接所有」を同義に解するかが問題となる。

我が国では、いずれの場合も、法人の株式等を中間者を介して居住者が所有している場合を「間接所有」と考え、「50%以上の所有」の要件を判定するに当たっては、中間者の株式等の所有割合に最終所有者による中間者の株式等の所有割合を乗じた所有割合で計算している<sup>(17)</sup>。

しかし、次に挙げた事例2<sup>(18)</sup>で、間接所有ということで支配基準を満たすかが問題となる。

## (事例2)



これは、日本の居住者である S 社が、米国の居住者である閉鎖会社である R 社に利子等を支払った事例である。R 社の株主構成は、①閉鎖会社の米国法人 A 社が 60%，②第三国の X 社が 40% であり、A 社の株主構成は、米国の居住者である個人 C が 60%，X 社が 40% とする。この事例 1 の場合、間接所有における先の取扱いによると、R 社は、適格者である米国の個人 C により間接に所有されているが、その割合は、 $60\% \times 60\% = 36\%$  にすぎず、支配基準を満たさないこととなる<sup>(19)</sup>。

他方、米国の締結しているフランスやカナダとの租税条約では、「...is not owned, directly or indirectly, by persons other than qualifying persons」というように中間者が適格者でない者によって 50% 以上株式等を所有されていないことと規定されている<sup>(20)</sup>。このような条約の規定だと、上記事例の場合、R 社は、50% 以上の株式を所有する中間者 A 社が適格者である個人 C によって 60% 所有されており、適格者でない者によって 50% 以上所有されていないのであるから、R 社は支配基準を満たすと考えられる<sup>(21)</sup>。上記事例では、R 社の過半数を占める中間者 A 社が適格者である個人により支配されているのであり、いわゆる導管会社として使われるおそれは少ない。米国の 1996 年モデル条約の説明書によると、そもそも LOB 条項の各要件は、当該居住地国における法人形態が真の事業目的 (a real business purpose) を有しているか、あるいは、当該法人形態が当該居住地国に十分な事実的な結付き (a sufficient factual nexus) を有しているかを根拠としているのであり<sup>(22)</sup>、支配基準は、後者を根拠としていると考えられる。そうすると、R 社

の過半数を占める中間者が適格者でない者により支配されていなければそれで十分であり、支配基準を満たすと考えるのが合理的である。

一方、公開会社の関連会社か否かの判定に当たっては、実質的に公開会社によって支配されているとの理由で、公開会社に準じさせるのであるから、「間接所有」は、上記取扱いで合理的である。しかし、支配基準の場合には、そこまで要求する必要はなく、当該居住者の過半数を占める中間者が適格者でない者によって支配されていなければそれで十分であり、R社における適格者である公開会社の占める最終的所有割合で計算するのが合理的と考える。

これに対し、セミナーLにおいて、バーマン教授から、あくまでも、上記事例の場合も、R社における適格者の占める最終的所有割合で計算すべきであるとする反論がなされた。確かに、米国のモデル租税条約上は、公開会社の関連会社の間接所有と支配基準の間接所有とは同一の文言が使われていることから、同一に解さざるを得ないが、支配基準の場合にそこまで厳しい要件を課す必要があるかは疑問である。

我が国の日米租税条約では、文言上、先の実取扱いのように形式的に適格者の占める最終的所有割合で判定するしかないと考えざるを得ないが、問題点として指摘することとする。

#### (イ) 浸食基準

浸食基準は、第三国の居住者に直接又は間接 (directly or indirectly) に支払われた「課税所得の計算上控除することのできる支出 (payment)」が 50% 未満であるとの要件である。この浸食基準で問題となるのは、「間接支払」と「課税所得の計算上控除することのできる支出」である。

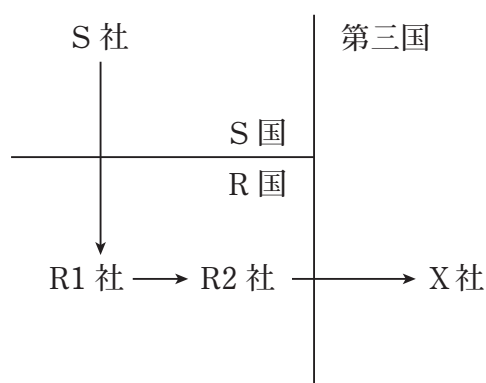
##### a) 間接支払

まず、「間接支払」についてであるが、前記イ柱書のとおり、日米租税条約は、「いずれの締約国の居住者にも該当しない者」とし、第三国の居住者に対する支払のみを浸食基準の対象としているのに対し、米国の 2006 年モデル条約は、「同条約の 2 項 a,b,c (i) 又は d の各号に当た

らず、いずれの締約国の居住者にも該当しない者」としている（同条約 22 条 2 項 e 号(ii)）。すなわち、2006 年モデル条約によると、浸食基準の対象となる支払は、①第三国の居住者に対する支払のほか、②締約国の居住者ではあるが、a,b,c (i)又は d の各号に当たらない非適格者に対する支払、③締約国の居住者ではあるが、c (ii)の公開会社の関連会社、e 号の支配・課税ベース浸食基準を満たす者及び能動的事業基準を満たす者に対する支払も含まれることとなる。日米租税条約が基づいた米国の 1996 年モデル条約は、第三国の居住者のみを対象としており、前記 OECD のコメンタリー（1 条パラ 20）も同様である。

セミナー L では、米国の 2006 年モデル条約に基づき、間接支払についての議論がなされ、同セミナーのパネリストの一人であるクルーグマン博士から、下図の事例 3 のとおり、R1 社（締約国の居住者）→ R2 社（同）→ X 社（第三国の居住者）への支払において、R2 社から X 社へ配当として支払われた場合や R1 社から R2 社へ配当と支払われた場合も間接支払に含まれるとするかが明確でないとの問題提起がなされた<sup>(23)</sup>。

（事例 3）



2006 年モデル条約は、前記のとおり、浸食基準の支払いの対象者が第三国の居住者に限定されていないことから、R2 が締約国の居住者であっても、公開会社等でない限り、R1 から R2 への直接支払の問題となり、間接支払の問題とはならない。しかし、日米租税条約においては、クルーグマン博士の指摘した上記問題点は、間接支払の問題点と

して生じる。クルーグマン博士の指摘する「配当による支払」の場合も、トリートイ・ショッピングのおそれという点では同じであり、クルーグマン博士の指摘する場合も間接支払に含めて考えるほかない。そうすると、間接支払に当たるか否かは、利子の支払いといった単純な形での支払のほか、「配当による支払」も含むこととなり、その認定は非常に難しくなる。

そもそも米国の1996年モデル条約説明書によると、LOB条項は、第1段階で、国内法上の substance-over-form ドクトリンなどを適用して、その実質に基づき受益者を決定し、第2段階で、このように決定された受益者がLOB条項の要件を満たすか否かを決定するとされている<sup>(24)</sup>。すなわち、ここで検討している間接支払に当たるか否かは、R1社→R2社→X社への支払を経済実質で判断することを前提としていられる。そこで、このような国内法的なルールがない国において、間接支払をどのようにして認定するかの問題が生じる。

この点、経済実質主義を採用していないカナダでも同様の問題が議論されている。カナダは、2007年の米国との議定書で、包括的LOB条項を導入した。カナダは、一般否認規定である所得税法245条がトリートイ・ショッピングにも適用できるとの立場であり、包括的LOB条項を導入したのは、カナダにおいてはこの議定書が初めてであり、様々な議論がなされている<sup>(25)</sup>。カナダ国税庁は、2010年の文書で、この「間接支払」について、カナダ所得税法の類似の規定と同様の方法で解釈されるところとして、受領者であるR1社への支払と中間者であるR2社への支払とが「十分な関連 (a sufficient link)」がある場合であり、そのような関連があるか否かは事実と状況により判断されるところとしている<sup>(26)</sup>。

我が国では、この間接支払についての十分な議論はないが、非常に難しい事実認定を要する問題であり、問題点の一つとして指摘する。

#### b) 課税所得の計算上控除することのできる支出

次に、「課税所得の計算上控除することのできる支出」が50%未満の場合は、浸食基準に該当しないこととなる。そこで、この「支出」に



当たるか否かが問題となる。

日米租税条約における米国の説明書では、①事業の通常の方法において行われる役務提供又は有体財産に係る支払で独立企業間価格によるもの、②商業銀行に対する金融上の債務に係る支払は、これに当たらないとされている<sup>(27)</sup>。日本でも同様に考えるものと思われる。

## (2) 能動的事業基準

日米租税条約において、能動的事業基準は、いずれかの締約国の居住者が、①その居住地国において営業又は事業の活動に従事していること (in the active conduct of a trade or business)、②当該所得が、当該営業又は事業の活動 (投資活動を除く。) に関連 (in connection with) して又は付随して (incidental to) 取得されるものであること、③当該居住者が居住地国で行う営業又は事業活動が、当該居住者又は関係者が源泉地国で行う営業又は事業活動との関係において実質的 (substantial) であることとの要件であり、これらの要件をすべて満たす場合には、条約の特典が適用されるのである (同条約 22 条 2 項 a, b 号)。

能動的事業基準は、我が国の締結している LOB 条項を有しているすべての条約に共通に規定されている要件である。

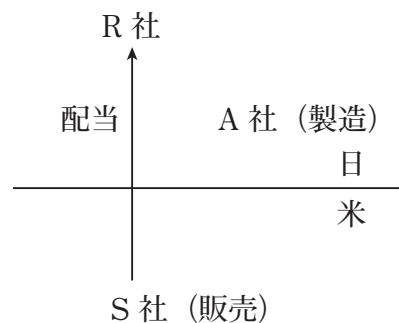
### ア 事業要件

前記①の事業要件は、我が国では特に定義はないが、米国では、内国歳入法典 367 条 a 項に規定されており、「独立した経済主体が営利目的のために行う特定の組織化された活動」をいうとされているが<sup>(28)</sup>、我が国では特に定義がなく、純粋持株会社がこれに当たるかが問題となる。

この点、日米租税条約の議定書 12 によると、組合 (partnership) が営業又は事業の活動を行っている場合又は 50% 以上の株式等を所有する関連者等が営業又は事業の活動を行う場合には、その組合員 (partner) 又は所有者が行っているとみなすとしている。なお、関連者の事業をその株主等が行っているとみなすとのルールは、米国の 2006 年モデル条約においては、本文に規定されている (同条約 22 条 3 項 c 号)。

例えば、下図の事例4のとおり、日本に所在するR社が、非上場の純粋持株会社であり、A社及びS社ともにR社の100%子会社であり、S社はA社の製造した商品を販売しているとする<sup>(29)</sup>。この場合、純粋持株会社R社がLOB特典を受けるかが問題となる。

(事例4)



上記事例の場合、日米租税条約の議定書12によると、A社の事業活動は、R社の事業活動とみなされ、R社が事業を営んでいることとなり、A社とS社の事業が関連している。さらに、上記事例の場合、R社が日本で行う活動とS社が米国で行う活動の関係が実質的なものであれば、上記配当について、米国の源泉税が免税となる。

このように持株会社の子会社等の事業活動を持株会社の事業活動とみなすというのは、経済実質をみていると考えられるが、元々、能動的事業基準が当該法人を居住地国に設立することの経済合理性を問題としているのであるから、このような拡張は合理的である。

もっとも、クルーグマン博士は、上記取扱いは、後記関連性要件と組み合わせると、R社及びS社共に事業活動を営んでいない場合でも適用されることとなるとする<sup>(30)</sup>。すなわち、R社がS社から配当を受けている場合に、R社及びS社共に事業活動を営んでおらず、S社が子会社B社に販売業をさせているとすると、A社とB社が関連性を有すれば、能動的事業基準を満たすこととなると指摘する。確かに、このような場合にまで、能動的事業基準が適用されるとするのは疑問もあるが、経済実質的にみて、R社及びS社共に事業を営んでいるとみ

れる以上は、上記事例の場合も、能動的事業基準を満たすと考えざるを得ない。

#### イ 関連性要件，付随性要件

前記②のうちの関連性要件は，所得の源泉地国における所得稼得活動が，所得を取得する居住者の居住地国における事業活動と一体である場合，又は，補足的である場合には，その所得は営業又は事業に関連して取得されたことになる。具体的には，2つの事業活動が，同じ製品又は同種の製品あるいはサービスに関する設計，製造あるいは販売を行っている場合には，これらの2つの活動は一体である<sup>(31)</sup>。また，上記補足的とは，2つの事業活動が同じ製品又は同種の製品又はサービスに関連して行われる必要はないが，同じ業種に属し，かつ，一方の活動の成否が他方の活動の成否に影響を与えている必要がある<sup>(32)</sup>。

他方，前記②のうちの付随性要件は，当該所得が他方の国における事業活動を促進（facilitate）する場合には，この所得は，他方の国の事業活動に付随して取得されたこととなり，例えば，居住地国の者が源泉地国の者により発行される有価証券に対し運転資金を一時的に投資する場合には，この投資所得は，源泉地国の者の事業に付随して取得されたということになる<sup>(33)</sup>。

#### ウ 実質性要件

日米租税条約における米国の説明書によると，最後の実質要件は，「ある法人の居住地国においてごく些細な事業活動（すなわち，当該会社の事業全体に対して経済的コスト若しくは効果がほとんどないような活動）に従事することによって当該法人が特典を享受する，というごく限られたトリートイ・ショッピングによる濫用のケースを排除することを意図している。」とされている<sup>(34)</sup>。

しかし，この「実質的なものであること」との要件は曖昧であり，その判断が難しいとの問題がある。

#### (3) 権限のある当局による認定

日米租税条約において，権限のある当局による認定とは，一方の締

約国の居住者が、前記適格者基準及び能動的事業活動基準のいずれを満たさない場合であっても、権限のある当局において、当該居住者の設立、取得又は維持及びその業務の遂行が当該条約の特典を受けることをその主たる目的（principal purposes）の一つとするものでないと認定するときは、当該条約の特典を受けるとするものである（同条約22条4項）。このような権限ある当局の認定は、我が国がLOB条項を締結しているすべての租税条約に共通の要件である。

この権限ある当局による認定は、LOB条項が客観的要件によってその適用を厳しく制限していることから、セーフ・ハーバーとして、同条項の要件を満たさない場合でも、権限ある当局の認定によって同条項の特典を与えようとする規定である。この規定があることにより、LOB条項の欠点をカバーすることができるのである。その意味で重要な規定である。

具体的な適用としては、前記(1)及び(2)のとおり、LOB条項の適格者基準や能動的事業活動基準には、客観的要件として数値基準が定められているが、このような数値基準を若干満たさないものの、全体としてみると、いずれかの締約国の子会社の設立に事業目的がある場合が考えられる。

この権限ある当局の認定については、2006年の米国モデル租税条約とOECDのモデル租税条約コメンタリーで表現が異なっている。すなわち、米国のモデル租税条約では、“may”と表現され、当該居住者の設立、取得又は維持及びその業務の遂行が当該条約の特典を受けることをその主たる目的の一つとするものでないと認められる場合にも、課税当局が認定するかしないかに当たって裁量があるとの表現になっている（同条約22条4項）。一方、OECDのモデル租税条約コメンタリーでは、“shall”と表現され（同コメンタリー1条パラ20）、課税当局にはこのような裁量がないとの表現になっている。

これに対し、我が国の締結している租税条約は、日米租税条約を含め（同条約22条4項）、いずれも“shall”との表現がなされている。我が

国では、日米租税条約の 2003 年改正の際に、日本側の要望でこのように規定されたものと考えられる。

権限ある当局による認定は、上記で述べたとおり、セーフ・ハーバーであり、当該居住者の設立、取得又は維持及びその業務の遂行が当該条約の特典を受けることをその主たる目的の一つとするものでないと認められる場合に認定するかしないかのいわゆる効果裁量を認めるのは、不合理であり、我が国の立場は、相当と考える。

#### (4) 派生的受益基準

派生的受益基準は、日英租税条約の例でいうと、締約国の居住者でない第三国の居住者であっても、源泉地国と第三国との間で租税条約が締結されるなどの同等受益者 (equivalent beneficiary) が、75% 以上の株式を直接又は間接に所有するとの要件 (支配基準) を満たす場合には、当該条約の特典を受けられるとするものである (同条約 22 条 3 項)。

ここで同等受益者とは、条約の特典を濫用する可能性がないと考えられる第三国の居住者のことをいい、①源泉地国と第三国との間の租税条約が実効的な情報交換に関する規定を有する場合で、②第三国の居住者が、源泉地国と第三国との間の租税条約の適用上、適格者に該当する場合 (当該租税条約に適格者基準がなければ日英条約の適格者基準により判断) で、③源泉地国と第三国との間の租税条約の税率が、日英条約に規定する税率よりも低い (at least as low as) 場合をいう (日英条約 22 条 7 項 e 号)。

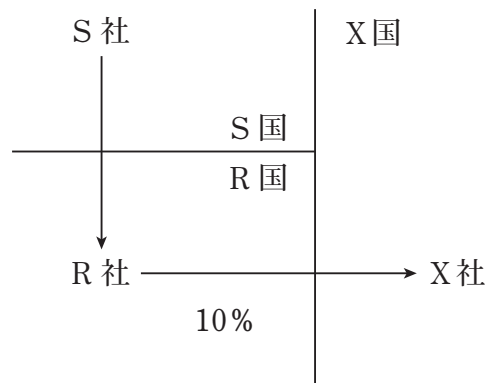
日米租税条約には、派生的受益基準は規定されていない。派生的受益基準は、米国の 2006 年モデル租税条約 22 条にも規定のない要件である。しかし、米国も、EU 諸国との租税条約では、このような要件を規定している。我が国も、前記第 4 の 1 のとおり、英国、フランス、オランダ及びスイスとの間ではこの派生的受益基準を規定している。これは、後記 EC 条約 (現行・EU 運営条約) と保障する EU 域内での開業の自由に抵触しないようにするため設けられた基準である。

派生的受益基準においては、同等受益者の要件のうちの③の要件が



問題となる。例えば、下図の事例5とおおり、S国とR国間のSR条約において、配当所得が源泉地国免税とされ、また、LOB条項で派生的受益基準が規定されているとする。この場合、同等受益者の①及び②の要件を満たすX社が、R国に子会社R社を設立して、S国のS社からR社を介して配当を受け取ったとする。この場合、R国とX国間のRX条約では、配当についての10%の源泉税が課税されれるとすると、同等受益者の上記③の要件を形式的に適用すると、同要件を満たさなくなり、例えば、S国から20%の源泉税を課税されることとなる<sup>(35)</sup>。すなわち、我が国の場合、派生的受益基準の適用を受けることができるのは、源泉地国免税を規定している国が第三国の場合だけであり、EU諸国のうち源泉地国免税を規定していない国が第三国の場合には、適用されないこととなる。

（事例5）



しかし、これは、不合理であり、上記の例でいうと、R社は、RX条約で規定されている10%の軽減税率の適用を受けるとすべきである<sup>(36)</sup>。米英租税条約の説明書では、そのような取扱いを認めており<sup>(37)</sup>、我が国でも参考にすべきである。

### 3 手続上の問題点

我が国の締結している租税条約において、LOB条項の適用を受けるための共通の手続は、租税条約実施特例法（以下「条約実施特例法」とい

う。)で定められている。我が国では、租税条約は、基本的には、直接適用可能と考えられている。しかし、限度税率の定めなどは、例えば、租税条約においては、「5 %を超えない」というように限度を規定しているのにとどめている場合もあり、このような場合には、条約の定めだけでは税率が決まらないこととなる。そこで、このような場合を補完するものとして、条約実施特例法が制定されているが、LOB条項の適用のための手続については、国内法に委ねられており、このような手続も条約実施特例法で定められているのである。

比較法的にみると、LOB条項の適用の手続については、(i)我が国のように源泉徴収の段階で初めから租税条約上の源泉地免税又は軽減をする国（源泉徴収型）と、(ii)国内法に定められた高い税率でいったん徴収した上で還付するという国（還付型）とがある<sup>(38)</sup>。どちらの方法によるかは、国際的な慣行はなく、国においてバラバラとなっている<sup>(39)</sup>。

条約実施特例法によると、源泉徴収の対象となる国内源泉所得の支払いを受ける非居住者等が、日本において源泉徴収される所得税について、租税条約に基づき軽減又は免除を受けようとする場合には、国税庁長官の認定を受けることによりこれが可能となり（同法6条の2第1項）、その場合には、支払を受ける都度、最初に支払を受ける日の前日までに、支払者を通じて、①租税条約に関する届出書、②特典条項に関する付表、③居住証明書を提出する必要があるとされている（条約実施特例省令2条～2条の5、9条の5～9条の9）。

もっとも、納税者は、支払後であっても、還付請求をすることができる（実施省令2条8項）。これは、2008年の省令の改正で規定された手続である<sup>(40)</sup>。

上記のとおり、LOB条項の適用を受けるためには、特典条項の付表を提出しなければならない。この付表に記載されたLOB条項の適用を受けるために必要な事項については、適宜、説明資料の提出を求められることとなる。

そのような場合、所得の受領者が提出した説明資料が虚偽の内容で

あった場合、源泉徴収義務者は、源泉徴収義務を免れることはできず、その分の納税を余儀なくされることとなる。これに対し、米国では、このような場合、支払者は、源泉徴収義務を免れることができるようあり、ここに我が国における包括的 LOB 条項適用の問題点の一つがある。我が国における立法論としては、上記のような場合には、源泉徴収義務者の免責条項を立法することも検討されるべきであろう。

#### 4 その他の問題点

##### (1) EU 運営条約との抵触

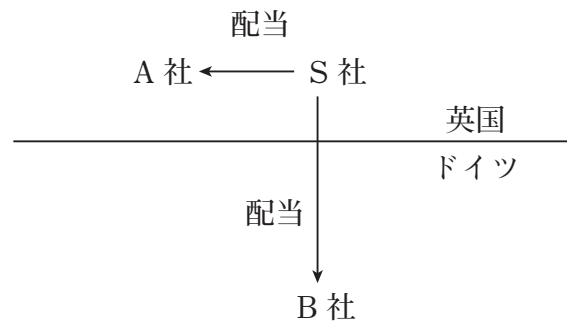
我が国が締結している EU 諸国との租税条約においては、LOB 条項を含む租税条約が EU 運営条約が保障する開業の自由に反しないかが問題となる<sup>(41)</sup>。

この点、2006 年のクラス IV アクト集団訴訟事件欧州司法裁判所判決<sup>(42)</sup>において、英独租税条約における LOB 条項が EC 条約（EU 運営条約の前身）の保障する開業の自由等に反するものではないかが問題となった。この事件の事案は、次のとおりである。

（事案）

英国居住者である S 社が、下図のとおり、英国居住者である A 社に配当を支払う場合には、A 社は、配当控除を受けることができる。これに対し、S 社がドイツ居住者たる B 社に配当を支払ったときには、英国税法では、英国で配当が課税に服していないときには、B 社には配当控除を与えていない。また、英独租税条約も、LOB 条項の適用によって、B 社に配当控除を認めていないが、一方で英蘭租税条約ではこのような場合配当控除を認めている。

まず、論点 1 として、英国税法が、EC 条約 43 条の開業の自由や同 56 条の資本移動の自由に反しないかが問題となる。また、論点 2 として、英独租税条約が、LOB 条項に基づき、このような特典を与えていないことが、EC 条約 43 条や 58 条違反とならないかが問題となる。



・国内法

英国の内国法人 S 社が英国居住者たる法人 A 社に配当を支払った場合には、A 社は、配当控除を受けることができる。これに対し、S 社がドイツ居住者たる法人 B 社に配当を支払ったときには、英国で配当が課税に服していないときには、英国は B 社に配当控除を与えていない。

・英独条約

B 社に配当控除を認めていない。

(判旨)

上記欧州司法裁判所判決は、まず、論点 1 について、「EC 条約 43 条や 56 条は、加盟国が、当該国の居住法人によって配当されるに当たり、他国に居住法人が当該国でその配当が課税に服さず配当控除を認められていないときに、配当する法人の配当に対する法人税の一部に相当する税額控除を認めることを妨げてはいない。」(パラ 74) として、英国税法が EC 条約に反しないとし、また、論点 2 について、「居住者から受け取った配当について非居住の法人に配当控除を認めるかは、英国の締結した沢山の二国間租税条約に規定されており、そのような条約の残りの部分から分離することはできず、二国間租税条約の不可分の一部 (an integral part) であり、全体のバランスに寄与するものである。」(パラ 88) とし、「EC 条約 43 条や 56 条は、加盟国が、第 1 の国の居住法人からの配当を受け取るときに第 2 の国の居住法人に対し、第 2 の国と締結した租税条約で認められている税額控除を第 3 の国と締結した租税条約に拡張しないとの状況を

妨げない。」(パラ 94) として、英独租税条約も EC 条約に違反しないとした。

LOB 条項は、EU 運営条約で保障されている EU 域内での開業の自由を制限するものである。しかし、LOB 条項は、トリートイ・ショッピングという租税条約の濫用を防止するものであり、このような制限も正当化される。しかし、問題は、比例原則に反しないかであり、この点は、上記欧州司法裁判所の判決に対しては、EU 諸国の諸家から批判があるところである。殊に、2002 年のオープン・スカイ事件欧州司法裁判所判決<sup>(43)</sup>が、二国間航空協定の国籍条項を開業の自由に反すると判断したのと矛盾すると批判されている<sup>(44)</sup>。また、LOB 条項は、客観的要件だけであり、主観的要件がないことから、濫用的行為 (abusive practice) に当たらないものまで、その対象とする可能性があり、EU 運営条約違反となる可能性もある。

我が国は、EU 諸国との租税条約において LOB 条項を導入する場合には、EU 諸国の要望を容れて、前記 2(4)の派生的受益基準を規定している。しかし、これだけで解決されていると言い切れるかは、まだ不明である。これは、EU 固有の問題であるが、我が国においても、LOB 条項がトリートイ・ショッピングの否認規定として広すぎないかを考える上で参考となろう。

## (2) 三角状況

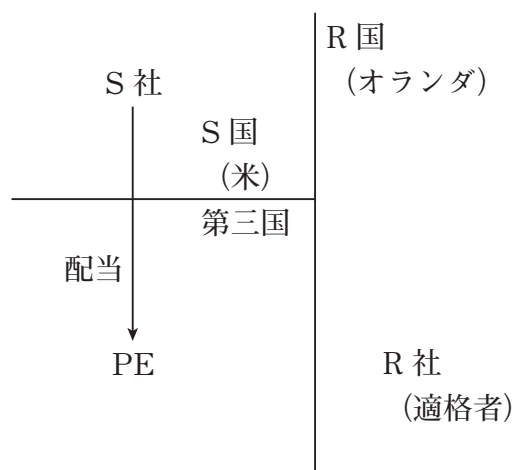
米国の締結している LOB 条項の状況は、前記第 3 の 1(1)のとおりであるが、米国は、LOB 条項の締結に当たり、三角状況 (triangular situation) への対応を問題とし、議定書などで相手国と合意している。

三角状況というのは、1992 年の OECD の三角ケース報告書<sup>(45)</sup>で検討された問題であるが、LOB 条項に当てはめると、次図の事例 6 とおり、R 国の居住者である R 社が、源泉地国 S 国の S 社から配当等を受け取りに当たり、軽課税国である第三国に R 社の恒久的施設 (permanent establishment, 以下「PE」という。)を設置し、この恒久的施設を介して受け取ることにより、R 国の課税を免れるとともに、LOB



条項の適用を受けることである。この事例の場合、R 国は、国外所得について所得免除方式を採っていることが前提となっている。

(事例 6)



具体的には、米蘭租税条約（2004 年）で問題となり、米国とオランダの租税条約の適用に当たり、LOB 条項の適格者である R 社が、軽課税国（例えば、スイス。）に PE を設置し、この PE に S 社の株式を保有させて、S 社から配当を受け取ると、米蘭租税条約の適用上、S 社に対する米国源泉税が免除となるが、PE は、軽課税国のために無税であり、また、オランダでは PE に帰属する所得であるため課税されない。結局、R 社は、S 社から非課税で配当を実質的に受け取れることとなる。

しかし、米国は、居住地国で課税されない場合には、LOB 条項の適格者ではないとの考え方にに基づき、議定書で、LOB 条項の適格者から外し、このような PE に対する支払に米国源泉税を課すこととしているのである。このような米国の考えは、いわゆる課税対象アプローチ (subject-to-tax approach) を前提としていると考えられる。

一方、我が国は、全世界所得課税を採っていることから、このような三角状況の問題は生じないと考えられる。報告者は、このような三角状況がトリートイ・ショッピングであり、SR 条約の濫用であるかを検討すべきと考える。R 社は、第三国の居住者ではなく、前記第 2 の 1

の意味でのトリートイ・ショッピングには当たらない。また、R 社が PE に帰属する所得を課税対象としていないのは、R 国が国外所得免除方式を採っているからであり、国外所得免除方式の濫用に当たるか否かの問題であり、租税条約の濫用の問題ではないと考える。

### (3) 租税条約上の他の条項との関係

日本が締結している租税条約において、末尾添付の一覧表のとおり、租税条約上の特典を受けるための要件としては、支払時に支払者が源泉徴収するか否かが問題となる LOB 条項のほかに、支払後に問題となる受益者条項 (beneficial ownership clause) があり、受益者に当たらない場合の例示として、導管防止取引条項 (conduit provision) がある。さらに、目的型濫用防止条項 (main purpose provision) がある。

上記導管取引条項 (日米租税条約 10 条 11 項等) は、米国の 7701 条 1 項の委任により制定されている財務省規則よりもその範囲は狭いが、日本では、国内法で導管の場合にこれを否認する規定がないため、2003 年の日米租税条約の改正の際に、日本側の要請で入れられたもので<sup>(46)</sup>、その後他の条約にも入れられているものである。

目的型濫用防止条項は、国税がこのような目的を立証することが必要となり、その点で適用が容易ではない。日米租税条約の 2003 年の改定の際に、この規定を導入するかが問題となったものの、国税側の立証が困難であるとして見送られたのである。しかし、その後この目的型濫用防止規定の有用性が見直され、2006 年の日英租税条約の改定の際には、導入されたのである。

LOB 条項とこれらの条項との関係が問題となるが、上記のとおり、LOB 条項は支払時に問題となるのに対し、受益者条項、導管取引条項や目的型濫用防止条項は支払後に問題となるのであり、それぞれ適用場面が異なっている。これまで論じてきたとおり、LOB 条項は、租税条約におけるトリートイ・ショッピングの一般的否認規定であり、実効性も高く、非常に有用な条項である。一方、受益者条項、導管取引条項や目的型濫用防止条項は、トリートイ・ショッピングだけを対象

としているものではなく、立証や適用も容易ではなく、租税条約上は、あくまでも LOB 条項を補完するものとして考えるべきであろう。

## 第6 結び

以上、LOB 条項の問題点を検討したが、LOB 条項は、トリートイ・ショッピングを防止する条項として、租税条約上非常に重要な機能を果たしているが、LOB 条項の問題は奥が深く、第5で検討したとおり、様々な問題点もあり、非常に難しい問題である。我が国の租税条約は、LOB 条項のほかにも受益者条項（導管防止条項）、目的型濫用防止規定など規定されており、これらを総合的に使って、トリートイ・ショッピングを防止しようとしていると考えられる。

我が国は、日米租税条約では、包括的 LOB 条項を採用したが、我が国の源泉徴収制度においては、支払者に過大な負担を課すなどの問題点もあり、必ずしも包括的 LOB 条項の締結にこだわる必要はなく、相手国との交渉で、制限的 LOB 条項を締結するとの選択肢も十分あり得ると考える。

（我が国が LOB 条項を締結している租税条約の一覧表）

| 条約<br>(LOB 条項) | LOB 条項の要件（支払時）                                                                                                                                                                | その他の要件（支払後）                                                                                                |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 日米 22 条        | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>全所得（源泉地国免税だけでなく、軽減の場合も対象となる。）</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準（公開会社基準、支配・課税ベース浸食基準）<br/>or ②能動的事業基準<br/>or ③権限のある当局による認定</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項（導管取引防止条項）があり、事後的に同条項により否認される可能性がある。</li> </ul>               |
| 日英 22 条        | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>事業所得、配当免税（50% 以上所有）、利子免税、使用料、譲渡所得、その他の所得</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準（公開会社基準）</li> </ul>                                        | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項（導管取引防止条項）があり、事後的に否認される可能性がある。なお、同条項は、軽減の場合も対象となる。</li> </ul> |

|            |                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                         |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|            | <ul style="list-style-type: none"> <li>or ②派生的受益基準 (derivative benefits provision)</li> <li>or ③能動的事業基準</li> <li>or ④権限のある当局による認定</li> </ul>                                                                                                          | <ul style="list-style-type: none"> <li>・目的型濫用防止規定 (配当, 利子, 使用料, その他の所得) もある。</li> </ul>                                                                                                                 |
| 日仏 22 条の A | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>事業所得, 配当免税 (15% 以上所有), 利子免税, 使用料, 譲渡所得, その他の所得</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準 (公開会社基準)<br/>or ②派生的受益基準<br/>or ③能動的事業基準<br/>or ④権限のある当局による認定 (competent authority relief)</li> </ul>                       | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項 (導管取引防止条項) があり, 事後的に否認される可能性がある。なお, 同条項は, 軽減の場合も対象となる。</li> <li>・目的型濫用防止規定 (配当, 利子, 使用料, その他の所得) もある。</li> </ul>                                          |
| 日豪 23 条    | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>事業所得, 配当免税 (80% 以上所有), 利子免税, 譲渡所得</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準 (公開会社基準, 支配基準)<br/>or ②能動的事業基準<br/>or ③権限のある当局による認定</li> </ul>                                                                           | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項 (導管取引防止条項) があり, 事後的に否認される可能性がある。なお, 同条項は, 軽減の場合も対象となる。</li> <li>・目的型濫用防止規定 (配当, 利子, 使用料) もある。</li> <li>・オーストラリア国内の一般否認規定の適用の可能性がある (23 条 7 項)。</li> </ul> |
| 日瑞 22 条の A | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>配当免税, 利子免税, 使用料, 譲渡所得 (一部のみ), その他の所得</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準 (公開会社基準, 支配基準)<br/>or ②派生的受益基準<br/>or ③能動的事業基準<br/>or ④多国籍企業集団本拠法人基準 (headquarters company provision)<br/>or ⑤権限のある当局による認定</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項 (導管取引防止条項) があり, 事後的に同条項により否認される可能性がある。</li> <li>・目的型濫用防止規定 (条約全体) もある (議定書 1)。</li> </ul>                                                                 |
| 日蘭 21 条    | <ul style="list-style-type: none"> <li>・対象所得<br/>配当免税, 利子免税, 使用料, 譲渡所得, その他の所得</li> <li>・適用要件<br/>①適格者基準 (公開会社基準, 支配基準)<br/>or ②派生的受益基準<br/>or ③能動的事業基準<br/>or ④多国籍企業集団本拠法人基準<br/>or ⑤権限のある当局による認定</li> </ul>                                         | <ul style="list-style-type: none"> <li>・受益者条項 (導管取引防止条項) があり, 事後的に同条項により否認される可能性がある。</li> </ul>                                                                                                         |

上記の表に「or」と表記したとおり、LOB条項の要件は、いずれも選択的であり、例えば、日米租税条約222条においては、適格者基準を満たせばLOB条項に基づき特典を享受することができ、適格者基準を満たさなくても、能動的事業基準を満たせばLOB条項に基づき特典を享受することができることとなる。

- (1) 拙稿「租税条約における beneficial owner の定義とその範囲」村井正先生喜寿記念論文集（清文社、平成24年）343頁。
- (2) このセミナーの議長は、ソルボンヌ大学の Daniel Gutmann 教授（フランス）で、パネリストは、筆者を含め、Daniel M. Berman ボストン大学非常勤教授（アメリカ）、Gideon Klugman 博士（イスラエル）、Alexander Rust ルクセンブルク大学教授（ルクセンブルク）及び Raphael Gani ローザンヌ大学講師（スイス）の5名である。
- (3) Daniel Gutmann et al., “Limitation on Benefits Articles in Income Tax Treaties: the Current State of Play”, Intertax vol.41 issue 6&7 p.395 (Kluwer Law).
- (4) US Model Technical Explanation (1996), “Purpose of Limitation on Benefits Provisions”.
- (5) OECD, “Double taxation conventions and the use of conduit companies” adopted on 27 November 1986.
- (6) 例えば、メキシコの子会社が我が国に投資するに当たり米国に子会社を設立するとの例が考えられ、この場合、メキシコの子会社が直接我が国に投資すると、日墨租税条約では、原則として15%の源泉税が課税されるが（同条約11条2項b号）、米国子会社を介することにより、日墨租税条約においても、源泉地国免税とされていることから、源泉税を免れることが可能となる。
- (7) Christioan Panayi, Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community, (Kluwer Law 2007), p.74-89.
- (8) このスキームの詳細については、青山慶二「トリートメントショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」ファイナンシャル・レビュー2006年6月号119頁を参照されたい。
- (9) Daniel M. Berman and John L. Hynes, “Limitation on Benefits Clauses in U.S. Income Tax Treaties”, Tax Management International Journal Dec 8, 2000 p.692.
- (10) 詳細は、本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」ファイナンシャル・レビュー2006年6月号101頁を参照されたい。
- (11) 1995年改訂の旧日仏租税条約は、一定の親子会社間の配当について



源泉地国免税とする規定を新設したのに伴い、配当所得に限定したものであったが、我が国で初めてLOB条項を導入したが、上記のとおり、2007年に日仏条約が改訂され、現在のLOB条項となっている。

- (12) 浅川雅嗣『改訂日本租税条約』（大蔵財務協会，平成17年）7頁。
- (13) 『租税条約の解説・日英租税条約』（日本租税研究協会，平成21年）38頁。
- (14) 青山・前掲ファイナンシャル・レビュー 2006年6月号131頁以下。
- (15) 浅川・前掲改訂日本租税条約56頁。
- (16) 東京高裁平成19年10月10日判決（訟月54巻10号2516頁）参照。
- (17) 日米租税条約の「特典条項に関する付表」参照。
- (18) Felix Alberto Vega Borrego, Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions, (Kluwer Law 2006), p.153の事例と全く同じではないが、そこで挙げられている事例を参考にした。
- (19) 本文のイ柱書で述べているとおり、日米租税条約では、中間者A社は、米国法人である必要はないが、米国2006年モデル租税条約では、一方の締約国の居住者であることが必要とされており、この事例は、中間者A社を米国法人としていることから、米国2006年モデル租税条約でも当てはまる議論である。
- (20) 米仏租税条約30条1項d号(i)は，“if 50 percent or more of the beneficial interest in such person (or, in the case of a company, 50 percent or more than the vote and value of the company’s shares) is not owned, directly or indirectly, by persons that are not qualified persons”（下線筆者）と規定し、米加租税条約29条A2項e号(ii)は，“a trust, 50 per cent or more of the beneficial interest in which and 50 per cent or more of each disproportionate interest in which, is not owned, directly or indirectly, by persons other than qualifying persons.”（下線筆者）と規定している。
- (21) Borrego, op.cit. p.153.
- (22) US Model Technical Explanation (1996), “Purpose of Limitation on Benefits Provisions”.
- (23) Daniel Gutmann et al., op.cit., p.398.
- (24) US Model TE (1996), “Purpose of Limitation on Benefits Provisions”.
- (25) 議論の詳細については、Suarez, “Thoughts on the New LOB Clause in The Canada-U.S. Treaty” tax notes international Vol.56, No.1, p.39を参照されたい。
- (26) CRA document 2009-031794E5.
- (27) US-Japan Treaty Technical Explanation, p.85.
- (28) ibid., p.86.
- (29) 本事例は、税理士法人中央青山編『Q&A 新日米租税条約の実務ガイド』（中央経済社，平成16年）141頁のQ4の事例を参考にした。

- (30) Daniel Gutmann et al., op.cit., p.400.
- (31) US-Japan Treaty Technical Explanation, p.86 に具体例が2つ掲げられている。
- (32) ibid., p.87 に、具体例が3つ掲げられている。
- (33) ibid., p.87, 88.
- (34) ibid., p.88.
- (35) 例えば、日蘭租税条約において、ドイツの会社がオランダの子会社を介して株式を購入して配当を受ける場合、日独租税条約では、10%の源泉税が課税されることから（同条約10条3項）、ドイツの会社は同等受益者ではなく、オランダの子会社は、我が国から20%の源泉税の課税をされることとなる（Dick A. Hofland and Prof. Dr. Frank P. G. Potgens, “The LOB Provision in the New Japan-Netherlands Tax Treaty” European Taxation May 2011 p.219）。
- (36) Michel Miller, “Anti-Deferral and Anti-Tax Avoidance”. International Tax Journal, September-October 2007, p.7. クルーグマン博士も同意見である（Daniel Gutmann et al., op.cit., p.401）。
- (37) US-UK Treaty Technical Explanation.
- (38) 増井良啓「租税条約実施特例法上の届出書の法的性質」税務事例114号64頁。
- (39) R. Russo, “Administrative Aspects of the Application of Tax Treaties” Bulletin for International Taxation October 2009 at 482.
- (40) このように還付請求という方法が認められたことから、納税者は、支払後には、いったんは納付してその還付請求するとの方法によるしかないかが問題となる。上記届出は、LOB条項の効力要件ではなく、実体要件に該当するとの証明手段にすぎず、支払後であっても納付せずに届出書を提出するとの方法によることもできると考える（増井・前掲税務事例114号75頁）。
- (41) 増井良啓「米国の租税条約ポリシーと欧州裁判所」租税研究2007年10月号172頁は、アメリカのR. Masonの論文の紹介をし、EU諸国におけるLOB条項の問題点を検討しているもので参考となる。
- (42) Test Claimants in Class IV ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, C-374/04.
- (43) Commission of the European Communities v UK, C-466/98.
- (44) J. Schwartz, Schwartz on Tax Treaties 2nd ed, (CCH and Wolters Kluwer business 2011), p.42.
- (45) OECD, “Traingular cases” adopted on 23 July 1992.
- (46) Japan-US treaty, p.48.











○ 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](mailto:kenjimu@law.nihon-u.ac.jp)

執筆者紹介  
掲載順

新井 勉 日本大学教授  
吉原 達也 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  
高橋 雅人 早稲田大学法学部助手  
甲斐 素直 日本大学教授  
工藤 聡一 日本大学教授  
日本大学法学部民事法研究会  
設楽 裕文 日本大学教授  
淵脇 千寿保 日本大学大学院法学研究科  
博士後期課程  
今村 隆 日本大学大学院教授

機関誌編集委員会

委員長 松嶋 弘  
副委員長 吉原 達  
委員 秋山 和  
伊藤 文夫  
坂井 吉良  
関正 晴  
高橋 雅夫  
長谷川 貞之  
藤井 昭夫  
藤川 信夫  
山本 二夫  
湯浅 敏  
吉野 正篤  
石川 登

日本法学第七十九卷第二号

平成二十五年九月二十日 印刷  
平成二十五年九月二十五日 発行  
非売品

編集責任者 日本大学法学会  
杉 本 稔

発行者 日本大学法学研究所  
電話〇三(五二七五) 八五三〇番

東京都千代田区猿樂町二一ー四 A&Xビル  
印刷所 株式会社 メディオ  
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. 2    September    2013

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

**ARTICLE**

Tsutomu Arai, *The Provisions against High Treason and Insurgency in the Penal Code Promulgated in 1880*

**TRANSLATIONS**

Johannes Stroux, *Summum ius summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, übersetzt von Tatsuya Yoshihara

A.V. Dicey, “*Will the Form of Parliamentary Government Be Permanent?*”, translated by Hirokatsu Kato & Toshiya Kikuchi

Philip Kunig, *Funktionsverschiebungen zwischen Staat und Gesellschaft : Herausforderungen für das Verfassungsrecht und die internationale Ordnung*, übersetzt von Masato Takahashi

**NOTES**

Sunao Kai, *The Fourteenth Amendment and the US Supreme Court — The Period of Waite, the 7th Chief Justice, and Fuller, the 8th Chief Justice —*

Soichi Kudo, *Prospects of EU Regulation of Passenger Protection Against Airline Bankruptcy*

**MATERIAL**

Civil Law Studies Expert Group, Nihon University College of Law, *Comments on “The Tentative Draft 2013 for the Reform of the Civil Code (Law of Obligations)”*

**CASE COMMENT**

Hirobumi Shitara, Chizuho Fuchiwaki, *The Crime of Fraud and the Act of Requesting the Issue of a Boarding Pass*

-----  
**ARTICLE**

Takashi Imamura, *The Significance and Some Issues about the LOB Articles in Income Tax Treaties — A Consideration from the Japanese Viewpoint —*